

مَبْلَهُ حُوْنَى

دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران

بهار ۶۵

شماره پنجم

- حقوق بازرگانی فراملی در داوری بین المللی • تحولات جدید حقوق بین الملل عمومی در مورد قانونی بودن آزمایش‌های اتمی در دریای آزاد • نگرشی به عهدنامه ۱۹۷۵ ایران و عراق • تئوری دارا شدن غیرعادلانه در حقوق ایران، امریکا و بین الملل
- اجرای احکام مدنی خارجی در انگلستان از نقطه نظر کامن لو
- نظری اجمالی بر حقوق معاهدات • استناد بین المللی.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ



مجله حقوق

دفتر خدمات حقوق بین المللی جمهوری اسلامی ایران

- حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین المللی ۵
ترجمه محسن محبی
- قانونی بودن آزمایش‌های اتمی در دریای آزاد ۴۳
ترجمه دکتر رضا فیوضی
- نگرشی به عهدنامه ۱۹۷۵ ایران و عراق ۶۳
دکتر اصغر جعفری ولدانی
- تئوری دارا شدن غیرعادلانه در حقوق ایران، امریکا و بین الملل ۱۰۱
دکتر اکبر شیرازی
- اجرای احکام مدنی خارجی در انگلستان از نقطه نظر کامن لو ۱۳۱
محمد حسن بردار
- نظری اجمالی بر حقوق معاهدات ۱۷۷
ترجمه احمد قطیبه
- اسناد بین المللی ۲۱۷

مندرجات مقالات منحصرأ
نظرات نویسندهان آنها
است.

مجله حقوق

نشریه خدمات حقوقی بین المللی

مدیر مسؤول: دکتر گودرز افتخار جهromi
زیرنظر هیئت تحریر به

تاریخ نشر: بهار ۶۵
تعداد: ۳۰۰۰ جلد

چاپ و صحافی: شرکت چاپ افست
همکار فنی: سازمان طرح و اجرای کتاب

اول لندو*

ترجمه: محسن محبی



حقوق بازرگانی فراملی

در

دواوری تجارتی بین المللی



* اول لندو Ole Lando استاد حقوق در انتستیتوی حقوق بازار اروپا، مدرسه اقتصاد و مدیریت کپنهاگ (دانمارک)، از صاحبنظران بنام حقوق تجارت بین الملل و داوری بین المللی است و در این زمینه، مقالات متعددی در مجلات حقوقی بین المللی معتبر از وی به چاپ رسیده است.



موضوع این مقاله عبارت است از بررسی اجرا و کاربرد^۱ آنچه که به «حقوق بازرگانی فرامملی»^۲ مشهور شده، در داوری تجاری بین المللی. اصولاً داوری وقتی بین المللی است که موضوع اصلی یا طرفین آن با سیستمهای حقوقی متعدد ارتباط داشته باشند، مانند مواردی که اقامتگاه طرفین داوری در کشورهای مختلف واقع شده باشد. در طول چند دهه اخیر داوری بمنظور حل و فصل اختلافات بین المللی، اهمیت روزافزونی یافته

۱ و ۲. «حقوق بازرگانی فرامملی» معادلی است که برای Lex Mercatoria در نظر گرفته ایم. هر چند در عبارت لاتین مذکور، lex به معنای قانون و حقوق و Mercatoria، هم به معنای بازرگانی و هم به معنای تاجر است ولذا بایستی به «قانون بازرگانی» یا «حقوق بازرگانی» یا «قانون تجارت» ترجیح شود، اما چون غیر از مقررات بازرگانی داخلی یا ملی است و ضمناً با حقوق تجارت بین المللی نیز Lex Mercatoria مفهوم یکسانی ندارد، علیهذا به نظر می رسد ترجمه آن به «حقوق بازرگانی فرامملی» به مفهوم واقعی آن نزدیک تر باشد. بطور کلی این حقوق، مخصوص و معموت جامعه بین المللی بازرگانان است بدون اینکه از مقررات دولتی متنوع ایشان متأثر باشد؛ زیرا جدا از حقوق داخلی کشورها است. مبانی و منابع این حقوق در بند ۲ همین مقاله مورد بحث قرار گرفته است. ضمناً متنظر از اعمال، کاربرد، شمول یا اجرای این حقوق در داوری تجاری بین المللی که در سراسر این مقاله تکرار شده، اعمال آن به عنوان «قانون حاکم» برخلاف تحت داوری است. «ترجم»

است. مؤسساتی که هدفشان مشخصاً داوری تجاری بین المللی بوده است، در بسیاری از کشورها بوجود آمده و مؤسسات داوری فعلی نیز کراراً مورد مراجعة قرار گرفته‌اند.

طرفین یک قرارداد بین المللی، گاهی توافق می‌کنند که هیچ حقوق داخلی حاکم بر اختلافات آنها نباشد، بلکه در عوض، اختلافات خود را مشمول عرفها و کاربردهای [رسوم] تجارت بین المللی و قواعد و مقررات حقوقی که در تمام یا اغلب کشورهای درگیر با تجارت بین المللی یا کشورهایی که پسندی با اختلافات مربوطه داشته باشند عمومیت دارند، قرار می‌دهند. در جایی که چنین قواعد عامی قابل تعیین و تحدید نیست، داوران قاعده و یا راه حلی را که به نظر آنها مناسب‌ترین و منصفانه‌ترین است، إعمال می‌نمایند، و در چنین کاری، قوانین سیستمهای حقوقی گوناگون را نیز ملحوظ می‌دارند. این پروسه قضائی را که در بخشی، اجرای قواعد حقوقی و در بخش دیگر، روندی گزینشی و ابداعی است، اجرای حقوق بازرگانی فرامی‌نماییم.

۱ حقوق بازرگانی فراملی

در قاره اروپا، داوران کراراً حقوق بازرگانی فراملی را در حل و فصل اختلافات بین المللی إعمال می‌کنند.^۳ در قراردادهای بین دولت، یا واحدهای تجاری دولتی با واحدهای تجاری خصوصی، غالباً ماده‌ای که ناظر به همین مطلب است، درج و قید می‌گردد.^۴ دولتها میل ندارند که اختلافات ناشی از قراردادهای مذکور تحت قوانین یک کشور

3. Derains, "New Trends in the Practical Application of the ICC Rules of Arbitration" (1981) 3 N.W.J. Int. L.Bus. 40, and "Cours d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale. Chronique des sentences arbitrales" [1982] Clunet 968.
4. Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration (1978), No. 139, pp. 367, 372.

خارجی حل و فصل شود. طرفهای خصوصی نیز علاوه‌ای ندارند که قرارداد، مشمول قوانین یک کشور خارجی باشد؛ زیرا ممکن است این قوانین پس از انعقاد قرارداد، به زیان آنان تغییر کند. مواد مربوط به احالة اختلاف به حقوق بازرگانی فراملی را در قراردادهای فیما بین واحدهای تجاری خصوصی نیز می‌توان یافت.

طرفین با انتخاب حقوق بازرگانی فراملی [به عنوان قانون حاکم]، از مسائل فتی سیستمهای حقوق داخلی خلاص می‌شوند و از [شمول] قواعد حقوقی که مناسب با قراردادهای بین‌المللی نیست، اجتناب می‌نمایند و به این ترتیب از تشریفات خاص، مواعدهای کوتاه زوال حق^۵ و بعضی مشکلات که ناشی از قوانین محلی است و در کشورهای دیگر شناخته شده نیست — مانند مقررات «کامن لو» در خصوص «عوض» و «اصل نسبی بودن قراردادها»^۶ — رها می‌شوند. علاوه بر این، کسانی که درگیر در دعوا هستند — طرفین، وکلا و داوران — همه در یک موقعیت مساوی، دفاع و استدلال می‌کنند و هیچ‌کدام از آنها این امتیاز را ندارد که دعوی مطابق قوانین کشور متبوع او مورد دفاع و تصمیم‌گیری واقع شود و یا به اعتبار اینکه دعوی مشمول یک قانون خارجی است، در موقعیتی فروتر و عقب‌تر از بقیه بماند.

در کشورهای تابع حقوق نوشته یا «کامن لو»، اینکه آیا طرفین می‌توانند توافق کنند که قرارداد، مشمول حقوق بازرگانی فراملی باشد یا خیر، هنوز مسئله‌ای است مورد نزاع و بحث، که در مقاله حاضر مورد بررسی قرار خواهد گرفت؛ ولی ابتدا منابع فعلی حقوق بازرگانی فراملی و پروسه قضائی را که لازمه اجرا و اعمال این حقوق در ماهیت اختلاف است و آن را ایجاد می‌کند، مطالعه می‌کنیم.

۵. brief cut - off period اتفاقی مواجهی که منتهی به زوال حق می‌شود؛ مانند مواعیدی که برای استفاده از بعضی خیارات وجود دارد. «متترجم»

۶. privity of contract اصل نسبی بودن قراردادها که بموجب آن قرارداد فقط نسبت به معاملان و قائم مقام آنها تأثیر دارد (ماده ۱۶۹ ق. م. ایران). «متترجم»

منابع موجود؛ «حقوق بازرگانی فراملی جدید»

در این مقاله، مواردی را که حقوق بازرگانی فراملی در آنها اولویت داشته و مجری است و قانون داخلی مشخصی حاکم برقرارداد نیست، مورد بحث قرار می‌دهیم؛ یعنی مطالعه وضعیتی که هیچ حقوق داخلی که مقررات آمرة آن درخصوص قرارداد قبل اجرا باشد و مقررات تکمیلی آن، خلاصه ناشی از سکوت حقوق بازرگانی فراملی را پُر کند، درین نباید.^۷ ترکیب بین حقوق بازرگانی فراملی و حقوق داخلی در داوری بین المللی، تحقیق پذیر است و مسائل خود را دارد که در این مقاله وارد آن نمی‌شویم؛ هر چند بعضی ملاحظات و نکات زیرین ناظر به این موضوع نیز هست. به حال ارائه و تهیه فهرست جامع و مانع کلیه عناصر و منابع حقوق بازرگانی فراملی، امکان پذیر نیست،^۸ ولی منابع ذیل قابل شمارش است:

۷. بعضی از مؤلفان در بررسی خود به موضوع ترکیب و اختلاط قواعد عام در جامعه تجارت بین المللی - حقوق بازرگانی فراملی جدید - با قواعد سیستم حقوق داخلی نیز پرداخته‌اند. (رجوع کنید به:

(Goldmann, La Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage Internationaux: réalité et perspective, clunet 475, 1979.)

ماهه (۱) ۴۲ «کتوانسیون ۱۹۶۵ حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری بین دولتها و اتباع دولتها دیگر» نیز همین فرض را پیش‌بینی کرده است. به حال در چنین مواردی مسئله ترتیب مطرح است. مثلاً آیا داور می‌تواند قواعد حقوق بازرگانی فراملی را در مواردی که این قواعد با مقررات آمرة حقوق داخلی معارض باشد، اجرا کند؟ و آیا می‌تواند به جای مقررات تکمیلی حقوق داخلی، راه حل یا قواعدی را که گرچه هنوز در حقوق بازرگانی فراملی نیز وجود ندارد، ولی با قراردادهای بین المللی تناسب بهتری دارد، اجرا نماید؟

8. Fouchard, L'arbitrage commercial international (1965), No. 579.

الف. حقوق بین الملل عمومی

حقوق بین الملل عمومی یکی از منابع مهم حقوق بازرگانی فراملی بشمار می‌رود. قواعد حقوق بین الملل عمومی راجع به عهدهنامه‌ها، در قراردادهای بین واحدهای تجاری دولتی و اشخاص خصوصی نیز اجرا شده است. بسیاری از مواد کنوانسیون ۱۳ مه ۱۹۶۹ وین در مورد معاهدات، انعکاس نقطه ثقل عمومی است که در سیستمهای حقوقی متعدد وجود دارد و بنابراین، برای قراردادهای بین المللی نیز مناسب می‌باشد. کنوانسیون ۱۸ مارس ۱۹۶۵ بانک جهانی نیز مقرراتی را در مورد حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر^۹ پیش‌بینی کرده است. ماده ۴۲ این کنوانسیون مقرر می‌دارد که در صورت عدم انتخاب قانون حاکم توسط طرفین، دیوان داوری، از جمله، به آن قواعد حقوق بین الملل که بتواند در خصوص مورد اجرا شود، استناد می‌نماید. همچنین پاره‌ای از قواعد حقوق بین الملل عمومی نیز می‌تواند در اختلافات فيما بین شرکتهای تجاری خصوصی اعمال شود.

ب. قوانین متحده شکل

مقررات متحده شکلی که برای تجارت بین المللی مورد تصویب کشورها قرار گرفته نیز به عنوان منبع دیگر حقوق بازرگانی فراملی از اهمیت برخوردار است؛ مانند قانون متحده شکل فروش اشیاء [منقول]¹⁰ که در سال ۱۹۶۴ توسط پاره‌ای کشورهای اروپائی تصویب شده است^{۱۱}، یا کنوانسیون راجع به قراردادهای فروش بین المللی اشیاء [منقول]¹² که انتظار می‌رود بسیاری از کشورهای اروپائی آن را پذیرند.^{۱۳}

9. World Bank Convention of 18 March 1965 establishing "International Centre for settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States".

10. Uniform Law on the sale of goods of 1964.

11. Convention on contract for the International sale of goods of 1980.

در مواردی که دادگاههای کشورهایی که با طرفین یا موضوع اصلی اختلاف پیوندی دارند، مکلف باشند که قانون متحده‌الشكلی را [به لحاظ اینکه دولت متبوع آنها قانون مذکور را پذیرفته است] اجرا نمایند، داوران نیز ملزمند که به همین نحو عمل کرده و همان قانون را اعمال کنند. البته در اینکه گفتیم «داوران ملزمند»، به این نکته نیز توجه داشته‌ایم که در پاره‌ای موارد وظیفه داور در این خصوص انجام شدنی نیست و موانع وجود دارد که در قسمت چهارم این مقاله توضیح خواهیم داد. بهر حال در سایر موارد، مقررات متحده‌الشكل مذکور داور را در اتخاذ تصمیم، صرفاً هدایت و راهنمائی می‌کند هه اینکه او را موظف به اجرای چنین مقرراتی بنماید که نمونه‌های زیادی از آن در آرای منتشره وجود دارد.^{۱۲}

ج. اصول کلی حقوقی

اصول کلی حقوقی که توسط ملل و جوامع تجارتی مورد قبول و شناسائی واقع شده نیز از منابع مهم حقوق بازرگانی فرامانی است،^{۱۳} که از آن جمله است قاعدة لزوم وفای به عهد^{۱۴} یا این اصل که هر کدام از طرفین قرارداد می‌توانند در صورت نقض اساسی آن توسط طرف مقابل، آن را فسخ کنند. تعیین اینکه کدامیک از قواعد، از اصول کلی حقوقی بشمار می‌رود، همیشه آسان نیست؛ هر چند به لحاظ توسعه ادبیات حقوقی امکان این تشخیص نیز روبرو بازیش و رشد است. مشهور است که داوران برای یافتن اصول کلی سیستمهای حقوقی بزرگ جهان، از «دائرة المعارف حقوق تطبیقی»^{۱۵}، استفاده می‌کنند. تجزیه و تحلیل تطبیقی قوانین به داوران

۱۲. رجوع کنید به رأی داوری ICC به شماره ۷۸/۲۸۷۹—۱۹۷۹، Clunet، ۹۸۹.

۱۳. رجوع کنید به رأی داوری ICC به شماره ۸۱/۳۳۲۷—۱۹۸۲، Clunet، ۹۷۳.

۱۴. *pata sunt servenda*

۱۵. این دائرة المعارف مجموعه‌ای معتبر و سیار غنی است که به صورت مسلسل و موضوعی زیر نظر و توسط پاره‌ای از صاحب‌نظران حقوق تطبیقی یا اساتید حقوق کشورهای مختلف تهیه و نوشته و منتشر می‌گردد. تا به حال در ۱۷ موضع مختلف حقوقی (جمعاً ۱۰۵ شماره) انتشار یافته و عنوان انگلیسی آن چنین است:

«ترجم»

International Encyclopedia of Comparative Law.

می‌گوید که آیا قواعد موجود در سیستمهای حقوقی، ولو به طرق مختلف تنظیم شده باشند، به نتایج واحدی منتهی می‌شوند یا خیر؟ معمولاً وقتی که داور با یک اصل کلی یا راه حل عمومی در خصوص موضوع تحت رسیدگی مواجه می‌گردد، مجبور است که از آن تبعیت کند.

پاره‌ای از مؤلفان، حقوق بازرگانی فرامملی را یک حقوق جهانی تصور نموده‌اند؛ حال آنکه ضرورتی ندارد این حقوق در سراسر جهان یکسان باشد. داور توجه دارد که تحقیق و بررسیهای او محدود به آن سیستمهای حقوقی شوند که با موضوع اصلی دعوی ارتباط دارند. هرگاه این سیستمهای حقوقی، قاعده یا قواعد عامّی داشته باشند که به نتایج واحدی منتهی می‌گردد، داور ملزم است از این قاعده عمومی که حق سیستمهای حقوقی مذکور است، پیروی کند ولو سیستمهای حقوقی دیگر [که ارتباطی با موضوع اختلاف ندارند] نتایج متفاوتی به دست دهند.

د. قواعد سازمانهای بین‌المللی

سازمانهای بین‌المللی از قبیل سازمان ملل متحد، اونکتاد^{۱۶}، او.ای.سی.دی^{۱۷} و غیره راه‌حلها، پیشنهادات و مجموعه مقرراتی را که برای نحوه برخورد با مسائل مربوط به قراردادها ارائه شده، پذیرفته‌اند. این نوع تدبیر و مقررات که فاقد ماهیّتی الزام‌آور هستند، غالباً متصمن و مبتنی بر اصل حُسن نیت و معامله دوستانه می‌باشند. علاوه براین، باستی از کوششهای والای مربوط به متحبد الشکل کردن قوانین تجاری نام برد. Unidroito^{۱۸} و کمیسیون اروپائی [تدوین] قانون قراردادها، مشغول وضع اصول کلی حقوق قراردادها، به ترتیب برای کلیّة ملل جهان و دولتهای عضو

۱۶. سازمان ملل متحد در مورد تجارت و توسعه. «متجم»، United Nation Conference on Trade and Development (UNCTAD) =

۱۷. سازمان همکاری و توسعه اقتصادی. «متجم»، Organization of Economic Co-operation and Development (OECD) =

۱۸. Int'l Institute for The Unification of Private Law «انستیتوی بین‌المللی برای متحبد الشکل کردن حقوق خصوصی»، «متجم»

جامعه اروپائی هستند. این اصول به عنوان قواعدی که گرچه لازم الایت
نیستند ولی از جمله راهنمای دیوانهای داوری بین المللی می‌باشند،
سرانجام در معرض اطلاع عموم قرار خواهد گرفت.^{۱۸}

ه . عرف و کاربرد

عنصر بسیار مهم دیگر حقوق بازرگانی فرامی، عرفها [رویه‌ها] و
کاربردهای [رسوم] تجارت بین المللی است. عرفها و کاربردهای بعضی
انواع تجارت شامل قراردادهای بین المللی و داخلی، هر دو می‌باشد؛ ولی
بعضی دیگر فقط شامل روابط بین المللی است. به این نکته بایستی برخی
رویه‌های مدون از قبیل ایتكوترم^{*}، مقررات و رویه‌های متحدد الشکل
اعتبارات استادی و متن ماده نمونه در مورد فورس ماژور و موانع را که اخیراً
توسط (ICC) تهیه و منتشر شده نیز اضافه نمود. این عرفها، کاربردها و مواد
متحدد الشکل قراردادی، فقط هنگامی قابل اجرا است که طرفین، در مورد
شمول آنها موافقت کرده باشند. معذلک حتی در مواردی که حاکم بودن
آنها بر اختلافات مربوط، مورد توافق قبلی قرار نگرفته باشد، برای محاکم و
داوریها دست کم راهنمایی را به دنبال خواهد داشت.

و. قراردادهای استاندارد

قراردادهای استاندارد متعددی وجود دارد که مقبولیت بین المللی
یافته‌اند؛ مانند «شرایط عمومی تهیه دستگاه و ماشین آلات جهت صدور» که
بوسیله «کمیسیون اقتصادی اروپا» در سال ۱۹۵۳ تهیه شده است. پاره‌ای
مواد استاندارد یا نمونه که برای درج در قراردادهای بین افراد خصوصی تهیه
شده نیز از همین مقبولیت برخوردار می‌باشد. محاکم و همچنین مراجع

18. Bonell, "The Unidroit Initiation for the Progressive Codification of International Law" (1978) 27 I.C.L.Q. 413, and Lando, "European Contract Law" (1983) 31 A.J.C.L. 653. In 1976 UNCITRAL adopted Arbitration Rules for international arbitration ad hoc (UN Doc. No. E. 77. V. 6, 1977) which the UN General Assembly recommended for settlement of international commercial disputes (UNGA Res. 31/98 of 15 Dec. 1976).

* International Commercial Terms.

داوری تفسیرهایی از این قراردادهای استاندارد یا مواد قراردادی نمونه بعمل آورده‌اند. در مواردی که محاکم کشورهای مختلف نظریکسانی در باب تفسیر مواد خاصی از این نوع قراردادها ارائه کرده‌اند، چنین تفسیری برای داوران نیز الزام آور خواهد بود؛ ولی تفسیری که فقط در تصمیم یک دادگاه یا یک رأی داوری آمده است، برای داوران جنبه راهنمایی خواهد داشت.

ز. آرای داوری منتشره

بسیاری از آرای داوری منتشر نمی‌شود و حتی نسبت به اعضای رشتۀ تجارت مربوطه نیز محترمانه نگهداری می‌گردد. این امر جای تأسف است؛ زیرا آرای داوری یکی از منابع مهم حقوق بازرگانی فراملی بشمار می‌رود. البته در طول چند دهه اخیر تمايلی در مورد توسعه انتشار این قبیل آرا بوجود آمده است. آنچه تاکنون منتشر شده است، چون نحوه برخوردهای متعدد با دعاوی مختلف را نشان می‌دهد، برای داوران راهنمای مفیدی خواهد بود و ادبیات حقوقی آرای منتشره نیز بسیار غنی است.¹⁹ بهرحال بایستی امیدوار بود که آرای هرچه بیشتری منتشر گردد تا در نتیجه تبادل نظر و مباحثات بین مؤلفان و داوران، از تشتّت نظرات جلوگیری شود و یکسانی و هماهنگی در آرا به دست آید.

۳

حقوق بازرگانی فراملی: پروسه قضائی

حقوق بازرگانی فراملی هنوز پیکره حقوق نامنسجم و ناقصی است که با افزایش قوانین و مقررات متحده‌الشكل، عرفها و کاربردهای تجارت بین‌المللی و میزان روزافزون آرای منتشره توسعه می‌یابد؛ ولی هیچگاه

19. Lew, "Applicable Law in International Commercial" (1978), No. 139, pp. 367, 372. and Lando, "Conflict - of - Law Rules for Arbitrators", in Festschrift für Konrad Zweigert (1981), p. 157.

به سطح وسیع و جا افتدۀ سیستم‌های حقوق داخلی نمی‌رسد. این واقعیتی است که باید پذیرفت؛ ولی بطوریکه خواهیم دید، لازم نیست برای این منظور، این را هم بپذیریم که پس حقوق بازرگانی فراملی نمی‌تواند اجرا شود و کاربردی ندارد.^{۲۰}

الف. مکتبهای جرمیون و نوآوران

ماهیت ناقص حقوق بازرگانی فراملی موجب می‌گردد که پروسهٔ داوری به چیزی بیش از صرف اعمال قواعد از قبل تعیین شده، مبدل شود. داور اغلب مجبور است از منابعی بجز حقوق بازرگانی فراملی — یعنی عمدتاً از حقوق داخلی — رهنمود بگیرد. گاهی اوقات بایستی راه حل جدیدی را ابداع کند و به این ترتیب مانندیک «مهندس اجتماعی» عمل نماید. مخالفان حقوق بازرگانی فراملی مدعی اند که این حقوق، نیروی الزام آور خود را از منابع دولت نمی‌گیرد و سیستمی را که به اندازهٔ کافی مستحکم و ذاتی باشد، بنا نمی‌نهد و نمی‌تواند یک نظام حقوقی بشمار رود و بنابراین به عنوان یک مبنا جهت حل و فصل اختلافات حقوقی، مناسب نیست.^{۲۱} مكتب دیگری که مؤلف نیز بدان تعلق دارد، می‌گوید که این نیروی الزام آور حقوق بازرگانی فراملی ناشی از این واقعیت نیست که این حقوق ساخته و برخاسته از اراده مقامات دولتی باشد؛ بلکه منبعث و متکی به این حقیقت است که به عنوان یک سیستم [حقوقی] متدالو و دارای حاکمیت، از جانب جامعهٔ تجاری و مراجع دولتی شناسائی شده است.

این دو مكتب مختلف، بیان کنندهٔ دو طرز تلقی متفاوت از پروسهٔ

۲۰. برای اطلاع از جایگاه این حقوق مراجعه کنید به «فکری برثروی حقوق فراملی»، میشل ویرالی، ترجمه دکتر ناصر صبح خیز، مجله حقوقی شماره ۳، صفحه ۸۷. «متترجم»

21. Mann, "Lex facit arbitrum", in International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke (1967), p. 157; Mustill and Boyd, The Law and Practice of Commercial Arbitration in England (1982), p. 611; Russell on Arbitration (19th edl. 1979), p. 230; Schlosser and Purrung, Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit (1975), Vol. 1. No. 159 et seq.; Klein, "De l'autorité et de la loi dans les rapports commerciaux internationaux", in Festschrift für F.A. Mann (1977), p. 617.

حقوقی هستند؛ یکی از آنها که متولی و جانبدار مقررات و رویه‌های قضائی است، عقیده دارد که حقوقدانان همواره می‌کوشند تا مسئله مطروحه نزد خود را تحت مقررات و رویه خاصی درآورند و با آن تطبیق دهند (جزمیون). نوآوران به متابع حقوق، به نحوی که جزمیون بدان تعلق خاطر دارند، دل‌بسته و وابسته نیستند؛ بلکه به مسئله مطروحه، از جوانب گوناگون نظر می‌اندازند و ملاحظات مخالف را نیز ارزیابی کرده و سپس انتخاب خود را می‌کنند.

ب. حقوق بازرگانی فراملی به عنوان یک نوآوری

آن داوری که حقوق بازرگانی فراملی را در پرونده‌ای إعمال می‌کند، بیش از کسی که مجری حقوق داخلی است، نوآوری می‌نماید؛ در حالیکه با مواد اولیه حقوقی مشخصی که این حقوق پیش او می‌نهد مواجه است، غالباً مجبور است که از جای دیگری هم راهنمائی بگیرد و منبع اصلی که در این رابطه پیش رو دارد، سیستمهای حقوقی مختلف و مرتبط با پرونده است. هنگامی که این متابع با یکدیگر معارض هستند، بایستی بین آنها گزینش کند و یا راه حل جدیدی بجوید. از این رهگذر است که حقوق بازرگانی فراملی، غالباً روندی خلاق و نوآور می‌یابد.

داوران با ملیت‌های مختلف که در مراجع داوری [حرفه‌ای] اختصاصی^{۲۲}، حقوق بازرگانی فراملی را در خصوص اختلاف مطروحه إعمال کرده‌اند، برای رسیدن به نظر واحد نسبت به موضوع تحت رسیدگی با مشکلات بزرگی مواجه نبوده‌اند؛ زیرا هنگامی که حقوق مذکور، در خصوص دعوای مطروحه ساخت بوده ولی قانون داخلی مرتبط با آن چنین وضعی نداشته، بعضی از داوران به راه حلی تأکید ورزیده‌اند که سیستم حقوقی متبوع خود ایشان، مقرر می‌کرده است — به این عنوان که در صدد یافتن مناسب‌ترین و منصفانه‌ترین راه حل برای پرونده مربوطه بوده‌اند.

۲۲. منظور، مراجع داوری است که برای رسیدگی به نوع خاصی از اختلافات تجاری تشکیل شده یا می‌شود؛ مانند مرکز داوری انجمان شکر در لندن که قواعد خاصی برای رسیدگی و سنجش حقوقی اختلاف و اتحاد تصمیم در اختیار دارد. «متوجه»

داوران با اجرای حقوق بازرگانی فراملی می‌توانند از آزادی عملی که برای انتخاب بهترین قانون و قاعدة حقوقی دارند — و محاکم گاهی از این آزادی عمل محرومند — استفاده نمایند. مثلاً «قانون فروش اشیاء» اسکاندیناویا مقرر می‌دارد خریداری که می‌خواهد به تأخیر در تسليم مبيع استناد کند، بایستی بلا فاصله پس از تسليم، اخطاریه‌ای ارسال نماید. این قاعدة با بیع بین المللی سازگار نیست. خریداران غیر اسکاندیناویانی از این قاعدة اطلاعی ندارند و چه بسا برای آنها دام و دردسری باشد. قاعدة مقرر در ماده (۲) ۴۹ کنوانسیون ۱۹۸۰ بیع بین المللی اشیاء که بموجب آن [در چنین مواردی] اخطاریه بایستی در مدت معقولی ارسال گردد، راه حل بهتری را ارائه می‌کند.

اکثر داوران، مبادی و تصور عمومی از چگونگی انجام تجارت در دست دارند که ایشان را به اتخاذ جهت و سمت گیری مشابهی می‌کشاند. غالباً شم و ملکه ذهنی ایشان، نتیجه کار را — قبل از اینکه بموجب ادله و استدلال به دست آید — به آنها می‌گوید. در حین کوشش برای استدلال، تشخیص می‌دهند که موضوع مشمول قاعده‌ای است که هنوز لازم است حدود و ثغور آن مشخص تر شود. حتی محاکم نیز بعضاً با چنین وضعی مواجه‌اند. دادگاههای اسکاندیناوی، گاهی به جای استناد به قواعد حقوقی در رأی خود، به واقعیاتی اشاره می‌کنند که آنها را به سنجش و نتیجه گیری خاصی از دعوا رهنمون شده است و پس از بیان این واقعیات، مثلاً چنین احراز می‌کنند که نقض قرارداد از جانب خوانده آنچنان غیرموجه بوده است که جائی برای استناد او به ماده [شرط] معافیت از مسئولیت مندرج در قرارداد، باقی نمی‌گذارد. در چنین مواردی روش نیست که آیا دادگاه به یک قاعدة عمومی مبنی بر اینکه «معافیت از مسئولیت با وجود نقض غیرموجه قرارداد، نمی‌تواند معتبر باشد»^{۲۳}، استناد کرده یا اینکه عقیده و نظر آن فقط ناظر به شرایط خاص دعوای مطروحه می‌باشد. کسی نمی‌تواند

۲۳. شرط عدم مسئولیت با وجود نقض قرارداد از جانب متهمد. «ترجم»

از داوران انتظار داشته باشد که استدلالهای علمی بیشتری از آنچه در این قبیل آرای محاکم می‌شود، بنمایند. بهر حال معمولاً چنین نحوه استدلالی، طرفین دعوا را ارضا می‌کند و برای ایشان قابل درک است.

بسیاری از داوران به تفسیر قرارداد تکیه می‌کنند. کشورهای دارای حقوق نوشته، مقررات موضوعه‌ای برای تفسیر دارند؛ ولی داوران در مقام تفسیر، بندرت به این مقررات استناد می‌نمایند. تفسیر یک قرارداد عموماً مبتنی بر عقل و منطق می‌باشد که دو ویژگی عمومی در همه انسانها است. حقوق بازرگانی فراملی در این کار [تفسیر] علاوه بر این دو ابزار، از تلقی و برداشت عمومی داوران که استدراک غنی‌تری را به دنبال دارد نیز برخوردار است. البته علی‌رغم این تلقی و برداشت عمومی که در داوران وجود دارد، ممکن است باز هم کسی فکر کند که در مجموعه غنی حقوق داخلی، آرای منسجم تر و آگاهانه‌تری صادر می‌شود.

در بسیاری از موارد، قانون داخلی بیش از حقوق بازرگانی فراملی سرانجام کار را بطور روشن و قطعی برای طرفین مشخص می‌نماید؛ خصوصاً در جایی که طرفین توافق کرده باشند که قرارداد فیما بین، مشمول قانون داخلی معینی بوده و داور نیز با قانون منتخب ایشان آشنا باشد. در مواردی که قانون قابل اجرا تعیین نشده، این تردید بوجود می‌آید که موضوع مشمول کدام قانون است. هر چند قواعد حل تعارض قراردادها روبه یکسانی و متحدد الشکل شدن دارد، ولی هنوز هم مسائل و مشکلاتی وجود دارد.^{۲۴} یکی از این مسائل هنگامی بروز می‌کند که داور مکلف است قواعد سیستم حقوقی مشخصی را نسبت به موضوع اجرا کند که با آن سیستم بیگانه است. دعاوی مربوط نشان می‌دهد که مشکلات داوران در این قبیل موارد قابل ملاحظه می‌باشد^{۲۵} و اشتباه در گزینش [قانون مناسب] نیز کم نبوده است. حقوق بازرگانی فراملی این امتیاز را دارد که گرفتار قواعد حل تعارض

24. Lando, in International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. III, Private International Law, Chap. 24, Contracts, Nos. 4, 142.

25. Rabel, Conflict of Laws (1958), Vol. IV, p. 473.

که مورد اکراه و کلانیز می‌باشد، نیست و آنها را به کناری نهاده است.^{۲۶} حتی در مواردی که داوران از حقوق داخلی که ملزم به اجرای آن در خصوص مورد هستند، اطلاع دارند، باز هم ممکن است به دامن مشکلاتی بیفتند که سرانجام تصمیم و رأی ایشان را غیرمستند و نامدلل سازد. قواعد مختلف حقوق داخلی، فقط برای روابط داخلی وضع شده‌اند و برای مواردی که متضمن یک عنصر خارجی باشد، مناسب نیستند. داوران حين مواجه شدن با این قواعد حقوقی، بعضاً در بلا تکلیفی بین اجرای قانون و انصاف قرار می‌گیرند. در چنین حالتی حقوق بازرگانی فراملی متضمن راه حل مشخص تر و قطعی تری است. برای اتخاذ تصمیم دریک دعوی و مثلاً در مورد اینکه آیا طرف زیان دیده در خصوص اخطار تأخیر در تسلیم مبیع، بموقع اقدام کرده است یا نه، حقوق بازرگانی فراملی – همانطور که فوقاً بیان شد – پاسخ را براساس ماده (۲) ۴۹ کنوانسیون ۱۹۸۰ بیع بین‌المللی اشیاء خواهد داد. اما اگر قرار باشد این دعوی تحت قوانین دانمارک رسیدگی شود، این تردید بوجود می‌آید که آیا محاکم این کشور در مورد شرایط اخطاریه فوری [بلافاصله پس از تسلیم مبیع] هنگامی که خریدار یک خارجی باشد، آسان‌تر می‌گیرند؟ به نظر می‌رسد که رویه قضائی دانمارک در این مورد مشخص نیست و مطلب هنوز حل نشده است.

پاره‌ای از مؤلفانی که با حق طرفین در انتخاب حقوق بازرگانی فراملی به عنوان قانون حاکم مخالف هستند، این را قبول دارند که طرفین می‌توانند توافق کنند که اختلافات مربوطه به صورت دوستانه و یا براساس انصاف حل و فصل شود. ولی این دو نیز مبانی ای هستند که برای حل و فصل اختلافات، از حقوق بازرگانی فراملی نامشخص ترند. برخلاف نظر عمومی که وجود دارد، بین حقوق مذکور و انصاف فرق است. حقوق بازرگانی فراملی داور را ملزم می‌سازد که تصمیم خود را بر ضوابط این حقوق مبتنی سازد، حتی اگر انصاف، او را به نتیجه دیگری برساند.^{۲۷}

26. See e.g. the ICC award 20, Oct 1979; Ad Hoc Award of 23 July 1981 (1983) VIII Y.B. Comm Arb.

27. See judgment of 4 March 1981 by the Paris Tribunal de grande instance, [1981] Clunet 836.

قواعدی که بموجب آنها حق خریدار برای طرح دعوای معیوب بودن کالا، پس از سپری شدن مدت معینی زائل می شود، ممکن است برای کالاهایی که عمر زیادی دارند مناسب نباشند. اگریک فروشنده اسکاندیناویائی چنین کالائی را به یک خریدار آلمانی فروخته باشد، داور بایستی احراز کند که قبل از ارسال اخطاریه، مدت دو ساله اخطار عیب کالا وفق ماده ۳۹ کنوانسیون ۱۹۸۰ بیع بین المللی اشیاء، نسبت به فروشنده در چه تاریخی منقضی شده است؛ هر چند منصفانه تر این باشد که انقضای مدت مذکور نسبت به خریدار، مورد بررسی و احراز قرار گیرد. مدت زوال حق بموجب کنوانسیون فوق الذکر طولانی ترمی باشد از آنچه که در فصل ۴ قانون بیع اسکاندیناوی و فصل ۷۷ قانون مدنی آلمان آمده است. از مراتب فوق چنین نتیجه می‌گیریم که حقوق بازرگانی فراملی قابلیت اجرا و کاربرد را دارد، لواینکه سیستم حقوقی ناقص و تکامل نیافته‌ای باشد. تمام سیستمهای حقوق داخلی روزی ناقص بوده‌اند و برخی هنوز هم دچار کمبود هستند. منوع کردن بازرگانان از حق انتخاب حقوق بازرگانی فراملی به عنوان قانون حاکم، نوعی اعمال قیمه‌میت غیرمجاز و غیرموجه برایشان است. بعلاوه بطوریکه ذیلاً بررسی خواهیم کرد، انتخاب این حقوق، به این معنی نیست که برای طرفین، امکان یا فرصتی پیش آید تا از قواعد حقوقی آمره طفره روند.

در بخش بعدی موضع بعضی سیستمهای حقوقی مشخص در خصوص آرای صادره براساس حقوق بازرگانی فراملی را بررسی می‌کنیم: اولاً، آیا در صورتیکه آرای محاکم داخلی مستنداً به حقوق بازرگانی فراملی صادر شده باشند، محاکوم علیه می‌تواند بسی اعتباری * آنرا بخواهد؟ آیا محاکوم له می‌تواند آن را به شناسائی و اجرا در کشورهای دیگر برساند؟ ثالثاً، شناسائی و اجرای احکام مبتنی بر حقوق مذکور را مطالعه می‌کنیم. ثالثاً،

* Set aside . منظور این است که محاکوم علیه در مقابل درتواست اجرای حکم (صدر اجراییه) متعی بسی اعتباری حکم و ابطال آن شود. «متترجم»

وظيفة داور را در مورد رعایت نظم عمومی بین المللی و مقررات آمرة کشورهایی که با موضوع اصلی اختلاف پیوند نزدیکی دارند، مورد بحث قرار می‌دهیم.



موقع حقوق داخلی در مورد موافقنامه‌ها و احکام داوری مبتنی بر حقوق بازرگانی فراملی

الف. قوانین

۱. کنوانسیون اروپائی ۱۹۶۱: هشت کشور اروپایی غربی یعنی بلژیک، اتریش، دانمارک، آلمان غربی، فنلاند، فرانسه، ایتالیا و اسپانیا و بسیاری از کشورهای سوسیالیست اروپای شرقی، «کنوانسیون اروپائی ۲۱ آوریل ۱۹۶۱ در مورد داوری تجاری بین المللی»^{۲۸} را پذیرفته و تصویب کرده‌اند. این کنوانسیون ناظر به موافقنامه داوری بین المللی بین اشخاصی که اقامتگاههای ایشان در قلمرو کشورهای مختلف عضو کنوانسیون باشد و همچنین ناظر به آئین رسیدگی داوری و احکام داوری است.

ماده (۱) ۷ این کنوانسیون مقرر می‌دارد: «طرفین آزادند که از طریق قرارداد، قانونی را که داوران بایستی در مورد ماهیت اختلاف اجرا نمایند، تعیین کنند. در صورتیکه هیچ نشانه و دلالتی بر قصد طرفین در مورد قانون حاکم وجود نداشته باشد، داوران قانون مناسب را بموجب قواعد حل تعارضی که خود قابل اجرا بدانند، تعیین و اعمال می‌نمایند. داوران در هر دو حالت، شرایط قرارداد و کاربردهای تجاری مربوط را نیز ملحوظ می‌دارند».

این ماده مبتنی بر این پیش فرض است که ماهیت اختلاف،

28. European Convention of 21 April 1961 on International Commercial Arbitration, see Lew op. cit. N. 252.

مشمول یک قانون ملی باشد. البته بموجب ماده (۲) ۷ همان کنوانسیون، در صورتیکه طرفین توافق کرده باشند، — مشروط براینکه اصولاً بموجب قانون حاکم برخود داوری، بتوانند چنین توافقی بنمایند — داوران می‌توانند به عنوان «مصالحه دهنده عادل» [از سر خیرخواهی]^{۲۹} اتخاذ تصمیم نمایند. منتهی با توجه به اینکه حقوق بازرگانی فراملی داوران را ملزم می‌سازد که بیش از آنکه به عنوان مصالحه دهنده عادل تصمیم بگیرند، قواعد حقوقی را رعایت کنند، دیگر نمی‌توان گفت که داور در صورتی می‌تواند براساس حقوق بازرگانی فراملی به دعوی رسیدگی نماید که هم طرفین قبلًا چنین توافق کرده باشند و هم طبق قانون حاکم برداوری، اجازه داشته باشند که نسبت به یک مصالحه دهنده از سر انصاف توافق نمایند.^{۳۰}

کنوانسیون اروپائی نورد بحث بمنظور تسهیل شناسائی و اجرای احکام داوری تهیه و تنظیم شده است. این کنوانسیون به دولتها عضو اجازه می‌دهد — نه اینکه آنها را ملزم کند — که شناسائی و اجرای موافقنامه‌ها و آرای داوری در کشور خود را محدود به آنهایی نمایند که منطبق با شرایط و مفاد کنوانسیون باشند. البته ممکن است دول عضو کنوانسیون، قلمرو این اجازه را به آنسوی این محدودیت نیز توسعه دهند، که فرانسه به همین نحو عمل کرده است.

۲. فرانسه: نویسنده‌گان فرانسوی بطور وسیع از اعمال حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین‌المللی دفاع و حمایت کرده‌اند^{۳۱} و کوشش‌های ایشان ثمراتی نیز داشته است. مصوبه دولتی مورخ ۱۹۸۱ مه ۱۲

29. amiable compositeur

۳۰. به عبارت دیگر حقوق بازرگانی فراملی غیر از صرف انصاف است. اتخاذ تصمیم براساس انصاف است که محتاج اجازه و توافق قبلی طرفین می‌باشد، آنهم در صورتیکه حسب قانون حاکم برداوری بتوانند چنین توافقی بنمایند؛ والا رسیدگی و صدور حکم براساس حقوق بازرگانی فراملی از مصاديق ماده (۲) ۷ محسوب نمی‌شود. «متترجم»

31. Fouchard, op. cit. p. 401 - 458.

مقررات جدیدی را در مورد داوری بین‌المللی، به آئین دادرسی مدنی اضافه کرده است. بموجب ماده ۱۴۹۶، داور مقررات قانونی را در مورد قرارداد اجرا می‌کند که طرفین خود برگزیده‌اند و چنانچه انتخابی صورت نگرفته باشد، مقرراتی را اعمال می‌نماید که خود مناسب تشخیص دهد. مقررات مذکور، احکام صادره از مراجع فرانسوی و بیگانه را که براساس حقوق بازرگانی فرامی‌نگارند یا براساس سایر منابع حقوقی غیر داخلی صادر شده است، حتی در مواردی که طرفین چنین توافقی نکرده باشند، شناسائی کرده و معتبر می‌شمرد.^{۳۲}

۳. سوئیس و آلمان: مؤلفان سوئیسی و آلمانی را بایستی بر حسب اینکه آیا اجرای حقوق بازرگانی فرامی‌در داوری تجاری بین‌المللی را مجاز بدانند یا نه، از هم جدا کرد.^{۳۳} نگارنده به آرای داوری مرتبط با موضوع که منتشر شده باشد، دست نیافت؛ اما مؤلفان متعدد، حتی کسانی که با حقوق بازرگانی فرامی‌مخالف بوده و با آن سرکین دارند^{۳۴}، در این نکته موافقند که حکم صادره براساس «عدالت و انصاف» را فقط در صورتی می‌توان بی اعتبار کرد که یکی از اصول مهم نظام عمومی آلمان را نقض کرده باشد و یصرف اینکه مقررات آمرة حقوق آلمان تقض شده باشد، برای ابطال رأی کافی نیست.^{۳۵}

32. Robert, L'arbitrage, droit interne, droit international privé (1982), No. 330.
33. In favour of the lex mercatoria: von Hoffmann "Lex mercatoria vor internationalen Schiedsgerichten" [1984] IPRax. 106; Neuhas, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts (2nd ed., 1976), pp. 15 and 391; Lalive, "Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse" [1976] Revue de l'Arbitrage 155. Among those opposed are: Klein, op. cit. supra n.21; Schlosser and Pirrung, op. cit. supra n. 21; Martiny, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (1983), Vol. 7.
34. Schlosser and Pirrung, Recht der int'l privaten Schiedsgerichtsbarkeit 1975, Vol. 1, No. 623.
35. بنابراین، یصرف اینکه حکم داوری مستتبی بر حقوق بازرگانی فرامی‌است، برای ابطال آن طبق حقوق آلمان کافی نیست؛ بلکه ملاک این است که آیا خلاف نظام عمومی — آنهم اصول اساسی آن — هست یا خبر؟ «منترجم»

۴. اتریش: دیوان کشور اتریش طی حکم مورخ ۱۸ نوامبر ۱۹۸۲ خود، رأی صادره از ICC وین و مورخ ۲۶ اکتبر ۱۹۷۹ را که مبتنی بر حقوق بازرگانی فراملی بود، ابرام کرده است.^{۳۶} طرفین دعوای مذکور، در قرارداد فیما بین نه در مورد شمول حقوق بازرگانی فراملی نسبت به اختلافات خود توافق کرده بودند و نه حل و فصل اختلافات را به «مصالحه دهنده عادل» ارجاع داشته بودند. موضوع و سوال تحت رسیدگی داوران این بود که آیا خواهان اهل ترکیه – که عامل خوانده فرانسوی بود و برای محصولات او در ترکیه بازاریابی می‌کرد – می‌تواند خسارات حق العمل خود را پس از اینکه خوانده آن را رد کرده مطالبه کند یا نه؟ داوران نتوانستند قانون ملی را که اعمال آن در خصوص دعوای به اندازه کافی الزام آور باشد – اعم از اینکه قانون ملی فرانسه باشد یا ترکیه – بیابند، و بنابراین براساس حقوق بازرگانی فراملی رأی دادند. داوران سرانجام با استناد و اجرای اصل حُسن نیت و معامله دوستانه، اعلام کردند که فسخ قرارداد توسط خوانده موجّه نبوده و مبلغ ۸۰۰,۰۰۰ فرانک فرانسه بابت خسارات به نفع خواهان رأی دادند. دیوان عالی اتریش احراز کرد که اجرای حقوق بازرگانی فراملی موجّه و درست بوده و اشاره نمود که حکم مذکور هیچکدام از مقررات آمره ترکیه یا فرانسه را نیز نقض نکرده است.

۵. انگلیس و ولز: پاره‌ای از مؤلفان انگلیسی گفته‌اند که داور همواره بایستی قانون را اجرا کند.^{۳۷} ایشان احکام مبتنی بر «انصاف و حُسن نیت»^{۳۸} یا حقوق بازرگانی فراملی را نمی‌پذیرند.^{۳۹} عده‌ای دیگری از نویسنده‌گان، اجرای این حقوق را درست و صحیح می‌دانند. به نظر می‌رسد که مفهوم حقوق بازرگانی فراملی به عنوان یک سیستم حقوقی اصیل و

36. Pabalk Ticaret v. Norsolor [1984] IPRax. 97.

37. See Mann, Mustill and Boyd, and Russell, op.cit. supra n. 21.

38. equity and good conscience.

39. Lew, op. cit. supra n. 4, at No. 343 et seq.; Schmitthoff, "The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation", in Sources of the Law of International Trade (1964), p. 3.

بنیادی، هنوز برای داوران انگلیسی بیگانه می‌باشد و اینکه محاکم انگلیس چگونه با چنین احکامی برخورد می‌کنند، هنوز نامعلوم و محل تردید است. در مواردی که ذکر ادله و استدلال در متن رأی لازم نباشد و در متن رأی نیز استدلال بیان نشده باشد،⁴⁰ محاکم انگلیسی صالح نیز در مقام اجرا و شناسائی وارد در مبانی حقوقی آن نمی‌شوند.⁴¹ پیش از ۱۹۷۸، محاکم مذکور آرائی را که مبتنی بر انصاف بود، ابطال می‌کردند؛ ولی در سال ۱۹۷۸ دادگاه استیناف، شرط داوری مندرج در یک قرارداد را که بموجب آن داوران «به رعایت مقررات قانونی خاصی ملزم نبودند، ولی ... مکلف بودند که هر نوع اختلافی را براساس تفسیری منصفانه از شرایط و مفاد قرارداد و نه تفسیر مضيق حقوقی آن، حل وفصل نمایند»، پذیرفت و معتبر دانست و این شرط قراردادی را «کاملاً معقول» یافت. به نظر دادگاه استیناف مذکور، شرط قراردادی مورد بحث، صلاحیت دادگاه را انکار نمی‌کرد؛ بلکه «تشrifات و ساختمان خاص آن را» کمی جابجا می‌نمود.⁴² البته می‌توان سؤال کرد که آیا این حکم استینافی شامل شرط و مادة ناظر به اجرای «حقوق بازرگانی فرامملی» در قرارداد نیز می‌شود یا خیر؟⁴³⁴⁴

علاوه بر این، طبق قانون داوری ۱۹۷۹، طرفین می‌توانند طی یک موافقتنامه کتبی حق طرح مسائل قانونی نزد دادگاه را از خود سلب کنند و حتی پس از بروز اختلاف نیز می‌توانند چنین توافقی بنمایند. طرفین یک قرارداد بین‌المللی هم در صورتیکه صریحاً توافق کنند که اختلافاتشان مشمول قانونی غیر از قانون انگلیس است، می‌توانند پیش از بروز اختلاف،

۴۰. معمولاً وقتی دعوا براساس عدالت و انصاف رسیدگی می‌شود، حکم فاقد استدلال و توجیه متدابول حقوقی است. منظور این قبل احکام است. «متترجم»

41. Mustill and Boyd, op. cit. supra n. 21, at p. 704.

42. Eagle Star Insurance Co. Ltd. v. Yuval Insurance Co. Ltd. [1978] 1 Lloyd's Rep. 357 (CA).

43. Mustill and Boyd op. cit. p. 605, 611.

۴۴. طرح این سؤال به این خاطر است که حکم استینافی مذکور راجع به قراردادی است که تفسیر منصفانه قرارداد، ملاک حل وفصل دعوا بوده نه خصوص حقوق بازرگانی فرامملی. «متترجم»

به همین ترتیب از خود سلب حق نمایند. اکنون ممکن است این سؤال مطرح شود که اگر طرفین یک قرارداد بین المللی، به جای قانون خارجی، حقوق بازرگانی فراملی را حاکم بر اختلافات خود دانسته باشند، آیا باز هم توافق ایشان به شرح فوق – یعنی اینکه پاره‌ای مسائل قانونی را نزد دادگاه انگلیسی مطرح نکنند – معتبر است یا خیر؟ آیا محاکم انگلیس که به چین مسئله‌ای رسیدگی می‌کنند، می‌توانند از روح و اهداف قانون داوری ۱۹۷۹ که از جمله عبارت است از محدود کردن حق بازبینی و رسیدگی محاکم انگلیس نسبت به برداشت‌های داوران از قانون مربوط دریک داوری بین المللی، تأثیر پذیرفته و تبعیت کنند؟^{۴۵}

نکته دیگر آنکه انگلیس به کنوانسیون ۱۸ مارس ۱۹۶۵ «در مورد حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر» ملحق شده است. اختلافات مذکور بایستی از طریق داوری حل و فصل شوند و حسب ماده (۱) ۴۲ کنوانسیون، دیوان داوری بایستی مطابق مقررات قانونی که مورد توافق طرفین قرار گرفته است، در مورد اختلاف رسیدگی و اتخاذ تصمیم کند. طرفین نیز حق دارند نسبت به یک قانون غیرملی – مانند حقوق بازرگانی فراملی – به عنوان قانون حاکم توافق نمایند.^{۴۶} ماده (۱) ۴۲ مذکور همچنین مقرر می‌دارد که در صورت نبودن چنین توافقی، دیوان داوری، قانون دولت متعاهدی [عضو کنوانسیون] را که طرف اختلاف است [شامل قواعد حل تعارض آن] و نیز قواعدی از حقوق بین الملل را که قابل اجرا باشد، درخصوص اختلاف و دعوای مربوط، بکار گرفته و إعمال می‌نماید. به نظر می‌رسد که بطور کلی در این نکته اتفاق نظر وجود دارد که «قواعد حقوق بین الملل» نه تنها شامل قواعد حقوق بین الملل

۴۵. منظور این است که با توجه به روح قانون داوری ۱۹۷۹ می‌توان استدلال کرد که اگر قانون حاکم، حقوق بازرگانی فراملی باشد و طرفین نیز توافق کرده باشند که مسائل قانونی نزد دادگاه مطرح نشود، چون این توافق معتبر است، لذا حکم صادره بر مبنای حقوق بازرگانی فراملی نیز از نظر حقوق انگلیس معتبر خواهد بود. «*مترجم*»

46. Delaume, “Le Centre International pour le Réglement des Differends relatifs aux Investissements (CIRDI)” (1982) 109 Journal du Droit International 775, 825.

عمومی است، بلکه ناظر به آنچه که در این مقاله به عنوان «حقوق بازرگانی فراملی» از آن نام می‌بریم نیز می‌باشد.^{۴۷} علاوه براین، بموجب آرای داوری صادره براساس کنوانسیون مذکور، اکنون مسلم شده است که در صورت تعارض بین قوانین دولت متعاهد و «قواعد حقوق بین الملل»، قواعد حقوق بین الملل مرجح خواهد بود.^{۴۸} بهر حال هنوز معلوم نیست که آیا ماده ۴۲ کنوانسیون به شرح فوق می‌تواند بر طرز برداشت عمومی محاکم انگلیس از «حقوق بازرگانی فراملی» تأثیری داشته باشد یا خیر؟

۶. ایالات متحده: محاکم فدرال و بیشتر محاکم ایالتی اکراه دارند که احکام داوری را به استناد دلایل و مبانی حقوقی ابطال کنند. دیوان عالی امریکا طی یک نظریه قضائی اعلام نموده است که: «تفسیر قانون بوسیله داوران، بر عکس بی اعتنایی آشکار به آن، نمی‌تواند در محاکم فدرال به لحاظ اشتباه در تفسیر، تحت بازبینی و رسیدگی قضائی مجدد قرار گیرد».^{۴۹} مواردی را که محاکم فدرال یک حکم را به اعتبار بی اعتنایی و خلاف قانون بودن آشکار آن ابطال کرده باشند، مشخص نیست. هر چند «حقوق بازرگانی فراملی» برای داوران امریکائی نیز بیگانه است، ولی بعيد به نظر می‌رسد که موافقتنامه داوری که حاوی انتخاب حقوق مذکور به عنوان قانون حاکم باشد یا یک حکم داوری که براساس چنان موافقتنامه‌ای صادر شده باشد، در محاکم امریکا مورد ایراد و اعتراض قرار گیرد.

۷. کشورهای اسکاندیناویائی (نوردلیک): مکتب واقع گرایان طرفدار رویه قضائی در کشورهای اسکاندیناویائی، عقیده دارند که حتی پیشرفت‌های ترین سیستم حقوقی از این حیث که پاسخ از قبل تعیین شده و مستندی برای بسیاری از مسائل حقوقی ندارد، ناقص است.^{۵۰} نتیجه اینکه

47. Lew, op. cit. No. 345; Delaume, op. cit. at p. 828.

48. Award of 30 Nov. 1979; Delaume, op. cit. at p. 829.

49. San Martine Compania de Navegacion SA v. Sagucnay Terminals Ltd., 293 F. 2d 796 (1961), Domke, *The Law and Practice of Commercial Arbitration* (1968), p. 245.

50. Ross, *Ret og retfærdighed*, 1953, p. 51.

نمی‌توان بطور اصولی و مستدل از اجرای یک سیستم حقوقی مانند حقوق بازرگانی فراملی، صرفاً به اعتبار نازل بودن میزان بلوغ و غنای آن، خودداری کرد. این سخن بدان معنی است که محاکم اسکاندیناوی موافقنامه‌های داوری را که متناسب شرط اجرای حقوق بازرگانی فراملی و یا آرای مبتنی بر حقوق مذکور است، ابطال نمی‌نمایند؛ گرچه هنوز این موضوع بطور کامل حل نشده است. محاکم مذکور در چنین مواردی به اغلب احتمال از اراده طرفین که هنگام انتخاب حقوق بازرگانی فراملی از کم و کیف آن آگاه بوده‌اند، پیروی می‌کند و به آن احترام می‌گذارد.

البته در مواردی که طرفین یا وکلای آنها دعوای خود را براساس این فرض که سیستم حقوقی خاصی حاکم بر موضوع است، ارائه و تعریف کرده‌اند، داوران مکلفند که همان سیستم حقوقی مورد نظر ایشان را اجرا کرده و محترم شمرند. چنانچه داوران در چنین مواردی، حقوق بازرگانی فراملی را در خصوص دعوای مربوطه إعمال نمایند، حال آنکه طرفین خود خواستار اجرای قانون داخلی خاصی بوده‌اند، در واقع دعوى را براساس و منطبق با توافق طرفین رسیدگی نکرده‌اند. بموجب ماده ۷ قانون داوری ۱۹۷۲ دانمارک، همین نحوه عمل می‌تواند از موارد ابطال رأی بشمار رود.

محاکم اسکاندیناوی حکم صادره براساس موافقنامه داوری که حل و فصل اختلاف را توسط «مصالحه دهنده عادل» یا طبق «حقوق بازرگانی فراملی» پیش‌بینی کرده است، می‌پذیرند و اجرا می‌نمایند. هرگاه در داوری بین‌المللی قرار باشد که حکم براساس انصاف صادر شود، حقوق بازرگانی فراملی نیز می‌تواند مبنای اساس مناسبی برای صدور چنین حکمی بشمار رود.^{۵۱}

51. Goldmann, "La Lex Mercatoria dans Les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspective", clunet 475. 1979. p. 215.

ب. نظریه و نتیجه

از مراتب فوق چنین نتیجه گرفته می‌شود که محاکم بسیاری از کشورهای فوق الذکر، موافقنامه داوری بین طرفین را که متضمن اجرای «حقوق بازرگانی فراملی» باشد، و یا حکمی را که به دنبال چنین موافقنامه‌ای صادر شده و مبتنی بر حقوق مذکور است، لغو و ابطال نمی‌کنند. قوه مقننه فرانسه صریحاً کاربرد این حقوق را اجازه داده و دیوان عالی اتریش نیز – ولو با شرایط و اوصاف خاصی – حکمی را که حاوی اعمال و اجرای حقوق مذکور باشد، پذیرفته و ابرام نموده است. فرانسه اجازه داده است که حتی در مواردی که طرفین نسبت به شمول حقوق بازرگانی فراملی توافقی نکرده‌اند نیز داوران آن را اجرا نمایند. معذک در اینکه محاکم سایر کشورها چگونه با اجرا و اعمال این حقوق در چنین مواردی [عدم توافق و پیش‌بینی قبلی طرفین در مورد شمول آن] برخورد خواهند کرد، تردید وجود دارد.

بدیهی است در مواردی که هر کدام از طرفین چنین استدلال و دفاع کنند که داوری بایستی براساس یک قانون ملی انجام گیرد، دیگر داور مجاز نیست حقوق بازرگانی فراملی را اعمال کند، و در صورتیکه غیر از این انجام دهد، در واقع نسبت به دعوی به طریقی اتخاذ تصمیم کرده که با وظیفه محوله به او منطبق نیست.



نحوه برخورد با اجرای احکام خارجی

ممکن است محکوم علیه در کشوری غیر از محل صدور حکم، اقامتگاه یا اموالی داشته باشد. در صورتیکه او حکم را طوعاً اجرا نکند، معمولاً محکوم له در صدد برمی‌آید که آن را در کشور دیگری که محل اقامت

یا اموال او است، اجرا نماید. در این قسمت بمحاکام داوری مشمول کنوانسیون ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ نیویورک «در مورد شناسائی و اجرای احکام داوری»^{۵۲}، و احکام مشمول کنوانسیون اروپائی ۱۹۶۱ می‌پردازیم. کنوانسیون نیویورک توسط بیش از ۶۰ کشور تصویب و قبول شده که از آن جمله است کشورهای عضو جامعه اروپائی و کامکون^{۵۳} و همچنین کشورهای اسکاندیناویائی و ایالات متحده آمریکا.

این کنوانسیون ناظر به احکامی است که در هریک از کشورهای عضو و متعاهد صادر شده باشد. محاکم کشورهای عضو باستی چنین احکامی را شناسائی و اجرا نمایند مگر اینکه یکی از دلایل یا موارد مذکور در ماده ۵ کنوانسیون، برای رد آنها وجود داشته باشد؛ ولی صرف اینکه داور در مقام صدور حکم در مورد ماهیت اختلاف، به حقوق بازرگانی فرامالی استناد و تکیه کرده است، از جمله موارد رد حکم که در ماده ۵ مذکور آمده، نمی‌باشد. مع الوصف کنوانسیون اجازه داده است که کشورهای عضو از شناسائی و اجرای احکامی که هنوز نسبت به طرفین الزام آور نشده و یا توسط مقامات صالحه کشور محل صدور و یا بموجب مقررات و قوانین کشور مذکور نقض و ابطال شده‌اند، امتناع ورزند. استناد به حقوق بازرگانی فرامالی دریک حکم، بعضاً می‌تواند بموجب مقررات محلی از جمله موارد نقض و ابطال رأی در کشور محل صدور بشمار رود.

کنوانسیون نیویورک به کشورهای عضو این حق را می‌دهد که از شناسائی و اجرای آن دسته از احکام خارجی که نسبت به طرفین حکم الزام آور نشده و یا نقض شده‌اند، امتناع ورزند. تعبیر «می‌توانند» در قوانین و متونی که برخی از کشورهای عضو کنوانسیون برای محاکم داخلی خود

52. New York Convention of 10 June 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

«شورای کمکهای اقتصادی COMEcon یا CMEA=Council for Mutual Economic Assistance»^{۵۴} در سال ۱۹۴۹ توسط شوروی و کشورهای اروپای شرقی به عنوان سازمانی شبیه «سازمان همکاری اقتصادی اروپا»، تأسیس شد و اهداف و برنامه‌های شامل رشد اقتصادی و همکاری کشورهای عضو در زمینه تولید، تأمین مواد خام و تحقیقات علمی و فنی دارد. «متوجه»

وضع کرده اند نیز کرارآ آمده است: محاکم می توانند امتناع ورزند، ولی مکلف به امتناع نیستند. البته فرانسه یک قدم جلوتر رفته است؛ زیرا محاکم فرانسوی نمی توانند از شناسائی و اجرای احکامی که در خارج از فرانسه صادر شده اند، بنا به دلایلی — غیر از آنچه که برای نقض و ابطال احکام صادره در خود فرانسه لازم است — امتناع نمایند. (مادة ۱۵۰۲ و ۱۵۰۴ آئین دادرسی مدنی فرانسه). موارد امتناع از شناسائی و اجرای احکام خارجی که در ماده (۱) ۵ کتوانسیون مذکور آمده است، جامع نیست. قوانین یا احکام صادره در محل داوری نمی توانند مانع شناسائی و اجرای یک حکم خارجی در فرانسه بشوند. محاکم فرانسوی تکلیفی ندارند که تابعیت چنین حکمی را ملعوظ دارند و بنابراین، حکمی را که قابل انتساب به هیچ دولتی نباشد [احکام فاقد تابعیت]^{۵۴} نیز به اجرا می گذارند.

البته اینکه آیا احکام داوریهای بین المللی می توانند فاقد تابعیت هر دولتی بوده و یا اینکه بایستی همواره تحت حکومت یک حقوق ملی باشند، مسئله ای است که مورد بحث بسیار قرار گرفته است.^{۵۵} احکام داخلی را در صورتیکه برخلاف نظم عمومی محلی باشند، می توان بوسیله محاکم کشور محل صدور، نقض کرد؛ ولی احکام فاقد تابعیت نمی توانند از طریق محاکم داخلی نقض شوند. محاکم می توانند از شناسائی و اجرای احکام خارجی [که بهر حال وابسته به دولتی می باشند] امتناع ورزند. این بدان معنی است که داوری که در چهار چوب مقررات داخلی، یک حکم داخلی صادر می نماید، ملزم است که از نظم عمومی محل هم اطاعت کند؛

۵۴. منظور داوری یا احکام داوری است که مرتبط با وابسته با هیچ دولتی نباشد، مانند داوریهای بین المللی که برخلاف داوریهای ملی و داخلی، از هیچ دولتی مستور نمی گیرد و متعلق به جامعه بین المللی هستند. چون بستگی داوری یا حکم داوری به یک دولت، به تابعیت آن دولت نیز تعبیر شده است، لذا «فاقد تابعیت» را به عنوان معادل فارسی برای این اصطلاح برگزیده ایم. «ترجم»

55. On the problems of stateless awards. see Paulsson, "Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin" (1981) 30 I.C.L.Q. 358; International Law Association, Report of the 30th Conference (1982), pp. 181 et seq., 269; Park, "The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration" (1983) 32 I.C.L.Q. 21; Paulsson, "Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters", idem, p. 53.

