

# مَجْلِهِ حُقُوقٍ

دفتر خدمات حقوق بین المللی جمهوری اسلامی ایران

پائیز - زمستان ۶۸

شماره یازدهم

• حمایت و توسعه محیط زیست دریائی خلیج فارس و دریای عمان • کشتار جمعی • محدودیتهای مربوط به حقوق مالی بیگانگان در قوانین ایران • یاد استاد میشل ویرالی حقوقدان بین المللی، فیلسوف حقوق • مفهوم آتشبس، ترک مخاصمه و متارکه جنگ از دیدگاه حقوق بین الملل • تعارض قوانین در داوری تجارت بین المللی • خلاصه اقدامات دیوان داوری ایران و ایالات متحده امریکا در لاهه • حمله امریکا به گرانادا: پیامدها و وجاهت قانونی آن • فهرست موضوعی مقالات «مجله حقوقی» از شماره ۱ تا شماره ۱۰ • استاد بین المللی (قانون قابل اعمال در بیان بین المللی...)

Jrct H

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



# مجله حقوق

دفتر خدمات حقوق بین المللی جمهوری اسلامی ایران

|  |     |                        |
|--|-----|------------------------|
| • حمایت و توسعه محیط زیست دریائی خلیج فارس و دریائی عمان         | ۵   | دکتر جمشید ممتاز       |
| • کشتار جمعی   | ۳۳  | دکتر محمدعلی اردبیلی   |
| • محدودیتهای مربوط به حقوق مالی یگانگان در قوانین ایران          | ۷۳  | دکتر سیدحسین صفائی     |
| • یاد استاد میشل ویرالی  | ۹۷  | دکتر ناصر علی منصوریان |
| • مفهوم آتش بس، ترک مخاصمه و مشارکه جنگ از دیدگاه حقوق بین الملل | ۱۲۵ | دکتر علی اصغر کاظمی    |
| • تعارض قوانین در داوری تجاری بین المللی                         | ۱۵۳ | دکتر ریبعاً اسکنی      |
| • خلاصه اقدامات دیوان داوری ایران و ایالات متحده امریکا در لاهه  | ۲۱۵ |                        |
| • حاکمیت در منابع طبیعی  | ۲۲۱ | ترجمه علی حیرانی نوبری |
| • حمله امریکا به گرانادا: پیامدها و وجاهت قانونی آن              | ۲۳۵ | ترجمه اسدالله کریمی    |
| • فهرست موضوعی مقالات «مجله حقوقی» از شماره ۱ تا شماره ۱۰        | ۲۶۵ |                        |
| • استاد بین المللی (قانون قابل اعمال در بیان بین المللی...)      | ۲۹۱ |                        |

مندرجات مقالات منحصرأ  
نظرات نویسندگان آنها  
است.

## مجله حقوق

نشریه دفتر خدمات حقوقی بین المللی

مدیر مسئول: دکتر گودرز افتخار جهرمی

سردیب: محسن محبی

زیرنظر: هیئت تحریریه

تاریخ نشر: پائیز - زمستان ۶۸

تعداد: ۵۰۰۰ جلد

چاپ و صحافی: چایخانه آفتاب

همکار فنی: سازمان طرح و اجرای کتاب

دکتر جشید ممتاز



حمایت و توسعه

محیط زیست دریائی خلیج فارس

و دریای عمان





به تاریخ ۲۷ سپتامبر ۱۹۷۱ به مناسبت تشکیل سمیناری در بیروت راجع به محیط زیست و توسعه، دولت کویت با تأکید بر خطراتی که محیط زیست خلیج فارس را تهدید می‌کند خواستار تشکیل کنفرانس منطقه‌ای با شرکت کشورهای ساحلی به منظور تنظیم کنوانسیونی در زمینه حراست از محیط زیست دریائی شد.

تصویب کنوانسیون لندن مورخ ۲ نوامبر ۱۹۷۳ درخصوص جلوگیری از آودگی ناشی از فعالیت کشتیها که خلیج فارس را «منطقة ویژه» اعلام می‌کند و همچنین تصمیم شورای حکام برنامه محیط زیست ملل متحده در ماه مارس ۱۹۷۴ مبنی بر ضرورت حراست از خلیج فارس و قبول نقش هماهنگ کننده اقداماتی که در این زمینه انجام خواهد گرفت، به فعالیت کشورهای ساحلی در جهت اتخاذ تصمیماتی به منظور حمایت و توسعه محیط زیست خلیج فارس و دریای عمان سرعت بیشتری بخشید.



## ۱. خلیج فارس، منطقه ویژه

براساس کنوانسیون لندن ۱۹۷۳ خلیج فارس همانند دریای مدیترانه، دریای سرخ، دریای بالتیک و دریای سیاه منطقه ویژه شناخته شده است.<sup>۱</sup> موقعیت این دریاها از لحاظ اقیانوس‌شناسی و اکولوژیکی و همچنین تراکم تردّد کشتیها اتخاذ تدابیر ویژه‌ای را برای پیشگیری آلدگی ناشی از کشتیها می‌طلبد.

تردیدی نیست که خصوصیات جغرافیائی و طبیعی خلیج فارس و آسیب‌پذیری آن در مقابل آلدگی ایجاب می‌کند که دولتهای ساحلی تدابیری در سطح منطقه برای حراست از محیط زیست دریائی، با درنظر داشتن کلیه منابع آلدگی، اتخاذ نمایند.

حجم آب خلیج فارس با وسعتی معادل ۲۵۰,۰۰۰ کیلومتر مربع و عمق متوسط ۳۵ متر، اندک است، مضافاً اینکه تنگی گلوبگاه هرمز سبب می‌شود که آبهای آن به کندی تجدید شود.<sup>۲</sup> شوری آب در این محدوده دریائی به علت عمق کم آن و درجه حرارت بالا در منطقه بسیار زیاد است و سبب می‌شود که از توانائی پالایش و تصفیه فضولات توسعه آب دریا به صورت محسوسی کاسته شود.<sup>۳</sup>

اهمیت مخازن نفتی در منطقه و افزایش تولیدات و صادرات آن در سالهای اخیر مهمترین عامل در آلدگی آبهای خلیج فارس به شمار

۱. ضمیمه یک کنوانسیون.
۲. سخنرانی آقای دکتر مسعود کیهان در سمینار خلیج فارس، ۲۴ مهرماه ۱۳۴۱، تهران. سخنرانیهای ایزاد شده در این سمینار توسط اداره کل انتشارات رادیو در دو جلد تحت عنوان سمینار خلیج فارس به چاپ رسید. رک. بد. ج ۱، ص ۱۰-۱۷.
۳. دکتر محمد سعید صبارینی: دریا و محیط زیست، ترجمه دکتر حسن محمدی، سازمان منطقه‌ای محیط زیست دریائی کویت، ۱۹۸۷، ص ۳۷.

می رود. طبق آمار منتشر شده توسط سازمان ملل متحد، تولید نفت هشت کشور ساحلی خلیج فارس در سال ۱۹۸۵ نزدیک به هفتصد میلیون تن متريک تخمین زده شده است که سهم تولیدات فلات قاره به ۱,۱۸۰,۴۲۵,۰۰۰ تن متريک می رسد که از بیش از ۶۰۰ چاه نفتی استخراج می شود.<sup>۴</sup> بخش مهمی از تولیدات نفتی توسط نفتکشها غول پیکر از بیست و چهار پایانه نفتی به خارج از منطقه صادر می شود. در چنین شرایطی فوران احتمالی چاههای نفتی، برخورد نفتکشها و همچنین عملیات تخلیه آب توازن آنها هر کدام ممکن است خطرات مهمی برای محیط زیست دریائی به دنبال داشته باشد. طبق آمار موجود به علت عملیات تخلیه آب توازن، همه ساله بین ۴ الی ۵ میلیون تن نفت به آبهای خلیج فارس ریخته می شود.

