

محله حقوقی

دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران

پائیز-زمستان ۶۷

شماره نهم

• مداخله در امور کشورهای دیگر از دیدگاه حقوق
بین الملل • وجه التزام در قراردادهای بین المللی • اعتبارات
اسنادی و آخرين مقررات متعدد الشکل اعتبارات استنادی
• گزارشی از آرای دیوان داوری ایران و ایالات متّحدة
امریکا • دادگاه نظامی نورمبرگ پس از چهل سال • نظم
عمومی و حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی در داوری
بین المللی • کلیاتی در مورد دریای سرزمینی و عبور بی ضرر
از آن • استناد بین المللی (کنوانسیون بیع بین المللی).

بسم الله الرحمن الرحيم
الله أكبر

مکالمه حقوق

دفتر خدمات حقوق بین المللی جمهوری اسلامی ایران

- مداخله در امور کشورهای دیگر از دیدگاه حقوق بین الملل ۵
دکتر سید حسین صفائی
- وجه التزام در قراردادهای بین المللی ۱۱
دکتر ریعا اسکینی
- اعتبارات استنادی و آخرين مقررات متعددالشكل اعتبارات استنادی ۸۹
دکتر اسدالله کريمي
- گزارشی از آزادی دیوان داوری ایران و ایالات متحده امریکا ۱۲۵
- دادگاه نظامی نورمبرگ پس از چهل سال ۱۳۰
دکتر رضا فیوضی
- نظم عمومی و حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی در داوری بین المللی ۱۶۷
ترجمه دکتر محمد اشتري
- کلیاتی در مورد دریای سرزمینی و عبور بی ضرر از آن ۲۱۱
دکتر مصطفی رنجبران
- استاد بین المللی (کتوانسیون بین بین المللی) ۲۳۳

مندرجات مقالات منحصرأً
نظرات نویسندهان آنها
است.

مجله حقوق

نشریه دفتر خدمات حقوقی بین المللی

مدیر مسئول: دکتر گودرز افتخار جهرمی

سردیر: محسن معتمی

زیرنظر: هیئت تحریر به

تاریخ نشر: پائیز - زمستان ۶۶

تعداد: ۵۰۰۰ جلد

چاپ و صحافی: شرکت چاپ افست

همکار فنی: سازمان طرح و اجرای کتاب

دکتر سید حسین صفائی



مداخله در امور کشورهای دیگر
از دیدگاه حقوق بین الملل*



● مقدمه

۱. مسئله مداخله در امور کشورها از دیرباز در حقوق بین الملل عمومی مطرح بوده و مقالات بسیار و حتی کتابهای درباره آن نوشته شده است، مضافاً اینکه در اسناد بین المللی متعدد از جمله عهدنامه‌های مختلف و قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحده نیز منعکس گردیده و در آرای دیوان بین المللی دادگستری هم مورد بحث و استناد قرار گرفته و در بعضی از دروس آکادمی حقوق بین الملل لاهه نیز عنوان و بررسی شده است.

با اینکه ادبیات و نوشه‌های حقوقی به زبانهای فرانسه و انگلیسی در این زمینه غنی و فراوان است، می‌توان گفت هنوز همه مسائل و زوایای موضوع روشن نشده و جای بحث در بسیاری از زمینه‌های آن باقی است و حتی تعریف جامع و مانعی از مداخله در دست نیست. البته یک اصل مسلم در حقوق بین الملل به نام «اصل عدم مداخله» وجود دارد، هرچند که حدود و ثغور آن کاملاً مشخص نیست.

۲. با توجه به وسعت موضوع و ابعاد و زوایا و گونه‌های مختلف مداخله، هدف ما در این مقاله تنها ارائه مقدمه‌ای اجمالی است که بتواند در روشن کردن مفهوم مداخله و حل پاره‌ای مسائل طرح شده در این باب بکار آید، نه بحث تفصیلی از موضوع و زوایای مختلف آن که نیاز به فرصت و امکانات بیشتری دارد. در بخش اول این مقاله از مفهوم مداخله، در بخش دوم از سیر تحقق مداخله و منابع آن و در بخش سوم از انواع مداخله سخن خواهیم گفت.

بخش اول

مفهوم مداخله

الف. تعریف

۳. علمای حقوق بین الملل با تعریف کلمه «مداخله»^۱ سعی کرده‌اند مفهوم آن را روشن کنند. کاواهه استاد معروف حقوق بین الملل این کلمه را چنین تعریف کرده است:

«نفوذ کشوری در امور داخلی کشور دیگر به منظور تحمیل اراده خود بر آن کشور.»^۲

چنانکه ملاحظه می‌شود در این تعریف از نفوذ در امور داخلی^۳ کشور دیگر سخن به میان آمده است؛ درحالیکه برخی از مؤلفان مداخله را به امور خارجی^۴ هم گسترش داده و در تعریف آن از دخالت در امور داخلی و خارجی کشور دیگر سخن گفته‌اند.

۴. شارل روسو در تعریف مداخله چنین می‌گوید:

«مداخله کار کشوری است که در امور داخلی یا خارجی کشور

1. intervention

2. L.CAVARE:Le Droit International Public Positif, T. II, Paris 1969, p. 628.

3. affaires intérieures

4. affaires extérieures

دیگر نفوذ می‌کند تا آن کشور را به انجام دادن یا ندادن عملی یا پرداخت خاصی وادر کند. کشور مداخله کننده از موضع قدرت عمل می‌کند و در پی آن است که اراده خود را با اعمال فشار که انواع مختلف دارد (سیاسی، اقتصادی، روانی، نظامی و غیر آن) برای به کرسی نشاندن نظرهای خود، تحمیل کند.^۵

۵. در دائرة المعارف حقوق بین الملل عمومی تحت عنوان

«(تعريف و تعیین حدود) مفهوم مداخله چنین آمده است:

«با اینکه مفاهیم مداخله و عدم مداخله متعلق به اصولی است که در حقوق بین الملل بیشتر از هر چیز مورد بحث واقع شده و کشورها همواره سعی دارند که هرگونه دخالت کشور دیگر در اموری را که داخلی یا درون مرزی تلقی می‌کنند غیرقانونی معرفی نمایند، ولی مرز روشن و تعاریف کارسازی هنوز وجود ندارد. طبق نظر اغلب نویسنده‌گان، مداخله آن است که کشوری در امور داخلی یا خارجی کشور دیگر، به منظور وادر کردن آن کشور به رفتاری، نفوذ کند و بدان وسیله بر او فشار وارد آورد و اراده حاکم کشور تحت مداخله را نقض نماید...»^۶

ب. عناصر

۶. چنانچه از تعریف فوق برمی‌آید، مفهوم مداخله با اینکه درباره آن فراوان بحث شده است، هنوز کاملاً روشن نیست و تعیین خطوط فاصل بین مداخله‌ای که از نظر حقوق بین الملل نامشروع است و اقداماتی که مشروع تلقی شده و گاهی از آنها به «مدخله قانونی»^۷ تعبیر کرده‌اند دشوار می‌باشد. معهذا از تعاریف مختلف چنین برمی‌آید

5. CH.ROUSSEAU: *Droit International Public*, T. IV, Paris 1980, n° 25, p. 37.

6. *Encyclopedia of Public International Law*, North Holland Publishing Company, Vol. 3 (A-M), p. 233.

7. legal intervention

که مداخله‌ای که در حقوق بین‌الملل غیرقانونی و منع تلقی شده دارای عناصر زیر است:

• اول. نفوذ در امور کشور دیگر:

چنانکه گفته شد بعضی از علمای حقوق فقط نفوذ در امور داخلی کشور دیگر را مداخله تلقی کرده‌اند. کاواره تصریح می‌کند که نفوذ در امور خارجی، چنانکه کشوری با کشور دیگر برای اجرای مقاصد خود متحده گردد، مداخله محسوب نمی‌شود.^۸ لیکن امروزه نظر غالب و رایج آن است که ورود در امور خارجی یک کشور (یعنی روابط آن کشور با کشورهای دیگر) نیز مداخله محسوب می‌شود. مثلاً اگر کشوری در روابط دو کشوری که با یکدیگر در حال جنگ هستند به سود یکی از آندو وارد شود، این کار مداخله به شمار می‌آید، چنانکه ایتالیا در جنگ جهانی دوم علیه بریتانیا با آلمان متحده گردید.^۹

اسناد بین‌المللی بویژه قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل که در واقع بیانگر عرف بین‌المللی در این زمینه هستند مؤید این نظرند.^{۱۰} در این قطعنامه‌ها همه جا از مداخله در «امور داخلی و خارجی» صحبت شده است. در ماده ۳ طرح اعلامیه حقوق و وظایف کشورها که به سال ۱۹۴۹ به تصویب کمیسیون حقوق بین‌الملل رسید^{۱۱}، چنین می‌خوانیم:

«هر کشور موظف است از مداخله در امور داخلی و خارجی کشور دیگر خودداری کند.»

هنگام بحث درباره این عبارت در کمیسیون حقوق بین‌الملل، رئیس کمیسیون اظهار داشت که معنی مداخله در امور خارجی را درست

۸. کاواره: حقوق بین‌الملل عمومی موضوعه، ج ۲، ص ۶۲۶.

۹. J.G. STARKE: *Introduction to International Law*, 8th ed., London, 1977, p. 177.

۱۰. رک. به شماره ۹ به بعد.

۱۱. *Yearbook of the International Law Commission*, 1944, p. 287 s.

نمی‌فهمد. گزارشگر کمیسیون و یکی دیگر از شرکت‌کنندگان، به عنوان مثال، موردی را که کشور ثالثی در روابط بین دو کشور اعمال فشار می‌کند ذکر کردند.^{۱۲} در مورد پیشنهاد حذف کلمات «داخلی و خارجی»، گزارشگر کمیسیون توضیح داد که کاربرد این عبارت در حقوق بین‌الملل متعارف است. سرانجام این پیشنهاد با ۱۰ رأی در مقابل یک رأی رد شد^{۱۳} و از اینجا می‌توان به نظر اکثریت قریب به اتفاق علمای حقوق بین‌الملل در این زمینه پی برد.

• دوم. کشوری که در امور آن مداخله می‌شود باید یک کشور مستقل باشد:

بنابراین یک دولت فدرال می‌تواند در امور کشورهایی که به موجب قانون اساسی فدرال عضو آن هستند، دخالت کند. حتی در اینگونه موارد نمی‌توان از «مداخله» به معنی خاص آن سخن گفت، زیرا این کار در واقع اجرای قوانین و مقررات فدرال است.

• سوم. اجبار:

در مداخله همواره کشور دیگر را از طریق نظامی یا سیاسی یا اقتصادی و یا از راه تبلیغات تحت فشار قرار می‌دهد. به گفته بعضی از استادان حقوق بین‌الملل، مداخله همواره یا با اعمال زور واقع می‌شود یا با توصل به وسائل فشار سیاسی یا اقتصادی که نظریه عمومی کنونی آن را به اعمال زور ملحق می‌کند.^{۱۴} دیوان بین‌المللی دادگستری از این عنصر به «اجبار»^{۱۵} تعبیر کرده و آن را عنصر اصلی مداخله به شمار آورده است.^{۱۶}

۱۲. همان مأخذ، ص ۸۹.

۱۳. همان مأخذ، ص ۹۳.

14. N.QUOC DINH, P. DAILLER, A.PELLET: *Droit International Public*, 2e éd. Paris 1980, n° 804. p. 886.

15. contrainte-cércion

۱۶. رک. به شماره ۱۸.

• چهارم. هدف باید تحمیل اراده مداخله کننده باشد:

بدینسان مداخله از وساطت و میانجیگری متمایز می‌شود. کشور میانجی برای پایان دادن به اختلافات بین دو یا چند کشور تلاش می‌کند، ولی هدفش رسیدن به یک راه حل مسالمت‌آمیز مورد قبول طرفهای ذینفع است نه تحمیل اراده خود بر آنها؛ درحالیکه کشور مداخله کننده در پی اجرای مقاصد خود از طریق اعمال فشار یا زور می‌باشد. از این تحلیل، جنبه سیاسی مداخله آشکار می‌گردد: مداخله به منافع و استقلال سیاسی کشور لطمه می‌زند.^{۱۷}

بخش دوم

سیر تحول اصل عدم مداخله و منابع آن

الف. سیر تحول^{۱۸}

۷. با اینکه مداخله به عنوان یک پدیده سیاسی در روابط بین دولتها سابقه‌ای کهن دارد، ولی مفهوم حقوقی آن فقط با افزایش کشورهای حاکم و مستقل مورد توجه واقع شده و اصل عدم مداخله به صورت نتیجه‌ای از حق کشورها به تعیین و اداره امور خود بکار گرفته می‌شود. در قرن نوزدهم این مفهوم اهمیت بیشتری پیدا می‌کند. قبل از ۱۹۱۹ بین موارد مداخله ممنوع و موارد مداخله مجاز تفکیک می‌گردند. البته منع مداخله اصل، و جواز آن استثناء تلقی می‌شد. وجود عهدنامه،

۱۷. استارک: مقدمه حقوق بین الملل، ص ۱۱۷. کاواره: حقوق بین الملل عمومی موضوعه، ج ۲، ص ۶۲۶.

۱۸. رک. به روسو: حقوق بین الملل عمومی، ج ۴، ش ۲۹ به بعد، ص ۴۰ به بعد. کاواره: کتاب مذکور، ص ۶۲۹. دائرة المعارف حقوق بین الملل، ج ۳، ص ۲۳۳.

حفظ دولت یا دفاع مشروع و حمایت از حقوق بشر موارد مداخله مشروع به شمار می‌آمد، هرچند قلمرو هر یک از آنها مورد بحث و اختلاف بود؛ بعلاوه اصل مذکور محدود به مداخله با اعمال زور بود.

بعد از ۱۹۱۹ و بطور دقیق‌تر از زمان تصویب ميثاق جامعه ملل و امضای عهدنامه‌های منعقد بعد از جنگ جهانی اول، موارد مداخله مجاز گسترش یافت، بویژه عهدنامه‌های مختلف آن را تجویز کردند؛ معهذا خارج از عهدنامه‌ها، مداخله اصولاً منوع و نامشروع به شمار می‌آمد.

بعد از جنگ جهانی دوم، به موجب بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحده، توسل به زور و تهدید به آن بر ضد استقلال سیاسی یک کشور منع شد؛ ولی بحث است که آیا این بند فقط ناظر به مداخله مسلحانه است یا خیر؟ تنها عبارتی که صریحاً اصل عدم مداخله در آن ذکر شده، بند ۷ همان ماده است که فقط ارکان سازمان ملل را متعهد می‌کند نه اعضای سازمان را. وانگهی این ماده دخالت در اموری را که اساساً در صلاحیت ملی کشورها است منع می‌کند و این قید، جائی برای مداخله سازمان ملل در پاره‌ای موارد باقی می‌گذارد.

در عمل، همکاری نزدیک دولتها که در منشور سازمان ملل پیش‌بینی شده و تعاون اقتصادی و مالی آنان که نیازهای بعد از جنگ آن را ایجاب می‌کرد، منتهی به دخالت‌های می‌شد. مداخلات متعدد در اروپای شرقی صورت گرفت. از سوی دیگر، طرح مارشال^{۱۹} موجب دخالت‌های ایالات متحده در امور مالی و اقتصادی کشورهای استفاده کننده از طرح شد. همچنین بعد از جنگ جهانی دوم، متفقین در انتظار امضای عهدنامه‌های صلح در امور آلمان مداخله می‌کردند، چنان‌که در آلمان غربی، متفقین غربی برای تأمین خلع سلاح و کنترل و تحديد صنعت آلمان و امور دیگر، مداخله کردند.

۱۹. طرح مارشال که برنامه ترمیم اروپا (ERP) European Recovery Program نیز نامیده شده طرح کمک اقتصادی ایالات متحده به اروپا بعد از جنگ جهانی دوم است. کنگره امریکا این طرح را در سال ۱۹۴۷ تصویب کرد.

نمونه‌های مداخله، حتی مداخله مسلحانه، در سالهای بعد نیز فراوان است. برای مثال می‌توان از مداخله مسلحانه فرانسه و انگلیس به سال ۱۹۵۶ علیه مصر در قضیه کanal سوئز و مداخله شوروی در همان سال در مجارستان برای سرکوبی نهضتی که منجر به روی کار آمدن حکومت «ناگی»^{۲۰} شده بود و دخالت‌های ایالات متحده در لبنان (۱۹۵۸) و سن دومینیگ^{۲۱} (۱۹۶۵) نام برد. در سالهای اخیر، مداخله شوروی در افغانستان و مداخله مسلحانه امریکا در ایران (حمله طبس) و انسداد دارائیهای ایران از سوی ایالات متحده که خود نوعی مداخله به شمار می‌آید و مداخله آن کشور در نیکاراگوئه که دیوان بین‌المللی دادگستری هم آن را محکوم کرده است، و تجاوز اخیر ایالات متحده به لیبی، بویژه قابل ذکر است.

ب. منابع اصل عدم مداخله

۸. علی‌رغم مداخلات متعدد کشورها در امور کشورهای دیگر، اصل عدم مداخله همواره به عنوان یک اصل عرفی حقوق بین‌الملل مورد قبول بوده است. بعلاوه مسئله مداخله و جلوگیری از آن، یکی از مسائل مهم سازمان ملل و دیگر سازمانهای بین‌المللی در عصر جدید به شمار می‌آید. بویژه قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل و نیز آرای دیوان بین‌المللی دادگستری که ذیلاً از آنها سخن خواهیم گفت، هرگونه مداخله را با صراحة و قاطعیت محکوم کرده‌اند.

در برخی از عهدنامه‌ها و کنفرانس‌های بین‌المللی دیگر هم مداخله منع شده است، از جمله: منشور سازمان کشورهای امریکائی (مواد ۱۸، ۱۶ و ۱۹)، پیمان مربوط به سازمان عهدنامه ورشو^{۲۲} (مادة

20. Nagy

21. Saint Domingue پایتخت جمهوری دومینیکن واقع در کرانه دریای کارائیب که به اسپانیائی سانتا دومینیگو (Santa Domingo) گفته می‌شود.

22. Pact of the Council for Mutual Economic Assistance

مورد تأکید قرار داد. در این قطعنامه زیر عنوان «اصل راجع به وظیفه عدم مداخله در اموری که در صلاحیت ملی یک کشور است، بر طبق منشور ملل» چنین آمده است:

«هیچ کشور یا گروهی از کشورها حق ندارد بطور مستقیم یا غیرمستقیم، به هر دلیلی، در امور داخلی یا خارجی کشور دیگر مداخله کند. درنتیجه، مداخلة مسلحانه و هر شکل دیگر مداخله یا تهدیدهای انجام شده علیه شخصیت کشور یا علیه عناصر سیاسی، اقتصادی و فرهنگی آن نقض حقوق بین الملل است.

هیچ کشوری نمی‌تواند تدابیر اقتصادی، سیاسی یا تدبیری از هر نوع دیگر بکار برد یا کاربرد آن را تشویق کند تا کشور دیگری را به منظور تبعیت در اعمال حقوق حاکمه آن کشور و به دست آوردن امتیازاتی از هر نوع تحت فشار و اجراء قرار دهد. همچنین هیچ کشوری نباید اقدام به سازماندهی، کمک، تحریک، تأمین بودجه، تشویق یا اغماض، فعالیتهای براندازی، تروریستی یا مسلحانه که هدف آنها تغییر رژیم کشور با زور است، نماید یا در مبارزات داخلی کشور دیگر مداخله کند. اعمال زور به منظور سلب هویت ملی ملتها نقض حقوق غیرقابل انتقال آنها و [نیز نقض] اصل عدم مداخله است. هر کشور حق انتقال ناپذیری برای انتخاب نظام سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خود، بدون هرگونه مداخله از سوی کشور دیگر، دارد.

هیچ چیز در بندهای فوق نباید به گونه‌ای تفسیر شود که به مقررات منشور راجع به حفظ صلح و امنیت بین المللی لطمه بزند.

چنانکه اشاره شد، عبارات فوق درواقع تکرار عبارات مندرج در قطعنامه شماره ۲۱۳۱ با اندکی تغییر است. تنها تغییر قابل توجه این است که قطعنامه شماره ۲۶۲۵ مداخلة مسلحانه و هر نوع دیگر از مداخله را «نقض حقوق بین الملل» تلقی می‌کند، درحالیکه قطعنامه پیشین فقط آن را محکوم می‌کرد. بعلاوه عنوانی که در قطعنامه دوم به اصل عدم مداخله داده شده، حاکی از آن است که اصل عدم مداخله و سایر اصول

۸) منشور شورای تعاون اقتصادی ^{۲۳} (بند ۲ ماده ۱)، منشور سازمان وحدت افریقا (ماده ۳)، پیمان اتحادیه عرب، کنفرانس‌های کشورهای امریکائی مشکل در مونته ویدئو، بوینس آیرس، چیالپک ^{۲۴} و بوگوتا، کنفرانس کشورهای افریقائی و آسیائی در باندونگ، کنفرانس کشورهای غیرمتعهد در بلگراد و قاهره، کنفرانس هلسینکی درباره امنیت و همکاری در اروپا (اصل ۶). در همه این کنوانسیونها و کنفرانسها، مداخله بویژه مداخله در امور داخلی کشورها بصراحة منع شده است.

• قطعنامه‌های سازمان ملل:

۹. پس از آنکه کمیسیون حقوق بین الملل به سال ۱۹۴۹، به موجب ماده ۳ طرح اعلامیه حقوق و وظایف کشورها ^{۲۵} اصل عدم مداخله و وظيفة دولتها در خودداری از مداخله را اعلام کرد، اصل مزبور در قطعنامه‌های متعدد مجمع عمومی سازمان ملل متحد نیز با عباراتی جامع‌تر و رساطر عنوان شد. قطعنامه شماره ۲۱۳۱ (XX) تحت عنوان «اعلامیه راجع به قابل قبول نبودن مداخله در امور ملی کشورها و حمایت از استقلال و حاکمیت آنها» در ۲۱ دسامبر ۱۹۶۵ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسید. در این قطعنامه هر نوع مداخله مستقیم یا غیرمستقیم در امور داخلی یا خارجی کشور دیگر محکوم گردید و بویژه در آن تصریح شد که مداخله مسلحانه و هر شکل دیگر مداخله یا تهدید علیه شخصیت دولت یا عناصر سیاسی، اقتصادی و فرهنگی آن محکوم است.

۱۰. سپس قطعنامه شماره ۲۶۲۵ (XXV) مصوب ۲۴ اکتبر ۱۹۷۰ تحت عنوان «اعلامیه اصول حقوق بین الملل راجع به روابط دوستانه و همکاری بین کشورها بر طبق منشور ملل متحد» در یکی از اصول خود، اصل عدم مداخله را با تکرار عبارات مندرج در قطعنامه قبلی

23. Charter of the Council for Mutual Economic Assistance
24. Chapultepec

. ۲۵. رک. به شماره ۶

مندرج در این قطعنامه منطبق با منشور ملل متحده است و بدین سان
قطعنامه مزبور ظاهراً نظری را که به موجب آن منشور اشاره ای به اصل
عدم مداخله، به گونه ای که هم برای کشورها و هم برای سازمان ملل
متعدد لازم الاتباع باشد، ندارد رد می کند.

به هر حال، قطعنامه شماره ۲۶۲۵ با تأیید قطعنامه پیشین و
اصلاح پاره ای عبارات آن، اصل عدم مداخله را بطور قاطع تری بیان و
در واقع آن را تقویت کرده و پیشرفتی در این باب به شمار می آید.^{۲۶}

**۱۱. منع مداخله از طریق اقدامات اقتصادی (مانند انسداد
داراییها یا تحریم معاملات بازرگانی)** در قطعنامه شماره ۳۲۸۱ (XXIX)
مو出任 ۱۲ دسامبر ۱۹۷۴ تحت عنوان «منشور حقوق و وظایف اقتصادی
کشورها» مورد تأکید قرار گرفته است. به موجب ماده یک این منشور:
«هر کشوری حق حاکم و انتقال ناپذیری برای انتخاب نظام
اقتصادی، و همچنین نظام سیاسی، اجتماعی و فرهنگی خود، بر
طبق اراده ملت‌ش، بدون هرگونه مداخله، اجبار یا تهدید خارجی،
دارد.»

**۱۲. بالاخره قطعنامه شماره ۳۱/۹۱ مجمع عمومی مصوب ۱۴
دسامبر ۱۹۷۶ با یادآوری و تأیید قطعنامه های شماره ۲۱۳۱ و ۲۶۲۵، در
مواد ۳ و ۴ و ۵ خود اعلام می دارد که مجمع عمومی:**
.....»

۳. هرگونه مداخله آشکار یا پنهان، مستقیم یا غیرمستقیم، از جمله
گردآوری و اعزام نیروهای مزدور از سوی یک کشور یا گروهی از
کشورها، و هر عمل نظامی، سیاسی، اقتصادی یا شکل دیگر از
مداخله در امور داخلی یا خارجی کشورهای دیگر را، صرف نظر از
کیفیت روابط متقابل و نظامهای اجتماعی و اقتصادی آنها،
تقبیح می کند.

26. N.OUCHAKOV: «La compétence interne des Etats et la non-intervention dans le Droit international contemporain», Recueil des Cours de l'Academie de Droit international, T. 141, 1974, Vol. I, p. 78 s.

۴. و بنابراین، هر شکل آشکار، ظرفی یا تکنیکهای بسیار پیچیده از اجراء، برندازی و تهمت را که هدف آن برهم زدن نظم سیاسی، اجتماعی یا اقتصادی کشورهای دیگر باشد، یا متزلزل کردن حکومتهایی که در پی آزاد کردن اقتصاد خود از سلطه یا دستکاری خارجی هستند، محکوم می‌نماید.

۵. از کلیّة کشورها بر طبق اهداف و اصول منشور ملل متحده دعوت می‌نماید که تدبیر لازم را برای جلوگیری از هر عمل خصمانه یا فعالیت در داخل سرزمین خود علیه حاکمیت، تمامیت ارضی و استقلال سیاسی کشور دیگر اتخاذ کنند.»

قابل توجه است که با اینکه عنوان این قطعنامه «عدم مداخله در امور داخلی کشورها» است و در متن آن نیز بیشتر تأکید بر عدم مداخله در امور داخلی است، معهذا در ماده ۳ آن هرگونه مداخله «در امور داخلی و خارجی کشورهای دیگر» تقبیح شده است.

۱۳. باید یادآور شد که اعتبار قطعنامه‌های سازمان ملل مورد بحث و تردید است؛ لیکن اگر قطعنامه‌ای به اعلام قواعد عرفی حقوق بین الملل پرداخته باشد، بی‌شک قابل استناد است، نه به عنوان اینکه قطعنامه مصوب مجموع عمومی است، بلکه به عنوان اینکه مبین و تدوین کننده قواعد عرفی حقوق بین الملل است و عرف بین المللی از منابع حقوق بین الملل عمومی به شمار می‌آید.^{۲۷} می‌توان گفت اصل عدم مداخله و قواعدی که در قطعنامه شماره ۲۶۲۵ تحت این عنوان ذکر شده در زمرة قواعد عرفی حقوق بین الملل است.

۲۷. برای توضیح بیشتر رک. به کوک دینه: حقوق بین الملل عمومی، ش ۲۸۳، ص ۳۳۸ به بعد. روسو: حقوق بین الملل عمومی، ج ۱، چاپ پاریس ۱۹۷۰، ش ۳۵۵، ص ۴۴۰ به بعد.

• آرای دیوان بین‌المللی دادگستری:

۱۴. قبلًاً بجاست یادآور شویم که دیوان بین‌المللی دادگستری از ارکان سازمان ملل متحده به شمار می‌رود و از اهمیت فوق العاده‌ای برخوردار است و آرای آن به لحاظ اینکه معرف و مفسر قواعد حقوق بین‌الملل تلقی می‌شود، همواره مورد توجه علمای حقوق بین‌الملل و قضات بین‌المللی بوده و در نوشته‌ها و آرای بین‌المللی به آنها استناد می‌شود.

این دیوان در دو رأی مهم با عباراتی جامع و فراگیر، اصل عدم مداخله را به عنوان یک اصل حقوق بین‌الملل معرقی و هرگونه مداخله در امور کشورها را منع کرده است.

۱۵. در «قضیة تنگه کورفو» انگلیس برای توجیه عمل خود دایر بر عملیات جمع‌آوری می‌باشد در آبهای ساحلی آلبانی استناد کرد به اینکه عملیات مذبور به منظور تأمین دلیل برای دادگاه بین‌المللی و نیز برای رفع ممانعت از حق عبور در تنگه و «خودپشتیبانی یا خودیاری»^{۲۸} بوده و درنتیجه مداخله مشروع به شمار می‌آید. لیکن دیوان این استدلال را مردود شناخت و عملیات دولت انگلیس را نقض حاکمیت آلبانی و برخلاف حقوق بین‌الملل تلقی کرد. در رأی دیوان در این خصوص چنین آمده است:

«دیوان نمی‌تواند این خط دفاع را پذیرد. این حق ادعائی مداخله از نظر دیوان چیزی جز مظہر یک سیاست زور نیست؛ سیاستی که در گذشته موجب شدیدترین سوءاستفاده‌ها شده و با وجود ناقص‌کنونی در سازماندهی بین‌المللی، نمی‌تواند جائز در حقوق بین‌الملل داشته باشد. شاید مداخله در شکل خاصی که در اینجا به خود گرفته، کمتر [از هر مداخله‌ای] قابل قبول باشد؛ چرا که بحسب

^{28.} self-protection or self-help

طبیعت امور، اینگونه مداخله منحصر به قدرتهای بزرگ است و امکان دارد به آسانی به اخلال در اجرای عدالت بین المللی منتهی گردد.»^{۲۹}

۱۶. در رأی مورخ ۲۸ژوئن ۱۹۸۶ صادر در دعوای نیکاراگوئه علیه ایالات متحده، دیوان بین المللی دادگستری، ضمن محکوم کردن کشور اخیر با عباراتی روشن تر و گویاتر و قاطع تر، اصل عدم مداخله را به عنوان یک اصل حقوق بین الملل عرفی معرفی و هرگونه مداخله مستقیم و غیرمستقیم در امور داخلی و خارجی کشورها را منع می کند. نظر به اهمیت فوق العاده این رأی بجاست بندهایی از آن را که مربوط به اصل عدم مداخله است مورد توجه و بررسی اجمالی قرار دهیم.

۱۷. در بند ۲۰۲ رأی یاد شده، دیوان پس از اشاره به اینکه اصل عدم مداخله مربوط به حق هر کشور حاکم به اداره امور خود بدون دست اندازی خارجی است و تصریح به اینکه اصل عدم مداخله جزء لاینفک حقوق بین الملل عرفی است و ذکر این نکته که پیدا کردن اظهارنظرهای حقوقی متعدد مبنی بر اینکه اصل یاد شده جزء حقوق بین الملل عرفی است، دشوار نمی باشد، می گوید:

«این اصل در منشور ملل متحده ذکر نشده است، ولی منشور نخواسته همه اصول حقوق بین الملل را بیان کند. بعلاوه این اصل لازمه اصل تساوی حاکمیت دولتها است و در قطعنامه شماره ۲۶۲۵ (XXV) مجمع عمومی هم بدینگونه معرفی شده است.

آنگاه دیوان به رأی خود در «قضیة تنگه کورفو» که در بالا از آن یاد کردیم ارجاع می نماید.

۱۸. در بند ۲۰۳، دیوان به قطعنامه های شماره ۲۱۳۱ و ۲۶۲۵ استناد می کند و بویژه یادآور می شود که در قطعنامه اخیر، مجمع عمومی اصولی را به عنوان «اصول اساسی حقوق بین الملل» اعلام کرده و درباره

. ۲۹. مجموعه آرای دیوان بین المللی دادگستری، سال ۱۹۴۹، ص ۳۰.

آن نماینده ایالات متحده نیز هیچگونه مخالفتی ابراز نداشته است. در بند ۲۰۴ رأی، دیوان اشاره می‌کند به اینکه اصل عدم مداخله در اسناد متعدد مربوط به روابط بین کشورهای امریکائی و نیز در سند نهائی کنفرانس هلسینکی به سال ۱۹۷۵ اعلام شده و این اسناد حاکی از وجود چنین اصلی در حقوق بین‌الملل عرفی و پذیرش آن از سوی ایالات متحده است.

۱۹. در بند ۲۰۵، دیوان پس از اشاره به اینکه دو مسئله در اینجا وجود دارد: یکی تعیین محتوای دقیق اصل عدم مداخله و دیگر اثبات اینکه عمل دولتها موافق با وجود این اصل است، به تعریف اصل مزبور و تعیین عناصر تشکیل دهنده آن می‌پردازد و در این خصوص چنین می‌گوید:

«... این اصل، هر کشور یا گروهی از کشورها را منع می‌کند از اینکه بطور مستقیم یا غیرمستقیم در امور داخلی یا خارجی کشور دیگر مداخله کنند. بنابراین، موضوع مداخله ممنوع، از اموری است که اصل حاکمیت کشورها به هر کشوری اجازه می‌دهد که آزادانه درباره آنها تصمیم بگیرد. چنین است انتخاب نظام سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و تعیین روابط خارجی. مداخله هنگامی نامشروع است که درباره انتخاب این امور که باید آزاد بماند، وسائل اجبار بکار رود. این اجبار که از عناصر تشکیل دهنده مداخله ممنوع و حتی جوهر آن است، خصوصاً در مورد مداخله با إعمال زور، آشکار است، اعمّاً از اینکه به صورت مستقیم یک عمل نظامی باشد یا به صورت غیرمستقیم با حمایت از فعالیتهای مسلحانه براندازی یا تروریستی در داخل کشور دیگر انجام شود.

چنانکه گفته شد (در بند ۱۷۱) قطعنامه ۲۶۲۵ (XXV) مجمع عمومی اینگونه کمک را، هنگامی که اعمالی که در سرزمین کشور دیگر انجام شده «متضمن تهدید یا إعمال زور باشد»، در حکم إعمال زور از سوی کشور کمک کننده می‌داند. بنابراین اینگونه عملیات، هم با توجه به اصل عدم إعمال زور و هم برطبق اصل عدم مداخله، ممنوع است.»

۲۰. در بندهای ۲۰۹ تا ۲۰۶ رأی، دیوان از عمل دولتها در این زمینه بحث می‌کند و این مسئله را مطرح می‌سازد که آیا در عمل دولتها چیزی حاکی از وجود حق مداخله مستقیم یا غیرمستقیم برای حمایت از مخالفان داخلی یک دولت دیگر و اصلاح حقوق بین الملل عرفی در زمینه اصل عدم مداخله وجود دارد یا خیر؟ سپس با اشاره به عنصر مادی عرف (تکرار) و عنصر معنوی آن (اعتقاد به الزامی بودن عمل و وجود یک قاعدة حقوقی) می‌گوید که کشورهای مداخله‌گر رفتار خود را با استناد به یک حق جدید مداخله یا استثنای جدیدی بر اصل عدم مداخله توجیه نکرده‌اند. ایالات متحده نیز مداخلات خود را با دلایل و ملاحظات سیاسی توجیه کرده است نه با استناد به قواعدی از حقوق بین الملل کنونی. سرانجام دیوان در بند ۲۰۹ رأی نتیجه می‌گیرد که:

«... حقوق بین الملل معاصر، هیچگونه حق کلی مداخله از این قبیل به نفع گروه مخالف موجود در کشور دیگر پیش‌بینی نمی‌کند...»

بخش سوم

أنواع مداخلة

۲۱. مداخله دارای انواع و اقسامی است که در کتب و نوشته‌های حقوق بین الملل مورد بحث واقع شده و در اسناد بین المللی هم به آنها اشارت رفته است. مداخله را به مداخله داخلی^{۳۰} و مداخله خارجی^{۳۱} تقسیم کرده‌اند که قبلًا از آن سخن گفتیم (شماره ۶). یک نوع مداخله، مداخله براندازی^{۳۲} است. مقصود از این

30. internal intervention

31. external intervention

32. subversive intervention

اصطلاح، تبلیغات یا فعالیت دیگری است که هدف آن ایجاد شورش یا منازعه داخلی در کشور دیگر است. حقوق بین الملل اینگونه مداخله را نیز منع می‌کند.^{۳۳} در مورد تبلیغات ذیلاً (شماره ۲۲) بحث بیشتری خواهیم داشت.

مداخله ممکن است مستقیم باشد مانند تجاوز نظامی بی‌واسطه، یا غیرمستقیم مانند کمک به مخالفان داخلی یا دشمن خارجی یک کشور.

بعضی از علمای حقوق بین الملل مداخله را به نامشروع و مشروع تقسیم کرده‌اند. البته باید یادآور شد که اصل، عدم مشروعیت مداخله است و مداخله مشروع استثنای بر اصل تلقی می‌شود؛ وانگهی موارد و مصاديق آن مورد بحث و اختلاف است.

پروفسور روسو موارد زیر را به عنوان مداخله مشروع ذکر می‌کند:

- (۱) مداخله درخواست شده یا مبتنی بر قرارداد،
- (۲) مداخله برای حمایت از اتباع،
- (۳) مداخله انسانی،
- (۴) مداخله مالی.

سپس می‌گوید: در این زمینه تردید زیاد است و باید با احتیاط رفتار کرد. فقط در دو مورد مداخله از نظر تکنیک حقوقی مجاز و غیرقابل ایراد است: یکی در مورد وجود عهدنامه و دیگری در مورد درخواست رسمی دولت. اما در دو مورد دیگر (حمایت از اتباع و مداخله انسانی) مسئله قابل بحث می‌باشد و احتیاط زیاد لازم است.^{۳۴}

باید اضافه کرد یکی از مواردی که به عنوان مداخله مشروع قلمداد شده، مورد دفاع مشروع است. بنابر آنچه در دائرة المعارف حقوق بین الملل عمومی آمده، بجز در مورد رضایت و مورد دفاع مشروع، ارزش

.۳۳. استارک: مقدمه حقوق بین الملل، ص ۱۱۸.
.۳۴. روسو: کتاب مذکور، ج ۴، ش ۳۷، ص ۵۲.

مبانی توجیه مداخله مشروع، مشکوک است.^{۳۵} قلمرو و شرایط تأثیر این دو عامل نیز چنانکه خواهیم دید محل بحث است. برای روشن شدن مطلب بجاست برخی از انواع مداخله نامشروع یا مشروع را به اختصار مورد بررسی قرار دهیم.

الف. مداخله از طریق تبلیغات

۲۲. «تبلیغات»^{۳۶} که عبارت از عملی است که در افکار عمومی تأثیرگذارد و آن را به حمایت از یک دولت یا یک سیاست وامی دارد یا پاره‌ای افکار سیاسی یا اجتماعی را رواج می‌دهد، ممکن است وسیله‌ای برای مداخله در امور کشور دیگر باشد. قابل توجه است که کلمه «پروپاگاندا» یا «پروپاگاند» در سال ۱۷۹۲ پدید آمده است. تبلیغات بویژه در عصر حاضر، به عنوان ابزار حکومت بکار گرفته می‌شود. حکومتها لیبرال در دوره جنگ بین الملل اول به آن متولّ شدند. در سال ۱۹۱۷ برای نخستین بار در فرانسه، وزارت تبلیغات بوجود آمد. حکومتها خود کامه هم بطور گسترده از آن بهره گرفتند، بویژه حکومت ناسیونال سوسیالیست آلمان در زمان یوزف گوبزل^{۳۷} بر آن اتکای فوق العاده داشت.

۲۳. استفاده از تبلیغات خصوصاً هنگامی قابل سرزنش و محکوم است که هدف آن برانداختن حکومت مستقر باشد. در این صورت از «تبلیغات براندازنده»^{۳۸} که نمونه بارزی از مداخله نامشروع است، سخن می‌گویند. اینگونه مداخله در قطعنامه‌ها و اسناد مختلف از جمله قطعنامه موّخ ۱۰ دسامبر ۱۹۳۴ راجع به کاربرد برنامه‌های رادیوئی در راه صلح و نیز در عهدنامه‌های دوجانبه که از سال ۱۹۲۱ به

. ۳۵. دائرة المعارف حقوق بین الملل عمومی، ج ۳، ص ۲۳۵.

36. propaganda-propaganda

37. Joseph Goebbels

38. subversive propaganda

بعد منعقد شده، محکوم گردیده است.
رادیو و تلویزیون که در اغلب کشورها در انحصار دولت است،
امروزه اهمیت و تأثیر فوق العاده‌ای به تبلیغات بخشیده و مداخله از این
راه مورد توجه خاص واقع شده است.^{۳۹}

ماده ۵ قطعنامه مورخ ۱ سپتامبر ۱۹۲۷ مؤسسه حقوق بین الملل
تحت عنوان ارتباطات رادیوئی مقرر می‌دارد که اگر یک کشور، تدبیری
اتخاذ نکند که از پخش برنامه‌های رادیوئی در سرزمین خود که به نظم
عمومی کشور دیگر لطمه می‌زند، علی‌رغم تذکر آن کشور جلوگیری نماید،
از نظر بین المللی مسئول خواهد بود.^{۴۰}

امروزه عموماً پذیرفته شده است که دولتها موظفند از تبلیغات و
اظهارات رسمی یا قانونگذاری که هدفش ایجاد طغیان یا شورش بر ضد
حکومت کشور دیگر باشد، خودداری کنند.^{۴۱} معهذا تعیین مرز بین
تبلیغات ممنوع که یک نوع مداخله براندازی به شمار می‌آید و استفاده
مجاز از وسائل ارتباط جمعی در سطح بین المللی که با اصول آزادی
عقیده و آزادی ارتباطات (که از اصول مربوط به حقوق بشر هستند) مورد
حمایت قرار می‌گیرد، دشوار است.^{۴۲}

ب. مداخله درخواست شده یا مبتنی بر قرارداد

۲۴. مداخله‌ای که به درخواست کشور مورد مداخله یا براساس
قراردادی با آن کشور انجام شده باشد، معمولاً مشروع به شمار می‌آید،
مداخله درخواست شده آن است که حکومت قانونی بطور رسمی

۳۹. روسو: همان کتاب، ش ۳۲، ص ۴۵ و ۴۶. و نیز رک. به:

C.G.FENWICK: «Intervention by way of Propaganda», *American Journal of International Law*, Vol. 35, 1941, p. 626 s.

۴۰. رک. به مجموعه قطعنامه‌های مؤسسه حقوق بین الملل تحت عنوان:

Resolutions de l'Institut de Droit International, 1873-1956, éd. Bâle 1957, p. 88.
41. Q.WRIGHT: *Subversive Intervention*, A.J.I.L. Vol. 54, 1960, p. 523.

۴۲. همان مقاله، ص ۵۳۰ و ۵۳۱.

درخواست مداخله کرده باشد؛ چنانکه در سال ۱۸۴۹ اتریش کمک روسیه را علیه مجارستان خواستار شد، یا در ۱۹۱۸ فنلاند از آلمان علیه شوروی درخواست کمک کرد، یا در ۱۹۷۶ دولت زئیر از مراکش خواست که در مقابل حمله افرادی از آنگولا و کوبا به کاتانگا مداخله کند و یا در ۱۹۷۹ همان کشور کمک نظامی فرانسه را تقاضا کرد.

ایالات متحده در موارد متعدد مداخله خود در کشورهای دیگر را با توصل به قاعدة فوق توجیه کرده است. این سیاست با دکترین تروم و آیزنهاور که حمایت و کمک سیاسی و اقتصادی ایالات متحده را در اختیار هر کشوری که خواهان مبارزه با فعالیت براندازی کمونیستها بود می‌گذاشت، به صورت منظم درآمد.^{۴۳}

۲۵. در مورد مداخله براساس قرارداد نیز نمونه‌های بسیاری ذکر شده است: مداخله شوروی در مجارستان به سال ۱۹۵۶ و در چکسلواکی به سال ۱۹۶۸ براساس پیمان ورشومورخ ۱۹۵۵. حتی مداخله ایالات متحده در ویتنام جنوبی بر پایه عهدنامه دفاع جمعی آسیای جنوب شرقی (سیتو) مورخ ۱۹۵۴ از این قبیل به شمار آمده^{۴۴} که قابل بحث و ایراد است.

۲۶. پروفسور باوت پس از اشاره به اینکه کشورهای مداخله‌کننده کراراً به نظریه مداخله با رضایت استناد کرده‌اند، این نظریه را اساساً نادرست دانسته و می‌گوید:

«نادرستی آن ناشی از شخصی بودن شناسائی است؛ چه، دولت مداخله‌کننده آزاد است که بخشی از یک مبارزه داخلی را که می‌خواهد از آن حمایت کند – همان بخشی که مداخله را درخواست می‌کند – به عنوان «دولت»^{۴۵} بشناسد. همچنین نادرستی این نظر ناشی از تعارض انکارناپذیر آن با اصل حاکمیت ملتها در

. ۴۳. روسو: کتاب مذکور، ج ۴، ش ۳۳، ص ۴۶ – ۴۷.

. ۴۴. کوک دینه: حقوق بین الملل عمومی، ش ۸۰۵، ص ۸۸۷.

تعیین سرنوشت خود می باشد که بسیاری از کشورها آن را به عنوان بنیادی ترین و ضروری ترین اصل حقوق بین الملل معاصر تلقی کرده اند... بالاخره نادرستی نظریه مداخله با رضایت بدان جهت است که چنین مداخله ای غالباً موجب مداخله متقابل کشور دیگری خواهد شد که نتیجه اش تشدید منازعه و خطر بزرگتر برای صلح بین المللی است.»^{۴۶}

۲۷. به نظر بعضی از متخصصان حقوق بین الملل اینگونه مداخلات از آنجا که با دعوت و موافقت کشورهای ذیفع بوده از نظر حقوقی برخلاف اصل حاکمیت نیست. معهذا نباید از نظر دور داشت که این مداخلات به لحاظ اینکه انگیزه های ایدئولوژیکی و سیاسی داشته مورد اعتراض شدید گروه سیاسی و فکری مخالف واقع شده است. «بعلاوه این مداخلات، به لحاظ اینکه هدف شان غالباً حفظ حکومت موجود است که مردم با آن مخالفند، برخلاف اصل حق ملتها در تعیین سرنوشت خود می باشد.»^{۴۷} و در این صورت باید مداخله را نامشروع تلقی کرد.

۲۸. در مورد مداخله نظامی ایالات متحده در لبنان به سال ۱۹۵۸ به دعوت رئیس جمهور این کشور، گفته شده که به علت درخواست مقام قانونی این کشور، مداخله مشروع بوده است. لیکن این سخن قابل رد است؛ زیرا «قاعدة کلی در این زمینه آن است که در مورد منازعاتی که اساساً داخلی است و بویژه در آنجا که نتیجه نامعلوم است، یکی از گروهها به مداخله در یک کشور خارجی موجب مشروعیت مداخله ای که در غیر این صورت ناروا است، نخواهد بود.»^{۴۸}

46. D.W. BOWETT: «The Interrelation of Theories of Intervention and Self-Defence», in *Law and Civil War in the Modern World*, Edited by J.N. Moore. 1974, p. 42.

۴۷. کوک دینه: کتاب مذکور، ش ۸۰۶، ص ۸۸۷. برای توضیح بیشتر رک. به:

M.BENNOUNA: *Le consentement à l'ingérence militaire dans les conflits internes*, L.G.D.J. 1974.

۴۸. استارک: *مقدمه حقوق بین الملل*، ص ۱۲۰. گزارش های گروه نظارت سازمان ملل ثابت →

بنابراین ملاحظه می‌شود که مداخله با رضایت هم محل بحث و اختلاف است و صرف درخواست کشور مورد مداخله موجب مشروعتیت این عمل نخواهد بود.

ج. مداخله برای حمایت از اتباع

۲۹. بعضی از علمای حقوق بین‌الملل مداخله کشورها برای حمایت از اتباع خود را که زیانهای در داخل سرزمین کشور دیگر به آنها وارد می‌شود، از موارد مداخله مشروع به شمار آورده‌اند. در عملکرد دولتها هم اینگونه مداخله فراوان است و بعضی آن را از مصاديق دفاع مشروع تلقی کرده‌اند.

بروفسور باوت بر آن است که حمایت از اتباع به عنوان «مداخله قابل توجیه»^{۴۹} یا «مداخله مبتنی بر حق»^{۵۰} یا شکلی از دفاع مشروع، درگذشته عملی قانونی تلقی می‌شده است؛ لیکن امروزه با توجه به بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحده که «اعمال زور یا تهدید به آن» را منع می‌کند و ماده ۵۱ منشور که «حق طبیعی دفاع مشروع فردی و جمعی» را می‌شناسد، مسئله دیگر یک مسئله شکلی مربوط به تقسیم‌بندی نیست و از نظر ماهوی قابل بحث است. سپس مؤلف به بحث در این مسئله می‌پردازد که اعمال زور برای حمایت از اتباع تا چه حد «دفاع مشروع» به شمار می‌آید و در این زمینه تصریح می‌کند خطری که متوجه تبعه شده است باید به گونه‌ای باشد که امنیت دولت را به خطر اندازد و عمل دفاع باید متناسب با حمله باشد. بدیهی است عملیات نظامی وسیع هرگز نمی‌تواند به عنوان دفاع از یک تبعه توجیه گردد.^{۵۱}

→ کرد که منازعات مزبور اساساً جنبه داخلی داشته و دخالت خارجی در آن ناچیز بوده است (همان کتاب، پانویس ص ۱۲۰).

49. justifiable intervention

50. intervention by right

51. D.W.BOWETT: **Self-Defence in International Law**, Manchester University Press, 1959, p. 87-94.

۳۰. برانلی در کتاب «حقوق بین الملل و اعمال زور بوسیله کشورها» بر آن است که امروزه مداخله برای حمایت از اتباع، غیرقانونی و نامشروع است. وی در این خصوص چنین می‌گوید:

«با اینکه از ۱۹۲۰ در موارد مهمی این توجیه مورد استفاده واقع شده و به رغم نظر تعداد قابل ملاحظه‌ای از حقوقدانان، به نظر می‌رسد که مبنای قانونی حق مداخله امروزه به غایت ضعیف است. میثاق جامعه ملل تأثیر قاطعی بر اقدامات خصمانه بجز جنگ نداشت؛ ولی بعد از پیمان بریان-کلوگ^{۵۲} (۱۹۲۸) و استناد و عملکرد مربوط به آن، قانونی بودن توسل به زور — اعم از اینکه حالت جنگ وجود داشته باشد یا نه — جز به عنوان دفاع در مقابل حمله یا به موجب ماده ۱۶ میثاق، بسیار مشکوک است. در حقیقت با منع صریح مداخله به موجب این استناد، چه قبل و چه بعد از ۱۹۴۵، می‌توان گفت مداخله برای حمایت از اتباع نیز غیرقانونی شده است. بعلاوه بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحده با استثنایاتی که در مواد ۳۵ و ۵۱ بر آن وارد شده است، این نوع و انواع دیگر مداخله را منع می‌کند. فقط اقلیتی از کشورها همچنان قائل به قانونی بودن آن هستند.»^{۵۳}

با توجه به دلایل فوق می‌توان گفت امروزه مداخله برای حمایت از اتباع، جز در مورد دفاع مشروع، قانونی به شمار نمی‌آید. قطعنامه‌های سازمان ملل و رأی اخیر دیوان بین المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه که با عباراتی عام و گسترده هرگونه مداخله را منع کرده‌اند، مؤید این نظر هستند.

د. مداخله به عنوان دفاع مشروع

۳۱. هرچند که حق مداخله برای حمایت از اتباع به عنوان موردی از موارد دفاع مشروع — چنانکه گفتیم — محل تردید است، لیکن

52. Briand-Kellogg

53. I.BROWNLIE: *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1963, p. 298.

در اصل حق اعمال زور یا بطورکلی مداخله در مقام دفاع مشروع نباید تردید کرد. حق دفاع مشروع در همه نظامهای حقوقی پذیرفته شده و منشور ملل متحده هم در ماده ۵۱ حق دفاع در مقابل حمله مسلحانه را حق طبیعی هر کشور به شمار آورده است.^{۵۴}

۳۲. دیوان بین المللی دادگستری در رأی موئخ ۱۹۸۶ صادر در قضیه نیکاراگوئه حق دفاع مشروع را به عنوان یک حق پذیرفته شده در حقوق بین الملل عرفی معزقی کرده است. دیوان پس از اشاره به ماده ۵۱ منشور ملل متحده و استناد به اعلامیه راجع به اصول حقوق بین الملل درباره روابط دولتی بین کشورها بر طبق منشور، میگوید:

«این قطعنامه نشان می‌دهد کشورهایی که در مجمع عمومی نماینده داشتند، حق دفاع مشروع فردی یا جمعی را به عنوان استثنای وارد بر منع توسل به زور، امری ثابت در حقوق بین الملل عرفی تلقی می‌کنند.»^{۵۵}

۳۳. البته اگر اصل حق دفاع مشروع قابل انکار نیست، در حدود و شرایط اعمال آن هنوز جای بحث وجود دارد. دیوان بین المللی دادگستری در رأی اخیر خود پس از اشاره به دو شرط کلاسیک دفاع مشروع که عبارت از «ضرورت»^{۵۶} و «متاسب بودن»^{۵۷} اقداماتی است که به عنوان دفاع مشروع انجام می‌شود، اعمال زور بدین عنوان را به موردی که دولتی تحت تجاوز مسلحانه واقع شده باشد، محدود کرده و چنین اعلام می‌دارد:

«در مورد دفاع مشروع فردی، این حق فقط هنگامی قابل اعمال است که کشورذینفع مورد تجاوز مسلحانه واقع شده باشد. استناد به

۵۴. برای بحث تفصیلی درباره دفاع مشروع در حقوق بین الملل رک. به کتاب پروفسور باوت، تحت همین عنوان (یانویس شماره ۲۳).

۵۵. رأی دیوان بین المللی دادگستری صادر در قضیه نیکاراگوئه، نشریه دفتر دیوان، شماره ۹۲، صفحه ۱۹۹۳.

56. necessity

57. proportionality

حق دفاع جمعی هم بی‌شک تغییری در این وضع نمی‌دهد.»^{۵۸}

۳۴. پروفسور باوت در کتاب خود تحت عنوان «دفاع مشروع در حقوق بین‌الملل» با استناد به روایة دیوان بین‌المللی دادگستری و قطع‌دامه‌های مجمع عمومی چنین اظهارنظر می‌کند که مداخله از طریق اعمال زور یا تهدید به آن، جز در مورد دفاع مشروع، به احتمال زیاد غیرقانونی است.^{۵۹}

ه. مداخله انسانی

۳۵. «مداخله انسانی»^{۶۰} آنگونه مداخله‌ای است که در راه حمایت از حقوق بشر انجام می‌گیرد. به تعبیر دیگر، مداخله انسانی عبارت از عمل یک کشور علیه یک حکومت خارجی و به منظور قطع آعمال غیرانسانی و مغایر با حقوق بشر است. هدف این مداخله ممکن است متوقف کردن اینگونه آعمال یا جلوگیری از تکرار آنها در آینده یا اخذ تدابیر احتیاطی فوری به جای مقامات کشور مورد مداخله باشد.

نظریه مداخله انسانی، نخستین بار در سال ۱۹۱۰ بوسیله پروفسور روزیه^{۶۱} مطرح شد. از اینگونه مداخله نمونه‌های متعددی در روابط بین‌المللی ذکر شده است، مانند: مداخله قدرتهای بزرگ به شکل اقدامات دیپلماتیک در حمایت از مردم کرت در سال ۱۸۶۶، بلغارستان در سال ۱۸۷۷، ارمنستان در سال ۱۸۹۶ و به نفع یهودیان روسی در سال ۱۹۰۲؛ مداخله دولت فرانسه در لبنان به هنگام کشتار مارونیها در سوریه و لبنان در سال ۱۸۶۰ و در آسیای صغیر به هنگام آشوبهای سال ۱۹۰۹.^{۶۲}

۵۸. همان مرجع، ش ۱۹۵، ص ۹۳.

۵۹. باوت؛ کتاب مذکور، ص ۱۴ و ۱۵.

60. humanitarian intervention

61. Rougier

۶۲. روسو؛ حقوق بین‌الملل عمومی، ج ۴، ش ۳۵، ص ۴۹ و ۵۰.

۳۶. مشروعيت مداخله انسانی از نظر حقوق بین‌الملل مورد

بحث و تردید است. مداخله یک کشور برای حمایت از حقوق انسانی اتباع خود با شرایطی که برای دفاع مشروع مقرر است یک نوع دفاع مشروع می‌باشد و بدین جهت موجه تلقی شده است. گفته‌اند این مداخله به عنوان دفاع مشروع، هنگامی مشروع است که کشور محل اقامات خارجیان، در حمایت از آنان به گونه‌ای که در حقوق بین‌الملل مقرر است، قصور کرده و برای آنان خطر فعلی یا نزدیک، به نحوی که اقدام فوری دولت متبوع ایشان را ایجاد کند، وجود داشته باشد و نیز مداخله باید مناسب و محدود به ضرورت نجات اتباع کشور مداخله کننده از آن خطر باشد.^{۶۳}

چیزی که بیشتر مشکوک است، حق مداخله انسانی برای حمایت از حقوق اتباع کشورهای دیگر است؛ چرا که در صورت فقدان رابطه تابعیت نمی‌توان عمل مداخله را دفاع مشروع تلقی کرد: خطری که برای خارجیان پیش آمده، خطر حاصل برای کشور مداخله کننده و زیان وارد به آنان، زیان وارد به آن کشور و ایراد خسارت، نقض حقوق بین‌الملل درقبال کشور مزبور به شمار نمی‌آید. از این‌رو اکثر نویسنده‌گان و کشورها برآنند که مداخله انسانی برای حمایت از حقوق اتباع کشورهای دیگر، غیرقانونی و برخلاف منشور سازمان ملل است.

۳۷. معهدا لی لیک^{۶۴} قائل به حق عام مداخله انسانی و

مشروعيت اعمال زور در این باب است و آن را مبتنی بر نظریه «خودباری»^{۶۵} می‌داند که متمایز از نظریه دفاع مشروع است و به

63. D.W. BOWETT: «The Interrelation of Theories of Intervention and Self-Defence» in *Law and Civil War in the Modern World*, p. 44 s.

64. Lillich

65. فرق بین نظریه «دفاع مشروع» و نظریه «خودباری» آن است که دفاع مشروع برای حمایت از حقوق بنیادی در مقابل زیان جبران‌ناپذیر در اوضاع و احوالی است که وسیله دیگری برای حمایت در دسترس نیست. دفاع مشروع برای پیشگیری از ورود زیان یا حفظ وضع حقوقی موجود (legal status quo) است، نه طریقه‌ای برای جبران



«تعامیت ارضی یا استقلال سیاسی» هیچ کشوری لطمه نمی‌زند و از این رو با بند ۴ ماده ۲ منشور مغایرت ندارد. ایکن این نظریه با رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه کانال کورفو مبنی بر رد استدلال دولت انگلیس در این زمینه، سازگار نیست.

پروفسور باوت پس از اشاره به اینکه دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه کانال کورفو، استناد به نظریه «خودیاری» در توجیه مداخله را مردود شناخته است، با ذکر زیانها و خطرات سیاسی نظریه لی لیک برای کشورهای کوچک اعلام می‌کند:

«شناسائی یک حق عام مداخله انسانی نه از نظر حقوقی قابل قبول است و نه از نظر سیاسی.»^{۶۶}

۳۸. پروفسور برانلی نظریه لی لیک را به عنوان نظریه ای نوظهور در

ادبیات جدید حقوقی مورد نقده قرار داده و چنین می‌گوید:

«بر این نویسنده آشکار است حقوقدانی که قائل به حق مداخله انسانی با اعمال زور است، بار سنگین اثبات نظر خود را بر دوش دارد. شمار کمی از نویسنده‌گانی که آشنا با مدارک جدید راجع به عمل دولتها و عقاید حقوقی درباره توسل به زور هستند، از چنین نظریه‌ای حمایت می‌کنند... نویسنده‌گان برجسته و بزرگ یا اصل‌اً از مداخله انسانی یاد نمی‌کنند و موضع کلی آنان بر ضد قانونی بودن آن است، یا صریحاً وجود چنین حقی را نفی می‌کنند...»

در مباحثات طولانی سالها در مؤسسات وابسته به سازمان ملل درباره مفهوم تجاوز و اصل حقوق بین‌الملل راجع به روابط و همکاری بین‌المللی در میان کشورها نظرهای مختلفی که مطرح شده حتی از وجود یک اقلیت معنابهی در هواخواهی از قانونی بودن مداخله

→
خسارت یا مجازات در مقام اعمال حق؛ درحالیکه نظریه خودیاری برای وصول بدین هدف بکار می‌آید (باوت: دفاع مشروع در حقوق بین‌الملل، ص ۱۱).

۶۶. رک. به باوت: مقاله مذکور (پانویس شماره ۳۸)، ص ۴۵. و نیز رک. به:

B.H.WESTON, R.A.FALK, A.A.D'AMATO: International Law and World Order, St. Paul, Minn, West Publishing Co. 1980, p. 326.

انسانی حکایت نمی‌کند. نه گزارش عملکرد ارگانهای سازمان ملل آن را تأیید می‌کند و نه طرح اعلامیه حقوق و وظایف دولتها، که کمیسیون حقوق بین‌الملل فراهم آورده است... صرف نظر از عقیده کارشناسان یاد شده... نظر نویسنده این است که این اشخاص معتبر، گزارشگر و منعکس کننده اتفاق نظر دولتها و عملکرد کشورها از سال ۱۹۴۵ هستند.^{۶۷}

۳۹. دو حقوقدان امریکائی به نام فرانک و رادلی، در مقاله‌ای

تحت عنوان «بعد از بنگلادش: قانون مداخله انسانی با نیروی نظامی» مندرج در مجله امریکائی حقوق بین‌الملل (جلد ۶۷، سال ۱۹۷۳)، بعد از بحث از اسناد و قطعنامه‌های سازمان ملل و تأکید بر اینکه در این اسناد، هیچ استثنایی که کاربرد نیروی نظامی حتی برای حمایت از حقوق بشر را تجویز کند، دیده نمی‌شود و با استناد به رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه کانال کورفو، چنین نتیجه گیری می‌کنند:

.....»

(۱) قواعد مربوط به حقوق بشر بتدریج مشخص می‌گردد و از طریق گزارش، تحقیق، مباحثه، محکوم کردن و در موارد نادر از طریق تصمیماتی که مجازاتهای اقتصادی و مجازاتهای دیگر مقرر می‌دارد، به مرحله مقدماتی اجرای بین‌المللی رسیده است.

(۲) کاربرد نیروی نظامی بوسیله یک کشور یا گروهی از کشورها برای اجرای حقوق بشر و جلوگیری از آعمال غیرانسانی یا تأمین حق تصمیم‌گیری مردم در کشورهای دیگر، خارج از چهارچوب سازمان ملل، در تاریخ عملکرد دولتها یا عملکرد معاصر تأیید نشده است؛ بر عکس، کفه خودداری از آن در عملکرد دولتها، آشکارا سنگین‌تر است.

۶۷. رک. به:

I.BROWNIE: «Humanitarian Intervention» in Law and Civil War in the Modern World, p. 218 s.

و نیز رک. به مقاله برلنی مندرج در مجموعه‌ای تحت عنوان مداخله انسانی، چاپ University Press of Virginia که زیر نظر R.B. Lillich فراهم آمده است.

(۳) منشور، تصمیمات و قطعنامه‌های سازمان ملل هم به هیچ رو
مدخله نظامی یک کشور یا گروهی از کشورها را برای هدفهای
انسانی تجویز نمی‌کند.»^{۶۸}

۴۰. بدین سان ملاحظه می‌شود که مؤلفان مذکور تنها از مدخله
نظامی بحث می‌کنند و ظاهراً فقط مداخله نظامی برای حمایت از حقوق
بشر را برخلاف اصول و قواعد حقوق بین الملل معروفی می‌نمایند؛ چنانکه
مؤلفان دیگر نیز ظاهراً همین گونه مداخله را درنظر داشته‌اند. لیکن با
توجه به دلایلی که خود مؤلفان آورده‌اند، بویژه قطعنامه‌های سازمان ملل
و رویه دیوان بین المللی دادگستری، می‌توان گفت هر نوع مداخله برای
حمایت از حقوق بشر مشمول همین حکم است، خصوصاً اگر افرادی که
از آنها حمایت می‌شود، تبعه کشور مورد مداخله باشند.^{۶۹}
بطورکلی در مسئله مداخله وارد آوردن فشار سیاسی یا اقتصادی
به منظور تحمیل اراده یک کشور بر کشور دیگر، در حکم اعمال زور
است.^{۷۰} به دیگر سخن، مداخله ممکن است از طریق اعمال زور یا با
توسل به وسائل فشار سیاسی یا اقتصادی باشد. اسناد و مدارک
بین المللی هر دو نوع مداخله را دربر می‌گیرند.

و. مداخله مالی و اقتصادی

۴۱. «مدخله مالی»^{۷۱} در پاره‌ای موارد مشروع به شمار آمده
است. کنترلهای مالی بین المللی در قرن نوزدهم پدید آمد؛ هنگامی که
قصور کشورهای بدھکار در پرداخت بدهیهای خود، کشورهای بستانکار را

68. T.M. FRANCK and N.S. RODLEY: «After Bangladesh: The Law of Humanitarian Intervention by Military Force», *American Journal of International Law*, Vol. 67, 1973, p. 302.

۶۹. دائرة المعارف حقوق بین الملل عمومی، ج ۳، ص ۲۳۶.

۷۰. کوک دینه: حقوق بین الملل عمومی، ش ۸۴۰، ص ۸۸۶.

71. financial intervention-intervention financière

بر آن داشت که یک سیستم کنترل و نظارت یا حتی مدیریت نسبت به منابع مالی کشورهای بدهکار برای حفظ حقوق خود برقرار کنند. دامنه این کنترل متفاوت است و ممکن است تا آنجا وسعت داشته باشد که کشور بستانکار در اداره امور مالی کشور بدهکار (بویژه در وصول مالیاتها) شرکت کند. مبنای این نوع مداخله ممکن است عهدنامه بین دولتين یا قرارداد بین کشور بدهکار و اتباع کشور طلبکار یا حتی عمل یکجانبه یک کشور خارجی با اعمال فشار سیاسی باشد.^{۷۲}

البته مداخله اقتصادی اعم از مداخله مالی است و مصاديق دیگری غیر از مداخله مالی به معنی مذکور دارد که نمونه بارز آن مداخله ایالات متحده در امور اقتصادی کشورهای دیگر با استفاده از «طرح مارشال» است.

۴۲. به هرحال، جز در موردی که مداخله مالی و اقتصادی، مبتنی بر عهدنامه صحیح و صریحی باشد، امروزه با توجه به قطعنامه های سازمان ملل که هر نوع مداخله و از جمله مداخله اقتصادی را منع می کند، و رویه دیوان بین المللی دادگستری که مؤید اصول مندرج در قطعنامه ها بدون هیچگونه استثناء است، مداخله مالی و اقتصادی را نمی توان از نظر حقوق بین الملل، قانونی و مشروع تلقی کرد. در میان قطعنامه های مختلف مجمع عمومی، بویژه منشور حقوق و وظایف اقتصادی کشورها مصوب ۱۹۷۴ قابل توجه است که به هر کشوری حق می دهد که نظام اقتصادی خود را بدون هرگونه دخالت، اجبار یا تهدید خارجی، انتخاب نماید.^{۷۳}

۴۳. نویسنده^{۷۴} گان دائرة المعارف حقوق بین الملل عمومی برآورد که ترسیم خط فاصلی بین تعقیب مشروع منافع اقتصادی یک ملت و فشار و مداخله نامشروع اقتصادی دشوار است؛ معهذا منشور حقوق و وظایف اقتصادی کشورها به گونه ای بسیار گسترده هر چیزی را که درواقع

۷۲. روسو: کتاب یاد شده، ج ۴، ش ۳۶، ص ۵۱.

۷۳. رک. به شماره ۱۱.

کشوری را در جهتی مجبور کند، منع می‌نماید. ولی باید دید آیا یک کشور اصولاً منافع اقتصادی خود را تعقیب می‌کند یا در امور دیگران مداخله می‌نماید؟ آنچه در تشخیص این امر اهمیت دارد، بررسی انگیزه‌ای است که دولت در انجام دادن عمل خود داشته است.^{۷۴}

• نتیجه

۴۴. مداخله در امور کشورها در حقوق بین‌الملل عمومی موضوعی گسترشده و قابل بحث است که همه زوایا و حدود و شغور آن تابه‌حال روشن نشده و از این‌رو تعریف جامع و مانعی نیز تاکنون از مداخله ارائه نگردیده است؛ معهداً می‌توان این مفهوم را چنین تعریف کرد: مداخله در حقوق بین‌الملل عمومی عبارت از این است که کشوری در امور داخلی یا خارجی کشور مستقل دیگری، از طریق إعمال فشار نظامی، سیاسی، اقتصادی، روانی و غیر آن، بطور مستقیم یا غیرمستقیم، آشکار یا پنهان، به‌منظور تعیین اراده خود بر آن کشور، نفوذ کند.

اصل عدم مداخله در امور داخلی و خارجی کشورها یک اصل حقوق بین‌الملل عرفی است که از دیرباز مورد قبول بوده و در پاره‌ای استناد و مدارک بین‌المللی بویژه قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل و آرای دیوان بین‌المللی دادگستری مورد تأیید و تأکید قرار گرفته است. این قطعنامه‌ها و آراء با عباراتی گسترشده، صریح و قاطع هرگونه مداخله در امور کشورها را محکوم کرده و آن را نقض حقوق بین‌الملل شناخته‌اند.

۴۵. از آنچه در باب مداخله گفتیم چنین برمی‌آید که هرگاه دو کشور، در حال جنگ با یکدیگر باشند و کشور ثالثی به یکی از کشورهای متخاصل کمک نظامی کند، این عمل مداخله غیرمستقیم در امور کشور دیگر محسوب می‌شود، مشروط بر اینکه شرایط و عناصر مداخله

. ۷۴. دائرة المعارف حقوق بین‌الملل عمومی، ج ۳، ص ۲۳۶.

در آن جمع باشد؛ یعنی کمک نظامی به نحوی باشد که کشور دیگر را تحت فشار قرار دهد و هدف از آن تحمیل اراده کشور ثالث و به دست آوردن امتیازی از این طریق باشد.

۴۶. سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که اگر کشوری به عنوان حمایت از حقوق بشر، از اقلیتهای مذهبی یا قومی ساکن در کشور دیگر طرفداری کند، این عمل تا چه حد مداخله محسوب می‌شود؟

در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت حمایت از اقلیتهای مذهبی یا قومی نیز در صورتیکه واجد شرایط و عناصر مداخله باشد، از نظر حقوق بین الملل ممنوع است. هیچ قاعدة کلی که مداخله برای حمایت از حقوق بشر را تجویز کند در حقوق بین الملل وجود ندارد.^{۷۵} ممکن است در پاره‌ای موارد، حمایت یک کشور از اتباع خود که در معرض خطر هستند و مداخله بدین منظور، دفاع مشروع تلقی گردد که امری مشروع است و گاهی از آن به مداخله انسانی تعبیر شده است، ولی دفاع مشروع با شرایط آن فقط هنگامی می‌تواند تحقق پیدا کند که اشخاص مورد حمایت، تبعه کشور مداخله کننده باشند. حمایت از اتباع یک کشور ثالث، و خصوصاً حمایت از اتباع کشور مورد مداخله، دفاع مشروع محسوب نمی‌شود و از موارد مداخله نامشروع است، مشروط بر اینکه شرایط و عناصر مداخله در آن محقق باشد.

۴۷. در خاتمه یادآور می‌شود که در مسئله مداخله، کشوری که در یک دادگاه بین المللی بر این مبنای اقامه دعوی می‌کند یا موضوع را در یک مرجع بین المللی دیگر مطرح می‌سازد، بار اثبات آن را بر دوش دارد؛ یعنی باید با ادله کافی ثابت کند که کشور دیگر در امور او به گونه‌ای وارد شده و در ارتباط با او آعمالی انجام داده است که از نظر حقوق بین الملل مداخله محسوب می‌شود، چنانکه دولت نیکاراگوئه در

. ۷۵. رک. به شماره ۳۸ به بعد.

دعوای خود علیه ایالات متحده این امر را ثابت کرد و براساس ادله ارائه شده از سوی آن دولت، دیوان مداخله را محرز شناخت و ایالات متحده را بدین سبب محکوم نمود. بدیهی است که اثبات این امر در مورد مداخلات پنهان دشوار است.^{*}

• این مقاله در زمان همکاری نگارنده با شعبه لاهه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی نوشته شده و در تهیه و تدارک منابع آن آقای حسن غلامی به عنوان دستیار تحقیق همکاری داشته است.

دکتر ریعا اسکینی



وجه التزام

در

قراردادهای تجارتی بین المللی



مقدمه

یکی از اصولی کلی حقوق، اصل وفای به عهد است که مورد شناسائی کلیه نظامهای حقوقی جهان می باشد. بمحب این اصل هرگز مکلف است امری را که متعهد انجام آن بوده به مرحله اجرا درآورده و یا از انجام امری که موظف به ترک آن بوده خودداری کند. مخالف از اصل یاد شده ملزم به جبران ضرر و زیان ناشی از فعل یا ترک فعل خویش است. بمحب ماده ۲۲۱ قانون مدنی ایران: «اگر کسی تعهد اقدام امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است».