ولی وقتی که مبادرت به صدور حکم فاقد تابعیت می‌کند، تکلیفی ندارد که از نظم عمومی هیچ کشوری تبعیت نماید.

عده‌ای گفته‌اند که احکام فاقد تابعیت [بدون وابستگی به هیچ دولت خاص] نیز وجود دارند و همانند سایر احکام بایستی مورد شناسائی محاکم کشورها قرار گیرند. بسیاری از دعاوی که بموجب مقررات داوری اتفاق تجارت بین المللی ICC تحت رسیدگی قرار می‌گیرد، حاوی هیچ تبعیت یا التزامی به کشور خاصی نیست.^{۵۶} در مواردی که قرار است داور بوسیله ICC انتخاب شود، دادگاه داوری ICC از کمیته ملی کشوری که هیچ‌کدام از طرفین بدان تعلق ندارد، می‌خواهد که چنین انتخابی را انجام دهد و محل داوری را نیز یک کشور بیطرف قرار می‌دهد. انتخاب داور و محل داوری بیطرف امتیاز بزرگی است که در داوری تجاری بین المللی وجود دارد. در این موارد، محل داوری و ملیت داوران هیچ‌گونه ارتباطی به طرفین یا قرارداد ندارد، ولذا حاکم دانستن یا حاکم کردن قانون محل داوری یا هر قانون داخلی دیگری بر دعوی، همانطور که «پرالایو» بدرستی اشاره کرده، یعنی داوری را به ریسمان ضوابط دل پسندانه‌ای کشیدن که هیچ‌کدام از طرفین هرگز به آنها بستگی یا نظر نداشته است.^{۵۷}

همین نکته در مورد داوری‌های اختصاصی نیز صادق است. این نوع داوریها همانند داوری ICC می‌توانند فاقد تابعیت باشند. فرض کنید که یک امریکائی و یک لهستانی اختلافات خود را به داوری تحت مقررات «آنستیوال» ارجاع کرده باشند.^{۵۸} مقام منصوب کننده، یک داور نروژی

۵۶. دادگاه داوری ICC تنها مؤسسه داوری در دسترس کلیه کسانی است که می‌خواهند یک مرجع داوری غیرملی، در مورد اختلافات تجاری ایشان اتخاذ تصمیم و صدور حکم نمایند. مراجع داوری غیرملی دیگر عبارتند از دیوان داوری دعاوی ایران — ایالات متحده و مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر.

57. Lalive, op. cit. 33, p. 155, 159.

۵۸. منظور انتقاد از این نظریه است که قوانین محل اجلاس داوری را حاکم بر موضوع دعوا می‌داند. «منترجم» برای اطلاع از مقررات مذکور و قلمرو آنها مراجعت کنید به مجله حقوقی شماره چهارم، زمستان ۶۴، استاد بین المللی، مقررات داوری آنستیوال. «منترجم»

را انتخاب می‌کند. پس از انتخاب وی، طرفین توافق می‌نمایند که داوری در کپنهاگ (دانمارک) انجام شود، صرفاً به خاطر اینکه برای کلیه طرفهای درگیر سهل‌تر و آسان‌تر است. در این صورت، هیچ دلیل مستقاعد کننده‌ای وجود ندارد که موضوع داوری را مشمول قوانین نروژیا دانمارک بدانیم.

هرچند، هم کنوانسیون نیویورک و هم کنوانسیون اروپائی ۱۹۶۱ پیش‌اپیش فرض کرده‌اند که داوری و حکم صادره، هردو مشمول و محکوم قانون داخلی می‌باشند، ولی به کشورهای عضو تکلیف نمی‌کنند که با چنین داوری یا حکمی که هیچ تبعیت و بیعتی با هیچ کشوری ندارند، نیز طوری برخورد کنند که گوئی مشمول یک قانون داخلی هستند.^{۶۰} کشورهای مذکور تکلیفی ندارند که ماده (۵) (۱) کنوانسیون را در مورد چنین احکامی اجرا کنند و چنین نباید بکنند.

داوری بدون تابعیت [بین‌المللی]، به معنای داوری بدون قانون نیست. ذیلاً تکلیف داور در مورد ترتیب اثر دادن به نظم عمومی و مقررات آمره را مطالعه می‌کنیم.^{۶۱}

۶۰. براساس تجزیه و تحلیلی که «ون‌دن‌برو» در کتاب «کنوانسیون داوری نیویورک ۱۹۵۸»، به سوی تفسیر قضائی یکسان»، ۱۹۸۱، صفحه ۳۴ به بعد، از سابقه تاریخی تصویب کنوانسیون نیویورک می‌نماید، عقیده دارد که کنوانسیون مذکور فرض کرده که حکم، مشمول یک قانون داخلی است. بنابراین احکام داوری فاقد تابعیت را نمی‌توان در چهارچوب این کنوانسیون با اجرا گذارده. واثبات این امر که کار مشکلی نیز هست، بر عهده خوانده است. خوانده فقط با دریافت و ارائه گواهی از دادگاه محل صدور حکم داوری مبنی براینکه حکم مطابق با مقررات داوری آن کشور نیست [و در نتیجه فاقد تابعیت است]، می‌تواند این مطلب را ثابت کند. چنین گواهی به معنای بی اعتبار بودن حکم داوری است که بمحض ماده (۵) کنوانسیون موجب رد درخواست اجرای حکم خواهد شد. البته این استدلال درست نیست و مذاکرات متنه به تصویب کنوانسیون حاکی از چنین نظر و اجماعی نمی‌باشد. بعلاوه هدف ماده مذکور این است که حکم داوری که قوانین محل صدور را نقض کرده اجرا نشود نه اینکه حتی حکمی که کشور محل صدور هیچ بستگی به آنها ندارد نیز بتواند به همین علت رد شود... احکام فاقد تابعیت نیزیک حکم خارجی است و بایستی همانند حکم خارجی در چهارچوب کنوانسیون با آنها رفتار شود.

۶۱. نظم عمومی و قوانین امری، هر دو مبنای قانونی دارند. منظور مؤلف نیز این است که صرف بدون تابعیت بودن داوری، آن را از هرگونه التزام به قانون - حتی نظم عمومی و قوانین آمره ذیربط - معاف نمی‌کند. «مترجم»

۵

مقررات آمره

یکی از مسائل مهمی که در دعاوی مشمول «حقوق بازرگانی فراملی» مطرح می‌باشد، قلمرو رعایت نظم عمومی و قوانین آمره در آنها است.

الف. مقررات آمره و محاکم

در دعاوی بین‌المللی مطروحه نزد محاکم، قواعد حل تعارض کشور محل دادگاه است که تعیین می‌کند کدام قانون به عنوان قانون مناسب، حاکم برقرارداد می‌باشد.^{۶۲} اصولاً محاکم، مقررات آمره و تکمیلی (تفسیری) قانون مناسب را اجرا می‌نمایند.^{۶۳} البته در صورتیکه اجرای قانون خارجی با اصول اساسی نظم عمومی کشور محل دادگاه متناسب و منطبق نباشد، بطور کلی از اعمال آن خودداری می‌کنند.

کنوانسیون جامعه اروپائی ۱۹ژوئن ۱۹۸۰ رم «در مورد قانون حاکم بر تعهدات قراردادی»^{۶۴} از همین الگو تبعیت کرده است. قواعد آمری قانون مناسب، در مورد قرارداد نیز قابل اجرا است (مادة ۱۰ کنوانسیون). بموجب مادة ۱۶ کنوانسیون مذکور، در صورتی می‌توان از اجرای قانون خارجی امتناع ورزید که آشکارا برخلاف نظم عمومی محل باشد. نظم عمومی کشور محل دادگاه نیز ممکن است اجرای بعضی از

۶۲. منظور از قانون مناسب (proper law)، قانونی است که بمحض قواعد حل تعارض مربوط، به عنوان قانون نهایی حاکم بر موضوع، تعیین شده یا می‌شود که به آن قانون انسب نیز می‌گویند. «متترجم»

63. Dicey and Morris, *The Conflict of Laws* (10th ed., 1980), p. 748, and Lando, op. cit. pp. 21, 177 - 231.

64. The EC Convention of 19 June 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligation این کنوانسیون در آرای داوری مختلف مورد استفاده قرار گرفته است که از آن جمله می‌توان به رأی داوری شماره ۲۷۳۰ ICC اشاره کرد.

مقررات قانونی را بدون توجه به اینکه قانون حاکم کدام است، تکلیف و الزامی نماید. به عنوان نمونه مقررات ضد تراست کشور محل دادگاه ممکن است در مورد دعوای مطروحه اجرا شود، ولوقاتون آن کشور، همان قانون مناسب قرارداد نباشد. علاوه بر این، محاکم کشورهای عضو کنوانسیون که ماده (۱) ۷ آن را قبول و تصویب کرده‌اند، می‌توانند مقررات آمره کشور ثالثی — غیر از مقررات کشور محل دادگاه یا مقررات کشوری که قانون آن مناسب تشخیص داده شده است — را نیز اعمال نمایند.^{۶۵} مثلاً در صورتیکه اوضاع و احوال دعوی، پیوند نزدیکی با کشور ثالث داشته باشد و اگر بموجب قوانین همان کشور ثالث، مقررات آمره مذکور الزاماً بایستی اجرا شوند — بدون توجه به اینکه قانون مناسب قرارداد کدام است — محاکم کشورهای عضو کنوانسیون این قبیل مقررات آمره کشور ثالث را نیز اجرا می‌نمایند. هنگام بررسی این موضوع که آیا این مقررات آمره مؤثر در مقام هستند یا نه، بایستی به ماهیت و هدف و نتایج حاصله از اجرا یا عدم اجرای آنها توجه کافی مبذول شود. بموجب این ماده کنوانسیون یاد شده، قواعد حقوق عمومی قانون خارجی، مانند مقررات ضد تراست نیز قابل اجرا است، ولو اینکه قرارداد مشمول قانون کشور دیگری باشد.

ب. مقررات آمره و داوری

داوری که حقوق بازرگانی فرامملی را اجرا می‌نماید، در موقعیتی متفاوت با یک دادگاه قرار دارد. او قانون ملی را به عنوان قانون مناسب قرارداد، اجرا نمی‌نماید. این نکته، هم در مورد داوریهای مشمول قانون ملی و هم در داوریهای بدون تابعیت (بین‌المللی) صدق می‌کند.

۱. داوریهای مشمول قانون ملی: در دعاوی مطروحه نزد دیوانهای داوری ملی و غیر ملی که مشمول قانون داخلی هستند، داور مکلف است

۶۵. ماده ۲۲ کنوانسیون این حق را به دول عضوی دهد که ماده (۱) ۷ (اجرای مقررات آمره کشور ثالث) را نپذیرند.

نظم عمومی قانونی را که حاکم بر داوری است – از جمله مقررات آمرة قابل اجرا در داوری را – ملحوظ و مورد توجه قرار دهد. در صورتیکه قانون حاکم بر داوری ماده (۱) ۷ کنوانسیون رم را نیز در خود داشته باشد، آنگاه قوانین آمرة سایر کشورها نیز ممکن است قابل اجرا بشود. ماده مذکور ناظر به مقررات قانونی است غیر از قانون مناسب قرارداد. قراردادهایی که قانون حاکم در آنها، «حقوق بازرگانی فرامالی» است، فاقد قانون مناسب [به معنای اخص آن که در حقوق بین الملل خصوصی مورد نظر است] می باشند. بنابراین قاعدة مندرج در ماده (۱) ۷ مذکور بایستی قلمرو اجرای وسیع تری بساید و مقررات آمرة قانونی را که سرانجام قانون مناسب قرارداد بشمار می رود نیز دربر گیرد. حتی در صورتیکه قانون حاکم بر داوری، مفاد ماده (۱) ۷ فوق الذکر را پذیرفته باشد، به نظر می رسد که باز هم داور بایستی همان ملاحظاتی را که در ماده مورد بحث وجود دارد، راهنمای خود قرار دهد.

۲. داوریهای فاقد تابعیت (بین المللی): مرجع داوری که عهده دار انجام داوری بدون تابعیت است، وابسته به نظم عمومی یا قواعد یک سیستم حقوقی خاص که مستقیماً قابل اجرا هستند، نخواهد بود. طرفینی را که به چنین مرجع داوری رجوع کرده اند نیز بایستی به ضوابط دل پسندانه کشور محل اجلاس داوری مأمور دانست و مشمول نظم عمومی خاص آن بشمار آورد. ولی البته این سخن به آن معنی نیست که داور، می تواند کلیه مقررات آمرة را یکسره کنار نهاد.

الف. نظم عمومی بین المللی: نوعی نظم عمومی وجود دارد که نسبت به تمام مراکز و واحدهای تجاری دارای عمومیت است. در یک دعوای مطروحه نزد (ICC) که مشمول حقوق بازرگانی فرامالی بود، داور به نام آقای «گونار لاغرگرن» قراردادی را که از طریق رشوه به مقامات دولتی منعقد شده بود، ملغی و باطل اعلام کرد و چنین اظهار نمود:

«در مورد این اصل کلی حقوقی مورد شناسائی ملل متمدن جهان،

تردیدی نیست که قراردادهایی که اصول اخلاق حسنی یا نظم عمومی بین المللی را بطور جدی نقض کرده‌اند، معتبر نخواهند بود و یا حداقل قابل اجرا نیستند، و تردیدی نیست که محاکم یا داوران می‌توانند چنین قراردادی را رد کنند. این اصل کلی حقوقی خصوصاً برای استفاده در دیوانهای داوری بین المللی که فاقد «قانون محل دادگاه» به معنای عادی این اصطلاح هستند، بسیار مناسب است».^{۶۶}

در قلمرو مفهوم نظم عمومی بین المللی که مورد اشاره لاگرگن قرار گرفته است، این اصل حقوقی نیز وجود دارد که قراردادها یا مواد قراردادی که گراف و غیرواقعی باشند،^{۶۷} قابل اجرا نیستند. این قاعده در قوانین بسیاری از کشورها آمده است. محاکم بعضی دیگر از کشورها نیز لوبطر ضمنی و تلویحی، کما بیش آن را معتبر و مجری می‌دارند.^{۶۸}

ب. مقررات آمرة کشوری که با قرارداد پیوند نزدیکی دارد: داور بایستی به مقررات آمرة کشوری که با قرارداد پیوند نزدیکی دارد نیز ترتیب اثر دهد. البته برای اینکه چنین مقرراتی مورد توجه قرار گیرند، لازم است که صریحاً و یا به لحاظ یک تفسیر قانونی، خود را در مورد دعواه مطروحة قابل اجرا بدانند؛ هر چند داور بایستی هرگونه مقررات آمرة‌ای را که چنین صلاحیتی برای خود قائلند، مؤثّر بشمار آورد. چه بسا دو سیستم حقوقی از این حیث که یکی از آنها آنچه را که دیگری ممنوع می‌داند، ضروری و لازم الاجرا تلقی می‌کند، با یکدیگر برخورد و تزاحم داشته باشند. مثلاً در ۱۹۸۲ دولت ایالات متحده شعب فرعی شرکتهای امریکائی و نیز واحدهای تجاری را که از شرکتهای مذکور حق الامتیاز داشتند، از اجرای قراردادهای تهیه تجهیزات برای اتصال گاز از سیبری به اروپا، ممنوع اعلام کرد. از

. ۶۶. مراجعة كنید به رأى شمارة ۱۱۰ موئخ ۱۵ رانونية ۱۹۶۳ اتفاق تجارت بین الملل ICC.

. ۶۷. مفهوم این اصطلاح، «غیرمنصفانه» نیز هست. بطور کلی منظور قراردادی است که هیچ آدم باشур و رشیدی که اغفال و مغبون نشده باشد، نه آن را ایجاب می‌کند و نه قبول. «مترجم»

68. Lando, "Renegotiation and Revision of International Contracts" (1980) 23 German Year-book of International Law 37.

سوی دیگر، دولتهای انگلیس و فرانسه به چنین شرکتها یا واحدهای تجاری دارنده حق امتیاز، دستور داده بودند که قراردادهای مربوطه را اجرا نمایند.^{۶۹}

هنگام بررسی این نکته که آیا چنین مقررات آمره‌ای لازم‌الاتّابع است یا خیر، داور بایستی به احتمال اجرای حکم توسط محاکم کشوری که این مقررات را وضع کرده است نیز توجه کافی مبذول نماید. در صورتیکه حکم داوری، نظم عمومی کشوری را — از آن جمله مقررات آمره قابل اجرای آن را — نقض کرده باشد، محاکم آن کشور از اجرای آن امتناع می‌کنند. بنابراین داور بایستی به نظم عمومی کشوری که اجرای حکم احتمالاً در آنجا مورد درخواست قرار می‌گیرد، توجه خاصی ننماید. علاوه براین، داور بایستی این نکته را در نظر بگیرد که آیا قرارداد، چنان ارتباطی با اقتصاد کشور صاحب مقررات آمره مربوطه دارد که مؤثر دانستن و اجرای این مقررات آمره، موجه و معقول بشمار رود یا خیر؟^{۷۰} به حال داور بایستی به این نوع قوانین آمره ترتیب اثر دهد، حتی اگر پیش‌بینی کند که مراجع کشوری که در حکم صادره او [در مقام اجازه اجرای حکم] دخالت خواهند کرد، مقامات دونپایه و کوچکی هستند؛ همانطور که اگر احتمال زیادی در مورد اجرای حکم در کشور دیگری وجود داشته باشد، نیز باید چنین توجهی را به مقررات آمره آن کشور داشته باشد.

هر چند داور اختیار و حق تصمیم‌گیری نسبت به دعواهی مطروحه را از اراده طرفین می‌گیرد، ولی نمی‌تواند فقط منافع ایشان را ملاحظه نماید؛ بلکه بایستی همانند محاکم حقوقی — که در حقیقت جانشین آنها هم بشمار می‌رود — هر اصل اساسی نظم عمومی کشوری را که با قرارداد ارتباط نزدیک دارد نیز مورد توجه قرار دهد. اجرا و کاربرد حقوق باز رگانی

69. Schmitthoff [1982] J.B.L. Lowe, "Public International Law and the Conflict of Laws..." (1984) I.C.L.Q. 515.

70. به ماده ۲۶ مقررات داوری ICC ۱۹۷۶ — مراجمه شود که اجمالاً چنین مقرز داشته است که در صورت سکوت این مقررات، دیوان داوری براساس روح مقررات مذکور عمل می‌کند و نهایت کوشش را برای اطمینان از اینکه رأی، وقت مقررات قابل اجرا است، معمول می‌دارد.

فراملّی به معنای بنا کردن تصمیم و حکم بر ملاحظات حقوقی است؛ در حالیکه منافع خصوصی و منافع عمومی نیز هر دو، مورد عنایت و توجه بوده اند. چشم پوشی از منافع عمومی کشورها و جوامعی که درگیر در موضوع هستند، یعنی صدور رأی در تاریکی و تغافل کردن.

هر داوری مکلف است که اهمیت حفظ و ابقاء داوری تجاری را به عنوان یک ابزار حل و فصل دعاوی بین المللی همواره مورد توجه قرار دهد؛ چرا که امروزه داوری تجاری در بسیاری از کشورها مورد توجه فراوان است. دولتها در جریان و اداره داوری تجاری دخالت نمی کنند؛ ولی تأسیس و توسعه این نهاد در کشورهای خود را ترغیب و تشویق می نمایند. لذا اگر داوری به عنوان مفتری برای طفره رفتمن از خط مشیها و مصالح کشوری که در موضوع اصلی مورد اختلاف ذینفع است، بکار گرفته شود، طبعاً آبرو و اعتبار آن لطمہ می بیند. داوری تا جائی که مورد حمایت دولتها قرار گیرد، در نیل به اهداف خود کامیاب خواهد بود و دنیای تجارت نیز از مصون داشتن داوری از مداخلات دولتها، منتفع می گردد.

نمی توان قواعد دقیق مشخصی وضع کرد که داور چه موقع بايستی مقررات آمره کشوری را مؤثر در مقام دانسته و آن را اجرا کند. در پاره ای موارد، داور هیچ توجهی به چنین مقرراتی نمی کند، حتی اگر مقررات کشوری باشد که اجرای حکم از آن درخواست خواهد شد. موارد دیگری نیز وجود دارد که لازم است مقررات آمره مؤثر شناخته شوند، ولو اینکه حکمی که بدون توجه به این مقررات صادر شده است، بتواند در کشور دیگری که محاکم آن، مقررات آمره را لازم الاجرا می دانند، مورد اجرا قرار گیرد.

ماده (۱) ۷ کنوانسیون رم حکایت از وحدت منافع و مسئولیت و استحکام بین المللی می نماید. دولتها بايستی در اجرای نظامها و مصالح حکومتی خود، یکدیگر را باری دهند. داور نیز بايستی در این مسئولیت و استحکام بخشی شرکت نماید و نقش خود را بازی کند. هرگاه مقررات آمره مربوط به کشوری باشند که پیوند نزدیکی با قرارداد دارد، داور مکلف

خواهد بود که آنها را در جایی که اقتضای اجرا دارند، مؤثر در مقام و متبع
بداند، مشروط براینکه ترتیب اثر دادن به آنها خود منصفانه و معقول باشد.
داوران نیز در موارد بسیاری چنین کرده‌اند.

شانتل برنیر

ترجمه و تلخیص: دکتر رضا فیوضی



تحولات جدید حقوق بین الملل عمومی

در مورد

قانونی بودن آزمایش‌های اتمی

در دریای آزاد



مقدمه

بحث در قانونی بودن آزمایش‌های اتمی در دریای آزاد به هیچوجه موضوع تازه‌ای نیست؛ زیرا در سال ۱۹۷۴ دیوان بین‌المللی دادگستری، قضیه آزمایش‌های اتمی فرانسه^۱ را مورد رسیدگی قرارداد و در سال ۱۹۶۴ هم این مسئله در گزارش کمیته مشورتی حقوقی کشورهای آسیائی و افریقائی به بحث گذاشته شد^۲ و مورد توجه و تحقیق بسیاری از حقوقدانها نیز می‌باشد. بطور کلی باید گفت که اکثریت علمای حقوق به این نتیجه رسیده‌اند که آزمایش‌های اتمی در دریای آزاد، براساس قواعد مشروحة زیر، غیرقانونی می‌باشد:

۱. حق آزادی در دریای آزاد.^۳

(1) (1974) C.I.J. p. 253.

(2) Report of the Committee and Background Materials, publié par le Secrétariat du Comité.

(3) Margolis, « The Hydrogen Bomb Experiments and International Law » : (1955), *Yale Law Journal*, vol. 64, p. 629 ; Furet, *Expérimentation des armes nucléaires et droit international*, 1966, p. 38 ; Gidel, « Explosions nucléaires expérimentales et liberté de la haute mer » dans *Festschrift für Jean Spiropoulos*, p. 69 et *Droit international de la mer*, vol. 1, p. 125 s ;

۲. تکلیف بین‌المللی هر دولت در قلمرو حاکمیتش مبنی بر

خودداری از ارتکاب اعمالی که به دولت دیگری ضرر می‌رساند.^۴

۳. غیرقانونی بودن استعمال سلاحهای اتمی.^۵

۴. غیرقابل استناد بودن حق دفاع اضطراری و مشروع، بدون اینکه

یک حمله اتمی صورت گرفته باشد.^۶

۵. اهمیت جهانی قراردادهای منع آزمایش‌های اتمی زیردریا، در

هوا و فضا^۷ با توجه به توافق همگانی در سطح جهانی.

۶. قراردادهای منع آلوگی محیط زیست.^۸

خاطر خواننده را به این مطلب جلب می‌نماید که منظور از نوشتمن این مقاله یادآوری و تکرار آن اصولی از حقوق بین‌الملل که مخالف آزمایش‌های اتمی در خارج از قلمرو حاکمیت یک دولت می‌باشد، نیست؛ بلکه منظور بیشتر، تحقیق در گرایش‌های جدیدی می‌باشد که در حقوق بین‌الملل در مورد این موضوع پیدا شده است. این گرایشها را می‌توان بطور کلی در سه نظریه جدید زیر خلاصه کرد:

۱. حاکمیت تصمیم‌گیری دولت.^۹

Fisher, *Droit international et expérimentation des armes nucléaires : A.F.D.I.* 1956, p. 309 ; Tiewul, *International Law and Nuclear Tests Explosions in the High Seas*, *Cornell International Law Journal*, vol. 8 (1974), p. 45 ; Mercer, « International Law and the French Weapons Tests » : *New Zealand Law Journal* (1968), p. 405 ; Swan, « An Explosive Issue in International Law » : *The French Nuclear Tests : Melbourne University Law Review* (1973-1974), p. 296 ; Fliess, « The Legality of Atmospheric Nuclear Tests — A Critical View of International Law in the Cold War » : *University of Florida Law Review*, vol. 15 (1962), p. 21 ; Ris, « French Nuclear Testing : A Crisis for International Law » : *The Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 3-4 (1973-1974), p. 111 ; Hydeman and Berman, *International Control of Nuclear Maritime Activities* (1960), p. 215.

(4) Elkind, « Footnote to the Nuclear Tests Cases : Abuse of Right — A Blind Alley for Environmentalists » : *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (1976), p. 68 ; Furet, *op. cit.*, p. 61.

(5) Schwarzenberger, *The Legality of Nuclear Weapons* (1958), p. 51 ; Brownlie, « Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons » : 14 *ICLQ* (1969), p. 437.

(6) Taubenfeld, « Nuclear Testing and International Law » : 16 *South Wales Law Journal* (1963), p. 365 ; Bowett, *Law of the Sea*, Chap. I, p. 44 s ; McDougal and Schleifer, « The Hydrogen Bomb Tests in Perspective : Lawful Measures for Security » : (1955) *Yale Law Journal*, vol. 64, p. 648 ; Ris, *op. cit.* ; voir aussi l'article 51 de la Charte des Nations Unies.

(7) En 5 ans, 80 Etats avaient ratifié le traité. Cf. Fisher, « L'interdiction partielle des essais nucléaires » : A.F.D.I. 1963, p. 3 et *Non-Proliferation of Nuclear Weapons*, p. 9 et R.G.D.I.P., 1966, p. 1031 et 1969, p. 462 ; Brown, *Arms Control in Hydrospase : Legal Aspects* : Ocean Series 301, p. 99.

(8) Lee, « The Legality of Nuclear Tests and Weapons » : *Oesterreichische Zeitschrift für Offentliches Recht*, vol. 18 (1968), p. 307 ; Rubin, « Pollution by Analogy : The Trail Smelter Arbitration » 50 *Oregon Law Review* (1971), p. 259 ; Tiewul, *op. cit.*

(9) De « decisional sovereignty » dans l'*Affaire des essais nucléaires français*, (1974).

۲. حق بینادی برای داشتن محیط زیست سالم.

۳. نظریه «محیط زیست مشترک».^{۱۰}

۱۱. حاکمیت تصمیم‌گیری دولت

الف.

نظریه حاکمیت تصمیم‌گیری دولت

در قضیه آزمایش‌های اتمی فرانسه که در دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح گردید، نظریه جدید «غیرقابل نقض بودن حاکمیت تصمیم‌گیری دولت» توسط دولتها ای استرالیا و زلاندنوارانه و توجیه گردید. بند ۴۹ دادخواست استرالیا در این مورد به این شرح عنوان شده است:

«۱. ریزش گرد و خاک و مواد رادیوآکتیو در سرزمین استرالیا و بخش این مواد در هوا آن کشور، بدون رضایت استرالیا.

۲. نقض حاکمیت ارضی استرالیا.

۳. لطمہ و تجاوز به حق مطلق استرالیا در تعیین اینکه ارتکاب چه اعمالی در قلمرو این کشور مجاز است و بخصوص آنکه آبی استرالیا و مردم آن بایستی در معرض پرتوهای رادیوآکتیوناژی از منابع مصنوعی باشند!»^{۱۱}

بطور کلی دلایل استرالیا در توجیه نظریه خود، بر اصل عمومی حاکمیت دولتها استوار است که در دو جنبه گوناگون مورد تحقیق قرار گرفته است:

■ حاکمیت ملی از دید سرزمینی.

■ حاکمیت ملی از دید حق تصمیم‌گیری دولت.

Plaidoiries, Cour Internationale de Justice, p. 479 ; repris dans Brownlie, « Causes of Action in the Law of Nations » : BYIL (1979), p. 13, à la page 26.

(10) L'expression est empruntée aux auteurs américains — notamment Kirgis, Bleicher et Handl, cités plus loin — traduite de « shared environment ».

(11) Affaire des essais nucléaires français, Plaidoiries, Cour Internationale de Justice (1974), vol. 1, p. 14.

به این ترتیب استرالیا مدعی است که به حاکمیت ملی آن دولت به دو صورت تجاوز و لطمه وارد آمده است:

اول، لطمۀ فیزیکی به سرزمین استرالیا، با پخش مواد مضر و رادیواکتیو.^{۱۲}

دوم، لطمه به صلاحیت تصمیم‌گیری آن دولت در زمینه قواعد بهداشتی، با پخش مواد خطرناک و مضر توسط دولت فرانسه.^{۱۳}

استرالیا در تشریح نظریة خود، این مطلب را عنوان می‌کند که کشوری است مستقل و تنها این کشور است که می‌تواند حق دارد شرایط و مختصات محیط‌زیست خود را تعیین و در مورد آن قاعده‌گذاری کند.

بنابراین اگر دولت فرانسه بدون رضایت و موافقت استرالیا مبادرت به آزمایش‌های اتمی نماید و در نتیجه، مواد رادیواکتیویته در فضای آن کشور پخش گردد و یا صرفاً محیط‌زیست آن را در معرض خطر قرار دهد، به حق مطلق و انحصاری حاکمیت استرالیا تجاوز شده است. نظر به اینکه جنبه معنوی این حق حاکمیت مورد تجاوز قرار گرفته است، بنابراین برای تحقق مسئولیت [فرانسه]، ضروری نیست که حتماً خسارت مادی نیز وارد شده باشد، بلکه بصرف اینکه اراده حق گزینش یک دولت با انجام این نوع آزمایشها در قلمرو آن نادیده گرفته شده و در نتیجه، شرایط نامطلوبی به آن دولت تحمیل گردد، در حقیقت به اختیار و صلاحیت تصمیم‌گیری دولت مزبور که باید مورد احترام قرار گیرد، تجاوز و لطمه وارد شده است؛ بخصوص آنکه مخاطرات ناشی از مواد رادیواکتیویته، دولت زیان دیده را در وضعی قرار می‌دهد که قادر نخواهد بود از سرزمین خود آزادانه استفاده نماید، بلکه این استفاده و بهره گیری را باید با در نظر گرفتن مخاطرات اتمی و آلودگیهای ناشی از آن انجام دهد. به این ترتیب حق نظارت و کنترل آن دولت را نسبت به نوع موادی که وجود آنها در قلمرو آن مجاز

(12) Affirmant la souveraineté de l'Etat sur l'espace aérien au-dessus de son territoire : Convention de Chicago sur l'aviation civile internationale, art. 1 ; voir aussi Cheng, *The Law of International Air Transport* p. 120 s.

(13) *Affaires des essais nucléaires français — Mémoire de l'Australie*, p. 181 s. et 479 s.

خواهد بود، تضعیف کرده و یا بکلی این حق را سلب می نماید...^{۱۴}
 گرچه چنین استدلالی ممکن است ضعیف و بی اساس جلوه کند
 — زیرا بطور کلی و شاید هم منحصراً، نقض حاکمیت ارضی یک دولت،
 با تجاوز فیزیکی و عملی به قلمرو دولت مذبور محقق می گردد — ولی باید
 توجه داشت که در قضیه ننگه کورفو^{۱۵} دیوان بین المللی دادگستری به این دلیل
 که نیروی دریائی انگلیس بدون اجازه آلبانی در آبهای آن کشور مبادرت به
 جمع آوری مینهای دریائی کرده بود، این عمل را نقض حاکمیت آن دولت
 دانست. از نظر دیوان، این نقض حاکمیت نه تنها ناشی از تجاوز به قلمرو و
 سرزمین آلبانی بوده بلکه در عین حال به دلیل نادیده گرفتن و لطمہ زدن به
 «حق تصمیم گیری» آن دولت، محقق شده است؛ مضافاً به اینکه استدلال
 مذبور مبتنی بر واقعیت غیرقابل انکار دیگری نیز می باشد و آن این است که
 دولت استرالیا خود شاهد این است که مردم این سرزمین در اثر اعمال
 دولت دیگری در معرض یک سلسله مخاطراتی قرار گرفته اند که هرگز مورد
 قبول و رضایت آنها نمی باشد...

تازگی و ویژگی این نظریه در این است که به جنبه معنوی و
 روانی حاکمیت یک دولت که همانا «حاکمیت تصمیم گیری» است،
 بنیان جدید یا اساس مستقلی می دهد؛ به این معنا که ممکن است حاکمیت
 ملی یک دولت نقض شود بدون اینکه بطور عملی و فیزیکی به قلمرو آن
 دولت تجاوزی صورت گرفته باشد.

ب.

حاکمیت دولت و آسودگیهای برون مرزی

در این موضوع سه نظریه به شرح زیر وجود دارد:

(14) Goldie, « The Nuclear Test Cases : Restraints on Environmental Harm : *Journal of Maritime Law and Commerce*, vol. 5, p. 491. Le Canada s'est servi du même argument à l'appui de sa réclamation en dommages contre l'URSS lors de la chute dans l'Arctique du satellite Cosmos 954. Le gouvernement canadien précise au paragraphe 21 qu'il y a « interference with the sovereign right of Canada to determine the acts that will be performed on its territory », dans vol. 18, *ILM*, p. 899, à la p. 907.

(15) (1949) Cour Internationale de Justice, p. 4.

۱. نظریه حاکمیت مطلق.

۲. نظریه تمامیت ارضی مطلق.

۳. نظریه حد وسط بین دو نظریه بالا.^{۱۶}

در حقوق بین الملل جدید، نظریه حاکمیت مطلق، طرفداران کمتری دارد. بموجب این نظریه هر دولت در قلمرو حاکمیت خود مجاز به انجام هر عملی می باشد، مگر آنکه یک تعهد بین المللی، این آزادی عمل را محدود کرده باشد.^{۱۷}

بر عکس، نظریه تمامیت ارضی مطلق پیروان زیاد دارد.^{۱۸} به عقیده «اوپنهایم» هیچ دولتی حق ندارد از سرزمین و قلمرو خود برای ایجاد آشتفتگی و اختلال در شرایط طبیعی سرزمین دولت دیگری استفاده کند. در این زمینه مسئله ورود یا عدم ورود خسارت مطرح نیست؛ زیرا بصرف اینکه به شرایط طبیعی و سلامت محیط کشور دیگری لطمہ زده شود، می توان گفت که حق حاکمیت آن کشور در مفهوم «حق تصمیم گیری» راجع به چگونگی و شرایط محیط زیست مردم آن، نقض شده است.^{۱۹}

طرفداران نظریه سوم براین عقیده اند که حقیقت در حد وسط دو نظریه فوق الذکر قرار دارد؛ به این معنا که باید بین حق حاکمیت کشور عامل از یک طرف و حق حاکمیت کشور زیان دیده از طرف دیگر، بنحوی البت و سازش برقرار نمود، و بنابراین در اینگونه موارد منحصرآ لطمات و صدمات فاحش را باید جبران کرد.^{۲۰}

(16) Colliard, « Aspects juridiques de la pollution transfrontière en ce qui concerne les eaux douces » : dans OCDE, *Aspects juridiques de la pollution transfrontière*, p. 275 ; Ballenger, *La pollution en droit international, La responsabilité pour dommages causés par la pollution transfrontière* (1975), p. 157-158.

(17) Briggs, *The Law of Nations*, 1900, p. 240 s ; non seulement est-il un des seuls à défendre cette position mais il semble même se contredire en matière de télécommunications et souveraineté.

(18) Oppenheim-Lauterpacht, *International Law* (1955), vol. 1, p. 475 s ; Huber, « Ein Beitrag Zur Lehre von der Gebietshoheit an Grenzflüssen » : *Zeitschrift Zur Volkerrecht und Bundesstaatsrechi* (1907), p. 39 et 160 ; voir aussi, Canton de Soleure c. Canton d'Agavia, Cour fédérale de Suisse, dans D. Schindler, « The Administration of Justice in the Swiss Court in Intercantonal Disputes » : *AJIL*, vol. 15 (1921), p. 172 s : la Cour définit ici la souveraineté comme excluant, non seulement l'usurpation des pouvoirs d'un autre Etat, mais aussi toute atteinte qui puisse « préjudicier à l'usage naturel du territoire et le libre mouvement de ses habitants ».

(19) *Op. cit.*, p. 475.

(20) Smith, *The Economic Uses of International Rivers* (1931), p. 150 s ; Brierly, *The Law*



رأی معروف کارخانه تریل براساس همین تفسیر استوار است. در این قضیه، دادگاه مأمور رسیدگی به خسارات واردہ از دود کارخانه تریل، «اعمالی را که برای دولت همسایه نتایج و آثار جدی بیار آورند»، محکوم کرد.^{۲۱} بنابراین با توجه به تکیه بر قاعدة "de minimis non curat lex" ترجیحاً باید تعیین حدود و دامنه خسارات و خدمات فاحش و سنگین را با توجه به خصوصیات هر مورد به عهده دادگاه گذارد.

به این ترتیب، تحول جدید حقوق بین الملل که در جهت ادغام و همبستگی بیشتر منافع و مصالح کشورها است، نظریه حاکمیت مطلق را رد می‌کند؛ مضارفاً به اینکه ممکن است اعمال این نظریه به نتایج غیرعادلانه‌ای نیز منتهی گردد. به حال، دکترین حقوق و رعایت اصل عدالت و انصاف، قبول یک سیستم حد وسط را بهتر توجیه می‌کنند. ولی در آنچه مربوط به آزمایش‌های سلاحهای هسته‌ای می‌گردد، نظریه تمامیت ارضی مطلق و نظریه سیستم حد وسط، منتج به نتیجه واحدی می‌گردد؛ زیرا آثار ریزش‌های رادیواکتیونا شی از انفجارات اتمی، به حال و در مفهوم رأی کارخانه تریل، «آثار و نتایج جدی» دارد.

بموجب رأی کارخانه تریل، برای تحقیق «آثار و نتایج جدی»، وجود عامل دیگری نیز ضرورت دارد که عبارت است از ارائه «ادله روشن و قطعی» در مورد خسارات واردہ.^{۲۲}

در اینجا موضوع دیگری نیز مطرح می‌شود که همانا «قابلیت رسیدگی حقوقی یک اذعا» است، به این معنا که باید دید آیا یک دادگاه می‌تواند بدون اینکه خسارتی ماذی به دولت مدعی وارد شده باشد، منحصرأ نسبت به جنبه نقض معنوی و روانی حاکمیت یک دولت اظهار نظر قضائی کند؟

²¹ of Nations, p. 204-205 ; Andrassy, Les relations internationales de voisinage dans Cours La Haye, 1951, tome 79, p. 78.

«دادگاه (یا قانون) جزئیات را در نظر نمی‌گیرد.» این یک اصل کلی حقوقی است که تختی از پاره‌ای جزئیات آین دادرسی و نظایر آن، مانع کار دادگاه نیست. «متجمم»

(22) V. supra, note 29.

به عبارت دیگر، در چنین مواردی اگر دولت مدعی نتوانست ورود خسارات مادی را ثابت کند و تنها به استناد مخاطرات ناشی از پرتوها و ریزشهای رادیواکتیو، مدعی غرامت شد، آیا می‌توان گفت که دعوى اساس موضوعی ندارد؟

اگر سؤال را در چهار چوب رویه قضائی ناشی از قضیه تنگه کورفو جستجو کنیم، پاسخ مثبت خواهد بود؛ زیرا در قضیه مذکور، دیوان اعلام می‌کند که عملیات «جمع آوری مینها» توسط انگلیس در آبهای آلبانی، با نقض حاکمیت این دولت صورت گرفته است. و صرف اعلام و تصدیق این نقض از طرف دیوان را باید به عنوان وسیله جلب رضایت آلبانی تلقی کرد. این رویه قضائی نشان می‌دهد که دیوان برای جبران «نقض حق تصمیم‌گیری» به چه نحوی عمل می‌کند.

در آنچه مربوط به دعاوی ناشی از آزمایشهای اتمی است، یک اذعا و مطالبه می‌تواند متضمن موضوع دیگری نیز باشد، و آن تقاضای «قطع این آزمایشها» است. در این مورد، بهترین مثال قضیه آزمایشهای اتمی فرانسه مطروحه در دیوان بین‌المللی دادگستری است که دولتهای مدعی تقاضا داشتند دیوان حکم به قطع این آزمایشها بدهد؛ ولی دیوان به این دلیل که فرانسه متعهد شده بود این آزمایشها را قطع کند، این تقاضا را به علت فقد موضوع، مختومه اعلام کرد.^{۲۳}

در زمینه حقوقی، رعایت و احترام «حاکمیت تصمیم‌گیری» یک دولت و غیرقابل نقض بودن این حاکمیت، به این ترتیب توجیه می‌شود که در شرایط فعلی، پیشرفت تکنولوژی به درجه‌ای رسیده است که امکان تجاوز به مرز و حریم یک کشور وجود دارد بدون اینکه فاصله‌ای طی شود و یا اینکه این تجاوز به صورت فیزیکی انجام گیرد. به این ترتیب، اقدامات یک کشور در سرزمین خود می‌تواند موجب ورود خسارت به دولت دیگری

(23) (1974) CIJ, p. 253 à la p. 269 s ; Pour une étude plus approfondie de la question, cf. Handl, « Territorial Sovereignty and The Problem of Transnational Pollution » : 69 AJIL (1975), p. 51 ; Reuter, dans l'Annuaire de la Commission Internationale de Droit (1970), p. 188, para. 13 ; Cheng, General Principles as Applied by International Courts and Tribunals, p. 285 ; Dupuy, La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle (1976), p. 219.

شود بدون اینکه این اقدامات عملأً در سرزمین دولت خسارت دیده صورت گرفته باشد. در نتیجه، پیشرفتهای علمی و تکنولوژی باعث می‌شوند که اعمال حاکمیت انحصاری دولتها بشدت آسیب‌پذیر شود و در چنین شرایطی است که باید اجازه داد تا حقوق بین‌الملل جدید، قلمرو خود را به تمامیت و احترام حاکمیت و صلاحیت تصمیم‌گیری دولتها توسعه دهد.

۱۰. حق بینادی برای داشتن محیط زیست سالم

مدت درازی از پدید آمدن این فکر نمی‌گذرد که لازم است حق انسانها به داشتن یک محیط زیست سالم از طریق قراردادهای بین‌المللی دستگمی و همچنین قوانین داخلی کشورها به صورت یک حق قانونی و مورد حمایت، شناخته شود.

در سال ۱۹۵۴ دولت ژاپن بمنظور قطع آزمایشهای اتمی امریکا در اقیانوس کبیر و بطور کلی قطع هر نوع آزمایش اتمی و جبران خسارات ناشی از این آزمایشها استناد به «دکترین حقوق شخص»^{۲۴} نمود.^{۲۵}

حقوقدانان ژاپنی براساس اصل احترام به شئونات انسانی که بنیاد دکترین حقوق شخص است، انهدام و کشتار بی‌رحمانه انسانها در اثر این آزمایش را شدیدترین تجاوز به شئونات و احترامات انسان تلقی کردند.^{۲۶}

* Doctorine des Droits de la Persanne.

۲۴. در اوکتبر ۱۹۵۴ هنگامی که امریکا دو میں بمب هیدروژنی خود را آزمایش می‌کرد، در اثر باد شدید ناگهانی که وزید و همچنین اشتباه در محاسبه قدرت بمب، ماهیگیران ژاپنی در معرض مواد و ذرات رادیواکتیو قرار گرفتند و یکی از این صیادان درگذشت و مقادیر معتبرابه از منابع حیوانی سواحل ژاپن آلود شدند. دولت امریکا بمنظور اینکه در مورد مشؤلیت دولتی که مبادرت به اینگونه آزمایشها می‌کند، یک ساخته قضائی بوجود نماید، خسارات واردہ به صیادان ژاپنی را بطور *ex gratia* [از روی گُشن نیت نه به عنوان وظیفه یا تعهد] پرداخت.

(25) Yamanouchi, « Appeal for Prohibition of Atomic and Hydrogen Weapons », dans *Les juristes prennent position contre l'expérimentation et l'utilisation des armes atomiques*, Association internationale des juristes démocrates (1954), p. 5.

دهسال بعد کمیته مشورتی حقوقی آسیائی و افریقائی بنویسه خود در گزارش تنظیمی، آزمایش‌های اتمی را مغایر منشور سازمان ملل و اعلامیه جهانی حقوق بشر دانست.^{۲۶}

برای نتیجه گیری روشن‌تر در مورد حق محیط زیست سالم، ضروری است مقدمتاً اصول دکترین حقوق شخص بررسی گردد.

.الف.

حفاظت محیط زیست و حقوق شخص

اگر حق دسترسی به محیط زیست سالم را به عنوان حق بنیادی^{۲۷} جدیدی تلقی کنیم، باید مقدمتاً این تعریف را سنجید و تحقیق نمود که چه حقوقی در عداد حقوقهای بنیادی هستند؟ گفته شده است حقوق بنیادی آن گروه حقوقی هستند که برای انسانها واجد اهمیت بنیادی می‌باشند.^{۲۸} چنین پاسخ و نحوه تعریفی در حقیقت تکرار سؤال است و موضوع را روشن نمی‌کند؛ زیرا اینکه چه چیزهایی برای انسانها اهمیت بنیادی دارند، امری است تصویری و ذهنی؛ حال آنکه در مسئله موضوع بحث ما یک حقیقت واقعیت عینی وجود دارد و آن عبارت است از «شرایط ضروری برای سلامتی انسانها» که باید به عنوان یک حق بنیادی غیرقابل انکار تلقی شود. این حق بنیادی، در حقیقت حق حیات و زندگی است. مثلاً می‌توان گفت حق رفتن به ییلاق و محیط سبز شاید حقی باشد تفتنی؛ ولی حق انسان به داشتن محیط زیست پاک و خالی از مواد رادیواکتیویک حق بنیادی است.

چه بسا با الهام از همین فکر و عقیده بود که دولتها در کنفرانس سازمان ملل در مورد محیط زیست انسانی، طی اعلامیه‌ای «داشتن محیط

(26) *Supra*, note 2, à la p. 244.

* droit fondamental

(27) Danelius, dans *Council of Europe Consultative Assembly — Parliamentary Conference on Human Rights : What rights should be protected ?* p. 11, particulièrement p. 25.

(28) European Conservation Conference — Declaration on the Management of the Natural Environment in Europe (Strasbourg 9-12 février 1970).

زیست سالم و قابل زندگی با توجه به شئونات و رفاه انسانها» را یک حق شناختند.^{۲۹}

به این ترتیب، حق دسترسی به محیط زیست سالم، به عنوان یک حق بنیادی باید مورد حمایت قرار گیرد.^{۳۰}

.ب

آزمایش‌های اتمی، ناقض حقوق شخص است

دو دولت استرالیا و زلاندنوبهای محکوم کردن آزمایش‌های اتمی فرانسه در دریای آزاد، در مدافعت خود در مقابل دیوان بین‌المللی دادگستری متولّ به نظریه حقوق شخص گردیده و در تشریح و تحلیل این نظر، به قواعد بعضی از قراردادهای بین‌المللی که بنحوی از انجاء و یا بطور غیرمستقیم به موضوع مربوط است استناد می‌کردند؛ مانند اعلامیه جهانی حقوق بشر، از جمله حق مساوات (ماده ۱) — حق زندگی، آزادی و امنیت (ماده ۳) — منع هر نوع رفتار بی‌رحمانه، غیرانسانی و خفت‌آور (ماده ۵) — تضمین حق ازدواج و تشکیل فامیل (ماده ۱۶) — حق داشتن تأمین اجتماعی (ماده ۲۲) — حق داشتن سلامتی و رفاه (ماده ۲۵) — وبالاخره حق زندگی در یک نظام اجتماعی و بین‌المللی که در آن، این حقوق و آزادیها مورد احترام باشند (ماده ۲۸). بعلاوه این دو دولت در پشتیبانی از نظر خود استناد به قرارداد بین‌المللی حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی نمودند که در ماده ۱۲ آن حداقل استاندارد سلامتی پیش‌بینی شده است.^{۳۱} برای جلوگیری از اطالله مطلب بهتر است به آن قواعدی اشاره کرد که واقعاً ناظر به حق دسترسی به یک محیط زیست سالم است و از ذکر

(29) Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain, Stockholm, 1972.

(30) A propos de la protection de l'environnement comme droit fondamental : Dickstein, « International Law and the Environment : Evolving Concepts » : *The Yearbook of World Affairs*, 1972, p. 245, particulièrement à la p. 250 ; Hondius, « Environment and Human Rights » *Yearbook of the AAA*, vol. 41, 1971, p. 68 ; Paul de Visscher, *La protection de l'atmosphère en droit international*, Rapport général soumis au 7^e Congrès de Droit Comparé, Uppsala, 1966, à la p. 359.

(31) Mémoire de l'Australie, p. 375, 276.

دیگر قواعد قراردادی که صرفاً بمنظور تکمیل لایحه دفاعیه استرالیا بوده و مستقیماً به موضوع ارتباط ندارد، صرف نظر نمود.^{۳۲} مثلاً ماده ۲۲ در مورد حق تأمین اجتماعی، ارتباطی با موضوع ندارد، گرچه می‌توان گفت که ترس و نگرانی مردم استرالیا از این آزمایشها اتمنی، متضمن خبرارات معنوی و روانی نیز بوده است. ولی حق ازدواج و تشکیل فامیل بنحو مناسب‌تری با موضوع مربوط می‌باشد؛ زیرا ریزش ذرات و پرتوهای رادیواکتیو آثار و خیمی در تولید نسل دارد.

در مورد استناد به ماده ۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز باید گفت اینکه فکر عدم مساوات بین ملت استرالیا و ملت فرانسه باعث شده است که فرانسه به خود اجازه می‌دهد این آزمایشها را به ملت استرالیا تحمیل کند، نظری است بی معنا و غیرواقعی. ولی به علت آثار و نتایج وخیم ناشی از مواد رادیواکتیو در سلامت جسمانی و روانی، استناد به موادی از اعلامیه فوق الذکر مانند حق زندگی، حق سلامت بودن و رفاه داشتن، منع هرگونه رفتار غیرانسانی، و بطور کلی حق داشتن یک نظام بین‌المللی که احترام و رعایت این حقوق را تضمین کند، بهتر و بیشتر منطبق با غیرقانونی بودن این آزمایشها است. همچنین ماده ۱۲ قرارداد بین‌المللی در مورد حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی و نیز حق حفظ محیط زیست نیز بطور روشن با مسئله ارتباط دارد؛ زیرا در بند «الف» این ماده پیش‌بینی شده است که امضاکنندگان متعهد می‌شوند که در تقلیل مواردی که نوزاد مرد به دنیا می‌آید، اقدام کنند و در بند «ب» متعهد به اقدام در بهبودی همه جانبه در بهداشت محیط زیست و بهداشت صنعتی می‌باشند. بنابراین، خسارات واردہ به نطفه و نسل و آلودگیهای ناشی از آزمایشها اتمنی، می‌توانند موضوع مستقیم این قواعد باشند.

بعلاوه دلایل دیگری نیز وجود دارد که براساس آنها می‌توان گفت آزمایشها اتمنی، ناقص دکترین حقوق شخص می‌باشند.^{۳۳} مثلاً می‌توان در

(32) *Et de la Nouvelle-Zélande.*

(33) *Lee, supra, note 1 ; à la p. 319.*

این مورد استناد به قرارداد بین المللی ناظر به حقوق مدنی و سیاسی کرد که در ماده ۲ آن حق رجوع به دادگاه برای تأمین و رعایت این حقوق، تضمین شده است. ولی یک رأی صادره از دادگاه عالی توکیو نشان داد که در شرایط فعلی، هیچ راهی — چه در زمینه عملی و چه در زمینه حقوقی — برای جبران خسارات اتمی وجود ندارد. در سال ۱۹۵۵ عرضحال پنج ژانویه زیان دیده از آزمایش بمبهای هیدروژنی امریکا از طرف دادگاه عالی توکیو رد شد؛ زیرا به نظر دادگاه با فقدان قرارداد خاص، افراد حق مطالبه خسارت از یک دولت خارجی را ندارند.^{۳۴} این مورد نشان می‌دهد که آزمایشهای اتمی تا چه حد به حقوق بنیادی انسانها لطمہ می‌زنند.

ماده ۷ قرارداد فوق متضمن قاعده‌ای است که احتمالاً مؤثّرترین وسیله برای جبران خسارات اتمی است. بمحض این ماده استفاده از انسان برای آزمایشهای علمی بدون رضایت او منع است. اگرچه تصور نمی‌رود واضعان این ماده به آزمایشهای اتمی فکر کرده باشند، ولی می‌توان استدلال کرد که ساکنان نواحی نزدیک به محل آزمایشهای اتمی، انسانهای هستند که بدون رضایت و موافقت آنها موضوع آزمایشهای علمی قرار گرفته‌اند.

بطور کلی، در پرتو این قواعد و اصول حقوق بنیادی و تحولات آنها، می‌توان گفت که آزمایشهای اتمی در دریای آزاد به علت مخاطراتی که ایجاد می‌کنند و وحامت نتایج حاصله از آنها، ناقص ۱) شُؤنات انسانی، ۲) حق زندگی، ۳) حق سلامت بودن و رفاه داشتن، می‌باشند.

*. نظریه محیط زیست مشترک *

گرچه اساس نظریه «محیط زیست مشترک» ظاهراً مشابه اصل «دارائی مشترک انسانی» ** است، ولی در عمل و اجرا از آن متمایز

(34) Recours conjoint en dommages, 1955, Cour Supérieure de Tokyo.

* environnement commun

** patrimoine commun de l'humanité

می‌شود. زیرا مفهوم «دارایی مشترک انسانی» صرفاً ناظر به منابع دریایی آزاد و ته دریا و یا فضای خارج از حاکمیت ملی دولتها^{۳۵} می‌باشد؛ در حالیکه مفهوم «محیط زیست مشترک» بطور کلی ناشی از این اصل است که کره زمین محیط زیست غیرقابل تقسیم را تشکیل می‌دهد که کلیه عناصر آن با یکدیگر همبستگی دارند. بنابراین، خسارات واردہ به این محیط و مسئولیت دولتها در این باره، نباید منحصرآ محدود به مرزهای ملی و قلمرو حاکمیت آنها باشد.

اکنون این سوال مطرح می‌شود که آیا این دو نظریة جدید را باید از موارد مربوط به تحول حقوق بین الملل دانست یا اینکه صرفاً آنها را متراffد با مفهوم «اموال مشترک»^{*} تلقی نمود؟ در وهله اول به نظر می‌رسد که این دو نظریه مشابه‌اند؛ در حالیکه بین آنها یک وجه تفکیک اساسی وجود دارد، به این معنا که نظریة «محیط زیست مشترک» برای دولتها ایجاد حق و تکلیف می‌کند؛ یعنی آنها را موظف می‌نماید که حتی نواحی و مناطق خارج از محدوده صلاحیت و حاکمیت ملی خود را در مقابل آسودگیهای گوناگون حفظ نمایند. انتخاب اصطلاح shared environment که این تئوری با آن ریشه گرفته و تثبیت شده است، مؤید این نظر می‌باشد. فعل To share متضمن عنصر عمل و حرکت مثبت است؛ در حالیکه اصطلاح «اموال مشترک» چیزی جزیک وضع حقوقی عملی را متبادل به ذهن نمی‌سازد. و سرانجام باید اضافه کرد که نظریة «محیط زیست مشترک»، منشأ تکالیف جدید و در نتیجه مسئولیتهای جدیدی برای دولتها شده است. اما قبل از اینکه به این تکالیف و مسئولیتها اشاره کنیم، ضروری است ماهیت حقوقی این نظریه را بررسی نمائیم.

(35) Pour une synthèse de l'évolution du principe du patrimoine commun de l'humanité voir Sohn, *The U.N. and the Oceans*, 23rd Report of the Commission to Study the Organization of Peace (1973).

* Res Communis

الف.

ماهیت حقوقی نظریة «محیط زیست مشترک»

در حقیقت، این سؤال مطرح است که آیا دولتها در مورد جلوگیری از آلودگی دریاها که خارج از محدوده صلاحیت و حاکمیت آنها است، تعهد و تکلیف خاصی دارند که اعتبار قانونی داشته باشد؟ اگر فرض کنیم این تعهد ناشی از مفهوم «اموال مشترک» است، در این صورت صرفاً اعتباریک قاعدة عرفی را خواهد داشت؛^{۳۶} در حالیکه در مورد «محیط زیست مشترک» قبلاً گفته شد که چه اختلاف و تمایزی با اصل «دارائی مشترک انسانی» دارد. قواعد ناظر به محیط زیست مشترک، مجموعه قواعد و تصمیماتی هستند که خط مشی های ضروری را برای حفظ محیط زیست ارائه و تجویز می کنند. مدلول و روح قراردادهای گوناگون در این مورد و رویه و روش دولتها مبین این است که مجموعه قواعد و ضوابط روشی که اعتبار قانونی و اجرائی خواهد داشت، در حال ایجاد است. در این زمینه می توان به قرارداد بین المللی جلوگیری از آلودگی دریاها با مواد نفتی و قرارداد ماهیگیری و حفاظت منابع بیولوژیکی دریای آزاد و بخصوص بند ۲ ماده ۱ اعلامیة کنفرانس سازمان ملل در مورد محیط زیست انسانی^{۳۷} وغیره اشاره کرد. بعضی از قطعنامه های سازمان ملل نیز در تأیید این نظرات است؛^{۳۸} بخصوص قطعنامه گروه کار در مورد ارثیه های مشترک انسانی^{۳۹} و قطعنامه های ناظر به حفاظت بعضی از جزایر برای مطالعات علمی^{۴۰} وغیره.

(36) C'est l'approche de Bleicher, « An Overview of Environmental Regulation » : *Ecology Law Quarterly*, 1, 1972, p. 1 à la p. 51 ; plus précisément, il déduit une obligation de protéger les milieux marins, de l'obligation contenue dans la notion de « *res communis* » de faire des ressources communes un « usage raisonnable ».

(37) Particulièrement au principe 7 affirmant la responsabilité des Etats dans la sauvegarde du patrimoine naturel. Aussi, principes de l'OCDE sur l'environnement au paragraphe 8.

(38) ONU Doc. A/Conf. 48/IWGC I/13.

(39) ONU Doc. A/Conf. 48/IWGC I/12.

(40) ONU Doc. A/Conf. 48/IWGC I/4.

.ب

تعهدات و مسئولیتهای دولتها

نکته اساسی در این تحوّل حقوق بین الملل این است که در مفهوم «محیط زیست مشترک» برای اینکه مسئولیت دولتی به دلیل آلوده کردن محیط زیست برانگیخته شود، ضرورتی نیست تا از طرف دولت دیگری دلایلی بر ورود خسارت ناشی از عمل دولت مسئول ارائه گردد. می‌توان گفت این تحوّل، نظریه حقوقی جدیدی بوجود آورده است که در مقایسه و تشابه با حقوق داخلی، اگر منجر به ایجاد یک حق اقدام قضائی دستگمی در زمینه بین المللی نشده باشد، لاقل یک «حق دستگمی» بوجود آورده است.

بنابراین، در مورد خسارات وارده به محیط زیست مشترک، مسئولیت یک دولت در شرایط زیر مصدق پیدا می‌کند:

۱. در صورتیکه دولت توانایی کنترل و یا جلوگیری از بروز خسارت را داشته باشد.

۲. در صورتیکه خسارات وارده، به منابع جامعه بین المللی اطعمه زده باشد، ولی دولت اقدامی ننماید.^{۴۱}

مواد ۱ - ۲۳۵ و ۳ - ۲۶۳ سومین کنفرانس حقوق دریاها ناظر به اعمال اصول مذکور است:

«۱ - ۲۳۵. دولتها وظیفه دارند به تعهدات بین المللی خود در مورد حفظ و حمایت دریاها عمل نمایند و بموجب حقوق بین الملل مسئولیت دارند».

«۳ - ۲۶۳. دولتها و سازمانهای ذیصلاحیت، بنابر ماده ۱ - ۲۳۵ مسئول خساراتی هستند که در نتیجه آلودگی آب دریاها به علت تحقیقات علمی دریائی که از طرف آنها صورت گرفته و یا به حسابشان انجام شده، وارد گردیده است».^{۴۲}

(41) Kirgis, « Technological Challenge to the Shared Environment : United States Practice » : 66 *AJIL* (1972), p. 290 ; Tiewui, v. *supra*, note 1, à la p. 62 ; Rubin v. *supra*, note 8. Lee, *supra*, note 1, aux p. 312-313 ; Rubin, *op. cit.*

(42) Troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer.

ج.

آزمایش‌های اتمی، ناقض اصل محیط‌زیست مشترک می‌باشد

نظر به اینکه دولتها ضمن استفاده مسالمت آمیز از منابع دریاها مکلفند از زیان وارد کردن به دریا و منابع دریائی خودداری کنند، بنابراین انجام آزمایش‌های اتمی در این مناطق با این قاعده مغایرت دارد؛ زیرا انفجارات اتمی، منجر به آلودگی آبهای دریائی و نابودی منابع گیاهی و حیوانی آن شده و در نتیجه به تمام جامعه بین‌المللی خسارت وارد می‌شود؛ مضافاً به اینکه این انفجارات اتمی در واقع با سبق تصمیم و تحت کنترل یک دولت انجام می‌گیرد.^{۴۳}



ب. نتیجه

ارزش حقوقی این گرایش‌های جدید در حقوق بین‌الملل عمومی بسیار واحد اهمیت است و نمی‌توان آنها را نادیده گرفت؛ زیرا همه دولتها در عمل، این گرایشها و تحولات جدید را پذیرفته‌اند.

نظریه غیرقابل نقض بودن «حاکمیت تصمیم‌گیری» که در قضیه آزمایش‌های اتمی فرانسه در مقابل دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح گردید، ادعای مطالبه کانادا علیه دولت شوروی پس از سقوط ماہواره کاسموس ۹۵۴ در خاک آن کشور، اعتراض و مخالفت بسیاری از کشورهای اروپائی و امریکای جنوبی با ازدیاد و هجوم امواج رادیوئی به فضای آنها، پیش‌بینی حق داشتن «محیط زیست سالم» در اعلامیه استکھلم و سرانجام مجموعه قراردادهای دریائی و پیدایش و تحول سریع نظریه «دارائی مشترک بشر»، همه مؤید وجود این گرایش جدید است که باید برای کلیه دولتها در زمینه

(43) L'article 2, alinéa 2 de la Convention sur la haute mer souligne en quoi les expérimentations nucléaires dérogent à « l'intérêt que la liberté de la haute mer présente pour les autres États ».

مسئولیت بین‌المللی برای حفظ و حمایت محیط زیست، حق و تکلیفی شناخت؛ مضافاً به اینکه چون این قواعد مورد قبول اکثر دولتها قرار گرفته‌اند و مستمراً به آنها عمل می‌شود، در نتیجه به خودی خود قابلیت اجرائی جهانی پیدا می‌کنند، زیرا زائیده و ناشی از تحولات حقوقی عرفی بین‌المللی می‌باشند که همه دولتها بدون استثنای در آن ذینفع‌اند.

فی الواقع باید گفت در احترام و رعایت آزادی دولتهای دیگر در «تصمیم‌گیری» نسبت به قلمرو حاکمیت‌شان، تمام دولتها دارای حق و تکلیف می‌باشند، و این حق و تکلیف نیز هنگامی مصدق عملی و واقعی پیدا می‌کند که دولتها برای نقض آن ضمانت اجرا قائل شوند؛ زیرا بطوریکه گفته شد، چون این امکان وجود دارد که بدون صورت گرفتن تعرض و تجاوز فیزیکی به مرزاها و قلمرویک کشور، حاکمیت تصمیم‌گیری دولت آن کشور نقض گردد، بنابراین آیا منطبق ایجاب نمی‌کند که این حاکمیت مورد حمایت حقوق بین‌الملل قرار گیرد؟

در آنچه که مربوط به حق داشتن محیط زیست سالم می‌شود باید گفت این حق در واقع چیزی جز توسعه حق زندگی و حق احترام به موجودیت انسان نیست که از جمله حقوقی می‌باشد که از مدت‌ها قبل شناخته شده است.