در سالهای اخیر کشورهای منطقه به علت افزایش درآمدهای نفتی از رشد بی سابقه ای در زمینه های صنعتی، حمل و نقل و توسعه شهری برخوردار شده اند. در حال حاضر نزدیک به شش میلیون نفر در مراکز شهری ساحلی زندگی می کنند و انتظار می رود که جمعیت بعضی از این شهرها در کمتر از یک دهه دو برابر شود. تخلیه زباله های شهری به دریا، تخلیه پس آب گرم و شور کارخانه های آب شیرین کن و همچنین استفاده از ماسه بستر دریا برای فعالیتهای شهرسازی و صنعتی، همگی از عواملی است که محیط زیست دریائی را بطور محسوسی مختلف می کند.<sup>۵</sup>

## ۲. نقش هماهنگ کننده برنامه محیط زیست ملل متحد

متعاقب کنفرانس محیط زیست که به سال ۱۹۷۲ توسط ملل متحد در استکهلم تشکیل شد، مجمع عمومی ملل متحد مبادرت به

۴. 1984 ENERGY STATISTICS YearBook /U.N./New York, 1986 pp. 156-138.

۵. دکتر حسن محمدی، همان مأخذ، ص ۴۱ و ۳۶.

تنظیم این برنامه نمود.<sup>۶</sup> به سال ۱۹۷۶ این برنامه براساس توصیه طرح اجرائی کنفرانس استکلهلم مبادرت به تنظیم و تصویب برنامه‌ای موسوم به «دریاهای منطقه‌ای» کرد. نظر به خصوصیات اکولوژیکی و جغرافیائی هر منطقه دریائی وجود منافع مشترکی بین کشورهای ساحلی این دریاهای، کنفرانس استکلهلم و برنامه محیط زیست را بر آن داشت که برای دستیابی به نتایج بهتر، مسائل مربوط به محیط زیست دریائی حتی الامکان در سطح منطقه مورد بررسی قرار گیرد و برای جلوگیری از آلودگی محیط زیست دریائی، دولتها اقدام به پذیرش تعهداتی در سطح منطقه بنمایند. بدین ترتیب خلیج فارس نیز توسط شورای مدیران حکام برنامه محیط زیست ملل متحده در فهرست دریاهای منطقه‌ای قرار گرفت و این برنامه مسئولیت هماهنگی اقدامات کشورهای ساحلی و مؤسسات ملل متحده را به منظور تنظیم یک کنوانسیون منطقه‌ای به عهده گرفت.<sup>۷</sup>

به سال ۱۹۷۶ این رکن سازمان ملل متحده، مبادرت به اعزام هیئت واقعیت‌یابی<sup>۸</sup> متشکل از نماینده‌گان برخی از مؤسسات تخصصی ملل متحده از جمله سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحده، سازمان آموزشی علمی و فرهنگی ملل متحده، سازمان بهداشت جهانی و سازمان دریائی بین‌المللی به منطقه کرد. هیئت مذکور اقدام به شناسائی و بررسی مسائل نمود و براساس اطلاعات جمع آوری شده، پیش‌نویس طرح اجرائی برای مقابله با آلودگی را تهیه کرد. این پیش‌نویس که جنبه‌های

۶. قطعنامه ۲۹۹۷ مجمع عمومی ملل متحده به تاریخ ۱۵ دسامبر ۱۹۷۲.

۷. توصیه شماره ۱۰۲ کنفرانس استکلهلم درخصوص همکاری منطقه‌ای (A/CONF. 48/14). در حال حاضر برنامه دریاهای منطقه‌ای، یارده منطقه دریائی از جمله خلیج فارس و دریای عمان را دربرمی‌گیرد. برای کسب اطلاعات بیشتر در این خصوص رجوع کنید به:

P. H. Sand: «The Rise of Regional Agreements for Marine Protection», In The Law of the Sea Essays in Memory of Jean Carroz F.A.O. Rome 1987 p. 223-232.

8. fact finding

علمی و اجتماعی-اقتصادی حراست از محیط زیست منطقه را مورد بررسی قرار می دهد، در جلسه ای با حضور کارشناسان مؤسسات تخصصی ملل متحده در پاریس از ۱۶ تا ۱۸ ژوئن ۱۹۷۶ مورد بررسی و تجدیدنظر قرار گرفت.

متعاقب این جلسه، کارشناسان کشورهای ساحلی در سه نوبت به منظور فراهم کردن مقدمات کنفرانس منطقه ای گرد هم آمدند: ابتدا از تاریخ ۶ تا ۸ دسامبر ۱۹۷۶ برای بحث و تبادل نظر و توافق اصولی در خصوص طرح کنوانسیون تهیه شده توسط برنامه محیط زیست، سپس از تاریخ ۲۴ تا ۲۶ دسامبر ۱۹۷۶ برای شناسائی منابع مختلف آلودگی در منطقه، و بالاخره از ۱۳ تا ۲۰ ژوئیه ۱۹۷۷ برای بررسی امکان ایجاد مرکز کمکهای متقابل در موارد اضطراری.<sup>۹</sup>

به دنبال تصمیم شورای برنامه محیط زیست ملل متحده، مدیر اجرائی این برنامه از دولتهای ایران، عراق، کویت، عمان، قطر، عربستان سعودی و امارات متحده دعوت کرد که از تاریخ ۱۵ تا ۲۳ آوریل ۱۹۷۸ در کنفرانس نمایندگان تأم الاختیار منطقه ای در کویت شرکت کنند.

کنفرانس که با شرکت نمایندگان کلیه کشورهای ساحلی تشکیل شد مبادرت به تصویب طرح عملیاتی برای حمایت و توسعه محیط زیست دریائی و نواحی ساحلی، کنوانسیون منطقه ای کویت برای همکاری درباره حمایت زیست دریائی در مقابل آلودگی و پروتکل مربوط به همکاری برای مبارزه با آلودگی ناشی از نفت و سایر مواد مضر در موارد اضطراری نمود.<sup>۱۰</sup> در آخرین روز کنفرانس، کلیه دولتهای

۹. سند نهائی کنفرانس نمایندگان تأم الاختیار منطقه ای کویت درباره حمایت و توسعه محیط زیست و نواحی ساحلی کویت، ۱۵ - ۲۳ آوریل ۱۹۷۸.

۱۰. متن کامل کنوانسیون و پروتکل در ضمیمه کتاب حقوق بین الملل دریاهای تأليف رايين چرچيل و آلن لوترجمه بهمن آقائي (از انتشارات دفتر مطالعات سياسي و بين المالي) آمده است.

شرکت کننده، به استثنای عمان، کنوانسیون کویت و پروتکل ضمیمه را امضاء کردند و به تاریخ ۳۰ژوئن ۱۹۷۸، بعد از سپری شدن نود روز از تاریخ سپرده شدن پنجمین سند تصویب به دولت کویت که عهدهدار وظایف دولت «نگهدارنده یا امین کنوانسیون» می‌باشد، لازم الاجراء شده است.<sup>۱۱</sup>

بعد از گذشت بیش از ده سال از تاریخ فوق و به دنبال برقراری آتش‌بس بین جمهوری اسلامی ایران و عراق به تاریخ ۲۹ مارس ۱۹۸۹، پروتکل راجع به آلدگی دریائی ناشی از اکتشاف و استخراج از فلات قاره به امضای کلیه دول عضو کنوانسیون کویت رسید. پروتکل حاضر در پایان نودمین روز پس از تاریخ سپردن حداقل پنج سند تصویب یا پذیرش، موافقت و یا الحاق به آن، لازم الاجراء خواهد شد.

## قسمت اول

### تعهدات دولتها

### در چهار چوب کنوانسیون منطقه‌ای کویت

دولتهای عضو کنوانسیون کویت متعهد می‌شوند که در محدوده دریائی که در شمال جغرافیائی کنوانسیون است<sup>۱۲</sup> اقدام به جلوگیری و یا

11. The Sirewe Fall Winte, 1979. p. 2.

۱۲. براساس ماده ۲، کنوانسیون شامل محدوده دریائی منطقه‌ای است که از جنوب محدود است به خطوطی که نقاط جغرافیائی زیر را به هم وصل می‌کند:
- از رأس ضربت علی به مختصات ۱۶ درجه و ۳۹ دقیقه شمالی و ۵۳ درجه و ۳ دقیقه و ۳۰ ثانية شرقی.
  - به نقطه‌ای با مختصات ۱۶ درجه شمالی و ۵۳ درجه و ۲۵ دقیقه شرقی.
  - به نقطه‌ای با مختصات ۱۷ درجه شمالی و ۵۶ درجه و ۳۰ دقیقه شرقی.
  - به نقطه‌ای با مختصات ۲۰ درجه و ۳۰ دقیقه شمالی و ۶۰ درجه شرقی.