ترتیب اصولی جبران خسارت در چنین حالتی این خواهد بود که متعهّله، پس از آنکه از قبول متعهد به پرداخت خسارت مأیوس شد، به قاضی مراجعت کند. قاضی پس از رسیدگی و احراز مسئولیت، با تعیین میزان خسارت وارد، متعهد را به پرداخت آن محکوم می نماید، مشروط بر

اینکه طبق قاعدة کلی، مدعی ثابت کند که خسارتی به وی واردہ آمده و خسارت واردہ به او ناشی از عدم انجام تعهدات مندرج در قرارداد از ناحیه مختلف بوده است.

بمنظور جلوگیری از هرگونه اختلاف در میزان زیان و تسریع در جبران خسارت، در پاره‌ای قراردادهای تجاری شرطی گنجانده می‌شود. طبق آن، در صورتیکه یکی از متعاملین از انجام آنچه قرارداد به عهده وی گذاشته خودداری کرده یا به انجام عملی مبادرت ورزد که توسط قرارداد ممنوع اعلام شده است، باید مبلغی که در قرارداد معین می‌شود^۱، به عنوان خسارت به طرف مقابل پرداخت نماید.^۲ شرط مزبور ممکن است تنها به نفع یکی از متعاملین باشد؛ مثل اینکه فروشنده تعهد کند که کالای مورد معامله را در مهلت معینی تحويل مشتری دهد، والا مبلغ معینی به وی پردازد. ممکن است شرط، ناظر به منافع هر دوی متعاملین باشد، چنانکه در قرارداد بیعنی که موضوع آن تحويل چند دستگاه اتومبیل است قید شود که هریک از طرفین در صورت تخلّف از قرارداد، مبلغی به عنوان خسارت به دیگری پرداخت نماید. قرارداد طرفین ممکن است متضمن دو شرط مستقل باشد، هریک به نفع یکی از متعاملین؛ مثلاً دریک قرارداد تجاری قید می‌شود که فروشنده در مدت قرارداد حق فروش کالاهای مشابه کالاهای مورد معامله را به تاجر دیگری غیر از مشتری ندارد. و در شرط دیگری، خریدار متعهد می‌گردد که از قیمتی که فروشنده برای فروش کالا به مصرف کننده

۱. میزان خسارت ممکن است به صورت رقم مشخصی در قرارداد گنجانده شود (مثلاً یکصدهزار ریال) و یا به صورت درصدی از بهای مورد معامله (۵ درصد ثمن، فی المثل).
۲. شرط مزبور را نباید با شرط مشابه دیگری اشتباہ گرفت که ضمن آن به یکی از متعاملین اجازه داده می‌شود با پرداخت مبلغ معینی خود را از قرارداد خارج کند. شرط اخیر گرچه موضوعش تعیین قطعی مبلغی به عنوان خسارت ناشی از عدم اجرای قرارداد بوده و از این حیث با شرط ذکر شده در متن بالا مشابه است، لیکن نباید عمل متعهدی را که تخلّف از قرارداد می‌کند با عمل آن کس که بمحض قرارداد (و در واقع به حکم قانون) از قرارداد خارج می‌شود، یکسان تلقی نمود. بنابراین آنچه در این گفتار خواهد آمد الزاماً در مورد شرط اخیر صدق نمی‌کند.

معین نموده است، عدول ننماید، و ضمناً به نفع هریک از متعاملین مبلغی به عنوان خسارت معین می‌شود که در صورت تخلیف هریک از آنان از شروط مذبور، به طرف دیگر قابل پرداخت باشد.

شرط یاد شده که در حقوق تطبیقی به «شرط جزائی»^۳ تعبیر می‌شود و ما به تبع قانونگذار ایران^۴ از آن به عنوان «وجه التزام» یاد می‌کنیم^۵، سوالات متعددی را از نظر ماهوی و شکلی مطرح می‌کند. از مهمترین این سوالات یکی چگونگی اعتبار و تأثیر حقوقی وجه التزام است؛ بخصوص هنگامی که خسارت واقعی واردہ به متعهدّله کمتر یا بیشتر از مبلغی می‌باشد که در شرط گنجانده شده است. سؤال دیگر این است که چنانچه اساساً هیچگونه ضرر و زیانی متوجه متعهدّله نشده باشد چه اثری بر وجه التزام مترتب است؟ از نظر شکلی و آئین دادرسی نیز باید به این سؤال پاسخ داد که آیا اصولاً متعهدّله، برای اینکه مستحق دریافت خسارت از متعهد باشد، ناچار است ورود خسارت به خود را اثبات نماید یا صرف وجود شرط پرداخت وجه التزام و قبول آن از ناحیه متعهد برای الزام وی به جبران خسارات کافی است؟

پاسخ به سوالات مذبور، آنجا که صحبت از قراردادهای بین المللی در میان است، مستلزم مطالعه وجه التزام از نظر حقوق تطبیقی است تامعلم شود آیا در نظامهای حقوقی مختلف نسبت به آن رفتاری یکسان می‌شود یا متفاوت. از طرف دیگر، خصوصیت برونو مرزی این نوع قراردادها ایجاب می‌کند که جستجو شود کدام قانون حاکم بر شرط موردنظر است.

3. Clause pénale = Penal Clause

۴. ماده ۷۱۹ قانون آئین دادرسی مدنی و ماده ۳۴ قانون ثبت.

۵. آقای دکتر جعفری لنگرودی از شرط مذبور به عنوان «شرط جزائی» و آقای دکتر کاتوزیان به عنوان «شرط کیفری» یاد کرده‌اند. ما اصطلاح «وجه التزام» را در این گفتار ترجیح می‌دهیم. در واقع، شرط جزائی اعم از شرطی است که ما در اینجا مطالعه می‌کنیم؛ چرا که موضوع شرط جزائی ممکن است علاوه بر وجه (پول) چیز دیگری هم باشد؛ در حالیکه موضوع شرط مورد بحث ما وجه نقد است و اطلاق عنوان وجه التزام به آن به مقصد نزدیکتر به نظر می‌رسد.

این دونکته را در دو بخش تحت عناوین وجه التزام از نظر حقوق تطبیقی و
وجه التزام از نظر حقوق بین الملل خصوصی مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

بخش اول:

وجه التزام از نظر حقوق تطبیقی

از آنجا که بررسی کلیه نظامهای حقوقی کشورها در این مختصر نمی‌گنجد و از آنجا که دسترسی به منابع گوناگون در این رابطه بسیار دشوار است، در این گفتار ابتدا به چند نظام حقوقی بیگانه اشاره می‌کنیم و سپس حقوق داخلی ایران را مورد بررسی قرار می‌دهیم.



وجه التزام از نظر نظامهای حقوقی بیگانه

مطالعه نظامهای مهم حقوقی جهان نشان می‌دهد که رفتار قانونگذاران و قضات کشورهای مختلف، در مقابل وجه التزام، یکسان نیست. علت این امر را باید در وجود سیاستهای عمومی متفاوت و متغیر دولتها در رابطه با قراردادهای تجاري جستجو نمود. متفاوت از این جهت که هر کشوری در مقابل وجه التزام، عکس العملی متناسب با نیازهای خویش و جدا از کشورهای دیگر نشان می‌دهد؛ و متغیر از این حیث که در درون هر کشور، در زمانهای مختلف، با وجه التزام یکسان رفتار نشده است.

در اینجا ابتدا وضعیت حقوقی وجه التزام را در حقوق انگلیس

مطالعه می‌کنیم، سپس از حقوق فرانسه و بعد از آن از حقوق آلمان در این باب سخن می‌گوئیم؛ آخرین قسمت این مبحث را نیز به بررسی حقوق اتحاد جماهیر شوروی اختصاص خواهیم داد. بدین ترتیب مطالعه حقوق انگلیس به ما امکان می‌دهد که از وضع تأسیس حقوقی مورد بحث در نظام «کامن لا» آگاه شویم، مطالعه حقوق فرانسه و آلمان ما را از راه حل‌های نظامهای رومی—ژرمنی مطلع خواهد کرد؛ بررسی حقوق شوروی نیز به عنوان نمونه‌ای از آنچه در کشورهای سوسیالیستی درخصوص موضوع می‌گذرد، قابل توجه خواهد بود.

الف. حقوق انگلیس^۶

تشخیص ماهیت حقوقی وجه التزام در حقوق انگلیس اهمیت فراوانی در اعلام نفوذ یا بطلان قانونی آن دارد. این تشخیص البته بر عهده قاضی گذاشته شده که با مطالعه شرط متنازع^۷ فيه اعلام خواهد نمود که آیا طرفین به اجرای آن مکلف هستند یا خیر؟

از نقطه نظر سنتی، قاضی انگلیسی، هر بار که شرطی در مقابل خود می‌بیند که در آن قید گردیده در صورتیکه یکی از طرفین به تعهدات خود عمل ننماید مکلف است مبلغ معینی به طرف مقابل پردازد، ابتدا این سؤال را مطرح می‌کند که آیا قصد طرفین از گنجانیدن شرط، تعیین جریمه^۸ برای متعهد مختلف است یا اینکه متعاملین، شرط را وسیله‌ای برای تعیین مقطوع خسارت احتمالی متعهله قرار داده‌اند؟ ترتیب اثر دادن یا ندادن به شرط متنازع^۹ به استگی به این تشخیص قاضی خواهد داشت.

این طرز برخورد قاضی انگلیسی، ریشه تاریخی دارد و به

6. MARSH: "Penal clauses in contracts", Journal of Comp. Legislation, 3rd series, 1950, III, p. 66; BENJAMIN, "Penalties, liquidated damages and penal clauses in Commercial contracts" Inte. Comp. Law Quaterly, Oct 1960, p. 600.

7. Penalty.

8. Liquidated damage

اختلافات و حсадتهاي سنتي ميان دادگاههای انصاف و دادگاههای کامن لا باز می‌گردد. توضیح اين است که در قدیم دادگاههای کامن لا، بنابر اصل آزادی قراردادها، هرگونه شرط پرداخت وجه التزام را محترم شمرده و از دست زدن به ترکیب آن خودداری می‌ورزیدند. اين رفتار درست برعکس رفتار دادگاههای انصاف بود که از قرن پانزدهم به بعد، در پاره‌ای از قراردادها که موضوعشان وجه نقد بود، شرطی را که بمحض آن بدھکار تعهد می‌نمود در صورت عدم پرداخت اصل و منفعت بدھی در موعد مقرر، مبلغی بمراتب بيشتر از آن به عنوان خسارت پرداخت نماید، غيرقابل ترتیب اثر اعلام می‌نمودند. در واقع، دادگاههای انصاف هر جا در اینگونه قراردادها با تقلیل^{۱۰} طلبکار مواجه می‌شدند و یا تأخیر بدھکار در تأدیة بدھی را ناشی از تقصیر وی نمی‌دانستند، به شرط پرداخت وجه التزام مندرج در قرارداد عمل نمی‌کردند، بلکه خود میزان خسارت واقعی را تعیین و متعهد را به پرداخت آن محکوم می‌نمودند.^{۱۱} این طرز عمل دادگاههای انصاف مدتها صرفاً در مورد تعهداتی که موضوع آنها پرداخت مبلغی وجه نقد بود معمول گردید؛ ولی رفته رفته در مورد تعهداتی که موضوعشان فعل یا ترك فعل از نوع دیگری نیز بود، مراعات شد. بعدها نیز، در قرن هیجدهم، هر نوع شرط مبني بر پرداخت وجه التزام – چنانچه جنبهٔ تنبیه‌ی^{۱۲} داشته و یا نامعقول^{۱۳} تشخیص داده می‌شد – باطل اعلام می‌گردید.

در اثربیک تصادف تاریخی، این رویه به دادگاههای کامن لا نیز سرايت نمود. در واقع، دادگاههای اخیر بمحض قوانین ۱۶۹۶ و ۱۷۰۵^{۱۴} صلاحیت یافتند تا در صورت ثبوت اینکه بدھکار اصل و فرع بدھی خود را

۹. در خصوص تفاوت ميان دادگاههای انصاف و دادگاههای «کامن لا» رک. به رنه دادیه، «نظامهای بزرگ حقوقی معاصر»، ترجمه دکتر صفائی، دکتر آشوری و دکتر عراقی، ص ۳۰۷ به بعد.

10. Fraud.

11. MARSH: op. cit., loc. cit.

12. Repressive

13. Unconscionable.

14. Administration of Justice Acts, 1696, 1705.

تا هنگام تقديم دادخواست پرداخت نموده است و يا در صورت پرداخت بدھي مزبور و هزينه‌های دادرسی، بدھکار را از عمل به وجه التزام مندرج در قرارداد معاف نمایند. در نتیجه تصویب قوانین مزبور، دادگاه‌های کامن لا ملزم شدند آنجا که خواسته خواهان مطالبه مبلغی به عنوان خسارت ناشی از عدم انجام تعهد بود، ابتدا این نکته را بررسی کنند که آیا مبلغ مورد مطالبه جنبه تنبیه‌ی دارد یا خیر؟ در صورت اول، دادگاه می‌بایست تعهد را صرفاً به پرداخت خسارت واقعی محکوم نماید، آن هم در صورت اثبات ورود خسارت از ناحیه متعهده. برعکس، چنانچه دادگاه مبلغ مورد درخواست را فاقد جنبه تنبیه‌ی می‌دید، مکلف بود به آن ترتیب اثر دهد، بدون آنکه حق داشته باشد در مبلغ معین شده تغییری دهد و یا از خواهان بخواهد ورود خسارت واقعی به خود را اثبات نماید.

این رویه هنوز هم در نظام کامن لا مورد عمل است. یعنی هرگاه تعیین مبلغ به عنوان وجه التزام، جنبه تعیین مقطوع خسارت داشته باشد، متعهد به پرداخت تمام مبلغ معین شده محکوم خواهد گردید، نه کمتر و نه بیشتر، بدون در نظر گرفتن اینکه خسارت واقعی کمتریا بیشتر از میزان وجه التزام مقرر باشد و یا اصلاً خسارتی وجود نداشته باشد.¹⁵

اما آنچه نیاز به تعمق دارد این است که چه ملاکی برای تشخیص این نکته وجود دارد که شرط پرداخت وجه التزام، تعیین مقطوع خسارت بوده و فاقد جنبه تنبیه‌ی است؟ پاسخ به این سؤال آسان نیست مگر با مطالعه آرائی که در رابطه با موضوع تاکنون صادر گردیده است.

یک قاضی انگلیسی به نام «لوپس»، در خصوص این پرسش، چنین اظهار نظر نموده است:

«هرگاه قصد طرفین از تنظیم شرط، تضمین اجرای قرارداد از طریق تعیین مبلغی به صورت «جريمه»¹⁶ باشد، در این صورت وجه معین شده جنبه تنبیه‌ی دارد؛ اما چنانچه قصد طرفین ارزیابی و تعیین

15. LAWSON: Remedies of English law, 1972, p. 68.

16. Fine.

پیش‌اپیش خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد باشد، موضوع شرط،
تعیین مقطوع خسارت تلقی خواهد شد.»^{۱۷}

از رأی مزبور چنین استنباط می‌شود که مهم نزد قاضی، قصد متعاملین است که با مطالعه مجموع محتویات قرارداد و بررسی اوضاع و احوال محیط بر آن، استنتاج می‌گردد. مهم این نیست که طرفین چه اصطلاحاتی در شرط گنجانده‌اند؛ حتی گذاردن الفاظ «جريمه» یا «تعیین مقطوع خسارات» مانع آن نخواهد بود که قاضی سعی کند اراده واقعی طرفین را— به نحوی که بیان شد— احراز کند. ولی آنچه را که این رأی مشخص نمی‌کند این است که در چه زمان می‌توان بدرستی اعلام نمود که مبلغ وجه التزام جنبه «جريمه» دارد و به لحاظ تبیهی بودنش، قابل ترتیب اثر نیست؟

به این سؤال، قاضی دیگر به نام «لرد دایدین» تا حدودی پاسخ گفته است. به نظر وی، در واقع، در موارد زیر، شرط باید «جريمه» به حساب آید:^{۱۸}

«— هرگاه مبلغ تعیین شده آنقدر «اغراق آمیز»^{۱۹} یا «نامعمول» باشد که از آخرین حی خسارت ممکن و قابل اثبات فراتر رود؛

— هرگاه موضوع قرارداد، پرداخت مبلغی وجه نقد بوده و وجه التزام بیشتر از مبلغ مزبور باشد؛

— وقتی که در قبل حوادث متفاوت که منجر به خسارات متفاوت می‌شوند، مبلغ واحدی معین شده باشد که در صورت وقوع، تمام یا هریک از آنها قابل پرداخت باشد.

بر عکس، در صورتیکه از مجموع اوضاع و احوال چنین استنباط گردد که طرفین، حین تنظیم شرط پرداخت وجه التزام، به هیچوجه قادر به تعیین مبلغ خسارت واقعی نبوده‌اند، مبلغی که به عنوان خسارت مقطوع توسط طرفین تعیین شده است قابل تنفیذ می‌باشد.»

17. Law v. Redditch Local Board (1892) 1. O. B. 127, p. 132. (BENJAMIN: op. cit. p. 602).
18. Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. New Garage and Motor Co. Ltd. (1915) A.C. 79.
(LAWSON: op. cit., loc. cit.)

19. Extravagant.

از مجموع ملاکهای یاد شده در رأی «لرد دایدین» چنین می‌توان فهمید که آن بیشتر و یا کمتر بودن مبلغ وجه التزام به نسبت خسارت واقعی نیست که آن را از اعتبار ساقط می‌کند؛ مبلغ مزبور باید بقدرتی با خسارت واقعی نامتناسب باشد که نه عقل آن را بپذیرد و نه انصاف آن را حکم کند.^{۲۰} در چنین فرضی، قاضی می‌تواند مبلغ وجه التزام را—بسته به اوضاع و احوال قضیه—تغییر داده و تعديل نماید، مشروط براینکه مدعی بتواند ثابت کند متحمل خسارت واقعی شده است. بر عکس، در صورتیکه از مجموع اوضاع و احوال حاکم بر دعوی چنین استنباط شود که طرفین قصد تعیین پیش‌پیش خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد را داشته‌اند تا بدین وسیله از معضلات ناشی از مراجعته به دادگستری جلوگیری کرده باشند، حتی اگر اصولاً خسارتی نیز به متعهد له وارد نشده باشد، به حکم اصل آزادی قراردادها کوچکترین تغییری در مبلغ وجه التزام داده نخواهد شد، مشروط براینکه اصل قرارداد به علتی از علل قانونی باطل نباشد، که این خود بحث دیگری است.

ب. حقوق فرانسه

ریشه حقوق فرانسه را در خصوص این مطلب، باید در حقوق رم و حقوق مسیحی جستجو کرد. در حقوق رُم، وجه التزام صرفاً جنبه تتعهد را داشت. تعهد بدھکار به صورت شرطی گنجانده می‌شد که بموجب آن، هرگاه بدھکار به تعهد خود عمل نمی‌نمود می‌باشد مبلغی به عنوان جریمه پرداخت نماید. این شرط که موسوم بود به “*stipulatio poenae*”， در حقیقت در مواردی بکار گرفته می‌شد که الزام متعهد به انجام تعهدش قانوناً ممکن نبود، بدین توضیح که با الزام متعهد به پرداخت مبلغی وجه به عنوان تعهد اصلی، متعهد له می‌توانست وی را به انجام تعهد مورد نظر مجبور

20. Ranger v. GWR (1854) 5.H.L. Cas. 72. (LAWSON: op. cit., p. 69.

نماید^{۲۱}. شرط از زبان متعهد^{۲۲} به صورت متعلق به این عبارت نوشته می‌شد: «اگر فلان شئ را به من منتقل نکردی، قول می‌دهی فلان مبلغ را به من پرداخت کنی؟». مفهوم شرط در واقع این بود که «متعهد باید فلان مبلغ را پرداخت نماید» و این تعهد اصلی و تنها تعهد بدھکار بود. تعهد دیگر (یعنی انتقال مالکیت شئ) قابل ترتیب اثر نبود و تنها به صورت شرط پرداخت جریمه به متعهد^{۲۳}، در قرارداد گنجانده می‌شد.^{۲۴}

خاصیّة صرفاً تنبیهی شرط، دونتیجه به دنبال داشت^{۲۵}: اول اینکه، چنانچه متعهد، امر مورد نظر متعهد^{۲۶} را انجام نمی‌داد— در مثال فوق، انتقال مالکیت شئ— می‌باشد تمام وجه التزام را بپردازد؛ ثانیاً هرگاه مبلغ وجه التزام برای جبران خسارت واقعی متعهد^{۲۷} کافی نبود، متعهد به پرداخت مبلغی بیش از وجه التزام و تا میزان خسارت واقعی محکوم می‌گردید.

بعدها شیوه انشای شرط تغییر پیدا کرد، بدین معنی که بدھکار مکلف به انجام دو تعهد می‌گردید: یکی تعهد اصلی و آن انجام امری بود که در قرارداد گنجانده شده بود، و دیگری تعهد فرعی که همان پرداخت مبلغ وجه التزام بود.^{۲۸} شرط اخیر، هم جنبه تنبیهی داشت و هم جنبه تعیین مقطع خسارت. شرط به این عبارت نگاشته می‌شد: «قول می‌دهی که فلان

۲۱. شرط “stipulatio poenae” موارد استفاده دیگری نیز داشت. مثلاً در قراردادی، «الف» در مقابل «ب» تعهد می‌نمود که «ج» تعهدی را انجام دهد و چنانچه «ج» به تعهد مورد نظر عمل نکرد «الف» به «ب» مبلغ معینی بپردازد. چون امکان اجبار «ج» از ناحیه «الف» قانوناً وجود نداشت، چرا که «ج» تعهدی نکرده بود، و از طرفی اجبار «الف» نیز به انجام تعهدش— یعنی وادار کردن «ج» به انجام تعهد موردنظر— غیرممکن بود، تنها راه حلی که باقی می‌ماند این بود که اگر تعهدی که «ج» می‌باشد انجام دهد انجام نمی‌گرفت، «الف» به پرداخت مبلغی به عنوان جریمه محکوم می‌شد. در خصوص موارد استعمال شرط فوق به مرجع زیر مراجعه شود:

OURILAC et DE MALAFOSSE: *Droit Romain et Ancien Droit*, Paris, 1961, p. 174.

22. OURILAC et MALAFOSSE: op. cit., loc. cit.

23. FLINIAUX: L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du Moyen Age. Mel. Fournier, 1929, p. 234-235 et les références citées aux notes 3 et 5.

24. Buckland: A testt- book of Roman Law. 2nd ed. p.428-429.

شئ را به من منتقل کنی؟ اگر شئ را به من منتقل نکردی، قول می‌دهی که فلان مبلغ را به من پردازی؟». از آنجا که شرط، متضمن دو تعهد بود، متعهد^{۲۵} له می‌توانست میان آندویکی را به میل خود انتخاب نماید، برای درخواست خسارت نیز تکلیفی در اثبات ضرر ناشی از عدم انجام تعهد نداشت.

این خصلتِ دوگانه وجه التزام (وسیلهٔ تنبیه و وسیلهٔ تعیین خسارت)، بعدها در حقوق مسیحی در قرون وسطی دنبال گردید.^{۲۶} استعمال وجه التزام، در واقع وسیله‌ای برای فرار از قوانین مذهبی بود که رباخواری را من نوع می‌دانست؛ یعنی به جای تعیین درصدی به عنوان بهره و با خسارت دیرگرد— چیزی که مخالف قوانین مذهبی بود— در قرارداد قید می‌شد که هرگاه متعهد بدھی خود را در موعد مقرر پرداخت نکند باید فلان مبلغ را پردازد. در صورت عدم پرداخت بدھی در موعد مقرر، متعهد^{۲۷} له مستقیماً برای استرداد مبلغ معین شده— به عنوان وجه التزام— اقامه دعوا می‌نمود.

اما در خصوص ماهیت و آثار شرط مذبور میان علمای حقوق مسیحی اختلاف نظر وجود داشت.^{۲۸} عده‌ای به این عنوان که هدف وجه التزام، تعیین پیش‌پیش خسارت است، متعهد^{۲۹} له را تنها مستحق مبلغی می‌دانستند که از میزان خسارت واقعی تجاوز نکند و بین ترتیب قاضی را مجاز می‌شمردند که مبلغ معین شده در شرط پرداخت وجه التزام را تقلیل دهد. این طرز تفکر، درست مخالف آن چیزی است که در حقوق انگلیس و بطور کلی در کامن لا، معمول است که— چنانکه گفتیم— در صورتی که وجه التزام جنبه تعیین مقطوع خسارت را داشته باشد، قاضی حق نخواهد داشت میزان آن را تغییر دهد. در مقابل این عقیده گروهی دیگر از علمای مسیحی معتقد بودند که هدف وجه التزام، علاوه بر تعیین خسارت، معاف کردن متعهد^{۳۰} له از توسل به دلیل برای اثبات خسارت است و به همین لحاظ

25. FLINIAUX: op. cit., p. 235.

26. BENJAMIN: op. cit., p. 610.

نمی‌بایست میزان آن را تغییر داد.

حقوق فرانسه تا قبل از تصویب قانون مدنی در سال ۱۸۰۴، نظریه اول را که توسط «دومولن»^{۲۷} و «پوئیه»^{۲۸} اتخاذ شده بود، اعمال می‌نمود. «پوئیه» در کتاب تعهدات خود موضوع وجه التزام را عبارت می‌داند از جرمان خسارت متعهدلَه از عدم انجام تعهد^{۲۹}؛ به همین لحاظ نیز مبلغ آن را قابل تغییر می‌داند.

نویسنده‌گانِ قانون مدنی، این عقیده «پوئیه» را که وجه التزام جنبه تعیین پیش‌پیش خسارت را دارد، در ماده ۱۲۲۹ قانون مزبور گنجاندند. بموجب این ماده: «وجه التزام عبارت است از جرمان ضرروزیانی که متعهدلَه از عدم انجام تعهد اصلی متحمل می‌شود.»^{۳۰} مفهوم این ماده قاعدتاً می‌بایست این باشد که چون قصد طرفین از گنجانیدن وجه التزام در قرارداد، جرمان خسارت احتمالی احد از آنها است، هرگاه مبلغ معین شده بیش از خسارت واقعی متعهدلَه باشد، قاضی خواهد توانست میزان آن را تقلیل دهد؛ زیرا با حکم نمودن به پرداخت مبلغ خسارت، نظر متعهدلَه به جرمان ضررش تأمین خواهد گردید. بر عکس، محکوم کردن متعهد به پرداخت وجه التزام، در صورتیکه بیش از خسارت واقعی باشد، تحملی مجازاتی است بروی که مورد نظر طرفین نبوده است.

اما نظر واقعی قانونگذار فرانسه چنین نیست؛ زیرا در ماده ۱۱۵۲ همان قانون قید نموده است: «هرگاه در قرارداد مقرر شود که در صورت عدم انجام تعهد از ناحیه یکی از طرفین، مبلغی به عنوان ضرروزیان پرداخت گردد، طرف دیگر استحقاق مبلغی بیشتر یا کمتر از آنچه شرط شده نخواهد داشت». بدین ترتیب، قانونگذار در عین قبول نظریه «پوئیه» به اینکه وجه

27. Dumoulin.

28. Pothier.

29. "La peine est compensatrice des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale": traité des obligations. Paris- Orléans. 1763, I. no 342.

30. "La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale".

التزام جنبه تعیین خسارت دارد، آن قسمت از نظریه او را که قاضی حق خواهد داشت میزان وجه التزام را تقلیل دهد، مردود اعلام نموده است. بنابراین، اصل بر این است که متعهد نمی‌تواند از پرداخت مبلغ وجه التزام — به این عنوان که میزان خسارت واقعی کمتر از مبلغ معین شده است — سرباز زند و این درست همان چیزی است که در حقوق انگلیس — آنجا که وجه التزام جنبه تعیین مقطوع خسارت را دارد — صادق است.

اصل مزبور همواره مورد عمل دیوان کشور فرانسه بوده است که با وجود انتقادات شدید پاره‌ای از حقوقدانان این کشور^{۳۱} و برخلاف آنچه در بلژیک می‌گذرد^{۳۲}، از دست زدن به میزان وجه التزام خودداری کرده است.^{۳۳}

سوءاستفاده‌های زیادی که در عمل از قانون و رویه قضائی به عمل آمد^{۳۴} موجب دخالت قانونگذار و تصویب قانون نهم ژوئیه ۱۹۷۵ گردید. این قانون، با الهام از پاره‌ای نظامهای حقوقی دیگر، چون حقوق انگلیس^{۳۵}، سوئیس و ایتالیا^{۳۶}، به قاضی اجازه داد در صورتیکه وجه التزام «بوضوح اغراق آمیز» و یا «ناچیز» باشد، مبلغ آن را تعدیل نماید.^{۳۷} این راه حل در واقع دنباله و مکمل راه حلی بود که قانونگذار فرانسه قبل از تصویب قانون جدید و از همان ابتدای تدوین قانون مدنی در ماده ۱۲۳۱ پیش‌بینی کرده بود که بموجب آن، هرگاه تعهد جزئی انجام شده باشد، به

31. V. CARBONNIER: *Droit civil*, t.II, 1961, p. 543.

32. در بلژیک، با وجود شاهت قوانین آن کشور با قوانین فرانسه، رویه قضائی، بسیاری از شروط پرداخت وجه التزام را با استفاده از مفاهیم جهت نامشروع و یا مخالفت شرط با نظم عمومی، باطل اعلام نموده است. در این مورد مراجعه شود به:

WEILL et TERRÉ: *Droit civil, les obligations*, 2e éd., no 461.

33. Ibid.

34. RODIÈRE et OPPETIT: *Droit commercial, contrats commerciaux*, 8e éd., no 218.

35. وقتی که وجه التزام جنبه تعیین مقطوع خسارت دارد.

36. V. MALAURIE: note D. 1972, p. 585.

37. بند دوم از ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی مصوب ۱۹۷۵ به شرح زیر است:

“Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue. Si elle est manifestement excessive ou dérisoire...”

قاضی اختیار داده شده است مبلغ وجه التزام را تعدیل کند. لیکن از آنجا که قانونگذار برای ماده مزبور جنبه آمرانه قائل نشده بود، متعاملین مفاد آن را با قید اینکه وجه التزام قابل پرداخت است حتی اگر قرارداد جزئی انجام شده باشد، ختنی می کردند.

برای جلوگیری از اینگونه ترفندها بود که قانونگذار به ماده ۱۲۳۱ جمله ای افزود که بموجب آن هرگونه شرط مخالف مقررات آن غیرقابل ترتیب اثر اعلام گردید. بدین ترتیب، بموجب حقوق فرانسه، اصل بر معابر و غیرقابل تغییر بودن وجه التزام است، مگر اینکه مبلغ آن بوضوح اغراق آمیز و یا ناچیز باشد که در این صورت قاضی خواهد توانست مبلغ معین شده را تعدیل کند. از طرفی، هرگاه حین طرح دعوی قسمتی از تعهد اصلی انجام شده باشد قاضی خواهد توانست به نسبت اهمیت آنچه که انجام شده است، از میزان وجه التزام بکاهد. استثنای دیگری نیز بر اصل مزبور وارد است و آن اینکه هرگاه میزان خسارت واقعی در اثر تقصیر عمدى^{۳۸} و یا تقصیر سنگین^{۳۹} متعهد بمراتب از میزان وجه التزام فراتر رود، دادگاه با استناد به ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی و به این دلیل که مخالف نظم عمومی خواهد بود به کسی اجازه داده شود از خطأ و یا سوء نیت خود سود ببرد، خواهد توانست مبلغ وجه تخلف را افزایش دهد.

در صورتیکه موضوع تعهد اصلی، پرداخت وجه نقد باشد، وجه التزام باید متناسب با بهره قانونی معین شود، والا در آن قسمت که با قانون مطابقت ندارد، بلا اثر خواهد بود.

در هر حال، تعیین خسارت به صورت وجه التزام در قرارداد نتیجه اش این است که اولاً مدعی برای اثبات استحقاق خود به دریافت مبلغ تعیین شده، نیاز به اثبات ورود خسارت ناشی از عدم انجام تعهد ندارد، زیرا خسارت در شرط فرض گردیده است و اثبات وجود وجه التزام و این نکته که تعهد اصلی انجام نشده است، برای استحقاق متعهد³⁸ به مبلغ

38. dol.

39. faute lourde.

وجه التزام کافی خواهد بود و این همان چیزی است که در مورد حقوق انگلیس نیز—آنجا که وجه التزام تعیین مقطع خسارات تلقی می‌شود—صدق می‌کند. بعلاوه، متعهدله می‌تواند به جای مطالبه وجه التزام، تقاضای اجرای مقادیر قرارداد را کرده و انجام تعهد اصلی را بخواهد (ماده ۱۲۲۸). در چنین فرضی مطالبه وجه التزام مورد نخواهد داشت، مگر آنکه برای تأخیر در اجرای تعهد معین شده باشد (ماده ۱۲۲۹). بر عکس، مطالبه پرداخت وجه التزام مانع آن نخواهد بود که متعهدله، در عین حال، تقاضای فسخ قرارداد را نیز به لحاظ عدم اجرای تعهد اصلی از ناحیه متعهد، به عمل آورد.^{۴۰}

۳. حقوق آلمان

برخلاف قانونگذار فرانسه، قانونگذار آلمان از همان ابتدای تدوین قانون مدنی (B.G.B.) ، نظریه «دومولن» و «پوتیه» را مبنی بر اینکه وجه التزام قابل تغییر است، مورد قبول قرارداد. معذلک، در آلمان وجه التزام تنها جنبه تعیین خسارت ندارد، بلکه علاوه بر آن، دارای جنبه تنبیهی است و برای اجبار متعهد به انجام تعهدش بکار گرفته می‌شود (ماده ۴۲۰ قانون مدنی).^{۴۱} از طرفی، نظام حقوقی آلمان، برخلاف حقوق انگلیس، تفاوتی میان وجه التزام تنبیهی و وجه التزامی که جنبه تعیین مقطع خسارت دارد، قائل نیست: در هر دو مورد وجه التزام قابل ترتیب اثر است.

اما در حالیکه قانونگذار آلمان، در قبال وجه التزام، نرمش فراوانی از خود نشان داده است، رویه قضائی این کشور همواره کوشیده است آزادی عمل استفاده کنندگان از آن را محدود نماید.

مقررات عمده راجع به وجه التزام را باید در مواد ۳۴۰ و ۳۴۳ قانون

40. Com. 4. juil. 1972, D. 1972, 732, note Malaurie (Cité par WEILL et TERRÉ: op. cit., no 460).

۴۱. ترجمه انگلیسی موادی که در متن می‌آید بیوست کتاب زیر است:
ARTHUR T. VON MEHREN: The Civil Law System. 1957, p. 891 et seq.

مدنی جستجو نمود. ماده ۳۴۰ اجازه می دهد تا هرگاه مبلغ وجه التزام برای جبران خسارات واقعی متعهدل کافی نباشد، وی بتواند برای وصول مبلغ زائد بر مبلغ معین شده، علیه بدھکار اقامه دعوی نماید، مشروط بر اینکه برای مبلغ زائد، طبق قاعدة کلی، در اثبات ادعای خود، اقامه دلیل کند. معذلک، همانطور که در مورد حقوق فرانسه صادق است، قانون آلمان اجازه نمی دهد که متعهدل هم تقاضای پرداخت وجه التزام را بنماید و هم اجرای تعهد اصلی را بخواهد، مگر در موردی که وجه التزام برای جبران خسارت تأخیر در انجام تعهد مقرر شده باشد (ماده ۳۴۱). اما از آنجا که رویة قضائی آلمان^{۴۲}، مقررات ماده ۳۴۰ قانون مدنی را فاقد جنبه آمرانه می داند، در عمل، متعاملین می توانند مقررات مزبور را درقرارداد خود نادیده بگیرند. بدین ترتیب، هرگاه درقرارداد طرفین قید شده باشد که درصورت تخلف، متعهد مکلف به انجام اصل تعهد و پرداخت وجه التزام است، مطابق اراده طرفین عمل خواهد شد.

همانطور که مبلغ وجه التزام، درصورتیکه از میزان خسارت واقعی متعهدل کمتر باشد، قابل افزایش است، همانگونه نیز چنانچه میزان آن به نحو «بسیار نامتناسبی» بیشتر از خسارت واقعی باشد، قاضی خواهد توانست مبلغ معین شده را تقلیل دهد. قانونگذار آلمان این قاعده را که در ماده ۳۴۳ قانون مدنی این کشور آمده است، از ماده ۱۳۳۶ قانون مدنی اتریش مصوب سال ۱۸۱۱ اقتباس نموده که موافق است با طرز تفکر قضايانگلیسی در قبال وجه التزامی که تنبیه تلقی می شود. قانون مدنی سوئیس نیز— همانطور که گفتیم— همین رویه را اتخاذ نموده است (ماده ۱۳۶).

معذلک، ماده ۳۴۳ قانون مدنی آلمان فایده چندانی برای بدھکارانی که به شغل تجارت مشغول هستند ندارد؛ زیرا مندرجات آن، بوجوب ماده ۳۴۸ قانون تجارت آلمان بر عملیات تجاری قبل اعمال نیست.^{۴۳} بدین ترتیب، هرگاه دریک معامله تجاري شرطی گنجانده شده

42. RGZ 70, 441; 112, 336. (BENJAMIN: op. cit. p. 618).

43. VON MEHREN: op. cit., p. 513.

باشد که یکی از متعاملین، در صورت عدم انجام تعهداتش، می‌بایست مبلغی به طرف مقابل پرداخت نماید، قاضی حق نخواهد داشت از میزان خسارت معین شده بکاهد، مگر آنکه این تقلیل در جهت منافع طرف غیر تاجر باشد که در این وضعیت مطابق ماده ۳۴۸^{۴۴}، در صورت عدم تناسب مبلغ مندرج در شرط با میزان خسارت واقعی، مبلغ شرط تقلیل داده خواهد شد.

از مجموع مقررات فوق چنین استنباط می‌شود که در معاملات میان تجار، قانونگذار آلمان بیشتر منافع طلبکار را در نظر گرفته است تا بدھکار؛ زیرا طلبکار در هر حال چنانچه وجه التزام، کافی برای جبران خسارت واقعی وی نباشد، قادر خواهد بود با اثبات خسارت بیشتر از مبلغ معین شده، مابه التفاوت میان خسارت واقعی و مبلغ وجه التزام را دریافت دارد. بر عکس، بدھکار در صورت کمتر بودن خسارت واقعی، حق مطالبه مابه التفاوت را نخواهد داشت. به عبارت دیگر، در صورت اخیر، وجه التزام برای بدھکار مقطوع و برای طلبکار قابل تغییر است و این وضعی است که تنها در حقوق آلمان مشاهده می‌شود.

این طرفداری قانونگذار از حقوق طلبکار در عکس العمل دادگاه‌های آلمان در حمایت از بدھکاران بی تأثیر نبوده است. در واقع، از آنجا که در آلمان برخلاف فرانسه، مواد قانونی مربوط به وجه التزام جنبه آمرانه ندارند، روایة قضائی آلمان کوشیده است با استناد به مواد و اصول کلی قانونی مدنی از تأثیر غیر عادلانه بودن مقرراتی که در حمایت از متعهّله تدوین گردیده اند بکاهد. به همین خاطر است که در صورت بطلان قرارداد اصلی به وجه التزام ترتیب اثر داده نمی‌شود^{۴۵}، خواه قرارداد تجاري باشد و خواه غیر تجاري. بعلاوه، چنانچه مبلغ وجه التزام چنان سنگین معین گردد که بوضوح با اصل رعایت اخلاقی حسن^{۴۶} در تضاد باشد، دادگاه به استناد ماده ۱۳۸ قانون مدنی وجه التزام را نادیده خواهد گرفت. اصل دیگر مورد استناد دادگاه‌ها برای خنثی کردن اثر وجه التزام، اصل حُسن نیت در

44. BENJAMIN: op. cit., p. 619.

45. Die guten Sitten.

اجرای تعهدات است.^{۴۶} برای تشخیص سوءنیت، عوامل متعددی در نظر گرفته می‌شود؛ عواملی نظیر وضعیت بدھکار و اوضاع و احوالی که تحت آنها به قبول قرارداد تن داده است.^{۴۷} در پاره‌ای موارد نیز دادگاه‌ها برای باطل نمودن وجه التزام به اصل سوءاستفاده از حق، موضوع ماده ۲۲۶ قانون مدنی، متولی شده‌اند.^{۴۸}

با وجود اینهمه سختگیری از جانب دادگاه‌های آلمان در این کشور، استفاده از وجه التزام در قراردادها بسیار معمول است؛ بویژه در معاملاتی که در آنها تعیین میزان خسارت واقعی، یا اصولاً غیرممکن است و یا سخت مشکل. این استقبال معلول دو چیز است: اولاً، بنابر مستفاد از مواد ۳۳۹ و ۳۴۵ قانون مدنی آلمان – همانطور که در مورد سایر نظامهای حقوقی گفته شد – با وجود وجه التزام، بار اثبات خسارت از دوش متعهده برداشته می‌شود؛ ثانياً، از آنجا که مقررات قانون مدنی حقوق کامل متعهده را تأمین می‌کند، طلبکاران آلمانی در تحمیل وجه التزام به بدھکاران خویش در استفاده از آن به عنوان «شمیزیر داموکلس» تردید به خود راه نمی‌دهند.^{۴۹}

۴. حقوق شوروی

در نظام حقوقی شوروی، همچون نظام آلمان، وجه التزام اصولاً، هم دارای جنبه تنبیهی است و به منظور اجبار متعهد به انجام تعهداتش بکار گرفته می‌شود و هم جنبه تعیین مقطوع خسارت را دارد. این معنی از تلفیق مقررات قانون مدنی مصوب ۱۹۲۲^{۵۰} و قانون ۱۹ دسامبر ۱۹۳۳ این کشور

46. Treu und Glauben.

47. RG JW 1920, 137 (BENJAMIN: op. cit., loc. cit.)

48. RGZ 147, 233 (BENJAMIN: op. cit, 620).

49. Esser, *Les clauses pénales en droit civil et leur appréciation par les tribunaux*, Inst. Dr. Comp., Rome, 1955, III, p. 475.

۵۰. مقررات قانون مدنی مصوب ۱۹۲۲ توسط «اصول بنیادی حقوق مدنی اتحاد جماهیر شوروی» مصوب ۸ دسامبر ۱۹۶۱ تغییر داده نشده است. بمنظور مطالعه متن انگلیسی ماده ۱۳۶ اصول بنیادی مورد اشاره – که جنبه‌های کلی مسئولیت ناشی از عدم انجام تعهد را در

ناظر به وجه التزام استنباط می‌گردد.

طبق ماده ۱۴۱ قانون مدنی، وجه التزام عبارت از شرطی است که بموجب آن یکی از طرفین متعهد می‌شود «در صورت عدم انجام تعهد و یا تأخیر در انجام آن، مبلغ وجه نقد به ملکیت طرف مقابل درآورد». در چنین صورتی، «متعهده‌له محق خواهد بود به انتخاب خود، خسارات ناشی از عدم انجام تعهد یا مبلغ وجه التزام را دریافت نماید و هرگاه مبلغ معین شده برای جبران خسارت تأخیر در انجام تعهد و یا انجام ناقص تعهد باشد، متعهده‌له خواهد توانست صرف نظر از اجرای تعهد اصلی، یا وجه التزام را درخواست کند و یا خسارت واقعی را مطالبه نماید». طبق تبصره اول همین ماده «در صورت توافق طرفین بموجب قرارداد و یا در صورت دستور قانون، متعهده‌له می‌تواند، هم درخواست پرداخت وجه التزام را بکند و هم خسارت واقعی را مطالبه نماید».

چنانکه ملاحظه می‌شود، قانونگذار شوروی، همچون قانونگذار آلمان، به طلبکار امکان داده است در صورت عدم کفایت مبلغ وجه التزام برای جبران خسارت واقعی، مابه التفاوت خسارت خود را پس از اثبات، دریافت دارد. بعلاوه، طلبکار می‌تواند در موردی که وجه التزام بمنظور جلوگیری از تأخیر در انجام تعهدات مقرر شده است، هم انجام تعهد اصلی را تقاضا کند و هم وجه التزام را بخواهد، حتی اگر قرارداد قیدی در این جهت نداشته باشد.

در مقابل، ماده ۱۴۲ قانون مدنی به دادگاه اجازه می‌دهد که «در موردی که وجه التزام «به نحو غیرمتناسبی» بیش از میزان خسارت واقعی طلبکار است، مبلغ معین شده را بنایه تقاضای بدھکار تقلیل دهد».

→
بردارد— به مأخذ زیر مراجعه شود:

HAZARD, SHAPIRO, MAGGS: The Soviet Legal System. New York, 1969, p. 447.

— در خصوص نقش اصول بنیادی مزبور در سیستم قانونگذاری اتحاد شوروی و اهمیت آنها نسبت به قوانین مدنی جمهوریهای مختلف این کشور، مراجعة شود به شماره ۱۸۶ کتاب «نظمهای بزرگ حقوق معاصر» که قبل از آن اشاره شد.

تشخيص نامتناسب بودن مبلغ وجه التزام با میزان خسارت واقعی — مانند سایر نظامهای حقوقی — با قاضی است. ولی قانونگذار ملکهای برای تقلیل وجه تخلف در همان ماده ۱۴۱ معین کرده است. در تقلیل مبلغ وجه التزام «دادگاه باید به عوامل زیر توجه داشته باشد: ۱. اجرای تعهد در چه مرحله‌ای است؟ ۲. طرفین در چه وضعیت مادی قرار دارند؟ ۳. منافع قابل ملاحظه متعهد منجمله منافع مادی وی کدام است؟».

از ماده اخیر چنین استنباط می‌شود که با احراز شرایط بالا، قاضی می‌تواند در هر مورد مبلغ وجه التزام را کاهش دهد؛ خواه وجه التزام بمنظور جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد باشد و خواه به منظور جلوگیری از تأخیر در انجام آن. معلمک، این بدان معنی نیست که قاضی بتواند در موقعی که اصولاً خسارتی متوجه طلبکار نگردیده است، با استناد به ماده اخیر، متعهد را کلّاً از پرداخت وجه التزام مندرج در قرارداد معاف نماید.^{۵۱} در اینجا نیز همچون سایر نظامهای حقوقی، وجود خسارت — قلیل هم که باشد — مفروض است و به همین خاطر تقلیل مبلغ وجه التزام، مجاز ولی حذف کامل آن ممکن نیست.

قانون نوزدهم دسامبر ۱۹۳۳، که به آن اشاره کردیم — تغییرات

چندی در قانون مدنی شوروی ایجاد نموده است:

اولاً، گنجاندن وجه التزام در تمام قراردادهای نمونه مورد استفاده در روابط میان واحدهای مختلف تجاری و اقتصادی دولتی الزامی گردید. منظور از الزامی کردن وجه التزام، اجبار بدھکاران اینگونه قراردادها به انجام دقیق و بموضع تعهدات تجاری و اقتصادیشان بود که برای بهبود سازماندهی اقتصادی جامعه شوروی و انجام دقیق برنامه‌های پنجمساله — که از سال ۱۹۲۹ به بعد در شوروی طرح و اجرا گردید — ضروری تشخيص داده شده بود.^{۵۲}

ثانیاً، برخلاف مقررات ماده ۱۴۱ قانون مدنی — که بموجب آن

51. R.S.F.S.R. Supreme Court, Civil Appellate Division, 1926 (BENJAMIN: op. cit., p. 622).
52. GRABÉ: Contractual penal clauses in Soviet Law, Moscow, 1950.

متعهّدّله نمی‌تواند، جز در صورت وجود قرارداد، علاوه بر اجرای تعهدّ اصلی، وجه التزام و خسارت واقعی را با هم مطالبه نماید و تنها می‌تواند با وجه التزام یا خسارت واقعی را با تعهدّ اصلی بخواهد— مطابق قانون نوزدهم دسامبر ۱۹۳۳ این امر امکان‌پذیر است. بدین ترتیب، طلبکاری که متوجه می‌شود که وجه التزام برای جبران خسارت واقعیش کافی نبوده است، می‌تواند متعاقباً مابه التفاوت خسارت واقعی و وجه التزام را— به شرط اثبات وجود خسارت بیشتر— درخواست نماید، حتی اگر این تقاضای خود را همراه با مطالبه تعهدّ اصلی مطرح کرده باشد.

بالاخره، قانون ۱۹۳۳ اجازه می‌دهد که بدون توجه به هدف وجه التزام (جبران خسارت عدم انجام تعهدّ یا جلوگیری از تأخیر در انجام تعهدّ)، متعهّدّله بتواند، هم اصل تعهدّ و هم وجه التزام یا خسارات واقعی را مطالبه نماید.

بدین ترتیب، قانون شوروی— همانطور که در مورد قانون آلمان گفته شد— در تنظیم مقررات مربوط به وجه التزام، بیشتر جانب طلبکار را گرفته است تا بدهکار؛ زیرا طلبکار امکان خواهد داشت که در صورت تخلف بدهکار، به انتخاب خود، یا وجه التزام را مطالبه کند یا خسارت واقعی را بخواهد و در صورتیکه وجه التزام در چهار چوب قراردادهای نمونه و در روابط میان واحدهای تجاری و اقتصادی دولتی مقرر شده باشد، متعهّدّله می‌تواند علاوه بر اجرای تعهدّ اصلی، مبلغ وجه التزام یا خسارت واقعی خود را به انتخاب، مطالبه نماید. در مقابل، متعهّد در شرایط بسیار سنگین، خواهد توانست تقاضای تعديل مبلغ وجه التزام را به نفع خود مطرح کند، بدون اینکه، به هر حال، بتواند حذف آن را به سبب فقدان کامل خسارت واقعی درخواست نماید. این نکته بخوبی می‌رساند که در عین اینکه وجه التزام در حقوق شوروی جنبه تعیین مقطع خسارت را داشته و بمنظور معاف کردن متعهّدّله از اثبات خسارت واقعی ایجاد شده است، بیشتر برای تضمین اجرای تعهدّات و اجراء متعهّد به عملِ دقیق به آنها پیش‌بینی می‌گردد.



وجه التزام در حقوق ایران

برای مطالعه وجه التزام در حقوق ایران، بوضوح باید میان موردی که موضوع تعهد اصلی مبلغی وجه نقد است با موردی که بدهکار مکلف به انجام تعهدی غیرنقدی است تفاوت قائل گردید. تردیدهایی که در مورد وجه التزام در معاملات نوع اول، پس از انقلاب اسلامی پیش آمد، این تفکیک را ایجاب می‌کند.

الف. وجه التزام در مورد وجه نقد

در ایران تا قبل از انقلاب اسلامی متعاملین می‌توانستند همانطور که در مورد وجه نقد معمول بود، در موردی نیز که موضوع تعهد اصلی پرداخت و یا استرداد مبلغی وجه نقد بود، توافق کنند که در صورت تأخیر در پرداخت، مديون مبلغی به عنوان وجه التزام به دائنه پرداخت نماید. مذلک، وجه التزام مزبور نمی‌توانست از بهره قانونی تجاوز نماید و هرگاه وجه التزام مقرر، از بهره قانونی تجاوز نمود، دادگاه رسیدگی کننده و یا مأمور ثبت مکلف بود میزان وجه التزام را تا میزان بهره مزبور تنزل دهد.^{۵۳} بر عکس، چنانچه وجه التزام میان طرفین کمتر از نرخ بهره قانونی مقتدر می‌شد، متعهده فقط محقق در مطالبه وجه التزام بود و نه بیشتر.^{۵۴}

در حال حاضر، با توجه به اصل چهل و نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، معاملات ربوی به هر شکل ممنوع است و تردید نیست که تعیین هرگونه وجهی به عنوان خسارت ناشی از تأخیر در انجام تعهدی که

.۵۳. ماده ۳۵ سابق قانون ثبت و ماده ۷۱۹ سابق قانون آئین دادرسی مدنی.

.۵۴. ماده ۳۴ سابق قانون ثبت و ماده ۷۱۹ سابق قانون آئین دادرسی مدنی.

موضوعش وجه نقد است، غیر مجاز خواهد بود.^{۵۵} پاره‌ای قوانین خاص گذشته نیز که صراحتاً اخذ خسارت تأخیر تأديه را مجاز دانسته بودند، پس از تصویب قانون اساسی، در آن قسمت که مطالبه خسارت تأخیر تأديه را مجاز دانسته بودند غیر قابل اجرا اعلام گردیدند.^{۵۶} شورای نگهبان نیز دریافت خسارت تأخیر تأديه موضوع مواد ۷۱۹ و ۷۲۱ قانون آئین دادرسی مدنی را مقایر با موازین شرعی شناخته است.^{۵۷}

با وجود این به نظر نمی‌رسد در صورتیکه طرفین مبلغی را به عنوان وجه التزام معین نمایند تا متعهد بموقع به تعهد خود عمل نماید، بتوان چنین شرطی را مردود دانست. این نکته از اظهارنظری که شورای نگهبان در پاسخ سؤال بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران نموده است نمایان می‌باشد. سؤال بانک مرکزی بطور خلاصه این است که آیا بانک می‌تواند شرط زیر را در قراردادهای سیستم بانکی با مشتریان خود بگنجاند یا خیر؟ متن شرط چنین است:

«در صورت عدم تسویه کامل بدهی ناشی از قرارداد تا سررسید مقرر، به علت تأخیر در تأدية بدهی ناشی از این قرارداد از تاریخ سررسید تا تاریخ تسویه کامل بدهی، مبلغی به ذاته امضا کننده این قرارداد تعلق خواهد گرفت. از این رونامه و یا اعتبار گیرنده، با امضای این قرارداد، ملزم و متعهد می‌شود تا زمان تسویه کامل بدهی ناشی از این قرارداد، علاوه بر بدهی تأدية نشده، مبلغی معادل ۱۲ درصد مانده بدهی برای هر سال نسبت به بدهی مذکور بر حسب قرارداد به بانک پرداخت نماید. به همین منظور رونامه و یا اعتبار گیرنده، ضمن امضای این قرارداد

۵۵. برای مثال مراجعت شود به رأی مورخ ۷/۴/۱۳۶۰ شعبه دوم دادگاه عمومی قزوین در پرونده کلاسه ۶۰-۲۳۱ که در رأی شماره ۶-۲/۲۷-۱۳۶۱ دیوان کشور مندرج در شماره ۴۶۱ ضمیمه روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، صفحه ۲۴۱، به آن اشاره شده است.

۵۶. برای مثال مراجعت شود به ماده واحده قانون منع دریافت خسارات و جرائم و بهره مندرج در قانون تأمین اجتماعی مصوب ۶۱/۴/۶۱ مجلس شورای اسلامی، مندرج در روزنامه رسمی شماره ۱۰۹۰۷-۱۶/۵/۶۱.

۵۷. روزنامه رسمی شماره ۱۱۳۱۶-۱۱/۱۰/۱۳۶۲.

بطور غیرقابل برگشت به بانک اختیار داد که از تاریخ سررسید تا تاریخ تسویه کامل بدھی، معادل مبلغ مورد قرارداد از حسابهای وام و یا اعتبار گیرنده برداشت و یا به همان میزان از سایر دارائیهای آن تمک نماید. اخذ مبلغ مقررة موضوع این ماده مانع تعقیب عملیات اجرائی برای وصول مطالبات بانک نخواهد شد».

به سؤال مذبور، شورای نگهبان در تاریخ ۱۲/۱۱/۶۱ چنین پاسخ داده است که متن عنوان شده «با اصلاح عبارت «تسویه کامل بدھی» به عبارت «تسویه کامل اصل بدھی» اشکالی ندارد و مغایر با موازین شرعی نمی باشد». ۵۸

از پرسش و پاسخ بالا چنین استنباط می گردد که شرط مورد عمل بانک در عین اینکه جنبه تعیین مقطوع خسارت را دارد^{۵۹} بیشتر دارای خصلت تنبیه‌ی است و برای الزام متعدد به انجام بموضع تعهدش و نتیجتاً تضمین اجرای تعهد اصلی مقرر می شود؛ چیزی که برای اجرای برنامه های اعتباری توسط بانکها بسیار ضروری است.

بدین ترتیب، در مورد بانکها مسلم است که تعیین مبلغی به عنوان وجه التزام به منظور جلوگیری از تأخیر در انجام تعهد مجاز است، مشروط بر اینکه مبلغ معین شده در هر حال از ۱۲ درصد طلب اصلی در سال تجاوز ننماید. اما آیا می توان نظر مذبور را به اشخاص دیگر بغير از بانکها تعمیم داد؟ به نظر ما جواز تعیین «خسارت تأخیر تأديه» به صورت وجه التزام — با توجه به اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی — به بانکها محدود نمی شود و در مورد اشخاص دیگر نیز صادق است، زیرا بانکها خصوصیتی ندارند که قاعدة بالا صرفاً در مورد آنها قابل اعمال باشد؛ ولی این نکته که در مورد اشخاص غیر بانک نیز مبلغ وجه التزام نباید بیش از ۱۲ درصد اصل طلب در سال باشد،

۵۸. روزنامه رسمی، شماره ۱۱۳۰۱ – ۱۳۶۲/۹/۲۲.

۵۹. اگرچه در شرط مندرج در متن قیدی از خسارت نشده است، ولی واضح است که با تعیین اینکه میزان مبلغی که بابت دیر پرداخت طلب باید تأدیه شود معادل ۱۲ درصد طلب در سال خواهد بود، تنظیم کنندگان شرط قصد داشته اند خسارت حاصله از عدم پرداخت بموضع را از پیش تعیین نمایند.

محل تردید است و مفتنم خواهد بود که شورای نگهبان در این خصوص نیز نظر خویش را اعلام نماید.

ب. وجه التزام در مورد غیر وجه نقد

در مورد تعهداتی که موضوع آنها غیر وجه نقد است، تردیدهایی که در بالا به آن اشاره نمودیم، وجود ندارد. در واقع، از نظر غالب فقهاء اسلامی گنجاندن وجه التزام در قرارداد، منع شرعی ندارد. جوابهای زیر که پاسخ سؤالاتی است که از سید محمد کاظم طباطبائی شده است، دلیل درست بودن وجه التزام می‌باشد^{۶۴}:

سؤال:

«ضمن عقد لازم، شرط می‌کند که هرگاه مستحق للغير برآید مبیعی که در عقد به او منتقل نموده، الى پنجاه سال، پنجاه تومان مثلاً مشغول الذمه باشد از برای مشتری و مجاناً به او بدهد. آیا با ظهور استحقاق غیر... مشروط علیه مشغول الذمه می‌شود یا خیر؟».

جواب:

«بلی، ظاهر، صحت شرط مذکور است».

سؤال دیگر:

«زید خانه با ملک دیگر خود را منتقل می‌نماید به عمر و به یکصد تومان... و بعد در ضمن عقد لازم علیحده ملتزم می‌شود به اینکه یکصد تومان... دادنی باشد به عمر و در صورت کشف فساد. غرض از این سوال این است که... در ضمن عقد لازم دیگر، عمر و شرط می‌نماید بر زید که حق داشته باشد در مدت پنجاه سال، در صورت کشف فساد، وجه التزامی...».

جواب:

«شرط مذکور مانع ندارد».

۶۰. سوال و جواب سید محمد کاظم طباطبائی، ص ۱۴۶. در مخالفت با نظر بالا به کتابهای «جامع الشتات»، ص ۲۸۳ و «شعائر الاسلام»، ص ۲۸۱ مراجعه شود.

از نظر حقوق موضوعه ایران نیز درج وجه التزام در قراردادها بلاشکال بوده و هست. اظهارنظرهای شورای عالی قضائی مورخ ۶۲/۷/۲۶ و ۶۲/۸/۱۱ جای هیچگونه تردیدی در این خصوص باقی نمی‌گذارد.^{۶۱}

مادةً اساسی در خصوص وجه التزام، مادةً ۲۳۰ قانون مدنی ایران است که نزدیک به مادةً ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه است:

«اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتریا کمتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند».

مواد دیگری نیز در این رابطه در قانون تجارت پیش‌بینی گردیده است. مادةً ۳۸۶ قانون اخیر، چنین مقرر می‌دارد:

«اگر مال التجاره تلف یا گم شود متصدی حمل و نقل مسئول قیمت آن خواهد بود... قرارداد طرفین می‌تواند برای میزان خسارت مبلغی کمتر یا زیادتر از قیمت کامل مال التجاره معین نماید».

در مادةً ۳۸۷ همان قانون متصدی حمل و نقل در حدود مادةً ۳۸۶ مسئول خسارات ناشی از تأخیر تسلیم یا نقص یا خسارات بحری (آواری) مال التجاره معزفی شده است که «نمی‌تواند از خساراتی که ممکن بود در صورت تلف شدن تمام مال التجاره حکم به آن شود تجاوز نماید، مگر اینکه قرارداد طرفین خلاف این ترتیب را مقرر داشته باشد».

بدین ترتیب، قانون‌گذار ایران وجه التزام را تعیین مقطوع خسارت می‌داند، همانطور که نظریه «پوتیه» و «دومون» بود و نیز در فرانسه امروز معمول است. نتیجه این خصیصة وجه التزام در حقوق ایران این است که مبلغ آن قابل تغییر نیست؛ بدین معنی که اولاً، قاضی نمی‌تواند مبلغ معین شده را تقلیل دهد، حتی اگر وجه التزام چندین برابر خسارت واقعی و یا چندین برابر اصل تعهد باشد^{۶۲}؛ ثانياً، با وجود وجه التزام، تعیین خسارت

.۶۱. پاسخ و سوالات از کمیسیون استفتایات شورای عالی قضائی، ۱۳۶۲، ج اول، ص ۱۶ و ۱۸.

.۶۲. دکتر امامی، حقوق مدنی، ج اول، ص ۲۴۷.

دیگری ممکن نیست و قاضی نخواهد توانست متعهد را به پرداخت مبلغی غیر از مبلغ تخلف محکوم نماید، زیرا این خلاف اراده طرفین نخواهد بود که از درج وجه التزام هدفی جز تعیین مقطوع خسارات ناشی از نقض قرارداد نداشته‌اند؛ ثالثاً، همانطور که در خصوص نظامهای دیگر حقوقی بیان شد، استحقاق متعهدلَه به دریافت وجه التزام موكول به اثبات خسارت واقعی نیست، بلکه کافی است عدم انجام تعهد اصلی توسط متعهد در زمان معین در قرارداد ثابت شده و معلوم گردد که عدم انجام تعهد ناشی از خطای خود متعهدلَه و یا ناشی از قوّة قاهره یا فورس ماژور نبوده و به هر حال تقصیری متوجه متعهد نیست.

ولی آیا متعهدلَه می‌تواند هم مطالبه وجه التزام را بکند و هم عمل به شرط را بخواهد؟ ظاهر ماده ۲۳۰ قانون مدنی دلالت بر عدم استحقاق متعهدلَه می‌کند. غیرقابل تغییر بودن وجه التزام این معنی را در خود مستتر دارد که قاضی نمی‌تواند متعهد را به پرداخت وجه التزام و عمل به اصل تعهد محکوم نماید، مگر در صورتیکه طرفین صراحتاً خلاف آن را در قرارداد خویش قید کرده باشند— مثل موردی که وجه التزام برای تأخیر در اجرای تعهد باشد— که در این صورت با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی وعدم نص صریح مخالف در خصوص موضوع، متعهدلَه می‌تواند اجرای تعهد اصلی و پرداخت وجه التزام را یکجا مطالبه نماید.

بدیهی است— همانطور که در مورد نظامهای حقوقی دیگر صادق است— وجه التزام در صورتی قابل وصول است که هم قرارداد اصلی دارای شرایط عمومی صحّت معاملات باشد و هم خود شرط پرداخت وجه التزام. بر عکس، بطلان وجه التزام موجب بطلان قرارداد اصلی نخواهد بود.

چنانکه ملاحظه می‌شود، در حقوق ایران، گنجاندن وجه التزام در قرارداد همواره در جهت منفعت طلبکار نخواهد بود، زیرا شرط همواره برای تأمین حقوق وی تنظیم می‌گردد. عدم امکان تغییر میزان وجه تخلف بی‌شک راه را برای سوءاستفاده باقی نخواهد گذاشت. مثلاً فروشندهٔ عمدّه‌ای با خریداران تاجر خود ضمن قراردادی قید می‌کند که خریداران

مزبور حق ندارند کالاهای مورد نیاز خود را جز از خود وی خریداری نمایند، والا بابت نقض قرارداد باید فلان مبلغ را به عنوان وجه التزام بپردازند. شرط مزبور، با توجه به حقوق موضوعه امروز ما قابل ترتیب اثر است. تالی فاسد این شرط نیاز به توضیح ندارد؛ معذلک در آثار سوء آن می‌توان گفت وجود چنین شرطی تحمیل اراده فروشنده به خریداران را تسهیل می‌کند، مضافاً به اینکه اثر تورم زائی آن از لحاظ اقتصادی، به دلیل از بین رفتن قدرت رقابت فروشندگان همان کالا در بازار غیرقابل انکار است.

به نظر می‌رسد که وقت آن باشد – همانطور که در مورد سایر نظامهای حقوقی صادق است – قانونگذار ما نیز ماده ۲۳۰ قانون مدنی را به نحوی تنظیم نماید که با شرایط اقتصادی زمان موجود مطابقت داشته باشد. قاضی باید اجازه باید تحت شرایطی، از جمله اغراق آمیز بودن وجه التزام با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد، میزان آن را تعديل نماید. قاعدة لا ضرر در اسلام و حمایت ضعیف در مقابل قوی، این تغییر قانون را ایجاب می‌نماید. همین اصول نیز ایجاب می‌کنند که به مقررات ماده ۲۳۰ به نحوی که تغییر داده خواهد شد، جنبه نظم عمومی داده شود تا طرفین – و در واقع طلبکار – نتوانند با قید حذف آن در قرارداد، اقدام قانونگذار را بی اثر سازند.

نتیجه بخش اول

در اینجا مطالعه و بررسی تطبیقی سیستمهای حقوقی داخلی را در خصوص وجه التزام به پایان می‌بریم. ولی قبل از آنکه بخش دوم این گفتار را آغاز کنیم به نظر می‌رسد لازم باشد به صورت خلاصه و به عنوان نتیجه گیری، به وضعیت حقوقی وجه التزام در سیستمهای مورد مطالعه نظری بیفکنیم. به همین منظور، ابتدا جنبه‌های ماهوی وجه التزام را از نظر می‌گذرانیم و سپس در جنبه‌های شکلی آن صحبت خواهیم نمود.

• از نقطه نظر ماهوی:

در نگاه اول چنین به نظر می‌رسد که در تمامی سیستمهای حقوقی داخلی این اصل مورد قبول است که وجه التزام، یک مبلغ قطعی است. به عبارت دیگر، پس از انعقاد قرارداد، قاضی اصولاً حق خواهد داشت به تقاضای احد از طرفین در مبلغ ابتدائی معین شده به عنوان خسارت، تغییر ایجاد نماید.

ولی این تنها ظاهر امر است، زیرا—جز در مورد حقوق ایران که در آن هنوز هم قاضی از دست زدن به میزان وجه التزام منع می‌شود، و جز در مورد حقوق انگلیس که در آن وجه التزامی که جنبه تعیین مقطع خسارت را دارد غیرقابل تعديل تلقی می‌شود—در بقیة سیستمهایی که مطالعه نمودیم اصل قطعی بودن وجه التزام فاقد جنبه مطلق است.

در واقع در سیستمهای حقوقی اخیر کوشش شده است تا میان اصل آزادی اشخاص در تنظیم قرارداد و فشاری که وجه التزام ممکن است بر روی متعهد وارد آورد تعادل برقرار کنند و امنیت و سلامت مبادلات اقتصادی درون جامعه را تأمین و تضمین نمایند.

این است که در اغلب سیستمهای حقوقی موجود اصل بر غیرقابل تغییر بودن میزان وجه التزام است؛ ولی قاضی می‌تواند تحت شرایطی میزان معین شده را تعديل نماید؛ فرقی نمی‌کند که وجه التزام جنبه تنبیهی داشته و برای اجبار متعهد به انجام تعهدش مقرر شده باشد و یا جنبه تعیین مقطع خسارت.

اما در مورد این نکته که تحت چه شرایطی قاضی محقق خواهد بود وجه التزام را تغییر دهد، در سیستمهای داخلی تشابه کامل مشاهده نمی‌شود. در حقوق فرانسه—چنانکه گفته شد—تعديل وجه التزام موكول به این است که میزان خسارت تعیین شده «(بوضوح جنبه اغراق آمیز» داشته و یا «ناچیز» باشد؛ فرقی نمی‌کند که معامله تجاری است یا غیر تجاری. در حقوق آلمان، شرط تغییر پذیری وجه التزام، «بسیار نامتناسب» بودن آن

است و از این حیث به حقوق فرانسه نزدیک است. ولی از آنجا که سیستم حقوقی آلمان میان بدھکار تاجر و غیر تاجر فرق قائل است – یعنی وجه التزام را در مورد بدھکار تاجر مقطوع و در مورد غیر تاجر قابل تغییر می داند – از سیستم حقوقی فرانسه جدا می شود. همچنین است در مورد حقوق شوروی که در آن هرگاه وجه التزام «به نحو غیر مناسبی» به نسبت خسارت واقعی تعیین شده باشد، قابل تعلیق است؛ طلبکار نیز می تواند تحت شرایطی، در صورت اثبات خسارت بیشتر از مبلغ وجه التزام، مابه التفاوت میان مبلغ وجه التزام و خسارت واقعی را مطالبه نماید.

• از نقطه نظر شکلی:

از این نظر به تنها چیزی که می توان اشاره کرد و در همه سیستمهای حقوقی جهان یکسان است، مسئله بار دلیل اثبات و ورود خسارت واقعی به متعهدّله است که با گنجاندن مبلغی معین در قرارداد به عنوان وجه التزام، از دوش او برداشته شده و او از اثبات این امر که آیا واقعاً متحمل خسارتی شده است یا خیر، معاف می گردد. در واقع، جز در مورد حقوق انگلیس – آنجا که وجه التزام را جرمیه تلقی کرده و با بلا اثر نمودن وجه التزام، متعهدّله را مکلف به اثبات ورود خسارت واقعی به خود می کند – متعهدّله برای وصول وجه التزام مقرر، نیازی به اثبات خسارت واقعی ندارد؛ زیرا ورود خسارت واقعی به متعهدّله، در اینجا مفروض است و قاضی حق نخواهد داشت صحت و سقم ادعای متعهد مبنی بر عدم ورود خسارت واقعی به متعهدّله را جستجو نماید، مضافاً به اینکه در هیچ سیستمی، به صرف اینکه هیچگونه خسارتی به متعهدّله وارد نشده است، متعهد از پرداخت مبلغ وجه التزام معاف نمی گردد.

بخش دوم:

وجه التزام و حقوق بین الملل خصوصی

۱. طرح مسئله

پیش‌بینی وجه التزام در قراردادهای تجاری بین المللی معمولاً به دو منظور صورت می‌گیرد.^{۶۳} گاه وجه التزام برای جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد است، اعم از تعهد پولی و غیرپولی؛ در این صورت وجه التزام به شکل مبلغی معین و یا درصدی از بهای کالا و یا خدمت موضوع معامله قید می‌شود. گاه وجه التزام بمنظور جبران خسارت ناشی از عدم تطبیق آنچه متعهد انجام داده با آنچه بموجب قرارداد به عهده او است (یا به عبارت دیگر برای جبران خسارت ناشی از عیوب و نقص فتی مورد معامله) پیش‌بینی می‌گردد. در صورت اخیر وجه التزام به شکل درصدی از بهای قرارداد معین می‌شود و میزان آن بر حسب نوع و اهمیت نقص تفاوت خواهد کرد. تعیین میزان وجه التزام، در صورت تخلف، در هر حال با استفاده از فرمولهای ریاضی خاصی که در قرارداد پیش‌بینی می‌شود، چنان صورت می‌پذیرد که — ضمن اینکه جبران خسارت عادلانه‌ای برای متعهد لاممکان پذیر باشد — مبلغ مورد پرداخت به عنوان خسارت از سقف معینی تجاوز ننماید؛ هرچند خسارتی بیشتر از میزان وجه التزام پیش‌بینی شده، متوجه متعهد لاممکن شده باشد.

درج وجه التزام در قراردادهای بین المللی^{۶۴}، به دلیل خصیصه

63. DUBISSOM: La négociation des marchés internationaux, ECONOMICA: 1982, p. 202 et s.

۶۴. وجه التزام در انواع مختلف قراردادهای تجاری پیش‌بینی می‌شود: قراردادهایی چون بيع کالا، تولید و ساخت کارخانه و ماشین آلات، قراردادهای سرویس و نگهداری و امثال آن.