و بالاخره حفظ محیط زیست مشترک که موجود حق و تکلیف برای همه دولتها می‌باشد، ناشی از این نگرانی همگانی است که منابع طبیعی که برای جامعه انسانی جنبه حیاتی دارند، بمرواراز بین می‌روند.

اعمال این نظریات جدید در مورد آزمایش‌های اتمی که با مخالفت و محکومیت تقریباً همه دولتها نسبت به این آزمایشها هماهنگ و منطبق هستند، به نظر گروهی از هم‌اکنون در عدد قواعد قوانین حقوقی بین‌المللی درآمده‌اند. حقوق بین‌الملل در توسعه و تحول همیشگی خود در حفظ منافع جامعه بین‌المللی، چهارچوبی را تشکیل می‌دهد که آزمایش‌های اتمی در آن جائی نداشته و توجیه ناپذیرند.

دکتر اصغر جعفری ولدانی



نگارشی به

عهدنامه ۱۹۷۵ ایران و عراق



دولت عراق در ۱۷ سپتامبر ۱۹۸۰ عهدنامه مرزی و حسن هم‌جواری ۱۹۷۵^۰ بین ایران و عراق را بطور یکجانبه لغو کرد و سپس نیروهای نظامی آن کشور در ۲۱ سپتامبر از طریق زمین، هوا و دریا به ایران حمله نمودند و به این ترتیب، جنگی که تاکنون ادامه دارد، آغاز شد. عهدنامه مذکور متعاقب مذاکراتی که بین ایران و عراق در جریان کنفرانس سران عضو اوپک در مارس ۱۹۷۵ در شهر الجزیره صورت گرفت، منعقد گردید. هدف این مقاله بررسی و تجزیه و تحلیل عهدنامه ۱۹۷۵ و بررسی دلایل ادعای دولت عراق برای لغو یکجانبه آن با توجه به مقررات حقوق بین الملل می‌باشد. لیکن نخست، شرح مختصری از سوابق تاریخی اختلافات مرزی ایران و عراق بمنظور روشن شدن زمینه‌های بحث، ضروری به نظر می‌رسد.

^۰ در این مقاله هر کجا صحبت از عهدنامه ۱۹۷۵ می‌شود، منظور «عهدنامه مرزی و حسن هم‌جواری ۱۹۷۵ بین ایران و عراق» می‌باشد.

۱

سوابق تاریخی

در دوره امپراتوری عثمانی که عراق بخشی از امپراتوری مذکور محسوب می‌شد، اختلافات دو کشور همیشه بر سر اراضی سرحدی بود و عثمانیها هیچگاه نسبت به حاکمیت ایران در مورد اروندرود اعتراض نداشتند؛ چنانکه در عهدنامه‌های چهارگانه مرزی که بین ایران و عثمانی منعقد شده‌اند — یعنی عهدنامه قصرشیرین ۱۶۳۹ میلادی، عهدنامه گردان ۱۷۴۶ میلادی، عهدنامه ارض روم ۱۸۲۳ میلادی و عهدنامه ارض روم دوم ۱۸۴۷ میلادی — هیچگاه موضوع حاکمیت و تعیین خط مرزی بین دو کشور در اروندرود تصریح نشده است، ولی دو دولت عملاً بطور مشترک در اروندرود اعمال حاکمیت می‌نمودند. «سرآرنولد ویلسن» که در کمیسیون تحدید حدود سال ۱۹۱۳ میانجی و نماینده دولت انگلستان بوده است، در کتاب خود می‌نویسد:

«روشی که دولتین ایران و عثمانی از آغاز رفت و آمد کشتهایها به اروندرود و شاید از خیلی پیش از آن اتخاذ کرده بودند، این بوده که هر نوع اعمال حاکمیت در شط تا نقطه‌ای که هر دو ساحل متعلق به عثمانی می‌شده است، مشترکاً اجرا می‌گشت».

این عقیده دلیل روشنی است که در هیچ عصر و زمانی موضوع حاکمیت و حقوق ایران در اروندرond مورد تردید نبوده و دو کشور در آن رودخانه همواره طبق اصول و مقررات حقوق بین الملل رفتار می‌کرده‌اند.^۱ لکن در سال ۱۹۱۳، بمحض پرتوکل استانبول، حاکمیت بر تمام

۱. وزارت امور خارجه ایران، حقایقی چند درباره اختلاف ایران و عراق راجع به شط العرب؛ تهران، انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۴۸، ص ۶ و ۷.

اروندرود بیجز قسمت کوچکی در مقابل خرمشهر، به عثمانی واگذار شد. همچنین بموجب این پروتکل و صورت جلسات تحدید حدود ۱۹۱۴، اراضی وسیعی از ایران جدا و ضمیمه خاک عثمانی گردید. نظر به اهمیت پروتکل مذکورو اینکه این پروتکل اساس عهدنامه مرزی ۱۹۷۵ قرار گرفته است، در زیر توضیحات بیشتری در مورد آن داده می‌شود:

بموجب ماده ۲ پروتکل مذکور، کمیسیونی مرکب از نمایندگان چهار کشور ایران، عثمانی، روسیه و انگلیس برای تعیین حدود مرزهای ایران و عثمانی و علامت گذاری آنها تشکیل گردید. این کمیسیون ظرف مدت یکسال به کار خود خاتمه داد و در نتیجه ۷۰۰ مایل مریع از اراضی متعلق به ایران واقع در شمال و جنوب قصرشیرین را به دولت عثمانی واگذار نمود. در اراضی مذکور که بعدها اراضی انتقالی نامیده شد، معادن نفت مهمی کشف گردید و امروزه قسمت مهم صادرات نفت عراق از چاههای نفت خانه و خانقین که جزء اراضی انتقالی بوده‌اند، تأمین می‌شود.^۲

جالب آنکه بمنظور حفظ امتیاز «ویلیام ناکس دارسی» و عدم وقفه در ادامه عملیات شرکت مزبور در اراضی انتقالی، در ماده ۷ پروتکل فوق قید شده بود که امتیاز مزبور «... در کلیه اراضی ایران که منتقل به عثمانی می‌شود، بر طبق مقررات این مقاوله نامه و ضمیمه (ی) آن کاملاً به قوت خود باقی خواهد ماند». ^۳

پروتکل استانبول و صورت جلسات تحدید حدود ۱۹۱۴ هرگز صورت قطعی و قانونی بخود نگرفت و به تصویب مجلس مقننه دولتین ایران و عثمانی نرسید. دولت ترکیه جانشین امپراتوری عثمانی، خود اعلام کرد که پروتکل استانبول را نمی‌توان یک سند سیاسی معتبر دانست؛ زیرا شکلی که برای اعتبار آن لازم می‌باشد بخود نگرفته است؛ به این مفهوم که

۲. عبدالرضا هوشنگ مهدوی، *تاریخ روابط خارجی ایران*: تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۴۹، ص ۱۶۸ و ۱۶۹.

۳. وحید مازندرانی، *مجموعه عهدنامه‌های تاریخی ایران...*: تهران، انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۵۰، ص ۱۷۳.

نه به تصدیق مجلس مبعوثان عثمانی و نه به تصویب سلطان که رئیس قوهٔ مجریه بوده رسیده و لذا باطل و بلا اثر مانده است.^۴ از طرف دولت ایران نیز چون هرگونه تغییر اراضی و تعديل حدود دو کشور باید با اطلاع و تصویب قوهٔ مقننه باشد و پروتکل مزبور این شرط اصلی را فاقد بوده، بنابراین هیچگاه معتبر و قطعی تلقی نشده است.^۵

در مقابل، دولت عراق – جانشین امپراتوری عثمانی – ادعای می‌کرد که پروتکل استانبول از ضمایم عهدنامه ۱۸۴۷ بوده و چون ایران در هفدهمین جلسه کمیسیون مختلط ۱۹۱۲، عهدنامه مزبور را پذیرفته، لذا پروتکل ۱۹۱۳ نیازی به تصویب مجده ایران نداشته است.

اما دولت ایران معتقد بود که اولاً، چون نماینده ایران هنگام مبادله اسناد مصوبه عهدنامه ۱۸۴۷ با امضای توضیحات اربعه، از حدود اختیارات خود تجاوز نموده، معاہده ارض روم نمی‌تواند معتبر باشد^۶؛ بیویژه که این موضوع با اجراء و اکراه توأم بوده است. ثانیاً، برفرض معتبر بودن عهدنامه ۱۸۴۷، میان مقررات، ترتیبات و تنضیمات پروتکل ۱۹۱۳ و عهدنامه ۱۸۴۷ تفاوت فاحش وجود دارد؛ به این مفهوم که در عهدنامه ۱۸۴۷ سخنی از حق حاکمیت دو کشور بر اروندرود بمیان نیامده و اصل براین بوده است که حاکمیت دو کشور برابر می‌باشد. زیرا چنانچه غیر از این بود می‌بايستی دو کشور مقرراتی در این مورد وضع می‌کردند؛ در صورتیکه پروتکل ۱۹۱۳ حق حاکمیت بر اروندرود را به عثمانی واگذار کرده است. بنابراین پروتکل استانبول نمی‌تواند از ضمایم عهدنامه بدون اعتبار ۱۸۴۷ باشد.

به حال اختلافات مرزی دو کشور ادامه داشت تا اینکه در سال ۱۹۳۷ عهدنامه دیگری براساس عهدنامه ارض روم ۱۸۴۷ و پروتکل استانبول ۱۹۱۳ و صورت مجلسهای تحدید حدود ۱۹۱۴ بین دو کشور به امضا رسید. بموجب این عهدنامه، مرز دو کشور در اروندرود بجز در

۴. وزارت امور خارجه، حقوقی چند دریاره اختلاف ایران و عراق راجع به شط العرب؛ ص ۶.

۵. همان مرجع.

۶. دکتر منوچهر پارسا دوست، زمینه‌های تاریخی اختلافات ایران و عراق؛ ص ۸۳، شرکت انتشار.

مقابل بنادر آبادان و خرمشهر که براساس تالوگ تعیین گردید، ساحل ایرانی اروندرود معین شد.^۷

ظاهراً علت امضای عهدنامه مذکور از طرف دولت ایران، اوضاع و احوال آن بُرهه از زمان و فشار انگلیسیها بود. جهان به سوی جنگ جهانی دوم پیش می‌رفت و دولت ایران مایل بود با انعقاد پیمان سعدآباد، اتحادی از کشورهای ایران، عراق، ترکیه و افغانستان بوجود آورد. به همین جهت فقط چهار روز پس از امضای عهدنامه، یعنی در ۸ ژانویه ۱۹۳۷ پیمان سعدآباد بین کشورهای مزبور به امضای رسید. در نتیجه، «توافق ایران و عراق بیش از آنکه جنبه حقوقی داشته باشد جنبه سیاسی داشت».^۸

عهدنامه ۱۹۳۷ نیز به اختلافات دو کشور خاتمه نداد و حتی با انقلاب ۱۴ ژوئیه ۱۹۵۸ عراق بر شدت آن افزوده شد؛ زیرا با سقوط رژیم سلطنتی در عراق، تشابه و همسوئی دور زیم از بین رفت. اوج بحران در روابط دو کشور، در سالهای ۱۹۵۹ و ۱۹۶۰ بر سر اروندرود بروز کرد. مجدها در سال ۱۹۶۸ که حزب بعث در عراق به قدرت رسید، اختلافات دو کشور وارد مرحله جدیدی شد و تا سال ۱۹۷۵ که عهدنامه دیگری بین طرفین به امضای رسید، با شدت و ضعف ادامه داشت.^۹



بررسی و تجزیه و تحلیل عهدنامه

عهدنامه مرزی و حسن همچواری ۱۹۷۵ براساس اصول مورد توافق دو کشور مندرج در اعلامیه الجزیره مورخ ۶ مارس ۱۹۷۵ منعقد گردید.

۷. برای اطلاع از عهدنامه ۱۹۳۷ و پرونکل ضمیمه آن نگاه کنید به مجلس شورای ملی، قوانین دوره یازدهم؛ سال انتشار ۱۳۱۹، ص ۴۰۳ – ۴۹۹.

8. Majid Khadduri «Independent Iraq», (London: Oxford university press, 1951) p. 246.
۹. برای اطلاع بیشتر از اختلافات مرزی و سیاسی ایران و عراق تا انعقاد عهدنامه بغداد (۱۹۷۵) نگاه کنید به:

دکتر اصغر جعفری ولدانی، «اختلافات مرزی و سیاسی ایران و عراق ۱۳۳۷ – ۱۳۵۴».

اعلامیه الجزیره شامل یک مقدمه و چهار اصل بدین شرح می‌باشد:

«... با رعایت اصول احترام به تمامیت ارضی و تجاوز ناپذیری مرزها و عدم دخالت در امور داخلی، طرفین تصمیم گرفتند:

۱. مرزهای زمینی خود را براساس پروتکل قسطنطینیه مورخ سال ۱۹۱۳ و صور تجلیسه‌های کمیسیون تعیین مرز مورخ سال ۱۹۱۴ تعیین کنند.

۲. مرزهای آبی خود را براساس تالوگ تعیین نمایند.

۳. با این کار، دو کشور امیت و اعتماد متقابل را در امتداد مرزهای مشترک خویش برقرار خواهند ساخت. طرفین بدینسان متعهد می‌شوند که در مرزهای خود یک کنترل دقیق و مؤثر بمنظور قطع هرگونه رخته و نفوذ که جنبه خرابکارانه از هرسوداشته باشد، اعمال نمایند.

۴. دو طرف توافق کرده‌اند که مقررات فوق، عوامل تعزیه ناپذیر جهت یک راه حل کلی بوده و نتیجتاً بدیهی است که نقض هر یک از مفاد فوق مغایر روحیه توافق الجزیره می‌باشد».^{۱۰}

دولت عراق پس از لغویکجانبه این اعلامیه در ۱۷ سپتامبر ۱۹۸۰ مجدداً در تاریخ ۲۵ نوامبر ۱۹۸۲ بطور رسمی اعلام کرد که آن را پذیرفته است.

اعلامیه الجزیره حاکی از اصول کلی مورد توافق طرفین برای حل و فصل اختلافات بود.

درجهت اجرای این اصول، وزرای امور خارجه ایران و عراق با حضور وزیر امور خارجه الجزاير از تاریخ ۱۵ مارس تا ۱۳ زوئن (۲۴ اسفند ۱۳۵۳ تا ۲۳ خرداد ۱۳۵۴) به ترتیب در تهران، بغداد، الجزیره و بغداد گرد آمدند. نتیجه این چهار نشست که سه ماه به طول انجامید، امضای «عهدنامه مربوط به مرز مشترک و حُسن هم‌جواری بین ایران و عراق» در

۱۰. وزارت امور خارجه، اطلاعاتی درباره عراق؛ تهران. انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۵۵، ص ۱۶۹ و ۱۷۰.

۱۳. ژوئن ۱۹۷۵ در بغداد بود.^{۱۱} این عهدنامه دارای یک مقدمه، ۸ ماده، یک الحاقیه و سه پروتکل همراه با ضمایم مربوط بدین شرح می‌باشد:

۱. پروتکل راجع به علامت گذاری مجند مرز زمینی بین ایران و عراق.

۲. پروتکل راجع به تعیین مرز رودخانه‌های بین ایران و عراق.

۳. پروتکل مربوط به امنیت در مرز ایران و عراق.

۴. الحاقیه مربوط به بند ۵ ماده ۶ عهدنامه.^{۱۲}

عهدنامه ۱۹۷۵ دارای چهار موافقتنامه تكمیلی نیز می‌باشد که در تاریخ ۲۶ دسامبر ۱۹۷۵ در بغداد به امضا رسید. این موافقتنامه‌ها عبارتند از: موافقتنامه راجع به مقررات مربوط به کشتیرانی در ارondonرود، موافقتنامه راجع به استفاده از آب رودخانه‌های مرزی، موافقتنامه راجع به تعلیف احشام، و موافقتنامه راجع به کلاتران مرزی.

عهدنامه فوق و سه پروتکل و ضمایم آن و نیز چهار موافقتنامه مذکور به تصویب قوه مقتنه دولتین ایران و عراق رسید و اسناد تصویب آن در ۲۲ ژوئن ۱۹۷۶ طي ديدار «سعدون حمادي» وزير امور خارجه عراق از ایران مبادله گردید و از همان تاریخ به مورد اجرا درآمد. این عهدنامه طبق ماده ۱۰۲ منشور ملل متحده در دبیرخانه سازمان ملل متحده تحت شماره‌های ۱۴۹۰۳ تا ۱۴۹۰۷ در سال ۱۹۷۶ به ثبت رسید و در نتیجه رسمیت یافت.

در تاریخ ۲۶ دسامبر ۱۹۷۵ صورتجلسه‌ای نیز در مورد حل و فصل جامع و قطعی کلیه مسائل و دعاوی در حال تعلیق بین وزرای امور خارجه

۱۱. نویسنده‌گان و محققان ایرانی و خارجی اغلب بین «اعلامه الجزیره» و «عهدنامه بغداد (۱۹۷۵)» تفاوتی نمی‌گذارند و معمولاً در نوشته‌های خود از «قرارداد الجزیره» یا «عهدنامه الجزیره» نام می‌برند؛ به عنوان مثال می‌توان از مقاله‌ای تحت عنوان «عراق هیچگاه به قرارداد الجزیره پاي بند نبوده است» در روزنامه اطلاعات ۳۰ شهریور ۱۳۶۲ نام برد. در ابتدای این مقاله نوشته شده است: ««۲۶ شهریور ماه هشتمين سالروز امضای عهدنامه ۶ ماده‌ای الجزیره در سال ۱۹۷۵ بود». در صورتیکه اولًا عهدنامه مذکور در بغداد به امضا رسیده و به عهدنامه بغداد هم معروف است؛ ثانیاً عهدنامه مورد نظر در ۲۳ خرداد امضا شده است؛ ثالثاً در ای ۸ ماده می‌باشد.

۱۲. وزارت دادگستری، مجموعه قوانین سال ۱۳۵۵: ص ۹۵.

ایران و عراق به امضا رسید و پس از تصویب آن توسط مجلسین آن زمان ایران در ژوئن ۱۹۷۶، اسناد تصویب آن مبادله گردید. بمحض صورت جلسه مزبور، دو کشور توافق نمودند فهرستی حاوی کلیة نکات مورد اختلاف ناشی از اجرای مادهٔ ۴ پروتکل راجع به علامت گذاری مجدد مرز زمینی و نیز کلیة دعاوی دیگر تنظیم نمایند.

در اجرای صورت جلسه مذکور، در تاریخ ۲۲ ژوئن ۱۹۷۶ صورت جلسه دیگری بین دو کشور به امضا رسید که بمحض آن کلیة مطالبات متعلق بین دو کشور صرف نظر از ماهیت یا علت آن در تاریخ امضای صورت جلسه، فیصله یافته تلقی گردید.

حال به بررسی مفاد مهم عهدنامه ۱۹۷۵ می‌پردازیم:

■ الف. تعیین مرزهای زمینی

مادهٔ یک عهدنامه، مرزهای زمینی دو کشور را که بمحض پروتکل مربوط به علامت گذاری مجدد مرز زمینی بین ایران و عراق تعیین گردیده است، تأیید می‌کند. بمحض پروتکل مزبور، علامت گذاری مجدد مرز زمینی دو کشور توسط کمیته مختلط ایران و عراق والجزایر و برمبنای پروتکل قسطنطینیه ۱۹۱۳ و صورت جلسات کمیسیون تعیین حدود ترکیه و ایران ۱۹۱۴ انجام گرفت.

بمنظور تعیین مرز و نصب علائم مرزی، کمیته‌های فنی مشکل از کارشناسان دو کشور و با نظارت و مشارکت نمایندگانالجزایر، به اروندرود و مرزهای زمینی اعزام شدند و عملاً به تعیین خط مرزی تالوگ در اروندرود و تعیین مرز زمینی و نصب علائم و تدارک موجبات بستن مرزهای دو کشور اقدام نمودند.

دولت ایران پذیرفت که علامت گذاری نقاط مرزی توسط عراق صورت گیرد و چنانچه در مورد محل نصب برخی از علائم، بین کارشناسان دو کشور اختلاف نظر بوجود آید، محل نصب، توسط حکم الجزایر تعیین

گردد و سپس نصب علائم مربوطه بوسیله ارتش عراق صورت گیرد.

لازم به یادآوری است که کمیسیون تحدید حدود دو کشور در سال ۱۹۱۴ دوستم مرز زمینی بین ایران و عراق را علامت گذاری نمود؛ ولی به علت پیش آمدن جنگ جهانی اول، علامت گذاری بقیه مرز متوقف گردید. (کمیسیون مزبور دقیقاً یک روز قبل از آغاز جنگ جهانی اول به کار خود خاتمه داد). بنابراین مرز دو کشور در این قسمت تا سال ۱۹۷۵ که علامت گذاری شد، مشخص نبود. برخی از علائم مرزی سال ۱۹۱۴ نیز در طول سالهای ۱۹۱۴ – ۱۹۷۵ به علت عدم تعمیر و مرمت ازین رفته و تشخیص مرز در این نقاط برای دو کشور مشکل بود. در نتیجه، این قسمت نیز بایستی مجدداً علامت گذاری می شد.

بموجب ماده ۵ پروتکل مربوط به علامت گذاری مجدد مرز زمینی، دو کشور موافقت نمودند که هر ساله در ماه سپتامبر، کمیسیون مختلطی مشکل از نمایندگان ذیصلاح دولت بمنظور بازرسی علائم مرزی و اطمینان از وضع آنها تشکیل دهند.

کمیسیون مزبور همچنین می توانست تصمیم به ساختمان علائم جدیدی که واجد همان مختصات علائم موجود باشد، بگیرد و یا علائم جابجا شده را در محل خود نصب کرده و یا به ساختن علائم آسیب دیده یا ازین رفته مبادرت نماید مشروط براینکه این امر در مسیر خط مرزی، تغییری ایجاد نکند.

در نتیجه علامت گذاری مرز زمینی دو کشور، مالکیت برخی از املاک، اراضی، ساختمانها و تأسیسات عمومی یا خصوصی تغییر پیدا کرد. لازم به یادآوری است که قسمت اعظم منطقه مرزی را که علامت گذاری گردید، تپه و ماہور تشکیل می داد. بنابراین املاک و ساختمانهایی که بایستی انتقال پیدا می کردند، از ارزش زیادی برخوردار نبودند.

بهرحال براساس توافقی که در ژوئن ۱۹۷۶ بین وزرای امور

خارجۀ دو کشور بعمل آمد، قرار شد بمنظور نقل و انتقال اموال غیرمنقول مذکور، کمیسیون مختلطی متشکل از کارشناسان دو کشور تشکیل گردد. در مذاکراتی که طی دیدار هیئت عراقی از تهران در دسامبر ۱۹۷۷ بعمل آمد، موافقت شد که کمیسیون مربوطه کار خود را در مه ۱۹۷۸ در تهران آغاز نماید.

■ ب. تعیین مرز رودخانه‌ای

بموجب مادۀ ۲ عهدنامۀ ۱۹۷۵ و پروتکل مربوط به تعیین مرز رودخانه‌ای بین ایران و عراق، مرز دو کشور در اروندرود از ملتقای شهر «خین» تا دریا، خط تالوگ تعیین گردیده است. همچنین در صورت تغییرات ناشی از علل طبیعی در کanal اصلی قابل کشتیرانی، مرز، کما کان خط تالوگ خواهد بود. به یاد داشته باشید که اروندرود سالانه گاهی ده کیلومتر در بستر خود پیش روی می‌کند؛ به این معنی که بهار پیش می‌آید و پائیز عقب می‌نشیند و به این ترتیب، مسیر آن بطور دائم در تغییر است.

به حال عهدنامۀ مذکور با تعیین خط تالوگ به عنوان مرز مشترک دو کشور، به یکی از اختلافات دیرینۀ میان ایران و عراق خاتمه بخشد. دولت ایران همیشه خواستار آن بود که مرز دو کشور در اروندرود بر طبق اصول و مقررات حقوق بین الملل تعیین گردد.

براساس مقررات حقوق بین الملل، در گذشته، مرز دو کشور در رودخانه‌های مرزی مشترک، خط منصف بود. «گروسیوس» که از او به نام پدر حقوق بین الملل نام برده می‌شود گفته است: «خط وسط رودخانه حاکم بر دول همچوار است»، و چون خط منصف سبب می‌شد که ناحیه قابل کشتیرانی، تحت حمایت مطلق یک کشور قرار گیرد و این امر ایجاد بیعدالتی می‌نمود، به همین جهت خط تالوگ جانشین خط منصف گردید.

تالوگ یک کلمۀ قدیمی آلمانی و معنی لغوی آن دزه می‌باشد و در

اصطلاح به این مفهوم است که عمیق‌ترین و با قابل کشته‌رانی ترین نقطه رودخانه، مرز دو کشور هم‌جوار باشد. اصل تالوگ در اوخر قرن هجدهم وارد حقوق بین‌الملل گردید و اولین بار این حکم در کنگره «رایشنا»^{۱۳} منعقده در سال ۱۷۹۷ و عهدنامه «لونوی»^{۱۴} ۱۸۰۱ بکاررفت. این اصل همچنان در قراردادهای صلح ۱۸۵۹، ۱۹۱۹ و ۱۹۲۰ که تدوین کننده برخی از مقررات حقوق بین‌الملل می‌باشد، پذیرفته شده است.

علاوه بر مقررات حقوق بین‌الملل، اصل عدالت و نصفت^{۱۵} نیز حکم می‌کرد که ایران و عراق در اروندرود از حقوق مساوی برخوردار باشند؛ زیرا نیمی از آب اروندرود از رودخانه‌های ایران سرچشمه می‌گیرد. در این میان، رود کارون مهم‌ترین رود ایران از نظر حجم آب است که به اروندرود می‌ریزد و با هریک از رودخانه‌های دجله و فرات قابل مقایسه می‌باشد. همچنان قسمت عده کشته‌رانی در اروندرود قبل از جنگ تحمیلی، متوجه دو بندر مهم ایران یعنی آبادان و خرم‌شهر بود؛ بطوریکه بیش از ۷۵ درصد از عواید کشته‌رانی در اروندرود را ایران تأمین می‌کرد. لیکن دولت عراق تا سال ۱۹۷۵ حاضر به پذیرفتن اصول مزبور نشده بود و در این مورد به عهدنامه ۱۹۳۷ استناد می‌کرد. همانطور که گفته شد بموجب این عهدنامه که مفاایر با مقررات حقوق بین‌الملل بود، مرز دو کشور در اروندرود بجز در مقابل بنادر آبادان و خرم‌شهر، ساحل ایرانی اروندرود تعیین شده بود.

به حال دولت ایران از سال ۱۹۶۹ عملًا براساس خط تالوگ عمل می‌کرد و عهدنامه ۱۹۷۵ تنها بر وضع موجود صحه گذارد.

13. Congress of Rastatt

14. The treaty of Lunville.

15. ex aequo et bono

رژیم حقوقی اروندرود

قبل از معاہدۀ ۱۹۷۵ عراق بمحض معاہدۀ ۱۹۳۷ حق استفاده از کشتیرانی در اروندرود را داشت و حاکمیت ایران بر آن محدود بود. لیکن بمحض عهدنامۀ ۱۹۷۵ که مرز دو کشور را تالوگ تعیین نمود، حق مالکیت اروندرود به هر دو کشور ایران و عراق داده شد. همچنین بمحض موافقتنامۀ مربوط به کشتیرانی در اروندرود، دو کشور دارای حقوق متساوی در زمینه کشتیرانی شدند.

قبل از اینکه رژیم حقوقی اروندرود مورد بررسی قرار گیرد، باید مقدمتاً متذکر شد که اختلاف اصلی ایران و عراق بر سر موضوع مالکیت اروندرود بود تا مسئله رژیم حقوقی آن.

به حال طرفین درباره کشتیرانی در اروندرود در سه مورد با یکدیگر اختلاف داشتند که عبارت بود از:

الف. نحوه اداره اروندرود.

ب. چگونگی مصرف درآمدهای حاصله از کشتیرانی
ج. مسئله پرچم و راهنمائی کشتیها.

در اینجا نخست به بررسی این موارد می پردازیم و سپس چگونگی حل و فصل اختلافات مزبور را با توجه به موافقتنامۀ مربوط به کشتیرانی شرح می دهیم.

الف. نحوه اداره اروندرود

به علت وجود منافع مشترک، اکثراً برای اداره امور رودخانه های بین المللی، کمیسیونی متشکل از ممالک ساحلی آن رودخانه و سایر ممالکی که در بهره برداری از این رودخانه سهمی دارند، تشکیل می شود.

وظایف این کمیسیونها بطور کلی عبارت است از نظارت بر آمادگی رودخانه برای کشتیرانی، نظارت بر امر عبور و مرور در رودخانه، به اجرا درآوردن مقررات مربوط به صدور گواهینامه کشتیرانی، کنترل و راهنمائی کشتیها و سایر مقرراتی که امنیت کشتیها و رودخانه‌ها را تضمین نماید.^{۱۶} به همین جهت براساس ماده ۵ عهدنامه ۱۹۳۷ و بند ۲ پروتکل منضم به آن، طرفین متعهد شده بودند ظرف مدت یکسال قراردادی راجع به نگاهداری و بهبود راه کشتیرانی، لاپرواژ، راهنمائی، عوارضی که باید اخذ شود، تدبیر امنیتی، اقداماتی که باید برای جلوگیری از قاچاق صورت گیرد و همچنین کلیه مسائل مربوط به بحر پیمائی در اروندرود منعقد سازند.

ولی این قرارداد منعقد نگردید بدین علت که دولت عراق خواستار آن بود که «اختیارات کمیسیون اداره شط العرب جنبه مشورتی داشته باشد نه اجرائی که معلوم بود غرض از این پیشنهاد، علاوه بر طفره و تعلل در اجرای عهدنامه سرتاسری، ادامه سوء استفاده از عواید شط العرب و حفظ تأسیساتی بود که در بندر بصره از عواید شط العرب ایجاد کرده بودند».^{۱۷} در واقع، دولت عراق با این آدعا که حاکمیت بر تمام اروندرود را دارد، خواستار آن بود که کمیسیون فقط صلاحیت مشورتی داشته باشد و به همین دلیل از انعقاد قرارداد مزبور خودداری نمود.

به رغم اختلاف مزبور بموجب ماده ۲ «موافقتنامه مربوط به کشتیرانی در شط العرب» حل و فصل گردید. بموجب این ماده دولتين موافقت نمودند برای اداره اروندرود یک «دفتر مشترک هماهنگی» تأسیس نمایند. در این دفتر هریک از طرفین سه کارشناس که دونفر آنها از شرایط محلی اطلاع کامل خواهند داشت، به عنوان نماینده منصوب خواهند نمود. دفتر مزبور سالانه دو جلسه خواهد داشت و در صورت لزوم جلسات دیگری نیز تشکیل خواهد داد.

۱۶. منوچهر گنجی، حقوق بین الملل عمومی؛ تهران. چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۴۸، ص ۲۲۷ و ۲۲۸.

۱۷. وزارت امور خارجه، حقایقی چند درباره اختلاف ایران و عراق راجع به شط العرب؛ ص ۴۲.

بموجب ماده ۳ این موافقتنامه، وظایف مشترک دفتر هماهنگی

بدین شرح می‌باشد:

۱. تهیه طرح مشترک برای تأمین امنیت و تداوم کشتیرانی در اروندرود.

۲. انجام عملیات مربوط به کشتیرانی رودخانه‌ای از قبیل لایروبی، علامت‌گذاری، نقشه‌برداری عمومی، عمق‌سنجه و مطالعات هیدرولیک و هیدروگرافیک (آب‌نگاری و آب‌شناسی).

۳. تنظیم تعرفه‌های مشترک قابل وصول در مورد انجام خدمات.

۴. ناظارت بر اجرای مقررات مربوط به جلوگیری از آسودگی ناشی از کشتیرانی در اروندرود.

دولت ایران طی الحاقیه جداگانه‌ای موافقت نمود که عملیات مربوط به لایروبی و بویه‌گذاری در این آبراه بین‌المللی برای مدت هفت سال منحصراً در صلاحیت دولت عراق باشد. همچنین جمع آوری عوارض نیز توسط مؤسسه عراقی انجام پذیرد.

ولی دولت عراق از آغاز جنگ تحمیلی در اجرای تعهدات خود شروع به کارشکنی نمود بطوریکه دوازده نفر از کارمندان ایرانی دفتر مشترک هماهنگی را همراه با اعضای خانواده آنان دستگیر نمود؛ ولی پس از اینکه با اعتراضات شدید دولت ایران روپرتو گردید، آنها را آزاد کرد.^{۱۸} همچنین بموجب اسنادی که پس از انقلاب از کنسولگری عراق در خرمشهر بدست آمد، آشکار شد که معاون عراقی دیر کل دفتر مشترک هماهنگی و معاون عراقی قسمت عملیاتی دفتر، به عنوان گردانندگان یک شبکه خرابکاری در خوزستان عمل می‌کرده‌اند.^{۱۹}

18. U. N. Yearbook, 1980, p. 316.

۱۹. کیهان، ۲ شهریور ۱۳۶۱.

■ ب. چگونگی مصرف درآمدهای حاصله از کشتیرانی

۷۰ درصد از درآمدهای ناشی از کشتیرانی در اروندرود از کشتیهایی بود که منحصراً به بنادر ایران رفت و آمد داشتند و در مجموع فقط ۴۰ درصد از کل درآمدها به مصرف بهبود کشتیرانی در روودخانه می‌رسید و بقیه صرف بهبود بنادر عراق و فرودگاه بصره می‌گردید.

بموجب ماده ۲ پروتکل منضم به عهدنامه ۱۹۳۷، دولت عراق می‌بايستی ایران را در جریان کارهائی که انجام یافته و وجودی که گرفته شده و مخارجی که بعمل آمده و هر نوع اقدام دیگری که اجرا شده باشد، بگذارد؛ اتا دولت عراق تا سال ۱۹۵۰ دو گزارش، آنهم بطور ناقص به دولت ایران ارائه داده و از آن سال به بعد نیز از دادن گزارش خودداری کرده بود.

این اختلاف نیز بموجب ماده ۹ موافقتنامه مربوط به کشتیرانی حل و فصل گردید؛ به این ترتیب قرار شد که درآمدهای حاصله از کشتیرانی به مصرف هزینه‌های دفتر مشترک هماهنگی برسد. هرگاه هزینه از درآمد تجاوز نماید، طرفین متعاهدين متساویاً این کمبود را جبران نمایند و در صورتیکه درآمد بیشتر از هزینه باشد، برای بهبود وضع کشتیرانی در اروندرود به مصرف برسد.

■ ج. مسئله راهنمای پرچم

در عهدنامه مرزی سال ۱۹۳۷ و پروتکل منضم به آن، مسئله راهنمایان و پرچم مطرح نشده بود؛ ولی دولت عراق راهنمائی کشتیها را از دوره تسلط بریتانیا به ارث برده بود. از نظر تاریخی کشتیهای اقیانوس‌پیما تا جنگ جهانی اول برای رفت و آمد در اروندرود از راهنمایان ایرانی مستقر در جزیره خارک استفاده می‌کردند؛ ولی به علت نیازمندیهای جنگ، رفت و آمد کشتیها به بصره، خرمشهر، آبادان و بالعکس بطور قابل

ملحظه‌ای افزایش یافت. در نتیجه به راهنمایان جدیدی نیاز بود، و چون عراق پس از جنگ تحت سرپرستی بریتانیا درآمده بود، این راهنمایان از بصره استخدام شدند. در آن زمان مقامات نظامی بریتانیا در بصره راهنمائی کشتیها و ایجاد علائم جدید و نصب چراگها را در تمام بنادر اروندرود کنترل می‌کردند.²⁰ بعد از استقلال عراق این امر به آن کشور واگذار شد.

این ترتیبات یکطرفه همیشه مورد اعتراض دولت ایران بود و حتی در سال ۱۹۶۱ بحران شدیدی بین دو کشور بوقوع پیوست. در آن سال به علت عدم همکاری راهنمایان عراقی، بندر آبادان به مدت ۹ هفته در طول سال ۱۹۶۱ بسته شد و صادرات نفت تصفیه شده ایران متوقف گردید و حدود ۳۰ میلیون دلار خسارت به ایران وارد شد. اما در بحران سال ۱۹۶۹ به علت اینکه راهنمایان ایرانی کاملاً آموزش دیده و مجرّب شده بودند، راهنمائی کشتیها را خود به عهده گرفتند. در ۲۲ آوریل ۱۹۶۹ برای اولین بار تا آن موقع کشتی «ابن سينا» به کمک نیروی دریائی ایرانی و هوایپماهای ایرانی و با پرچم ایران و راهنمایان ایرانی از بندر آبادان به طرف آبهای خلیج فارس حرکت کرد. در ۲۶ آوریل نیز دومین کشتی اقیانوس‌پیمای ایران به نام «آریافر» با پرچم ایران و با استفاده از راهنمایان ایرانی، بندر خرمشهر را به سوی آبهای خلیج فارس ترک کرد.

بهر حال این اختلاف تا سال ۱۹۷۵ بین دو کشور وجود داشت؛ هر چند که ایران از سال ۱۹۶۹ عملیات مربوط به راهنمائی کشتیها را خود انجام می‌داد. بموجب موافقنامه مربوط به کشتیرانی در اروندرود، قرار شد راهنمائی کشتیهایی که عازم یک بندر ایرانی هستند و یا آن را ترک می‌کنند، توسط راهنمایان ایرانی انجام شود؛ ولی چنانچه این کشتیها عازم یک بندر عراقی باشند یا آن را ترک کنند، راهنمائی کشتیها توسط مقامات عراقی صورت خواهد گرفت. راهنمائی کشتیهایی که بین بنادر ایران و عراق تردد می‌کنند، توسط راهنمایانی انجام خواهد شد که دارای تابعیت

20. Alexander Melamid, «Geographical Review of the shatt Al-Arab boundary dispute», Middle East Journal, XX, No. 3 (Summer 1976) pp. 353-4.

دولت بندر مقصد باشند.^{۲۱}

همچنین بموجب ماده ۱۹ موافقتنامه مزبور، هر کشتی بهنگام ورود به اروندرود و یا حین تردد بین بنادر آن، پرچم دولت بندر مقصد و بهنگام حرکت به سوی دریا پرچم دولتی که بندر آن را ترک کرده است، برخواهد افراشت.



بررسی دلایل دولت عراق برای لغو عهدنامه

دولت عراق دریاداشت رسمی مورخ ۱۷ سپتامبر ۱۹۸۰ که به سفارت جمهوری اسلامی ایران در بغداد تسلیم نمود، لغویکجانبه اعلامیه الجزیره مورخ ۶ مارس ۱۹۷۵، عهدنامه مربوط به مرز مشترک و حسن همجوواری همراه با سه پروتکل و ضمایم پیوست آن منعقده در ۳ ژوئن ۱۹۷۵، چهار موافقتنامه متمم عهدنامه مذکور و ضمیمه های آن منعقده در ۲۶ دسامبر و یادداشت های متبادله و سوابق مشترک را اعلام نمود.

هدف دولت عراق از لغویکجانبه عهدنامه، بازگشت به وضع قبل از انعقاد عهدنامه بود. رهبران رژیم عراق بارها این موضوع را بیان داشته اند. وزیر امور خارجه عراق در نامه خود به دبیر کل سازمان ملل متحد به تاریخ ۲۱ سپتامبر ۱۹۸۰ تصریح نمود که عراق در نظر دارد به موضوع قبل از سال ۱۹۷۵ بازگردد و کنترل کامل اروندرود را در دست گیرد.^{۲۲} «نعم حداد» معاون وقت رئیس جمهور عراق نیز در آوریل ۱۹۸۰ اظهار داشت که عراق برای کنترل کامل خود بر اروندرود تلاش خواهد نمود.^{۲۳} صدام حسین هم از جمله شرایطی که برای پایان دادن به جنگ قائل شد،

۲۱. وزارت دادگستری، موافقتنامه بین ایران و عراق راجع به مقررات مربوط به کشتیرانی در شط العرب؛ مجموعه قوانین سال ۱۳۵۵، ۱۸۵، ص ۱۸۵.

22. United Nations yearbook, 1980, p. 312.

۲۳. اطلاعات، جنگ تحمیلی وریثة اختلافات: ۱۸ بهمن ۱۳۹۲.

بازگرداندن وضع اروندرود به حالت قبل از سال ۱۹۷۵ بود.^{۲۴}
مقامات عراقی برای توجیه لغو عهدنامه، علاوه بر یک سلسله
ادعاها واهی مخصوصاً به دلایل زیر استناد می‌کنند:

- الف. اصل تغییر فاحش اوضاع و احوال
 - ب. عدم اجرای قسمتی از ماده یک عهدنامه از طرف ایران
 - ج. نقض ماده ۳ عهدنامه از طرف ایران
 - د. تحمیلی بودن عهدنامه
- دلایل مذکور با تفصیل بیشتری در زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

■ الف. اصل تغییر فاحش اوضاع و احوال

دولت عراق در توجیه علل لغو عهدنامه به اصل تغییر فاحش اوضاع و احوال^{۲۵} استناد می‌کند. سعدون حمادی وزیر امور خارجه وقت عراق که عهدنامه مذبور را از طرف دولت خویش امضا کرده است، طی مصاحبه‌ای در تاریخ چهارم مردادماه ۱۳۵۹ گفت: «عهدنامه الجزایر(!) در شرایط خاصی که دیگر موجود نیست منعقد گردیده است». به نظر وی با توجه به اینکه اوضاع و احوال زمان انعقاد عهدنامه دگرگون شده است، لذا عهدنامه مذبور فاقد اعتبار می‌باشد.

اصل تغییر فاحش اوضاع و احوال جنبه کلاسیک دارد؛ ولی امروزه مقید و مشروط شده است. زیرا این اصل از قدرت الزامی عهدنامه‌ها می‌کاهد و موجبات بی ثباتی آنها را فراهم می‌کند. به همین جهت اکثر حقوقدانان معتقدند که استناد به اصل مذبور برای لغویکجانبه عهدنامه‌ها اساساً مردود و غیرقابل قبول است.^{۲۶} و تنها به طرفی که عهدنامه به ضرر او

.۲۴. همان مرجع.

۲۵. عبارت لاتین این اصل به این شرح است: Rebus Sic stantibus.

.۲۶. کیهان، شهریور ۱۳۶۱.

27. Oliver J. Lissitzyn. International Law Today and Tomorrow, New York. Oceana publications Inc. 1905 p. 30.

است حق می دهد که تقاضای تجدیدنظر در عهدنامه را بنماید.
کمیسیون حقوق بین الملل سازمان ملل متحده پس از بررسی دقیق نظرات مختلف در مورد اصل مزبور در حقوق بین الملل عرفی، نوشته های حقوقدانان، تصمیمات متخذه توسط دادگاههای داخلی و بین المللی، روایة معمول دولتها و نظرات دولتها مختلف، متن ماده ۶۲ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ حقوق معاهدات را که در مورد اصل مذکور می باشد، تدوین نمود.^{۲۸ و ۲۹}

بموجب بند ۱ ماده مزبور نمی توان اصل تغییر فاحش اوضاع و احوال را به عنوان بهانه ای برای پایان دادن به معاهده و یا کناره گیری از آن مورد استناد قرار داد مگر آنکه (الف) اصل مزبور صریحاً در عهدنامه پیش بینی شده باشد ...

جالب آنکه در عهدنامه ۱۹۷۵ موافقتname های تکمیلی آن، حق لغویکجانبه پیش بینی نشده است و به هیچوجه اختلاف نظر در نحوه اجرای عهدنامه نمی تواند دلیلی برای لغویکجانبه آن باشد. همچنین بموجب بند ۳ ماده ۶۲ کنوانسیون مزبور، نمی توان به اصل تغییر فاحش اوضاع و احوال به عنوان بهانه ای برای لغویکجانبه آن از معاهده استناد نمود و تنها می توان خواستار تعلیق اجرای عهدنامه گردید.

اما از همه مهمتر بند ۲ ماده ۶۲ کنوانسیون مزبور می باشد که صریحاً استناد به اصل تغییر فاحش اوضاع و احوال برای لغویکجانبه عهدنامه های مرزی را مردود دانسته است. بند ۲ ماده مذکور به این شرح است:

28. William, L. Tung, «International Law in a organizing world». New York, Thomas Crowell company, 1960, p. 357.

۲۹. تا آنجا که نویسنده اطلاع دارد دولتهای ایران و عراق به عهدنامه وین ملحق نشده اند و درنتیجه، میزان اعتبار عهدنامه مذکور در روابط فیما بین، بستگی به متابعت و هماهنگی مفاد عهدنامه با عرف بین الملل دارد. کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در مورد حقوق معاهدات در ۲۳ مه ۱۹۶۹ در کنفرانس وین به تصویب رسید و اجرای آن در روابط بین المللی موقول به تصویب آن حداقل توسط ۴۵ کشور گردید. کنوانسیون مزبور از سال ۱۹۷۹ که این امر به تحقق پیوست، در زمرة حقوق بین الملل عام درآمد.

«در موارد ذیل، تغییرات اساسی اوضاع و احوال برای پایان دادن به معاهده و یا خروج از آن را نمی‌توان مورد استناد قرارداد؛ الف. اگر معاهده، تعیین کننده مرز باشد...».

جالب آنکه رئیس هیئت نمایندگی عراق در کنفرانس وین ۱۹۶۹ حقوق معاهدات، به عنوان مخبر کنفرانس و رئیس کمیته مأمور تهیه متن کنوانسیون، در تدوین ماده مذبور نقش مؤثری داشته است. همچنین دیوان دائمی دادگستری بین المللی در اختلافات بین فرانسه و انگلیس در سال ۱۹۲۲ و فرانسه و سویس در سال ۱۹۳۳ بربی اعتباری اصل مذکور رأی داد.

جالب تر آنکه دولت عراق به اصلی استناد می‌کند که خود آن را رد کرده است؛ زیرا دولت عراق در سال ۱۹۶۹ توصل به اصل تغییر فاحش اوضاع و احوال توسط دولت ایران را برای لغو عهدنامه ۱۹۳۷ مردود اعلام نمود. نظرات دولت عراق در این مورد از این قرار است:

یکی از اصول شناخته شده حقوق بین الملل عبارت از این است که معاهدات و قراردادهایی که بطور صحیح منعقد شده و به تصویب نهائی رسیده‌اند، برای دو کشوری که آنها را امضا نموده و تصویب کرده‌اند، الزام آور می‌باشند. قرارداد مرزی سال ۱۹۳۷ قراردادی نیست که مدت آن منقضی شده باشد. این قرارداد بمنتظر تحديد حدود دو کشور منعقد شده و برای همیشه دارای اعتبار است. اگر اصل تغییر فاحش اوضاع و احوال قابل استناد باشد، سرحدات بسیاری از کشورها باید تغییر یابد. اصل تغییر فاحش اوضاع و احوال در این مورد مصدق ندارد؛ بلکه اصل احترام به قراردادها که پایه و اساس حقوق بین الملل و روابط بین المللی می‌باشد، در این مورد حاکم است.^{۳۰}

البته اصل احترام به قراردادها یا اصل وفای به عهد،^{۳۱} اساس و

30. U. N. Security Council Document, S/9205. May 13, 1969.

۳۱. عبارت لاتین این اصل به این شرح است: *Pacta Sunt Servanda.*

مبنای تعهدات بین المللی دول می باشد. اصل مزبور در ماده ۲۶ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ حقوق معاہدات می گوید:

«اجرای مفاد هر عهدنامه برای طرفین متعاهدین الزام آور است و باید با محسن نیت اجرا گردد».

مقدمه منشور ملل متحده نیز که مهمترین سند حقوقی و سیاسی بین المللی است، رعایت اصل احترام به عهدنامه ها را از وظایف دول عضو سازمان دانسته است. بند ۴ ماده ۲ منشور نیز ناظر به احترام به تمامیت ارضی کشورها وغیرقابل تغییر بودن مرزها می باشد. بنابراین لغویک جانبه عهدنامه ۱۹۷۵ توسط دولت عراق، نقض آشکار مفاد منشور ملل متحده است.

جالب آنکه دولت عراق نیز خود در سال ۱۹۶۹ لغو عهدنامه ۱۹۳۷ توسط دولت ایران را نقض آشکار بندهای ۳ و ۴ ماده ۲ منشور سازمان ملل متحده اعلام نموده و آن را محکوم کرده است.^{۳۲}

بطور کلی دولتها در روابط خود با یکدیگر رعایت چند اصل عده را بموجب معاهدات دو جانبه و چند جانبه پذیرفته اند. این اصول عبارتند از: اصل احترام به تعهدات بین المللی، اصل احترام به تمامیت ارضی کشورها، اصل اجتناب از بکار بردن زور و رفع اختلافات از طریق مسالمت آمیز. اصول مزبور توسط دول شرکت کننده در کنفرانس «باندونگ» در سال ۱۹۵۵ پذیرفته شد و در اعلامیه نهائی کنفرانس درج گردید.^{۳۳}

کشورهای عضو سازمان وحدت افریقا نیز بموجب منشور سازمان مزبور رعایت برخی اصول مانند اصل عدم تغییر سرحدات و اصل حل و فصل اختلافات از طریق مسالمت آمیز را در روابط خود با یکدیگر پذیرفته اند. همچنین دولتها در موارد مختلف اعتقاد و ایمان خود را به لزوم وفای به عهد و احترام به تعهدات خویش، صریح‌آمیز اعلام و اظهار نموده اند.

32. U. N., Security Council Document, S/19185. April 29, 1969.

۳۳. نگاه کنید به پطرس پطرس غالی، جنبش افریقایی—آسیانی: ترجمه دکتر فرج الله ناصری، انتشارات خردمند، تهران، ۱۳۴۹، ص ۱۲۱.

به عنوان مثال در قرارداد لندن مورخ ۱۸۷۱ راجع به دریای سیاه در این مورد چنین مقرر شده است:

«دول متعاهد تصدیق دارند که یکی از اصول مسلم حقوق بین الملل این است که دولتها باید تعهدات خود را محترم شمارند و اجرا کنند و نمی‌توانند در عهدنامه‌های منعقده تغییری بدستند یا آنها را فسخ کنند مگر با توافق و تراضی و بوسیله قرارداد خاص». ^{۳۴}

«هودسن» قاضی دیوان دائمی دادگستری بین المللی می‌نویسد:

«هر چند دادگاه به اصل وفای به عهد اشاره‌ای نکرده است، لیکن بارها اعلام نموده که تعهدات بین المللی برای طرفین متعاهدین الزام آور است. دولتها باید تعهداتی را که بموجب عهدنامه‌ها به عهده گرفته‌اند با حُسن نیت اجرا نمایند. به همین جهت است که به دلایل اقامه شده توسط متعاهدینی که تعهدات خود را اجرا نکرده‌اند، کمتر روی خوش نشان داده می‌شود». ^{۳۵}

بطور کلی اصل وفای به عهد عموماً مورد قبول قرار گرفته است؛ بطوريکه کمتر سیستم حقوقی متمدنی را می‌توان یافت که اصل مذبور را نخستین پایه قواعد حقوقی خود قرار نداده باشد.

«آندره ویشنسکی» در این مورد می‌گوید:

«معاهدات در تئوری شوروی راجع به حقوق بین الملل به عنوان منبع اصلی حقوق بین الملل بشمار آمده است و احترام به اهمیت و اعتبار حقوقی معاهدات باید بدون چون و چرا رعایت گردد». ^{۳۶}

همچنین حقوق بین الملل به علت احترام به تمامیت ارضی کشورها، قطعی، دائمی و غیرقابل تغییر بودن را از اصول ذاتی عناصر متشکّلة عهدنامه‌های مرزی شناخته است و در رابطه با این قاعدة کلی،

. ۳۴. محمد صدری، حقوق بین الملل عمومی: جلد اول، تهران. انتشارات ابوالیحان، ۱۳۴۲، ص ۱۷۰.

35. Tung, op. cit, p. 353.

36. Artor, Larson. When Nations Disagree, Louisiana State University Press, 1961, p. 40.

نه تنها تغییر یک جانبه عهدنامه های مرزی را بر اساس اصل تغییر فاحش اوضاع و احوال جایز نمیدیده، بلکه هرگونه ادعای یک طرفه را دایر بر کان لم یکن و ملغی الاثر بودن یا تعلیق اجرای مفاد و یا انقضای اصول عهدنامه های مرزی را به هر عنوان و دلیل، مردود شناخته است. حتی در رابطه با اصل ادامه اصالت و صحت عهدنامه های مرزی، حقوق بین الملل ضمن آنکه در مورد مسئله جانشینی دول راجع به قراردادها برای دول تازه استقلال یافته حق تغییر قراردادهای منعقده بوسیله دولتهای استعماری سابق را بر اساس اصل «نیل به استقلال کشورهای جدید»^{۳۷} مجاز شمرده، لیکن اجرای این اصل را در مورد عهدنامه های مرزی قویاً منع کرده و در این مورد بر اصل تداوم معاهدات^{۳۸} تأکید شده است.^{۳۹}

رعایت این اصل مهم بین المللی، مورد نظر دولتین ایران و عراق در انعقاد عهدنامه ۱۹۷۵ نیز بوده و صریحاً در ماده ۵ عهدنامه قید شده است. ماده مذکور چنین مقرر می دارد:

«در قالب غیرقابل تغییر بودن مرزها و احترام کامل به تمامیت ارضی دولت، طرفین معظمن متعاهدین تأیید می نمایند که خط مرز زمینی ورودخانه ای آنان لا یتغیر، دائمی و قطعی می باشد».

■ ب. عدم اجرای قسمتی از ماده یک عهدنامه
دولت عراق ادعا می کند که دولت ایران آن قسمت از ماده یک عهدنامه را که مربوط به تغییرات و اصلاحات مرزی است، اجرا نکرده است. در نتیجه، چندین کیلومتر از اراضی ایران که بایستی به عراق واگذار می شد، همچنان در تصرف و اشغال ایران باقی مانده است.

همانگونه که قبل اگفته شد دولتین ایران و عراق توافق کرده بودند که بمنظور نقل و انتقال املاک و ساختمانهایی که بموجب علامت گذاری

37. Clean State.

38. Continuity of Treaty.

. ۳۹. وزارت امور خارجه، تحلیلی بر جنگ نحمیلی رژیم عراق علیه جمهوری اسلامی ایران؛ تهران، ۱۳۶۱، ص ۱۱ و ۱۰.

مجدد مرز زمینی، مالکیت آنها تغییر یافته است، کمیسیون مختلطی مشتمل بر از کارشناسان دو کشور تشکیل گردد. این کمیسیون از تاریخ ۱۴ تا ۳۱ مه ۱۹۷۸ در تهران تشکیل جلسه داد. در این جلسات، هیئت عراقی بدون توجه به دستور کار کمیسیون اعلام داشت که قبل از تحویل و تحوّل، می‌بایستی محل برخی از علائم که تعداد آنها بیست و یک عدد می‌باشد تغییر یابد، و به این ترتیب، مسائلی را که قبلاً در مورد آنها توافق شده و حتی اسناد تصویب آنها مبالغه گردیده بود، مجدداً مطرح و با توصل به آنها کار کمیسیون را به تعویق انداخت و علی رغم تأکید طرف ایرانی مبنی بر اینکه کاملاً آمادگی دارد کارت تحویل و تحوّل را فوراً شروع نماید، کار را نیمه تمام رها و تهران را ترک نمود. لازم به تذکر است که بیست و یک علامت مذکور از جمله علائمی بودند که محل آنها توسط حکم الجزایری تعیین و بوسیله مأموران عراقی نصب شده بود.

به حال در ژوئن ۱۹۷۸ دولت ایران طی یادداشتی آمادگی خود را برای نقل و انتقالات مورد بحث اعلام نمود؛ اما دولت عراق به یادداشت مذکور پاسخی نداد و موضوع را همچنان به تعویق انداخت.^{۴۰}

در سال ۱۹۷۹ دولت ایران طی چندین فقره یادداشت، تعدادی نقشه را جهت درج اسمی دهات و عوارض طبیعی و مصنوعی عراق به آن کشور ارسال کرد. این بار نیز دولت عراق به هیچیک از یادداشتها مذکور پاسخی نداد و از تکمیل و اعاده نقشه‌های مذکور خودداری نمود.

سرانجام دولت عراق در سپتامبر ۱۹۸۰ با نیروهای نظامی، مناطق «زین القوس»، «حوض میمک» و مناطق مشابه را به اشغال خود درآورد. بنابراین، دولت عراق مسئله تحویل و تحوّل را عمدتاً به تعویق انداخت تا مستمسکی برای تجاوز خود به خاک ایران داشته باشد؛ در غیر این صورت آیا اختلاف جزئی مذکور از طریق دیگری قابل حل و فصل نبود؟^{۴۱}

۴۰. وزارت امور خارجه ایران، تحلیلی بر جنگ تعبیی رژیم عراق علیه جمهوری اسلامی ایران؛ ص ۲۰.

۴۱. و سمت منطقه مورد اختلاف که دولت عراق آن را به تصرف خود درآورد ۸۰ مایل مربع بود.

بموجب ماده ۶ عهدنامه در صورت بروز اختلاف، در مرحله نخست، طی مهلتی دو ماهه از تاریخ درخواست یکی از طرفین، اختلاف مذکور از طریق مذاکرات مستقیم دوچانبه بین طرفین حل و فصل خواهد شد. در صورت عدم توافق طرفین، ظرف مدت ۳ ماه به مساعی جمیلۀ یک دولت ثالث توسل خواهند جست. در صورت خودداری هریک از طرفین از توسل به مساعی جمیلۀ یا عدم موقیت مساعی جمیلۀ، اختلاف طی مدت یک ماه از تاریخ رد مساعی جمیلۀ یا عدم موقیت آن، از طریق داوری حل و فصل خواهد شد.

نحوه و چگونگی داوری نیز بموجب الحاقیه عهدنامه کاملاً روشن گردیده و نکته ابهامی باقی نمانده است. در صورتیکه دولت عراق به هیچیک از این موارد عمل نکرده و تنها راه حل اختلاف را در جنگ جستجو نموده است که این خود نیز مخالف با نصّ صریح منشور ملل متحد می‌باشد که توسل به زور را برای حل اختلافات مردود دانسته است.

علت عدم توسل عراق به ماده ۶ به دلیل مغایرت این ماده با اهداف توسعه طلبانه عراق بود؛ زیرا بموجب بند اول این ماده و در صورت بروز اختلاف درباره تفسیر یا اجرای عهدنامه، اختلاف مزبور بایستی با رعایت کامل مسیر خط مرزی ایران و عراق مندرج در ماده ۱ و ۲ عهدنامه حل و فصل گردد. به عبارت دیگر در صورت بروز هرگونه اختلاف، مرزهای دو کشور کما کان تغییرناپذیر خواهند بود.

از طرف دیگر و ژرفه اینکه در سال ۱۹۷۰ دولت عراق به اتفاق پاکستان طرحی در مورد رژیم حقوقی رودخانه‌های بین المللی به یازدهمین کنفرانس حقوقی مشورتی آسیائی - افریقائی منعقده در غنا ارائه نمود که در ماده ۹ آن چنین پیشنهاد شده بود:

«بمنظور حفظ صلح و امنیت بین المللی، کشورهای متعهد کلیه اختلافات بین المللی خود را از طریق مسالمت آمیز حل و فصل خواهند کرد. در صورت عدم توافق، هیچیک از طرفین مجاز نیست بطور یکچانبه خود را قاضی قرار داده و داوری کند؛ بلکه می‌بایستی

اختلاف را به داوری ارجاع نموده و از رأی حکمیت نیز تبعیت نماید».^{۴۲}

اما دولت عراق بدون توجه به این پیشنهاد که ضمناً نقطه نظر و طرز برخورد آن کشور با این موضوع را بیان می‌کند، با بهانه جوئیهای بی مورد اقدام به حمله نظامی کرد و به این ترتیب عدم تقيید خود را به اصول حقوق بین الملل و نزاکت بین المللی و قراردادهایی که امضا نموده است، به اثبات رساند.

■ ج. نقض ماده ۳ عهدنامه

ماده ۳ عهدنامه چنین مقرر می‌دارد:

«طرفین معظمین متعاهدین، متعهد می‌شوند که براساس و طبق مقررات مندرج در پروتکل مربوط به امنیت در مرز و ضمایم آن که ملحق به این عهدنامه می‌باشد، در طول مرز بطور مداوم کنترل دقیق و مؤثر بمنظور پایان دادن به هر نوع رخدنه اخلاقگرانه، صرف نظر از منشاء آن، اعمال دارند».

علل قید ماده مذکور در عهدنامه مرزی و حسن هم‌جواری ۱۹۷۵ این بود که دولتین ایران و عراق برای سالهای طولانی از مخالفان یکدیگر حمایت می‌کردند. دولت ایران به کردهای عراق کمک می‌نمود و دولت عراق نیز از گروهی از مبارزان و مخالفان رژیم گذشته ایران حمایت می‌کرد. در نتیجه، بموجب ماده ۳ عهدنامه، طرفین کمک و حمایت خود را به مخالفان یکدیگر قطع کردند.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، نگرانی مقامات عراقی از صدور انقلاب ایران به آن کشور بود. انقلاب اسلامی ایران مقامات عراقی را از احتمال تکرار وضع مشابهی در آن کشور سخت به وحشت انداخت؛ بویژه

42. S. H. Amin, «The Iran - Iraq Conflict: legal Implications», The International and Comparative Law Quarte (January 1982) Vol. 31, p. 175.

آنکه اکثریت سکنه عراق را شیعیان تشکیل می‌دهند. این نگرانی بی‌مورد هم نبود؛ زیرا انقلاب ایران، شیعیان عراق را به حرکت درآورد تا جائی که دولت عراق «امام محمد باقر صدر» رهبر شیعیان آن کشور را دستگیر کرد. از طرف دیگر، در مردادماه ۱۳۵۸ خبر کشف یک کودتا در بغداد انتشار یافت که به ادعای مقامات عراقی، دو تن از رهبران اصلی کودتا شیعه مذهب بودند.

در واقع اگر هم ماده ۳ عهدنامه نقض شده باشد، این نقض از طرف دولت عراق بوده است؛ زیرا بعد از انقلاب اسلامی ایران، تحریکات عراق در خوزستان و کردستان ایران شدت گرفت. جبهه باصطلاح تحریر اهواز با کمک و حمایت دولت عراق مباردت به انفجار خطوط لوله نفت و یک سری بمب گذاریها در خوزستان نمود. اسنادی که از کنسولگری عراق در خرم‌شهر بدست آمد، شکنی باقی نگذاشت که مقامات عراقی با اعضای جبهه مذبور همکاری داشته‌اند.

اکنون این مسئله مطرح می‌گردد که در صورت نقض یکی از مواد عهدنامه، آیا این امر سبب بی اعتباری تمام عهدنامه می‌گردد یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا دولت عراق می‌تواند برفرض صحبت ادعای خود مبنی بر نقض ماده ۳ عهدنامه، آن را بطور یک‌جانبه لغو نماید؟ دولت عراق ادعا می‌کند که عدم اجرای بخشی از عهدنامه توسط ایران سبب بی اعتباری عهدنامه شده است. دولت عراق در این مورد به ماده ۶ عهدنامه استناد می‌کند که بموجب آن، عهدنامه مذکور دارای عناصر غیرقابل تعزیه است و نقض یکی از مقررات آن به اعتبار عهدنامه لطمہ وارد می‌سازد.

در این مورد باید گفت که برفرض صحبت ادعای دولت عراق، این امر خللی به اعتبار عهدنامه وارد نمی‌کند؛ زیرا از نظر قلمرو زمانی، بین اصول پروتکلهای مرزی و خُسن هم‌جواری، تفاوت اصولی و ماهوی وجود دارد؛ به این مفهوم که در مقابل خصوصیت لا یتغیر بودن عهدنامه‌های مرزی که منبعث از اصول قطعی، دائمی و تغییرناپذیر آنها می‌باشد، مقررات ناشی از خُسن هم‌جواری که ناظر به ملاحظات روز بروز است، جنبه

تغییر پذیری صرف دارد. به عبارت دیگر تغییر و تطور، مقتضای منطقی مقررات حُسن همچواری می‌باشد؛ در صورتیکه این موضوع در مورد اصول مزبور مردود شناخته شده است. اما انقضا یا لغو مقررات مربوط به حُسن همچواری بوسیله یکی از طرفین متعاهدین، خدشه‌ای به اصول اساسی ناظر به قطعی، دائمی و غیرقابل تغییر بودن مقررات مرزی و قلمرو مستقل آن وارد نمی‌سازد، سهل است اگر به علت قطع روابط سیاسی و یا قطع کامل مناسبات بین دو کشور، اجرای مقررات ناظر به حُسن همچواری به حالت تعلیق درآید، باز هم کوچکترین اثری در وضع مرزهای تعیین شده خواهد داشت.^{۴۳}

به همین جهت در بسیاری از عهدهنامه‌ها یا پروتکل‌های ناظر به حُسن همچواری، غالباً پیش‌بینی می‌شود که مقررات مورد بحث فقط برای مدت معینی قابل اجرا است و یا برای طرفین متعاهدین بعد از گذشت مدتی، حق لغو آن محفوظ خواهد بود. لیکن پیش‌بینی این شروط و اجرای آنها تأثیری در ادامه وضع اصول و مقررات ناظر به تعیین مرزهای مشترک خواهد داشت. به عنوان مثال در عهدهنامه مرزی و حُسن همچواری مورخ ۵ روزن ۱۹۲۶ دولتین عراق و ترکیه ضمن آنکه در ماده ۵ تأکید شده است که مرزهای تعیین شده در ماده ۱ قطعی و غیرقابل نقض و غیرقابل تغییر می‌باشد، لیکن در ماده ۱۷ عهدهنامه پیش‌بینی شده که مفاد فصل دوم ناظر به حُسن همچواری از تاریخی که عهدهنامه مزبور به مرحله اجرا درآید، برای مدت ده سال لازم الاجرا خواهد بود و بعد از پایان مدت دو سال از تاریخ لازم الاجرا شدن عهدهنامه، هریک از طرفین متعاهدین حق خواهد داشت که مفاد فصل ناظر به حُسن همچواری را لغونماید و الغا، یکسال بعد از تاریخ ارسال یادداشت مربوطه تحقیق پیدا خواهد کرد.^{۴۴}

۴۳. وزارت امور خارجه، تحلیلی بر جنگ تحمیلی رژیم عراق علیه جمهوری اسلامی ایران: ص ۱۱ و ۱۲.