کاستن از آلدگی<sup>۱۳</sup> محیط زیست بنمایند. هدفی را که دولتهای عضو  
دبیال می‌کنند حفاظت از محیط زیست منطقه، از طریق مقابله با کلیه  
منابع آلدگی است.

پنج منبع آلودگی مورد شناسائی کنوانسیون کویت قرار گرفته است: آلودگی ناشی از تردد کشتیها، آلودگی ناشی از تخلیه مواد زائد از کشتی و هواپیما، آلودگی واقع در خشکی، آلودگی ناشی از اکتشاف و بهره‌برداری از منابع بستر و زیربستر دریا، و سرانجام آلودگی ناشی از سایر فعالیتهای انسان.<sup>۱۴</sup> تأکید بر این منابع آلودگی از جمله ویژگیهای کنوانسیون کویت در مقایسه با دیگر کنوانسیونهای است که تاکنون برای حراست از دریاهای منطقه‌ای تنظیم شده است. آلودگی ای که بیشتر در مدنظر است آلودگی ناشی از بهره‌برداری از شن و ماسه برای شهرسازی و دیگر فعالیتهای صنعتی از جمله ایجاد کارخانه‌های آب شیرین کن است، بطوریکه فعالیتهای مذکور منجر به مختلف کردن تولید میگو در خلیج کویت و آبهای مجاور بحرین شده است.<sup>۱۵</sup>

— سپس به رأس الفاسمه با مختصات  $25^{\circ}$  درجه و  $4^{\circ}$  دقیقه شمالی و  $61^{\circ}$  درجه و  $25^{\circ}$  دقیقه شرقی که از آین پس «منطقه دریائی» نامیده می‌شود. این منطقه شامل خلیج فارس، دریای عمان و منطقه‌ای به عرض تقریبی  $200$  میل دریائی در مقابل سواحل عمان در آقیانوس هند می‌شود.

۱۳. براساس ماده ۱ کتوانسیون، مقصود از آلدگی دریائی «داخل کردن مواد یا انرژی در محیط زیست دریائی بوسیله انسان بطور مستقیم یا غیرمستقیم می باشد که اثرات زیانبخش مانند آسیب رساندن به منابع زنده و خطر برای سلامت انسان و ایجاد مانع در فعالیتهای دریائی از جمله ماهیگیری و لطمهدزدن به کیفیت از لحاظ استفاده از آب دریا و کاهش وسائل رفاهی به باار آورده یا احتمال ایجاد اینگونه خطرات را دربرداشته باشد». کلیه کتوانسیونهای منطقه ای که در چهار چوب برنامه محیط زیست ملل مسّحد تنظیم شده از آلدگی همین تعریف را کرده اند. این تعریف با مختصر تغییراتی مورد قبول کتوانسیون حقوق دریاها نیز قرار گرفته است.

## ١٤. مواد ٤ الى ٨ كنواتسيون.

15. UNEP/WG. 10-, Background Paper 2, 11 May 1977.

برای مقابله با این منابع آلودگی دول عضو کنوانسیون متعهد می شوند که منفرداً و یا به صورت مشترک کلیه اقدامات لازم را اتخاذ و با یکدگر همکاری کنند.<sup>۱۶</sup>

## (الف)

### اقداماتی که دول عضو کنوانسیون باید بعمل آورند

کنوانسیون کویت همانند دیگر کنوانسیونهای مربوط به حفاظت از محیط زیست، بخودی خود قابل اجرا نیست و اجرای مفاد آن مستلزم اتخاذ اقداماتی به صورت انفرادی و یا دسته جمعی توسط دولتهای متعاهد است.

### ۱. اقدامات انفرادی

• وضع مقررات ملی: دولتهای عضو کنوانسیون موظف اند ضوابط و قوانین و مقررات ملی و داخلی مورد لزوم برای حفاظت از محیط زیست را وضع کنند. به دنبال برگزاری کنفرانس محیط زیست به سال ۱۹۷۲ در استکهلم، اکثر کشورهای ساحلی خلیج فارس مبادرت به تصویب قوانین و تصویب‌نامه‌هائی برای مبارزه با آلودگی محیط زیست دریائی نموده‌اند.<sup>۱۷</sup> معهذا در عمل، این مجموعه مقررات برای اجرای سریع ترتیبات کنوانسیون کافی تشخیص داده نشده است و چنین به نظر می‌رسد که دولتهای عضو باید در تکمیل و هماهنگ کردن این مجموعه اقدام

### ۱۶. ماده ۳ کنوانسیون.

۱۷. از جمله ایران: قانون مربوط به «حفظ از آلودگی با مواد نفتی» مصوب ۱۳۵۴/۱۱/۱۴ که مشتمل بر نوزده ماده و هشت تبصره است. برای جزئیات بیشتر رک. به آقای حسن حبیبی: «حقوق بین‌الملل در برابر مسئله خسارت واردۀ به دولتها در گستره دریاهایا»، فصلنامه حق، دفتر یکم، فروردین - خرداد ۱۳۶۴، ص ۱۱۶.

ضمناً دولتهاي عضو کوشش خواهند کرد که سياستهاي مللي خود را برای انجام مؤثر تعهدات خود هماهنگ سازند و برای اين منظوريک مرجع مللي تعين کنند، که در ايران اين مرجع سازمان حفاظت محيط زيست است.

• الحق به کنوانيونها: برای مبارزه با آلودگی ناشی از تردد کشتیها و همچنین آلودگی ناشی از تخلیه مواد زائد از کشتی و هوایما، کنوانيون کويت از دول عضوی خواهد که اقدامات مناسب را با رعایت مقررات کنوانيونهاي بین المللی معمول دارند. در اين دو مورد چنین تشخيص داده شده که مقررات موجود در سطح بین المللی کافي است و احتیاجی به تنظیم مقرراتی در سطح منطقه نیست. در طرح عملیاتی کنوانيون مورد بحث، به کنوانيونهاي موردنظر که عبارتند از کنوانيون ۱۹۵۴ لندن برای جلوگیری از آلودگی دریا به مواد نفتی و اصلاحیه های آن، کنوانيون ۱۹۷۲ لندن درباره جلوگیری از آلودگی دریا ناشی از تخلیه مواد زائد و مانند آن در آب و بالاخره کنوانيون ۱۹۷۳ لندن برای جلوگیری از آلودگی ناشی از کشتیها (اصلاح شده بوسیله پروتکل ۱۹۷۸) صراحتاً اشاره گردیده و از دولتها خواسته شده است که اقدامات خود را در جهت حمایت از منطقه، خصوصاً از طریق تصویب این کنوانيونها، توسعه دهند.<sup>۱۹</sup>

تعدادی از دولتها به اين کنوانيونها ملحق شده اند، ولی اکثراً به علت کندی و طولاني بودن تشریفات تصویب، به اين توصیه توجه نداشته و در مواردي به درج برخی از مقررات اين کنوانيونها در قوانین و

18. In Depth Evaluation and Reorientation of the Kuwait Action Plan Report of the Ad Hoc GROVP of Experts Kuwait, 28 May- 9 June 1988, ROPME/WG-37/2 p. 17.

۱۹. بند ۲۵ طرح عملیاتی برای حمایت توسعه محیط زیست دریائی.

مصوبات خود اکتفا کرده‌اند. ایران در قانون «مربوط به حفاظت دریا و رودخانه‌های مرزی از آلودگی با مواد نفتی» مصوب ۱۳۵۴ خود از مقررات کنوانسیون ۱۹۷۳ پیروی کرده است.

