

مجله حقوقی

نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس
ریاست جمهوری

فهرست مطالب

- ♦ رویه داوری بین‌المللی درباره غرامت (دعای نفی) ۹
دکتر محسن محبی
- ♦ موازن بین‌المللی حقوق بشر و بازداشت محکومین مالی در ایران ۷۱
دکتر سید قاسم زمانی
- ♦ صلاحیت قضائی و صلاحیت داوری ۸۹
دکتر محمدتقی عابدی
- ♦ سیر تحول حقوق مؤلف در جامعه بین‌المللی ۱۴۷
دکتر محسن قاسمی
- ♦ پیامدهای الحاق ج.ا.ا به دیوان بین‌المللی کیفری ۱۹۵
دکتر همایون فلاحیان
- ♦ قبض و بسط مفهومی حق تعیین سرنوشت در حقوق بین‌الملل ۲۲۵
دکتر علی امیدی
- ♦ مسئله مشروعیت توسل به زور علیه عراق توسط ایالات متحده امریکا ۲۵۱
ترجمه دکتر هادی وحید
- ♦ دفاع «ضرورت» در گفتمان حقوقی بین‌المللی
مداخله بشردوستانه و مبارزه با تروریسم ۲۶۷
ترجمه علیرضا ابراهیم‌گل
- ♦ ماهیت حقوقی ویژه و منحصر به فرد اعتبارات اسنادی:
منشأ اعتبارات اسنادی و منابع آن ۳۰۵
ترجمه ماشاء... بناء نیاسری
- ♦ آینده قراردادهای الکترونیکی در عرصه بیع بین‌الملل

۳۵

پاییز - زمستان

۱۳۸۵

۳۴۷	 کالاً	خلأها و گریزهای ذاتی کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به بیع بین المللی
		ترجمه مصطفی السان و زینب کنعانی
۳۹۵		♦ نمایه موضوعی مجله حقوقی شماره ۱ تا ۳۴
		ابوالفضل اصغری
		♦ ملاحظاتی نسبت به کنوانسیون ۱۷ ژانویه ۲۰۰۵ سازمان ملل متحد راجع به
۴۳۱		مصونیت قضائی دولتها و اموالشان
		ترجمه دکتر حسین خزاعی
		♦ کنوانسیون ۱۷ ژانویه ۲۰۰۵ سازمان ملل متحد راجع به مصونیت قضائی
۴۳۷		دولتها و اموالشان
		♦ خلاصه مقالات به زبان انگلیسی یا فرانسه

رویه داوری بین‌المللی درباره غرامت (دعاوی نفتی)*

دکتر محسن محبی**

فهرست مطالب

چکیده

مقدمه

الف - زمینه‌های بروز دعاوی نفتی

ب - رویه‌های داوری

۱- قضیه کارخانه کورزوف

۲- آرای داوری در دعاوی مطروحه علیه لیبی

۲-۱- رأی صادره در قضیه بی. پی. (۱۹۷۳)

۲-۲- رأی صادره در قضیه تاپکو (۱۹۷۷)

۲-۳- رأی داوری در قضیه لیامکو (۱۹۷۷)

۲-۴- غرامت در رأی لیامکو

۲-۵- نکات داوری‌های سه گانه لیبی

۳- رأی داوری در قضیه امین اوایل (۱۹۸۲)

*. قسمتهایی از این مقاله در «همایش حداکثرسازی درآمد نفت» (۲۷-۲۶ آذر ۱۳۸۲) که به همت مؤسسه مطالعات انرژی برگزار شده بود، ارائه گردیده است. موضوع سخنرانی نگارنده در آن همایش نقد الگوی بیع متقابل بود از زاویه‌ای متفاوت و سعی کردم به این سؤال پاسخ بدهم که اگر روزی در مورد قراردادهای بیع متقابل اختلاف و ادعایی پیدا شود با توجه به ویژگیها و شروط قراردادهای بیع متقابل، ضابطه تعیین غرامت، در پرتو رویه داوری نفتی چه خواهد بود؟ هدف این بود که پیامدها و آثار مثبت و منفی استفاده از الگوی قرارداد بیع متقابل را در «ضابطه غرامت» (در فرض طرح دعوا) نشان دهم. اما چنانکه پیدا است، در اینجا دامنه بحث را فراختر گرفتم.

** استاد مدعو دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبائی.

- ۳-۱- قانون حاکم در رأی امین اوایل
۳-۲- استاندارد غرامت در رأی امین اوایل
۳-۳- محاسبه غرامت در رأی امین اوایل
۳-۴- نکات رأی داوری امین اوایل
۴- رویه دیوان داوری ایران - امریکا در دعاوی نفتی
۴-۱- رأی صادره در قضیه سدکو (۱۹۸۶)
۴-۲- رأی صادره در قضیه کنسرسیوم (۱۹۸۶)
۴-۳- ضابطه غرامت در قضیه کنسرسیوم
۴-۴- رأی صادره در قضیه آموکو (۱۹۸۶)
۴-۵- تفکیک سلب مالکیت به نحو مشروع و غیرمشروع
۴-۶- ضابطه غرامت در قضیه آموکو
- حاصل سخن
نتیجه

چکیده

محدودیت‌های حاصل از اصول ۴۴،۸۰ و ۸۱ قانون اساسی و نیز قانون نفت مصوب ۱۳۶۶ و همچنین قوانین بودجه سالانه از سال ۱۳۷۴ به بعد و بویژه قوانین برنامه پنجساله توسعه اقتصادی (قانون برنامه اول و دوم و سوم)، موجب شده که سرمایه‌گذاری خارجی در ایران (بویژه در صنایع بالادستی نفت) به‌صورت قراردادهای بیع متقابل انجام شود. شیوه بیع متقابل از جهات مختلف مورد گفتگو و نقد بوده است، اما هیچ‌گاه در پرتو تجربه حاصل از رویه داوری بین‌المللی در زمینه غرامت مورد بحث قرار نگرفته است.

یکی از موضوعاتی که در رویه داوری بین‌المللی مورد بحث قرار گرفته، غرامت قابل‌پرداخت در قبال ملی‌کردن سرمایه‌گذاریهای خارجی یا فسخ قرارداد سرمایه‌گذاری است. غرامت قابل‌پرداخت در قبال ملی‌کردن سرمایه‌گذاری خارجی یا فسخ و لغو قراردادهای سرمایه‌گذاری منعقد بین دولت و خارجی‌ان، در رویه داوری بین‌المللی از «غرامت کامل» به «غرامت مناسب» متحول شده و امروزه ملاک آن «انتظارات معقول» طرفین است.

اینک پرسش این است که آیا «انتظارات معقول» در قراردادهای موسوم به بیع متقابل (در صورت فسخ یا لغو آن توسط طرف دولتی) چیست؟ برای پاسخ به این پرسش، باید ابتدا رویه داوری بین‌المللی را در زمینه غرامت شناخت. تجزیه و تحلیل رویه داوری بین‌المللی درخصوص غرامت، زمینه و بستر مناسبی برای پیش‌بینی رفتار مراجع داوری بین‌المللی با قراردادهای بیع متقابل (در صورت فسخ یا لغو آنها توسط طرف دولتی) فراهم می‌کند. موضوع این مقاله بسط همین نکته است.

مقدمه

۱- قرارداد خوب، قراردادی است که به آسانی اجرا شود و این مهم هنگامی حاصل می‌شود که قرارداد به شیوه‌ای متوازن و متعادل، حقوق و منافع طرفین را تأمین و ریسک‌های آنها را توزیع کرده باشد. دسترسی به این هدف در قراردادهای بین‌المللی همیشه به آسانی میسر نیست و عواملی مانند موضوع قرارداد و پیچیدگیهای آن، قدرت چانه‌زنی طرفین و نیازهای ایشان، دولتی یا خصوصی بودن هر یک از طرفین و بالاخره الزامات قانونی که ایشان را احاطه نموده، در تعیین الگوی قراردادی مناسب مؤثر است.

عوامل مؤثر در انتخاب نوع قرارداد مناسب برای طرحهای توسعه اقتصادی بویژه در صنایع بالادستی نفت را می‌توان به دو دسته عوامل داخلی و عوامل بین‌المللی تقسیم کرد.

۲- از نظر داخلی، به‌طور سنتی دو عامل در انتخاب قالب قرارداد برای جلب سرمایه خارجی و اجرای برنامه‌های توسعه اقتصادی، مهم و تعیین‌کننده بوده است: اول محدودیتها و الزامات قانونی، و دوم الزامات اقتصادی ناشی از برنامه کلان اقتصادی و بودجه‌ای کشور بویژه در حوزه

سرمایه‌گذاری خارجی. در مورد الزامات قانونی در کشور ما می‌توان به اصول ۴۴، ۸۰، ۸۱، ۸۲ و اصل ۱۵۳ قانون اساسی و نیز قوانین عادی مانند قانون نفت ۱۳۵۳، قانون نفت ۱۳۶۶، قانون جلب سرمایه‌های خارجی مصوب ۱۳۸۰، قوانین بودجه سالانه یا قانون برنامه توسعه پنجساله اول و دوم و سوم و چهارم اشاره کرد که هرکدام به نوبه خود الزامات و محدودیت‌های خاصی را برای انتخاب قالب حقوقی مناسب در امر جلب اعتبارات و سرمایه خارجی از جمله برای بهره‌برداری و توسعه منابع نفتی، پیش‌بینی نموده است. همین عوامل موجب شده که پس از پیروزی انقلاب اسلامی در ایران، به‌جای شیوه‌های استقرای مانند قرارداد وام، یا قراردادهای مشارکت و سرمایه‌گذاری مستقیم، انواع دیگر قرارداد مانند بیع متقابل یا فایننس و گاه الگوی قرارداد ساخت، راه‌اندازی و واگذاری، موسوم به BOT (در پروژه‌های تأمین نیرو) مورد عمل قرار گیرد.

۳- ضرورت‌های اقتصادی در زمینه بهره‌برداری بهینه از مخازن نفت، الزامات ناشی از برنامه‌های کلان اقتصادی کشور، کمبود منابع ارزی یا اولویتهای بودجه‌ای در مصارف ارزی و کسر بودجه حاصل از آن نیز بر نحوه استقراض و جلب سرمایه خارجی (نقدی) و ملاً بر انتخاب قرارداد مناسب مؤثر است و همین امر به نوبه خود بر شیوه پرداخت‌های قراردادی اثر می‌نهد، مانند پرداخت از طریق اعتبار اسنادی یوزانس یا مدت‌دار که به نوبه خود باعث تعلق بهره و گرانتر شدن قرارداد می‌شود.

۴- اما در مورد عوامل بین‌المللی مؤثر بر اتخاذ الگوی قراردادی، باید به تحولات نیمه اول قرن بیستم در عرصه حقوق نفت اشاره کرد: پیروزی انقلاب سوسیالیستی ۱۹۱۷ در روسیه تزاری و تأسیس اتحاد جماهیر شوروی سابق، ملی‌کردن‌های گسترده صنعت نفت در آمریکای لاتین و کشورهای خاورمیانه، تحولات بین‌المللی دهه ۱۹۵۰ (پس از جنگ جهانی دوم) بویژه نهضت استعمارزدایی و استقلال مستعمرات و طرح مسئله حاکمیت ملت‌ها بر منابع ملی، و به دنبال آن شناسایی حق دولتها در ملی‌کردن منابع طبیعی در قطعنامه‌های سازمان ملل متحد در دهه‌های ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰، از جمله عوامل بین‌المللی هستند که روی هم‌رفته نقش مهمی در تحول حقوق نفت و نیز انتخاب قالب‌های حقوقی بویژه قراردادهای نفتی داشته‌اند. به دنبال همین تحولات است که الگوی قراردادهای امتیاز از عرصه سرمایه‌گذاری خارجی و بهره‌برداری از منابع طبیعی مانند نفت، رخت بر بسته و انواع قراردادهای مشارکت و بای‌بک (بیع متقابل) جایگزین آن شده است. تأسیس اوپک در دهه ۱۹۷۰ و کنترل قیمت نفت از طریق کنترل بازار و عرضه، موازنه جدیدی بین کشورهای تولیدکننده نفت و شرکت‌های نفتی برقرار نمود که به نوبه خود بر ساختار قراردادهای نفتی اثر نهاد و آن را دگرگون کرد و باعث رونق قراردادهای مشارکت گردید.

۵- تحولات بین‌المللی نیمه اول قرن بیستم در واقع به سود کشورهای سرمایه‌پذیر در آسیا و آمریکای لاتین و آفریقا تمام شد، به‌طوری که در همین دوره بسیاری از کشورهای نفت‌خیز

از جمله ایران، قوانین و مقررات داخلی خود در زمینه شیوه بهره‌برداری از نفت و عملیات بالادستی را اصلاح نمودند و در مورد مالکیت سرمایه‌گذار خارجی بر مخازن نفت، محدودیت‌هایی ایجاد کردند. در همین دوره است که کشورهای صاحب منابع طبیعی و مواد اولیه مانند نفت بویژه در خاورمیانه، اقدام به ملی‌کردن این منابع و لغو قراردادهای امتیاز و سرمایه‌گذاری‌های خارجی نمودند. اما روند ملی‌کردن‌ها موجب شد که شرکت‌های خارجی طرف قرارداد، علیه کشور ملی‌کننده، به ندرت در محاکم داخلی و اغلب در مراجع بین‌المللی طرح دعوا نموده و غرامت مطالبه کنند. دهه‌های ۱۹۷۰ و ۱۹۸۰ شاهد یک نبرد حقوقی تمام عیار بین کشورهای نفت خیز (مانند لیبی، کویت و ایران) و شرکت‌های نفتی بزرگ بوده است.

۶- تا جایی که به ایران مربوط می‌شود، علاوه بر ملی‌شدن نفت در سال ۱۳۳۰ و دعوای انگلستان علیه ایران در دیوان بین‌المللی دادگستری، که به حمایت سیاسی از شرکت نفت انگلیس مطرح شده بود، پس از پیروزی انقلاب اسلامی براساس ماده واحده کأن لم یکن شدن قراردادهای نفتی مصوب شورای انقلاب (۱۳۵۸) قراردادهای نفتی لغو شد و همین امر باعث گردید که شرکت‌های نفتی خارجی علیه شرکت ملی نفت ایران و دولت در مراجع داوری مختلف بویژه دیوان داوری ایران - ایالات متحده که براساس بیانیه‌های الجزایر (۱۳۵۹) تأسیس شده بود، طرح دعوا کنند و غرامت مطالبه نمایند. رویه داوری حاصل از این دعاوی، الگوی قراردادهای نفتی بویژه مشارکت‌ها را در معرض چالش حقوقی سرنوشت‌سازی قرار داده است.

۷- باری رویه قضایی حاصل از دعاوی بین‌المللی نفتی از دهه ۱۹۷۰ به این سو، تجارب بزرگی را در اختیار شرکت‌های سرمایه‌گذار خارجی و نیز کشورهای نفت‌خیز از جمله ایران قرار داده است. موضوعاتی مانند ماهیت قراردادهای توسعه اقتصادی، تفسیر مفاد قراردادهای مشارکت و قلمرو آنها، حقوق و تکالیف سرمایه‌گذار خارجی، حق حاکمیت و سایر حقوق کشور صاحب منابع طبیعی، تفسیر شرط ثبات* و قلمرو و آثار آن، نحوه جبران خسارت و خصوصاً میزان غرامت قابل پرداخت به سرمایه‌گذار خارجی در صورت نقض قرارداد یا سلب مالکیت از او، از جمله مسائل حقوقی و مالی مهمی هستند که در رویه داوری‌های نفتی، مورد نقد و بررسی حقوقی قرار گرفته‌اند. بی‌گمان تجربه بین‌المللی حاصل از این دعاوی، عامل بین‌المللی مهمی است که در کنار عوامل داخلی، نقش اساسی در انتخاب قالب حقوقی مناسب برای توسعه و بهره‌برداری از منابع طبیعی با مشارکت و سرمایه‌گذاری خارجیان ایفا کرده و می‌کند. این تجربه‌ها، هم شرکت‌های نفتی را هوشیار کرد که در قراردادهای خود تضمین‌های بیشتر و محکم‌تری را اخذ کنند و هم کشورهای سرمایه‌پذیر و نفت‌خیز را آگاه نمود که هنگام اعمال حقوق حاکمیتی خود مراقب پیامدها و

*. Stabilization clause.

مسئولیت‌های آن بویژه از حیث پرداخت غرامت باشند و در چارچوب قانون و با در نظر گرفتن حقوق سرمایه‌گذار خارجی اقدام کنند. افزون براین، همین تحولات کشورهای صاحب نفت را ترغیب کرد تا برای قراردادهای آتی از الگوهایی مانند قرارداد خدمت و بیع متقابل استفاده نمایند.

۸- تا قبل از ملی‌شدن نفت در ایران، قراردادهای نفتی امتیاز متداول بود. با تصویب قانون ملی‌شدن نفت در سال ۱۳۳۰ و سپس قانون نفت مصوب ۱۳۵۳ الگوی قراردادهای امتیاز از صنعت نفت رخت بریست و قراردادهای مشارکت و سپس قرارداد پیمانکاری متداول گردید که تا پیروزی انقلاب اسلامی نیز مورد عمل بود. پس از پیروزی انقلاب، علاوه بر فضای انقلابی و الزامات آن که اعتبار قراردادهای نفتی را به‌عنوان نماد وابستگی رژیم سابق به خارج به چالش می‌طلبید، عناصر حقوقی جدیدی هم وارد نظام حقوقی کشور شد که مهمترین آن اصول ۴۴، ۸۰ و ۸۱ قانون اساسی (منع امتیاز و منع استقراض) و همچنین قانون نفت مصوب سال ۱۳۶۶ بود. همین محدودیتهای حقوقی جدید و تفسیر محافظه‌کارانه و مضیق - و گاه نادرست - از این مقررات و نیز محدودیتهای حاصل از قوانین بودجه سالانه، استفاده از قراردادهای پیمانکاری را که در سابق مورد عمل بود، با تردید مواجه ساخت و رفته رفته باعث متداول شدن الگوی بیع متقابل گردیدند. در کنار این عوامل حقوقی داخلی، عوامل سیاسی بین‌المللی مانند تحریمهای امریکا در سال ۱۹۹۵ که به طور خاص ناظر به سرمایه‌گذاری خارجی در صنعت نفت ایران بود، کارساز افتاد و میدان عمل ایران و شرکتهای خارجی را در انتخاب الگوی قراردادی محدود کرد. به این ترتیب می‌توان گفت اتخاذ شیوه بیع متقابل، یک انتخاب ناگزیر بوده است که بویژه پس از پایان جنگ تحمیلی و آغاز دوران بازسازی کشور، از دهه ۱۳۷۰ به بعد به رویه غالب قراردادی برای جلب سرمایه‌گذاری خارجی در صنایع بالادستی نفت در ایران تبدیل شده است.

۹- روش بیع متقابل، حسب تعریف، اصولاً یک شیوه سرمایه‌گذاری غیراستقراضی است. البته الگوی بیع متقابل آن چنان که در ایران معمول است، یک الگوی اصلاح شده از بیع متقابل می‌باشد، به این معنی که متناسب با منافع و نیازهای ایران و در عین حال ایجاد انگیزه برای شرکت خارجی جهت سرمایه‌گذاری و رعایت انتظارات آن، بهینه‌سازی شده است. با این همه، شیوه بیع متقابل همواره محل بحث و گفتگو و انتقاد بوده، اما هیچ‌گاه در پرتو تجربه حاصل از دعاوی نفتی و تحولات حقوقی سالهای اخیر مورد بحث قرار نگرفته است.^۱ بد نیست همین جا اشاره

۱. رویه ایران در زمینه قراردادهای بیع متقابل و مفاد این قراردادها، چنانکه باید در دسترس نیست. مسئولین وزارت نفت و شرکت نفت در اطلاعیه‌ها و مصاحبه‌ها و نوشته‌های خود همواره گفته‌اند افشای جزئیات این قرارداد، به مصلحت نیست و موضع آنها را در مذاکرات قراردادی تضعیف می‌کند، ولی اطمینان داده‌اند که منافع طرف ایرانی را رعایت کرده‌اند. این سخنان به کار پژوهشگر نمی‌آید و ناگزیر باید به همان مقدار اطلاعاتی که کمابیش در اختیار عموم قرار گرفته اکتفا کرد و عذر نقص کار را برعهده صاحب کار نهاد. برای اطلاع بیشتر در مورد روش بیع متقابل در قراردادهای نفتی و نقاط قوت و ضعف آنها رک. داریوش مبصر و گروه نویسندگان، «کالبد شکافی سرمایه‌گذاری صنعت نفت»، انتشارات کویر، ۱۳۷۹؛ داریوش مبصر و

کنیم که به موجب ماده ۱۴ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی کشور، دولت اجازه یافته از سایر روشهای قراردادی برای سرمایه‌گذاری خارجی در زمینه نفت استفاده کند.

۱۰- اگر به یاد آوریم که دعاوی نفتی همواره از جانب شرکتهای خارجی مطرح شده و ناشی از اقدامات طرف دولتی (ملی کردن یا فسخ یک‌طرفه قرارداد) بوده، طرح این مباحث و اطلاع از چند و چون رویه داوریهای نفتی بویژه در زمینه میزان غرامت، چشم‌انداز روشن و مطمئن‌تری ترسیم می‌کند و قدرت پیش‌بینی و ارزیابی ما از قراردادهای نفتی را افزایش می‌دهد. به عنوان مثال، چنانکه خواهیم دید، تجربه حاصل از دعاوی نفتی در پنجاه سال گذشته نشان می‌دهد که جز در موضوع تعهد به پرداخت غرامت، در سایر زمینه‌ها مانند ماهیت قراردادهای اداری، قانون حاکم بر قرارداد یا تفسیر شرط ثبات، رویه ثابتی وجود ندارد. رویه نسبتاً ثابت درباره غرامت قابل پرداخت و فقدان رویه در سایر زمینه‌ها، اقتضای ماهیت دگرگون‌شونده قراردادهای نفتی می‌باشد و عین صلاح و صواب است که در جامه رویه داوریه بین‌المللی رخ نموده است.

۱۱- در این مقاله، رویه داوریه بین‌المللی در دعاوی نفتی بویژه از حیث غرامت، مطالعه و بررسی خواهد شد. هدف آن است که ملاک‌هایی برای پیش‌بینی وضعیت قراردادهای نفتی بویژه از حیث غرامت در صورت بروز اختلاف، به دست دهیم.

بررسی پیش‌بینی‌پذیری* قراردادهای نفتی به منظور تعیین نحوه رفتار طرفین یا مراجع داوریه و قضایی با آنها، یک طرح تحقیقاتی مستقل و بسیار بااهمیت است که باید در جای خود به آن پرداخت. تجزیه و تحلیل یافته‌های حاصل از رویه‌های داوریه بین‌المللی که در دعاوی نفتی بوجود آمده است و موضوع اصلی این نوشته را تشکیل می‌دهد، ابزار کار و مواد خام چنین تحقیقی را فراهم می‌کند. اکنون بر دیگر پژوهشگران صاحب دانش است که چون معانی همه جمع شده، داد سخن دهند و گوی بیان زنند:

با عقل و فهم و دانش داد سخن توان زد / چون جمع شد معانی، گوی بیان توان زد

الف- زمینه‌های بروز دعاوی نفتی

۱۲- رویه‌های قضایی و داوریه که در جریان حل و فصل دعاوی نفتی بوجود آمده، عمدتاً از دهه ۱۹۵۰ به بعد آغاز گردیده است، اما چنانکه خواهیم دید، مهمترین رویه‌های مربوط به دعاوی نفتی در دهه ۱۹۷۰ و ۱۹۸۰ مطرح شده است. قراردادهای نفتی موضوع این دعاوی اغلب قراردادهای امتیازی است که در دوران استعماری قرن ۱۹ یا اوایل قرن ۲۰ بین شرکتهای نفتی

دیگران، «موج دوم»، انتشارات کویر، ۱۳۸۱؛ نیز «توسعه صنعت نفت و بیع متقابل در بودجه ۱۳۷۸»، مجله مجلس و پژوهش، شماره ۲۷، ص ۱۰۲.

*. Predictability.

متعلق به کشورهای غربی از یک سو و مستعمرات نفت خیز آنها در حوزه دریای مدیترانه (کشورهای خاورمیانه) یا در حوزه دریای کارائیب (کشورهای امریکای لاتین) از سوی دیگر، منعقد شده است. هرچه به جلو می‌آییم، به رویه‌های قضایی جدیدتری برمی‌خوریم که در دعاوی ناشی از قراردادهای مشارکت در تولید ایجاد شده است. گرچه این قراردادها، از نوع امتیاز نیستند، اما به علت نیاز اقتصادی کشورهای صاحب نفت و نیز وابستگی سیاسی حاکمان آنها به دولتهای خارجی و نیز به لحاظ حضور و نفوذ غولهای نفتی در روابط سیاسی، غالباً تحمیلی و یک‌طرفه هستند که همین امر منشأ اختلافها و دعاوی بعدی شده است. قرارداد کنسرسیوم ۱۳۳۳ نمونه خوبی از این نوع قراردادها است.

به هر حال منشأ دعاوی نفتی، اغلب نقض قرارداد یا ملی کردن حقوق و منافع شرکتهای نفتی خارجی توسط دولتهای صاحب نفت بوده که طبعاً باعث طرح دعوا علیه طرف دولتی قرارداد و به دنبال آن ایجاد رویه‌های قضایی یا داوری شده است. در این زمینه بعداً بیشتر توضیح می‌دهیم.

۱۳- زمینه اصلی بروز اختلافات و دعاوی ناشی از قراردادهای نفتی از دهه ۱۹۵۰ به بعد، آن بود که پس از تبدیل سوخت کارخانجات صنعتی، کشتی‌ها، لکوموتیوها و هواپیماها از زغال سنگ به نفت و مشتقات آن، هم شرکتهای طرف قرارداد و هم دولتهای صاحب نفت به اهمیت و ارزش حیاتی این ماده سوختنی واقف شدند و پی بردند که چه کالای ارزشمندی را در اختیار دارند. شرکتهای نفتی غربی که صاحب صنایع و تکنولوژی بودند و بیش از پیش به نفت نیاز داشتند، در مقام تحکیم و تثبیت موقعیت قراردادی خود برآمدند و به کمک مشاورین حقوقی خود به نظریه‌پردازیهایی جدید پرداختند. مقصود و هدف اصلی آنها دو مطلب بوده است: یکی خارج کردن قرارداد از قلمرو قوانین داخلی* و تصمیمات مقامات کشور طرف قرارداد به کمک تئوری «بین‌المللی کردن قرارداد»، و سپس القاء و الصاق ماهیت حقوقی خاص به قراردادهای نفتی به‌عنوان «قراردادهای توسعه اقتصادی». دوم، تثبیت اصل تعهد به پرداخت غرامت به‌عنوان یک تعهد مستقل برای دولت و خصوصاً تثبیت ضابطه غرامت کامل به‌عنوان ملاک جبران خسارت.**

۱۴- دولتهای صاحب نفت که به اهمیت و ارزش این مال حیاتی (نفت) واقف شده بودند، قراردادهای نفتی را تابع حقوق داخلی خود می‌دانستند و به دنبال تثبیت نقش و اثر «حاکمیت دولت» به‌عنوان نماینده و حافظ منافع عمومی در این قراردادها بودند. به عقیده این دولتها، قراردادهای نفتی از نوع قراردادهای اداری است و تعهدات طرف دولتی در قراردادهای نفتی تا

*. Delocalisation.

**. Internationalisation.

جایی است که مانع از اعمال حق حاکمیت و مالکیت دولت بر نفت به عنوان مهمترین منبع طبیعی متعلق به مردم که توسعه اقتصادی کشور و رفاه مردم وابسته به آن است، نشود. بنابراین اگر بین حقوق خصوصی شرکت خارجی طرف قرارداد و حق حاکمیت دولت تعارضی پیش آید، حقوق دولت مرجح است. افزون بر این، به نظر دولتهای صاحب نفت، حتی تعهد طرف دولتی قرارداد به پرداخت غرامت به شرکت خارجی مطلق نیست بلکه تابعی از همان حق حاکمیت دولت و منافع عامه است و تنها تا جایی که پرداخت آن مقتضی باشد، لازم الرعایه است. در واقع، دولتهای صاحب نفت که به ارزش و اهمیت نفت آگاه شدند، تازه دریافتند حکومتهای پیشین که وابستگان و دست نشاندهان دولتهای استعماری بودند، برخلاف اصل حاکمیت دولت بر منابع طبیعی، چه ماده گران و ارزشمندی را به چه ثمن بخشی فروخته اند و چه تعهدات محدودکننده ای را یک طرفه پذیرفته اند. دولتهای صاحب نفت در سودای احیای حق حاکمیت خود اقدام به ملی کردن نفت یا فسخ قراردادهای نفتی نمودند. شرکتهای نفتی هم در مقابل، مبادرت به طرح دعوا و مطالبه غرامت کردند.

۱۵- تشکیل جامعه ملل در سال ۱۹۲۲، پس از پایان جنگ جهانی اول، مطرح شدن حق تعیین سرنوشت ملتها، روند استعمارزدایی و نیز پیروزی انقلاب سوسیالیستی در روسیه شوروی و انقلاب دهقانی در مکزیک و سرایت آن به سایر کشورهای امریکای لاتین، دولتهای صاحب نفت را در رأی خود ثابت قدم تر کرده و اعتماد به نفس بیشتری به آنها داده بود. این دولتها به عنوان گام نخست در استیفای حق تعیین سرنوشت، در مقام تعدیل شرایط نابرابر قراردادهای امتیاز و حق لغو و فسخ یک طرفه آنها و ملی کردن منابع طبیعی خود برآمدند و برای اعاده و حفظ حق حاکمیت و مالکیت خود بر منابع طبیعی نظیر نفت، در مقابل شرکتهای نفتی قدامت کردند. بعضی کشورهای امریکای لاتین در این راه چنان تند و تیز پیش رفتند که حتی تعهد دولت به پرداخت غرامت در برابر ملی کردن اموال خارجیها را نیز نفی کردند.

۱۶- از آنچه گفتیم معلوم می شود که از نظر حقوقی، سبب ادعا در دعاوی نفتی، اقدام طرف دولتی به نقض قرارداد یا ملی کردن آن بوده است و رویه داوری نیز در دعاوی ای بوجود آمده که شرکتهای نفتی به علت نقض قرارداد یا ملی کردن نفت از جانب طرفهای دولتی قرارداد علیه طرف دولتی مطرح کرده اند (از قضا اهمیت رویه دعاوی نفتی و ارتباط آن با بحث ما نیز در همین نکته است و می تواند ما را در پیش بینی وضعیت احتمالی مشابه در آینده یاری کند). اگر قرار باشد فهرستی از دعاوی نفتی مهم (و نه تمام آنها) که به ایجاد رویه حقوقی منجر شده اند، ارائه کنیم، نمونه های زیر قابل ذکر است:

۱. دعوی شرکت اینترنشنال ماراین علیه حاکم قطر (۱۹۵۳)؛

۲. دعوی شرکت پترولیوم دیولوپمنت علیه شیخ ابوظبی (۱۹۵۲)؛

۳. دعوای شرکت آرامکو علیه دولت عربستان (۱۹۵۸)؛
۴. دعوای شرکت نفت ایران و انگلیس علیه ایران (۱۹۵۳)؛
۵. دعوای شرکت سافیر علیه شرکت نفت ایران (۱۹۶۷)؛
۶. دعوای شرکت بی. پی. علیه دولت لیبی (۱۹۷۳)؛
۷. دعوای شرکت تاپکو علیه دولت لیبی (۱۹۷۹)؛
۸. دعوای شرکت لیامکو علیه دولت لیبی (۱۹۷۷)؛
۹. دعوای شرکت امین اوایل علیه دولت کویت (۱۹۸۲)؛
۱۰. دعوای شرکتهای عضو کنسرسیوم علیه شرکت نفت ایران (۱۹۸۴)؛
۱۱. دعوای شرکت سدکو علیه شرکت ملی نفت ایران (۱۹۸۶)؛
۱۲. دعوای شرکت آموکو علیه شرکت ملی نفت ایران (۱۹۸۶).

البته قبل از دعوای فوق، مسئله غرامت در پاره‌ای از دعوای مطروحه نزد دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری و خلف آن دیوان بین‌المللی دادگستری نیز مطرح شده است. مهمترین پرونده‌ای که مسئله غرامت در ازای سلب مالکیت در آن مورد بحث قرار گرفته، قضیه کارخانه کورزوف است که در دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری مطرح شده بود و بعداً درباره آن توضیح خواهیم داد.

۱۷- این دعوای، جملگی در داوری مطرح شده و مورد حکم قرار گرفته‌اند. توضیح آنکه دعوای نفتی کمتر در محاکم دادگستری مطرح می‌شود، زیرا شرکتهای نفتی ارجاع اختلافات ناشی از قرارداد به دادگاههای دولتی را - خصوصاً دادگاههای طرف دولتی قرارداد - نمی‌پذیرند. طرفهای دولتی قرارداد هم حاضر نیستند به صلاحیت محاکم دولت متبوع طرف مقابل یا حتی محاکم دولت ثالث تسلیم شوند. به همین لحاظ، دعوای و اختلافات ناشی از قراردادهای نفتی معمولاً به داوری ارجاع می‌شود. باری، آرای داوری که در دعوای فوق صادر شده و رویه داوری در دعوای نفتی را رقم زده است، به قلم داور یا داورانی است که اغلب از بین حقوقدانان برجسته و نامدار انتخاب شده‌اند و از این‌رو از اعتبار و اهمیت حقوقی زیادی برخوردار است. به هر حال، منظور از رویه داوری نفتی، برداشتها و یافته‌هایی است که در آرا و احکام داوری در دعوای کمابیش مشابه ارائه شده و مورد تأیید قرار گرفته است.

۱۸- با توجه به پیچیدگیهای قراردادهای نفتی و گزاف بودن مبالغ مورد ادعا، موضوعات حقوقی و مالی مختلفی در این دعوای مطرح می‌شود که مرجع داوری ناگزیر است نسبت به آنها اظهار نظر کند و تصمیم بگیرد. به همین جهت آرای داوری نفتی بسیار مفصل و حجیم و متضمن تجزیه و تحلیل‌های دقیق از موضوعات حقوقی و مالی است. در بین موضوعات مهمی که در اغلب دعوای نفتی مطرح شده و در آرای داوری مورد بحث قرار گرفته و به علت تکرار، ارزش رویه‌ای

یافته، می‌توان به موارد زیر اشاره نمود: ماهیت قرارداد نفتی، قانون حاکم بر قرارداد، حق حاکمیت طرف دولتی قرارداد و آثار آن بر قرارداد، ملی‌کردن حقوق و اموال شرکت نفتی خارجی، مسئولیتهای طرف دولتی، پرداخت خسارت و بالاخره مسئله غرامت و خصوصاً میزان غرامت قابل پرداخت.^۲

۱۹- مهمترین و مرتبطترین بخش از رویه داوری نفتی با مباحث ما، یکی از حیث سلب مالکیت و ملی‌کردن قرارداد و بویژه تعهدات و مسئولیتهای قراردادی طرفین و دیگری ضابطه غرامت قابل پرداخت در صورت ملی‌کردن یا تخلف طرف دولتی از قرارداد می‌باشد. مورد اول تابع اوضاع و احوال در هر مورد خاص است که باید جداگانه بررسی شود، و جنبه ساینترکتیو دارد؛ اما مورد دوم، یعنی «ضابطه غرامت»^{*} در همه دعاوی مشترک است و به‌صورت یک رویه کلی، قابل استنباط و طرح می‌باشد و چون آبژکتیو است، ارزش رویه‌ای دارد. در این نوشته توجه و تأکید ما بیشتر حول همین «ضابطه غرامت» است. در دعاوی نفتی، مرجع رسیدگی پس از احراز مسئولیت طرف دولتی، مبادرت به تعیین غرامت قابل پرداخت نموده است و در این کار موازین و ضوابطی را به کارگرفته که اینک می‌تواند به‌عنوان رویه داوری بین‌المللی، راه ما را در پیش‌بینی موارد مشابه هموار سازد. مع‌ذلک ذکر دو نکته لازم است: اول اینکه رویه‌های مورد بحث در دعاوی گوناگون که هرکدام مشخصات خاص خود را دارند، بوجود آمده و در طول زمان متحول گردیده است، لذا نباید آنها را با اصول و موازین حقوقی ثابت، یکسان دانست. دوم آنکه برخلاف دعاوی داخلی که دادگاهها معمولاً مأخوذ به رویه قضایی (بویژه تصمیمات دیوان کشور) می‌باشند، در دعاوی بین‌المللی، قاعده تبعیت از تصمیمات قبلی وجود ندارد، هر چند مراجع داوری بین‌المللی، نسبت به تصمیمات و آرای داوری که قبلاً در موارد مشابه صادر شده است، بی‌اعتنا نیستند. بنابراین، با اینکه آرای داوری در دعاوی نفتی به مانند قانون، لازم‌الرعایه نیست، اما در عمل، در کنار سایر منابع حقوقی، در دعاوی مشابه نقش هدایت‌کننده و بعضاً تعیین‌کننده دارند.

ب- رویه‌های داوری

۲۰- از بین رویه‌های داوری که برشمردیم، به نظر ما مهمترین آرای داوری که بیشترین

۲. نقد و بررسی تفصیلی موضوعات مختلفی که در آرای داوری نفتی مورد بحث قرار گرفته، و بویژه تحولی که در حقوق و رویه داوری بین‌المللی درآفکنده، محتاج نوشته مستقل دیگری است. برای ملاحظه نمونه‌ای از این نقد و بررسی‌ها که درباره رأی داوری در پرونده امین اوایل (۱۹۸۲) نوشته شده، مراجعه کنید: احمد القشیری و دکتر ریاض، «قانون حاکم بر نسل جدید قراردادهای نفتی - چرخش در روند داوری»، شرح و ترجمه دکتر محسن محبی، مجله حقوقی، شماره ۲۹ (۱۳۸۲)، ص ۲۹.

*. Standard of compensation.

- تأثیر را در تشکیل رویه داوری مربوط به مسئله غرامت داشته‌اند، آرای زیر می‌باشند:^۳
- رأی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه کارخانه کورزوف (۱۹۲۸)؛
 - رأی داوری صادره در سه دعوای مطروحه علیه لیبی (۱۹۷۷-۱۹۷۳)؛
 - رأی صادره در پرونده شرکت امین اوایل علیه کویت (۱۹۸۲)؛
 - رأی صادره در پرونده سدکو علیه ایران (۱۹۸۶)؛
 - رأی صادره در پرونده کنسرسیوم علیه ایران (۱۹۸۶)؛
 - رأی پرونده آموکو علیه ایران (۱۹۸۶).

۱- قضیه کارخانه کورزوف

۲۱- گفتیم یکی از منابع حقوقی که در مورد پرداخت غرامت، در حقوق بین‌الملل به آن استناد شده، رویه داوری بین‌المللی است. مهمترین رویه‌ها در این زمینه در دعوای نفتی پس از جنگ جهانی دوم تولید شده است که آنها را به تفصیل مطالعه خواهیم کرد و نشان خواهیم داد گرچه اصل پرداخت غرامت در رویه داوری مورد تأیید قرار گرفته، لکن ضابطه تعیین غرامت، تابع نوع سلب مالکیت از حیث مشروع بودن یا نبودن آن است و به هرحال ضابطه غرامت کامل، تأیید نشده است. باری، مهمترین و تنها رویه قضائی در زمینه پرداخت غرامت که در نیمه اول قرن بیستم صادر شده، رأی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه کورزوف است. برای متمیم بحث، لازم است لختی در این رأی تأمل کنیم، خصوصاً که طرفداران غرامت کامل همواره به همین رأی استناد جسته‌اند و سعی کرده‌اند از آن یک قاعده کلی حقوق بین‌الملل بسازند. خواهیم دید که با همه اهمیتی که رأی صادره در پرونده کورزوف دارد، چنین نیست زیرا این رأی خاص سلب مالکیت به صورت غیرقانونی است.

۲۲- شک نیست که تصمیمات و آرای مراجع بین‌المللی بویژه دادگاه جهانی، یکی از منابع فرعی حقوق بین‌الملل است. اما در تفسیر این آرا و جایگاه آنها نباید راه افراط پیمود، زیرا جایگاه و نقش مهم تصمیمات مراجع بین‌المللی، تفسیر حقوق بین‌الملل موجود است که باید جای دیگری به اثبات رسیده باشد. قضیه کورزوف، تنها قضیه‌ای است که دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری فرصت یافته در زمینه سلب مالکیت بحث کند و رأی متعادل و معقولی صادر کند. در این رأی، قیمت بازار مال به اضافه سود آتی* ملاک غرامت قرار گرفته و همین نکته مورد

^۳. رأی صادره در پرونده آرامکو علیه عربستان سعودی (۱۹۷۰) نیز از جمله آرای داوری مهم است که حاوی نکات خوبی در زمینه ماهیت قراردادهای امتیاز و قانون حاکم است، اما چون مطلب مهمی در زمینه غرامت ندارد، از نقد و بررسی آن خودداری کردیم.

*. Future profit.

استناد و استفاده طرفداران غرامت کامل واقع شده، و از این نکته غفلت شده که این رأی راجع به سلب مالکیت به طور غیرقانونی است، زیرا سلب مالکیت با نقض عهدنامه منعقد بین آلمان و لهستان انجام شده بود و به هر حال ربطی به غرامت ناشی از ملی کردن‌های گسترده که در حقوق بین‌الملل، مجاز و مشروع است، ندارد.

۲۳- براساس قرارداد ۱۹۱۵ با آلمان، یک شرکت آلمانی در سیلیسای علیا کارخانه نیترا ت احداث کرده بود. سپس در سال ۱۹۱۹ دولت آلمان زمین و کارخانه کورزوف را به یک شرکت آلمانی دیگر فروخت. پس از عهدنامه درسای دادگاه سیلیسای رأی داد که زمین کارخانه باید به خزانه لهستان مسترد شود و واگذاری آن به شرکت آلمانی دوم را ابطال نمود. آنگاه دولت لهستان به‌موجب یک فرمان دولتی، مدیریت کارخانه کورزوف را به یک مقام لهستانی واگذار کرد. در سال ۱۹۲۶ موضوع به دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری ارجاع شد. موضوع این بود که آیا گرفتن کارخانه توسط لهستان نقض کنوانسیون ۱۹۲۲ منعقد بین آن کشور و آلمان محسوب می‌شود یا نه. به عبارت دیگر آیا سلب مالکیت از کارخانه مذکور، مشروع بوده یا نه. در ماده ۶ این کنوانسیون مقرر شده بود که لهستان می‌تواند صنایع بزرگ را در سیلیسای علیا ملی کند، مشروط به اینکه حقوق اتباع یا شرکت‌های آلمانی را در این صنایع بپردازد. در مرحله اول دیوان دائمی اعلام کرد که گرفتن کارخانه، به‌منزله نقض کنوانسیون ۱۹۲۲ است و نامشروع محسوب می‌شود. مذاکرات آلمان و لهستان برای اعاده وضع یا پرداخت غرامت به نتیجه نرسید و آلمان علیه لهستان طرح دعوا نمود و خسارت مطالبه کرد. لهستان ایراد عدم صلاحیت کرد که رد شد؛ دیوان سرانجام در سال ۱۹۲۸ بر علیه لهستان رأی داد و این دولت را به علت سلب مالکیت نامشروع، به پرداخت غرامتی معادل اعاده وضع* محکوم نمود. قسمت ذی‌ربط از رأی دیوان دائمی چنین است:

« اصل کلی جبران خسارت در عمل غیرقانونی [دولت] که به‌نظر می‌رسد به‌موجب رویه بین‌المللی بویژه تصمیمات مراجع دآوری محرز و مسلم تلقی شده، این است که جبران خسارت [ناشی از چنین عملی] باید تا جایی که ممکن است چنان وسیع باشد که آثار عمل غیرقانونی را مرتفع سازد و وضعیتی را که در صورت عدم وقوع آن عمل، وجود داشت، مجدداً اعاده کند. اگر اعاده وضع به حال اول ممکن نباشد، اصول مربوط به تعیین غرامت ناشی از عمل غیرقانونی چنین است: پرداخت مبلغی معادل ارزش مال با فرض اعاده وضع و نیز در صورت لزوم صدور حکم به پرداخت خسارتی که حتی با اعاده وضع یا پرداخت مبلغی به جای آن، بلاجبران باقی می‌ماند».^۴

*. Restitution.

4. Germany and Poland, PCIJ Reports, (1928) Series A, No.17.

۲۴- بیان ساده‌تر از رأی دیوان دائمی آن است که در سلب مالکیت به‌طور غیرمشروع، مانند عمل لهستان در گرفتن کارخانه کورزوف که با نقض کنوانسیون ۱۹۲۲ صورت گرفته، جبران خسارت عبارت است از اعاده وضع و رفع اثر سلب مالکیت، و در صورتی که اعاده وضع ممکن نباشد، پرداخت خسارتی معادل آن به اضافه مبلغی بابت خساراتی که حتی در صورت اعاده وضع، جبران نمی‌شود. همین قسمت از رأی است که معمولاً به‌عنوان عدم‌النفع یا غرامت کامل مورد استناد واقع می‌شود.^۵ اما پیداست که دیوان دائمی در مقام تعیین غرامت سلب مالکیت به‌نحو مشروع نبوده است، بلکه استدلال او مبتنی بر این است که هدف از کنوانسیون ۱۹۲۲ درواقع حفظ وضع مالکیت موجود در سیلیسای علیا بوده و حکم به اعاده وضع در واقع بنا به همین ملاحظه صادر شده که مالک (شرکت آلمانی) را در وضعیت قبل از گرفتن کارخانه قرار دهد که چون عملاً ممکن نبوده، لهستان را به خسارت معادل اعاده وضع به اضافه خسارت دیگر محکوم نموده است.

پس از اینکه دیوان دائمی مبانی و چارچوب حقوقی غرامت را تعیین نمود، یک گروه کارشناس برای تقویم خسارت منصوب نمود، اما در جریان ارزیابی و به بهانه کارشناسی، مطالب دیگری مطرح شد که از ابعاد حقوقی مذکور در رأی دیوان، فراتر می‌رفت و به‌همین لحاظ مورد انتقاد واقع شده است.^۶

۲۵- در داوری‌های موردی، مهمترین پرونده قابل ذکر دعوای آجیپ علیه کنگو است که در داوری ایکسید* مطرح شده است. شرکت آجیپ مدعی بود که دولت کنگو از او سلب مالکیت نموده و باید غرامت کامل بپردازد. دیوان داوری ذی‌ربط در این پرونده با توجه به ماده ۴۲ کنوانسیون ۱۹۶۵ ایکسید، قانون داخلی کنگو را قابل اعمال دانست و بر همان اساس رأی به جبران خسارت به اضافه سود از دست رفته آتی صادر کرد.^۷ پیداست صدور رأی براساس قانون داخلی، نمی‌تواند در شمار منابع حقوق بین‌الملل درآید و این قبیل آرا نشان‌دهنده اصل غرامت کامل در حقوق بین‌الملل نیست.

۵. در نظرات شخصی بعضی قضات دیوان بین‌المللی دادگستری نیز اشاراتی به غرامت کامل شده، اما پیداست که این نظرات ارزش رویه‌ای ندارند. رک. نظریه جداگانه قاضی گراس (Gros) در قضیه بارسلونا تراکشن (رک. ICJ 1970/R274 R Rep. نیز رک. نظریه مخالف قاضی کارنیو در قضیه نفت ایران و انگلیس (ICJ Rep. 1952, p.151).

۶. حجازی، احمد، «معیارهای سنجش اموال مصادره شده بیگانگان در آرای دیوان داوری ایران - آمریکا»، شماره ۱۴-۱۵ مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ص ۳۳.

*. ICSID.

7. AGIP v. Congo, 21 ILM., 1982, p. 726; also see: Benvenuti et Bonfant v. Gongo, 21 ILM., 1982.

۲- آرای داوری در دعاوی مطروحه علیه لیبی

۲۶- پس از سقوط رژیم پادشاهی لیبی در زمان ملک ادريس (۱۹۶۸)، دولت انقلابی جدید لیبی در سال ۱۹۷۱ قانونی وضع نمود و قرارداد امتیاز نفتی منعقد شده با شرکت بریتیش پترولیوم (اختصاراً بی. پی.) را لغو و اموال و دارایی‌های (بی. پی.) حاصل از این قرارداد امتیاز را ملی کرد. بهانه لیبی آن بود که دولت انگلیس به تصاحب سه جزیره ایرانی در خلیج فارس اعتراض نکرده و جلوی اقدام ایران را نگرفته است. علاوه بر این، در سال ۱۹۷۳ دولت انقلابی لیبی ۵۱٪ قراردادهای امتیاز را که دولت پادشاهی سابق لیبی با دو شرکت امریکایی به نام شرکت تگزاکو و شرکت کالیفرنیا آسیاتیک (اختصاراً «تاپکو» و یا «تگزاکو») منعقد کرده بود، ملی اعلام و متعاقباً بقیه ۴۹٪ آن را نیز ملی نمود. افزون بر این دو قرارداد، شرکت نفت لیبی و امریکا (لیامکو) نیز سه قرارداد امتیاز نفت با دولت سابق لیبی داشت که دولت انقلابی جدید سهام لیامکو را نیز ملی نمود. به این ترتیب، شرکتهای فوق که هر کدام قرارداد امتیاز با دولت پادشاهی لیبی داشتند، با استناد به مفاد قراردادهای خود به داوری مراجعه کرده و علیه دولت جدید لیبی طرح دعوا نمودند. به این ترتیب سه پرونده داوری جداگانه علیه لیبی تشکیل گردید که به سه پرونده داوری لیبی موسوم است:

دعای شرکت بی. پی. علیه دولت لیبی؛

دعای شرکت تاپکو علیه دولت لیبی؛

دعای شرکت لیامکو علیه دولت لیبی.

۲۷- البته دولت لیبی در هیچ کدام از این داوری‌ها شرکت نکرد و حتی از مشارکت در انتخاب و معرفی داور امتناع ورزید. در نتیجه، هر کدام از شرکتهای خارجی خواهان ناگزیر شدند مطابق قرارداد به رئیس دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ) مراجعه کرده و از او درخواست کنند که شخصی را به عنوان داور منصوب کند؛ ایشان هم به ترتیب آقای گونار لاگرگرن (سوئدی) را در پرونده بی. پی. آقای دوپویی (فرانسوی) را در پرونده تاپکو، و آقای صبحی محمصانی (لبنانی) را در پرونده لیامکو به عنوان داور معرفی و منصوب کرد.

۲۸- مفاد قراردادهای موضوع دعوا، بویژه از حیث قانون حاکم و شرط داوری کمابیش یکسان بود، به این معنی که طبق ماده (۷) ۲۸ هر سه قرارداد، در مورد قانون حاکم مقرر شده بود که قرارداد تابع قوانین لیبی و اصول مشترک آن با حقوق بین‌الملل به نحوی که دیوانهای بین‌المللی اعمال می‌کنند، می‌باشد. به موجب ماده ۱۶ این قراردادها دولت لیبی از وضع هرگونه قانون یا تصمیم که شروط قرارداد را تغییر دهد ممنوع شده بود (شرط ثبات).

در هر سه پرونده، خواهانها مدعی بودند که اقدام دولت جدید لیبی در ملی کردن حقوق و اموال آنها، مطابق قراردادهای مربوط، غیرقانونی و غیرمشموع بوده است و به همین لحاظ به جای

مطالبه خسارت و غرامت، خواسته اصلی آنها لغو عمل ملی کردن و «اعاده وضع به حال اول» بود.^۸ در پرونده بی.پی. خواهان (شرکت بی.پی.) استدلال می کرد که اقدام دولت جدید لیبی در ملی کردن قرارداد او مبتنی بر انگیزه های سیاسی و تبعیض آمیز بوده است، زیرا این اقدام به عنوان اعتراض به تملک و تصاحب جزایر سه گانه تنب بزرگ، تنب کوچک و ابوموسی توسط ایران بود که با موافقت دولت انگلیس بوده، و بنابراین ملی کردن قرارداد، غیرقانونی بوده و معتبر نیست.

۲۹- در پرونده تاپکو، خواهان مدعی بود که قرارداد فی مابین تابع اصول حقوق بین الملل است و ملی کردن حقوق و اموال او برخلاف مفاد قرارداد بوده و دولت لیبی حق فسخ یک طرفه قرارداد را نداشته است. در پرونده لیامکو نیز شرکت خواهان ملی کردن قرارداد فی مابین را بدون پرداخت غرامت، غیرمشروع و غیرمجاز می دانست. در این پرونده خواهان معتقد بود که مهم نیست ضبط اموال و حقوق قراردادی او نقض قرارداد تلقی شود یا سلب مالکیت و مصادره، زیرا با درخواست «اعاده وضع به حال اول»، جبران خسارات خواهان باید طوری باشد که او را به وضعیت اقتصادی قبل از ملی کردن برگرداند، به نحوی که گویی قرارداد ملی نشده است. با این وصف، خواهان اعتقاد داشت که باید روش ارزیابی ای به کار گرفته شود که به چنین نتیجه ای منتهی شود؛ یعنی خسارات واقعی، به اضافه خسارات عدم النفع و بهره.

چنانکه خواهیم دید، به جز رأی صادره در پرونده لیامکو که تا حدودی متفاوت است، در دو پرونده دیگر رأی دآوری مؤید خواسته خواهانها می باشد. با ذکر این مقدمه، مفاد آرای دآوری در پرونده های سه گانه لیبی را جداگانه و با تفصیل بیشتر بررسی می کنیم.

۲-۱- رأی دآوری در قضیه بی.پی. (۱۹۷۳)^۹

۳۰- در این پرونده، آقای لاگرگرن حقوقدان برجسته سوئدی داور منفرد بود. وی در رأی صادره استدلال کرد که طبق حقوق بین الملل، ملی کردن در صورتی مشروع و مجاز است که برای حفظ نفع عامه بوده باشد، ضمن آنکه نمی بایست تبعیض آمیز باشد، در حالی که اقدام

۸. اعاده وضع (*restitutio in integrum*) یکی از روشهای جبران خسارت مربوط به مسئولیت بین المللی است. دیوان دائمی بین المللی دادگستری در قضیه کارخانه «کورزوف» می گوید «اصل بنیادی این است که جبران باید حتی المقدور آثار عمل غیرمشروع را بزداید و وضع را مجدداً به همان حالتی برگرداند که اگر آن عمل رخ نمی داد، آن وضع وجود داشت». بنابراین اگر خسارت وارده ناشی از عمل خلاف حقوق بین الملل باشد، مانند سلب مالکیت به طور غیرمشروع، اعاده وضع مستلزم لغو ملی کردن است. طرح کمیسیون حقوق بین الملل (ILC) راجع به مسئولیت دولت (طرح سال ۱۹۹۶) درباره اعاده وضع به عنوان یکی از طرق جبران خسارت، موارد استثنای آن را ذکر نموده است: اگر اعاده وضع غیرممکن باشد؛ اگر متضمن قاعده آمره حقوق بین الملل باشد؛ اگر برخلاف اصل تناسب مسئولیت با عمل خلاف حقوق بین الملل، موجب تعهد شود؛ و بالاخره اگر باعث تهدید استقلال سیاسی یا ثبات اقتصادی کشور متخلف گردد (این استثنا در اصلاحیه سال ۲۰۰۱ طرح کمیسیون حذف شده است).

9. British Petroleum v. Libya, 53 ILR., p. 297.

دولت لیبی در ملی کردن قرارداد از انگیزه‌ها و ملاحظات سیاسی ناشی شده و هدف واقعی آن مقابله با دخالت ایران و تصاحب جزایر سه گانه بوده است؛ بنابراین این اقدام آشکارا تبعیض آمیز بوده و خلاف موازین حقوق بین الملل و غیرمشروع می باشد. آقای لاگرگرن با ذکر مقدمه ای، اعلام داشت در چنین مواردی، طریق مناسب جبران غرامت عبارت است از حکم به «اعاده وضع به حال اول»، یعنی لغو عمل ملی کردن، اما چون حکم به اعاده وضع و سلب اثر از عمل دولت به معنای مقابله با حاکمیت دولت است و الزام دولت به «اعاده وضع» در عمل ممکن نیست، بنابراین باید حکم به خسارت مالی داد، منتها خسارتی که معادل «اعاده وضع به حالت اول» باشد.^{۱۰} معنای این حکم آن است که میزان و مبلغ خسارت باید طوری محاسبه شود که با «اعاده وضع» یکسان باشد. پیداست که چنین خسارتی شامل خسارات واقعی و نیز خسارات عدم النفع خواهد بود که مبلغ هنگفتی را تشکیل می دهد.

۳۱- رأی صادره در پرونده بی.پی. ناظر به مسئولیت* دولت لیبی است. مرجع دآوری، ارزیابی و تقویم خسارات** را به مرحله بعدی رسیدگی موکول نمود. البته طرفین مدتی بعد موضوع را با مصالحه خاتمه دادند و دولت لیبی مبلغی به بی.پی. پرداخت نمود. رأی صادره در قضیه بی.پی. دو نکته مهم دارد: یکی اینکه اقدام لیبی در ملی کردن را تبعیض آمیز و غیرمشروع دانسته و دوم اینکه از محدود رویه های دآوری است که به «اعاده وضع» رأی داده است، منتها چون اجرای آن را خلاف حاکمیت دولت دانسته، به غرامت رأی داده و استاندارد غرامت کامل را اعمال کرده است.

۲-۲- رأی صادره در قضیه تاپکو (۱۹۷۷)^{۱۱}

۳۲- آقای پروفیسور دوپویی داور منفرد در پرونده تاپکو (یا «تگزاکو») بود. در قضیه «تاپکو» خواهان مدعی بود که ملی کردن قرارداد او غیرمشروع بوده است. رأی مرحوم دوپویی در این پرونده، نقطه عطف مهمی در رویه دآوری بین المللی در دعاوی نفتی است که سالها موضوع نقد و بررسی موافقین و مخالفین بوده است. به موجب این رأی، در مواردی که ملی کردن با رعایت موازین حقوق بین الملل نباشد، خسارت مناسب عبارت است از حکم به «اعاده وضع به

۱۰. بر این استدلال می توان افزود که از نظر حقوقی دلیلی وجود ندارد تا شرکت خارجی (خواهان) که یک شرکت خصوصی است به دریافت غرامت رضایت ندهد و به اعاده وضع اصرار ورزد. جنبه های مختلف مسئله اعاده وضع به حال سابق، به تفصیل در قضیه کارخانه کورزوف (دعوی لهستان علیه آلمان) مورد بحث قرار گرفته است.

Chorzow Factory Case, PCIJ., series A, No.17 (1922), p.47.

*. Liability.

**. Quantification.

11. Texaco v. Libya, 53 ILR., p. 381.

حال اول»، یعنی قرار دادن شرکت خواهان در وضعیت قبل از ملی شدن قرارداد او. رأی داوری در پرونده تاپکو، عمل لیبی در مورد ملی کردن را خلاف تعهدات قراردادی این دولت دانسته و آن را غیرقانونی اعلام نمود؛ از همین رو، لیبی ملزم به «اعاده وضع» گردید. رأی مذکور در مورد میزان خسارت قابل پرداخت، به قطعنامه شماره ۱۸۰۳ مجمع عمومی سازمان ملل متحد (۱۹۶۲) اشاره می کند. این قطعنامه ضمن به رسمیت شناختن حق دولتها در ملی کردن منابع طبیعی، اعلام می دارد در صورت ملی کردن یا مصادره اموال خارجیها، دولت مورد نظر باید «غرامت مناسبی طبق موازین حقوق بین الملل» پرداخت نماید. به نظر آقای دوپویی این قطعنامه بازگوکننده عقیده عمومی حقوقدانان* در مورد غرامت قابل پرداخت می باشد. ایشان، سپس به ارزیابی قطعنامه بعدی مجمع عمومی به شماره ۳۲۸۱ موسوم به منشور حقوق و وظایف اقتصادی دولتها (۱۹۷۴) می پردازد؛ در این قطعنامه، قید «غرامت طبق حقوق بین الملل» حذف و به جای آن مقرر گردید که در صورت ملی کردن اموال خارجیها، دولت ملی کننده باید «طبق موازین حقوق داخلی» غرامت بپردازد (بند ۲ (۲) قطعنامه مذکور). به عقیده آقای دوپویی، این قطعنامه نمی تواند حاکی از اجماع و نظر عمومی حقوقدانان باشد و بنابراین الزام آور نیست، زیرا این قطعنامه تنها به تأیید کشورهای در حال توسعه رسیده و بسیاری از کشورهای غربی به آن رأی نداده اند. چنانکه پیداست، هدف از این استدلال، در کنار سایر استدلالهایی که در رأی تاپکو آمده، آن است که قرارداد را تابع موازین حقوق بین الملل قرار دهد و نتیجه بگیرد که عمل دولت لیبی در ملی کردن قرارداد تاپکو، مشمول حقوق بین الملل است.

۳۳- در مورد جبران خسارت مورد ادعای شرکت تاپکو و استاندارد غرامت، رأی استدلال را از تجزیه و تحلیل شرط قانون حاکم شروع می کند و می گوید قرارداد «بین المللی شده» و از حکومت قانونی لیبی خارج است. این رأی سپس به جستجوی ضابطه غرامت در حقوق بین الملل می پردازد و مقرر می دارد «غرامت مناسب» در ملی کردن غیرمشروع که بدون رعایت مفاد قرارداد صورت گرفته (قراردادهای نفتی لیبی متضمن شرط ثبات بود) طبق حقوق بین الملل، عبارت است از «اعاده وضع به حال اول»، یعنی لغو ملی کردن و اعاده مالکیت به شرکت خارجی مربوط.

۳۴- بعضی حقوقدانان در تفسیر این قسمت از رأی تاپکو، گفته اند منظور از «غرامت مناسب طبق حقوق بین الملل» همان «غرامت کامل» به معنا و مفهومی است که در کشورهای سرمایه فرست مثل امریکا فهمیده می شود، و معادل «قیمت کامل بازار»** اموال شرکت خارجی

*. *Opini juri*.

** . Full market value.

است که ملی شده است، و این همان فرمول «غرامت مناسب»^{*} است که در «اصلاحیه دوم قانون روابط خارجی امریکا» (۱۹۸۵) آمده است. به عبارت دیگر، به عقیده ایشان غرامت مناسب، همان «غرامت کامل» سه جزئی است، یعنی «غرامت مناسب، فوری و مؤثر» که به «فرمول هال» نیز معروف است.^{۱۲}

۳۵- چنانکه گفتیم، رأی داوری در پرونده تاپکو که در سال ۱۹۷۷ صادر شده، به قلم یک استاد فرانسوی نامدار در حقوق بین‌الملل، مرحوم پروفیسور دوپویی است. این رأی با استقبال شرکتهای نفتی و کشورهای غربی متبوع آنها مواجه شد؛ زیرا در واقع، این رأی با تفسیر موسع از موازین حقوق بین‌الملل در زمینه ملی‌کردن قراردادهای دولتی، قانون حاکم بر قرارداد، شرط تثبیت و بالاخره حکم به اعاده وضع و بویژه میزان غرامت، منافع شرکتهای نفتی را تأمین می‌کرد. از قضا به همین دلیل، به همان مقدار که این رأی مورد اقبال و استقبال شرکتهای نفتی قرار گرفته، از جانب کشورهای در حال توسعه و شرکتهای نفتی آنها - که اغلب دولتی هستند - و نیز حقوقدانان معتدل‌تر غربی، مورد انتقاد قرار گرفته است. عمده‌ترین انتقادهای وارده به این رأی به خاطر محدودیتهای زیادی است که برای آزادی عمل و حق حاکمیت دولتها در مورد منابع طبیعی قائل شده است. از جمله دیگر انتقادات وارد بر رأی تاپکو ضعف استدلال در مورد غیرمحمولی کردن یا خارج کردن قرارداد از حکومت حقوق داخلی کشور طرف قرارداد و سپس بین‌المللی دانستن^{} قراردادهای «موسوم به قرارداد توسعه اقتصادی» که بین دولتها و اشخاص خصوصی مانند شرکتهای نفتی منعقد می‌شود، بی‌توجهی به قانون داخلی حاکم بر قرارداد (ماده ۲۸ قرارداد: حقوق لیبی و اصول مشترک آن با حقوق بین‌الملل)، الزام آور دانستن قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل به‌عنوان «عقیده عمومی حقوقدانان» و بالاخره مبالغه در شیوه جبران خسارت با حکم به اعاده وضع به حال اول می‌باشد.^{۱۳}**

۳۶- چنانکه دیدیم، تا جایی که به مباحث ما مربوط می‌شود، مهمترین نکته‌ای که در رأی «تاپکو» مورد بحث قرار گرفته، عبارت است از حکم به اعاده وضع و سپس غرامت کامل به‌عنوان یک قاعده حقوق بین‌الملل. برای اینکه مبانی حقوقی و بستر استدلال کافی برای چنین حکمی فراهم شود، رأی صادره به شرح و بسط تئوری بین‌المللی کردن قراردادهای توسعه اقتصادی پرداخته و می‌گوید این نوع قراردادهای از حوزه شمول قوانین داخلی کشور طرف قرارداد

*. Adequate compensation.

12. Penela Gann, "Compensation Standard for Expropriation", Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 23, 1983, p. 628.

** Internationalisation.

۱۳. در مورد نقد عالمانه پروفیسور فرانسوا ریگو نسبت به رأی «تاپکو»، تحت عنوان «خدایان و قهرمانان» رک. یک رأی داوری و دو نقد، ترجمه دکتر مرتضی کلانتریان، انتشارات آگاه (۱۳۷۹)، ص ۱۴۳.

خارج است و مشمول اصول و موازین «حقوق بین الملل قراردادی» است و در نتیجه طرف دولتی قرارداد (در بحث ما، دولت لیبی) نمی تواند صرفاً به استناد قوانین داخلی خود، در قرارداد دخالت کند یا شرایط آن را یک طرفه تغییر دهد. ویژگی مهم رأی «تاپکو» در همین قسمت است که با رد مفهوم «قرارداد اداری» در حقوق فرانسه، نقش و اثر حضور و طرفیت دولت در قرارداد را یک سره نادیده می گیرد. از قضا، بیشترین انتقاد نسبت به رأی مذکور ناظر به همین مورد است.^{۱۴} باری، رأی «تاپکو» همانند رأی صادره در قضیه بی.پی. تنها ناظر به مسئولیت است. این رأی میزان غرامت را به مرحله بعدی رسیدگی موکول نمود، لکن دولت لیبی با پرداخت هفتاد و شش میلیون دلار به هریک از دو شرکت امریکایی خواهان، به صورت تحویل نفت خام ظرف پانزده ماه، دعوا را حل و فصل کرد.

۳-۲- رأی داوری در قضیه لیامکو (۱۹۷۷)^{۱۵}

۳۷- سومین دعوایی که در دهه ۱۹۷۰ به دنبال ملی کردن نفت در لیبی (۱۹۷۳) علیه آن دولت اقامه شد، دعوایی بود که شرکت نفت لیبی - امریکا (لیامکو) مطرح کرد. شرکت «لیامکو» صاحب ۲۵٪ از سه قرارداد امتیاز نفتی بود که با دولت سابق لیبی منعقد شده بود. دولت جدید و انقلابی لیبی ابتدا ۵۱٪ از سهام شرکت لیامکو را ملی کرد، اما زمانی که این شرکت در داوری علیه لیبی طرح دعوا نمود، لیبی بقیه سهم او را نیز ملی اعلام نمود. دولت لیبی از شرکت در این داوری، مانند دو داوری دیگر، امتناع ورزید و لیامکو طبق قرارداد برای انتخاب داور به رئیس دیوان بین المللی دادگستری مراجعه کرد که او نیز آقای دکتر صبحی محمسانی از لبنان را به عنوان داور منفرد منصوب نمود.

۳۸- داور رسیدگی کننده به این دعوا، در مورد قانون حاکم بر قرارداد، به ماده (۷) ۲۸ قراردادهای امتیاز مراجعه کرد که با مضمون مشابهی در قراردادهای شرکت بی.پی. و شرکت تاپکو نیز آمده بود. این ماده مقرر می داشت قانون حاکم بر قرارداد عبارت است از اصول مشترک حقوق لیبی و حقوق بین الملل، و اگر چنین اصول مشترکی وجود نداشته باشد، قرارداد تابع اصول کلی حقوقی و از جمله اصول مورد عمل در دادگاههای بین المللی خواهد بود. به نظر آقای دکتر محمسانی - برخلاف دو داور دیگر در پرونده بی.پی. و پرونده تاپکو - این ماده شامل کلیه قوانین و مقررات داخلی لیبی، از جمله قانون امتیاز نفت، قوانین عمومی و خصوصی لیبی مانند قانون مدنی و نیز حقوق اسلامی، و عرف و انصاف می گردد.

۱۴. محبی، دکتر محسن، «دیوان داوری دعوای ایران - ایالات متحده: ماهیت، ساختار، عملکرد»، ترجمه محمد حبیبی، انتشارات فردا (۱۳۸۳)، صص ۱۶۴-۱۷۱.

15. *Liamco v. Libya*, 20 ILM. (1981), p. 67.

به این ترتیب، رأی صادره در پرونده لیامکو با ارائه تفسیری عینی* از قانون حاکم بر قرارداد، سعی کرده تا بین اصول کلی حقوق لیبی از جمله اصول حقوق اسلامی و عرف و انصاف از یک طرف، و اصول حقوق بین الملل مانند اصل حقوق مکتسبه، اصل منع دارا شدن غیرعادلانه، اصل الزام آور بودن قراردادهای، اصل رعایت عرف و انصاف و نیز اصل جبران خسارت از طرف دیگر، رابطه‌ای برقرار کند و یک رژیم حقوقی منسجم از شرط قانون حاکم بر قرارداد به دست دهد. اهمیت این قسمت از رأی لیامکو در آن است که آقای محمصانی با همین تفسیر از قانون حاکم، به مسئله غرامت می‌پردازد که ذیلاً درباره آن توضیح می‌دهیم.

۳۹- در رأی داوری بی.پی. آقای لاگرگرن (داور پرونده بی.پی.) درباره قانون حاکم بر قرارداد گفته است اگر اصول حقوق لیبی با اصول حقوق بین الملل هماهنگ و مشترک نباشد، باید به اصول کلی حقوقی که بین سیستم‌های حقوقی مختلف مشترک است، مراجعه نمود. به عقیده ایشان این اصول، از جمله شامل اصولی است که دادگاهها و مراجع بین المللی در دعاوی مختلف اجرا کرده‌اند؛ در حالی که آقای دوپویی (داور پرونده تاپکو) می‌گوید اصول حقوق بین الملل، لزوماً با اصول کلی حقوقی یکی نیست و قلمرو اصول حقوق بین الملل وسیع تر است. به عبارت دیگر، به نظر ایشان اصول کلی حقوقی یکی از منابع حقوق بین الملل است، که قانون حاکم بر قرارداد می‌باشد. اما آقای دوپویی از این نکته غافل ماند که ماده ۲۸ هر سه قرارداد نفتی در دعاوی مطروحه علیه لیبی، متضمن یک روند دو مرحله‌ای در مورد قانون حاکم بر قرارداد است؛ در مرحله اول اصول مشترک حقوق لیبی و حقوق بین الملل و در مرحله دوم اگر چنین اصولی یافت نشود، اصول کلی حقوقی از جمله اصول مورد عمل در دادگاههای بین المللی اعمال می‌شود. بنابراین پیداست که از نظر قرارداد، اصول حقوق بین الملل مستقل از اصول کلی حقوقی است و رابطه عام و خاص بین آنها برقرار نیست.

۴۰- رأی داوری «لیامکو» در مورد ماهیت قراردادهای نفتی، همانند رأی «تاپکو»، مقرر می‌دارد که این قراردادهای از نوع «قرارداد توسعه اقتصادی» است، اما دارای ماهیت دوگانه عمومی و خصوصی می‌باشد، که جنبه خصوصی آنها غلبه دارد و لذا تابع احکام قراردادهای خصوصی می‌باشد. شروط و تضمینهای متعددی که در این قراردادهای درج می‌شود، به نفع طرف خصوصی (شرکت خارجی) است؛ تعهداتی که طرف دولتی برای رعایت حقوق این شرکتها به عهده می‌گیرد (مانند شرط ثبات) مؤید همین واقعیت است. در غیاب چنین شروطی، دولت می‌تواند مفاد قرارداد را به طور یکجانبه تغییر دهد، اما با درج این قبیل شروط، هرگونه تغییر در قرارداد موکول به توافق و تراضی طرفین است. به نظر آقای محمصانی، ماهیت امتیازی بودن قراردادهای نفتی

*. Objective.

حقوق خاصی برای دولت ایجاد نمی‌کند، زیرا عملیات و اقدام کشور صاحب امتیاز در زمینه منابعی مانند نفت، جزو فعالیت‌های خصوصی دولت است که از جمله فعالیت‌های تجاری محسوب می‌شود (اعمال تصدی)، بنابراین قراردادهای مزبور جنبه خدمات عامه ندارد تا مطابق آن دولت دارای حقوق و امتیازات خاصی باشد. با این وصف قراردادهای امتیاز هم تابع احکام کلی ناظر بر تعهدات و قراردادهای می‌باشد و در آن طرفین دارای حقوق مساوی می‌باشند؛ در نتیجه دولت نمی‌تواند با وضع قانون و عطف به ماسبق کردن آن، حقوق مکتسب شرکت خارجی را نقض کند. بنابراین در صورتی که دولت، ولو با وضع قانون، مبادرت به ملی کردن قرارداد نماید، باید خسارت شرکت خارجی را بپردازد.

۴۱- در مورد جبران خسارت و غرامت، لیامکو مدعی بود که ملی کردن حقوق و اموال او در قراردادهای امتیاز، بیست و سه سال زودتر از مدت قراردادهای انجام شده، لذا غیرقانونی و غیرمجاز بوده است. این شرکت با ذکر این استدلال اعلام داشت که جبران خسارت او باید به صورت «اعاده وضع به حال اول» باشد و در صورتی که اعاده وضع به هر علت متعذر باشد، باید خسارت او با پرداخت غرامت معادل آن که شامل پرداخت خسارت عدم‌النفع نیز هست، جبران شود.

۴۲- پیش از این گفتیم که آقای محمضانی تفسیر نسبتاً موسعی از ماده (۷) ۲۸ قرارداد در زمینه قانون حاکم ارائه نمود. ایشان اصول کلی حقوقی مورد اشاره در قرارداد را اعم از حقوق بین‌الملل دانسته (نه برعکس، چنانکه در رأی تاپکو آمده) و بدین سان سعی کرده تا از بین‌المللی کردن قرارداد اجتناب کند و حوزه اصول کلی حقوقی را چنان وسیع گرفته که حقوق لیبی هم در آن می‌گنجد. وی در زمینه غرامت از همین یافته‌های خود درباره قانون حاکم کمک می‌گیرد و می‌گوید چون در مورد عدم‌النفع که لیامکو مطالبه کرده، اصل مشترکی بین نظام حقوقی لیبی و اصول حقوق بین‌الملل وجود ندارد، پس باید به اصول کلی حقوقی مراجعه نمود؛ آنگاه به اصل انصاف که در نظام حقوق لیبی نیز شناخته شده استناد می‌کند و غرامت را توجیه می‌نماید.

۴۳- رأی داوری لیامکو در مورد اصل جبران خسارت، به‌عنوان بخشی از قانون حاکم می‌گوید: گرچه اصل مالکیت و اصل حقوق مکتسبه در حقوق لیبی و در حقوق بین‌الملل همواره مورد احترام بوده است، اما حقوق بین‌الملل حق ملی کردن را نیز برای دولتها شناخته است. رأی لیامکو در این خصوص به قطعنامه شماره ۱۸۰۳ مجمع عمومی سازمان ملل (۱۹۶۲) که براساس آن حق دولتها در ملی کردن منابع طبیعی با پرداخت خسارت طبق موازین حقوق بین‌الملل به رسمیت شناخته شده، اشاره کرده و آن را ملاک عمل می‌داند. این رأی قطعنامه بعدی مجمع عمومی به شماره ۳۲۸۱ را که در سال ۱۹۷۴ تصویب شده و از «غرامت طبق حقوق داخلی»

سخن گفته، از منابع حقوق بین‌الملل نمی‌داند و آن را حداکثر حاکی از رویه بعضی دولتها می‌داند. رأی داور لیامکو با ذکر این مقدمات نتیجه می‌گیرد که ملی کردن حقوق شرکت لیامکو فی‌نفسه تبعیض‌آمیز و غیرمشروع یا غیرقانونی نبوده است، اما عدم پرداخت غرامت از جانب لیبی را غیرمشروع می‌داند، زیرا برخلاف اصل جبران خسارت بوده است.^{۱۶}

۴۴- در این پرونده دولت لیبی اعلام کرده بود که حاضر است ارزش دفتری حقوق و اموال شرکت لیامکو - یعنی سرمایه‌گذاری لیامکو منهای درآمد او از محل امتیاز - را بپردازد، اما از نظر داور رسیدگی‌کننده به دعوا این مبلغ به منزله عدم پرداخت غرامت بود. بنابراین، داور باید درباره میزان غرامت قابل پرداخت تصمیم می‌گرفت. این مهم مستلزم آن بود که ابتدا مبنای حقوقی و قانونی حکم به غرامت (عدم‌النفع) تعبیه می‌گردید. آقای محمصانی با استعانت از بخشی که در زمینه قانون حاکم بر قرارداد ارائه نموده، به اصل انصاف استناد کرده و استدلال می‌کند که این اصل، هم در حقوق لیبی و هم در حقوق بین‌الملل و نزد دادگاههای بین‌المللی شناخته شده است و بنابراین دیوان می‌تواند به «غرامت منصفانه» حکم دهد.

به این ترتیب، برخلاف رأی بی.پی. و رأی تاپکو که به اعاده وضع و غرامت کامل رأی دادند، در رأی لیامکو «غرامت منصفانه» مورد حکم واقع شده است.

۴۵- در دو پرونده داور دیگر (پرونده بی.پی. و پرونده تاپکو) فقط مبنای غرامت (مسئولیت) و استاندارد آن مورد حکم قرار گرفته است؛ اما در پرونده لیامکو، داور مربوط علاوه بر حکم به مسئولیت لیبی، مبادرت به محاسبه و تعیین مبلغ غرامت نیز نموده و برای این منظور غرامت قابل پرداخت را به دو بخش تقسیم کرده است؛ یکی خسارات واقعی یعنی ارزش اموال عینی لیامکو که از او سلب مالکیت شده، و دیگری خسارات عدم‌النفع یعنی منافع آتی که لیامکو می‌توانست، در صورت ملی نشدن قرارداد، در طول بیست و سه سال باقی‌مانده از عمر قرارداد، کسب نماید.

۴۶- به موجب رأی داور لیامکو، دولت لیبی به پرداخت مبلغی در حدود چهارده میلیون دلار به عنوان خسارات واقعی و مبلغ شصت و شش میلیون دلار به عنوان خسارت عدم‌النفع (براساس استاندارد غرامت منصفانه) به اضافه بهره ۵٪ که در قانون لیبی پیش‌بینی شده بود از

۱۶. با اینکه ملی کردن قراردادهای نفتی توسط لیبی کمابیش در یک زمان انجام شده بود، اما هر کدام از مراجع داورى تفسیر جداگانه‌ای از اقدام لیبی در ملی کردن ارائه کردند. در پرونده بی.پی. عمل ملی کردن لیبی به علت تبعیض‌آمیز بودن و سیاسی بودن، غیرمشروع و برخلاف حقوق بین‌الملل دانسته شد، و در پرونده تاپکو نیز به علت مخالفت ملی کردن با قرارداد، غیرمشروع تلقی شد و در هر دو پرونده حکم به اعاده وضع صادر گردید، با این تفاوت که در پرونده بی.پی. گفته شد چون اعاده وضع به حال اول در عمل ممکن نیست، باید غرامتی معادل «اعاده وضع» پرداخت شود و در پرونده تاپکو به «غرامت مناسب» رأی صادر شده و آن را شامل قیمت کامل بازار دانسته است. اما چنانکه دیدیم، در پرونده لیامکو عمل ملی کردن فی‌نفسه مشروع تلقی شده و فقط از حیث عدم پرداخت غرامت غیرمشروع تلقی گردیده است. پیداست که همه یک سخن می‌گویند، و تفاوتها در شیوه استدلال است.

تاریخ صدور حکم محکوم گردید. شرکت لیامکو برای اجرای این رأی به محاکم کشورهای مختلف (فرانسه - آمریکا - سوئیس - سوئد) مراجعه کرد، اما با مقاومت و اعتراض لیبی در مرحله اجرای حکم مواجه شد و رأی مذکور هیچ‌گاه به اجرا درنیامد. سرانجام در سال ۱۹۸۱ به‌موجب موافقتنامه‌ای که هیچ‌گاه منتشر نشد، مبالغی به شرکت لیامکو پرداخت گردید. باری، نظر به اهمیت رأی لیامکو از حیث غرامت و ارتباط بیشتری که با موضوع این نوشته دارد، لازم است توضیح بیشتری در مورد آن داده شود.

۴-۲- غرامت در رأی لیامکو

۴۷- گفتیم که در پرونده لیامکو به جای اعاده وضع، «غرامت منصفانه» به‌عنوان الزام حاصل از قانون حاکم، مورد حکم قرار گرفته است. اکنون ببینیم، آقای محمسانی چگونه غرامت منصفانه را تفسیر و محاسبه نموده است.

۴۸- رأی داوری در پرونده لیامکو برای محاسبه مبلغ غرامت، نخست خسارت واقعی* و ارزش اموال لیامکو را محاسبه کرد و سپس در مورد خسارت عدم النفع** مقرر داشت عدم‌النفع مورد ادعای لیامکو، از موضوعاتی است که هنوز در حقوق بین‌الملل محل بحث و گفتگو است و آنچه مسلم است اینکه در ملی‌کردن‌های مشروع، عدم‌النفع قابل‌پرداخت نیست. لکن چنانکه اشاره شد، در این رأی با مراجعه و استناد به اصل «انصاف»، به‌عنوان یکی از اصول کلی حقوقی (و نه حقوق بین‌الملل)، مبلغی به‌عنوان «غرامت منصفانه» به نفع لیامکو تعیین شده است. این رأی از حیث روش ارزیابی که به‌کار گرفته نیز مهم است.

۴۹- دولت لیبی هنگام ملی‌کردن قراردادهای لیامکو اعلام کرده بود که حاضر است غرامتی معادل ارزش دفتری*** پردازد، یعنی مبالغی که لیامکو برای سرمایه‌گذاری به لیبی آورده بود منهای استهلاک و درآمد او از محل عملیات نفتی. اما این مبلغ مورد قبول لیامکو قرار نگرفت، لذا علیه لیبی طرح دعوا نمود و خسارت عدم‌النفع مطالبه کرد. داور رسیدگی‌کننده به دعوا نیز اعلام کرد که پیشنهاد لیبی در مورد غرامت، در واقع به معنای ندادن غرامت است و از این رو دولت لیبی را مسئول دانست و سپس به محاسبه غرامت پرداخت و استاندارد «غرامت منصفانه» را از حیث تعیین بخشی از غرامت اعمال کرد. رأی لیامکو، هم از حیث استاندارد غرامت (غرامت منصفانه) و هم از حیث روشی که برای ارزیابی خسارات به‌کار گرفته، واجد اهمیت است. به‌نظر شرکت لیامکو روش ارزیابی مناسب برای تعیین غرامت او عبارت بود از روش محاسبه سود، یعنی

*. *Damnum emergent*.

***. Lucrum cessance*.

****. Book value*.

تعیین میزان ذخایر نفت که کشف شده و سپس تعیین سودی که در صورت ملی نشدن قرارداد، در طول مدت بیست و سه سال باقی مانده از قرارداد، از محل این ذخایر نصیب این شرکت می‌شد (عدم‌النفع).

۵۰- داور، آقای دکتر محمصانی، با تفسیر ماده ۲۸ قرارداد در مورد قانون حاکم اعلام داشت که مفاد این ماده به این معنی است که مرجع داوری ابتدا باید اصول مشترک بین حقوق لیبی و حقوق بین‌الملل را اعمال کند، و سپس اصول کلی حقوقی را چنانکه در دادگاههای بین‌المللی اعمال شده، اجرا نماید (بندهای ۳۵-۳۳ رأی). به نظر ایشان، اولاً هم حقوق لیبی و هم حقوق بین‌الملل متضمن وظیفه دولت به پرداخت غرامت است و حداقل غرامت قابل پرداخت، خسارات مادی یا عینی است.^{*} ثانیاً در مورد خسارات غیرمادی وارده به اموال و حقوق لیامکو تحت قرارداد امتیاز و اینکه آیا شامل عدم‌النفع^{**} هم می‌شود یا نه، اختلاف نظر وسیعی بین حقوقدانان وجود دارد. به علاوه، استاندارد غرامت، به علت تحولاتی که در سالهای اخیر در زمینه حق حاکمیت ملت‌ها بر منابع ملی رخ داده، دستخوش تغییر شده، به نحوی که فرمول کلاسیک غرامت «مناسب، فوری و مؤثر» یا «غرامت کامل» که شامل عدم‌النفع نیز می‌شود، دیگر قاعده کلی و الزام‌آور نیست، بلکه یک مکانیسم ارزیابی برای تعیین «حداکثر غرامت» قابل پرداخت است. اما این پرسش که آیا واقعاً غرامت قابل پرداخت، شامل خسارت منافع از دست رفته آتی نیز می‌شود یا نه، هنوز محل بحث و گفتگو است و حل نشده باقی مانده است. در چنین وضعیت مبهم و نامعینی که در حقوق بین‌الملل جاری است، سخن گفتن از همسانی یا یکسانی اصول مشترک حقوق لیبی و حقوق بین‌الملل در زمینه غرامت ملی کردن و بویژه اینکه آیا غرامت شامل عدم‌النفع هم می‌شود یا نه، گزاف است (بندهای ۷۶-۷۳ رأی).

۵۱- در غیاب اصول مشترک بین قانون لیبی و حقوق بین‌الملل در مورد استاندارد غرامت (مرحله اول قانون حاکم طبق ماده (۷) ۲۸ قرارداد)، داور ناگزیر است به مرحله دوم تعیین قانون حاکم به شرح مذکور در آن ماده - یعنی اصول کلی حقوقی - مراجعه کند و مبنای قانونی لازم را برای تصمیم‌گیری درباره غرامت اتخاذ نماید. آقای محمصانی نیز چنین کرده و در همین مرحله است که به اصل «انصاف» به عنوان یک اصل کلی حقوقی مکمل که هم در حقوق لیبی وجود دارد و هم در حقوق بین‌الملل، استناد نموده و ابتدا استاندارد «غرامت مناسب» را به معنای «غرامت منصفانه» اتخاذ کرده و سپس برای محاسبه غرامت و تعیین دو عنصر آن - خسارت مادی یا عینی و خسارت عدم‌النفع - به روشهای ارزیابی رجوع کرده است.

*. *Damnum emergens*.

***. Lucrum cessance*.

۵۲- شرکت لیامکو خسارات واقعی و عینی پرونده و تجهیزات نفتی خود را به مبلغ دویست و هشتاد و هشت میلیون و سیزده هزار دلار تعیین و مطالبه کرد. چون به موجب قرارداد امتیاز فی مابین نیز مقرر شده بود که لیامکو حق دارد اموال عینی پروژه را در پایان قرارداد تملک نماید، رأی داور این قسمت از خسارات لیامکو را موجه دانست و حکم به پرداخت آن صادر کرد. این رأی چنین مقرر داشت:

« خسارات عینی و مادی لیامکو باید براساس ارزش بازار اموال* در تاریخ ملی کردن محاسبه شود، یعنی ارزیابی به مبلغ واقعی آنها که لیامکو با ارائه ادله و مدرک آن را اثبات کرده است» (بندهای ۷۹-۷۸ رأی).

علاوه بر این، شرک لیامکو که صاحب ۲۵٪ از قراردادهای امتیاز بود، خواهان مبلغ دویست و هفتاد میلیون و یکصد و هشتاد و شش هزار دلار بابت خسارات عدم النفع و از دست دادن سود حاصل از میدان نفتی موضوع قراردادها بود. این شرکت:

« برای محاسبه درآمد خالص خود از تولید نفت، قیمت بازار نفت در ژوئیه ۱۹۷۶ را ملاک گرفته است و سپس هزینه ها و مالیات و حق الامتیاز قابل پرداخت به دولت لیبی را به مأخذ ارقام موجود در قبل از ملی کردن قرارداد توسط لیبی (سپتامبر ۱۹۷۳) از آن کسر نموده است، البته بدون احتساب تعدیل بابت افزایش بعدی مالیات یا افزایش قیمت نفت، ضمناً سرمایه گذاریهای جدید را که باید انجام می شد نیز از آن مبلغ (خالص درآمد) کسر نموده است. آنگاه برای اینکه ارزش آن را به دست آورد، نرخ تنزیل ۱۲٪ را در آن اعمال نموده و به رقم یکصد و هفتاد و شش میلیون و دویست و هفتاد هزار دلار رسیده است» (بندهای ۸۰-۷۹ رأی).

۵۳- البته سود خالص لیامکو در فاصله زمانی سپتامبر ۱۹۷۳ (زمان ملی شدن) و پایان ۱۹۷۶ عملاً حدود چهل و شش میلیون دلار بود که اگر با همین روند محاسبه می شد تا پایان دوران قرارداد (۱۹۸۸) به مبلغ پنجاه و هفت میلیون دلار می رسید. این مابه التفاوت به خاطر آن است که دولت لیبی به طور یک طرفه و برخلاف مفاد قرارداد، مالیات و حق الامتیاز بالاتری را وضع کرده بود که طبقاً مورد قبول لیامکو نبود. در رأی داور هم، همین مبلغ پایین تر مورد توجه قرار گرفته و استدلال شده که حتی اگر قرارداد لیامکو ملی نشده بود، باز هم ناگزیر بود افزایش نرخ مالیات و حق الامتیاز را بپذیرد، همچنان که در سال ۱۹۶۶ آن را پذیرفته بود. به نظر مرجع داور در قراردادهای درازمدت، کاملاً قابل انتظار است که وضع طرفین در طول زمان

*. Market value.

به‌خوبی تغییر کند که باعث افزایش قدرت چانه زنی ایشان گردد و یکدیگر را به اصلاح و تغییر شروط قراردادی قانع و وادار نماید.

۵۴- لیامکو برای محاسبه عدم‌النفع خود، قیمت اعلام شده نفت در ژوئیه ۱۹۷۶ را مبنا قرار داده بود، اما داور مذکور در رأی خود اعلام کرد که این مبلغ واقع بینانه نیست، زیرا احتمال افزایش قیمت نفت خام در آینده و تا پایان قرارداد وجود داشته که باید مورد توجه قرار گیرد. داور مذکور هر دو رقم ارزیابی عدم‌النفع، یعنی حداکثر یکصد و هشتاد و شش میلیون دلار و حداقل پنجاه و هفت میلیون دلار را مبالغه آمیز دانست و خسارت عدم‌النفع لیامکو را براساس اصل انصاف، مبلغ شصت و شش میلیون دلار تعیین کرد و با بهره ۵٪ از تاریخ صدور حکم (و نه تاریخ سلب مالکیت) مورد حکم قرار داد.

۵۵- از آنچه در تجزیه و تحلیل رأی داوری در قضیه آموکو در زمینه غرامت گفتیم معلوم می‌شود با اینکه به‌نظر داور، موضع حقوق بین‌الملل درباره امکان مطالبه خسارت غیرعینی شامل عدم‌النفع، مشخص و قطعی نیست، مع‌ذلک خسارات مورد مطالبه لیامکو درباره خسارات ناشی از دست دادن منافع آتی را مورد حکم قرار داد. اما رأی داوری در پرونده لیامکو نشان می‌دهد که اگر دولت مبادرت به مصادره و سلب حقوق شرکت خارجی طرف قرارداد نماید، ولو سلب مالکیت به صورت مشروع باشد، خصوصاً در مواردی که قرارداد مربوط سابقه سودآوری داشته و شرکت خارجی با ریسک عدم تولید مواجه نبوده، مکلف است خسارت او را بابت محرومیت از درآمد آتی جبران نماید. جالب اینکه، برای محاسبه این خسارت، رقم سود عملی حاصل از میدان نفتی مربوط پس از تاریخ سلب مالکیت ملاک قرار گرفته است؛ البته در مورد مالیات نیز نرخ مالیات بالاتر که دولت وضع کرده، در محاسبات ملحوظ شده است. گرچه مبلغ مورد حکم در پرونده لیامکو کمتر از مبلغ مورد درخواست لیامکو بوده، مع‌ذلک باز هم مبلغ غرامت قابل توجه است. نکته مهم رأی لیامکو درباره غرامت، مفهوم منافع آتی و نحوه محاسبه آن است. چنانکه خواهیم دید این نکته در رویه‌های داوری بعدی نیز مورد توجه مراجع داوری بوده، ولو اینکه در محاسبه آن، با عنایت به اوضاع و احوال هر پرونده، روشهای ارزیابی متفاوتی به کار رفته است.

۲-۵- نکات داوری‌های سه‌گانه لیبی

۵۶- رویه داوری حاصل از دعاوی سه‌گانه شرکت‌های نفتی علیه دولت لیبی، به‌عنوان آرای داوری که در دهه ۱۹۷۰ صادر شده، از اهمیت زیادی برخوردار است و در منابع و کتابهای حقوق نفت بارها مورد بررسی و نقد قرار گرفته است و موافقین و مخالفین درباره آنها به تفصیل سخن گفته‌اند. قبل از اینکه سایر رویه‌های داوری را مورد بحث قرار دهیم، بد نیست عجلتاً چند موضوع مهم‌تر را که در این سه رأی داوری مورد بحث قرار گرفته است، مرور کنیم:

رویه داوری بین‌المللی ... ❖ ۳۵

- ماهیت قراردادهای امتیاز، تابع احکام و اصول قراردادهای خصوصی است و دولت حقوق خاصی در آنها ندارد و وضعیت طرفین در قرارداد، مساوی است.
- قدر متیقن قانون حاکم بر قرارداد، اصول کلی حقوقی است و اگر هم به حقوق داخلی طرف دولتی قرارداد توجه شده، در پرتو اصول کلی حقوقی بوده است.
- ملی کردن نفت و آثار آن بر قراردادهای جاری، با شرایط خاصی در حقوق بین الملل شناخته شده است. مع ذلک نقض قرارداد یا تخلف طرف دولتی از آن، حتی اگر به عنوان ملی کردن یا به دلیل ضرورت‌های قانونی برآمده از انقلاب و تغییر رژیم سیاسی باشد، همچنان موجب مسئولیت اوست و باید خسارت و غرامت طرف خارجی را بپردازد.
- در ملی کردن‌های غیرمشروع، غرامت قابل پرداخت ابتدائاً اعاده وضع پیشین است که وقتی به غرامت تعبیر و تفسیر شود، غرامت کامل به دست می‌آید. در مواردی هم که به غرامت منصفانه رأی صادر شده، استاندارد غرامت، شناور است و طیف وسیعی را در بر می‌گیرد که می‌تواند شامل منافع آتی (نوعی عدم‌النفع) نیز بشود. تفسیر و تعیین سود آتی، یک امر موضوعی است و تابع اوضاع و احوال خاص هر قرارداد می‌باشد.
- همان‌طور که در مطاوی بحث دیدیم، هرکدام از آرای صادره در داوری‌های سه‌گانه لیبی، تفسیر و تعبیر خود را از مفاد قراردادها در مورد موضوعات فوق داشته‌اند و گاه دچار پریشان‌گویی‌هایی نیز شده‌اند. همین شناور بودن تفسیر قراردادهای بزرگ، به معنای غیرقابل پیش‌بینی بودن آنها است. بخشی از این واقعیت ناشی از ماهیت پویای قراردادهای توسعه اقتصادی است. به این نکته بعداً بیشتر می‌پردازیم.
- غیرقابل پیش‌بینی بودن قراردادها هنگامی که به اختلاف منجر می‌شود، تیغ دو لبه‌ای است که می‌تواند به نفع یا ضرر طرفهای دولتی یا خصوصی باشد.
- وقتی قراردادهای امتیاز تابع اصول قراردادها باشند، طبعاً در قراردادهای نفتی که به صورت مشارکت یا پیمانکاری یا بیع متقابل منعقد می‌شوند، و از ابتدا براساس تراضی و توافق طرفین تنظیم می‌گردند، برای طرف دولتی قرارداد، وضع ممتاز یا حق خاصی متصور نیست. بنابراین، حتی مقررات نظم عمومی کشور طرف قرارداد مانع از اجرای قرارداد و تعهدات طرف دولتی نیست، مگر در موارد محدودی که این مقررات با نظم عمومی بین‌المللی، مرتبط یا هم‌ریشه باشند.
- رویه حقوقی حاصل از دعاوی نفتی لیبی در دهه ۱۹۷۰ کمابیش ادامه رویه‌های داوری قبلی است. این رویه مبالغه آمیز است و در آن حقوق و منافع طرفهای دولتی قرارداد از بعضی جهات نادیده انگاشته شده است و بیشتر حمایت از منافع شرکتهای نفتی و سرمایه‌گذاران خارجی مدنظر بوده است.

• چنانکه خواهیم دید، از دهه ۱۹۸۰ به این سو، این روند تعدیل شده و رویه داوری حاصل از دعوای نفتی که در سالهای بعد مطرح گردیده و مورد رأی قرار گرفته است، حاکی از تغییر ملایم و انعطاف معقول در جهت ایجاد توازن و تعادل می‌باشد.^{۱۷}

۳- رأی داوری در قضیه امین اوایل و کویت (۱۹۸۲)^{۱۸}

۵۷- یک شرکت نفتی امریکایی به اسم امریکن ایندپندنت اوایل کمپانی («امین اوایل») قرارداد امتیاز نفتی را با حاکم کویت، در ژوئن ۱۹۴۸ برای مدت شصت سال امضا کرده بود. این قرارداد در سال ۱۹۶۱ پس از استقلال کویت اصلاح شد و مالیات و حق‌الامتیاز آن افزایش یافت. ماده ۱۱ قرارداد اولیه نیز اصلاح شد و ماده ۹ جدیدی به آن افزوده شد. به موجب ماده اخیر اگر اوضاع و احوال تغییر کند و قراردادهای امتیاز کشورهای خاورمیانه دچار تغییر و اصلاح شود و در اثر آنها منافع دولت امتیازدهنده افزایش یابد، طرفین باید مذاکره و تبادل نظر کنند و عندالاقضاء شرایط قرارداد امتیاز آنها نیز متناسباً اصلاح شود، به نحوی که برای هر دو طرف منصفانه باشد. در سال ۱۹۷۳ پیش‌نویس قرارداد اصلاحی جدید بین طرفین تهیه شد که باید به تصویب پارلمان کویت می‌رسید، اما پیش‌نویس هیچ‌گاه تصویب نشد، مع‌ذلک امین اوایل پذیرفت تا آن را به‌عنوان یک قرارداد قابل اجرا تلقی و مفاد آن را رعایت نماید. به موجب این پیش‌نویس اصلاحی، مالیات و حق‌الامتیاز قرارداد مجدداً افزایش یافت و شرط داوری جدیدی هم در آن ذکر شد که متضمن قانون حاکم نیز بود. این شرط مقرر می‌داشت روابط قراردادی طرفین مشمول اصل حسن نیت است و با توجه به تفاوت تابعیت طرفین، روابط قراردادی آنها تابع اصول حقوقی مشترک بین قوانین کویت و ایالت نیویورک، و در صورت فقدان چنین اصول مشترکی، تابع اصول حقوقی

۱۷. اینکه چرا و چگونه در دهه ۱۹۷۰ آن رویه افراطی تولید و حمایت شد، و در دهه ۱۹۸۰ مورد تعدیل قرار گرفت، پرسشی است که برای پاسخ به آن می‌توان فروض مختلفی را - یا مجموعه آنها را - مطرح نمود و در اثبات صدق و کذب آنها تحقیق کرد. فروضی از این قبیل: تلاش و فشار کشورهای نفت خیز؛ عوض شدن الگوی قرارداد امتیاز و متداول شدن الگوهای مشارکت و پیش بینی حقوق خاصی برای طرف دولتی؛ تغییر و تعدیل در رویه سیاسی کشورهای سرمایه‌پذیر برای جلب سرمایه‌های خارجی و نه‌راسیدن از پیامدهای حقوقی آن، و حتی مبادرت به تغییر و اصلاح قوانین داخلی در زمینه سرمایه‌گذاری خارجی، بویژه در مورد نفت؛ هوشیاری و تفتن شرکت‌های غربی سرمایه‌گذار به این واقعیت که این همه افراط و مبالغه در قراردادهای نفتی و درج شرط‌های یک‌طرفه برای حمایت و حراست از حقوقشان ولو منتهی به صدور حکم به نفع آنها شود، راه به جایی نمی‌برد و با مشکل اجرا مواجه است و مادام که رأی داوری معتدل و متعادل نباشد با مقاومت طرف دولتی محکوم‌علیه مواجه می‌شود و به‌هرحال، در مصافی که یک شرکت نفتی خصوصی با یک دولت صاحب مالکیت طرف است، پیروز شدن کار آسانی نیست؛ می‌توان این فروض را کنار گذاشت و از منظری بالاتر به این تحول نگریست و علت را در این واقعیت جست که «حقوق» به‌عنوان یک پدیده متحول، در صورتی از عهده تنظیم قراردادهای نفتی و حل و فصل اختلافات ناشی از آنها بر می‌آید که با نیازها و واقعیتهای اصیل سروکار داشته باشد، و نه خواست یا فرمان این و آن، یا پیشامدهای موقت و متلاطم که گاه برانگیخته و ساختگی است و همچون کف روی آب می‌آیند و می‌روند و آنچه می‌ماند، موجهایی است که در ژرفای بستر دریا است.

18. Aminoil v. Kuwait, 66 I.L.R., p. 518.

کشورهای متمدن، از جمله اصولی که دیوانهای بین‌المللی اجرا می‌کنند، خواهد بود.

۵۸ - نکته مهمی که در اصلاحیه سال ۱۹۷۳ آمده بود و بعداً در دعوای امین اوایل از حیث میزان غرامت مؤثر افتاد، این شرط بود که در مذاکرات آتی طرفین در مورد قرارداد امتیاز ۱۹۴۸، نرخ معقول بازگشت سرمایه امین اوایل، ملحوظ و مورد توجه قرار خواهد گرفت. یک سال بعد، یعنی در ۱۹۷۴، کشورهای نفت خیز خلیج فارس در مورد تعدیل قراردادهای امتیاز تصمیماتی گرفتند که به «فرمول ابوظبی» معروف شد و برطبق آن مالیات و حق الامتیاز قابل پرداخت به دولت، افزایش یافت. دولت کویت هم در سال ۱۹۷۵ به امین اوایل اطلاع داد که فرمول ابوظبی را در مورد قرارداد فی‌مابین اجرا می‌کند و آن را عطف به ماسبق نموده و از نوامبر ۱۹۷۴ محاسبه خواهد نمود. امین اوایل این موضوع را نپذیرفت و بر آنچه در پیش‌نویس قرارداد اصلاحی سال ۱۹۷۳ آمده بود، تأکید ورزید که طبق آن «نرخ معقول بازگشت سرمایه» امین اوایل مورد تأیید قرار گرفته بود. علاوه بر این، امین اوایل اعلام کرد حاضر است قرارداد امتیاز ۱۹۴۸ را با یک قرارداد خدمت (پیمانکاری) جایگزین نماید و به‌عنوان پیمانکار عمل کند. دولت کویت این پیشنهاد را پذیرفت اما طرفین در مورد غرامت قابل پرداخت به امین اوایل در صورت تعویض و تبدیل قرارداد، و نیز مبلغ مالیات و حق الامتیاز اضافی که مورد مطالبه کویت بود، به توافق نرسیدند.

۵۹ - دولت کویت در سپتامبر ۱۹۷۷ به موجب قانون (فرمان شماره ۱۲۴)، قرارداد امتیاز امین اوایل را فسخ و اموال و دارایی‌های آن را ملی اعلام نمود و کمیته‌ای هم برای پرداخت غرامت تشکیل داد. شرکت امین اوایل به این قانون اعتراض کرد و با استناد به شرط داوری قراردادی، یک‌جانبه به داوری رجوع کرد، اما متعاقباً طرفین یک موافقتنامه داوری جدیدی نوشتند (۱۹۷۷) و متفقاً به داوری مراجعه نمودند. فایده مهم این کار آن بود که موضوع اختلاف ارجاع شده به داوری با توافق طرفین تعیین شد که بعداً در مورد آن بیشتر توضیح می‌دهیم. به موجب این موافقتنامه جدید قرار شد که محل داوری در پاریس باشد و طرفین توافق نمودند که مرجع داوری اولاً مقررات آمره آیین دادرسی فرانسه (محل داوری) را براساس «عدالت طبیعی و اصول آیین داوری فراملی که خود مناسب بیابد» اجرا نماید (ماده ۴ موافقتنامه داوری ۱۹۷۷) و ثانیاً قانون ماهوی حاکم بر روابط طرفین را نیز با توجه به وضعیت و جایگاه حقوقی طرفین و ویژگی فراملی روابط آنها و نیز با توجه به اصول حقوقی و رویه غالب در جهان معاصر، تعیین کند. نکته دیگری که در این موافقتنامه مورد توافق طرفین قرار گرفته بود، تعیین خواسته یا موضوعی بود که مرجع داوری باید در مورد آن تصمیم می‌گرفت (ماده ۳ موافقتنامه).

اعاده وضعیت به قبل از سپتامبر ۱۹۷۷ (تاریخ ملی‌شدن) عملی و ممکن نبود، لذا ادعاهای طرفین محدود به مطالبات مالی یا خساراتی بود که مرجع داوری باید درباره آن تصمیم

می‌گرفت؛ یعنی:

- غرامت قابل پرداخت در مورد دارایی امین اوایل؛
 - خسارت قابل پرداخت به امین اوایل برای فسخ قرارداد امتیاز ۱۹۴۸؛
 - مبلغ قابل پرداخت توسط هریک از طرفین به طرف دیگر در مورد حق الامتیاز، مالیات و سایر تعهدات امین اوایل، با توجه به اعتبار یا عدم اعتبار قرارداد اصلاحی ۱۹۷۳.
- ۶۰- هر یک از طرفین داور خود را منصوب کرده و با توافق یکدیگر داور ثالث یا رئیس هیئت داورى را نیز انتخاب نمودند. به این ترتیب هیئت داورى پرونده امین اوایل مرکب از سه داور بود:

سرجرالد فیتز موریس (انگلیسی): داور منتخب امین اوایل
پروفسور حامد سلطان (مصری): داور منتخب دولت کویت
پروفسور پل روتتر : رئیس هیئت داورى.

۶۱- شرکت امین اوایل مدعى بود که ملی کردن قرارداد، غیرمشروع و برخلاف مفاد قرارداد بوده است و خسارت عدم النفع می‌خواست، و اگر این خسارت پذیرفته نشود، ارزش دارایی‌های عینی امین اوایل را که دولت کویت گرفته بود، مطالبه می‌کرد. استرداد پرداختهای اضافی به دولت کویت بخش دیگری از ادعاهای امین اوایل را تشکیل می‌داد. ادعاهای دولت کویت نیز عبارت بود از مطالبه مالیات و حق الامتیاز طبق قرارداد اصلاحی سال ۱۹۷۳ و نیز طبق فرمول ابوظبی، تعهدات و بدهی امین اوایل به اشخاص ثالث در تاریخ ملی شدن قرارداد آن (سپتامبر ۱۹۷۷)، خسارات از دست رفتن نفت و نیز هزینه‌های کویت به علت قصور امین اوایل در به کارگیری «رویه خوب نفتی»^{*} در جریان عملیات اکتشاف و تولید.

۱-۳- قانون حاکم در رأی امین اوایل

۶۲- در مورد آیین دادرسی و داورى حاکم بر دعوا، مرجع داورى مشکلی نداشت، زیرا چنانکه گفتیم طرفین در ماده ۴ موافقتنامه داورى سال ۱۹۷۷ به صراحت توافق کرده بودند که مقررات آمره فرانسه در مورد آیین رسیدگی، با رعایت عدالت طبیعی و اصول دادرسی که در داورى‌های فراملی مورد عمل است، باید اجرا شود. اما در مورد قانون ماهوی حاکم بر دعوا، بین طرفین اختلاف نظر وجود داشت. به اعتقاد دولت کویت قرارداد تابع قوانین داخلی کویت بود، زیرا یکی از طرفین قرارداد، یک دولت بود که همین ویژگی و جایگاه حقوقی او باید در تعیین قانون حاکم ملحوظ قرار می‌گرفت، خصوصاً که از نظر این دولت قوانین کویت با اصول و موازین

*. Good oil practice.

حقوق بین‌الملل نیز همساز و هماهنگ بود. اما شرکت امین اوایل استدلال می‌کرد که وضعیت خاص شرکت مذکور، به‌عنوان یک شرکت خصوصی اقتضا می‌کند که اصول کلی حقوقی حاکم بر قرارداد باشد. این شرکت در این مورد پنج اصل کلی را ذکر می‌کرد که به عقیده او بیشترین ارتباط را با روابط قراردادی طرفین و مسائل حقوقی مطروحه در پرونده داشتند؛ این اصول عبارتند از اصل وفای به عهد، اصل جبران خسارت، اصل احترام به حقوق مکاتب، اصل منع داراشدن غیرعادلانه، و بالاخره اصل حسن نیت.

۶۳- بخش سوم رأی دآوری امین اوایل به مسئله قانون حاکم می‌پردازد و چنین نتیجه می‌گیرد که قانون کویت نسبت به بسیاری از جنبه‌های قضیه حاکم می‌باشد، مع‌ذلک حقوق بین‌الملل عمومی و اصول کلی حقوقی نیز مستقیماً با موضوع مرتبط هستند. به نظر دیوان، حقوق بین‌الملل عمومی که متضمن اصول کلی حقوقی نیز هست، به واقع بخشی از نظام حقوقی کویت را تشکیل می‌دهد، زیرا طبق رویه عمومی دولت کویت در قراردادهای امتیاز با سایر شرکتهای خارجی، همواره مقرر شده که تفسیر و اجرای قرارداد تابع اصول حقوقی مشترک بین کویت و کشور متبوع دارنده امتیاز است و در صورت فقدان چنین اصول مشترکی، تابع اصول کلی حقوقی خواهد بود. دیوان دآوری در این باره اعلام نمود، همین شرط در اصلاحیه سال ۱۹۷۳ قرارداد امین اوایل نیز آمده است و نمی‌توان پذیرفت که در هریک از قراردادهای امتیاز که کویت با شرکتهای مختلف منعقد کرده و حاوی قید قانون حاکم به شرح فوق می‌باشند، رژیم متفاوتی از قانون کویت اعمال شود؛ بنابراین باید نتیجه گرفت که قانون کویت متضمن چنان اصول کلی حقوقی است که می‌تواند نقش و اهمیت اصلی را به‌عنوان قانون حاکم دارا باشد. بدین‌سان، رأی امین اوایل از بین‌المللی کردن قرارداد، چنانکه در رأی تاپکو به تفصیل مورد بحث و استناد واقع شده، اجتناب کرد و قانون داخلی کویت را در پیوند با اصول کلی حقوقی اعمال نمود؛ این بخش از رأی امین اوایل درباره قانون حاکم بر قراردادهای نفتی، دستاورد مهمی به‌شمار می‌آید.

۶۴- رأی امین اوایل، یافته‌های قابل توجهی در زمینه شرط ثبات دارد. دیوان دآوری می‌گوید طبق ماده ۳ موافقتنامه دآوری سال ۱۹۷۷، مرجع دآوری باید در تعیین قانون حاکم، وضعیت و جایگاه حقوقی طرفین را ملحوظ نماید. از این تعبیر به‌خوبی می‌توان فهمید که کویت، به‌عنوان یک دولت صاحب حاکمیت که متصدی حفظ منافع عمومی کشور است، طرف قرارداد بوده است و قوانین کویت متضمن بخشی از روابط حقوقی فراملی نیز هست. بدین‌سان، به نظر دیوان دآوری، شرط ثبات قرارداد را باید در پرتو حاکمیت دولت کویت تفسیر نمود. علاوه بر این، در ماده مذکور مقرر شده که هیئت دآوری باید در مقام تعیین قانون حاکم، ویژگی فراملی بودن روابط قراردادی طرفین و نیز اصول کلی و رویه حاکم در دنیای مدرن را ملحوظ نماید. وجود همین قید حاکی از نیت طرفین است و به‌خوبی خبر از کیفیت و نوع قواعد حقوقی‌ای می‌دهد که

از دیوان داوری خواسته شده تا در ماهیت دعوا اعمال کند. به عقیده دیوان، حقوق بین الملل بخشی از قوانین کویت است و از طرفی اصول کلی حقوقی، حق دولتها برای حفظ و حراست از منافع عمومی مردم را به رسمیت می‌شناسد که از جمله آنها، حق ملی کردن است.

۶۵- از جمله نکات مهم رأی امین اوایل، تجزیه و تحلیل اصلاحیه سال ۱۹۶۱ قرارداد فی مابین است (بند ۶۰ رأی). طبق ماده ۹ این اصلاحیه مقرر شده بود، در صورتی که در اوضاع و احوال تغییری حاصل شود یا قراردادهای امتیاز دولتهای منطقه خلیج فارس تغییری نماید که متضمن منافی برای طرف دولتی باشد، طرفین باید مذاکره و بررسی نمایند که آیا لازم است شرایط امتیاز در جهت منصفانه شدن قرارداد نیز اصلاح شود. دیوان داوری تعهد ناشی از ماده ۹ اصلاحی را بیش از یک «مشورت و تبادل نظر» ساده دانست. به موجب این ماده اگر در قراردادهای امتیاز خاورمیانه، به نفع دولت تحولی رخ می‌داد، طرفین متعهد بودند تا قرارداد فی مابین را در راستای منافع دولت کویت تعدیل نمایند. بنابراین آنچه باید مورد مذاکره و بررسی قرار می‌گرفت، صرفاً تعیین مبلغ تعدیل بود، مبلغی که در شرایط جدید برای طرفین منصفانه و عادلانه محسوب شود. به عبارت دیگر، ماده ۹ مبتنی بر این فرض بود که هر آنچه در طول عمر قرارداد پیش آید، چنانچه منصفانه باشد، لازم است تا قرارداد فی مابین نیز بر اساس آن به تناسب اصلاح و تغییر یابد.

۶۶- رأی داوری در مورد افزایش مالیات و حق الامتیاز مورد ادعای دولت کویت، به «فرمول ابوظبی» اشاره می‌کند و می‌گوید تصویب این فرمول توسط دولتهای خلیج فارس مؤثر در قرارداد طرفین است، زیرا نمونه‌ای از رویه عملی دولتهای نفتی خلیج فارس در زمینه قراردادهای امتیاز است که متضمن نفع دولتهای مذکور است. به عقیده دیوان، تصویب فرمول ابوظبی یکی از مصادیق ماده ۹ اصلاحیه سال ۱۹۶۱ است و مستلزم مذاکره و تصمیم‌گیری برای عادلانه کردن قرارداد به نفع دولت کویت بوده است. به نظر دیوان اینکه طرفین نتوانسته‌اند در مورد مبلغ آن به توافقی دست یابند، مانع از صلاحیت دیوان نیست تا مبلغ واجب‌الاداء به کویت را تعیین کند.

۶۷- در مورد ادعای امین اوایل (نرخ معقول بازگشت سرمایه)، دیوان به قید دیگری از همان اصلاحیه ۱۹۶۱ توجه کرده است که می‌گوید: «طرفین در مذاکرات آتی در مورد قرارداد، نرخ معقول بازگشت سرمایه امین اوایل را ملحوظ خواهند نمود». هیئت داوری، سپس در مورد «نرخ معقول بازگشت سرمایه امین اوایل» به انصاف متوسل می‌شود و می‌گوید: «صرف اینکه در موافقتنامه داوری مقرر شده که دیوان داوری باید «قانون حاکم» را معلوم کند، مانع از رجوع به «انصاف» برای تعیین مبلغ مذکور در جهت منصفانه کردن قرارداد طبق ماده ۹ اصلاحیه ۱۹۶۱ نیست، زیرا انصاف هم بخشی از قانون است». به این ترتیب، دیوان داوری ماده ۹ اصلاحیه سال

۱۹۶۱ (مذاکره برای منصفانه کردن قرارداد) را به نفع هر دو طرف تفسیر کرد.

۶۸- آنچه تا به حال از رأی دآوری در قضیه امین اوایل ذکر کردیم، بیشتر جنبه حقوقی داشت، اما همین نقل قولها نشان می‌دهد که وقتی قراردادی به اختلاف و دعوا منجر شد، جزئیات روابط طرفین و رخدادهای ریز و درشتی که در طول زمان پیش آمده و ظاهراً در حاشیه قرار داشته، تا چه پایه اهمیت می‌یابد و در تعیین و ترسیم چارچوب حقوق و تعهدات آنها مداخلت دارد.

آن روز که شرکت امین اوایل ماده ۹ اصلاحیه ۱۹۶۱ را امضا می‌کرد، شاید تصور می‌کرد این اصلاحیه هیچ‌گاه به تصویب دولت جدید کویت پس از استقلال نخواهد رسید. امین اوایل نمی‌توانست پیش‌بینی کند که سالها بعد در سال ۱۹۷۴ «فرمول ابوظبی» به تصویب کشورهای خلیج فارس می‌رسد و همین اتفاق یکی از مصادیق ماده ۹ خواهد شد و بیشتر به نفع کویت خواهد بود. همچنان‌که دولت کویت نیز در آن روزگار نمی‌توانست پیش‌بینی کند که قید این عبارت در همان اصلاحیه سال ۱۹۶۱ که «در مذاکرات بعدی طرفین، نرخ معقول بازگشت سرمایه امین اوایل ملحوظ خواهد شد»، بعدها این‌گونه به کمک امین اوایل خواهد آمد. از این ظرافتها می‌توان به حقیقتی دست یافت؛ قرارداد، موجود زنده‌ای است که فقط ایجاد و تولد آن در دست امضاکنندگان آن می‌باشد، اما سرنوشت و سرگذشت آن تابع قواعد و هنجارهای دیگری است که اگر قرارداد به اختلاف منجر شود و نزد قاضی یا داور مطرح گردد، صورت حقیقی آنها پیدا می‌شود. هیچ قراردادی را نمی‌توان به اتکاء موقعیت شخصی یا به اعتبار حسن نیت و قصد شخصی جلو برد.

۲-۳- استاندارد غرامت در رأی امین اوایل

۶۹- مرتبط‌ترین قسمت رأی امین اوایل با مباحث ما، بخشی است که دیوان دآوری طی آن غرامت قابل‌پرداخت به امین اوایل را تعیین کرده است. دیوان دآوری در این پرونده می‌گوید مبلغ غرامت در قبال ملی‌کردن قرارداد امین اوایل باید بر طبق قانون معلوم شود که به‌طور مشخص عبارت است از حقوق بین‌الملل که جزئی از قانون کویت را تشکیل می‌دهد. منظور دیوان در واقع اشاره به اصل تعهد دولتها به پرداخت غرامت در برابر ملی‌کردن اموال بیگانگان و نیز استاندارد یا میزان غرامت است. به نظر دیوان، اصل حقوقی ناظر به غرامت را باید در قطعنامه شماره ۱۸۰۳ مجمع عمومی سازمان ملل (۱۹۶۲) جستجو کرد. در این قطعنامه مقرر شده در صورت ملی‌کردن اموال خارجیها، باید «غرامت مناسب»^{*} پرداخت شود. اما اینکه غرامت مناسب

*. Appropriate compensation.

چیست و چقدر است، باید به اوضاع و احوال هر قضیه جداگانه رجوع کرد. به این ترتیب، دیوان داوری از فرمول غرامت کامل یعنی فرمول سه جزئی غرامت فوری، کافی و مؤثر* که مورد اصرار و حمایت دولتهای غربی است، کناره می‌گیرد. دیوان می‌گوید مبلغ غرامت باید واقع بینانه باشد، و این مهم با رجوع به اوضاع و احوال خاص هر پرونده حاصل می‌شود. به نظر دیوان در این قضیه، با دولتی مواجه هستیم (کویت) که هم از سرمایه‌گذاری خارجی حمایت می‌کند و هم خود او در خارج از کویت سرمایه‌گذاریهایی کرده است.

۷۰- دیوان داوری، با تمهید این مقدمه مبنای مهمی را برای تعیین غرامت تعبیه می‌کند و می‌گوید غرامت باید با توجه به انتظارات معقول طرفین** آنچنان که در منظومه قرارداد منعکس شده است، تعیین گردد. نوآوری رأی داوری در قضیه امین اوایل و تعدیل و تحولی که در رویه داوری‌های نفتی دهه ۱۹۷۰ درآفکنده، همین «ملاک انتظارات معقول» در ارزیابی غرامت است. به عقیده دیوان، غرامت قابل‌پرداخت در برابر ملی‌کردن اموال خارجیها - که مهمترین مصداق آن قراردادهای نفتی بوده است - نباید با روشی انتزاعی محاسبه شود، بلکه به قول دیوان باید دید طرفین هنگام انعقاد قرارداد و نیز در طول اجرای آن بویژه با توجه به تغییرات و اصلاحاتی که در پیمان اولیه داده‌اند، چه انتظار واقعی و معقولی را می‌توانسته‌اند داشته باشند. پیداست که وقتی قرارداد به اختلاف منجر می‌شود و طرفین متخاصم نزد قاضی یا داور به مرافعه می‌پردازند، هریک از ایشان سعی می‌کند دامنه انتظار خود را وسیع‌تر و بیشتر نشان دهد، اما این قاضی یا داور است که با عطف توجه به ارکان قرارداد و آنچه در رویه عملی بین طرفین رخ داده است، باید حد و رسم واقعی آنچه را که هر طرف می‌توانست در صورت عدم فسخ قرارداد و ادامه حیات، عقلاً و موجهاً تحصیل کند، معلوم نماید. دیوان داوری در قضیه امین اوایل نیز با اتخاذ همین نقطه عزیمت، یعنی انتظارات معقول طرفین، مبادرت به تعیین مبلغ غرامت کرده است. نظر به اهمیت این قسمت از رأی، لختی بیشتر در آن تأمل و توقف می‌کنیم.

۳-۳- محاسبه غرامت در رأی امین اوایل

۷۱- بخش مهمی از رأی صادره در قضیه امین اوایل ناظر به شیوه محاسبه غرامت براساس ضابطه «انتظارات معقول» و بویژه عناصر تشکیل‌دهنده چنین غرامتی است. دیوان داوری می‌گوید روابط طرفین در منظومه‌ای به هم پیوسته و معنی‌دار به نام قرارداد تنظیم شده است که در طول زمان، اصلاح و تغییر هم کرده است، بنابراین دیوان نمی‌تواند برای ترسیم قلمرو انتظار معقول امین اوایل از سود قابل تحصیل، وضعیتی را در نظر بگیرد که در آن قرارداد

*. Prompt, adequate, effective.

**.. Legitimate expectation.

امتیاز اولیه (۱۹۴۸) یا اصلاحیه سال ۱۹۶۱ همچنان ادامه می‌یافت و ترتیبات مالی آن بدون وقفه محقق می‌شد. از سوی دیگر، دیوان نمی‌تواند خود را محدود به رویه‌ای کند که سایر شرکتهای نفتی که ملی شده‌اند احیاناً در شرایط مشابه، پذیرفته‌اند و حاضر شدند غرامت کمتر و محدودتری دریافت کنند، زیرا این قبیل رویه‌ها اغلب متضمن ترتیبات ترجیحی برای خرید نفت است که جزئیات آن افشا نمی‌شود و مبلغ آن هم قابل محاسبه نیست و به‌هرحال به یک قاعده حقوق کلی نمی‌انجامد.

۷۲- به عقیده دیوان داوری، محاسبه غرامت براساس انتظارات معقول امین اوایل باید مبتنی بر این مفهوم باشد که طبق ترتیبات قراردادی فی‌مابین، شرکت امین اوایل حق داشته تا از نرخ معقول بازگشت سرمایه برخوردار گردد (بندهای ۶۷-۶۶ و ۸۶ رأی). این بدان معنی است که:

۱. اهمیت شرط تثبیت در قرارداد، گرچه مانع حق ملی‌کردن توسط دولت نیست، اما این انتظار معقول را برای امین اوایل ایجاد کرده که در صورت ملی‌کردن، موازنه قراردادی همچنان حفظ می‌شود و ملی‌کردن به‌صورت مصادره (بدون پرداخت غرامت) نخواهد بود.

۲. در مذاکرات با دولت کویت، امین اوایل تصریح کرده که مقصود او از این قید، برخورداری از نرخ معقول بازگشت سرمایه بوده و نه یک نفع احتمالی. گرچه موضع طرفین در مذاکراتی که به شکست انجامید و به صورت قرارداد درنیامده، نمی‌تواند مبنای تصمیم‌گیری دیوان داوری قرار گیرد، اما سابقه چنین مذاکراتی دست‌کم نشان می‌دهد که امین اوایل خود را محدود به همین بازگشت سرمایه با نرخ معقول کرده بود و نه بیشتر.

۳. ضرورتی ندارد که در برآورد نرخ معقول بازگشت سرمایه، پرداختهای بابت ریسکها یا سرمایه‌گذاری ثابت ملحوظ شود، زیرا با فسخ و ختم قرارداد امتیاز، این ریسکها و ضرورت سرمایه‌گذاری مجدد منتفی شده است.

۴. برآورد نرخ معقول بازگشت سرمایه باید در مورد اعمال «فرمول ابوظبی» نسبت به سود امین اوایل در سال ۱۹۷۴ و ۱۹۷۷ و نیز برای غرامت در ازای ملی‌کردن، جداگانه محاسبه و انجام شود.

۷۳- دیوان داوری با توجه به همین نکات می‌گوید به‌جای اینکه برای تعیین غرامت به یکی از روشهای ارزیابی و حسابداری از قبیل روش عدم‌النفع یا تنزیل نقدینگی* و مانند آنها رجوع کنیم، باید سرمایه‌گذاری امین اوایل را به‌عنوان یک منبع سودآور** ارزیابی نماییم و سپس دارایی‌های عینی او را نیز قیمت‌گذاری کنیم، و آنگاه، برای اینکه به قول خودش به رقم معقولی

*. Discounted cash flow: DCF.

** . Going concern.

برسد، مبلغی را هم به‌عنوان تورم به آنها بیفزاییم. به این ترتیب، دیوان دآوری با رویکردی واقع‌بینانه و منصفانه، ابتدا منظومه قراردادی طرفین را به‌عنوان ظرف «انتظارات معقول طرفین» تعیین و ترسیم کرده و آن را مرکب از مؤلفه‌های گوناگونی مانند اصلاحیه ۱۹۶۱ و پیش‌نویس قرارداد اصلاحی سال ۱۹۷۳ دانسته که از عوامل دیگری مانند فرمول ابوظبی نیز اثر پذیرفته است، و سپس «نرخ معقول بازگشت سرمایه» امین اوایل را به‌عنوان ملاک «انتظارات معقول» طرفین، پایه ارزیابی و تعیین غرامت گرفته است.^{۱۹}

۷۴- دیوان دآوری در مورد نرخ بازگشت سرمایه اعلام داشت، چنین نرخ معمولاً شامل مبالغی است که انگیزه‌های لازم را به سرمایه‌گذار می‌دهد تا در طول مدت قرارداد، سرمایه‌گذاری‌های ضروری را (هزینه‌های سرمایه‌ای) انجام دهد و ریسک‌های آن را بپذیرد. البته دیوان دآوری، عوامل ریسک در دوران پس از سلب مالکیت و ختم قرارداد را داخل در این ریسک‌ها نمی‌داند، زیرا پس از سلب مالکیت دیگر نیازی به سرمایه‌گذاری جدید نیست تا ریسک آن ملحوظ گردد. دیوان دآوری، ارزش اموال امین اوایل را در تاریخ ملی کردن (سپتامبر ۱۹۷۷) چنین تعیین نمود:

«مبلغ مذکور مشتمل بر عناصر مختلف تشکیل دهنده سرمایه‌گذاری امین اوایل است که جداگانه محاسبه شد، و به اضافه خود سرمایه‌گذاری که به‌عنوان یک ارگان کلی و یک مؤسسه دایر، ارزش بیشتری از مجموع عناصر تشکیل دهنده آن دارد و چون ارزش آن بیش از مجموع ارزش عناصر تشکیل دهنده آن به‌طور جداگانه می‌باشد، متضمن انتظارات مشروع سرمایه‌گذار است» (بند ۱۷۸ رأی).

دیوان مبلغی هم برای دارایی‌های غیر ثابت امین اوایل در نظر گرفت و آن را براساس حسابرسی مشترک طرفین، قیمت‌گذاری نمود. اما در مورد دارایی‌های ثابت امین اوایل، از روش جایگزینی* با احتساب استهلاک استفاده کرد.

۷۵- سرانجام دیوان دآوری طی رأی دآوری مورخ ژوئن ۱۹۸۲، مبلغ دویست و شش میلیون و چهار صد و ده هزار دلار بابت خسارات و غرامت قابل‌پرداخت به امین اوایل (ارزش حقوق و اموال امین اوایل در تاریخ ملی کردن - سپتامبر ۱۹۷۷)، منهای بدهی امین اوایل به کویت به مبلغ صد و بیست و سه میلیون و چهل و یک هزار دلار (خالص هشتصد و سی میلیون دلار)، به اضافه بهره ۷/۵٪ و نیز ۱۰٪ تورم سالانه حکم صادر کرد که با احتساب بهره در تاریخ صدور

۱۹. بد نیست یادآوری کنیم که هر دو طرف در موافقتنامه دآوری ۱۹۷۷ توافق کرده بودند که اعاده وضعیت به قبل از سپتامبر ۱۹۷۷ (تاریخ ملی کردن) را کنار بگذارند و ادعاهای خود را محدود به غرامت نمایند.

*. Replacement value.

رأی (ژوئن ۱۹۸۲) بالغ بر یکصد و هفتاد و نه میلیون و هفتصد و پنجاه هزار و هفتصد و شصت و چهار دلار گردید.

۷۶- از نظر محاسبه مبلغ غرامت بر اساس ضابطه «انتظارات مشروع»، حکم داوری امین اوایل متضمن ارزش‌گذاری سه عنصر می‌باشد: ارزش سرمایه‌های ثابت و سرمایه‌های غیرثابت امین اوایل، و نیز «انتظارات مشروع صاحب امتیاز از سرمایه‌گذاری» بدون اینکه مشخص کرده باشد آیا عنصر عدم‌النفع را نیز در «انتظارات مشروع» ملحوظ کرده است یا نه. گفتیم که دیوان داوری در این پرونده به استاندارد «غرامت مناسب» اشاره نموده و آن را به «انتظارات مشروع و نرخ معقول بازگشت سرمایه» تفسیر و تعبیر کرده است. بدین‌سان دیوان داوری، اولاً موضع دولت کویت را که می‌خواست غرامت را بر اساس ارزش دفتری اموال و حقوق‌مصادره شده بپردازد، رد کرد. ثانیاً، شرکت نفتی طرف قرارداد را یک مؤسسه دایر دانسته و آن را جداگانه ارزیابی نموده است. ثالثاً دیوان داوری، نرخ ۱۰٪ بابت تورم را علاوه بر ۷/۵٪ بهره، به مبلغ غرامت قابل‌پرداخت افزوده است و آن را از تاریخ سلب مالکیت تا تاریخ صدور حکم محاسبه کرده است. با توجه به اینکه بهره، معمولاً متضمن تورم نیز می‌باشد، معلوم نیست چگونه دیوان داوری دو نرخ جداگانه را در نظر گرفته است. ممکن است گفته شود دیوان از یک سو نخواست است با ادغام این رقم، رویه سوئی برای نرخ بهره بالا (۱۷/۵٪) ایجاد کند و از سوی دیگر با توجه به نرخهای جاری در سالهای ۱۹۷۷ به بعد تا سال ۱۹۸۲، نرخ بهره ۷/۵٪ را عادلانه نمی‌دانسته و خواسته به‌نحوی آن را تعدیل کند. به هر حال، این قسمت از رأی امین اوایل همواره مورد سؤال و بحث بوده است.

۴-۳- نکات رأی داوری امین اوایل

۷۷- از تأمل در رأی صادره در قضیه امین اوایل چند نکته مهم و مرتبط با بحث ما به‌دست می‌آید:

- کنار گذاشتن تئوری بین‌المللی کردن قراردادهای نفتی، و توجه به قانون داخلی طرف دولتی قرارداد (کویت) در پیوند با اصول کلی حقوقی.
- برقراری و اعمال ضابطه «انتظارات مشروع» در چارچوب موازنه قراردادی، برای تعیین غرامت به جای ضابطه عدم‌النفع.
- استناد به قطعنامه شماره ۱۸۰۳ مجمع عمومی سازمان ملل به‌عنوان قاعده حقوقی بین‌الملل درباره غرامت مناسب.
- تأکید بر اینکه «غرامت مناسب» تابع اوضاع و احوال هر قضیه خاص است و به‌هرحال به معنای غرامت کامل و سه جزئی «فوری، کافی و مؤثر» نیست.

- قراردادهای نفتی، یک موجود زنده و پویا است که باید در پرتو تحولات و تغییراتی که در عرصه صنعت نفت رخ می‌دهد تفسیر و اجرا شود.
- شرط ثبات در قراردادهای نفتی مطلق نیست و باید با رعایت حق حاکمیت دولتها بر منابع طبیعی تفسیر شود. مع‌ذلک یکی از مؤلفه‌های تعیین انتظارات مشروع طرف خصوصی قرارداد، همین شرط ثبات است.
- رأی داوری در قضیه امین اوپل، نقطه عطف تعدیل رویه داوری‌های بین‌المللی و تحول آن در جهت منافع کشورهای نفت‌خیز است.

۴- رویه دیوان داوری ایران- امریکا در دعاوی نفتی

۴-۱- رأی صادره در قضیه سدکو

۷۸- موضوع دعاوی «سدکو» مطالبه غرامت مصادره پنجاه درصد منافع خواهان در شرکت «سدیران» که به فعالیتهای حفاری نفت اشتغال داشت، بود. دیوان داوری در اولین رأی اعدادی خود، تحقق مصادره «سدیران» را تأیید نمود ولی مسئله ضابطه غرامت را به بررسی‌های بعدی موکول کرد و بعداً در مارس ۱۹۸۶ در رأی اعدادی دوم، به آن پرداخت.^{۲۰}

۷۹- خواهان در این پرونده مدعی بود که استحقاق دریافت غرامتی «معادل کامل مال گرفته شده» را، چنانکه در بند ۲ ماده ۴ عهدنامه مودت ایران و امریکا (۱۹۵۵) مقرر شده بود، دارد. «سدکو» استدلال می‌کرد که حتی طبق حقوق بین‌الملل عرفی، باز هم مستحق دریافت غرامت کامل است که باید بر طبق ارزش عادلانه بازار اموال او محاسبه شود، زیرا مصادره «سدیران» توسط ایران غیرقانونی بوده و با نقض عهدنامه مودت و بدون پرداخت غرامت صورت گرفته است. خوانده ایرانی در پاسخ به این ادعاها بیش و پیش از هر چیز اظهار می‌داشت که حتی اگر عهدنامه مودت معتبر و قابل اعمال باشد، مفاد و مندرجات آن بایستی مطابق الزامات حقوق بین‌الملل معاصر در باب ضابطه غرامت تفسیر شود، چراکه عهدنامه صرفاً حاوی یک قاعده عرفی است که در هر زمانی به گونه‌ای وجود داشته است.^{۲۱} حقوق بین‌الملل عرفی کنونی، غرامت «مناسب» و نه «کامل» را به رسمیت می‌شناسد و به عقیده ایران این غرامت مطابق «ارزش خالص دفتری» مال موضوع مصادره است.

20. Sedco Inc. v. Iran (First Award), 9 Iran – U.S.C.T.R., p. 248. See: The Second Award in that Case in 10 Iran – U.S.C.T.R., p. 180.

۲۱. موضوع بند ۲ ماده ۴ عهدنامه مودت ایران و امریکا عبارت است از تضمین «حمایت و امنیت دائم» از اموال اتباع هر یک از طرفین معظمین متعاهدین، به‌نجوی که «در هیچ مورد کمتر از مقررات حقوق بین‌الملل نباشد». به خاطر تحقق همین اصل بود که «غرامت عادلانه» به معنی «معادل کامل مال گرفته شده» است، از این‌رو، ضابطه «غرامت عادلانه» در این عهدنامه چیزی جز بیان قاعده بین‌المللی غالب در زمان انعقاد عهدنامه نبوده است.

۸۰- دیوان این استدلال را مردود دانست و با استناد به رویه‌های قبلی خود از جمله پرونده «فلپس داج» گفت قاعده حقوقی مندرج در بند ۲ ماده ۴ عهدنامه در مورد غرامت قابل پرداخت به خواهان، حاکمیت دارد و سپس به بررسی این نکته پرداخت که طبق حقوق بین‌الملل عرفی، کدام ضابطه غرامت، حاکم است. مشخص بود که دیوان این کار را در پاسخ به استدلال خواننده انجام می‌داد که گفته بود عهدنامه مودت باید در پرتو تحولات اخیر در حقوق بین‌الملل عرفی در زمینه ضابطه غرامت، تفسیر شود.

۸۱- دیوان تحلیل حقوق عرفی را نخست با ذکر این نکته می‌آغازد که حداقل پس از جنگ جهانی دوم «دیدگاه حقوق سنتی، که می‌گفت حقوق بین‌الملل عرفی، غرامت کامل را لازم می‌داند، مورد اعتراض و مخالفت تعدادی از کشورها و صاحب‌نظران واقع شده است». دیوان سپس ارزش اثباتی و اعتبار سه منبع را مورد مطالعه قرار می‌دهد که غالباً در تأیید نظریه غرامت «مناسب» به آن استناد می‌شود، یعنی رویه دولتها که در موافقتنامه‌های حل و فصل مقطوع انعکاس یافته و متضمن پرداخت غرامتی کمتر از غرامت کامل است؛ معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری؛ و بالاخره قطعنامه‌های سازمان ملل راجع به حاکمیت دائمی دولتها بر منابع طبیعی. دیوان داوری با استمداد از برخی احکام داوری نظیر احکام داوری صادره در پرونده‌های «تگزاکو»، «امیل اویل»، و «INA» و همچنین نظر مستقل قاضی «لاگرگرن» در همین پرونده «INA»، نتیجه می‌گیرد که فقط همین قطعنامه و نه آنهایی که بعداً به تصویب رسیده، «اگر نگوییم دلیل بر وجود و اثبات حقوق بین‌الملل جاری است، حداقل منعکس‌کننده آن است».

۸۲- البته دیوان با پذیرفتن ضابطه غرامت مناسب به عنوان قاعده‌ای از حقوق بین‌الملل جاری، اعمال آن را فقط به ملی‌کردن‌های گسترده و رسمی و نظام‌مند و نه «مصادره‌های موردی»، مثل پرونده تحت رسیدگی مقید می‌سازد و نظر می‌دهد که در مصادره‌های موردی، «غرامت کامل»، کماکان قاعده حاکم در حقوق بین‌الملل است. دیوان پس از ارائه این تحلیل‌ها، در پی تطبیق یافته‌های خود براساس عهدنامه مودت و حقوق عرفی بر پرونده تحت رسیدگی («سدکو») برآمده و چنین حکم می‌دهد:

«خواهان باید غرامت ارزش کامل منافع مصادره شده خویش در «سدیران» را دریافت دارد، اعم از اینکه این حکم را اعمال عهدنامه مودت بدانیم یا اعمال مستقل حقوق بین‌الملل عرفی، و قطع نظر از اینکه آیا مصادره به شیوه دیگری، قانونی بوده است یا خیر».^{۲۲}

۸۳- در مورد حکم دیوان در پرونده «سدکو» سه نکته را باید متذکر شد؛ نکته اول،

۲۲. رأی سدکو، همان منبع، ص ۱۸۶.

حکم «سدکو» نمونه‌ای از احکامی است که خواسته‌اند هم عهدنامه مودت ایران و امریکا و هم حقوق عرفی را اعمال کرده باشند. دوم، این حکم ضابطه غرامت مناسب را قاعده حقوق بین‌الملل عرفی می‌داند که فقط نسبت به ملی کردن‌های گسترده، حاکمیت دارد. سوم، این حکم، همسو با رویه دیوان در «پرونده INA» تفکیک میان مصادره موردی از یک سو و ملی کردن از سوی دیگر را می‌پذیرد و تأیید می‌کند که این تفکیک اثرات خاصی بر ضابطه غرامت می‌نهد؛ به این معنی که در ملی کردن‌های گسترده، فقط غرامت مناسب برحسب اوضاع و احوال، قابل پرداخت است ولی در مصادره موردی، غرامت کامل پرداخت می‌شود.

۸۴- از اینها که بگذریم، حکم دیوان در پرونده «سدکو» از برخی جهات قابل انتقاد است. اولاً وقتی دیوان، درست یا غلط، قابل اعمال بودن ضابطه غرامت مقرر در عهدنامه مودت را روا و مقنع تشخیص می‌دهد، این تشخیص چنان روشن و قطعی است که در تعیین تکلیف پرونده کفایت می‌کند و از لحاظ قضایی، دیگر ضرورت معقولی نمی‌ماند که به منابع دیگری هم برای استخراج همان قاعده‌ای که عهدنامه در دسترس دیوان قرار داده، رجوع کند. این کار در صورتی موجه بود که دیوان می‌خواست عهدنامه را به منزله «قانون خاص» در پرتو حقوق بین‌الملل عرفی به عنوان «قانون عام» تفسیر کند، اما این فرض نسبت به حکم دیوان در پرونده مذکور صدق نمی‌کند.

ثانیاً، دیوان مصادره شرکت «سدیران» توسط ایران را «مصادره‌ای موردی» و نه «ملی کردن گسترده، رسمی و نظام‌مند» می‌نامد و نظر می‌دهد که خواهان استحقاق دریافت غرامت کامل را دارد. ولی این حکم با تصمیم قبلی که همین شعبه سوم با همان رئیس (منگارد) در «پرونده AIG» اتخاذ کرده بود، قابل جمع نیست. در «پرونده AIG»، دعوی مطروحه ناشی از ملی کردن واقعی و گسترده صنعت بیمه در ایران بود اما دیوان، به جهت ضابطه غرامت، تفکیکی میان مصادره و ملی کردن به عمل نیاورد، بلکه با بیان این مطلب که «حتی در مصادره قانونی، مالک قبلی معمولاً مستحق غرامت است» حکم به پرداخت ارزش «کامل» منافع خواهان در شرکت بیمه ملی شده داد. البته درست است که دیوان، سرانجام در «پرونده AIG» حکم به پرداخت ارزش «تخمینی» و نه «کامل» سهام خواهان داد، ولی هیچ توضیحی در مورد مبنای نظری دیدگاه خویش ارائه نداد.

ثالثاً، اظهار نظر چند سطری دیوان به اندازه نصف یک پاراگراف، مبنی بر اینکه غرامت «کامل» قاعده‌ای است که «هم به موجب عهدنامه مودت و هم به طور مستقل، براساس حقوق بین‌الملل عرفی قطع نظر از اینکه مصادره قانونی بوده یا خیر، قابل اعمال است»، اصلاً قانع کننده نمی‌باشد. دیوان هیچ توضیحی نمی‌دهد که چگونه می‌توان آثار اقدام قانونی دولت را با اقدامی غیرقانونی و تخلف‌آمیز برابر دانست و این هر دو را به لحاظ خساراتی که به بار می‌آورند، یکسان

محسوب داشت.

قضیه کنسرسیوم و قضیه آموکو

دو فقره از مهمترین رویه‌های دیوان داوری ایران - آمریکا در دعاوی نفتی در پرونده کنسرسیوم و پرونده آموکو آمده است، اما قبل از توضیح آرای دیوان داوری در این دو پرونده لازم است مقدمه‌ای کوتاه را بیاوریم.

۸۵ - به دنبال پیروزی انقلاب اسلامی، قراردادهای نفتی ایران با شرکتهای خارجی دستخوش تغییرات مهمی گردید. قریب یک سال پس از انقلاب، در تاریخ ۱۳۵۸/۱۱/۱۸ شورای انقلاب «ماده واحده کان‌لم‌یکن شدن قراردادهای نفتی» را تصویب کرد:

«کلیه قراردادهای نفتی که به تشخیص کمیسیون خاص که از طرف وزیر نفت تعیین می‌شود، مغایر با قانون ملی شدن صنعت نفت در ایران تشخیص داده شود، کان‌لم‌یکن تلقی گردیده و ادعای ناشی از انعقاد و اجرای این قراردادها با رأی کمیسیون قابل حل و فصل می‌باشد. این کمیسیون با شرکت نماینده وزارت امور خارجه خواهد بود».^{۲۳}

۸۶ - کمیسیون خاص موضوع این ماده واحده، قراردادهای مشارکت و نیز فروش نفت ایران با شرکتهای خارجی را بررسی و حسب مورد کان‌لم‌یکن اعلام کرد. آن تعداد از شرکتهای غیرامریکایی که قراردادهای ملغی شده بود، به تدریج به کمیسیون خاص مراجعه کردند و کمیسیون هم با احتساب بدهی‌هایی که به شرکت نفت داشتند، با آنها تسویه حساب نمود. از میان شرکتهای تنها شرکت انگلیسی بی.پی. به داوری رجوع کرد ولی ادعای شرکت مذکور نیز در جریان داوری تسویه گردید و پرونده داوری مختومه شد. اما شرکتهای امریکایی طرف قرارداد شرکت ملی نفت ایران، به دیوان داوری دعاوی ایران - آمریکا که در سال ۱۳۶۱ بر اساس بیانیه‌های الجزایر تأسیس شده بود،^{۲۴} مراجعه کردند و طرح دعوا نمودند. اساس ادعای این شرکتهای آن بود که کان‌لم‌یکن شدن قراردادهای آنها توسط «کمیسیون خاص» به معنای مصادره اموال و حقوق و منافع آنهاست و طبق ماده ۴ عهدنامه مودت ۱۹۵۵ بین ایران و آمریکا مستحق دریافت غرامت کامل (شامل عدم‌النفع) می‌باشند. شرکتهای امریکایی که در دیوان داوری طرح دعوا کردند، یا شرکتهای عضو قرارداد کنسرسیوم بودند که با شرکت نفت قرارداد خرید نفت

۲۳. روزنامه رسمی شماره ۱۰۱۸۵، مورخ ۱۳۵۸/۱۲/۲.

۲۴. در مورد سابقه بیانیه‌های الجزایر و دیوان داوری رک. افتخار جهرمی، دکتر گودرز، «دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده و عملکرد آن»، مجله حقوقی شماره ۱۶-۱۷؛ نیز رک. دکتر محسن مجبی، «بیانیه‌های الجزایر»، انتشارات خط سوم، ۱۳۷۹.

(دعای کنسرسیوم)، و یا قرارداد مشارکت در تولید داشتند، مانند مشارکت لاپکو، ایپاک، ایمینکو، خمکو (دعای مشارکتها).

۸۷- از بین چندین فقره دعای نفتی، فقط دو پرونده در مرحله مسئولیت به رأی رسید (دعای آموکو - دعای کنسرسیوم) و بقیه دعای پس از صدور این آراء، با مذاکره حل و فصل و تسویه شد. در واقع شرکتهای نفتی امریکایی با مشاهده رأی دیوان در آن دو پرونده، بویژه از حیث ضابطه غرامت، دریافتند که ادعاهای کلان آنها درباره عدم النفع شانس موفقیت ندارد. توضیح اینکه با توجه به پیچیدگی دعای نفتی و ارقام کلان خواسته آنها، دیوان دآوری جریان دادرسی را به دو مرحله تقسیم کرد؛ نخست، به عنوان یک امر ماهوی به مسئله مسئولیت خوانده (شرکت نفت و دولت ایران) رسیدگی کرد و اگر مسئولیت خوانده را احراز می نمود؛ در مرحله دوم به تقویم خسارت و تعیین مبلغ غرامت می پرداخت. اما در عمل، به جز دعای شرکت آموکو اینترنشنال در مورد مشارکت خمکو و دعای چهار شرکت از اعضای امریکایی قرارداد کنسرسیوم، بقیه دعای نفتی در جریان رسیدگی و قبل از اینکه به حکم برسد، به تدریج با مذاکره، حل و فصل شد. دعای شرکتهای عضو کنسرسیوم و نیز دعای شرکت آموکو با اینکه در مرحله مسئولیت به رأی رسیدند، ولی قبل از اینکه دیوان وارد مرحله تقویم خسارت و غرامت شود، طرفین در خارج از دیوان مذاکره نمودند و هر دو پرونده براساس توافقیهای حاصله، مختومه شد.^{۲۵} به این ترتیب از دعای نفتی امریکاییها در دیوان دآوری، دو پرونده در مرحله مسئولیت به رأی رسید؛ یکی پرونده کنسرسیوم، دوم پرونده آموکو در مورد مشارکت خمکو.^{۲۶} جالب اینکه، هر دو رأی در شعبه سوم دیوان دآوری به قلم یک حقوقدان برجسته فرانسوی، شادروان میشل ویرالی صادر شده است که هم حسن نظر و سلامت نفس او به عنوان استادی برجسته و یک قاضی شرافتمند، و هم اصابت نظر و تسلط مثال زدنی او در عرصه حقوق بین الملل، قوی است که جملگی برآند. هر دو رأی در یک روز یعنی ۱۴ ژوئیه ۱۹۸۶ صادر شده است، که از قضا سالروز انقلاب کبیر فرانسه می باشد.^{۲۷}

۲۵. کلیه دعای نفتی مختومه شده، مبتنی بر رأی سازی دیوان دآوری است و دیوان به درخواست طرفین «رأی مبتنی بر شرایط مرضی الطرفین» صادر کرده است (ر.ک. ماده ۳۴ قواعد دآوری آنسیترال).

۲۶. در پرونده فیلیپس که از گروه مشارکتها بود، اکثریت داوران شعبه دوم دیوان دآوری (رئیس شعبه و داور امریکایی) یک متن انگلیسی را به اصطلاح به عنوان رأی دیوان در خصوص مسئولیت خوانده صادر نمودند، اما این متن هیچگاه مطابق قواعد دیوان دآوری به رأی تبدیل نشد، زیرا طرفین قبل از اینکه این متن تبدیل به رأی شود، تسویه حساب کردند و پرونده مختومه شد. ظاهراً هدف از این اقدام شتابزده اکثریت داوران شعبه دوم آن بود که در برابر رأی شادروان ویرالی در پرونده آموکو که عدم النفع را رد کرده بود، رویه دیگری به جا گذارند، اما چنانکه اشاره شد، متن انگلیسی مذکور، رأی دآوری نیست و ارزش رویهای ندارد (برای ملاحظه متن یاد شده، ر.ک. گزارشگر آرای دیوان، ج ۲۱، ص ۱۲۰).

۲۷. منصوریان، دکتر ناصرعلی، «یاد استاد میشل ویرالی، حقوقدان بین المللی و فیلسوف حقوق»، مجله حقوقی، شماره ۱۱ (۱۳۶۸)، ص ۹۷.

آرای شادروان ویرالی در قضیه کنسرسیوم و قضیه آموکو بسیار مفصل است و متضمن نکات حقوقی مهمی است، مانند ماهیت قراردادهای نفتی، قانون حاکم بر آنها، حق حاکمیت دولتها خصوصاً حق ملی کردن، شرط ثبات در قرارداد، بررسی عهدنامه مودت بویژه ماده (۲) ۴ آن در مورد غرامت در پرتو حقوق بین الملل و بالاخره استاندارد غرامت و شیوه محاسبه آن و بسیاری موضوعات دیگر که باید در جای خود بحث شود.^{۲۸} با توجه به اینکه بحث ما در این نوشته حول مسئله غرامت در دعاوی نفتی است، آن بخش از دو رأی مذکور را که مربوط به موضوع غرامت است، جداگانه توضیح می دهیم.^{۲۹}

۲-۴- رأی صادره در قضیه کنسرسیوم (۱۹۸۶)

۸۸- در مورد سابقه قرارداد کنسرسیوم که در سال ۱۳۳۳ منعقد گردید، کافی است یادآوری کنیم که این قرارداد بین یازده شرکت نفتی از یک طرف و شرکت ملی نفت ایران از طرف دیگر امضا شد و برطبق آن حق خرید نفت ایران به مدت بیست و پنج سال با حق تمدید پانزده سال دیگر، به کنسرسیوم داده شد. کنسرسیوم برای انجام موضوع قرارداد دو شرکت «عامل» تأسیس کرد؛ یکی برای امور استخراج و تولید و دیگری برای ترتیبات تصفیه سهم نفت ایران در کنسرسیوم. ۴۰٪ سهام کنسرسیوم متعلق به شرکت بی.پی. (انگلیس) بود، ۲۰٪ آن متعلق به شرکتهای شل (هلند) و سی.اف.پی. (فرانسه) و ۴۰٪ الباقی هم متعلق به یازده شرکت امریکایی بود که هرکدام درصدی از آن را دارا بودند؛ بعضی ۷٪، بعضی ۵/۶٪ و بعضی ۵/۱۲٪ (دعوی مطروحه در دیوان داوری، متعلق به چهار شرکت از اعضای امریکایی کنسرسیوم بوده است).

طبق قرارداد، نفت تولید شده، پس از تأمین نیاز داخلی ایران، به قیمت اعلام شده به اعضای کنسرسیوم فروخته می شد و مابه التفاوت هزینه های تولید و استحصال با قیمت مذکور، سود حاصله بود که به نسبت پنجاه- پنجاه بین ایران و کنسرسیوم تقسیم می شد. مالیات سود نیز

۲۸. افتخارچهرمی، دکتر گودرز، همان منبع؛ دکتر محسن محبی، «رژیم قانون حاکم در دیوان داوری ایران - امریکا در قراردادهای نفتی»، ویژه نامه اولین کنفرانس داوری، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق شهید بهشتی، شماره ۲۸ - ۲۷، زمستان ۱۳۷۸، ص ۴۵ به بعد؛ دکتر محمد علی موحّد، «دعای کنسرسیوم در برابر دیوان داوری ایران - امریکا»، مجله قانون وکلای دادگستری، شماره ۱۵۳ - ۱۵۲، ص ۶۳ به بعد.

۲۹. روبرو شدن شرکت ملی نفت ایران و دولت با حجم زیادی از انواع دعاوی نفتی در دیوان داوری کم سابقه بوده است. اهمیت این دعاوی اقتضا می کرد که سیاست حقوقی پخته و جامع الاطرافی در امر دفاع اتخاذ شود. اسفندماه ۱۳۶۲ همایشی در شعبه لاهه دفتر خدمات با حضور اساتید و حقوقدانان برجسته بین المللی برگزار شد و مسائل مختلف دعاوی نفتی مورد بحث و بررسی قرار گرفت. گرچه شیوه دفاع در هر پرونده متناسب با موضوع دعوا طراحی شده، اما چند مطلب مشترک در همه پرونده ها وجود داشت که باید به صورت هماهنگ دفاع می شد، مانند صلاحیت، آثار ملی کردن و کأن لم یکن شدن قراردادها و غرامت که مباحث سمینار مذکور به کار آنها آمد (برای ملاحظه سوابق این همایش رک. آرشیو بخش تحقیقات مرکز امور حقوقی بین المللی).

به ایران پرداخت می‌شد و ایران مبلغی هم بابت حق‌الارض دریافت می‌کرد (۵/۱۲٪ قیمت نفت).
۸۹- در سال ۱۳۵۲ (۱۹۷۳) به‌دنبال فشار و اصرار اوپک و کشورهای صاحب نفت خاورمیانه برای تعیین قیمت نفت و خارج کردن قیمت‌گذاری از سلطه شرکت‌های نفتی، قرارداد جدیدی جایگزین قرارداد کنسرسیوم ۱۳۳۳ گردید. به موجب این قرارداد: اولاً، دو شرکت عامل منحل گردید و شرکت اسکو (OSCO) به‌عنوان پیمانکار شرکت نفت، تأسیس شد؛

ثانیاً، مقرر گردید کلیه نفت تولید شده تحت قرارداد، به شرکت‌های عضو کنسرسیوم فروخته شود (البته پس از تأمین نیاز داخلی ایران)؛
ثالثاً، تا سیصد هزار بشکه از نفت فروخته شده، باید در پالایشگاه‌های ایران تصفیه شود و مالیات ارزش افزوده آن نیز به ایران پرداخت گردد؛
رابعاً، کنسرسیوم مکلف شد هر سال ۴۰٪ از سرمایه لازم برای سرمایه‌گذاری‌های جدید را بدون بهره در اختیار ایران قرار دهد و این مبلغ ظرف ده سال از محل فروش نفت به کنسرسیوم، تسویه گردد.

۹۰- قرارداد جدید سال ۱۳۵۲ عمری نیافت، زیرا با افزایش قیمت نفت در همان سال و قدرت گرفتن کشورهای عضو اوپک در قیمت‌گذاری نفت، کنسرسیوم نتوانست نفت را به مقداری که تعهد کرده بود، خریداری کند که این وضع تا سال ۱۳۵۶ ادامه یافت. تصفیه نفت خریداری شده در پالایشگاه آبادان نیز انجام نشد و کنسرسیوم نتوانست ۴۰٪ سرمایه‌گذاری را تأمین کند. به این ترتیب، قرارداد سال ۱۳۵۲ عملاً دچار بلاتکلیفی شد و متوقف ماند. طرفین قرارداد برای خروج از بن بست و تعدیل و اصلاح شروط قرارداد، مذاکراتی را آغاز کردند که تا اواخر ۱۹۷۸ طول کشید، اما نتیجه‌ای حاصل نشد. اواخر ۱۹۷۸، مقارن زمستان ۱۳۵۷ بود که اعتصابات در ایران در اوج خود بود و صدور نفت ایران، عملاً متوقف شده بود. مدتی بعد، در فوریه ۱۹۷۹ انقلاب ایران پیروز شد. شرکت ملی نفت ایران در ۱۰ مارس ۱۹۷۹ - حدود یک ماه پس از پیروزی انقلاب - نامه‌ای به کنسرسیوم نوشت و اعلام کرد کنسرسیوم به تعهدات خود عمل نکرده است و قرارداد ۱۳۵۲ را نقض کرده، ولی ایران آمادگی دارد با تک تک شرکت‌های عضو کنسرسیوم به‌صورت جداگانه مذاکره نماید و به آنها نفت بفروشد. کنسرسیوم در ۲۳ مارس ۱۹۷۹ به این نامه پاسخ داد و شرایط ایران را پذیرفت، و اعلام کرد حاضر است در مورد فسخ قرارداد ۱۳۵۲ مذاکره نماید. تلاش طرفین برای تعیین تکلیف قرارداد و تجدیدنظر در آن، باز هم به جایی نرسید. بلاتکلیفی به اوج رسید؛ نه فسخ رسمی قرارداد عملی شد، نه ادامه آن امکان داشت.

۹۱- گروه‌انگیزی کارمندان سفارت سابق آمریکا در تهران در ۱۳ آبان ۱۳۵۸ (نوامبر ۱۹۷۹) و سپس قطع روابط ایران و آمریکا باعث شد بحران در روابط قراردادی کنسرسیوم ابعاد

تازه‌ای بیابد. از طرفی، شورای انقلاب در تاریخ ۱۳۵۸/۱۱/۱۸ «ماده واحده کأن لم یکن شدن قراردادهای نفتی» را تصویب کرد و در شهریور ۱۳۶۰ کمیسیون خاص موضوع ماده واحده، قرارداد کنسرسیوم را رسماً کأن لم یکن اعلام نمود.

۹۲- بحران گروگانگیری، با امضای بیانیه‌های الجزایر در ۲۹ دی ماه ۱۳۵۹ حل شد و مقرر گردید یک دیوان داوری بین‌المللی برای حل و فصل ادعاهای طرفین تشکیل شود. دیوان داوری ایران-امریکا در اردیبهشت ۱۳۶۱ تأسیس گردید و شرکتهای امریکایی عضو کنسرسیوم علیه شرکت ملی نفت ایران در دیوان مذکور، طرح دعوا نمودند و مدعی شدند که کأن لم یکن کردن قرارداد کنسرسیوم بر طبق ماده واحده مذکور به معنی نقض قرارداد و مصادره حقوق و اموال آنها است و ایران باید غرامت بپردازد. در مورد میزان غرامت نیز، شرکتهای امریکایی عضو کنسرسیوم استدلال می‌کردند که بر طبق ماده ۴ عهدنامه مودت بین ایران و امریکا (۱۳۳۴)، ایران باید غرامت کامل شامل عدم‌النفع بپردازد، زیرا در ماده مذکور مقرر شده است که اموال و حقوق اتباع هیچ‌یک از دو دولت اخذ و مصادره نخواهد شد، مگر برای منافع عامه و با پرداخت غرامت کامل، یعنی غرامت فوری، مؤثر و مکفی. اعضای کنسرسیوم روی هم رفته یک میلیارد و پانصد و ده میلیون دلار غرامت مطالبه می‌کردند (بدون بهره و هزینه‌های حقوقی) و خواسته خود را شامل موارد ذیل می‌دانستند:

۱. بدهی شرکت نفت بابت سرمایه‌گذاریها و پیش‌پرداختها و نیز بهای فراورده‌های نفتی که در پالایشگاههای ایران موجود است و متعلق به کنسرسیوم بوده است؛

۲. خسارت مربوط به پالایشگاه نفت در آبادان که در اثر تخلف ایران از قرارداد، ایجاد شده است؛

۳. خسارت عدم‌النفع و سود از دست رفته، به علت نقض پیش از موعد قرارداد توسط ایران.

۹۳- ایران در مقام دفاع پاسخ می‌داد اولاً بدهی‌های دفتری خود را قبول دارد و همواره حاضر بوده آن را بپردازد. ثانیاً چون کأن لم یکن شدن قرارداد کنسرسیوم مبتنی بر قانون (ماده واحده) بوده و در جهت حفظ حقوق عامه و ملی شدن نفت صورت گرفته است؛ بنابراین یک عمل مشروع و قانونی محسوب می‌شود و نباید به خاطر آن خسارت و غرامتی به‌عنوان عدم‌النفع بپردازد.

۹۴- همان‌طور که قبلاً گفتیم، دیوان داوری رسیدگی به دعاوی نفتی را به دو مرحله تقسیم کرد؛ مرحله مسئولیت و مرحله ارزیابی مبلغ غرامت. در پرونده کنسرسیوم هم به همین نحو

عمل شد و دیوان داوری طی حکم جزئی* به مسئله مسئولیت ایران (خوانده) در مورد سلب مالکیت و مصادره پرداخت تا معلوم کند عمل ایران در مورد قرارداد کنسرسیوم از لحاظ حقوقی چه وصفی داشته است.^{۳۰} دیوان داوری به این نتیجه رسید که برخلاف ادعای خواهانها، عمل ایران سلب مالکیت غیرقانونی و غیرمشروع نبوده است. در مورد استاندارد غرامت نیز دیوان اظهارنظر کرد که ملاک در غرامت، «انتظار مشروع» طرفین است و نه بیشتر. شرح و تفصیل رأی جزئی دیوان داوری را ذیلاً می‌خوانیم.

۹۵- دیوان داوری قبل از هر چیز باید معلوم می‌کرد که آیا اساساً مصادره و سلب مالکیت رخ داده است یا نه؟ به عبارت دیگر، آیا در تاریخ کأن لم یکن شدن قرارداد کنسرسیوم، قرارداد معتبری که منشأ حقوق و اموالی برای اعضای کنسرسیوم بوده باشد، وجود داشته است یا نه؟ بر همین پایه، دیوان ابتدا بحث مفصلی در مورد روابط طرفین از سال ۱۹۷۳ تا ۱۹۷۹ و اوج و فروندهای قرارداد سال ۱۳۵۲ نمود. دیوان داوری ابتدا تجزیه و تحلیل جامعی از تحولات وسیعی که در آن سالها در بازار نفت و اوپک رخ داده و تأثیری که این تحولات بر روابط بین شرکت‌های نفتی و کشورهای نفت خیز، از جمله بر قرارداد کنسرسیوم با ایران داشته، به دست داده است. آنگاه، با اشاره به مفاد مکاتبه مارس ۱۹۷۹ بین شرکت نفت و کنسرسیوم، بویژه پاسخ ۲۳ مارس ۱۹۷۹ کنسرسیوم که شرایط ایران را برای معامله جداگانه با اعضای کنسرسیوم و مذاکره برای فسخ قرارداد پذیرفته بود، به این نتیجه رسیده که طرفین در مارس ۱۹۷۹ (۱۳۵۴) توافق کردند تا قرارداد ۱۳۵۲ را پایان دهند و دیگر آن را ادامه ندهند. به نظر دیوان، از سال ۱۹۷۵ که اوج تحولات اوپک و تصمیم آن برای قیمت گذاری نفت بوده، بخش‌های مهم قرارداد ۱۳۵۲، بویژه درباره خرید نفت مورد اعتراض هر دو طرف بوده و دیگر اجرا نشده است. تلاش‌های بعدی طرفین در سالهای ۱۹۷۶ تا ۱۹۷۸ برای خروج از بن بست و تجدیدنظر در شروط قرارداد نیز مؤید همین معنی است که در نظر همه طرفها، قرارداد در بوته تعلیق و ابهام افتاده است و به همین لحاظ بوده که توافق کرده‌اند تا در قرارداد تجدیدنظر کنند. بنابراین به نظر دیوان داوری، قرارداد ۱۳۵۲ عملاً تا سال ۱۹۷۸ متوقف بوده است. در سال ۱۹۷۸ هم که در ایران اعتصاب‌های سراسری جریان داشته و به پیروزی انقلاب در فوریه ۱۹۷۹ منجر شد، قرارداد با فورس مازور مواجه بوده و این وضع تا تاریخ فوریه ۱۹۸۰ (بهمن ۱۳۵۸) که قانون ماده واحده کأن لم یکن شدن قراردادهای نفتی تصویب و اجرا شد، ادامه یافته است. بنابراین به عقیده دیوان، در زمان کأن لم یکن شدن،**

*. Partial Award.

۳۰. برای ملاحظه حکم صادر شده در پرونده کنسرسیوم رک.

Mobil et al v. Iran, 16 I.U.S.C.T. Reporters, Grotius Publication, p. 66.

** Ambeyance.

قرارداد کنسرسیوم به صورت سند مرده‌ای در آمده بود و چیزی وجود نداشته که مورد مصادره و سلب مالکیت قرار گیرد (بند ۱۲۵ به بعد رأی). دیوان دآوری، با همین استدلال ادعای مصادره را رد کرد.

۳-۴- ضابطه غرامت در قضیه کنسرسیوم

۹۶- این یافته که «قرارداد کنسرسیوم در تاریخ قانون ماده واحده سند مرده‌ای بوده است»، پایان کار نبود، بلکه مقدمه‌ای بود که دیوان برای ورود به بحث غرامت تمهید کرده بود. دیوان دآوری می‌گوید در همان سالها که قرارداد فلج شده بود (۱۹۷۸)، قرار بود طرفین برای ترمیم و تجدیدنظر در روابط قراردادی خود مذاکره کنند، اما به علت اوضاع انقلابی در ایران در سال ۱۹۷۹ و سپس تصویب ماده واحده، این امر عملی نشد. پس باید دید در آن زمان - نه در تاریخ تصمیم کمیسیون خاص به کأن لم یکن کردن قرارداد (شهریور ۱۳۶۰) - طرفین چه انتظار معقول و مشروعی می‌توانسته‌اند داشته باشند. مؤلفه‌های همین «انتظارات مشروع» است که چارچوب غرامت قابل پرداخت را ترسیم و تعیین می‌کند. هنر و نوآوری شادروان ویرالی در رأی پرونده کنسرسیوم و تحولی که این رأی در باب معیار غرامت در قراردادهای نفتی در افکنده، در همین نکته نهفته است. پس جا دارد ببینیم دیوان دآوری، غرامت مورد ادعای کنسرسیوم را (بند ۱۰۵ بالا) چگونه در پرتو این معیار ارزیابی کرده است.

۹۷- به نظر دیوان، در مارس ۱۹۷۹ (تاریخ مکاتبات شرکت نفت و کنسرسیوم) که طرفین توافق کردند در مورد ختم قرارداد ۱۳۵۲ مذاکره نمایند، از یک طرف شرکت ملی نفت ایران انتظار داشت طلب خود را بابت نفتی که فروخته بود از کنسرسیوم وصول کند و خواهانها هم از طرف دیگر، انتظار داشتند پیش پرداختها و سرمایه‌گذاریهایی را که طبق قرارداد اولیه سال ۱۳۳۳ و نیز طبق قرارداد بعدی سال ۱۳۵۲ انجام داده بودند، به‌دست آورند و مضافاً، بهای فرآورده‌های نفتی را که در پالایشگاههای ایران داشتند، وصول کنند، اما درباره عدم‌النفع، چنین نیست.

۹۸- خواسته‌های کنسرسیوم آنچنان که در حکم جزئی دیوان آمده، سه مطلب بوده است (بند ۱۰۵ بالا) که دیوان درباره هر کدام جداگانه اظهارنظر کرده است.

• اول، در مورد مطالبات کنسرسیوم بابت پیش‌پرداختها و سرمایه‌گذاریهایی که براساس قرارداد انجام داده و هنوز مستهلک نشده است و همچنین بابت فرآورده‌های نفتی موجود در مخازن پالایشگاههای ایران (ماهشهر و آبادان) که متعلق به کنسرسیوم است و بالاخره اموال عینی کنسرسیوم، دیوان دآوری می‌گوید در سال ۱۹۷۹ که قرار شد به قرارداد پایان داده شود، اعضای کنسرسیوم به حق انتظار داشتند این مطالبات را وصول نمایند، زیرا این اقلام، مطالبات

دفتری کنسرسیوم را تشکیل می‌داده و جزء دیون ثابت شرکت ملی نفت ایران بوده است که در هر حال باید تأدیه و تسویه شود. خود شرکت نفت هم منکر این بدهیها نبود و از ابتدا گفته بود حاضر است آن را بپردازد.^{۳۱}

• دوم، در مورد خسارت مربوط به پالایشگاه آبادان که به نظر کنسرسیوم در اثر تخلف ایران از قرارداد ایجاد شده، چون به اعتقاد دیوان نقض قرارداد رخ نداده، بنابراین چنین مطالبه‌ای براساس «نقض قرارداد» موجه نیست، مگر اینکه خواهانها بتوانند مبنای دیگری برای اثبات و توجیه این ادعا ارائه نمایند. دیوان داوری خاطرنشان کرده که از قضا خواهانها نیز برای توجیه این بخش از ادعای خود بیشتر به «حسن نیت و انصاف و عرف تجاری» استناد کرده بودند و این خود به این معنی است که ادعای مذکور مبنای قراردادی ندارد. به قول دیوان «همیشه ممکن است بخشی از یک معامله، خلاف انتظار درآید و نتایج نامتعادلی به بار آورد» (بند ۱۳۹ به بعد رأی).

به نظر دیوان، روشی که ایران از سال ۱۹۷۵ درمورد استفاده از پالایشگاه آبادان اعمال کرده و مقرراتی که برای آن پیش‌بینی نموده، همان است که از ابتدای قرارداد عمل می‌شده و ایران تکلیفی نداشته تا مقررات مذکور را طوری اجرا کند که متضمن خواسته‌ها و نفع خواهانها باشد، چنین ادعایی هیچ مبنای قانونی ندارد و محکوم به رد است.

• سوم، مهمترین بخش خواسته خواهانها مطالبه عدم‌النفع بابت نقض زودرس و قبل از موعد قرارداد کنسرسیوم توسط ایران است که شرکتهای عضو کنسرسیوم را از خرید نفت تا پایان قرارداد که هنوز چند سالی از آن باقی‌مانده بود، محروم کرده است. شادروان ویرالی این قسمت از ادعای خواهانها را به این دلیل رد می‌کند که اعضای کنسرسیوم در مارس ۱۹۷۹ که به ختم قرارداد توافق کردند، نمی‌توانستند انتظار به حقی داشته باشند که ایران خسارت عدم‌النفع به آنها بپردازد، کمااینکه این خواسته هیچ‌گاه در مکاتبه‌ها و مذاکرات ۱۹۷۹ مطرح نشده است: «اینکه یک طرف از مطرح کردن موضوع معینی در مذاکرات خودداری کرده، فی‌الواقع به ظن قوی دلیل بر این است که انتظار نداشت از طرح چنین موضوعی طرفی ببندد».

۹۹- با توجه به اهمیت مسئله عدم‌النفع، جا دارد درباره این قسمت از رأی دیوان داوری، لختی تأمل کنیم. دیوان داوری می‌گوید در مورد مطالبه عدم‌النفع ناشی از محروم شدن از خرید نفت، باید به چند نکته توجه داشت؛ اولاً طبق توافق حاصله در سال ۱۹۷۹ (مکاتبات مارس ۱۹۷۹) شرکت ملی نفت ایران اعلام آمادگی کرده بود که شرکتهای عضو کنسرسیوم را در شرایط مساوی به‌عنوان مشتری طراز اول نفت خود تلقی کند و به آنها جداگانه نفت بفروشد. در

۳۱. هنگام تسویه حساب و حل و فصل پرونده نیز به همین نحو عمل شده است. رک. رأی مبتنی بر شرایط مرضی‌الطرفین در پرونده کنسرسیوم (موایل و دیگران علیه ایران)، گزارشگر آرای دیوان داوری در ایران - آمریکا (انتشارات گروسوس).

عمل نیز شرکتهای مذکور با استقبال از این پیشنهاد و با توجه به قیمت نفت، وارد معامله شدند و در سال ۱۹۷۹ شرکت ملی نفت ایران چند فقره معامله با شرایطی مشابه سایر قراردادهایی که با سایر مشتریان خود داشت، با اعضای کنسرسیوم انجام داد. ثانیاً مواد ۲، ۳ و ۶ قرارداد سال ۱۳۵۲ در مورد فرمول خرید نفت خام، از سال ۱۳۵۴ به بعد به علت تغییرات و تحولات در بازار نفت عملاً اجرا نمی‌شده و متروک مانده بود و کنسرسیوم نیز از خرید نفت ایران استنکاف می‌ورزید. بنابراین برای تعیین زیان کنسرسیوم، مبنای حقوقی در دست نیست و برآورد چنین زبانی میسر نیست. ثالثاً، به عقیده شادروان ویرالی، با توجه به اینکه طرفین در سال ۱۹۷۹ به این نتیجه رسیده بودند که ادامه قرارداد ۱۳۵۲ - ولو همان سند مرده یا هرچه از آن باقی بود - دیگر مقدور و ممکن نیست و در مقام پایان دادن به آن برآمدند، بنابراین در آن زمان تنها چیزی که واقعاً مورد توافق طرفین بود و به آن راضی بودند، همین بود که بر قرارداد ۱۳۵۲ نقطه پایانی نهند. به علاوه، هرکدام از اعضای کنسرسیوم که مایل بودند، می‌توانستند جداگانه از ایران نفت بخرند. چنین تراضی و توافقی، با ادعای عدم‌النفع ناشی از نقض قرارداد و مصادره یا ادعای محروم شدن از خرید نفت براساس قرارداد ۱۳۵۲، منافات دارد.

۱۰۰- به طور خلاصه، پیداست که دیوان داوری با رد ادعای کنسرسیوم در مورد نقض قرارداد توسط ایران یا سلب مالکیت به صورت غیرمشروع، قانون ماده واحده و تصمیم دولت را معتبر و نافذ دانسته است. آنگاه، با اتخاذ و بسط ضابطه «انتظارات مشروع» به‌عنوان استاندارد غرامت قابل پرداخت، از لحاظ حقوقی دست به یک نوآوری زده است و سعی کرده موازنه و معادله قراردادی را به روابط حقوقی طرفین برگرداند.^{۳۲} جالب است به یاد آوریم که در پرونده امین اوایل نیز، مرجع داوری همین ضابطه انتظارات مشروع را اتخاذ کرد. این اصل «انتظارات معقول» در یادداشت‌های شادروان میشل ویرالی که از نظرات او به‌عنوان مشاور در پرونده امین اوایل استفاده شده، وجود دارد.

۴-۴- رأی صادره در قضیه آموکو (۱۹۸۶)

۱۰۱- قرارداد شرکت آموکو از نوع قراردادهای مشارکت بود. توضیح اینکه شرکت آموکو اینترنشنال که متعلق به اتباع امریکایی بود، در سال ۱۳۵۴ قراردادی با شرکت ملی پتروشیمی

۳۲. چنانکه پیش از این اشاره کردیم، پس از صدور حکم جزئی در دعوای کنسرسیوم درباره مسئولیت خوانده و ضابطه غرامت، چهار شرکت عضو کنسرسیوم (خواهانها) حاضر شدند دعوای خود را با مذاکره حل و فصل کنند و لذا دعوای مطروحه به مرحله محاسبه و تقویم غرامت نرسید. دعوای کنسرسیوم، با احتساب و تهاوتر بدهی آنها بابت خرید نفت خام و بر اساس ارزش دفتری اموال آنها تسویه شد (رک. دکتر محمدعلی موحد، دعوای کنسرسیوم، پیشین).

ایران منعقد کرده بود و به موجب آن طرفین مشترکاً شرکت «خمکو»^{*} را به صورت پنجاه-پنجاه در ایران تأسیس کردند. موضوع این قرارداد مشارکت در احداث یک کارخانه پتروشیمی در جزیره خارک جهت تبدیل گاز حاصله از استخراج نفت در خلیج فارس به مواد پتروشیمی بود. پس از پیروزی انقلاب، با اینکه قرارداد مذکور ناظر به تأسیس کارخانه پتروشیمی بود و قرارداد نفتی محسوب نمی‌شد، کمیسیون موضوع ماده واحده کأن لم یکن شدن قراردادهای نفتی آن را ملغی اعلام کرد.

۱۰۲- به دنبال تشکیل دیوان داوری، شرکت آموکو دعوایی علیه ایران (شرکت ملی نفت، شرکت ملی پتروشیمی و شرکت شیمیایی خارک) مطرح نمود و ادعا کرد که ایران قرارداد فی مابین را نقض کرده و مسئول خسارات وارده می‌باشد. آموکو اعلام داشت، حتی اگر عمل ایران نقض قرارداد محسوب نشود و ایران مجاز به لغو آن دانسته شود، عمل ایران در کأن لم یکن کردن قرارداد به معنای مصادره و ضبط غیرمشموع حقوق و اموال آموکو است که خلاف حقوق بین الملل است و باید بابت آن غرامت کامل - شامل عدم النفع - پرداخت کند. خواهان در این مورد به ماده ۴ عهدنامه مودت ایران و آمریکا درباره غرامت کامل نیز استناد می‌کرد. ایران در پاسخ می‌گفت، اولاً به علت وقوع انقلاب در ایران قرارداد آموکو عقیم و مختومه بوده، ثانیاً عمل ایران در کأن لم یکن کردن قرارداد مبتنی بر حاکمیت و حق دولتها در ملی کردن منابع طبیعی بوده است و دولت ایران بر اساس قانون ماده واحده این حق را اعمال نموده و بنابراین اعمال این حق سلب غیرقانونی مالکیت و مصادره محسوب نمی‌شود و نباید عدم النفع بپردازد. در مورد عهدنامه مودت نیز، ایران استدلال می‌کرد که عهدنامه در این پرونده ربط و موضوعیت ندارد و اگر هم داشته باشد، ضابطه غرامت مذکور در ماده ۴ این عهدنامه باید در پرتو تحولات حقوق بین الملل درباره غرامت (یعنی غرامت مناسب) تفسیر و اجرا شود.

۱۰۳- دیوان داوری، رسیدگی به این پرونده را - مانند پرونده کنسرسیوم - به دو مرحله تقسیم کرد؛ مرحله مسئولیت و مرحله ارزیابی غرامت. در مرحله اول دیوان داوری درباره موضوعاتی مانند تفکیک بین سلب مالکیت به نحو مشروع و غیرمشروع و ملاک آن، قراردادهای اداری و دولتی، ارزش و قلمرو شرط ثبات در قراردادهای نفتی، حاکمیت و حق دولتها در ملی کردن منابع طبیعی و مهمتر از همه ضابطه غرامت اظهار نظر کرده است.^{۳۳} گرچه پس از صدور حکم جزئی درباره مسئولیت، طرفین در خارج دیوان به توافق رسیدند و تسویه حساب

*. Chemco نام مشارکتی است که توسط آموکو و شرکت ملی پتروشیمی که متعلق به شرکت نفت است، تشکیل شده بود (پتروشیمی خارک).

^{۳۳}. برای ملاحظه متن کامل رأی دیوان در قضیه آموکو رک.

Amaco v. Iran, Iran - U.S. Claims Tribunal Reporters, Vol. 15, p. 105.

کردند و نیازی به رسیدگی مرحله دوم و ارزیابی غرامت پیش نیامد، اما ارزش رویه‌ای حاصل از رأی جزئی دیوان در مرحله مسئولیت همچنان به جای خود محفوظ است و از لحاظ حقوقی نهایت اهمیت را دارد. چنانکه اشاره شد، رأی جزئی دیوان در قضیه آموکو متضمن نکات حقوقی گوناگونی است، اما آنچه در اینجا مورد نظر است، بخشهایی از رأی است که ناظر به مسئله غرامت در قراردادهای نفتی از نوع مشارکت در تولید است.

۴-۵- تفکیک سلب مالکیت به نحو مشروع و غیرمشروع

۴-۱- دیوان داوری برای ورود به بحث غرامت، بین سلب مالکیت به صورت مشروع و غیرمشروع تفکیک قائل می‌شود و در این زمینه به موازین شناخته شده در حقوق بین‌الملل اشاره می‌کند و می‌گوید سلب مالکیت از خارجیه‌ها که به صورت ملی کردن‌های گسترده صورت می‌گیرد، از نوع مشروع است، زیرا حق ملی کردن از حقوق دولتها و لازمه حاکمیت دولت بر منابع طبیعی است که در حقوق بین‌الملل به رسمیت شناخته شده است. به عقیده دیوان، برای مشروع و قانونی دانستن سلب مالکیت وجود سه شرط لازم است؛ اولاً برای نفع عامه باشد، ثانیاً تبعیض‌آمیز نباشد، ثالثاً همراه با ترتیباتی برای پرداخت غرامت باشد. معمولاً در ملی کردن‌ها، آنچه مورد نظر دولت است، نوع خاصی از اموال یا حقوق است (مانند نفت یا سایر منابع طبیعی یا بانکها، بیمه‌ها، صنایع خاص و...) که به طور مساوی و بدون تبعیض نسبت به مالکین آنها، اعم از داخلی یا خارجی و حتی بدون تبعیض بین خارجیه‌ها، اعمال و اجرا می‌شود. اما در مصادره، سلب مالکیت ناظر به شخص یا مالک خاصی است و اغلب در مقام مجازات او صورت می‌گیرد. افزون بر این، مصادره نوعاً تبعیض‌آمیز و بدون پرداخت غرامت اعمال می‌شود (مانند مصادره یا ضبط مال به موجب حکم دادگاه)، که از همین رو سلب مالکیت از نوع نامشروع محسوب می‌شود. پیداست، مشروع بودن یا نبودن سلب مالکیت، در قبال موازین حقوق بین‌الملل درباره «رفتار با خارجیه‌ها»^{۳۴} سنجیده می‌شود، و نه حقوق داخلی کشور مربوط. باری، اثر مهم این تفکیک، در غرامت است؛ در سلب مالکیت به نحو مشروع (مانند ملی کردن) مبلغ غرامت به مراتب کمتر از غرامت قابل پرداخت در سلب مالکیت غیرمشروع است^{۳۵} (بند ج) رأی آموکو تحت عنوان «قواعد حاکم بر پرداخت غرامت»، بندهای ۲۰۹-۱۸۳ رأی).

۵-۱- دیوان در تکمیل این بحث می‌گوید همان‌طور که اغلب علمای حقوق بین‌الملل گفته‌اند^{۳۶} و در رویه قضائی هم تأیید شده، ضابطه غرامت در سلب مالکیت به نحو مشروع،

34. Treatment of Aliens.

35. Chrozow Case, *op. cit.*, p.17.

۳۶. برای نمونه، رک.

محدود است به ارزش واقعی مال در زمان سلب مالکیت، در صورتی که در سلب مالکیت غیرمشروع که بدون رعایت ضوابط حقوق بین الملل انجام می‌شود، جبران خسارت عبارت است از اعاده وضع به حال سابق که غرامت و معادل پولی آن شامل عدم‌النفع نیز می‌شود. به این معنی که در سلب مالکیت به صورت غیرقانونی و غیرمشروع غرامت باید طوری باشد که حتی‌المقدور کلیه آثار و نتایج عمل نامشروع را زایل کند و وضعیتی را که به احتمال زیاد در صورت عدم ارتکاب این عمل وجود می‌داشت، اعاده نماید.^{۳۷}

دیوان سپس ملاک تفکیک بین سلب مالکیت به نحو مشروع و غیرمشروع را به‌خوبی توضیح داده و اثر آن را در غرامت قابل‌پرداخت چنین دانسته است:

« اگر مصادره مشروع باشد، ضابطه و میزان غرامت، ارزش مؤسسه بازرگانی در موقع سلب مالکیت محسوب می‌شود؛ حال آنکه در مصادره غیرمشروع این ارزش فقط بخشی از غرامت قابل‌پرداخت است. در هر صورت، حتی در مصادره غیرمشروع، خساراتی که واقعاً [و عملاً] وارد شده، ملاک تعیین غرامت است» (بند ۱۹۷ رأی قضیه آموکو).

۱۰۶- در پرونده آموکو، دیوان داوری با ذکر این مقدمه نتیجه گرفته، چون عمل ایران در کأن لم یکن کردن قرارداد در اجرای قانون بوده و تبعیض‌آمیز هم نبوده، لذا مشروع و مجاز محسوب می‌شود. آنگاه با تفکیک بین سلب مالکیت به نحو مشروع و غیرمشروع، ملاک و ضابطه روشنی را به‌دست می‌دهد که نهایت اهمیت را در رویه قضایی دعاوی نفتی دارد.