۴۴. همان مرجع.

■ د. تحمیلی بودن عهدنامه

دولت عراق اذعا می‌کند که در زمان انعقاد عهدنامه ۱۹۷۵ در موضع ضعف بوده و عهدنامه به آن کشور تحمیل شده است. صدام حسین در رد اعتبار عهدنامه با کمال صراحةً می‌گوید که امروز موازنۀ قوا تغییر یافته و عراق در موضع قدرت است نه ایران.

این استدلال عراق مبنی بر تحمیلی بودن عهدنامه، از لحاظ حقوقی قاطع کننده نیست؛ زیرا هر دو دولت در زمان امضای قرارداد، دارای صلاحیت و اهلیت حقوقی برای امضای قرارداد بوده‌اند و عهدنامه مورد نظر در زمان حکومت حزب بعثت به امضای رسیده است.

از طرف دیگر، رهبران عراق رضایت و خشنودی خود را از امضای عهدنامه بصراحت بیان داشته‌اند؛ صدام حسین اعلامیة الجزیره را یک «توافق بزرگ و تاریخی» خواند؛ احمد حسن البکر رئیس جمهور سابق عراق طی نطقی که به مناسبت هفت‌مین سالگرد به قدرت رسیدن حزب بعثت ایراد نمود، مهمترین رویداد سیاست خارجی عراق را امضای عهدنامه حل اختلاف با ایران قلمداد کرد و گفت: عراق برغم کوشش‌های دشمنانی که می‌کوشند روابط دو کشور را خدشه‌دار سازند، به توافقهای خود با ایران که به نفع دو کشور تنظیم شده است، احترام می‌گذارد؛ و سرانجام سعدون حمادی وزیر امور خارجه که عهدنامه مزبور را از طرف دولت متبع خویش امضا نمود، رضایت خود را از حل مسالمت آمیز اختلافات مرزی بین دو کشور ابراز داشت و گفت: این موافقتنامه‌ها کلیه اختلافاتی را که میان دو کشور معوق مانده و تقریباً دو کشور را به آغاز درگیری مسلحانه کشانده بود، حل نمود. وی در ۲۲ ژوئن ۱۹۷۶ بهنگام مبادله اسناد تصویب این معاهدات اظهار داشت: حساب آنچه را که مربوط به گذشته بود تسویه کردیم و اکنون باید به فکر آینده باشیم؛ چیزی طبیعی تراز دوستی و همکاری ایران و عراق وجود ندارد. وی اضافه نمود که حل اختلافات ۴۲ ساله نباید دستاورد پیش‌پا افتاده‌ای بشمار آید.

بنابراین اولاً، گفته‌های رهبران عراق نشان می‌دهد که آنها از انعقاد عهدنامه راضی و خشنود بوده‌اند؛ ثانیاً، رهبران عراق دلیلی مبنی براینکه عهدنامه به آن کشور تحمیل شده است، در دست ندارند و قادر به اثبات آن نیستند؛ ثالثاً، بمحض ماده ۱۱ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ حقوق معاهدات، امضاء، تصویب و مبادله اسناد مصوبه یک معاهده، خود دلیل رضایت یک کشور از انعقاد آن معاهده است. ماده ۱۱ کنوانسیون مذکور چنین است:

«رضایت یک کشور از التزام به یک عهدنامه، بوسیله امضاء، تصویب، مبادله اسناد مصوب، الحاق و سایر طرقی که مورد توافق قرار گیرد، اظهار می‌شود».

همچنین بند ب ماده ۲ همان کنوانسیون اشعار می‌دارد که بمحض اصطلاحات مزبور، یک کشور رضایت خود را از التزام به یک معاهده در سطح بین‌المللی ابراز می‌دارد.^{۴۵}

همانطور که قبل اگفته شد عهدنامه ۱۹۷۵ به امضاء و تصویب مقامات ذیصلاح دولتی ایران و عراق رسیده و اسناد مصوبه آن نیز مبادله گردیده است.



جنگ تحمیلی و اجرای عهدنامه ۱۹۷۵

لغویکجانبه عهدنامه ۱۹۷۵ با توصل به زور صورت گرفت که این خود برخلاف اصول و مقررات حقوق بین‌الملل می‌باشد، زیرا بمحض مقررات حقوق بین‌الملل دولتها از توصل به زور جهت حل و فصل اختلافات

۴۵. باید اشاره نمود که جهت تنظیم و انعقاد یک معاهده مراحلی باید طی گردد که عبارتند از: مذاکره برای تنظیم عهدنامه، تحریر و امضای معاهده، تصویب توسط مقامات صلاحتی‌دان، مبادله اسناد مصوب و ثبت و انتشار معاهده. هر کدام از مراحل مذکور مبین آن است که طرفین با مندرجات عهدنامه موافقت دارند و بدین وسیله رضایت خود را از آن اعلام می‌دارند.

خود منع گردیده و مکلف شده‌اند که اختلافات خود را از طریق مسالمت آمیز حل و فصل نمایند. بحث در مورد توسل به زور و نقض حقوق بین الملل مستلزم فرصت دیگری است و در اینجا تنها تأثیر حنگ تحمیلی بر عهدنامه ۱۹۷۵ مورد بررسی قرار می‌گیرد.

عهدنامه ۱۹۷۵ به دلایل زیر برای همیشه معتبر بوده و هست و جنگ تنها اجرای آن را بطور موقت به حالت تعلیق درآورده است:

• اولاً، عهدنامه ۱۹۷۵ مغایرتی با اصول و مقررات حقوق بین الملل ندارد و حتی با تعیین خط تالوگ به عنوان مرز ایران و عراق در اروندرود، در جهت اجرای مقررات حقوق بین الملل می‌باشد.

• ثانياً، جنگ خللی به اعتبار عهدنامه مذکور وارد نمی‌کند. در این مورد که آیا جنگ باعث لغو عهدنامه‌ها می‌شود یا خیر، علمای حقوق بین الملل دو نظریه ابراز داشته‌اند: عده‌ای معتقدند که در اثر بروز جنگ، عهدنامه‌ها اعتبار خود را از دست می‌دهند؛ ولی عهدنامه‌های مرزی را از این امر مستثنی می‌کنند و معتقدند که جنگ، هیچگونه خللی به اعتبار این نوع عهدنامه‌ها وارد نمی‌سازد.^{۴۶} در مقابل، برخی دیگر معتقدند که بسیاری از معاہدات با وجود بروز جنگ اعتبار خود را حفظ می‌کنند و تنها تأثیری که جنگ براین معاہدات دارد این است که اجرای آنها را موقتاً به حالت تعلیق درمی‌آورد.^{۴۷} «کونز» در این مورد می‌نویسد:

«جنگ فقط اجرای معاہدات را معوق می‌سازد؛ ولی به اعتبار و الزام آور بودن آنها خدشه‌ای وارد نمی‌کند. به عبارت دیگر تا زمانی که بموجب مقررات حقوق بین الملل، موجباتی برای انقضای اعتبار عهدنامه‌ها پدید نیامده است، عهدنامه‌ها به قوت خود باقی

.۴۶. رجوع شود به دکتر محمد رضا ضیائی بیگدلی، حقوق بین الملل عمومی: تهران. چاپ دوم، ۱۳۶۳، ص ۱۰۰.

.۴۷. رجوع کنید به شارل روسو، حقوق بین الملل عمومی: ترجمه دکتر محمدعلی حکمت، جلد اول، تهران. دانشگاه تهران، ۱۳۴۷، ص ۱۲۴.

می باشند».^{۴۸}

گروه اخیر به روایة قضائی نیز استناد نموده و به عنوان مثال از حفظ اعتبار عهدنامه بین هند و پاکستان در مورد «رود سند» پس از جنگ ۱۹۶۵ دو کشور نام می برند.

• ثالثاً، ماده ۴ عهدنامه ۱۹۷۵ تأیید می نماید که عهدنامه مذکور و سه پروتکل و ضمائم آنها مقرراتی قطعی، دائمی و غیرقابل نقض می باشند. بنابراین عهدنامه ۱۹۷۵ برای همه زمانها معتبر است و جنگ نمی تواند خللی به اعتبار آن وارد نماید.

جالب آنکه دولت عراق، خود در سال ۱۹۶۹ به این موضوع نیز اعتراف کرده است. نماینده عراق در سازمان ملل متحده طی نامه ای به رئیس شورای امنیت در این مورد نوشته است:

«لغو یا اصلاح یکجانبه عهدنامه های مرزی تحت هر شرایطی، حتی اگر حالت جنگ بین دو کشور وجود داشته باشد، فاقد اعتبار می باشد و این یک قانون مطلق است».^{۴۹}

بموجب اصول و مقررات حقوق بین الملل نیز لغو یکجانبه عهدنامه ۱۹۷۵ محکوم است و عهدنامه مذکور و سه پروتکل و ضمائم آن و چهار موافقتنامه تکمیلی همچنان معتبر بوده و هست.



نتیجه

در سال ۱۹۷۵ دولتین ایران و عراق با انعقاد عهدنامه مرزی و حسن همکاری ۱۹۷۵ و سه پروتکل و ضمائم آنها و چهار موافقتنامه تکمیلی، به اختلافات مرزی دیر پای خود خاتمه دادند. اختلافات مرزی

48. Josef L. Kunz. The changing Law of Nations, Ohio State University press, 1968, p. 355.
49. U. N. Security Council Document, S/9185, April 29, 1969.

ایران و عراق بطور عمدۀ مربوط به اروندرود بود و عهدنامه مذکور با تعیین خط تالوگ به عنوان مرز دو کشور در این آبراه بین المللی، اختلاف را از میان برداشت.

عهدنامه ۱۹۷۵ تمام حقوق حقۀ ایران را تأمین نمی‌کرد و تعیین خط تالوگ به عنوان مرز دو کشور در اروندرود، امتیاز جدیدی برای دولت ایران محسوب نمی‌گردید؛ زیرا:

۱. دولت ایران عملًا از سال ۱۹۶۹ براساس خط تالوگ عمل می‌کرد و عهدنامه مذکور حقوق جدیدی برای ایران کسب نکرد؛ بلکه تنها بروضع موجود صحه گذاشت.

۲. اصل تالوگ یکی از اصول پذیرفته شده حقوق بین الملل عمومی می‌باشد که حقوق مزبور آن را در مورد رودخانه‌های مرزی برای تمام کشورها به رسمیت شناخته و عراق نیز یک اصل حقوق بین الملل عمومی را پذیرفته است.

۳. دولتین ایران و عراق نمی‌توانستند در عهدنامه ۱۹۷۵ خلاف اصل مذکور را بپذیرند؛ چون در این صورت عهدنامه فاقد اعتبار می‌گردد. زیرا طبق مادۀ ۵۳ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ در مورد حقوق معاهدات «هر عهدنامه‌ای که در زمان انعقاد با یک اصل لازم الرعایة حقوق بین الملل عمومی تعارض داشته باشد، فاقد اعتبار است». عهدنامه مذکور شش سال بعد از کنوانسیون فوق منعقد گردید.

دولت ایران در مقابل اصل تالوگ، قسمتی از اراضی خود را در قلمرو زمینی به عراق واگذار کرده است. بمحض مادۀ یک پروتکل راجع به علامتگذاری مجدد مرز زمینی بین ایران و عراق، مرز زمینی بین دو کشور براساس پروتکل استانبول ۱۹۱۳ و صورتجلسات کمیسیون تحديد حدود ایران و عثمانی ۱۹۱۴ تعیین گردیده است و همانطور که گفته شد پروتکل استانبول و صورتجلسات منضم به آن، حدود ۷۰۰ مایل مربع از اراضی متعلق به ایران را به دولت عثمانی واگذار کرده است.

در سال ۱۹۷۵ ایران از نظر نظامی قوی‌تر از عراق بود و از نظر

موقعیت منطقه‌ای و بین‌المللی در وضع بهتری قرار داشت و عراق نمی‌توانست نه در میدان جنگ و نه در میدان سیاست موفقیتی به دست آورد. با این حال، دولت ایران از این موقعیت استفاده نکرد؛ بلکه بر عکس رژیم عراق با وجود ضعف نظامی و انزوای سیاسی حداکثر بهره‌برداری را نمود.

عهدنامه ۱۹۷۵ علاوه بر اینکه برای رژیم عراق امتیازات ارضی به ارمغان آورد، موقعیت متزلزل رژیم بعد را تثبیت و تحکیم نمود. اهمیت این عهدنامه برای رژیم عراق تا به آن اندازه بود که صدام حسین در نطق خود در مجمع ملی عراق در ۱۷ سپتامبر ۱۹۸۰ انعقاد عهدنامه ۱۹۷۵ را یک «پیروزی بزرگ» برای مردم عراق و شخص خود دانست و گفت که «این عهدنامه امنیت و وحدت ملی و ارتش عراق را نجات داده است».^{۵۰}

با این حال، رژیم عراق عهدنامه‌ای را که اینهمه مزایا و منافع برای ملت و دولت عراق بهمراه داشته است، بطور یکجانبه لغو کرد. لغو یکجانبه عهدنامه برخلاف مقررات حقوق بین‌الملل، مغایر با اصول منشور ملل متحد و نقض مواد کنوانسیون وین ۱۹۶۹ می‌باشد. بموجب بند ۲ ماده ۶۲ کنوانسیون مذکور، عهدنامه‌های مرزی را نمی‌توان لغو کرد.

بهانه‌ها و دلایل رژیم عراق برای لغو عهدنامه ۱۹۷۵ تماماً بر اساس و صرفاً سرپوشی بر مقاصد توسعه طلبانه رهبران بعضی عراق است. سخنان مقامات عراقي شکی در این مورد باقی نمی‌گذارد. آنها بارها اعلام کرده‌اند که هدف از لغو عهدنامه مذکور، بازگشت به حالت قبل از سال ۱۹۷۵ می‌باشد. عراق در پشت این بهانه‌ها هدف دیگری نیز داشت. امروز مسلم شده است که عراق برای اینکه بتواند در منطقه موقعیت خاصی به دست آورد، به تصور اینکه پس از پیروزی انقلاب اسلامی، ارتش جمهوری اسلامی ایران از هم متلاشی شده است، و به اشاره ابرقدرتها و برای تضعیف

۵۰. دکتر منوچهر پارسا دوست، زمینه‌های تاریخی اختلافات ایران و عراق: شرکت سهامی انتشار، تهران – ۱۳۶۴، ص ۱۷۳.

انقلاب اسلامی در منطقه، و به خیال پیروزی سریع به مرزهای ایران تجاوز کرد و به زور متول شد. در صورتیکه نه تنها بموجب مقررات عهدنامه ۱۹۷۵ بلکه بموجب مقررات کنوانسیونهای لاهه ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷، میثاق جامعه ملل، پیمان بریان - کلوك ۱۹۲۸، پیمان لوکارنو ۱۹۲۵ و منشور ملل متحده، توسل به زور جهت حل و فصل اختلافات منع گردیده است. رژیم عراق با این اقدام یک بار دیگر عدم تقیید خود را به اصول و مقررات حقوق بین الملل و عهدنامه‌ای که به امضای خود آن دولت رسیده است، به اثبات رساند.

دکترا اکبر شیرازی



مروری اجمالی بر

تئوری دارا شدن غیر عادلانه

در حقوق ایران، امریکا و بین الملل



مقدمه

تئوری یا اصل دارا شدن غیرعادلانه^۱ از جمله مفاهیم و اصول حقوقی است که در غالب سیستم‌های حقوقی ملی و حقوق بین‌الملل به بیان‌ها و گونه‌های مختلف وجود دارد. هرچند بررسی تفصیلی و تطبیقی این اصل محتاج فرصت موضع و مطالعه عمیق است، ولی بررسی اجمالی آن بالاخص کاربرد قضائی آن، بطور جداگانه نیز ممکن می‌باشد. این اصل، در حقوق بین‌الملل مورد توجه مراجع رسیدگی قرار گرفته است و با برداشت ویژه‌ای که از آن شده، از اصول حقوقی مسلم بشمار می‌رود. در این مقاله عمدتاً به بررسی مفهوم این اصل و تئوری در حقوق ایران، امریکا و بین‌الملل می‌پردازیم و قلمرو اجرای آن را مطالعه می‌نماییم و در قسمت حقوق بین‌الملل، بیشتر به آرای صادره از دیوان داوری دعاوی ایران – ایالات متحده که این اصل را اعمال کرده است، می‌پردازیم و متناسب با مقال،

1. unjust enrichment (Enrichissement injuste - Enrichissement sans cause).

نحوه کاربرد صحیح آن را توضیح می‌دهیم. توجه بیشتر به آرای مزبور از این حیث است که دیوان داوری مذکور مهتمترین مرجع داوری بین‌المللی در روزگار ما است و عملکرد قضائی آن مورد عنایت محافل حقوقی بین‌المللی است؛ مضافاً اینکه برای جامعه حقوقدانان ایرانی نیز اطلاع از گوشه‌ای از عملکرد حقوقی این دیوان ضروری و مفید می‌باشد.



تئوری دارا شدن غیرعادلانه در حقوق ایران

در حقوق ایران مفهوم دارا شدن غیرعادلانه را می‌توانیم از موادی که در باب دوم قانون مدنی و تحت عنوان «در الزاماتی که بدون قرارداد حاصل می‌شود» آمده است، استنباط نمائیم. البته نه قانون مذکور و نه قانون تجارت ایران بصراحت به قاعدة دارا شدن غیرعادلانه اشارتی ندارد. مسائل مربوط به دارا شدن غیرعادلانه در حقوق ایران، مقتبس از حقوق فرانسه می‌باشد.

«قانون مدنی ایران، فصل مزبور (در الزاماتی که بدون قرارداد حاصل می‌شود) را مانند بعضی قسمتهای دیگر از قانون مدنی فرانسه پیروی نموده است و موادی را از قاعدة دارا شدن غیرعادلانه بدون آنکه قاعدة مزبور را متذکر شود، بیان کرده است... حقوقدان مشهور رومی پومپونیوس قاعدة مزبور را مبتنی بر انصاف قضائی و حق‌طلبی می‌داند و ارزش یک دستور اخلاقی بیش، به آن نمی‌دهد. قاعدة مزبور، در قرآن مجید سوره نساء آیه ۲۸: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بِتِئْنَمْ بِالْأَطْلَلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» به بیانی رساتر، به صورت دستور حقوقی آمده است».^۲

خلاصه بررسی و نظر نویسنده سطور فوق این است که اصل دارا

۲. دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، چاپ ششم، تهران—۱۳۵۶، ص ۲۵۳.

شدن غیرعادلانه، با اینکه یک قاعدة حقوقی مستقل می‌باشد، ولی به هر صورت براساس نظریه «علت تعهد» پایه‌گذاری شده است؛ چون مفروض این است که بدون علت قانونی، هیچکس نباید به زیان دیگری دara شود.

دکتر ناصر کاتوزیان در بررسی نسبتاً مژروح و مفصل خود از مبحث چهارم باب دوم قانون مدنی، به مطالعه عمیق مواد مربوط به استیفاء پرداخته و آن را به مشروع و غیرمشروع تقسیم نموده است، و از جهت ماهیت حقوقی این نهاد قانونی (استیفاء)، نظریات مختلف حقوقدانان را بررسی کرده و سه نظریه حقوقی موجود را که عبارتند از: نظریه شبه عقد، نظریه عقد و نظریه عقد و ضمان قهری، مورد تجزیه و تحلیل قرارداده و در آخر، عقیده خود را بدون اینکه به اصل دارا شدن غیرعادلانه اشاره‌ای نماید، به این شرح بیان داشته است:

«استیفاء از منابع ضمان قهری و مبنای واقعی آن اجرای عدالت و احترام به عرف و نیازهای عمومی است؛ یعنی در هرجا که شخصی از مال یا کار دیگری استفاده می‌کند و قراردادی باعث ایجاد دینی برای استفاده کننده نمی‌شود و کار او نیز زیر عنوان غصب و اتلاف و تسیب قرار نمی‌گیرد، قانونگذار استفاده کننده را ملزم به پرداخت «اجرت المثل» می‌کند. ظاهر مواد، ناظر به مواردی است که استیفاء به قهر انجام نمی‌گردد؛ ولی از مبنای آن می‌توان در تمام موارد استیفاء، حتی در فرضی که به عدوان انجام می‌شود، استفاده کرد و همبستگی میان حقوق و عدالت را فزونی بخشد». ۳

همانگونه که بیان شد، گرچه نویسنده به اصل دارا شدن غیرعادلانه اشاره‌ای ننموده است، ولی به نظر می‌رسد که معنی و مفهوم نظری را که اعلام داشته با تصوری دارا شدن غیرعادلانه یکی است؛ بخصوص اگر به قسمت آخر نظریه او توجه نمائیم که قلمرو این اصل حقوقی (استیفاء) را به مواردی که افزایش در دارائی، به نحو عدوان نیز

۳. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی؛ تهران – ۱۳۶۲، ص ۵۰۷ و ۵۰۸.

حاصل می‌شود (بجز غصب، زیرا غصب خود عنوان خاصی است) گسترش داده و سپس صحبت از همبستگی بین حقوق و عدالت نموده است. لذا می‌توان اعتقاد داشت که در این مفهوم موسع، استیفاء، همان دara شدن غیرعادلانه است.

از نظر حقوق موضوعه باید گفت که مفهوم تئوری دارا شدن غیرعادلانه در مواد ۳۰۱ تا ۳۰۶ و ۳۳۶ قانون مدنی ایران وجود دارد و از تلفیق این مواد می‌توانیم این نتیجه را به دست آوریم که حقوق ایران اجازه نمی‌دهد شخصی به زیان شخص دیگر، دارائی خود را من غیرحق افزایش دهد و یا منافعی را تحصیل نماید. ماده ۳۰۱ چنین مقرر داشته است:

«کسی که عمداً یا اشتباهآ چیزی را که مستحق نبوده است دریافت نماید، ملزم است آن را به مالک تسلیم کند».

گرچه در این ماده صریحاً اشاره‌ای به افزایش دارائی ازسوئی و کاهش آن ازسوی دیگر نشده است، ولی دقّت در مفاد ماده، ما را به نتایج زیر می‌رساند:

- دریافت «چیز». می‌دانیم که منظور از «چیز» در لسان حقوقی، آن است که منفعت عقلائی داشته باشد. وقتی که چیزی از کسی دریافت می‌شود دارائی او کم، و بر عکس به دارائی دریافت کننده افزوده می‌شود. (با قصد تملک یا استفاده).

- عدم استحقاق. می‌دانیم که استحقاقی «داشتن» چیزی فرع براین است که شخصی به یکی از اسباب و علل قانونی یا قراردادی یا وقایع حقوقی، «حق» داشتن آن را داشته باشد. وقتی که هیچیک از اسباب و علل فوق وجود نداشته باشد، طبعاً استحقاقی «داشتن» و یا «دریافت داشتن» بمنظور مالک شدن یا مورد استفاده قرار دادن نیز وجود ندارد. معنای دقیق و ظریف این عبارت، همان دارا شدن بدون استحقاق و بدون جهت و یا دارا شدن غیرعادلانه است.

• الزام به استرداد. الزام به استرداد، همان اجرای عدالت و برقراری تعادلی است که منظور و هدف از اصل دارا شدن غیرعادلانه می‌باشد. ممکن است دریافت کننده، خود شخصاً این کار را انجام دهد و یا اینکه محاکم قضائی که نگهبان و بسط دهنده عدالت در جامعه هستند، دریافت کننده را ملزم به استرداد نمایند، تا تعادل و توازن بین دو دارائی افزایش یافته و کاهش یافته (من غیرحق و غیرعادلانه)، برقرار شود. ماده ۳۰۲ قانون مدنی نیز مقرر می‌دارد:

«اگر کسی که اشتباه خود را مديون می‌دانسته آن دین را تأديه کند، حق دارد از کسی که آن را بدون حق اخذ کرده است، استرداد نماید.».

این ماده که منحصر به مورد خاص می‌باشد (استرداد دین ناروا)، بیانگریکی از مصاديق واقعی تئوری دارا شدن غیرعادلانه است. در مورد این ماده، توجه به نکته زیر، مفهوم گفته فوق را کاملاً روشن می‌سازد. این ماده صحبت از «دین» می‌نماید. با توجه به تاریخ تصویب این قانون که ۱۸ اردیبهشت ۱۳۰۷ می‌باشد و اینکه در عرف تجاری و دادوستد آن روزگار، مسئله دین حائز کمال اهمیت از نظر حقوقی بوده است، لذا انتخاب دین به عنوان نمونه و انعکاس آن در ماده ۳۰۲ ذیل عنوان الزامات بدون قرارداد، انتخاب فرد اکمل و مصدق بارز بوده است. بخصوص اگر در همینجا توجه نمائیم که سابقه تاریخی دین در حقوق ایران و عرف و عادت تجاری، یک سابقه کاملاً طولانی و قدیمی است، براهمیت این گرینش که مصداقی برای تئوری دارا شدن غیرعادلانه است، افزوده می‌شود.

ساير نکاتی که در ذيل بحث راجع به ماده ۳۰۱ ذکر كردیم، با اندک تفاوت قابل اغماض در مورد ماده ۳۰۲ نيز صادق است که از تکرار آن خودداری می‌نمائیم.

مواد ۳۰۳ تا ۳۰۶ قانون مدنی نيز نکاتی از تئوری دارا شدن

غیرعادلانه را در بر دارند که تجزیه و تحلیل آنها از حوصله مقاله حاضر خارج است؛ لذا با نگاهی گذرا به مواد ۳۳۶ و ۳۳۷ به این بحث پایان می‌دهیم.

ماده ۳۳۶ قانون مدنی می‌گوید:

«هرگاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهیای آن عمل باشد، عامل، مستحق اجرت عمل خواهد بود مگر اینکه معلوم شود که قصد تبع داشته است».

این ماده به استیفاء از عمل غیر در حقوق ما شهرت یافته و بیانگر این حقیقت است که شخصی که از حاصل کار شخصی دیگر بهره می‌جوید، مکلف است که اجرت کار عامل را تأديه نماید تا تعادل و توازن مالی بین طرفین برقرار گردد. برقراری این تعادل و توازن در اجرای عدالت و تحکیم ممنوعیت دارا شدن غیرعادلانه می‌باشد.^۴

ماده ۳۳۷ همان قانون که به استیفاء از مال غیر شهرت یافته، به این

شرح است:

«هرگاه کسی بر حسب اذن صریح یا ضمنی از مال غیر، استیفای منفعت کند، صاحب مال، مستحق اجرت المثل خواهد بود مگر اینکه معلوم شود که اذن در انتفاع مجانی بوده است».

در این ماده نیز تئوری دارا شدن غیرعادلانه بنحو بارزی بچشم می‌خورد؛ زیرا استفاده کننده مأذون را ملزم به پرداخت اجرت المثل نموده است. به عبارت روشن‌تر هدف این ماده ایجاد تعادل و توازن بین دارائی یا نفع افزایش یافته از یکسو، و دارائی یا نفع کاهش یافته از سوی دیگر است که همان ممنوعیت دارا شدن غیرعادلانه می‌باشد؛ دارائی یا نفعی که بدون جهت و سبب (نظیر قرارداد یا هر نوع سبب قانونی دیگر)، به دست آمده است.

۴. از تجزیه و تحلیل نکات فرعی این ماده که در حوصله این مقاله نیست، خودداری می‌نماییم.

در قانون تجارت ایران نیز ماده ۳۱۹ و تبصره ذیل آن بنوعی، اصل دara شدن غیرعادلانه را مدان نظر داشته است. ماده مذکور چنین مقرر می‌دارد:

«اگر وجه برات یافته طلب یا چک را نتوان بواسطه حصول مرور زمان پنج سال مطالبه کرد، دارنده برات یافته طلب یا چک می‌تواند تا حصول مرور زمان اموال منقوله، وجه آن را از کسی که به ضرر او استفاده بلاجهت کرده است، مطالبه نماید.

تبصره. حکم فوق در موردی نیز جاری است که برات یافته طلب یا چک، یکی از شرایط اساسی مقرر در این قانون را فاقد باشد».

می‌دانیم که قانون تجارت که از نظر تاریخ تصویب وارد بر قانون مدنی می‌باشد، اسناد تجاری را از سایر اسناد متمایز ساخته و برای حسن گردش امور اقتصادی جامعه، امتیازات و تضمینهایی به این اسناد داده و مدت مرور زمان این اسناد را بنابر جهاتی که فعلاً مورد بحث مانیست، کوتاه‌تر از مرور زمان عادی قرار داده است. اما به اغلب احتمال، خصوصاً با توجه به سیاق عبارت می‌توان گفت که قانونگذار برای اینکه از این رهگذر باعث افزودن بلاجهت (غیرعادلانه) به دارائی افراد نشود، بخصوص از این حیث که در زمان تصویب قانون تجارت، مردم با مرور زمان ده ساله سروکار داشته‌اند و گمان قانونگذار این بوده که در عمل ممکن است پاره‌ای اشخاص که مطالباتی دارند، از کوتاه شدن مرور زمان اسناد تجاری بی‌اطلاع مانده باشند و در نتیجه، مطالبات و حقوق آنان بلاجهت نزد اشخاص دیگر بماند، ماده ۳۱۹ را وضع نموده تا دارائی اشخاص بلاجهت نزد دیگران باقی نماند و سپس همین حکم را در مورد اسناد تجاری ناقص که وصف تجاری بودن را از دست می‌دهند نیز تکرار کرده است. (گرچه با فرض از دست دادن وصف تجاری و عادی شدن این اسناد، می‌توان اعتقاد داشت که این نوع اسناد تجاری ناقص، خود بخود مشمول مرور زمان ده ساله می‌باشند.) به هر کیفیت، معنا و مفهوم ایجاد تعادل و توازن بین دارائی افزایش یافته و کاهش یافته غیرعادلانه، در این ماده نیز بوضوح بچشم می‌خورد.

با توجه به آنچه در رابطه با تئوری دارا شدن غیرعادلانه در حقوق و
قانون ایران گفتیم، می‌توان بر نکات زیر تأکید داشت:

□ اصل دارا شدن غیرعادلانه در حقوق ایران وجود دارد.

□ دارا شدن غیرعادلانه هنگامی تحقق پیدا می‌کند که دارائی شخصی به زیان دارائی شخص دیگر و بطور غیرعادلانه (بدون سبب و جهت) افزایش یابد و یا نفعی عاید وی گردد و این جایجایی، در رابطه با هم انجام شده باشد.

□ از آنجا که قانون مدنی ایران عقود و تعهدات را از اسباب عمد و طراز اول تملک قرار داده و قسمت عمده این قانون که مشتمل بر ۱۳۳۵ ماده و ده‌ها تبصره می‌باشد، به عقود و قراردادها اختصاص یافته و فقط مواد معده‌ودی از آن ناظر بر قاعده دارا شدن غیرعادلانه است، لذا می‌توان اعتقاد داشت که مراجع رسیدگی به نگام برقراری تعادل و توازن بین طرفین دعوی، با متابعت از مواد قانون مدنی و بررسی و تجزیه و تحلیل قراردادها، عقود و تعهدات بین طرفین را مقتدم خواهند داشت و هر کجا که قرارداد، عقد و یا تعهد قابل اعمالی وجود داشته باشد، از استناد به قاعده دارا شدن غیرعادلانه خودداری خواهند نمود، والا پایه و اساس قراردادها، عقود و تعهدات طرفین همراه با خود این نهادهای قانونی، منهدم خواهد شد، و این خلاف وظيفة مراجع قضائی است. به زبان بسیار ساده، اقامه دعوی به استناد اصل و قاعده دارا شدن غیرعادلانه، و یا استناد مراجع قضائی به این قاعده هنگام صدور رأی با وجود قرارداد معتبر، بسیار بعید و غیراصولی به نظر می‌رسد.



تئوری دارا شدن غیرعادلانه در حقوق امریکا

در حقوق امریکا، کلمات «تئوری»^۵، «دکترین»^۶ و «اصل»^۷ بطور متادف بکار گرفته‌می‌شوند.^۸

تئوری دارا شدن غیرعادلانه در سطحی وسیع در حقوق امریکا مورد قبول واقع شده و تأکید اصلی آن بر روی مفهوم «غیرعادلانه»^۹ می‌باشد. پس از اینکه افزایشی در دارائی شخصی به زیان شخص دیگر حاصل شد — که تشخیص این افزایش وظیفه اصلی مراجع قضائی است — حل و فصل اختلاف عمدتاً با تجزیه و تحلیل و کاربرد صحیح مفهوم «غیرعادلانه» در چهارچوب اصول و ضوابط حقوقی امکان پذیر می‌شود. از این‌رو تجزیه و تحلیل اوضاع و احوالی که منجر به برقراری وضعیت غیرعادلانه می‌شود، در حقوق امریکا از حساسیت خاصی برخوردار است و بایستی از زوایای مختلف مورد بررسی و امعان نظر واقع گردد و سپس معنا و مفهوم قاعده دارا شدن غیرعادلانه و کاربرد آن مورد ارزیابی قرار گیرد.

«کربوس زوریس سکندوم»، دایرة المعارف قدیمی که آرا و نظرات محاکم امریکا را از سال ۱۶۵۸ با دقت و به سبک خاصی گردآوری نموده و آخرین نظرات نیز به صورت لیستهای تکمیلی سالانه به آن اضافه می‌شود، در بیان معنا و مفهوم گسترده‌واژه «غیرعادلانه» از آرای مختلف محاکم امریکا اینطور نقل نموده است:

«غیرعادلانه، واژه‌ای است که دارای ارزش و اثرات کاملاً شناخته شده می‌باشد: هر چیزی که مغایر با درستی باشد، هر چیزی که مغایر با

- ۵. theory
- ۶. doctorine
- ۷. principle

۸. رجوع کنید به فرهنگ لغات حقوقی بلاک: ص ۴۳۲، ۱۰۷۴ و ۱۳۲۵.

- 9. unjust

عدالت و حق باشد، صحیح یا منصفانه نباشد، فاقد حقوقیت و ماهیت (اصالت) بوده و خطأ آمیز باشد. این اوصاف و طبایع، برخلاف اصول و حقوق استقرار یافته باشد؛ اصول و حقوقی که ضابطه و ملاک تشخیص حق از باطل می‌باشند. در صورتیکه قانونی مغایر با حق و عدالت باشد، آن قانون نیز غیرعادلانه خواهد بود^{۱۰}.

دقّت در کلمات و جملاتی که برای بیان معنا و مفهوم غیرعادلانه بکار گرفته شده، بیانگر همان حقیقتی است که در حقوق ایران نیز شناخته شده می‌باشد. هر چند توجه به یک نکته که مربوط به غیرعادلانه بودن قانون است، می‌تواند تا حدودی روشن کننده وجه افتراقی باشد که در حقوق ایران و امریکا وجود دارد، ولی چون این موضوع با هدف مستقیم این مقاله در ارتباط نیست، از ورود در آن خودداری می‌کنیم.^{۱۱}

«کلاماری» در کتاب قراردادها تحت عنوان «جایگزینی چیست؟

معنا و مفهوم دارا شدن غیرعادلانه» چنین می‌گوید:

«سرنخی که تمام این اقدامات [جبان زیان] را با هم جمع می‌کند، این است که هر شخصی در مقابل شخص دیگر پاسخگو است؛ چرا که در غیر این صورت، ممکن است اوبنا حق بهره‌مند شده و دیگری

۱۰. کریوس ژورنال سکندر: *Corpus Juris Secundum*: ج ۹۱، ص ۴۹۰.

۱۱. توضیح مختصر آنکه ممکن است در عمل و برخی اوقات با قانونی مواجه شویم که با مقتضیات عدالتخواهی جامعه تطبیق نداشته باشد و آن را غیرعادلانه بپاییم؛ ولی تا جایی که نویسنده به خاطر می‌آورد، نادیده گرفتن قانون مصوب مجلس به عنوان عادلانه نبودن، از طرف قضات جایز شمرده نشده است. البته اصل صد و هفتادم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران قضات را مکلف نموده است که از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آئینه‌های دولتی که مغایر قانون و مقررات اسلامی ویا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه باشد، خودداری نمایند، که منظور آن جلوگیری از تداخل قوای سه گانه می‌باشد و ضمناً ناظر به تصویب‌نامه و آئینه‌است.

در می‌یستم حقوقی امریکا، به معنایی اخص کلمه با دو نوع قانون (Law) مواجه هستیم: قوانین مصوب پارلمان(enactment)، و حقوق عرفی یا نوشته شده و سلسله قاضی (Common Law; Judge-made Law) مصوبیات پارلمان در امریکا، صرف نظر از تشریفات تصویب، حکم قوانین مصوب مجلس را در ایران دارد؛ ولی حقوق عرفی یا نوشته شده و سلسله قاضی به حقوقی گفته می‌شود که در اثر عقاید مكتوب قضات در پرونده‌های قضائی بوجود آنده و حکم قانون را دارد و قضات در غایب قوانین مصوب پارلمان، خود به وضع و اجرای این قوانین (در پرونده‌های مطروده) می‌پردازند. در صورتیکه این قوانین به مرور زمان مغایر عدالت تشخیص داده شود، قضات از اجرای آن خودداری می‌نمایند.

بنا حق زیان ببیند». ۱۲

نویسنده در ادامه بحث خود هسته مرکزی مفهوم «جایگزین»^{۱۳} (جبان خسارت از طریق جایگزین کردن مال) را مبتنی بر اصل دارا شدن غیرعادلانه می‌داند و چنین بیان مطلب می‌کند:

«شخصی که بطور غیرعادلانه به زیان دیگری دara شده، ملزم به جایگزینی آنچه که بدست آورده است، می‌باشد». ۱۴

بیان ساده این حقوقدان اشاره به همان معنا و مفهوم تئوری دارا شدن غیرعادلانه است که وقوع دارا شدن بنا حق به زیان دیگری را در جامعه تحمل نمی‌کند و حکم به برطرف نمودن اثرات آن و اعاده وضع به شکلی که سابقاً وجود داشته است، می‌دهد.

در دایرة المعارف حقوقی امریکا در مورد تئوری دارا شدن غیرعادلانه با نقل قول از آرای محاکم امریکا، چنین آمده است:

«دارا شدن غیرعادلانه: این یک اصل و دکترین است که براساس آن نباید به هیچکس اجازه داده شود که به زیان دیگری، برخلاف انصاف به دارائی خود بیفزاید و یا اینکه نفعی را بدست آورد». ۱۵

علاوه بر انصاف، مبنای واقعی و حقیقی تئوری دارا شدن غیرعادلانه، وجود قراردادی فرضی بین طرفین اختلاف است. در این رابطه دایرة المعارف حقوقی امریکا چنین می‌گوید:

«... این اصل [دارا شدن غیرعادلانه] در مرکز و مدار اصل دیگر یعنی تعهدات شبه قراردادی واقع شده است، بدین معنا که شخص نباید خود را به زیان دیگری بطور غیرعادلانه دارا سازد. دارا شدن غیرعادلانه تعبیر جدیدی از دکترین شبه قرارداد می‌باشد». ۱۶

12. Calamari, Contracts, p. 571.

13. Restitution

14. Ibid, p. 572.

۱۵. همان کتاب، ج ۹۸، ص ۴۹۰.

۱۶. همان کتاب، ج ۹۸، ص ۴۹۰ و ۴۹۱.

در مورد ارتباط این شبه قرارداد فرضی و انصاف، در دائرة المعارف یاد شده می‌خوانیم:

«عموماً وجود شبه قرارداد بر مبنای اصل انصاف می‌باشد، به این معنی که به هیچکس نباید اجازه داده شود که بطور غیر منصفانه به زیان دیگری دارا گردد... کلمات «جایگزینی» و «دارا شدن»، طرح جدیدی از دکترین قدیمی شبه قرارداد هستند و ماهیت یک دعوای حقوقی به استناد تئوری دارا شدن غیر عادلانه، بر مبنای یک قرارداد ضمنی می‌باشد که بوسیله قانون مقرر گشته است». ۱۷

دقّت در مفهوم جملات فوق می‌رساند که نهایتاً حل و فصل مورد اختلاف، در محاکم قانونی^{۱۸} و بموجب قانون انجام خواهد شد. مرجع رسیدگی براساس قانون و حقوق، وجود شبه قراردادی را بین طرفین شکل یافته تلقی می‌نماید و براساس آن، اختلاف طرفین را حل می‌کند. فرض کنید، «الف» ۱۰۰ دلار مربوط به «ب» را دریافت می‌دارد، بدون اینکه قراردادی وجود داشته باشد. در حقوق امریکا، قانون و حقوق بر مبنای شبه عقد (دارا شدن غیر عادلانه)، دستور برگشت این ۱۰۰ دلار را به دارائی «ب» می‌دهند.

آنچه که فوقاً بیان شد، حقیقتی آشکار و غیرقابل تردید در سیستم حقوقی امریکا است؛ یعنی در غیاب قرارداد قابل اجرا بین طرفین، محاکم امریکا برای اینکه حدود و ثغور تعهدات طرفین دعوائی را که به استناد تئوری دارا شدن غیر عادلانه اقامه شده است، تعیین نمایند، وجود یک شبه قرارداد (البته متناسب با اختلافی که دارند) را بین آنان مفروض می‌دانند و سپس بر مبنای این شبه قرارداد، وضع تعهدات طرفین را معین و مشخص

۱۷. همان کتاب، جلد ۱۷، ص ۵۷۰ و ۵۷۱.

۱۸. دادگاه قانونی (Court of Law) در مقابل دادگاه انصاف (Court of Equity) می‌باشد. دادگاه اخیر در کلبة ایالاتی که آئین دادرسی مدنی (Rules of Civil Procedure) را انتخاب کرده‌اند، ملغی گردیده است. از جهت تاریخی اقتدارات قضائی آن وسیع و وظیفه و هدف اصلی از تشکیل آن اجرای عدالت برطبق اصول و موازن انصافی بوده است.

می‌کنند و آنگاه در انشای رأی، با استناد به اصل دارا شدن غیرعادلانه و یا همان شبہ قرارداد، حکم قضیه را صادر می‌نمایند.

بهر حال در سیستم حقوقی امریکا اصل دارا شدن غیرعادلانه مقبولیت عام دارد و آرای فراوانی براساس این قاعده صادر شده و می‌شود. معذلک اصل حاکمیت اراده طرفین در قراردادها باعث شده است که بتدریج محدودیتهایی در چهارچوب و نحوه کاربرد این قاعده برقرار شود. نه تنها اصل حاکمیت اراده، بلکه اصل انصاف نیز به نوبه خود در قلمرو اعمال و اجرای قاعده دارا شدن غیرعادلانه مؤثر است. محدودیتهای اجرای تئوری دارا شدن غیرعادلانه، موضوع قسمت بعدی این بخش از مقاله است.

محدودیتهای اجرای تئوری دارا شدن غیرعادلانه

• الف. دارا شدن غیرعادلانه و انصاف و عدالت:

یک ضربالمثل قدیمی در حقوق امریکا وجود دارد که می‌گوید: «انصاف در جستجوی عدالت است و از بیعدالتی پرهیز می‌کند».¹⁹

در این سیستم، شخصی که به استناد تئوری دارا شدن غیرعادلانه دعواهی طرح می‌کند، خود نیز باید به اجرای این اصل تن دهد و حقایق و وقایعی را که دور از چشم خوانده می‌باشد، به مرجع رسیدگی کننده ارائه نماید و تمام اهتمام خود را برای اجرای اصل فوق، صادقانه بکار گیرد و از تناقض گوئی و استناد به مبانی مختلف و سعی در محکوم نمودن خوانده به هر طریق ممکن — که نهایتاً در پاره‌ای از موارد با اصل فوق سازگاری ندارد — دوری جوید و خلاصه کلام با «حسن نیت»²⁰ عمل نماید و مصدق واقعی این ضربالمثل باشد که می‌گوید: «کسی که در جستجوی عدالت است، باید بطرق عدالت عمل نماید». ²¹ محاکم امریکا بدقت مراقب و

19. Equity Seeks to do Justice and avoid injustice.

20. good faith

21. همان کتاب: ج ۹۸، ص ۹۷۸.

هوشیارند که تحت عنوان اجرای عدالت، آلت اجرای حقاً صد سودجویانه اصحاب دعوی نشوند. یک اصل انصافی این حقوق چنین می‌گوید: «انصاف سرکوب کنندهٔ ظلم است و حتی وقتی که اقدارات منصفانهٔ خود را علیه بیعدالتی بکار می‌گیرد، نباید از مرز عدالت خارج گردد».

مراجعی که در این کشور اصل دارا شدن غیرعادلانه را پایه و اساس حکم خود قرار می‌دهند، دقیقت دارند که هیچ نوع اقدام و عمل غیر منصفانه‌ای ننمایند و به اصل ارادهٔ آزاد طرفین خدشه‌ای وارد ننمایند تا خود باعث بیعدالتی نشود. هنگامی که مرجعی برآن می‌شود که مطابق اصل دارا شدن غیرعادلانه دعوای مطروحه را حل و فصل نماید، وظیفه‌ای فوق العاده دشوار و سنگین بر عهده می‌گیرد و سعی می‌نماید که هرگز نتیجهٔ عمل او طوری نباشد که موجب شکست عدالت و گسترش بیعدالتی گردد. توصیهٔ مؤکد محاکم این است که نباید به نام اجرای عدالت، تصمیمی که غیرعادلانه است – حتی به افراد مختلف – تحمیل شود؛ هر چند که این تصمیم در چهار چوب تشریفات و مقررات، یک تصمیم قانونی به نظر برسد.

سیستم حقوقی امریکا مقرر می‌دارد کسی که به استناد تئوری داراشدن غیرعادلانه می‌خواهد اختلافات خود را با خواندهٔ حل و فصل نماید، باید کلیهٔ امتیازات و حقوقی را که به سود خوانده است و از مجموعهٔ رویدادهایی که منجر به بروز ادعای شده ناشی می‌شود، اعلام و ارائه نماید؛ مضافاً اینکه نباید هیچ‌گاه مرجع رسیدگی را تبدیل به یک آلت بدون اراده برای نیل به هدفهای خود نماید که این کار خود باعث بیعدالتی است. دایرة المعارف حقوقی امریکا چنین می‌گوید:

«کسی که خواسته‌ای را بطبق اصل دارا شدن غیرعادلانه می‌خواهد، خود ملزم به اجرای عدالت است و باید مطابق وجدان و حُسن نیت عمل نماید. اونتی تواند انتظار داشته باشد که دادگاه آلت اجرای بیعدالتی گردد».^{۲۲}

۲۲. همان کتاب: ج ۹۸، ص ۹۹۰ و ۹۹۱.

این نکته نیز قابل توجه است که حتی در مواردی که خواهان، حقوق قانونی نسبت به مورد دارد، نمی‌تواند از طریق اجرای تئوری دارا شدن غیرعادلانه وضعی را درخواست نماید که برقراری آن وضع غیرعادلانه باشد.

این مفهوم را در ادامه مباحث مرچم فوق چنین می‌خوانیم:

«همچنین او [خواهانی] که یک حق قانونی دارد نمی‌تواند این حق خود را [در اجرای اصل فوق] مستمسک اجرای بیعدالتی و ظلم قرار دهد».^{۲۳}

- ب. استناد به تئوری دارا شدن غیرعادلانه با وجود قرارداد فیما بین طرفین:

سؤال این است که آیا با وجود قرارداد و با وجود استناد و ارائه آن از طرف خواهان، مرچم رسیدگی حق دارد و یا می‌تواند قرارداد را کنار بگذارد و فقط به استناد اصل دارا شدن غیرعادلانه عمل نماید؟ به عبارت دیگر، آیا وجود قرارداد معتبر، اجرای تئوری دارا شدن غیرعادلانه را محدود و منع می‌سازد؟

آنچه که از مجموع سیستم حقوقی امریکا بر می‌آید این است که مراجع قضائی عموماً برطبق مقاد و شرایط قرارداد، اختلاف بین طرفین دعوی را حل و فصل می‌نمایند. دایرة المعارف حقوقی امریکا به نقل از آرای محاکم در این باره چنین می‌گوید:

«اصل دارا شدن غیرعادلانه نمی‌تواند بمنظور اجزای حقوق قراردادی مورد استفاده واقع گردد».^{۲۴}

همین مرچم در ادامه مباحث خود می‌گوید:

. ۲۳. همان کتاب: ج ۹۸، ص ۹۹۲.
. ۲۴. همان کتاب: ج ۳۰، ص ۹۸۸.

«کسی که در جستجوی به دست آوردن منافعی از یک معامله است، [با استناد به تئوری دارا شدن غیرعادلانه] نمی‌تواند خود را از تعهدات آن قرارداد دور نگاه دارد». ۲۵

در این سیستم، حل و فصل اختلافات طرفین دعوی بر محور شرایط قراردادی، بر حل و فصل مرافعات بر مبنای تئوری دارا شدن غیرعادلانه مقدم است؛ چرا که:

«این موضوع عموماً پذیرفته شده است که وقتی یک قرارداد وجود دارد، قانون، إعمال شبه قرارداد [اصل دارا شدن غیرعادلانه] را اجازه نمی‌دهد... اصل دارا شدن غیرعادلانه در یک شبه قرارداد، به مردم که طرفین با هم قراردادی دارند، سرایت نمی‌کند». ۲۶

نتیجه آنکه، وجود قرارداد معتبر، مانع استناد به تئوری دارا شدن غیرعادلانه می‌باشد. معذلک در برخی از ایالات امریکا، طرح دعوی به استناد تئوری دارا شدن غیرعادلانه در کنار دعوای قراردادی جایز شمرده شده است؛ مثلاً در ایالت آیداهو خواهان می‌تواند با اینکه قرارداد قابل اجرائی در دست دارد، به استناد قاعدة «مطالبه اجرت المثل» ۲۷ و یا اصل دارا شدن غیرعادلانه، علیه خوانده اقامه دعوی کند و یا اینکه اصل فوق را به صور «تخییری» ۲۸ در کنار دعوای قراردادی خود، مورد استناد قرار دهد و درخواست کند که آنچه را که مستحق است، برطبق شرایط قراردادی و یا اصول یاد شده، دریافت نماید. دایرة المعارف حقوقی امریکا در این رابطه چنین می‌گوید:

۲۵. همان کتاب: ج ۳۰، ص ۹۹۱.

۲۶. همان کتاب: ج ۱۷، ص ۵۷۴.

27. *quaritum Merit*

۲۸. دعوای تخییری یعنی اینکه خواهان، مبانی حقوقی و توجیهی ادعای خود را بطور متوجه انتخاب و ارائه کند و سپس از مرجع رسیدگی بخواهد که هر کدام از مبانی را که به نظر او موجہ است اختیار و برآسانس آن خوانده را محاکم نماید.

دعوای تخییری با دعوای غیرمنتجز نبایستی اشتباه شود؛ زیرا در دعوای تخییری نیز خواسته خواهان معلوم و معین است. «مجلة حقوقی»

«کسی که برطبق یک قرارداد صریح ما به ازای خدماتی را که تسليم داشته مطالبه می‌نماید ولی عاجز از تعریفه قرارداد است، اما ارائه خدمات را به اثبات می‌رساند، می‌تواند مستحق دریافت اجرت المثل برطبق قاعدة «آنچه که سزاوار است» [اجرت المثل] باشد... در جائی که طرفین توافق نموده باشند که در صورت بروز اختلاف راجع به مبلغ اشیای تسليم شده و یا بهای کار انجام شده، داوران حق داشته باشند که ارزش کار تمام شده را معین کرده و داوران نیز به این کار مبادرت نمایند، لزومی ندارد که خواهان، دعوای خود را برمبنای شرایط قراردادی تعقیب نموده باشد. خواهان می‌تواند ما به ازای آنچه را که تسليم داشته است، برطبق اصل الزامات [شبه قرارداد] مطالبه و وصول نماید».^{۲۹}

همانطور که ملاحظه می‌شود گرچه در حقوق امریکا تئوری دارا شدن غیرعادلانه یک اصل جا افتاده و شناخته شده است، معدلک اصل حاکمیت اراده طرفین قرارداد، باعث شده که محدودیتهای بتدربیج در نحوه کاربرد این تئوری برقرار شود.

- اکنون که ماورای هرگونه شک و تردید منطقی، این موضوع روشن شد که قرارداد، مانع پابرجا و مستحکمی برای استناد به تئوری دارا شدن غیرعادلانه است، بحث محدودیتهای اجرای تئوری دارا شدن غیرعادلانه در حقوق امریکا را با تأکید و یادآوری نکات زیر پایان می‌دهیم:
- کسی که در جستجوی عدالت است، باید برطبق عدالت عمل نماید.
- از اجرای انصاف نباید هیچ ظلمی حادث گردد.
- مراجع قضائی در اجرای اصل دارا شدن غیرعادلانه، نباید آلت فعل اجرای مقاصد سودجویانه اصحاب دعوای شوند.
- وجود قرارداد معتبر، مانع استناد به تئوری دارا شدن غیرعادلانه است.
- مراجع قضائی، با وجود قرارداد حق ندارند به اصل دارا شدن غیرعادلانه استناد جویند، مگر اینکه طرفین بخواهند مطابق اصل فوق عمل شود.

.۲۹. همان کتاب: ج ۱۷، ص ۷۰۸ و ۷۵۸



تئوری دارا شدن غیرعادلانه در حقوق بین الملل

نگاهی کوتاه به منابع حقوق بین الملل – قراردادها، عرف، اصول حقوق بین الملل، تصمیمات مراجع قضائی، عقاید علمای حقوق و تصمیمات سازمانهای بین المللی – گویای این حقیقت است که باید کاربرد تئوری دارا شدن غیرعادلانه را بیشتر در چهارچوب دو منبع اخیر (آرای مراجع قضائی و دکترین) جستجو نمائیم. بحث در مورد دکترین را به نوبت دیگری محول می‌کنیم و در بررسی آرای مراجع رسیدگی بین المللی، بخصوص برآرای دیوان داوری ایران و امریکا، تأکید بیشتری می‌نماییم.

«لاترپاخت» در کتاب «حقوق بین الملل» خود، در قسمت مربوط به «فرد در حقوق بین الملل» با نقل قول از رأی ۴ فوریه ۱۹۶۰ دیوان عالی اتریش در مورد اصل دارا شدن غیرعادلانه اینطور بیان مطلب نموده است:

«خسارات قابل پرداخت براساس این ارزیابی [ضبط اموال، پرداخت خسارات کافی] فقط خسارات واقعی هستند، بدون اینکه هیچ عنصری از دارا شدن غیرعادلانه در آن باشد». ۳۰

موضوع پرونده فوق، دعوای یک تبعه اتریش علیه دولت اتریش و به علت ضبط اموال وی در یوگسلاوی و بوسیله دولت یوگسلاوی بوده است. ماده ۲۷ قرارداد ۱۵ مه ۱۹۵۵ دولتین اتریش و یوگسلاوی مقرر داشته که دولت اتریش مسئول پرداخت خسارات اموال اتباع خود می‌باشد که در یوگسلاوی ضبط گردیده است.

گرچه این رأی از یک مرجع داخلی صادر شده است، ولی چون در ارتباط با یک قرارداد بین المللی و حقوق ناشی از آن و عمل ضبط اموال

۳۰. لاترپاخت، حقوق بین الملل: ج ۴۰، ص ۱۷۵.

تبغه یک دولت وسیله دولت دیگر قرار دارد، لذا موضوع حقوق بین الملل هم می باشد و در آن به تئوری دارا شدن غیرعادلانه نیز— به شرحی که بیان شد — اشارت رفته است.

در قضیه امتیاز نفت که یک شرکت امریکائی در سال ۱۹۳۸ از چکوسلواکی اخذ کرده و در سال ۱۹۵۴ این امتیاز وسیله دولت لغو گردیده بود، شرکت امریکائی مبلغ ۱,۳۷۵,۱۱۳ دلار بطور تخيیری و برمبنای تئوری دارا شدن غیرعادلانه از دولت چکوسلواکی مطالبه نمود. مرجع رسیدگی که عبارت بود از کمیسیون حل و فصل دعاوی خارجی ایالات متحده^{۳۱} به شرح زیر نسبت به درخواست خواهان اظهار نظر نمود:

«در رابطه با ادعای تخيیری [دعاوی دارا شدن غیرعادلانه]، پرونده مبین هیچ دلیلی نیست که نشان بدهد دارائی متعلق به خواهان که در این عملیات درگیر بوده است، در جریان جنگ از بین نرفته باشد و همچنین دلائلی وجود ندارد که این دارائیها وسیله دولت چکوسلواکی در تاریخ ۱ ژانویه ۱۹۴۵ یا پس از آن ضبط شده باشد». ^{۳۲}

مفاذ رأی طوری است که نشان می دهد در صورتی که اثبات می گردید دارائی خواهان وسیله دولت چکوسلواکی ضبط گردیده بود، اصل دارا شدن غیرعادلانه مورد امعان نظر واقع می شد.

دیوان داوری دعاوی ایران و امریکا که براساس بیانیه های الجزایر از سال ۱۳۶۱ تشکیل شده و هم اکنون نیز مشغول کار است، برای اولین بار، اصل دارا شدن غیرعادلانه را در رأی شماره ۲۱۹-۲۳۵ مورخ ۱۰/۱/۱۳۶۲ خود مورد امعان نظر قرار داده و عقیده خود را اینطور بیان نموده است:

«دیوان داوری معتقد است که خوانده— بانک ملت— مبلغ ۳۸۰,۰۰۰ دلار آقای «ایسایاه» را بنحو از تاریخ ۱۰ ژانویه ۱۹۷۹

31. United States, Foreign Claims Settlement Commission.

. ۳۲. همان کتاب: ج ۴۰، ص ۱۱۲.

(۲۰ دی ماه ۱۳۵۷) ضبط کرده است و ایسایاه استحقاق دریافت

غرامتی به مبلغ مزبور را دارد».^{۳۳}

همین جا اضافه کنیم که این رأی که به استناد تئوری دارا شدن غیرعادلانه اصدر یافته، بنابه جهات و دلایل متعدد فاقد ارزش حقوقی است و نمی‌تواند به عنوان یک رویه مورد استناد واقع گردد؛ ولی تا آنجا که به بحث ما مربوط می‌شود متذکر می‌شویم که اصولاً و با وجود ارائه چک بوسیله خواهان و استناد به آن (قرارداد بین خواهان و خوانده)، دیگر دعوای مبتنی بر اصل دارا شدن غیرعادلانه، مسموع نیست. دعوای فرعی دارا شدن غیرعادلانه هنگامی قابل طرح است که خواهان راه دیگری برای احقاق حق خود نداشته باشد. خواهان که ورقه چک برگشت شده را که مورد تأیید و قبول خوانده می‌باشد، در دست دارد و به استناد آن، دادخواست تسلیم دیوان نموده است، دیگر نمی‌تواند بطور تخيیری به تئوری دارا شدن غیرعادلانه استناد جوید. ما بقدر کافی در این مورد در بحث راجع به حقوق ایران و امریکا صحبت نموده ایم و قصد تکرار مطالب را نداریم؛ لذا با تأکید بر این نکته که رأی مذکور یک اشتباه بین قضائی است، این بحث را خاتمه می‌دهیم. ولی اجمالاً متذکر می‌شویم که این رأی در ماهیت، اشتباه است؛ چون قرارداد (اصل چک) وجود دارد. و از نظر صلاحیت، اشتباه بزرگتر است؛ چون چک متعلق به تبعه اسرائیل بوده است (نه تبعه امریکا) و این حقیقت در متن چک منعکس می‌باشد.

دیوان مذکور در رأی شماره ۱-۳۳-۳۵-۱۳۶۳/۴/۱ با تفصیل بیشتری به بررسی تئوری دارا شدن غیرعادلانه پرداخته و ابتدا از قول «فرانچیونی»^{۳۴} معنی این اصل را که از حقوق رم سرچشمه گرفته به شرح زیر نقل نموده است:

۳۳. رأی شماره ۲-۲۱۹-۳۵ دیوان دعاوی ایران و امریکا، ص ۱۱. متن رأی و نقد آن را در مجله حقوقی، شماره ۲، صفحه ۹۳ تحت عنوان «نقد اجمالی رأی ۲-۲۱۹-۳۵» به قلم نگارنده ملاحظه فرمائید.

34. Francioni

«مفهوم دارا شدن بلا جهت [غیر عادلانه] از حقوق رم سرچشم می‌گیرد، که در آن، مفهوم یاد شده به صورت وسیله منصفانه‌ای پدید آمده تا مواردی را در برابر گیرد که در آن موارد کلی، اقامه دعوی برای احراق حق وجود ندارد».^{۳۵}

دیوان در ادامه بحث خود راجع به این اصل و اینکه برای دارا شدن نباید علت و موجبی وجود داشته باشد، عقیده خود را اینطور بیان می‌کند:

«برای دارا شدن باید توجیهی وجود نداشته باشد و از طریق قرارداد یا طریق دیگر، وسیله‌ای در اختیار طرف زیان دیده نباشد که وی با استفاده از آن بتواند از طرفی که دارا شده، مطالبه خسارت کند».^{۳۶}

ملاحظه می‌شود که در اینجا دیوان به پیروی از چهارچوب و ضوابط اصولی قاعده دارا شدن غیر عادلانه، اعلام داشته است که با وجود رابطه قراردادی و یا سایر جهاتی که احراق حق امکان پذیر باشد، تئوری دارا شدن غیر عادلانه قابل استناد و اجرا نیست و این درست معکوس عقیده‌ای است که در رأی شماره ۲۱۹-۲۵۰ فوق الذکر (بند ۱۶) ابراز گردیده است.

دیوان در ادامه رسیدگی، با رد ادعای خواهان در مورد مطالبه عدم التقط و رد ادعاهای متعدد دیگر وی، فقط در مورد قسمتی از ادعای مربوط به استفاده خوانده از تأسیسات خواهان که بناحق صورت گرفته، به استناد تئوری دارا شدن غیر عادلانه در غیاب جهت و وسیله دیگری برای احراق حق، رأی به محکومیت خوانده به این شرح داده است:

«برآورد میزان غرامت مناسب بابت استفاده و انتفاع واقعی سازمان بنادر و کشتیرانی از تأسیسات، ظرف مدت ذیر بسط ... میزان منصفانه غرامتی که باید به سی - لند [خواهان] پرداخت گردد ۷۵۰,۰۰۰ دلار

۳۵. رأی شماره ۱-۳۳-۱۳۵، ص ۲۸ متن فارسی. به نظر می‌رسد که کلمه «کلی» درست و در جای خود ترجمه نشده باشد. شاید ترجمة رساندن این باشد که بگوئیم «... که در آن مورد، اقامه دعوی (ولو بطور کلی) برای احراق حق وجود ندارد».

۳۶. همان رأی، ص ۳۹.

برآورد می‌شود».^{۳۷}

اینکه تشخیص زیان واردہ به خواهان و سود حاصله برای خوانده با توجه به اسناد و مدارک پرونده و مدافعت طرفین، بطور صحیح انجام شده است یا خیر، موضوع بررسی ما نیست و اظهارنظر راجع به آن، فرصت دیگری می‌خواهد؛ ولی با فرض صحیح بودن تشخیص، استناد به تئوری دارا شدن غیرعادلانه از طرف دیوان در این چهار چوب می‌تواند صحیح و اصولی بشمار آید.