برون مرزی این نوع قراردادها، سؤالاتی را مطرح می‌کند که در قراردادهای داخلی عنوان نمی‌شود. اشکال اساسی در این است که در شرایط فعلی هیچگونه نظام حقوقی بین‌المللی که حاکم بر تأسیس حقوقی مورد بحث باشد، وجود ندارد. کنوانسیونهای بین‌المللی، نظیر کنوانسیون لاهه مورخ اول ژوئیه ۱۹۶۴ تحت عنوان «قانون متحده‌الشكل راجع به بيع بین‌المللی اشیاء منقول مادّی»^{۶۵}، و نیز «کنوانسیون وین مورخ ۱۱ آوریل ۱۹۸۰ راجع به قراردادهای بيع بین‌المللی کالاهای منقول»^{۶۶} که موضوعشان ایجاد وحدت میان قوانین داخلی کشورها در خصوص معاملات بین‌المللی است، در این باره سخنی به میان نیاورده‌اند. سایر ابزارهای حقوقی بین‌المللی همچون «شرایط عمومی بيع»^{۶۷} و یا «قراردادهای نمونه»^{۶۸} که توسط سازمانهای خصوصی و دولتی منطقه‌ای یا بین‌المللی، نظیر کمیسیون اقتصادی اروپا وابسته به سازمان ملل متحد، تنظیم یافته و مورد عمل بازرگانان بین‌المللی است، جز دریک مورد استثنائی^{۶۹} به مسئله توجهی ننموده‌اند.

نتیجه وضع مذبور این است که تنها منبع حقوقی حل اختلاف میان طرفین قراردادی که در آن پیش‌بینی پرداخت مبلغی به عنوان وجه التزام شده است، نظامهای حقوقی داخلی کشورها است.

اگر نظامهای حقوقی داخلی موجود برای سؤالاتی که وجه التزام مطرح می‌کند پاسخهای مشابهی ارائه می‌دادند، وجه التزام در قراردادهای

65. Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers. corporels.

66. Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises.

67. Conditions générales de vente = General conditions of sale.

68. Contrats. type = Standard contracts.

۶۹. تنها مجموعه حقوقی منطقه‌ای که منضمن موادی راجع به پرداخت وجه التزام می‌باشد، مجموعه موسوم به «شرایط عمومی تحويل» مورخ ۱۹۵۳ تنظیمی و مورد عمل کشورهای اروپای شرقی عضو شورای تعاون اقتصادی متقابل است که حوزه عملش محدود می‌باشد به معاهدات میان کشورهای مذبور. در این خصوص به مرجع زیر مراجعه شود:

BERMAN: "Unification of contract clauses in trade between member countries of the CMBA" (1958). Int. Comp. L. Q., 659.

بین المللی، نظیر همتایش در قراردادهای داخلی، مشکلی ایجاد نمی‌نمود. اما – همانطور که در بخش اول این گفتار مشاهده کردیم – در راه حل‌های پیشنهادی نظامهای حقوقی داخلی در خصوص موضوع، تشابه قابل ملاحظه‌ای وجود ندارد. این است که هرگاه در مورد وجه التزام اختلافی میان طرفین در یک قرارداد بین المللی پیدا شود، قاضی یا داور رسیدگی کننده مجبور خواهد بود با مراجعت به قواعد حقوق بین الملل خصوصی و به معنی دقیق‌تر کلمه، قواعد تعارض قوانین، به یک جستجوی دو مرحله‌ای مبادرت ورزد تا ابتدا نظام حقوقی داخلی حاکم بر وجه التزام را پیدا کند و سپس براساس حقوق معین شده، در خصوص اختلاف فیما بین اظهارنظر نماید.

پاره‌ای جنبه‌های وجه التزام برای قاضی یا داوری که بهمسئله رسیدگی می‌کند ایجاد اشکال نمی‌نماید. مثلاً این نکته که در مطالبه وجه التزام معینه متعهد^۱ له ناچار به اثبات ورود خسارت واقعی به خود نیست، امری است که نظامهای حقوقی مختلف با آن یکسان برخورد می‌کنند و تعارضی میان آنها نیست. در واقع، هر چند که به هر حال قاضی یا داور مکلف است در اظهارنظر خود، به قانون داخلی کشوری که وجه التزام تابع آن است اشاره کند، ولی نتیجه‌ای که برای او حاصل خواهد شد یکسان است؛ یعنی قانون حاکم هرچه باشد وجود وجه التزام، طلبکار را از اثبات خسارت وجود رابطه علیت میان خسارت وارد و نقض قرارداد توسط متعهد^۱ له معاف می‌دارد.

اما تشابه نظامهای حقوقی مختلف در خصوص سایر جنبه‌های وجه التزام، بسیار ناچیز است؛ بویژه در مورد مقطوع بودن مبلغ آن که – همانطور که دیدیم – در پاره‌ای نظامها چون نظام حقوقی ایران، غیرقابل تعديل است و حال آنکه در دیگر سیستمها از ناحیه قاضی، تحت شرایطی قابل تجدید نظر می‌باشد.

پس این نکته که کدام قانون داخلی حاکم بر سرنوشت وجه التزامی است که در قرارداد معین شده، اهمیت ویژه‌ای خواهد داشت،

و موضوع این گفتار نیز در این قسمت، بررسی این نکته است که مطابق سیستم تعارض قوانین، کدام قانون داخلی حاکم بوجه التزام و صحت آن خواهد بود: قانون قرارداد^{۷۰}، قانون محل وقوع عقد^{۷۱} یا قانون شخصی متعاملین^{۷۲}؟

۲. وجه التزام و سیستم تعارض قوانین

از جهت صحت وجه التزام، نمی‌توان قانون ملی واحدی را صالح به پاسخگوئی دانست و — همانطور که خواهیم دید — ممکن است وجه التزام معین شده تابع قوانین داخلی متعدد باشد. این نکته که تأثیر وجه التزام بستگی به صحت و اعتبار قرارداد اصلی دارد نیز کار را مشکل ترمی کند؛ زیرا، برای اعلام صحت وجه التزام، قاضی مکلف است ابتدا به بررسی تعهد اصلی متعهد پردازد که خود ضرورت جستجوی قانون حاکم بر تعهد اخیر را ایجاد می‌نماید. این نکته مورد بحث گفتار ما نیست و از آن می‌گذریم؛ ولی درخصوص خود وجه التزام، با فرض احراز صحت تعهد اصلی، قانون واحدی صاحب نقش نیست.

واقعیت این است که تأثیر وجه التزام — چون هر تعهد دیگری — بستگی به این امر دارد که در آن شرایط صحت معاملات رعایت شده باشد.

70. Lex contractus.

71. Lex loci actus.

72. منظور از قانون شخصی قانونی است که دارای جنبه دائمی بوده و شخص را در هر کجا که باشد دنبال می‌کند. در کشورهای فرانسه، بلژیک، ایتالیا، اسپانیا، آلمان و هلند قانون شخصی افراد، قانون ملی آنان است. در انگلستان و کشورهای آنگلوساکسون قانون اقامتگاه *lex domicilii* قانون شخصی اشخاص محسوب می‌شود. منظور از اقامتگاه در واقع محلی است که از نظر قانون، شخص، اقامت دائم داشته و قصد تغییر آنرا ندارد و به *domicil of origin* تعبیر می‌گردد که با محل سکونت *residence* متفاوت است. درخصوص مفهوم اقامتگاه در حقوق انگلیسی به مرجع زیر مراجعه شود:

BENTWICH: "Le développement récent du principe du domicile en droit anglais" Rec. des Cours, Acad. dr. int., 1934, III, 377.

در حقوق ایران، شرایط صحبت معامله در ماده ۱۹۰ قانون مدنی به این شرح توضیح داده شده است:

«برای صحبت هر معامله شرایط ذیل اساسی است:

— قصد طرفین و رضای آنها؛

— اهلیت طرفین؛

— موضوع معین که مورد معامله باشد؛

— مشروعتیت جهت معامله.»^{۷۳}

به چهار شرط مذبور رمی‌توان شرط دیگری نیز افزود و آن عدم مخالفت معامله با نظم عمومی است که از مجموع مواد ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی مستفاد می‌شود.^{۷۴}

قاضی رسیدگی کننده، در جستجوی صحبت وجه التزام باید یکایک شرایط مذبور را مدان نظر داشته باشد و احراز کند که آیا طرفین قصد و اهلیت داشته‌اند، موضوع معامله معین است، معامله جهت مشروع دارد، و بالاخره شرط با نظم عمومی مخالف است یا خیر؟

وقتی صحبت از یک قرارداد داخلی در میان است، یافتن پاسخ هر یک از سؤالات بالا اصولاً اشکالی ایجاد نمی‌کند؛ زیرا پاسخ همه آنها در یک قانون یافت می‌شود که معمولاً قانون خود قاضی است. در قراردادهای بین‌المللی، بر عکس، موجود بودن هر یک از شرایط پنجگانه بالا را نمی‌توان

۷۳. در خصوص مفهوم «جهت معامله» و اختلاف نظرهایی که میان علمای حقوق ایران بر سر ترجمه و تطبیق ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران که از ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی فرانسه الهام گرفته است، رک. به مقاله جامع آقای دکتر سیدحسین صفائی تحت عنوان «نظریه جهت در قراردادها»، مجله دانشکده حقوق، شماره ۸ و ۹، ۱۳۵۰—۱۳۵۱.

۷۴. ماده ۱۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد که: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتیکه مخالف صریح قانون نباشد نافذ است». منظور از مخالفت صریح با قانون در واقع مخالفت با قوانینی است که دارای جنبه نظم عمومی هستند و نه هر نوع قانونی. ماده ۹۷۵ قانون مدنی در این خصوص صراحة بیشتری دارد: در خصوص مفهوم نظم عمومی در حقوق ایران رک. به اسدالله امامی، «نقش اراده در قراردادها»، فصلنامه حق، دفتر چهارم، ۱۳۶۴، ص ۶۵ به بعد.

همیشه با مراجعه به قانون واحدی احراز نمود؛ چرا که سیستمهای تعارض قوانین، در کشورهای مختلف با مسئله یکسان برخورد نمی‌کنند، بویژه آنجا که احراز صحت وجه التزام از جهت اهلیت طرفین معامله مطرح می‌شود. مطالعه تطبیقی نشان می‌دهد که مسائلی چون «قصد و رضای طرفین»، «معین بودن موضوع تعهد» (مبلغ وجه التزام) و «مشروعیت جهت معامله» را سیستمهای مختلف تعارض قوانین تابع قانون واحدی می‌دانند که قانون قرارداد است.⁷⁵ قاضی رسیدگی کننده برای اینکه صحت وجه التزام را احراز کند باید بینید که آیا از نظر قانون قرارداد، شرایط سه گانه بالا جمünd یا خیر؛ نه قانون شخصی طرفین و نه قانون محل وقوع عقد دخالتی نخواهد داشت، مگر آنکه قوانین اخیرالذکر همان قانون انتخاب شده طرفین اختلاف و به عبارت دیگر قانون قرارداد باشد. مخالفت وجه التزام با «نظم عمومی» نیز بستگی به قانون قرارداد خواهد داشت. به عبارت دیگر، به وجه التزام تا حدی ترتیب اثر داده خواهد شد که مخالف با قواعد آمرة کشوری که قانون آن به عنوان قانون حاکم بر قرارداد معین شده است، نباشد. مثلاً هرگاه مبلغ وجه التزام به گونه‌ای اغراق آمیز تعیین شده باشد، قاضی رسیدگی کننده برحسب اینکه قانون حاکم بر وجه التزام چه قانونی باشد، رفتاری متفاوت در مقابل آن خواهد داشت. هرگاه وجه التزام تابع قانون انگلیس باشد، قاضی در صورت احراز این نکته که وجه التزام جنبه «جریمه»⁷⁶ خواهد داشت، می‌تواند آن را باطل اعلام نماید؛ هرگاه شرط تابع قانون فرانسه باشد، قاضی می‌تواند مبلغ وجه التزام را تعديل کنند؛ هرگاه شرط تابع قانون ایران باشد، تعديل مبلغ تعیین شده به عنوان وجه التزام، به حکم ماده ۲۳۰ قانون مدنی، ممنوع خواهد بود. قاضی انگلیسی و یا فرانسوی رسیدگی کننده نمی‌تواند، بهبهانه

75. BATIFFOL: *Droit international privé*, t. II, 1971, 595 et s.; MAYER: *Droit international privé*, 1983, no 507 et 718, 720; DICEY and MORRIS: *The Conflict of Laws*, no 75, 821, 830; GRAVESON: *The Conflict of Laws*, 6th ed. p. 48; CHESHIRE: *Private international Law*, 8th ed., 1970, p. 231.

76. penalty.

اینکه مبلغ وجه التزام اغراق آمیز است – در صورتیکه شرط، تابع قانون ایران باشد – با استناد به قوانین آمره کشور خویش شرط را باطل اعلام کند و یا برخلاف اراده طرفین میزان آن را کاهش دهد. برعکس، چنانچه شرط تابع قانون فرانسه باشد، قاضی فرانسوی آن را تعديل خواهد کرد، حتی اگر در قرارداد شرط خلاف شده باشد؛ زیراً شرط خلاف مبنی بر عدم استحقاق قاضی بر تغییر مبلغ وجه التزام، مخالف قانون آمره کشور فرانسه که حاکم بر قرارداد است، بوده و قابل ترتیب اثر نیست.

برخلاف شرایط چهارگانه‌ای که در بالا به آنها اشاره شد، این نکته که قانون حاکم بر صحت وجه التزام از حیث «اهمیت طرفین» چه قانونی است، تردیدهایی را بوجود آورده است. اگرچه تصور اینکه دو تاجر بین‌المللی – که معامله‌ای انجام داده و در معامله وجه التزامی گنجانده‌اند – قادر اهلیت لازم باشند بسیار بعيد است، ولی لااقل از لحاظ نظری مسئله قابل توجه است؛ صرف نظر از اینکه ممکن است معامله‌ای بین‌المللی میان یک تاجر از طرفی و یک غیرتاجر (مصرف‌کننده) از طرف دیگر صورت گرفته که در آن، طرف غیرتاجر قادر اهلیت قانونی باشد.

بررسی تطبیقی سیستم‌های تعارض قوانین نشان می‌دهد که در خصوص این نکته که در قراردادهای بین‌المللی چه قانونی حاکم بر اهلیت متعاملین است، اتفاق نظر وجود ندارد. پاره‌ای کشورها بنابر اصل، قانون دولتها متبوع طرفین (قانون ملی) را حاکم می‌دانند، گروهی دیگر قانون محل وقوع عقد و بالاخره دسته آخر قانون متناسب⁷⁷ قرارداد را صالح به تصمیم‌گیری در خصوص موضوع تلقی می‌کنند.

• الف. نظریه صلاحیت قانون ملی:

این راه حلی است که حقوق فرانسه اتخاذ نموده و قانون مدنی ما آن را دنبال کرده است.

77. Proper law.

در حقوق فرانسه⁷⁸ اصل براین قرار دارد که اهلیت متعاملین تابع حقوق دولت متبع آنان است. معذلک، برای این اصل یک استثنای مهم وجود دارد و آن موردی است که دریک قرارداد، طرف فرانسوی حقاً بتواند مدعی شود از اینکه قانون شخصی طرف معامله خارجی او را صغير قلمداد می‌کرده بی اطلاع بوده است. این نظریه که به نظریه «بی اطلاعی بخشنونی»⁷⁹ معروف شده است، از ابداعات رویه قضائی فرانسه می‌باشد و به قاعدة «لیزاردی»⁸⁰ شهرت دارد.⁸¹ «لیزاردی» درواقع یک تبعه مکزیکی ۲۳ ساله بود که چندین سفره به ارزش هشتاد هزار فرانک، در قبال خرید جواهرات ازیک تاجر فرانسوی امضاء کرده بود. در اثر عدم پرداخت بموقع سفره‌ها، تاجر فرانسوی وی را در محکمه تعقیب نمود. «لیزاردی» در دفاع از خود اعلام نمود که تعهداتش باطل است، زیرا بموجب قانون مکزیک – قانون ملیش –، سن کیر از بیست و پنج سالگی شروع می‌شود. دیوان کشور فرانسه، با وجود صحبت اظهارات «لیزاردی» مبنی بر بطلان معامله بموجب قانون مکزیک، وی را به پرداخت بهای جواهرات محکوم نمود. استدلال محکمه این بود که جواهروش فرانسوی حقاً نمی‌توانسته است «قوانين ملتهای مختلف را بشناسد»، و همینکه «با احتیاط» عمل کرده و در عقد قرارداد «حسن نیت» بخرج داده است، کفایت می‌کند. با وجود این، قاعدة «لیزاردی» در همه حال قابل اجرا نیست؛ تاجر فرانسوی نمی‌تواند در همه احوال، نسبت به قانون خارجی که اهلیت را معین می‌کند بی اطلاع تلقی شود. اصل حاکمیت قانون ملی متعاملین بر اهلیت آنان، جز در مورد استثنای بالا، به قوت خود باقی است، بویژه آنکه در قراردادهای مهم، تاجر مکلف است اطلاعات لازم را در مورد قانون کشور متبع طرف معامله خود تحصیل کند؛ همینطور است در مورد قرارداد با کشورهایی که تاجر فرانسوی پیوسته با آنها در ارتباط تجاری

78. BATIFFOL: op. cit., no.491; Mayer, op. cit., p. 512. et s.

79. Ignorance excusable.

80. Lizardi.

81. Requ. 16jan 1861. D.P. 1861. I. 193; S 1861. I. 305, note Massé.

قانونگذار ایران نیز اصل حکومت قانون ملی بر اهلیت متعاملین را صراحتاً پذیرفته است. بمحض ماده ۶ قانون مدنی «قوانين مربوط به احوال شخصیه... و اهلیت اشخاص... در مورد کلیة اتباع ایران ولو اینکه مقیم در خارجه باشند مجری خواهد بود». در مورد اتباع بیگانه مقیم ایران نیز ماده ۷ چنین مقرر می دارد:

«اتباع خارجہ مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود... در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبع خود خواهند بود».

بالاخره، ماده ۹۶۲ همان قانون ضمن تأکید بر اینکه «تشخیص اهلیت هر کس برای معامله کردن، بمحض قانون دولت متبع او خواهد بود»، یک استثنای مهم بر اصل حکومت قانون ملی متعاملین وارد آورده است:

«... معدلک اگریک نفر تبعه خارجی در ایران عمل حقوقی انجام دهد، در صورتیکه مطابق قانون دولت متبع خود برای انجام آن عمل واجد اهلیت نبوده و یا اهلیت ناقص داشته است آن شخص برای انجام عمل، واجد اهلیت محسوب خواهد شد در صورتیکه قطع نظر از تابعیت خارجی او، مطابق قانون ایران نیز باشند او را برای انجام آن عمل دارای اهلیت تشخیص داد».

همانطور که ملاحظه می شود، قانونگذار ایران، همانند قانونگذار فرانسه، اصل را بر صلاحیت قانون دولت متبع گذاشته است. اما برای اینکه مشکلی نظیر قضیه «لیزاردی» پیش آمد نکند، قاعدة مندرج در روایة قضائی مزبور را به صورت قاعدة کلی تر و به عنوان استثنای بر اصل صلاحیت قانون ملی در قسمت دوم ماده ۹۶۲ گنجانده است. بدین ترتیب،

82. BATIFFOL: op. cit., loc. cit.

در صورتیکه طرف خارجی معامله، بموجب قانون ایران، دارای اهلیت تلقی شود ولی بموجب قانون کشور متبع خویش فاقد اهلیت – چنانکه در مورد «لیزاردی» گذشت – قرارداد منعقد، به سبب عدم اهلیت طرف معامله بیگانه، باطل اعلام نخواهد شد، مشروط بر اینکه قرارداد در ایران منعقد شده باشد. به عبارت دیگر، این قانون محل انعقاد قرارداد است که حاکم بر صحبت آن از لحاظ اهلیت طرفین معامله است و نه قانون ملی طرف بیگانه. اما اگر قرارداد در ایران منعقد نشده باشد، قاعدة مذکور در ماده ۹۶۲ قانون مدنی قابل اجرا نخواهد بود، حتی اگر قانون حاکم بر قرارداد، قانون ایران باشد؛ مثل موقعی که طرفین صراحتاً قانون ایران را به عنوان قانون صالح انتخاب نموده‌اند. در حالت اخیر، قاضی رسیدگی کننده – بسته به مورد – مطابق مواد ۶ و ۷ و قسمت اول ماده ۹۶۲ قانون مدنی ایران عمل خواهد نمود.

● ب. صلاحیت قانون محل انعقاد قرارداد:

بسیاری از کشورها، صحبت قرارداد را از حیث اهلیت طرفین معامله تابع قانون محل وقوع قرارداد می‌دانند؛ از آنجمله اند تعدادی از ایالات کشور ایالات متحده امریکا.^{۸۳} در ایتالیا، قراردادهای تجاری مکرراً تابع قانون محل انعقاد آنها شناخته شده بود^{۸۴} و گفته می‌شد که این قاعده اهلیت متعاملین را نیز شامل می‌شود؛ همچنین است در مورد اتحاد جماهیر شوروی.^{۸۵} بموجب قانون آلمان^{۸۶} و پاره‌ای کشورهای دیگر^{۸۷} – به تقلید از قانون کشور اخیر – اشخاص خارجی نمی‌توانند به عدم اهلیتی استناد کنند که قانون محل وقوع قرارداد از آن بی‌خبر است.

83. BATIFFOL: op. cit., no 492.

۸۴. ماده ۵۸ قانون تجارت سابق ایتالیا.

84. V. Rev. Crit. dr. int. privé, 1934, 741.

۸۶. ماده ۷، بند ۳ از مقتame قانون مدنی.

۸۷. قانون هشتم روئیه ۱۹۰۴ سوئد؛ ماده ۵۹ قانون مدنی سوئیس؛ ماده ۱۷ قانون مدنی ایتالیا مورخ ۱۹۴۲؛ ماده ۹ قانون مدنی یونان...

• ج. نظریه قانون متناسب:

در خصوص اینکه چه قانونی بر اهلیت متعاملین یک قرارداد بین المللی حاکم است، قضات انگلیسی نظر واحدی ندارند.⁸⁸ عده‌ای عقیده بر این دارند که قانون صالح قانون محل وقوع عقد است و عده‌ای قانون اقامتگاه متعاملین را حاکم تلقی می‌کنند.

مؤلفان بنامی چون Dicey و Morris⁸⁹ چیزی بین ایندو را پیشنهاد کرده‌اند و قانون متناسب قرارداد را صالح به تشخیص می‌دانند. منظور از قانون متناسب قرارداد قانون کشوری است که با قرارداد موضوعاً بیشترین رابطه را دارد. تنها قصد طرفین کافی نیست؛ شخصی که محجور است نمی‌تواند برای فرار از عدم اهلیت، قانونی را انتخاب کند که به او اهلیت می‌دهد، بدون اینکه هیچ رابطه منطقی با قرارداد داشته باشد.

نظریه قانون متناسب، برغم ظاهر منطقی اش این عیب را دارد که ثبات روابط تجاری را به مخاطره می‌اندازد، زیرا تمام جوانب قرارداد برسی و براساس عوامل آن، قانون متناسب قرارداد پیدا نشده، طرفین بدرستی نمی‌دانند که قراردادشان تابع قانون محل وقوع عقد است، یا قانونی که خود انتخاب کرده‌اند و یا قانون ثالث. به عبارت دیگر، قانون حاکم بر روابط طرفین، پس از بروز اختلاف و مراجعته به قاضی معلوم می‌شود و نه حین انعقاد قرارداد، هرچند مسلم است که قانون شخصی طرفین صلاحیت اتخاذ تصمیم را نخواهد داشت، مگر اینکه با توجه به آنچه که گفتیم، قانون متناسب قرارداد تشخیص داده شود.

به هر حال، اختلافاتی که در خصوص قانون حاکم بر اهلیت متعاملین به آنها اشاره شد در عمل مشکل چندانی ایجاد نمی‌کنند. اولاً — همانطور که گفته شد — بسیار بعید است که در یک معامله تجاری معلوم

88. CHESHIRE: op. cit., p. 221-222.

89. The Conflict of Laws, p. 744.

شود که یکی از متعاملین حین انعقاد قرارداد فاقد اهلیت انجام معامله بوده است؛ ثانیاً، در معاملات مهم، طرفین همواره به خود فرصت کافی می‌دهند تا در مورد قانون شخصی طرف معامله نیز مطالعه کنند. بالاخره در مواردی که تاجر با اتباع یک کشور بخصوص در تماس تجاری مستمر است، عدم آگاهیش به قوانین شخصی طرفهای معامله در این کشورها بسیار بعید است. معدلک، چنانچه در این خصوص مسئله‌ای پیش آید، رویه مورد عمل ایران و فرانسه بر طرز عمل کشورهای دیگر برتری دارد. اصل صلاحیت قانون شخصی در خصوص اهلیت موجب یکنواختی مقررات مربوط به اهلیت اشخاص در تمام معاملات خواهد شد. درست است که الزامات تجارت بین المللی ایجاب می‌کند که قانون محل وقوع قرارداد — که در اغلب موارد، همان، قانونی است که طرفین برگزیده‌اند — به قانون شخصی افراد ترجیح داشته باشد، ولی این نباید باعث تضییع حقوق اشخاص محجور شود. اصح آن است که راه حلی میان ایندو انتخاب گردد و این راه حل همان است که در سیستمهای ایران و فرانسه — و با کمی تفاوت در ماده ۱۱ کنوانسیون مورخ ۱۹ژوئن ۱۹۸۰ در خصوص قانون حاکم بر تعهدات قراردادی^{۹۰} — پیش‌بینی شده است. بدین ترتیب حمایت از محجوران را قانون شخصی آنان و حمایت از بازرگانان را قانون قرارداد به عهده خواهند گرفت.

• نتیجه کلی

آنچه در این گفتار دیدیم، نشان داد تا چه اندازه وجه التزام را هاله‌ای از ابهام پوشانده است. این نکته بویژه زمانی صادق است که وجه التزام در چهارچوب یک قرارداد بین المللی بکار گرفته شده باشد؛ قراردادی که متضمن یک عنصر خارجی است و منافع متضاد کشورها و نظامهای حقوقی مختلف را دربرابر هم قرار می‌دهد. در واقع، به لحاظ

90. MAYER: op. cit., no 512.

یکسان نبودن سیاست دولتها، نظامهای حقوقی در خصوص اثر حقوقی وجه التزام در قراردادهای خصوصی تشابه چندان چشمگیری ندارند؛ چه از حیث مندرجات قوانین ماهوی و چه از نظر سیستمهای تعارض قوانین که قاضی را در انتخاب قانون ماهوی حاکم بوجه التزام راهنمائی می‌کنند.

یک قسمت از این ابهام ناشی از این است که در طول تاریخ، در درون خود کشورها نیز روش واحدی در برخورد با وجه التزام اتخاذ نشده است. فی المثل، در فرانسه تا سال ۱۹۷۵ دادگاهها براساس اصل آزادی معاملین در تنظیم قراردادها از هرگونه تغییر در میزان وجه التزام خودداری می‌کردند و حال آنکه از آن به بعد قانونگذار آنان را در انجام این امر مختار نموده است. از طرفی، با وجود آنکه در کشوری چون آلمان قانون، اجازه تقلیل میزان وجه التزام را در روابط تجاری نمی‌دهد، معذلک دادگاههای این کشور، با استفاده از اصل حسن نیت و ترجیح آن در روابط مزبور، اراده قانونگذار را در این خصوص کم اثر گردانده‌اند.

تردیدهایی که در مورد تأثیر حقوقی وجه التزام وجود دارد موجب گردیده است که در پاره‌ای از قراردادهای بین‌المللی شرطی گنجانده شود که بموجب آن قاضی یا داور از حق تغییر میزان وجه التزام ممنوع شده است^{۹۱}؛ ولی این شرط در همه حال قابل ترتیب اثر نیست. اگر قانون حاکم بر شرط، قانون ایران باشد، قید شرط مزبور با عنایت به ماده ۲۳۰ قانون مدنی تحصیل حاصل است. اگر قانون حاکم، قانون آلمان باشد، قاضی به آن ترتیب اثر خواهد داد؛ زیرا شرط مزبور مخالف نظم عمومی تلقی نشده است. بر عکس، هرگاه قانون صالح، قانون فرانسه باشد، شرط بلا اثر خواهد بود.

معذلک، نباید این تردیدها را دلیل کافی بر محکوم نمودن

۹۱. به عنوان مثال می‌توان به ماده ۷—۳ از یک قرارداد اعطای امتیاز میان شوروی و یک شرکت فرانسوی راجع به انتقال تکنولوژی اشاره کرد که به این عبارت است:

“Le taux de pénalité ne peut pas être réduit ou augmenté par ordre arbitral”; cf. Oppetit, Droit du Commerce international, P.U.F., 1977, p. 333.

وجه التزام دانست. استفاده مستمر از این تأسیس حقوقی در قراردادهای تجاری، دلیل مفید بودن آن است. در واقع، فواید درج وجه التزام در قرارداد متعددند. صرف نظر از اینکه، از لحاظ حقوق شکلی، بار تأمین دلیل از دوش متعهدّله برداشته شده و بر دوش متعهد گذاشته می‌شود، وجه التزام متضمن دو فایده مهم دیگر نیز هست:

□ اول اینکه هر چند مبلغ وجه تخلف در پاره‌ای کشورها توسط قاضی قابل تغییر است، لیکن در همه کشورها اصل برقطعی بودن آن قرار دارد. در انگلستان، هرگاه وجه التزام جنبه تعیین مقطع خسارت را داشته باشد، به هیچ‌وجه قابل تغییر نخواهد بود. در سایر کشورها نیز همین اصل، جز در موارد استثنائی، پا برجا است. قطعی بودن وجه التزام، چنان‌چه با حسن نیت تعیین شده باشد، می‌تواند در بسیاری موارد برای متعهد نیز مفید تلقی گردد. در این رابطه، وجه التزام می‌تواند وسیله‌ای برای محدود نمودن مسؤولیت متعهد در پرداخت خسارت احتمالی وارد به طرف مقابل باشد. بعلاوه، هرگاه تعیین خسارت واقعی عملًا غیرممکن و یا بسیار مشکل باشد، قید مبلغی فرضی می‌تواند راهگشای مشکل طرفین نیز شده و در ترغیب آنان به قبول قرارداد و امضای آن مؤثر افتاد.

□ فایده دیگر وجه التزام این است که بدھکار را از انجام تعهد اصلی، جز در موردی که طرفین به گونه دیگری قرار گذاشته‌اند، معاف می‌کند؛ زیرا در واقع وجه التزام بنابه طبیعتش جانشین مبلغی می‌شود که متعهد، در صورت تخلف، بموجب اصل کلی جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهدات، می‌باشد پرداخت نماید.

بدینترتیب، وجه التزام به متعهد امکان می‌دهد، تا حین انعقاد قرارداد، میزان خسارتی را که در صورت نقض قرارداد متحمل خواهد شد، پیش‌بینی کند و با توجه به خطری که هر معامله تجاری متضمن آن است، تصمیم منطقی و عاقلانه‌ای اتخاذ نماید. متعهدّله نیز وسیله‌ای مؤثر خواهد داشت تا متعهد را تا آنجا که ممکن است وادر به انجام تعهداتی نماید که به میل خود پذیرفته است.

وفور شروط متضمن وجه التزام در قراردادهای تجاری بین المللی
 دلیل ضرورت وجود آن در روابط میان تجار است. این ضرورت، همگون کردن راه حل‌های کشورهای مختلف را ایجاب می‌نماید. بهترین راه حل، تهیه و تدوین یک کنوانسیون بین المللی در این خصوص خواهد بود؛ لیکن با توجه به سیاستهای متفاوت دولتها در رابطه با تأسیس حقوقی مورد بحث، این بهترین راه حل، لزوماً ساده‌ترین راه حل نخواهد بود. در تأیید این گفته کافی است اشاره‌ای داشته باشیم به کار «کمیسیون سازمان ملل متحده درباره حقوق بازرگانی بین المللی» (آنستیوال) که در سال ۱۹۸۳ طرحی موسوم به «طرح مقررات راجع به وجه التزام و شروط جزائی»^{۹۲}، تهیه و تدوین نموده و تا آنجا که ما می‌دانیم، هنوز بر سر اینکه طرح مورد بحث باید چه شکلی داشته باشد میان دولتها اختلاف نظر موجود است.^{۹۳} بعلاوه طرح آنستیوال همه مشکلاتی را که در این مقال به آنها اشاره کردیم حل نمی‌کند^{۹۴}؛ مضافاً به اینکه در مورد پاره‌ای مسائل کاملاً به سکوت برگزار نموده است^{۹۵}، هرچند که کوشش تدوین کنندگان آن در طرح مسائل

92. Draft rules on liquidated damages and penal clauses.

۹۳. اختلاف نظر بر سر این است که کنوانسیون طرح صورت داشته باشد و یا به شکل قانون نمونه Model Law پیشنهاد شود؛ یعنی اینکه هر دولتی براساس طرح پیشنهادی، قانون داخلی خود را تهیه کند و آن را به تصویب برساند. نمایندگان استرالیا، آرژانتین، شیلی، تونس و فیلیپین – مثلاً – از فکر اول حمایت می‌کنند؛ بر عکس زاین، لهستان، جمهوری کره و اسپانیا معتقدند که بهتر است طرح به صورت قانون نمونه پیشنهاد شود. یک عنده از نمایندگان نیز پیشنهاد کرده‌اند که طرح به شکل قرارداد نمونه باشد و طرفین هر معامله در صورت توافق، آن را در قرارداد خویش بگنجانند (در خصوص مبالغات و دلایل طرفداران هر یک از نظرات فوق رک. به سالنامه Year book آنستیوال، ۱۹۸۲، ج ۹، ص ۳۵ به بعد).

۹۴. مثلاً ماده ۸ طرح در عین اینکه وجه التزام را قابل تغییر می‌داند، در مورد شرایطی که تحت آنها قاضی یا داور می‌تواند مبلغ معین شده را تغییر دهد صرفاً به عدم تناسب مبلغ وجه التزام با خسارت واقعی به «نحو قابل ملاحظه» substantially اشاره کرده است بدون اینکه ملاکی برای تشخیص عدم تناسب قابل ملاحظه معین نماید.

۹۵. مثلاً طرح معین نمی‌کند که آیا متعهد اه برای اینکه مستحق دریافت مبلغ معین شده باشد باید ورود خسارت به خود را ثبات کند یا خیر؟ یا اینکه هرگاه اساساً خسارتی وجود نداشته باشد آیا می‌توان متعهد را از پرداخت مبلغ وجه التزام معاف نمود یا نه؟

اساسی، نزدیک نمودن راه حل‌های سیستمهای مختلف حقوقی و گنجاندن راه حل‌های همگون در طرح به جای راه حل‌های متفاوت سیستمهای داخلی قابل پشتیبانی است.

به هر حال باید امیدوار بود که طرح آنسیترال با پیش‌بینی کلیه مسائلی که وجه التزام در قراردادهای تجاری بین المللی مطرح می‌کند، جنبه جامع‌تری به خود بگیرد و دولتها به قبول و تصویب آن تن در دهند.^{۹۶} معذلک، تا تصویب طرح مزبور و ورود آن به حوزه حقوق موضوعة بین المللی، مناسب‌ترین راه حل تأثیربخشیدن به وجه التزام در روابط تجاری این خواهد بود که دست اندرکاران تجارت بین المللی در قراردادهای خود مبلغی معین کنند که متناسب با خسارت احتمالی ناشی از عدم انجام تعهد باشد. اصل تغییر ناپذیر بودن وجه التزام پشتیبان متعاملینی خواهد بود که در تعیین میزان وجه التزام، به حریم اصل حسن نیت که لازمه استمرار روابط سالم بازارگانی است، تجاوز ننمی‌کنند.

۹۶. طرح آنسیترال، در حال حاضر، متضمن ۹ ماده بوده و صرفاً به قراردادهای تجاری بین المللی مربوط می‌شود (مواد ۱ و ۴) و تفاوتی میان وجه التزام تبیهی و وجه التزامی که جنبه تعیین و جبران مقطوع خسارت را دارد، قائل نیست و هر دو را نافذ می‌داند. در ماده ۵ آن قاعده‌ای گنجانده شده که جزو اصول کلی حقوق است و آن اصل عدم مسئولیت متعهد در صورت عدم تقصیر وی در انجام تعهد است. همچنین است مواد پیش‌بینی شده در ماده ۶ یعنی حق متعهدله به مطالبه اجرای تعهد اصلی و وجه التزام اگر وجه التزام برای تأخیر مقرر شده باشد، که — همانگونه که دیدیم — در سیستمهای مختلف حقوقی یکسان است. در غیر مورد تأخیر، متعهدله می‌تواند بین وجه التزام و اجرای تعهد اصلی تنها یکی را انتخاب کند (بند ۲ ماده ۶)، مگر آنکه طرفین خلاف آن را مقرر کرده باشند. در طرح مورد بحث، اصل قطعی بودن وجه التزام مورد تأیید قرار گرفته است، ولی هرگاه مبلغ معین شده به «نحو قابل ملاحظه‌ای» متناسب با خسارت واقعی نباشد، قاضی یا داور حق تتعديل وجه التزام را به تقاضای احد از طرفین خواهد داشت، مگر آنکه طرفین (صراحتاً) خلاف آن را در قرارداد پیش‌بینی کرده باشند (برای مطالعه متن طرح آنسیترال رک. به سالنامه این کمیسیون، ۱۹۸۳، ج. ۱۰).

دکتر اسدالله کریمی



مروری بر

اعتبارات اسنادی

و

آخرین مقررات متحدد الشکل

اعتبارات اسنادی



● مقدمه

۱. مقررات متحددالشکل اعتبارات اسنادی که اولین بار در هفتمین کنگره اتاق بازرگانی بین‌المللی در سال ۱۹۳۳ – چهارده سال پس از تأسیس اتاق – در وین به تصویب رسید و به مرحله اجرا گذاشته شد، در پیشرفت و شکوفائی تجارت بین‌المللی تأثیری عظیم داشته است. از آنجا که بانکداری، صنعت، بازرگانی و حمل و نقل هریک نقشی در تجارت بین‌المللی به عهده دارند و مقررات متحددالشکل اعتبارات اسنادی نیز تا حد امکان همه این فعالیتهای اقتصادی را در بر می‌گیرد، به جرأت می‌توان ادعا کرد که این «مقررات» مهمترین سند در تجارت بین‌المللی به شمار می‌رود.

۲. مقررات مورد بحث از سال ۱۹۳۳ تاکنون چندین بار مورد اصلاح و تجدیدنظر قرار گرفته است که آخرین آن در ژوئن ۱۹۸۳، یعنی درست پنجاه سال پس از تصویب اولین مقررات، توسط کمیسیون فن-

روش بانکداری اتاق بازرگانی بین‌المللی و با همکاری کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل (آنسیترال) و نمایندگانی از محافل تجارت، صنعت، بیمه، حمل و نقل و بانکداری بوده است. متن جدید که به دو زبان انگلیسی و فارسی^{*} در دو شماره قبیل «مجلة حقوقی» (شماره ۷) چاپ شده، صرف نظر از اظهارنظرهای شفاهی در جلسات متعدد کمیسیون بانکداری، از میان متجاوز از ۴۰۰۰ فقره نامه‌های رسیده انتخاب گردیده و به تصویب رسیده است. مقررات جدید به «نشریه شماره ۴۰۰ اتاق بازرگانی بین‌المللی» معروف است و ۱۶۵ کشور الحق و موافقت خود را با آن اعلام داشته‌اند. بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به دنبال مصوبه شورای پول و اعتبار، الحق بانکهای ایران را در سپتامبر ۱۹۸۴ (مهرماه ۱۳۶۳) به دیرخانه اتاق اعلام نموده است. از جمله آثار الحق بانک یا بانکهای کشورهای مختلف به مقررات آن است که بانکها را مکلف می‌نماید تا در متن هریک از اعتبارات اسنادی خود عبارت «این اعتبار تابع مقررات متحده‌الشكل اعتبارات اسنادی نشریه شماره ۴۰۰ اتاق بازرگانی بین‌المللی می‌باشد» را بگنجانند. بدیهی است ذکر چنین عبارتی بانکهای ملحق شونده را متعهد می‌سازد تا در صورت بروز اختلاف یا نیاز به تفسیر، از متن مقررات پیروی نمایند.

۳. بحث درباره مقررات متحده‌الشكل اعتبارات اسنادی بدون اینکه خود اعتبارات اسنادی و اهمیت آن شناخته شود، شاید چندان مناسب نباشد. بنابراین به منظور آشنائی با اعتبارات اسنادی و کاربرد آن، این مبحث از بانکداری بین‌المللی اجمالاً مورد بحث قرار می‌گیرد.

* متن انگلیسی مقررات توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به فارسی برگردانده شده که بطور جداگانه نیز توسط همان بانک چاپ و منتشر گردیده است.

بخش اول:

اعتبار اسنادی و عناصر آن

الف. پیدایش اعتبارات اسنادی

۴. تا اوخر قرن هیجدهم و اوایل قرن نوزدهم و قبل از هجوم استعمارگران به قاره‌های آسیا، افریقا و امریکا، داد و ستد در سطح جهانی تقریباً بدون تغییر جریان داشت. خریدار یا نماینده او شخصاً به فروشنده مراجعه می‌کرد و پس از انتخاب کالای مورد نظر، آن را نقداً خریداری و با خود حمل می‌نمود. مخاطرات این روش تجارت قابل انکار نیست و طبیعی است که بازارگانی بین المللی در یک حالت کم و بیش وقفه و رکود قرار بگیرد. اما با هجوم استعمار و گشاش دروازه‌های سرزمینهای جدید و دوردست، تحول عظیمی در تجارت بین المللی بوجود آمد. انقلاب صنعتی اروپا و سپس امریکا، پیچیدگیهای واردات و صادرات را بیشتر کرد. بروز و ظهر کالاهای صنعتی و به دنبال آن ماشین آلات و کارخانجات، خریداران را با مشکلات جدیدی روبرو می‌کرد؛ زیرا تنها پول برای خرید این قبیل اقلام کافی نبود و دیگر حضور در محل تولید و انتخاب کالا بسهولت سابق میسر نمی‌شد، بلکه لازم بود به اطلاعات و دانش فتی هم مجهز شد یا از خدمات تخصصی افراد فتی استفاده نمود.

بعد مسافت، تنوع و تازگی کالاهای و شناخت سرزمینهای جدید با اینکه چشم انداز خیره کننده‌ای از توسعه روابط تجاری بوجود آورده بود، ولی این روابط به دلیل فقد ابزار لازم نمی‌توانست از شکوفائی کافی برخوردار گردد. خریدار که می‌خواست کالائی را از نقاط دوردست خریداری و با آن تجارت نماید نمی‌توانست بدون اینکه کالا را بنوعی در تصرف خود داشته باشد، بهای آن را بپردازد. فروشنده نیز به نوبه خود حاضر نبود کالای آماده حمل و فروش خود را قبل از اینکه قیمت آن را

دریافت نماید، تحویل دهد.

گره این مشکل در بادی امر به دست انگلستان که وسیع ترین امپراتوری استعماری را در اختیار داشت و با انتخاب نمایندگان تجاری در سرزمینهای تحت سلطه خود و اقدام به خرید و فروش توسط نمایندگان مزبور، گشوده شد. اینچنین تجاری خواهانخواه مکاتباتی را بوجود می‌آورد و ارائه اسنادی را ایجاب می‌کرد. اسنادی از این قبیل بتدیرج تحول و تکامل یافت و پایه اعتبارات اسنادی را بنا نهاد.

۵. لازم به یادآوری است که در قرون دوازدهم و سیزدهم میلادی نیز اصطلاح «اعتبارنامه»^۱ در اروپا بکار برده می‌شد؛ ولی این اصطلاح فقط یک دستور پرداخت ساده بیشتر نبود و به هیچوجه نمی‌توان آن را با اعتبارات اسنادی امروز مقایسه کرد. در عین حال، طبق سوابق مضبوط، فلانندیها اولین ملتی بودند که برای واردات قهوه از بزرگیل در سالهای ۱۸۴۰ به بعد از ابزار اعتبار اسنادی که شباهت زیادی به مکانیسم امروزی داشته است، استفاده می‌نموده‌اند.

ب. تعریف اعتبارات اسنادی

۶. اعتبار اسنادی به زبانی ساده عبارت است از اعتباری که استفاده از آن در مقابل ارائه اسناد مشخص و معینی امکان‌پذیر می‌باشد. ماده ۲ مقررات مذکور در فوق، اعتبار اسنادی را به شرح زیر تعریف می‌کند:

«اصطلاحات «اعتبار اسنادی» و «اعتبار اسنادی ضمانتی»^۲ که در اینجا بکار رفته‌اند و از این پس فقط اعتبار خوانده می‌شوند، به هرگونه ترتیبات، تحت هر نام و مشخصات، اطلاق می‌شود که به موجب آن یک بانک (بازکننده اعتبار) بنا به درخواست و مطابق دستور یک مشتری

1. letter of credit

2. Stand-by Letter of Credit (نوعی ضمانتنامه بانکی)

(متقاضی اعتبار) موظف می‌شود تا در مقابل ارائه اسناد معین، و مشروط بر اینکه شرایط و مقررات اعتبار رعایت شده باشد:

۱. پرداختی را به شخص ثالث (ذینفع) یا به حواله کرد او انجام دهد یا براتهای کشیده شده توسط ذینفع را پرداخت یا قبول نویسی نماید،

یا

۲. به بانک دیگری اجازه دهد که این پرداخت را انجام دهد یا چنین برواتی را پرداخت، قبول یا معامله کند.»

با توجه به تعریف فوق، ملاحظه خواهد شد که در اعتبار اسنادی پنج عامل وجود دارد:

۱. مشتری یا متقاضی، یعنی کسی که تقاضا می‌کند اعتباری برایش باز شود — یا وارد کننده.

۲. بانک بازکننده اعتبار که اعتبار را طبق مواد و شرایطی که مشتری تعیین می‌کند بطور مستقیم یا از طریق یک بانک دیگر در خارج، که کارگزار نامیده می‌شود، به نفع فروشنده خارجی باز می‌کند.

۳. بانک ابلاغ کننده اعتبار به ذینفع که ممکن است همان بانک بازکننده اعتبار باشد، اما معمولاً بانک کشور محل اقامات ذینفع می‌باشد.

۴. ذینفع اعتبار یا فروشنده خارجی که اعتبار به نفع او گشایش می‌یابد — یا صادرکننده.

۵. بانک پرداخت کننده وجه اعتبار که ممکن است بانک بازکننده یا ابلاغ کننده اعتبار باشد یا یک بانک ثالث (بانک معامله کننده اسناد).

لازم به تذکر است که تعریف اعتبار اسنادی به عنوان قرارداد و تبیین احکام حقوقی آن از حوصله این مقال خارج است. همینقدر متذکر می‌شود که برحسب اینکه اعتبار مشمول قانون کدام کشور دانسته شود (کشور گشایش کننده یا ذینفع) تعریف و احکام حقوقی آن نیز متفاوت خواهد بود.

ج. مزایای اعتبار استنادی برای خریدار و فروشنده و مکانیسم آن

۷. از دیرباز و از زمانی که پول ابداع شد و مبادله کالا با کالا جای خود را به خرید و فروش داد، عرف بیع و شری ایجاب می‌کرد که مشتری به مجرّد پرداخت بهای کالا (ثمن معامله)، مبیع را به تصرف خود درآورد. متقابلاً فروشنده نیز انتظار داشت که با تحويل کالا، معادل آن را به پول نقد دریافت دارد. در یک بازار داخلی که خریدار کالا را رؤیت نموده و بعد از پسندیدن، آن را انتخاب می‌کرد، داد و ستد نقدی هیچ مشکلی را برای طرفین معامله بوجود نمی‌آورد؛ ولی حتی در چنین بازاری گاهی در معاملات نسیه مشکلاتی پیدا می‌شد، زیرا پرداخت قیمت کالا مدت زمانی بعد از انجام معامله و غالباً به صورت صدور حواله یا برات انجام می‌گرفت و در موارد عدیده‌ای با نکول برات مواجه می‌شد:

۸. توسعه تجارت سبب شد که خرید و فروش از فراسوی مرزهای داخلی گذشته و برخی از نیازهای اقتصادی جامعه از خارج تأمین شود و بیع داخلی به صورت بیع بین المللی درآید و واردات و صادرات بین ملل رایج گردیده و توسعه یابد. در واردات از یک کشور بیگانه که تقریباً همه چیز برای وارد کننده بیگانه است و شاخت اوصاف مبیع، دیگر با رؤیت کالا مقدور نیست، لازمه‌اش آن است که ترتیباتی بوجود آید تا هم خریدار از خرید کالای مورد نظر خود اطمینان حاصل کرده و به نحوی آن را در تصرف و مالکیت خود درآورد، و هم فروشنده بتواند به محض تحويل کالای خود، قیمت آن را دریافت دارد. استفاده از مکانیسم اعتبار استنادی چنین تضمینی را، هم برای خریدار و هم برای فروشنده، فراهم آورده است.

درست است که واردات کالا یا یک بیع بین المللی، حالت معامله سلف را دارد، زیرا بین تاریخ پرداخت بهای کالا توسط خریدار و

تاریخ تحویل گرفتن مبیع مدت زمانی فاصله می‌افتد، ولی دیگر نگرانی خاطری از لحاظ نکول برات که در معاملات نسیه متداول، جاری و ساری است وجود نخواهد داشت.

۹. برای اینکه یک اعتبار اسنادی صادر شود لازم است که خریدار (واردکننده) و فروشنده (صادرکننده) قبلًا درباره نوع کالا، اوصاف مبیع و بهای آن و نیز شرایط معامله به توافق برسند؛ به عبارت دیگر، نوعی قرارداد بین خود منعقد نمایند. در حال حاضر، جز در مواردی که حجم و یا مقدار معامله سنگین و زیاد باشد، قرارداد مکتوبی به صورت آنچه که در قوانین داخلی یا بین المللی از آن نام برده شده بین واردکننده و صادرکننده منعقد نمی‌شود، بلکه تفاهم و توافق طرفین معامله پس از یک سلسله مکاتبات و احیاناً مکالمات تلفنی، در سندي به اسم «پیش فاکتور»^۳ منعکس می‌گردد. این پیش فاکتور که کلیه مشخصات کالا، قیمت واحد، قیمت کل و شرایط معامله و نحوه پرداخت بهای کالا در آن ذکر گردیده و به امضای فروشنده رسیده است، ایجابی است مکتوب از جانب فروشنده، و به مجرد اینکه خریدار (واردکننده) سند مذبور را همراه با تقاضای گشايش اعتبار و به منظور افتتاح اعتبار به نفع صادرکننده (ذینفع اعتبار) به بانک تسلیم نماید، عمل قبول از طرف خریدار نیز انجام گرفته و درنتیجه قرارداد منعقد شده است.

۱۰. بانک بازکننده اعتبار پس از دریافت تقاضای گشايش اعتبار و پیش فاکتور (اوfer) از واردکننده و رسیدگی به آن و با توجه به قوانین و مقررات، اقدام به افتتاح اعتبار به نفع فروشنده خارجی - چه بطور مستقیم و چه از طریق یکی از کارگزاران خود در کشور صادرکننده کالا - می‌نماید.

در ارتباط با گشايش اعتبار شایسته است خاطرنشان شود که

3. proforma-invoice

متصدیان اعتبارات استنادی وارداتی در ایران باید قبل از افتتاح اعتبار به نفع فروشنده خارجی – بویژه اگر مبلغ اعتبار قابل توجه باشد – درباره وضع اعتباری، توانائی مالی و شهرت نامبرده به هر طریق ممکن تحقیق کرده و پس از حصول اطمینان از این مراتب اقدام به گشایش اعتبار نمایند.

هرچند بانک قبل از گشایش اعتبار، درصد معینی از بهای کالا را به صورت پیش‌پرداخت از واردکننده دریافت می‌کند که معمولاً رقم زیادی را تشکیل نمی‌دهد، لکن بانک به هنگام گشایش اعتبار به فروشنده دستور می‌دهد که بارنامه را – که سند مالکیت کالا است و بموضع درباره آن بحث خواهد شد – به نام بانک صادر یا به نفع او پشت نویسی نماید.

این رویه از آن نظر بوجود آمده است که اگر خریدار نتواند پس از وصول استناد توسط بانک بقیه بدھی خود را پردازد، بانک بتواند کالای موضوع اعتبار را رأساً به فروش رسانده و مطالبات خود را وصول نماید. بنابراین پیش‌پرداخت دریافتی از مشتری درواقع به صورت مابه‌التفاوت قیمت فروش کالا و کارمزد خدمات بانکی محاسبه و دریافت می‌گردد. این خود یکی از امتیازات مهم اعتبارات استنادی از دیدگاه واردکننده است، زیرا مجبور نیست تمام ثمن را قبل از پرداخت نماید، بلکه فقط درصدی از بهای آن را نزد بانک تودیع می‌نماید. در حال حاضر در ایران، حداقل پیش‌پرداخت، ۱۵٪ مبلغ اعتبار می‌باشد.

۱۱. همانطوری که در بالا اشاره شد، گشایش اعتبار با توجه به مندرجات درخواست افتتاح اعتبار و محتویات پیش‌فاکتور صورت می‌گیرد و بانک ناگزیر است دستورات مشتری (واردکننده) را در این باره رعایت نماید. تقاضای گشایش اعتبار که منعکس کننده توافق طرفین معامله درباره مدت و شرایط معامله است، حاوی اطلاعات زیر می‌باشد:

— نام متقاضی

- نوع اعتبار و اینکه کتبی است یا تلگرافی
- نام و نشانی صادرکننده (ذینفع اعتبار)
- نوع و مقدار کالا و مبنا یا نوع معامله (چگونگی پرداخت کرایه حمل و تعیین اینکه پرداخت کرایه حمل به عهده کدام طرف است)

— مبلغ اعتبار

- اسنادی که جهت استفاده از اعتبار باید توسط ذینفع به بانک ارائه شود.

— مبدأ و مقصد کالا

- آیا کالا فقط یکبار حمل می‌شود یا حمل بدفعات نیز مجاز است؟

— آیا انتقال کالا از یک وسیله نقلیه به وسیله نقلیه دیگر اجازه داده شده است؟

— بیمه کالا به چه شکل انجام گرفته است؟

— سرسید اعتبار (مدت معامله)

— سرسید و مدت حمل کالا

بحث تفصیلی درباره هریک از نکات فوق در مقاله حاضر،
صرف نظر از اینکه موجب اطنان کلام خواهد شد، ضروری هم به نظر نمی‌رسد، ولی در عین حال به نکات برجسته آن اشارتی خواهد رفت؛ اما آنچه که در این قسمت از بحث شایان توجه و حائز اهمیت است، ذکر مزیت اعتبار اسنادی برای فروشندۀ است، زیرا به مجرد اینکه اعتباری به نامبرده ابلاغ گردید و به شرط آنکه شروط و قیود انجام معامله را قبل از سرسید اعتبار (در طول مدت مورد معامله) ایفا نموده و اسناد ذکر شده در اعتبار را به بانک ارائه داده باشد، اطمینان قطعی خواهد داشت که بهای کالا (ثمن معامله) را دریافت خواهد کرد.

پس بیهوده نیست که اعتبار اسنادی به توسعه تجارت بین‌المللی کمک کرده و می‌کند و به عنوان مهمترین ابزار بانکی در ایجاد تسهیلات

جهت خریدار و فروشنده شناخته شده است، زیرا از یک طرف به واردکننده (اعم از اینکه صدرصد وجه اعتبار را قبلاً به بانک پرداخت نموده باشد یا نه) تضمین می‌دهد که کالای مورد نظر خود را تصاحب کرده و آن را به مالکیت خود درآورده، و از طرف دیگر صادرکننده را مطمئن می‌سازد که اگر شرایط معامله را انجام دهد به پول خود، آن هم بدون هیچ وقفه‌ای، خواهد رسید.

۱۲. نکته دیگری که لازم است توضیح داده شود، عبارت است از «مبنا یا نوع معامله». مبنای معامله با بکار بردن اصطلاحات و اختصاراتی در متن اعتبار و بعد از نام کالا مشخص می‌شود و منظور روشن نمودن ترتیباتی است که از لحاظ هزینه حمل، بیمه و تحويل کالا بین متعاملین داده شده است. مثلاً اگر کالائی به صورت «فوب»^۴ یا «سی انداف»^۵ و یا «سیف»^۶ خریداری شود، هرکدام از این اصطلاحات بار حقوقی مشخصی را برای فروشنده و خریدار ایجاد می‌نماید که در این مقاله فرصت بحث درباره آنها وجود ندارد – و شاید در شماره‌های آتی «مجلة حقوقی» بحث جدأگانه‌ای بدان اختصاص یابد –، ولی تعریف اختصاری سه اصطلاحی که هم اکنون از آنها نام برده شد و متداولترین اصطلاحاتی هستند که در تجارت بین‌المللی بکار برده می‌شوند به قرار زیر است:

فوب = قیمت کالا بدون کرایه حمل و بیمه

سی انداف = قیمت کالا + کرایه حمل

سیف = قیمت کالا + کرایه حمل + بیمه

از آنجا که این اصطلاحات و اختصارات دیگری که از ذکر آنها خودداری شده است در همه کشورها تعبیر و تفسیر یکسانی نداشت، اتاق بازرگانی بین‌المللی برای اولین بار در سال ۱۹۳۶ درصد تعریف آنها به

4. FOB

5. C & F

6. CIF

صورت متحددالشكل برآمد که تحت عنوان International Commercial Terms و اختصاراً INCOTERMS منتشر گردید. این نشریه یکبار در سال ۱۹۵۳ تجدیدنظر شد و سپس در سال ۱۹۸۰ با اضافه کردن دو اصطلاح جدید تحت شماره ۳۶۵ توسط اتاق مزبور انتشار یافت.

یکی از وسائل اطمینان خاطر خریدار و فروشنده برای اینکه کالا سالم به دست خریدار برسد، بیمه کردن کالا است. در دستورهای واردکننده، نوع بیمه و اینکه کدامیک از متعاملین کالا را بیمه خواهند نمود، باید مشخص گردد. بیمه باربری کالا نیز از نظر قلمرو و حدود تعهدات بیمه گر و میزان تأمینی که به بیمه گزار داده می‌شود دارای انواع مختلفی است از قبیل بیمه تمام خطر، از بین رفتن کامل، خطرات کلی، خطرات جزئی، خطرات جنگی و نظایر آن که بحث تفصیلی درباره آنها به متخصصان بیمه واگذار می‌شود.

در ایران طبق مقررات جاری، کالائی که از طریق افتتاح اعتبار استنادی به ایران وارد می‌شود باید در ایران بیمه گردد؛ یعنی قرارداد فروش بین خریدار و فروشنده براساس سی انداز منعقد شود. هرچند مقررات متحددالشكل اعتبارات استنادی مقرر می‌دارد که سند بیمه باید به همان پولی که اعتبار براساس آن گشایش می‌یابد صادر شود، ولی طبق مقررات ارزی اداره نظارت بانک مرکزی ایران، بیمه‌نامه‌ها باید به ریال صادر و حق بیمه آن به ریال پرداخت شود.

به هر صورت، بیمه‌نامه نیز باید مانند بارنامه به نام بانک بازکننده اعتبار صادر و یا به نام وی پشت‌نویسی شده باشد تا در صورت عدم واریز اعتبار از طرف واردکننده، بانک بتواند رأساً مطالبه خسارت نماید.

د. اهمیت استناد در اعتبار استنادی

۱۳. همانطوری که در تعریف اعتبار استنادی بیان شد، استفاده

از وجه یک اعتبار فقط در مقابل ارائه اسناد معینی که در متن اعتبار تصریح می‌گردد، امکان پذیر خواهد بود. این اسناد که به اسناد حمل نیز معروف است، با تافق واردکننده و صادرکننده تعیین می‌گردد و متعاملین از همین طریق شرایط خود را به یکدیگر قبولانده و تضمینات موردنظر خود را تحصیل می‌کنند.

اسناد حمل اصلی که در یک اعتبار اسنادی تجارتی ذکر می‌شوند، عبارتند از:

— سیاهه، که در آن مشخصات کالا، قیمت واحد و قیمت کل منعکس می‌شود.

— بارنامه، که دلالت بر حمل کالا از مبدأ به مقصد می‌نماید و سند مالکیت کالا به شمار می‌رود.

بارنامه مهمترین سند در اعتبار اسنادی است، زیرا علاوه بر اینکه دلالت بر قرار گرفتن کالا روی وسیله نقلیه⁷ و حمل آن از مبدأ به مقصد می‌نماید، سند مالکیت کالا نیز می‌باشد. هیچ اعتبار اسنادی باز رگانی نیست که در آن بارنامه وجود نداشته باشد. به عبارت دیگر، در اعتبارات اسنادی تجارتی که به واردات یا صادرات کالا اختصاص می‌یابد بارنامه رکن اساسی اعتبار را تشکیل می‌دهد. بارنامه ممکن است دریائی، هوائی، زمینی (کامپیون، راه آهن و پُست) باشد.

یکی از دلایلی که تجدیدنظر در مقررات متحده‌الشکل اعتبار اسنادی را ایجاب می‌کرد، تحول و نوآوری در سیستم حمل و نقل بین‌المللی بود که علاوه بر حمل کالا توسط کانتینر — که خود انقلابی بود در ترابری — تجارت بین‌المللی عصر حاضر به بارنامه ترابری مرکب نیز نیاز پیدا کرده است تا یک کالا از مبدأ به مقصد با وسائل نقلیه مختلفی حمل گردیده و از محل تولید یا فروش به محل کارخانه یا مصرف در کشور واردکننده مستقیماً منتقل شود. فی المثل، کالا ممکن

7. on board

است قسمتی از مسیر خود را از طریق دریا یا رودخانه طی کند، قسمتی دیگر را با ترن و در حد نهائی با کامیون، تا به مقصد نهائی خود — آن هم فقط با یک بارنامه — برسد.

۱۴. اعتبار استنادی تجارتی اصولاً بدون سیاهه و بارنامه وجود نخواهد داشت. در عین حال، واردکننده می‌تواند هر نوع سند دیگری را که مورد احتیاجش باشد و از لحاظ تصاحب و تملک کالا برایش اطمینان خاطر ایجاد نماید از فروشنده مطالبه کرده و در متن اعتبار بگنجاند از قبیل گواهینامه مبدأ (که تعیین کننده کشور مبدأ کالا است)، گواهی بازرگانی (مبني بر اینکه کالا خریداری شده توسط یک سازمان بازرگانی شناخته شده و معتبر بین المللی قبل از حمل مورد بازرگانی قرار گرفته و اصالت و صحبت آن مورد تأیید قرار گرفته باشد)، گواهی وزن، گواهی بسته‌بندی و نظایر آن.

ه. انواع اعتبارات استنادی

۱۵. اعتبارات استنادی دارای انواع مختلفی است که اهم آنها عبارتند از:

- برگشت پذیر^۸
- برگشت ناپذیر^۹
- تأیید شده^{۱۰}
- گردان^{۱۱}
- ضمانتی^{۱۲}
- مدت دار^{۱۳}

8. revocable

9. irrevocable

10. confirmed

11. revolving

12. stand-by

13. usance or deferred payment

— قابل انتقال^{۱۴}

— اعتبار متقابل^{۱۵}

بعشی ولو به اختصار درباره هریک از آنها خالی از فایده نخواهد بود.

• اعتبار برگشت‌پذیر:

اعتبار برگشت‌پذیر اعتباری است که می‌توان در هر موقع بدون اعلام قبلی به ذینفع آن را باطل نمود یا شرایط آن را تغییر داد. با وجود این، بانک بازکننده اعتبار ملزم است مبالغ پرداختی بانک ابلاغ کننده را که قبل از وصول اعلامیة تغییر شرایط یا ابطال، با رعایت مواد و شرایط اعتبار، به ذینفع پرداخت نموده است، پردازد. پرداختهای بانک ابلاغ کننده، پس از وصول اعلامیة تغییر شرایط یا ابطال اعتبار، معتبر نخواهد بود.

• اعتبار برگشت‌ناپذیر:

به مجرد اینکه اعتباری به صورت برگشت‌ناپذیر توسط بانک بازکننده اعتبار گشایش یافت، یک تعهد قطعی برای بانک بازکننده ایجاد می‌شود تا هر زمان و قبل از انقضای سرسید اعتبار، وجه استنادی را که ذینفع مطابق شرایط اعتبار ارائه می‌دهد تا میزان مبلغ اعتبار پرداخت نماید و اگر پرداخت توسط کارگزار (بانک ابلاغ کننده) انجام گرفته باشد مبالغ پرداختی را به کارگزار مسترد دارد. اینچنین اعتباری بدون موافقت کلیه طرفهای ذیربطر (متقارضی، بانک بازکننده، بانک ابلاغ کننده و ذینفع) قابل ابطال نبوده و هیچیک از شرایط اولیه آن را نمی‌توان تغییر داد.

14. transferrable

15. back-to-back

• اعتبار تأیید شده:

با آنکه اعتبار اسنادی برگشت‌ناپذیر یک تعهد قطعی برای بازکننده اعتبار ایجاد می‌نماید که وجه اعتبار را — به شرط آنکه مواد و شرایط اعتبار توسعه ذینفع مراعات شده باشد — بپردازد لکن برخی از فروشنده‌گان، به علت عدم اطمینان به خریدار یا با توجه به اوضاع اقتصادی یا سیاسی کشور وارد کننده یا علل دیگر، به معتبر بودن بانک بازکننده اعتبار اکتفا نکرده و یک نوع تضمین اضافی را تقاضا می‌نمایند. این تضمین اضافی با تأیید اعتبار توسط بانکی سوای بانک بازکننده اعتبار تحصیل می‌شود. هنگامی که بانک دیگری اعتباری را تأیید نمود، برای بانک اخیر — علاوه بر تعهد بانک بازکننده اعتبار — تعهد قطعی ایجاد می‌شود تا وجه اعتبار را — مشروط بر اینکه مقررات و شرایط اعتبار رعایت شده باشد — پرداخت نماید اعم از اینکه بانک بازکننده اعتبار موجودی یا اعتبار داشته یا نداشته باشد. به عبارت دیگر، از نظر حقوقی، اعتبار تأیید شده بانک تأیید کننده را مکلف می‌سازد که پرداخت وجه اعتبار را — که همان ثمن معامله است — تضمین نموده و حسب ضرورت پرداخت کند. مسئولیت بانک تأیید کننده تضامنی است.

• اعتبار گردان:

معمولآً خریدارانی که طی مدت معینی خریدهای متوالی از یک فروشنده و با شرایط تغییرناپذیر می‌کنند، به افتتاح اعتبار اسنادی گردان مبادرت می‌ورزند. اعتبار گردان اعتباری است که بطور خودکار تجدید و پادار می‌شود؛ یعنی به محض اینکه ذینفع، اسناد مصراحت در اعتبار را به بانک تسلیم و از وجه اعتبار استفاده نمود، همان اعتبار با همان شرایط و مبلغ مجدداً پادار شده و در اختیار وی قرار می‌گیرد. اعتبار گردان ممکن است برگشت‌پذیر یا برگشت‌ناپذیر باشد و یا محدودیتی از لحاظ زمان یا مبلغ داشته باشد.

• اعتبار ضمانتی:

این نوع اعتبارات معمولاً اعتباراتی نیستند که در تجارت بین المللی بکار آیند، بلکه ضمانتنامه‌هایی هستند (پیش‌پرداخت، حسن انجام کار و نظاییر آن؛ یعنی تضمین انجام کار یا تعهد و نه مبادله کالا) که در پوشش اعتبارات اسنادی صادر می‌شوند. این نوع اعتبار در ایالات متحده و ژاپن که بانکها قانوناً از صدور ضمانتنامه بانکی منع شده‌اند، متداول است.

اسناد موضوع این قبیل اعتبارات معمولاً اخطار یا اعلامیه ساده‌ای است مبنی بر اینکه دستوردهنده (متقاضی) اعتبار، تعهد قراردادی خود را ایفا نکرده است. اعتبار ضمانتی برای مقاصد دیگری هم مورد استفاده قرار می‌گیرد، ولی چون دامنه عمل آن وسعت چندانی ندارد از تعریف انواع دیگر خودداری می‌شود.

• اعتبار مدت‌دار:

منظور از اعتبار اسنادی مدت‌دار اعتباری است که براساس توافق فروشنده و خریدار، پرداخت وجه اعتبار مدت زمانی بعد از حمل کالا صورت می‌گیرد. در چنین اعتباری فروشنده برای مثلاً به سرسید شش یا دوازده ماه (بسته به توافق قبلی) از تاریخ حمل، عهده بانک ابلاغ کننده اعتبار صادر و آن را همراه سایر اسناد حمل که در اعتبار مقرر شده به بانک مزبور تسلیم می‌نماید.

این نوع اعتبار در واقع اعتباری است که فروشنده به خریدار می‌دهد، زیرا خریدار با در دست داشتن اسناد حمل، کالای خریداری شده را از گمرک ترخیص می‌کند و بلاfacile یا مدتی پس از فروش، بهای آن را به فروشنده می‌پردازد. این نوع اعتبار را می‌توان معامله «نسیه تضمین شده» نام نهاد.

در سیستم بانکی اروپائی و امریکائی برای خرید و فروش این قبیل بروات بازاری بوجود آمده است به نام «Acceptance Market» و

چون بروات صادره مستند به اعتبارات اسنادی هستند لذا بسهولت قابل معامله در این بازار می‌باشند. به عبارت دیگر، فروشنده در محل منتظر نمی‌ماند تا در سررسید برات، وجه آن را وصول کند، بلکه از بانک ابلاغ کننده اعتبار تقاضا می‌نماید تا آن را تنزیل کرده و وجه برات را به وی بپردازد. بانک هم آن را تنزیل نموده و سپس در بازار مزبور به فروش می‌رساند.

در ایران نیز بانک مرکزی ایران به موجب بخششانه شماره نا/۳۷۷۰/۱۵ مورخ ۱۳۵۷/۳ اجازه گشایش اعتبار به سررسید یک سال از تاریخ حمل را صادر نموده است.

• اعتبار قابل انتقال:

اعتبار قابل انتقال اعتباری است که به موجب آن به ذینفع اجازه داده می‌شود تا تمام یا قسمتی از اعتبار را به شخص یا اشخاص ثالثی منتقل نماید. در چنین حالتی و چنانچه ضرورت ایجاد نماید، ذینفع اولیه از بانک ابلاغ کننده درخواست می‌کند تا اعتبار را کلّاً یا جزئیاً به شخص ثالثی (ذینفع ثانوی) انتقال دهد. بدیهی است مبلغ اعتبار منتقل شده کمتر از اعتبار اولیه، و سررسید آن هم زودتر از سررسید اعتبار اصلی خواهد بود تا ذینفع اولیه فرصت داشته باشد قبل از انقضای سررسید، سیاهه‌های خود را جانشین سیاهه‌های ذینفع ثانوی نموده و از مابه التفاوت وجه اعتبار بهره برآد.

سالها قبل، علاوه بر اصطلاح «قابل انتقال» اصطلاحات دیگری از قبیل «قابل واگذاری»، «قابل تقسیم»، «قابل تسهیم»، «قابل احالة» و نظایر آن بکار برده می‌شد، ولی چون در عمل همه این اصطلاحات به همان مفهوم قابل انتقال منتهی می‌گردید، اتفاق باز رگانی بین المللی از سال ۱۹۷۴ به بعد در مقررات فقط به اصطلاح «قابل انتقال» اکتفا کرده و در بند «ب» ماده ۵۵ مقررات متحده الشکل فعلی توضیع داده است که: «... اصطلاحات دیگر چیزی به مفهوم اصطلاح «قابل

انتقال» نمی‌افزاید و نباید بکار بردشود».

• اعتبار متقابل:

در مواردی که انتقال اعتبار اجازه داده نشده ولی ذینفع اعتبار (فروشنده خارجی) به تهیه تمام یا قسمتی از کالای مورد معامله از شخص ثالثی احتیاج داشته باشد بدون اینکه بخواهد از پول یا اعتبار شخصی خود استفاده کند، از بانک ابلاغ کننده اعتبار درخواست می‌نماید تا از محل اعتباری که به نفعش باز شده است، اعتبار دیگری با همان شرایط (با تغییری در مبلغ و سرسید اعتبار) به نفع فروشنده دیگری باز کند. در این حالت، چون یک اعتبار توسط اعتبار دیگری پشتیبانی می‌شود و در حقیقت، اساس پیدایش اعتبار دوم به دلیل وجود اعتبار اولی است، لذا این نوع اعتبارات را «back-to-back» می‌نامند، زیرا اعتبار دومی توسط اعتبار اولی پشتیبانی^{۱۶} می‌شود.

۱۶. تقسیم‌بندی فوق یک طبقه‌بندی سنتی از لحاظ شناخت انواع متداول اعتبارات استنادی در تجارت بین‌المللی است؛ ولی اگر طبقه‌بندی از دیدگاه حقوق، تکالیف، تعهدات و زمان مذکور باشد، در آن صورت، می‌توان اختصاراً به ترتیب زیر عمل کرد:

۱. قابلیت اطمینان از لحاظ ایهای تعهدات: بحث درباره اعتبارات استنادی برگشت‌پذیر، برگشت‌ناپذیر و تأیید شده.
۲. برآتنی که از محل اعتبار صادر می‌شوند: شامل اعتبارات استنادی دیداری و اعتبارات استنادی مدت‌دار (نظر به اینکه کشیدن برات از محل اعتبارات استنادی دیداری در ایران مرسوم نیست قبلًا بدان اشاره نشد؛ ولی در سیستم بانکی اروپائی و امریکائی ذینفع اعتبار برای استفاده از وجه اعتبار — حتی اگر بلافاصله و پس از رویت قابل پرداخت باشد — برآتنی صادر می‌نماید).