۴-۶- ضابطه غرامت در قضیه آموکو

۱۰۷- در مورد ضابطه غرامت، رأی صادره در قضیه آموکو حاوی نکات مهم و روشنگری‌های با ارزشی است. همان‌طور که گفتیم به نظر دیوان داوری اثر تفکیک بین سلب مالکیت مشروع و غیرمشروع، در غرامت قابل‌پرداخت تجلی می‌کند. دیوان ابتدا به ماده (۲) ۴ از عهدنامه مودت ایران و امریکا به‌عنوان قانون خاص* اشاره می‌کند و می‌گوید طبق این ماده ضابطه غرامت در سلب مالکیت به نحو مشروع عبارت است از «غرامت عادلانه» که باید معادل ارزش کامل مال باشد. نوآوری دیوان درباره ضابطه غرامت در تفسیری است که از مفهوم «ارزش کامل مال» به دست می‌دهد (بندهای ۲۰۹-۲۰۷ رأی آموکو). دیوان می‌گوید «ارزش کامل مال» عبارت است از ارزش آن در زمان سلب مالکیت و عناصر تشکیل دهنده «ارزش

Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th ed. (1999), p. 538 *et seq.*

37. Chrozow Case, *op.cit.*, p.17.

*. *Lex Specilis.*

کامل مال» نیز عبارت است از ارزش اجزای عینی و غیرعینی مال مربوط، به اضافه یک ارزش کلی دیگر در همان زمان به عنوان منافع آتی مال که آن را "future prospect" نامیده است. دیوان به این ترتیب عنصر عدم النفع* را از مجموع عناصر تشکیل دهنده ارزش مال (گرامت) خارج می‌کند. در صورتی که در حالت سلب مالکیت به صورت غیرمشروع، «ارزش کامل مال» عبارت است از ارزش اجزای عینی و غیرعینی آن در زمان سلب مالکیت به اضافه عدم النفع از دست رفته تا زمان صدور حکم.^{۳۸}

۱۰۸- نکته دیگری که در تعیین ضابطه گرامت در رأی آموکو آمده، مسئله عهدنامه مودت ایران و امریکا است. چنانکه اشاره شد، خواهان به ماده (۲) ۴ عهدنامه مودت درباره «گرامت عادلانه، معادل ارزش کامل مال ضبط شده و به معنای مؤثر، فوری و مکفی» استناد می‌کرد و ایران در دفاع می‌گفت عهدنامه مودت تحت تأثیر تغییر اوضاع و احوال پس از انقلاب قرار گرفته و به هر حال ربطی به موضوع این دعوا ندارد. دیوان داوری عهدنامه مودت را به عنوان «قانون خاص» حاکم بر موضوع، معتبر و قابل اجرا دانسته، مع ذلک ضابطه «گرامت عادلانه» مقرر در آن را در پرتو حقوق بین الملل عرفی تفسیر نموده و اظهار نظر کرده که «گرامت عادلانه» شامل عدم النفع نمی‌باشد.

۱۰۹- دیوان داوری، سرانجام ضابطه «انتظارات مشروع» را اعمال می‌کند و برای این منظور به مسئله روش ارزیابی مال ضبط شده پرداخته است. در این پرونده، خواهان مدعی بود که گرامت او باید طبق روش «جریان نقدینگی تنزیل شده»^{۳۹} محاسبه و ارزیابی شود و خوانده (شرکت نفت) عقیده داشت این مهم باید به روش «ارزش خالص دفتری»^{**} دارایی‌های عینی شرکت خمکو محاسبه شود. دیوان هر دو روش را رد کرده و می‌گوید اتخاذ هر یک از این دو روش، برخلاف «انتظار مشروع» طرفین در تاریخ کأن لم یکن شدن قرارداد است.

۱۱۰- دیوان می‌گوید مطابق روش "DCF" باید سود و درآمد خواهان و جریان نقدینگی شرکت خمکو (یعنی مال اخذ شده) با فرض اینکه از او سلب مالکیت نمی‌شد و قرارداد ادامه می‌یافت، تا پایان عمر قراردادی پروژه محاسبه شود و همین مبلغ به عنوان سودی که خواهان می‌توانست در طول زمان آینده به دست آورد، ولی از آن محروم شده است، ملاک تعیین گرامت قرار گیرد. اما برای اینکه ارزش فعلی آن در زمان سلب مالکیت به دست آید، درصدی به عنوان

*. Loss of profit.

^{۳۸}. به این ترتیب به نظر دیوان داوری، حتی در سلب مالکیت غیرمشروع که عدم النفع قابل پرداخت است، محاسبه آن فقط از زمان سلب مالکیت تا تاریخ صدور حکم مجاز است، و نه بیشتر. بهر حال دیوان داوری خسارات تبعی را به طور کامل رد کرده است.

^{۳۹}. برای اطلاع از جزئیات روش DCF رک. احمد حجازی، پیشین.

** Net book value.

تنزیل از آن کسر می‌شود تا رقم درآمد و سود خواهان در زمان سلب مالکیت به‌دست آید.^{۴۰} در روش "DCF" چنانکه پیداست، کل منافع محتمل‌الحصول از مال که مانند یک شرکت تجاری فعال و سودآور در نظر گرفته، محاسبه و برآورد می‌شود. به عقیده دیوان، استفاده از این روش برای خواهانی که طالب غرامت قابل توجهی می‌باشد، قابل درک است، اما محاسبه عواید احتمالی حاصل از قرارداد طی مدت طولانی، صحنه وسیعی از حدس و گمان را می‌گشاید و به‌همین دلیل دیوان نمی‌تواند به سهولت چنین روشی را بپذیرد، کما اینکه دیوانهای بین‌المللی نیز تمایلی به استفاده از این روش نداشته‌اند (بند ۲۳۰ رأی). در واقع، دیوان می‌خواهد بگوید حتی در صورت ادامه قرارداد، خواهان نمی‌توانست چنین درآمد محتملی را خالی از هر مخاطره‌ای مانند مالیات، ارز، ریسک تجاری و نیز ریسک فورس مازور انتظار داشته باشد (بند ۲۴۲ رأی). به عقیده دیوان، در این روش، عامل فرض و تخمین، عنصر اساسی و مهمی است و ارزش شرکت، با فرض سودآوری کامل و مصون ماندن شرکت از عوامل و خطرات مختلف محاسبه می‌گردد.

«در هرگونه پیش‌بینی وصولی‌های نقدی آتی، عنصر حدس و گمان وجود دارد. به همین دلیل، جای تردید است که یک دیوان دآوری بتواند آن را برای ارزیابی غرامت به‌کار برد. یکی از قواعد مسلم قانون مسئولیت بین‌المللی دولتها این است که بابت خسارت نظری، حدسی و مشکوک نمی‌توان حکم صادر کرد» (بند ۲۳۸ رأی).

ضوابطی که دیوان برای ارزیابی شرکت خمکو به‌عنوان «مؤسسه دایر»، به‌دست داده، مؤید این معنی است.

نکته جالب دیگری که در این قسمت از حکم دیوان آمده چنین است:

«خواهان پیش‌بینی عواید آتی خمکو طی ۱۸ سال آینده را به این جهت انجام داده که کل بازدهی را که می‌شد در بقیه عمر قرارداد به‌دست آورد محاسبه کند. اما این امر نتیجه برداشت نادرست خواهان است که گمان می‌کند ضابطه غرامت، اعاده وضع به حالت سابق است ... لیکن دیوان مسلماً نمی‌تواند این روش را برای غرامت قابل‌پرداخت در مورد سلب مالکیت مشروع بپذیرد» (بند ۲۴۰ رأی).

۱۱۱- چنانکه اشاره شد، ایران (خوانده) عقیده داشت غرامت خواهان باید براساس روش ارزش خالص دفتری دارایی‌های عینی و ملموس محاسبه و ارزیابی شود، اما دیوان آن را رد کرد،

^{۴۰} خواهان مدعی بود که «مانده وصولی‌های نقدی» درآمد منهای هزینه که انتظار می‌رفت خمکو در مدت باقی‌مانده از قرارداد (۱۸ سال) تولید کند، بیش از پانصد و چهل و شش میلیون دلار بوده و نرخ تنزیل را ۶/۵٪ در نظر گرفته بود و ارزش خمکو را به حدود سیصد و شصت میلیون دلار می‌رساند که ۵۰٪ سهم خود را مطالبه می‌کرد.

زیرا این روش هم نمی‌توانست متضمن انتظار معقول و مشروع طرفین در مقطع ملی کردن قرارداد باشد. به نظر دیوان، ملی کردن به معنای فروش دارایی‌های مؤسسه مربوط از طریق حراج نیست، تا روش ارزش دفتری به کار رود. به علاوه، دیوان استدلال نمود که در این روش این واقعیت نادیده گرفته می‌شود که دارایی‌های ضبط شده فقط شامل عناصر عینی آن (مانند موجودی حسابها، وسایل، زمین و ساختمان) نیست، بلکه می‌تواند مشتمل بر اقلام دینی مانند حقوق قراردادی، حق اختراع و شهرت بازرگانی شرکت خارجی نیز باشد (بند ۲۵۵ رأی).

۱۱۲- دیوان داوری می‌گوید حال که دیوان هر دو روش پیشنهادی خواهان و خوانده را مردود شناخته، باید طریق عملی را برای تعیین میزان مناسب غرامت معلوم کند و برای این منظور به ماده (۲) ۴ عهدنامه مودت اشاره نموده و می‌گوید «غرامت عادلانه» به معنایی که در این ماده آمده، باید طوری تعیین شود که شامل ارزش کامل مال گرفته شده (سهم خواهان در شرکت خمکو) باشد. به نظر دیوان، برای رسیدن به چنین غرامتی باید شرکت خمکو را به‌عنوان یک «مؤسسه دایر» در نظر گرفت، زیرا با اینکه فعالیت شرکت خمکو در اثر حوادث انقلابی، موقتاً کاهش یافته بود، ولی شرکت مذکور در زمان سلب مالکیت یک مؤسسه دایر و فعال به‌شمار می‌رفت و حتی پس از مصادره هم با اینکه به شرکت پتروشیمی منضم شده بود، همچنان فعال بود و از کارخانه آن بهره‌برداری می‌شد، بنابراین ضابطه غرامت، ارزش مؤسسه فعال و دایر است (بند ۲۶۳ رأی).

۱۱۳- در مورد اینکه عناصر تشکیل‌دهنده مؤسسه دایر چیست، دیوان داوری می‌گوید:

«ارزش مؤسسه فعال نه تنها دارایی‌های عینی و مالی شرکت است، بلکه شامل اموال دینی بهاداری که در توانایی تحصیل عایدی آن مؤثر است، مانند حقوق قراردادی (قراردادهای فروش و تحویل، پروانه‌های حق‌الاختراع و غیره)، ارزش شهرت بازرگانی و انتظارات آتی بازرگانی نیز می‌باشد. با اینکه دارایی‌های یاد شده با سوددهی مؤسسه ارتباط نزدیکی دارند، ولی نباید آنها را با تبدیل به نقد کردن عوایدی که چنین مؤسسه‌ای احتمالاً پس از سلب مالکیت و انتقال دارایی‌ها [به مالک جدید] تولید می‌نموده (عدم‌النفع) اشتباه کرد» (بند ۲۶۴ رأی).

به یاد آوریم که دیوان قبلاً گفته بود در سلب مالکیت مشروع، ضابطه غرامت عبارت است از «ارزش کامل» مال ضبط شده که عناصر تشکیل‌دهنده آن ارزش اجزای عینی و غیرعینی آن مال است، به اضافه یک ارزش کلی دیگر در زمان سلب مالکیت به‌عنوان منافع آتی مال، البته بدون عدم‌النفع. به این ترتیب، دیوان داوری خسارات قابل پرداخت را محدود به

خسارات واقعی* می‌داند و خسارات احتمالی و آتی** را از آن خارج می‌کند و بین سود آتی و منافع آتی*** فرق می‌گذارد. این بند اشعار می‌دارد:

«ارزش مؤسسه فعال یا دایر - شرکت خمکو در پرونده حاضر - بنابر آنچه در حکم صادره در قضیه امین اوایل آمده، متشکل از ارزش تک تک اجزای مختلفی است که شرکت را تشکیل می‌دهند، به اضافه ارزش خود شرکت به‌عنوان یک کلیت زنده**** یا مؤسسه فعال که به‌عنوان یک کل واحد تلقی می‌شود و ارزش آن از ارزش مجموع اجزای تشکیل دهنده آن بیشتر است (رای امین اوایل، بند ۱۷۸). دیوان دآوری در پرونده امین اوایل اضافه کرده بود که انتظارات مشروع مالکان نیز باید در نظر گرفته شود، اما این نکته باید در رابطه با نتیجه‌گیری‌های قبلی دیوان دایر بر اینکه طرفین در روابط قراردادی خود، مفهوم انتظارات مشروع را به معنای خاصی به کار برده‌اند، در نظر گرفته شود. در پرونده حاضر، انتظارات مشروع طرفین، فقط با مراجعه به تاریخچه مؤسسه [خمکو] و اجزای مختلف آن و نیز مفاد قرارداد خمکو و در نظر گرفتن اوضاع و احوال حاکم در زمان سلب مالکیت قابل استنباط است. بالاخره لازم است بدهی‌های خمکو در تاریخ ارزشیابی، از ارزش کل کسر شود» (بند ۲۶۵ رای).

۱۱۴- دیوان دآوری، پس از ترسیم چارچوب فوق برای ارزیابی غرامت قابل پرداخت، به طرفین دستور داد تا کلیه اطلاعات مربوط به اجزای مختلف غرامت را که در بند ۲۶۵ رای به شرح فوق آمده، ارائه کنند و نظرات خود را در مورد مناسب‌ترین روش برای محاسبه این اجزا و نیز خود مؤسسه (شرکت خمکو) به‌طور کلی، به دیوان اعلام کنند. البته، همان‌طور که گفتیم طرفین پس از صدور این رای جزئی، موضوع را با مذاکره حل و فصل نمودند و نیازی به ارائه اطلاعات مذکور نیفتاد.

۱۱۵- از آنچه درباره رویه دیوان دآوری ایران - آمریکا درباره غرامت در دعاوی نفتی گفتیم، دو نکته به‌دست می‌آید؛ یکی اینکه دیوان دآوری در به‌دست دادن ضابطه غرامت در قضیه آموکو همانند آنچه در رای پرونده کنسرسیوم گفته بود، باز هم به «انتظارات مشروع» طرفین تکیه می‌کند و برای تقویت یافته خود و نشان دادن پیوستگی آن با رویه دآوری بین‌المللی، به رویه حاصل از رای امین اوایل استناد می‌کند و از آن استعانت می‌جوید. دوم اینکه، ضابطه «انتظارات مشروع» به‌عنوان چارچوب آبژکتیو در تعیین غرامت است که عناصر و اجزای تشکیل

*. *Lucrum cessun.*

**.. *Lucrum demaunn.*

***. *Future prospect.*

****. *Organic totality.*

دهنده آن در هر مورد خاص باید به صورت ساپزکیتو و در پرتو تاریخچه روابط طرفین، اوضاع و احوال حاکم بر شرکت یا مال ضبط شده در تاریخ سلب مالکیت تعیین گردد.

۱۱۶- درست است که در سلب مالکیت مشروع، غرامت قابل پرداخت محدود به خسارات واقعی است که با انتظارات مشروع طرفین تعیین می‌گردد و درست است که چنین خساراتی فاقد عنصر عدم‌النفع است، اما شامل عنصری به اسم «منافع آتی» مال از زمان سلب مالکیت تا زمان صدور حکم است، ولی آن را از «نفع آتی» که ماهیت عدم‌النفع دارد، کنار می‌گذارد.

حاصل سخن

۱۱۷- رویه داوری بین‌المللی در مورد غرامت در دعاوی نفتی بین شرکت‌های نفتی و طرف‌های دولتی را بررسی کردیم و روند تحول آن را نشان دادیم. از بررسی احکام داوری که در این بخش توضیح دادیم، به‌خوبی بر می‌آید که در دعاوی نفتی - که اغلب ناشی از سلب مالکیت و ملی کردن است - همواره دو مسئله حقوقی محوری و تعیین کننده مطرح بوده است؛ یکی قانون حاکم بر قرارداد، دوم غرامت یا خسارت قابل پرداخت. نگاهی به مواضع و استدلال‌هایی که طرفین در این دعاوی اتخاذ کرده‌اند به خوبی نشان‌دهنده افراط و تفریط طرفین و اختلاف نظر بین شرکت‌های نفتی و طرف‌های دولتی قرارداد در هر دو موضوع است.

۱۱۸- گرچه در این نوشته مسئله قانون حاکم را در حاشیه مباحث مربوط به غرامت بررسی کردیم، اما بد نیست بعضی از نتایج آن مباحث را به نحو اجمال مرور کنیم. در مورد قانون حاکم بر قرارداد، شرکت‌های نفتی و کشورهای غربی سرمایه فرست عقیده دارند قرارداد نفتی از نوع قراردادهای توسعه اقتصادی است و از شمول قانون داخلی کشور میزبان خارج است و تابع حقوق بین‌الملل یا حقوق فراملی و اصول کلی حقوقی است. بر همین پایه، هرگونه تخلف طرف دولتی از مفاد قرارداد یا سلب مالکیت از حقوق و اموال شرکت نفتی، غیرمشروع و غیرقانونی محسوب می‌شود و به‌منزله تخلف از موازین و اصول حقوق بین‌الملل است. اثر این استدلال در میزان غرامت است، زیرا همین که معلوم شد عمل طرف دولتی غیرمشروع است، باید غرامت کامل بپردازد. برعکس، کشورهای نفت خیز و طرف‌های دولتی قراردادهای نفتی گفته‌اند قرارداد مشمول قانون داخلی آنهاست و نه حقوق بین‌الملل و بنابراین همین که اقدامات طرف دولتی با قانون داخلی او منطبق باشد (مثلاً فسخ قرارداد طبق قانون) برای مشروعیت عمل دولت کافی است.

۱۱۹- بسط سخن درباره تعیین قانون حاکم بر قراردادهای نفتی بویژه هنگامی که قرارداد به اختلاف و دعوا می‌گردد، یک بحث تخصصی حقوقی است که یک سوی آن در مباحث

تعارض قوانین است و سوی دیگر آن در حقوق بین‌الملل که باید در جای خود به آن پرداخت.^{۴۱} اما بد نیست به اجمال اشاره کنیم که رویه حقوقی حاصل از داوری‌های بین‌المللی معاصر، نظر شرکتهای نفتی غربی و افراطی‌گری آنها را مبنی بر اینکه قرارداد به کلی از قانون داخلی کشور میزبان منتزع شود و تابع حقوق بین‌الملل باشد، برنمی‌تابد. همچنان که تفریطهای طرفهای دولتی قراردادهای نفتی را که می‌خواهند قرارداد را تا حد یک پیمان ساده داخلی که یک‌سره مشمول قوانین و مقررات داخلی آنها باشد، تقلیل دهند و هرگونه نقش و حضور اصول و موازین حقوق بین‌المللی را در اداره قرارداد انکار می‌کنند، نمی‌پذیرد.

۱۲۰- کشمکش حقوقی در این زمینه هنوز ادامه دارد، اما می‌توان گفت که مسئله قانون حاکم در قراردادهای نفتی با رأی صادره در قضیه امین اوایل در سال ۱۹۸۲ که از «منظومه متوازن و متعادل» قرارداد در پرتو قانون حاکم سخن می‌گوید، سمت و سوی روشن‌تری یافته و راه را بر افراط و تفریطها بر بسته است. در رأی امین اوایل، هم حق حاکمیت دولت طرف قرارداد- بویژه در جایی که به‌نام منافع عمومی یا نظم عمومی در قرارداد دخالت می‌کند یا آن را تغییر می‌دهد- به رسمیت شناخته شد و هم حقوق شرکت خصوصی که قرارداد او در معرض چنین مداخله‌ای قرار گرفته است و باید خسارت او در چارچوب «انتظارات معقول» جبران شود. یادآوری این نکته هم مفید است که آن همه چالش و گفتگو که در دهه ۱۹۷۰ بین حقوقدانان و مشاورین شرکتهای نفتی و کشورهای نفت‌خیز درباره قانون حاکم بر قرارداد درافتاده بود، ناشی از قراردادهای تحت رژیم امتیاز بود، اما مقررات مربوط به قانون حاکم در قراردادهای نفتی از نوع پیمانکاری و مشارکت در تولید که بعدها متداول شد، نسبتاً روشن‌تر و متعادل‌تر است و سعی شده بین قرارداد با قانون داخلی کشور مربوط نوعی پیوند برقرار شود. همین رویه قراردادی است که از آن به‌عنوان «جنبش بازگشت» به قانون داخلی نام برده‌ایم.^{۴۲}

۱۲۱- و اما درباره غرامت در دعاوی نفتی که موضوع اصلی بحث در این مقاله است، دیدیم که در دعاوی‌ای که شرکتهای نفتی غربی به علت فسخ یا نقض قرارداد یا حتی ملی‌کردن نفت علیه طرفهای دولتی قرارداد مطرح نموده‌اند، این شرکتها درخواست اعاده وضع کردند و «غرامت کامل» را که شامل عدم‌النفع نیز هست، مطالبه کرده‌اند. درحالی که طرفهای دولتی همواره استدلال کرده‌اند که اگر قرار باشد غرامتی بپردازند، میزان آن تابع قوانین کشور میزبان است و در هر حال بیش از «غرامت مناسب» نیست و حتی، گاه گفته‌اند این غرامت باید براساس

۴۱. برای نمونه رک. موجد، دکتر محمد علی، «درس‌هایی از داوری‌های نفتی»، انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ص ۳۸ به بعد؛ دکتر محسن محبی، «قانون حاکم در دیوان داوری ایران- آمریکا در دعاوی نفتی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۸-۲۷، ص ۶۵.

۴۲. احمد القشیری و دکتر ریاض، قانون حاکم ترجمه پیشین.

ارزش دفتری اموال شرکت نفتی مربوط ارزیابی و تقویم شود.

۱۲۲- پیداست که در مورد غرامت نیز هر دو طرف راه افراط و تفریط پیموده‌اند. آنچه از بررسی رویه حقوقی حاصل از دعاوی نفتی درباره غرامت به دست می‌آید، چیز دیگری است. گرچه رویه داوری ابتدا در جهت موضع شرکت‌های نفتی پیش رفته، اما در مسیر تحول خود از زمانی به بعد، که در رویه حقوق بین‌الملل عرفی «غرامت مناسب» پذیرفته شده، راه تعادل پیش گرفته است. آخرین نشانه‌های این روند را می‌توان در رأی صادره در قضیه امین اوایل و سپس در آرای دیوان داوری ایران و آمریکا که در دو قضیه کنسرسیوم و قضیه آموکو صادر شده است، مشاهده کرد. مطابق این رویه جدید، استاندارد غرامت مناسب عبارت است از «انتظارات معقول طرفین». نکته ظریف آن است که در ترسیم قلمرو «انتظارات معقول» به اوضاع و احوال مؤثر در قیمت نفت نیز توجه بلیغی مبذول شده است.

۱۲۳- باری، نگاهی فراگیر به رویه داوری در دعاوی نفتی در زمینه غرامت این نتایج را به دست می‌دهد:

۱. بین رویه داوری قبل از دهه ۱۹۸۰ و بعد از آن باید تفکیک قائل شد.
۲. رویه قضایی داوری تا قبل از دهه ۱۹۸۰، متضمن پرداخت غرامت کامل است و هرگونه مداخله دولت در قرارداد را مسئولیت‌آور دانسته است.
در دعاوی داوری مربوط به لیبی (دهه ۱۹۷۰) همین رویه ادامه یافت و مراجع داوری مربوط، به غرامت معادل اعاده وضع به حال سابق - یعنی اعاده و لغو اثر از ملی کردن - حکم دادند.

• در پرونده بی.پی.: قرارداد تابع اصول کلی حقوقی است، ملی کردن قرارداد توسط لیبی تبعیض‌آمیز و غیرمشروع است، و به غرامت کامل معادل اعاده وضع به حال سابق حکم صادر شد.

• در پرونده تاپکو: قرارداد تابع اصول حقوق بین‌الملل است، ملی کردن قرارداد توسط لیبی خلاف قرارداد (شرط تثبیت) است و حکم به غرامت کامل و اعاده وضع صادر شد.
• در پرونده لیامکو: قرارداد تابع قوانین لیبی و اصول حقوق بین‌الملل است. لیبی در قبال ملی کردن اموال و حقوق لیامکو مسئول است. طبق اصل انصاف به عنوان اصل مشترک بین حقوق بین‌الملل و حقوق لیبی، به غرامت منصفانه حکم صادر شد و ارزیابی براساس مؤسسه دایر انجام شد و دارایی ثابت لیامکو براساس ارزش جایگزین ارزیابی شد و مبلغی هم بابت تورم در نظر گرفته شد.

۳. رویه داوری در دعاوی نفتی درباره غرامت، از دهه ۱۹۸۰ به بعد رفته‌رفته از ضابطه غرامت کامل دست کشیده و به سمت «انتظارات مشروع» متحول شده است. در این زمینه،

نمونه‌های زیر قابل ذکر است:

- در قضیه امین اوایل (۱۹۸۲) ملاک تعیین غرامت قابل پرداخت، انتظارات مشروع طرفین در تاریخ فسخ قرارداد دانسته شد و دارایی ثابت امین اوایل براساس ارزش جایگزین ارزیابی شد.

- رویه دیوان داوری ایران و امریکا در مورد غرامت را دو رأی مثال زدنی دیوان رقم زده است؛ رأی صادره در قضیه کنسرسیوم و رأی صادره در قضیه آموکو، که در هر دو از «انتظارات مشروع» به عنوان ضابطه غرامت سخن رفته است.

- در پرونده کنسرسیوم، دیوان داوری گفت با توجه به اینکه طرفین در ۱۹۷۸ تراضی کرده بودند که به قرارداد خاتمه دهند، بنابراین در تاریخ کأن لم یکن شدن آن توسط ایران چیزی به نام قرارداد وجود نداشته تا نقض شده باشد. اما انتظارات مشروع طرفین در زمان تراضی به خاتمه دادن قرارداد، ملاک تعیین غرامت قابل پرداخت اعلام گردید. اموال عینی کنسرسیوم و سرمایه‌گذاریهای او و نیز فرآورده‌های موجود در پالایشگاههای ایران، براساس ارزش دفتری ارزیابی گردید و مطالبه خسارت عدم‌النفع بابت باقی‌مانده مدت قرارداد رد شد.

- در پرونده آموکو نیز دیوان داوری نتیجه گرفت عمل ایران در کأن لم یکن کردن قرارداد از مصادیق سلب مالکیت به صورت مشروع و قانونی است و نقض قرارداد به شمار نمی‌رود. عهدنامه مودت به عنوان «قانون خاص» حاکم بر روابط طرفین، قابل اجرا است و باید «غرامت کامل مال» که در عهدنامه آمده است، پرداخت شود؛ لکن در تعیین غرامت کامل، ضابطه «انتظارات مشروع» را اعمال کرد و اعلام نمود منظور از غرامت کامل، خسارت واقعی است که آموکو متحمل شده و به هر حال شامل عدم‌النفع نیست. عناصر این خسارت واقعی عبارت است از اموال عینی و نیز اموال دینی آموکو شامل حقوق قراردادی، حق الاختراع و مبلغی هم به عنوان سود آتی آموکو.

نتیجه

۱۲۴- اگر چشم را بر بعضی آرای محاکم یا آرای داوری کم اهمیت‌تر که احیاناً معیارهای متفاوتی را در مورد غرامت پیشنهاد یا اتخاذ نموده‌اند بر بندیم، عصاره رویه داوری بین‌المللی معاصر در باب دعاوی سرمایه‌گذاری بویژه در مورد غرامت عبارت است از «انتظارات معقول طرفین» به عنوان استاندارد غرامت مناسب و قابل پرداخت. این یافته، اگر درست تجزیه و تحلیل شود هم می‌تواند به سرمایه‌گذاران خارجی و شرکتهای نفتی در طرز رفتار با این قراردادهای کمک کند و هم دولتهای طرف قرارداد را در پیش‌بینی آثار اقدامات خود در مقابل قراردادهای مزبور یاری رساند.

در ایران، سالها الگوی بیع متقابل (بای بک) برای سرمایه‌گذاری خارجی در صنعت نفت مورد عمل بوده است. اکنون باید دید اعمال چنین ملاکی در باب غرامت قراردادهای «بیع متقابل» به چه نتیجه‌ای منجر خواهد شد و اگر روزی این قراردادها فسخ شوند یا موضوع سلب مالکیت قرار گیرند، چه توقعات معقول و انتظاراتی را برای طرفین دامن می‌زنند. جا داشت به این موضوع نیز می‌پرداختیم و وضعیت خاص قراردادهای بیع متقابل ایران را در پرتو رویه داوری که در این دعاوی تولید شده، بررسی می‌کردیم؛ اما این کار محتاج دسترسی به جزئیات این قراردادهاست که عجلاناً حاصل نیست. ادامه بحث و بسط مقال ناگزیر باید بر اساس فروض مختلف و سپس حدس و گمان در تطبیق صورت گیرد که بیشتر به یک ورزش ذهنی می‌ماند و از نظر علمی و عملی فایده‌ی بر آن مترتب نیست.

باری، پاسخ به این سؤال موضوع تحقیق و پژوهشی است که دیگران، بویژه کسانی که به جزئیات این قراردادها دسترسی دارند، باید به آن دست یازند. اگر این نوشته توانسته باشد همین مسئله را به درستی تقریر کرده باشد و ضرورت «پیش‌بینی‌پذیری» قراردادهای نفتی را نشان داده باشد، و بستری برای پیش‌بینی رفتار حقوقی مراجع داوری با این قراردادها - ولو پیش‌بینی مقرون به تقریب که اقتضای چنین پژوهشهایی است - بگسترد، راه تحقیق‌های بعدی را در این زمینه هموار کرده است. همین مقدار، نگارنده را بس است.

اینقدر گفتیم، باقی فکر کن	فکر اگر جامد بود، رو ذکر کن
ذکر آرد فکر را در اهتزاز	ذکر را خورشید آن افسرده ساز
(مثنوی دفتر چهارم)	

موازن بین‌المللی حقوق بشر و بازداشت محکومین مالی در ایران

دکتر سیدقاسم زمانی*

چکیده

لزوم انطباق قوانین داخلی هر کشور با تعهدات بین‌المللی آن، اصلی اساسی است که از ذات نظام حقوق بین‌الملل منبعت می‌شود. جمهوری اسلامی ایران به لحاظ عضویت در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶) از جمله به این قاعده ملتزم شده است که «هیچ کس را نمی‌توان به علت ناتوانی در ایفای تعهدات قراردادی خود زندانی نمود.» این قاعده اساسی که در ماده ۱۱ میثاق درج شده است حقی مطلق و غیرقابل تخطی قلمداد می‌شود. با این حال قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷/۸/۱۰ و آئین‌نامه اجرایی آن با مواد ۲ و ۱۱ میثاق در تعارض آشکار می‌باشد. از این‌رو، دولت ایران به لحاظ بین‌المللی متعهد است که در اسرع وقت به اصلاح قوانین داخلی خود در این زمینه مبادرت ورزد.

واژگان کلیدی: حقوق بشر، تعهد بین‌المللی، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، محکومین مالی، حبس، ایران، مسئولیت بین‌المللی

*. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، عضو کانون وکلای دادگستری مرکز.

مقدمه

انسانها فارغ از اینکه در کجا زیست می‌کنند، به چه زبانی سخن می‌گویند، چه باورها و اعتقاداتی دارند، و صرف‌نظر از تفاوت‌هایی که به لحاظ عوامل زیستی و اجتماعی بر آنها عارض شده است از حیث انسان بودن هیچ تفاوتی با هم ندارند. همین وجه مشترک تمام آحاد جامعه بشری مبنای برخورداری آنها از حقوق و آزادی‌هایی شده که مقید به زمان و مکان نیست. اعتقاد به حیثیت و کرامت و برابری تمام افراد نوع بشر - شالوده آنچه امروزه حقوق بشر نام گرفته است - مانند بسیاری از دیگر اصول اساسی تقریباً در تمام فرهنگها و تمدنها، مذاهب و مشربهای فلسفی بازیافته می‌شود^۱ و نمی‌توان آن را مختص کشور و جامعه‌ای معین دانست. بنابراین حقوق بین‌الملل بشر یا حقوق اساسی نوع بشر مجموعه امتیازاتی است که با توجه به شأن و مقام انسان شکل گرفته است. فلسفه وجودی حقوق بین‌الملل بشر اعتلای منزلت این حقوق بوده است تا آنکه با رعایت موازین آن در سراسر جهان، همه افراد بشر به صورتی یکسان از این امتیازات بهره‌مند گردند.^۲ غایت این حقوق حرمت نهادن به انسانیت انسان در تمام زمینه‌هاست. حق حیات، ممنوعیت شکنجه، ممنوعیت تبعیض، حق کار، حق تشکیل خانواده، حق آزادی بیان، حق آموزش و پرورش و بسیاری از دیگر حقوق که لازمه زیست اجتماعی انسان و رشد و شکوفایی همه‌جانبه شخصیت اوست در قالب مثلث آزادی، برابری و امنیت جای گرفته‌اند. حقوق بشر از آن روی در جهان معاصر مورد توجه واقع شده که با وجود حرمت و تقدسی که دارد همواره نقض شده و هر روز مورد تعرض واقع می‌شود. گستردگی و حتی تأکید بر حمایت از حقوق و آزادی‌های اساسی خود حکایت از نگرانی جامعه بین‌المللی نسبت به نقض حقوق بشر در هر جامعه ملی دارد.

هر انسانی به صرف انسان بودن از حقوق بشر برخوردار است، حقوقی که هیچکس نباید به آنها تعرض کند. با این حال حقوق بشر موجد تکالیفی نیز هست، تکالیفی که گاه سلبی و گاه ایجابی است. برخی از آن حقوق به‌ذات خود وجود دارند و تعهد دولت اصولاً عدم مداخله در آن حقوق و تضمین آنها می‌باشد مثل آزادی بیان، ممنوعیت شکنجه و منع بازداشت خودسرانه. اما شماری دیگر از مصادیق حقوق بشر هنگامی تحقق عینی می‌یابند که شرایط مناسب بروز و ظهور آنها فراهم آید و اینجاست که دولت مکلف به اقدام می‌گردد. به‌واقع، نمی‌توان منتظر ماند تا حقوقی مثل اشتغال، آموزش و پرورش و بهداشت به خودی خود و فارغ از سرمایه‌گذاری و برنامه‌ریزی دولت وجهه عملی یابد. با این حال قطع نظر از نوع تعهد هر دولت در مقابل مصادیق

۱. لیا لوین، پرسش و پاسخ درباره حقوق بشر، ترجمه محمد جعفر پوپنده، نشر قطره، ۱۳۷۷، صص ۲۹-۳۰.

2. Basdevant. J., Dictionnaire de la terminologie du droit international, Paris, Sirey, 1960, p. 240.

به نقل از دکتر هدایت‌الله فلسفی، جایگاه بشر در حقوق بین‌الملل معاصر، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۸، ۱۳۷۵، ص ۲۵۷.

مختلف حقوق بشر، می‌توان وجه مشترک تمام مصادیق حقوق بشر را در ابتدای آن بر شأن و کرامت ذاتی افراد بشر دانست که به آن وصفی غیرقابل سلب و انتقال را اعطا می‌نماید و نوعی وابستگی میان تمام مصادیق حقوق بشر پدید می‌آورد.^۳ حقوقی که برای تمام آحاد جامعه بشری تضمین شده‌اند عبارتند از: آزادی اجتماعات، آزادی بیان، آزادی تشکیل انجمن و مؤسسه، آزادی جابه‌جاشدن و نقل مکان کردن، حق حیات، ممنوعیت شکنجه و رفتارها یا مجازاتهای بیرحمانه، غیرانسانی یا تحقیرآمیز، منع دستگیری یا بازداشت خودسرانه، حق دادرسی منصفانه، ممنوعیت حبس به علت ناتوانی در ایفای تعهدات قراردادی، منع تبعیض، حق حمایت یکسان در مقابل قانون، منع تعرض به حریم خصوصی افراد، حق پناهندگی، حق تابعیت، آزادی اندیشه، وجدان و مذهب، حق رأی دادن و مشارکت در حکومت، حق بر شرایط عادلانه و مطلوب کار، حق تغذیه کافی، مسکن، پوشاک و تأمین اجتماعی، حق بر سلامتی، حق بر آموزش و حق مشارکت در حیات فرهنگی.^۴

حقوق و آزادیهای فردی هر یک به مقتضای موضوع خود تعهداتی برای دولتها ایجاد می‌نمایند اما بدیهی است که شماری از آنها ارتباطی تنگاتنگ و پیوندی وثیق با مسئولیت دولت در مقام حافظ موجودیت، نظم و امنیت جامعه دارند. به همین علت در شرایطی خاص امکان تعلیق اجرای برخی از تعهدات بین‌المللی در زمینه حقوق بشر وجود دارد و در مورد برخی دیگر دولت اجازه یافته با توسل به قوانین داخلی و برای حراست از مصالح اجتماعی و حقوق آزادیهای دیگران به محدود سازی حقوق بشری افراد مبادرت نماید. بعضی دیگر از مصادیق حقوق بشری نیز در هر شرایطی مطلق و غیرقابل تخطی تلقی شده است.

در این تحقیق ابتدا به بررسی مفهوم و جایگاه قواعد بین‌المللی حقوق بشر و سپس به تبیین استانداردهای جهانی آن حقوق مبادرت ورزیده، پس از آن التزام جمهوری اسلامی ایران به استانداردهای جهانی حقوق مذکور را بررسی نموده و تقابل میان بازداشت محکومین مالی در ایران با موازین بین‌المللی حقوق بشر را مورد تجزیه و تحلیل قرار داده، و در نهایت با یک نتیجه‌گیری به بحث خود پایان می‌دهیم.

مبحث اول: قواعد بین‌المللی حقوق بشر

برخلاف امور طبیعی که بر نظمی تکوینی مبتنی می‌باشند، روابط اجتماعی جوامع انسانی اصولاً بر نظامی موضوعه استوار شده‌اند که ترجمان ارزشهای مشترک به‌شمار می‌رود. به‌واقع

۳. طبق پاراگراف ۵ قسمت اول اعلامیه وین مصوب کنفرانس جهانی سازمان ملل متحد درباره حقوق بشر (۱۹۹۳) کلیه مصادیق حقوق بشر، جهانی، تفکیک‌ناپذیر، به‌هم وابسته، و به یکدیگر مرتبط هستند.

۴. این فهرست را نمی‌توان جامع تمام مصادیق حقوق بشر دانست ولی دست کم مهمترین موارد را پوشش می‌دهد.

«ارزشها در ایجاد حقوق موضوعه (اعم از ملی یا بین‌المللی) سهمی مؤثر دارند، استنباط معنای ثابت، استخراج محورهای اساسی حقوق که با تحلیل غایات آن و تأمل در ساختار سیستم کلی حقوق میسر می‌گردد بدون توجه به این ارزشها امکان‌پذیر نیست. کار اصلی ارزشهای حقوقی تنظیم رفتارهای اجتماعی است.»^۵ چارچوب اصلی چنین نظامی، اصول و قواعدی است که ضمن حراست از مصالح جمعی و منافع اجتماعی، حقوق و آزادیهای فردی را نیز پاس می‌دارند. در حقیقت قانونگذار با احراز ضرورت‌های اجتماعی، با وضع قوانینی که به لحاظ مادی با آن نیازها منطبق و از جهت شکلی در قالبی مناسب مستقر شده است به تنظیم روابط اجتماعی و قانونمند ساختن آن روابط مبادرت می‌نماید.

در نظام حقوقی ملی می‌توان موازین حقوقی را با توجه به قوانین مصوب پارلمان و تصمیمات قضائی به‌سهولت تشخیص داد. با وجود این، در عرصه بین‌المللی نه مرجع قانونگذاری برای وضع قانون وجود دارد و نه دادگاهی بین‌المللی که کلیه اعضای جامعه بین‌المللی مجبور باشند جهت رفع اختلافات خود به آنجا رجوع نمایند. به‌علاوه، نظام حقوق بین‌الملل برخلاف اغلب نظامهای حقوقی ملی دارای قانون اساسی مدون نیست.^۶

به هر حال با وجود چنان نقص ساختاری، موازین حقوق بین‌الملل در قالبهای مناسب جامعه بین‌المللی که البته اصولاً ساخته و پرداخته خود دولتهاست پدیدار گشته است. ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری هرچند به واژه منبع اشاره نمی‌کند ولی به هر حال موازینی را معین می‌نماید که دیوان به هنگام حل و فصل اختلافات ارجاعی بر اساس آنها تصمیم‌گیری می‌نماید. این موازین عبارتند از:

الف) کنوانسیونهای بین‌المللی عام و خاص که تعیین‌کننده قواعدی هستند که طرفهای اختلاف آن قواعد را صریحاً به رسمیت شناخته‌اند؛

ب) عرف بین‌المللی به منزله رویه عمومی که به‌عنوان قانون پذیرفته شده است؛

ج) اصول کلی حقوق که توسط ملل متمدن پذیرفته شده است؛

د) با رعایت مفاد ماده ۵۹، تصمیمات قضائی و آموزه‌های برجسته‌ترین حقوقدانان ملل مختلف به منزله ابزارهایی فرعی جهت تعیین قواعد حقوقی.

موازین احصا شده در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری عموماً به‌عنوان منابع حقوق بین‌الملل تلقی شده است. بدیهی است که حقوق بین‌الملل بشر به‌عنوان بخشی از

۵. فلسفی، هدایت‌الله، حق، صلح و منزلت انسانی، تاملاتی در مفاهیم حقوقی، ارزش اخلاقی و بشریت، مجله حقوقی، بیست و ششم و بیست و هفتم، ۱۳۸۱-۱۳۸۰، صص ۸-۹.

۶. والاس، ربکا، حقوق بین‌الملل، ترجمه دکتر سید قاسم زمانی و مهناز بهراملو، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۲، ص ۸.

حقوق موضوعه بین‌المللی نیز منابعی خارج از چارچوب ماده ۳۸ اساسنامه مزبور نخواهد داشت. به واقع، حقوق بشر به‌عنوان مجموعه ضوابط مبتنی بر سنتهای فکری و فلسفی، احکام دینی و جهان‌بینی‌ها، سرانجام به صورت مجموعه‌ای بین‌المللی از قواعد رفتاری در آمده است.

تنظیم معاهدات و کنوانسیونهای ناظر بر حقوق بشر تا قبل از تأسیس سازمان ملل متحد به مقوله‌ای خاص مثل حمایت از اقلیتها و ممنوعیت برده‌داری محدود گردید. با امضای منشور سازمان ملل متحد جانی تازه در روند تنظیم اسناد راجع به حقوق بشر دمیده شد. امضای منشور سازمان ملل متحد این حقیقت را به‌طور رسمی متجلی ساخت که حقوق بشر موضوع مورد علاقه جامعه بین‌المللی است.^۷ جالب آنکه یکی از اهداف سازمان ملل متحد، همکاری بین‌المللی برای تشویق و اعتلای رعایت حقوق بشر و آزادیهای اساسی برای همه بدون تبعیض از حیث نژاد، جنس، زبان و مذهب قلمداد شد (بند ۳ ماده یک)، ضمن آنکه مواد ۵۵ و ۵۶ منشور سازمان ملل دولتهای عضو را موظف ساخت تا از جمله به احترام جهانی و رعایت حقوق بشر و آزادیهای اساسی برای همه بدون تبعیض از حیث نژاد، جنس، زبان و مذهب نائل گردند. با تصویب اعلامیه جهانی حقوق بشر در ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸ توسط مجمع عمومی سازمان ملل، فصلی نوین در روند قاعده‌سازی حقوق بشر گشوده شد که بعد از اندک زمانی تحریر همگان را برانگیخت. کنوانسیون منع نسل‌کشی (۱۹۴۸)، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶)، میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۹۶۶)، کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض نژادی (۱۹۶۵)، کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان (۱۹۷۹)، کنوانسیون منع شکنجه (۱۹۸۴)، و کنوانسیون حقوق کودک (۱۹۸۹) هر یک داعیه حمایت از حقوق بشر را در چارچوب موضوع خود دارند. اسناد منطقه‌ای متعددی نیز در این زمینه به امضا رسیده‌اند که کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و آزادیهای اساسی (۱۹۵۰)، کنوانسیون امریکایی حقوق بشر (۱۹۶۹) و منشور افریقایی حقوق بشر و مردم (۱۹۸۰) مهمترین آنها به‌شمار می‌رود. برخی از این معاهدات به مصادیق و حوزه‌های مختلف حقوق بشر اختصاص دارند و برخی دیگر حمایت از مقولاتی خاص از حقوق بشر یا افرادی معین را مورد توجه قرار داده‌اند. شماری از آنها به لحاظ قلمرو اجرایی به منطقه‌ای خاص محدود می‌شوند و برخی دیگر جهانی هستند. حقوق قراردادی بین‌المللی امروزه با برخورداری از تقریباً ۱۰۰ معاهده بین‌المللی گستره‌ای وسیع از قواعد و مقررات حقوق بشر را فراهم آورده که دولتهای عضو هر معاهده را به رعایت آن قواعد ملتزم می‌نماید.

علاوه بر این، از رهگذر رویه عمومی و هماهنگ دولتها و سازمانهای بین‌المللی بسیاری از مصادیق حقوق بشر در قالب حقوق بین‌الملل عرفی تثبیت شده و دولتها فارغ از عضویت در

۷. والاس، همان، ص ۲۵۸.

اسناد بین‌المللی ذی‌ربط اساساً ملزم به رعایت آن قواعد هستند. در عرفی شدن بسیاری از قواعد حقوق بشر نقش سازمانهای بین‌المللی بسیار تعیین‌کننده بوده است. سازمانهای بین‌المللی توانسته‌اند با همساز کردن اراده و عملکرد دولتها و با صدور یکسری قطعنامه زمینه عرفی شدن قواعد حقوق بشر را فراهم آورند. برای مثال عرفی شدن مفاد اعلامیه جهانی حقوق بشر بر همین اساس معنا می‌یابد. نکته جالب توجه آن است که غنای حقوق قراردادی بین‌المللی در زمینه حقوق بشر، تأثیر بسزایی در عرفی شدن قواعد موضوع آن اسناد داشته است بویژه آن دسته از کنوانسیونهایی که جنبه جهانی یافته و اکثریت وسیعی از کشورها عضویت آنها را پذیرا گشته‌اند. برای مثال اهمیت عضویت بیش از ۱۴۰ دولت در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و یا پذیرش کنوانسیون حقوق کودک توسط ۱۹۲ دولت نباید از حیث تأثیرگذاری بر عرفی شدن مفاد آن اسناد نادیده گرفته شود.

از سوی دیگر، در حوزه حساس حقوق بشر بسیاری از ضوابط ابتدا در قالب اسنادی جای می‌گیرند که برخلاف معاهدات، اساساً الزام‌آور نیستند و به‌همین لحاظ در بادی امر چندان باعث واکنش و نگرانی دولتها نمی‌شوند. این اسناد که عناوینی مثل اعلامیه،^۸ رهنمود،^۹ قواعد حداقل^{۱۰} و... را دارند با برخورداری از ارزش معنوی بالا و به اتکای افکار عمومی بین‌المللی به‌تدریج پایه‌گذار قاعده‌ای عرفی شده و یا در قالب کنوانسیون بین‌المللی از پشتوانه حقوقی مستحکم‌تری برخوردار می‌شوند.

در راه بردن به قواعد حقوق بشر و تعیین قلمرو و مصادیق آن، آرای قضائی و یا تفاسیر عمومی مراجع بین‌المللی نقشی شگرف داشته‌اند. کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد، دیوان اروپایی حقوق بشر، و دیوان آمریکایی حقوق بشر، دادگاههای بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا هر یک رویه‌ای غنی در این زمینه بدست داده‌اند. هر چند نباید از نقش دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در این زمینه غافل ماند. ایجاد دیوان بین‌المللی کیفری در اول ژوئیه ۲۰۰۲ نیز امید به تنویر ضوابط حقوق بشر و تضمین آن را افزون ساخته است.

خلاصه کلام آنکه در پرتو معاهدات بین‌المللی، حقوق بین‌الملل عرفی، اصول کلی حقوق، رویه قضائی، آموزه‌های علمی و اعمال حقوقی یکجانبه دولتها و سازمانهای بین‌المللی امروزه با منظومه حقوقی وسیع و گسترده‌ای از قواعد حقوق بین‌الملل بشر مواجه هستیم. آیا جامعه بشری توانسته است از میان این انبوه قواعد به ضوابط و استانداردهای جهانی بشر دست یابد؟

۸. اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸)، اعلامیه آمریکایی حقوق و تکالیف انسان (۱۹۴۸)، اعلامیه حقوق کودک (۱۹۵۹).

۹. رهنمودهای سازمان ملل برای پیشگیری از بزهکاری نوجوانان.

۱۰. قواعد حداقل استاندارد سازمان ملل برای اقدامات غیربازداشتی (۱۹۹۰).

مبحث دوم: از قواعد بین‌المللی حقوق بشر تا استانداردهای جهانی حقوق بشر

در نظام بین‌المللی، قواعد حقوقی گاه از نظم روابط میان تابعان نظام استنباط می‌گردند (عرف) و زمانی در معاهدات که مظهر اراده صریح اعضا در نظم بخشیدن به اعمال میان خود یا تحقق هدف مشترک می‌باشند متجلی می‌گردند. با وجود این، مسلم است که علی‌الاصول نه معاهده، کشورهای غیرعضو خود را ملزم می‌نماید (ماده ۳۴ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین درباره حقوق معاهدات) و نه عرف توان التزام کشوری را دارد که از همان ابتدای روند شکل‌گیری قاعده عرفی مزبور، بطور مستمر و صریح با آن مخالفت کرده است.^{۱۱}

از سوی دیگر، در حوزه حقوق بین‌الملل بشر، دولتها به احترام و رعایت حقوق بشر تمام افراد موجود در قلمرو و یا تحت صلاحیت خویش ملتزم شده‌اند. به واقع در این‌گونه تعهدات نفع شخصی مستقیمی برای دولتها ایجاد نمی‌شود و اصل تبادل (Reciprocity) و به تعبیری توازن میان حقوق و تعهدات هر دولت در قبال دولتهای دیگر محمل چندانی ندارد. از این‌رو به لحاظ روند تکوین و التزام به قواعد بین‌المللی، سرشت و ماهیت تعهدات حقوق بشری، و نیز نسبت فرهنگی موجود میان کشورها، آیا سخن از استانداردهای جهانی حقوق بشر لغو و بیهوده نیست. آیا در روند حقوقی این‌چنینی و در فضای اجتماعی این‌گونه، می‌توان پدیداری ضوابط و مناطهایی را نظاره‌گر بود که همگان را به صورت یکسان ملزم نموده و صرف عضویت در جامعه جهانی را برای التزام به آن ضوابط کافی قلمداد نماید. طبیعی است که استاندارد جهانی معنایی جز این نخواهد داشت که به‌عنوان مناطی واحد، معیار سنجش عملکرد همگان قرار گیرد.

روند توسعه و گسترش حقوق بشر در مقایسه با دیگر شاخه‌های حقوق بین‌الملل شگفت‌انگیز بوده است.^{۱۲} ارزش معنوی و فراحقوقی قواعد حقوق بشر، به یمن حمایت افکار عمومی که بویژه در قالب سازمانهای بین‌المللی دولتی و غیردولتی تجلی یافته است در اندک زمانی باعث رسوخ بسیاری از ارزشهای انسانی در اسناد جهانی، منطقه‌ای و ملی گردید. بویژه رسوخ این قواعد در قوانین ملی دست‌کم در مورد شماری از آن ارزشهای انسانی بنیادین رویه‌ای واحد و یکنواخت بنیاد نهاد که حکایت از پیروی تمامی کشورها از مناطهایی واحد داشت که حداقلها و خط قرمزهای موجود در این زمینه قلمداد می‌شوند.^{۱۳}

برخی نهادهای بین‌المللی که روند استانداردسازی حقوق بشر را نظاره می‌کردند با تصویب قطعنامه‌هایی با عناوین اصول اساسی، رهنمود، قواعد حداقل استاندارد، و... نشان دادند

11. ICJ Reports, 1951, p.131.

12. در بُعد قاعده‌سازی و هنجارزایی برخی معتقدند که در زمینه حقوق بشر با تورمی نورماتیو مواجه گشته‌ایم. این نکته که چندان دور از حقیقت نیست از آن‌روی حائز اهمیت است که نظام حقوق بین‌الملل مراحل ابتدایی رشد خود را طی می‌کند و هنوز در مورد بسیاری از شاخه‌های آن با نارسایی‌های نورماتیو مواجه هستیم.

13. Hilde Hey, Gross Human Rights Violations: A Search for Causes, Martinus Nijhoff, 1995, p.1.

که برخی اصول و قواعد به استاندارد جهانی مبدل شده‌اند و یا دارای این قابلیت هستند که به استانداردهای جهانی تبدیل شوند.

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه بارسلونا تراکشن رعایت اصول و قواعد مربوط به حقوق اساسی نوع بشر را از جمله تعهداتی به‌شمار آورد که در قبال همه دولتها قابل استناد است.^{۱۴} اینگونه تعهدات عام‌الشمول (*Erga Omnes*) به علت ریشه‌های استواری که در نظم عمومی بین‌المللی یافته‌اند در زمره قواعد آمره بین‌المللی هستند و نقض آنها جنایت بین‌المللی قلمداد می‌شود. کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد در راستای گام نهادن به‌سوی این وادی در مواد ۴۰ و ۴۱ طرح پیش نویس مسئولیت دولتها (مصوب ۲۰۰۱) آثاری خاص برای نقض چنین تعهداتی را به رسمیت شناخته و از تعهد دیگر دولتها به همکاری در رفع آثار تخلف و عدم شناسایی آن آثار سخن به میان آورده است.^{۱۵}

علاوه بر این اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری که در ۱۷ ژوئیه ۱۹۹۸ در کنفرانس رم به امضا رسید و در اول ژوئیه ۲۰۰۲ به اجرا درآمد با بسط صلاحیت ذاتی دیوان به جنایت نسل‌کشی، جنایات ضدبشریت و جنایت جنگی، تعرض به استانداردهای جهانی حقوق بشر مثل شکنجه، ایجاد محرومیت شدید از آزادی جسمی، تجاوز جنسی، ناپدید کردن اجباری اشخاص، آپارتاید و... را تحت شرایط خاص جنایتی بین‌المللی قلمداد کرده و مرتکبان آن جنایات را در دیوان قابل تعقیب و مجازات تلقی کرده است.

از این‌رو، در حال حاضر عبارت استانداردهای جهانی حقوق بشر مفهومی گنگ و بی‌محتوا نیست. این استانداردها که ابتدا در قالبی انعطاف‌پذیر به نام اعلامیه جهانی حقوق بشر در سال ۱۹۴۸ اعلام گردید در اثر تکامل نورماتو و نهادین به آن‌چنان شأن و منزلتی دست یافت که پانجاه سال بعد تا حدی ضمانت اجرایی کیفری یافت. این استانداردها که ضابطه رفتار عینی دولتها در برخورد با افراد انسانی به‌شمار می‌روند در پرتو فشارهای ناشی از افکار عمومی بین‌المللی به‌عنوان یکی از پارامترهای مشروعیت بین‌المللی دولتها قلمداد شده‌اند.^{۱۶} بنابراین با توجه به روند تحولات فوق می‌توان قائل به آن بود که در قلمرو حقوق بشر، جامعه بین‌المللی به استانداردهایی جهانی دست یافته است.

بنابراین تردیدی نیست که در جهان فعلی، حاکمیت ملی در مقام وضع، اجرا و قضا نمی‌تواند خودسرانه و بی‌توجه به موازین بین‌المللی اقدام نماید. به‌واقع با ایجاد و توسعه موازین

14. ICJ Reports., 1970, p. 32.

15. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Adopted by the International Law Commission at its Fifty - Third Session, (2001).

16. Bruce Broomhall, International Justice & The International Criminal Court, Between Sovereignty and the Rule of Law, Oxford, 2003, p. 186.

حقوقی بین‌المللی، دولت‌ها از اقتداری مطلق در وضع قوانین، اجرای مقررات و مقابله با موارد نقض قانون برخوردار نیستند. بررسی التزام جمهوری اسلامی ایران به استانداردهای جهانی حقوق بشر محور مبحث بعدی را تشکیل می‌دهد.

مبحث سوم: التزام ایران به استانداردهای جهانی حقوق بشر

هر چند حقوق بشر با خلقت آدم زاده شده ولی ایران به آن مفتخر است که اعلامیه کوروش که بیست و پنج قرن پیش، در سال ۵۳۸ قبل از میلاد برای آزادی ملل مختلف از اسارت بابلیها صادر شد در محافل حقوقدانان جهانی به‌عنوان اولین منشور آزادی تلقی شده است.^{۱۷} علاوه بر این ایران با امضا و تصویب کنوانسیونهای بین‌المللی حقوق بشر به رعایت مفاد آن کنوانسیونها در مورد تمام اشخاص موجود در قلمرو یا تحت صلاحیت ایران متعهد گشته است.

قانون اجازه الحاق دولت ایران به قرارداد بین‌المللی جلوگیری از کشتار جمعی (ژنوسید) مصوب ۱۳۳۴/۹/۳۰،^{۱۸} قانون مربوط به قرارداد بین‌المللی رفع هر نوع تبعیض نژادی مصوب ۱۳۴۷/۴/۳۰،^{۱۹} قانون اجازه دولت ایران به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۳۵۴/۲/۱۷،^{۲۰} قانون اجازه الحاق دولت ایران به میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۳۵۴/۲/۱۷،^{۲۱} قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون بین‌المللی منع و مجازات جنایت آپارتاید مصوب ۱۳۶۳/۱۱/۴،^{۲۲} قانون الحاق جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون بین‌المللی علیه آپارتاید در ورزش مصوب ۱۳۶۶/۷/۷،^{۲۳} قانون کنوانسیون مربوط به وضع پناهندگان و پروتکل آن ۱۳۵۵/۳/۲۵،^{۲۴} قانون اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون حقوق کودک ۱۳۷۲/۱۲/۱ و^{۲۵} قانون اجازه الحاق دولت ایران به قراردادهای معروف به قراردادهای ژنو مصوب ۱۳۳۴/۹/۳۰^{۲۶} در مورد حقوق بشردوستانه

۱۷. بسته‌نگار، محمد، حقوق بشر از منظر اندیشمندان، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰، صص ۲۱ - ۱۸.

۱۸. کنوانسیون منع نسل‌کشی (۱۹۴۸).

۱۹. کنوانسیون رفع تبعیض نژادی (۱۹۶۵).

۲۰. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶).

۲۱. میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۹۶۶).

۲۲. کنوانسیون لغو و مجازات جنایت آپارتاید (۱۹۷۳).

۲۳. کنوانسیون لغو آپارتاید در ورزش (۱۹۸۵).

۲۴. کنوانسیون مربوط به وضعیت پناهندگان (۱۹۵۱).

۲۵. کنوانسیون حقوق کودک (۱۹۸۹).

۲۶. کنوانسیونهای چهارگانه (۱۹۴۹) ژنو.

بین‌المللی همگی مبین کنوانسیونهای بین‌المللی هستند که به تصویب دولت ایران رسیده‌اند^{۲۷} و ایران به لحاظ بین‌المللی مکلف به رعایت آنهاست، کما اینکه در سطح داخلی نیز طبق ماده ۹ قانون مدنی نیز مقررات عهودی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است.

از سوی دیگر بسیاری از قواعد حقوق بشر بر اثر تکرار در عملکرد دولتها و رویه سازمانهای بین‌المللی از انسجام حقوقی استواری برخوردار شده و در زمره حقوق عرفی عام برای دولت ایران الزام‌آور است.

اما فراتر از اعتبار عرفی - قراردادی بسیاری از قواعد حقوق بشر همان‌گونه که قبلاً خاطرنشان گردید شمار زیادی از آن قواعد به واقع روند استاندارد شدن را تکمیل کرده و به مناطها و معیارهای جهانی مبدل شده و همگان را ملزم می‌نماید. بدیهی است که ایران به‌عنوان عضوی از اعضای جامعه بین‌المللی مکلف است این استانداردها را رعایت نماید و موارد نقض آنها را با ضمانت اجرای کیفری و یا مدنی جبران نماید. برای مثال در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶) بر نقش دولت در تضمین اجرای حقوق بشر تأکید شده و دولت متعهد گشته تعهد بین‌المللی خود را در این زمینه با حسن نیت اجرا نماید. طبق ماده ۲ این میثاق کشورهای عضو متعهد شده‌اند که حقوق شناخته شده در میثاق را درباره کلیه افراد مقیم در قلمرو و تابع صلاحیتشان بدون هیچ‌گونه تمایزی محترم شمرده و تضمین کنند. همچنین وسیله مطمئن احقاق حق برای هر شخص که حقوق و آزادیهای شناخته شده در میثاق مذکور درباره او نقض شده باشد فراهم گردد، هر چند که نقض حق به وسیله اشخاصی ارتکاب شده باشد که در اجرای مشاغل رسمی خود عمل کرده باشند. چنین ماده‌ای با مفهومی یکسان یا مشابه در تمام معاهدات راجع به حقوق بشر وجود دارد. به واقع نظام بین‌الملل از یکسو بر این نکته واقف بوده که تعهدات حقوق بشری عموماً نیازمند قانونگذاری داخلی هستند و خودبخود به اجرا در نمی‌آیند و از سوی دیگر قصد آن داشته که به نظام ملی اعتماد نماید و به نوعی به آنها در منظر افکار عمومی جهانی حیثیت و اعتبار بین‌المللی دهد. دقیقاً به همین خاطر بوده است که مراجع بین‌المللی مسئول نظارت بر اجرای تعهدات حقوق بشر همگی این قید را برای استماع و رسیدگی به شکایات واصله قرار داده‌اند که قبلاً در مراجع ملی ذی‌ربط مطرح شده و ناکارآمدی آن مراجع

۲۷. ایراد نشود که عمده این اسناد در زمان حکومت سابق به تصویب ایران رسیده و برای دولت فعلی الزام‌آور نیست. در حقوق بین‌الملل اصل دوام دولتها مفید انتقال تعهدات بین‌المللی دولت سابق به دولت لاحق است تا در روابط بین‌المللی هرج و مرج جایگزین ثبات و امنیت نشود. علاوه بر این جانشینی اتوماتیک‌وار دولتهای جدید در معاهدات حقوق بشری دولتهای سابق که در قضیه شکایت دولت بوسنی هرزه گوین علیه دولت صربستان و مونته‌نگرو مورد تأکید دیوان بین‌المللی دادگستری قرار گرفت خود مؤید التزام دولتها به موازین بین‌المللی حقوق بشر، فارغ از تغییراتی است که به واسطه تجزیه، وحدت، جدایی، انضمام و کسب استقلال آنها پدید می‌آید.

اثبات شده باشد (مثلاً بند (ج) ماده ۴۱ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در مورد صلاحیت کمیته حقوق بشر برای دریافت و رسیدگی به اطلاعاتی‌های راجع به نقض میثاق). به‌واقع، ضمن آنکه شیوه‌های ملی نظارت بر اجرای حقوق بشر عموماً در اسناد بین‌المللی مورد توجه قرار گرفته است این شیوه‌ها نقش دیگری نیز ایفا می‌نمایند و آن اینکه آنها مقدمه به کار افتادن مکانیسم‌های بین‌المللی هستند.

حال که التزام جمهوری اسلامی ایران به موازین بین‌المللی حقوق بشر به اثبات رسید شایسته است که میزان انطباق قانون نحوه محکومیت‌های مالی و به تبع آن بازداشت محکومین مالی با تعهدات بین‌المللی کشور مورد ارزیابی قرار گیرد.

مبحث چهارم: میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و بازداشت محکومین مالی

در اردیبهشت ماه ۱۳۵۴ (مه ۱۹۷۵) ایران به عضویت میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی درآمد. میثاق جمع‌کثیری از دولتها را (بیش از ۱۴۰ کشور) مکلف ساخته که درباره کلیه افراد مقیم در قلمرو و تابع صلاحیت خود مقررات میثاق را بدون هرگونه تبعیض محترم شمرده و تضمین نمایند.^{۲۸} در ماده ۱۱ میثاق مذکور صراحتاً مقرر شده است که «هیچ‌کس را نمی‌توان صرفاً به این علت که قادر به اجرای تعهد قراردادی خود نیست زندانی کرد». به‌واقع، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در کنار حق حیات، ممنوعیت شکنجه، ممنوعیت بردگی و کار اجباری، حق آزادی و امنیت شخصی، حق دادرسی منصفانه و... ممنوعیت حبس افراد به علت ناتوانی از ایفای تعهدات قراردادی را یکی از مصادیق حقوق اساسی بشر قلمداد کرده است. این تضمین اصولاً برای مقابله با پدیده حبس بدهکاران معسر تمهید شده است.^{۲۹} منظور ماده ۱۱ میثاق مزبور از تعهدات قراردادی، تعهدات مدنی در حوزه حقوق خصوصی است اعم از آنکه موضوع آن تعهدات تأدیه دین، انجام کار یا تسلیم مال باشد. با این حال باید توجه داشت که تعهدات ناشی از قانون (statutory obligations) خارج از حیطه ممنوعیت فوق جای

۲۸. بنابراین هر دولت عضو میثاق نه تنها باید رأساً از تعرض به حقوق شناخته شده امتناع ورزد بلکه باید با نقض آن حقوق توسط دیگران نیز مقابله نماید.

۲۹. در روابط میان دولتها، برای اولین بار معاهده پورتر که در کنفرانس ۱۹۰۷ لاهه به تصویب رسید توسل به زور برای دریافت مطالبات قراردادی را منع نمود. معاهده پورتر توسل به زور را برای تأدیه دیون قراردادی فقط محدود به دو مورد کرد: یکی آنکه کشور بدهکار رجوع به داوری را رد نماید و دیگر آنکه کشور بدهکار داوری را بپذیرد منتهی از اجرای حکم داوری طفره برود. رک. کلود آلبر کلییار، نهادهای روابط بین‌الملل، ترجمه و تحقیق دکتر هدایت‌الله فلسفی، نشر نو، ۱۳۶۸، صص ۵۵۰-۵۵۱.

می‌گیرند.^{۳۰} از سوی دیگر، اشاره به عدم توانایی در ایفای تعهد (inability) تا حدودی همان اعسار (عدم کفایت دارایی یا عدم دسترسی به مال خود) است و ممتنع از ایفای تعهدات قراردادی را از قالب ماده ۱۱ میثاق یاد شده خارج می‌سازد. همچنین واژه صرفاً (merely) مبین آن است که تضمین مزبور از اشخاصی حمایت نمی‌کند که فراتر از نقض تعهد قراردادی، مرتکب جرمی دیگر نیز شده و به آن علت زندانی شده‌اند.^{۳۱}

جالب توجه آنکه ممنوعیت حبس افراد به علت ناتوانی از ایفای تعهدات قراردادی از آنچنان اهمیت بنیادینی برخوردار است که در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی حتی مطلق و غیرقابل تخطی (right Non-derogable) قلمداد شده است.^{۳۲} به واقع ماده ۴ این میثاق به دولت عضو اجازه داده است که هر گاه یک خطر عمومی فوق‌العاده موجودیت ملت را تهدید کند دولت ذی‌ربط تحت شرایطی خاص^{۳۳} تعهدات ناشی از میثاق را معلق بنماید. بند (۲) ماده ۴ میثاق مذکور در کنار حقوقی مثل حق حیات و ممنوعیت شکنجه، ممنوعیت حبس افراد به لحاظ عدم توانایی در ایفای تعهدات قراردادی را از جمله حقوقی قلمداد کرده که مطلق بوده و به هیچ‌وجه انحراف و تعلیق را برنمی‌تابد.^{۳۴}

از سوی دیگر، باید توجه داشت که هرچند مجازات حبس فی‌نفسه مغایرتی با موازین

۳۰. بر این اساس وجود عنوان مجرمانه برای عمل ترک انفاق در قانون مجازات اسلامی ایران (ماده ۶۴۲) مغایر ماده ۱۱ میثاق قلمداد نمی‌شود. کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد در نظریه مورخ ۵ اوت ۲۰۰۵ در پرونده‌ای علیه دولت اسپانیا اعلام داشت که تعهد شاکی به پرداخت نفقه به همسر قبلی خود برای دوران حضانت دختر مشترکشان، تعهدی قانونی است که از ماده ۲۲۷ قانون جزای اسپانیا ناشی شده، نه از جدایی یا طلاق توافقی که به امضای شاکی و همسر سابق وی رسیده است. بنابراین حبس وی به علت عدم تأدیه نفقه معین شده منافاتی با ماده ۱۱ میثاق ندارد. رک.

Communication No 1333/2004: Spain 5/8/2005.

دیوان اروپایی حقوق بشر نیز در حکم مورخ ۱۰ ژوئن ۱۹۹۶ (22 E.H.R.R. 293) متعرض اعتبار آن قانون کشور انگلیس نشد که حبس افراد (تا حداکثر سه ماه) به علت عدم پرداخت مالیات سرانه را مجاز داشته بود.

31. Sarah Joseph, Jenny Schultz and Melissa Castan, The International Covenant on Civil and Political Rights, Oxford, 2000, p. 201.

32. Cf Jaime Ora, "The Protection of Human Rights in Emergency Situations under Customary International Law", in Guy S. Goodwin-Gill and Stefan Talmon, The Reality of International Law, Essays in Honour of Ian Brownlie, Oxford, 1999, pp. 413-437.

۳۳. اعلام رسمی وضعیت فوق‌العاده، تناسب، وظیفه اطلاع به دیگر اعضای معاهده، عدم تعارض با دیگر تعهدات بین‌المللی و عدم تبعیض.

۳۴. شایان ذکر است که ممنوعیت حبس افراد به لحاظ ناتوانی در ایفای تعهدات قراردادی در قوانین داخلی کشورها و اسناد منطقه‌ای حقوق بشر نیز از صلاحیتی ویژه برخوردار شده است. جزء «ب» بند (۱) ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ۱۹۵۰ با وضع قاعده‌ای کلی مقرر داشته که بازداشت شخص به منظور تضمین اجرای تعهد مقرر شده توسط قانون مجاز می‌باشد. پروتکل شماره ۴ (مصوب ۱۶ سپتامبر ۱۹۶۳) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در تکمیل ماده فوق‌الذکر مقرر می‌دارد: «هیچ‌کس صرفاً به این علت که قادر به اجرای تعهدی قراردادی نیست از آزادی خود محروم نخواهد شد».

بین‌المللی حقوق بشر ندارد^{۳۵} اما این امر به معنای بی‌قید و بند بودن مجازات حبس نمی‌باشد. اولاً محکومیت به حبس باید پس از طی فرایند دادرسی منصفانه حاصل شده باشد. به بیان دقیق‌تر، از اولین اقدام قضائی تا آخرین مرحله که به صدور حکم قطعی محکومیت به حبس منتهی می‌شود باید موازین دادرسی منصفانه در مفهوم بین‌المللی آن رعایت شده باشد؛ در غیراین صورت اعتبار حکم صادره مخدوش می‌باشد. ثانیاً رفتار با شخص محکوم به حبس در دوران تحمل محکومیت باید انسانی و با موازین بین‌المللی حقوق بشر منطبق باشد.^{۳۶} ثالثاً مدت محکومیت به حبس باید معین باشد و دادگاه نمی‌تواند شخصی را برای مدتی نامعلوم راهی زندان کند.

هر کشور با عضویت در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به لحاظ بین‌المللی متعهد می‌شود که بر طبق اصول قانون اساسی خود و مفاد میثاق اقداماتی در زمینه اتخاذ تدابیر قانونگذاری و غیر آن به منظور تنفیذ حقوق شناخته شده در میثاق که قبلاً به موجب قوانین موجود یا تدابیر دیگر محقق نشده است به عمل آورد [بند (۲) ماده ۲ میثاق]. مفهوم دیگر این اصل بنیادین حقوق بین‌الملل آن است که هیچ دولتی حق ندارد پس از عضویت در معاهده‌ای بین‌المللی با وضع قانونی داخلی (حتی قانون اساسی) از ایفای تعهدات بین‌المللی خود استنکاف ورزد.^{۳۷}

با تصویب قانون منع توقیف اشخاص در قبال تخلف از انجام تعهدات و الزامات مالی (آبان ماه ۱۳۵۲) و نیز الحاق ایران به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (اردیبهشت ماه ۱۳۵۴) اصل ممنوعیت حبس افراد به علت تخلف از انجام تعهدات و الزامات مالی (جز جزای نقدی) در محاکم ایران به عنوان اصلی بنیادین تثبیت گردید و از این حیث هماهنگی کاملی میان تعهد بین‌المللی کشور (ماده ۱۱ میثاق) و عملکرد داخلی دولت پدید آمد.^{۳۸} با وجود این، در سال ۱۳۷۷ ناگهان قانونی در کشور به تصویب رسید که بسیاری را متحیر ساخت. در واقع درست بیست و پنج سال پس از همان تاریخی که قانون منع توقیف

۳۵. در حوزه حقوق بین‌الملل بشر اجرای برخی مجازاتها ممنوع شمرده شده یا در فرایند کسب چنین ممنوعیتی قرار گرفته‌اند. مجازاتهای بدنی در زمره مصادیق گروه اول و مجازات اعدام از جمله نمونه‌های دسته دوم هستند.

۳۶. برای مطالعه بیشتر رک. حبس انسان‌مدار، سند بین‌المللی بهبود نظام زندانبانی، ترجمه حسن طفرانگار، انتشارات راه تربیت، ۱۳۸۳، صص. ۲۸۳-۱۸۵. همچنین رک.

Nigel S. Rodley, The Treatment of Prisoners under International Law, Oxford, 1999.

۳۷. مفاد ماده ۲۷ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین درباره حقوق معاهدات.

۳۸. بر اساس بند (۲) ماده ۵ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی هیچ‌گونه محدودیت یا انحراف از هر یک از حقوق اساسی بشر که به موجب قوانین، آئین‌نامه‌ها یا عرف در هر کشور طرف این میثاق به رسمیت شناخته شده یا نافذ و جاری است به عذر اینکه میثاق چنین حقوقی را به رسمیت نشناخته یا اینکه به میزان کمتری به رسمیت شناخته است قابل قبول نخواهد بود. به واقع، میثاق نه تنها وضع قاعده مطلوب‌تر را منع ننموده بلکه با عضویت در میثاق التزام به آن قاعده مطلوب‌تر، پشتوانه‌ای بین‌المللی می‌یابد.

اشخاص در قبال تخلف از انجام تعهدات و الزامات مالی (۱۳۵۲) تصویب شده و قانون نحوه اجرای محکومیتهای مالی (۱۳۵۱) را نسخ نموده بود، قانون منسوخ در هیئتی جدید ولی با همان عنوان و همان هدف در دهم آبان ماه ۱۳۷۷ به تصویب رسید.

طبق ماده ۲ این قانون هر کس محکوم به پرداخت مالی به دیگری شود و آن را تأدیه ننماید دادگاه او را الزام به تأدیه می‌نماید و در صورتی که مالی از او در دسترس نباشد بنا به تقاضای محکوم‌له، ممنوع را در صورتی که معسر نباشد تا زمان تأدیه حبس خواهد کرد. برخی معتقدند «مجلسیان با تسنید اینکه از موارد شرعی مسلم است که هیچ فقیهی در آن تردید ندارد مورد حبس بدهکار است که یک حالت استمراری دارد و یک ضمانت اجرای خوبی برای آرای دادگستری خواهد بود.»^{۳۹} بر همین اساس نحوه نگارش آئین‌نامه اجرائی این قانون (مصوب ۲۶ اردیبهشت ۱۳۷۸) به گونه‌ای صورت گرفت که ظاهراً اثبات اعسار مؤخر بر محکومیت به حبس قرار گرفت، و در بند (ج) ماده ۱۸ آن آئین‌نامه مقرر شد که در صورت عدم امکان استیفای محکوم‌به، محکوم‌علیه به درخواست ذی‌نفع و به دستور مرجع صادرکننده حکم تا تأدیه محکوم‌به یا اثبات اعسار حبس می‌شود.^{۴۰} قانونگذار در ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیتهای مالی مصوب ۱۳۷۷/۸/۱۰ مقرر داشته که «هرگاه محکوم‌علیه مدعی اعسار شود (ضمن اجرای حبس) به ادعای وی خارج از نوبت رسیدگی و در صورت اثبات اعسار از حبس آزاد خواهد شد...»^{۴۱} با توجه به میزان اشتغالات قضائی دادگاه‌های ایران تردیدی نبود که رسیدگی خارج از نوبت معمولاً زودتر از دو ماه محقق نخواهد شد.^{۴۲}

۳۹. معاونت قضائی تحقیقات علمی دادگستری استان تهران، مجموعه قانون و آئین‌نامه نحوه اجرای محکومیتهای مالی، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۲۳. برای مطالعه بیشتر رک. دکتر مهدی رهبر، بررسی مبانی فقهی حکم حبس محکومان مالی، مجله دادگستر، تابستان ۱۳۸۵، سال چهارم، شماره ۲۲، صص ۲۹-۳۴.

برخی معتقدند آن‌طور که از روایات و احادیث وارده استنباط می‌گردد به منظور وصول دین از مدیون ضمانت اجرای دیگری غیر از حبس نیز وجود داشته است. قانونگذار می‌توانست با توجه به پیامدهای سوء اجتماعی و فردی زندان از راهکار اشتغال به کار محکوم‌علیه استفاده نماید تا مدیون و محکوم‌علیه به جای رفتن به زندان آن هم به علت محکومیت مالی، در ازای تأدیه محکوم‌به با سپردن وثیقه یا کفالت به نفع محکوم‌له کار کند تا اینکه بدهی (محکوم‌به) خود را تهاتر و تأدیه نماید. حداقل قانونگذار می‌توانست این اختیار را به محاکم بدهد تا در صورت رضایت و تمایل محکوم‌علیه به انجام کار به نفع محکوم‌له در ازای محکوم‌به، به جای بازداشت نمودن وی از راهکار اشتغال به کار وی برای محکوم‌له استفاده جویند. رک. امیرحسین رهگشا، نگرشی بر قانون نحوه اجرای محکومیتهای مالی مصوب ۱۳۷۷، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۱، صص ۱۴۲-۱۴۳.

۴۰. در مورد دیدگاههای قضائی مختلف در مورد ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیتهای مالی رک: سیداحمد باختر و مسعود رئیسی، قانون نحوه اجرای محکومیتهای مالی در رویه قضائی، انتشارات خط سوم، ۱۳۸۳، صص ۹۰-۴۰.

۴۱. البته قانونگذار در تبصره ماده ۳ نشان داد که به ملاحظات انسانی هم بی‌توجه نبوده است. طبق این تبصره در صورتی که محکوم‌علیه موضوع این ماده بیمار باشد به‌نحوی که حبس موجب شدت بیماری و یا تأخیر درمان وی شود اجرای حبس تا رفع بیماری به تأخیر خواهد افتاد.

۴۲. ماده ۷ قانون نحوه اجرای محکومیتهای مالی مصوب ۱۳۷۷/۸/۱۰ صراحتاً کلیه قوانین و مقررات مغایر با آن از جمله قانون منع توقیف اشخاص در قبال تخلف از انجام تعهدات و الزامات مالی (۱۳۵۲) را لغو نمود. با توجه به نظام حقوقی ایران

به هر حال، قانون مصوب سال ۱۳۷۷ و آئین‌نامه اجرائی آن با فراهم آوردن مستندی قانونی، باعث زندانی شدن افراد زیادی شد که تنها قادر به ایفای تعهدات قراردادی خود نبودند. اکثر دادگاه‌ها با استناد به منطوق قانون و آئین‌نامه اجرائی آن بر این باور بودند که شرط لازم برای اقامه دعوای اعسار، در حبس بودن مدعی اعسار است!!!^{۴۳} با توجه به این واقعیت که اکثر دعوای استنادی به قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷/۸/۱۰، پرونده‌هایی بود که در دعوای خانوادگی و برای وصول مهریه طرح شده بود تبعات سوء فردی و اجتماعی اجرای قانون مزبور بسیار تأسفبار و بی‌سابقه بود.

به هر حال، در استنباط از قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی میان دادگاه‌ها اختلاف نظر پدید آمد. اکثریت قریب به اتفاق دادگاه‌ها (و از جمله شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر استان اردبیل در پرونده کلاسه ۱۹۸۲) طبق ماده ۳ آن قانون، زندانی بودن محکوم‌علیه را شرط لازم جهت اقامه دعوای اعسار و درخواست تقسیط محکوم‌به می‌دانستند؛ در حالی که معدودی از دادگاه‌ها (از جمله شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر استان اردبیل در پرونده کلاسه ۱۶۵۷-۸۱) مستنداً به ماده یاد شده محبوس بودن محکوم‌علیه را قبل از اقامه دعوای اعسار ضروری تشخیص نمی‌دادند. در اجرای ماده ۲۷۰ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور کیفری) و به منظور ایجاد وحدت رویه قضائی، موضوع در جلسه هیئت عمومی دیوان عالی کشور مطرح گردید و هیئت عمومی دیوان عالی کشور با اکثریت قریب به اتفاق طبق رأی شماره ۶۶۳ - ۱۳۸۲/۱۰/۲ اعلام داشت: «مستفاد از ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب سال ۱۳۷۷، تجویز رسیدگی به درخواست اعسار قبل از زندانی شدن محکوم‌علیه است و ماده ۳ قانون یاد شده ناظر به رسیدگی خارج از نوبت به درخواست اعسار محکومین زندانی است. علی‌هذا برای رسیدگی به درخواست محکوم‌علیه قبل از حبس منع قانونی وجود ندارد و زندانی بودن محکوم‌علیه شرط لازم جهت اقامه دعوای اعسار از محکوم‌به یا درخواست تقسیط آن نمی‌باشد.»^{۴۴}

قضات دادگاه‌ها مکلف بوده و هستند که بی‌اعتنا به ماده ۱۱ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، در پرونده‌های ارجاعی صرفاً به قانون جدید و آئین‌نامه اجرائی آن استناد نمایند.

۴۳. مثلاً دادنامه شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر اردبیل طی حکم ۱۳۸۲/۱/۱۸۸۲ در پرونده کلاسه ۱۹/۸۲ که به رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور (رأی شماره ۶۶۳ - ۱۳۸۲/۱۰/۲) منتهی شد.

۴۴. برای مطالعه بیشتر رک. دکتر سیدقاسم زمانی، رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور (مورخ ۱۳۸۲/۱۰/۲) در خصوص رسیدگی به دعوای اعسار قبل از حبس؛ گامی به سوی تطبیق قانون داخلی با تعهد بین‌المللی، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۲، شماره ۴، صص ۳۰۵-۲۹۷.

نتیجه

مقدمات تصویب قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷/۸/۱۰ نشان می‌دهد که مقنن کمترین دغدغه‌ای در مورد تعارض مفاد این قانون با تعهدات بین‌المللی کشور نداشته است.^{۴۵} همچنین هیئت عمومی دیوان عالی کشور فارغ از ضرورت پای‌بندی کشور به ماده ۱۱ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، به ایجاد وحدت رویه دادگاه‌ها در مورد رسیدگی به دعوای اعسار قبل از حبس مبادرت نموده است و به هیچ‌وجه قصد انطباق استنباط قضائی دادگاه‌ها از قانون ذی‌ربط با موازین بین‌المللی را نداشته است.

با وجود این، رأی هیئت عمومی دیوان عالی کشور را باید به فال نیک گرفت ولی هنوز تعارض قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی با ماده ۱۱ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به جای خود باقیست. مقرر داشتن محکومیت به حبس برای اشخاص ناتوان در ایفای تعهدات مالی خود مغایر ماده ۱۱ میثاق قلمداد می‌شود. از سوی دیگر منوط شدن آزادی افراد محبوس به تأدیه دین و یا احراز اعسار باعث نمی‌شود که مدت حبس اینگونه افراد معین شود و حبس‌های نامعین نیز مغایر موازین بین‌المللی حقوق بشر تلقی می‌شوند.

در عصری که در بسیاری از کشورها قانونگذار با توجه به تبعات سوء مجازات حبس حتی در مورد شماری از اعمال مجرمانه در مقام استفاده از مجازات‌های جایگزین زندان برآمده، جای بسی تعجب و تأسف است که قانونگذار ایرانی با نقض تعهدات بین‌المللی کشور به تجویز مجازات حبس (آن هم بدون تعیین حداکثر مدت حبس) برای دیون حقوقی و مدنی مبادرت نموده است.^{۴۶} اصلاح فوری قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷/۸/۱۰ و انطباق آن با استانداردهای بین‌المللی حقوق بشر نه تنها یک ضرورت ملی، بلکه یک تعهد بین‌المللی است.

به نظر می‌رسد که چنین ضرورتی درک شده باشد. در تاریخ ۱۳۸۵/۷/۲ طی نامه شماره ۳۲۸۶۹/۷۷۹۰۲ لایحه نحوه اجرای محکومیت‌های مالی که بنا به پیشنهاد قوه قضائیه به تصویب هیئت وزیران رسیده بود جهت طی تشریفات قانونی به مجلس شورای اسلامی تسلیم گردید. هدف این لایحه که در ماده ۱ آن نیز تصریح شده حبس‌زدایی از محکومان مالی است هر چند که مفاد لایحه حکایت از آن دارد که حتی محکومیت به جزای نقدی نیز استثنائاً به حبس منجر

۴۵. رک. مشروح مذاکرات جلسه علنی مجلس شورای اسلامی، روزنامه رسمی شماره ۱۵۶۷۰، جلسه ۲۲۶، ۱۰ آبان ماه ۱۳۷۷.

۴۶. برای مطالعه بیشتر در مورد مجازات‌های جایگزین زندان رک. دکتر محمد آشوری، جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین، تهران، نشر گرایش، ۱۳۸۲.

خواهد شد.^{۴۷} در ماده ۹ لایحه مقرر شده است که پس از لازم‌الاجرا شدن این قانون، قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (مصوب ۱۳۷۷)، ماده ۶۹۶ قانون مجازات اسلامی و سایر قوانین و مقررات مغایر ملغی‌الاث‌ر خواهد شد.

با توجه به فضای اجتماعی موجود در کشور، به‌نظر نمی‌رسد تصویب این لایحه در مجلس شورای اسلامی با مشکل چندانی مواجه گردد. با این حال، ضمن آنکه اقدام قوه قضائیه در تنظیم این لایحه را باید به فال نیک گرفت و نسبت به تصویب آن در مجلس نیز خوشبین بود هنوز مبانی تصویب قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در دهم آبان ماه سال ۱۳۷۷ و اجرای آن طی ۸ سال اخیر جای بسی تأمل دارد.

به هر حال، همچنان جای این سؤال باقی است که چرا در تنظیم مقررات قانونی، مراجع داخلی بی‌اعتنا به تعهدات بین‌المللی کشور دست به اقداماتی تقنینی می‌زنند که از منظر حقوق بین‌الملل نقض تعهدات کشور به‌شمار می‌آید. آیا زمان آن نرسیده که ماده ۹ قانون مدنی مورد بازبینی قرار گیرد و در نظام حقوقی ایران معاهدات بین‌المللی بر جایگاه واقعی و اصلی خود مستقر گردند؟^{۴۸}

۴۷. در ماده ۱ لایحه جهت اجرای احکام جزای نقدی تمهیدات مختلفی مثل ممنوعیت خروج از کشور، توقیف بخشی از حقوق یا سایر درآمدها، اخذ اسناد هویت یا سایر مدارک معتبر و یا صدور قرار تأمین به‌نحوی که منجر به بازداشت محکوم‌علیه نگردد مورد توجه قرار گرفته است. استثنای وارد بر این قاعده کلی در تبصره (۵) ماده ۱ در مورد جزای نقدی در جرایم ضد امنیت داخلی و خارجی کشور، جعل اسناد دولتی، کلاهبرداری، سرقت، قاچاق مواد مخدر و اختلال در نظام اقتصادی کشور مقرر شده است (در ازای هر یکصد و پنجاه هزار ریال یک روز بازداشت). در مورد ضرر و زیان شاکی خصوصی نیز فقط در جرایم کلاهبرداری و سرقت مقرر شده که اگر علی‌رغم اتخاذ تمام تمهیدات طلب محکوم له استیفا نگردد به تقاضای وی، محکوم علیه در صورتی که معسر نباشد تا زمان تأدیه بدهی حبس خواهد شد (تبصره (۲) ماده ۳).

۴۸. ماده ۹ قانون مدنی در ترسیم مرتبت معاهدات بین‌المللی در نظام حقوقی ایران مقرر می‌دارد که: «مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول، منعقد شده باشد در حکم قانون است.» بدیهی است که این ماده فقط تکلیف مراجع ذی‌صلاح داخلی در پیروی از قوانین مصوب جدید را مشخص می‌سازد، هرچند که چنین قوانینی مغایر تعهدات بین‌المللی ایران باشند. با این حال، تردیدی نیست که مسئولیت بین‌المللی دولت به‌لحاظ وضع و اجرای قوانین مغایر تعهدات بین‌المللی کشور به جای خود باقی است.

«صلاحیت قضائی و صلاحیت داورى» (تحلیلى بر يك رأى^۱ صادره در مسئله صلاحیت)

دکتر محمدتقی عابدی*

چکیده

بحثی در حقوق و رویه قضایی ایران پیرامون لزوم یا عدم لزوم امتناع قاضی ملی از رسیدگی در فرض وجود یک شرط داوری بین‌المللی در گرفته است. زمانی که داوری ملی باشد مشکلی بروز نمی‌کند. چه، مطابق ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی طرفین می‌توانند اختلاف موجود یا محتمل خود را به داوری یک یا چند نفر ارجاع و احاله نمایند. ولی وقتی داوری بین‌المللی است، بخشی از دکترین و نیز قضات به‌طور سنتی بر این عقیده‌اند که قواعد حل تعارض دادگاه مانند ماده ۹۷۱ قانون مدنی و نیز ماده ۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی ایران محاکم را ملزم می‌نماید در چنین مواردی بر صلاحیت خود باقی مانده و از رسیدگی خودداری نکنند. مفهوم این سخن آن است که قانونگذار ایران قائل به صلاحیت داوری بین‌المللی در مقابل صلاحیت قضایی نیست.

یک رأى مهم صادره در مسئله صلاحیت در سال ۱۳۷۴ توسط شعبه ۲۵ دادگاه حقوقی یک سابق تهران در دعوای بین یک نهاد دولتی ایرانی و یک شرکت خصوصی انگلیسی نظر فوق‌الذکر را نشان می‌دهد. اگرچه می‌توان استدلال دادگاه را در خصوص الزام ناشی از اصل ۱۳۹ قانون اساسی پذیرفت، اصلی که تصویب هیئت وزرا و نیز مجلس شورای اسلامی را جهت معتبر تلقی کردن شرط

۱. چکیده این رأى در مجله منتشر شده از سوی جمعی از قضات محاکم سابق حقوقی یک و دو تهران تحت عنوان «گزیده آراء دادگاههای حقوقی»، فصل اول (آراء صادره در باب صلاحیت)، رأى شماره ۱، ص ۱۵ به بعد، نشر میزان، ۱۳۷۴، قابل ملاحظه است. لازم به توضیح است که این رأى توسط همکار سابق قضایی و دانشمند محترم جناب آقای دکتر عباس اجتهادی در زمان تصدی شعبه ۲۵ دادگاه حقوقی یک تهران صادر و انشاء گردیده است.
* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی - واحد تهران مرکزی و استاد مدعو دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی.

داوری ضروری می‌داند، با وجود این، توسل دادگاه به قواعد حل تعارض یاد شده این تصور را موجب می‌شود که صلاحیت محاکم ایران در هر شرایطی حتی اگر طرف دآوری یک شخص حقوق خصوصی ایران باشد باید مفروض و مسلم تلقی شود! نتیجه اینکه تصمیم دادگاه در تعارض با دو اصل کاملاً جا افتاده در دآوری تجاری بین‌المللی است یعنی از یک سو اصلی که به داور بین‌المللی اختیار می‌دهد رأساً نسبت به صلاحیت خود اعلام نظر نماید و از سوی دیگر، اصلی که به نام نظم عمومی بین‌المللی توسل یکی از طرفین به قواعد حقوق داخلی خود جهت طرد صلاحیت داور بین‌المللی را منع می‌کند. به هر تقدیر، پس از تشریح و تبیین نظر خود مبنی بر اینکه قاضی ایرانی در فرض وجود شرط دآوری بین‌المللی وظیفه دارد از رسیدگی خودداری نموده و قرار عدم استماع دعوی صادر نماید، در خصوص دو اصل یاد شده موضع گرفته و ضمن تقویت اصل اول، اصل دوم را که در تعارض با اصل ۱۳۹ مرقوم می‌باشد با استناد به حقوق قراردادهای به مفهوم سنتی آن طرد و رد کرده‌ایم.

مقدمه

در دعوایی که یک سازمان دولتی ایرانی علیه شرکت *اینترنشنال لیمیتد انگلیس* به خواسته اعلان بطلان قرارداد و الزام به جبران خسارات ناشی از عدم انجام تعهدات قراردادی مربوط به تأسیس یک تعمیرگاه مطرح کرده بود، شعبه ۲۵ دادگاه حقوقی یک تهران در قبال ایراد خوانده به صلاحیت دادگاه، نه تنها صلاحیت خود را به دلایلی که ذیلاً خواهد آمد مورد تأیید و تأکید قرار داده بلکه با استناد به اصل ۱۳۹ قانون اساسی، توافق طرفین در ارجاع اختلاف به داوری یک سازمان بین‌المللی را فاقد اثر و نفوذ حقوقی اعلام نموده است. عمده ایرادات خوانده به صلاحیت دادگاه مرقوم اجمالاً عبارت بوده است از:

- ۱- در قرارداد مستند دعوا هیچ‌گاه به صلاحیت محاکم ایران توافق نشده است؛
- ۲- مطابق ماده ۱۸ قرارداد، رسیدگی به هرگونه اختلافی در صلاحیت یک کمیسیون داوری بوده است؛

۳- مضافاً، برابر تلکسهای مبادله شده بین طرفین، توافق شده بود اختلافات فی‌مابین ناشی از قرارداد مورد نظر، در پاریس توسط اتاق تجارت بین‌الملل (ICC) حل و فصل شود و بر همین اساس، آنها (شرکت خوانده) نیز مطابق مقررات داوری اتاق، داوران اختصاصی خود را تعیین و به مرجع یاد شده معرفی نموده و هزینه مربوط را نیز متقبل شده‌اند و حتی خواهان ایرانی مبادرت به طرح دعوی متقابل مشابه همین دعوی حاضر نموده و سابقه امر فعلاً از جهت صلاحیت اتاق تجارت بین‌الملل تحت بررسی است.

از آنجا که تصمیم دادگاه به شرح فوق، اگر نگوئیم در مخالفت، حداقل در ارتباط با دو اصل اساسی و مهم در حقوق داوری بین‌المللی است بنابراین، مناسب دیدیم مبانی نظری و عملی این قواعد در داوری و نیز رویه داوران بین‌المللی را به منظور ارزیابی استحکام رأی صادره و همچنین تبیین موضع قانونگذار ایرانی با توجه به تحولات عمیق در رشته داوری بین‌المللی مورد مطالعه قرار دهیم. بدین منظور، پس از ذکر مبانی حقوقی رأی از منظر حقوق بین‌الملل خصوصی ایران (مبحث اول)، دو اصل یاد شده را که عبارتند از *اصل صلاحیت داوری* یا *Kompetenz-Kompetenz* (مبحث دوم) از یک سو و *اصل عدم پذیرش ادعای بعدی سازمانها* و *مؤسسات دولتی مبنی بر فقدان اختیار قانونی در مراجعه به داوری بین‌المللی با استناد به مقررات ملی و داخلی* (مبحث سوم) از سوی دیگر، با تکیه بر تحولات قانونگذاری اخیر در حوزه داوری تجاری بین‌المللی در کشورمان مورد تجزیه و تحلیل قرار خواهیم داد.

مبحث اول

تحلیل مبانی حقوقی رأی از منظر حقوق بین الملل خصوصی ایران

دادرسی در رد ایراد خوانده به صلاحیت دادگاه که با استناد به توافق طرفین در قبول صلاحیت اتاق تجارت بین الملل عنوان شده بود اعلام داشته است:

«... ایراد خوانده مبنی بر اینکه هیچگاه به صلاحیت مراجع قضائی ایران تسلیم نشده و بنابراین دادگاه حاضر فاقد صلاحیت برای رسیدگی به دعوای مطروحه می باشد موجه نیست، زیرا این قاعده که قاضی هر دادگاهی که دعوایی نزد او مطرح شده آیین دادرسی کشور متبوع خود را برای احراز صلاحیت (یا اعلام عدم صلاحیت) اعمال می کند و در این رابطه فارغ از تسلیم یا عدم تسلیم طرف دعوا به صلاحیت آن است، قاعده شناخته شده ای است که بر اساس اصل استقلال و حاکمیت ملی کشورها استوار است و خارج از حوزه صلاحیت طرفین دعوا قرار می گیرد».

سپس دادگاه، ماده ۹۷۱ قانون مدنی^۲ و همچنین ماده ۴۶ قانون آیین دادرسی مدنی سابق را که بر این قاعده اساسی تصریح دارند به عنوان مستند نظر خود آورده است. مطابق مقرره اخیر: «تشخیص صلاحیت یا عدم صلاحیت هر دادگاه نسبت به دعوایی که به آن رجوع شده با خود آن دادگاه است ...».

باید اذعان کرد نظر دادگاه در خصوص اختیار حاصله از مواد مرقوم در صدور حکم به صلاحیت خود، مطابق با موازین پذیرفته شده در حقوق بین الملل خصوصی کلاسیک صادر گردیده و ظاهراً ایرادی بر آن وارد نیست. چه، اصلی در حقوق بین الملل خصوصی وجود دارد که به موجب آن قواعد مربوط به تعارض محاکم (در مقابل قواعد مربوط به تعارض قوانین) چون ناشی از حاکمیت سیاسی و ملی کشورهاست بنابراین از جمله قواعد آمره بوده و مضافاً یک جانبه^۳ می باشند. منظور این است که برخلاف قواعد حل تعارض قوانین که دوجانبه^۴ بوده و بنا به تجویز و اغماض قانونگذار ملی می توانند قاضی را خواه به اعمال قانون مقر دادگاه و خواه قانون خارجی که به نحوی با موضوع مرتبط می باشد راهنمایی کنند، قواعد مربوط به تعارض دادگاهها با توجه به خاصیت امری بودن آنها، قضات را صرفاً و در همه حال مکلف به اجرا و

۲. به موجب ماده ۹۷۱ قانون مدنی ایران «دعوای از حیث صلاحیت محاکم و قوانین راجع به اصول محاکمات تابع قانون محلی خواهد بود که دعوا در آنجا اقامه می شود. مطرح بودن همان دعوا در محکمه اجنبی رافع صلاحیت محکمه ایرانی نخواهد بود».

3. Unilatérale

4. Bilatérale

اعمال مقررات ملی می‌نمایند.^۵

از جمله این قواعد آمره، اولاً تشخیص صلاحیت محکمه‌ای است که دعوا به آن ارجاع شده است که بنا به صریح ماده ۹۷۱ مرقوم «تابع قانون محلی (کشوری) است که دعوا در آنجا اقامه می‌شود». به عبارت روشن‌تر، اینکه دادگاه صالح به رسیدگی است یا خیر، اولاً مطابق قانون مقر دادگاه تعیین می‌شود و منوط به رضایت یا عدم رضایت یکی از طرفین دعوا نیست. یعنی، قاعده حل تعارض مقید در ماده ۹۷۱ هرگز به قاضی ایرانی اجازه نمی‌دهد در تشخیص صلاحیت خود تمایل طرفین دعوا را در نظر گرفته و یا به قانون کشور دیگری مراجعه نماید. و چون این امر، همان‌طور که دادگاه نیز بدان تصریح نموده است، با حاکمیت ملی کشورها تلافی دارد، لذا قانونگذاران ملی از جمله قانونگذار ایران به شرح همین مقرره صلاحیت محاکم خود بر موضوعات ارجاعی به آنها را پیشاپیش مفروض و تابع قانون محل اقامه دعوا قرار داده‌اند. حتی اگر «همان دعوا در محکمه اجنبی» طرح شده باشد این امر موجب سلب صلاحیت از محکمه مرجوع‌الیه، که در اینجا بنا بر مفروض ایران است، نخواهد شد. ثانیاً، آیین دادرسی و تشریفات رسیدگی از قبیل نحوه طرح دعوا و تقدیم دادخواست، نحوه ابلاغ، تشکیل جلسات دادرسی، ادله اثبات دعوا، صدور رأی و اجرای آن همان اصول و مقرراتی خواهد بود که در مقر دادگاه مجری و معمول به است و قاضی نمی‌تواند از مقررات دادرسی مملکت متبوع خواهان یا خوانده خارجی و حتی کشور ثالثی بهره جوید. بدین ترتیب، احراز صلاحیت محکمه بر اساس قانون محل طرح دعوا و سپس اعمال و اجرای تشریفات دادرسی مقر دادگاه در فرض احراز صلاحیت مطلقاً بر قاضی ایرانی فرض و واجب خواهد بود.^۶

ولی، آنچه ممکن است محل سؤال و ایراد قرار گیرد این است که علی‌رغم اینکه شرکت خوانده با استناد به موافقتنامه داوری مورد ادعا اساساً به صلاحیت ذاتی دادگاههای ایران در رسیدگی به دعوای مطروحه ایراد کرده بود، شعبه ۲۵ در فراز پایانی رأی خود به یک قاعده حل اختلاف مرتبط با صلاحیت نسبی یا محلی محاکم ایران توسل جسته و اعلام می‌کند:

«... با توجه به مراتب پیش‌گفته و از آنجا که محل انعقاد قرارداد و همچنین محل اجرای

آن (احداث تعمیرگاه) در ایران بوده به استناد ماده ۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی (ماده ۱۳

۵. در رابطه با ویژگیهای قواعد حل تعارض قوانین و نیز قواعد حل تعارض دادگاهها خصوصاً رک.

H. Batiffol et P. Lagarde, Droit international prive, 7 ed., L.G.D.G., 1983, t. I, n. 250, t. II, n. 667 et s.; Y. Loussouarn et P. Bourel, Droit international prive, 4 ed., Dalloz, pp. 89 et s.

۶. البته ممکن است (فرض نادری است) مقررات مجری در محل طرح دعوا دادگاه مربوط را برای رسیدگی صالح نداند که در اینجا قاضی رسیدگی‌کننده با عنایت به خاصیت یک‌جانبه بودن قواعد مربوط به تعارض دادگاهها ظاهراً باید صرفاً عدم صلاحیت خود را اعلام نماید و نمی‌تواند همزمان به صلاحیت کشور دیگری نظر دهد.

فعلی^۷) این دادگاه در خصوص رسیدگی به دعاوی حاضر اعلام صلاحیت می‌کند.

به عبارت دیگر، در حالی که خوانده اساساً صلاحیت محاکم ایران اعم از ذاتی، نسبی و محلی را نفی می‌کند، دادرس طوری استدلال می‌نماید که گویی بحث و ایراد خوانده ناظر بر ملاکهای احراز صلاحیت محلی بوده و او در تشخیص صلاحیت خود بعضی از این ملاکها مانند محل انعقاد عقد و اجرای آن را با توسل به مقررۀ یاد شده بر بعضی دیگر ترجیح داده است. اگر چه این نحو استدلال ظاهراً مخدوش و قابل انتقاد به نظر می‌رسد ولی به نظر ما تا حدودی قابل توجیه است. چه، روشن است که دادگاه در مقام ترجیح صلاحیت خود در مقابل صلاحیت یک محکمه داخلی دیگر نبوده، بلکه بدین وسیله خواسته است علاوه بر مستندات قبلی که اساس استدلال او در احراز صلاحیتش را تشکیل می‌دهند، دلایل تکمیلی دیگری را که مورد استناد خواهان نیز بوده در همین راستا ارائه نماید.

مع الوصف، شاید مناسب بود دادگاه به سؤال مقدر مبنی بر اینکه در قضیۀ حاضر محل اقامت شرکت خوانده خارج از ایران و در انگلیس قرار داشته و مطابق یک قاعدۀ حل تعارض پذیرفته شده در کلیۀ نظامهای حقوقی جهان خواهان خوانده را در محل اقامت او تعقیب می‌کند، پاسخ گوید. در این رابطه، صدر مادۀ ۱۱ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ (مادۀ ۲۱ سابق) بدواً مقرر می‌دارد: «دعاو باید در دادگاهی اقامه شود که خوانده در حوزه قضائی آن اقامتگاه دارد...». ولی، بلافاصله همانند سایر قوانین ملی بنا به ضرورت استثنائاتی را به این اصل یا قاعده وارد کرده و اعلام می‌کند اگر خوانده در ایران اقامتگاه نداشته باشد و یا فاقد محل سکونت موقت یا مال غیر منقول که صلاحیت دادگاه محل وقوع هریک از این دو را توجیه می‌کند، باشد نهایتاً «خواهان در دادگاه محل اقامتگاه خود (که در قضیۀ مطروحه ایران می‌باشد)، طرح دعا خواهد کرد».

به هر تقدیر، نباید فراموش کرد که در این مرحله مستمسک اصلی و اولیۀ دادگاه در صدور رأی به صلاحیت خود مواد ۹۷۱ قانون مدنی و ۴۶ قانون آیین دادرسی سابق (مادۀ ۲۶ فعلی) است که هر یک مضافاً به نوعی به اصلی اساسی تصریح دارند که مبنای مشروعیت اختیارات محاکم در رسیدگی و حل و فصل دعاوی در نظامهای قضائی کلیۀ کشورهای جهان می‌باشد، یعنی اصل صلاحیت محاکم رسمی دادگستری در رسیدگی به دعاوی. طبق این اصل،

۷. مطابق مادۀ ۱۳ قانون آیین دادرسی فعلی: «در دعاوی بازرگانی و دعاوی راجع به اموال منقول که از عقود و قراردادهای ناشی شده باشد، خواهان می‌تواند به دادگاهی رجوع کند که عقد یا قرارداد در حوزه آن واقع شده است یا تعهد می‌بایست در آنجا انجام شود».

صلاحیت مزبور که از آن به صلاحیت قضائی^۹ تعبیر شده، فقط مختص محاکمی است که به حکم قانون ایجاد گردیده و رابطه تنگاتنگی با مسئله حاکمیت و حکومت سیاسی موجود دارند.^۹ بدین ترتیب، چون از نظر قاضی ایرانی صلاحیت دیگری به جز صلاحیت قضائی^{۱۰} اعم از ملی یا خارجی در عالم دعاوی متصور نیست بنابراین هرگونه توافق بر صلاحیت مراجع و مؤسسات داوری بین‌المللی رافع صلاحیت محکمه ملی نخواهد بود.

ولی، دو ملاحظه اساسی در این رابطه قابل طرح است: اولاً، با قبول این استدلال که علت امتناع یک کشور در نادیده انگاشتن صلاحیت محاکم خود به نفع صلاحیت یک مرجع قضائی اجنبی مبتنی بر اصل تساوی و استقلال حاکمیتها می‌باشد، آیا نمی‌توان در وسعت و شدت این اصل هنگامی که شائبه حاکمیت هم عرض اساساً وجود ندارد و یا ضعیف است، انعطاف نشان داد؟ منظور موردی است که طرفین قرارداد یا دعوا، مراجع غیر قضائی همچون داوری اعم از سازمانی یا غیر سازمانی بین‌المللی را که مستقل از دولتها به امر حل و فصل دعاوی اشتغال دارند برای قضاوت انتخاب نموده باشند. البته درست است که منظور قانونگذار از عبارت «محکمه/جنبی» مقید در ماده ۹۷۱ قانون مدنی ظاهراً تفسیربردار نیست. چه، اعلام عدم صلاحیت حتی به نفع یک مرجع قضائی خصوصی، ممکن است به حاکمیت سیاسی و قضائی یک دولت لطمه وارد آورد. ولی نباید از نظر دور داشت که فلسفه وضع و تقنین چنین قوانینی در کشور ما همچون کشورهای دیگر، در واقع وجود حاکمیت‌های هم عرض می‌باشد که در فرض داوریه‌های بین‌المللی چنین حساسیتی، با توجه به فقدان مفهوم و عنصر حاکمیت در اقدامات مراجع بین‌المللی داوری، منتفی است.

ثانیاً و مهمتر از همه، امروزه قانونگذاران ملی تحت تأثیر دکتربین، کنوانسیونهای مرتبط با داوری و نیز رویه داوران بین‌المللی، ویژگی ممتازی را برای موافقتنامه یا شرط داوری مقید در قراردادهای تجاری قائل شده و آن را بر دیگر شروط مقید در قرارداد اصلی ترجیح و تفوق داده‌اند. منظور این است که شرط داوری دیگر آن حالت وابستگی و پیوستگی با عقد اصلی را که به‌طور سنتی در نظریه عمومی شروط بدان معتقد هستیم از دست داده و بطلان عقد الزاماً در شرط داوری ضمن آن تأثیر ندارد. مفهوم این سخن آن است که چون شرط داوری در مقایسه با قرارداد اصلی یک مقرره مربوط به تشریفات دادرسی یا آن‌طور که بعضی از حقوقدانان گفته‌اند،

8. Competence judiciaire.

۹. در تأیید این اصل، اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر داشته است که «مرجع رسمی تظلمات و شکایات دادگستری است. تشکیل دادگاهها و تعیین صلاحیت آنها منوط به حکم قانون است».

۱۰. البته، در حقوق داخلی صلاحیت مزبور به حکم قانونگذار (ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی) برای داوری داخلی تا حدودی شناخته شده است و به همین دلیل در فرض توافق بر داوری، دادگاه مکلف گردیده در هر مرحله‌ای از دادرسی موضوع را به داوری ارجاع دهد.

«یک قرارداد سرویس دهنده و خدمت»^{۱۱} است در نتیجه با دیگر شروط و تعهدات قراردادی تفاوت ماهوی داشته و خود یک قرارداد مستقل محسوب می‌شود و بنابراین برخوردار از یک نظام حقوقی مستقل از قرارداد اصلی است.^{۱۲} این نظام حقوقی محصول و برآیند بحث عمیق و جالبی است که از آن تحت اصطلاح *استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی* یاد می‌شود.

ولی، این تفوق یا به قول آقای آنسل^{۱۳} تقدسی که برای شرط داوری شناخته شد به شناسایی یک نظام حقوقی مستقل محدود نگردید. بلکه به تدریج توسعه یافته و در آثار و احکام نهائی آن منجر به شناسایی اصل صلاحیت داوری در مقابل صلاحیت قضائی شده و در یک تعامل دوسویه نه تنها قضات ملی مکلف شدند در فرض وجود شرط داوری اعطاکنده صلاحیت به داوران یا مراجع داوری بین‌المللی، از رسیدگی امتناع کرده و موضوع را به داوری ارجاع دهند، بلکه متقابلاً به داوران اختیار داده شد در فرضی که صلاحیتشان از طریق اعلام بطلان یا بی‌اعتباری قرارداد داوری مورد ایراد اصحاب دعوا یا یکی از آنها قرار گیرد، همانند قضات ملی اختیار داشته باشند بدو نسبت به صلاحیت خود اعلام نظر کرده و رأی مقتضی صادر نمایند.^{۱۴}

نتیجه اینکه، داوران همچون قضات ملی به تدریج قلمرو صلاحیتی مستقل و هم‌عرض با محاکم ملی پیدا می‌کنند. این بدان معنی است که مراجع قضائی ملزم هستند در فرض وجود توافقنامه داوری در دعوای مطروحه، تحت شرایطی از رسیدگی خودداری کرده و به اصطلاح اعلام عدم صلاحیت نمایند.^{۱۵} در واقع، مبحث دوم به شرح آتی در مقام تبیین و پاسخ به این سؤال است که در فرضی که دعوا بین دو شخص حقوق خصوصی در جریان است چرا نباید

11. J. Robert et B. Moreau, L'arbitrage, droit interne, droit international prive, 5 ed., Dalloz, 1983, n. 264, p. 230.

12. به همین دلیل، در بحث حقوق قابل اعمال بر قرارداد داوری، پذیرفته شده است که قانون قابل اعمال بر قرارداد اصلی الزاماً بر قرارداد داوری حاکم نبوده و می‌تواند از آن متمایز باشد، هرچند در عمل کمتر دیده شده است که طرفین صریحاً قانون متفاوتی را جهت حکومت بر قرارداد داوری تعیین نمایند. این امر که اصل وحدت قانون قابل اعمال بر قراردادها را بر هم زده، در واقع همان بحث معروف تجزیه قرارداد یا (depecage) است که در حقوق بین‌الملل خصوصی کلاسیک محل نزاع و اختلاف بین حقوقدانان است. برای اطلاع از مبانی بحث رک.

P. Lagarde, Le depecage dans le droit international privé des contrats, in Rivista di diritto internazionale privato, 1975, p. 649.

13. J.-P. Ancel, L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, Communication au CFDP, Seance du mars 1992, Travaux, 1991-1993, ed. Pedone, Paris, 1994, p. 79.

14. در حقوق ایران اصل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی و نیز صلاحیت داور بین‌المللی در صدور رأی بر صلاحیت خود به موجب بند ۱ ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶/۶/۲۶ وارد نظام قانونگذاری ایران گردید. برای ملاحظه متن قانون رک. روزنامه رسمی شماره ۱۵۳۳۵، مورخ ۱۳۷۶/۷/۲۸. برای اطلاع از مبانی و مفهوم اصل مزبور رک. مقاله دکتر حمید رضا نیکبخت فینی، استقلال شرط داوری، مجله تحقیقات حقوقی، انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۹-۲۰، سال ۱۳۷۶.

15. البته، در حقوق داخلی، برابر مقررات و رویه مورد عمل وجود شرط داوری یکی از اسباب صدور قرار عدم استماع دعوا در وضعیت فعلی است و نه قرار عدم صلاحیت که قابل توجیه است. چه، در حقوق داخلی اصل بر صلاحیت محاکم قضائی است.

قاضی ایرانی، به صرف وجود شرط داوری که به مراجع و مراکز داوری بین‌المللی اعطای صلاحیت می‌کند، از رسیدگی امتناع نموده و طرفین را به داوری ارجاع و دلالت دهد؟

مبحث دوم

اصل صلاحیت داوری یا *Kompetenz-Kompetenz*^{۱۶}

و تأثیر آن بر صلاحیت قضائی

اثر اساسی یک قرارداد داوری این است که دعوای احتمالی یا موجود را از صلاحیت محاکم خارج می‌نماید. این همان اثر مستقیم و منفی قرارداد داوری است که امروزه در حقوق داخلی اکثر کشورها در رابطه با *داوریهای ملی* پذیرفته شده است. ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ که مقرر داشته «*کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند (توانند) با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاهها طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله‌ای از رسیدگی باشد، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند*»، در واقع در مقام تجویز و بیان همین ویژگی منفی داوری بوده و در آن تردیدی نیست. منتها، باید توجه داشت که رویه قضات محاکم بر این است که چنانچه درخواست ارجاع به داوری در جریان دادرسی مطرح شود، از رسیدگی امتناع نموده و دعوا را به داوری ارجاع می‌دهند. ولی، چنانچه یکی از طرفین، علی‌رغم وجود شرط داوری در قرارداد، موضوع را در دادگاه طرح کرده باشد به خودی خود از موجبات صدور قرار عدم استماع دعوا در وضعیت فعلی خواهد بود حتی اگر خوانده با استناد به شرط داوری به صلاحیت داور ایراد ننماید، مگر اینکه خوانده دعوا مطابق بند ۱ ماده ۴۸۱ قانون مارالذکر از این حق خود صریحاً^{۱۷} یعنی از طریق

۱۶. این اصطلاح که منتسب به آلمانیهاست توسط بعضی از حقوقدانان به قاعده «صلاحیت نسبت به صلاحیت» (لایا جنیدی، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۸، صص ۶۸ و ۷۲) و توسط بعضی دیگر به اصل «صلاحیت در تعیین صلاحیت» (دکتر سید جمال سیفی، قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری آنسیترال، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره بیست و سوم، پاییز و زمستان ۱۳۷۷، صص ۳۵ به بعد، خصوصاً ص ۶۲) ترجمه شده است. به نظر ما، می‌توان آن را به قاعده «اختیار نسبت به صلاحیت» ترجمه کرد.

۱۷. اگرچه ماده ۴۸۱ قانون یادشده صرفاً اعراض صریح یعنی «تراضی کتبی طرفین دعوا» را از موارد زایل شدن و از بین رفتن داوری قرار داده است، با وجود این، شعبه اول دیوان عالی کشور در رأی صادره در سال ۱۳۲۱ رجوع از داوری به دلالت التزام و قرائن (اعراض ضمنی) را نیز به‌عنوان یکی از موارد تراضی کتبی پذیرفت. منظور این است که در فرض مطرح شدن موضوع در دادگاه توسط یک طرف، طرف دیگر به وجود شرط داوری و عدم صلاحیت دادگاه ایراد نکرده و در ماهیت دفاع نماید (رک. دکتر جعفر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ج ۳، ص ۴۵۱، رأی تمییزی، ش ۳۴۸۵ مورخ ۱۳۲۱/۱۱/۱۴؛ همچنین رک. رأی شماره ۲۱/۶۷۱ مورخ ۷۴/۱۲/۱۲ صادره از شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور به نقل از عبدالله بازگیر، داوری و احکام راجع به آن، نشر فردوس، ۱۳۸۰، ص ۲۴۱). برای ملاحظه یک نظر مخالف رک. آرای صادره از شعبه سوم دیوان عالی

«تراضی کتبی» با طرف دیگر، اعراض کرده باشد. بدین ترتیب، ملاحظه می‌شود که در داوریه‌های داخلی صلاحیت داوران تقریباً هم سطح و موازی با صلاحیت قضات ملی پذیرفته شده است. آیا این حد از صلاحیت را می‌توان در مورد داوریه‌های بین‌المللی نیز در حقوق ایران شناسایی کرد؟ این سؤالی است که از دیرباز در رویه قضایی ایران جداً مورد بحث و تأمل بوده و قضات نوعاً از ترجیح صلاحیت یک مرجع داورى بین‌المللی بر صلاحیت محاکم داخلی استنکاف ورزیده‌اند. حتی تصویب قانون داورى تجارى بین‌المللی ایران مصوب سال ۱۳۷۶ علی‌رغم گشایش قابل توجه در مسئله صلاحیت، کلیه محدودیتها را در این رابطه برطرف نکرده است. چه، علاوه بر سایر محدودیت‌هایی که در طول این مبحث به آنها اشاره خواهد شد، ماده ۸ قانون یاد شده شرط انتفاء صلاحیت محاکم در فرض وجود شرط داورى را منوط به اعلام و ایراد یکی از طرفین کرده است به این معنی که در صورت شرکت خوانده در دادرسی و عدم استناد به شرط داورى، صلاحیت محکمه کماکان محرز و مسلم خواهد بود (اعراض ضمنی).

شاید در بادی امر چنین به نظر برسد که بخش «ج» رأی دادگاه به‌طور ضمنی در مقام شناسایی صلاحیت داورى بین‌المللی در مقابل صلاحیت محاکم ملی است، آنجا که می‌گوید:

«... قسمت مهم ایراد خوانده هم مبنی بر اینکه طرفین قرارداد نسبت به ارجاع اختلافات خود

به داورى (بین‌المللی) توافق نموده‌اند قابلیت پذیرش را از نظر این مرجع ندارد زیرا:

۱- در قرارداد منعقد موضوع ارجاع اختلاف طرفین به داورى پیش‌بینی نشده و کمیسیون موردنظر خوانده مذکور در ماده ۱۸ قرارداد که مقرر بود با ترکیبی از تعداد مساوی از نمایندگان دو طرف و برای حل و فصل دوستانه اختلاف تشکیل شود، هم از حیث ترکیب و تعداد اعضا و هم از حیث عنوان و هدف آن منصرف از مرجع داورى به معنی و مفهوم خاص آن می‌باشد...».

ظاهراً، مستنبط از استدلال فوق خصوصاً عبارت «در قرارداد منعقد، موضوع ارجاع اختلاف طرفین به داورى پیش‌بینی نشده» و نیز عبارت «منصرف از مرجع داورى به معنی و مفهوم خاص آن می‌باشد» این است که در فرضی که برای دادرس دادگاه، ارجاع اختلاف به داورى به مفهوم خاص و واقعی آن در ضمن قرارداد محرز بود و یا اینکه کمیسیون مقید در قرارداد بر همان مفهوم مصطلح داورى دلالت داشت، احتمالاً رأی به عدم صلاحیت خود و قبول داورى تحت اشراف اتاق تجارت بین‌الملل صادر می‌کرد؟ استدلال مزبور از آن جهت اهمیت دارد که ممکن است ادعا شود اگر خواهان ایرانی یک شخص حقوق خصوصی بود احتمالاً از نظر

کشور در سالهای ۱۳۷۱ و ۱۳۸۳ (به نقل از آقای بازگیر، پیشین، صص ۱۴۵ به بعد خصوصاً ص ۱۴۸) که با تکیه بر ظاهر بند ۱ مرقوم، صرفاً تراضی کتبی طرفین را در بر هم زدن داورى لازم دانسته است.

دادگاه منعی در صدور قرار عدم صلاحیت نبود. با وجود این، هرچند پذیرش و تقویت استدلال مزبور به لحاظ عملی گامی به جلو در شناسایی صلاحیت دآوری بین‌المللی در نظام قضائی ایران محسوب می‌شود ولی، چنین برداشت و ادعایی با مستندات اعلامی توسط دادگاه یعنی مواد ۹۷۱ و ۴۶ مرقوم و نیز سایر مبانی رأی به شرح پیش‌گفته منافات دارد. در واقع، به‌نظر می‌رسد منظور دادگاه بیشتر این بوده که حتی نفس ادعای خوانده مبنی بر وجود توافقی بر ارجاع اختلافات به دآوری در مفهوم مصطلح آن - صرف‌نظر از معارضه یا عدم قابلیت معارضه شرط موضوع قرارداد با صلاحیت دادگاه - اساساً بر دادگاه محرز نیست.^{۱۸}

به هر تقدیر، صرف‌نظر از ماهیت استدلال دادگاه، به لحاظ نظری با توجه به تحولاتی که در دهه‌های اخیر در قلمرو دآوری بین‌المللی و صلاحیت داوران در حقوق ایران و در سطح بین‌المللی اتفاق افتاده، بحث و تبیین موضع قانونگذار ایران در قبال صلاحیت دآوری و سنجش آن در قبال صلاحیت محاکم از ضروریات می‌باشد. موضوع بیشتر از آن جهت اهمیت دارد که ممکن است یک دولت، قواعد حل تعارض دادگاه یا صلاحیت قضائی بین‌المللی به نفع محاکم خود وضع نماید به‌طوری که رعایت آن امری و غیرقابل تخلف بوده و اتباع آن کشور در قراردادهای و روابط حقوقی خود با خارجی‌ان قادر به نفی و طرد صلاحیت محاکم ملی خود از طریق درج شرط دآوری یا تسلیم به صلاحیت محاکم یک کشور خارجی نباشند.

مواد ۱۴ و ۱۵ قانون مدنی فرانسه نمونه بارز ایجاد چنین صلاحیتی به نفع محاکم فرانسوی بود، هرچند رویه قضائی به‌تدریج استثنائاتی را از جمله اجازه صرف‌نظر کردن از صلاحیت مزبور از طریق توافق بر درج یک شرط دآوری بین‌المللی در قرارداد بر آن وارد کرد.^{۱۹} مطابق این دو مقرر و همچنین از تاریخ لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون بروکسل مورخ ۲۷ سپتامبر ۱۹۶۸، چنانچه در دعوای مطروحه ولو در خارج، خواهان (ماده ۱۴) یا خوانده دعوا (ماده ۱۵) یک نفر فرانسوی یا هر شخص مقیم فرانسه باشد، محاکم فرانسه صالح به رسیدگی خواهند بود.^{۲۰}

۱۸. اشکالی که به استدلال دادگاه وارد به‌نظر می‌رسد این است که شرط ارجاع اختلافات به دآوری می‌تواند از یک‌سو همزمان در ضمن قرارداد به‌صورت شرط دآوری و یا در قرارداد علی‌حده‌ای ناظر بر اختلافات احتمالی در آینده باشد و از سوی دیگر ممکن است اساساً به‌صورت Compromis و با بروز اختلاف باشد که در دعوای حاضر نیز چنین بوده و طرفین پس از بروز اختلاف طی تلکس‌هایی ظاهراً به صلاحیت اتاق تجارت بین‌الملل تراضی نموده بوده‌اند. بنابراین، استدلال دادگاه مبنی بر اینکه «در قرارداد منعقد، موضوع ارجاع اختلاف طرفین به دآوری پیش‌بینی نشده» با مبانی شناخته‌شده در دآوری سازگاری ندارد.

۱۹. رویه مزبور، با معتبر شمردن کلیه شروط دآوری مقید در قراردادهای بین‌المللی، محاکم این کشور را در رسیدگی به دعوای موضوع قراردادهای مزبور غیر صالح اعلام کرد در این رابطه رک.

Cass. Civ., 6 juin 1978.907, note B. Oppetit, Rev. cr. Dr. int. pr., 1979.842.

۲۰. در واقع، بر مبنای این مقررات بسیار مضیق است که رویه قضائی فرانسه توانست از یک سو قاعده حل تعارضی تأسیس کند که به‌موجب آن مشکل مربوط به دعوای بین خارجی‌ان در فرانسه که حکم آن در این دو مقرر مسکوت گذاشته شده بود، حل گردیده و آنها نیز اجازه یافتند دعوای خود را در محاکم فرانسه مطرح کنند. مبنای تأسیس قاعده فوق، این سؤال بود که

در حقوق موضوعه ایران و مشخصاً در مقررات آیین دادرسی مدنی، ظاهراً چنین صلاحیتی برای محاکم داخلی پیش‌بینی نشده است و ذیل ماده ۹۷۱ قانون مدنی نیز که مقرر داشته «... مطرح بودن همان دعوا در محکمه اجنبی رافع صلاحیت محکمه ایرانی نخواهد بود»، صرفاً یک قاعده حل تعارض است که به‌نحو آمره و ایجابی، صلاحیت محکمه ایرانی را در مقابل محکمه خارجی تبیین و ترسیم می‌کند. به عبارت دیگر، مقرر مزبور در صدد توسعه صلاحیت محاکم ملی به خارج از مرزهای سرزمینی به‌منظور شمول آن بر اتباع ایران و یا اتباع کشورهای دیگر به‌نحوی که در مواد ۱۴ و ۱۵ قانون مدنی فرانسه ملاحظه گردید، نیست. آنچه از ذیل ماده مزبور استفاده می‌شود این است که با توجه به تساوی حاکمیت دولتها، مطرح بودن همان دعوا در محکمه یک کشور خارجی نمی‌تواند موجب سلب صلاحیت از محکمه ایرانی که اصحاب دعوا یا یکی از آنها موضوع را در آن نیز مطرح کرده‌اند، باشد.

بدین ترتیب، به لحاظ تئوریک باید بر آن بود که در فرض فقدان صلاحیت بین‌المللی برای محاکم ایران که شائبه صلاحیت معارض را موجب می‌شود، اتباع ایران از یک سو می‌توانند با قید صلاحیت مراجع داوری بین‌المللی، صلاحیت محاکم ایران در رسیدگی به اختلاف با اتباع کشورهای دیگر را نفی و طرد نمایند کما اینکه این امر با وجود قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران از این پس مفروغ‌عنه می‌باشد. و از سوی دیگر، محاکم داخلی موظف هستند در فرض مواجهه با یک شرط داوری در قرارداد موضوع اختلاف، رأساً و یا آن‌طور که قانون داوری تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد با اعلام حداقل یکی از طرفین از رسیدگی خودداری نموده و قرار عدم استماع دعوا صادر کنند. البته، باید توجه داشت که صحت این امر زمانی است که تبعه ایرانی (اعم از شخص حقیقی یا حقوقی) به اعتبار سمت رسمی و عمومی خود مبادرت به انعقاد قرارداد و پذیرش شرط داوری در ضمن یا خارج از آن نکرده باشد و آلا همان‌طور که می‌دانیم و در مبحث سوم به آن خواهیم پرداخت، به‌موجب اصل ۱۳۹ قانون اساسی، چنین اشخاصی در مراجعه به داوری ملی و خصوصاً بین‌المللی با محدودیتهای شدیدی مواجه‌اند.

خوشبختانه، تحولات حقوقی و قانونگذاری در سطح ملی و بین‌المللی تا حدود زیادی در راستای اثبات ادعای ما یعنی صلاحیت داوری حرکت کرده است. در این رابطه، دو قانون

اگر به‌موجب مقررات داخلی، محکمه‌ای صالح به رسیدگی است که خوانده در حوزه سرزمینی آن اقامت دارد چرا به صرف وجود یک عنصر خارجی یعنی وقوع اقامتگاه خواهان در خارج، این قاعده نباید در فرضی نیز که اقامتگاه خوانده در فرانسه واقع است، اعمال شود؟ از سوی دیگر، رویه مزبور انصراف و تخلف فرانسویان از صلاحیت بین‌المللی محاکم فرانسه و مراجعه به محاکم کشور محل اقامت خود را مشروع دانست. برای اطلاع از مبانی قاعده و نیز رویه قضائی دیوان عالی کشور فرانسه و نظرات دکترین، رک.

H. Batiffol et P. Lagarde, Droit international prive, 7 ed., L.G.D.J. 1983, v. II, pp. 446 et s. spec. n. 669, p. 448 et n. 673; Y. Loussouarn et P. Bourel, Droit international prive, pp. 475 et s.

اخیراً تصویب در باب داورى بین‌المللى یا خارجى يعنى قانون داورى تجارى بین‌المللى مصوب ۱۳۷۶ و همچنین ماده واحده قانون الحاق ایران به کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ راجع به شناسایی و اجرای آرای داورى خارجى مصوب ۱۳۸۰^{۲۱} ابهام مربوط به امکان نفی صلاحیت محاکم داخلى از طریق درج شرط داورى بین‌المللى را برطرف کرده و صلاحیت داورى در مقابل صلاحیت قضائى را اجمالاً تأیید کرده است.^{۲۲} مطابق ماده ۸ قانون سال ۱۳۷۶:

«دادگاهی که دعوای موضوع موافقتنامه داورى نزد آن اقامه شده است باید در صورت درخواست یکی از طرفین تا پایان اولین جلسه دادگاه، دعوای طرفین را به داورى احاله نماید، مگر اینکه احراراز کند که موافقتنامه داورى باطل و ملغى الاثر یا غیرقابل اجرا می‌باشد. طرح دعوای در دادگاه مانع شروع و یا ادامه جریان رسیدگی داورى و صدور رأی نخواهد بود».^{۲۳}

قسمت دوم بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک نیز بسیار دورتر در سال ۱۹۵۸ میلادى مقرر می‌داشت:

«... دادگاه یک دولت متعهد در هنگام رسیدگی به دعوایی درباره موضوعی که طرفها در مورد آن موافقتنامه‌ای را در مفهوم این ماده منعقد کرده باشند، بنا به تقاضای یکی از طرفها، آنها را به داورى ارجاع خواهد داد مگر اینکه رأی دهد که آن موافقتنامه باطل و کأن لم یکن، بی‌اعتبار یا غیرقابل اجرا است».

آیا می‌توان ادعا نمود که با وجود مقررات فوق، مشکل صلاحیت داور بین‌المللى در حقوق ایران و به تبع کنوانسیون نیویورک، در حقوق کشورهای دیگر کاملاً برطرف شده است؟ دکنترین این بحث را تحت عنوان مطلق یا نسبى بودن عدم صلاحیت محاکم^{۲۴} مطرح کرده و در پی آن است که بداند آیا الزام محاکم به ارجاع موضوع به داورى به شرح مقررات پیش گفته در فرض وجود شرط داورى، موجب عدم صلاحیت مطلق محاکم می‌باشد یا اینکه این امر نسبى و مقید به حصول قیودی است؟ با توجه به دوسویه بودن مشکل صلاحیت، به نظر ما منعی ندارد سؤال این‌گونه مطرح شود که با توجه به مقررات اعطاکننده صلاحیت، آیا صلاحیت داورى می‌تواند مطلق فرض شود یا اینکه نسبى بوده و عملاً و ذاتاً رقابت کامل بین این دو شیوه حل و فصل دعوای در تمامی موارد ممکن نیست (گفتار اول). علی‌رغم نسبى بودن صلاحیت داورى به

۲۱. برای ملاحظه متن قانون ر.ک. روزنامه رسمی شماره ۱۶۳۷۴، مورخ ۱۳۸۰/۲/۲۹.

۲۲. سیفی، سید جمال، پیشین، ص ۵۵.

۲۳. این مقرر در واقع برگردان همان ماده ۸ قانون نمونه آنسیترال می‌باشد که با اندک تغییری اخذ و اقتباس شده است.

24. Cf. Ph. Fouchard, L'arbitrage commercial international, Paris, 1965, pp. 128 et s.

دلایلی که ناشی از مبنای قراردادی و خصوصی بودن آن می‌باشد، نهایتاً خواهیم دید این امر از اهمیت موضوع نمی‌کاهد. چه، با پذیرش اختیار داوران در صدور حکم به صلاحیت خود هنگامی که نسبت به اعتبار شرط داوری اعطاکننده صلاحیت ادعای تردید شده، آخرین موانع عمده شناسایی صلاحیت داوری درنور دیده شده است (گفتار دوم).

گفتار اول - مطلق یا نسبی بودن صلاحیت داوری؟

هرچند به ظاهر مستفاد از کنوانسیونهای بین‌المللی و قوانین ملی مرتبط با داوری این است که عدم صلاحیت قضائی محاکم در فرض وجود قرارداد داوری، عام و بدون استثنا می‌باشد ولی چنانچه موضوع را با وسواس و دقت بیشتری بررسی نماییم، متوجه خواهیم شد که این امر خصوصاً در حقوق تطبیقی و رویه داوران بین‌المللی با تعدیلهای و استثنائات مهمی همراه است. چه، داوری به‌عنوان روش خصوصی حل و فصل دعاوی از هر جهت در رقابت کامل با محاکم قضائی نیست. این موارد استثنا، در قسمت عمده آن ناشی از مبنای قراردادی داوری است و موجب می‌شود قاضی ملی الزاماً در اعمال و اجرای داوری مداخله و همکاری نماید. در وضعیت فعلی داوری بین‌المللی، این همکاری در موارد زیر اجتناب‌ناپذیر می‌نماید:

- ۱- مواردی وجود دارد که قرارداد داوری خصوصاً از جهت عدم تعیین داوران و نیز نحوه تعیین و انتخاب آنان ساکت و غیرکامل است و علی‌رغم توصیه و الزامی که در رویه داوری و نیز بعضی از قوانین ملی در تعیین آنها توسط اشخاص ثالث وجود دارد، بیشتر قوانین ملی این وظیفه را در فرض درخواست طرفین یا یکی از آنها، به مراجع قضائی مکان داوری تفویض کرده‌اند.^{۲۵}
- ۲- یکی دیگر از مختصات و در واقع نواقصی که داوری با آن رو به روست و موجب می‌شود با قاطعیت در خصوص نسبی بودن صلاحیت داوری در مقابل صلاحیت قضائی صحبت شود فقدان/مپریموم* یا قدرت اجرایی برای داور است که مطابق آن داور در نهایت امر برای اجرای رأی محتاج مداخله محاکم ملی است. احتمالاً، کسانی که معتقد به ماهیت قراردادی صرف برای داوری شده‌اند همین نقص و عدم رقابت‌پذیری را مستمسک عقیده خود قرار داده‌اند.^{۲۶}
- ۳- موردی که مطابق آن یکی از طرفین قبل از شروع داوری و یا در جریان داوری به قاضی ملی مراجعه کرده و صدور دستور موقت یا قرار تأمین را درخواست نماید، در این رابطه،

۲۵. در حقوق ایران مطابق بندهای ۲ و ۳ ماده ۱۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی، این وظیفه بر عهده دادگاه عمومی مرکز استان محل وقوع داوری و در فرض مشخص نبودن آن بر عهده دادگاه عمومی تهران قرار داده شده است.

*. Imperium.

۲۶. امروزه نظریه غالب بر این است که داوری در ایجاد و مبنای آن قراردادی و در اجرا و اعمال آن قضائی است و به همین اعتبار دکنترین برای آن یک ماهیت مختلط (Mixte) قائل شده است.

علی‌رغم تمایل و تلاش فزاینده‌ای که در سطح بین‌المللی^{۲۷} و نیز بعضی قوانین ملی^{۲۸} جهت تسری صلاحیت داوران بین‌المللی به این نوع دستورات تأمینی وجود دارد، هنوز بعضی قوانین ملی و نیز مقررات سازمانهای داوری این امر را در سطح وسیعی، از اختیارات تقریباً اختصاصی محاکم قرار داده‌اند. برای نمونه، هرچند قانونگذار ایران به شرح ماده ۱۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی در موارد ضروری و استثنائی به داور اجازه داده «در امور مربوط به موضوع اختلاف که محتاج به تعیین تکلیف فوری است، به درخواست هر کدام از طرفین (صرفاً) دستور موقت صادر نماید» که البته از جهت ملاک احراز فوری بودن یا عدم آن محل بحث است^{۲۹} ولی قاعده مینا در این خصوص، ماده ۹ همان قانون است که صدور چنین دستوراتی را از جمله صلاحیت دادگاههای ایران دانسته و به تبعیت از ماده ۹ قانون نمونه آنسیترال مقرر داشته است: «هریک از طرفین، قبل یا حین رسیدگی داوری می‌تواند از رئیس دادگاه موضوع ماده ۶، صدور قرار تأمین و یا دستور موقت را درخواست نماید».

مع‌ذلک، همگان بر این امر اجماع و اتفاق نظر دارند که با فرض پذیرش لزوم مداخله قاضی ملی جهت صدور دستور موقت یا صدور تأمین دلیل، قاضی مرجوع‌الیه نمی‌تواند ادعا و اعلام نماید در رابطه با مجموعه دعوی مطروحه نزد داور صلاحیت دارد.^{۳۰}

از این موارد استثنا که بگذریم، به‌نظر می‌رسد بحث اصلی در باب احراز صلاحیت مطلق یا نسبی داوری در جای دیگری باید پیگیری شود؛ فرضی که طرفین یا یکی از آنها علی‌رغم وجود شرط داوری، متعرض عدم صلاحیت محکمه نشوند و فرضی که قطع‌نظر از ایراد صلاحیت توسط یکی از طرفین، دادگاه به‌موجب مقررات موجود کماکان اختیار بررسی موافقتنامه داوری به‌منظور احراز بی‌اعتباری و بطلان آن را داشته باشد.

در رابطه با فرض اول این سؤال مطرح شده است که آیا قاضی ملی به محض ملاحظه شرط داوری در قرارداد، باید حکماً و بنابر وظیفه عدم صلاحیت خود را اعلام نماید یا اینکه این امر منوط به اعلام طرفین یا یکی از آنهاست؟ کشورهای بلوک شرق سابق مانند رومانی، یوگسلاوی و شوروی نظر اول را پذیرفته بودند. ولی، در قوانین اکثر کشورهای جهان و نیز در

۲۷. برای نمونه رک. بند ۱ ماده ۲۳ مقررات داوری اتاق تجارت بین‌الملل که از اول ژانویه ۱۹۹۸ لازم‌الاجرا شده است، به دیوان داوری اجازه می‌دهد از همان بدو امر بنا به درخواست یکی از طرفین، هرگونه دستور تأمین دلیل یا موقت را صادر نماید. البته، متقابلاً به شرح بند ۲ همان ماده اجازه می‌دهد طرفین قبل از تقدیم درخواست داوری جهت اخذ این دو نوع دستور به هر محکمه ملی مراجعه نمایند.

۲۸. رک. ماده ۱۸۳ مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس.

۲۹. رک. سیفی، سید جمال، پیشین، ص ۶۴.

۳۰. برای نمونه علاوه بر بند ۲ ماده ۲۳ اساسنامه داوری اتاق تجارت بین‌الملل، رک. بند ۴ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱ که در این رابطه مقرر می‌دارد: «یک درخواست مربوط به دستورات موقت یا تأمین دلیل که از مرجع قضائی درخواست شده نباید به منزله انصراف از قرارداد داوری یا به معنای ارجاع ماهیت دعوا به محکمه قضائی تلقی شود».

مقررات بین‌المللی مرتبط با داوری، عدم صلاحیت محکمه باید توسط طرفین یا حداقل یکی از آنها اعلام شود و محکمه وظیفه ندارد رأساً عدم صلاحیت خود را اعلام کند. چنانچه طرفین یا حداقل یکی از آنها عدم صلاحیت ناشی از وجود شرط داوری را اعلام نکند مفروض این خواهد بود که طرفین از حق داوری خود به‌طور ضمنی عدول و اعراض نموده‌اند، اعم از اینکه طرفین متفقاً تصمیم بگیرند جهت حل و فصل اختلافات خود نزد محکمه ملی بروند یا اینکه صرفاً یکی از آن دو قبل یا در جریان داوری به قاضی ملی مراجعه کند. ظاهراً، در قضیه مطروحه در شعبه ۲۵ دادگاه حقوقی یک تهران همین اتفاق حادث شده بود به این معنی که طرف ایرانی، علی‌رغم حضور و دفاع از دعوای مطروحه توسط شرکت خارجی (خوانده) در اتاق تجارت بین‌الملل، متعاقباً و به‌طور یک‌جانبه، از محاکم ایران درخواست رسیدگی کرده بود.

کنوانسیونهای بین‌المللی نیز طریق دوم یعنی لزوم ایراد توسط حداقل یکی از طرفین را شرط عدم صلاحیت محکمه عنوان کرده‌اند؛ مطابق ماده ۴ پروتکل ۱۹۲۳ ژنو، محاکم قضائی نمی‌توانند رأساً اعلام عدم صلاحیت کنند و برای اینکه محکمه، موضوع دعوا را به داوران ارجاع نماید باید یکی از طرفین پیشاپیش آن را درخواست کرده باشد. کنوانسیون نیویورک نیز همین راه‌حل را پذیرفته و همان‌طور که پیش‌تر ملاحظه شد، در بند ۳ ماده ۲ این کنوانسیون، تقاضای یکی از طرفین را شرط ارجاع موضوع به داوری دانسته است.

همین‌طور است ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران که ضمن پذیرش شرط مربوط به درخواست حداقل یکی از طرفین دعوا جهت امکان ارجاع موضوع به داوری، مضافاً وجود و حصول شرط دیگری را نیز ضروری دانسته است و آن اینکه این درخواست باید «تا پایان اولین جلسه دادگاه» صورت گیرد و الا ایراد صلاحیت پس از آن مسموع نخواهد بود. ظاهراً، باید بر آن بود که با توجه به اینکه مقررات کنوانسیون نیویورک نیز مطابق ماده ۹ قانون مدنی در حکم قانون داخلی ایران محسوب می‌شود بنابراین، بین بند ۳ ماده ۲ آن که در خصوص زمان ایراد صلاحیت توسط یکی از طرفین ساکت است و ماده ۸ قانون مرقوم که زمان ایراد عدم صلاحیت قاضی توسط یکی از طرفین را صراحتاً تعیین کرده تعارض وجود دارد؛ به این معنی که کنوانسیون مزبور با توجه به مؤخرالتصویب بودن آن، ناسخ عبارت «تا پایان اولین جلسه دادگاه» بوده و بدین ترتیب ایراد عدم صلاحیت مقید به زمان خاصی نبوده و در هر مرحله‌ای از دادرسی قابل طرح می‌باشد.

به‌نظر ما، وجود چنین تعارضی منتفی است. چه، کنوانسیون نیویورک اساساً در مقام بیان موعد نبوده تا سکوت و اطلاق آن به مفهوم نسخ و معارضه با موعد تعیین شده در ماده ۸ مرقوم تلقی شود. به عبارت دیگر، مقررۀ موصوف صرفاً در مقام تأکید بر این امر است که محکمه وظیفه ندارد با ملاحظه شرط داوری رأساً عدم صلاحیت خود را اعلام نماید و به همین دلیل، به ذکر

کبرای قضیه یعنی لزوم ایراد صلاحیت توسط یکی از طرفین بسنده کرده است و لاغیر. بنابراین، اطلاق کنوانسیون مقتضی تجویز ایراد صلاحیت در هر مرحله از دادرسی نیست. نتیجه اینکه، تحت کنوانسیون اخیر نیز باید تا پایان اولین جلسه دادرسی ایراد عدم صلاحیت به عمل آید. البته، اینکه طرفین یا یکی از آنان، چه زمانی باید به عدم صلاحیت موصوف استناد کنند در حقوق تطبیقی همیشه محل بحث بوده است. قوانین اکثر کشورها تقریباً پذیرفته‌اند که ایراد موصوف باید تا قبل از مبادله لوایح و ورود و دفاع در ماهیت امر صورت گیرد. همان‌طور که ذکر شد، قانونگذار ایران زمان آن را «تا پایان اولین جلسه دادگاه» قرار داده است و از این جهت از ماده ۸ قانون نمونه آنستیرال که زمان طرح ایراد را تا تسلیم نخستین لایحه در ماهیت/اختلاف قرار داده تبعیت نکرده است. به نظر می‌رسد زمان انتخابی توسط قانونگذار ایران به لحاظ نظری زمان موسعی بوده و ممکن است طرفین با تسلیم لوایح تا اتمام جلسه اول وارد ماهیت دعوا شده و بدین ترتیب فلسفه وضع مقرره فوق که تعیین مناط در باب عدم تسلیم به صلاحیت دادگاه می‌باشد لوٹ شود. دلیل این ادعا، ماده ۸۴ ناظر بر ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ است که مطابق آن، «... خوانده می‌تواند ضمن پاسخ نسبت به ماهیت دعوا ایراد کند... (که) دادگاه صلاحیت نداشته (یا)... دعوا بین همان اشخاص در همان دادگاه یا دادگاه هم‌عرض دیگری قبلاً اقامه شده و تحت رسیدگی...» است. به هر تقدیر، با وجود قانونگذاریهایی که صرف وجود قرارداد داوری را عاملی در اعلام عدم صلاحیت قاضی ملی بنابر وظیفه و حتی بدون اعلام یکی از طرفین قرار داده‌اند، به نظر می‌رسد همصدا با آقای باتیفلی باید بر آن بود که در سطح داوری بین‌المللی چون طرفین دعوا دقیقاً نمی‌توانند احکام و مقررات کشورها را در خصوص موضع اتخاذی آنها در باب ماهیت عدم صلاحیت قضائی بشناسند بنابراین، اعمال قانون مقر دادگاه جهت تشخیص این امر اجتناب‌ناپذیر خواهد بود.^{۳۱}

با وجود این، باید توجه داشت که ارجاع موضوع به داوری توسط قاضی در فرض ایراد صلاحیت واجد استثنای مهم دیگری است (فرض دوم) که ظاهراً لاینحل مانده و به شرحی که در گفتار دوم همین مبحث خواهد آمد، با تجویز اختیار داوران در صدور حکم نسبت به صلاحیت خود تناقض دارد. عجیب اینکه این استثنا به عنوان یک قاعده و فرمول، ذیل هر دو مقرره مورد بحث یعنی ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی و بند ۳ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک و سایر اسناد بین‌المللی مرتبط با داوری قابل ملاحظه است و مطابق آن محکمه مرجوع‌الیه اختیار دارد قطع نظر از ایراد صلاحیت توسط یکی از طرفین، موافقتنامه داوری را مورد بررسی قرار داده و

۳۱. به نقل از فوشار، پیشین، ش ۲۲۶، ص ۱۲۸.

در صورتی که احراز کند «... موافقتنامه باطل و گأن لم یکن، بی اعتبار یا غیر قابل اجراست»، به رسیدگی خود ادامه دهد!

ناگفته پیداست که چنین اختیاری دست قاضی را در اعمال سلیقه‌های شخصی در اعلان بطلان و بی اعتباری قرارداد داوری به منظور استمرار صلاحیت خود کاملاً باز می گذارد^{۳۳} و از این جهت استثنای بسیار مهمی بر صلاحیت داوری به شمار می رود. به همین دلیل، این بحث مطرح شده است که اساساً چرا قاضی نباید با اعلام عدم صلاحیت، تکلیف و اختیار بررسی اعتبار شرط داوری را به خود داور یا داوران بسپارد؟ این همان بحث معروف اختیار داوران در صدور حکم به صلاحیت خود می باشد که ذیلاً به آن می پردازیم.

گفتار دوم - اختیار داور یا داوران در رسیدگی و صدور حکم بر صلاحیت خود

اینکه قاضی ملی بتواند علی رغم ایراد عدم صلاحیت توسط یکی از طرفین، رأساً و یا با ادعای طرف مقابل، اعتبار قرارداد داوری را بررسی کرده و صرفاً در صورت احراز عدم بطلان و بی اعتباری آن،^{۳۳} دعوای مطروحه را به داوری ارجاع دهد نقص مهمی است که به طور سنتی ریشه در عدم اعتقاد قانونگذاران ملی و دکتربین به تقابل و هم عرض بودن صلاحیت داوری با صلاحیت قضائی دارد. بر همین مبنا، به لحاظ تاریخی، قوانین کشورهای مختلف در خصوص مسئله اختیار داور در رسیدگی و صدور حکم به صلاحیت خود همواره معارض بوده است، در حالی که به موجب قوانین یا رویه قضائی بعضی از کشورها،^{۳۴} در صورت ادعای بطلان یا بی اعتباری قرارداد داوری توسط یکی از طرفین، داور موظف بوده از رسیدگی امتناع نموده و موضوع صلاحیت نزد محکمه ملی مطرح شود، در قوانین بیشتر کشورهای اروپایی، انگلیس و امریکا پذیرفته شده بود که داور می تواند علی رغم ایراد صلاحیت، کماکان رسیدگی را ادامه داده و در خصوص اعتبار یا عدم اعتبار قرارداد داوری اعطاکننده صلاحیت شخصاً اتخاذ تصمیم نماید، با این قید و شرط مهم که محکمه ملی بتواند به عنوان مرجع نهایی و قاطع اختلاف، اعتراض به تصمیم داور در باب صلاحیت را مورد بررسی قرار دهد. بنابراین، همان طور که ملاحظه می شود، حتی در کشورهای اخیر صلاحیت داور به طور کامل و صد درصد پذیرفته نشده بود. به نظر می رسد قانونگذار ایران به شرح ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی سابق (ماده

۳۲. در این خصوص رک. فوشار، پیشین، ش ۲۳۳، ص ۱۳۱.

۳۳. تازه، احراز اعتبار یا عدم اعتبار قرارداد داوری که علی الاصول و مطابق قواعد، در فرض عدم تعیین قانون قابل اعمال به طوری صریح یا ضمنی، باید با توسل به قاعده حل تعارض مجری در مقر دادگاه رسیدگی کننده صورت گیرد، بر پیچیدگی و صلاحیددی بودن موضوع می افزاید.

۳۴. کشورهای بلژیک، لوکزامبورگ و همچنین فرانسه به موجب رویه قضائی خود جزو این دسته از قانونگذاران به شمار می رفتند. برای اطلاع بیشتر رک. فوشار، پیشین، ش ۲۴۰، ص ۱۳۶.

۴۶۱ فعلی) جزو کشورهای دسته اول یعنی ممنوعیت مطلق داور در رسیدگی به صلاحیت خود در فرض ایراد به موافقتنامه داوری قرار دارد. مطابق این مقرر: «در مورد ماده قبل، هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد، دادگاه قبلاً به آن رسیدگی کرده، پس از احراز معامله و قرارداد داور ممتنع را معین می‌نماید...». صرف‌نظر از اختلافاتی که بین حقوقدانان در شمول و حدود قلمرو این مقرر وجود دارد، همگان بر این امر متفق‌القولند که مضمون ماده ناظر به ایراد به اعتبار قرارداد داوری و در نتیجه ایراد به صلاحیت داور است^{۳۵} که مطابق ماده یاد شده رسیدگی به آن در صلاحیت انحصاری دادگاه می‌باشد. ولی، چنانچه از پیشینه تاریخی و اصل بودن صلاحیت قضائی به دلیل ارتباط آن با مسئله حاکمیت سیاسی دولتها بگذریم، به لحاظ منطقی و عقلی توجیه چندانی در تمایز بین دو نوع صلاحیت مورد بحث وجود ندارد. توضیح اینکه، در مبحث صلاحیت همواره دو فرض زیر قابل تصور است:

۱- فرضی که مطابق آن دعوا ابتدائاً و صرفاً در محکمه طرح شده و در اینجا فقط قاضی ملی است که در باب صلاحیت یا عدم صلاحیت خود یا بررسی اعتبار یا عدم اعتبار شرط داوری اظهار نظر خواهد کرد. زمانی که وی شرط داوری ضمن عقد را به دلیل بطلان یا غیرقابل اجرا بودن یا تحت هر عنوان دیگر بی اعتبار اعلام نموده و صلاحیت خود را احراز کند حداقل این احتمال وجود دارد که طرفین با پذیرش غیرقابل اجرا بودن شرط داوری، به تصمیم وی اعتراضی نکرده و هیچ‌یک نزد داور نروند. در چنین فرضی، رد قرارداد داوری توسط محکمه، با اشکال مربوط به اعمال سلیقه شخصی یا خصومت با داوری مواجه نشده و مشکل خاصی نیز بروز نخواهد کرد.

۲- ولی، موضوع صلاحیت، اعم از قضائی و داوری معمولاً به سادگی و حالت انتزاعی متصوره به شرح فوق اتفاق نمی‌افتد. برعکس، غالباً یک نوع وابستگی و پیوستگی بین این دو نوع صلاحیت از جهت نحوه ایراد وجود دارد و آن موقعی است که یکی از طرفین در جریان داوری به محکمه ملی مراجعه کند؛ یک طرف دعوا که از سیر جریان داوری به ضرر خود بیمناک و نگران است و یا اساساً معتقد است که قرارداد داوری به موجب قانون قابل اعمال بر آن باطل است مبادرت به طرح دعوا خواه از جهت رسیدگی به اعتبار این قرارداد و خواه از جهت رسیدگی به ماهیت دعوا، نزد قاضی ملی می‌نماید. بدیهی و طبیعی است که در چنین وضعیتی طرف مقابل نیز به صلاحیت قاضی ملی اعتراض کرده و امتناع وی از رسیدگی را خواستار خواهد شد. بدین ترتیب، ملاحظه می‌شود که در هر دو سوی قضیه یک ایراد و اعتراض در رابطه با

۳۵. جنیدی، لعیا، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، ص ۷۱؛ جعفریان، منصور، تأملاتی بر لایحه داوری تجاری بین‌المللی «۱»، ص ۱۳۳.

مسئله صلاحیت وجود دارد و امتناع یا عدم امتناع یکی از این دو بر صلاحیت دیگری تأثیر مستقیم دارد. و چون اکثر قانونگذاران به قاضی ملی اجازه می‌دهند صلاحیت خود را از جهت اعتبار یا عدم اعتبار قرارداد داور مورد بررسی قرار دهد، این امر از جهت و زاویه دیگر در واقع یک بحث مربوط به بررسی صلاحیت داور نزد قاضی ملی نیز هست.

در صورتی که قاضی ملی اعتبار قرارداد داور را احراز نموده و موضوع را به داور ارجاع دهد بازهم ظاهراً مشکلی بروز نمی‌کند و داور رسیدگی خود را در ماهیت تا زمان صدور رأی مقتضی ادامه خواهد داد. ولی، آنچه بسیار مزنون و قابل انتقاد می‌باشد فرضی است که دادگاه عدم اعتبار یا بطلان و یا غیرقابل اجرا بودن قرارداد داور را به هر طریقی احراز کند. چه، ممکن است خواهان و مراجعه‌کننده به دادگاه، محکوم علیه احتمالی رأی باشد که داور یا داوران صادر خواهند کرد ولی او به قصد فرار از تبعات این رأی خواسته باشد با مراجعه بعدی به قاضی ملی پیشدستی کرده و خود را از عواقب ناخوشایند تصمیم داوران مصون دارد. آیا در چنین فرضی می‌توان تبعات ناشی از اعلام بی‌اعتباری یا بطلان قرارداد داور را پذیرفت؟ چرا نباید به داور نیز همانند قاضی اختیار داد تا در فرض ایراد به صلاحیت وی با بررسی قرارداد داور در خصوص صلاحیت یا عدم صلاحیت خود اعلام نظر نماید؟ بدیهی است نتیجه پذیرش این امر، لزوم امتناع قاضی ملی از رسیدگی و به عبارت دیگر عدم اختیار وی در بررسی اعتبار یا عدم اعتبار شرط داور به مفهوم اعم آن بوده و ناچاراً در صورت ایراد عدم صلاحیت تا پایان اولین جلسه دادرسی توسط یکی از طرفین، باید موضوع را به داور ارجاع دهد.

اینجاست که نقص کنوانسیونهای مرتبط با داور بین‌المللی خصوصاً پروتکل ژنو ۱۹۲۳ و نیویورک ۱۹۵۸ و حتی قوانین ملی از جمله ماده ۸ قانون داور تجاری بین‌المللی ایران آشکار می‌شود. چه، در این اسناد و قوانین مشابه آنها صرفاً فرض قابل اجرا و معتبر بودن قرارداد داور و نتیجتاً تکلیف دادگاه به ارجاع موضوع به داور در صورت اعلام یکی از طرفین پیش‌بینی شده است. ولی، در خصوص فرضی که قرارداد داور ممکن است توسط قاضی غیرقابل اجرا اعلام شود تعیین تکلیف نشده است. ظاهراً، این کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱ است که برای اولین بار به شرح بند ۳ از ماده ۶، فرض مزبور را مدّ نظر قرارداده و مقرر کرده است قاضی ملی باید از بررسی صحت شرط داور خودداری نموده و به صرف ایراد طرف مقابل مبنی بر وجود شرط داور، موضوع را به داور ارجاع نماید.

مطابق مقرره یاد شده: «چنانچه قبل از هرگونه توسل به یک محکمه قضائی، یک درخواست داور تقدیم شده باشد، محاکم قضائی دولتهای عضو کنوانسیون که بعداً بر اساس یک درخواست مرتبط با همان دعوا و بین همان طرفین (با مراجعه یکی از آنها) صلاحیت رسیدگی پیدا کند، و یا درخواست مزبور ناظر بر احراز عدم وجود، بطلان یا غیرقابل اجرا بودن

قرارداد داوری باشد، باید از رسیدگی و صدور رأی بر صلاحیت داور تا زمان صدور رأی داوری، به‌جز علل بسیار مهم و جدی، خودداری نماید».

صرف‌نظر از ایراداتی که ممکن است به این مقرر از جهت القاء این مطلب که خودداری از رسیدگی و اعلام صلاحیت قاضی ملی باید تکلیفاً و بدون اعلام حداقل یکی از طرفین صورت گیرد و خصوصاً عبارت «به‌جز علل مهم و جدی» که ممکن است دست قاضی را در بررسی اعتبار و وجود داوری با صلاحدید خود و به بهانه اینکه رسیدگی وی مبنای مهمی دارد باز گذارد،^{۳۶} باید اذعان کرد مقرر مزبور برای اولین بار صلاحیت داوری را در سطح بین‌المللی تقریباً هم‌سطح صلاحیت قضائی قرار داده است. چه، همان‌طور که آقای فوشار به‌درستی تأکید کرده مطابق این ابداع «فقط محکمه ملی است که باید در فرض تقدم مراجعه به داور از رسیدگی خودداری نماید نه اینکه داور موظف باشد در فرضی که حق تقدم مراجعه با محکمه بوده از رسیدگی خودداری کند».^{۳۷}

در رأی موضوع بحث این نوشتار، شعبه ۲۵ دادگاه حقوقی یک تهران نیز تقریباً با چنین وضعیتی رو به رو بوده است؛ به این معنی که طرف ایرانی علی‌رغم شروع و ادامه داوری در اتاق تجارت بین‌الملل، جهت فرار از تبعات رأی داوران، مبادرت به طرح دعوا نزد محکمه ایرانی کرده بود. هرچند دادرس دادگاه مستمسک اصلی صلاحیت خود را توأماً فقدان شرط داوری به مفهوم خاص و مصطلح آن (و نه بطلان یا غیرقابل اجرا بودن یا غیرمعتبر بودن آن) و نیز محدودیتهای ناشی از اصل ۱۳۹ قانون اساسی قرار داده است. مع الوصف، چون هر دو استدلال به تنهایی و به‌نحو استقلالی در اثبات صلاحیتش کافی بوده است بنابراین، می‌توان ادعا کرد که اعلام صلاحیت با تکیه بر استدلال اول خصوصاً در داوریه‌های حقوق بین‌الملل خصوصی که پای هیچ نهاد یا سازمان دولتی در میان نیست، به‌دلایل پیش‌گفته مخدوش و قابل ایراد است.

بالاخره، مساعی دکترین و رویه قضائی بعضی از کشورها نتیجه بخشیده و اختیار داوران در صدور حکم به صلاحیت خود در اسناد بین‌المللی و قوانین ملی مرتبط با داوری بین‌المللی به‌عنوان یک اصل جهانی مورد پذیرش قرار گرفت. قانونگذار ایران نیز به تبعیت از قانون نمونه آنسیترال در بند ۱ ماده ۱۶ قانون مورد اشاره مقرر نمود: «داور می‌تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین وجود و یا اعتبار موافقتنامه داوری اتخاذ تصمیم کند. شرط داوری که به‌صورت جزئی از یک قرارداد باشد از نظر اجرای این قانون به‌عنوان موافقتنامه‌ای مستقل تلقی می‌شود...».

بدین ترتیب، نه تنها داور در رابطه با وسعت و قلمرو صلاحیت و مأموریت خود مثلاً در فرض جرح وی یا ادعای خروج وی از اختیارات تفویضی اتخاذ تصمیم خواهد کرد بلکه حق دارد

۳۶. در رابطه با این ایرادات و پاسخ آن رک. فوشار، پیشین، ش ۲۳۶ و ۲۳۷، ص ۱۳۳ به‌بعد.

۳۷. پیشین، ش ۲۳۵، ص ۱۳۲.

در خصوص اعتبار قرارداد داوری در فرض ایراد یکی از اصحاب دعوا و حتی بالاتر از آن اساساً در رابطه با وجود یا عدم وجود قرارداد مزبور اظهار نظر و اتخاذ تصمیم نماید. درواقع، اگر اثر مستقیم و منفی قرارداد داوری این است که دعوای احتمالی یا موجود را از صلاحیت محاکم ملی خارج نماید متقابلاً، اختیار داور یا داوران در صدور حکم به صلاحیت خود خصوصاً در مواقعی که شرط اعطاکنده صلاحیت با ادعای بطلان مواجه گردیده یک اثر غیر مستقیم، تکمیلی و مثبت قرارداد داوری است که همزمان با نفی صلاحیت محاکم ملی، داور را به نحو مثبت حاکم بر سرنوشت قرارداد اصلی می‌کند. همین اصل است که در ادبیات حقوقی بین‌المللی، به تبعیت از حقوقدانان آلمانی از آن تحت عنوان *Kompetenz-Kompetenz* و در حقوق ایران، مطابق تسمیه بعضی از حقوقدانان، از آن تحت عنوان *قاعده «صلاحیت نسبت به صلاحیت»*^{۳۸} یاد شده است. به نظر ما، نامگذاری آن به قاعده «اختیار نسبت به صلاحیت» بیشتر می‌تواند منعکس‌کننده مفهوم واقعی آن باشد.

با وجود این، باید توجه داشت که اصل مربوط به اختیار داور در صدور حکم به صلاحیت خود یکی از آثار و نتایج مهم پذیرش اصل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی است که به عنوان استثنایی مهم بر نظریه عمومی شروط در حقوق داخلی، به شرح بند ۱ ماده ۱۶ در قراردادهای تجاری بین‌المللی مورد تصویب قانونگذار قرار گرفته است. مطابق این اصل، شرط داوری ضمن قرارداد تجاری یا خارج از آن، خود قرارداد مستقل و متفاوت از سایر شروط و تعهدات قراردادی بوده و برخلاف نظریه وحدت قرارداد، قانون اداره‌کننده هریک از این دو قرارداد می‌تواند بنابر خواست طرفین و یا در فرض سکوت آنها به دلالت اوضاع و احوال قضیه متفاوت باشند. نتیجه اینکه، بطلان یا بی‌اعتباری قرارداد اصلی لزوماً موجب بطلان شرط داوری ضمن آن نشده و صحت و فساد شرط موصوف باید با توجه به قانون حاکم بر آن توسط خود داور احراز شود. بنابراین، به صرف ایراد بطلان یا بی‌اعتباری قرارداد اصلی و حتی قرارداد داوری، صلاحیت داور کماکان جهت بررسی صحت و سقم این ادعا باقی است. آقای *آنسل* دلایل پذیرش چنین استقلالی را برای شرط داوری به‌خوبی بیان کرده است:

«برای تأمین و تضمین امنیت (تجارت بین‌الملل)، ضرورت ایجاد می‌کرده که شرط داوری نتواند به هر مناسبت و علتی زیر سؤال برود؛ لازم بوده حمایت حقوقی خاصی برای این قرارداد خاص ایجاد شود تا اعتبار و تأثیر آن تضمین شود، تأثیری که در صورت فقدان موجب می‌گردد داوری بین‌المللی به همان مشکلات و اتفاقات مربوط به یک دادرسی قضائی بین‌المللی مبتلا شده و از طرفین ارائه یک بحث مقدماتی طولانی در خصوص وجود و اعتبار قرارداد داوری از

۳۸. جنیدی، لعیان، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، ص ۷۲.

دیدگاه و منظر نظامهای حقوقی دخیل در قضیه درخواست شود، که البته این امر به نوبه خود به عنوان یک ضرورت مقدماتی مقتضی یک بحث پیرامون حقوق قابل اعمال بر قرارداد داوری است...».^{۳۹}

ولی، اشاره به دو ایراد مهم اجتناب‌ناپذیر می‌باشد: ایراد اول که به نوعی مشعر بر تناقض و تعارض بین بند ۱ ماده ۱۶ مرقوم و استثنای ذیل ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی است از توضیحاتی که پیرامون مضمون بودن تصمیم دادگاه در فرض ابطال یا غیرقابل اجرا شمردن قرارداد داوری داده شد تقریباً قابل استنباط است. توضیح اینکه، مفاد و مضمون بند ۱ ماده ۱۶ این است که با توجه به آنچه عملاً در بحث صلاحیت ممکن است مطرح شود و ما تحت عنوان فرض دوم به تشریح آن پرداختیم، دادگاه در صورت ایراد یکی از طرفین به صلاحیت دادگاه ناشی از شرط داوری، باید از رسیدگی و بررسی اعتبار شرط مزبور خودداری نموده و وارد بحث صلاحیت داور نشده و آن را به خود داور یا داوران واگذار نماید. این درحالی است که استثنای ذیل ماده ۸ برخلاف حکم موصوف مقرر داشته که دادگاه رأساً صلاحیت داور را بررسی کرده و فقط در فرض احراز اعتبار آن، داور صلاحیت رسیدگی و ورود در ماهیت دعوا را خواهد داشت!

دومین ایراد که البته مختص قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیست و شامل سایر مقررات بین‌المللی^{۴۰} و ملی مرتبط با داوری مانند قانون نمونه آنسیترال نیز می‌شود، قسمت ذیل بند ۳ ماده ۱۶ مرقوم است که تصمیم داور در باب صلاحیت خود را قابل اعتراض و تجدیدنظرخواهی از دادگاه موضوع ماده ۶ دانسته و مقرر داشته است: «در صورت ایراد به اصل صلاحیت و یا به وجود و یا اعتبار موافقتنامه داوری... داور باید به عنوان یک امر مقدماتی، قبل از ورود به ماهیت دعوا نسبت به آن اتخاذ تصمیم کند... چنانچه داور به عنوان یک امر مقدماتی به صلاحیت خود نظر بدهد، هریک از طرفین می‌تواند ظرف سی (۳۰) روز پس از وصول ابلاغیه آن، از دادگاه مندرج در ماده (۶) درخواست کند که نسبت به موضوع رسیدگی و اتخاذ تصمیم نماید. مادام که درخواست مزبور در دادگاه تحت رسیدگی است داور می‌تواند به رسیدگی خود ادامه دهد و رأی نیز صادر کند».

سؤال این است که آیا قراردادادن محکمه ملی به عنوان مرجع قضائی نهایی کنترل‌کننده تصمیم داور نسبت به صلاحیت خود، مجدداً نوعی بازگشت به محدودیت وارده به صلاحیت

39. J.-P. Ancel, L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, Communication au CFDP, Seance du mars 1992, Travaux, 1991-1993, ed. Pedone, Paris, 1994, p. 81.

۴۰. برای نمونه رک. بند ۳ ماده ۵ کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱ ژنو که البته کنترل نهایی صدور حکم توسط داور نسبت به صلاحیت خود توسط محاکم ملی را مشروط به پیش‌بینی آن توسط قانون مقر داوری دانسته و بدین ترتیب خواسته است تعارض بین قوانین ملی را دامن نزند.

داوری نیست؟ واقعیت این است که هرچند پیش‌بینی چنین کنترلی متقابلاً به‌منظور جلوگیری از اعمال سلیقه شخصی در بحث صلاحیت و خروج از قوانین موضوعه توسط داور می‌باشد و ظاهراً مفری از این مقرر نبوده است ولی در تحلیل نهایی می‌توان گفت که در فرض تعارض بین دو صلاحیت مورد بحث، تفوق از آن صلاحیت قضائی است.

مبحث سوم

اصل عدم پذیرش ادعای بعدی سازمانها و مؤسسات دولتی مبنی بر فقدان اختیار قانونی در مراجعه به داوری بین‌المللی

آنچه تاکنون در باب لزوم خودداری مراجع قضائی ملی از رسیدگی و ارجاع موضوع به داوری، خواه جهت رسیدگی به ماهیت اختلاف و خواه به‌منظور رسیدگی به مسئله صلاحیت تجویز گردیده صرفاً در داوریهای پذیرفته شده است که طرفین قرارداد یا دعوا، اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی باشند. ولی، در رابطه با آن دسته از داوریهای که یکی از طرفین یک سازمان یا مؤسسه عمومی یا دولتی است در حقوق ایران و بعضی کشورها محدودیتهای شدیدی وجود دارد، به‌طوری‌که صحبت از صلاحیت داوری در مقابل صلاحیت قضائی به مفهومی که از نظر گذشت، امری صعب و بعضاً محال می‌نماید. توضیح اینکه، به‌لحاظ تاریخی کشورها در باب امکان مراجعه دولتها و سازمانهای تابعه آن به داوری به سه دسته تقسیم می‌شوند:

دسته‌ای از کشورها که امروزه اکثریت را تشکیل می‌دهند اساساً در خصوص مراجعه به داوری بین اشخاص حقوق خصوصی و حقوق عمومی تفاوتی قائل نیستند. کشورهای عمدتاً غربی، شامل اکثر کشورهای اروپایی، انگلیس و آمریکا پس از یک دوره تحولات قانونگذاری و قضائی، بالاخره محدودیتهای موجود را یا به‌کلی از بین بردند و یا تشریفات قانونی را بسیار ساده و تسهیل کردند.^{۴۱} دسته دوم کشورهایی هستند که تحت تأثیر برخی آرای داوری تاریخی که

۴۱. ممنوعیتهای اولیه در حقوق کشورهای غربی مانند یونان، آمریکا، هلند، فرانسه و امثالهم، به زمان لیبرالیسم محض برمی‌گردد. در آن زمان، با توجه به ساختار آزاد نظام اقتصادی، دولتها مجاز به مداخله مستقیم در معاملات و مبادلات تجاری بین‌المللی نبودند. مأموریت اصلی آنها دولت ژاندارم بوده و موظف به نظارت بر جریان آزاد مبادلات تجاری و اقتصادی بوده‌اند. اگرچه امروزه این ممنوعیتهای تقریباً برداشته شده است ولی کماکان رعایت تشریفات اداری معینی در بعضی دیگر از این کشورها خصوصاً در ایتالیا، هلند، اتریش و آمریکا جهت انعقاد موافقتنامه‌های داوری ضروری بوده و تا حدودی نسبت به کشوری مانند انگلیس تشریفات مزبور محدودکننده است. در نظام حقوقی کشور اخیر، برخلاف کشورهای غربی دیگر، دولت و مؤسسات دولتی با توجه به قانون مصونیت دولت مصوب ۱۹۷۸ اختیار دارند بدون توسل به هرگونه تشریفات اداری مبادرت به انعقاد موافقتنامه‌های داوری نمایند. البته، نظام حقوقی بلژیک کماکان دولت و مؤسسات دولتی را به‌طورکلی از توسل به داوری، خواه در قراردادهای داخلی و خواه در قراردادهای بین‌المللی، جهت حل و فصل اختلافات تجاری منع کرده مگر اینکه قانون به‌طور موردی چنین مجوزی را به یک سازمان یا مؤسسه عمومی اعطا نماید و یا اینکه دولت بلژیک به کنوانسیون ملحق شود که چنین امری را تجویز می‌نماید. برای اطلاع بیشتر در این خصوص رک.

بعضاً نیز موهن تلقی شدند^{۴۲} کلاً به داوری بی‌اعتماد بوده و مراجعه دولت و سازمانهای دولتی به داوری را ممنوع کرده‌اند. عربستان سعودی^{۴۳} و اکثر کشورهای امریکای لاتین (به استثنای آرژانتین و مکزیک و تا حدودی شیلی) جزو این گروه از کشورها قرار دارند. با وجود این، اگر مبنای بی‌اعتمادی دولت عربستان به داوری، صدور بعضی آرای قابل انتقاد مانند رأی *آرامکو* و یا دعوی بین شیخ ابوظبی و شرکت بریتیش پترولیوم می‌باشد، در کشورهای امریکای لاتین این بی‌اعتمادی ناشی از دکتین معروف به *کالوو* (*Calvo*) حقوقدان معروف آرژانتینی است که معتقد بود اشخاص خصوصی خارجی که در امریکای لاتین سرمایه‌گذاری می‌کنند به‌طور ضمنی خود را تحت صلاحیت قضائی و قانونی دولت محل اجرای قرارداد قرار می‌دهند و این بدان معنی است که از حمایت دیپلماتیک دولت متبوع خود صرف‌نظر کرده‌اند و چون اتباع داخلی از مراجعه به داوری ممنوع هستند بنابراین اصل برابری و مساوات اقتضا می‌کند که خارجی‌ان نیز مشمول این محدودیت قرار گرفته و از نظر حقوقی در موقعیت برتر قرار نگیرند.^{۴۴}

در این بین، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران روش دیگری که می‌توان آن را یک نظر میانه محسوب نمود ابداع کرده و بدین ترتیب گروه سوم از کشورها در مقوله مراجعه دولت و سازمانهای تابعه به داوری شکل گرفته است.^{۴۵} به‌موجب اصل ۱۳۹ قانون اساسی — که مدلول

M. Storme, l'arbitrage entre personne du droit public et personne du droit prive, Rev. arb., 1978, p. 113.

42. Cf. La sentence rendue par Lord Asquith of Bishopstone dans l'affaire petroliere opposant la Societe Petroleum Developpement (Trucial Coast) Ltd au Cheikh d'Abu Dkabi in Int. Comp. Law Qtly, 1952, 247; v. aussi la Sentence Aramco in Rev. cr. dr. int. pr., 1963, p. 351.

43. در سال ۱۹۶۳ هیئت وزرای عربستان سعودی مصوبه‌ای را گذراند که به‌موجب آن کلیه دعوی بین دولت یا هریک از وزارتخانه‌ها، ادارات یا نمایندگی‌های وزارتخانه‌ها با یک شخص حقیقی یا حقوقی خصوصی از ارجاع به داوری ممنوع گردید. این مصوبه که به فرمان شماره ۵۴ معروف است مانع غیرقابل عبوری در توسل به داوری در نظام حقوقی این کشور به‌شمار می‌رود. مع‌الوصف، به مرور دو استثنای مهم به فرمان مزبور وارد شده و از شدت ممنوعیت آن کاست؛ از یک‌سو، به‌موجب موافقتنامه منعقد در سال ۱۹۷۶ مطابق با ۱۳۹۵ هجری قمری با کمپانی امریکایی اوپیک (Overseas Private Investment Corporation) که با یک فرمان شاهی به تصویب رسید، اجازه داده شد هر دعوا و اختلاف بین دولت سعودی یا نمایندگان آن با کارفرمای امریکایی که تحت بیمه و تضمین اوپیک قرار دارد و نیز هر نوع اختلاف با دولت امریکا (که در صورت پرداخت هزینه کارفرما جایگزین او خواهد شد) به‌موجب شرط داوری موجود در موافقتنامه یاد شده به داوری ارجاع شود. و از سوی دیگر، الحاق این کشور در سال ۱۹۸۰ به کنوانسیون بانک بین‌المللی ترمیم و توسعه یا بیرد (BIRD) قدم مهمی در تعدیل ممنوعیت ناشی از فرمان شماره ۵۸ می‌باشد. چه، این کنوانسیون که در سال ۱۹۶۵ توسط بانک بین‌المللی ترمیم و توسعه تدوین شد یک مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات مرتبط با سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر معروف به سیردی را ایجاد کرد. دولت عربستان علی‌رغم الحاق به آن دو، رزرو یا حق شرط مهمی را نسبت به اجرای آن در قلمرو این کشور اعلام کرد: ۱- اختلافات نفتی ۲- اعمال ناشی از حاکمیت ملی. برای کسب اطلاعات بیشتر در خصوص فرمان یاد شده و استثنائات قانونگذاری وارده بر آن رک. عبدالحمید الاحدب، داوری در کشورهای عرب، اکونومیکا، ۱۹۸۸، ص ۲۶۰ به‌بعد.

44. البته، دکتین کالوو با توجه به اینکه یک شخص نمی‌تواند دولت متبوع خود را مقید و مکلف کند که از او حمایت سیاسی به‌عمل نیاورد در بعضی از آرای صادره مورد تردید و انتقاد قرار گرفت.

45. بعضی از نویسندگان (علیا جنیدی، قانون حاکم در داوریه‌ای تجاری بین‌المللی، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۶، صص ۴۲ و ۴۵) قانونگذاریهای موجود در این باب را کلاً در دو دسته «نظامهای حقوقی فاقد محدودیت» و «نظامهای حقوقی واجد

آن مورد بحث و اختلاف نظر بین حقوقدانان می باشد^{۴۶} و در رأی مورد بحث نیز دادرس اجمالاً به نظریات وارده در این باب اشاره کرده^{۴۷} - مراجعه مؤسسات و سازمانهای دولتی به داوری اعم از داخلی و بین المللی به عنوان اصل اولیه ممنوع نیست ولی تحت شرایطی منوط به تصویب هیئت وزرا و مجلس شورای اسلامی است:

« صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیئت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می کند.»

این ابداع قانونگذار، در رأی صادره از شعبه ۲۵ دادگاه حقوقی یک تهران از نظر دادرس دور نمانده و نشان می دهد که او از تحولات بین المللی مربوط به موضوع کاملاً اطلاع داشته است. بر این اساس، در بند ۲/ از قسمت «ج» رأی، بدون موضع گیری در خصوص ماهیت تلکسهای مبادله شده بین طرفین که دلالت آن بر موافقتنامه داوری در توضیحات و لوایح تقدیمی از ناحیه طرفین مورد اختلاف بوده،^{۴۸} سندیت موافقتنامه را (در فرض دلالت آن بر موافقتنامه داوری) صرفاً به دلیل عدم لحاظ مقررات اصل ۱۳۹ مرقوم (کسب اجازه از هیئت وزرا و مجلس) رد کرده و چنین بیان داشته است:

« تلکسهای متبادله بین طرفین نیز قطع نظر از اینکه به صورت مشروط تنظیم شده یا خیر و آیا شرایط خاص مذکور در آنها تحقق یافته یا خیر، اساساً از نظر این دادگاه نمی تواند اثر و نفوذ حقوقی داشته باشد. توضیح اینکه هرچند برخی از نظامهای حقوقی داخلی رجوع دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی را به داوری بدون هیچ و قید و شرطی پذیرفته اند و اگرچه برخی دیگر به طور کلی آن را ممنوع اعلام داشته اند، نظام حقوقی ایران اصل رجوع دعاوی دولت و سازمانهای وابسته به آن را در مورد اموال عمومی و دولتی به داوری، مورد پذیرش قرار داده اما آن را مقید به شروطی نموده است...»

محدودیت» تقسیم کرده اند در حالی که محدودیت غیر از ممنوعیتی است که در بعضی کشورهای امریکای لاتین و آفریقا معمول است!

۴۶. برای اطلاع از تفاسیر و مفهوم اصل ۱۳۹ رک. خصوصاً به: محمدزاده اصل، حیدر، داوری در حقوق ایران، تهران، نشر ققنوس، ۱۳۷۹، ص ۱۴۴ به بعد؛ جنیدی، لعیا، قانون حاکم در داوریه های تجاری بین المللی، ۱۳۷۶، ص ۷۶ به بعد.

۴۷. گزیده آرای دادگاههای حقوقی، پیشین، ص ۱۷.

۴۸. خواننده دعوا در رد صلاحیت دادگاه مضافاً به تلکسهای اشاره کرده بود که بر اساس آن طرفین توافق کرده بوده اند اختلافات خود ناشی از قرارداد مستند دعوا را به اتاق تجارت بین الملل در پاریس ارجاع دهند. خواهان نیز، صرف نظر از اینکه تلکسهای مورد نظر را «متضمن توالی عرفی در ایجاب قبول... نمی باشد» ندانسته، اساساً توافقنامه داوری ادعایی خواننده را به دلیل اینکه شرایط مقرر در اصل ۱۳۹ در آن رعایت نگردیده، باطل و غیرقابل استناد اعلام کرده است.

در واقع، اساس استدلال شعبه ۲۵ مرقوم در رد ایراد خوانده نسبت به صلاحیت دادگاه همانا محدودیت ناشی از اصل ۱۳۹ قانون اساسی می‌باشد، هرچند در ابتدای رأی به دلایل دیگری نیز در اثبات صلاحیت خود استناد کرده که، همان‌طور که ذکر شد، نمی‌تواند به تنهایی مثبت صلاحیت قاضی و رد صلاحیت داور بین‌المللی باشد.

به هر تقدیر، صرف‌نظر از مباحث و پرسشهایی که در شرایط فعلی اقتصاد کشور در خصوص مشکلات ناشی از توسل به مکانیزم اصل ۱۳۹ از نقطه‌نظر وصول به رشد اقتصادی مورد نظر برنامه‌های توسعه اقتصادی و اجتماعی پنج‌ساله کشور از طریق جلب و جذب سرمایه‌گذاریهای خارجی ممکن است مطرح شود، آنچه هدف غائی این نوشتار در بررسی اصل مزبور را تشکیل می‌دهد پاسخ به این سؤال است که در مقام تقابل و معارضه بین اصل مزبور که به‌نظر دادرس دادگاه: «*واحد جنبه نظم عمومی (ملی) است و نادیده گرفتن آن می‌تواند باعث ایجاد خدشه به حاکمیت دولت گردد*» از یک سو، و اصل ناشی از رویه داوری بین‌المللی که بنا به اعلام همگان، یک اصل مربوط به «*نظم عمومی بین‌المللی یا فراملی*» است، کدام یک بر دیگری ترجیح و غلبه دارد؟ توضیح اینکه، مطابق اصل اخیر، طرف یک قرارداد داوری بین‌المللی نمی‌تواند با استناد به یک مقرر یا اصل حقوقی داخلی مانند اصل ۱۳۹ از تعهدات بین‌المللی خود در مقابل اشخاصی که با حسن‌نیت اقدام به انجام معامله و انعقاد قرارداد نموده‌اند، شانه خالی کرده و صلاحیت داور بین‌المللی را زیر سؤال ببرد. به عبارت دیگر، می‌خواهیم بدانیم اصل قانونی ملی مزبور در مواجهه با اصل معارض مجری در داوریه‌های بین‌المللی به‌لحاظ نظری تا چه حد قابل استناد و اعمال است؟

نگارنده به این مطلب توجه دارد که به‌لحاظ عملی، محاکم داخلی مفری از بی‌اعتبار دانستن موافقتنامه‌های داوری نقض‌کننده مقررات اصل ۱۳۹ نداشته و لاجرم با توجه به خصیصه آمره آن همواره حکم به صلاحیت خود صادر خواهند کرد. مع‌ذلک، طرح سؤال مزبور از آن جهت اهمیت دارد که - همان‌طور که سابقاً ذکر شد - بحث صلاحیت قضائی و صلاحیت داوری در عمل از آنچنان وابستگی و پیوستگی نسبت به یکدیگر برخوردارند که نوعی هماهنگی راه‌حلها مشابه آنچه که در تعارض بین نظامهای حقوق بین‌الملل خصوصی کشورها پیشنهاد شده، ضروری است.^{۴۹} خصوص اینکه در رأی مورد بحث، بنابر اعلام خوانده، خواهان که یک سازمان دولتی ایرانی بوده «مبادرت به طرح دعوی متقابل (مشابه دعوی مطروحه حاضر) نموده و پرونده امر (فعلاً از حیث بررسی امر صلاحیت) تحت رسیدگی در مرجع مزبور ...» یعنی ICC بوده است. ملاحظه اصل رأی صادره توسط داوران نیز ثابت می‌کند که اعلام یاد شده صحت

49. Cf. H. Batiffol, Aspects philosophiques du droit international prive, Dalloz, Paris, 1956, pp. 102 et s.

داشته و سازمان خواهان، چه از جهت عدم دلالت تلکسهای مبادله شده بر موافقتنامه داوری و چه از جهت عدم کسب مجوز از هیئت وزرا و مجلس شورای اسلامی و نتیجتاً عدم اهلیت یا فقدان اختیار قانونی در مراجعه به داوری، به صلاحیت دیوان داوری رسیدگی کننده اعتراض کرده بوده است. لکن، با محتمل بودن این موضوع که داوران با توجه به اصل مورد اشاره در داوری بین‌المللی، از پذیرش ایراد موصوف استنکاف نموده و وارد ماهیت اختلاف بشوند، صلاح را در آن دیده است که مشابه دعوی متقابل مورد اشاره را نزد محاکم ایران مطرح نماید.^{۵۰}

این نحوه اقدام که موجب ناهماهنگی راه‌حلها در حقوق بین‌الملل می‌شود، می‌تواند در دراز مدت تعهدات بین‌المللی دولت ایران را زیر سؤال برد. خصوصاً، این ظن همیشه وجود داشته و دارد که دولت و نمایندگان منتخب آن در سازمانها و وزارتخانه‌های مختلف با توجه به لزوم جذب سرمایه‌گذاری خارجی و روند طولانی تصویب مجلس و یا اساساً خوف از عدم تجویز آن توسط نمایندگان مردم و یا هر دلیل دیگری، مبادرت به انعقاد قراردادهای توسعه اقتصادی با طرفهای خارجی نموده و با پذیرش شرط داوری، از سر اجبار یا متعمدانه اصل ۱۳۹ قانون اساسی را زیر پا می‌گذارند و به ناچار هرگاه مواجه با طرح دعوا از سوی طرف مقابل در مراجع داوری می‌شوند، با طرح معاذیر ناشی از اصل ۱۳۹، از محاکم داخلی درخواست نمایند تا به ماهیت اختلاف رسیدگی کند!