## ۲. اقدامات دسته جمعی

تنها مورد قابل ذکر، تنظیم پروتکلهای برای انضمام به کنوانسیون کویت است. براساس کنوانسیون مذکور دولتهای متعاهد موظف‌اند در تنظیم و تصویب پروتکلهای که متنضم‌اند اقدامات و خط مشی‌ها و ضوابط مورد توافق برای اجرای کنوانسیون باشد با هم همکاری نمایند. علاوه بر پروتکل همکاری منطقه‌ای برای مبارزه با آلودگی ناشی از نفت و سایر مواد مضر، در موارد اضطراری که همزمان با کنوانسیون کویت به تصویب رسید و پروتکل مربوط به آلودگی ناشی از اکتشاف و استخراج از فلات قاره و بستر دریا که اخیراً به امضای دولتهای عضو کنوانسیون رسیده در طرح عملیاتی پیشنهاد شده است که دولتهای متعاهد با همکاری برنامه محیط زیست ملل متحده مبادرت به تهیه پروتکلهای اضافی نمایند. زمینه‌های مورد توافق که ممکن است موضوع پروتکلهای جداگانه‌ای باشد عبارت است از: همکاری علمی و فتی، توسعه حفاظت حمایت و استفاده هماهنگ از منابع زنده دریائی منطقه، مسئولیت و جبران خسارت ناشی از آلودگی محیط زیست دریا و آلودگی ناشی از منابع واقع در خشکی.<sup>۲۰</sup>

نظر به اهمیت این منبع آلودگی در منطقه از سال ۱۹۸۳ اقدامات گسترده‌ای به منظور تهیه پروتکلی در این خصوص انجام گرفته است، ولی متأسفانه تاکنون به علت عدم تفاهم جمهوری اسلامی ایران و عراق

. ۲۰. بند ۲۴ طرح عملیاتی.

در مورد نحوه برخورد با آلدگی ناشی از رودخانه‌های مرزی، طرح پروتکل مربوط به تصویب نرسیده است؛ معهذا انتظار می‌رود که با برطرف شدن آخرین موانع، در آینده نزدیک دولتهای عضو کنوانسیون کویت مبادرت به تصویب و امضای آن بنمایند.

## ب

### الزام دولتهای عضو به همکاری با یکدیگر

کنوانسیون کویت توصیه می‌کند که همکاری در زمینه‌های موردنظر حتی الامکان در چهارچوب «سازمان منطقه‌ای برای حمایت از محیط زیست دریائی» انجام گیرد.<sup>۲۱</sup>

#### ۱. زمینه‌های همکاری

دولتهای عضو با یکدیگر در زمینه تحقیقات علمی کنترل و ارزیابی مربوط به آلدگی در منطقه دریائی همکاری خواهند نمود و اطلاعات حاصله و دانستنیهای علمی را جهت اجرای کنوانسیون و پروتکلهای آن مبادله خواهند کرد. تدوین و ایجاد هماهنگی برنامه‌های ملی تحقیقاتی و مراقبت و ارزیابی مربوط به منابع آلدگی، دیگر زمینه همکاری است که کنوانسیون مقرر داشته است. به منظور حصول اطمینان از دستیابی به این هدف، دولتها مبادرت به ایجاد شبکه منطقه‌ای خواهند نمود. بالاخره برای مقابله با آلدگی، دولتها موظف خواهند بود با یکدیگر در تهییه و تنظیم برنامه‌های کمکهای فتی و غیره همکاری نمایند.<sup>۲۲</sup>

. ۲۱. مواد ۴ و ۱۲ کنوانسیون.

. ۲۲. ماده ۱۰ کنوانسیون.

## ۲. سازمان منطقه‌ای برای حمایت از محیط زیست دریائی

کنوانسیون کویت بکرات بر این نکته تأکید داشته است که دولتهاي عضو می توانند مستقیماً و یا در صورت لزوم از طریق سازمانهای ذیصلاح بین المللی و یا منطقه‌ای با یکدیگر همکاری نمایند. تردیدی نیست که توسل به سازمانهای بین المللی از جمله سازمان کشتیرانی بین المللی و یا ترتیبات سازمانی برنامه محیط زیست ملل متحد که از امکانات فتی و تخصصی لازم برخوردار هستند، بهترین شرایط را برای همکاری فراهم می نماید. بدین ترتیب دولتهاي عضو در انتخاب چهارچوب تشکیلاتی همکاریهای دوجانبه و چندجانبه خود از آزادی عمل برخوردارند. معهذا در مورد تهیه و تنظیم برنامه‌های کمکهای فتی و غیره در زمینه‌های مربوط به آلودگی، کنوانسیون از دولتها می خواهد که همکاری در چهارچوب سازمان منطقه‌ای برای حمایت از محیط زیست دریائی انجام گیرد.

سازمان منطقه‌ای برای حمایت از محیط زیست دریائی و یا «راپمی»<sup>۲۳</sup> که علامت اختصاری آن به انگلیسی است، توسط دولتهاي عضو کنوانسیون تأسیس شده و مقر دائمی آن در کویت است. این سازمان از سال ۱۹۸۱ فعالیت خود را آغاز کرده است.

سازمان از یک شورا مشتمل از نمایندگان دول متعاهد، یک دبیرخانه و یک کمیسیون قضائی برای حل اختلافات که ترکیب و حدود اختیارات آن هنوز مشخص نشده است، تشکیل می شود. از جمله وظایف شورا بررسی مرتب اجرای کنوانسیون و پروتکلهای آن و برنامه عملیاتی است. در این راستا شورا موظف است که وضع آلودگی دریا و اثرات آن

23. Regional Protective Organization of Maritime Environment (ROPME)

بر منطقه را براساس گزارش‌هایی که از طرف دولتهای متعاهد و سازمانهای صلاحیت دار دریافت می‌دارد، مورد بررسی قرار دهد. دبیرخانه سازمان که شامل پرسنل لازم و در رأس آن یک دبیر اجرائی است که توسط شورا انتخاب می‌شود، دارای وظایف و مسئولیت‌های متعددی است. گذشته از وظایفی که صرفاً جنبه اداری دارد، دبیرخانه موظف است در صورت تقاضای هر یک از دول عضو، ترتیبات لازم را برای تأمین کمک فتی و راهنمایی برای تهیه و طرح قوانین مالی مربوط فراهم نماید. از دیگر وظایف شایان ذکر، تنظیم و اجرای برنامه‌های کارآموزی در زمینه‌های مربوط به اجرای کنوانسیون و پروتکلهای آن است.<sup>۲۴</sup>

با وجود جو نامساعد حاکم در منطقه، این سازمان توانسته است در طول سالهای اخیر نقش مؤثری در جمع آوری اطلاعات اساسی درباره محیط زیست منطقه داشته باشد. تاکنون با کمک برنامه محیط زیست ملل متحد و برخی از مؤسسات تخصصی آن، سازمان مطالعاتی به منظور ارزیابی منشأ و میزان آلودگی و اثرات آن در منطقه انجام داده است.<sup>۲۵</sup> معهذا باید اذعان داشت که کماکان سازمان و کشورهای عضو در مواردی با نقصان اطلاعات اساسی مواجه هستند.

۲۴. مواد ۱۶—۱۸ کنوانسیون.

۲۵. ارجمله:

- Dust Eallout in the Northern part of the ROPME Sea Area ROPME/ GC-5/005-1987.
- Wate Water Discharges Froit Domestic Sources to the ROPME Sea Area Report Kuwait-1987.