۳. قرارداد موضوع اعتبار: شامل اعتبار استنادی تجاری برای واردات و صادرات، اعتبارات ضمانتی که در آنها کالا ائی در میان نیست.
۴. انتقال و معامله اعتبار: شامل اعتبارات قبل انتقال، متقابل و قبل معامله. در مورد اخیر یعنی اعتبار قبل معامله، لازم است گفته شود که چون اعتبار استنادی در واقع مرحله نهائی قرارداد منعقده بین فروشنده و خریدار می‌باشد، خود اعتبار فی نفسه (همچون سایر استناد قبل معامله) قبل معامله نیست مگر به عنوان خود معامله و بندرت، بلکه فروشنده می‌تواند در اعتبارات مدت دار، بروات صادره از محل اعتبار را معامله کند.
۵. قابلیت تقسیم: در این مورد، منظور اعتبار قبل انتقال نیست، بلکه حمل بدفعات مذکور است؛ یعنی آیا می‌شود از اعتبار فقط یکبار استفاده کرد یا اینکه بدفعات از آن استفاده نمود و کالا را بتدریج حمل کرد.
۶. قابلیت تجدید: شامل اعتبار گردان که پس از استفاده، مجدد و بطور خودکار تجدید می‌شود.
۷. زمان: از حیث سرسید اعتبار و اهمیت آن و اینکه قابل تمدید است یا خیر.

و. نقش بانکها

۱۷. اساسی‌ترین نقش را در اعتبارات استنادی، بانکها به عهده دارند که با گروگداشتن اعتبار خود نزد فروشنده یا بانک خارجی، موجبات تسهیل داد و ستد بین المللی را فراهم آورده و بیعی را به ثمر می‌رسانند. فروشنده در یک کشور خارجی هرگز رضایت نخواهد داد که بدون دریافت ثمن معامله متعاقی را به یک خریدار ناشناس بفروشد، ولی وساطت بانک تسهیلات لازم را برای انجام معامله بوجود آورده و مشکل را برطرف می‌نماید. بدین معنی که اگر خریدار کالا مستقیماً از فروشنده درخواست کند که کالای موضوع پیش فاکتور را برای نامبرده ارسال

داشته و سپس ثمن معامله را دریافت دارد، چه بسا فروشندۀ خارجی حتی پاسخی هم به این تقاضا ندهد چه رسد به آنکه کالا را برایش حمل کند. از طرف دیگر و به فرض آزادی نقل و انتقال ارزی، گاه خریدار وجه کالا را قبل‌آغازه کرده و سپس تقاضای حمل کالا را می‌نماید. در این حالت نیز چون خریدار تضمینی در دست ندارد اگر فروشندۀ کالا را نفرستد، متضرر خواهد شد. راه منحصر به فرد و اینکه بعداً وارد‌کننده بتواند میبع را به تصرف خود درآورد، توسل به بانک و واسطه قرار دادن بانک است. درحقیقت، باید گفته شود که هیچ اعتبار اسنادی ای وجود ندارد که حدائقی یک بانک در آن مداخله نکرده باشد. بی‌دلیل نیست که بانکداران اولین گروهی بودند که در طراحی، تدوین و به تصویب رساندن مقررات متحده‌الشکل اعتبار اسنادی پیشتاز بودند و نخستین مقررات به همت و تشویق بانکداران مراحل تصویب را پشت سر گذاشت.

۱۸. نقش مهم دیگر بانکها تهیه، تدارک و تبدیل ارز می‌باشد.
بدین معنی که معمولاً وارد‌کنندگان و صادرکنندگان کالا در هر کشوری با پول کشور خود سروکار دارند و از آنجا که در تجارت بین‌المللی یک موضوع معامله را ثمن یا «ارز» تشکیل می‌دهد، لذا تدارک ارز برای وارد‌کننده که بتواند بهای کالای خریداری شده را به ارز مورد نظر فروشندۀ خارجی پرداخت کند، جز از طریق بانکها امکان‌پذیر نخواهد بود.

ز. اعتبارات اسنادی و قانون عملیات بانکداری بدون ربا
۱۹. اکنون که بحث اجمالی در شناسائی اعتبارات استادی و
انواع آن را به پایان آورديم، بد نیست جایگاه آن را در قانون بانکداری بدون ربا نیز بررسی کنیم.

در قانون عملیات بانکداری بدون ربا مصوب ۱۳۶۲/۶/۸ مجلس شورای اسلامی و آئیننامه‌های مربوط مصوب ۱۳۶۲/۹/۲۷ هیأت وزیران

و دستورالعملهای اجرائی قانون مزبور مصوب شورای پول و اعتبار که به تأیید شورای نگهبان نیز رسیده است، در مورد اینکه اعتبارات اسنادی جزء کدامیک از عملیات بانکی قانون یاد شده است، صراحتی وجود ندارد، ولی ماده ۳ دستورالعمل اجرائی مضاربه مقرر می‌دارد: «بانکها در امور واردات مجاز به مضاربه با بخش خصوصی نمی‌باشند.» ولذا مضاربه با بخش دولتی جهت واردات و با بخش خصوصی به منظور صادرات انجام می‌گیرد. با این قرینه، به نظر می‌رسد اعتبار اسنادی از مصاديق مضاربه است.

شاید علت این عدم تصریح آن باشد که – همانطور که در صفحات پیشین بیان گردید – اعتبارات اسنادی دارای دو ویژگی خاص برونمرزی و درونمرزی است. در عملیات برونمرزی، اعتبارات اسنادی یک مکانیسم بانکی بین‌المللی است که در همه جای دنیا به صورت کم و بیش متحددالشكل رواج دارد و روابط بانک ایرانی با کارگزار خارجی خود، بکلی جدا از عقود اسلامی است. و اما در ارتباط با عملیات بانکداری درونمرزی، رابطه بانک با مشتری و اینکه مشتری صادرکننده یا واردکننده باشد وضع بسیار متفاوت خواهد بود؛ زیرا در مورد اعتبارات اسنادی صادراتی (الصادرات از ایران) بانک نقشی جز ابلاغ اعتبار به صادرکننده نخواهد داشت و تعهدی غیر از آنچه که در متن اعتبار گنجانده شده به عهده نخواهد گرفت، ولی در مورد اعتبارات اسنادی وارداتی امکان اعطای اعتبار به واردکننده ایرانی وجود دارد، دیگر تکیه بر اعتبارات اسنادی ضرورت ندارد بلکه معمولاً به صورت فروش اقساطی و در سایر موارد با اعطای تسهیلات اعتباری و اخذ سفته عمل می‌شود. بعلاوه از نظر عقود اسلامی، اعتبار اسنادی، هم به عنوان جuale و هم به صورت مضاربه، عملی است. شاید قانونگذار خواسته است با عدم تصریح اعتبار اسنادی، میدان عمل وسیع تری برای سیستم بانکی تعبیه کرده باشد تا حسب مورد از این ابزار مهم بانکداری بین‌المللی استفاده کند.

بخش دوم:

مقررات متحددالشكل اعتبارات اسنادی

الف. قلمرو مقررات متحددالشكل اعتبارات اسنادی

۲۰. منظور از آنچه که در صفحات پیشین – آن هم به اختصار – بیان گردید شناخت اجمالی اعتبارات اسنادی و انواع آن، طرفاً تشكیل دهنده اعتبار و روابط گونه‌گونی که بوجود می‌آورد، بوده است.

هریک از عناوین قبلی می‌توانست موضوع مقاله مفصل و مبسوطی قرار گیرد، کما اینکه متجاوز از ۶۰ صفحه از اولین شماره «مجلة حقوقی» به بحث درباره یکی از مسائل اعتبارات تضمینی اختصاص یافته که خود از میان ده‌ها مقاله انتخاب شده است.^{۱۷}

توجه و دقت در مکانیسم و عملکرد اعتبارات اسنادی به این نتیجه راهبر می‌شود که اعتبارات اسنادی مجموعه‌ای از رویه‌های مختلف الشکل درون‌مرزی و برون‌مرزی با روابط گوناگون در داخل و خارج کشور و ضمناً مهمنترین سند در تجارت بین‌المللی است. همه روزه هزاران اعتبار اسنادی میلیاردها دلار را در بر می‌گیرد. در این گفتار هدف آن نیست که درباره این روابط و عملیات مختلف و آثار حقوقی آن در قلمرو داخلی یا بین‌المللی بحث شود، زیرا همانطور که قبلاً گفتیم هر قرارداد اعتبار اسنادی به لحاظ اینکه در کجا اجرا شود یا اصولاً در کدام کشور منعقد شده باشد، مشمول قوانین و حقوق همان محل است. بنابراین قلمرو مقررات متحددالشكل اعتبارات اسنادی صرفاً ناظر به بعد برون‌مرزی اعتبار است و برای قاضی محلی در کنار قانون حاکم بر خود اعتبار و به

۱۷. مجله حقوقی، شماره ۱، جی. دایس کول: «نقش اعتبارات اسنادی تضمینی در تجارت بین‌المللی»، ترجمه محسن محبی.

عنوان عرف مسلم قضیه یا حدّاًکثر قرارداد فیما بین طرفین، ارزش قضائی دارد. هدف این بخش، شناخت مقررات متحده‌الشكل اعتبارات اسنادی است که سعی دارد این قبیل عملیات و رویه‌های مختلف الشکل را تا آنجا که امکان دارد به صورت متحده‌الشكل درآورد تا برای همه دست‌اندرکاران اعمّ از بازرگان، بانکدار، متصدی حمل و نقل و بیمه و نظایر آن به صورت یکسان قابل فهم و عمل باشد. به همین دلیل هم هست که به عنوان «مقررات و رویه‌های متحده‌الشكل اعتبارات اسنادی»^{۱۸} و اختصاراً UCP نامیده شده و معروف گردیده است.

۲۱. همانطور که در ابتدای مقال اشاره کردیم مقررات متحده‌الشكل اعتبارات اسنادی که برای اولین بار در سال ۱۹۳۳ مورد تصویب ICC قرار گرفته تا به حال چندین مرتبه در آن تجدیدنظر شده تا با نیازهای جدید تطبیق داده شود. آخرین مقررات – قبل از اصلاح اخیر – در سال ۱۹۷۵ تحت عنوان «نشریة ICC ۲۹۰» به تصویب رسید و به مرحله اجرا گذاشته شد. حال برای اینکه مقررات جدید (نشریة ۴۰۰) بهتر شناخته شود و اصلاحات انجام شده در آن نسبت به نشریه ۲۹۰ روشن‌تر گردد، مقایسه‌ای بین آندو ضروری به نظر می‌رسد.

ب. مقایسه نشریة ۴۰۰ با نشریة ۲۹۰

۲۲. چنانچه بخواهیم تغییرات نشریة ۴۰۰ را با نشریة ۲۹۰ مورد به مورد و ماده به ماده بررسی کنیم سخن به درازامی کشد و علاوه بر اینکه برای خوانندگان کمال آورخواهد بود شاید چندان هم مفید فایده‌عام واقع نگردد. این بحث تحلیلی و تدقیق در این باره بیشتر برای بازرگانان و بانکداران فایده خواهد داشت تا برای حقوقدانان.

در اینجا فقط به مرور کلی و اشاره به نکات اصلی تغییرات
بسنده می‌شود. ابتدائاً فهرست مندرجات هردو نشریه در جدول زیر نشان
داده می‌شود و سپس به تغییرات انجام شده در مقررات اشاره خواهد شد:

<u>فهرست نشریه ۴۰۰</u>	<u>فهرست نشریه ۲۹۰</u>
مقررات و تعاریف کلی	مقررات و تعاریف کلی
انواع اعتبارات و چگونگی ابلاغ آن	انواع اعتبارات و چگونگی ابلاغ آن
تعهدات و مسئولیتها	تعهدات و مسئولیتها
اسناد	اسناد
اسناد حاکی از حمل یا ارسال یا وصول	اسناد حمل
اسناد حمل کالا (اسناد حمل)	اسناد حمل کالا (اسناد حمل)
اسناد بیمه	بارنامه دریائی
صورتحسابها (سیاهه‌ها) تجارتی	اسناد تراابری مرکب
مقررات مختلف، مقدار و مبلغ	اسناد بیمه
حمل کالا بدفعات یا برداشت وجه	صورتحسابها تجارتی (سیاهه‌ها)
اعتبار بدفعات	
برداشت اقساطی از اعتبار و یا حمل	سایر اسناد
کالا در دوره‌های معین	
سررسید و ارائه اسناد	مقررات مختلف: مقدار و مبلغ
بارگیری در کشتی، ارسال و تحويل	حمل بدفعات
کالا	
اصطلاحات مربوط به مدت	تاریخ سرسید
انتقال	حمل بارگیری یا ارسال
	ارائه اسناد
	اصطلاحات مربوط به مدت
	انتقال
(جمعاً ۵۵ ماده و ۸۷ بند)	(جمعاً ۴۴ ماده و ۴۷ بند)

۲۳. چنانکه فوقاً ملاحظه می‌شود مقررات جدید از همان طرح کلی نشریة ۲۹۰ پیروی کرده و جز در چند مورد تفاوت عمده‌ای با مقررات قبلی ندارد. اینک به رئوس تغییرات مقررات مذکور در نشریة ۴۰۰ می‌پردازیم:

(۱) ماده ۱ نشریة ۲۹۰ بعد از سرفصل مقررات و تعاریف کلی در شش بند با تعریف انواع اعتبارات شروع می‌شود، درحالیکه نشریة ۴۰۰ با داشتن همان سرفصل از ماده ۱ آغاز شده و ضمن اینکه «اعتبار ضمانتی» را برای اولین بار در ماده ۱ آورده، ذکر عبارت «این اعتبار مطابق مقررات متحددالشکل اعتبارات اسنادی تجدید نظر شده در سال ۱۹۸۳ نشریة شماره ۴۰۰ اتفاق باز رگانی بین‌المللی افتتاح گردیده و تابع آن می‌باشد» را در متن هر اعتبار اسنادی الزامی نموده است. البته قبل از عبارت مشابهی روی نمونه‌های چاپی اعتبارات اسنادی درج می‌شده است، ولی در هیچیک از مقررات قبلی ذکر آن الزامی نبوده، بلکه العاق بانکها به مقررات، خودبخود این الزام را بوجود می‌آورده است.

(۲) ماده ۳ نشریة جدید (بند «ج» نشریة قبلی) از مهمترین مواد هر دو نشریه به شمار می‌رود؛ زیرا قرارداد بانکی (اعتبار اسنادی) را از قرارداد اصلی خرید و فروش که مبنای اعتبار می‌باشد، آشکارا جدا می‌کند و آن را معامله کاملاً مستقلی از اعتبار اسنادی می‌داند که تعهدی برای بانک ایجاد نمی‌کند. در ماده ۳ مذکور این جمله نیز اضافه شده است: «حتی اگر در اعتبار هرگونه اشاره‌ای به این قراردادها شده باشد». درنتیجه جای هیچگونه تردیدی باقی نمانده است که اعتبار اسنادی مطلقاً ارتباط یا وابستگی به قرارداد خرید و فروش مبنای آن ندارد. مع الوصف با تمام صراحتی که درباره جدا بودن معامله اصلی از اعتبار اسنادی در هر دو نشریه عنوان گردیده، استثنایاتی در مورد آن وجود دارد، مانند تقلب در معامله اصلی یا جعل در اسناد حمل که در

صورت احراز، اعتبار استادی را متوقف می‌کند.^{۱۹}

(۳) بند «الف» ماده ۸ نشریه ۲۹۰ مبنی بر اینکه در عملیات

اعتبار استادی، کلیه طرفین ذیربطری براساس استاد عمل می‌کنند نه کالای موضوع اعتبار، مستقلانه در یک ماده آمده و موضوع ماده ۴ نشریه ۴۰۰ را تشکیل می‌دهد، با این تفاوت که «خدمات یا سایر عملکردهای مربوط به استاد» هم بعد از «کالا» بدان اضافه شده است. اضافه کردن «خدمات یا سایر عملکردهای مربوط به استاد» به این دلیل صورت گرفته که اعتبارات ضمانتی (ضمانتنامه‌ها) نیز در مقررات جدید (ماده ۱) آورده شده و درنتیجه اکتفا کردن به «کالا» که یک عمل بازرگانی (خرید و فروش) صرف است از لحاظ اعتبارات ضمانتی که نقش ضماننامه را ایفا می‌کند و دربرگیرنده خدمات یا قراردادهای اجرائی (از قبل ساختمانی) و غیره می‌باشد، واقعی به مقصد نمی‌توانست باشد.

(۴) ماده ۸ نشریه ۴۰۰ که به ابلاغ اعتبار توسط بانک دیگری مربوط می‌شود و جایگزین بند «ب» ماده ۳ مقررات قبلی شده، دارای دو نکته جدید و مهم است. یکی اینکه ابلاغ اعتبار برگشت پذیر را هم شامل شده و دیگر اینکه بانک ابلاغ کننده را به هنگام ابلاغ اعتبار ملزم می‌سازد که در مورد اصالت ظاهری اعتباری که ابلاغ می‌کند دقیق معمول بکار برد. در گذشته چون ابلاغ اعتبار توسط بانک دیگری جز بانک معامله کننده استاد، تعهدی برای آن بانک بوجود نمی‌آورد — مگر اینکه اعتبار را خود تأیید کرده باشد — لذا ابلاغ کننده دقیق لازم در اصالت اعتبار نمی‌کرد و از این حیث مشکلات عدیده‌ای را ایجاد نموده بود؛ ولی به موجب مقررات جدید حتی بانک ابلاغ کننده نیز مکلف شده است که حداقل بطور ظاهری اصالت اعتبار را احراز کند.

۱۹. مجله حقوقی، شماره ۳، «تقلب در معامله»، به نقل از مجله حقوقی هاروارد، ترجمه محسن محبی. در این مقاله مواردی که قرارداد اصلی با اعتبار استادی مرتبط داشته شده و درنتیجه اعتبار و یا اجرای مفاد اعتبار استادی موقول به آن می‌شود، به تفصیل مورد بحث قرار گرفته است.

به جای کلمات «تلکس یا تلگرام» از کلمه «مخابرات تله»^{۲۰} استفاده شده، در بند «ب» ماده مذکور ارسال تأییدیه کتبی اعتبار اسنادی ای را که به این ترتیب ابلاغ کرده است، منع می‌کند و بانکها را از دردرس‌های زیادی نجات می‌دهد. بعلاوه مقید می‌دارد که در اعتبار اسنادی مفتوحه از طریق مخابرات تله، عبارتی که در ماده اول مقررات آورده شده مبنی بر اینکه «این اعتبار مطابق مقررات متحدد الشکل اعتبارات اسنادی سال ۱۹۸۳، نشریه ۴۰۰ اتاق بازرگانی بین‌المللی صادر گردیده» نیز باید در متن چنین اعتباری گنجانده شود.

(۹) در مقررات جدید، ماده ۸ مقررات قبلی با یک جابجایی در اول ماده جای خود را با بسط بیشتر به ماده ۱۶ داده است. مهمترین نکته در این ماده استفاده از کلمه «تأمین» در عوض «تضمين» در زمانی است که بانک پرداخت کننده به علت مشاهده مغایرت‌هایی در اسناد، وجه اعتبار را به صورت مشروط به ذینفع پرداخت نموده است. متأسفانه در نشریه ۴۰۰ نیز مسئله دادن «مهلت معقولی» به بانک جهت رسیدگی به مغایرت‌ها و دادن پاسخ لازم، همچنان در پرده ابهام باقی مانده و کمیسیون بانکی با توجه به پرسشنامه‌های دریافتی نتوانسته است مدت معینی را برای «مهلت معقول» تعیین کند؛ زیرا اختلاف آراء بسیار بوده و بین ۳۶ ساعت تا ۳۰ روز نوسان داشته و در نتیجه عبارت سابق به همان صورت حفظ شده است.

(۱۰) ماده ۲۱ نشریه ۴۰۰ ماده ۱۳ نشریه ۲۹۰ را بسط داده و ضمناً برای اولین بار بانک بازکننده اعتبار را صراحتاً مسئول پرداخت مبالغی نموده که بانک پوشش دهنده انجام داده یا در مورد اعتبارات مدت دار، قبولی نوشته است. همچنین شعبه بانک بازکننده در خارج از کشور را به عنوان بانک پوشش دهنده مجاز شناخته، که خود تحول جالبی است، مخصوصاً برای بانکهای ایرانی که تقریباً همه آنها در خارج از

(۵) ماده ۲ مقررات قبلی که جای خود را در مقررات جدید به ماده ۹ و در دو بند «الف» و «ب۱» و «ب۲» داده و درباره فسخ یا ابطال اعتبار قابل برگشت سخن می‌گوید، ضمن اینکه مطلب را بسط داده، نکته جدیدی را نیز در بند «ب۲» آن اضافه کرده است. بدین معنی که بانک بازکننده اعتبار را مکلف نموده تا اعتبارات قابل برگشت مدت دار را که اسناد آن قبل از ابطال توسط بانک ابلاغ کننده دریافت گردیده است، بموقع پرداخت نماید. این اولین بار است که در مقررات، نامی از اعتبار مدت دار برده می‌شود.

(۶) با آنکه ظاهراً ماده ۱۰ نشریه ۴۰۰ تغییرات زیادی را نسبت به ماده ۳ نشریه ۲۹۰ در ارتباط با تعهدات بانک بازکننده اعتبار نشان می‌دهد لکن چون تغییرات مذکور دگرگونی عمدہ‌ای در رویه‌ها بوجود نیاورده، آنچنان اساسی نیست، بلکه فی الواقع بسط و گسترش عبارات مقررات قبلی است تا هم اعتبارات استادی دیداری را دربر گیرد و هم اعتبارات مدت دار را.

(۷) ماده ۱۱ نشریه ۴۰۰ متن کاملاً جدیدی است و به منظور رفع سوءتفاهم یا سوءتعییری بوده که از روابط موجود بین بانکها و یا ذیفع با بانک بعمل می‌آمده است. این ماده سه هدف عمدہ را تأمین می‌کند:

الف. تعیین روش قابل استفاده بودن اعتبار به صورت پرداخت نقدی یا مدت دار یا قبولی برات یا معاملة اسناد.

ب. تعیین بانکی که پرداخت نقدی یا مدت دار یا قبولی برات یا معامله اسناد را انجام می‌دهد.

ج. تعیین بانک کارگزار برای پرداخت نقدی و غیره، مسئولیتی برای آن بانک ایجاد نخواهد نمود مگر اینکه بانک نامبرده اعتبار را تأیید نموده باشد.

(۸) ماده ۱۲ جایگزین ماده ۴ نشریه ۲۹۰ گردیده و ضمن اینکه

کشور دارای شعبه‌اند و اعتبارات اسنادی شعب مرکزی آنها در ایران،
عهده آنها گشایش می‌یابد.

(۱۱) چنانکه از جدول مقایسه‌ای فصول مقررات برمی‌آید،
تغییراتی در طبقه‌بندی اسناد داده شده است. بخصوص با آوردن
«اعتبارات ضمانتی» (ضمانتنامه‌ها) در مقررات جدید که اسنادی که
در قبال ارائه آنها پرداخت، قبولی یا معامله انجام می‌شود باید دقیقاً
مشخص شوند، این نکته اهمیت زیادی دارد. بعلاوه چون سیستم حمل و
نقل کالا متحول گردیده، اسناد حملی که پابه‌پای این تحول، پیدا و
صادر می‌شود در این قسمت به صورت گویاتری بیان شده است. بنابراین
هر چند در اساس مکانیسم، تفاوت عمدی حاصل نگردیده اما ضمن
گنجاندن نوآوریهای مذکور، مطالب به نحو روشن‌تر و صریح‌تر بیان
شده‌اند.

(۱۲) در ماده ۲۲ نشریه ۴۰۰ (معادل ماده ۱۴ نشریه ۲۹۰)
پدیده کاملاً نوظهوری در چگونگی تهیه اسناد آورده شده است، به نحوی
که اسناد تهیه شده توسط دستگاه تکثیر یا نسخ ماشینهای خودکار یا
کامپیوتر و حتی نسخه کاربنی اسناد به شرط اینکه نقش اصل اسناد را
ایفا نماید، مورد قبول قرار گرفته و این خود پیشرفته است در نحوه تهیه
اسناد که مشکلات فراوانی را مرتفع می‌نماید، زیرا قبل و در بعضی از
کشورها، بانکها برخی از اسناد را به عنوان اینکه فتوکپی هستند، رد
می‌کردند.

(۱۳) ماده ۲۳ نشریه ۴۰۰ نسبت به ماده ۳۳ نشریه ۲۹۰
موسوع‌تر و روشن‌تر است؛ یعنی هم اسناد مربوط به اعتبارات اسنادی
تجارتی را دربر می‌گیرد و هم اعتبارات ضمانتی را. بعلاوه در مورد اسناد
دیگری غیر از اسناد حمل بدون اینکه نوع آنها مشخص شود، اشاره دارد
بر اینکه باید نوع این اسناد و اینکه دارای چه محتوائی باشند و توسط چه
مقامی صادر شوند، دقیقاً تعریف و تبیین گردد تا از هرگونه ابهامی
جلوگیری ننماید.

(۱۴) مشابه ماده ۲۴ نشریه ۴۰۰، در مقررات قبلی وجود نداشت. این ماده دارای کاربرد کاملاً جدیدی است و به بانکها اجازه می‌دهد تا اسنادی را – هر نوع سندی – که قبل از تاریخ اعتبار صادر شده‌اند، قبول نمایند مگر اینکه در متن اعتبار قبول چنین اسنادی منع شده باشد.

(۱۵) یکی از دلایلی که مقررات متحده‌اشکل اعتبار اسنادی را به عنوان مهمترین سند در تجارت بین‌المللی درآورده، آن است که مقررات مذکور ثابت و ایستا نبوده و همواره با تحولات و نوآوریها همراه و همگام بوده و به همین خاطر تاکنون پنج بار مورد تجدیدنظر قرار گرفته است. یکی از مصادیق این همگامی با پیشرفت تکنولوژی، ماده ۲۵ نشریه ۴۰۰ می‌باشد که نسبت به آنچه در ماده ۱۹، ۲۳ و ۲۴ نشریه ۲۹۰ در مورد انواع اسناد حمل کالا آمده بود، بسیار پیشرفته‌تر است. ماده ۲۵ مذکور اسناد جدیدی را که بتوانند نیاز خریداران و فروشنده‌گان را تأمین نمایند، پیش‌بینی کرده که از آن جمله است اسناد حملی که نشان دهنده توسط حمل کننده معینی صادر شده‌اند، یا دلالت بر ارسال کالا و تحویل گرفتن برای بارگیری نمایند، یا بارنامه حمل مرکب، یا بارنامه بندر به بندر، و نظایر آن که با حمل سنتی کالا توسط کشته بسیار تفاوت دارد، زیرا اجازه می‌دهد که کالا از در سازنده یا فروشنده به در کارخانه وارد کننده یا مصرف کننده مستقیماً حمل شود.

(۱۶) ماده ۳۹ نشریه ۴۰۰ نسبت به ماده ۲۱ نشریه ۲۹۰ دارای امتیازات زیر است:

الف. برای اولین بار انتقال کالا از یک وسیله حمل به وسیله حمل دیگر (ترانس‌شیپ‌منت) در مقررات جدید تعریف شده است.

ب. با توجه به دگرگونی در سیستم حمل و نقل و اینکه بارنامه حمل مرکب (که کالا توسط چند وسیله حمل و نقل جابجا می‌گردد) روز

به روز رایج تر و متداول تر می شود، منع ترانس شیپ منت نه تنها ضرورت ندارد بلکه در واقع نقص غرض خواهد بود و لذا در مقررات فعلی اصولاً انتقال کالا از یک وسیله حمل به وسیله حمل دیگر مجاز شناخته شده است مگر اینکه صراحتاً در متن اعتبار قید شده باشد که مجاز نیست.

(۱۷) ماده ۳۰ نشریه جدید برخلاف نشریه ۲۹۰ که فقط اشارتی به حمل با پُست داشته است، ماده جدید و مستقلی را تشکیل می دهد و رسید پستی یا گواهی پُست را – اگر در اعتبار، حمل با پست پیش بینی شده باشد – مورد قبول قرار می دهد.

(۱۸) ماده جدید دیگر در نشریه ۴۰۰، ماده ۳۳ است که قبول اسناد حملی را که فروشنده کالا شخص دیگری غیر از ذینفع اعتبار می باشد، اجازه داده است مگر اینکه اعتبار صراحتاً آن را منع کرده باشد. حقیقت امر آن است که اضافه کردن این ماده فقط در تصمیم گیری بانکها از لحاظ قبول چنین اسنادی اثر می گذارد، والا حائز اهمیت چندانی نیست.

(۱۹) در ماده ۳۴ نشریه جدید که همان ماده ۱۸ نشریه ۲۹۰ می باشد، از لحاظ سند حمل بی عیب و نقص مطالبی اضافه شده و بانکها را مجاز به قبول اسنادی نموده است که روی آنها عبارت «بدون نقص بارگیری شده» ذکر گردیده باشد.

(۲۰) ماده ۳۷ که جای ماده ۲۸ نشریه ۲۹۰ را گرفته است مبنای تعیین ارزش سند بیمه را ۱۰٪ افزایش داده و ضمناً اصطلاح جدید CIP (بهای کالا و کرایه حمل و بیمه تا مقصد معین) را علاوه بر CIF (بهای کالا و کرایه و بیمه تا بندر معین) در این ماده اضافه نموده است. بدینهی است در صورتی سند بیمه برای ۱۱۰٪ ارزش سیف یا سیپ کالا صادر خواهد شد که رقم آن مشخص شده باشد. ضمناً در ماده بعدی

(۲۸) مسئولیت تعیین نوع خسارت به عهده متقاضی گذاشته شده است.

در این باره لازم است تذکر داده شود که گرچه بانکها از لحاظ نوع خطراتی که کالا در برابر آن بیمه گردیده مسئول شناخته نمی شوند،

معدلک لازم است اولاً به بازگانان از لحاظ عدم شمول بعضی خطرات هشدار داده شود و ثانیاً چون خود بانک در مرحله نهائی ممکن است وصول کننده خسارت باشد، از قبول یمه‌نامه‌هایی که با اصطلاحات مبهم صادر شده‌اند، خودداری ورزند.

(۲۱) در قسمت سیاهه‌های تجاری یک جابجاشی در بند «۵»

قسمت مقررات و تعاریف کلی نشریه قبلی (۲۹۰) صورت گرفته و قسمتی از آن بعلاوه ماده ۳۲ همان نشریه، به ماده ۴۱ نشریه جدید (۴۰۰) اضافه شده است و بانکها را از قبول سیاهه‌هایی که مبلغ آن بیش از مبلغ اعتبار باشد منع می‌کند. درست است که بانک پرداخت کننده بیش از مبلغ اعتبار پرداخت نمی‌کند ولی امکان دارد در کشورهایی که کنترل ارز دارند مشکلاتی برای وارد کننده ایجاد شود، بدین معنی که یا اصولاً از قبول آن خودداری کنند و یا حقوق و سایر عوارض گمرکی را بر مأخذ صورتحسابی دریافت دارند که از مبلغ اعتبار بیشتر است.

(۲۲) از لحاظ مقدار و مبلغ که موضوع ماده ۳۴ نشریه ۲۹۰ و

ماده ۴۳ نشریه ۴۰۰ را تشکیل می‌دهد، تغیر عمده، افزایش مقدار کالا از ۳٪ به ۵٪ می‌باشد.

(۲۳) به لحاظ گنجاندن اعتبار ضمانتی در مقررات جدید در

قسمت مربوط به حمل کالا بدفعات، استفاده از وجه اعتبار بدفعات نیز در ماده ۴۴ نشریه جدید اضافه گردیده است تا پرداخت بدفعات از محل اعتبار ضمانتی را تسهیل نماید. علاوه بر آن، حمل با پُست یا با وسایل حملی غیر از کشتی نیز به عنوان حمل بدفعات مجاز شناخته شده است. از همین دیدگاه، ماده ۴۵ نشریه ۴۰۰ نسبت به ماده ۳۶ نشریه ۲۹۰ موضع ترشده و برداشت اقساطی از اعتبار و چگونگی آن با صراحت بیشتری مشخص گردیده است.

(۲۴) ماده ۴۶ نشریه ۴۰۰ که جای ماده ۳۷ و ۴۶ نشریه ۲۹۰

را از لحاظ سرسید اعتبار و موعد تسلیم اسناد گرفته است، آشکارا از

لحاظ مفهوم و عبارت، صریح‌تر و گویاتر از سابق می‌باشد و بانکها را از ابلاغ اعتباراتی که سرسید آنها مثلاً یک یا چند ماه از تاریخ ابلاغ است بر حذر می‌دارد.

مواد ۴۷ به بعد نشریه ۴۰۰ جز اینکه تغییرات مختصری در فصل‌بندی عناوین یا جمله‌پردازی برخی از مواد داده است، حاوی مطلب عمده‌ای نیست.

۲۶. بطوریکه ملاحظه شد مقررات فعلی اعتبارات استنادی نه تنها پاره‌ای ابهامات ناشی از مقررات قبلی را که در عمل آشکار شده بود برطرف ساخته بلکه متناسب با نیازها و اقتضایات جدید تجارت بین‌المللی، وبالاخص وسائل حمل و نقل و مخابرات، شرایط و احکام جدیدی را وضع نموده است. به قول یکی از صاحبنظران، نشریه ۴۰۰ به اهداف ذیل به خوبی نائل آمده است:

الف. مقررات جدید، انقلاب در صنعت حمل و نقل را مدنظر داشته و استناد جدیدی را که هماهنگ با این انقلاب صادر می‌شود در متن خود گنجانده و پذیرفته است.

ب. امکان استفاده از وسائل مخابراتی نوین و نقل و انتقال خودکار^{۲۲} را فراهم آورده است.

ج. از لحاظ متن، عبارات و کلمات، از مقررات قبلی (نشریه ۲۹۰) دقیق‌تر و جامع‌تر است.

معدلك یک مشکل همیشگی در اعتبارات استنادی همچنان لایحل مانده و آن عبارت است از تعریف و تعیین حدود «دقیق معقول» در بررسی استناد ارائه شده توسط ذینفع (ماده ۱۵ مقررات) که کلیدی‌ترین و اساسی‌ترین مرحله در اعتبارات استنادی را تشکیل می‌دهد و به خاطر فقد تعریف مشخص، مشکلاتی را ایجاد نموده است.

امید است کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی با کمک و همکاری دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی بتواند طرح جامع و مانع از تعریف «دقّت معقول در رسیدگی اسناد» تهیه کرده و جهت تصویب به اتاق بازرگانی بین‌المللی ارائه دهد تا این مشکل نیز برطرف گردد.



گزارشی از آرای

دیوان داوری ایران و ایالات متحده امریکا

تا پایان سال ۱۳۶۶



دیوان داوری ایران و ایالات متحده امریکا تا پایان اسفند ماه سال ۱۳۶۶ طی ۷۴ تصمیم، ۶۷ قرار و ۳۵۵ حکم، ۱۰ فقره از ۲۲ پرونده «الف»، ۴۴ فقره از ۷۲ پرونده «ب»، ۷۴۶ فقره از ۹۶۲ پرونده بزرگ و ۱۷۸ فقره از ۲۷۸۲ پرونده کوچک را رسیدگی و مختومه اعلام نموده است.^۰

(۱) پرونده‌های «الف» پرونده‌هایی هستند که دولتین ایران و ایالات متحده امریکا نظر تفسیری دیوان را در موضوعات متنازع^۱ فیه با توجه به بند ۳ ماده ۲ بیانیة حل و فصل دعاوى به شرح مصريح در بندۀای ۱۶ و ۱۷ همان بیانیة عمومی، همچنین سؤالات مربوط به تفسیر یا اجرای بیانیة حل و فصل دعاوى که در بند ۴ ماده ۶ بیانیه ذکر گردیده است، خواستار شده‌اند.

(۲) پرونده‌های «ب» پرونده‌هایی هستند که دو دولت ایران و ایالات متحده امریکا می‌شوند بر بند ۳ ماده ۲ بیانیة حل و فصل دعاوى، ادعاهای رسمی خود علیه یکدیگر را مطرح نموده‌اند.

(۳) پرونده‌های بزرگ پرونده‌هایی هستند که خواسته عنوان شده در آنها بیش از ۲۵۰,۰۰۰ دلار می‌باشد.

بررسی اجمالی ۳۵۵ رأی دیوان به شرح زیر می‌باشد:
الف. آرای مبنی بر توافق طرفین دعوى ۱۵۸ فقره

در این دعاوی جمعاً حدود سه میلیارد و سیصد و شصت میلیون دلار به اضافه بهره و هزینه‌های دادرسی مطالبه شده بود. دیوان براساس توافق طرفین مقرر نموده است مبلغ ۵۳۰,۶۳۱,۱۲۳ دلار به علاوه معادل دلاری ۱۹۶,۳۰۳ پوند انگلیسی و ۵۱ مارک آلمانی به طرفهای امریکائی و ۴۰۷,۴۱۲,۲۲۸ دلار به اضافه معادل دلاری ۴۲۳,۹۱۱ ریال به طرفهای ایرانی پرداخت گردد.

یادآوری می‌گردد در قبال وجه المصالحه‌های پرداختی، ضمن پایان دادن به ادعاهای خواهانهای امریکائی بخصوص از لحاظ مالکیت واحدهای صنعتی، در مواردی دیوان آنها را ملزم به تحويل قطعات و لوازم مورد تعهد خود به طرفهای ایرانی نموده است. بعلاوه، در بعضی دیگر از پرونده‌ها بموجب موافقتنامه‌های مربوط، وجوهی که در اختیار طرف امریکائی بوده است به طرف ایرانی مسترد و پرداخت شده است که رقم آن جمعاً بالغ بر ۱۷۷ میلیون دلار می‌شود.

ب. آرای مبنی بر رد ادعاهای خواهانهای امریکائی ۶۵ فقره

در این دعاوی، خواهانهای امریکائی بیش از دو میلیارد و هشتصد و سی و چهار میلیون دلار به اضافه بهره و هزینه‌های دادرسی را مطالبه نموده بودند که به لحاظ عدم صلاحیت یا فقد دلیل کافی، مردود اعلام شده‌اند.

ج. آرای مبنی بر محکومیت خوانندگان ایرانی ۱۰۰ فقره

در این دعاوی خواهانهای امریکائی حدود یک میلیارد و پانصد و بیست و سه میلیون دلار به اضافه بهره و هزینه‌های دادرسی را مطالبه

نموده بودند. دیوان مقرر نموده است کلّاً حدود ۴۱۶,۷۵۷,۹۰۰ دلار بابت اصل ادعاهای بهره و هزینه‌های دادرسی به طرفهای امریکائی پرداخت گردد.^{۵۰}

د. آرای مبنی بر رد ادعاهای خواهانهای ایرانی ۲۰ فقره

طی این سری از دعاوی، اتباع و مؤسسات ایرانی حدود ۲۷۶ میلیون دلار به اضافه بهره و هزینه‌های دادرسی را مطالبه نموده بودند که به لحاظ عدم صلاحیت یا فقد دلیل کافی، مردود اعلام شده‌اند.

ه. آرای مبنی بر محکومیت امریکا به نفع ایران ۱۲ فقره

در این دعاوی سازمانهای ایرانی حدود ۵۴۱ میلیون دلار به اضافه بهره و هزینه‌های دادرسی را مطالبه نموده بودند که منجر به محکومیت طرفهای امریکائی به پرداخت حدود ۵۱۷ میلیون دلار به طرفهای ایرانی گردیده است. قسمت عمده این مبلغ مربوط به ادعای دولت جمهوری اسلامی ایران مطروحة در بند «ز» پرونده «الف-۱۵» می‌باشد.

یادآوری می‌گردد که در اجرای قرارداد الجزایر، مبلغ ۳,۶۶۷ میلیون دلار جهت بازپرداخت اصل و بهره وامهای دریافتی دولت ایران از سندیکائی از مؤسسات بانکی امریکا تحت عنوان حساب شماره یک به بانک فدرال رزرو نیویورک منتقل گردیده بود. دولت ایالات متحده امریکا پس از تسویه بدهیها از بازپس دادن باقیمانده مبلغ مذکور به بهانه‌های مختلف سر باز می‌زد تا اینکه هیئت عمومی داوران طی رأی

۵۰ توضیح اینکه در ۵ فقره پرونده نفتی به شماره‌های ۵۶، ۷۴، ۷۶، ۸۱ و ۱۵۰، هر چند آرای دیوان به شماره‌های ۵۶-۳-۳۱۰-۳۲۰-۷۶/۸۱/۱۵۰-۳۱۱-۳۱۱ مبنی بر تأیید بخشی از ادعاهای خواهانها صادر شده، لکن اعلام مبلغ قطعی محکومیت به بررسی لوایح طرفین در موارد مذکور موقول گردیده است.

جزئی شماره الف-۱۵ (اول-ز) ۳۰۶ مورخ ۱۳۶۶/۲/۱۴ مقرر نمود
دولت ایالات متحده امریکا کلیه مبلغ موجود در حساب شماره یک
فوق الذکر را، بجز مبلغ ۶۳ میلیون دلار و بهره متعلق به آن که جهت
پرداخت ادعاهای احتمالی اختصاص داده شده است، به دولت ایران
باز پس گرداند.

با اعلام رأی مذکور، دولت امریکا بداآ ۴۵۴ میلیون دلار و اخیراً
۳۷ میلیون و نهصد هزار دلار به حساب دولت جمهوری اسلامی واریز
نمود.

دکتر رضا فیوضی



دادگاه نظامی نورمبرگ

پس از چهل سال*



* مقاله تحقیقی حاضر از کتب و مقالات متعدد، از جمله رساله لیسانس نویسنده و همچنین دائرۃ المعارف حقوق بین الملل و نیز مقاله قاضی جکسن (Jackson) که مشخصات آن در صفحات آتی آمده گرفته شده است.

۱

مقدمه

۱. تشکیل دادگاه نظامی نورمبرگ برای رسیدگی به اعمال سران نظامی و غیرنظامی آلمان پس از جنگ دوم جهانی و شکست آن کشور، بدون تردید یکی از مهمترین حوادث تاریخ است. در مورد این دادگاه و تأثیر آن در تحول حقوق بین الملل عمومی و همچنین در انتقاد و یا تجلیل از آن، کتب و مقالات زیادی نوشته شده و قطعاً در آینده نیز تحقیق و بحث در اطراف آن ادامه خواهد داشت.

در دادگاه اصلی نورمبرگ، بازجویی و دادرسی از بیست و دو نفر از سران مهم و شش سازمان اداری و نظامی آلمان صورت گرفت. تعقیب و مجازات ده نفر از متهمان به علت فوت و یا وضع مزاجی نامناسب آنها متناوباً انجام گردید و دادرسی یک نفر، یعنی مارتین بورمان، غیاباً صورت گرفت.

نتیجه کار و رأی دادگاههای نظامی نورمبرگ، اعمّ از دادگاه اصلی و فرعی، به این شرح بود: سی و شش نفر محکوم به مرگ و بیست و سه نفر از جرائم انتسابی تبرئه شدند.^۱ همچنین این دادگاهها سی و سه نفر را به حبس ابد و عذت‌های را به بیست و پنج سال زندان محکوم کردند که کمترین محکومیت یک سال زندان بود. بعضی از آرای محکومیت به مرگ، سال بعد اجرا گردید.

از کسانی که در دادگاه اصلی به زندانهای طولانی محکوم شدند، تا این اواخر فقط رودولف هس در زندان اشپاندو زنده بود و اخیراً فوت کرد. دیگر زندانیان یا دوران زندان خود را تمام کردند و یا سالها قبل فوت شده‌اند و گروه دیگری نیز به علت رفتار خوب آزاد شدند، ولی در نظارت مقامات نظامی کشورهای چهارگانه متفق باقی هستند.

در تاریخ هشتم ماه مه ۱۹۵۸ چهار نفر از افرادی که در زندان لندزبرگ^۲ زندانی بودند آزاد شدند. دولت آلمان فدرال تاکنون در مقابل درخواست احزاب سیاسی و مردم برای صدور عفو عمومی، مخالفت کرده و به جای آن مبادرت به تشکیل کمیسیونهای مختلط عفو نموده است و با توصیه این کمیسیونها افرادی از زندان آزاد و یا از آزادی مشروط استفاده کرده‌اند.

اکنون که بیش از ۴۰ سال از تشکیل این دادگاه می‌گذرد (۱۹۸۵ چهلمین سال تشکیل دادگاه بوده است) و با توجه به اهمیت و تأثیر آن در حقوق بین‌الملل، مروی به این واقعه تاریخی، مفید به نظر می‌رسد. قبل از ورود به اصل موضوع، توجه به ملاحظات زیر ضروری است:

۲. اینکه چه کسانی مرتکب جرائم جنگی شدند، خود بحث مفصلی را می‌طلبد، ولی همین اندازه متذکر می‌شویم که اگر گفته شود

1. L'édition française du jugement rendu par le tribunal militaire de Nuremberg (Imprimerie des journaux officiels), Paris, 1946.

2. Landsberg

آلمانیها مرتكب جرائم و جنایات جنگی و بین‌المللی شدند، مسئله بدرستی مطرح نشده است. در این مورد باید بین ملت آلمان و ارتش تاریخی او از یک طرف و نازیها و یگانهای ارتشی که منحصراً از افراد متعصب نازی تشکیل و توسط افسران تربیت شده با ایدئولوژی نازیسم فرماندهی می‌شدند از طرف دیگر، قائل به تفکیک شد. ارتش غیرنازی آلمان، با رعایت قواعد و فراردادهای بین‌المللی ناظر به جنگ، جنگیدند و بسیار اتفاق افتاد که افسران کاردان و لایق در همه رده‌ها به علت عدم اجرای دستورات مخالف قواعد بین‌المللی جنگ که از طرف فرماندهی کل صادر می‌شد، از کاربرکنار و یا تسليم دادگاههای نظامی شدند. برای این موضوع می‌توان در طول جنگ مثالهای زیادی ارائه کرد. در دادگاه نورمبرگ نیز همین مطلب تأیید گردید. البته آعمال خلاف قانون و حقوق زیادی نیز اتفاق افتاد که شکنی در آنها نیست و مرتكبان آنها نیز به حبس یا اعدام محکوم شدند.

۳. در مورد آنچه مربوط به کشورهای فاتح و یا متفقین می‌شود، باید گفت آنها هم چندان فرشته‌وش از جنگ بیرون نیامدند. اگر روزی بایگانی نظامی و محروم‌انه آنها به روی مورخان باز شود، دیده خواهد شد که فهرست آعمال خلاف حقوق آنها در جنگ نیز طولانی و بلند است. بعضی از این وقایع تأسف‌آور آنقدر بزرگ و مشهور بودند که امکان مخفی کردن آنها وجود نداشت و همه جهانیان از آنها مطلع شدند و در مورد آنها کتابها و مقالات زیادی نوشته شد؛ ولی حوادث و اتفاقات زیاد دیگری نیز در نقض قواعد جنگی بوقوع پیوست که کسی از آنها آگاه نشد. در این زمینه به ذکر یک مثال قناعت می‌شود: حمله به ایران در شهریور ۱۳۲۰ در مفهوم رأی دادگاه نورمبرگ یک عمل خلاف حقوق بین‌الملل بود.

۴. در مورد ماهیت دادگاه نورمبرگ در زمینه‌های حقوقی و غیرحقوقی بحثهای زیادی شده است. مسئله اصلی این است که آیا تشکیل این دادگاهها از طرف کشورهای فاتح برای محاکمه سران یک

کشور شکست خورده منطبق با اصول انصاف و عدالت و موازین حقوقی بوده یا خیر؟ چرا این دادگاه را یک سازمان بین‌المللی و یا کشورهای بیطرف تشکیل ندادند؟ در مورد سؤال آخر، پاسخ متفقین این بود که قرارداد ۱۹۴۵ لندن، که به نام منشور دادگاه نورمبرگ معروف است، یک قرارداد بین‌المللی بود که همه کشورها، اعم از بیطرف و یا متفق، می‌توانستند به آن ملحق شوند و تا آغاز دادگاه نیز منشور لندن را امضاء کردند.^۳

۵. به هر حال، تحقیق برای یافتن پاسخهای مناسب به این سؤالات، بحث را به مقولات فلسفی و اخلاقی و نظریه حق با قوی است می‌کشاند که پایان ناپذیر بوده و نتیجه‌ای هم بر آنها متربّ نیست، بلکه ترجیحاً باید این نکته را به خاطر داشت که دادگاه نورمبرگ با همه نقصها و ایراداتی که می‌توان برای آن شمرد در تحول و توسعه حقوق بین‌الملل جزائی، که ماهیتاً ضمانت اجرا را بسیار مشکل می‌پنداشد، تأثیر شگرفی نمود. دادگاه نورمبرگ، رویه قضائی روشی در ضمانت اجرای حقوق جنگ و قواعد اخلاقی و انسانی بوجود آورد که از این بابت بدون تردید خدمتی بود به جامعه انسانی. اکنون و در آینده، کشوری که مبادرت به جنگ تهاجمی می‌کند باید بداند احتمالاً چه سرنوشتی در انتظار او است. البته بطوریکه گفته شد دادگاه نقصهای زیادی هم داشت که به مرحال جای خود را دارند. مثلاً انتخاب قاعدة «امر مافق رافع مسؤولیت نیست» در منشور لندن نه حقوقی بود و نه اخلاقی... ولی چاره دیگری نبود. مگر حقوق همیشه با اخلاق الفت و سازگاری دارد؟ بروفسور دوندیبو دووابر^۴ حقوقدان مشهور و قاضی فرانسوی دادگاه، در مورد این نارسانیها می‌گفت: «بهتر است عدالت را بطور ناقص اجرا کنیم تا اینکه آن را اصلاً اجرا نکنیم».

۳. یونان، دانمارک، یوگسلاوی، هلند، چکسلواکی، لهستان، بلژیک، انگلیس، استرالیا، هندوراس، لوکزامبورگ، هائیتی، نیوزیلند، هلند، ونزوئلا، اروگوئه و پاراگوئه.

4. DONNEDIEU DE VABRES: *Cours de doctorat*, Paris, 1946-1947.



حقوق جنگ و سابقه دادگاه نورمبرگ

۱. حقوق جنگ

جنگ گرچه یک پدیده مخرب حقوق است، ولی خود تابع نظم خاص و مجموعه قواعد و قراردادهایی است که از چند سال پیش برمرور از طرف دولتها، براساس عرفهای قدیمی تدوین و قبول شده است.

مهمنترین این اسناد حقوقی عبارت است از: اعلامیه پاریس راجع به بیطری در جنگ دریائی، اعلامیه ۱۸۶۸ سن پترزبورگ در مورد گلوله هایی که بکار بردن آنها مجاز نیست، اعلامیه ۱۸۷۴ بروکسل و قراردادهای ۱۸۹۹ (سه قرارداد) و ۱۹۰۷ (۱۴ قرارداد) لاهه که می توان آنها را تدوینی کامل از حقوق جنگ دانست و قرارداد ۱۹۲۲ واشنگتن راجع به استفاده از زیردریائی. در بین اسناد حقوقی مذکور، قرارداد چهارم ۱۹۰۷ لاهه بسیار واجد اهمیت است، زیرا مجموعه نسبتاً کاملی از قواعد جنگی است. مثلاً گرچه در این قرارداد در مورد سلاحهایی که استعمال آنها در جنگ منع می باشد، ذکری از بمب اتمی و یا هیدروژنی نشده است، معدلک استعمال این نوع بمبهای با مدلول مادهٔ آن مغایرت دارد.

مجموعه این اسناد حقوقی بعد از جنگ دوم جهانی با چهار قرارداد ۱۹۴۹ ژنو و نیز قرارداد بین المللی ۱۹۴۸ در مورد سرکوبی جنایت نژادکشی^۵ و قرارداد ۲۶ نوامبر ۱۹۶۸ در مورد عدم شمول مرور زمان درباره

۵. Génocide : از لاتین و به معنای نژادکشی... کشتار و انهدام یک نژاد خاص به دلایل نژادی، مذهبی، ایدئولوژیکی، رنگ پوست و غیره. ژنو سید در سال ۱۹۶۸ موضوع یک قرارداد بین المللی قرار گرفت که ایران نیز عضو آن است.

جنایات جنگی و جنایات ضد انسانی^۶، همان پیکره مدون حقوق جنگ به شمار می‌رود.

علاوه بر این، قرارداد ۱۹۵۴ لاهه راجع به حفظ آثار تاریخی در زمان جنگ، قرارداد ۱۹۶۳ مسکو در مورد منع آزمایشات اتمی در فضا و زیر دریا، قرارداد ۱۹۶۸ در مورد منع گسترش سلاحهای هسته‌ای، قرارداد ۱۶ فوریه ۱۹۷۱ در مورد منع استقرار سلاحهای هسته‌ای در دریا و کف دریا، قرارداد ۱۹۷۲ در مورد منع سلاحهای میکروبی و شیمیائی، قراردادهای یکم و دوم «سالت»^۷ بین شوروی و امریکا راجع به محدودیت سلاحهای اتمی استراتژیک و وسائل پرتتاب و یا حمل آنها (سالهای ۱۹۷۱ – ۱۹۷۹)، و سرانجام قراردادهای احتمالی آینده مربوط به حذف موشکهای متوسط و کوتاه‌برد در اروپا نیز از جمله عناصر دیگر مجموعه مدون حقوق جنگ می‌باشد.^۸

به این فهرست قراردادها باید قراردادهای دیگری را اضافه کرد که هنوز اعتبار اجرائی نیافته‌اند.

۲. سابقه دادگاه نورمبرگ

قبل از اینکه به سابقه دادگاه نورمبرگ بپردازیم، یادآوری این مطلب ضروری است که بعد از پایان جنگ اول جهانی، در مواز ۲۲۷، ۲۲۸ و ۲۳۰ قرارداد ورسای پیش‌بینی شده بود افرادی که در ارتش آلمان مرتکب جرائم جنگی شده‌اند باید به دولتهای متحده (فرانسه و انگلیس) تحويل گردند تا در یک دادگاه نظامی محاکمه شوند. ماده ۲۲۷ مربوط به شخص ویلهلم دوم امپراتور آلمان بود که به هلند پناه‌نده شده بود. به موجب این ماده، امپراتور ویلهلم باید به دلیل جریحه دار کردن موازین

6. Imprescriptibilité des crimes contre l' humanité et crimes de Guerre.

7. Strategic Arms Limitation Talks (S.A.L.T.)

8. در زمینه حقوق جنگ رک. به دکتر محتمدرضا ضیائی بیگدلی: «حقوق جنگ»، مجله حقوقی، شماره ۶، ص ۴۵ – ۷۱.

اخلاقی بین المللی و عدم رعایت اصل اعتبار قراردادها در یک «دادگاه ویژه»^۹ محاکمه شود. دولت هلند در مقابل فشارهای متفقین برای استرداد ویلهلم دوم مقاومت نمود. از نظر دولت هلند استرداد مجرمان بنابر قواعد عمومی حقوق استرداد، در مقابل جرائم مشخص و معین و مذکور در قرارداد استرداد است و در قراردادهایی که هلند اعضاء کرده است جرمی به عنوان جریحه دار کردن^{۱۰} قواعد اخلاقی بین المللی وجود ندارد؛ بنابراین این دولت از اجابت درخواست متفقین معدور است....

به موازات این اقدام، دولتهای متفق براساس مواد ۲۲۸ و ۲۳۰ قرارداد ورسای از آلمان خواستند که ۹۰۰ نفر از کسانی که متهم به ارتکاب جنایات جنگی بودند برای دادرسی به آنها تحويل شوند. دولت آلمان اجرای تقاضای متفقین را به تأخیر انداخت و عاقبت دولتهای فاتح قبول کردند که فقط گروه کوچکی از این متهمان در مقابل دادگاه آلمانی در شهر لاپزیگ^{۱۱} محاکمه شوند؛ ولی بیشتر این متهمان تبرئه و تنها چند نفری به زندانهای بسیار کوتاه محکوم شدند و این امر موجب انتقادات زیادی در کشورهای فاتح جنگ گردید.

۳. جنگ دوم جهانی

در جنگ دوم جهانی با توجه به این تجربه نامطلوب، نمایندگان نه کشور پناهنده به لندن، طی اعلامیه مشترکی به نام اعلامیه سنت جیمز مورخ سیزدهم ژانویه ۱۹۴۲ اعلام داشتند که تنبیه و مجازات جنایتکاران جنگی، یکی از هدفهای اصلی ادامه جنگ است.

9. ad hoc

10. Offense suprême contre la morale Internationale...

۱۱. در مورد دادگاه لاپزیگ رک. به:

The Leipzig Trials, Londre, 1921

۴. اعلامیه مسکو

در اکتبر ۱۹۴۳ هفده کشوری که با آلمان در جنگ بودند کمیسیون مشترکی به نام «کمیسیون جنایات جنگی» تشکیل دادند و در تعقیب این اقدام در تاریخ ۳۰ اکتبر ۱۹۴۳ در کنفرانس مسکو، روزولت و استالین و چرچیل طی بیانیه‌ای که به «بیانیه مسکو» معروف است، اعلام داشتند آن دسته از افسران و یا سربازان و یا اعضای حزب نازی که در قتل و انهاض و غارت مردم کشورهای اشغالی شرکت داشته‌اند بعد از خاتمه جنگ به کشورهای محل ارتکاب جرم تحويل خواهند شد تا مجازات شوند و در مورد آن گروه از سران آلمان که جرم‌های ارتکابی آنان محدوده جغرافیائی خاصی ندارد دادگاهی که با تصمیم کشورهای متفق تشکیل خواهد شد آنها را محاکمه و مجازات خواهد کرد.

در بیانیه مسکو نحوه تشکیل دادگاه و صلاحیت آن و جرائم استنادی معین نبود و حل مسئله به آینده موكول گردید. در این زمان بین متقدین جریانهای فکری مختلفی در مورد متهمنان وجود داشت و بعضی عقیده داشتند این افراد به محض دستگیری باید طبق موازین حقوقی در یک دادگاه بین المللی که کار آن در معرض قضاوت افکار عمومی جهان قرار خواهد گرفت، محاکمه شده و به مجازات آعمال خلاف خود برسند؛ بعلاوه فایده مهم دیگر این دادگاه آن است که یک سابقه و رویه قضائی در مورد جنایات جنگی بوجود خواهد آمد. به هر حال، در مسکو قرار بر این شد که موضوع مورد مطالعه چهار دولت باشد.

۵. تذکاریه یالتا^{۱۲}

در سال ۱۹۴۵ جنگ در شرف پایان بود، ولی هنوز راجع به

۱۲. در مورد سوابق اعلامیه مسکو، تذکاریه یالتا و غیره رک. به:

M.MERLE: Le proces de Nuremberg et châtiment des criminels de Guerre, Paris, Pedone 1949.

دادگاه آینده و اینکه اصولاً باید دادگاهی باشد یا خیر، تصمیم روشی گرفته نشده بود. حتی در این زمان چرچیل و سیمون وزیر دادگستری انگلیس بر این عقیده بودند که مجرمان جنگی باید بلاfacile بعد از دستگیری اعدام شوند. کم کم این نظریه در امریکا بین مشاوران روزولت هم زمینه پیدا کرد. تنها وزیر دفاع امریکا استیمسن^{۱۳} بشدت از طرح تشکیل دادگاه نظام بین‌المللی طرفداری می‌کرد و به همین دلیل طرحی را که بعدها به نام «تذکاریه یالتا» نامیده شد، تهیه نمود و قرار شد روزولت آن را در کنفرانس یالتا مطرح سازد. در این طرح گفته شده بود که «محکومیت این جنایتکاران بعد از محاکمه... مورد تأیید مردم جهان خواهد بود و در آینده نیز تاریخ آن را محترم خواهد شمرد. مضافاً اینکه تشکیل یک دادگاه بین‌المللی سبب خواهد شد تا برای آیندگان سند مهمی از جنایات نازی و جنایتکاران آن باقی بماند.»^{۱۴}

در تاریخ دوم مه ۱۹۴۵ ترومن رئیس جمهور امریکا، قاضی جکسن قاضی دادگاه عالی فدرال را به سمت دادستان امریکا در دادگاه آینده منصوب کرد و به او مأموریت داد تا پس از مذاکره با دیگر کشورهای متفق در مورد نحوه تشکیل دادگاه تصمیم گرفته شود. قاضی جکسن در تاریخ ششمژوئن ۱۹۴۵ پیشنهادات خود در زمینه تشکیل دادگاه آینده و نحوه کار و جرائمی که مورد استناد هیأت‌های دادستانی قرار خواهد گرفت و دیگر مسائل فتی و حقوقی آن را طی گزارشی به رئیس جمهور تسلیم نمود.^{۱۵}

۶. کنفرانس لندن – منشور لندن

در هشتم اوت ۱۹۴۵ از نمایندگان مختار چهار کشور بزرگ در جنگ به منظور تهیه مقدمات دادرسی و مجازات جنایتکاران سران

13. Stimson

14. United States Departement of State, Pub. No. 3080 at 6 1949 (I.C.M.T.).

15. Dept. State Bull, Vol. 12 (1945), p. 1071.

کشورهای محور (آلمن و ایتالیا) تشکیل و گزارش قاضی جکسن به ترومن رئیس جمهور امریکا مطرح گردید. در این کنفرانس اختلاف نظرهای شدیدی بین نمایندگان شرکت کننده که هر کدام مظہر و معرف یک سیستم حقوقی خاص بودند و استنباطهای گوناگونی از اصول و مفاهیم حقوق و آئین دادرسی جزائی داشتند، بروز کرد. علاوه بر این انگیزه‌های احساساتی و سیاسی ناشی از خدمات و رنجهای دوران جنگ که در مورد هریک از کشورهای متفق شدت و ضعف داشت، این اختلافات را عمیق‌تر می‌کرد، تا جائی که احتمال می‌رفت کار کنفرانس به جائی نرسد؛ ولی به‌هرحال، با توجه به موقعیت زمانی آن روز و خاتمه جنگ و این الزام که باید در مورد دادگاه تصمیم روشنی گرفته شود، نمایندگان در نظرات خود نرمش نشان دادند، به نحوی که توانستند اختلافات اساسی را کنار گذارند و با هم الفت و سازش کنند.

در کنفرانس لندن شهر نورمبرگ واقع در منطقه شمالی آلمان به عنوان محل تشکیل دادگاه تعیین گردید و در زمینه ترتیبات تشکیل آن و نحوه کار و تعداد هیأتهای دادستانی و قضات و آئین دادرسی تصمیمات مقتضی گرفته شد. قواعد مقرره در کنفرانس لندن، بعداً به تصویب نوزده کشور دیگر رسید. همچنین قرار شد دادگاه آینده مرکب از چهار قاضی باشد که هر کشور بزرگ متفق یک نفر حقوقدان عالیرتبه را به این منظور معرفی نماید. علاوه مقرر گردید هر کشور در دادگاه یک هیأت دادستانی داشته باشد که مشترکاً در مقابل دادگاه عمل خواهد کرد و همچنین کنفرانس مذکور، لرد لاورنس انگلیسی را به سمت ریاست دادگاه معرفی نمود.^{۱۶}

در منشور لندن تصریح شده بود که دادگاه نورمبرگ منحصراً وظيفة محاکمه و مجازات سران کشورهای محور در اروپا، یعنی آلمان و ایتالیا، را به‌عهده خواهد داشت. بعداً دادگاهی معادل آن در خاور دور

۱۶. اسمی قضات و هیأتهای دادستانی در ضمیمه شماره یک آمده است.

برای محاکمه متهمان و جنایتکاران جنگی ژاپن به نام دادگاه نظامی توکیو در سال ۱۹۴۶ تشکیل گردید و یازده کشور در آن عضویت داشتند.



مسائل حقوقی بنیادی دادگاه نورمبرگ

در کنفرانس لندن گذشته از حل مسائل اداری، سازمانی و نیازمندیهای دادگاه، لازم بود نسبت به یک سلسله از مسائل بنیادی حقوقی نیز که براساس آنها باید محاکمات صورت گیرد توافق شود. این مسائل به شرح زیر بودند:

۱. وظیفه دادگاه چه خواهد بود؟

مسئله مهمی که در کنفرانس لندن مطرح شد این بود که آیا وظیفه دادگاه تعیین مجازات برای کسانی است که قبلاً فرض بر مجرمیت آنان شده، یا اینکه وظیفه آن انجام دادرسی با رعایت کلیه موازین حقوقی و آئین دادرسی معمول در کشورهای متمدن است^{۱۷۹}? شورویها و تا حدودی فرانسویها و انگلیسیها معتقد بودند حدود و دامنه

۱۷۹. برای ملاحظة ادعانامه رک. به:

Articles et documents du Ministere Franciase de l'information Nouvelle, serie No. 349, 1954; War Criminal, N.Prit Londres, 1945.

اعمال جنایتکارانه این متهمان آنقدر وسیع است که انجام دادرسی و اثبات جرم آنها اتفاف وقت است، بعلاوه این موضوع تلویحاً در کنفرانس مسکو و یالتا حل شده است؛ بنابراین محاکمه ضرورتی ندارد و دادگاه باید منحصراً تعیین مجازات نماید. چنین نظری طبعاً منجر به این می‌شود که دادگاه حق صدور حکم برائت و یا زندانهای کوتاه‌مدت را ندارد و متهمان نیز از حق دفاع کامل و اقامه دلیل و احتمالاً تقاضای احضار شاهد محرومند.

در قبال چنین نظری، نماینده امریکا گفت: «در ایالات متحده حتی رئیس جمهور حق ندارد کسی را زندانی و یا محکوم اعلام کند. چنین تصمیماتی منحصراً باید از طرف یک دادگاه ذیصلاحیت اتخاذ شود. بنابراین از نظر ایالات متحده هیچ راهی نیست جز اینکه دادگاه نظامی آینده، دادرسی متهمان را براساس ضوابط حقوقی انجام دهد و نسبت به مجرم بودن و یا نبودن آنها تصمیم گیرد. بعلاوه این روش تنبیه مجرمان را نیز از نظر افکار عمومی جهانیان بهتر توجیه می‌کند.» با این استدلال، نماینده شوروی نیز از نظر خود عدول کرد.^{۱۸}

۲. صلاحیت دادگاه

به موجب منشور لندن، برای دادگاهی که باید تشکیل شود، دو نوع صلاحیت منظور گردید:

الف. صلاحیت شخصی^{۱۹}:

براساس این صلاحیت به دادگاه حق داده شد افراد عالیرتبه و درجه یک دولت آلمان و حزب ناسیونال سیوسیالیست را که مقامات مهمی در سیستم رایش سوم داشته‌اند و عملیات خلاف حقوق آنان

18. The International Lawyer, 1986, p. 872.

19. *ratione personae*

محدودهٔ جغرافیائی خاصی ندارد و در نتیجه نمی‌توان آنها را به دولت دیگری تحویل داد، محاکمه و محکوم نماید. تعداد این افراد موقتاً ۲۴ نفر تعیین شد و تا زمان تشکیل دادگاه در این فهرست تغییراتی حاصل نشد.^{۲۰}

• مسئولیت جزائی اشخاص حقوقی^{۲۱}: در کنفرانس لندن نمایندهٔ امریکا پیشنهاد کرد به دادگاه صلاحیت داده شود تا در مورد بعضی از اشخاص حقوق عمومی آلمان مانند سازمانهای پلیس امنیتی و حزب ناسیونال سوسیالیست و غیره تحقیق شود و در صورت لزوم اینگونه سازمانها را جنایتکار اعلام نماید. نمایندهٔ شوروی این امر را تحصیل حاصل می‌دانست. به نظر او در کنفرانس‌های مسکو و کریمه در مورد محکومیت تمام سیستم نازی و سازمانهای مربوطه آن اظهارنظر شده و تمام آنها بطور کلی جنایتکار اعلام شده‌اند. از نظر نمایندهٔ فرانسه چنین پیشنهادی گذشته از اینکه با اصل عدم مسئولیت جزائی اشخاص حقوق عمومی مغایرت دارد^{۲۲}، اصولاً در سیستم قانون نوشته بدون سابقه است. نمایندهٔ انگلیس نیز تردید داشت در اینکه طرح چنین مطلبی در منشور دادگاه عقلائی باشد. نمایندهٔ امریکا در پیشنهاد خود پافشاری کرد و

۲۰. برای نام و مستهای این افراد رک. به ضمیمه شماره ۲.

توضیع: قبل از اینکه این متهمان مشخص شوند، آدولف هیتلر پس از تنظیم دو وصیت‌نامه سیاسی و خصوصی، روز ۳۱ ماه مه ۱۹۴۵ و قبل از ورود نیروهای شوروی به محل «شانسلری» در برلن، با همسرش «ایوا براون» انتخاب کردند. بد نیست بدانیم که کلیه مایملک او موقع مرگ در حدود پنج هزار مارک بود. درآمد او از حق‌التألیف کتاب نبرد من همیشه وقف حزب ناسیونال سوسیالیست بود. دکتر گوبنل وزیر تبلیغات نیز با همسر و جهاد دختر خردسالش روز بعد در همان محل «شانسلری» خودکشی نمودند. هیملر رئیس گشتاپو پس از دستگیری از طرف نیروهای انگلیسی خودکشی کرد. مارتین بورمان معاون هیتلر پس از مرگ هیتلر به قصد خروج از برلن از دفتر خود خارج شد، ولی در جنگهای خیابانی کشته شد.

۲۱. در مورد مسئولیت جزائی اشخاص حقوقی رک. به: The Int'l Lawyer, 1986

۲۲. «شخصیت حقوقی مسئولیت جزائی ندارد». Societas non Potest delinquere

سرانجام در طرح نهائی پیش‌بینی شد در مواردی که یکی از متهمان منسوب به سازمان اداری خاصی باشد دادگاه صلاحیت خواهد داشت نسبت به آن سازمان اداری نیز اظهارنظر نماید. دادگاه نورمبرگ در رأی خود نظر داد که «اعلام یک سازمان به عنوان جنایتکار مبین این نیست که همه افراد آن سازمان جنایتکارند، بلکه کسانی که رأساً در ارتکاب اعمال خلاف حقوق شرکت داشته‌اند، متهم هستند.»

طبق مواد ۹ و ۱۰ منشور لندن اشخاص حقوق عمومی و یا سازمانهای اداری آلمان که قرار شد دادگاه نسبت به أعمالشان اظهارنظر کرده و آنها را سازمان جنایتکار بداند یا خیر، به شرح زیر بودند:

۱. دولت آلمان (در مفهوم هیأت دولت).

۲. حزب ناسیونال سوسیالیست.

۳. سازمان اس.اس. «گروه‌های حمله یا نیروی ویژه». ^{۲۳}

۴. سازمان اس. د. «سرویس اطلاعات ویژه». ^{۲۴}

۵. گشتاپو «بلیس امنیت کشور». ^{۲۵}

۶. اس. آ. «نیروهای طوفان یا نیروی ضربتی». ^{۲۶}

۷. ستاد کل فرماندهی ارتش آلمان (أ. کا. و). ^{۲۷}

ب. صلاحیت موضوعی^{۲۸}:

در زمینه صلاحیت موضوعی به دادگاه اختیار داده شده بود که در مورد سه نوع جرم اتخاذ تصمیم کند:

۱. جنایات جنگی ^{۲۹}

۲. جنایات ضد انسانی ^{۳۰}

23. Schutzstaffel

24. Sicherheitsdienst

25. Geheime-Staats

26. Sturmabteilung

27. Ober Commandant des Wehrmacht (O.K.W.)

28. ration materiae

29. Crimes de Guerre

30. Crimes Contre L'humanite

۳. جنایات بر ضد صلح^{۳۱}

الف. جنایات جنگی عبارت است از اعمال خلاف حقوق در نقض قواعد قراردادی و یا قواعد عرفی ناظر به عملیات جنگی در زمین، دریا و هوای (ماده ۶ منشور).

ب. جنایات ضد انسانی^{۳۲} به اعمالی اطلاق می‌گردد که مخالف قواعد حقوقی انسان متمدن و اخلاق و شوونات بشری است، مانند غارت و چاول اموال، انهدام شهرها و قصبات و کشتار دسته جمعی و اعظام افراد غیرنظمامی به کار اجباری و یا تبعیدگاهها و همچنین آعمالی که به آنها زنوسید (نزدکشی) اطلاق می‌شود. واضعان منشور پیشنهاد کرده بودند که حدود مسئولیت متهمان این جرم شامل عملیات ضد انسانی قبل از آغاز جنگ نیز باشد؛ ولی دادگاه فقط اعمال غیرانسانی را که از آغاز جنگ اتفاق افتاده بود مذ نظر قرار داد و در این زمینه حتی متهمان را در مورد عملیات غیر انسانی که علیه مردم کشورهای خود مرتکب شده بودند مسئول شناخت و این امر تحول بزرگی در مورد حدود و دامنه مسئولیت فردی در حقوق بین الملل است.

۴. توطئه و جنایت بر ضد صلح

در کنفرانس لندن نمایندگان امریکا و انگلیس پیشنهاد کردند که طرح نقشه مشترک و سبق تصمیم و توطئه بر ضد صلح و آرامش جهانی تحت عنوان جنایات بر ضد صلح، جرم خاص و مستقلی تلقی شود. نظر به اینکه این جرم، یعنی توطئه‌ای که جنبه جزائی دارد^{۳۳}، برای حقوقدانانی که در حقوق مدون و سیستم قانون نوشته کار کرده‌اند، اصطلاحی نامأتوس و غیرحقوقی بود، نمایندگان شوروی و فرانسه در

31. Crimes Contre la Paix

۳۲. در مورد جنایات ضد انسانی رک. به:

Nouvelle Résumé de droit Int. Privé, 1946, No: 2.