بدیهی است صدور دو رأی متضاد و معارض در یک موضوع از دو مرجعی که صلاحیتشان ترجیحاً باید در طول و مکمل یکدیگر باشد، به هماهنگی راه‌حلها که همواره آرزوی دکترین و مورد تأکید قوانین ملی و اسناد بین‌المللی مرتبط با داوری بوده صدمه جدی وارد خواهد کرد. در وضعیتی این‌چنین، که داوران بین‌المللی و قضات ملی هر یک فارغ از دغدغه دیگری به راه خود می‌روند، آیا امکان ارائه راه‌حلی مشترک برای این تضاد اساسی که نظامهای حقوقی داخلی و نظام حقوقی بین‌الملل را در بحث مربوط به اختیار سازمانهای دولتی در مراجعه به داوری روز به روز از یکدیگر جدا می‌سازد وجود دارد؟

بدین منظور، پس از ذکر بعضی آرای داوری بین‌المللی که در آنها به عدم پذیرش ادعای بعدی مؤسسات عمومی و دولتی (خصوصاً ایرانی) دائر بر فقدان اختیار قانونی در مراجعه به داوری به‌عنوان یک اصل مربوط به نظم عمومی بین‌المللی یا *فراملی* و یا هر عنوان دیگر تصریح کرده‌اند (گفتار اول)، با یک دید انتقادی به رویه مزبور پرداخته و نهایتاً بازگشت به نظام سنتی و کلاسیک مطروحه در حقوق بین‌الملل خصوصی یعنی حکومت قانون حاکم بر قرارداد در تشخیص صلاحیت داوران را به‌عنوان تنها طریق حل مشکل مربوط به تعارض صلاحیت قضائی

۵۰. نسخه‌ای از اصل رأی داوران که به زبان انگلیسی می‌باشد توسط قاضی محترم صادرکننده رأی جهت بهره‌برداری به رسم امانت نزد نگارنده موجود می‌باشد.

و صلاحیت داورى درباب رجوع دولت و مؤسسات وابسته به آن توصیه خواهیم کرد (گفتار دوم). مع الوصف، خواهیم دید که در حقوق داخلی نیز با توجه به وجود بعضی نواقص و خلأهای قانونی در رابطه با اصل ۱۳۹، اتخاذ یک سری اقدامات اجرایی و تقنینی به منظور هماهنگی راه‌حلها در مسئله صلاحیت، ضروری و اجتناب‌ناپذیر است (گفتار سوم). در خاتمه، ضمن اشاره و اخذ ملاحظه از دو قرارداد مهم منعقد شده از نوع قراردادهای توسعه اقتصادی که اخیراً جهت اخذ مصوبه مبنی بر موافقت با رجوع به داورى در مجلس شورای اسلامی مطرح شد، به بررسی و بیان راهکاری عملی خواهیم پرداخت که به طرفهای ایرانی این نوع قراردادها کمک می‌کند بدون زیر پا گذاشتن مقررات اصل ۱۳۹، جمع بین دو مصلحت مورد اشاره یعنی لزوم کسب اجازه از مراجع قانونی از یک سو و لزوم سرعت در انعقاد قرارداد با طرفهای خارجی به منظور نیل به اهداف توسعه اقتصادی مورد نظر قانونگذار از سوی دیگر را ممکن می‌سازد (گفتار چهارم).

گفتار اول - آرای داورى مشعر بر رد ادعای بعدی مؤسسات عمومی و دولتی دائر بر فقدان اختیار قانونی در مراجعه به داورى

به جرئت می‌توان گفت داوران بین‌المللی، اصل موضوع بحث را عمدتاً در دعاوی‌ای که بین مؤسسات و سازمانهای دولتی ایران از یک سو و اشخاص و شرکتهای حقوقی خصوصی خارجی از سوی دیگر مطرح بوده استنباط و اعلام کرده‌اند، هرچند قوانین بعضی دیگر از کشورهای محدودکننده یا ممنوع‌کننده داورى نیز به مناسبتهاى مختلف مبنای اصل موصوف بوده است. توضیح اینکه، قراردادهای موضوع این دعاوی که همگی قبل از وقوع انقلاب اسلامی منعقد شده بودند متضمن شرطی مبنی بر ارجاع اختلاف احتمالی به داورى بودند. پس از وقوع انقلاب، شرکتهای طرف قرارداد که محل اجرای قرارداد و پروژه را خواه به میل خود و خواه به دلیل تغییر اوضاع و احوال اجتماعی و سیاسی ترک کرده بودند با استناد به شرط موصوف مبادرت به طرح دعوا نزد مراجع داورى صلاحیتدار نموده و جبران خسارات وارده را مطالبه کردند. طرف ایرانی نیز به‌طور سیستماتیک به اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مبنی بر لزوم موافقت هیئت وزرا و مجلس شورای اسلامی برای امکان مراجعه به داورى استناد نموده و با این اعتقاد که اصل قانونی مزبور قابل تسری به قراردادهای قبل از انقلاب نیز می‌باشد دیوان داورى رسیدگی‌کننده به دعوا را غیر صالح دانستند. متقابلاً، داوران بین‌المللی با احراز صلاحیت خود اعلام کردند یک دولت یا سازمانهای وابسته به آن نمی‌توانند با استناد به مقررات داخلی لازم‌الاجرای خود، صلاحیت مراجع داورى مقید در قرارداد را که به نظر آنها صلاحیتشان مضافاً در دعاوی تجاری بین‌المللی محرز و حتی مقدم بر محاکم ملی است، زیر سؤال برده و بدین وسیله از تعهدات خود شانه خالی کنند. بدین گونه بود که داوران این اصل را به عنوان یک

رویه و مستند در آرای بعدی صادره عیناً مورد توجه و تأکید قرار دادند. ذیلاً، به نمونه‌های مهمی از این آرا که به اصل مورد بحث صریحاً تأکید کرده‌اند، اشاره می‌شود:

۱- رأی داورى صادره در سال ۱۹۸۱ در دعواى مطروحه توسط شرکت فرانسوى الف - آکیتن (Elf-Aquitaine) علیه شرکت ملی نفت ایران (N.I.O.C)،^{۵۱} در این قضیه، با بروز اختلاف بین طرفین، شرکت فرانسوی با استناد به شرط داورى مقید در قرارداد که قبل از انقلاب اسلامی منعقد شده بود از دیوان داورى اتاق تجارت بین‌الملل درخواست رسیدگی کرده بود. طرف ایرانی نیز با استناد به اصل ۱۳۹ قانون اساسی جدید قرارداد داورى را باطل و غیرمعتبر می‌دانست. دیوان داورى رسیدگی‌کننده در بخشی از رأی خود اعلام نمود:

«... مطابق یک اصل شناخته شده در حقوق بین‌الملل، دولت موظف به پایبندی و اجرای شرط داورى مقید در قرارداد منعقدۀ توسط خود او یا مؤسسۀ وابسته به اوست و نمی‌تواند به‌طور یک‌جانبه مانع از توسل طرف دیگر قرارداد به روش دادرسی و حل و فصل اختلافات مورد توافق طرفین شود».

در اینجا، دیوان داورى با توسل به اصل لزوم وفای به عهد اعتبار قرارداد داورى را احراز کرده است.

۲- رأی داورى صادره تحت اشراف اتاق تجارت بین‌الملل در ۳۰ آوریل ۱۹۸۲ در دعواى مطروحه توسط شرکت فراماتوم فرانسوى و دیگران علیه سازمان انرژی اتمی ایران در قضیه شماره ۳۸۹۶،^{۵۲} در قرارداد موضوع دعوا که در ۱۸ سپتامبر ۱۹۷۷ (قبل از انقلاب) مرتبط با احداث یک مرکز اتمی در چارچوب موافقتنامه‌های همکاری بین دو دولت منعقد شده بود، علاوه بر توافق به صلاحیت اتاق تجارت بین‌الملل، مقرر شده بود حقوق ایران حاکم بر قرارداد موضوع دعوا باشد. با بروز اختلاف و تشکیل دیوان داورى مطابق شرط داورى مقید در قرارداد، طرف ایرانی استدلال می‌کرد که با توجه به پذیرش حکومت قانون ایران بر قرارداد اصلی که شامل قوانین بعد از انقلاب خصوصاً اصل ۱۳۹ قانون اساسی جدید نیز می‌شود، شرط داورى ضمن قرارداد به دلیل عدم صدور مجوز از سوی مقامات صالح مملکتی بی‌اعتبار بوده و داوران صلاحیت رسیدگی ندارند.

اگرچه دیوان داورى حکومت قوانین ایران را پذیرفت ولی به صرف این قوانین اکتفا نکرده و بعضی اصول عمومی حقوق خصوصاً اصل حسن نیت و اصل ناظر بر قدرت الزام‌آور قراردادهای را نیز مبنای رأی خود در تمامی موارد مورد اختلاف از جمله بحث صلاحیت قرار داده و

51. V. Rev. arb., 1984, p. 397.

52. V. Clunet, 1984, pp. 58 s.

اعلام کرد که ویژگی الزامی تعهد مربوط به قبول داورى توسط یک دولت یا مؤسسات عمومى وابسته به آن ناشی از یک «اصل عمومى حقوق است که امروزه در سطح جهانى، چه در روابط بین دولتها و چه در روابط بین المللى خصوصى مورد شناسایی و پذیرش قرار گرفته و فرقى نمى کند که اصل مزبور به عنوان نظم عمومى بین المللى تلقى شود یا به عنوان اصلی که به رسوم تجارى بین المللى تعلق داشته باشد یا به اصول شناخته شده خواه توسط حقوق بین الملل عمومى و خواه حقوق داورى بین المللى یا حقوق بازرگانى فراملى...».

لازم به ذکر است که دیوان داورى در خصوص استدلال طرف ایرانى مبنی بر اینکه قانون اساسى جدید نیز مشمول شرط مربوط به حکومت قوانین ایران است و به اصطلاح از این جهت عطف به ماسبق شده و شرط داورى را نیز در بر مى گیرد، ادعای طرف ایرانى را به این دلیل که اصل ۱۳۹ صریحاً شمول آن را بر قراردادهای قبلى اعلام نکرده، رد کرده بود.

در رأى صادره از شعبه ۲۵ دادگاه حقوقى یک نیز دادرى به همان استدلال دیوان داورى در خصوص عطف بماسبق نشدن اصل ۱۳۹ تأکید کرده ولى از آنجا که شرط داورى، بر خلاف قرارداد اصلى، پس از انقلاب و در زمان حکومت اصل موصوف منعقد شده بود از این جهت دعوای مطروحه در باب صلاحیت را مشمول اصل ۱۳۹ دانسته و اعلام داشته است:

« دادگاه توجه دارد که اگر موضوع ارجاع اموال دولتى و عمومى از سوى دولت یا سازمانهای وابسته به آن قبل از تصویب قانون اساسى مصوب ۱۳۵۸ مطرح بود موضع دادگاه مى توانست متفاوت از موضع حاضر باشد. زیرا اصل بر این است که اثر قانون نسبت به آتیه است و عطف به ماسبق نمى شود مگر اینکه به این امر تصریح شده باشد ... بنابراین، ارجاع اختلافات موضوع دعوای حاضر تابع قانون حاکم در زمان خود بود. اما ... ».

البته، این استدلال و نیز استدلال دیوان داورى برخلاف استنباطى است که شورای نگهبان قانون اساسى به شرح نظریه مورخ ۳ اردیبهشت ۱۳۶۵ به دست داده و اطلاق اصل ۱۳۹ را دلیلى بر تسرى و شمول حکم آن بر موافقتنامه های منعقد شده پیش از پیروزی انقلاب دانسته است.^{۵۳}

۳- رأى داورى صادره تحت اشراف اتاق تجارت بین الملل در سال ۱۹۸۶ در قضیه شماره ۴۳۸۱،^{۵۴} یک شرکت فرانسوى (خواهان) و یک شرکت دولتى ایرانى (خوانده) در قالب یک شرکت مشترک یک پروژه ساخت مشخصى را در ایران تأمین و تضمین مى نمایند. پس از اینکه طرفین پروژه مزبور را به خوبى به انجام مى رسانند بدون امضای قرارداد مشارکت جدید، شروع به

۵۳. رک. مهرپور، حسین، مجموعه نظریات شورای نگهبان، نشر کیهان، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۷.

۵۴. V. Clunet, 1986, pp. 1102 s., obs. Y. Derains.

اجرای طرح جدیدی می‌کنند.

مع‌ذلک، از تصویر یک نامه ارسالی به وزارتخانه متبوع شرکت ایرانی یعنی وزارت نیرو که توسط رئیس هیئت مدیره و مدیر عامل شرکت مشترک، به شرکت خواهان نیز ارسال شده بود چنین بر می‌آید که توافق اولیه با اصلاحات جزئی به پروژه دوم نیز قابل تسری بوده است. بروز اختلاف نظر بین طرفین در خصوص پروژه دوم، مبنای تقدیم درخواست داورى توسط خواهان به اتاق تجارت بین الملل مطابق شرط مقید در قرارداد مربوط به ایجاد شرکت مشترک قرار می‌گیرد. علی‌رغم اینکه خواننده به صلاحیت دیوان داورى اتاق تسلیم بوده، خاطرنشان می‌کرد که از یک سو نامه رئیس و مدیرعامل که به توافق مربوط به ایجاد شرکت مشترک اشاره داشته، هیچ‌گونه ارزش قراردادی ندارد. چرا که نامه مزبور نه تنها تحت فشار و اجبار تحریر شده بلکه رئیس هیئت مدیره صلاحیت چنین امری را نداشته است. و از سوی دیگر، مدعی بود که به‌عنوان یک شرکت دولتی، نمی‌توانسته یک قرارداد داورى را بدون تجویز مقامات صالح مملکتی منعقد نماید.

دیوان داورى که مقرر آن است که تعیین شده بود پس از بررسی منابع حقوقی که براساس مقررات آن اعتبار قرارداد داورى باید احراز شود، در خصوص ادعای مربوط به فقدان اختیار در انعقاد موافقتنامه داورى اعلام کرد که:

« ... مطابق رویه پذیرفته شده در داورى (بین‌المللی)، نظم عمومی بین‌المللی یک ارگان دولتی را که با علم و اطلاع و در کمال آزادی مبادرت به انعقاد قرارداد داورى با اشخاص خارجی نموده و به آنها از این جهت اطمینان داده، از اینکه بعداً بتواند خواه در جریان داورى، خواه در جریان اجرای رأی از بطلان تعهد خود منتفع شود، با قوت و قدرت ممانعت خواهد کرد؛ (ضمن اینکه) خواننده به‌عنوان یک شرکت دولتی، آشکارا از تعهد مربوط به روشن ساختن طرف مقابل از الزامات حقوق ایران در باب انعقاد قراردادها توسط اشخاص حقوق عمومی، سر باز زده و آن را مخفی نگه داشته است».

در واقع، مبنای تصمیم دیوان داورى در رأی فوق علاوه بر نظم عمومی بین‌المللی، به‌طور ضمنی مبتنی بر اصل حسن نیت، اصل لزوم وفای به عهد، اصل منع تناقض‌گویی یا قاعده استاپل (Estoppel) و نیز اصل مربوط به لزوم ارائه اطلاعات و رفع ابهام از اختیارات قانونی می‌باشد.

۴- رأی داورى صادره در تاریخ ۲۶ ژوئن ۱۹۸۹ در دعوی بین شرکت ملی نفت ایران و شرکت پانامایی گات اوپل در این دعوا که بر عکس موارد قبلی، طرف ایرانی خواهان دعوا بود، شرکت خواننده به عدم اعتبار قرارداد داورى به دلیل عدم کسب مجوز لازم از مقامات صالحه

ایرانی یعنی عدم رعایت مقررات اصل ۱۳۹ توسط خواهان استناد کرده بود. دیوان داوری لزوم چنین مجوزی را با استناد به دلایل مشابه رد کرد.^{۵۵} با توجه به اینکه محل داوری فرانسه بود محکوم‌علیه با بیان همان مبانی مبادرت به اعتراض به رأی مزبور در دادگاه استیناف پاریس نمود. دادگاه موصوف اعلام کرد:

«با توجه به اینکه دعوای حاضر جزو آن دسته از قراردادهای بین‌المللی است که تحت شرایط و نیازهای منطبق با عرف و رسوم تجارت بین‌الملل انعقاد یافته است و قرارداد داوری موضوع آن نیز که منطبق با نظم عمومی بین‌المللی است، شرکت ملی نفت ایران را از استناد و انتفاع از مقررات محدودکننده حقوق داخلی که به قصد فرار از تعهداتش پس از توافق بر مراجعه به داوری صورت گرفته، ممنوع می‌کند. همین‌طور، گات نیز نمی‌تواند اعتراض خود به اهلیت و اختیارات شرکت ملی نفت ایران در رجوع به داوری را مستند و مبتنی بر قوانین داخلی ایران نماید. چه، نظم عمومی بین‌المللی اساساً عنایت و اهمیتی به شروط و مقررات مربوط در خصوص چگونگی مراجعه مؤسسات عمومی و دولتی در نظام حقوقی داخلی به داوری به‌نحوی که در استدلال خوانده آمده، قائل نیست».^{۵۶}

ولی، همان‌طور که ذکر شد، آرای داوری که طی آنها استناد به مقررات داخلی به‌منظور نفی صلاحیت داوران رد گردیده مختص اختلافات مطروحه بین سازمانهای دولتی ایرانی با خارجیان نیست و در رابطه با کشورهای دیگر جهان سوم و قوانین داخلی آنها نیز مسبوق به سابقه است. نمونه بارز آن رأی زیر است.

۵- رأی صادره در قضیه شماره ۱۹۳۹ توسط داور منتخب اتاق تجارت بین‌الملل در سال ۱۹۷۳ در دعوای یک شرکت ایتالیایی علیه یک نهاد دولتی افریقایی، در این قضیه که علی‌رغم محرمانه بودن هویت دولت طرف دعوا و نیز مقرره داخلی ممنوع‌کننده رجوع مؤسسات دولتی به داوری، ظاهراً توسط انگلیسی‌های محرم اسرار از پرده برون افتاده! و معلوم شده شرکت خوانده وابسته به دولت اتیوپی بوده و مقرره داخلی نیز ماده ۳۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی این کشور می‌باشد،^{۵۷} دیوان داوری رسیدگی‌کننده دقیقاً در عباراتی مشابه رأی صادره در قضیه شماره ۴۳۸۱ صادره در سال ۱۹۸۶ (شماره ۳)، ماده ۳۱۵ مرقوم را که ویژگی نظم عمومی داخلی دارد،

55. N.I.O.C. c/ Societe Gatoil, Rev. arb., 1993, pp. 281 s., note H. Synvet.

۵۶. برای اطلاع از سایر آرائی که در آنها مؤسسات دولتی ایرانی خواهان دعوا بوده ولی ایراد مربوط به اصل ۱۳۹ قانون اساسی توسط خوانده خارجی به‌منظور نفی صلاحیت داوران عنوان شده رک. لعیانجیدی، قانون حاکم، ص ۵۰ به‌بعد با رفرنسها.

۵۷. جنیدی، لعیان، پیشین، ص ۴۸ و ۴۹. به‌نظر می‌رسد نویسنده این اطلاعات را از تفاسیر نویسندگان انگلیسی زبان به شرح پاورقی شماره ۸۹ نقل کرده است.

به نفع نظم عمومی بین‌المللی کنار زده است.^{۵۸}

گفتار دوم - هماهنگی راه‌حلها در داوری بین‌المللی (انتقاد از اصل و لزوم بازگشت به نظام حقوقی کلاسیک)

اکنون سؤال این است که با توجه به لزوم هماهنگی راه‌حلها، خواه توسط قانونگذاران یا محاکم در سطح ملی، خواه توسط داوران در سطح بین‌المللی که نتیجه آن حتی‌الامکان جمع بین دو اصل معارض مورد بحث می‌باشد، چه پیشنهادات اصلاحی قابل ارائه است؟ به نظر می‌رسد به حصر عقلی دو راه بیشتر وجود نداشته باشد؛ یا باید مقرراتی همچون اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران و مقررات ملی مشابه آن مانند ماده ۳۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی ایتوپی و امثالهم در انطباق با اصل پذیرفته شده در داوری بین‌المللی حذف و نسخ گردند یا اینکه داوران بین‌المللی با اتخاذ راهکارهای مناسب، هماهنگی بین دو نوع صلاحیت مورد بحث را فراهم آورند.

متأسفانه، به دلایلی که ذیلاً خواهد آمد، ناهماهنگی مزبور ناشی از انحراف داوران بین‌المللی از اصول حقوقی و قضائی پذیرفته شده بوده و نتیجتاً این رویه داوری است که باید خود را اصلاح و ترمیم کرده و با اصول مجری و پذیرفته شده در نظامهای حقوقی ملی منطبق شود. اینکه شخص نتواند با استناد به قانونی ملی خود از تعهداتش شانه خالی کند ابداع جدیدی نیست. قوانین ملی و رویه قضائی کشورها بیش از یک قرن است که با این مقوله آشنا بوده و آن را به کار می‌بندند. ماده ۹۶۲ قانون مدنی ایران نمونه بارز اجرای این قاعده است. مقررۀ یادشده که به عنوان یک قاعده حل تعارض در راستای مواد ۶ و ۷ همان قانون ناظر بر حکومت قانون ملی و شخصی هرکس بر احوال شخصیه او (اهلیت و وضعیت) وضع گردیده پس از آنکه در صدر ماده ۹۶۲ قانون مزبور «تشخیص/اهلیت هرکس برای معامله کردن» و انعقاد قراردادها را قانون ملی او قرار می‌دهد بلافاصله به عنوان یک استثنا مقرر می‌کند:

«... مع ذلک اگر یک نفر تبعۀ خارجه در ایران عمل حقوقی انجام دهد در صورتی که مطابق

قانون دولت متبوع خود برای انجام آن عمل واجد اهلیت نبوده و یا اهلیت ناقصی داشته است آن شخص برای انجام آن عمل واجد اهلیت محسوب خواهد شد در صورتیکه قطع نظر از تابعیت خارجی او، مطابق قانون ایران نیز بتوان او را برای انجام آن عمل دارای اهلیت تشخیص داد ...».

مقررۀ موصوف که به منظور حفظ حقوق اتباع ایرانی و حتی غیرایرانی دارای حسن نیت در

58. Cf. Y. Derains, Le statut des usages de commerce international devant les juridictions arbitrales, Rev. arb., 1973, pp. 122 s., spec. p. 145.

انعقاد قرارداد با خارجیان دیگر به تبعیت از رأی معروف *لیزاردی* (*Lizardi*) صادره از محاکم فرانسه در سال ۱۸۶۱ اقتباس شده،^{۵۹} به محاکم کشور اجازه می‌دهد قانون ملی شخص خارجی معامله کننده در ایران را که مطابق قاعده حل تعارض در تشخیص اهلیت او برای معامله یا عدم آن صلاحیت دارد کنار زده و در فرضی که مشارالیه مطابق قانون ایران دارای اهلیت باشد او را به قرارداد منعقدۀ مآخوذ و مجبور کند. درواقع، همان‌طور که در حقوق بین‌الملل خصوصی در بحث تعارض قوانین مطرح است، قانون ایران در اینجا به‌عنوان نظم عمومی استثنائکننده و کنارزننده قانون خارجی صلاحیتدار عمل می‌کند. آنچه اهمیت این تذکر را بیشتر می‌نمایاند این است که استثنای ناشی از ماده ۹۶۲ مرقوم نیز اتفاقاً در رابطه با کسانی است که مدعی عدم اهلیت قانونی مطابق قانون ملی متبوع خود در انعقاد قرارداد با خارجیان می‌باشند. بدین ترتیب، بدو این سؤال مطرح می‌شود که علت عکس شدن قاعده در رویۀ داوران بین‌المللی و پوشانیدن لباس اصل به این قاعده استثنایی چیست؟

به‌نظر ما، آنچه به‌عنوان اصل به شرح آرای پیش‌گفته مکرراً به آن استناد شده و همواره قابلیت اعمال قوانین ملی در مسئلۀ صلاحیت داوران را نفی کرده در واقع مبتنی بر یک انحراف و یا جاه‌طلبی علمی است و الا همین اصل استنادی می‌تواند در قالب یک استثنا و قاعده مهم به شرح رویۀ *لیزاردی* توسط داوران بین‌المللی اعمال شده و هماهنگی راه‌حل‌ها را به‌نحو مقبول و منطقی تضمین نماید.

توضیح اینکه، فقدان *قانون مقر دادگاه* یا (*lex fori*) در داوریه‌های بین‌المللی به‌عنوان یک ویژگی نه تنها عامل جذبه و مقبولیت این روش حل و فصل دعاوی بین بازرگانان و فعالین عرصۀ اقتصاد بین‌الملل به‌شمار می‌رود بلکه به‌دلیل عدم انتصاب داوران به این یا آن حاکمیت، این امکان را برای آنان فراهم آورده تا در استناد به قانون ملی هر کشوری که مناسب تشخیص می‌دهند هیچ‌گونه محدودیتی احساس نکنند. تا اینجا مشکل خاصی بروز نمی‌کند. چه، نهایتاً داور مسائل مطروحه از جمله مشکل صلاحیت را می‌تواند با کشف و اعمال یک قانون ملی صلاحیتدار حل کند.

۵۹. لیزاردی که یک نفر اهل مکزیک و ۲۳ ساله بود مقداری گردنبند طلا به مبلغ هشتاد هزار فرانک که در آن زمان مبلغ بالایی بود در پاریس خریداری کرده بود و در این رابطه تعدادی چک امضا و تحویل داده بود. زمانی که چک‌ها در سررسید جهت اخذ وجه آنها به بانک مربوط ارائه شد، لیزاردی ادعا می‌کند در زمان معامله مطابق قانون ملی خود که سن بلوغ را ۲۵ سال می‌داند، صغیر محسوب می‌شده و بنابراین چک‌ها باطل و بی‌ارزش می‌باشند. ولی، صاحب جواهر فروشی او را مورد پیگرد قضائی قرار داده و در این خصوص موفق می‌شود رأی به نفع خود از محاکم فرانسه تحصیل کند. متعاقباً، فرجام‌خواهی لیزاردی از رأی دادگاه پژوهش که رأی بدوی را تأیید کرده بود در دیوان عالی کشور رد گردید. برای ملاحظه رأی رک.

Req. 16 janv. 1861, D.P.1861.1.193: S.1861.1.305, note Masse, citee et commentee par H. Batiffol in Les contrats dans le droit international prive compares, Cours proffesse au Montreal, Institut de droit compare, McGill University, 1981, pp. 95 et s.

مشکل زمانی مطرح شد که داور بین‌المللی با توجه به جایگاه خاص خود و اینکه مضافاً «ملزم به استفاده از قاعده حل تعارض کشور معینی نیست»^{۶۰} و «می‌تواند از استفاده آن به‌طور کلی صرف‌نظر نماید»^{۶۱}، به این نتیجه رسید که اساساً حق دارد از استناد به هر قانون ملی مشخص امتناع نموده و بر مبنای شروط و محتوای خود قرارداد^{۶۲} و یا با توسل به رسوم تجارت بین‌الملل و نیز اصول عمومی حقوق که مشترکاً^{۶۳} و یا منفرداً^{۶۴} حسب ادعا موجد یک نظام حقوقی مستقل از نظامهای حقوقی ملی و بین‌الملل موجود بوده و مخصوص تجارت و بازرگانان فعال در سطح بین‌المللی تحت عنوان مرسوم (*lex mercatoria*)^{۶۵} می‌باشد، به حل و فصل دعاوی نایل آید.

البته، اینجا در مقام بررسی صحت و سقم وجود و ظهور یک نظام حقوقی نوپا که بنابر نظر طرفداران آن به تدریج با اعلام و استناد به آنها توسط مراجع قضائی بین‌المللی خصوصاً داوران بین‌المللی در حال شکل‌گرفتن می‌باشد، نیستیم. ولی، از آنجا که مبنای انحراف مورد اشاره، در همین تفکر مبنی بر عدم لزوم توسل به قوانین ملی در حل و فصل دعاوی ارجاعی به داوری بین‌المللی ریشه دارد، ارائه دو تذکر مهم را ضروری می‌دانیم:

اولاً، فقدان قانون مقر دادگاه در داوریه‌های بین‌المللی و به تبع آن استقلال داوران از دولتها و سپس اختیار آنها در حذف روش تعارض قوانین ذاتاً نمی‌تواند توجیه کافی و قوی جهت طرد قوانین ملی از قلمرو دعاوی مطروحه در داوری بین‌المللی باشد.^{۶۶} به عبارت دیگر، اینکه

60. H. Battifol, L'arbitrage et les conflits de lois, Conference au Centre de Droit compare, 31 mai 1957, Rev. arb., 1957, p. 110 s.

61. P. Mayer, L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence, RCADI, 1989, t. 217 de la collection, pp. 321 et s., spec. n. 80, 403.

62. P. Level, Contrat sans loi, Communication au CFDIP, séance du 27 mai 1966, Travaux, 1964-1966, spéc. pp. 230-231.

63. B. Goldman, «Frontière du droit et lex mercatoria», Archives, 1964, pp. 177 et s.; «La lex mercatoria dans les contrats et arbitrage internationaux : réalité et perspectives», JDI, 1979, p. 475.

64. E. Gaillard, La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international, in Etudes offertes à P. Bellet, Litec, 1991, p. 203.; «Trente ans de la Lex Mercatoria pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit», JDI, 1995, p. 5.

۶۵. اصطلاح مزبور که بنا به پیشنهاد بعضی نویسندگان تحت عنوان «حقوق بازرگانی فراملی» شهرت یافته است متضمن معنای واقعی آن یعنی «قانون تجارت» یا تجارت در قرون وسطی، نیست. اختلاط و سهوی که در این خصوص پیش آمده این است که پیشنهاد دهنده محترم، حقوق بازرگانی فراملی را که بیشتر برگردان اصطلاح «Droit anational» یا «Droit transnational» می‌باشد با لکس مرکاتوریا یکی دانسته است.

۶۶. مضافاً، رویه عملی نشانگر ابداع روش دیگری است که به تبعیت از پروفیسور لالیو به روش مستقیم شهرت یافته و به موجب آن داوران بین‌المللی می‌توانند بدون توسل به قواعد حل تعارض، مستقیماً و با تحلیل قرارداد موضوع اختلاف به تعیین حقوق ملی قابل اعمال نائل آیند. در این خصوص رک.

P. Lalive, Les règles de conflit de loi appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse, Rev. arb. 1976, p. 181; v. également en ce sens, P. Mayer, op. cit., p. 403, n° 80.

فقدان قانون مقر دادگاه در داوری عاملی برای فرار از اعمال قوانین ملی صلاحیتدار توسط داور بین‌المللی باشد، نوعی تصنع و توهّم است. چه، اگر این ادعا که «کلیه قوانین ملی برای داور بیگانه هستند صحت داشته باشد، در مقابل می‌توان ادعا کرد که همه قوانین نیز بالقوه قابلیت آن را دارند که بر موضوع اختلاف اعمال شوند».^{۶۷} از سوی دیگر، همان‌طور که بعضی از حقوق‌دانان به‌درستی اعلام کرده‌اند،^{۶۸} نظام حقوقی قابل اعمال بر قراردادهای بین‌المللی نمی‌تواند صرفاً به این دلیل که مکانیسم و روش انتخابی جهت حل و فصل دعوا داوری است و نه محاکم ملی، تغییر یافته و دعاوی ارجاعی به داوری از سیطره قوانین ملی خارج شوند!

ثانیاً، با توجه به اینکه مبنای اصل عدم قابلیت استناد به مقررات داخلی جهت رد صلاحیت داوران عمدتاً ناشی از اصول موسوم به *فراملی* است آقای *برونو/ویتی* را بر آن داشته تا در شرح خود بر رأی *فراماتوم*^{۶۹} و همچنین دیگران به مناسبت‌های مختلف^{۷۰} رفتار داوران را در استناد به صورت یکجا به اصول مزبور بدون تعیین محتوا و نیز جایگاه دقیق آنها در طبقه‌بندی قواعد حقوقی و اینکه آیا همه این اصول ارزش برابر دارند یا متفاوت، به باد انتقاد و تمسخر بگیرند. لازم به ذکر است که داوران در رأی *فراماتوم* در رد اعتراض طرف ایرانی به صلاحیت دادگاه که با استناد به اصل ۱۳۹ قانون اساسی و نیز لازم‌الاجرا بودن قانون ایران بر موضوع اختلاف صورت گرفته بود به اصولی مانند «اصل عمومی حسن نیت»، «اصل عمومی حقوق»، «اصل اساسی و مبنایی قدرت الزام‌آور قراردادهای منعقد (و نیز) اصولی که مبنای کلیه ارتباطات قراردادی خصوصاً در روابط بین‌المللی بوده و ناشی از رسوم تجاری بین‌المللی و حقوق بین‌الملل است»^{۷۱} متوسل شده بودند.

67. J. Robert et B. Moreau, L'arbitrage, droit interne, droit international privé, 6e éd., 1993, n° 356, p. 309.

68. J. Verhoeven, Arbitrage entre Etats et entreprises étrangères : des règles spécifiques?, Rev. arb., 1985, pp. 609 s.; «Contrats entre Etats et ressortissants d'autres Etats » in Le contrat économique international: stabilité et évolution, Travaux des VIIes Journées d'études juridiques J. Dabin, Colloque organisé à Louvain, 22 et 23 novembre 1973, Pédone, 1975, pp. 115 s. l'auteur a fait valoir qu'« un régime normatif semble indépendant d'un mode de règlement.

69. B. Oppeti, Arbitrage et contrat d'Etat, L'arbitrage Framatome et autres c/ Atomic Energy Organization of Iran, Clunet, 1984, pp. 36 s.

۷۰. برای اطلاع از انتقادات وارده به اصولی که به‌نظر بعضی از داوران و نویسندگان غربی به‌تدریج یک حقوق موضوعه در کنار نظام حقوقی ملی و حقوق بین‌الملل تحت عنوان «حقوق بازرگانی فراملی» را تشکیل داده‌اند خصوصاً رک.

A. Kassis, Théorie générale des usages du commerce (droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria), LGDJ, Paris 1984; P. Lagarde, Approche critique de la lex mercatoria, Etudes Goldman, pp. 125 et s.; M. Mustil, «The New Lex Mercatoria : The First Twenty-Five Years », Int. Arb., Liber Amicorum for The Rt. Hon. Lord Wilberforce, 1987, pp.149 et s., reproduit également in Arbitration International, pp. 87 et s.

71. V. Sentence partielle rendue dans l'affaire n° 3896, en 1982, Clunet, 1983, pp. 914 s.

آیا برای گریز از این محظورات و جلوگیری از بروز شائبه‌هایی در باب عدم بی‌طرفی داوران و یا حداقل مسامحه آنها نسبت به حقوق اصحاب دعوا، مناسب و بهتر نیست داور یا داوران رسیدگی‌کننده، حقوق قابل اعمال بر قرارداد داور را که ممکن است صریحاً توسط طرفین تعیین شده یا به‌طور ضمنی از اوضاع و احوال قضیه کشف شود و یا اینکه در فرض سکوت و عدم وجود هرگونه نشانه‌ای در این رابطه، توسط داوران با استناد به قانون محل انعقاد یا محل اجرای قرارداد کشف می‌شود، ملاک عمل و ارزیابی خود در اعتبار موافقتنامه داور قرار دهند؟ این در واقع همان روش کلاسیک و سنتی کشف و اعمال حقوق قابل اعمال بر قراردادها در حقوق تطبیقی موسوم به تئوری تعیین و جایابی عینی قرارداد (*la theorie de la localisation* *objective du contrat*) منتسب به باتیفول است که در نظامهای حقوقی جهان مقبولیت فزاینده‌ای دارد.^{۷۲}

البته، همان‌طور که پیش‌تر ذکر شد، در حقوق اکثر کشورهای دنیا قاعده پذیرفته شده در باب قانون حاکم بر اهلیت افراد در حقوق بین‌الملل خصوصی قراردادها، قانون ملی شخص است و علی‌الاصول این قانون باید مبنای عمل داوران قرار گیرد. ولی، از آنجا که این قانون در مواردی مورد انتقاد دکتربین معتبری است که اهلیت قراردادی را از مقوله احوال شخصیه افراد محسوب نکرده و به تبعیت از حقوق اکثر کشورهای انگلوساکسون آن را یک عنصر مربوط به تشکیل و انعقاد قرارداد می‌دانند^{۷۳} و از سوی دیگر امروزه برخی از حقوقدانان مسئله مراجعه دولت و مؤسسات وابسته به آن به داور را یک موضوع مربوط به اهلیت نمی‌دانند^{۷۴} بنابراین، قانون حاکم بر قرارداد با توجه به نفوذ و حاکمیت تقریباً مطلق اراده در قراردادها بهترین گزینه برای احراز صلاحیت یا عدم صلاحیت داوران به‌شمار می‌رود.

بدون تعصب و یا پیش‌داوری، باید اذعان کرد بعضی از داوران در استناد به اصول کلی یاد شده که مورد تبعیت بعضاً کورکورانه عده‌ای دیگر از داوران و حتی بعضی از قضات^{۷۵} احساساتی و بی‌اطلاع از مبانی واقعی حقوقی قرار گرفته، حقیقتاً راه افراط پیش گرفته و از این رهگذر خسارات غیرقابل جبرانی را نه تنها به منابع مادی و ملی کشورهای عمده جهان سومی وارد کرده‌اند بلکه اعتماد آنها را به داور و عدالت ناشی از این مکانیسم حل و فصل دعاوی از

72. H. Batiffol et P. Lagarde, Droit international prive, 7 ed., L.G.D.J. 1983, v. II, pp. 257 et s. spec. n. 572 et s.

73. H. Batiffol, Les contrats dans le droit international prive compares, Cours precite, 1981, pp. 89.

۷۴. جنیدی، لعیا، قانون حاکم، ص ۹۰ که معتقد است «در این‌گونه بحثها... ممنوعیتهای مطروحه در اصل ۱۳۹ را بر مبنای عدم اختیار یا محدودیت بهتر می‌توان تحلیل نمود». برای ملاحظه یک نظر مخالف رک. فوشار، پیشین، ش ۱۷۳، ص ۹۸.

۷۵. رأی موصوف توسط یکی از قضات محاکم شهر نانت فرانسه صادر گردیده و حتی مورد تمسخر دکتربین این کشور قرار گرفت. متأسفانه، نگارنده نتوانست منبع رأی را به‌دلیل عدم دسترسی به آن در زمان نگارش قید کند.

بین برده یا به شدت تضعیف کرده‌اند. اگر تا این اواخر بعضی از حقوقدانان^{۷۶} از رفع سوء تفاهمات ناشی از بعضی آرای داوری همچون آرامکو و شیخ ابوظبی و امثالهم با اشاره به مقبولیت فزاینده داوری در این کشورها خصوصاً کشورهای عرب و جهان سوم اظهار مسرت و خوشحالی می‌کردند، ملاحظه آرائی چون *فراماتوم* که علی‌رغم تصریح طرفین بر حکومت قوانین ایران بر قرارداد، با اصول مبهم فوق ممزوج شده و معجون تلخی را تولید کرده است بار دیگر این تفکر را در اذهان زنده می‌کند که غربیان، با توجه به ورود و بسط ید فزاینده آنها در مؤسسات داوری بین‌المللی، این بار در قالبهای نو و الفاظ آراسته قصد بهره‌برداری و سوءاستفاده از داوری را دارند.^{۷۷} بنابراین، مادام که این رویه به شکل منطقی و منصفانه حل نشود مقرراتی همچون اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران و ممنوعیتها و محدودیتهای مشابه در سایر کشورها کماکان عامل مهمی در مقابله با این نوع اعمال سلیقه‌های شخصی و دلیخواهی خواهد بود.

برای اقناع از آنچه که فوقاً از نظر گذشت، کافی است نگاهی ولو اجمالی به نحوه استدلال و سپس استنتاج دیوان داوری در قضیه شماره ۴۳۸۱ که قبلاً در عداد آرای اعلام‌کننده اصل مورد بحث به آن اشاره کردیم،^{۷۸} افکنده شود. در این قضیه، دیوان داوری بدواً در جستجوی منابعی بر آمده که حقوق قابل اعمال بر اعتبار قرارداد داوری براساس مقررات آن تعیین خواهد شد و تذکر می‌دهد که این منابع باید با در نظر گرفتن نشانه‌های موجود در قرارداد داوری معین شود. و چون احراز می‌کند که طرفین تصریحی در خصوص اینکه منابع حقوق انتخابی توأمأ باید بر قرارداد اصلی، قرارداد داوری و احتمالاً بر آیین داوری حاکم باشد، نکرده‌اند بلافاصله اعلام می‌کند:

«... این وظیفه دیوان داوری است که منابع حقوقی قابل اعمال جهت تعیین اعتبار قرارداد داوری را بدون نیاز به حقوق بین‌الملل خصوصی قابل اعمال انتخاب کند ... به شرطی که چنین انتخابی با قواعد داوری ایران و فرانسه منافات نداشته باشد».

سپس، همان‌طور که ملاحظه شد، داور منبع حقوقی مزبور را در اصول عمومی حقوق و رسوم تجاری مورد عمل در رویه تجار بین‌المللی یافته و از آن تحت عنوان نظم عمومی

76. Cf. Ph. Leboulanger, L'arbitrage international Nord-Sud, in Etudes offertes à P. Bellet, Litec, 1991, p. 324 et s.; dans ce sens v. également: J. Paulsson, Le Tiers monde dans l'arbitrage commercial international, Rev. arb., 1983, pp. 3 et s.

77. تعجیبی نیست از اینکه داوران در رأی *فراماتوم* به این اصول مبهم و شناور استناد کرده‌اند. چه، همان‌طور که آقای اوپتی در پاورقی شماره ۱ مقاله خود آورده، دیوان داوری رسیدگی‌کننده به این دعوا متشکل از آقایان پیر لالیو (رئیس)، برتولد گلدمن و ژان روبیر (اعضا) بوده که (خصوصاً دو نفر اخیر) از طرفداران جدی حقوق بازرگانی فراملی به‌شمار می‌روند.

78. رک. ص ۳۲.

بین‌المللی که مشعر بر عدم امکان استناد به قوانین ملی برای بی‌اعتبار کردن قرارداد داوری است، یاد می‌کند. این در حالی است که اصلی‌ترین منبع حقوقی که اعتبار قرارداد داوری باید بر اساس آن تعیین شود و شارح رأی نیز با لحن خاصی به عدم اعتنای داور به آن اشاره کرده،^{۷۹} همانا قانون ملی شخص حقوقی ایرانی است که به‌عنوان قانون قرارداد با توجه به تصریح طرفین لازم‌الاجرا بوده است.

بی‌دلیل نیست که مؤسسات دولتی وابسته به کشورهای جهان سوم، برخلاف شرکت‌های غربی طرف قرارداد، از اعمال آنچه که در ادبیات حقوقی به‌کار رفته توسط داوران رسوم تجاری و عناوین مشابه مانند اصول عدالت و انصاف نام گرفته به‌شدت وحشت داشته و استناد به آنها را مساوی با محق‌شدن طرف مقابل می‌دانند. رأی داوری صادره در قضیه شماره ۳۳۸۰ در سال ۱۹۸۰ از این جهت بسیار قابل تأمل است. در حالی که شرکت ایتالیایی طرف قرارداد بر اعمال رسوم تجاری و اصول عدالت و انصاف اصرار داشت، طرف سوریه‌ای، نهایت تلاش و استدلال خود را در رد قابلیت اعمال این اصول و لزوم اعمال قانون ملی صلاحیتدار که به‌نظر وی قانون سوریه می‌باشد به‌کار برده بود!^{۸۰}

مع‌ذک، نباید تصور شود که منظور ما از انتقاد به ملاک‌ها و اصول استنادی داوران بین‌المللی این است که آنها هرگز نمی‌توانند یا نباید به اصول و رسوم تجاری که مورد تأیید مقررات سازمان‌های داوری و نیز قوانین ملی از جمله بند ۴ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران است، استناد کنند. برعکس، آنچه مورد اختلاف می‌باشد نوع تلقی‌ای است که داوران از ماهیت این رسوم و اصول استنادی داشته و آنها را قواعد مربوط به یک نظام حقوقی مستقل و در واقع تافته جدا بافته نسبت به قوانین ملی و بین‌المللی می‌دانند. ولی همان‌طور که آقایان لگرد^{۸۱} و کاسیس^{۸۲} به‌درستی در طول نوشته‌های خود به اثبات رسانیده‌اند، این رسوم و اصول چیزی جز همان قواعد تکمیلی و تفسیری مورد اتمام و تأکید قانونگذاران ملی نیست. نتیجه اینکه، از نقطه‌نظر نظام حقوقی به مفهوم سنتی آن، اعمال رسوم تجاری همواره در طول و راستای قوانین ملی است و نه در عرض و مستقل از آنها.

به هر تقدیر، با ملاک قرار دادن حقوق قابل‌اعمال بر قرارداد داوری به طرق کلاسیک که الزاماً همان قانون کشور محدودکننده مراجعه به داوری نخواهد بود و می‌تواند حقوق کشوری باشد که مراجعه نهادهای عمومی به داوری را مجاز می‌شمارد، رأی داوری صادره مبنای قضائی

۷۹. آقای درن در ملاحظات خود (Clunet, p. 1104) اعلام می‌کند که رأی موصوف «در خصوص اهلیت هریک از طرفین جهت انعقاد قرارداد داوری که (برابر قواعد) تحت حکومت قانون ملی شخص می‌باشد» بی‌اعتنایی نشان داد است!

80. Cf. Clunet, 1981, pp. 928 et s.

81. P. Lagarde.

82. A. Kassiss.

محکم و تقریباً غیرقابل ایرادی پیدا کرده و اعتماد به این روش دادرسی را در کشورهای جهان سوم بیش از پیش تضمین و تقویت خواهد کرد.

البته، صرف نظر از موردی که طرفین، قرارداد خود را صریحاً تابع قانون دیگری قرار داده باشند و یا اینکه داور با توسل به تئوری نشانه‌ها به طور ضمنی حکومت قانون دیگری را بر آن کشف کند، به نظر می‌رسد حقوق حاکم غالباً حقوق کشوری خواهد بود که مراجعه نهادهای عمومی و دولتی را به داوری محدود یا ممنوع می‌کند. چه، فراموش نکنیم که قراردادهای موضوع این آراء که از نوع قراردادهای دولتی یا توسعه اقتصادی^{۸۳} هستند در فرضی که بین یک شرکت خصوصی خارجی و یک مؤسسه دولتی جهان سوم منعقد شوند، اولاً در غالب اوقات متضمن شرط حاوی اعمال قانون کشورهای اخیر است و ثانیاً در فرض سکوت در خصوص قانون حاکم، نه تنها به طور معمول محل انعقاد عقد بلکه محل اجرای آن همیشه در این کشورها می‌باشد.

بدین ترتیب، با قابل اعمال بودن قانون این دسته از کشورها بر قرارداد، داور یا داوران مجبور خواهند بود قواعد مربوط به نظم عمومی کشوری که قانون آن بر قرارداد حاکم است^{۸۴} و از جمله اصل ۱۳۹ را به اجرا گذاشته و نفوذ شرط داوری را سد کرده و نهایتاً عدم صلاحیت خود را اعلام نمایند و یا به تبعیت از بعضی آرای داوری،^{۸۵} دادرسی را معلق و متوقف ساخته و با تعیین مهلت معقول، منتظر اخذ مجوز توسط مؤسسه دولتی طرف قرارداد از مقامات صالح مملکت متبوع خود باشند و همان طور که شعبه ۲۵ دادگاه حقوقی یک در رأی مورد بحث در این نوشتار تأکید کرده «بدیهی است تصویب بعدی (مقامات یاد شده) اثر قهرایی یافته و رجوع به داوری را از ابتدا معتبر ساخته و بدان نفوذ حقوقی می‌بخشد».

نباید تصور شود تعلیق رسیدگی داور تا وصول موافقت مراجع ملی مربوط، نوعی وابسته و پیوسته کردن صلاحیت داوری به صلاحدید یک حاکمیت بوده و نتیجه آن تخریب اختیار داور در صدور حکم به صلاحیت خود می‌باشد. چرا که این امر پس از مرحله و پروسه اظهار نظر داور نسبت به صلاحیت خود مطابق قانون ملی حاکم صورت می‌گیرد و پذیرش آن در این مرحله صرفاً جهت تقویت صلاحیت داوری و از باب هماهنگی راه‌حلها می‌باشد و خواهیم دید که نه تنها قوه مجریه به عنوان یکی از مراجع معطی مجوز، نسبت به این امر نظر مساعد داشته و در لوایح تقدیمی به مجلس نیز به عنوان یک رویه موافق رجوع مؤسسات دولتی و عمومی به داوری است

83. State Contracts.

84. lex contractus.

۸۵. رک. به دو رأی صادره در قضایای شماره ۵۱۲۴ و ۵۵۱۷ که حسب اعلام خانم جنیدی، قانون حاکم، ص ۵۱، پاورقی ش ۹۷، (بدون ذکر منبع مربوط) تحت اشراف اتاق تجارت بین الملل صادر گردیده است. رأی مورد نظر در مجله حقوق بین الملل خصوصی فرانسه که نگارنده به آنها دسترسی دارد موسوم به کلونه، مباحث مربوط به رأی اتاق، قید نشده است.

بلکه این ایده که رد سیستماتیک ارجاع اختلافات به داوری به دلایل مختلف خصوصاً به لحاظ اقتصادی و سیاسی به مصلحت نمی‌باشد به تدریج در رویه نهاد قانونگذاری کشور و نمایندگان آن در حال شکل گرفتن است.

به هر تقدیر، با پذیرش مبنا بودن قانون ملی حاکم بر موافقتنامه داوری، می‌توان اعمال آن را نه به عنوان یک اصل متخذ از مفاهیم انتزاعی و شناور — آن‌طور که در رویه داوران ملاحظه می‌شود — بلکه با استناد به بعضی قواعد حقوقی مسلم و مشترک بین نظامهای حقوقی جهان به عنوان استثنای قابل توجه در موارد معتناهی کنار زده و نهایتاً با توسل به اصل الزام‌آور بودن تعهدات^{۸۶} یا اصل حسن نیت^{۸۷} و سایر اصول پذیرفته شده، اعتبار قرارداد داوری را احراز کرد. بر این اساس، در فرضی که مثلاً موافقتنامه داوری قبل از تصویب قانون محدودکننده داوری منعقد شده باشد، داور می‌تواند با استناد به قاعده جهانی عطف بماسبق نشدن قوانین (به شرط عدم تصریح) از اجرای قانون به ظاهر صلاحیتدار خودداری نموده و اعتبار موافقتنامه و نتیجتاً صلاحیت خود را احراز کند. اتفاقاً، داوران دخیل در قضیه *فرمانتوم* جهت رد ادعای طرف ایرانی دائر بر شمول اصل ۱۳۹ مؤخرالتصویب بر موافقتنامه داوری، از این قاعده به عنوان یک قاعده پشتیبان و به منظور تقویت اصل عدم توسل به مقرره داخلی جهت نفی صلاحیت داور بین‌المللی سود برده‌اند. درحالی‌که منطقاً این امکان برای آنان وجود داشته که با مبنا قراردادن صرف حقوق قابل اعمال، از قاعده عطف بماسبق نشدن به عنوان یک استثنا جهت صدور حکم به صلاحیت خود بهره جسته و از انتقادات وارده دائر بر خروج از اختیارات خود مصون بمانند. البته، حتی در فرضی که داوران چنین می‌کردند به لحاظ نظری، همان‌طور که در مبحث مربوط به اثبات قانون خارجی در حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح است، این بحث کماکان مفتوح بود که قاضی یا داور باید قانون خارجی را به عنوان یک دلیل آن‌طور که خود می‌فهمند اعمال کنند یا آن‌گونه که مقنن مربوط خواسته است.^{۸۸}

همچنین است در موردی که داور از اوضاع و احوال قضیه چنین استنباط کند که مؤسسه دولتی، طرف قرارداد را از عدم اختیار خود در مراجعه به داوری آگاه نکرده و یا با ارائه اطلاعات خلاف مبنی بر اخذ مجوز از مقامات صلاحیتدار، او را به داشتن اختیارات واهی مغرور نموده باشد.

86. *Pacta Sunt Srvanda*.

87. *Bonne foi*.

۸۸. همان‌طور که قبلاً تذکر داده شد (ص ۳۲)، شورای نگهبان در نظریه مورخ ۱۳۶۵ که تفسیری بودن آن به دلیل عدم حصول نصاب لازم (۹ نفر) مورد تردید قرار گرفته، اطلاق اصل ۱۳۹ را مقتضی تسری و شمول آن به موافقتنامه‌های قبل از انقلاب دانسته است. البته، این تفسیر یک شمشیر دو لبه است و نباید تصور کرد استناد به آن همواره به نفع طرف ایرانی خواهد بود. بر عکس، در مواردی که طرف ایرانی خواهان باشد مانند آنچه که در قضیه شماره ۵۱۲۴ اتاق تجارت بین‌الملل مطروحه توسط ایران علیه کمیساریای انرژی اتمی فرانسه قابل ملاحظه است، می‌تواند علیه کشورمان مورد استفاده قرار گیرد. اتفاقاً، این نظریه شورا در رابطه با همین قضیه در جواب نخست وزیر وقت داده شده بود!

اتفاقاً، دیوان داوری در رأی شماره ۴۳۸۱ که اجمال آن پیش‌تر از نظر گذشت، بدواً به این قاعده اشاره کرده و اعلام داشته است: «... مع‌ذلک باید این واقعیت را در نظر گرفت که نقصی که قرارداد داوری از جهت عدم رعایت مقررات اصل ۱۳۹ با آن مواجه است هنگام انعقاد قرارداد داوری به اطلاع و آگاهی خواهان نرسیده بود».^{۸۹} ولی، نهایتاً اصل عدم قابلیت استناد به مقررات داخلی برای بی‌اعتبار شمردن قرارداد داوری را به‌عنوان یک قاعدهٔ مربوط به نظم عمومی بین‌المللی ملاک اصلی تصمیم خود در قابل اجرا نبودن اصل ۱۳۹ قرارداده است.

به‌نظر می‌رسد در فرضی که طرف قرارداد با علم و اطلاع از ضرورت وجود چنین مجوزی و نیز با اطلاع از عدم اختیار مؤسسهٔ دولتی طرف قرارداد در مراجعه به داوری، ریسک انعقاد موافقتنامه را مثلاً به امید عدم بروز اختلاف و یا به هر غرض دیگری به جان خریده باشد و صحت این امر برای داور به‌نحوی ثابت شود در این‌صورت مطابق قاعدهٔ عقلی/قدم، مأخوذ به تصمیم و ریسک خود خواهد شد و داور باید مطابق قانون ملی صلاحیتدار، عدم صلاحیت خود را اعلام نماید.

گفتار سوم - هماهنگی راه‌حلها در حقوق داخلی

اگرچه به شرح دلایل تقدیمی در مبحث سوم، قویاً توصیه گردید رویهٔ داوری از طریق بازگشت به نظام حقوقی کلاسیک به ترمیم و بازسازی خود پرداخته و داوران بین‌المللی با تحلیل قرارداد موضوع اختلاف و ملاک قراردادن قانون ملی حاکم بر قرارداد به صلاحیت یا عدم صلاحیت خود اظهارنظر کنند و کماکان همین طریق را تنها علاج هماهنگی راه‌حلها در دو سوی مسئلهٔ صلاحیت می‌دانیم ولی، نباید فراموش کرد که رویهٔ فعلی داوران در رد قابلیت اعمال اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران، متقابلاً ناشی از نقائص و خلأهایی است که در حقوق داخلی، خواه از جهت اجرایی و خواه از جهت قانونگذاری با آن مواجه هستیم. به عبارت دیگر، لازم است با اتخاذ راهکارهای مؤثر در داخل کشور مشکل عدم اعتنای داوران بین‌المللی به مقررات اصل یاد شده را از مبنا و ریشهٔ آن حل کنیم. بدین‌منظور، منطقاً و نیز به‌لحاظ عملی راهکارهای زیر قابل مطالعه و تأمل است.

بند اول: حذف کامل یا اصلاح اصل ۱۳۹ قانون اساسی

ممکن است گفته شود که حذف اصل مزبور بهترین روش حل مشکل است. چه، نه تنها از این پس شاهد تلاش بی‌حاصل طرف ایرانی جهت متقاعد کردن داور یا داوران در صدور رأی

89. Clunet, 1986, p. 1106.

به عدم صلاحیت خود با استناد به اصل مزبور نخواهیم بود بلکه با توجه به اینکه کشور ما به شدت به سرمایه‌گذاری خارجی و اصلاح زیربنای اقتصادی از طریق انعقاد قراردادهای کلان اقتصادی نیازمند است و ظاهراً نیل به اهداف برنامه‌های پنج‌ساله توسعه اقتصادی جز با انعقاد قرارداد با شرکتهای خارجی میسر نیست و طرفهای خارجی^{۹۰} نیز غالباً راضی به صلاحیت محاکم کشورمان در فرض بروز اختلاف در اجرای قراردادها یا تفسیر آن نبوده و داوری را ترجیح می‌دهند و عدم پذیرش داوری می‌تواند عامل قوی برای صرف‌نظر کردن آنها از قرارداد داوری باشد بنابراین، حذف کامل آن از صحنه قانونگذاری، آرامش روانی لازم در انعقاد قراردادها و پیشبرد اهداف کلان اقتصادی را میسر می‌سازد، ضمن اینکه ابتکار و سرعت عمل مدیران اجرایی و مسئولین قانونی شرکتهای دولتی را بالا برده و کمک می‌کند من بعد شاهد زیر پا گذاشتن اصل مزبور از سوی آنان نباشیم!

واقعیت این است که حذف کامل اصل مورد بحث یا اصلاح آن مثلاً از طریق رفتار برابر با خارجی‌ان به‌طوری که ارجاع قراردادهای منعقد شده با آنان نیز همانند مورد اتباع داخلی صرفاً در موارد مهم^{۹۱} به تصویب مجلس برسد به علل و فلسفه وجودی تقنین آن برمی‌گردد و هرگونه اظهارنظری در این خصوص باید با در نظر گرفتن این امر صورت گیرد. به عبارت دیگر، باید دید آیا علل تصویب این اصل در زمان حاضر نیز به قوت خود باقی است یا در گذر زمان به‌نحو کلی یا جزئی دستخوش تغییر و تحول شده است.

اگرچه مشروح مذاکرات خبرگان قانون اساسی به‌طور مصداقی منعکس‌کننده انگیزه‌ها و دلایل ریز تصویب چنین اصلی نمی‌باشد و بلکه با مفروض و مسلم دانستن لزوم تصویب آن، بیشتر وقت خبرگان به ترکیب و جمله‌بندی عبارات و نیز مفهوم حاصله از اصل اختصاص یافته است ولی از مجموع مذاکرات صورت‌گرفته علل زیر را می‌توان استظهار نمود:

۱- دغدغه شدید حفظ اموال عمومی و دولتی از طریق نظارت و تصویب مجلس، با توجه به اینکه پیش‌نویس و طرح اولیه اصل ۱۳۹،^{۹۲} مبنا و مدار در «صلاح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی و ارجاع آن به داوری در هر مورد» موکول به تصویب هیئت وزیران قرار داده و صرف اطلاع مجلس را «در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی» کافی

۹۰. البته، هرچند محدودیت ناشی از اصل ۱۳۹ خصوصاً تصویب مجلس فقط شامل خارجی‌ان نبوده و اتباع ایرانی را نیز در «موارد مهم داخلی» شامل می‌شود ولی چون شرکتهای و اشخاص حقیقی و حقوقی داخلی هنوز تا آن حد از توسعه فعالیت‌های اقتصادی خود نرسیده‌اند و یا هنوز در ابتدای کار هستند بنابراین، معمولاً بحث از اصل مزبور در خصوص خارجی‌ان، به عنوان مورد غالب مطرح می‌شود.

۹۱. متأسفانه، هنوز فرصتی پیش نیامده است تا شورای نگهبان قانون اساسی مبادرت به ارائه نظریه تفسیری در خصوص ملاک‌هایی که قراردادهای مهم را از غیر مهم متمایز می‌سازد، ارائه دهد. ضمناً، در فرض اصلاح اصل مزبور، به‌نظر می‌رسد بهترین روش، در وهله اول احصای موارد مهم و آلا ارائه ملاک‌های مشخص و بدون ابهام در خود قانون اساسی است.

۹۲. قبل از اصلاح قانون اساسی در سال ۱۳۶۸، این اصل تحت عنوان اصل ۱۱۴ مورد بحث و تصویب قرار گرفته بود.

می‌دانست، بعضی از خبرگان این امر را خطرناک و نامناسب اعلام کرده بودند.^{۹۳} در این رابطه، بی‌مناسبت نخواهد بود چنانچه فرازی از سخنان یکی از خبرگان تدوین‌کننده قانون اساسی در لزوم تصویب و موافقت نهایی مجلس (و نه هیئت دولت) با صلح دعاوی یا ارجاع آن به داوری اموال عمومی و دولتی را عیناً نقل کنیم:

«... این اصل بسیار مهمی است. ما آمدیم... مسئله دعاوی خارجی (و موارد مهم داخلی) را فقط گفتیم به اطلاع مجلس برسد. در حالی که فرض بفرمایید که شما صد عدد هواپیمای فانتوم از امریکا خریدید و یک اختلافی ایجاد شده که متجاوز از میلیاردها تومان است. هیئت وزیران می‌آید و تصمیم می‌گیرد و... می‌گوید ما نه طلبکاریم نه بدهکار و فقط این را به مجلس شورای ملی اطلاع بدهد و کارش تمام می‌شود درحالی که در بار اول من اعتراض کردم... مسئله قراردادهای خارجی را همه متفق بودند که اول به تصویب مجلس برسد. موضوع اختلاف ما روی مسائل مهم داخلی بود. اینکه من گفتم دو بار رأی متناقض شد همین بود. برای اینکه بار اول همه قبول کردند که موارد مهم داخلی هم باید به تصویب مجلس برسد. حالا در این اصلی که در اینجا چاپ شده در موارد مهم داخلی که به تصویب مجلس مناسبت نیست به جای خود، موارد خارجی را هم گفته‌اند (صرفاً) به اطلاع مجلس برسد. این مسئله با سرنوشت یک مملکت و میلیاردها بودجه مملکت سروکار دارد. این است که اولاً حتماً باید در دعوای خارجی به هر صورت و به هر شکل با تصویب مجلس باشد، در مورد موارد مهم داخلی هم باید با تصویب مجلس باشد منتها تشخیص موارد مهم را می‌گذاریم به اختیار خود مجلس. قانون تعیین می‌کند که چه مواردی مهم است و چه مواردی غیر مهم است...».^{۹۴}

۲- ذهنیت تاریخی منفی ناشی از بعضی آرای داوری غیر عادلانه و بعضاً موهن و نیز عدم بی‌طرفی بعضی داوران و مؤسسات داوری بین‌المللی، در این رابطه، یکی از اعضای خبرگان تدوین قانون اساسی تذکر می‌دهد که: «من معتقدم... در قراردادهای با خارج (طرف خارجی)، داوری به وسیله مؤسسات داخلی کشور انجام شود و مؤسسات بین‌المللی را منع کنید برای اینکه

۹۳. در این رابطه آقای دکتر گلزاده غفوری اعلام می‌کند: «به نظر می‌رسد که مسئله اموال عمومی یک مسئله خیلی دامن‌داری است و اختیارش را به هیئت وزیران دادن خیلی خطرناک است... به نظر می‌رسد که اصولاً این‌گونه تصمیمات بستگی به تصویب مجلس داشته باشد و آن مقدار استثناً هم به همان اندازه باشد که مجلس به تصویب هیئت وزیران واگذار کرده است. به نظر می‌رسد که مجلس در امانت‌داری سهم بیشتری دارد و حتی‌الامکان جلوی احتمالات علیه امانتهای ملی را باید گرفت و هر چه در این زمینه دقت شود بهتر است. به هر حال ذیل این اصل (با اطلاع مجلس) خیلی نامناسب است»، رک. مشروح مذاکرات خبرگان قانون اساسی، جلسه ۴۸، ص ۱۰۴۷.

۹۴. این اظهارات منتسب به شهید آیت است و نهایتاً همین دیدگاه مورد تصویب قرار گرفت. پیشین، ص ۱۰۴۸.

مشکلاتی به وجود خواهد آمد چون در گذشته به استناد همین موضوع مشکلاتی داشتیم».^{۹۵}

۳- دآوری به عنوان رقیبی برای محاکم ملی و عامل محدودکننده حاکمیت دولتها در حیطه حقوق عمومی: درواقع، می توان گفت مبنای کلیه مجادلات و مباحثات اتفاقاً ناشی از این امر است که مرجع و روش دیگری غیر از محاکم که مراجع رسمی و عمومی حل و فصل دعاوی و اختلافات هستند در اصل مزبور به عنوان جایگزین مطرح بوده و الا نباید چنین حساسیتی بروز نماید.

اگرچه دلایل موصوف کمابیش در زمان ما موجود بوده و اتخاذ حداکثر احتیاطات لازم در حفظ اموال عمومی و دولتی توجهاً به کثرت قراردادهای اقتصادی منعقد ضروری به نظر می رسد ولی، نباید در استناد به علل موصوف اغراق شود. چه، امروزه ضرورت رعایت بعضی از مصالح مهمتر مقتضی اعمال اصلاحات لازم در اصل مورد بحث می باشد از جمله لزوم سرعت در انعقاد قراردادهای اقتصادی به منظور حصول به رشد مطلوب اقتصادی، ایجاد انگیزه و اطمینان در مدیران که لازمه مدیریت نوین و نیز توفیق در برنامه های توسعه است و بالاتر از همه فراگیرشدن دآوری در سطح جهانی به طوری که امروزه به دلیل وجود بعضی کنترلها و مکانیسمها، اعتماد بیشتری به این روش حل و فصل دعاوی پیدا شده و دولتها نیز به آن نه به چشم رقیب و محدودکننده حاکمیت خود بلکه به عنوان پشتیبان در حل و فصل دعاوی می نگرند و کمتر کشوری است که امروزه مقررات مستقلی تحت عنوان دآوری تجاری بین المللی (علاوه بر مقررات مربوط به دآوری داخلی) به تصویب نرسانیده باشد. بنابراین، لازم است در قلمرو کنترل و نظارت مجلس قدری تجدیدنظر کرده و دایره دخالت هیئت وزیران را که در نظام سیاسی ما او نیز به نحوی منبعث از اراده عمومی است، توسعه داد. اتفاقاً، این دیدگاه که دقیقاً معارض دیدگاه قبلی مبنی بر لزوم نظارت و تصویب مجلس می باشد در اظهارات بعضی دیگر از خبرگان به شرح زیر به چشم می خورد:

«... این اصل که مربوط به صلح دعاوی است نسبت به اموال و معاملات دولتی... ما اگر به طور کلی جلوی دولت و فعالیت آن را بگیریم و در هر موردی ارجاع به مجلس یا یک مقام دیگری بکنیم دولت و وزارتخانه ها نمی توانند کارشان را انجام بدهند. مثلاً راهسازی یا خرید فلان جنس و یا فلان ماشین. خلاصه متاعی که مربوط به مملکت و مربوط به کارشان است و نوعاً هم این طور نیست که همیشه بین دو طرف قرارداد دعوایی و اختلافی پیش بیاید. قرارداد بسته می شود و طبق آن قرارداد عمل می شود. پس اولاً این نادرست است و ثانیاً اگر بخواهیم

۹۵. پیشین، ص ۱۰۴۶. این پیشنهاد نظر مساعد نایب رئیس مجلس شهید دکتر بهشتی را جلب کرده و خطاب به خبرگان می گوید: «معلوم است ... دوستان موافقت که این قید را اضافه کنیم؟ آقای دانش راد می گویند طرف قرارداد می خواهد داخلی باشد می خواهد خارجی باشد داوریش باید داخلی باشد و تذکر خوبی است». پیشین، ص ۱۰۴۷.

در هر موردی چه داخلی چه خارجی این را به یک مقام دیگری ارجاع بدهیم دولت نمی‌تواند امور کشور را اداره کند ... و اگر به همین متن که مطرح است رأی بدهند اشکالی ندارد».^{۹۶}

بدین ترتیب، به نظر ما لازم است اولاً با محصور و محدود کردن قلمرو دخالت مجلس به موارد مهم اعم از داخلی و خارجی، در فرصت مقتضی و مناسب نسبت به اصلاح اصل موصوف اقدام شود، ضمن اینکه مکانیسم مربوط به اطلاع و اعلام مصوبات توسط هیئت دولت به مجلس در هر مورد، همان طور که خبرگان قانون اساسی در موارد عدیده به آن تصریح کرده‌اند،^{۹۷} خود روش نظارتی مهمی است که می‌تواند در صورت مشاهده تخلف از عوامل بازخواست و نیز استیضاح وزرا باشد. ثانیاً، لازم است ذیل همین اصل یا ترجیحاً به موجب قانون عادی مصوب مجلس، ملاکهای نوعی مشخصی که موارد مهم بر اساس آن تشخیص داده خواهند شد ضمن ایجاد کمیسیون تام‌الاختیاری مرکب از نمایندگان مجلس و دولت تعیین شده و به کلیه مباحث نظری و مشکلات عملی پایان داده شود.

بند دوم: لزوم تسهیل تشریفات قانونی مربوط به بررسی پیشنهادات واصله در خصوص ارجاع به داوری در هیئت دولت و مجلس

صرف نظر از مورد یا مواردی که ممکن است مدیران و مسئولین مؤسسات و شرکتهای عمومی و دولتی شخصاً و یا مستظهر به پشتیبانی سیاستمداران و مسئولین اجرایی مملکتی بدون رعایت پروسه مربوط به اصل ۱۳۹ قانون اساسی مبادرت به انعقاد قراردادهای خرد یا کلان اقتصادی نمایند،^{۹۸} در سایر موارد، علت عدم کسب اجازه از مقامات صالح مملکتی در انعقاد قراردادهایی که ارجاع دعاوی احتمالی به داوری بین‌المللی را مجاز می‌شمرد، می‌تواند نوعاً طولانی بودن پروسه تصویب خصوصاً در مجلس باشد که برابر مقررات قانون اساسی و آیین‌نامه

۹۶. اظهارات منتسب به مرحوم علی تهرانی، پیشین، صص ۱۰۴۸ و ۱۰۴۹.

۹۷. برای نمونه، پاسخ نایب رئیس مجلس خبرگان به یکی از اعضا که در رابطه با خاصیت اطلاع به مجلس سؤال و ایراد کرده بود. در این رابطه قابل توجه است. پیشین، ص ۱۰۴۷.

۹۸. این نحوه اقدام که به دلیل محدودیت ناشی از اصل ۱۳۹ صرفاً در خصوص قراردادهای متعده بعد از انقلاب اسلامی محتمل‌الوقوع است ظاهراً تاکنون مشاهده نشده است. چه، در قانون اساسی مشروطیت چنین محدودیتی وجود نداشته و اکثر دعاوی مطروحه در مراجع داوری پس از پیروزی انقلاب نیز که در آنها طرف ایرانی لزوم رعایت اصل ۱۳۹ را گوشزد کرده مربوط به قراردادهای قبل از انقلاب می‌باشد. البته، همان‌طور که پیش‌تر نیز ذکر شد، با توجه به انعقاد قراردادهای عظیم اقتصادی و سرمایه‌گذاری پس از پیروزی انقلاب اسلامی نظیر قراردادهای بیع متقابل و امثالهم، این ظن (فقط در حد ظن و احتمال) وجود دارد که اصل ۱۳۹ در آنها رعایت نشده باشد، هرچند هم اکنون در بعضی قراردادها که طرفین در اجرای آنها به اختلاف و دعوا برخوردند و تفصیلاً در خصوص آنها صحبت خواهیم کرد طرف ایرانی توانسته است طرف خارجی را به پذیرش فرمولی متقاعد سازد که اصل مزبور در آنها به نحو معلق شرط شده است. برای اطلاع بیشتر از این فرمول رک. صفحات پایانی این مقاله.

داخلی مجلس که خود قانون مهمی به شمار می‌رود لازم است تشریفات مقرر در باب نحوه تقدیم و تصویب لوایح در قوه قانونگذاری و حتی در هیئت دولت حکماً رعایت شود. گردش کار اجمالاً چنین است که وزارتخانه دخیل و ذی‌نفع در قضیه پس از اتمام مذاکرات اولیه و توافق درباره کلیه شروط و تعهدات قراردادی با طرف خارجی، در خصوص آخرین شرط پیشنهادی که عبارت از مکانیسم و نحوه حل و فصل دعاوی ناشی از اجرای قرارداد یا تفسیر تعهدات طرفین می‌باشد نتواند موافقت طرف مزبور را برای حکومت صلاحیت محاکم ایران در فرض بروز اختلاف جلب نماید و تنها جایگزین رجوع به داوری باشد، طی نامه‌ای به امضای عالیترین مقام وزارتخانه و ضمن ذکر جزئیات امر و احتمالاً دلایل و منافعی که پذیرش پیشنهاد طرف خارجی در باب داوری را توجیه می‌کند به‌عنوان رئیس جمهور یا معاون اول وی ارسال می‌دارد. پس از وصول نامه، مراتب حسب دستور از طریق دفتر هیئت دولت جهت بحث و بررسی به کمیسیون یا کمیسیونهای ذی‌ربط خصوصاً معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری ارجاع می‌شود. پس از بررسی کارشناسی و جمع‌بندی نظرات واصله از معاونتهای حقوقی سایر وزارتخانه‌ها، نظر واحدی جهت اتخاذ تصمیم نهایی به هیئت دولت ارسال می‌شود. چنانچه هیئت دولت در جلسه عمومی خود با پیشنهاد موافقت نماید آنگاه مراتب با دلایل توجیهی و پیوست مدارک و اسناد قرارداد طی لایحه‌ای به مجلس ارسال می‌شود. پس از وصول لایحه، به ترتیبی که در آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی پیش‌بینی شده وصول آن در صحن علنی مجلس رسماً اعلام می‌شود.^{۹۹} پس از آن، کمیسیون مربوط در هیئت رئیسه مجلس تعیین می‌شود^{۱۰۰} که معمولاً کمیسیون امور قضائی و حقوقی است. سپس، اداره قوانین مجلس نسبت به چاپ آن با ردیف و شماره خاصی که از این پس معرف لایحه تقدیمی می‌باشد اقدام نموده به ترتیب اولویت آن را در قالب لایحه یک شوری^{۱۰۱} جهت کار کارشناسی و اعلام نظر به کمیسیون مربوط ارسال می‌نماید. پس از وصول آن در کمیسیون، اینجا نیز به ترتیب اهمیت و تاریخ وصول، در دستور کار هفتگی کمیسیون قرار گرفته و در روز معین با دعوت از کارشناسان و متخصصین از وزارتخانه‌ها یا افراد مستقل موضوع بررسی شده و تصمیم لازم در قبول یا رد آن اعلام می‌شود. آنگاه، کمیسیون نیز طی گزارشی با رعایت تشریفات لازم موضوع را به هیئت رئیسه مجلس

۹۹. ماده ۱۴۴.

۱۰۰. ماده ۱۴۵.

۱۰۱. معمولاً، لوایح مزبور و نیز لوایح مربوط به معاهدات دو یا چندجانبه به‌صورت یک شوری می‌باشند به این صورت که پس از اعلام وصول در صحن علنی مجلس، به طریق عادی و ترتیب تاریخ وصول جهت بحث در جزئیات امر به کمیسیون مربوط ارجاع شده و پس از اظهارنظر کمیسیون، گزارش مربوط به طریق عادی به صحن علنی اعاده و در وقت معینه مورد بررسی نمایندگان قرار گرفته و رأی‌گیری به‌عمل می‌آید و نباید لوایح یک شوری را با لوایح دارای یک فوریت (موضوع ماده ۱۶۴) که آن هم یک شوری بوده ولی امر ارجاع و رسیدگی و تکثیر متن آنها در مجلس و کمیسیونها به‌طور فوق‌العاده و خارج از نوبت صورت می‌گیرد، اشتباه شود.

اعلام و حسب دستور صادره با رعایت اولویت طرحها و لوایح و نیز تاریخ وصول، در دستور جلسه هفتگی مجلس قرار گرفته و در روز و ساعت معین شده و به شرطی که طرحها و لوایح اولویت‌دار دیگری حسب درخواست تعداد معینی از نمایندگان جایگزین آن نشود، گزارش و نیز نظر کمیسیون توسط مخبر مربوط قرائت شده و رأی‌گیری به عمل می‌آید.^{۱۰۲}

بدین ترتیب، با توجه به لزوم تسریع در انعقاد قراردادها به دلیل زمانبندی طرحها و پروژه‌های مربوط به توسعه اقتصادی موردنظر قانونگذار و اینکه پروسه طولانی تصویب احتمالاً فرصتها و منافع مشروعی را که طرفین در انعقاد قرارداد به آن چشم دوخته‌اند از بین خواهد برد، آنان را وادار می‌کند که از انعقاد قرارداد که با صرف وقت و هزینه فراوان به مرحله نهایی و امضا رسیده چشم‌پوشی کنند و یا اینکه طرف ایرانی مجبور می‌شود بدون رعایت مقررات اصل ۱۳۹ به شرط داوری ضمن قرارداد تن دهد. البته در موارد بسیار نادری ممکن است عدم رعایت اصل مزبور حتی ناشی از عدم اطلاع، اهمال یا مسامحه مدیران و مسئولین مؤسسه دولتی و عمومی باشد.

با توجه به مراتب معروضه، لازم است در اصلاحاتی که هم‌اکنون در دوره هفتم مجلس شورای اسلامی در قانون مربوط به آیین‌نامه داخلی مجلس به منظور رفع مشکلاتی که در عمل پیش آمده و ماشین قانونگذاری را با کندی و مشکل مواجه کرده مقرراتی ناظر بر تسریع در تصویب لوایح مربوط به اجرای این اصل قانون اساسی، خواه از جهت نحوه وصول و ایصال آنها در مجلس و کمیسیونها و خواه فوریت آنها (مثلاً یک فوری یا دو فوری بودن آنها) به نحو خاص تصویب شود. البته، آیین‌نامه فعلی مجلس به شرح ماده ۱۶۹ به دولت این اجازه را می‌دهد تا ضمن لایحه تقدیمی اعمال اصل ۸۵ قانون اساسی متضمن واگذاری امر تصویب به کمیسیون حقوقی و قضائی را درخواست نماید که البته پذیرش آن منوط به تصویب در جلسه علنی است و عمل به همین طریق می‌تواند بسیار مشکل‌گشا باشد.

خوشبختانه، موضوع در سطح قوه مجریه تا حدودی تسهیل گردیده است. چه، هیئت دولت به موجب مصوبه شماره ۲۹۳۰۳/۱۹۷۵۵ ت ه مورخ ۱۳۷۷/۵/۷ با درک ضرورت سامان دادن به اجرای اصل ۱۳۹، ارجاع دعاوی داخلی به داوری را به وزرای عضو کمیسیون اقتصاد هیئت دولت تفویض کرده است مشروط بر اینکه وزرای مرتبط و دخیل در قرارداد موضوع داوری، در مباحث و تصمیم‌گیری کمیسیون اقتصاد دولت حضور داشته باشند.

در اینجا یادآوری دو نکته مهم ضروری است:

اولاً، بنا به اطلاع نگارنده، تاکنون موردی که از همان بدو امر (در فاصله بین مذاکرات

۱۰۲. در رابطه با نحوه بررسی طرحها و لوایح در مجلس و کمیسیونها رک. مواد ۱۴۵ الی ۱۵۰ قانون آیین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی.

قراردادی و قبل از امضا) درخواست موافقت با ارجاع اختلاف احتمالی به داوری از مجلس شورای اسلامی شده باشد مشاهده نگردیده است و آنچه در قالب لایحه در مجلس اعلام وصول شده و به کمیسیون مربوط ارجاع شده مربوط به دعوی پس از انعقاد قرارداد (به شرحی که خواهد آمد) بوده است. ضمناً، رویه دولت نیز تا این اواخر موافقت با کلیه موارد واصله از وزارتخانه‌ها و ارسال آنها به مجلس در قالب «لایحه اجازه ارجاع اختلافات بین (نام و مشخصات طرف ایرانی و خارجی) ... به داوری مثلاً اتاق تجارت بین‌الملل» بوده است.

ثانیاً، صرف‌نظر از مناقشاتی که بین حقوقدانان در خصوص مفهوم الفاظ و اصطلاحات به‌کار رفته در اصل ۱۳۹ از قبیل «دعوی»، «ارجاع» و غیره در گرفته است^{۱۰۳} و نیز قطع‌نظر از اینکه اصل موضوع بحث را بر مبنای نظریه نمایندگی تفسیر کنیم یا نظریه عدم اهلیت و یا هر نظریه دیگر، به نظر ما اطلاق اصل ۱۳۹ مقتضی کسب اجازه از مقامات صلاحیتدار قبل از انعقاد و امضای قرارداد است. مع الوصف، همان‌طور که شعبه ۲۵ دادگاه حقوقی یک تهران نیز به حق تأکید کرده، در صورت عدم رعایت این امر توسط مؤسسات عمومی و دولتی و نتیجتاً پذیرش شرط داوری، «تصویب (و/اجازه بعدی مقامات مزبور) اثر قهرقراضی یافته و رجوع به داوری را از ابتدا/ معتبر ساخته و بدان نفوذ حقوقی می‌بخشد». مفهوم این سخن آن است که امضا و انعقاد قرارداد داوری توسط مؤسسات یاد شده به لحاظ حقوقی همچون عقد فضولی یا حداقل در حکم آن می‌باشد ولی نفوذ و تأثیر عمل حقوقی انجام گرفته منوط به کسب اجازه است. چه، کلمه دعاوی به‌کار رفته در اصل مزبور هم شامل دعوا و اختلاف ایجاد شده است مانند موردی که قرارداد داوری به‌نحو فضولی منعقد شده و پس از بروز اختلاف بین طرفین،^{۱۰۴} از مقامات درخواست موافقت با داوری شود و هم شامل دعوا و نزاع احتمالی است که گفته شد اطلاق اصل مقتضی کسب اجازه پیش از انعقاد قرارداد داوری است.^{۱۰۵} و می‌دانیم هر دو طریق ارجاع اختلاف به داوری که امروزه در قوانین داوری غالب کشورها از جمله ایران از آنها تحت عنوان «موافقتنامه داوری» نام برده می‌شود، برابر مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ و خصوصاً بند «ج» ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ تجویز و پذیرفته شده است.^{۱۰۶}

۱۰۳. برای اطلاع از این نظریات رک. جنیدی، لایحه قانون حاکم در داوریهای تجاری بین‌المللی، صص ۷۷ به بعد بویژه صص ۸۲ و ۸۳.

104. A posteriori.

105. A Priori.

۱۰۶. به موجب این مقرر: «موافقتنامه داوری توافقی است بین طرفین که به موجب آن تمام یا بعضی اختلافاتی که... به وجود آمده یا ممکن است پیش آید، به داوری ارجاع می‌شود...».

بند سوم: وضع قانون عادی به منظور مجازات متخلفین از اصل ۱۳۹

راه حل یا پیشنهاد مزبور در واقع مبتنی بر این پیش فرض است که در شرایطی که هنوز فلسفه و علل وجودی اصل ۱۳۹ در صیانت از اموال عمومی و دولتی در مقابل تجاوز متجاوزین به بیت المال و ثروتهای عمومی باقی است یکی از راههای بازدارنده و مؤثر، وضع مقرراتی تحت عنوان قانون اجرای اصل ۱۳۹ قانون اساسی است. البته، در این قانون لازم است کلیه ابهامات برطرف گردد که بعضی از آنها به شرح ذیل می باشد:

- ۱- تعیین دقیق اموال عمومی و دولتی با ارجاع به قوانینی که به نظر قانونگذار متکفل بیان این نوع اموال هستند، به شرطی که خود قانون موجد ابهام جدیدی نباشد؛
- ۲- تعیین اینکه اجازه و تصویب دولت و مجلس باید پیشاپیش باشد یا پس از آن نیز به شرطی که شرط داوری مقید و منوط به رعایت اصل ۱۳۹ باشد، ممکن است یا خیر؛
- ۳- پروسه و چگونگی تصویب در هیئت دولت؛
- ۴- تعیین اینکه لوایح تقدیمی از سوی دولت مثلاً باید یک فوریتی یا دو فوریتی (بسته به نوع قرارداد از جهت مبلغ، ضرورت و اهمیت آن) باشد؛
- ۵- تعیین مجازات برای مباشرین و معاونین عدم رعایت اصل مزبور. مجازات معینه می تواند یک عنوان مجرمانه مستقل بوده و مجازاتهای مشخصی برای مرتکبین از قبیل انفصال موقت یا دائم یا حبس و یا جزای نقدی مقرر نماید و یا اینکه تحت یکی از عناوین قانون مجازات اسلامی قرار گیرد.

اگرچه تعیین مجازات ممکن است با این استدلال که انگیزه مدیران شرکتهای و سازمانهای دولتی را از بین ببرد، مورد انتقاد شدید کسانی قرار گیرد که در عرصه قراردادهای بین المللی جایی برای جرم و مجازات قائل نیستند ولی، مشاهده اقدامات بعضی مسئولین و مدیران دولتی که مؤسسات و سازمانهای دولتی و عمومی تحت اشراف خود را همچون حیاط خلوت خود تلقی می کنند و در حیف و میل اموال عمومی، ساخت و پاخت با شرکای خارجی به منظور مشروع جلوه دادن قراردادهای منعقد، دریافت و پرداخت کمیسیونها و حق دلالتی های غیرقانونی و امثالهم از هیچ اقدام و تخلفی فروگذار نمی کنند، چاره ای برای توصیه چنین قانونگذاریهایی باقی نمی گذارد، ضمن اینکه بدین ترتیب مجبور می شوند به وظایف قانونی خود عمل نمایند.

گفتار چهارم - پیشنهاد یک راهکار عملی به مؤسسات و سازمانهای دولتی

در شرایط فعلی که حذف یا اصلاح اصل ۱۳۹ به مصلحت نیست و یا به زمان و توجیهات قوی نیاز دارد و از سوی دیگر، طولانی بودن تشریفات طرح درخواست در دولت و مجلس با مصلحت مربوط به سرعت در انعقاد قراردادهای توسعه اقتصادی قابل جمع نیست،

خوشبختانه ملاحظه بعضی قراردادهای مهم که به دلیل بروز اختلاف بین طرفین در اجرای قرارداد علنی شده و در قالب لایحه اجازه ارجاع اختلاف به داوری به صحن علنی مجلس کشیده شده این امکان را فراهم آورده تا به ابداعی پرداخته شود که در قراردادهای مزبور در خصوص رعایت اصل ۱۳۹ از همان بدو انعقاد اتخاذ شده است. توضیح اینکه، در این قراردادها طرف ایرانی موفق شده است لازم/اجرا بودن شرط داوری را منوط و معلق به رعایت اصل موصوف نماید. البته، این نحو توافق می‌تواند به نوبه خود خطرات و مشکلاتی را برای طرف ایرانی به همراه داشته باشد. چرا که ممکن است داوران به لزوم رعایت تشریفات مقرر در اصل ۱۳۹ قبل از ورود در ماهیت توجه نکرده و به صرف وجود شرط داوری صلاحیت خود را مفروض و مسلم اعلام کنند. با این حال، در وضعیت فعلی تنها طریق جمع بین دو مصلحت فوق، تمسک به طریق یادشده می‌باشد، ضمن اینکه مؤسسه دولتی می‌تواند خود را از اتهام عدم رعایت قانون اساسی مبرا نماید. ذیلاً به دو مورد از این قراردادها پرداخته می‌شود:

بند اول: قرارداد منعقدۀ برای تأسیس کارخانه آلومینا با یک شرکت اروپایی^{۱۰۷}

در مناقصه مربوط به تأسیس کارخانه آلومینا^{۱۰۸} وابسته به یکی از وزارتخانه‌های ایران در سال ۱۳۷۰، یک شرکت اروپایی با مسئولیت محدود توانسته بود امتیاز احداث کارخانه را به دست آورده و در همان سال به عنوان پیمانکار مبادرت به انعقاد «موافقتنامه قرارداد شامل ۹ ماده و شش ضمیمه» با وزارتخانه مزبور جهت تولید بوکسیت به میزان ۲۸۰۰۰۰ متریک تن آلومینا در سال نماید. موافقتنامه، مطابق معمول قراردادهای از این نوع، دارای متنی به عنوان «شرایط عمومی پیمان یا قرارداد» بود. به موجب ماده ۸ موافقتنامه مقرر شده بود «حل و فصل اختلافات طبق بند ۳۵ شرایط عمومی قرارداد» به عمل آید. در این رابطه، بند ۱ ماده ۳۵ مقرر می‌کرد:

«هرگونه اختلاف، عدم توافق یا ادعای ناشی از قرارداد، فسخ و یا تفسیر این قرارداد و یا هر موضوع مرتبط دیگر چنانچه از طریق مذاکره دوستانه بین طرفین حل نشود بنا به درخواست هر دو طرف یا یکی از طرفین قرارداد به داوری ارجاع خواهد شد. داوری در ژنو، سوئیس، و مطابق آیین دادرسی مقید در مقررات داوری اتاق تجارت بین‌الملل، پاریس، برگزار و تحت حکومت قوانین ذکرشده در ماده ۳۰ شرایط عمومی قرارداد حل و فصل خواهد شد».

^{۱۰۷} بعضی از جزئیات قرارداد، پیوست «لایحه اجازه ارجاع اختلافات ناشی از قرارداد طرح آلومینا ... با شرکت ... به داوری» در ترتیب چاپ شماره ۱۲۶۶ مورخ ۸۱/۴/۲۶ اداره کل قوانین مجلس شورای اسلامی، سال سوم، دوره ششم قانونگذاری، ۱۳۸۱-۱۳۸۲ در دسترس همگان قرار دارد.

^{۱۰۸} موضوع قرارداد شامل تأمین تجهیزات، طراحی - مهندسی، انتقال دانش فنی، نظارت بر نصب، آموزش، نظارت بر راه‌اندازی بود.

مؤسسه ایرانی طرف قرارداد نه تنها موفق شده بود قانون ایران را به عنوان قانون قابل اعمال توسط داوران به قرارداد اصلی و نیز موافقتنامه داوری به طرف خارجی بقبولاند^{۱۰۹} بلکه، از طریق درج بند ۷ ماده ۳۵ دایره اعمال بند ۱ ماده ۳۵ را محدود و منوط به رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی کرده بود. مطابق این مقرر: «اجرای این ماده (بند ۱ ماده ۳۵) منوط به مقررات ماده (اصل) ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران خواهد بود». مضافاً، از باب ایضاح موضوع، طی بند ۸ ماده ۳۵ موافقتنامه مقرر شده بود:

«چنانچه مجلس شورای (اسلامی) ایران از اجازه ارجاع اختلاف یا هرگونه عدم توافق خاص یا ادعا به داوری به شرحی که فوقاً اشاره شد امتناع نماید، چنین اختلاف، عدم توافق یا ادعا تحت صلاحیت رسیدگی محکمه ایران قرار خواهد گرفت».

پس از بروز یکسری مشکلات^{۱۱۰} خصوصاً وجود ایراد اساسی در یکی از قسمتهای مهم کارخانه به نام واحد ۱۱ موسوم به واحد انحلال لوله ای که به دلیل طراحی و ساخت غلط شیرهای کنترل آن و نیز عدم رفع عیب توسط پیمانکار، رابطه قراردادی طرفین از حالت دوستانه خارج می شود، طرف ایرانی مبلغ ۲ میلیون دلار از ضمانتنامه بانکی تودیی از سوی شرکت را به دلیل عدم انجام تعهد قراردادی و راه اندازی به موقع و رفع عیب از واحد ۱۱ کارخانه ضبط می نماید که این امر منجر به اعتراض شرکت و نهایتاً ترک محل کارگاه توسط پرسنل و مدیران شرکت می شود. متعاقباً، طرف ایرانی بقیه ضمانتنامه حسن انجام کار به مبلغ ۲۴/۴ میلیون دلار را جهت رفع عیب و ادامه عملیات ضبط نموده و از اواسط مهرماه ۱۳۸۰ یک شرکت چینی به عنوان مشاور خارجی استخدام می شود تا معایب واحد ۱۱ و سایر واحدها را رفع نماید. با توجه به قطع رابطه کاری و قراردادی طرفین، شرکت اروپایی در تیرماه ۱۳۸۰ با استناد

۱۰۹. مطابق ماده ۳۰: «قرارداد و کلیه اسناد قرارداد در تمامی جنبه های آن تحت قوانین جمهوری اسلامی ایران و در سایه این قوانین تفسیر، قرائت و اداره خواهد شد».

۱۱۰. بدو، پس از توافق طرفین به حل و فصل اختلافات ناشی از تأمین مبلغ ارزی پروژه در سال ۱۹۹۴ و ۱۹۹۵، پیمانکار متعهد می شود کارخانه را تا تاریخ ۲۵ دی ماه ۱۳۷۸ (۱۵ ژانویه ۲۰۰۰) راه اندازی و تحویل نماید. در تاریخ مقرر پس از بررسیهای لازم، طرف ایرانی متوجه ایراد اساسی در یکی از قسمتهای مهم کارخانه به نام واحد ۱۱ یعنی واحد انحلال لوله ای می گردد که به دلیل طراحی و ساخت غلط شیرهای کنترل واحد یادشده، غیرقابل استفاده بودن آن را به پیمانکار اعلام می نماید و ظاهراً پیمانکار در مهلت اعطایی موفق به رفع عیب نمی شود. مجدداً، برابر توافق به عمل آمده بین طرفین در سال ۱۳۷۹ به پیمانکار مهلت داده می شود تا جهت رفع عیب واحد ۱۱ اقدام و در تاریخ ۱۳۸۰/۷/۱۵ کارخانه را جهت تولید قطعی و تضمینی تحویل دهد. همزمان، علی رغم پرداخت مبلغ ۲۵۷ میلیون دلار به شرکت اروپایی و تعهد به پرداخت ۷ میلیون دلار بقیه در ازای انجام باقیمانده فعالیت های مربوط به راه اندازی و تکمیل به صورت فایل استون (پرداخت در قبال انجام فعالیت های مشخص)، طرف ایرانی در قبال مطالبه شرکت با این استناد که شیرهای کنترل به صورت سالم و با استاندارد مطلوب تحویل نگردیده است ادعای وی را رد و شرکت پیمانکار نیز با این عنوان که نیاز به مطالعه و اصلاح شیرهای کنترل معیوب است راه اندازی کارخانه را به مدت یک سال دیگر به تأخیر می اندازد.

به بند ۱ ماده ۳۵ «شرایط عمومی قرارداد» که مطابق ماده ۸ موافقتنامه، حاکم بر حل و فصل اختلافات فیما بین بوده مبادرت به تقدیم درخواست داورى به دیوان بین المللی اتاق تجارت ICC نموده و اعاده ضمانتنامه و سود آن، بازگشت به کار جهت اتمام طرح، عدم به کارگیری مشاور خارجی دیگر و نیز محکومیت طرح تولید آلومینا به دلیل انتشار شایعات علیه اعتبار و شهرت شرکت را تقاضا می نماید.

کارخانه آلومینا از طریق مراجع مسئول طی نامه ای به اتاق تجارت بین الملل، با استناد به بند ۲ ماده ۶ مقررات داورى اتاق^{۱۱۱} و با اعلام اینکه قرارداد داورى میان طرفین مشروط به اعمال مقررات اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است به صلاحیت دیوان اعتراض و قرارداد داورى را به دلیل عدم حصول قید یادشده غیرنافذ اعلام می نماید. دیوان داورى بین المللی اتاق تجارت نیز با اعلام اینکه صلاحیت اتاق ظاهراً و اجمالاً (*prima facie*) در قرارداد منعقد قید شده و اینکه تصمیم نهایی در خصوص صلاحیت مطابق بند ۲ ماده ۶ مرقوم با هیئت داورى منتخب خواهد بود، رسیدگی به ایراد را به دیوان داورى محول می کند.

متعاقباً، طرفین داوران خود را معرفی و چون در خصوص تعیین سرداور توافق به عمل نمی آید، مطابق بند ۳ ماده ۳۵ شرایط عمومی قرارداد، سرداور توسط رئیس اتاق تجارت بین الملل تعیین و معرفی می شود. با تنظیم صورتجلسه مربوط به وظایف و مأموریت داوران در جلسه ۱۰ اسفند ۱۳۸۰، طرف ایرانی از هیئت داورى درخواست می کند در اجرای بند ۷ ماده ۳۵ شرایط عمومی قرارداد، به منظور اخذ مجوزهای مندرج در اصل ۱۳۹ قانون اساسی، داورى معلق و متوقف شود که این امر از سوی هیئت داورى رد شده ولی درخواست دیگر طرف ایرانی مبنی بر تفکیک رسیدگی به ماهیت و صدور رأی مقدماتی در خصوص صلاحیت مورد قبول واقع می شود. در تاریخ ۱۱ و ۱۲ تیرماه ۱۳۸۱ هیئت داورى بنا به درخواست طرف ایرانی مبنی بر رسیدگی نسبت به ایراد عدم صلاحیت جهت استماع دلایل و شهود طرفین تشکیل جلسه داده و پس از استماع اظهارات و دلایل طرفین، اعلام می نماید هیئت داورى قصد دارد رأی خود در مورد صلاحیت را حداکثر تا مهرماه ۱۳۸۱ صادر کند و اینکه از ۱۲ تیرماه به بعد هیچ لایحه ای را از ناحیه طرفین در مورد صلاحیت نخواهد پذیرفت.

از همین جا، مسئولین طرح آلومینا در وقت باقیمانده با این استدلال که سرداور سوئیسی در خصوص مشروط بودن توافق داورى با به تأخیر انداختن تصمیم به شرح فوق در واقع به آنان

۱۱۱. مطابق این مقرر که از اول ژانویه ۱۹۹۸ لازم الاجرا می باشد، چنانچه «... یکی از طرفین به یک یا چند ایراد مرتبط با وجود، اعتبار یا محتوای قرارداد داورى متمسک شود، دیوان داورى بین المللی اتاق، بدون پیش داورى در خصوص قابل پذیرش بودن یا صحت این ایراد یا ایرادات و به شرطی که اجمالاً نظرش بر این باشد که وجود یک قرارداد داورى که مقررات داورى اتاق را ملاک حل و فصل دعوا قرار داده ممکن و موجود است، می تواند تصمیم بگیرد که داورى برگزار خواهد شد. در چنین فرضی، این حق دیوان داورى منتخب خواهد بود که هرگونه تصمیمی را در خصوص صلاحیت خود اتخاذ نماید ...».

مهلت داده تا تصمیم مجلس را نفیاً یا اثباتاً قبل از انقضای فرجه یادشده اخذ و به هیئت داورى ارائه نمایند، مبادرت به تسلیم لایحه‌ای از طریق هیئت دولت تحت عنوان «لایحه اجازه ارجاع اختلافات ناشی از قرارداد طرح آلمینا ... با شرکت ... به داورى» به مجلس شورای اسلامی نموده و درخواست می‌کنند نظر مجلس تا پایان شهریور سال ۱۳۸۱ اعلام شود زیرا در غیر این صورت تأخیر زمانی نامعقول در اخذ مجوزهای لازم، از نظر هیئت داورى به منزله نفی حق دادخواهی شرکت اروپایی تلقی و موجب به خطر افتادن حقوق حقه طرح تولید آلمینا خواهد شد. پس از اعلام وصول لایحه در جلسه علنی مجلس و ارجاع آن به کمیسیون قضائی، کمیسیون مزبور نیز با حضور کارشناسان و مسئولین طرح آلمینا و پس از بحث و تبادل نظر، با ارجاع دعوا به داورى مخالفت کرده و در واقع بر بند ۱ ماده ۳۵ موافقتنامه که صلاحیت محاکم ایران در فرض عدم تجویز مراجعه به داورى از سوی مجلس را مفروض اعلام کرده، صحه می‌گذارد. بالاخره، تصمیم و گزارش کمیسیون قضائی در جلسه علنی مجلس شورای اسلامی مطرح و تصمیم کمیسیون با اکثریت آراء به تصویب می‌رسد.^{۱۱۲}

آنچه قابل ذکر و در عین حال جالب است اینکه دیوان داورى علی‌رغم استناد طرف خارجی (خواهان) به اصل متخذ از رویه داوران بین‌المللی مبنی بر غیرقابل‌پذیرش بودن ادعای عدم اعتبار قرارداد داورى با استناد به ممنوعیت مراجعه به داورى ناشی از مقررات داخلی خواننده، استدلال طرف ایرانی مبنی بر عدم صلاحیت دیوان در رسیدگی به دعوای مطروحه را مورد پذیرش قرارداده و خصوصاً پس از مرور و اشاره به آرای مختلفی که در رد اصل ۱۳۹ توسط داوران بین‌المللی و بعضی محاکم خارجی صادر گردیده، اعلام می‌کند:

«مع‌ذلک، قرارداد حاضر کاملاً و به‌طور مبنایی با قراردادهای موضوع آرای یادشده متفاوت است. در هیچ‌یک از آنها اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران یا مقررات مشابه آن مثل قرارداد حاضر در شرط داورى ادغام نشده بود (تا اجرای شرط منوط و مقید به رعایت و اجرای اصل مزبور گردد). بنابراین، قضیه حاضر باید از آرای مورد اشاره کاملاً متمایز و تفکیک شود».

چه، همان‌طور که دیوان در فراز دیگری از رأی خود متذکر شده، بندهای ۷ و ۸ ماده ۳۵ قرارداد منعقد قلمرو اجرای بند ۱ همان ماده ناظر بر صلاحیت اتاق تجارت بین‌الملل را مشروط و مقید به رعایت اصل ۱۳۹ کرده و به این اعتبار، اصل مرقوم نه شرط اعتبار قرارداد داورى (آن‌طور که خواهان مدعی است) بلکه شرط اعمال و اجرای قرارداد بوده است، به خصوص اینکه عدم تصویب مجلس موجب استقرار صلاحیت محاکم ایران قرار داده شده است.

۱۱۲. رک. روزنامه رسمی، مذاکرات جلسه علنی مجلس شورای اسلامی، شماره ۱۶۸۷۵، جلسه ۲۸۲، صص ۲۴ و ۲۵.

بند دوم: قرارداد منعقدہ بین یک شرکت صنایع چوب ... و یک کنسرسیوم

خارجی^{۱۱۳}

بہ موجب قرارداد مورخ ۱۳۷۰/۲/۱۴ یک کنسرسیوم متشکل از چہار شرکت متعہد بودہ کلیہ کارہای مربوط بہ طراحی ، مہندسی ، ساخت ، تأمین تجهیزات و قطعات یدکی ، نظارت بر عملیات ، نصب و راہاندازی و آموزش پرسنل ، آزمایشہای اثبات ظرفیت و نیز رفع نواقص مستند بہ خود و تعہدات دوران گارانتی مربوط بہ احداث یک مجتمع تولید کاغذ را بہ اتمام رساند .

در این قرارداد ، بہ شرح مادہ ۳۷ مقررات مفصلی در دہ بند تحت عنوان « حل و فصل اختلافات و داوری » مورد توافق طرفین قرار گرفتہ بود . در بند ۱ آن بدو طرفین مکلف شدہ بودند در فرض بروز ہرگونہ اختلاف یا عدم توافق در تفسیر یا مفہوم ہر مادہ ای از قرارداد ، نہایت تلاش و سعی خود را جہت حل اختلاف از طریق مذاکرہ مستقیم و تفاہم بہ عمل آورند و چنانچہ اختلاف و تعارض ادامہ یافت ، ہر طرف شخصی را جہت مذاکرہ و حل اختلاف معرفی نماید . در فرض عدم توفیق ، این دو نفر شخص سوم بی طرفی را مشترکاً انتخاب نمایند تا مجتمعاً بہ رفع مشکل اقدام کنند . چنانچہ تلاش ہر سہ نفر نیز ظرف شش ماہ منتج بہ نتیجہ ای نشد ، در آن صورت بہ شرحی کہ خواہد آمد بہ داوری مراجعہ نمایند (بند ۱-۱ مادہ ۳۷) .

آنگاہ پس از ذکر جزئیات دیگری در خصوص نحوہ و زمان مراجعہ بہ داوری ، کیفیت ادامہ و اجرای تعہدات متقابل ناشی از قرارداد حتی در جریان داوری و سایر مسائل بہ شرح بند ۲ الی ۷ ، بالاخرہ در بند ۸ توافق کردہ اند : « داوری در شہر نوشتاتل سوئیس مطابق قواعد و اساسنامہ اتاق تجارت بین الملل برگزار و کل جریان دادرسی نیز بہ زبان انگلیسی خواہد بود . حقوق حاکم و قابل اعمال مطابق مادہ ۳۶ خواہد بود » .^{۱۱۴}

با وجود این ، بند ۹ مقررہ مورد بحث در انطباق با لزوم رعایت اصل ۱۳۹ مقرر داشتہ

است :

« تصویب پیشاپیش پارلمان جمہوری اسلامی ایران جہت امکان ارجاع اختلاف بہ داوری مورد بحث ضروری و لازم است . شرکت (ایرانی) متعہد خواہد بود چنین مصوبہ ای را تحصیل نماید و پیمانکار نیز با ارائہ مدارک و مستندات لازم بہ این امر مساعدت خواہد کرد » . و بلافاصلہ بہ شرح بند ۱۰ همان مادہ مقرر شدہ : « چنانچہ مصوبہ پارلمان ظرف ۱۲ ماہ کسب نشود ، اختلاف جہت حل و فصل نہایی بہ محکمہ صالح جمہوری اسلامی ایران ارجاع خواہد شد » .

۱۱۴ . بعضی جزئیات قرارداد ، پیوست « لایحہ اجازہ ارجاع اختلافات بین شرکت صنایع چوب ... و کنسرسیوم موضوع قرارداد ... مورخ ۱۳۷۰/۲/۱۴ بہ داوری اتاق تجارت بین الملل » طی ترتیب چاپ شمارہ ۳۳۳ ادارہ قوانین مجلس شورای اسلامی ، دورہ ہفتم قانونگذاری - سال اول ، مورخ ۱۳۸۳/۶/۳ تقدیم مجلس شورای اسلامی گردیدہ است .
۱۱۴ . متأسفانہ ، در پیش نویس لایحہ و ضامنت ، متن مادہ ۳۶ منعکس نشدہ است .

در راستای اجرای قرارداد، موارد اختلاف متعددی بروز می‌کند که عمدتاً ناشی از طراحی ناقص، عدم حصول شاخصهای مورد تضمین کنسرسیوم و همچنین عدم ایفای تعهدات قراردادی بوده به‌طوری‌که مجتمع را مجبور نموده بود مبالغ معتنا بهی را جهت حل مقطعی معضلات و جرایم ناشی از تأخیر و جرایم کمی و کیفی محصولات به حساب کنسرسیوم بپردازد، خصوصاً معایب زیست‌محیطی که عدم رفع آنها می‌تواند تعطیلی کارخانه را به‌دنبال داشته باشد.

گزارش مجتمع حکایت از آن دارد که چون هدفش فراهم بودن اجتماعی کامل، بدون نواقص عمده و قابل اطمینان مطابق شرایط قراردادی بوده بنابراین، با اتخاذ مواضع انعطاف‌پذیر، طرف خارجی را ترغیب به رفع نواقص و تکمیل کار کرده و حتی جهت نشان دادن حسن نیت از حق قراردادی خود مبنی بر ضبط ضمانتنامه‌های حسن انجام کار استفاده نکرده است. متأسفانه، کنسرسیوم نه تنها همکاری لازم را به‌عمل نیاورده بلکه مبادرت به طرح دعوا به خواسته ۷۲ میلیون دلار در دیوان بین‌المللی داوری اتاق تجارت نموده است. این درحالی است که اواسط سال ۸۱ پیشنهاد کرده بود در قبال نواقص و اختلافات موجود با پرداخت مبلغ ۶/۷ میلیون مارک مصالحه شود!

با طرح موضوع در اتاق تجارت بین‌الملل، مجتمع از یک سو از مراجع مسئول می‌خواهد موضوع را نزد دیوان مزبور پیگیری نماید، که در همین راستا، مرجع مربوط نیز طی لایحه‌ای عدم صلاحیت دیوان را اولاً به‌دلیل طی نشدن مرحله میانجیگری مقدماتی پیش‌بینی شده در قرارداد و ثانیاً مشروط و معلق بودن صلاحیت اتاق تجارت بین‌الملل به تصویب و پذیرش شرط داوری از سوی مجلس شورای اسلامی با استناد به بند ۲ ماده ۶ اساسنامه اتاق، اعلام می‌نماید. و از سوی دیگر، از طریق وزارت مربوط موضوع را جهت اخذ مجوز از مجلس به هیئت دولت منعکس می‌کند که پس از بررسی و اخذ نظر از کارشناسان و وزارتخانه‌ها، با نظر موافق لایحه‌ای تحت عنوان «لایحه اجازه ارجاع اختلافات بین شرکت صنایع چوب ... و کنسرسیوم موضوع قرارداد... مورخ ۱۳۷۰/۲/۱۴ به داوری اتاق تجارت بین‌الملل» تهیه و به مجلس ارسال می‌شود.

به هر تقدیر، علی‌رغم اینکه در وضعیت فعلی پذیرش شرط داوری و لازم‌الاجرا بودن آن به‌نحو معلق و مشروط بر تصویب و اجازه مجلس شورای اسلامی، تنها طریق ممکن برای جمع بین دو مصلحت مربوط به لزوم تسریع در انعقاد قراردادهای توسعه اقتصادی و رعایت تشریفات مقرر در اصل ۱۳۹ معرفی شد ولی باید توجه داشت که اولاً، با توجه به پذیرش جهانی اصل مربوط به اختیار داوران بین‌المللی در صدور حکم به صلاحیت خود، مستبعد نیست داوران موصوف در مواردی به این امر که صلاحیتشان منوط به موافقت یک حاکمیت باشد واقعی ننهاد و به‌صرف وجود شرط داوری صلاحیت خود را احراز و اعلام نمایند. ثانیاً، به هنگام قید لزوم رعایت اصل ۱۳۹ در قرارداد منعقد، لازم است به ترکیب عبارات و کلمات به‌کار رفته توجه

کافی مبذول شود تا- همان‌طور که در قضیه کارخانه آلومینا از نظر گذشت و دیوان دآوری رسیدگی‌کننده نیز در عدم صلاحیت خود بر روی آن انگشت گذاشته بود- رعایت اصل موصوف قید لازم/لا جراً بودن شرط دآوری تلقی شود و نه قید صلاحیت داوران. چرا که بدین‌وسیله هرگونه شائبهٔ مربوط به نفی اصل اختیار داوران در اظهارنظر و صدور حکم بر صلاحیت خود از بین می‌رود. ثالثاً، نفی و رد منظم لوایح مربوط به دآوری توسط مجلس شورای اسلامی، نه تنها موجب می‌شود رویهٔ پیشنهادی به مؤسسات ایرانی مبنی بر منوط کردن لزوم شرط دآوری به رعایت اصل ۱۳۹ لوث شده و در دراز مدت به مثابهٔ شرط لغو تلقی شود، مضافاً تمایل و رغبت طرفهای خارجی در پذیرش چنین قیدی را از بین خواهد برد.

نتیجه

به هر تقدیر، به‌نظر می‌رسد در حقوق دآوری ایران اعم از ملی و بین‌المللی، باید بین دو مورد از داوریه‌ها قائل به تفکیک شد: موردی که اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی حل دعاوی و اختلافات خود را به دآوری بین‌المللی واگذار می‌کنند و موردی که مؤسسات و سازمانهای دولتی ایرانی در قراردادهای منعقد شده شرط صلاحیت دآوری ملی یا بین‌المللی را قید می‌کنند. در قسم اول پذیرش صلاحیت دآوری در عرض صلاحیت قضائی و در نتیجه تعلیق جریان رسیدگی و حتی صدور عدم صلاحیت قابل دفاع به‌نظر می‌رسد. چه، تراضی بر صلاحیت داور یا داوران منتخب متعلق اراده افراد خصوصی بوده و با منافع عمومی و حاکمیت دولتها چندان تلاقی و تنافی ندارد. این امر با تصویب قانون دآوری تجاری بین‌المللی خصوصاً ماده ۸ آن صراحت بیشتری یافته است. با وجود این، بحث در خصوص دامنه و شمول صلاحیت دآوری و مطلق بودن آن با توجه به مشروط بودن صلاحیت موصوف به درخواست یکی از طرفین تا پایان اولین جلسه دادگاه و همچنین نیاز دآوری به مداخله مراجع قضایی در موارد چندی از جمله صدور قرار تأمین و نصب داور طرف ممتنع و مانند آن مفتوح است. ولی، در دآوری قسم دوم به‌دلیل برخورد موضوع با منافع عمومی و حاکمیتی و با توجه به اصل ۱۳۹ قانون اساسی پذیرش اصل صلاحیت دآوری در حقوق ایران با مانع و ایراد جدی مواجه است و به همین دلیل نمی‌توان و نباید از اصل پذیرفته شده در دآوری بین‌المللی مبنی بر غیرقابل قبول بودن استناد به مقررات داخلی جهت نفی صلاحیت داوران بین‌المللی تمکین نمود.

سیر تحول حقوق مؤلف در جامعه بین‌المللی

محسن قاسمی *

فهرست مطالب

۴	چکیده
۵	مقدمه
۶	بخش اول: کنوانسیون برن ۱۸۸۶
۶	الف: تاریخچه و کلیات
۷	ب: آثار مورد حمایت
۸	۱- اهمیت شکل و صورت خارجی اثر
۸	۲- حصری نبودن موارد مذکور
۹	۳- ذکر آثار علمی در کنار آثار ادبی و هنری
۹	۴- ویژگی آثار هنری کاربردی
۱۰	۵- آثار مشتق شده
۱۰	۶- متون رسمی و آثار شفاهی
۱۲	ج: اصول حمایت از آفرینش‌های علمی، ادبی و هنری
۱۲	۱- اصل رفتار ملی
۱۷	۲- اصل حمایت بدون تشریفات
۱۷	۳- اصل خلاقیت و نوآوری

*. دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران و عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی.

۱۸	د: انواع حقوق پدیدآورنده
۱۹	۱- حقوق غیرمالی یا اخلاقی
۲۱	۲- حقوق مالی
۲۵	هـ: مدت حمایت از حقوق پدیدآورنده
۲۶	و: مقررات وضع شده به نفع کشورهای در حال توسعه
۳۰	بخش دوم: کنوانسیون جهانی ژنو ۱۹۵۲
۳۰	الف: علل انعقاد
۳۱	ب: آثار مورد حمایت
۳۱	ج: اصول حمایت از آثار علمی، ادبی و هنری
۳۱	۱- اصل رفتار ملی
۳۲	۲- اصل تشریفات
۳۲	د: حقوق پدیدآورندگان و محدودیت‌های آن
۳۳	هـ: مدت حمایت از حقوق پدیدآورنده
۳۴	بخش سوم: کنوانسیون جهانی پاریس ۱۹۷۱
۳۴	الف: علل انعقاد
۳۵	ب: آثار مورد حمایت
۳۵	ج: اصول حمایت از آثار علمی، ادبی و هنری
۳۵	د: حقوق پدیدآورنده و محدودیت‌های آن
۳۷	هـ: مدت حمایت
۳۷	بخش چهارم: موافقتنامه تریپس ۱۹۹۴
۳۷	الف: علل انعقاد
۳۹	ب: ارتباط با کنوانسیون‌های حق مؤلف
۳۹	ج: آثار مورد حمایت
۴۰	د: اصول حمایت
۴۱	هـ: حقوق پدیدآورندگان
۴۲	و: مدت حمایت
۴۳	ز: مقررات مربوط به کشورهای در حال توسعه

۴۴	الف: علل انعقاد
۴۴	ب: نوآوری‌های این معاهده
۴۴	۱- توسعه آثار ادبی، هنری تحت حمایت
۴۴	۲- توسعه حقوق پدیدآورندگان
۴۵	۳- تعهدات کشورهای عضو
۴۵	نتیجه‌گیری

چکیده

سیر تحول قواعد بین‌المللی حقوق مؤلف نشان می‌دهد که جامعه بین‌المللی سعی دارد در عین تأمین حداکثر حقوق پدیدآورندگان آثار فکری، علمی، ادبی و هنری، بهره‌مندی تمام کشورهای جهان از دست‌آوردهای مادی و معنوی این‌گونه پدیده‌ها را که برای پیشرفت و توسعه ملت‌ها در زمینه‌های گوناگون اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و سیاسی ضروری و لازم است، تضمین نماید:

۱- با پرهیز از ارائه تعریفی ثابت از آثار علمی، ادبی و هنری و با اکتفا به ذکر تمثیلی مصادیق شایع این پدیده‌ها، امکان حمایت از تمام انواع جدید این‌گونه آفرینش‌های فکری فراهم شده است.

۲- با وضع اصل رفتار ملی، لزوم مساوات و پرهیز از تبعیض در حمایت از آثار خارجی مورد تأکید قرار گرفته است.

۳- کشورهای متعاهد اصولاً حق عدول از حداقل‌های تعیین شده برای حمایت از حقوق مالی و غیرمالی پدیدآورندگان را ندارند.

۴- با پیش‌بینی کردن حق شرط (رزرو) در برخی موارد و نیز وضع تدریجی و پیشرونده مقررات قابل توجه به نفع کشورهای در حال توسعه، زمینه‌الحاق آنها به کنوانسیون‌های بین‌المللی حقوق مؤلف، بیش از پیش فراهم شده است.

مقدمه

رشد و گسترش حیرت‌انگیز آفرینش‌های فکری، علمی، ادبی و هنری در سده‌های اخیر، تحول و پیشرفت وسایل و ابزار انتشار، تکثیر، اطلاع‌رسانی و ارتباطات و نیز توسعه مبادلات فرهنگی میان کشورها، جامعه بین‌المللی را بر آن داشت که در سطح فراملی، اقدام به پیش‌بینی قواعد حقوقی لازم برای حمایت از حقوق مالی و معنوی پدیدآورندگان این‌گونه آثار فکری نماید و در این راستا، در سالهای ۱۸۸۶، ۱۹۵۲ و ۱۹۷۱ سه کنوانسیون بین‌المللی برن، ژنو و پاریس در مورد حقوق مؤلف^۱ انعقاد یافت و سپس موافقتنامه «تریپس» راجع به جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت فکری به سال ۱۹۹۴ طی سند نهایی مذاکرات دور اروگوئه به مجموعه مقررات سازمان تجارت جهانی اضافه گردید و سرانجام در سال ۱۹۹۶، معاهده حقوق مؤلف (کپی‌رایت) سازمان جهانی مالکیت فکری (WIPO) منعقد گردید.

در حال حاضر شمار زیادی از کشورها به تمام یا برخی از این کنوانسیون‌ها و معاهده و موافقتنامه مزبور پیوسته‌اند و برخی نیز بنا به عللی هنوز به آنها ملحق نشده‌اند و کشورمان نیز یکی از آنها است. حال آنکه اولاً مشارکت در زندگی بین‌المللی و زیستن در جامعه جهانی کنونی به‌عنوان عضوی مؤثر و فعال منوط به پذیرش و رعایت نظم حقوقی عقلایی حاکم در آن است، ثانیاً حمایت از حقوق پدیدآورندگان ایرانی آثار فکری علمی، ادبی و هنری در سطح بین‌المللی جز با پیوستن به کنوانسیون‌ها و معاهدات و موافقتنامه‌های بین‌المللی حق مؤلف امکان‌پذیر نخواهد شد و ثالثاً پیش‌شرط عضویت کشورها در سازمان تجارت جهانی (W.T.O) پذیرش موافقتنامه «تریپس» است و الحاق به سایر کنوانسیون‌ها و معاهدات بین‌المللی حق مؤلف نیز می‌تواند به حصول اجماع برای پذیرش ایران در این سازمان، کمک کند.

از این‌رو در نوشتار حاضر تلاش می‌کنیم سیر تحول موازین و قواعد حقوقی بین‌المللی حاکم بر آفرینش‌های فکری، علمی، ادبی، هنری را با تکیه بر کنوانسیون برن که شالوده و اساس سایر کنوانسیون‌ها و معاهدات و موافقتنامه‌های بین‌المللی حق مؤلف است بررسی نماییم.^۲

۱. Droit d'auteur = Copyright.

۲. حقوق مالکیت صنعتی و تجاری که نوع دیگری از آفرینش‌های فکری است و اختراعات و طرح‌ها و علائم صنعتی و تجاری را در بر می‌گیرد از موضوع این نوشتار خارج است. برای مطالعه تفصیلی در این نوشتار رک. دکتر عبدالحمید شمس، حقوق مالکیت بر علائم تجاری و صنعتی، ج ۱، سمت، ۱۳۸۲.

بخش اول کنوانسیون برن ۱۸۸۶

الف: تاریخچه و کلیات

این کنوانسیون که در ۹ سپتامبر ۱۸۸۶ در برن^۳ منعقد گردید، منجر به افول قراردادهای دو جانبه حمایت از حقوق پدیدآورندگان آثار فکری ادبی و هنری شد و خود به عنوان یک سند بین المللی معتبر و مستحکم، نقش تضمین کننده حقوق مالی و غیرمالی ناشی از این گونه آفرینش های فکری را به عهده گرفت.

این سند که ادامه دهنده راه و هدف انجمن ادبی و هنری بین المللی تأسیس شده در ۱۸۷۸ میلادی است،^۴ سطح بالاتری از حمایت را به پدیدآورندگان اعطاء کرده و تضمین بیشتر و موثرتری فراهم ساخته است. فلسفه وجودی این کنوانسیون را «کلود مازویه»^۵ چنین بیان کرده است:

«گسترش و پیشرفت مستمر ابزار و وسایل انتشار، تکثیر و استفاده از آثار فکری و نیز توسعه و تحول مبادله فرهنگی بین کشورها، مستلزم این بود که حقوق پدیدآورنده نه تنها از طریق قوانین داخلی، بلکه در سطح بین المللی نیز مورد حمایت قرار گیرد و کنوانسیون برن این هدف را برآورده کرد چرا که مطابق اصول مندرج در آن، آثار پدیدآورندگان هر یک از کشورهای عضو در سایر کشورهای عضو کنوانسیون، همانند پدیدآورندگان داخلی مورد حمایت قرار می گیرند».^۶

اصولاً قواعد مندرج در کنوانسیون برن الزام آور بوده و کشورهای عضو نمی توانند در داخل قلمرو خود از آنها عدول کنند مگر در موارد خاصی که حق رزرو (شرط) پذیرفته شده باشد. متن اصلی این کنوانسیون از زمان انعقاد تاکنون به کرات مورد تجدید نظر قرار گرفته است که از اهم آنها می توان سند برلن ۱۹۰۸،^۷ سند رم ۱۹۲۸،^۸ سند بروکسل ۱۹۴۸،^۹ سند استکهلم ۱۹۶۷،^{۱۰} و سند پاریس ۱۹۷۱ را^{۱۱} نام برد.^{۱۲}

3. Berne.

4. Association littéraire et artistique internationale en 1878.

5. Claude Masouyé.

6. C.Masouyé, Guide de la convention de Berne, Genève, O.M.P.I., 1978, p. 5.

7. Acte de Berlin.

8. Acte de Rome.

9. Acte de Bruxelles.

10. Acte de Stockholm.

11. Acte de Paris.

این نکته قابل ذکر است که گرچه سند ۱۸۸۶ اصل رفتار ملی را در برداشت اما انجام تشریفات حاکم در کشور مبدأ اثر را لازم دانسته بود و قواعد مربوط به حقوق حداقل نیز فقط حق ترجمه را در بر می گرفت، اما تجدید نظرهای بعدی به منظور اصلاح نقایص و تقویت حمایت از حقوق پدیدآورندگان صورت گرفت، در نتیجه به سال ۱۹۰۸، اعضاء کنوانسیون برن در شهر برلن بر حذف اصل لزوم رعایت تشریفات توافق کردند، در سند رم به سال ۱۹۲۸، حقوق غیرمالی پدیدآورنده نیز پذیرفته شد و حق مالی پخش رادیویی^{۱۳} نیز به حقوق مالی اضافه گردید، در سند ۱۹۴۸ بروکسل، مدت حمایت از اثر، ۵۰ سال پس از مرگ پدیدآورنده مقرر گردید و حق تعقیب^{۱۴} نیز در سند گنجانده شد. در سند سال ۱۹۶۷ استکهلم، گسترش جغرافیایی کنوانسیون در اولویت قرار گرفت و منجر به تصویب پروتکلی به نفع کشورهای در حال توسعه گردید و سرانجام اینکه قواعد کلی ماهوی مربوط به حمایت از کشورهای در حال توسعه و نیز شناسایی حق تکثیر و نسخه برداری^{۱۵} در سند سال ۱۹۷۱ پاریس، درج گردید.^{۱۶} هم اکنون اساساً سند پاریس حاکم است و مورد استناد قرار می گیرد اما برخی کشورهای عضو، کماکان عضو سند رم یا بروکسل یا برلن باقی مانده اند. مقر کنوانسیون برن در ژنو بوده و اداره کننده آن، سازمان جهانی مالکیت فکری (O.M.P.I.) است.^{۱۷}

ب: آثار مورد حمایت

براساس بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون برن، اصطلاح «آثار ادبی و هنری»^{۱۸} شامل تمام تولیدات ادبی، علمی و هنری صرف نظر از چگونگی شکل و صورت تجلی و ظهور آنهاست: آثاری نظیر کتاب، بروشورها و دیگر نوشته ها، کنفرانس ها، نطق ها،^{۱۹} وعظها،^{۲۰} آثار داستانی «دراماتیک»، موزیکال - دراماتیک، ترکیب های موزیکال همراه با کلام یا بدون کلام،

12. H. Desbois, Caractères essentiels de la révision de Bruxelles de la convention de Berne, in Mélanges Marcel Plaisant, Sirey, Paris, 1960, p. 239.

13. Radiodiffusion.

14. Droit de suite.

15. reproduction.

16. C. Masouyé, La convention de Berne depuis Stockholm: in Revue internationale de droit d'auteur, Janvier 1984, p. 3.

17. Organisation mondiale de la propriété intellectuelle = (WIPO): Word Intellectual Property Organisation.

18. Oeuvres littéraires et artistique.

19. Allocutions.

20. Sermons.

آثار مربوط به رقص^{۲۱} و پانتومیم‌ها، آثار سینمایی و آنچه توسط روش‌های شبه سینمایی تولید شده است،^{۲۲} آثار طراحی،^{۲۳} نقاشی،^{۲۴} معماری،^{۲۵} مجسمه‌سازی،^{۲۶} گراور، لیتوگرافی، آثار عکاسی و آنچه توسط روش‌های مشابه آن تولید می‌شود، هنرهای ظریف و کاربردی،^{۲۷} تصویرها،^{۲۸} نقشه‌های جغرافیایی، طرح‌ها و نقشه‌ها،^{۲۹} کروکی‌ها و آثار تجسمی^{۳۰} مربوط به جغرافی، توپوگرافی (نقشه‌برداری)، آثار معماری و علمی همگی از مصادیق آثار فکری تحت حمایت کنوانسیون برن هستند.

۱- ب- ملاحظات مربوط به بند ۱ ماده ۲

این مقرره مستلزم ملاحظات گوناگونی است که به اختصار مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱- اهمیت شکل و صورت خارجی اثر^{۳۱}

همچنان‌که در نظام‌های حقوقی داخلی نیز پذیرفته شده است،^{۳۲} تجسم خارجی فکر و اندیشه در قالب صورت و شکل متناسب، شرط حمایت از آثار است و چنان‌که «کلود مازوبه» می‌گوید، باید فکر و اندیشه به واسطه کلمات، نت‌ها، طرح‌ها و نظایر آن، تجلی و ظهور یابد چه این تجلی و ظهور است که قابل حمایت شدن است نه نفس اندیشه و فکر محض بدون آنکه صورت خارجی محسوس به خود گرفته باشد.

۲- حصری نبودن موارد مذکور در این بند

آنچه که به‌عنوان مصادیق آثار هنری و ادبی در این بند ذکر شده است، من باب تمثیل بوده و جنبه حصری ندارد. فلسفه این امر که مورد اقتباس بسیاری از سیستم‌های حقوقی داخلی قرار گرفته^{۳۳} این است که اشکال و صور جدیدی که به واسطه پیشرفت‌های علمی و فنی از زمان

21. Chorégraphiques.

22. Cinématographie.

23. Dessin.

24. Peinte.

25. Architecture.

26. Sculpture.

27. Arts appliqués.

28. Illustrations.

29. Plans.

30. Plastique.

31. Forme.

۳۲. صفایی، دکتر سید حسین، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، ج ۱، نشر میزان، ۱۳۷۵، ص ۷۲.

۳۳. از جمله در حقوق ایران، ماده ۲ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان ۱۳۴۸.

تصویب کنوانسیون به بعد به وجود می‌آیند و نیز آثار غیر قابل دریافت به وسیله چشم و گوش که به آنها فکر نمی‌شد ولی می‌توانند محصول فکر و اندیشه بشری به‌شمار آیند (نظیر عطرها)، خودبخود در زمره آثار تحت حمایت کنوانسیون قرار می‌گیرند.^{۳۴}

۳- ذکر آثار علمی در کنار آثار ادبی و هنری

اصطلاح آثار ادبی و هنری، آثار علمی را نیز در برمی‌گیرد چرا که این‌گونه آثار نیز محصول فکر و اندیشه‌اند و به محض آنکه شکل قابل حمایت به خود بگیرند مشمول این کنوانسیون واقع می‌گردند.

۴- ویژگی آثار هنری ظریف (کاربردی)^{۳۵}

درخصوص آثار هنری ظریف (کاربردی)، بند ۷ ماده ۲ مقرر داشته است که «قانونگذاران کشورهای عضو کنوانسیون می‌توانند حیطه اجرای قوانین ناظر به آثار کاربردی نظیر طرح‌ها و مدل‌های صنعتی و نیز شرایط حمایت از این آثار را با لحاظ مقررات مواد ۷-۴ این کنوانسیون تنظیم و تحدید نمایند. درخصوص آثار مورد حمایت منفرد نظیر طرح‌ها و مدل‌ها در کشور مبدأ نمی‌توان در دیگر کشورهای عضو چیزی جز حمایت خاص اعطا شده به این طرح‌ها و مدل‌ها در کشور مبدأ را درخواست نمود، با این همه، اگر چنین حمایت خاصی در کشور مبدأ صورت نگرفته باشد، این آثار همانند آثار هنری مورد حمایت خواهند بود».

این مقرر خاص به واسطه این واقعیت است که نظام‌های حقوقی داخلی اختلاف مشهودی با یکدیگر دارند:

برخی از دولتها دارای رژیم یا رژیم‌های خاصی در مورد این نوع آفرینش‌های فراگیر فکری هستند و برخی دیگر رژیمی جامع و فراگیر پیرامون حقوق مالکیت ادبی و هنری دارند که آفرینش‌های فکری مذکور را هم در برمی‌گیرد. از این‌رو کنوانسیون برای رعایت این اختلافات قانونگذاران ملی را مخیر کرده است. از این امر چنین استنباط می‌شود که اگر تنها یک رژیم خاص در مورد هنرهای کاربردی (ظریف و اجرایی) در کشور مبدأ پیش‌بینی شده باشد، عمل متقابل الزامی است و در نتیجه نمی‌توان از دیگر دول عضو کنوانسیون درخواستی اضافه داشت، زیرا این امر که اثر مورد نظر در کشور خارجی بیشتر از کشور مبدأ مورد حمایت قرار گیرد یا تابع رژیم حقوقی متفاوتی باشد قابل قبول به نظر نمی‌آید.

برعکس، کنوانسیون دغدغه و اهتمام خود درخصوص حمایت حداقل از این آثار را نشان

34. Claude Colombet, op.cit., p. 141-142.

35. Arts appliqués.

می‌دهد زیرا در ادامه ماده مزبور مقرر داشته است:

«هنگامی که کشور مورد نظر، حمایت خاصی در مورد طرح‌ها و مدل‌ها ندارد، باید که آثار مربوط

به هنرهای کاربردی را حداقل به واسطه حقوق عام پدیدآورنده حمایت کند».^{۳۶}

۵- آثار مشتق شده^{۳۷}

بند‌های ۲ و ۳ ماده ۲ که ترجمه‌ها،^{۳۸} اقتباس‌ها،^{۳۹} تنظیم موسیقی^{۴۰} و دیگر اشکال تغییر یافته یک اثر هنری یا ادبی و نیز مجموعه‌های آثار ادبی و هنری نظیر دائرة المعارف‌ها^{۴۱} و گلچین‌ها^{۴۲} را همانند اصل اثر به شرط عدم اضرار به حقوق پدیدآورنده مورد حمایت قرار می‌دهند جدای از بند ۱ آن نیستند. چنین آثار مشتق شده از اصل یک اثر نیز مورد حمایت کنوانسیون هستند، چرا که متضمن نوعی خلاقیت، نوآوری و آفرینشند.

۶- متون رسمی و آثار شفاهی^{۴۳}

در بند ۴ ماده ۲ پیش‌بینی شده است که خود دول عضو کنوانسیون می‌توانند حمایت لازم برای متون رسمی از نوع تقنینی، اداری یا قضائی و نیز ترجمه‌های رسمی این نوع متون را فراهم نمایند.

به‌طور کلی این نوع متون به خاطر ضرورت بهره‌مندی عموم مردم از آنها از مشمول حمایت قوانین، رویه‌های قضائی و عرف‌های داخلی نمی‌شوند.

درخصوص آثار شفاهی نیز طبق بند ۱ ماده ۲ مکرر، دول عضو می‌توانند، به‌طور کلی یا جزئی، گفتارها، سخنان سیاسی و سخنان اظهار شده طی محاکمات قضائی را استثناء کرده و از حمایت آنها صرف نظر کنند.

همچنین دول عضو مختارند که شرایط انتشار مطبوعاتی یا پخش رادیویی کنفرانس‌ها، نطق‌ها، وعظ‌ها و انواع دیگر آثار را تعیین نمایند و آنها را تابع رژیم خاصی قرار دهند به شرطی که استفاده مورد نظر از این آثار به‌واسطه هدف اطلاع‌رسانی موجه باشد. قانونگذاران ملی اغلب از این اختیار استفاده کرده‌اند.

36. Ibid.

37. Dérivées.

38. Traduction.

39. Adaption.

40. Arrangement du musique.

41. Encyclopédie.

42. Anthologie.

43. Textes officiels – oeuvres orales.

به عنوان مثال در فرانسه، طبق قانون ۱۱ مارس ۱۹۵۶، استثنایی موقت نسبت به حق پدیدآورنده درخصوص برخی گفتارها و سخنان پیش‌بینی شده و این استثناء از هنگامی واقع می‌شود که چنین سخنانی توسط مطبوعات یا تلویزیون به منظور اطلاع‌رسانی روزآمد، منتشر یا پخش می‌شوند.

کنوانسیون همچنین پیش‌بینی می‌کند که علی‌رغم مختار بودن قانونگذاران داخلی در مقرر کردن معافیت کامل یا جزئی از رعایت حقوق پدیدآورنده، وی از حق انحصاری جمع‌آوری آثار شفاهی مزبور در یک مجموعه برخوردار است.

همچنین اخبار روز یا وقایع گوناگونی که ویژگی اطلاع‌رسانی مطبوعاتی دارند مورد حمایت کنوانسیون نیستند. (بند ۸ ماده ۲) زیرا کنوانسیون بر این باور است که این تلاش‌های ذهنی چنان نیست که بتوان آنها را اثری فکری دانست. با این همه، قاعده مزبور، مقالات ماهوی چاپ شده در مطبوعات که متضمن اندیشه و تفکر درخصوص واقعیت و وضع موجود بوده و مظهر شخصیت پدیدآورنده خود هستند را شامل نمی‌گردد.

سرانجام اینکه طبق بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون برن، قانونگذاران داخلی کشورهای عضو می‌توانند مقرر کنند که آثار ادبی و هنری یا یکی یا تعدادی از مقولات گوناگون میان آنها مادام که محمل و تجسم مادی^{۴۴} نیافته‌اند (مثلاً نوشته یا ضبط نشده‌اند) و صرفاً شفاهی‌اند از حمایت حقوقی برخوردار نمی‌گردند.

چنین آزادی و اختیاری نتیجه اجتناب ناپذیر وجود برداشت‌های آشتی‌ناپذیر و غیرقابل جمع از برخی واژه‌ها و اصطلاحات است:

برخی بر این باورند که یک اثر ادبی یا هنری آنگاه هویت یافته، شناسایی گردیده و با آثار دیگر خلط نمی‌شود که تجسم مادی پیدا کرده و از حالت شفاهی خارج شده باشد، اما برخی دیگر بر این عقیده‌اند که استقرار مادی نباید شرط حمایت از اثر تلقی گردد چراکه پیدایش و آفرینش یک اثر فکری مستقل از تجسم مادی آن است.

لازم به ذکر است که در قانون نمونه تونس که مورد اقتباس دسته‌ای از کشورهای در حال توسعه نیز قرار گرفته است^{۴۵} چنین اختیاری پیش‌بینی گردیده اما با این استثناء که آثار فرهنگ عامه (فولکلور)^{۴۶} ذاتاً مورد نقل شفاهی قرار می‌گیرد و اساساً نمی‌توان نسبت به آن شرط

44. Matérialisation.

45. Revue de droit d'auteur, Genève, O.M.P.I, 1976, p. 169 – Bulletin de droit d'auteur, Paris, UNESCO, Vol X, N. 2, 1976, p. 10.

46. Folklore.

تجسم مادی را مقرر نمود.^{۴۷}

ج: اصول حمایت از آفرینش‌های فکری

در کنوانسیون برن اصول مهمی از آفرینش‌های فکری حمایت می‌کنند که در این مقام به شرح آنها می‌پردازیم.

۱- اصل رفتار ملی (هماندی آثار خارجی با داخلی)^{۴۸}

طبق بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون برن، پدیدآورندگان آثار مورد حمایت این کنوانسیون در کشورهای عضو غیر از کشور مبدأ اثر، از همان حقوق داده شده به آثار ملی توسط قوانین داخلی برخوردار هستند، چه این حقوق در حال حاضر وجود داشته باشد یا اینکه بعداً به وجود آمده و اعطاء گردد.

چنانکه مشاهده می‌شود، در این متن، اصل همانندی آثار خارجی با آثار ملی و داخلی از حیث برخورداری از حقوق مالی و غیرمالی، مقرر شده است. قاعده مندرج در ماده مذکور مستلزم تشریح و تبیین است، زیرا از یک سو فقط آثاری را شامل است که به واسطه آنها پدیدآورنده مورد حمایت کنوانسیون واقع شده و از سوی دیگر حمایت مزبور صرفاً در کشورهای عضو غیر از کشور مبدأ اثر پیش‌بینی شده است، بنابراین در اینجا با دو محدودیت روبرو هستیم.

۱-۱- محدودیت اول را ماده ۳ کنوانسیون چنین مقرر داشته است:

«پدیدآورندگانی که مورد حمایت این کنوانسیون هستند از این قرارند:

الف) پدیدآورندگان تبعه هر یک از کشورهای عضو نسبت به آثار منتشر شده و نشده؛
ب) پدیدآورندگانی که تبعه هیچ یک از کشورهای عضو کنوانسیون نیستند نسبت به آثار منتشر شده برای اولین بار در یکی از کشورهای عضو یا به‌طور همزمان در کشور عضو و یک کشور غیر عضو».

چنانکه مشاهده می‌شود، در این ماده دو ضابطه مختلف درخصوص حمایت از آثار و اجرای اصل رفتار ملی مقرر شده است:

- ۱- ضابطه ملیت (تابعیت) پدیدآورنده که ضابطه‌ای شخصی است.^{۴۹}
- ۲- ضابطه اولین انتشار که نوعی یا عینی است.^{۵۰}

47. Claude Colombet, op.cit., p. 142-144.

48. Principe d'assimilation d'unioniste au national.

49. Nationalité (critère personnel ou subjectif).

اگر پدیدآورنده، از اتباع یکی از کشورهای عضو باشد آثار او تحت حمایت کنوانسیون قرار می‌گیرد و الا نخستین انتشار اثر او باید در یکی از کشورهای عضو یا همزمان در یکی از کشورهای عضو و غیرعضو صورت گرفته باشد.

بنابراین، در اولین فرض فقط تابعیت پدیدآورنده ملاک است اما در دومین فرض، باید دید که محل انتشار نخستین اثر در کجا بوده است.^{۵۱} باید اضافه کرد که در فرض نخست، طبق بند ۲ ماده ۳ کنوانسیون، سکونت مستمر و معمول در یک کشور^{۵۲} همانند تابعیت آن تلقی شده است. در کنوانسیون، اصطلاح «سکونت معمول» ترجیح داده شده است زیرا هنگام بروز اختلاف به آسانی و سهولت تشخیص داده می‌شود، حال آنکه مفاهیمی نظیر اقامتگاه^{۵۳} چنین نیستند و در هر کشوری مفهوم و ضابطه حقوقی خاص خود را دارند.^{۵۴} باید توجه داشت که استفاده از ضابطه دوم، مستلزم تبیین مفهوم انتشار^{۵۵} است که در اینجا بدان می‌پردازیم.

در این خصوص، بند ۳ ماده ۳ کنوانسیون مقرر می‌دارد:

«مقصود از آثار منتشر شده، آثار چاپ شده با رضایت پدیدآورنده صرف‌نظر از چگونگی و نحوه

تکثیر^{۵۶} نسخه‌های آن است، به این شرط که عرضه این نسخه‌ها چنان باشد که نیازهای معقول و متعارف^{۵۷} عموم را به لحاظ ماهیت اثر تأمین نماید.

نمایش^{۵۸} آثار نمایشی،^{۵۹} نمایشی - موزیکال یا سینمایی،^{۶۰} اجرای یک اثر موسیقی، نقل عمومی و دکلمه یک اثر ادبی، انتقال و پخش رادیویی آثار ادبی و هنری، نمایش یک اثر هنری و ساختن یک اثر معماری، انتشار محسوب نمی‌گردد».

این متن که مندرج در نسخه تجدید نظر شده در استکهلم است، مستلزم ملاحظات گوناگونی است:

50. Critère réel ou objectif.

51. Claude Masouyé, Guide de la convention de Berne, p. 28.

52. Résidence habituelle.

53. Domicile.

54. Claude Colombet, Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, Litec et UNESCO, Paris, 1990, p. 138.

55. Publication.

56. Reproduction.

57. Raisonnable.

58. Représentation.

59. Dramatique.

60. Cinématographique.

اولاً نسخه‌های اثر باید تکثیر شده باشند و ثانیاً در اختیار عموم قرار گرفته باشند به نحوی که نیازهای متعارف ایشان را کفایت نماید.^{۶۱}

مفهوم نیازهای متعارف عمداً مبهم گذاشته شده تا قابلیت انطباق با نیازهای جدید را داشته باشد.^{۶۲}

با این همه، مفهوم آثار منتشر شده، مواردی از قبیل فرستادن کپی واحد از یک فیلم به یک جشنواره بدون نمایش آن در سالن‌های سینمایی را شامل نمی‌شود، به‌طور مثال درخصوص فیلم‌ها باید این امر را که تولیدکنندگان نسخه‌های آن را در اختیار سالن‌های سینما قرار داده‌اند به دقت بررسی شود تا وقوع انتشار محقق و مسلم گردد.^{۶۳}

و سرانجام اینکه، انتشار باید با رضایت پدیدآورنده صورت گرفته باشد، این یک امر بدیهی است اما بدین خاطر تصریح شده که انتشار ناشی از جعل و تقلب را از شمول حمایت کنوانسیون خارج سازد.^{۶۴}

بررسی این شروط نشان می‌دهد که مفهوم انتشار در کنوانسیون برن بسیار مضیق‌تر از مفهومی است که در بسیاری از قوانین داخلی به آن داده شده است. مثلاً در کشور فرانسه، نمایش یک اثر و بسیاری از موارد اشاره شده در بند ۳ ماده ۳ کنوانسیون برن، از مصادیق انتشار دانسته شده است.^{۶۵} و در حقوق ایران نیز طبق ماده ۲۲ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب سال ۱۳۴۸، علاوه بر نشر و چاپ و پخش، اجرا نیز همانند انتشار تحت شمول قانون به شمار آمده است. از سوی دیگر باید توجه داشت که کنوانسیون به تعریف انتشار اکتفا نکرده و انتشار همزمان^{۶۶} را نیز مدنظر قرار داده است، مفهومی که امکان اعمال اصل رفتار ملی را هنگام انتشار همزمان یک اثر در کشور عضو و کشور غیر عضو فراهم می‌سازد.

طبق این قاعده آزادمنشانه که در بند ۴ ماده ۳ کنوانسیون برن آمده است، هر اثری که در دو یا چند کشور ظرف مدت زمان ۳۰ روز پس از نخستین انتشار، منتشر شده باشد، انتشار همزمان به شمار می‌آید.

61. S. Durrande, La notion de publication dans les conventions internationales: in Revue internationale de droit d'auteur. Janvier 1982, p. 73.

62. مفهوم‌گرایی (Conceptualisme) که براساس آن برای واژه‌ها و اصطلاحات، یک معنای معین قطعی و ثابت قائل می‌شوند اصولاً موجب رکود و جمود است زیرا مانع انطباق قوانین و مقررات موجود با تحولات اجتماعی شده و زمینه صدور آراء و نظریات نامعقول و نامنصفانه را فراهم می‌سازد: اویوراستالی براس و بولاک آلن، فرهنگ اندیشه نو، ترجمه جمعی از مترجمان، چ ۱، مازیار، تهران، ۱۳۶۹، واژه مفهوم‌گرایی.

63. Claude Masouyé, Guide de la convention de Berne, p. 30.

64. Claude Colombet, *op.cit.*, p. 138.

65. *Ibid.*, p. 139.

66. publication simultané.

باید توجه داشت که ماده ۴ کنوانسیون، ضوابط جایگزین شونده‌ای را مقرر کرده که از یک سو آثار سینمایی و از سوی دیگر آثار معماری را در برمی‌گیرد. براساس این ماده، حتی اگر شرایط پیش‌بینی شده در ماده ۳ فراهم نباشد (شرایط عمومی حمایت از آثار) کنوانسیون باز هم قابلیت اعمال شدن در برخی موارد را دارد: درخصوص فیلم‌ها، فرض مدنظر قرار گرفته است که در آن، فیلم در یک کشور عضو کنوانسیون منتشر و پخش نشده و پدیدآورنده آن نیز تبعه یا ساکن در کشورهای عضو نباشد، در این حالت، کافی است که تولید کننده، دارای مقر^{۶۷} یا سکونت مستمر و معمول در یکی از کشورهای عضو باشد، در نتیجه صرفاً کشور متبوع تولید کننده (و نه پدیدآورنده) است که جانشین می‌شود.

این مقرر در واقع امتیازی است در جهت حمایت از تعداد بیشتری از فیلم‌ها و چنین توجیه می‌شود که حقوق مربوطه هرچند اصالتاً و اساساً اختصاص به خالق اثر هنری دارد اما در تصرف و ید تولیدکننده تمرکز یافته است.^{۶۸} در مورد آثار معماری^{۶۹} و نیز یکسری آثار گرافیکی و تجسمی^{۷۰} هم باید گفت که فایده طرح آنها نیز گسترش و توسعه حمایت از آثار غیرمنقول در کشورهای عضو است: به خاطر ویژگی غیرمنقول و ثابت بودن این گونه آثار در سرزمین تحت قلمروی یک کشور عضو کنوانسیون است که این قبیل آثار به‌طور موثرتر و کامل‌تری مورد حمایت قرار می‌گیرند.^{۷۱}

۲-۱. برای اعمال محدودیت دوم ابتدا باید به تعیین کشور مبدأ^{۷۲} پرداخت. این امر در بند ۴ ماده ۵ مورد توجه قرار گرفته است و چنانکه برخی گفته‌اند مبنا و شاه کلید اجرای اصول مبنایی فوق به شمار می‌آید،^{۷۳} زیرا مکمل و متمم منطقی قواعد ارتباط است.^{۷۴}

طبق بند ۴ ماده ۵ کنوانسیون:

«کشورهایی که مبدأ به شمار می‌آیند از این قرارند:

الف) اگر اولین انتشار اثر در کشوری از اعضاء کنوانسیون باشد، این کشور مبدأ خواهد بود، با

67. Siège.

68. Ibid.

69. œuvres d'architecture.

70. œuvres plastiques.

71. Ibid.

72. Pays d'origine.

73. Claude Masouyé, Guide de la convention de Berne, p. 37.

74. Règles de rattachement.

این همه اگر اثر همزمان در تعدادی از کشورهای عضو منتشر شده باشد که مدت حمایت در آنها متفاوت است کشوری که کمترین مدت حمایت را مقرر داشته است، مبدأ به شمار می‌آید.
(ب) در مورد آثار منتشر شده به‌طور همزمان در یک کشور غیرعضو و یک کشور عضو، کشور عضو مبدأ خواهد بود.

(ج) در مورد آثار منتشر نشده و نیز آثار منتشر شده برای اولین بار در یک کشور غیرعضو بدون انتشار همزمان در یک کشور عضو، کشور عضوی که پدیدآورنده از اتباع آن است، مبدأ خواهد بود. با این همه:

(۱) اگر آندسته از آثار سینمایی مطرح باشد که تولید کننده آنها دارای مقر یا محل سکونت دائم در یک کشور عضو است، کشور مبدأ، کشور اخیر خواهد بود.

(۲) اگر آن دسته از آثار معماری مطرح باشد که در یک کشور عضو ساخته شده یا آثاری مطرح باشد که از هنرهای گرافیکی و تجسمی نصب شده در ملک غیرمنقول واقع در یک کشور عضو است، این کشور مبدأ خواهد بود».

در اینجا لازم است دو استثناء وارد بر این ضوابط را بررسی نماییم:

اولین استثناء شامل آثار سینمایی است: طبق بند الف ماده ۴ کنوانسیون، کشور مبدأ براساس مقر شرکت تولیدکننده یا محل سکونت دائم تولیدکننده تعیین می‌گردد، زیرا علاوه بر دلایلی که درخصوص ضابطه ارتباط مورد استناد قرار گرفت این واقعیت غیرقابل انکار است که بسیاری از پدیدآورندگان آثار، دارای تابعیت مختلف هستند، از این‌رو لحاظ تابعیت و ملاک قراردادن آن، مشکلات زیادی را برای کشور مبدأ ایجاد خواهد کرد.

دومین استثناء شامل آثار معماری ساخته شده در یک کشور عضو یا آثار هنری گرافیکی و تجسمی منضم شده به مال غیرمنقول واقع در یک کشور عضو است: طبق بند ب ماده ۴، کشور مبدأ همین کشور خواهد بود و این امر به علت ویژگی مال غیرمنقول و ثابت بودن موقعیت جغرافیایی آن است.^{۷۵}

طبق بند ۳ ماده ۵، حمایت از اثر در کشور مبدأ مطابق قوانین داخلی و ملی صورت می‌گیرد، لذا حمایت از آن کاملاً خارج از حیطه کنوانسیون است.

با این همه این اصل دارای یک استثناء است:

هنگامی که پدیدآورنده، از اتباع کشور مبدأ اثر نباشد و در عین حال مورد حمایت

75. W. Nordemann, De la détermination du pays d'origine selon la convention de Berne in Revue internationale de droit d'auteur, Juiller 1984, p. 3.

کنوانسیون باشد، همان حقوقی را خواهد داشت که پدیدآورنده تبعه آن کشور داراست.^{۷۶}
چنانکه «هنری دبو» گفته است:

«به واسطه این مقرر، پدیدآورنده‌ای که برای نخستین بار اثرش را در یک کشور عضو کنوانسیون منتشر می‌کند و در عین حال از اتباع آن نیست و در آنجا محل سکونت دائم نیز ندارد، از اصل رفتار ملی برخوردار خواهد شد گرچه مقنن داخلی این کشور قائل به تبعیض بین اتباع خود و خارجیان باشد».^{۷۷}

۲- اصل حمایت بدون تشریفات^{۷۸}

گرچه سند ۱۸۸۶ کنوانسیون برن، رعایت تشریفات مربوطه در کشور مبدأ اثر را برای قابل حمایت بودن آن لازم دانسته بود (اموری نظیر ثبت، ارسال اظهارنامه ثبتی و گواهی‌نامه رسمی، پرداخت عوارض و مالیات و...) اما در سند ۱۹۰۸ برلن، این شرط حذف گردید و اصل حمایت بدون تشریفات، مقرر و تثبیت شد.^{۷۹}
این اصل گام موثری برای تسهیل و تسریع حمایت از آثار فکری و جلوگیری از تضییع حقوق پدیدآورندگان و همگام با جنبش تشریفات‌زدایی از اعمال حقوقی در قرون ۱۹ و ۲۰ بود.
اما در کنوانسیون جهانی حق مؤلف در ژنو به تاریخ ۱۹۵۲، مجدداً اصل لزوم رعایت تشریفات در کشور مبدأ برقرار گشته است و ظاهراً مسئله کنترل و نظارت دولت‌ها بر این‌گونه آثار و تحصیل برخی منافع ناشی از عوارض و مالیات‌ها، انگیزه اصلی آن بوده است.^{۸۰}

۳- اصل خلاقیت و نوآوری

براساس ماده ۲ کنوانسیون برن، وجود خلاقیت در اثر و به عبارت دیگر، برخورداری آن از نوعی نوآوری که محصول تلاش ذهنی و فکری پدیدآورنده است، شرط اساسی حمایت از آثار فکری است و این آثار نباید حاصل تقلید و کپی‌برداری از دیگران باشد.
اما باید توجه داشت که ملاک نوآوری شخصی است نه مطلق و عینی، به عبارت دیگر کافی است که شخص پدیدآورنده تقلید نکرده باشد گرچه دیگری نیز قبلاً یا همزمان با او اثری همانند اثر وی پدیدآورده باشد.

76. Claude Colombet, op.cit., p. 140.

77. H. Desbois, Le droit d'auteur en France, Dalloz, Paris, 1978, p. 942.

78. Claude Colombet, op.cit., p. 136 et 144.

79. Antiformalisme.

80. H. Desbois, A. Francon, A. Kerever, Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins, Dalloz, Paris, 1976, n. 85-93.

از سوی دیگر، توجه به این نکته نیز لازم است که ارزش هنری، ادبی و یا علمی اثر، شرط حمایت از آن نیست یعنی ممکن است مثلاً کتابی فاقد ارزش علمی لازم تشخیص داده شود اما از آنجا که دارای نوآوری و خلاقیت بوده و حاصل تقلید نیست مورد حمایت کنوانسیون قرار خواهد گرفت.^{۸۱}

د: انواع حقوق پدیدآورنده

طبق اصل کلی حاکم بر حقوق پدیدآورنده که در بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون برن مندرج است، بهره‌مندی (تمتع) از این حقوق و استیفاء آنها تابع هیچ‌گونه تشریفاتی نیست. این اصل با برخی از سیستم‌های حقوقی که اهمیت زیادی برای تشریفات قائل‌اند در تعارض بوده و مانع الحاق آنها به کنوانسیون برن است، لکن چنانکه «کلود مازویه» می‌گوید:

«آنچه در این مقام مطرح است شناسایی حق و دامنه حمایت از آن است نه شیوه‌های گوناگون محتمل و ممکن درخصوص تمتع و بهره‌مندی از حقوق شناخته شده، بنابراین نباید فرم و شکل را با تشریفات^{۸۲} خلط کرد:

سیستم‌های داخلی می‌توانند مثلاً لزوم استفاده از قراردادهای نمونه جهت تنظیم شرایط استفاده از آثار فکری را پیش‌بینی نمایند بدون اینکه این امر تشریفات تلقی گردد. آنچه که اهمیت دارد این است که آیا شرط یا شرایط مزبور در واقع شرط تمتع و استیفاء از حق هستند یا خیر».^{۸۳}

مقصود وی این است که تنها در صورتی می‌توان شکل و فرم پیش‌بینی شده را تشریفات و مانع الحاق کشور مزبور به کنوانسیون دانست که این شکل شرط تمتع و استیفاء حق باشد. و اما حقوق پدیدآورنده را می‌توان به دو دسته کلی ناشی از کنوانسیون و ناشی از قوانین ملی تقسیم کرد و ما به حقوق ناشی از کنوانسیون برن که موضوع بحث حاضر است خواهیم پرداخت و به ذکر این نکته اکتفا می‌کنیم که صرف‌نظر از حقوق ناشی از کنوانسیون، مابقی حقوق مالی و غیرمالی پدیدآورندگان آثار فکری، طبق قوانین داخلی هر یک از کشورهای عضو حسب مورد، تعیین می‌گردد به عبارت دیگر، هر یک از کشورهای عضو موظف‌اند کلیه حقوق پیش‌بینی شده برای اتباع خود را به اتباع سایر کشورهای عضو کنوانسیون نیز اعطاء نمایند (اصل رفتار ملی).

۸۱. مری بث پیتزر (Miss Mary Beth Peters)، مقاله مفاهیم اساسی حقوق مؤلف و حقوق وابسته به آن، ترجمه ذبیح‌الله اولاد، مجله دیدگاه‌های حقوقی دانشکده علوم قضائی و خدمات اداری، ش ۱۶-۱۵، پاییز و زمستان، ۱۳۷۸، ص ۹.

82. Formalité.

83. Claude Masouyé, op.cit., p. 35.

حقوق ناشی از کنوانسیون حداقل‌هایی هستند که کلیه کشورهای عضو ملزم به رعایت آنها بوده و اصولاً حق تخطی از آنها را ندارند مگر آنکه از حق رزرو پیش‌بینی شده در موارد معین استفاده کرده باشند.

این حقوق به دو دسته غیرمالی (اخلاقی یا معنوی)^{۸۴} و مالی^{۸۵} تقسیم می‌گردند.

۱- حقوق غیرمالی (معنوی)

طبق بند ۱ ماده ۶ مکرر کنوانسیون برن «مستقل از حقوق مالی پدیدآورنده و حتی پس از انتقال (زوال) این نوع حقوق، وی حق حفظ نام خود بر اثر، پاسخگویی و مقابله با هرگونه تغییر شکل،^{۸۶} تحریف^{۸۷} یا دیگر تعرضات به اثر و نیز مقابله با هرگونه ایراد لطمه به آن که منجر به لطمه دیدن شهرت^{۸۸} و یا شرف و افتخار^{۸۹} پدیدآورنده شود را دارد».

بدین ترتیب، دو مورد از حقوق معنوی باید به‌طور آمرانه به پدیدآورنده اعطاء شود و به عبارت دیگر کشورهای عضو موظف‌اند این دو نوع حق غیرمالی را به وی اعطاء نمایند: حق حفظ نام خود بر اثر و حق حفظ خود اثر.

پدیدآورنده این حق را دارد که اثر و محصول فکری خود را انحصاری و منفرد نگه دارد و از تغییر هویت و تحریف و ضایع شدن اثر خود به‌واسطه الحاقات،^{۹۰} حذفیات^{۹۱} یا تغییرات^{۹۲} جلوگیری نماید.

اما کنوانسیون اشاره‌ای به حق افشاء (اشاعه) اثر^{۹۳} نکرده است زیرا در میان کشورها نسبت به آن اتفاق نظر وجود ندارد و مورد مخالفت بسیاری از کشورها واقع شده است، حال آنکه در مواردی نظیر جلوگیری از توقیف اثر چاپ نشده از سوی طلبکاران پدیدآورنده بسیار مفید است.

84. Droits moraux.

85. Droits patrimoniaux.

86. Déformation.

87. Mutilation.

88. Réputation.

89. Honneur.

90. Adjunction.

91. Suppression.

92. Modifications.

93. Divulgateion:

به عقیده برخی از حقوقدانان، آفرینش فکری تا قبل از اشاعه و در دسترس عموم قرار گرفتن، مالیت نداشته و لذا قابل توقیف برای استیفاء طلب از سوی طلبکاران پدیدآورنده نیست.

همچنین در کنوانسیون اشاره‌ای به حق رجوع و انصراف^{۹۴} نگردیده است. اما در مورد مدت زمان حمایت از حقوق غیرمالی در بند ۲ ماده ۶ مکرر کنوانسیون چنین مقرر شده است:

«حقوق شناخته شده برای پدیدآورنده در بند ۱ فوق، بعد از مرگ وی نیز حداقل تا زمان زوال حقوق مالی، حفظ شده و توسط اشخاص یا مؤسسات صالح طبق قوانین ملی کشوری که حمایت از آن خواسته شده است اجرا خواهد گردید. با این همه، کشورهایی که قوانین حاکم و مجری در آنها به هنگام تصویب سند کنوانسیون یا الحاق به آن، حاوی مقررات تضمین کننده حمایت از اثر بعد از مرگ پدیدآورنده نیست می‌توانند مقرر کنند که برخی از این حقوق غیرمالی پس از مرگ پدیدآورنده حفظ نخواهد گردید».

لزوم حفظ حقوق غیرمالی پدیدآورنده پس از مرگ وی و حداقل تا هنگام زوال حقوق مالی، نشان دهنده اهمیت خاص این نوع حقوق است و مقنن داخلی را جز در موارد استثنایی موظف می‌سازد که وجود آن را برای زمان پس از مرگ پدیدآورنده نیز تضمین کند چرا که حقوق مالی با مرگ وی از بین نمی‌روند.^{۹۵} این نکته قابل ذکر است که عبارت «حداقل» نشان می‌دهد که یک کشور عضو می‌تواند حقوق غیرمالی را دائمی و همیشگی اعلام نماید، امری که در آرمانگرترین قوانین داخلی مصداق یافته است.

از سوی دیگر، کنوانسیون، کشورهای عضو را در تعیین اشخاص یا مؤسسات صالح برای حفظ و اعمال حقوق غیرمالی پدیدآورنده پس از مرگ وی آزاد گذاشته است چرا که در این خصوص نظرات گوناگونی وجود دارد و اتفاق نظر حاصل نشده است. و سرانجام اینکه مقررات کنوانسیون درخصوص حقوق غیرمالی با مقرر کردن نوعی آزادی که در واقع استثنایی بر قاعده

94. Repentir:

حق انصراف عبارت است از اختیار عدول از تصمیم و جلوگیری از انتشار و یا پخش نسخه‌های منتشر شده علی‌رغم وجود قرارداد واگذاری حق بهره‌برداری (چاپ و انتشار) از اثر. به عقیده بعضی از حقوقدانان، این حق که در برخی کشورها نظیر فرانسه پذیرفته شده است، در حقوق ایران قابل قبول نیست زیرا برخلاف اصل لزوم قراردادها است: دکتر سید حسین صفایی، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، چ ۱، نشر میزان، تهران، ۱۳۷۵، ص ۸۶ اما شاید بتوان گفت آنجا که به سبب انتشار اثر و پخش نسخه‌های چاپ شده آن، ضرر معنوی غیرقابل اغمازی به مؤلف وارد می‌آید، حق انصراف وجود داشته باشد، زیرا اولاً قاعده لاضرر بر قاعده لزوم حکومت دارد، ثانیاً اقدام به ضرر معنوی خود به دلیل ارتباط با شخصیت انسان و حقوق شخصیت فاقد اثر حقوقی و کان لم یکن است و کسی نمی‌تواند حقوق مربوط به شخصیت خویش را اسقاط نماید (مطابق ماده ۹۵۹ قانون مدنی ایران) و به علاوه ضرر معنوی اصولاً غیرقابل جبران است، بنابراین بر فرض تضرر مالی طرف مقابل در اثر فسخ قرارداد و تعارض دو ضرر، باز هم قاعده لاضرر به نفع پدیدآورنده جریان خواهد یافت. به هنگام تعارض دو ضرر، روح قاعده لاضرر مقتضی پذیرش حداقل دو ضرر و دفع و نفی ضرر بزرگ‌تر و مهم‌تر است:

سید میرعبدالفتاح حسینی مراغی، المناوین، ج ۱، چ ۱، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۷ هـ. ق، ص ۳۲۷-۳۲۵؛ دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، دائرة المعارف علوم اسلامی، ج ۳؛ منطق حقوق، چ ۱، گنج دانش، ۱۳۶۱، صص ۱۴۷۲-۱۴۷۱.

۹۵. بدیهی است که برخی از مصادیق حقوق غیرمالی نظیر حق حفظ نام مؤلف بر اثر، مربوط به شخصیت انسان بوده و دائمی، زوال‌ناپذیر و غیرقابل نقل و انتقال هستند.

عام «بقای این نوع حقوق حداقل تا زمان زوال حقوق مالی» به شمار می‌رود، به پایان می‌رسد: برخی کشورها به خصوص کشورهای آنگلو ساکسون،^{۹۶} بر این باورند که حق احترام به اثر و رعایت شأن آن ناشی از قواعد کامن‌لا^{۹۷} و بویژه قواعد مربوط به ممنوعیت افترا^{۹۸} است، بنابراین بعد از مرگ پدیدآورنده‌ای که مورد افترا و توهین قرار گرفته است اجازه طرح دعوای قضائی در این خصوص را نمی‌دهند.

کنوانسیون به خاطر رعایت این امر و فراهم آوردن شرایط الحاق کشورها به کنوانسیون، این آزادی و اختیار را به کشورهای عضو داده است که برخی از حقوق غیرمالی را با مرگ پدیدآورنده پایان یافته بدانند.^{۹۹}

۲- حقوق مالی پدیدآورنده

اصل مورد پذیرش کنوانسیون، همان اصل حق انحصاری پدیدآورنده است که در نظامهای داخلی وجود دارد.

وصف انحصاری^{۱۰۰} در تمامی قوانین و مقررات مربوط به حقوق مالی وجود دارد، با این وجود، باید توجه داشت که اصل مزبور به واسطه برقراری رژیم امتیازات اعطایی (لیسانس‌ها) با استثنائاتی مواجه گشته است که در جای خود مورد بررسی واقع خواهد شد.

طبق ماده ۸ کنوانسیون، حق انحصاری ترجمه^{۱۰۱} به پدیدآورنده تعلق دارد و این حق را دارد که خود به ترجمه اثر خویش پرداخته یا اجازه ترجمه آن را به دیگران بدهد و بدون تجویز وی کسی حق ترجمه اثر را ندارد.

حق انحصاری نسخه‌برداری (تکثیر)^{۱۰۲} نیز طبق بند ۱ ماده ۹، به پدیدآورنده اختصاص یافته است و تمام طرق و گونه‌های تکثیر و از جمله ضبط صدا و تصویر را در برمی‌گیرد. با این همه این اصل مواجه با استثناء شده است:

طبق بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون برن:

«قانونگذاران کشورهای عضو می‌توانند اجازه تکثیر آثار فکری را در برخی شرایط خاص برای

اشخاصی غیر از پدیدآورنده پیش‌بینی نمایند مشروط بر اینکه هیچ لطمه‌ای به بهره‌برداری

96. Anglosaxonne.

97. Common law.

98. Diffamation.

99. H. Desbois, A. Francon, A. Kerever, Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins, N. 175. - Claude Colombet, op.cit., p. 145-146.

100. Exclusif (monopole).

101. Droit de traduction.

102. Droit de reproduction.

متعارف از اثر وارد نساخته و سبب ورود خسارت ناموجه^{۱۰۳} به منافع مشروع پدیدآورنده نگردد».

در این بند، دو شرط که وجود هر دو لازم است، مقرر شده است:

اولین شرط این است که بهره‌برداری متعارف و معمول از اثر لطمه نبیند و دومین شرط این است که به پدیدآورنده، خسارت ناموجه وارد نگردد. درخصوص شرط دوم این نکته قابل ذکر است که به‌طور کلی هر نوع اجازه‌ای می‌تواند نوعی خسارت به پدیدآورنده وارد سازد اما این خسارت تنها در صورتی مانع تکثیر است که ناروا و ناموجه باشد، مثلاً به جای یک نسخه فتوکپی، چندین نسخه فتوکپی گردد.^{۱۰۴}

در هر حال، تعیین گونه‌ای جبران خسارت^{۱۰۵} به نفع پدیدآورنده از سوی قانونگذار داخلی لازم است و رژیم‌های لیسانس باید داری عوض^{۱۰۶} منصفانه‌ای باشند. در این راستا، از دول متعاقد خواسته شده است که درخصوص تکثیر انبوه^{۱۰۷} و نیز ضبط صوتی و تصویری،^{۱۰۸} قواعد حمایت‌کننده‌ای از پدیدآورندگان وضع کنند که متضمن حداقل شیوه‌ای از جبران خسارت وارده به ایشان در اثر بهره‌برداری غیرقابل کنترل توسط دیگران باشد و در عمل نیز محدودیت‌های گوناگون موجود در قوانین داخلی به نوعی نرمش و انعطاف موجود در بند ۲ ماده ۹ را تعدیل می‌کند.^{۱۰۹}

طبق ماده ۱۲ کنوانسیون برن، حق انحصاری اقتباس^{۱۱۰} از اثر نیز به پدیدآورنده اختصاص یافته است.

حق انحصاری نمایش و عرضه^{۱۱۱} نیز از دیگر حقوقی است که طبق ماده ۱۱ کنوانسیون به پدیدآورنده اعطا شده است و در عین حال با یک استثناء مهم درخصوص پخش رادیویی^{۱۱۲} طبق ماده ۱۱ مکرر مواجه گردیده است.

قطعاً حق عرضه و نمایش، ویژگی انحصاری بودن حق را تأمین می‌کند اما عرضه از طریق تمام وسایل و ابزار ممکن که مثلاً پخش سینمایی و پخش در قالب فیلم را نیز شامل

103. Injustifié.

104. H.Desbois, A. Francon, A. Kerever, op.cit., N. 172.

105. Compensation.

106. Rémunération.

107. Reproduction en masse.

108. Enregistrement visuel et sonore.

109. Claude Colombet, op.cit., p. 146. – A et H.J. Lucas, op.cit., N. 1096-1097, p. 906-909 et N. 1104-1106, p. 914-915.

110. Adaptation.

111. Représentation.

112. Radiodiffusion.

است، پخش رادیویی را که مشمول ماده ۱۱ مکرر است در بر نمی‌گیرد. با این همه، اصل انحصاری بودن حق پدیدآورنده در بند ۱ این ماده مورد تأیید واقع شده و بنابراین بجز پخش رادیویی، تمام شیوه‌های عرضه نظیر پخش عمومی اثر پخش شده رادیویی از طریق فیلم یا غیر آن توسط ارگانی غیر از ارگان مجاز یا پخش اثر پخش شده رادیویی به وسیله بلندگو و هر وسیله دیگر انتقال دهنده اصوات، علائم و تصاویر بدون اجازه پدیدآورنده ممنوع است و تنها تقویت (رله)^{۱۱۳} رادیویی که توسط ارگان رادیویی مجاز صورت می‌گیرد احتیاج به اذن پدیدآورنده ندارد.^{۱۱۴}

اما بند ۲ ماده ۱۱ مکرر، این اختیار را به قانونگذاران داخلی می‌دهد که شرایط اعمال این حق انحصاری را پیش‌بینی نمایند و تنها آنها را موظف به این می‌کند که پیش‌بینی لازم برای پرداخت عوض منصفانه به پدیدآورنده در صورت فقدان توافق بین طرفین را مقرر نمایند. به عبارت دیگر، کشورهای عضو می‌توانند لیسانس‌های قانونی (اعطاء امتیاز بهره‌برداری) را جایگزین این حق انحصاری کنند و این امر در سه فرض مشمول بند ۱ ماده فوق امکان پذیر است. همان‌طور که «کلود مازویه» بخوبی بیان داشته است، عموماً پذیرفته شده که اقتباس از این رژیم جنبه استثنایی داشته و صرفاً موقعی صورت می‌گیرد که مشکلات لاینحل و غامضی به وجود آمده باشد، مثلاً وقتی که توافق جمعی میان ارگان‌های پخش رادیویی و نماینده پدیدآورنده نمی‌تواند منجر به اتخاذ تصمیم درخصوص شرایط معقول بهره‌برداری از آثار گردد یا اینکه شیوه‌های بهره‌برداری از آثار مستلزم نوعی قاعده‌مند کردن اقتدارگرایانه در برخی موارد است. تعادل لازم در این رژیم، تعادل بین منافع موجود است و بر عهده قانونگذاران داخلی است که شیوه‌های مناسب تحقق این تعادل را پیش‌بینی و مقرر دارند.

چنین اقدامی هنگامی ضروری است که توسعه و تحول فن‌آوری ناشی از اشکال جدید بهره‌برداری از آثار چنان است که حق انحصاری پدیدآورنده در قبال آن به روشنی تعریف و تحدید نگردیده یا اینکه توسل به شیوه‌های تحصیل انفرادی اجازه بهره‌برداری عملاً امکان ندارد. در این راستا، مدیریت جمعی و گروهی حقوق پدیدآورنده در چارچوب ماده ۱۱ مکرر کنوانسیون لازم است تا نوعی امنیت حقوقی در بهره‌برداری از شمار وسیع آثار فکری فراهم گردد، خواه در قالب قراردادی و خواه طبق عرف لیسانس‌های اجباری که در آن جبران خسارت یا عوض منصفانه برای پدیدآورنده پیش‌بینی شده است.^{۱۱۵} از سوی دیگر طبق بند ۳ ماده ۱۱ مکرر کنوانسیون، انتقال یک حق مستلزم انتقال حقوق

113. Relais.

114. A et H.J. Lucas, op. cit., N. 1099-1103, p. 910-914.

115. Claude Colombet, op.cit., p. 147.

دیگر نیست، بنابراین تجویز پخش رادیویی یک اثر مستلزم تجویز ضبط آن نمی‌باشد، چرا که اجازه اول شامل حق عرضه و نمایش است در حالی که اجازه دوم حق تکثیر را پوشش می‌دهد. با این همه، در قسمت آخر این ماده مقرر شده است که ضبط موقتی^{۱۱۶} اثر توسط سازمان پخش رادیویی به منظور استفاده از آن در برنامه‌های ویژه رادیویی این سازمان جایز است. بنابر این فرض، این قاعده را که حق پخش رادیویی مستلزم حق ضبط اثر نیست می‌توانند مستثنی کنند.

وانگهی قانونگذاران کشورهای عضو می‌توانند حفظ و نگهداری موارد ضبط شده در آرشیوهای رسمی را با این توجیه که اسنادی استثنایی و منحصر به فرد هستند تجویز نمایند. در ماده ۱۳ کنوانسیون، یک رژیم لیسانس قابل مقایسه با رژیم مذکور در قبل درخصوص ضبط مکانیکی اثر پیش‌بینی شده است.

گرچه این ماده حق انحصاری تجویز ضبط صوتی آثار را به پدیدآورنده می‌دهد اما کشورهای عضو را مجاز می‌کند که این حق انحصاری را به وسیله یک لیسانس (اجازه ضبط) به شرط پرداخت عوض منصفانه تعیین شده (در صورت فقدان توافق طرفین) جایگزین سازند و البته این امر به مفهوم پایین‌ترین سطح از حمایت است.

حق تعقیب^{۱۱۷} نیز مورد توجه کنوانسیون واقع شده و طبق ماده ۱۴ مکرر سوم، نه تنها در مورد آثار هنری، بلکه درخصوص آثار دستی و دست نوشته‌ها نیز قابل اعمال است و شامل بیعهای عمومی و نیز بیع‌های واسطه‌ای و شیوه‌ها و نرخهای وصول مالیات تعیین شده از سوی کشورهای عضو می‌گردد.

با این همه، طبق بند ۲ این ماده، حمایت پیش‌بینی شده در بند ۱، قابل درخواست در هیچ یک از کشورهای عضو نیست مگر اینکه قانونگذار داخلی کشور متبوع پدیدآورنده، این حمایت را پذیرفته باشد و تحت شرایطی که کشور محل تقاضای حمایت مقرر کرده است، صورت می‌گیرد. این امر بدین معنی است که لزومی ندارد حق تعقیب در قوانین ملی شناخته شده باشد و اینکه در روابط بین دو کشور، قانونی حاکم است که کمترین خصیصه حمایتی را دارد. بنابراین چنین حمایتی شکننده و ضعیف است و در توجیه این مطلب چنین گفته می‌شود

116. Enregistrement éphémère.

117. Droit de suite:

مقصود از حق تعقیب در اینجا، حق برداشت مبلغی به وسیله پدیدآورنده اثر فکری از بهای فروش مجدد اثر مزبور است مشروط بر اینکه از طریق مزایده عمومی فروخته شود یا اینکه فروشنده آن تاجر باشد. در کشور فرانسه این حق درخصوص کلیه آثار هنری بجز موسیقی شناخته شده (ماده 122-128 L. قانون مالکیت فکری فرانسه) اما در بسیاری از کشورها و از جمله ایران چنین حقی وجود ندارد: دکتر سید حسین صفایی، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، ص ۷۷.

- A et H.J. Lucas, op. cit., N. 349-362, p. 291-298.

که وقتی کشورها با ارجح حق در قوانین خود به نتایج مقتضی نمی‌رسند، در برابر آن از خود مقاومت به خرج می‌دهند.^{۱۱۸}

ه: مدت حمایت از حقوق پدیدآورنده

کنوانسیون برن به این مقوله نیز توجه کرده و طبق ماده ۷ آن، مدت حمایت، شامل طول حیات پدیدآورنده و ۵۰ سال پس از مرگ وی می‌گردد.

براساس بند ۶ ماده مزبور، این مدت جنبه حداقلی دارد و کشورهای عضو می‌توانند آن را افزایش دهند اما در عمل، بسیاری از کشورها و حتی برخی کشورهای غیرعضو کنوانسیون نیز همان مدت حداقل را پیش‌بینی کرده‌اند.

چنانکه برخی گفته‌اند، این مدت حداقل، موازنه‌ای عادلانه بین حقوق مالی اعطا شده به پدیدآورنده و نیازهای جامعه نسبت به دسترسی و استفاده از تجلیات و مظاهر یک فرهنگ که در ورای کامیابی‌های زودگذر ادامه می‌یابد، برقرار کرده است.^{۱۱۹}

با این همه، این اصل با استثنائاتی مواجه شده که برخی قابل اعمال بر تمامی انواع آثاراند و برخی دیگر فقط در مورد برخی از آثار فکری علمی، ادبی و هنری قابل اجرا می‌شوند.

طبق بند ۷ ماده ۷ کنوانسیون برن، کشورهای عضو که در زمان اجرایی شدن سند تجدیدنظر ۱۹۷۱ پاریس، مدتهای کمتری نسبت به مدت پیش‌بینی شده در کنوانسیون، مقرر کرده‌اند می‌توانند هنگام الحاق، آن را حفظ کنند.

به همین سبب، برخی کشورهای عضو کنوانسیون برن، مدت ۵۰ سال حمایت پس از مرگ پدیدآورنده را رعایت نمی‌کنند.

بند ۸ ماده ۷، قاعده موسوم به «مقایسه مدت‌ها»^{۱۲۰} را مقرر داشته است. اصولاً مدت حمایت به‌وسیله قانون کشوری تعیین می‌گردد که حمایت در قلمرو آن درخواست شده است، اما این مدت از مدت تعیین شده در کشور مبدأ تجاوز نخواهد کرد مگر آنکه قوانین کشوری که حمایت از آن درخواست شده است چنین چیزی را تجویز کرده باشد.

مثلاً یک اثر انگلیسی که در جمهوری فدرال آلمان اجرا می‌شود، تا مدت ۵۰ سال پس از مرگ پدیدآورنده در کشور مزبور حمایت خواهد گردید (قاعده حقوق انگلیس) و نه تا ۶۰ سال پس از آن (قاعده حقوق جمهوری فدرال آلمان) مگر اینکه مقنن آلمانی حمایت از آثار انگلیسی تا مدت ۶۰ سال پس از مرگ پدیدآورنده را مقرر کرده باشد. این قاعده، طبق بند ۸ ماده ۷، در

118. E. Ulmer, Le droit de suite et sa réglementation dans la convention de Berne, in Mélanges Henri Desbois, Dalloz, Paris, 1974, p. 89. – H. Desbois, A. Francon, A. Kerever, op.cit., N. 157. – A et H.J. Lucas, op. cit., N. 1110-1111, p. 917.

119. Claude Masouyé, Guide de la convention de Berne, p. 51.

120. Règle de comparaison des délais.

تمام موارد و درخصوص تمام انواع آثار فکری اعمال می‌گردد. با این همه، برخی از انواع آثار فکری که توسط کنوانسیون معین شده‌اند دارای رژیم خاصی هستند:

۱- آثار سینمایی یکی از مهمترین انواع این موارد خاص است.^{۱۲۱}

در کنوانسیون برن پیش‌بینی شده است که کشورهای عضو می‌توانند مقرر کنند که مدت حمایت، ۵۰ سال پس از آنکه اثر سینمایی با رضایت پدیدآورنده در دسترس عموم قرار گرفت یا در صورت فقدان این امر، ۵۰ سال پس از ساخته شدن اثر پایان یابد.

بسیاری از کشورها از این امکان استفاده کرده‌اند زیرا چنین اختیاری از بروز مشکلات عملی مربوط به سیستم اجراکننده مدت حمایت (که بعد از مرگ پدیدآورنده شروع و تا زمان مرگ آخرین بازمانده از وراث وی که غالباً متعدد هستند، ادامه می‌یابد)، جلوگیری می‌کند.

۲- طبق بند ۳ ماده ۷، مدت حداقل حمایت از آثار بدون نام،^{۱۲۲} یا با نام مستعار،^{۱۲۳} ۵۰ سال پس از هنگامی است که در دسترس عموم قرار گرفته‌اند مگر آنکه اثر دارای نام مستعار آشکار باشد (نام واقعی پدیدآورنده نیز معلوم باشد) که در این صورت طبق قاعده کلی با آن رفتار می‌گردد.

۳- درخصوص آثار عکاسی^{۱۲۴} و آثار هنری کاربردی (ظریف)^{۱۲۵} کنوانسیون با مقرر کردن مدت حداقلی که نمی‌تواند از ۲۵ سال از تاریخ پدید آمدن اثر کمتر باشد برای قوانین داخلی صلاحیت وسیعی قائل شده است زیرا در اینجا نیز باید میان کشورهای با قوانین گوناگون سازش ایجاد می‌گردید، چرا که برخی از کشورها با آثار هنرهای کاربردی نظیر طرح‌ها و مدل‌ها و آثار عکاسی، همانند دیگر آثار فکری برخورد نمی‌کنند.^{۱۲۶}

و: مقررات وضع شده به نفع کشورهای در حال توسعه^{۱۲۷}

مقرراتی به نفع کشورهای در حال توسعه در سند ضمیمه کنوانسیون برن که در ۱۹۷۱ مورد تجدید نظر قرار گرفته، آمده است تا بدین وسیله برخی از کشورهای عضو بتوانند در شرایط معین و ظرف زمان محدودی از حداقل حمایت‌های پیش‌بینی شده در کنوانسیون درخصوص حق ترجمه و تکثیر عدول کنند.

121. A et H.J. Lucas, op. cit., N. 1107-1109, p. 915-916.

122. Anonyme.

123. Pseudonyme.

124. Photographique.

125. Arts appliqués.

126. H. Desbis, A. Francon, A. Kerever, op.cit., N. 158-163 – Claude Clombet, op.cit., p. 148-150.

127. Pays en voie de développement.

ضمیمه مزبور دارای ۶ ماده است و در آن، کشورهایی که حق استفاده از این مقررات را دارند و نیز نحوه، زمان و نوع حقوق مربوطه معین شده است.

قبل از هر چیز، کشورهای بهره‌مند از آن ترتیبات یعنی کشورهای در حال توسعه تعیین شده‌اند و در این خصوص دو ضابطه مورد استفاده قرار گرفته است:

۱- ضابطه شخصی^{۱۲۸} که متکی بر تشخیص خود کشوری است که به واسطه وضعیت اقتصادی و نیازهای اجتماعی یا فرهنگی خود نمی‌تواند تمام حداقل‌های مقرر شده در کنوانسیون در خصوص حمایت از پدیدآورندگان را رعایت کند.

اما این ضابطه آشکارا مبهم و خودسرانه است زیرا خود کشور ذی‌نفع، شمول این مقررات نسبت به خود را تشخیص داده و داخل در کشورهای در حال توسعه می‌گردد.

برای رفع این معضل، ضابطه دومی مقرر شده که از این قرار است:

۲- ضابطه عینی یا نوعی،^{۱۲۹} که طبق آن کشور مورد نظر در حال توسعه تلقی نمی‌شود مگر اینکه مطابق عرف و رویه مجمع عمومی سازمان ملل متحد، در حال توسعه تشخیص داده شود، چنین ضابطه‌ای مستحکم‌تر و مطلوب‌تر است اما در عین حال به واسطه تحول و دگرگونی رویه و عرف مجمع عمومی سازمان ملل متحد، در تغییر و تحول دائم است. خلاصه اینکه مفهوم کشور در حال توسعه، شکننده و کشدار است اما دگرگونی و تحرک عناصر این مفهوم ضرورتاً مبهم و گنگ، جای خرسندی دارد چرا که آن را قابل انطباق با شرایط جدید می‌سازد و از جمود آن جلوگیری می‌کند.

سپس به رژیم استثناء بر قواعد عمومی مربوط به حقوق پدیدآورنده می‌رسیم که مشتمل بر یک سیستم راجع به لیسانس‌های (امتیازات) اجباری غیرانحصاری، غیرقابل انتقال و معوض است. این لیسانس‌ها شامل استفاده‌ها و بهره‌برداریهایی مدرسه‌ای، دانشگاهی و تحقیقاتی از آثار فکری هستند.

تمام آثار مربوط به لیسانس‌های اجباری ترجمه (ماده II ضمیمه) مشمول این رژیم استثنایی هستند.

لیسانس یا امتیاز هنگامی قابل اعطاست که اثر مورد نظر ظرف مدت سه سال از تاریخ انتشار اولیه، ترجمه نشده باشد، مشروط بر اینکه ترجمه به زبانی مدنظر باشد که دارای کاربرد عام در کشورهای صنعتی است والا اگر زبان مزبور دارای کاربرد عام در کشورهای در حال توسعه باشد، این مدت یکسال است.

باید اضافه کرد که کشورهای در حال توسعه می‌توانند به جای استفاده از رژیم سند

128. Critère subjective.

129. Critère objective.

ضمیمه، گزینه پیش‌بینی شده در بند ۲ ماده ۳۰ کنوانسیون برن را انتخاب نمایند که برای همگان آزاد است.

طبق این بند، اگر در پایان مدت ده سال از تاریخ انتشار اولیه، اثر مورد نظر به زبان رایج در کشور استفاده‌کننده از این مقرر ترجمه نشده باشد، حق انحصاری ترجمه، زائل شده و بهره‌برداری از اثر آزاد و مجانی می‌گردد و قابل ترجمه به زبان این کشور خواهد بود. اما باید توجه داشت که تنها یکی از این دو رژیم قابل استفاده است و توسل همزمان به هر دو امکان ندارد.^{۱۳۰}

کشور مورد نظر در ابتدا باید اقدام به تحصیل توافق دوستانه با پدیدآورنده نماید و بنابراین لازم است درخواستی بین ذی‌نفع و پدیدآورنده یا در صورت مقتضی بین وی و چاپ‌کننده اثر به صورت کتبی مبادله گردد.