دیوان داوری در رأی شماره ۱۱۴-۱۴۰، اصل دارا شدن غیرعادلانه را از جهت اعمال آن در پرونده و حقی که برای اقامه دعوی بر مبنای این اصل برای خواهان بوجود می‌آید، مورد تجزیه و تحلیل قرار داده و نظر خود را در این باب به این شرح ابراز داشته است:

«ادعای مبتنی بر دارا شدن بلاجهت [غیرعادلانه]، ادعائی نیست که برقرارداد مبتنی باشد...، دیوان معتقد نیست که براساس آن تئوری، قانوناً مبنای برای طرح ادعا ایجاد می‌شود؛ زیرا که قرارداد کماکان معتبر و قابل اجرا است».^{۳۸}

دیوان سپس با بررسی نظرات و آراء و عقاید محاکم و مراجع قضائی و علمای حقوق، به این نتیجه می‌رسد که تمامی نظرات ابرازی و رویه‌های متذکره، دلالت براین دارد که با وجود قرارداد قابل اجرا بین طرفین، مستند قرار دادن تئوری دارا شدن غیرعادلانه، فاقد وجاحت قانونی و مغایر اصول مسلم قضائی است. دیوان می‌گوید:

«همگی [مراجع قضائی و علمای حقوق] معتقدند قاعدة کلی این است که چنانچه قرارداد معتبری وجود داشته باشد، نمی‌توان مدعی دارا شدن بلاجهت [غیرعادلانه] شد».^{۳۹}

.۳۷. همان رأی، ص ۳۳.

.۳۸. رأی شماره ۱۱۴-۱۴۰، ص ۱۸.

.۳۹. همان رأی، ص ۹ و ۱۸.

دیوان به پیروی از چهار چوب فوق که منطبق با موازین و اصول شناخته شده حقوقی است، نظر خود را در مورد ادعای مطروحه برمبنای اصل دara شدن غیر عادلانه، به این شرح بیان می‌دارد:

«حق طرح دعوی بنحو تغییری براساس دara شدن بلاجهت [غیر عادلانه]، در پرونده حاضر ایجاد نمی‌شود. در وضعیتی که قرارداد لازم الاجرا نسبت به هر دو طرف وجود دارد، تعیین این مسئله که اجرای قرارداد منجر به «Dara شدن» طرفی می‌شود و چنین دara شدنی نسبت به طرف دیگر «بلاجهت و ناروا» است، بدون تعیین دقیق حقوق و تعهدات قراردادی طرفین، میسر نیست». ^{۴۰}

و آنگاه به پیروی از خط مشی اصولی فوق، دعوای دara شدن غیر عادلانه را در پرونده مذکور ماهیتاً رد نموده است.

در رأی شماره ۲۱۷-۲۰۷ نیز دیوان، تئوری دara شدن غیر عادلانه را مورد امعان نظر قرار داده و بندهای ۱۷ تا ۲۲، بیش از ۳ صفحه کامل از رأی را به بیان مطالبی در این باره اختصاص داده است و پس از اعلام اینکه مفهوم دara شدن غیر عادلانه، به اشکال مختلف در سیستمهای حقوقی دنیا و از جمله ایران (مواد ۳۳۶ و ۳۳۷ قانون مدنی) وجود دارد، آن را یک اصل جاافتاده حقوق بین الملل نیز محسوب داشته و با نقل قول از رأی شماره ۱۳۵-۳۳ دیوان — به شرح زیر — در واقع، مفاد رأی اخیر را مورد تأیید و حمایت قرار داده و عناصر لازم برای قابل استناد و اجرا شدن اصل مذکور را مشخص کرده است:

«لازم است که یک طرف به ضرر طرف دیگر دara شده و این هر دو، باید پامد عمل یا رویداد واحدی باشد. برای دara شدن باید توجیهی وجود نداشته باشد و از طریق قرارداد یا طرق دیگر، وسیله‌ای در اختیار طرف زیان‌دیده نباشد که وی با استفاده از آن، بتواند از طرفهای دارا شونده، مطالبه خسارت کند». ^{۴۱}

.۴۰. همان رأی، ص ۱۹.

.۴۱. رأی شماره ۲۱۷-۲۰۷، ص ۹.

معدلک دیوان داوری با انشای جملاتی در این رأی خویش، دایرۀ اصل تئوری دارا شدن غیرعادلانه را بطور غیرموجه و نادرستی گسترش داده و خواهانی را که نتوانسته به استناد قرارداد، مطالباتش را از طرف قرارداد وصول نماید (و از این حیث با مشکلات جدی مواجه شده و در معرض خطر قرار گرفته است)، مجاز دانسته که از قرارداد بین خود و طرف خویش بگذرد و به استناد تئوری دارا شدن غیرعادلانه، حتی به شخص ثالثی رجوع کند که حسب الادعاء از نتیجه کار او منتفع و دارا شده است.

چون بحث درباره نظر اشتباه دیوان داوری در خصوص بسط بیجای دامنه اصل تئوری دارا شدن غیرعادلانه، مفصل و مستلزم آشنا کردن قبلی خوانندگان محترم با خصوصیات دعوای مطروحه در نزد دیوان و چند و چون پرونده مربوطه است، فعلًاً که هدف این مقاله نقد رأی مورد بحث نیست، از ورود به آن بحث می‌گذریم و آن را به فرصت مناسب و مقاله مستقل دیگری موكول می‌کنیم.

در پایان این بحث با درنظر گرفتن مجموع کاری که دیوان دعاوی ایران و امریکا به عنوان یک مرجع بین‌المللی داوری در رابطه با تئوری دارا شدن غیرعادلانه انجام داده است، خود را ملزم می‌دانیم که آرای شمارۀ ۱۳۵-۳۳-۱ و ۱۴۰-۲-۱۱۴ فوق الذکر را که مستدلّاً تئوری دارا شدن غیرعادلانه را مورد بررسی و امعان نظر قرار داده و چهارچوب اصولی و منطقی آن را براساس برداشت معتبر و قابل قبولی که در حقوق بین‌الملل وجود دارد، ترسیم نموده‌اند، مورد تأیید و تحسین قرار دهیم و در قبال آن، ضمن انتقاد از آرای شمارۀ ۲۱۹-۲ و ۳۵-۲۱۷-۲ و ۲۰۷-۲۱۷-۲ خاطرنشان سازیم که مراجع قضائی به هیچوجه حق ندارند با دست زدن به تفسیر و تعبیرهای غیرموجه، باعث خدشه دار شدن اراده طرفین گردند؛ هر چند به بهانه اجرای عدالت باشد.

مراجع قضائی باید به خاطر داشته باشند که آرای آنان در معرض قضاویت افکار عمومی بخصوص اهل فن قرار گرفته و به شکل وسیع‌تری نیز

در آینده قرار خواهد گرفت؛ لذا باید نهایت دقّت مبذول گردد که از اصول مسلم عدول نشود.

نتیجه

از مجموع مباحثی که گذشت، نتایج زیر به دست می‌آید:

در حقوق ایران معنا و مفهوم اصل دارا شدن غیرعادلانه شناخته شده می‌باشد و به ترتیبی که توضیح داده شد، قانون مدنی و قانون تجارت اشاراتی غیرمستقیم به این اصل دارند و می‌توان این اصل را در حقوق ایران پذیرفته شده دانست.

در حقوق ایران اصل درجه اول و با اهمیت، احترام به اعتبار قراردادها و توافق طرفین است و با وجود رابطه قراردادی، استناد به تئوری دارا شدن غیرعادلانه به صورت مستقل و یا تغییری، امکان پذیر نیست و قاضی یا داور حق ندارد قرارداد طرفین را کنار بگذارد و با استناد به اصل دارا شدن غیرعادلانه، اختلاف را حل و فصل نماید.

تئوری دارا شدن غیرعادلانه در حقوق امریکا مورد قبول است؛ ولی در جایی که رابطه قراردادی (یا جهت دیگر) برای اقامه و تعقیب دعوی وجود دارد، محاکم اکثراً مطابق شرایط قراردادی، مورد اختلاف را حل و فصل می‌نمایند. فقط در تعداد کمی از ایالات، دعواهای فرعی تئوری دارا شدن غیرعادلانه همراه دعواهای قراردادی قابل طرح می‌باشد؛ یعنی با وجود رابطه قراردادی یا هر جهت دیگری برای اقامه دعوی، استناد به اصل دارا شدن غیرعادلانه را جایز ندانسته و چنین دعواهی را ممنوع می‌دانند.

در مواقعي که فقط به استناد تئوری دارا شدن غیرعادلانه اقامه دعوی می‌گردد و یا اینکه توأمًا به استناد این اصل و قرارداد، طرح دعوی می‌شود و مرجع رسیدگی تصمیم می‌گیرد که مطابق اصل دارا شدن غیرعادلانه اختلاف را حل و فصل نماید، نهایت کوشش را معمول می‌دارد که عدالت واقعی را برقرار سازد و در این صورت بین خوانده و خواهان فرقی

نیست و چه بسا که طرفین، مساوی و یا یکی از آنها بازنده شوند؛ ولی در صورت اقامه دعوای متقابل ممکن است خواهان، پرداخت کننده شود.

در مورد فوق اگر خواهان، بازنده (پرداخت کننده) باشد، چه بسا در صورتیکه صرفاً از راه قراردادی پیش رفته بود و به اصل دارا شدن غیرعادلانه تمسک نمی‌جست، چیزی را از دست نمی‌داد.

نهایتاً در صورتیکه بخواهیم قضاوی کلی در سطح حقوق امریکا از تئوری دارا شدن غیرعادلانه داشته باشیم، باید بگوئیم با قیودی که بتدریج به صورت «ضرب المثل»^{۴۲} براین اصل وارد شده، کاربرد آن در پرونده‌ها بسیار محدود است؛ گرچه خود اصل، مقبولیت عام دارد، ولی کمتر خواهانی است که با داشتن قرارداد، برای احقيق حق به این تئوری متول شود، چون احتمال زیان برای او هم می‌رود.

در حقوق بین‌الملل، صرف نظر از آرای دیوان دعاوی ایران و امریکا، رویه اندکی در این مورد وجود دارد^{۴۳} و اکثراً نیز دعوای دارا شدن غیرعادلانه رد شده است؛ مانند مواردی که ذکر کردیم، یا دعوای «امباتیلوس»^{۴۴} و دعوای «دیکسون»^{۴۵} که در هر دو مورد، دعوای دارا شدن غیرعادلانه رد گردیده است.

در آرائی که در این مقاله قبلًا به آنها اشاره شده است (دعای تبعه اتریش علیه آن کشور و قضیه شرکت امریکائی و چکوسلواکی)، تئوری دارا شدن غیرعادلانه، مستند و مورد امعان نظر مراجع رسیدگی کننده نیز واقع شده ولی به لحاظ عدم احراز افزایش غیرعادلانه در دارائی خوانده، دعوای رد گردیده است.

42. maxim

۴۳. تا جایی که نویسنده در این مورد توانسته است تحقیق نماید.

۴۴. در دعوای یونان علیه انگلستان مبنی بر اینکه انگلستان مبلغ ۵۰۰,۰۰۰ پوند وجه ضمانت‌نامه پرداختی «امباتیلوس» تبعه یونان را ضبط نموده و بطور غیرعادلانه بر دارائی خود افزوده است، به لحاظ اینکه رابطه قراردادی وجود داشته، این دعوای رد گردیده است.

۴۵. Dickson Car wheel Co. V. United Mexican States کمیسیون مشترک دعاوی دولتین امریکا و مکزیک که به موضوع فروش تعدادی چرخ به شرکت راه آهن مکزیک و سیله شرکت امریکائی دیکسون رسیدگی می‌کرد، دعوای دارا شدن غیرعادلانه را به لحاظ وجود رابطه قراردادی، رد نمود.

طبق رویه بین المللی، در صورتی می‌توان به استناد اصل و تئوری دara شدن غیرعادلانه طرح دعوی کرد که رابطه قراردادی وجود نداشته باشد.

آرای شماره ۱۳۵-۳۳-۱ و ۱۴۰-۲ دیوان داوری ایران و امریکا تئوری دارا شدن غیرعادلانه را مورد امعان نظر قرار داده و بصراحت پذیرفته اند که با وجود رابطه قراردادی نمی‌توان به اصل دارا شدن غیرعادلانه تمستگ جست.

رأی شماره ۳۵-۲۱۹-۲ شعبه دوم دیوان که در آن تئوری دارا شدن غیرعادلانه با ابعادی گسترده و غیراصولی و با وجود قرارداد، مورد قبول واقع شده است، نظریه‌ای خلاف اصول قضائی و غیرمعترب بوده و به هیچوجه حیثیت حقوقی ندارد و قابل استناد نیز به نظر نمی‌رسد.

درباره رأی شماره ۲۱۷-۲۰۷ نیز باید گفت که گرچه در این دعوی به استناد تئوری دارا شدن غیرعادلانه رأی صادر نشده است، ولی از جهت نحوه تجزیه و تحلیل حقوقی مسائل مربوط به اصل مذکون، نظرات ابرازی، علیل و فاقد ارزش قضائی می‌باشد. دیوان در قبول یا رد تئوری دارا شدن غیرعادلانه دچار شگ و تردید بوده است و رأی که بر مبنای شگ و تردید صادر شود، فاقد وجاهت حقوقی است و نمی‌تواند به عنوان رویه مستند، مورد قبول واقع گردد.

محمدحسن بردبار



اجرای احکام مدنی خارجی در انگلستان

از نقطه نظر کامن لو



مقدمه

امروزه به سبب گسترش تجارت و روابط بین المللی، موضوع اجرای احکام خارجی نسبت به دوران گذشته از اهمیت بیشتری برخوردار است؛ مضافاً اینکه احکام خارجی بلااجرا موجب بروز مسائل و مشکلات پیچیده فراوانی در حقوق بین الملل خصوصی می‌شوند. با توجه به لزوم اجرای احکام صادره از دادگاههای ایران علیه اتباع خارجی و یا علیه ایرانیانی که در حوزه صلاحیت قضائی کشورهای خارجی بسر می‌برند و دارای اموالی در کشورهای مذکور می‌باشند، بخصوص در سالهای اخیر، موضوع آگاهی از چگونگی اجرای احکام خارجی در کشورهای مختلف جهان از اهمیت خاصی برخوردار شده است؛ بویژه در مواردی که محکوم له این قبیل احکام، دستگاههای دولتی ایرانی باشند.

قبل از هرگونه اقدام در مقام اجرای یک حکم خارجی، می‌بایست امکان یا عدم امکان انجام این امر، برای محکوم له روشن گردد و در صورتیکه امکان اجرای آن وجود داشته باشد، باید بررسی شود که چگونه و بر طبق چه شرایطی این موضوع تحقیق می‌پذیرد. هدف این مقاله پاسخگوئی

اجمالی به سؤالاتی است که در رابطه با اجرای احکام صادره از محاکم ایران و یا محاکم هر کشور خارجی دیگر، در انگلستان و از نقطه نظر کامن لوپیش می‌آید. این مقاله در دو قسمت تنظیم شده است: پس از تعریف پاره‌ای اصطلاحات که در مباحث بعدی مورد اشاره و ارجاع قرار می‌گیرد، در قسمت اول روشها و شرایط اجرای احکام خارجی در انگلستان مورد بحث قرار گرفته است و در قسمت دوم از دفاعیاتی که محکوم علیه حکم خارجی براساس ضوابط حقوق انگلیس، می‌تواند در پاسخ به درخواست اجرای حکم و تزد محکمة انگلیسی رسیدگی کننده به این درخواست، اقامه و عنوان کند، گفتگو بعمل آمده است.

ضمن اینکه امید است این مقاله مورد استفاده علاقمندان قرار گیرد، نگارنده خود را از راهنمائی و ارشاد اساتید محترم و صاحب‌نظران گرامی بی‌نیاز نمی‌داند.

تعاریف

۱. حکم، قرار، دستور:

«حکم عبارت است از تصمیمی که در خصوص دعوائی که قبلًاً اقامه شده است، اتخاذ می‌گردد. هر نوع تصمیم دیگری را که در مواردی غیر از مورد مذکور اتخاذ می‌شود، دستور می‌نامند».^۱

در جای دیگر کلمه «حکم» دقیقاً به تصمیم دادگاه کامن لو اطلاق شده است؛ در حالیکه معمولاً به تصمیم دادگاه انصاف، «قرار» گفته می‌شود. در هر حال، طبق قانون (ترکیب) دادگاه عالی قضائی مصوب ۱۹۲۵، واژه «حکم» شامل «قرار» هم می‌شود.^۲

1. Judgment, Decree & Order.

2. Perlord Esher, M. R., In Onslow V. Inland Revenue Comrs. 1890, 25 Q. B. D. 465, at p. 466.

3. The supreme court of judicature (Consolidation) Act, 1925. vol. 7, S. 225 p. 623.

حکم یا در مورد اموال صادر می‌شود یا در خصوص اشخاص.

۲. حکم در مورد اموال^۴:

حکم در مورد اموال عبارت است از حکم صادره از یک دادگاه صلاحیتدار که ضمن آن، وضع قانونی یک شخص یا حق او و یا حقوق واگذار شده به او را در رابطه با مالی که بطور واقعی یا اعتباری در حوزه صلاحیت دادگاه مذکور واقع شده است، تعیین می‌کند. این مطلب را گراوسون با این عبارت تعریف کرده است:

«دعوی در مورد اموال عبارت است از دعواهی که نه تنها حقوق و وظایف میان خود اصحاب دعوا را تعیین و مشخص می‌کند، بلکه بطور جامع نسبت به آنچه که بعداً نیز ممکن است علیه اشخاص ثالث مؤثر باشد، تصمیم گرفته و آن را حل و فصل می‌نماید».^۵

احکام در مورد اموال عموماً بر دو نوعند:

الف. حکم علیه خود مال؛ نظری دعوا علیه یک کشتی یا اموال دیگری از قبیل کالا یا باری که بوسیله کشتی حمل می‌گردد، و یا حکم علیه یک هواپیما و نظایر آن.

ب. حکمی که حق مالکیت یا تصرف نسبت به اموال منقول یا غیر منقول را اعطای می‌نماید.

«هدف مقدماتی حکم در مورد اموال این است که طلب محکوم^۶ له از اموال تأمین و استیفا گردد. زیرا آنچه که آئین دادرسی در خصوص اموال اصولاً مقرر می‌دارد این است که مأمور اجرای دادگاه ممکن است مال معیتی را توقیف نماید و دادگاه رسیدگی کننده پس از بررسی و احراز صحبت ادعای خواهان، مال مذکور را بمنتظور استیفای محکوم^۶ له، بفروش برساند».^۷

4. Judgment in rem.

5. R. H. Graveson. The conflict of laws. p. 549.

6. H. C. Morris - The conflict of laws, p. 75.

۳. حکم در مورد اشخاص^۷:

حکم در مورد اشخاص به هرگونه حکم دیگری که در مورد اموال نباشد، اطلاق می‌گردد. عمدۀ اختلاف و تمایز بین این دونوع حکم عبارت از این است که اصولاً حکم در مورد اموال، نه تنها نسبت به اصحاب دعوی، بلکه نسبت به اشخاص ثالث نیز مؤثر است و همگی ملزم به احترام و رعایت مفاد آن می‌باشند. ولی اثر حکم در مورد اشخاص فقط نسبت به طرفین دعوی و شرکای آنان است و تنها آنان ملزم به رعایت مفاد حکم هستند.

قسمت اول

روشها و شرایط شناسائی و اجرای احکام خارجی

۱. معنی و مفهوم «شناسائی» و «اجرای حکم»:
منظور از «شناسائی» آن است که از دادگاه انگلیسی خواسته شود تا حکم خارجی را بدون اجرا کردن آن، صرفاً بپنیرد.
«اجرا» یعنی از دادگاه انگلیسی خواسته شود که با حکم خارجی طوری برخورد کند که گوئی آن حکم در انگلستان صادر شده است و از اختیارات معمولی خود برای اجرای آن استفاده نماید. باید به خاطر داشت که دادگاه هر حکم خارجی را که اجرا می‌کند، بایستی قبلًاً شناسائی کرده باشد؛ ولی لازم نیست هر حکم خارجی را که شناسائی می‌کند، اجرا نماید.

شرایطی که تحت آن، حکم خارجی مورد شناسائی قرار می‌گیرد، تقریباً مشابه شرایطی است که برای اجرای آن لازم است.

7. Judgment in personam.

۲. مبانی نظری اجرای احکام خارجی در حقوق انگلیس:

نظراتی که اجرای احکام خارجی براساس آنها قرار دارد، در طول زمان تغییر یافته‌اند. به عبارت دیگر مبانی نظری و توجیه کننده اجرای احکام خارجی در انگلیس دچار تحولاتی شده که تفصیل آن از حوصله این مقاله خارج است؛ ولی اجمالاً می‌توان گفت که بطور کلی سابقاً دعاوی مربوط به درخواست اجرای حکم خارجی از محاکم انگلیس، به لحاظ نظری، بر مبنای اصل نزاکت^۸ استوار بود. قضات انگلیسی معتقد بودند که هر ملتی باید به حقوق و قوانین سایر ملتها احترام بگذارد. قضات مذکور از اینکه اگر آنان احکام خارجی را اجرا نکنند، احکام دادگاههای انگلستان نیز در خارج اجرا نخواهد شد، بینما ک بودند. در اواسط قرن نوزدهم، اصل نزاکت به عنوان یک مبنای نظری، جای خود را به «نظریه تعهد»^۹ که قبل از توسط پارک ب. در دعوای «راسل علیه اسمیت»^{۱۰} و «ویلیامز علیه جونز»^{۱۱} بیان شده بود، داد.

حدود یک نسل بعد، قاضی بلاک برن، «نظریه تعهد» را در چند پرونده^{۱۲} با این عبارت بیان و تثیت کرد:

«ما فکر می‌کنیم که... اصل واقعی که حکم محاکم خارجی بر مبنای آن اصل در انگلستان اجرا می‌گردد این است که... حکم صادره از دادگاهی که نسبت به خوانده دعوی صلاحیت دارد، تکلیف و تعهدی را از جهت پرداخت مبلغ محکوم به برخوانده مذکور بار می‌نماید که دادگاههای انگلستان موظف به احترام و اجرای آن هستند. نتیجتاً هر چیزی که بتواند این وظیفه را نفی کند یا عذر قانونی در مقابل اجرای حکم خارجی باشد، نوعی دفاع نسبت به دعوای

8. The principle of comity.

9. The obligation theory

10. Russell V. Smyth (1842-9 M. & W. 810-819).

11. Williams V. Jones (1845-13 M. & W. 628-633).

12. Godard V. Gray (1876 - L. R. 6Q. B. 139, 149-150) and Schibsby V. Westenhlz (1870-L. R. 6 Q. B. 155).

اصلی محسوب خواهد شد».

چشایر این مطلب را چنین بیان می‌نماید:

«بموجب حکم دادگاه خارجی، برای طلبکار حق جدیدی ایجاد شده و بر بدھکار تعهد جدیدی بارگردیده است». ۱۳

نظریه تعهد، لااقل دو نتیجه وضعیت قابل توجه را بوجود می‌آورد: اول، مسئله رفتار متقابل (قاعدۀ نزاقت) منطقی می‌گردد. وقتی شخص «الف» تعهدی قانونی نسبت به شخص «ب» بر عهده دارد و این تعهد مورد شناسائی حقوق انگلیس واقع گردیده است، تعهد مذکور صرف نظر از قواعد حقوقی ماهوی کشور منشأ تعهد، بایستی به اجرا درآید. ثانیاً، اگر مبنای مسئولیت خوانده، یک تعهد باشد، هر واقعیتی که قادر باشد آن تعهد را از بین ببرد، می‌تواند دعوی را هم ساقط نماید.

۳. روش اجرای احکام خارجی:

بطور کلی دو روش برای اجرای احکام خارجی در انگلستان وجود دارد:

اول. اجرای احکام در سیستم کامن لویا تعقیب دعوی براساس حکم صادره از محکمه خارجی.

دوم. اجرای حکم براساس قانون یا قوانین مدون خاص که بحث در مورد آن از حیطۀ این مقاله خارج است.

نکته شایان ذکر در این رابطه اینکه محکوم‌لو حکم خارجی ملزم نیست که برای استیفای حق خود منحصرآ از طریق درخواست اجرای حکم خارجی در انگلیس اقدام کند؛ بلکه از نظر ضوابط کامن لو می‌تواند بدون توجه به حکم خارجی، دعوای جدیدی براساس منشأ و مبنای اصلی ادعای خود در محاکم انگلیس طرح نماید. توضیح آنکه برخلاف مقررات حقوق داخلی انگلستان که به ذینفع احکام صادره از دادگاههای انگلستان اجازه

13. Cheshire & North's Private International Law 1979, Butter worths-London. p. 631.

نمی‌دهد دعوای مجددی بر مبنای منشأ اصلی دعوای اقامه نماید (اصل قضیة مختومه)، ذینفع یا محکوم لـ حکم خارجی مختار است یا بر مبنای منشأ اصلی دعوای منتهی به حکم، دعوای جدیدی طرح سازد بدون اینکه به حکم صادره اشاره یا استناد کند، یا بر اساس و به استناد حکم صادره از محکمة خارجی، اقامه دعوای نماید.^{۱۴} البته تانیمة دوم قرن نوزدهم احکام خارجی صرفاً و ظاهراً مدرک و دلیل قاطعی بر تعهد محکوم علیه تلقی می‌شدند و پس از آنکه حکم خارجی قطعی و نهائی محسوب می‌گردید، ماهیت دعوای مبنای آن را نمی‌شد مورد رسیدگی مجدد قرارداد. به گفته قاضی بلاک برن^{۱۵} اگر یک حکم خارجی بوسیله دادگاه صلاحیت‌دار صادر شده باشد، قطعی است و در انگلستان به ماهیت دعوای نمی‌توان مجدد رسانیدگی نمود. ولی بعداً کامن لو در این جهت تحول یافت که محکوم لـ لهم احکام خارجی می‌توانند، بدون اینکه مأنه‌خواز به قاعدة اعتبار امر مختومه باشند یا حکم صادره از محکمة خارجی را مستند و مبنای دعوای خود قرار دهند، مستقیماً علیه طرف خود در محاکم انگلستان طرح دعوای کنند؛ یعنی از نظر کامن لو، منشأ دعوائی که در محکمة خارجی منتهی به حکم شده است، باقی می‌ماند و حکم صادره از محکمة خارجی تأثیری در آن ندارد. به عنوان مثال اگر حکم خارجی مبتنی بر دین ناشی از سفته باشد، می‌توان به استناد همان سفته در محاکم انگلیس طرح دعوای کرد و وجود دعوای قبلی در محکمة خارجی که منتهی به حکم نیز شده است، مانع از آن نیست.

مطلوب قابل ذکر دیگر اینکه، چنانچه محکوم لـ حکم خارجی بخواهد با اجرای حکم مذکور استیفای حق نماید، بایستی مقررات آئین دادرسی کامن لو در این خصوص را رعایت کند؛ به این معنی که چون حکم خارجی را مستقیماً نمی‌توان در انگلستان اجرا نمود، محکوم لـ مکلف است مراحل ذیل را انجام دهد:

14. Smith V. Nicolls (1839), 8 L. J. C. P. 92; 5.

15. Godard V. Gray 1870 (L. R. G.Q. B. 139, at pp. 149-150).

الف. برمنای حکم خارجی طرح دعوی نماید.

ب. طبق دستور شماره ۱۴ مقررات دادگاه عالی^{۱۶} درخواست حکم اختصاری کند، به این دلیل که خوانده (مدعی علیه) هیچگونه دفاعی در خصوص ادعا ندارد. اگر درخواست حکم اختصاری پذیرفته شود، خوانده به هیچوجه اجازه دفاع نخواهد یافت. ضمناً باید افزود که برای هر دعواشی که در انگلستان طرح می‌شود، ضروری است که مقررات آئین دادرسی این کشور در مورد صلاحیت و ابلاغ احکام رعایت گردد.

۴. شرایط اجرای احکام:

شرایط اجرای احکام خارجی در انگلستان از این قرار است:

اول: حکم از یک دادگاه صلاحیتدار صادر شده باشد.

دوم: قطعی و نهائی باشد.

سوم: برای مبلغ معینی باشد.

شرط اول: صلاحیت

این شرط که دادگاه خارجی بایستی صلاحیت صدور حکم را داشته باشد، مهمترین شرطی است که برای شناسائی و اجرای یک حکم خارجی لازم می‌باشد. تا آنجا که مورد مطالعه قرار گرفته است، نویسنده‌گان مختلف حقوق انگلیس از زوایای گوناگونی به موضوع صلاحیت نگریسته‌اند که می‌توان آن را به صورت زیر طبقه‌بندی نمود:

■ از نقطه نظر دادگاه‌های انگلستان: به این معنی که «دادگاه‌های انگلستان در صورتی صلاحیت محکمه خارجی صادر کننده حکم را مورد شناسائی قرار داده و معتبر می‌شمرند که با در نظر گرفتن شرایط مشابه، چنین صلاحیتی را برای خود نیز قائل باشند». ^{۱۷}

16. Order 14 of the Rule of Supreme Court.

17. A. W. Schot, Private International Law (conflict of laws), 1978 Macdonald & Evans p. 104.

■ از نقطه نظر مفاهیم بین المللی و مقررات تعارض قوانین: «رکن اساسی و نخستین برای مؤثر بودن یک حکم خارجی در انگلستان آن است که دادگاه خارجی رسیدگی کننده به دعوی، نسبت به خوانده، صلاحیت — به معنای بین المللی آن را — داشته باشد... شرط لازم آن است که دادگاه خارجی باید صالح به معنای بین المللی آن باشد؛ یعنی برطبق اصول حقوق بین الملل خصوصی به صورتیکه در حقوق انگلستان استنبط می‌شود، دارای صلاحیت باشد. به عبارت دیگر، مسئله مورد بررسی این است که آیا دادگاه خارجی از نظر حقوق انگلیس، حق احصار خوانده و صدور رأی در مورد او را داشته است یا خیر؟».^{۱۸}

دایی و موریس در این رابطه می‌نویستند:

«اساسی ترین شرطی که برای شناسائی واجرای یک حکم خارجی در انگلستان — خواه با طرح دعوی در کامن لو و خواه مطابق قانون ۱۹۲۰ اداره دادگستری^{۱۹} یا قانون ۱۹۳۳ (اجرای متقابل) احکام خارجی^{۲۰} — لازم می‌باشد، این است که دادگاه خارجی باید برطبق قواعد تعارض قوانین دارای صلاحیت باشد». ^{۲۱}

■ از نقطه نظر تئوری تعهد: چون نظریه تعهد به عنوان مبنای نظری در توجیه لزوم اجرای احکام خارجی در انگلیس، مستلزم آن است که رابطه شخصی بین دادگاه خارجی و خوانده دعوی وجود داشته باشد، یعنی خوانده در حوزه صلاحیت دادگاه خارجی در زمان طرح دعوی حضور شخصی داشته باشد، بنابراین در خصوص احکام در مورد اشخاص، ^{۲۲} چنانچه دادگاه خارجی رابطه شخصی با خوانده (محکوم علیه حکم خارجی) نداشته باشد، در این صورت محاکم انگلستان نیز مکلف به اطاعت از دستور و حکم چنین دادگاهی که بدون وجود هرگونه رابطه شخصی با خوانده، برای وی

18. Cheshire p. 633.

19. The Administration of Justice Act 1920.

20. The Foreign judgment (Reciprocal Enforcement) Act 1933.

21. Moris, p. 1046.

22. برای توضیح بیشتر، ک. به پاراگراف ۳ تعاریف.

ایجاد تعهد نموده و مبادرت به صدور حکم کرده است، نمی‌باشند.

پس از این توضیح اجمالی در مورد شرط صلاحیت، اکنون به تفکیک، مواردی را که دادگاه خارجی صادر کننده حکم، واجد صلاحیت بشمار می‌رود و مواردی را که دادگاه مذکور صالح تلقی نمی‌شود، بررسی می‌کنیم.

الف. مواردی که صلاحیت وجود دارد:

در دعوای «امانوئل علیه سیمون»،²³ قاضی باکلی پنج شرط قائل شده است که در صورت وجود آنها فرض می‌شود که یک دادگاه خارجی، آن نوع صلاحیت شخصی را که دادگاه‌های انگلستان برای شناسائی حکم خارجی ضروری می‌دانند، دارا می‌باشد.

«در دعاوی مربوط به اشخاص پنج مورد وجود دارد که در آن موارد،

دادگاه‌های انگلستان یک حکم خارجی را به مرحله اجرا می‌گذارند:

• هنگامی که خوانده تبعه کشور خارجی صادر کننده حکم باشد؛

• هرگاه خوانده بهنگام اقامه دعوی، مقیم آن کشور خارجی بوده

باشد؛

• هرگاه خوانده در مقام خواهان در دعوای دیگری، دادگاه

خارجی را که بعداً در آن دادگاه مورد تعقیب قرار گرفته است،

انتخاب کرده باشد؛

• هرگاه خوانده بطور داوطلبانه در دادگاه حاضر شده باشد؛

• هرگاه خوانده ضمن قراردادی خود را ملزم به تسليم به صلاحیت

دادگاهی که رأی را صادر نموده است، کرده باشد».

بحجز مورد اول از پنج مورد فوق که برخی از صاحب‌نظران، امروزه آن

را در احکام مدنی غیرقابل استناد تلقی کرده‌اند، بقیه موارد با آنچه که

قانون ۱۹۳۳ در مورد (اجرای متقابل) احکام خارجی مقرر کرده است،

مطابقت می‌نماید. باید افزود که دادگاه‌های انگلستان، در رابطه با احکام

23. Emanuel V. Symon (1908-1 K. B. 302, 309 (C. A)).

خارجی در مورد اشخاص، تا بحال از این قواعد عدول نکرده‌اند و برخی از نویسنده‌گان نظریه دایسی و موریس این قواعد را به عنوان مبنای صلاحیت دادگاه‌های خارجی درخصوص «احکام در مورد اشخاص» پذیرفته‌اند. به حال قواعد پذیرفته شده صلاحیت دادگاه خارجی برای اجرای «احکام در مورد اشخاص»، در دادگاه‌های انگلستان از این قرار است:

- اگر محکوم‌علیه که در دادگاه خارجی صادر کننده حکم، خوانده بوده است، با حضور اختیاری خود در جلسات رسیدگی، به صلاحیت دادگاه مذکور تسليم شده باشد؛ مگر در موردی که مقصود خوانده از حضور، حفظ یا آزاد کردن مالی باشد که توقیف و یا تهدید به توقیف شده و یا بمنتظر اعتراض به صلاحیت آن دادگاه صورت گرفته باشد.
- اگر محکوم‌علیه حکم خارجی، در دادگاه خارجی صادر کننده حکم، خواهان دعوی بوده و یا دعواه متقابلی را ضمن جریان دادرسی در دادگاه اصلی، مطرح کرده باشد.
- اگر محکوم‌علیه حکم خارجی که در دادگاه خارجی صادر کننده حکم، خوانده بوده است، قبل از شروع موضوع جریان دادرسی، مجبور به تسليم به صلاحیت آن دادگاه یا سایر دادگاه‌های آن کشور خارجی شده باشد.
- اگر محکوم‌علیه حکم خارجی که در دادگاه خارجی صادر کننده حکم، خوانده بوده است در حین جریان دادرسی، مقیم آن کشور بوده یا به صورت یک شرکت که مرکز اصلی فعالیتهای تجاریش را در آنجا قرار داده است، بوده باشد.
- اگر محکوم‌علیه حکم خارجی که در دعواه اصلی خوانده بوده است، در جریان دادرسی طبق قانون (اجرای متقابل) احکام خارجی مصوب ۱۹۳۳ دارای دفتریا تجارت‌خانه‌ای در آن کشور باشد و دعوی ناشی از معامله‌ای باشد که از طریق آن دفتریا تجارت‌خانه و یا در محله‌ای مذکور انجام گرفته است.
اکنون موارد پنجگانه مذکور را بطور جداگانه و به صورتی مشروح تر

مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱. حضور^{۲۴}: حضور یا تسلیم اختیاری به صلاحیت دادگاه، برمبنای این اصل ساده قرار دارد که وقتی شخصی با حضور داوطلبانه خود در محضر دادگاه، به صلاحیت آن تسلیم شده است، ایراد و اعتراض بعدی وی مبنی بر عدم صلاحیت دادگاه مذکور، مسموع نخواهد بود. همچنین ممکن است خوانده، با حضور خود به عنوان خواهان دعوی، یا با قبول صلاحیت دادگاه خارجی، خواه بطور صریح چنانکه اغلب در قراردادهای مربوط به معاملات تجاری صورت می‌گیرد، خواه بطور ضمنی — که بعداً درباره آن صحبت خواهد شد — صلاحیت دادگاههای خارجی را پذیرد.

اگر حضور در محکمه خارجی فاقد شرایط لازم باشد و یا طرف بدون حضور شخصی خود در دادگاه خارجی، وکیل استخدام کند، باز هم این امکان وجود دارد که همان نتایج و آثار تسلیم اختیاری به صلاحیت دادگاه خارجی، بدست آید.

بهتر است درباره موارد و انواع متعدد حضور که در کتب حقوق بین الملل خصوصی مورد بحث قرار گرفته است، با تفصیل بیشتری صحبت شود.

اول. در صورتیکه خوانده‌ای در دادگاه حاضر شود و بدون اینکه به صلاحیت دادگاه اعتراض نماید، در ماهیت دعوی دفاع بعمل آورد، این خود وضوحاً تسلیم داوطلبانه به صلاحیت دادگاه تلقی می‌گردد. همینطور در جائی که خوانده واقعاً به صلاحیت دادگاه معتبر است، ولی در عین حال اقدامات بیشتری را در زمینه دفاع در ماهیت دعوی نیز بعمل می‌آورد، یا وقتی که در مرحله بدوی، از حضور در جریان دادرسی خودداری می‌کند، لیکن نسبت به ماهیت دعوی پژوهشخواهی بعمل می‌آورد، در واقع بطور داوطلبانه به صلاحیت دادگاه تسلیم شده است.^{۲۵}

24. Appearance.

25. Morris p. 1047.

دوم. اگر خوانده در جریان دادرسی شرکت نکند و حکم غیابی
علیه او صادر گردد و بعداً بخواهد تقاضای ابطال حکم غیابی را بنماید،
خود این تقاضای ابطالی حکم در صورتیکه بر مبنای موارد عدم صلاحیت
نباشد، حتی اگر با موقفیت نیز روبرو نگردد، ممکن است حضور اختیاری
تلقی گردد.^{۲۶}

چشایر در این رابطه می‌نویسد:

«رأى دادگاه خارجي كه درغيباب يك خوانده بطورغيبابي صادر
شه باشد، در انگلستان قابل رسيدگي نیست؛ ولی آيا اگر وی بعداً
در صدد ابطال حکم مذکور برآید و موقن نگردد نیز همین گونه است؟ به
نظر می‌رسد پاسخ این سؤال به علل و زمینه هائی که برای
پژوهشخواهی موجود است، بستگی داشته باشد. اگر پژوهش درباره
ماهیت دعوى یا درباره ماهیت دعوى همراه با مسائل مربوط به
صلاحیت باشد، پژوهشخواهی تسلیم به صلاحیت محسوب شده و
معمولأً به تسلیم به رأى دادگاه مرحله بدوي می‌انجامد».^{۲۷}

سوم. مقررات مندرج در قانون (اجرای متقابل) احکام خارجی
مصطفب ۱۹۳۳، در خصوص موردی که خوانده صرفاً بمنظور اعتراض به
صلاحیت به دادگاه مراجعه می‌نماید، روشن می‌باشد. قانون مذکور مقرر
می‌دارد که «چنین مراجعه ای تسلیم به صلاحیت دادگاه محسوب نمی‌شود
ولذا حکم چنین محکمه ای هیچگونه ضمانت اجرائی در انگلستان
ندارد». ولی این مطلب بدین صورت در رویه قضائی کامن لو صریح و
روشن نیست؛ زیرا پرونده‌های متعددی موجود است که در آنها، محاکم
انگلیس این مسئله را مورد بررسی قرار داده و نسبت به آن، تصمیمات
مخالف و بعضًا معارضی اتخاذ نموده‌اند، که علی القاعده روزی بوسیله
مجلس اعيان (دیوان کشور انگلستان)، مورد تجدید نظر قرار خواهد گرفت.
اکنون به دو نمونه از آرای محاکم انگلیس که بیانگر نحوه برخورد آنها با

26. Guiard V. De Clermont |(1914) 3 K. B. 145.

27. Cheshire p. 640.

موضوع حضور مشروط است، اشاره می‌شود:

□ دعوای هاریس علیه تیلور^{۲۸}

خواهان در جزیره «من» علیه خوانده اقامه دعوى نمود. مراتب با اجازه دادگاه، به صورت ابلاغ خارج از صلاحیت جزیره «من» به خوانده که نه مقیم آن جزیره بود و نه ساکن آنجا، ابلاغ گردید. خوانده به صورت «مشروط» و از طریق یک وکیل دادگستری در دعوى شرکت جست. وکیل براساس دلایل ذیل تقاضای توقف جریان دادرسی را نمود: (الف) قواعد دادگاه شهرستان جزیره «من» اجازه ابلاغ خارج از صلاحیت را نمی‌دهد؛ (ب) علت دعوى در حوزه صلاحیت این جزیره موجود نیست؛ (ج) خوانده در جزیره دارای اقامتگاه نمی‌باشد. دادگاه جزیره «من» ضمن رد این درخواست، به صلاحیت خود رأى داد. خوانده در جریان دادرسی شرکت نکرد؛ لیکن سرانجام به پرداخت مبلغ ۸۰۰ لیره به انضمام هزینه‌های مربوطه محکوم گردید.

براساس این رأى، در انگلستان دعواهی طرح گردید و طی آن تقاضای اجرای حکم مذکور شد. دادگاه انگلیس چنین رأى داد که: «حضور داوطلبانه خوانده در دادگاه جزیره «من»، تسليم به صلاحیت آن دادگاه محسوب می‌گردد».

□ دعوای هنری علیه جنوپروسکو اینترنشنال لیمیتد (۱۹۷۶)^{۲۹}

در این دعوى، علی رغم متجاوز از نیم قرن فرض قضات انگلیسی و نویسنده‌گان دانشگاهی دایر براینکه اعتراض به صلاحیت دادگاه، تسليم به صلاحیت آن نیست، رأى صادره در دعوای «هاریس علیه تیلور» تأیید گردید و دادگاه استیناف خود را ملزم به رعایت رأیی که قبلًاً در دعوای مذکور صادر کرده بود، دانست.

شرح مختصر دعوای مذکور از این قرار است:

خواهان، که یکی از اهالی آلبرتا (کانادا) بود، بمنظور کار در

28. Harris V. Taylor (1915-2 K. B. 580 (C. A.)).

29. Henry V. Geoprosco International, Ltd. (1976) (Q. B. 726).

خاورمیانه، توسط خوانده استخدام شده بود. خوانده شرکتی بود که در جریمه به ثبت رسیده بود ولی ادارات مرکزیش در لندن قرار داشت. قرارداد استخدام در آبرتا منعقد شده بود ولی تابع قوانین انگلیس بود. خواهان که از کار اخراج شده بود دعوایی بمنظور دریافت خسارات وارد، علیه خوانده در دادگاههای آبرتا اقامه نمود و موقق به اخذ رأی به نفع خود سپس در صدد اجرای حکم صادره در انگلستان برآمد. خوانده استدلال کرد که دادگاه آبرتا، صلاحیت به معنای بین‌المللی آن نداشته و مخصوصاً استدلال نمود که به هیچوجه تسلیم صلاحیت دادگاه آبرتا نشده است. آنچه که در جریان دادرسی در آبرتا پیش آمده بود، حکایت می‌کرد که خواهان با اجازه دادگاه آبرتا، دادخواست خود را در جزئی به خوانده ابلاغ کرده بود. خوانده سپس از دادگاه تقاضای ابطال ابلاغ را نمود. اساس تقاضای مذکور این بود که «دادگاه آبرتا با استفاده از اختیارات خود و با توجه به شرط داوری مندرج در قرارداد، صلاحیت خود را نسبت به خوانده رد نماید».

تقاضای خوانده از سوی دادگاه رد شد. خوانده در جریان دادرسی شرکت نمود و حکم غایبی علیه وی صادر گردید. خوانده اذعا کرد که به صلاحیت دادگاه آبرتا تسلیم نشده است. دادگاه استیناف انگلیس در مقام رسیدگی به اجرای حکم خارجی نظر داد که «حضور داوطلبانه‌ای در محکمة خارجی (آبرتا) وجود داشته است. خوانده در محضر دادگاه خارجی حاضر شده‌تا از آن دادگاه درخواست کند که از اختیاراتی که دادگاه مذکور بر طبق قوانین محلی دارد، استفاده کرده و اعمال صلاحیت نماید، و نیز در صورتی هم که خوانده صرفاً به صلاحیت دادگاه خارجی اعتراض کند، حضور داوطلبانه محسوب می‌گردد». همانطور که در دعوای «هاریس علیه تیلور» ملاحظه شد اگر اعتراض شکل حضور مشروط داشته باشد (مانند حضور جهت اعتراض به صلاحیت)، پس از صدور رأی دادگاه مبنی بر رد درخواست خوانده و قبول صلاحیت، این حضور مشروط خود بخود و از طریق قانون به حضور غیرمشروط تبدیل می‌گردد. تاکنون در

خصوص این مسئله که آیا حضوری (غیر از آنهایی که به حضور مشروط می‌انجامد) که منحصراً برای اعتراض به صلاحیت دادگاه خارجی صورت گرفته و طی آن از دادگاه تقاضای اعمال هیچگونه اختیاراتی در خصوص صلاحیت بعمل نیامده، تسلیم به صلاحیت دادگاه محسوب می‌گردد یا خیر، در حقوق انگلیس تصمیمی گرفته نشده است.

به عقیده نگارنده، با عنایت به اصول منطقی حقوق و برخلاف تصمیمات متاخره در پرونده‌های فوق الذکر، حضور خوانده‌ای را که بطور مستقیم یا غیرمستقیم و فقط بمنظور اعتراض به صلاحیت دادگاه در یک دادگاه خارجی حضور مشروط می‌یابد، نباید تسلیم به صلاحیت آن دادگاه تلقی نمود.

چهارم. هنگامی که خوانده، فقط بمنظور حفظ اموال یا آزاد کردن دارائیهای توقيف شده یا در معرض توقيف، در جریان دادرسی حاضر می‌شود، ممکن است با برخی مشکلات بعدی روبرو گردد. قانون ۱۹۳۳ اینگونه حضور را تسلیم به صلاحیت دادگاه ندانسته و در کامن لو نیز برطبق دعوای «دوکوزبریساک علیه رات بون» (۱۹۶۱)^{۳۰} و برخی پرونده‌های دیگر، رأی داده شده است که «اگر مالی قبلًاً توسط دادگاه توقيف شده باشد، حضور برای اعتراض به صلاحیت دادگاه، حضور داوطلبانه محسوب نمی‌گردد. از طرف دیگر، اگر حضور خوانده، صرفاً برای نجات مالی که در معرض توقيف است باشد، در صورتیکه رأی دادگاه خارجی علیه وی صادر شود، حضور وی داوطلبانه محسوب خواهد شد».

۲. حضور به عنوان مدعی یا خواهان دعوای مقابل: هنگامی که یک طرف به عنوان خواهان در دادگاهی حضور می‌یابد و نیز وقتی که دعوای مقابل و یا دعوای طاری طرح می‌کند و بوسیله آن خود را ملزم به قبول نتایج حاصله می‌نماید، در واقع به صلاحیت آن دادگاه تمکین کرده است.

30. De Cosse Brissac V. Rathbone (1961), 6 H. & N. 301; 30 L. J.

۳۰. موافقت با تسلیم به صلاحیت: چنانچه اغلب در قراردادهای تجاری صورت می‌گیرد، گنجاندن یک جمله صریح در قرارداد دایر براینکه طرفین موافقت می‌کنند که کلیه اختلافات فیما بین خود را به یک دادگاه خارجی احاله نمایند، نه تنها به آن دادگاه صلاحیت می‌دهد، بلکه دعواشی هم که برای ابطال چنین توافقی در دادگاههای انگلستان طرح گردد، معمولاً متعلق می‌ماند مگر اینکه طرف دیگر رضایت خود را به صلاحیت دادگاه انگلیسی اعلام نماید؛ در این صورت است که می‌توان گفت طرفین توافق جدیدی نموده و از شرط قراردادی قبلی اعراض کرده‌اند. برای اینکه محرز شود طرفین به صلاحیت دادگاههای کشور ویژه‌ای تسلیم شده‌اند، می‌بایست این موضوع را صراحتاً در متن قرارداد فیما بین بیان نمایند. دادگاههای انگلستان عموماً تعاملی به بررسی و دریافت این نکته که خوانده بطور ضمنی با تسلیم شدن به صلاحیت یک دادگاه خارجی موافقت کرده است، از خود نشان نمی‌دهند؛ اگرچه ممکن است دادگاه صرف نظر از چنین تصریحی در تسلیم به صلاحیت محاکم کشور خاصی، آن را از عمل یا رفتار طرفین نظیر خریدن سهام در یک شرکت خارجی توسط یک طرف، استنباط نماید. چشایر این مورد را نیز نوعی توافق می‌داند؛ منتهی به قول او توافقی است که صراحت کمتری دارد. در پرونده «کوبین علیه آدامسن» (۱۸۷۴)،^{۳۱} دادگاه توافق در قبول صلاحیت محاکم کشور خاصی را که حتی از صراحت چندان مشخصی برخوردار نبوده، کافی دانسته است.

پرونده مذکور از این قرار است:

یک نفر انگلیسی که در انگلستان اقامت داشت، در یک شرکت فرانسوی سهامی خرید. اساسنامه این شرکت مقرر می‌داشت که کلیه اختلافاتی که در خلال تصفیه ممکن است پیش آید می‌بایست به یک دادگاه فرانسوی ارجاع گردد و در صورتیکه سهامداری از انتخاب اقامتگاه

31. Copin V. Adamson (1874), L. R. 9 Ex. 345; 43- L. G. Ex. 161.

خودداری کند، جریان رسیدگی به تصفیه به اقامتگاهی که برای سهامدار انتخاب نواهد شد، ابلاغ می‌گردد. پس از اینکه شرکت ورشکسته شد، دادگاه فرانسوی بطور غیابی سهامدار انگلیسی را محاکوم به پرداخت مبلغ پرداخت نشده سهام کرد. در دعواهی که برای اجرای این حکم در انگلستان اقامه شد، خوانده (سهامدار انگلیسی) دفاع نمود که وی قبل از رأی صادره ساکن فرانسه نبوده و در آن کشور دارای اقامتگاه هم نبوده است، جریان رسیدگی به وی ابلاغ نشده، در جریان دعوی حضور نداشته، از آن بی اطلاع بوده و فرصت دفاع از خود را نیز نداشته است. دفاع خوانده رد شد و دادگاه انگلیسی رأی داد که اساسنامه نسبت به هریک از سهامداران به منزله قراردادی بوده است که بموجب آن وی (محاکوم علیه) ملزم به قبول رأی صادره از دادگاه پیش بینی شده در قرارداد می‌باشد. بنابراین اساسنامه یا مقررات یک شرکت خارجی که شخص در آن تعدادی سهام می‌خرد، در حکم توافق سهامداران در قبول و تسليم به صلاحیت محاکم کشور خاصی تلقی می‌شود. گذشته از این، مقررات جاریه کشوری که شرکت خارجی در آن تشکیل یافته است برای عضو آن شرکت الزام آور می‌باشد مشروط براینکه هر حکم صادره علیه شرکت را بتوان علیه اموال هریک از اعضای شرکت به طریقی که گونی احکام علیه شخص آنها صادر شده است نیز اجرا نمود. معدلک دادگاههای انگلستان در حال حاضر تمایل ندارند از مقررات صرفاً عام قانون خارجی که إشعار می‌دارد سهامدار باید اقامتگاهی را برای ابلاغ جریان دادرسی انتخاب کند، قبول صلاحیت محاکم آن کشور از سوی سهامدار را استنباط نمایند مگر اینکه سهامدار واقعاً اقامتگاه مورد نظر قانونگذار را انتخاب کرده و یا این موضوع در اساسنامه شرکت تصریح شده باشد.^{۳۲} علاوه براین با توجه به پرونده‌های فوق الذکر و یا برخی پرونده‌های دیگر و با عنایت به نظرات نویسنده‌گان و صاحبنظران حقوق بین الملل خصوصی، اشاره به مطالب ذیل بی فایده نخواهد بود:

32. Morris p. 1050-1051.

● تسلیم قراردادی به صلاحیت یک دادگاه ویژه، بخودی خود تسلیم
عام به صلاحیت کلیه دادگاههای آن کشور محسوب نمی‌گردد.^{۳۳}

● توافق برای تسلیم به صلاحیت یک دادگاه خارجی باید صریع باشد
و نمی‌توان آن را به صورت تلویحی بیان داشت. اگر طرفین بطور
صریع یا ضممنی نسبت به اینکه قانون حاکم بر قرارداد، قانون کشور
خارجی بخصوصی باشد، توافق کنند، توافق مذکور به هیچوجه به
معنای تسلیم به صلاحیت دادگاهی که قانون مزبور را اعمال می‌کند،
نیست. بعلاوه نمی‌توان چنین توافقی را از این حقیقت که علت دعوا
در یک کشور خارجی بوجود آمده یا خوانده در زمان وقوع علت دعوا
در آن کشور حاضر بوده است، تلویحاً استنباط کرد.^{۳۴}

۴ دعاوى ذيل موضع دادگاههای انگلستان را در اين رابطه نشان مى دهند:

□ دعواى امانوئل عليه سيمون (۱۹۰۸) دادگاه استيناف.

خوانده هنگامی که ساکن استراليا بود، بمنظور کار در معدنی واقع
در استراليا یک شرکت مدنی تشکیل داد. او بعدها استراليا راترک کرد و به
انگلستان آمد. در جریان رسیدگی به دعواى انحلال شرکت مدنی مذکور در
استراليا، مدعیان که شرکای دیگر شرکت مدنی بودند، موفق به دریافت
یک حکم غایبی علیه خوانده و در مورد سهم وی از بدهیهای آن شرکت
مدنی شدند. محکوم لهم برای اجرای حکم صادره، دعواى در انگلستان
طرح کردند. رأى داده شد: از آنجا که نه مشارکت خوانده در شرکت مدنی
و نه سهم وی در اموال غیرمنقول آن شرکت، هیچیک کافی برای صلاحیت
بخشیدن به دادگاه استراليا نیست، لذا این حکم اجرا نمی‌شود.

□ دعواى بلوهن علیه دسر (۱۹۶۱).

خوانده یک شریک غیرفقاع در یک شرکت مدنی ثبت شده در

33. S. A. Consortium General Textiles V. Sun & Sand Agencies Ltd. (1978)- Q. B. 279 (C. A.).

34. Morrisl., p. 1051.

35. Emanuel V. Symon (1908), C. A.

36. Blohn V. Desser (1961) 3 Q. B. 116.

وین بود؛ منتهی در مدیریت شرکت دخالت نداشته و صرفاً در سود و زیان شریک بوده است و هیچگونه درآمدی نیز نداشت. مدعی، علیه شرکت مدنی مذکور در وین اقامه دعوى نمود و حکمی به نفع خود بدست آورد و برای اجرای حکم مذکور دعواهای در انگلستان طرح کرد. رأی داده شد: با اینکه به خوانده باید به عنوان شریکی که از طریق یک نماینده ساکن وین، در آن شهر به فعالیت تجاری مشغول بوده و اجازه داده که نامش در آنجا ثبت شود، نظر نمود که بدین ترتیب بطور تلویحی صلاحیت دادگاه وین را قبول کرده است، ولی چون به لحاظ حقوق اتریش، حکم علیه شرکت مدنی صادر شده و نه علیه شخص خوانده و حتی اگر حکم مذکور علیه شخص خوانده هم صادر می‌شد، به سبب اینکه برای خوانده در وین امکان دفاع وجود دارد، آن حکم را نمی‌توان قطعی و نهائی محسوب کرد.

۴. محل اقامت یا فعالیت تجاری: این ضابطه برای احراز صلاحیت دادگاه خارجی صادر کننده حکم، برحسب اینکه محکوم علیه شخص حقیقی باشد یا شخص حقوقی، متفاوت است. به همین جهت در دو بخش جداگانه مورد بحث قرار می‌گیرد.

■ اشخاص حقیقی^{۳۷}

چنانکه چشایر می‌گوید: «بدون شک اقامت خوانده در کشور خارجی برای احراز صلاحیت کافی است».^{۳۸} ولی آنچه که معمولاً مشکلاتی را دامن می‌زند، پاسخگوئی به سوالاتی است که ذیلاً مورد بررسی قرار می‌دهیم:

اول. معنای اقامت چیست؟ واژه «اقامت» واژه بسیار دقیقی نیست و ممکن است تفاسیر مختلفی از آن بعمل آید. معدلک با توجه به برخی دعاوی نظیر «امانوئل علیه سیمون» و مفاد قوانین ۱۹۲۰ و ۱۹۳۳، به نظر

37. Natural persons.

38. Cheshire p. 634.

می رسد اقامت به معنای حضور فیزیکی فرد در محل مشخصی باشد.

دوم. آیا ِصرف حضور کوتاه مدت خوانده در کشور خارجی برای احراز صلاحیت دادگاه کافی است؟ دادگاههای انگلستان، حضور اتفاقی را به عنوان مبنای صلاحیت خود پذیرفته اند. بنابر استدلالی که درباره صلاحیت بر مبنای حضور اتفاقی بعمل می آید، اشخاصی که در قلمرو سرزمینی یک کشور خارجی حضور دارند، بدون توجه به مدت زمان این حضور، ملزم به اطاعت از قدرت حاکمه آن کشور که شامل صلاحیت دادگاههاش هم می باشد، هستند. این نظر که صلاحیت دادگاههای انگلستان بر مبنای ِصرف حضور خوانده در حوزه صلاحیت آنها استوار است، در دعوای «کاریک علیه هانکوک»^{۳۹} (۱۸۹۵) مورد تأیید قرار گرفته است: قرار دادگاه سوئد به یک انگلیسی مقیم انگلستان، بهنگامی که در جریان سفری کوتاه در سوئد بسر می برد، ابلاغ شده بود. رأی داده شد که علی رغم اقامت کوتاه مدت وی در سوئد، طرح دعوی در خصوص حکم صادره عليه وی، در انگلستان قابل استماع است.

حضور اتفاقی به عنوان مبنای صلاحیت، از سوی برخی نویسندهای نظیر پروفسور دایسی و چشایر مورد انتقاد قرار گرفته است؛ بویژه در مورد آن قبیل دعاوی که طرفین، هر دو خارجی هستند و علت دعوی منحصرآ مبتنى بر واقعیت‌هائی است که در خارج اتفاق افتاده و تابع قوانین خارجی است. اینکه خوانده باید ملزم به اجرای حکم و تصمیم دادگاهی باشد که اتفاقاً و بطور مؤقت در حوزه صلاحیت آن قرار گرفته است، عجیب به نظر می‌رسد. «این دادگاه محل مناسبی برای هیچیک از طرفین نیست و در چنان وضع مطلوبی که قادر باشد به واقعیتها و یا جنبه‌های قانونی امر بسحو معقول رسیدگی کند، قرار ندارد». ^{۴۰}

باید توجه کرد که برخلاف اشخاص حقوقی، معامله تجاری یک

39. Carrick v. Hancock (1895), 12 T. L. R. 59.

40. Cheshire p. 634.

شخص حقیقی در کشور خارجی و از طریق نماینده، حضور در آن کشور محسوب نمی‌گردد.

■ اشخاص حقوقی

در کامن لو، اشخاص حقوقی می‌باشد در کشور خارجی محل دادرسی، در محل معینی که تا اندازه‌ای دائمی نیز بشمار رود، مشغول فعالیت تجاری باشند تا بتوان صلاحیت دادگاه آن محل را نسبت به آنها احراز نمود. در دعوای «لیتیور گلو کور بوریشن علیه اف. دبیومیلینگتن لمبتد» (۱۹۲۸)^{۴۱} یکی از مدیران شرکت خوانده که شرکتی انگلیسی بود و در ایالات متحده اقامتگاه تجاری نداشت، در هتلی در نیویورک اقامت کرده و گاهگاهی از دفتری که متعلق به یکی از مشتریان مهم شرکت بود، استفاده می‌کرد. در این دفتر، قراردادگاه به مشاریه به عنوان مدیر شرکت خوانده ابلاغ شد؛ ولی نامبرده در دادگاه حاضر نگردید و هیچگونه اقدامی برای شرکت در جریان دادرسی بعمل نیاورد و روز بعد با کشتی عازم انگلستان شد. دادگاه عالی ایالت نیویورک علیه وی حکم غیابی صادر کرد.

اظهار نظر شده بود که اقامه دعوی براساس این حکم خارجی در دادگاههای انگلستان با موفقیت روبرو نخواهد شد. خواهان استدلال می‌کرد که شرکت خوانده به خاطر حضور شخص مدیر شرکت در نیویورک، حاضر در نیویورک محسوب می‌شود. لیکن قاضی سالیر رأی داد که شرکت مزبور مشغول فعالیت تجاری به معنای واقعی این کلمه در ایالت نیویورک نبوده است. اگر این شرکت مقیم دفتریک مشتری بحساب آید، در این صورت شرکت مذکور نیز باید در جائی مقیم محسوب شود که مدیر شرکت به فعالیت مشغول است. در صورتیکه شرکت از نماینده‌ای در کشور دیگر استفاده کند که کار این نماینده صرف‌اً این باشد که مشتریانی را جلب کرده و مکاتبات بین آنان و شرکت مقیم در انگلستان را مبادله نماید، لیکن قادر به انعقاد قرارداد از جانب شرکت نباشد، شرکت مذکور مقیم آن کشور

41. Littauer Glove Corporation V. F. W. Millington, Ltd. (1928) 44 T. L. R. 746.

محسوب نمی‌شود.

قابل ذکر است که طبق قانون (اجرای متقابل) احکام خارجی مصوب ۱۹۳۳ ضروری است که شرکت دارای مرکز اصلی تجاری در کشور خارجی باشد. مرکز اصلی تجاری به محلی اطلاق می‌شود که خود شرکت آن را به عنوان مرکز خود اختیار کرده باشد. ولی هرگاه شرکت در بیشتر از یک کشور مشغول فعالیت تجاری باشد، احتمالاً مرکز اصلی تجاری به معنای مرکز اداری و بنابراین شبیه اقامتگاه است. در هر حال روشن است که مرکز تجاری شرکت، لزوماً همان محل ثبت شرکت نیست.

۵. دفتر تجاری: قانون ۱۹۳۳ مقررات دیگری را بیان می‌نماید که نه مورد مشابهی در کامن لو دارد و نه همانندی در قانون ۱۹۲۰. قانون مذکور اشعار می‌دارد در صورتیکه محکوم علیه دارای دفتر یا مرکز تجاری در کشور خارجی باشد و جریان دادرسی هم بواسطه معامله‌ای باشد که از طریق آن دفتر یا در داخل آن دفتر یا مرکز تجاری انجام گرفته است، از نقطه نظر این قانون، فرض می‌شود که دادگاه خارجی صادر کننده حکم، دارای صلاحیت بوده است.

موریس جمله‌بندی قانون ۱۹۳۳ در این خصوص را غیر دقیق خوانده است. استدلال وی بر مبنای این واقعیت است که می‌بایست نوعی ارتباط منطقی و نه صرفاً فیزیکی یا جغرافیائی، بین معامله و دفتر یا مرکز تجاری شرکت وجود داشته باشد تا بتوان آن را مشمول مقررات محل دفتر یا مرکز تجاری شرکت دانست. مثلاً اگر یک کارخانه دار انگلیسی مرکز تجاری خود را در اسلوبه عنوان محل فروش محصولات خود تعیین کند، شکنی نیست که دادگاههای نروژ برای رسیدگی به دعواهی که توسط یک خریدار نروژی که از کیفیت کالائی که به وی فروخته شده است شکایت دارد، دارای صلاحیت خواهد بود. لیکن اگر کارخانه دار مذکور هنگامی که به عنوان مسافت موقت در اسلوب سرمهی برد، از تسهیلات ارتباطی مرکز تجاری خود در اسلوب برای خرید یک یخچال جهت مصارف شخصی استفاده کند،

مشکل است بتوان ادعا کرد که دادگاههای نروژدارای چنین صلاحیتی هستند.^{۴۲}

ب. مواردی که صلاحیت وجود ندارد

با اینکه برخلاف مقررات قانون ۱۹۳۳، قواعد کامن لو در مورد صلاحیت، لزوماً نه جزئی و قطعی بلکه منطبقاً قابل تعمیم و تطبیق با نیازهای متغیر جامعه هستند، معهذا دادگاههای انگلستان اظهار داشته اند که موارد معینی وجود دارد که حتی با کمک قواعد کامن لو نیز نمی‌توان قائل به صلاحیت شد؛ اگرچه ممکن است پاره‌ای از آن موارد توسط بعضی از دادگاههای خارجی مورد استناد واقع گردد. موارد مذکور بدین شرحند:

■ وقتی خوانده در کشور خارجی دارای اموال غیرمنقول است: در دعوای «امانوئل علیه سیمون» (۱۹۰۸)، دادگاه استیناف رأی داد که نه واقعیت دارا بودن اموال در کشور خارجی و نه واقعیت انعقاد شرکتname در مورد اموال مذکور در آن کشور، هیچیک برای اینکه مالک را تابع صلاحیت محلی دادگاه کشور خارجی قرار دهد، کافی نیست. بنابراین، دادگاه یک کشور خارجی: (الف) صلاحیت رسیدگی و صدور حکم درباره مالکیت یا حق تصرف هرگونه مال غیرمنقولی را که در خارج از آن کشور قرار گرفته است و (ب) صلاحیت قضاوت درباره پرداخت خسارت ناشی از صدمه واردہ به چنین اموال غیرمنقولی را ندارد.