33. criminal conspiracy

ضرورت قبول چنین نظری تردید داشتند. بنابر نظر امریکا جرم دانستن این قبیل اقدامات اجازه می‌دهد که تحقیق دادگاه در مورد عملیات نازیها محدود به دوران جنگ نشود، بلکه اعمال حزب نازی از بد تأسیس آن، یعنی ۲۴ فوریه ۱۹۲۰، تا پایان جنگ مورد تحقیق قرار گیرد و نقشه‌ها و توطئه‌های ضد صلح برای تغییرات ارضی در مرزهای آلمان و آغاز جنگ به دادگاه ارائه گردد. با این توضیحات قبول شد که «توطئه بر ضد صلح» به عنوان یک جرم مستقل قابل رسیدگی باشد و در دادگاه مطرح گردد (ماده ۶ (۶) منشور).

دادگاه در رأی خود توطئه بر ضد صلح بطور اطلاق را نپذیرفت، بلکه توطئه‌ای را جنایت بین المللی تلقی کرد که منجر به جنگ تعریض شده باشد. به عبارت دیگر، به عقیده دادگاه باید بین طرح توطئه و اجرای آن، قصد ارتکاب به معنای جزائی آن وجود داشته باشد. با وجود آنکه این جرم سهم مهمی در جریان دادرسی و شدت وضعف آرای دادگاه نداشت، معذلک باید آن را یکی از جنبه‌های مهم حقوقی دادگاه نورمبرگ دانست که موضوع مسئولیت جزائی فردی در حقوق بین الملل را که نظریة کاملاً جدیدی است، مطرح نموده است.

• جنگ تعریضی: در رأی دادگاه به دوازده فقره جنگ تعریضی از طرف آلمان اشاره شده بود، ولی دادگاه توصیفی از اینکه شرایط و خصوصیت ضروری برای اینکه یک جنگ، تعریضی تلقی شود چیست، به دست نداد. دوازده جنگ مورد استناد دادگاه حمله به کشورهای لهستان، دانمارک، نروژ، لوکزامبورگ، بلژیک، هلند، فرانسه، یوگسلاوی، یونان، شوروی، انگلیس و امریکا بود.

باید گفت گرچه حمله آلمان به بیشتر این کشورها جنگ تهاجمی بطور آشکار بود ولی با فقدان تعریف و ضابطه‌ای روشن در حقوق بین الملل نسبت به جنگ تعریضی و شرایط تحقق آن، در زمانی که دادگاه جریان داشت، قبول جنگ تعریضی در مورد بعضی از کشورها

قابل تردید بود. مثلاً در مورد اشغال نروژ از طرف آلمان باید گفت علت حمله آلمان به آن کشور این بود که انگلیس و فرانسه تصمیم داشتند نروژ را بطور صلحجویانه اشغال کنند^{۳۴} و در موقع مقتضی از آن کشور به آلمان حمله نمایند؛ ولی آلمان پیشستی کرد و قبل از اینکه انگلیس و فرانسه، نروژ را اشغال کنند به آن کشور حمله برد و آن را اشغال نمود.

در مورد اطلاق جنگ تعریضی به اعلام جنگ آلمان به امریکا نیز تردید بود، زیرا امریکا از مدت‌ها قبل، از وضع بیطرفي در جنگ خارج شده و بطور آشکار به انگلیس کمک نظامی قابل توجه می‌کرد و به این ترتیب، اعلام جنگ آلمان به آن کشور، امری بود طبیعی.

در زمینه حمله به انگلیس و فرانسه دفاع متهمان بر این اساس بود که آلمان به این دو کشور اعلام جنگ نداد، بلکه این دو کشور بودند که جنگ را با آلمان شروع کردن. این ایراد در دادگاه پذیرفته نشد، زیرا آلمان بخوبی می‌دانست که فرانسه و انگلیس تمامیت ارضی لهستان را تضمین کرده بودند؛ بنابراین حمله به لهستان حمله به آن دو کشور نیز تلقی می‌شد.

در جریان دادگاه این سؤال مطرح شد که آیا با توجه به قواعد حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۳۹، یعنی سال آغاز جنگ، می‌توان جنگ تهاجمی را در آن موقع یک جنایت بین‌المللی دانست؟ جواب به این سؤال، از نظر رد یا قبول ایراد وکلای مدافع متهمان سخت واجد اهمیت بود. به عقیده وکلای مدافع، جنگ تعریضی را منحصراً از تاریخ امضای منشور لندن، یعنی سال ۱۹۴۵، می‌توان جنایت بین‌المللی دانست نه قبل از آن. در غیر این صورت، اطلاق این جرم به جنگهای تهاجمی قبل از این تاریخ منجر به این می‌شود که عملی که در گذشته جرم نبوده، بعداً جرم به شمار آید^{۳۵}، که مغایر با اصول دموکراسی و قوانین اساسی

34. Occupation Pacifique

ex post facto^{۳۶} : عملی که در گذشته جرم نبوده و امروز جرم تلقی شود. در واقع این اصطلاح به قانونی گفته می‌شود که برای شخص، نسبت به عملی که در گذشته انجام ←

کشورهای متفق است.

رأی دادگاه، اصل مسئولیت فردی را در مورد جرم «جنایات بر ضد صلح» که در منشور لندن پیش‌بینی شده و قواعد آن برای همگان لازم الاجرا بود، مورد قبول قرار داد و به این ترتیب نظر واضعان منشور که این جرم را از جرائمی قلمداد کرده بودند که در حقوق بین‌الملل وجود داشته است، تأمین شد. نظر به اینکه چنین قاعده‌ای قبیل از منشور، نه در حقوق بین‌الملل سنتی وجود داشته و نه در حقوق بین‌الملل عرفی، اظهار نظر حقوقی دادگاه براساس این قاعده جای تردید و بحث باقی می‌گذارد.^{۳۶}

۴. حقوق حاکم یا قابلِ اعمال و دلایل

از نظر واضعان منشور لندن، در مورد تشکیل دادگاه، امضای یک قرارداد بین‌المللی است که نه تنها کشورهای اعضاء کننده را متعهد می‌کند بلکه متهمان آلمانی را نیز موظف می‌دارد که در مدافعت خود از محدوده قواعد و مقررات پیش‌بینی شده در آن خارج نشوند. استدلال مشفقین این بود که حدود و دامنهٔ آعمال خلاف حقوق و جنایات این متهمان آنقدر وسیع است که نمی‌توان قبول کرد که خود ایشان از عواقب احتمالی آنها غافل بوده‌اند.

نویسنده‌گان منشور دادگاه بر این اعتقاد بودند که متهمان حق ندارند در مورد جنایات بر ضد صلح و جنایات ضد انسانی به قاعدة «قانونی بودن جرم»^{۳۷} استناد نموده و مدعی شوند که حتی اگر هم چنین جرمی در حقوق بین‌الملل وجود داشته باشد باز هم مجازاتی برای آن

نمی‌شده است (Black's Law Dictionary, p. 520).

۳۶. در مورد اساسهای حقوقی دادگاه رک. به:

MURRAY, BERN AYS: The Legal Basis of the Nuremberg Trials, Reader's Digest, Mars 1946; MAX RADIN: Justice at Nuremberg, Foreign Affairs, April 1946.

۳۷. هیچ عملی جرم نیست مگر به موجب قانون یا قاعدهٔ قانونی بودن جرم.

پیش‌بینی نشده است و نیز نمی‌توانند به اصل «*ex post facto*» استناد نمایند به این عنوان که اگر توطئه بر ضد صلح، از تاریخ امضای منشور، جرم تلقی گردد، اعمالی که به عنوان اعمال خلاف حقوق به آنها منتسب شده است قبل از وضع این قاعده بوده و اجرای مجازات را نمی‌توان عطف به ماسبق کرد.

به این ترتیب، منشور لندن این سلاحهای دفاعی را قبل از تشکیل دادگاه از متهمان گرفت. استدلال واضعان منشور در این زمینه‌ها، که بعداً هم مورد تأیید دادگاه قرار گرفت، مبنی بر این بود که دو اصل یاد شده از قواعد اختصاصی حقوق داخلی و سیستم قانون نوشته بوده و قابل تسری به حقوق بین‌الملل نیست. این رشتہ از حقوق دائماً در حال تحول و تکامل است و هنوز کاملاً تدوین نشده و ضمانت اجرائی هم ندارد؛ بنابراین گاهی اوقات، قاضی بین‌المللی می‌تواند مقدم بر قانونگذار، که دولتها هستند، در مورد ضمانت اجرای یک قاعدة حقوقی اتخاذ تصمیم نماید. بعلاوه دو قاعدة فوق الذکر از جمله قواعد حقوق بین‌الملل عرفی هم نیست و دولتها می‌توانند از طریق قرارداد از اعمال آنها در روابط متقابل بین خود صرف نظر کنند.^{۳۸}

دادگاه می‌گوید: «درست است که قبل از منشور لندن جرمی به نام جنایت بر ضد صلح وجود نداشته و هیچ دادگاه بین‌المللی هم تاکنون برای محاکمه و تنبیه مرتكبان این جرائم تشکیل نگردیده...، معدلک در شرایط فعلی این دادگاه نمی‌تواند بگوید که منشور لندن اصل «هیچ عملی جرم نیست مگر به موجب قانون» را نقض کرده است...». دادگاه بر این نظر است که: «... قاعدة مذکور به هیچوجه حاکمیت تصمیم‌گیری دولتها را محدود نمی‌سازد و بنابراین آنها می‌توانند طی یک قرارداد از اعمال این اصل صرفنظر کنند...». ^{۳۹} دادگاه ادامه می‌دهد:

۳۸. در مورد حقوق یا قانون حاکم و نیز دلایل، رک. به:

TRAININE: «Procedure à Nuremberg», *Revue de droit Int'l de Science Diplomatique et Politique*. 1946.

39. Procès des Grans Criminels de Guerre Edition Officielle, p. 321.

«... نظر به اینکه قرارداد بربان کلوگ^{۴۰} مورخ ۲۷ اوت ۱۹۲۸ جنگ را عمل خلاف حقوق می‌داند و استناد بین‌المللی دیگری نیز وجوددارند که جنگ را ممنوع کرده‌اند... بنابراین نمی‌توان مدعی شد که در زمان وضع منشور لندن، توطئه بر ضد صلح جرم جدیدی بوده است...»^{۴۱}

۵. امر مافوق و مسؤولیت عامل

در منشور لندن پیش‌بینی شده بود که امر مافوق رافع مسؤولیت نیست و فقط در بعضی شرایط می‌تواند از کیفیّات مخففه باشد. استدلال واضعان منشور این بود که در شرایط فعلی جهان، پیشرفت تکنولوژی و ایجاد سلاحهای مرگبار به جائی رسیده است که یک فرد به تنهایی قادر خواهد بود شهرها و تمدن‌های را به نابودی بکشد؛ بنابراین اجرا کننده یک امر خلاف حقوق، گاهی مسؤولیت خطیری به عهده دارد که ممکن است هیچ وقت آثار احتمالی ناشی از آن جبران‌پذیر نباشد. طبیعی است در چنین مواردی مأمور باید از اجرای امری که تشخیص می‌دهد نتایج وخیم و غیرانسانی خواهد داشت خودداری کند. گذشته از این، موقعی که منشور لندن تنظیم می‌شد، هیتلر پیشوای آلمان، دکتر گوبنل وزیر تبلیغات و هیملر رئیس گشتابو خودکشی کرده بودند و مارتین بورمان معاون هیتلر نیز مفقود شده بود؛ بنابراین بیم این می‌رفت که همه متهمان در دادگاه استناد به امر مافوق نمایند.

به هر حال، قواعد بالا بعدها از نقاط ضعف دادگاه تشخیص داده شد و مورد انتقاد قرار گرفت و بخصوص مسئله امر مافوق با توجه به اهمیّت انضباط نظامی در زمان جنگ برخلاف انصاف و غیرحقوقی تلقی گردید. عدالت ایجاب می‌کرد که واضعان منشور لندن قضاوت در این مورد را به عهده دادگاه واگذارند.

40. Briand Kellogg

۴۱. همان مأخذ، ص ۱۸۶. و نیز رک. به: International Military Tribunal (T.M.W.C.I).

۶. ادله و مدارک وقوع جرائم

در مورد دلایل جرائم برای ارائه به دادگاه قرار بر این شد که در درجه نخست ادعانامه‌های تنظیمی براساس مدارکی باشد که در آلمان اشغالی از بایگانی آن کشور به دست متفقین افتاده است. در ضمن، بین هیئت‌های دادستانی چهار کشور نوعی تقسیم کار در تهیه مدارک برای اثبات ارتکاب جرائم سه گانه مذکور بوجود آمد. مثلاً هیأت دادستانی امریکا تحقیق در تاریخ حزب نازی و روی کار آمدن آن حزب در آلمان را از بد و تأسیس تا پایان جنگ به منظور طرح جرم «جنایت بر ضد صلح» در دادگاه به عهده گرفت و دادستانیهای فرانسه و شوروی مأمور جمع‌آوری دلایل «جنایات جنگی» و «جنایات ضد انسانی» در غرب و شرق اروپا شدند و دادستانی انگلیس نیز می‌باید در زمینه «جنگ تهاجمی» با لغو قراردادهای بین‌المللی اقدام نماید. طبق منشور لندن مقرر شده بود که رأی دادگاه با اکثریت سه رأی موافق صادر گردد و در مواردی که اکثریت لازم حاصل نشود، رأی رئیس دادگاه معتبر است.

۷. آئین دادرسی دادگاه

از جمله موارد دیگری که به ضرر مدافعان آلمان بود إعمال قواعد سیستم دادرسی کشورهای آنگلوساکسون در دادگاه بود. به این معنا که در سیستم آنگلوساکسون دادستان به صورت حریف مخالف، فقط کوشش دارد مواردی را که در ادعانامه‌ها گفته شده ثابت نماید. سؤال و جواب حضوری در دادگاه^{۴۲} از شاهد و یا متهمان در مواردی که به عنوان شاهد شهادت می‌دادند، برای متهمان و کلای مدافع آلمانی بسیار تازگی داشت. معذلک باید گفت دادرسی منحصراً براساس روش

42. cross examination

دادرسی آنگلوساکسون نبود، بلکه در مواردی موازین آئین دادرسی کشورهای اروپائی^{۴۳} که دارای حقوق نوشه هستند نیز اعمال می شد، از جمله اصل قبول دلیل مشهود و یا اصل آزادی استبطاط و تفسیر دلایل.



آغاز و خاتمه دادگاه

دادگاه روز ۲۰ نوامبر ۱۹۴۵ در شهر نورمبرگ آغاز به کار کرد و روز اول اکتبر ۱۹۴۶ رأی خود را در مورد متهمان آلمانی صادر نمود. به این ترتیب، تاریخی ترین دادگاه بین المللی یازده ماه طول کشید. در این مدت ورزیده‌ترین متخصصان حقوق بین الملل عمومی و حقوق بین الملل جزائی با عنوان دادستان و وکیل مدافع و یا کارشناس به دادگاه آمدند و حساس‌ترین مسائل حقوق بین الملل ناظر به جنگ و قواعد آن و جرائم ضد انسانی مطرح گردید. ساعتها فیلم از وقایع دلخراش جنگ و اردوگاههای جنگی و غیرجنگی و اعدام اشخاص بیگناه به معرض نمایش دادگاه گذارده شد و شخصیتهای مختلفی از دو طرف برای ادای شهادت به دادگاه احضار شدند. به متهمان آلمانی همه گونه تسهیلات دفاعی داده شد، ولی به هرحال از آغاز معلوم بود که پایان دادگاه برای آنها امیدوارکننده نخواهد بود و ایرادات و اعتراضهای آنان نیز به جائی نخواهد رسید. رئیس هیأت دادستانی امریکا در جلسه افتتاح دادگاه اعلام کرده بود که تشکیل این دادگاه را باید در حقیقت ادامه کوشش‌های جنگی ممل متفق تلقی کرد و به این دلیل و بنابر ملاحظات و الزامات جنگی، دادگاه نمی‌تواند پای‌بند و مقید به بعضی از اصول دادرسی و

ظرافت و ریزه کاریهای سیستم حقوقی و یا قانون اساسی کشورهای تشکیل دهنده آن باشد؛ زیرا صلاحیت دادگاه نتها مبتنی بر قواعد حقوق بین الملل، بلکه ضمناً ناشی از رویه های قضائی و قواعدی است که مجموع آنها بنیان سیستمهای حقوقی جوامع بشر متعدد را تشکیل می دهند.^{۴۴}

از بیست و چهار نفری که جرمehای ارتکابی آنان محدوده جغرافیائی خاصی نداشت و به نام متهمان بزرگ به دادگاه احضار شدند، فقط بیست و یک نفر در روز افتتاح دادگاه در جایگاه متهمان نشسته بودند. فن بوهلن از وزرای اسبق تسليحات آلمان به علت بیماری و علیل بودن از حضور در دادگاه معاف شد و روبرت لی وزیر کار و کار اجباری اسرای جنگی نیز قبل از تشکیل دادگاه خودکشی کرده و مارتین بورمان معاون هیتلر چون مفقود شده بود، محاکمه او غایابی صورت گرفت. بطوريکه یادآوری گردید، دادگاه پس از یازده ماه، روز اول اکتبر ۱۹۴۶، رأی خود را در مورد متهمان بزرگ صادر کرد. به موجب این رأی دکتر شاخت، فن پاپن و فریتچه از جرائم انتسابی تبرئه شدند. سه نفر به زندان دائم و دو نفر به بیست سال و یک نفر به پانزده سال و یک نفر به ده سال زندان و بقیه به اعدام محکوم شدند. مارشال کایتل، ژنرال یودل، گورینگ، اشتراخر، فن ریبن تروب و روزنبرگ از جمله اعدامیها بودند.

در مورد سازمانهای اداری و نظامی آلمان دادگاه، هیأت رئیسه حزب ناسیونال سوسیالیست و سازمانهای اس.اس.، اس.آ. و گشتاپورا سازمانهای جنایتکار اعلام نمود. به موجب منشور لندن، احکام صادره قطعی و غیرقبل تجدیدنظر بودند. آرای اعدام صبح زود روز ۱۶ اکتبر ۱۹۴۶ درباره یازده نفر از محکومان در سالن مجاور محل دادگاه اجزا گردید. مارشال گورینگ در آخرین ساعات، یعنی اندکی قبل از

44. Justice Jackson at Nuremberg, Int. Lawyer 1986, p. 893.

نیمه شب ۱۵ اکتبر، در سلوول خود با سیانوری که در اختیار داشت و معلوم نشد چگونه به دست او رسیده بود، خودکشی کرد. جسد اعدام شد گان سوزانیده شد و خاکستر آن را در رودخانه «ایزار» ریختند که به امواج دریا سپرده شود. به این ترتیب فصل آخر جنگ دوم جهانی به پایان رسید.



دادگاههای نظامی بعد از نورمبرگ

دستورالعمل شماره ۱۰ شورای کنترل متفقین مورخ ۲۰ دسامبر ۱۹۴۵، اساس تشکیل دادگاههای جنائی دیگری بود که کشورهای اشغال کننده در آلمان به منظور دادرسی و مجازات متهمان درجه دو تشکیل دادند. اساس قواعد این دادگاهها بر پایه‌ها و اصول دادگاه نظامی نورمبرگ بود، منتهی با دو اختلاف قابل توجه: یکی عنوان شدن جرم جدیدی که قابل رسیدگی در دادگاههای مذکور بود، به نام «تجاویز به کشورهای دیگر»—پیش‌بینی این جرم جدید بدان منظور بود که بتوان به استناد آن عاملان اشغال چکوسلوواکی و اتریش را تنبیه کرد—؛ اختلاف دوم این بود که جرم «جنایات ضد انسانی» به نحوی انشاء شده بود که جرائم ارتكابی قبل از ۱۹۳۹ را نیز شامل می‌گردید. همچنین به موجب این دستورالعمل، فرماندهان نظامی چهار کشور اشغال کننده آلمان اختیار داشتند که در قسمتهای تحت نظرارت خود، دادگاههایی به منظور تنبیه آعمال قابل مجازات تشکیل داده و قواعد دادرسی در آنها را نیز خود تعیین نمایند. فرمانده منطقه اشغالی امریکا به این منظور، امریة شماره ۷

موئخ ۱۸ اکتبر ۱۹۴۶ را صادر کرد.^{۴۵}

به موجب این امریه، شش دادگاه نظامی که هرکدام سه قاضی داشت تأسیس شدند و وزراو تایلور به سمت دادستان کل این دادگاهها منصوب گردید. این قضات از بین قضات دادگاههای مختلف امریکا انتخاب شده و غیرنظمی بودند. دادگاههای مذکور که وظیفه محاکمه متهمنان درجه دوم را به عهده داشتند، بین المللی نبودند و باید آنها را دادگاههای نظامی امریکا در منطقه اشغالی دانست. این دادگاهها به شرح زیر بودند:^{۴۶}

۱. دادگاه پزشکان

جرائم انتسابی به بیست و سه نفر پزشک در این پرونده عبارت بود از: آزمایش‌های پزشکی غیرانسانی روی زندانیان عادی و اسرای جنگی در بازداشتگاهها و کشتن بیماران روانی و افراد عقب افتاده در بیمارستانها و آسایشگاههای آلمان تحت عنوان «برنامه از بین بردن بیماران غیرقابل علاج». دادگاه به منظور سنجش و قضاوت در آعمال پزشکان متهم آلمانی، ده ضابطه گوناگون درنظر گرفته بود.

در مورد مسائل پزشکی و رابطه آنها با مبانی اخلاقی که در این دادگاه مطرح شد، باید گفت این مسائل هنوز مورد بحث محافل پزشکی و قانونی کشورها بوده و تاکنون راه حل‌های قطعی برای آنها پیدا نشده است. وكلای مدافع آلمانی اقداماتی کردند تا احکام صادره از این دادگاه را وسیله سایر دادگاههای امریکا نقض کنند؛ ولی اقدامات آنها در این زمینه به علت فقد صلاحیت دادگاههای امریکا به نتیجه‌ای منجر نشد.

45. Military Government Gazette, Germany-American, on B. p. 10.

۴۶. در مورد دادگاههای بعدی نورمبرگ رک. به:

NEUMANN (I). European War Crime Trials Wienes, Library London Rosen Baim, 1951.

۲. دادگاه رسیدگی به قوانین غیرانسانی

بطورکلی جرائم رسیدگی شده در این دادگاه عبارت بودند از: وضع قوانین غیرانسانی مانند قانون تعقیب و سرکوبی یهودیان و مخالفان رژیم و همچنین آثیننامه و تصمیمات غیرحقوقی و غیرقانونی مانند برنامه توقيف و یا کشتار مخالفان رژیم در کشورهای اشغالی اروپا. به استناد و در اجرای این برنامه در فرانسه اشغالی زیاده روی بسیاری شد. دادگاه وظیفه داشت در نکات و مبانی حقوقی این قوانین و دستورالعملها تحقیق نموده و واضعان قوانین و دستورهای مخالف حقوق را به مجازات برساند.

به هرحال، دادگاه دفاع مشهمان آلمانی را نپذیرفت و آنها را به جنسهای گوناگون محکوم کرد.

۳. دادگاه سیاست و برنامه‌های نژادی آلمان

جرائم رسیدگی شده در این دادگاه مربوط به اتهام مأموران عالیرتبه اس.اس. و پلیس مخفی در سازمان مخصوص «دفتر امور اقتصادی و اداری» که مسئولیت اداره سرزمهنهای اشغالی را به عهده داشت، بود.

پرونده شماره ۸ این دادگاه مربوط به رسیدگی به اتهامات «أُرْبِخْ گَرِيْ فِلْت» و دیگران، مأموران عالیرتبه اس.اس. و پلیس، بود. مأموریت این گروه اجرای برنامه‌های سیاست نژادی آلمان ناسیونال سوسیالیست از طریق نقل و انتقال اجباری و جابجائی مردم کشورهای اشغالی اروپا بود.

فعیع ترین پرونده‌ای که در این دادگاه مطرح شد پرونده شماره ۴ مربوط به «اتو اولندرف» و دیگران بود. در این پرونده جرائم انتسابی مربوط به رئیس و مأموران سازمان مخصوصی به نام «گروه اعدام» بود

که در سازمان پلیس مخفی آلمان تشکیل شده و مأموریت آن عبارت از کشتن و ترور یهودیان و مخالفان وژیم در مناطق اشغالی اروپای غربی بود و تا پایان جنگ در حدود یک میلیون نفر توسط این سازمان در شرایط بسیار فجیعی از بین رفته.

۴. دادگاه جرائم اقتصادی

در این دادگاه که به جرائم اقتصادی رسیدگی می‌نمود، سه فقره دادرسی علیه رؤسای عالیرتبه صنایع آلمان بعمل آمد. در دادگاه «فلیک»^{۴۷} (پرونده شماره ۵) موضوع کار اجباری کارگران و اسرای جنگی خارجی در صنایع جنگی مطرح شد. در دادگاه مذکور مسئله الزام و ضرورت به عنوان دفاع در مقابل ترور و وحشت از دولت به میان آمد. محکومان این پرونده بعداً برای تجدید دادرسی به دادگاه عالی فدرال در امریکا مراجعه کردند، ولی دادگاه تقاضای آنها را به علت فقد صلاحیت رد کرد.^{۴۸}

پرونده شماره ۱۰ موضوع رسیدگی به جرائم صاحبان و رؤسای کارخانه اسلحه‌سازی کروب بود. نکته اصلی در این پرونده اثبات این بود که آیا اقدامات صاحبان و رؤسای کارخانه کروب در تقویت دستگاه جنگی آلمان، یک ضرورت جنگی بوده است یا نه؟ دادگاه دفاع براساس الزام را پذیرفت و متهمان از این بابت تبرئه شدند. در دادرسی فرماندهی ارتش آلمان (پرونده شماره ۱۲ «ویلتزم فُن لیب») دادگاه انتساب جرم جنایات بر ضد صلح در مورد متهمان را قبول نمود. به نظر دادگاه، متهمان در شرایطی نبودند که قادر باشند در سیاست عمومی آلمان تأثیری داشته باشند.

47. Flick

۴۸. دادگاه عالی فدرال ایالات متحده خود را برای تجدیدنظر در رأی یک دادگاه بین‌المللی ذیصلاحیت نمی‌داند. رک. به:

۵. دادگاه مربوط به اعضای دولت (کابینه)

مسئلیت رهبران اداری و سیاسی اعضاً مهم دولت در دو دادگاه مورد رسیدگی و قضاوت قرار گرفت. در پرونده شماره ۱۱ مربوط به مارشال هوائی «میلش»، دادگاه به این دلیل که افسر مزبور عضویت دفتر مرکزی برنامه‌ریزی اقتصاد جنگی را داشته و با این سمت از برقراری کار اجباری اسرای جنگی و مردم کشورهای اشغالی پشتیبانی کرده است، او را به حبس ابد محکوم کرد. این رأی با توجه به آرای دیگر دادگاه‌های نورمبرگ شدید به نظر می‌رسید. شاید دلیل شدت رأی این بود که پرونده میلش قبل از پرونده‌های دیگر در دادگاه رسیدگی شد و دادگاه بین حکم حبس ابد و یا برائت نتوانسته بود نرمش و انعطاف‌پذیری داشته باشد.

بخش بزرگ و آخرین پرونده‌هایی که در این دادگاه رسیدگی شد مربوط به کارمندان عالیرتبه وزارت خارجه و وزرای آن و کسانی که سیاست خارجی را رهبری می‌کردند بود و به این دلیل آن را «پرونده وزراء» و یا «وزارت خارجه»^{۴۹} می‌گفتند.

پرونده شماره ۱۱ این دادگاه مربوط به «فُن ویزکر» معاون وزارت خارجه و دیگران بود. چند نفر از معاونان وزارت خارجه و کارمندان عالیرتبه به جرم جنایت بر ضد صلح محکوم شدند. رأی درمورد ویزکر و «فورمن» چند ماه بعد وسیله همان دادگاه با توضیحات کتبی تغییر یافت؛ زیرا دادگاه انضمام اتریش و چکوسلواکی را «جنایت بر ضد صلح» تلقی نموده بود، درحالیکه در دادگاه اصلی نورمبرگ جرم «توطئه بر ضد صلح» موقعی محقق می‌شد که انضمام یک کشور با هجوم و تهاجم صورت گرفته باشد. به این ترتیب — و بطوریکه فوقاً هم گفته شد — دادگاه با توجه به رویه قضائی دادگاه اصلی نورمبرگ، رأی خود را اصلاح و متهمان را تبرئه نمود.

۴۹. گویا به اعتبار اینکه محل وزارت خارجه در جائی به نام Wilhelm Strasse واقع بوده به این نام خوانده شده است.



نتیجه

آرای دادگاههای نورمبرگ را باید از مهمترین عوامل پیدایش و توسعه حقوق بین الملل جزائی تلقی نمود. با وجودی که این دادگاهها وصف فراملی^{۵۰} نداشتند، معذلک آرای آنها قدم بسیار بزرگی در راه تفسیر و تقویت قواعد قابل إعمال حقوق بین الملل است. بخصوص در آنچه که مربوط به نحوه رفتار با دشمن شکست خورده متجاوز می‌شود، آرای نورمبرگ واقعه‌ای بی‌نظیر در زندگی جوامع انسانی است.

متأسفانه تاکنون اقدامات سازمان ملل متحده در تدوین قواعد منشور لندن راجع به تأسیس دادگاه و همچنین آرای صادره از دادگاه اصلی در مجازات جنایات بر ضد صلح و جنایات جنگی و جنایت ضد انسانی، به صورت مجموعه‌ای از قواعد آمرة حقوق بین الملل، بی‌نتیجه بوده است.

در تاریخ یازدهم دسامبر ۱۹۴۶ مجمع عمومی سازمان ملل طی قطعنامه UN. GA. Res.95 تأیید نمود که «منشور لندن و دادگاه نورمبرگ و آرای صادره از آن، از اصول و قواعد حقوق بین الملل اند». اثر و نتیجه چنین اظهار نظری را می‌توان بیشتر به عنوان تصویب اقدامات کشورهای متفق در مورد رهبران سابق آلمان و یا إعمال قواعد حقوق بین الملل جزائی از طرف کشورهای فاتح علیه کشور شکست خورده تلقی کرد تا سندی که منشور لندن و آرای دادگاه را به عنوان قواعد آمرة حقوق بین الملل از طرف دولتها تصویب کرده باشد و با وجود آنکه در قطعنامه اظهار امیدواری شده است این قواعد در آینده نیز رعایت شوند، ولی باز

هم نمی‌توان مدعی شد که قواعد و آرای دادگاه نورمبرگ به عنوان یک قرارداد بین‌المللی همه دولتها را متعهد کرده است.

در قطعنامه دوم سازمان ملل مورخ ۲۱ نوامبر ۱۹۴۷^{۵۱} حتی مسئله تأکید و تکرار اینکه قواعد و آرای دادگاه نورمبرگ از قواعد حقوق بین‌الملل می‌باشند، مطرح نشده است، بلکه بنابر مدلول آن به کمیسیون جدید التأسیس حقوق بین‌الملل مأموریت داده شد که به تدوین قواعد ناظر به جرائم ضد صلح و ضد انسانی مبادرت کند. این کمیسیون نیز در سال ۱۹۵۰ قواعد و اصول دادگاه را براساس هفت اصل تدوین نمود. در سال ۱۹۵۴ کمیسیون حقوق بین‌الملل جزائی نیز قواعدی در زمینه جرائم ضد صلح و ضد انسانی پیش‌بینی کرد و این قواعد را طی سند Y.I.L.C. p. 149 (II) منتشر نمود، ولی هیچ‌گدام از این متون به تصویب قطعی مجمع عمومی سازمان و یا کشورها بطور انفرادی نرسید.

مجمع عمومی سازمان در سال ۱۹۵۷ طی قطعنامه‌ای اقدامات انجام شده را موکول به تهیه تعریف از مهاجم نمود و در سال ۱۹۷۴ نیز مجمع عمومی طی قطعنامه شماره ۳۳۱۴ – اجلاس بیست و نهم، تعریف مهاجم را مورد تصویب قرار داد و به این ترتیب کمیسیون ششم سازمان ملل توانست به تهیه طرح جرائم ضد صلح و ضد انسانی مبادرت کند. این طرح در سال ۱۹۷۸ آماده گردید و برای اظهارنظر در اختیار دولتها گذارده شد، ولی تا این تاریخ فقط چند کشور در مورد این طرح اظهارنظر کرده‌اند. تعریف مهاجم نیز متناسب نکات حقوقی زیادی نیست و اقدامات سازمان ملل تاکنون برای تدوین قواعد دادگاه نورمبرگ و منشور لندن به عنوان حقوق حاکم یا قابل إعمال^{۵۲} در موارد مشابه به جائی نرسیده است و به نظر می‌رسد در وضع فعلی جهان تمایلی هم به انجام این کار وجود ندارد.

در چنین شرایطی اگر احتمالاً وضعی نظیر آنچه که بعد از

51. U.N.G.A.Res. 177

52. Applicable law

جنگ دوم جهانی بوجود آمد و آنهمه جرائم جنگی و ضد انسانی اتفاق افتاد، پیش آید و برای رسیدگی به آنها دادگاههای تأسیس شود، قطعاً اساس کار آنها همان اساس و قواعد و آرای دادگاه نورمبرگ خواهد بود. دادگاههای نورمبرگ مسائل حقوقی زیادی را مطرح کردند که هنوز در اطراف آنها بحث ادامه دارد و آرای آن از جهات گوناگون مورد انتقاد قرار گرفته است؛ معدلک و با وجود نقصهایی که این دادگاهها داشتند، بیانصافی است که گفته شود این دادگاهها را فقط انگیزه‌های سیاسی و یا انتقامی بوجود آورد و فاقد زمینه‌ها و مشروعيتهای حقوقی بوده‌اند.

تشکیل دادگاههای نورمبرگ را برای رسیدگی به آعمال خلاف حقوق جنگ دوم جهانی، بالاخص با توجه به امکاناتی که متهمان در دفاع از خود داشتند، باید یکی از بینانهای محکم برای حقوق بین‌الملل دانست. حتی اگر گفته شود متفقین هم مرتکب آعمال خلافی شدند که بدون مجازات ماند و یا از احکام شدید این دادگاهها در مواردی انتقادی شود، معدلک بطورکلی دادگاههای نورمبرگ را که ایجاد آنها نتیجه کمبود تأسیسات حقوقی جامعه بین‌المللی بوده است، باید یک حادثه بزرگ در تاریخ بشر دانست؛ ولی قابل تأسف است که تجربیات حاصل از آن مورد استفاده قرار نگرفت.

ضمیمه ۱

قضات دادگاه نورمبرگ

Prf. Donnedieu de Vabres فرانسه:

Robert Falco

Francis Biddle امریکا:

J. Parker

Genral T. Nikitchenco شوروی:

F. Volchkow

G. Lawrence انگلیس (رئیس دادگاه)

N. Birkett

هیأتهای دادستانی

	<u>amerika:</u>	<u>france:</u>
R.H.Justice Jackson	دادستان	François de Menthon
Col.R.G.Storey	دادیار	A.Champetèr de Ribes

	<u>انگلیس:</u>	<u>شوروی:</u>
Sir.Hartely Shaw Cross	دادستان	R.A. Rudenco
Sir.David Maxwell Fyle	دادیار	Col. Y.V.Pokrovsky

ضمیمه ۲

متهمان آلمانی

- بیست و چهار نفر از کسانی که فعالیت آنها کلیه جنبه‌های رژیم نازی را می‌پوشانید به شرح زیر به دادگاه جلب شدند:
- جانشینان هیتلر: گورینگ، رودلف هس^۱
 - دونفر از وزرای خارجه: فن ریبن تروپ، فن پاپن^۲
 - از ارتش: مارشال کایتل، تئراال یودل، دریاسالار دونیتس، دریاسالار رایدر^۳
 - از سران حزب نازی: بورمان، روزنبرگ^۴
 - وزرای کار: روبرت لی، سوکل^۵
 - وزرای تسليحات: اشپیر، کروب، بوهلن، هالباخ^۶
 - مسئولان پلیس: کالتربرونر، فریک^۷
 - مسئولان کشورهای اشغالی: نویرات، سیس اینکوارت، فرانک^۸
 - امور اقتصادی و دارائی: دکتر شاخت، والتر فونک^۹
 - مسئولان تبلیغات: فریتچه، اشترایخر^{۱۰}
 - مسئول سازمان جوانان هیتلری: فن شیراخ^{۱۱}

1. H.Goering- R.Hess
2. Von Papen- Von Ribbentrop
3. E.Raeder- A.Yodl- W.Keitel- K.Doentiz
4. A.Rosenberg- M.Borman
5. R.Ley- F.Saukel
6. Speer- G.Krupp- Bohlen- Halbach
7. R.Kaltenbrunner- W.Frick
8. Seiss Inquart- Neurath- Frank
9. W.Funk- Schacht
10. J.Streicher- H.Fritsche
11. B.Von Schirach

ایو درن

YVES DERAINS

ترجمه و تلخیص:

دکتر محمد اشترا



نظم عمومی و حقوق قابل اجرا

در ماهیت دعوی

در داوری بین المللی*



این مقاله در ارتباط با گزارشی است که مؤلف در مه ۱۹۸۶ به کنگره نیویورک ارائه نموده است. [کنگره نیویورک هشتاد و هشتین کنگره داوری بین المللی] بود که توسط شورای بین المللی داوری بازرگانی (I.C.C.A) و در ماه مه ۱۹۸۶ در نیویورک برگزار گردید. در این کنگره به غیر از مؤلف، حقوقدانان مشهوری از جمله پروفیسر لالیو شرکت داشتند و گزارش‌هایی در زمینه موضوعات مختلف داوری بین المللی ارائه نمودند. تویسته مقاله حاضر، در آن موقع دبیرکل دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی (I.C.C) بوده است. — «م»]

● مقدمه

۱. در مفهوم حقوق داخلی، مقصود از نظم عمومی، قواعدی است که طرفین دعوی نمی‌توانند از آنها تخطی نمایند.^۱ از نظر حقوق بین الملل خصوصی، نظم عمومی که نظم عمومی بین المللی نیز نامیده می‌شود، به قاضی اجازه می‌دهد از اجرای قانون صالح خارجی — در صورتیکه این قانون با مفاهیم و برداشت‌های اجتماعی یا حقوقی که از نظر سیستم حقوقی متبع قاضی، اساسی تلقی می‌شود در تضاد باشد — خودداری نماید.^۲ به این جهت آن را «نظم عمومی طردکننده»^۳ نیز

۱. مثلاً ماده ۶ قانون مدنی فرانسه: «قراردادهای خصوصی نمی‌تواند با قوانین مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه مغایر باشد.» [در ایران نیز طبق ماده ۱۰ قانون مدنی «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتیکه مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.» همچنین رک. به ماده ۱۲۹۵ بند شالا^۱ و ماده ۹۷۵ همان قانون.—[م]]

2. Cf. H. Batiffol et Paul Lagarde: *Droit international privé*, T. I. n°. 354.

3. *ordre public d'éviction*

گفته‌اند. در حقوق بین‌الملل خصوصی مفهومی به نام «قوانين مربوط به نظام عمومی» نیز وجود دارد که بطور صحیح تر به اسم «قوانين مربوط به انتظامات»^۴ و یا «قوانينی که باید فوراً اجرا شوند»^۵، شناخته شده است. اینها همان قوانینی هستند که رعایت آنها برای نگهداری سازمان سیاسی، اجتماعی و اقتصادی کشور لازم است.^۶

هدف قوانین مربوط به نظام عمومی، اصولاً حکومت بر روابط داخلی است، لیکن در عمل، نسبت به کلیه روابط حقوقی که در قلمرو آنها قرار می‌گیرد — حتی در روابط حقوقی که یک عامل خارجی در آنها دخالت دارد — اجرا می‌شوند. در این صورت وظيفة نظام عمومی، دیگر طرد قانونی که بطور عادی در دعواه مطروحه قابلیت و صلاحیت اجرا دارد، نیست بلکه آن است که در یک قلمرو مشخص از اجرای قوانین خارجی ممانعت بعمل آورد.

۲. تردیدی نیست که نظام عمومی با این معانی مختلف می‌تواند در تصمیمات و راه حل‌هایی که توسط داور بین‌المللی در مورد ماهیت دعوا ارائه می‌شود اثر بگذارد. اینک به ذکر چند مثال که همگی از دعاوی مطروحه در داوری بین‌المللی به دست آمده‌اند، می‌پردازیم.
الف. قراردادی بین یک مؤسسه کشتی سازی نروژی و یک خریدار کشتی تبعه کشور پرو به بنظر فروش یک فرونده کشتی منعقد می‌شود. قرارداد تابع حقوق فرانسه است و برای حل و فصل اختلافات،

۴. قوانین مربوط به انتظامات خود از جمله مصاديق نظام عمومی است، ولی در این مقاله به تفکیک مورد بررسی قرار گرفته است. بطورکلی منظور از این قبیل قوانین، مقرراتی است که در مورد کلیه سکنه یک کشور صرف نظر از تابعیت آنها اجرا می‌شود از قبیل قوانین کیفری، قوانین مالیاتی، قوانین پولی و مالی و قوانین مربوط به حوادث ناشی از کار در مواردی که قرارداد کار مشمول قانون خارجی است و... در زبان انگلیسی آنرا نیز گفته‌اند. — «mandatory rules»

5. lois d'application immédiate

6. Cf. Ph. Francescakis: Rép. Dalloz dr. int., V. Conflits de lois, principes généraux, n° 124 et n° 137.

داوری در پاریس را پیش‌بینی می‌کند. قرارداد متضمن شرطی است که مسئولیت فروشنده در مقابل عیوب مخفی کشته را به مدت یک سال از تاریخ تحويل کششی محدود می‌سازد. مطابق روایة قضائی فرانسه، در مواردی که فروشنده یک فرد متخصص و حرفه‌ای باشد (مثل مورد حاضر)، چنین شرط تحدید مسئولیتی باطل است. سؤال این است که آیا داوران می‌باید براساس قوانین فرانسه چنین شرطی را باطل اعلام کنند و یا بر عکس، به این دلیل که در داوری، اراده طرفین قرارداد باید بر قانون حاکم بر قرارداد مقتدم داشته شود، شرط مذبور را معتبر بشناسند؟

ب. یک بانک سویسی، وامی به دلار امریکا به یک شرکت پرتغالی می‌دهد. قرارداد وام مشمول حقوق انگلیس است و برای حل و فصل اختلافات، داوری در زوریخ را پیش‌بینی می‌کند. شرکت پرتغالی از باز پرداخت وام دریافتی، با این آغا که از مقامات نظارت بر ارز پرتغال اجازه لازم برای انتقال ارز را دریافت نکرده است، خودداری می‌کند. آیا داوران باید و یا می‌توانند قانون مربوط به انتظامات کشور پرتغال را که از طرف وام گیرنده به آن استناد شده است، مورد توجه قرار دهنده درحالیکه قرارداد مشمول حقوق انگلیس می‌باشد؟

ج. دو مؤسسه ایتالیائی و آلمانی قراردادی اعضاء می‌کنند که مشمول حقوق سویس است و شهر ثنورا به عنوان محل داوری تعیین می‌کنند. این قرارداد مغایر با مقررات رقابت موضوع معاهده رم می‌باشد که بین کشورهای جامعه اقتصادی اروپا اعضاء شده است؛ درحالیکه مطابق حقوق هر دو کشور آلمان و ایتالیا، معاهده مذکور جزو قوانین مربوط به انتظامات آندو تلقی می‌شود. در چنین وضعیتی تکلیف داوران چیست؟

۳. در مثالهایی که ذکر شد، نظم عمومی با دو عنوان مختلف می‌تواند در ماهیت دعوى مؤثر باشد:

(۱) به عنوان نظم عمومی داخلی، مقرر در قانون حاکم بر

قرارداد (مثال اول)،

(۲) به عنوان قانون مربوط به انتظامات (مثالهای دوم و سوم).
بعشهاي دوم و سوم اين گزارش، بر محور همین تقسيم بندی
تنظيم شده است.

فرض نظم عمومی طردکننده، مورد بحث و بررسی قرار نگرفته است؛ زира اين موضوع بيشتر به نظم عمومی واقعاً بين المللی که موضوع گزارش پروفسور لاليومي باشد، مربوط می‌گردد.^۷

البته لازم است ابتدا و در بخش اول اين گزارش، بطور خيلي مختصر به موقعيت داور بازرگانی بين المللی، که باید «حقوق قابل اجرا»^۸ در ماهیت دعوى را تعیین کند، اشاره کنیم.^۹ درواقع خصوصیت راه حلهاي که داوران هنگام مواجهه با اشکال مختلف نظم عمومی و به عنوان رأى ارائه می‌کنند، به اعتبار همین ویژگی، یعنی اهمیت و اساسی بودن موقعیت ایشان است.

۷. مقاله پروفسور لاليو تحت عنوان «نظم عمومی فراملي يا واقعاً بين المللی و داوری (Ordre public transnational ou réellement international et arbitrage)» به کنگره نیویورک ارائه شده است.—«م»

۸. منظور از حقوق قابل اجرا همان حقوقی است که در ماهیت دعوى — اعم از شرایط صحت قرارداد، آثار قرارداد و سایر موضوعات مرتبط با اجرا و تفسیر قرارداد— مورد اختلاف می‌باشد و اصطلاحاً «قانون حاکم» نيز گفته می‌شود؛ ولی استعمال عبارت «حقوق قابل اجرا» به جای «قانون حاکم»، دقیق تر است، زира «قانون حاکم» اختصار از «حقوق قابل اجرا» است.—«م»

9. La question n'est traitée ici que pour faciliter la compréhension des problèmes propres à l'ordre public. Pour un exposé plus complet du problème on peut se reporter notamment à J.D.M. Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration, éd. Oceana; B. Goldman: «Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé»; cours de La Haye, t. CIX, 1963, II, p. 347 et s.; P. Lalivé: «Les règles de conflits de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse», Rev. arb., 1976, p. 155; Y. Derains: «Possible conflict of laws and the Rules applicable to the substance of the dispute», I.C.C.A. congress series, n° 2, p. 169; Y. Derains: «Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international», Travaux du Comité français de droit international privé, 1985.



داور بین المللی و حقوق قابل اجرا در ماهیّت دعوی

۴. مشخصه اصلی موقعیت داور بین المللی که باید حقوق قابل اجرا بر ماهیّت دعوی را تعیین کند، همانا آزادی و تشخیص او در تعیین حقوق قابل اجرا است (الف). داور با به کار گرفتن این آزادی است که به انتظار مشروع طرفین دعوی از او، پاسخ می‌دهد (ب).

الف

آزادی داور

۵. آزادی داور در تعیین حقوق قابل اجرا در ماهیّت دعوی، غالباً به صورت ضمنی است. آزادی مذکور از آنجا ناشی می‌شود که وقتی به منظور شناسائی و اجرای یک رأی داوری از دادگاه درخواست اجرای قهری حکم می‌شود، معمولاً و مطابق آنچه از مطالعه حقوق تطبیقی به دست می‌آید^{۱۰}، نظارت دادگاه رسیدگی کننده به این درخواست، ناظر به این نیست که کدام قاعدة حقوقی در ماهیّت دعوی قابل اجرا بوده است. البته ممکن است مضمون و محتوای حقوقی که بوسیله داور به

10. Cf. Ph. Fouchard: L'arbitrage commercial international n° 562. C'est que l'application d'une loi incomptente selon la règle de conflit du juge de l'exequatur s'analyse comme une erreur de droit que seule une révision au fond, aujourd'hui partout exclue, permettrait de sanctionner.

مورد اجرا گذاشته شده، با نظم عمومی بین‌المللی کشوری که اجرای حکم داوری از محاکم آن درخواست شده است، تعارض داشته باشد و همین ناسازگاری موجب رد درخواست اجرای حکم داور گردد؛ ولی در این مثال، یصرف انتخاب حقوق حاکم بوجود آورنده چنین وضعی نیست، بلکه راه حلها و قواعد ماهوی آن است که این مشکل را پدیده می‌آورد. مثلاً حکم مبنی بر محکومیت یکی از متعاملین به پرداخت بهره، در عربستان سعودی قابلیت اجرا ندارد. مهم نیست که این حکم به استناد حقوق آلمان، حقوق انگلیس، حقوق فرانسه و یا حقوق هر کشور دیگر صادر شده باشد، بلکه این واقعیت که حکم صادره راه حلی مغایر با مفهومی که حقوق اسلام از نظم عمومی می‌شناسد به موقع اجرا می‌گذارد، علت رد تقاضای اجرای حکم محسوب می‌شود. در این قبیل موارد، اساساً ترجیح در انتخاب حقوق یک کشور نسبت به حقوق کشور دیگر، مطرح نیست.

۶. کنوانسیون ۱۰ ژوئن ۱۹۸۵ نیویورک راجع به شناسائی و اجرای احکام داوری خارجی نیز بطور ضمنی آزادی داور در این زمینه را تأیید می‌کند. کنوانسیون یاد شده در ماده ۵ ضمن شمارش موارد رد درخواست اجرای احکام صادره، موضوع حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوا را کاملاً مسکوت گذاشته است.

۷. متون قانونی جدیدتر، آزادی داور در این زمینه را بطور صریح قبول کرده‌اند. در ابتدا می‌توان از کنوانسیون ۲۱ آوریل ۱۹۶۱ ژنو در مورد داوری بازرگانی بین‌المللی، نام برد که ماده (۱) ۷ آن به شرح زیر است:

«طرفین قرارداد، در انتخاب حقوقی که داوران باید در ماهیت دعوا اجرا کنند، آزادند. در صورت فقدان چنین انتخابی، داوران قانون مناسب را که براساس قاعدة تعارض قوانینی که به عقیده آنها در دعوا مطروحه قابلِ إعمال است، به مورد اجرا خواهند گذاشت. در هر دو مورد بالا داوران باید شروط قرارداد و رسوم بازرگانی را رعایت

کنند.»

قانون آئین دادرسی مدنی جدید فرانسه که از سال ۱۹۸۱ دارای ماده ۱۴۹۶ شده است، چنین مقرر می‌دارد:

«داون، دعوی را مطابق قواعد حقوقی منتخب متعاملین حل و فصل می‌کند. در صورت فقدان چنین انتخابی، [حل و فصل دعوی] طبق قواعدی خواهد بود که به اعتقاد وی مناسب هستند. در کلیه موارد، داور باید رسوم بازرگانی را درنظر بگیرد.»

در ماده ۱۲ قانون داوری بین‌المللی جیبوتی نیز مقررات مشابهی به شرح زیر دیده می‌شود:

«متعاملین در انتخاب قواعد حقوقی که داوران می‌باید در ماهیت دعوی اجرا کنند، آزادند. در صورت عدم توافق آنها در این مورد، داوران قواعد حقوقی را که مناسب تشخیص می‌دهند، اجرا خواهند کرد. در کلیه موارد، داوران مکلفند شرایط قراردادی و رسوم بازرگانی را مورد توجه قرار دهند.»

۸. بالاخره ماده ۲۸ قانون نمونه داوری مصوب آنسیترال^{۱۱} (کمیسیون ملل متحده راجع به حقوق تجارت بین‌الملل) که در ۲۱ ژوئن ۱۹۸۵ پذیرفته شده، چنین مقرر می‌دارد:

«(۱) دادگاه داوری، طبق مقررات قانونی که توسط طرفین راجع به ماهیت دعوی تعیین شده، در مورد اختلاف تصمیم خواهد گرفت. انتخاب قانون یا یک سیستم حقوقی کشور مشخص باید چنین تفسیر شود که بطور مستقیم ناظر به قوانین ماهوی آن کشور است، نه قواعد تعارض قوانین کشور مزبور، مگر اینکه طرفین خلاف آن را تصریح کرده باشند.

(۲) در صورت عدم تعیین قانون حاکم توسط طرفین، دادگاه داوری،

۱۱. برای ملاحظه متن انگلیسی و فارسی قانون نمونه داوری، رک. به مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۴، زستان ۶۴ (اسناد بین‌المللی).—«م

قانون تعیین شده به موجب قواعد تعارضی را که خود قابل اجرا تشخیص دهد، اجرا خواهد کرد.

(۳) دادگاه داوری در صورتی براساس عدالت و انصاف یا به صورت کدخدامنشی حکم خواهد داد که طرفین مصربحاً چنین اختیاری به آن داده باشند.

(۴) در کلیه موارد، دادگاه داوری طبق شرایط قرارداد تصمیم خواهد گرفت و عرف تجاری حاکم بر معامله را مورد نظر قرار خواهد داد.»

۹. بنابراین آزادی داور در انتخاب حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی توسط نظامهای حقوق ملی و مهمترین کنوانسیونهای بین المللی، به صورت ضمنی و یا بطور صریح شناخته شده است. این آزادی جز در موقعی که قانون حاکم بوسیله طرفین قرارداد انتخاب شده باشد یا در مواردی که متعاملین، دعواهای احتمالی خود را تابع مقررات مؤسسات داوری ملی قرار داده باشند—به این اعتبار که مؤسسات مذکور مثل مراکز داوری کشورهای عضو شورای همکاریهای متقابل اقتصادی (C.A.E.M.)^{۱۲} از داوران می‌خواهند که از قواعد تعارض قوانین کشور محل وقوع مؤسسه تبعیت نمایند—با هیچ محظوظ و مانع واقعی مواجه نیست. در همین زمینه لازم به تذکر است که مقررات داوری بین المللی نیز آزادی داور در تعیین حقوق قابل اجرا را تأیید می‌نماید که ذیلاً دو مثال آن آورده می‌شود:

— طبق ماده (۳) مقررات داوری اتاق بازرگانی بین المللی:
«طرفین در تعیین حقوقی که داور باید در ماهیت دعوی اجرا کند آزادند. در صورت عدم تعیین حقوق قابل اجرا بوسیله طرفین، داور قانونی را که براساس قاعدة تعارضی که به نظر وی برای دعواهای مطروحه مناسب است، تعیین شده، به مورد اجرا خواهد گذاشت.»

— طبق ماده (۱) ۳۳ مقررات داوری آنسیترال:

12. Cf. J.D.M. Lew, op. cit., n° 224.

«دادگاه داوری، قانونی را که از سوی طرفین به عنوان قانون قابل اجرا در ماهیت دعوى اعلام شده، اجرا می‌کند. در صورتیکه طرفین چنین تصریحی نکرده باشند، دادگاه داوری قانونی را اجرا می‌کند که براساس قاعدة تعارض قوانین — که به نظر وی برای اجرا بر دعواهای مطروحه مناسب است — تعیین می‌گردد.»

۱۰. نتیجه آزادی داور در تعیین حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوى، آن است که در هرحال وی را از اجرای قاعدة «قانون دادگاه»^{۱۳} در مفهوم حقوق بین الملل خصوصی، معاف می‌کند.^{۱۴} از این نظر، وضع داور با قاضی دادگاه دولتی در مواردی که با یک مسئله مربوط به تعارض قوانین مواجه می‌شود، بطور اساسی متفاوت است. از نظر داور بین المللی، حذف قاعدة «قانون دادگاه»، حذف دو نتیجه مهم دربر دارد:

نتیجه اول آن است که برای داور، دیگر مفهوم قانون صالح بی معنی می‌شود؛ زیرا قانونی وجود ندارد که داور، در بادی امر مکلف به اجرای آن باشد. البته اجرای قانون منتخب متعاملین، یک استثناء تلقی می‌شود؛ زیرا نتیجه اجرای یک قاعدة خاص داوری بین المللی است (آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم) و نه نتیجه دخالت و اجرای قانون مقر دادگاه.

نتیجه دوم، که بویژه از طرف آقای ب. گولدمن تبیین شده، آن است^{۱۵} که در داوری بین المللی، قانون خارجی — به این معنی که جزو سیستم حقوقی مرجع رسیدگی به دعوى نباشد — وجود ندارد.^{۱۶} تمام

13. *lex fori*

14. Cf. notamment la sentence C.C.I. n° 1512 de 1971, Clunet, 1974, p. 904; Jurisprudencia arbitral de la Camara de comercio internacional, p. 87, Yearbook, 1980, p. 74, qui indique: «l'arbitre international ne dispose pas de *lex fori* à laquelle il pourrait emprunter des règles de conflits de lois».

15. Cf. B. Goldman, op. cit., p. 443.

16. زیرا داور یا مؤسسات داوری بین المللی تابع و جزو سیستم حقوقی محل داوری نیستند و چون قانون خارجی در مقابل قانون دادگاه مطرح می‌شود، بنابراین با قدران قانون دادگاه،

←

قوانين دولتی از نظر داور ارزش یکسان دارند و هیچیک از آنها از وضع ممتازی برخوردار نیست. این مطلب نه تنها در مرحله اثبات مضمون و مفاد حقوق قابل اجرا، بلکه از حیث مطرح شدن و دخالت «نظم عمومی طردکننده» در دعوای مطروحه نیز آثار مهتمی دارد و درواقع داور را از آندو خلاصی می بخشد. اصولاً داور بین المللی موظف به رعایت مفاهیم صرفاً ملی نیست.

۱۱. در نبود سیستم تعارض قوانین از قبل تعیین شده و با نفی قانون صالح و قانون خارجی (به شرح فوق)، داوران بین المللی مکلفند براساس ملاحظاتی بجز آنچه برای محاکم دولتی مطرح است، حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی را تعیین نمایند.



انتظار مشروع طرفین قرارداد

۱۲. بطوریکه گفته اند^{۱۷} بجز موارد استثنائی که داوران تصمیم می‌گیرند خود را در چهارچوب یک سیستم ملی تعارض، قوانین قرار دهند، اغلب اوقات حقوق قابل اجرا به سه طریق زیر تعیین می‌شود:

- (۱) جمع سیستم‌های تعارض قوانین مرتبط با دعوی
- (۲) رجوع به اصول کلی حقوق بین الملل خصوصی
- (۳) روش مستقیم

مطابق روش اول، داور هریک از قواعد تعارض قوانینی را که سیستم‌های مختلف حقوق ملی مرتبط با دعوی ارائه می‌کنند مورد بررسی قرار می‌دهد. چنانچه قواعد مذبور که مفاد آنها تقریباً همیشه با یکدیگر



از نظر داور، قانون خارجی نیز نمی‌تواند مصدق داشته باشد. — «م»

17. Cf. P. Lalive, op. cit., p. 180 et s.

متفاوت است، متمایل و منجر به اجرای قانون داخلی واحدی باشند، همان قانون از سوی داور قابل اجرا اعلام خواهد شد.^{۱۸} مطابق روش دوم، داور قاعدة تعارض قوانینی را انتخاب می‌کند که در صحنۀ بین‌المللی مقبولیت عام دارد. بالاخره مطابق روش سوم، داور بدون اینکه مقید به اجرای سیستم تعارض قوانین معینی باشد، با درنظر گرفتن ماهیّت قرارداد و ویژگیهای آن، مستقیماً نظر می‌دهد که قرارداد مشمول حقوق فلان کشور یا کشوری دیگر خواهد بود.

۱۳. اغراق‌آمیز است اگر اذاعاً کنیم سه روش یاد شده در بالا، تنها روشهایی هستند که داوران می‌توانند بکار گیرند؛ ولی این روشهای آنچنان رواج یافته‌اند که می‌توان گفت هر راه حلّ یا برداشت دیگری جنبهٔ فرعی و جنبی خواهد داشت.^{۱۹} بطورکلّی، روشهای مذکور به اجرای یک قانون ملّی منتهی می‌گردد، ولی گاهی نیز موجب اجرای قواعد غیرملّی می‌شود که به منظور سهولت مطلب، ما از آنها تحت عنوان «حقوق جهانی بازرگانان»^{۲۰} نام می‌بریم.^{۲۱}

معدّلک این روشهای هر نتیجه‌ای داشته باشند، صرف نظر از تفاوت‌های آشکار بین آنها، دارای این وجه استراک هستند که به تعیین حقوقی منتهی می‌شوند که اجرای آن برای پاسخگوئی به انتظار مشروع طرفین دعوی، بهتر است. این واقعیّت را می‌توان در مواردی که روش اول (جمع سیستمهای قواعد تعارض قوانین مرتبط با دعوی) و نیز روش دوم

18. Pour plus de détails, cf. Y. Derains: «L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige»; Rev. arb., 1972, 93.

19. Cf. Y. Derains: «Possible conflict of laws...», p. 178, cf. note n° 4.

20. ضمناً چون این عبارت را به «حقوق بازرگانی فراملّی» نیز ترجمه کرده‌اند، برای ملاحظه چند و چون حقوق مذکور، بالاخص به عنوان قانون حاکم در داوریهای بازرگانی بین‌المللی، رک. به اول-لندو: «اجرای حقوق بازرگانی فراملّی در داوریهای بین‌المللی»، ترجمۀ محسن محبّی، مجلّة حقوقی، شماره پنجم، بهار ۶۵. — «م»

21. Cf. B. Goldman: «Frontières du droit et lex mercatoria», Archives de philosophie du droit, Paris, 1964; «La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives», Clunet, 1979, p. 475.

(رجوع به اصول کلی حقوق بین الملل خصوصی) اجرا می شوند، بطور روشی به چشم دید. دو روش مذکور، حقوقی را تعیین می کنند که جامعه متعلق به طرفین دعوی — که در روش اول، یک جامعه محدود و در روش دوم، جامعه بین المللی است — با اجرای آن هماهنگ است. پاسخگوئی به انتظار مشروع طرفین دعوی، حتی زمانی که داوران با اجرای روش مستقیم (روش سوم) حقوق قابل اجرا را تعیین می کنند نیز برآورده می شود. در این روش، داوران به تجزیه و تحلیل قرارداد می پردازند که محصول آن سرانجام به طرفین نشان می دهد که نمی توانند از داوران انتظار داشته باشند حقوقی جز آنچه نهایتاً انتخاب شده است، اجرا نمایند.

مبانی مشترک همه این روشها و طرز برخوردتها عبارت است از فکر توجیه رأی و اینکه به طرفین دعوی نشان داده شود که تصمیم متخذه بوسیله داوران، همان است که آنها الزاماً می باید از داوران منتخب خود انتظار داشته باشند. این مسئله از طرف آرتوور تايلور بخوبی بيان شده است. او می گويد:

«طرز برخورد آنها (داوران) می تواند و باید بیشتر چنان باشد که طرفین انتظار یا تفاهem داشته اند، یا در صورتیکه مسئله به خود آنان ارجاع می شد، چنین می کردند.»^{۲۲}

۱۴. بنابراین یافتن قواعد حقوقی که اجرای آن به عنوان حقوق حاکم بر دعوی بتواند به نحو بهتری پاسخگوی انتظار مشروع طرفین دعوی باشد، کانون اقدامات داور بین المللی است. حال بینیم منظور از انتظار مشروع طرفین دعوی چیست؟

به صورت قضیه سلبی می توان گفت که «انتظار مشروع طرفین دعوی با اراده آنها یکی نیست»، زیرا مسائل مربوط به تعیین حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی اساساً زمانی مطرح می شود که فقدان اراده

22. Cf. Arthur Taylor Von Mehren: «To what extent is international arbitration autonomous?» in Etudes Offertes à B. Goldman, p. 227

متعاملین در انتخاب حقوق قابل اجرا مسلم و آشکار باشد. مثلاً هرگاه متعاملین در مذاکرات مربوط به قرارداد، در مورد حقوق قابل اجرا نظرهای کاملاً متفاوتی داشته و به همین دلیل از تعیین و تصریح آن در قرارداد مربوطه خودداری کرده باشند، فقدان اراده طرفین در تعیین قانون حاکم بر قرارداد قطعی و مسلم است. مطلب دیگر اینکه انتخاب صریح و یا ضمنی حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی بوسیله طرفین، بعضی اوقات مانع این نیست که انتظار آنان از داور برای در نظر گرفتن قاعده‌ای که طرفین، اجرای آن را پیش‌بینی نکرده و یا حتی تعمدآ از آن صرف نظر کرده‌اند نیز مشروع تلقی شود. البته در اینجا منظور ما بیشتر قوانین مربوط به انتظامات است.

۱۵. درواقع تلاش داوران بر این است که به طرفین دعوی نشان دهند که نمی‌توانند متوقع باشند داوران تصمیم دیگری جز آنچه در مورد حقوق قابل اجرا خواهند گرفت، اتخاذ نمایند.

۱۶. موقعیت عمومی داور از این حیث که باید حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی را تعیین کند دارای ویژگیهایی است که فوقاً گفته شد. اینک به بررسی مشکلات خاصی که داور در برخورد با مسئله نظم عمومی در آشکال مختلف آن دارد، می‌پردازم.



نظم عمومی داخلی و قانون حاکم بر اجرای قرارداد

۱۷. برای سهولت در بحث بی‌فایده نیست که به مثال ذکر شده در بند ۲ (الف) دوباره اشاره نمائیم:

یک قرارداد فروش کشتی بین یک مؤسسه کشتی سازی نروژی و یک خریدار کشتی اهل پرتو، منعقد می‌شود. قرارداد تابع حقوق فرانسه بوده و داوری در پاریس را پیش‌بینی نموده است. قرارداد متضمن شرطی است که براساس آن، مسئولیت فروشنده درقبال عیوب مخفی کشتی به مدت یک سال از تاریخ تحویل کشتی محدود می‌شود. به موجب روایة قضائی فرانسه در مواردی که فروشنده متخصص است (مثل دعوای مورد بحث)، چنین شرطی باطل می‌باشد.

در اینجا نظم عمومی در مفهوم حقوق داخلی آن — یعنی قواعدی که در داخل یک سیستم حقوقی معین وجود دارد و طرفین حق تخطی از آنها را ندارند — مداخله می‌کند و مطرح می‌شود. اینک سؤال این است که آیا داوران بین‌المللی باید نظم عمومی داخلی را رعایت کنند و یا با مؤثر شناختن شرط مندرج در قرارداد، علی‌رغم بطلان آن به موجب حقوق فرانسه که حقوق قابل اجرا است، اراده طرفین دعوى را مرتعج بدارند؟

۱۸. به نظر می‌رسد که دو مورد یا دو فرض باید از یکدیگر تمیز داده شوند:

الف. وقتی که حقوق قابل اجرا به وسیله طرفین قرارداد انتخاب می‌شود.

ب. وقتی که داور حقوق قابل اجرا را تعیین می‌کند.

الف

مواردی که حقوق حاکم بر قرارداد
بوسیله متعاملین انتخاب شده است

۱۹. داور مکلف است حقوق انتخاب شده بوسیله متعاملین را

به مورد اجرا بگذارد. در یک رأی صادره به شماره ۱۵۸۱ مورخ ۱۹۷۱ اتفاق بازرگانی بین المللی صراحتاً به این مطلب اشاره شده است:

«نظر به اینکه دادگاه داوری، همه اختیارات و صلاحیت خود را از سند داوری^{۲۳} می‌گیرد و بخلاف دادگاه قضائی مکلف به رعایت اراده طرفین دعوی در مواردی است که توافق دو اراده محقق است، وهرچند که با توجه به اصول حقوق بین الملل خصوصی عجیب است با اینکه عناصر اصلی دعوی در سویس واقع است ولی طرفین، حقوق فرانسه را به عنوان قانون حاکم تعیین کرده‌اند، مع الوصف دیوان داوری نمی‌تواند جز حقوق فرانسه را در دعوای حاضر قابل اجرا اعلام کند.»^{۲۴}

وانگهی دیدیم که متون قانونی بین المللی یا داخلی که در زمینه داوری بین المللی به مسئله حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی پرداخته‌اند، همین تکلیف را برای داور پیش‌بینی نموده‌اند.

کنوانسیون ۱۹۶۱ رُنو-چنین می‌گوید: «معاملین در تعیین قانونی که داوران باید در ماهیت دعوی اجرا کنند آزادند.» این قاعدة آمره، در قانون داوری بین المللی جیبوتی نیز تکرار شده است. قانون آئین دادرسی مدنی جدید فرانسه هم داور را مکلف می‌سازد که دعوی را طبق قواعد حقوقی منتخب معاملین فیصله دهد. در مقررات داوری دیگر نیز راه حل‌های مشابه وجود دارد (بند ۹). داور نباید انتخاب حقوق قابل اجرا بوسیله معاملین را از نظر موجه بودن یا نبودن آن ارزیابی نماید، بلکه وی صرفاً مکلف است آن را رعایت کند. ولی آیا این احترام به ظاهر تغییرناپذیر نسبت به اراده معاملین موجب نمی‌شود که داور به نام نظم عمومی مقرر در قانون منتخب طرفین، توافق قراردادی ناشی از همین اراده را نابود کند و نهایتاً از اجرای مفاد اراده طرفین امتناع ورزد؟

23. acte de mission

24. Cf. Clunet, 1974, p. 887. Jurisprudencia arbitral..., p. 70.

۲۰. کوشش شده است که در متون قانونی یا مقررات داوری، برای این تعارض راه حلی پیدا شود. به نظر می‌رسد کسانی که در عین حال، هم حقوق منتخب متعاملین و هم شرایط قراردادی را می‌پذیرند، با تعبیرهای مختلف بر ارزش نسبی حقوق قابل اجرا و قرارداد تکیه می‌کنند.

کنوانسیون ۱۹۶۱ ثنو، قانون جیبوتی، و مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی عباراتی مشابه دارند و همگی حاکمی از آنند که داور باید حقوق منتخب طرفین دعوی را به مورد اجرا بگذارد و شرایط قراردادی را درنظر بگیرد. می‌توان گفت شرایط قراردادی — تا حدودی که قانون منتخب طرفین دعوی آن را معتبر می‌شناسد — باید مورد توجه داور قرار بگیرد. اما این نتیجه‌گیری مبتنی بر این فرض قبلی است که طرفین دعوی شرایط قراردادی خود را از قلمرو حقوق انتخابی خود استثناء نکرده و یا اینکه اختیار استثنای آن را نداشته باشند.

به نظر می‌رسد قانون نمونه داوری مصوب آنسیترال که در بند ۴ از ماده ۲۸ خود، متن بند ۳ از ماده ۳۳ مقررات آئین داوری آنسیترال را عیناً اقتباس نموده، برای مقررات قرارداد، اهمیت و ارزش بیشتری قائل شده است. بند ۴ ماده ۲۸ قانون داوری نمونه چنین مقرر کرده است:

«در کلیه موارد، دادگاه داوری مطابق شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم نموده و رسوم بازرگانی معمول در معامله را درنظر خواهد گرفت.»

آیا تکلیف داور به اینکه در کلیه موارد، مطابق شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم نماید به این معنی است که شرایط قراردادی — حتی در مواردی که قانون منتخب طرفین دعوی آنها را باطل اعلام می‌کند — باید اجرا شوند؟ متن ماده ضرورتاً تا این حد گسترش ندارد، زیرا می‌توان فرض کرد که ماده مزبور ناظر به آن دسته از شرایط قراردادی است که از نظر قانون حاکم بر قرارداد معتبرند. چنین فرضی متصمن این است که تعارض بین حقوق قابل اجرا و شرایط قرارداد به نفع اولی، یعنی حقوق قابل اجرا، حل شده باشد. ولی این وضع مجدداً همان مشکلی را مطرح

می‌سازد که می‌خواستیم آن را حل کنیم. بنابراین مراجعه به متن قانونی یا مقررات داوری نمی‌تواند تعارض ناشی از شرط قراردادی با نظم عمومی مقرر در حقوق منتخب طرفین دعوی را حل کند، بلکه تنها اراده طرفین قرارداد است که می‌تواند به عنوان راهنمای داور در حل این تعارض بکار آید.

۲۱. قبلًاً دیدیم (بندهای شماره ۹ و ۱۹) که در انتخاب حقوق قابل اجرا اراده متعاملین محدودیتی ندارد. نه تنها متعاملین در انتخاب قانون دلخواه خود آزادند، بلکه حتی می‌توانند با ارجاع به اصول کلی حقوقی و یا قانون جهانی بازارگانان اجرای هرگونه قانون ملی را نفی کنند^{۲۵}، یا با ترکیب حقوق داخلی با اصول کلی حقوق، قلمرو اجرای حقوق ملی منتخب را محدود سازند^{۲۶} و یا حقوق ملی زمان معینی را تشییت و تعیین کنند و فقط همان را قابل اجرا بشناسند^{۲۷}، که در این صورت اصلاحات یا تغییرات بعدی آن قانون داخلی، در روابط قراردادی بین ایشان قابل اجرا نخواهد بود. همچنین متعاملین می‌توانند آن دسته از مقررات حقوق منتخب خود را که بعضی از شرایط قرارداد ایشان را باطل می‌دانند، کنار بگذارند، که در این صورت باید آن را بطور روشن ابراز نمایند.