بدین منظور یک دوره انتظار اضافی و تکمیلی پیش‌بینی شده است به امید اینکه توافق قراردادی (کتبی) حاصل گردد.

اگر فرض شود که این مدت زمان دارای حداقل دوره‌ای که در انتهای آن لیسانس قابل درخواست است، سه سال باشد، ۶ ماه است و در صورتی که این دوره تنها یکسال باشد، ۹ ماه است (بند الف-۴ ماده II ضمیمه).

از آنجا که این مدت‌ها می‌تواند بدون صدور مجوز از سوی پدیدآورنده پایان یابد، قانونگذاران داخلی می‌توانند مقام و مرجع صالح قضائی یا اداری‌ای را تعیین کنند که شرایط اعطاء لیسانس (امتیاز ترجمه) را احراز نماید.

رژیم لیسانس مزبور در وهله اول، رعایت حقوق غیرمالی پدیدآورنده را لازم دانسته است: نام مؤلف باید بر روی تمام نسخه‌های ترجمه یا تکثیر شده درج گردد (بند ۳ ماده IV ضمیمه) و باید تدابیر مناسب جهت تضمین ترجمه درست و صحیح اتخاذ شود (بند ب-۶ ماده IV ضمیمه). به علاوه هنگامی که پدیدآورنده تمام نسخه‌های اثر خود را از جریان گردش معاملات خارج کرده باشد، اعطاء لیسانس ممنوع است و بدین صورت، سند ضمیمه برعکس متن اصلی کنوانسیون، حق رجوع و انصراف^{۱۳۱} را برای پدیدآورنده شناخته است. طبق بند ۶ ماده IV ضمیمه، کشورهای عضو باید تدابیر مناسب در سطح ملی در مورد حقوق مالی مقرر نمایند تا اینکه لیسانس اعطاء شده متضمن پرداخت عوض مناسب و منصفانه و منطبق با سطح مبالغ پرداخت شده متعارف در فرض اعطاء لیسانس در قالب توافق طرفین باشد و پرداخت این عوض به صورت پول نقد بین‌المللی قابل تبدیل یا معادل آن تضمین گردد.

130. Claude Colombet, op.cit., p. 150-151.

131. Droit de repentir.

صادر کردن نسخ تکثیر شده ممنوع است، با این هدف که منجر به رقابت با پدیدآورنده یا صاحب حق در سطح بازارهای خارجی نگردد، مگر در حالات استثنایی که اتباع کشورهای در حال توسعه ذی‌نفع به شکل دائم یا موقتی در خارج استقرار دارند.

با این حال این مقرره، ترجمه‌های انگلیسی، اسپانیولی یا فرانسوی را شامل نمی‌گردد. باید به این نکته توجه داشت که اگر ترجمه‌ای به همان زبان مورد نظر در سرزمین کشور در حال توسعه توسط خود صاحب حق مؤلف منتشر شده باشد و این ترجمه دارای همان محتوایی باشد که ترجمه منتشر شده تحت لیسانس دارا است، لیسانس مزبور ملغی خواهد گردید. (بند ۶ ماده II ضمیمه).

و اما درخصوص لیسانس‌های تکثیر مندرج در ماده III ضمیمه، از بند ۲ این ماده این‌طور استنباط می‌شود که هنگامی که نسخه‌های یک چاپ در کشور در حال توسعه برای رفع نیازهای موجود خواه عام، خواه مدرسه‌ای یا دانشگاهی به‌وسیله صاحب حق تکثیر یا با اجازه او و به قیمتی قابل مقایسه با قیمتی که عرفاً در آن کشور برای آثار مشابه پرداخت می‌شود، در معرض فروش گذاشته نشده باشد، هر یک از اتباع این کشور می‌تواند لیسانس تکثیر و انتشار این چاپ را به قیمت مزبور یا قیمت پایین‌تر به منظور پاسخگویی به نیازهای آموزشی مدارس و دانشگاهها، تحصیل نماید. بنابراین، هدف از این مقرره همان هدف از اعطاء لیسانس‌های ترجمه است. اصولاً لیسانس مزبور می‌تواند ۵ سال پس از تاریخ اولین نشر یک چاپ معین از اثر اصلی مؤثر بماند در حالی که این مدت برای آثار مربوط به علوم دقیق و تکنولوژی به سه سال کاهش یافته و برای آثار تصویری، رمانها، اشعار و آثار دراماتیک، مربوط به موسیقی و کتب هنری به هفت سال افزایش یافته است.^{۱۳۲}

از سوی دیگر باید توجه داشت که رعایت و حفظ حقوق غیرمالی و نیز آیین و رژیم لیسانس‌های تکثیر تقریباً شبیه لیسانس‌های ترجمه است.

به‌عنوان مثال، این‌گونه لیسانس‌ها، غیرانحصاری و غیرقابل انتقال‌اند و قواعد مضیق درخصوص مکانیسم و روند تعیین و پرداخت عوض در آنها اعمال می‌گردد.

همچنین هنگامی که صاحب حق تکثیر در کشور مورد نظر، نسخه‌های اثر را به قیمتی برابر با قیمت عرفی آثار مشابه آن توزیع می‌کند، لیسانس تکثیر ملغی می‌گردد اما نسخه‌های تولید شده تحت رژیم لیسانس می‌توانند تا آخرین نسخه به فروش روند (بند ۶ ماده III ضمیمه).^{۱۳۳}

132. Claude Masouyé, Guide de la convention de Berne, p. 187.

133. H. Desbois, A. Francon, A. Kerever, op.cit., N. 255 – 262. – Claude Colombet, op.cit., p. 150-152. – A et H.J. Lucas, N. 1098, p. 909-910.

همچنین باید توجه داشت وسایل جدید پخش آثار بویژه ویدئو، انتقال به وسیله کابلها و ماهواره‌ها و سی‌دی‌ها در حال حاضر توسط کنوانسیون برن لحاظ نشده‌اند، چنانکه آفرینش یا توسعه و تحول آثار مربوط به انفورماتیک (رایانه‌ای) نیز چنین‌اند چرا که پیشرفت‌های فنی پیوسته از متون قانونی ملی یا بین‌المللی پیشی می‌گیرد. و در آخر اینکه تحول و دگرگونی طرز فکرها، سیاستها و قانون‌گذاریهای ملی می‌تواند در آینده، پیوستن کشورهای بیشتری به کنوانسیون برن را به دنبال داشته باشد.^{۱۳۴}

بخش دوم

کنوانسیون جهانی حق مؤلف^{۱۳۵} ژنو ۱۹۵۲^{۱۳۶}

الف: علل انعقاد این کنوانسیون

علل انعقاد کنوانسیون جهانی حق مؤلف به سال ۱۹۵۲ در ژنو را می‌توان بدین صورت خلاصه کرد:

۱- به عقیده برخی کنوانسیون برن نمی‌توانست پاسخگوی نیازهای کشورهای در حال توسعه باشد، زیرا این کشورها به منظور پیشرفت در زمینه‌های گوناگون علمی و فنی، احتیاج به استفاده از آثار فکری دیگر کشورها داشتند حال آنکه نمی‌توانستند مبالغ سنگین مربوط به حق مالی پدیدآورنده را پرداخت کنند، بنابراین نیاز بود که تسهیلات مناسب‌تری برای این‌گونه کشورها پیش‌بینی شود.

۲- لزوم برقراری وحدت و یکپارچگی میان کشورهای عضو کنوانسیون برن و اتحادیه کشورهای امریکایی^{۱۳۷} که با هم اختلاف نظر داشتند (به خصوص در مورد حقوق غیرمالی پدیدآورنده و تشریفات حمایت) سازمان ملل متحد را بر آن داشت که یونسکو^{۱۳۸} را مأمور مطالعات لازم برای تهیه طرح جهانی حق مؤلف نماید و ثمره این مطالعات پس از چند سال در کنفرانسی با شرکت ۵۰ کشور در ژنو و در قالب کنوانسیون جهانی حق مؤلف ظهور یافت. مأموریتی که سازمان یونسکو بدین صورت انجام داد در راستای اجرای اصل ۲۷ منشور سازمان

134. M. Stojanovic, Quel avenir pour la convention de Berne: in Revue internationale de droit d'auteur, octobre 1986, p. 3 ets.

135. Convention universelle du droit d'auteur = universal copyright convention.

136. A et H.J. Lucas, op. cit., N. 1123-1127, p. 928-931. – A. Françon, cours de propriété littéraire, artistique et industrielle, Litec, Paris, 1999, p. 294-296.

137. Pan – américain.

138. UNESCO.

ملل متحد بود که مقرر می‌دارد:

«هرکس حق دارد برای منافع مادی و معنوی کلیه محصولات علمی، ادبی و هنری خود تقاضای حمایت نماید».

و همان‌طور در مقدمه این کنوانسیون آمده است، هدف اصلی، تضمین احترام به حقوق پدیدآورندگان و در عین حال تشویق و زمینه‌سازی توسعه و گسترش ادبیات، علوم و هنرها به منظور انتشار وسیعتر آثار فکری بشری و افزایش تفاهم بین‌المللی بوده است.

ب: آثار مورد حمایت در کنوانسیون ژنو^{۱۳۹}

۱- در این کنوانسیون نیز نظیر کنوانسیون برن، آثار مورد حمایت دارای تعریف کلی و جامع نبوده و تنها چند نمونه بارز آنها ذکر گردیده است و هر یک از این نمونه‌ها می‌تواند انواع متعددی از آثار متجانس ادبی، هنری و علمی را که در کنوانسیون ذکر نشده است دربرگیرد (همانند آثار موسیقی، نوشته‌ها، آثار نمایشی، سینمایی، نقاشی، پیکرتراشی). بنابر این تمام انواع آثار فکری علمی، ادبی و هنری تحت شمول کنوانسیون ژنو قرار دارند.

۲- کنوانسیون ژنو به حمایت از حقوق اشخاصی که حق پدیدآورنده اصلی را دارا می‌شوند (وراث و منتقل‌الیه در معاملات) نیز پرداخته است.

۳- آثاری که برای اولین بار توسط سازمان ملل متحد یا سازمانهای تخصصی وابسته به آن یا سازمان کشورهای آمریکایی منتشر می‌شود نیز مشمول حمایت کنوانسیون ژنو هستند.

۴- کنوانسیون، ضابطه اصالت و نوآوری را مورد تصریح قرار نداده است، اما در قوانین داخلی این شرط اساسی لحاظ می‌گردد و روح کنوانسیون نیز ناظر به آن است.

ج: اصول حمایت از آثار فکری^{۱۴۰}

۱- اصل رفتار ملی

همانند کنوانسیون برن، در این کنوانسیون نیز مقرر شده است که آثار اتباع هر یک از کشورهای عضو کنوانسیون در سایر کشورهای عضو آن، برخوردار از همان حمایتی است که این کشورها نسبت به آثار فکری اتباع خود به عمل می‌آورند و اگر اثر متعلق به اتباع دول غیرمتعاهد

139. – A et H.J. Lucas, op. cit., N. 1123-1124, p. 928-929.

140. Claude Colombet, op.cit, p. 154-155.

باشد، نیز از همین حمایتها برخوردار است به شرط اینکه برای نخستین بار در یکی از کشورهای عضو کنوانسیون چاپ و منتشر شده باشد. (ماده ۱ و بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون)

۲- اصل تشریفات

برخلاف کنوانسیون برن، کنوانسیون ژنو رعایت تشریفات مقرر در هر یک از کشورهای متعاقد را شرط حمایت از آثار فکری قرار داده است و پذیرش این امر برای ایجاد هماهنگی و توافق با مقررات داخلی کشورهای امریکایی بوده است که به امر تشریفات توجه خاصی دارند. به موجب ماده ۳ کنوانسیون ژنو، اگر در هر یک از دول عضو کنوانسیون، تشریفات برای قابل حمایت بودن اثر فکری مقرر شده باشد (همانند گواهی نامه های رسمی، پرداخت عوارض و مالیات، اظهارنامه ثبت اثر و ...) این دول حق دارند تشریفات مزبور را در مورد آثار خارجی نیز اعمال نمایند.^{۱۴۱}

د: حقوق پدیدآورندگان و محدودیت های آن^{۱۴۲}

در کنوانسیون ژنو نیز پدیدآورندگان از کلیه حقوق مالی و غیرمالی مترتب بر آثار فکری ادبی و هنری خود برخوردارند، اما به منظور حمایت از کشورهای در حال توسعه که نیاز به دست آوردهای علمی و فنی دارند، محدودیتهایی در مورد حقوق انحصاری پدیدآورنده پیش بینی شده است که به طور خلاصه از این قرار است (ماده ۵ کنوانسیون): ۱- پس از گذشت ۷ سال از اولین انتشار اثر، مؤلف باید به ترجمه اثر خود پرداخته یا این حق را به دیگری واگذار کند و برای این منظور، هر یک از کشورهای عضو متعهدند که کوششهای لازم را به منظور اعطاء اجازه ترجمه طبق قراردادی صریح و روشن به عمل آورند.

۲- چنانچه اقدامات لازم برای کسب اجازه ترجمه از پدیدآورنده یا صاحب حق ترجمه به نتیجه نرسد، کسی که داوطلب برای تحصیل اجازه ترجمه است باید چند نسخه از تقاضانامه خود را به ناشری که نامش بر روی اثر است ارسال نماید و اگر تابعیت شخص دارای حق ترجمه مشخص باشد، باید تقاضای خود را به نمایندگی سیاسی یا کنسولی کشور متبوع وی یا سازمانی که از سوی این کشور تعیین گردیده تسلیم نماید.

در صورتی که این اقدامات نیز نتیجه ندهد، دولتی که تقاضای ترجمه اثر از سوی یکی از اتباع آن به عمل آمده می تواند اجازه ترجمه اثر را به وی اعطا کند، مشروط بر اینکه از زمان اعلام کتبی تقاضا به اشخاص و مراجع فوق الذکر حداقل ۲ ماه گذشته باشد.

ناگفته نماند که در عین حال منافع مالی صاحب حق ترجمه باید تأمین گشته و معادل

141. Ibid, p.158 – H. Desbois, A. Francon, A. Kerever, op.cit., N. 80-83 et 85-93.

142. Ibid, N. 84-109 – Claude Colombet, op.cit., p. 155-158.

پولی حق ترجمه مطابق با استانداردهای بین‌المللی، تعیین و به وی پرداخت گردد.

همچنین در راستای حمایت از حقوق غیرمالی پدیدآورنده‌ای که اثرش ترجمه می‌شود، این مقررات در کنوانسیون پیش‌بینی شده است: (بند ۲ ماده ۵)

۱- صادر کننده اجازه (کشور مربوطه) بایستی اقدامات لازم جهت تضمین ترجمه صحیح از اثر خارجی را به عمل آورد.

۲- عنوان اصلی اثر و نام پدیدآورنده باید بر روی تمام نسخه ترجمه منتشر شده، درج گردد.

۳- ترجمه باید از روی نسخه اصلی و نه ترجمه آن صورت پذیرد.

۴- کسی که اجازه ترجمه را دریافت کرده است حق واگذاری آن به غیر را ندارد.

۵- دول متعاقد موظف‌اند علامت (c) و نام صاحب حق پدیدآورنده و سال اولین انتشار اثر را در جایی از کتاب که کاملاً به چشم بیاید درج کنند.^{۱۴۳}

هـ: مدت حمایت از حق پدیدآورنده

چنانکه دیدیم، در کنوانسیون برن، مدت حمایت از حق پدیدآورنده تا ۵۰ سال پس از مرگ وی مقرر گردیده بود، اما این مدت برای کشورهای در حال توسعه مناسب نبود و به همین خاطر در کنوانسیون ژنو به ۲۵ سال کاهش یافت.

بنابراین مدت حمایت از اثر، علاوه بر طول حیات پدیدآورنده، ۲۵ سال پس از مرگ وی را نیز شامل است و وراثت وی یا سایر قائم مقامهای قانونی او نظیر مراجع دولتی یا ملی تعیین شده در قانون، در طول این مدت از حقوق مالی و غیرمالی مترتب بر اثر برخوردار خواهند بود. (بند ۱ ماده ۴)^{۱۴۴}

و اما استثنائات وارد بر این مدت‌ها از این قرار است (بند ۲ ماده ۴):

۱- چنانکه آمد اگر ظرف ۷ سال از تاریخ اولین انتشار اثر، ترجمه آن به زبان کشور دیگری منتشر نشود، هر یک از اتباع کشورهای دیگر متعاقد می‌توانند مطابق مقررات کنوانسیون، تقاضای صدور اجازه ترجمه را از مقامات صالح بنمایند.

۲- آثار عکاسی و هنرهای ظریف دستی مشمول مدتهای مذکور نیستند، مگر اینکه مدت حمایت از این‌گونه آثار در کشورهای متعاهدی که از آنها حمایت می‌کنند کمتر از ۱۰ سال نباشد.

۳- در کنوانسیون ژنو، مدت حمایت از آثار مشترک و منتشر شده به صورت مجهول یا با

143. A et H.J. Lucas, op. cit., N. 1126, p. 93.

144. Ibid, N. 1125, p. 929.

نام مستعار، همین به صورت و برخی گفته‌اند است که مقررات کنوانسیون برن در این مورد جاری است، چراکه این کنوانسیون در واقع حاصل تجدید نظر در کنوانسیون برن است و در موارد مسکوت باید به اصل رجوع کرد.^{۱۴۵}

بخش سوم

کنوانسیون جهانی حق مؤلف پاریس ۱۹۷۱^{۱۴۶}

الف: علل انعقاد این کنوانسیون

- ۱- به عقیده کشورهای در حال توسعه، دو کنوانسیون برن و ژنو بیشتر در راستای حمایت از منافع کشورهای پیشرفته بود و عمدتاً در جهت حمایت از آثار اتباع این کشورها قرار داشت و کماکان کشورهای در حال توسعه که نیاز شدیدی به دست آوردهای جدید علمی و فنی داشتند، می‌بایست هزینه‌های قابل توجهی را تحت عنوان حق مؤلف پرداخت کنند و این امر خود مانع بزرگی بر سر راه ترقی این کشورها و سبب عدم الحاق آنها به دو کنوانسیون مزبور بود.
 - ۲- یونسکو به این نتیجه رسیده بود که اندیشه لزوم احترام و حمایت از مالکیت معنوی هنگامی مثمرتر است که مورد تأیید همه کشورهای جهان قرار گیرد و این امر جز با اتخاذ تدابیری به نفع کشورهای در حال توسعه امکان ندارد.
 - ۳- از سوی دیگر این اندیشه مطرح شد که خالق و پدیدآورنده اثر در واقع از امکانات گوناگون بشری برای خلق اثر خود بهره برده و از حاصل تلاش دیگران نیز استفاده کرده است، بنابراین به انسانهای عصر خود و آیندگان متعهد است و نباید به‌طور انحصاری اطلاعات و معلومات خود را نزد خویش نگه دارد.
 - ۴- شرایط اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در کشورهای پیشرفته و در حال توسعه تحول وسیعی به خود دیده بود و تجدیدنظر در کنوانسیون‌های قبلی را ایجاب می‌کرد. با توجه به این عوامل و با تلاش یونسکو، کنفرانس پاریس به سال ۱۹۷۱ با هدف تلفیق دو کنوانسیون برن و ژنو تشکیل یافت و ثمره آن در قالب کنوانسیون جهانی حق مؤلف پاریس ظهور پیدا کرد.
- این کنوانسیون شامل ۲۱ ماده، یک اعلامیه، یک قطعنامه و دو پروتکل ضمیمه راجع به حمایت از آثار اشخاص بدون تابعیت و پناهندگان و اجرای کنوانسیون درخصوص آثار سازمان‌های بین‌المللی است.

145. H. Desbois, A. Francon, A. Kerever, op.cit., N. 94-99.

146. Ibid, N. 201-215 – Claude Colombet, op.cit., p. 153-160.

ب: آثار مورد حمایت در کنوانسیون جهانی پاریس (ماده ۱)

در این کنوانسیون نیز همانند دو کنوانسیون قبلی، تعریفی جامع و کلی از آثار فکری مورد حمایت ارائه نگردیده است چرا که امکان حصول توافق بین کشورها بر سر چنین تعریفی وجود نداشته است، به علاوه کشورهای عضو نگران این بوده‌اند که ارائه یک تعریف کلی احتمالاً مانع شمول کنوانسیون نسبت به آثار فکری جدید خواهد گردید، بنابراین به ذکر نمونه‌های روشن و بارز از آثار ادبی، علمی و هنری اکتفا کرده‌اند (آثار موسیقی، نمایشی، سینمایی، نقاشی، کنده‌کاری، مجسمه‌سازی و ...).

ج: اصول حمایت از آثار (مواد ۲-۳)

- ۱- هر یک از دول متعاهد ملتزم می‌شوند که اقدامات لازم تقنینی، قضائی و اجرایی برای حمایت کافی و موثر از حقوق پدیدآورندگان آثار فکری علمی، ادبی و هنری را به عمل آورند، چنانکه در کنوانسیون ژنو نیز چنین تعهدی درج شده است.
- ۲- شرط اصالت و نوآوری اثر و ابتکاری بودن آن ذکر نگردیده و به عهده قوانین داخلی گذاشته شده و طبعاً از سوی کشورها لحاظ می‌گردد.
- ۳- به موجب اصل رفتار ملی، کلیه آثار اتباع هر یک از کشورهای متعاهد اعم از منتشر شده و نشده در این کشورها و دیگر کشورهای متعاهد مورد حمایت است و میزان حمایت برابر با حمایت مقرر شده برای آثار اتباع داخلی است.
- ۴- آثار اتباع دول غیرعضو به شرط اینکه در کشور متعاهد برای اولین بار چاپ و منتشر شوند از حمایت آن کشور برخوردار خواهند بود.
- ۵- هر یک از دول عضو می‌تواند به موجب قوانین داخلی خود، اشخاص مقیم در آن کشور را در حکم اتباع خود بداند.
- ۶- اگر دولت متعاهد، تشریفات نظیر ثبت و تسلیم اظهارنامه ثبتی و پرداخت عوارض و مالیات را برای حمایت از آثار فکری اتباع خود مقرر کرده باشد، نمی‌تواند این تشریفات را درخصوص آثار اشخاصی که اثرشان برای نخستین بار در خارج از این کشور منتشر شده و علامت (c) را بر روی تمام نسخه‌های منتشره همراه با ذکر نام دارنده حق مؤلف و سال نخستین انتشار داشته و مجوز انتشار آن را از پدیدآورنده یا شخص قائم مقام او کسب کرده باشند، اعمال نماید.

د: حقوق پدیدآورنده و محدودیت‌های آن (مواد ۴ مکرر تا ۶)

در این کنوانسیون نیز پدیدآورنده از کلیه حقوق انحصاری مالی و غیرمالی مترتب بر اثر خود برخوردار است (همانند آنچه در کنوانسیون برن آمده است)، لکن محدودیت‌های بیشتری را نسبت به کنوانسیون ژنو به خود دیده است:

۱- در صورتی که پس از گذشت ۷ سال از تاریخ نخستین انتشار اثر، ترجمه آن به زبان هر یک از دول متعاقد (زبان متداول در آن) از جانب دارنده حق ترجمه یا با اجازه او و توسط دیگری منتشر نشده باشد، هر یک از اتباع دول متعاقد می‌توانند از مقام صلاحیت‌دار این کشورها اجازه‌نامه غیر انحصاری ترجمه اثر مزبور و انتشار آن را تحصیل نمایند.

تحصیل چنین اجازه‌ای مشروط بر این است که امکان تحصیل اجازه از شخص دارنده حق ترجمه بنا به عللی امکان‌پذیر نبوده و یا اینکه نسخه‌های چاپ شده کمیاب گردیده باشد. در عوض، لازم است دول متعاقد تلاش لازم جهت تضمین ترجمه صحیح از اثر را به عمل آورند و حقوق مالی دارنده حق ترجمه را طبق رویه‌های بین‌المللی محاسبه و پرداخت نمایند. (بند ۲ ماده ۵)

۲- کشورهای در حال توسعه می‌توانند با تصویب قوانین داخلی مدت مزبور را از ۷ سال به ۳ سال کاهش دهند. (بند الف - ۱ ماده ۵ مکرر سوم)

۳- حتی این مدت ۳ ساله نیز می‌تواند کاهش یابد مشروط به اینکه اولاً تمام کشورهای پیشرفته عضو کنوانسیون پاریس یا ژنو موافقت کنند، ثانیاً اثر به زبان رایج در کشور محل تقاضا ترجمه گردد، ثالثاً کاهش دوره کمتر از یکسال نباشد، رابعاً ترجمه از زبان‌های فرانسه، انگلیسی و اسپانیایی نباشد، خامساً چنین اجازه‌ای، خاص استفاده‌های آموزشی، دانشگاهی و تحقیقاتی است. (بند ب - ۱ و ۳ ماده ۵ مکرر سوم)

۴- هرگاه یک اثر نوشته که در قالب متن اصلی خود استفاده می‌شود در کشوری نایاب گردد یا قیمت آن از حد متعارف بالاتر رود، اتباع این کشور می‌توانند تحت شرایط خاص مقرر در کنوانسیون (دادن تقاضانامه به یونسکو، محاسبه و پرداخت حقوق مالی دارنده حق مؤلف و اثبات اینکه تحصیل اجازه از وی امکان‌پذیر نبوده است)، اقدام به چاپ آن برای رفع نیازهای آموزشی و علمی و تحقیقاتی نمایند.

۵- سرانجام باید توجه داشت که برعکس کنوانسیون برن، کنوانسیون جهانی پاریس، قواعد مربوط به حداقل حمایت از حقوق غیرمالی (اخلاقی) پدیدآورندگان را در بر ندارد چرا که همه کشورهای گوناگون ملحق شده به این کنوانسیون، حقوق غیرمالی را داخل مفهوم حقوق

پدیدآورنده آثار فکری نمی‌دانند،^{۱۴۷} به طوری که برخی از آنها حمایت از این نوع حقوق را به رژیم حقوقی مستقلی نظیر حقوق شخصیت^{۱۴۸} واگذار کرده‌اند.^{۱۴۹}

هـ: مدت حمایت (ماده ۴)

مدت‌های حمایت از حقوق پدیدآورنده آثار فکری از این قرار است:

- ۱- طول حیات پدیدآورنده؛
- ۲- تا ۲۵ سال پس از مرگ وی برای وراثت یا قائم مقام قانونی دیگر؛ (بند ۲ ماده ۴)
- ۳- درخصوص آثار عکاسی و هنرهای دستی و صنعتی، تا ۱۰ سال از تاریخ اولین انتشار و تولید؛ (بند ۳ ماده ۴)
- ۴- درخصوص مدت حمایت در حالت انتقال حق به دیگری در زمان حیات پدیدآورنده، طبق مفاد قرارداد عمل می‌شود؛
- ۵- کنوانسیون در مورد مدت حمایت از آثار پدیدآورندگان مجهول الهویه یا با نام مستعار تصریحی ندارد و می‌توان گفت که راه‌حل کنوانسیون برن لازم‌الاتباع است.^{۱۵۰}

بخش چهارم

موافقتنامه تریپس ۱۹۹۴

الف: علل انعقاد

تریپس،^{۱۵۱} نام اختصاری موافقتنامه راجع به جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت فکری است که در سال ۱۹۹۴، طی سند نهایی مذاکرات دور اروگوئه در چارچوب موافقتنامه عمومی راجع به تعرفه و تجارت (گات)^{۱۵۲} انعقاد یافت و پس از تشکیل سازمان تجارت جهانی (W.T.O)^{۱۵۳} به‌عنوان یکی از ضمائم مهم موافقتنامه سازمان مزبور، از اول ژانویه ۱۹۹۶ به اجرا درآمد. استانداردهای مربوط به قابلیت دسترسی و حوزه شمول و کاربرد حقوق مالکیت فکری یکی از قسمت‌های اصلی این موافقتنامه است که علاوه بر حقوق مالکیت صنعتی، حقوق مؤلف^{۱۵۴} و حقوق مرتبط با آن^{۱۵۵} را نیز دربر می‌گیرد.^{۱۵۶} (مواد ۴۰-۹)

147. Droits d'auteur.

148. Droits de la personnalité.

149. Claude Colombet, op.cit., p. 158.

150. H. Desbois, A. Francon, A. Kerever, op.cit., N. 215.

151. Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights = IRIPS

152. General Agreement on Tariffs and Trade = GATT

153. World Trade Organisation.

154. Copyright = Droit d'auteur

❖ ۱۸۳ سیر تحول حقوق مؤلف ...

به‌طور کلی در موافقتنامه تریپس، حقوق مالکیت فکری و از جمله حقوق مؤلف به مثابه اموالی تلقی شده‌اند که همانند کالاهای مادی و خدمات، دارای ارزش اقتصادی در بازار جهانی‌اند، بازاری که مستلزم یکسانی و یکنواختی سطح حداقل حمایت‌های مقرر در هریک از کشورها است تا از بروز آثار منفی بر تجارت و قدرت رقابت جلوگیری شود. از این‌رو، تریپس طبق ماده یک خود، متضمن حداقل قواعد حمایتی ناظر به مصادیق گوناگون حقوق مالکیت فکری است که هریک از کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی ملزم به تبعیت از آنها می‌باشند.

مهمترین علل و زمینه‌های انعقاد موافقتنامه تریپس از این قراراند:

- ۱- کنوانسیون‌های حقوق مؤلف و حقوق مرتبط با آن و نیز کنوانسیون‌های مربوط به حقوق مالکیت صنعتی، فاقد ساز و کارها و اهرم‌های مناسب برای الزام کشورهای عضو به رعایت مقررات این کنوانسیون‌ها و آیین رسیدگی به حل و فصل اختلافات میان آنها بودند.
- ۲- مقررات صریحی راجع به مسائل ناشی از پیشرفت‌های فنی جدید مرتبط با ساخت و استفاده از برنامه‌های رایانه‌ای، پایگاه‌ها و مجموعه‌های اطلاعاتی و انتقال ماهواره‌ای در این کنوانسیون‌ها وجود نداشت.
- ۳- پیشرفت قابل توجه ابزار انتشار بین‌المللی آثار فکری در اثر ظهور تکنولوژی جدید انتقال ماهواره‌ای، پایگاه‌های اطلاعاتی اینترنتی و توسعه فن‌آوری رایانه‌ای، اتخاذ تدابیر حمایتی قویتری را ایجاب می‌کرد.
- ۴- گسترش سرقت‌های ادبی و هنری موجب نگرانی‌های بسیاری شده بود و پیش‌بینی راه‌حلهای مناسبی را اقتضا می‌نمود.
- ۵- لازم بود تدابیری برای کاهش انحرافات و موانع موجود بر سر راه تجارت بین‌المللی و تشویق حمایت مؤثر و کافی از حقوق مالکیت فکری پیش‌بینی گردد تا تجارت بین‌المللی با کمترین مانع ممکن جریان یابد و از داد و ستد کالاهای تقلبی جلوگیری شود.
- ۶- لزوم تشویق ابداعات فنی و انتقال تکنولوژی، پرهیز از اقداماتی که آثار نامطلوبی بر انتقال بین‌المللی تکنولوژی دارد و تضمین مشارکت مؤثر کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی در روند مذاکرات به منظور ایجاد توازن بین حقوق و تعهدات متقابل تولیدکنندگان و

155. Neighboring rights = Droit Voisins

حقوق مرتبط با حقوق مؤلف شامل حقوق هنرمندان اجراکننده آثار ادبی و هنری از جمله خوانندگان، نوازندگان و بازیگران، حقوق تهیه‌کنندگان آثار حقوقی یا فونوگرام و حقوق سازمانهای پخش‌کننده برنامه‌های رادیویی و تلویزیونی است. ۱۵۶. از دیگر قسمت‌های مهم تریپس که از نوآوری‌های آن محسوب می‌شود، قواعد راجع به اجرای حقوق مالکیت فکری (مواد ۴۱-۴۲)، کسب و حفظ حقوق مالکیت فکری (ماده ۶۲) و جلوگیری از بروز اختلافات و طرق حل و فصل آنها (مواد ۶۴ - ۶۳) است.

مصرف کنندگان دانش فنی جهت نیل به رفاه اقتصادی و اجتماعی در همه این کشورها، همه و همه مقتضی پیش‌بینی مقررات جدید و مناسب بود (مقدمه و مواد ۷ و ۸ تریپس).^{۱۵۷}

ب: ارتباط تریپس با کنوانسیون حق مؤلف برن (با اصلاحات بعدی تا سال ۱۹۷۱)

۱- طبق بند ۱ ماده ۹ تریپس، کلیه کشورهای عضو ملزم به رعایت مفاد مواد ۱ تا ۲۱ کنوانسیون برن و ضمیمه آن (براساس اصلاحات ۱۹۷۱ پاریس) هستند حتی اگر تاکنون به این کنوانسیون نپیوسته باشند.

بدین ترتیب، عضویت در سازمان تجارت جهانی که الحاق به تریپس، پیش شرط آن است، منجر به الزام‌آور شدن قواعد مندرج در مواد ۱-۲۱ کنوانسیون برن و ضمیمه آن نسبت به هریک از کشورهای عضو می‌گردد و عامل مهمی برای تحقق بیشتر و کاملتر نظم حقوقی جهانی در زمینه حقوق مؤلف به‌شمار می‌آید.

۲- بر اساس بند فوق، مفاد ماده ۶ مکرر کنوانسیون برن، ناظر به حقوق معنوی (اخلاقی) مؤلف، کشورهای عضو تریپس را ملزم نمی‌سازد و لازم‌الاجرا نیست. البته باید توجه داشت کشورهایی که عضو کنوانسیون برن هستند از این معافیت برخوردار نیستند و برعکس موظف‌اند حقوق معنوی مؤلف را در مورد اتباع کلیه اعضاء سازمان تجارت جهانی رعایت کنند حتی اگر کشورهای اخیر خود عضو کنوانسیون برن نباشند، زیرا اولاً طبق بند ۲ ماده ۲ تریپس، هیچ چیز در این موافقتنامه به تعهدات اعضاء در قبال یکدیگر براساس مفاد کنوانسیون برن لطمه نخواهد زد، ثانیاً اصل رفتار ملی و دولت کامله الوداد، طبق مواد ۳ و ۴ تریپس چنین اقتضایی دارد.^{۱۵۸}

ج: آثار مورد حمایت

براساس مستفاد از بند ۱ ماده ۹ تریپس، آثار علمی، هنری و ادبی مورد حمایت این موافقتنامه اصولاً همان آثار مورد حمایت کنوانسیون برن است که طیف وسیع و نامحدود آثار ادبی و هنری و علمی را دربر می‌گیرد. با این همه در ماده ۱۰ تریپس، به برنامه‌های رایانه‌ای و مجموعه داده‌ها^{۱۵۹} یا پایگاههای اطلاعاتی پرداخته شده و تصریح شده است که چنین آثاری چه

157. A. Bertrand, Le droit d'auteur et les droits voisins, 2^e édition, Dalloz, Paris, 1999, N. 10. 19, p. 476-477.

- مرکز تجارت بین‌الملل وابسته به سازمان تجارت جهانی و دبیرخانه مشترک المنافع، راهنمای تجاری دوراروگوئه، ترجمه مؤسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی، تهران، چ ۱، ۱۳۷۵، ص ۴۱۹ به بعد- مریم آموزگار، کپی‌رایت و حقوق مرتبط در موافقتنامه راجع به جنبه‌های تجاری مالکیت معنوی، مجله پژوهش‌های حقوقی، ش ۳، ۱۳۸۲، صص ۱۵۶-۱۵۵.
۱۵۸. وایپو، بررسی مقایسه‌ای حقوق مالکیت فکری در سازمان جهانی تجارت و سازمان جهانی مالکیت فکری، بزرگی، دکتر وحید، مترجم، چ ۱، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی، تهران، ۱۳۸۴، صص ۷-۹.

159. Computer programs and Compilations of data.

در قالب کدهای اصلی^{۱۶۰} (به زبان قابل درک برای عموم) و چه در قالب کدهای دیدنی،^{۱۶۱} (به زبان ماشین)، به عنوان اثر ادبی مشمول حمایت دانسته شده‌اند.

در این مورد باید به نکات زیر توجه کرد:

۱- اگرچه در کنوانسیون برن، به دو نوع اثر فکری فوق تصریح نشده است اما عموماً پذیرفته شده که عبارت «هرگونه آثار ادبی، هنری و علمی صرف‌نظر از شکل یا نحوه ارائه آنها» در بند ۱ ماده ۲ این کنوانسیون، چنین آثاری را نیز دربرمی‌گیرد؛ با این همه، تدوین‌کنندگان موافقتنامه تریپس ترجیح داده‌اند به جای اکتفا به چنین تفسیری، برنامه‌های رایانه‌ای و مجموعه داده‌ها را مورد تصریح قرار دهند تا جای هیچ تردیدی باقی نماند.^{۱۶۲}

۲- تصریح به «ادبی بودن» دو نوع اثر مذکور، به منظور پرهیز از تلقی آنها به عنوان اثر هنری کاربردی است که مدت حمایت از آن طبق موافقتنامه تریپس، ۲۵ سال از تاریخ ایجاد اثر بوده و منوط به رفتار متقابل است. به عبارت دیگر، مقصود این بوده است که برنامه‌های رایانه‌ای و مجموعه داده‌ها مشمول حمایت ۵۰ ساله (طبق بند ۷ ماده ۲ و بند ۴ ماده ۷ کنوانسیون برن) قرار گیرند،^{۱۶۳} اما برخی معتقدند که این گونه آثار جزو هنرهای کاربردی و تابع رژیم حمایتی خاص آنها هستند.^{۱۶۴}

د: اصول حمایت

۱- اصل رفتار ملی^{۱۶۵}

در ماده ۳ تریپس، اصل رفتار ملی همانند مواد ۳ تا ۵ کنوانسیون برن مورد تصریح قرار گرفته و به موجب آن هریک از کشورهای عضو ملزم است در حمایت از حقوق مؤلفین بین اتباع خود و اتباع دیگر کشورها تبعیض قائل نشود.

واژه حمایت در ماده مزبور تمام مراحل اکتساب، حفظ، اجرا، قلمرو شمول و قابلیت دسترسی حقوق مالکیت فکری را شامل است و اصل رفتار ملی بر تمام این مراحل حاکمیت دارد. بدین جهت هریک از کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی می‌تواند در هریک از دیگر کشورهای عضو آن، حمایتی هم‌سطح با اتباع آن کشورها در مورد آثار چاپ نشده خود یا آثاری که برای اولین بار خارج از کشور مورد نظر چاپ شده است، مطالبه نماید (مواد ۵-۳ کنوانسیون برن).

160. Source Codes.

161. Object Codes.

۱۶۲. همان، ص ۱۰.

۱۶۳. همان.

۱۶۴. مریم آموزگار، همان، ص ۱۵۹.

165. National Treatment Principle.

۲- اصل دولت کامله الوداد^{۱۶۶}

طبق ماده ۴ ترپیس، هرگونه امتیاز یا معافیتی که یک کشور عضو به اتباع کشور دیگری اعطا کند، فوراً و بدون هیچ قید و شرطی به اتباع سایر کشورهای عضو (WTO) اعطا خواهد شد، گرچه کشور مزبور عضو (WTO) نباشد. این اصل که از ابتکارات ترپیس است و در کنوانسیونهای حقوق مؤلف سابقه نداشته است ابزار مناسبی برای تحقق هرچه بیشتر نظم واحد جهانی در حوزه حمایت از حقوق مؤلفین به شمار می آید.^{۱۶۷}

۳- اصل خلاقیت و نوآوری که شرط اساسی حمایت از آثار فکری است و در ماده ۲ کنوانسیون برن مورد تصریح قرار گرفته، امروزه به درجه‌ای از بدهات و وضوح رسیده است که تدوین کنندگان ترپیس نیازی به ذکر آن ندیده‌اند.

۴- در مورد تشریفات کسب و حفظ حقوق مؤلف، اعتقاد بر این است که اصول مندرج در ماده ۶۲ ترپیس، هیچ تعارضی با مفاد کنوانسیونها و معاهدات حقوق مؤلف تحت نظارت سازمان جهانی مالکیت فکری وجود ندارد و اصول مندرج در آنها در واقع مکمل مفاد ماده ۶۲ ترپیس است.^{۱۶۸}

از این رو می‌توان گفت مفاد ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۵۲ ژنو که در واقع اصلاحیه کنوانسیون برن درخصوص اصل تشریفات است کماکان مجری است و هریک از کشورهای عضو (WTO) می‌تواند تشریفات که برای حمایت از آثار فکری اتباع خود اعمال می‌کند در مورد آثار اتباع خارجی نیز اجرا نماید و البته استثناء مقرر در ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۷۱ پاریس باید مراعات گردد.

هـ: حقوق پدیدآورندگان

۱- به‌طور کلی براساس مفاد بند ۱ ماده ۹ ترپیس، کلیه حقوق مالی مقرر در کنوانسیون برن و اصلاحات آن، در این موافقتنامه پذیرفته شده و کشورهای عضو (WTO) ملزم به رعایت آنها هستند.

۲- علاوه بر حقوق مالی مزبور، یک حق مالی جدید تحت عنوان حقوق اجاره‌ای^{۱۶۹} در

166. The Most Favoured Nations Principle = MFN

167. W. Cornish and D. Liwelyn, Intellectual Property, 5th edition, Sweet and Maxwell, London, 2003, No. 10-55, p. 417.

۱۶۸. وایپو، همان، صص ۶۰-۵۹.

169. Rental Rights.

ماده ۱۱ تریپس به رسمیت شناخته شده است:

پدیدآورندگان برنامه‌های کامپیوتری و آثار سینمایی و وراث آنها می‌توانند اجازه تجاری نسخه اصل یا کپی آثار خود به عموم را اجازه داده یا از آن منع کنند. با این همه اگر اجازه تجاری این‌گونه آثار به تکثیر غیرمجاز منجر نشود و به حق تکثیر مؤلفین لطمه‌ای وارد نسازد، شناسایی حقوق اجازه‌ای از سوی کشورهای عضو الزامی نخواهد بود.^{۱۷۰}

شناسایی چنین حق مالی، در راستای اعمال حق مؤلفین بر تجاری کردن^{۱۷۱} اثر خود تلقی می‌گردد.

۳- بنا به صریح بند ۱ ماده ۹ تریپس، کشورهای عضو (WTO) اصولاً حق یا تعهدی در رابطه با حقوق معنوی مذکور در ماده ۶ مکرر کنوانسیون برن ندارند، با این همه اگر کشوری از کشورهای عضو WTO، عضو کنوانسیون برن نیز باشد ملزم به رعایت این نوع حقوق در مقابل کشورهای دیگر است حتی اگر این کشورها عضو کنوانسیون برن نباشند (بند ۲ ماده ۳ و مواد ۳-۴ تریپس).

۴- محدودیت‌های حقوق پدیدآورندگان

طبق ماده ۱۳ تریپس، اعضاء سازمان تجارت جهانی (WTO) می‌توانند محدودیت‌ها یا استثنائاتی را در مورد حقوق انحصاری پدیدآورندگان در برخی موارد خاص وضع کنند، مشروط بر اینکه با بهره‌برداری متعارف مؤلفین از اثر خویش در تعارض نباشد و به منافع مشروع آنها لطمه نزند.

به‌طور کلی عقیده بر این است که هیچ تعارضی میان کنوانسیون برن و موافقتنامه تریپس در این مورد وجود ندارد و در ماده ۱۳ تریپس تقریباً همان الفاظ و عبارات بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون برن به کار رفته است.^{۱۷۲}

و: مدت حمایت

۱- تریپس برخلاف کنوانسیون برن، مؤلف بودن شخص حقوقی را پذیرفته است و مدت حمایت از آثار اشخاص حقوقی را حداقل ۵۰ سال از تاریخ پایان اولین سال انتشار مجاز اثر و در

۱۷۰. همان، صص ۱۲-۱۳.

171. Commercialization.

۱۷۲. وایپو، همان، صص ۱۶-۱۵؛ مریم آموزگار، همان، ص ۱۶۱.

صورت عدم انتشار مجاز، از تاریخ ایجاد اثر مقرر کرده است (ماده ۱۲)، اما اگر مؤلف، شخص طبیعی باشد، مدت حمایت طبق بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون برن، علاوه بر طول مدت حیات وی، ۵۰ سال از تاریخ مرگ وی خواهد بود.

۲- مدت حمایت از آثار عکاسی و هنرهای کاربردی، همانند کنوانسیون برن، حداقل ۲۵ سال پس از ایجاد و خلق اثر است. (ماده ۱۲)

۳- مدت حمایت از آثار سینمایی، حداقل ۵۰ سال از تاریخ انتشار مجاز اثر است. (ماده ۱۲)

ز: مقررات مربوط به کشورهای درحال توسعه^{۱۷۳}

در قسمت ششم موافقتنامه تریپس، تحت عنوان ترتیبات انتقالی و ملی سه ماده (۶۷-۶۵) تدابیری به نفع کشورهای درحال توسعه درخصوص زمان لازم الاجرا شدن مفاد تریپس نسبت به آنها مقرر شده است:

۱- کشورهای دارای کمترین سطح توسعه یافتگی مجاز هستند اجرای این موافقتنامه را بجز دو اصل رفتار ملی و دولت کامله الوداد، تا ده سال یعنی تا اول ژانویه ۲۰۰۶ میلادی به تأخیر اندازند و این مدت برای کشورهای درحال توسعه و کشورهای درحال گذر از اقتصاد برنامه‌ای به اقتصاد آزاد، چهار سال یعنی تا اول ژانویه ۲۰۰۰ میلادی بوده است. (بندهای ۳-۲ ماده ۶۵ و بند ۱ ماده ۶۶ تریپس).

۲- درمورد انتقال تکنولوژی (فن‌آوری)، دو مقررہ پیش‌بینی شده است:

«اولاً، کشورهای توسعه‌یافته عضو WTO موظف‌اند انگیزه‌های لازم برای پیشبرد و تشویق انتقال فن‌آوری به کشورهای دارای کمترین سطح توسعه‌یافتگی را در شرکتها و مؤسسات داخلی خود ایجاد نمایند. (بند ۲ ماده ۶۶)

ثانیاً، هریک از کشورهای توسعه‌یافته عضو، ملزم هستند در صورت تقاضای کشورهای درحال توسعه یا دارای کمترین سطح توسعه‌یافتگی، به همکاری‌های فنی و مالی لازم با این کشورها برای تسهیل اجرای مفاد تریپس اقدام نمایند. (ماده ۶۷)».

173. W. Cornish and D. Liwelyn, op. cit., No. 9-33, p. 364.

بخش پنجم معاهده حق مؤلف وایپو ۱۹۹۶^{۱۷۴}

الف: علل انعقاد

یکی دیگر از تلاش‌های جامعه بین‌المللی برای پُر کردن خلأها و رفع نقائص کنوانسیونهای حقوق مؤلف در قالب کمیته کارشناسی سازمان جهانی مالکیت فکری (WIPO) صورت گرفت و با پرداختن به مسائلی که بعضاً در موافقتنامه تریپس نیز مطرح نشده بود، گام مهم دیگری در این راستا برداشت که ثمره آن در قالب معاهده حق مؤلف وایپو به سال ۱۹۹۶ میلادی در شهر ژنو و با استناد به ماده ۲۰ کنوانسیون برن که به دول عضو اجازه انعقاد معاهداتی راجع به آثار ادبی و هنری داده است، ظاهر گردید. این معاهده از تاریخ ۶ مارس ۲۰۰۲ به اجرا درآمده و زیر نظر سازمان جهانی مالکیت فکری (وایپو) اداره می‌شود.

ب: نوآوری‌ها

۱- توسعه آثار ادبی، هنری تحت حمایت

در این معاهده، برنامه‌های رایانه‌ای صرف نظر از نوع رسانه یا روش و شکل نمود عینی آنها و نیز مجموعه داده‌ها و اطلاعات تهیه شده در اشکال گوناگون (همانند سایت‌های رایانه‌ای)، صراحتاً در زمره آثار تحت حمایت قرار داده شده‌اند.

۲- توسعه حقوق پدیدآورندگان

در معاهده وایپو، سه نوع حق مالی دیگر به حقوق مالی مؤلفین اضافه گردیده که در کنوانسیونهای حق مؤلف سابقه نداشته است:

۲-۱- حق اجاره

پدیدآورندگان، حق صدور اجازه اجاره نسخه‌های اصلی و کپی برنامه‌های رایانه‌ای، آثار سینمایی و آثار صوتی ضبط شده خود به عموم یا منع از آن را دارند.

174. Wipo Copyright Treaty = WCT

۲-۲- حق توزیع

پدیدآورندگان، حق صدور اجازه قرار دادن نسخه‌های اصلی یا کپی اثر خود در دسترس عموم از طریق فروش و سایر طرق انتقال مالکیت یا منع از آن را دارند.

۲-۳- حق ارسال برای عموم

مؤلفین، حق صدور اجازه هر نوع ارسال اثر خود برای عموم از طرق گوناگون ارتباطی و یا منع از آن را دارا می‌باشند.

۳- کليه کشورهای عضو معاهده حق مؤلف وایپو ملزم به رعایت مقررات کنوانسیون برن (با اصلاحات بعدی) هستند حتی اگر رسماً به این کنوانسیون ملحق نشده باشند، اما اصل عضویت در معاهده وایپو اختیاری است.^{۱۷۵}

نتیجه‌گیری

الف- قواعد بین‌المللی حاکم بر حقوق پدیدآورندگان آثار فکری علمی، ادبی و هنری (حقوق مؤلف) از زمان تصویب اولین کنوانسیون راجع به حق مؤلف در ۱۸۸۶ تا به حال در عین ثبات واستمرار در بسیاری از اصول و ضوابط موجود، دگرگونی قابل توجهی داشته است. این تحولات اساساً با هدف تأمین حداکثر حقوق مالی و غیرمالی پدیدآورندگان در عین تضمین بهره‌مندی همه ملت‌ها از ثمرات و دست‌آوردهای مادی و معنوی حاصل از این گونه پدیده‌ها رخ داده است و بدین منظور، کشورهای پیشرفته و سازمان‌های بین‌المللی سعی کرده‌اند قواعد حقوقی حاکم بر این عرصه را چنان تنظیم کنند که منافع و مصالح کشورهای در حال توسعه را نیز تأمین نموده و آنها را به پیوستن به کنوانسیون‌ها، معاهدات و موافقتنامه‌های بین‌المللی ترغیب نماید.

ب- اصول و ضوابط کلی حاکم بر حقوق آفرینش‌های علمی، ادبی و هنری در سطح بین‌المللی در حال حاضر از این قراراند:

۱- در هیچ یک از کنوانسیون‌ها، معاهدات و موافقتنامه‌های بین‌المللی، تعریفی از آثار علمی، ادبی و هنری مورد حمایت ارائه نشده و با ذکر مصادیق مهم این گونه آثار که به صورت غیرحصری بیان شده‌اند، امکان حمایت از هرگونه آفرینش فکری جدید در آینده فراهم شده است. با این همه در موافقتنامه تریپس و معاهده حق مؤلف وایپو، برنامه‌های رایانه‌ای و مجموعه داده‌ها به‌طور خاصی مورد تصریح قرار گرفته است تا بر شمول حمایت نسبت به آنها به‌عنوان

175. Wipo, Summary of the Wipo Copyright Treaty, Geneva, 2000, pp. 2-7.

مصادیق جدید و پیشرفته مالکیت فکری ادبی تأکید گردد.

۲- اصل اساسی تمام کنوانسیونها، معاهدات و موافقتنامه‌های بین‌المللی که در واقع روح و جوهره آنها را تشکیل می‌دهد، لزوم رفتار و برخورد مساوی با آثار علمی، ادبی و هنری خارجی در هر یک از کشورهای عضو است، به‌طوری‌که اصولاً تفاوتی بین رژیم حقوقی حاکم بر این نوع آثار و آثار مشابه داخلی و ملی وجود نداشته باشد. (اصل رفتار ملی)

۳- آثار فکری مورد حمایت، تنها پدیده‌هایی را شامل می‌شود که حاصل خلاقیت و نوآوری پدیدآورنده بوده و به دور از تقلید و کپی‌برداری از دیگران باشد.

۴- حسب تصمیم هر یک از کشورهای متعاقد، رعایت تشریفات مقرر در هر یک از این کشورها برای حمایت حقوقی از آثار فکری داخلی، شرط حمایت از آثار خارجی نیز خواهد بود. (اصل تشریفات)

۵- حقوق پدیدآورندگان آثار فکری علمی، ادبی و هنری به دو دسته کلی غیرمالی (معنوی یا اخلاقی) و مالی تقسیم می‌شود:

۵-۱- دسته اول شامل حق حفظ نام خود بر اثر، پاسخگویی به نقدها، حق انتشار و خودداری از آن، مقابله با تغییر شکل و تحریف محتوای اثر (از طریق الحاق، حذف و تغییر آن)، حق تجدید نظر در شکل و محتوای اثر و مقابله با هرگونه لطمه به اثر که شهرت و شرف پدیدآورنده را لکه‌دار کرده و ناقض شأن و احترام اوست، می‌باشد.

این حق‌ها، حداقل‌هایی هستند که تمام کشورهای متعاقد جز در موارد استثنایی استفاده از حق شرط (رزرو)، موظف به رعایت آنها در حقوق داخلی خود می‌باشند اما مقرر کردن سایر حقوق غیرمالی نظیر حق افشاء و حق انصراف، با این همه در موافقتنامه ترپیس که عمده‌تاً به جوانب تجاری حقوق مالکیت فکری توجه دارد، کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی اصولاً الزامی به رعایت مفاد ماده ۶ مکرر کنوانسیون برن درخصوص حقوق معنوی ندارند مگر اینکه عضو این کنوانسیون یا معاهده حق مؤلف واپس باشند به اختیار قانونگذاران ملی و نهاده شده است.

۵-۲- حقوق مالی پدیدآورندگان شامل حق انتشار و تکثیر (عوض مالی انتشار و تکثیر)، حق ترجمه، حق اقتباس و تبدیل و نمایش و عرضه به طرق گوناگون، ضبط صوتی و تصویری، حق تعقیب، حق اجاره، توزیع و ارسال برای دسترسی عمومی است و اینها نیز حداقل‌هایی هستند که جز در موارد مجاز اعمال حق شرط، باید در قوانین داخلی نیز انعکاس یابند.

۶- حداقل مدت حمایت از حقوق مالی، علاوه بر طول حیات پدیدآورنده، ۲۵ تا ۵۰ سال پس از مرگ وی است که وراثت یا قائم مقام قانونی دیگر از آن بهره‌مند می‌شوند و اگر پدیدآورنده، شخص حقوقی باشد مبدأ محاسبه این مدتها، پایان سال اول انتشار مجاز اثر و در

صورت عدم انتشار مجاز، تاریخ ایجاد اثر است و اگر اثر، سینمایی باشد، مبدأ محاسبه، تاریخ انتشار مجاز اثر و یا تاریخ دسترسی مجاز عموم مردم به آن خواهد بود. البته در مواردی استثنایی نظیر آثار عکاسی و هنرهای دستی مدت حمایت به زمان کمتری بین ۱۰ تا ۲۵ سال از تاریخ اولین انتشار و تولید کاهش یافته است.

۷- حمایت از حقوق غیرمالی علاوه بر طول حیات پدیدآورنده پس از مرگ وی و حداقل تا زمان زوال حقوق مالی قائم مقام او ادامه می‌یابد و البته این اجازه داده شده است که کشورهای متعهد حسب باورها و واقعیات موجود داخلی، برخی از حقوق غیرمالی را با مرگ پدیدآورنده پایان یافته مقرر کنند اما روشن است که برخی از این حقوق همانند حق نام، همیشگی و غیرقابل زوال هستند.

۸- حداقل مدت حمایت از آثار بدون نام یا با نام مستعار (ناشناخته) ۵۰ سال پس از زمانی است که در دسترس عموم قرار گرفته‌اند.

۹- در کنوانسیون‌های بین‌المللی حق مؤلف به خصوص در دو کنوانسیون ژنو و پاریس و نیز موافقتنامه ترپس، مقررات خاصی به نفع کشورهای در حال توسعه پیش‌بینی شده است تا این کشورها بتوانند در عین الحاق به این کنوانسیونها، به‌نحو مطلوبی از دستاوردهای فکری، علمی، فنی، هنری و ادبی کشورهای پیشرفته در راه پیشرفت و توسعه همه‌جانبه خویش استفاده کنند و نگرانی از هزینه‌های سنگین پرداخت حقوق مالی پدیدآورندگان آثار فکری که مانع بزرگی در این راه به شمار می‌رود، مرتفع گردد و بدین ترتیب در عین تأمین و حفظ نظم حقوقی عادلانه بین‌المللی در زمینه حقوق پدیدآورندگان آثار فکری علمی، ادبی و هنری، مصالح کشورهای در حال توسعه نیز رعایت شود.

۱۰- علی‌رغم انعقاد موافقتنامه ترپس در ۱۹۹۴ و معاهده وایپو در ۱۹۹۶، هنوز هم شالوده و اساس رژیم حقوقی حاکم بر آثار علمی، ادبی و هنری را کنوانسیون برن ۱۸۸۶ (با اصلاحات بعدی)، تشکیل می‌دهد.

پیامدهای الحاق جمهوری اسلامی ایران به دیوان بین‌المللی کیفری از بُعد جنایات مندرج در اساسنامه دیوان^۱

دکتر همایون فلاحیان^۲

چکیده

همسوسازی قوانین داخلی با مقررات مربوط به جنایات در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری (اساسنامه رم) از بعد آثار الحاق ایران به دیوان اهمیت زیادی دارد. در مورد جنایات جنگی با توجه به اینکه هنوز ایران به دو پروتکل الحاقی به کنوانسیونهای ژنو ملحق نشده؛ الحاق به دیوان صرف‌نظر از تعهدات بین‌المللی فعلی ایران، متضمن قبول تعهدات اسناد مزبور است. در مورد جنایت نسل‌زدایی و مصادیق آن، با توجه به الحاق ایران به کنوانسیون منع نسل‌زدایی (قانون اجازه الحاق دولت ایران به قرارداد بین‌المللی جلوگیری از کشتار جمعی (ژنوسید) مصوب ۱۳۳۴/۹/۳۰)، مشکلی در الحاق به دیوان برای کشور متصور نیست. درباره جنایات علیه بشریت دو گزینه موجود است که انتخاب هر یک خالی از مشکلات نیست؛ انتخاب گزینه «رعایت ضوابط اساسنامه دیوان» مطابق اهداف دیوان است، ولی به مصلحت کشور نیست. گزینه دوم «لحاظ معیارهای داخلی در قانون مجازات اسلامی» هرچند می‌تواند مشکل‌گشا باشد ولی با این انتخاب مشکل کلی اجرای برخی مجازاتهای داخلی در مورد مسئله شکنجه همچنان باقی می‌ماند.

واژگان کلیدی: دیوان بین‌المللی کیفری - جنایات بین‌المللی - اجرایی کردن اساسنامه دیوان

بین‌المللی کیفری - آثار الحاق

۱. این مقاله برگرفته از رساله دکتری تخصصی حقوق بین‌الملل نگارنده با راهنمایی دکتر حسین میرمحمد صادقی است که در دیماه ۱۳۸۴ در مرکز آموزش‌های عالی بین‌المللی دانشگاه آزاد اسلامی توسط ایشان دفاع شده است.

۲. دکتری حقوق بین‌الملل و وکیل پایه یک دادگستری.

مقدمه

با تشکیل دیوان بین‌المللی کیفری، جمهوری اسلامی ایران نیز در مقطع حساس جهانی شدن حقوق کیفری با چالش‌های جدی و تحول عظیم حقوقی مواجه است. بدین‌سان نحوه استقبال چشمگیر و بی‌نظیر کشورها از دیوان، تأثیرات غیرقابل انکاری بر وضعیت حقوقی و سیاسی دولتهای عضو و غیر عضو دیوان دارد و هنجارهای مندرج در مقررات آن بر حاکمیت و حیات ملی کشورها آثار مهمی را به جای خواهد گذاشت. طبعاً دولت ایران از این تأثیرپذیری مستثنی نبوده و ناگزیر می‌بایست مسئله «الحاق» و یا «عدم الحاق» به دیوان بین‌المللی کیفری را به‌عنوان جدی‌ترین واقعیت حقوق بین‌الملل کیفری مورد توجه خاص قرار دهد؛ مسلماً واپس‌زدن و نادیده انگاشتن چنین واقعیتی (الحاق به دیوان) به منزله عدم مشارکت در جامعه بین‌المللی و انکار مسلم واقعیت‌های حقوق بین‌الملل است. از آنجا که وفق ماده ۹ قانون مدنی، به فرض تصویب اساسنامه دیوان، معیارهای مندرج در اساسنامه در حکم قانون داخلی می‌گردد و در پی آن هنجارهای دیوان بر امنیت، مصالح و حاکمیت ملی کشورمان، بدون شک تأثیرگذار خواهد شد؛ بنابراین بسیار ضروری است که با نگاهی کارشناسانه و دقیق، همسوسازی حقوق داخلی ایران با مقررات و اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری را در اولویتهای مطالعاتی، تقنینی و اجرایی قرار دهیم. لذا با درک اهمیت و ضرورت موضوع، این مقاله به مسئله همسوسازی مقررات و قوانین داخلی با جرم‌انگاری‌های مندرج در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری اختصاص یافته و در آن سعی شده است آثار الحاق ایران به دیوان بین‌المللی کیفری از بعد جنایات چهارگانه مندرج در ماده ۵ اساسنامه مورد مطالعه قرار گیرد.

متأسفانه در عمل، در سطح جامعه جهانی، اجرایی کردن مقررات دیوان و اساسنامه آن از سوی کشورها با مشکلاتی همراه بوده است، برخی از کشورها تعقیب و محاکمه را فقط در خصوص بعضی از جنایات، مانند جنایات جنگی و شکنجه پذیرفته‌اند و یا بر اساس «عُرف بین‌المللی» تعقیب را فقط نسبت به جنایات نژادپرستی و علیه بشریت قبول کرده‌اند. بسیاری از کشورها نیز صلاحیت جهانی را در مورد این جنایات به‌طور نسبی اعمال کرده‌اند.

علاوه بر این، تعداد کمی از کشورها عناصر جنایات موجود در سند عناصر جنایات دیوان را در تعاریف موجود در قوانین خود وارد نموده‌اند. با وجود این، در سایه نقش تکمیلی و فرعی که اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در ماده ۹ خود به این سند داده است و همچنین با عنایت به اینکه در برخی از موارد ارکان و شرایط جنایات ذکر شده در سند مزبور با موارد مندرج در خود اساسنامه و سایر اسناد بین‌المللی مطابق نیست، ضروری است که این نقایص وارد قوانین اجرایی کشورها نگردد و سند مربوط به عناصر جنایات مانند سیستم دیوان در محاکم داخلی نیز به یک

سند فرعی و کمکی نه چندان مهم تبدیل نگردد.^۳ بنابراین در این مرحله ضروری است که کشورهای عضو، به منظور اجرایی ساختن تعهدات مندرج در اساسنامه، قوانین ملی خودشان را مهیا و آماده سازند تا از لحاظ ماهوی و شکلی امکان اجرایی نمودن مقررات دیوان و اساسنامه آن فراهم گردد.

با توجه به آنچه گفته شد محقق با درک اهمیت مباحث، مقاله حاضر را طی سه گفتار مجزا ارائه نموده است؛ گفتار اول به مسئله ضرورت الحاق به دیوان بین‌المللی کیفری و پیامدهای آن از بعد جنایات مندرج در اساسنامه پرداخته و در آن تلاش شده است که اولاً نفس الحاق به دیوان در سایه اصل محوری صلاحیت تکمیلی به عنوان یک ضرورت و الزام گریزناپذیر به تصویر کشیده شود، ثانیاً جرم‌انگاری و تعریف عناصر و ارکان جنایات مندرج در اساسنامه در مباحث بعدی آن به عنوان مقدمه لازم و ضروری برای الحاق به دیوان و همکاری با آن مورد بحث قرار گیرد. گفتار دوم مقاله به مسئله کلیدی آثار و پیامدهای الحاق به دیوان از بعد سه دسته از جنایات مندرج در اساسنامه اختصاص یافته و نویسنده با توجه به موارد صلاحیتهای ذاتی دیوان یعنی جنایات جنگی، نسل‌زدایی و جنایات علیه بشریت، آثار الحاق در هر کدام از جنایات یادشده را به‌طور مجزا مورد بررسی و تحلیل قرار داده و به‌طور ویژه در خصوص جرم‌انگاری جنایات علیه بشریت به گزینه‌ها و راه‌حلهای خروج از تنگناهای موجود پرداخته است و نهایتاً گفتار انتهایی مقاله (گفتار سوم) با نگاهی به آثار و پیامدهای الحاق به دیوان از بعد جنایات و مجازاتهای مندرج در قوانین ایران به‌طور خاص به مسئله اجرای مجازاتهای داخلی کشور بعد از

۳. ماده ۹ اساسنامه رم مقرر می‌دارد: «۱- عناصر تشکیل دهنده جنایات در تفسیر و اجرای مواد ۶ و ۷ و ۸ به دیوان کمک خواهد کرد. این عناصر باید به تصویب اکثریت دو سوم اعضای مجمع دولتهای عضو برسد؛ ۲- اصلاحیه‌های پیشنهادی بر [سند] عناصر جنایات ممکن است به وسیله: الف: هر دولت عضو، ب: اکثریت مطلق قضات، ج: دادستان پیشنهاد شود. این اصلاحیه‌ها لازم است به تصویب اکثریت دو سوم اعضای مجمع دولتهای عضو برسد. ۳- [سند] عناصر جنایات و اصلاحیه‌های آن نباید مغایر با این اساسنامه باشد». یکی از نمونه‌های مواردی که سند مربوط به عناصر جنایات، هم اساسنامه و هم اسناد دیگر حقوق بین‌الملل منطبق نیست، مربوط به قرائن و شواهد مربوط به جنایت نسل‌کشی است که موجب گردیده است که پرونده‌های قابل طرح در دیوان در خصوص جنایات مزبور کاسته شود و در عین حال تعریف جنایت نسل‌زدایی را تغییر نداده است. مثال مشابه در این خصوص شامل جنایت علیه بشریت و تجاوز جنسی می‌گردد. سند عناصر جنایات دو دیدگاه موجود در قضاوت قاضی دادگاه رواندا در پرونده

(Akayesu) Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-A, judgment, trial chamber, 2 September 1998, para 688.

و همچنین حکم دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی در پرونده (Furundzija)

Prosecutor v. Akayesu, furundzija, Case No. IT-95-17/1, judgment, trial chamber, 10 December 1998, para 185

را ترکیب نموده است. این تعریف از جنایت مزبور به نحو گسترده‌ای با تعریف پذیرفته شده برای جنایت مزبور در سال ۲۰۰۲ در پرونده (Kunaraee) از بین رفته است. مشخصات حکم مزبور از قرار ذیل است:

Prosecutor v. Kunaraee et al., case NO. IT-96-23, judgment, Appeals Chamber, 12 June 2002, Paras. 127 and 128.

الحاق به دیوان توجه داشته و به این نکته می‌پردازد که مجازات‌هایی که برای مبارزه با جنایات (حتی جنایاتی که در اساسنامه دیوان از آنها یاد شده) فعلاً در کشور قابل اعمال است خود می‌تواند تحت تفسیرهای اسناد و برخی مراجع بین‌المللی، خود به‌عنوان یکی از مصادیق جنایات علیه بشریت یعنی شکنجه تعبیر گردد. نویسنده با تحلیل و بررسی چنین دیدگاه‌هایی به ارائه نظریات خود پرداخته و اشکال یاد شده را در کل قابل حل دانسته است.

گفتار اول

ضرورت الحاق به دیوان و پیامدهای آن از بعد جنایات مندرج در اساسنامه

الف) الحاق به دیوان به‌عنوان یک ضرورت

همان‌گونه که می‌دانیم در دیوان بین‌المللی کیفری اصل صلاحیت تکمیلی به‌عنوان کلیدی‌ترین اصل مندرج در اساسنامه مبین نحوه ارتباط و تعامل صلاحیت محاکم ملی و صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری است. مطابق این اصل دیوان در موارد استثنایی، با توجه به معیارهایی که در اساسنامه دیوان آمده، خود تشخیص می‌دهد که در مورد این جنایات اعمال صلاحیت نماید و به‌موجب این اصل، اعمال صلاحیت استثنایی دیوان بیش از اینکه تهدیدی برای محاکم ملی و صلاحیت‌های آن تلقی گردد، بیانگر یک حق تقدم و شناسایی‌کننده اصل صلاحیت‌های ملی و حتی مکمل آنها است و در موارد ناتوانی‌ها و عدم تمایل تعقیب این‌گونه جنایات در نظامهای قضائی داخلی و ملی موضوعیت اجرا پیدا می‌کند. چگونگی موضوعیت یافتن آن نیز مبتنی بر سازوکارهایی است که جزئیات آن در اساسنامه دیوان به‌طور خاص در ماده ۱۷، پاراگراف شماره ۴ مقدمه، پاراگراف ۶ مقدمه و همچنین پاراگراف ۱۱، ذکر گردیده است. بنابر مطالب عنوان شده، بویژه با عنایت به حق تقدم کشورها در تحقیق و تعقیب جنایات، اساسنامه دیوان، حق اعتراض و خدشه به اعلام قابلیت پذیرش پرونده‌ها و وضعیت‌ها را در مواد ۱۸ و ۲۰ شناسایی و در ماده ۱۷ و برخی از مواد دیگر آن اساسنامه^۴ شرایط و ضوابط ویژه‌ای را برای قابلیت پذیرش پرونده‌ها، وضعیت‌ها و نحوه اعتراض به آن را عنوان می‌نماید. از مجموع این مطالب چنین بر می‌آید که مسئله اصل صلاحیت تکمیلی در «روند اجرایی نمودن مقررات اساسنامه دیوان» اهمیت حیاتی دارد. این اجرایی نمودن مقررات اساسنامه دارای وجوه متعددی است که تبلور اصلی آن در میزان توانایی و اراده نظامهای ملی در جرم‌انگاری و تعقیب جنایات مندرج در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری است که در نهایت با کمک به اجرایی شدن اصل صلاحیت

۴. رک. مواد ۱(a) ۸۲ اساسنامه قاعده شماره ۱۵۴، ماده ۳۹ اساسنامه، بند ۴ ماده ۸۳، قاعده ۱۵۸، قاعده شماره ۵۱، بند ۴ ماده ۱۹.

تکمیلی فواید و آثار ذیل را به دنبال دارد:

۱- اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری دولتها را به تحقیق و تعقیب جنایات تحت صلاحیت دیوان قبل از اینکه به دیوان ارجاع شوند تشویق می‌کند، بنابراین کشورهای عضو باید برای رسیدگی و تعقیب داخلی جنایات مزبور، سازوکارهای مؤثر، مناسب و صحیحی را پیش‌بینی نمایند؛ زیرا این امر، به همان اندازه که یک تعهد و بار مسئولیت سنگین تلقی می‌شود، یک فرصت مناسب برای آزمون امکانات و فرصت‌های موجود ملی و داخلی است.

۲- کشورهایی که با جنایات مندرج در اساسنامه دیوان مطابق معیارهای مندرج در آن مبارزه مینمایند، خود را در سیستم عدالت کیفری بین‌المللی مشارکت می‌دهند که هدف آن پایان دادن به فرهنگ مصونیت برای مرتکبان جنایات ضد انسانی در سطح گسترده است. مسلماً بخشی از همین مشارکت در سیستم دادرسی کیفری دیوان به همین اصل مربوط می‌شود که هر دولتی موظف است تا صلاحیت جزائی خود را بر کسانی که مرتکب این‌گونه جنایات شنیع می‌گردند، اعمال نماید.

۳- کشورهایی که با توسل به سیستم موجود خود، جنایات موضوع صلاحیت دیوان را شخصاً رسیدگی می‌کنند می‌توانند از دیوان بین‌المللی کیفری در خصوص این جنایات تقاضای همکاری و مساعدت نمایند و این در مواقعی بیشتر مصداق می‌یابد که دیوان قبلاً اطلاعات و اسنادی را در طول رسیدگی‌ها و تعقیبات و تحقیقات خود جمع‌آوری نموده است. چنین اسناد و مدارکی در مقام همکاری‌های دو طرفه امکانات و فرصت‌های مفیدی را برای مراجع ملی ایجاد می‌نماید و تجربه و توان آنها را دو چندان می‌کند.

۴- ویژگی تکمیلی بودن صلاحیت دیوان به حق نظام‌های ملی بر اعمال صلاحیت خود در خصوص جنایات مندرج در ماده ۵ اساسنامه احترام می‌گذارد. تعاریف جامع این جنایات در اساسنامه و سند تعریف عناصر جنایات، معیارهای ارزشمندی را برای جامعه جهانی تدارک دیده که این معیارها، محدوده و مفاهیم این جنایات را به روشنی مشخص می‌کند. برای هر نظام ملی که بخواهد این جنایات را در قوانین خود وارد نماید این موارد الگو و معیار نمونه‌ای تلقی می‌شوند که با استفاده از تجربه علمی و عملی سالیان متمادی به دست آمده‌اند.

۵- وارد نمودن تعاریف جنایات موجود در اساسنامه دیوان و سند عناصر جنایات در قوانین ملی و عدم همسو نمودن قوانین موجود با این تعاریف، موجب انشعابات و اختلافات نامطلوبی در سطح بین‌المللی در طرز تلقی عمومی کشورها از این جنایات می‌گردد. و حتی این خطر وجود دارد که کشوری که به این ترتیب عمل ننماید، از منظر دیوان «نامتمایل» و یا «ناتوان» تلقی شده و از مزایای تعقیب داخلی جنایات بی‌بهره بماند. به همین جهت بسیاری از کشورها به‌صورت مفصل این تعاریف را وارد قوانین کیفری نموده و تعاریف موجود در قوانین خود

را با تعاریف اساسنامه و سند عناصر جنایات مطابقت می‌دهند و حتی به‌عنوان یک عامل تسریع کننده در چنین قانونگذاریهایی به آن استناد می‌کنند.^۵

۶- ماهیت تکمیلی صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری، مشوق اعمال صلاحیت‌های محاکم ملی در تعقیب، تحقیق و محاکمه جنایات موضوع ماده ۵ اساسنامه برای نیل به اهداف اساسی تشکیل دیوان است که این اعمال صلاحیت‌ها نقطه پایانی به اقدامات افرادی است که حصار امنی بر پایه قدرت و مصونیت برای خود فراهم نموده‌اند.

۷- نظامهای ملی که با تجهیز قوانین و مقررات خود و با استفاده از اصل صلاحیت تکمیلی، اتباع مرتکب جنایات را تعقیب می‌نمایند، این اتباع با استفاده از امکانات ملی محاکمه خواهند شد و دولت‌ها مجبور نیستند علی‌رغم وظیفه سیاسی حمایت از اتباع، آنها را به یک نهاد غیر ملی «تحويل» داده، متعاقب آن مجبور به تبعیت از دستورات دیوان گردیده و حتی موجبات حضور مقامات و پرسنل دیوان در خاک کشور برای انجام تحقیقات و بازجویی‌ها را فراهم نمایند.

۸- برخی از نظامهای داخلی ممکن است در راستای تعقیب جنایاتی که ماهیت بین‌المللی موصوف در اساسنامه را دارند، متوسل به قوانین خویش گردیده و جنایات مورد بحث را با عناوین عمومی همچون قتل عمد، تخریب، تحریق، تجاوز جنسی و شکنجه و ... مورد تعقیب قرار دهند. این در حالی است که جرائم عمومی هیچ‌گاه ویژگیها و ارکان خاص این جنایات بین‌المللی را ندارند. به‌طور مثال هیچ‌گاه جنایت نسل‌زدایی با جرم قتل عمد قابل مقایسه نیست؛ بنابراین، این جنایات ارکان و عناصر ویژه و اصولاً یک نظام سیاست جنایی افتراقی را می‌طلبند و در غیر این صورت، هیچ‌گاه کشورهای عضو قادر نخواهند بود که از مزایای اصل صلاحیت تکمیلی دیوان منتفع گردند.

۹- برخی از نظامهای داخلی ممکن است در تعقیب جنایات مزبور، به الحاق سابق خود به معاهدات بین‌المللی که این جنایات را جرم‌نگاری نموده‌اند اکتفا نمایند؛ درحالی‌که ضروری است که به تحولات حوزه جنایات بین‌المللی و تعاریف گسترده آن در طول زمان و به این نکته که حتی در مواردی در اساسنامه برداشت‌های جدیدی از این جنایات ارائه شده توجه نمایند. نکته دیگر اینکه این معاهدات و کنوانسیونها، شامل اسناد بسیار پراکنده‌ای می‌شوند که کشورهای ملحق شده در اجرای آنها با مشکلات عدیده‌ای روبرو می‌گردند؛ بنابراین نظام‌مندی و سازماندهی دوباره سیاهه جنایات مزبور برای اعمال صلاحیت ملی بسیار حیاتی است.^۶

5. K.L. Poherty & T.L. MC Cormack "Complementarity as a Catalyst for Comprehensive Domestic Penal Legislation" (1999) 5U.C. Davis J. International L. & Policy, p. 147.

6. Human Rights Watch "International Criminal Court, Making the International Criminal Court work" A Handbook for Implementing the Rome Statute, Vol. 13, No.4 (G), September 2001 p. 16 Online Available at: <http://www.hrw.org/campaigns/icc/docs/hand/book-e.pdf>

ب) جرم‌انگاری و تعریف عناصر و ارکان جنایات مندرج در اساسنامه، ضرورتی برای الحاق

ضرورت اقدامات تقنینی از سوی کشورها در مقدمه، ماده ۱ و ماده ۱۷ اساسنامه آمده است. جنایات بین‌المللی مندرج در حقوق بین‌الملل نیز تنها جنایات نسل‌زدایی، جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی لیست شده در اساسنامه نیست؛ بلکه این جنایات، جنایات جنگی که مصادیق آن در اساسنامه ذکر نشده‌اند نیز شامل می‌گردد (مانند نقض شدید مقررات پروتکل اول الحاقی به کنوانسیونهای چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو در خصوص قربانیان مخاصمات مسلحانه بین‌المللی مورخ ۸ ژوئن ۱۹۷۷) و برخی از جنایات مصداق نقض حقوق بشردوستانه بین‌المللی در مخاصمات مسلحانه داخلی و شکنجه و اعدام‌های بدون محاکمه عادلانه و ناپدیدنمودن اجباری که به صورت گسترده و سیستماتیک ارتکاب نیافته باشد (موضوع پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیونهای چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو مورخ ۱۲ دسامبر ۱۹۷۷).

بنابراین برای اینکه اعمال سیستم مدنظر جامعه جهانی ممکن گردد، کشورها باید این امر را تضمین نمایند که چنین مقرراتی را در نظام داخلی خود وارد کنند. تعاریف این جنایات نیز باید تا اندازه تعاریف مندرج در اساسنامه وسیع باشند. البته باید به این نکته نیز توجه داشت، در مواردی که حقوق بین‌الملل عرفی از نظر تعاریف جنایات از قدرت و قوت بیشتری نسبت به تعاریف موجود در اساسنامه برخوردار است (مانند پروتکل اول الحاقی به کنوانسیونهای چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو)، استفاده از این تعاریف رجحان خواهد داشت.^۷ زیرا نویسندگان و تدوین‌کنندگان اساسنامه با هدف تطبیق جنایات موضوع صلاحیت دیوان با حقوق بین‌الملل عرفی، تعاریف و جنایات مزبور را وارد اساسنامه نموده‌اند. با وجود این، اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری با تصویب ۱۲۰ کشور و بر پایه اجماع و مصالحه‌های بسیار، از جمله در خصوص تعاریف جنایات تدوین گردیده است. ولیکن برخی از تعاریف موجود در اساسنامه منعکس‌کننده تحولات حقوق بین‌الملل و حقوق جزا در طول سالیان متمادی نمی‌باشد. در نتیجه ممکن است برخی تعاریف هنوز کهنه باشند و معیارهای پذیرفته شده بین‌المللی را در خود نداشته باشد. بنابراین توجه به این نکته ضروری است که قانونگذاران داخلی، با توجه به این تحولات، دست به جرم‌انگاریها، تعریف و تعیین ارکان آنها بزنند. از نمونه‌های چنین تعاریفی می‌توان به وضعیت تعریف یکی از جنایات جنگی مندرج در اساسنامه اشاره کرد. در اساسنامه دیوان در بند ۲۶ ماده ۸، یکی از مصادیق جنایات جنگی، بسیج اجباری یا داوطلبانه کودکان زیر ۱۵ سال در نیروهای مسلح ملی یا به کار گرفتن آنان برای مشارکت فعال در کارهای جنگی است. در حقوق عرفی متحول امروزی، معیار

7. Amnesty International, "The International Criminal Court: Check List for Effective Implementation": July 2000, AI Index: IOR 40/11/00,P.5 Online Available at: <http://web.amnesty.org>

قویتری برای این جنایت در پروتکل اختیاری کنوانسیون حقوق کودک در مشارکت کودکان در مخاصمات مسلحانه پیش‌بینی گردیده است که سن این ممنوعیت را حداقل ۱۸ سال تعریف نموده است و بدین‌سان از حداقل ۱۵ سال مقرر در اساسنامه فراتر رفته است.^۸ این پروتکل همچنین هرگونه استخدام و بکارگیری کودکان زیر ۱۸ سال را به هر شکل و عنوانی از سوی گروه‌های مسلحانه ممنوع می‌نماید. بنابراین مطلوب این است که کشورهایی که به دیوان ملحق می‌گردند در راستای ایجاد معیارهای جزائی جدید به این اسناد و تحولات جدید نظر داشته باشند و به اساسنامه اکتفا نکنند و هر فرم و روش اختیاری و یا اجباری استفاده از افراد زیر ۱۸ سال را چه توسط نیروهای مسلح داخلی و چه توسط هر گروه مسلحانه دیگر ممنوع اعلام نموده و تحت معیارهای جنایات بین‌المللی، تحت تعقیب، محاکمه و مجازات قرار دهند. همچنین موضوع جرم انگاری جنایات جنگی ارتكابی در قالب کنوانسیونهای ژنو در اساسنامه قابل اشاره است. در کنوانسیونهای یاد شده ارتكاب جنایات یاد شده منوط به این نیست که این جنایات در قالبی گسترده و سیستماتیک ارتكاب یافته باشند بلکه ارتكاب ولو یک فقره از جنایات فوق، قابل محاکمه و مجازات است؛ این در حالی است که اساسنامه دیوان، شرط مزبور را به یکی از پیش شرطهای لازم برای احراز ارتكاب این جنایات مطرح نموده و در غیر حالت ارتكاب گسترده جنایات مذکور، دیوان را صالح به رسیدگی و مداخله نمی‌داند.

البته در نقطه مقابل، این نکته را نیز باید در نظر داشته باشیم که اساسنامه دیوان در برخی از موارد نوآوری‌هایی نسبت به معاهدات منبع خود داشته است؛ به‌طور مثال در خصوص تعریف جرم «شکنجه» به‌عنوان یک جنایت جنگی و جنایت علیه بشریت در مقایسه با کنوانسیون منع شکنجه^۹ به نحو بهتری مشخص می‌کند که شکنجه توسط چه کسی و چگونه قابل ارتكاب است. تعریف مندرج در اساسنامه مقید به این نیست که ارتكاب این جنایت برای یک هدف خاصی مانند کسب اقرار باشد و یا اینکه از سوی مقامات رسمی اعمال گردد. تعریف مندرج در اساسنامه دیوان به صراحت جنایت شکنجه را حتی در صورت ارتكاب از سوی افرادی که غیر مرتبط با دولت هستند قابل تحقق می‌داند. موضوع جرم‌انگاری جنایات جنگی در مخاصمات مسلحانه داخلی در اساسنامه نیز از همین نمونه نوآوری‌های یاد شده است. بنابراین کشورها بهتر است در جرم‌انگاری این جنایات، از معیارهای مندرج در اساسنامه دیوان تبعیت

8. Optional Protocol to the Convention of the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict, A/RES/54/263 of May 2000 online Available at:

<http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/protocolchild.htm>

9. Convention against Torture and other Inhumane or Degrading Treatment or Punishment, 10 December 1984, U.N. Doc. A/39/51. Online Available at: <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h-cat39.htm> or <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/h2catoc.htm>

نمایند. در نهایت برای هر قانونگذار ملی که در راستای اجرایی نمودن مقررات دیوان حرکت می‌کند ضروری است که در قانونگذاری خود به همه کنوانسیونها، معاهدات و از جمله تحولات جدید حقوق بین‌الملل عُرُفی توجه نموده و با عنایت به آنها اقدام شایسته خود را اتخاذ نماید. بدین ترتیب جرم‌انگاری اعمال و تعریف عناصر و ارکان جنایات مندرج در اساسنامه، مستلزم توجه به آثار این اقدامات تقنینی در کشورهاست.

گفتار دوم

آثار و پیامدهای الحاق کشور به دیوان از بعد جنایات مندرج در اساسنامه

الف) آثار جرم‌انگاری و تعریف عناصر جنایات جنگی

همان‌گونه که می‌دانیم جنایات جنگی به‌عنوان یکی از مهمترین مصادیق جنایات، داخل در صلاحیت دیوان بوده و تا زمان جرم‌انگاری آن در ماده ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری مسیر تحولات طولانی را طی نموده است. در بحث از عنوان جنایات جنگی و درج آن در اساسنامه دیوان آنچه بیش از همه اهمیت دارد مسئله درج خود این عنوان در اساسنامه نیست بلکه مصادیق این جنایت بیش از هر چیز بحث انگیز و قابل توجه است که در جریان تدوین اساسنامه و اجلاسهای مقدماتی یکی از مهمترین موارد موضوع مناقشه را تشکیل می‌داد. لازم به ذکر است که اساسنامه دیوان به‌طور کلی در موارد مهم و محسوسی از حقوق بین‌الملل عُرُفی راجع به مخاصمات جنگی فراتر رفته و تعهدات و الزامات جدیدی را بر دول ملحق شونده به دیوان تحمیل می‌کند، از جمله اینکه در اساسنامه دیوان علاوه بر جرم‌انگاری بعضی اعمال مربوط به جنگ در درگیریهای نظامی بین‌المللی، جنایات ارتكابی در درگیریهای داخلی کشورها نیز جرم‌انگاری گردیده است. بنابراین با توجه به این دو دسته از جنایات آثار الحاق به دیوان برای ایران نیز متفاوت خواهد بود.

۱- جنایات جنگی مربوط به مخاصمات مسلحانه بین‌المللی

اغلب جنایاتی که در اساسنامه تحت این دسته‌بندی گنجانده شده‌اند مبنای عُرُفی دارند و در حقوق بین‌الملل عُرُفی جرم‌انگاری شده‌اند؛ به همین دلیل نیز گنجاندن این دسته از جنایات جنگی در اساسنامه دیوان با مناقشات و اعتراضات مهمی روبرو نبود. این جنایات، در گذشته، در قالب کنوانسیونهای چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو تحت ممنوعیت‌های حقوق بین‌الملل قرار گرفته بودند. تنها موردی که مقررات مندرج در کنوانسیونهای ژنو را با مقررات اساسنامه در مورد این دسته از جنایات متمایز می‌سازد، مسئله عنوان شده در قبل یعنی تعبیه شرط «ارتكاب گسترده» این جنایات

در اساسنامه دیوان است. به هر حال در اساسنامه (ماده ۸) نقض تعدادی از قواعد حقوق کیفری مخاصمات مسلحانه بین‌المللی به‌عنوان جنایت، شناسایی و اعلام گردیده است و بدین ترتیب این قواعد مخاصمات بین‌المللی در ماده یاد شده در اساسنامه شامل آن دسته از قواعدی است که نقض آنها جنایت جنگی به شمار می‌رود. جنایت جنگی هم شامل نقض قاعده‌ای از حقوق هر نوع مخاصمات مسلحانه است که اشخاص به واسطه نقض آن مشمول قاعده صلاحیت جهانی گردیده و بدون توجه به محدودیت‌های زمانی، مکانی و ملیتی در هر کشوری که عضو این معاهدات باشند، قابل تعقیب، محاکمه و مجازات می‌گردند. این تقریباً همان مفهومی است که قانون مجازات اسلامی ایران نیز آن را تأیید می‌کند. در اساسنامه دیوان در بند ۲ ماده ۸ در میان چهار دسته جنایات جنگی دسته‌های اول و دوم مربوط به جنایات جنگی ارتكابی در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی است و دو دسته بعدی، نیز جنایاتی را شامل می‌شود که در مخاصمات نظامی داخلی ارتكاب می‌یابند. این دو دسته شامل موارد ذیل است:

دسته اول: جنایات جنگی که ارتكاب آنها به‌موجب کنوانسیونهای چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو به‌عنوان نقض فاحش این کنوانسیونها جرم‌انگاری شده است.

دسته دوم: جنایات جنگی که نقض شدید قواعد عرفی مسلم حقوق بین‌الملل در زمینه حقوق درگیری‌های مسلحانه باشند. این قواعد صرفاً عرفی هستند هرچند در تعدادی از کنوانسیونهای بین‌المللی مانند کنوانسیون ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ لاهه برخی از مصادیق این اعمال جرم‌انگاری شده باشند.

تحت دسته‌بندی‌های دوگانه ذکر شده در بالا، مجموعاً ۲۲ جنایت شناسایی و در اساسنامه احصاء شده است که مبانی جرم‌انگاری این جنایات بر اساس معیارهایی همچون نادیده گرفتن اصولی مانند تمایز اهداف و اشخاص غیرنظامی، مناسب بودن سلاحها و ابزارهای استفاده شده در جنگ به نسبت اهداف و ضرورت‌های نظامی و همچنین بحث سلاحهای نامتعارف و ممنوعه استوار است.^{۱۰} در خصوص جنایات ذکر شده (دو دسته اول از جنایات جنگی) الحاق جمهوری اسلامی ایران به اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری از این لحاظ ایجاد اشکال نمی‌کند زیرا ایران قبلاً عضو این چهار کنوانسیون شده و علاوه بر این، قواعد و ممنوعیت‌های مزبور قبلاً در جامعه بین‌المللی به یک عرف مسلم بین‌المللی مبدل شده‌اند و این امر تبدیل به یک واقعیتی شده است که حتی در صورت عدم الحاق جمهوری اسلامی ایران به اساسنامه دیوان بین‌المللی

۱۰. در خصوص مسئله اخیر، متأسفانه علی‌رغم اصرار برخی از کشورها بر جرم‌انگاری استفاده از سلاحهای شیمیایی و هسته‌ای در اساسنامه، این موارد در آن اساسنامه جرم‌انگاری نگردیده و استدلال گردیده که این ممنوعیت‌ها هنوز مبنای عرفی بین‌المللی پیدا نکرده‌اند و علاوه بر این به استناد رای مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در سال ۱۹۹۶ هنوز به صراحت نمی‌توان گفت که استفاده از سلاحهای اتمی منع شده باشد.

کیفری تعداد زیادی از کشورهایی که عضو این کنوانسیونها شده‌اند و اصل صلاحیت جهانی را راجع به این جنایات پذیرفته‌اند، می‌توانند اتباع ایرانی که مطابق اساسنامه دیوان مرتکب جنایات جنگی شده باشند را محاکمه نمایند و چنین امری مسلماً به مصلحت کشور نیست که کشور دیگری بر اتباع ایرانی اعمال صلاحیت کند؛ زیرا الحاق به دیوان حداقل این امکان را ایجاد می‌کند که کشور از حق اولویت ناشی از اصل صلاحیت تکمیلی استفاده نموده و خود برای محاکمه اقدام نماید و حتی در صورت مداخله دیوان و محاکمه از طرف وی، محاکمه از طرف دادگاهی صورت گیرد که دارای تضمین‌های حقوقی متعددی بوده که خود کشور در آن نقش داشته است. در حالی که در فرض عدم الحاق حتی این امتیاز نیز برای جمهوری اسلامی ایران متصور نیست. در خصوص جنایات جنگی که جزو دسته دوم جنایات جنگی مندرج در اساسنامه (جنایات جنگی که به عنوان قواعد عرفی شناسایی شده‌اند) پیش‌بینی گردیده‌اند نیز همین استدلال مصداق داشته، بنابراین از بابت جنایات مزبور نیز الحاق جمهوری اسلامی ایران به دیوان برای کشور ایجاد اشکالی نمی‌کند. از لحاظ سابقه، رویه اتخاذ شده در دادگاه نورنبرگ نیز حاکی از این بوده است که علی‌رغم عدم پیش‌بینی ترتیباتی برای مجازات جنایات مزبور در اسنادی همچون کنوانسیونهای ۱۹۰۷ و ۱۸۹۹ لاهه، دادگاه نورنبرگ اعمال احصاء شده در این کنوانسیونها را جنایت جنگی تلقی نموده و صلاحیت خود را بر آنها اعمال کرد هرچند که نه ترتیبات اصلی برای مجازات اعمال مزبور در این کنوانسیونها پیش‌بینی شده و نه اصولاً مفهوم جنایات جنگی در این اسناد پیش‌بینی گردیده بود. با وجود این سابقه و همچنین با توجه به رویه اتخاذ شده در دادگاه‌های رواندا و یوگسلاوی سابق مبنی بر مجازات این اعمال و رفتارها، به قوت می‌توان گفت که این جنایات به صورت عرفی جزو حقوق بین‌الملل گردیده‌اند و اصولاً بر این جنایات نیز تبعات اصل صلاحیت جهانی بار خواهد شد. بنابراین الحاق یا عدم الحاق جمهوری اسلامی ایران به دیوان در خصوص دو دسته از جنایات ذکر شده تفاوت چندانی را نخواهد داشت.

۲- جنایات جنگی ارتكابی در داخل کشور در مخاصمات داخلی

این جنایات شامل دو دسته دیگر از جنایات جنگی می‌شود (دسته سوم و چهارم) که در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری جرم‌انگاری شده‌اند و این نوع جرم‌انگاری در حقوق بین‌الملل مسبوق به سابقه نبوده و اولین بار در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری مندرج شده‌اند. این جنایات عبارتند از:

دسته سوم: جنایات جنگی واقع شده در مخاصمات داخلی (غیر بین‌المللی) احصاء شده در ماده ۳ مشترک کنوانسیونهای چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو؛

پیامدهای الحاق ... ❖ ۲۰۵

دسته چهارم: نقض برخی از قواعدی که در پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیونهای چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو پیش‌بینی گردیده و این موارد برای اولین بار در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به‌عنوان جنایات جنگی احصاء و قابل مجازات اعلام شده است؛ درحالی‌که خود پروتکل مزبور ترتیبات محاکمه و مجازات اشخاصی که این قواعد را نقض می‌کنند، پیش‌بینی ننموده است.

آثار الحاق جمهوری اسلامی ایران به دیوان در خصوص جنایات جنگی یاد شده، تحت‌عنوان جنایات جنگی ارتكابی در مخاصمات نظامی داخلی نسبت به دو دسته اول این جنایات، بیشتر مورد توجه است؛ زیرا در خصوص نقض قواعد پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیونهای چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو با توجه به عدم تصویب آن از سوی جمهوری اسلامی ایران و همچنین استقبال نه‌چندان مناسب بین‌المللی از این پروتکل ممکن است مشکلاتی برای کشور قابل‌تصور باشد (قابل توجه اینکه در دسته چهارم مذکور اسمی از پروتکل دوم الحاقی نیامده ولی جنایات مندرج در آن، همان جنایات پروتکل دوم هستند)؛ زیرا الحاق به دیوان به معنای قبول این پروتکل و الزامات آن نیز خواهد بود و قبول چنین حقیقتی برای کشورهایی که ممکن است با شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی و استقلال‌طلبی اقوام مواجه باشند ایجاد مشکلات جدی نموده و این امکان را ایجاد می‌کند که اقدامات دولتهای مرکزی در این‌گونه ناآرامی‌ها مشمول تعریف جنایات جنگی مزبور گردد. البته می‌توان گفت اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در بند ۲ ماده ۸ سعی نموده است که این اشکال را با استفاده از تفکیک مفهوم «آشوب و شورش» با «منازعات مسلحانه غیر بین‌المللی» و همچنین تعبیه شرط «به‌عنوان بخشی از برنامه یا سیاست عمومی» و یا «ارتکاب گسترده» در بند ۱ ماده مزبور رفع نموده و از حساسیت کشورها بکاهد.^{۱۱} در خصوص جنایات دسته سوم یعنی اعمال پیش‌بینی شده در ماده ۳ مشترک کنوانسیونهای چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو نیز ذکر این نکته اهمیت دارد که اعمال مزبور هیچ‌گاه در کنوانسیونهای یاد شده، به‌عنوان جنایت جنگی مربوط به مخاصمات داخلی تلقی نشده‌اند، بلکه این اساسنامه دیوان است که به این موارد نیز رنگ کیفری داده است. به هر حال، در صورت الحاق کشور به دیوان نیاز به این امر است که مفهوم جدیدی را به‌عنوان «نقض‌های فاحش»^{۱۲} ماده مشترک کنوانسیونهای

۱۱. بند ۲ (د) ماده ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری مقرر می‌دارد: «بند ۲ (ج) بر منازعات مسلحانه غیر بین‌المللی منطبق است و بنابراین شامل حالت‌های آشوبها و تنش‌های داخلی همچون شورشها و اعمال خشونت‌آمیز منفرد یا پراکنده یا اعمال مشابه دیگر نمی‌شود».

۱۲. عبارت «Grave Breaches» (نقض فاحش) در مقابل «Violations» نقض عادی قرار می‌گیرد. در خصوص ارتکاب «نقض فاحش» تعهدات متعددی بر کشورهای متعاقد ایجاد می‌شود. از جمله تحقیق کردن، مورد پیگرد قرار دادن، مسترد کردن مجرم، کمک به دولت متقاضی، اعمال مجازات از طریق معاضدت قضائی و انجام نیابت قضائی، جاری نساختن قاعده مرور زمان نسبت به این جنایات، عدم پذیرش توجیه و دفاع اطاعت از دستور مافوق و عدم تأثیر سمت رسمی افراد از جمله سران دولتی؛ رک. دیهیم، علیرضا؛ «درآمدی بر حقوق کیفری بین‌المللی (در پرتو اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی)»، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، تهران، ۱۳۸۰، چاپ اول صص ۲۹۵ الی ۲۹۷.

چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو جرم‌انگاری نماید و عدم الحاق به دیوان نیز در نقطه مقابل این مزیت را در خصوص این جنایات خواهد داشت که مرتکبین این جنایات اگر اتباع خارجی باشند و به نحوی در حیطه اقتدار ایران قرار گیرند، ایران به دلیل جرم نشمردن این موارد الزامی ندارد که این اشخاص را به محاکم ملی یا بین‌المللی مسترد نماید مگر اینکه با کشورهای مزبور و یا محکمه بین‌المللی مزبور معاهده استرداد و یا قرارداد تحویل یا استرداد اشخاص را امضاء نموده باشد.

به هر حال تحت عنوان نقض فاحش ماده مشترک کنوانسیونهای چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو، اساسنامه در بند ۲ (ج) ماده ۸ مجموعاً چهار دسته از جنایات را تحت این عنوان ذکر نموده است که شامل موارد زیر می‌باشد:

۱- خشونت علیه تمامیت جسمانی (بویژه هر نوع قتل، قطع عضو، رفتار بیرحمانه، شکنجه)؛

۲- تجاوز به کرامت شخص به ویژه رفتار موهن و تحقیرآمیز؛

۳- گروگانگیری؛

۴- صدور احکام و اجرای مجازاتهای اعدام بدون وجود حکم قبلی صادر شده از دادگاهی که به‌طور قانونی تشکیل شده باشد و تمام تضمینهای قضائی را که ضرورت آن به‌طور عام شناخته و پذیرفته شده است، تأمین نمایند.

اعمال مزبور در حالت وقوع نزاع مسلحانه غیر بین‌المللی نقض فاحش ماده ۳ مشترک در کنوانسیونهای چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو، یعنی هریک از اعمال ارتكابی مذکور در بالا بر ضد اشخاصی که هیچ‌گونه شرکت فعالی در درگیری‌های جنگی ندارند و از جمله افراد نیروهای مسلح که سلاحهایشان را زمین گذاشته‌اند و کسانی که به سبب بیماری، جراحت، حبس یا هر علت دیگری از شرکت در جنگ ناتوان هستند، در اساسنامه دیوان به‌عنوان جنایات جنگی جدید پیش‌بینی گردیده‌اند.

البته این نکته قابل ذکر است، براساس کنوانسیونهای چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو که ایران نیز عضو آنها است، کشورها متعهد به جلوگیری از نقض این مقررات هستند. اما این تعهد به معنای جرم‌انگاری و مجازات به‌عنوان جنایات جنگی نیست. جرم‌انگاری‌های بعضی اعمال در مخاصمات بین‌المللی در اساسنامه دیوان به مخاصمات داخلی هم گسترش یافته است و با توجه به اینکه تعریف خاصی از مفهوم درگیری‌های مسلحانه غیر بین‌المللی در آن اساسنامه نیامده و این امر در سند تعریف عناصر جنایات نیز مشخص نگردیده است،^{۱۳} این اشکال وجود دارد که

۱۳. رک.

Elements of Crimes Source: ASP, Adoption: 09/09/2002 Number: ICC-ASP/1/3(part II-B) Entry into Force: 09/09/2002 Online Available at: http://www.un.org/law/icc/asp/1stession/report/english/part_ii_b_e.pdf

جنایات ارتکاب یافته در هر درگیری کوچکی نیز توسط هر دولتی درگیری مسلحانه داخلی تلقی شود و جزو جنایات جنگی قرار گیرد. البته پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو مورخ ۱۲ دسامبر ۱۹۷۷ این مفهوم را تعریف نموده است ولی در ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو چنین تعریفی وجود ندارد.

همان‌گونه که قبلاً نیز اشاره گردید در مورد جنایات جنگی دسته چهارم، جنایاتی که در پروتکل دوم الحاقی آمده‌اند، جزو این دسته‌اند؛ بجز دو جنایت موجود در پروتکل دوم الحاقی که در ماده ۱۸ اساسنامه دیوان نیامده است که عبارتند از:

- استفاده از سلاح‌های غیرمجاز در حقوق درگیری‌های مسلحانه

- کشتن با گرسنگی به عنوان ابزار جنگی

همانطور که قبلاً نیز عنوان گردید، الحاق جمهوری اسلامی ایران به اساسنامه درخصوص دو دسته از جنایات جنگی متضمن این خواهد بود که ما عملاً و ناخواسته به پروتکل اول و دوم الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو ملحق شده تلقی گردیم و تعهدات ناشی از آن را اجرا نماییم و حتی فراتر از آن تحت رژیم اساسنامه، ملزم به تعقیب و مجازات ناقضین آنها باشیم و این امر با عنایت به آنچه گفته شد و با وجود اینکه مباحثاتی برای الحاق ایران به پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو در کشور وجود دارد، هنوز به دو پروتکل مزبور ملحق نشده‌ایم و در جریان کنفرانس رُم نیز این جنایات جزو موارد بحث‌انگیز بوده است، بنابراین باید از این پس به الزاماتی که با الحاق به دیوان برای کشور ایجاد می‌شود، توجه نمود.

مجموعاً آنچه که در توجیه لزوم الحاق جمهوری اسلامی ایران به دیوان نباید از نظر دور داشت این مسئله است که حقوق درگیری‌های مسلحانه از طریق عُرْف بین‌المللی رو به گسترش است و دادگاه‌های بین‌المللی کیفری موردی نیز از لحاظ رویه این امر را نشان داده‌اند که در صدور رأی براساس این عُرْفها تردیدی نشان نخواهند داد. بدین‌جهت نمی‌توان بیان داشت که اگر به اساسنامه دیوان ملحق نشویم درخصوص جنایات دسته ۳ و ۴ از جنایات جنگی هیچ تعهدی را نداشته، بنابراین از نظر کشور ما حداقل موارد نقض پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو و یا نقض ترتیبات مندرج در ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو جنایت جنگی نیست. به هر حال، با این اوصاف، عدم الحاق به آن معنا نخواهد بود که ما در قبال این نقض تعهدات هیچ‌گونه مسئولیتی نخواهیم داشت، زیرا که حداقل با توجه به

پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو معیارهایی را برای شناسایی مناقشه بین‌المللی و داخلی عنوان نموده است. در این سند برای اینکه درگیری غیر بین‌المللی شناخته شود اعلام شده است که «باید قسمتی از سرزمینی که مناقشه یا شورش در آن واقع شده در اختیار شورشیان باشد و شورشیان در این منطقه یک نظام کم و بیش منسجم را به نحوی که قادر باشند قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی را اجرا کنند به‌وجود آورده باشند». رک. پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو مورخ سال ۱۹۷۷.

جرم‌انگاری کشورهای مختلف در این زمینه^{۱۴} و همچنین قدرت شورای امنیت در ارجاع مسائل مزبور به دیوان این‌گونه سوء تعبیرها را مرتفع می‌نماید و امکان مسئولیت‌خواهی کیفری کماکان و به هر حال باقی خواهد بود.

ب) آثار جرم‌انگاری و تعریف عناصر جنایت نسل‌زدایی

همان‌گونه که می‌دانیم این جنایت به‌عنوان یکی از بلامنازع‌ترین جنایات مندرج در صلاحیت ذاتی دیوان بین‌المللی کیفری است. منظور از نسل‌زدایی همان‌طور که اساسنامه دیوان متذکر گردیده، عامل هر یک از اعمال مشروحه ذیل است که به قصد نابود کردن تمام یا قسمتی از یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی از حیث همین عناوین ارتکاب می‌یابند. برخی از این جنایات شامل جنایات جسمانی و برخی شامل جنایات زیستی می‌گردد که این موارد از قرار ذیل است:

- ۱- قتل اعضای یک گروه؛

- ۲- ایراد صدمه شدید نسبت به سلامت جسمی یا روحی اعضاء یک گروه؛
- ۳- قراردادن عمدی یک گروه در معرض وضعیت زندگی نامناسبی که منتهی به زوال قوای جسمی کلی یا جزیی آن شود؛
- ۴- اقداماتی به منظور جلوگیری از توالد و تناسل یک گروه؛
- ۵- انتقال اجباری اطفال یک گروه به گروه دیگر.

در خصوص جنایت نسل‌زدایی، ایران از آذر ماه سال ۱۳۳۴ به کنوانسیون بین‌المللی منع نسل‌زدایی ملحق گردیده^{۱۵} و معتقد به قبول تمامی مصادیق جنایات مزبور در اساسنامه دیوان است که در ماده دوم کنوانسیون مزبور گنجانده شده است. بنابراین با توجه به تعهد جمهوری اسلامی ایران به مجازات جنایت نسل‌زدایی به‌موجب مواد چهارم و پنجم «قانون اجازه الحاق دولت ایران به قرارداد بین‌المللی جلوگیری از کشتار جمعی» (ژنوسید) مصوب ۱۳۳۴/۹/۳۰، مشکلی در الحاق به دیوان از سوی کشورمان وجود نخواهد داشت؛ صرف‌نظر از معاهده مزبور، اعمال ارتكابی ذکر شده جزو شنیع‌ترین جنایاتی هستند که وجدان بشری نسبت به آنها منزجر بوده و آن جنایات را نفی می‌کند.

ج) آثار جرم‌انگاری و تعریف عناصر جنایات علیه بشریت

قانون مجازات هر کشوری تبلور ارزش‌ها، هنجارها، باورها و در یک کلام بیانگر ساختار

۱۴. تاکنون ۱۵۸ کشور به پروتکل اول الحاقی به کنوانسیونهای چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو و ۱۵۰ کشور به پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیونهای مزبور ملحق گردیده‌اند.

۱۵. قانون اجازه الحاق دولت ایران به قرارداد بین‌المللی جلوگیری از کشتار جمعی (ژنوسید) مصوب ۱۳۳۴/۹/۳۰.

و نظام ارزشی و بنیادی آن جامعه است و به همین لحاظ اصلاحات و تغییرات قوانین جزائی هیچ‌گاه به‌سادگی و سهولت انجام نمی‌گیرد.^{۱۶} بدین ترتیب، نخستین مسئله‌ای که در صورت پیوستن به اساسنامه دیوان متبادر به ذهن می‌گردد؛ در زمینه چگونگی هماهنگی و انطباق جنایات علیه بشریت مورد نظر دیوان، با قوانین جزائی کشورمان و گزینه‌های پیش‌رو است.

۱- گزینه‌های پیش‌رو

در زمینه چگونگی هماهنگی و انطباق جنایات علیه بشریت مورد نظر دیوان با دو گزینه مواجه می‌شویم که ذیلاً بدان اشاره می‌نماییم:

۱- رعایت ضوابط اساسنامه دیوان و جرم‌انگاری مطابق معیارهای مورد تأکید اساسنامه

مزبور؛

۲- لحاظ معیارهای جنایات داخلی و ضوابط شرعی و دینی مورد توجه قانون مجازات

اسلامی.

شایان ذکر است که انتخاب هر یک از این دو گزینه با موانع و مشکلاتی همراه است، با این همه، در این گفتار با تبیین هر یک از این دو گزینه، یک گزینه را به‌عنوان انتخاب قابل قبول بر می‌گزینیم. بدیهی است با انتخاب گزینه قابل قبول، مشکل اجرایی نمودن مقررات مربوط به جنایات علیه بشریت را تا حدودی رفع خواهیم نمود.

گزینه اول: رعایت اساسنامه دیوان و جرم‌انگاری مطابق معیارهای آن

با انتخاب این گزینه می‌خواهیم با پیش‌بینی قانون خاص در زمینه جنایات علیه بشریت ضوابط اساسنامه دیوان، معیارهای اساسنامه را در جرم‌انگاری‌ها مدنظر قرار دهیم.^{۱۷} نباید از این نکته غافل ماند، که بسیاری از جنایات علیه بشریت موردنظر دیوان در قانون مجازات اسلامی نیز دارای وصف مجرمانه خاص و جداگانه‌ای می‌باشند.

۱۶. به همین دلیل است که هر حکومتی که تغییر می‌یابد، ابتدا با تغییر قوانین جزائی ساختار نظام ارزشی بنیادی آن جامعه را تغییر می‌دهد.

۱۷. منظور از جنایات علیه بشریت در اساسنامه دیوان هر یک از اعمال مشروحه ذیل است، هنگامی که این اعمال مشروحه متصف به وصف «حمله گسترده یا سازمان یافته بر ضد یک جمعیت غیرنظامی و با علم به آن حمله ارتکاب می‌گردد: الف: قتل؛ ب: ریشه کن کردن؛ ج: به بردگی گرفتن؛ د: تبعید یا کوچ اجباری یک جمعیت؛ ه: حبس کردن یا ایجاد محرومیت شدید از آزار جسمانی که بر خلاف قواعد اساسی حقوق بین‌الملل انجام می‌شود؛ و: شکنجه ز: تجاوز جنسی؛ برده‌گیری جنسی، فحش‌ای اجباری، حاملگی اجباری، عقیم کردن اجباری، یا هر شکل دیگر خشونت جنسی همسنگ با آنها؛ ح: تعقیب و آزار مداوم هر گروه یا مجموعه مشخصی به علل سیاسی، نژادی، ملی، قومی، فرهنگی، مذهبی، جنسیت یا علل دیگر، در ارتباط با هر یک از اعمال مذکور در این بند یا هر جنایت مشمول صلاحیت دیوان، که در سراسر جهان به موجب حقوق بین‌الملل غیر مجاز شناخته شده است؛ ط: ناپدید کردن اجباری اشخاص؛ ی: جنایت تبعیض نژادی؛ ک: اعمال غیر انسانی مشابه دیگری که عامداً به قصد ایجاد رنج عظیم یا صدمه شدید به جسم یا به سلامت روحی و جسمی صورت پذیرد.

به‌عنوان مثال، در صورتی که «فحشای اجباری» به‌صورت «سیستماتیک» و «گسترده» انجام پذیرد، نه تنها به‌عنوان یکی از مصادیق جنایات علیه بشریت موردنظر دیوان است، بلکه ممکن است مصداقی از وصف زنای محصنه، زنای به‌عنف، لواط، قوادی در قانون مجازات اسلامی (به‌عنوان جرائم مشمول حد یا تعزیر شرعی) باشد؛ یا قتلی که به‌صورت «سیستماتیک» و «گسترده» صورت پذیرد، نه تنها مصداق جنایات علیه بشریت موردنظر دیوان است، بلکه در این صورت می‌تواند به‌عنوان یک جرم عمومی در قانون مجازات اسلامی مطرح شود؛ همچنین بسیاری از مصادیقی که به‌عنوان جنایات علیه بشریت در دیوان تلقی می‌گردند، می‌تواند به‌عنوان محاربه و یا افساد فی‌الارض در قانون مجازات اسلامی به حساب آید.

بنابراین، با مدنظر قرار دادن نمونه‌های مزبور، رعایت ضوابط اساسنامه دیوان و جرم‌انگاری مطابق معیارهای آن با موانع و اشکالات ذیل مواجه می‌گردد:^{۱۸}

- از لحاظ تعدد عناوین و وصف مجرمانه (برخی از جنایات علیه بشریت مورد نظر دیوان با عناوین مجرمانه حقوق داخلی خلط می‌گردند)؛
- میزان، نوع و شیوه اجرای مجازاتهای مندرج در اساسنامه مذکور با بعضی مجازاتها در قوانین جزائی ایران همخوانی ندارد؛
- تعارض نظام دلایل کیفری حاکم بر اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری با نظام دلایل شرعی حاکم بر حقوق جزائی ایران در مواردی مسلم است؛

۱۸. برای توضیح تفصیلی این موارد توجه به نکات ذیل ضروری است:

همان‌طور که در خصوص «رعایت ضوابط اساسنامه دیوان و جرم‌انگاری مطابق معیارهای آن اساسنامه» در زمینه جنایات علیه بشریت بیان کردیم، این انتخاب موانع و مشکلات تبعی را به همراه خواهد داشت از جمله اینکه حداکثر مجازات قابل اعمال در جنایات مشمول صلاحیت دیوان (در زمینه جنایات علیه بشریت) آنهم به شرط آن که اهمیت عمل ارتكابی و همچنین اوضاع و احوال شخص محکوم‌علیه آن را ایجاب نماید، حبس ابد و یا در موارد دیگر و در شرایط معمولی میزان حبس به مدت معینی است که مدت آن نباید از سی سال بیشتر باشد. و بدین ترتیب در این جا مهمترین مسئله‌ای که می‌تواند مطرح شود «بحث تبعیض و ناعادلانه بودن دادرسی و اجرای مجازاتها» است. برای مثال؛ فحشای اجباری که به‌صورت سیستماتیک و گسترده تحقق می‌یابد که از مصادیق جنایات علیه بشریت تلقی می‌گردند از منظر دیوان در نهایت ممکن است مشمول حبس معینی کمتر از ۳۰ سال و یا حبس ابد مواجه شود، در صورتی که اگر همان عمل ارتكابی به‌صورت ساده و غیرسیستماتیک و غیرگسترده با عناوین زنای به‌عنف، زنای محصنه، لواط و ... که در قوانین جزائی کشور ما مشمول جرائم حدی قرار می‌گیرد، با مجازات اعدام روبرو می‌گردد؛ در مثالی دیگر؛ تحقق قتل ساده (غیرسیستماتیک و غیرگسترده) از منظر حقوق داخلی با مجازات قصاص مواجه می‌گردد، در صورتی که همان قتل به نحو سیستماتیک و گسترده که با مصداق جنایات علیه بشریت مورد نظر دیوان ارتکاب یابد، با مجازات حبس مواجه می‌شود؛ همچنین در مثالی دیگر، اگر عمل خاصی هر چند به‌صورت غیرسیستماتیک و غیرگسترده به‌عنوان محاربه تلقی شود با شدیدترین واکنش جزائی در حقوق داخلی روبرو می‌گردد در صورتی که همان عمل اگر با شرایط سیستماتیک و گسترده‌تر به‌گونه‌ای که مصداق جنایات علیه بشریت باشد ارتکاب یافته باشد، از منظر اساسنامه دیوان با مجازات خفیف‌تری مجازات می‌شود. بنابراین، بحث «تبعیض و ناعادلانه بودن دادرسی و اجرای مجازاتها» نشان دهنده شداد و غلاظ مجازاتهای داخلی در صورت ارتکاب این جنایات به شکل ساده و غیرحرفه‌ای (غیرسیستماتیک و غیرگسترده) است و در مقام مقایسه، واکنش‌های دیوان در خصوص همان عمل ارتكابی که به‌صورتی سیستماتیک و گسترده و حرفه‌ای تحقق یافته باشد، خفیف‌تر است.

- با رعایت ضوابط اساسنامه دیوان مجبور خواهیم بود که از بسیاری از ساختار و نظام ارزشی و بنیادی قوانین جزائی کشورمان عدول کنیم؛
- جرم‌انگاری خاص موردنظر دیوان در مقوله جنایات علیه بشریت، خلاف اصل چهارم قانون اساسی است (مانع قانون اساسی)؛
- معیارهای دوگانه دادرسی و اجرای مجازاتها را در کشور سبب می‌شود. بدین ترتیب، با توجه به موانع یاد شده مزبور، رعایت «ضوابط اساسنامه مزبور و جرم‌انگاری خاص» در جنایات علیه بشریت مطابق معیارهای دیوان، هیچ‌گاه به مصلحت نخواهد بود، زیرا در این صورت کل نظام جزائی کشورمان متزلزل شده و به زیر سؤال خواهد رفت.

گزینه دوم: رعایت ضوابط و معیارهای داخلی قانون مجازات اسلامی

انتخاب دوم، مبتنی بر این روش است که همان معیارهای جرائم داخلی و ضوابط شرعی مورد لحاظ قانون مجازات اسلامی را در جنایات مشمول صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری را نیز تا حد امکان تطبیق و اعمال نماییم و در بعضی از مواردی که صرفاً جرم‌انگاریهای جدید مورد نیاز است و یا در قوانین جزائی ایران نرمش‌ها و یا تخفیف‌های بی‌موردی نسبت به این جنایات پیش‌بینی گردیده است، این موارد را حذف نموده و سیاست شدیدتری در قبال جنایات مزبور پیش‌بینی نماییم. بدین ترتیب ضوابط و معیارهای اساسنامه دیوان را تا حد امکان لحاظ نماییم. در این روش هدف اولیه حفظ حاکمیت قانون مجازات اسلامی و عدم مداخله رژیم اساسنامه دیوان در حقوق داخلی است، بدین لحاظ جنایات مورد تأکید اساسنامه مذکور را با عناوین مجرمانه موجود در قوانین خودمان انطباق و اعمال می‌نماییم و در موارد سکوت سیستم داخلی، معیارهای مندرج در آن اساسنامه را عیناً جرم‌انگاری نماییم.

اما نکته اساسی، در انتخاب این روش این خواهد بود که با انطباق جنایات علیه بشریت موردنظر دیوان، مبتنی بر معیار و ضوابط داخلی (حدود، قصاص و جرائم تعزیری...) محتمل است شیوه احراز ادله، نوع مجازات و اجرای مجازات خود مصداقی از جنایات علیه بشریت باشد و به عبارتی دیگر مبارزه با جنایات علیه بشریت ممکن است مصداقی از جنایات علیه بشریت تلقی گردد. به‌عنوان مثال، ممکن است بعضی مجازاتها مانند شلاق، قصاص، سنگسار، صلب و ... از نظر مقررات بین‌المللی خود مصادیقی از کیفرهای ترذیلی، موهن و غیرانسانی کنوانسیون منع شکنجه (۱۹۸۴) یا از نظر اساسنامه دیوان محسوب گردند.

۲- انتخاب یکی از این دو گزینه به‌عنوان گزینه قابل قبول

در زمینه چگونگی هماهنگی و انطباق در مورد جنایات علیه بشریت دو گزینه و انتخاب

را بیان نمودیم، که هریک از این دو انتخاب با مشکلات و موانعی مواجه گردید. برای حل این تعارض، انتخاب گزینه قابل قبول را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

«انتخاب گزینه نخست» هر چند منطقی به نظر می‌رسد لیکن با توجه به مخالفت با برخی اصول مسلم شرعی حاکم بر حقوق جزائی ایران به مصلحت نیست؛ زیرا در عمل موجبات تغییرات عمده‌ای در کل سیستم جزائی را فراهم خواهد آورد.

با وجود این، ترجیح گزینه دوم (و اینکه جنایات علیه بشریت موردنظر دیوان را با عناوین مجرمانه موجود در قوانین خودمان تطبیق نماییم و در بعضی از مواردی که جرم‌انگاری‌های جدید مورد نیاز است صرفاً ضوابط و معیارهای مندرج در اساسنامه دیوان را لحاظ نماییم) نه تنها منطقی و به مصلحت است، بلکه می‌تواند اجرایی نمودن روند جنایات علیه بشریت را ممکن سازد. مضافاً آنکه، از آنجایی که نحوه برخورد در قوانین داخلی ما با این جنایات بسیار شدیدتر از رژیم اساسنامه دیوان است، تبعاً هیچ مشکلی از منظر دیوان مبتنی بر رسیدگی غیرواقعی و مغرضانه به وجود نخواهد آمد و از این رو هیچ‌گونه توجیهی برای دیوان به جهت منع محاکمه مجدد و مداخله ثانوی حاصل نمی‌گردد.

با این همه، در خصوص ترجیح گزینه دوم، مشکلی را که به عنوان اجرای مجازاتها برشمردیم (و اینکه خود مبارزه با جنایات علیه بشریت مولد عنوان مجرمانه دیگری مانند شکنجه، اعمال غیرانسانی و ... تلقی می‌شود) در این گونه موارد با توجه به سیاستگذاریهایی که در کل نظام به صورت رویه و در عمل در خصوص محدود کردن اجرای مجازاتهایی که از منظر دیوان ممکن است خشن تلقی شود (سنگسار، صلب، رجم) بدین نحو مرتفع می‌گردند. اینکه از لحاظ آماری این موارد در سطح بسیار محدود و نادر اتفاق می‌افتد و بنابراین به هیچ وجه وصف «سیستماتیک بودن» و «گسترده بودن» (به عنوان وصف و شرط اصلی جنایات علیه بشریت) را ندارد.^{۱۹} در واقع سیستماتیک نیست به خاطر آنکه سیاست رسمی دولت بر اساس اغراض سیاسی نهفته در آن وجود نداشته و صرفاً به لحاظ رعایت موازین اعتقادی و شرعی و مبتنی بر اجرای قانون که خواست و اراده مردم است، اجرا می‌شود، همچنین «گسترده» نیست چون کمیت و تعداد آن بسیار محدود و نادر و در شرایط بسیار استثنایی است. در نتیجه هر چند در این موارد ممکن است از لحاظ موازین حقوق بشری مورد ایراد و انتقاد واقع شود، اما آنچه مسلم است آنکه، هیچ توجیه و مداخلی برای دیوان از باب جنایات علیه بشریت در خصوص «این

۱۹. به موجب قسمت الف از بند (۲) ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در خصوص وصف سیستماتیک و گسترده بودن جنایات علیه بشریت بیان می‌دارد: «حملة گسترده و سازمان‌یافته بر ضد هر جمعیت غیرنظامی رفتاری است مشتمل بر ارتکاب مکرر هر یک از اعمال مذکور در بند (۱) بر ضد هر جمعیت غیرنظامی که در تعقیب یا پیشبرد سیاست یک دولت یا یک سازمان (و گروه) برای انجام چنین حمله‌ای صورت گرفته باشد».

موارد» وجود ندارد و از همه مهمتر آنکه ماده ۸۰ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری مقرر می‌دارد: «هیچ موردی از موارد مذکور در این فصل از اساسنامه بر اجرای مجازات‌هایی که قوانین ملی مقرر کرده‌اند، تأثیر نمی‌گذارد همچنان که بر قوانین ملی کشورهای که مجازات‌های مشروحه در این فصل را در قوانین خود پیش‌بینی نکرده‌اند، بی‌تأثیر هستند» که این تأکید مؤید به رسمیت شناختن اجرای مجازات‌های مقرر در حقوق داخلی است. بدین لحاظ نمی‌توانیم مورد ایراد و انتقاد واقع شویم؛ زیرا قانون مجازات اسلامی کشورمان اساس و مبانی نظری اعتقادات جمهوری اسلامی ایران را در بر می‌گیرد.

قابل توجه آنکه، انتخاب گزینه دوم در برگزیده مزایای ذیل است:

- ۱- در خصوص جنایات علیه بشریت موردنظر دیوان تجهیز می‌شویم و بسیاری از معیارها و ملاک‌هایی که در قوانین جزائی مورد توجه قرار نگرفته‌اند به‌عنوان جنایات علیه بشریت شناسایی و مورد قانونگذاری قرار می‌دهیم، و حقوق جزای کشورمان به‌روز و کارآمد خواهد شد؛
- ۲- با انتخاب روش و گزینه دوم مشکل اجرایی نمودن جنایات علیه بشریت را ممکن و میسر می‌نماییم و بویژه تعارض ذکر شده را به‌آسانی پشت سر می‌گذاریم؛
- ۳- تعارض عناوین و وصف مجرمانه و نیز تعارض نظام دلایل کیفری دیوان با قوانین جزائی داخلی رفع می‌گردد؛
- ۴- تبعیض و ناعادلانه بودن دادرسی و اجرای مجازات‌ها را که با انتخاب گزینه اول به‌وجود می‌آمد برطرف می‌سازیم؛
- ۵- هدف حفظ حاکمیت قانون جزائی و رعایت موازین شرعی و از همه مهمتر عدم مداخله رژیم اساسنامه دیوان در حقوق داخلی تأمین می‌گردد؛
- ۶- در واقع با جرم‌انگاری در جنایات علیه بشریت بر اساس مغتنم شمردن اصل صلاحیت تکمیلی، اولویت صلاحیت مراجع داخلی مسلم می‌گردد؛
- ۷- هیچ محمل و بهانه‌ای برای محاکمه غیرواقعی در سطح بین‌المللی فراهم نمی‌آید و جنایات موردنظر دیوان با اعتبار امر مختومه مواجه می‌شود و به هیچ وجه مداخله ثانوی دیوان ممکن و میسر نمی‌شود؛
- ۸- اصل چهارم قانون اساسی، اینکه کلیه قوانین باید مبتنی بر شرع مقدس اسلام باشد با انتخاب این گزینه حل خواهد شد. و هیچ نگرانی در باب عدم موافقت شورای نگهبان از باب عدم انطباق با موازین شرعی و دینی به‌وجود نمی‌آید.

گفتار سوم

آثار و پیامدهای الحاق به اساسنامه دیوان از بعد مجازاتهای مندرج در قوانین ایران

الف) رابطه مجازاتهای مندرج در اساسنامه دیوان با مجازاتهای ملی

همان گونه که می دانیم، رژیم مجازاتهای مندرج در اساسنامه دیوان شامل طیفی از مجازاتهای مالی و مجازات سالب آزادی است و بدین ترتیب در زرادخانه کیفری دیوان از ضمانت اجرای کیفری بدنی و سالب حیات و مجازاتهای وهن آمیز و تحقیرکننده شئون انسانی خبری نیست و علی رغم طرفداری عده قابل توجهی از نمایندگان کشورهای شرکت کننده در کنفرانس رم از مجازات اعدام، این مجازات در اساسنامه دیوان وارد نگردید و در نهایت دیوان به عنوان شدیدترین مجازات در ماده ۷۷ اساسنامه خود «مجازات حبس ابد» را آنهم تحت شرایط خاص قابل اعمال می داند، مجازاتی که آنهم در نهایت اجباراً قابل بازنگری است.

این نکته قابل توجه است که هر چند اساسنامه دیوان با یک سیاست عدم مداخله گرایانه در ماده ۸۰ خود عنوان می دارد که هیچ موردی از موارد مذکور در این فصل از اساسنامه بر اجرای مجازاتهایی که در قوانین ملی مقرر کرده اند، تأثیر نمی گذارد، همچنان که بر قوانین کشورهای مجازاتهای مشروحه در این فصل را در قوانین خود پیش بینی نکرده اند بی تأثیر است؛ با وجود این همان گونه که خواهیم دید، این ماده تأییدکننده هر نوع مجازات و هر شیوه اجرای مجازات در داخل نبوده و به این معنا نیست که در کل، اساسنامه موافق هر نوع مجازات و روش اجرای مجازات است و چه بسا ممکن است برخی از این گونه مجازاتها از مصادیق جنایات علیه بشریت و یا شکنجه تلقی گردند. زیرا این امر بسیار نامطلوب خواهد بود که دادگاههای ملی برای حمایت از نظم از دست رفته جامعه بین المللی، مجازاتی سخت تر و بی رحمانه تر از آنچه که خود جامعه بین المللی در اساسنامه انتخاب کرده است، اعمال نماید. در حقیقت تحت همین دیدگاهها و تحولات بوده است که شورای امنیت در مورد محاکم رواندا و یوگسلاوی از رویه دادگاههای نورنبرگ و توکیو عدول نموده و مجازات اعدام را در اساسنامه این محاکم نگنجانده است. علاوه بر این همان گونه که سازمان عفو بین الملل اعتقاد دارد، باید به حق زنده بودن و بهره مندی از حیات که در ماده ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر شناخته شده است و به ماده ۵ همین سند که مجازاتهای غیر انسانی و بی رحمانه و خوار کننده را منع نموده است توجه داشت و درخصوص این جنایات در راستای حقوق متحول بین الملل کیفری حرکت نمود.^{۲۰} هرچند که

20. Amnesty International, "The International Criminal Court: Check List for Effective Implementation": July 2000, AI Index: IOR 40/11/00, pp 7-8 Online Available at: <http://web.amnesty.org>

ظاهر اساسنامه دیوان مبین این است که دولت الحاق شونده به آن اساسنامه هیچ وظیفه‌ای نسبت به تغییر قوانین داخلی خود بر اساس آنچه که در اساسنامه مذکور پیش‌بینی شده است ندارد، ولی به نام اعمال عدالت و ستاندن داد از ناقضین حقوق بشر نبایستی کشورها ظلم و بی‌عدالتی دیگری را مرتکب شوند هر چند که قبول این واقعیت در بسیاری از کشورها هنوز آرمانی تلقی می‌گردد و دستیابی به آن محتاج گذشت مدت زمانی طولانی است.

ب) مسئله شکنجه و مجازات‌های مندرج در قوانین ایران

ماده ۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶)^{۲۱} و کنوانسیون منع نسل‌زدایی (۱۹۴۸)^{۲۲} هر نوع مجازات یا رفتار خشن غیر انسانی و وهن‌آمیز را مشمول تعریف شکنجه دانسته و آن را منع نموده است، کنوانسیون جداگانه‌ای که در سطح بین‌المللی به موضوع منع شکنجه اختصاص یافته است در عنوان خود علاوه بر ممنوعیت شکنجه عنوان هر نوع مجازات یا رفتار خشن غیر انسانی را در خود دارد^{۲۳} بدین ترتیب از آنجا که «مجازات» غیر انسانی در عنوان کنوانسیون مزبور گنجانده شده است، و تعاریف و شرایط مندرج در این کنوانسیون از سوی اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری نیز مورد پذیرش واقع گردیده است، ممکن است جرم‌انگاری شکنجه به‌عنوان یک جرم بین‌المللی از نظر مراجع تصمیم‌گیرنده داخلی مواجه با حساسیت‌هایی گردد. ماده ۱ کنوانسیون یاد شده در تعریف شکنجه مقرر می‌دارد: «شکنجه شامل هر فعل عمدی است که توسط آن درد یا صدمه شدید اعم از جسمی یا روحی به‌منظور نیل به اهدافی از قبیل کسب اطلاعات یا اقرار از قربانی یا شخص ثالث، مجازات قربانی برای عملی که وی یا شخص ثالث، مرتکب شده یا مظنون به ارتکاب آن است، مرعوب نمودن یا اعمال فشار بر قربانی یا شخص ثالث به هر علتی و بر مبنای هرگونه تبعیض، هنگامی که چنین درد یا صدمه‌ای توسط یک مأمور رسمی یا تحت نظارت وی یا با رضایت یا سکوت وی در سمت رسمی‌اش صورت می‌پذیرد، بر شخص وارد گردد»؛ این تعریف شامل «درد یا صدمه‌ای نیست که صرفاً ناشی از درد یا صدمه ذاتی ضمانت اجرای قانونی یا منتج از آنها می‌باشند» و در ماده ۲ کنوانسیون مزبور می‌خوانیم: «هر دولت عضو باید اقدامات مؤثر قانونگذاری، اداری، قضائی یا

۲۱. قانون اجازه الحاق دولت ایران به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۳۵۴/۲/۱۷.

۲۲. قانون اجازه الحاق دولت ایران به قرارداد بین‌المللی جلوگیری از کشتار جمعی (ژنوسید) مصوب ۱۳۳۴/۹/۳۰.

23. Convention against Torture and other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment

علاوه بر موارد یاد شده در خصوص ممنوعیت شکنجه و جرم‌انگاری آن باید به گزارش کمیسیون کنفرانس صلح و بند (f) ماده ۳ اساسنامه دیوان رواندا اشاره نمود. اسناد بین‌المللی مانند اعلامیه سازمان ملل در زمینه حمایت از همه اشخاصی که تحت شکنجه یا رفتارهای غیر انسانی یا تحقیرآمیز یا مجازات قرار گرفته‌اند و ماده ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و بند (۲) ماده ۴ کنوانسیون امریکایی حقوق بشر به این ممنوعیت اشاره نموده‌اند.

دیگر اقدامات را به منظور پیشگیری از شکنجه در سرزمین‌های تحت صلاحیت خود انجام دهد». بند ۲ (ه) ماده ۷ اساسنامه دیوان نیز «شکنجه» را تحت این عنوان این گونه تعریف کرده است: «شکنجه یعنی تحمیل عمدی درد یا رنج شدید جسمی یا روحی بر شخصی که در توقیف یا تحت کنترل متهم [به شکنجه] است؛ الا اینکه شکنجه شامل درد یا رنجی که صرفاً ناشی از مجازات قانونی که ذاتی و یا لازمه آن است، نمی‌شود».

مسئله اساسی در اینجا این مطلب است که آیا لزوم اقدامات تقنینی، اجرایی و قضائی برای پیشگیری از شکنجه مندرج در ماده ۲ کنوانسیون منع شکنجه با مجازات‌هایی مانند شلاق، قطع عضو، کور کردن، به صلیب کشیدن، سنگسار، قصاص عضو و قصاص نفس که در قوانین کیفری ما وجود دارند، می‌توانند مشمول تعریف و تفسیر شکنجه مندرج در کنوانسیون منع شکنجه و اساسنامه دیوان و برداشت‌های کمیته منع شکنجه^{۲۴} باشد یا خیر؟ و یا این نکته که آیا منظور از عبارت «ضمانت اجراهای قانونی» مندرج در کنوانسیون منع شکنجه و اساسنامه دیوان، قانونی بودن از نظر حقوق ملی کشورهاست و یا آن نوع مجازات‌های قانونی است که حقوق بین‌الملل عرفی به آن معتقد است؟ سؤال اساسی‌تر این است که با عنایت به اینکه سایر معاهدات بین‌المللی مربوط به حقوق بشر، حقوق زندانیان و حقوق بشردوستانه، خواه یا ناخواه تعهداتی را بر کشورها در خصوص موضوع منع شکنجه تحمیل نموده و با استفاده از سازوکارهای بین‌المللی آن را پی‌گیری می‌کنند آیا عدم الحاق به معاهداتی مانند کنوانسیون منع شکنجه و یا اساسنامه دیوان که از جمله بر موضوع شکنجه اعمال صلاحیت می‌کند، می‌تواند رافع مسئولیت کیفری بین‌المللی گردد؟

به هر حال، تعریف جنایت شکنجه که از نظر اساسنامه دیوان حتی فراتر از کنوانسیون منع شکنجه بوده، فقط منحصر به مقامات صلاحیت‌دار دولتی، یا افراد تحریک شده از طرف آنها و یا اعمال ارتكابی با رضایت یا سکوت رضایت بخش آنها و حتی مستلزم احراز «قصد خاص» در ارتكاب آن نیست. بنابراین چنین مسائلی خارج از «درد و رنجی که به‌طور ذاتی یا تبعی لازمه مجازات قانونی» است و اگر در قوانین داخلی تعریفی وسیع‌تر، برای این مفهوم وجود داشته باشد کنوانسیون منع شکنجه آن را محدود نمی‌کند و مطابق اساسنامه دیوان نیز به‌عنوان یکی از منابع حقوق قابل اجرا به این مقررات می‌توان استناد نمود.

نکته‌ای که باید در پاسخ به این سؤال در خصوص ممنوع نبودن شکنجه ناشی از

۲۴. کمیته منع شکنجه مرکب از ۱۰ کارشناس عالی‌رتبه است که دارای مراتب بالایی اخلاقی و مسلط به حقوق بشر بوده و توسط کشورهای عضو با ملاحظه توزیع عادلانه جغرافیایی و مفید بودن شرکت برخی اشخاص با تجربیات حقوقی انتخاب خواهد گردید (بند ۱) ماده ۱۷ کنوانسیون منع شکنجه).

«مجازات قانونی» گفت این است که ماده ۱۶ کنوانسیون منع شکنجه مقرر می‌دارد: «هر یک از دولتهای عضو متعهد خواهند بود که در هر یک از مناطق تحت صلاحیت خود از دیگر رفتارها یا مجازاتهای بی‌رحمانه، غیر انسانی یا موهن که طبق تعریف ارائه شده در ماده یک منجر به شکنجه نمی‌شوند، در صورتی که چنین اعمالی تحت نظارت یا با رضایت یا سکوت یک مأمور عمومی و یا دیگر اشخاصی که در سمت رسمی عمل می‌کنند به وقوع پیوسته باشد نیز جلوگیری نماید. بویژه تعهدات موجود در مواد ۱۰، ۱۱، ۱۲ و ۱۳ با جایگزینی عبارت رفتارها یا مجازاتهای بی‌رحمانه، غیر انسانی یا موهن به جای واژه شکنجه بر این گونه رفتارها یا مجازاتها نیز اعمال خواهد گردید. بدین ترتیب، مطابق برداشتی که از این ماده می‌شود هر نوع مجازات خشن، غیر انسانی و موهن نیز در حکم شکنجه تلقی گردیده و شامل ممنوعیت‌های مندرج در این کنوانسیون می‌شود. هر چند مستفاد از ماده ۱ این کنوانسیون و بند ۲ (ه) ماده ۷ اساسنامه، این نظر قابل دفاع است که اسناد بین‌المللی «مجازاتهای قانونی» را که به موجب آنها به اشخاص درد و رنج ناشی از ذات مجازات یا درد و رنج تبعی مجازات تحمیل می‌گردد، نفی نمی‌کنند. ولی به هر حال، با توجه به سوابق تاریخی عملکرد کمیسیون منع شکنجه، در تعریف شکنجه و همچنین قطعنامه شماره ۴۴۰ دوم دسامبر ۱۹۵۰ مجمع عمومی سازمان ملل که به توصیه شورای قیومیت توسط سازمان ملل تصویب شده،^{۲۵} در آن تذکر داده شده است که باید اقدامات لازم برای لغو کامل مجازاتهای بدنی در سرزمین‌های تحت قیومیت اتخاذ شود و نیز با توجه به قطعنامه شماره ۶۶۶ مصوب ۳۱ جولای ۱۹۵۷ شورای اقتصادی اجتماعی سازمان ملل متحد که وضع و اعمال مجازاتهای بدنی، انضباطی در مورد زندانیان را ممنوع اعلام می‌کند^{۲۶} و همچنین عملکرد نهادهای بین‌المللی حقوق بشر که شکنجه و مجازات موضوع ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶) را شامل مجازات بدنی دانسته^{۲۷} و صاحب‌نظران مسائل حقوق

25. Resolution No. 440(r), Abolition of Corporal Punishment in Trust Territories Online Available at: <http://www.daccessdds.un.org/doc/resolutuin/gen/nr006038.pdf?opendlement>

26. Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners. Adopted by the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Held at Geneva 1, 55 and Approved by the United Nations Economic and Social Council by It's Resolution 5663 C(XXIV) of 31 July 1957.

27. در گزارش نماینده ویژه سازمان ملل به اجلاس ۵۲ مجمع عمومی سازمان ملل در مورد وضعیت حقوق بشر در ایران (گزارش موريس کاپیتورن) به‌طور مثال آمده است که ماده ۸۳ قانون مجازات اسلامی در مورد مجازات رجم برای زنان محصنه شکی نیست که این مجازات خشن، غیر انسانی و تحقیر کننده است که مشمول ممنوعیت عنوان شده در اسناد بین‌المللی است و یا اخیراً در تاریخ ۲۸ ژانویه ۲۰۰۵ کمیته حقوق کودکان سازمان ملل متحد از جمله از ایران می‌خواهد که «صدور و اجرای همه انواع شکنجه و رفتار بی‌رحمانه و تحقیر آمیز مانند قطع عضو، شلاق و سنگسار برای جرائم ارتكابی توسط اطفال را لغو نماید» (گزارش روبرتز ۹ بهمن ۱۳۸۳ ژنو). رک.

Nebehay. Stephanie; "UN Urges Iran to Halt Execution of Young Offenders" World-Reuters, Fri Jan.28.1:00 PM ET: Online Available at: <http://www.news.yahoo.com/news?tmpl=story&u=nm/20051258/wl-nm/iran-Rights-Children-dc-1>

بشر سازمان ملل نیز مجازاتهای بدنی را ولو اینکه در قانون آمده و به حکم دادگاه اجرا شود مشمول مجازات خشن و غیر انسانی می‌دانند، نباید تردید داشت که در آینده نیز مبنای عملکرد دیوان مبتنی بر این سوابق باشد. بنابراین، تحت این دیدگاه به نظر می‌رسد منظور از «مجازات قانونی»، مجازات قانونی ناشی از حقوق لازم‌الاجرای بین‌المللی در خصوص مسائل حقوق بشری است.^{۲۸}

اما در خصوص این مسئله که آیا عدم الحاق می‌تواند رافع مسئولیت بین‌المللی افراد در خصوص موضوع بحث باشد، پاسخ منفی است. ایران به عنوان یکی از اعضای اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی قبلاً این ممنوعیت‌ها را خود به رسمیت شناخته است و از نظر حقوق بین‌الملل عرفی الحاق یا عدم الحاق تأثیری در سرنوشت قضاوت مراجع بین‌المللی در خصوص مسئله مورد بحث ندارد. اما اینکه علاوه بر این ممنوعیت عرفی این امکان ایجاد می‌شود که «فردی» را به خاطر ادعای «اقدام وسیع یا سیستماتیک» شکنجه در دیوان بین‌المللی کیفری بدون الحاق یک کشور به اساسنامه دیوان محاکمه نمایند، مسلماً این امر مواجه با محدودیت‌هایی می‌شود؛ هر چند که مکانیزمهای دیگری مانند ارجاع از سوی شورای امنیت و یا ارجاع از طرف کشور ثالث در مواردی که در خاک کشور عضو، مثلاً اتباع ایرانی دستگیر می‌شوند، به نحوی می‌تواند این محدودیت را نیز برطرف سازد. بنابراین تحت این استدلال، در حال حاضر با لازم‌الاجرا شدن اساسنامه دیوان، الحاق و یا عدم الحاق به این نهاد مانع مداخله و قضاوت مراجع بین‌المللی در خصوص مسئله شکنجه در کشورها نخواهد بود.^{۲۹} بدین ترتیب هر چند در تعریف شکنجه در اساسنامه مزبور جهت رفع نگرانی کشورهای اسلامی عنوان «مجازات قانونی» مورد بحث را در اساسنامه گنجانده‌اند، ولی در موضع استناد و تفسیر قضات این امکان وجود دارد که قاضی دیوان تفسیر خود را مطابق سوابق عنوان شده در بالا استوار سازد. بویژه اینکه با در نظر گرفتن حقوق متحول بین‌المللی ماده‌ای نیز در اساسنامه دیوان وجود دارد که عنوان می‌دارد تحولات حقوق بین‌المللی و قاعده‌سازی‌های آن محدود به اساسنامه نمی‌شود و هیچ یک از مواد فصل مربوط به جنایات تحت صلاحیت دیوان نباید به نحوی تفسیر شود که قواعد موجود یا در حال شکل‌گیری و تدوین حقوق بین‌الملل را که برای مقاصد دیگری غیر از این اساسنامه مطمح نظر است، محدود کند و یا به آن لطمه بزند (ماده ۱۰ اساسنامه دیوان)؛ همچنین در همین راستا ماده ۲۱ آن اساسنامه نیز اشاره به این امر می‌کند که تعبیر و

۲۸. باوند هرمیداس تقریرات درس حقوق بشر، تهیه و تنظیم همایون فلاحیان، دانشگاه آزاد اسلامی مرکز آموزش‌های عالی بین‌المللی، زمستان ۱۳۸۲، ص ۲۳.

۲۹. آل حبیب، اسحاق؛ «دیوان کیفری بین‌المللی و جمهوری اسلامی ایران»، میزگرد همایش دیوان بین‌المللی کیفری و جمهوری اسلامی ایران انتشارات وزارت امور خارجه (دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی) تهران، ۱۳۷۸، ص ۵۲۶.

تفسیر تمام این قوانین (اساسنامه) نباید مخالف قوانین بین‌المللی حقوق بشری باشد.

نتیجه‌گیری

ضرورت جرم‌انگاری و تعریف عناصر و ارکان جنایات مندرج در اساسنامه و تبعیت آنها از سوی سیستم قضائی در مقدمه، ماده ۱ و ماده ۱۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری آمده است. بنابراین مسئله همسوسازی قوانین و مقررات داخلی با جرم‌انگاری‌های مندرج در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری و مسئله آثار الحاق ایران به دیوان بین‌المللی کیفری از بعد جنایات چهارگانه مندرج در اساسنامه را مطرح خواهد کرد. زیرا کشورهای عضو، به منظور اجرایی ساختن تعهدات مندرج در اساسنامه باید قوانین ملی خودشان را در این زمینه مهیا و آماده سازند تا هم از لحاظ ماهوی و هم از لحاظ شکلی امکان اجرایی نمودن مقررات دیوان و اساسنامه آن فراهم گردد. اجرایی نمودن مقررات اساسنامه دیوان هم دارای وجوه متعددی است که تبلور اصلی آن در میزان اراده نظام‌های ملی در تعقیب و جرم‌انگاری اعمال و رفتارهای مندرج در آن اساسنامه برای بهره‌مندی از مزایای اصل صلاحیت تکمیلی دیوان بین‌المللی کیفری است.

توجه به آثار جرم‌انگاری و تعریف عناصر جنایات جنگی مندرج در اساسنامه مستلزم توجه به دو دسته از جنایات جنگی به قرار ذیل است که در حقوق بین‌الملل مسبوق به سابقه نبوده‌اند:

(الف) جنایات جنگی مربوط به مخاصمات مسلحانه بین‌المللی؛

(ب) جنایات جنگی ارتكابی در داخل کشور در مخاصمات داخلی.

با توجه به اینکه ایران عضو کنوانسیونهای چهارگانه (۱۹۴۹) ژنو^{۳۰} می‌باشد ولی هنوز به دو پروتکل الحاقی این کنوانسیونها ملحق نشده است؛ لذا الحاق جمهوری اسلامی ایران به اساسنامه دیوان در خصوص دو دسته از جنایات جنگی متضمن این خواهد بود که عملاً و ناخواسته به پروتکل‌های اول و دوم الحاقی به کنوانسیونهای چهارگانه (۱۹۴۹) ژنو ملحق شده تلقی گردد و مسئول اجرای تعهدات ناشی از آن شود، ولی در صورت عدم الحاق به آن اساسنامه در قبال نقض تعهدات مزبور در مورد این دو دسته از جنایات هیچ‌گونه مسئولیتی وجود نخواهد داشت.

در مورد جرم‌انگاری و تعریف عناصر جنایت نسل‌زدایی و مصادیق آن، با توجه به تعهد جمهوری اسلامی ایران به مجازات جنایت نسل‌زدایی به‌موجب (مواد چهارم و پنجم قانون اجازه الحاق دولت ایران به قرارداد بین‌المللی جلوگیری از کشتار جمعی (ژنوسید) مصوب ۱۳۳۴/۹/۳۰) مشکلی در الحاق به دیوان از سوی کشورمان وجود نخواهد داشت.

در مورد جرم‌انگاری و تعریف عناصر جنایات علیه بشریت، نظام حقوقی ایران با دو گزینه

۳۰. قانون اجازه الحاق دولت ایران به قراردادهای معروف به قرارداد ژنو مصوب ۱۳۳۴/۹/۳۰.

مواجهه است که انتخاب هریک از این دو خالی از موانع و مشکلات نیست؛ جرم‌انگاری مطابق معیارهای مورد تأکید اساسنامه دیوان یعنی «جرم‌انگاری خاص و مستقل» در جنایات علیه بشریت هرچند از نظر اساسنامه دیوان مطلوب است، ولی به مصلحت کشور نخواهد بود؛ لحاظ معیارهای جرائم داخلی و ضوابط شرعی مورد توجه قانون مجازات اسلامی و انتخاب گزینه دوم (و اینکه جنایات علیه بشریت موردنظر دیوان را با عناوین مجرمانه موجود در قوانین خودمان تطبیق نماییم و در بعضی از مواردی که جرم‌انگاری‌های جدید مورد نیاز است صرفاً ضوابط و معیارهای مندرج در اساسنامه را لحاظ نماییم) نه تنها منطقی و به مصلحت است، بلکه می‌تواند روند اجرایی نمودن مقررات مربوط به جنایات علیه بشریت را ممکن و میسر سازد. با این همه، در خصوص انتخاب گزینه دوم، مشکلی در اجرای مجازات‌ها بروز می‌کند و آن اینکه از نظر مقررات بین‌المللی خود مبارزه با جنایات علیه بشریت مولد عنوان مجرمانه دیگری مانند شکنجه، اعمال غیر انسانی و ... می‌تواند باشد. ولی با توجه به اینکه این مجازات‌ها شرط «سیستماتیک بودن» و «گسترده بودن» به‌عنوان وصف و شرط اصلی جنایات علیه بشریت را ندارند؛ بنابراین انتخاب گزینه دوم که در برگیرنده مزایای مهمی است، منطقی به نظر می‌رسد.

از لحاظ اجرایی نمودن مجازات‌های مندرج در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، با توجه به اینکه مجازات‌ها و رژیم اعمال مجازات‌های مندرج در اساسنامه شامل طیفی از مجازات‌های مالی و مجازات سالب آزادی است؛ اجرایی نمودن آنها مواجه با مشکلات چندانی نیست. لیکن توجه به ماده ۸۰ اساسنامه دیوان که عنوان می‌دارد: «هیچ موردی از موارد مذکور در این فصل از اساسنامه بر اجرای مجازات‌هایی که در قوانین ملی مقرر کرده‌اند، تأثیر نمی‌گذارد ...» نیز ضروری است. با این حال، ماده مزبور تأییدکننده هر نوع مجازات و هر شیوه اجرای مجازات در داخل نبوده و به این معنا نیست که در کل، آن اساسنامه موافق هر نوع مجازات و روش اجرای مجازات است؛ چه بسا ممکن است برخی از این گونه مجازات‌ها از مصادیق جنایات علیه بشریت و یا شکنجه تلقی گردند. ولی با همه این اوصاف عدم الحاق ایران به اساسنامه دیوان نمی‌تواند رافع مسئولیت بین‌المللی افراد در خصوص موضوع بحث باشد و ایران به‌عنوان یکی از اعضای اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی قبلاً این ممنوعیت‌ها را خود به رسمیت شناخته است و از نظر حقوق بین‌الملل عُرفی الحاق یا عدم الحاق تأثیری در سرنوشت داوری مراجع بین‌المللی در خصوص مسئله مورد بحث ندارد. اما اینکه علاوه بر این ممنوعیت عُرفی، این امکان ایجاد می‌شود که «فردی» را به ادعای «اقدام وسیع یا سیستماتیک» شکنجه در دیوان بین‌المللی بدون الحاق ایران به آن محاکمه نمایند، مسلماً این امر مواجه با محدودیت‌هایی است.

منابع و مأخذ

۱. آل حبیب، اسحاق؛ «دیوان کیفری بین‌المللی و جمهوری اسلامی ایران»، میزگرد همایش دیوان بین‌المللی کیفری و جمهوری اسلامی ایران انتشارات وزارت امور خارجه (دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی) تهران، ۱۳۷۸؛
۲. باوند هرمیداس *تقریرات درس حقوق بشر*، تهیه و تنظیم همایون فلاحیان، دانشگاه آزاد اسلامی مرکز آموزش‌های عالی بین‌المللی، زمستان ۱۳۸۲؛
۳. جلالی، محمود؛ «حقوق بشر در تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری»، مجله قضائی و حقوق دادگستری، شماره ۴۴، پاییز ۱۳۸۲؛
۴. دیهیم، علیرضا؛ «درآمدی بر حقوق کیفری بین‌المللی (در پرتو اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری)»، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، تهران ۱۳۸۰، چاپ اول؛
۵. ظریف، محمدجواد، میزگرد همایش دیوان بین‌المللی کیفری و جمهوری اسلامی ایران، مجموعه مقالات مربوط به دیوان بین‌المللی کیفری و جمهوری اسلامی ایران به اهتمام اسحاق آل حبیب، انتشارات وزارت امور خارجه (دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی) تهران، ۱۳۷۸؛
۶. میرحجازی، سیداحمد؛ «قوانین جزائی جمهوری اسلامی ایران و اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری»، مجموعه مقالات مربوط به دیوان بین‌المللی کیفری و جمهوری اسلامی ایران به اهتمام اسحاق آل حبیب، انتشارات وزارت امور خارجه (دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی) تهران، ۱۳۷۸؛
۷. میرمحمدصادقی، حسین؛ «دادگاه کیفری بین‌المللی»، انتشارات دادگستر نشر، چاپ اول، بهار ۱۳۸۳؛
۸. نجفی ابرندآبادی، علی حسین و خزائی، منوچهر؛ «درآمدی بر پیش‌نویس قانون بین‌المللی جزا»، مجله دفتر خدمات حقوقی، شماره ۱۹-۱۸ سال ۷۴-۱۳۷۳؛
9. Amnesty International, "The International Criminal Court: Check List for Effective Implementation": July 2000, AI Index: IOR 40/11/00
Online Available at: <http://web.amnesty.org>
10. Convention against Torture and other Inhumane or Degrading Treatment or Punishment, 10 December 1984, U.N. Doc. A/39/51.
Online Available at: <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h-cat39.htm>
or <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/h2catoc.htm>

11. Elements of Crimes Source: ASP, Adoption: 09/09/2002 Number: ICC-ASP/1/3(part II-B) Entry into Force: 09/09/2002 Online Available at: http://www.un.org/law/icc/asp/1stsession/report/english/part_ii_b_e.pdf
12. Human Rights Watch "International Criminal Court, Making the International Criminal Court Work" A Handbook for Implementing the Rome Statute, Vol. 13, No.4 (G), September 2001 Online Available at: <http://www.hrw.org/campaigns/icc/docs/hand/book-e.pdf>
13. K.L. Poherty & T.L. MC Cormack "Complementarity as a Catalyst for Comprehensive Domestic Penal Legislation" (1999) 5U.C. Davis J. International L. & Policy 147.
14. Nebehay. Stephanie; "UN Urges Iran to halt Execution of Young Offenders" World-Reuters, Fri Jan.28.1:00 PM ET: Online Available at: <http://www.news.yahoo.com/news?tmpl=story&u=/nm/20051258/wl-nm/iran-Rights-Children-dc-1>
15. Optional Protocol to the Convention of the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict, A/RES/54/263 of May 2000 online Available at: <http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/protocolchild.htm>
16. Resolution No. 440(r), Abolition of Corporal Punishment in Trust Territories online Available at: <http://www.daccessdds.un.org/doc/resolutuin/gen/nr006038.pdf?opendlement>
17. Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners. Adopted by the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Held at Geneva 1, 55 and Approved by the United Nations Economic and Social council by It's Resolution 5663 C(XXIV) of 31 July 1957.

قبض و بسط مفهومی حق تعیین سرنوشت در حقوق بین‌الملل

دکتر علی امیدی*

چکیده

یکی از شاخص‌های مهم ساختار دولتهای جهان، بافت چند قومی یا وجود اقلیت قومی- مذهبی می‌باشد. این امر باعث شده که هر از گاهی شاهد خبرهای مربوط به تنش‌ها و خشونت‌های قومی در اقصای نقاط عالم باشیم. مطالعه‌ای در سال ۲۰۰۰ نشان می‌دهد که از پایان جنگ جهانی دوم تا سال ۱۹۹۷ حدود ۱۲۵ جنگ صورت گرفته است که ۸۰ مورد آن به‌نحوی مربوط به جنگهای قومی و مذهبی بوده است. اگر انگیزه این تنش‌ها جستجو شود اکثریت آنها هدف خود را تحقق حق تعیین سرنوشت می‌دانند. تحول مفهومی حق تعیین سرنوشت در حقوق بین‌الملل در سه بستر تاریخی قابل طرح است. در ابتدا، هدف این ایده مشروعیت دادن به تجزیه امپراتوریهای شکست‌خورده در جنگ جهانی اول بود. ولی بعد از جنگ جهانی دوم، حق تعیین سرنوشت، بیشتر به معنی حاکمیت یافتن سرزمینهای تحت استعمار و انقیاد بیگانگان، تغییر مفهومی پیدا کرد. از دهه ۱۹۷۰، حق تعیین سرنوشت به مفهوم حاکمیت دموکراسی و تضمین حقوق اقلیتها جهت‌گیری داشته است. حقوق بین‌الملل ضمن محترم دانستن اصولی چون حق حاکمیت دولتها، اصل تمامیت سرزمینی و اصل عدم مداخله، راه حلی که از یک سو تمامیت ارضی کشورها را مرعی نگه دارد و از سوی دیگر منافع و خواستهای اقلیت‌های قومی و فرقه‌ای را مدنظر قرار دهد، در وهله اول برقراری نظام‌های دموکراتیک و در مرحله دوم، اعطای خودمختاری به اقلیت‌ها تشخیص داده است. اینکه تغییرات مفهومی، مدلولات و ملزومات حق تعیین سرنوشت در حقوق بین‌الملل چیست، هدف اصلی تدوین این مقاله بوده است که سعی گردید بر اساس آخرین مطالعات در این زمینه به رشته تحریر در آید.

*. استادیار روابط بین‌الملل دانشگاه اصفهان.

مقدمه

یکی از شاخص‌های مهم ساختار دولتهای جهان، بافت چند قومی یا وجود اقلیت قومی - مذهبی می‌باشد. این امر باعث شده که هر از گاهی شاهد خبرهای مربوط به تنش‌ها و خشونت‌های قومی در اقصی نقاط عالم باشیم. بررسی‌هایی که در مورد ناسیونالیسم قومی و ساختار جمعیتی جهان و کشورها صورت گرفته نشان می‌دهد که تنها در ۱۴ کشور جهان، بافت چند قومی حاکم نیست یا اقلیت قومی قابل توجهی وجود ندارد و در این میان فقط چهار درصد جمعیت جهان در کشورهایی زندگی می‌کنند، که تنها دارای یک گروه قومی هستند. بنابراین می‌توان گفت اصل حاکم بر جهان و جوامع، ناهمگونی قومی، نژادی و مذهبی است که به درجات گوناگون در همه کشورها و جوامع وجود دارد و همگونی قومی یک استثناء است.^۱

در سال ۱۹۶۹، یک گروه تحقیقاتی ۱۶۰ مناقشه را که احتمال داشت به جنگ‌های تمام عیار تبدیل شوند، در یک دوره زمانی ۱۵ ساله مورد بررسی و مطالعه قرار داد. این گروه تحقیقاتی منازعات مزبور را به سه دسته کلی به شرح ذیل تقسیم کرد و به مطالعه آنها پرداخت:

۱. منازعات ناسیونالیستی، شامل مناقشه‌های قومی، نژادی، مذهبی گروه‌هایی که به‌خاطر زبان مشترک، خود را یک قوم می‌پنداشتند.

۲. درگیری‌های طبقاتی که شامل مسائل مربوط به بهره‌کشی اقتصادی می‌شد.

۳. سایر کشمکش‌ها که با دو دسته فوق متفاوت بودند.^۲

نتایج تحقیقات حاصله از مطالعات گروه، شگفت‌آور بود. ۷۰ درصد از مناقشات مورد مطالعه، ناشی از تعصبات ناسیونالیستی و قومی بودند و بقیه به دو دسته دیگر اختصاص داشتند. پانزده سال بعد یعنی در سال ۱۹۸۴ همان منازعات مورد ارزیابی دوباره قرار گرفت و معلوم شد که بیش از ۳۰ مورد از آنها دست‌کم یک بار به درگیری‌های شدید داخلی منتهی گردیده است.^۳

مطالعه‌ای در سال ۲۰۰۰ نشان می‌دهد که از پایان جنگ جهانی دوم تا سال ۱۹۹۷ حدود ۱۲۵ جنگ صورت گرفته است که ۸۰ مورد آن به نحوی مربوط به جنگ‌های قومی و مذهبی بوده است.^۴ از پایان جنگ سرد منازعه گروه‌های قومی با دولتها به‌عنوان بزرگ‌ترین چالش موجود در برابر امنیت داخلی و بین‌المللی اکثر نقاط جهان مطرح شده است. در سال ۱۹۹۳ بیش از ۲۵ میلیون نفر در نتیجه کشمکش‌های قومی - فرقه‌ای از موطن خود گریختند، سه درصد از این جمعیت را ساکنان مناطق جنوبی صحرای آفریقا تشکیل می‌دهند. افزون بر آن، عوامل

1. Nicholas Sambanis, "Partition as a Solution to Ethnic War", World Politics, No.4, July 2000, pp. 447 - 449.

۲. والتر جونز، منطق روابط بین‌الملل، ترجمه داوود حیدری، تهران، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، ۱۳۷۳، ص ۲۴۴.

۳. همان.

4. Sambanis, *op.cit.*, p. 448.

ناسیونالیستی و قومی موجب تسریع در تجزیه شوروی سابق، نابودی یوگسلاوی پیشین و ویرانی شماری از کشورهای آفریقایی گردید که ثبات اغلب جمهوری‌های اتحاد شوروی سابق را در معرض تهدید قرار داده است. طولانی‌ترین درگیری‌های قرن بیستم هم بر سر مسائل قومی در خاورمیانه (لبنان و عراق) و آسیای جنوب شرقی (اندونزی و فیلیپین) چهره نمایانده است.^۵ هم‌اکنون نیز اخبار مربوط به تنش‌های قومی به‌صورت بالفعل و بالقوه در کشورهای مختلف اعم از در حال توسعه و پیشرفته (به‌عنوان مثال اسپانیا، ترکیه و سریلانکا) در تیترا اخبار رسانه‌های جهان قرار دارد. اگر انگیزه این تنش‌ها جستجو شود اکثریت آنها هدف خود را تحقق حق تعیین سرنوشت می‌دانند. در یک کنفرانس بین‌المللی به میزبانی یونسکو در بارسلونای اسپانیا در سال ۱۹۹۸ این‌گونه تحلیل شد که حدود ۵۰ مورد از منازعات موجود در جهان مربوط به تقابل حق تعیین سرنوشت و حاکمیت دولتها بوده است.^۶

حق تعیین سرنوشت یکی از عالی‌ترین و در عین حال مبهم‌ترین اندیشه‌های حقوق بین‌الملل نوین به حساب می‌آید. درحالی‌که بسیاری از اندیشمندان معتقد به وجود چنین حقی هستند، برخی دیگر ارزشمندی آن را به دلیل مبهم بودنش نفی می‌کنند. برخی دیگر به دلیل اثر مخرب آن بر تمامیت ارضی دولتها خواستار تفسیر مضیق این حق هستند. حق تعیین سرنوشت دارای دو جنبه است؛ جنبه بیرونی، حق مردم در تعیین وضعیت بین‌المللی خود و جنبه درونی، حق مردم در انتخاب سیستم حکومتی، مشارکت در تصمیم‌گیری جامعه و حفظ حقوق اقلیت‌ها. اینکه تغییرات مفهومی، مدلولات و ملزومات حق تعیین سرنوشت در حقوق بین‌الملل چیست، هدف اصلی تدوین این مقاله بوده است که سعی گردید بر اساس آخرین مطالعات در این زمینه به رشته تحریر در آید. این مقاله از پنج قسمت تشکیل شده است: مباحث نظری، استقلال یا حق تعیین سرنوشت مردم (وجه بیرونی)، دموکراسی یا حق تعیین سرنوشت مردم (وجه درونی)، حق تعیین سرنوشت اقلیت‌ها و بومیان که در پایان نیز نتیجه تحقیق مورد بررسی قرار می‌گیرد.

مباحث نظری

اندیشه حق تعیین سرنوشت در حقوق بین‌الملل بسیار متأثر از تحولات اندیشه دموکراسی و پارادوکس‌های آن است. اندیشمندان لیبرال دموکراسی ضمن مفروض دانستن آزادی انسان به‌عنوان حق فطری و طبیعی که نفی آن به‌معنی نفی بشریت است، مظهر این آزادی را حکومت

5. Michael Brown, ed., *Ethnic Conflict and International Security*, Princeton, Princeton University Press, 1993, p. 6.

6. Michael C. and Onno Seroo, *Future of Self-Determination*, from:

<http://www.tamilnation.org/selfdetermination/98unesco.htm>

دموکراتیک یا حکومت مردم توسط مردم دانسته‌اند.

متفکران دموکراسی معتقدند از ترکیب سه مفهوم آزادی، برابری و قراردادی بودن حکومت، سنتزی به نام دموکراسی برخاسته است. قوت براهین ناظر بر اندیشه دموکراسی چنان است که این مفهوم تبدیل به گفتمان مسلط در ربع آخر قرن بیستم به بعد گردیده است. جوهره دیدگاه اندیشمندان سیاسی درباره آزادی و اراده انسان این است که بشر به صرف بشر بودن دارای یک دسته حقوق بنیادین است که به هیچ بهانه‌ای نمی‌توان آن را نقض کرد، مظهر این حقوق بنیادین، آزادی و خودمختاری است. معنای آزادی این است که مردم بتوانند سرنوشت خویش را به دست خویش تعیین نمایند، حکومتی را که مظهر چنین واقعیتی باشد، حکومت دموکراتیک می‌خوانند. در دموکراسی، حکومت متعلق به عموم مردم است که به نسبت مساوی در این حق شریکند. اما چون عملاً ممکن نیست که تمام مردم حکومت کنند، از طرف آنان عده‌ای برگزیده می‌شوند و حکومت را در دست می‌گیرند، ولی این عده که وکیل مردم‌اند، همیشه براساس ساز و کار انتخابات تحت نظارت مردم‌اند. در حکومت دموکراتیک مردم خود صاحب اختیار سرنوشت خویش هستند، قدرت حکومت در دست مردم یا نمایندگان آنهاست و تمام قدرت‌های حاکم بر مملکت ناشی از مردم است. بنابراین، حکومت قراردادی است که انسان‌های آزاد برای تنظیم امور خویش منعقد می‌کنند. حکومت مجاز نیست اصل بنیادینی را که قرارداد اجتماعی مبتنی بر آن است نقض کند، این اصل بنیادین همان آزادی انسان‌هاست. روسو در این باره می‌گوید:

«تمام افراد بشر آزاد و مساوی خلق شده‌اند و هیچ‌یک از آنها بر دیگری برتری ندارد و حق ندارد بر هموعان خود مسلط شود و نیز زور ایجاد هیچ حقی نمی‌کند. بنابراین تنها چیزی که می‌تواند اساس قدرت مشروع و حکومت بر حق را تشکیل دهد قراردادی است که به رضایت بین افراد بسته شده باشد».^۷

بنابراین در دموکراسی فرض بر این است که انسان‌ها آزاد و برابر هستند و این جزء سرشت انسان‌هاست. هرچه حکومتی بهتر بتواند به آزادی‌های مردم احترام بگذارد، مفاد قرارداد فیما بین مردم و حکومت بهتر رعایت شده است.

از سوی دیگر، اگر مردم عملاً می‌توانستند امور خود را، از تشکیل دولت گرفته تا مشارکت در اداره جامعه، توسط خویش حل و فصل کنند، آزادتر بودند. بنابراین، هرچه حکومت محدودیت‌های خود را بر انسان‌ها کمتر نماید، حکومت دموکراتیک‌تری تلقی می‌شود. نتیجه طبیعی کلام مزبور این است که هرچه مردم بیشتر بر سرنوشت خویش حاکم باشند آزادتر بوده و

۷. مصطفی رحیمی، قانون اساسی ایران و اصول دموکراسی، تهران، ابن‌سینا، ۱۳۴۷، ص ۲۰.

حکومت، دموکراتیک‌تر محسوب می‌شود.

معمایی که از این صغرا و کبرا برمی‌خیزد این است که در یک جامعه سیاسی جلب نظر موافق همه اعضای جامعه تقریباً غیرممکن است. بنابراین حکومت‌ها عملاً نمی‌توانند منعکس‌کننده نظرات تمامی افراد جامعه باشند. از سوی دیگر اگر قرار باشد در فرایند تصمیم‌گیری، نظر موافق تمامی اعضا شرط باشد، اساساً روند تصمیم‌گیری فلج خواهد شد و عملاً هیچ کاری محقق نمی‌شود. برای رفع این مشکل، نظریه اکثریت - اقلیت مطرح شد. یعنی برای پیشبرد امور و جلوگیری از فلج شدن تصمیم‌گیری باید تابع نظر اکثریت یا فرمول ۵۱ در برابر ۴۹ بود. هر چند این فرمول با دموکراسی آرمانی تطابق ندارد، ولی تجربه جوامع دموکراتیک ثابت کرده است که معضل برخاسته از نظریه اکثریت - اقلیت در فرایند دموکراتیک زوده خواهد شد، زیرا اگر گروه اقلیت بتواند با ارائه نظرانی توجه جامعه را جلب کند، روزی تبدیل به اکثریت خواهند شد و به‌طور خودکار نقائص دموکراسی تعدیل می‌شود.

شاید بتوان فرمول تفوق اکثریت بر اقلیت و جا به جایی گروه‌های اقلیت و اکثریت را در یک جامعه همگن انسانی درست فرض کرد، ولی اگر گروه‌هایی باشند که همیشه در طیف اقلیت قرار بگیرند چه باید کرد؟ تجربه زنده سیاسی بشر ثابت کرده که در یک جامعه ناهمگون قومی - فرهنگی، گروه‌های اقلیت قومی - فرقه‌ای باید با گروه اکثریت همگون شوند و یا گزینه حاشیه‌ای شدن را بپذیرند. به‌نظر «هرست هانوم» اندیشمندان دموکراسی تا قرن نوزدهم در این‌باره راه‌حل در خور توجهی مطرح نکردند.^۸

برای اینکه جامعه سیاسی دموکراتیک باشد و از سوی دیگر بر سرنوشت خود حاکم باشد یا از حق فطری خود به‌نام آزادی و صیانت از هویت خویش، برخوردار باشد، باید تدابیری اندیشید که از ادغام یا در اقلیت ماندن گروه‌هایی به‌طور همیشگی جلوگیری کند. براساس گفتمان لیبرال دموکراسی، نهاده‌سازی حقوق ویژه اقلیتها از جمله شناسایی هویت آنها مکانیسمی است که این اقلیتها ضمن مشارکت در تصمیمات حکومت مرکزی، به سرنوشت خویش بیشتر حاکمیت داشته باشند.

حقوق بین‌الملل که نهادینگی اندیشه‌ها و رویه‌های مسلط یا متعارف را بازتاب می‌دهد اندیشه دموکراسی و رفع پارادوکس‌های آن را در حقوقی چون:
۱. حق آزادی عمل ملتها در تعیین دولت، نظام سیاسی و مشارکت منظم در امور سیاسی و مدنی خویش (حق تعیین سرنوشت بیرونی و درونی)،

8. Hurst Hannum, "The right to autonomy: Chimera or Solution?" , in Kumra Rupsinghe and Valery A.Tishkov, ed., Ethnicity and Power in the Contemporary World, New York, The UN University press, 1996, pp. 294 - 295.

۲. حق اقلیت‌ها در حفظ و شکوفایی فرهنگ، مذهب و زبان خویش و تأثیرگذاری در تصمیم‌گیری‌های سیاسی،
۳. حق اهالی بومی یک سرزمین در حفظ آداب و سنن و همچنین حقوق ویژه آنها نسبت به منابع طبیعی و سرزمین اجدادی خویش،
نهادینه کرده است. حق اولی ناظر بر حقوق بنیادین انسانی، خصوصاً حق آزادی است که پایه و مشروعیت دموکراسی (اعم از داخلی و بین‌المللی) را می‌سازد و دو حق دیگر ناظر بر تدبیر راهکاری جهت حل پارادوکس‌های ناشی از دموکراسی در حفظ حقوق اقلیتها و بومیان است.

استقلال سیاسی و حق تعیین سرنوشت مردم (وجه بیرونی)

حق تعیین سرنوشت یکی از اصول پایه شناخته‌شده طی نیم قرن اخیر است، به‌طوری که بسیاری آن را به‌مثابه عناصر اساسی مشروعیت تلقی می‌نمایند. دیوان بین‌المللی دادگستری این اصل را به‌عنوان یکی از اصول اساسی و پایه حقوق بین‌الملل معاصر شناخته است.^۹
با این همه، بررسی دقیق اصل تعیین سرنوشت، نقاط ابهام آن را بیش از پیش روشن می‌سازد. این اصل که با خطابه ویلسون در جلسه ۱۱ فوریه ۱۹۱۸ کنگره امریکا به‌وجود آمد، چندین بار در چهارده اصل معروف ویلسون تکرار شده است. البته در آن زمان برداشت کلی که از این اصل می‌شد توجیه تجزیه امپراتوریهای شکست خورده در جنگ جهانی اول بود. این اصل سپس در اسناد دیگری چون منشور آتلانتیک و اعلامیه یالتا - خصوصاً در بخش مربوط به اروپا - تأکید گردید.^{۱۰} با این وصف، در این دوره این مفهوم از دامنه محدودی برخوردار بود، در آن زمان، جنبه حقوقی حق تعیین سرنوشت به‌وسیله دو کمیته کارشناسان جامعه ملل (در ارتباط با جزایر اولاند) مورد بررسی قرار گرفت و هر دو کمیته به این نتیجه رسیدند که این اصل یک قاعده الزام‌آور حقوق بین‌الملل به حساب نمی‌آید. آنها همچنین نظر مخالف خود را درباره هرگونه حق تجزیه‌طلبی مورد تأکید قرار دادند.^{۱۱}

بعد از جنگ جهانی دوم، رسمی‌ترین متنی که این اصل را در خود گنجانده، بند ۲ از ماده ۱ «منشور ملل متحد» است که اصل مزبور را از اهداف «سازمان ملل متحد» تلقی نموده و از آن چنین یاد کرده است:

9. ICJ Reports, 1995, p. 90.

۱۰. کلود آلبر کلیار، نهادهای روابط بین‌الملل، ترجمه هدایت‌الله فلسفی، تهران، نشر نو، ۱۳۶۸، ص ۱۷۳.

11. Report of International Committee of Jurists Entrusted by the Council of the League of Nations with the task of giving an Advisory Opinion upon Legal Aspects of Aaland Islands Questions, League of Nations O. G. Supp. 3, at 5(1920).

«توسعه روابط دوستانه میان ملل بر مبنای احترام به اصل تساوی حقوق مردم و حق ایشان در تعیین سرنوشتشان...»^{۱۲}

بند ۲ ماده ۱ منشور، از توسعه روابط ملتها براساس تساوی حقوق و حق تعیین سرنوشت مردم، به عنوان یکی از اهداف منشور ملل متحد یاد می کند. ماده ۵ منشور نیز مجدداً همین مطلب را به عنوان تعهدی الزام آور برای کشورها مورد تصریح قرار می دهد. تصریحات دیگری در ارتباط با این مفهوم در بندهای (ب) مواد ۷۳ و ۷۶ منشور مشاهده می گردد. هر چند اشارات به عمل آمده در منشور به حق تعیین سرنوشت ملتها بسیار کلی بوده و فاقد تعریف و حدود و ثغور معینی است، لیکن تحولات متعاقب در نظریه و همچنین در رویه سازمان ملل و کشورها تا حدی به این مفهوم معنی بخشید، چنانکه در عمل نیز اصل تعیین سرنوشت به عنوان مبنای حقوقی استعمارزدایی و مقابله با تبعیض نژادی مورد استناد قرار گرفته است. از قطعنامه های متعددی که توسط مجمع عمومی و شورای امنیت در ارتباط با استعمارزدایی و همچنین بیان اصول حقوق بین الملل صادر شده و معاهداتی که در آن اصل تعیین سرنوشت ملتها مورد تأیید و تصریح واقع شده است، می توان به عنوان نمونه هایی از این تحولات یاد کرد. از میان این اسناد، قطعنامه مشهور ۱۵۱۴ مجمع عمومی تحت عنوان «اعلامیه اعطای استقلال به ملتها و سرزمینهای مستعمره»^{۱۳} و قطعنامه ۲۶۲۵ مجمع عمومی تحت عنوان «اعلامیه اصول حقوق بین الملل راجع به روابط دوستانه ملتها» از حیث تصریح و تعریف اصل تعیین سرنوشت ملتها، به عنوان یکی از اصول حقوق بین الملل اهمیت انکار ناپذیری دارند.^{۱۴}

قطعنامه ۲۶۲۵ بیست و پنجمین اجلاس مجمع عمومی مورخ ۴ نوامبر ۱۹۷۰ اصل مزبور را تأکید نموده و آن را گسترش داده است. این قطعنامه، اعلامیه مربوط به اصول حقوق بین الملل در زمینه روابط دوستانه و همکاری بین کشورها را مطابق منشور ملل متحد به وجود آورد. در همین ارتباط، مجمع عمومی پیش نویس دو میثاق بین المللی مربوط به حقوق بشر را که در ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶، رسماً و بالاتفاق تصویب کرده بود، برای امضاء و تصویب تسلیم کشورها نمود. این میثاقها در سال ۱۹۷۶ به اجرا گذاشته شد.

۱۲. کلود آلبر کلییار، پیشین، ص ۱۷۳.

۱۳. همان و رک.

"Declaration on the Granting of Independence to Colonial Territories and Peoples". G.A.RES. 1514 (XV), December 14, 1960. G. A. R., 15th Sess., Supp. 16, p. 66.

14. "Declaration on Principles of International law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the United Nations", G. A. Res. 2625 (XXV), U.N. Doc.A/8028 (24 October 1970).

ماده نخست هر یک از این دو میثاق در نخستین بند خود اعلام می‌دارد که:

«همه مردم اختیار تعیین سرنوشت خویش را دارا هستند و بنابراین مختارند نظام سیاسی خویش را معین نموده و آزادانه به توسعه اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی خویش همت گمارند».^{۱۵}

بالاخره، برابر بند سوم میثاق، همچنین کشورهایی که مسئولیت اداره سرزمین‌های غیرخودمختار و تحت قیمومت را به‌عهده دارند، موظفند «برابر مقررات منشور ملل متحد، وسایل تحقق حق آزادی مردم در تعیین سرنوشت خود را تسهیل نموده آن را محترم شمارند».^{۱۶} عده‌ای معتقدند که حق تعیین سرنوشت با به اجرا درآمدن این دو میثاق در سال ۱۹۷۶ اثر حقوقی الزام‌آور به خود گرفته است.^{۱۷}

مفهومی که عمده اسناد و منابع حقوقی بین‌المللی از حق تعیین سرنوشت ملت‌ها به‌دست می‌دهند این است که همه ملت‌ها از حق تعیین سرنوشت برخوردارند و به‌موجب آن وضعیت سیاسی و مسیر توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خود را آزادانه و بدون مداخله خارجی تعیین و دنبال می‌نمایند.^{۱۸} البته، در این تعریف، اصل تعیین سرنوشت ملت‌ها در قالب عباراتی کلی بیان گردیده و حدود و ثغور و ابعاد دقیق آن کاملاً مشخص نیست. یکی از عواملی که حدود و ثغور این اصل را مشخص می‌سازد بستر تحول تاریخی آن است.

اصل تعیین سرنوشت مردم در دوره بعد از جنگ جهانی دوم عمدتاً در ارتباط با استعمارزدایی تکامل پیدا کرده و عمده قطعنامه‌ها و اسناد مربوط نیز دارای مضامین ضداستعماری هستند، به‌طوری که به‌نظر می‌رسد منظور اصلی از طرح اصل تعیین سرنوشت ملت‌ها در این اسناد، مقابله با اعمال سلطه قدرتهای خارجی بر ملت‌ها بوده است.^{۱۹}

آنچه مسلم است این است که اصل تعیین سرنوشت ملت‌ها در قلمرو ضد استعماری آن به‌عنوان مبنای حقوقی خلع ید از قدرتهای استعماری تبلور یافته و در عمل نیز در همین قلمرو مورد استناد و استفاده واقع گردیده است. قضایای عمده‌ای هم که در آن دیوان بین‌المللی دادگستری فرصت بررسی و تایید اصل تعیین سرنوشت ملت‌ها را یافته است مرتبط با روند استعمارزدایی و سرزمینهای فاقد حاکمیت* است.

15. United Nations Treaty Series (1967), 999, p. 171, and 993, p. 3.

16. Ibid.

17. R. Lapidot, *Autonomy*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 20.

۱۸. اعلامیه اصول حقوق بین‌الملل راجع به روابط دوستانه ملت‌ها (۱۹۷۰)، صدر قسمت راجع به اصل تعیین سرنوشت ملت‌ها.

19. Johan D. Van Der Vyver, "Self-Determination of the Peoples of Quebec under international Law", *Journal of International Law and Policy*, Vol. 10: 1 (Fall 2000), pp. 11-13.

*. Non-governing territory.

در نظریه مشورتی ۱۹۷۱ راجع به وضعیت نامیبیا^{۲۰} و سپس در نظریه مشورتی ۱۹۷۵ راجع به صحرای غربی^{۲۱} دیوان بین‌المللی دادگستری تأکید نموده است که اصل تعیین سرنوشت ملت‌ها از اصول مسلم حقوق عرفی بین‌المللی است که اعمال آن مستلزم «بیان آزادانه اراده واقعی ملت‌هاست و از این رو می‌تواند برای خاتمه دادن به کلیه وضعیت‌های استعماری مورد استناد واقع شود».^{۲۲} همچنین در سال ۱۹۹۵ در جریان قضیه تیمور شرقی، دیوان بین‌المللی دادگستری آن را از مصادیق سرزمین‌های فاقد حاکمیت دانسته است که مردم آن از حق تعیین سرنوشت برخوردارند. به عبارت دیگر، دیوان از جهت ماهوی آن را در ادامه روند استعمارزدایی تلقی کرده نه جدایی‌طلبی.^{۲۳}

بنابراین علی‌رغم عام بودن تعریفی که دیوان از اصل تعیین سرنوشت ملت‌ها ارائه داده، چگونگی تسری و اعمال این اصل به وضعیت‌های غیر استعماری و به جنبه داخلی اصل تعیین سرنوشت، تا به حال مورد بررسی دیوان قرار نگرفته و نظر صریحی در این مورد وجود ندارد. از سوی دیگر، رویه سازمان ملل در مورد اجرای اصل تعیین سرنوشت نشان می‌دهد که تا به حال این اصل اساساً در ارتباط با وضعیت‌های استعماری، تبعیض‌نژادی و سرزمین‌های تحت اشغال و انقیاد، مورد توجه عمده این نهاد بوده و در عمل نیز عمدتاً در این گونه موارد سازمان ملل متحد خود را موظف به مداخله یافته است. حتی در گزارش ۱۹۹۸ دبیرکل راجع به حق تعیین سرنوشت، موارد فلسطین و صحرای غربی از مصادیق سرزمین‌های فاقد حق تعیین سرنوشت تلقی گردید و نسبت به ادامه این وضعیت ابراز نگرانی شد. بدیهی است که دو مورد فوق، از مصادیق سرزمین‌های تحت اشغال از منظر سازمان ملل تلقی می‌شوند.^{۲۴}

بنابراین مداخلاتی که از سوی سازمان ملل صورت گرفته و حمایت‌های سیاسی و اقتصادی

20. The Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ Rep., 1971, p. 16.

21. Western Sahara Case, Advisory Opinion, ICJ Rep., 1975, p. 12.

22. *Ibid*, para 55.

23. گفتنی است چند روز پیش از برگزاری این سمینار مردم آفریقای جنوبی در اعمال حق تعیین سرنوشت خود موفق به برگزاری اولین انتخابات واقعی و همگانی در کشور خود شدند، کسب استقلال نامیبیا در سال ۱۹۹۰ با برگزاری انتخابات تحت نظارت ملل متحد صورت گرفت و سابق بر آن شورای امنیت با صدور قطعنامه‌های متعدد خواهان اعمال حق ملت نامیبیا شده بود. روند کسب استقلال صحرای غربی هنوز تکمیل نشده است. در ۲ مارس ۱۹۹۳ طی قطعنامه ۸۰۹، شورای امنیت از مراکش و پولیساریو موکداً خواست تا هر چه زودتر نسبت به انجام رفتارندم در صحرای غربی و کسب نظر مردم در مورد سرنوشت سیاسی‌شان اقدام نمایند. برای آشنایی با ابعاد قضیه تیمور شرقی رجوع شود به:

Catriona Drew, The East Timor Popular Consultation: Self-Determination Denied, From:

<http://www.tamilnation.org/selfdetermination/countrystudies/99easttimor.htm>

24. Right of peoples to self-determination - Report of Secretary-General, A/53/280(1998), From:

<http://www.tamilnation.org/selfdetermination/instruments/980819secretarygeneralreport.htm>

دیگر کشورها از ملتهایی که تحت سلطه استعماری و یا تبعیض‌نژادی بوده‌اند نه تنها مغایر حقوق بین‌المللی تلقی نشده، بلکه مورد تشویق نیز واقع شده است. در مواردی مداخلات سازمان ملل متحد در حمایت از ملتهای فاقد حق تعیین سرنوشت، از حمایت سیاسی صرف فراتر رفته و در آن شورای امنیت مبادرت به وضع مجازات‌ها و اقدامات اجرایی خاصی تحت فصل هفتم منشور نموده است.^{۲۵}

محور مشترک موارد عمده‌ای که حق تعیین سرنوشت در آنها مستند مداخله سازمان ملل متحد قرار گرفته است مقابله با سلطه استعماری خارجی بوده است. البته وجود رژیم‌های تبعیض‌نژادی آفریقای جنوبی و رودزیا الزاماً سلطه استعماری از خارج تلقی نشده است، بلکه به لحاظ تحمیل رژیم تبعیض‌نژادی از داخل، مسئله نقض حق تعیین سرنوشت مطرح گردیده و موجب مداخله بین‌المللی شده است. به هر حال در این موارد خاص نیز، صرف‌نظر از تاریخچه استعماری رژیم‌های تبعیض‌نژادی آفریقای جنوبی و رودزیا، ممنوعیت آشکار و مسلم تبعیض‌نژادی به عنوان یکی از قواعد بنیادین حقوق بین‌الملل، مداخله در حمایت از حق تعیین سرنوشت این ملتها را موجه ساخته است.^{۲۶}

روشن است که اصل تعیین سرنوشت ملتها عمدتاً در ارتباط و در جریان استعمارزدایی و سرزمینهای فاقد حاکمیت تکامل پیدا کرده است. از سوی دیگر، تعاریف ارائه شده از اصل تعیین سرنوشت ملتها، تعاریفی عام و کلی است. بنابراین با توجه به پایان استعمارزدایی و نادر بودن سرزمینهای فاقد حاکمیت، این سؤال مطرح گردیده است که آیا کاربرد اصل تعیین سرنوشت نیز در حقوق بین‌الملل پایان یافته است و یا اینکه باید با توجه به وسعت و عام بودن مفهوم اصل تعیین سرنوشت، قلمروهای جدیدی را که اصل تعیین سرنوشت می‌تواند در آن مورد استناد قرار گیرد، باز شناخت.