■ وقتی خوانده بهنگام تحقق علت دعوی، در کشور خارجی حضور دارد ولی هنگام اقامه دعوی و رسیدگی، در کشور خارجی مذکور حضور ندارد: در چنین موردی نیز دادگاه آن کشور نسبت به چنین فردی صلاحیت ندارد.

■ تابعیت^{۴۳}: اخیراً تابعیت به عنوان مبنا و اساس صلاحیت از سوی بعضی از قضات دادگاه عالی انگلستان، مورد تردید قرار گرفته و حتی

42. Morris p. 1054-55.

43. Nationality.

دادگاه عالی ایرلند بطور قطعی آن را رده کرده است. چشایر و دایسی نیز تابعیت را برای احراز صلاحیت کافی ندانسته اند. در هر حال در دنیا کنونی و با وجود توسعه و پیچیدگی روابط بین المللی که فرد را در معرض تابعیت کشورهای مختلف قرار می دهد، تابعیت مبنای مطمئنی برای احراز صلاحیت محاکم خارجی نیست.

■ اقامتگاه^{۴۴}: در حقوق انگلستان اقامتگاه به عنوان مبنای صلاحیت دادگاه بشمار نمی رود.

■ رفتار متقابل^{۴۵}: بر طبق دستور شماره ۱ در- (۱) مقررات دادگاه عالی، دادگاههای انگلستان اختیار صدور دستور ابلاغ اوراق قضائی در خارج از حوزه صلاحیت خود را دارند. سوال این است که آیا دادگاههای انگلستان، بر مبنای ابلاغ در خارج از حوزه قضائی خود احراز صلاحیت می کنند؟ و آیا حکم خارجی که مبتنی بر چنین ابلاغی باشد، در انگلستان مورد شناسائی واقع می گردد؟ پاسخ این سوال اجمالاً منفي است. مع الوصف در این رابطه بحثهای در کتب حقوق بین الملل خصوصی وجود دارد که بررسی آنها از حوصله این مقاله خارج است.

■ مصویت^{۴۶}: دادگاه کشور خارجی صلاحیت صدور حکم علیه شخصی را که طبق مقررات حقوق بین الملل عمومی از مصویت برخوردار بوده (مانند دیلماتها) و تسلیم صلاحیت هم نشده است، ندارد. چنانچه دادگاه خارجی بدون توجه به این مصویت مبادرت به صدور حکم کرده باشد، چنین حکمی در دادگاههای انگلستان قابل شناسائی یا اجرا نیست.^{۴۷}.

■ صلاحیت در خصوص «احکام مربوط به اموال»: چنانچه قبل^{۴۸} گفته شد، احکام در مورد اموال دونوع هستند: (الف) حکم علیه خود مال، نظیر احکامی که دستور فروش مال بمنظور استیفاده ادعای مطروحه علیه آن مال

44. Domicile.

45. Reciprocity.

46. Immunity.

47. Morris p. 1069.

را می‌دهند؛ و (ب) حکمی که عنوان مالکیت یا حق تصرف بر اموال منقول یا غیرمنقول را اعطا می‌نماید. در رابطه با شناسائی و اجرای احکام خارجی در مورد اموال و صلاحیت دادگاه صادرکننده حکم، نکات ذیل دارای اهمیت است:

اول. اگر موضوع مورد رسیدگی که نسبت به آن حکم صادر شده است، اموال منقول یا غیرمنقولی باشد که در زمان رسیدگی در کشور خارجی واقع بوده، دادگاه آن کشور صلاحیت صدور حکم در مورد آن را دارا می‌باشد و چنین حکمی در انگلستان قابل شناسائی و اجرا است.^{۴۸}

دوم. احکام خارجی در مورد اموال منقول عموماً در انگلستان شناسائی می‌شوند، ولی اجرای آنها بشرط تقاضا می‌گردد؛ زیرا هرگاه شخصی که برطبق حکم خارجی محق شناخته شده و حق مالکیت او نسبت به مال منقول معینی تصریح شده است بخواهد بمنظور برگرداندن مال خود، علیه شخصی که منکر این حق مالکیت می‌باشد در انگلستان اقامه دعوا کند، در واقع به حق مالکیت خود استناد می‌کند، نه به حکم صادره که منشأ و منبع آن مالکیت است. بعلاوه وقتی دادگاههای انگلستان منبع این مالکیت (یعنی حکم را) شناسائی می‌کنند، خود مالکیت نیز شناسائی می‌شود؛ بنابراین لازم نیست اجرای حکم خواسته شود.

سوم. اگر یک حکم خارجی در مورد اموال، حق مالکیت نسبت به مال غیرمنقول را اعلام کند (حکم اعلامی)، دو احتمال وجود خواهد داشت: (الف) یا مال غیرمنقول در حوزه کشور دادگاه خارجی صادرکننده حکم واقع شده است — که در این صورت مسئله اجرای حکم در انگلستان را نمی‌توان مطرح کرد —؛ و (ب) یا در جای دیگری قرار گرفته که در این صورت آن دادگاه، صلاحیت رسیدگی را نداشته است و در نتیجه دادگاه انگلیس چنین حکمی را شناسائی و اجرا نخواهد کرد.

48. Morris p. 1067.

چهارم. در مورد حکمی که حکایت از اعلام مالکیت مالی می‌کند که هنگام دادرسی در حوزه دادگاه خارجی واقع بوده است، اگر مال مذکور از مجرای قوانین لازم الاجرای کشور محل وقوعش واگذار شده باشد، این واگذاری در همه جا معتبر است.^{۴۹}

پنجم. «حکم در مورد اموال، نسبت به کلیه اشخاصی که در آن مال ادعای منافعی برخلاف حکم مذکور می‌کنند، حتی در غیاب آنها نیز الزام آور است». ^{۵۰} به عبارت دیگر اینگونه اشخاص ملزم به اطاعت از حکم مذکور هستند و اگر ادعایی برخلاف آن داشته باشند باید از طریق محکم ذیصلاح اقدام و ادعای خود را اثبات کنند.

شرط دوم. حکم باید قطعی و نهائی باشد

دومین شرط برای اجرای احکام خارجی این است که حکم مذکور از نظر دادگاه صادر کننده، قطعی و نهائی باشد (اعتبار قضیه محکوم^{۵۱}ها). تا جایی که به محکمة صادر کننده حکم مربوط است، موضوع مورد دعوای بایستی کاملاً فیصله یافته و مختومه شده باشد. اگر حکمی را بتوان طی دادرسی مجدد میان همان اصحاب دعوای و در همان دادگاه تغییر داد، چنین حکمی در انگلستان قابل اجرا نیست. هرگاه در یک حکم موقت پیش بینی شده باشد که پس از رسیدگی بیشتر، حکم نهائی اتخاذ می‌گردد، آن حکم موقت، قضیه محکوم^{۵۲}ها محسوب نخواهد شد. این جنبه از معنای نهائی و قطعی بودن حکم در دعوای «نوویون علیه فری من» روش گردیده است. دعوای مذکور بدین شرح است:

۴۹. برای روشن تر شدن موضوع مثالی ذکر می‌شود: در صورتیکه محکوم^{۵۳} به حکم خلیع بود از متصرف عداوی – که یک حکم اعلامی است –، نسبت به ملک مورد تصرف دارای حقوقی بوده باشد که طبق قوانین لازم الاجرای ایران کسب کرده است – نظیر حق مالکیتی که از طریق خرید، وراثت و نظایر آن بدست می‌آید – و حکم اعلامی صادره فقط حق قانونی او را ابداء و اعلام کرده است، این حق قانونی و رابطه مالکانه او در همه جا معتبر خواهد بود.

50. Jenkins J. In Dollfus Mieg V. Bank of England (1949).

51. Res Judicata.

52. Nouvion V. Freeman (1889), 15 A pp. Cas. I.

آقای «الف» که زمینی را در سویل به آقای «ب» فروخته بود، اقدام به طرح دعوای «اجرائی» علیه خریدار و در محاکم اسپانیا نمود و موفق شد حکمی^{۵۳} مبنی بر محکومیت خوانده به پرداخت مبلغ معنابهی پول بدست آورد.

توضیح آنکه طبق قوانین اسپانیا دونوع دادرسی وجود دارد: دادرسی «اجرائی یا اختصاری» و دادرسی «کامل یا معمولی». قاضی در یک دادرسی اجرائی، براساس دلایلی که ظاهراً درست می‌باشد، بدون اخطار به خوانده دعوی، دستور توقیف اموال او را صادر می‌کند. موضوع توقیف مال به خوانده ابلاغ می‌شود و از حق دارد به دادگاه مراجعه و از خود دفاع نماید؛ لیکن مدافعتی که می‌تواند بعمل آورد محدود است و بویژه نمی‌تواند دفاعی کند که اعتبار معامله‌ای را که به علت آن مورد تعقیب قرار گرفته است، انکار نماید. هریک از اصحاب دعوی که در دادرسی اجرائی توفيق نیابند، می‌توانند تقاضای دادرسی معمولی در نزد همان قاضی را نموده و ضمن آن هرگونه دفاع قانونی که لازم باشد بعمل آورند. به حال محکوم^ه، درخواست اجرای حکم «اختصاری» صادره را از محاکم انگلیس کرد که پس از طی تشریفاتی، سرانجام موضوع در مجلس اعيان (دیوان کشور) انگلیس مطرح شد. مجلس اعيان ضمن تأیید نظر دادگاه استیناف، رأی داد که براساس این حکم نمی‌توان در محاکم انگلیس اقامه دعوی نمود؛ چون حکم مذکور در معرض نقض از جانب دادگاه صادر کننده حکم است ولذا نسبت به هیچیک از طرفین، نه حکم نهائی و قضیه محکوم^هها محسوب می‌شود و نه علت اصلی دعوی را از میان برد و آن را مفروض^ه عنه ساخته است.

منظور این است که چون طبق مقررات اسپانیا محکوم^ه علیه می‌تواند دعوای ماهوی در رابطه با علت اصلی دعوی و از طریق دادرسی «کامل» طرح کند، بنابراین منشأ دعوی هنوز وجود دارد و فی الواقع بین طرفین، فصل خصوصی نشده است.

53. Remate Judgment.

علاوه بر موارد فوق، آن قبیل احکام خارجی که ماهیت آنها به نفقة زوجه و مخارج فرزندان مربوط می‌شود، مثال دیگری است که برای نهائی و قطعی تلقی نکردن حکم، وجود دارد. دادگاههای انگلستان معمولاً این قبیل احکام را به این دلیل که اغلب نهائی و قطعی نیستند، اجرا نمی‌کنند؛ زیرا دادگاه خارجی صادر کنندهٔ حکم می‌تواند میزان مخارج فرزند را بطبق شرایط او تغییر داده و یا آن را قطع کند. نکتهٔ دیگر اینکه امکان فرجامخواهی از حکم صادره از محکمهٔ خارجی در دادگاه عالی آن کشور، مانع طرح دعوای در انگلستان نیست؛ حتی اگر در زمانی که در دادگاههای انگلستان بر مبنای حکم خارجی اقامهٔ دعوای شده است، رسیدگی فرجامی در دادگاه عالی کشور خارجی صادر کنندهٔ حکم، واقعاً و هنوز در جریان باشد.^{۵۴}

شرط سوم. حکم باید برای مبلغ معینی پول باشد

برای اجرای حکم خارجی ناظر به اشخاص در انگلستان، لازم است که حکم حاکم از مبلغ معینی پول باشد و یا مبلغ حکم را با یک محاسبه ساده بتوان تعیین نمود. در مورد این قبیل احکام نکات زیر قابل توجه است:

- حکم باید دقیقاً ناظر به بدھی، یا مبلغ معینی پول (شامل خسارات و هزینه‌ها) باشد و نه چیز دیگر؛ نظیر اینکه خواندهٔ معینی را محکوم به اجرای قراردادی کرده باشد.
- حکم نباید برای مالیات و جرائم باشد. دادگاههای انگلستان به دعوائی که متضمن اجرای مستقیم یا غیرمستقیم مقررات مربوط به جریمه‌های نقدی یا درآمد یک کشور خارجی باشد، رسیدگی نمی‌کنند و احکام خارجی حاوی دستور پرداخت مالیات یا جریمه را اجرا نمی‌نمایند. در هر حال، اگر جریمه‌ای که خوانده به پرداخت

54. Colt Industries Inc. v. Sarlie (No. 2) (1966) 1 W. L. R. 1282.

آن محکوم شده است از ضرر و زیان واردہ به طرف متضرر قابل تفکیک باشد، آن قسمت از حکم خارجی مربوط به پرداخت ضرر و زیان را می‌توان در انگلستان اجرا نمود.

قسمت دوم

دفاعیات

علی‌رغم اینکه عموماً یک حکم خارجی به لحاظ ماهیت، قطعی است، مع‌الوصف دفاعیات متعددی در مقابل درخواست شناسائی یا اجرای آن وجود دارد؛ البته بار اثبات بر عهده طرفی است که می‌خواهد مانع اجرای حکم خارجی در انگلستان گردد. بطور کلی اگر طرف مذکور ثابت کند که حکم خارجی با تقلیب تحصیل شده است، یا مخالف نظم عمومی انگلستان و یا مخالف با عدالت طبیعی می‌باشد، درخواست اجرای چنین حکمی با نتیجهٔ موفقیت‌آمیزی مواجه نخواهد شد. از طرف دیگر مواردی وجود دارد که گرچه ظاهراً به نظر می‌رسد که بتوان بمنظور عدم شناسائی و اجرای حکم خارجی در محاکم انگلیس، آنها را در مقام دفاع مطرح نمود، ولی واقع امر آن است که محاکم انگلستان با توجه به رویهٔ موجود، این قبیل ایرادات را از این حیث مؤثر نمی‌دانند؛ مانند ایراد وقوع اشتباه موضوعی یا حکمی در حکم خارجی، یا وقوع اشتباه در رسیدگی، یا فقدان صلاحیت داخلی دادگاه خارجی و از این قبیل. بنابراین در قسمت دوم، ابتدا مواردی را که دفاع در مقابل درخواست شناسائی و اجرای حکم خارجی بشمار می‌روند، بررسی نموده و سپس مواردی را که دفاع محسوب نمی‌شوند، مورد بحث قرار خواهیم داد.

۱

مواردی که دفاع محسوب می‌شوند

همانطور که اشاره شد، بمحض رویه موجود در محاکم انگلستان، در صورتیکه حکم خارجی با تقلب تحصیل شده، یا اینکه مخالف نظم عمومی انگلستان قلمداد گردد و یا با عدالت طبیعی مباینت داشته باشد، نمی‌توان آن را در انگلیس شناسائی و اجرا کرد. منتهی موارد مذکور محتاج ایراد خوانده و اثبات آن است.

الف. تقلب

در حقوق انگلیس این اصل که تقلب موجب ابطال حکم دادگاه می‌گردد، اصل معتبری بشمار می‌رود، خواه تقلب در مورد حکم صادره از یک دادگاه انگلیسی باشد یا حکم صادره از یک دادگاه خارجی؛ ولی برای اعمال این اصل در رابطه با احکام داخلی انگلستان، محدودیتهایی وجود دارد. توضیح آنکه اگر محاکوم علیه حکم صادره از دادگاه داخلی انگلستان بخواهد به استناد اینکه حکم از راه تقلب تحصیل شده است، دعواهی برای ابطال حکم مذکور اقامه نماید، بایستی مطابق شرایط ذیل عمل کند:

- دعوای مستقلی طرح کند.

- مدارک جدیدی را که پس از صدور حکم بدست آورده ارائه نماید و ثابت کند که کشف این مدارک در زمان رسیدگی اولیه منطقاً میسر بوده است.

- اثبات کند که مدرک جدید، اثر مهمی بر حکم صادره دارد. در صورتیکه برای محاکوم علیه یک حکم خارجی که مدعی است حکم مذکور با تقلب تحصیل شده، کافی است شرایط ذیل را برآورده نماید:

- مدرک تقلب را در جریان دادرسی برای اجرای حکم خارجی ارائه

نماید.

- لازم نیست مدرک تقلب جدیداً کشف شده باشد.
- خواننده می‌تواند از همان مدرکی که در جریان دادرسی اصلی استفاده کرده است و چه بسا از سوی دادگاه صادر کننده حکم رد شده باشد، در دعوای اجرای حکم نیز استفاده نماید.⁵⁵

حتی اگر موضوع تقلب در جریان دادرسی دادگاه خارجی مطرح شده و دادگاه مذکور قبلاً بطور کامل به آن رسیدگی کرده باشد، از نظر دادگاههای انگلیس مؤثر در مقام نیست؛ بلکه موضوع تقلب می‌تواند مجدداً در محاکم انگلستان مطرح و رسیدگی شود.⁵⁶

علاوه بر این چنانچه وجود تقلب در خلال جریان رسیدگی دادگاه خارجی بر خواننده (محکوم علیه) مشهود بوده ولی وی زحمت ایراد و طرح آن را به خود نداده باشد، باز هم می‌تواند در مقام دفاع، آن را نزد دادگاه انگلیسی که به درخواست اجرای حکم خارجی رسیدگی می‌کند، مطرح سازد و دادگاه نیز بدان رسیدگی خواهد نمود.⁵⁷

- **شکل تقلب:** تقلب ممکن است به طرق و اشکال ذیل اعمال و ظاهر گردد:

55. مراجعة كنید به: Abouloff V. Oppenheimer (1882), 10 Q. B. D. 295.

توضیح آنکه در این دعوا، خواهان درخواست اجرای حکم دادگاه روسی را از دادگاه انگلیسی کرده بود.
قاضی زمیدگی کننده به این درخواست چنین اظهار نظر کرد:

«من فرض می‌کنم در این پرونده، خوانندگان ادعای وقوع تقلب از سوی خواهان را در دادگاههای روسیه مطرح کرده‌اند و فرض می‌نمایم که خوانندگان برای اثبات این ادعای مدارکی را نیز ارائه داده‌اند. من حتی فرض می‌کنم که خوانندگان همان مدارکی را که قصد دارند در دعوای حاضر ارائه دهند، قبلاً به دادگاه روسیه نیز تقدیم کرده‌اند؛ معذلک در این دادرسی نیز از طرح همان ادعای تقلب و ارائه همان مدارک برای اثبات ادعای خود محروم نخواهند بود.»

56. مراجعة كنید به رأى قاضى ليتللى در دعواى Vadala V. Lawes (1890), 25 Q. B. D. 310-317.
«اگر تقلب نسبت به یک دادگاه خارجی عبارت از این باشد که خواهان از راه تقلب آن دادگاه را به استنتاج غلطی کشانیده است، می‌توان آن دعوا را بطور کامل از سر گرفت؛ حتی اگر دادگاه مجرور شود به همان واقعیاتی که در جریان رسیدگی دادگاه خارجی مورد بحث و بررسی قرار گرفته است، مجدداً رسیدگی کند.».

57. Syal V. Heyward - (1940), 2 k. B. 443.

اول، تقلب از جانب طرفی که حکم به نفع او صادر شده است.

برای تشخیص و تعیین اینکه ارتکاب و مبادرت به چه نوع آعمالی از جانب محکوم^{۵۸} له، تقلب محسوب می‌شود تا بتوان به استناد آن مانع از شناسائی و اجرای حکم مربوطه در انگلستان شد، ضابطه مشخص و معینی در دست نیست؛ ولی می‌توان از بیان قاضی لیندلی در دعوای «وادالا علیه لاوس» در این رابطه کمک گرفت. او می‌گوید:

«تقلبِ اعمال شده در دادگاه خارجی، یا تقلبی که ادعای می‌شود در دادگاه مذکور اعمال شده عبارت است از گمراه کردن دادگاه بوسیله مدرکی که کذب آن برخواهان مشهود و معلوم بوده است».^{۵۸}

به حال این مطلب که آیا محکوم^{۵۹} لهی که در دادگاههای انگلستان به حکم خارجی استناد می‌کند، دادگاه خارجی را فریب داده و مرتکب تقلب شده یا خیر، امری است که توسط دادگاه انگلیسی رسیدگی کننده به درخواست اجرای حکم خارجی، بررسی خواهد شد؛ ولی همانطور که اشاره شد، ایراد و دفاع تقلب محتاج اثبات از جانب محکوم^{۶۰} علیه است. به عنوان مثال اگر ادعای تقلب ناظر به «شهادت دروغ» باشد، محکوم^{۶۱} علیه باید ثابت کند که: اولاً، ادای «شهادت دروغ» بوسیله طرفی که به حکم استناد می‌کند (محکوم^{۶۲} له)، یا به دستور وی صورت پذیرفته است؛ ثانیاً، «شهادت دروغ» در نتیجه امر، مؤثر بوده و در واقع دادگاه خارجی را گمراه کرده است. بطور کلی و به عنوان یک اصل عام، یک ادعای ساده شهادت دروغ موجب نمی‌شود که دادگاههای انگلستان حکم خارجی را مورد بررسی مجدد قرار دهند.

دوم، تقلب از جانب دادگاه خارجی صادر کننده حکم. شکل دیگر تقلب آن است که دادگاه خارجی خود مرتکب آن شده باشد. ضابطه تشخیص و احراز آن عبارت از این است که یا دادگاه خارجی از طرف دیگر دعوی جانبداری کرده و به نفع اورأی داده است، و یا قصاصات آن بطور

.۵۸. ر. ک. به مأخذ پانویس ۵۶.

عمده در موضوع دعوى ذينفع بوده اند. در صورتیکه محکوم علیه بتواند این موارد را اثبات کند، دادگاههای انگلستان از اجرای چنین حکمی نیز خودداری می نمایند.

تقلب از جانب دادگاه خارجی نه تنها تحت عنوان ویژه فوق نوعی دفاع تلقی می شود، بلکه به یک اعتبار، به منزله انکار عدالت طبیعی از جانب دادگاه خارجی نیز می باشد که خود از جمله دفاعیات در قبال اجرای حکم احکام خارجی بشمار می رود و بعداً مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

■ اثر دفاع تقلب. ایراد و دفاع تقلب در رابطه با حکم خارجی بحسب اینکه حکم خارجی ناظر به اشخاص باشد یا اموال، آثار و نتایج متفاوتی دارد. توضیح اینکه دفاع تقلب در مورد احکام مربوط به اشخاص، همواره در دسترس است و در صورتیکه اثبات گردد، بطور کامل موجب ابطال حکم خارجی شده و دادگاه انگلیسی از اجرای آن خودداری می کند. ولی در مورد احکام مربوط به اموال، دفاع مذکور، نسبت به حقوق اشخاص ثالث بلا اثر است؛ یعنی در صورتیکه چنین دفاعی مورد قبول دادگاه قرار گیرد، نسبت به خریدار با حُسن نیتی که برطبق حکم صادره یا در نتیجه آن و بدون توجه به موضوع تقلب، حق مالکیت نسبت به مالی را تحصیل نموده است، اثری ندارد. در این رابطه اگر گفته قاضی بلاک برن در دعوای «کاستریک علیه ایمی»^{۵۹} ذکر شود، خالی از فایده نخواهد بود:

«تقلب در واقع هر چیز را فاسد و باطل می کند... اما این مطلب که اگر تقلیبی از طرف اصحاب دعوى یا حتی از جانب خود محکمه انجام یافته باشد، آیا می توان این تقلب را علیه خریدار با حُسن نیتی که نسبت به موضوع کاملاً آگاهی نداشته است إعمال کرد، محل تأمل جدی است».

به حال این نکته هم قابل توجه است که امکان دفاع مبتنی بر وقوع تقلب نسبت به حکم خارجی، لااقل استثنائی بر قاعدة قطعی بودن

59. Castrique V. Imrie (1870), L. R. 4 H. L. 414.

حکم خارجی بشمار می‌رود. به قول چشایر، «اثر این سه رأی (ابولف علیه ابن هایمر، وادالا علیه لاوس، سیال علیه هیوارد) آن است که به نظریه قطعیت احکام خارجی بنحو عمده و غیر منطقی خدشه وارد کرده است».^{۶۰}

ب. مباینت با نظم عمومی^{۶۱}

ادعای مباینت اجرای حکم خارجی با نظم عمومی انگلیس، یکی دیگر از مدافعتی است که محکوم علیه حکم خارجی می‌تواند در قبال درخواست شناسائی و اجرای حکم مذکور بعمل آورد. ولی بندرت برای نقض یک حکم خارجی به این دفاع توصل و استناد می‌شود و نمونه‌های اندکی نیز در این رابطه موجود است؛ اما اگر دادگاههای انگلستان احراز نمایند که حکم خارجی مخالف مفاهیم مربوط به نظم عمومی در انگلیس می‌باشد، از شناسائی و اجرای آن خودداری می‌کنند. تعریف نظم عمومی و ترسیم حدود آن محتاج بحث و بررسی مفصلی است؛ زیرا هر کشوری متناسب با نهادهای حقوقی، اجتماعی و اقتصادی خود از آن تعبیر و تفسیر خاصی دارد. بطور کلی منظور از نظم عمومی در معنای وسیع آن، عبارت است از رعایت اخلاق حسن‌النیت از داخلی و تجاری در انگلستان، به همان صورتیکه دادگاههای انگلیس تفسیر می‌کنند. این قاعدة حقوق انگلیس مبنی بر عدم اجرای احکام خارجی که واجد ماهیتی کیفری، جریمه یا درآمد هستند، فی الواقع مبتنی بر همین نکته، یعنی مباینت این قبیل احکام با نظم عمومی انگلیس می‌باشد. به عنوان نمونه مجلس اعیان انگلیس در دعوای «دولت هندوستان علیه تیلور»،^{۶۲} ادعای دولت هند علیه یک شرکت انگلیسی برای پرداخت مالیات بر درآمد معوقه را به دلیل اینکه ادعای مربوط به درآمد یک کشور خارجی بوده است، رد نمود. مع الوصف اگر حکم خارجی از دو بخش قابل تفکیک تشکیل شده باشد (کیفری و

60. Cheshire p. 661.

61. Public Policy.

62. The Government of India V. Taylor (1955) A. C. 491.

غیر کیفری)، می‌توان بخش غیر کیفری حکم را اجرا کرد.^{۶۳}

ج. مغایرت حکم خارجی با عدالت طبیعی^{۶۴}

اینکه حکم خارجی با عدالت طبیعی مغایر باشد نیز یکی از مدافعتی است که خوانده دعوای درخواست اجرای حکم (محکوم علیه حکم خارجی)، می‌تواند نزد محاکم انگلیس عنوان کند. صرف نظر از اختلاف نظر و ابهامی که در تعریف این عنوان و ترسیم حدود و قلمرو آن وجود دارد، برای درک مصاديق آن می‌توان از اظهار نظر قاضی آتکین در دعوای «جاکوبسن علیه فراکن» (۱۹۲۷)^{۶۵} استفاده کرد. قاضی مذکور دونکته را درباره چهار چوب و موازین عدالت طبیعی در رابطه با احکام خارجی بیان نموده است: اولاً، دادگاه صلاحیت دار برای خوانده دعوای اخطاریه فرستاده باشد؛ و ثانياً، به خوانده فرصت ارائه دلایل و مستندات خود در محضر دادگاه را داده باشد. منظور این است که بطور کلی نحوه رسیدگی در دادگاه خارجی صادر کننده حکم بایستی طوری باشد که خوانده از حداقل امکانات قضائی برای اطلاع و سپس دفاع برخوردار گردیده باشد. این مقدار، حداقل چیزی است که بموجب نظریه عدالت طبیعی برای خوانده یک دعوای مقرر شده و وجود دارد. جالب اینکه در اکثر دعاوی که خوانده، در مقام دفاع در مقابل درخواست اجرای حکم خارجی، به این اصل استناد جسته، توضیح قاضی آتکین مبنای عمل بوده است. به عنوان مثال در دعوای «اسکار پتا علیه لون فلد»، نظر قاضی آتکین چنین منعکس شده است:

— اگر جریان دادرسی دادگاه خارجی، مطلقاً و یا بطور کافی، یعنی به صورتی که خوانده را قادر به دفاع از خود نماید، به وی ابلاغ نشده باشد،

63. Raulin V. Fischer (1911) 2 K. B. 93.

64. Natural Justice.

65. Jacobson V. Frachon (1927), 138 L. T. 386.

— اگر دادگاه خارجی با توجه به موارد زیر از استماع اظهارات یا مدافعت یکی از طرفین دعوی، خودداری کرده باشد: (الف) فقد فرصت مناسب و عادلانه برای خوانده، به صورتیکه او را از ارائه دلایل و مستنداتش محروم کند و نتواند نسبت به موضوع نزد دادگاه خارجی اعتراض کرده و جبران مافات نماید، (ب) عدم رعایت انصاف نسبت به هر دوی اصحاب دعوی، نظیر اعمال قاعده‌ای که موجب می‌شود هیچیک از طرفین نتواند به نفع خود مدارکی را ارائه کند^{۶۴}، در این صورت است که می‌توان گفت اصول عدالت طبیعی در چنین دادرسی که منتهی به صدور حکم شده است، رعایت نگردیده و در نتیجه چنین حکمی با عدالت طبیعی مباینت دارد و به همین ملاحظه محاکم انگلیسی آن را شناسائی و اجرا نمی‌کنند.

منتهی طرح این دفاع نیز محتاج اثبات از جانب محاکوم^{عليه} می‌باشد.

همانطور که بیان شد، تا بحال تعاریف دقیقی از نظم عمومی و عدالت طبیعی ارائه نشده است. هر دوی آنها — بویژه عدالت طبیعی — واژه‌های وسیع و تا حدی مبهم هستند و امکان دارد که دادگاههای انگلستان برطبق شرایط و اوضاع واحوال مختلف، از آنها تفسیرهای گوناگونی بعمل آورند. این انعطاف پذیری بعلاوه تأثیراتی نظیر وضعیت روابط سیاسی و اقتصادی میان انگلستان و کشورهایی که بوسیله دادگاههای آنها حکم خارجی صادر شده است، باعث گردیده که دادگاههای انگلستان برای اجرا یا عدم اجرای احکام خارجی قادر باشند از این دونظریه، متناسب با منافع خود بهره‌برداری کنند. نتیجه چنین وضعی آن است که: اولاً، به خاطر وجود این دونظریه (نظم عمومی و عدالت طبیعی) و امکان دفاع محاکوم^{عليه} به استناد آنها، ذینفع یک حکم خارجی نباید اطمینان داشته باشد که حکم مذکور ولو با اجتماع شرایط اولیه، قطعاً در دادگاههای انگلستان قابل شناسائی و اجرا خواهد بود؛ ثانیاً وبالعكس، محاکوم^{عليه} حکم خارجی وقتی ملاحظه می‌کند که همه شرایط (سیاسی و

66. Scarpetta V. Lowenfeld (1911), 27, P. L. R. 509.

اقتصادی) به نفع خواهان است، و چه بسا ایراد و دفاع او در مورد مباینت حکم خارجی با نظم عمومی و عدالت طبیعی، مورد توجه دادگاه قرار نگیرد، نسبت به اثر و فایده دفاعیات در دسترس خود تردید می‌نماید.

۲

مواردی که دفاع محسوب نمی‌شوند

در کنار موارد سه گانه فوق، مواردی وجود دارند که گرچه ممکن است ظاهراً چنین به نظر رسد که به عنوان دفاع از جانب محکوم علیه حکم خارجی و نزد محکمه انگلیسی قابل طرح هستند، ولی روئه محاکم مذکور چنین است که این قبیل ایرادات را مانع شناسائی و اجرای حکم خارجی، به شرط اجتماع سایر شرایط لازم، تلقی نمی‌نمایند. این موارد عبارتند از:

الف. اشتباه موضوعی یا اشتباه حکمی^{۶۷}

حکم خارجی را که واجد کلیه شرایط جهت شناسائی و اجرا در انگلستان باشد، نمی‌توان با این دفاع که حکم براساس اشتباه نسبت به موضوع یا نسبت به قانون (خواه در خصوص قانون دادگاه خارجی یا هر قانون دیگر) صادر شده است، مورد اعتراض قرار داد.^{۶۸}

ب. اشتباه در رسیدگی^{۶۹}

«اگر دادگاه خارجی از نظر قوانین داخلی خود، صالح به رسیدگی باشد، این موضوع که در مورد قواعد آئین دادرسی خود دچار اشتباهی شده است، در دعوائی که بمنظور اجرای حکم صادره از چنین دادگاهی در انگلستان اقامه می‌شود، ایراد بحساب نمی‌آید».^{۷۰}

67. Error of fact or law.

68. Henderson V. Henderson (1844) - Godard V. Gray (1870).

69. The procedural mistake.

70. Cheshire p. 654.

ج. فقدان صلاحیت داخلی

صلاحیت دادگاه خارجی صادر کننده حکم، در مفهوم بین المللی صلاحیت، برای اعتبار حکم خارجی از این حیث کافی است.

«دادگاههای انگلستان، صلاحیت دادگاه خارجی صادر کننده حکم را در معنای دیگر (غیر از مفهوم صلاحیت بین المللی)، امر عمدۀ ای تلقی نمی‌نمایند». ^{۷۱}

در دعوای «وان کلین علیه بوارد» (۱۸۶۳)^{۷۲}، خواهان برای اجرای حکمی که در مورد یک برات از محاکم فرانسه تحصیل کرده بود، در دادگاههای انگلستان اقامه دعوی نمود. برطبق مقررات حقوق بین الملل خصوصی در انگلستان، دادگاه فرانسه واجد صلاحیت بود. در ضمن دادگاه مذبور برای رسیدگی به این قبیل دعواهی صلاحیت محلی نیز داشت. خوانده (محکوم علیه) در مقام دفاع در دعواهی اجرای حکم، ایراد کرده بود که بموجب قوانین فرانسه، دادگاه این کشور به علت تاجر نبودن وی، صلاحیت رسیدگی نداشته است. ولی دادگاه انگلیس چنین رأی داد: این اعتراض باستی رد شود؛ زیرا دادگاه فرانسه که نسبت به این شخص و موضوع دعوی صلاحیت دارد، مناسب‌ترین دادگاهی است که می‌تواند تعیین کند که آیا از قلمرو صلاحیت مقرر در مقررات فرانسه، تجاوز شده است یا خیر؟

با توجه به اینکه بموجب نظریه تعهد، احکام خارجی برای خواهان حق و برای محکوم علیه، ایجاد تعهد نسبت به اجرا یا انجام محکوم به می‌نمایند، لذا قاعدة فوق معمولاً در مورد احکام مربوط به اشخاص مصدق داشته و بکار می‌رود. حال اگر قوانین آمرة کشور خارجی، یک حکم صادره از محاکم خود را بطور کامل بی اعتبار بداند — یعنی آن را تعهد آور قلمداد نکند — در انگلستان نیز به عنوان یک حکم معتبر تلقی نخواهد شد.

71. Pemberton V. Hughes (1899) Lch. 78 L.

72. Vanquelin V. Bouard (1863), 15 C. B. N. S. 341.

معدلک چون احتمال صدور یک حکم برخلاف رویه داخلی بسیار اندک است، غالباً اصل بر صحت و اعتبار حکم خارجی قرار گرفته است مگر اینکه خلاف آن ثابت گردد.

در خصوص احکام مربوط به اموال نیز از سخن بلاک برن دایر براینکه «آیا قدرت حاکمه کشور خارجی صلاحیت تصمیم‌گیری نسبت به واگذاری اموال را به دادگاه اعطا کرده و آیا دادگاه در چهارچوب صلاحیت اعطائی به آن، عمل نموده است؟»، این نکته را می‌توان استنباط نمود که یک حکم خارجی مربوط به اموال برای اینکه در انگلستان مورد شناسائی قرار گیرد باید بوسیله دادگاهی که هم دارای صلاحیت محلی و هم بین‌المللی است، صادر شده باشد.

د. کشف مدرک جدید

اگر خوانده پس از صدور حکم به مدرک جدیدی دست یابد و اذعا کند که وی قبل و علی رغم تلاش لازم قادر به کشف آنها نبوده است، و از طرفی این مدارک ربطی به وقوع تقلب در حکم یا دادرسی و یا مباینت حکم با عدالت طبیعی نداشته باشد، این سؤال پیش می‌آید که آیا می‌تواند مدارک مذکور را به عنوان دفاع در مقابل درخواست اجرای حکم خارجی به دادگاههای انگلیس ارائه دهد یا خیر؟ بدیهی است اگر مدارک مکشوفه حاکی از اعمال تقلب از جانب محکوم^{۷۳} یا دادگاه خارجی صادر کننده حکم باشد، موضوع تفاوت می‌کند و محکوم^{۷۴} علیه می‌تواند در مقام دفاع آن را مطرح کند که قبل مورد بحث قرار گرفت.

در دعوای «الیس علیه م هنری»^{۷۳} موضوع از این قرار بود: در دعواهی که توسط خواهان در کانادا اقامه شده بود، پس از طی مراحل مختلف، حکمی علیه خوانده صادر گردید؛ ولی اگر خوانده در خلال جریان دادرسی از سند مشخصی که مربوط به سازش می‌شد، استفاده کرده بود، حکم

73. Ellis v. M'Henry (1871), L. R. 6 C. P. 228.

مذکور صادر ننمی‌گردید. خواهان برای اجرای این حکم در انگلستان اقامه دعوی کرد و این سؤال پیش آمد که آیا در این مرحله خوانده حق استفاده از سند مذکور را به عنوان دفاع دارد یا خیر؟ قاضی باویل، در این مورد چنین گفت:

«تنها دلیلی که در دعواهی حاضر برای اعتراض به حکم صادره ارائه شده، آن است که در مقابل ادعاهای اصلی واقعیه، دفاعی وجود داشته که مبتنی و مستند به این سند بوده است. لیکن قبول این دلیل و دفاع، در واقع تشکیک نسبت به تمامیت و اعتبار حکم خارجی بوده و خلاف اصل صحبت احکام دادگاههای خارجی می‌باشد و این موضوعی است که پس از صدور حکم، نمی‌توان بدان پرداخت».

بنابراین و به عنوان یک قاعدة کلی، خوانده باید از کلیه مدافعت در دسترس خود در دادگاه خارجی استفاده کند و آلاً بعداً اجازه نخواهد یافت تا آنها را نزد محاکم انگلستان که در مقام شناسائی و اجرای حکم خارجی هستند، ارائه نماید. البته لازم به یادآوری است که در مورد کشف مدرک جدید، بحثهای وجود دارد از جمله بیان دایسی و موریس که می‌پرسند: «درجائی که یک حکم صادره از دادگاههای انگلیس، در صورتیکه محکوم علیه پس از اتمام رسیدگی موقق به کشف مدرک جدید و مهمی شود — حتی در صورت فقد عنصر تقلب — می‌تواند باطل اعلام گردد، دلیلی وجود ندارد که یک حکم خارجی در موقعیت بهتری قرار بگیرد».⁷⁴

74. Morris p. 1075.

قسمت سوم

نتیجه

شناسائی و اجرای احکام خارجی، یکی از مسائل مهم حقوق بین الملل خصوصی است و چنانچه چشایر معتقد است «اگر احکام صادره از دادگاه خارجی ذیصلاح، بویژه احکامی که صرفاً اعلامی هستند یا مثلاً وضعیت یک شخص را مشخص می‌کنند و می‌بایستی در سایر کشورها مورد شناسائی قرار گیرند، بکلی نادیده انگاشته شوند، نیل به یکی از اهداف مقدماتی حقوق بین الملل خصوصی هرگز میسر نمی‌گردد».⁷⁵ لهذا برای حقوقدانان و صاحبنظرانی که در رشتة حقوق بین الملل خصوصی کار می‌کنند لازم است که نه تنها از مقررات و قوانین کشور متبوع خود در رابطه با اجرای احکام خارجی اطلاع داشته باشند، بلکه باید سعی کنند تا حتی الامکان با مختصراً از قوانین و مقررات سایر کشورها در این رابطه آشنائی پیدا نمایند. نوشتۀ حاضر در مقام فتح باب کوچک و مدخلی براین مبحث مهم از حقوق بین الملل خصوصی است.

آنچه که اجمالاً مورد اشاره قرار گرفت، این بود که از نقطه نظر کامن لو برای شناسائی و اجرای احکام خارجی در انگلستان شرایط مهم و اساسی عبارتند از اینکه اولاً، دادگاه خارجی طبق اصول حقوق بین الملل خصوصی در انگلستان، نسبت به خوانده دعوى صلاحیت داشته باشد؛ ثانیاً، حکم صادره از دادگاه خارجی، قطعی و نهائی بوده باشد؛ و ثالثاً، مبلغ محکوم به معین باشد و از طرف دیگر حکم از راه تقلب تحصیل نشده و مخالف عدالت طبیعی و نظم عمومی کشور انگلستان هم نباشد. ولی این

75. Cheshire p. 630.

نکته را نیز همیشه باید به خاطر داشت که همواره نوع و کیفیت روابط سیاسی و اقتصادی میان کشور صادرکننده حکم و کشور محل اجرا در زمان اجرای حکم، از جمله عواملی هستند که بر موضوع مطروحه و بر ردة یا قبول درخواست اجرای حکم از سوی دادگاه اثر می‌گذارند. نظریه‌های نظم عمومی و عدالت طبیعی نیز به عنوان وسیله توجیه امر، باسانی مورد استفاده و استناد قرار می‌گیرند و پوشش حقوقی مناسب برای تحقیق هدف و توجیه آن را به کمک همین ابزارها تعییه می‌کنند. بنابراین با توجه به اینگونه عوامل غیرحقوقی ولی مؤثر در قضیه، و صرف نظر از جهات و امکانات حقوقی، باید گفت که محکوم‌له حکم خارجی برای اجرای آن بر طبق مقررات کامن لو و از طریق دادگاههای انگلستان با مشکلات جدی مواجه است.

در خاتمه یادآوری می‌شود که این بررسی در چهار چوب مقررات و ضوابط کامن لو صورت گرفته است و اجرای احکام خارجی بر اساس قوانین مدون، مورد بحث قرار نگرفته است. قوانین مدققی نظیر قانون تمدید احکام (۱۸۶۸)^{۷۶} در مورد احکام صادره از دادگاههای اسکاتلند و ایرلند که از نقطه نظر حقوق بین الملل خصوصی کشور خارجی محسوب می‌شوند، قانون دادگستری (۱۹۲۰) در خصوص احکام صادره از دادگاه عالی کشورهای مشترک المنافع، قانون (اجرای متقابل) احکام خارجی (۱۹۳۳) که از قانون دادگستری فراغیرتر بوده و در آن اصل ثبت حکم خارجی، به همه کشورهای خارج از امپراتوری انگلیس شامل کشورهای مشترک المنافع تسری یافته است و تا بحال از طریق تصویب نامه دولتی^{۷۷} نسبت به احکام صادره از دادگاه کشورهای اتریش، بلژیک، جمهوری فدرال آلمان، فرانسه، ایتالیا، هلند، نروژ و از کشورهای مشترک المنافع (یا آنهائی که قبلًا جزء کشورهای مشترک المنافع بوده‌اند)، هندوستان، پاکستان، منطقه پایتخت استرالیا، جرسی و جزیره «من»، بکار برده شده است و فرمان (اجرای احکام) جامعه اروپا (۱۹۷۲)^{۷۸} در مورد احکام صادره از

76. The Judgment Extension Act (1868).

77. Order in Council.

78. The European Communities (Enforcement of Community Judgments) Order (1972).

کشورهای عضو جامعه اروپائی، برخلاف مقررات کامن لو که برای اجرای حکم خارجی، اقامه یک دعوای جدید حقوقی را تجویز می‌کند، مقرر می‌دارند که محاکوم‌لیه حکم خارجی، حکم خود را به همراه گواهی که از دادگاه خارجی رسیدگی کننده حکم (مبنی براینکه دادگاه چنین حکمی را صادر کرده است)، اخذ می‌کند، نزد دادگاه عالی انگلستان ثبت نماید. پس از طی تشریفات ثبت، حکم خارجی همان نفوذ و اثر احکام صادره از دادگاههای انگلستان را یافته و مانند آنها به مرحله اجرا گذاشته خواهد شد.

بان براون لی

ترجمه: احمد قطینه



نظری اجمالی
بر حقوق معاهدات



• مقدمه

بخش عمده‌ای از اختلافات بین المللی با مسئله اعتبار قراردادها و تفسیر آن ارتباط پیدا می‌کند و مفهوم عملی مناسبات دولتها در قالب عهدنامه‌ها تجسم می‌یابد. ارگانهای عظیم بین المللی از جمله سازمان ملل متحده، مبانی حقوقی خود را در قراردادهای چندجانبه جستجو می‌کنند. کمیسیون حقوق بین الملل از بدشروع به کار به قانون معاهدات توجّهی خاص مبذول داشت و در سال ۱۹۶۶ پیش‌نویسی را در یک طرح هفتاد و پنج ماده‌ای برگزید.

این پیش‌نویس پایه و اساس مذاکرات وین را تشکیل داد که طی دو نشست در سالهای ۱۹۶۸ و ۱۹۶۹ کنوانسیون وین را در باب حقوق معاهدات شامل هشتاد و پنج ماده و یک ضمیمه به انجام آورد. عهدنامه

مذکور هنوز قوت اجرائی نیافته است و به تصویب سی و پنج کشور نیاز دارد تا لازم الاجرا شود! عهدنامه رویهم رفته در مقام توضیح مسائل مبهم حقوق عام ملل نیست و چنین مقصودی از آن مستفاد نمی‌شود. مقدمه عهدنامه تأیید می‌کند که مسائلی که در عهدنامه پیش‌بینی نشده و مقررات عهدنامه به آن نظم و نسقی نداده است، همچنان در شمول حکومت قواعد حقوق بین‌الملل عرفی باقی خواهد ماند. با وجود این، مواد متعددی از عهدنامه در اصل در مقام توضیح و تبیین حقوق کنونی است و موادی که چنین نیست اما رهبر مقررات و قواعدی است که از حقوق عام ملل ناشی شده است. مقررات کنوانسیون وین اکنون به عنوان مأخذی عمده بحساب می‌آید؛ همچنانکه در ترافع شفاهی در محضر دادگاه بین‌المللی دادگستری^۲ در قضیه نامیبیا، دادگاه در رأی مشورتی خود چنین بیان عقیده می‌کند:

«قواعد پیش‌بینی شده در عهدنامه وین را در ارتباط با فسخ عهدنامه حاکم بر مناسبات به سبب نقض می‌توان از جهات متعددی، تدوین قواعد و مقرراتی عرفی در باب موضوع بحساب آورد».

عهدنامه وین در باب حقوق معاهدات بوسیله اکثریت قاطعی از شرکت‌کنندگان در کنفرانس پذیرفته شد و متنضم گذ جامعی است در زمینه‌های اصلی حقوق معاهدات. معهداً قانون معاهدات با مسائل زیر سروکار ندارد:

الف. معاهدات بین کشورها و سازمانهای بین‌المللی و یا بین دو یا چند سازمان بین‌المللی.

ب. مسائل مربوط به تغییر و جانشینی حکومت.

ج. تأثیر جنگ بر معاهدات.

معاهده وین اثر قهقهائی ندارد و عطف بمسابقات نمی‌شود.

کمیسیون حقوق بین‌الملل در طرح مؤقتی مربوط به حقوق معاهدات، عهدنامه را چنین تعریف می‌کند:

«هر توافق بین‌المللی مدون که دریک، دو یا چند سند مربوط بهم گنجانده شده باشد و صرف نظر از عنوان خاص (معاهده، کنوانسیون،

پروتکل، پیمان‌نامه، منشور، قانون، سند، اعلامیه، توافقنامه، تبادل یادداشت، صورتخلاصه مذاکرات مورد توافق، یادداشت توافق، قرار و مدار موقت و یا هر نام دیگر) که به آن داده شود، بین دو یا چند دولت و یا دیگر اشخاص حقوق بین‌الملل منعقد شده و حقوق بین‌الملل حاکم بر آن باشد».

کنوانسیون وین همانطوری که در طرح نهائی کمیسیون حقوق بین‌الملل مقرر شده بود، شامل معاهداتی است که بین دولتها منعقد گردد. به موجب ماده ۳ معاہدة وین، این محدودیت تأثیری در اعتبار قانونی موافقنامه‌های منعقده بین دولتها و سایر تابعان حقوق بین‌الملل و یا موافقنامه‌های منعقده بین چنان تابعانی نخواهد داشت. شق الف بند ۱ ماده ۲ عهدنامه، معاهده را اینطور تعریف می‌کند: موافقنامه‌های بین‌المللی که به صورت کتبی بین کشورها منعقد شود و تابع حقوق بین‌الملل باشد؛ خواه در یک سند، دو یا چند سند مربوط بهم تنظیم شود و تحت هر عنوان خاصی که باشد. این مقررات موضوع قراردادهای را که بین دولتها و افراد یا شرکتها منعقد می‌شود، دربر نمی‌گیرد. در دعوای شرکت سابق نفت انگلیس و ایران^۳ دادگاه بین‌المللی دادگستری این ادعای دولت ایران امتیازنامه نفت از مصادیق عهدنامه یا پیمان‌نامه مذکور در بیانیه دولت ایران دایر به قبول صلاحیت اجباری دادگاه بین‌المللی برطبق اساسنامه آن دادگاه است، رد کرد. ماده ۲ کنوانسیون وین تصریح می‌کند که قراردادهای که عهدنامه وین به آنها تسری دارد، تابع حقوق بین‌الملل است و براین اساس، ترتیبات مختلف تجاری از قبیل قراردادهای خرید و اجاره را که بین دولتها بعمل می‌آید و منحصرًا تابع یک یا چند قانون ملی و محلی است، از شمول عهدنامه مستثنی می‌کند. کمیسیون حقوق بین‌الملل در حال بررسی موضوع و مسئله قراردادهای است که سازمانهای بین‌المللی منعقد نموده‌اند.

• انعقاد معاهدات

۱. شکل و ترکیب معاهده: چگونگی مذاکره در باب معاهدات و رساندن آن به مرحله اجرا تابع قصد و رضای طرفهای معاهده است و اساساً نیازی به رعایت ترکیب و شکل خاصی ندارد؛ فی المثل یک توافق ممکن است جزء صورتجلسه یک کنفرانس ثبت گردد. در عمل، قالب و فرم معاهدات تا حدی تابع عرف و روش معمول است. بدین ترتیب، فرم معاهده برحسب اینکه توافق بین کشورها، سران کشورها، دولتها و یا وزرا و وزارتخانه بخصوصی باشد، فرق می‌کند. کنوانسیون وین منحصراً به قراردادهایی که به صورت کتبی باشد، شمول دارد؛ ولی ماده ۳ کنوانسیون تأکید می‌کند که این محدودیت تأثیری در اعتبار قانونی توافقهایی که در قالب کتبی نیست، ندارد. بدیهی است بخشهای عمدی از معاهده وین با توافقهای شفاهی ارتباطی ندارد؛ معهذا این حقیقت را نمی‌توان انکار کرد که قسمتهای مهمی از قانون معاهدات — فی المثل آنچه که به بطلان و فسخ مربوط می‌شود — نسبت به قراردادهای شفاهی نیزقابلِ اعمال است.

۲. اختیارات تام و امضای دوران سلاطین مستبد و کنندی ارتباطات،
 این رویه را معمول کرد که به نماینده فرمانروا برای مذاکره و ایجاد تعهد برای آمر، اختیار تام داده شود. بنابر معمول عصر ما جز در مواردی که قصد طرفهای معاهده غیر از این باشد، «اختیار تام» متنضم صلاحیت برای مذاکره و انعقاد و امضای معاهنده است. در مورد قراردادهای منعقده بین دولتها از تعبیر «اختیار تام» به معنای اعتبارنامه‌ای که مؤید این اختیار باشد و بازبینی متقابل این اعتبارنامه بوسیله طرفین مذاکره کننده، تا حدی صرف نظر شده است. نتیجهٔ موفقیت آمیز مذاکرات در خصوص یک

معاهده، قبول متنی است که مورد توافق قرار گرفته است. یکی از آثار امضای یک معاهده، تصدیق صحت آن معاهده است؛ ولی تصدیق متن یک معاهده به طرق دیگری، فی المثل گنجاندن آن در سند نهائی یک کفرانس یا پاراف معاهده نیز میسر است. آثار حقوقی امضا در یک معاهده — غیر از اثر تصدیقی آن — از این قرار است:

در موردی که قدرت الزامی امضا موكول به تصویب پذیرش یا موافقت نهائی است، امضای معاهده اعلام قبولی بر التزام نسبت به آن تلقی نمی‌شود. معهداً امضای یک معاهده، دولت امضا کننده را در موقعیتی قرار می‌دهد تا تشریفات مربوط به تصویب، پذیرش یا موافقت را معمول و مرعی دارد و آن را متعهد می‌کند که با حسن نیت از هر اقدامی که سبب بی نتیجه ماندن اهداف معاهده شود، خودداری نماید. هرگاه امضای معاهده منوط به تصویب، پذیرش یا موافقت بعدی نباشد، علاوه بر اینکه الزام به حسن نیت بالا را بوجود می‌آورد، اعلام قبولی برای التزام به معاهده نیز تلقی می‌گردد. امضای یک معاهده، تعهدی برای تصویب نهائی ایجاد نمی‌کند. در دوره‌های اخیر در کلیه معاهدات مهم چند جانبه، امضای نقشی آنچنانی در پذیرفتن معاهده نداشته است. مثلاً متن یک معاهده ممکن است ابتدا به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحده برسد و متعاقباً در اختیار کشورهای عضو بمنظور الحاق قرار گیرد.

۳. تصویب: تصویب یک معاهده شامل دو اقدام مشخص و متمایز تشریفاتی است: اول، عمل ارکان ذیصلاح که در انگلستان مقام سلطنت است که می‌توان آن را تصویب در مفهوم مقرر در قانون اساسی دانست؛ عمل دوم، یک اقدام مبتنی بر رویه و تشریفات بین‌المللی است که از طریق مبادله رسمی یا تدبیع اسناد متضمن تصویب، معاهده را لازم الاجرا می‌سازد. تصویب در مفهوم دوم، اقدامی حائز اهمیت است که مفید اعلام قبولی برای التزام نسبت به معاهده است. معهداً در جایی که بتوان به قصد طرفین پی برد، همه چیز منوط به چنین قصدی است و رویه فعلی، مثالهای

متعددی از موافقتنامه‌های نیمه رسمی را نشان می‌دهد که نیاز به تصویب ندارد و بنابراین قصد طرفین، بمحض امضای تعهد آور می‌شود. مسئله‌ای که اختلاف نظرهایی بوجود آورده است مربوط به محدود معاهداتی می‌باشد که در متن آنها مقررات صریحی در باب تصویب پیش‌بینی نشده است. نظر کمیسیون حقوق بین‌الملل ابتدا چنین بود که معاهدات علی‌الاصول نیاز به تصویب دارند، و موارد استثنائی را مشخص کرد که طرز عمل غیر از این بود؛ فی المثل موردی که پیش‌بینی می‌شود که بمجرد امضای عهدنامه لازم الاجرا است. با این وجود، کمیسیون تا حدودی به علت مشکلات ناشی از اعمال این نظریه در مورد معاهدات ساده و مختصر، تغییر عقیده داد. ماده ۱۴ کنوانسیون وین مسئله را با توجه به قصد طرفین، تعدیل می‌کند.

۴. الحق، پذیرش و موافقت: پیوستن به معاهده و یا اعلام موافقت با آن وقتی محقق می‌شود که کشور ثالثی که در امضای یک معاهده متعقده بین کشورهای دیگر شرکت نداشته است، رسمآ مفاد آن عهدنامه را پذیرد. الحق به یک معاهده ممکن است قبل و یا بعد از اجرای آن تحقق یابد. شرایط الحق و تشریفات آن بستگی به مقررات عهدنامه خواهد داشت. الحق ممکن است به صورت اقدامی ساده و ابتدائی، تنها راه پیوستن به یک معاهده باشد؛ مثل معاهده‌ای که به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحده می‌رسد و برای الحق به کشورهای عضو پیشنهاد می‌شود. عرف کنونی واژه‌های «پذیرش» Acceptance و «موافقت» Approval را به عنوان بیان کننده اساس الحق پذیرفته است؛ معهذا ترمینولوژی در این زمینه حالت ثابتی پیدا نکرده است و در جایی که گفته می‌شود معاهده مفتوح برای امضای شرط «پذیرش» است، واژه «پذیرش» معادل با «تصویب» Ratification می‌باشد.

۵. چگونگی اعلام قبولی برای التزام: امضای تصویب، الحق، پذیرش و موافقت، طرق منحصر بفرد اعلام قبولی برای التزام نسبت به معاهده نیست. بر حسب توافق، طرق دیگری مثل مبادله اسناد تشکیل دهنده معاهده،

می‌تواند به عنوان اعلام قبولی برای التزام نسبت به معاهده تلقی شود.

۳

• حق امتناع (قبولی مشروط)

معاهده وین حق امتناع را چنین تعریف می‌کند: بیانیه‌ای یکجانبه تحت هر عنوان یا بهر شکل که کشوری هنگام امضای تصویب و قبول یک عهدنامه یا الحاق به آن صادر می‌کند و بوسیله آن منظور خود را درخصوص عدم شمول یا تعديل آثار قانونی بعضی از مفاد معاهده در مورد خود بیان می‌نماید. این تعریف، مسئله معتبر بودن حق امتناع را که باستی اساس و مبنایش قرارداد باشد نه تصمیم یکجانبه، مسلم فرض می‌کند. در گذشته، قاعدة پذیرفته شده در مورد کلیة معاهدات این بود که حق امتناع در صورتی اعتبار داشت که معاهده مربوطه آن را اجازه می‌داد و تمام طرفهای معاهده آن را قبول می‌کردند. براین اساس، حق امتناع، یک پیشنهاد متقابل را تشکیل می‌داد که نیاز به قبولی مجدد داشت و در غیر این صورت، دولتی که پیشنهاد متقابل را می‌کرد، طرف معاهده بحساب نمی‌آمد. این نظریه بر اصل تمامیت مطلق و تجزیه ناپذیری عهدنامه‌ها استوار است.

در دوره جامعه ملل (۱۹۲۰ – ۱۹۴۶) طرز عمل در مورد معاهدات چند جانبه نوعی ناهمانگی را نشان می‌داد. دبیرخانه جامعه ملل و بعداً نیز دبیر کل سازمان ملل متعدد به عنوان امانت دار معاهداتی که تحت نظر جامعه ملل منعقد شده بود، تابع اصل «تمامیت مطلق» معاهدات بودند. در مقابل، اعضای اتحادیه پان امریکن که بعداً به سازمان کشورهای امریکائی تغییر نام داد، یک سیستم قابل انعطاف را برگزید که به کشور صاحب حق امتناع اجازه می‌داد در برابر کشورهایی که با موضوع حق امتناع مخالفتی ندارند، طرف معاهده محسوب شود. این سیستم که از سال ۱۹۳۲ اتخاذ شد، عمومیت معاهدات را به بھای کاهش تعهدات توسعه می‌بخشد. بدین ترتیب، کشوری

که حق امتناع را مطرح می‌سازد می‌تواند طرف یک معاهده بحساب آید؛ در حالیکه تنها در قبال دویا سه کشور غیرمعترض نسبت به حق امتناع — آنهم با استفاده از حق امتناعی وسیع — ملتزم و متعهد است.

متعاقب تصویب عهدنامه پیشگیری و مجازات کشتار دست‌جمعی وسیله مجمع عمومی سازمان ملل متحده در ۱۹۴۸ که مقرراتی در مورد حق امتناع در آن پیش‌بینی نشده بود، در زمینه پذیرش حق امتناع اختلاف عقیده بروز کرد. نظر مشورتی دادگاه بین‌المللی دادگستری در این مورد استعلام شد؛ دادگاه مذکور بر عدول کنوانسیون از روش معمول و مختصات ویژه آن و نیز قصد امضا کنندگان عهدنامه و نظر مجمع عمومی سازمان ملل دایر بر جهانی بودن میدان عمل کنوانسیون تأکید کرد. بنا بر تصمیم عمدۀ دادگاه، کشوری که با استفاده از حق امتناع به معاهده‌ای پیوسته است که یک یا چند کشور از امضا کنندگان معاهده — ولی نه تمام کشورها — با آن مخالفت کرده‌اند، می‌تواند از طرفهای معاهده بحساب آید مشروط برآنکه حق امتناع مذبور با موضوع و هدف معاهده سازگار باشد. در سال ۱۹۵۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل، معیار و ملاک سازگاری حق امتناع با موضوع و هدف عهدنامه را به عنوان اینکه معیاری است که از حد مسائل ذهنی و استنباطی فراتر نمی‌رود، رد کرد و قاعدة رضایت اکثریت را مرجع دانست. با وجود این، در سال ۱۹۵۲ مجمع عمومی سازمان ملل متحده، در رابطه با کنوانسیون مذبور و معاهدات آینده که تحت نظر آن سازمان منعقد می‌شود و دبیرکل امین اجرائی این معاهدات است، از دبیرکل خواست که طرز عمل خود را با رأی مشورتی دادگاه منطبق کرده و در سمت امین عمل نماید، بدون اینکه به مسئله اعتبار قانونی اسنادی که متضمن حق امتناع است، رسیدگی کرده باشد و این امر را به کشورها واگذارد تا زمانی که حق امتناع به اطلاع آنها می‌رسد، خود آثار حقوقی آن را استنتاج نمایند. دبیرخانه سازمان ملل در عمل، سیستم قابل انعطافی را برای معاهدات آتی برگزید و در سال ۱۹۵۹ مجمع عمومی آن سازمان، دستور سابق خود را مجدداً مورد تأیید قرار داد و آن را به کلیه معاهداتی که تحت نظر سازمان ملل منعقد

می شد، تسری^۱ داد مگر اینکه متن معاهده متضمن مقرراتی در جهت خلاف باشد. در سال ۱۹۶۲ کمیسیون حقوق بین الملل تصمیمی موافق «با نظریه سازگاری» اتخاذ نمود. کمیسیون چنین اظهار نظر کرد که افزایش بالقوه طرفهای یک معاهده، اعمال اصل اتفاق آرا را تا حدی غیرعملی ساخته است.

کنوانسیون وین طرح نهائی کمیسیون حقوق بین الملل را از هر جهت مدنظر قرار داد. ماده ۱۹ کنوانسیون به کشورها اختیار کامل می دهد که هنگام امضا، تصویب، پذیرش، موافقت یا ملحق شدن به یک معاهده، امتناع خود را نسبت به پاره ای از مفاد آن اعلام نمایند، و متعاقباً سه مورد را مستثنی می کند: مورد اول و دوم شامل آن دسته از امتناعها است که صراحتاً ممنوع اعلام شده و یا با مفاد یک عهدنامه که منحصراً حقوق امتناعی خاصی را پیش بینی کرده است، تطبیق نمی کند. دسته سوم از حقوق امتناعی غیرمجاز، مواردی است که در زمرة دو مورد قبل نیست، بلکه با هدف و منظور معاهده مغایرت دارد.

ماده ۲۰ معاهده وین در خصوص قبول یا رد حق امتناعی سوای آنچه که مقررات معاهده صراحتاً آن را غیرمجاز دانسته است، چنین مقرر می دارد:

۱. وقتی که از تعداد محدود کشورهای مذاکره کننده و هدف و منظور معاهده معلوم شود که اطلاق بی کم و کاست معاهده بر تمام کشورهای مربوطه شرط ضروری قبول هریک از آنها برای التزام نسبت به معاهده است، حق امتناع، موافقت همه کشورهای ذیربط را لازم دارد.
۲. در موردی که معاهده سند تشکیل دهنده یک سازمان بین المللی است، موافقت ارگان ذیصلاح سازمان مذکور با حق امتناع ضروری است.

۳. در مواردی که مشمول بندهای فوق نباشد، جز اینکه معاهده به نحو دیگری پیش بینی نماید، به شکل زیر عمل خواهد شد:
الف. موافقت کشور دیگری از طرفهای معاهده با حق امتناع، کشوری را که از این حق استفاده می کند نسبت به کشور موافق مذکور، طرف

معاهده قرار می‌دهد.

ب. مخالفت با حق امتناع بوسیله یکی از کشورهای طرف معاهده، مانع اجرای معاهده بین کشور مخالفت کننده و کشور استفاده کننده از حق امتناع نخواهد بود مگر اینکه دولت مخالفت کننده قصد خلاف خود را صریحاً و قطعاً بیان کرده باشد.

ج. اقدامی که بیان کننده قبولی التزام یک کشور نسبت به معاهده و متضمن حق امتناع باشد، بمجرد اینکه حداقل یک کشور دیگر طرف معاهده، حق امتناع را پذیرد، اثر قانونی خواهد داشت.