۲۲. بنابراین حل تعارض بین متن قرارداد و نظم عمومی مقرر در حقوق منتخب طرفین دعوی بوسیله داور، جزدر پرتو شرایط قراردادی در مورد انتخاب قانون حاکم، میسر نیست. بدین ترتیب، شرطی که مثلاً پیش‌بینی می‌کند: «نسبت به کلیة مسائلی که در قرارداد برای آنها تعیین

25. Cf. B. Goldman: «La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international», Clunet, 1979, p. 475.
26. Cf. les divers exemples donnés par P. Weil: «Principes généraux du droit et contrats d'Etat» in Etudes offertes à B. Goldman, p. 388 et s.
27. Cf. à cet égard la sentence C.C.I. n° 3093/3100 d'où il ressort que le droit applicable au contrat est celui qui était en vigueur au moment de la conclusion du contrat: Clunet, 1980, p. 251; Jurisprudencia arbitral..., p. 255.

تکلیف نشده، حقوق هلنند، قابل اجرا خواهد بود»، داوران را مکلف می‌سازد که کلیه شرایط قراردادی را – حتی اگر به موجب نظم عمومی هلنند باطل شناخته شوند – معتبر بشناسند. بر عکس، شرطی که اعلام می‌کند «قانون فرانسه در مورد این قرارداد اجرا خواهد شد»، به این معنی است که بین قانون فرانسه و شرایط قرارداد، سلسله مراتب وجود دارد؛ یعنی متعاملین برای اراده خودشان همان آثاری را انتخاب نموده‌اند که قانون فرانسه برای اراده متعاملین قائل است و لذا شرطی که به موجب نظم عمومی فرانسه باطل است باید از طرف داوران نادیده انگاشته شود. در رأی مورخ ۱۹۸۰ اتاق بازرگانی بین‌المللی صادره در دعوای شماره ۲۸۳۸۰^{۲۸}، داوران اظهارنظر کرده‌اند معنای شرطی که به موجب آن «این قرارداد تابع قوانین سوریه خواهد بود و بر طبق آن قوانین تفسیر خواهد شد» این است که قرارداد تابع قانون سوریه بوده و لذا در کلیت خود و بدون هیچگونه محدودیت باید طبق حقوق سوریه تعبیر و تفسیر شود. در رأی مورخ ۱۹۷۸ همان اتاق صادره در دعوای شماره ۲۱۱۹ نیز داوران اعلام نموده‌اند این شرط که «قرارداد مطابق حقوق فرانسه اجرا و تفسیر می‌شود» این معنی را می‌دهد که «مقررات قراردادی تا حدودی که با مقررات آمرة قانون فرانسه مغایرت نداشته باشد، مستقیماً قابل اجرا است».^{۲۹} در حقیقت، در قراردادی که باید طبق حقوق کشور معین به مرحله اجرا درآید، نمی‌توان شرطی را گنجانید که با نظم عمومی آن حقوق مغایر و معارض است.

۲۳. تعیین ارزش واقعی بعضی از شروط مربوط به حقوق قابل اجرا بسیار مشکل است. آیا با وجود شرطی که مطابق آن « محل داوری در لاهه بوده و داوران حقوق سوئد را اجرا خواهند کرد»، داوران می‌توانند یک شرط قرارداد را به دلیل برخورد آن با نظم عمومی سوئد باطل اعلام

28. Cf. Clunet, 1981, p. 928; Jurisprudencia arbitral..., p. 303; Yearbook, 1982, p. 116.

29. Cf. Clunet, 1979, p. 977; Jurisprudencia arbitral..., p. 242.

کنند؟ به نظر می‌رسد که پاسخ مثبت باشد، زیرا اراده متعاملین آشکارا این است که هر اختلافی مطابق حقوق سوئد فیصله یابد. باری، اختلاف در اعتبار شرط قراردادی نیز مثل هر اختلاف دیگری است که باید مورد رسیدگی قرار گیرد. البته امکان تفسیرهای دیگر نیز وجود دارد، ولی سرانجام داوری که تفسیر قرارداد بر عهده او است، در این مورد تصمیم می‌گیرد. معذلک اعطای اختیار حل و فصل به صورت کخدامنشی^{۳۰} به داور، همراه با انتخاب یک حقوق ملی به عنوان قانون حاکم، نباید اینطور تفسیر شود که به وی اجازه داده شده است نظم عمومی قانون حاکم بر قرارداد را نادیده بگیرد.^{۳۱}

۴۴. ذکر این مطلب مهم است که از نظر داور، بین قرارداد و یک سیستم حقوقی، سلسله مراتب طبیعی وجود ندارد. برعکس، هیچ سیستم حقوقی اعمال نمی‌شود مگر اینکه متعاملین آن را قید کرده باشند، آن هم در محدوده اراده آنان. در صورتیکه متعاملین صراحتاً بعضی از قواعد حقوق مزبور را نفی کرده باشند، داوران حق ندارند به نام نظم عمومی، اجرای قواعد مزبور را تحمیل نمایند؛ زیرا ایشان حافظ نظم عمومی نیستند. بطور کلی این امکان وجود دارد که متعاملین با درج شروط مناسب در قرارداد خود، توافق نمایند که مقررات نظم عمومی حقوقی که طرفین آن را برای اجرا در سایر قسمتهای قرارداد برگزیده‌اند، اجرا نشود.

بدیهی است در هر موردی که یک شرط قراردادی، مغایر با نظم عمومی حقوق منتخب متعاملین باشد، نباید گفت اراده‌ضمی متعاملین بر نفی آن بوده است. تنها با تجزیه و تحلیل شرط انتخاب قانون حاکم است که داور می‌تواند موقعیت و نقشی را که طرفین دعوی برای حقوق قبل اجرا قائل شده‌اند، معلوم و ایفا نماید و به حل تعارض نظم عمومی

30. amiable compositeur

31. Pour une opinion plus nuancée, cf. E. Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international*, p. 268.

با چنین شرط قراردادی – و حتی کل قرارداد، در مواردی که اعتبار آن مطرح است – مبادرت نماید. از این لحاظ باید در نظر داشت که در رویه مورد عمل در انعقاد قراردادها بهتر است از عباراتی استفاده کرد که در سلسله مراتب بین حقوق منتخب و قرارداد، اولی را مقدم بشمارد. متعاملین می‌توانند بعداً با معتبر شناختن شرطی که طبق نظم عمومی حقوق منتخب باطل شناخته شده است، خواه با اعلام صریح و خواه بطور ضمنی، از ترتیب مذکور عدول کنند و آن شرط را اجرا نمایند. هیچ چیز مانع از این نیست که متعاملین بعد از انعقاد قرارداد بتوانند حقوق قابل اجرا را انتخاب کنند^{۳۲} یا قلمرو اجرای حقوق منتخب را نیز محدود سازند.

۲۵. بنابراین در مثالی که انتخاب شده است داوران باید شرط محدودیت مسؤولیت فروشنده مندرج در قرارداد را به موجب قاعدة نظم عمومی حقوق فرانسه که حاکم بر قرارداد است، باطل اعلام کنند، مگر اینکه ثابت شود طرفین دعوی در عین ارجاع به حقوق فرانسه خواسته اند آن قاعدة مربوط به نظم عمومی اجرا نشود.^{۳۳}



وقتی که قانون حاکم بر قرارداد بوسیله داور تعیین می‌شود

۲۶. در فرضی که حقوق قابل اجرا به علت عدم انتخاب آن از طرف متعاملین، بوسیله داور تعیین می‌شود، حقوق مزبور باید به همان

32. Cf. la sentence C.C.I., n° 1434 de 1975, Clunet, 1976, p. 978; Jurisprudencia arbitral..., p. 145.

33. L'hypothèse suppose évidemment que la règle d'ordre public interne s'applique également aux contrats internationaux. Sinon le problème ne se pose pas. Cf. la sentence C.C.I. n° 1434 de 1975, réf. note 33.

صورتی که هست اجرا شود.

این تصور که داور بتواند بعضی از مقررات آن را به دلیل اینکه مخالف با یکی از مواد قرارداد است نادیده بگیرد، دشوار است. البته می‌توان فرضی را درنظر گرفت که داور تشخیص دهد طرفین دعوی توافق نموده‌اند مقررات نظم عمومی مورد نظر درباره آنها اجرا نشود؛ ولی این برداشت مستلزم احراز و ثبوت اراده طرفین دعوی در این خصوص می‌باشد. منتهی در صورت خودداری متعاملین از تعیین حقوق قابل اجرا احتمال آن اندک است.

۲۷. درواقع، قبل از تعیین حقوق قابل اجرا داور می‌تواند از هرگونه تناقض بین متن قرارداد و مفاد یکی از سیستمهای حقوقی که احتمالاً در مورد قرارداد اجرا خواهد شد، نتیجه گیریهای بنماید و اگر تعارضی بین آندو بباید به عنوان یک نشانه منفی تلقی می‌گردد؛ یعنی فرض می‌شود که طرفین دعوی نمی‌خواستند روابط قراردادی خودشان را تابع چنان سیستم حقوقی — که ظرفیت قبول روابط طرفین به نحو مورد نظر ایشان را ندارد — قرار دهند.

بطوریکه باتفاق اعلام کرده است:

«باید فرض کرد که اراده ضمنی طرفین بیشتر انتخاب قانونی بوده است که قرارداد مربوطه را معتبر می‌شناسد، نه قانونی که هیچ اثری برای قرارداد بین ایشان قائل نیست.»^{۳۴}

۲۸. بنابراین در مثال انتخاب شده، نتیجه این خواهد بود که اگر داور حقوق فرانسه را به عنوان حقوق قابل اجرا اعلام کند، باید شرط تحدید مسئولیت را که مغایر با نظم عمومی فرانسه است بی اثر بداند؛ لیکن قبل از هر چیز به نظر می‌رسد که درج چنین شرطی در قرارداد، با توجه به اینکه متعاملین بدون تردید و صحیحاً در مورد محدود کردن مسئولیت فروشنده توافق نموده‌اند، منتهی به این خواهد شد که وی

34. H.Batiffol: «La loi appropriée au contrat» in Etudes offertes à B. Goldman, p. 2.

تصمیم بگیرد اصولاً قرارداد تابع حقوق فرانسه نیست.

۲۹. در پایان این بررسی که به بحث در نظم عمومی قانون حاکم بر قرارداد منتهی گردید، می‌توان گفت اصولاً در صورت مواجهه شرایط قراردادی با نظم عمومی، داور نظم عمومی را اعمال خواهد کرد. معذلک داور با این تردید نیز روبرو خواهد بود که آیا حقوقی را که یک یا چند شرط از شرایط قرارداد را غیرمعتبر می‌داند، حاکم بر قرارداد اعلام کند یا خیر؟ زیرا متعاملینی که آزاد هستند قراردادشان را از شمول هرگونه حقوق ملی خارج کنند، می‌توانند بعضی از مقررات نامناسب حقوق قابل اجرا را، حتی اگر مربوط به نظم عمومی باشد، کنار بگذارند مشروط بر اینکه این مطلب را بدون ابهام و صریحاً بیان کنند. حال باید دید نظم عمومی حقوق خارج از قانون حاکم بر قرارداد چه وضعی دارد.



قوانين مربوط به انتظامات

۳۰. آیا بسادگی می‌توان گفت که نظم عمومی مقرر در حقوق خارج از قانون حاکم بر قرارداد، ارتباطی به داور بین‌المللی ندارد؟ پاسخ مثبت است. لااقل در مواردی که مشکلات مطروحه برای داور، ماهیتاً قراردادی است — یعنی به تفسیر، اجرا، فسخ و اعتبار قرارداد و مانند آن مربوط می‌گردد — داور به چنان نظم عمومی کاری نخواهد داشت. مسائل غیرقراردادی از قبیل اهلیت مسئولیت ناشی از جرم و غیره، بندرت در داوری مطرح می‌شود و از این رو بررسی مسائل مذکور در این گزارش کوتاه مناسبی ندارد.

ممکن است این طرز برخورد با موضوع، کمی ساده‌انگارانه

باشد، زیرا از این نکته غافل است که علاوه بر نظم عمومی به معنای داخلی، قوانین مربوط به انتظامات نیز وجود دارند که فایده آنها برای یک جامعه خاص و معین به اندازه‌ای زیاد است که با قوانین خارجی قابل مقایسه نیستند و اصولاً به همین لحاظ قلمرو اجرای آنها تابع و وابسته به هدف آنها است.^{۳۵}

۳۱. دو مثال مذکور در پاراگرافهای «ب» و «ج» بند ۲ فوق نشان‌دهنده دخالت چنین قوانین انتظامی است ولو اینکه قوانین مزبور جزو قانون حاکم بر قرارداد نباشند. بار دیگر مثالهای مذکور را تکرار می‌کیم:

• مثال اول:

یک بانک سویسی وامی به دلار امریکا به یک شرکت پرتغالی می‌دهد. قرارداد وام تابع حقوق انگلیس بوده و داوری در زوریخ در آن پیش‌بینی شده است. شرکت پرتغالی به ادعای نداشتن اجازه انتقال ارز از مقامات نظارت ارز پرتغال، از باز پرداخت وام خودداری می‌کند.

• مثال دوم:

قراردادی بین دو شرکت ایتالیائی و آلمانی منعقد می‌شود. قرارداد تابع حقوق سویس بوده و محل داوری در ژنو در آن پیش‌بینی شده است. این قرارداد با مقررات رقابت عهدنامه رُم — که در حقوق هر دو کشور آلمان و ایتالیا جزو قوانین مربوط به انتظامات است — مغایرت دارد.

در دو مثال یاد شده، قوانینی غیر از قانون حاکم بر قرارداد نیز نسبت به قرارداد، قابل اعمال و حاکمند. درواقع، شمول و حکومت مقررات ارزی پرتغال و قواعد حقوق اروپائی در مورد رقابت نسبت به قرارداد، موكول به انتخاب حقوق قابل اجرا در مورد قرارداد نیست، بلکه هدف اصلی قوانین مربوط به انتظامات آن است که متعاملین نتوانند

35. Ph. Francescakis, op. cit., loc. cit.

قرارداد خود را تابع حقوقی غیر از سیستم حقوقی ای نمایند که منشأ حق و تکلیف ایشان است و نیز هدف قوانین مزبور مانع از این است که قاضی یا داور نتواند با إعمال فلان حقوق خارجی بر قرارداد، جلوی اجرای قوانین مربوط به انتظامات را بگیرد.

۳۲. قاضی دولتی در برخورد با مشکلاتی از این قبیل باید بین قوانین مربوط به انتظامات مقرّ دادگاه و قانون خارجی قائل به تفکیک شود. قوانین مربوط به انتظامات مقرّ دادگاه چنان اولویت طبیعی دارند که بدون توجه به اینکه کدام قانون در مورد قرارداد قابل اجرا است، باید إعمال و اجرا شوند. بدین ترتیب، قاضی پرتفالی به مقررات ارزی کشور متبع خود و قاضی آلمانی و ایتالیائی به قواعد معاهده رُم در مورد رقابت که عضو آن هستند، ترتیب اثر خواهند داد. صرف وجود قانون مربوط به انتظامات مقرّ دادگاه، دخالت قانون قبل اجرا را که به موجب قاعدة تعارض قوانین مقرّ دادگاه تعیین شده است، منتفی می‌سازد.^{۳۶}

در مورد قوانین انتظامی خارجی، مسئله ساده نیست. آیا قاضی هنگامی باید این قوانین را اجرا کند که جزو نظام حقوقی ای باشد که به موجب سیستم تعارض قوانین کشور قاضی، صالح اعلام شده است، یا بر عکس هرگاه قاضی تشخیص دهد که رعایت قوانین انتظامی خارجی برای تحقق هدف آنها ضروری است، ناگزیر باید آنها را اجرا نماید؟^{۳۷} این سؤالات تاکنون پاسخ قطعی نداشته اند.

۳۳. در فقدان قانون مقرّ دادگاه و مباینت منطقی بین قانون داخلی و قانون خارجی، مشکل اجرای قوانین مربوط به انتظامات — به آن شکلی که برای قاضی مطرح است — برای داور بین‌المللی مطرح

۳۶. منتظر این است که در برخورد نظم عمومی قانون ماهوی مقرّ دادگاه با نظم عمومی که طبق قاعدة تعارض قوانین سیستم حقوقی مقرّ دادگاه تعیین می‌شود، قاضی دولتی حق تقدیم را به اولی خواهد داد. — «م»

37. Cf. P. Mayer, op. cit., p. 101.

نمی‌شود. از نظر داور، فرقی بین قوانین انتظامی مقرر دادگاه و قوانین انتظامی خارجی وجود ندارد، بلکه فقط قوانین انتظامی مندرج در حقوق حاکم بر قرارداد (الف) و قوانین انتظامی یک سیستم حقوقی دیگر (ب) برای او قابل تفکیک است.

الف

قوانين انتظامی حقوق حاکم بر قرارداد

۳۴. به نظر می‌رسد مسئله مداخلة قوانین مربوط به انتظامات حقوق حاکم بر قرارداد، بر حسب اینکه حقوق مزبور توسط طرفین دعوی انتخاب شده و یا داور آن را تعیین کرده باشد، به نحو متفاوتی مورد بحث و بررسی داوران قرار می‌گیرد.

ه وقتی که قانون حاکم بر قرارداد بوسیله طرفین دعوی انتخاب شده است:

۳۵. به ترتیبی که قبلًا گفته شد داور باید حقوق منتخب طرفین دعوی را به مورد اجرا بگذارد (بند ۱۹)؛ لذا وقتی متعاملین حقوقی را به منظور حکومت بر قرارداد انتخاب کردن، در بادی امر این نتیجه را خواهد داشت که داور باید قوانین مربوط به انتظامات همان حقوق را نیز اجرا کند. البته داور می‌تواند به استناد و تحت عنوان «نظم عمومی واقع‌بین‌المللی» از ترتیب اثر دادن به قوانین انتظامی مذکور خودداری کند، که در این صورت، تصمیم و رأی وی متنگی بر مضمون و محتوای قانون مزبور خواهد بود نه بر ماهیت یا طبیعت آن.

قبلًا دیدیم (بندهای ۲۲ تا ۲۴) که راه حل رفع تعارضهای احتمالی بین شرایط قراردادی و نظم عمومی مقرر در حقوق منتخب طرفین دعوی را باید در قصد و نیت متعاملین از حیث اعتباری که برای شرط انتخاب حقوق حاکم بر قرارداد قائل بوده‌اند، جستجو کرد. بیان

مطلوب به این شرح است که متعاملین حق دارند حقوقی را که مناسب می‌دانند انتخاب و اجرای هرگونه قانون ملی را نفی کنند و ... بنابراین اگر متعاملین با خارج کردن بعضی از مواد و شرایط قرارداد از شمول قانون منتخب خود — که در غیر این صورت باطل اعلام می‌شدند — قلمرو اجرای قانون مزبور را محدود سازند، به هیچوجه غیرطبیعی نخواهد بود؛ همانطور که طرفین می‌توانستند حقوق دیگری را انتخاب نمایند که شرایط قرارداد را معتبر بداند.

اما بررسی قصد و نیت متعاملین راجع به اعتبار شرط مربوط به انتخاب حقوق حاکم، به تنهائی نمی‌تواند تعارض بین یک شرط قراردادی و قوانین انتظامی در حقوق حاکم بر قرارداد را حل کند. یک تغییر کوچک در دوین مثال ذکر شده (بند ۳۱) این واقعیت را نشان خواهد داد؛ فرض کنیم که متعاملین به جای انتخاب حقوق سویس به عنوان حقوق حاکم بر قرارداد، با تصریح این نکته که توافق آنها مشمول حقوق اروپا در مورد رقابت نیست، حقوق آلمان را انتخاب می‌کردند. در چنین فرضی آیا داور می‌توانست با این استدلال که طرفین دعوی با حذف بعضی از قوانین مربوط به انتظامات در حقوق حاکم بر قرارداد، انتخاب جزئی و نسبی کرده‌اند، از اجرای مقررات مربوط به رقابت به عنوان قوانین انتظامی خودداری کند؟ پاسخ منفی است، زیرا حکومت قوانین انتظامی بر یک رابطه قراردادی برخلاف حکومت نظم عمومی داخلی، لزوماً موکول به قانون حاکم بر قرارداد نیست، بلکه فی نفسه نیز قابل اجرا است. در مثال مورد نظر، قواعد حقوق اروپا در مورد رقابت درباره قرارداد اجرا می‌شود، خواه قانون حاکم بر قرارداد منتخب متعاملین، حقوق آلمان — ولو با استثنای قوانین انتظامی آن — و یا حقوق سویس باشد.

• وقتی که قانون حاکم بر قرارداد توسط داور تعیین شده است:

۳۶. برخلاف قاضی دولتی، برای داور، مفهوم «قانون صالح»

برای حکومت بر قرارداد شناخته شده نیست. درنتیجه در موردی که طرفین

دعوى حقوق حاكم بر قرارداد را انتخاب نکرده باشند، کلیه قوانینی که داعیه دخالت و اجرا بر قرارداد را دارند، از نظر اجرا در بادی امر مساوی هستند. بنابراین اشکالی ندارد که داوران تصمیم بگیرند قوانین مربوط به انتظامات را — بدون اینکه در مورد تعلق آنها به قانون حاکم بر قرارداد از خود پرسش نمایند — مستقیماً نسبت به قرارداد اجرا نمایند.

در رأی صادره در دعوای شماره ۱۳۲^{۳۸}، اتفاق بازرگانی بین المللی به همین ترتیب اقدام شده است.^{۳۸} دعوای مذکور به قراردادی مربوط می‌شد که می‌باید بخشی از آن در گره و بخش دیگر در قلمرو جامعه اقتصادی اروپا (ایتالیا) اجرا شود. در این دعوا قبل از اینکه داور حقوق قابل اجرا در مورد قرارداد را تعیین کند، مسئله اجرای قوانین انتظامی گره و معاهده رُم در مورد رقابت را نسبت به قرارداد مورد بررسی قرارداد و پس از حل این مسئله بود که به استناد تئوری «مرکز ثقل قرارداد»، حقوق گره را حاکم بر قرارداد شناخت.

نظر پذیرفته شده در این رأی عبارت از این است که قوانین انتظامی حقوق حاکم بر قرارداد، و همه قوانین مربوط به انتظامات که امکان اجرای آنها نسبت به توافق طرفین دعوا وجود دارد، باید در یک ردیف قرار داده شود^{۳۹} و این مسئله که قوانین انتظامی گره ضمناً جزو حقوق حاکم بر قرارداد است، هیچگونه مزیت اجرائی مخصوصی به آن نداده است.

۳۷. برعکس، ممکن است داور از این واقعیت که قانون مربوط به انتظامات، خود را در مورد قرارداد قابل اجرا می‌داند، چنین استنتاج کند که سیستم حقوقی منشأ چنین قانونی همان قانون حاکم بر

38. Cf. Yearbook, 1985, p. 49.

۳۹. مقصود آن است که داور برای قوانین مربوط به انتظامات حقوق حاکم بر قرارداد در مقایسه با سایر قوانین مربوط به انتظامات مشابه، اولویت و ارجحیتی قائل نیست و همه این قوانین از نظر داور ارزشی یکسان دارند. — «م»

قرارداد نیز هست. رأی صادره در سال ۱۹۸۲ در دعوای شماره ۴۰۲۹۳۰ اتفاق باز رگانی بین المللی شاهد این مدعای است:

«محکمة داوری، با ملاحظه اینکه خواهانها تابع قانون یوگسلاوی در مورد کنترل واردات و صادرات (قانون سال ۱۹۷۲ روزنامه رسمی فدرال شماره ۳۶ سال ۱۹۷۲) می‌باشند، نسبت به انتخاب قانون مذکور به عنوان قانون حاکم بیشتر متقاعد شده است. این قانون متنضم مقررات حقوق عمومی از جمله ضمانتهای اجرائی تنبیهی، جریمه طبق قانون سال ۱۹۷۲ و زندان برحسب اصلاحات سال ۱۹۷۷ همان قانون می‌باشد و البته مجازات اخیر در دعوای خاص مطروحه قابل اجرا نیست. در نتیجه هر قراردادی که مرتبط با واردات به یوگسلاوی و صادرات از آن کشور باشد تابع مقررات انتظامی همان قانون خواهد بود.»



قوانين انتظامی خارج از حقوق حاکم بر قرارداد

۳۸. در مورد قوانین مربوط به انتظامات خارج از حقوق حاکم بر قرارداد، با توجه به مثالهای ذکر شده (بند ۳۱) دو فرض قابل تفکیک است:

الف. «در نظر گرفتن» قوانین مربوط به انتظامات،

ب. «اجرای» قوانین مربوط به انتظامات.

۳۹. (الف) در مثال اول، بدھکار پرتغالی که به منظور توجیه ناتوانی خود در باز پرداخت وام دریافتی، به امتناع مقامات نظارت ارز پرتغال از دادن اجازه انتقال استناد می‌کند، از داور نمی‌خواهد مقررات انتظامی پرتغال را که منشأ این امتناع است اجرا کند، بلکه صرفاً

40. Cf. Yearbook, 1984, p. 105.

می خواهد مقررات مذکور درنظر گرفته شوند^{۴۱}، هرچند حقوق انگلیس حاکم بر قرارداد وام باشد. بعلاوه باید پذیرفت که در هر حال داور نمی تواند مقررات پرتعال را صرفاً به اعتبار ماهیت آن اجرا کند. تنها کاری که داور باید انجام دهد آن است که مقررات [پرتعال] را مورد نظر قرار دهد، برای اینکه صرفاً بتواند از آن، نتایج حقوقی که مطابق با حقوق انگلیس — به عنوان حقوق حاکم بر قرارداد — باشد، به دست آورد.

آرای داوری، مواردی دیگر از این قبیل را نیز نشان می دهند: امتناع مقامات ارزی کشور خریدار از اجرای قرارداد خرید نفت که تابع حقوق فروشنده بوده است^{۴۲}؛ امتناع از اعلام موافقت‌های لازم بوسیله مقامات محل اجرای قراردادی که مشمول قانون دیگری جز قانون محل اجرا بوده است.^{۴۳}

تردیدی نیست که در این قبیل موارد، داوران هیچگونه صلاحیتی برای اجرای مقررات عمومی که مبنای منشأ اقدامات اداری مذکور بوده است، ندارند و فقط باید آثار آن را بر اجرای قرارداد بررسی و ارزیابی نمایند. به عبارت دیگر، در نمونه های مذکور، شمول قوانین انتظامی بر قرارداد مورد بحث نبوده، بلکه آثار این قوانین بر حسب حقوق حاکم بر قرارداد مورد بررسی و ملحوظ نظر قرار گرفته است.

۴۰. (ب) با اندکی تغییر در مثال اقل، از مسئله «در نظر قراردادن» قوانین انتظامی خارج از حقوق حاکم بر قرارداد عبور می کنیم و به مسئله «اجرای» قوانین مجبور می رسیم. فرض کنیم بدھکار پرتعالی به جای استناد به عدم امکان انتقال ارز که ناشی از امتناع مقامات ارزی کشورش بوده است، به بطلان قرارداد وام، به علت فقدان اجازه قبلی اخذ وام از طرف مقامات مذکور، استناد کند. در این صورت داور باید در

41. Sur la distinction entre application et prise en considération, cf. P. Mayer: «Les lois de police étrangères», Clunet, 1981, p. 307 et s.

42. Affaire C.C.I. n° 2216, Clunet, 1975, p. 917; Jurisprudencia arbitral..., p. 105.

43. Affaire C.C.I. n° 1782, Clunet, 1975, p. 923; Jurisprudencia arbitral..., p. 111.

مورد این مسئله تصمیم بگیرد که آیا می‌تواند با اجرا و به استناد مقررات انتظامی پرتعال قراردادی را که مشمول حقوق انگلیس است، باطل اعلام کند؟ برای پاسخ به این سؤال باید دو فرض را از یکدیگر تفکیک کرد که ذیلاً بررسی می‌کنیم.

• طرفین دعوی قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب کرده‌اند:

۴۱. اصلی که به موجب آن، داوران مکلف به اجرای قانون منتخب طرفین دعوی هستند (بند ۱۹) کافی است تا داوران، قوانین انتظامی خارج از حقوق منتخب طرفین را نادیده بگیرند. رأی صادره از دیوان داوری اتاق تجارت خارجی جمهوری دموکراتیک آلمان، در این مورد یک نمونه به شمار می‌رود.^{۴۴} در دعواه مذکور داوران می‌باید در مورد اعتبار قرارداد حق الامتیازی که بین یک مؤسسه جمهوری دموکراتیک آلمان و یک مؤسسه جمهوری فدرال آلمان منعقد شده بود، اظهار نظر نمایند. مؤسسه اخیر به بطلان قرارداد، به علت مغایرت آن با مقررات رقابت کشور متبع خود و نیز ماده ۸ معاہده رُم استناد می‌کرد. داوران با تذکر این نکته که طرفین دعوی قرارداد را تابع حقوق جمهوری دموکراتیک آلمان قرار داده‌اند، به شرح زیر استدلال کردند:

«اعتبار قرارداد باید به موجب قانون جمهوری دموکراتیک آلمان، که طبق شرط داوری به عنوان قانون قابل اجرا اعلام شده است، ارزیابی شود؛ لذا نمی‌توان بطلان قرارداد امتیاز را از ماده ۲۰ قانون راجع به رویه‌های محدود کننده تجارت جمهوری فدرال آلمان و نیز از ماده ۸۵ و بعد معاہدة رُم در مورد رقابت، استنتاج کرد (زیرا قانون حاکم بر دعوا نیست). در ارزیابی اعتبار قرارداد امتیاز، طبق حقوق جمهوری دموکراتیک آلمان مقررات مذکور^{۴۵} نباید در نظر قرار

44. Cf. Yearbook, 1979, p. 197, sentence du 28 juin 1976.

45. منظور ماده ۲۰ قانون آعمال محدود کننده تجارت جمهوری فدرال آلمان و مواد ۸۵ و بعد معاہدة رُم در مورد رقابت است. — «م»

گیرد، مگر اینکه اجرای قرارداد را بطور واقعی غیرممکن گرداند، و بطلان قرارداد باید براساس ماده ۳۰۶ قانون مدنی جمهوری دموکراتیک آلمان پذیرفته شود. عدم امکان عملی اجرای قرارداد از ناحیه خوانده دعوی به اثبات نرسیده است.»

۴۲. کمتر دیده می‌شود که داوران برای عدم اجرای قوانین انتظامی اعلام کنند که قانون مزبور خارج از حقوق حاکم بر قرارداد است. درواقع، تعیین قانون حاکم بر قرارداد از ناحیه طرفین دعوی الزاماً بدان معنی نیست که آنها همه قوانین انتظامی را که به نحوی داعیة حکومت بر قرارداد را دارند، نفى کرده باشند. البته داوران بیشتر ترجیح می‌دهند اعلام کنند که قوانین انتظامی در هر حال قابلیت جدی برای اجرا ندارند.

رأی مورخ ۱۹۸۲ دادگاه داوری «انجمن تجارت گندم آمستردام» که در مرحله استینافی و در مورد قابل اجرا بودن مقررات کنترل ارزی اتریش نسبت به قراردادهای مشمول حقوق هلند صادر شده است، چنین بیان می‌کند:

«در مورد قراردادهای مورد بحث، قانون هلند اعمال می‌شود. ولی حتی اگر در شرایط مذکور به انتخاب قانون صالح اشاره نمی‌شد، به موجب قواعد حقوق بین الملل خصوصی هلند، قانون هلند هنوز نسبت به قراردادهای فروش قابل اعمال بود؛ زیرا این امر مربوط به فروش محصولات هلندی به صورت «فوب»^{۴۶} و بر طبق شرایط استاندارد هلند که عموماً در تجارت بین المللی بکار برد می‌شود، می‌باشد. معذلک داوران استینافی می‌توانند به مقررات قواعد آمرة سایر کشورها نیز استناد کنند، مشروط به اینکه ارتباط نزدیکی بین مسئله مطروحه و آن کشور وجود داشته باشد.

در صورت چنین تصمیمی، طبیعت و قلمرو مقررات مذکور و همچنین نتایج اعمال و یا عدم اعمال آن نیز باید مورد نظر قرار

گیرد. داوران استینافی معتقدند که در پرونده حاضر، قراردادهای فروش، چنین بستگی نزدیکی با اتریش ندارند که بتوان قوانین پولی اتریش را در مورد آنها إعمال نمود.

ارتباط با اتریش، صرفاً در این امر خلاصه می‌شود که باعث در آن کشور اقامت دارد. محصولاتی که فروخته شده در اصل هلندی بوده و خریدار هلندی است و معامله از طریق یک دلال آلمان فدرال صورت گرفته و معامله نیز به صورت «فوب» انجام شده و تحویل کالا دریکی از بنادر اروپائی بعمل آمده و بهای آن نیز به مارک آلمان فدرال بوده و بعلاوه فروشده طی تلکس مورخ ۲۰ نوامبر ۱۹۸۰ تقاضا کرده است که قیمت کالا به حساب وی در یکی از بانکهای آلمانی واریز شود، و حتی به فرض قائل بودن بستگی نزدیک بین قراردادها و اتریش، داوران استینافی هنوز اعتقاد دارند که نباید مقررات مالی اتریش را در این مورد دخالت داد؛ به خاطر آنکه بنا به گفته پژوهش خواه، این امر منجر به ابطال قراردادها می‌شود، زیرا فروشنه ظاهراً مجوز مربوطه را در این خصوص دریافت نداشته است. در اینجا نمی‌توان ابطال قرارداد را که ظاهراً حقوق اتریش مقرر می‌دارد، پذیرفت و اهتمیت قبل ملاحظه ای را که هلند برای حفظ جریان عادی روابط حقوقی در معاملات تجاری بین‌المللی، مثل مورد حاضر، قائل است ندیده انگاشت.^{۴۷}

چه بسا این رأی نشان‌دهنده رویه عمومی داوران بین‌المللی بطور کامل نباشد، زیرا به نظر می‌رسد که دادگاه داوری خود را به جای یک قاضی هلندی قرار داده و برای اثبات اینکه قانون مربوط به انتظامات اتریش به دلیل محتواش باید کنار گذاشته شود، به منافع اقتصادی هلند اشاره و استناد کرده است.

به هر حال، اندیشه توجیه اینکه قوانین انتظامی، خارج از حقوق حاکم منتخب طرفین، ذاتاً قابل اجرا نیستند، حتی در مواردی که طرفین دعوى اعلام کرده باشند که این انتخاب جنبه حصری دارد نیز دیده

47. Cf. Yearbook, 1983, p. 158.

می‌شود. رأی صادره از دادگاه داوری انجمن تجارت گندم هلند در ۱۹۸۱^{۴۸} در سال ۱۹۸۱، گواه این مسئله است.

۴۳. مطلبی که باقی می‌ماند آن است که داوران برای قوانین انتظامی خارج از حقوق منتخب طرفین، در موقعی که این قانون بطور جدی مورد اجرا پیدا می‌کند، چه تصمیمی باید بگیرند؟ بطوریکه قبل از متذکر شدیم (بند ۴۲) داوران با تحلیل قصد و اراده طرفین دعوی می‌توانند بگویند که انتخاب حقوق حاکم بر قرارداد، مداخله و موضوعیت قوانین انتظامی سایر سیستمهای حقوقی را نفی نمی‌کند. ولی آیا اگر طرفین دعوی صراحتاً اعلام کرده باشند که انتخاب آنها جنبه حصری دارد و یا اگر به نظر برسد که طرفین با انتخاب یک حقوق معین، عالم و عامدًا تصمیم گرفته‌اند بعضی از قوانین انتظامی (از قبیل قوانین انتظامی محل اجرای قرارداد) در مورد آنها اجرا نشود، باز هم وضع همین طور خواهد بود؟

از جنبه نظری، این مسئله به همان صورتی مطرح می‌شود که طرفین دعوی صراحتاً مقررات انتظامی قانون حاکم بر قرارداد را مستثنی کرده باشند (بند ۳۶). در هردو مورد، مقصود این است که بدانیم آیا داور بین‌المللی قهرآ باید به اراده طرفین دعوی مبنی بر اعمال و شمول قواعد و اصول خاصی نسبت به قرارداد احترام بگذارد، حتی اگر به قیمت تقلب عمدى نسبت به قانون یک کشور تمام شود؟

به نظر می‌رسد که تنها با مراجعت به مفهوم «نظم عمومی واقعی بین‌المللی» می‌توان این مسئله را حل کرد. بدیهی است اگر قوانین انتظامی که مستثنی شده است، به لحاظ محتوای خود مغایر با «نظم عمومی واقعی بین‌المللی» تلقی شود (مانند مقررات تبعیض نژادی)، در این صورت داور باید اراده طرفین دعوی در مورد عدم اجرای قانون مزبور را معتبر بشناسد. همچنین اگر هدف چنین قانونی تصمین اجرای اصولی

48. Cf. Yearbook, 1982, p. 161.

باشد که از نظر داور جزو «نظم عمومی واقعاً بین المللی» است، باز هم داور باید بنا بر اراده طرفین دعوی به این قانون، یا حدائقه به اصول آن، اولویت دهد؛ ولی در عمل وضعیتهایی که بدین نحو مشخص شده باشد، بندرت دیده می‌شود.

بطورکلی همین که قبول کنیم در موارد استثنائی، داور می‌تواند تحت عنوان «نظم عمومی واقعاً بین المللی» (مانند ارتشاء) از ترتیب اثر دادن به بعضی از توافقهای طرفین دعوی خودداری کند، بدآن معنی است که پذیرفته ایم داور نباید شریک جرم تقلب عمدی نسبت به قوانین انتظامی شود که به نظر وی قابلیت اجرای آن قطعی و مسلم است ولی طرفین آن را استثناء کرده‌اند.

در اینجا نیز همانند کلیه موارد مربوط به نظم عمومی طردگشته کلاً مسئله حساسیت مطرح است. البته و بطورکلی اگر داوران بخواهند از حدود وظيفة خود خارج نشوند، باید در مواردی که طرفین قانون حاکم بر دعوی را از قبل تعیین نکرده‌اند، قوانین انتظامی محل اجرای قرارداد را که به نظر ایشان قابل اجرا است، رعایت و تضمین نمایند.

• وقتی که قانون حاکم بر قرارداد بوسیله داور تعیین می‌شود:

۴۴. قبلًا گفتیم (بند ۳۷) که با کنار گذاردن مفهوم «قانون صالح» و نیز مدام که داور در مورد اجرای یک یا چند حقوق اظهار نظر نکرده است، کلیه حقوقهای ملی یا غیرملی برای داور در یک ردیف قرار دارند. درنتیجه هیچ چیز مانع از این نیست که قوانین انتظامی خارج از حقوقی که داور به عنوان «حقوق حاکم بر قرارداد» تعیین خواهد کرد نیز به مرحله اجرا دریاباید.

در حقیقت، در این قبیل موارد، داور با مستثنی کردن موضوعاتی که به عقیده وی می‌باید مشمول قوانین انتظامی معینی شوند که محمول جدی برای اجرا دارد، قلمرو اجرای حقوق حاکم بر قرارداد را محدودتر می‌کند.

۴۵. اساساً قوانین انتظامی کشوری که قرارداد باید در قلمرو آن اجرا شود، مطرح است. رأی صادره از دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی در دعوای شماره ۴۱۳۲ (بند ۳۷) در ۱۹۸۳، این موضوع را بطور کامل نشان می‌دهد. در این رأی نتها قواعد مربوط به رقابت حقوق گرمه، یعنی قانون حاکم بر قرارداد منتخب داور، اجرا شده بلکه مقررات معاهده رُم — به لحاظ اینکه قرارداد در ایتالیا اجرا شده بود و ایتالیا عضو عهدنامه مذکور می‌باشد — نیز به مورد اجرا گذاشته شده است. حتی در این رأی داور اظهار عقیده می‌کند که رأساً (بدون درخواست اصحاب دعوا) مکلف به اجرای قوانین مربوط به انتظامات یاد شده است.

۴۶. رأی دیگری، صادره در سال ۱۹۷۳ در دعوای شماره ۱۸۵۹ اتاق مذکور^{۴۹}، مسئله را به نحو روشن تری مطرح نموده است. در این رأی، داوران اجرای اصول و قواعد غیرملی یعنی اصول کلی و رسوم تجارت بین‌المللی را با قوانین انتظامی دولتهایی که قرارداد در قلمرو آنها اجرا شده بود، تلفیق نموده اند:

«چون قرارداد می‌باید در لبنان، سوریه و اردن اجرا می‌شد، مسلم است که وارد کننده لبنانی مجبور به رعایت قوانین انتظامی کشورهایی بود که کالا به آنجاها وارد می‌شد و طرف ثالثی نمی‌تواند ادعای کند که قوانین مزبور نسبت به وی قابل استناد نیست. هر تاجری که می‌خواهد محصولات کشور خود را در کشوری دیگر به فروش برساند، مکلف است قوانین مربوط به انتظامات کشوری را که کالا به آنجا وارد می‌شود، رعایت کند و نمی‌تواند ادعای جهل به قوانین مزبور نماید و یا خود را از شمول قوانین مزبور یا مقررات مربوط به ورود این قبیل کالاهای — بویژه در موقعی که این قبیل قوانین و مقررات در زمان امضای قرارداد وجود داشته است — خارج بداند.

49. Cf. des extraits de cette sentence in Y. Derains: «Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales», Rev. arb., 1973, p. 122.

قرارداد باید در سه کشور اجرا می‌شد. تعیین یک قانون مشخص برای اجرا احتمالاً مشکلاتی را بوجود می‌آورد. معهذا در مورد دعوای حاضر طرفین دعوی آشکارا به اصول کلی و رسوم تجارت بین‌الملل تمکین کرده‌اند.»

شناسائی صلاحیت طبیعی قوانین انتظامی محل اجرای قرارداد، بدون توجه به قانون حاکم بر قرارداد، در یک رأی دیگر اتاق بازرگانی بین‌المللی صادره در دعوای شماره ۲۱۳۶ در سال ۱۹۷۴ نیز بیان شده است.^{۵۰}

۴۷. همچنین بعضی از داوران، هرچند که تعدادشان کمتر است، عقیده دارند قوانین انتظامی مقرر در حقوق کشور متبع طرفین دعوای نیز می‌تواند اجرا شود. به عنوان مثال رأی صادره در دعوای شماره ۲۱۷۸ دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی در سال ۱۹۷۳ چنین می‌گوید:

«در رویه داوری، حتی می‌توان احواله به قانون مقرر دادگاه برای تعیین حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوا را مورد تردید قرار داد. در داوریهایی که مبتنی بر اراده طرفین است، روابط نزدیک موجود بین دادگاههای عمومی و حقوق ملی آنها که منجر به اجرای قانون مقرر دادگاه برای حل مشکلات تعارض قوانین مطروحة در مراجع قضائی ملی می‌گردد، وجود ندارد. تا آنجا که قانون مربوط به نظام عمومی که به موجب حقوق متبع طرفین به آنان تحمیل می‌شود و داوران نیز مکلفند آن را در نظر بگیرند، مطرح نباشد، بر عهده داوران است که با توجه به وقایع و اوضاع و احوال مربوط به هر دعوا، در مورد سیستم حقوقی که بیشترین ارتباط را با ماهیت موضوعات مورد اختلاف دارد، تصمیم بگیرند.»^{۵۱}

مع الوصف در یک رأی دیگر صادره از دیوان داوری همان اتاق

50. Cf. Y. Derains: «Possible conflict of laws...», p. 182, voir note n° 4.

51. Cf. Y. Derains: «Possible conflict of laws...», p. 184, voir note 4.

به سال ۱۹۷۸ و در پرونده شماره ۵۲۳۰۳۳/۲۹۷۸/۲۴۷۷ صادره در دعائی که قبلاً ذکر شد (بند ۴۳)، به نظر می‌رسد مداخله و تأثیر قوانین انتظامی کشور متبع طرفین دعوی که خارج از حقوق حاکم بر قرارداد تلقی شده، نادیده گرفته شده است. موضوع به دعوای مطروحه از طرف مؤسسات کشتیرانی سوئی سوئی علیه یک مشتری لیبیائی مربوط می‌شد. با توجه به اینکه قرارداد تابع حقوق سوئی بود، دادگاه داوری از اجرای قوانین و مقررات لیبی راجع به تحریم اسرائیل خودداری کرد:

«اجرای حقوق سوئی به این نتیجه آشکار منتهی می‌شود که قانون و مقررات تحریم لیبی در مورد این قرارداد قابل اجرا نیست مگر در موردی که در قراردادها به این قانون تحریم بطور خاص ارجاع شده باشد.»

۴۸. بنابراین در مورد اجرای قوانین انتظامی خارج از قانون حاکم بر قرارداد، در مواردی که قانون حاکم بوسیله طرفین دعوی انتخاب نشده باشد، به نظر نمی‌رسد که در میان داوران اتفاق نظر واقعی وجود داشته باشد؛ اما نظر اکثریت به نفع اجرای قوانین انتظامی محل اجرای قرارداد است و در مورد اجرای قوانین انتظامی کشورهای متبع طرفین دعوی، ظاهرآ اختلاف نظر بیشتری وجود دارد.

قبلاً در مقاله دیگری گفته‌ایم^{۵۲} در مواردی که داوران باید راجع به اجرای قوانین انتظامی خارج از قانون حاکم بر قرارداد تصمیم بگیرند باز هم مسئله پاسخگوئی به انتظار مشروع طرفین دعوی راهنمای ایشان است. بدان جهت است که در اغلب موارد داور، قوانین انتظامی محل اجرای قرارداد، و یا بطور روشن‌تر، محل اجرای تعهد قراردادی را که اجرای آن مورد اختلاف است، به مورد اجرا خواهد گذاشت. رویه بین‌المللی نیز عملاً ناظر و مؤید همین امر یعنی رعایت قوانین انتظامی

52. Yearbook, 1981, p. 133.

53. Cf. Y. Derains: «Les normes d'application immédiates dans la jurisprudence arbitrale internationale» in Etudes offertes à B. Goldman, p. 45.

کشورهایی است که قرارداد در قلمرو آنها به اجرا درمی‌آید و این قوانین فی الواقع جزو قلمرو قرارداد محسوب می‌شود. (یعنی فرض می‌شود که طرفین راجع به اعمال و اجرای این قبیل قوانین نسبت به دعواه مطروحه از قبل توافق کرده‌اند).

چنانچه در قرارداد شرط مغاییری گنجانده نشده باشد، طرفین دعوای بطور مشروع حق دارند انتظار داشته باشند داور چنین فرض نماید که توافق آنها کاملاً منطبق با همین عملکرد و رویه بین‌المللی است. فقط در مواردی که قوانین انتظامی محل اجرای قرارداد با «نظم عمومی واقعاً بین‌المللی» در تضاد باشد، داور از اجرای آن خودداری خواهد کرد.

• نتایج کلی

۴۹. در پایان این بررسی که مسلماً نواقصی دارد، در مورد نظم عمومی و حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوای در داوری بین‌المللی، چند نتیجه را می‌توان ارائه نمود:

نخست باید توجه داشت که چنانچه «نظم عمومی واقعاً بین‌المللی» را مستثنی کنیم، داور اساساً با دو شکل از نظم عمومی مواجه می‌شود: نظم عمومی داخلی و مقرر در قانون حاکم بر قرارداد، و قوانین انتظامی سایر کشورها. نکته بعدی که شایان توجه است آنکه موقعیت داور، برحسب اینکه قانون حاکم بر قرارداد را طرفین دعوای انتخاب کرده باشند و یا خود وی آن را تعیین کنند، متفاوت خواهد بود. داور باید به اراده طرفین دعوای احترام بگذارد بدون اینکه کاملاً تابع این اظهارنظر پی‌بر مایر باشیم که می‌گوید:

«داور در داخل سیستمی که بوسیله قرارداد ایجاد شده است، قرار دارد، ولذا در رابطه با طرفین دعوای واجد هیچگونه اختیار خارج از قرارداد مذکور نیست.»^{۵۴}

54. P. Mayer: «Le mythe de l'ordre juridique de base» in Etudes offertes à B. Goldman, p. 215.

می‌توان گفت که جز در برخورد با «نظم عمومی واقع‌بین‌المللی»، داور باید به اراده طرفین دعوی ترتیب اثر دهد، خواه اراده طرفین دعوی مستقیماً ضمن شرایط قراردادی و با انتخاب قواعدی که در مورد قرارداد اجرا خواهد شد بیان شده باشد یا به صورت غیرمستقیم.

۵۰ در نتیجه وقتی که طرفین دعوی، قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب کردند، این قانون به همان صورتیکه هست و با مقررات نظم عمومی اش، حتی اگر مغایر با شرایط قرارداد باشد، باید به مورد اجرا گذاشته شود، مگر اینکه داور احراز کند طرفین دعوی خواسته‌اند مقررات نظم عمومی مقرر در قانون منتخب نادیده گرفته شود. در این صورت داور باید به اراده طرفین دعوی، که همچنان می‌توانستند حقوقی را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب نمایند که مقررات نظم عمومی مذکور در آن وجود نداشته باشد، احترام بگذارد.

۵۱ در مورد قوانین انتظامی مقرر در حقوق حاکم بر قرارداد، مشکل به این صورت نیست. قوانین مزبور بدون توجه به حقوق مخصوص حاکم بر قرارداد، قابلیت اجراء ندارند. همچنین در فرضی که داور احراز نماید که طرفین دعوی خواسته‌اند از شمول قوانین مزبور خارج شوند، در صورتی به اراده آنان ترتیب اثر می‌دهد که آن را مغایر با «نظم عمومی واقع‌بین‌المللی» نداند.

۵۲ در مواردی که طرفین دعوی قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب نکرده‌اند، با فقد مفهوم قانون مناسب و مفهوم قانون خارجی و نیز مدام که داور تصمیم به اجرای یک و یا چند تای آنها نگرفته است، همه حقوقها از نظر قابلیت اجرا در یک سطح قرار دارند. موضوعیت و اهمیت پاسخگوئی به انتظار مشروع طرفین دعوی که می‌توانستند هر قانون ملی، غیرملی و احتمالاً ترکیب چند سیستم حقوقی را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب نمایند، موجب می‌شود

که داور، حقوقی را که مقررات مربوط به نظم عمومی آن مغایر با شرایط قراردادی است، به عنوان قانون حاکم برقرارداد انتخاب ننماید.

۵۳. در مورد قوانین انتظامی، وقتی طرفین دعوی در انتخاب قانون حاکم برقرارداد سکوت کرده‌اند، داور تکلیفی ندارد که ابتدا و قبل از اینکه راجع به قابلیت اجرای قانون مربوط به انتظامات اتخاذ تصمیم نماید، در صدد پیدا کردن قانون حاکم برقرارداد باشد. در صورتیکه به نظر داور اجرای مقررات انتظامی، مورد انتظار مشروع طرفین دعوی بوده است، باید قانون مزبور را بطور مستقیم در دعوی اعمال و اجرا کند.

از عملکرد و رویه داوری چنین برمی‌آید که اجرای قوانین انتظامی محل اجرای قرارداد باید مرتبط و مناسب با انتظار مشروع طرفین دعوی دانسته شود.

۴۵. در جریان این بررسی به مشکلات اجرای آرائی که به اجرا یا نقض یک قاعدة نظم عمومی داخلی یا قانون مربوط به انتظامات ارتباط می‌یابد، توجه نشده است. مسلماً خطأ است اگر گفته شود که داور تکلیفی ندارد به این نکات توجه کند، زیرا داور همواره نسبت به اثربخش بودن رأی خود اندیشاک است. منتهی این مطلب (اثربخش بودن رأی صادره) در شرح استدلال داور راجع به تعیین حقوق قابل اجرا منعکس نمی‌شود، زیرا او امکان این را ندارد که پیش‌بینی کند رأی صادره در کدام کشور اجرا خواهد شد.

در اغلب اوقات اینکه رأی به نفع کدامیک از طرفین صادر می‌شود، موكول به اجرا یا عدم اجرای قوانین انتظامی کشور خاصی است. بعلاوه با در نظر گرفتن پراکندگی اموال طرفین در کشورهای مختلف دنیا، داور نمی‌تواند از قبل برآورد کند که رأی صادره در فلان کشور یا کشور دیگری اجرا خواهد شد. با وجود این با توجه به شناخت واقعی که داور از پرونده دارد، محل یا محلهای اجرای احتمالی رأی صادره را

پیش‌بینی می‌کند و عموماً به آن توجه دارد هرچند که بدان تصریح نمی‌کند.

مواردی که نظم عمومی یا قوانین انتظامی به سیستم حقوقی مقر داوری تعلق داشته باشند، مشکل خاصی مطرح می‌شود. درحقیقت، داور باید همیشه این خطر را درنظر داشته باشد که چه بسا این قبیل قواعد انتظامی، در کشور محل داوری به عنوان نظم عمومی بین‌المللی تلقی شود که در این صورت به منظور جلوگیری از ابطال رأی صادره ناگزیر باید قواعد مزبور را رعایت نماید.

وقتی که نظم عمومی بین‌المللی محل داوری یا محل اجرای احتمالی رأی داوری مطرح است، داور باید به موجب روشی که ویژه داوری بین‌المللی است، مشکلات مربوط به مداخله و تأثیرات نظم عمومی در تعیین حقوق قابل اجرا در ماهیّت دعوا را از نظر حقوقی تحلیل کند و نتایج حاصله را همراه با درنظر گرفتن مسئله اثربخش بودن رأی خود، ملاحظه دارد.

دکتر مصطفی رنجبران



کلیاتی در مورد
دریای سرزمینی و عبور بی ضرر از آن







مقدمه

تقریباً سه چهارم سطح کره زمین از آب (اعم از آب دریاها، اقیانوسها و دریاچه‌ها) پوشیده شده است که براساس حقوق سنتی دریاها تنها قسمت کوچکی از آن، یعنی آبهای داخلی و دریای سرزمینی^۱، تحت حاکمیت ملی کشورهای جهان و بقیه در خارج از محدوده حاکمیت ملی آنان قرار دارد.^۲

بنابراین پنهانه دریاها و اقیانوسها براساس حقوق بین الملل کلاسیک تابع دو رژیم است: دریای سرزمینی که تحت سلطه دولت

1. territorial sea

2. E.A. SMITH: *The Law and Custom of the Sea*, London: Stevens & Sons Ltd. 1959, 3rd. Edition, page 3.

ساحلی است، و دریای آزاد که ماورای حاکمیت ملی دول^۳ می باشد. لازم به یادآوری است که با امضای کنوانسیون ملل متحده راجع به حقوق دریاهای در سال ۱۹۸۴ و معرفی مفهوم جدید «منطقة انحصاری اقتصادی»^۴ به عرض ۲۰۰ میل دریائی از خط مبدأ آبهای سرزمینی، این موضوع مطرح شده است که رژیم حقوقی ستی دوگانه دریای سرزمینی و دریای آزاد به رژیم سه گانه دریای سرزمینی، منطقه انحصاری اقتصادی و دریای آزاد تغییر یافته است. طبعاً مبحث پیچیده و آکادمیک مذکور موضوع مقاله دیگری است و در اینجا تنها می توان متنذکر شد که حق حاکمیت کشور ساحلی در «منطقة انحصاری اقتصادی» عمدها منحصر به بهره برداری از منابع اقتصادی از جمله ماهیگیری است و برای آزادی کشتیرانی کشورهای دیگر در منطقه انحصاری اقتصادی و پرواز هوایی های آنان از فضای فوقانی منطقه مذکور، محدودیتی وجود ندارد. به هر حال، آنچه مسلم به نظر می رسد رژیم حقوقی منطقه انحصاری اقتصادی، رژیم خاصی^۵ است.



مختصری درباره دریای سرزمینی

قبل از شروع بحث درباره عبور بی ضرر^۶ از دریای سرزمینی، ذکر کلیاتی درباره رژیم حقوقی این بخش از دریاهای که تحت حاکمیت ملی کشورهای ساحلی قرار دارد، ضروری به نظر می رسد.

۳. جمشید ممتاز: حقوق دریاهای، تهران. مرکز مطالعات عالی بین المللی دانشگاه تهران، ۱۳۵۴، ص ۱۱.

4. Exclusive Economic Zone = EEZ

5. sui generis

6. innocent passage

واژه «دریای سرزمینی» که به فارسی «دریای ساحلی» نیز ترجمه شده است اولین بار توسط گالیانی⁷ حقوقدان ایتالیائی در قرن هجدهم بکار برده شده و از مفاهیمی است که مذکوها موضوع مطالعات و مباحثات طولانی کمیسیون حقوق بین الملل و نیز یکی از مواد عمده دستور کار کنفرانس ژنو در سالهای ۱۹۵۸ و ۱۹۶۰ بوده است.⁸

در واقع، تثبیت اصل آزادی دریاها در قرن هجدهم مانع از آن نشد که دول ساحلی به ملاحظات گوناگون از جمله برای حفظ امنیت و دفاع از کشور و تأمین منافع تجاری، سیاسی و مالی خود و نیز به منظور بهره‌برداری انحصاری اقتصادی از منابع و آبهای مجاور سرزمین خود به اعمال حاکمیت ذر بخشی از دریا که به دریای سرزمینی موسوم است، ادامه دهند⁹ و متعاقباً این حاکمیت در کنوانسیونهای بین المللی بویژه «کنوانسیون ژنو راجع به دریای سرزمینی و منطقه نظارت» به رسمیت شناخته شد.

براساس ماده ۱ کنوانسیون ۱۹۵۸ ژنو: حق حاکمیت یک کشور به ماورای قلمرو خشکی و آبهای داخلی، به منطقه‌ای از دریاهای متصل به سواحل آن که به دریای سرزمینی موسوم می‌باشد نیز گسترش می‌یابد. بعلاوه به موجب ماده ۲ کنوانسیون مورد بحث: حق حاکمیت مذکور شامل فضای فوقانی دریای سرزمینی و کف و زیر کف آن نیز می‌شود.^{۱۰}

7. Galiani

8. D.P. O'CONNELL: *International Law*, London: Stevens & Sons Ltd., 1965, p. 523.

9. C.JOHN COLOMBOS: *The International Law of the Sea*, Longmans, 1959, p. 74.

10. United Nations Legislative Series, ST/LEG/SER.B/15, sales No. E/F. 70 V. 9, pp. 721-728.

عرض آبهای سرزمینی

الف. قاعدة برد توپها (تیررس توپها)^{۱۱}:

همانطوری که قبل اشاره شد یکی از انگیزه‌های اصلی دول ساحلی در استقرار حاکمیت بر دریای سرزمینی تأمین امنیت کشور ساحلی و به عبارت دیگر ملاحظات دفاعی-امنیتی بوده است. بنابراین در قرن هجدهم که برد توپها حدود سه میل دریائی بوده است، به عنوان معیار اندازه‌گیری، پهناهی دریای سرزمینی ملاک عمل قرار گرفت. این تئوری که در سال ۱۷۳۷ توسط بینکرشوک^{۱۲} حقوقدان هلندی معرفی شده و مورد قبول گالبیانی نویسنده معروف حقوق بین‌الملل نیز قرار گرفته بود، رفته‌رفته ارزش خود را از دست داد و مآلًا با افزایش برد توپها معیار سه میل دریائی در مواردی به ۶ میل و ۱۲ میل و حتی به ۲۰۰ میل دریائی افزایش یافت.^{۱۳}

ب. پهناهی دریای سرزمینی در کنفرانس‌های ژنو ۱۹۵۸ و ۱۹۶۰:

با عدم موفقیت کنفرانس سال ۱۹۳۰ لاهه در مورد تعیین حدود دریای سرزمینی این موضوع در کنفرانس‌های حقوق دریائی ژنو در سالهای ۱۹۵۸ و ۱۹۶۰ نیز مطرح گردید. در کنفرانس سال ۱۹۵۸ ژنو هرچند در مورد تحديد حدود دریای سرزمینی رسمًا توافقی حاصل نشد معهذا کشورهای در حال توسعه آسیا و افريقيا و امريکا لاتین على رغم مقاومت کشورهای صنعتی موفق شدند به ۶ میل دریائی به عنوان پهناهی دریای سرزمینی اعتبار بین‌المللی بخشنده و متعاقباً در جریان دومن

11. cannon shot rule

12. Bynkershoek

۱۳. در سال ۱۹۵۲ چند کشور امریکای لاتین برای جلوگیری از «غارت ثروت ملی» خود توسط ایالات متحده و دول صنعتی دیگر، عرض آبهای سرزمینی خود را ۲۰۰ میل دریائی اعلام کردند.

کنفرانس حقوق دریائی سال ۱۹۶۰ که مجدداً در زمینه تعیین حدود آبهای سرزمینی با عدم توفیق مواجه شد قاعده ۱۲ میل دریائی که مورد حمایت کشورهای در حال توسعه بود، کم و بیش به عنوان معیار تحدید حدود پهنانی آبهای سرزمینی، اعتبار عرفی پیدا کرد.

ج. کنفرانس سال ۱۹۸۲ ملل متحده راجع به حقوق دریاهای و عرض دریای سرزمینی:

به موجب ماده ۳ کنوانسیون ملل متحده راجع به حقوق دریاهای که در دهم دسامبر سال ۱۹۸۲ در مونتگوپی جامائیکا به امضای نمایندگان ۱۱۹ کشور از جمله جمهوری اسلامی ایران رسید^{۱۴} عرض آبهای سرزمینی حداقل ۱۳ میل دریائی تعیین شده است.^{۱۵}

د. حدود آبهای سرزمینی دولت جمهوری اسلامی ایران:

به موجب اعلامیه تعیین حدود آبهای ساحلی و منطقه نظارت^{۱۶}

14. By 9 December 1984; the closing date for the signature of the Convention it had been signed by 159 States and entities. As on 24 August 1987, 33 States and 1 entity had ratified the Convention. The Convention shall enter into force 12 months after the date of deposit of the sixtieth instrument of ratification or accession.

15. **The Law of the Sea, United Nations Convention on the Law of the Sea**, New York: UN Publications, sales No. E.83. V.5, 1983, p. 3.

۱۶. منطقه نظارت به منطقه‌ای از دریای آزاد اطلاق می‌شود که در مجاورت آبهای سرزمینی و تحت نظارت مالی، گمرکی، بهداشتی و مهاجرتی کشور ساحلی قرار دارد. به موجب بند اول ماده ۲۴ کنوانسیون سال ۱۹۸۲^{۱۷} راجع به دریای سرزمینی و منطقه نظارت، کشور ساحلی در منطقه‌ای از دریای آزاد که در مجاورت دریای سرزمینی آن کشور قرار دارد می‌تواند به منظور جلوگیری از نقض مقررات گمرکی، مالی، مهاجرتی یا بهداشتی در قلمرو خشکی یا دریای سرزمینی خود کنترل و نظارت لازم را إعمال نماید. به موجب بند دوم همین ماده محدوده منطقه نظارت نباید از ۱۲ میل دریائی از خطی که عرض آبهای سرزمینی از آن شروع می‌شود (خط مبدأ تعیین عرض دریای سرزمینی) تجاوز نماید.

براساس ماده ۳۳ کنوانسیون سال ۱۹۸۲ ملل متحده راجع به حقوق دریاهای محدوده منطقه نظارت نباید از ۲۴ میل دریائی از خط مبدأ تعیین عرض دریای سرزمینی تجاوز کند. بدین ترتیب، با احتساب ۱۲ میل پهنانی دریای سرزمینی، عرض منطقه نظارت نیز ۱۲ میل دریائی می‌باشد.

دولت در دریاها مصوب ۲۴ تیرماه ۱۳۱۳ حدود آبهای سرزمینی ایران منحصر به شش میل دریائی بود؛ حال آنکه طبق قانون اصلاح قانون تعیین حدود آبهای ساحلی و منطقه نظارت ایران مصوب تیرماه ۱۳۳۸ حدود آبهای سرزمینی ایران ۱۲ میل دریائی تعیین شده است. همانطور که اشاره شد در قوانین مذکور به جای «آبهای سرزمینی» اصطلاح «آبهای ساحلی» مورد استفاده قرار گرفته است.



عبور بی ضرر از دریای سرزمینی

بطوریکه اشاره شد آن بخش از آبهای سطح جهان که به دریای سرزمینی موسوم می‌باشد جزئی از قلمرو کشورهای ساحلی به شمار آمده و تحت حاکمیت دول ساحلی مربوطه قرار دارد. معهداً این حاکمیت نیز تام و تمام نبوده و عبور بی ضرر کلیه کشورها از این آبها با رعایت سایر مقررات حقوق بین الملل، آزاد و به عبارت دیگر مجاز است. بنابراین حق عبور بی ضرر از دریای سرزمینی به عنوان استثنای بر اصل حاکمیت دول ساحلی تلقی می‌شود که از دیرباز به عنوان یک اصل کلی در حقوق بین الملل به رسمیت شناخته شده^{۱۷} و در دعوای معروف به «کanal کورفو»^{۱۸} در سال ۱۹۴۹ مورد تأیید دیوان بین المللی دادگستری نیز قرار گرفته است.^{۱۹}

17. PHILIPS C.JESSUP: *The Law of Territorial Water and Maritime Jurisdiction*, New-York: G.A., Jennings and Co., 1927, p. 120.

See Also, R.P.ANAND: «Transit Passage and Overflight in International Straits», *Indian Journal of International Law*, Vol. 26, Nos. 1 & 2, January-June 1986, p. 81.

18. Corfu Channel Case

۱۹. برای کسب اطلاع بیشتر در مورد دعوای کanal کورفو رجوع شود به:

ICJ Reports, 1949, p. 28.

الف. کنوانسیون سال ۱۹۵۸ ژنو و عبور بی ضرر از دریای سرزمینی:

بخش سوم از کنوانسیون سال ۱۹۵۸ ژنو راجع به دریای سرزمینی و منطقه نظارت مشتمل بر مواد ۱۴ تا ۲۳ در مورد «حق عبور بی ضرر» است.

در این میان، مواد ۱۴ تا ۱۷ متضمن مقررات مربوط به عبور کلیه کشتیها (اعم از تجاری و جنگی)، مواد ۱۸ تا ۲۰ مربوط به مقررات خاص ناظر به عبور کشتیهای تجاری، مواد ۲۱ و ۲۲ راجع به مقررات مربوط به عبور کشتیهای دولتی (غیر از کشتیهای جنگی) و ماده ۲۳ ناظر به مقررات حاکم بر عبور کشتیهای جنگی است.

به موجب ماده ۱۴ کنوانسیون مورد بحث، کشتیهای تمام کشورها، اعم از ساحلی و غیر آن، براساس مقررات این بخش، از حق عبور بی ضرر از دریای سرزمینی برخوردارند.

مقصود از عبور، کشتیرانی از طریق دریای سرزمینی به منظور پیمودن دریای مذکور بدون ورود به آبهای داخلی، یا کشتیرانی در دریای سرزمینی به مقصد آبهای داخلی، یا کشتیرانی از طریق دریای سرزمینی در مسیر آبهای داخلی به دریاهای آزاد می باشد.^{۲۰} عبور شامل توقف و لنگر اندختن نیز می شود، اما فقط تا جائی که توقف یا لنگر اندختن از رویدادهای کشتیرانی عادی بوده و یا به علت قوه قاهره^{۲۱} و یا سانحه، ضروری باشد.

عبور تا جائی بی ضرر است که محل آرامش، نظم یا امنیت کشور ساحلی نباشد. عبور کشتیهای ماهیگیری خارجی در صورتیکه قوانین و مقررات کشور ساحلی در مورد منع این کشتیها از ماهیگیری

20. «Passage means navigation through the territorial sea for the purpose either of traversing that sea without entering internal waters, or of proceeding to internal waters, or of making for the high seas from internal waters.»

21. force majeure

رعايت نشود، عبور بي ضرر محسوب نخواهد شد. زير دريائينها در دريای سرزميني باید در سطح آب و با پرچم افراسته عبور نمایند.

براساس ماده ۱۵ دولت ساحلی نباید مانع عبور بي ضرر از طريق دريای سرزميني بشود؛ حال آنکه ماده ۱۲ مقرر مى دارد: دولت ساحلی مى تواند برای جلوگيري از عبورى که بي ضرر نیست اقدامات لازم را بعمل آورد. دولت ساحلی همچنان مى تواند بدون هيقونه تعبيضي بين کشيتهای خارجي، بطور موقت و برای حفظ امنيت خود عبور بي ضرر کشيتهای مذكور را در مناطق مشخصى از دريای سرزميني خود به حالت تعليق درآورد. معهذا عبور بي ضرر (به عبارت ديگر عبورى که محل نظم و امنيت و آرامش کشور ساحلی نیست) در تنگه هاي بين المللی نباید به حالت تعليق درآيد. بعلاوه کشيتهای خارجي به هنگام استفاده از حق عبور بي ضرر ملزم به رعايت قوانين و مقررات کشور ساحلی، بویژه قوانين و مقررات مربوط به حمل و نقل و کشتيراني، مى باشند.

چنانچه کشتى جنگی مقررات کشور ساحلی در مورد عبور از دريای سرزميني را رعايت نکند و به هرگونه تقاضائي داير بر رعايت مقررات مذكور ترتيب اثر ندهد کشور ساحلی مى تواند از کشتى مذبور بخواهد که دريای سرزميني آن کشور را ترك کند.

ب. کنوانيون سال ۱۹۸۲ ملل متحده راجع به حقوق دريابها و عبور بي ضرر:

بخش سوم از فصل دوم ۲۲ کنوانيون ۱۹۸۲ ملل متحده راجع به حقوق دريابها که از سه بخش فرعى تشکيل مى شود و مشتمل بر مواد ۱۷ تا ۳۲ مى باشد، به مسئله عبور بي ضرر از دريای سرزميني اختصاص دارد. بخش مذكور عمدهاً براساس مقررات مندرج در بخش سوم کنوانيون سال ۱۹۵۸ ژنو راجع به دريای سرزميني و منطقه نظارت تنظيم گردیده

۲۲. فصل دوم کنوانيون سال ۱۹۸۲ ملل متحده راجع به حقوق دريابها مشتمل بر مواد ۴ تا ۳۳ در مورد «دريای سرزميني و منطقه نظارت» مى باشد.

است. در نگاهی اجمالی به مقررات مواد ۱۷ تا ۳۲ کنوانسیون سال ۱۹۸۲ ملل متحده نکات زیر قابل ذکر است:

بخش فرعی A فصل دوم کنوانسیون جدید (کنوانسیون سال ۱۹۸۲ ملل متحده) مشتمل بر مواد ۱۷ تا ۲۶ به «مقررات مربوط به عبور بی‌ضرر کلیه کشتیها» و بخش فرعی B به مقررات مربوط به عبور بی‌ضرر کشتیهای تجاری و کشتیهای دولتی که از آنها برای مقاصد تجاری استفاده می‌شود و بخش فرعی C به مقررات مربوط به عبور بی‌ضرر کشتیهای جنگی و سایر کشتیهای دولتی که برای مقاصد غیرتجاری مورد استفاده قرار می‌گیرند، اختصاص یافته است.

به موجب ماده ۱۷ کنوانسیون سال ۱۹۸۲ ملل متحده که مشابه ماده ۱۴ کنوانسیون سال ۱۹۵۸ ژنو می‌باشد، کشتیهای کلیه کشورها اعم از ساحلی یا کشورهای محصور در خشکی (فاقد ساحل)^{۲۳} از حق عبور بی‌ضرر از دریای سرزمینی برخوردارند.

در کنوانسیون سال ۱۹۸۲ معنی «عبور» و «عبور بی‌ضرر» مشروح‌تر از مقررات کنوانسیون سال ۱۹۵۸ و در دو ماده مستقل بیان گردیده و بویژه در تشریح معنی عبور در ماده ۱۸ خاطرنشان شده که عبور باید پیوسته^{۲۴} و با سرعت متعارف انجام گیرد. در ماده ۱۹ در تبیین معنی «عبور بی‌ضرر» علاوه بر تأکید بر روی این موضوع که: «عبور تا جائی که مخل آرامش، نظم یا امنیت کشور ساحلی نباشد بی‌ضرر است و چنانی عبوری باید براساس مقررات این کنوانسیون و سایر مقررات حقوق بین‌الملل صورت گیرد»، مواردی که مخل صلح و آرامش، نظم و یا امنیت کشور ساحلی می‌باشد به شرح زیر احصاء گردیده است:

(۱) هرگونه تهدید یا توسل به زور علیه حاکمیت، تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی کشور ساحلی یا اقدام به هر نحو دیگری که ناقض حقوق بین‌الملل به شرح مندرج در منشور ملل متحده باشد،

23.. land locked states

24. continuous

- (۲) هرگونه مشق (مانور) یا تمرین با هر نوع اسلحه،
- (۳) هر اقدامی به قصد جمع آوری اطلاعات که برای مصالح دفاعی و امنیت کشور ساحلی زیان آور باشد،
- (۴) هر اقدام تبلیغاتی که منظور از آن لطمہ زدن به مصالح دفاعی و امنیت کشور ساحلی باشد،
- (۵) پرواز و فرود یا انتقال هر نوع هواپیما به کشتی،
- (۶) پرتاب، فرود یا انتقال هر نوع ادوات نظامی به کشتی،
- (۷) بارگیری یا تخلیه هر نوع کالا و پول و نقل و انتقال افراد برخلاف قوانین و مقررات گمرکی، مالی، مهاجرتی و یا بهداشتی کشور ساحلی،
- (۸) هرگونه اقدام عمدی و جدی در زمینه آمادگی [محیط زیست دریائی] برخلاف این کنوانسیون،
- (۹) هرگونه فعالیت در زمینه ماهیگیری،
- (۱۰) انجام هر نوع پژوهش علمی، نقشه برداری و نمونه برداری^{۲۵}،
- (۱۱) هرگونه اقدام به منظور ایجاد اختلال در سیستمهای ارتباطی یا سایر تسهیلات و تأسیسات کشور ساحلی،
- (۱۲) انجام هرگونه فعالیت دیگری که لازمه عبور کشتی نباشد.
- براساس ماده ۲۰ کنوانسیون سال ۱۹۸۲ ملل متحد زیردریائیها و سایر سفاین تحت البحری باید در دریای سرزمینی در سطح آب حرکت کرده و با پرچم افراشته عبور نمایند.
- ماده ۲۱ کنوانسیون مورد بحث ناظر به قوانین و مقرراتی است که کشور ساحلی می‌تواند به موجب کنوانسیون مذکور و سایر قواعد و مقررات حقوق بین‌الملل، در مورد عبور بی‌ضرر از دریای سرزمینی وضع نماید. قوانین و مقررات مذکور از جمله ناظر به این موارد خواهد بود:

امنیت دریانوردی و تنظیم رفت و آمد دریائی؛ حفاظت تسهیلات و امکانات امدادی مربوط به دریانوردی و سایر تسهیلات و تأسیسات، حفاظت کابلها (سیم کشیها) و خطوط لوله؛ حفظ منابع جاندار دریائی؛ جلوگیری از نقض قوانین و مقررات مربوط به شیلات و نیز قوانین و مقررات گمرکی، مالی و مهاجرتی کشور ساحلی؛ پژوهش‌های علمی دریائی و حفظ محیط زیست کشور ساحلی و جلوگیری و کاهش و کنترل آلودگی محیط زیست.