در تحقیق برای تطبیق و اعمال اصل تعیین سرنوشت در قلمروهای جدید، سؤال اساسی که از نقطه نظر حقوق بین‌الملل مطرح است این است که آیا اصل تعیین سرنوشت در قلمروهای دیگری غیر از استعمارزدایی قابل اعمال است یا خیر؟ پاسخ به این سؤال همان تغییرات مفهومی جدید است که حق تعیین سرنوشت در دهه‌های گذشته به خود دیده است.

۲۵. ر.ک. قطعنامه‌های شماره ۲۱۶ و ۲۱۷ صادره در ۱۹۶۵ و ۲۲۱ صادره در ۱۹۶۶ علیه رودزیا. طی دو قطعنامه اول، شورای امنیت اعلامیه استقلال رودزیا و تأسیس رژیم تبعیض‌نژادی را محکوم کرد و از کشورهای دیگر خواست از شناسایی این رژیم و از ارائه تجهیزات نظامی به آن خودداری کنند. در قطعنامه ۲۲۱، شورای امنیت ضمن تحریم صدور محصولات نفتی به رودزیا از بریتانیا خواست تا در صورت ضرورت با استفاده از زور از صدور نفت به رژیم رودزیا ممانعت به عمل آورد. شورای امنیت نیز طی قطعنامه‌های متعدد تحریم‌های اقتصادی، تحت فصل هفتم منشور علیه رژیم آفریقای جنوبی وضع کرده است. (ر.ک. قطعنامه‌های شماره ۳۹۲/۱۹۷۶، ۴۱۸/۱۹۷۷).

۲۶. تنها مورد استثنائی دیگر که در آن اصل تعیین سرنوشت در قلمروی غیر از استعمارزدایی مورد استناد قرار گرفته است، حق تعیین سرنوشت مردم فلسطین است (ر.ک. قطعنامه جلسه اضطراری سال ۱۹۸۱ مجمع عمومی به شماره ۷/۲ - ES).

دموکراسی و حق تعیین سرنوشت مردم (وجه درونی)

اسناد مبین اصل تعیین سرنوشت، حاوی قرائن متناقضی در این ارتباط است. از یک سو، همان طوری که گفته شد، تعریف ارائه شده از اصل تعیین سرنوشت، عام و کلی است و آن را شامل حال همه ملت‌ها و سرزمین‌ها، از جمله سرزمین‌های غیر مستعمره و دارای شخصیت حقوقی بین‌المللی نیز، می‌گرداند. از سوی دیگر، اغلب اسناد و قطعنامه‌های موجود از به مخاطره افکندن تمامیت ارضی و استقلال سیاسی دولتهای حاکمه موجود ممانعت به عمل می‌آورند.^{۲۷} به عنوان نمونه، «اعلامیه اصول حقوق بین‌الملل راجع به روابط دوستانه» تصریح می‌کند، اصل تعیین سرنوشت ملت‌ها نباید به عنوان بهانه‌ای برای تضعیف کلی یا جزئی تمامیت ارضی و وحدت سیاسی دولتهای حاکمه مستقلی که خود را براساس تساوی حقوق و اصل تعیین سرنوشت ملت‌ها اداره می‌کنند و بنابراین همه مردم متعلق به آن سرزمین را بدون در نظر گرفتن تفاوت‌های نژادی، عقیده و رنگ نمایندگی می‌کنند، مورد استناد قرار گیرد.

شرط فوق در عین اینکه در صدد تضمین تمامیت ارضی و استقلال سیاسی ملت‌های دارای حاکمیت سیاسی است این تردید را نیز ایجاد می‌کند که آیا در صورت عدم رعایت اصل تعیین سرنوشت در یک کشور دارای حاکمیت مستقل این تضمینات باز هم قابل اعمال خواهند بود یا خیر؟

تعبیر تعدادی از کشورها، خصوصاً کشورهای جهان سوم، این است که اصل تعیین سرنوشت ملت‌ها کاربرد ضد استعماری دارد و فقط در وضعیت‌های استعماری قابل استناد است. به عنوان نمونه، دولت هند در هنگام پیوستن به میثاق حقوق مدنی و سیاسی، تحفظی را در ارتباط با ماده ۱ میثاق تسلیم نموده است. در این تحفظ عنوان شده است که اصل تعیین سرنوشت فقط شامل ملت‌های تحت سلطه استعماری بوده و شامل حال دولتهای حاکمه مستقل نمی‌گردد.^{۲۸}

موضع دولت هند نه تنها مورد تأیید اغلب کشورهای جهان سوم است، بلکه در میان حقوقدانان غربی هم طرفدارانی دارد. پروفیسور «جیمز کرافورد» یکی از صاحب‌نظرانی که عمیقاً در زمینه اصل تعیین سرنوشت تحقیق نموده است، در سال ۱۹۷۹ اظهار عقیده می‌کند که در مرحله فعلی از توسعه بین‌الملل، اصل تعیین سرنوشت ملت‌ها نمی‌تواند برای سنجش مبنای مشروعیت دولتهای حاکمه موجود مورد استناد قرار گیرد.^{۲۹} به اعتقاد کرافورد، لازمه توسل به اصل تعیین سرنوشت، در مفهوم رایج آن، این است که ملتی بتواند خود را به عنوان یک شخصیت

27. Johan D. Van Der Vyver, *op.cit.*, pp.11-20.

28. Hurst Hannum, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 1989, pp. 41-42.

29. به نقل از سید جمال سیفی، «تحولات مفهوم حاکمیت دولتها در پرتو اصل تعیین سرنوشت»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۵، پاییز ۱۳۷۳، ص ۲۵۷.

سیاسی بین‌المللی سازمان دهد. به محض اینکه این شخصیت بین‌المللی، سازمان یافت، یعنی در قالب یک کشور قرار گرفت، وجود اصل ممنوعیت مداخله در امور داخلی کشورها، مانع از این می‌شود که کشورهای دیگر بتوانند درباره ماهیت و مشروعیت دولت حاکم بر یک کشور به بررسی بپردازند. در مورد کشورهای حاکمه مستقل اصل تعیین سرنوشت فقط می‌تواند مکمل حق حاکمیت کشورها در مقابل مداخله خارجی باشد و به این تعبیر نقض حاکمیت یک کشور از خارج می‌تواند نقض حق تعیین سرنوشت مردم این کشور نیز تلقی گردد.^{۳۰}

در مقابل این نظریه، بعضی دیگر از صاحب‌نظران با تکیه بر تفسیری موسع از اصل تعیین سرنوشت، معتقدند که هر چند اصل تعیین سرنوشت در مسیری ضد استعماری تکامل یافته است و اصلی عام است، شامل همه ملت‌ها، از جمله ملت‌های دارای حاکمیت مستقل نیز می‌گردد. از جمله کسانی که از چنین نگرشی حمایت نموده‌اند، «آرچاک» قاضی و رئیس سابق دیوان بین‌المللی دادگستری است. به اعتقاد وی، اصل تعیین سرنوشت ملت‌ها، اصلی عام است و همه ملت‌ها را در بر می‌گیرد و می‌تواند به عنوان معیار سنجش مشروعیت دولتهای حاکم بر کشورها عمل نماید.^{۳۱} بدین معنی که دولت حاکم بر یک کشور باید نماینده همه مردم آن، بدون در نظر گرفتن تفاوت نژادی، عقیده و رنگ باشد. تنها در چنین صورتی است که مداخله در امور داخلی و حاکمه این کشور مغایر حقوق بین‌المللی است. در غیر این صورت، نمی‌توان اعمالی را که در حمایت بین‌المللی از اصل تعیین سرنوشت ملت‌ها و در مسیر اعمال آن در یک کشور خاص صورت می‌گیرد، مداخله غیرقانونی تلقی نمود.^{۳۲}

از این رو، مسیر دیگری که حق تعیین سرنوشت در آن جهت تغییر مفهومی می‌یابد، مجموعه تحولات ناظر بر جنبه داخلی حق تعیین سرنوشت و اداره امور جامعه است. منشور ملل متحد تنها حاوی اشارات کلی در مورد حقوق بشر است و به جزئیات نپرداخته است، لیکن تصریح قوی‌تری در این مورد در اسنادی که متعاقب منشور و بعضاً در راستای اجرای اهداف منشور در زمینه حقوق بشر به وجود آمده‌اند، مشاهده می‌شود.

بند ۳ ماده ۲۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر بیان می‌کند که:

«اساس و منشأ حکومت اراده مردم است. این اراده باید به وسیله انتخاباتی ابراز گردد که از روی صداقت و به طور ادواری صورت می‌پذیرد. انتخابات باید عمومی و با رعایت مساوات باشد و با رأی مخفی یا طریقه‌ای نظیر آن انجام گیرد که آزادی را تأمین نماید».

۳۰. همان.

۳۱. همان، ص ۲۵۸.

۳۲. همان.

ملاحظه می‌شود که مبانی اصل مشارکت عمومی، در اعلامیه جهانی حقوق بشر با صراحت بیشتری بیان شده است. هرچند که اعلامیه جهانی حقوق بشر سندی الزام‌آور از نظر حقوق بین‌الملل نیست، بسیاری معتقدند که در پرتو تحولات بعدی، اصول مندرج در این اعلامیه شکل قواعد عرفی بین‌المللی را یافته‌اند.^{۳۳} گفتنی است، مفهومی مشابه بند ۳ ماده ۲۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر، در ماده ۲۵ میثاق حقوق مدنی و سیاسی بیان گردیده و به‌نوبه خود علاوه بر ایجاد تعهدی الزام‌آور برای طرفهای میثاق، رویه بین‌المللی را نیز از حیث تکامل اصل مشارکت عمومی تقویت نموده است. میثاق حقوق مدنی و سیاسی به‌عنوان معاهده‌ای که بیش از صد کشور در آن عضو هستند، نه تنها از حیث ایجاد تعهد، معاهده‌ای حائز اهمیت است، بلکه از حیث شکل‌گیری رویه کشورها نیز می‌تواند راهگشا باشد. ماده ۲۵ میثاق مزبور تصریح می‌کند:

«همه شهروندان حق دارند آزادانه در اداره امور عمومی مستقیماً یا از طریق نمایندگان منتخب خود مشارکت نمایند. همه شهروندان حق دارند در انتخابات ادواری عمومی و واقعی با رأی مخفی شرکت جویند».

اصولی که مبین حق مشارکت عمومی هستند در دیگر کنوانسیونهای منطقه‌ای و تخصصی حقوق بشر مورد پذیرش قرار گرفته‌اند. از این دست می‌توان به ماده ۲۳ «کنوانسیون امریکایی حقوق بشر» اشاره کرد. از سوی دیگر عناصر تشکیل‌دهنده حق مشارکت عمومی در کنوانسیونهای تخصصی حقوق بشر، نظیر کنوانسیونهای تنظیمی توسط سازمان بین‌المللی کار، یا کنوانسیون ممنوعیت تبعیض‌نژادی^{۳۴} مورد توجه و تصریح واقع شده‌اند، به‌طوری‌که از مجموع این اسناد می‌توان نتیجه‌گیری نمود که اصل مشارکت عمومی در کلیت آن مورد پذیرش بین‌المللی قرار گرفته است.^{۳۵}

البته، علی‌رغم شناسایی کلی حق مشارکت عمومی در اسناد و متون متعدد حقوق بین‌المللی، حدود و ثغور دقیق این اصل و ضمانت اجرای آن هنوز در هاله‌ای از ابهام قرار دارد. به بیان دیگر عمده اسناد بین‌المللی در شکلی آرمانی از کشورها می‌خواهند که اقدامات لازم را در جهت تأمین اصل مشارکت عمومی به‌عمل آورند، لیکن مشخص نیست که در صورت عدم رعایت این اصل توسط یک کشور خاص چه اقداماتی توسط جامعه بین‌المللی می‌تواند صورت گیرد. البته در سالهای اخیر مجامع ناظر بر حقوق بشر در این زمینه به فعالیت خود افزوده‌اند. با توجه به

۳۳. بسیاری از نویسندگان معتقدند که اصول اعلامیه جهانی حقوق بشر شکل قواعد عرفی را یافته‌اند ... رک.

D. J. Harris, Cases and Materials on International law, London, Sweet and Maxwell, 1991, p. 610.

34. International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination 1966, 5, ILM, 1966, p. 352. و خصوصاً ماده ۳ این کنوانسیون.

35. Hurst Hannum, *op. cit.*, pp. 105-118.

اینکه افکار عمومی یکی از ساز و کارهای ضمانت حقوق بشر است، گزارشهای مجامع حقوقی ناظر بر حقوق بشر در زمینه موارد نقض حقوق بشر می‌تواند تأثیرگذار باشد. لازم به توضیح است که در سال ۱۹۸۳ کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل متحد از دبیرکل درخواست نمود که مطالعه تحلیلی و جامعی را در مورد «حق مشارکت عمومی در اداره جامعه در اشکال مختلف آن» به‌عنوان رکن مهمی در توسعه و تحقق بخشیدن به حقوق بشر انجام دهد. گزارش این مطالعه در سال ۱۹۸۵ تسلیم کمیسیون شد که در آن، جزئیات حق مشارکت عمومی مشروحاً مورد بحث قرار گرفته است. این گزارش نتیجه‌گیری می‌کند که:

«به‌نظر نمی‌رسد که حق مشارکت در اداره جامعه در ابعاد وسیع خود تحت اسناد الزام‌آور بین‌المللی در حقوق بین‌المللی استقرار یافته باشد. از سوی دیگر، تعدادی از متون و اسناد حقوقی با درجات مختلف از حیث آثار و اهمیت حقوقی وجود دارند که در آنها عناصری از این حق مورد تصریح واقع شده است. بعضی از این متون تا حد زیادی جامع و همه‌جانبه‌اند».^{۳۶}

گزارش دبیرکل تأکید می‌کند که از میان عناصر حق مشارکت عمومی که در سطح بین‌المللی مورد تأکید قرار گرفته‌اند، حق برخورداری از تعلیم و تربیت، حق مشارکت در اداره امور فرهنگی، حقوق اقلیت‌ها، حقوق سندیکایی، حقوق خانواده، حق تجمعات صلح‌آمیز، حق آزادی عقیده و بیان و اطلاعات قابل توجه‌اند.^{۳۷}

حق مشارکت عمومی از ارکان حق توسعه نیز شناخته شده است. قطعنامه ۱۹۸۶ مجمع عمومی تحت عنوان «اعلامیه راجع به حق توسعه»^{۳۸} تصریح می‌کند:

«برنامه‌های توسعه ملی باید براساس مشارکت آزاد و واقعی همه افراد جامعه صورت پذیرد. کشورها باید مشارکت همه‌جانبه را به‌عنوان رکن مهمی در تحقق بخشیدن به حقوق بشر تشویق نمایند».^{۳۹}

همچنین اعلامیه سازمان ملل به مناسبت پنجاهمین سال تأسیس آن در خصوص حق تعیین سرنوشت مقرر می‌دارد:

36. United Nations, "Study by the Secretary - General on Popular Participation in its Various forms as an Important factor in Development and in the full Realization of Human Rights, UN DOC. E/CN. 4/1985/10 (1984), p. 36.

۳۷. همان، ص ۳۴.

38. Declaration and the Right to Development, G. A. Res. 41/128, Annex, 41 UN G. A. O. R., Supp. No. 53, UN Doc. A/41/53, (1986) and 8 (2).

39. Ibid, Articles 2 (1), 2 (3) and (2).

«حق تعیین سرنوشت مردم، وضعیت خاص مردمان مناطق تحت سلطه و استعمار بیگانگان و سایر اشکال اشغال خارجی را در نظر داشته و حق مردم در پرداختن به اقدامات مشروع در چارچوب منشور سازمان ملل برای تحقق حق برگشت‌ناپذیر تعیین سرنوشت را به رسمیت می‌شناسد. این اصل به معنی تشویق یا ارائه دستورالعمل برای تجزیه و خدشه‌دار کردن کلی یا جزئی تمامیت ارضی و وحدت سیاسی دولتهای مستقل و حاکم نیست که تابع اصل تأمین حقوق برابر و حق تعیین سرنوشت مردم خود هستند و نمایندگی کل مردم سرزمین خود را بدون هیچ‌گونه تبعیضی دارا هستند».^{۴۰}

در مجموع می‌توان گفت که مجموع تحولات فکری و عملی چند دهه گذشته که در ارتباط با اصل تعیین سرنوشت ملتها و حق مشارکت عمومی اتفاق افتاده منجر به پذیرش اصولی حق تعیین سرنوشت داخلی و یا حق مشارکت عمومی در تصمیم‌گیری سیاسی و اقتصادی یک کشور توسط همه افراد آن بدون درنظر گرفتن تفاوت‌ها از حیث نژاد، عقیده و رنگ شده است. مطابق این اصل اگر کل یا بخش مشخصی از یک جامعه کراراً و به‌طور سیستماتیک از داشتن سهم واقعی در زندگی سیاسی، اقتصادی و فرهنگی جامعه محروم گردد، اصل تعیین سرنوشت می‌تواند به عنوان راه حل مناسبی مورد استناد قرار گیرد. در اینجا مفهوم حق تعیین سرنوشت به مفهوم دموکراسی نزدیک می‌شود.

اقلیت‌ها و حق تعیین سرنوشت

به نظر حقوقدانانی چون کاسسه، ابعاد مفهوم حق تعیین سرنوشت به مرور زمان دقیق‌تر و شفاف‌تر شده است. همان‌طور که گفته شد این مفهوم در ابتدا بیشتر در مورد سرزمین‌های تحت سلطه، استعماری و رژیم‌های نژادپرست مصداق داشت، ولی از اواسط دهه ۱۹۶۰ به بعد که اکثریت سرزمین‌های تحت استعمار استقلال کسب کردند، مفهوم حق تعیین سرنوشت در مورد اقلیت‌ها و مردم زیر سلطه کشورهای استبدادی تسری مفهومی و مصداقی پیدا کرد.^{۴۱} حق تعیین سرنوشت برای اقلیت‌ها دو مفهوم زیر را به ذهن متبادر می‌کند:

۱. خودمختاری سرزمینی و فرهنگی؛*
۲. مشارکت مؤثر اقلیت‌ها در تصمیم‌گیری‌های کلان جامعه.

40. Declaration on the Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations, G.A.Res. 50/6, U.N. GAOR, 50th Sess., Supp. No.49, at 13, UN Doc. A/50/49 (1995).

41. Antonio Cassese, Self Determination of Peoples; A Legal Appraisal, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 341.

*. Territorial and Cultural Autonomy.

درباره مفهوم اقلیت یا عضو اقلیت، یک تعریف پذیرفته شده عمومی وجود ندارد. طبق تعریفی که «فرانچسکو کاپوتورتی» (مخبر اسبق سازمان ملل در امور اقلیت‌ها) ارائه کرده: «اقلیت عبارت از گروهی است که از لحاظ عددی در مقایسه با کل جمعیت یک جامعه رقم نازلی را تشکیل می‌دهند و میزان نفوذ آنها در جامعه پایین است، اعضای آن دارای یک دسته ویژگی‌های زبانی، مذهبی و قومی بوده که با بقیه افراد جامعه تفاوت دارد و اعضای اقلیت‌ها دارای حس همبستگی برای حفظ فرهنگ، سنن، مذهب و زبان‌شان می‌باشند».^{۴۲}

تا قبل از جنگ جهانی اول، اقلیت‌ها چندان تحت حمایت نبودند. آنها اغلب از تبعیض علیه خود رنج می‌بردند، و تنها شمار اندکی قانون و معاهده در جهت حفظ برابری و حمایت از آنها مبنی بر آزاد گذاشتن ایشان در دنباله‌روی از آداب، سنن و مذهبشان وجود داشت. پس از جنگ جهانی اول از حقوق اقلیت‌ها در پاره‌ای از کشورها - کشورهای جدیدالتأسیس، کشورهایی که قلمرو سرزمینی آنها افزایش یافته بود و کشورهای شکست‌خورده (به استثنای آلمان) - حمایت به عمل آمد، این حمایت یا در پی انعقاد یک معاهده بین‌المللی چندجانبه یا دوجانبه و یا در آستانه پذیرش کشوری به عضویت جامعه ملل به وقوع می‌پیوست. یک ساز و کار نظارتی مرتبط با جامعه ملل نیز به دنبال این تحولات ایجاد گردید. در برخی از کشورها، نه تنها به اقلیت‌ها اجازه داده شد که از حقوق اساسی برای حفظ هویت خود برخوردار باشند، بلکه نوعی خودمختاری شخصی جهت حفظ شاخص‌های فرهنگی نیز به آنها داده شد.^{۴۳}

علی‌رغم اینکه پس از جنگ جهانی دوم، تأکید مجامع جهانی بر حمایت از حقوق افراد متمرکز شد، بسیاری از معاهدات مربوط به حقوق بشر چندان توجهی به مسئله اقلیت‌ها نمی‌کرد. غفلت از توجه به اقلیت‌ها سه دلیل داشت:

اولاً، تصور بر این بود که می‌توان حقوق اقلیت‌ها را با تدوین و تصویب معاهدات و کنوانسیون‌های حقوق بشر بویژه با عنایت به اصل عدم تبعیض پوشش داد؛ ثانیاً، بین دو جنگ جهانی در مواردی برخی اقلیت‌ها به دولت متبوع خود، وفاداری نشان ندادند و با دول خارجی که با آن شباهت زبانی و فرهنگی داشتند، دست همکاری دادند؛ ثالثاً، از آن‌جا که بسیاری از اقلیت‌ها در پایان جنگ جهانی دوم به موطن اصلی خود بازگشتند، در محافل سیاسی تصور شد که مسئله اقلیت‌ها تا حد زیادی حل شده است.^{۴۴}

42. Francesco Capotorti, "Minorities", in Rudolf Bernhardt, ed., Encyclopedia of Public International Law, vol. 8 (1985), pp. 385 - 395 at 385.

۴۳. علی‌امیدی (نگارنده مقاله حاضر)، خودمختاری و مدیریت مناقشات سیاسی جوامع دارای اقلیت قومی، رساله دکتری روابط بین‌الملل، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق، ۱۳۸۰، ص ۱۱۲.

۴۴. همان.

اما دیری نگذشت که طرفداران حقوق اقلیت‌ها متوجه شدند که مقررات و قواعد موضوعه حقوق بشر به‌تنهایی برای حفظ حقوق اقلیت‌ها کافی نمی‌باشد. نتیجه این شد که جامعه بین‌المللی دوباره توجه خود را به قضیه اقلیت‌ها معطوف ساخت. اولین پیشرفت کاری در این زمینه مفاد مندرج در ماده ۲۷ میثاق بین‌المللی حقوق سیاسی و مدنی (۱۹۶۶) بود که مقرر می‌دارد:

«در کشورهایی که اقلیت‌های زبانی، مذهبی و قومی وجود دارند، افراد متعلق به آنها نباید از حقوق خود محروم گردند، آنها باید بتوانند طبق فرهنگ و مذهب خود عمل کرده و براساس زبان خود مراوده نمایند».^{۴۵}

هرچند مفاد ماده فوق‌الذکر دامنه محدودی دارد، ولی آغاز خوبی برای تلاش‌های بین‌المللی در جهت حفظ حقوق اقلیت‌ها به حساب می‌آید. البته اسناد حقوقی دیگری دال بر حفظ حقوق اقلیت‌ها به تصویب جامعه بین‌المللی رسیده است.

«کمیته حقوق بشر»، نهاد مسئول نظارت بر اجرای میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، به‌موجب پروتکل اختیاری مربوط به همین میثاق، شکایت‌هایی دریافت داشته که طی آن اقلیت‌ها مدعی بودند قربانی نقض ماده ۲۷ شده‌اند. معاهده پیکار با تبعیض آموزشی که در ۱۹۶۰ به تصویب کنفرانس عمومی یونسکو رسیده است، از حق اقلیت‌های ملی برای انجام دادن فعالیت‌های آموزشی مطلوب خودشان حمایت ویژه به‌عمل می‌آورد (ماده ۵) و هرگونه تبعیض را نسبت به هر گروه و اقلیتی ممنوع می‌کند. (ماده ۱)^{۴۶}

با تشدید جنگ سرد تلاش‌های مربوط به حقوق بشر، از جمله حقوق اقلیت‌ها مدتی به فراموشی سپرده شد. با آرام شدن جو سیاسی، اقداماتی در جهت شناسایی حقوق اقلیت‌ها در مجامع بین‌المللی خصوصاً سازمان ملل و کنفرانس امنیت و همکاری در اروپا (این مجمع در سال ۱۹۹۵ به سازمان امنیت و همکاری در اروپا تغییر نام یافت) صورت پذیرفت. کامل‌ترین سندی که منحصرأ به حقوق اقلیت‌ها می‌پردازد، «اعلامیه حقوق اشخاص متعلق به اقلیت‌های ملی یا قومی، دینی و زبانی» است که در ۱۹۹۲ در مجمع عمومی ملل متحد به اتفاق آراء به تصویب رسیده است. در دیباچه این اعلامیه آمده است:

«ترویج و تحقق حقوق اشخاص متعلق به اقلیت‌ها بخش جدایی‌ناپذیر تحول جامعه ... در یک چارچوب دموکراتیک مبتنی بر حاکمیت قانون است ...».

45. Patrick Thornberry, International Law and The Rights of Minorities, Oxford, Clarendon, 1991, p. 141.

۴۶. لیا لوین، پرسش و پاسخ درباره حقوق بشر، ترجمه محمد جعفر پوینده، تهران، نشر قطره، ۱۳۷۷، ص ۶۸.

در ماده اول اعلامیه از دولتهای عضو خواسته شده که هویت اقلیتها را شناسایی و تقویت کنند. مجمع عمومی نیز دولتها را دعوت کرده که «برای ترویج علمی ساختن شایسته و بایسته اصول این اعلامیه، تمام تدابیر ضروری را، بویژه در عرصه قانونگذاری، در پیش گیرند».^{۴۷}

در گزارش «دستور کار برای صلح» که به عنوان یک سند مهم بین المللی مورد استناد قرار می گیرد و از سوی پطروس پطروس غالی دبیرکل سابق سازمان ملل متحد ارائه گردید، خاطرنشان می شود که به رغم همکاری فزاینده دولتها در چارچوب اتحادهای منطقه ای و قاره ای، «ملی گرایی و استقلال طلبی در اینجا و آنجا با شدتی تازه پدیدار می شوند و مبارزات خشونت آمیز قومی، دینی، اجتماعی، فرهنگی یا زبانی، وحدت و یکپارچگی دولتها را به مخاطره می افکند». او همچنین تأکید می ورزد که «یکی از شرایط ضروری برای حل این مسائل، رعایت حقوق بشر و بویژه حقوق اقلیتها - اعم از اقلیت های قومی یا دینی، اجتماعی یا زبانی - است».^{۴۸} در سطح اروپا به عنوان مجموعه ای از کشورهای متمدن که یکی از منابع حقوق بین الملل تلقی می شود مهمترین سندی که در این راستا بیرون آمد، «سند ملاقات کپنهاگ»* (کنفرانسی در باب ابعاد انسانی اعضای کنفرانس امنیت و همکاری اروپا) بود. هر چند این سند از لحاظ قانون لازم الاجرا نیست، ولی قطعاً از اهمیت سیاسی زیادی برخوردار می باشد. این سند مقرر می دارد که:

«مسائل مربوط به اقلیت های ملی باید در یک چارچوب سیاسی دموکراتیک و براساس حاکمیت قانون حل و فصل گردد؛ اشخاص وابسته به اقلیت های ملی از حقوق انسانی بدون هیچ تبعیضی برخوردارند؛ وابستگی یک شخص به یک اقلیت قومی - ملی به انتخاب وی برمی گردد و شخصی به خاطر این انتخاب نباید متحمل کوچکترین تبعیضی گردد؛ و اعضای یک اقلیت حق تأسیس نهادهای خاص خود و برقراری قرارداد فیما بین را در داخل کشورشان و با اعضای گروه خود که در خارج مستقرند دارند».

این سند، دولتها را موظف به حفظ هویت اقلیت های ملی می کند و دولتها باید در مراکز فرهنگی و تحصیلی خود موارث فرهنگی اقلیتها را مورد توجه و احترام قرار دهند. همچنین اقلیتها باید فرصت مشارکت مؤثر در امور عمومی دولت متبوع خود را داشته باشند. این سند همچنین اعضای اقلیتها را ملزم می سازد که تمامیت ارضی دولت متبوع خود را محترم

47. Fact Sheet No.18 (Rev.1), Minority Rights, From:
<http://www.unhcr.ch/html/menu6/2/fs18.htm>

۴۸. لیا لوین، پیشین، ص ۶۹.

*. "Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE".

بشمارند.^{۴۹}

سند کپنهاگ، اعطای خودمختاری را یکی از راه‌های ممکن تحقق اهداف موردنظر این سند برمی‌شمرد. طبق ماده ۳۵ این سند، دولتهای امضاء کننده باید گام‌هایی را جهت حفظ و ایجاد شرایط برای ارتقای هویت مذهبی، زبانی، فرهنگی و قومی بردارند و یکی از راه‌های بارز تحقق این امر، اعطای خودمختاری به این اقلیت‌ها می‌باشد. البته دولتها می‌توانند طبق شرایط و مقتضیات خود عمل کرده و دامنه خودمختاری را بنا به صلاحدید خود تعیین نمایند.^{۵۰}

مسئله اقلیت‌ها طی گردهمایی کارشناسان اقلیت‌های ملی که در چارچوب کنفرانس امنیت و همکاری اروپا در جولای ۱۹۹۱ در ژنو تشکیل شد، مورد بحث و بررسی قرار گرفت. در این گردهمایی کارشناسان طی گزارشی نظر دادند که:

«موضوع اقلیت‌های ملی... یک مقوله مشروع بین‌المللی بوده و منحصرأ در مقوله امور داخلی کشورهای مربوط نمی‌گنجد».^{۵۱}

آنها همچنین تأکید کردند:

«در مناطقی که غالباً یک اقلیت ملی ساکن هستند، حقوق انسانی باید بدون تبعیض برای همه لحاظ شود».^{۵۲}

در قسمت چهارم گزارش مزبور به خودمختاری اشاره شده است. در این قسمت

می‌خوانیم:

«علی‌رغم تنوع نظام‌های قانون اساسی کشورهای شرکت‌کننده که اقتباس یک رویه واحد را مشکل می‌کرد، آنها به نتایج مطلوبی که صیغه دموکراتیک دارد رسیدند. این نتایج که متضمن اعطای نوعی خودمختاری یا خودگردانی است عبارتند از:

- حضور نمایندگان اقلیت‌ها در نهادهای تصمیم‌گیری و مشورتی؛
- ایجاد نهادهای انتخابی و مجامع خاص برای رتق و فتق امور اقلیت‌ها؛
- ایجاد مراکز اداری خودمختار و محلی و همچنین ایجاد خودمختاری سرزمینی شامل نهادهای مشورتی، قانونگذاری و اجرایی در قالب انتخابات آزاد و دوره‌ای؛
- امکان خودگردانی شخصی و یا اداری در جاهایی که خودمختاری سرزمینی مقدور نیست؛

۴۹. امیدی، پیشین، ص ۱۱۹.

۵۰. همان.

۵۱. همان، ص ۱۲۰.

۵۲. همان.

- ایجاد دولت غیرمتمرکز و دارای شکل و شمایل محلی».^{۵۳}

مفاد گزارش کارشناسان اقلیت‌های ملی ژنو در سند مسکو در سال ۱۹۹۱ تحت عنوان «سند گردهمایی مسکو درباره ابعاد انسانی کنفرانس امنیت و همکاری اروپا»^{*} مورد تأیید و تأکید قرار گرفت. تصمیمات ۱۹۹۲ هلسینکی نیز ضمن پیش‌بینی انتصاب یک کمیسیون عالی اقلیت‌های ملی، مقرر داشت که این شخص وظیفه ارائه «هشدار اولیه» و توصیه «اقدام اولیه» در قبال تنش‌های مربوط به اقلیت‌های ملی را خواهد داشت.^{۵۴}

مسئله اقلیت‌های قومی به‌طور گسترده‌ای در جریان بحران یوگسلاوی مورد توجه دوباره قرار گرفت. در ۲۷ اوت ۱۹۹۱ جامعه اروپا یک کنفرانس صلح (که در لاهه تشکیل شد) و یک کمیسیون دآوری (یا کمیسیون بادینتر) در رابطه با ابعاد مختلف بحران یوگسلاوی تأسیس کرد. در کنفرانس صلح مسائل مختلفی مورد بحث قرار گرفت که یکی از آنها «پیش‌نویس کنوانسیون کارینگتون در ۴ نوامبر ۱۹۹۱» بود که در برخی از مفاد این کنوانسیون به مسئله اقلیت‌های ملی توجه شد. شرکت‌کنندگان این کنفرانس توصیه تشکیل ساختارهای خودمختار را (که عهده‌دار وظایف قانونگذاری، اجرایی و قضایی باشد) برای مناطقی که اقلیت‌ها در آنجا اکثریت را تشکیل می‌دهند، ارائه نمودند.^{۵۵}

افزون براین، در اجلاس فوق‌العاده «همکاری سیاسی اروپا» (EPC) که در سطح وزیران در بروکسل برگزار شد، بیانیه‌ای تحت عنوان «رئوس راهنما برای شناسایی دولتهای جدید در اروپای شرقی و اتحاد شوروی» منتشر گردید که در آن مواردی در رابطه با حفظ و رعایت حقوق اقلیت‌ها آمده است. پافشاری جامعه اروپا مبنی بر تعهد قانون اساسی دولتها جهت اعطای خودمختاری به گروه‌ها و مناطق مشخص کشورشان از دیگر مطالب قابل توجه در این موضوع است. شاید خودمختاری به این دلیل تجویز شده تا مرهمی بر دردهای ناشی از اتحاد اجباری و مکانیکی باشد.^{۵۶}

کمیسیون دآوری - متشکل از ۵ عضو که توسط دیوان‌های قانون اساسی کشورهای عضو جامعه اروپا انتخاب شدند - به‌نوعی با مسئله اقلیت‌ها برخورد داشته است. هرچند این کمیسیون به مقوله خودمختاری صراحتاً اشاره نکرد، ولی با استناد به «پیش‌نویس کنوانسیون کارینگتون» به نوعی آن را مورد توجه قرار داد. «کمیسیون دآوری» همچنین تأکید کرد که مسائل ناشی از جانشینی دولتها باید طبق حقوق بین‌الملل و با توجه ویژه به حقوق انسانی و حقوق افراد و

۵۳. همان.

*. Document of the 1991 Moscow Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE.

54. International Legal Materials 31 (1992), pp. 1395-1399.

۵۵. امید، پیشین، ص ۱۲۱.

۵۶. همان.

اقلیت‌ها حل و فصل گردد. این کمیسیون همچنین افزود که برای اقلیت‌های زبانی، مذهبی و قومی حق شناخته شدن هویت‌شان براساس حقوق بین‌الملل محفوظ است.^{۵۷} کمیسیون باینتر نیز اعلام کرد که معیارهای حقوق بین‌الملل، دولت‌ها را ملزم به رعایت حقوق اقلیت‌ها به‌عنوان «قواعد بی‌چون و چرا» نموده است. این کمیسیون همچنین پیشنهاد نموده است که به اعضای گروه‌های اقلیت (در این مورد کمیسیون به صرب‌های ساکن در کرواسی اشاره دارد) اجازه داده شود که ملیت خود را به اختیار خود براساس حق تعیین سرنوشت مشخص نمایند.^{۵۸}

اما در تلاش‌های بعدی که برای حل بحران بوسنی صورت گرفت حرفی از خودمختاری به‌میان نیامد. از این رو در توافقات دیتون که با میانجیگری امریکا در دسامبر ۱۹۹۵ به انجام رسید، حقوق بشر در رأس همه چیز از جمله خودمختاری قرار گرفت.^{۵۹} نقطه عطف حقوق بین‌الملل در خصوص حفظ هویت اقلیت‌ها را می‌توان اقدامات شورای امنیت در ایجاد منطقه امن در کردستان عراق در سال ۱۹۹۱، بر اساس قطعنامه ۶۸۸ و صدور قطعنامه ۱۲۴۴ در تاریخ ۱۰ ژوئن ۱۹۹۹ در خصوص کوزوو ذکر کرد. در قطعنامه ۱۲۴۴ با استقبال از تصمیم یوگسلاوی، در بند ۵ قسمت ضمیمه قطعنامه شورای امنیت چنین آمده است: «مردم کوزوو می‌توانند از خودمختاری ماهوی در داخل جمهوری فدرال یوگسلاوی برخوردار باشند».

همچنین در بند ۸ قطعنامه، چنین مقرر می‌گردد:

«روند سیاسی به سمت تأسیس یک چارچوب موافقتنامه موقت سیاسی که خودگردانی ماهوی برای کوزوو ایجاد نماید باید با در نظر گرفتن توافقات پرامبویه و اصول حاکمیت و تمامیت ارضی جمهوری یوگسلاوی و دیگر کشورهای منطقه صورت پذیرد و مذاکرات بین طرفین برای حل و فصل مسائل نایستی تأسیس نهادهای خودگردان و دموکراتیک را به تأخیر انداخته یا از بین برد».^{۶۰}

مواردی چون کوزوو و منطقه امن شمال عراق نشان داد که در برخی شرایط، برقراری سیستم خودمختاری الزامی است. این الزام در جایی است که شورای امنیت تنها راه حفظ هویت

57. International Legal Materials 31 (1994), pp. 1494-1499.

۵۸. امیدی، پیشین، ص ۱۲۱.

۵۹. همان.

60. The UN Website, Security Council Resolution 1244 (1999), from:

<http://www.un.int/usa/sres1244.htm>

اقلیت‌ها را برقراری خودمختاری تشخیص می‌دهد و یا هنگامی که دولت مرکزی، حقوق اقلیت‌ها را به‌سختی در معرض تهدید قرار می‌دهد.

علی‌ای‌حال، دیدگاه جامعه بین‌المللی در قبال حق تعیین سرنوشت اقلیت‌ها بسیار محتاطانه، محافظه‌کارانه و براساس واقعیات موجود، از جمله دولت - محوری بودن نظام بین‌الملل شکل گرفته است. در رویکرد جامعه بین‌الملل، مرزهای دولت‌ها تثبیت شده و یک واقعیت غیر قابل انکار و تغییر است و غالباً حق تعیین سرنوشت در دموکراسی کثرت‌گرا (pluralist democracy) تجلی و مصداق پیدا می‌کند.^{۶۱} به نظر کاسسه، حتی مفهوم دموکراسی نمایندگی نیز در متون بین‌المللی از جمله میثاقین ۱۹۶۶ ناظر بر حقوق مدنی، سیاسی، فرهنگی و اقتصادی با قاطعیت تعریف و تجویز نشده است، به‌طوری‌که مهمترین اسناد بین‌المللی (میثاقین، اعلامیه روابط دوستانه و سند پایانی هلسینکی) همگی بین حق تعیین سرنوشت از یک‌سو و حمایت از اقلیت‌ها تفاوت آشکاری قائل شده‌اند. دولت‌ها آشکارا از تدوین اسنادی که بین این دو، پیوند قائل باشد دوری گزیده‌اند.^{۶۲}

از یک‌سو، جامعه بین‌المللی با تفسیر موسع حق تعیین سرنوشت که مساوی با جدایی‌طلبی باشد مخالفت شدید دارد و حتی ممکن است چنین تفسیری به خونریزی شدیدی منجر شود و از سوی دیگر، رعایت حقوق افراد و گروه‌ها (شامل اقلیت‌ها) در زمره وظیفه دولت‌ها شناخته شده است. به‌نظر کاسسه ساز و کاری که این دو را با یکدیگر آشتی می‌دهد «خودمختاری» است.^{۶۳} به‌نظر کاسسه، هرچه که مفهوم حق تعیین سرنوشت از استقلال‌خواهی و جدایی‌طلبی فاصله بگیرد، شکاف بین حق قانونی و واقعیت سیاسی نظام بین‌الملل بسیار کاهش می‌یابد. وی با صحنه گذاشتن بر مصوبات «نشست کارشناسان کنفرانس امنیت و همکاری اروپا درباره اقلیت‌های ملی» معتقد است که از جمله راهکارهای تحقق حق تعیین سرنوشت گروه‌ها و اقلیت‌های قومی عبارت است از تقویت اعمال مثبت،* حقوق مشارکتی** و اعطای میزان قابل توجهی خودمختاری به آنها. کاسسه سپس به تشریح هر یک از راهکارها می‌پردازد و در تشریح مفهوم اعمال مثبت می‌گوید: با توجه به اینکه اقلیت‌ها مجبور به تحمل نابرابری و تبعیض‌های زیادی بوده‌اند، دولت‌ها برای تسکین این نابرابری‌ها موظفند که عقب‌ماندگی آنها را در تمامی زمینه‌ها جبران کنند. حقوق مشارکتی عبارت است از حقوقی که به اقلیت‌ها امکان و تضمین مشارکت در فرایند تصمیم‌گیری سیاسی می‌دهد. کاسسه نتیجه می‌گیرد که اگر اقلیت‌ها دارای

61. Cassese, *Op.cit.*, pp. 346-348.

۶۲. همان.

63. Cassese, *op.cit.*, pp. 350-351.

*. Positive actions.

**. Participatory rights.

تمرکز سرزمینی باشند و خواهان خودمختاری سرزمینی، دولتها موظفند که به آنها خودمختاری اعطا کنند.^{۶۴} از سوی دیگر، جیمز کرافورد از حقوقدانان صاحب‌نام بین‌المللی نیز تاکید دارد که در حقوق بین‌الملل هیچ نوع شناسایی برای جدایی‌طلبی یک‌جانبه صورت نگرفته است، گروه‌های قومی و اقلیت‌ها نمی‌توانند با استناد به حقوق بین‌الملل به‌طور یک‌جانبه خواستار جدایی شوند. حق تعیین سرنوشت در داخل یک دولت به‌معنی مشارکت گروه‌ها و مردم در نظام سیاسی با احترام به تمامیت ارضی آن معنی می‌دهد، حتی اگر درخواست مستمر و قوی برای استقلال باشد، این تنها حق دولت مرکزی است که تعیین کند چگونه به این درخواست پاسخ دهد. به نظر کرافورد، در جامعه بین‌المللی از ۱۹۴۵ سابقه ندارد که پاره‌ای از سرزمین یک دولت مستقر و حاکم قصد جدایی داشته باشد و سازمان ملل بر آن صحنه گذاشته باشد.^{۶۵}

بومیان و حق تعیین سرنوشت

هرچند درباره حقوق بومیان نوشته‌های زیادی وجود دارد و درباره آن سخنان فراوان گفته‌اند، ولی مفهوم بومیان به‌مانند اقلیت‌ها یک تعریف شناخته‌شده عام ندارد. «خوزه ر. مارتینز کوبو» مخبر سازمان ملل طی گزارشی به «کمیته فرعی جلوگیری از تبعیض و حمایت از اقلیت‌ها» بومیان را چنین تعریف می‌کند:

«اجتماعات بومی به مردمان و مللی اطلاق می‌شود که دارای قدمت برابر با جوامع ماقبل استعمار در سرزمین‌شان بوده و خود را متمایز از دیگر افراد آن سرزمین در نظر می‌گیرند. در حال حاضر آنها به‌عنوان افراد غیر مسلط جامعه خود را تشکیل داده و مصمم به حفظ، توسعه و انتقال سرزمین‌های اجدادی خود به نسل‌های آینده هستند، آنها همچنین هویت قومی خود را به‌عنوان پایه تداوم وجودی‌شان و بر اساس الگوهای فرهنگی، نهادهای اجتماعی و نظامی حقوقی به آیندگان انتقال می‌دهند ... در سطح فردی، یک شخص بومی خود را وابسته به جمعیت بومی از طریق همانندسازی خود به‌عنوان یک بومی (خودآگاهی گروهی) می‌داند و توسط دیگر افراد جمعیت به‌عنوان عضوی از آن شناخته و پذیرفته می‌شود».^{۶۶}

بی‌تردید، مردمان بومی واجد صفات اقلیت‌های قومی بوده و در نتیجه، حقوق مصرحه در

64. Cassese, *op.cit.*, pp. 352-355.

65. James Crawford (1997), *State Practice and International Law in Relation to Unilateral Secession*, From: <http://www.tamilnation.org/selfdetermination/97crawford.htm>

66. Report by Jose R.Martinez Cobo, Rapporteur, Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/ 1986/7, Add. 1-4, 1986.

حقوق بین‌الملل برای اقلیت‌ها، شامل آنها نیز خواهد شد. با این همه، در دهه‌های اخیر خواسته‌های بومیان بیش از پیش افزایش یافته است. بومیان خود را جزء اقلیت‌ها تلقی نمی‌کنند، زیرا معتقدند که اجداد آنها قبل از آمدن کسانی که هم‌اکنون اکثریت جمعیت را تشکیل می‌دهند، در سرزمین مورد نظر استقرار یافته بودند، بویژه اینکه، بومیان حق سنتی بر زمین، منابع و خودگردانی و خودمختاری در اعمال فرهنگ و سنن‌شان را برای خود محفوظ می‌دانند. در سال‌های اخیر خواسته‌های مبنی بر حق تعیین سرنوشت بومیان افزایش یافته است.

درباره بومیان دو کنوانسیون معروف بین‌المللی وجود دارد که تحت نظارت و تولیت «سازمان بین‌المللی کار» تهیه و به تصویب رسید. اولین آن در سال ۱۹۵۷ تحت عنوان «کنوانسیون مربوط به حمایت و یکپارچه‌سازی جمعیت‌های بومی و دیگر افراد قبیله‌ای و یا نیمه‌قبیله‌ای در کشورهای مستقل» (کنوانسیون شماره ۱۰۷) تهیه و تدوین گردید و هدف اصلی آن تضمین حقوق برابر و توسعه اجتماعی و اقتصادی (به‌عنوان مثال آموزش فنی، حرفه‌ای، تأمین اجتماعی، بهداشت، و آموزش و پرورش) برای بومیان و یکپارچگی آنها با اکثریت جمعیت جامعه بود. در سال ۱۹۸۹ متنی تحت عنوان کنوانسیون شماره ۱۶۹ تهیه گردید که در آن دیگر به همانندسازی بومیان با اکثریت افراد جامعه تأکید نشده، بلکه تأکید اصلی آن حول محورهایی چون امکان اعطای حق تداوم فرهنگ، مشارکت در تصمیم‌گیری‌های مربوط به استخراج منابع طبیعی موجود در زمین‌های بومیان و اجازه تصمیم‌گیری درباره نهاد‌های فرهنگی و تاریخی و پیشرفت اجتماعی و اقتصادی آنها دور می‌زد. همچنین موادی از این کنوانسیون به مسئله تضمین حقوق سرزمینی بومیان اختصاص دارد.^{۶۷}

در واکنش به آگاهی روزافزون نسبت به حمایت و ارتقای حقوق بومیان، «کمیته فرعی سازمان ملل در رابطه با ممانعت از تبعیض و حمایت از اقلیت‌ها» نیز به این مسئله عنایت نمود. تحت حمایت این کمیته یک گروه کاری تشکیل شد و پیش‌نویس اعلامیه حمایت از حقوق بومیان را تهیه نمود. چندین پاراگراف از این اعلامیه (۱۹۹۴) به‌طور خاص به مسئله خودمختاری اشاره دارد:

«بومیان به‌عنوان یک شکل خاص اعمال حق تعیین سرنوشت خود، دارای حق خودمختاری یا خودگردانی در موضوعات مربوط به امور داخلی و محلی خود شامل فرهنگ، مذهب، آموزش و پرورش، اطلاعات، رسانه‌های جمعی، بهداشت، مسکن، اشتغال، رفاه اجتماعی، فعالیت‌های اقتصادی، مدیریت منابع و زمین، محیط زیست و امکانات مالی جهت تحقق حقوق خودمختاری می‌باشند (ماده ۳۱). بومیان از این حق دسته‌جمعی برخوردارند که شهروندی خود را طبق آیین

67. International Legal Materials 28, 1989, p. 1382.

و سنن خود تعیین نمایند. بومی بودن حق آنها را در تحصیل شهروندی دولتی که در آن زندگی می‌کنند خدشه‌دار نمی‌کند. بومیان حق تعیین ساختار و انتخاب اعضای نهادهایشان طبق رویه خاص خود را دارا می‌باشند. (ماده ۳۲) بومیان حق ارتقاء، توسعه و تداوم ساختارهای نهادی و عرف قضایی متمایز، سنن، رویه‌ها و اعمال خاص خود را طبق معیارهای حقوق بشر شناخته شده جهانی دارا می‌باشند (ماده ۳۳).^{۶۸}

در مجموع به نظر می‌رسد که پیش‌نویس مزبور بسیار بلندپروازی کرده، در نتیجه، برای پذیرفته شدن توسط جامعه جهانی لازم است که در مفاد آن تعدیل‌هایی صورت پذیرد؛ زیرا این پیش‌نویس اکثر خواسته‌های بومیان را مطرح کرده، بدون اینکه برای دولت‌ها قابل قبول باشد. در سپتامبر ۱۹۹۱، گروهی از کارشناسان در گرینلند گرد هم آمدند تا مدل‌های خودمختاری و خودگردانی جمعیت‌های بومی را مورد بحث و تبادل نظر قرار دهند. این گردهمایی به ابتکار سازمان ملل و در چارچوب فعالیت‌های «کمیسیون حقوق بشر» سازمان ملل برگزار شد. بدیهی است که نتایج و توصیه‌های این گردهمایی هر چند ممکن است بر افکار عمومی و فعالیت‌های سازمان ملل اثری داشته باشد، ولی هیچ وجه الزام‌آوری نداشته است. کارشناسان مزبور به این نتیجه رسیدند که بومیان حق تعیین سرنوشت داشته و یکی از مؤلفه‌های اساسی این حق، خودمختاری و یا خودگردانی است. افزون بر این، برای بومیان، خودمختاری و خودگردانی، پیش‌نیاز تحقق برابری، کرامت انسانی، عدم تبعیض و برخورداری کامل از حقوق انسانی است.^{۶۹} در عمل نیز، دولت‌های زیادی به بومیان خود درجه‌ای از خودمختاری اعطاء کردند. مثلاً در امریکا، گروه‌های بومی از حقوق خاصی برخوردارند. کانادا نیز حق خودگردانی به بسیاری از گروه‌های بومی داده است که از آن جمله می‌توان به ایجاد منطقه خودمختار «نوناوو»^{*} در شمال شرقی کانادا اشاره کرد. با این همه، پیشنهاد مربوط به دادن اثر قانونی الزام‌آور به روند اعطای خودمختاری به جمعیت‌های بومی در همه‌پرسی ۲۱ اکتبر ۱۹۹۲ با رأی منفی مردم کانادا مواجه شد.^{۷۰}

68. Working Group on Indigenous Populations, 1994, Draft Declaration on the Rights of the Indigenous Peoples (UN Sources).

69. UN Doc. E/CN.4/ 1992 / 42, 25 Nov. 1991, 12.

*. Nunavoo.

70. The Economist, 14 November 1992, p. 54.

نتیجه‌گیری

تحول مفهومی حق تعیین سرنوشت در حقوق بین‌الملل در سه بستر تاریخی قابل طرح است. در ابتدا، هدف این ایده مشروعیت دادن به تجزیه امپراتوریهای شکست‌خورده در جنگ جهانی اول بود. ولی بعد از جنگ جهانی دوم، حق تعیین سرنوشت بیشتر به معنی حاکمیت یافتن سرزمینهای تحت استعمار و انقیاد بیگانگان تغییر مفهومی پیدا کرد. از دهه ۱۹۷۰، حق تعیین سرنوشت به مفهوم حاکمیت دموکراسی و تضمین حقوق اقلیت‌ها جهت‌گیری داشته است. حقوق بین‌الملل ضمن محترم دانستن اصولی چون حق حاکمیت دولتها، اصل تمامیت سرزمینی و اصل عدم مداخله، راه‌حلی که از یک سو تمامیت ارضی کشورها را در نظر بدارد و از سوی دیگر منافع و خواست‌های اقلیت‌های قومی و فرقه‌ای را مدنظر قرار دهد، در وهله اول برقراری نظام‌های دموکراتیک و در وهله دوم، اعطای خودمختاری به اقلیت‌ها تشخیص داده است. با این وصف، گرچه نهاد خودمختاری به عنوان یکی از شیوه‌های حفظ هویت اقلیت و حل و فصل درگیری قومی بسیار راهگشا است و در مورد تعدادی از کشورها عینیت یافته است، اما حقوق بین‌الملل برقراری سیستم‌های فوق‌الذکر را به عنوان یک قاعده الزام‌آور برای کشورها نپذیرفته است و تنها آن را به عنوان یکی از راه‌های تحقق حق تعیین سرنوشت تلقی کرده است. با این وجود، مواردی چون «کوزوو» و «منطقه امن شمال عراق» نشان داد که در برخی شرایط، برقراری سیستم خودمختاری الزامی است. این الزام در جایی است که شورای امنیت تنها راه حفظ هویت اقلیت‌ها را برقراری خودمختاری تشخیص می‌دهد و یا به هنگامی که دولت مرکزی، هستی و حقوق اقلیت‌ها را به سختی در معرض تهدید قرار می‌دهد. حقوق بین‌الملل ضمن مردود دانستن معادل‌انگاری تجزیه‌طلبی با حق تعیین سرنوشت، حتی در شناسایی دولتهای تجزیه شده یوگسلاوی و شوروی سابق، از لفظ فروپاشی یا انحلال استفاده کرده است نه تجزیه‌طلبی. جامعه بین‌الملل بیم دارد که شناسایی حق جدایی باعث به هم ریختن نظم بین‌المللی و بروز آشوب و هرج و مرج گردد. در حقوق بین‌الملل هیچ نوع شناسایی برای جدایی‌طلبی یک‌جانبه صورت نگرفته است، گروه‌های قومی و اقلیت‌ها نمی‌توانند با استناد به حقوق بین‌الملل به طور یک‌جانبه خواستار جدایی شوند. حق تعیین سرنوشت در داخل یک دولت به معنی مشارکت گروه‌ها و مردم در نظام سیاسی با احترام به تمامیت ارضی آن معنی می‌دهد، حتی اگر درخواست برای استقلال مستقر و قوی باشد، این تنها حق دولت مرکزی است که چگونه به این درخواست پاسخ دهد. در جامعه بین‌المللی از ۱۹۴۵ سابقه ندارد که پاره‌ای از سرزمین یک دولت مستقر و حاکم، قصد جدایی داشته باشد و سازمان ملل بر آن صحنه گذاشته باشد.

مسئله مشروعیت توسل به زور علیه عراق توسط ایالات متحده امریکا*

پروفسور پل تاورنیه**

ترجمه دکتر هادی وحید***

یادداشت مترجم

حوادث اتفاق افتاده در منطقه خلیج فارس در سه دهه گذشته، این منطقه را بیش از هر زمان دیگری مرکز توجه مطالعه‌کنندگان حقوق بین‌الملل در شاخه‌های گوناگون خود قرار داده است. جنگ هشت ساله عراق - ایران (جنگ اول خلیج فارس، جنگ کویت در ۱۹۹۱) (جنگ دوم خلیج فارس) و جنگ عراق (جنگ سوم خلیج فارس)، یک تریلوژی از تراژدی جنگ در این منطقه به‌وجود آورده است که نام خلیج فارس را که تا پیش از این موجب تداعی نفت می‌شد، از این پس به تداعی‌کننده جنگ، یا بهتر بگوییم، «جنگ برای نفت» تبدیل کرده است. حضور و یا مداخله ایالات متحده امریکا در این جنگها که به بهانه‌های گوناگون مانند منافع ملی این کشور و یا حفظ صلح و امنیت منطقه و جامعه جهانی توجیه شده، باعث بر سرزبان افتادن نام این کشور حتی بیش از خود کشورهای منطقه که درگیر این حوادث بوده‌اند، شده است. این امر، در مورد جنگ عراق که با مداخله مستقیم و اشغال خودسرانه عراق توسط امریکا صورت گرفت، نقطه اوج حضور امریکا را در منطقه رقم زد. این موضوع بیش از پیش توجه محققان حقوق بین‌الملل را در مورد مشروعیت این جنگ و همچنین مسائل حقوق بشردوستانه

*. مشخصات مأخذ مقاله حاضر عبارت است از:

Paul Tavernier, "La question de la légalité du recours à la force par les Etats - Unis contre L'Irak", les Implications de la Guerre en Irak, colloque International, Editions A. Pedone, Paris, 2005, pp. 89 - 98.

** استاد دانشگاه پاریس ۱۱.

*** عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

ناشی از آن به خود جلب کرده و موجب پیدایش ادبیات حقوقی فراوانی در این زمینه شده است. از میان متخصصان حقوق بین‌الملل، استاد برجسته فرانسوی، پروفیسور تاورنیه کسی است که همیشه این حوادث را با دقت تعقیب کرده و در هر مورد آثار ارزشمند تحلیلی‌ای از خود به‌جا گذاشته است. در مورد جنگ عراق که شاید بیش از هر وقت دیگر حساسیت و عکس‌العمل نویسندگان و محققان را برانگیخته است، تأمل آقای تاورنیه از جهاتی قابل توجه است، از جمله و بخصوص، طرح این پرسش که آیا با مسئله عراق، حقوق بین‌الملل تغییر کرده است یا نه، و همچنین طرح مسئله بسیار فنی تعارض قواعد آمره حقوق بین‌الملل در زمینه حق توسل به زور، نکاتی هستند که توجه هر خواننده‌ای را به خود جلب می‌کند. در غالب آثار آقای تاورنیه، انتظار توجه ایشان به نکات بدیعی می‌رود، در اینجا نیز توجه وی به دو نکته، دارای اهمیت است:

یکی مسئله تفکیک میان «بهبانه» و «علت» در اقدام به جنگ با نقل قول تأمل‌برانگیزی که از وائل به‌عمل می‌آورد و دیگری توجه به اخلاق کانتی در زمینه روابط بین‌الملل، هرچند نویسنده مقاله از نکته دوم به‌سرعت می‌گذرد.

آقای پل تاورنیه استاد دانشگاه پاریس ۱۱ است و مرکز مطالعات و تحقیقات حقوق بشر و حقوق بشردوستانه (CREDHO)^۱ در این دانشگاه را که در سال ۱۹۹۰ به ابتکار خود تأسیس نمود، سرپرستی می‌کند. همایش‌های منظم سالیانه‌ای که این مرکز در نقد و بررسی رویه قضائی دادگاه اروپایی حقوق بشر برگزار می‌کند، همواره توجه محققان بسیاری را به خود جلب می‌کند.

لازم به تذکر است که برخی از نکاتی که به نظر می‌رسید برای توضیح مطالب و فهم بهتر آن مفید باشد در پاورقی افزوده شده و همان‌جا اشاره شده که آنها توسط مترجم اضافه شده‌اند. عبارات مذکور در میان علامت [...] قرار داده شده‌اند.

از نویسنده محترم جناب آقای پروفیسور تاورنیه که اجازه ترجمه آن را به این جانب دادند مراتب سپاسگزاری خود را اظهار دارم.

1. Center de recherches et d'études sur les droits de l'Homme et le droit humanitaire.

نشانی پایگاه اینترنتی این مرکز (www.credho.org) و نشانی پست الکترونیک مرکز (credho@credho.org) می‌باشد.

«کسی که باد می‌کارد طوفان درو می‌کند».^۲
 «گره به باد مزین گرچه بر مراد رود» (حافظ)^۳
 «بوز ای باد زمستانی، بوز
 که نامهربانتر از
 ناسپاسی انسان نیستی»^۴
 (شکسپیر، آنچنانکه دوست داری، پرده ۲، صحنه ۷، آواز آمینز)

مقدمه

«کسی که باد می‌کارد طوفان درو می‌کند». این ضرب‌المثل عامیانه که رنگ و بویی از عبارات کتاب مقدس^۵ دارد می‌توانست شعار عملیات «طوفان صحرا» در سالهای ۹۱-۱۹۹۰ باشد؛ حتی می‌توان گفت این مفهوم با وضعیت عراق در سال ۲۰۰۳ تناسب بیشتری دارد که در پی توسل به زور ایالات متحده امریکا و با پشتیبانی متحدان آن کشور (بریتانیا، ایتالیا، اسپانیا و برخی دیگر از کشورها)، شورش سنیان و شیعیان در این کشور شکل گرفت که در سال ۲۰۰۴ بیشتر هم شد. به نظر می‌رسد با وجود تمام آنچه شیعیان در دوره حکومت صدام حسین تحمل

2. «Qui sème le vent, récolte la tempête».

3. «Ne te lie pas au vent, même s'il souffle à ton gré» (Hafez, Ghazal 88, trad. H. de Fouchecour)
 این ترجمه از حافظ که ما در اینجا آوردیم، مطابق با ترجمه‌ای است که توسط آقای فوشکور (H. de Fouchecour) صورت گرفته و به لطف جناب آقای رضا فیض در اختیار ما قرار گرفته است. این ترجمه با آنچه که در «فرهنگ کلمات قصار دنیا» نوشته کارل پتی

Le dictionnaire des citations du Monde entier de Karl pet, Ed. Marabout, 1984, p. 4171

آمده متفاوت است. این عبارت در آنجا چنین است:

«N'essaie pas de retenir le vent, même s'il souffle au gré de ton désir».

با یان ریشار (Yann Richard) که مشورت کردیم ترجمه زیر را پیشنهاد کرد:

«Ne cherches pas à faire un noeud sur le vent, même s'il va vers ton désir»

و هم ایشان اظهار می‌دارد که این عبارت در hemistich اول از distique هفتم (یا ششم، در نسخه خانلری) به این صورت آمده است: «گره به باد مزین گرچه بر مراد رود». این اختلاف در تعابیر نشان می‌دهد که تا چه اندازه هنر ترجمه در حوزه شعر دشوار است... و هم اینکه باد همچنان دست نیافتنی می‌ماند:

(... et que le vent reste insaisissable).

4. «Blow, blow, thou winter wind, thou are not so unkind as man's ingratitude» (Shakespeare, As You like it, Acte II, scene VII chanson d'Amiens).

5. aux accents bibliques.

کرده بودند، سنی و شیعه دوباره در این کشور با هم متحد شده‌اند.^{*} این شورشها به نام حق مقاومت در برابر مهاجم و اشغالگر صورت می‌گیرد. در جبهه مقابل، امریکا و متحدانش، مبنای عمل خویش را مقابله با «شر» و «شرور» بیان می‌کنند، اما آیا این برای توجیه جنگ در عراق کافی است؟

مطمئناً وضعیت به وجود آمده در عراق توجیه‌های زیادی می‌تواند داشته باد، اما در حقیقت صحبت از حق توسل به جنگ^{**} در این مورد چندان آسان و قابل قبول نیست. آنچه در اینجا مهم است توجه به وضعیت حقوق بشردوستانه^{***} است. اصرار در توجیه و همخوان شمردن اعمال وحشیانه، هولناک و جنایت‌بار برخی از نظامیان امریکایی و انگلیسی که اخبار و تصاویر تأثیربرانگیز و رقت‌بار آن به برکت حضور شبکه اینترنت به سرعت در دسترس عموم قرار می‌گیرد با حق توسل به زور مسخره، بی‌تناسب و بیجاست. مسئله‌ای که هم‌اینک به صورت عالمانه‌ای مطرح شد،^۶ مبنی بر اینکه آیا قانون اساسی ایتالیا توسل به زور را تجویز می‌کند یا نه، جالب است اما با توجه به اتفاقاتی که در حال روی دادن است، به نظر نمی‌رسد طرح چنین سوالی مناسب باشد، مگر اینکه بخواهیم بر این نکته تأکید دوباره کنیم که «جنگ تمیز»^۷ اصلاً وجود ندارد. متأسفانه، فرانسه این تجربه را در مورد الجزایر با اعمال شکنجه^۸ داشته است. در عمل در همه درگیریها یک چهره پنهان و تاریک وجود دارد که بازخوانی آنها و نگاه دوباره به آنها کمتر قابل تحمل است و تنها جنبه‌های غیرقابل تردید آن نیازمند نوشتن چندین (کتاب سیاه) است.

بنابراین مشکل می‌توان از «حق جنگ کردن» و «استفاده از زور» سخن گفت. در اینکه آیا اجازه ضمنی یا صریحی در این راستا از سوی شورای امنیت سازمان ملل متحد وجود دارد یا نه تردید جدی وجود دارد و این تردید بی‌دلیل نیست. مسائلی که اینک اهمیت دارند بیشتر به این مربوط می‌شوند که آیا می‌توان به اعمال شکنجه‌های سازماندهی شده پایان داد و آیا مجرمان مجازات خواهند شد؟ البته، صدام حسین نیز شکنجه می‌کرد اما از این امکان برخوردار بود که از قربانیان خود عکس باقی نگذارد و با توسل به همین روش توانست مخالفان خود را حتی آنها که از اعضای خانواده خود او بودند، از میان بردارد. بنابراین، کسی از اینکه رژیم صدام حسین سرنگون شده است اندوهگین نیست، اما در عین حال، انتشار عکسهای شرم‌آوری که از

*. در زمان نگارش مقاله، وضعیت عراق از جهت درگیری سنی با شیعه به این حد وخیم نبود که اینک هست. حرکت جمعی آنان در آن زمان بیشتر نماد گونه‌ای اتحاد علیه اشغالگران بود (مترجم).

***. Jus ad bellum.*

****. Jus in bello.*

۶. اشاره به یکی از سخنرانیهایی است که در همایش فوق‌الذکر پیش از سخنرانی آقای تاورنیه ارائه شده است. (مترجم)

7. *Guerre Propre.*

۸. در اینجا نویسنده از تعبیر *Corvees des bois* استفاده کرده که در فرهنگ تاریخ جنگ الجزایر اشاره به مجموع رفتار غیرانسانی و وحشیانه‌ای دارد که فرانسویان و ایادی آنها با مردم الجزایر داشته‌اند. (مترجم)

وضعیت دستگیری او گرفته شده است نیز اقدام قابل قبولی نمی‌باشد. می‌توان امیدوار بود که با او رفتار شایسته‌ای بشود، اما دشوار می‌توان بر این امر یقین داشت.

با توجه به این ملاحظات است که ما در نظر داریم در مورد حق توسل به زور یا جنگ موضوعی که برگزارکننده این همایش از ما خواسته است صحبت کنیم. این یک حقیقت است که ما در برابر چیزی قرار داریم که جنگ سوم خلیج [فارس] نام گرفته است. اما لازم است اول از همه یک اصطلاح را اصلاح کنیم. بیشتر مردم از این جنگ به نام جنگ ایران – عراق یاد می‌کنند، در حالی که به عقیده ما باید گفت جنگ عراق – ایران. بدین گونه، ترتیب الفبایی فرانسوی که با واقعیت امر هم برابر است رعایت شده است.^۹ در واقع، حتی اگر بخواهیم از به کار بردن واژه «تجاوز»، کلمه‌ای که وحشت‌آور است، پرهیز کنیم، باید بگوییم که نخست این عراق بود که در سال ۱۹۸۰ به استفاده از زور متوسل شد، کاری که در سال ۱۹۹۰ نیز علیه کویت انجام داد. در عوض، در جنگ سوم خلیج [فارس]، وضع دگرگون شد، چرا که این بار این ایالات متحده امریکا بود که به اعمال زور علیه عراق متوسل می‌شد.^{۱۰}

با توجه به این نکته، اینک به مسئله‌ای که نکته اساسی در تمام این مباحث است می‌پردازیم، یعنی موضوع دفاع مشروع، بویژه دفاع مشروع پیشگیرانه^{۱۱} و دفاع مشروع پیشدستانه^{۱۲} و به عبارت دقیقتر، توجه به عامل زمان در دفاع مشروع.

نکته قابل توجه دیگر آنکه از زمانی که امریکا به اعمال زور در عراق متوسل شده است، حقوقدانان بسیاری به اندیشه در این موضوع پرداخته‌اند. در این زمینه، نوشته‌های فراوانی هم به انگلیسی و هم به فرانسه در دسترس است، بویژه در مجله امریکایی حقوق بین‌الملل،^{۱۳} در «Forum du droit international»^{۱۴} و در بسیاری مجلات دیگر. همچنین باید از مقاله بسیار

۹. در تعبیر فرانسوی و بر حسب ترتیب الفبایی Irak-Iran قبل از Iran-Irak قرار می‌گیرد. (مترجم)

۱۰. در دو جنگ نخست خلیج [فارس]، شورای امنیت سازمان ملل تعبیر تجاوز (aggression) را به کار نبرد. در قطعنامه ۵۹۸ مورخ ۲۰ ژوئیه ۱۹۸۷، تنها به تأیید «نقض صلح» (rupture de paix) میان ایران و عراق، به معنای به کار رفته در ماده ۳۹ منشور بسنده کرد. شورا، در قطعنامه ۶۶۰ مورخ دوم آگوست ۱۹۹۰ در پی اشغال کویت نیز همین توصیف را به کار برد. اما در مورد جنگ سوم خلیج [فارس]، بدیهی است که حضور یکی از اعضای دائم شورای امنیت در میان متنازعین، امکان به کار بردن تعبیر متجاوز را سلب می‌کرد.

11. légitime défense préventive.

12. légitime défense préemptive.

منظور از پیشدستی در اینجا این است که مرتکب، با ادعای نوعی حق تقدم، با اولویت نسبت به سایر کسانی که بالقوه می‌توانند وارد عمل شوند، پیشدستی کرده و به نفع خود اقدام کند. (مترجم)

13. «Agora: Future Implications of the Iraq Conflict» et «Agora (continued): Future Implications of the Iraq Conflict», *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pp. 553-642 et 803-872.

14. International Law FORUM du droit international, vol. 5, n° 4, novembre 2003, pp. 232-287.

این شماره، شامل مجموعه‌ای از مقالات در موضوع حقوق بین‌الملل در پیامد جنگ عراق و عواقب جنگ عراق در حقوق بین‌الملل است.

عالی «اولیویه کورتن»^{۱۵} در «مجله بلژیکی حقوق بین‌الملل» یاد کرد که موارد بسیاری را بخصوص در مورد آنچه که زیر عنوان اجازه ضمنی برخاسته از قطعنامه‌های شورای امنیت ادعا شده است مورد بررسی قرار داده و در آن زمینه، کاری بهتر از آنچه که وی کرده نمی‌توان ارائه کرد، و بنابراین نیازی نیست که تمام این مباحث را در اینجا از سرگیریم.

در عوض، پرسشی می‌توان مطرح کرد که برخی از نویسندگان نیز طرح می‌کنند و آن این است که پس از مداخله آمریکا در عراق، آیا قواعد حقوق بین‌الملل در مورد توسل به زور عوض شده است یا نه؟ آیا حقوق بین‌الملل تغییر یافته و یا باید تغییر کند؟ همچنین جا دارد در مورد مسئله دیگری هم اندیشید که عبارت است از محدودیت (یا محدودیت‌های حقوق بین‌الملل) بویژه از نقطه نظر قاعده منع توسل به زور که در بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد اعلام شده است.^{۱۶} جالب اینکه یکی از کتابهای کلاسیک در این زمینه نوشته آقای ژان دلیوانیس^{۱۷} است که در سال ۱۹۷۱ با عنوان «دفاع مشروع در حقوق بین‌الملل عمومی مدرن» (حقوق بین‌الملل در برابر محدودیت‌هایش)^{۱۸} چاپ شده است. طرح مسئله در این کتاب به‌طور موجهی ارائه شده و هنوز هم از مسائل مورد بحث روز می‌باشد. اکنون این چند نکته را مطرح کرده و چند پرسش را به بحث می‌گذاریم.

توجیه‌ها و بهانه‌ها

در مورد توجیه‌ها و علل ادعا شده برای دخالت نظامی آمریکا در عراق باید گفت، علاوه بر اجازه ضمنی [مستفاد از قطعنامه شورای امنیت]، ادعای وجود سلاح‌های کشتار جمعی، یعنی سلاح‌های هسته‌ای و شیمیایی از انگیزه‌های آمریکا برای دخالت نظامی در عراق بوده که البته وجود آنها هرگز به اثبات نرسید. در ادعاهای آمریکا همچنین به مبارزه با تروریسم و یا حفاظت از جمعیت‌های شیعه، سنی و کُرد جهت توجیه دخالت نظامی آن کشور در عراق استناد شده است، اما بعداً روشن شد که همه این توجیه‌ها، جز ادعا و بهانه‌هایی دروغین نبوده است. به‌منظور یافتن توضیحی برای رفتار آمریکا، باید واتل^{۱۹} را باز خواند. وی میان دلایل جنگ و بهانه‌های جنگ

15. Olivier Corten, «Opération Iraqi Freedom»: peut-on admettre l'argument de l'autorisation implicite du conseil de sécurité? *Revue belge de droit international*, 2003/1, pp. 205-247.

۱۶. بند ۴ ماده ۲ منشور به شرح زیر است:

«اعضای سازمان در روابط بین‌المللی خود از توسل به تهدید و یا استعمال زور، خواه بر ضد تمامیت ارضی و یا استقلال سیاسی هر مملکت و خواه به هر نحو دیگری که با مرام‌های ملل متحد متباین باشد خودداری می‌نمایند». (مترجم)

17. J. Delivanis, *La légitime défense en droit international public moderne* (Le droit international face à ses limites), Paris: L.G.D.J., 1971, pp. XV-201 p., avec une préface de René de Lacharrière.

18. Le droit international face à ses limites.

19. Vattel,

تفکیک قایل می‌شود و به گفته تاریخ‌نگار یونان باستان، پولیب^{۲۰} استناد می‌کند که این دو مفهوم را در برابر هم قرار می‌داد: «... پولیب در بیانی هوشمندانه علل جنگ را انگیزه‌هایی می‌داند که موجب اقدام به جنگ بشود و منظور از بهانه را علل توجیهی‌ای که موجب می‌شود مرتکب به خود اجازه اقدام به جنگ بدهد».^{۲۱} این دیپلمات [سویسی] اهل نوشاتل^{۲۲} اظهار می‌داشت که «علل واقعی جنگ، همان عوامل توجیه‌کننده جنگ نیز هستند...» اما در عین حال معتقد بود: «بهانه، چیزی است که به عنوان علت بیان می‌شود اما تنها ظاهری از علت را دارد و حتی می‌تواند چیزی بی‌مبنا باشد».^{۲۳}

او در ادامه، دو نوع «بهانه» را از انواع دیگر آن جدا می‌کند، بهانه‌هایی که هیچ پایه‌ای ندارند و آنهایی که به برخی از واقعیتهای متکی هستند؛ هرچند مقاصد اصلی که غیر از این واقعیتهای هستند، بدون آنکه قابل اعتراف باشند، پنهان نگه داشته می‌شوند. «در عین حال می‌توان دلایلی را بهانه نامید که هر چند به خودی خود واقعیت دارند و برخاسته از مبنایی هستند اما اهمیت چندان ندارند که بتوانند توجیه‌کننده اقدام به جنگ باشند و تنها بدین منظور بیان شده‌اند که پوششی بر اهداف جاه‌طلبانه و یا انگیزه‌های ناموجه دیگر باشند».^{۲۴} این تحلیلها که به میانه قرن هجدهم برمی‌گردد، امروز هم کاملاً معتبر هستند، هرچند که تاکنون حقوق بین‌الملل عمیقاً دگرگون شده است.

در حال حاضر این مسئله بسیار دلسردکننده و حتی نومیدکننده است که پس از گذشت دو قرن و نیم [واتل در قرن هجدهم می‌زیسته]، خود را در فضای حقوقی‌ای بیابیم که به نظر

واتل، (Emmerich de Vattel: 1714- 67) فیلسوف، حقوقدان و دیپلمات شهیر سوئیسی اهل نوشاتل (Neuchatel) است که شهرتش به خاطر کتاب معروف او با عنوان «حقوق ملل» یا اصول حقوق طبیعی اعمال شده در رفتار و روابط ملل و دول (*Le droit des Gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*) است. این کتاب که براساس نوشته‌های (Christian von Wolff) به تحریر درآمده است، بخصوص از دو جهت قابل توجه است: یکی پرداختن به تئوری لیبرالیستی انقلاب، دیگر اینکه بخوبی توانسته است نگاه رو به گسترش آن زمان را به حقوق بین‌الملل با تکیه بر حقوق طبیعی، مورد بحث و تجزیه و تحلیل قرار دهد. نسخه انگلیسی این اثر را با عنوان:

Principles Of The Law Of Nature Applied To The Conduct And Affairs Of Nations And Sovereigns

می‌توان بر روی شبکه اینترنت به نشانیهای زیر یافت:

<http://www.Lonng.Com/exlibris/vattel/index.html>

<http://www.Constitution.Org/vattel/vattel.htm>

20. Polybe.

21. Emmerich de Vattel, *Le droit des Gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Londres, 1758, tome II, livrer III, chapitre III, § 31 Guerre dont le sujet est légitime et les motifs vicieux, pp. 470-472.

22. Neuchatel.

23. Emmerich de Vattel, *op. cit.*, 32 Des pretextes, pp. 472-473.

24. *Ibid.*

❖ ۲۵۷ مسئله مشروعیت توسل به...

می‌رسد چارچوب آن تغییر نیافته، چارچوبی که متعلق به پیش از سال ۱۹۴۵ و منشور ملل متحد است. بی‌فایده نخواهد بود اگر قدری از ادبیات حقوقی فاصله بگیریم تا بتوانیم فرهنگ فلسفی ولتر را بازخوانی کنیم، آنجا که در مقاله‌اش درباره «جنگ» به طرز تمسخرآمیز^{۲۵} و نیشداری^{۲۶} وضعیتی را تصویر می‌کند که کاملاً با قضیه امریکا در عراق مطابقت دارد، البته، «بهانه» در مقاله ولتر، وجود سلاحهای کشتار جمعی نیست، بلکه ادعایی است که براساس مطالعات علمی نسب‌شناسان نسبت به سرزمینی در دوردست شکل گرفته؛ اما درعوض، توصیف حوادثی که از آن ناشی می‌شود کاملاً با وضعیت امروز انطباق دارد: «پادشاه و وزیر حق او را بدیهی می‌دانند. این سرزمین که به فاصله صدها گره از او قرار دارد، آشکارا معترض است که او را نمی‌شناسد، که اصلاً نمی‌خواهد تحت حکمرانی او درآید و معتقد است که برای حکم و قانون صادرکردن برای مردم، دست‌کم باید رضایت آنها را کسب کرد. این حرفها اصلاً به گوش حاکم، که حق خود را [در تسلط بر آن سرزمین] مسلم می‌داند فرو نمی‌رود. او مردان عجول و گستاخی را در اختیار دارد که چیزی برای از دست دادن ندارند. بر تن آنان ردای بزرگ آبی رنگ یک ذرعی می‌پوشاند، کلاه آنان را با نوار سفید رنگی تزیین می‌کند، آنها را به چپ و راست می‌چرخاند و به سوی شکوه و افتخار به حرکت درمی‌آورد».

«سایر شاهزادگان که از تجهیز چنین اردویی باخبر می‌شوند، هرکدام به فراخور قدرتی که دارند در آن مشارکت می‌کنند و بخشی از آن سرزمین را زیر پوشش مردان جنگی و مزدوران خونخوار خود درمی‌آورند به‌نحوی که چنگیزخان^{۲۷} و تیمورلنگ^{۲۸} و باژازه^{۲۹} قادر بر آن نبودند...». «شگفتی این عملیات جهنمی در آن بود که سرکرده هر گروه از مزدوران جنگی، قبل از کشتن هم‌نوع خود، آیین احترام و تقدیس پرچم و به‌زبان آوردن نام خدا را به‌جامی‌آورد».^{۳۰}

این‌گونه تکرار تاریخ اصلاً مهیج نیست. با طبیعت خوشبینی که داریم، به دیدگاه کانت در مورد روابط بین‌الملل که پیش از این مطرح شد، می‌پیوندیم، هر چند که در این زمینه‌ها غالباً به دیدگاه‌های رجوع می‌شود که براساس آن «انسان گرگ انسان است». البته به‌نظر می‌رسد این تعبیری ابدی^{۳۱} [و فراتر از زمان] است، چرا که عبارت (*Homo Homini Lupus*) به

25. Ironique.

26. Sarcastique.

27. Cengiskhan.

28. Tamerlan.

29. Bajazet.

30. Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, édition publiée par M. Touquet, Paris, Baudouin Frères, s.d.; t. 3 p.191.

31. éternel.

افلاطون باز می‌گردد)^{۳۲} و گفته‌ای است که متأسفانه امروز هم برسر زبانهاست. ژان دنی موتون^{۳۳} خیلی خوب دیدگاه امریکا را که در این چارچوب قرار می‌گیرد بیان کرده است. موضع ما در این مورد، حفظ دیدگاه کانتی است، هر چند که پیرو محض همه دیدگاههای کانت نیستیم.

دفاع مشروع و عامل زمان: دفاع مشروع پیشگیرانه

دفاع مشروع، تعبیری که در ماده ۵۱ و به‌عنوان آخرین مقرر در فصل هفتم آمده، تنها استثنایی است که در منشور ملل متحد بر اصل ممنوعیت توسل به زور، مذکور در بند ۴ ماده ۲ آمده است.^{۳۴} این قاعده تفسیرهای لفظی^{۳۵} فراوانی را برانگیخته است که به‌نوبه خود مسائل زیادی را مطرح می‌سازد. از جمله، بحث درباره فاصله زمانی که می‌تواند میان «حمله مسلحانه» و پاسخ به این حمله وجود داشته باشد. ملاحظه می‌شود که در اینجا، بدرستی به مسئله زمان پرداخته نشده است.

حرمت نفس^{۳۶} اقتضا می‌کند که دفاع مشروع فوری و متناسب با حمله باشد. این قاعده برگرفته از حقوق جزاست،^{۳۷} اما در حقوق بین‌الملل از روشنی کمتری برخوردار است و منشور ملل متحد آن را مشخص نمی‌کند. البته، ماده ۵۱ پیش‌بینی می‌کند که اعمال حق دفاع مشروع، راه‌حلی جایگزین و موقت است به‌گونه‌ای که نمی‌توان به آن استناد کرد مگر آنکه «شورای امنیت تدابیر لازم را برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی اتخاذ کرده باشد».^{۳۸}

به‌نظر می‌رسد این ماده مقرر می‌دارد، پاسخ از طرف کشوری که مورد حمله واقع شده باید فوری یا در فاصله زمانی نسبتاً کوتاهی صورت گیرد، حال آنکه این موضوع قابل سنجش

32. Asinaria, II, 4, 88.

33. Jean-Denis Mouton.

34. برای دقت بیشتر می‌بایست مقررات مواد ۱۰۶ و ۱۰۷ نیز که در فصل ۱۷ منشور تحت عنوان «مقررات موقت راجع به امنیت» آمده است، یادآوری شود که بخصوص ناظر به «دولتهای دشمن» در جریان جنگ دوم جهانی است. این مقررات، در ماده ۵۳ نیز آمده که راجع به استفاده شورای امنیت از موافقتنامه‌ها و نهادهای منطقه‌ای است. کاملاً منطقی است که بگوییم فلسفه وجودی این مقررات منتفی شده است و دیگر متروک شده‌اند، هر چند این مسئله هرگز به‌طور روشن حل نشده است. برای دیدن نظری متفاوت با آنچه گذشت، نگاه کنید به تفسیر قبالی:

V.Y. Ghebali, pp. 1409-1424, in J.P. Cot et A. Pellet (sous la direction de), La Charte des ème Nations Unies. Commentaire article par article, Paris.; Economica, 1991, 2 edition, XIV-1571 p.

35. Exégèse.

36. Commun des mortels.

37. به‌عنوان نمونه نگاه کنید به بند ۵ از ماده ۱۲۲ قانون جزای فرانسه. (مترجم)

38. ماده ۵۱- در صورتی که یک عضو ملل متحد مورد تجاوز مسلحانه واقع شود هیچ‌یک از مقررات این منشور به حق طبیعی دفاع مشروع انفرادی یا اجتماعی، تا موقعی که شورای امنیت اقدام لازم را برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی به‌عمل آورد، لطمه وارد نخواهد کرد و اقداماتی را که اعضاء برای اجرای حق دفاع مشروع به‌عمل می‌آورند باید فوراً به شورای امنیت اطلاع دهند ولی این اقدامات به هیچ‌وجه تأثیری بر اختیارات و وظایفی که شورا طبق این منشور دارد و به‌موجب آن می‌تواند در هر موقع روشی را که لازم می‌داند برای حفظ و یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی اتخاذ کند، نخواهد داشت.

نیست و غالباً در عمل، دولتهای مورد تهاجم تحت عنوان دفاع مشروع و پس از فاصله زمانی نسبتاً طولانی اقدام به پاسخ کرده‌اند. به عنوان مثال حمله نیروی هوایی فرانسه به بلبلک که در آن یک اردوگاه آموزشی رزمندگان شیعی^{۳۹} هدف قرار گرفته بود، در ۱۷ نوامبر سال ۱۹۸۳ و در پاسخ به عملیات تروریستی‌ای صورت گرفت که حدود یک ماه پیش از آن یعنی در ۲۳ اکتبر در بیروت اتفاق افتاده بود. آیا می‌توان این موارد را دفاع مشروع به‌شمار آورد؟ به نظر می‌رسد که جواب منفی است.^{۴۰}

در قضیه عراق که مورد بحث ماست، مسئله زمان برعکس است. مسئله این نیست که پاسخ به عمل تجاوزکارانه یا حمله مسلحانه‌ای که قبلاً صورت گرفته است را توجیه کنیم، بلکه مسئله مهم عکس‌العمل پیش از عمل است. آیا می‌توان قبل از تحقق تجاوز و نه بعد از آن، دفاع مشروع را عنوان کرد؟ اینجاست که مفهوم «دفاع مشروع پیشگیرانه» به میان می‌آید. مفهومی که کاملاً جای بحث دارد و قابل رد است. ابهام دیگری هم در این بحث وجود دارد و آن ورود مفهوم جدید «دفاع مشروع پیشدستانه»،^{۴۱} است، اصطلاحی که از نظامیان امریکایی وام گرفته شده و در زبان فرانسه اصلاً بی‌معنی است همین‌طور برای حقوقدان فرانسوی.

البته دفاع مشروع پیشگیرانه نظریه جدیدی نیست^{۴۲} و به مناسبت‌های مختلف مطرح شده است، بخصوص در حمله به مرکز اتمی بغداد در سال ۱۹۸۱^{۴۳} که نتیجه این حمله شاید از بین بردن تمام توان هسته‌ای عراق بود که داشت به فعلیت می‌رسید. این اتفاق بعدها کار بازرسان سازمان ملل متحد را آسان کرد، بدین معنی که علی‌رغم ادعای دولتهای امریکا و بریتانیا طی بیست سال، نتوانستند نشانی از سلاح اتمی در عراق بیابند. در سال ۱۹۸۱، اسرائیل به‌طور رسمی دفاع مشروع پیشگیرانه را عنوان کرد، به این معنا که هیچ دولتی نمی‌تواند منتظر فعلیت یافتن تهدید جدی حمله اتمی بماند، چراکه این خطر وجود دارد که پس از تحقق چنین حمله‌ای، قربانی حمله پیش از آنکه بتواند فرصت پاسخ بیابد از میان رفته باشد. از نظر نماینده این کشور در شورای امنیت، مفهوم دفاع مشروع در طول تاریخ تغییر نکرده، اما «همانطور که در بشر به تدریج توانایی پاشیدن تخم تخریب و دشمنی افزایش یافته، دامنه دفاع مشروع نیز به‌طور قابل

39. Milice chiite.

۴۰. در این زمینه رک.

J. Charpentier, «Pratique française du droit international», A.F.D.I., 1984, pp. 1016-1017.

41. Preemptive.

۴۲. در این مورد رک.

J. Delivanis, *op.cit.*, pp.141-145.

۴۳. رک.

P. Tavernier, "Le raid israelien sur Tamouz et les raids sud-africains en Angola (1981)", Arès. Défense et sécurité, 1982, pp. 383-412.

ملاحظه‌ای گسترش یافته است». در نتیجه، با پدیدار شدن عصر اتم، این مفهوم موارد اعمال جدید و گسترده‌ای یافته است.^{۴۴}

حقیقت این است که این استدلال در بردارنده منطق خاصی است، ولی وضعیت به وجود آمده با حمله امریکا به عراق در سال ۲۰۰۳ نشان می‌دهد که نظریه دفاع مشروع در معرض تغییرات اساسی قرار گرفته است، زیرا براساس این استدلال، یک دولت خواهد توانست عمل خود را بر یک تهدید بالقوه یا فرضی بنا کند، بدون آنکه لازم باشد در نبود یک حمله واقعی و قابل تشخیص دلیل قانع‌کننده‌ای بر بروز و ظهور آن ارائه دهد. در سال ۲۰۰۳، درباره تهدیدآمیز بودن توانایی اتمی و شیمیایی عراق تردید جدی وجود داشت، ولی چند ماهی که از حمله امریکا به عراق گذشت، بخوبی آشکار شد که ادعاهای مربوط به وجود تجهیزات و سلاحهای اتمی و همچنین سلاحها و تأسیسات شیمیایی کاملاً واهی بوده و چنانکه واتل می‌گفت چیزی جز بهانه نبوده است.

آیا حقوق بین‌الملل پس از حمله امریکا به عراق تغییر یافته است؟

این سؤال مطرح است که آیا حقوق بین‌الملل در زمینه توسل به زور پس از قضیه عراق تغییر کرده و در نتیجه، قواعد مربوط به دفاع مشروع دگرگون شده است؟ و بنابراین وضعیت روز را باید با توجه به این واقعیت و قواعد جدید دریافت؟ این مسئله پراهمیت توسط برخی از نویسندگان از جمله تری دی گیل^{۴۵} مطرح شده است. این استاد حقوق نظامی در دانشگاه آمستردام، پس از معرفی دیدگاه حقوقی پیش از جنگ عراق، به روشنی توضیح می‌دهد که حقوق بین‌الملل پس از قضیه عراق تغییری نیافته و نمی‌توان ادعا کرد که استثناءهای جدیدی در مورد اصل ممنوعیت توسل به زور پدیدار گشته است. در واقع، استدلالها یا دلایل نادرستی که توسط ایالات متحده امریکا مطرح شده مورد پذیرش جامعه بین‌المللی نیست و حتی اعتراضهای رسمی‌ای نیز در این مورد صورت گرفته است. از نظر ما این تحلیل کاملاً درست است و ما با علاقه تمام به این دیدگاه می‌پیوندیم که:

حقوق بین‌الملل و منشور ملل متحد همچنان معتبرند و با آنچه در سال ۲۰۰۳ در عمل اتفاق افتاده، تغییر نکرده‌اند. بند ۴ ماده ۲ منشور که ممنوعیت توسل به زور را اعلام می‌دارد و همچنین موارد استثنای دفاع مشروع که ماده ۵۱ بدان اختصاص یافته دچار هیچ تحولی نشده و

۴۴. S/PV2288 (19 juin 1981). نماینده اسرائیل نویسندگان متعددی را به‌عنوان پشتوانه خود نام می‌برد، از جمله و بخصوص:

S. Schwebel, MacDougal, M. Kaplan et Katzenbach, D. Bowett, Sir Humphery Waldock.

۴۵. Thery D. GilI, «The War in Iraq and the Contreversy *jus ad bellum*», International Law FORUM du droit international, vol. 5, n^o 4, novembre 2003.

همچنان به اعتبار خود باقی است. حتی اگر به اجازه اعطا شده از سوی شورای امنیت در زمینه توسل به زور فکر کنیم که البته چنین تجویزی در منشور پیش‌بینی نشده اما امکان آن از رویه عملی نتیجه گرفته می‌شود، این رویه، نمی‌تواند استثنایی بر قاعده بند ۴ ماده ۲ یا ماده ۵۱ تلقی گردد.

دلیل این امر آن است که هر چند نهاد «تجویز» در حاشیه منشور وجود دارد اما در چارچوب حفظ امنیت جمعی قرار می‌گیرد در حالی که حق طبیعی دفاع مشروع که در ماده ۵۱ پیش‌بینی شده به شکلی یک جانبه اعمال می‌شود و بازتاب ناکامی اصل امنیت جمعی است. در هر حال، به جرأت می‌توان گفت که در سال ۲۰۰۳ شورای امنیت هرگز اجازه صریحی به ایالات متحده نداده است. همچنین از قطعنامه‌های صادره نیز نمی‌توان اجازه ضمنی‌ای را کشف کرد، همچنان که اولیویه کورتن در مطالعه‌ای که انجام داده و پیش‌تر از آن یاد شد بر این نکته تأکید دارد.

بنابراین روشن است که پس از قضیه عراق حقوق بین‌الملل در زمینه ممنوعیت توسل به زور تغییر نکرده است. اما باید در تحلیل مطلب پیش‌تر رفت و پرسید آیا نباید حقوق بین‌الملل را در این زمینه تغییر داد؟ نباید بازتاب واقعیات تازه را در آن دید؟ بی‌تردید، این فرصت سیاسی و حقوقی را باید دریافت. اگر تاکنون شیوه‌ای که امریکاییان به‌وسیله آن بحران عراق را اداره کرده‌اند براساس تعبیر ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری: «عملکرد عام پذیرفته شده به‌عنوان حقوق»، تلقی نشود و اگر نپذیریم که یک قاعده عرفی جدید متولد شده است، اما آیا نمی‌توان وقوع چنین فرضی را در آینده محتمل دانست؟ حقیقت این است که دولتها و ملتها فرشته نیستند، انسانهایی از گوشت و پوست و استخوان هستند که نمی‌توانند برای مدت طولانی واقعیات سخت و جدی زندگی بین‌المللی را نادیده بگیرند. البته، رئیس‌جمهور بوش، به‌گونه‌ای خود را فرشته قلع و قمع^{۴۶} می‌داند که رسالتش ردیابی «شر» و شکار دولتهای ناباب و از میان بردن آنهاست.^{۴۷}

در اینجا مناسب است که بر این اندیشه پاسکال که درستی آن را هر روز تجربه می‌کنیم تأملی دوباره کنیم: «انسان نه فرشته است نه حیوان و آرزوی «شر» این است که کسی که

46. Ange exterminateur.

۴۷. برای دیدن تحلیل انعکاسی این نظریه‌ها در حقوق بین‌الملل، رک.

J. Petman, «Evil and International Law», International Law FORUM du droit international, vol. 5, n° 4, november 2003, pp. 236-240.

جا دارد در این گفته معروف سارتر تأمل شود: «جهنم، دیگران هستند». (Jean-Paul Sartre dans Huis Clos)

می‌خواهد فرشته باشد، حیوان بوده باشد».^{۴۸}

محدودیت‌های حقوق بین‌الملل در موضوع توسل به زور و دفاع مشروع: قاعده JUS COGENS

یکی از مسائلی که بند ۴ ماده ۲ منشور برمی‌انگیزد، نسبت میان قاعده منع توسل به زور در این ماده با قواعد آمره^{۴۹} است. به‌طور کلی، این قاعده، از قواعد حقوق آمره در حقوق بین‌الملل شناخته شده است و می‌توان گفت یکی از نادر قواعدی است که در جریان مباحث راجع به حقوق معاهدات در کمیسیون حقوق بین‌الملل، به اتفاق آرا از این دست [قواعد حقوق آمره] به حساب آمده است. دولت فرانسه این مفهوم را رسماً نپذیرفته به این دلیل که کنوانسیون وین ۱۹۶۹ راجع به حقوق معاهدات را که بیشتر مقررات آن برخاسته از قواعد عرفی است امضا و تصویب نکرده است. در عین حال، این موضع شاذ، در حال حاضر که اکثریت قاطع حقوقدانان، قواعد آمره را پذیرفته‌اند دیگر قابل توجیه نیست، بخصوص در مورد منع توسل به زور. حتی برخی مانند آنتونیو کاسسه،^{۵۰} بر این عقیده‌اند که دفاع مشروع نیز در زمره قواعد آمره قرار دارد.^{۵۱} شاید آنچه در اینجا مورد غفلت واقع شده مسئله تعارض چند قاعده از نوع قواعد آمره با هم باشد، زیرا این دسته از قواعد در برگیرنده قواعدی است که می‌توانند با هم تضاد داشته باشند. گذشته از این، همیشه بر این نکته تأکید شده که قواعد آمره از قواعد حقوق طبیعی نیست که نتوان آن را تغییر داد و یک بار برای همیشه و تا ابد تثبیت شده باشد. برعکس، همواره قواعد جدیدی می‌تواند در زمره قواعد آمره درآید و این یک امر پذیرفته شده است.^{۵۲} بنابراین، هم باید حدود و قلمرو حقوق

48. «L'homme n'est ni ange ni bête, et le malheur veut que qui veut faire l'ange fait la bête» (Blaise Pascal, *Pensée et opuscles*, édition Brunschvicg, Paris: Librairie Hachette, p. 497, *Pensée* n° 358).

می‌توان از سخن پاسکال این چنین برداشت کرد که انسان هم فرشته است و هم حیوان (نه فرشته است و نه حیوان) یعنی دو بعد دارد و این دو بعد دائماً در حال ستیز و جابه‌جایی با یکدیگرند به‌طوری که انسان می‌تواند در لحظه‌ای فرشته‌خو و در لحظه‌ای دیگر حیوان‌صفت و دیوسیرت باشد، تا آنجا که حتی خود شر ترجیح می‌دهد که فرشته‌ها از نوع انسان (یا دو بعد) نباشند بلکه یک حیوان (مثل سگ، گرگ و ...) باشند که لااقل معلوم است که چه توقعی از آنها می‌توان داشت. این مسئله در نظر گوینده به بوش برمی‌گردد که با ادعای فرشته نجات بودن چه پلیدیها مرتکب می‌شود (مترجم). [با تشکر از خانم آزاده عبدالله‌زاده که نه تنها در خصوص این پاورقی، بلکه در ویرایش متن فارسی این ترجمه نیز کمک شایانی به مترجم کرده‌اند].

49. Droit impératif.

50. Antonio Cassese.

۵۱. تعبیر آنتونیو کاسسه از ماده ۵۱ را در اینجا ببینید:

Antonio Cassese, p.790, in, J.P. Cot et A. Pellet (sous la direction de). *La charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris: Economica, 1991, 2 édition CIV-1571, p.

۵۲. ماده ۶۴ معاهده وین در خصوص حقوق معاهدات، تحت عنوان «تأسیس یک قاعده آمره جدید حقوق بین‌الملل عام (قواعد آمره)» چنین اشعار می‌دارد:

«اگر یک قاعده آمره جدید حقوق بین‌الملل عام تأسیس گردد، هر معاهده موجودی که در تعارض با قاعده مزبور باشد، باطل و منسوخ می‌گردد».

بین الملل روشن شود و هم حدود قواعد آمره در زمینه منع توسل به زور، آن هم در ارتباط با سایر قواعدی که می‌توانند در زمره این قواعد شناخته شوند.

کاری که اکنون می‌توان کرد این است که شاخصهای بحث را روشن کنیم. در این زمینه یادآوری قضیه‌ای که کمابیش به فراموشی سپرده شده است خالی از فایده نیست:

قضیه سوئز که از قضا، با تشکیل «نیروی اضطراری سازمان ملل متحد»^{۵۳} آغازگر چند مورد عملیات به منظور حفظ صلح بوده است. البته اگر «نهاد سازمان ملل برای نظارت بر آتش‌بس در فلسطین»^{۵۴} و همچنین «گروه ناظران نظامی سازمان ملل در هند و پاکستان»^{۵۵} را در سالهای ۱۹۴۸ و ۱۹۴۹ مستثنی کنیم. در ۱۹۵۶ به دنبال ملی شدن کانال سوئز به وسیله جمال عبدالناصر، بریتانیا و فرانسه با تأکید بر لزوم جداسازی دو نیروی متخاصم (مصر و اسرائیل) و حفاظت از آزادی ناوبری در کانال، به حمله هوایی و پیاده کردن نیرو در پورت سعید دست زدند. البته، در آن هنگام کسی از *jus cogens* و حقوق آمره سخنی به میان نمی‌آورد، اما برخی از قواعد حقوق بین الملل را یادآور می‌شدند که توجیه‌کننده معافیت یا استثناء در مورد منع توسل به زور در بند ۴ ماده ۲ منشور سازمان ملل متحد بود. بنابراین، در آن زمان به خاطر حفظ حقوق بین الملل و اصل آزادی ناوبری در کانال سوئز بود که دو قدرت بزرگ در آن مورد مداخله کردند.^{۵۶} این قضیه سابقه‌ای را ایجاد می‌کند که سودمند است و نتیجه‌اش تلفیق قاعده بند ۴ ماده ۲ که اینک در زمره قواعد آمره تلقی می‌شود، با قاعده دیگری از حقوق بین الملل است که ناظر به تجویزهای بسیار مهمی در زمینه توسل به زور می‌باشد.

مدتها بعد، قضیه کوزووو اتفاق افتاد. به کارگیری زور توسط دولتهای عضو ناتو علیه یوگسلاوی سابق، بدون اجازه شورای امنیت، قطعاً از دید بند ۴ ماده ۲ منشور مسئله‌ساز است. درحالی‌که بمباران بلغراد، هر چند از دید بشردوستانه آثار منفی تأسف‌باری به همراه داشت و از

53. Force d'urgence des Nations Unies (F.U.N.U).

54. Organisme des Nations Unies Pour la surveillance de le trêve en Palestine (U.N.M.O.G.I.P).

55. Groupe d'observateurs militaires des Nations Unies dans l' Inde et le Pakistan.

۵۶. رک. اظهارات سر آنتونی ادن (Sir Anthony Eden)، نخست وزیر بریتانیا در مجلس عوام در دوم نوامبر ۱۹۵۴: «هدف عملیات ما جلوگیری از مخاصمات و حمایت از آزادی عبور از کانال سوئز است. اگر در آینده سازمان ملل بتواند امکانات تأمین صلح را در این منطقه در اختیار داشته باشد، هیچ‌کس بیش از ما خوشحال نخواهد شد.» (نقل شده توسط پینتو در «قضیه سوئز: مسائل حقوقی»

R. Pinto, "L'affair de suer, problèmes juridiques, A.F.D. 2, 1950, pp. 20-45.

همچنین رک. ارائه استدلال فرانسه - بریتانیا در :

J. Charpentier, «Pratique française concernant le droit international public», A.F.D.I., 1957.

برای قضیه سوئز در صفحات ۸۲۴ به بعد اثر فوق‌الذکر و بخصوص صفحات ۸۲۸ به بعد، برای «عملیات نظامی فرانسه - بریتانیا». اعلامیه مشترک فرانسه - بریتانیا در تاریخ ۳ نوامبر ۱۹۵۶ (نقل شده در ص ۸۳۲)، این عملیات را به عنوان «عملیات حفظ نظم» (action de police) توصیف می‌کند.

این جهت باید محکوم می‌شد اما می‌توانست بر این اساس توجیه شود که ضرورت حفظ مردمی که مورد تهدید قرار گرفته بودند و جلوگیری از قتل عامی که در حال تدارک بود و تصفیه نژادی‌ای که در حال انجام بود، آن را ایجاب می‌کرد.^{۵۷} با توجه به این موارد، به نظر می‌رسد که قاعده منع توسل به زور که بدون تردید از قواعد آمره می‌باشد، از این جهت که قواعد آمره دیگری هستند که آنها نیز باید مورد توجه قرار گیرند می‌تواند در اجرا و در عمل مشکلاتی را برانگیزد. بدین ترتیب، چگونه می‌توان دو قاعده که هر دو از نوع الزام‌آور هستند را جمع کنیم. البته، منشور از این جهت دچار خلأ یا شکاف حقوقی نیست، هرچند مواردی هست که مباحث ظریفی را در مورد تلفیق قواعد به ظاهر متضاد، به وجود می‌آورد.

به هر حال، در سال ۲۰۰۳ برای امریکا مسئله به این صورت مطرح نبود. حتی آنها طرح چنین استدلالی را هم در تصور خود نداشتند. آنها در آن زمان توجیهات گوناگونی برای مداخله نظامی خود در عراق مطرح ساختند بخصوص، جلوگیری از گسترش سلاحهای کشتار جمعی، هسته‌ای، شیمیایی و همچنین مقابله با تروریسم. اما تمام این تلاشها بیهوده بود. بنابراین باید به ادله محکم‌تری روی آورد که هم واقعیات و وضعیت دنیایی را که در آن زندگی می‌کنیم در نظر داشته باشد و هم بتواند برای ما زندگی عادلانه‌تری را تضمین کند و با نیازهای مشروع انسانها و ملتها سازگارتر باشد. حکومتگران امریکایی بخوبی آگاهی داشتند که قبل از آنکه خود را با چنین اعمال دیوانه‌وار و چنین تجربه‌ای که خود را اسفبار ظاهر می‌ساخت درگیر کنند، می‌بایست همه نتایج حقوقی، سیاسی و انسانی آن را می‌سنجیدند. شگفتی‌هایی که بادی بلاخیز به همراه داشت و ژوژ براسنس درباره‌اش به ما می‌آموزد که «او بهتر می‌داند قربانیان بازیه‌ای حقیرانه‌اش را از میان انسانهای تلخ مزاج برگزیند».^{۵۸}

۵۷. یوگسلاوی در تاریخ ۹ آوریل ۱۹۹۹ از دولت‌های عضو ناتو به دیوان بین‌المللی دادگستری به خاطر ده مورد تخلف در مورد «نقض تعهد به عدم توسل به زور» شکایت برد. در ۲ ژوئن ۱۹۹۹، دیوان با صادر کردن هشت قرار، دادخواست‌های با خواسته تأمین تدابیر احتیاطی (demandes en indication de mesures conservatoires) را رد نمود. همچنین پرونده‌های مربوط به اسپانیا و امریکا را از دستورکار خود حذف کرد. هشت پرونده دیگر همچنان معلق هستند و هنوز دیوان در مورد طواری استثنائی تصمیم نگرفته است.

58. Georges Brassens, «Poèmes et chansons», Paris, Editions musicales, 57, 1983, 630 p.; p. 55: «Le vent».

دفاع «ضرورت» در گفتمان حقوقی بین‌المللی: مداخله بشردوستانه و مبارزه با تروریسم*

ایان جانستون

علیرضا ابراهیم گل**

فهرست مطالب

مقدمه

مفهوم ضرورت: طرح پیش‌نویس مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به مسئولیت دولت

و رویه قضائی مربوط

توجیه یا عذر

الف) حقوق داخلی

ب) رویکرد کمیسیون حقوق بین‌الملل

دفاع ضرورت در عمل: مداخله بشردوستانه و مبارزه با تروریسم

الف) مداخله بشردوستانه

ب) مبارزه با تروریسم

تصمیم‌گیری درباره ضرورت

نتیجه‌گیری

*. مشخصات مأخذ اصل مقاله به شرح ذیل است:

Ian Johnstone, The Plea of "Necessity" in International Legal Discourse: Humanitarian Intervention and Counter – terrorism, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 43, No. 2, 2005, PP. 337-388.

** . دانشجوی دوره دکترای حقوق بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی.

چکیده

عملیات نظامی جهت اهداف بشردوستانه یا مبارزه با اعمال تروریستی به آسانی در حیطه قواعد حقوقی موجود راجع به توسل به زور جای نمی‌گیرد. عوارض اعمال دقیق و سختگیرانه آن قواعد موجب شده که استناد به ضرورت به‌عنوان دفاعی در مقابل نقض مقررات حقوقی مجدداً مطرح شود. در این مقاله من براساس کار اسکار شاکتر^۱ به بررسی این دکترین بحث برانگیز در پرتو اقدامات نظامی اخیر در کوزوو، افغانستان و عراق می‌پردازم. نکته کلیدی بحث من این است که دفاع ضرورت تنها در چهارچوب مداخله بشردوستانه قابل پذیرش است و نه اقدامات ضد تروریستی. این نکته که دکترین مزبور به‌عنوان یک «شیر اطمینان» مفید برای گریز از نتایج نامطلوب اجرای دقیق مقررات حقوقی عمل می‌کند، استدلال قانع‌کننده‌ای برای اعمال آن در موارد نقض فاحش حقوق بشردوستانه به شمار می‌آید. از سوی دیگر حقوق دفاع مشروع رو به تکامل، چارچوب مناسبتری برای ارزیابی مشروعیت اقدام نظامی علیه تروریستها و حامیانشان محسوب می‌شود. در این راستا من بر این اعتقادم که تمایز موجود در حقوق داخلی میان «عذر»^۲ و «توجیه»^۳ مهم است و در حقوق بین‌الملل بهتر است که ضرورت به‌عنوان یک «عذر» نگریسته شود. به علاوه بر این باورم که گفتمان حقوقی بین‌المللی شکل گرفته توسط یک جامعه تفسیری،^۴ آنقدر توانا هست که بتواند این تمایز را به شیوه‌ای معنی‌دار ایجاد کند. دکترین «ضرورت» بر حقوق موجود راجع به توسل به زور تأثیر نمی‌گذارد در عین اینکه در موارد نقض بسیار شدید حقوق بشردوستانه، جامعه تفسیری نقض این قواعد را نادیده می‌گیرد.

1. Oscar Schachter.

2. Excuse.

3. Justification.

4. Interpretive Community.

مقدمه

آثار مفصل اسکار شاکتر راجع به نظریه و رویه حقوق بین‌الملل در ذات خویش، نوشته‌هایی در خصوص نقش حقوق در سیاست بین‌الملل است. حقوق، فضای هنجاری را که در آن تصمیمات سیاسی اتخاذ می‌شوند ایجاد می‌کند و بر حسابگریهای سیاستمداران و نوع تصمیم‌گیری در خصوص یک مشکل تأثیر می‌گذارد. به علاوه همان‌طور که پروفیسور شاکتر اشاره می‌کند می‌توان تأثیر حقوق را از طریق یک فرآیند هنجارسازی که به گونه‌ای فزاینده هم بازیگران دولتی و هم بازیگران غیردولتی را در بر می‌گیرد حس کرد. این مدعی حتی راجع به قواعد حاکم بر توسل به زور نیز صادق است.

در این مقاله من به بررسی دو وضعیتی می‌پردازم که قواعد موجود در منشور ملل متحد راجع به آنها از صراحت برخوردار نیست یعنی مداخله بشردوستانه و مبارزه با تروریسم. شورای امنیت می‌تواند در موارد بحرانهای انسانی ناشی از نقض حقوق بشردوستانه اقدام کند اما اغلب به این کار دست نمی‌یازد و لحن ماده ۵۱ منشور به انجام اقدامات دفاعی علیه تروریستها اشاره نمی‌کند. در هر دوی این وضعیتهای مقامات دولتی و علمای حقوق همچون شاکتر به این مطلب اشاره کرده‌اند که «حالت ضرورت» سرمشق (پارادایم) مناسبی برای تحلیل حقوقی آنهاست. مضمون این ادعا آن است که در عین اینکه توسل به زور نامشروع است، حالت ضرورت حاد می‌تواند نقض این دسته از مقررات حقوقی را توجیه کرده یا عذری برای آن باشد. هدف این مقاله بررسی این مطلب است که آیا اقدامات نظامی اخیر در کوزوو، افغانستان و عراق روح تازه‌ای در کالبد این دکترین بحث‌برانگیز دمیده است یا خیر.

در بخش نخست این مقاله من با توجه به رویکرد کمیسیون حقوق بین‌الملل در طرح پیش‌نویس مواد مربوط به مسئولیت دولت به ایضاح مفهوم ضرورت پرداخته‌ام. استدلال پس این دفاع آن است که ضرورت همچون شیر اطمینانی است که از طریق آن دولتها می‌توانند از نتایج نامطلوب اجرای دقیق یک قاعده حقوقی، در هر شرایطی و با هر هزینه‌ای که بر آن مترتب باشد، بگریزند. کمیسیون بر این اعتقاد است که این مفهوم در حقوق بین‌الملل وجود دارد اما درخصوص اینکه برای مشروعیت بخشیدن به توسل به زور می‌توان به آن استناد کرد یا خیر به اجماع نرسیده است. مطالعه دقیق مواد و شرح و تفسیرهای وارده نشان می‌دهد که اگرچه نمی‌توان برای نقض قواعد آمره به حالت ضرورت استناد کرد، کمیسیون عمده‌تر راجع به این سؤال که آیا تمامی اشکال غیرقانونی استفاده از زور، قاعده آمره منع توسل به زور را نقض می‌کنند یا خیر موضعی اتخاذ نمی‌کند. به این ترتیب، کمیسیون این امکان را باقی می‌گذارد که درخصوص اقدامات قهری کمتر از تجاوز بتوان به ضرورت استناد کرد.

در دومین بخش من به بررسی این مطلب می‌پردازم که بهتر است به این دفاع به‌عنوان

کدام یک از «توجیه» یا «عذر» نگریسته شود. پرسشی که حقوق داخلی نیز در پاسخ به آن با مشکل روبروست و واجد آثار نظری و عملی در حقوق بین الملل است. من معتقدم که بهتر است به این دفاع در حقوق بین الملل به عنوان یک «عذر» نگریسته شود؛ یک دفاع موفقیت آمیز استثنایی بر یک قاعده حقوقی ایجاد نمی کند بلکه فاعل یک فعل را از مسئولیت نقض آن قاعده که همچنان معتبر خواهد بود مبرا می کند. این دیدگاه این سؤال را پیش می آورد که آیا سیستم حقوقی بین المللی غیرمتمرکز امروز می تواند درخصوص چنین عذری قضاوت دقیقی کند. آیا این سیستم حقوقی می تواند عملی را غیرقانونی اعلام کند و سپس بدون توجه به تأثیرات مخرب معذور دانستن آن فعل بر قاعده ممنوعیت توسل به زور، آن را بپذیرد؟ پیش از پرداختن به این سؤال، در بخش سوم پتانسیل قابل اعمال بودن این عذر در مداخلات بشردوستانه و اقدامات ضد تروریستی را عمدتاً با بررسی مداخلات در کوزوو، افغانستان و عراق را مورد تعمق قرار دادم. من بر این باورم که قواعد حقوقی و رویه موجود، استناد به ضرورت در چارچوب بحرانهای بشردوستانه را می پذیرند. در عین حال جنگ علیه شبکه القاعده نشان می دهد که دفاع مشروع سرمشق بهتری برای ارزیابی مشروعیت اقدام نظامی در مبارزه با تروریسم است.

در بخش چهارم براساس تعریف شاختر از ماهیت و کارکرد حقوق بین الملل به توضیح این مطلب می پردازم که یک سیستم بین المللی غیرمتمرکز چگونه قادر است به تفکیک اعمال قانونی از اعمال غیرقانونی که با عذر پذیرفته می شوند، بپردازد. هرگونه توسل به زور در روابط بین الملل مستلزم به کارگیری اندیشه جمعی و مبانی استدلالی است و یک جامعه تفسیری چارچوبی است که چنان اندیشه ای در آن شکل یافته و در خصوص ماهیت ادعاهای حقوقی تصمیم می گیرد. تأمل بر وضعیتهای کوزوو، عراق و افغانستان نشان می دهد که گفتمان حقوقی آن قدر توانا هست که نه تنها بتواند در خصوص مشروعیت تصمیم به استفاده از زور بلکه راجع به تبعات نقض این دسته از مقررات حقوقی توسط دولتها نیز قضاوت معناداری کند.

نهایتاً نتیجه گیری می کنم که منطق مبنای عذر ضرورت نیز در طی سالها تحول و تکامل یافته است. از نظر تاریخی این دکترین ریشه در حمایت از منافع اساسی یک دولت و به طور خاص منفعت یک دولت در صیانت نفس خویش دارد. امروزه بهتر است به آن به عنوان یک «شیر اطمینان» در حمایت از امنیت بشری عموماً پذیرفته شده نگریسته شود تا [ایزاری جهت] حمایت از منافع ملی. در حالی که حقوق رو به تکامل دفاع مشروع می تواند در برگیرنده اقدام علیه تروریستها باشد، حقوق بشر و منافع بشردوستانه به اندازه کافی مورد حمایت قرار نمی گیرد و نتیجتاً جامعه تفسیری در مواقعی اقدام قهری در حمایت از این حقوق و منافع را به دیده اغماض می نگرد.

۱- مفهوم ضرورت: طرح پیش‌نویس مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به مسئولیت دولت و رویه قضائی مربوطه

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه Gabacikovo-Nagymaros (۱۹۹۷) و در رأی مشورتی خویش در قضیه «ساخت دیوار» (۲۰۰۴) اظهار داشت که دفاع «ضرورت» در حقوق بین‌الملل وجود دارد اگرچه در هیچ‌یک از این قضا یا استناد به آن پذیرفته نشد. در این میان در آگوست ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل نهایتاً طرح پیش‌نویس مواد راجع به مسئولیت دولت از بابت اعمال متخلفانه بین‌المللی را تصویب کرد. یکی از مواد این طرح به ضرورت به‌عنوان «شرایطی که می‌تواند متخلفانه بودن یک فعل را مستثنی کند» اشاره دارد.

مجمع عمومی بعداً در همان سال این پیش‌نویس را بدون اینکه به تصویب بعدی آن خدشه وارد آید جهت مطالعه برای دولتها ارسال کرد. اگرچه این احتمال که پیش‌نویس مزبور به زودی به یک معاهده تبدیل شود بعید است، این مواد به‌عنوان یکی از وسایل کمکی در مفهوم قسمت «د» بند (۱) ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری تلقی می‌شوند. اگر مطالعه این پیش‌نویس تردیدهای جدی در خصوص دفاع ضرورت ایجاد کند در آن صورت برای دولتها مشکل‌تر خواهد بود که با اطمینان در گفتمان حقوقی و دیپلماتیک که بر روابط بین‌المللی حاکم است به آن استناد کنند.

در بخش پنجم این پیش‌نویس، کمیسیون یک سری از شرایطی را برمی‌شمرد که می‌توانند متخلفانه بودن عملی را که در حالت عادی نقض یک تعهد بین‌المللی محسوب می‌شود توجیه کنند برمی‌شمرد. ماده ۲۵ که از «حالت ضرورت» به‌عنوان یکی از این شرایط یاد می‌کند بدین شرح است:

۱- یک دولت نمی‌تواند جهت توجیه متخلفانه بودن فعل مغایر با تعهدات بین‌المللی خویش به ضرورت استناد کند مگر آنکه آن فعل:

الف) تنها راه حفظ منفعت اساسی آن دولت در مواجهه با یک خطر قریب الوقوع و شدید باشد.

ب) منفعت اساسی آن دولت یا دولتهای ذی‌نفع تعهد مزبور یا جامعه بین‌المللی در کلیت خویش را شدیداً متأثر سازد.

۲- در هر صورت یک دولت نمی‌تواند برای توجیه متخلفانه بودن فعل خویش به ضرورت استناد کند چنانچه:

الف) تعهد بین‌المللی مورد بحث، امکان استناد به ضرورت را منع کرده باشد.

ب) دولت استنادکننده خود در ایجاد چنین وضعیتی سهمیم بوده باشد.

ماده ۲۶ طرح پیش‌نویس مواد می‌افزاید که هیچ‌یک از مواد این بخش نمی‌تواند به‌عنوان

دفاع ضرورت در ... ❖ ۲۷۱

توجیهی بر متخلفانه بودن فعل یک دولت که مغایر با یک تعهد بین‌المللی ناشی از یک قاعده آمره حقوق بین‌الملل عام است مورد استناد قرار گیرد.

سؤال اساسی این است که آیا ضرورت می‌تواند توجیه‌گر غیرقانونی بودن توسل به زور باشد؟ دقیق‌تر بگوییم آیا «حالت ضرورت» ناشی از یک بحران شدید بشردوستانه یا یک اقدام تروریستی می‌تواند برای توجیه کردن و یا به‌عنوان یکی از معاذیر رافع مسئولیت مربوط به مداخله قهری از سوی یک دولت در قلمرو دولت دیگر مورد استناد قرار گیرد؟ از متن مواد و شرح و تفسیرهای وارده و کارهای مقدماتی برمی‌آید که کمیسیون در این خصوص به اجماع نرسیده است و لذا پاسخ قطعی به این پرسش نداده است. به عبارت دیگر کمیسیون نه این ادعا که ضرورت در چنین حالتی قابل استناد است را می‌پذیرد و نه صراحتاً آن را رد می‌کند. بعضی از قسمت‌های طرح و شرح و تفسیر وارده این تفسیر را تأیید می‌کنند:

اولاً قسمت «الف» بند (۱) ماده ۲۵ اظهار می‌دارد که می‌توان برای تضمین یک منفعت اساسی، بدون قید عبارت محدود‌کننده «یک دولت» که در طرح قبلی آمده بود، به ضرورت استناد کرد. در خصوص تأثیر حذف این عبارت در بند (۲) تفسیر کمیسیون بر ماده ۲۵ چنین آمده است:

منظور از ضرورت نه خطر برای جان مقامات دولتی بلکه یک خطر شدید برای منافع اساسی یک دولت یا جامعه بین‌المللی در کلیت خویش است. این مدعی با مطالعه قضیه Gabacikovo-Nagymoros تقویت می‌شود. در این قضیه مجارستان تلاش می‌کرد که نقض معاهده‌اش با چکسلواکی در خصوص رودخانه دانوب را به علل ضرورت‌های زیست‌محیطی توجیه کند و ادعا می‌کرد که پروژه سد و آب‌بند خطرات شدیدی برای محیط زیست منطقه دارد. دیوان ادعای مجارستان را رد کرد اما این فرض که تهدید یک فاجعه زیست‌محیطی می‌تواند عذر معتبری برای نقض تعهدات بین‌المللی باشد را پذیرفت. در این قضیه مجارستان ادعا می‌کرد که به منافع او خسارت وارد شده است اما در بررسی بسیاری از مشکلات زیست‌محیطی جهانی ممکن نیست که منافع ملی خاصی را متصور شد. حتی کمیسیون در شرح و تفسیر ماده ۳۳ طرح پیش‌نویس مواد ۱۹۸۰ خویش (ویرایش پیشین ماده ۲۵ فعلی که به منافع اساسی یک دولت اشاره می‌کند) اظهار داشت که در دوره‌های اخیر صیانت از توازن اکولوژیکی منفعت اساسی «همه» دولتها به‌شمار می‌آید. نتیجه آنکه نیازی نیست که صدمه و ضرر خاصی به یک دولت وارد شود بلکه تنها در صورتی که یک منفعت یا یک ارزش مشترک بین‌المللی به خطر افتد می‌توان به حالت ضرورت استناد کرد. در واقع این دفاع در حوزه‌هایی که مکانیزم‌های بین‌المللی برای تحکیم منافع و هنجارهای جامعه بین‌المللی چون قواعد محیط زیستی ضعیف است یک «شیر اطمینان» بسیار سودمند به‌نظر می‌رسد.

ثانیاً، دو مورد از قضایای اشاره شده در شرح و تفسیر کمیسیون متضمن توسل به زور هستند. یک) قضیه کارولین که کمیسیون می‌پذیرد که به این قضیه غالباً در بحث دفاع مشروع اشاره می‌شود. کمیسیون در هر دو تفسیر در سال ۱۹۸۰ و ۲۰۰۱ بر این مطلب تأکید کرد که این قضیه در واقع متضمن دفاع ضرورت بوده است. شرایطی که در یادداشت وزیر خارجه ایالات متحده به همتای بریتانیایی‌اش قید شده محدودتر از مفاهیم دفاع مشروع رایج در آن زمان بوده و بیشتر با مفهوم انگلیسی-آمریکایی در حال تکوین ضرورت که در حقوق داخلی شکل گرفته بود سازگار بودند.^۵ نیازی نیست که بر نتایج عملی این بدعت تاریخی تأکید شود بلکه به لحاظ تداوم اصول مستنبط از این قضیه در گفتمان حقوقی بین‌المللی مهم است تا ریشه‌های آن در دکنترین ضرورت جستجو شود تا دفاع مشروع. به‌علاوه کمیسیون در شرح و تفسیر سال ۲۰۰۱ خویش اظهار داشت که حقوق مربوط به توسل به زور در سال ۱۸۷۳ بسیار موسع‌تر از امروز بوده است اما تغییر در قواعد ضرورتاً نمی‌تواند مانع استناد به ضرورت برای توجیه بعضی استفاده‌ها از زور باشد. (یا چرا اصولاً به قضیه کارولین در شرح و تفسیر خویش اشاره می‌کند؟)

دو) قضیه توری کانپون (۱۹۶۷) بود که در آن به گل نشستن یک ابرتانکر لیبرایی در دریای آزاد و در بیرون سواحل بریتانیا موجب نشت میزان زیادی نفت و آلودگی سواحل انگلستان و فرانسه شد. بریتانیا با نگرانی از خطر رو به تزاید ناشی از نشت نفت اقدام به عملیات رهانیدن کشتی کرد اما این اقدام تنها موجب تشدید آلودگی شد. نهایتاً این کشور اقدام به بمباران کشتی کرد تا نفت باقیمانده بسوزد. دولت لیبریا اعتراض نکرد. بریتانیا در عین اینکه هیچ توجیه حقوقی خاصی برای اقدامش ارائه نداد اظهار داشت که «دغدغه اصلی دولت همیشه آن بوده است که سواحل خویش را از آلودگی نفتی حفظ کند و جهت نیل به این هدف اقدامات لازم را اتخاذ کند. هیچیک از ملاحظات مالی و حقوقی نمی‌تواند مانع اقدام دولت در هر مرحله‌ای شود.» هیچ‌گونه اعتراض بین‌المللی به این عمل بریتانیا صورت نگرفت و همان‌طور که کمیسیون اشاره می‌کند مدتی پس از آن کنوانسیون بین‌المللی راجع به مداخله در دریای آزاد در موارد آلودگی نفتی به تصویب رسید، کنوانسیونی که متضمن دکنترین ضرورت بود.

ثالثاً، کمیسیون نتیجه‌گیری می‌کند که «تعادل دکنترین» امکان استناد به ضرورت در

۵. D.W. Greig وضعیت توسل به زور در حقوق بین‌الملل آن زمان را این‌گونه وصف می‌کند:

«قواعد سنتی حقوق بین‌الملل به یک دولت اجازه می‌داد در صورتی که حقوق او از ناحیه نقض یک تعهد از سوی دولت دیگر تهدید شوند برای دفاع از این حقوق به استفاده از زوری که به حد اعلان جنگ نرسد متوسل شود. منافعی که این‌گونه مورد حمایت قرار می‌گیرند به اندازه کافی وسیع بودند که نشان دهند دفاع ضرورت محدودتر از آن چیزی است که در نگاه اول از اظهارات دولت ایالات متحده در قضیه کارولین برمی‌آید. توسل به زور در وضعیتی که هیچ نقض تعهدی از سوی دولتی که علیه او توسل به زور صورت گرفته انجام نشده است تنها به دلایل استثنایی همچون ضرورت، یا آن‌گونه که اغلب عنوان صیانت نفس گرفته توجیه‌پذیر است.»

موارد بسیار خاصی همچون تضمین ایمنی یک جمعیت غیرنظامی را می‌پذیرد. کمیسیون در شرح و تفسیر سال ۱۹۸۰ خویش مشخصاً به مواردی اشاره می‌کند که ویژگی مشترک آنها وجود خطر قریب الوقوع و شدید برای یک دولت، بعضی اتباع آن یا «صرفاً» افراد بشری است. نتیجه آنکه ایمنی و حیات بشری در چارچوب ماده ۲۵ می‌تواند یک «منفعت اساسی» تلقی شود.

نهایتاً، این چنین به نظر می‌رسد که موضع کمیسیون در هر دو طرح سال ۱۹۸۰ و ۲۰۰۱ خویش راجع به این سؤال که آیا تمامی استفاده‌های از زور به جز آنهایی که توسط شورای امنیت مجاز شمرده می‌شود (ماده ۲۴ منشور ملل متحد) و یا در چارچوب دفاع مشروع به کار برده می‌شود (ماده ۵۱ منشور) قواعد آمره حقوق بین‌الملل عام را نقض می‌کنند و در نتیجه در چارچوب ماده ۲۶ قرار می‌گیرند مبهم است.^۶ کمیسیون در شرح و تفسیر سال ۱۹۸۰ خویش مشخصاً حاضر نشد راجع به این مسئله که آیا بند ۴ ماده ۲ منشور تعهدی را ایجاد می‌کند که با حالت ضرورت هم قابل رفع نیست موضعی اتخاذ کند، اما در بند بعدی اظهار داشت که «تعهدی که به هیچ وجه در آمره بودن آن شک و تردید وجود ندارد آن است که یک دولت باید از نقض قهری تمامیت سرزمینی و استقلال سیاسی دولت دیگر اجتناب کند». اگر ممنوعیت توسل به زور علیه تمامیت سرزمینی یک دولت یک قاعده آمره است در آن صورت به موجب مفاد قسمت الف بند ۲ ماده ۳۳ طرح پیش‌نویس مواد، ضرورت یکی از معاذیر رافع مسئولیت به شمار نمی‌آید. به هر حال این موضع با نظر کمیسیون راجع به بعضی اعمال دولتها در قلمرو دیگر دولتها که «گرچه گاهی اوقات از ماهیت قهری برخوردارند اما برای اهداف و مقاصد محدودی صورت می‌گیرند و هیچ ارتباطی با ویژگیهای یک جنگ تجاوزکارانه واقعی ندارند» به سختی قابل سازش است.^۷ اگر این اقدامات «استفاده از زور علیه تمامیت سرزمینی» یک دولت محسوب نشوند، به نظر می‌آید که نتوان به موجب بند ۲ ماده ۴ منشور آنها را منع کرد و لذا مسئله ضرورت اصولاً مطرح نمی‌شود. اگر تردید وجود دارد که کمیسیون در سال ۱۹۸۰ در این باره مردد بوده است، از جمله پایانی بند ۲۶ شرح و تفسیر مواد سال ۲۰۰۱ آن برمی‌آید که این مسئله پاسخ قطعی خویش را یافته است: در هر مورد باید اظهار داشت که رویه دولتها در پاسخ به سؤال فوق‌الذکر کمک چندانی نمی‌کند. احتمالاً ابهام موجود در موضع کمیسیون نشان می‌دهد که میان اعضای آن در خصوص

۶. ماده ۲۶ مقرر می‌کند که هیچ‌یک از شرایط مندرج در بخش پنجم پیش‌نویس مواد، نظیر ضرورت نمی‌تواند برای توجیه متخلفانه بودن نقض یک قاعده آمره مورد استناد قرار گیرد.

۷. کمیسیون در شرح و تفسیر خویش بر ماده ۳۳ به نمونه‌های ذیل به عنوان اقدام قهری کمتر از تجاوز اشاره می‌کند: ورود به قلمرو کشور خارجی برای جلوگیری از عملیات خسارت‌بار توسط یک گروه مسلح که در حال آماده شدن برای حمله به قلمرو دولت دیگر است یا تعقیب یک گروه مسلح از جانبانی که از مرز عبور کرده‌اند و یا در قلمرو دولت خارجی پایگاه دارند یا حمایت از جان اتباع یا دیگر اشخاصی که از سوی نیروهای متخاصم و گروههایی که تحت کنترل یک دولت نیستند مورد حمله قرار گرفته یا بازداشت شده‌اند یا از بین بردن و خنثی کردن منشأ مشکلات که گمان می‌رود از طریق مرز عمل کند.

اینکه آیا تمام اشکال توسل به زور که در بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد منع شده‌اند یک قاعده آمره را نقض می‌کنند یا تنها اعمالی که به تجاوز منجر می‌شوند این ویژگی را دارند، توافق وجود ندارد.^۸ به نظر می‌آید کمیسیون تمایل دارد که بتوان در موارد اقدامات قهری کم دامنه به بند ۴ ماده ۲ استناد کرد اما نهایتاً رأی اعضا در این خصوص مساوی شد. به علاوه کمیسیون بر این مطلب تأکید کرد فاصله بین دو دیدگاه آنقدر که در نگاه اول به نظر می‌رسد نیست. هر دو گروه نگران سوء استفاده بودند اما عده‌ای به این امر به عنوان دلیلی برای وضع شرایط دقیق می‌نگریستند تا رد امکان استناد به ضرورت به صورت کلی بویژه هنگامی که ضرورت ایجاب می‌کند منافع بشری یک جمعیت مورد حمایت قرار گیرند. به نظر می‌آید که مباحثات کمیته ششم مجمع عمومی نیز با این ابهام مواجه بوده است زیرا بیشترین مباحث کمیته بر این نکته متمرکز بود آیا مطلوب است صراحتاً به این امر اشاره شود که نمی‌توان برای هرگونه تهدید یا توسل به زور که ناقض بند ۴ ماده ۲ باشد به حالت ضرورت استناد کرد یا خیر.^۹

در سال ۲۰۰۱ کمیسیون این فرصت را پیدا کرد که این پرسش را پاسخ گوید اما از این کار خودداری کرد. کمیسیون پیش‌تر در شرح و تفسیرهای خویش به نگرانی از سوء استفاده اشاره کرد اما از مداخله بشردوستانه یا دیگر اشکال استفاده از زور که به اشغال سرزمینی نینجامد به عنوان مصادیق این سوء استفاده اشاره نکرد. به علاوه حداقل بند پایانی تفسیر کمیسیون بر ماده ۲۵ ابهام دارد:

«همان‌طور که در ماده ۲۵ آمده است «دفاع ضرورت» در خصوص افعالی مورد استناد قرار می‌گیرد که اصولاً با تعهدات اولیه تنظیم می‌شوند. این دکترین در ارتباط با قواعد حاکم بر توسل به زور در روابط بین‌المللی و مسئله «ضرورت نظامی» اهمیت خاصی دارد. درست است که در مواردی برای اقدامات نظامی در خارج از مرزها بویژه در چارچوب ادعاهای مربوط به مداخله بشردوستانه به ضرورت استناد شده است. (در اینجا کمیسیون به مداخله بلژیک در ۱۹۶۰ در کنگو اشاره می‌کند) این سؤال که آیا تدابیر قهری که جهت مداخله بشردوستانه آغاز می‌شوند

۸. کمیسیون در شرح و تفسیر خویش اظهار می‌کند که اعضا راجع به اینکه نمی‌توان برای توجیه هرگونه استفاده از زور که تجاوز به دولت دیگر محسوب شود نمی‌توان به ضرورت استناد کرد شک و تردید نداشتند. نبود اجماع بر استفاده‌های محدودتر از زور از تغییراتی که در پیش‌نویس نخست ماده ۳۳ انجام شد هویدا می‌گردد، این ماده مقرر می‌کرد که نمی‌توان در خصوص ممنوعیت تجاوز به ضرورت استناد کرد. کمیسیون می‌توانست صراحتاً مقرر کند که تجاوز تنها نوع توسل به زور است که یک قاعده آمره را نقض می‌کند یا همه اشکال اقدامات قهری چنین خاصیتی دارند. برعکس کمیسیون هرگونه اشاره به تجاوز را از پیش‌نویس مواد حذف کرد و لذا هر دو امکان را باقی گذاشت.

۹. آقای ریفاگن از اعضای کمیسیون در هنگام کار روی پیش‌نویس مواد مربوط به مسئولیت در کمیته ششم اظهار داشت که نقض حاکمیت سرزمینی یک دولت دیگر ضرورتاً نقض یک قاعده آمره نیست اما با این وجود این عمل می‌تواند عملی محسوب شود که یک منفعت اساسی دولت ذی‌نفع یک تعهد را شدیداً متأثر سازد. او خاطرنشان می‌سازد که کمیسیون به این پرسش پاسخ نگفت و این موضوع بی‌جواب ماند.

و مطابق فصل ۷ یا ۸ منشور ملل متحد نیستند به موجب حقوق بین الملل معاصر قانونی تلقی می‌شوند یا خیر در چارچوب ماده ۲۵ قرار نمی‌گیرد. در عین اینکه ملاحظات شبیه ملاحظات مبنای ماده ۲۵ می‌تواند در این خصوص نقش داشته باشد آنها در چارچوب تنظیم و تفسیر تعهدات اولیه مورد توجه قرار می‌گیرند».

به نظر می‌آید که کمیسیون بر این باور است که برای توجیه مداخله بشردوستانه نمی‌توان به ضرورت استناد کرد، اما مطالعه دقیق‌تر نشان می‌دهد که این مسئله در محدوده ماده ۲۵ نیست. کمیسیون با اشاره به تمایز میان قواعد اولیه و ثانویه (تمایزی که ریشه آن به نوشته‌های روبرتو آگو مخبر کمیسیون راجع به طرح مسئولیت بین‌المللی ۷۹-۱۹۶۲ برمی‌گردد) عمداً از دادن پاسخ صریح به این مسئله خودداری کرد.^{۱۰} ماده ۲۵ همچون دیگر مواد طرح مسئولیت دولت یک قاعده ثانویه است. هدف از وضع آن این نیست و نبوده است که مسائل تفسیری مربوط به تعهدات اولیه همچون قواعد حاکم بر توسل به زور را حل و فصل کند. همان‌طور که شرح و تفسیر ماده ۲۶ نیز این پرسش را پاسخ نمی‌گوید. این شرح قاعده آمره را تعریف نمی‌کند، بلکه در عوض فهرستی را پیشنهاد می‌کند که شامل تجاوز، نسل‌کشی، بردگی، تبعیض نژادی، شکنجه و جنایت علیه بشریت و حق تعیین سرنوشت است.^{۱۱} این بخش می‌افزاید که تعداد نسبتاً کمی از قواعد به‌عنوان قواعد آمره شناخته شده‌اند و این فهرست اگرچه حصری نیست، احتمال افزوده شدن موارد دیگری به آن وجود ندارد. در سال ۲۰۰۱ کمیسیون کاملاً به ابهامات و مباحث مرتبط با ماده ۳۳ آگاه بود، اما با این وجود برای حل این مشکل هیچ اقدامی نکرد. کمیسیون عمداً این امکان را باقی گذاشت که بعضی اشکال استفاده از زور که تجاوز محسوب نمی‌شوند، اگرچه غیرقانونی باشند، نقض یک قاعده آمره تلقی نشوند و لذا بتوان در این حالت به ضرورت استناد کرد.^{۱۲}

۲- توجیه یا عذر

الف) حقوق داخلی

دفاع ضرورت در حقوق داخلی، در هر دو سیستم حقوق نوشته و کامن‌لو ریشه‌ای طولانی

۱۰. عده‌ای همچون پروفیسور کرافورد آخرین گزارشگر ویژه کمیسیون درخصوص طرح مسئولیت بین‌المللی انسجام مفهومی بین قواعد اولیه و ثانویه را مورد تردید قرار داده‌اند.

۱۱. پروفیسور کرافورد در این خصوص اظهار می‌دارد که کمیسیون احساس نمی‌کند که وظیفه دارد فهرستی از قواعد آمره را تعیین کند بلکه تعیین یک قاعده به‌عنوان قاعده آمره بر عهده مراجع قضائی و رویه دولتهاست.

۱۲. پروفیسور کرافورد در کنفرانس سالانه انجمن امریکایی حقوق بین‌الملل در سال ۲۰۰۴ به این مسئله اشاره کرد که موضوع توسل به زور از این‌رو خارج از ماده ۲۵ قرار گرفت که کمیسیون از پرداختن به مشکل‌ترین پرسش حقوق بین‌الملل معاف شود.

دارد. کمیسیون به این مطلب اشاره کرد که اگرچه این رویه قضائی می‌تواند به فهم این دفاع در حقوق بین‌الملل کمک کند، اما قاطع نیست.^{۱۳} سؤالی که علمای حقوق داخلی را به خویش مشغول داشته این است که به این دفاع تحت کدامین عنوان توجیه یا عذر باید نگریست. جان آوستین^{۱۴} این تمایز را این‌گونه برمی‌شمرد:

در اولی، (توجیه) ما مسئولیت را می‌پذیریم، اما نادرست بودن عمل را انکار می‌کنیم. در دومی، (عذر) ما می‌پذیریم که عمل انجام شده نادرست بوده است اما مسئولیت کامل آن یا هیچ مسئولیتی را از بابت آن نمی‌پذیریم. به عبارت دیگر، ادعای عذر می‌پذیرد که عناصر بزه‌ی که از بابت آن به ضرورت استناد شده است وجود دارد اما نفس عمل غیرقانونی و متخلفانه نیست. در مقابل، ادعای توجیه می‌پذیرد که خود عمل متخلفانه است اما تلاش می‌کند که از انتساب فعل به فاعل آن جلوگیری کند. جرج فلچر اظهار می‌دارد در حقوق عرفی، ضرورت گاهی اوقات به عنوان یک توجیه و گاهی به عنوان عذر عمل می‌کند و محاکم در تمیز میان این دو موفق عمل نکرده‌اند. او استدلال می‌کند که این تفکیک مهم است زیرا معاذیر تنها از سوی کسانی که در خطرند قابل استناد است در حالی که اشخاص ثالث می‌توانند به توجیه استناد کنند. توجیهات با کیفیت یک فعل (صحت یا متخلفانه بودن) ارتباط دارند در حالی که در معاذیر به شرایط فاعل عمل توجه می‌شود. به عبارت دیگر، اگر عملی موجه باشد در آن صورت اشخاص ثالث مجازند به فاعل عمل کمک کنند یا حتی به جای او اقدام کنند (زیرا عمل از نظر عینی صحیح تلقی می‌شود)، اما اگر عملی در چارچوب معاذیر پذیرفته شود در آن صورت اشخاص ثالث نمی‌توانند به همراهی یا از طرف خواننده در معرض خطر اقدام کنند (زیرا قابلیت استناد به معاذیر به شرایط شخصی فاعل عمل بستگی دارد)

فلچر از اینکه محاکم انگلیسی - امریکایی تمایل دارند که ضرورت را یک توجیه محسوب کنند، ناراضی است و از این‌رو از نتیجه عجیب قضیه مشهور R. v. Dudley and Stephens انتقاد می‌کند. در این قضیه سه ملوان که در دریا با طوفان مواجه شده بودند و کشتی‌شان شکسته بود و روی یک قایق نجات شناور بودند، پسرک موجود در کشتی را کشته و برای زنده ماندن خوردند. هنگامی که ملوانان نجات یافتند و محاکمه شدند، دادگاه رأی داد که هرگز نمی‌توان برای کشتن یک شخص بی‌گناه به ضرورت استناد کرد. با این حال دادگاه سلطنتی اظهار داشت که بهتر است ایشان مشمول عفو ملوکانه شوند و لذا ملکه احکام محکومیت به مرگ آنها را به ۶ ماه حبس تبدیل کرد. فلچر تصمیم به درخواست عفو ملوکانه را در حکم عذری برای یک قتل

۱۳. مراجع به قابلیت اعمال اصول حقوق داخلی، گزارشگر مخصوص کمیسیون در سال ۱۹۸۰ اظهار داشت که او معتقد است اعتبار دفاع ضرورت در حقوق بین‌الملل صرفاً بر مبنای اصول کلی حقوق بین‌الملل قابل بررسی نیست.

14. John L. Austin

غیرقابل توجیه می‌داند و اظهار می‌کند که دادگاه برای تبرئه متهم باید از این منطق پیروی می‌کرد و نه اینکه حل این قضیه را صرفاً به عفو ملوکانه واگذارد. با اتکای صرف بر نظریه توجیه، چنین تلاشی به توازن منافی می‌انجامد (یا انتخاب میان دو چیز نامطلوب) که به ندرت نتیجه آن برائت است، بویژه هنگامی که همچون قضیه حاضر جان یک شخص بی‌گناه تلف شده باشد. فلچر ادعا می‌کند که این محاسبه ابزاری، در شناخت آنچه در این موارد در معرض خطر قرار دارد، اشتباه می‌کند. معاذیر اهداف برنامه‌ای را بیان نمی‌کنند آنها به یک الزام ناشی از وضعیت خوانده پاسخ می‌گویند. معاذیر را نمی‌توان اهرمهایی برای تغییر رفتار در آینده تلقی کرد، بلکه آنها اظهار ترحم برای یکی از هم‌نوعان ماست که در گرداب شرایط فرو افتاده است. استدلال فلچر از یک جنبه قانع‌کننده است. تمایز اساسی میان توجیه و عذر آن است که اولی با اعمال مجاز مرتبط است و دومی با اعمال غیرمجازی که فاعل آنها را نمی‌توان سرزنش کرد. عمل غیرقابل توجیه در واقع تخلف و جرم است، اما در شرایط حاد قابل پذیرش است. توجیهات، قاعده قابل اعمال را تغییر می‌دهند، اما معاذیر، شخص را از مسئولیت نقض یک قاعده که همچنان معتبر خواهد بود، مبری می‌کنند. در عین حال مشخص نیست که چرا این منطق باید ضرورتاً مانع اشخاص ثالث در استناد به ضرورت به‌عنوان یک «عذر» شود. در موارد بسیار شخصی که با شرایطی حاد روبرو شده است در وضعیتی نیست که برای خروج از این مخمصه، شخصاً اقدام کند. به‌عنوان مثال تصور کنید یک موتور سوار برای رساندن یک بیمار به بیمارستان با سرعت بالا حرکت کند، آیا او باید به دلیل نقض قانون جهت کمک به بیمار دچار وضعیت اضطراری، مجازات شود؟ یک استدلال آن است که تحت شرایطی خاص سرعت بالا مجاز است و بدین ترتیب استثنایی بر قاعده کلی منع سرعت بالا ایجاد می‌شود. به هر حال، مفهوم «عذر» آنچه را که رخ می‌دهد صحیح‌تر توضیح می‌دهد. اگر آن‌گونه که فلچر اظهار می‌کند، «ترحم برای یکی از هم‌نوعان که در گرداب شرایط فرو افتاده است» معاذیر را ایجاب کند، بنابراین ترحم بر بیمار می‌تواند مبنایی برای معذور دانستن رفتار راننده‌ای باشد که برای رساندن او به بیمارستان با سرعت بالا حرکت کرده است. کنت گریناوال^{۱۵} در نقطه نظری عالمانه دسته‌ای از قضایا را که عموماً فلچر برای اثبات مدعایش مبنی بر آنکه معاذیر شخصی‌اند - نظیر فرار موقت از زندان برای احتراز از صدمه دیدن از سوی یک زندانی دیگر - ارائه می‌دهد، مورد بررسی قرار می‌دهد. فلچر استدلال می‌کند که زندانی فراری عذر دارد و نه توجیه. با این منطق گریناوال اظهار می‌کند که نگهبانان حق دارند که از فرار او جلوگیری کنند، اما آیا نگهبانان باید همیشه مانع خروج زندانیان از زندان شوند؟ مثلاً اگر زندان آتش گرفته باشد و خروج منظم زندانیان

15. Kent Greenawalt.

ممکن نباشد ما انتظار داریم که نگهبانان از توسل به زور نسبت به زندانیان در حال فرار خودداری کنند. با همین منطق ممکن است ما رفتار شخصی را که به یک زندانی در معرض خطر شدید برای فرار کمک می‌کند، بپذیریم. گرینوالد استدلال می‌کند که ایجاد تمایز دقیق میان توجیهات و معاذیر بر این مبنا که افعال قابل توجیه از سوی اشخاص ثالث قابل حمایت و قابل انجام هستند درحالی‌که این امر راجع به اعمال تحت پوشش معاذیر صدق نمی‌کند، ممکن نیست. از آنجایی که حداقل در ایالات متحده و بریتانیا، محاکم داخلی مستمراً به تفکیک میان این دو رویکرد اقدام نکرده‌اند، چگونگی اتخاذ تصمیم در مورد قضایای مختلف رویه یک شکل و همسانی ندارد. تمایز میان این دو مهم است اما نیازی نبود که این مطلب، فلچر را به این نتیجه‌گیری برساند که تنها آنهایی که در معرض خطرند می‌توانند به ضرورت به‌عنوان یک «عذر» استناد کنند. هیچ دلیل اصولی بر عدم پذیرش استناد به ضرورت از سوی اشخاصی که به شخص دیگری که در وضعیت اضطراری به سر می‌برد کمک می‌کنند، وجود ندارد. اگر این امر در سیستم‌های داخلی صادق باشد به طریق اولی در حقوق بین‌الملل نیز صادق است. در سطح حقوق داخلی، پلیس و دیگر تشکیلات دولتی برای حمایت از منافع مورد تهدید که می‌تواند ادعاهای مربوط به ضرورت را ایجاد کند، وجود دارند و لذا نیازی نیست (در حرف اگرچه نه در عمل) که دیگر شهروندان مداخله کنند. در سطح حقوق بین‌الملل هیچ نیروی پلیس بین‌المللی و بجز شورای امنیت هیچ مرجع قانونگذاری برای صدور مجوز مداخله از طرف آنهایی که شدیداً به این امر نیازمندند وجود ندارد. هنگامی که شورای امنیت فلج شود و دولتهایی که در وضعیت بحران به سر می‌برند نتوانند خود اقدامی کنند، تنها می‌توانند به مداخله دیگر دولتها که تمایل دارند از طرف آنها اقدام کنند، چشم دوزند.

ب) رویکرد کمیسیون حقوق بین‌الملل

به نظر می‌رسد که کمیسیون با نامیدن بخشی از مواد طرح مسئولیت دولت تحت عنوان «شرایط رافع متخلفانه بودن یک فعل» این موضع را اتخاذ کرده است که ضرورت، یک توجیه به‌شمار می‌آید و نه یک عذر. (به این معنی که عمل متخلفانه نیست و باید توجیه شود) اگرچه در سراسر شرح و تفسیر سال ۱۹۸۰ کمیسیون هر دو واژه به کار رفته اما واژه نخست بیشتر به کار رفته است. در این شرح و تفسیر آمده است که بعضی اعضا میان شرایط رافع متخلفانه بودن یک فعل و شرایط مخففه مسئولیت ناشی از آن فعل تفکیک قائل شده‌اند و ضرورت را از باب شق اخیر برشمرده‌اند. کمیسیون در کلیت خویش این دیدگاه را رد کرده و تأکید می‌کند که ضرورت، می‌تواند رافع متخلفانه بودن یک فعل باشد اما افزوده که دولت استنادکننده به ضرورت باید از بابت صدمه‌ای که وارد کرده است خسارت بپردازد. از این رو در عین اینکه به نظر می‌رسید،

کمیسیون در سال ۱۹۸۰ دوگانه عذر- توجیه را پذیرفته است اما از پذیرش آثار آن خودداری کرد. اگر عملی متخلفانه نباشد بر چه مبنایی می‌توان مطالبه خسارت کرد؟ شرح و تفسیر ۲۰۰۱ کمیسیون محتاط‌تر است. عنوان این بخش همان عنوان قبلی است، اما کمیسیون به‌جای اینکه واژگان توجیه یا عذر را به کار برد اغلب از عبارت «دفاع ضرورت» استفاده می‌کند. در عین حال در سه بند هم واژه عذر را به کار می‌برد: بند ۲ (ضرورت تنها در موارد معدودی برای عدم اجرای تعهد می‌تواند مورد استناد قرار گیرد ...) بند ۱۴ (دو وضعیت کاملاً مرتبط با عذر ضرورت) بند ۲۰ (درست است که در مواردی برای عملیات نظامی در خارج از کشور به دفاع ضرورت استناد شده است) این تغییر در تأکید روی این واژه از سال ۱۹۸۰ تا سال ۲۰۰۱ اتفاقی نیست.

ووگان لو^{۱۶} در تفسیری که بر طرح پیش‌نویس مواد کمیسیون در سال ۱۹۹۹ نگاشته است عبارت «دفاعی برای معاذیر» را به کار می‌برد و (عبارتی که یادآور عنوان مقاله تأثیرگذار جان آوستین بود)، حتی ادعا کرد که عنوان این بخش همراه‌کننده است. او استدلال می‌کرد این تفکیک که یک رفتار را صحیح (یا قابل توجیه) یا معذور (اگرچه آن رفتار نادرست باشد) بدانیم یک سری تفاوت‌های عملی و نظری در پی خواهد داشت. شرط پرداخت خسارت یکی از نتایج مهم این تفکیک است، نکته‌ای که پروفیسور کرافورد عضو کمیسیون و گزارشگر ویژه آن نیز در پاسخ به او بر آن تأکید می‌کند. به اعتقاد کرافورد دقیقاً مشخص نیست که کدامیک، عذر یا توجیه در پیش‌نویس طرح در کلیت آن پذیرفته شده است. برداشت او نوعی «متخلفانه بودن عمل به صورت انتزاعی» است؛ یعنی اینکه فعلی در ماهیت خویش متخلفانه است اما دولت مرتکب آن در شرایط خاص مسئولیتی از بابت آن ندارد. گو اینکه به مسئولیت ناشی از فعل توجه نمی‌شود و نه به متخلفانه بودن آن. کرافورد اظهار می‌کند که این امر بویژه در خصوص دفاع ضرورت صادق است. او تردیدی ندارد که این دفاع مصداق یک عذر است و نه یک توجیه همچون دفاع مشروع. از این رو درخواست خسارت را در موارد ضرورت می‌پذیرد و نه در موارد دفاع مشروع. استحقاق مطالبه خسارت تنها یا مهمترین اثر این تفکیک نیست. لو استدلال عمیق‌تری را ارائه می‌دهد:

بخشش بیش از یک عذر اثر یک قاعده قانونی را تضعیف می‌کند.^{۱۷} او به‌عنوان مثال به قوانین مربوط به سرعت غیرمجاز اشاره می‌کند: ممکن است ما یک محدودیت شدید سرعت را مقرر کنیم اما این صلاحیت را به

16. Vaughan Lawe.

17. Exculpation may weaken the pull to compliance exercised by a rule to a greater extent than excuse would.

مأمورین بدهیم که به عنوان مثال راننده‌ای را که برای رساندن یک بیمار اضطراری به بیمارستان با سرعت بالا حرکت کرده است، تحت تعقیب قرار ندهند. یا ممکن است ما یک محدودیت سرعت را مقرر کنیم اما تعهد رعایت این محدودیت را به این منوط کنیم که در موارد ضرورت، رانندگان بتوانند به این محدودیت توجه نکنند. هر دوی این حالات راننده مزبور را از مجازات نقض قانون مبرا می‌کند اما ممکن است که حالت دوم بیشتر به عدم رعایت قانون منجر شود تا حالت اول.

همان‌طور که لو اظهار می‌کند این امر یک مسئله تجربی است که پاسخ به آن واضح و آشکار نیست و من اضافه می‌کنم که یک مسئله تجربی در چارچوب حقوق بین‌الملل حتی واضح‌تر از حقوق داخلی است زیرا در این سیستم رعایت یک قاعده بندرت از طریق اقدام قهری صورت می‌گیرد و بیشتر به پذیرش عام آن بستگی دارد. احتمال دارد که معذور دانستن نقض یک قاعده تأثیر آن را نسبت به وقتی که استثنائاتی بر مبنای ضرورت بر آن ایجاد شود کمتر تهدید کند. در واقع معاذیر می‌توانند با تأیید این امر که فعل مشمول عذر غیرقانونی بوده است به تقویت قانون و مقررات کمک کنند.

دفاع ضرورت به عنوان یک «شیر اطمینان» عمل می‌کند که از طریق آن دولتها می‌توانند در هنگامی که تبعیت بی‌چون و چرا از قانون به نتایج دهشت بار می‌انجامد، قواعد را نادیده بگیرند. عمل انجام شده در حالت ضرورت ممکن است به منافعی که به دنبال حمایت از آنها بوده و نیز به خود سیستم حقوقی صدماتی وارد کند.^{۱۸} این مفهوم عموماً در نظامهای حقوقی داخلی به رسمیت شناخته شده است و همان‌طور که دیوان بین‌المللی دادگستری و کمیسیون حقوق بین‌الملل خاطرنشان کرده‌اند سابقه‌ای دیرینه در حقوق بین‌الملل دارد. در چارچوب اقدامات قهری، ضرورت، استثنایی بر ممنوعیت توسل به زور محسوب نمی‌شود، بلکه از شرایطی عینی ناشی می‌شود که در آن ممنوعیت توسل به زور نادیده گرفته می‌شود.

تحلیل فوق نشان می‌دهد که تمایز مفهومی بین عذر و توجیه در حقوق بین‌الملل از اهمیت برخوردار است. آنتا روبرتز^{۱۹} با این عقیده موافق است، اما می‌پرسد که آیا یک سیستم حقوقی بین‌المللی غیرمتمرکز قادر است چنین تفکیکی را ایجاد کند؟ او استدلال قانع‌کننده‌ای را علیه رویکرد «غیرقانونی اما قابل توجیه»^{۲۰} توسل به زور بر این مبنا که اعلام غیرقانونی بودن یک فعل در حقوق بین‌الملل صریحاً صورت نمی‌گیرد، مطرح می‌کند بدون چنین اعلامی (این

۱۸. همان‌گونه که توماس فرانک می‌گوید: هنگامی که اجرای مقررات به نتایج جزیی و بی‌معنی و پوچ بینجامد، حقوق رشد نمی‌کند نظیر وقتی که اجرای آن به حس مشترک اخلاقی اکثر اشخاص راجع به اینکه چه چیزی حق و صحیح است سر می‌زند.

19. Anthea Roberts.

20. Illegal but Justified.

امر مهم است زیرا ممنوعیت مطلق این فعل را تأیید می‌کند) استثنائات وارد بر یک قاعده خود سریعاً به قواعد جدید تبدیل می‌شوند زیرا تأثیر نقضهای حقوق بین‌الملل تغییر عرف یا تفسیر رسمی یک مقررۀ معاهده‌ای است. به‌علاوه این رویکرد فضای گفتمان را از مباحث قانونی به سمت یک «مفهوم مبهم و قابل مناقشه از مشروعیت» می‌برد. به عبارت دیگر این رویکرد تأثیر پردامنه قانون را تهدید کرده و راه را برای طرح ادعاهایی که به سوءاستفاده از مقررات می‌انجامد می‌گشاید. روبرتو می‌افزاید که توصیف ضرورت به‌عنوان یکی از معاذیر یا شرایط مخففه (او بر این باور است که این دو ماهیتاً یکسانند) مشکلی را حل نمی‌کند زیرا بدون اعلام غیرقانونی بودن یا مجازات مترتب بر آن هرچه باشد، هیچ تفاوت عملی میان برائت و تخفیف مجازات وجود ندارد. در هر یک از این دو صورت، چنین فعلی ممنوعیت [ناشی از قاعده] را تهدید می‌کند و رویه‌ای را برای آینده بنا می‌نهد.

نیاز است که این استدلال‌ات جدی گرفته شود. اگر تفکیک میان عذر و توجیه در حقوق بین‌الملل مورد تأیید قرار نگیرد در آن صورت هدف از استناد به ضرورت یعنی تأیید ممنوعیت توسل به زور در عین تعلیق آن در موارد خاص محقق نخواهد شد. «توجیه»، همچون رهنمودی برای فعل اخلاقاً صحیح عمل می‌کند درحالی‌که «عذر»، توصیف وضعیتی است که فاعل را به انجام فعلی به شکلی خاص مجبور کرده است. معاذیر به‌عنوان بیان شخصی فهم در مورد فشار شرایط عمل می‌کنند و نه به‌عنوان دستورات کلی عملی. همان‌طور که برونو سیمما^{۲۱} در توصیف مداخله ناتو در کوزوو اظهار داشت که آن «وضعیت خاص و متمایز» بود و نمی‌توان از یک وضعیت خاص نتایج کلی استنتاج کرد.

دقیقاً به همین دلیل است که جامعه بین‌المللی تاکنون قادر نبوده است راهبردهایی را تدوین کند که به‌واسطه آنها احراز گردد چه زمانی توسل به زور برای اهداف بشردوستانه یا علیه تروریست‌ها قابل توجیه بوده و می‌توان به ضرورت استناد کرد.

آیا سیستم حقوق بین‌المللی غیرمتمرکز امروز قادر است این تفکیک را ایجاد کند؟ آیا این سیستم می‌تواند نقض مقررات و قواعد حقوقی را بدون تهدید اساس ممنوعیت مورد بحث بپذیرد. آیا این سیستم می‌تواند استثنائات خاصی را بر این قاعده بدون آنکه آنها خود سریعاً به قواعد جدیدی تبدیل شوند بپذیرد؟ آیا راهی وجود دارد که در عین بخشش فاعل همچون یک قدرت تعقیبی یا یک اعلام قضائی غیرقانونی بودن یک فعل عمل کند؟ من بر این باورم که چنین راهی وجود دارد که آنهم در مفهوم یک جامعه تغییرری مستتر است. در بخش چهارم به این مطلب می‌پردازم اما پیش از آن وضعیت واقعی که در آن امکان استناد به دفاع ضرورت وجود

21. Bruno Simma.

دارد را به صورت منطقی مورد بررسی قرار می‌دهم: مداخله بشردوستانه و مبارزه با تروریسم.

۳- دفاع ضرورت در عمل: مداخله بشردوستانه و مبارزه با تروریسم

الف) مداخله بشردوستانه

آیا دفاع ضرورت می‌تواند برای مداخله بشردوستانه مورد استناد قرار گیرد؟ پیش از پاسخ مستقیم به این پرسش، لازم است مواردی را که گاهی اوقات به نادرست تحت عنوان مداخله بشردوستانه طبقه‌بندی می‌شوند همچون اعمال مربوط به نجات اتباع یک دولت در خارج، کنار بگذاریم.

اگرچه در این موارد نیز یک عنصر بشردوستانه در اقدام وجود دارد، اما این اقدامات با تدابیری که برای حمایت از اتباع یک دولت دیگر در برابر خشونت‌های شدید یا دیگر فجایع بشری به کار می‌روند، تفاوت دارند. در واقع همان‌طور که پروفسور شاختر اظهار می‌دارد حمایت از اتباع در خارج عموماً با توجه به محدودیت‌ها و شرایط مرتبط با این بخش از حقوق، گونه‌ای از دفاع مشروع تلقی می‌شود. در عین حال بهتر است پیش از بررسی مداخله بشردوستانه در معنای دقیق آن، قضایای نجات اتباع را نیز مورد مطالعه قرار دهیم، زیرا آنها در درک و توضیح تکامل و تحول دفاع «ضرورت» سودمندند. به علاوه، قضایای مربوط به حمایت از اتباع در خارج با اقدامات ضد تروریستی نیز مرتبطند و لذا همان منطق بر آنها نیز حاکم است.

تا پیش از ۱۹۴۵، آثار نویسندگان و رویه دولتها اکثراً از حق توسل به زور برای حمایت از اتباع در خارج حمایت می‌کرد. این امر مبتنی بر یک سری توجیهات حقوقی همچون حق صیانت نفس، حمایت از خود، دفاع مشروع و ضرورت بود. پروفسور باوت^{۲۲} به ۷۰ مورد طی سالهای ۱۸۱۳ تا ۱۹۲۷ اشاره می‌کند که در آنها برای حمایت از اتباع ایالات متحده در خارج از قلمرو این کشور از نیروی نظامی استفاده شده است.

به هر حال با تصویب منشور ملل متحد و منع گسترده توسل به زور در خصوص اینکه آیا همچنان حق چنین مداخله‌ای برای نجات اتباع وجود دارد یا خیر، تردیدهایی حاصل شد. از ۱۹۴۵ به بعد به نظر می‌رسد که دولتها برای انجام حدود ۱۰ مأموریت نجات اتباع به حق دفاع مشروع استناد کرده‌اند. اما رویه سازمان ملل متحد و رویه دیگر دولتها که در واکنش به این اقدامات خود را نشان می‌دهد، مشخص نیست، همچنان که معمولاً بیش از یک توجیه ارائه شده است.^{۲۳} کریستین گری^{۲۴} پس از بررسی رویه دولتها نتیجه‌گیری کرد که تعداد معدودی از دولتها

22. Derek Bowett.

۲۳. مهمترین موارد مربوط به عملیات نجات اتباع در خارج عبارتند از: حمله مشترک فرانسه و بریتانیا به کانال سوئز در ۱۹۵۶، پیاده شدن نیروهای بلژیک در کنگو در سال ۱۹۶۰، پیاده شدن نیروهای آمریکایی در خاک جمهوری دومینکن ۱۹۶۵،

(بلژیک، ایالات متحده، اسرائیل، انگلستان) حق حمایت از اتباع در خارج را می‌پذیرند، اما اکثراً موافق این حق نیستند.^{۲۵}

علی‌رغم این عدم قطعیت طولانی، من با نظر شاختر مبنی بر اینکه سرمشق دفاع مشروع چارچوب مناسبتری برای تحلیل این وضعیت‌هاست و لذا نیازی به «شیر اطمینان» ضرورت نیست، موافقم. البته منظور آن نیست که حقوق حاکم بر دفاع مشروع پاسخ آسان و دقیقی را در موارد خاص ارائه می‌دهد. قضیه‌ای که همدلیهای بسیاری با آن صورت گرفت، قضیه حمله اسرائیل به انتبه در اوگاندا برای نجات گروگانهایی بود که در اختیار هواپیماربایان سازمان آزادی‌بخش فلسطین بودند.^{۲۶} به همین ترتیب اقدام ایالات متحده برای نجات گروگانها در ایران عموماً قانونی تلقی شده است. قضیه کمتر قانع‌کننده بحران سوئز است که در آن بریتانیا مدعی بود که جان اتباعش در معرض خطر است و لذا بر مبنای دفاع مشروع حق دارد مداخله کند.^{۲۷} از دیگر موارد بحث‌برانگیز، یکی حمله ایالات متحده به گرانادا و دیگری عملیات ایالات متحده در پاناما بود. در اولی یکی از توجیهات حقوقی مطرح شده بحث حمایت از اتباع بود. در دومی هم حمله و خلع نوریکا رئیس جمهور وقت پاناما فراتر از ضرورت و تناسب لازم با آن هدف خاص بود. به‌طور کلی حقوق دفاع مشروع برای حمایت از اتباع در خارج قابل سوءاستفاده است. (همان‌طور که تمام مقررات مربوط به توسل به زور با همین وضعیت مواجهند)، اما مفهوم دفاع مشروع و شرایط محدودکننده آن چارچوبی را برای ارزیابی ماهیتی ادعاهای خاص فراهم می‌کند. اگر نجات یا حمایت از اتباع بهانه‌ای برای تهاجم با اهداف وسیعتر باشد در آن صورت این ادعا پذیرفته نیست، اما وقتی شواهد قانع‌کننده و ادعا مستدل باشد حقوق بین‌الملل، دفاع مشروع را در این شرایط می‌پذیرد.

تغییر چارچوب تحلیلی «ضرورت» نتیجه عملی یا نظری در پی ندارد.^{۲۸} از سوی دیگر

حمله اسرائیل به انتبه ۱۹۷۶، عملیات ناموفق نجات گروگانها در ایران در سال ۱۹۸۰ و حمله ایالات متحده به گرانادا ۱۹۸۳ و پاناما ۱۹۸۹.

24. Christine Gray.

۲۵. یکی از برجسته‌ترین حقوقدانانی که معتبر بودن این حق را مورد تردید قرار داده است پروفیسور براونلی است.

۲۶. نماینده ایالات متحده در شورای امنیت به‌هنگام بحث در مورد این قضیه اظهار داشت:

شرایط لازم برای حق حمایت از اتباع در خارج دقیقاً در این قضیه فراهم است. اسرائیل دلایل خوبی دارد مبنی بر اینکه در زمان اقدام اسرائیل گروگانها با خطر قریب الوقوع اعدام از سوی هواپیماربایان مواجه بوده‌اند. به‌علاوه اقدامات لازم برای نجات جان اتباع اسرائیل از سوی دولت اوگاندا اتخاذ نشده است و انتظار هم نمی‌رفت که چنین اقداماتی صورت گیرد. حمله نظامی اسرائیل منحصر بود به نجات مسافران و خدمه هواپیما و هنگامی که این اهداف محقق شدند، عملیات پایان یافت.

۲۷. جان اتباع بریتانیا در معرض خطر بود اما شواهد چندانی از تهدید قریب الوقوع یک حمله که یک پاسخ نظامی تمام عیار را ایجاب کند وجود نداشت.

۲۸. کمیسیون در شرح و تفسیر سال ۱۹۸۰ خویش اظهار داشت که تنها یک بار برای توجیه مداخله قهری برای نجات اتباع در قلمرو کشور دیگر به ضرورت استناد شده است که آنهم قضیه فرود چتربازان بلژیکی در ۱۹۶۰ در کنگو برای نجات اتباع بلژیکی و اتباع دیگر دولتهای اروپایی بود. در مباحث مربوط به این قضیه در شورای امنیت، هیچ‌یک از اعضا راجع به اعتبار

مداخله بشردوستانه از طرف اتباع دیگر کشورها مسئله متفاوتی است و نمی‌توان به آسانی دفاع مشروع را در این موارد پذیرفت. یک بحران حقوق بشری / بشردوستانه بخوبی می‌تواند تهدیدی علیه صلح باشد و لذا مبنایی برای اقدام نظامی با مجوز شورای امنیت شود، اما تجربه نشان داده است که شورا در اغلب موارد اقدامی نمی‌کند. آقای کوفی عنان دبیر کل سازمان ملل متحد نیز در سخنرانی خویش در افتتاحیه اجلاس سالانه مجمع عمومی در سپتامبر ۱۹۹۹ به این مسئله غامض و پیچیده اشاره کرد:

«کوزوو مصداق بارز آن چیزی است که مداخله بشردوستانه نامیده می‌شود. از یک سو مسئله مشروعیت اقدام یک سازمان منطقه‌ای بدون مجوز ملل متحد و از سوی دیگر الزام پذیرفته شده جهانی مبنی بر توقف سریع نقض فاحش و سیستماتیک حقوق بشر که با تبعات انسانی شدیدی همراه بود، خود را نشان می‌داد چالش اصلی شورای امنیت و ملل متحد در کل در قرن آینده بر این اصل متمرکز است که دیگر نقض گسترده و سیستماتیک حقوق بشر - در هر جا که رخ دهد - قابل تحمل نخواهد بود. انتخاب نباید میان حفظ وحدت شورا و انفعال در مواجهه با نسل‌کشی‌ای نظیر رواندا یا اختلاف در شورا و یک اقدام منطقه‌ای نظیر کوزوو باشد. در هر دوی این موارد اعضای ملل متحد باید قادر می‌بودند که مبنای مشترکی در تأیید اصول منشور بیابند و در دفاع از بشریت مشترک ما متحد می‌شدند».^{۲۹}

هنگامی که شورا در مقابل فجایع حقوق بشری گسترده دست به اقدامی نمی‌زند آیا تبعیت دقیق از مقررات منشور ملل متحد مانع اقدام بدون مجوز شورای امنیت است؟ عده‌ای اظهار داشته‌اند که مغایرت میان حقوق موجود و انگیزه‌های اخلاقی، سیاسی دلیلی بر اصلاح منشور است تا در این موارد حتی بدون مجوز شورای امنیت هم بتوان اقدام کرد. اما اصلاح منشور در این راستا بزودی تحقق نخواهد یافت و تا آن زمان جان انسانهای زیادی از بین می‌رود، امری که به آسانی قابل پیشگیری است. تا آن زمان آیا ضرورت بشردوستانه می‌تواند مورد استناد قرار گیرد؟ تردیدی نیست که «خطر قریب‌الوقوع و شدید» نسل‌کشی دقیقاً از آن سنخ «منافع اساسی» است که حمایت تحت عنوان «ضرورت» را ایجاب می‌کند. یقیناً مداخله، به منافع دولتی که عملیات در سرزمین او صورت می‌گیرد خدشه وارد می‌کند، اما منافع جامعه بین‌المللی این امر را تأیید می‌کند که گاهی اوقات هنجارهای بنیادین حقوق بشر بر حق یک

دفاع ضرورت - که از سوی بلژیک مطرح می‌شد - اظهار نظر نکرد اما چیزی که در نهایت می‌توان گفت آن است که چنین دفاعی رد هم نشد.

۲۹. سخنان آقای عنان واکنشهای رهبران جهان را برانگیخت. اکثریت آنها در سخنرانیهای خویش در مجمع عمومی محتاطانه یا قویاً با دکرترین مداخله بشردوستانه مخالفت کردند. با این وجود مطالعه دقیق این اظهارات نشان می‌دهد که مخالفین که اکثراً از کشورهای نیمکره جنوبی بودند با نفس این هنجار در حال شکل‌گیری مخالفتی نداشتند بلکه آنها بیشتر نگران آن بودند که از این دکرترین به‌صورت گزینشی استفاده شود.

دولت بر عدم مداخله در قلمرو او اولویت دارد. این دقیقاً همان استدلالی بود که سالها قبل از بحران کوزوو در سال ۱۹۹۱ از سوی شاختر بیان شده بود:

«زمانی که یک دولت با جمعی از دولتها برای پایان دادن به یک فاجعه بشری به زور متوسل می‌شوند و هنگامی که ضرورت این عمل آشکار و بدیهی بوده و قصد آنها حمایت بشردوستانه است، احتمالاً مسئولیتی از بابت نقض مقررات نخواهند داشت. اما بر این باورم این امر نامطلوبی است که قاعده جدیدی وجود داشته باشد تا مداخله بشردوستانه را مجاز شمارد، زیرا این امر می‌تواند مورد سوءاستفاده قرار گیرد. بهتر آن است که در برابر نقضی که در شرایطی خاص مطلوب و ضروری محسوب می‌شود سکوت کرد تا اینکه اجازه دهیم اصلی پذیرفته شود که شکافی عمیق در سد ممنوعیت توسل یک جانبه به زور ایجاد کند.»

ادعاهای حقوقی بسیاری برای توجیه مداخله ناتو در کوزوو در سال ۱۹۹۹ مطرح شده است همچون حقوق عرفی و ادعاهای مبتنی بر منشور، مبنی بر آنکه این اقدام بند ۴ ماده ۲ را نقض نمی‌کند یا یک دفاع مشروع قابل توجیه (ماده ۵۱ منشور) است، اجرای قطعنامه‌های صادره از سوی شورای امنیت بر مبنای فصل هفتم که ماهها قبل از اقدام ناتو صادر شده بودند (قطعنامه‌های ۱۱۶۰، ۱۱۹۹، ۱۲۰۳) یا قطعنامه صادره پس از اقدام ناتو. (قطعنامه ۱۲۴۴ شورا که نیروهای ویژه ملل متحد در کوزوو را تأسیس کرد) در مقابل هر یک از این توجیهات می‌توان استدلال‌ات مخالف محکمی ارائه داد و در واقع غالب نویسندگان در امریکای شمالی و اروپا معتقدند که این اقدام ناقض حقوق بین‌الملل بوده است. بلژیک در دفاع از خود در دیوان بین‌المللی دادگستری - در دعوی مطروحه از سوی صربستان علیه اعضای ناتو - به قطعنامه‌های شورای امنیت و حالت ضرورت استناد می‌کرد و پس از اشاره به ماده ۳۳ طرح پیش‌نویس مواد مربوط به مسئولیت دولت اظهار داشت:

«حالت ضرورت دلیلی است که در مقابل خطر شدید و قریب الوقوع، نقض یک قاعده الزام‌آور را جهت تضمین ارزشهایی که نسبت به ارزشهای مورد حمایت قاعده نقض شده از اولویت برخوردارند، توجیه می‌کند. بگذارید عناصر این تعریف را یک به یک مورد بررسی قرار داده و سپس آنها را با قضیه مورد بحث تطبیق دهیم. اولاً چه قاعده‌ای نقض شده است؟ ما معتقد نیستیم که قاعده‌ای نقض شده است. در عین حال فرض کنیم که این قاعده، قاعده ممنوعیت توسل به زور باشد. خطر قریب الوقوع و شدید کجا وجود دارد؟ تردیدی نیست که این خطر هنگام مداخله نظامی وجود داشت و هنوز این وضعیت یک خطر محتمل است - منظور آن فاجعه بشری بود که در قطعنامه‌های شورا امنیت از آن سخن رفته بود - این مداخله به دنبال تضمین چه ارزشهایی است؟ آنها حقوق ناشی از قواعد آمره‌اند. مسئله، امنیت جمعی کل یک منطقه است.»

استدلال بلژیک مشابه استدلالی است که از سوی نماینده دائم بریتانیا در شورای امنیت، به‌هنگام آغاز مداخله مطرح شد:

«اقدام صورت گرفته قانونی است. این اقدام به‌عنوان اقدامی استثنائی برای جلوگیری از یک فاجعه انسانی گسترده قابل توجیه است. قبلاً هرگونه اقدامی غیر از زور برای تغییر این وضعیت به‌کار گرفته شده بود» ... در این شرایط به‌عنوان اقدامی استثنائی بر مبنای ضرورت انسانی، مداخله نظامی قانوناً موجه است. هدف از اقدام نظامی فعلی منحصرأً جلوگیری از یک فاجعه بشری و در حداقلی است که ضرورت ایجاب می‌کند.»

کمیسون مستقل بین‌المللی کوزوو، مؤسسه دانمارکی روابط بین‌الملل، توماس فرانک،^{۳۰} لویس هنکین^{۳۱} و جن استرومست^{۳۲} این استدلال را قانع‌کننده دانستند، اگرچه راجع به اینکه آیا این اقدام، قانونی، غیرقانونی اما موجه، غیرقانونی اما قابل پذیرش، بود متفق نبودند اما سیمون چسترمن^{۳۳} و آنتا روبرتز متقاعد نشدند. اولی این استدلال را بر مبنای شواهد موضوعی و نه حقوقی رد کرد و دومی نیز بیشتر به سیر استدلالی «غیرقانونی اما موجه» انتقاد داشت تا خود دفاع ضرورت.

جالب است که نتیجه وضعیت کوزوو می‌تواند شکل‌گیری یک اجماع نسبی راجع به مداخله بشردوستانه باشد با این توضیح که در صورت تأیید شورای امنیت، این امر قانونی^{۳۴} و به‌طور کلی بدون مجوز شورا، غیرقانونی است، اما ممکن است موارد معدود و حادی وجود داشته باشد که در آن مداخله بدون مجوز شورا نیز قابل پذیرش باشد. (شاختر از این ایده پیروی می‌کند) رگه‌هایی از این مفهوم از ضرورت بشردوستانه به‌عنوان یک «عذر» در اعلامیه‌های بسیاری از کشورها از جمله کشورهای اسلامی و اعضای جنبش عدم تعهد به چشم می‌خورد، آنها از یک‌سو مایل نبودند که قانونی بودن این تهاجم را بپذیرند و از سوی دیگر حاضر هم نبودند آن را محکوم کنند. به‌علاوه صرف این مطلب که پیش‌نویس قطعنامه پیشنهادی روسیه در ۲۶ مارس با رأی ۱۲ به ۳ رد شد حاکی از آن است که بعضی اعضای شورا در عین اینکه عمیقاً نگران اقدام بدون مجوز صریح شورا بودند، حاضر شده بودند که مداخله را بپذیرند. (در میان این کشورها نام برزیل، مالزی و گابن به چشم می‌خورد که از جمله کشورهایی نیستند که به‌محض شنیدن نام آنها بتوان

30. Thomas Franck.

31. Louis Henkin.

32. Jane Stromseth.

33. Simon Chesterman.

۳۴. با این وجود این ادعا هم بحث‌انگیز بوده است. اگرچه رویه شورای امنیت در دهه ۹۰ نشانگر آن است که اعضای آن تدریجاً مداخله را در موارد بسیار حاد می‌پذیرند و عده‌ای همچون روسیه و چین (که در بسیاری از موارد رأی ممتنع داده است) مداخله را به‌عنوان یک اصل کلی نمی‌پذیرند. در عین حال پس از قضیه کوزوو شواهدی وجود دارد مبنی بر اینکه روسیه، چین، هندوستان و دیگر دولتهای مخالف تدریجاً چنین عملی را مشروع و حتی آن را مسئولیت شورای امنیت می‌دانند.

موضع آنها را با ایالات متحده یکسان دانست) همچنین عدم محکومیت اقدام ناتو از سوی مجمع عمومی نیز شایان اهمیت است. ممکن بود که با رأی اکثریت ۲/۳ اعضا در چارچوب قطعنامه اتحاد برای صلح، در مجمع عمومی تصمیمی برای اقدام اتخاذ شود اما مجمع به دلیل رویه قبلی‌اش از انجام این کار خودداری کرد. در این صورت تصمیم به عدم بررسی این وضعیت در مجمع عمومی نشانگر چشم بستن بر این اقدام ناتو بوده است. حمایت فراوان از این اقدام در شورای امنیت و تأمین نیرو از سوی کشورهای مختلف برای تشکیل نیروی ملل متحد در کوزوو درست ۳ ماه پس از اقدام ناتو شاهد دیگری است که این ادعا را تقویت می‌کند.

یافته‌های کمیسیون بین‌المللی کوزوو مبنی بر آنکه مداخله، «مشروع» اما غیرقانونی بوده شیوه دیگری برای بیان همین نکته بوده است. استناد به مفهوم مشروعیت بدون تعریف آن یا بدون قید شرایطی که یک عمل را مشروع یا نامشروع می‌سازد، سؤالات گوناگونی را مطرح می‌کند و همچنان نمی‌تواند نگرانیهای آنها را که از سوءاستفاده از این امر هراس دارند، مرتفع سازد. در صورتی که مداخله را یک نقض حقوقی قابل پذیرش بدانیم توصیف بهتری از چگونگی واکنش جامعه بین‌المللی در کوزوو به دست می‌آوریم. همان‌طور که پیش‌تر گفته شد عذر ضرورت یک دفاع خاص و پسینی است و نه یک سری راهبرد کلی پیشینی. این عذر نشان می‌دهد که جامعه بین‌المللی چگونه با نقض خاص یک قاعده حقوقی برخورد می‌کند به جای اینکه تعیین کند، چگونه باید برخورد کند. عدم قطعیت موجود راجع به اینکه آیا یک نقض پذیرفته خواهد شد، تأثیر رویه‌ساز این دفاع را کاهش می‌دهد و خواه ناخواه می‌تواند بر استناد به آن تأثیر گذارد. به‌علاوه اینکه دفاع ضرورت را یکی از معاذیر بدانیم و نه یک توجیه، این مزیت را دارد که اصل حقوقی مورد بحث را تقویت می‌کند در عین اینکه چارچوبی مقدماتی برای درک شرایط فوق‌العاده‌ای که در آن نقض آن اصل مسئولیتی به‌همراه ندارد، فراهم می‌کند.

ب) مبارزه با تروریسم

حوزه دیگری که در آن ممکن است دفاع ضرورت مورد استناد قرار گیرد توسل به زور علیه تروریستها یا پایگاههای تروریستی است. همچون نجات اتباع در خارج از قلمرو، حقوق حاکم در خصوص دفاع مشروع به اندازه کافی قابلیت دارد که این وضعیتها را هم در برگیرد. واکنشهای متفاوت به مداخلات تحت رهبری ایالات متحده در افغانستان و عراق نشان می‌دهد که این حقوق به اندازه کافی انعطاف دارد که بعضی اقدامات ضد تروریستی را در راستای دفاع مشروع بپذیرد، اما این انعطاف تا آن حد نیست که مفهوم آستانه «حمله مسلحانه» را از معنی تهی کند. نیازی نیست که در این شرایط به ضرورت استناد شود، زیرا این امر تنها بر پیچیدگیهای این حوزه مغشوش و پیچیده از حقوق - دفاع مشروع - می‌افزاید.

تلاش عمده من در این قسمت با توسل به زور علیه تروریسم دولتی یا علیه دولتهایی که حمایت آنها از تروریستها به حدی است که آشکارا اعمال این اشخاص به آن دولتها قابل انتساب است، ارتباطی ندارد. وضعیت اخیر که غیرمستقیم از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوا مورد بررسی قرار گرفت کاملاً در حیطه سرمشق دفاع مشروع قرار می‌گیرد، اگرچه این امر هم محل اختلاف است. قضیه نیکاراگوا با استفاده از زور از سوی گروههای مسلح و نیروهای نامنظم، مرتبط بود. دیوان با توجه به قطعنامه تعریف تجاوز که در مجمع عمومی تصویب شده بود، رأی داد که تعریف یک حمله مسلحانه عبارتست از اعزام گروههای مسلح، نیروهای نامنظم یا مزدوران از سوی یک دولت یا از طرف او برای انجام حملات مسلحانه علیه دولت دیگر که از چنان شدتی برخوردار باشد که به یک حمله مسلحانه واقعی که از سوی نیروهای منظم انجام شود، منجر شده یا به درگیری عمده آنها در این وضعیت بینجامد.^{۳۵} دیوان آستانه بالایی را تعیین کرد و رأی داد که تأمین سلاح و حمایت لژیستیک از چریکهای چپ در السالوادور توسط نیکاراگوا به درگیری عمده آنها از طریق اعزام نیروهای نامنظم منجر نشده است و لذا نمی‌تواند حمله‌ای مسلحانه از سوی دولت حامی تلقی شود. این آستانه بالا از سوی تعدادی از قضات مخالف مورد انتقاد قرار گرفت، اما این قضیه از این منظر که دفاع مشروع علیه دولتی که در سطحی وسیع اقدام به سازماندهی گروههای تروریستی که در قلمرو دیگر به فعالیت می‌پردازند را با لحاظ ارزیابی واقعی از تأثیر و حجم حملات می‌پذیرد، شایان اهمیت بسیاری است. جوتا برونه^{۳۵} و استفن توپ^{۳۶} بر این باورند که، قاعده مندرج در قضیه نیکاراگوا راجع به انتساب باید کم‌کم تغییر کند تا دیگر نیازی به اثبات فاعلیت نباشد - حمایت مستقیم یا حداقل تأیید ضمنی همچون خودداری از استرداد مظنونین به اقدامات تروریستی^{۳۷} کفایت می‌کند - راجع به آستانه دقیق جای بحث وجود دارد، اما نکته این است که چارچوب دفاع مشروع برای برخورد با چالش تروریسم مورد حمایت یک دولت، کفایت می‌کند.