## قسمت دوم

### تعهّدات دولتها

## در چهار چوب پروتکلهای ضمیمه کنوانسیون

هدف از تنظیم و تصویب پروتکلهای ضمیمه، همکاری گسترده‌تر در زمینه حمایت از محیط زیست دریائی در برابر آلودگی از طریق اتخاذ تدبیری معین و مشخص در جهت اجرای تعهدات کلی است که دولتها در چهار چوب کنوانسیون کویت پذیرفته اند. به همین علت ارتباط تنگاتنگی که بین کنوانسیون کویت و پروتکلهای آن وجود دارد، پروتکل همکاری منطقه‌ای برای مبارزه با آلودگی ناشی از نفت و سایر مواد مضر در موارد اضطراری که همزمان با کنوانسیون تصویب و امضاء شده است، جزء لینفک کنوانسیون محسوب می‌شود و تنها دولتهای عضو کنوانسیون می‌توانند به پروتکل راجع به آلودگی دریائی ناشی از اکتشاف و استخراج فلات قاره ملحق شوند.

بطورکلی شمال جغرافیائی پروتکلها همان محدوده دریائی است که در ماده ۲ کنوانسیون کویت تعریف شده است. معهذا دولتهای عضو پروتکل همکاری منطقه‌ای در موارد اضطراری می‌توانند در صورت تمایل، از لحاظ مقابله با موارد اضطراری در دریا بنادر، خورها، خلیجها کوچک و مردابهای خود را جزء منطقه دریائی محسوب نمایند.<sup>۲۶</sup> منطقه‌ای که پروتکل مربوط به فلات قاره در آن قابل اجرا است در برگیرنده کلیه قسمتهای فلات قاره هر دولت متعاهد است که در داخل و یا مجاورت منطقه دریائی قرار گرفته است. بدین ترتیب، پروتکل مذکور

۲۶. ماده ۴ پروتکل موارد اضطراری.

شامل دریای سرزمینی و به طریق اولی آبهای داخلی کشورها نمی‌شود. با درنظر گرفتن این واقعیت که تعداد قابل ملاحظه‌ای از سکوهای نفتی در دریای مرزی کشورها قرار گرفته است این محدودیت جغرافیائی قابل توجیه نیست، مضافاً اینکه دولتها عضو کنوانسیون کویت خود را متعهد نموده بودند که کلیه اقدامات لازم را برای جلوگیری و کاستن از آلودگی ناشی از عملیات اکتشاف و استخراج نه تنها در فلات قاره بلکه در بستر و زیر دریای مرزی معمول دارند.<sup>۲۷</sup> در عوض، منطقه پروتکل شامل آن قسمت از فلات قاره دولتها عضو که در مجاورت منطقه دریائی کنوانسیون قرار گرفته نیز خواهد شد. گستردگی فلات قاره عمان در اقیانوس هند که در مجاورای منطقه دریائی کنوانسیون کویت ادامه دارد، ایجاب می‌کرد که چنین ترتیبی در پروتکل پیش‌بینی شود.

## الف

تعهدات دولت در چهارچوب پروتکل همکاری منطقه‌ای برای مبارزه با آلودگی ناشی از نفت و سایر مواد مضر در موارد اضطراری

مقصود از مورد اضطراری در دریا هر نوع آسیب، رویداد، واقعه یا وضعیتی است که منجر به آلودگی مهم یا تهدید قریب الوقوع به آلودگی مهم در محیط زیست دریائی بوسیله مواد نفتی گردد و نیز شامل سایر حوادثی که برای کشتیها منجمله نفتکشها رخ دهد و فورانهای ناشی از فعالیت‌های حفاری و تولید نفت، وجود نفت و سایر مواد مضر در آب ناشی از نقص تأسیسات صنعتی خواهد بود.

تجربه نشان داده است که برای مقابله با چنین مواردی نیرو و تجهیزات زیادی باید بکار گرفته شود که احتمالاً هیچیک از دولتها منطقه‌نمی‌تواند به تنهائی آن را فراهم نماید. به همین جهت، همکاری بین

۲۷. ماده ۷ کنوانسیون.

دولتها ترجیحاً در چهار چوب مرکز کمکهای متقابل موارد اضطراری، امری ضروری به نظر می رسد.

## ۱. اقدامات دولت برای مقابله با موارد اضطراری

برای مقابله با موارد اضطراری آلدگی به صورت کامل و جامع، دولتها عضو پروتکل متعهد می شوند که تدابیر لازم را در سطح ملی و منطقه ای اتخاذ نمایند.

اولین و مهمترین اقدام دولتها در جهت تقویت بنیه خود برای رویاروئی با آلدگی در موارد اضطراری خواهد بود. بدین منظور دولتها کوشش خواهند کرد نیروی انسانی کارآمد و تجهیزات لازم از جمله هواپیما و کشتی در اختیار داشته باشند و با تنظیم طرحهای نحوه انجام عملیات و استفاده از این امکانات را مشخص نمایند. تاکنون هفت دولت مبادرت به اتخاذ چنین طرحهای نموده اند.<sup>۲۸</sup>

تردیدی نیست که سرعت عمل در رویاروئی با موارد اضطراری و همکاری بین دولتها عوامل تعیین کننده ای در مهار کردن منبع آلدگی به شمار می رود. برای اینکه وجود هر نوع مورد اضطراری در اسرع وقت به اطلاع مراجع ذیصلاح دولتها و مرکز کمکهای متقابل برسد، دول عضو پروتکل از فرماندهان کشتیها، خلبانان هواپیماها و مسئولان سکوهای که در حوزه عمل آنان قرار دارد، خواهند خواست که این موارد را گزارش کنند و به محض دریافت گزارش، دولتها موظف خواهند بود مراتب را به دیگر دول متعاهد و دول صاحب پرچم کشتی که در مورد اضطراری درگیر است، اطلاع دهند.<sup>۲۹</sup>

۲۸. ماده ۲ پروتکل موارد اضطراری.

۲۹. ماده ۷ پروتکل موارد اضطراری.

دولتهایی که نتوانند به علت کمبود امکانات به تنهایی با آلودگی مقابله کنند، می‌توانند از دیگر دولتها تقاضای کمک نمایند. این دولتها نهایت سعی خود را برای کمک در حد امکانات و توانائی خود مبذول خواهند داشت. بدین ترتیب، در این خصوص پروتکل حقی برای دولتها ایجاد نمی‌کند و هر یک از دولتها مجاز خواهند بود که با درنظر گرفتن امکانات موجود و احتمالاً دیگر شرایط، به درخواستهای رسیده پاسخ مناسب بدهند. معهداً باید اذعان داشت که در عمل بسختی دولتی می‌تواند در شرایط اضطراری از مساعدت به دیگر دولتهای منطقه خودداری نماید و از همکاری در جهت دفع خطری که می‌تواند در نهایت منافع خود اورانیز تهدید کند، خودداری ورزد. در پروتکل آمده است که کمک مذکور امکان دارد شامل اعزام پرسنل، مواد و تجهیزات برای دفع مواد آلوده کننده که جمع آوری شده و همچنین تسهیل در امر انتقال پرسنل و تجهیزات به داخل و یا خارج از سرزمین هر دولت متعاهد و یا عبور از آن باشد.<sup>۳۰</sup>

## ۲. مرکز کمکهای متقابل موارد اضطراری در دریا

مرکز کمکهای متقابل موارد اضطراری در دریا و یا «میمک»<sup>۳۱</sup> که علامت اختصاری آن به انگلیسی است، براساس قطعنامه‌ای که توسط کنفرانس نمایندگان تام‌الاختیار کویت صادر شد، در منامه پایتخت بحرین استقرار یافت و از سال ۱۹۸۳ فعالیت خود را آغاز کرد. این مرکز یکی از ارکان سازمان منطقه‌ای برای حمایت از محیط زیست دریائی محسوب می‌شود، ولی ماهیّت فعالیت مرکز ایجاب می‌کند که از

### ۳۰. ماده ۲ پروتکل موارد اضطراری.

31. MEMAC

حداکثر آزادی عمل نسبت به سازمان برخوردار باشد. به همین علت، دبیر مرکز از اختیارات لازم برای رویاروئی سریع و مؤثر دربرابر موارد اضطراری برخوردار است.