کشور ساحلی باید قوانین و مقررات مذکور را به نحو مقتضی به اطلاع عموم کشورها برساند و کشتیهای خارجی به هنگام استفاده از حق عبور بی‌ضرر از دریای سرزمینی باید از کلیّة قوانین و مقررات مذکور و نیز کلیّة مقررات بین‌المللی درخصوص جلوگیری از تصادم کشتیها در دریا که مقبولیت عام یافته است، پیروی نمایند.

به موجب بند ۱ ماده ۲۲ کشور ساحلی می‌تواند در مواردی که برای امنیت کشتیرانی ضروری باشد از کشتیهای خارجی که از حق عبور بی‌ضرر در دریای سرزمینی آن کشور استفاده می‌کنند بخواهد از راههای دریائی^{۲۶} و طرحهای تفکیک تردد^{۲۷} که ممکن است کشور ساحلی برای تنظیم عبور و مرور کشتیها تعیین و تدوین کند و براساس بند ۲ ماده ۲ فوق الذکر مخصوصاً ممکن است از کشتیهای نفتکش، کشتیهای هسته‌ای و کشتیهای حامل مواد هسته‌ای یا خطرناک و مهلک خواسته شود که منحصراً از راههای دریائی مذکور عبور نمایند.

ماده ۲۳ مقرر می‌دارد: کشتیهای هسته‌ای خارجی و نیز کشتیهای حامل مواد هسته‌ای یا سایر مواد خطرناک و مهلک به هنگام اعمال حق عبور بی‌ضرر از دریای سرزمینی، اسناد مربوطه را همراه خواهند داشت و تدبیر احتیاطی ویژه‌ای را که برای عبور این کشتیها به موجب موافقنامه‌های بین‌المللی اتخاذ شده است، رعایت خواهند کرد.

26. sea lanes

27- traffic separation schemes

ماده ۲۴ در مورد وظایف کشور ساحلی است که به موجب آن کشور ساحلی جز در مواردی که در کتوانسیون مشخص شده نباید مانع عبور بی ضرر کشتهای خارجی از دریای سرزمینی بشود و نیز باید هرگونه خطرو مربوط به دریانوردی را که از وجود آنها در دریای سرزمینی مطلع است به نحو مقتضی به اطلاع عموم برساند.^{۲۸}

ماده ۲۵ در مورد حق حراست کشور ساحلی است و به موجب بند ۱ آن کشور ساحلی می تواند در دریای سرزمینی اقدامات لازم را برای جلوگیری از عبوری که بی ضرر نیست بعمل آورد و بند ۳ ماده مذکور مقرر می دارد در صورتیکه تعلیق عبور بی ضرر برای حفظ امنیت کشور ساحلی اساسی باشد آن کشور می تواند بدون تبعیض، عبور بی ضرر کشتهای خارجی را در مناطق مشخصی از دریای سرزمینی خود به حالت تعلیق درآورد.

ماده ۲۶ مربوط به عوارضی است که در ازای عرضه خدمات معینی می توان از کشتهای خارجی دریافت نمود و ماده ۲۷ و ۲۸ مربوط به عدم شمول صلاحیت کیفری و مدنی کشور ساحلی به کشتهای خارجی در حال عبور از دریای سرزمینی و استثنایات وارد بر این اصل است.

در بخش فرعی C مربوط به کشتهای جنگی و سایر کشتهای دولتی که برای مقاصد غیرتجاری مورد بهره برداری قرار می گیرند، ماده ۲۹ به تعریف کشتی جنگی اختصاص یافته است و ماده ۳۰ مقرر می دارد: چنانچه هر کشتی جنگی قوانین و مقررات کشور ساحلی را در مورد عبور از طریق دریای سرزمینی رعایت نکند و هرگونه تقاضائی دایر بر رعایت قوانین و مقررات مذکور را نادیده بگیرد، کشور ساحلی می تواند از کشتی مذکور بخواهد که فوراً دریای سرزمینی آن کشور را ترک نماید.

ماده ۳۱ در مورد مسئولیت بین المللی کشور صاحب پرچم ۲۸. این مطلبی است که در گذشته در دعواهای مربوط به «کانال کورفو» مورد تأیید دیوان بین المللی دادگستری نیز قرار گرفته است.

در مقابل خسارات واردہ بواسیله کشتی جنگی یا سایر کشتیهای دولتی است که برای مقاصد غیرتجاری مورد بهره برداری قرار می‌گیرند. بعلاوه در این ماده استثنایات وارد بر اصل مصونیت کشتیهای مذکور به موجب سایر مواد کنوانسیون نیز مورد اشاره قرار گرفته است.

ج. اشاره‌ای به مقررات کنوانسیون سال ۱۹۸۲ حقوق دریاها در مورد عبور بی‌ضرر از تنگه‌های بین‌المللی:

مبحث مربوط به «تنگه‌های مورد استفاده برای کشتیرانی بین‌المللی»، بخش سوم از فصل دوم کنوانسیون سال ۱۹۸۲ ملل متحده راجع به حقوق دریاها را تشکیل می‌دهد که شامل سه بخش فرعی است: از بخش‌های فرعی مذکور بخش فرعی ۱ شامل مواد ۳۶ تا ۳۴ از متن مقررات کلی مربوط به رژیم حقوقی تنگه‌های مورد استفاده برای دریانوردی بین‌المللی است؛ بخش فرعی ۲ (شامل مواد ۳۷ تا ۴۴) به عبور ترانزیتی مربوط می‌شود و بخش فرعی ۳ (شامل ماده ۴۵) به عبور بی‌ضرر از تنگه‌های مذکور اختصاص دارد.

نظر به اینکه رژیم حقوقی خاص تنگه‌های مورد استفاده برای دریانوردی بین‌المللی می‌تواند موضوع بحث مستقل دیگری باشد، لذا در اینجا فقط به ذکر این نکته بسته می‌شود که بند ۱ ماده ۴۵ کنوانسیون سال ۱۹۸۲ ملل متحده مقرر می‌دارد که به موجب مقررات بخش سوم فصل دوم کنوانسیون (در مورد عبور بی‌ضرر از دریای سرزمینی)، رژیم عبور بی‌ضرر شامل تنگه‌های مشروحة زیر که برای دریانوردی بین‌المللی مورد استفاده قرار می‌گیرند نیز می‌شود:

(۱) تنگه‌هایی که به موجب بند ۱ ماده ۳۸ از شمول رژیم عبور ترانزیتی مستثنی هستند^{۲۹}، یا

(۲) تنگه‌هایی که بین یک قسمت از دریای آزاد یا منطقه

۲۹. به موجب ماده ۳۷ کنوانسیون سال ۱۹۸۲ ملل متحده راجع به حقوق دریاها تنگه‌های مورد استفاده برای دریانوردی بین‌المللی که بین یک قسمت از دریای آزاد یا یک منطقه انحصاری اقتصادی و قسمت دیگری از دریای آزاد یا منطقه انحصاری اقتصادی قرار

←

انحصاری اقتصادی و دریایی سرزمینی یک کشور خارجی قرار دارند.
به موجب بند ۲ ماده ۴۵، عبور بی ضرر از تنگه های فوق الذکر
مشمول تعلیق نخواهد شد.^{۳۰}

د. عبور بی ضرر کشتهای جنگی از دریایی سرزمینی:
از زمان پیدایش دکترین^{۳۱} و سپس ثبیت قاعدة عبور بی ضرر از
دریایی سرزمینی به عنوان یکی از اصول حقوق دریاها در اواسط قرن
نوزدهم تاکنون، مسئله حق عبور بی ضرر کشتهای جنگی از دریایی
سرزمینی موضوع مباحثات طولانی بوده است.

در جریان کنفرانس سال ۱۹۳۰ لاهه برای تدوین حقوق
بین الملل نه تنها مسئله برخورداری کشتهای جنگی از حق متساوی با
کشتهای بازرگانی در زمینه عبور بی ضرر از دریاهای سرزمینی مورد
حمایت کنفرانس قرار نگرفت بلکه گرایشی نیز لو این نظر وجود داشت
که کشور ساحلی به هنگام تهدید امنیت ملی خود می تواند عبور کشتهای
جنگی را از دریایی سرزمینی ممنوع سازد و بعلاوه در موقع عادی نیز عبور
بی ضرر کشتهای جنگی باید با موافقت قبلی^{۳۲} و یا با اطلاع قبلی^{۳۳}

گرفته باشد مشمول رژیم عبور ترانزیتی هستند. ضمناً مقررات بند ۱ ماده ۲۸ که براساس
آن برخی تنگه های بین المللی از مشمول رژیم ترانزیتی مستثنی شده اند به شرح زیر است:

«1. In straits referred to in article 37, all ships and aircraft enjoy the right of transit passage, which shall not be impeded; except that, if the strait is formed by an island of a State bordering the strait and its mainland, transit passage shall not apply if there exists seaward of the island a route through the high seas or through an exclusive economic zone of similar convenience with respect to navigational and hydrographical characteristics.»

۳۰. از حدود ۶۲ تنگه مورد استفاده برای بازرگانی بین المللی تنگه های سفر، داردانل،
دوور، فلوریدا، جبل الطارق، هرمز، لمبیوک، لوزون، مالاگا، سنگاپور، موزامبیک،
اسکاگراک و باب المندب به عنوان مهمترین تنگه های بین المللی محسوب می شوند.
ضمناً کلیه تنگه های مذکور به استثنای تنگه فلوریدا در محدوده ۱۲ میل آبهای سرزمینی
کشورهای ساحلی قرار دارند.

31. doctrine

32. prior authorization

33. prior notification

کشور ساحلی انجام گیرد.^{۳۴}

علاوه بر این در طرح تهیه شده توسط کمیسیون حقوق بین الملل برای کنفرانس سال ۱۹۵۸ ژنو درباره عبور بی ضرر از دریاهای سرزمینی خاطرنشان شده بود که کشور ساحلی می تواند عبور کشته جنگی از دریای سرزمینی را به کسب موافقت قبلی یا اطلاع قبلی موكول نماید. این طرح از حمایت بلوک شرق برخوردار بود، اما ایالات متحده امریکا که تا جنگ جهانی دوم مخالف عبور بی ضرر کشتهای جنگی از دریای سرزمینی بدون موافقت قبلی کشور ساحلی بود این موضع خود را تغییر داد و چون به صورت بزرگترین قدرت دریائی جهان درآمده بود خواستار بیشترین آزادی در زمینه کشتیرانی حتی برای کشتهای جنگی بود. بنابراین طرح مذکور مورد مخالفت شدید ایالات متحده و هم پیمانانش در سازمان پیمان اطلانتیک شمالی قرار گرفت؛ زیرا به نظر امریکا و متحداش ایجاد هرگونه محدودیت در مورد عبور کشتهای جنگی از دریای سرزمینی عملأً به نفع شوروی که آن موقع بزرگترین ناوگان زیردریائی جهان را در اختیار داشت، تمام می شد.

طرح پیشنهادی کمیسیون حقوق بین الملل که علی رغم مخالفت ایالات متحده و دیگر اعضای سازمان پیمان اطلانتیک شمالی در کمیته اول مورد قبول قرار گرفته بود سرانجام با پافشاری کشورهای فوق الذکر در جلسه عمومی کنفرانس از متن نهائی کنوانسیون مربوط به دریای سرزمینی و منطقه نظارت حذف گردید.

نتیجه منطقی سکوت کنوانسیون سال ۱۹۵۸ ژنو درباره مسئله اطلاع و موافقت قبلی کشور ساحلی با عبور بی ضرر کشتهای جنگی از دریای سرزمینی این شد که موضوع تابع حقوق بین الملل عرفی گردید و بر این اساس، عبور کشتهای جنگی از دریای سرزمینی باید با اطلاع و موافقت قبلی کشور ساحلی صورت می گرفت.

34. See, D.P.O'CONNELL: *The International Law of the Sea*, I.A.Shearare ed., 1982, p. 283.

مسئله عبور بی ضرر کشتیهای جنگی از دریای سرزمینی در جریان سومین کنفرانس حقوق دریاها نیز مانند کنفرانس سال ۱۹۵۸ ژنو از موضوعات مهم مورد بحث بود، با این تفاوت که در جریان کنفرانس اخیر، شوروی و متحده‌نش نیز به صفت حامیان عبور بی ضرر غیرمشروط کشتیهای جنگی از دریای سرزمینی پیوسته و در این زمینه پیشنهاداتی مشابه پیشنهادات ایالات متحده و اعضای پیمان اتلانتیک شمالی داشتند؛ اما به علت مخالفت برخی کشورهای جهان سوم با حق عبور بی ضرر کشتیهای جنگی از دریای سرزمینی به صورت غیرمشروط، موضوع اطلاع و موافقت قبلی کشور ساحلی در کنوانسیون سال ۱۹۸۲ ملل متحده راجع به حقوق دریاها نیز همانند کنوانسیون سال ۱۹۵۸ ژنو مسکوت ماند. درنتیجه می‌توان گفت که موضوع اطلاع و موافقت قبلی کشور ساحلی برای عبور بی ضرر کشتیهای جنگی از دریای سرزمینی کما کان تابع حقوق بین‌الملل عرفی می‌باشد.^{۳۵}

موضوع دولت جمهوری اسلامی ایران

موضوع دولت جمهوری اسلامی ایران درقبال مسئله عبور بی ضرر کشتیهای جنگی خارجی از دریای سرزمینی موضوع بند ۲ اعلامیه هیأت نمایندگی ایران به هنگام امضای کنوانسیون سال ۱۹۸۲ ملل متحده راجع به حقوق دریاها را تشکیل می‌دهد.^{۳۶}

براساس اعلامیه دولت جمهوری اسلامی ایران، کنوانسیون سال

35- See, R.P.ANAND: op.cit., pp. 79-84.

۳۶. بند ۲ اعلامیه مذکور از این قرار است:

«2. In the light of customary international law, the provisions of article 21, read in association with article 19 (on the Meaning of Innocent Passage) and article 25 (on the Rights of Protection of the Coastal States) recognize (though implicitly) the rights of the Coastal States to take measures to safeguard their security interests including the adoption of laws and regulations regarding, *inter alia*, the requirements of prior authorization for warships willing to exercise the right of innocent passage through the territorial sea.»

۱۹۸۲ در پرتو حقوق بین الملل عرفی، حق کشورهای ساحلی را در اتخاذ تدابیری جهت حفظ منافع امنیتی آنان از جمله وضع قوانین و مقرراتی در مورد الزام کشتیهای جنگی خارجی به کسب اجازه قبلی از کشور ساحلی جهت عبور بی ضرر از دریای سرزمینی، تلویحاً به رسمیت شناخته است. به عبارت دیگر، به موجب این اعلامیه عبور بی ضرر کشتیهای جنگی از آبهای سرزمینی ایران منوط به موافقت قبلی مقامات جمهوری اسلامی ایران خواهد بود.

• قوانین جمهوری اسلامی ایران در مورد عبور بی ضرر کشتیهای جنگی از آبهای سرزمینی:

فصل دوم قانون اعلامیه تعیین حدود آبهای ساحلی و منطقه ناظارت دولت ایران در دریاهای مصوب ۲۴ تیرماه ۱۳۱۳ به «شرایط دخول و توقف کشتیهای جنگی خارجی در آبهای ایران و ترتیبی که برای آنها مقرر است» اختصاص دارد و به موجب آن:

«ماده چهارم. کشتیهای جنگی خارجی و تحت البحریها به شرط آنکه در سطح دریا سیر کنند حق عبور بی ضرر از آبهای ساحلی ایران را دارند مگر اینکه کشتیهای مزبور متعلق به دول متحارب باشد. در این صورت مقررات مملکتی و بین المللی که برای ایام جنگ و احترام بی طرفی منظور است به موقع اجرا گذاشته می شود. شرایط عبور کشتیهای جنگی که منظور قسمت اول این ماده است مخصوصاً از لحاظ تعیین عده آنها بوسیله نظامنامه مخصوص معین خواهد شد.

ماده پنجم. شرایط توقف کشتیهای جنگی خارجی در آبهای ساحلی ایران نیز بوسیله نظامنامه مخصوص معین خواهد شد. کشتیهای مزبور باید در آبهایی که منظور این قانون است قوانین و نظامات ایران را رعایت نمایند.

ماده ششم. دولت می‌تواند عبور و یا توقف کشتیهای جنگی خارجی را بنا به مصالح دفاع مملکت و یا علل مهمه دیگر در بعضی از بنادر و یا قسمتهایی از آبهای ساحلی منوع بدارد. بنادر و قسمتهای مربوط، به اسم مناطق منوعه نامیده می‌شود.

ماده هفتم. کشتیهای جنگی خارجی به شرط معامله متقابل از معاینه گمرکی معاف بوده و فقط برای مال التجاره‌هایی که از کشتیهای مزبور برای مسافرت به ساحل وارد می‌شود حقوق گمرکی دریافت خواهد شد. کشتیهای مزبور به شرط معامله متقابل از عوارض بندری و عوارض نظیر آن معافیت دارند.

ماده هشتم. رسیدگی و تعقیب جنحه و جنایاتی که در کشتیهای جنگی خارجی واقع می‌شود از صلاحیت مقامات ایرانی خارج است. حکم اعدام اشخاصی که بوسیله مقامات خارجی صادر شده باشد نمی‌تواند در آبهای ساحلی و منطقه نظارت بحری ایران به موقع اجرا گذاشته شود.»

در پیش‌نویس قانون مناطق دریائی جمهوری اسلامی ایران در خلیج فارس و دریای عمان نیز که جایگزین «قانون تعیین حدود آبهای ساحلی و منطقه نظارت دولت در دریاهای» مصوب ۱۳۱۳/۴/۲۴ خواهد شد و متضمن مقررات مشرووحی در مورد عبور بی‌ضرر از دریاهای سرزمینی است، ماده‌ای تحت عنوان مستثنیات عبور بی‌ضرر، به عبور کشتیهای جنگی و غیره اختصاص یافته و طی آن خاطرنشان شده است که: عبور کشتیهای جنگی، زیردریائیها، کشتیهای با سوخت هسته‌ای و همچنین کشتیها و زیردریائیها حامل مواد اتمی یا خط‌ناک و کشتیهای تحقیقاتی خارجی از دریای سرزمینی، منوط به موافقت قبلی مقامات صالحه جمهوری اسلامی ایران خواهد بود.



ملاحظات کلی:

با آنکه دریای سرزمینی جزئی از قلمرو کشور ساحلی مربوطه به شمار می‌آید و تحت حاکمیت آن قرار دارد معهذا «عبور بی‌ضرر» کشتهای کلیه کشورهای جهان (به عنوان استثنائی بر اصل حاکمیت دول ساحلی) از دریای سرزمینی مجاز می‌باشد.

در تعریف عبور بی‌ضرر می‌توان گفت عبور تا جائی که مخلص و آرامش، نظم یا امنیت کشور ساحلی نباشد بی‌ضرر است و هرگونه تهدید یا توسل به زور علیه حاکمیت، تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی کشور ساحلی، مانور و تمرین با هر نوع سلاح، جمع‌آوری اطلاعات و اقدامات تبلیغاتی مضر به مصالح دفاعی و امنیت کشور ساحلی، ماهیگیری و هرگونه عملیات نظامی و انجام فعالیتهای پژوهشی و نیز فعالیتهای مداخله‌آمیز مخابراتی را می‌توان از مواردی دانست که مخلص و آرامش و امنیت و نظم کشور ساحلی تلقی می‌شود.

برخی از نویسندهای حقوق بین‌الملل عقیده دارند که در رابطه با عبور بی‌ضرر کشتهای از دریای سرزمینی یک کشور خارجی، باید بین صلاحیت و حق کنترل کشور ساحلی قائل به تمیز شد؛ زیرا کشتهای خارجی حتی هنگام عبور بی‌ضرر از دریای سرزمینی، تحت «صلاحیت» کشور ساحلی قرار ندارند، هرچند از نظر مقررات مربوط به دریانوردی و نیز مقررات بهداشتی و گمرکی وغیره تحت کنترل کشور ساحلی قرار دارند.^{۳۷}

به هرحال، بحث در این زمینه بیشتر جنبه آکادمیک دارد؛ زیرا آنچه که مسلم است کشور ساحلی در جریان عبور کشتهای خارجی از

37. JESSUP: op.cit., p. XXXIII

دریای سرزمینی متعلق به آن کشور صلاحیت دارد اقداماتی را که لازم می‌داند برای جلوگیری از عبوری که بی‌ضرر نیست بعمل آورد. این اقدامات شامل توقیف کشتیهای بازرگانی می‌شود و در مورد کشتیهای جنگی که قوانین و مقررات کشور ساحلی را در زمینه عبور بی‌ضرر از طریق دریای سرزمینی رعایت نکنند و به تقاضاهای دایر به رعایت قوانین و مقررات مذکور ترتیب اثر ندهند، کشور ساحلی می‌تواند از کشتی جنگی خاطری بخواهد که فوراً دریای سرزمینی آن کشور را ترک نماید.

عبور از دریای سرزمینی شامل پرواز هوایی‌ها خارجی از فضای فوقانی دریای سرزمینی و نیز عبور تحت البحریها از زیر آبهای مذکور نمی‌شود.

در خاتمه لازم به یادآوری است که با توجه به اهمیت ملاحظات دفاعی و امنیتی در استقرار حاکمیت کشور ساحلی بر دریای سرزمینی، عبور کشتیهای جنگی یا سایر کشتیهای دولتی که برای مقاصد غیرتجاری مورد استفاده قرار می‌گیرند اصولاً با کسب اجازه قبلی یا حداقل با اطلاع قبلی کشور ساحلی صورت خواهد گرفت، هرچند عرف کسب اجازه قبلی و یا اطلاع و اعلام قبلی که در ماده ۲۴ پیش‌نویس کنوانسیون ۱۹۵۸ ژنو پیش‌بینی شده بود در متن نهائی کنوانسیون مذکور و نیز کنوانسیون سال ۱۹۸۲ ملل متحده راجع به حقوق دریاها منعکس نشده است.



اسناد بين الملل



● اشاره

امروزه ابعاد روابط تجاری بین المللی، بیش از پیش گسترش یافته است. امکان دارد متبایعین، اتباع کشورهای مختلف باشند و یا مبيع در کشوری غیر از کشور محل فعالیت یا اقامت مشتری تسلیم گردد. بنابراین، تأدیة ثمن و تسلیم مبيع با پیچیدگیهایی روپرداخت آثار ویژه‌ای را به دنبال خواهد داشت.

حقوق بین الملل، اصول و مقرراتی را در این زمینه پیش‌بینی نموده که در کشورهای مختلف و در خصوص روابط حقوقی که متضمن عنصر بین المللی است، به موقع اجرا گذارده می‌شود. مقرراتی که توسط مقامات ملی وضع می‌شوند، ممکن است اینگونه روابط را در بر گیرند؛ ولی در واقع، این مقررات همان قواعد و اصول حقوق ملی‌اند و کاربرد محدودی دارند، درحالیکه برخی

از مقررات بین‌المللی در همه کشورها رسمیت یافته و به نحو متعبدالشکل به اجرا درمی‌آیند. کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا موتخ ۱۹۸۰، یک موافقنامه برای وضع قانون متعبدالشکل بین‌المللی در این راست است.

به دلیل عدم موفقیت کنوانسیونهای لاهه ۱۹۶۴، کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحده، مأمور تهیه طرحی نوگردید. پس از سالها کار مستمر بر روی این طرح، به تاریخ ۱۰ مارس ۱۹۸۰، کنفرانس سازمان ملل در وین پایتخت اتریش برگزار شد. در این کنفرانس، نمایندگان ۶۲ کشور با نظامهای اقتصادی، سیاسی و حقوقی مختلف و همچنین ناظران برخی سازمانهای خاص و نمایندگان سازمانهای دولتی و غیردولتی شرکت جستند. این کنفرانس در چهار چوب کار کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل (آسپرال) از مقررات مختلف، از جمله مقررات کنوانسیونهای لاهه ۱۹۶۴ و برخی مقررات نوین راجع به بیع بین‌المللی، بهره گرفت و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا را در ۱۱ آوریل ۱۹۸۰ به تصویب رساند. کنوانسیون اخیر، حاصل دهها سال کوشش درجهت وضع مقررات متعبدالشکل ناظر بر قراردادهای بیع بین‌المللی کالا است. کنفرانس سابق الذکر همچنین «برونکل اصلاحی کنوانسیون مرور زمان» را به منظور همسو کردن قلمرو آن با این کنوانسیون، مورد تصویب قرار داد.

کار متخصصان شرکت کننده در کنفرانس، بس دشوار بود. عدم استقبال از کنوانسیون بیع کالا مصوب ۱۹۶۴، هشداری بود تا متخصصان مزبور بیش از پیش بر دقت خود بیفزایند و با مدد گرفتن از عرف و عادت و گرایش‌های رایج تجارت

بین الملل، مقرراتی تدوین نمایند که موجبات سرعت و سهولت و تقویت اعتبار در روابط تجاری بین المللی را فراهم سازد و مقبولیت جهانی آن را اساس کارقرار دهد.

کنوانسیون ۱۹۸۰ بیع بین المللی کالا مشتمل بر چهار فصل و ۱۰۱ ماده است و گستره وسیعی از موضوعات حقوق بیع، بویژه انعقاد یا تشکیل قرارداد بیع، حقوق و تعهدات بایع و مشتری، انتقال ضمانت معاوضی، راههای جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد و موارد عدم مسؤولیت را مورد بررسی و تحت پوشش قرار داده و ضمناً برخی از اقسام بیع را از دایرة شمول خود خارج نموده است (ماده ۲۵ کنوانسیون). مقدمه کنوانسیون، تصویب مقررات متعدد الشکل ناظر بر قراردادهای بیع بین المللی کالا را با ملاحظه داشتن نظامهای مختلف اجتماعی، اقتصادی و حقوقی به منظور رفع موانع حقوق تجارت بین الملل، اعتلاء و توسعه تجارت بین الملل، ایجاد نظم نوین اقتصادی در عرصه بین المللی و گسترش تجارت بین الملل با رعایت برابری و نفع متقابل جهت ارتفای مناسبات دوستانه بین دولتها، به عنوان برخی از اهداف مهم خود ذکر نموده است. بدیهی است اعضای این نوع کنوانسیونها و تبلور مقررات آنها در نظامهای حقوقی داخلی کشورها می‌توانند منبع بین المللی حقوق تجارت متعدد الشکل گردد.

این کنوانسیون، مسلماً گام مهمی در جهت استفاده از مقررات سازمان یافته و منطقی معاملات بین المللی است و محسن آن این است که از عرف و عادت و گرایشهای رایج تجارت بین الملل الهام گرفته و افروز بر این، توازنی کافی بین حقوق ملی آمره و نظم عمومی و همچنین آزادی اراده طرفین برقرار نموده است؛ از جمله ماده ۶ کنوانسیون در

این زعینه، با تقویض اختیاراتی، به طرفین حق داده است تا «شمول کنوانسیون را نفی یا از آثار هریک از مقررات آن عدول نموده و یا آنها را تغییر دهند».

به هر تقدیر، بحث تفصیلی و تحلیلی پیرامون ابعاد، نوآوریها و امتیازات مختلف کنوانسیون و نقش مهم آن در توسعه و تسهیل روابط تجاری بین المللی، مستلزم فرصت موضع و مجال دیگری است. ضمناً ترجمه فارسی کنوانسیون از متن انگلیسی آن به عمل آمده و چون کنوانسیون یک متن حقوقی-فتی بوده و به لسان متدالو در قانون نویسی، تحریر یافته است، لذا به دقت و وسایس حقوقی در ترجمه متن، بیش از روانی و سلاست بیان پای بند بوده ایم، هرچند تلاش فراوانی شده که مفاهیم بخوبی منتقل گردد. با اینهمه تردیدی نیست که ترجمه مذکور هنوز خالی از نقص و اشکال نبوده و محتاج اظهار نظر صاحب نظران خواهد بود.

دولت ایران هنوز به این کنوانسیون ملحق نشده است.

«مجلة حقوقی»



کنوانسیون سازمان ملل متحده
راجع به قراردادهای بیع بین المللی کالا

(مۆرخ ۱۹۸۰)



کشورهای طرف این کنوانسیون،

- با توجه به اهداف گسترده مندرج در قطعنامه‌های مصوب ششمین اجلاس ویژه مجمع عمومی سازمان ملل متحده درخصوص ایجاد نظم نوین اقتصادی بین‌المللی،
- با درنظر گرفتن اینکه توسعه تجارت بین‌الملل براساس برابری و نفع متقابل، عنصر مهمی در ارتقای مناسبات دوستانه بین کشورها است،
- و با اعتقاد به اینکه اتخاذ مقررات مشحدالشکلی که ناظر برقراردادهای بین‌المللی کالا بوده و نظامهای مختلف اجتماعی، اقتصادی و حقوقی را مَد نظر داشته باشد، به رفع موانع حقوقی در تجارت بین‌الملل و توسعه تجارت بین‌الملل کمک خواهد نمود،

به شرح زیر توافق نموده‌اند:

فصل اول

قلمرو اجرا و مقررات کلی

مبحث اول

قلمرو اجرا

۱ ماده

۱. این کنوانسیون ناظر بر قراردادهای بیع کالا بین طرفهایی است که محل تجارت آنها در کشورهای متفاوت با یکدیگر واقع شده باشد، مشروط بر اینکه:

الف. کشورهای مذبور در زمرة کشورهای متعاهد باشند، یا

ب. [رعایت] قواعد حقوق بین الملل خصوصی، منتهی به إعمال قانون یکی از کشورهای متعاهد گردد.

۲. این واقعیت که محل تجارت طرفین در کشورهای متفاوت با یکدیگر واقع شده است مورد توجه قرار نخواهد گرفت، مگر اینکه واقعیت مذبور از قرارداد و یا از معاملات بین طرفین یا اطلاعات ارائه شده توسط آنها در زمان انعقاد قرارداد یا در هر زمانی پیش از آن، استنباط گردد.

۳. تابعیت طرفین قرارداد و نیز خصوصیت مدنی یا تجاری طرفین یا خود قرارداد، در تعیین قلمرو این کنوانسیون ملحوظ نخواهد بود.

۲ ماده

کنوانسیون حاضر بر بیعهای زیر جاری نخواهد بود.

(الف) بیع کالاهایی که جهت مصارف شخصی، خانوادگی یا

• عبارت «محل تجارت» در مقابل place of business گذاشته شده است، ولی گویا منظور اصلی کنوانسیون از آن «مرکز تجارت» باشد که در لسان حقوق تجارت مفهوم و آثار خاصی دارد.

استفاده در منازل خریده می‌شوند، مگر اینکه فروشنده قبل از انعقاد قرارداد یا در زمان انعقاد آن، از اینکه کالاهای مزبور برای مصارف فوق خریداری شده‌اند، اطلاعی نداشته یا مکلف نبوده اطلاعی در این مورد داشته باشد؟

(ب) بيع از طريق حراج؛

(ج) بيع ناشي از اجرای قانون یا بيعی که به نحو دیگری به حکم قانون واقع گردد؛

(د) بيع سهام، سهم الشرکه، اوراق بهادران، استناد قابل انتقال یا پول؛

(ه) بيع کشتیها، سفاین، هاورکرافت (هواناو) و وسائل نقلیه هوائی؛

(و) بيع نیروی برق.

سادهه ۳

۱. قراردادهای ناظر به تهیه کالائی که باید ساخته یا تولید شود، بيع محسوب می‌شوند، مگر اینکه سفارش دهنده تهیه قسمت عمده مواد لازم جهت ساخت یا تولید آن کالا را تعهد نموده باشد.

۲. قراردادهایی که در آنها قسمت اعظم تعهدات طرفی که کالا را تهیه می‌کند ناظر به ارائه نیروی کار یا خدمات دیگر باشد، مشمول مقررات این کنوانسیون نخواهد بود.

سادهه ۴

مقررات این کنوانسیون صرفاً ناظر بر انعقاد قرارداد بيع و حقوق و تعهداتی که برای طرفین در اثر چنین قراردادی ایجاد می‌شود، بوده و ارتباطی خاصه با امور ذیل نخواهد داشت، مگر خلاف آن تصريح شده باشد:

- (الف) اعتبار قرارداد یا هریک از شرایط آن یا اعتبار هرگونه عرف مربوط؛
- (ب) اثری که ممکن است قرارداد نسبت به مالکیت کالا داشته باشد.

ساده ۵

مقررات این کنوانسیون شامل مسئولیت بایع در قبال مرگ یا صدمات بدنی ای که به سبب کالا برای افراد اتفاق می‌افتد، نخواهد بود.

ساده ۶

طرفین می‌توانند شمول مقررات این کنوانسیون را استثناء یا با رعایت ماده ۱۲ از آثار هریک از مقررات آن عدول کنند یا آنها را تغییر دهند.

مبحث دوم مقررات کلی

ساده ۷

۱. در تفسیر مقررات این کنوانسیون باید به خصیصه بین المللی آن و نیز به ضرورت ایجاد هماهنگی در اجرای آن و رعایت حُسن نیت در تجارت بین الملل توجه شود.
۲. مسائل مربوط به موضوعات تحت حاکمیت کنوانسیون حاضر که تکلیف آنها صراحتاً در این کنوانسیون تعیین نشده، طبق اصول کلی ای که کنوانسیون مبتنی بر آن است، و در صورت فقدان اینگونه اصول، طبق قانونی که حسب قواعد حقوق بین الملل خصوصی حاکم است، حل و فصل خواهد شد.

۸ ماده

۱. از نظر این کنوانسیون، هرگاه یکی از طرفین نسبت به مؤذای قصد طرف دیگر علم داشته باشد یا جهل او مسموع نباشد، الفاظ و سایر اعمال طرف دیگر باید مطابق قصد وی تفسیر شود.
۲. در صورت عدم شمول بند پیشین، الفاظ و سایر اعمال هریک از طرفین محمول بر استنباط افراد متعارف همان صنف در اوضاع و احوال مشابه است.
۳. در مقام تشخیص قصد هریک از طرفین یا تعیین استنباطی که یک فرد متعارف از آن خواهد داشت، باید به اوضاع و احوال ذیربطة از جمله به مذاکرات، روایة مقرر بین طرفین، عرف و عادت و سایر اعمال بعدی آنان توجه کافی مبذول داشت.

۹ ماده

۱. طرفین ملتزم به هرگونه عرف و عادت مورد توافق و روایة معمول^۱ بیه فیمابین می باشند.
۲. فرض بر این است که طرفین عرف و عادتی را که نسبت به آن وقوف داشته اند یا می باید وقوف می داشتند و آن عرف و عادت در تجارت بین الملل کاملاً شناخته شده و طرفین قراردادهای مشابه در آن نوع تجارت خاص، به طور منظم آن را رعایت می کنند، به نحو ضمنی بر قرارداد فیمابین یا انعقاد آن حاکم ساخته اند، مگر در مواردی که خلاف آن ثابت شود.

۱۰ ماده

از نظر این کنوانسیون:

(الف) هرگاه یکی از طرفین بیش از یک محل تجارت داشته باشد، محل تجارت وی جائی خواهد بود که با نظر گرفتن اوضاع

احوالی که قبل از انعقاد قرارداد یا در زمان انعقاد آن بر طرفین معلوم بوده یا منظور نظر آنها قرار گرفته است نزدیکترین رابطه را با قرارداد و اجرای آن دارد؛

(ب) هرگاه یکی از طرفین فاقد محل تجارت باشد، محل اقامت معمولی او ملاک خواهد بود.

۱۱ ماده

لازم نیست قرارداد بیع بطور کتبی متعقد یا مستند شود و از نظر شکلی محتاج به رعایت هیچ شرط دیگری نیز نمی باشد. وجود قرارداد، بوسیله شهود، قابل اثبات است.

۱۲ ماده

هرگاه محل تجارت یکی از طرفین در یکی از کشورهای متعاهدی که به موجب ماده ۹۶ این کنوانسیون مبادرت به صدور اعلامیه نموده است، واقع باشد، هیچ یک از مقررات مواد ۱۱ و ۲۹ یا فصل دوم این کنوانسیون که قرارداد بیع یا اصلاح یا اقاله آن یا ایجاب و قبول یا سایر انواع بیان اراده را به نحو غیرکتبی اجازه می دهد، شامل آن طرف خواهد بود. طرفین نمی توانند از حکم این ماده عدول کنند و یا آثار آن را تغییر دهند.

۱۳ ماده

وصف «کتبی» از نظر مقررات این کنوانسیون، تلگرام و تلکس را شامل می شود.

فصل دوم انعقاد قرارداد

۱۴ ماده

۱. پیشنهاد انعقاد قرارداد به یک یا چند فرد معین، چنانچه به اندازه کافی مشخص و دال بر قصد التزام ایجاب کننده در صورت قبول طرف مقابل باشد، ایجاب محسوب است. پیشنهاد در صورتی به اندازه کافی مشخص است که کالا را مشخص نموده و به نحو صریح یا ضمنی، مقدار کالا و ثمن را معین یا ضوابطی جهت تعیین آندو مقرر نماید.

۲. پیشنهاد، جز در موردی که خطاب به یک یا چند فرد معین است، صرفاً دعوت برای ایجاب محسوب می‌گردد، مگر در صورتیکه پیشنهادکننده خلاف آن را بوضوح اعلام نماید.

۱۵ ماده

۱. ایجاب از زمان وصول توسط مخاطب ایجاب، نافذ می‌گردد.
۲. ایجاب حتی در صورتیکه به نحو غیرقابل رجوع باشد، قابل انصراف است، مشروط براینکه اعلام انصراف، پیش از وصول ایجاب یا همزمان با آن به اطلاع مخاطب ایجاب برسد.

۱۶ ماده

۱. مادام که قرارداد منعقد نشده است، ایجاب قابل رجوع می‌باشد، به شرطی که رجوع پیش از آنکه مخاطب ایجاب قبولی خود را ارسال دارد، به وی واصل گردد.
۲. معهدا در موارد ذیل نمی‌توان از ایجاب رجوع کرد:

(الف) در صورتیکه ایجاد، به واسطه قید زمان معین جهت قبول آن یا به علت دیگر، حکایت از این داشته باشد که غیرقابل رجوع است؛ یا

(ب) هرگاه تکیه مخاطب بر ایجاد به عنوان یک ایجاد غیرقابل رجوع، امری معقول بوده و بر همان اساس عمل کرده باشد.

۱۷ ماده

ایجاد حتی اگر غیرقابل رجوع باشد، از هنگامی که رد آن از سوی مخاطب به ایجاد کننده واصل می‌گردد، منتفی می‌شود.

۱۸ ماده

۱. الفاظ یا سایر اعمال مخاطب ایجاد که دال بر رضا به مفاد ایجاد باشد، قبول محسوب است. سکوت یا عدم اقدام، فی نفسه دلالت بر قبول ندارد.

۲. قبول ایجاد از لحظه‌ای که اعلام رضا به ایجاد کننده واصل می‌گردد، نافذ می‌شود. هرگاه اعلام رضا ظرف مدتی که ایجاد کننده تعیین نموده یا، در صورت عدم تعیین مدت، ظرف یک مدت متعارف به وی واصل نگردد، قبول نافذ نخواهد بود. در محاسبه مدت متعارف، به اوضاع و احوال معامله، منجمله به سرعت وسائل ارتباطی مورد استفاده ایجاد کننده، توجه لازم معطوف خواهد شد. ایجاد شفاهی باید فوری قبول شود، مگر اینکه اوضاع و احوال به نحو دیگری دلالت نماید.

۳. معهذا چنانچه به موجب ایجاد یا درنتیجه رویه معمول به طرفین یا حسب عرف و عادت، مخاطب، بدون اعلام به ایجاد کننده، بتواند با انجام عملی نظیر آنچه مربوط به ارسال کالا یا پرداخت ثمن است اعلام رضا نماید، قبول از لحظه‌ای که عمل انجام می‌شود نافذ

است، مشروط بر اینکه عمل مزبور ظرف مدت مقرر در بند پیشین انجام شود.

۱۹ ماده

۱. هرگونه پاسخ به ایجاب که ظاهرآ قبول ایجاب بوده ولی متضمن اضافات، محدودیتها یا سایر اصلاحات [نسبت به ایجاب] باشد، به منزله رد ایجاب است و ایجاب متقابل محسوب می‌شود.

۲. معهذا هرگونه پاسخ به ایجاب که ظاهرآ قبول ایجاب بوده ولی متضمن شروط اضافی یا متفاوتی [نسبت به ایجاب] باشد که شرایط ایجاب را بطور اساسی تغییر ندهد، قبول ایجاب محسوب می‌شود، مگر اینکه ایجاب کننده بدون تأخیر موجه، شفاهآ یا با ارسال یادداشتی، نسبت به مغایرت اعتراض کند. چنانچه وی بدین نحو اعتراض نکند، شروط قرارداد عبارتند از شروط ایجاب به علاوه اصلاحات مندرج در قبول.

ثمن، تأديه، وصف و مقدار کالا، مکان و زمان تسلیم کالا، حدزاد مسئولیت هریک از طرفین نسبت به دیگری یا حل اختلافات، شروطی هستند که شرایط ایجاب را بطور اساسی تغییر می‌دهند.

۲۰ ماده

۱. مهلتی که ایجاب کننده در تلگرام یا نامه برای قبول تعیین می‌کند از لحظه‌ای که تلگرام جهت مخابره تحويل می‌گردد یا از تاریخی که در نامه قید شده است یا چنانچه در نامه تاریخی قید نشده باشد از تاریخ منعکس در روی پاکت، آغاز می‌گردد. مهلتی که ایجاب کننده برای قبول بوسیله تلفن، تلکس یا سایر طرق مخابراتی فوری تعیین می‌نماید، از زمانی آغاز می‌گردد که ایجاب توسط مخاطب وصول می‌شود.

۲. تعطیلات رسمی یا روزهای غیراداری در خلال مهلت قبول، جزو

مهلت قبول محسوب است؛ معهذا هرگاه آخرین روز موعد قبول در محل تجارت ایجاب کننده مصادف با تعطیل رسمی یا روز غیراداری باشد و به آن دلیل نتوان اعلام قبول را به نشانی وی تحويل داد، مهلت تا اقلین روز اداری پس از آن تمدید خواهد شد.

۲۱ ماده

۱. چنانچه ایجاب کننده نافذ بودن قبول توأم با تأخیر را بی‌درنگ بطور شفاهی یا با ارسال یادداشتی به اطلاع مخاطب ایجاب برساند، این قبول نافذ خواهد بود.

۲. هرگاه نامه یا نوشتة دیگری که متضمن قبول توأم با تأخیر است حکایت از این داشته باشد که ارسال آن در چنان اوضاع و احوالی صورت گرفته که اگر چریان انتقال به صورت عادی انجام می‌گرفت، ظرف مدت مقرر به ایجاب کننده می‌رسید، این قبول با تأخیر، یک قبول نافذ محسوب می‌شود، مگر اینکه ایجاب کننده بی‌درنگ بطور شفاهی یا با ارسال یادداشتی به اطلاع مخاطب ایجاب برساند که وی ایجاب خود را خاتمه یافته تلقی می‌کند.

۲۲ ماده

قبول به شرطی قابل انصراف است که انصراف، پیش از نافذ شدن یا همزمان با نافذ شدن قبول [در غیاب انصراف]، به ایجاب کننده واصل شود.

۲۳ ماده

قرارداد از لحظه‌ای که قبول ایجاب مطابق مقررات این کنوانسیون نافذ می‌شود، منعقد می‌گردد.

۲۴ ماده

از نظر این فصل از کنوانسیون، ایجاب، اعلام قبول یا سایر انواع بیان اراده هنگامی به مخاطب واصل می‌شود که شفاهًا به اطلاع وی رسانده شود، یا به طریق دیگر به شخص او، به محل تجارت یا به نشانی پستی اش، و چنانچه محل تجارت یا نشانی پستی نداشته باشد به محل اقامت عادی او تحويل گردد.

فصل سوم بیع کالا مبحث اول شرایط کلی

۲۵ ماده

نقض قرارداد توسط یکی از طرفین هنگامی نقض اساسی محسوب می‌شود که منجر به ورود چنان خسارتنی به طرف دیگر گردد که او را از آنچه استحقاق انتظار آن را بموجب قرارداد داشته است، اساساً محروم کند، مگر اینکه طرفی که مبادرت به نقض قرارداد نموده است چنین نتیجه‌ای را پیش‌بینی نمی‌کرده و یک فرد متعارف همانند او نیز در اوضاع و احوالی مشابه، نمی‌توانسته است آن امر را پیش‌بینی کند.

۲۶ ماده

اعلام بطلان قرارداد صرفاً در صورتی نافذ است که طی یادداشتی به طرف دیگر به عمل آید.

۲۷ ماده

در مواردی که هر نوع اخطار، تقاضا یا سایر انواع مراislات

توسط یکی از طرفین، مطابق این فصل و با وسایلی متناسب با اوضاع و احوال، صادر یا انجام می‌شود، تأخیر یا اشتباه در ارسال یا عدم وصول آن، او را از حق استناد به مراحلات مذکور محروم نمی‌سازد، مگر اینکه در این فصل از کنوانسیون طور دیگری تصریح شده باشد.

۲۸ ماده

چنانچه طبق مقررات این کنوانسیون یکی از طرفین حق داشته باشد اجرای تعهدی را از طرف دیگر بخواهد، دادگاه مکلف به صدور حکم نسبت به اجرای عین تعهد^۱ نیست، مگر اینکه مطابق قانون متبع خود، نسبت به قراردادهای بیع مشابهی که مشمول مقررات این کنوانسیون نیستند، حکم به اجرای عین تعهد دهد.

۲۹ ماده

۱. قرارداد می‌تواند به صرف تراضی طرفین، اصلاح یا اقاله شود.
۲. یک قرارداد کتبی را که متضمن شرط اصلاح یا اقاله به نحو کتبی است، نمی‌توان به نحو دیگری اصلاح یا اقاله نمود. معهداً امکان دارد هریک از طرفین به علت رفتار خود از استناد به این شرط، تا حدودی که طرف دیگر به چنان رفتاری اعتماد نموده است، ممنوع شود.

* specific performance . در بعضی موارد دادگاه به جای صدور حکم به خسارتم ناشی از تخلف یا نقض قرارداد، حکم به اجرای عین قرارداد توسط متعهد یا توسط ثالث به هزینه متعهد می‌دهد که آن را بیشتر در سیستم کامن لا، اجرای عین قرارداد یا اجرای قرارداد به طور مشخص نامند. برای نمونه نزدیک به این مفهوم در حقوق ایران مراجعه کنید به ماده ۲۲۲ و ۲۳۸ ق. م. ایران. «مجلة حقوقی»

مبحث دوم تعهّدات بایع

مساذه ۳۰

بایع مکلف است به ترتیبی که در قرارداد و این کنوانسیون مقرر شده است کالا را تسلیم کند، هرگونه مدرک مربوط به کالا را تحويل نماید و مالکیت کالا را انتقال دهد.

بخش اول

تسلیم کالا و تحويل مدارک

مساذه ۳۱

در صورتی که بایع مکلف به تسلیم کالا در محل معین دیگری نباشد، تعهد او به تسلیم، به شرح ذیل است:

(الف) چنانچه قرارداد بیع متضمن حمل کالا باشد، تعهد به تسلیم عبارت است از تحويل کالا به اولین مؤسسه حمل و نقل جهت ارسال به مشتری؛

(ب) در مواردی که مشمول قسمت «الف» فوق نباشند، چنانچه قرارداد راجع به کالای معین یا کالای کلی از انبار معین یا کالای کلی که باید ساخته یا تولید شود، بوده و طرفین نیز در زمان انعقاد قرارداد اطلاع داشته‌اند که کالا در محل معینی قرار دارد یا باید در محل معینی تولید یا ساخته شود، تعهد به تسلیم عبارت است از قراردادن کالا در اختیار مشتری در همان محل معین؛

(ج) در سایر موارد، تعهد به تسلیم عبارت است از اینکه بایع کالا را در محلی که در زمان انعقاد قرارداد محل تجارت او بوده، در اختیار مشتری قرار دهد.

۴۲ ماده

۱. در صورتیکه بایع مطابق قرارداد یا این کنوانسیون کالا را تحويل مؤسسه حمل و نقل نماید، ولی بوسیله علامت گذاری روی کالا یا بوسیله اسناد حمل یا به نحو دیگر، کاملاً مشخص نشده باشد که کالا مربوط به قرارداد بیع است، بایع مکلف است مشتری را، با مشخص نمودن کالا، از حمل آن مطلع نماید.

۲. هرگاه بایع مکلف شده باشد که ترتیب حمل کالا را بدهد، باید قراردادهای لازم را جهت حمل کالا به محل تعیین شده با وسائل حمل و نقلی که مناسب اوضاع و احوال و منطبق با شرایط متعارف این قبیل حمل و نقل باشد، منعقد سازد.

۳. چنانچه بایع مکلف به بیمه کالا در رابطه با حمل آن نباشد، باید، بنا به تقاضای مشتری، کلیه اطلاعات موجود را که برای قادر ساختن مشتری جهت بیمه کالا ضروری است، در اختیار او قرار دهد.

۴۳ ماده

بایع مکلف است در مواعید زیر کالا را تسليم نماید:

(الف) چنانچه در قرارداد تاریخی تعیین شده، یا براساس آن تاریخی قابل تعیین باشد، در همان تاریخ؛

(ب) چنانچه در قرارداد، مدتی معین شده یا براساس آن مدتی قابل تعیین باشد، ظرف مدت مذبور، مگر اینکه اوضاع و احوال حاکی از این باشد که تعیین تاریخ مشخص در خلال مدت مذبور با مشتری است؛ یا

(ج) در سایر موارد، ظرف مدت معقولی پس از انعقاد قرارداد.

۴۴ ماده

چنانچه بایع مکلف به تحويل مدارک مربوط به کالا باشد، باید

آنها را در زمان و مکان و نیز به شکلی که در قرارداد مقرر شده است، تحویل نماید. در صورتیکه بایع مدارک مربوط را پیش از تاریخ مقرر تحویل دهد، می‌تواند تا فرا رسیدن موعد، هر نوع عدم مطابقت در مدارک را رفع نماید به شرط آنکه اعمال این حق، موجب زحمت غیرمعقول مشتری یا تحمیل هزینه‌های نامعقول بر او نباشد. معهذا هر نوع حق مطالبه خسارت به نحوی که در این کنوانسیون مقرر شده، برای مشتری محفوظ است.

بخش دوم

مطابقت کالا و ادعاهای شخص ثالث

۳۵ ماده

۱. بایع باید کالائی را تسلیم نماید که دارای مقدار و کیفیت [جنس] و وصف مقرر در قرارداد باشد و نیز به همان ترتیبی که در قرارداد مقرر شده است بسته‌بندی یا ظرف‌بندی گردیده باشد.

۲. جز در مواردی که طرفین به نحو دیگر توافق کرده باشند، کالا منطبق با قرارداد محسوب نمی‌شود، مگر اینکه:

(الف) متناسب با مقاصدی باشد که عرفاً کالاهایی با همان اوصاف برای مقاصد مذبور، مورد استفاده قرار می‌گیرند؛

(ب) متناسب با هر نوع مقصود خاصی باشد که به نحو صریح یا ضمنی در زمان انعقاد قرارداد به آگاهی بایع رسیده است، مگر اینکه اوضاع و احوال حاکم از این باشد که مشتری به مهارت و تشخیص بایع اعتماد نکرده یا اعتماد او به مهارت و تشخیص بایع، غیرمعقول بوده است؛

(ج) واجد اوصاف کالائی باشد که بایع به عنوان مسطوره یا نمونه به مشتری ارائه نموده است؛

(د) به ترتیب متعارف جهت این قبیل کالاهای، یا در صورتیکه ترتیب متعارفی موجود نباشد، به نحوی که بقا و سلامت کالا تأمین شود

در ظرف گنجانده یا بسته بندی شده باشد.

۳. هرگاه مشتری در زمان انعقاد قرارداد از عدم انطباق کالا با قرارداد [تخلّف وصف] آگاه بوده یا نمی‌توانسته است در این خصوص ناآگاه باشد، بایع نسبت به هر نوع عدم انطباق، مسئولیتی طبق مقررات قسمتهای «الف» تا «د» بند پیشین خواهد داشت.

۳۶

۱. بایع طبق قرارداد و این کنوانسیون، مسئول هر نوع عدم انطباقی است که در هنگام انتقال ضمانت به مشتری وجود دارد، هرچند که عدم انطباق پس از آن زمان آشکار شود.

۲. بایع همچنین مسئول هر نوع عدم انطباقی است که پس از زمان مذکور در بند پیشین حادث شود و ناشی از نقض هریک از تعهدات وی باشد، از جمله نقض هر نوع ضمانت بایع دایر بر اینکه کالا تا مدتی جهت استفاده برای مقاصد عادی یا برای برخی مقاصد خاص، مناسب خواهد بود یا خصایص یا اوصاف معینی را حفظ خواهد کرد.

۳۷

هرگاه بایع کالا را پیش از موعد مقرر تسلیم نموده باشد، تا فرا رسیدن موعد مزبور می‌تواند قسمتهای کسری را تحويل دهد یا هرگونه نقصانی در مقدار را جبران کند یا کالای دیگری را عوض کالای غیرمنطبق تسلیم نماید یا هر نوع عدم انطباقی را در کالای تسلیم شده مرفوع سازد، مشروط بر اینکه اعمال این حق موجب زحمت غیرمعقول مشتری یا تحمیل هزینه‌های غیرمعقول بر او نباشد. معهذا هر نوع حق مطالبه خسارت به نحوی که در این کنوانسیون مقرر شده است برای مشتری محفوظ می‌باشد.

۳۸ ماده

۱. مشتری باید ظرف کوتاه‌ترین مدتی که با توجه به اوضاع و احوال عملاً ممکن باشد، کالا را بازرسی یا موجبات بازرسی آنها را فراهم نماید.
۲. اگر قرارداد متضمن حمل کالا باشد، امر بازرسی می‌تواند تا وصول کالا به مقصد به تعویق افتد.
۳. هرگاه مشتری مسیر و مقصد کالای در راه را تغییر دهد یا کالا را مجدداً [به مقصد دیگری] ارسال کند بدون اینکه فرصت معقولی جهت بازرسی داشته باشد و در زمان انعقاد قرارداد، بایع نسبت به امکان اینگونه تغییر مقصد یا ارسال مجدد [به مقصد دیگر] آگاهی داشته یا باید آگاهی می‌داشت، امر بازرسی می‌تواند تا وصول کالا به مقصد جدید به تعویق افتد.

۳۹ ماده

۱. در صورتیکه مشتری ظرف مدت متعارفی پس از اینکه عدم انطباق کالا را کشف کرد یا می‌باید کشف می‌کرد، یادداشتی حاکی از تعیین نوع عدم انطباق جهت بایع ارسال نکند، حق او در استناد به عدم انطباق کالا ساقط می‌شود.
۲. در هر حال، اگر مشتری حداکثر ظرف دو سال از تاریخی که عملاً کالا به او تسلیم شده است یادداشتی حاکی از عدم انطباق جهت بایع ارسال نکند، حق او در استناد به عدم انطباق ساقط می‌شود، مگر اینکه این مهلت با دوره تضمین کالا که در قرارداد تعیین شده است، مغایر باشد.

۴۰ ماده

هرگاه عدم انطباق مربوط به اموری باشد که بایع نسبت به آن

آگاه بوده یا نمی‌توانسته است نآگاه باشد و آن را به اطلاع مشتری نرسانده باشد، حق استناد به مقررات مواد ۳۸ و ۳۹ را نخواهد داشت.

۴۱ ماده

بایع باید کالائی را که مصون از هرگونه حق یا ادعای شخص ثالث است، تسلیم نماید، مگر اینکه مشتری راضی به دریافت کالائی باشد که موضوع حق یا ادعای شخص ثالث است. معهذا هرگاه این حق یا ادعا ناشی از مالکیت صنعتی یا سایر مالکیتهای معنوی باشد، تعهدات بایع مشمول ماده ۴۲ خواهد بود.

۴۲ ماده

۱. بایع باید کالائی را تحويل دهد که از هرگونه حق یا ادعای شخص ثالث ناشی از مالکیت صنعتی یا سایر انواع مالکیت معنوی که هنگام انعقاد قرارداد بایع از آنها مطلع بوده یا نمی‌توانسته است نسبت به آنها بی اطلاع باشد، مصون باشد، مشروط بر اینکه:

(الف) اگر طرفین هنگام انعقاد قرارداد، فروش مجدد کالا یا استفاده از آن به نحو دیگر را در کشور معینی پیش‌بینی کرده و انتظار داشته‌اند، در این صورت حق یا ادعای مذکور طبق قوانین همان کشور ناشی از مالکیت صنعتی یا سایر انواع مالکیتهای معنوی باشد؛ یا
(ب) در سایر موارد، حق یا ادعای مذکور طبق قوانین کشور محل تجارت مشتری، ناشی از مالکیت صنعتی یا سایر انواع مالکیتهای معنوی باشد.

۲. تعهدات بایع حسب بند پیشین، به موارد زیر تسری نمی‌یابد:
(الف) مشتری در زمان انعقاد قرارداد از حق یا ادعای مزبور مطلع بوده یا نمی‌توانسته است بی اطلاع باشد؛ یا
(ب) حق یا ادعای مذکور ناشی از تبعیت بایع از نقشه‌های

فتی، طرحها، فرمولها و سایر مشخصات مشابهی بوده است که توسط مشتری تهیه شده‌اند.

ماده ۴۳

۱. در صورتیکه مشتری ظرف مدت معقولی پس از آنکه نسبت به حق یا ادعای شخص ثالث آگاه شده یا باید آگاه می‌شده است یادداشتی مبنی بر تعیین نوع آن حق یا ادعا جهت باعث ارسال نکند، حق استناد به مقررات مواد ۴۱ یا ۴۲ را از دست خواهد داد.
۲. در صورتیکه باعث نسبت به حق یا ادعای شخص ثالث و نوع آن حق یا ادعا عالم باشد، حق استناد به مقررات بند پیشین را خواهد داشت.

ماده ۴۴

با وجود مقررات بند ۱ ماده ۳۹ و بند ۱ ماده ۴۳، در صورتیکه مشتری برای عدم ارسال یادداشت لازم، عذر موجّهی داشته باشد، می‌تواند مطابق با ماده ۵۰، ثمن را تقلیل دهد یا مطالبه خسارت، بجز عدم التفع، بنماید.

بخش سوم

جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد توسط باعث

ماده ۴۵

۱. هرگاه باعث در ایفای هریک از تعهدات خود طبق قرارداد یا این کنوانسیون، کوتاهی کند، مشتری می‌تواند:
 - (الف) حقوق مقرر در مواد ۴۶ تا ۵۲ را اعمال نماید؛
 - (ب) به ترتیب مقرر در مواد ۷۴ و ۷۷ مطالبه خسارت کند.

۲. استفاده از حق توصل به سایر طرق جبران خسارت، مشتری را از هیچ حقی که ممکن است جهت مطالبه خسارت داشته باشد، محروم نمی‌کند.

۳. در صورتیکه مشتری به یکی از طرق جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد متول شود، دادگاه یا دیوان داوری، هیچگونه مهلت اضافی به بایع اعطای نخواهد کرد.

۴۶ ماده

۱. مشتری می‌تواند ایفای تعهدات بایع را از او بخواهد، مگر اینکه به یکی از طرق جبران خسارت که با این درخواست وی منافات داشته باشد، متول شده باشد.

۲. هرگاه کالا منطبق با قرارداد نباشد، مشتری در صورتی می‌تواند تسلیم بدل آن را درخواست نماید که مغایرت کالا متضمن نقض اساسی قرارداد باشد و درخواست بدل کالا از طریق اخطار موضوع ماده ۳۹ یا ظرف مدت معقولی پس از آن صورت گیرد.

۳. هرگاه کالا منطبق با قرارداد نباشد، مشتری می‌تواند از فروشنده بخواهد که عدم انطباق را با تعمیر کالا جبران نماید، مگر اینکه چنین درخواستی با توجه به اوضاع و احوال، غیرمعقول باشد. درخواست تعمیر باید از طریق اخطار موضوع ماده ۳۹ یا ظرف مدت معقولی پس از آن صورت گیرد.

۴۷ ماده

۱. مشتری می‌تواند جهت ایفای تعهدات بایع، مهلتی اضافی و معقول تعیین کند.

۲. مشتری جز در مواردی که از بایع اخطاری دایر بر اینکه بایع در مدت تعیین شده اضافی تعهدات خود را ایفا نخواهد کرد دریافت

کرده باشد، نمی‌تواند در مدت مزبور از بابت نقض قرارداد به هیچیک از طرق جبران خسارت متول شود. معهداً مشتری از هیچیک از حقوقی که ممکن است در مورد مطالبه خسارت ناشی از تأخیر در ایفای تعهد داشته باشد، محروم نخواهد شد.

۴۸ ماده

۱. با رعایت ماده ۴۹، بایع می‌تواند حتی پس از موعد تسلیم، هر نوع قصور در ایفای تعهد را به هزینه خود جبران نماید یه شرط آنکه بتواند این کار را بدون تأخیر غیرمعقول و بدون اینکه موجب زحمت غیرمعقول مشتری شود انجام دهد و باعث عدم اعتماد مشتری نسبت به باز پرداخت هزینه‌هائی که مشتری به صورت پیش‌پرداخت انجام داده است، نشود. معهداً هر نوع حق مطالبه خسارت برای مشتری، به ترتیبی که در این کنوانسیون مقرر شده است، محفوظ خواهد بود.

۲. هرگاه بایع از مشتری درخواست نماید تا نظر خود را در این خصوص که آیا ایفای تعهد توسط بایع را خواهد پذیرفت یا خیر اعلام نماید و مشتری ظرف مدت معقولی این درخواست را اجابت ننماید، بایع می‌تواند ظرف مدت منعکس در درخواست خود، تعهدش را ایفا کند. مشتری ظرف مدت مزبور نمی‌تواند به هیچیک از طرق جبران خسارت که مغایر با ایفای تعهد بایع باشد، متول گردد.

۳. اعلام بایع دایر بر اینکه ظرف مدت معینی تعهد خود را ایفا خواهد نمود، به منزله استعلام از تصمیم مشتری مطابق بند پیشین است.
۴. تقاضا یا اخطاری که به موجب بندهای ۲ یا ۳ این ماده به عمل آمده، بلااثر است، مگر اینکه به مشتری واصل شده باشد.

۴۹ ماده

۱. در موارد زیر مشتری می‌تواند قرارداد را باطل اعلام نماید:

- (الف) در صورتیکه عدم ایفای هریک از تعهدات بایع بموجب قرارداد یا این کنوانسیون، نقض اساسی قرارداد محسوب شود؛ یا
- (ب) در صورت عدم تسلیم کالا، هرگاه بایع ظرف مدت اضافی که مطابق بند ۱ ماده ۴۷ توسط مشتری تعیین شده است، کالا را تسلیم ننماید یا اعلام کند که ظرف مدت مزبور، کالا را تسلیم نخواهد کرد.
۲. معهذا در مواردی که بایع کالا را تسلیم نموده باشد، مشتری حق اعلام بطلان قرارداد را از دست خواهد داد، مگر اینکه:
- (الف) در صورت تأخیر تسلیم، مشتری ظرف مدت معقولی پس از وقوف به انجام تسلیم، اعلام بطلان کند؛
- (ب) در صورت نقض هریک از تعهدات [از جانب بایع] جز تأخیر تسلیم، ظرف مدت معقولی به شرح ذیل اعلام بطلان نماید:
- (۱) پس از اینکه نسبت به نقض، اطلاع حاصل نموده یا می باید اطلاع حاصل می کرده است؛
- (۲) پس از انقضای مهلت اضافی که مطابق بند ۱ ماده ۴۷ توسط مشتری، تعیین شده است یا پس از اعلام بایع مبنی بر اینکه ظرف مدت مزبور، تعهدات خود را ایفا نخواهد کرد؛ یا
- (۳) پس از انقضای مهلت اضافی که مطابق بند ۲ ماده ۴۸ توسط بایع تعیین شده است یا پس از اعلام مشتری دایر بر اینکه ایفای تعهد را قبول نخواهد کرد.

۵۰ ماده

در صورتیکه کالای تسلیم شده منطبق با قرارداد نباشد و اعم از اینکه ثمن قبل تأديه شده یا نشده باشد، مشتری می تواند به نسبت تفاوت ارزش کالای تسلیم شده در روز تسلیم و ارزشی که کالای منطبق با قرارداد در روز تسلیم دارا می بوده است، ثمن را تقلیل دهد. معهذا هرگاه بایع مطابق مواد ۳۷ یا ۳۸ هر نوع قصور در ایفای تعهدات خود را جبران کند یا در صورتیکه مشتری مطابق مواد مذکور، از قبول انجام تعهد بایع

خودداری ورزد، مشتری نمی‌تواند ثمن را کاهش دهد.

۵۱ ماده

۱. در صورتیکه بایع تنها قسمتی از کالا را تسلیم کند یا تنها قسمتی از کالای تسلیم شده مطابق قرارداد باشد، مواد ۴۶ تا ۵۰ نسبت به بخشی که تسلیم نشده یا منطبق با قرارداد نیست، إعمال خواهد شد.
۲. مشتری فقط در صورتی حق اعلام بطلان کل قرارداد را دارد که قصور در تسلیم همه کالا یا قصور در تسلیم کالای منطبق با قرارداد، نقض اساسی قرارداد محسوب گردد.

۵۲ ماده

۱. در صورتیکه بایع کالا را پیش از موعد تعیین شده تسلیم نماید، مشتری مخير است که آن را قبض نماید یا از قبض آن امتناع ورزد.
۲. هرگاه بایع زائد بر مقدار کالای مورد قرارداد تسلیم نماید، مشتری مخير است که مقدار زائد را قبض نماید یا از قبض آن امتناع ورزد. چنانچه مشتری همه یا قسمتی از کالاهای زائد را قبض کند، باید ثمن آن را مطابق نرخ قرارداد تأديه نماید.

مبحث سوم تعهّدات مشتری

۵۳ ماده

مشتری مکلف است به ترتیب مقرر در قرارداد و این کنوانسیون، ثمن کالا را تأديه و کالا را قبض نماید.

بخش اول تأدية ثمن

ماده ۵۴

تعهدات مشتری دایر بر تأدیة ثمن، شامل اقدامات و رعایت تشریفاتی است که حسب قرارداد یا هر نوع قانون و مقررات دیگر، برای امکان تأدیة ثمن لازم دانسته شود.

ماده ۵۵

هرگاه قراردادی به نحو صحیح منعقد شده باشد، ولی ثمن بطور صریح یا ضمنی تعیین نگردیده یا ضوابطی جهت تعیین ثمن پیش‌بینی نشده باشد، در صورت فقدان دلیل مخالف، چنانی فرض می‌شود که متعاملین بطور ضمنی ثمنی را که در زمان انعقاد قرارداد برای فروش این قبیل کالا در اوضاع و احوال مشابه در نوع تجارت مربوطه رایج بوده، در نظر داشته‌اند.

ماده ۵۶

اگر ثمن بحسب وزن کالا تعیین شده باشد، در صورت بروز تردید، وزن خالص ملاک تعیین ثمن است.

ماده ۵۷

۱. هرگاه مشتری ملزم به تأدیة ثمن در محل معین دیگری نباشد، مکلف است ثمن را:
 - (الف) در محل تجارت بایع به وی تأدیه کند، یا
 - (ب) در صورتیکه تأدیة ثمن منوط به تسلیم کالا یا اسناد باشد، آن را در محل تسلیم کالا یا اسناد تأدیه نماید.

۲. هر نوع افزایش هزینه‌ای که لازمه پرداخت [ثمن] و ناشی از تغییر محل تجارت بایع پس از انعقاد قرارداد باشد، به عهده اوست.

۵۸ ماده

۱. هرگاه مشتری ملزم به تأدية ثمن در زمان معین دیگری نباشد، مکلف است در زمانی که بایع، کالا یا اسناد استیلای بر آن را طبق قرارداد و این کنوانسیون در اختیار او قرار می‌دهد، ثمن را تأدية کند. بایع می‌تواند تسلیم کالا یا اسناد مربوطه را مشروط به تأدية ثمن نماید.

۲. هرگاه قرارداد متنضم حمل کالا باشد، بایع می‌تواند کالا را با قید این شرط که تسلیم کالا یا اسناد آن به مشتری، موكول به تأدية ثمن باشد، ارسال نماید.

۳. تا زمانی که مشتری فرصت بازرسی کالا را نیافته است، ملزم به تأدية ثمن نیست، مگر اینکه نوعه تسلیم یا تأدية مورد توافق متعاملین، با قائل شدن چنین فرصتی برای او منافات داشته باشد.

۵۹ ماده

مشتری مکلف است در موعد مقرر یا قابل تعیین بوسیله قرارداد و این کنوانسیون، بدون اینکه مستلزم تقاضا یا رعایت تشریفاتی از ناحیه بایع باشد، ثمن را تأدية نماید.

بخش دوم قبض کالا

۶۰ ماده

تعهد مشتری به قبض کالا عبارت است از:
(الف) انجام کلیه اقداماتی که بمنظور قادر ساختن بایع بر

تسلیم، عرفاً از مشتری انتظار می‌رود، و
(ب) قبض کالا.

بخش سوم

جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد بوسیله مشتری

۶۱ ماده

۱. هرگاه مشتری در اینفای هریک از تعهدات خود طبق قرارداد یا این کنوانسیون کوتاهی ورزد، بایع می‌تواند:
 - (الف) حقوق مقرر در مواد ۶۲ تا ۶۵ را اعمال کند؛
 - (ب) به ترتیب مقرر در مواد ۷۴ تا ۷۷ مطالبه خسارت نماید.
۲. استفاده از حق توصل به سایر طرق جبران خسارت، بایع را از هیچ حقی که ممکن است برای مطالبه خسارت داشته باشد محروم نمی‌کند.
۳. در صورتیکه بایع به یکی از طرق جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد متول شود دادگاه یا دیوان داوری هیچگونه مهلت اضافی به مشتری اعطای نخواهد کرد.

۶۲ ماده

بایع می‌تواند تأثیر ثمن، قبض مبیع یا اینفای سایر تعهدات مشتری را از روی بخواهد، مگر اینکه به یکی از طرق جبران خسارت که با این درخواست وی متفاوت داشته باشد، متول شده باشد.

۶۳ ماده

۱. بایع می‌تواند جهت اینفای تعهدات مشتری، مهلتی اضافی و معقول تعیین کند.
۲. جز در موردی که بایع از مشتری یادداشتی دایر بر اینکه

مشتری در مهلت تعیین شده به تعهد خود عمل نخواهد کرد، دریافت نماید، بایع نمی‌تواند در طول مهلت مزبور از بابت نقض قرارداد، به هیچیک از طرق جبران خسارت متول شود. معهذا بایع از هیچیک از حقوقی که ممکن است در مورد دعوای خسارت ناشی از تأخیر تأديه داشته باشد، محروم نخواهد شد.

۶۴ ماده

۱. در موارد زیر، بایع می‌تواند قرارداد را باطل اعلام نماید:

- (الف) در صورتیکه عدم ایفای هریک از تعهدات مشتری بموجب قرارداد یا این کنوانسیون، نقض اساسی قرارداد محسوب شود؛ یا
(ب) هرگاه مشتری ظرف مدت اضافی که مطابق بند ۱ ماده ۶۳ توسط بایع تعیین شده است، تعهدات خود را در زمینه تأdie ثمن یا قبض کالا ایفا نکند یا اعلام نماید که ظرف مدت مزبور، ایفای تعهد نخواهد کرد.