مسئله حقوقی پر تبعات دیگر مربوط به استفاده از زور علیه خود تروریستهاست. این مسئله از آنجا مطرح می‌شود که هم کمیسیون حقوق بین‌الملل (در پیش‌نویس سال ۱۹۸۰ خویش راجع به مسئولیت) و هم دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوا اظهار داشته‌اند که دفاع مشروع تنها علیه یک دولت قابل اعمال است و نه علیه بازیگران غیر دولتی. دیوان در این قضیه به طور خاص به این مطلب نپرداخت، اما شاختر بر این اعتقاد است که چنین استنباطی از

35. Jutta Brune.

36. Stephen Toope.

۳۷. به همین ترتیب مری اکانل نیز معتقد است در صورتی که یک دولت از عوامل خویش برای یک حمله تروریستی استفاده کند یا مهاجمین تحت کنترل و حمایت او بوده باشند یا اینکه بعداً اعمال و رفتار تروریستها را بپذیرد می‌توان علیه او به زور متوسل شد.

رای دیوان، استنباطی صحیح خواهد بود. کمیسیون در شرح و تفسیر خویش بر پیش‌نویس طرح ۱۹۸۰ خود اظهار داشت که دفاع مشروع تنها علیه دولتی که به طریق غیرقانونی به زور متوسل شده قابل اعمال است. از این رو به اعتقاد شاختر، هم کمیسیون و هم دیوان رابطه‌ای میان عملیات فراسرزمینی علیه گروه‌های مسلح و اصل دفاع مشروع نمی‌بینند و هیچ دلیلی مبنی بر اینکه دولتها در آن زمان موضعی متفاوت اتخاذ کرده باشند، وجود ندارد، در نتیجه شاختر استدلال می‌کند که حدود قانونی دفاع مشروع در دو وضعیتی که تروریستها در قلمرو دولت دیگر فعالیت می‌کنند مانع توسل به زور است، یکی هنگامی که دولت آن کشور در حملات انجام شده از سوی تروریستها نقش عمده‌ای نداشته است و دیگری زمانی که یک تهدید شدید تروریستی هنوز به یک حمله مسلحانه در چارچوب ماده ۵۱ منشور تبدیل نشده است. این نقطه شروع استدلال شاختر است که می‌گوید، عذر ضرورت در این موارد قابل استناد است (و بایستی این چنین باشد). به نظر می‌رسد که این سیر استدلالی با استدلال دیوان در قضیه نیکاراگوا همخوانی دارد. دیوان امکان به کار بردن «تدابیر متقابل متناسب» را در پاسخ به مداخله یا استفاده از زوری که به حد حمله مسلحانه از سوی دولت حامی نرسد، می‌پذیرد. با توجه به پیچیدگی مفهومی‌ای که این امر در استدلال دیوان ایجاد می‌کند می‌توان استدلال کرد که مفهوم ضرورت این خلأ را پر می‌کند. مطابق این منطق اگر دولتی قادر نباشد یا تمایل نداشته باشد که فعالیتهای گروه‌های مستقر در سرزمین خویش را کنترل کند، هنگامی که چنین فعالیتهایی یک خطر شدید و قریب‌الوقوع برای منفعت اساسی دولت دیگر ایجاد کند، در آن صورت نقض تمامیت سرزمینی دولت نخست برای رفع آن خطر قابل پذیرش است. مشهورترین نمونه تاریخی این وضعیت، قضیه کارولین است. کمیسیون از این قضیه به عنوان نخستین قضیه در رابطه با ضرورت یاد می‌کند و نه دفاع مشروع، زیرا هیچ کدام از یادداشتهای دیپلماتیک مبادله شده بین طرفین، به این مطلب اشاره نمی‌کند که در صورتی که تخریب کشتی در واکنش به اقدام متخلفانه بین‌المللی که از سوی دولت ایالات متحده ارتکاب یافته است انجام می‌گرفت غیرقانونی بودن عمل بریتانیا زائل می‌شد. این تفسیر برگرفته از دیدگاه کمیسیون است مبنی بر آنکه دفاع مشروع نه بر اقدامات قهری که علیه اشخاص خصوصی اتخاذ می‌شود بلکه در خصوص اقدامات مراجع دولتی قابل اعمال است. همچنین دلایل معتبری برای رد قابلیت اعمال دفاع مشروع در اتخاذ اقدامات قهری علیه تروریستها وجود دارد. حقوق حاکم بر دفاع مشروع در چارچوب رویاروییهای جنگی سنتی شکل گرفته و تدوین شده است. ضابطه آستانه بالا که در قضیه نیکاراگوا به آن اشاره شد به این معنی است که هرگاه به دفاع مشروع استناد شود پتانسیل وقوع یک جنگ تمام عیار که به کارگیری تمام قوا و شرکت متحدین را ایجاب می‌کند وجود دارد. در صورتی که علیه اشخاص خصوصی که تحت کنترل یک دولت نیستند به دفاع مشروع استناد شود وضع محدودیتهای

قانونی بر تدابیری که ممکن است در پاسخ به آن عمل اتخاذ شوند مشکل است. اگر واقع‌بینانه نگاه کنیم در چارچوب یک درگیری نظامی طولانی مدت همچون جنگ علیه تروریسم - تدابیر متناسب نمی‌تواند دقیقاً محدود به محل و زمان یک تهدید متحمل شود و هنگامی که بازیگران غیردولتی منشأ مستقیم خطر باشند چنین استاندارد حقوقی گسترده‌ای قابل سوءاستفاده است. تردیدی نیست که مفاهیم سنتی تناسب که با دفاع مشروع ارتباط دارند آنقدر دقیق نیستند که بتوانند رفتار مجاز در پاسخ به خشونت‌های فرامرزی که به حد حمله مسلحانه تمام عیار صورت گرفته از سوی یک دولت یا مورد حمایت آن نمی‌رسند را تعیین کنند.

به هر حال این دغدغه‌ها ممکن است در طی زمان رفع شوند. طرح کمیسیون در سال ۲۰۰۱ راجع به این مطلب ساکت است. وقایع ۱۱ سپتامبر و واکنش‌های مرتبط با آن نشان می‌دهد که ممکن است موضع ضمنی دیوان مبنی بر اینکه تنها علیه دولتها می‌توان به دفاع مشروع استناد کرد با رویه دولتها کنار گذاشته شده باشد. حملات تروریستی ۱۱ سپتامبر و واکنش ایالات متحده به آنها تأثیر عمیقی بر نظم جهان گذاشته است و عده‌ای آن را یک لحظه تاریخ‌ساز خوانده‌اند.^{۳۸} آنتونیو کاسسه^{۳۹} معتقد است که ۱۱ سپتامبر نه تنها در سطوح انسانی، روانی و سیاسی با تأثیرات بسیار نامطلوب همراه بود، بلکه نتایج مخربی را نیز برای حقوق بین‌الملل در پی داشت. هنوز زود است که در خصوص اینکه این تأثیرات مخرب یا سازنده بوده‌اند سخن بگوییم اما امیدواریم همان‌طور که جان مورفی^{۴۰} اظهار داشت «فاجعه ۱۱ سپتامبر بتواند چنان افکار ما را متمرکز کند که مسئله تروریسم جایگاه واقعی خویش را پیدا کند.» به هر حال به نظر می‌رسد که در مقایسه با حقوق حاکم در سال ۱۹۸۶، امروزه این استنباط صحیحی است که بتوان علیه بازیگران غیردولتی به دفاع مشروع استناد کرد.

شین مورفی^{۴۱} و توماس فرانک اظهار می‌کنند که لحن منشور چنین استنباطی را رد نمی‌کند. در واقع با محدود نکردن دفاع مشروع به حمله مسلحانه توسط یک دولت عضو که با ممنوعیت توسل به زور که در بند ۲ ماده ۴ آمده قرین است طرح آن را می‌پذیرد. مهمتر آنکه واکنش بین‌المللی به پاسخ ایالات متحده به وقایع ۱۱ سپتامبر نشان می‌دهد که اکثر دولتها پذیرفته‌اند که اقدامات تروریستی از سوی یک بازیگر غیردولتی یک حمله مسلحانه در چارچوب ماده ۵۱ تلقی می‌شود و لذا اقدام نظامی در پاسخ به تروریستها تحت عنوان دفاع مشروع قابل توجیه

۳۸. آن - ماری اسلوتر و ویلیام بورک وایت - ویژگی اصلی این لحظه تاریخ‌ساز را «فردی شدن حقوق بین‌الملل» دانسته‌اند به این معنی که حقوق بین‌الملل از این پس از اشخاص در مقابل دولتهاشان حفاظت می‌کند و اینکه حقوق باید تعهدات صریحی را بر اشخاصی که به دولتها یا دیگر شهروندان حمله می‌کنند، تحمیل کند.

39. Antonio Cassese.

40. John Murphy.

41. Sean Murphy.

است. در تأیید این نتیجه‌گیری می‌توان به شواهد ذیل توجه کرد:

- قطعنامه‌های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ شورای امنیت هر دو بندهای مقدماتی دارند که «بر حق ذاتی دفاع مشروع فردی و جمعی» تأکید می‌کنند و این حاکی از آن است که به اعتقاد شورا وقایع ۱۱ سپتامبر یک حمله مسلحانه به‌شمار می‌آید.

- هم ناتو و هم سازمان کشورهای امریکایی اعلامیه‌هایی صادر کرده‌اند که نشان می‌دهد این اعمال، حمله مسلحانه بوده و می‌توان در قبال آنها به واکنش نظامی متناسب دست زد. شورای همکاری خلیج فارس هم اظهار تمایل کرد تا در هر اقدام مشترکی که اهداف آن آشکار و تعریف شده باشد مشارکت کند.

- ایالات متحده در نامه ۷ اکتبر خویش، روزی که عملیات نظامی در افغانستان آغاز شد، به رئیس شورای امنیت اظهار داشت این کشور می‌تواند در واکنش به اعمال القاعده و طالبان (زیرا اعمال القاعده به طالبان قابل انتساب بود) به دفاع مشروع استناد کند. واکنش بین‌المللی به نامه ایالات متحده و عملیات نظامی او در افغانستان یا مورد حمایت قرار گرفت یا در مقابل آن سکوت شد. پس از جلسه‌ای که در روز شروع حمله برگزار شد. رئیس شورای امنیت به مطبوعات گفت حمایت متفق اعضا که در قطعنامه‌های پیشین ابراز شده همچنان تداوم دارد.

بریتانیا در حملات هوایی شرکت کرد و بسیاری از کشورها فضای هوایی و امکانات لازم را در اختیار این دولت قرار دادند. روسیه و چین و تعدادی از دولتهای عرب حمایت خویش را از پیکار ایالات متحده با تروریسم اعلام کردند. اپک، اتحادیه عرب و سازمان کنفرانس اسلامی از عملیات نظامی ایالات متحده حمایت نکردند اما از محکوم کردن صریح آن نیز خودداری کردند.

- شورای امنیت یک مأموریت غیرنظامی ملل متحد و یک عملیات حفظ صلح خارج از چارچوب نیروهای حافظ صلح ملل متحد را برای کمک به بازسازی افغانستان تصویب کرد. بسیاری از کشورها با تأمین نیرو، پول یا فشار سیاسی و دیپلماتیک از این ابتکار حمایت کردند. آنتونیو کاسسه نتیجه می‌گیرد که «به نظر می‌رسد تنها در طی چند روز عملاً همه دولتها ... پذیرفتند که حمله تروریستی یک سازمان تروریستی معادل تجاوز مسلحانه از سوی یک دولت بوده و دولت قربانی مستحق توسل به دفاع مشروع فردی است.» او می‌پرسد که «آیا عرف آنی این‌گونه شکل می‌گیرد؟» اما مشکل است این استدلال را رد کرد که وقایع ۱۱ سپتامبر و عواقب آن موجب حرکت حقوق حاکم بر دفاع مشروع به آن سمت شد.

البته این حرکت نشانگر یک گسست کامل از گذشته نیست. پیش‌تر نمونه‌هایی از اقدام نظامی علیه تروریستها صورت گرفته بود که در توجیه آن به دفاع مشروع استناد شده بود. در حمله موشکی ایالات متحده به کارخانه داروسازی در سودان و پایگاهی در افغانستان در ارتباط با بمب‌گذاریهای القاعده در سفارتخانه‌های ایالات متحده در کنیا و تانزانیا در آگوست ۱۹۹۸ به

دفاع مشروع استناد شد. بسیاری از نویسندگان واکنش دیگر دولتها از جمله کشورهای عربی را به اقدام ایالات متحده سکوت تفسیر کردند و حتی اگر دولتی هم مبنای موضوعی آن اقدامات را مورد تردید قرار می‌داد (به عنوان مثال تردید وجود داشت که هدف مورد نظر در سودان واقعاً یک کارخانه سلاحهای شیمیایی بوده باشد) چنین انتقاداتی این استدلال که دفاع مشروع در بعضی موارد علیه تروریستها یا پایگاههای تروریستی قانونی است را تضعیف نمی‌کند.

اگر کمی به عقب بازگردیم تئوری «تجمع وقایع»^{۴۲} که در ارتباط با حملات ایالات متحده علیه لیبی در سال ۱۹۸۶ مطرح شد امروزه دوباره خود را نشان می‌دهد. این حمله متعاقب چندین حمله تروریستی علیه اتباع و سفارتخانه‌های ایالات متحده و پایگاههای این کشور در سراسر جهان در طی سالهای ۸۶-۱۹۸۵ صورت گرفت. درست پیش از حمله هوایی ایالات متحده، یک کلوب شبانه در برلین غربی که انباشته از سربازان امریکایی بود منفجر شد. در ۱۴ آوریل یعنی روزی که حمله آغاز شد، رئیس جمهور ریگان اعلام کرد که این اقدام در پاسخ به حمایت مستمر لیبی از تروریسم و بویژه نقش این کشور در انفجار آن کلوپ انجام شده است. مشاور حقوقی وزارت امور خارجه این دولت متعاقباً اظهار داشت شواهد قوی در مورد امکان انجام حدود ۳۰ حمله قریب‌الوقوع تروریستی به اماکن و پرسنل امریکایی در سرتاسر جهان وجود داشته و حملات ۱۴ آوریل برای جلوگیری از آن حملات و دیگر حملات برنامه‌ریزی شده صورت گرفته است. مدتی کوتاه پس از آن شاختر نوعی تئوری تجمع وقایع که مشتمل بر الگویی از حملات تروریستی و احتمال وقوع حملاتی از این دست در آینده باشد را پذیرفت. او اظهار داشت جمعی از حملات و نه تنها آخرین حمله بایستی معیار تصمیم قرار گیرد و یک سری حملات به همراه اظهارات جنگ طلبانه از سوی آنهايي که با تروریستها مرتبطند می‌تواند دلیل قانع کننده‌ای بر وقوع احتمال حملات در آینده باشد. این صورت‌بندی شکل قابل پذیرش‌تر مفهوم دفاع مشروع و پیشگیرانه است که تدریجاً معیار «قریب الوقوع بودن» را به کنار می‌نهد. به همین ترتیب ماری اکانل با اعمال قضیه کارولین اظهار داشت:

«قربانی یک حمله مسلحانه می‌تواند در صورت وجود دلایل آشکار و قانع کننده‌ای مبنی بر اینکه دشمن در حال طرح‌ریزی حمله مجدد است به زور متوسل شود. به عبارت دیگر نیاز ندارد که حملات جدید علیه او آغاز شود..... اگر تروریستها در حال برنامه‌ریزی حملات جدیدی هستند دولت قربانی می‌تواند برای پیشگیری از حملات آینده که در خصوص آن مدارکی دارد اقدام نماید».

42. Accumulation of events.

در صورتی که ایالات متحده شواهد خاصی از حملات برنامه‌ریزی شده آینده ارائه می‌داد و اگر پاسخ علیه منشأ این حملات (علیه اهداف خاص تروریستی که از سوی منابع اطلاعاتی ایالات متحده شناسایی شده بودند) صورت می‌گرفت و نه علیه پایتخت لیبی، این فروض می‌توانست بمباران لیبی از سوی ایالات متحده را توجیه کند. به عبارت دیگر نه حمله به جمعیت غیرنظامی برای تضعیف روحیه عمومی و کاهش حمایت از دولت و نه حمله به قصد کشتن قذافی اقدامی صحیح نبود. نظریه تجميع وقایع یقیناً بر عملیات ایالات متحده در افغانستان علیه القاعده قابل اعمال است. دیوان بین‌المللی دادگستری به صورت ضمنی گونه‌ای از این نظریه را در قضیه سکوه‌ای نفتی ایران (اگرچه این قضیه مربوط به تروریسم نبود) پذیرفت. در این قضیه ایالات متحده ادعا می‌کرد که او قربانی یک سری حملات مسلحانه غیرقانونی نیروهای ایرانی شده است نظیر مین‌گذاری در آبهای بین‌المللی برای غرق کردن یا صدمه رساندن به کشتیهای تحت پرچم ایالات متحده و شلیک به هواپیماهای امریکایی بدون اخطار قبلی. دیوان در این قضیه رأی داد که «حتی اگر مجموع این حملات را با هم در نظر بگیریم، این وقایع یک حمله مسلحانه علیه ایالات متحده تلقی نمی‌شود» و از این قسمت برمی‌آید که در وضعیتی کاملاً متفاوت با این قضیه مجموعه‌ای از حملات می‌تواند استناد به دفاع مشروع را توجیه کند حتی اگر یک واقعه خاص در آن مجموعه این توجیه را رد کند.

نظریه مشورتی اخیر دیوان در قضیه ساخت دیوار در خصوص این ادعا که ماده ۵۱ منشور ملل متحد اقدام نظامی دفاعی علیه بازیگران غیردولتی را می‌پذیرد تردیدهایی ایجاد می‌کند. دیوان در بند ۱۳۹ رأی خویش اظهار داشت: ماده ۵۱ حق ذاتی دفاع مشروع را در موارد حمله مسلحانه «از سوی یک دولت علیه دولت دیگر» را می‌پذیرد. در عین حال دیوان در جمله بعد این موضع مطلق را با تفکیک وضعیت اسرائیل / فلسطین از وضعیت افغانستان که در آن حملات از درون سرزمینهای تحت اشغال اسرائیل سرچشمه می‌گرفت تعدیل کرد. دیوان با اشاره به قطعنامه‌های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ تفسیر شورای امنیت از ماده ۵۱ را تأیید می‌کند. با توجه به اشاره مختصر و ماهیتاً مبهم دیوان در این قضیه به دفاع مشروع به نظر می‌رسد که بپذیریم این آخرین حرف راجع به استناد به حق دفاع مشروع در مواجهه با بازیگران غیردولتی نیست. از این رو در عین اینکه وقایع ۱۱ سپتامبر موجب شده‌اند که شرایط به گفته کاسسه مبهم و نامشخص شود اما موجب نمی‌شود که حقوق انسجام و هماهنگی خویش را از دست بدهد، یا حداقل فاقد همسازی پیشین خود باشد. حقوق حاکم بر دفاع مشروع حتی در فضای مبهم مبارزه با تروریسم، همان‌طور که واکنشهای متفاوت به ادعاهای ایالات متحده در خصوص دفاع مشروع علیه افغانستان و عراق نشان می‌دهد، به اندازه کافی توانا هست که میان موارد مختلف تمایز قایل شود.

ایالات متحده تلاش می‌کرد که عملیات نظامی خویش در عراق را بر دو مبنای متفاوت توجیه کند: دفاع مشروع علیه تروریسم و اجرای قطعنامه‌های شورای امنیت در رابطه با انهدام سلاحهای کشتار جمعی عراق - (نقضهای حقوق بشری ارتکاب یافته از سوی دولت صدام احتمالاً سومین مبنای بود اما هرگز توجیه اصلی حمله نظامی به شمار نمی‌آمد) در جلسه ۵ فوریه شورای امنیت وزیر خارجه ایالات متحده آقای پاول تلاش کرد که شواهد قانونی برای اثبات این دو مدعی ارائه دهد اما در اولی یعنی ادعاهای مبتنی بر تروریسم موفق نشد. اگرچه حمایت بین‌المللی عمده‌ای از قانونی بودن عملیات نظامی در افغانستان وجود داشت، این استدلال نمی‌توانست ۱۷ ماه بعد به عراق تعمیم یابد. مباحثات شدیدی در بیرون و درون سازمان در ماههای بین سپتامبر ۲۰۰۲ و مارس ۲۰۰۳ در جریان بود و نهایتاً «جامعه تفسیری» قانع نشد که ارتباط بین وقایع ۱۱ سپتامبر و عراق آن قدر قوی است که اقدام نظامی بر این مبنای را توجیه کند. از این رو این استدلال که عملیات نظامی علیه صدام حسین برای پیشگیری از حملات تروریستی آینده القاعده لازم است موفق از آب درنیامد. هنگامی که این نکته آشکار گشت دولت بوش حداقل در انتظار بین‌المللی استناد به این مبنای برای اثبات ادعای خویش را به کنار نهاد. نامه ۲۰ مارس ۲۰۰۳ ایالات متحده به رئیس شورای امنیت که توجیه حقوقی جنگ با عراق در آن آمده است بهترین دلیل بر این مدعی است. در این نامه هیچ سخنی از دفاع مشروع یا اقدام پیشگیرانه و تروریسم نیست. ادعای ایالات متحده کلاً مبتنی بر اجرای قطعنامه‌های شورای امنیت در خصوص انهدام سلاحهای کشتار جمعی عراق بود و ادعایی که اگرچه در تحلیل نهایی قانع‌کننده نبود، اما از نظر حقوقی باورکردنی‌تر بود.

به نظر می‌رسد که حقوق حاکم بر دفاع مشروع تحول یافته و انجام اقدام نظامی علیه تروریستها و پایگاههای آنها را پذیرفته است. حتی دکترین بحث‌برانگیز جنگ پیشگیرانه که در سند استراتژی امنیت ملی ایالات متحده آمده ممکن است با هنجارهای در حال تحول دفاع مشروع سازگار شود، اگرچه شیوه طرح این دکترین در بحران عراق بسیار فراتر از حقوق موجود بود. دفاع مشروع پیشگیرانه مبنای حقوقی این دکترین است:

«قرنهاست که حقوق بین‌الملل این امر را به رسمیت شناخته که نیازی نیست دولتها قربانی حمله شوند در صورتی که بتوانند پیش از این قانوناً اقدام به دفاع از خویش در برابر نیروهایی کنند که خطر قریب‌الوقوع حمله را همراه دارند. علمای حقوق و قضات بین‌المللی اغلب مشروعیت این اقدام پیشگیرانه را به وجود یک تهدید قریب‌الوقوع مشروط کرده‌اند - اکثراً این تهدید با تجهیز و آماده‌سازی نیروهای زمینی، ناوها و هواپیماهای نظامی که برای حمله آماده می‌شوند خود را نشان می‌دهد. ما باید مفهوم تهدید قریب‌الوقوع را با قابلیت‌ها و اهداف دشمنان امروز سازگار کنیم. دولتهای یابی و تروریستها با سلاحهای متعارف به ما حمله نخواهند کرد زیرا می‌دانند که این

حملات محکوم به شکست است. برعکس آنها متکی به ترور و استفاده از سلاحهای کشتار جمعی‌اند. سلاحهایی که به آسانی می‌توان آنها را پنهان و به صورت سری حمل و بدون هشدار استفاده کرد.

ایالات متحده مدتهاست که برای مقابله با این قبیل تهدیدات امنیت ملی اقدام پیشگیرانه را برگزیده است. هرچه تهدید بزرگتر باشد خطر انفعال در برابر آن تبعات بیشتری دارد و البته برای اتخاذ اقدام پیشگیرانه در دفاع از خویش قانع‌کننده‌تر است حتی اگر در خصوص زمان و مکان حمله دشمن تردید وجود داشته باشد. برای جلوگیری از چنین اعمال خصمانه‌ای از سوی دشمنانمان، ایالات متحده در صورت ضرورت به اقدام پیشگیرانه دست خواهد زد».

بعضی جنبه‌های این ایده در حیطه فهم سنتی دفاع مشروع قرار دارد. از همه بحث برانگیزتر این است که ایالات متحده حق دارد از اقدامات خصمانه دشمنان خویش جلوگیری کند. آنچه در اینجا بر آن تأکید می‌شود در واقع نه پیشگیری از یک حمله مسلحانه واقعی که براساس شواهد و روش قانع‌کننده قرار است به زودی انجام شود بلکه یک عملیات نظامی است که برای جلوگیری از تحقق یک سری تهدیدات نامشخص در آینده انجام می‌شود. این امر موجب می‌شود که مفهوم حمله مسلحانه بسیار فراتر از مفهوم اولیه خویش بسط یابد تا جایی که کاملاً تهی از معنی شود.

اگر دفاع مشروع بتواند عملیات نظامی علیه تروریستها و حامیان آنها را در برگیرد در آن صورت نیازی به استناد به ضرورت نیست. دفاع ضرورت نکته سودمندی را به این چارچوب حقوقی نمی‌افزاید. کمیسیون حقوق بین‌الملل اظهار داشته که همان شرایط سخت و دقیق دفاع مشروع برای استناد به ضرورت نیز لازم است. این دفاع تنها وقتی قابل استناد است که یک خطر شدید و قریب‌الوقوع وجود دارد و توسل به زور تنها شیوه مقابله با این خطر است. چنین خطری نمی‌تواند صرفاً احتمالی یا خیالی باشد بلکه باید بر مبنای شواهد معقول موجود، در زمان تصمیم قابل اثبات باشد. منافعی که قرار است مورد حمایت قرار گیرد نه تنها باید از منظر دولت اقدام کننده بلکه براساس ارزیابی معقول منافع گوناگون، خواه جمعی یا فردی، بر دیگر ملاحظات اولویت داشته باشد. این توصیه‌ها مبهمند اما پیام آنها آشکار است: در صورتی که نتوان برای توجیه اقدامات ایالات متحده در ۱۹۸۶ علیه لیبی و ۲۰۰۳ علیه عراق به دفاع مشروع استناد کرد ضرورت هم نمی‌تواند این دو عملیات را بپذیرد. برخلاف مداخله بشردوستانه که در آن ملاحظات کاملاً متفاوتی نقش دارند، مباحث مرتبط با تحلیل حقوقی استناد به دفاع مشروع علیه تروریسم و ادعاهای کلاسیک دفاع مشروع کاملاً شبیه یکدیگرند.

اینجا یک مسئله راهبردی پایه‌ای نیز در معرض خطر است. مجاز شمردن دفاع ضرورت در مواردی که دفاع مشروع بر اعمال تروریستی اعمال نمی‌شود، تحلیل نظری را در عصری که

حقوق حاکم بر توسل به زور وضعیت بسیار متزلزلی دارد پیچیده‌تر و کنگتر خواهد کرد.^{۴۳} استراتژی امنیت ملی [ایالات متحده] را می‌توان یک گسست عمده از حقوق موجود و در نتیجه آغازی برای اندیشه مجدد راجع به کل ساختار حقوقی دانست. آقای پاول وزیر خارجه اسبق ایالات متحده تلاش کرده است که ماهیت ساختارشکنانه این دکتترین را کم اهمیت جلوه دهد. او اخیراً در مقاله‌ای اظهار داشته است که ناظران در خصوص محدوده پیشگیری در سیاست خارجی و اهمیت جایگاه آن در استراتژی امنیت ملی ایالات متحده در کل، اغراق کرده‌اند. او می‌افزاید که بدیع بودن این دکتترین نه در ماهیت بلکه در صراحت آن است. اقدام علیه تروریسم با مداخله بشردوستانه که در آن مفهوم دفاع مشروع واقعاً کاربرد ندارد تفاوت دارد. پارامترهای حقوق حاکم بر دفاع مشروع همان نزاع و مناقشه است. بهتر است این مباحثات و اعمالی که آنها را تسریع می‌کنند در سرمشقی از دفاع مشروع که بر بازیگران غیردولتی هم قابل اعمال است در نظر گرفته شوند تا اینکه به دنبال سرمشقی از ضرورت باشیم که خطر ابهام بیشتر در این حوزه که خود از قبل با ابهامات و مشکلاتی مواجه بوده است را در پی دارد.

۴- تصمیم‌گیری درباره ضرورت

واکنشهای متفاوت به مداخلات در افغانستان و عراق نشان می‌دهد که جامعه بین‌المللی قادر به ایجاد تمایز تقریباً ظریفی میان آن دسته تهدیدات تروریستی که واقعاً قریب‌الوقوع هستند (استناد به دفاع مشروع می‌تواند اقدام در این موارد را توجیه کند) و تهدیدات کمتر قریب‌الوقوع است. دفاع ضرورت حتی مستلزم قضاوتی ظریفتر از این است تا میان اعمال غیرقانونی اما قابل‌پذیرش از اعمالی که نه قانونی‌اند و نه قابل‌پذیرش تفکیک ایجاد کند. در سیستمهای حقوقی داخلی محاکم چنین تفکیکی را انجام داده‌اند. در این سیستمها دفاع ضرورت بسیار کاراست، زیرا محاکم می‌توانند با احراز غیرقانونی بودن عملی، هنجار را تقویت کنند، اگرچه نتوانند با قوت کامل آن را در یک مورد خاص به کار بندند. آنتا روبرتز استدلال می‌کند از آنجایی که هیچ محکمه یا نهاد دیگری به صورت قابل اطمینان نمی‌تواند این کار را در حقوق بین‌الملل انجام دهد تفاوت عملی چندانی میان اینکه عنوان یک عمل را قانونی، مشروع یا قابل‌پذیرش بدانیم وجود ندارد. این عنوان هرچه باشد، «بخشیدن» آنهایی که در مداخله نقش دارند موجب تضعیف ممنوعیت توسل به زور شده و رویه‌ای برای مداخلات بعدی بنا می‌نهد و نهایتاً بدون آنکه این هنجار را با

۴۳. رومانو خلاف این استدلال می‌کند او می‌گوید که گسترش مفهوم دفاع مشروع برای در برگرفتن اقدامات تروریستی با سلاحهای کشتار جمعی مشروعیت اصل دفاع مشروع را تضعیف می‌کند زیرا که امکان سوءاستفاده دولت متخاصم از آن وجود دارد. این درحالی است که احیای دکتترین ضرورت با افزودن انعطاف به تحلیل حقوقی رایج این امکان را برای دولتها میسر می‌سازد که در عین توجه به منافع کلان حقوقی با تروریسم نیز به گونه‌ای مؤثر نبرد کنند.

معیار یا استاندارد جدیدی تعویض کند آن را از بین می‌برد.

این استدلال باید جدی گرفته شود زیرا از زاویه چگونگی کارکرد حقوق بین‌الملل به موضوع می‌نگرد. به اعتقاد من حقوق بین‌الملل قادر است چنین قضاوت ظریفی را انجام دهد. در واقع کتاب «حقوق بین‌الملل در تئوری و عمل» شاختر، استدلالی مفصل در این باب است. حقوق بین‌الملل از طریق تعامل مستمر بازیگران ذی‌ربط و معمولاً در تمهید یا پاسخ به وقایع یا اختلافات خاص تفسیر و اعمال می‌شود. گفتمان حقوقی فرآیند پیشنهاد، توضیح، به چالش کشیده شدن و دفاع از مواضع حقوقی در صحنه‌های متنوع و در برابر مخاطبین گوناگون است. رفتار هیچ دولتی از ارزیابی حقوقی دیگر دولتها، (به‌صورت دو جانبه یا از طریق مراجع بین‌الدولی) دیگر بازیگران عرصه سیاست داخلی، کارشناسان حقوقی و دیگر کارشناسان، سازمانهای غیردولتی و دیگر ارگانهای افکار عمومی مصون نیست. گفتمان حقوقی از نیاز دولتها به توجیه اعمالشان به شکلی که دیگران بپذیرند ناشی می‌شود. دولتها در این گفتمان مشارکت می‌کنند زیرا آنها در رعایت متقابل قانون از سوی دیگران و ایجاد اشتها به رعایت حسن نیت جهت تسهیل روابط دوستانه منفعت دارند. آنها همچنین منفعت بلند مدت‌تری در ثبات و قابل‌پیش‌بینی بودن یک سیستم بین‌المللی مبتنی بر حقوق دارند. همان‌طور که شاختر نیز آن را متذکر می‌شود. سیستمی که قدرتهای بزرگ بیش از قدرتهای کوچک برای آن اهمیت و ارزش قائلند. این دلایل منفعت محور، حسی سازنده از التزام، سازگاری با مقتضیات یک سیستم بین‌المللی و نهادینه کردن هنجارهای آن را نوید می‌بخشند.

ماهیت درون ذهنی گفتمان حقوقی در مفهوم توجیه مستتر است. این شکل متمایزی از شور و تأمل یا سبکی از استدلال است که ایجاب می‌کند یک تصمیم به گونه‌ای که مخاطبان آن بپذیرند توجیه شود حتی اگر آنها با خود تصمیم مخالف باشند. یک اصل اساسی نظریه دموکراسی مشورتی آن است که هر تصمیمی باید بر استدلالی معتبر و قوی بنا نهاده شده باشد. اینکه چه استدلالی قوی و معتبر به‌شمار می‌آید از محیطی به محیطی دیگر متفاوت است اما تقابل، انواع دلایلی را که برای توجیه ادعاها در عموم به‌کار می‌رود تنظیم می‌کند. «من ادعایم را به گونه‌ای که شما اصولاً بتوانید بپذیرید مطرح می‌کنم و برعکس.» تصمیم‌گیری مستلزم اصول قابل‌تعمیم، دلایل بی‌طرفانه و استدلالاتی است که فراتر از منافع شخصی محدود هستند. گفتمان حقوقی در صورت تعمیم مستلزم هنجارهای حقوقی است که نه به‌صورت شخصی (ذهنی) توسط هر بازیگر یا به گونه‌ای انتزاعی (عینی) بلکه به هر دو شکل به‌عنوان یک مرجع جمعی تفسیر حقوقی (درون ذهنی) تفسیر شوند.

این پرسش که آیا آرمان تصمیم‌گیری دموکراتیک در سطوح فرا ملی ممکن است یا خیر پاسخ داده نشده است اما یقیناً شواهدی از گفتمان حقوقی و احتجاج در رژیمهای بین‌المللی به

چشم می‌خورد. این روش در نهادهای دولتی و مراجع بین‌الدولی، احزاب سیاسی، سازمانهای غیردولتی، جنبشهای اجتماعی و دیگر عناصر جامعه مدنی که فعالیتهایشان فراتر از مرزهای داخلی است به کار گرفته شده است. آنهایی که در این گفتمان شرکت می‌کنند در همه ارزشها مشترک نیستند اما با یک کار هدفمند مرتبطند و تقریباً همگی هدف کلی این اقدام را به یک شکل درک می‌کنند. این امر برای شکل‌گیری یک گفتمان حقوقی مستدل و معنادار کفایت می‌کند. این امر ایجاب می‌کند که ادعاها مبتنی بر آداب استدلالی و گفتمانی باشد که در حوزه حقوق بین‌الملل به کار می‌رود. تفسیری که به میزان بسیار زیادی از فهم جمعی از حقوق فاصله دارد نمی‌تواند به عنوان یک استدلال معتبر و نیکو پذیرفته شود. آن تفسیر متقاعدکننده نبوده و نیازی نیست با پذیرش آن برای خود دردرس و مشکل ایجاد کنیم. با این وجود شواهد تجربی فراوانی وجود دارد که نشان می‌دهد دولتها برای پیدا کردن ادعاهای حقوقی قابل باور تلاش می‌کنند. همان‌طور که شاختر نیز خاطر نشان می‌سازد این دولتها تلاش می‌کنند که اعمالشان را نه بر مبنای منافع ملی بلکه بر مبنای حقوقی که منوطاً از تمایلات و منافعشان مستقل است توجیه کنند.

اما ما از چه نوع «اشتراکی» سخن می‌گوییم. منظور من یک جامعه بین‌المللی اسطوره‌ای نیست بلکه در جای دیگر از آن تحت عنوان «جامعه تفسیری» یاد کرده‌ام. ایده چنین جامعه‌ای به توضیح چگونگی کارکرد حقوق کمک می‌کند و وجود آن را می‌توان از این مطلب که دولتها تلاش می‌کنند اقداماتشان را به شیوه‌ای حقوقی توجیه کنند استنباط کرد. از باب سهولت می‌توان جامعه تفسیری را همچون دو دایره متحدالمرکز تصور کرد که دایره داخلی آن متشکل از اشخاصی است که مستقیم یا غیرمستقیم مسئول صورت‌بندی، مذاکره و اجرای یک هنجار حقوقی خاص هستند و دایره خارجی مرکب از همه آنهاست که در حقوق مربوطه یا یک حوزه عملی از تخصص برخوردارند. مشابه این ادعا اما در ابعاد وسیعتر از مؤسسه نامرئی حقوقدانان بین‌المللی شاختر، جامعه تفسیری مد نظر من مرکب است از رهبران سیاسی، دیپلماتها، قضات، مأموران دولتی، کارمندان بین‌المللی، وکلا، دانشمندان و بازیگران غیردولتی که مستقیم یا غیرمستقیم در فرآیند حقوقی بین‌المللی مشارکت می‌کنند. از این‌رو دواير متحدالمرکز یک جامعه تفسیری نه تنها شامل دولتها بلکه شبکه وسیعتری از بازیگران غیردولتی را نیز در برمی‌گیرد. این شبکه از تعامل عناصر درون یک رژیم که مجموعه‌ای از تصورات، انتظارات و درک مشترک را ایجاد می‌کند سرچشمه می‌گیرد. اعضای یک جامعه تفسیری حقوقی ممکن است متعلق به جوامع سیاسی، فرهنگی متفاوتی باشند اما دورنما و سبک استدلال آنها یکسان است. البته ممکن نیست که قضاوت آنها همیشه منسجم و هماهنگ باشد و تشخیص قضاوت آنها نیز دشوار است اما مشترکات آنها آنقدر زیاد است که سرانجام تلاشهایشان را تضمین می‌کند. حتی اگر هیچ

تصمیمی هم اتخاذ نشود «تأثیر مخاطبین» جامعه تفسیری مهم است. اگر دموکراتهای اهل مشورت و تأمل درست می‌گویند، در آن صورت بازیگران دولتی نیز تحریک می‌شوند تا در مقابل آنهایی که از تصمیمات و اعمالشان متأثر می‌شوند با زبانی که قابل‌پذیرش این اشخاص باشد بابت اعمال خویش پاسخگو باشند. در زمانی که اکثر کسانی که از این تصمیمات متأثر می‌شوند هنگام اتخاذ تصمیمات با تأثیرات فراملی از داشتن یک تربیون محرومند، جامعه تفسیری همچون مخاطبی برای آنهایی عمل می‌کند که فاقد این تربیونند. ممکن است بر این مفهوم از گفتمان حقوقی در درون یک جامعه تفسیری دو ایراد مطرح شود: اول اینکه گفتمان حقوقی در بهترین حالت امری استراتژیک و در بدترین حالت امری مزورانه است. مقامات دولتی صرفاً در ظاهر از قانون سخن می‌گویند و از آنجایی که حقوق بین‌الملل بسیار انعطاف‌پذیر است برای هر عمل می‌توان توجیهی حقوقی پیدا کرد. ایراد دوم این است که کشورهای قدرتمند آنقدر بر جامعه تفسیری تسلط دارند که قادرند فضای این گفتمان را تحت کنترل خویش درآورده و در نتیجه قضاوت‌های حقوقی به‌دست دهند که با منافع و تمایلاتشان سازگار است. کوئنتین اسکینر^{۴۴} پاسخی به ایراد اول می‌دهد:

برای هر زبان مشروعیت بخشی همچون زبان حقوقی حدی وجود دارد که تنها تا آنجا کاربرد دارد. اگر این زبان در این محدوده به کار گرفته شود دیگر این مطلب که صاحب کلام صداقت ندارد اهمیتی ندارد. هنگامی که او پذیرفت نیاز دارد برای اعمالش توجیهاتی غیر از منافع شخصی ارائه دهد، به این سمت سوق داده می‌شود که به گونه‌ای رفتار کند که آشکارا و کاملاً یک‌سو نگرانه نباشد. الستر^{۴۵} این امر را نیروی فربه‌کننده تزویر می‌داند. تعظیم رذائل در برابر فضایل. هنگامی که یک دولت هنجاری را در سخن می‌پذیرد باب وسیعی برای منتقدین گشوده می‌شود. اگر شما اعلام می‌کنید که حقوق بشر را می‌پذیرد پس چرا به‌صورت سیستماتیک و گسترده آن را نقض می‌کنید؟ و با اعمال فشار به دولتها جهت اینکه اعمالشان با گفتارشان تطابق بیشتری یابد تا اندازه‌ای اتهام دورویی و نفاق آشکار را رد می‌کند. جامعه تفسیری همچون یک داور در خصوص اینکه تا چه اندازه افعال با گفتار تطابق دارند داورى خواهد کرد.

ایراد دوم بنیادینتر است. این ایراد شور حقوقی و جامعه تفسیری مرتبط با آن را - چیزی بیش از انعکاس منافع و ارزشهای بازیگران قدرتمند در سیستم بین‌المللی نمی‌بیند. آشکار است که قدرتهای بزرگ در شکل‌دهی به این گفتمان و طرح بعضی دیدگاهها و جلوگیری از مطرح شدن برخی دیگر از دولتهای کوچک تواناترند، اما تأثیر آنها با قدرت مادی «نسبت مستقیم» ندارد. همان‌طور که دموکراتهای اهل مشورت و تأمل اظهار می‌کنند شور بدون حذف تفاوتها در قدرت

44. Quentin Skinner.

45. Jon Elster.

کاهش می‌یابد. اگرچه قدرتهای مسلط در شکل‌گیری و اصلاح قواعد بازی نقش مهمتری دارند آنها نمی‌توانند فی‌البداهه و خودسرانه آن قواعد را تغییر دهند. (و فضای بحث را عوض کنند) تا مدتی که آنها در این مشورتها نقش داشته باشند ملزمند که به آداب استدلال، اقناع و توجیه مرتبط با اقدام خاصی که راجع به آن تصمیم‌گیری می‌شود احترام بگذارند. واضح است که هیچ ضمانت اجرای رسمی برای نقض این آداب وجود ندارد اما این امر برای طرف متخلف هزینه سیاسی در بر خواهد داشت. همان‌طور که شاختر خاطرنشان می‌سازد دولتهای قدرتمند نسبت به دولتهای ضعیف بهتر قادرند هزینه اینکه ناقض قانون قلمداد شوند را کاهش دهند اما نمی‌توانند کاملاً از آن بگریزند. قضاوت واقعی یا پیش‌دستانه جامعه تفسیری عاملی است که حتی دولتهای قدرتمند نیز در تصمیم‌گیری خویش به هنگام اتخاذ یک اقدام به آن توجه می‌کنند.

به‌عنوان مثال به مباحثات شورای امنیت در خصوص عراق توجه کنید. مباحثات این نکته را تقویت می‌کند که گفتمان حقوقی نه بی‌نهایت انعطاف‌پذیر و نه بی‌اهمیت است. هیچ‌یک از ۶ کشور مشهور به دارا بودن «رأی نوسانی» در شورای امنیت (پاکستان، کامرون، آنگولا، شیلی، مکزیک) حاضر نشدند که به قطعنامه دوم که صراحتاً توسل به زور علیه عراق را توجیه کرد رأی مثبت دهند. با لحاظ تهدیدها و تشویقهای صورت گرفته در کوتاه مدت به نفع اکثر اعضا بود که به نفع ایالات متحده رأی دهند و منطق نیز ایجاب می‌کرد که این کار با دیپلماسی تیزبینانه منطبق‌تر است. اما آنها از این کار خودداری کردند و این امر تا حدی معلول آن بود که درخواست آغاز جنگ به گونه‌ای مطرح شده بود که نشانگر یک گسست آشکار از چارچوب حقوقی بین‌المللی موجود بود. دولت بوش به جای تمرکز بر بهترین ادعای حقوقی یعنی نیاز به خلع سلاح عراق از سلاحهای کشتار جمعی از طریق اجرای قطعنامه‌های شورای امنیت، در لحظاتی که از نظر دیپلماتیک مناسب نبود، از ارتباطات ناچیز با تروریسم، دکترین دفاع پیشگیرانه که به سختی با حقوق بین‌الملل سازگار بود و تمایل به تغییر کل خاورمیانه با زور در صورت لزوم سخن می‌گفت. با این شرایط هیچ‌یک از این شش کشور نمی‌توانستند حمایت از جنگ را برای مردمشان توجیه کنند حتی اگر بنا داشتند که از ایالات متحده حمایت کنند.

همچنین شواهدی وجود دارد که نشان می‌دهد گفتمان حقوقی برای ایالات متحده اهمیت دارد. دیپلماتهای امریکایی تلاش بسیاری کردند تا توانستند قطعنامه ۱۴۴۱ نوامبر ۲۰۰۲ که با لحنی انتقادی «نقض اساسی» تعهدات عراق را احراز می‌کرد به تصویب برسانند. همان‌طور که پیش‌تر گفته شد دولت بوش هنگامی که دریافت تنها تعداد معدودی از کشورها قانع شده‌اند رابطه بین القاعده و عراق به حدی بوده است که اقدام نظامی بر اساس دفاع مشروع را توجیه کند، ادعاهای مبتنی بر تروریسم را کنار گذاشت. لذا رئیس‌جمهور بوش اگرچه پیش‌تر گفته بود این قطعنامه را چه رأی بیاورد چه رد شود مطرح خواهد کرد، بیشتر به این دلیل که توجیه قانونی

بودن اقدام نظامی پس از صدور قطعنامه‌ای از سوی شورا که اکثریت اعضای آن علیه چنین عملی رای داده بودند تقریباً غیرممکن بود حاضر نشد قطعنامه دوم به رأی‌گیری گذاشته شود. این مانورهای دیپلماتیک نشان می‌دهد که جلسات مشورتی حقوقی بازی نیست و یک چارچوب هنجاری نسبتاً قوی این مباحثات را پیش می‌برد.

قضیه کوزوو ارتباط بیشتری با دفاع ضرورت دارد. در این قضیه شواهد مفصلی از این مطلب یافت می‌شود که نه تنها یک طبقه تفسیری وجود دارد بلکه قادر است تمایزی را که عنصر ضرورت ایجاب می‌کند قائل شود. برای اثبات این مدعی سه مورد از این شواهد ارائه می‌شود:

نخست آنکه بسیاری از حامیان مداخله حاضر نبودند آن را قانونی اعلام کنند. ایالات متحده، آلمان و بسیاری از کشورهای عرب نگران رویه‌ای بودند که با این اقدام بنا نهاده شد. (ضمناً این نگرانی نشان می‌دهد که آن دولتها بر این باورند که یک سری مکانیزمهای بین‌المللی در سیستم بین‌المللی وجود دارد راجع به اینکه آیا قضایای مشابه واقعاً شبیه یکدیگرند تصمیم‌گیری می‌کند وگرنه سابقه مداخله در یک منطقه نمی‌تواند آن را شبیه جای دیگر کند) سازمان ناتو در کل، نقش شورای امنیت در مجاز شمردن مداخله را در نظریه استراتژیک جدیدش در آوریل ۱۹۹۹ که طی آن قضیه کوزوو را یک استثناء اعلام کرد مورد تأیید قرار داد. تقریباً اظهارات تمامی دولتها به هنگام اتخاذ قطعنامه ۱۲۴۴ که نیروهای ویژه ملل متحد برای کوزوو را ایجاد کرد، حاکی از احساس آشکار آرامش بازگشت به مشروعیت غیرقابل تزلزل بود. از این رو اگرچه هیچ اعلامیه صریحی از سوی اعضای ناتو و دیگر هواداران مداخله مبنی بر اینکه مداخله «غیرقانونی اما قابل‌پذیرش» بوده است صادر نشد اما چنین موضعی از فحوای بیانی‌های آنها در طی بحران قابل‌استنباط است.

ثانیاً این موضع همچنین از پاسخ جنبش عدم تعهد نیز قابل‌استنباط است. به هنگام آغاز مداخله در مارس ۱۹۹۹، جنبش عدم تعهد حاضر نشد علی‌رغم تلاشهای افریقای جنوبی به‌عنوان رئیس این جنبش برای محکوم کردن این اقدام، مستقیماً مداخله را محکوم کند. در واقع جنبش صرفاً بر اعتقاد خویش مبنی بر اینکه شورای امنیت مرجع صالح حل و فصل اختلافات است تأکید کرد. تنها ماهها پس از آن واقعه در پاسخ به سخنان دبیر کل سازمان ملل متحد در مجمع عمومی، وزرای کشورهای عضو جنبش عدم تعهد مشروعیت مداخله بشردوستانه یک جانبه را رد کردند. از این موارد می‌توان استنباط کرد که جنبش عدم تعهد مداخله در کوزوو را غیرقانونی می‌دانست اما در آن شرایط آن را قابل‌پذیرش دانست اگرچه در اولین فرصت ممکن مجدداً بر ممنوعیت توسل به زور تأکید کرد. اعلامیه‌های کشورهای عضو گروه ریو و دیگر کشورهای اسلامی نیز به همین ترتیب قابل‌تفسیر است. بیانات دقیق دبیر کل در روز آغاز مداخله شیوه ضمنی بیان همین مطلب

بود که مداخله غیرقانونی اما قابل پذیرش است: «مواقعی وجود دارد که در آنها توسل به زور جهت حفظ صلح مشروع است ... اما شورای امنیت در هر تصمیم‌گیری مربوط به توسل به زور بایستی نقش داشته باشد».

مهمتر از همه شاید بتوان عدم تمایل ایالات متحده به ارائه صرفاً یک توجیه خاص را اعتراف به این دانست که اقدام او بر مبنای حقوقی محکمی استوار نبوده اما با این وجود در شرایط خاصی قابل‌پذیرش بوده است. از این‌رو در جلسات ۲۴ و ۲۶ مارس شورای امنیت، نماینده ایالات متحده با عباراتی مبهم به قطعنامه‌های پیشین اشاره کرد و تنها اظهار داشت: «ما معتقدیم که اقدام ناتو موجه و برای توقف خشونت‌ها و حتی پیشگیری از یک فاجعه بشری بزرگتر ضروری بوده است.» بعداً خانم آلبرایت وزیر خارجه پیشین ایالات متحده که هوادار سرسخت مداخله بود اظهار داشت که وضعیت کوزوو یک وضعیت خاص بود و نباید در درسهایی برگرفته از آن اغراق شود.

این گفته نشانگر اعتراف ضمنی ایالات متحده به این است که او در این قضیه فراقانونی عمل کرده و حاضر است از اعمالش در چارچوبی حقوقی دفاع کند. در واقع ایالات متحده اظهار داشت: «این اقدام یک نافرمانی رسمی بود و ما خود را در اختیار جامعه بین‌المللی قرار می‌دهیم که یا ما را بازخواست کند یا ببخشد»^{۴۶}. ایالات متحده به دنبال آن نبود که قانون را به نفع یک نظریه کلی از مداخله بشردوستانه تغییر دهد. این کشور عمداً و آگاهانه به گونه‌ای عمل کرد که مغایر قانون بود (اگرچه این امر را نپذیرفت) به امید آنکه اقدام ناتو در شرایط خاصی موجه محسوب خواهد شد.

نتیجه‌گیری

در این مقاله من استدلال کرده‌ام که جامعه بین‌المللی و رویه دولتها استناد به دفاع ضرورت به‌عنوان دفاعی در برابر یک رفتار غیرقانونی را در شرایط استثنایی می‌پذیرد. من استدلال کرده‌ام که بهتر است این دفاع به‌عنوان یک «عذر» تلقی شود تا یک «توجیه». یک عذر در مواقعی که فشار شرایط به‌حدی باشد که یک دولت نتواند مطابق یک هنجار بین‌المللی رفتار کند قابل‌پذیرش است. منظور آن نیست که خود این هنجار آسیب می‌بیند برعکس در واقع اعتبار آن به‌صورت ضمنی مورد تأکید قرار می‌گیرد. اینکه بپذیریم این وضعیتهای منجر به حالت ضرورت

۴۶. ارن گراس در مقاله‌ای جنجالی استدلال می‌کند که اینگونه است که استفاده‌های فراقانونی از شکنجه در آنچه او آنها را موارد بسیار فاجعه‌آمیز می‌خواند - همچون یک سلاح کشتار جمعی پنهان شده در چمدانی در یک شهر بزرگ - باید مورد بررسی قرار گیرد. مأموران دولتی حتی در آن شرایط هم مجاز به استفاده از شکنجه نیستند متاهی باید به یک نافرمانی رسمی دست زده و اقرار به عمل خویش کرده و بعداً از عمل خویش دفاع کنند و بگذارند که جامعه راجع به اینکه آیا آنها باید مورد سرزنش قرار گرفته یا مورد تکریم قرار گیرند تصمیم بگیرد.

می‌شود و نه دفاع مشروع نشان می‌دهد که رفتار قهری قابل اغماض نیست. امید می‌رود که صرفاً با پذیرش توسل به زور در شرایط اضطراری ممنوعیت توسل به آن تأیید گردد و نیاز به استناد به معاذیر کمتر شود.

تحلیل فوق همچنین نشان می‌دهد که منطق پس این عذر نیز تحول یافته است. نویسندگان کلاسیک آن را با حق صیانت از نفس یک دولت مرتبط دانسته‌اند. این نظریه هنگامی که مدافعین در قرن نوزدهم آن را یک اصل مهم حقوق طبیعی دانستند تا بدینوسیله بسیاری از اعمالی که امروزه نقض فاحش حقوق دیگر دولتها تلقی می‌شود را توجیه کنند رو به افول گذاشت. دومین گزارشگر مخصوص کمیسیون حقوق بین‌الملل درخصوص طرح پیش‌نویس مسئولیت دولت، قاضی آگو مبانی حقوق طبیعی این مفهوم را رد کرد. او به جای آنکه به یک «حق» بر ضرورت اشاره کند اعتقاد داشت که «این حالت باید به‌عنوان یک وضعیت دو فاکتو تلقی شود که در آن یک دولت ملزم به تعهد بین‌المللی در برابر دولتی دیگر به دلیل اینکه اجرای آن تعهد به یکی از منافع اساسی‌اش صدمه می‌زند از اجرای آن خودداری می‌کند.» از این رو در دوره وضع منشور ملل متحد این حالت با «منافع اساسی» یک دولت که با اعمال دقیق دیگر دکنترینه‌های حقوقی به خطر می‌افتاد گره خورد. اکنون ما شاهد تحول بیشتری در مفهوم و منطق پس این دکنترین هستیم. تردیدی نیست منافع اساسی که نیاز به این حمایت استثنایی دارند منافع دولتها نیستند بلکه منافع «جامعه بین‌المللی در کل» هستند. این تفاوت میان پیش‌نویس و مواد نهایی پیشنهادی کمیسیون حائز اهمیت است.

دولتها دیگر تنها بازیگران عرصه روابط بین‌المللی محسوب نمی‌شوند و تنها منافع دولتها نیست که نیازمند حمایت است. در این مقاله من استدلال کرده‌ام که اقدام قهری علیه تروریسم در چارچوب موجود حقوق توسل به زور قرار دارد. پذیرش حق توسل به زور علیه تروریستها یک عدول محسوب می‌شود اگرچه به صورت موردی در جایی که حقوق پیش‌تر تحول یافته باشد قابل‌پذیرش است. دغدغه‌های حقوق بشری و بشردوستانه منافی هستند که آن‌گونه که شایسته است مورد حمایت قرار نمی‌گیرند زیرا مکانیزمهای بین‌المللی و منطقه‌ای ضعیف بوده و دفاع مشروع نیز قابل‌اعمال نیست. تا زمانی که مکانیزمهای بین‌المللی برای حمایت از منافع و ارزشها تقویت شوند یا حقوق اصلاح شود، «شیر اطمینان» ضرورت تنها راه گریز از نتایج مصیبت‌بار پیروی دقیق از مقتضیات حاکمیت قانون است. دفاع ضرورت بر حقوق موجود تأثیری نمی‌گذارد در عین اینکه اذعان می‌کند که در شرایط استثنایی و به دلایل مهم، جامعه بین‌المللی در گاهی موارد نقض آن را می‌پذیرد.

ماهیت حقوقی ویژه و منحصر به فرد اعتبارات اسنادی: منشاء اعتبارات اسنادی و منابع آن*

گائو ایکس یانگ**

روس پی. بوکلی***

ترجمه: ماشاءالله بناء نیاسری****

یکم. مقدمه

حقوقدانان، از جمله قضات، معمولاً تصویری نادرست از ماهیت حقوقی اعتبارات اسنادی در ذهن دارند.^۱ تلقی نادرست از ماهیت حقوقی این ابزار پرداخت در آثار نویسندگان نیز چندان

*. مشخصات مأخذ اصلی مقاله به قرار زیر است:

Gao Xiang & Ross P. Buckley, *The Unique Jurisprudence of Letters of Credit: Its Origin and Sources*, (2003), 4, San Diego International Law Journal 91-125.

** قاضی دیوان عالی کشور جمهوری خلق چین، عضو ارشد مرکز پژوهشی امور مالی و تجارت جهانی تیم فیسچر، وابسته به دانشگاه بوند (استرالیا).

*** استاد حقوق و مدیر مرکز پژوهشی امور مالی و تجارت جهانی تیم فیسچر، وابسته به دانشگاه بوند (استرالیا). از دستیار تحقیق توانایمان، جیمز والش، جهت همکاری او در تنظیم پانوشتهای مقاله سپاسگزاریم.

**** دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.

۱. دعاوی زیر از جمله دعاوی‌ای است که نشان می‌دهد دادگاهها ماهیت ذاتی اعتبار اسنادی را به‌درستی نفهمیده‌اند و به استقلال این ابزار از سایر نهادها به قدر کافی توجه نداشته‌اند:

Bank of Montreal v. Recknagel, 17 N.E. 217 (1888); Am. Steel Co. v. Irving Nat'l Bank, 266 F. 41 (1920); Bank of Canton Ltd v. Republic Nat'l Bank, 509 F. Supp. 1310 (1980), aff'd, 636 F.2d 30 (1981); Bank of Taiwan v. Union Nat'l Bank, 1 F.2d 65 (1924); Bossier Bank & Trust Co. v. Union Planters Nat'l Bank, 550 F.2d 1077 (6th Cir. 1977); Intraworld Indus. Inc. v. Girard Trust Bank, 336 A.2d 316 (Pa. 1975); Synergy Ctr. Ltd. v. Lone Star Franchising, Inc., 63 S.W.3d 561 (Tex. App. 2001) LEXIS 8070; and Olex Focas Pty. Ltd. v. Skodaexport Co. Ltd., 3 V.R. 380 (1998).

برای دیدن شرح و تفسیر دعاوی اخیر رک.

Robert Baxt, Are Bank Guarantees Safe from the Unconscionable Conduct Provisions of the Trade Practices Act?, 62 Austl. Banker (1997); Robert Baxt, A Bombshell on Unconscionable Conduct, 25

نادر نیست.

برای این فهم نادرست از ماهیت حقوقی ابزار پرداخت مزبور دو دلیل می‌توان برشمرد. نخستین دلیل اینکه از حیث حقوقی اعتبار اسنادی واقعاً مخلوق و حیوان عجیب و غریبی است. از یک سوی، اعتبارات اسنادی به قرارداد می‌ماند و اوصاف و آثار یک قرداد را واجد است و از سویی دیگر، اصول حاکم بر قراردادها نعل به نعل قابل انطباق بر این ابزار نیست؛^۲ چه اینکه اعتبارات اسنادی ابزار خاصی است که ساخته و پرداخته بازرگانان است و نه یک قرارداد. دومین دلیل آنکه اعتبارات اسنادی عملاً در حوزه تخصص تعداد معدودی از حقوقدانان و وکلای متبحر در تجارت بین‌المللی و حقوق بانکی است، لذا نخستین باری که اکثر قضات در حرفه‌شان با اعتبارات اسنادی مواجه می‌شوند، آن هنگامی است که پرونده‌ای در خصوص اعتبارات اسنادی نزد ایشان مطرح می‌گردد. چنین پرونده‌ای معمولاً محتاج به تعیین تکلیف فوری است؛ چرا که سرعت و فوریت اساس و جوهر اعتبارات اسنادی است. اغلب در دعاوی اعتبارات اسنادی تقاضای صدور دستور موقت، می‌گردد و بدین‌سان زمینه برای بداقبالی قضائی مهیا است: موضوع دعا ابزار نوظهوری است که از حیث حقوقی آن چیزی نیست که ظاهراً می‌نماید و در عین حال نیازمند تجزیه و تحلیل سریع و فوری است.

افزون بر این، اکثر وکلای غیرمتخصص هنگامی که جهت ارائه مشورت در خصوص اعتبار اسنادی مورد مراجعه قرار می‌گیرند، غالباً ناگزیرند به سرعت نظر مشورتی خود را ارائه دهند؛ چه اینکه فرصت و محدوده زمانی موجود برای اقدام در مسائل اعتبارات اسنادی اغلب کوتاه است. در چنین وضعی، طبیعی است که وکیل مزبور این ابزار نوظهور را بر حسب مفاهیمی همچون قرارداد و اسناد تجاری که با آنها آشناست، تحلیل نماید، حال آنکه اصول حقوقی حاکم بر قراردادها و اسناد تجاری هنگامی که بر اعتبارات اسنادی اعمال گردد، به حتم ما را به بیراهه می‌برد.

Austl. Bus. L. Rev. 227 (1997); Robert Baxt, Unconscionability Taken One Step Too Far?, 25 Austl. Bus. L. Rev. 301 (1997); Robert Baxt, Unconscionable Conduct under Trade Practices Act, 71 Austl. L.J. 432 (1997); Robert Baxt & Joel Mahemoff, Unconscionable Conduct Under the Trade Practices Act – An Unfair Response By the Government: A Preliminary View, 26 Austl. Bus. L. Rev. 5, 13-15 (1998); Ross Buckley, Unconscionability Amok, or Two Readily Distinguishable Cases?, 26 Austl. Bus. L. Rev. 323 (1998); Ross Buckley, Sections 51AA and 51AC of the Trade Practices Act 1974: The Need for Reform, 8 Trade Practices L.J. 5 (2000); Alan Tyree, Performance Bonds and Section 51AA of the Trade Practices Act, 8 J. Banking & Fin. L. & Prac. 338 (1997); and Warren Pengilley, Unconscionability: Are the Litigation Floodgates Opening in Relation to Commercial Transactions?, 13 Trade Prac. L. Bulletin 11 (1997).

۲. برای مثال، نوعاً ذی‌نفع در مقابل تعهد بانک گشاینده به موجب اعتبارنامه مبنی بر پرداخت مبلغ اعتبار، عوضی به بانک نمی‌دهد؛ در این باره رک. مطالب مذکور در زیرنویس‌های شماره ۴۶، ۵۰ و متن همراه آنها.

این مقاله در صدد آن است که ماهیت حقوقی اعتبار اسنادی را تبیین نموده و منابع حقوقی و قواعد گوناگون و متنوعی را که بر آن حکومت دارد برشمارد و بدین سان به آنان که باید به سرعت از پس مسائل حقوقی اعتبارات اسنادی برآیند، خدمتی ارائه کند.

این مقاله به دو بخش تقسیم می‌گردد: بخش نخست مقاله، با بررسی تعریف، نحوه عملکرد و سابقه تاریخی اعتبار اسنادی و مقایسه آن با اسناد تجاری و قراردادهای، ماهیت حقوقی اعتبارات اسنادی را مطالعه می‌کند.^۳ در بخش دوم مقاله، قواعد، عرف و عادات و مقررات حاکم بر اعتبارات اسنادی بررسی و دو اصل بنیادین حاکم بر حقوق اعتبارات اسنادی یعنی اصل استقلال اعتبار و اصل انطباق دقیق اسناد با شروط اعتبار که با اندکی تفاوت در کلیه نظامهای حقوقی در قلمرو اعتبارات اسنادی اجرا می‌گردد، معرفی می‌شود.

دوم. ماهیت حقوقی اعتبارات اسنادی

الف- تعریف

از اعتبارات اسنادی تعاریف گوناگونی به دست داده شده است. عرفها و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی (یو.سی.پی.)^۴ مجموعه‌ای از شروط استاندارد است که از طریق شرط در اکثریت قاطع اعتبارات اسنادی‌ای که در گوشه و کنار جهان گشایش می‌یابد، گنجانده می‌شود.^۵ ماده ۲ مجموعه عرفها و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی (یو.سی.پی.)، اعتبار

۳. ادبیات حقوقی فراوانی درخصوص ابعاد کاربردی عملیات اعتبارات اسنادی وجود دارد. به‌عنوان نمونه رک. J.F. Dolan, The Law of Letters of Credit: Commercial and Standby Credits (Rev. ed. 1996); E.P. Ellinger, Documentary Letters of Credit – A Comparative Study (1970); Henry Harfield, Bank Credits and Acceptances (5th ed. 1974); Boris Kozolchyk, Commercial Letters of Credit in the America – A Comparative Study of Contemporary Commercial Transactions (1966); Boris Kozolchyk, Letters of Credit, in 9 International Encyclopedia of Comparative Law ch. 5 (J.S. Ziegel, ed. 1979); Brooke Wunnick et al., Standby and Commercial Letters of Credit (3rd ed. Butterworths 2001); Paul Todd, Bills of Lading and Bankers' Documentary Credits (3rd ed. 1998); H.C. Gutteridge & Maurice Megrah, The Law of Bankers' Commercial Credits (7th ed. 1984); Lazar Sarna, Letters of Credits: The Law and Current Practice (2nd ed. 1986); Michael Rowe, Guarantees: Standby Letters of Credit and Other Securities (1987); Ljudevit Rosenberg, The Law of International Documentary Credits: Principles, Liabilities and Responsibilities, in International Contracts and Payments 51-67 (P. Sarcevic & P. Volken eds., 1991); Clive M. Schmitthoff, International and Procedural Aspects of Letters of Credit, in The Law of International Trade and Finance 227-42 (Norbert Horn ed., 1989).

4. Int'l Chamber of Commerce, ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, Publication No. 500 (Rev. 1993) [hereinafter U.C.P.].

۵. تنها کشوری که در آنجا تقریباً همواره اعتبارات اسنادی خارج از شمول یو.سی.پی. گشایش می‌یابد، ایالات متحده است و این تنها به این علت است که مجموعه جامعی از حقوق ملی این کشور در خصوص اعتبارات اسنادی در ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت (یو.سی.پی.) مدون شده است؛ در این باره رک. متن همراه زیر نویس شماره ۱۰۸. هنگامی که اعتبار صرفاً افتتاح می‌گردد بدون اینکه یو.سی.پی. در اعتبار شرط گردد، برای معاملاتی که کاملاً داخل ایالات متحده می‌باشد [و

اسنادی را چنین تعریف می‌کند:

«هر ترتیبی، با هر نام و وصفی، که به موجب آن یک بانک (بانک گشاینده اعتبار) بنا به درخواست و بر اساس دستورات یک مشتری (متقاضی گشایش اعتبار) یا از جانب خود تعهد می‌کند:

- (۱) مبلغی را در وجه یا به حواله کرد شخص ثالثی (ذی نفع اعتبار) بپردازد یا اسناد تجاری (برات/بروات) صادره از سوی ذی نفع اعتبار را قبول و پرداخت کند؛ یا
- (۲) به بانک دیگری اختیار دهد این پرداخت را صورت دهد یا اسناد تجاری (برات/بروات) صادره از سوی ذی نفع را قبول و پرداخت کند؛ یا
- (۳) به بانک دیگری اختیار دهد اسناد تجاری (برات/بروات) صادره از سوی ذی نفع را معامله و نقد نماید،

در مقابل سند (اسناد) مشخص شده، مشروط بر اینکه شروط و تعلیقات مقرر در اعتبار رعایت شده باشد».^۶

ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت امریکا (یو.سی.سی.)، اعتبار اسنادی را به عنوان «تعهدی قاطع از سوی گشاینده اعتبار در مقابل ذی نفع اعتبار به درخواست یا حساب متقاضی، یا در مورد یک مؤسسه مالی و اعتباری رأساً یا به حساب خود مؤسسه مبنی بر پرداخت وجه یا تسلیم یک شیء دارای ارزش در ازای اسنادی که ارائه می‌گردد» تعریف می‌نماید.^۷

عنصری خارجی در آن وجود ندارد، اعتبار اسنادی، اعتبار داخلی محسوب می‌شود. چنانچه بر یک اعتبار، کد متحدالشکل تجارت و یو.سی.پی. هر دو شمول و حکومت داشته باشد، بند ۵-۱۱۶ (ج) کد متحدالشکل تجارت مقرر می‌نماید در موردی که بین این دو مجموعه قواعد، هرگونه تعارضی ایجاد گردد یو.سی.پی. مقدم خواهد بود مگر اینکه مقرر کد متحدالشکل تجارت در آن خصوص از مقرراتی باشد که نتوان بر خلاف آن تراضی کرد (بند ۵-۱۱۶ (ج) کد متحدالشکل تجارت امریکا ۲۰۰۱). آن دسته از مقررات کد متحدالشکل تجارت که نمی‌توان بر خلاف آن توافق نمود عبارتند از: بند ۵-۱۰۲ (الف) (۹) (راجع به عدم قابلیت اعمال ماده ۵ بر معاملات مصرف کننده)، بند ۵-۱۰۲ (الف) (۱۰) (تنها مؤسسات مالی و اعتباری که اعتبارات اسنادی دوطرفه صادر می‌کنند)، بند ۵-۱۰۳ (الف) (قابلیت اعمال ماده ۵ بر معاملات اعتبار اسنادی)، بند ۵-۱۰۳ (ج) (راجع به بطلان شروط عام عدم مسئولیت)، بند ۵-۱۰۳ (د) (راجع به اصل استقلال اعتبار)، بند ۵-۱۰۶ (د) (راجع به اعتبار اسنادی «دائمی»)، بند ۵-۱۱۴ (د) (راجع به موافقت گشاینده اعتبار با واگذاری عواید)، بند ۵-۱۱۷ (د) (راجع به حقوق قائم مقامی)، و بند ۱-۱۰۲ (۳) (راجع به تعهد رعایت حسن نیت). برای مطالعه بیشتر رک. کد متحدالشکل تجارت (۲۰۰۱). جالب توجه اینکه در کد متحدالشکل تجارت ایالت نیویورک، در یک مقررۀ واقعاً بی‌مانند، در ماده ۵-۱۰۲ (۴) مقرر شده است که ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت بر اعتبار اسنادی‌ای که کلاً یا جزئاً تابع یو.سی.پی. باشد، اعمال نخواهد گردید. این استثناء به درخواست تعدادی از بانکهای نیویورک که اعتقاد داشتند کد متحدالشکل تجارت ممکن است با کار شناخته شده این بانکها بر اساس یو.سی.پی. تزامم یابد، وضع گردید. در این باره رک.

Joseph J. Ortego & Evan H. Krinick, Letters of Credit: Benefits and Drawbacks of the Independence Principle, 115 Banking L.J. 487, 492 (1988).

6. U.C.P. Art. 2 (1993).

7. U.C.C. § 5-102(a)(10) (Rev. 1995);

اعم از اینکه اعتبار اسنادی به عنوان «التزام» تعریف شود یا به عنوان «تعهد»، به هر حال ناگزیریم این ابزار پرداخت را با اصطلاحات عام و کلی توصیف کنیم و در این باره افراد مختلف اصطلاحات گوناگونی را به کار گرفته‌اند. ما ترجیح می‌دهیم اعتبار اسنادی را با توجه به کارکرد و نقشی که ایفاء می‌کند به عنوان وسیله‌ای تعریف نماییم که بنا به درخواست متقاضی از سوی گشاینده اعتبار به نفع ذی نفع افتتاح می‌گردد و بر اساس آن گشاینده اعتبار تعهد می‌کند وجه برات یا مبلغ موضوع مطالبه را تأدیه کند مشروط بر اینکه شروط مقرر در اعتبار محرز گردد.^۸

ب- نحوه عملکرد و اقسام اعتبارات اسنادی

یکی از طرق فهم ماهیت حقوقی اعتبارات اسنادی بررسی این نکته است که اعتبارات اسنادی چگونه کار می‌کند. اعتبارات اسنادی را به طرق و اقسام مختلفی می‌توان دسته‌بندی نمود. اعتبارات اسنادی به اتومبیل تشبیه شده است؛ چه اینکه هر دو مدت‌هاست مورد استفاده بوده و کارکرد و وظیفه هر دو آنها به مرور زمان بسط و توسعه داده شده و با تغییراتی که در جامعه بروز نموده تطبیق و سازگاری یافته‌اند.^۹ اقسام مختلف اعتبارات اسنادی به نحو متفاوتی عمل می‌کنند. به هر تقدیر، اعتبارات اسنادی امروزین را می‌توان برحسب کارکرد و کاربرد متفاوتشان به دو نوع اصلی تقسیم کرد: اعتبارات اسنادی تجاری و اعتبارات اسنادی تضمینی. سایر اقسام اعتبارات اسنادی نهایتاً گونه‌ها یا «مشتقاتی» از این دو نوع اصلی اعتبارات اسنادی می‌باشند که تعدیل یافته‌اند تا نیازهای ویژه‌ای را در معاملاتی خاص برآورده نمایند.

۱. اعتبارات اسنادی تجاری

اعتبارات اسنادی تجاری شکل سنتی و قدیمی اعتبارات اسنادی است که به عنوان یک

مقایسه کنید با بند ۵-۱۰۳(الف) ماده ۵ قدیم کد متحدالشکل تجارت که اعتبار اسنادی را به عنوان یک «التزام» تعریف می‌کرد؛ همچنین رک. شماره ۱ از شرح رسمی بند ۵-۱۱۴ قدیم کد متحدالشکل تجارت (در این شرح اعتبار اسنادی «اساساً قراردادی بین گشاینده اعتبار و ذی نفع» توصیف شده بود).

[Hereinafter U.C.C. Will Refer to the Uniform Commercial, Original U.C.C. Art. 5 as Article 5 of the Original U.C.C., and U.C.C. Art. 5 as the Revised Article 5 of the U.C.C.].

۸. برای دیدن پاره‌ای تعاریف قدیمی که در کامن‌لا ارائه شده به عنوان نمونه رک. Second Nat'l Bank of Toledo v. M. Samuel & Sons Inc., 12 F.2nd 963, 966 (2nd Cir. 1926); Border Nat'l Bank of Eagle Pass v. Am. Nat'l Bank of San Francisco, 282 F. 73, 77 (5th Cir. 1922); Birkhead v. Brown, 16 N.Y. 255, 5 Hill 634, 643 (N.Y. Sup. Ct. 1834), aff'd, 17 N.Y. 162, 163, 2 Denio 375, 377 (N.Y. 1845), Construed in Lafergue v. Harrison, 9 p. 259, 261 (Cal. 1885); 2 John W. Daniel, A Treatise on the Law of Negotiable Instruments, § 1790, at 2009, § 1797a, at 2014 (6th ed. 1919); Liggett v. Levy, 136 S.W. 299, 301 (Mo. 1911).

۹. Henry Harfield, Who Does What to Whom: The Letter-of-Credit Mechanism, 17 U.C.C. L.J. 291 (1985).

مکانیسم پرداخت و تأمین منابع مالی برای بیع بین‌المللی کالا ایجاد گردید. یک نمونه اصلی اعتبار اسنادی تجاری به‌نحو ذیل عمل می‌کند:

فرض کنید فروشنده‌ای در سیدنی استرالیا می‌خواهد کالایی را به خریداری در شانگ‌های چین بفروشد، مع‌ذلک فروشنده و خریدار یکدیگر را نمی‌شناسند و هر یک نگران ملائت مالی و اعتبار طرف مقابل است. فروشنده دل‌نگران است که پس از تحمل هزینه‌های بارگیری و ارسال کالا، خریدار ورشکسته شود، یا با رسیدن کالا به مقصد از تأدیه ثمن خودداری کند. در این حال، چنانچه خریدار ثمن را نپردازد، فروشنده ناگزیر است زیر بار هزینه‌های اقامه دعوا علیه خریدار در شانگ‌های، یعنی در یک کشور بیگانه که با نظام حقوقی آن آشنا نیست، برود، مضافاً بر اینکه هزینه فروش و نقد کردن کالا در یک کشور غریب را نیز متحمل گردد. به همین قیاس، خریدار نیز دلیلی ندارد به ملائت مالی و اعتبار فروشنده اعتماد ورزد و او نیز به سهم خود نگران است که چنانچه ثمن را پیشاپیش بپردازد کالایی با کمیت و کیفیت کالای موضوع قرارداد به دست او نرسد یا حتی بدتر از این، پریشانی و بحران مالی فروشنده، او را هم از پولی که پرداخته و هم از کالای موضوع عقد محروم سازد.

به‌منظور کاهش این بیم و نگرانی بر حق، که هریک دارند، طرفین می‌توانند به حالتی بینابین توافق کنند و معامله‌شان را از طریق اعتبار اسنادی سامان بدهند. بر اساس این سازوکار، خریدار موافقت می‌کند به ثالثی، معمولاً یک بانک خوش‌نام و معتبر در شانگ‌های، مراجعه کرده و تقاضا نماید اعتبار اسنادی‌ای به نفع فروشنده افتتاح کند. هنگامی که بانک خوش‌حسابی و اعتبار مالی خریدار را احراز و تأیید کرد، با تقاضای خریدار موافقت و اعتبار اسنادی را افتتاح می‌کند. بدین‌سان، بانک می‌پذیرد که تعهدی اصلی، مستقیم و مستقل مبنی بر پرداخت وجه براتی که فروشنده بر اساس اعتبار اسنادی ارائه می‌کند، بر عهده بگیرد، مشروط بر اینکه اسناد منطقی که در اعتبار مشخص شده، ارائه و تسلیم شود. اسنادی که معمولاً در اعتبارات اسنادی تجاری مشخص می‌گردد شامل صورت‌حساب تجاری، بیمه‌نامه، و بارنامه پاک کالای بارگیری‌شده است. سند اخیر دلیل مالکیت کالا به شمار آمده و مالکیت کالا را ثابت می‌نماید.^{۱۰} این مثال روشن می‌سازد که اساساً یک معامله اعتبار اسنادی تجاری نوعی مشتعل بر

۱۰. مکانیسم اعتبار اسنادی در این خصوص بسیار منعطف است و طرفین می‌توانند اعتبار را به‌گونه‌ای تنظیم کنند که مقاصدشان را برآورده ساخته و از منافعی حراست کند. بنابراین، به‌عنوان مثال در اعتبار می‌توان مقرر کرد که گواهی‌ای از سوی یک موسسه بازرسی مستقل دایر بر اینکه کالا مشخصات فنی خاصی را داراست، صادر گردد یا همان‌گونه که در دعوای جدید ذیل، راجع به ارسال پودر آهن مشاهده می‌شود، در اعتبار، گواهی تجزیه و تحلیل و گواهی وزن را لازم شمارند؛ برای دیدن این دعوا رک.

Westpac Banking Corp. v. Stone Gemini, [1999] 110 F.C.R. 434 (Austl.).

سه طرف و سه معامله است.^{۱۱} سه طرف درگیر در عملیات اعتبار اسنادی تجاری عبارتند از: (۱) خریدار که با عناوین «متقاضی اعتبار»، «صاحب حساب»، یا «مشتري بانک» شناخته می‌شود؛

(۲) فروشنده که با عنوان «ذی‌نفع» شناخته می‌شود؛ (۳) بانک که با عناوین «گشاینده اعتبار»، «بانک گشاینده اعتبار»، یا «بانک افتتاح‌کننده اعتبار» شناخته می‌شود. سه معامله‌ای که در این عملیات دیده می‌شود، عبارتند از:

(۱) معامله پایه بین خریدار و فروشنده که براساس آن فروشنده موافقت می‌کند کالایی را به خریدار بفروشد و خریدار موافقت می‌نماید ثمن را از طریق سازوکار اعتبار اسنادی تأدیه کند؛

(۲) معامله بین خریدار و بانک که براساس آن بانک موافقت می‌کند اعتبار اسنادی را به نفع فروشنده افتتاح کند و خریدار موافقت می‌کند وجهی را که بانک به‌موجب اعتبار اسنادی [به فروشنده] می‌پردازد به اضافه کارمزد به بانک بازپرداخت کند؛ و

(۳) معامله بین بانک و فروشنده، یعنی همان خود قرارداد اعتبار اسنادی، که بر اساس آن بانک موافقت می‌کند مسئولیت اصلی پرداخت براتی را که فروشنده [عهده بانک] صادر می‌کند، بر عهده بگیرد مشروط بر اینکه برات موصوف با اسناد لازمی که در اعتبار اسنادی مشخص شده، همراه باشد.^{۱۲}

۱۱. در عمل، معمولاً طرفهای بیشتری در عملیات درگیر هستند و اعتبار مشتمل بر معاملات بیشتری است. برای مثال، بانک گشاینده معمولاً به‌واسطه یک بانک کارگزار واقع در اقامتگاه فروشنده، افتتاح اعتبار را به فروشنده ابلاغ می‌کند. ممکن است به بانک کارگزار دستور داده شده باشد که به‌عنوان بانک ابلاغ‌کننده عمل کند که در این صورت بانک مزبور صرفاً واسطه‌ای است که اطلاعات را مخابره می‌کند، یا ممکن است از بانک مزبور خواسته شده باشد که تعهد خود را نیز به‌عنوان بانک تأییدکننده به اعتبار اضافه کند، یا از بانک مزبور خواسته شده باشد که به‌عنوان بانک معامله‌کننده از طریق خرید برواتی که ذی‌نفع صادر می‌کند در معامله اعتبار اسنادی مشارکت نماید. گاهی ممکن است عملیات اعتبار اسنادی تنها مشتمل بر دو طرف باشد. این نوع اعتبارنامه تحت عنوان اعتبار اسنادی دوطرفه نامیده می‌شود. برای دیدن شرح و توضیح اعتبارات اسنادی دوطرفه رک.

Gerald T. McLaughlin, Two Party Letters of Credit: Two More Problems than Three, 4 j. Banking & Fin. L. & Prac. 226 (1993); Gerald T. McLaughlin & Neil B. Cohen, Commercial Law, 9 N.Y.L.J., July 14, 1993, at 3.

۱۲. معذک، در بعض اقسام اعتبارات اسنادی ممکن است اصلاً براتی وجود نداشته باشد. در فرضی که عملیات اعتبار اسنادی مشتمل بر برات است، به اعتقاد پروفیسور الینگر گشاینده اعتبار ممکن است ملتزم شود که تعهد خود را به یکی از طرق ذیل ایفاء کند: (۱) در مقابل ارائه اسناد وجه نقد بپردازد؛ یا (۲) براتی که ذی‌نفع به میزان ثمن بیع بر عهده بانک گشاینده صادر می‌کند، قبول نماید؛ یا (۳) براتی که فروشنده بر عهده خریدار صادر می‌کند، نقد نماید. طریقه نخست در اروپای قاره‌ای و امریکای جنوبی رواج دارد، طریقه دوم رایج‌ترین طریقه در بریتانیا، بسیاری از کشورهای مشترک‌المنافع و ایالات متحده است، و طریقه سوم در جنوب شرق آسیا رایج است. در این باره رک.

این مکانیسم درجه بالایی از فایده و کارایی تجاری را داراست و در روند عادی تجارت برای کلیه طرفهای درگیر در این عملیات مفید است. در چارچوب این مکانیسم، فروشنده (ذی‌نفع اعتبار) اسناد، مالکیت کالا را در اختیار و کنترل خود دارد تا زمانی که این اسناد را به بانک گشاینده اعتبار ارائه و تسلیم می‌کند، و در همین زمان ثمن [در مقابل تسلیم اسناد] به فروشنده پرداخت یا برات صادره از سوی او، توسط بانک گشاینده اعتبار قبول می‌گردد. فروشنده تقریباً با خطر عدم پرداخت ثمن مواجه نیست زیرا از این طریق، اعتبار بانک گشاینده جایگزین اعتبار خریدار می‌گردد. خریدار (متقاضی گشایش اعتبار)، به استثنای فرض تقلب، اطمینان خاطر می‌یابد تا زمانی که اسناد مقرر به بانک پرداخت‌کننده تسلیم نگردیده است، پول او از تصرف خارج نخواهد شد، اسنادی که نه تنها بیانگر اجرای تعهد ناشی از عقد بیع از سوی فروشنده‌اند، معرف مالکیت کالای موضوع عقد نیز هستند. افزون بر این، مکانیسم اعتبار اسنادی معمولاً نیاز فروشنده به وجوه نقد و نیاز خریدار به وام و اعتبار را برآورده می‌سازد. این واقعیت که هیچ‌یک از فروشنده و خریدار هیچ‌گاه بر مبیع و ثمن در آن واحد مسلط نیستند، باعث می‌گردد تا خطر سوء استفاده از این مکانیسم مهار گردد.^{۱۳} در این میان، بانک نیز که کسب و کارش ارائه خدمات است، به نوبه خود به کارمزد می‌رسد. اگرچه ظاهراً چنین می‌نماید که بانک خطر اعطای وام و اعتبار به خریدار را تا زمان بازپرداخت آن بر دوش می‌گیرد، لیکن معمولاً بانک بر اسناد تسلیم‌شده حق وثیقه می‌یابد و به‌علاوه از سایر اموال خریدار نیز وثیقه و رهن می‌گیرد.^{۱۴}

۲. اعتبارات اسنادی تضمینی

اعتبارات اسنادی تضمینی در دهه ۱۹۵۰ به جهت اینکه «قوانین، آیین‌نامه‌ها و اساسنامه‌ها، اختیارات بانکهای امریکا را برای ضمانت دیگران محدود می‌کرد»،^{۱۵} توسعه و

E.P. Ellinger, Letters of Credit, in the Transnational Law of International Commercial Transactions 241, 244 (Norbert Horn & Clive M. Schmitthoff eds., 1982).

۱۳. با این همه، یکی از متخصصان برجسته اعتبارات اسنادی اظهار داشته است که به‌علت اصل استقلال در حقوق اعتبارات اسنادی، خریدار در سازوکار اعتبار اسنادی در «یک موقعیت بسیار آسیب‌پذیر» قرار دارد. در این باره رک. Maurice Megrah, Risk Aspects of the Irrevocable Documentary Credit, 24 Ariz. L. Rev. 255, 256 (1982). نگارندگان با نکته فوق موافقت و قصد دارند در طی مباحث این مقاله بررسی کنند که در برابر این معضل چه تدابیری می‌توان اندیشید.

۱۴. مع‌ذلک، برخی نویسندگان برآنند که حق وثیقه بانک بر کالا یا اسنادی که مثبت مالکیت کالا است در سازوکار اعتبارات اسنادی، چندان رکن مهمی به‌شمار نمی‌رود. «شاید گمراه‌کننده باشد اگر بگوییم برای بانکهای گشاینده اعتبار اسنادی همیشه حق وثیقه‌ای که بر کالا دارند، اهمیت دارد. شاید بهتر است بگوییم بانک گشاینده اعتبار به اینکه بر کالا حق وثیقه دارد، التفات و توجهی ندارد، بلکه بیشتر از این نگران است که آیا هنگامی که وجه اعتبار را به ذی‌نفع پرداخت، متقاضی اعتبار توان بازپرداخت آن را خواهد داشت». در این باره رک.

Dolan, *Supra* note 3, at 8-23, n. 111.

15. E.P. Ellinger, Standby Letters of Credit, 6 Int'l Bus. Law, 604, 611 (1978).

تکامل یافت. این نوع اعتبارات اسنادی در دهه ۱۹۶۰ به‌طور وسیعی در ایالات متحده معمول شد و از دهه ۱۹۷۰ به بعد به‌نحو روزافزونی در سطح جهان رواج یافت.^{۱۶}

از نظر حقوقی، اعتبارات اسنادی تضمینی، در همان قالب و چارچوب یکسان با اعتبارات اسنادی تجاری عمل می‌کند. یک معامله اعتبار اسنادی تضمینی عادی نیز همانند اعتبار اسنادی تجاری مشتمل بر سه طرف (متقاضی اعتبار، صادرکننده اعتبارنامه، و ذی‌نفع اعتبار) و سه معامله (معامله پایه، قرارداد صدور اعتبارنامه، و خود قرارداد اعتبار اسنادی) می‌باشد.

با این همه، برخلاف اعتبارات اسنادی تجاری که جهت پرداخت یا تسهیل پرداخت ثمن در بیع بین‌المللی کالا به‌کار می‌رود، اعتبارات اسنادی تضمینی در انواع و اقسام گوناگونی از معاملات مورد استفاده است. بنا به تعبیر پروفیسور جان دولان «از حیث نوع معامله‌ای که اعتبار اسنادی تضمینی ممکن است در آن به‌کار آید، تقریباً هیچ حد و مرز و محدوده‌ای وجود ندارد. علی‌الاصول، در هر معامله‌ای که اجرای تعهد یک طرف آن موجد و مستمر باشد، می‌توان از

همچنین رک.

U.C.C. Article 5, Prefatory Note (1995); James F. Byrne, Foreword to Boris Kozolchyk, Bank Guarantees and Letters of Credit: Time for a Return to the Fold, 11 U. Pa. J. Int'l Bus. L. 1, 4 (1989); Eric E. Bergsten, A New Regime for International Independent Guarantees and Standby Letters of Credit: The UNCITRAL Draft Convention on Guaranty Letters, 27 Int'l Law. 859, 865 (1993).

16. Ross P. Buckley, Potential Pitfalls with Letters of Credit, 70 Austl. L.J. 217, 227 (1996).

اعتبارات اسنادی تضمینی آنچنان رواج دارند که میزان پولی که در اعتبارنامه‌های تضمینی جریان دارد بسیار بیشتر از میزان پولی است که در اعتبارات اسنادی تجاری درگیر است. در سال ۱۹۸۹ اعلام شد که «اعتبارنامه‌های تضمینی تنها در ایالات متحده به حدود ۱۷۵ میلیارد بالغ شده، در حالی که اعتبارات اسنادی تجاری تصفیه‌نشده حدود ۳۰ میلیارد کاهش یافته است». در این باره رک.

Byrne, *Supra* note 15, at 4.

این ارقام با جدیدترین آماری که اتاق بازرگانی بین‌المللی در سال ۱۹۹۸ تهیه کرده، هماهنگ است: «میزان اعتبارنامه‌های تضمینی تصفیه‌نشده از حیث ارزش با نسبتی بیش از ۵ به ۱ از اعتبارات اسنادی تجاری تجاوز کرده است». در این باره رجوع کنید به پایگاه اینترنتی اتاق بازرگانی بین‌المللی به نشانی:

<http://www.iccwbo.org/home> (last visited Sept. 30, 2002).

به هر تقدیر، به‌نظر می‌رسد که درخصوص علل تکامل اولیه ابزار اعتبارنامه‌های تضمینی دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد. گفته شده است که:

«به هر حال، اعتبارنامه تضمینی به هیچ وجه یک تأسیس امریکایی نیست، زیرا این ابزار به‌طور وسیعی در بیش از ۳۰ کشور در امریکای شمالی، امریکای جنوبی، استرالیا و آسیا مورد استفاده است. کاربرد این ابزار برخلاف آنچه گاهی گفته می‌شود، ناشی از مندرجات خاص قوانین ایالات متحده که براساس آن اختیارات بانکها به‌طور کلی جهت صدور ضمانت‌نامه محدود شده، نمی‌باشد. اعتبارنامه تضمینی محصول تلاشهای عالمانه و دقیقی بود که در اوایل دهه ۱۹۵۰ عمدتاً تحت سرپرستی «لئونارد ای. بک» از سیتی‌بانک و «هانری هارفیلد» از موسسه شرممن و استرلینگ به انجام رسید. این دو تقریباً یک‌تنه و دست تنها حقوق اعتبارات اسنادی ایالات متحده را در سالهای دوران‌ساز رهبری کرده و شکل دادند و اعتبارنامه تضمینی با تلاشهای ایشان بر سر زبانها افتاد و شهرت یافت. دستاورد و موفقیت جالب توجه آن دو این بود که از طریق بسط و توسعه اعتبار اسنادی که ابزاری آزمون‌پس‌داده و واقعی بود، بی‌آنکه ابزار جدیدی را متداول کنند، یک نوع تضمین مستقل یا مجرد را خلق کردند». رک.

Byrne, *Supra* note 15, at 4.

❖ ۳۱۳ ماهیت حقوقی ویژه و ...

اعتبار اسنادی تضمینی استفاده کرد».^{۱۷}

گستره و دامنه بالقوه کاربرد اعتبارات اسنادی تضمینی را شاید بتوان به آشکارترین وجه در پرونده کانادایی روزن به طرفیت پولن مشاهده کرد. در این پرونده از اعتبارنامه تضمینی جهت تضمین اجرای وعده نکاح استفاده شده بود.^{۱۸} با وجود این، اعتبارات اسنادی تضمینی در بعضی صنایع و معاملات غالباً بیش از دیگر صنایع و معاملات مورد استفاده است. اعتبارات اسنادی تضمینی بویژه در موارد زیر بیشتر به کار می‌رود:

- (۱) در صنعت ساخت و ساز به منظور حراست از منافع صاحب پروژه (کارفرما) در مقابل اجرای با تأخیر، سوء اجرا یا عدم اجرای تعهد از سوی پیمانکار؛
- (۲) در صنعت پولی و بانکی، به منظور تقویت اعتبار اوراق بهاداری که یک شرکت منتشر می‌کند یا به منظور اینکه اوراق قرضه‌ای که یک شرکت برای فروش بلند مدت در بازار عرضه می‌کند، خریدار بیابد؛ چرا که از این طریق شرکت از شهرت و اعتبار یک بانک سرشناس و خوش‌نام نهایت استفاده را می‌برد؛ و
- (۳) در بیع بین‌المللی کالا جهت تأمین و تضمین خدمات پس از فروش یا تضمین عملکرد و کارایی ماشین آلات یا تجهیزات خریداری شده.^{۱۹}

۳. تفاوت اعتبارات اسنادی تجاری با اعتبارات اسنادی تضمینی

به‌رغم اینکه اعتبارات اسنادی تجاری و اعتبارات اسنادی تضمینی «نام خانوادگی»^{۲۰} یکسانی دارند و با وجود آنکه از حیث تحلیل حقوقی از ماهیت واحدی برخوردارند، با این‌همه

17. Dolan, *Supra* note 3, 1-24.

همچنین رک.

Boris Kozolchyk, The Emerging Law of Standby Letters of Credit and Bank Guarantees, 24 Ariz. L. Rev. 319, 320 (1982).

(بوریس کوزلچیک می‌نویسد: «اعتبارنامه تضمینی تقریباً می‌تواند هر تعهدی را که برای انسان شناخته شده است، دربرگیرد». رک. همان).

18. Rossen v. Pullen, [1981] 126 D.L.R. 3rd 62.

۱۹. برای مطالعه بیشتر درباره کاربرد اعتبارات اسنادی تضمینی رک.

Cassandra E. Joseph, Letters of Credit: The Developing Concepts and Financing Functions, 94 Banking L.J. 816 (1977); Boris Kozolchyk, The Financial Standby: A Summary Description of Practice and Related Legal Problems, 28 U.C.C. L.J. 327 (1996); Daniel E. Murray, Letters of Credit in Nonsale of Goods Transactions, 30 Bus. Law. 1103 (1975); Rowe, *Supra* note 3; Reade H. Ryan, Letters of Credit Supporting Debt for Borrowed Money: the Standby as Backup, 100 Banking L.J. 404 (1983).

20. Henry Harfield, Guaranties Standby Letters of Credit, and Ugly Ducklings, 26 U.C.C. L.J. 195, 197 (1994).

تفاوت‌های مهمی بین آن دو وجود دارد.

اولاً، اهداف و اغراض این دو نوع از اعتبارات اسنادی متفاوت است، بر عکس اعتبار اسنادی تجاری که مکانیسم مطمئنی جهت پرداخت ثمن به ذی‌نفع فراهم می‌آورد؛ چرا که از طریق آن تعهد تجاری پرداخت ثمن به‌طور منظم اجرا می‌شود، اعتبار اسنادی تضمینی، ابزاری است که برای فرض تخلف در انجام تعهد، طراحی و در نظر گرفته شده است تا از طریق آن چنانچه خدای نکرده به احتمال ضعیف متقاضی صدور اعتبارنامه، تعهد ناشی از معامله پایه را ناقص اجرا کرد یا اساساً اجرا ننمود، وثیقه یا تضمینی جهت جبران خسارات در اختیار ذی‌نفع باشد. از آنجا که انتظار می‌رود اکثر معاملات پایه به‌نحو مناسب و رضایت‌بخشی اجرا گردد، لذا به‌طور معمول پیش‌بینی می‌شود گشاینده یک اعتبار اسنادی تجاری [در مقام اجرای تعهد خود] مبلغ اعتبار را بپردازد، حال آنکه بر عکس، صادرکننده یک اعتبار اسنادی تضمینی، معمولاً احتمال نمی‌رود مبلغ اعتبار را پرداخت کند [چرا که این نوع اعتبار برای زمان تخلف از انجام تعهد طراحی شده و تعهدات قراردادی معمولاً اجرا می‌گردد و لذا نوبت به مطالبه مبلغ اعتبار نمی‌رسد]. به‌نظر می‌رسد واقعیت و عمل نیز بر این انتظارات و پیش‌بینی‌ها صحه می‌گذارد.^{۲۱}

ثانیاً، بین اعتبار اسنادی تجاری و اعتبار اسنادی تضمینی از حیث اسنادی که در این دو نوع اعتبار ارائه می‌شود، تفاوت وجود دارد. در حالی که در اعتبار اسنادی تجاری به محض ارائه اسنادی از سوی ذی‌نفع مبلغ اعتبار قابل پرداخت می‌شود. این اسناد معمولاً شامل بارنامه و صورت حساب تجارتی است که ثابت می‌نمایند ذی‌نفع تعهد ناشی از معامله پایه را به‌نحو صحیح اجرا کرده است، بر عکس، پرداخت مبلغ اعتبار اسنادی تضمینی با ارائه سندی که تصدیق نماید متقاضی صدور اعتبارنامه تعهد ناشی از معامله پایه را اجرا ننموده یا به‌طرز صحیح و کاملی اجرا نکرده، ممکن می‌گردد.

ثالثاً، یک اعتبار اسنادی تضمینی در رایج‌ترین شکل خود، پرمخاطره‌تر از یک اعتبار اسنادی تجاری می‌باشد. در حالی که اعتبار اسنادی تجاری با لازم دانستن اسنادی که معرف مالکیت کالا یا حداقل دلیل بر ارسال کالایی ظاهراً منطبق با قرارداد است و غالباً از سوی

21. Int'l Chamber of Commerce, I.C.C. Commercial Crime Bureau Special Report – Prime Bank Instrument Frauds 16 (1994).

(در این گزارش آمده: «واقعیت این است که وجه بیشتر اعتبارنامه‌های تضمینی... تنها در فرض «تخلف از انجام تعهد» یا «عدم اجرای تعهد» مطالبه می‌گردد و ارزیابی بانکها نشان می‌دهد که وجه اعتبارنامه‌های تضمینی در کمتر از یک درصد موارد اعتبارنامه‌ها/ضمانت‌نامه‌های صادره مطالبه می‌گردد». رک. همان). با وجود این، برای دیدن نظری مخالف رک.

Dolan, *Supra* note 3, at 7-42.

(پروفسور دولان می‌نویسد: «غالباً ذی‌نفع‌های اعتبارنامه‌های تضمینی وجه اعتبار را مطالبه می‌کنند، حال آنکه متقاضی صدور اعتبارنامه از انجام تعهد ناشی از قرارداد تخلف نورزیده است. اعتبارنامه‌های تضمینی گاهی به شکل اعتبارنامه‌های «پرداخت فوری» هستند که طرفین، مطالبه وجه از سوی ذی‌نفع را احتمال می‌دهند». رک. همان).

اشخاص ثالث مستقل و بی طرف صادر می شود، حد بالایی از اطمینان خاطر و امنیت را فراهم می آورد، بر عکس شرط مطالبه وجه در اعتبار اسنادی تضمینی اغلب صرف یک اظهار کتبی از سوی خود ذی نفع است، هرچند در بعضی اعتبارات اسنادی تضمینی جهت پرداخت مبلغ اعتبار ممکن است صدور اسنادی از سوی اشخاص ثالث مستقل و بی طرف، از قبیل گواهی یک مهندس یا رأی دادگاه یا رأی داور لازم دانسته شده باشد. از این روی، «احتمال دغل کاری و تقلب فاحش معمولاً به هنگام استفاده از اعتبارات اسنادی تضمینی به مراتب بیش از اعتبارات اسنادی تجاری است».^{۲۲} به عبارت دیگر، مبلغ اعتبار اسنادی تضمینی ممکن است مطالبه و دریافت شود حال آنکه تخلف از معامله پایه واقعاً رخ نداده باشد. در این صورت، متقاضی صدور اعتبارنامه علاوه بر آنکه تعهد ناشی از معامله پایه را ایفاء کرده است، ناگزیر خواهد بود مبلغ اعتبار را نیز به بانک که مطابق شروط اعتبار وجه را به ذی نفع پرداخته است، بازپرداخت نماید. در بعضی موارد، چنانچه متقاضی صدور اعتبارنامه ورشکسته اعلام شود، این خطر لاجرم بر بانک تحمیل خواهد شد.

۴. اعتبارات اسنادی و ضمانت نامه ها

از آنجا که اصطلاح اعتبارات اسنادی و ضمانت نامه های بانکی گاهی به جای یکدیگر و به نحو مترادف استعمال می شود،^{۲۳} لذا در اینجا ضمانت نامه ها را به اختصار بررسی می نماییم. مع هذا، نظر به اینکه «به طور کلی حوزه ضمانت نامه ها، هم از نظر اصطلاح شناسی و هم از حیث مفهومی دچار نوعی پریشانی و اضطراب است یا حداقل به درهم و برهمی شهرت دارد»،^{۲۴} نخست لازم است بنا به گفته پروفیسور روی گود «پاره ای اشتباهات و بی نظمی های اصطلاح شناسی را که در اثر ناهماهنگی در استعمال اصطلاحات تخصصی ایجاد شده برطرف نموده و پرده از ابهام این عناوین برداریم».^{۲۵} پروفیسور روی گود در این زمینه می نویسد:

«اساساً اصطلاح «ضمانت نامه» بر عقد ضمان سنتی دلالت دارد که در آن ضامن مسئولیت پاسخگویی در قبال دین دیگری یا تخلف در انجام تعهد شخص دیگر را بر عهده می گیرد. بنابراین، تعهد ضامن ماهیتاً تعهدی ثانوی است؛ بدین معنا که تعهد پرداخت ضامن ایجاد

22. Buckley, *Supra* note 16, at 228.

23. Raymond Jack, *Documentary Credits* 195 (1991).

همچنین رک.

Roeland Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade* 268 n. 46 (2nd ed. 1996).

(رولند برترامس می نویسد: «در خصوص مفهوم تقلب، محاکم امریکا همانند محاکم انگلستان تفاوتی بین اعتبارات اسنادی تجاری و اعتبارات اسنادی تضمینی (ضمانت نامه های مستقل) قائل نیستند». رک. همان).

24. Bertrams, *Supra* note 23, at 3.

25. Roy M. Goode, *Commercial Law* 1030 (2nd ed. 1995).

نمی‌گردد مگر اینکه مدیون اصلی از انجام تعهد تخلف نماید و علی‌الاصول مسئولیت ضامن محدود و به میزان مسئولیت مدیون اصلی است.^{۲۶}

این نوع ضمانت‌نامه معمولاً با اوصاف ضمان «فرعی»، ضمان «ثانوی»، ضمان «تبعی»، یا ضمان «با التزام معلق» شناخته می‌شود. اتاق بازرگانی بین‌المللی (آی.سی.سی.سی.) مجموعه قواعدی را به نام مجموعه قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی^{۲۷} تدوین کرده که در اصل ناظر به ضمانت‌نامه‌ها یا تعهدنامه‌هایی از همین نوع است.

با وجود این، اصطلاح «ضمانت‌نامه» امروزه «به‌منظور دلالت بر تعهدنامه‌هایی که ماهیتاً مبتنی بر اسناد هستند»^{۲۸} یا «در جایگاه و موقعیتی مشابه با اعتبار اسنادی قرار گرفته‌اند»^{۲۹} نیز استعمال می‌شود. ضمانت‌نامه‌هایی از این دست، از این حیث که تعهد پرداخت صادرکننده ضمانت‌نامه، صرفاً با ارائه اسناد منطبق یا با یک مطالبه ساده از سوی ذی‌نفع، قابل اجرا می‌گردد و صادرکننده ضمانت‌نامه به این امر توجهی نمی‌نماید که آیا متعهد اصلی واقعاً از انجام تعهد تخلف ورزیده است یا خیر، دارای طبع حقوقی یکسانی با اعتبار اسنادی هستند. دادگاه‌ها دو اصل بنیادین حاکم بر اعتبارات اسنادی؛ یعنی اصل استقلال اعتبار و اصل لزوم انطباق دقیق اسناد را به‌نحو یکسانی در مورد این نوع از ضمانت‌نامه‌ها نیز اعمال می‌کنند. این‌گونه ضمانت‌نامه اسامی فراوانی نیز دارد: ضمانت‌نامه بانکی، ضمانت‌نامه اولین درخواست، ضمانت‌نامه مستقل، ضمانت‌نامه عندالمطالبه، ضمانت‌نامه حسن اجرای قرارداد، ضمانت‌نامه غیرمعلق و غیرمشروط، و یا تعهدنامه حسن اجرای قرارداد. به‌منظور تمییز و تشخیص ضمانت‌نامه‌های نوع نخست از ضمانت‌نامه‌های نوع دوم، ضمانت‌نامه‌های نوع اول را با عنوان «ضمانت‌نامه‌های فرعی» خواهیم نامید و از ضمانت‌نامه‌های نوع دوم با عنوان «ضمانت‌نامه‌های مستقل» یاد خواهیم کرد. با آنکه اعتبارات اسنادی تضمینی و ضمانت‌نامه‌های مستقل همان هدف و غرض تجاری ضمانت‌نامه‌های فرعی را ایفاء می‌نمایند، از نظر حقوقی از جنبه‌های مختلفی با ضمانت‌نامه‌های فرعی متفاوتند:

(۱) تعهد پرداخت مبلغ اعتبارات اسنادی تضمینی و ضمانت‌نامه‌های مستقل با ارائه اسناد یا گاهی با یک مطالبه ساده قابل اجرا می‌گردد و نه با تخلف واقعی متقاضی صدور اعتبارنامه؛ حال آنکه تعهد پرداخت وجه ضمانت‌نامه‌های فرعی با تخلف واقعی متعهد اصلی از تعهد ناشی از

26. *Id.*

27. Uniform Rules for Contract Bonds, Int'l Chamber of Commerce, I.C.C. Publication No. 524 (1993).

28. Goode, *Supra* note 25, at 1030.

29. Edward Owen Engineering, Ltd. v. Barclays Bank Int'l, Ltd., [1978]159, 170-71.

قرارداد پایه قابل اجرا می‌گردد و احراز و تعیین تخلف متعهد اصلی براساس بررسی وقایع خارجی صورت می‌پذیرد.

(۲) میزان مبلغی که به موجب اعتبار اسنادی تضمینی یا ضمانت‌نامه مستقل به ذی‌نفع قابل پرداخت است، میزان مبلغی است که در اعتبارنامه یا ضمانت‌نامه مشخص گردیده است، حال آنکه میزان مبلغی که به موجب ضمانت‌نامه فرعی [به ذی‌نفع] قابل پرداخت است میزان خسارات واقعی است که در اثر تخلف متعهد اصلی از اجرای تعهد، ایجاد گردیده است.

(۳) درحالی که اعتبارات اسنادی تضمینی و ضمانت‌نامه‌های مستقل معمولاً توسط بانکها افتتاح و صادر می‌گردند، ضمانت‌نامه‌های فرعی غالباً از سوی شرکت‌های متخصص در امر ضمانت صادر می‌شوند.

از آنجا که ضمانت‌نامه‌های مستقل به درستی مترادف و هم‌معنا با اعتبارات اسنادی تضمینی به‌شمار می‌روند، لذا کمیسیون ملل متحد برای حقوق تجارت بین‌الملل (آنسیترال) هر دو آنها را به‌نحو یکجا در کنوانسیون راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی تنظیم و قاعده‌مند کرده است. با توجه به اینکه ضمانت‌نامه‌های فرعی از حیث حقوقی متفاوت با اعتبارات اسنادی است، از این رو خارج از شمول این کنوانسیون قرار دارند.

ج- سیر تاریخی توسعه و تکامل اعتبارات اسنادی

۱. شکل‌های اولیه و قدیمی

مروری کوتاه بر تاریخ اعتبار اسنادی برای فهم این ابزار مفید است، هرچند این تاریخ به‌طور کامل مورد یقین و اتفاق نظر نیست. برخی نویسندگان برآنند که شکلی از برات که در قرن دوازدهم در منطقه مدیترانه مورد استفاده بوده و با عنوان «سند پرداخت»^{۳۰} یا «سند تبدیل»^{۳۱} نامیده می‌شده، نطفه و سلف اعتبار اسنادی کنونی را تشکیل می‌دهد. به‌موجب این سند، طلبکار از مدیون خود درخواست می‌کرد یا به او دستور می‌داد وجهی را به شخص ثالثی بپردازد. برخی دیگر از نویسندگان سلف اعتبار اسنادی را اعتبارنامه باز که در قرون وسطی مورد استفاده بود، می‌دانند.^{۳۲} بنا به گفته استوری اعتبارنامه باز عبارت است از:

30. Boris Kozolchyk, Commercial Letters of Credit in the America – A Comparative Study 4 (1966).

برای مطالعه تفصیلی درباره سند پرداخت رک.

Abbott Payson Usher, The Early History of Deposit Banking in Mediterranean Europe, ch. 3 (1943).

31. Dolan, *Supra* note 3, at 3-5.

32. Ellinger, *Supra* note 3, at 24.

«تقاضانامه‌ای باز که به‌موجب آن یک شخص (معمولاً یک تاجر یا بانکدار) از شخص یا اشخاص دیگری درخواست می‌کند به شخص ثالثی که نام او در تقاضانامه مشخص شده، تا میزان معینی، وجه نقد پرداخت یا اعتبار بدهد (بدهند) و تعهد می‌نماید همان مبلغ را به شخصی که وجه را پرداخته، بازپرداخت نموده یا برواتی که بر عهده خود او صادر می‌شود، تا همان میزان قبول نماید. این تقاضانامه، چنانچه خطاب به کلیه تجار یا سایر اشخاص به‌طور کلی باشد و از آنها درخواست کند این وجه به شخص ثالثی پرداخت گردد، اعتبارنامه عام نامیده می‌شود و چنانچه این تقاضانامه خطاب به شخص معینی باشد و از او درخواست کند این پرداختها را به شخص ثالثی صورت دهد، اعتبارنامه خاص نامیده می‌شود».^{۳۳}

با وجود آنکه رابطه بین سند پرداخت و اعتبارنامه باز به‌طور کامل روشن نشده است، به‌نظر می‌رسد اعتبارنامه باز به‌طریقی مشابه با سند پرداخت عمل می‌کرد. اعتبارنامه باز سندی بود که به‌موجب آن صادرکننده سند از کارگزار خود می‌خواست وجهی را به مشتری او بپردازد. اعتبارنامه باز همانند سند پرداخت یک دستور پرداخت بود، نه یک تعهد پرداخت. گذشته از این اعتبارنامه باز به‌منظور اینکه برای شخص در خارج از کشور وجوه نقد فراهم آورد و بدینسان نیاز به حمل پول را از سوی او برطرف کند نیز مورد استفاده بود، کمااینکه برات نیز بدین منظور استفاده می‌شد.^{۳۴}

۲. اعتبارات خریداران

اعتبار خریدار تعهدی بود از سوی تاجر یا خود خریدار مبنی بر پرداخت یا قبول براتی که فروشنده صادر می‌کرد. اعتبارات خریداران هنگامی پدید آمد که برات جایگاه رسمی خود را به‌عنوان یک سند قابل معامله در اروپای قرن هفدهم یافت.^{۳۵} اعتبارات خریداران سندی بود که به‌گونه زیر توصیف می‌شد:

«یک بازرگان، همکار یا خادم خود را... جهت خرید متاع یا وصول پول برای منظوری، مأمور می‌کرد و نامه‌ای باز خطاب به بازرگانی دیگر به او تسلیم می‌نمود که در آن از او خواسته شده بود به همکار او، یعنی حامل نامه فرصت دهد کالایی را از او خریداری یا پولی را دریافت

33. Joseph Story, Commentaries on the Law of Bills of Exchange, Foreign and Inland, as Administered in England and America § 459 (4th ed. 1860), Cited in Ellinger, *Supra* note 3, at 5; A.G. Davis, The Law Relating to Commercial Letters of Credit 1 (3rd ed., Pitman 1963).

34. Davis, *Supra* note 33, at 2.

35. Boris Kozolchyk, The Legal Nature of the Irrevocable Commercial Letter of Credit, 14 Am. J. Comp. L. 395, 396-97 (1965).

نماید... و متعهد می‌شد که همان کالا را برای او تهیه خواهد کرد و همان پول را برای او فراهم خواهد نمود یا از طریق حواله به او خواهد پرداخت».^{۳۶}

اعتبارات خریداران تنها در وجه شخص معینی می‌توانست صادر شود و باید حاوی مبلغی مشخص یا حداکثر مبلغ قابل پرداخت، می‌بود. اعتبارات خریداران حاوی تعهدی از سوی صادرکننده سند مبنی بر بازپرداخت وجه به پرداخت‌کننده بود. مع الوصف، این اعتبارنامه‌ها حتی در صورت عدم پرداخت نمی‌توانست مورد واخواست و اعتراض قرار گیرد. از این روی، طرفین نمی‌توانستند با اطمینان خاطر به این نوع اعتبارنامه به‌عنوان منبع حقوق و تعهدات‌شان اتکا نمایند. کاربرد این اعتبارنامه‌ها محدود به مواردی بود که روابط مستمر معاملاتی بین دو یا چند تجارتخانه وجود داشت که معمولاً به‌صورت حساب مفتوح یا نسیه با یکدیگر تجارت می‌کردند.^{۳۷}

۳. اعتبارات اسنادی امروزی

به‌طور کامل واضح نیست که اعتبارات اسنادی از چه زمان شکل امروزی را به خود گرفته است. با این‌همه، ظاهراً بیشتر نویسندگان اتفاق نظر دارند که اعتبارات اسنادی کنونی در حدود اواسط قرن نوزدهم پدید آمد.^{۳۸}

اعتبارات اسنادی پس از جنگ جهانی اول به نهایت کمال رسید.^{۳۹} عواملی چند به کاربرد روزافزون و شکل‌گیری اعتبار اسنادی در آن زمان کمک کرد:

(۱) رشد بالای تجارت جهانی؛

36. Gerard Malynes, *The Ancient Law Merchant* 104 (1629), Quoted in Kozolchyk, *Supra* note 35, at 396-97.

37. Kozolchyk, *Supra* note 35, at 397-98.

۳۸. پروفیسور لیولین با بررسی رویه قضائی اوایل قرن نوزدهم ایالات متحده درخصوص اعتبارات اسنادی، نتیجه گرفته است که در ایالات متحده اعتبار اسنادی تجاری در اثر رقابت تجاری بنگاههای حق‌العمل‌کاری پدیدار شد، این رقابت باعث صدور تعهدنامه‌هایی مبنی بر قبول بروات صادره در مقابل ارسال کالا گردید. تخصصی شدن فعالیتهای بانکی تا سرحد مستقل شدن عملیات بانکی از حق‌العمل‌کاری، افزایش تعداد کارخانجات و استفاده از تلگرام به‌عنوان وسیله مخابره شروط قراردادهای بیع با قیمت معین و ثابت از مهمترین عوامل صدور حجم زیاد این تعهدنامه‌ها در اوایل دهه ۱۸۶۰ بودند. برای دیدن یافته‌های پروفیسور لیولین رک.

Harfield, *Supra* note 3, 158-62.

پروفیسور الینگر معتقد است که اعتبارات اسنادی امروزی حدود سال ۱۸۴۰ پدید آمد و در حدود سال ۱۸۴۹ بود که «دارای شهرت» گردید. رک.

Ellinger, *Supra* note 3, at 29.

۳۹. به‌عنوان مثال رک.

Ellinger, *Supra* note 3, at 37; Boris Kozolchyk, Symposium, Preface, 24 *Ariz. L. Rev.* 235 (1982); Phillip W. Thayer, *Irrevocable Credits in International Commerce: Their Legal Nature*, 36 *Colum. L. Rev.* 1031 (1936).

(۲) نوسانات در ارزشهای خارجی؛

(۳) بی‌ثباتی در اقتصاد کشورها: تجار در روز کسب و کاری پررونق، اما شب‌هنگام ورشکسته می‌شدند؛ و

(۴) ورود افراد کلاهبردار و دغل در معاملات تجاری.

به‌علاوه، وقتی که تجار عادت نموده‌اند به یاری اعتبارات اسنادی وثیقه‌ای جهت پرداخت ثمن تحصیل نمایند، دیگر بعید است از این عادت و رویه دست بردارند.^{۴۰} این مختصر از تاریخ اعتبار اسنادی نشان می‌دهد که اعتبار اسنادی محصول و مخلوق تجارت بین‌المللی است. به هر حال، اگر شباهتی بین اعتبار اسنادی امروزی و اسلاف آن وجود داشته باشد، «تنها شباهتی ظاهری و صوری»^{۴۱} است. به‌عنوان مثال، تفاوت‌های عمده‌ای بین اعتبارنامه باز و اعتبار اسنادی کنونی وجود دارد:

(۱) هدف از اعتبار اسنادی امروزی آن است که پرداخت ثمن در بیع بین‌المللی کالا تضمین شود، در مقابل، اعتبارنامه باز به‌منظور فراهم آوردن وجه نقد برای تجاری که به خارج سفر می‌کردند، به کار گرفته می‌شد. تاجری که مایل نبود پول نقد با خود حمل کند لیکن به کشور بیگانه‌ای سفر می‌کرد که می‌خواست در آنجا اعتبار یا وجه نقد تحصیل نماید و نیل به این مقصود را به‌نحو دیگر مشکل می‌دید، از بانک خود درخواست می‌نمود تا اعتبارنامه‌ای باز به نفع او صادر نماید. به اتکای اعتبارنامه باز، تاجر قادر می‌گشت وجوه و اعتباراتی را از بانکهای خارجی با صدور برواتی بر عهده آنها تحصیل کند.

(۲) درحالی‌که گشاینده یک اعتبار اسنادی امروزی تعهد می‌کند ثمن را به فروشنده‌ای که قبلاً قرارداد بیع با خریدار منعقد کرده پردازد مشروط بر اینکه فروشنده اسناد لازم را ارائه و تسلیم نماید، صادرکننده یک اعتبارنامه باز، از دیگران می‌خواست وجهی را به مشتری او تأدیه کنند.^{۴۲}

(۳) در اعتبارات اسنادی امروزی، اعتبار به شخص ثالثی که با مشتری بانک روابط و معاملات تجاری دارد پرداخت می‌شود، حال آنکه در اعتبارنامه باز سند به مشتری بانک داده می‌شد.

40. Ellinger, *Supra* note 3, at 37.

41. Kozolchyk, *Supra* note 3, at 4.

همچنین رک.

H.N. Finkelstein, *Legal Aspects of Commercial Letters of Credit* 4, n. 5 (1930).

42. Ellinger, *Supra* note 3, at 6-7.

د- اعتبارات اسنادی، اسناد قابل معامله، و قراردادها

۱. اعتبارات اسنادی و اسناد قابل معامله

توسعه و تکامل تاریخی اعتبار اسنادی همچنین آشکار می‌نماید که این ابزار ارتباط نزدیکی با برات دارد. در روزگاران گذشته گاهی تمایز نهادن بین اعتبار اسنادی و برات دشوار می‌نمود. از این روی، بعضی محاکم اعتبار اسنادی را ماهیتاً یک سند قابل معامله محسوب می‌کردند^{۴۳} و حقیقتاً نیز شباهتهایی بین این دو ابزار وجود دارد. به گفته پروفیسور جان دولان:

«وجه تشابه اعتبارات اسنادی و اسناد قابل معامله در اصل استقلال دیده می‌شود، مطابق این اصل اعتبار اسنادی از معامله پایه‌ای که اعتبار از آن ناشی گردیده، مستقل است. این قاعده مشابه قاعده حاکم بر اسناد قابل معامله است: اسناد قابل معامله نیز به طور کلی از معامله‌ای که مبنای آنها را تشکیل می‌دهد، مستقل‌اند. وجه تشابه دیگر بین آن دو در این شهرت دیده می‌شود که دادگاهها بایست اعتبارات اسنادی را به نحو مضیق تفسیر کنند تا از این طریق پرداخت سریع مبلغ اعتبار بدون بررسی موضوعات خارجی و بی‌ارتباط تسهیل و تقویت گردد، دقیقاً همین موضع حقوقی در پرداخت وجه اسناد قابل معامله نیز پذیرفته شده است».^{۴۴}

با این همه، اعتبار اسنادی با اسناد قابل معامله متفاوت است. اولاً، سند قابل معامله «سندی است که بر حسب قانون یا عرف تجاری، از طریق قبض و اقباض یا ظهرنویسی به شخص ثالث با حسن نیت که برای آن عوضی داده، قابل انتقال می‌باشد، چندان که چنین شخصی سند را عاری از عیوبی که در مالکیت دارندگان قبلی بوده، تحصیل می‌کند».^{۴۵} یک سند قابل معامله تعهدی بدون قید و شرط و منجز است. اما اعتبار اسنادی معمولاً این گونه قابلیت نقل و انتقال را ندارد. اعتبار اسنادی معمولاً تعهدی معلق و مشروط است. ایفای تعهد گشاینده اعتبار غالباً منوط و معلق بر ارائه اسناد معینی از سوی ذی‌نفع است. عدم پرداخت وجه توسط گشاینده اعتبار منجر به اقامه دعوی از سوی ذی‌نفع مبنی بر نقض قرارداد می‌گردد که در این دعوا

۴۳. برای نمونه رک.

Second Nat'l Bank of Toledo v. M. Samuel & Sons, Inc., *Supra* note 8.

در دوران اخیر نیز محاکم همچنان اعتبارات اسنادی را با اسناد قابل معامله قیاس کرده و آنها را مشابه محسوب کرده‌اند. در دعوی زیر لرد دنینگ بیان داشت: «اعتبار اسنادی مشابه براتی است که بابت ثمن مبیع داده شده است. اعتبار اسنادی هم‌ردیف با اسکناس است و باید تأدیه شود. نمی‌توان جهت کسر مبلغ اعتبار به تهاتر یا دعوی متقابل استناد جست... در حقیقت برات را خریدار به فروشنده می‌دهد، اما اعتبار اسنادی را بانک در اختیار فروشنده می‌گذارد با این قصد جزم که از استناد به هر امری که ماهیتاً تهاتر یا دعوی متقابل است، اجتناب نماید». رک. صفحه ۶۱۳ از منبع زیر:

Power Curber Int'l Ltd. v. Nat'l Bank of Kuwait SAK, [1981] 3 All E.R. 607, 612.

۴۴. Dolan, *Supra* note 3, at 6-77.

۴۵. Goode, *Supra* note 25, at 519.

ذی‌نفع باید اجرای صحیح و به‌موقع تعهدات از جانب خود را ادعا و اثبات نماید. گشاینده اعتبار می‌تواند با اثبات اینکه ذی‌نفع تعهدات ناشی از اعتبار اسنادی را ایفا نکرده در مقابل این دعوا از خود دفاع نماید. ثانیاً، یک سند قابل معامله خود قسمی قرارداد است که [همانند سایر قراردادها] نیازمند عوض است، حال آنکه اعتبار اسنادی محتاج به عوض نیست.^{۴۶}

۲. اعتبارات اسنادی و قراردادها

از آغاز تا پایان عملیات، اعتبار اسنادی مشتمل بر قراردادهای متعددی است. افزون بر این، اعتبار اسنادی خود نیز یک تعهد است و پاره‌ای اوصاف و خصایص قرارداد را با خود دارد. از این روی، بسیاری از محاکم و نویسندگان، اعتبار اسنادی را به‌عنوان قسمی قرارداد (غالباً قرارداد خرید اسناد) توصیف کرده‌اند.^{۴۷} قراردادی که مدت‌های مدید است به‌عنوان شبیه‌ترین قرارداد به اعتبار اسنادی محسوب می‌شده، قرارداد بیع بر اساس شرایط سیف (قیمت، حق بیمه، هزینه حمل) است. همان‌گونه که در بالا مذکور افتاد، شرح رسمی‌ای که بر ماده ۵ قدیم کد متحدالشکل تجارت امریکا نوشته شده نیز اعتبار اسنادی را «اساساً قراردادی بین گشاینده اعتبار و ذی‌نفع»^{۴۸} قلمداد می‌کرد.

با وجود این، قواعد سنتی حاکم بر قراردادها از ابعاد گوناگونی، بر اندام اعتبار اسنادی راست نمی‌آید و بر آن قابل انطباق نمی‌گردد. اولاً، اعتبار اسنادی از سوی گشاینده برای ذی‌نفع افتتاح می‌گردد. اعتبار اسنادی از لحظه‌ای که گشایش می‌یابد، لازم‌الاجرا می‌شود و بنابراین نظریه ایجاب و قبول در حقوق قراردادها در مورد آن اعمال نمی‌گردد.^{۴۹} ثانیاً، اعتبار اسنادی تعهدی است از سوی گشاینده مبنی بر اینکه توان مالی و اعتبار خود را جایگزین توان مالی متقاضی اعتبار نماید و برای اینکه اعتبار الزام‌آور باشد لازم نیست عوضی از سوی ذی‌نفع به گشاینده اعتبار داده شود.^{۵۰} ثالثاً، همان‌گونه که پروفیسور الینگر خاطر نشان نموده است:

46. *Id.*

47. Ellinger, *Supra* note 3, at 182.

48. U.C.C. § 5-114, Official Comment 1, Original U.C.C. art. 5 (1995).

49. U.C.C. § 5-106(a), Original U.C.C. art. 5 (1995).

(بند ۵-۱۰۶ الف) قدیم کد متحدالشکل تجارت مقرر می‌داشت: «اعتبار اسنادی هنگامی افتتاح شده و مطابق با شروط آن نسبت به گشاینده لازم‌الاجرا می‌گردد که گشاینده اعتبار را برای شخصی که اطلاع او مورد نظر است یا برای ذی‌نفع فرستاده یا به‌نحو دیگری ارسال کند». رک. همان. برای دیدن دعوایی که تئوری ایجاب و قبول را در قلمرو اعتبارات اسنادی رد نموده است رک.

Amoco Oil Co. v. First Bank & Trust Co., 759 S.W. 2nd 877 (1988).

۵۰. بند ۵-۱۰۵ اصلاحی کد متحدالشکل تجارت مقرر می‌دارد: «برای افتتاح، تغییر، انتقال، یا الغاء اعتبار اسنادی، ابلاغ یا تأیید آن وجود عوض لازم نیست». رک.

U.C.C. § 5-105 (Rev. 1995).

«با آنکه بین معامله اسناد در قراردادهای سیف و معامله اسناد توسط بانک در اعتبار اسنادی شباهت دیده می‌شود، با این همه تفاوت این است که قراردادهای سیف، قرارداد خرید اسناد نیست، بلکه قرارداد خرید کالا است که تسلیم اسناد دلیل آن قرارداد است. حال آنکه در اعتبارات اسنادی، بانک صرفاً با اسناد ارتباط و سروکار دارد [نه با کالایی که اسناد معرف آن است].»^{۵۱}

بنابراین صحیح‌ترین نظر آن است که بگوییم:

«اعتبارات اسنادی ابزاری ویژه و منحصر به فرد است و حقوق قراردادهای، تنها تا حدی حقوق اعتبارات اسنادی را تکمیل می‌نماید که اصول قراردادهای با ماهیت ویژه اعتبارات اسنادی تعارض نیابد.»^{۵۲} چنانچه فرضاً اعتبار اسنادی نوعی قرارداد باشد، آن بیش و پیش از هر چیز یک قرارداد بسیار خاص است.^{۵۳} پروفیسور جان دولان بر آن است که کاربرد اصطلاح «قرارداد» جهت توصیف اعتبار اسنادی «نامطلوب و نامیمون» است.^{۵۴}

هـ - خلاصه

از مباحث فوق می‌توان دریافت که چرا اعتبار اسنادی به‌عنوان یک «ترتیب» یا یک «تعهد» تعریف شده است. اعتبار اسنادی محصول عرف تجاری است. اعتبار اسنادی یک «وسیله منحصر به فرد»^{۵۵} یا «نوع جدیدی از ابزار خاص بازرگانی»^{۵۶} است که «به دشواری بین دو مجموعه از دکترین‌های شناخته شده حقوقی یعنی حقوق قراردادهای و حقوق اسناد تجاری (اسناد قابل معامله)»^{۵۷} جای می‌گیرد. اعتبار اسنادی نه قرارداد محض است و نه یک سند قابل معامله محض، بلکه پاره‌ای از اوصاف هر یک از این دو با میزان قابل توجهی از خصائص ویژه خود این ابزار در یکدیگر درآمیخته‌اند و اعتبار اسنادی را شکل داده‌اند.

51. Ellinger, *Supra* note 3, at 199.

52. Dolan, *Supra* note 3, at 2-5.

۵۳. برای نمونه رک.

East Girard Sav. Ass'n v. Citizens Nat'l Bank & Trust Co., 593 F.2d 598, 603 (1979).

(در این رأی آمده است: «اعتبار اسنادی اساساً یک قرارداد عادی نیست. اعتبار اسنادی ابزار خاص و منحصر به فردی است که ایجاد شده تا نیازهای ویژه بازار را پاسخگو باشد». رک. همان).

54. Dolan, *Supra* note 3, at 2-5.

55. *Id.* at 3-2.

56. Kozolchyk, *Supra* note 30, at 421.

57. Guy W. Smith, Irrevocable Letters of Credit and Third Party Fraud: The American Accord, 24 Va. J. Int'l L. 55, 71 (1983).

به‌طور خلاصه، اعتبار اسنادی یک تأسیس خاص تجاری است که متفاوت با هر ابزار دیگری است. هیچ اصطلاحی به‌جز اعتبار اسنادی نمی‌تواند دقیقاً محتوای آن را بنمایاند. به عبارت دیگر اعتبار اسنادی، اعتبار اسنادی است، و هنگامی که به مسائل اعتبارات اسنادی می‌پردازیم، همواره باید تمایز و تفاوت این ابزار را به یاد داشته باشیم.

سوم. چارچوب حقوقی اعتبارات اسنادی الف- منابع حقوقی

حقوق اعتبارات اسنادی تا حد زیادی به واسطه عرف توسعه و تکامل یافته است. «بسیاری از قواعد مؤثر و مفید اعتبارات اسنادی، صرف‌نظر از حوزه جغرافیایی یا یک نظام حقوقی خاص، در اثر عرف و عادات بانکدارانی که با واردکنندگان و صادرکنندگان و با شرکتهای کشتیرانی و بیمه سر و کار داشتند، پدید آمده است».^{۵۸} آن عرف و عادات، امروزه عمدتاً در مجموعه عرفها و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی (یو.سی.پی.) که حاصل کوشش‌های اتاق بازرگانی بین‌المللی است، گرد آمده است. علاوه بر یو.سی.پی.، اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانت‌نامه‌های مستقل و/یا اعتبارات اسنادی تضمینی، قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی، قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه، و عرفها و رویه‌های اعتبارنامه‌های تضمینی بین‌المللی را نیز تدوین و ارائه نموده است. گذشته از قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی، همان‌گونه که پیش از این گفتیم، کمیسیون ملل متحد برای حقوق تجارت بین‌الملل (آنسیترال) تلاش نموده است تا از طریق کنوانسیون راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی یک چارچوب حقوقی جهانی را برای ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی تدوین نماید.

به‌علت خصیصه بین‌المللی بودن اعتبارات اسنادی، کشورهای معدودی در جهان قوانین خاصی را در خصوص اعتبارات اسنادی وضع کرده‌اند. در کشورهایی نیز که چنین قانونی تصویب شده است، به استثنای ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت در ایالات متحده امریکا، «قانون صرفاً مشتمل بر مقررات اندکی است که غالباً به کلیات پرداخته است».^{۵۹} در بعضی از کشورها، آرای

58. Kozolchik, *Supra* note 3, at 10.

59. Standby Letters of Credit and Guarantees, Report of Secretary-General, UNCITRAL, 21st Sess., pt. 2, at 11, U.N. Doc. A/CN. 9/301 (1988).

به گفته پروفیسور کزولچیک در میان کشورهای عضو نظام حقوقی نوشته، صرفاً کلمبیا، السالوادور، یونان، گواتمالا، هندوراس، لبنان، مکزیک و سوریه دارای قانون موضوعه در خصوص اعتبار اسنادی می‌باشند و در میان کشورهای عضو نظام حقوقی کامن‌لا فقط ایالات متحده در این زمینه دارای قانون است. رک.

Kozolchik, *Supra* note 3, at 10.

هم اکنون جمهوری خلق چین در حال تدوین مقررات مفصلی برای حکومت بر اعتبارات اسنادی است.

محاکم، بخش مهمی از حقوق اعتبارات اسنادی را تشکیل داده است. نوشته‌های حقوقی یا «دکترین» نیز به عنوان منبع مکمل حقوق اعتبارات اسنادی به شمار می‌رود.^{۶۰}

مباحثی که در پی می‌آید به اجمال قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی، کنوانسیون آنسیترال راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی و ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت امریکا را معرفی می‌نماید.

۱. عرفها و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی (یو.سی.پی.)

مجموعه عرفها و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی هم‌اکنون تقریباً هفتاد ساله است. با توجه به خصلت بین‌المللی بودن اعتبارات اسنادی، چندان جای شگفتی نیست اگر ببینیم تلاش برای یکنواخت کردن قواعد حاکم بر آن چنین زود آغاز شد. تلاشهای آغازین در این راه در سطح ملی به عمل آمد. نخستین گام مهم برای حصول یکنواختی در این زمینه، سعی و کوششی بود که از سوی اتاق بازرگانی بین‌المللی به سال ۱۹۳۳ در وین صورت گرفت که در اثر آن ویرایش ۱۹۳۳ یو.سی.پی. تدوین و انتشار یافت.^{۶۱} این ویرایش را بانکهای بعضی کشورهای اروپایی و تعداد انگشت‌شماری از بانکها در ایالات متحده پذیرفتند. مع‌هذا، بانکهای بریتانیای کبیر و اکثر بانکهای کشورهای مشترک‌المنافع از پذیرش آن امتناع کردند.^{۶۲}

حدود بیست سال هیچ تحول و تکاملی در این زمینه رخ نداد. تا اینکه در سال ۱۹۵۱ یو.سی.پی. مورد تجدیدنظر قرار گرفت و ویرایش جدیدی در سیزدهمین کنگره اتاق بازرگانی بین‌المللی که در لیسبون برگزار شد، به تصویب رسید.^{۶۳} این ویرایش از سوی بسیاری از بانکها در اروپا، آسیا، آفریقا، و امریکا مورد پذیرش واقع شد، اما بانکداران بریتانیای کبیر همچنان این ویرایش را نیز نپذیرفتند، هر چند «بسیاری از انجمن‌های بانکداری در کشورهای مشترک‌المنافع همسو با دیگر بانکها به این ویرایش تمکین کردند».^{۶۴}

مجموعه عرفها و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی مجدداً در سال ۱۹۶۲ مورد تجدیدنظر قرار گرفت. «یکی از اهداف اصلی تدوین مجموعه عرفها و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی، فراهم آوردن سامانه‌ای بود که کاربرد جهانی داشته باشد. بدین منظور، لازم

60. Kozolchyk, *Supra* note 3, at 10.

61. Int'l Chamber of Commerce, ICC Brochure No. 82 (1933).

62. E.P. Ellinger, *The Uniform Customs-Their Nature and the 1983 Revision*, Lloyd's Mar. & Com. L.Q. 578, 578-79 (1984).

63. Int'l Chamber of Commerce, ICC Brochure No. 151 (1951).

برای دیدن تحلیلی انتقادی از این ویرایش رک.

Soia Mentschikoff, *Letters of Credit: The Need for Uniform Legislation*, 23 U. Chi. L. Rev. 571 (1956).

64. Ellinger, *Supra* note 62, at 579.

بود یو.سی.پی. با نیازهای بریتانیا و کشورهای مشترک‌المنافع انطباق و سازگاری یابد. ویرایش ۱۹۶۲ به این مهم نایل آمد.^{۶۵}

پیشرفتهای فن‌آوری، بویژه انقلاب وسیع در صنعت کانتینر و همچنین ورود بانکهای جدید به بازار باعث شد یو.سی.پی. بار دیگر در سال ۱۹۷۴ مورد تجدیدنظر قرار گیرد.^{۶۶} «در این نوبت آنستیرال به یاری اتاق بازرگانی بین‌المللی شتافت. انجمن‌های بانکداری در کشورهای سوسیالیست که عضو اتاق بازرگانی بین‌المللی نبودند با تشکیل یک گروه کار موقت در تهیه این ویرایش مشارکت جستند... ویرایش ۱۹۷۴ بازتاب و مقبولیت جهانی یافت. تدوین ویرایش ۱۹۷۴ پیشرفت قابل توجهی نسبت به ویرایش‌های پیشین بود».^{۶۷}

یو.سی.پی. مجدداً در سال ۱۹۸۳ اصلاح گردید تا با تغییرات حقوقی در این حوزه همگام شود. ویرایش ۱۹۸۳ یو.سی.پی. قلمرو اجرایی و شمول یو.سی.پی. را توسعه داد و تغییراتی که پیشرفتهای فن‌آوری اقتضا می‌نمود، در این ویرایش به‌عمل آمد.^{۶۸} این ویرایش بر آن بود تا به مسائل زیر بپردازد: (۱) معامله اسناد در اعتبار اسنادی؛ زیرا ویرایش ۱۹۷۴ تصریح نموده بود که آیا بانکی که صریحاً در اعتبار نام برده نشده حق دارد اسناد را معامله کند یا خیر؛ (۲) کاربرد یو.سی.پی. در انواع جدید اعتبارات اسنادی، بویژه اعتبارات اسنادی تضمینی و اعتبارات اسنادی‌ای که پرداخت مبلغ آن وعده دارد؛ و (۳) ارسال و مخابره اعتبارات اسنادی و اسنادی که به‌موجب آن صادر می‌شود از طریق فن‌آوری نوین؛ چه اینکه این امکان فراهم شده بود که به‌جای استفاده از وسایل سنتی تلکس و تلگرام، اعتبارات اسنادی از طریق شبکه‌های مخصوصی از قبیل سوئیفت^{۶۹} ارسال و مخابره گردد.^{۷۰} از این ویرایش به بعد تصریح گردید که یو.سی.پی.

65. Ellinger, *Supra* note 62, at 580.

66. Int'l Chamber of Commerce, ICC Brochure No. 290 (1975).

این ویرایش از ۱ اکتبر ۱۹۷۵ لازم‌الاجرا شد و از سوی بانکداران حدود ۱۷۰ کشور پذیرفته شد. رک. Ellinger, *Supra* note 62, at 578.

67. Ellinger, *Supra* note 62, at 580.

۶۸. این ویرایش از ۱ اکتبر ۱۹۸۴ لازم‌الاجرا شد.

69. Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications (SWIFT).

جامعه جهانی ارتباطات مالی بین بانکی (سوئیفت) یک شبکه ارتباطی مستقل است که از سوی بانکها اداره می‌شود.

70. Ellinger, *Supra* note 62, at 582.

برای مطالعه بیشتر درباره یو.سی.پی. ۴۰۰ رک.

James E. Byrne, The 1983 Revision of the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, 102 Banking L.J. 151 (1985); David J. Cannon, The Uniform Customs and Practice for Documentary Credits: The 1983 Revision, 17 U.C.C. L.J. 42 (1984); Cornelius J. Chapman, Jr., The 1983 Revisions to the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, 90 Com. L.J. 13 (1985); Charles del Busto, Operational Rules for Letters of Credit: Effect of New Uniform Customs and Practice Rules, 17 U.C.C. L.J. 298 (1985); Henry Harfield, An Agnostic View, 45 Brook. L. Rev. 1 (1990); Boris Kozolchik, The

هم در اعتبارات اسنادی تجاری و هم بر اعتبارات اسنادی تضمینی اعمال می‌گردد.^{۷۱} یو.سی.پی. مجدداً در سال ۱۹۹۳ اصلاح گردید تا «پیشرفتهای جدید در صنعت حمل و نقل را برتابد و مقتضیات فن‌آوری را برآورده سازد. این ویرایش همچنین در نظر دارد کارکرد یو.سی.پی. را بهبود بخشد. برخی مطالعات نشان می‌دهد حدود پنجاه درصد اسنادی که به‌موجب اعتبارات اسنادی ارائه می‌گردید، پذیرفته نمی‌شد».^{۷۲} نکته مهم اینکه «این نخستین ویرایشی است که در آن»^{۷۳} علاوه بر بانکداران که همراه در تدوین یو.سی.پی. تسلط و تفوق داشته‌اند، «اساتید حقوق و وکلاء مشارکت جسته‌اند».^{۷۴}

ویرایش ۱۹۹۳ به‌عنوان نشریه شماره ۵۰۰ اتاق بازرگانی بین‌المللی منتشر شد و از ۱ ژانویه ۱۹۹۴ لازم‌الاجرا گردید.^{۷۵} یو.سی.پی. ۵۰۰ آخرین ویرایش است و حداقل تا سال ۲۰۰۳

1983 Revision Trade Practices and Court Decisions: A Plea for a Closer Relationship, 9 Can. Bus. L.J. 214 (1984); Clive M. Schmitthoff, The New Uniform Customs for Letters of Credit, 1983 J. Bus. L. 193.

71. U.C.P. art. 1 (1993).

مع‌هذا «با وجود آنکه یو.سی.پی. تا پیش از تجدیدنظر ۱۹۸۳ (یو.سی.پی. ۴۰۰) به اعتبارات اسنادی تضمینی اشاره نکرده بود، با این همه اعتبارنامه‌های تضمینی مرتباً براساس تجدیدنظر ۱۹۶۲ (یو.سی.پی. ۲۲۲) و تجدید نظر ۱۹۷۴ (یو.سی.پی. ۲۹۰) صادر می‌شده‌اند». رک.

James E. Byrne, The International Standby Practices (ISP 98): New Rules for Standby Letters of Credit, 32 U.C.C. L.J. 149, 153, n. 8 (1999).

72. Charles del Busto, Preface to Int'l Chamber of Commerce, I.C.C. Uniform Customs and Practice for Documentary Credits 4 (1993).

73. Ross P. Buckley, The 1993 Revision of the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, 28 Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ. 265 (1995).

گروه‌کاری‌ای که کمیسیون تکنیک و رویه بانکداری اتاق بازرگانی بین‌المللی برای تجدیدنظر ۱۹۹۳ تشکیل داد، شامل ده عضو بود. از میان این ده تن، دو عضو از اساتید حقوق بودند. برای دیدن نام و مشخصات اعضای این گروه کاری رک. del Busto, *Supra* note 72.

۷۴. یو.سی.پی. اساساً مجموعه‌ای از شروط استاندارد برای بانکهاست که از سوی بانکداران تدوین شده است. گروه‌کاری‌ای که آخرین تجدیدنظر را تهیه کرد، نخستین گروه کاری است که شامل اعضای غیر از بانکداران نیز بود. در مورد این تجدیدنظر تعدادی از وکلای بانکی و اساتید حقوق نیز شرکت داشته‌اند. گروههایی که اساساً اعتبارات اسنادی برای رفع احتیاجات آنها ایجاد شده، یعنی صادرکنندگان و واردکنندگان، متأسفانه به‌طور مستقیم دارای نماینده در روند تدوین یو.سی.پی. نبودند. در این باره رک.

John A. Spanogle, Jr., The Arrival of International Private Law, 25 Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ. 447, 492 (1992).

۷۵. این ویرایش با عنوان یو.سی.پی. ۵۰۰ نامیده می‌شود. برای مطالعه بیشتر درباره یو.سی.پی. ۵۰۰ رک. Buckley, *Supra* note 73; John F. Dolan, Weakening the Letters of Credit Product: The New Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, 1994 Revue des Droits des Affaires Internationales (Int'l Bus. L.J.) 149 [hereinafter RDAI/IBLJ]; John F. Dolan & Philip Van Huizen, International Rules for Letters of Credit – The U.C.P.: A Final Report, 9 Banking & Fin. L. Rev. 173 (1994); E.P. Ellinger, The Uniform Customs and Practice for Documentary Credits – The 1993 Revision, Lloyd's Mar. & Com. L.Q. 377 (1994); Boris Kozolchyk, Towards New Customs and Practices for Documentary Credits: The Methodology of the Proposed Revision, 1993 Com. L. Ann. 371.

[که تاریخ نگارش این مقاله است] ویرایش دیگری ارائه نخواهد شد.^{۷۶} بنابراین ارجاعات این مقاله به یو.سی.پی. اشاره به یو.سی.پی. ۵۰۰ خواهد داشت مگر اینکه خلاف آن ذکر شود. یو.سی.پی. مجموعه‌ای از عرف و عادات بانکی پذیرفته شده بین‌المللی راجع به اعتبارات اسنادی است. یو.سی.پی. موفق‌ترین تلاش جهت هماهنگ نمودن قواعد حقوقی در تاریخ تجارت بین‌المللی است و انبوهی از مشکلات تخصصی که می‌توانست گردش آسان و روان اعتبارات اسنادی را مختل نماید، برطرف نموده است. امروزه تقریباً در هر اعتبار اسنادی یو.سی.پی. شرط می‌گردد.

با آنکه یو.سی.پی. در سطح وسیعی مقبولیت یافته و مورد استفاده است، اما به علت جایگاه حقوقی اتاق بازرگانی بین‌المللی^{۷۷}، یو.سی.پی. از حیث اصولی قانون نمی‌باشد. مع‌هذا، عملاً کلیه شواهد بیانگر آن است که «قواعد یو.سی.پی. تشکیل‌دهنده یک کد فراملی شناخته‌شده و معتبر است که غالباً همان الزام قانون را دارا است».^{۷۸} یو.سی.پی. حاوی تعاریف، تعیین تعهد و مسئولیت هریک از طرفین است و باید و نبایدهایی ایجاد می‌نماید که وضع آنها از قانون انتظار می‌رود. بنابراین یو.سی.پی. «قانون عملی غیر رسمی»^{۷۹} و «سنگ زیربنای حقوق

۷۶. برای دیدن این خبر که پیش از سال ۲۰۰۳ هیچ تجدیدنظری در یو.سی.پی. به‌عمل نخواهد آمد رک. http://www.iccwbo.org/news_archives/2000/no_ucp500_revision_berfore_2003 (last modified Aug. 28, 2002).

به‌دلیل حدس و گمانهایی که در گوشه و کنار زده می‌شد دائر بر اینکه تجدیدنظر جدیدی از یو.سی.پی. در دست انجام است، کمیسیون بانکداری اتاق بازرگانی بین‌المللی این موضوع را در نشست خود در هنگ کنگ که در تاریخ ۳ و ۴ نوامبر ۱۹۹۹ برگزار شد، مطرح نمود و اظهار داشت که «وعده تجدیدنظر در یو.سی.پی. در آینده نزدیک فعلاً عجولانه است». رک.

A Future U.C.P. 500 Revision: Commission on Banking Technique and Practice, at http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/statements_/1999/future_ucp_500_revision.asp (last modified Aug. 28, 2002).

پروفسور بوریس کزلچیک در خبرنامه‌ای که از سوی اتاق بازرگانی بین‌المللی منتشر می‌شود، استدلال کرده است که نیازی به تجدیدنظر در یو.سی.پی. در آینده نزدیک نمی‌باشد. رک.

Boris Kozolchyk, Should U.C.P. 500 Be Revised in the Near Future? No, *Argues Boris Kozolchyk*, 5 Documentary Credit Insight 3 (Autumn 1999).

همان‌گونه که روس بوکلی به‌یاد می‌آورد که زمانی برنارد وبل، پیش‌کسوت بانکداران در امر اعتبار اسنادی به او گفته، روند تجدیدنظر در یو.سی.پی. در هر دهه که در سلسله تجدیدنظرها فوق دیده می‌شود، انعکاس دهنده نیازهای آن زمانها بوده است نه اینکه سیاست و خط‌مشی عمده و دانسته‌ای وجود داشته باشد مبنی بر اینکه یو.سی.پی. در هر دهه مورد تجدیدنظر قرار گیرد.

۷۷. «اتاق بازرگانی بین‌المللی یک سازمان جهانی بازرگانی است، تنها مجموعه انتخابی‌ای که با اقتدار به نمایندگی از بنگاهها و شرکتهای تمام بخشها واقع در هر گوشه از جهان سخن می‌گوید». در این باره رک.

Introducing the International Chamber of Commerce, at <http://www.iccwbo.org/home> (last visited Dec. 25, 2002).

78. S. Isabella Chung, Developing a Documentary Credit Dispute Resolution System: An I.C.C. Perspective, 19 Fordham Int'l L.J. 1349, 1356 (1996).

79. Dolan & Huizen, *Supra* note 75, at 175, n. 7.

اعتبارات اسنادی»^{۸۰} است. بسیاری از محاکم داخلی کشورها و قانون‌گذاران ملی یو.سی.پی را به رسمیت شناخته‌اند؛ زیرا یو.سی.پی نمایانگر عرف و عادت تجارت کنونی است. در بعضی موارد، به‌عنوان مثال در دعوی سیپورکس ترید اس ای به طرفیت بانک ایندوسوئز^{۸۱} که در بریتانیا مورد رسیدگی قرار گرفت «با وجود آنکه در اعتبار هیچ اشاره‌ای به یو.سی.پی. نشده بود، دادگاه برای تعیین نتیجه دعوا به ماده ۳ یو.سی.پی. استناد می‌کند».^{۸۲} بنابراین، یو.سی.پی. به هر مفهوم، محور حقوق و رویه اعتبارات اسنادی را تشکیل می‌دهد.^{۸۳}

۲. یو.سی.پی. الکترونیک (ای.یو.سی.پی.)

ای.یو.سی.پی. سرواژه الحاقیه‌ای است که جهت ارائه الکترونیکی اسناد به مجموعه عرفها و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی (یو.سی.پی.) ضمیمه گردیده است. یو.سی.پی. الکترونیک بدین منظور طراحی و تدوین شد که نیازهای تجارت الکترونیک را در حوزه اعتبارات اسنادی برآورده سازد.

کمیته تحقیق مربوط به برنامه‌های آینده کمیسیون بانکداری اتاق بازرگانی بین‌المللی در نشست خود به تاریخ ۲۴ می ۲۰۰۰ در پاریس بر تجارت الکترونیک به‌عنوان یکی از اهداف این کمیسیون تأکید زیادی نمود. «بحث و بررسیهای بیشتر نیاز به برقراری پلی بین یو.سی.پی. کنونی و پردازش معادل الکترونیکی اعتبارات اسنادی کاغذی را آشکار ساخت».^{۸۴} متعاقب آن گروه کاری تشکیل گردید تا الحاقیه‌ای برای یو.سی.پی. تهیه کند. این گروه کار بدین نتیجه رسید که الحاقیه بایست «به مسائل ارائه الکترونیکی اسناد بپردازد».^{۸۵} از این‌روی، این الحاقیه که

۸۰. برای دیدن تعابیر دیگر با معنایی مشابه برای نمونه رک.

James G. Barnes, Internationalization of Revised U.C.C. Article 5 (Letters of Credit), 16 Nw. J. Int'l L. & Bus. 215, 216 (1995).

روس بوکلی می‌نویسد: «یو.سی.پی. ... که اصولاً در تمامی اعتبارات اسنادی تجاری بین‌المللی شرط می‌گردد، مورد توجه و ملاحظه بانکداران درگیر در اعتبار اسنادی و کاربران اعتبار اسنادی در سراسر جهان بوده و به‌عنوان شبه قانون تلقی می‌گردد». رک.

Buckley, *Supra* note 73, at 268.

81. Siporex Trade SA v. Banque Indosuez, [1986] 2 Lloyd's Rep. 146.

82. Mark A. Wayne, The Uniform Customs and Practice as a Source of Documentary Credit Law in the United States, Canada and Great Britain: A Comparison of Application and Interpretation, 7 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 147, 164 (1989).

۸۳. برای دیدن ارزیابی‌ای انتقادی از آخرین تجدیدنظر یو.سی.پی. رک.

Buckley, *Supra* note 73, at 302-11.

84. Note to National Committees and Members of the Banking Commission, I.C.C. Banking Comm'n Doc. 470/941rev3 (Oct. 12, 2001).

85. *Id.*

اکنون ای. یو.سی.پی. نامیده می‌شود «به تمام موضوعات راجع به گشایش و ابلاغ الکترونیکی اعتبارات اسنادی اشاره نمی‌کند؛ زیرا رویه جاری بازار و یو.سی.پی. مدتهاست اجازه داده‌اند اعتبارات اسنادی به‌نحو الکترونیکی گشایش و ابلاغ گردد».^{۸۶} یو.سی.پی. الکترونیک توسط کمیسیون بانکداری اتاق بازرگانی بین‌المللی در نشست که به تاریخ ۷ نوامبر ۲۰۰۱ در فرانکفورت برگزار شد، مورد رأی‌گیری و تصویب قرار گرفت و از ۱ آوریل ۲۰۰۲ لازم‌الاجرا شد. یو.سی.پی. الکترونیک به‌صورت ویرایش دارای شماره منتشر می‌شود تا عنداللزوم تجدیدنظر در آن ممکن شود.^{۸۷} ویرایش کنونی یو.سی.پی. الکترونیک به‌عنوان ویرایش ۱ شماره‌گذاری شده است. یو.سی.پی. الکترونیک مشتمل بر دسته‌ای از موضوعات است: رابطه بین یو.سی.پی. الکترونیک با یو.سی.پی. شکل و قالب، ارائه و تسلیم اسناد، اصول و رونوشت اسناد و بررسی انطباق ثبت‌های الکترونیکی. طرفینی که مایلند از یو.سی.پی. الکترونیک استفاده کنند باید صریحاً آن را در اعتبار شرط نمایند. «کلیه مواد یو.سی.پی. الکترونیک با یو.سی.پی. هماهنگ و منطبق است به‌جز آن دسته از مواد که به‌طور خاص به ارائه الکترونیکی اسناد ارتباط می‌یابد».^{۸۸} به‌موجب یو.سی.پی. الکترونیک اعتبار اسنادی‌ای که تابع یو.سی.پی. الکترونیک است، تابع [خود] یو.سی.پی. نیز خواهد بود، بی‌آنکه لازم باشد یو.سی.پی. صریحاً در اعتبار شرط گردد. «در موردی که یو.سی.پی. الکترونیک اعمال می‌گردد، مقررات آن تا حدی که نتیجه متفاوتی با اعمال [خود] یو.سی.پی. به همراه دارد بر مقررات یو.سی.پی. مقدم و حاکم خواهد بود» به یاری یو.سی.پی.^{۸۹} الکترونیک، که تدوین آن بجا بود، نیاز به اصلاح یو.سی.پی. کنونی کمتر فوریت می‌یابد.

۳. قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی

قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی در سال ۱۹۷۸ منتشر شد.^{۹۰} هدف قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی این است که نیاز به مجموعه قواعد استاندارد که بتواند ابهامات و ناهماهنگی‌ها در حوزه ضمانت‌نامه‌ها را برطرف نماید، پاسخ گوید. آن‌چنان «ضمانت‌نامه‌هایی که بانکها، شرکتهای بیمه و سایر ضامنین به شکل ضمانت‌نامه‌های شرکت در مناقصه، ضمانت‌نامه‌های حسن اجرای قرارداد و ضمانت‌نامه‌های استرداد پیش‌پرداخت صادر می‌کنند و راجع به پروژه‌هایی است که در دیگر کشورها انجام

86. *Id.*

87. *Id.*

88. *Id.*

89. E.U.C.P. art. e2.

90. Uniform Rules for Contract Guarantees (URCG), Int'l Chamber of Commerce, I.C.C. Publication No. 325 (1978).

می‌گیرد و حاوی تسلیم کالا یا ارائه خدمت یا انجام کاری است».^{۹۱}

مع‌ذلک، قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی به‌ندرت مورد پذیرش یا استفاده قرار گرفته است. یکی از علل، این مشکل مفهومی است که مشخص نمی‌باشد آیا این مجموعه قواعد، خاص ضمانت‌نامه‌های مستقل است و بر ضمانت‌نامه‌های فرعی قابل اعمال هست یا خیر. اما مانع عمده بر سر راه پذیرش عمومی قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی، شرطی است که در ماده ۹ این مجموعه قواعد آمده است. ماده ۹ ذی‌نفع را ملزم نموده که به هنگام مطالبه وجه ضمانت‌نامه رأی دادگاه یا رأی داوری یا تأییدیه کتبی متعهد اصلی (مضمون‌عنه) را ارائه کند. مقصود از این شرط آن بوده که مشکل مطالبه ناحق وجه ضمانت‌نامه را مرتفع نماید؛ لیکن «ثابت شد که این ماده از عرف و رویه تجاری بسیار فاصله گرفته»؛^{۹۲} زیرا این شرط ضمانت‌نامه‌های مستقل را معنأً به ضمانت‌نامه‌های فرعی تبدیل نموده است.

۴. قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه

به کمک تجربه‌ای که از قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی حاصل شد، اتاق بازرگانی بین‌المللی تصمیم گرفت مجموعه قواعد جدیدی را که حاوی رویکرد نوینی به موضوع ضمانت‌نامه‌های مستقل باشد، جایگزین قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی نماید. این مجموعه قواعد جدید که مبتنی بر الگویی است که مورد استفاده انجمن بانکداران بریتانیا می‌باشد، در سال ۱۹۹۲ با عنوان قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه^{۹۳} منتشر گردید. متن قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه به‌شدت از یو.سی.پی. تأثیر پذیرفته، لیکن «پذیرش این قواعد در سطح جهان ناامیدکننده بوده است».^{۹۴}

با وجود آنکه قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه تدوین شد تا جایگزین قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی شود، اما قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی کاملاً متروک نگردید. بهتر نیز همین است که آن مجموعه قواعد «عجالتاً باقی بماند و

91. *Id.* at 7.

بانیان تدوین این قواعد توسط «انجمن فعالیتهای بین‌المللی بریتانیا» رهبری می‌شدند. در این باره رک. James E. Byrne, *Fundamental Issues in the Unification and Harmonization of Letter of Credit Law*, 37 *Loy.L.* 1, 4 (Spring 1991).

92. Roy M. Goode, *The New I.C.C. Uniform Rules of Demand Guarantees*, *Lloyd's Mar. Com. L.Q.* 190 (1992).

93. *Uniform Rules for Demand Guarantees (U.R.D.G.)*, Int'l Chamber of Commerce, I.C.C. Publication No. 458.

94. R. Katz, Report Delivered at the I.C.C. Hong Kong Meeting, *Supra* note 76, Reprinted in Int'l Chamber of Commerce, I.C.C. Publication No. 470/893, at 19.

آینده آن را بعدها با توجه به تجربه‌ای که در اثر قواعد جدید حاصل می‌شود، ارزیابی کنیم».^{۹۵}

۵. عرفها و رویه‌های اعتبارنامه‌های تضمینی بین‌المللی (آی.اس.پی. ۹۸)

آی.اس.پی. ۹۸ مجموعه قواعدی است که خاص اعتبارات اسنادی تضمینی تدوین شده است. این مجموعه قواعد توسط مؤسسه امریکایی حقوق و رویه بانکداری بین‌المللی و با پشتیبانی شورای بانکداری بین‌المللی ایالات متحده – که هم‌اکنون انجمن خدمات مالی بین‌المللی نامیده می‌شود – تهیه شد و در سال ۱۹۹۸ توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی مورد اصلاح و پذیرش قرار گرفت.^{۹۶} آی.اس.پی. ۹۸ در ژانویه ۱۹۹۹ لازم‌الاجرا گردید و «پذیرش آن روی هم رفته بسیار مثبت بوده است».^{۹۷}

اعتبارات اسنادی تضمینی دهها سال است که به نحو وسیعی مورد استفاده بوده و رواج آن همچنان رو به افزایش است، با این همه هیچ قواعد خاصی برای اعتبارات اسنادی تضمینی وجود نداشت. غالب اعتبارنامه‌های تضمینی بر اساس ویرایش‌های مختلف یو.سی.پی. صادر می‌شده است. از آنجا که یو.سی.پی. «از همان ابتدا صرفاً برای کاربرد در اعتبارات اسنادی تجاری نوشته شده...، لذا بسیاری از مقررات یو.سی.پی. در حوزه اعتبارنامه‌های تضمینی غیر قابل اجرا یا نامناسب بود».^{۹۸} طرفین می‌توانستند در اعتبارنامه‌های تضمینی قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه را شرط نمایند؛ چرا که اعتبارنامه‌های تضمینی از حیث حقوقی معادل با ضمانت‌نامه‌های مستقل می‌باشند، لیکن واقع امر این است که اولاً قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه بندرت مورد استفاده بوده، و ثانیاً «از دیدگاه اتاق بازرگانی بین‌المللی... اعتبارنامه‌های تضمینی همواره در شمول یو.سی.پی. بودند و نه در شمول قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه».^{۹۹}

آی.اس.پی. ۹۸ برای اعتبارنامه‌های تضمینی تدوین گردید، همان‌گونه که یو.سی.پی. برای اعتبارات اسنادی تجاری و قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه برای ضمانت‌نامه‌های مستقل تدوین شدند. مع‌هذا، اعمال آی.اس.پی. ۹۸ محدود و منحصر به اعتبارنامه‌های تضمینی نیست. «آی.اس.پی. ۹۸ نیز همانند با یو.سی.پی. و قواعد متحدالشکل

95. Goode, *Supra* note 92, at 191.

96. International Standby Practices (I.S.P. 98), Int'l Chamber of Commerce, I.C.C. Publication No. 590 (1998).

97. Byrne, *Supra* note 71, at 180.

98. P.S. Turner, New Rules for Standby Letters of Credit: The International Standby Practices, 14 Banking & Fin. L. Rev. 457, 459 (1999).

99. P.S. Turner, Revised U.C.C. Article 5: The New US Uniform Law on Letters of Credit, 11 Banking & Fin. L. Rev. 205, 207 (1996).

ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه بر هر ضمانت مستقلی که بر اساس آن صادر شود [حکومت می‌نماید].^{۱۰۰}

۶. کنوانسیون آنسیترال راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی تدوین کنوانسیون آنسیترال راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی از سال ۱۹۸۹ تا سال ۱۹۹۵ به طول انجامید و به موجب قطعنامه شماره ۴۸/۵۰ مجمع عمومی سازمان ملل متحد پذیرفته^{۱۰۱} و جهت امضاء مفتوح شد و از ۱ ژانویه ۲۰۰۰ لازم‌الاجرا گردید.^{۱۰۲} این کنوانسیون بر ضمانت‌نامه بین‌المللی‌ای از قبیل یک ضمانت‌نامه مستقل یا یک اعتبارنامه تضمینی حاکم است که «محل تجارت ضامن/صادرکننده که در آنجا ضمانت‌نامه صادر می‌شود، واقع در یک دولت متعاهد باشد»^{۱۰۳} یا «قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی منجر به حکومت قانون یک دولت متعاهد گردد»، «مگر اینکه ضمانت‌نامه [توسط طرفین] از شمول کنوانسیون خارج شده باشد».^{۱۰۴} این کنوانسیون همچنین بر اعتبارات اسنادی تجاری نیز قابل اعمال است مشروط بر اینکه طرفین صریحاً مقرر نمایند که اعتبار مشمول آن است.^{۱۰۵} کنوانسیون آنسیترال راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی از روی یو.سی.پی. و قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه الگوبرداری شده، اما از این حیث با آن دو متفاوت است که هم یو.سی.پی. و هم قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه از سوی اتاق بازرگانی بین‌المللی - که یک سازمان خصوصی است - به عنوان قواعد اختیاری یا گونه‌ای خود تقنینی، تدوین شده‌اند، حال آنکه کنوانسیون راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و

100. James E. Byrne, Preface to James E. Byrne *et al*, International Standby Practices I.S.P.98 6. (I.C.C. Publishing, Inc. 1998).

101. Explanatory Note: UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit, U.N. Commission on International Trade Law, 30th Sess., Note 1, at 1, U.N. Doc. A/CN.9/431 (1996) [hereinafter UNCITRAL Explanatory Note].

۱۰۲. تا تاریخ ۳۰ می ۲۰۰۲ کشورهای بلاروس، اکوادور، السالوادور، کویت، پاناما و تونس کنوانسیون آنسیترال را تصویب کرده‌اند و ایالات متحده این کنوانسیون را امضاء نموده است. رک.

U.N. Commission on International Trade Law, at <http://www.uncitral.org/english/status/status-e.htm> (last visited Oct. 2, 2002).

103. U.N. Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit, art. 1(1)(a) [hereinafter UNCITRAL Convention].

104. UNCITRAL Convention art. 1(1)(b).

105. UNCITRAL Convention art. 1(1)(b).

اعتبارنامه‌های تضمینی توسط کمیسیون ملل متحد برای حقوق تجارت بین‌الملل (آنسیترال)^{۱۰۶} به‌عنوان یک قانون یکنواخت یا قانون رسمی برای کشورهایی که آن را می‌پذیرند، تدوین شده است. کنوانسیون آنسیترال «افزون بر آنکه اساساً با راه‌حلهای موجود در عرف و عادات تجاری هماهنگ و همسو است... با پرداختن به مسائلی که خارج از قلمرو عرف و عادت تجاری است، اعمال عرف و عادات تجاری را نیز تکمیل نموده است. این امر را بویژه می‌توان در خصوص مسئله مطالبه متقلبانه یا ناحق وجه ضمانت‌نامه یا اعتبارنامه و ضمانت اجراهای قضائی‌ای که در چنین مواردی موجود است، مشاهده نمود».^{۱۰۷} به عبارت دیگر، از آنجا که جایگاه حقوقی کنوانسیون آنسیترال متفاوت با قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی است، لذا این کنوانسیون مشتمل بر مقرراتی درخصوص ایراد تقلب نیز می‌باشد.

۷. ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت امریکا

کد متحدالشکل تجارت (یو.سی.سی.) مجموعه‌ای از قوانین نمونه است که توسط کنفرانس ملی نمایندگان قوانین یکنواخت ایالتی و مؤسسه حقوقی امریکا جهت وضع توسط مجالس قانونگذاری ایالت‌های کشور ایالات متحده امریکا، تدوین و توصیه گردیده است. کد متحدالشکل تجارت مشتمل بر یازده ماده گوناگون است که هر ماده از آن، یکی از ابعاد مختلف حقوق تجارت را دربرمی‌گیرد. ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت یک طرح یکنواخت قانون است که حاکم بر اعتبارات اسنادی می‌باشد.

هنگامی که ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت در دهه ۱۹۵۰ تدوین می‌شد، این ماده برخلاف بعضی دیگر از مواد این قانون، یک «کد» کامل نبود، بلکه هدف آن بود که یک «چارچوب مستقل نظری برای توسعه و تکامل بیشتر اعتبارات اسنادی در آینده» فراهم آید.^{۱۰۸} «نویسندگان این ماده برآن بودند که هیچ قانونی نمی‌تواند حقوق اعتبارات اسنادی را به‌نحو مؤثر و معقول تدوین کند بی‌آنکه مانع توسعه و تکامل این ابزار گردد».^{۱۰۹} مطابق شماره ۲ شرح رسمی ماده ۵ سابق (بند ۵-۱۰۲) کد متحدالشکل تجارت، ماده ۵ بایست بر طبق قاعده تفسیر موسع و آزاد که در بند (۱-۱۰۲) (۱) آمده، اجرا می‌شد تا بدین‌سان مقاصد و مصالحی که مبنای

۱۰۶. «آنسیترال یک مجموعه بین‌الدولی وابسته به مجمع عمومی سازمان ملل است که اسناد حقوق تجارت بین‌المللی را به‌منظور یاری رساندن به جامعه بین‌المللی در امر روزآمد و هماهنگ نمودن قوانین مربوط به تجارت بین‌المللی تهیه و تدوین می‌نماید». رک.

UNCITRAL Explanatory Note, *supra* note 101, at note 2.

107. *Id.* at note 5.

108. Original U.C.C. art. 5, § 5-101, Official Comment 1 (1995).

109. Note, Letters of Credit: Injunction as Remedy for Fraud in U.C.C. Section 5-114, 63 Minn. L. Rev. 487, 493, n. 27 (1979).

ماده ۵ را تشکیل می‌دهد، حاصل آید.

ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت پس از «حدود چهل سال کاربرد دشوار و پر زحمت»^{۱۱۰} در سال ۱۹۹۵ اصلاح گردید تا «نقائص، خلاءها و خطاهای موجود در متن اولی این ماده که اهمیت و اعتبار قانون را به خطر می‌انداخت»^{۱۱۱} برطرف شود و با تغییراتی که در اثر توسعه و تکامل اعتبارات اسنادی ایجاد شده، تناسب یابد. پیش از آنکه کمیته تدوین جهت اصلاح این ماده تعیین گردد، یک کمیته تحقیق ویژه، متشکل از متخصصان برجسته و سرآمد اعتبارات اسنادی گمارده شد تا «رویه قضائی، فن‌آوریه‌های نوین و تغییرات در عرف و عادات تجاری»^{۱۱۲} را [در حوزه اعتبارات اسنادی] بررسی کند. کمیته تحقیق موضوعات زیادی را شناسایی و بررسی کرد و برای اصلاح این ماده توصیه‌ها و پیشنهادهایی ارائه نمود. روند اصلاح ماده ۵ در اکتبر سال ۱۹۹۵ به پایان رسید. ماده ۵ اصلاحی «نمایانگر پیشرفت و بهبود قابل توجهی نسبت به ماده ۵ قدیم است».^{۱۱۳} تا ۳۰ می ۲۰۰۲ ماده ۵ اصلاحی کد متحدالشکل تجارت تقریباً از سوی کلیه ایالت‌های ایالات متحده پذیرفته شده است.^{۱۱۴}

علی‌رغم وجود ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت، یو.سی.پی. همچنان نفوذ و تأثیر فراوانی در ایالات متحده دارد. «در پهنه وسیع جهان معاملات اعتبارات اسنادی، ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت تنها در عرصه محدودی حکومت می‌کند. بخش عظیمی از مجموع معاملات اعتبارات اسنادی، معاملات بین‌المللی است و غالب این معاملات مشمول مجموعه عرف‌ها و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی (یو.سی.پی.) است... بنابراین، برای بسیاری یو.سی.پی. منبع حقوقی مهمتری از کد متحدالشکل تجارت است».^{۱۱۵}

110. Task Force on the Study of the U.C.C. Article 5, Report, An Examination of U.C.C. Article 5 (Letters of credit), 45 Bus. Law. 1521, 1532 (1990).

111. *Id.*

112. U.C.C. art. 5, Prefatory Note (1995).

113. Senator Lack of Senate Judicial Committee of New York, Legislation Report (May 10, 1999), at <http://www.nysba.org/legis/99repor> (last visited Sept. 20, 2002).

114. See: The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Introductions & Adoptions of Uniform Acts (Sept. 2, 2002), at http://www.nccusl.org/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-ucca5.asp (last visited Sept. 20, 2002).

115. James J. White & Robert S. Summers, 3 Uniform Commercial Code 120 (4th ed., West Publishing Co. 1995).

درباره اجرای کد متحدالشکل تجارت و یو.سی.پی. در ایالات متحده برای نمونه رک.

Katherine A. Barski, Letters of Credit: A Comparison of Article 5 of the Uniform Commercial Code and the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, 41 Loy. L. Rev. 735, 739 (1996); Carl W. Funk, Letters of Credit: U.C.C. Article 5 and the Uniform Customs and Practice, 11 How. L.J. 88, 92 (1965); Milton R. Schroeder, The 1995 Revisions to U.C.C. Article 5, Letters of Credit, 29 U.C.C. L.J. 331, 341-44 (1997).

به هر تقدیر، یو.سی.پی. در روند تدوین ویرایش جدید ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت تأثیر بیشتری داشت تا در تدوین ماده ۵ پیشین.^{۱۱۶} این تأثیر بویژه با توجه به نکات زیر آشکارا به اثبات می‌رسد:

(۱) اصلاح ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت بخشی از تلاش جهانی برای بین‌المللی کردن حقوق و رویه اعتبارات اسنادی بود؛ و

(۲) تعدادی از شرکت‌کنندگان در طرح اصلاح ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت در اصلاح یا تدوین یو.سی.پی. قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه، یا کنوانسیون آنسیترال راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی نیز مشارکت داشته و به‌عنوان حامیان نیرومند هماهنگ شدن حقوق و رویه بین‌المللی اعتبارات اسنادی، در روند اصلاح ماده ۵ «سعی وافر داشتند با همکاران خود در سراسر جهان مبادله اطلاعات و تبادل نظر نمایند».^{۱۱۷}

بنابراین، ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت در بسیاری موارد با یو.سی.پی. هماهنگ بوده و مکمل آن است. در حالی که ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت عمدتاً به مباحث تعهدات و مسئولیتها ارتباط دارد، یو.سی.پی. وسیله‌ای فراهم می‌آورد که به‌واسطه آن وکلای بانکداری بین‌المللی می‌توانند خود را با ابعاد عملی و رویه‌ای اعتبارات اسنادی آشنا سازند. مع‌ذلک، از آنجا که ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت به‌عنوان یک قانون موضوعه یا حقوق واقعی تدوین شده، یک تفاوت عمده بین ماده ۵ و یو.سی.پی. یا سایر قواعد اتاق بازرگانی وجود دارد و آن تفاوت اینکه، ماده ۵ همانند کنوانسیون آنسیترال راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی، حاوی مقرراتی درخصوص ایراد تقلب است، درحالی که یو.سی.پی. فاقد چنین مقرراتی است. ایراد تقلب که در ماده ۵ قدیم کد متحدالشکل تجارت در بند (۵-۱۱۴) (۲) یافت می‌شد، هم‌اکنون در بند (۵-۱۰۹) آمده است.^{۱۱۸}

برای دیدن مقررات قانونی مربوط به چگونگی اعمال یو.سی.پی. در ایالات متحده رک. Revised U.C.C. § 5-116(c) (1995); U.C.C. § 5-116(c), Official Comment 3.

116. James J. White, The Influence of International Practice on the Revision of Article 5 of the U.C.C., 16 Nw. J. Int'l L. & Bus. 189, 211 (1995).

117. James E. Byrne, Critical Issues in the International and Domestic Harmonization of Letter of Credit Law and Practice, Com. L. Ann. 389, 392 (1995).

118. برای مطالعه تفصیلی مهمترین موضوعاتی که کد متحدالشکل تجارت در خصوص آنها به درستی از یو.سی.پی. فاصله گرفته است رک.

Ross P. Buckley, Documentary Compliance in Documentary Credits: Lessons from the U.C.C. for U.C.P., 1 J. Int'l Com. L. 60, 69 (2002).

برای دیدن نظری که معتقد است یو.سی.پی. باید به موضوع تقلب بپردازد رک. Buckley, *Supra* note 73, at 302-311.

در اینجا مطالعه ما در خصوص منابع حقوقی رسمی و قواعد حاکم بر اعتبارات اسنادی به پایان می‌رسد. بحثی که باقی می‌ماند بررسی دو اصل مهمی است که تقریباً در کلیه نظام‌های حقوقی ملی، مبنا و اساس حقوق اعتبارات اسنادی را تشکیل می‌دهد. این اصول تا حدودی در یو.سی.پی. و ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت انعکاس یافته‌اند، اما عمدتاً ساخته و پرداخته آرای قضائی می‌باشند.

ب- دو اصل بنیادین حاکم بر اعتبارات اسنادی

۱. اصل استقلال اعتبار اسنادی

اصل استقلال، سنگ زیرین حقوق اعتبارات اسنادی را تشکیل می‌دهد. مطابق این اصل، تعهد گشاینده اعتبار اسنادی مبنی بر پرداخت وجه برات صادره از سوی ذی‌نفع یا مطالبه‌ای که از سوی ذی‌نفع صورت می‌گیرد، کاملاً جدا و متمایز از سایر معاملات مرتبط - معامله پایه بین متقاضی اعتبار و ذی‌نفع، و قرارداد تقاضای اعتبار فی‌مابین متقاضی اعتبار و گشاینده اعتبار - است. گشاینده اعتبار باید تعهدی را که بر اساس اعتبار اسنادی در قبال ذی‌نفع برعهده دارد، ایفا کند، قطع نظر از هرگونه اختلاف یا دعوایی که درخصوص معامله پایه یا قرارداد تقاضای اعتبار ممکن است مطرح باشد، مگر اینکه تقلبی در معامله محرز شود.^{۱۱۹}

اصل استقلال اعتبار اسنادی سال‌های مدیدی است که در رویه قضائی بسیاری از کشورها به رسمیت شناخته شده و در ماده ۳ و ۴ یو.سی.پی. نیز مورد تصریح قرار گرفته است.^{۱۲۰} ماده ۳

119. David C. Howard, The Application of Compulsory Joinder, Intervention, Impleader and Attachment to Letter of Credit Litigation, 52 Fordham L. Rev. 957, 966 (1984).

۱۲۰. برای دیدن مقرراتی با مضمون مشابه رجوع کنید به ماده ۲(ب) قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه، ماده ۳ کنوانسیون آنسیترال راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی، قواعد ۱(۰۶)-۱(۰۷) عرف‌ها و رویه‌های اعتبارنامه‌های تضمینی بین‌المللی (آی.اس.پی. ۹۸) و بند ۵-۱۰۳(د) ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت. تقریباً در هر دعوای اعتبار اسنادی این اصل تأیید شده است. برای دیدن برخی دعوای قدیمی‌تر که بر این اصل صحه گذارده‌اند به‌عنوان نمونه رک.

Frey & Son v. E.R. Sherbourne Co., 184 N.Y.S. 661, 664 (N.Y. App. Div. 1920);

(در این رأی آمده است: «بانک گشاینده اعتبار اسنادی به هیچ وجه ارتباط و توجهی به قرارداد بین خریدار و فروشنده ندارد»);

Imbrie v. D. Nagase & Co., 187 N.Y. Supp. 692, 695 (N.Y. App. Div. 1921);

(«بانک گشاینده اعتبار اسنادی به هیچ وجه ارتباطی با هرگونه قرارداد موجود بین خریدار و فروشنده ندارد»);

S.L. Jones & Co. v. Bond, 191 Cal 551, 555 (1923);

(«اعتبار اسنادی... قراردادی است کاملاً جدا و مستقل بین بانک و فروشنده»);

Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp., 31 N.Y.S. 2nd 631, 633 (N.Y. Spec. Term 1941);

(«این اصلی مسلم است که اعتبار اسنادی، مستقل از قرارداد اولیه بیع بین خریدار و فروشنده می‌باشد. بانک گشاینده اعتبار می‌پذیرد که به محض ارائه اسناد، کالا وجه اعتبار را بپردازد»). برای دیدن دعوایی که در آن اصل استقلال اعتبار اسنادی از قرارداد تقاضای گشایش اعتبار که بین متقاضی اعتبار و بانک منعقد می‌شود، مطرح شده، رک.

یو.سی.پی. با تأکید بر جدایی اعتبار اسنادی از سایر معاملات، مقرر می‌نماید:

«الف) اعتبار اسنادی بر حسب ماهیت خود معامله‌ای مستقل از قرارداد بیع یا قرارداد (قراردادهای) دیگری است که اعتبار اسنادی مبتنی بر آن (آنها) است و بانک به هیچ وجه به آن قرارداد (قراردادها) ارتباط یا التزامی ندارد، حتی اگر به آن قرارداد (قراردادها) در اعتبار هرگونه اشاره‌ای شده باشد. در نتیجه، تعهد بانک به پرداخت، قبول و پرداخت برات (بروات) یا معامله برات (بروات) و/یا اجرای هر تعهد دیگر ناشی از اعتبار، ارتباطی به دعوای یا ایرادات و دفاعیات که متقاضی اعتبار در اثر روابط خود با بانک گشاینده یا ذی نفع مطرح می‌کند، نخواهد داشت. (ب) ذی نفع اعتبار به هیچ صورت نمی‌تواند از روابط قراردادی موجود بین بانکها یا بین متقاضی اعتبار و بانک گشاینده استفاده کند».

ماده ۴ با تأکید بر گردش کاغذی یا ماهیت اسنادی اعتبارنامه مقرر می‌دارد: «در عملیات اعتبار اسنادی کلیه طرفین با اسناد ارتباط و سروکار دارند، و نه با کالا، خدمات یا اجرای تعهداتی که اسناد به آنها ارتباط دارد».

بنابراین، در یک معامله اعتبار اسنادی، توجه گشاینده اعتبار صرفاً به این امر معطوف است که آیا اسناد ارائه شده از سوی ذی نفع بر حسب ظاهر با شروط و تعلیقات مقرر در اعتبار اسنادی انطباق دارد یا خیر. گشاینده اعتبار حق دارد برای کل وجوهی که پرداخته به متقاضی اعتبار رجوع کند، ولو آنکه اسناد مجعول از کار درآید یا حاوی اظهارات مزورانه باشد، مشروط بر اینکه گشاینده اعتبار وجه را با حسن نیت و در مقابل اسنادی که بر حسب ظاهر مرتب و منطبق است، پرداخته باشد.^{۱۲۱} ماده ۱۵ یو.سی.پی. متضمن این نکته است که مقرر می‌دارد:

N. Am. Mfrs. Exp. Ass'n, Inc. v. Chase National Bank of City of New York, 77 F. Supp. 55 (S.D.N.Y. 1948).

برای دیدن شرح و تفسیر اصل استقلال در فرض اعتبارات اسنادی دوطرفه رک.

Roy Goode, Abstract Payment Undertakings and the Rules of the International Chamber of Commerce, 39 St. Louis U. L.J. 725, 733-34 (1995).

121. Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp., *Supra* note 120, at 634.

در این رأی آمده است: «حقیقت این است که حتی اگر اسناد مجعول یا مزورانه باشد، چنانچه بانک وجه برات را قبل از آگاهی یافتن از تقلب فروشنده پرداخته باشد، بانک مورد حمایت خواهد بود مشروط بر اینکه بانک مراقبت معقولی را پیش از پرداخت وجه معمول داشته باشد.» رک. همان. همچنین برای نمونه رک.

Woods v. Thiedemann, 1 H & C 478, 158 Eng. Rep. 973 (1862); Guar. Trust Co. of New York v. Hannay & Co., 2 K.B. 623 (1918); Springs v. Hanover Nat'l Bank, 103 N.E. 156 (Ct. App. N.Y. 1913).

122. Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp., *Supra* note 120, at 634.

در این رأی آمده است: «حقیقت این است که حتی اگر اسناد مجعول یا مزورانه باشد، چنانچه بانک وجه برات را قبل از آگاهی یافتن از تقلب فروشنده پرداخته باشد، بانک مورد حمایت خواهد بود مشروط بر اینکه بانک مراقبت معقولی را پیش از پرداخت وجه معمول داشته باشد.» رک. همان. همچنین برای نمونه رک.

«بانک هیچ تعهد یا مسئولیتی در قبال شکل، کفایت، صحت، اصالت، تزویر یا اثر حقوقی هیچ سند (اسناد)، یا شروط عام و/یا خاصی که در سند (اسناد) گنجانده شده یا به سند (اسناد) اضافه می‌گردد، بر عهده نمی‌گیرد، و بانک هیچ تعهد یا مسئولیتی در خصوص اوصاف، کیفیت، وزن، کمیت، وضعیت ظاهری، بسته‌بندی، تحویل، ارزش یا وجود کالا که در سند (اسناد) بیان شده، و هیچ تعهد یا مسئولیتی درخصوص حسن نیت یا افعال و/یا ترک افعال، ملاتت مالی، عملکرد یا اعتبار ارسال کنندگان، متصدیان حمل، واسطه‌های حمل و نقل، مرسل‌الیهیم یا بیمه‌گران کالا یا هر شخص دیگری، بر عهده نمی‌گیرد».

تنها تکلیف گشاینده در مقابل متقاضی اعتبار این است که برای اطمینان از اینکه اسناد مطابق با شروط و تعلیقات اعتبارنامه هستند، مراقبت معقولی را به‌عمل آورد. حتی در صورتی که معامله پایه فسخ شده، یا متقاضی اعتبار ورشکسته شده باشد، گشاینده ملزم است وجه را بپردازد مشروط بر اینکه اسناد ارائه شده منطبق با اعتبار باشد.^{۱۲۲}

اصل استقلال اعتبار، همانند خود اعتبار اسنادی به واسطه عرف و عادت تجاری پدید آمده است. گشاینندگان اعتبارات اسنادی بانکداران هستند نه تجار. بانکداران در امر بانکداری متخصص‌اند و بیشتر کارشان نوشتنی و کار بر روی کاغذ است. بدیهی است اگر بانکداران ملزم باشند به وقایع خارج از کسب و کار عادی‌شان رسیدگی و آن وقایع را احراز نمایند، نخواهند توانست به‌نحو مناسبی عمل کنند. گذشته از این، در یک معامله اعتبار اسنادی، گشاینده تسلط و کنترلی بر معامله پایه یا عمل انتخاب ذی‌نفع که توسط متقاضی اعتبار صورت می‌گیرد، ندارد. بنابراین، گشاینده اعتبار را تنها می‌توان ملزم دانست که اسناد را بررسی کند، نه کالا یا خدمات را و اعتبار اسنادی صرفاً می‌تواند یک ابزار اسناد محور بوده که گردش آن باید وابسته به آنچه از ظاهر اوراق مشاهده می‌شود، باشد نه وابسته به وقایع خارج از اسناد. کنترل‌کنندگان اسناد صلاحیت دارند که انطباق ظاهری اسنادی را بررسی کنند، اما ایشان در موقعیتی نیستند که درخصوص انطباق مفاد اسناد با واقع خارجی اتخاذ تصمیم کنند و حقوق آنها را از چنین تکلیفی معاف داشته است. چنانچه بانک ملزم باشد به وقایع ماورای سند توجه کند، مکانیسم اعتبار اسنادی فروخواهد پاشید.^{۱۲۳}

Woods v. Thiedemann, 1 H & C 478, 158 Eng. Rep. 973 (1862); Guar. Trust Co. of New York v. Hannay & Co., 2 K.B. 623 (1918); Springs V. Hanover Nat'l Bank, 103 N.E. 156 (Ct. App. N.Y. 1913).

123. Ellinger, *Supra* note 3, at 186-88.

124. این معنا در بسیاری از آراء و از سوی بسیاری از نویسندگان مورد تأیید قرار گرفته است. برای نمونه رک. Old Colony Trust Co. v. Lawyers' Title and Trust Co., 297 F. 152, 155-56 (2nd Cir. 1924).