هدف اصلی از تأسیس مرکز، تقویت بنیه دولتها و تسهیل همکاری بین آنها به منظور مبارزه با آلودگی در موارد اضطراری است. در این راستا و در صورت تقاضای دولتها، مرکز موظف خواهد بود آنها را در تهیه طرحهای مقابله با موارد اضطراری، برقراری روشهای که بتوان طبق آن به توانائی دولتها در مقابله با آلودگی افزود و همچنین تقویت و توسعه برنامه‌های کارآموزی کمک نماید.<sup>۳۲</sup> در این خصوص عملکرد مرکز مشبت بوده و تاکنون بیش از ۲۰۰ کارآموز در برنامه‌های آموزشی و سمینارهایی که توسط مرکز در زمینه‌های مختلف مبارزه با آلودگی تشکیل شده است، شرکت کرده‌اند.<sup>۳۳</sup>

دولتهای عضو پروتکل به نوبه خود موظف خواهند بود مرکز را در گردآوری و توزیع اطلاعات مربوط به موضوعات مندرج در پروتکل یاری دهند. بدین منظور، دولتها اطلاعات مربوط به روشهای مقابله با موارد اضطراری، تحقیقات مربوط به زمینه‌های مذکور و همچنین نتایج و تحولات آن را در اختیار مرکز و دولت متعاهد قرار خواهند داد. ضمناً در صورت وقوع هر نوع مورد اضطراری، دولتهای درگیر سریعاً امر را به اطلاع مرکز خواهند رسانید. نظر به اهمیت اطلاعات و ضرورت مبادله آن در اسرع وقت، پروتکل پیش‌بینی می‌کند که از جمله وظایف مرکز، ایجاد و حفظ یک سیستم مخابرات و اطلاعات مناسب با نیازهای دول متعاهد و مرکز خواهد بود.<sup>۳۴</sup>

محتمل است که در آینده مرکز رأساً در امور مربوط به رویاروئی

۳۲. ماده ۳ پروتکل موارد اضطراری.

33. In Depth Op. Cit p. 5.

۳۴. ماده ۳ پروتکل موارد اضطراری.

با موارد اضطراری مداخله کند. در جریان کارهای مقدماتی که به تشکیل کنفرانس کویت آنجامید، آن دسته از دولتها که فاقد نیروی انسانی کارآمد و تجهیزات لازم برای مقابله با موارد اضطراری بودند، اصرار داشتند که چنین مسئولیتی به مرکز داده شود. در پروتکل آمده است که یکی از هدفهای بعدی مرکز، امکان اقدام به عملیات مبارزه با آلودگی خواهد بود. پیش‌بینی شده است که شورا می‌تواند پس از ارزیابی فعالیتهای مرکز و با توجه به منابع مالی موجود، چنین اختیاری را به مرکز بدهد.<sup>۳۵</sup>

## (ب)

### پروتکل راجع به آلودگی دریائی ناشی از اکتشاف و استخراج از فلات قاره

در مقایسه با دیگر منابع آلودگی، جامعه بین‌المللی توجه کمتری نسبت به آلودگی ناشی از اکتشاف و استخراج منابع فلات قاره مبذول داشته و تاکنون کنوانسیونی در این خصوص تنظیم نشده است و صرفاً برخی از کنوانسیونهای جهان‌شمول و منطقه‌ای که به دیگر منابع آلودگی اختصاص داده شده حاوی مقرراتی کلی در زمینه آلودگی ناشی از اکتشاف و استخراج منابع فلات قاره است. برای جبران این کمبود، در سال ۱۹۷۷ گروه کارشناسان برنامه محیط زیست ملل متحده تصمیم گرفت که این موضوع را در اولویت قرار دهد. حاصل فعالیت این گروه، تکوین ۴۲ اصل است که باید ناظر بر اقدامات دولتها در جهت جلوگیری و کاهش از آلودگی ناشی از عملیات اکتشاف و استخراج از فلات قاره باشد.<sup>۳۶</sup> ماده ۲۰۸ کنوانسیون ملل متحده در مورد حقوق دریاها نیز اصولی

۳۵. ماده ۳ پروتکل موارد اضطراری.

36. UNEP/WG. 14.

کلی را در این زمینه مشخص می‌کند. پروتکلی که اخیراً توسط دولتهاي عضو کنوانسیون کويت به اعضاء رسیده است اين اصول را در مدنظر داشته و برای اولين بار مقررات جامع و کاملی برای جلوگيري از بروز حوادث و محدود کردن آلودگی ناشی از تخلیه مواد مضر در دریا در حین عملیات کاوش و بهره‌برداری از منابع فلات قاره وضع می‌نماید.

## ۱. اقدامات تأمینی دولتها در جهت جلوگیری از آلودگی

قبل از صدور پروانه برای هرگونه عملیات دریائی که ممکن است موجب بروز خطرات قابل ملاحظه آلودگی در منطقه شود، دولتهاي عضو پروتکل درخواست خواهند نمود که اثرات بالقوه ناشی از اين عملیات بر محیط زیست مورد ارزیابی قرار گيرد. دولتها موظف خواهند بود خلاصه‌ای از نتایج این ارزیابی را، در صورتیکه افشاء اطلاعات مندرج در آن به امنیت ملی کشورشان لطمه نزند، از طریق «راپمی» برای اظهارنظر کلیه دولتهاي عضو ارسال دارند. قبل از صدور مجوز اکتشاف و یا بهره‌برداری، براساس ارزیابیهای انجام شده، دولت ذینفع راهنمایی کلی که قرار است در این خصوص توسط سازمان منطقه‌ای برای حمایت از محیط زیست دریائی تهیه شود و همچنین نظریات دیگر دولتها را در متنظر قرار خواهد داد. هرگاه دولتی ارزیابی را به دلایلی لازم نداند، متصدی عملیات، هیئت مستقلی را مأمور بررسی محیط زیست دریائی و زندگی آبزیان خواهد نمود.<sup>۳۷</sup>

دولت متعاهد قبل از شروع عملیات باید مراقبت نماید که محل استقرار تأسیسات به‌ نحوی انتخاب شود که هیچگونه مانع غیرموجهی برای دیگر فعالیتهای قانونی که در دریا انجام می‌گیرد، ایجاد نکند.<sup>۳۸</sup>

۳۷. ماده ۴ پروتکل مربوط به فلات قاره.

۳۸. ماده ۵ پروتکل مربوط به فلات قاره.

به منظور جلوگیری از هرگونه حادثه و اینمی عملیات، دولتها متعاهد مقرر خواهند داشت که کلیه اقدامات لازم معمول گردد. از جمله اقداماتی که قبل از شروع عملیات باید در متنظر قرار گیرد، انتخاب تکنولوژی مورد استفاده توسط کارگزار است. دبیرخانه سازمان منطقه‌ای برای حمایت از محیط زیست دریائی، ارتباط مستقیمی بین تکنولوژی و اینمی عملیات برقرار نموده بود و در طرح پروتکل پیشنهادی از دولتها خواسته شده بود که با استفاده از بهترین تکنولوژی موجود در بازار، اینمی عملیات را تضمین کنند و از موارد تصادفی آلدگی بکاهند. تعدادی از هیئت‌های نمایندگی با قید این عبارت مخالفت نموده، بر این عقیده بودند که چنانی شرطی منجر به افزایش هزینه‌های اکتشاف و بهره‌برداری خواهد شد و در نهایت، توسعه اقتصادی کشورها را مختل خواهد کرد. سرانجام مقرر شد برای دستیابی به اجماع از دولتها خواسته شود که بهترین تکنولوژی موجود و قابل توجیه به لحاظ اقتصادی را در متنظر داشته باشند.<sup>۳۹</sup>

هر یک از دول متعاهد کلیه تدابیر عملی را بکار خواهند برد تا اطمینان حاصل کنند که تأسیسات از لحاظ اینمی مورد تأیید است و وسائل و ابزارهای مورد استفاده، بویژه فوران‌گیرها و سایر وسائل اینمی، در شرایط مطلوب کار قرار دارد و متناوباً مورد آزمایش قرار می‌گیرد. به منظور جلوگیری از برخورد کشتیها تأسیسات دریائی باید در بالای سطح آب قرار گرفته و طبق رویه کشتیرانی بین المللی به چراغ و سایر ابزار اعلام خطر مجهز باشد. متصدیان تأسیسات دریائی موظف خواهند بود قبل از شروع عملیات یک طرح اضطراری جهت مقابله با هرگونه حادثه آماده کنند و آن را به تأیید مقام ذیصلاح دولتی که در حوزه صلاحیتش فعالیت می‌کنند برسانند. به کلیه افراد شاغل در این تأسیسات باید

۳۹. ماده ۲ پروتکل مربوط به فلات قاره.