۲. معهذا در مواردی که مشتری، ثمن را تأdie نموده باشد، بایع حق اعلام بطلان نخواهد داشت، مگر اینکه:

- (الف) در صورت تأخیر در ایفای تعهد از طرف مشتری، پیش از وقوف به انجام تعهد، اعلام بطلان کند؛ یا

(ب) در صورت نقض هریک از تعهدات، غیر از تأخیر در ایفای تعهد، ظرف مدت متعارف به شرح ذیل اعلام بطلان نماید:

- (۱) پس از اینکه نسبت به نقض، اطلاع حاصل نموده یا می‌باید اطلاع حاصل می‌کرد؛ یا

(۲) پس از انقضای مهلت اضافی که مطابق بند ۱ ماده ۶۳ توسط او تعیین شده است یا پس از اعلام مشتری مبنی بر اینکه ظرف مدت مزبور، تعهدات خود را ایفا نخواهد کرد.

۶۵ ماده

۱. چنانچه حسب قرارداد، تعیین شکل، اندازه یا سایر مشخصات کالا به عهده مشتری باشد و او در انجام این امر قصور ورزد، اعم از اینکه قصور در تاریخ مورد توافق صورت گیرد یا ظرف مدت متعارفی پس از وصول تقاضای تعیین مشخصات از جانب بایع، بایع می‌تواند بدون اینکه خدشه‌ای به سایر حقوقش وارد گردد، با توجه به خواسته‌های مشتری که ممکن است بر او معلوم باشد، رأساً مشخصات کالاها را تعیین کند.

۲. چنانچه خود بایع مشخصات کالا را تعیین کند، باید جزئیات آن را به آگاهی مشتری رسانده و مدت متعارفی تعیین نماید تا ظرف مدت مزبور، مشتری بتواند در صورت تمایل، مشخصات متفاوتی اعلام کند. هرگاه پس از وصول چنین اعلانی، مشتری ظرف مدت مقرر، مشخصات کالا را تعیین نکند، مشخصات تعیین شده از طرف بایع، لازم الاتبع است.

مبحث چهارم انتقال ضمان

۶۶ ماده

پس از انتقال ضمان به مشتری، تلف یا زیان واردہ به کالا موجب برائت او از تأدیة ثمن نمی‌شود، مگر اینکه تلف یا زیان واردہ، ناشی از فعل یا ترک فعل بایع باشد.

۶۷ ماده

۱. هرگاه قرارداد بیع متضمن حمل کالا باشد و بایع ملزم به تسلیم آنها در محل معینی نباشد، از زمانی که کالا مطابق قرارداد بیع، جهت ارسال به مشتری تسلیم اولین متصدی حمل و نقل می‌شود، ضمان

به مشتری منتقل می‌گردد. هرگاه بایع ملزم به تسلیم کالا به متصدی حمل و نقل در محل معینی باشد، تا زمانی که کالا تسلیم متصدی حمل و نقل در محل مزبور نشده است، ضمان به مشتری منتقل نخواهد شد. این امر که بایع مجاز باشد اسناد کالاها را نزد خود نگه دارد، اثری در انتقال ضمان نخواهد داشت.

۲. با این وصف، تا زمانی که کالاهای موضوع قرارداد، خواه از طریق علامت گذاری روی آنها، خواه بوسیله بارنامه‌ها و خواه با اخطار به مشتری یا به نحو دیگر، کاملاً مشخص نشده باشند، ضمان به مشتری منتقل نخواهد شد.

۶۸ ماده

در مورد مبیعی که در حال حمل [در راه] فروخته می‌شود، ضمان از تاریخ انعقاد قرارداد به مشتری منتقل می‌شود. معهذا اگر از اوضاع و احوال چنین برآید، از تاریخ تسلیم کالا به مؤسسه حمل و نقلی که اسناد مربوط به قرارداد حمل را صادر می‌کند، ضمان بر ذمة مشتری مستقر خواهد شد. با این وصف، چنانچه بایع در زمان انعقاد قرارداد نسب به تلف کالا یا زیان دیدن آن اطلاع داشته یا می‌باید اطلاع می‌داشت و این امر را به آگاهی مشتری نرسانده باشد، ضامن تلف یا زیان خواهد بود.

۶۹ ماده

۱. در غیر موارد مندرج در مواد ۶۷ و ۶۸ از تاریخی که مشتری کالا را قبض می‌کند، یا چنانچه در موعد مقرر اقدام به قبض ننماید، از تاریخی که کالا در اختیار وی قرار داده شده است و به لحاظ قصور در قبض، مرتكب نقض قرارداد می‌گردد، ضمان به ذمه او منتقل می‌شود.
۲. معهذا چنانچه مشتری ملزم به قبض کالا در محلی غیر از

محل تجارت بایع باشد، با فرا رسیدن موعد تسلیم و اطلاع مشتری از اینکه کالا در محل مذبور در اختیار او قرار داده شده است، ضمان به وی منتقل می‌شود.

۳. چنانچه قرارداد راجع به کالائی باشد که در زمان انعقاد قرارداد مشخص نگردیده است، تا زمانی که مشخص نشده که کالای تحویلی مربوط به قرارداد می‌باشد، فرض بر این است که آن کالا در اختیار مشتری قرار نگرفته است.

۷۰ ماده

چنانچه بایع مرتكب نقض اساسی قرارداد شده باشد، مواد ۶۷، ۶۸ و ۶۹ مانع از توصل مشتری به طرق جبران خسارت ناشی از نقض که در دسترس اوست، نخواهد بود.

مبحث پنجم

مقررات مشترک ناظر بر تعهدات بایع و مشتری

بخش اول

پیش‌بینی نقض و قراردادهای اقساطی

۷۱ ماده

۱. چنانچه پس از انعقاد قرارداد معلوم شود که یکی از طرفین به علل زیر، بخش اساسی تعهدات خود را ایفا نخواهد نمود، طرف دیگر حق خواهد داشت اجرای تعهدات خود را معلق نماید:

(الف) نقصان فاحش در توانایی متعهد به انجام تعهد یا در اعتبار او؛ یا

(ب) نحوه رفتار او در تمهید مقدمه اجرای قرارداد یا در اجرای قرارداد.

۲. چنانچه بایع پیش از ظهور جهات موصوف در بند پیشین،

کالا را ارسال نموده باشد، می‌تواند از تسلیم آن به مشتری جلوگیری کند هرچند مشتری دارای سندی باشد که او را محقّ به وضع ید بر کالا می‌کند.

۳. طرفی که اجرای تعهدات خود را، خواه قبل از ارسال کالا یا بعد از آن، معلق می‌نماید مکلف است فوراً اخطار تعليق را جهت طرف دیگر ارسال نماید و در صورتیکه طرف مزبور در زمینه ايفای تعهد خود اطمینان کافی فراهم نماید، اجرای تعهد خود را از سر گیرد.

۷۲ ماده

۱. هرگاه پیش از تاریخ اجرای قرارداد، معلوم شود که یکی از طرفین مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد، طرف دیگر می‌تواند قرارداد را باطل اعلام نماید.

۲. طرفی که قصد اعلام بطلان دارد، چنانچه وقت اقتضا کند، مکلف است اخطار متعارفی به طرف دیگر بدهد تا برای او این امکان فراهم شود که اطمینان کافی جهت ايفای تعهدش بدهد.

۳. چنانچه طرف دیگر اعلام کرده باشد که تعهدات خود را اجرا نخواهد کرد، الزامات مذکور در بندهای پیشین منتفی خواهند بود.

۷۳ ماده

۱. در مورد قرارداد تسلیم کالا به نحو اقساط [به دفعات]، چنانچه قصور یکی از طرفین نسبت به اجرای هر قسط، متضمن نقض اساسی قرارداد در رابطه با آن قسط باشد، طرف دیگر در رابطه با آن قسط، اختیار اعلام بطلان دارد.

۲. چنانچه قصور یکی از طرفین در اجرای تعهدات نسبت به هریک از اقساط، دلایل قانون‌گذاری در اختیار طرف دیگر قرار دهد که نسبت به اقساط آتش نقض اساسی قرارداد صورت خواهد گرفت،

طرف اخیر حق دارد قرارداد را نسبت به آینده باطل اعلام نماید، مشروط بر اینکه ظرف مدت متعارفی اقدام به چنین امری کند.

۳. در موردی که مشتری در رابطه با هریک از دفعات تسلیم،

اعلام بطلان می‌کند، می‌تواند همزمان با چنین اعلام بطلانی نسبت به فقرات انجام شده قبلی یا فقرات آتی نیز اعلام بطلان کند، مشروط بر اینکه به علت وابستگی متقابل [آحاد] کالا نتوان از آنچه تسلیم شده یا می‌شود در مقاصد مورد نظر طرفین هنگام انعقاد قرارداد استفاده کرد.

بخش دوم

خسارات [حاصله از عدم اجرای تعهد]

۷۴ ماده

خسارات ناشی از نقض قرارداد بوسیله یکی از طرفین عبارت است از مبلغی برابر زیان، از جمله عدم التفعی، که طرف دیگر بر اثر نقض متحمل شده است. این خسارات نمی‌تواند از مقدار زیانی که در نقض کننده، در زمان انعقاد قرارداد و به مدد واقعیات و موضوعاتی که در همان موقع بدانها واقف بوده یا می‌باید واقف می‌بوده، به عنوان اثر ممکن الحصول نقض قرارداد پیش‌بینی کرده یا می‌باید پیش‌بینی می‌کرده است، متجاوز باشد.

۷۵ ماده

هرگاه قرارداد باطل شده باشد و مشتری پس از بطلان، به شیوه‌ای متعارف و ظرف مدتی متعارف، کالای دیگری به جای می‌بیع خریده باشد، یا بایع می‌بیع را به دیگری فروخته باشد، طرفی که مدعی خسارت است می‌تواند تفاوت قیمت مذکور در قرارداد با قیمت حاصل از معامله جانشین و همچتین هر نوع خسارت دیگر را که بموجب ماده قبل قابل وصول باشد، مطالبه و وصول نماید.

۷۶ ماده

۱. هرگاه قرارداد باطل شده و برای کالا قیمت رایجی موجود باشد، طرفی که مدعی خسارت است می‌تواند در صورتیکه بموجب ماده ۷۵ به خرید یا فروش مجدد مبادرت ننموده باشد، تفاوت بین قیمت تعیین شده در قرارداد و قیمت رایج در زمان بطلان و همچنین سایر خسارات قابل وصول طبق ماده ۷۴ را مطالبه و وصول نماید. معهذا اگر طرفی که مدعی خسارت است پس از قبض کالا مبادرت به ابطال قرارداد نموده باشد، قیمت رایج در زمان قبض به جای قیمت رایج در زمان بطلان، ملاک خواهد بود.

۲. از نظر بند پیشین، قیمت رایج عبارت است از قیمت متداول در محلی که کالا می‌باید در آنجا تسلیم می‌شد یا چنانچه در آن محل قیمت رایجی موجود نباشد، با احتساب هزینه‌های حمل، قیمت رایج در محل دیگری که عرفاً جایگزین محل مذبور باشد.

۷۷ ماده

طرفی که به نقض قرارداد استناد می‌کند، مکلف است حسب اوضاع و احوال در جهت کاهش زیان — منجمله عدم النفع — ناشی از نقض، اقدامات متعارف را معمول دارد. در صورتیکه وی در انجام اقدامات فوق قصور نماید، نقض کننده می‌تواند به میزانی که خسارت می‌باید تقلیل می‌یافته است، مدعی کاهش خسارت گردد.

بخش سوم

بهره

۷۸ ماده

هرگاه یکی از طرفین، ثمن یا وجهه دیگری را که پرداخت آنها به تأخیر افتاده است تأديه ننماید، طرف دیگر مستحق دریافت بهره

خواهد بود بدون اینکه به حق او در ادعای خسارت موضوع ماده ۷۴ خللی وارد آید.

بخش چهارم موارد رفع مسئولیت

۷۹ ماده

۱. طرفی که هریک از تعهدات خود را ایفا نکرده است، چنانچه ثابت نماید که عدم ایفا به واسطه حادثه‌ای خارج از اقتدار او بوده و ثابت کند که نمی‌توان عرفاً از او انتظار داشت که در زمان انعقاد قرارداد، آن حادثه را ملحوظ داشته یا از آن یا آثار آن اجتناب نموده یا آنها را دفع کرده باشد، مسئول نخواهد بود.
۲. اگر قصور طرف ناشی از قصور شخص ثالثی باشد که برای اجرای تمام یا قسمتی از قرارداد او را بکار گرفته است طرف مذبور تنها در صورتی از مسئولیت معاف می‌باشد که:
 - (الف) بمحض بند پیشین، از مسئولیت معاف باشد؛ و
 - (ب) متصلی انجام تعهد از جانب او نیزه در صورت إعمال مقررات بند پیشین بر او، از مسئولیت مبری باشد.
۳. معافیت مقرر در این ماده ظرف مدتی که حادثه جریان دارد، واجد اثر خواهد بود.
۴. طرفی که در اجرای تعهد خود قصور می‌ورزد، مکلف است طی اخطاری وقوع حادثه و آثار آن را بر توانایی خود در اجرای قرارداد به آگاهی طرف دیگر برساند. چنانچه اخطار وی ظرف مدت متعارفی پس از اینکه به حادثه وقوف یافته یا می‌باید وقوف می‌یافته است، به طرف دیگر واصل نشود، طرف قاصر مسئول خسارات ناشی از عدم وصول خواهد بود.
۵. هیچیک از مندرجات این ماده مانع طرفین از إعمال هر نوع حق، غیر از مطالبه خسارات موضوع این کنوانسیون، نخواهد بود.

۸۰ ماده

هیچیک از طرفین نمی‌تواند تا جایی که قصور طرف دیگر ناشی از فعل یا ترک فعل خود او باشد، به قصور طرف دیگر استناد کند.

بخش پنجم آثار بطلان

۸۱ ماده

۱. بطلان قرارداد، طرفین را از انجام تعهدات موضوع قرارداد، به شرط تأدیه هر نوع خسارت قابل مطالبه، مبتنی می‌کند. بطلان، تأثیری در شرایط قرارداد در مورد حل اختلافات یا بر سایر شرایط قرارداد که حاکم بر حقوق و تکالیف طرفین پس از بطلان است، نخواهد داشت.
۲. طرفی که تمام یا قسمتی از قرارداد را اجرا کرده است، می‌تواند از طرف دیگر اعاده آنچه را که بموجب قرارداد، تحويل یا تأدیه نموده، طلب کند. چنانچه هردو طرف ملزم به اعاده باشند، باید همزمان اقدام نمایند.

۸۲ ماده

۱. چنانچه برای مشتری اعاده کالا عمدتاً به همان وضعیتی که آنها را دریافت داشته است مقدور نباشد، حق اعلام بطلان یا الزام بایع به تسليم بدل کالا را از دست خواهد داد.
۲. بند پیشین شامل موارد زیر نخواهد بود:
 - (الف) چنانچه عدم امکان اعاده کالا، یا عدم امکان اعاده آن عمدتاً با همان وضعیتی که مشتری دریافت نموده است، ناشی از فعل یا ترک فعل وی نباشد؛
 - (ب) چنانچه تمام یا قسمتی از کالا بر اثر بازرگانی موضوع ماده

۳۸ از بین رفته یا در معرض نابودی قرار گرفته باشد؛ یا
(ج) چنانچه تمام یا قسمتی از کالا، پیش از اینکه مشتری عدم
انطباق آن را کشف نماید یا می باید کشف می کرد، در جریان عادی
کسب وی فروخته شده یا در جریان عادی استفاده مشتری مصرف شده
یا تغییر شکل داده باشد.

۸۳ ماده

در موردی که مشتری مطابق ماده ۸۲ حق اعلام بطلان یا مطالبه
کالای بدل از بایع را از دست می دهد، سایر طرق جبران خسارت حسب
قرارداد و این کنوانسیون برای او محفوظ خواهد ماند.

۸۴ ماده

۱. چنانچه بایع ملزم به رد ثمن باشد، مکلف است بهره آن را از
تاریخ تأثیه ثمن، پردازد.
۲. در موارد زیر، مشتری مکلف است منافع حاصله از تمام یا
قسمتی از کالا را تحويل بایع نماید:
 - (الف) چنانچه مکلف به اعاده تمام یا قسمتی از کالا باشد؛ یا
 - (ب) چنانچه اعاده تمام یا قسمتی از کالا یا اعاده تمام یا
قسمتی از کالا عمدتاً با همان وضعیتی که دریافت نموده برای وی
مقدور نباشد، ولی با این وصف، اعلام بطلان کرده یا از بایع مطالبه
بدل نموده باشد.

بخش ششم

حفظ و نگاهداری کالا

۸۵ ماده

هرگاه مشتری نسبت به قبض کالا تأخیر نماید یا در موردی که

تأدیه ثمن و تحویل کالا می باید به صورت همزمان صورت گیرد، مشتری در تأدیه ثمن قصور ورزد و کالا درید بایع بوده و یا وی به نحو دیگری بر کالا استیلا داشته باشد، بایع مکلف است، حسب اوضاع و احوال، اقدامات متعارف را برای حفاظت کالا معمول دارد. تا زمانی که مشتری هزینه‌های متعارف انجام شده را تأدیه ننماید، بایع حق دارد کالا را حبس کند.

۸۶ ماده

۱. چنانچه مشتری کالا را دریافت نموده و قصد اعمال هریک از حقوق خود را در چهارچوب قرارداد و این کنوانسیون دایر برآ آن داشته باشد، مکلف است، حسب اوضاع و احوال، اقدامات متعارف را برای حفاظت کالا معمول دارد. تا زمانی که بایع هزینه‌های انجام شده را تأدیه ننماید، مشتری حق دارد کالا را حبس کند.

۲. چنانچه کالای ارسال شده جهت مشتری در مقصد موردنظر در اختیار او قرار داده شود و او از حق را استفاده کند، مکلف است به نیابت از بایع، کالا را در تصرف خود نگاه دارد به شرط آنکه این امر بتواند بدون پرداخت ثمن و بدون زحمت نامتعارف یا هزینه‌های نامعقول صورت گیرد. چنانچه بایع یا شخص مأذونی که بتواند به نیابت از او حفظ کالا را به عهده گیرد در مقصد حاضر باشد، شرط مزبور اعمال نخواهد شد. هرگاه مشتری در چهارچوب این بند، کالا را در تصرف نگاه دارد، حقوق و تعهدات او مشمول بند پیشین خواهد بود.

۸۷ ماده

طرفی که ملزم به انجام اقداماتی جهت نگاهداری کالا است می تواند آن را به هزینه طرف دیگر به انبار شخص ثالثی بسپارد، مشروط بر اینکه هزینه‌های متعلقه غیرمتعارف نباشد.

۸۸ ماده

۱. چنانچه طرف دیگر در تصرف کالا یا پس گرفتن آن یا در پرداخت ثمن یا هزینه‌های حفظ کالا به نحو غیرمتعارف تأخیر ورزد، طرفی که طبق مواد ۸۵ یا ۸۶ ملزم به حفظ کالا است می‌تواند آن را به طرق مقتضی بفروشد، مشروط بر اینکه اخطار متعارفی مبنی بر قصد فروش، جهت طرف دیگر ارسال کرده باشد.
۲. هرگاه کالا در معرض فساد سریع باشد یا نگاهداری آن مستلزم هزینه غیرمتعارف باشد، طرفی که مطابق مواد ۸۵ یا ۸۶ ملزم به حفظ آن است، مکلف است جهت فروش آن اقدامات متعارفی معمول دارد. مشاراًلیه حتی‌لامکان مکلف است اخطاری مبنی بر قصد فروش جهت طرف دیگر ارسال نماید.
۳. طرفی که اقدام به فروش کالا می‌نماید حق دارد از محل فروش، مبلغی معادل مخارج فروش و هزینه‌های متعارف نگاهداری کالا برای خود منظور نماید. مشاراًلیه مکلف است حساب باقیمانده را به طرف دیگر بدهد.

فصل چهارم مقررات نهائی

۸۹ ماده

بدین وسیله دبیرکل سازمان ملل متحده به عنوان امین [اسناد] این کنوانسیون انتخاب می‌شود.

۹۰ ماده

این کنوانسیون نسبت به هیچ موافقنامه بین‌المللی که قبل از منعقد شده یا ممکن است منعقد گردد و متنضم مقرراتی راجع به موضوعات

مشمول این کنوانسیون باشد، حاکمیت نخواهد داشت، مشروط بر اینکه محل تجارت طرفین در کشورهای طرف چنان موافقنامه‌ای واقع شده باشد.

۹۱ ماده

۱. این کنوانسیون در جلسه پایانی کنفرانس سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین المللی کالا جهت امضاء مفتوح است و تا سی ام سپتامبر ۱۹۸۱ جهت امضای کلیه کشورها در مقر سازمان ملل، واقع در نیویورک، مفتوح باقی خواهد ماند.
۲. این کنوانسیون، موكول به تصویب، قبول یا تأیید کشورهای امضاء کننده خواهد بود.
۳. این کنوانسیون، از تاریخی که برای امضاء مفتوح می‌شود، جهت الحاق کلیه کشورهایی که جزو کشورهای امضاء کننده نیستند مفتوح خواهد بود.
۴. اسناد تصویب، قبول، تأیید و الحاق باید به دیرکل سازمان ملل سپرده شوند.

۹۲ ماده

۱. هریک از کشورهای متعاهد می‌تواند در زمان امضاء، تصویب، قبول، تأیید یا الحاق، اعلام کند که ملزم به رعایت فصل دوم این کنوانسیون یا فصل سوم آن نخواهد بود.
۲. هریک از کشورهای متعاهد که مطابق بند پیشین، نسبت به فصل دوم یا سوم این کنوانسیون مبادرت به صدور اعلامیه می‌نماید، نسبت به موضوعات فصلی که مشمول اعلامیه است، کشور متعاهد طبق بند ۱ ماده ۱ این کنوانسیون، محسوب نخواهد شد.

۹۳ ماده

۱. هرگاه یکی از کشورهای متعاهد شامل دو یا چند واحد

ارضی باشد که طبق قانون اساسی آن کشور نظامهای حقوقی مختلفی در رابطه با موضوعات مطروحة در این کنوانسیون برآنها حاکم باشند، می‌تواند در زمان اعضاء، تصویب، قبول، تأیید یا الحاق، اعلام نماید که این کنوانسیون بر تمام واحدهای ارضی اش یا تنها بر یک واحد یا بیشتر تسری دارد و نیز می‌تواند هر زمان با تسلیم اعلامیه‌ای دیگر، اعلامیه قبلی خود را اصلاح نماید.

۲. اعلامیه‌های مذبور باید به آگاهی امین کنوانسیون برسند

و ضمن آنها، واحدهای ارضی مشمول مقررات این کنوانسیون، صریحاً تعیین گردند.

۳. هرگاه این کنوانسیون بواسطه اعلامیه مندرج در این ماده

نسبت به یک یا چند واحد ارضی کشور متعاهد، و نه همه آنها، تسری یابد، چنانچه محل تجارت یکی از طرفین در کشور مذبور واقع باشد، از نظر این کنوانسیون چنین تلقی خواهد شد که محل تجارت پیشگفتہ در یک کشور متعاهد واقع نیست، مگر اینکه آن محل تجارت در یکی از واحدهای ارضی مشمول مقررات این کنوانسیون واقع شده باشد.

۴. چنانچه یک کشور متعاهد مبادرت به صدور اعلامیه موضوع

بند ۱ این ماده ننماید، مقررات این کنوانسیون به تمام واحدهای ارضی آن کشور تسری داده خواهد شد.

۹۴ ماده

۱. دو یا چند کشور متعاهد که نسبت به موضوعات تحت

حاکمیت این کنوانسیون دارای قواعد حقوقی یکسان یا کاملاً مشابهی هستند، هر زمان می‌توانند اعلام کنند که قراردادهای بیع یا انعقاد آنها بین طرفهایی که در آن کشورها دارای محل تجارتند، مشمول مقررات این

کنوانسیون نخواهد بود. اعلامیه های مزبور ممکن است مشترکاً یا به صورت اعلامیه یکطرفه متقابل صادر شوند.

۲. یک کشور متعاهد که درخصوص موضوعات مشمول این کنوانسیون دارای قواعد حقوقی یکسان یا کاملاً مشابهی با یک یا چند کشور غیرمتعاهد است، هر زمان می تواند اعلام کند که قراردادهای بیع یا انعقاد آنها بین طرفهایی که در آن کشورها دارای محل تجارت هستند، مشمول مقررات این کنوانسیون نخواهد بود.

۳. هرگاه کشوری که موضوع اعلامیه مذکور در بند پیشین است، بعداً در زمرة کشورهای متعاهد درآید، از تاریخی که کنوانسیون نسبت به کشور متعاهد جدید لازم الاجرا می گردد، اعلامیه صادره آثار اعلامیه ای را که طبق بند ۱ فوق صادر شده است خواهد داشت، مشروط بر اینکه کشور متعاهد جدید به اعلامیه مزبور پیوندد یا اعلامیه یکطرفه متقابلي صادر نماید.

۹۵ ماده

هر کشور می تواند در زمان تودیع اسناد تصویب، قبول، تأیید یا الحاق خود اعلام نماید که ملزم به رعایت قسمت «ب» بند ۱ ماده ۱ این کنوانسیون نخواهد بود.

۹۶ ماده

هریک از کشورهای متعاهد که قوانین داخلی آن انعقاد کتبی قراردادهای بیع یا مستند نمودن آنها را به صورت کتبی لازم بداند، می تواند هر زمان طبق ماده ۱۲ با صدور اعلامیه ای اعلام نماید که هریک از مقررات ماده ۱۱، ماده ۲۹ یا فصل دوم این کنوانسیون که انعقاد قرارداد بیع یا اصلاح آن یا اقاله یا هر نوع ایجاب و قبول یا سایر انواع اعلام اراده را به هر شکل غیرکتبی اجازه می دهد، شامل طرفی که

در کشور مزبور محل تجارت دارد، نخواهد بود.

۹۷ ماده

۱. اعلامیه هایی که طبق مقررات این کنوانسیون در زمان امضاء صادر می شوند، موکول به تأیید بعدی در هنگام تصویب، قبول یا تأیید کنوانسیون می باشند.

۲. اعلامیه ها و تأییدیه های آنها باید به صورت کتبی بوده و رسمآ به آگاهی امین کنوانسیون رسیده باشند.

۳. هر اعلامیه همزمان با لازم الاجرا شدن کنوانسیون نسبت به کشور مربوط، نافذ خواهد شد. معهدا اعلامیه ای که پس از لازم الاجرا شدن کنوانسیون رسمآ به آگاهی امین کنوانسیون می رسد، در اولین روز از ماهی که پس از انقضای شش ماه از تاریخ دریافت اعلامیه توسط امین آغاز می شود، نافذ خواهد شد. اعلامیه های یکطرفه متقابل موضوع ماده ۹۴ در اولین روز از ماهی که پس از انقضای شش ماه از تاریخ دریافت آخرین اعلامیه توسط امین آغاز می شود، نافذ خواهند شد.

۴. هریک از کشورها که مطابق مقررات این کنوانسیون، مبادرت به صدور اعلامیه می نماید هر زمان که بخواهد می تواند بوسیله اعلام کتبی و رسمی به امین کنوانسیون، اعلامیه مزبور را مسترد کند. تاریخ نفوذ چنین استردادی، اولین روز از ماهی است که پس از انقضای شش ماه از تاریخ دریافت اعلامیه توسط امین آغاز می گردد.

۵. استرداد اعلامیه صادره طبق ماده ۹۴ از تاریخی که نافذ می شود، هر نوع اعلامیه متقابلی را که کشور دیگری طبق ماده مذکور صادر نموده است، بلا اثر خواهد کرد.

۹۸ ماده

هیچگونه قید و شرط^{*} جز آنهایی که صریحاً در این کنوانسیون مجاز شناخته شده‌اند، پذیرفته نخواهد شد.

۹۹ ماده

۱. با رعایت مقررات بند ۶ این ماده، کنوانسیون حاضر در اولین روز از ماهی که بعد از انقضای دوازده ماه از تاریخ سپردن دهمین سند تصویب، قبول، تأیید یا الحق، منجمله اسناد حاوی اعلامیه صادره حسب ماده ۹۲، آغاز می‌گردد لازم الاجرا خواهد شد.

۲. هنگامی که یک کشور پس از سپردن دهمین سند تصویب، قبول، تأیید یا الحق، این کنوانسیون را تصویب، قبول یا تأیید می‌نماید، یا بدان ملحق می‌شود، تاریخ لازم الاجرا شدن کنوانسیون حاضر، بجز فصلی که مستثنی شده است، در ارتباط با آن کشور، با رعایت مقررات بند ۶ این ماده، اولین روز از ماهی خواهد بود که بعد از انقضای دوازده ماه از زمان تودیع اسناد تصویب، قبول، تأیید یا الحق آن کشور، شروع می‌شود.

۳. کشوری که این کنوانسیون را تصویب، قبول یا تأیید می‌نماید، یا بدان ملحق می‌شود و ضمناً عضو «کنوانسیون راجع به قانون متحده‌الشكل ناظر بر انعقاد قرارداد بیع بین المللی کالا مصوب ۱ ژوئیه ۱۹۶۴ لاهه» (کنوانسیون انعقاد قرارداد لاهه ۱۹۶۴) و یا «کنوانسیون راجع به قانون متحده‌الشكل ناظر بر بیع بین المللی کالا مصوب ۱ ژوئیه

* reservation تصویب مقید و مشروط یا تعهد یا حق شرط، و آن عبارت است از بیانیه یکطرفه‌ای که یک کشور تحت هر نام یا به هر عبارت در موقع امضاء، تصویب، قبول یا موافقت یا الحق به یک کنوانسیون یا معاهده صادر می‌کند و طی آن قصد خود را دایر بر عدم شمول یا تعدل آثار حقوقی برخی مقررات کنوانسیون یا معاهده نسبت به خود بیان می‌دارد. «مجلة حقوقی»

۱۹۶۴ لاهه» (کنوانسیون بیع لاهه ۱۹۶۴)، و یا عضو هردوی آنها، باشد، باید همزمان با تصویب یا قبول، یا تأیید این کنوانسیون، برحسب مورد یک یا هردو کنوانسیون بیع لاهه ۱۹۶۴ و کنوانسیون انعقاد قرارداد لاهه ۱۹۶۴، را ضمن اطلاع به دولت هلند، رد نماید.

۴. هر کشور عضو کنوانسیون بیع لاهه ۱۹۶۴ که کنوانسیون حاضر را تصویب، قبول یا تأیید می‌کند یا بدان ملحق می‌شود و طبق ماده ۹۲ اعلام می‌کند یا اعلام نموده است که ملزم به رعایت فصل دوم این کنوانسیون نخواهد بود، باید در زمان تصویب، قبول، تأیید یا الحق، ضمن اطلاع به دولت هلند، کنوانسیون بیع لاهه مورخ ۱۹۶۴ را رد نماید.

۵. هر کشور عضو کنوانسیون انعقاد قرارداد لاهه ۱۹۶۴ که کنوانسیون حاضر را تصویب، قبول یا تأیید می‌کند یا بدان ملحق می‌شود و طبق ماده ۹۲ اعلام می‌کند یا اعلام نموده است که ملزم به رعایت فصل سوم این کنوانسیون نخواهد بود، باید در زمان تصویب، قبول، تأیید یا الحق، ضمن اطلاع به دولت هلند، کنوانسیون انعقاد قرارداد لاهه مورخ ۱۹۶۴ را رد نماید.

۶. از نظر این ماده تصویب، قبول، تأیید، و الحق کشورهای عضو کنوانسیون انعقاد قرارداد لاهه ۱۹۶۴ یا کنوانسیون بیع لاهه ۱۹۶۴ نسبت به این کنوانسیون نافذ نخواهد شد، مگر اینکه اعلام رد کنوانسیونهای مذکور از جانب کشورهای مزبور نافذ گردد. امین این کنوانسیون با دولت هلند به عنوان امین کنوانسیونهای ۱۹۶۴ جهت تضمین هماهنگیهای لازم در این زمینه تبادل نظر خواهد نمود.

۱۰۰ ماده

۱. این کنوانسیون تنها در صورتی حاکم بر انعقاد یک قرارداد خواهد بود که پیشنهاد انعقاد قرارداد مزبور در تاریخ لازم الاجرا شدن

کنوانسیون نسبت به کشورهای متعاهد مذکور در قسمت «الف» بند ۱ یا نسبت به کشورهای متعاهد مذکور در قسمت «ب» بند ۱ ماده ۱ یا پس از آن تاریخ صورت گرفته باشد.

۲. این کنوانسیون صرفاً بر قراردادهای منعقده در تاریخ لازم الاجرا شدن کنوانسیون نسبت به کشورهای متعاهد مذکور در قسمت «الف» بند ۱ یا کشورهای متعاهد مذکور در قسمت «ب» بند ۱ ماده ۱ یا پس از آن حاکمیت دارد.

۱۰۱ ماده

۱. هر کشور متعاهد می‌تواند با اعلان رسمی و کتبی به امین، این کنوانسیون یا فصل دوم یا سوم آن را را رد نماید.

۲. اعلام رد کنوانسیون، در اولین روز از ماهی که پس از انقضای دوازده ماه از تاریخ وصول اعلام رد به امین آغاز می‌شود، نافذ خواهد گردید. چنانچه در اعلامیه رد کنوانسیون مدت طولانی تری جهت نفوذ آن تعیین شده باشد، اعلام رد پس از انقضای مدت مزبور از تاریخ وصول به امین، نافذ خواهد گردید.

در وین انجام شده است، به تاریخ یازدهم آوریل سال یکهزار و نهصد و هشتاد، در یک نسخه اصلی که منتهای عربی، چینی، انگلیسی، فرانسوی، روسی و اسپانیائی آن دارای اعتبار واحدند. در مقام تسجيل آن، اشخاص زیر که نمایندگان تمام الاختیار دولتها متابع خود می‌باشند، این کنوانسیون را امضاء نموده اند.

LAW REVIEW

Bureau for International Legal Services

Vol. 9

Autumn-Winter 1987-88

President and Director-in-charge:

— **Dr. G. Eftekhar Djahromi**

Editor-in-charge:

— **M. Mohebbi**

Supervised by:

— **Editorial Board.**



UN CONVENTION ON
CONTRACTS FOR THE
INTERNATIONAL SALE OF
GOODS (1980)



(Document A/CONF.97/18, Annex I)

The States Parties to this Convention,

Bearing in mind the broad objectives in the resolutions adopted by the sixth special session of the General Assembly of the United Nations on the establishment of a New International Economic Order,

Considering that the development of international trade on the basis of equality and mutual benefit is an important element in promoting friendly relations among States,

Being of the opinion that the adoption of uniform rules which govern contracts for the international sale of goods and take into account the different social, economic and legal systems would contribute to the removal of legal barriers in international trade and promote the development of international trade,

Have agreed as follows:

PART I. SPHERE OF APPLICATION AND GENERAL PROVISIONS

CHAPTER I. SPHERE OF APPLICATION

Article 1

(1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States:

- (a) when the States are Contracting States; or
- (b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State.

(2) The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the

contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract.

(3) Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention.

Article 2

This Convention does not apply to sales:

- (a) of goods bought for personal, family or household use, unless the seller, at any time before or at the conclusion of the contract, neither knew nor ought to have known that the goods were bought for any such use;
- (b) by auction;
- (c) on execution or otherwise by authority of law;
- (d) of stocks, shares, investment securities, negotiable instruments or money;
- (e) of ships, vessels, hovercraft or aircraft;
- (f) of electricity.

Article 3

(1) Contracts for the supply of goods to be manufactured or produced are to be considered sales unless the party who orders the goods undertakes to supply a substantial part of the materials necessary for such manufacture or production.

(2) This Convention does not apply to contracts in which the preponderant part of the obligations of the party who furnishes the goods consists in the supply of labour or other services.

Article 4

This Convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In particular, except as otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with:

- (a) the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage;
- (b) the effect which the contract may have on the property in the goods sold.

Article 5

This Convention does not apply to the liability of the seller for death or personal injury caused by the goods to any person.

Article 6

The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions.

CHAPTER II. GENERAL PROVISIONS

Article 7

(1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

(2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

Article 8

(1) For the purposes of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was.

(2) If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances.

(3) In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties.

Article 9

(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

(2) The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned.

Article 10

For the purposes of this Convention:

- (a) if a party has more than one place of business, the place of business is that which has the closest relationship to the contract and its performance, having regard to the circumstances known to or contemplated by the parties at any time before or at the conclusion of the contract;
- (b) if a party does not have a place of business, reference is to be made to his habitual residence.

Article 11

A contract of sale need not be concluded in or evidenced by writing and is not subject to any other requirements as to form. It may be proved by any means, including witnesses.

Article 12

Any provision of article 11, article 29 or Part II of this Convention that allows a contract of sale or its modification or termination by agreement or any offer, acceptance or other indication of intention to be made in any form other than in writing does not apply where any party has his place of business in a Contracting State which has made a declaration under article 96 of this Convention. The parties may not derogate from or vary the effect of this article.

Article 13

For the purposes of this Convention "writing" includes telegram and telex.

PART II. FORMATION OF THE CONTRACT

Article 14

(1) A proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance. A proposal is sufficiently definite if it indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and the price.

(2) A proposal other than one addressed to one or more specific persons is to be considered merely as an invitation to make offers, unless the contrary is clearly indicated by the person making the proposal.

Article 15

(1) An offer becomes effective when it reaches the offeree.
(2) An offer, even if it is irrevocable, may be withdrawn if the withdrawal reaches the offeree before or at the same time as the offer.

Article 16

(1) Until a contract is concluded an offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before he has dispatched an acceptance.

(2) However, an offer cannot be revoked:
(a) if it indicates, whether by stating a fixed time for acceptance or otherwise, that it is irrevocable; or
(b) if it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer.

Article 17

An offer, even if it is irrevocable, is terminated when a rejection reaches the offeror.

Article 18

(1) A statement made by or other conduct of the offeree indicating assent to an offer is an acceptance. Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance.

(2) An acceptance of an offer becomes effective at the moment the indication of assent reaches the offeror. An acceptance is not effective if the indication of assent does not reach the offeror within the time he has fixed or, if no time is fixed, within a reasonable time, due account being taken of the circumstances of the transaction, including the rapidity of the means of communication employed by the offeror. An oral offer must be accepted immediately unless the circumstances indicate otherwise.

(3) However, if, by virtue of the offer or as a result of practices which the parties have established between themselves or of usage, the offeree may indicate assent by performing an act, such as one relating to the dispatch of the goods or payment of the price, without notice to the offeror, the acceptance is effective at the moment the act is performed, provided that the act is performed within the period of time laid down in the preceding paragraph.

Article 19

(1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.

(2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects orally to the discrepancy or dispatches a notice to that effect. If he does not so object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

(3) Additional or different terms relating, among other things, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of one party's liability to the other or the settlement of disputes are considered to alter the terms of the offer materially.

Article 20

(1) A period of time for acceptance fixed by the offeror in a telegram or a letter begins to run from the moment the telegram is handed in for dispatch or from the date shown on the letter or, if no such date is shown, from the date shown on the envelope. A period of time for acceptance fixed by the offeror by telephone, telex or other means of instantaneous communication, begins to run from the moment that the offer reaches the offeree.

(2) Official holidays or non-business days occurring during the period for acceptance are included in calculating the period. However, if a notice of acceptance cannot be delivered at the address of the offeror on the last day of the period because that day falls on an official holiday or a non-business day at the place of business of the offeror, the period is extended until the first business day which follows.

Article 21

(1) A late acceptance is nevertheless effective as an acceptance if without delay the offeror orally so informs the offeree or dispatches a notice to that effect.

(2) If a letter or other writing containing a late acceptance shows that it has been sent in such circumstances that if its transmission had been normal it would have reached the offeror in due time, the late acceptance is effective as an acceptance unless, without delay, the offeror orally informs the offeree that he considers his offer as having lapsed or dispatches a notice to that effect.

Article 22

An acceptance may be withdrawn if the withdrawal reaches the offeror before or at the same time as the acceptance would have become effective.

Article 23

A contract is concluded at the moment when an acceptance of an offer becomes effective in accordance with the provisions of this Convention.

Article 24

For the purposes of this Part of the Convention, an offer, declaration of acceptance or any other indication of intention "reaches" the addressee when it is made orally to him or delivered by any other means to him personally, to his place of business or mailing address or, if he does not have a place of business or mailing address, to his habitual residence.

PART III. SALE OF GOODS

CHAPTER I. GENERAL PROVISIONS

Article 25

A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.

Article 26

A declaration of avoidance of the contract is effective only if made by notice to the other party.

Article 27

Unless otherwise expressly provided in this Part of the Convention, if any notice, request or other communication is given or made by a party in accordance with this Part and by means appropriate in the circumstances, a delay or error in the transmission of the communication or its failure to arrive does not deprive that party of the right to rely on the communication.

Article 28

If, in accordance with the provisions of this Convention, one party is entitled to require performance of any obligation by the other party, a court is not bound to enter a judgement for specific performance unless the court would do so under its own law in respect of similar contracts of sale not governed by this Convention.

Article 29

(1) A contract may be modified or terminated by the mere agreement of the parties.

(2) A contract in writing which contains a provision requiring any modification or termination by agreement to be in writing may not be otherwise modified or terminated by agreement. However, a party may be precluded by his conduct from asserting such a provision to the extent that the other party has relied on that conduct.

CHAPTER II. OBLIGATIONS OF THE SELLER

Article 30

The seller must deliver the goods, hand over any documents relating to them and transfer the property in the goods, as required by the contract and this Convention.

SECTION I. DELIVERY OF THE GOODS AND HANDING OVER OF DOCUMENTS

Article 31

If the seller is not bound to deliver the goods at any other particular place, his obligation to deliver consists:

(a) if the contract of sale involves carriage of the goods—in handing the goods over to the first carrier for transmission to the buyer;

- (b) if, in cases not within the preceding subparagraph, the contract relates to specific goods, or unidentified goods to be drawn from a specific stock or to be manufactured or produced, and at the time of the conclusion of the contract the parties knew that the goods were at, or were to be manufactured or produced at, a particular place – in placing the goods at the buyer's disposal at that place;
- (c) in other cases – in placing the goods at the buyer's disposal at the place where the seller had his place of business at the time of the conclusion of the contract.

Article 32

(1) If the seller, in accordance with the contract or this Convention, hands the goods over to a carrier and if the goods are not clearly identified to the contract by markings on the goods, by shipping documents or otherwise, the seller must give the buyer notice of the consignment specifying the goods.

(2) If the seller is bound to arrange for carriage of the goods, he must make such contracts as are necessary for carriage to the place fixed by means of transportation appropriate in the circumstances and according to the usual terms for such transportation.

(3) If the seller is not bound to effect insurance in respect of the carriage of the goods, he must, at the buyer's request, provide him with all available information necessary to enable him to effect such insurance.

Article 33

The seller must deliver the goods:

- (a) if a date is fixed by or determinable from the contract, on that date;
- (b) if a period of time is fixed by or determinable from the contract, at any time within that period unless circumstances indicate that the buyer is to choose a date; or
- (c) in any other case, within a reasonable time after the conclusion of the contract.

Article 34

If the seller is bound to hand over documents relating to the goods, he must hand them over at the time and place and in the form required by the contract. If the seller has handed over documents before that time, he may, up to that time, cure any lack of conformity in the documents, if the exercise of this right does not cause the buyer unreasonable inconvenience or unreasonable expense. However, the buyer retains any right to claim damages as provided for in this Convention.

SECTION II. CONFORMITY OF THE GOODS AND THIRD PARTY CLAIMS

Article 35

- (1) The seller must deliver goods which are of the quantity, quality and description required by the contract and which are contained or packaged in the manner required by the contract.
- (2) Except where the parties have agreed otherwise, the goods do not conform with the contract unless they:
- (a) are fit for the purposes for which goods of the same description would ordinarily be used;
 - (b) are fit for any particular purpose expressly or impliedly made known to the seller at the time of the conclusion of the contract, except where the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for him to rely, on the seller's skill and judgement;
 - (c) possess the qualities of goods which the seller has held out to the buyer as a sample or model;
 - (d) are contained or packaged in the manner usual for such goods or, where there is no such manner, in a manner adequate to preserve and protect the goods.
- (3) The seller is not liable under subparagraphs (a) to (d) of the preceding paragraph for any lack of conformity of the goods if at the time of the conclusion of the contract the buyer knew or could not have been unaware of such lack of conformity.

Article 36

(1) The seller is liable in accordance with the contract and this Convention for any lack of conformity which exists at the time when the risk passes to the buyer, even though the lack of conformity becomes apparent only after that time.

(2) The seller is also liable for any lack of conformity which occurs after the time indicated in the preceding paragraph and which is due to a breach of any of his obligations, including a breach of any guarantee that for a period of time the goods will remain fit for their ordinary purpose or for some particular purpose or will retain specified qualities or characteristics.

Article 37

If the seller has delivered goods before the date for delivery, he may, up to that date, deliver any missing part or make up any deficiency in the quantity of the goods delivered, or deliver goods in replacement of any non-conforming goods delivered or remedy any lack of conformity in the goods delivered, provided that the exercise of this right does not cause the buyer unreasonable inconvenience or unreasonable expense. However, the buyer retains any right to claim damages as provided for in this Convention.

Article 38

- (1) The buyer must examine the goods, or cause them to be examined, within as short a period as is practicable in the circumstances.
- (2) If the contract involves carriage of the goods, examination may be deferred until after the goods have arrived at their destination.
- (3) If the goods are redirected in transit or redispached by the buyer without a reasonable opportunity for examination by him and at the time of the conclusion of the contract the seller knew or ought to have known of the possibility of such redirection or redispach, examination may be deferred until after the goods have arrived at the new destination.

Article 39

- (1) The buyer loses the right to rely on a lack of conformity of the goods if he does not give notice to the seller specifying the nature of the lack of conformity within a reasonable time after he has discovered it or ought to have discovered it.
- (2) In any event, the buyer loses the right to rely on a lack of conformity of the goods if he does not give the seller notice thereof at the latest within a period of two years from the date on which the goods were actually handed over to the buyer, unless this time-limit is inconsistent with a contractual period of guarantee.

Article 40

The seller is not entitled to rely on the provisions of articles 38 and 39 if the lack of conformity relates to facts of which he knew or could not have been unaware and which he did not disclose to the buyer.

Article 41

The seller must deliver goods which are free from any right or claim of a third party, unless the buyer agreed to take the goods subject to that right or claim. However, if such right or claim is based on industrial property or other intellectual property, the seller's obligation is governed by article 42.

Article 42

- (1) The seller must deliver goods which are free from any right or claim of a third party based on industrial property or other intellectual property, of which at the time of the conclusion of the contract the seller knew or could not have been unaware, provided that the right or claim is based on industrial property or other intellectual property:
 - (a) under the law of the State where the goods will be resold or otherwise used, if it was contemplated by the parties at the time of the conclusion of the contract that the goods would be resold or otherwise used in that State; or

(b) in any other case, under the law of the State where the buyer has his place of business.

(2) The obligation of the seller under the preceding paragraph does not extend to cases where:

- (a) at the time of the conclusion of the contract the buyer knew or could not have been unaware of the right or claim; or
- (b) the right or claim results from the seller's compliance with technical drawings, designs, formulae or other such specifications furnished by the buyer.

Article 43

(1) The buyer loses the right to rely on the provisions of article 41 or article 42 if he does not give notice to the seller specifying the nature of the right or claim of the third party within a reasonable time after he has become aware or ought to have become aware of the right or claim.

(2) The seller is not entitled to rely on the provisions of the preceding paragraph if he knew of the right or claim of the third party and the nature of it.

Article 44

Notwithstanding the provisions of paragraph (1) of article 39 and paragraph (1) of article 43, the buyer may reduce the price in accordance with article 50 or claim damages, except for loss of profit, if he has a reasonable excuse for his failure to give the required notice.

SECTION III. REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT BY THE SELLER

Article 45

(1) If the seller fails to perform any of his obligations under the contract or this Convention, the buyer may;

- (a) exercise the rights provided in articles 46 to 52;
- (b) claim damages as provided in articles 74 to 77.

(2) the buyer is not deprived of any right he may have to claim damages by exercising his right to other remedies.

(3) No period of grace may be granted to the seller by a court or arbitral tribunal when the buyer resorts to a remedy for breach of contract.

Article 46

(1) The buyer may require performance by the seller of this obligations unless the buyer has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement.

(2) If the goods do not conform with the contract, the buyer may require delivery of substitute goods only if the lack of conformity constitutes a

fundamental breach of contract and a request for substitute goods is made either in conjunction with notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter.

(3) If the goods do not conform with the contract, the buyer may require the seller to remedy the lack of conformity by repair, unless this is unreasonable having regard to all the circumstances. A request for repair must be made either in conjunction with notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter.

Article 47

(1) The buyer may fix an additional period of time of reasonable length for performance by the seller of his obligations.

(2) Unless the buyer has received notice from the seller that he will not perform within the period so fixed, the buyer may not, during that period, resort to any remedy for breach of contract. However, the buyer is not deprived thereby of any right he may have to claim damages for delay in performance.

Article 48

(1) Subject to article 49, the seller may, even after the date for delivery, remedy at his own expense any failure to perform his obligations, if he can do so without unreasonable delay and without causing the buyer unreasonable inconvenience or uncertainty of reimbursement by the seller of expenses advanced by the buyer. However, the buyer retains any right to claim damages as provided for in this Convention.

(2) If the seller requests the buyer to make known whether he will accept performance and the buyer does not comply with the request within a reasonable time, the seller may perform within the time indicated in his request. The buyer may not, during that period of time, resort to any remedy which is inconsistent with performance by the seller.

(3) A notice by the seller that he will perform within a specified period of time is assumed to include a request, under the preceding paragraph, that the buyer make known his decision.

(4) A request or notice by the seller under paragraph (2) or (3) of this article is not effective unless received by the buyer.

Article 49

(1) The buyer may declare the contract avoided:

- (a) if the failure by the seller to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or
- (b) in case of non-delivery, if the seller does not deliver the goods within the additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47 or declares that he will not deliver within the period so fixed.

- (2) However, in cases where the seller has delivered the goods, the buyer loses the right to declare the contract avoided unless he does so:
- (a) in respect of late delivery, within a reasonable time after he has become aware that delivery has been made;
 - (b) in respect of any breach other than late delivery, within a reasonable time:
 - (i) after he knew or ought to have known of the breach;
 - (ii) after the expiration of any additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47, or after the seller has declared that he will not perform his obligations within such an additional period; or
 - (iii) after the expiration of any additional period of time indicated by the seller in accordance with paragraph (2) of article 48, or after the buyer has declared that he will not accept performance.

Article 50

If the goods do not conform with the contract and whether or not the price has already been paid, the buyer may reduce the price in the same proportion as the value that the goods actually delivered had at the time of the delivery bears to the value that conforming goods would have had at that time. However, if the seller remedies any failure to perform his obligations in accordance with article 37 or article 48 or if the buyer refuses to accept performance by the seller in accordance with those articles, the buyer may not reduce the price.

Article 51

(1) If the seller delivers only a part of the goods or if only a part of the goods delivered is in conformity with the contract, articles 46 to 50 apply in respect of the part which is missing or which does not conform.

(2) The buyer may declare the contract avoided in its entirety only if the failure to make delivery completely or in conformity with the contract amounts to a fundamental breach of the contract.

Article 52

(1) If the seller delivers the goods before the date fixed, the buyer may take delivery or refuse to take delivery.

(2) If the seller delivers a quantity of goods greater than that provided for in the contract, the buyer may take delivery or refuse to take delivery of the excess quantity. If the buyer takes delivery of all or part of the excess quantity, he must pay for it at the contract rate.

CHAPTER III. OBLIGATIONS OF THE BUYER

Article 53

The buyer must pay the price for the goods and take delivery of them as required by the contract and this Convention.

SECTION I. PAYMENT OF THE PRICE

Article 54

The buyer's obligation to pay the price includes taking such steps and complying with such formalities as may be required under the contract or any laws and regulations to enable payment to be made.

Article 55

Where a contract has been validly concluded but does not expressly or implicitly fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have impliedly made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such goods sold under comparable circumstances in the trade concerned.

Article 56

If the price is fixed according to the weight of the goods, in case of doubt it is to be determined by the net weight.

Article 57

(1) If the buyer is not bound to pay the price at any other particular place, he must pay it to the seller:

- (a) at the seller's place of business; or
- (b) if the payment is to be made against the handing over of the goods or of documents, at the place where the handing over takes place.

(2) The seller must bear any increase in the expenses incidental to payment which is caused by a change in his place of business subsequent to the conclusion of the contract.

Article 58

(1) If the buyer is not bound to pay the price at any other specific time, he must pay it when the seller places either the goods or documents controlling their disposition at the buyer's disposal in accordance with the contract and this Convention. The seller may make such payment a condition for handing over the goods or documents.

(2) If the contract involves carriage of the goods, the seller may dispatch the goods on terms whereby the goods, or documents controlling their disposition, will not be handed over to the buyer except against payment of the price.

(3) The buyer is not bound to pay the price until he has had an opportunity to examine the goods, unless the procedures for delivery or payment agreed upon by the parties are inconsistent with his having such an opportunity.

Article 59

The buyer must pay the price on the date fixed by or determinable from the contract and this Convention without the need for any request or compliance with any formality on the part of the seller.

SECTION II. TAKING DELIVERY

Article 60

The buyer's obligation to take delivery consists:

- (a) in doing all the acts which could reasonably be expected of him in order to enable the seller to make delivery; and
- (b) in taking over the goods.

SECTION III. REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT BY THE BUYER

Article 61

(1) If the buyer fails to perform any of his obligations under the contract or this Convention, the seller may:

- (a) exercise the rights provided in articles 62 to 65;
- (b) claim damages as provided in articles 74 to 77.

(2) The seller is not deprived of any right he may have to claim damages by exercising his right to other remedies.

(3) No period of grace may be granted to the buyer by a court or arbitral tribunal when the seller resorts to a remedy for breach of contract.

Article 62

The seller may require the buyer to pay the price, take delivery or perform his other obligations, unless the seller has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement.

Article 63

(1) The seller may fix an additional period of time of reasonable length for performance by the buyer of his obligations.

(2) Unless the seller has received notice from the buyer that he will not perform within the period so fixed, the seller may not, during that period, resort to any remedy for breach of contract. However, the seller is not deprived thereby of any right he may have to claim damages for delay in performance.

Article 64

- (1) The seller may declare the contract avoided:
 - (a) if the failure by the buyer to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or

(b) if the buyer does not, within the additional period of time fixed by the seller in accordance with paragraph (1) of article 63, perform his obligation to pay the price or take delivery of the goods, or if he declares that he will not do so within the period so fixed.

(2) However, in cases where the buyer has paid the price, the seller loses the right to declare the contract avoided unless he does so:

(a) in respect of late performance by the buyer, before the seller has become aware that performance has been rendered; or

(b) in respect of any breach other than late performance by the buyer, within a reasonable time:

- (i) after the seller knew or ought to have known of the breach; or
- (ii) after the expiration of any additional period of time fixed by the seller in accordance with paragraph (1) of article 63, or after the buyer has declared that he will not perform his obligations within such an additional period.

Article 65

(1) If under the contract the buyer is to specify the form, measurement or other features of the goods and he fails to make such specification either on the date agreed upon or within a reasonable time after receipt of a request from the seller, the seller may, without prejudice to any other rights he may have, make the specification himself in accordance with the requirements of the buyer that may be known to him.

(2) If the seller makes the specification himself, he must inform the buyer of the details thereof and must fix a reasonable time within which the buyer may make a different specification. If, after receipt of such a communication, the buyer fails to do so within the time so fixed, the specification made by the seller is binding.

CHAPTER IV. PASSING OF RISK

Article 66

Loss of or damage to the goods after the risk has passed to the buyer does not discharge him from his obligation to pay the price, unless the loss or damage is due to an act or omission of the seller.

Article 67

(1) If the contract of sale involves carriage of the goods and the seller is not bound to hand them over at a particular place, the risk passes to the buyer when the goods are handed over to the first carrier for transmission to the buyer in accordance with the contract of sale. If the seller is bound to hand the goods over to a carrier at a particular place, the risk does not pass

to the buyer until the goods are handed over to the carrier at that place. The fact that the seller is authorized to retain documents controlling the disposition of the goods does not affect the passage of the risk.

(2) Nevertheless, the risk does not pass to the buyer until the goods are clearly identified to the contract, whether by markings on the goods, by shipping documents, by notice given to the buyer or otherwise.

Article 68

The risk in respect of goods sold in transit passes to the buyer from the time of the conclusion of the contract. However, if the circumstances so indicate, the risk is assumed by the buyer from the time the goods were handed over to the carrier who issued the documents embodying the contract of carriage. Nevertheless, if at the time of the conclusion of the contract of sale the seller knew or ought to have known that the goods had been lost or damaged and did not disclose this to the buyer, the loss or damage is at the risk of the seller.

Article 69

(1) In cases not within articles 67 and 68, the risk passes to the buyer when he takes over the goods or, if he does not do so in due time, from the time when the goods are placed at his disposal and he commits a breach of contract by failing to take delivery.

(2) However, if the buyer is bound to take over the goods at a place other than a place of business of the seller, the risk passes when delivery is due and the buyer is aware of the fact that the goods are placed at his disposal at that place.

(3) If the contract relates to goods not then identified, the goods are considered not to be placed at the disposal of the buyer until they are clearly identified to the contract.

Article 70

If the seller has committed a fundamental breach of contract, articles 67, 68 and 69 do not impair the remedies available to the buyer on account of the breach.

CHAPTER V. PROVISIONS COMMON TO THE OBLIGATIONS OF THE SELLER AND OF THE BUYER

SECTION I. ANTICIPATORY BREACH AND INSTALMENT CONTRACTS

Article 71

(1) A party may suspend the performance of his obligations if, after the conclusion of the contract, it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of his obligations as a result of:

- (a) a serious deficiency in his ability to perform or in his creditworthiness;
or
- (b) his conduct in preparing to perform or in performing the contract.

(2) If the seller has already dispatched the goods before the grounds described in the preceding paragraph become evident, he may prevent the handing over of the goods to the buyer even though the buyer holds a document which entitles him to obtain them. The present paragraph relates only to the rights in the goods as between the buyer and the seller.

(3) A party suspending performance, whether before or after dispatch of the goods, must immediately give notice of the suspension to the other party and must continue with performance if the other party provides adequate assurance of his performance.

Article 72

(1) If prior to the date for performance of the contract it is clear that one of the parties will commit a fundamental breach of contract, the other party may declare the contract avoided.

(2) If time allows, the party intending to declare the contract avoided must give reasonable notice to the other party in order to permit him to provide adequate assurance of his performance.

(3) The requirements of the preceding paragraph do not apply if the other party has declared that he will not perform his obligations.

Article 73

(1) In the case of a contract for delivery of goods by instalments, if the failure of one party to perform any of his obligations in respect of any instalment constitutes a fundamental breach of contract with respect to that instalment, the other party may declare the contract avoided with respect to that instalment.

(2) If one party's failure to perform any of his obligations in respect of any instalment gives the other party good grounds to conclude that a fundamental breach of contract will occur with respect to future instalments, he may declare the contract avoided for the future, provided that he does so within a reasonable time.

(3) A buyer who declares the contract avoided in respect of any delivery may, at the same time, declare it avoided in respect of deliveries already made or of future deliveries if, by reason of their interdependence, those deliveries could not be used for the purpose contemplated by the parties at the time of the conclusion of the contract.

SECTION II. DAMAGES

Article 74

Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of

the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract.

Article 75

If the contract is avoided and if, in a reasonable manner and within a reasonable time after avoidance, the buyer has bought goods in replacement or the seller has resold the goods, the party claiming damages may recover the difference between the contract price and the price in the substitute transaction as well as any further damages recoverable under article 74.

Article 76

(1) If the contract is avoided and there is a current price for the goods, the party claiming damages may, if he has not made a purchase or resale under article 75, recover the difference between the price fixed by the contract and the current price at the time of avoidance as well as any further damages recoverable under article 74. If, however, the party claiming damages has avoided the contract after taking over the goods, the current price at the time of such taking over shall be applied instead of the current price at the time of avoidance.

(2) For the purposes of the preceding paragraph, the current price is the price prevailing at the place where delivery of the goods should have been made or, if there is no current price at that place, the price at such other place as serves as a reasonable substitute, making due allowance for differences in the cost of transporting the goods.

Article 77

A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated.

SECTION III. INTEREST

Article 78

If a party fails to pay the price or any other sum that is in arrears, the other party is entitled to interest on it, without prejudice to any claim for damages recoverable under article 74.

SECTION IV. EXEMPTIONS

Article 79

(1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proved that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.

(2) If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if:

- (a) he is exempt under the preceding paragraph; and
- (b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him.

(3) The exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists.

(4) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damages resulting from such non-receipt.

(5) Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention.

Article 80

A party may not rely on a failure of the other party to perform, to the extent that such failure was caused by the first party's act or omission.

SECTION V. EFFECTS OF AVOIDANCE

Article 81

(1) Avoidance of the contract releases both parties from their obligations under it, subject to any damages which may be due. Avoidance does not affect any provision of the contract for the settlement of disputes or any other provision of the contract governing the rights and obligations of the parties consequent upon the avoidance of the contract.

(2) A party who has performed the contract either wholly or in part may claim restitution from the other party of whatever the first party has supplied or paid under the contract. If both parties are bound to make restitution, they must do so concurrently.

Article 82

(1) The buyer loses the right to declare the contract avoided or to require the seller to deliver substitute goods if it is impossible for him to make

restitution of the goods substantially in the condition in which he received them.

- (2) The preceding paragraph does not apply:
- (a) if the impossibility of making restitution of the goods or of making restitution of the goods substantially in the condition in which the buyer received them is not due to his act or omission;
 - (b) if the goods or part of the goods have perished or deteriorated as a result of the examination provided for in article 38; or
 - (c) if the goods or part of the goods have been sold in the normal course of business or have been consumed or transformed by the buyer in the course of normal use before he discovered or ought to have discovered the lack of conformity.

Article 83

A buyer who has lost the right to declare the contract avoided or to require the seller to deliver substitute goods in accordance with article 82 retains all other remedies under the contract and this Convention.

Article 84

(1) If the seller is bound to refund the price, he must also pay interest on it, from the date on which the price was paid.

(2) The buyer must account to the seller for all benefits which he has derived from the goods or part of them:

- (a) if he must make restitution of the goods or part of them; or
- (b) if it is impossible for him to make restitution of all or part of the goods or to make restitution of all or part of the goods substantially in the condition in which he received them, but he has nevertheless declared the contract avoided or required the seller to deliver substitute goods.

SECTION VI. PRESERVATION OF THE GOODS

Article 85

If the buyer is in delay in taking delivery of the goods or, where payment of the price and delivery of the goods are to be made concurrently, if he fails to pay the price, and the seller is either in possession of the goods or otherwise able to control their disposition, the seller must take such steps as are reasonable in the circumstances to preserve them. He is entitled to retain them until he has been reimbursed his reasonable expenses by the buyer.

Article 86

(1) If the buyer has received the goods and intends to exercise any right under the contract or this Convention to reject them, he must take such

steps to preserve them as are reasonable in the circumstances. He is entitled to retain them until he has been reimbursed his reasonable expenses by the seller.

(2) If goods dispatched to the buyer have been placed at his disposal at their destination and he exercises the right to reject them, he must take possession of them on behalf of the seller, provided that this can be done without payment of the price and without unreasonable inconvenience or unreasonable expense. This provision does not apply if the seller or a person authorised to take charge of the goods on his behalf is present at the destination. If the buyer takes possession of the goods under this paragraph, his rights and obligations are governed by the preceding paragraph.

Article 87

A party who is bound to take steps to preserve the goods may deposit them in a warehouse of a third person at the expense of the other party provided that the expense incurred is not unreasonable.

Article 88

(1) A party who is bound to preserve the goods in accordance with article 85 or 86 may sell them by any appropriate means if there has been an unreasonable delay by the other party in taking possession of the goods or in taking them back or in paying the price or the cost of preservation, provided that reasonable notice of the intention to sell has been given to the other party.

(2) If the goods are subject to rapid deterioration or their preservation would involve unreasonable expense, a party who is bound to preserve the goods in accordance with article 85 or 86 must take reasonable measures to sell them. To the extent possible he must give notice to the other party of his intention to sell.

(3) A party selling the goods has the right to retain out of the proceeds of sale an amount equal to the reasonable expenses of preserving the goods and of selling them. He must account to the other party for the balance.

PART IV. FINAL PROVISIONS

Article 89

The Secretary-General of the United Nations is hereby designated as the depositary for this Convention.

Article 90

This Convention does not prevail over any international agreement which has already been or may be entered into and which contain provisions concerning the matters governed by this Convention, provided that the parties have their places of business in States parties to such agreement.

Article 91

(1) This Convention is open for signature at the concluding meeting of the United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods and will remain open for signature by all States at the Headquarters of the United Nations, New York until 30 September 1981.

(2) This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.

(3) This Convention is open for accession by all States which are not signatory States as from the date it is open for signature.

(4) Instruments of ratification, acceptance, approval and accession are to be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 92

(1) A Contracting State may declare at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession that it will not be bound by Part II of this Convention or that it will not be bound by Part III of this Convention.

(2) A Contracting State which makes a declaration in accordance with the preceding paragraph in respect of Part II or Part III of this Convention is not to be considered a Contracting State within paragraph (1) of article 1 of this Convention in respect of matters governed by the Part to which the declaration applies.

Article 93

(1) If a Contracting State has two or more territorial units in which, according to its constitution, different systems of law are applicable in relation to the matters dealt with in this Convention, it may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, declare that this Convention is to extend to all its territorial units or only to one or more of them, and may amend its declaration by submitting another declaration at any time.

(2) These declarations are to be notified to the depositary and are to state expressly the territorial units to which the Convention extends.

(3) If, by virtue of a declaration under this article, this Convention extends to one or more but not all of the territorial units of a Contracting State, and if the place of business of a party is located in that State, this place of business, for the purposes of this Convention, is considered not to be in a Contracting State, unless it is in a territorial unit to which the Convention extends.

(4) If a Contracting State makes no declaration under paragraph (1) of this article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Article 94

(1) Two or more Contracting States which have the same or closely related legal rules on matters governed by this Convention may at any time declare that the Convention is not to apply to contracts of sale or to their formation

where the parties have their places of business in those States. Such declarations may be made jointly or by reciprocal unilateral declarations.

(2) A Contracting State which has the same or closely related legal rules on matters governed by this Convention as one or more non-Contracting States may at any time declare that the Convention is not to apply to contracts of sale or to their formation where the parties have their places of business in those States.

(3) If a State which is the object of a declaration under the preceding paragraph subsequently becomes a Contracting State, the declaration made will, as from the date on which the Convention enters into force in respect of the new Contracting State, have the effect of a declaration made under paragraph (1), provided that the new Contracting State joins in such declaration or makes a reciprocal unilateral declaration.

Article 95

Any State may declare at the time of the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession that it will not be bound by subparagraph (1)(b) of article 1 of this Convention.

Article 96

A Contracting State whose legislation requires contracts of sale to be concluded in or evidenced by writing may at any time make a declaration in accordance with article 12 that any provision of article 11, article 29, or Part II of this Convention, that allows a contract of sale or its modification or termination by agreement or any offer, acceptance, or other indication of intention to be made in any form other than in writing, does not apply where any party has his place of business in that State.

Article 97

(1) Declarations made under this Convention at the time of signature are subject to confirmation upon ratification, acceptance or approval.

(2) Declaration and confirmations of declarations are to be in writing and be formally notified to the depositary.

(3) A declaration takes effect simultaneously with the entry into force of this Convention in respect of the State concerned. However, a declaration of which the depositary receives formal notification after such entry into force takes effect on the first day of the month following the expiration of six months after the date of its receipt by the depositary. Reciprocal unilateral declarations under article 94 take effect on the first day of the month following the expiration of six months after the receipt of the latest declaration by the depositary.

(4) Any State which makes a declaration under this Convention may withdraw it at any time by a formal notification in writing addressed to the depositary. Such withdrawal is to take effect on the first day of the month

where the parties have their places of business in those States. Such declarations may be made jointly or by reciprocal unilateral declarations.

(2) A Contracting State which has the same or closely related legal rules on matters governed by this Convention as one or more non-Contracting States may at any time declare that the Convention is not to apply to contracts of sale or to their formation where the parties have their places of business in those States.

(3) If a State which is the object of a declaration under the preceding paragraph subsequently becomes a Contracting State, the declaration made will, as from the date on which the Convention enters into force in respect of the new Contracting State, have the effect of a declaration made under paragraph (1), provided that the new Contracting State joins in such declaration or makes a reciprocal unilateral declaration.

Article 95

Any State may declare at the time of the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession that it will not be bound by subparagraph (1)(b) of article 1 of this Convention.

Article 96

A Contracting State whose legislation requires contracts of sale to be concluded in or evidenced by writing may at any time make a declaration in accordance with article 12 that any provision of article 11, article 29, or Part II of this Convention, that allows a contract of sale or its modification or termination by agreement or any offer, acceptance, or other indication of intention to be made in any form other than in writing, does not apply where any party has his place of business in that State.

Article 97

(1) Declarations made under this Convention at the time of signature are subject to confirmation upon ratification, acceptance or approval.

(2) Declaration and confirmations of declarations are to be in writing and be formally notified to the depositary.

(3) A declaration takes effect simultaneously with the entry into force of this Convention in respect of the State concerned. However, a declaration of which the depositary receives formal notification after such entry into force takes effect on the first day of the month following the expiration of six months after the date of its receipt by the depositary. Reciprocal unilateral declarations under article 94 take effect on the first day of the month following the expiration of six months after the receipt of the latest declaration by the depositary.

(4) Any State which makes a declaration under this Convention may withdraw it at any time by a formal notification in writing addressed to the depositary. Such withdrawal is to take effect on the first day of the month

following the expiration of six months after the date of the receipt of the notification by the depositary.

(5) A withdrawal of a declaration made under article 94 renders inoperative, as from the date on which the withdrawal takes effect, any reciprocal declaration made by another State under that article.

Article 98

No reservations are permitted except those expressly authorized in this Convention.

Article 99

(1) This Convention enters into force, subject to the provisions of paragraph (6) of this article, on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date of deposit of the tenth instrument of ratification, acceptance, approval or accession, including an instrument which contains a declaration made under article 92.

(2) When a State ratifies, accepts, approves or accedes to this Convention after the deposit of the tenth instrument of ratification, acceptance, approval or accession, this Convention, with the exception of the Part excluded, enters into force in respect of that State, subject to the provisions of paragraph (6) of this article, on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date of the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

(3) A State which ratifies, accepts, approves or accedes to this Convention and is a party to either or both the Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods done at The Hague on 1 July 1964 (1964 Hague Formation Convention) and the Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods done at The Hague on 1 July 1964 (1964 Hague Sales Convention) shall at the same time denounce, as the case may be, either or both the 1964 Hague Sales Convention and the 1964 Hague Formation Convention by notifying the Government of the Netherlands to that effect.

(4) A State party to the 1964 Hague Sales Convention which ratifies, accepts, approves or accedes to the present Convention and declares or has declared under article 92 that it will not be bound by Part II of this Convention shall at the time of ratification, acceptance, approval or accession denounce the 1964 Hague Sales Convention by notifying the Government of the Netherlands to that effect.

(5) A State party to the 1964 Hague Formation Convention which ratifies, accepts, approves or accedes to the present Convention and declares or has declared under article 92 that it will not be bound by Part III of this Convention shall at the time of ratification, acceptance, approval or accession denounce the 1964 Hague Formation Convention by notifying the Government of the Netherlands to that effect.

(6) For the purpose of this article, ratifications, acceptances, approvals and accessions in respect of this Convention by States parties to the 1964

Hague Formation Convention or to the 1964 Hague Sales Convention shall not be effective until such denunciations as may be required on the part of those States in respect of the latter two Conventions have themselves become effective. The depositary of this Convention shall consult with the Government of the Netherlands, as the depositary of the 1964 Conventions, so as to ensure necessary co-ordination in this respect.

Article 100

(1) This Convention applies to the formation of a contract only when the proposal for concluding the contract is made on or after the date when the Convention enters into force in respect of the Contracting States referred to in subparagraph (1)(a) or the Contracting State referred to in subparagraph (1)(b) of article 1.

(2) This Convention applies only to contracts concluded on or after the date when the Convention enters into force in respect of the Contracting States referred to in subparagraph (1)(a) or the Contracting State referred to in subparagraph (1)(b) of article 1.

Article 101

(1) A Contracting State may denounce this Convention, or Part II or Part III of the Convention, by a formal notification in writing addressed to the depositary.

(2) The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of twelve months after the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation takes effect upon the expiration of such longer period after the notification is received by the depositary.

DONE at Vienna, this day of eleventh day of April, one thousand nine hundred and eighty, in a single original, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic.

IN WITNESS WHEREOF the undersigned plenipotentiaries, being duly authorised by their respective Governments, have signed this Convention.

LAW REVIEW

Bureau for International Legal Services

Vol. 9

Autumn-Winter 1987-88

Publication:

Bureau for International Legal Services

No. 140, Forsat St. Taleghani Ave. Tehran-Iran

Tel. (21) 825071-5, 824176

نشریه

دفتر خدمات حقوق بین الملل جمهوری اسلامی ایران

تهران، خیابان طالقانی، بیش شماری فرصت، شماره ۱۴۰، تلفن ۸۲۵۰۷۱

برای عموم: ۴۰۰ ریال • برای دانشجویان (در دانشگاه): ۳۰۰ ریال