۴. از لحاظ بندهای ۱ و ۳ و جز در مواردی که به نحو دیگری مقرر شده باشد، حق امتناع از سوی یک کشور قبول شده محسوب می‌گردد هرگاه آن کشور در پایان مدت دوازده ماه پس از مطلع شدن از حق امتناع یا در زمان اعلام قبولی برای التزام، نسبت به معاهده (هر کدام که دیرتر باشد) مخالفتی ابراز نکرده باشد.

۴

• لازم الاجرا شدن، تودیع و ثبت معاهده

مقررات معاهده، تاریخ و نحوه لازم الاجرا شدن معاهده را تعیین می‌کند. هنگامی که در معاهده زمان مشخصی برای لازم الاجرا شدن آن پیش‌بینی نشده باشد، چنانی فرض می‌شود که قصد براین بوده است که بمجرد اینکه کلیه کشورهای مذاکره کننده نسبت به معاهده قبول التزام نمایند، معاهده لازم الاجرا گردد.

پس از آنکه یک معاهده منعقد شد، اسناد معاهده که متضمن مدارک رسمی اعلام قبولی برای التزام نسبت به معاهده بوسیله تصویب، الحق وغیره است و نیز بیانیه‌های قبولی مشروط و دیگر اظهاراتیه‌ها نزد امانتدار و حافظ اسناد عهدنامه که می‌تواند یک یا چند کشور و یا یک سازمان بین‌المللی باشد، سپرده می‌شود. امانتدار اسناد وظایف پر اهمیتی

در ارتباط با مسائل شکلی و مطلع کردن کشورهای ذیربطر، درخصوص تاریخ لازم الاجرا شدن معاهده به عهده دارد. دبیرخانه سازمان ملل متحده به عنوان امانتدار عهدنامه‌های چند جانبی، نقش مهمی ایفا می‌کند. ماده ۱۰۲ منشور ملل متحده چنین مقرر می‌دارد:

۱. هر عهدنامه و قرارداد بین المللی که پس از لازم الاجرا شدن این منشور بوسیله یکی از اعضای ملل متحده منعقد گردد، باید هر چه زودتر در دبیرخانه ثبت و بوسیله دبیرخانه منتشر شود.

۲. هیچیک از طرفهای یک معاهده یا قرارداد بین المللی که برطبق مقررات بند اول این ماده به ثبت رسیده باشد، نمی‌تواند در محضر ارگانهای سازمان ملل به آن عهدنامه یا قرارداد استناد کند.

غرض از ماده مذکور این است که دیپلوماسی پشت پرده ترغیب نشود و در دسترس بودن قراردادها را تشویق نماید. مجموعه عهدنامه‌های منتشره سازمان ملل، قراردادهائی را که بین دولتهای غیر عضو این سازمان منعقد شده و در دبیرخانه ضبط و ثبت گردیده و نیز معاهداتی را که بوسیله کشورهای عضو به ثبت رسیده است، دربر می‌گیرد. دبیرخانه سازمان ملل، عهدنامه‌ها را برای ثبت می‌پذیرد بدون اینکه این ثبت، تأیید موضوع عهدنامه یا امضای کنندگان آن تلقی شود؛ هر چند در مواردی که مقررات ماده مذکور، مسئله ثبت عهدنامه را جزء وظایف دبیرخانه پیش‌بینی می‌کند، چنین نیست. در این موارد، دبیرخانه سازمان ملل خود مبتکر و پیشقدم اقداماتی است که به معاهداتی که سازمان ملل طرف آن معاهدات می‌باشد و عهدنامه‌های قیومت و یا عهدنامه‌های چندجانبه‌ای که سازمان ملل متحده امانتدار آن است، تسری دارد. حدود عبارت «هر قرارداد بین المللی» تا کنون از جمیع جهات روشن نیست؛ ولی به نظر می‌رسد معنای عام و وسیعی داشته باشد بطوری که قراردادهای فتی بین دولتها، بیانیه‌های حاکی از قبول ماده اختیاری اساسنامه دادگاه بین المللی دادگستری، قراردادهای بین ارگانهای بین المللی و دولتها، قراردادهای بین خود ارگانها و تعهدات یکجانبه را که دارای خصیصه بین المللی است، دربر می‌گیرد.

بند ۲ ماده فوق الذکر، ضمانت اجرای عمل به الزام مندرج در بند ۱ است و ثبت معاهده شرطی نیست که سابقه ای جهت اعتبار اسناد عهدنامه مشمول ماده مذکور تلقی شود؛ اگرچه در رسیدگیهای شفاهی در محضر ارگانهای سازمان ملل، به این نحو استدلال نمی‌توان تکیه کرد. در رابطه با مقرراتی مشابه در میثاق جامعه ملل، این نظر بدین شکل بیان شده است که به یک قرارداد – اگرچه به ثبت نرسد – می‌توان استناد کرد مشروط بر آنکه به طرق مقتضی دیگر نسبت به انتشار آن اقدام شده باشد.

۵

• بطلان معاهدات

۱. قوانین و مقررات مملکتی: علمای حقوق، از دیدگاه بین‌المللی درباره محدودیتهایی که طبق قانون اساسی یک کشور در راه اختیار تنظیم معاهدات موجود است، اختلاف نظر دارند. در این مورد سه نظریه وجود دارد:

- بنابر نظریه اول، محدودیتهای قانون اساسی، اعتبار معاهدات را در عرصه بین‌المللی تعیین می‌کند. انتقاد کنندگان این نظریه تأکید می‌کنند که نظریه مذکور، متضمن عدم اطمینان در راه انعقاد معاهدات است.
- نظریه دوم تنها در این نکته با نظریه اول فرق دارد که محدودیتهای صریح قانون اساسی را از دیدگاه بین‌المللی، مؤثر در اعتبار معاهدات می‌داند.
- بمحض نظریه سوم یک دولت طبق قواعد بین‌المللی در قبال تعهداتی که نمایندهٔ ذیصلاح و صاحب اختیارش پذیرفته است، بدون توجه به محدودیتهای قوانین داخلی، ملتزم و متعهد می‌باشد. مدافعان این نظریه، إعمال قاعدة محدودیت را مقید به موردی می‌دانند که دولت مربوطه به عدم تطبیق عهدنامه با قوانین داخلی، علم و آگاهی دارد و یا تخلف از قوانین و

مقررات مملکتی، بین و آشکار است. کمیسیون حقوق بین الملل نظریه مذکور را که صلاحیت منعقد کننده عهدنامه در آن مفروض است و تخلف آشکار و بین را مستثنی می کند، در پیش نویس ماده ۴۳ در سال ۱۹۶۶ مورد تأیید قرار داد. بنابر نظر کمیسیون، تصمیمات متذکر از سوی دیوانهای بین المللی و طرز عمل دولتها – هر چند هم قاطع و تعیین کننده نباشد – تا حدودی این راه حل را تأیید می کند.

کنفرانس وین پیش نویس مذبور را تأیید نمود و نتیجه به صورت

ماده ۴۶ کنوانسیون وین درآمد. ماده مذکور چنین می گوید:

۱. یک دولت نمی تواند به این دلیل که اعلام قبولیش در التزام نسبت به یک معاهده برخلاف قوانین و مقررات داخلی در مورد اختیار انعقاد عهدنامه ها بوده است، این اعلام قبولی را نامعتبر بداند مگر آنکه این تخلف، بارز و آشکار بوده و به قاعده ای از حقوق داخلی که واجد اهمیتی اساسی است، مربوط باشد.

۲. یک تخلف وقتی بین و آشکار است که بر هر کشوری که با مسئله سروکار دارد و براساس عرف و با حسن نیت عمل می کند، به صورتی واقعی معلوم باشد.

۳. فقد صلاحیت نماینده: کنوانسیون وین مقرر می دارد: اگر اختیارات نماینده کشوری در زمینه اعلام موافقت دولت متبععش در التزام نسبت به یک معاهده خاص، موقوف به محدودیتهای معینی شده باشد، نمی توان به عدم رعایت این محدودیتها از طرف نماینده مذکور جهت بی اعتباری اعلام موافقت وی استناد کرد مگر اینکه این محدودیتها قبل از اطلاع دیگر دولتهای طرف مذاکره رسیده باشد.

۴. فساد یا رشوه سرانی نماینده دولت: بنابر تصمیم کمیسیون حقوق بین الملل، فساد نماینده دولت از مصادیق تقلب بحساب نیامده است و مقرراتی مقتضی با مورد در ماده ۵۰ معاهده وین دیده می شود.

۵. خطاب: ماده ۴۸ معاهده وین دو بند عمده را به شرح زیر م牲من

است که به نظر می‌رسد ارائه مجددی از حقوق و مقررات مورد عمل باشد:

۱. یک دولت می‌تواند به خطأ و اشتباه در معاهده‌ای به عنوان عدم

اعتبار موافقتش در التزام نسبت به آن معاهده، استناد کند مشروط

براینکه این اشتباه به واقعیت یا موقعیتی مربوط باشد که به نظر آن

دولت در زمان انعقاد معاهده وجود داشته و مبنای اساسی اعلام

موافقت او در التزام نسبت به معاهده بوده است.

۲. در صورتیکه دولت مجبور خود موجب بروز چنین خطائی شده باشد

یا اوضاع و احوال به نحوی بوده که دولت را متوجه خطای احتمالی

کرده باشد، مفاد بند یک مذکور نافذ نخواهد بود.

۵. تقلب: سوابق قضائی محدودی در مورد اثرات تقلب در معاهدات

در دسترس است. به موجب کنوانسیون وین هرگاه دولتی بر اثر اقدامات

متقلبانه دولت طرف مذاکره، به عقد معاهده‌ای ترغیب شده باشد می‌تواند

به استناد تقلب طرف دیگر، موافقت خود را در التزام نسبت به معاهده نامعتبر

اعلام کند. قلب حقایق به نحوی که باعث خطای عمدۀ طرف معاهده شود

در مقررات مربوط بخطأ مورد بحث قرار گرفت.

۶. اجبار نماینده دولت: ماده ۵۱ معاهده وین مقرر می‌دارد: اعلام

موافقت یک دولت در التزام نسبت به یک معاهده که در نتیجه اجبار نماینده

آن دولت از طریق اجبار یا تهدید علیه آن نماینده صورت گرفته باشد،

هیچگونه اعتبار قانونی نخواهد داشت. مفهوم اجبار یا تهدید بمنتظر

با جگیری، تهدید علیه خانواده نماینده دولت را نیز دربر می‌گیرد.

۷. اجبار دولت: کمیسیون حقوق بین الملل در پیش نویس سال

۱۹۶۳ معاهده وین به این مسئله توجه نمود که بند ۴ ماده دوم منشور ملل

متحده همراه با بسط حقوق در دیگر زمینه‌ها این نظر را تأیید کرده است که

التزام به قبول یک معاهده که علی رغم منشور ملل متحده در اثر اجبار دولت

یا اعمال زور تحصیل شده باشد، فاقد اعتبار قانونی است. ماده ۵۲ قانون

معاهدات نیز مؤید این مطلب است. اصلاحیة این ماده که هدفش قید هر

نوع فشار سیاسی یا اقتصادی در تعریف از اجبار بود، مسترد گردید. اعلامیه دال بر محکوم کردن این نوع فشارها در سند نهائی کنفرانس آورده شده است.

۸. تعارض با یکی از معیارهای قطعی حقوق بین الملل عمومی نیز از موارد بطلان معاهدات است.

۹. عهدنامه‌های نابرابر؛ دولتهای بلوک کمونیست از طریق نمایندگان خود در ارگانهای سازمان ملل متحده این دکترین حقوق بین الملل استناد می‌کنند که قراردادهایی که براساس برابر حاکمیت طرفین منعقد نشده باشد، باطل و بی اعتبار است، مانند عهدنامه‌ای که بین یک دولت مقندر و دولت دیگری که تحت حمایت دولت اول است، منعقد می‌شود و در آن عهدنامه، دولت تحت حمایت امتیازاتی وسیع در زمینه‌های اقتصادی و یا تسهیلات نظامی به دولت حامی واگذار می‌کند؛ در حالیکه حقوقدانان غربی با دکترین مذکور به این دلیل که بی اندازه مبهم است مخالفند. کشورهایی که تازه به استقلال رسیده‌اند اصل مزبور را کاملاً عادلانه می‌دانند و لذا اعتبار اصل، محدود و منحصر به نظر حقوقدانان کشورهای کمونیست نیست. قطع نظر از توافقها و عدم توافقها در خصوص محتوى و مفهوم اصل برابری، می‌توان از طریق قواعد حقوقی مربوط به صلاحیت طرفین، اجبار، تغییر اساسی اوضاع و احوال، اثر معیارهای قطعی حقوق بین الملل و نیز قاعدة استقلال در اتخاذ تصمیم، حاکمیت اصل را بطور نسبی اعمال کرد.

۶

• فسخ و تعلیق معاهدات

۱. اصل «تعهد الزام آور است» : *Pacta sunt servanda* کنوانسیون وین شرایطی را در خصوص اعتبار و ادامه اجرای یک معاهده مقرر می‌دارد. شرایط مذکور را می‌توان بر اصل الزام آور بودن تعهدات که یکی از اصول عمومی حقوق بین‌الملل است، مبتنی دانست. به موجب این اصل، یک معاهده در حال اجرا برای طرفهای معاهده الزام آور است و باید با حُسن نیت بدان عمل شود.

۲. جانشینی دولت: بوجود آمدن دولتی به جانشینی دولت دیگر — خواه شامل تمام یا جزئی از قلمرو و شخصیت حقوقی دولت سابق باشد — مؤثر در اعتبار قراردادها است. شرط بقای اعتبار معاهدات در رابطه با دولت لاحق، بستگی به عوامل متعددی دارد که از جمله شکل و موجبات جانشینی و نوع معاهده مورد نظر است. البته تغییراتی از این سخن می‌تواند به عنوان تغییر اوضاع و احوال، فسخ معاهدات را صرف نظر از اینکه جانشینی دولت از چه نوع و طبقه‌ای است، همراه بیاورد.

۳. جنگ و مناقشات مسلحه: روابط خصم‌مانه باعث فسخ خودبخود معاهداتی که طرفین منازعه از امضا کنندگان آن هستند، نمی‌شود. بسیاری از معاهدات از جمله منشور ملل متحده بدین قصد منعقد شده‌اند که بروز جنگ تأثیری در لازم الرعایه بودن آنها نداشته باشد و هدف قراردادهای از قبیل کنوانسیون ۱۹۴۹ ژنو خود، تنظیم قواعد سلوک در دوران جنگ است. معهذا دولتها در عمل بسیاری از معاهدات را در زمان جنگ حداقل به حال تعلیق درمی‌آورند و شرایط جنگ ممکن است به دلیل عدم امکان اجرای معاهده و یا تغییر اساسی اوضاع و احوال، به فسخ معاهده منجر شود. وضع حقوقی موضوع از بسیاری جهات روشن نیست؛ مثلاً نمی‌توان گفت که

غیرقانونی بودن توسّل به قوّة قهریه و یا تهدید به آن، تا چه حد موجد حق تعلیق یا فسخ یک معاهده است.

۴. اثر مقررات معاهده: شرایط فسخ یک معاهده ممکن است در متن معاهده مشخص شود؛ همانطور که یک معاهده دو جانبه ممکن است فسخ معاهده را از طریق اعلام لغو معاهده از سوی هریک از طرفین پیش‌بینی نماید. در مواردی که در متن معاهده شرایط فسخ درج نشده باشد، وجود حق اعلام لغویه قصد طرفین بستگی دارد که از موضوع معاهده به این قصد می‌توان بی برد؛ ولی به موجب عهده‌نامه وین فرض براین است که معاهده، قابل الغای انصراف نیست. بعضی از عهده‌نامه‌های مهم موجد قواعد و مقررات از جمله کتوانسیون ۱۹۵۸ درباره حقوق دریاها متن‌من ماده‌ای در زمینه اعلام لغو نیست. به نظر می‌رسد که معاهدات صلح نیز بطور یک‌جانبه قابل الغای نباشد.

۵. فسخ با رضایت طرفین: فسخ معاهده یا انصراف، از آن ممکن است با موافقت تمام طرفهای معاهده عملی شود. این‌گونه توافق می‌تواند تلویحاً از متن معاهده استنباط شود. یک معاهده بالاخص وقتی فسخ شده تلقی می‌شود که کلیّة طرفهای معاهده، عهده‌نامه مؤخری را منعقد نمایند که جانشین معاهده مذبور گردد و یا معاهده مؤخر، مفاداً با معاهده مقدم معارض باشد. واژه «ترک» یا «موقوف داشتن» Desuetude که اصطلاحی استادانه نیست، در اصل ناظر به قطع کاربرد یک معاهده و فسخ ضمی آن با رضایت طرفهای معاهده است؛ معهداً می‌توان آن را به موردی جدا از بحث حاضر که یکی از طرفهای معاهده بطور یک‌جانبه از حقوق خود در یک معاهده صرف نظر می‌کند نیز تسری داد. علاوه براین، یک معاهده قدیمی — صرف نظر از توافق طرفین — ممکن است به خودی خود خالی از محتوی شده و قابلیّت عملی خود را از دست بدهد.

۶. نقض اساسی معاهده: این نظر که نقض اساسی یک معاهده از سوی یکی از طرفها، به طرف یا طرفهای دیگر حق می‌دهد که به استناد این

امر معاهده را فسخ و یا معلق نمایند، مقبولیت عام یافته است. تفویض این اختیار به طرف زیان دیده از نقض به عنوان ضمانت اجرائی برای رعایت حرمت معاهدات پذیرفته شده است؛ معهذا شرایطی که حق الغای یکجانبه معاهده را خاصه در معاهدات چند جانبه ایجاد می کند، در هاله ای از ابهام احاطه شده است. ماده ۶۰ عهدنامه وین با دقّتی خاص و به شرح زیر به مسئله توجه کرده است:

۱. نقض مواد مهمی از یک معاهده دو جانبه وسیله یکی از طرفین، به طرف دیگر حق می دهد با استناد به نقض عهد، معاهده را فسخ کرده و یا آن را کلّاً و یا جزئاً به حال تعلیق درآورد.
۲. نقض مواد مهمی از یک معاهده چند جانبه وسیله یکی از طرفهای معاهده، به طرفهای زیر حق می دهد که:
 - الف. متفقاً معاهده را کلّاً یا جزئاً به حال تعلیق درآورند یا به یکی از دو صورت زیر آن را فسخ نمایند:
 - (۱) در روابط بین خود با دولت نقض کننده عهدنامه؛
 - (۲) در روابط بین کلیه طرفهای معاهده.
 - ب. طرفی که بالا خص از نقض معاهده متضرر شده است، حق دارد با استناد به نقض عهد در روابط میان خود و دولت نقض کننده، معاهده را کلّاً یا بعضاً به حال تعلیق درآورد.
 - ج. هریک از طرفهای معاهده جز دولت نقض کننده حق دارد با استناد به نقض عهد، عملکرد معاهده را نسبت به خود کلّاً یا جزئاً به حال تعلیق درآورد هرگاه معاهده نوعاً آنچنان باشد که نقض مواد مهمی از آن توسط یکی از طرفهای موضع هریک از طرفهای دیگر را از لحاظ ادامه ایفای تعهداتش در مقابل معاهده اساساً دگرگون سازد.
۳. در این ماده منظور از نقض مواد مهم یک معاهده عبارت است از:
 - الف. رد معاهده علی رغم مقررات این کنوانسیون؛ یا
 - ب. تخطی از ماده و شرطی از معاهده که از نظر اجرای هدف و موضوع معاهده حائز اهمیت است.
۴. بندهای مذکور در فوق به هیچیک از مقررات و قواعد مندرج در معاهده که در صورت نقض، قابل اعمال است، خللی وارد نخواهد

ساخت.

۵. بندهای ۱ تا ۳ این ماده شامل قواعد و مقررات مربوط به حفظ جان انسانها که در معاهدات بشر دوستانه گنجانده شده است، بویژه مقرراتی که هرگونه اقدامات نلافی جویانه علیه اشخاص مورد حمایت معاهدات مذکور را ممنوع می‌کند، نمی‌شود.

۷. عدم امکان اجرای معاهده در اثر وقایع ناگهانی؛ به موجب معاهده وین هریک از طرفهای معاهده می‌تواند به عدم امکان اجرای معاهده، برای فسخ آن استناد کند هرگاه این عدم امکان ناشی از فقدان یا انهدام همیشگی موضوعی باشد که برای اجرای معاهده لازم و ضروری است. فرورفتگی جزیره در آب، خشک شدن یک رودخانه، انهدام یک خط آهن که همگی ممکن است ناشی از زمین لرزه یا حوادث دیگر باشد، از مواردی است که معاهده‌ها با آن مواجه شده‌اند.

۸. تغییر بنیادی اوضاع و احوال: اصول مربوط به تغییر بنیادی اوضاع و احوال در ماده ۶۲ معاهده وین چنین بیان شده است:

۱. فسخ یک معاهده و یا انصراف از آن به استناد اینکه شرایط موجود در زمان انعقاد معاهده بطور کامل چار تغییر و تبدیلی شده که از سوی طرفهای معاهده قابل پیش‌بینی نبوده است، مجاز نیست مگر آنکه: الف. وجود آن شرایط مبنای اصلی موافقت طرفها در التزام نسبت به معاهده بوده است؛ و

ب. تأثیر این تغییر چنان است که حدود و دامنه تعهداتی را که همچنان باید به موجب مقررات معاهده انجام شود، دگرگون می‌سازد.

۲. تغییر اساسی اوضاع و احوال در جهت فسخ معاهدات و یا انصراف از آن، در موارد زیر قابل استناد نیست:

الف. اگر معاهده، مرزی را معین و مشخص کرده باشد.
ب. اگر طرفی که به تغییر بنیادی اوضاع و احوال استناد می‌کند، خود با نقض تعهداتی که به موجب مقررات معاهده بعهده دارد یا از راه نقض تعهدات بین المللی دیگری که در مقابل هریک از طرفهای دیگر معاهده به عهده داشته است، موجب این تغییر بنیادی شده باشد.

۳. اگر به موجب بندهای فوق الذکر، یکی از طرفهای معاهده بتواند به تغییر بنیادی اوضاع و احوال درجهت فسخ معاهده یا انصراف از آن استناد کند، طرف مذبور می‌تواند برای تعليق اجرای معاهده نیز به چنان تغییری تمسک جوید.

مثالی که در خصوص تغییر بنیادی اوضاع و احوال می‌توان آورد، موردی است که حکومت کشوری که طرف یک اتحاد نظامی – سیاسی متضمن تبادل اطلاعات نظامی و جاسوسی است، تغییر کند و حکومت جدید با اساس اتحاد موافق نباشد. اکثریت نویسنده‌گان متأخر اصل «تغییر اوضاع و احوال» را که در این مقررات منعکس شده است می‌پذیرند. اصل مذکور دلالت ضمی براین موضوع دارد که الزامات ناشی از یک معاهده در صورت تغییر اوضاع و احوال، پایان می‌یابد. در حقوق بین‌الملل نیز همچون حقوق داخلی، این نظریه پذیرفته شده است که تغییراتی که قرارداد را موضوعاً عقیم نماید، جدا از عدم امکان واقعی اجرای قرارداد می‌تواند توجیهی برای فسخ آن باشد. برخی از حقوقدانان اصل مذبور را با بی‌میلی می‌نگرند و آن را خاصه با فقدان یک نظام قضائی اجباری، سرچشمه عمده‌بی ثباتی تعهدات می‌دانند. دیوان دائمی دادگستری در پرونده «مناطق آزاد» وجود این اصل را پذیرفت و در عین حال موضع خود را درباره میدان عمل و نحوه دقیق کاربرد آن محفوظ داشت.^۴

طرز عمل دولتها و آرای محاکم داخلی، اصل مذبور را که بر سه نظریه حقوقی مبتنی است، تأیید می‌کند. به موجب نظریه اول، اصل مذکور بر دلالت ضمی وفرضی عبارت معاهده متشکی است؛ مأخذ و پایه‌ای که متضمن فرض وتصور است و در جایی که چنین نباشد، مشکل به صورت مسئله‌ای تفسیری باقی می‌ماند. نظریه دوم این است که عین عبارت قاعدة مذکور با عملکردی قانونی وارد متن یک معاهده شود و عبارت «تغییر اوضاع و احوال» خود بخود عمل نماید. به موجب نظریه سوم که منعکس کننده حقوق معاصر است، اصل مذبور یک حکم عینی قانونی است که کاربرد آن منوط به تحقیق نتایج خاصی است و در عین حال خود بخود باعث

فسخ معاهده نمی‌شود؛ بلکه یکی از طرفهای معاهده بایستی به اصل استناد کند.

کمیسیون حقوق بین‌الملل و کنوانسیون وین معاهداتی را که عملکرد اصل را محدود نماید، مستثنی می‌کنند تا از وضع آشکاری که تهدیدی است نسبت به صلح، دوری کرده باشد. دادگاه بین‌المللی دادگستری در رأی خود در مورد اختلاف ایسلند و انگلستان بر سر مسئله ماهیگیری، ماده ۶۲ کنوانسیون وین را به عنوان تبیین حقوق عرفی در خصوص فسخ معاهده در اثر تغییر بنیادی اوضاع و احوال پذیرفت؛ ولی چنین رأی داد که خطرهایی را که از نظر تکنیکهای جدید ماهیگیری متوجه منابع حیاتی ایسلند شده است، در ارتباط با بقا یا عدم بقای ماده مربوط به قبول صلاحیت در یک معاهده دوچاره، به عنوان تغییر بنیادی اوضاع و احوال تلقی نمی‌کند.^۵

۹. معیارهای جدید: تعارض یک معاهده با معیارهای اساسی حقوق بین‌الملل عمومی (Jus cogens) سبب بطلان معاهده است؛ ولی هرگاه این معیارها بعد از انعقاد معاهده بوجود آمده باشد، اثر قهقرائی نسبت به معاهدات سابق ندارند و به عبارت دیگر، عطف بمقابل نمی‌شوند.



• قواعد عمومی بطلان، فسخ و تعلیق معاهدات

کاربرد نظام حقوقی معاهده وین در رابطه با بطلان، فسخ و تعلیق معاهدات، تابع قواعد عمومی خاصی است. اعتبار و ادامه عملکرد معاهدات و اعتبار قانونی موافقت دولتها در التزام نسبت به معاهده، امری است مفروض (ماده ۴۲ معاهده وین). در صورتیکه یکی از طرفهای معاهده مدعی بطلان معاهده باشد، باید به مواد معینی از معاهده وین استناد کند و بدین ترتیب، معاهدات فی نفسه باطل نمی‌شوند، بلکه قابل ابطالند. این

موارد عبارتند از: فقدان صلاحیت و اختیار براساس قوانین داخلی، محدودیتهای وارده بر اختیارات نماینده، اشتباه یا خطأ، تقلب و فساد نماینده. به همین ترتیب، نقض مواد مهمی از معاہده، عدم امکان اجرای معاہده و تغییر بنیادی اوضاع و احوال از مواردی هستند که در جهت فسخ یک معاہده می‌توان بدانها استناد کرد. از طرف دیگر اجباریک دولت، از موارد بطلان معاہده می‌باشد و همچنین است تعارض با یکی از معیارهای موجود یا آتی منتج از حقوق بین الملل (Jus cogens) که بطلان یا فسخ معاہده را بهمراه دارد. موافقت یا التزام نسبت به یک معاہده که در اثر اجبار نماینده یک دولت تحصیل شده باشد، هیچگونه اثر قانونی نخواهد داشت (ماده ۵۱ معاہدة وین – بطلان). قواعد ناظر به تفکیک پذیری معاہدات (ماده ۴ معاہدة وین) یعنی تفکیک موادی از معاہده که متأثر از موجبات بطلان و فسخ است، در موارد اجبار نماینده، اجبار دولت و یا تعارض معاہده با معیارهای قطعی حقوق بین الملل (Jus cogens) قابلِ اعمال نیست.

• عملکرد و آثار معاہدات

۱. توجیه موارد عدم اجرا یا تعلیق: موجبات فسخ و نیز شرایط اعتبار اساسی معاہدات در بخش‌های قبل بیان شد. اینگونه موجبات و شرایط در هر حال مسائل مربوط به توجیه عدم انجام تعهدات و الزامات را نمی‌کند؛ مسائلی که صرف نظر از اعتبار یا فسخ اساس تعهد، می‌تواند از خود معاہده ناشی شود. یک دولت آشکارا می‌تواند در رابطه با توجیه عدم انجام الزامات یا تعلیق آن، مستله ضرورت یا فُریس ماژور— مثلاً اثر حوادث طبیعی یا تهاجم خارجی — را عنوان نماید. در همین ارتباط، دفاع مشروع نظامی از خویش در صورت بروز زد و خورد مسلحانه و ناآرامیهای داخلی، از موارد

توجیه عدم اینفای تعهد بوجهی خاص می‌باشد. عدم انجام یا اینفای تعهدات در مقام مقابله بمثیل مشروع، مسائل بحث انگیز ناشی از حدود مقابله بمثیل را بوجود می‌آورد. کنوانسیون وین در خصوص مسئولیت دولت در این باره هیچگونه پیش‌داوری نکرده است (ماده ۷۳ قانون معاهدات).

۲. تکالیف و حقوق کشورهای ثالث: اصل *Pacta terris nec nocent nec prosunt*

این قاعدة کلی را بیان می‌کند که یک معاهده فقط شامل حال طرحهای همان معاهده می‌باشد. پیش‌نویس نهائی کمیسیون حقوق بین الملل و کنوانسیون وین به این مسئله به عنوان قاعدة عمومی اشاره می‌کند که نتیجه‌ای از اصل رضایت و حاکمیت واستقلال کشورها است. ماده ۳۴ معاهده وین می‌گوید: یک معاهده، تعهدات و یا حقوقی برای یک کشور ثالث بدون موافقت آن کشور بوجود نمی‌آورد.

در اینکه آیا استثنائی نسبت به قاعدة عمومی مذبور وجود دارد و در چنین صورتی وسعت این استثنای تا چه حد است، اختلاف نظر شدیدی وجود دارد. کمیسیون حقوق بین الملل اتفاق نظر داشت که یک معاهده به خودی خود برای کشورهایی که طرف معاهده نیستند، ایجاد تعهد نمی‌کند. کمیسیون این نظریه را که معاهدات موجد رژیمهای حقوقی عینی — فی المثل غیرنظمی کردن یک منطقه از طریق بستن عهدنامه و یا تأسیس نظام حقوقی برای یک گذرگاه عمده‌آبی — در حقوق کنونی معاهدات، موقعیتی ممتاز دارند و استثنای بر اصل هستند، پذیرفت.

ماده ۳۵ کنوانسیون وین چنین مقرر می‌دارد: مقررات یک معاهده در صورتی برای یک کشور ثالث تعهدی بوجود می‌آورد که قصد امضای کنندگان معاهده از مقررات مذبور، ایجاد تعهد باشد و کشور ثالث، آن تعهد را صریحاً و کتابی پذیرد. معهذا بر اصل مذکور در رابطه با تعهد کشور ثالث دو استثنای وارد است:

اول. قاعده‌ای در یک معاهده در صورتی که بخشی از عرف بین المللی درآید، برای کشورهایی که معاهده را امضا نکرده‌اند هم الزام آور

است. کنوانسیون لاهه در ارتباط با جنگهای زمینی و محتملاً معاهدات بخصوصی که حاکم بر آبراههای بین المللی است، جزء اینگونه قواعد است.

دوم. مفاد یک معاهده ممکن است متضمن مجازاتهای قانونی علیه کشور مهاجمی باشد که حقوق بین الملل را نقض کرده است. کنوانسیون وین در مورد تعهداتی که برای یک کشور مهاجم در رابطه با یک معاهده و در نتیجه اقدامات متخده براساس منشور ملل متحده در ارتباط با تهاجم کشور مزبور ایجاد می شود، قائل به استئنا شده است.

موقعیت دقیق بند ۶ ماده ۲ منشور ملل متحده از لحاظ حقوقی شایان توجه است.^۶ به عقیده کلسن^۷ مفاد بند مذکور برای کشورهای غیر عضو سازمان ملل متحده وظایفی تعیین می کند و آنها را مشمول مجازاتهایی می شناسد که به لحاظ ضمانت اجرای منشور، پیش بینی شده است. بفرض که قصد تنظیم کنندگان پیش نویس منشور ملل متحده چنین بوده باشد، مطابقت این بند با اصول کلی در صورتی است که اصول مندرج در ماده ۲ منشور ملل متحده را منبع از حقوق عام و یا عرفی بین الملل بدانیم.

اعطای حقوق به اشخاص ثالث و یا شرط به نفع ثالث (Stipulation pour autrui) مسئله ای است که اختلاف نظر درباره آن عمیق تر است. معاهداتی که در آنها مقرراتی به نفع یک کشور ثالث بخصوص و یا دیگر دولتها بطور کلی (بسته به مورد) در نظر گرفته می شود، کم نیستند، و این امر در معاهدات مربوط به آبراههای عمدۀ نمودار است. مشکل، پاسخ به این مطلب است که حق اعطائی (اگر در اصل قائل به وجود حقی باشیم) چه موقع کامل و از سوی کشور ثالث قابل إعمال و اجرا است؟ نظری که منابع معتبر آن را پذیرفته اند براین قاعده مبتنی است که کشور ثالث، تنها موقعی در این معنا و مفهوم از حق منتفع می شود که تصریحاً و یا تلویحاً موافقت خود را در جهت ایجاد حق ابراز نماید. به موجب نظریه دیگری که بعضی از اعضای کمیسیون حقوق بین الملل از آن جانبداری کرده اند، حقی که در نظر است به نفع کشوری ثالث ایجاد

شود، مشروط و منوط به قبول کشور مزبور نیست. رأی صادره از دادگاه دائمی دادگستری بین المللی در خصوص قضیه مناطق آزاد، به این نظریه تا حدی اعتبار و سندیت می‌دهد. در قضیه مذکور آنچه که کشور سوئیس ادعای می‌کرد، بطور خلاصه حق استفاده از مناطق آزاد در خاک فرانسه و به استناد معاهدات چند جزئی بود که سوئیس در آن نقشی نداشت ولی فرانسه از امضا کنندگان آن بود؛ در صورتی که این معاهدات در واقع برقراردادهای ۱۸۱۵ و ۱۸۱۶ متشکی بود که سوئیس خود از امضا کنندگان این قراردادها بود. معهذا از گفته‌های دادگاه چنین پیدا است که دادگاه این اصل حقوقی را پذیرفته که ایجاد حقی به نفع کشور ثالث، موضوعی است که منحصراً به قصد کشورهای اعطای‌کننده حق بستگی دارد.

کمیسیون حقوق بین الملل در گزارش نهائی خود چنین بیان عقیده کرده است که دونظر مخالف در رابطه با موضوع یاد شده، در عمل اختلاف عمده‌ای ندارند. ماده ۳۶ کنوانسیون وین این ظن قوی را بوجود می‌آورد که موافقت کشور ثالث، لازمه ایجاد حق باشد. ماده مزبور چنین می‌گوید:

۱. از مفاد یک معاهده برای یک کشور ثالث در صورتی حقی بوجود می‌آید که طرفهای آن معاهده قصدشان از مفاد آن معاهده تفویض آن حق به کشور ثالث و یا گروهی از کشورها که کشور ثالث وابسته بدان است و یا همه کشورها، باشد و کشور ثالث با این امر موافقت کند. مدامی که کشور ثالث مخالفتی نکرده است، موافق فرض می‌شود مگر اینکه معاهده به نحو دیگری پیش‌بینی کرده باشد.
۲. کشوری که به موجب مقررات بند ۱ فوق الذکر از حقی استفاده می‌کند بایستی شرایط مقرر در معاهده را در باب نحوه استفاده از حق مذکور و یا شرایطی را که براساس معاهده شکل گرفته است، رعایت نماید.

البته کشور ثالث می‌تواند صریحاً یا بطور ضمنی از طریق عدم استفاده از حق مزبور، وجود آن را انکار نماید. به موجب بند ۳۷ ماده ۲ از

حق تفویض شده به کشور ثالث نمی‌توان رجوع و تعديل نمود هرگاه اقدام به چنین امری به موافقت کشور ثالث موكول شده باشد.

۳. معاهداتی که متضمن مقررات و مواد معارض با معاهدات دیگر است: چگونگی عمل به معاهدات مختلف در روابط بین همان امضا کنندگان، در مواردی که معاهدات مذبور مقررات مشترکی دارند، اصولاً موضوعی تفسیری است که به کمک نظرات حقوقی انجام می‌گیرد؛ مثلاً می‌توان گفت وقتی که دو معاهده موضوعاً یکسان باشند، معاهده لاحق وارد بر معاهده سابق است.

ممکن است در متن معاهده‌ای صریحاً مقرر شود که معاهده مذبور بر معاهدات مؤخر معارض، حاکم باشد؛ مثل مورد مذکور در ماده ۱۰۳ منشور ملل متحده.^۱ علاوه بر این روشن است که مقررات یک معاهده در موردی که بیان کننده یکی از معیارهای حقوق عام ملل باشد، بر دیگر معاهدات تفوق خواهد داشت و به عبارت دیگر، ناسخ آنها خواهد بود.

۹

• اصلاح و جرح و تعديل معاهدات

اصلاح معاهده به توافق طرفهای معاهده که در اصل موضوعی سیاسی است، بستگی دارد. نحوه اصلاح معاهدات به عنوان مسئله‌ای بسیار مهم در بهبود صلح آمیز روابط بین المللی مورد توجه خاص حقوقدانان است. در بسیاری از معاهدات و از جمله منشور ملل متحده (مواد ۱۰۸ و ۱۰۹) روش اصلاح معاهده پیش‌بینی شده است. سازمانهای بین المللی در اساسنامه‌ها و قواعد خود برای اصلاح معاهدات، روشهای ابداع کرده‌اند که در برخی موارد سفسطه آمیز است. ماده ۱۹ ميثاق جامعه ملل و ماده ۱۴ منشور سازمان ملل متحده با صراحتی کمتر قواعدی را برای تغییر مساملت آمیز، به عنوان بخشی از طرح جلوگیری از به خطر افتادن صلح

پیش‌بینی می‌کنند.

یک معاهده قطع نظر از اصلاح، ممکن است مورد جرح و تعدیل قرار گیرد وقتیکه برخی از امضا کنندگان معاهده موافقت کنند که در نحوه اجرای معاهده فقط فيما بین خود جرح و تعدیل بوجود آورند.

جرح و تعدیل یک معاهده همچنین ممکن است از انعقاد معاهده‌ای مؤخر و یا بروز معیارهای جدید و قطعی در حقوق بین الملل منتج شود. کمیسیون حقوق بین الملل در پیش‌نویس نهائی حقوق معاهدات مقرر داشت که نحوه عمل مؤخر امضا کنندگان معاهده می‌تواند نمایانگر موافقت عملی آنها با جرح و تعدیل معاهده باشد.

این ماده از طرف کنفرانس وین به این دلیل که متضمن بی‌ثباتی معاهدات است، رد شد. وصول به چنین نتیجه‌ای رضایت بخش نیست. اولًا، ماده ۳۹ کنوانسیون وین مقرر می‌دارد که یک معاهده را می‌توان با توافق و بدون اینکه نیازی به اعلام رسمی این امر باشد، جرح و تعدیل کرد؛ ثانیاً، طرز عمل مستمر طرفاً معاهده می‌تواند دلیل قانع کننده‌ای بر رضایت مشترک آنها برای تغییر باشد؛ ثالثاً، جرح و تعدیلی از این دست، مسئله‌ای است که عملاً مصدق پیدا می‌کند و گنجاندن عملی مناطق ماهیگیری به عنوان مناطق مجاور از لحاظ مقررات معاهده ژنو در ارتباط با دریای سرزمینی، گواه براین امر است. جریان تفسیر معاهده از طریق طرز عمل مؤخر (موضوع بند ششم از بخش دهم ذیل) قانوناً جدا و متمایز از جرح و تعدیل است؛ اگرچه این وجه تمایز، مسئله‌ای تا حدی باریک و ظریف می‌باشد.

۱۰

• تفسیر معاهدات

۱. صلاحیت از نظر تفسیر: این مسئله روشن است که طرفاً یک معاهده صلاحیت تفسیر آن را دارند؛ ولی این امر موقول به رعایت دیگر

قواعد حقوقی است. می‌توان در متن معاہده، صلاحیت تفسیر را به دادگاهی که به همین منظور تشکیل می‌شود و یا دادگاه بین‌المللی دادگستری، تفویض کرد. تفسیر منشور ملل متحده بوسیله ارگانهای سازمان ملل که می‌توانند نظر مشورتی دادگاه بین‌المللی دادگستری را استعلام کنند، بعمل می‌آید.

۲. موقعیت قواعد مربوط به تفسیر: حقوقدانان بطور کلی در جهت تنظیم قواعد مربوط به تفسیر، از آنجائی که این قواعد ممکن است به جای کمک به مسئله مانعی برسر راه آن بوجود آورد، برخوردي محتاطانه دارند. بسیاری از قواعد و اصول پیشنهادی، کلی، استفهام آمیز و ضد و نقیض است. از نظر تفسیر قانونی، انتخاب قاعده‌ای — فی المثل تفسیر سودمند یا تفسیر مضيق — در موردی بخصوص ممکن است در وهله اول انتخابی در جهت معنا و مفهوم باشد تا راهگشائی برای تفسیر. کمیسیون حقوق بین‌الملل، دستاورد خویش را منحصر به این کرد که چند اصل بالتبه کلی را که به نظر می‌رسد از قواعد عمومی تفسیر معاہدات است، مجزاً سازد.

۳. متن معاہده و نتیج امضای کنندگان: کمیسیون و نیز مؤسسه حقوق بین‌الملل براین نظرنند که مسئله مهم، قصد طرفهای معاہده می‌باشد به نحوی که در متن بیان شده است، که خود به بهترین وجه قصد مشترک و نهائی امضای کنندگان را آشکار می‌سازد. نظریه دیگر به قصد طرفهای معاہده به عنوان اساس مستقل تفسیر می‌نگرد. رویه قضائی دادگاه بین‌المللی دادگستری که مبنای قواعد مربوط در معاہده وین می‌باشد نیز نظریه تفسیر عبارتی معاہده را تأیید می‌کند.

مادة ۳۱ معاہده وین در زمینه قاعده کلی تفسیر، چنین مقرر می‌دارد:

۱. یک معاہده باید با حسن نیت و طبق معنای متداول آن که از عبارات و اصطلاحات معاہده در سیاق عبارت استنباط می‌شود و نیز هدف و منظور معاہده، تفسیر شود.

۲. از نظر تفسیر یک معاهده سیاق عبارت علاوه بر متن، شامل مقدمه و ضمایم آن عبارت است از:

الف. هر توافق راجع به معاهده که بین کلیه طرفهای معاهده در رابطه با انعقاد معاهده بعمل آمده باشد.

ب. هرگونه سندی که در ارتباط با انعقاد معاهده بوسیله یک یا چند طرف معاهده تنظیم گردیده و از طرف سایر امضا کنندگان معاهده به عنوان یک سند مربوط به معاهده قبول شده باشد.

۳. موارد زیر علاوه بر سیاق عبارت باید در نظر گرفته شود:
الف. هرگونه توافق بعدی میان امضا کنندگان معاهده در مورد تفسیر یا اطلاق مفاد معاهده.

ب. هرگونه روش بعدی در اطلاق معاهده که به منزله توافق امضا کنندگان معاهده درخصوص تفسیر آن باشد.

ج. هر قاعدة ذیربطی از حقوق بین الملل که در روابط بین طرفهای معاهده قابلِ اعمال باشد.

د. به یک اصطلاح بایستی معنای خاص داده شود چنانچه معلوم شود که طرفهای معاهده چنین قصدی داشته‌اند.

وسائل تکمیلی تفسیر در ماده ۳۲ معاهده بدین شرح آورده شده

است:

از وسائل تکمیلی تفسیر شامل کارهای مقدماتی معاهده و اوضاع و احوال زمان انعقاد آن می‌توان بمنظور تأیید معنای ناشی از کاربرد ماده ۳۱ و یاددرجت دستیابی به معنادرمواردی که تفسیر معاهده براساس ماده ۳۱:

الف. معنایی گنج و نامفهوم به دست می‌دهد؛ یا

ب. منجر به نتیجه‌ای می‌شود که آشکارا غیرموتجه و نامعقول است، استفاده کرد.

این سیستم متضمن سلسله اصول و قواعد مختصر در باب تفسیر، با پیش‌نویس نهائی کمیسیون حقوق بین الملل کاملاً تطبیق می‌کند. در کنفرانس وین، ایالات متحده امریکا پیشنهادی اصلاحی مطرح کرد با این هدف که درجه بندی منابع تفسیر را با ترکیب مواد ۳۱ و ۳۲ از میان بردارد و

بدین ترتیب، میدان عمل کارهای مقدماتی و اوضاع و احوال انعقاد معاهده را توسعه دهد. این پیشهاد با استقبال چندانی روبرو نشد. کمیسیون در نظریه خود تأکید کرد که در کاربرد وسائل تفسیر مندرج در ماده ۳۱ بایستی عملکردی مرکب به صورتی مفرد در نظر گرفته شود؛ از اینرو سرفصلی مفرد General rule در مورد آن بکار رفته است. عناصر مختلف موجود در هر قضیه مفروض، اثر متقابل خاص خود را خواهد داشت. کمیسیون اظهار نظر کرد که هر دو ماده باید به شکلی پیوسته عمل کنند، نه بگونه‌ای که بین وسائل تکمیلی تفسیر و سایر وسائل وجه افتراقی بوجود آورند. در عین حال تدوین این دو ماده به صورتی جدا از هم از این نظر قابل توجیه است که ارکان تفسیر مذکور در ماده ۳۱ کلاً مربوط به موافقت طرفهای معاهده است که به نحوی معتبر در متن به آن تصریح شده باشد. سوابق مقدماتی مربوط به معاهده مندرج در ماده ۳۲ هر چند که گاهی نحوه تواجههای مندرج در متن را روشن می‌سازد، ولی از چنان صفت ممیزه‌ای برخوردار نیست.

۴. تفسیر عبارتی: معنای طبیعی و معنای عادی: اصل اول مندرج در ماده ۳۱ معاهده وین می‌گوید که یک معاهده باید با حُسن نیت و طبق معنای معمولی که از کلمات و اصطلاحات معاهده استنباط می‌شود، مورد تفسیر قرار گیرد. دادگاه دائمی دادگستری بین‌المللی در رأی مشورتی خود در مورد عملیات پستی لهستان در دانتزیگ^۹ چنین نظرداد که خدمات پستی که لهستان براساس عهدنامه، حق تأسیس آن را در دانتزیگ داشت، محدود به عملیات در درون محدوده ساختمانها و ادارات پست نیست؛ زیرا اصطلاح «عملیات پستی» Postal Service را باید در معنای عادی و متداول آن تفسیر کرد به نحوی که وظایف عادی و طبیعی در رابطه با عملیات پستی را نیز شامل شود. یکی از نتایج حاصل از قاعدة «معنای عادی»، اصل تمامیت است؛ به این بیان که معنا باید، هم از بافت کلی معاهده و هم از لحاظ هدف و منظور معاهده به دست آید. دیگر نتیجه حاصله از قاعدة معنای عادی و معمولی، اصل همزمانی است. کلام معاهده

بایستی برحسب قواعد حقوق بین الملل عمومی که در زمان انعقاد معاهده معتبر بوده است و نیز برحسب معنای معاصر کلمات و اصطلاحات، تفسیر شود. اصل معنای معمولی امری است مفروض و معنای دیگری بجز معنای عادی و معمولی، قابل احراز و اثبات است؛ ولی بار اثبات معنای خاص به عهده مدعی است. فرضیه‌های منطقی دیگری نیز در این باره وجود دارد؛ فی المثل کلمات کلی و عام مابعد و احتمالاً ماقبل کلمات و عبارات خاص، محدود به همان دسته و طبقه‌ای است که کلمات خاص معنی می‌دهد. (دکترین همان دسته و طبقه: *the ejusdem generis doctorin* و قاعدة تصریح به یک مورد، موارد دیگر را مستثنی می‌سازد:^{۱۰} *(expressio unius est exclusio alterius*

۵. سیاق عبارت: سیاق عبارت از نظر تفسیر علاوه بر معاهده مشتمل بر مقدمه و ضمائم آن، هرگونه توافقنامه و یا سند مربوط به معاهده است که در ارتباط با انعقاد آن تنظیم شده باشد.

۶. طرز عمل مؤخر: امضای کنندگان معاهده می‌توانند در مورد نحوه تفسیر، توافقنامه تنظیم نمایند، و نیز چنین استنباط می‌شود که به طرز عمل مؤخر طرفهای معاهده در مورد اطلاق معاهده که به منزله تفاهم همه آنها در مورد تفسیر آن است، می‌توان تکیه کرد. طرز عمل مؤخر انفرادی طرفهای معاهده نیز تا حدی از نظر تفسیر، ارزش اثباتی دارد.

۷. روته و طرز عمل سازمانها و ارگانهای بین المللی: دادگاه بین المللی دادگستری در تعدادی از آرای مشورتی خود در جهت اتخاذ تصمیم نسبت به مسائل بیش از حد بحث انگیز درخصوص تفسیر، به طرز عمل مؤخر ارجانها بکرات استناد کرده است.^{۱۱} در اینجا دونکته قابل بحث است: اول آنکه اساساً اعضاً نیز اکثریت را دارند، الزامی نسبت به قبول طرز عمل مؤخر به عنوان محکی برای تفسیر ندارند؛ دوم، طرز عمل روته ارجانهای سیاسی، منبعث از اصول مبتنی بر دیپلماسی و فرستادت طلبی است، و آنچه

باید بسته به موارد اصولیش به آن توجه شود، استدلالی است که در ورای این طرز عمل وجود دارد که وجاهت قانونی آن را – اگرچنین وجاهتی باشد – آشکار می‌سازد.

۸. سابقه مربوط به تهیه معاہده: هنگامی که تفسیر عبارتی براساس قواعد پیش گفته، معنائی گنج و نامفهوم را به دست دهد و یا منجر به نتیجه‌ای شود که آشکارا نامریب و غیرمنطقی است، از دیگر وسائل تفسیر شامل سابقه مربوط به تهیه عهدنامه و اوضاع واحوال زمان انعقاد آن می‌توان استفاده کرد. علاوه بر این، برای تأیید و تصدیق معنائی که تفسیر تحت الفظی یا عبارتی به دست می‌دهد، می‌توان به چنین روشی متول شد. بطور کلی دادگاه بین‌المللی دادگستری و پیش از آن دادگاه دائمی دادگستری در مواردی که متن معاہده از صراحتی کافی برخوردار بوده است، از توسل به سابقه مربوط به تهیه عهدنامه به عنوان وسیله تفسیر، خودداری کرده‌اند. در پاره‌ای موارد، دادگاه از سابقه مربوط به تهیه یک معاہده بمنظور تأیید موافقی که خارج از چهار چوب معاہده به دست آمده استفاده کرده است. استفاده از سابقه مربوط به تهیه معاہده به عنوان وسیله‌ای کمکی در جهت تفسیر، امری اختیاری است؛ زیرا کاربرد آن ممکن است از معنائی که از تفسیر عبارتی حاصل می‌شود بگاهد و بالاخص در معاہدات چند جانبه، صورت جلسه کنفرانسها، پیش‌نویسهای معاہده و اوراقی از این قبیل چه بسا مغشوش و غیرقطعی باشد. کمیسیون حقوق بین‌الملل چنین بیان عقیده کرده است که کشورهایی که به یک معاہده ملحق می‌شوند بدون اینکه در مذاکرات مقدماتی مربوط به طرح آن شرکت کرده باشند، نمی‌توانند از پذیرش سوابق مربوط به تهیه عهدنامه که قبل از الحاق قادر به بررسی آن بوده‌اند، سر باززنند.

۹. تفسیر مضيق: دادگاه دائمی دادگستری بین‌المللی در برخی موارد این اصل را پذیرفت که موادی از عهدنامه‌ها که متضمن تحدیدی بر

حاکمیت دولتها است، بایستی به نحوی مضيق تفسیر شود. این اصل به عنوان یک قاعدة کلی در جهت تفسیر، سؤال برانگیز است و نباید معنائی را که حاصل تفسیر عبارتی است، تحت الشعاع قرار دهد. در سالهای اخیر دیوانهای بین المللی به اصل مذکور میدان عمل کمتری داده‌اند؛ معندا در مواردی که موضوع با مسائل مربوط به حقوق و اختیارات درون مرزی مربوط می‌شود، اصل مزبور قابل اطلاق است. در چنین مواردی قاعدة یاد شده نه به عنوان وسائل کمکی تفسیر، بلکه به صورت قاعدة‌ای مستقل عمل می‌کند. این اصل در معاهده وین در باب قانون معاہدات مکان و موقعیتی پیدا نکرده است.

۱۰. تفسیر سودمند یا معتبر: قاعدة تفسیر سودمند که اغلب مورد استناد قرار می‌گیرد، دچار همان نقصان‌ها اساسی مربوط به تفسیر مضيق است. کمیسیون حقوق بین الملل، اصل تفسیر سودمند را به شکل فرمولی خاص و جداگانه اعلام نکرد؛ زیرا این اصل در جائی که از قواعد تفسیر با خُسن نیت و طبق معنای متداول متن بحث می‌شود، بقدر کافی منعکس گردیده است. دادگاه بین المللی دادگستری رویهم رفته اصل مذکور را تابع تفسیر عبارتی قرار داده است. در قضیه عهدنامه‌های صلح، دادگاه این مسئله را روشن کرد و با خودداری از رفع نقیصه در مکانیزم حل و فصل اختلافات که با استناد و مراجعه به خود متن معاہدات مقدور نبود، از تجدید نظر در معاہدات اجتناب ورزید.^{۱۲}

۱۱. تفسیر براساس هدف و غایت معاہده: کمیسیون حقوق بین الملل و کوانسیون وین با تفسیر تحت اللفظی یا عبارتی معاہده، برخوردي محتاطانه داشته و استفاده از وسائل تکمیلی تفسیر رادر مواردی که این تفسیر به نتیجه‌ای منجر شود که از لحاظ منظور و هدف معاہده بی معنی و نامعقول باشد، تجویز کرده‌اند. روش دیگری که تا اندازه‌ای از این قاعده متمایز است، تکیه هرچه بیشتر بر هدف و منظور معاہده در جهت تفسیر می‌باشد که برطبق آن، یک دادگاه ابتدا درباره هدف و منظور معاہده اظهار نظر

می‌کند و سپس ابهام در معنا را با چنان تعبیری که اهداف معاہده در نظر دارد، حل می‌نماید. این روش ممکن است متضمن کاربرد قضائی اهداف معاہده به نحوی باشد که در حقیقت مورد نظر امضاکنندگان معاہده نبوده است. در عین حال، تفسیر لفظی در عمل، انتخاب معنای مقدار را به اختیار تصمیم‌گیرنده می‌گذارد و در استفاده از چنین روشی، نمی‌توان ملاحظات سیاسی را نادیده گرفت. موارد زیادی از تفسیر، فاقد بررسیهای فقی باریک بینانه است. رأی مشورتی دادگاه بین‌المللی دادگستری در ارتباط با اختیارات ارگانهای سازمان ملل متحده، اصل کارآئی سازمانی را پذیرفته است و به نحوی موسع، دلالت بر وجود اختیاراتی می‌کند که به نظر دادگاه با اهداف منشور ملل متحده سازگاری دارد. این تمایل دادگاه در رأی مربوط به هزینه‌ها به اوج خود رسید.^{۱۳}

تفسیر براساس منظور و هدف معاہده، متضمن مضار متعددی است؛ معهداً به نظر می‌رسد که در یک ارگان کوچک تخصصی بین‌المللی با معیارهای فوق ملی و رویه‌های سودمند در جهت اصلاح معاہدات و قواعد و مقررات تشکیل دهنده حقوق بین‌الملل، اینگونه روش تفسیری که موحد قانون ملهم از رویه قضائی است، نقش سازنده‌ای داشته باشد. با این وجود، دادگاه جامعه اروپائی توجه زیادی به این روش تفسیری نکرده است و چنین به نظر می‌رسد که ظرافت و دقیقی که ساخت عهدنامه جامعه اروپا همراه با معیارهای فوق ملی متضمن آن است، ضرورتاً ایجاب می‌کند که بطور کلی از تفسیر عبارتی و تا حدی محافظه کارانه متن استفاده شود. در هر حال دادگاه جامعه اروپائی از نظر مختصات مخصوص به خود بیشتر یک «انجمان» است تا یک دادگاه بین‌المللی، و بر حسب وظایفش، معادل یک محکمة اداری است که اصول و قواعدی را که منعکس کننده مفاهیم حقوق اداری سیستمهای حقوقی در درون جامعه است، بکار می‌برد.

• طبقه‌بندی معاہدات

برخی از صاحب نظران برجسته علم حقوق از طبقه‌بندی معاہدات جانبداری کرده و سبب بسط آن شده‌اند. لرد مک نایر مدت‌ها قبل نقشهای گوناگونی را که یک معاہده ایفا می‌کند و لزوم رهائی از قید این طرز تفکر سنتی که معاہدات را بر مبنای مقرراتی یکنواخت طبقه‌بندی می‌نماید، گوشزد کرد. به نظر وی برخی از معاہدات که متضمن واگذاری اراضی و حقوق مربوط به آن است، به عقد صلح در حقوق خصوصی شبیه است. معاہداتی که مستلزم داد و ستد بین معدودی کشورها باشد، حالت قراردادی دارد؛ در حالیکه عهدنامه‌های چند جانبه نظیر معاہدات وین در مورد حقوق جنگ که یکدسته قواعد را بوجود می‌آورد، و یا نهادی مثل اتحادیه حافظ حقوق مؤلفان و مصنفان، بوجود آورنده قانون است. بعلاوه معاہده‌ای که سازمانی را ایجاد می‌کند، شبیه اساسنامه یک شرکت است. در نظر داشتن کیفیات بسیار خاص قسمتهایی از زمینه بسیار وسیعی که حقوق معاہدات در آن کاربرد دارد، مفید خواهد بود و امید به توسعه قواعد خاص را تقویت خواهد کرد. از این‌رو است که مفاد و مفهوم جنگ بین طرفهای یک معاہده براساس نوع معاہده فرق می‌کند. به حال لرد مک نایر و دیگران متمایل به جانبداری از این نظریه‌اند که نوع معاہده تأثیری نسبتاً کلی بر قواعد و اصول قابل اجرا را موجب می‌شود. بدین ترتیب گفته شده است که نقش یک معاہده در جهت ایجاد قواعد و مقررات این است که: ۱) توسل به سوابق مربوط به تهیه معاہده را به عنوان وسائل تکمیلی تفسیر رذ کند؛ ۲) از این مسئله که یکی از طرفهای معاہده، دیگر طرفها را به عنوان دولت یا حکومت بشناسد احتراز کند؛ ۳) و اصل «تغییر اساسی اوضاع و احوال» را غیر عملی اعلام نماید. از بین دیگر حقوقدانان، بالاخص لرد مک نایر، سر جرالد فیتزموریس و سرهمنفری والدوک برخی از معاہدات را به عنوان موجود

نظامهای حقوقی عینی بحساب می‌آورند؛ معاهداتی که برای کشورهای ثالث حقوق و تعهداتی ایجاد می‌کند.

مثالهایی که آورده می‌شود شامل معاهداتی است که رژیمهای حاکم بر آبراههای بین‌المللی و خلع سلاح را بوجود آورده و یا معاهداتی که ایجاد کننده ارگانها است. کمیسیون حقوق بین‌الملل عامداً و بجا و بمورد از طبقه‌بندی معاهدات به میزانی وسیع احتراز جسته و نظریه نظام حقوقی عینی یا موضوعی را در ارتباط با اثر معاهدات نسبت به غیر امضا کننده معاهده رد کرده است. کمیسیون مزبور همچنین قواعد خاص را در چند مورد پذیرفته، ولی دقیقاً به نظر می‌رسد که در برخورش با این مسئله، طریق مشاهده و تجربه را در پیش گرفته است.

در تنظیم قواعد کلی تفسیر، کمیسیون ضروری ندیده است که بین معاهدات واضح حقوق و مقررات و سایر معاهدات فرق بگذارد. پیش‌نویسهای کمیسیون و معاهده وین، حقوق معاهدات را در اساس به عنوان پیمان و مصالحه می‌نگرد. دلیل این امر این است که امروزه حقوقدانان کمتر متمایل به قبول نوشته‌های مبتنی بر نظریه تفکیک بین معاهدات قراردادی *Vertrag* و عهdename‌های قانونی *Vereinbarung* هستند، که دسته دوم شامل معاهدات چند جانبی است که قواعد رفتاری از این پس را تنظیم می‌کند و چهارچوب یک سیاست کلی را بنا می‌نهاد. بنابراین غرض از تباین مورد نظر، اختلافی است که بین یک عهدهنامه قراردادی، سیاسی و مبتنی بر هدف شخصی، و یک سند قانونی فراهم شده از طرف یک کنفرانس جامع بین‌المللی وجود دارد. ولی این اختلاف وجه تمایز، چندان مشخص نیست؛ مثلاً می‌دانیم در روابط کوشش‌هایی که در جهت تدوین قواعد و مقررات بین‌المللی بعمل می‌آید، مسائل سیاسی و چانه‌زدنی‌های احتیاط‌آمیز نهفته است. به عنوان مثال می‌توان از قراردادهای ژنو در مورد حقوق دریاها نام برد؛ مضافاً اینکه چنین وجه تمایزی، تفاوت میان تدوین کنندگان قرارداد و قانون را در حقوق داخلی دچار ابهام خواهد نمود.

• شرکت در عهدنامه‌های چندجانبه عمومی

کمیسیون حقوق بین‌الملل در یکی از پیش‌نویس‌های سابق خود (ماده ۱ (۱) سی) یک معاهده عمومی چند‌جانبه را به عنوان معاهده‌ای که مربوط به استانداردهای حقوق بین‌الملل است و رویهم رفته با مصالح عمومی کشورها سروکار دارد، توصیف می‌کند. چنین عهدنامه‌ای در حقوق بین‌الملل، نزدیک‌ترین مصدق قاعده و قانون عمومی است. رویه سازمان ملل در تشکیل یک کنفرانس برای تنظیم یک عهدنامه این است که مسئله قرار و مدار در باب معاهده را به یک ارگان سیاسی محول کند. در نتیجه این رویه، مجمع عمومی و برخی از کشورهای باارک کمونیست از چنین ارگانی مستثنی شده‌اند. مغولستان و نیز آلمان شرقی، چین و ویتنام مدت مديدة جزء این‌گونه کشورها نبودند و در کنفرانس مربوط به حقوق دریاها که در سال ۱۹۵۸ در ژنو تشکیل شد، نماینده‌ای نداشتند. در کمیسیون حقوق بین‌الملل پیش‌شاهد شد که به کشورها باید این حق داده شود که بتوانند طرف این نوع معاهدات واقع شوند. این راه حل در یک پیش‌نویس موقتی به صورتی غیرقطعی به این ترتیب گنجانده شد که چنین حقی جز در مواردی که خود معاهده یا قواعد و مقررات یک ارگان بین‌المللی به نحو دیگر پیش‌بینی می‌کرد، وجود دارد. پیش‌نویس نهائی کمیسیون حقوق بین‌الملل متضمن مقرراتی در این زمینه نبود و پیشنهادات اصلاحی دایر براینکه کلیه کشورها حق شرکت در معاهدات-چند‌جانبه را داشته باشند، مورد قبول قرار نگرفت.