براساس این طرحها آموزش لازم برای مقابله با موارد اضطراری داده شود.<sup>۴۰</sup>

جمع آوری تأسیسات بعد از خاتمه عملیات بهره‌برداری امری الزامی نیست و صرفاً در مواردی که اینمی دریانوردی و منافع ماهیگیری ایجاد کند، دولت متعاهد تصمیم به برداشتن قسمتی و یا تمامی تأسیسات خواهد گرفت. در این خصوص، پروتکل از ماده ۶۰ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها پیروی کرده است. قرار است سازمان منطقه‌ای برای حمایت از محیط زیست دریائی، راهنمای کلی در این مورد تهیه کند تا مبنای عملکرد دولتها قرار گیرد. ضمناً دولتهای عضو پروتکل خواهند کوشید در مناطقی که دارای منافع مشترکی در امر ماهیگیری هستند، روش مشترکی را در زمینه جمع آوری تأسیسات موردن تصویب قرار دهند.<sup>۴۱</sup> با درنظر گرفتن این واقعیت که در آینده نزدیک اغلب تأسیسات نفتی خلیج فارس فرسوده می‌شود، همکاری بین دولتها ضروری به نظر می‌رسد.

## ۲. مقررات مربوط به دفع ضایعات سکوهای حفاری

پروتکل<sup>۴۲</sup> بین ضایعات عملیاتی وزباله‌های معمولی قائل به تفکیک است.

ضایعات عملیاتی شامل پس‌آب حاصل از قسمت ماشینها و تخلیه ناشی از عملیات حفاری است. در هر دو مورد، این ضایعات به میزان متفاوتی آغشته به نفت می‌باشد و به همین دلیل برای محیط زیست دریائی زیان‌آور است.

پروتکل مربوط به فلات قاره.

۱. پروتکل مربوط به فلات قاره.

در آن قسمت از منطقه پروتکلی که منطقه ویژه و دربرگیرنده خلیج فارس است به علت کثرت سکوهای نفتی و آسیب‌پذیری منطقه هیچ نوع پس‌آب به دریا تخلیه نخواهد شد مگر اینکه میزان نفت موجود در آن، بدون اینکه رقیق شده باشد، از ۱۵ میلی گرم در لیتر تجاوز ننماید. در صورت تخلیه ضایعات ناشی از عملیات حفاری در منطقه پروتکل، مجاز شناخته خواهد شد که در حالت رقیق نشده میزان آلودگی نفتی بیش از ۴۰ میلی گرم در لیتر به صورت متوسط در هر ماه تقویمی و در هیچ زمانی بیشتر از ۱۰۰ میلی گرم در لیتر نباشد. خروجی تخلیه پس‌آب و فاضلابهای ناشی از عملیات حفاری تا حد ممکن زیر سطح آب دریا انجام خواهد گرفت.<sup>۴۲</sup>

تخلیه ضایعات ناشی از فعالیتهای که در روی سکوها انجام می‌گیرد تابع مقررات بسیار دست و پاگیری است. با الهام از کنوانسیون لندن ۱۹۷۲ درباره آلودگی ناشی از تخلیه مواد زائد به دریا پروتکل دفع برخی از مواد دیرپا و خطربناک برای محیط زیست و دیگر استفاده‌های خطربناک و مضر برای دریا را کاملاً منع می‌کند. این مواد عبارتند از مواد پلاستیکی و کلیه زباله‌های دیگر شامل مواد کاغذی، تگه‌های پارچه، شیشه، فلزات، بطری، ظروف یکبار مصرف، پوشال و دیگر مواد بسته‌بندی.

دفع مواد زائد غذائی در فاصله کمتر از ۱۲ میل دریائی از نزدیکترین خشکی منع شده است و فاضلاب تأسیساتی که ده نفر یا بیشتر در آن فعالیت دارند، در منطقه مورد اشاره در پروتکل تخلیه نخواهد شد. تدبیری برای تخلیه فاضلاب اینگونه تأسیسات در پروتکل پیش‌بینی شده است، از جمله ایجاد تسهیلاتی در نوار ساحلی به منظور دریافت فضولات.<sup>۴۳</sup>

۴۲. ماده ۹ پروتکل مربوط به فلات قاره.

۴۳. ماده ۱۰ پروتکل مربوط به فلات قاره.

بعد از گذشت بیش از ده سال از تصویب طرح عملیاتی برای حمایت و توسعه محیط زیست دریائی خلیج فارس و دریای عمان و لازم الاجراء شدن کنوانسیون منطقه‌ای کویت برای همکاری درباره حمایت از محیط زیست دریائی دربرابر آلدگی، جا دارد که فعالیت دولتها مانند منطقه در امر حراست از محیط زیست مورد ارزیابی قرار گیرد.

سال گذشته سازمان منطقه‌ای برای حمایت از محیط زیست دریائی، گروهی از کارشناسان دول عضو را مأمور نمود که به این امر مهم پردازند. بطورکلی کارشناسان بر این عقیده هستند که در بیشتر موارد، دولتها نتوانسته اند به علت بلندپروازی تنظیم کنندگان طرح عملیاتی، به اهداف تعیین شده دست یابند. در مواردی، ارزیابی محیط زیست به علت نقصان اطلاعات اساسی درباره هواشناسی و منابع منطقه، هنوز مراحل اویله را طی می‌کند. در مواردی نیز مطالعات دولتها به علت عدم هماهنگی در سطح منطقه تاحدی بلااستفاده است.<sup>۴۴</sup> بی‌تر دید جنگ هشت ساله ایران و عراق که در گزارش کارشناسان سازمان منطقه‌ای مذکور مستقیماً به آن اشاره نشده از جمله موانع اصلی گسترش همکاری بین دولتها مانند منطقه در جهت نیل به اهداف کنوانسیون بوده است.

در طول جنگ، حمله به نفتکشها و بخصوص بمباران سکوهای نفتی ایران توسط عراق و ایالات متحده امریکا آلدگیهای گسترده‌ای را به دنبال داشت و صدمات جبران ناپذیری به آبزیان خلیج فارس وارد نمود. اقدامات سازمان منطقه‌ای یاد شده در جهت مهار کردن فوران نفت و اجرای مفاد پروتکل به آلدگی در موارد اضطراری بی‌نتیجه ماند و دیر اجرائی سازمان نیز اذعان داشت که سازمان مذکور برای رویاروئی با چنین مواردی آمادگی ندارد.<sup>۴۵</sup>

44. In Depth op. cit.

45. «La Sirene» n = 23 Mars 1984 p 29-30.