از منظر ذی‌نفع اعتبار، اصل استقلال، خطر عدم پرداخت مبلغ اعتبار به علت طرح ایرادات و دفاعیاتی از سوی متقاضی، از قبیل ادعای نقض تعهد را کاهش می‌دهد. اصل استقلال در مورد اعتبار اسنادی تضمینی حتی از این نیز مؤثرتر است؛ زیرا در این نوع اعتبارنامه، پرداخت وجه ممکن است به‌صرف درخواست و بدون نیاز به ارائه اسناد، ممکن باشد. اما، از منظر متقاضی اعتبار، استقلال اعتبارنامه این خطر را ایجاد می‌کند که حتی در فرضی که ذی‌نفع تعهدات خود را اجرا نکرده، بلکه مزورانه پرداخت وجه را مطالبه نموده، گشاینده اعتبار ممکن است وجه برات صادره را بپردازد. بهترین کاری که متقاضی اعتبار برای حفظ و مراقبت از منافع خود در این خصوص می‌تواند انجام دهد آن است که اعتبارنامه را به‌دقت تنظیم کند. به‌عنوان مثال، در اعتبارنامه می‌توان مقرر نمود که اسناد توسط مؤسسات معتبر صادر گردد، تا از اینکه ذی‌نفع تعهدات خود را به‌طور کامل ایفا نموده، اطمینان حاصل شود.

۲. اصل انطباق دقیق اسناد با شروط اعتبار

اصل انطباق دقیق اسناد یکی دیگر از اصول بنیادین حقوق اعتبارات اسنادی است. مطابق این اصل، هر یک از اطراف معامله اعتبار اسنادی که بخواهد مبلغ اعتبار را دریافت دارد، ملزم است اسناد منطبق با اعتبار ارائه نماید. برای مثال، در عملیاتی که یک بانک تأییدکننده اعتبار نیز در آن دخالت دارد، ذی‌نفع می‌تواند اسناد را به بانک تأیید کننده اعتبار ارائه و تسلیم نماید، بانک تأییدکننده آن اسناد را به بانک گشاینده اعتبار ارائه کرده و بانک گشاینده اعتبار آنها را به متقاضی اعتبار تسلیم می‌کند. در این زنجیره ارائه اسناد، در هر مرحله، اسناد ارائه شده باید

در رأی فوق آمده است:

«چه بسا خطرناک باشد اگر بانکداران یا مؤسسات بانکی بجز بررسی اینکه آیا اسناد ارائه شده همان اسنادی است که در اعتبارنامه مقرر شده است و آیا شروط و تعلیقاتی که در اعتبارنامه بیان شده، مورد متابعت قرار گرفته یا خیر، ناگزیر باشند به مسائل دیگری نیز بپردازند... بانک همواره در موقعیتی است که مسئولیت سنگینی را عهده‌دار است و چنانچه مبلغ اعتبار اسنادی را برخلاف شروط اعتبار بپردازد، راه پر پیچ و خم دادخواهی را پیش روی خود گشوده است. بنابراین، به نفع تاجر و همچنین بانک است که تحصیل اعتبار اسنادی به سبب این دلایل فنی دشوار نگردد و بنابراین نبایست با قراردادن این مسئولیت بر عهده بانک گشاینده که وقایع ماورای اسنادی که در اعتبارنامه مقرر شده را بررسی کرده و شروط و تعلیقاتی که متابعت از آن در اعتبار لازم دانسته شده را واقعاً احراز نماید، سبب شویم گشایش اعتبارات اسنادی دشوار گردد». همچنین رک. United City Merch. v. Royal Bank of Canada, 1 Lloyd's Rep. 269, 278 (1979).

در رأی فوق آمده است:

«نظری جز این ممکن است به میزان زیادی گردش روان تجارت بین‌المللی را متوقف سازد و بررسیها و تحقیقات سنگین و طاقت‌فرسایی را بر دوش بانکها گذارد، امری که بانکها از پس آن برنمی‌آیند». همچنین رک. Carl Mead, Documentary Letters of Credit, 22 Colum. L. Rev., 297, 309-10 (1922).

کارل مید در مقاله فوق می‌نویسد:

«هر چند تصور می‌رود خدمه و کارمندان بانک با اسناد عادی‌ای که به‌موجب اعتبار اسنادی ارائه می‌گردد آشنا باشند، اما ایشان نسبت به کالاهایی که موضوع عقد بیع است کاملاً ناوارد هستند و بازرسی کالا توسط چنین اشخاص ناآگاهی به هیچ‌کس نفعی نمی‌رساند».

بر حسب ظاهر با شروط و تعلیقات اعتبارنامه دقیقاً منطبق باشند.^{۱۲۴} ارائه اسناد تجاری معادل، حتی اگر از حیث ارزش برابر یا بالاتر از اسناد مقرر باشد، کفایت نمی‌کند و ارائه اسناد باید دقیقاً به شیوه و در محدوده زمانی تعیین شده در اعتبار به عمل آید.^{۱۲۵}

چنانچه اسناد ارائه شده بر حسب ظاهر با شروط و تعلیقات اعتبار دقیقاً منطبق باشد، طرفی که ملزم است تعهد ناشی از اعتبار را ایفا کند، باید اسناد ارائه شده را پذیرفته و با دریافت اسناد، تعهد خود را ایفا کند. او نمی‌تواند جهت ایفای تعهد، شرایطی اضافه کند یا برای فرار از تعهد خود به فراتر از ظاهر اسناد نظر نماید. چنانچه اسناد ارائه شده با شروط اعتبارنامه دقیقاً منطبق نباشد، طرفی که اسناد را ارائه نموده نمی‌تواند مبلغ اعتبار را دریافت دارد، هرچند قرارداد پایه را به‌نحو کامل اجرا کرده باشد. به‌عنوان مثال، چنانچه گشاینده، مبلغ اعتبار را در مقابل اسنادی که کاملاً با شرایط و مقررات اعتبار منطبق نیست به‌ذی‌نفع بپردازد، خطر این عمل بر دوش خود گشاینده اعتبار است و او نمی‌تواند جهت بازپرداخت آن مبلغ به متقاضی اعتبار مراجعه کند. دکترین انطباق دقیق اسناد، متضمن این معنا نیز است که بانک باید مأخوذ و وفادار به دستورات متقاضی اعتبار باشد.^{۱۲۶}

اصل انطباق دقیق اسناد به تفصیل در یو.سی.پی. ذکر نشده،^{۱۲۷} اما مدت‌هاست که در

۱۲۵. تطبیق و مقایسه این موضوع با حقوق آلمان جالب توجه است. حقوق آلمان اسنادی را که «دارای اختلافات و ناهمخوانیهای اندکی است... چنانچه ارزیابی دقیق نتیجه اطمینان بخشی ایجاد کند که غرض از شروط و تعلیقات مقرر در اعتبار با آن اسناد تحقق یافته است» به‌عنوان اسناد مطابق می‌پذیرد. رک.

[1960] BGHWm 38.

برای دیدن رویکردی نسبتاً کمتر سختگیرانه و ملایم‌تر از انطباق دقیق و سخت در حقوق ایالات متحده و انگلستان، رک. Paulo A. Grassi, Letters of Credit Transactions: The Banks' Position in Determining Documentary Compliance, A Comparative Evaluation Under U.S., Swiss and German Law, 7 Pace Int'l L. Rev. 81, 118 (1995).

126. Ellinger, *Supra* note 3, at 186-88.

۱۲۷. مع‌الوصف، اختلافات و ناهمخوانیهای موجود در اسناد ممکن است برطرف شده یا مورد اغماض قرار گیرد. در سال ۱۹۸۷ بررسی‌ای در ایالات متحده نشان داد که ۹۰ درصد اسناد در نخستین ارائه حاوی اختلاف و ناهمخوانی هستند، اما در این میان اسنادی که اختلاف‌شان برطرف نمی‌شود بیش از ۱ درصد نیست. در این باره رک.

Boris Kozolchyk, Strict Compliance and the Reasonable Document Checker, 56 Brook. L. Rev. 45, 48 (1990).

مطالعات دیگر میزان اختلاف اسناد را مطابق بررسیهایی که در سالهای ۱۹۸۳ و ۱۹۸۶ انجام گرفته، در انگلستان بین ۴۹ درصد و ۵۱/۴ درصد نشان می‌دهد. در هنگ کنگ و استرالیا مطابق بررسیهای قدیمی‌تر اختلاف اسناد بسیار بیش از این است. در این باره رک.

Clive E. Schmitthoff, Discrepancy of Documents in Letter of Credit Transactions, in Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law 432, (Chi-jui Cheng, ed., 1998).

همچنین رک.

Alaska Textile Co., Inc. v. Chase Manhattan Bank 982 F.2nd 813, 824 (2nd Cir. 1992).

۱۲۸. ماده مرتبط در یو.سی.پی. عبارت است از ماده ۱۳(الف)، اما این ماده صرفاً مقرر می‌دارد:

❖ ۳۴۲ مجله حقوقی / شماره سی و پنجم

رویه قضائی، بدون اختلاف نظر مورد تأیید قرار گرفته است. در دعوای اکویتبل تراست کو. اف. نیویورک به طرفیت داوسون پارتنرز،^{۱۲۸} لرد سامنر این اصل را ضرب‌المثل وار بیان داشت: «اسنادی که تقریباً یکسان هستند یا نقش واحدی را ایفاء می‌کنند، محلی از اعراب ندارند».^{۱۲۹}

مع‌ذلک، این اصل به صراحت در ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت مقرر شد. بند ۵-۱۰۸(الف) اشعار می‌دارد که «گشاینده در مقابل اسنادی مبلغ اعتبار را خواهد پرداخت که... بر حسب ظاهر دقیقاً منطبق بر شروط و تعلیقات اعتبارنامه باشند... گشاینده مبلغ اعتبار را در مقابل اسنادی که چنین به نظر نمی‌رسند، نخواهد پرداخت».^{۱۳۰}

از یک سوی، این اصل بدون شک به‌منظور حمایت از متقاضی اعتبار طراحی شده است. اولاً، اسنادی که در اعتبار اسنادی بویژه در یک اعتبار اسنادی تجاری لازم است، معمولاً از طرف مراجع مختلفی صادر می‌گردند. ثانیاً، بررسی اسناد از سوی بانک نیز امکان عدم اجرا یا سوء اجرای معامله پایه یا پنهان نمودن تقلب در معامله پایه را بیشتر کاهش می‌دهد. به‌مدد این اصل متقاضی اعتبار اطمینان می‌یابد که مجبور به پرداخت یا بازپرداخت وجه به گشاینده (چنانچه بانک مبلغ اعتبار را پرداخته است) نخواهد بود، مگر در مقابل اسنادی که او به‌عنوان اسنادی که تعهد پرداخت را لازم‌الاجرا می‌کنند، مشخص کرده است. از سوی دیگر، این اصل از بانک درگیر در عملیات نیز حمایت می‌نماید؛ زیرا این اصل بانک را از داوری‌های سلیقه‌ای و قضاوت‌های شخصی درخصوص اختلافات و ناهمخوانیها در اسناد ارائه شده، رها می‌گرداند و مانع بانک می‌شود که وارد بررسی جزئیات معامله پایه شود؛ یعنی به اموری بپردازد که در حوزه کسب و کار

«بانک مکلف است کلیه اسناد مقرر در اعتبار را با مراقبت معقولی معاینه و بررسی نماید تا احراز کند که آیا آن اسناد برحسب ظاهرشان منطبق با شروط و تعلیقات اعتبار می‌باشند یا نمی‌باشند. انطباق ظاهری اسناد با شروط و تعلیقات اعتبار باید بر اساس عرف شناخته شده بانکداری بین‌المللی، چنانکه در این مواد انعکاس یافته، تعیین شود. اسنادی که بر حسب ظاهرشان متعارض و متناقض با یکدیگر به‌نظر برسند به‌عنوان اسنادی محسوب می‌شوند که بر حسب ظاهرشان منطبق با شروط و تعلیقات اعتبار نیستند».

129. *Equitable Trust Co. of New York v. Dawson Partners*, 27 Lloyd's L. Rep. 49 (1927) [hereinafter *Equitable Trust*].

در پرونده اکویتبل تراست (پرونده فوق) اختلاف بین بانک و متقاضی اعتبار بود.

130. *Equitable Trust*, *Supra* note 128, at 52.

همچنین برای نمونه رک.

Old Colony Trust Co. v. Lawyers' Title and Trust Co., 297 F. 152, 155 (1924).

(در این رأی آمده است: «معامله [اعتبار اسنادی] عبارت است از قرارداد خرید اسناد و نه کالا. از دیدگاه ما اسناد مورد اشاره در اعتبارنامه باید از جمیع جهات با مقررات و شروط آن اعتبارنامه مطابقت نماید». رک. همان).

۱۳۱. مقایسه کنید با ماده ۹ قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه؛ ماده ۱۶(۱) کنوانسیون آنسیترال راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی؛ قواعد ۴(۰۱)، ۸(۰۱)(الف) عرفها و رویه‌های اعتبارنامه‌های تضمینی بین‌المللی (آی.اس.پی. ۹۸).

❖ ۳۴۳ ماهیت حقوقی ویژه و ...

عادی بانک نیست. اصل انطباق دقیق اسناد با شروط اعتبار، دوشادوش با اصل استقلال اعتبار یکی دیگر از مبانی موفقیت تجاری و کارآمدی اعتبارات اسنادی را تشکیل می‌دهد.

چهارم. نتیجه

اعتبار اسنادی یک ابزار خاص تجاری است. یک محصول و پدیده خاص تجارت بین‌المللی که دادگاهها آن را به‌شکلی که در طول زمان به‌وسیله بازرگانان تکامل داده شده، به رسمیت شناختند. در روند تکامل تاریخی این نهاد، حقوق اعتبارات اسنادی، احکامی را از قواعد حاکم بر اسناد قابل معامله و قراردادهای اقتباس نمود، اما با این وجود حقوق اعتبارات اسنادی منحصر به فرد و ویژه این نهاد است. همان‌گونه که یکی از نویسندگان دانشمند به ایجاز می‌نویسد:

«ماهیت حقوقی اعتبارات اسنادی تجاری بانکی موضوعی است که مستعد مطالعات نظری زیادی است. نهادی است با مباحث طولانی و آموزنده. این نهاد با وجود همه تردیدهایی که نسبت به مشروعیت آن وجود داشته، باقی مانده است و نیازهای جامعه تجاری‌ای که هر روز پیچیده‌تر می‌شود را برآورده و در معنای واقعی کلمه، حقوقی خاص خود ایجاد کرده است.»^{۱۳۱}

از این روی، بهترین توصیه به وکلا هنگامی که ایشان با اعتبارات اسنادی سروکار دارند آن است که از همان آغاز بدانند اعتبار اسنادی نهادیست متفاوت با هر سند تجاری دیگر.^{۱۳۲} حقوقی که حاکم بر اعتبارات اسنادی است عمدتاً در مقررات یو.سی.پی. و یو.سی.پی. الکترونیک و تا حد پایین‌تری در قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی، قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه، عرفها و رویه‌های متحدالشکل اعتبارنامه‌های تضمینی بین‌المللی و کنوانسیون آنسیترال راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی یافت می‌تواند شد. در معاملاتی که عنصری از ایالات متحده در آن دخیل است، بدیهی است ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت منبع حقوقی مهمی در آن مورد خواهد بود و حتی برای معاملاتی که هیچ عنصری از ایالات متحده در آن دخیل نیست، ماده ۵ بویژه در موضوعاتی که به تقلب و جعل ارتباط می‌یابد، به‌عنوان یک منبع ارشادی و منبعی که غالباً به‌طور صریح اصول حقوقی اعتبارات اسنادی را بیان داشته، تواند بود. بی‌تردید، در کنار این منابع اختصاصی، حقوق داخلی کشورهای

132. Harfield, *Supra* note 3, at 51.

۱۳۳. تنها استثنای ممکن بر این گفته، حقوق مربوط به ضمانت‌نامه‌های بانکی و ضمانت‌نامه‌های حسن اجرای تعهد است که قیاس و تشبیه اعتبارات اسنادی با آن می‌تواند مفید افتد. استثنائاً حقوق ضمانت‌نامه‌ها از ساحتی نیست که غالباً و کلاً و دادگاهها را در این زمینه به بیراهه رهنمون شود.

مربوطه نیز بویژه در مسائل مربوط به اصل انطباق دقیق اسناد و اصل استقلال اعتبار و مسائل مرتبط با استثنای مهم بر اصل استقلال یعنی ایراد تقلب، حقوق اعتبارات اسنادی را تکمیل خواهند کرد. از این نقاط است که تحقیق درباره اعتبارات اسنادی باید آغاز گردد و نه از آنچه اتفاقاً یک حقوقدان درباره حقوق قراردادهای و اسناد قابل معامله می‌داند.

آینده قراردادهای الکترونیکی در عرصه بیع بین‌الملل: خا‌ل‌ها و گریزهای ذاتی کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به بیع بین‌المللی کالا

نویسنده: جنیفر ای. هیل *

ترجمه: مصطفی‌السان ** - زینب کنعانی ***

۱. وقتی استمن‌کُداک به‌طور کاملاً اتفاقی دوربینی را در انگلستان برای فروش در یک پایگاه اینترنتی به قیمت ۱۰۰ پوند، به جای قیمت واقعی آن یعنی ۲۳۹ پوند، ارائه کرد، این پیام در عرض چند ساعت در تمام دنیا انتشار یافت.^۱ ارائه هزاران سفارش از سوی مشتریان، قبل از اینکه شرکت مجال تصحیح اشتباه را پیدا کند، منجر به تحمیل هزینه‌ای بسیار بالا به شرکت کُداک گردید.^۲ بعد از آگاهی مشتریان از وقوع اشتباه و اعلام عدم پذیرش سفارش‌ها، کُداک باید یکی از دو راه حل را انتخاب می‌کرد: احترام به سفارش‌ها و پذیرفتن آنها یا پاسخ در مقابل

* جنیفر ای. هیل (Jennifer E. Hill)، اخذ کارشناسی در سال ۱۹۹۷ از دانشگاه استنفورد، دارای مدرک دکتری حقوق از دانشکده حقوق نورث وسترن و کارشناس ارشد مدیریت بازرگانی از دانشکده مدیریت کیلوگ (۲۰۰۴)، نویسنده از پروفیسور تریسی ای. جورج و پروفیسور ریچارد اسپایدل به خاطر ایجاد انگیزه نگارش این مقاله تشکر می‌کند. [منبع مقاله: Jennifer E. Hill, *The Future of Electronic Contracts in International Sales: Gaps and Natural Remedies under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property 2003. pp 1-34].

ترجمه این مقاله، زیر نظر و به راهنمایی استاد ارجمند، جناب آقای دکتر محمدعلی بهمنی (عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی)، به انجام رسیده است. مترجمین، کمال تشکر خویش را از استاد گران‌مایه ابراز می‌دارند.
** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی. (mostafaelsan@yahoo.com).
*** کارشناس ارشد حقوق خصوصی - دانشگاه شیراز.

1. Eaglesham, Jean, *A Troubled Deal on the Internet*, FIN. TIMES, Feb. 11, 2002, available at 2002 WL 3306015.

2. *Id.*

آینده قراردادهای ... ❖ ۳۴۷

دعاوی طرح شده.^۳ با اینکه کُداک تلاش می‌کرد تا سفارش‌ها را صرفاً یک پیشنهاد ساده برای پذیرش شرکت به منظور فروش محسوب دارد، به این حقیقت مهم توجه نداشت که پایگاه اینترنتی سفارش‌ها را تأیید کرده و به‌همین دلیل، قرارداد به‌صورت (آن‌لاین) منعقد شده است.^۴ کُداک به راحتی در مقابل اشتباهی که در رابطه با مشتریان صورت گرفته بود، به زانو درآمد و به قبول قیمت پایین‌تر مجبور گردید. یک اشتباه در [درج] اطلاعات [در سامانه]، ۲ میلیون دلار آمریکا هزینه در پی داشت.^۵ وقتی از استمن در مورد این اتفاق ناگوار پرس و جو شد و اینکه آیا مشتریان در دعاوی خود موفق می‌شدند یا نه، کُداک پاسخ داد: «تجارت اینترنتی، بسی خطرناک است».^۶

۲. اشتباه به هنگام وارد ساختن داده‌ها، به آسانی در قراردادهای بیع امکان‌پذیر است، اما این وضعیت را می‌توان با تعامل طرفین کاهش داد. به هر حال، وقتی اشتباهی در معاملات آن‌لاین روی می‌دهد، تأثیر آن به دلیل سرعت مبادله اطلاعات بیشتر شده و مشتریان نیز بدان دچار می‌شوند.^۷ پیشرفت‌های نوین در تجارت الکترونیکی به طرفین این اختیار را می‌دهد که فوراً با یکدیگر توافق کرده، آن را تصدیق نموده و رضایت خویش را با فشار دادن چند کلید به طرف مقابل ابلاغ نمایند.^۸

۳. پیش‌بینی می‌شد که تا سال ۲۰۰۳ بیش از ۶۰۰ میلیون نفر در دنیا به اینترنت دسترسی داشته و بیش از یک تریلیون دلار آمریکا صرف آن نمایند.^۹ بیش از ۸۳ درصد معاملات آن‌لاین^{۱۰} دنیا در قالب معاملات بین تجار [B2B] انجام شده که این میزان در سال ۲۰۰۶ به ۸۸ درصد خواهد رسید.^{۱۱} قراردادهای رایانه‌ای برای تسهیل معاملات بین تجار به کار خواهد

۳. کُداک استدلال می‌کرد: «تمام سفارش‌هایی که در پایگاه اینترنتی انجام می‌شود، قانوناً ایجاب برای خرید از ما به‌شمار می‌آید، مانند بردن کالا به محل صندوق در فروشگاه‌های خرده‌فروش»؛ با این حال، نظر دیگری قابل طرح بود و آن اینکه، اعمال کُداک، ایجاب برای فروش محسوب گردد. بنابراین، مشتری با پذیرش ایجاب به روشی که فروشنده برای قبول تعیین کرده، یعنی اعلام سفارش، قرارداد منعقد کرده است.

4. *Id.*

5. *Id.*

6. *Id.*

۷. «اعمالی که زمانی با چندین کارگر، هفته‌ها فعالیت و مدت زیادی برای حمل به‌ثمر می‌رسید، امروزه در عرض چند دقیقه توسط تنها یکی نفر با استفاده از رایانه‌ای متصل به اینترنت، انجام می‌گیرد».

Donnie L. Kidd, Jr. & William H. Daughtrey, Jr., *Adapting Contract Law to Accommodate Electronic Contracts: Overview and Suggestions*, 26 Rutgers Computer & Technology Law Journal 215, 217 (2000); see also Preston Gralla, *How the Internet Works* 8 (Karen Reinisch ed., 4th ed. 1998).

۸. رک. به بند دوم از مبحث (الف)، بخش نخست همین مقاله.

9. Mark W. Vigoro, *The World Map of E-Commerce*, E-Commerce Times, Apr. 2, 2002, at <http://www.ecommercetimes.com/perl/story/16942.html>.

10. *Id.*

11. *Id.*

رفت. در واقع، این نوع از قراردادهای همه‌روزه منعقد می‌شوند—از خرید دوربینی توسط یک مشتری از پایگاه اینترنتی، به‌وسیله یک کلیک ساده بر روی نمایه «سفارش دهید»، گرفته تا قراردادهای میان تجار در فاصله‌های دور از هم که سفارش میلیون‌ها کالای فاسد‌نشده را از طریق قراردادهای مطمئن خودکار از همدیگر دریافت می‌کنند.^{۱۲} تردیدها و مسائل حقوقی مطرح درباره‌ی انعقاد رایانه‌ای قراردادهای مصرف‌کنندگان و تجار بین‌المللی را متأثر می‌سازد.^{۱۳} در حالی که بسیاری از مصرف‌کنندگان از حمایت قوانین داخلی در مقابل معاملات نادرست، ناقص یا متقلبانه رایانه‌ای برخوردار هستند،^{۱۴} اتحادیه‌های تجاری از منابع حقوقی متفاوتی برای تضمین معاملات خویش بهره می‌گیرند.^{۱۵} توسل به روشهای جبران خسارت بر حسب حوزه قضائی که طرفین در آنجا اقامت دارند، متفاوت می‌باشد.^{۱۶} این پیچیدگی‌ها منجر به طرح پرسش‌هایی از این قبیل است که کدامین قانون بر قراردادهای بیع بین‌المللی حاکم خواهد بود و وجه تمایز میان نقطه شروع مبادله غیر رسمی ایجاب یا قبول واجد شرایط، کدام است؟ به‌موجب قانون کدامیک از طرفین حکم صادر می‌گردد؟ آیا فعالیتهای روزمره تاجر نظیر ارسال صرف نامه الکترونیکی که

۱۲. برای دیدن نمونه‌ای از انعقاد آن‌لاین قرارداد با مصرف‌کننده، به پایگاه اینترنتی آمازون [www.amazon.com] مراجعه شود. مشتریان آمازون، کام‌اقلامی از کاتالوگ آن‌لاین انتخاب کرده و آنها را در سبد مجازی قرار می‌دهند. بعد از احراز هویت، شماره حساب و اطلاعات خرید، مشتریان نمایه «سفارش دهید» را برای اجرای رایانه‌ای سفارش، که توسط نامه الکترونیکی برای مشتری کنترل و تأیید شده، انتخاب می‌کند. نیز، رک.

Amazon.com, Inc. v. Barnesandnoble.com, Inc., 239 F.3d 1343, 1347 (Fed. Cir. 2001).

در این پرونده، آمازون، کام‌علیه بارنس به دلیل نقض حق انحصاری راجع به سیستم سفارش «تک‌کلیک» (1-click) که مشتریان را قادر می‌سازد تا کالایی را برای خرید انتخاب کرده و در یک مرحله فرایند تأیید خرید را تکمیل نمایند، طرح دعوی کرد.

13. See generally Edward Lee, *Rules and Standards for Cyberspace*, 77 Notre Dame L.R. 1275, 1278-81 (2002). (این بحث را مطرح می‌سازد که حقوق باید با فضای مجازی همگام باشد)

14. See Christopher T. Poggi, *Electronic Commerce Legislation: An Analysis of European and American Approaches to Contract Formation*, 41 Virginia Journal of International Law. 224, 241 (2000).

15. See generally U.C.C. §§ 2-100, 2-102, 2-105, and 2-210 (1998).

به‌موجب مواد فوق، قراردادهای تجاری با مبلغ مازاد بر ۵۰۰ دلار آمریکا و نیز خدماتی که به‌طور اتفاقی (ورای توافق) برای اجرای قرارداد لازم است، مشمول قانون متحدالشکل تجاری (U.C.C) دانسته شده است.

see also Berkeley Center for Law and Technology, *The Impact of Article 2B*, available at: www.law.berkeley.edu/institutes/bclt/events/ucc2b/draft/preface.html

(مقاله اخیر به بررسی شمول ماده ۲ (ب) قانون متحدالشکل تجاری، بر مسائل ناشی از فناوری اطلاعات می‌پردازد که در ماده ۲ توجهی بدان‌ها نشده است).

۱۶. صلاحیت و انتخاب قانون حاکم از مباحث عمده معاملات بازرگانی بین‌المللی به‌شمار می‌آید. Kidd & Daughtrey, *supra* note 6, at 274-75 (این بحث را مطرح می‌سازد که کنوانسیون وین، بالقوه مرجع حل و فصل نگرانی‌های راجع به قراردادهای بین‌المللی است).

یک امضای همیشگی بدان الصاق شده، قرارداد الزام آوری را تشکیل خواهد داد؟^{۱۷}

۴. به لحاظ نظری، همین پیچیدگی‌هاست که پشتوانه و منشأ تدوین کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره قراردادهای بیع بین‌المللی کالا (از این به بعد، کنوانسیون وین) بوده است؛^{۱۸} که به عنوان قانون متحدالشکل بیع در دو سوم کشورهای حاضر در عرصه تجارت جهانی، به شمار می‌آید.^{۱۹} و زمانی تدوین یافته که «بیشتر قراردادهای بین‌المللی بدون مشکل خاصی منعقد می‌شده‌اند».^{۲۰} کنوانسیون وین «قانون متحدالشکل بین‌المللی برای مهمترین معامله در تجارت بین‌المللی» - یکی از اقسام قراردادها (بیع) - به شمار می‌آید.^{۲۱} در عصر حاضر، اقتصاد اطلاعاتی مفاهیم سنتی را از لحاظ زمانی و مکانی به چالش کشانده است، زیرا فناوری پیشرفته اطلاعاتی این توان را به تجارت داده که به راحتی مرزها را درنوردد و «در فراتر از مرزها توسعه یابد»؛^{۲۲} که

17. See Colleen M. Coyle & Lisa Maria Wetzel, *Think Twice About Signing an E-mail: You Just May Create a Binding Contract*, Metropolitan Corporate Counsel., Aug. 2002, at 18 (col. 1), WL 8/02 METCC 18, (col. 1).

انتخاب نمایه‌ای که امکان مراجعه به پایگاه دیگری را فراهم می‌سازد [hypertext link]، ابراز قاطعانه قصد به شمار می‌آید، حتی اگر علامتی دالی بر هویت شخص با آن همراه نباشد.

See also: Anthony M. Balloon, *Comment, From Wax Seals to Hypertext: Electronic Signatures, Contract Formation, and a New Model for Consumer Protection in Internet Transactions*, 50 Emory Law Journal 905 (2001).

(مقاله اخیر به شرح آثار امضاهای الکترونیکی بعد از تصویب قانون امضاهای الکترونیکی در تجارت جهانی و ملی «E-Sign» می‌پردازد).

18. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, April 11, 1980, U.N. Doc. A/CONF.97/18, reprinted in 19 I.L.M. 671 (1980).

[برای دیدن متن فارسی کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰، رک. مجله دفتر خدمات حقوقی و بین‌المللی، شماره نهم، پاییز و زمستان ۱۳۶۷، (م).]

۱۹. به پایگاه اینترنتی مؤسسه تجارت بین‌المللی دانشکده حقوق دانشگاه Pace در نشانی (www.cisg.law.pace.edu) رجوع شود. پایگاه اینترنتی این دانشکده «نخستین پایگاهی است که به عنوان مرجع در نظام حقوق تجارت بین‌الملل ایالات متحده کارایی دارد». رک.

Camilla Baasch Andersen, *Furthering the Uniform Application of the CISG: Sources of Law on the Internet*, 10 PACE INT'L L. REV. 403, 407 (1998); see also UNILEX, *Contracting States*, at:

www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2376&dsmid=13351&x=1

20. John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, viii (3rd ed. 1999).

جان اُ. هونولد، استاد ممتاز بازنشسته حقوق تجارت بین‌الملل دانشگاه پنسیلوانیا، دبیر آنسیترال، مدیر دایره حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد در فاصله سالهای ۱۹۷۴-۱۹۶۹ و عضو کمیته تدوین‌کننده کنوانسیون وین بوده است. این طرز سخن از سوی او دلالت بر پیچیدگی قراردادهای مبتنی بر رایانه دارد، زیرا قراردادهای مذکور بدون برگه کاغذی و نمونه‌ای مجازی به شمار می‌آیند.

21. *Id.* at ix.

22. *Purchasing Law Report* (The Institute of Management & Administration) Jan. 1, 2002, available at 2002 WL 8843789.

این امر خود به تسهیل امکان انعقاد فوری قراردادهای غیر کاغذی منجر شده است.^{۲۳}

۵. نقطه آغاز کنوانسیون وین، ۷۰ سال پیش بود و نهایی شدن و تصویب آن در حدود ۲۰ سال پیش تحقق یافت. این امر حداقل یک دهه قبل از قراردادهای الکترونیکی منجر به ایجاد رویه‌های عملی در تجارت شده است.^{۲۴} در این مدت، کنوانسیون بدون تغییر مانده و هنوز هم دارای اهمیت بوده و تعجب‌آور آنکه دارای ماده‌ای است که «نوشته‌ی» قراردادی را تعریف می‌کند: ماده ۱۳.^{۲۵}

۶. ماده ۱۳، شکل مکتوب قراردادهای بیع بین‌المللی کالا را به شیوه زیر توصیف می‌کند: «برای اهداف این کنوانسیون «نوشته» شامل تلگرام و تلکس خواهد بود».^{۲۶} بنابراین واژه «نوشته» این امر را مفروض می‌سازد که تلگرام و تلکس شیوه‌های مقبول انعقاد قراردادند، اما در قراردادهای مبتنی بر رایانه، همچون مبادله الکترونیکی داده (EDI)، اینترنت، قراردادهای مبتنی بر انتخاب نمایه (کلیک)، قراردادهای بسته‌ای و نامه الکترونیکی مسئله مسکوت مانده است.^{۲۷} در نتیجه، کنوانسیون وین به‌عنوان عهدنامه‌ای که بر قراردادهای بیع بین‌المللی حکومت دارد، دارای نواقصی است که به دلیل سکوت نسبت به قراردادهای بیع بین‌المللی که از رایانه برای انعقاد آنها استفاده می‌شود، ایجاد گردیده است.^{۲۸} این نواقص مسائلی را درباره مشروعیت روشهای قرن بیست و یکم در باب انعقاد قراردادهای بین‌المللی، در کشورهایی که عضو کنوانسیون هستند و اخیراً در صدد تسهیل روابط معاملاتی خویش برآمده‌اند، ایجاد می‌کند.^{۲۹}

۷. این مقاله منشأ، جایگاه و تفسیر ماده ۱۳ کنوانسیون را در پرتو رویه‌های تجاری نوین

23. See Carl Pacini et al., *To Agree or Not to Agree: Legal Issues in Online Contracting*, Business Horizons, Jan. 1, 2002, at 43, available at 2002 WL 15800311.

24. Pace Law School Institute of International Commercial Law, *Guide to Article 13: Comparison with Principles of European Contract Law* (2002), at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp13.html>

۲۵. ماده ۱۳ کنوانسیون وین. پیشینه و ملاحظات قبل از تدوین ماده ۱۳ بسیار اندک است. تنها ۸ پرونده در این مورد به ثبت رسیده که در نصف آنها هم بدون توجه به ماده ۱۳ اصدار رأی شده است. رک. بخش‌های سوم و چهارم همین مقاله.

۲۶. ماده ۱۳ کنوانسیون وین.

۲۷. همان.

۲۸. «ماده ۱۳... به‌صراحت با وسایل نوین ارتباطی که بعد از ۱۹۸۰ رواج یافته و امروزه به‌طور وسیع برای انعقاد و اجرای قراردادهای بیع بین‌المللی کاربرد دارند ... تجانس چندانی ندارد».

Ulrich G. Schroeter, Interpretation of "Writing": *Comparison between provisions of CISG (Article 13) and counterpart provisions of the Principles of European Contract Law* (Pace Law School Institute of International Commercial Law Jul. 2002), at:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp13.html#er> (last modified Nov. 21, 2002).

۲۹. «این امر منجر به طرح این مسئله می‌شود که چگونه و تحت چه شرایطی، وسایل نوین ارتباط می‌توانند حایز شرایط مقرر در کنوانسیون وین برای نوشته باشند».

Schroeter, *supra* note 28, at 269.

برای طرح این بحث مطرح می‌سازد که اگرچه کنوانسیون وین به‌طور صریح شیوه‌های الکترونیکی انعقاد قرارداد را در تعریف «نوشته» مطرح نمی‌سازد، اما این قراردادها به‌لحاظ هدف، مفهوم و در نظر گرفتن سایر مواد معتبر هستند.^{۳۰} مقاله حاضر همچنین قانونگذاری‌های جدید در سطح بین‌المللی و داخلی را با تأکید بر خلأ انعقاد الکترونیکی قرارداد در بیع تجاری بین‌المللی مورد بررسی قرار می‌دهد. چنین تلاشهایی برای هدایت مقررات جدید در جهت تطبیق با قراردادهای الکترونیکی نه تنها با تعریف موسع ماده ۱۳ برای تکمیل رویه‌های تجاری بین‌المللی، بلکه ضرورت رفع خلأ انعقاد الکترونیکی قرارداد برای پیشرفت به موازات دنیای متحول، نیز تثبیت می‌گردد.^{۳۱}

۸. برای رسیدن به اهداف فوق، بخش اول به بررسی مسائلی که قراردادهای الکترونیکی در کنوانسیون وین به‌وجود آورده، می‌پردازد. بخش دوم تاریخچه، قلمرو و اجرای کنوانسیون وین را مطرح می‌سازد. بخش سوم از منشأ و اعمال ماده ۱۳ بحث می‌کند. بخش چهارم به ارزیابی این مسئله می‌پردازد که چگونه ماده ۱۳ و کنوانسیون وین با تفاسیر مدرن از یک مکتوب که طبقاً شامل قراردادهای الکترونیکی نیز می‌شود، تطبیق می‌یابد. اگرچه در این مقاله اثبات شده که قراردادهای الکترونیکی مطابق با کنوانسیون وین معتبر هستند، بخش پنجم به معرفی مقررات جدید بین‌المللی و داخلی که تفسیر موسع از ماده ۱۳ را معتبر دانسته و کوشیده‌اند تا روشهایی برای پذیرفتن قراردادهای الکترونیکی در کنوانسیون وین ارائه دهند، می‌پردازد.

بخش اول

مسائل مطرح شده به وسیله قراردادهای الکترونیکی طبق کنوانسیون وین

۹. قراردادهای بیع مستلزم تعهداتی هستند که به‌ویژه در سطح جهانی نظام‌های مختلف فرهنگی، اجتماعی، سیاسی و حقوقی اغلب اداره آنها را با دشواری روبرو می‌سازند.^{۳۲} حقوق قرارداد در زمینه معاملات بیع بین‌المللی به‌عنوان زمینه‌ای قابل پیش‌بینی و توانمند به‌شمار

۳۰. رک. بخش چهارم همین مقاله.

۳۱. رک. لی، پیشین، صص ۱۲۸۴-۱۲۸۱. (از این امر بحث می‌کند که قوانین قدیمی باید برای شمول فناوری جدید، به‌روز شوند).

32. See Jan Ramberg, *International Commercial Transactions* 17 (2nd ed., Kluwer Law International 2000); see also Helena Haapio & Anita Smith, *Safe Sales in Cyberspace* (American Corporate Counsel Association Jul. 2000) at:

<http://www.acca.com/reprints/safesales.html> ; CISG, *supra* note 18, at preamble.

می‌آید، زیرا موازین شفاف‌ی برای تفسیر تعهدات، توافق‌ها و قابلیت اجرایی آنها ارائه داده است.^{۳۳} در نتیجه کنوانسیون وین را شاید بتوان به‌عنوان «تلاش عمده برای ایجاد پلی میان ... تلاشهای منطقه‌ای و بازار جهانی به مفهوم کلی آن» محسوب داشت.^{۳۴} بنابراین در بخش اول به بررسی مسائل قراردادهای مبتنی بر رایانه در ماده ۱۳، به این دلیل که به‌شکل برگه‌های سنتی نیستند، خواهیم پرداخت که با توجه به مبانی لازم برای تحلیل هدف کنوانسیون در پر کردن خلأ قراردادهای الکترونیکی انجام خواهد شد.

چالش‌های مطرح قراردادهای الکترونیکی

۱۰. انعقاد قرارداد به‌شیوه الکترونیکی منجر به دو چالش شده است: سرعت و خودکار شدن.^{۳۵} «روابط الکترونیکی کارکردی تقریباً مابین نامه معمولی و ارتباطات تلفنی دارد».^{۳۶} اگرچه برخی از تعاملات بسیار صریح‌تر (بی‌واسطه‌تر) از دیگر روابط هستند، تعامل رودرو وجود ندارد.^{۳۷} به‌محض اینکه شخصی اقدام به ایجاب یا قبول می‌نماید، این اطلاعات بلافاصله به طرف دیگر منتقل می‌گردد.^{۳۸} در اغلب موارد، به‌ویژه در مواردی که یکی از طرفین به قرارداد اتکا کرده باشد، پی بردن به اشتباهات و اصلاح آنها بسیار دشوار است.^{۳۹} به‌علاوه نمایندگان الکترونیکی، برنامه‌های رایانه‌ای کوچک که انجام کاری را برای کاربر به‌صورت خودکار در می‌آورد، به دلیل عدم دخالت انسان، منجر به مسائل پیچیده‌ای در انعقاد الکترونیکی قرارداد شده‌اند.^{۴۰} نمونه‌ای از نماینده الکترونیکی را می‌توان در پایگاه اینترنتی که به خرده‌فروشی اشتغال

33. Philip M. Nichols, *Electronic Uncertainty Within the International Trade Regime*, 15 American University International Law Review 1379, 1393 (1999-2000).

34. James J. Callaghan, *U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Examining the Gap-Filling Role of CISG in Two French Decisions*, 14 Journal of Law & Communication 183, 184-85 (1995).

۳۵. این ویژگی‌ها، خطر اشتباه و اتکای مخاطب به آن را پیش از تصحیح خطا افزایش می‌دهد. رک. Christina Hultmark Ramberg, *The E-commerce Directive and Formation of Contract in a Comparative Perspective*, 1 Global Jurist, Iss. 2, art. 3 (2001) at: <http://www.bepress.com/gj/advances/vol1/iss2/art3>

36. Siegfried Eiselen, *Electronic Commerce and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* 1980, 6 EDI Law Review. 21, 22 (1999), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eiselen1.html>

37. *Id.*

38. Gralla, *supra* note 7, at 8-10.

39. See Eaglesham, *supra* note 1.

۴۰. نمایندگان الکترونیکی، برنامه‌هایی هستند که قابل رؤیت نیستند و به‌طور خودکار، عملی را از سوی کاربر انجام می‌دهند. آنها اغلب در محیط اینترنت، نام‌هایی چون «تارتن» (spider)، «روبوت» و «بوت» دارند. نماینده‌ها قادر هستند تا اموری چون بازیابی اخبار، حفاظت شبکه یا تکمیل معامله با مشتریان را انجام دهند. رک.

دارد، دید: زمانی که مشتری سفارش می‌دهد، نماینده بلافاصله آن را قبول کرده و سفارش را تصدیق می‌کند.^{۴۱} فناوری، تجارت را آسان‌تر و سریع‌تر کرده و این امر از جمله، به دلیل فقدان مبادله قراردادهای کاغذی در فضای مجازی می‌باشد. در نتیجه، «اطمینان» و «قابلیت پیش‌بینی» جبران خسارت که به‌موجب قراردادی واقعی تعیین می‌گردد، با معیارهای الکترونیکی پیچیده می‌شوند. بنابراین، باید ضمن به‌کار گرفتن قواعد حقوق بین‌الملل، اطمینان و قابلیت پیش‌بینی برای قراردادهای الکترونیکی در همان حد قراردادهای کاغذی فراهم گردد.

۱. انجام تجارت به‌شیوه الکترونیکی

۱.۱. کنوانسیون وین با دو پدیده مهم تجاری روبروست: فروش کالاهای غیرمادی^{۴۲} (همانند نرم‌افزار) و شیوه‌های نامحسوس انجام معاملات تجاری، مانند فاکس، اشروترو، اینترنت، نامه الکترونیکی، تلکس و توافقاتی آن‌لاین نرم‌افزاری.^{۴۳} این پدیده‌ها به‌طور عموم تحت شمول تجارت الکترونیکی قرار گرفته‌اند.^{۴۴}

۱.۲. این مفاهیم جدید، عامل پیشرفتهای تجاری بزرگی شده‌اند. بازارهای جدیدی به‌سهولت برای بازیگرانی از طیف‌های گوناگون گشوده شده،^{۴۵} معاملات با هزینه بسیار کمتر انجام می‌گیرد و هزینه ارتباطات پایین آمده است.^{۴۶} همزمان، تجار با چالش‌های پیچیده‌ای در انعقاد قرارداد روبرو شده‌اند که در آن، حوزه‌هایی طرف معامله قرار گرفته‌اند که قصد معامله با

Gralla, *supra* note 7, at 205-07; see also Amazon.com, *supra* note 11, at 1347.

۴۱. به بند (۲) از مبحث (الف) از بخش نخست همین مقاله مراجعه شود. نامه الکترونیکی خودکار نیز اغلب برای نمایش سفارش در صفحه مشتریان، نوعی وصول الکترونیکی، کاربرد دارد.

۴۲. مفهوم «کالاهای ناملموس (غیرمادی: Intangible Goods)»، شامل اوراق بهادار که از شمول کنوانسیون استثنا شده‌اند، نمی‌شود.

۴۳. تلفن به این دلیل که با ارتباط مستقیم، زمینه قرارداد شفاهی را فراهم می‌سازد، خارج از شمول قراردادهای الکترونیکی می‌باشد. رک. استیلین، پیشین، ص ۲۱. «برخلاف کالاهای ناملموس هستند که اگرچه ممکن است به اشکال قابل لمس نگهداری شوند، اما امکان تصرف و به‌کارگیری آنها از سوی افراد متعدد و نامحدود وجود دارد».

Daniel K. Winters, *Courts Struggle with the Application of Contract Law to Internet Transactions: When Software is Purchased Online, and No One is There to See It, Did the Parties Enter a Contract?*, New Jersey Law Journal (American Lawyer Media Inc., New York, N.Y.) Aug. 19, 2002, at 1, available at: www.pbnlaw.com/PressRoom/ecommerce_0802.pdf

۴۴. رک. استیلین، پیشین، ص ۲۱.

۴۵. به‌طور کلی در این مورد، رک. گرالا، پیشین، ص ۲. «در روابط الکترونیکی این خلأ در ارتباط با زمان و مکان است، اما مسئله در این مورد بسیار کمتر از آن چیزی می‌باشد که در ارسال مکاتبات سنتی مطرح است»، استیلین، پیشین، ص ۲۲.

46. Jeffrey B. Ritter & Judith Y. Gliniecki, *International Electronic Commerce and Administrative Law: The Need for Harmonized National Reforms*, 6 Harvard Journal of Law & Technology 263, 263 (1993).

(این بحث را مطرح می‌سازد که گسترش معاملات غیر کاغذی، منوط به اصلاح قوانین به‌منظور تسهیل تجارت الکترونیکی در محیطی از «بی‌طرفی رسانه» می‌باشد).

آنها وجود نداشته است.^{۴۷} طرفین معاملات با استفاده از قراردادهای اینترنتی امکان ارتباط بیشتری یافته‌اند؛ به گونه‌ای که در برخی از موارد با قراردادهای کاغذی در تضاد قرار گرفته، زیرا قوانین هر کشور به مرزهای آن محدود می‌گردد، حال آنکه اینترنت امکان تجارت آزاد را در فراتر از مرزها میسر ساخته است.^{۴۸} البته قراردادهای مبتنی بر رایانه، به‌ویژه آنهایی که از طریق اینترنت تشکیل می‌شوند، در فضای بدون قانون به‌وجود نمی‌آیند.^{۴۹} دولتها، مفاهیم بنیادین حقوقی، همچون قرارداد را به بحث گذاشته‌اند تا معیارهای منعطف‌تری برای حمایت از حقوق سنتی قرارداد ارائه نمایند، در عین اینکه قابلیت‌های فرامرزی ناشی از فناوری و شخصیت بازیگران حقوقی این عرصه (قضات، حقوقدانان، قانونگذاران و تجار) را نیز به رسمیت شناخته و بسط می‌دهند.^{۵۰} «اولین گام برای وضع موازینی برای تجارت الکترونیکی، دوری گزیدن از موانعی است که فرا راه تجارت الکترونیکی قرار گرفته‌اند؛ اولین و آشکارترین موانع، عدم حمایت از این نوع قراردادها در قوانینی است که وجود مدارک کاغذی را لازم می‌دانند».^{۵۱}

۱۳. زیرساختارهای نوین تجارت و مفاهیم حقوقی، که حول فناوری کاغذی می‌چرخد، چالشی در برابر تجارت در اقتصاد اطلاعاتی امروز به‌شمار می‌آید.^{۵۲} طبیعت بی‌مانند قراردادهای الکترونیکی منجر به ابهامات عمده‌ای در محیط بین‌المللی و تجاری شده است، زیرا حقوق در پاسخ به نیازهای فناوری جدید، کند به‌نظر می‌آید.^{۵۳} اعمال مقررات فعلی بر تجارت مبتنی بر رایانه نیز اغلب کافی به‌نظر نمی‌رسد.^{۵۴}

47. Damian Sturzaker, Australia: *Dispute Resolution in the New Millennium: International Arbitration*, Mondaq Business Briefing, Jul. 27, 2001, available at 2001 WL 8987177.

صلاحیت نیز یکی از مسائل است، زیرا توافق الکترونیکی در مکان خاصی اجرا نمی‌شود ... پوگی، پیشین، ۲۵۵.
۴۸. «اینترنت، به‌هیچ وجه محفلی در بسته که هرگز ارتباطی با دنیای برون نداشته باشد، نیست، بلکه به‌طور کامل با شیوه زندگی و کار در ارتباط بوده ... و به بخشی از زندگی روزمره ما بدل شده است». گرالا، پیشین، ص ۲۴۴.

49. Michael Joachim Bonell, *Do We Need a Global Commercial Code?*, 106 Dickinson Law Review. 87, 94 n.30 (2001); see also Nichols, *supra* note 32.

(مقاله اخیر، شفافیت را به‌عنوان یکی از لوازم تجارت در یک نظام حقوقی برمی‌شمارد).

50. See generally Poggi, *supra* note 14, at 226.

51. Patricia Brumfield Fry, *Introduction to the Uniform Electronic Transactions Act: Principles, Policies and Provisions*, 37 IDAHO L. REV. 237, 242 (2001); see also Ritter & Gliniecki, *supra* note 46, at 263.

52. See generally Nichols, *supra* note 33, at 1390-91; see also Ritter & Gliniecki, *supra* note 46, at 263.

53. Randy v. Sabett, *International Harmonization in Electronic Commerce and Electronic Data Interchange: A Proposed First Step Toward Signing on the Digital Dotted Line*, 46 American University Law Review. 511, 513 (1996)

(این بحث را مطرح می‌سازد که قابلیت تحول حقوق، همگام با رشد سریع تجارت الکترونیکی در حاله‌ای از ابهام قرار دارد).
۵۴. «فناوری، تقریباً راه‌های بی‌شماری را پیش پای طرفین برای تبادل و ابلاغ شروط و قیود قراردادی به‌همدیگر می‌نهد. با این حال، چالش اصلی تحقق رضایتی نامخدوش و خالی از ابهام بر شروط است». وینترز، پیشین، یادداشت ۴۳، ص ۳.

۲. انعقاد قرارداد: ایجاب، قبول و عوض

۱۴. تجارت الکترونیکی منجر به چالش‌های متعددی در حقوق سنتی حاکم بر قراردادهای کاغذی شده که شامل: صلاحیت قضائی، اعتبار، تشکیل، تعدیل، تصدیق، صحت پیام و عدم انکار و تردید می‌گردد.^{۵۵} این تحلیل به بررسی جزئیات هر کدام از این ابهامات نمی‌پردازد. بلکه به بررسی چهار رسانه الکترونیکی که با انعقاد قراردادها مرتبطند، خواهد پرداخت. ارکان ضروری برای تشکیل قرارداد- ایجاب، قبول و عوض- به هنگام انعقاد قرارداد الکترونیکی یا تعدیل آن به نوعی منشأ بحث می‌شوند.^{۵۶} سرانجام، ماهیت «بگیر یا رها کن» قراردادهای الکترونیکی، در مواردی که توافق بدون خواندن پیام واصله یا با سکوت مورد قبول قرار گیرد، منجر به مباحث عمده‌ای از حیث قابلیت پیش‌بینی و اطمینان در قراردادهای بیع شده است.^{۵۷}

الف. نامه الکترونیکی (E-Mail)

۱۵. نامه الکترونیکی، روشی برای فرستادن پیام الکترونیکی از یک شخص به دیگری با استفاده از اینترنت و روشی مناسب برای ارتباطات مستقیمی به‌شمار می‌آید که با تأخیر زمانی انجام می‌شوند.^{۵۸} در حالی که یک نامه الکترونیکی می‌تواند حاوی صرف یک پیام باشد، قابلیت آن را دارد که با آن قراردادی تشکیل گردد.^{۵۹} در نتیجه، نامه الکترونیکی به‌عنوان رسانه‌ای برای ارتباطات رسمی و غیررسمی مدنظر قرار می‌گیرد.^{۶۰} «تجار اغلب نامه الکترونیکی غیر رسمی و مکاتبه تجاری را به‌عنوان وقایع غیر قراردادی محسوب می‌دارند».^{۶۱} با این حال دادگاه‌ها تلگرام «دارای امضای تایپ شده، دارای عنوان و/یا دارای عبارت نشان امضا را برای قراردادی الزام‌آور کافی می‌دانند».^{۶۲} لذا، ارسال یک نامه الکترونیکی، با یا بدون خط امضا،^{۶۳} که دارای نام و

55. See generally PURCHASING L. REP., *supra* note 22.

۵۶. طرفین تجاری تمایلی به انعقاد قرارداد ندارند، مگر اینکه از اجرای آن توسط محاکم اطمینان یابند. نیکول، پیشین، صص ۱۳۹۴-۱۳۹۰.

57. See Dennis M. Kennedy, *Key Legal Concerns in E-Commerce: The Law Comes to the New Frontier*, 18 Thomas M. Cooley Law Review. 17, 25 (2001).

این بحث را مطرح می‌سازد که اغلب قراردادهایی که به‌صورت آن‌لاین یا نرم‌افزار ارائه می‌شوند، مبتنی بر «بگیر یا رها کن» (قبول یا رد کن - take-it-or-leave-it) هستند و بدون مطالعه، مورد پذیرش قرار می‌گیرند.

۵۸. گِرا، پیشین، صص ۷۸۸۷. (تشریح جزئیات فنی عملکرد نامه‌های الکترونیکی).

۵۹. رک: کوپل و ویتزل، پیشین. «معاملات تجاری که دربردارنده مبالغ هنگفتی پول هستند، از طریق نامه الکترونیکی منعقد می‌شوند».

۶۰. همان.

۶۱. رک. هاپیو و اسمیت، پیشین. (این بحث را مطرح می‌سازد که روش غیر رسمی ارائه اطلاعات می‌تواند منجر به همان ایرادی شود که به‌ضرورت تهیه اسناد «برای قراردادهایی که قانوناً الزام‌آورند» وارد است).

62. See Coyle & Wetzel, *supra* note 17, at 18 (col. 1) (citing e.g., Hillstrom v. Gosnay, 614 P.2d 466 (Mont. 1980)).

اطلاعات قراردادی لازم باشد، می‌تواند نشان انعقاد قرارداد محسوب گردد.^{۶۴}

۱۶. اگر دادگاه به این نتیجه برسد که ارسال کننده «قصد داشته تا محتوای سند را تصدیق نماید» بر همان مبنا وی را به مفاد آن ملزم خواهد ساخت.^{۶۵} در مقابل، «وصول» در محیط الکترونیکی بدین معنا نیست که گیرنده از محتوای پیام مطلع باشد یا آن را باز کرده و بخواند. تمام آنچه لازم است این است که پیام الکترونیکی برای پردازش به وسیله سیستم اطلاعاتی گیرنده قابل دستیابی باشد.^{۶۶} یک نمونه مهم و فکاهی از توان امضاهای الکترونیکی از طریق نامه الکترونیکی توسط رئیس‌جمهور بیل کلینتون به هنگام اظهار نظر درباره E-Sign (قانون امضاهای الکترونیکی در تجارت داخلی و جهانی) بیان گردیده است: «اگر این [نامه الکترونیکی]، ۲۲۴ سال پیش وجود داشت، نیازی به پیمودن تمام مسیر فیادلفیا از سوی بنیانگذاران در چهارم ژوئیه برای اعلامیه استقلال وجود نداشت، آنها می‌توانستند امضای خویش را از طریق نامه الکترونیکی ارسال دارند».^{۶۸}

ب. تبادل الکترونیکی داده (EDI)

۱۷. EDI اغلب در انتقال اطلاعات از رایانه‌ای به رایانه دیگر، توسط طرفهای همیشگی قراردادهای تجاری کاربرد دارد و به وسیله فرم‌های نمونه - سفارش‌های خرید و صورت حساب - را از طریق یک سیستم نگهداری و پیش‌تاز پیام، ارسال و دریافت می‌دارند.^{۶۹} انعقاد قرارداد به شیوه

۶۳. یک نمونه برای خط امضا در انتهای نامه الکترونیکی به شرح زیر است:

Jennifer E. Hill

JD/MBA Candidate, 2004

Northwestern School of Law/Kellogg School of Management

emailaddress@emailaddress.com

64. See Coyle & Wetzel, *supra* note 17 (citing Shattuk v. Klotzbach, No. 011109A, slip op. at 7-8 (Mass. Dec. 11, 2001), available at 2001 WL 1839720).

در این پرونده حکم شد که امضای نامه الکترونیکی، نماد فعل ارادی شخص متعهد است. نیز، رک. بحث راجع به E-SIGN در بخش (ب) پنج همین مقاله.

۶۵. همان. نامه الکترونیکی وارد قواعد راجع به ادله در سطح فدرال نیز شده است. ED. R. EVID. 1001 («نوشته» ... مرکب از نامه‌ها، واژه‌ها یا اعداد یا معادل آن است که به وسیله ... ضبط سوابق به شیوه الکترونیکی یا دیگر روش‌های فراوری داده ایجاد می‌شوند). سندیت یکی از مسائلی می‌باشد که در خصوص امضاهای دیجیتالی مطرح است. رک. به بحث مطرح در بخش پنجم همین مقاله.

66. See Coyle & Wetzel, *supra* note 17, at 18 (col.1).

۶۷. با استفاده از خط داده منحصر و مخفی در ارتباطات الکترونیکی محرمانه، فرستندگان می‌توانند آنها را در جهت اجتناب از مسئولیت بیش از اندازه از بین ببرند یا از طریق تغییر آنها، ماهیت ارتباطات را غیر الزام‌آور نشان دهند.

۶۸. رک. کوئل و ویتزل، پیشین و نیز به بحث راجع به E-Sign در بخش پنجم همین مقاله.

69. Phyllis K. Sokol, *From Edi to Electronic Commerce* 14-22 (Marjorie Spencer ed., 1995).

[EDI] ارتباط داخلی از طریق رایانه به رایانه، در معاملات تجاری استاندارد می‌باشد که در قالبی استاندارد انجام شده و به گیرنده حق اجرای معامله مقصود را می‌دهد. همان، ص ۱۴.

آینده قراردادهای ... ❖ ۳۵۷

فوق را شاید بتوان ساده‌ترین مثال برای به‌کارگیری نماینده الکترونیکی محسوب داشت. طرفین در این موارد بر شروط قراردادی که به‌صورت استاندارد (نمونه) درآمده‌اند، توافق می‌کنند.^{۷۰} معاملات، مظنه‌ها و پاسخ‌های الکترونیکی هر روز با استفاده از یک خط تلفن بین نمایندگان الکترونیکی ارسال و دریافت می‌گردد، بدون اینکه کوچک‌ترین مشغله و گرفتاری برای انسان ایجاد کند.^{۷۱} EDI زمان و پیچیدگی ارتباط را در مورد ارسال و دریافت اطلاعات در حجم بالا، از طریق کاهش کلیدها، به‌حداقل رسانیده است.^{۷۲} سفارش‌های خرید، یکی از مهمترین موارد استعمال EDI به‌شمار می‌آید.^{۷۳} برای مثال Wal-Mart خرده‌فروش بزرگی است که از EDI برای دریافت سفارش‌های مکرر و عمده کالاهای مصرفی همچون مایع پاک کننده برای هزاران فروشگاه استفاده می‌کند. EDI امکان سفارش و تهیه صورت حساب کالاها را بین سیستم‌های رایانه‌ای میسر می‌سازد. ایجاب، قبول و رضایت به قرارداد با (EDI) به‌طور خودکار انجام می‌شود.^{۷۴}

۱۸. EDI شیوه‌ای بی‌ثبات در مورد انعقاد الکترونیکی قرارداد به‌شمار می‌آید، زیرا اطلاعات خروجی آن دارای شکل (فرمت) ویژه‌ای می‌باشد. پیام‌ها در شکل‌هایی که در عرصه داخلی یا بین‌المللی مورد قبول هستند، از طریق سیستم نگهداری و پیش‌تاز رمزگذاری می‌شوند. آن رو که طرفین باید بر استانداردها و اشکال، قبل از درگیر شدن در فرایند عریض و طویل و پرهزینه که امکان رابطه مستقیم را فراهم می‌سازد، توافق نمایند، رضایت به قرارداد با توجه به نوع رابطه مستند می‌گردد. انعقاد سریع قرارداد، از طریق توسعه EDIFACT [تبادل الکترونیکی داده برای امور اداری، تجاری و حمل و نقل]، که به‌عنوان استاندارد بین‌المللی برای EDI محسوب می‌شود، ارتباط فوری EDI را به شیوه‌ای مقبول در سراسر جهان بدل کرده است.^{۷۵}

۷۰. همان.

۷۱. همان، ص ۱۵.

72. William R. Denny, *Electronic Contracting in Delaware: The E-Sign Act and the Uniform Electronic Transactions Act*, 4 Dickinson Law Review. 33, 34 (2001).

عموماً، شرکت‌های بزرگ، می‌توانند اقدام به ایجاد شبکه‌های اختصاصی نمایند. رک. سوکل، پیشین، ص ۵ و ۲۳. EDI نرخ خطاهای ورودی را از ۵ تا ۱۰ درصد و هزینه‌های تصحیح را تا ۱۰ درصد کاهش می‌دهد. سایر مزایا عبارت از مبادله سریع اطلاعات، چرخه زود هنگام میان سفارش و پرداخت و گسترش روابط تجاری طرفین می‌باشد. EDI کارایی ارتباطات را در اکثر صنایعی که کالاها را در حجم عمده برای انبار سفارش می‌دهند، همانند خرده‌فروشان مواد غذایی و دارویی افزایش می‌دهد. صرفه‌جویی حاصله از این طریق از سال ۱۹۷۰، حدود ۱۷۰ میلیون دلار تخمین زده شده است. همان، ص ۱۶۱.

۷۳. برای دیدن مثالی درباره سفارش‌های خرید، رک. سوکل، پیشین، ص ۵ و ۲۳.

۷۴. همان، ص ۱۶.

۷۵. شرکت‌های خودروسازی آمریکا و اروپا به‌عنوان یکی از بزرگترین کاربران EDI، اغلب استانداردهای EDIFACT را به‌کار گرفته‌اند که بر مبنای آن از مدارک متحدالشکل تجاری که توسط کمیته توسعه تجارت کمیسیون اقتصادی سازمان ملل متحد برای اروپا (UN/ECE) ایجاد شده، استفاده می‌شود.

ج. اینترنت

۱۹. اینترنت مجموعه‌ای از شبکه‌های ارتباطی برای پیوند میلیون‌ها رایانه در سطح جهان است تا اطلاعات را به یکدیگر منتقل کنند.^{۷۶} اینترنت برای اهداف گوناگونی به کار گرفته می‌شود که از جمله شامل ارتباط، اشتراک منابع داده، ارسال اطلاعات و خرید و فروش کالاها و خدمات است.^{۷۷} در ایالات متحده، کشوری که مسئولیت بیش از ۴۰ درصد تمام تماس‌های آن‌لاین را عهده‌دار است، رشد تجارت الکترونیکی در سال ۲۰۰۱ بیش از ۱۹ درصد بوده و به ۳۳ میلیارد دلار آمریکا بالغ گردیده است.^{۷۸} در اروپا به‌عنوان دومین اتحادیه دارای رشد سریع در روابط آن‌لاین، برای صرف ۸۶ میلیارد دلار آمریکا در سال ۲۰۰۲ برنامه‌ریزی شده بود.^{۷۹} در نتیجه بیع‌های اینترنتی به سرعت به معاملات پیش‌پاافتاده (معمولی) تبدیل گردیده‌اند. بیع اینترنتی به سه دسته تقسیم بندی می‌شود: تاجر با همدیگر (B2B)، تاجر با مشتری (B2C) و بیع همتایان (P2P).^{۸۰}

۲۰. برای فهم این مسئله که چگونه بیع از طریق اینترنت انجام می‌شود، یکی از خرده‌فروشان مشهور اینترنتی را مثال می‌زنیم: آمازون. کام (Amazon.com). این شرکت آن‌لاین هزاران محصول از قبیل کتاب، لوح‌های فشرده و وسایل الکترونیکی را به فروش می‌رساند و مصداق آشنایی برای قراردادهای بیع B2B به‌شمار می‌آید.^{۸۱} مشتریان محصولات مورد نظر را از پایگاه اینترنتی آمازون انتخاب کرده، آنها را در سبد مجازی می‌گذارند و اطلاعات مربوط به کارت اعتباری خود را برای نهایی شدن خرید ارائه می‌دهند.^{۸۲} مشتری با انتخاب نمایه «سفارش دهید»، با انعقاد قراردادی، خرید را قبول می‌کند^{۸۳} و کالاها به آدرس تعیین شده از سوی مشتری ارسال می‌شوند.^{۸۴} در این حالت امضای فیزیکی یا مبادله کاغذ به‌عنوان مهمترین

76. Gralla, *supra* note 7, at 5; Schroeter, *supra* note 28.

77. Gralla, *supra* note 7.

78. Vigoroso, *supra* note 9.

۷۹. ویگوروسو، اروپای شرقی را که پیشرفت تجارت در آن کندتر است از اتحادیه آن‌لاین اروپای غربی که به سرعت در حال ترقی می‌باشد، متمایز کرده است. ویگوروسو آسیا را به‌عنوان یکی از مناطق در حال پیشرفت از حیث روابط آن‌لاین محسوب داشته است.

۸۰. رک. کندی، پیشین، ص ۱۸. عبارات معامله تاجر با همدیگر B2B و تاجر با مصرف‌کنندگان B2C اصطلاحاتی هستند که استعمال آنها برای بیع‌های تجاری الکترونیکی رواج دارد. قراردادهای بیع P2P در این مقاله مورد بررسی قرار نگرفته‌اند، زیرا معاملات مصرف‌کنندگان از شمول کنوانسیون وین استثناء شده‌اند. یکی دیگر از اقسام عمده معاملات اینترنتی میان تاجر و مصرف‌کنندگان، حراج‌ها هستند که به دلیل عدم شمول کنوانسیون بر آنها بررسی نشده‌اند.

81. See Amazon.com, *supra* note 12.

82. *Id.*

83. *Id.*

۸۴. همان، مشتریان ممکن است، برای مواردی همچون ارسال هدیه، نشانی دیگری تعریف نمایند.

شیوه تشخیص هویت و تصدیق قرارداد وجود ندارد.^{۸۵}

۲۱. کارکرد تجارت B2B مشابه پایگاه اینترنتی عمومی یا خصوصی ایمنی است که برای مشتریان خاصی طراحی شده‌اند که شامل ارائه صورت حساب مستقیم و سایر مؤلفه‌های حسابداری می‌گردد. همانند EDI، شروط راجع به خرید پیشتر مورد توافق قرار می‌گیرد. با این حال، در مورد اخیر کاربران به صورت برنامه‌ریزی شده برای انتخاب و خرید کالاها با پایگاه اینترنتی در تعامل هستند. شرکت رایانه‌ای Dell مثال خوبی از یک نوع تجارت است که پایگاه‌هایی را برای مشتریان خاص خود طراحی کرده تا به سهولت کالای مورد نظر را انتخاب کرده و قیمت ویژه و صورتحساب خودکار را دریافت دارند.^{۸۶}

د. قراردادهای بیع نرم‌افزار

۲۲. قراردادهای الکترونیکی ممکن است برای بیع نرم‌افزار باشد. نرم‌افزار اغلب به یکی از چهار شیوه زیر به فروش می‌رسد: (۱) فروش مستقیم به صورت بسته یا کالای معمولی، (۲) قرارداد صدور مجوز استفاده، (۳) آبونمان یا معامله به صورت داده، یا (۴) فروش‌های آن‌لاین، که با تحویل فیزیکی مجموعه‌ای از نرم‌افزار یا دریافت خودکار آنها همراه است.^{۸۷} دو نوع از قراردادهای الکترونیکی در این زمینه کاربرد بیشتری دارد: توافق با انتخاب نمایه (مبتنی بر کلیک - Click Wrapped) و «توافق بسته‌ای» (Shrink-Wrap).^{۸۸} خریداران نرم‌افزار شیوه

85. See generally *Amazon.com*, *supra* note 12, at 1347

(شیوه کار کارت‌های خرید مجازی را تشریح می‌کند). حرف عامیانه در مورد گمنامی در محیط آن‌لاین این است: «در اینترنت کسی کاربر را سگ هم حساب نمی‌کند!». این بدان معناست که (در اینترنت) مردم اغلب نام دروغین دارند. در محیط تجاری، این عبارت در ارتباط با کنوانسیون وین به تعبیر دیگری آمده است: «هیچ‌کس نمی‌داند که آیا مشتری یک تاجر است یا یک مصرف‌کننده».

Amelia H. Boss, Taking UCITA on the Road: What lessons have we learned, "Uniform Computer Information Transactions Act: A Broad Perspective" 2001, PLI Order No. G0-00WN (Oct. 17, 2001), WL 673 PAT/PLI 121, 153.

۸۶. شرکت رایانه Dell، یکی از طراحان «پورتال‌های سفارشی» است که اقدام به فشرده‌سازی مدل‌های سفارشی می‌نماید که به‌طور اختصاصی طراحی شده‌اند و به‌صورت موردی قابل استعمال می‌باشند. رک.

See Dell, Premier Tour, at <http://premier.dell.com/premier/demo/index.html> (last visited Jan. 31, 2004); see also Jan W. Rivkin and Michael E. Porter, *Matching Dell*, Harvard Business Case No. 9-799-158 (Harvard Business School Publishing 1999).

87. See Marcus G. Larson, Comment, *Applying Uniform Sales Law to International Software Transactions: The Use of the CISG, Its Shortcomings, and a Comparative Look at How the Proposed UCC Article 2B Would Remedy Them*, 5 Tulane Journal of International Comparative Law 445, 466 (1997).

88. *Id.*

انعقاد قرارداد را انتخاب می‌کنند.^{۸۹} قراردادهای توأم با انتخاب نمایه، به توافقی‌های «توأم با دریافت» (Browser-Wrap) نیز مشهور هستند، زیرا «به مشتری این امکان را می‌دهد که رضایت خود را به شروط قراردادی با انتخاب نمایه قبول که پس از دریافت یا نصب محصول پدیدار می‌شود، ابراز دارد».^{۹۰} مشتری نمی‌تواند تا زمانی که نمایه قبول شرایط و قیود قراردادی را انتخاب نکرده از نرم‌افزار استفاده کند.^{۹۱} قراردادهای انتخاب نمایه (مبتنی بر کلیک) نیز فعل مشتری را برای شروع به استفاده لازم دارند، اما هیچ‌گاه اطلاع از شرایط قراردادی را برای او تضمین نمی‌کنند.^{۹۲} خریدار حتی می‌تواند بدون خواندن شروط قرارداد، جهت استفاده از محصول، رضایت خویش را بدان اعلام دارد.^{۹۳} بنابراین مشتریان نمی‌توانند اقدام به مذاکرات مقدماتی نمایند و باید شروط قراردادی را به همان نحوی که هست، بپذیرند. اکثر دادگاه‌ها این نوع توافقی‌ها را الزام‌آور تشخیص داده‌اند.^{۹۴} بدیهی است که پذیرش توافقی‌های انتخاب نمایه از سوی کاربران، بدون خواندن شروط قراردادی یا آگاهی از مفاد قرارداد به‌هنگام اعلام رضا فی‌نفسه اشکالاتی ایجاد خواهد کرد.^{۹۵}

۲۳. در توافقی‌های بسته‌ای (Shrink-Wrap)، نحوه عمل تا حدودی متفاوت می‌باشد. برای مثال، این نوع قراردادها زمانی به کار گرفته می‌شوند که شخص نرم‌افزار را با قید نصب به فروش رساند.^{۹۶} این قراردادها با درج بر روی بسته نرم‌افزار، دستگاه لوح خوان یا سایر کالاهایی که بسته‌بندی می‌شوند، مشخص می‌گردد.^{۹۷} «مجوز استفاده زمانی شروع می‌شود که خریدار

89. See Winters, *supra* note 43, at 2.

۹۰. جهت دیدن مثالی برای توافق مشتریان به استفاده رایگان از نرم‌افزارها با استفاده از مطالعه مفاد توافق مبتنی بر انتخاب نمایه «من موافقم» (I agree) به‌منظور دریافت نرم‌افزار؛ رک. پایگاه اینترنتی www.ofoto.com.

91. Winters, *supra* note 42.

۹۲. مشتریان «باید» مفاد توافق‌نامه را قبل از انتخاب نمایه «من موافقم» مطالعه کنند، اما هیچ ساز و کار مناسبی برای اطمینان از مطالعه آنها وجود ندارد. رک. هاپیو و اسمیت، پیشین.

93. Winters, *supra* note 42. See generally *i.Lan Systems v. NetScout Service Level Corp.*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 209 at 1-2 (D. Mass., Jan. 2, 2002)

(به طرح چالش‌هایی می‌پردازد که قراردادهای مبتنی بر انتخاب نمایه، در حقوق سنتی قرارداد به‌دلیل معلوم نبودن مطالعه شرایط از سوی کاربران، پیش از اعلام رضا، به‌وجود آورده‌اند).

94. Winters, *supra* note 42. See also *Specht v. Netscape Communications Corp.*, 150 F. Supp. 2d 585 (S.D.N.Y. 2001)

(در این پرونده حکم شد که کاربران با تأیید توافقی‌های انتخاب نمایه متعهد می‌شوند، زیرا «اخطار پروانه (مجوز) در صفحه خریدار ظاهر می‌شود» و وی به‌راحتی می‌تواند آن را مشاهده و مطالعه کرده و به «تمام متن» قرارداد اعلام رضا نماید).

95. Winters, *supra* note 42. See also *i.Lan Systems*, *supra* note 93.

توافقی‌های مبتنی بر انتخاب نمایه [Click-wrap agreements] اغلب «ساده و بی‌سر و صدا» انجام می‌شوند و تشریفات خاصی برای این امر وجود ندارد.

۹۶. نرم‌افزار بیرون قفسه (Off-the-shelf software)، اصطلاح صنعتی است که بسته‌های نرم‌افزار را که به‌صورت فیزیکی در فروشگاه‌های محلی به فروش می‌رسند و توسط کاربر در رایانه نصب می‌گردند، شامل می‌شود.

97. Winters, *supra* note 43. See also *Larson*, *supra* note 87, at 466.

شروط قراردادی را مطالعه کرده و پلمپ یا نوار دور بسته را باز کند».^{۹۸} مشتریان، بسته نرم‌افزار را در صورتی که شرایط مورد نظر را نداشته باشد، به خرده فروش باز می‌گردانند.^{۹۹} دادگاه‌ها نیز به همین نحو با برخی از مسائل و مشکلات مشتریان درباره دریافت اطلاعیه/ دعوت به فروش، توافق بر بیع و مشروط کردن قبول بیع به صدور مجوز استفاده درگیر هستند.^{۱۰۰}

۲۴. همان‌گونه که از روشهای ارتباط الکترونیکی فوق‌الذکر آشکار می‌گردد، فناوری، روشهای زیادی را برای طرفین در تبادل اطلاعات راجع به شروط و قیود به هنگام انعقاد قرارداد، فراهم می‌سازد.^{۱۰۱} با این حال ابهام عمده در زمینه تعادل قرارداد بیع با حمایت مساوی از هر دوی خریدار و فروشنده، «تحصیل رضای نامتعادل به شروط قراردادی» است.^{۱۰۲} در صورت نبود نتایج مقبول و راهنمایی‌های لازم، طرفین تجاری ممکن است در پذیرش فناوری نوین مردد بوده و از غیرقابل اجرا یا معتبر نبودن قرارداد، در هراس باشند.^{۱۰۳} این مسائل به گونه‌ای با کنوانسیون مهم راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا - کنوانسیون وین - که به خاطر مطرح نبودن ارتباطات الکترونیکی به هنگام تدوین آن، شامل شیوه‌های مذکور نمی‌گردد، ارتباط یافته‌اند.^{۱۰۴} با لحاظ شیوه‌های انعقاد الکترونیکی قرارداد، این مقاله به تحلیل این مسئله می‌پردازد که چگونه کنوانسیون وین، به خصوص ماده ۱۳، عصر اطلاعات و قراردادهای غیر کاغذی را در بر می‌گیرد.

بخش دوم

کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا (CISG)

۲۵. در اول ژانویه ۱۹۸۸، کنوانسیون وین با تصویب آن از سوی ۱۱ کشور قدرت اجرایی یافت.^{۱۰۵} عهدنامه وین، معاهده‌ای است که با حمایت سازمان ملل متحد برای شمول قراردادهای بیع بین‌المللی تدوین شده و شامل تشکیل قرارداد، تعهدات طرفین، حقوق و جبران

98. Winters, *supra* note 42.

99. *Id.*

100. *Id.*

۱۰۱. رک. بخش (الف) پنج همین مقاله.

102. Winters, *supra* note 42.

103. Sabet, *supra* note 53, at 534; see also Ritter & Gliniecki, *supra* note 46, at 274.

104. See Pace Law School Institute, *supra* note 24.

۱۰۵. به موجب بند (۱) ماده ۹۹، ۱۰ کشور باید برای لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون در اول سال ۱۹۸۸ به آن ملحق شوند. در ۱۱ دسامبر ۱۹۸۶، اسناد الحاق توسط کشورهای آرژانتین، چین، مصر، فرانسه، مجارستان، ایتالیا، لِسوتو، سوریه، ایالات متحده آمریکا، یوگسلاوی و زامبیا نزد دبیرکل سازمان ملل متحد سپرده شده است. رک. هونولد، پیشین، ص ۳.

خسارت برای نقض قرارداد می‌شود.^{۱۰۶} ۶۲ کشور، کنوانسیون را به‌عنوان قانون حاکم بر بیع بین‌المللی پذیرفته‌اند.^{۱۰۷} عهدنامه وین در صدد پاسخ گفتن به تمام پرسش‌هایی که از معاملات راجع به بیع بین‌المللی کالا ناشی می‌شوند، نبوده است.^{۱۰۸} بلکه، کنوانسیون «تدوین مقررات متحدالشکلی را که حاکم بر قراردادهای بیع بین‌المللی بوده و نظام‌های مختلف اجتماعی، اقتصادی و حقوقی را مد نظر داشته باشد و به رفع موانع حقوقی در تجارت بین‌الملل و توسعه آن کمک کند» را ترویج می‌نماید.^{۱۰۹}

الف. تاریخچه کنوانسیون وین

۲۶. تدوین کنوانسیون وین در سال ۱۹۳۰ توسط متخصصان اروپایی به دستور مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی (UNIDROIT) آغاز گردید.^{۱۱۰} در سال ۱۹۳۵ پیش‌نویس قانون متحد‌الشکل قراردادهای بیع بین‌المللی انتشار یافت.^{۱۱۱} جنگ جهانی دوم روند تدوین را از هم گسیخت و در سال ۱۹۵۶، ۲۱ کشور پروژه را ادامه دادند.^{۱۱۲} پیش‌نویس‌های اصلاحی در سال ۱۹۵۶ و ۱۹۶۳ جهت ارزیابی به کشورها ارسال گردید.^{۱۱۳} در همین زمان تدوین لایحه‌ای برای متحدالشکل ساختن تشکیل قرارداد در سال ۱۹۵۸ شروع شده بود.^{۱۱۴} در سال ۱۹۶۴ کنوانسیون لاهه هر دو پیش‌نویس را مورد بررسی قرار داد که به دو کنوانسیون انجامید: قانون متحدالشکل برای بیع بین‌المللی کالا (ULIS) و قانون متحدالشکل تشکیل قراردادهای بیع بین‌المللی (ULF).^{۱۱۵} ۵ کشور که اغلب آنها اروپایی بودند، این دو عهدنامه را در

106. Thomas J. Drago and Alan F. Zoccolillo, *Be Explicit: Drafting Choice of Law Clauses in International Sale of Goods*, May 2002, Metro Corporation Council 9, (col. 1), WL 5/02 Metro Corporation Council 9, (col. 1).

107. See CISG: Table of Contracting States, at www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html

برای دیدن اسامی ۶۲ کشور تصویب‌کننده کنوانسیون، رک.

www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2376&dsmid=13351&x=1

108. John P. McMahon, *Applying the CISG: Guides for Business Managers and Counsel*, at www.cisg.law.pace.edu/cisg/guides.html

۱۰۹. رک. مقدمه کنوانسیون وین.

110. Honnold, *supra* note 20, at 5. See also CISG, *supra* note 17. See also, Peter Schlechtriem, *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 17-20 (Manzsche Verlags 1986), available at: www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html

111. Honnold, *supra* note 109.

112. *Id.*

113. *Id.*

114. *Id.*

115. *Id.*

سال ۱۹۷۲ تصویب کردند.^{۱۱۶}

۲۷. در سال ۱۹۶۶، مجمع عمومی سازمان ملل، ضمن قطعنامه‌ای از چنین کنوانسیون‌هایی با هدف ارتقای هماهنگی و وحدت جهانی در زمینه حقوق تجارت بین‌الملل حمایت کرد.^{۱۱۷} بر همان اساس، کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال) متولد گردید و نخستین جلسه خود را در سال ۱۹۶۸ برگزار نمود.^{۱۱۸} به این دلیل که آنسیترال احساس کرد که دو کنوانسیون مذکور نتوانسته‌اند به دلیل اختلاف‌های حقوقی، اقتصادی و سیاسی، در سطح جهانی مورد پذیرش قرار گیرند،^{۱۱۹} عهدنامه‌های مذکور به وسیله ۴۰ دولت مورد تجدید نظر قرار گرفت.^{۱۲۰} در سال ۱۹۷۸، کنوانسیون‌های به‌روز شده، ULIS و ULE، در سند قانونی واحدی باهم ترکیب شدند: کنوانسیون وین.^{۱۲۱} عهدنامه اخیر با اتفاق آرا به تصویب رسید^{۱۲۲} و نشان داد که «برابری و نفع متقابل، عنصر مهمی در ارتقای مناسبات دوستانه بین کشورهاست».^{۱۲۳}

ب. قلمرو اجرا

۲۸. کنوانسیون وین به‌عنوان عهدنامه‌ای که فی‌نفسه قابلیت اجرایی دارد،^{۱۲۴} به سه فصل مجزا از هم تقسیم‌بندی می‌شود: فصل اول، قلمرو اجرا و مقررات کلی، فصل دوم انعقاد

116. *Id.* at 6.

117. *Id.* at 6.

۱۱۸. همان، ص ۶ اعضای آن ابتدا ۲۹ کشور بوده و سپس به ۳۶ کشور از مناطق مختلف جهان افزایش یافته است.

119. Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, U.N. Doc. V.89-53886 (1989), available at www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/p23.html

120. Honnold, *supra* note 20, at 9. The Convention underwent three stages before it reached finality: (1) the UNCITRAL Working Group (1970-77), (2) Review by the full Conference (1977-78), and (3) The Diplomatic Conference (1980). John O. Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales, the studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with Introductions and Explanations 2* (Kluwer 1989).

121. Honnold, *supra* note 20, at 9-10.

۱۲۲. هونولد، پیشین، صص ۱۱-۱۰. (بنابر قواعد حاکم بر کنفرانس، هر ماده باید با اکثریت دوسوم رسد. دو ماده حایز اکثریت مذکور نشدند، اما اصلاحیه آنها «بدون رأی مخالف» به تصویب رسید. متن نهایی کنوانسیون وین به شش زبان عربی، چینی، فرانسه، روسی و اسپانیایی تهیه شد).

۱۲۳. مقدمه کنوانسیون وین.

124. Franco Ferrari, *The Sphere of Application of the Vienna Sales Convention* 4-5 (Kluwer Law International 1995). See also Karen B. Giannuzzi.

در موافقت‌نامه‌های ساده (اجرایی) برای ورود به نظام حقوق داخلی و داشتن قابلیت اجرایی، نیازی آنها توسط قوه مقننه وجود ندارد.

قرارداد و فصل سوم، قواعد ماهوی انعقاد قرارداد را شرح می‌دهد.^{۱۲۵} کنوانسیون به «خریدار و فروشنده .. امکان می‌دهد تا در حد متعارف تحقق قواعد حقوقی و تعهدات مد نظر خویش را انتظار داشته باشند».^{۱۲۶} کنوانسیون شامل بیع بین‌المللی کالاهای تجاری به قصد تجارت می‌گردد و ارائه خدمات، کالاهای مصرفی یا محصولات که از طریق حراج عرضه می‌شوند را در بر نمی‌گیرد.^{۱۲۷} همچنین، قرارداد مونتاژ اجزا برای تولید یا ساخت کالا که صرفاً ناظر به ارائه نیروی کار باشد، از شمول کنوانسیون استثناء شده است.^{۱۲۸} مسئولیت ناشی به خسارات بدنی نیز از شمول کنوانسیون خارج می‌باشد.^{۱۲۹} کنوانسیون صرفاً ناظر است به «انعقاد قرارداد بیع و حقوق و تعهداتی که برای طرفین در اثر چنین قراردادی ایجاد می‌شود»^{۱۳۰} و حاکم بر اعتبار قرارداد یا مالکیت کالاهای فروخته شده نخواهد بود.^{۱۳۱} به علاوه، کنوانسیون محدود به قراردادهای بیع بین‌المللی است و لذا معاملات داخلی را در بر نمی‌گیرد.^{۱۳۲}

۲۹. برای اینکه کنوانسیون بر قرارداد قابل اجرا باشد، طرفین قرارداد باید از دولتهایی باشند که این سند را پذیرفته‌اند.^{۱۳۳} راه حل دیگر آن است که کنوانسیون در داخل کشور به موجب قواعد داخلی مورد پذیرش قرار گرفته باشد.^{۱۳۴} در توضیح حالت فوق می‌توان مثال زد که، یک فروشنده سرامیک از ایتالیا با خریداری در استرالیا قرارداد منعقد می‌کند که در این صورت کنوانسیون وین بر معامله ایشان مجری خواهد بود، زیرا قرارداد بیع بین‌المللی کالا (سرامیک ایتالیا) بوده و هر دو کشور کنوانسیون وین را پذیرفته‌اند.^{۱۳۵} مثال برای حالت عدم عضویت این است که اگر خریداری از آفریقای جنوبی (دولت غیر عضو)، کالایی را از فروشنده

125. See CISG, *supra* note 18, at Points 2 and 3.

126. Don't Let CISG's Differences From UCC Trip Up Your International Supplier Agreements, *Purchasing L. Rep.*, Dec. 1, 2001, available at 2001 WL 24141770.

۱۲۷. ماده ۲ کنوانسیون وین. علاوه بر موارد مذکور، ماده ۲ کالاهایی را که برای استفاده شخصی، خانوادگی یا به عنوان لوازم خانه به کار می‌روند را شامل نمی‌شود. جز در موردی که فروشنده قبل از ممنوعیت معامله کالاها به موجب قانون از این امر بی‌اطلاع باشد. «سهم، سهم‌الشرکه، تضمین‌های سرمایه، اوراق بهادار» و «کشتی، سفینه، هواناو و هواپیما .. [و] الکترونیسته» نیز از شمول کنوانسیون خارجند. همان ماده.

۱۲۸. ماده ۳ کنوانسیون وین.

۱۲۹. ماده ۵ کنوانسیون وین.

۱۳۰. ماده ۴ کنوانسیون وین.

۱۳۱. همان.

۱۳۲. به منظور حصول توافق در سطح جهانی، معاملات داخلی از شمول کنوانسیون خارج شده‌اند. هونولد، پیشین، صص ۲-۳.

۱۳۳. بند (۱) ماده ۱ کنوانسیون وین.

134. *Id.*; see also Drago & Zocolillo, *supra* note 106.

۱۳۵. ماده ۱ کنوانسیون وین. با این حال، اگر طرفین «مرکز امور تجاری خود را در کشور واحدی قرار دهند» اما یکی از ایشان نماینده اصیل افشانشده خارجی باشد، کنوانسیون مجری نخواهد بود. همان.

استرالیایی (دولت عضو) خریداری نماید، کنوانسیون به عنوان بخشی از مقررات داخلی استرالیا اجرا خواهد شد.^{۱۳۶} ماهیت کنوانسیون، چنان است که اثر حقوقی مقررات داخلی را خنثی می‌سازد. این امر به طور مساوی خریدار و فروشنده‌ای را که از دو کشور متفاوت هستند، در برمی‌گیرد و امکان صدور آرای شفاف و قابل پیش‌بینی را از طریق اجرای اصول حقوقی مشترک فراهم می‌سازد.^{۱۳۷} «حداقل، کنوانسیون زبان مشترکی را برای اتحاد تجاری بین‌المللی ارائه می‌دهد تا در مذاکرات و سازماندهی معاملات بدان توسل جویند».^{۱۳۸}

۳۰. البته، طرفین دارای این اختیار هستند که از تمام یا بخشی از قواعد اختلافی کنوانسیون با انتخاب اجرای قانون داخلی یا قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی دادگاه عدول نمایند.^{۱۳۹} شروطی از این قبیل باید صریحاً و تا حدی که با مقررات داخلی انطباق دارد، مورد قبول قرار گرفته یا رد شود.^{۱۴۰} طرفین همچنین می‌توانند در مواردی که معامله آنها از شمول کنوانسیون وین خارج است، اعمال آن را بپذیرند.^{۱۴۱} به علاوه، طرفین می‌توانند در معاملات خویش از طریق توسل به قواعد فراملی بازرگانی (Lex Mercatoria) - عرف و رسم‌هایی که در طول زمان توسط تجار توسعه یافته و حاکم بر حقوق تجارت هستند، به کنوانسیون وین رجوع نمایند.^{۱۴۲} در مواردی که طرفین بخواهند مطمئن شوند که کنوانسیون بر معامله ایشان اعمال نخواهد شد، باید به موجب شرط صریحی که در قرارداد بیع بین‌المللی خویش می‌گنجانند، قانون

۱۳۶. اسپین، پیشین، ص ۲۱. تمامی کشورها با محتوی حق شرط در ماده ۹۵ موافق نیستند. اگر برای مثال شرکتی از آفریقای جنوبی با شرکتی در ایالات متحده وارد معامله شود، کنوانسیون وین مجری نخواهد بود، زیرا آمریکا اجرای آن را محدود به قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی نموده است. ماده ۹۵ کنوانسیون وین مقرر می‌دارد: «هر کشور می‌تواند در زمان تدوین اسناد تصویب، قبول، تأیید یا الحاق خود را اعلام نماید که ملزم به رعایت قسمت «ب» بند ۱ ماده ۱ این کنوانسیون نخواهد بود» [ذکر از ترجمه «مجله حقوقی» - م.]. بند (ب) ماده ۱ اظهار می‌دارد: «[رعایت] قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی، منتهی به اعمال قانون یکی از کشورهای متعاهد گردد».

137. Giannuzzi, *supra* note 124, at 1011 n.91.

۱۳۸. همان، ص ۱۰۳۴. (جز در صورت وجود قرارداد خاص میان طرفین، ایشان می‌توانند کنوانسیون وین را به عنوان قواعد پیش فرض [default rules] محسوب دارند).

۱۳۹. مواد ۶ و ۱۲ و ۹۶ کنوانسیون وین. در مورد شیوه‌های پذیرش معاهده، رک. مواد ۹۱ و ۱۰۰ همان کنوانسیون. نیز رک. Schlechtriem, *supra* note 110, at 24.

۱۴۰. Schlechtriem, *supra* note 110, at 24. (حقوق داخلی بدین مفهوم نیست که قوانین محلی / منطقه‌ای راجع به بیع مجری باشد و نیز بدین معنی نیست که کنوانسیون، قانون داخلی را «دور» بزند). رک. رامبرگ، پیشین، صص ۲۶-۲۷.

141. Larson, *supra* note 87, at 452; see also Ferrari, *supra* note 123, at 36.

142. See Louis F. Del Duca & Patrick Del Duca, *Selected Topics Under the Convention on International Sale of Goods*, 106 Dickinson Law Review. 205, 207 (2001); see also Monica Kilian, *CISG and the Problem with Common Law Jurisdictions*, 10 J. Transnational Law & Policy 217, 224 (2001)

(کنوانسیون وین، حداقل در رسیدگی‌های داوری موقعیت حقوق بازرگانی فراملی [lex mercatoria] را دارد). رک. رامبرگ، پیشین، صص ۲۰-۲۱. (حقوق فراملی بازرگانی، «نظام اصول و قواعد ملی است که به طور عام در تجارت بین‌الملل مورد پذیرش قرار گرفته‌اند». یک نمونه برای lex mercatoria، اصل لزوم قراردادها [pacta sunt servanda] و ضرورت حسن نیت در رابطه طرفین قرارداد می‌باشد).

دیگری را به جای کنوانسیون انتخاب نمایند.^{۱۴۳}

۳۱. ارزش کنوانسیون وین نه تنها با تلاش‌های بی‌بدیل سازمان ملل متحد در تدوین عهدنامه‌ای متحدالشکل برای قراردادهای بیع بین‌المللی، بلکه با تعداد معتنا به کشورهای که آن را تصویب کرده‌اند، مشخص می‌گردد.^{۱۴۴} تعریف مضیق ماده ۱۳ از «نوشته» در قرارداد، با لحاظ چنین شرایطی، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

بخش سوم ماده ۱۳ کنوانسیون وین

۳۲. ماده ۱۳ مقرر می‌دارد: «وصف «نوشته» از نظر مقررات این کنوانسیون، تلگرام و تلکس را شامل می‌شود».^{۱۴۵} ماده ۱۳ قبل از اینکه انعقاد قرارداد با استفاده از رایانه مطرح باشد، تدوین گردیده است.^{۱۴۶} برای روشن شدن جایگاه ماده ۱۳ در کنوانسیون وین، بخش سوم، تاریخچه‌ی تدوین پیش‌نویس و وضع ماده مذکور را به‌منظور مشخص شدن ابعاد آن و عرف‌های موجود و هدف از وضع و ارتباط آن با سایر مواد کنوانسیون، مورد بررسی قرار می‌دهد.

الف. ملاحظات راجع به تدوین

۳۳. اگرچه ماده ۱۳، «نوشته» را تعریف می‌کند، ولی پیش‌گفته‌ها یا اظهارات صریح طرفین را مورد تفسیر قرار نمی‌دهد.^{۱۴۷} در واقع، نیازی به انعقاد قرارداد با نوشته یا سند کتبی نیست. کنوانسیون وین هیچ تشریفات را الزامی نکرده است.^{۱۴۸} بنابر کنوانسیون، وجود قرارداد «به هر وسیله‌ای، از جمله شهادت شهود» قابل اثبات است.^{۱۴۹}

۳۴. به‌نظر می‌رسد، شرایط شکلی به این دلیل از شمول کنوانسیون خارج شده که به طرفین حق انعطاف بیشتری داده و به توافق‌های شفاهی و ابزارهای جدید ارتباطی، اعتبار

143. Drago & Zocolillo, *supra* note 106; see also Paul M. McIntosh, *Selected Legal Aspects of International Sales Transactions: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Business Credit, Oct. 1, 2001, at 36, available at 2001 WL 12570546.

144. See CISG, *supra* note 106.

۱۴۵. ماده ۱۳ کنوانسیون وین.

146. See generally Eiselen, *supra* note 36; see also Schroeter, *supra* note 28.

۱۴۷. رک. اشروتتر، پیشین. ماده ۸ کنوانسیون وین (راجع به تفسیر).

۱۴۸. ماده ۱۱ کنوانسیون وین.

۱۴۹. همان.

دهد.^{۱۵۰} این طرز تلقی همچنین مانع از ایجاد تعارض و اختلاف میان تشریفات حقوق داخلی کشورها می‌شود که اغلب سختگیرانه و غیر منعطف هستند.^{۱۵۱} اگر کنوانسیون وین تشریفات خاصی را مد نظر ندارد، پس چرا اصلاً ماده ۱۳ وضع گردیده است؟ ماده ۱۳ به‌عنوان متممی برای دو ماده دیگر که در ارتباط با قبولی می‌باشند، اضافه شده است: بند (۲) ماده ۲۱ راجع به «نامه یا هر نوشته دیگری که متضمن تأخیر باشد» و بند (۲) ماده ۲۹ درباره «قرارداد کتبی متضمن شرط اصلاح یا اقاله به نحو کتبی...».^{۱۵۲} بنابراین هدف از وضع ماده ۱۳ تأکید بر این امر بوده که تلکس و تلگرام از شیوه‌های مقبول تعدیل قرارداد باشند،^{۱۵۳} حتی اگر کنوانسیون قایل به تشریفات نباشد.^{۱۵۴} ماده ۱۳ وضع شده تا اطمینان حاصل شود که تلگرام و تلکس رسانه‌هایی هستند که اغلب شرایط کتبی را خواهند داشت، زیرا به‌طور ضمنی به آنها اشاره شده است.^{۱۵۵} تلکس و تلگرام به هنگام تدوین پیش‌نویس (بعد از ۱۹۷۰) به‌عنوان شیوه‌های انحصاری تسهیل و تسریع ارتباطات ذکر شده بودند.^{۱۵۶} تعدیل قرارداد اغلب نیازمند تصمیم‌گیری سریع است؛ تلکس و تلگرام دو روش جدید و در دسترس بودند که می‌توانستند هدف مذکور را تأمین نمایند.

۳۵. ماده ۱۳ همچنین می‌تواند با قبول واجد شرایط اجاب، با توصیفی که در ماده ۲۰ آمده، مرتبط باشد.^{۱۵۷} از این حیث، ذکر تلگرام و تلکس در ماده ۱۳ دو نکته مهم را در مورد ماده

150. See Schlechtriem, *supra* note 109, available at:

www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem-11.html; see also Jacob S. Zeigel, Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Jul. 1981) available at: www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ziegel11.html

(اصل رضایی بودن قراردادهای یکی از عرف‌های ساخته حقوق کشورهای تابع سیستم رومی، نظیر اروپای غربی است).
۱۵۱. همان؛ نیز رک. بخش‌های چهارم و پنجم همین مقاله (امکان اعمال تشریفات مقرر در حقوق داخلی از طریق درج حق شرط به‌موجب مواد ۱۲ و ۹۶ کنوانسیون).

152. CISG, *supra* note 18, at Arts. 21(2), 29(2); see also Honnold, *supra* note 20, at 141.

153. Schroeter, *supra* note 28, at 46; see also Honnold, *supra* note 20, at 141.

۱۵۴. ماده ۱۱ کنوانسیون وین؛ نیز، رک. هونولد، پیشین، ص ۱۳۵. (کنوانسیون وین به‌طور رسمی نوشته بودن قرارداد را مقرر نمی‌دارد، زیرا مکمل قوانین موضوعه داخلی راجع به تقلب نیست. از آن‌رو که هدف کنوانسیون، عدم ورود به حیطه مقررات داخلی است، ماده ۱۱ برای اجتناب از مسائل ناشی از تشریفات نوشته تدوین یافته است. البته هنوز هم، طرفین قرارداد می‌توانند از اعمال ماده ۶ صرف‌نظر نمایند یا بین خود نسبت به ماده ۱۱ قایل به‌حق شرط شوند. ماده ۱۱ با وجودی که درج تشریفات را منع نمی‌کند، «رافع تمام موانعی است که مطابق با تشریفات مقرر در حقوق داخلی فرا راه اجرای توافق طرفین وجود دارد»). نیز رک. شلوختروم، پیشین، صص ۴۶-۴۷. (با این حال، اگر طرفین از اعمال حق شرط مذکور در ماده ۹۶ صرف‌نظر نمایند، باز هم تشریفات داخلی مهم اعمال خواهد شد).

۱۵۵. ماده ۱۱ کنوانسیون وین. واژه نوشته تنها دوبار در مواد کنوانسیون ذکر شده است و صرفاً به اصلاحات بند (۲) ماده ۲۹ منوط شده است. رک. ماده ۱۳ و بند (۲) ماده ۲۹ کنوانسیون وین؛ نیز، رک. شلوختروم، پیشین.

۱۵۶. شلوختروم، پیشین، ص ۴۶. یکی از مهمترین منابع آن‌لاین برای پیشینه تقنینی ماده ۱۳ به‌شرح زیر است:
Pace Law School Institute of International Commercial Law, Legislative History 1980 Vienna Diplomatic Conference, available at:
www.cisg.law.pace.edu/cisg/chronology/chrono13.html

۱۵۷. ماده ۲۰ کنوانسیون وین.

۲۰ مطرح می‌سازد: نخست اینکه، تلگرام از جهت مهلت قبول و آغاز آن از لحظه‌ای که تلگرام برای مخابره تحویل می‌گردد، نامه ارسال می‌شود یا اگر در نامه تاریخی قید نشده باشد، از تاریخ منعکس در روی پاکت، با نامه در وضعیت برابری قرار دارد.^{۱۵۸} دوم اینکه، تلکس با تلفن یا « سایر طرق مخابراتی فوری» مقایسه شده که برای تعیین آغاز مهلت قبول از لحظه وصول ایجاب توسط مخاطب به کار می‌رود.^{۱۵۹} بنابراین شمول ماده ۱۳ بر دو رسانه نوشته – تلگرام و تلکس – که به عنوان طرق اعلام رضایت منطبق با شیوه‌های نوین ارتباط تفسیر می‌گردند، با ماده ۲۰ تکمیل گردیده است.

ب. گزارش کار و پیشینه تقنینی

۳۶. پیشینه تدوین ماده ۱۳، انگیزه‌هایی که در پس ذکر تنها دو شکل از نوشته بوده را در بر نمی‌گیرد. فقط نمایندگان آلمان در گروه کاری کنوانسیون وین پیشنهاد کردند که نوشته شامل تلکس و تلگرام گردد تا کشورهایی را که در حقوق داخلی آنها امکان استفاده از این شیوه‌ها برای «انعقاد، اقاله یا تعدیل» قرارداد وجود دارد، فراهم باشد.^{۱۶۰} دکتر پیتر شالشرایم، یکی از متخصصان مشهور حقوق بین‌الملل، نتیجه گرفت که امکان گنجاندن تلگرام و تلکس در پیش‌نویس نهایی ماده ۱۳ وجود دارد، زیرا در کنوانسیون ۱۹۷۴ آنسیترال راجع به مرور زمان (ماده ۱ (۳) (ز)) که حاوی تشریفات می‌باشد به این موضوع پرداخته شده است.^{۱۶۱} بنابراین گنجاندن تلکس و تلگرام منجر به کاهش تشریفات راجع به تعدیل قرارداد که نیازمند تصمیم‌گیری سریع است، خواهد شد.^{۱۶۲} کنکاش بیشتر در پیشینه تقنینی مثبت آن است که ماده ۱۳ کنوانسیون وین با آن قسمت از اصول UNIDROIT که به تعریف نوشته می‌پردازد، مشابهت دارد: «... هر طریق ابلاغ که سابقه‌ای از اطلاعات مندرج در آن ابلاغ را حفظ می‌کند و این قابلیت را دارد که به شکلی ملموس تر تکثیر (بازآفرینی) شود».^{۱۶۳} مقایسه ارتباط بین آنها نشان می‌دهد که در

۱۵۸. همان.

۱۵۹. همان. قبول، زمانی است که تلگرام «برای ارسال تحویل می‌گردد» یا از تاریخی است که بر روی پاکت نامه نوشته شده است. در تلکس به عنوان شیوه‌ای فوری، قبول «از لحظه‌ای که ایجاب به دست مخاطب می‌رسد» می‌باشد.

۱۶۰. ماده ۲۰ کنوانسیون وین. نیز رک. اشروتز، پیشین.

161. Schlechtriem, *supra* note 110, at 46 n.145 (citing U.N. Doc. A/Conf. 97/C.1/SR.7 at 10 § 73).

(که در آن قراردادهای ساخت و ساز به عنوان مثالی برای عقود مستمر محسوب شده است).

۱۶۲. رک. به مبحث (الف) از بخش چهار همین مقاله.

163. *Use of the UNIDROIT Principles to help interpret CISG Article 13* (citing *The International Institute for the Unification of Private Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, art. 1.10 (1994)), at :

www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni13.html

برای مثال، بند (۱) ماده ۲۰ که تصدیق نامه کتبی را برای قطع مرور زمان الزامی می‌داند. نیز رک. پانوش شماره ۱۹۸.

وضع ماده ۱۳ هدف آن بوده تا معیاری عینی برای قیود تشریفاتی ارائه گردد، به گونه‌ای که طرفین ملزم نباشند تا خودشان را با تشریفات حقوق داخلی کشورها، که امکان دارد قیود زایدی را تحمیل نموده و تغییر آنها را مشکل سازد، منطبق نمایند.^{۱۶۴}

۳۷. لازم به یادآوری است که ماده ۱۳، سابقه صریحی در کنوانسیون‌های بیع بین‌المللی قبلی، ULF و ULIS یا پیش‌نویس‌های قبلی کنوانسیون ندارد.^{۱۶۵} این پیشنهاد تقنینی مختصر حیرت‌انگیز نیست، زیرا ماده به دلیل تردیدهایی که در اجلاس کنفرانس و اجلاس عمومی پیش آمده، مطرح شده است.^{۱۶۶} ماده ۱۳ به سرعت، با ۴۲ رأی موافق و علیرغم غیبت سه عضو، به تصویب رسیده است.^{۱۶۷}

بخش چهارم انعقاد الکترونیکی قرارداد، مطابق ماده ۱۳

۳۸. از آن رو که در کنوانسیون وین، اشاره‌ای به انعقاد الکترونیکی قرارداد نشده، مسئله‌ای بدون پاسخ مانده است: آیا قراردادهای الکترونیکی برای بیع تجاری بین‌المللی صحیح هستند؟^{۱۶۸} اگر کنوانسیون از زمانه عقب باشد، در آن صورت دول عضو با تشکیل قرارداد از طریق نامه الکترونیکی، EDI و اینترنت از آن تخلف خواهند کرد. به همین دلیل، بخش چهارم به تحلیل انعقاد الکترونیکی قرارداد مطابق با ماده ۱۳ خواهد پرداخت تا اثبات نماید که اساساً شیوه مذکور به عنوان روشی مقبول برای توافقات تجاری بین‌المللی به‌شمار می‌آید و عبارات ماده ۱۳ به گونه‌ای بی‌نظیر تنظیم یافته تا با پیشرفتهای آینده در زمینه روابط تجاری هماهنگی داشته باشد. بخش چهارم، سایر مواد کنوانسیون وین را نیز برای اثبات مورد قبول بودن انعقاد الکترونیکی قرارداد مورد بررسی قرار می‌دهد.

الف. ماده ۱۳ به‌روز نیست، اما ماهیتاً قابلیت به‌روز رسانی دارد

یک نمونه بارز برای مقرره‌ای که از زمان لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون وین منسوخ شده،

^{۱۶۴} به‌طور کلی در این مورد، رک. پانوش شماره ۱۶۱.

^{۱۶۵} اینکه ماده ۱۳ پیشنهاد خاصی ندارد، دلیل دیگری بر فقدان استانداردهای فنی در معاملات تجاری بین‌المللی به‌سال ۱۹۸۰ می‌باشد. اشروتز، پیشین، ص ۲۷۰.

^{۱۶۶} U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 33rd meeting, Apr. 2, 1980, U.N. Doc. A/Conf.97/C.1/SR.33 (on file with author); see Honnold, *supra* note 120, at 645.

^{۱۶۷} UNCITRAL, 6th Plenary Meeting, U.N. Doc. A/Conf.97/SR.6/Doc C(7) (Apr. 8, 1980) (on file with author); see Honnold, *supra* note 120, at 740.

^{۱۶۸} See Schroeter, *supra* note 28.

ماده ۱۳ است. این ماده تلکس را ذکر می‌کند. حال آنکه دیگر هیچ کس از تلکس استفاده نمی‌کند. اما به فاکس یا سایر وسایل پیشرفته و جدید ارتباطی اشاره‌ای ندارد. فکر می‌کنم، ماده مذکور مثال خوبی باشد برای آن که چگونه یک عهدنامه یا قانون مدنی امکان دارد به سرعت منسوخ گردد.^{۱۶۹}

۳۹. در حقیقت، ماده ۱۳ از انعکاس چهره‌های عمده‌ای از رویه‌های نوین تجاری عقب مانده است. با این حال، این بدین معنا نیست که ماده ۱۳ و تمام کنوانسیون وین «بخشی از یک قانون موضوعه هستند که تا حدود زیادی قواعد حقوقی را از کار انداخته‌اند».^{۱۷۰} با لحاظ این مباحث، این بخش به بررسی هدف و منظور کنوانسیون وین می‌پردازد تا اثبات نماید که قلمرو سند مذکور به‌طور طبیعی درباره مفهوم نوشته موسع انگاشته می‌شود به‌گونه‌ای که شامل مسائلی گردد که تدوین‌کنندگان، تصور آن را نمی‌کرده‌اند.^{۱۷۱}

۱. حدود واقعی ماده ۱۳

۴۰. همان‌گونه که در بخش سوم ذکر گردید، ماده ۱۱، در مقام بیان شکل قرارداد، هیچ گونه تشریفات و نوشته‌ای را لازم نمی‌شمارد و همین امر انعطاف‌پذیری ماده ۱۳ را تقویت می‌کند.^{۱۷۲} این بدان معناست که حتی قراردادهای شفاهی - حضوری یا از طریق تلفن - به‌موجب کنوانسیون وین معتبر هستند.^{۱۷۳} عدم نیاز به نوشته در کنوانسیون وین متضمن مزایایی است. برای مثال، باعث تسهیل اعتماد به توافق‌های شفاهی همانند سفارش تلفنی می‌گردد که صرفاً مستند به شماره تلفن سفارش‌دهنده خرید می‌باشد.^{۱۷۴} وضعیت فاکس و تلکس، به‌عنوان شیوه‌های بسیار معمول تجاری برای انعقاد یا تعدیل قرارداد، نیازی به شرح دوباره ندارد.^{۱۷۵} سرانجام، تشریفات کتبی اغلب با مقوله «ضرورت تسریع معاملات تجاری» تعارض پیدا

169. Harry M. Flechtner, *Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG Scholars Discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, Nachfrist, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and Much More*, 18 J. L. & COM 191, 218 (1999) (quoting Prof. Schlechtriem).

170. Eiselen, *supra* note 36, at 21.

171. Fletchner, *supra* note 169, at 220 (quoting Prof. Schlechtriem).

۱۷۲. رک. بحث مطرح در مبحث (الف) از بخش چهارم همین مقاله. قرارداد لازم نیست که «به صورت نوشته منعقد شده یا مستند گردد و رعایت هیچ‌گونه تشریفات در آن لازم نیست». ماده ۱۱ کنوانسیون وین. آزادی تشریفات به طرفین این اختیار را می‌دهد که رعایت تشریفات را در قرارداد خود بگنجانند. شلوختروم، پیشین، ص ۴۶. سایر مواد مرتبط عبارتند از، مواد ۲۶، (۲) ۲۹، (۱) ۳۹، (۱) ۴۳، (۱) ۴۷، (۱) ۶۵، (۲) ۷۲، (۱) ۸۱ و ۹۲؛ اشروتز، پیشین، ص ۲۶۹.

173. See generally, Honnold, *supra* note 20, at 141.

174. R.M. Lavers, *CISG: To Use or Not to Use?*, 21 International Business Lawyer 13 (Jan. 1993).

175. *Id.*

می‌کنند.^{۱۷۶} لذا کاستن از تشریفات نوشته، تجارت بین‌المللی را تسهیل می‌کند، که این امر یکی از اهداف عمده کنوانسیون وین به‌شمار می‌آید.^{۱۷۷}

۴۱. البته، قید نوشته در صدد آن نیست تا محدودیت‌های ذاتی را حذف نماید.^{۱۷۸} ارتباطات نوین تجاری و شیوه‌های انعقاد قرارداد با رسانه‌های گوناگون الکترونیکی ارتباط می‌یابند: نامه الکترونیکی، EDI و اینترنت که دارای منشأ کاغذی نیستند.^{۱۷۹} با این حال روشهای مطلوب برای انعقاد قرارداد به‌شمار می‌آیند، زیرا امکان همکاری، مذاکره و ارتباط بین افرادی را که با هم فاصله دارند، به آسانی فراهم می‌سازند و منجر به صرفه‌جویی در وقت و تلاش‌های اضافی می‌شوند.^{۱۸۰} می‌توان این بحث را مطرح ساخت که به واسطه تفسیر حدود واقعی، ارتباطات الکترونیکی مسئله‌ای بیش از آنچه که با تلکس یا تلگرام مطرح شده، در رابطه با کنوانسیون وین به‌وجود نمی‌آورند. اگرچه وسایل تشکیل قرارداد تغییر می‌یابند، اما اصول حاکم بر معاملات چنین نیستند.^{۱۸۱} هنوز هم قراردادهای الکترونیکی مشکوک‌اند، زیرا در قالب مدارک کاغذی مرسوم که در مورد قراردادهای سنتی موجود است، نمی‌باشند.^{۱۸۲} مسئله‌ای که با تشریفات قراردادهای الکترونیکی ارتباط می‌یابد این است که آیا طرفین امکان بازیابی مدارک را از طریق تولید و ذخیره کپی قرارداد دارند یا نه.^{۱۸۳} البته این مشکل قابل حل به نظر می‌رسد، زیرا توافقی‌هایی که از طریق نامه الکترونیکی، EDI یا اینترنت صورت می‌گیرد، در صورت لزوم قابل ذخیره و چاپ هستند.^{۱۸۴} این امر توافق مذکور را همانند سایر توافقی‌ها قابل اجرا می‌سازد.^{۱۸۵}

176. Alejandro M. Garro, Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 23 INT.L LAW. 443, 448 (1989), available at www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/garro11,12.html

۱۷۷. اگر شیوه‌های انعقاد قرارداد، واقعاً مسئله‌ساز بود، تدوین‌کنندگان کنوانسیون آنها را مورد توجه قرار می‌دادند.

178. Fletcher, *supra* note 169, at 220 (quoting Prof. Schlechtriem).

۱۷۹. رک. مبحث (الف) بخش نخست همین مقاله.

۱۸۰. رک. کید و دوتری، پیشین، ص ۲۱۷ (این بحث را مطرح می‌سازد که اموری که زمانی هفته‌ها وقت و چندین کارگر برای انجام آن لازم بود «در عرض چند دقیقه به‌وسیله یک فرد متصل به اینترنت» انجام می‌شوند؛ به‌طور کلی در این زمینه، رک. پوگی، پیشین، ص ۲۶۷.

۱۸۱. «رویه تجاری الکترونیکی منجر به تغییر اصولی که بازرگانی مبتنی بر آن است، نگردیده، بلکه صرفاً واسطه‌ها و وسایل را تغییر داده است». پوگی، پیشین، ص ۲۶۷.

۱۸۲. «اصولاً تجارت الکترونیکی رویه تجارت الکترونیکی را با جایگزین ساختن شیوه‌های سنتی و کاغذی حفظ اطلاعات با ارتباطات مستقیم رایانه به رایانه تغییر داده است». ریتز و گلینیکی، پیشین.

۱۸۳. اِشروتز، پیشین. «اگر امکان بازچاپ مدارک الکترونیکی ارتباط وجود داشته باشد، دارای تشریفات نوشته خواهد بود؛ طرفین می‌توانند آنها را در بایگانی خود ذخیره کرده و آن را در اختیار مقام مافوق خود، هیأت‌های حکومتی و مراجع مالیاتی قرار دهند. مهم‌تر از همه، این سوابق می‌توانند به‌عنوان دلیلی که همانند تلگرام و تلکس قابل استناد است، محسوب گردند». شلوختروم، پیشین.

۱۸۴. همان. نامه الکترونیکی در قواعد فدرال ایالات متحده راجع به ادله اثباتی مورد پذیرش قرار گرفته است. FED. R. EVID. 1001. نامه قیدنوشته ماده ۱۳، می‌توان از مواد دیگر بهره جست: اینکه هدف کنوانسیون دستیابی به «استانداردهای متحدالشکل برای تشریفات» است؛ بنابراین طرفین نباید در صدد انطباق خود با تشریفات مقرر در حقوق

۴۲. اثر ماده ۱۱ بر ماده ۱۳ نیز به برداشت دو مفهوم جدید می‌انجامد: (۱) نوشته نیازی به امضا یا دیگر «علائم اعتبار یا نشانه‌گذاری» ندارد^{۱۸۶} و (۲) قرارداد ممکن است حتی در قالبی غیر قابل انتشار نیز اعتبار داشته باشد. بررسی هر کدام از این مفاهیم، به نوبه خود نتایج زیر را در پی خواهد داشت. امضای قرارداد جزء جدایی‌ناپذیر تصدیق و عدم دستکاری آن به‌شمار می‌آید.^{۱۸۷} مطابق با ماده ۶ طرفین ممکن است امضا را لازم ندانند.^{۱۸۸} اگر نیازی به امضا نباشد، تلکس و تلگرام به صرف نداشتن تشریفات امضا مخدوش نخواهند بود.^{۱۸۹} اگر طرفین وجود امضا را الزامی نمایند، شیوه‌های فوق‌الذکر هم می‌توانند این دسته از تشریفات قراردادی را برآورده سازند، زیرا طرفین می‌توانند به راحتی امضا کرده یا علامت امضای خویش را الصاق نمایند.

۴۳. اجازه بدهید تا فاکس را به‌عنوان مثالی بر اصل خوانایی (Readability)، مطابق با ماده ۱۳ مطرح سازیم. فاکس شیوه‌ای مدرن برای ارتباطات و مربوط به دوران تصویب کنوانسیون وین (۱۹۸۰) می‌باشد.^{۱۹۰} بنابراین می‌توان آن را نماینده بسیار خوبی برای بررسی این امر محسوب داشت که چگونه ماده ۱۳ به اشکال نوین قراردادهای الکترونیکی تسری می‌یابد. برقراری رابطه با فاکس در اروپا به هنگام تدوین کنوانسیون ظاهراً مسموع نبوده و به‌همین خاطر ذکری از آن به میان نیامده است.^{۱۹۱} از آن‌رو که فاکس رسانه‌ای ناشناخته بود، لذا بین اعضا در مورد آن اختلاف نظر وجود داشت.^{۱۹۲} بند (۲) ماده ۷ مقرر می‌دارد که رفع خلأهای موجود «

داخلی - که سختگیرانه و غیر منعطف است - برآیند. اساساً ماده ۱۳ را می‌توان به‌عنوان یک «خلأ پُرکن» محسوب کرد که شیوه‌های خاصی که می‌توانند با عنوان «نوشته» انطباق یابند را بر می‌شمارد. با این حال تدوین ناشیانه ماده ۱۳، به‌نوعی با هدف تدوین‌کنندگان کنوانسیون برای تثبیت نهادهای منعطف در بازرگانی بین‌المللی تداخل پیدا کرده و بدون ملاحظه آن صورت گرفته است.

۱۸۵. کید و دوتری، پیشین، ص ۲۲؛ (برای دیدن نمونه‌هایی از قوانین داخلی و بین‌المللی که برای تساوی قراردادهای الکترونیکی و کاغذی مبانی حقوقی ارائه داده‌اند، به بخش پنجم همین مقاله مراجعه شود).

۱۸۶. کید و دوتری، پیشین، ص ۳۲۲.

۱۸۷. در این زمینه، رک. بالون، پیشین.

۱۸۸. ماده ۶ کنوانسیون وین.

189. See Switzerland HG 45/1994 Commercial Court St. Gallen, Switzerland, 53-54 (Dec. 5, 1995). available at www.cisg.law.pace.edu/cases/951205s1.html

(در این پرونده حکم شد که سفارش امضا نشده از سوی مشتری با موضوع کالا، در مقابل فروشنده، قرارداد به حساب می‌آید. زیرا قرارداد در کنوانسیون وین «مشروط به هیچ‌گونه تشریفات نشد» و قصد مشتری مُحَرَز است).

190. See Schroeter *supra* note 28.

۱۹۱. رک. هونولد، پیشین، ص ۱۴۱. اکثر مراحل تدوینی کنوانسیون وین در اروپا به انجام رسیده و در کنوانسیون اصول هر دو نظام کامن‌لا و رومی رعایت شده است. فقدان تشریفات نوشته، انعکاس اصول حقوقی آن دسته از کشورهای اروپایی است که قرن‌ها بدون چنین قیدی عمل کرده‌اند. لاورز، پیشین، ص ۲۸.

۱۹۲. «پرواضح است که در رابطه با ارتباطات الکترونیکی، تنها به تلکس اشاره شده و سایر شیوه‌های ارتباطی ذکر نشده‌اند، در نتیجه احتمال خلأ مفروض بوده است». ایزلن، پیشین، ص ۲۸.

آینده قراردادهای ... ❖ ۳۷۳

طبق اصول کلی که کنوانسیون مبتنی بر آن است» یا به موجب قواعد حقوق بین الملل خصوصی انجام خواهد شد.^{۱۹۳} فاکس همان امکانی را فراهم می‌سازد که در نوشته به مفهوم سنتی آن وجود دارد: مدرک قابل نگهداری و چاپ. فاکس روگرفت قابل چاپی را برای ارسال با دستگاه دورنگار ایجاد می‌کند که گیرنده آن را به هنگام انتقال به دستگاهش در شکل چاپ شده، دریافت می‌دارد. دورنگاری که به‌طور الکترونیکی ارسال می‌گردد، همانند نسخه اصلی خواناست، زیرا اگرچه به‌صورت الکترونیکی ارسال گردیده، اما مدرک مذکور به آسانی قابلیت بازچاپ را دارد.^{۱۹۴} نهایتاً اینکه، دورنگار (فاکس) نیت تدوین‌کنندگان کنوانسیون را برای تهیه موازین تعدیل‌کننده که امکان تصمیم‌گیری سریع را فراهم می‌سازد، همانند تلکس و تلگرام فراهم می‌کند. بنابراین دورنگار نیز به‌عنوان یکی از شیوه‌های سریع انجام توافق با قصد تدوین‌کنندگان در تسهیل معاملات تجاری انطباق دارد.^{۱۹۵}

۴۴. اگرچه پیشینه ماده ۱۳ بسیار اندک است، دو پرونده مربوط به این ماده، در خصوص فاکس تصمیم‌گیری شده است.^{۱۹۶} در سال ۱۹۹۳، دادگاه عالی اتریش در اختلاف بر سر اینکه آیا موجد قانوناً اظهارنامه راجع به تجدید اجاره را دریافت کرده یا نه، حکم داد که فاکس شیوه‌ای قابل قبول برای تجدید اجاره خانه به‌شمار می‌آید.^{۱۹۷} دادگاه صریحاً اظهار داشت که «پیام ارسال شده به وسیله تلفاکس باید مطابق با ماده ۱۳، معتبر محسوب گردد».^{۱۹۸} در سال ۱۹۹۹ یک محکمه دآوری تجاری در روسیه در رأی مشابهی اعلام نمود که تعدیل قرارداد اگر با فاکس

^{۱۹۳} بند (۲) ماده ۷ کنوانسیون وین. در این بند می‌خوانیم: «مسائل مربوط به موضوعات تحت حاکمیت کنوانسیون حاضر که تکلیف آنها صراحتاً در این کنوانسیون تعیین نشده، طبق اصول کلی‌ای که کنوانسیون مبتنی بر آن است، و در صورت فقدان این گونه اصول، طبق قانونی که حسب قواعد حقوق بین الملل خصوصی حاکم است، حل و فصل خواهد شد». برای اطلاعات بیشتر در مورد مقررات رافع ابهام، رک. بند (۳) (ب) از بخش سوم همین مقاله.

^{۱۹۴} «مسئله»، در صورتی که فاکس در سیستم رایانه‌ای گیرنده، قابل ذخیره باشد، این شرایط موجود است [حتی اگر] فاکس صرفاً در صفحه گیرنده ظاهر شود و او برای بازچاپ آن اقدامی به‌عمل نیاورد». اِشروتِر، پیشین. به‌طور کلی در این زمینه، رک. www.efax.com/efax.com ارائه‌دهنده خدمات فاکس در شبکه است که امکان دسترسی به فاکس ارسال شده توسط کاربر از طریق دستگاه فاکس را بوسیله نامه الکترونیکی با خط تلفن یا اینترنت میسر می‌سازد. کاربران می‌توانند فاکس واصله به پست الکترونیکی خود را بازبینی (و چاپ) نمایند.

^{۱۹۵} See *supra* Part III.A.; see also Schroeter, *supra* note 27.

^{۱۹۶} از بیش از ۱۰۰۰ پرونده موجود در پایگاه داده آنسیترال، تنها ۸ مورد به ماده ۱۳ ارتباط می‌یابد. اگرچه تمام پرونده‌ها ترجمه نشده، تنها در سه مورد از آنها ماده ۱۳ به‌طور مستقیم مورد خطاب قرار گرفته است. سایر موارد، ماده ۱۳ را تنها به‌عنوان مستند تکمیلی برشمرده‌اند. پایگاه داده آنسیترال کامل‌ترین فهرست از پرونده‌های راجع به کنوانسیون وین را ارائه می‌دهد.

CISG Case Database, www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/e-text-13.html

متأسفانه، پایگاه مذکور حاوی فهرست مفصلی نیست، چراکه اکثر اختلافات مرتبط با کنوانسیون وین به‌وسیله دآوری حل و فصل می‌شوند که اغلب منتشر نمی‌شود. لاورز، پیشین، ص ۱۳.

^{۱۹۷} SZ 1/525-93 (OGH Jul. 2, 1993), available at UNILEX.COM, www.unilex.info

^{۱۹۸} *Id.*

ارسال گردد «مؤثر» است.^{۱۹۹} طرفین می‌توانند «مدارک را از طریق نامه، تلگراف، تله‌تایپ [ماشین تحریر خودکار گیرنده پیام از راه دور]، وسایل ارتباط الکترونیکی یا سایر رسانه‌ها، با همدیگر مبادله کنند و این روش از حیث ارزش اثباتی به‌عنوان مدرک ارسال شده از سوی یکی از طرفین قرارداد، معتبر به‌شمار می‌آید».^{۲۰۰}

۴۵. از این‌رو، فاکس، به‌عنوان نوشته، مشمول ماده ۱۳ محسوب می‌گردد و توصیف‌های بند (۲) ماده ۲۱ و بند (۲) ماده ۲۹ را داراست. حال که فاکس به‌عنوان یکی از اشکال نوشته در ماده ۱۳ پذیرفته شد، باید دید که سایر رسانه‌ها چگونه همان نقش را ایفا کرده‌اند.

۲. اعمال ماده ۱۳ بر قراردادهای الکترونیکی

۴۶. اگر تدوین‌کنندگان کنوانسیون، تلگرام و تلکس را به‌عنوان وسایل تصمیم‌گیری سریع در تعدیل قرارداد محسوب داشته‌اند، پس این دو وسیله به‌عنوان شیوه‌های پرسرعت برای انعقاد قرارداد اصلی نیز مدنظر تدوین‌کنندگان بوده است.^{۲۰۱}

۴۷. مبادله الکترونیکی داده، انتقال خودکار فرم‌های نمونه از رایانه‌ای به رایانه دیگر، در محدوده ماده ۱۳ قرار می‌گیرد، زیرا قراردادهایی که در اصل برای توسعه روابط فنی به‌کار می‌روند، برای تسهیل EDI مورد نیاز هستند.^{۲۰۲} طرفین پیش از قرارداد، در مورد نوع مدارک و استانداردهای فنی که در فرستادن مدارک به همدیگر به‌کار می‌برند، توافق می‌نمایند و همین امر امکان تبادل خودکار اطلاعات را فراهم می‌سازد.^{۲۰۳} این قرارهای مقدم، دلیل بر قصد طرفین بر قرارداد به‌شمار می‌آید.^{۲۰۴} کارکرد EDI در «ذخیره و پیش‌تاز» که پیام‌ها را از فرستنده دریافت کرده و به صندوق پست الکترونیکی گیرنده ارسال می‌دارد، امکان خواندن و چاپ داده‌ها را در صورت لزوم فراهم می‌آورد.^{۲۰۵} اصول حقوق قرارداد اروپا (PECL) نیز پذیرش EDI را در مقام تفسیر ماده ۱۳ مورد حمایت قرار داده است. ماده ۱۳ کنوانسیون وین با ماده (۶) ۱:۳۰۱ از اصول حقوق قرارداد اروپا، که ذکر صریحی از EDI به‌میان نیاورده، اما شامل هر «وسیله ارتباطی که

199. Russia 6 October 1999 Arbitration proceeding 55/1998 (on file with author).

200. *Id.*

201. See also The UNCITRAL Thesaurus, A/CN.9/SER.C/GUIDE/1 Eng. Sept. 12, 1995, at www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/cisgthes.html#13

(مقرر می‌دارد که به‌موجب ماده ۱۳، مفاد آن بر تشریفات نوشته مذکور در مواد (۲) ۲۱ و (۲) ۲۹ اجرا می‌شود و اینکه «ارتباطات الکترونیکی همچون تلکس و تلگرام» نوشته‌های معتبر به‌شمار می‌آیند).

۲۰۲. ر.ک. بند (ب) ۲، (الف) از بخش نخست همین مقاله.

203. *Id.*; Schroeter, *supra* note 28, Part 4.2.

204. Schroeter, *supra* note 28 (citing Eiselen, *supra* note 36).

205. See generally Sokol, *supra* note 69, at 14-22.

توان فراهم ساختن منبعی خوانا از اظهارات دو طرف» را داشته باشد، می‌گردد؛ مقایسه شده است.^{۲۰۶} «پیشرفت‌های الکترونیکی نظیر دورنگار و EDI از حیث تحول منجر به مسئله خاصی بیش از «تلگرام و تلکس» نشده‌اند و باید در شمول تعریف «نوشته» در ماده ۱۳ گنجانیده شوند».^{۲۰۷}

۴۸. نحوه کار نامه الکترونیکی با فاکس مقایسه شده است، زیرا نامه الکترونیکی می‌تواند به صورت مدرک چاپی درآید.^{۲۰۸} اگرچه پیام‌ها و پیوست‌های نامه از قبیل قراردادهای، به صورت الکترونیکی ارسال و دریافت می‌شوند. پیام‌ها در سیستم رایانه‌ای هر کدام از فرستنده و گیرنده ذخیره می‌شوند.^{۲۰۹} این پیام‌ها به راحتی قابلیت دسترسی و چاپ را دارند. به علاوه، نامه الکترونیکی معیار ماده ۱۳ را برای نوشته در زمینه قالب مشخص و وصف‌های مذکور در بند (۲) ماده ۲۱ و بند (۲) ماده ۲۹ داراست. مسائل مربوط به امضا خارج از موضوع است، زیرا شکل خاصی در کنوانسیون وین مقرر نشده است.^{۲۱۰} اگر طرفین امضا را لازم بدانند، یک خط/امضا^{۲۱۱} یا علامت دیگری ممکن است برای محقق شدن این تشریفات به مدرک الکترونیکی پیوست شود.

۴۹. توافق‌های مبتنی بر اینترنت، همانند آنچه که از طریق انتخاب نمایه (کلیک) صورت می‌گیرد،^{۲۱۲} نیز معتبر هستند. قراردادهای منعقد با انتخاب نمایه (Click Wrap) طرف قراردادی را قادر می‌سازد تا ضمن فشار دادن یک دکمه برای تأیید قرارداد، بیع، مدرک مربوطه را

206. Schroeter, *supra* note 27 (citing Commission on European Contract Law, *Principles of European Contract Law* (PECL), Article 1:301(6) (Ole Lando and Hugh Beale, Eds. complete and revised version 1999)).

ماده (۶) ۱:۳۰۱ اصول حقوق قرارداد اروپا (PECL)، اغلب با ماده ۱۳ کنوانسیون وین مقایسه می‌شود، زیرا عبارات مشابهی را برای نوشته به کار برده و به تحلیل مفهوم مدرک نپرداخته است. اگرچه PECL حدوداً ۲۰ سال بعد از کنوانسیون وین تدوین یافته، متن آن با استفاده از بسیاری از منابع حقوقی در اروپا، از جمله کنوانسیون وین، تدوین شده است؛ بدین لحاظ مفهومی موسع‌تر از ماده ۱۳ دارد.

۲۰۷. اشروتز، پیشین. تلگرام و تلکس شاید، در آینده به عنوان شیوه‌های معتبر برای نوشته پذیرفته شوند، زیرا در کنوانسیون ۱۹۷۴ آنسیترال راجع به مرور زمان (ماده (۳) (G) ۱) به آنها اشاره شده است. به علاوه، آنسیترال گروه کاری ویژه‌ای—تجارت الکترونیکی را—به این مسئله اختصاص داده است. تلاش‌های این گروه منجر به تدوین قانون نمونه آنسیترال درباره تجارت الکترونیکی شده است. رک. مبحث (الف) از بخش پنجم همین مقاله.

۲۰۸. نامه الکترونیکی، سیستمی مشابه EDI برای ذخیره و پیمایش دارد. گرالا، پیشین، صص ۸۴—۷۸. تفاوت عمده در استانداردهایی است که طرفین برمی‌گزینند، زیرا پیام‌ها ممکن است بدون هماهنگی قبلی با شبکه مشخصی ارسال گردند. رک. بند (ب) (الف) بخش نخست و بند (۱) (الف) از بخش چهارم همین مقاله.

209. Gralla, *supra* note 7, at 78-85.

۲۱۰. رک. مبحث (الف) بخش چهارم و پانوش ش ۱۵۴.

۲۱۱. رک. بند (۲) (الف) از بخش نخست همین مقاله و پانوش ش ۶۳.

۲۱۲. رک. بند (ج) (۲) (الف) از بخش نخست همین مقاله.

نیز در دسترس داشته باشد.^{۲۱۳} طرفین قرارداد دارای توان یکسان برای چاپ و ذخیره نسخه‌ای از مدرک مربوط به قرارداد با انتخاب نمایه می‌باشند. طرفینی که بر قراردادهای بیع مبتنی بر شبکه در محیط‌های تجاری توافق می‌نمایند، در اکثر موارد به‌طور قطع دارای شرایط معاملاتی از پیش تعیین شده، مشابه با EDI، هستند^{۲۱۴} و این شیوه را به‌عنوان عرفی جدید تثبیت کرده‌اند.^{۲۱۵}

۳. ساختار کنوانسیون وین و قابلیت پاسخگویی در تحولات جدید

۵۰. قوانینی که به‌راحتی عوض می‌شوند (همچون قوانین و مقررات مالیاتی)، توان پیش‌بینی مسائل جزئی را نیز دارند، اما این «در مورد قوانینی که باید دوام داشته باشند، عملی نیست».^{۲۱۶} قوانین داخلی راجع به تعهدات و قراردادهای بیع، تقریباً سابقه‌ای به اندازه یک قرن دارند و اکثر آنها حتی قدیمی‌تر هستند. ساختار قانون‌گذاری بین‌المللی، حتی از موارد مذکور نیز سخت‌گیرتر است.^{۲۱۷} در نتیجه کنوانسیون وین باید به گونه‌ای قرائت و اجرا شود که تسری و شمول آن بر اوضاع و احوال جدید و تحولات زمانه میسر گردد.^{۲۱۸}

۵۱. به‌طور قطع، کنوانسیون وین سندی منعطف و موسع برای رو در رو شدن با نقاط ضعف و قوت تجارت بین‌المللی است که به‌طور مستمر بازرگانی بین‌المللی منصفانه را ترویج خواهد کرد.^{۲۱۹} در صورت عدم پذیرش شیوه‌های الکترونیکی ارتباط، قسمت‌های عمده‌ای از کار تدوین کنندگان کنوانسیون عقیم خواهد ماند. «نهاد حقوقی کلیدی که می‌توان از طریق آن صحت بیع B2B را تضمین کرد، ماهیت قراردادی دارد».^{۲۲۰} قرارداد به طرفین امکان می‌دهد که به اهداف مورد نظر خویش برسند، از بروز اختلاف اجتناب کنند و در صورت بروز اختلاف آن زمینه‌هایی برای حل و فصل آن داشته باشند.^{۲۲۱} از آن جهت که کنوانسیون برای تجارت بین‌المللی تدوین گردیده «که اطلاع خاصی از حقوق بازرگانی بین‌المللی ندارند» و حقوقدان نیستند،

۲۱۳. همان.

۲۱۴. رک. بند (ب) (۲) (الف) از بخش نخست همین مقاله.

۲۱۵. بند (۲) ماده ۹ کنوانسیون وین. همان‌گونه که «عرف و عادت» ممکن است بین طرفین مشهور بوده و «به‌طور منظم در قرارداد تجاری بین‌المللی ایشان مدنظر قرار گیرد»، این «عرف و عادت» می‌تواند «جزئی از قرارداد طرفین باشد، نه تنها به این دلیل که طرفین به آن اطلاع داشته‌اند، بلکه به این خاطر که ایشان باید از وجود آن آگاه می‌بودند». رامپرگ، پیشین، ص ۱۹.

216. Honnold, *supra* note 20, at 16.

217. *Id.*

218. *Id.* 219

۲۱۹. رک. مقدمه کنوانسیون وین.

220. See Haapio & Smith, *supra* note 31; see Coyle & Wetzel, *supra* note 17; see generally Ritter & Gliniecki, *supra* note 46, at 264.

221. See CISG, *supra* note 18, at preamble; see generally Ritter & Gliniecki, *supra* note 46, at 264-67.

شیوه‌های نوین انعقاد الکترونیکی قرارداد، پیرو قلمرو و هدف کنوانسیون وین هستند. هدف از وضع کنوانسیون آن بوده که به مثابه قانون انتخابی بی‌طرفی به‌شمار آید که به جای جدال بر روی مسائل حقوقی و قانونی، بیشتر بر معاملات تجاری تمرکز دارد.^{۲۲۲} به‌علاوه متن عهدنامه به‌هیچ وجه دلالت بر آن ندارد که قصد داشته تا «نوع خاصی از ارتباطات را از شمول خود خارج کند».^{۲۲۳} این فرض از آن رو هنوز باقیست که شیوه‌های الکترونیکی قرارداد به‌هنگام تصویب کنوانسیون، «در سطح گسترده رواج نداشتند».^{۲۲۴} به احتمال زیاد، تدوین کنندگان در صورتی که مایل به استثنا کردن مواردی از شمول نوشته بودند، آن را به‌طور صریح ذکر می‌کردند.^{۲۲۵}

۵۲. شاید، گویاترین دلیل قصد تدوین کنندگان برای لحاظ مفهومی موسع از نوشته قراردادی نوع عباراتی باشد که در ماده ۱۳ به‌کار رفته است: «... «نوشته» (از جمله) شامل [Including] تلگرام و تلکس خواهد بود».^{۲۲۶} استفاده از واژه (از جمله) شامل بیانگر غیر حصری بودن اشکال قابل قبول نوشته است: بیش از صرف شکل کاغذی قرارداد که در قواعد بازرگانی فراملی یا عرف به‌رسمیت شناخته می‌شود. از طریق تفسیر دیگری نیز می‌توان به‌همین نتیجه رسید: (از جمله) شامل بر این امر تأکید دارد که دو شیوه مذکور (تلگرام و تلکس)، به‌عنوان مظهر ارتباطات الکترونیکی مدرن در سال ۱۹۸۰، شیوه‌های مناسبی برای نوشته قراردادی به‌شمار می‌آیند.^{۲۲۷} به این دلیل که تدوین کنندگان کنوانسیون وین شیوه‌های معتبر

222. See CISG, *supra* note 18, at preamble.; see Lavers, *supra* note 174, at 10.

(این بحث را مطرح می‌سازد که تجار اغلب از تمایلات «بومی» دادگاه‌های محلی در هراسند).

۲۲۳. ایزلن، پیشین، ص ۲۸؛ رک. بخش سوم همین مقاله.

۲۲۴. ایزلن، پیشین، ص ۲۸.

۲۲۵. سایر متخصصان حقوق بین‌الملل بر این اعتقادند که ماده ۱۳ تعریفی «جامع» از نوشته به‌دست نمی‌دهد.

Definition of writing. Jacob S. Ziegel, *Report to the Uniform Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, at:

www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ziegel13.html

(تعبیر یک کانادایی این است که ماده ۱۳ «آزادمنشانه و با نیازهای ارتباطی مدرن منطبق است»). تعبیر مشابهی از یک اسپانیایی ارائه شده که معتقد است، محتوای ماده ۱۳ دلالتی بر جمود آن در برابر شیوه‌های پیشرفته و جدید ارتباط ندارد. فناوری‌های جدید مرتبط با شیوه‌های متری ارتباط برای افرادی که از هم فاصله جغرافیایی دارند، توان معامله را فراهم می‌سازد و این داخل در مقصود کنوانسیون است.

Prof. Ma del Pilar Perales Viscasillas, *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancias* (Convención de Viena de 1980), § 147, at:

www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1-13.html

۲۲۶. ماده ۱۳ کنوانسیون وین. [(Including)] در زبان انگلیسی به مفهوم «شمول غیرمحصور» است و نویسنده مقاله قصد دارد از همین نکته دستوری برای تقویت این تحلیل استفاده نماید که ماده ۱۳ کنوانسیون وین در صدد انحصار موارد استثنایی «نوشته» (Writhing) به تلگرام و تلکس نبوده است - م.].

227. Professor Ma, del Pilar Perales Viscasillas, *supra* note 225, available at

www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1-11.html

برای انعقاد قرارداد بر شمرده‌اند، باید تفسیر دقیقی از نوشته قراردادی ارائه شود.^{۲۲۸} عملاً تدوین کنندگان هلندی شمارش شیوه‌های قرارداد را به موجب ماده ۱۱ پیشنهاد کردند.^{۲۲۹} با این حال پیشنهاد آنها به این دلیل که احصای دقیق و عدم انعطاف در مصادیق با هدف کلی و انگیزه تدوین کنوانسیون وین منافات داشت، مردود اعلام گردید. فقدان قید و بند در دیدگاه کنوانسیون راجع به مفهوم نوشته نشانگر امکان تحول در بازرگانی بین‌المللی است. از این رو، به کار بردن واژه (از جمله) شامل تضمین کننده این واقعیت است که شیوه‌های ارتباطی مدرن برای انعقاد قرارداد مستثنی نخواهد بود.^{۲۳۰}

۵۳. دو فرض دیگر نیز تفسیر موسع از ماده ۱۳ را تأیید می‌کند. نخست اینکه، ماده ۶ به طرفین این امکان را می‌دهد که «مقررات این کنوانسیون را استثناً یا از آثار هر یک از آن عدول کنند».^{۲۳۱} دوم اینکه، کنوانسیون وین تصریح دارد که در صورت بروز ابهام، آنها را نباید مخالف با قصد و هدف معاهده تفسیر کرد.^{۲۳۲} بنابراین دولتها این اختیار را خواهند داشت تا قراردادهای منعقد به شیوه الکترونیکی، همچون تبادل الکترونیکی داده، را مشمول کنوانسیون ۱۹۸۰ بدانند.^{۲۳۳} به همین نحو، طرفین قرارداد نیز می‌توانند مقرر دارند که قراردادهای منعقد به شیوه کاغذی، قابلیت استناد به شیوه‌های الکترونیکی را بر طبق ماده ۱۳، بی‌اعتبار نخواهند ساخت. بنابراین در مقام تفسیر ماده ۱۳، اجرای اصل رضایی بودن و اصل آزادی قراردادی، به‌طور تلویحی امکان «تفسیر موسع» را فراهم خواهد ساخت که بر اساس آن تمام شیوه‌های الکترونیکی سابق‌الذکر برای انعقاد قرارداد به‌هنگام ضرورت وجود نوشته معتبر به‌شمار می‌آید.^{۲۳۴}

ب. مواد دیگری از کنوانسیون وین در تأیید تفسیر موسع از واژه نوشته

۵۴. تأیید انعقاد الکترونیکی قرارداد در ماده ۱۳ با سایر مواد کنوانسیون نیز تقویت شده است. ارتباط بین مواد مذکور، هدف اصلی تدوین کنندگان را در ترویج رشد و توسعه تجارت بین‌المللی، تشویق انعقاد فعالانه قراردادها و هماهنگی قوانین داخلی کشورها، به شدت تقویت

(این بحث را مطرح می‌سازد که فقدان تشریفات در ماده ۱۱ به طرفین این اختیار را می‌دهد که از وسایل الکترونیکی ارتباط برای انعقاد قرارداد استفاده نمایند).

۲۲۸. به علاوه، ماده‌ای از کنوانسیون که توسط دوسوم از کشورهای درگیر در تجارت جهانی به کار گرفته می‌شود، از زمانه عقب خواهد ماند. رک. مبحث (الف) از بخش چهارم.

229. Schlechtriem, *supra* note 110, at 44.

230. Eiselen, *supra* note 36, at n.43 (quoting Prof. Honnold).

۲۳۱. ماده ۶ کنوانسیون وین.

۲۳۲. بند (۱) ماده ۳۱ کنوانسیون وین درباره حقوق معاهدات، منعقد در ۲۳ می ۱۹۶۹. کنوانسیون وین «عهدنامه عهدنامه‌هاست» که با تعهدات دولتها در قبال همدیگر ارتباط می‌یابد.

۲۳۳. رک. بند (الف) (۲) (ب) از بخش دوم همین مقاله.

234. Eiselen, *supra* note 36, at 36.

می‌نماید.^{۲۳۵}

۱. بند (۱) ماده ۲۰

۵۵. ماده ۲۲ در مورد مهلت مقرر برای قبول به شرایط وصول تلگرام‌ها، نامه‌ها، تلکس‌ها و مکالمات تلفنی یا «سایر طرق مخابراتی فوری» نیز پرداخته است.^{۲۳۶} مهلت قبول از طریق تلگرام‌ها و نامه‌ها، حسب مورد، از لحظه‌ای که تلگرام جهت مخابره تحویل می‌گردد یا از تاریخی که در نامه یا روی پاکت نامه قید شده، آغاز می‌گردد.^{۲۳۷} قبول از طریق تلفن، تلکس یا سایر وسایل ارتباطی سریع، از زمانی که ایجاب توسط مخاطب آن دریافت می‌گردد، آغاز می‌شود.^{۲۳۸} مهمترین وجه تمایز ماده ۲۰ به‌عنوان حامی ماده ۱۳، در ترکیب رسانه‌هایی است که هر کدام متضمن مهلت مشخصی برای قبول هستند. تلگرام‌ها، همانند نامه به‌عنوان وسایل ارتباطی غیر فوری به‌شمار می‌آید، حال آنکه تلکس، تلفن و موارد دیگر از وسایل فوری ارتباط محسوب می‌شوند. از آن جهت که نامه الکترونیکی، EDI و اینترنت امکان ارتباط فوری را فراهم می‌سازند، قبول از طریق آنها زمانبست که پیام، مطابق با ماده ۲۰ به‌گیرنده می‌رسد.^{۲۳۹} اگر این وسایل ارتباطی، معیار مندرج در ماده ۲۰ را همانند سایر شیوه‌های ارتباطی دارا باشند، در آن صورت باید آنها را گزینه‌های مناسبی برای انعقاد قرارداد، مطابق آنچه که در مواد ۱۱ و ۱۳ ذکر شده، محسوب داشت.^{۲۴۰}

۲. مواد ۱۲ و ۹۶

۵۶. مواد ۱۲ و ۹۶ نیز تفسیر ترقی‌خواهانه از ماده ۱۳ را تأیید می‌کند. این دو ماده در کنار هم، دولت‌ها را مجاز ساخته‌اند تا قلمرو اصل رضایی بودن قراردادها را با جایگزین ساختن مقررات داخلی خود راجع به نوشته محدود نمایند.^{۲۴۱} ماده ۹۶ تصریح می‌نماید که دولت‌ها این حق را برای خود محفوظ می‌دارند که محتوای ماده ۱۱ راجع به فقدان تشریفات قراردادی، «در

۲۳۵. به‌طور کلی، رک. مقدمه کنوانسیون وین.

۲۳۶. بند (۱) ماده ۲۰ کنوانسیون وین؛ رک. مبحث (الف) از بخش سوم همین مقاله.

۲۳۷. بند (۱) ماده ۲۰ کنوانسیون وین.

۲۳۸. همان.

239. See generally, Eiselen, *supra* note 36, at 30.

۲۴۰. یادآوری می‌شود که ماده ۱۳، همچنین برای تعدیل سریع قراردادها در کنوانسیون وین گنجانیده شده است. رک. بخش سوم همین مقاله.

۲۴۱. مواد ۲۱ و ۹۶ کنوانسیون وین؛ ایزلن، پیشین. کشورها می‌توانند در صورتی که مطابق توافق، قواعد حقوقی یکسانی داشته یا حقوق داخلی آنها کاملاً «مشابه یا مرتبط با هم» باشد، اعمال کنوانسیون را نپذیرند. ماده ۹۴ کنوانسیون وین. نیز، رک. شلوختروم، پیشین، ص ۱۱۲.

مواردی که یکی از طرفین، محل تجارت خود را در آن کشور قرار داده باشد» مجری نباشد.^{۲۴۲} دولتهایی که این حق را محفوظ می‌دارند، می‌توانند تشریفات نوشته را الزامی نمایند که در این صورت هر دو طرف قرارداد باید بر آن توافق نمایند، اگرچه استفاده از حق شرط (نسبت به ماده) لزوماً به معنای تحمیل تشریفات نوشته به طرفین نیست.^{۲۴۳} به هر حال، ماده ۶ امکان عدول از مقررات کنوانسیون را، تا حدی که با هدف معاهده مغایرت نداشته باشد، مجاز می‌داند.^{۲۴۴} در این محدوده، طرفین می‌توانند تشریفات انعقاد الکترونیکی قرارداد را صرفاً به دلیل سهولتی که نسبت به تشریفات کاغذی دارد، برگزینند. یکی از دلایلی که بر مبنای آن ماده ۱۱، اصل رضایی بودن را مقرر می‌دارد، این است که تمایلی به جانبداری از شیوه‌های موصوف به نفع یکی از طرفین ندارد.^{۲۴۵}

۵۷. شاید «لزوم رعایت حسن نیت در تجارت بین‌الملل» و نحوه رفع خلأها که در ماده ۷ آمده، به نوعی بهترین تأیید برای تعمیم مفاد ماده ۱۳ برای شمول شیوه‌های الکترونیکی انعقاد قرارداد از حیث مفهوم نوشته به حساب آید. انتظار آن بوده که اصول مندرج در کنوانسیون وین دوام داشته و «شامل اشکال مختلف معاملات و شروط قراردادی که از تنوع و پیشرفت‌های اقتصاد جهانی ناشی می‌شوند، باشد».^{۲۴۶} از آن جهت که کنوانسیون، علی‌رغم وجود نظام‌های مختلف سیاسی، حقوقی و اجتماعی-اقتصادی، برای تسهیل تجارت تدوین گردیده است، بنابراین پیش‌بینی تفصیلی جزئیات در مقایسه با قوانین داخلی که مدام توسط قانونگذار تغییر می‌یابند، واقع‌بینانه به نظر نمی‌رسد.^{۲۴۷} ماده ۷ در واقع مؤید این واقعیت است که دستیابی به قانون متحدالشکل بین‌المللی دشوار است و کنوانسیون باید با «ملاحظه دقیق اوصاف و اهداف خاص آن» تفسیر شود و «با شرایط و اوضاع و احوال جدید تطبیق یافته و پیشرفت نماید».^{۲۴۸}

۲۴۲. ماده ۹۶ کنوانسیون وین.

۲۴۳. همان.

۲۴۴. همان، ماده ۶.

245. Schlechtriem, *supra* note 110, at 45, available at:

www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem-11.html

246. Honnold, *supra* note 20, at 104.

۲۴۷. رک. رامپرگ، پیشین. تدوین کنوانسیون وین بیش از یک دهه طول کشیده و لذا منطقاً، تغییر آن نیز مدتها به طول خواهد انجامید.

۲۴۸. هونولد، پیشین، ش ۸۸؛ ماده ۷ کنوانسیون وین مقرر می‌دارد: «۱. در تفسیر مقررات این کنوانسیون باید به خصیصه بین‌المللی آن و نیز ضرورت ایجاد هماهنگی در اجرای آن و رعایت حسن نیت در تجارت بین‌الملل توجه شود. ۲. مسائل مربوط به موضوعات تحت حاکمیت کنوانسیون حاضر که تکلیف آنها صراحتاً در این کنوانسیون تعیین نشده، طبق اصول کلی‌ای که کنوانسیون مبتنی بر آن است، و در صورت فقدان این‌گونه اصول، طبق قانونی که حسب قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی حاکم است، حل و فصل خواهند شد».

۵۸. بند (۱) ماده ۷، تصریح دارد که کنوانسیون باید در جهت «ترویج هماهنگی» و «رعایت حسن نیت در تجارت بین‌الملل» تفسیر گردد.^{۲۴۹} حسن نیت مد نظر در کنوانسیون وین، الزام کلی نبوده، بلکه قاعده‌ای تفسیری به‌شمار می‌آید.^{۲۵۰} که به‌عنوان معیار متعارفی برای آنچه که در تجارت مورد پذیرش است، تحلیل می‌گردد.^{۲۵۱} ماده ۹ این معیارها را با التزام طرفین به عرف و عادت که در تجارت بین‌الملل کاملاً شناخته شده، برقرار می‌سازد، به گونه‌ای که این موارد در قرارداد و تشکیل آن قابل اعمال خواهد بود.^{۲۵۲} عرف و عادت تجارت بین‌الملل اغلب در حال تحول است؛ بنابراین «قلمرویی» که کنوانسیون وین در آن اجرا می‌شود و بر همان اساس، مبانی تفسیر کنوانسیون، تغییر خواهد یافت. تجارت الکترونیکی، «تغییر دهنده چگونگی انجام فعالیت‌های تجاری از سوی اشخاص دخیل در آن (از جمله دولتها)» است، لذا انعقاد الکترونیکی قرارداد یک عرف تجاری بین‌المللی به‌شمار می‌آید.^{۲۵۳} این عرف، «آن گونه که فرایند حصول توافق را تغییر داده، ماهیت قراردادهای تجاری را عوض نکرده است».^{۲۵۴} تفسیر مضیق از کنوانسیون وین، آن را بر مواردی که زمانی تحت شمول آن بود، غیر قابل اعمال می‌نماید و بر قابلیت اعمال و استمرار آن در آینده تأثیر می‌گذارد.^{۲۵۵}

۵۹. ماده ۱۳ کنوانسیون وین نیز امکان تفسیر موسع از نوشته را در همان ماده فراهم می‌سازد. بنابر روح ماده، فرض بر آن است که معاهده بر مبنای مفاهیم متعارف و «زمینه و هدف و موضوع آن» تفسیر شود.^{۲۵۶} معاهده‌ای که میان دولتها درباره قراردادهای بیع بین‌المللی ایجاد

۲۴۹. بند (۱) ماده ۷ کنوانسیون وین.

۲۵۰. هونولد، پیشین، ش ۹۴ الی ۱۰۰. «حسن نیت» در سطح جهانی با تعابیر مختلفی مطرح شده است. برای مثال، قانون متحدالشکل تجاری (U.C.C)، حسن نیت را به «اجرای الزامی» هر قرارداد یا وظیفه‌ای به‌موجب U.C.C معنی می‌کند. رک. ماده (۱۹) ۱-۲۰۱ از U.C.C. ماده ۲۴۲ قانون مدنی آلمان نیز در عبارت مشابهی مقرر می‌دارد: «بدهکار ملزم به اجرای قرارداد با لحاظ حسن نیت است که با توجه به عرف عامه معین می‌شود».

۲۵۱. هونولد، پیشین، ش ۹۵ الی ۱۰۱. برای دیدن بحث تفصیلی در مورد حسن نیت از نظر کنوانسیون وین، رک. Carolina Saf, A Study of the Interplay Between the Conventions Governing International Contracts of Sale, at: www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/saf7.html

۲۵۲. ماده ۹ کنوانسیون وین مقرر می‌دارد: «۱. طرفین ملزم به هر گونه عرف و عادت مورد توافق و رویه معمول به فیما بین می‌باشند. ۲. فرض بر این است که طرفین عرف و عادت را که نسبت به آن آگاهی داشته یا باید آگاهی می‌داشتند و آن عرف و عادت در تجارت بین‌الملل کاملاً شناخته شده و طرفین قراردادهای مشابه در آن نوع تجارت خاص، به‌طور منظم آن را رعایت می‌کنند، به‌نحو ضمنی بر قرارداد فیما بین یا انعقاد آن حاکم ساخته‌اند، مگر در مواردی که خلاف آن ثابت شود». نیز، رک. رامپرگ، پیشین. شلوختروم، پیشین، صص ۴۱-۴۰.

253. See generally, Ritter & Gliniecki, *supra* note 46, at 264-66; but cf. Kidd & Daughtrey, *supra* note 7, at 218.

(این بحث را مطرح می‌سازد که تعداد اندکی از شرکا به استفاده از شیوه‌های قدیمی تجارت متمایلند...).

254. Kidd & Daughtrey, *supra* note 7, at 222.

255. See Giannuzzi, *supra* note 123.

256. Vienna Convention on the Law of Treaties, *supra* note 232; see also, Honnold, *supra* note 20, § 90 at 93.

تعهد می‌کند، طبقاً باید از همان زمینه فراملی تبعیت کند.

۶۰. مهمترین رکن برای حصول قید حسن نیت، استفاده از معیارها و موازینی است که بند (۲) ماده ۷، برای رفع خلأها مقرر کرده و ناظر به موضوعاتی می‌باشد که «صراحتاً در کنوانسیون نسبت به آنها تعیین تکلیف نشده است».^{۲۵۷} این ابهامات باید با توسل به اصول کلی کنوانسیون یا در صورت فقدان این گونه اصول «طبق قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی» تکمیل گردد.^{۲۵۸} بنابراین برای تحلیل مفهوم و محدوده موضوعاتی که در کنوانسیون راجع به آنها تعیین تکلیف شده، نظیر بحث انعقاد یا نوشته، به خود کنوانسیون و برای رفع مغایرت‌ها به قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی مراجعه خواهد شد.^{۲۵۹}

۶۱. جمع میان دو بند ماده ۷ مبین آن است که اصول کلی کنوانسیون وین باید بر وضعیت‌های جدید اجرا شود، به‌ویژه از آن‌رو که پیش‌بینی جزئیات، در مقرره‌ای متحدالشکل، دشوار و زیاده‌خواهی است. لذا تعریف ماده ۱۳ از نوشته، خودبخود فرم‌های الکترونیکی انعقاد قرارداد را شامل می‌شود، زیرا این طرز تلقی با هدف کنوانسیون مطابقت داشته و دقیقاً رفع‌کننده ابهام به شیوه‌ای می‌باشد که در ماده ۷ پیش‌بینی گردیده است. به علاوه، ماده ۱۳ در مبحث دوم (مقررات کلی) کنوانسیون قرار گرفته که خود اقتضای تفسیر موسع را دارد.^{۲۶۰}

۴. بررسی موردی قراردادهای بسته‌ای (Shrink-Wrap)

۶۲. توافقات بسته‌ای، یکی از شیوه‌های انعقاد قرارداد هستند که ممکن است شمول ماده ۱۳ بر آنها محل تردید باشد. این دسته از توافقات با سکوت یا عدم اقدام تأیید می‌شوند، زیرا نیازی نیست که کاربر به منظور اعلام قبول، عمل خاصی انجام دهد.^{۲۶۱} کنوانسیون وین، به‌صراحت قبول با سکوت یا عدم اقدام را در ماده ۱۸ منع کرده است.^{۲۶۲} با این حال، راه حل این

۲۵۷. بند (۲) ماده ۷ کنوانسیون وین.

۲۵۸. همان.

۲۵۹. هونولد، پیشین، ش ۹۶ تا ۱۰۳. تدوین‌کنندگان کنوانسیون از پذیرش مقررات داخلی به‌عنوان مرجع رفع ابهام و اجمال آن امتناع کرده‌اند، زیرا این مقررات ماهیت متفاوت داشته، منجر به سردرگمی گردیده و در سیستم‌های مختلف با هم تفاوت دارند. از آن‌رو که هدف کنوانسیون وین ترویج متحدالشکل ساختن اصول تجارت بین‌الملل با وجود توجه به «نظام‌های مختلف اجتماعی، اقتصادی و حقوقی» است، مراجعه به حقوق داخلی و عملاً نیل به این هدف را عقیم می‌سازد. رک. مقدمه کنوانسیون وین.

۲۶۰. هونولد، پیشین، ش ۱-۱۰۳ الی ۱۱۳. کنوانسیون وین، صرف ساخت و ساز را شامل نمی‌شود. برآورد مواد مرتبط با این مسئله در مواد ۱ الی ۵ آمده که دربردارنده بیع‌هایی است که کنوانسیون شامل آنها بوده یا آنها را شامل نمی‌شود.

261. Larson, *supra* note 87, at 466.

۲۶۲. بند (۱) ماده ۱۸ کنوانسیون وین، «سکوت یا عدم اقدام فی‌نفسه دلالت بر قبول ندارد».

See also, Rob Schultz, Note, *Rolling Contract Formation Under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 35 Cornell International Law Journal 263, 264 (2002).

مشکل را می‌توان در خود کنوانسیون یافت. اگر بایع و مشتری نسبت به این شیوه از انعقاد قرارداد - توافق‌های بسته‌ای - تراضی نمایند، قصد جازم آنها بر معامله تحقق می‌یابد.^{۲۶۳} از آن‌رو که مشتری باید قبول خود را نسبت به این شیوه از انعقاد قرارداد ابراز دارد، لذا او در رضای به ایجاب نقش فعالی دارد. بنابراین محدودیت مذکور برای توافق با سکوت یا عدم اقدام مجری نخواهد بود.^{۲۶۴}

۶۳. به‌طور خلاصه، تصریح به دو رسانه نوشته که اکنون دیگر قدیمی شده‌اند، منجر به عدم شمول ماده بر انعقاد الکترونیکی قرارداد نخواهد بود. هدف و قلمرو ماده ۱۳ که با مواد دیگر نیز تکمیل گردیده و مقصود کنوانسیون در توسعه تجارت جهانی از طریق ارائه اصول متحدالشکل حاکم بر قرارداد، گویای آن است که اساساً شیوه‌های نوین قابل پذیرش هستند.^{۲۶۵} این طرز تلقی منجر به آن است که کنوانسیون باز هم به‌روز بماند و پذیرش فرم‌های الکترونیکی قرارداد، گواه بر متحدالشکل بودن و انعطاف بی‌دردسر کنوانسیون برای شمول اوضاع و احوال نوین در زمانه در حال تحول می‌باشد.

بخش پنجم رفع ابهام از ماده ۱۳ با دیگر مقررات جهانی

۶۴. این مقاله نشان داد که قراردادهای مبتنی بر رایانه، به‌موجب کنوانسیون معتبرند. در نتیجه نیازی به اصلاح و تغییر در کنوانسیون وجود ندارد. قصد کنوانسیون و ماده ۱۳ بر تفسیر موسع از نوشته دلالت دارد که این امر، با پیشینه تقنینی، رویه قضائی و حقوق بازرگانی فراملی نیز تقویت شده است. از این‌رو، تحلیل شمول ماده ۱۳ بر قرارداد الکترونیکی، در صورتی که همراه با بررسی مقررات داخلی و بین‌المللی که اخیراً در باب تجارت الکترونیکی تنظیم یافته‌اند، نباشد، خالی از فایده خواهد بود. بر همین اساس، بخش پنجم به تبیین این مسئله می‌پردازد که چگونه مقرراتی از این دست، ابهام ماده ۱۳ را رفع می‌کنند و چگونه می‌توان کنوانسیون وین را با این حوزه پیوند داد. مبحث (الف)، قانون نمونه آنسیترا در باره تجارت الکترونیکی - به‌عنوان چهارچوب قانونی سازمان ملل متحد برای تدوین مقررات داخلی کشورها در باب تجارت

۲۶۳. رک. پانوش ش ۲۳۳. رضایت از طریق سکوت ممکن است به‌موجب عرف تجاری معمول باشد.

۲۶۴. فروشندگان کالاهایی که از طریق بسته‌ای [Shrink-wrap agreements] قابل فروشند، همانند نرم‌افزار رایانه‌ای، به این دلیل این شکل از قرارداد را برمی‌گزینند که مقتضی حفظ حقوق مالکیت معنوی است و هزینه بازرگانی را با فقدان نیاز به اخذ رضایت عینی مشتری، کاهش می‌دهند. با این حال، این دسته از قراردادهای به‌منظور حفظ پروانه‌های نرم‌افزار تنها در سطح مبادله با مصرف‌کنندگان انجام می‌شوند که مشمول کنوانسیون وین نمی‌باشند.

۲۶۵. رک. بخش‌های سوم و چهارم همین مقاله.

الکترونیکی- را مطرح می‌سازد.^{۲۶۶} از اواسط دهه ۱۹۹۰، پدیده تجارت الکترونیکی کشورها را به رفع موانع قانون موجود فرا راه تجارت الکترونیکی برانگیخته است.^{۲۶۷} مبحث (ب) در مقام بررسی موردی تلاش‌های داخلی برای قایل شدن اعتبار مساوی به قراردادهای الکترونیکی، به تحلیل وضعیت ایالات متحده- به عنوان بزرگترین فعال تجارت الکترونیکی در جهان- می‌پردازد.^{۲۶۸}

الف. عرصه بین‌المللی: قانون نمونه آنسیترال درباره تجارت الکترونیکی

۶۵. قانون نمونه سازمان ملل متحد درباره تجارت الکترونیکی برای پیشرفت بیشتر و متحدالشکل کردن تجارت بین‌الملل با قرار گرفتن معاملات الکترونیکی در شمول قراردادهای بین‌المللی تنظیم گردیده است تا با به کارگیری فزاینده این شیوه‌ها مطابقت یابد.^{۲۶۹} قانون نمونه، به دلیل نیاز به تشریفات نوشته، کاغذ را به عنوان یکی از موانع عمده قانونگذاری در باب تجارت الکترونیکی محسوب داشته است.^{۲۷۰} قانون مذکور، «امنیت حقوقی استفاده روزافزون از پردازش خودکار داده را در تجارت بین‌المللی تضمین می‌کند».^{۲۷۱} البته قانون نمونه، ارتباطات الکترونیکی را مشروط به عدم خدشه به مقررات داخلی و بین‌المللی راجع به مدارک کاغذی به رسمیت شناخته است.^{۲۷۲} مواد این قانون نسبت به تمام انواع داده‌پیام که در فعالیت‌های بازرگانی مورد

266. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment*, U.N. GAOR, 6th Comm., A/51/628 (1996)

[پس از این: قانون نمونه آنسیترال درباره تجارت الکترونیکی].

267. Poggi, *supra* note 14, at 237.

۲۶۸. برای دیدن فهرست بیش از ۵۵ کشور و مقررات داخلی آنها درباره تجارت الکترونیکی، رک. Baker & MacKenzie, *Global E-commerce Law: International Regulations & Legislation* (2003), at: www.bmck.com/ecommerce/intlegis.htm

«در نیمه دهه ۱۹۹۰، رشد ناگهانی تجارت الکترونیکی در اینترنت، منجر به آن گردید که تقریباً قانونگذاران تمام کشورهای اروپایی و آمریکایی، قوانین موضوعه‌ای را برای رفع موانع موجود در راه تجارت الکترونیکی به تصویب رسانند». پوگی، پیشین، ص ۲۲۶.

269. See generally, *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce*, *supra* note 266, at preamble. Guide to Enactment, chap. I.F.19.

(«تصمیم به تدوین قانون نمونه منبعث از این واقعیت است که در عمل، راه حل اکثر مسائل حقوقی ناشی از وسایل نوین ارتباطات را باید در قراردادها جست»).

270. *Id.* at chap. I.E.15; see also Ritter & Gliniecki, *supra* note 45.

271. *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce*, *supra* note 265, at preamble.

مقررات تدوین یافته، حداقل استانداردهای مورد قبول هستند و لذا قانون نمونه مانع از آن نیست که کشورها خود تشریفات مفصل‌تری پیش‌بینی نمایند. رک. راهنمای تدوین قانون نمونه.

۲۷۲. راهنمای تدوین قانون نمونه ۱۹۹۶. اگرچه قانون نمونه به دنبال آن است که دولتها را در به روزرسانی قوانین خود یاری دهد، اما این کار به معنی «به‌حاشیه راندن تمام تشریفات کاغذی موجود، خدشه به مفاهیم حقوقی یا ارائه معیارهایی اولی بر آن تشریفات» نیست.

استفاده قرار می‌گیرند، مجریست.^{۲۷۳} قانون مذکور به‌طور مستقیم موانع حقوقی ناشی از اصطلاحاتی چون نوشته، امضا شده (یا امضا) و اصلی را از حیث ارتباط آن با انعقاد الکترونیکی قرارداد بررسی کرده است.^{۲۷۴} در مجموع، قانون نمونه آنسیترال را شاید بتوان به‌عنوان پاسخی جامع برای رفع ابهام از برخی قسمت‌های کنوانسیون وین، همچون ماده ۱۳، محسوب داشت؛ چون به‌طور مستقیم مباحث مربوط به نوشته را برای حل مسائل راجع به انعقاد قرارداد، شامل ایجاب، قبول، عوض و تعدیل مطرح ساخته است.^{۲۷۵}

۱. مؤلفه‌های اصلی قانون نمونه آنسیترال

۶۶. قانون نمونه این بحث را مطرح می‌سازد که اثر حقوقی روابط الکترونیکی، نباید «صرفاً به این دلیل که به شکل داده‌پیام هستند» انکار شود.^{۲۷۶} اثر حقوقی در صورت اقتضا، شامل «ادله اثباتی» نیز خواهد بود.^{۲۷۷} قانون نمونه، به‌جای آنکه مدارک الکترونیکی را مستقیماً معادل مدارک کاغذی بداند، با کنار گذاشتن «کارکرد مدارک کاغذی که در آن تشریفات لازم طی شده»، داده‌پیام را دارای «کارکردی یکسان» محسوب داشته و لحاظ این تشریفات را در داده‌پیام تشریح کرده است.^{۲۷۸} انجام ایجاب، قبول و هر یک از ارکان لازم برای تشکیل قرارداد «از طریق داده‌پیام» معتبر است.^{۲۷۹} واژه کتبی با مفهومی فراتر از آنچه در کنوانسیون وین آمده، به گونه‌ای توصیف گردیده که شامل داده‌پیام نیز باشد، به‌شرط اینکه در مراجعات بعدی قابل دستیابی باشد.^{۲۸۰} قانون نمونه اعتبار داده‌پیامی را که به‌عنوان امضای الکترونیکی به‌کار می‌رود، به‌رسمیت شناخته، با این فرض که امضا کننده و رضای او از این طریق قابل اثبات است.^{۲۸۱}

۲۷۳. همان، ماده ۱. با این حال دولتها می‌توانند این امر را محدود به داده‌پیام‌های بین‌المللی نمایند.

274. *Id.* at Guide to Enactment, chap. I.A.3; see also Poggi, *supra* note 14, at 237.

۲۷۵. رک. قانون نمونه آنسیترال درباره تجارت الکترونیکی، باب اول، فصل اول (مقررات عمومی)، فصل دوم (اعمال تشریفات قانونی در داده‌پیام)، فصل سوم (ارتباط و ابلاغ داده‌پیام).

۲۷۶. همان، ماده ۵.

۲۷۷. همان، بند (۲) ماده ۹.

۲۷۸. همان، نیز، رک. بند (۱) (الف) از بخش پنجم همین مقاله.

۲۷۹. بند (۱) ماده ۱۱ قانون نمونه ۱۹۹۶.

۲۸۰. همان، بند (الف) ماده ۲. «داده‌پیام» به معنی اطلاعات ایجاد، ارسال، دریافت یا ذخیره شده با وسایل الکترونیکی، دیداری یا مشابه است؛ اما محدود به مبادله الکترونیکی داده، نامه الکترونیکی، تلگرام، تلکس یا تلکپی نخواهد بود؛ رش. ماده ۶ قانون نمونه ۱۹۹۶.

۲۸۱. همان، ماده ۷. اهمیت امضای الکترونیکی ناشی از اهمیت مفهوم هویت در اینترنت است. رک. کِنْدی، پیشین. وجود معیارهای تصدیق برای پذیرش امضاهای داده، ارزش حیاتی دارند. برای دیدن اطلاعات بیشتر در مورد امضاهای دیجیتالی و تصدیق، رک. بالن، پیشین.

اصالت داده‌پیام نیز از حیث شبیه‌سازی و صحت آن مورد بررسی قرار گرفته است.^{۲۸۲} زمان و مکان ارسال داده‌پیام نیز با ایجاب و قبول ارتباط می‌یابد.^{۲۸۳} ارسال داده‌پیام زمانی است که فرستنده کنترلی بر داده‌پیام در سیستم رایانه‌ای نداشته باشد، مگر اینکه طرفین به گونه‌ای دیگر توافق نمایند.^{۲۸۴}

۲. اعمال کنوانسیون وین

۶۷. قلمرو قانون نمونه، عمداً موسع در نظر گرفته شده تا امکان «اعمال گسترده» آن بر ارتباطات الکترونیکی، جهت تسهیل استفاده روزافزون آنها در سطح بین‌المللی فراهم گردد.^{۲۸۵} ساختار قانون از ارائه تمام اقسام محتمل انعقاد قرارداد به شیوه الکترونیکی طفره رفته است. به جای این رویه، قانون نمونه واژگان کلیدی را با عباراتی باز تبیین کرده که راهنمای خوبی برای کشورها در اعمال عبارت در شرایط مختلف به بهترین شکل می‌باشد. انتخاب این شیوه بر مبنای رویه کارکرد یکسان ارتباطات الکترونیکی است. تدوین‌کنندگان قانون نمونه معتقدند که «آنچه به شیوه الکترونیکی ذخیره می‌شود، می‌تواند همان اندازه از ایمنی را داشته باشد که مدارک کاغذی داراست و حتی در اکثر موارد، به‌ویژه از حیث تشخیص مرجع صدور و محتوای داده، قابل اعتمادتر و سریع‌تر است».^{۲۸۶}

۶۸. مهم‌تر از همه آنکه، قانون نمونه تصدیق می‌کند که این قانون می‌تواند به‌عنوان «وسیله‌ای» برای تفسیر «کنوانسیون‌های بین‌المللی موجود ... که موجد موانع حقوقی هستند» به‌کار رود.^{۲۸۷} رویه «رسانه‌ی بی‌طرف»^{۲۸۸} در قانون مذکور، در باب روش‌های تجارت الکترونیکی به‌عنوان جایگزین ارتباطات، ذخیره اطلاعات و تصدیق کاغذی، در واقع انعکاس رسمیت آنها از سوی سازمان ملل متحد به‌عنوان رویه تجارت بین‌الملل است.^{۲۸۹} اگرچه در بخش

۲۸۲. ماده (الف) (۱) ۸ قانون نمونه آنسیترا ل درباره تجارت الکترونیکی، داده‌پیمایی که دارای شرایط مدرک اصلی و تصویر قابل اعتمادی از آن باشد «زمانی ایجاد می‌شود که در نخستین وهله به شکل نهایی تولید شود». صحت، زمانی حاصل می‌گردد که پیام صرف‌نظر از «هرگونه تأیید و تغییر که در فرایند معمولی ارتباط، ذخیره و نمایش انجام می‌شود»، «بدون تغییر و تحریف باقی بماند».

۲۸۳. همان، ماده ۱۵.

۲۸۴. همان.

۲۸۵. همان، مقدمه.

۲۸۶. راهنمای تدوین قانون نمونه. فرض بر این است که «تشریفات فنی و حقوقی رعایت شده است». برخی از دلایل مشکل‌ساز شدن قراردادهای کاغذی به‌شرح زیر است: مشروع بودن، امکان تغییر، امکان تهیه روگرفت، سندیت و مسموع بودن در محاکم.

287. Guide to Enactment, at chap. I.A.5.

288. *Id.* at chap. I.A.6.

289. *Id.* at chap. I.A.6.

چهارم، پذیرش قراردادهای مبتنی بر رایانه مطابق با کنوانسیون وین اثبات گردید، قانون نمونه نیز، در صورتی که کشورها آن را وارد نظام حقوقی داخلی خود ساخته یا مقرر مشابیهی به تصویب رسانند، رافع خلأ ماده ۱۳ خواهد بود. حق شرط مذکور در ماده ۹۶ کنوانسیون وین دولتها را مختار می‌سازد تا ضمن صدور اعلامیه‌ای مطابق با ماده ۱۲ مقرر نمایند که قراردادهای بیع «به شکل کتبی منعقد می‌شود و یا باید مستند به نوشته باشد»؛ همانند حالتی که در مقررات داخلی چنین قیدی موجود باشد.^{۲۹۰} برای مثال، فروشنده‌ای در استرالیا می‌تواند به‌طور صریح مشتری رومانیایی خود را ملزم کند که تنها از قراردادهای الکترونیکی استفاده نماید یا به دلیل پیش‌بینی وسایل الکترونیکی ارتباط در مقررات داخلی، استفاده از این افزارها مجاز باشد.

۶۹. اگرچه قانون نمونه، الزام‌آور به‌شمار نمی‌آید، تلاش‌های آنسیترال برای شناسایی بین‌المللی قراردادهای غیر کاغذی، حقوق داخلی کشورهایی را که حمایت یکسانی از قراردادهای الکترونیکی به‌عمل نیاورده یا در مورد آنها ساکت هستند را تحت تأثیر قرار داده است.^{۲۹۱} اقدامات سازمان ملل به قانون تجارت الکترونیکی محدود نشده است. در سال ۲۰۰۱، آنسیترال مقررات نمونه‌ای را در باب امضاهای الکترونیکی، با عنوان «قانون نمونه آنسیترال درباره امضاهای الکترونیکی» تدوین نمود.^{۲۹۲} این قانون اصول راجع به امضا، مذکور در قانون نمونه تجارت الکترونیکی را تأیید کرده است، تا از این طریق دولتها را در اعتماد به علایم دیجیتالی و شناسایی اثر حقوقی متحدالشکل و یکسان با امضاهای دستی، مساعدت کند.^{۲۹۳}

ب. عرصه داخلی: اقدامات ایالات متحده برای پذیرش انعقاد قرارداد به شیوه الکترونیکی

۷۰. آرمان آنسیترال در متأثر ساختن مقررات داخلی، به واقعیت بدل شده است.^{۲۹۴}

290. CISG, *supra* note 18, arts. 12, 96; see also Annotated Text of CISG, at <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/e-text-96.html#commentary>, derived from Albert H. Kritzer, *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Kluwer Law 1994).

291. Nichols, *supra* note 33, at 1404-05.

292. UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures, U.N. Doc.A/56/588, U.N. Sales No. E.02.V8 [پس از این: قانون نمونه آنسیترال درباره امضاهای الکترونیکی], (UNCITRAL 2001).

۲۹۳. همان، مقدمه. رک. «امضای الکترونیکی» در ماده ۲. «کارکرد یکسان فناوری‌های امضا» (ماده ۳)، «فعل امضاکننده» (ماده ۸)، «فعل تأمین‌کننده خدمات اینترنتی» (ماده ۹) و «به‌رسمیت شناختن گواهی‌ها و امضاهای الکترونیکی خارجی» (ماده ۱۲). «اگر امضای دیجیتالی، ۱۵۰ مفهوم متفاوت در ۱۵۰ کشور مختلف داشته باشد، تجارت الکترونیکی میسر نخواهد بود».

Making Rules for Electronic Commerce, ICCWBO, at:

www.iccwbo.org/home/news_archives/1997/making_rules.asp (Nov.14, 1997).

294. See generally Baker & MacKenzie, *supra* note 268.

ایالات متحده، بزرگترین شریک تجاری الکترونیکی در سطح جهان،^{۲۹۵} از درخواست آنسیترال مبنی بر رفع موانع از جریان آزاد تجارت الکترونیکی - به منظور تبدیل آن به یکی از شیوه‌های عمده انعقاد قرارداد در بازرگانی بین‌المللی - استقبال کرده است.^{۲۹۶} مشخصاً، این کشور قانون (اجباری) E-SIGN را در سطح فدرال و دو قانون نمونه یوتا و یوسیتا را به‌عنوان مقررات اختیاری برای تصویب ایالت‌ها تدوین نموده است.^{۲۹۷} اگرچه این قسمت از مقاله تنها به معرفی مؤلفه‌های اصلی و اجرای مقررات داخلی راجع به تجارت الکترونیکی می‌پردازد، رشته ناگسستگی که تمام بخش‌های این مقاله را به هم پیوند می‌دهد، تأیید صریح قراردادهای الکترونیکی به‌عنوان نوشته معتبر است تا از این حیث با اجداد کاغذی خود تفاهم داشته باشند.

۱. قانون امضاهای الکترونیکی در تجارت جهانی و داخلی (E-SIGN)

۷۱. بخش اول قانون آمریکایی E-SIGN، ترکیبی از اصول مبنایی قوانین نمونه آنسیترال درباره تجارت الکترونیکی و امضاهای الکترونیکی به‌شمار می‌آید. این قانون حاوی قواعد عامی درباره امضاها، قراردادها یا «هر بحث دیگری راجع به این دسته از معاملات» می‌باشد که نباید «اثر حقوقی، اعتبار یا قابلیت اجرایی آن، صرفاً به دلیل اینکه در قالب الکترونیکی است، انکار گردد».^{۲۹۸} این قاعده هم بر معاملات مصرف کنندگان و هم بر معاملات تجار مجری خواهد بود.^{۲۹۹} در اصل E-SIGN، وضعیتی همانند قراردادهای کاغذی برای قراردادهای بی‌کاغذ قایل است؛ به گونه‌ای که طرفین می‌توانند «بدون حتی مبادله مدارک در قالب کاغذی» معامله کنند.^{۳۰۰} لذا، شخص با انتخاب نمایه «من موافقم» متعهد می‌گردد.^{۳۰۱} E-SIGN انعقاد غیر کاغذی قرارداد را بدون اینکه فناوری خاصی را بر دیگری ترجیح دهد، در بر می‌گیرد و قانونگذاری ایالتی را از تصویب چنین مقرراتی منع می‌کند.^{۳۰۲}

295. See Vigoroso, *supra* note 9.

296. See generally Poggi, *supra* note 14, at 238.

۲۹۷. رک. بند ۱-۳ (ب) از بخش پنجم همین مقاله.

۲۹۸. 15 U.S.C.A. § 7001 (a)(1)-(2) (2000). «صدا، نماد یا فرایند الکترونیکی که به قرارداد یا سابقه دیگر الصاق شده یا به‌طور منطقی (ریاضی) با آن همسان گردیده و از سوی شخصی با قصد امضا انجام شده باشد، اطلاق می‌گردد». 15 U.S.C.A. § 7006(5) (2000).

299. *Id.*; see also Poggi, *supra* note 14, at 239.

300. Winters, *supra* note 43; see also Kenneth R. Costello, *Franchise Sales on the Internet*, 7/01/02 FRANCHWLD 37, available at 2002 WL 11450317.

301. 15 U.S.C.A. § 7001 (c)(1) (2000).

۳۰۲. وینتر، پیشین. E-SIGN (Electronic Signature in Global and National Commerce Act) تنها زمانی به‌عنوان قانون موضوعه ایالتی محسوب نمی‌گردد که آن ایالت قانون متحدالشکل ارتباطات الکترونیکی را تصویب نماید یا آیین مشابهی را که با E-SIGN در تضاد نباشد، جایگزین نماید. رک. بند (۲) (ب) بخش پنجم همین مقاله.

۲. قانون متحدالشکل معاملات الکترونیکی (یوتا)

۷۲. یوتا، همانند نقطه مقابلش در سطح فدرال E-SIGN، قانون نمونه ایالتی است که از امضاها یا سایر سوابق الکترونیکی در مقابل «انکار اثر حقوقی یا قابلیت اجرایی، صرفاً به دلیل قالب الکترونیکی آنها» حمایت می‌کند.^{۳۰۳} قانون مذکور، این عموم را تضمین می‌کند که قراردادهای الکترونیکی معتبرند. همانند کنوانسیون وین، یوتا قصد ندارد که بر تشریفات بیافزاید. برای مثال، یوتا نوشته را الزامی نکرده، بلکه به جای این کار تصریح دارد که در هر مورد که تشریفات نوشته نیاز باشد، می‌توان آن را با وسایل الکترونیکی به جا آورد و نیز روش‌های امضا، قصد امضا را مدلل می‌سازند.^{۳۰۴} یوتا همچنین دارای محدودیت‌هایی، از جمله در مورد مدارک دال بر وصیت می‌باشد که در اکثر موارد از قانون متحدالشکل تجاری (UCC) و برخی دیگر از قوانین موضوعه اقتباس شده‌اند.^{۳۰۵} هر چند یوتا به هدف امضا بیش از صرف درج آن در مدرک الکترونیکی - بدان گونه که در E-SIGN مطرح است - توجه دارد، قانون مذکور بر شخصی که مسئولیت ناشی از بروز خطا را بر دوش می‌کشد، تأکید ویژه‌ای دارد. یوتا به شخصی که بر اشتباه تکیه می‌کند، اطمینان می‌دهد که قراردادهای منعقد شده برای طراحی پایگاه اینترنتی یا سایر توافقات، نهایت وضوح و تعامل میان طرفین را تضمین خواهد کرد. این امکان نیز فراهم می‌گردد که با انتخاب نمایه (کلیک بر نقطه‌ای خاص) از سوی شخصی به‌عنوان اعلام رضا، او واقعاً به مفهوم عمل خویش آگاه باشد.^{۳۰۶} نمایندگان الکترونیکی نیز از نظر یوتا شیوه‌ای معتبر برای انعقاد قرارداد به‌شمار می‌آیند، حتی اگر کاربران بر محتوای معاملات نمایندگان نا آگاه بوده یا اقدام به بررسی آن ننمایند.^{۳۰۷} اگر ایالتی، یوتا را تصویب نماید، به‌هیچ وجه نمی‌تواند طرفین را به قبول امضای الکترونیکی ملزم نماید، مگر اینکه طرفین بر انجام معامله به شیوه الکترونیکی تراضی نمایند.^{۳۰۸}

۳. قانون متحدالشکل معامله اطلاعات رایانه‌ای (یوسیتا)

۷۳. سومین قانون مهم ایالات متحده، قانون بحث‌انگیز یوسیتا می‌باشد که به وسیله کنفرانس ملی نمایندگان قوانین متحدالشکل ایالتی به‌عنوان «قانون قرارداد تجاری راجع به

۳۰۳. بند (الف) ماده ۷ یوتا [Uniform Electronic Transactions Act] (۲۰۰۱). تمام یا قسمتی از این مقرر به توسط ۳۸ ایالت به‌علاوه حوزه کلمبیا به‌تصویب رسیده است.

۳۰۴. رک. بخش‌های (ج) (د) ۷ و (و) ۲ یوتا (راجع به تعریف سوابق الکترونیکی)، (۸) ۲ (راجع به تعریف امضای الکترونیکی). 305. Fry, *supra* note 51, at 254.