پانویسها:

۱. ماده ۸۴ عهدنامه وین، ضمناً عهدنامه مذکور از ۲۷ ژانویه ۱۹۸۰ از حیث اعضا تکمیل و لازم الاجرا گردیده است. ایران عضو این عهدنامه نمی‌باشد. «ترجم»
2. International Court of Justice (I.C.J.)
 ۳. مجموعه آرای دادگاه بین‌المللی دادگستری – ۱۹۲۵، ص ۱۱۱ و ۱۱۲.
 ۴. مجموعه آرای دادگاه بین‌المللی دادگستری – ۱۹۳۲، سری الف / ب، شماره ۶.
 ۵. مجموعه آرای دادگاه بین‌المللی دادگستری – ۱۹۷۴.
 ۶. بند ۶ ماده ۲ منشور ملل متحده: «سازمان طوری اقدام خواهد کرد که کشورهای غیرعضو ملل متحده، عملیات خود را در حدودی که برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی لازم است، با این اصول منطبق نمایند».
7. Kelsen, The law of the United Nations, P. 106-110.
۸. ماده ۱۰ منشور ملل متحده: «در صورت اختلاف بین تعهدات اعضای ملل متحده ناشی از این منشور و تعهدات آنها ناشی از قراردادهای بین‌المللی دیگر، تعهدات ناشی از منشور اولویت دارد».
۹. مجموعه آرای دادگاه بین‌المللی دادگستری – ۱۹۲۵، سری ب، شماره ۱۱، ص ۳۷.
۱۰. اصول مذکور که متناسب از حقوق مُ است در مقام بیان این مطالب است که: ۱. هنگامی که کلمات عام بعد از کلمات خاص قرار گیرند، معنی کلمات عام محدود به همان دسته و طبقه کلمات خاص است.
۱۱. تصریح به یک شیء، شیء دیگر را مستثنی می‌کنند. «ترجم»
۱۲. مجموعه آرای دادگاه بین‌المللی دادگستری – ۱۹۵۰، ص ۹.
۱۳. مجموعه آرای دادگاه بین‌المللی دادگستری، ۱۹۵۰ – ص ۱۲۸، ۱۹۶۲، ۱۹۶۲ و ۱۹۷۱، شماره ۳۱۹، ۱۹۷۱، شماره ۱۶ و ۱۹۸۰



اسناد بين الملل



اشاره:

اتفاق تجارت بین المللی^۱ که طی اساسنامه‌ای در ۱۹۱۹ بوجود آمده، امروزیکی از مهمترین سازمانهای خصوصی – بین المللی – تجاری است و فعالیتهای متنوعی دارد که از آن جمله کوششهاست که درجهت متحدد الشکل کردن رویه‌ها و عرفهای مختلف در رشته‌های گوناگون تجارت بین المللی بعمل آورده است، مانند تدوین مقررات و رویه‌های متحدد الشکل اعتبارات اسنادی، اسناد وصولی بانکی، ضمانتنامه‌های قراردادی، بارنامه‌های مرکب، اصطلاحات بازرگانی در قراردادهای خرید و فروش (اینکوترم) و... علاوه براین، اتفاق تجارت بین المللی واحدها و کمیسیونهایی در مورد مسائل مختلف تجارت بین المللی تشکیل داده است که هر کدام اهداف و وظایف خاصی دارد و وابسته به آن بشمار می‌رود،

1. International Chamber of Commerce.

مانند کمیسیون بانکی، مرکز بین‌المللی کارشناسی فتی، کمیته دائمی تهیه و تنظیم روابط قراردادی، کمیته بین‌المللی حمل و نقل دریائی و نیز کمیته سازش و دادگاه داوری. آنچه در قسمت استناد بین‌المللی این شماره مجله حقوقی چاپ شده، عبارت است از «مقررات سازش و دیوان داوری اتفاق تجارت بین‌المللی».^۱

اتفاق تجارت بین‌المللی واحدهای وابسته به آن یک مجموعه خصوصی است و دولتها در ایجاد یا اداره آنها مداخله‌ای ندارند. کشورهای عضو اتفاق از طریق کمیته ملی اتفاق تجارت یا مؤسسه‌های مهابه در کشور خودشان به عضویت اتفاق تجارت بین‌المللی در می‌آیند و همین کمیته ملی است که رابط اشخاص حقیقی یا حقوقی تجاری آن کشور با اتفاق می‌باشد. در حال حاضر ۶۸ کشور از طریق کمیته ملی به عضویت آن درآمده‌اند. کمیته ملی ایران در اتفاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران تشکیل و به اتفاق تجارت بین‌المللی معرفی شده است. به بهانه چاپ مقررات مذکور توضیحاتی در اطراف آن می‌دهیم تا آشناشی اجمالی برای خوانندگان محترم به دست آید:

الف. «سازش»:

۱. بطور کلی در صورتیکه طرفین اختلاف مایل باشند، می‌توانند به جای مراجعت به مرجع صالح و یا در صورت قید شرط داوری وغیره در قرارداد، قبل از ارجاع آن به داوری یا دادگاه صالح، رأساً و یا از شخص ثالثی بخواهند که به صورت دوستانه حل اختلافات کرده و بین ایشان سازش دهد. بنابراین سازش را نمی‌توان «جريان قضائی» بشمار آورد، مگر اینکه بموجب تأیید و تصمیم مرجع صالح،

۱. Rules for Conciliation and ICC Court of Arbitration.

به صورت لازم الاجرا درآید و در نتیجه، طرفین به آن مأخوذه شوند. مقررات سازش اتفاق تجارت بین المللی ناظر به همین نوع سازش است.

۲. بمحض مقررات مذکور در هر مورد که طرفین اختلاف درخواست کنند، رئیس اتفاق تجارت «کمیته سازش» را که مرکب از سه عضو است، تشکیل می‌دهد تا بررسی و نظر خود را اعلام کند. بنابراین پس از ختم موضوع، کمیته سازش نیز منحل می‌شود.

ب. «داوری»:

۱. در افواه یا لسان حقوقدانان منظور از «داوری ICC» اشاره به داوری است که تحت همین مقررات تعییه و مقرر شده باشد. همچنین قید این عبارت در قراردادها به همین معنی است، هر چند در قراردادها عبارت کامل ترا و اشاره رساتری به آن می‌گردد.

۲. برای استفاده و شمول این مقررات نسبت به اختلافات مربوط (شرط داوری)، اتفاق تجارت بین المللی عبارت و پاراگراف استانداردی را پیشنهاد نموده که در ابتدای مقررات مذکور چاپ شده و ملاحظه می‌فرمایید؛ ولی ذکر عبارت دیگری نیز که مفید همین معنی و نتیجه باشد (داوری ICC) منوع نیست.

۳. «دیوان داوری» یکی از مؤسسات وابسته به آن اق می‌باشد که در ۱۹۴۳ تشکیل شده است. دیوان دارای یک اساسنامه در ۴ ماده راجع به انتخاب اعضاء، ترکیب دادگاه، وظیفه و اختیار دیوان و شورو نحوه رأی گیری است. این دیوان دارای یک رئیس، پنج نایب رئیس، دبیرخانه، یک یا چند کارشناس و فرب ۳۰ عضو است. این اعضاء از بین کسانی که وسیله کمیته ملی کشورهای عضو اتفاق نامزد شده‌اند، برای مدت ۲ سال انتخاب می‌شوند؛ علاوه

براین «مقررات داخلی» نیز دارد که در ۳ بند تنظیم شده و مسائل داخلی دیوان و نحوه اداره آن را مقرر نموده است. جدول هزینه‌ها نیز دستورالعمل دیگری است که میزان هزینه‌های اداری و داوری را بر حسب مبلغ خواسته تعیین نموده است. مقر دیوان داوری در پاریس می‌باشد.

۴. «داوری ICC» معمولاً از مصاديق داوری سازمانی و دائمی بشمار می‌آید.^۱ معدلك نباید تصور کرد که اختلافات ارجاع شده به «داوری ICC» رأساً توسط همین دیوان رسیدگی و حل و فصل می‌شود؛ بلکه طرفین آزادند که داور مورد نظر خود را انتخاب و معرفی کنند و با در داوریهای یکنفره نسبت به داور مرضی طرفین توافق نمایند؛ هرچند در صورت درخواست طرفین، دیپر کل دیوان برای یافتن داور مناسب به ایشان کمک می‌کند. به این ترتیب برای رسیدگی به هر اختلاف، داوریا هیئت داوری جداگانه‌ای تشکیل می‌شود؛ منتهی «دیوان داوری» بر جریان رسیدگی نظارت می‌کند. از جمله وظایفی که در این رابطه به عهده دیوان داوری اجلام داوری (در صورت سکوت طرفین در قرارداد)، کنترل و تطبیق داوری نامه^۲ با مقررات داوری می‌باشد؛ ولی مهمترین وظیفه آن عبارت است از غوررسی پیش نویس رأی هیئت داوری یا داور منفرد و ارائه نظرات در مورد شکل رأی و تصویب آن و نیز جلب توجه داوران به مسائل اساسی رأی. گرچه اتخاذ تصمیمنهائی در این خصوص به هر حال با داوریا هیئت داوران می‌باشد، ولی معمولاً نظرات دیوان نیز اجرا می‌شود. به این ترتیب «داوری ICC» به اعتبار اینکه تحت

۱. برای ملاحظه تعریف داوری سازمانی و داوری خاص، مراجمه کشید به مجله حقوقی شماره ۳، (استاد بنین المللي) «مقررات داوری آنستیتو» ص ۲۰۷ - ۲۰۸.
۲. Terms of reference (فرانسوی) (انگلیسی) act de mission.

ناظرات «دیوان داوری» مذکور است، سازمانی بشمار می‌آید و از این حیث که هیئت داوری رسیدگی کننده به اختلاف مربوط، منتخب طرفین است (ولو سرانجام به تأیید دیوان داوری می‌رسد) نوعی داوری خاص محسوب می‌گردد.

۵. در داوری تحت مقررات ICC نه تنها طرفین آزادند که داور مورد نظر خود را داشته باشند، بلکه مختارند محل داوری را نیز به میل خود تعیین نمایند. علاوه بر این، در انتخاب قانون ماهوی حاکم بر دعوی و همچنین مقررات دادرسی آزادند، ولی در صورت سکوت ایشان، هیئت داوری یا داور منفرد در این خصوص تصمیم می‌گیرند.

۶. داوری تحت مقررات ICC از نظر صلاحیت هیچگونه محدودیتی ندارد، بلکه هر نوع اختلاف ناشی از هرگونه قرارداد را می‌توان به داوری مذکور ارجاع کرد؛ کما اینکه در بسیاری از قراردادهای منعقده بین اشخاص خصوصی و دولتها نیز قید می‌شود که اختلافات براساس مقررات داوری ICC حل و فصل خواهد شد، هرچند بیشترین مراجعه کنندگان به مقررات مذکور اشخاص خصوصی می‌باشند.

۷. ارزیابی عملکرد «داوری ICC» از حوصله این مختصر بیرون است؛ اما از ذکر این نکته ناگزیر است که هرچند – همانطور که اشاره شد – داوری مذکور از حیث انعطافی که برای طرفین ایجاد می‌کند، امتیازاتی دارد و بالاخص آرای آن معمولاً با مشکلات کمتری به مرحله اجرا در می‌آید، ولی کنترلی که «دیوان داوری» در مرحله تأیید داوران منتخب و معزوفی شده طرفین و یا درباره‌ای موارد در مرحله تعیین دارد و همچنین نظارتی که در چهارچوب ماده ۲۱ مقررات داوری در خصوص رأی داوران اعمال می‌نماید، بهر حال پروسه داوری را تحت تأثیر قرار می‌دهد. بوئژه در مواردی که یکی

از تأسیسات، اشخاص یا دول کشورهای جهان سوم با تأسیسات، اشخاص یا دول کشورهای غربی طرف داوری باشد، نمی‌توان مطمئن بود که جریان داوری از نفوذ و اعمال نظر کشورهای غربی مصون بماند، و لذا این قبیل موارد، محتاج برخورد هوشیارانه و همراه با دقت کامل از جانب کشورهای جهان سوم است. به عبارت دیگر، اگرچه اتفاق تجارت بین المللی و مؤسسات واحدهای وابسته به آن یک نهاد و تأسیس بازرگانی خصوصی و مستقل می‌باشد، اما بهتر حال متعلق به جامعه غربی و ارزش‌های آن، است و دیوان داوری آن نیز ناگزیر دارای ساختار، طرز فکر و برداشت‌های متناسب با مجموعه همان ارزشها و اصول است.

«مجلة حقوقی»



مقررات سازش و داوری
دیوان داوری اتاق تجارت بین المللی



شرط داوری نمونه

برای اتفاق تجارت بین المللی

اتفاق تجارت بین المللی به همه طرفهای قراردادهای بین المللی که
قصد مراجعه به این اتفاق را دارند، توصیه می‌نماید که شرط زیر را در
قراردادهایشان قید کنند:

«تمام اختلافات ناشی از این قرارداد نهایتاً بمحض مقررات
سازش و داوری اتفاق تجارت بین المللی بوسیله یک یا چند داور که
بمحض این مقررات انتخاب می‌شوند، حل و فصل خواهد شد».
طرفین می‌توانند در صورت تمایل، در شرط داوری، قانون ملی
حاکم بر قرارداد را نیز قید نمایند.

سازش اختیاری

ماده اول. کمیسیون اداری سازش - کمیته سازش

۱. در مورد هر اختلاف تجاری که جنبه بین المللی دارد، می‌توان درخواست کرد که اختلاف مزبور از طریق دوستانه و بوسیله مقررات سازش کمیسیون اداری سازش اتفاق تجارت بین المللی مورد حل و فصل واقع شود.
اعضای کمیسیون از بین یک تا سه نفر از اشخاصی که وسیله هر کمیته ملی از بین اتباع ساکن پاریس خود تعیین می‌شوند، وسیله رئیس ICC برای مدت دو سال انتخاب می‌گرددند.
۲. برای هر اختلاف یک کمیته سازش مرکب از سه عضو بوسیله

نذر:

این مقررات، فاقد متن فارسی رسمی می‌باشد و ترجمه حاضر که از متن فرانسوی بعمل آمده و با متن انگلیسی نیز تطبیق شده است، در عین حال که حتی المقدور با دقت انجام گرفته، رسمی نیست. مقررات حاضر از سال ۱۹۷۵ به اجرا درآمده است. «مجلة حقوق»

رئیس اتاق تجارت بین المللی تعیین می شود. هر کمیته از دو عضو سازش دهنده که حتی المقدور نبایستی دارای تابعیت متقارضی و طرف دیگر باشد و یک نفر رئیس که نبایستی تابعیت طرفین را داشته باشد، در مقر کمیسیون اداری سازش تشکیل می شود.

ماده ۲. تقاضای سازش

طرفی که مایل به سازش می باشد، تقاضایش را وسیله کمیته ملی کشور خود یا مستقیماً به دیرخانه اتاق تجارت بین المللی ارسال می دارد و در صورت ارسال مستقیم، دیرکل مراتب را به کمیته ملی مربوطه اعلام می نماید.

تقاضا باید شامل مشروح نقطه نظرهای متقارضی و منضم به اوراق و مدارک مربوط و دلایل لازم و همچنین وديعه به ميزان معین شده در تعرفة پیوست به عنوان پیش پرداخت مخارج دیرخانه در رسیدگی سازش، باشد.

ماده ۳. اقدام کمیته سازش

۱. پس از وصول تقاضای سازش و استناد ضمیمه و نیز پیش پرداخت، دیرکل اتاق تجارت بین المللی بوسیله نامه مستقیماً یا با واسطه کمیته ملی مربوطه، با طرف دیگر ارتباط برقرار می نماید و از او می خواهد تا در صورت تمام به سازش، نقطه نظرهای خود را در مورد اختلاف به انضمام تمایل دلایل مربوطه و همچنین مبلغ پیش بینی شده در تعرفة پیوست، به عنوان پیش پرداخت هزینه جریان سازش، تسلیم نماید.

۲. کمیته سازش پرونده را مطالعه، اطلاعات لازم را جمع آوری و برای طرفین، وسیله کمیته های ملی مربوطه، ارسال و اظهارات آنان را در صورت امکان استماع می نماید.

۳. طرفین خواه شخصاً و خواه وسیله نمایندگان مختارشان، در جلسه حضور می یابند و می توانند از مشاور حقوقی یا وکیل نیز کمک بگیرند.

ماده ۴. طریقه سازش

۱. بعد از بررسی پرونده، مطالعه موضوع و استماع اظهارات طرفین در صورت امکان، کمیته طریقه‌ای برای سازش به طرفین پیشنهاد می‌نماید.
۲. در صورت عملی شدن سازش، کمیته صورت مجلسی که مشتبی توافق طرفین باشد، تنظیم و امضا می‌نماید.
۳. در صورت عدم امکان حضور طرفین، کمیته فرمول سازش را برای رؤسای کمیته‌های ملی مربوطه ارسال کرده و از آنان می‌خواهد تا از نفوذ خود برای وادار کردن طرفین به قبول پیشنهاد سازش، استفاده نمایند.

ماده ۵. حقوق طرفین در صورت شکست مذاکرات سازش

۱. در صورت شکست مذاکرات سازش، طرفین اختیار دارند، خواه به داوری و خواه به محاکم صلاحیت‌دار مراجعه نمایند، مگر اینکه بموجب شرط داوری مجبور باشند به داوری رجوع کنند.
 ۲. آنچه در جریان مذاکرات سازش انجام گرفته یا نوشته شده است، به هیچوجه حقوق بعدی طرفین را در مراجعته به داوری یا محاکم به خطر نمی‌اندازد.
- کسی که در یک کمیته سازش برای حل اختلاف شرکت نموده است، نمی‌تواند در همان اختلاف به عنوان داور انتخاب شود.

داوری

ماده اول. دیوان داوری

۱. دیوان داوری اتاق تجارت بین‌المللی، یک واحد داوری بین‌المللی است که وابسته به اتاق تجارت بین‌المللی می‌باشد و اعضای آن وسیله شورای اتاق تجارت بین‌المللی انتخاب می‌شوند. وظیفه دیوان داوری عبارت است از تدارک حل و فصل اختلافات تجاری که دارای طبع بین‌المللی هستند، براساس مقررات زیر.

۲. دیوان اصولاً ماهی یکبار تشکیل می‌شود و مقررات داخلی دیوان را خود تنظیم می‌نماید.

۳. رئیس دیوان داوری یا جانشین وی می‌توانند به نام دیوان تصمیمات فوری اتخاذ نمایند، مشروط براینکه تصمیمات متخذه در جلسه بعدی به اطلاع دیوان رسانده شود.

۴. دیوان می‌تواند به نحوی که در مقررات داخلی آن پیش‌بینی شده، به یک یا چند گروه از اعضای خود اختیار اخذ تصمیماتی را بدهد، مشروط براینکه تصمیمات متخذه در جلسه بعدی به اطلاع دیوان برسد.

۵. محل دیرخانه دیوان در مرکز اتاق تجارت بین‌المللی خواهد بود.

ماهه ۲. انتخاب داوران:

۱. دیوان داوری، رأساً اختلافات را حل و فصل نمی‌کند. مادام که طرفین طور دیگری توافق نکرده باشند، دیوان طبق مقررات این ماده، انتخاب داوران را تأیید کرده یا خود آن را انجام می‌دهد و در چنین تأیید یا انتخابی، تابعیت، اقامتگاه داوران و سایر روابط ایشان را با کشورهایی که طرفین اختلاف یا سایر داوران تبعه آن هستند، مورد توجه قرار می‌دهد.

۲. اختلافات ممکن است بوسیله داور منفرد یا سه داور حل و فصل شود. در موارد زیر، «داور» حسب مورد ناظر به یک یا چند داور می‌باشد.

۳. در موردی که طرفین توافق نموده‌اند که اختلافشان وسیله داور منفرد حل و فصل شود، می‌توانند ضمن توافق، وی را برای تأیید به دیوان معرفی نمایند. در صورتیکه از تاریخ ابلاغ درخواست داوری خواهان به طرف مقابل، طرفین ظرف سی روز در مورد انتخاب داور منفرد توافق نمایند، داور مذکور وسیله دیوان تعیین خواهد شد.

۴. هرگاه ارجاع اختلاف به سه داور پیش‌بینی شده باشد، هریک از طرفین به ترتیب طی درخواست داوری و در جواب به این درخواست، یک داور را برای تأیید دیوان، تعیین می‌نماید. چنین داوری باید مستقل از طرفی

باشد که او را تعیین کرده است. اگر یکی از طرفین از تعیین داور خودداری نماید، دیوان در این مورد اقدام خواهد نمود. در صورتیکه طرفین پیش بینی نکرده باشند که دو داور منصوب ایشان نسبت به داور سوم که رئیس هیئت داوری است بایستی در مدت معین توافق کنند، دیوان اقدام به تعیین داور سوم می کند و در مواردی که داور سوم توسط داوران طرفین تعیین می شود، دیوان داور سوم را تأیید می نماید. اگر در مدت تعیین شده وسیله طرفین یا دیوان، داوران طرفین در مورد داور سوم به توافق نرسند، داور سوم وسیله دیوان تعیین خواهد شد.

۵. اگر طرفین نسبت به تعداد داوران توافق نکرده باشند، دیوان یک داور منفرد تعیین می نماید، مگر اینکه وضع اختلاف در نظر دیوان طوری باشد که تعیین سه داور را اقتضا نماید. در صورت اخیر، هر کدام از طرفین مدت ۱۵ روز مهلت دارد که اقدام به تعیین داور خود نماید.

۶. وقتی که تعیین داور منفرد یا رئیس هیئت داوری به عهده دیوان گذاشته شده است، او یکی از کمیته های ملی اتاق تجارت بین المللی را انتخاب نموده و از این کمیته می خواهد که در این مورد پیشنهاد بدهد. داور منفرد یا رئیس هیئت داوری از کشوری غیر از کشورهایی که طرفین دعوی، تبعه آنها هستند، انتخاب می شوند. معهذا در صورتیکه اوضاع و احوال اقتضا کند و مشروط براینکه طرفین دعوی مخالفتی نداشته باشند، داور منفرد یا رئیس هیئت داوری ممکن است از کشوری انتخاب شود که یکی از طرفین تبعه آن است.

در مواردی که دیوان به جای طرف مستنکف، داور تعیین می نماید، از کمیته ملی کشور متبع طرف مستنکف می خواهد که پیشنهاد بدهد. اگر این کشور کمیته ملی نداشته باشد، دیوان مخیّر است کسی را که خود شایسته می داند، انتخاب کند.

۷. در صورت جرح داور وسیله یکی از طرفین، دیوان به عنوان قاضی منحصر برای رسیدگی به دلایل جرح، اتخاذ تصمیم می کند که نهائی است.

۸. در صورت فوت داور یا ممانعت کردن او از انجام وظیفه اش، یا اجرار او به استعفا در اثر جرح یا به هر علت دیگری و یا در صورتیکه دیوان پس از بررسی اظهارات داور تشخیص دهد که داور وظایفی را که به عهده اش گذاشته شده است، طبق مقررات یا در مدت تعیین شده انجام نمی‌دهد، او را عوض می‌نماید. در کلیه موارد فوق بندهای ۳ و ۴ و ۶ بالا بایستی رعایت شود.

ماده ۳. درخواست داوری

۱. طرفی که می‌خواهد از طریق اتفاق تجارت بین‌المللی به داوری رجوع کند، بایستی تقاضایش را بوسیله کمیته ملی کشور خود یا مستقیماً به دبیرخانه دیوان ارسال نماید. در صورت اخیر [مراجعةه مستقیم] دبیرخانه مراتب را به اطلاع کمیته ملی ذیربیط می‌رساند. تاریخ وصول درخواست به دبیرخانه دیوان، از هر حیث، تاریخ شروع رسیدگی داوری می‌باشد.

۲. درخواست، از جمله، باید شامل نکات ذیل باشد:

الف. نام و نام کوچک و مشخصات و نشانی طرفین.

ب. شرح ادعاهای خواهان.

ج. قرارداد مربوط، و مخصوصاً موافقتنامه داوری و اسناد و اطلاعات، به نحوی که وضع دعوی را روشن نماید.

د. تمام جزئیات لازم در خصوص تعداد داوران و انتخاب آنان

طبق مفاد ماده ۲ فوق الذکر.

۳. دبیرخانه یک نسخه از درخواست و مدارک منضم به آن را

بمنظور جواب خوانده، برای او می‌فرستد.

ماده ۴. جواب درخواست

۱. خوانده بایستی از تاریخ وصول مدارک مذکور در بند ۳ ماده ۳، حدتاً کثر ظرف مدت سی روز، در مورد پیشنهادهایی که راجع به تعداد داوران و انتخاب آنان شده است، نظر بدهد و در صورت اقتضا، نسبت

به تعیین داور [خود] اقدام کند؛ نیز لوایح دفاعیه خود را تنظیم و مدارک مربوط را تهیه نماید.

خوانده در موارد استثنائی می‌تواند از دیرگل تمدید مهلت تقدیم لوایح دفاعیه و تهیه مدارک را درخواست نماید. معهداً درخواست تمدید مهلت بایستی متضمن جواب خوانده به پیشنهادات [خواهان] راجع به تعداد داوران و انتخاب آنان و نیز در صورت اقتضا، متضمن تعیین داور باشد.

در صورت امتناع [از اقدام به شرح فوق]، دیرگل به دیوان گزارش می‌کند و دیوان، داوری را طبق این مقررات به جریان می‌گذارد.

۲. نسخه جوابیه و اوراق پیوست، در صورت وجود، جهت اطلاع خواهان ارسال می‌گردد.

ماذہ ۵. دادخواست متقابل

۱. اگر خوانده بخواهد دعواهی متقابل طرح کند، بایستی در همان مهلتی که مطابق ماذہ ۴ برای دادن جواب مقرر شده است، آن را به دیرخانه تقدیم نماید.

۲. خواهان می‌تواند از تاریخ ارسال دادخواست متقابل به او، ظرف مدت سی روز به آن جواب بدهد.

ماذہ ۶. دفاعیه، لوایح کتبی، اخطارها، ابلاغها

تمام دفاعیه‌ها و لوایح کتبی که وسیله طرفین تقدیم می‌شود و نیز تمام ضمائم آنها بایستی به تعداد طرفهای مقابل به اضافه یک نسخه برای هر داور و یک نسخه برای دیرخانه، باشد. همه اخطارها و ابلاغهای صادره بوسیله دیرخانه و داوران، در صورتی معتبر است که درقبال آنها رسید داده شده و یا با پست سفارشی به آدرس یا به آخرین آدرس شناخته شده طرف مورد ابلاغ که حسب مورد، بوسیله طرف مورد بحث و یا توسط طرف دیگر اعلام شده، ارسال گردیده باشد. اخطارهای یا ابلاغهای در تاریخ دریافت، و یا در صورتیکه ابلاغ طبق بند فوق بعمل آمده باشد، در تاریخی که [عرفاً]

باید بوسیله طرف یا نماینده او وصول شده باشد، ابلاغ شده محسوب می شود.

ماده ۷. عدم موافقتنامه داوری

هرگاه هیچگونه موافقتنامه داوری علی الظاهر (Prima facie agreement) ، بین طرفین وجود نداشته باشد، یا موافقتنامه وجود داشته باشد، ولی در آن مراجعه به اتاق تجارت بین المللی تصریح نشده باشد، اگر خوانده ظرف مدت سی روز مقرر در ماده ۴ پاراگراف ۱ جواب ندهد، یا با داوری از طریق اتاق تجارت بین المللی مخالفت نماید، به خواهان اعلام خواهد شد که داوری نمی تواند جریان یابد.

ماده ۸. اثر و تیجه موافقتنامه داوری

۱. صرف اینکه طرفین موافقت کرده باشند که به اتاق تجارت بین المللی مراجعه کنند، فی نفسه به این معنی است که همین مقررات را پذیرفته و تابع آن هستند.

۲. اگر یکی از آنان از شرکت در داوری خودداری یا مخالفت نماید، داوری با وجود این امتناع و یا مخالفت ادامه پیدا می نماید.

۳. چنانچه یکی از طرفین، دلیل یا دلایلی را در رابطه با وجود یا اعتبار موافقتنامه داوری عنوان کند، در صورتیکه دیوان داوری متقادع شود که چنین موافقتنامه ای علی الظاهر وجود دارد، می تواند تصمیم به جریان یافتن داوری بگیرد، بدون اینکه به قابل قبول بودن یا اعتبار دلیل یا دلایل مذکور لطمه ای وارد آید. در چنین صورتی هرگونه تصمیم درخصوص [حدود] صلاحیت داور، توسط خود او گرفته می شود.

۴. ادعای بطلان یا عدم قرارداد [منظور قرار اصلی است. «م.»] مانع از ادامه صلاحیت داور نیست مشروط براینکه داور، موافقتنامه داوری را معتبر بداند؛ مگر اینکه بین طرفین به طریق دیگری توافق شده باشد. حتی در صورتیکه عدم قرارداد یا بطلان آن ممکن باشد، داور بایستی برای تعیین

حقوق مربوطه طرفین و رسیدگی به ادعاهای دلایل ایشان، به صلاحیت خود باقی باشد.

۵. طرفین می‌توانند قبل از تحویل پرونده به داور و در موارد استثنائی یا حتی بعد از آن، از مقامات قضائی صالح تقاضای اقدامات مؤقتی یا تأمینی بنمایند، و این عمل ایشان نقض موافقتنامه داوری محسوب نمی‌شود و تأثیری در اختیارات مربوط که به داور داده شده است، نخواهد داشت. چنین تقاضائی و همچنین تصمیمات متذکر وسیله مقامات قضائی، بایستی بلا فاصله به اطلاع دبیرخانه دیوان داوری برسد. دبیرخانه نیز مراتب را به داور اعلام می‌نماید.

ماذہ ۹. پیش‌پرداخت هزینه داوری

۱. دیوان مبلغ پیش‌پرداخت را به نحوی که بتواند جوابگوی مخارج داوری دعاوی تقدیمی به آن باشد، تعیین می‌نماید.

در صورتیکه غیر از دادخواست اصلی، یک یا چند دادخواست متقابل داده شود، دیوان می‌تواند برای دادخواست اصلی و دادخواستهای متقابل، بطور جداگانه هزینه داوری تعیین نماید.

۲. به عنوان یک قاعدة عمومی، پیش‌پرداختها بایستی بطور مساوی بوسیله خواهان یا خوانده یا خوانندگان تأديه شود. معهذا در صورتیکه یک طرف از پرداخت خودداری نماید، طرف دیگر می‌تواند تمام پیش‌پرداختها برای دادخواست اصلی و دادخواست متقابل را بپردازد.

۳. دبیرخانه می‌تواند واگذاری پرونده به داور را منوط به پرداخت تمام یا قسمتی از پیش‌پرداخت اتاق تجارت بین المللی بوسیله طرفین یا یکی از آنها بنماید.

۴. وقتی که داوری نامه طبق مقررات ماده ۱۳ به دیوان ارسال شد، دیوان رسیدگی می‌نماید که آیا درخواست پیش‌پرداخت [هزینه داوری] اجابت شده است یا خیر. داوری نامه قطعیت حاصل نمی‌کند و داوران رسیدگی نمی‌نمایند مگر نسبت به ادعاهایی که پیش‌پرداخت [هزینه

داوری] آنها به اتاق تجارت بین المللی پرداخت شده باشد.

ماده ۱۰. تحويل پرونده به داور

در صورت اجرای مقررات ماده ۹، دبیرخانه بمحض وصول پاسخ خوانده به درخواست داوری و یا جذاکثر پس از انقضای مدتی که طبق مواد ۴ و ۵ فوق برای تقدیم مدارک ولواحی مقرر شده است، پرونده را جهت رسیدگی به داور می‌دهد.

ماده ۱۱. مقررات حاکم برآین داوری

مقررات حاکم بر جریان رسیدگی نزد داوران همان است که از این مقررات مستفاد می‌شود و در صورت سکوت مقررات حاضر، آنچه که مورد توافق طرفین باشد [یا در صورتیکه طرفین توافق ننموده باشند، مورد توافق داور باشد] اعمال خواهد شد؛ اعم از اینکه به قانون آئین دادرسی داخلی [کشوری] برای اینکه در داوری اعمال گردد، اشاره‌ای بشود یا خیر.

ماده ۱۲. محل داوری

در صورتیکه طرفین نسبت به محل داوری توافق ننموده باشند، دیوان، محل داوری را تعیین می‌نماید.

ماده ۱۳. داوری نامه

۱. قبل از شروع به رسیدگی، داور بر مبنای اسناد یا با حضور طرفین و بر اساس آخرین اظهارات ایشان، سندي که مبین شرایط [و چهارچوب] کار وی می‌باشد Terms of reference تنظیم می‌نماید. این سند شامل موارد زیر است:

الف. نام و نام فamil و مشخصات طرفین.

ب. آدرس طرفین، به نحوی که ابلاغ تمام اخطارها و ابلاغها در جریان دادرسی به آن آدرس معتبر باشد.

- ج. خلاصه ادعاهای طرفین، به ترتیب.
- د. تعیین موارد اختلاف که بایستی حل و فصل شود.
- ه. نام و نام خانوادگی و مشخصات و آدرس داور.
- و. محل داوری.
- ز. تعیین قانون حاکم بر آئین داوری و حسب مورد، تصریح به اختیاری که به داور تفویض شده که به عنوان «مصالحه دهنده عادل» (amiable compositeur) عمل کند.
- ح. ذکر موارد دیگری که برای لازم الاجرا شدن رأی داوری در چهار چوب قانون، لازم باشد، یا مواردی که به نظر دیوان داوری یا خود داور مفید دانسته شود.
۲. سند مذکور در بند ۱ این ماده بایستی وسیله طرفین و داور امضا شود. ظرف دو ماه از تاریخ تحويل پرونده به داور، مشارالیه بایستی سند مذکور را که وسیله طرفین و خوش امضا شده است، به دیوان ارسال دارد. دیوان می‌تواند حسب تقاضای داور، در موارد استثنائی این مدت را تمدید کند.
- اگریکی از طرفین از شرکت در تنظیم یا امضای این سند خودداری نماید، در صورتیکه بر دیوان ثابت شود که مورد، یکی از موارد مذکور در بند ۲ و ۳ ماده ۸ می‌باشد، اقدامی را که برای تأیید داوری نامه لازم است، انجام می‌دهد. پس از آن دیوان مهلتی برای امضای این سند به طرف مستنکف می‌دهد و در انقضای این مهلت، جریان داوری تعقیب و رأی صادر خواهد شد.
۳. طرفین آزادند قانونی را که داور بایستی در ماهیت دعوى إعمال نماید، تعیین کنند. در صورتیکه طرفین، قانون حاکم را معلوم نکرده باشند، داور بوسیله قواعد تعارضی که به نظر او صحیح است، قانون مناسب را تعیین و اعمال خواهد کرد.
۴. داور در صورتی دارای اختیارات «مصالحه دهنده عادل» خواهد بود که طرفین در اعطای چنین اجازه‌ای به او توافق کرده باشند.

۵. در تمام موارد، داور مفاد قرارداد و عرف تجاری مربوط را باستی در نظر بگیرد.

ماده ۱۴. آئین داوری

۱. داور در کوتاه‌ترین مدت ممکن و از هر طریقی که مناسب بداند باستی برای مشخص کردن واقعیات مربوط به دعوی، رسیدگی را شروع کند. پس از بررسی لایحه کتبی طرفین و کلیه مدارک استنادی، داور باستی در صورت درخواست یکی از طرفین، مبادرت به استماع حضوری اظهارات ایشان نماید. بدون چنین تقاضائی نیز داور می‌تواند بنا به تشخیص خود، اظهارات ایشان را استماع نماید؛ مضافاً اینکه داور می‌تواند با حضور طرفین یا در غیاب ایشان اظهارات هر شخص دیگری را نیز استماع کند، مشروط براینکه مراتب صحیاً به آنها اطلاع داده شود.

۲. داور می‌تواند یک یا چند کارشناس را انتخاب، مأموریتشان را تعیین، گزارششان را دریافت و یا اظهارات حضوری ایشان را استماع نماید.

۳. داور می‌تواند در صورتیکه طرفین تقاضاً یا قبول نمایند، صرفاً براساس اسناد و مدارک مربوط تصمیم گرفته و حکم صادر کند.

ماده ۱۵

۱. حسب تقاضای یکی از طرفین، یا در صورتیکه به تشخیص خود لازم بداند، داور می‌تواند با درنظر گرفتن مهلت مناسب، طرفین را در روز و مکان معین به حضور دعوت کند که باستی مراتب را به دیرخانه دیوان اطلاع دهد.

۲. اگریکی از طرفین که صحیاً احضار شده است، حاضر نشد، داور بعد از اطمینان از اینکه دعوت به او رسیده و عذر موجّهی ندارد، می‌تواند به داوری ادامه بدهد. در چنین صورتی رسیدگی با حضور طرفین تلقی خواهد شد.

۳. داور با توجه به اوضاع و احوال مخصوصاً زبان قرارداد، زبان‌یا

زبانهای داوری را تعیین می‌نماید.

۴. داور ریاست کامل جلسه دادرسی را دارد و طرفین حق دارند در آن حضور یابند. بجز با موافقت داور و طرفین، اشخاصی که در دعوی شرکت ندارند، نمی‌توانند در جلسه حاضر شوند.

۵. طرفین خواه شخصاً و خواه وسیله نمایندگان مجازشان، می‌توانند در جلسه حاضر شوند؛ علاوه براین می‌توانند از مشاورینشان کمک نیز بگیرند.

۱۶. ماده

طرفین می‌توانند ادعاهای جدید، اصلی یا متقابل به داور تقدیم نمایند، مشروط براینکه این ادعاهای در محدوده مشخص شده در داوری نامه مذکور در ماده ۱۳ باشد یا در الحاقیه داوری نامه که بوسیله طرفین امضا و به دیوان ارسال شده است، مشخص شده باشد.

۱۷. رأی مرضی الطرفین

اگر پس از اینکه پرونده طبق ماده ۱۰ به داور تحويل شده است، طرفین تراضی نمایند، همین تراضی می‌تواند به صورت رأی مرضی الطرفین بوسیله داور صادر شود.

۱۸. مدت صدور رأی داوری

۱. داور بایستی ظرف مدت شش ماه از تاریخ امضای سند مذکور در ماده ۱۳ [داوری نامه] رأی خود را صادر نماید.

۲. دیوان می‌تواند در موارد استثنائی و حسب تقاضای موجه داور و یا در صورتیکه رأساً لازم بداند، این مدت را تمدید نماید.

۳. در صورت عدم موافقت با تمدید مهلت، دیوان عندها قضاء با رعایت مقررات بند ۸ ماده ۲، تصمیم خواهد گرفت که اختلاف به چه نحو حل شود.

ماده ۱۹. اتخاذ تصمیم وسیله سه داور

وقتی که سه داور انتخاب شده‌اند، تصمیم با اکثریت آرا اتخاذ می‌گردد. در صورتیکه اکثریت حاصل نشود، رئیس دیوان به‌نهایی رأی خواهد داد.

ماده ۲۰. تصمیم در مورد هزینه داوری

۱. رأی داوری بایستی علاوه بر موضوعات ماهوی، هزینه داوری را نیز تعیین کند و مشخص سازد که کدامیک از طرفین عهده‌دار پرداخت آن است و یا به‌چه نسبتی باید بین ایشان تقسیم و پرداخت گردد.

۲. مخارج داوری شامل حق‌الزحمة داور و مخارج اداری تعیین شده وسیله دیوان طبق جدول پوست این مقررات، مخارج احتمالی داور، حق‌الزحمه و مخارج کارشناسی و مخارج حقوقی معمولی که وسیله طرفین پرداخت شده است، می‌باشد.

۳. اگر اوضاع و احوال پرونده استثنائی اقتضا نماید، دیوان می‌تواند حق‌الزحمة داوران را کمتر یا بیشتر از مبلغی که بموجب جدول ضمیمه به دست می‌آید تعیین نماید.

ماده ۲۱. بررسی مقدماتی رأی وسیله دیوان

قبل از امضای رأی جزئی یا نهائی، داور بایستی پیش‌نویس آن را به دیوان داوری تقدیم کند. دیوان می‌تواند اصلاحاتی در فرم رأی بعمل آورد و بدون اینکه در استقلال داور در اتخاذ تصمیم تأثیری داشته باشد، نیز توجه وی را به نکات مهم [ماهوی] جلب نماید. هیچ رأیی بدون اینکه از نظر فرم به تصویب دیوان رسیده باشد، امضای نخواهد شد.

ماده ۲۲. صدور رأی

مقر داوری، محل صدور رأی بشمار می‌رود و روز امضای آن وسیله داور، تاریخ صدور رأی تلقی می‌شود.

ماده ۲۳. ابلاغ رأى به طرفين دعوي

۱. پس از صدوررأى، دبیرخانه دیوان متن امضا شده آن را همواره مشروط به اينکه مخارج داوری کلاً وسیله طرفين يا يكى از آنان به اتفاق تجارت بين المللي پرداخت شده باشد، به طرفين ابلاغ مى تمايد.
۲. نسخه های اضافي رأى که مطابقت آنها با اصل بوسیله دبیر كل دیوان گواهی شده باشد، حسب تقاضا و در هر زمان، منحصراً در اختیار طرفين ونه غير آنها قرار داده مى شود.
۳. با ابلاغ رأى طبق بند ۱ اين ماده، طرفين از هرگونه روش ديگر ابلاغ يا ابداع رأى از طرف داور، صرف نظر مى نمايند.

ماده ۲۴. قطعي وقابل اجرا بودن رأى

۱. رأى داوری قطعي است.

۲. طرفين با واگذاري اختلافشان به داوری از طريقي اتفاق تجارت بين المللي، متعهد به اجرای فوري رأى صادره مى شوند و از هرگونه حق استينافي تا جائي که انصراف معتبر باشد، صرف نظر مى نمايند.

ماده ۲۵. توديع رأى

نسخه اصلی رأى صادره طبق اين مقررات، نزد دبیرخانه دیوان توديع مى شود. داور و دبیرخانه دیوان برای اجرای هرگونه تشریفاتي که ممکن است لازم باشد، به طرفين کمک مى کنند.

ماده ۲۶. قاعدة کلی

در کلية مواردي که در فوق پيش بيني نشده است، دیوان داوری با توجه به روح اين مقررات اقدام مى کند و تمام مساعي خود را برای حصول اطمینان از اينکه رأى قانوناً قابل اجرا است، مبنول مى نمايد.



**Arbitration Court of
I.C.C.**



Standard ICC arbitration clause

The ICC recommends all parties wishing to make reference to ICC arbitration in their foreign contracts to use the following standard clause :

"All disputes arising in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules."

Attention is called to the fact that the laws of certain countries require that parties to contracts expressly accept arbitration clauses, sometimes in a precise and particular manner.

The parties may—if they so desire—stipulate, in the arbitration clause itself, the national law applicable to the contract. The parties free choice of the place of arbitration is not limited by the ICC.

Optional Conciliation

Article 1

Administrative Commission for Conciliation. Conciliation Committees.

- 1 Any business dispute of an international character may be the subject of a request for settlement by amicable arrangement through the medium of the Administrative Commission for Conciliation established at the International Chamber of Commerce.

Each National Committee may nominate from one to three members to the Commission, from among its nationals resident in Paris; they shall be appointed for a term of two years by the President of the International Chamber of Commerce.

- 2 For each dispute, a Conciliation Committee of three members shall be set up by the President of the International Chamber of Commerce.

The Committee shall be composed of two conciliators, who shall be as far as possible of the nationalities of the applicant and of the other party, and of a Chairman of a nationality other than that of the parties involved, chosen in principle from the Administrative Commission for Conciliation.

Article 2

Request for conciliation.

The party making a request for conciliation shall apply to International Headquarters of the International Chamber of Commerce through his National Committee or direct; in the latter case, the Secretary General shall inform the National Committee concerned of the application.

The request shall consist of a statement of the case from the point of view of the said party and shall be accompanied by copies of relevant papers and documents as well

as by the deposit laid down in the appended schedule for the expenses incurred by International Headquarters in the conciliation proceedings.

Article 3

Action taken by Conciliation Committee.

- 1 Upon receipt of any such request and of the relevant papers and documents and of the deposit, the Secretary General of the International Chamber of Commerce shall inform the other party or parties to the dispute direct or through his or their National Committee or Committees and shall invite him or them to accept an attempt at conciliation and in that event to submit to the Conciliation Committee a statement of the case in writing with copies of relevant papers and documents as well as the deposit laid down in the appended schedule for expenses incurred by International Headquarters in the conciliation proceedings.
- 2 The Committee shall acquaint itself with the details of the case and procure any information required for this purpose by communicating with the parties to the dispute direct or through their National Committees, and shall hear the parties if possible.
- 3 The parties may appear in person before the Committee or be represented by duly accredited agents. They may also be assisted by counsel or solicitors.

Article 4

Terms of settlement.

- 1 After having examined the case and having heard the parties if possible, the Conciliation Committee shall submit terms of settlement to the parties.
- 2 Should a settlement result, the Conciliation Committee shall draw up and sign a record of the settlement.
- 3 When the parties do not appear in person or are not represented by duly accredited agents, the Committee shall communicate

the terms of settlement to the Chairmen of the National Committees concerned and shall request them to endeavour to persuade the parties to accept the settlement proposed by the Committee.

Article 5

Rights of the parties failing settlement.

- 1 Should a settlement not result, the parties shall be at liberty to refer their dispute to arbitration or to bring an action at law should they so desire, unless they are bound by an arbitration clause.
- 2 Nothing that has transpired in connection with the proceedings before the Conciliation Commission shall in any way affect the legal rights of any of the parties to the dispute whether in an arbitration or in a Court of law.

No person having sat on a Conciliation Committee for the settlement of a dispute may be appointed arbitrator for the same dispute.

Arbitration

Article 1

Court of Arbitration.

- 1 The Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce is the international arbitration body attached to the International Chamber of Commerce. Members of the Court are appointed by the Council of the International Chamber of Commerce. The function of the Court is to provide for the settlement by arbitration of business disputes of an international character in accordance with these Rules.
- 2 In principle, the Court meets once a month. It draws up its own internal regulations.
- 3 The Chairman of the Court of Arbitration or his deputy shall have power to take urgent decisions on behalf of the Court, provided

that any such decision shall be reported to the Court at its next session.

-
- 4 The Court may, in the manner provided for in its internal regulations, delegate to one or more groups of its members the power to take certain decisions provided that any such decision shall be reported to the Court at its next session.
 - 5 The Secretariat of the Court of Arbitration shall be at the Headquarters of the International Chamber of Commerce.

Article 2

Choice of arbitrators.

- 1 The Court of Arbitration does not itself settle disputes. Insofar as the parties shall not have provided otherwise, it appoints, or confirms the appointments of, arbitrators in accordance with the provisions of this Article. In making or confirming such appointment, the Court shall have regard to the proposed arbitrator's nationality, residence and other relationships with the countries of which the parties or the other arbitrators are nationals.
- 2 The disputes may be settled by a sole arbitrator or by three arbitrators. In the following Articles the word "arbitrator" denotes a single arbitrator or three arbitrators as the case may be.
- 3 Where the parties have agreed that the disputes shall be settled by a sole arbitrator, they may, by agreement, nominate him for confirmation by the Court. If the parties fail so to nominate a sole arbitrator within 30 days from the date when the Claimant's Request for Arbitration has been communicated to the other party, the sole arbitrator shall be appointed by the Court.
- 4 Where the dispute is to be referred to three arbitrators, each party shall nominate in the Request for Arbitration and the Answer thereto respectively one arbitrator for confirmation by the Court. Such person shall be independent of the party nominating him. If a party fails to nominate an arbitrator, the appointment shall be made by the Court.

The third arbitrator, who will act as chairman of the arbitral tribunal, shall be appointed by the Court, unless the parties have provided that the arbitrators nominated by them shall agree on the third arbitrator within a fixed time limit. In such a case the Court shall confirm the appointment of such third arbitrator. Should the two arbitrators fail, within the time limit fixed by the parties or the Court, to reach agreement on the third arbitrator, he shall be appointed by the Court.

-
- 5 Where the parties have not agreed upon the number of arbitrators, the Court shall appoint a sole arbitrator, save where it appears to the Court that the dispute is such as to warrant the appointment of three arbitrators. In such a case the parties shall each have a period of 15 days within which to nominate an arbitrator.
-
- 6 Where the Court is to appoint a sole arbitrator or the chairman of an arbitral tribunal, it shall choose a National Committee of the International Chamber of Commerce from which it shall request a proposal. The sole arbitrator or the chairman of an arbitral tribunal shall be chosen from a country other than those of which the parties are nationals. However, in suitable circumstances and provided that neither of the parties objects, the sole arbitrator or the chairman of the arbitral tribunal may be chosen from a country of which any one of the parties is a national.
- Where the Court appoints an arbitrator on behalf of a party which has failed so to do, it shall request a proposal from the National Committee of the country of which that party is a national. If the country of which such party is a national has no National Committee, the Court is at liberty to choose any person whom it regards as suitable.
-
- 7 Should an arbitrator be challenged by one of the parties, the Court, as sole judge of the grounds of challenge, shall make a decision which shall be final.

- 8 If an arbitrator dies or is prevented from carrying out his functions or has to resign consequent upon a challenge or for any other reason, or if the Court, after having considered the arbitrator's observations, decides that the arbitrator is not fulfilling his functions in accordance with the Rules or within the prescribed time limits, he shall be replaced. In all such cases the procedure indicated in the preceding paragraphs 3, 4 and 6 shall be followed.

Article 3

Request for arbitration.

- 1 A party wishing to have recourse to arbitration by the International Chamber of Commerce shall submit its Request for arbitration to the Secretariat of the Court, through its National Committee or directly. In this latter case the Secretariat shall bring the Request to the notice of the National Committee concerned.

The date when the Request is received by the Secretariat of the Court shall, for all purposes, be deemed to be the date of commencement of the arbitral proceedings.

- 2 The Request for arbitration shall inter alia contain the following information:
a) names in full, description, and addresses of the parties,
b) a statement of the Claimant's case,
c) the relevant agreements, and in particular the agreement to arbitrate, and such documentation or information as will serve clearly to establish the circumstances of the case,
d) all relevant particulars concerning the number of arbitrators and their choice in accordance with the provisions of Article 2 above.

- 3 The Secretariat shall send a copy of the Request and the documents annexed thereto to the Defendant for his Answer.

Article 4

Answer to the request.

The Defendant shall within 30 days from the receipt of the documents referred to in para-

graph 3 of Article 3 comment on the proposals made concerning the number of arbitrators and their choice and, where appropriate, nominate an arbitrator. He shall at the same time set out his defence and supply relevant documents. In exceptional circumstances the Defendant may apply to the Secretariat for an extension of time for the filing of his defence and his documents. The application must, however, include the Defendant's comments on the proposals made with regard to the number of arbitrators and their choice and also, where appropriate, the nomination of an arbitrator. If the Defendant fails so to do, the Secretariat shall report to the Court, which shall proceed with the arbitration in accordance with these Rules.

-
- 2 A copy of the Answer and of the documents annexed thereto, if any, shall be communicated to the Claimant for his information.

Article 5

Counter-claim.

- 1 If the Defendant wishes to make a counter-claim, he shall file the same with the Secretariat, at the same time as his Answer as provided for in Article 4.
-
- 2 It shall be open to the Claimant to file a Reply with the Secretariat within 30 days from the date when the Counter-claim was communicated to him.

Article 6

Pleadings and written statements, notifications or communications.

All pleadings and written statements submitted by the parties, as well as all documents annexed thereto, shall be supplied in a number of copies sufficient to provide one copy for each party, plus one for each arbitrator, and one for the Secretariat.

All notifications or communications from the Secretariat and the arbitrator shall be validly made if they are delivered against receipt or forwarded by registered post to

the address or last known address of the party for whom the same are intended as notified by the party in question or by the other party as appropriate.

Notification or communication shall be deemed to have been effected on the day when it was received, or should, if made in accordance with the preceding paragraph, have been received by the party itself or by its representative.

Article 7

Absence of agreement to arbitrate.

Where there is no *prima facie* agreement between the parties to arbitrate or where there is an agreement but it does not specify the International Chamber of Commerce, and if the Defendant does not file an Answer within the period of 30 days provided by paragraph 1 of Article 4 or refuses arbitration by the International Chamber of Commerce, the Claimant shall be informed that the arbitration cannot proceed.

Article 8

Effect of the agreement to arbitrate.

- 1 Where the parties have agreed to submit to arbitration by the International Chamber of Commerce, they shall be deemed thereby to have submitted *ipso facto* to the present Rules.
- 2 If one of the parties refuses or fails to take part in the arbitration, the arbitration shall proceed notwithstanding such refusal or failure.
- 3 Should one of the parties raise one or more pleas concerning the existence or validity of the agreement to arbitrate, and should the Court be satisfied of the *prima facie* existence of such an agreement, the Court may, without prejudice to the admissibility or merits of the plea or pleas, decide that the arbitration shall proceed. In such a case any decision as to the arbitrator's jurisdiction shall be taken by the arbitrator himself.

- 4 Unless otherwise provided, the arbitrator shall not cease to have jurisdiction by reason of any claim that the contract is null and void or allegation that it is nonexistent provided that he upholds the validity of the agreement to arbitrate. He shall continue to have jurisdiction, even though the contract itself may be nonexistent or null and void, to determine the respective rights of the parties and to adjudicate upon their claims and pleas.
-
- 5 Before the file is transmitted to the arbitrator, and in exceptional circumstances even thereafter, the parties shall be at liberty to apply to any competent judicial authority for interim or conservatory measures, and they shall not by so doing be held to infringe the agreement to arbitrate or to affect the relevant powers reserved to the arbitrator.

Any such application and any measures taken by the judicial authority must be notified without delay to the Secretariat of the Court of Arbitration. The Secretariat shall inform the arbitrator thereof.

Article 9

Deposit to cover costs of arbitration.

- 1 The Court shall fix the amount of the deposit in a sum likely to cover the costs of arbitration of the claims which have been referred to it.
- Where, apart from the principal claim, one or more counter-claims are submitted, the Court may fix separate deposits for the principal claim and the counter-claim or counter-claims.
-
- 2 As a general rule, the deposits shall be paid in equal shares by the Claimant or Claimants and the Defendant or Defendants. However, any one party shall be free to pay the whole deposit in respect of the claim or the counter-claim should the other party fail to pay a share.
-
- 3 The Secretariat may make the transmission of the file to the arbitrator conditional upon the payment by the parties or one of them

of the whole or part of the deposit to the International Chamber of Commerce.

-
- 4 When the Terms of Reference are communicated to the Court in accordance with the provisions of Article 13, the Court shall verify whether the requests for deposit have been complied with.

The Terms of Reference shall only become operative and the arbitrator shall only proceed in respect of those claims for which the deposit has been duly paid to the International Chamber of Commerce.

Article 10

Transmission of the file to the arbitrator.

Subject to the provisions of Article 9, the Secretariat shall transmit the file to the arbitrator as soon as it has received the Defendant's Answer to the Request for Arbitration, at the latest upon the expiry of the time limits fixed in Articles 4 and 5 above for the filing of these documents.

Article 11

Rules governing the proceedings.

The rules governing the proceedings before the arbitrator shall be those resulting from these Rules and, where these Rules are silent, any rules which the parties (or, failing them, the arbitrator) may settle, and whether or not reference is thereby made to a municipal procedural law to be applied to the arbitration.

Article 12

Place of arbitration.

The place of arbitration shall be fixed by the Court, unless agreed upon by the parties.

Article 13

Terms of reference.

- 1 Before proceeding with the preparation of the case, the arbitrator shall draw up, on the basis of the documents or in the presence of the parties and in the light of their most recent submissions, a document defining his Terms of Reference. This document

shall include the following particulars:

- a) the full names and description of the parties,
- b) the addresses of the parties to which notifications or communications arising in the course of the arbitration may validly be made,
- c) a summary of the parties' respective claims,
- d) definition of the issues to be determined,
- e) the arbitrator's full name, description and address,
- f) **the place of arbitration.**
- g) particulars of the applicable procedural rules and, if such is the case, reference to the power conferred upon the arbitrator to act as amiable compositeur,
- h) such other particulars as may be required to make the arbitral award enforceable in law, or may be regarded as helpful by the Court of Arbitration or the arbitrator.

2 The document mentioned in paragraph 1 of this Article shall be signed by the parties and the arbitrator. Within two months of the date when the file has been transmitted to him, the arbitrator shall transmit to the Court the said document signed by himself and by the parties. Upon the arbitrator's request, the Court may, in exceptional circumstances, extend this time limit.

Should one of the parties refuse to take part in the drawing up of the said document or to sign the same, the Court, if it is satisfied that the case is one of those mentioned in paragraphs 2 and 3 of Article 8, shall take such action as is necessary for its approval. Thereafter the Court shall set a time limit for the signature of the statement by the defaulting party and on expiry of that time limit the arbitration shall proceed and the award shall be made.

3 The parties shall be free to determine the law to be applied by the arbitrator to the merits of the dispute. In the absence of any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrator shall apply the law designated as the proper law by the rule of conflict which he deems appropriate.

- 4 The arbitrator shall assume the powers of an amiable compositeur if the parties are agreed to give him such powers.
- 5 In all cases the arbitrator shall take account of the provisions of the contract and the relevant trade usages.

Article 14

The arbitral proceedings.

- 1 The arbitrator shall proceed within as short a time as possible to establish the facts of the case by all appropriate means. After study of the written submissions of the parties and of all documents relied upon, the arbitrator shall hear the parties together in person if one of them so requests; and failing such a request he may of his own motion decide to hear them.

In addition, the arbitrator may decide to hear any other person in the presence of the parties or in their absence provided they have been duly summoned.

- 2 The arbitrator may appoint one or more experts, define their terms of reference, receive their reports and/or hear them in person.
- 3 The arbitrator may decide the case on the relevant documents alone if the parties so request or agree.

Article 15

- 1 At the request of one of the parties or if necessary on his own initiative, the arbitrator, giving reasonable notice, shall summon the parties to appear before him on the day and at the place appointed by him and shall so inform the Secretariat of the Court.
- 2 If one of the parties, although duly summoned, fails to appear, the arbitrator, if he is satisfied that the summons was duly received and the party is absent without valid excuse, shall have power to proceed with the arbitration, and such proceedings shall be deemed to have been conducted in the presence of all parties.

- 3 The arbitrator shall determine the language or languages of the arbitration, due regard being paid to all the relevant circumstances and in particular to the language of the contract.

- 4 The arbitrator shall be in full charge of the hearings, at which all the parties shall be entitled to be present. Save with the approval of the arbitrator and of the parties, persons not involved in the proceedings shall not be admitted.

- 5 The parties may appear in person or through duly accredited agents. In addition, they may be assisted by advisers.

Article 16

The parties may make new claims or counter-claims before the arbitrator on condition that these remain within the limits fixed by the Terms of Reference provided for in Article 13 or that they are specified in a rider to that document, signed by the parties and communicated to the Court.

Article 17

Award by consent.

If the parties reach a settlement after the file has been transmitted to the arbitrator in accordance with Article 10, the same shall be recorded in the form of an arbitral award made by consent of the parties.

Article 18

Time-limit for awards.

- 1 The arbitrator shall make his award within six months of the date of signing the document mentioned in Article 13.

- 2 The Court may, in exceptional circumstances and pursuant to a reasoned request from the arbitrator, or if need be on its own initiative extend this time limit if it decides that it is necessary so to do.

- 3 Where no such extension is granted and, if appropriate, after application of the provisions of Article 2 (8), the Court shall deter-

mine the manner in which the dispute is to be resolved.

Article 19

Awards by three arbitrators.

When three arbitrators have been appointed, the award is given by a majority decision. If there be no majority, the award shall be made by the Chairman of the arbitral tribunal alone.

Article 20

Decision as to costs of arbitration.

- 1 The arbitrator's award shall, in addition to dealing with the merits of the case, fix the costs of the arbitration and decide which of the parties shall bear the costs or in what proportions the costs shall be borne by the parties.
- 2 The costs of the arbitration shall include the arbitrator's fees and the administrative costs fixed by the Court in accordance with the scale annexed to the present Rules, the expenses, if any, of the arbitrator, the fees and expenses of any experts, and the normal legal costs incurred by the parties.
- 3 The Court may fix the arbitrator's fees at a figure higher or lower than that which would result from the application of the annexed scale if in the exceptional circumstances of the case this appears to be necessary.

Article 21

Scrutiny of award by the Court.

Before signing an award, whether partial or definitive, the arbitrator shall submit it in draft form to the Court. The Court may lay down modifications as to the form of the award and, without affecting the arbitrator's liberty of decision, may also draw his attention to points of substance. No award shall be signed until it has been approved by the Court as to its form.

Article 22

Making of award.

The arbitral award shall be deemed to be made at the place of the arbitration pro-

ceedings and on the date when it is signed by the arbitrator.

Article 23

Notification of award to parties.

- 1 Once an award has been made, the Secretariat shall notify to the parties the text signed by the arbitrator; provided always that the costs of the arbitration have been fully paid to the International Chamber of Commerce by the parties or by one of them.
- 2 Additional copies certified true by the Secretary-General of the Court shall be made available, on request and at any time, to the parties but to no one else.
- 3 By virtue of the notification made in accordance with paragraph 1 of this article, the parties waive any other form of notification or deposit on the part of the arbitrator.

Article 24

Finality and enforceability of award.

- 1 The arbitral award shall be final.
- 2 By submitting the dispute to arbitration by the International Chamber of Commerce, the parties shall be deemed to have undertaken to carry out the resulting award without delay and to have waived their right to any form of appeal insofar as such waiver can validly be made.

Article 25

Deposit of award.

An original of each award made in accordance with the present Rules shall be deposited with the Secretariat of the Court.

The arbitrator and the Secretariat of the Court shall assist the parties in complying with whatever further formalities may be necessary.

Article 26

General rule.

In all matters not expressly provided for in these Rules, the Court of Arbitration and the arbitrator shall act in the spirit of these Rules and shall make every effort to make sure that the award is enforceable at law.

قابل توجه

اداره کل تدقیق و تدوین قوانین و مقررات نخست وزیری، اخیراً فهرست عناوین کلیه قوانین و مقررات اعم از معتبر و منسخه را از ابتدای دوره قانونگذاری بسال ۱۳۶۲ تا پایان سال ۱۳۶۵ جمع آوری و به صورت مجموعه چهار جلدی چاپ و منتشر نموده است. در این مجموعه کلیه قوانین و مقررات براساس موضوعات مختلف حقوقی تحقیک و فهرست عناوین مربوط به هر موضوع به ترتیب تاریخ درج شده است، بطوريکه استفاده کننده با مراجعه به فهرستهای مزبور ضمن اطلاع از قوانین و مقررات مورد نیاز خود در هر زمینه، اصلاحات و تغییرات مربوط به هر قانون یا مصوبه را نیز می‌تواند در همان فهرست بیابد.

موضوعاتی که در این مجموعه ملاک تقسیم‌بندی قوانین و مقررات قرار گرفته بالغ بر ۸۵ مورد است که ۷۳ مورد شامل فهرست موضوعی از ابتدای قانونگذاری تا سال ۱۳۶۲ است و ۱۳ مورد با توجه به اینکه بعد از پیروزی انقلاب اسلامی موضوعات جدیدی در قوانین و مقررات مطرح و تأسیسات نوینی مناسب با اهداف عالیه اسلام بنیان گذاشته شده، صرفاً شامل عناوین قوانین و مقرراتی است که بعد از انقلاب به تصویب رسیده است. ۸۵ موضوعی که ملاک تقسیم‌بندی در مجموعه قرار گرفته عبارتند از: شوراهای استخدام کشوری، امور بین‌المللی، سازمانهای دولتی،

شهرداری، وکالت، دفاتر اسناد رسمی، کارشناسان رسمی و مترجمان، اطاقهای بازرگانی و صنایع و معادن، نظام پزشکی، نظام صنفی، نظام معماری و ساختمانی، استخدام قضات و تشکیلات دادگستری، استخدام نیروهای مسلح و ...

بادآور می‌شویم که تقسیم‌بندی قوانین و مقررات براساس موضوعات فوق نه تنها بر مبنای عنوان و موضوع کلی یک قانون بلکه نسبت به تک تک مواد هر قانون صورت گرفته است. به عنوان مثال قانون بودجه که هر سال به تصویب می‌رسد هر چند یک مادهً واحده تلقی می‌شود، لکن بطور متقطع بین ۶۰ تا ۷۰ تا بصره دارد و در هر تبصره احکام متعددی برای موضوعات مختلف پیش‌بینی شده است.

سه جلد اول مجموعه مربوط به فهرست عناوین قوانین و جلد چهارم آن مربوط به فهرست عناوین (تصویب‌نامه‌ها، اساسنامه‌ها، آئیننامه‌ها) می‌باشد. علاوه‌نمایان جهت دسترسی به مجموعه مذکور می‌توانند با پرداخت مبلغ پانصد تومان بابت بهای یک دورهٔ ۴ جلدی به حساب شمارهٔ ۳۳۳ بانک ملت شعبهٔ خیابان پاستور و ارانهٔ فیش بانکی به صندوق قرض الحسن شهید رجائی واقع در خیابان پاستور مقابل درودودی مجلس شورای اسلامی، کتب مزبور را دریافت نمایند.

نظر به اینکه حسب اعلام وزارت فرهنگ و آموزش عالی، «مجلة حقوقی» از جمله نشریات علمی است که درج مقالات و تأییفات اعضای هیئت علمی دانشگاهی و پژوهشی در آن می‌تواند در ارتقای ایشان مؤثر باشد، علیهذا از کلیه اعضای هیئت‌های علمی دعوت می‌شود تا مقالات خود را که مرتبط با موضوع و هدف مجله باشد جهت بررسی و چاپ، به دفتر مجله حقوقی ارسال دارند.

پژوهش و تصحیح:

خواهشمند است مورد زیر را در شماره چهارم
مجله حقوقی اصلاح فرمائید:

.ex aequo et bono : صفحه ۲۲۳ ، سطر ۱۱ : —

نظر به اینکه حسب اعلام وزارت فرهنگ و آموزش عالی، «مجله حقوقی» از جمله نشریات علمی است گه درج مقالات و تألیفات اعضای هیئت علمی دانشگاهی و پژوهشی در آن می‌تواند در ارتقای ایشان مؤثر باشد، علیهذا از کلیه اعضای هیئت‌های علمی دعوت می‌شود تا مقالات خود را که مرتبط با موضوع و هدف مجله باشد جهت بررسی و چاپ، به دفتر مجله حقوقی ارسال دارند.

نشریه

دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران

تهران. خیابان طالقانی. نبش شمالی فرصت. شماره ۱۴۰. تلفن ۸۲۵۰۷۱

برای عموم ۳۰۰ ریال
برای دانشجویان ۲۰۰ ریال