306. *Id.*

307. See Coyle & Wetzel, *supra* note 17.

308. See Poggi, *supra* note 14, at 238.

معامله اطلاعات رایانه‌ای» تدوین گردیده است.^{۳۰۹} قانون مذکور نماد کار بزرگی است که بعد از عقیق ماندن تلاش‌هایی که برای انطباق ماده ۲ قانون متحدالشکل تجاری با شبیه‌سازی پروانه‌های اطلاع‌رسانی و نرم‌افزار به انجام رسیده است.^{۳۱۰}

۷۴. یوسیتا، عمدتاً به پروانه‌های استفاده از نرم‌افزار، پروانه‌های دسترسی به داده‌های آن‌لاین، توافق‌های کاربران اینترنت و «توافق‌های اطلاع‌رسانی که بیشتر جنبه اینترنتی دارند»، اجرا می‌گردد.^{۳۱۱} ویژگی عمده یوسیتا این است که به حقوق فروشندگان در مقابل مصرف‌کنندگانی می‌پردازد که در حوزه اجرایی آن قرار ندارند.^{۳۱۲} یوسیتا این حق را به روش‌های زیر اعمال می‌کند: (۱) مصرف‌کنندگان اغلب باید قبل از بررسی نرم‌افزار، شروط قرارداد را بپذیرند. (۲) قراردادهای بیع به‌جای آنکه مشروط به شرایط بیع باشد، دارای شروطی می‌باشد که در پروانه ذکر گردیده است. (۳) از آن جهت که اعطا کننده پروانه، توافق‌نامه را تنظیم می‌کند (و لذا عبارات آن را مشخص می‌نماید)، اغلب حوزه قضائی را به سود خویش بر می‌گزیند.^{۳۱۳} یوسیتا از E-SIGN و یوتا اقتباس شده و البته در آن به‌جای اصطلاح «امضا» از «تصدیق» (Authentication) که شامل صداها، رمزگذاری یا هر فرایند دیگری شامل ذخیره یا ارائه نمادی که نشان دهد که طرف قرارداد تهیه، قبول یا تغییر محتوای سوابق را تأیید کرده است.^{۳۱۴} فرایند تصدیق باید از بعد فنی بی‌طرفانه بوده و مدارک کافی برای تأیید و رسمیت آن موجود باشد.^{۳۱۵}

۷۵. ویرجینیا نخستین ایالت از تنها دو ایالتی است که یوسیتا را تصویب کرده و جز در مواردی که طرفین پیش از قرارداد به گونه‌ای دیگر توافق کرده باشند، مدعی صلاحیتند.^{۳۱۶} بر عکس، آیوا یوسیتا را قانونی بسیار افراطی دانست که به‌مثابه «پناهگاهی» عمل می‌کند و «صریحاً همه را از اجرای یوسیتا به‌عنوان قانون حاکم علیه شهروندان یا تجار آیوایی محروم می‌سازد».^{۳۱۷}

309. Uniform Computer Information Transaction Act [UCITA], Prefatory Note (1999), available at <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucita/ucita01.htm> [بعد از این، یوسیتا].

310. Winters, *supra* note 43.

311. Brian D. McDonald, *The Uniform Computer Information Transactions Act*, 16 Berkeley Tech. L.J. 461, 461 (2001).

312. *Id.* at 463.

313. *Id.* at 464; see UCITA, *supra* note 309.

314. UCITA, *supra* note 309, at Part 1.A, cmt 4.

315. *Id.*

316. McDonald, *supra* note 311, at 466.

317. *Id.* at 468-69.

۷۶. اگرچه یوسیتا تنها به عنوان یکی از منابع قانونی ایالات متحده در باب تجارت الکترونیکی (یا قانون نمونه) پذیرفته شده، وجود آن به عنوان بخشی از منابع حقوقی، گام مهمی در ارزیابی مقررات داخلی راجع به معاملات رایانه‌ای به شمار می‌آید. یوسیتا علیرغم ماهیت بحث‌انگیزش، هنوز هم نمود دیگری از پذیرش قراردادهای مبتنی بر رایانه است که در معاملات تجاری بین‌المللی برای انطباق با کنوانسیون وین و یا شاید تکمیل آن ترجیح داده می‌شود.

ج. منوط کردن کنوانسیون وین و ماده ۱۳ قانونگذار داخلی

۷۷. جز در مواردی که کنوانسیون، قانون داخلی کشوری باشد،^{۳۱۸} عموماً قواعد داخلی در اختلاف راجع به کنوانسیون وین به کار گرفته نمی‌شوند. با یادآوری اینکه هدف کنوانسیون ارائه قواعد بی‌طرفانه‌ای برای انتخاب قانون حاکم از سوی کشورهای مختلف است،^{۳۱۹} بنابراین کشورها می‌توانند، مطابق با ماده ۱۱ که کشورها را در اعمال مقررات داخلی راجع به نوشته آزاد می‌گذارد، آن را در قراردادها به کار گیرند.^{۳۲۰} این امر با حق شرط مذکور در مواد ۱۲ و ۹۶ تکمیل گردیده که اجرای تشریفات نوشته را در تشکیل و تعدیل قرارداد مجاز می‌دارد (ماده ۲۹).^{۳۲۱} لذا طرفین قرارداد مشمول کنوانسیون می‌توانند قراردادهای الکترونیکی یا کاغذی را بپذیرند یا راجع به این مسئله سکوت نمایند. در صورت سکوت، هر روشی مقبول خواهد بود. برای مثال، فروشنده‌ای از ایالات متحده می‌تواند در رابطه با مشتری آلمانی خود اعمال قانون آمریکا را شرط نماید که در این صورت انعقاد الکترونیکی قرارداد همانند نوشته معتبر خواهد بود. از این لحاظ، قوانین داخلی تفسیر آزاد منشانه‌ای از ماده ۱۳ دارند، برای مثال مقررات ایالات متحده ارزش برابری برای قراردادهای الکترونیکی و کاغذی قایلند.^{۳۲۲} البته هر یک از ایالات تابع حقوق قرارداد داخلی خود هستند.^{۳۲۳} اگر کنوانسیون وین انتخاب شود، همان گونه که برای جلوگیری از نبرد فرم‌ها اغلب چنین می‌کنند، قراردادهای الکترونیکی به عنوان نوشته‌های قرارداد معتبر هستند. پیچیدگی حقوق داخلی هدف کنوانسیون وین را برجسته‌تر می‌سازد: متحدالشکل ساختن

۳۱۸. رک. مبحث (ب) از بخش دوم همین مقاله.

۳۱۹. رک. بخش دوم همین مقاله.

320 Bernard Audit, *Lex Mercatoria and Arbitration*, (Thomas E. Carbonneau ed., rev. ed. Juris Publishing 1998. 184 n.48, at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/audit.html>

۳۲۱. همان.

۳۲۲. البته دولتها می‌توانند به راحتی با اعمال حق شرط، قراردادهای الکترونیکی را استثنا نمایند. اقدام طرفین به این کار مستمسک تخطی از کنوانسیون وین نخواهد بود، زیرا هرگونه تغییر در این زمینه مشروط به صدور اعلامیه قبلی است. رک. E-SIGN.

۳۲۳. مقررات داخلی، همانند مواردی که سازمان ملل مثال زده، اغلب هماهنگی دقیقی با نیازهای تجارت بین‌الملل ندارند. قوانین داخلی بیش از آنکه مبتکر و پیش‌تاز باشند، منفعل هستند.

See AUDIT, *supra* note 320; Nichols, *supra* note 32, at 1406.

قراردادهای بیع بین‌المللی.^{۳۲۴}

۷۸. سابقه قضائی غیر از دو پرونده پیش‌گفته راجع به فاکس، درباره اعتبار قراردادهای الکترونیکی یافت نشد.^{۳۲۵} شاید این امر ناشی از آن باشد که قراردادهای الکترونیکی ذاتاً مشمول نوشته مذکور در کنوانسیون وین می‌باشند. تجار اغلب به دنبال رژیم‌های غیر حقوقی برای اختلافات خود هستند و تمسک به روابط تجاری یا حل و فصل مسائل پیش آمده را بر طرح دعوی ترجیح می‌دهند. با این همه، بازرگانان باید اطمینان یابند که در صورت اجرای کنوانسیون وین بر قراردادهای بیع بین‌المللی، تحلیل ماده ۱۳ در هر صورت به سود قراردادهای الکترونیکی خواهد بود. به علاوه، آنان می‌توانند برای جانبداری از این قراردادها، به قوانین نمونه آنسیترال درباره تجارت الکترونیکی و امضاها الکترونیکی و در بیشتر کشورها به مقررات داخلی تمسک نمایند.

بخش ششم نتیجه‌گیری

۷۹. از آن‌رو که کنوانسیون وین، مهمترین مرجع در باب بیع بین‌المللی است، خارج بودن قراردادهای مبتنی بر رایانه از شمول تعریف قرارداد مکتوب، می‌تواند از بعد نظری منجر به خلأ عمده‌ای در اطمینان و قابل پیش‌بینی بودن قراردادهای بیع بین‌المللی باشد. قراردادهای الکترونیکی، معاملات بیع بین‌المللی را با ارائه روش‌های انجام سریع و آسان امور تجاری، هم تسهیل و هم پیچیده کرده‌اند؛ به گونه‌ای که حتی یک نفر با یک رایانه و یک ارتباط اینترنتی می‌تواند به رقیبی متبحر در عرصه جهانی تبدیل شود. در مقاله حاضر بررسی شد که اگرچه ماده ۱۳ کنوانسیون وین به‌طور صریح شیوه‌های الکترونیکی انعقاد قرارداد را به‌عنوان روش‌های

324. See Philip Hackney, Comment, *Is the United Nations Convention on the International Sale of Goods Achieving Uniformity?*, 61 LA. L. REV. 473, 474 (2001).

۳۲۵. رک. بند (۱) (الف) از بخش پنجم همین مقاله؛ نیز، رک. به پرونده *see also Schmitz-Werke v. Rockland*, 37 Fed. Appx. 687 (4th Cir. 2002), available at 2002 U.S. App. Lexis 12336

[پرونده‌هایی که در تفسیر کنوانسیون وین به کار آیند، بسیار نادرند.] citing *Claudia v. Olivieri Footwear Ltd.*, No. 96 Civ. 8052 (S.D.N.Y April 7, 1998), available at 1998 WL 164824).

پروفسور جان هونولد از این امر انتقاد می‌کند که چرا سابقه قضائی کنوانسیون وین در آمریکا به دلیل انباشته شدن دعاوی داخلی در محاکم، که فی‌نفسه منجر به ارجحیت شیوه‌های حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلاف می‌شود، اندک است؛ درحالی‌که کشورهای اروپایی به دلیل داشتن پیشینه قضائی کنوانسیون ۱۹۶۴ لاهه، از تجربه بیشتری در این زمینه برخوردارند. هاکنی، پیشین، صص ۴۸۱-۴۸۰.

مقبول کتبی ذکر نکرده، با اینحال با تمسک به پیشینه و هدف تقنینی ماده ۱۳، ارتباط آن با سایر مواد و قلمرو کنوانسیون که از تاریخچه آن قابل استنباط می‌باشد، ماده مذکور اساساً شامل شیوه‌های الکترونیکی خواهد بود. تجار و حقوقدانان و نظام‌های قضائی، همگی باید در کنار هم، کنوانسیون را با دیدی موسع، در جهت توسعه بازار جهانی و بدون اینکه نیازی به اصلاح آن باشد تفسیر نمایند. قوانین داخلی و بین‌المللی مدام برای شمول ارتباطات الکترونیکی مدرن می‌شوند تا اطمینان و قابلیت پیش‌بینی معاملات تجاری را تحت شمول ماده ۱۳، بر انعقاد الکترونیکی قرارداد از طریق حق شرط یا عرف تجارت بین‌الملل، تضمین نمایند. نتیجتاً، کنوانسیون سازمان ملل درباره قراردادهای بیع بین‌المللی کالا، قانونی ماندگار می‌باشد که با انعطاف خود، ضمن تطبیق با عرف‌های نوین تجارت، اصول متحدالشکل خود را که توسط دو سوم از کشورهای مشغول در تجارت جهانی تدوین یافته، برای تسهیل بیع بین‌المللی همچنان حفظ می‌کند.^{۳۲۶}

۳۲۶. امکان شمول کنوانسیون وین بر موضوعات زیر مورد بحث و جدل قرار گرفته است: حمایت از مصرف‌کننده، مفاهیم جدیدی فراتر از کالا، از جمله خدمات، قواعد راجع به انعقاد قرارداد «فراتر از صرف هماهنگی با مقررات قانون نمونه آنسیترال [درباره تجارت الکترونیکی]». باس، پیشین، ص ۱۴۳.

نمایه موضوعی مجله حقوقی از شماره اول تا سی و چهارم

ابوالفضل اصغری

آبراهه‌های بین‌المللی

- ۱- نگرشی به عهدنامه ۱۹۷۵ ایران و عراق، ش پنجم، صص ۹۹-۶۵.
- ۲- طرح تغییر مسیر اروندرود و حقوق بین‌الملل، ش دوازدهم، صص ۲۶۸-۲۳۵.
- ۳- اختلافات مرزی ایران و عراق، ش سیزدهم، صص ۳۳۲-۳۲۶.
- ۴- نظام حقوقی منابع آب و آبراهه‌های بین‌المللی خاورمیانه، ش هجدهم و نوزدهم، صص ۸۸-۴۳.
- ۵- مرز در دریاچه‌های بین‌المللی، ش بیست و دوم، صص ۱۳۵-۴۹.
- ۶- آیا «حاکمیت مشترک» شیوه‌ای مناسب برای تعیین حدود رودخانه‌های مرزی است؟، ش بیست و هشتم، صص ۲۶۳-۲۴۳.

آنسیترا

- ۱- اسناد بیانیه‌های الجزایر، مقررات (داوری) آنسیترا، ش سوم، صص ۲۵۴-۲۰۴.
- ۲- اسناد بین‌المللی، قانون نمونه درباره داوری تجاری بین‌المللی، ش چهارم، صص ۲۳۰-۱۹۹.
- ۳- قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری آنسیترا، ش بیست و سوم، صص ۸۱-۳۵.

آیین دادرسی بین‌المللی

- ۱- نکاتی از آیین دادرسی بین‌المللی، ش ششم، صص ۲۳۳-۲۱۱.
- ۲- آیین‌های دادرسی بین‌المللی، ش بیست و چهارم، صص ۱۹۲-۱۲۹.

همچنین نگاه کنید به: اتاق بازرگانی بین‌المللی، استرداد دعوی، بیانیه‌های الجزایر، حل و فصل اختلافات، دادگاههای بین‌المللی، داوری، دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان دعاوی ایران - ایالات متحده، سرمایه‌گذاری بین‌المللی.

آیین دادرسی کیفری

- ۱- آیین دادرسی کیفری و جنایت دولت، ش سیزدهم، صص ۳۱۸-۳۱۳.
- ۲- حدود صلاحیت، آیین دادرسی و دعاوی قابل طرح در [کمیسیون سازمان ملل متحد]، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۱۴۷-۱۴۲.
- همچنین نگاه کنید به: دیوان بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، دیوان کیفری بین‌المللی.

اتاق بازرگانی بین‌المللی

- ۱- اسناد بین‌المللی، مقررات سازش و داوری دیوان داوری اتاق تجارت بین‌المللی، ش پنجم، صص ۲۴۲-۲۱۹.
- ۲- نظام داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، ش بیست و چهارم، صص ۱۰۴-۲۹.
- ۳- اسناد بین‌المللی، قواعد داوری و قواعد سازش اتاق بازرگانی بین‌المللی و ضمایم آن، ش بیست و چهارم، صص ۴۸۶-۲۸۵:
 - قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی؛
 - اساسنامه دیوان بین‌المللی داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی؛
 - قواعد داخلی دیوان بین‌المللی داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی؛
 - هزینه‌ها و حق الزحمه داوری [در دیوان بین‌المللی داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی]؛
 - قواعد سازش اختیاری اتاق بازرگانی بین‌المللی.
- ۴- نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل اختلاف (ADR) در مقررات جدید اتاق بازرگانی بین‌المللی، ش بیست و ششم و بیست و هفتم، صص ۳۸۲-۳۶۵.

اتباع بیگانه

- ۱- محدودیت‌های مربوط به حقوق مالی بیگانگان در قوانین ایران، ش یازدهم، صص ۷۵-۹۶.
- ۲- معیارهای سنجش ارزش اموال مصادره شده بیگانگان در آرای دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده، ش چهاردهم و پانزدهم، صص ۸۹-۳۳.
- ۳- آرای دیوان داوری [دعاوی ایران - ایالات متحده] درباره دعاوی اخراج [اتباع بیگانه]، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۶۸-۶۲.

- ۴- دعاوی پولی و ارزی [مطرح شده در دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده]، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۶۸-۷۶.
 - ۵- قراردادهای دولت با بیگانگان: تحولات معاصر در مسئله غرامت ناشی از فسخ یا نقض این نوع قراردادهای، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۳۷۷-۴۲۶.
 - ۶- ممنوعیت استملاک اموال غیرمنقول توسط بیگانگان، ش بیست و دوم، صص ۲۲۱-۲۹۷.
 - ۷- قراردادهای دولت با بیگانگان، مسئله تغییر یکجانبه قرارداد توسط دولت در حقوق بین‌الملل معاصر، ش بیست و چهارم، صص ۱۹۳-۲۴۰.
 - ۸- نگاهی دیگر به قانون حاکم بر احوال شخصیه خارجیان مقیم ایران، ش بیست و چهارم، صص ۲۴۱-۲۷۵.
 - ۹- نگاهی به جایگاه بیگانگان در حقوق بین‌الملل با تأکیدی بر اسناد بین‌المللی حقوق بشر، ش سی و یکم، صص ۱۱۹-۱۶۹.
- همچنین نگاه کنید به: حقوق بین‌الملل خصوصی، سرمایه‌گذاری بین‌المللی، مصادره.

اجرای احکام

- ۱- اجرای احکام داوری [مربوط به بیانیه‌های الجزایر]، ش اول، صص ۵۱-۵۴.
 - ۲- اجرای احکام دادگاههای خارجی به وسیله دادگاههای ایالتی و فدرال امریکا، ش دوم، صص ۱۷۳-۲۱۰.
 - ۳- اجرای احکام مدنی خارجی در انگلستان از نقطه نظر کامن‌لو، ش پنجم، صص ۱۳۳-۱۷۶.
 - ۴- قانون حاکم و اجرای احکام در داوری‌های موضوع کنوانسیون حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر، ش دهم، صص ۱۶۵-۲۰۳.
 - ۵- اجرای احکام داوری [در عهدنامه حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر] ش دوازدهم، صص ۵۶-۶۳.
 - ۶- تشریفات شناسایی و اجرای احکام خارجی و آرای داوری در حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه، ش سیزدهم، صص ۲۲۱-۲۶۸.
- همچنین نگاه کنید به: داوری.

اجرای فراسرزمینی قوانین داخلی

نگاه کنید به: پول‌شویی، تروریسم، داماتو - کندی.

احوال شخصیه

نگاه کنید به: اتباع بیگانه.

استاپل

- ۱- استاپل در کامن لو، ش دوم، صص ۲۸-۳۶.
- ۲- قاعده استاپل یا منع تناقض گوئی به ضرر دیگری، ش ششم، صص ۲۳۷-۲۵۷.
- ۳- ارتباط انصراف از استرداد دعوا با نهاد استاپل، ش چهاردهم و پانزدهم، صص ۱۱۰-۱۲۶.
- ۴- بررسی قاعده استاپل در حقوق انگلیس و امریکا، ش سی ام، صص ۵-۷۳.

استرداد

- ۱- استرداد (مرتکبین جنایات جنگ و جنایات علیه بشریت)، ش هفتم، صص ۲۳۷-۲۴۱.
- ۲- شورای دولتی فرانسه و استرداد در امور سیاسی، ش چهاردهم و پانزدهم، صص ۱۳۱-۲۰۰.
- ۳- دعوای پینوشه، معجونی از حقوق و سیاست، ش بیست و پنجم، صص ۸۵-۱۲۸.

استرداد دعوا

- ۱- استرداد دعوا، ش اول، صص ۷۵-۱۰۵.
- ۲- انصراف از استرداد دعوا در دعوای بین المللی، ش چهاردهم و پانزدهم، صص ۹۳-۱۲۸.

استفاده بلاجهت

نگاه کنید به: دارا شدن غیرعادلانه.

اسناد تجاری

- ۱- اسناد تجاری در قلمرو حقوق تجارت بین الملل (دیدگاههای پیمان ژنو ۱۹۳۰)، ش دوازدهم، صص ۸۹-۱۳۸.
- ۲- ارزیابی کلی پیش نویس ضمیمه اول کنوانسیون برات و سفته بین المللی، ش دوازدهم، صص ۱۴۱-۱۶۴.
- ۳- اسناد بین المللی، کنوانسیونهای ژنو ۷ ژوئن ۱۹۳۰ در مورد سفته و برات، ش دوازدهم، صص ۲۷۱-۳۲۲:
- کنوانسیون راجعه قانون متحدالشکل در خصوص بروات و سفته ها.
- کنوانسیون راجعه حل بعضی موارد تعارض قوانین در باب بروات و سفته ها.
- کنوانسیون راجعه حق تمبر بروات و سفته ها.

- ۴- چک در قلمرو حقوق تجارت بین‌الملل، ش سیزدهم، صص ۵۱-۷.
- ۵- اسناد بین‌المللی، کنوانسیونهای ۱۹ مارس ۱۹۳۱ ژنو در مورد چک، ش سیزدهم، صص ۴۰۶-۳۶۳:
- کنوانسیون راجع به قانون متحدالشکل در خصوص چک.
 - قانون متحدالشکل راجع به چک.
 - کنوانسیون راجع به حل بعضی موارد تعارض قوانین در خصوص چک.
 - کنوانسیون راجع به حق تمبر چکها.
- همچنین نگاه کنید به: اعتبارات اسنادی و ضمانتنامه‌های بانکی.

اشخاص خصوصی و حقوق بین‌الملل

زمینه‌های تاریخی حضور شرکت‌های خصوصی در حقوق بین‌الملل، ش بیست و پنجم، صص ۵۶-۵.

اعتبارات اسنادی و ضمانتنامه‌های بانکی

- ۱- نقش اعتبارنامه‌های تضمینی در تجارت بین‌المللی «تأملاتی پس از انقلاب ایران»، ش اول، صص ۱۸۰-۱۱۹.
- ۲- تقلب در معاملات موضوع اعتبارات اسنادی ضمانتنامه‌های بین‌المللی «دستور منع پرداخت آنها در جریان انقلاب ایران»، ش دوم، صص ۹۱-۵۵.
- ۳- اسناد بین‌المللی، مقررات و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی، ش هفتم، صص ۲۸۷-۲۵۸.
- ۴- مروری بر اعتبارات اسنادی و آخرین مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی، ش نهم، صص ۱۲۴-۹۱.
- ۵- ضمانت در معاملات بین‌المللی، ش سیزدهم، صص ۱۸۲-۱۳۱.
- ۶- ضمانتنامه‌های بانکی در رویه دیوان دآوری دعاوی ایران- ایالات متحده، ش بیستم، صص ۱۹۰-۸۱.
- ۷- روشهای پرداخت ثمن در تجارت الکترونیک، آیا جایگزین‌های ممکن و کارآمدی برای اعتبارات اسنادی وجود دارد؟، ش سی و چهارم، صص ۲۱۰-۱۵۷.

امنیت هواپیمایی کشوری

- ۱- اسناد بین‌المللی، کنوانسیون راجع به جلوگیری از اعمال غیرقانونی علیه امنیت هواپیمایی کشوری (کنوانسیون مونترال - ۱۹۷۱)، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۴۵۳-۴۲۹.

- ۲- اسناد بین‌المللی، پروتکل جلوگیری از اعمال غیرقانونی خشونت آمیز در فرودگاه‌های بین‌المللی هواپیمایی کشوری (۱۹۸۸)، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۴۵۸-۴۵۴.
- ۳- گزارشی از رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه لاکربی: ایرادات مقدماتی، ش بیست و دوم، صص ۴۷-۵.

ایران و عراق

- ۱- نگرشی به عهدنامه ایران و عراق، ش پنجم، صص ۹۹-۶۵.
- ۲- قطعنامه ۵۹۸ و آتش‌بس در جنگ ایران و عراق، ش یازدهم، صص ۱۵۱-۱۴۶.
- ۳- طرح تغییر مسیر اروندرود و حقوق بین‌الملل، ش دوازدهم، صص ۲۶۸-۲۳۵.
- ۴- جنگ عراق علیه ایران از دیدگاه حقوق بین‌الملل، ش سیزدهم، صص ۳۵۳-۳۲۳.
- ۵- بررسی «قرارداد حمایت از اموال فرهنگی به هنگام نزاع مسلحانه» و اعمال آن در جنگ عراق علیه ایران، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۲۵۹-۱۷۵.
- ۶- احراز قضائی استفاده عراق از سلاح‌های شیمیایی در طول جنگ تحمیلی علیه ایران، ش سی و چهارم، صص ۲۳۲-۲۱۱.
- ۷- خلاصه حکم صادره از دادگاه بخش لاهه، بخش جنایی، راجع به مصدومین شیمیایی جنگ تحمیلی، به تاریخ ۲۳ دسامبر ۲۰۰۵ (دی ماه ۱۳۸۴)، ش سی و چهارم، صص ۴۶۲-۲۳۳.

بانکداری بین‌المللی

- ۱- اسناد بین‌المللی، کنوانسیون تأسیس آژانس تضمین سرمایه‌گذاریهای چندجانبه، ش بیست و ششم و بیست و هفتم، صص ۴۵۲-۳۸۵.
 - ۲- داوری در قراردادهای بانکی، ش بیست و هشتم، صص ۶۰-۴۵.
- همچنین نگاه کنید به: اعتبارات اسنادی و ضمانتنامه‌های بانکی.

برنامه‌های ماهواره‌ای

- بخش مستقیم ماهواره‌ای و اقدامات متقابل در حقوق بین‌الملل با تأکید بر ارسال پارازیت، ش بیست و چهارم، صص ۳۵۱-۳۱۹.

بشریت

- ۱- جنایات جنگ و جنایات علیه بشریت، ش هفتم، صص ۲۵۴-۲۰۹.
- ۲- بشریت و حقوق بین‌الملل، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۳۰۰-۲۸۷.
- ۳- جنایات علیه بشریت، ش هجدهم و نوزدهم، صص ۲۱۶-۲۱۱.
- ۴- حق، صلح و منزلت انسانی، تأملاتی در مفاهیم قاعده حقوقی و ارزش اخلاقی و

بشریت، ش بیست و ششم و بیست و هفتم، صص ۱۳۰-۵.

بیانیه‌های الجزایر

- ۱- شرح مختصر بیانیه‌های الجزایر، ش اول، صص ۶۱-۱۱.
- ۲- اسناد بیانیه‌های الجزایر، شماره اول، صص ۲۷۳-۲۳۲.
- ۳- اسناد بیانیه‌های الجزایر، ش دوم، صص ۲۸۲-۲۴۷.
- ۴- اسناد بیانیه‌های الجزایر، مقررات (داوری) آنستیرال، ش سوم، صص ۲۵۴-۲۰۴.
- ۵- تفسیر بیانیه‌های الجزایر درباره امکان استماع دعاوی اتباع مضاعف: نظر حقوقی داوران ایرانی در مخالفت با تصمیم اکثریت در پرونده الف/۱۸ دیوان دوری دعاوی ایران- ایالات متحده در رابطه با دعاوی دارندگان تابعیت مضاعف، ش ششم، صص ۱۳۹-۱۱۳.
- ۶- مختصری از سابقه امضای بیانیه‌های الجزایر و موضوعات مربوط به آن، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۳۴-۶.
- ۷- بیانیه‌های الجزایر: یک دریچه، چند نگاه، ش بیست و سوم، صص ۳۴-۵.

بیع بین‌المللی

- ۱- منابع حقوقی بیع تجاری بین‌المللی، ش هفتم، صص ۵۱-۷.
- ۲- اسناد بین‌المللی، کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا (مورخ ۱۹۸۰)، ش نهم، صص ۲۸۵-۲۳۵.
- ۳- قراردادهای تهاتری و نحوه تنظیم آن، ش دهم، صص ۳۳۰-۲۹۹.
- ۴- اسناد بین‌المللی، کنوانسیون راجع به مرور زمان در بیع بین‌المللی کالا (۱۹۷۴) و پروتکل اصلاحی آن (۱۹۸۰)، ش دهم، صص ۳۶۴-۳۳۳.
- ۵- اسناد بین‌المللی، کنوانسیون راجع به قانون قابل اعمال بر قراردادهای بیع بین‌المللی کالا (منعقد در ۲۲ دسامبر ۱۹۸۶)، ش یازدهم، صص ۳۱۴-۲۹۳.
- ۶- حقوق جدید متحدالشکل بیع بین‌المللی: کنوانسیون سازمان ملل متحد مورخ ۱۱ آوریل ۱۹۸۰، ش چهاردهم و پانزدهم، صص ۳۷۵-۲۸۷.
- ۷- فسخ جزئی یا تجزیه قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰-وین) و حقوق ایران، ش بیست و نهم، صص ۳۳۰-۲۸۵.
- ۸- جبران خسارت نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، حقوق ایران، فرانسه، مصر و لبنان، ش سی و دوم، صص ۲۲۰-۱۳۹.
- ۹- ناممکن شدن رد مبیع و اعمال حق فسخ خریدار «بررسی تحلیلی کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین) و حقوق ایران»، ش سی و سوم، صص ۳۰۲-۲۷۱.

همچنین نگاه کنید به: اعتبارات اسنادی و ضمانتنامه‌های بانکی.

پول شویی

- ۱- مبارزه با پول شویی در بانکها و مؤسسات مالی، نگاهی به قانون ضد تروریسم ایالات متحده، ش بیست و نهم، صص ۲۸-۵.
- ۲- قانون پول شویی و تأمین منابع مالی تروریسم: واکنش‌های پس از ۱۱ سپتامبر، ش بیست و نهم، صص ۲۵۶-۲۱۳.

تابعیت

- ۱- تابعیت مضاعف [در بیانیه‌های الجزایر]، ش اول، صص ۵۷-۵۶.
 - ۲- قاعده استمرار تابعیت در دعاوی بین‌المللی، ش دوم، صص ۱۷۰-۱۴۹.
 - ۳- بررسی مواضع و نقطه‌نظرهای جمهوری اسلامی ایران و دولت امریکا در پرونده الف/۱۸ (دیوان دعاوی ایران- ایالات متحده) در مورد تابعیت مضاعف، ش چهارم، صص ۷۲-۵۱.
 - ۴- حقوق بین‌الملل عرفی در مورد تابعیت مضاعف، ش چهارم، صص ۱۳۸-۷۵.
 - ۵- متن تصمیم دیوان دآوری در پرونده الف/۱۸ «تابعیت مضاعف»، ش چهارم، صص ۱۶۳-۱۴۱.
 - ۶- نظر حقوقی داوران ایرانی در مخالفت با تصمیم اکثریت در پرونده الف/۱۸ دیوان دآوری دعاوی ایران- ایالات متحده در رابطه با دعاوی دارندگان تابعیت مضاعف، ش ششم، صص ۲۰۸-۱۱۳.
 - ۷- تعیین تابعیت و اقامتگاه از دیدگاه تعارض قوانین، ش دوازدهم، صص ۲۷-۷.
 - ۸- مسئله استمرار تابعیت [در عهدنامه حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاریهای بین دولتها و اتباع دول دیگر]، ش دوازدهم، صص ۵۵-۵۰.
 - ۹- شرایط مسئولیت بین‌المللی دولت در برابر دارندگان تابعیت مضاعف، ش بیستم، صص ۴۰-۷.
 - ۱۰- اسناد بین‌المللی، کنوانسیون اروپایی تابعیت [مورخ ششم نوامبر ۱۹۹۷]، ش بیست و دوم، صص ۳۴۴-۳۲۷.
- همچنین نگاه کنید به: اتباع بیگانه، حقوق بین‌الملل خصوصی.

تجاوز

نگاه کنید به: ایران و عراق، حقوق بشردوستانه، مخاصمات مسلحانه، مداخله.

تروریسم

- ۱- اسناد بین‌المللی، کنوانسیون بین‌المللی راجع به منع بمب‌گذاری‌های تروریستی، ش بیست و سوم، صص ۲۶۱-۲۷۵.
 - ۲- حمله به مرکز تجارت جهانی و فروپاشی برخی از بنیادهای اساسی حقوق بین‌الملل، ش بیست و ششم و بیست و هفتم، صص ۱۳۱-۱۴۶.
 - ۳- مبارزه علیه تروریسم و حقوق بین‌الملل: خطرات و فرصتها، ش بیست و نهم، صص ۳۳۱-۳۸۲.
 - ۴- تحولات قاعده مصونیت دولت: تأثیر قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران و قانون مبارزه با تروریسم ایالات متحده آمریکا، ش سی‌ام، صص ۱۷۷-۱۱۹.
 - ۵- مبارزه با تأمین مالی تروریسم در اسناد بین‌المللی، ش سی و دوم، صص ۳۰۵-۲۵۹.
 - ۶- حقوق بشر و تروریسم، ش سی و چهارم، صص ۱۳۱-۱۵۵.
- همچنین نگاه کنید به: امنیت هواپیمایی کشوری، پول‌شویی.

تغییر اوضاع و احوال

- ۱- تأثیر تغییر اوضاع و احوال در اعتبار معاهدات و قراردادهای بین‌المللی، ش سوم، صص ۷-۷۷ و ش چهارم، صص ۷-۴۸.
- ۲- تغییر بنیانی اوضاع و احوال [در قراردادهای تجاری]، ش دهم، صص ۲۸۱-۲۸۴.
- ۳- قراردادهای دولت با بیگانگان و بقای اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد، ش بیست و چهارم، صص ۲۱۹-۲۳۱.
- ۴- مطالعه تطبیقی «تأثیر اوضاع و احوال بر قرارداد» و راه حل حقوق ایران، ش بیست و پنجم، صص ۱۶۱-۲۲۲.

تقصیر سنگین

- ۱- مفهوم تقصیر سنگین در ارتباط با شرط عدم مسئولیت، ش چهارم، صص ۱۶۷-۱۹۵.
- ۲- جایگاه تقصیر در تئوری مسئولیت بین‌المللی دولت، ش بیستم، صص ۱۱-۲۲.

جانشینی دولتها

- ۱- دیون منفور، ش دوم، صص ۱۲۵-۱۴۶.
- ۲- جهان سوم و مسئله جانشینی دول جدید، ش هشتم، صص ۱۰۵-۱۰۶.
- ۳- جانشینی حکومتها و معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، ش سی‌ام، صص ۳۲۴-۳۲۵.

جرایم سیاسی

نگاه کنید به: استرداد.

جنایات سازمان یافته

جنایت سازمان یافته فراملی در کنوانسیون پالرمو و آثار آن، ش بیست و نهم، صص ۱۶۹-۲۱۲.

جوامع و سازمانهای منطقه‌ای

- ۱- جامعه اروپایی و تصویب معاهدات، ش دهم، صص ۹۱-۹۳.
- ۲- سخنی درباره مراکز دآوری منطقه‌ای کمیته حقوقی مشورتی آسیایی و آفریقایی، ش دوازدهم، صص ۸۵-۶۹.
- ۳- نگرشی اجمالی بر پارلمان اروپا، ش چهاردهم و پانزدهم، صص ۳۷۹-۴۰۲.
- ۴- تأثیر حقوق اتحادیه اروپا در تکامل مفهوم رفع تبعیض بین کارگر زن و مرد بر حقوق کار بریتانیا، ش بیست و پنجم، صص ۱۴۷-۱۶۰.
- ۵- قانون اساسی اتحادیه اروپایی، ش بیست و نهم، صص ۲۵۷-۲۸۴. همچنین نگاه کنید به: ناتو.

جهان سوم

- ۱- صور گوناگون سلطه بین‌المللی (تأسیسات حقوقی بین‌المللی نابرابر)، ش ششم، صص ۷-۴۳.
- ۲- جهان سوم و حقوق بین‌الملل، ش هشتم، صص ۷۹-۱۱۸.
- ۳- گامی در راه یک حقوق اجتماعی بین‌المللی، ش چهاردهم و پانزدهم، صص ۲۰۳-۲۱۸.

جهانی شدن حقوق

- ۱- جهانی شدن حقوق: فرصتها و خطرات، ش بیست و چهارم، صص ۱۰۵-۱۲۸. همچنین نگاه کنید به: بشریت، پول‌شویی، تروریسم، حقوق اجتماعی بین‌المللی، حقوق بشر، حقوق فراملی، داماتو- کندی، هلمز- برتون.

حقوق امریکا

- ۱- دعاوی مربوط به ایران در موضوع اعتبارنامه تضمینی در محاکم امریکا، ش اول، صص ۱۴۳-۱۶۳.
- ۲- استفاده بلاجهت در حقوق امریکا، ش دوم، ص ۱۹.
- ۳- عناصر اصلی استاپل در حقوق امریکا، ش دوم، صص ۳۰-۳۲.
- ۴- نارسایی قانون تجارت متحدالشکل امریکا در مسائل مربوط به اعتبارات اسنادی تضمینی، ش دوم، صص ۸۶-۹۱.

- ۵- اجرای احکام دادگاههای خارجی بوسیله دادگاههای ایالتی و فدرال امریکا، ش دوم، صص ۲۱۰-۱۷۳.
 - ۶- مروری اجمالی بر تئوری دارا شدن غیرعادلانه در حقوق ایران، امریکا و بین الملل، ش پنجم، صص ۱۲۹-۱۰۳.
 - ۷- تصویب معاهدات در ایالات متحده امریکا، ش دهم، صص ۸۰-۷۷.
 - ۸- بررسی اجمالی مفهوم حقوقی «J.V.» در حقوق امریکا و حقوق بین الملل، ش سیزدهم، صص ۱۲۸-۵۵.
 - ۹- مسئولیت مدنی داوران- مطالعه تطبیقی همراه با پیشنهادهای اصلاحی، ش چهاردهم و پانزدهم، صص ۲۸۳-۲۲۱.
 - ۱۰- قراردادهای بیگانگان، مسئله تغییر یکجانبه قرارداد توسط دولت در حقوق بین الملل معاصر، حقوق انگلوساکسون، ش بیست و چهارم، صص ۲۱۱-۲۰۵.
 - ۱۱- نظریه عمل دولت در ایالات متحده امریکا و استثناء عهدنامه‌ای آن، ش بیست و پنجم، صص ۸۴-۵۷.
 - ۱۲- بررسی قاعده استاپل در حقوق انگلیس و امریکا، ش سی ام، صص ۷۳-۵.
 - ۱۳- خسارات تنبیهی در ایالات متحده امریکا، ش سی ام، صص ۱۰۱-۹۴.
 - ۱۴- تحولات قاعده مصونیت دولت: تأثیر قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران و قانون مبارزه با تروریسم ایالات متحده امریکا، ش سی ام، صص ۱۷۷-۱۱۹.
 - ۱۵- مصونیت قضائی و اجرایی در حقوق ایالات متحده امریکا، ش سی و چهارم، صص ۳۰-۲۹.
- همچنین نگاه کنید به: دیوان داوری دعاوی ایران- ایالات متحده.

حقوق اجتماعی بین المللی

- ۱- گامی در راه یک حقوق اجتماعی بین المللی، ش چهاردهم و پانزدهم، صص ۲۱۸-۲۰۳.
- ۲- حق، صلح و منزلت انسانی، تأملاتی در مفاهیم قاعده حقوقی، ارزش اخلاقی و بشریت، ش بیست و ششم و هفتم، صص ۱۳۰-۵.

حقوق اسلام

- ۱- تنظیم معاهدات بین المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اسلامی و حقوق بین الملل معاصر، ش ششم، صص ۱۱۰-۷۳ و ش هفتم، صص ۱۸۹-۹۹ و ش دهم، صص ۱۶۲-۲۳.
- ۲- حقوق تعهدات و قراردادهای بین المللی در فقه و حقوق اسلامی، ش چهاردهم و

- پانزدهم، صص ۲۹-۷.
- ۳- بررسی تاریخی [حمایت از اموال فرهنگی در هنگام جنگ]، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۱۸۲-۱۸۰.
- ۴- کشمکش‌زدایی با داوری در حقوق اسلام و کامن‌لا، ش بیست و سوم، صص ۲۳۸-۱۸۷.
- ۵- نگاهی دیگر به قانون حاکم بر احوال شخصیه خارجی‌ان مقیم ایران: حقوق بین‌الملل خصوصی اسلامی، ش بیست و چهارم، صص ۲۵۳-۲۵۰.
- ۶- آثار حقوقی اعلان جنگ در اسلام و حقوق بین‌الملل معاصر، ش بیست و پنجم، صص ۳۱۲-۲۷۵.
- ۷- آثار حقوقی جنگ بر سرزمین در اسلام و حقوق بین‌الملل معاصر، ش بیست و هشتم، صص ۳۰۲-۲۶۵.
- ۸- راههای پایان دادن جنگ در حقوق اسلام، ش سی‌ام، صص ۳۹۳-۳۳۹.
- ۹- اسلام؛ اصالت جنگ یا اصالت صلح؟، ش سی و سوم، صص ۱۵۷-۷۳.

حقوق انگلستان

- ۱- سیستم دو پایه وکالت در حقوق انگلستان، ش اول، صص ۱۱۸-۱۰۹.
- ۲- تقصیر سنگین در حقوق انگلیس و امریکا، ش چهارم، صص ۱۸۶-۱۷۶.
- ۳- اجرای احکام مدنی خارجی در انگلستان از نقطه نظر کامن‌لو، ش پنجم، صص ۱۷۶-۱۳۳.
- ۴- وجه التزام در حقوق انگلستان، ش نهم، صص ۵۱-۴۷.
- ۵- تصویب معاهدات در انگلیس، ش دهم، صص ۷۴-۶۸.
- ۶- داوری تجاری و اصول حاکم بر آن در حقوق انگلیس، ش دهم، صص ۲۶۰-۲۰۷.
- ۷- عقیم شدن قراردادهای تجاری با تأکید بر حقوق انگلیس، ش دهم، صص ۲۹۵-۲۶۹.
- ۸- استناد و اثبات قانون خارجی: در حقوق انگلستان، ش بیست و سوم، صص ۱۴۵-۱۳۳.
- ۹- قراردادهای دولت با بیگانگان، مسئله تغییر یکجانبه قرارداد توسط دولت در حقوق بین‌الملل معاصر: حقوق انگلوساکسون، ش بیست و چهارم، صص ۲۱۱-۲۰۵.
- ۱۰- تأثیر حقوق اتحادیه اروپا در تکامل مفهوم رفع تبعیض بین کارگر زن و مرد بر حقوق بریتانیا، ش بیست و پنجم، صص ۱۶۰-۱۴۸.
- ۱۱- قانون ضد تروریسم، جنایت و امنیت انگلیس مصوب ۲۰۰۱، ش بیست و نهم، صص ۲۳۹-۲۳۷.

- ۱۲- بررسی قاعده استاپل در حقوق انگلیس و امریکا، ش سی‌ام، صص ۷۳-۵.
- ۱۳- خسارات تنبیهی در حقوق انگلستان، ش سی‌ام، صص ۹۴-۸۹.
- ۱۴- مصونیت قضائی و اجرایی در حقوق انگلستان، ش سی و چهارم، صص ۳۲-۳۱.

حقوق ایران

- ۱- اصل واقعی در حقوق ایران، ش دوم، صص ۲۴۳-۲۳۸.
 - ۲- گزارشی از آخرین تحولات در مورد دعاوی بین‌المللی ایران، ش سوم، صص ۸۵-۸۱.
 - ۳- مروری اجمالی بر تئوری دارا شدن غیرعادلانه در حقوق ایران، امریکا و بین‌الملل، ش پنجم، صص ۱۲۹-۱۰۳.
 - ۴- تنظیم معاهدات بین‌المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اسلامی و حقوق بین‌الملل معاصر، ش ششم، صص ۱۱۰-۷۳ و ش هفتم، صص ۱۸۹-۹۹ و ش دهم، صص ۱۶۲-۲۳.
 - ۵- وجه التزام در حقوق ایران، ش نهم، صص ۷۰-۶۴.
 - ۶- عقیم شدن قرارداد تجاری در حقوق ایران، ش دهم، صص ۲۹۵-۲۹۳.
 - ۷- محدودیت‌های مربوط به حقوق مالی بیگانگان در قوانین ایران، ش یازدهم، صص ۹۶-۷۵.
 - ۸- ضمانت در معاملات بین‌المللی، ش سیزدهم، صص ۱۸۲-۱۳۱.
 - ۹- ممنوعیت استملاک اموال غیرمنقول توسط بیگانگان، ش بیست و دوم، صص ۲۹۷-۲۲۱.
 - ۱۰- قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری آنسیترا، ش بیست و سوم، صص ۸۱-۳۵.
 - ۱۱- نگاهی دیگر به قانون حاکم بر احوال شخصیه خارجی‌ان مقیم ایران، ش بیست و چهارم، صص ۲۷۵-۲۴۱.
 - ۱۲- مطالعه تطبیقی «تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر قرارداد» و راه حل حقوق ایران، ش بیست و پنجم، صص ۲۲۲-۱۶۱.
 - ۱۳- فسخ جزئی یا تجزیه قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰-وین) و حقوق ایران، ش بیست و نهم، صص ۳۳۰-۲۸۵.
 - ۱۴- تحولات قاعده مصونیت دولت: تأثیر قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران و قانون مبارزه با تروریسم ایالات متحده امریکا، ش سی‌ام، صص ۱۷۷-۱۱۹.
 - ۱۵- جبران خسارت نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، حقوق ایران، فرانسه، مصر و لبنان، ش سی و دوم، صص ۲۲۰-۱۲۹.
 - ۱۶- ناممکن شدن ردّ مبيع و اعمال حق فسخ خریدار «بررسی تحلیلی کنوانسیون بیع
- نمایه موضوعی ❖ ۴۰۷

بین‌المللی کالا (۱۹۸۰-وین) و حقوق ایران»، ش سی و سوم، صص ۲۷۱-۳۰۲.
۱۷- مصونیت اجرایی دولت و سازمان مستقل بین‌المللی در مقابل آرای داور (تفسیر
یک رأی داور)، ش سی و چهارم، صص ۹-۳۲.
همچنین نگاه کنید به: ایران و عراق، دیوان داور دعوای ایران- ایالات متحده.

حقوق بشر

- ۱- به دنبال اصول راهبردی مشترک آیین‌های دادرسی کیفری مختلف اروپایی، ش
بیست و یکم، صص ۷۵-۹۵.
- ۲- دعوای پینوشه، معجونی از حقوق و سیاست، ش بیست و پنجم، صص ۸۵-۱۲۸.
- ۳- تأثیر حقوق اتحادیه اروپا در تکامل مفهوم رفع تبعیض بین کارگر زن و مرد بر حقوق
کار بریتانیا، ش بیست و پنجم، صص ۱۴۷-۱۶۰.
- ۴- اسناد بین‌المللی، کنوانسیون منع شکنجه و دیگر رفتارها یا مجازاتهای بیرحمانه،
غیرانسانی یا ترذیلی (۱۹۸۴)، ش بیست و پنجم، صص ۳۱۳-۳۶۷.
- ۵- حق، صلح و منزلت انسانی، تأملاتی در مفاهیم قاعده حقوقی، ارزش اخلاقی و
بشریت، ش بیست و ششم و بیست و هفتم، صص ۵-۱۳۰.
- ۶- معاهدات حقوق بشری، فضایی متفاوت، ش بیست و هشتم، صص ۵-۴۴.
- ۷- اعمال صلاحیت جهانی در رابطه با جرایم سنگین حقوق بشری، ش بیست و هشتم،
صص ۶۱-۱۱۴.
- ۸- اسناد بین‌المللی، اعلامیه وین و برنامه عملی کنفرانس جهانی حقوق بشر، مصوب ۲۵
ژوئن ۱۹۹۳، ش بیست و هشتم، صص ۳۰۵-۳۵۳.
- ۹- حق توسعه در نظریه و عمل، ش سی‌ام، صص ۱۷۹-۲۵۰.
- ۱۰- نگاهی به جایگاه بیگانگان در حقوق بین‌الملل با تأکیدی بر اسناد بین‌المللی حقوق
بشر، ش سی و یکم، صص ۱۱۹-۱۶۹.
- ۱۱- حق شرط بر معاهدات و تفسیر کلی شماره (۵۲) ۲۴ کمیته حقوق بشر، ش سی و
دوم، صص ۹۵-۱۳۷.
- ۱۲- مفهوم شکنجه: استاندارد واحد یا متفاوت (از دیدگاه حقوق بین‌الملل)، ش سی و
سوم، صص ۱۸۹-۲۳۰.
- ۱۳- قربانیان و شهود در جنایات بین‌المللی: از حق حمایت تا حق بیان، ش سی و
چهارم، صص ۳۳-۵۶.
- ۱۴- کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان و شروط کلی وارد بر آن، ش سی و چهارم،
صص ۵۷-۱۱۰.
- ۱۵- حقوق بشر و تروریسم، ش سی و چهارم، صص ۱۳۱-۱۵۵.

همچنین نگاه کنید به: دادگاه اروپایی حقوق بشر، قاعده آمره، محیط زیست.

حقوق بشردوستانه

- ۱- نگرشی اجمالی به حقوق جنگ، ش ششم، صص ۴۷-۷۰.
 - ۲- جهان سوم و حقوق درگیریهای نظامی، ش هشتم، ص ۱۱۲.
 - ۳- حقوق جنگ و رفتار با اسیران نظامی، ش هشتم، صص ۱۵۹-۱۸۱.
 - ۴- صبرا و شتیلا، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۸۷-۱۰۳.
 - ۵- بررسی «قرارداد حمایت از اموال فرهنگی به هنگام نزاع مسلحانه» و اعمال آن در جنگ عراق علیه ایران، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۱۷۵-۲۵۹.
 - ۶- بررسی مشروعیت دخالتهای نظامی بشردوستانه از دیدگاه حقوق بین الملل، ش بیستم، صص ۳۵۷-۴۲۷.
 - ۷- مداخله بین المللی بشردوستانه، ش بیست و دوم، صص ۱۴۷-۱۶۸.
 - ۸- مبارزه علیه تروریسم و حقوق بین الملل: سهم حقوق بین الملل بشردوستانه، ش بیست و سوم، صص ۳۳۶-۳۳۷.
- همچنین نگاه کنید به: حقوق بشر، حقوق جزای بین المللی، دیوان بین المللی برای یوگسلاوی سابق، سلاحهای هسته‌ای، قاعده آمره، مخاصمات مسلحانه.

حقوق بین الملل توسعه

- ۱- حاکمیت در منابع طبیعی، ش یازدهم، صص ۲۲۳-۲۳۴.
 - ۲- حق صلح و حق توسعه، ش هجدهم و نوزدهم، صص ۱۹-۳۱.
 - ۳- حق توسعه در نظریه و عمل، ش سی‌ام، صص ۱۷۹-۲۵۰.
- همچنین نگاه کنید به: حقوق اجتماعی بین المللی.

حقوق بین الملل خصوصی

- ۱- وجه التزام و حقوق بین الملل خصوصی، ش نهم، صص ۷۳-۸۴.
- ۲- تشریفات شناسایی و اجرای احکام خارجی و آرای داوری در حقوق بین الملل خصوصی فرانسه، ش سیزدهم، صص ۲۲۱-۲۶۸.
- ۳- حقوق بین الملل خصوص نوین در زمینه قراردادهای پس از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون رم ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰، ش بیستم، صص ۲۲۹-۳۵۳.
- ۴- اسناد بین المللی، قانون فدرال سوئیس درباره حقوق بین الملل خصوصی، مصوب ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷، ش بیستم، صص ۴۴۴-۴۴۹ و ش بیست و یکم، صص ۳۱۵-۲۷۷.

همچنین نگاه کنید به: اتباع بیگانه، تابعیت، حقوق فراملی، حل تعارض قوانین، قانون حاکم.

حقوق بین الملل عام

آیا حقوق بین الملل عام، تنها حقوق عرفی است؟، ش هجدهم و نوزدهم، صص ۳۴۱-۳۵۲.

حقوق بین الملل و ارزشها

نگاه کنید به: حقوق اجتماعی بین المللی.

حقوق بین الملل عرفی

- ۱- عرف بین المللی در مورد استرداد دعوا، ش اول، صص ۹۸-۱۰۳.
- ۲- حقوق قراردادی و تدوین قواعد عرفی در رویه دیوان بین المللی دادگستری با تأکید بر قضیه نیکاراگوئه، ش بیستم، صص ۱۹۳-۲۹۶.
- ۳- حمایت حقوق بین الملل عرفی از محیط زیست، ش بیست و چهارم، صص ۷-۱۹.

حقوق تجارت بین المللی

- ۱- تدوین تدریجی حقوق تجارت بین المللی، ش دوم، صص ۴۱-۵۱.
 - ۲- نظریه اصیل واقعی و Alter ego، ش دوم، صص ۲۱۳-۲۴۳.
 - ۳- وجه التزام در قراردادهای تجاری بین المللی، ش نهم، صص ۴۲-۸۸.
 - ۴- عقیم شدن قراردادهای تجاری با تأکید بر حقوق انگلیس، ش دهم، صص ۲۶۹-۲۹۵.
 - ۵- قراردادهای تهاتری و نحوه تنظیم آن، ش دهم، صص ۲۹۹-۳۳۰.
 - ۶- طرح کمیته حقوقی مشورتی آسیایی و افریقایی برای حل و فصل اختلافات تجاری، ش دوازدهم، صص ۷۳-۷۷.
 - ۷- بررسی اجمالی مفهوم حقوقی «J.V.» در حقوق امریکا و حقوق بین الملل، ش سیزدهم، صص ۵۵-۱۲۸.
 - ۸- ضمانت در معاملات بین المللی، ش سیزدهم، صص ۱۳۱-۱۸۲.
 - ۹- روشهای پرداخت ثمن در تجارت الکترونیک - آیا جایگزینهای ممکن و کارآمدی برای اعتبارات اسنادی وجود دارد؟، ش سی و چهارم، صص ۱۵۷-۲۱۰.
- همچنین نگاه کنید به: اتاق بازرگانی بین المللی، اسناد تجاری، اعتبارات اسنادی و ضمانتنامههای بانکی، بیع بین المللی، تغییر اوضاع و احوال، داوران، داوری، سازمان تجارت جهانی، فورس ماژور.

حقوق تطبیقی

- ۱- قوه قاهره یا فورس ماژور «بررسی اجمالی در حقوق تطبیقی و حقوق بین‌الملل و قراردادهای بازرگانی بین‌المللی»، ش سوم، صص ۱۴۹-۱۱۱.
- ۲- تقصیر سنگین در ارتباط با شرط عدم مسئولیت، ش چهارم، صص ۱۹۵-۱۶۷.
- ۳- مروری اجمالی بر تئوری دارا شدن غیرعادلانه در حقوق ایران، امریکا و بین‌الملل، ش پنجم، صص ۱۲۹-۱۰۳.
- ۴- تنظیم معاهدات بین‌المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اسلامی و حقوق بین‌الملل معاصر، ش ششم، صص ۱۱۰-۷۳ و ش هفتم، صص ۱۸۹-۹۹ و ش دهم، صص ۱۶۲-۲۳.
- ۵- وجه التزام از نظر حقوق تطبیقی، ش نهم، صص ۷۲-۴۶.
- ۶- مسئولیت مدنی داوران - مطالعه تطبیقی همراه با پیشنهادهای اصلاحی، ش چهاردهم و پانزدهم، صص ۲۸۳-۲۲۱.
- ۷- بررسی حقوق تطبیقی در ارتباط با شرط داوری به وسیله ارجاع، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۲۸۴-۲۷۸.
- ۸- انتخاب صریح قانون [حاکم در قراردادهای دولت با بیگانگان]، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۳۹۶-۳۸۵.
- ۹- داوری تجاری بین‌المللی، ش بیست و یکم، صص ۷۱-۴۷.
- ۱۰- آثار قوه قاهره و انتفاء قرارداد، ش بیست و یکم، صص ۱۲۶-۹۹.
- ۱۱- استناد و اثبات قانون خارجی: مقایسه‌ای بین سیستم‌های مهم اروپایی، ش بیست و سوم، صص ۱۵۰-۱۱۳.
- ۱۲- کشمکش‌زدایی با داوری در حقوق اسلام و کامن‌لا، ش بیست و سوم، صص ۲۳۸-۱۸۷.
- ۱۳- قراردادهای دولت با بیگانگان، مسئله تغییر یکجانبه قرارداد توسط دولت در حقوق بین‌الملل معاصر، ش بیست و چهارم، صص ۲۴۰-۱۹۳.
- ۱۴- نگاهی دیگر به قانون حاکم بر احوال شخصیه خارجی‌ان مقیم ایران: حقوق تطبیقی، ش بیست و چهارم، صص ۲۷۴-۲۶۴.
- ۱۵- مطالعه تطبیقی «تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر قرارداد» و راه حل حقوق ایران، ش بیست و پنجم، صص ۲۲۲-۱۶۱.
- ۱۶- حقوق تطبیقی در خصوص قانون حاکم بر قراردادهای نفتی، ش بیست و نهم، صص ۴۶-۳۸.
- ۱۷- بررسی قاعده استاپل در حقوق انگلیس و امریکا، ش سی‌ام، صص ۷۳-۵.

- ۱۸- خسارات تنبیهی در حقوق انگلستان و امریکا، ش سی‌ام، صص ۸۹-۱۰۱.
- ۱۹- تحولات قاعده مصونیت دولت: تأثیر قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران و قانون مبارزه با تروریسم ایالات متحده امریکا، ش سی‌ام، صص ۱۷۷-۱۱۹.
- ۲۰- جبران خسارت نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، حقوق ایران، فرانسه، مصر و لبنان، ش سی و دوم، صص ۱۳۹-۲۲۰.

حقوق جزای بین‌المللی

- ۱- جنایات جنگ و جنایات علیه بشریت، ش هفتم، صص ۲۵۴-۲۰۹.
 - ۲- دادگاه نظامی نورنبرگ پس از چهل سال، ش نهم، صص ۱۶۵-۱۳۳.
 - ۳- کشتار جمعی، ش یازدهم، صص ۷۱-۳۵.
 - ۴- ملاحظات پیرامون جرم بین‌المللی دولت، ش سیزدهم، صص ۳۲۰-۲۷۱.
 - ۵- ابراهیم- آنتیگون و تعارض میان ضرورتها، ش هجدهم و نوزدهم، صص ۱۸۹-۱۳۷.
 - ۶- درآمدی بر پیش‌نویس قانون بین‌الملل جزا، ش هجدهم و نوزدهم، صص ۲۷۹-۲۴۱.
 - ۷- اسناد بین‌المللی، پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری ۱۹ ژوئیه ۱۹۹۱، ش هجدهم و نوزدهم، صص ۴۷۱-۴۵۱.
 - ۸- مسائل مربوط به مسئولیت ناشی از بحران و جنگ خلیج [فارس]، ش بیستم، صص ۲۴۹-۱۹۳.
 - ۹- به دنبال اصول راهبردی مشترک آیین‌های دادرسی کیفری مختلف اروپایی، ش بیست و یکم، صص ۹۵-۷۵.
 - ۱۰- به دنبال حقوق جزای مشترک اروپا، ش بیست و یکم، صص ۲۱۱-۱۸۳.
 - ۱۱- دعوای پینوشه، معجونی از حقوق و سیاست، ش بیست و پنجم، صص ۱۲۸-۸۵.
 - ۱۲- اعمال صلاحیت جهانی در رابطه با جرایم سنگین حقوق بشری، ش بیست و هشتم، صص ۱۱۴-۶۱.
 - ۱۳- قواعد بنیادین حقوق بین‌الملل کیفری و قواعد آمره (*Jus Cogens*)، ش سی و سوم، صص ۲۴۴-۲۳۱.
 - ۱۴- قربانیان و شهود در جنایات بین‌المللی: از حق حمایت تا حق بیان، ش سی و چهارم، صص ۵۶-۳۶.
- همچنین نگاه کنید به: تروریسم، پول شویی، جنایات سازمان‌یافته، دیوان بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، دیوان کیفری بین‌المللی، فساد مالی، مخاصمات مسلحانه.

حقوق دریا

- ۱- مسئله شمول مفاد کنوانسیون جدید حقوق دریاها به کشورهای ثالث غیرعضو، ش

هشتم، صص ۵۵-۷۶.

- ۲- کلیاتی در مورد دریای سرزمینی و عبور بی‌ضرر از آن، ش نهم، صص ۲۱۳-۲۳۲.
 - ۳- حمایت و توسعه محیط زیست دریایی خلیج فارس و دریای عمان، ش یازدهم، صص ۷-۳۲.
 - ۴- حاکمیت در منابع طبیعی، ش یازدهم، ۲۲۳-۲۳۴.
 - ۵- چارچوب اجرایی موافقتنامه مربوط به اجرای کنوانسیون ۱۹۸۲ سازمان ملل درباره حقوق دریاها، ش بیست و پنجم، صص ۲۲۳-۲۵۴.
 - ۶- تأملی بر کنوانسیون حفاظت میراث فرهنگی زیر آب، ش سی و سوم، صص ۱۵۹-۱۸۸.
- همچنین نگاه کنید به: آبراههای بین‌المللی، دادگاه بین‌المللی حقوق دریا، دریای آزاد، دریای خزر.

حقوق فراملی

- ۱- تفکری بر تئوری حقوق فراملی، ش سوم، صص ۸۹-۱۰۷.
- ۲- حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین‌المللی، ش پنجم، صص ۷-۴۱.

حقوق فرانسه

- ۱- تقصیر سنگین در حقوق فرانسه، ش چهارم، صص ۱۷۵-۱۷۰.
- ۲- وجه التزام در حقوق فرانسه، ش نهم، صص ۵۱-۵۷.
- ۳- تصویب معاهدات در فرانسه، ش دهم، صص ۶۵-۶۸.
- ۴- تشریفات شناسایی و اجرای احکام خارجی و آرای داوری در حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه، ش سیزدهم، صص ۲۶۸-۲۲۱.
- ۵- شورای دولتی فرانسه و استرداد در امور سیاسی، ش چهاردهم و پانزدهم، صص ۱۳۱-۲۰۰.
- ۶- شرط داوری به وسیله ارجاع در حقوق فرانسه، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۲۷۹-۲۸۳.
- ۷- استناد و اثبات قانون خارجی: در حقوق فرانسه، ش بیست و سوم، صص ۱۳۲-۱۲۵.
- ۸- قراردادهای دولت با بیگانگان، مسئله تغییر یکجانبه قرارداد توسط دولت در حقوق بین‌الملل معاصر: حقوق فرانسه، ش بیست و چهارم، صص ۲۱۱-۲۱۵.
- ۹- نظریه «حوادث پیش‌بینی نشده» در حقوق فرانسه، ش بیست و پنجم، صص ۱۷۶-۱۸۴.

۱۰- جبران خسارت نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، حقوق ایران، فرانسه، مصر و لبنان، ش سی و دوم، صص ۱۳۹-۲۲۰.

حقوق کار

تأثیر حقوق اتحادیه اروپا در تکامل مفهوم رفع تبعیض بین کارگر زن و مرد بر حقوق کار بریتانیا، ش بیست و پنجم، صص ۱۴۸-۱۶۰.

حقوق مصرف

معرفی حقوق مصرف با مقدمه‌ای از مترجم، ش بیست و سوم، صص ۲۳۹-۲۵۸.

حقوق معاهدات

- ۱- نظری اجمالی بر حقوق معاهدات، ش پنجم، صص ۱۷۹-۲۱۶.
 - ۲- تنظیم معاهدات بین‌المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اسلامی و حقوق بین‌الملل معاصر، ش ششم، صص ۷۳-۱۱۰ و ش هفتم، صص ۱۸۹-۹۹ و ش دهم، صص ۱۶۲-۲۳.
 - ۳- استفاده از «حق شرط» در معاهدات بین‌المللی، ش هشتم، صص ۲۰۴-۲۱۴.
 - ۴- اسناد بین‌المللی، عهدنامه ۱۹۶۹ وین در خصوص حقوق معاهدات، ش هشتم، صص ۲۱۷-۲۷۳.
 - ۵- حقوق تعهدات و قراردادهای بین‌المللی در فقه و حقوق اسلام، ش چهاردهم و پانزدهم، صص ۷-۲۹.
 - ۶- حقوق قراردادی و تدوین قواعد عرفی در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری با تأکید بر قضیه نیکاراگوئه، ش بیستم، صص ۲۵۳-۲۹۶.
 - ۷- حاکمیت یا استقلال اراده در عهدنامه‌های بین‌المللی، ش سی و دوم، صص ۳۵-۴۵.
 - ۸- تأملی بر «اصل رضائی بودن پذیرش معاهدات» در آیینه تحولات بین‌المللی خلع سلاح و کنترل تسلیحات، ش سی و دوم، صص ۵۳-۹۴.
 - ۹- حق شرط بر معاهدات و تفسیر کلی شماره (۵۲) ۲۴ کمیته حقوق بشر، ش سی و دوم، صص ۹۵-۱۳۷.
- همچنین نگاه کنید به: تغییر اوضاع و احوال، تقصیر سنگین، دارا شدن غیرعادلانه، فورس ماژور.

حقوق هوایی

- ۱- کنوانسیون مونترال: تجزیه و تحلیل برخی از جنبه‌های روزآمد و ادغام شده سیستم ورشو، ش سی و یکم، صص ۲۵۹-۳۱۲.

- ۲- اسناد بین‌المللی، کنوانسیون راجع به یکپارچه کردن برخی مقررات حمل و نقل هوایی بین‌المللی، ش‌سی و یکم، صص ۳۴۹-۳۱۳.
همچنین نگاه کنید به: امنیت هواپیمایی کشوری.

حل تعارض قوانین

- ۱- وجه التزام و سیستم تعارض قوانین، ش‌نهم، صص ۸۴-۷۶.
- ۲- تعارض قوانین در داوری تجاری بین‌المللی، ش‌یازدهم، صص ۲۱۳-۱۵۵.
- ۳- تعیین تابعیت و اقامتگاه از دیدگاه تعارض قوانین، ش‌دوازدهم، صص ۷-۲۷.
- ۴- حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در زمینه قراردادها پس از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون رم ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰، ش‌بیستم، صص ۳۵۳-۲۹۹.
- ۵- تنوع قواعد حل تعارض، ش‌بیست و یکم، صص ۴۴-۹.
- ۶- کنوانسیون وحدت قوانین در مورد عودت بین‌المللی اموال فرهنگی که سرقت رفته یا به‌طور غیرقانونی خارج شده‌اند (رم - ۲۴ ژوئن ۱۹۹۵)، ش‌بیست و دوم، صص ۱۶۹-۲۲۰.
- ۷- استناد و اثبات قانون خارجی: مقایسه‌ای بین سیستم‌های مهم اروپایی، ش‌بیست و سوم، صص ۱۱۳-۱۵۰.
- ۸- تعارض قوانین در فدراسیون روسیه، ش‌بیست و ششم و بیست و هفتم، صص ۳۶۳-۳۴۹.
- ۹- تعارض قوانین در قراردادها (قانون حاکم بر تعهدات قراردادی و اصل حاکمیت اراده)، ش‌سی و دوم، صص ۵۱-۷.
همچنین نگاه کنید به: اسناد تجاری، قانون حاکم.

حل و فصل اختلافات

- ۱- جهان سوم و حل و فصل اختلافات بین‌المللی، ش‌هشتم، صص ۱۱۴-۱۱۲.
- ۲- طرح کمیته حقوقی مشورتی آسیایی و آفریقایی برای حل و فصل اختلافات تجاری، ش‌دوازدهم، صص ۷۷-۷۳.
- ۳- روشهای حل و فصل بین‌المللی اختلافات در حقوق مالکیت معنوی، ش‌بیست و نهم، صص ۱۴۸-۱۱۱.
همچنین نگاه کنید به: اتاق بازرگانی بین‌المللی، سازمان تجارت جهانی، سرمایه‌گذاری بین‌المللی.

خسارات تنبیهی

خسارات تنبیهی در حقوق بین‌الملل، ش سی‌ام، صص ۸۵-۱۱۸.

خلع سلاح

تأملی بر «اصل رضائی بودن پذیرش معاهدات» در آیینہ تحولات بین‌المللی خلع سلاح و کنترل تسلیحات، ش سی و دوم، صص ۵۳-۹۴.
همچنین نگاه کنید به: سلاحهای هسته‌ای.

دادگاه اروپایی حقوق بشر

- ۱- به دنبال اصول راهبردی مشترک آیین‌های دادرسی کیفری مختلف اروپایی، ش بیست و یکم، صص ۷۵-۹۵.
- ۲- نگاهی به دادگاه اروپایی حقوق بشر، ش بیست و دوم، صص ۱۳۷-۱۴۵.
- ۳- دادگاه جدید اروپایی حقوق بشر، ش بیست و پنجم، صص ۱۲۹-۱۴۵.

دادگاه بین‌المللی حقوق دریا

- ۱- آیین‌های داوری بین‌المللی: دادگاه بین‌المللی حقوق دریا، ش بیست و چهارم، صص ۱۶۷-۱۷۴.
- ۲- دادگاه بین‌المللی حقوق دریا: یک ارزیابی، ش سی و سوم، صص ۲۴۵-۲۷۰.

دادگاه بین‌المللی محیط زیست

نگاه کنید به: محیط زیست.

دارا شدن غیرعادلانه

- ۱- استناد به استفاده بلاجهت با وجود رابطه قراردادی، ش دوم، صص ۹-۳۷.
- ۲- نقد اجمالی رأی شماره ۲-۲۱۹-۳۵ دیوان داوری دعاوی ایران و امریکا «تئوری دارا شدن غیرعادلانه و صلاحیت»، ش دوم، صص ۹۵-۱۲۱.
- ۳- مروری اجمالی بر تئوری دارا شدن غیرعادلانه در حقوق ایران، امریکا و بین‌الملل، ش پنجم، صص ۱۰۳-۱۲۹.

داماتو - کندی

تکاپو در جهت جهانی کردن حقوق قانون هلمز- برتون و داماتو- کندی، ش بیستم، صص ۴۳-۷۷.

داوران

- ۱- جرح و سلب صلاحیت از داوران در داوری تجاری بین‌المللی، ش دوازدهم، صص ۱۶۷-۲۰۶.
- ۲- مسئولیت مدنی داوران، مطالعه تطبیقی همراه با پیشنهادهای اصلاحی، ش چهاردهم و پانزدهم، صص ۲۸۳-۲۲۱.

داوری

- ۱- موضوع قاعده ربوس ... و محاکم قضائی و داوری بین‌المللی، ش سوم، صص ۵۲-۵۹.
 - ۲- اسناد بین‌المللی، قانون نمونه درباره داوری تجاری بین‌المللی، ش چهارم، صص ۱۹۹-۲۳۰.
 - ۳- حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین‌المللی، ش پنجم، صص ۷-۴۱.
 - ۴- نکاتی از آیین دادرسی بین‌المللی، ش ششم، صص ۲۱۱-۲۳۳.
 - ۵- نظم عمومی و حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی در داوری بین‌المللی، ش نهم، صص ۱۶۹-۲۰۹.
 - ۶- داوری تجاری و اصول حاکم بر آن در حقوق انگلیس، ش دهم، صص ۲۰۷-۲۶۰.
 - ۷- تعارض قوانین در داوری تجاری بین‌المللی، ش یازدهم، صص ۱۵۵-۲۱۳.
 - ۸- سخنی درباره مراکز داوری منطقه‌ای کمیته حقوقی مشورتی آسیایی و آفریقایی، ش دوازدهم، صص ۶۹-۸۵.
 - ۹- تشریفات شناسایی و اجرای احکام خارجی و آرای داوری در حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه، ش سیزدهم، صص ۲۲۱-۲۶۸.
 - ۱۰- اسناد بین‌المللی، کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی، ش چهاردهم و پانزدهم، صص ۴۰۵-۴۲۱.
 - ۱۱- شرط داوری به وسیله ارجاع، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۲۶۳-۲۸۴.
 - ۱۲- اجرای احکام داوری بین‌المللی، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۳۰۳-۳۷۳.
 - ۱۳- داوری تجاری بین‌المللی، ش بیست و یکم، صص ۴۷-۷۱.
 - ۱۴- قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری آنسیترا، ش بیست و سوم، صص ۳۵-۸۱.
 - ۱۵- کشمکش‌زدایی با داوری در حقوق اسلام و کامن‌لا، ش بیست و سوم، صص ۱۸۷-۲۳۸.
 - ۱۶- داوری در قراردادهای بانکی، ش بیست و هشتم، صص ۴۵-۶۰.
 - ۱۷- قانون حاکم بر نسل جدید قراردادهای نفتی: چرخش در روند داوری، ش بیست و
- نمایه موضوعی ❖ ۴۱۷

نهم، صص ۱۰۹-۲۹.

- ۱۸- آماده‌سازی شاهد برای حضور در داوری تجاری بین‌المللی: راهنمای عملی برای وکیل، ش سی و یکم، صص ۱۸۷-۱۹۹.
- ۱۹- ضمانت اجرای آراء داوری بین‌المللی، ش سی و یکم، صص ۲۵۸-۲۰۱.
- ۲۰- مصونیت اجرایی دولت و سازمان مستقل بین‌المللی در مقابل آرای داوری (تفسیر یک رأی داوری)، ش سی و چهارم، صص ۳۲-۹.
- همچنین نگاه کنید به: اتاق بازرگانی بین‌المللی، بیانیه‌های الجزایر، داوران، دیوان داوری دعاوی ایران- ایالات متحده، سرمایه‌گذاری بین‌المللی، قراردادهای نفتی.

دریای آزاد

- ۱- تحولات جدید حقوق بین‌الملل عمومی در مورد قانونی بودن آزمایشهای اتمی در دریای آزاد، ش پنجم، صص ۴۵-۶۲.
- ۲- مسئله لاشه کشتیهای غرق شده در دریای آزاد از نظر حقوق بین‌الملل، ش هفتم، صص ۲۰۶-۱۹۳.
- ۳- مسئولیت مدنی خسارات آلودگی نفتی در دریای آزاد، ش دهم، صص ۲۰-۷.

دریای خزر

- ۱- رژیم حقوقی دریای مازندران، ش هشتم، صص ۱۸۵-۱۹۸.
- ۲- مرز در دریاچه‌های بین‌المللی، ش بیست و دوم، صص ۴۹-۱۳۵.
- ۳- دریای خزر و حقوق بین‌الملل: گزینه‌های متفاوت با توجه به آرای دیوان بین‌المللی دادگستری، ش بیست و ششم و هفتم، صص ۳۴۸-۱۴۷.

دیوان بین‌المللی اتاق بازرگانی بین‌المللی

نگاه کنید به: اتاق بازرگانی بین‌المللی.

دیوان بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق

- ۱- دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق، ش هجدهم و نوزدهم، صص ۲۳۷-۱۹۳.
- ۲- دیوان بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، ش هجدهم و نوزدهم، صص ۳۸۴-۳۳۵.
- ۳- آیین‌های داوری بین‌المللی: محاکم کیفری بین‌المللی، ش بیست و چهارم، صص ۱۹۲-۱۷۴.

دیوان بین‌المللی دادگستری

- ۱- بررسی اجمالی سازمان و صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری لاهه، ش اول، صص ۱۸۳-۱۹۹.
- ۲- بررسی اجمالی اختلافات ایالات متحده امریکا- نیکاراگوآ در دیوان بین‌المللی دادگستری- ۱۹۸۶، ش هشتم، صص ۱۵۶-۱۳۱.
- ۳- آرای دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص اصل عدم مداخله، ش نهم، صص ۱۹-۲۲.
- ۴- رویه دیوان بین‌المللی دادگستری و انصراف از استرداد دعوی، ش چهاردهم و پانزدهم، صص ۹۷-۱۰۱.
- ۵- استاپل در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری، ش چهاردهم و پانزدهم، صص ۱۱۸-۱۲۰.
- ۶- بین پتک و سندان ایالات متحده، دیوان بین‌المللی دادگستری و دعوای نیکاراگوئه، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۱۷۱-۱۵۱.
- ۷- «ساخت و پرداخت» احکام در دیوان بین‌المللی دادگستری، ش هجدهم و نوزدهم، صص ۳۳۸-۲۹۹.
- ۸- حقوق قراردادی و تدوین قواعد عرفی در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری با تأکید بر قضیه نیکاراگوئه، ش بیستم، صص ۲۹۶-۲۵۳.
- ۹- گزارشی از رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه لاکربی: ایرادات مقدماتی، ش بیست و دوم، صص ۴۷-۵.
- ۱۰- رویه دیوان بین‌المللی دادگستری در مورد قواعد آمره، ش بیست و دوم، صص ۳۲۳-۳۱۹.
- ۱۱- توسل به سلاح هسته‌ای و حمایت از محیط زیست: آورده دیوان بین‌المللی دادگستری، ش بیست و چهارم، صص ۲۸-۵.
- ۱۲- آیین‌های داوری بین‌المللی: دیوان بین‌المللی دادگستری، ش بیست و چهارم، صص ۱۳۱-۱۵۱.
- ۱۳- دریای خزر و حقوق بین‌الملل: گزینه‌های متفاوت با توجه به آرای دیوان بین‌المللی دادگستری، ش بیست و ششم و بیست و هفتم، صص ۳۴۸-۱۴۷.
- ۱۴- قاضی ویژه در دیوان بین‌المللی دادگستری، ش سی‌ام، صص ۸۴-۷۵.
- ۱۵- نقد و بررسی نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری راجع به تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای، ش سی و یکم، صص ۸۷-۵.

۱۶- دیوان بین‌المللی دادگستری: موضوعات منتخب درباره مسئولیت دولت، ش سی و چهارم، صص ۱۱۱-۱۲۹.

دیوان داورى دعاوى ایران- ایالات متحده

- ۱- گزارشی از آرای دیوان داورى دعاوى ایران- ایالات متحده، ش اول، صص ۶۵-۷۱.
- ۲- استرداد دعا در دیوان داورى ایران- ایالات متحده، ش اول، صص ۸۷-۹۸.
- ۳- نقد اجمالی رأی شماره ۲-۳۱۹-۳۵ دیوان داورى دعاوى ایران و امریکا، ش دوم، صص ۹۵-۱۲۱.
- ۴- آرای دیوان داورى لاهه: گزارشی از آخرین تحولات در مورد دعاوى بین‌المللی ایران، ش سوم، صص ۸۱-۸۳.
- ۵- نقدی بر یکی از آرای دیوان داورى ایران- ایالات متحده امریکا، ش سوم، صص ۱۵۳-۱۹۹.
- ۶- بررسی مواضع و نقطه‌نظرهای جمهوری اسلامی ایران و دولت امریکا در پرونده الف/ ۱۸ (دیوان داورى دعاوى ایران- ایالات متحده) در مورد تابعیت مضاعف، ش چهارم، صص ۵۱-۷۲.
- ۷- متن تصمیم دیوان داورى در پرونده الف/ ۱۸ «تابعیت مضاعف»، ش چهارم، صص ۱۴۱-۱۶۳.
- ۸- نظر حقوقی داوران ایرانی در مخالفت با تصمیم اکثریت در پرونده الف/ ۱۸ دیوان داورى دعاوى ایران- ایالات متحده در رابطه با دعاوى دارندگان تابعیت مضاعف، ش ششم، صص ۱۱۳-۲۰۸.
- ۹- دیوان داورى دعاوى ایران- ایالات متحده: حقوق خصوصی اشخاص و مسئولیت دولت، ش هفتم، صص ۵۵-۹۵.
- ۱۰- گزارشی از آرای دیوان داورى دعاوى ایران- ایالات متحده امریکا، ش هشتم، صص ۱۲۱-۱۲۷.
- ۱۱- گزارشی از آرای دیوان داورى دعاوى ایران- ایالات متحده امریکا تا پایان سال ۱۳۶۶، ش نهم، صص ۱۲۷-۱۳۰.
- ۱۲- گزارشی از آرای دیوان داورى دعاوى ایران- ایالات متحده امریکا در لاهه تا پایان شهریور ماه ۱۳۶۷، ش دهم، صص ۲۶۳-۲۶۶.
- ۱۳- یاد استاد میشل ویرالی حقوقدان بین‌المللی؛ فیلسوف حقوق، ش یازدهم، صص ۹۹-۱۲۴.
- ۱۴- خلاصه اقدامات دیوان داورى ایران و ایالات متحده امریکا در لاهه تا پایان شهریور ماه ۱۳۶۸، ش یازدهم، صص ۲۱۷-۲۱۹.

- ۱۵- روش عملی دیوان داورى دعاوى ایران- ایالات متحده امریکا در پذیرفتن ادله از طرفین و از کارشناسان، ش دوازدهم، صص ۲۰۹-۲۳۲.
 - ۱۶- گزارش آرای دیوان داورى ایران و ایالات متحده امریکا در لاهه تا پایان شهریور ۱۳۶۹، ش دوازدهم، صص ۲۶۵-۲۶۸.
 - ۱۷- معیارهای سنجش ارزش اموال مصادره شده بیگانگان در آرای دیوان داورى دعاوى ایران- ایالات متحده، ش چهاردهم و پانزدهم، صص ۸۹-۳۳.
 - ۱۸- مسئله انصراف [از استرداد دعا] در رویه دیوان داورى دعاوى ایران- ایالات متحده، ش چهاردهم و پانزدهم، صص ۱۱۰-۱۰۳.
 - ۱۹- استاپل در رویه دیوان داورى دعاوى ایران- ایالات متحده، ش چهاردهم و پانزدهم، صص ۱۲۵-۱۲۲.
 - ۲۰- دیوان داورى دعاوى ایران- ایالات متحده امریکا و عملکرد آن در قلمرو حقوق بین‌الملل، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۸۴-۳.
 - ۲۱- ماهیت حقوقی دیوان داورى دعاوى ایران- ایالات متحده امریکا از دیدگاه حقوق بین‌الملل، ش هجدهم و نوزدهم، صص ۹۱-۱۳۳.
 - ۲۲- مصادره غیرمستقیم در حقوق بین‌الملل و رویه دیوان داورى دعاوى ایران- ایالات متحده، ش هجدهم و نوزدهم، صص ۴۴۶-۳۸۷.
 - ۲۳- شرایط مسئولیت دولت در برابر دارندگان تابعیت مضاعف، ش بیستم، صص ۷-۴۰.
 - ۲۴- ضمانتنامه‌های بانکی در رویه دیوان داورى دعاوى ایران- ایالات متحده، ش بیستم، صص ۸۱-۱۹۰.
 - ۲۵- گزارشی از آرای دیوان داورى دعاوى ایران- ایالات متحده (لاهی)، ش بیست و یکم، صص ۲۴۹-۲۵۵.
 - ۲۶- ممنوعیت استملاک اموال غیرمنقول توسط بیگانگان، ش بیست و دوم، صص ۲۹۷-۲۲۱.
 - ۲۷- گزارشی از آرای دیوان داورى دعاوى ایران- ایالات متحده، ش بیست و چهارم، صص ۳۸۳-۳۷۵.
 - ۲۸- رویه دیوان داورى دعاوى ایران و ایالات متحده در خصوص شرط حمایت از اموال، ش بیست و پنجم، صص ۸۳-۸۰.
- همچنین نگاه کنید به: بیانیه‌های الجزایر.

دیوان کیفری بین‌المللی

- ۱- درآمدی بر تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی و ارزیابی اساسنامه آن، ش بیست و سوم، صص ۱۸۵-۱۵۱.

- ۲- قوانین اساسی کشورها و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، ش بیست و نهم، صص ۱۴۹-۱۶۷.
- ۳- معافیت نیروهای حافظ صلح دولتهای غیر عضو اساسنامه ICC از صلاحیت قضائی دیوان کیفری بین‌المللی- ابهامات قطعنامه ۱۴۲۲ شورای امنیت، ش سی و دوم، صص ۲۲۱-۲۵۷.
- ۴- اسناد بین‌المللی، آیین دادرسی و ادله دیوان بین‌المللی کیفری، ش سی و سوم، صص ۳۰۳-۳۸۱ و ش سی و سوم، صص ۴۶۳-۵۱۵.
نگاه کنید به: حقوق جزای بین‌الملل.

سازمان تجارت جهانی

- ۱- نگرشی بر ساختار مرجع حل اختلاف در سازمان تجارت جهانی، ش بیست و یکم، صص ۱۲۹-۱۸۰.
- ۲- آیین‌های داوری بین‌المللی: حل اختلافات در سازمان تجارت جهانی، ش بیست و چهارم، صص ۱۵۱-۱۶۶.
- ۳- نهادهای بین‌المللی تجارت: گات و سازمان تجارت جهانی، ش بیست و هشتم، صص ۱۴۹-۲۴۱.

سازمان جهانی مالکیت معنوی

نگاه کنید به: مالکیت معنوی.

سازمانهای بین‌المللی

- ۱- نحوه تصویب معاهدات در سازمانهای بین‌المللی، ش دهم، صص ۸۱-۹۳.
- ۲- تأملی بر مسئولیت بین‌المللی سازمانهای بین‌المللی، ش بیست و یکم، صص ۲۱۵-۲۴۵.
- ۳- مصونیت اجرایی دولت و سازمان مستقل بین‌المللی در مقابل آرای داوری (تفسیر یک رأی داوری)، ش سی و چهارم، صص ۹-۳۲.

سرمایه‌گذاری بین‌المللی

- ۱- اسناد بین‌المللی، کنوانسیون حل‌وفصل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر، ش ششم، صص ۲۶۱-۲۹۸.
- ۲- قانون حاکم و اجرای احکام در داوریه‌های موضوع کنوانسیون حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر، ش دهم، صص ۱۶۵-۲۰۳.

- ۳- اندیشه‌هایی در خصوص عهدنامه حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاریهای بین دولتها و اتباع دول دیگر، ش دوازدهم، صص ۳۱-۶۶.
 - ۴- مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری «ایکسید»، ش دوازدهم، صص ۱۸۸ و ۱۹۴-۱۹۱.
 - ۵- بررسی اجمالی مفهوم حقوقی «J.V.» در حقوق امریکا و حقوق بین‌الملل، ش سیزدهم، صص ۵۵-۱۲۸.
 - ۶- قراردادهای دولت با بیگانگان: تحولات معاصر در مسئله غرامت ناشی از فسخ یا نقض این نوع قراردادها، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۳۷۷-۴۲۶.
 - ۷- چشم‌انداز انعقاد یک عهدنامه عمومی بین‌المللی درباره سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، ش بیست و سوم، صص ۸۳-۱۱۲.
 - ۸- قراردادهای دولت با بیگانگان، مسئله تغییر یکجانبه قرارداد توسط دولت در حقوق بین‌الملل معاصر، ش بیست و چهارم، صص ۱۹۳-۲۴۰.
 - ۹- زمینه‌های تاریخی حضور شرکتهای خصوصی در حقوق بین‌الملل، ش بیست و پنجم، صص ۵-۵۶.
 - ۱۰- اسناد بین‌المللی، کنوانسیون تأسیس آژانسهای تضمین سرمایه‌گذاریهای چندجانبه، ش بیست و ششم و بیست و هفتم، صص ۳۸۵-۴۵۲.
 - ۱۱- معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، ش سی‌ام، صص ۲۵۱-۳۲۷.
- همچنین نگاه کنید به: قراردادهای نفتی.

سلاحهای هسته‌ای

- ۱- تحولات جدید در حقوق بین‌الملل عمومی در مورد قانونی بودن آزمایشهای اتمی در دریای آزاد، ش پنجم، صص ۴۵-۶۲.
- ۲- نابرابری دولتها در قبول و اجرای معاهده عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای: تصورات و واقعیات، ش هجدهم و نوزدهم، صص ۷-۴۰.
- ۳- توسل به سلاح هسته‌ای و حمایت از محیط زیست: آورده دیوان بین‌المللی دادگستری، ش بیست و چهارم، صص ۵-۲۸.
- ۴- نقد و بررسی نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری راجع به تهدید یا توسل به سلاحهای هسته‌ای، ش سی و یکم، صص ۵-۸۷.

شورای امنیت سازمان ملل متحد

- ۱- اصلاح شورای امنیت- تطبیق منشور ملل متحد با واقعیات جدید پس از دوره جنگ سرد، ش بیستم، صص ۴۳۱-۴۴۴.

۳- معافیت نیروهای حافظ صلح دولتهای غیر عضو اساسنامه ICC از صلاحیت قضائی دیوان کیفری بین‌المللی- ابهامات قطعنامه ۱۴۲۲ شورای امنیت، ش سی و دوم، صص ۲۵۷-۲۲۱.
همچنین نگاه کنید به: تروریسم، ناتو.

صلاحیت

- ۱- دعوای پینوشه، معجونی از حقوق و سیاست، ش بیست و پنجم، صص ۱۲۸-۸۵.
- ۲- اعمال صلاحیت جهانی در رابطه با جرایم سنگین حقوق بشری، ش بیست و هشتم، صص ۱۱۴-۶۱.
- ۳- تحولات قاعده مصونیت دولت: تأثیر قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران و قانون مبارزه با تروریسم ایالات متحده آمریکا، ش سی‌ام، صص ۱۷۷-۱۱۹.

فساد مالی

اسناد بین‌المللی، کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد مالی، ش سی و دوم، صص ۳۸۰-۳۰۷.
همچنین نگاه کنید به: پول‌شویی.

فورس ماژور

- ۱- مداخله دولت در قراردادهای منعقدۀ با شرکتهای خارجی و مسئله فورس ماژور، ش اول، صص ۲۱۷-۲۰۵.
- ۲- تفسیر شرط فورس ماژور، ش اول، صص ۲۲۳-۲۱۹.
- ۳- قوه قاهره یا فورس ماژور «بررسی اجمالی در حقوق تطبیقی و حقوق بین‌الملل و قراردادهای بازرگانی بین‌المللی»، ش سوم، صص ۱۴۹-۱۱۱.
- ۴- فورس ماژور و اسناد تجاری، ش دوازدهم، صص ۱۳۳-۱۳۲.
- ۵- آثار قوه قاهره و انتفای قرارداد، ش بیست و یکم، صص ۱۲۶-۹۹.

قاعده آمره

- ۱- جایگاه قاعده آمره در میان منابع حقوق بین‌الملل، ش بیست و دوم، صص ۳۲۴-۲۲۹.
 - ۲- جامعه بین‌المللی و تعهدات بین‌المللی، ش بیست و سوم، صص ۷۱-۹.
 - ۳- قواعد بنیادین حقوق بین‌المللی کیفری و قاعد آمره (*Jus cogens*)، ش سی و سوم، صص ۲۴۴-۲۳۱.
- همچنین نگاه کنید به: حقوق بین‌الملل عام.

قانون حاکم

- ۱- انتخاب قانون حاکم، ش دوم، صص ۲۰۶-۲۱۰.
 - ۲- قانون حاکم و اجرای احکام در داوریه‌های موضوع کنوانسیون حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر، ش دهم، صص ۱۶۵-۲۰۳.
 - ۳- قانون حاکم بر تعیین تابعیت و اقامتگاه، ش دوازدهم، صص ۱۶-۲۷.
 - ۴- قانون خاص حاکم بر ضابطه غرامت در آرای دیوان [داوری دعاوی ایران- ایالات متحده]، ش چهاردهم و پانزدهم، صص ۵۰-۵۸.
 - ۵- قانون حاکم بر قرارداد یا «قانون مناسب»، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۳۷۹-۳۹۶.
 - ۶- قانون حاکم در داوری تجاری بین‌المللی، ش بیست و یکم، صص ۶۴-۶۷.
 - ۷- نگاهی دیگر به قانون حاکم بر اموال شخصیه خارجی‌ان مقیم ایران، ش بیست و چهارم، صص ۲۴۱-۲۷۵.
 - ۸- قانون حاکم بر قراردادهای شرکت‌های خصوصی فراملی با مؤسسات دولتی خارجی، ش بیست و پنجم، صص ۳۶-۵۲.
- همچنین نگاه کنید به: قراردادهای نفتی.

قراردادهای نفتی

- قانون حاکم بر نسل جدید قراردادهای نفتی: چرخش در روند داوری، ش بیست و نهم، صص ۲۹-۱۰۹.

کامن لا

- ۱- کشمکش‌زدایی با داوری در حقوق اسلام و کامن لا، ش بیست و سوم، صص ۱۸۷-۲۳۸.
 - ۲- «نظریه تغییر اوضاع و احوال» در کشورهای دارای نظام حقوقی کامن لا، ش بیست و پنجم، صص ۱۹۸-۲۰۶.
 - ۳- خسارات تنبیهی در نظام کامن لا، ش سی‌ام، صص ۸۸-۱۰۱.
 - ۴- مصونیت قضائی و اجرایی در حقوق کامن لا، ش سی و چهارم، صص ۲۸-۳۲.
- همچنین نگاه کنید به: حقوق انگلستان، امریکا.

مالکیت معنوی

- ۱- روشهای حل‌وفصل بین‌المللی اختلافات در حقوق مالکیت معنوی، ش بیست و نهم، صص ۱۱۱-۱۴۸.
- ۲- اسناد بین‌المللی، عهدنامه مالکیت ادبی و هنری (کپی رایت) سازمان جهانی مالکیت

معنوی (WIPO)، ش بیست و نهم، صص ۴۰۳-۳۲۰:
- اعلامیه‌های مورد توافق در خصوص عهدنامه مالکیت ادبی و هنری سازمان جهانی مالکیت معنوی.

محیط زیست

- ۱- مسئولیت مدنی خسارات آلودگی نفتی در دریای آزاد، ش دهم، صص ۷-۲۰.
 - ۲- حمایت و توسعه محیط زیست دریایی خلیج فارس و دریای عمان، ش یازدهم، صص ۷-۳۲.
 - ۳- اجرای عدالت درباره محیط زیست بین الملل: حقوق و راه حلها، ش سی و یکم، صص ۱۷۱-۱۸۵.
- همچنین نگاه کنید به سلاحهای هسته‌ای.

مخاصمات مسلحانه

- ۱- مفهوم تجاوز در حقوق بین الملل، ش هشتم، صص ۷-۵۲.
 - ۲- مفهوم آتش بس، ترک مخاصمه و متارکه جنگ از دیدگاه حقوق بین الملل، ش یازدهم، صص ۱۲۷-۱۵۱.
 - ۳- معرفی و بررسی مقدماتی کمیسیون غرامت سازمان ملل متحد، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۱۰۷-۱۴۸.
 - ۴- بررسی اجمالی اختلافات ایالات متحده امریکا- نیکاراگوآ در دیوان بین المللی دادگستری - ۱۹۸۶، ش هشتم، صص ۱۵۶-۱۳۱.
 - ۵- بین پتک و سندان ایالات متحده، دیوان بین المللی دادگستری و دعوای نیکاراگوئه، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۱۷۱-۱۵۱.
 - ۶- آثار حقوقی اعلان جنگ در اسلام و حقوق بین الملل معاصر، ش بیست و پنجم، صص ۲۷۵-۳۱۲.
 - ۷- آثار حقوقی جنگ بر سرزمین در اسلام و حقوق بین الملل معاصر، ش بیست و هشتم، صص ۲۶۵-۳۰۲.
 - ۸- راههای پایان دادن جنگ در حقوق اسلام، ش سی ام، صص ۳۹۳-۳۲۹.
 - ۹- بحران عراق: اکنون چه باید کرد؟ (بررسی اشغال عراق در پرتو حقوق بین الملل)، ش سی و یکم، صص ۸۹-۱۱۷.
 - ۱۰- اسلام؛ اصالت جنگ با اصالت صلح؟، ش سی و سوم، صص ۱۵۷-۷۳.
- همچنین نگاه کنید به: ایران و عراق، تروریسم، حقوق بشردوستانه، حقوق جزای بین المللی، سلاحهای هسته‌ای، مداخله، ناتو.

مداخله

- ۱- مداخله در امور کشورهای دیگر از دیدگاه حقوق بین‌الملل، ش نهم، صص ۷-۳۹.
 - ۲- حمله امریکا به گرانادا: پیامدها و وجاهت قانونی آن، ش یازدهم، صص ۲۶۳-۲۳۷.
 - ۳- تکاپو در جهت جهانی کردن حقوق؟ قانون هلمز- برتون و داماتو- کندی، ش بیستم، صص ۴۳-۷۷.
- همچنین نگاه کنید به: حقوق بشردوستانه، ناتو.

مرور زمان

نگاه کنید به: اسناد تجاری، بیع بین‌المللی.

مسئولیت

- ۱- مسئولیت ایران در قبال قراردادهای دولت و مؤسسات دولتی، ش اول، صص ۲۰۳-۲۳۰.
 - ۲- مفهوم تقصیر سنگین در ارتباط با شرط عدم مسئولیت، ش چهارم، صص ۱۶۷-۱۹۵.
 - ۳- دیوان داوری دعاوی ایران- ایالات متحده: حقوق خصوصی اشخاص و مسئولیت دولت، ش هفتم، صص ۵۵-۹۵.
 - ۴- جهان سوم و مسئولیت بین‌المللی دولت، ش هفتم، صص ۱۰۶-۱۰۸.
 - ۵- مسئولیت مدنی خسارات آلودگی نفتی در دریای آزاد، ش دهم، صص ۷-۲۰.
 - ۶- مسئولیت بین‌المللی دولت در نتیجه اعمال افراد، ش سیزدهم، صص ۱۸۵-۲۱۷.
 - ۷- ملاحظات پیرامون جرم بین‌المللی دولت، ش سیزدهم، صص ۲۷۱-۳۲۰.
 - ۸- جنگ عراق علیه ایران از دیدگاه حقوق بین‌الملل، ش سیزدهم، صص ۳۲۳-۳۵۳.
 - ۹- مسئولیت مدنی داوران- مطالعه تطبیقی همراه با پیشنهادهای اصلاحی، ش چهاردهم و پانزدهم، صص ۲۲۱-۲۸۳.
 - ۱۰- شرایط مسئولیت بین‌المللی دولت در برابر دارندگان تابعیت مضاعف، ش بیستم، صص ۷-۴۰.
 - ۱۱- مسائل مربوط به مسئولیت ناشی از بحران و جنگ خلیج [فارس]، ش بیستم، صص ۱۹۳-۲۴۹.
 - ۱۲- تأملی بر مسئولیت بین‌المللی سازمانهای بین‌المللی، ش بیست و یکم، صص ۲۱۵-۲۴۵.
 - ۱۳- دیوان بین‌المللی دادگستری: موضوعات منتخب درباره مسئولیت دولت، ش سی و چهارم، صص ۱۱۱-۱۲۹.
- همچنین نگاه کنید به: خسارات تنبیهی

مصادره

- ۱- حکم جزئی مورخ ۱۴ ژوئیه ۱۹۸۷ [دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده] در خصوص ادعای مصادره غیرقانونی، ش یازدهم، صص ۱۲۰-۱۱۴.
 - ۲- معیارهای سنجش ارزش اموال مصادره شده بیگانگان در آرای دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده، ش چهاردهم و پانزدهم، صص ۸۹-۳۳.
 - ۳- آراء دیوان [داوری دعاوی ایران - ایالات متحده] در دعاوی سلب مالکیت، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۶۲-۳۵.
 - ۴- مصادره غیرمستقیم در حقوق بین‌الملل و رویه دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده، ش هجدهم و نوزدهم، صص ۴۴۶-۳۸۷.
 - ۵- نظریه عمل دولت در ایالات متحده امریکا و استثناء عهدنامه‌ای آن، ش بیست و پنجم، صص ۸۴-۵۷.
- همچنین نگاه کنید به: سرمایه‌گذاری بین‌المللی.

مصونیت

- ۱- نظریه عمل دولت در ایالات متحده امریکا و استثناء عهدنامه‌ای آن، ش بیست و پنجم، صص ۸۴-۵۷.
 - ۲- دعوای پینوشه، معجونی از حقوق و سیاست، ش بیست و پنجم، صص ۱۲۸-۸۵.
 - ۳- التباس معنای مزایا و مصونیتها در حقوق بین‌الملل، تأملی بر تعاریف و مفاهیم، ش بیست و پنجم، صص ۲۷۴-۲۵۵.
 - ۴- تحولات قاعده مصونیت دولت: تأثیر قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران و قانون مبارزه با تروریسم ایالات متحده امریکا، ش سی‌ام، صص ۱۷۷-۱۱۹.
 - ۵- اسناد بین‌المللی، مصونیت‌های قضائی و اجرایی رئیس دولت و حکومت در حقوق بین‌الملل (قطعه‌نامه مصوب نشست ون کوور)، ش سی‌ام، صص ۴۰۳-۳۹۵.
 - ۶- مصونیت اجرایی دولت و سازمان مستقل بین‌المللی در مقابل آرای داوری (تفسیر یک رأی داوری)، ش سی و چهارم، صص ۳۲-۹.
- همچنین نگاه کنید به: خسارات تنبیهی.

ملی کردن

نگاه کنید به: سرمایه‌گذاری بین‌المللی، مصادره.

میراث فرهنگی

- ۱- بررسی «قرارداد حمایت از اموال فرهنگی به هنگام نزاع مسلحانه» و اعمال آن در

- جنگ عراق علیه ایران، ش شانزدهم و هفدهم، صص ۱۷۵-۲۵۹.
- ۲- کنوانسیون وحدت قوانین در مورد عودت بین‌المللی اموال فرهنگی که سرقت رفته یا به‌طور غیرقانونی خارج شده‌اند (رم- ۲۴ ژوئن ۱۹۹۵)، ش بیست و دوم، صص ۱۶۹-۲۲۰.
- ۳- تأملی بر کنوانسیون حفاظت میراث فرهنگی زیر آب، ش سی و سوم، صص ۱۵۹-۱۸۸.

ناتو

- ناتو، سازمان ملل و جنبه‌های حقوقی استفاده از زور، ش بیست و چهارم، صص ۲۷۷-۳۱۸.

وکالت

- ۱- سیستم دو پایه وکالت در حقوق انگلستان، ش اول، صص ۱۰۹-۱۱۵.
- ۲- نظریه اصیل واقعی و Alter ego، ش دوم، صص ۲۱۳-۲۴۳.

هلمز - برتون

نگاه کنید به: داماتو - کندی.

یادنامه

- ۱- یاد استاد میشل ویرالی حقوقدان بین‌المللی؛ فیلسوف حقوق، ش یازدهم، صص ۹۹-۱۲۴.
- ۲- یادى از آرشاگا حقوقدان و سیاستمدار بزرگ جهان سوم، ش هجدهم و نوزدهم، صص ۲۸۳-۲۹۶.
- ۳- از این دادگاه به آن دادگاه «خاطرات یک داور بین‌المللی»، ش بیست و هشتم، صص ۱۱۵-۱۴۷.

ملاحظات نسبت به کنوانسیون ۱۷ ژانویه ۲۰۰۵ سازمان ملل متحد راجع به مصونیت قضائی دولتها و اموالشان*

ترجمه و تلخیص
دکتر حسین خزاعی

مبحث اول - مسائل شکلی

الف - سابقه

مسئله تدوین مقرراتی راجع به صلاحیت دادگاه‌های یک دولت برای محاکمه دولت خارجی، از زمان تشکیل جامعه ملل مورد توجه بوده است. از سال ۱۹۲۸ کمیته کارشناسی تدوین حقوق بین‌الملل این موضوع را در دستور کار خود قرار داده بود. با وجود این، طی مدت مدیدی در این خصوص پیشرفتی حاصل نشد، تا اینکه در سال ۱۹۹۱ بعد از سالها گفتگو «کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد» متنی را در ۲۲ ماده تهیه و تصویب نمود. این کمیسیون ضمن تقدیم متن مورد نظر به مجمع عمومی سازمان ملل پیشنهاد کرد که از دولتها برای تشکیل یک کنفرانس بین‌المللی به منظور بررسی موضوع دعوت شود. مجمع عمومی ابتدا گروهی را برای بررسی مسائل ماهوی پیشنهاد ارائه شده، تعیین نمود و سپس در سی و سومین نشست خود با تغییر گروه و تعیین گروه دیگری با تأکید بر مد نظر قرار دادن تحولات قانونگذاری دولتها و رویه‌های عملی موجود، به آن جنبه رسمی و جدی‌تری داد. در سال ۱۹۹۹ کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد بعد از بحث و گفتگو و انتشار گزارش‌های متعدد که اصول و مشکلات و طرق مختلف حل آنها را ارائه می‌داد، متن نهایی معاهده را تهیه و در

*. Isabelle Pingel, 10 Observations sur le convention du 17 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, Journal du Droit International Revue trimestrielle JurisClasseur, n^o4, Octobre – Novembre – Decembre 2005, pp. 1045-1054.

سال ۲۰۰۴ تصویب نمود. مجمع عمومی نیز به توصیه کمیسیون ششم (کمیسیون امور حقوقی) در یک قطعنامه بدون رأی‌گیری در ۲ دسامبر ۲۰۰۴ متن معاهده را پذیرفت. این معاهده برای امضا از ۱۷ ژانویه ۲۰۰۵ مفتوح و تا ۱۷ ژانویه ۲۰۰۷ در مقر سازمان ملل متحد باز خواهد ماند. تاکنون چهار دولت به آن پیوسته‌اند.

در این معاهده طبق سنت دیرینه، مصونیت دولتها اصل و عدم مصونیت به‌طور استثنایی پذیرفته شده است. منشأ استثنائات پذیرفته شده، از اراده دولتها و طبیعت اختلاف‌ها ناشی می‌شود. در این معاهده موارد مصونیت اجرایی خیلی محدود شده و مواردی که درخصوص آنها می‌توانسته اختلاف نظر زیادی وجود داشته باشد به ضمیمه انتقال داده شده است.

ب- تدوین

این معاهده در ۳۳ ماده و شش قسمت و یک ضمیمه به شرح زیر تدوین شده است. قسمت اول از ماده ۱ تا ماده ۵ به کاربرد اصطلاحات، قلمرو، مستثنیات و عدم عطف به ماسبق شدن معاهده و حکومت آن بر آینده اختصاص دارد. در ماده ۵ تا ماده ۱۰، موضوع قسمت دوم، تحت عنوان اصول کلی، مصونیت قضائی دولت و آثار دخالت دولت در دعاوی از نظر بهره‌بری یا محرومیت از مصونیت مورد بررسی قرار می‌گیرد. موضوع قسمت سوم از ماده ۱۰ تا ماده ۱۸، شمارش مواردی است که در آن به مصونیت نمی‌توان استناد نمود. قسمت چهارم از ماده ۱۸ تا ماده ۲۲ به مصونیت از اقدامات تأمینی در قبل و بعد از صدور رأی بر علیه دولت مربوط می‌شود. قسمت پنجم از ماده ۲۲ تا ماده ۲۵ به مقررات متفرقه در مورد ابلاغ اخطاریه و احضاریه و صدور حکم غیابی و مصونیت‌ها در جریان رسیدگی می‌پردازد. قسمت ششم از ماده ۲۵ تا ماده ۳۳ تحت عنوان مقررات نهایی، روابط این معاهده با معاهدات دیگر، روش حل اختلافات ناشی از این معاهده و نحوه عضویت در آن را بیان می‌نماید.

در قسمت ضمیمه که جزء لاینفک معاهده اعلان شده است، مواد ۱۰، ۱۱، ۱۳، ۱۴، ۱۷ و ۱۹ توضیح داده شده است.

مبحث دوم - مسائل ماهوی

الف - تعریف دولت

در حقوق بین الملل بخصوص در رابطه با مصونیت‌ها، تعریف دولت از یک رویه به رویه دیگر متفاوت است. بویژه در مورد اعضای دولتهای فدرال اختلاف نظر زیادی وجود دارد. در نظام حقوق نوشته (سیستم حقوقی فرانسه) به دولتهای فدرال به این دلیل که در نظم بین‌المللی حاکمیت ندارند، مصونیت داده نمی‌شود. برعکس در نظام حقوقی کامن‌لا (در حقوق انگلیس و امریکا)، در تعریف دولت عناصر تشکیل دهنده دولت فدرال نیز مد نظر قرار می‌گیرد. باتوجه به این دو بینش متفاوت، در بند ۱ و ۲ حرف (ب) از ماده ۲ معاهده ۲۰۰۵، تلفیقی از این دو نظریه گنجانیده شده و تصریح شده است که فقط تقسیمات و ارگانهایی از نقطه نظر مصونیت، مورد توجه معاهده هستند که صلاحیت انجام اعمالی را به عنوان قدرت حاکمه دارند و به این عنوان عمل می‌نمایند.

لازم به یادآوری است که دولت نقش دوگانه‌ای را بازی می‌نماید که در حقوق روم *"Jure Gestionis"* و *"Jure Imperi"* نامیده می‌شده است و در فرهنگ حقوقی زبان فارسی به اعمال حاکمیت و اعمال تصدی ترجمه شده است. در این معاهده تصریح شده است که مصونیت فقط در مورد اعمال حق حاکمیت نقش بازی می‌کند و حتی دولت فدرال باید در محدوده اعمال حاکمیت محض یا نمایندگی، عمل نماید تا بتواند انتظار برخورداری از مصونیت را داشته باشد.

ب - خصیصه تجارتی قرارداد

به طور کلی تمامی دولتها اتفاق نظر دارند که قراردادهای مربوط به داد و ستد بازرگانی نمی‌تواند موضوع مصونیت دولتها قرار گیرد، ولی در مورد ضابطه‌ای که باید برای تشخیص بازرگانی بودن داد و ستد اعمال گردد اختلاف نظر زیادی وجود دارد. در این مورد دو نظریه که به نتایج کاملاً متفاوتی منجر می‌گردند در مقابل هم قرار می‌گیرند. طبق یک نظریه برای تعیین قلمرو اجرایی مصونیت باید به هدف عمل مورد اختلاف توجه داشت. این نظریه به توسعه امتیاز مصونیت منجر می‌گردد؛ زیرا هر عمل می‌تواند به یک هدف حاکمیتی منجر گردد. نظریه دوم به طبیعت فعالیت مورد بحث توجه دارد که به محدودیت قلمرو مصونیت منجر می‌گردد. طبق این نظریه فقط اعمالی وصف داد و ستد بازرگانی را دارند که یک قدرت حاکم می‌تواند انجام دهد و فقط این نوع اعمال شایسته برخورداری از امتیاز مصونیت را دارند، مانند ملی کردن.

انشاء بند ۲ از ماده ۲ بیانگر این تقابل غیرقابل تردید است. در این بند قبول شده است که برای تعیین اینکه یک قرارداد «داد و ستد بازرگانی» شناخته شود یا خیر، باید، در درجه اول

به طبیعت آن توجه نمود، ولی بلافاصله اضافه می‌شود که هدف طرفین نیز مورد توجه قرار خواهد گرفت و به این ترتیب بازتلفیقی از دو نظریه موجود در معاهده گنج‌انیده شده است. چنانکه ملاحظه می‌شود متن این بند به لحاظ استناد به قانون مقرر دادگاه، مانع از ورود فعالیت‌هایی که به عنوان فعالیت قدرت حاکمه، یا برعکس، مورد توجه قرار می‌گیرند و موجب تسری مصونیت دولت می‌شوند، نیست. از طرف دیگر اهداف قرارداد و دادستد و بازرگانی نیز منتهی به توسعه بالقوه قلمرو اجرایی مصونیت می‌گردد. این دو مورد در روند درست اصل حسن نیت انجام داد و ستدهای بازرگانی اخلاص می‌نماید و باب چانه‌زنی دولتها را در مورد برخورداری از مصونیت باز می‌گذارد.

ج- مؤسسات دولتی

پس از تشکیل اتحاد جماهیر شوروی سوسیالیستی تعدادی مؤسسه کاملاً دولتی که صرفاً به فعالیت تجارتي اشتغال داشتند به وجود آمد. این مؤسسات با اشتغال به تجارت در سطح بین‌المللی موجب طرح سؤال و اظهار نظر دادگاه‌ها در مورد قلمرو مصونیت دولتها شدند. در بعضی از کشورها مانند یونان و ایتالیا که به مصونیت نسبی اعتقاد داشتند، دادگاه‌ها مصونیت مؤسسات تجارتي رژیم‌های سوسیالیستی را، در شرایطی که از قبول مصونیت خود دولت امتناع می‌ورزیدند، رد می‌نمودند. در کشورهای دیگر مانند فرانسه که رویه قضائی وقت، موافق مصونیت مطلق بوده است، ظهور دولت شوروی و مخالفت با این رژیم موجب تعدیل موضع رویه قضائی و امتناع از اعطای مصونیت بر این مبنا شده است و استدلال شده است که اعمال نمایندگان تجارتي اتحاد جماهیر شوروی به گونه‌ای نیست که نسبت به اصل حاکمیت دولت بیگانه باشد. بعد از زوال رژیم‌های کمونیستی، به این علت که همه دولتها به درجات متفاوت، مؤسساتی تحت مالکیت و کنترل خود برای انجام بعضی از مأموریت‌ها به وجود آورده بودند، مسئله قلمرو مصونیت و مسئولیت دولتی که آنها را در مقابل اشخاص خصوصی قرار می‌دهد، مطرح شده است. این مسئولیت مخصوصاً در مواردی که برای اجرای محکومیت دولت، تقاضای توقیف اموال مؤسسه دولتی می‌شود، اهمیت خاص پیدا نموده است. معاهده حاضر این سؤالات و مخصوصاً مسئله مصونیت اجرایی را بدون پاسخ رها نموده و فقط در ضمیمه معاهده آن را مورد توجه قرار داده است.

د- قرارداد کار

قراردادهای کار عمده‌ترین، متنوع‌ترین و ضروری‌ترین قراردادهایی است که دولت مدعی مصونیت با اتباع دولت دیگر منعقد می‌نماید، لذا تعیین قلمرو مصونیت دولت در قراردادهای کار

موضوع تصمیمات مکرر دادگاه‌ها در حقوق داخلی کشورهای مختلف بوده است. این تصمیمات اگرچه به تبع موضوع آن متنوع می‌باشند، ولی همگی به محدودیت امتیازات مصونیت دولت گرایش دارند. با وجود این، در این خصوص اختلاف نظر زیادی نه تنها بین کشورهای صنعتی و در حال توسعه، بلکه بین اعضای اتحادیه اروپا که بعضی از آنها موافق حمایت بیشتر از منافع دولت میزبان هستند، وجود دارد. ماده ۱۱ معاهده حاضر مصونیت را تنها به کارمندی که در استخدام نمایندگی سیاسی و کنسولی یا هیئت کنسولی یا در خدمت یا مأمور به یک سازمان بین‌المللی یا دارای مصونیت سیاسی است، منحصر می‌نماید. این ماده مصونیت دولت را در موارد مربوط به اختلافات کارگری مانند موردی که طرح دعوا مربوط به اجرای تعهد یا بازگشت به کار یا فسخ قرارداد یا اخراج کارمند است، به رسمیت نمی‌شناسد. در این موارد رد مصونیت نمی‌شود، مگر اینکه به نظر رئیس حکومت یا دولت یا وزیر امور خارجه دولت کارفرما، خطر دخالت در منافع امنیتی آن دولت وجود داشته باشد. منظور از منافع امنیتی مسائل مربوط به امنیت ملی، امنیت هیئت اعزامی دیپلماتیک و پستهای کنسولی است. لازم به یادآوری است که این اصطلاحات مبهم بوده و در دادگاه‌های هر دولت و از یک دادگاه به دادگاه دیگر متضمن برداشتهای متفاوتی خواهند بود.

هـ- اقدامات اجباری

طی نیمه اول قرن بیستم، اعطای مکرر مصونیت قضائی به دولت خارجی طرح مسائل مربوط به قلمرو مصونیت اجرایی را بیهوده ساخته و یا به حداقل رسانیده است. تا بعد از جنگ جهانی دوم همین وضعیت وجود داشته است. تقاضای اعمال اقدامات اجرایی در موارد خیلی استثنایی مورد قبول واقع می‌شده است. این محافظه‌کاری که در کارهای مقدماتی معاهده ۲۰۰۵ نیز مشهود می‌باشد، بر ماده ۱۸ معاهده حاکمیت یافته و در مورد توقیف اموال، قبل و بعد از رسیدگی که موضوع ماده ۱۹ معاهده است، حالت خیلی جدی به خود گرفته است. اقدامات تأمینی که قبل از رسیدگی می‌تواند انجام گیرد محدودتر و متفاوت از اقداماتی است که بعد از محکومیت دولت در دادگاه قابل اعمال است. با این وجود متن ماده ۱۸ و ۱۹ تقریباً مشابه یکدیگر هستند و تنها تفاوت آنها در این است که در ماده ۱۹ پیش‌بینی شده است که فقط امکان توقیف اموالی وجود دارد که مخصوص استفاده دولت و یا به‌منظور استفاده دولت برای اهداف عمومی غیر تجارتي به کار می‌رود. گذشته از این برای توقیف اموال دو شرط وجود دارد: اولین شرط توقیف اموال این است که این اموال در سرزمین دولت مقرر دادگاه موجود باشند و شرط دوم مربوط است به وجود رابطه بین اموال مورد نظر با درخواست رسیدگی یا با واحدی که علیه او اقدام می‌شود.

مبحث سوم - سؤالات ضمیمه

در ضمیمه معاهده که طبق ماده ۲۵ جزء لاینفک معاهده است، یک سری سؤالات قابل توجه مربوط به شروط نهایی دیده می‌شود، ولی سؤال اساسی مربوط به قواعد آمره (*Jus Cogens*) در متن ضمیمه مانند متن اصلی بدون پاسخ مانده است.

الف - شروط نهایی

معاهده دارای یک سری شروط نهایی است. بعضی از آنها خیلی سنتی و مربوط به هماهنگی معاهده با دیگر توافقنامه‌های بین‌المللی و حل و فصل اختلافات ناشی از تفسیر و اجرای متن و قدرت اجرایی و اجازه انتشار متن و فقدان قید «پذیرش متن تحت شرایط خاص» می‌باشد.

همان‌طوری که گفته شد در ضمیمه به بعضی از نکات متن تأکید و تصریح شده است، به‌عنوان مثال، ضمیمه متذکر می‌شود که در ماده ۱۷ مربوط به آثار توافق بر داوری، اصطلاح «داد و ستد بازرگانی» به مسائل مربوط به سرمایه‌گذاری نیز تسری می‌یابد. به همین ترتیب در مورد مؤسسات دولتی و روابط آنها با قدرتی که منشأ وجود آنها است، در ضمیمه اطلاعات تکمیلی برای موردی که طرف اختلاف مدعی مصونیت است، درج شده است.

در متن معاهده جای ذکر این مطالب وجود داشته است، ولی شاید تهیه کنندگان متن نتوانسته‌اند در این موارد به توافق برسند. اگرچه همان‌طوری که اشاره شد ضمیمه جزء لاینفک معاهده است، ولی انتقال این مسائل به ضمیمه از ارزش حقوقی آنها می‌کاهد و فقط برای تفسیر معاهده می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد و نمی‌تواند دامنه شمول معاهده را تغییر دهد.

ب - قواعد آمره (*Jus Cogens*)

متن نهایی معاهده به این مسئله مطرح در دادگاه‌ها یا آموزه‌های علمی پاسخ نمی‌دهد که آیا دولت می‌تواند در قبال نقض قاعده آمره به مصونیت خویش استناد جوید. در سالهای اخیر دکترین و رویه قضائی در کشورهای مختلف تحت شرایطی به رد مصونیت گرایش پیدا نموده است. در محافل حقوقی اعتقاد غالب بر این است که نقض قواعد آمره توسط دولتها نباید مورد اغماض قرار گیرد. با این وجود در این خصوص و در ابعاد مختلف آن اختلاف نظرهای زیادی وجود دارد، به‌طوری که در متن معاهده نمی‌توانسته است مطرح شود و نیاز به تنظیم معاهده مستقلی دارد.

کنوانسیون ۱۷ ژانویه ۲۰۰۵ سازمان ملل متحد راجع به مصونیت قضائی دولتها و اموالشان*

دول عضو معاهده حاضر،

با عنایت به اینکه مصونیت‌های قضائی دولتها و اموالشان معمولاً به‌عنوان اصلی از حقوق بین‌الملل عرفی پذیرفته می‌شوند،

با یادآوری اینکه اصول حقوق بین‌الملل در منشور سازمان ملل متحد مندرج است،
با اعتقاد بر اینکه کنوانسیون بین‌المللی در مورد مصونیت‌های قضائی و اموالشان،
حاکمیت قانون و اطمینان حقوقی را افزایش می‌دهد، بویژه در ارتباط با اشخاص حقیقی و قضائی
به تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل و هماهنگی رویه در این حوزه کمک خواهد کرد،
با در نظر داشتن تحولات در رویه دولتها در ارتباط با مصونیت‌های قضائی دولتها و
اموالشان،

با تصدیق اینکه قواعد حقوق بین‌الملل عرفی بر موضوعاتی که در مقررات معاهده حاضر
بدانها پرداخته نشده است حاکم است،
به شرح ذیل توافق کردند:

*. متن انگلیسی کنوانسیون از پایگاه اینترنتی سازمان ملل متحد به نشانی www.un.org تحت سند شماره A/59/508 و
متن فرانسه و تفسیر اجمالی آن که در همین شماره چاپ شده است از نشریه:

Journal du Droit International Revue Trimestrielle JurisClasseur , n°4, Octobre – Novembre- Decembre
2005

برگرفته شد و توسط آقای دکتر حسین خزاعی به فارسی ترجمه گردید. در این ترجمه از متن فرانسه و انگلیسی سند که با
چند زبان دیگر طبق ماده ۳۳ کنوانسیون رسمیت دارند و لزوماً با یکدیگر انطباق ندارند، استفاده شده است. سعی مترجم بر
ترجمه روان سند به فارسی بوده است. این نوع ترجمه ضمن حفظ محتوا، با متن انگلیسی یا متن فرانسوی انطباق
تحت‌اللفظی پیدا نمی‌کند.

قسمت اول

مقدمه

ماده ۱- قلمرو معاهده حاضر

این معاهده بر مصونیت قضائی دولت و اموال آن در مقابل صلاحیت دادگاه‌های دولت دیگر اعمال می‌گردد.

ماده ۲- کاربرد اصطلاحات

یک. برای [بیان] منظور معاهده حاضر:

الف) اصطلاح «دادگاه» به هر ارگان دولتی، با هر اسمی، که صلاحیت اشتغال قضائی داشته باشد [اطلاق می‌شود].

ب) اصطلاح «دولت» به معانی ذیل است:

۱- دولت و ارگانهای مختلف حکومت؛

۲- واحدهای تشکیل دهنده دولت فدرال یا سازمانهای فرعی سیاسی دولت که صلاحیت انجام اعمالی در قلمرو حق حاکمیت را دارند یا در این مقام عمل می‌نمایند؛

۳- نمایندگی‌ها یا تشکیلات دولت یا دیگر نهادها، تا آنجایی که برای اعمال حق حاکمیت تعیین شده‌اند و به‌طور واقعی در مقام اجرای قدرت حاکمه دولت اقدام می‌کنند؛

۴- نمایندگان دولت که به این عنوان عمل می‌نمایند.

ج) اصطلاح «داد و ستد بازرگانی» به معانی ذیل است:

۱- هر قرارداد یا داد و ستد با خصیصه تجارتي برای فروش کالا یا عرضه خدمات؛

۲- هر قرارداد وام یا داد و ستد دیگر با ماهیت مالی، از جمله هر تعهد به تضمین یا جبران خسارت در رابطه با چنین وام یا داد و ستدی؛

۳- هر قرارداد یا داد و ستد با ماهیت بازرگانی، صنعتی یا مربوط به تدارک اموال یا [ارائه] خدمات، به غیر از قرارداد استخدام اشخاص.

دو. برای تشخیص اینکه آیا یک قرارداد یا داد و ستد طبق بند (ج) «داد و ستد بازرگانی» است یا خیر، شایسته است که در درجه اول به ماهیت قرارداد یا داد و ستد توجه شود، ولی هدف معامله نیز، اگر طرفین بر آن توافق کرده باشند، یا اگر در عملکرد دولت مقر دادگاه، هدف معامله یا داد و ستد به وضوح تعیین کننده خصیصه غیر تجارتي باشد، باید مد نظر قرار گیرد.

۳- مقررات بند ۱ و ۲ ناظر به کاربرد اصطلاحات در این معاهده، به استفاده از این اصطلاحات یا دیگر معانی‌ای که ممکن است در سایر اسناد بین‌المللی یا حقوق داخلی هر کشوری به آنها اطلاق شود، خدشه‌ای وارد نمی‌سازد.

ماده ۳- امتیازات و مصونیت‌هایی که تحت شمول معاهده حاضر قرار نمی‌گیرند

۱- این معاهده به امتیازات و مصونیت‌هایی که دولت طبق حقوق بین‌الملل در رابطه با انجام وظایف زیر از آنها برخوردار می‌باشد، خدشه‌ای وارد نمی‌سازد:

الف) مأموریت دیپلماتیک، پستهای کنسولی، مأموریت‌های خاص، مأموریت به سازمانهای بین‌المللی یا نمایندگی به ارگانهای [مربوط به] سازمانهای بین‌المللی یا کنفرانس‌های بین‌المللی؛ و

ب) اشخاصی که با آنها ارتباط دارند.

۲- این معاهده به امتیازات و مصونیت‌هایی که طبق حقوق بین‌الملل به سران دولتها (*ratione personae*) داده می‌شود، خدشه‌ای وارد نمی‌سازد.

۳- این معاهده به امتیازات و مصونیت‌هایی که یک دولت براساس حقوق بین‌الملل در ارتباط با هواپیما یا دستگاه‌های فضایی متعلق به آن دولت یا مورد استفاده آن دولت، برخوردار می‌باشد، خدشه‌ای وارد نمی‌سازد.

ماده ۴- عطف به ماسبق نشدن معاهده

بدون ورود خدشه به اجرای هیچ‌یک از قواعد مقرر در این معاهده، ناظر بر مصونیت‌های قضائی دولتها و اموال آنها که مستقل از معاهده حاضر به موجب حقوق بین‌الملل تابع آن می‌باشند، این معاهده پیش از لازم‌الاجرا شدن، بر هیچ‌یک از مسائل مرتبط با مصونیت دولتها عضو و اموال آنها که در یک دعوا علیه دولت در دادگاه دولت دیگر مطرح شده باشد، اعمال نمی‌گردد.

قسمت دوم

اصول کلی

ماده ۵- مصونیت دولت

طبق مقررات این معاهده دولت و اموال آن در دادگاه‌های دولت دیگر مصونیت دارد.

ماده ۶- روش‌های اثر بخشیدن به مصونیت دولتها

۱- هر دولت با خودداری از اعمال صلاحیت قضائی خود در دعاوی مطروحه علیه دولت دیگر در دادگاه‌هایش، به مصونیت دولت براساس ماده ۵ (این معاهده) اثر حقوقی خواهد بخشید و به این منظور مراقبت خواهد نمود تا دادگاه‌های آن دولت، خودشان طبق وظیفه، مصونیت دولت دیگر را براساس ماده ۵ محترم شمارند.

۲- دعوای مطروحه در دادگاه یک دولت، زمانی علیه دولت دیگر تلقی می‌شود که آن دولت:

- الف) طرف دعوای تعیین شده باشد؛ یا
- ب) طرف دعوای تعیین نشده باشد، ولی آن دعوای درصدد تحت تأثیر قرار دادن اموال، حقوق، منافع یا فعالیت‌های آن دولت دیگر باشد.

ماده ۷- رضایت صریح بر اعمال صلاحیت

- ۱ - اگر دولتی به یکی از طرق ذیل صریحاً به اعمال صلاحیت قضائی دادگاه دولت دیگر در مورد موضوع یا دعوای معینی رضایت داده باشد، دیگر نمی‌تواند در جریان رسیدگی به آن موضوع یا دعوای به مصونیت خویش استناد نماید:
 - الف) [اعلام رضایت] از طریق یک توافق بین‌المللی؛
 - ب) [اعلام رضایت] از طریق یک قرارداد کتبی؛ یا
 - ج) با اظهار [رضایت] در دادگاه یا با تقدیم لایحه کتبی در یک دادرسی معین.
- ۲- موافقت یک دولت با اجرای قانون دولت دیگر، به معنی رضایت بر اعمال صلاحیت دادگاه‌های آن دولت دیگر نخواهد بود.

ماده ۸- اثر مشارکت در دعوای مطروحه نزد یک دادگاه

- ۱- هیچ دولتی نمی‌تواند در جریان رسیدگی به دعوای مطروحه نزد دادگاه دولت دیگر به مصونیت خویش استناد نماید، اگر:
- الف) خود آن دولت طرح دعوا نموده باشد؛ یا
- ب) [خود] وارد جریان رسیدگی به دعوا شده و یا اقدام ماهوی دیگری انجام داده باشد. با وجود این، اگر دولت دادگاه را قانع نماید که قبل از انجام چنین اقداماتی نمی‌توانسته است اطلاعات لازم را در مورد واقعیتهای مصونیت او است کسب نماید، می‌تواند بر مبنای آن وقایع، ادعای مصونیت نماید. البته مشروط به آنکه این اقدام در نزدیکترین زمان ممکن صورت پذیرد.

- ۲- اگر دولتی فقط به منظورهای زیر در جریان رسیدگی به دعوایی دخالت نماید و یا هر اقدامی را به مرحله اجرا گذارد، این اقدامات به معنای رضایت آن دولت به اعمال صلاحیت دادگاه دولت دیگر تلقی نخواهد شد:

- الف) برای استناد به مصونیت خود؛ یا
- ب) ادعای حق یا منفعت بر اموال موضوع دعوا.

۳- حضور نماینده یک دولت به عنوان شاهد در دادگاه دولت دیگر، به معنای رضایت دولت اول بر اعمال صلاحیت دادگاه دولت دوم نخواهد بود.

۴- قصور از طرف یک دولت جهت حضور در دعوی مطروحه نزد دادگاه دولت دیگر، به عنوان رضایت دولت اول بر اعمال صلاحیت دادگاه دولت دوم تفسیر نخواهد شد.

ماده ۹- دعاوی تقابل

۱- دولتی که در دادگاه دولت دیگر طرح دعوا می نماید، نمی تواند در آن دادگاه در صورت مواجهه با دعوی تقابل ناشی از همان رابطه حقوقی یا واقعیات دعوی اصلی، به مصونیت خویش استناد نماید.

۲- دولتی که به منظور طرح ادعایی وارد دعوی مطروحه نزد دادگاه دولت دیگری می شود، نمی تواند در آن دادگاه در مقابل دعوی تقابل ناشی از همان رابطه حقوقی یا واقعیاتی که براساس آنها طرح دعوا نموده است، به مصونیت خویش استناد نماید.

۳- دولتی که در جریان رسیدگی به دعوی اقامه شده علیه او، نزد دادگاه دولت دیگر اقدام به طرح دعوی تقابل می نماید، در دعوی اصلی نمی تواند به مصونیت خویش استناد نماید.

قسمت سوم

دعوی ای که در آنها نمی توان به مصونیت دولت استناد نمود

ماده ۱۰- داد و ستد بازرگانی

۱- اگر دولتی با یک شخص حقیقی یا حقوقی خارجی داد و ستد بازرگانی نماید و به موجب قواعد قابل اعمال حقوق بین الملل خصوصی، اختلافات مرتبط با آن داد و ستد بازرگانی در صلاحیت قضائی دولت دیگر قرار گیرد، آن دولت نمی تواند در مقابل صلاحیت قضائی [دادگاه رسیدگی کننده] نسبت به دعوی ناشی از آن رابطه بازرگانی به مصونیت قضائی خویش استناد نماید.

۲- بند ۱ در موارد زیر قابل اعمال نیست:

الف) در داد و ستد بازرگانی بین دولتها؛ یا

ب) اگر طرفین داد و ستد بازرگانی صریحاً به طریق دیگری توافق کرده باشند.

۳- هرگاه یک شرکت دولتی یا هر نهاد دیگری که توسط یک دولت تشکیل شده، و دارای شخصیت حقوقی مستقل بوده و صلاحیت:

الف) طرفیت دعوا به عنوان خواهان و خوانده را داشته باشد؛ و

ب) [صلاحیت] کسب، تملک یا تصرف و انتقال اموال را داشته باشد، از جمله اموالی که

دولت مربوط به او اجازه مدیریت یا کاربری آنها را داده است، در دعوی مرتبط با یک داد و ستد بازرگانی که آن نهاد متعهد آن می‌باشد درگیر شود، مصونیت قضائی دولت مربوط تحت تأثیر قرار نخواهد گرفت.

ماده ۱۱- قراردادهای کار (استخدام)

۱- اگر به گونه دیگری بین دولتهای مربوط توافق نشده باشد، یک دولت نمی‌تواند در دادگاه صلاحیتدار دولت دیگر در دعوی مربوط به قرارداد استخدام بین دولت و یک شخص حقیقی برای تمام یا قسمتی از کارهایی که انجام شده یا کارهایی که باید در سرزمین آن دولت انجام شود، به مصونیت قضائی استناد نماید.

۲- بند ۱ در موارد زیر اجرا نمی‌شود:

الف) اگر کارمند برای انجام مشاغل خاص جهت اعمال حاکمیت دولت به کار گمارده شده باشد؛

ب) اگر کارمند:

۱. طبق تعریف معاهده ۱۹۶۱ وین راجع به روابط دیپلماتیک، نماینده دیپلماتیک باشد؛

۲. طبق تعریف معاهده ۱۹۶۳ وین راجع به روابط کنسولی، مأمور کنسولی باشد؛

۳- عضو هیئت دیپلماتیک یک مأموریت دائمی در یک سازمان بین‌المللی یا یک مأموریت خاص باشد، یا برای نمایندگی یک دولت در یک کنفرانس بین‌المللی به خدمت گرفته شده باشد؛

۴- از اشخاصی باشد که مصونیت دیپلماتیک دارند.

ج) اگر موضوع دعوی استخدام، تمدید مدت استخدام یا بازگشت به کار شخص باشد؛

د) اگر موضوع دعوا اخراج کارمند یا فسخ قرارداد کار باشد و یا طبق نظر رئیس دولت، رئیس حکومت یا وزیر امور خارجه دولت کارفرما، چنین دعوی با منافع امنیتی آن دولت تداخل داشته باشد؛

ه) اگر کارمند در زمان طرح دعوا تابعیت دولت کارفرما را داشته باشد، مگر اینکه این

شخص در سرزمین دولت مقر دادگاه اقامت دائم کسب نموده باشد؛ یا

و) اگر کارمند و دولت کارفرما کتباً به نحو دیگری توافق کرده باشند. البته با رعایت ملاحظات نظم عمومی که به دادگاه دولت مقر دادگاه صلاحیت انحصاری به دلیل موضوع دعوا را می‌دهد.

ماده ۱۲- صدمات شخصی و خسارت به اموال

اگر به گونه دیگری بین دولتهای مربوط توافق نشده باشد، یک دولت نمی‌تواند در دادگاه صلاحیتدار دولت دیگر به مصونیت در دعوایی استناد نماید که مربوط به جبران نقدی خسارت ناشی از فوت یا صدمه بدنی شخص یا خسارت یا مفقود شدن اموال عینی است که حسب ادعا به سبب فعل یا ترک فعل قابل استناد به آن دولت به وقوع پیوسته است. البته مشروط به اینکه تمام یا قسمتی از فعل یا ترک فعل مورد نظر در سرزمین دولت دیگر اتفاق افتاده باشد و مسبب فعل یا ترک فعل در لحظه وقوع فعل یا ترک فعل در سرزمین آن دولت حاضر باشد.

ماده ۱۳- مالکیت، تصرف و استفاده از اموال

اگر به گونه دیگری بین دولتهای مربوط توافق نشده باشد، یک دولت نمی‌تواند در دادگاه صلاحیتدار دولت دیگر در دعاوی مربوط به اتخاذ تصمیم در موارد زیر به مصونیت قضائی استناد نماید:

الف) هر حق یا منفعت دولت بر اموال غیرمنقول واقع در سرزمین دولت مقرر دادگاه، یا در مورد تصرفات یا استفاده‌ای که از آن اموال می‌برد، یا در مورد تعهد دولت در رابطه با منفعت حقوقی اموال غیرمنقول یا در مورد تصرف یا استفاده از آنها؛

ب) هر حق یا منفعت دولت بر اموال منقول و اموال غیرمنقول ناشی از وراثت، هبه یا مال بلاصاحب (*bona vacantia*)؛ یا

ج) هر حق یا منفعت دولت بر اداره اموال از قبیل اموال امانی (وقف)، دارایی [تاجر] ورشکسته یا اموال شرکتی که در حال انحلال است.

ماده ۱۴- مالکیت معنوی و صنعتی

اگر به گونه دیگری بین دولتهای مربوط توافق نشده باشد، یک دولت نمی‌تواند در دادگاه صلاحیتدار دولت دیگر در دعاوی مربوط به موارد زیر، به مصونیت قضائی استناد نماید:

الف) در تعیین هر نوع حق دولت بر اختراع، طرح صنعتی، نام تجاری یا نام شرکت، علامت تجاری، یا حق کپی رایت یا هر نوع مالکیت معنوی یا صنعتی که در دولت مقرر دادگاه از حمایت قانونی ولو موقتی، برخوردار است؛ یا

ب) ادعای تجاوز یک دولت نسبت به یکی از حقوق مذکور در بند الف) که متعلق به شخص ثالث بوده و مورد حمایت دولت مقرر دادگاه می‌باشد.

ماده ۱۵- مشارکت در شرکت یا مؤسسات اشتراکی

۱- یک دولت نمی‌تواند در دادگاه صلاحیتدار دولت دیگر در دعوای مربوط به مشارکت او در یک شرکت یا هر مؤسسه اشتراکی دیگر، خواه ثبت شده یا نشده باشد، که ناظر بر روابط بین آن دولت و مؤسسه یا دیگر مشارکت کنندگان در آن می‌باشد، به مصونیت خویش استناد نماید، مشروط بر اینکه:

الف) طرفهای مشارکت کننده غیر از دولتها یا سازمانهای بین‌المللی باشند؛ و
ب) [شرکت مربوط] طبق قانون دولت مقر دادگاه به ثبت رسیده یا تشکیل شده باشد یا مرکز اصلی یا مرکز عملیات شرکت، در سرزمین آن دولت باشد.
۲- با وجود این، در صورتی که بین دولتهای مربوط توافق شده باشد، یا طرفین اختلاف در توافقتنامه‌ای کتبی پیش‌بینی نموده باشند، یا در اساسنامه شرکت یا مقررات حاکم بر گروه مورد بحث مقرراتی در این مورد وجود داشته باشد، دولت می‌تواند در چنین دعوای‌ای به مصونیت قضائی خویش استناد نماید.

ماده ۱۶- کشتی‌های متعلق به یک دولت یا مورد بهره‌برداری آن

۱- در صورتی که بین دولتهای مربوط به‌نحو دیگری توافق نشده باشد، دولت مالک کشتی یا دولتی که یک کشتی را مورد بهره‌برداری قرار می‌دهد، نمی‌تواند در دادگاه صلاحیتدار دولت دیگر، در دعوای مربوط به بهره‌برداری از آن کشتی به مصونیت قضائی خویش استناد نماید، مشروط به اینکه، در زمانی که سبب طرح دعوا رخ داده است، کشتی مورد نظر برای اهداف عمومی غیر بازرگانی مورد استفاده قرار گرفته باشد.

۲- بند ۱ بر کشتی‌های جنگی، تجهیزات دریایی و کشتی‌های دیگر که در مالکیت یا مورد بهره‌برداری دولت قرار دارند و به‌صورت موقت منحصراً برای اهداف عمومی غیر بازرگانی مورد استفاده قرار می‌گیرند، اجرا نمی‌شود.

۳- در صورتی که بین دولتهای مربوط به‌نحو دیگری توافق نشده باشد، یک دولت نمی‌تواند در دادگاه صلاحیتدار دولت دیگر در دعوای مربوط به حمل و نقل محموله توسط کشتی‌ای که در مالکیت یا مورد بهره‌برداری آن دولت قرار دارد، به مصونیت خویش استناد نماید، مشروط بر اینکه، در زمانی که سبب طرح دعوا رخ می‌دهد، کشتی برای اهداف عمومی غیر بازرگانی مورد استفاده قرار گرفته باشد.

۴- بند ۳ در مورد محموله‌های حمل‌شده توسط کشتی‌های مورد اشاره در بند ۲، یا هر محموله متعلق به دولت که به‌منظور اهداف انحصاری غیر بازرگانی دولت استفاده شده یا قصد استفاده از آن می‌رود، اعمال نمی‌شود.

۵- دولتها حق دارند به هر نوع دلیل دفاعی، مرور زمان یا محدودیت مسئولیت که برای کشتی‌های خصوصی و محموله‌ها و مالکین آن وجود دارد، استناد نمایند.

۶- اگر در جریان رسیدگی، مسئله خصیصه دولتی و غیر بازرگانی بودن یک کشتی متعلق به دولت و یا مورد استفاده آن یا محموله‌ای که متعلق به دولت است، مطرح شود، گواهی امضا شده توسط نماینده دیپلماتیک یا دیگر مقامات ذی‌صلاح دولت مربوط و ارائه آن به دادگاه دلیل بر [چنین] خصیصه [ای برای] کشتی یا محموله خواهد بود.

ماده ۱۷- اثر یک توافقنامه داوری

اگر دولتی به موجب توافقنامه کتبی با یک شخص حقوقی یا حقیقی خارجی، متعهد به ارجاع اختلاف ناشی از داد و ستد بازرگانی به داوری شود، این دولت نمی‌تواند در دادگاه صلاحیتدار دولت دیگر، در موارد زیر به مصونیت قضائی استناد نماید:

الف) اعتبار، تفسیر یا اجرای توافقنامه داوری؛

ب) آیین دادرسی داوری؛ یا

د) تأیید یا لغو رأی داور،

مگر اینکه توافقنامه داوری به گونه دیگری پیش‌بینی نموده باشد.

قسمت چهارم

مصونیت دولتها در مقابل اقدامات اجباری مربوط به دعاوی مطروحه نزد یک دادگاه

ماده ۱۸- مصونیت دولت در مقابل اقدامات تأمینی قبل از رسیدگی

انجام اقدامات تأمینی (قبل از رسیدگی) مانند تأمین یا توقیف اموال یک دولت در ارتباط با یک دعاوی مطروحه نزد دادگاه دولت دیگر ممکن نیست، مگر با رعایت حدود و شرایط زیر:

الف) دولت مربوط از طریق یکی از روش‌های زیر صریحاً به چنین اقداماتی رضایت داده باشد:

۱- با توافقنامه بین‌المللی؛

۲- با توافقنامه داوری یا قرارداد کتبی؛ یا

۳- با اعلام در دادگاه یا تقدیم لایحه کتبی بعد از بروز اختلاف بین طرفین؛ یا [اینکه]

ب) دولت مربوط اموال خاصی را برای ایفای ادعای موضوع مورد رسیدگی معین کرده و یا اختصاص داده باشد.

ماده ۱۹- مصونیت دولت در مقابل اقدامات اجباری بعد از محاکمه

بعد از محاکمه هیچ اقدام اجباری از قبیل تأمین، توقیف، یا اقدام اجرایی علیه اموال دولت در رابطه با یک دعوای مطروحه نزد دادگاه دولت دیگر انجام نمی‌شود، مگر با رعایت موارد زیر: الف) دولت مربوط از طریق یکی از روش‌های زیر صریحاً به چنین اقداماتی رضایت داده باشد:

۱- با توافقنامه بین‌المللی؛

۲- با توافقنامه داوری یا قرارداد کتبی؛ یا

۳- با اعلام در دادگاه یا تقدیم لایحه کتبی بعد از بروز اختلاف بین طرفین؛ یا [اینکه]

ب) دولت مربوط اموال خاصی را برای ایفای ادعای موضوع مورد رسیدگی معین کرده و یا اختصاص داده باشد؛ یا

ج) محرز شده باشد که اموال واقع در سرزمین دولت مقر دادگاه، توسط دولت مربوط اختصاصاً برای اهداف عمومی غیر بازرگانی منظور شده است، مشروط به اینکه اقدامات اجباری بعد از محاکمه فقط بر علیه اموال مرتبط با دستگاهی که دعوا مستقیماً علیه او جریان دارد، اتخاذ شود.

ماده ۲۰- اثر اعلام رضایت نسبت به صلاحیت دادگاه در مورد اقدامات اجباری

در مواردی که رضایت به اعمال اقدامات اجباری طبق ماده ۱۸ و ۱۹ لازم می‌باشد، رضایت به اعمال صلاحیت قضائی براساس ماده ۷، به معنی رضایت ضمنی به انجام اقدامات اجباری نیست.

ماده ۲۱- دسته‌های خاصی از اموال

۱- دسته‌های اموال دولت به شرح زیر، به‌طور خاص، به‌عنوان اموال اختصاص یافته برای استفاده یا به‌منظور استفاده توسط دولت در مورد اهداف عمومی غیر بازرگانی براساس بند (ج) ماده ۱۹، منظور نخواهد شد:

الف) اموالی از جمله حسابهای بانکی که مورد استفاده آنها یا منظور از استفاده از آنها انجام وظایف هیئت‌های دیپلماتیک دولت یا پستهای کنسولی او، یا هیئت‌های اعزامی خاص یا هیئت‌های اعزامی به سازمانهای بین‌المللی یا نمایندگی‌های آن به ارگانهای سازمانهای بین‌المللی یا کنفرانس‌های بین‌المللی می‌باشد؛

ب) اموالی که خصیصه نظامی دارند یا اموالی که مورد استفاده نظامی قرار می‌گیرند یا برای این منظور در نظر گرفته شده‌اند؛

(ج) اموال بانک مرکزی یا دیگر مراجع پولی دولت؛
(د) اموالی که بخشی از اسناد تاریخی یا میراث فرهنگی دولت را تشکیل می‌دهند و برای فروش ارائه نشده و یا نظر به فروش آنها ندارد؛
(ه) اموال نمایشگاهی که بخشی از اشیاء علمی، فرهنگی یا علایق تاریخی کشور را تشکیل می‌دهند و برای فروش ارائه نشده یا نظر به فروش آنها ندارد.
۲- بند یک خدشه‌ای به ماده ۱۸ و بندهای (الف) و (ب) ماده ۱۹ وارد نمی‌آورد.

قسمت پنجم

مقررات متفرقه

ماده ۲۲- ابلاغ اوراق قضائی

یک. ابلاغ اوراق قضائی یا مدارک دیگر دایر بر جریان دعوا علیه دولت به ترتیب زیر انجام می‌شود:
(الف) طبق هر معاهده بین‌المللی قابل اعمال که برای دولت مقرر دادگاه و دولت مربوط لازم‌الاجرا می‌باشد؛
(ب) طبق هر تدبیر خاص [مورد توافق] بین خواهان و دولت مربوط جهت ابلاغ، مشروط به اینکه با قانون دولت مقرر دادگاه تعارض نداشته باشد؛ یا
(ج) در صورت عدم وجود چنین معاهده یا تدبیر خاص [مورد توافق]:
۱- با ارسال [اوراق] از طریق دیپلماتیک به وزارت امور خارجه دولت مربوط؛ یا
۲- به هر طریق دیگری که مورد قبول دولت مربوط باشد، مشروط بر اینکه با قانون دولت مقرر دادگاه تعارض نداشته باشد.
دو. ابلاغ اوراق قضائی مورد اشاره در قسمت اول حرف (ج) بند ۱، با رسید مدارک توسط وزارت امور خارجه، انجام شده تلقی می‌شود.
سه. این مدارک، در صورت اقتضا، می‌توانند با ترجمه‌ای به زبان رسمی یا یکی از زبانهای رسمی دولت مربوط همراه باشند.
چهار- هر دولتی که در جلسه رسیدگی ماهوی به دعوای اقامه شده علیه خود حاضر شود، نمی‌تواند متعاقباً مدعی شود که ابلاغ اوراق قضائی مطابق با بند ۱ و ۳ انجام نشده است.

ماده ۲۳- حکم غیابی

۱- حکم غیابی علیه یک دولت صادر نمی‌شود، مگر اینکه دادگاه احراز نماید که:
(الف) شرایط مندرج در بندهای ۱ و ۳ ماده ۲۲ رعایت شده است؛

ب) مدتی که نباید کمتر از چهارماه باشد از تاریخ ابلاغ اخطاریه یا احضاریه یا سند دیگری که مبنای تشکیل جلسه دادرسی است، سپری شده، یا طبق بندهای ۱ و ۲ ماده ۲۲ فرض شود که این مدت سپری شده است؛ و

ج) معاهده حاضر مانع صلاحیت قضائی دادگاه رسیدگی کننده نباشد.

۲- تصویری از رأی غیابی که علیه یک دولت صادر شده است، در صورت اقتضا همراه با ترجمه آن به زبان رسمی دولت مربوط یا یکی از زبانهای رسمی آن، به یکی از طرق مندرج در بند ۱ ماده ۲۲ و مطابق با مقررات آن بند برای دولت مربوط ارسال می‌شود.

۳- مهلت واخواهی از رأی غیابی نمی‌تواند کمتر از چهارماه باشد و تاریخ شروع آن تاریخی است که تصویر رأی به دولت مربوط ابلاغ شده یا فرض بر ابلاغ آن است.

ماده ۲۴- امتیازات و مصونیت‌ها در جریان رسیدگی

۱- قصور دولت یا خودداری آن در تبعیت از دستور دادگاه دولت دیگر جهت انجام یا خودداری از انجام عمل خاص یا ارائه هر نوع مدرک یا افشای هر نوع اطلاعات دیگر برای پیشبرد اهداف منظور در دعوا، عواقبی غیر از آنچه که ممکن است در نتیجه این رفتار در ماهیت دعوا به وجود آید، به دنبال نخواهد داشت. به‌طورخاص، جرمیه یا مجازاتی برای دولت به خاطر این کوتاهی یا امتناع مقرر نخواهد شد.

۲- از دولت خوانده در دعوای اقامه شده نزد دادگاه دولت دیگر نمی‌توان تقاضا نمود که تأمینی از نوع ضمانتنامه یا ودیعه، با هر اسمی که باشد، برای تضمین پرداخت هزینه‌های دادرسی و مخارج رسیدگی به این‌گونه دعاوی تودیع نماید.

قسمت ششم

شرایط نهایی

ماده ۲۵- ضمیمه

ضمیمه این معاهده جزء لاینفک آن است.

ماده ۲۶- توافقنامه‌های بین‌المللی دیگر

هیچ یک از مفاد این معاهده، بر حقوق و تعهدات دولتهای عضو توافقنامه‌های بین‌المللی موجود که مرتبط با موضوعات مورد توجه در این معاهده می‌باشند تأثیری نمی‌گذارد.

ماده ۲۷- حل اختلافات

- ۱- دولتهای متعاهد سعی خواهند نمود تا اختلافات ناشی از تفسیر یا اجرای این معاهده را از طریق مذاکره حل نمایند.
- ۲- هرگونه اختلاف بین دو یا چند دولت متعاهد در رابطه با تفسیر یا اجرای این معاهده که ظرف شش ماه از طریق مذاکره حل نشود، به تقاضای یکی از آنها به داوری ارجاع خواهد شد. اگر شش ماه بعد از درخواست داوری، دولتهای متعاهد [طرف اختلاف] درخصوص سازمان داوری به توافق نائل نگردند، هریک از آنها می‌تواند اختلاف را با رعایت اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به این دیوان ارجاع دهد.
- ۳- هر دولت متعاهد به هنگام امضا، تصویب، قبول یا تأیید یا الحاق به این معاهده می‌تواند اعلام نماید که متعهد به اجرای بند ۲ نیست. [متقابلاً] دولتهای دیگر [نیز] در رابطه با دولتی که چنین اعلام نموده است، متعهد به [رعایت] بند ۲ نخواهند بود.
- ۴- هر دولتی که طبق بند ۳ چنین اعلام نموده باشد، می‌تواند با ابلاغ یادداشتی به دبیرکل ملل متحد اعلامیه خود را باز پس گیرد.

ماده ۲۸- امضا

- این معاهده برای امضای تمامی دولتها تا ۱۷ ژانویه ۲۰۰۷ در مقر سازمان ملل متحد در نیویورک باز است.

ماده ۲۹- تصویب، قبول، تأیید و الحاق

- ۱- معاهده حاضر می‌تواند موضوع تصویب، قبول یا تأیید قرار گیرد.
- ۲- معاهده حاضر برای الحاق هر دولت باز خواهد ماند.
- ۳- اسناد تصویب، قبول، تأیید یا الحاق نزد دبیرکل ملل متحد تودیع می‌شود.

ماده ۳۰- لازم‌الاجرا شدن

- ۱- این معاهده در سی‌امین روز تودیع سی‌امین سند تصویب قبول، تأیید یا الحاق نزد دبیرکل ملل متحد، لازم‌الاجرا می‌شود.
- این معاهده نسبت به دولتهایی که پس از تودیع سی‌امین سند تصویب، قبول، تأیید یا الحاق، اقدام به تصویب، قبول، تأیید یا الحاق [به معاهده] می‌نمایند، سی روز پس از تودیع سند تصویب، قبول، تأیید یا الحاق [نزد دبیرکل ملل متحد] لازم‌الاجرا می‌شود.

ماده ۳۱- انصراف

۱- هر دولت عضو می‌تواند با اخطار کتبی به دبیرکل سازمان ملل متحد از عضویت خود انصراف دهد.

۲- انصراف یک سال پس از روزی که اخطاریه به دبیرکل سازمان ملل متحد رسید اثر حقوقی دارد. در هر صورت معاهده حاضر در مورد مسائل مرتبط با مصونیت قضائی دولتها یا اموال آنها که در جریان رسیدگی به دعوای مطروحه نزد دادگاه دولت دیگر به وجود می‌آید، تا قبل از روز وصول انصراف توسط دبیرکل سازمان ملل متحد، اثر اجرایی دارد.

۳- انصراف به هیچ نحو بر الزام هر دولت عضو انجام تعهدات مندرج در این معاهده که مستقل از معاهده حاضر موضوع حقوق بین‌الملل می‌باشد، اثر نمی‌گذارد.

ماده ۳۲- تودیع و ابلاغ

۱- دبیرکل سازمان ملل متحد به عنوان مستودع این معاهده تعیین گردید.

۲- به محض تودیع معاهده حاضر، دبیرکل سازمان ملل متحد به تمام دولتها موارد زیر را ابلاغ می‌نماید:

الف) امضاهای معاهده حاضر و تودیع اسناد تصویب، قبولی، تأیید یا الحاق به آن یا سند انصراف از آن طبق مواد ۲۹ و ۳۱؛

ب) تاریخ لازم‌الاجرا شدن این معاهده طبق ماده ۳۰؛

ج) هر سند، اخطاریه یا اطلاعیه دیگر در رابطه با این معاهده.

ماده ۳۳- متون معتبر

متون عربی، چینی، انگلیسی، فرانسوی، روسی و اسپانیایی این معاهده اعتباری برابر دارند. بدین وسیله گواهی می‌شود، امضا کنندگان ذیل که از طرف دولتهای متبوعشان مجاز هستند، این معاهده را که در مقر سازمان ملل متحد در نیویورک تا ۱۷ ژانویه ۲۰۰۷ برای امضا مفتوح شد، امضا کرده‌اند.

ضمیمه معاهده

نکات مورد توافق برای فهم بعضی از مقررات معاهده

هدف از ضمیمه حاضر بیان نکات مورد توافق برای فهم مقررات این معاهده است.

در خصوص ماده ۱۰

اصطلاح «مصونیت» که در ماده ۱۰ استفاده شده است باتوجه به کل معاهده فهمیده می‌شود. بند ۳ ماده ۱۰، راجع به مسئله «پرده‌برداری از مخفی کاری» شرکت، مسائل مربوط به وضعیتی که در آن یک واحد دولتی عامدانه وضعیت مالی خود را به درستی نشان نداده یا متعاقباً دارایی‌های خود را به‌منظور اجتناب از پرداخت مطالبات یا دیگر مسائل مربوط تقلیل می‌دهد، پیش داوری نمی‌کند.

در خصوص ماده ۱۱

در بند ۲ (د) از ماده ۱۱ منظور از «منافع امنیتی» دولت کارفرما، اساساً مسائل مربوط به امنیت ملی و امنیت هیئت‌های دیپلماتیک و پستهای کنسولی است. طبق ماده ۴۱ معاهده ۱۹۶۱ وین راجع به روابط دیپلماتیک و ماده ۵۵ معاهده ۱۹۶۳ وین راجع به روابط کنسولی، اشخاص مورد نظر متعهد به رعایت قوانین و مقررات، از جمله قوانین کار کشور میزبان هستند. به همین ترتیب طبق ماده ۳۸ معاهده ۱۹۶۱ وین راجع به روابط دیپلماتیک و ماده ۷۱ معاهده ۱۹۶۳ وین راجع به روابط کنسولی، دولت میزبان باید به‌نحوی صلاحیت خود را اعمال نماید که به‌طور ناروا مانع از اجرای وظایف هیئت‌های اعزامی یا پستهای کنسولی نشود.

در خصوص ماده ۱۳ و ۱۴

اصطلاح «تعیین» (*Determination*) به‌نحوی به‌کار گرفته شده است که نه تنها اثبات یا تصدیق وجود حقوق حمایت شده، بلکه ارزشیابی و برآورد ماهوی این حقوق، از جمله محتوا، قلمرو و حدود آن را نیز در بر می‌گیرد.

در خصوص ماده ۱۷

اصطلاح «داد و ستد بازرگانی» مسئله سرمایه‌گذاری را نیز در بر می‌گیرد.

در خصوص ماده ۱۹

اصطلاح «نهاد» که در بند (ج) مورد استفاده قرار گرفته است، به دولت به‌عنوان

شخصیت حقوقی مستقل، واحدهای تشکیل دهنده دولت فدرال، تقسیمات جزئی دولت، نمایندگی یا تشکیلات یک دولت یا هر نهادی که دارای شخصیت حقوقی مستقل باشد، اطلاق می‌شود. منظور از اصطلاح «اموالی که ارتباط با نهاد دارند» مقرر در بند (ج)، معنایی وسیعتر از مالکیت یا تصرف می‌باشد. ماده ۱۹، راجع به مسئله «پرده‌برداری از مخفی‌کاری» شرکت، مسائل مربوط به وضعیتی که در آن یک واحد دولتی عامدانه وضعیت مالی خود را به درستی نشان نداده یا متعاقباً دارایی‌های خود را به‌منظور اجتناب از پرداخت مطالبات یا دیگر مسائل مربوط تقلیل می‌دهد، پیش داوری نمی‌کند.

**United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States
and Their Property
(17 January 2005)***

The States Parties to the present Convention,

Considering that the jurisdictional immunities of States and their property are generally accepted as a principle of customary international law,

Having in mind the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations,

Believing that an international convention on the jurisdictional immunities of States and their property would enhance the rule of law and legal certainty, particularly in dealings of States with natural or juridical persons, and would contribute to the codification and development of international law and the harmonization of practice in this area,

Taking into account developments in State practice with regard to the jurisdictional immunities of States and their property,

Affirming that the rules of customary international law continue to govern matters not regulated by the provisions of the present Convention,

Have agreed as follows:

*. A/59/508

Part I

Introduction

Article 1

Scope of the present Convention

The present Convention applies to the immunity of a State and its property from the jurisdiction of the courts of another State.

Article 2

Use of terms

1. For the purposes of the present Convention:

- (a) “court” means any organ of a State, however named, entitled to exercise judicial functions;
- (b) “State” means:
 - (i) the State and its various organs of government;
 - (ii) constituent units of a federal State or political subdivisions of the State, which are entitled to perform acts in the exercise of sovereign authority, and are acting in that capacity;
 - (iii) agencies or instrumentalities of the State or other entities, to the extent that they are entitled to perform and are actually performing acts in the exercise of sovereign authority of the State;
 - (iv) representatives of the State acting in that capacity;
- (c) “commercial transaction” means:
 - (i) any commercial contract or transaction for the sale of goods or supply of services;
 - (ii) any contract for a loan or other transaction of a financial nature, including any obligation of guarantee or of indemnity in

respect of any such loan or transaction;

(iii) any other contract or transaction of a commercial, industrial, trading or professional nature, but not including a contract of employment of persons.

2. In determining whether a contract or transaction is a “commercial transaction” under paragraph 1 (c), reference should be made primarily to the nature of the contract or transaction, but its purpose should also be taken into account if the parties to the contract or transaction have so agreed, or if, in the practice of the State of the forum, that purpose is relevant to determining the non-commercial character of the contract or transaction.

3. The provisions of paragraphs 1 and 2 regarding the use of terms in the present Convention are without prejudice to the use of those terms or to the meanings which may be given to them in other international instruments or in the internal law of any State.

Article 3

Privileges and immunities not affected by the present Convention

1. The present Convention is without prejudice to the privileges and immunities enjoyed by a State under international law in relation to the exercise of the functions of:

(a) its diplomatic missions, consular posts, special missions, missions to international organizations or delegations to organs of international organizations or to international conferences; and

(b) persons connected with them.

2. The present Convention is without prejudice to privileges and immunities accorded under international law to heads of State *ratione personae*.

3. The present Convention is without prejudice to the immunities

enjoyed by a State under international law with respect to aircraft or space objects owned or operated by a State.

Article 4

Non-retroactivity of the present Convention

Without prejudice to the application of any rules set forth in the present Convention to which jurisdictional immunities of States and their property are subject under international law independently of the present Convention, the present Convention shall not apply to any question of jurisdictional immunities of States or their property arising in a proceeding instituted against a State before a court of another State prior to the entry into force of the present Convention for the States concerned.

Part II

General principles

Article 5

State immunity

A State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present Convention.

Article 6

Modalities for giving effect to State immunity

1. A State shall give effect to State immunity under article 5 by refraining from exercising jurisdiction in a proceeding before its courts against another State and to that end shall ensure that its courts determine on their own initiative that the immunity of that other State under article 5 is respected.
2. A proceeding before a court of a State shall be considered to have been instituted against another State if that other State:

- (a) is named as a party to that proceeding; or
- (b) is not named as a party to the proceeding but the proceeding in effect seeks to affect the property, rights, interests or activities of that other State.

Article 7

Express consent to exercise of jurisdiction

1. A State cannot invoke immunity from jurisdiction in a proceeding before a court of another State with regard to a matter or case if it has expressly consented to the exercise of jurisdiction by the court with regard to the matter or case:

- (a) by international agreement;
- (b) in a written contract; or
- (c) by a declaration before the court or by a written communication in a specific proceeding.

2. Agreement by a State for the application of the law of another State shall not be interpreted as consent to the exercise of jurisdiction by the courts of that other State.

Article 8

Effect of participation in a proceeding before a court

1. A State cannot invoke immunity from jurisdiction in a proceeding before a court of another State if it has:

- (a) itself instituted the proceeding; or
- (b) intervened in the proceeding or taken any other step relating to the merits. However, if the State satisfies the court that it could not have acquired knowledge of facts on which a claim to immunity can be based until after it took such a step, it can claim immunity based on those facts, provided it does so at the earliest possible moment.

2. A State shall not be considered to have consented to the exercise of jurisdiction by a court of another State if it intervenes in a proceeding or takes any other step for the sole purpose of:

- (a) invoking immunity; or
- (b) asserting a right or interest in property at issue in the proceeding.

3. The appearance of a representative of a State before a court of another State as a witness shall not be interpreted as consent by the former State to the exercise of jurisdiction by the court.

4. Failure on the part of a State to enter an appearance in a proceeding before a court of another State shall not be interpreted as consent by the former State to the exercise of jurisdiction by the court.

Article 9

Counterclaims

1. A State instituting a proceeding before a court of another State cannot invoke immunity from the jurisdiction of the court in respect of any counterclaim arising out of the same legal relationship or facts as the principal claim.

2. A State intervening to present a claim in a proceeding before a court of another State cannot invoke immunity from the jurisdiction of the court in respect of any counterclaim arising out of the same legal relationship or facts as the claim presented by the State.

3. A State making a counterclaim in a proceeding instituted against it before a court of another State cannot invoke immunity from the jurisdiction of the court in respect of the principal claim.

Part III

Proceedings in which State immunity cannot be invoked

Article 10

Commercial transactions

1. If a State engages in a commercial transaction with a foreign natural or juridical person and, by virtue of the applicable rules of private international law, differences relating to the commercial transaction fall within the jurisdiction of a court of another State, the State cannot invoke immunity from that jurisdiction in a proceeding arising out of that commercial transaction.
2. Paragraph 1 does not apply:
 - (a) in the case of a commercial transaction between States; or
 - (b) if the parties to the commercial transaction have expressly agreed otherwise.
3. Where a State enterprise or other entity established by a State which has an independent legal personality and is capable of:
 - (a) suing or being sued; and
 - (b) acquiring, owning or possessing and disposing of property, including property which that State has authorized it to operate or manage,

is involved in a proceeding which relates to a commercial transaction in which that entity is engaged, the immunity from jurisdiction enjoyed by that State shall not be affected.

Article 11

Contracts of employment

1. Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to a contract

of employment between the State and an individual for work performed or to be performed, in whole or in part, in the territory of that other State.

2. Paragraph 1 does not apply if:

- (a) the employee has been recruited to perform particular functions in the exercise of governmental authority;
- (b) the employee is:
 - (i) a diplomatic agent, as defined in the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 1961;
 - (ii) a consular officer, as defined in the Vienna Convention on Consular Relations of 1963;
 - (iii) a member of the diplomatic staff of a permanent mission to an international organization or of a special mission, or is recruited to represent a State at an international conference; or
 - (iv) any other person enjoying diplomatic immunity;
- (c) the subject-matter of the proceeding is the recruitment, renewal of employment or reinstatement of an individual;
- (d) the subject-matter of the proceeding is the dismissal or termination of employment of an individual and, as determined by the head of State, the head of Government or the Minister for Foreign Affairs of the employer State, such a proceeding would interfere with the security interests of that State;
- (e) the employee is a national of the employer State at the time when the proceeding is instituted, unless this person has the permanent residence in the State of the forum; or
- (f) the employer State and the employee have otherwise agreed in writing, subject to any considerations of public policy conferring on the courts of the State of the forum exclusive jurisdiction by

reason of the subject-matter of the proceeding.

Article 12

Personal injuries and damage to property

Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission.

Article 13

Ownership, possession and use of property

Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to the determination of:

- (a) any right or interest of the State in, or its possession or use of, or any obligation of the State arising out of its interest in, or its possession or use of, immovable property situated in the State of the forum;
- (b) any right or interest of the State in movable or immovable property arising by way of succession, gift or *bona vacantia*; or
- (c) any right or interest of the State in the administration of property, such as trust property, the estate of a bankrupt or the property of a company in the event of its winding up.

Article 14

Intellectual and industrial property

Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to:

- (a) the determination of any right of the State in a patent, industrial design, trade name or business name, trademark, copyright or any other form of intellectual or industrial property which enjoys a measure of legal protection, even if provisional, in the State of the forum; or
- (b) an alleged infringement by the State, in the territory of the State of the forum, of a right of the nature mentioned in subparagraph (a) which belongs to a third person and is protected in the State of the forum.

Article 15

Participation in companies or other collective bodies

1. A State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to its participation in a company or other collective body, whether incorporated or unincorporated, being a proceeding concerning the relationship between the State and the body or the other participants therein, provided that the body:

- (a) has participants other than States or international organizations; and
- (b) is incorporated or constituted under the law of the State of the forum or has its seat or principal place of business in that State.

2. A State can, however, invoke immunity from jurisdiction in such a proceeding if the States concerned have so agreed or if the parties to the dispute have so provided by an agreement in writing or if the instrument establishing or regulating the body in question contains provisions to that effect.

Article 16

Ships owned or operated by a State

1. Unless otherwise agreed between the States concerned, a State which owns or operates a ship cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to the operation of that ship if, at the time the cause of action arose, the ship was used for other than government non-commercial purposes.
2. Paragraph 1 does not apply to warships, or naval auxiliaries, nor does it apply to other vessels owned or operated by a State and used, for the time being, only on government non-commercial service.
3. Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to the carriage of cargo on board a ship owned or operated by that State if, at the time the cause of action arose, the ship was used for other than government non-commercial purposes.
4. Paragraph 3 does not apply to any cargo carried on board the ships referred to in paragraph 2, nor does it apply to any cargo owned by a State and used or intended for use exclusively for government non-commercial purposes.
5. States may plead all measures of defence, prescription and limitation of liability which are available to private ships and cargoes and their owners.
6. If in a proceeding there arises a question relating to the government and noncommercial character of a ship owned or operated by a State or cargo owned by a State, a certificate signed by a diplomatic representative or other competent authority of that State and communicated to the court shall serve as evidence of the character of

that ship or cargo.

Article 17

Effect of an arbitration agreement

If a State enters into an agreement in writing with a foreign natural or juridical person to submit to arbitration differences relating to a commercial transaction, that State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to:

- (a) the validity, interpretation or application of the arbitration agreement;
- (b) the arbitration procedure; or
- (c) the confirmation or the setting aside of the award, unless the arbitration agreement otherwise provides.

Part IV

State immunity from measures of constraint in connection with proceedings before a court

Article 18

State immunity from pre-judgment measures of constraint

No pre-judgment measures of constraint, such as attachment or arrest, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that:

- (a) the State has expressly consented to the taking of such measures as indicated:
 - (i) by international agreement;
 - (ii) by an arbitration agreement or in a written contract; or
 - (iii) by a declaration before the court or by a written

- communication after a dispute between the parties has arisen; or
- (b) the State has allocated or earmarked property for the satisfaction of the claim which is the object of that proceeding.

Article 19

State immunity from post-judgment measures of constraint

No post-judgment measures of constraint, such as attachment, arrest or execution, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that:

- (a) the State has expressly consented to the taking of such measures as indicated:
- (i) by international agreement;
 - (ii) by an arbitration agreement or in a written contract; or
 - (iii) by a declaration before the court or by a written communication after a dispute between the parties has arisen; or
- (b) the State has allocated or earmarked property for the satisfaction of the claim which is the object of that proceeding; or
- (c) it has been established that the property is specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes and is in the territory of the State of the forum, provided that post-judgment measures of constraint may only be taken against property that has a connection with the entity against which the proceeding was directed.

Article 20

Effect of consent to jurisdiction to measures of constraint

Where consent to the measures of constraint is required under articles 18 and 19, consent to the exercise of jurisdiction under article 7

shall not imply consent to the taking of measures of constraint.

Article 21

Specific categories of property

1. The following categories, in particular, of property of a State shall not be considered as property specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes under article 19, subparagraph (c):

- (a) property, including any bank account, which is used or intended for use in the performance of the functions of the diplomatic mission of the State or its consular posts, special missions, missions to international organizations or delegations to organs of international organizations or to international conferences;
- (b) property of a military character or used or intended for use in the performance of military functions;
- (c) property of the central bank or other monetary authority of the State;
- (d) property forming part of the cultural heritage of the State or part of its archives and not placed or intended to be placed on sale;
- (e) property forming part of an exhibition of objects of scientific, cultural or historical interest and not placed or intended to be placed on sale.

2. Paragraph 1 is without prejudice to article 18 and article 19, subparagraphs (a) and (b).

Part V

Miscellaneous provisions

Article 22

Service of process

1. Service of process by writ or other document instituting a proceeding against a State shall be effected:

(a) in accordance with any applicable international convention binding on the State of the forum and the State concerned; or

(b) in accordance with any special arrangement for service between the claimant and the State concerned, if not precluded by the law of the State of the forum; or

(c) in the absence of such a convention or special arrangement:

(i) by transmission through diplomatic channels to the Ministry of Foreign Affairs of the State concerned; or

(ii) by any other means accepted by the State concerned, if not precluded by the law of the State of the forum.

2. Service of process referred to in paragraph 1 (c) (i) is deemed to have been effected by receipt of the documents by the Ministry of Foreign Affairs.

3. These documents shall be accompanied, if necessary, by a translation into the official language, or one of the official languages, of the State concerned.

4. Any State that enters an appearance on the merits in a proceeding instituted against it may not thereafter assert that service of process did not comply with the provisions of paragraphs 1 and 3.

Article 23

Default judgment

1. A default judgment shall not be rendered against a State unless the court has found that:

(a) the requirements laid down in article 22, paragraphs 1 and 3,

have been complied with;

(b) a period of not less than four months has expired from the date on which the service of the writ or other document instituting a proceeding has been effected or deemed to have been effected in accordance with article 22, paragraphs 1 and 2; and

(c) the present Convention does not preclude it from exercising jurisdiction.

2. A copy of any default judgment rendered against a State, accompanied if necessary by a translation into the official language or one of the official languages of the State concerned, shall be transmitted to it through one of the means specified in article 22, paragraph 1, and in accordance with the provisions of that paragraph.

3. The time-limit for applying to have a default judgment set aside shall not be less than four months and shall begin to run from the date on which the copy of the judgment is received or is deemed to have been received by the State concerned.

Article 24

Privileges and immunities during court proceedings

1. Any failure or refusal by a State to comply with an order of a court of another State enjoining it to perform or refrain from performing a specific act or to produce any document or disclose any other information for the purposes of a proceeding shall entail no consequences other than those which may result from such conduct in relation to the merits of the case. In particular, no fine or penalty shall be imposed on the State by reason of such failure or refusal.

2. A State shall not be required to provide any security, bond or deposit, however described, to guarantee the payment of judicial costs or expenses in any proceeding to which it is a respondent party before a court of another State.

Part VI

Final clauses

Article 25

Annex

The annex to the present Convention forms an integral part of the Convention.

Article 26

Other international agreements

Nothing in the present Convention shall affect the rights and obligations of States Parties under existing international agreements which relate to matters dealt with in the present Convention as between the parties to those agreements.

Article 27

Settlement of disputes

1. States Parties shall endeavour to settle disputes concerning the interpretation or application of the present Convention through negotiation.
2. Any dispute between two or more States Parties concerning the interpretation or application of the present Convention which cannot be settled through negotiation within six months shall, at the request of any of those States Parties, be submitted to arbitration. If, six months after the date of the request for arbitration, those States Parties are unable to agree on the organization of the arbitration, any of those States Parties may refer the dispute to the International Court of Justice by request in accordance with the Statute of the Court.
3. Each State Party may, at the time of signature, ratification, acceptance or approval of, or accession to, the present Convention, declare that it does not consider itself bound by paragraph 2. The other States Parties shall not be bound by paragraph 2 with respect to any

State Party which has made such a declaration.

4. Any State Party that has made a declaration in accordance with paragraph 3 may at any time withdraw that declaration by notification to the Secretary-General of the United Nations.

Article 28

Signature

The present Convention shall be open for signature by all States until 17 January 2007, at United Nations Headquarters, New York.

Article 29

Ratification, acceptance, approval or accession

1. The present Convention shall be subject to ratification, acceptance or approval.
2. The present Convention shall remain open for accession by any State.
3. The instruments of ratification, acceptance, approval or accession shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 30

Entry into force

1. The present Convention shall enter into force on the thirtieth day following the date of deposit of the thirtieth instrument of ratification, acceptance, approval or accession with the Secretary-General of the United Nations.
2. For each State ratifying, accepting, approving or acceding to the present Convention after the deposit of the thirtieth instrument of ratification, acceptance, approval or accession, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after the deposit by such State of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

Article 31

Denunciation

1. Any State Party may denounce the present Convention by written notification to the Secretary-General of the United Nations.
2. Denunciation shall take effect one year following the date on which notification is received by the Secretary-General of the United Nations. The present Convention shall, however, continue to apply to any question of jurisdictional immunities of States or their property arising in a proceeding instituted against a State before a court of another State prior to the date on which the denunciation takes effect for any of the States concerned.
3. The denunciation shall not in any way affect the duty of any State Party to fulfil any obligation embodied in the present Convention to which it would be subject under international law independently of the present Convention.

Article 32

Depositary and notifications

1. The Secretary-General of the United Nations is designated the depositary of the present Convention.
2. As depositary of the present Convention, the Secretary-General of the United Nations shall inform all States of the following:
 - (a) signatures of the present Convention and the deposit of instruments of ratification, acceptance, approval or accession or notifications of denunciation, in accordance with articles 29 and 31;
 - (b) the date on which the present Convention will enter into force, in accordance with article 30;
 - (c) any acts, notifications or communications relating to the present Convention.

Article 33

Authentic texts

The Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts of the present Convention are equally authentic.

IN WITNESS WHEREOF, the undersigned, being duly authorized thereto by their respective Governments, have signed this Convention opened for signature at United Nations Headquarters in New York on 17 January 2005.

Annex to the Convention

Understandings with respect to certain provisions of the Convention

The present annex is for the purpose of setting out understandings relating to the provisions concerned.

With respect to article 10

The term “immunity” in article 10 is to be understood in the context of the present Convention as a whole.

Article 10, paragraph 3, does not prejudice the question of “piercing the corporate veil”, questions relating to a situation where a State entity has deliberately misrepresented its financial position or subsequently reduced its assets to avoid satisfying a claim, or other related issues.

With respect to article 11

The reference in article 11, paragraph 2 (d), to the “security interests” of the employer State is intended primarily to address matters of national security and the security of diplomatic missions and consular posts.

Under article 41 of the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations and article 55 of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations, all persons referred to in those articles have the duty to respect the laws and regulations, including labour laws, of the host country. At the same time, under article 38 of the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations and article 71 of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations, the receiving State has a duty to exercise its jurisdiction in such a manner as not to interfere unduly with the performance of the functions of the mission or the consular post.

With respect to articles 13 and 14

The expression “determination” is used to refer not only to the ascertainment or verification of the existence of the rights protected, but also to the evaluation or assessment of the substance, including content, scope

and extent, of such rights.

With respect to article 17

The expression “commercial transaction” includes investment matters.

With respect to article 19

The expression “entity” in subparagraph (c) means the State as an independent legal personality, a constituent unit of a federal State, a subdivision of a State, an agency or instrumentality of a State or other entity, which enjoys independent legal personality.

The words “property that has a connection with the entity” in subparagraph (c) are to be understood as broader than ownership or possession.

Article 19 does not prejudge the question of “piercing the corporate veil”, questions relating to a situation where a State entity has deliberately misrepresented its financial position or subsequently reduced its assets to avoid satisfying a claim, or other related issues.

**International arbitration Precedents, of the Question of compensation,
in Oil Disputes**

Mohsen Mohebi

Persian text, pp. 9-70

Abstract

There are certain pieces of law enacted after the Revolution in Iran that stipulated almost restrictive regulations for the foreign investments in Iran. Among such laws are principles 44, 80 and 81 of the Constitution, the Act on Petroleum (1987), the Provisions of the Annual Budget Act for the year 1995 as were re-approved in the Annual Budget Acts of subsequent years, and finally certain parts of the Five Years Economic Development Plan Acts (the first, second and third plan Acts).

As a consequence of these laws, the buy-back model was often adopted for the foreign investment transactions in Iran, in particular for upstream operation in petroleum industry.

The buy-back model of contract as applied in Iran for foreign investments has been subject of long debates and criticism among the experts, from different economic points of view, however, less in the lights of the international arbitration precedents produced in oil disputes.

The question of compensation payable against nationalization of foreign investment or the breach of investment contract, is one of the most important issues discussed in the international arbitration precedents. The standard of compensation developed from full to appropriate compensation. Currently, the concept of "legitimate expectation" of the parties is the criteria for calculations of the appropriate compensation.

Now, the question is what will be the scope of "legitimate expectation" of the parties in buy-back contracts, if the contract is revoked or terminated by the state party.

To respond, one must first examine the arbitration precedents in regard to payable compensation. The legal analysis of such precedents will certainly enable us to predict the financial features of buy-back contracts in the eyes of a proposed international arbitral tribunal engaged in examination of disputes arising out from such contracts.

The subject matter of this writing is a thorough study and analysis of arbitration precedents on the question of compensation, in order to pave the way for an objective prediction of a buy-back contract, if it is the subject of dispute due to termination or nationalization.

**International Standards of Human Rights and
Imprisonment for Inability to Fulfil a Contractual Obligation in Iran**

Seyyed Ghasem Zamani

Persian text, pp. 71-87

Abstract

Arising from the nature of international law, there is a general duty to bring internal law into conformity with obligations under international law. Islamic Republic of Iran as a contracting State of International Covenant on Civil and Political Rights (1966) , internationally accepted that “ no one shall be imprisoned merely on the ground of inability to fulfil a contractual obligation”. Although that is a non-derogable right, but it appears that the Iranian “Legal Enforcement of Pecuniary Condemnations Act (1998)” is in itself a breach of International Covenant on Civil and Political Rights. It is certain that Iran can not rely on her own legislation to limit the scope of her international obligations.

Compétence judiciaire et Compétence arbitrale

Mohammad Taghi Abedi

Persian text, pp. 89-146

Abstrait

Une controverse s'est élevée en droit et pratique judiciaire iranienne sur la question du dessaisissement du juge en cas d'une clause d'arbitrage international. En fait, le problème est résolu lorsqu'il s'agit d'un arbitrage interne par application de l'article 454 du Code de Procédure Civile lequel permet aux parties de soumettre leur différend ne ou a naître a l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes. Une partie de la doctrine ainsi que la majorité des magistrats estiment que les règles de conflits de juridiction telles que l'article 971 du Code Civil et l'article 26 du C.P.C. obligent les tribunaux judiciaires de statuer sur leurs propre compétences ce qui signifierait que le législateur iranien ne connaît pas une *compétence arbitrale* vis-à-vis de compétence judiciaire.

C'est, du reste, ce qui ressort d'un important arrêt rendu en 1995 par l'ancien vingt-sixième Chambre civil de Téhéran dans une affaire entre une société d'Etat iranien et une société privée anglaise. Bien que le raisonnement de la Cour est défendable en ce qui concerne l'obligation résultant de l'article 139 de la Constitution qui exige une ratification même *a posteriori* du Conseil des ministres ainsi que le Parlement pour que la clause compromissoire soit valable, mais le recours du juge a des règles de conflits mentionnées ci-dessus fait penser que la compétence des tribunaux doit être supposée en tout état de cause même si la partie a l'arbitrage est une personne du droit prive iranien!

Ainsi, on constate que la décision de la Cour est en contradiction avec deux principes bien établis du droit de l'arbitrage commercial international:

Law Review (C.I.L.A.), Vol. 35, 2006

celui qui accord a l'arbitre international le pouvoir de statuer sur sa propre compétence dit principe de *Competenz-Competenz* d'une part et le principe qui interdit, au nom de l'ordre public international, le recours, par l'une des parties a l'arbitrage, aux règles du droit internes afin de contester la compétence de l'arbitre international d'autre part.

En effet, après avoir présente et développe notre idée selon laquel le juge iranien est en droit, au moins en théorie, de sursoir a statuer sur le bien fonde de la clause compromissoire, nous avons pris position sur les deux principes susmentionnés en acceptant le premier et réfutant le deuxième. La raison en est que l'interdiction de recours aux dispositions du droit interne en tant qu'un principe du droit de l'arbitrage international est présente par la doctrine et pratique arbitral comme une règle de l'ordre public international appartenant a la *lex mercatoria*. Or, nous estimons qu'en cas du recours, par une des parties, a une disposition du droit interne telle que l'article 139 qui subordonne la compétence du tribunal arbitral a l'approbation du parlement iranienne, il est logique - au lieu de le combattre par un prétendu tiers droit dont l'existence et bien fonde est fortement conteste - de revenir sur la voie classique celle la loi du contrat. C'est elle qu'en fin de compte déterminera la *compétence arbitrale*.

Processus de développement du droit d'auteur des œuvres d'esprit dans les conventions internationales

Mohsen GHASEMI

Persion text, pp. 147-193

Abstrait

Le nombre de plus en plus croissant des conventions internationales du droit d'auteur révèle une réalité: tout en assurant autant que possible les droits d'auteur des œuvres d'art et d'esprit et littéraires, la communauté internationale entend à faire bénéficier tous les pays des acquis et réalisations, tant sur le plan moral que matériel, qui s'avèrent indispensables au développement des peuples dans les domaines, économiques, sociaux, culturels et politiques:

- 1- A défaut d'une définition suffisamment établie des œuvres scientifiques, littéraires et artistiques, on se contente de faire appel à des applications en cours, ce qui rendrait possible la protection de toutes les nouvelles œuvres d'esprit;
- 2- En consacrant le principe de comportement national, les parties contractantes ont mis sur un pied d'égalité œuvres nationales et œuvres étrangères, toute discrimination étant exclue;
- 3- Les parties contractantes ne peuvent déroger aux protections minimales accordées par ces conventions, sauf exception;
- 4- En prévoyant le droit de réserve en certain cas et adoptant progressives en plus des dispositions pertinentes, on entendait les susciter à adhérer à ces conventions.

Effects of the adhesion of Iran to the Statute of the International Criminal Court

Homayoon Fallahian

Persian text, pp. 195-223

Abstract

From the perspective of the effects of adhesion of Iran to the Statute of the International Criminal Court (ICC), coordinating the domestic laws with the crimes subject to the Statute of the ICC is of paramount importance. As to the war crimes, considering the fact that Iran has not yet adhered to the two annexed protocols to the Geneva Conventions, adherence to the Statute of the ICC requires, regardless of the current liability of Iran in terms of international obligations, a practical acceptance of the obligations of the protocols. As to the crime of genocide and its manifestations, considering the adherence of Iran to the Convention against Genocide, there seems no problem for the country to adhere to the Statute. With regard to the crime against humanity, there exist two options both of which entail problems: choosing the option of "compliance with the regulations of the Statute of the ICC" is in accordance with the objectives of the ICC but not expedient for Iran. The second option "consideration of domestic criteria in the Islamic Penal Code", though may be troubleshooter, but by choosing this option, the general historical problem in the implementation of domestic punishments in the matter of torture would continue to remain.

Key words: *International criminal court - international crimes - implementation of statute of international criminal court - consequences of adherence*

Law Review (C.I.L.A.), Vol. 35, 2006

The Conceptual Evolution of the Right of Self-Determination in International Law

Ali Omid

Persian text, pp. 225-250

Abstract

Multi-ethnic texture or existence of the ethnic-religious minorities is one of the main structural elements of states all over the world. Consequently, we are sometimes informed about ethnic tensions and violence around the globe. A study in 2002 indicates that approximately 125 wars were occurred from World War II to 1997 of which 80 ones have been related to ethnic and religious disputes in a way. In search for the motif, it is found that the right of self-determination is the main cause for the wars. The conceptual evolution of the right of self-determination can be studied in three historic periods. First, it aimed at legitimizing the independence of new states created through the defeats and falls of empires as a result of the World War I. second, after the World War II, it evolved into the governance of the colonies and occupied territories and the third, since 1970, this doctrine has targeted the concept of hegemony of democracy and recognition of the minorities' rights. Through the respect for the principals such as states' sovereignty as well as the territorial integrity and the principal of non-interference, the international law observes the sovereignty and territorial integrity from one side and pays attention to the minorities' interests and demands from the other side. To do this, the international law has mainly focused on the establishment of democratic regimes and on granting the right of autonomy to the minorities. This article concentrates on the conceptual evolutions, grounds and requirements for the right of self-determination in the international law.

Law Review (C.I.L.A.), Vol. 35, 2006