در حال حاضر، مینهای رها شده و نشت احتمالی محمولات خطرناک کشتهای غرق شده در طول جنگ ممکن است خطرات مهمی برای محیط زیست دریائی و کشتیرانی بوجود آورد. به منظور تنظیم برنامه شناسائی و پاکسازی منطقه از زباله‌های باقیمانده از جنگ و تدوین یک طرح زمان‌بندی شده عملیاتی، دولت کویت خواستار تشکیل اجلاس فوق العاده شورای سازمان منطقه‌ای برای حمایت از محیط زیست دریائی شد. در این اجلاس که در تاریخ نهم و دهم آبان ماه ۱۳۶۷ تشکیل شد، دولت کویت پیشنهاد کرد که به عنوان اولین قدم، آبهای سرزمینی و بین‌المللی منطقه دریائی کنوانسیون کویت بازرسی شود و موانع مختلف مورد شناسائی قرار گیرد و در مرحله بعدی، طرح عملیاتی برای تقلیل و کاهش این موانع از طریق هماهنگی با سازمانهای منطقه‌ای و بین‌المللی و کشورهایی که ذینفع در مسئله امنیت دریانوردی هستند تهیه شود. ضمناً برای اجرای هرچه سریع‌تر این برنامه دولت کویت پیشنهاد نمود که کمیته عالی هماهنگی توسط دولتهای عضو سازمان فوق الذکر که دارای تخصص در اینگونه فعالیتها هستند تشکیل گردد و از کلیه سازمانهای ذی‌ربط جهت تهیه و تأمین کلیه اطلاعات درخصوص موقعیت زباله‌های باقیمانده از جنگ و عواقب بالقوه آن دعوت شود.<sup>۴۶</sup> درخصوص مینها باید مذکور شد که حقوق بین‌الملل، دولتها را موظف می‌کند که بعد از خاتمه مخاصمه فعال، موقعیت مینها را به اطلاع دیگر دولتها برسانند. در رأی مربوط به «تنگه گُرفو» به سال ۱۹۴۹، دیوان بین‌المللی دادگستری اعلام داشت که آلبانی می‌باشد براساس ملاحظات انساندوستانه، مین‌گذاری آبهای سرزمینی خود را به اطلاع دیگران می‌رساند. بخش محیط زیست ملل متحده نیز به سال ۱۹۷۷ در گزارشی که به باقیمانده‌های جنگی اختصاص داده شده بود، از دولتها

46. Proposal on Surveillance, Ecological Assessment and Clearance of War-Related Pollution, Objects, and Wrecks in the Sea Area ROPME/CM-ES. 3/4 Annex V.

خواست که هرگونه اطلاعاتی را که درخصوص موقعیت مینها در اختیار دارند به این بخش منتقل کنند.<sup>۴۷</sup>

اجلاس فوق العاده شورای سازمان منطقه‌ای برای حمایت از محیط زیست دریائی از دولتهای عضو خواست که حداقل‌تر ظرف شش ماه موقعیت مینها و کشتیهای غرق شده را به اطلاع سازمان مذکور برسانند. اطلاعات مفیدی توسط دولتهای عضو و برخی از مؤسسات که در طول جنگ به کشتیهای آسیب دیده کمک می‌کردند، در اختیار سازمان قرار گرفته است و جلسه‌ای نیز با حضور کارشناسان دولتهای عضو به منظور بررسی این اطلاعات در تاریخ ۲ و ۳ ژوئیه ۱۹۸۹ در کویت تشکیل شد.<sup>۴۸</sup> چنین به نظر می‌رسد که محمولة اغلب کشتیهای غرق شده که تاکنون شناسائی شده است، برای محیط زیست دریائی خطرناک نیست.

از هم‌اکنون برخی از دولتهای منطقه آمادگی خود را برای جمع آوری زباله‌های باقیمانده از جنگ اعلام نموده‌اند و باید امیدوار بود که با برقراری صلح بین ایران و عراق، دولتهای عضو کتوانسیون بتوانند با همکاری یکدیگر مبادرت به پاکسازی خلیج فارس بنمایند.

47. A/32/187 27 July 1977.

48. ROPME/CM-ES 3.3/3. 3 July 1989.

دکتر محمد علی اردبیلی



کشтар جمعی





کشتار عام تنها واکنش ممکن دربرابر  
طغیان کل یک ملت بر ضد غاصبان حقوق  
اوست.

زان بل سازنر

## ۱ کلیات

کشتار مردان، زنان و کودکان بیگناه در قربانگاه شهر حلبچه و در پی آن تخریب گسترده روستاهای آبادیهای کردنشین بار دیگر نشان داد که بنیاد اجتماعات بشری دربرابر تهاجم و خطر بکارگیری جنگ افزارهای مرگبار تا چه پایه لرزان و شکننده است. بی‌گمان این فاجعه هولناک آخرین رخداد از این قبیل نخواهد بود که در تاریخ بشر ثبت می‌شود و مدام که مساعی جامعه بین‌المللی برای پیشگیری از این جنایت و کیفر متجاوزان به حقوق مردم به ثمر نرسد، برگهای خونین

۱. کشتار عام (مجموعه مقاله)، گردآوری و ترجمه مصطفی رحیمی، تهران، آگاه، ۱۳۵۷، ص. ۴۰.

دیگری در آینده بر این دفتر افزوده خواهد شد.

جامعه بین المللی تاکنون در این وادی راه پرنشیب و فرازی، بویژه در این نیم قرن اخیر، پیموده و پیروزیهایی را نیز نصیب خود ساخته است. از جمله ثمرة این تلاشها مقاوله نامه ۹ دسامبر ۱۹۴۸ به منظور پیشگیری و مجازات جنایت کشتار جمعی است که نشان دهنده عزم راسخ بشر در تأمین امنیت و حفظ حقوق و آزادیهای خویش است. گرچه مفاد این مقاوله نامه تعهدی برای بسیاری از کشورها ایجاد نمی‌کند و از ضمانت اجرا برخوردار نیست، لیکن اصول اخلاقی مندرج در آن ممکن است در مناسبات متقابل میان کشورها یک قاعدة رفتاری تلقی شود و الهام بخش فعالیت دولتها و سازمانهای بین المللی در تأمین صلح به شمار آید.

حوادث ایام اقتضا می‌کند که در خلال طرح مسئله کشتار جمعی، نحوه مقابله جامعه بین المللی در چهارچوب مقررات این مقاوله نامه بار دیگر تحلیل و بررسی شود. در مقاله حاضر کوشش شده این تحلیل با پیشنهادهای توأم گردد که امید است در شرایط کنونی مناسبات بین المللی راهگشا باشد.

## فصل اول

### تاریخ و پاره‌ای از علل کشتار جمعی

«کشتار جمعی»<sup>۲</sup> وصف تازه‌ای است برای بیان یکی از خشونت‌آمیزترین اعمالی که بشر از دیر زمان نسبت به همگنان خود

۲. کشتار جمعی واژه‌ای است که در فارسی برابر «génocide» نهاده شده و قانون اجازه الحاق دولت ایران به قرارداد بین المللی مصوب ۳۰ آذر ۱۳۳۴ نیز به همین نام از آن یاد کرده است. این واژه خود از دو کلمه یونانی «genos» به معنای نژاد، گروه انسانی و

مرتکب شده است. نه تنها در تاریخ پیشینیان چهره‌هایی نظری اسکندر مقدونی، سوروس امپراتور روم، چنگیزخان، تیمور لنگ، آغا محمد خان و... تلخ‌ترین خاطرات را از صحنه‌های قتل عام اهالی شهرها از خود به یاد گذاشتند، بل در عصر ما نیز حکام جور، به کمک ابزارهایی بمراتب کشنده‌تر با قتل عام گروههای نژادی و قومی، لکه‌های سیاه بر تاریخ معاصر نهادند. نسل امروز هنوز خاطره کشتار ارمنیان، سوزاندن یهودیان، قتل عام تاتارهای کریمه و آلمانیهای ناحیه ولگا، کشتارهای سرخ‌پوستان آمازونی، قلع و قمع مردم «ایبو»<sup>3</sup> در بیافرا و انتقام‌جوئی از مردم «مای لای»<sup>4</sup> در ویتنام را فراموش نکرده است. آیندگان نیز خاطره تلخ کشتار دهشتناک مردم حلبچه را همواره به یاد خواهند سپرد. گوئی پدیده کشتار جمعی با بشر همزاد است و سایه به سایه او را تعقیب می‌کند. در هر حال، اجتماعی را نمی‌توان در تاریخ بشر سراغ گرفت که این پدیده به گونه‌ای در آن رخ ننموده باشد.

در میان وقایعی که پیوندی ناگستنی با قتل عام مردمان دارد باید از جنگ و بویژه از «جنگهای تام»<sup>5</sup> نام برد. این‌گونه جنگها برخلاف گذشته که هدف نخستین آن درهم شکستن قدرت نظامی کشور مתחاصم بود، دامنه نسبتاً گسترده‌ای یافته و امروزه قلمرو مالی، اقتصادی، بازرگانی و حتی فرهنگی را نیز دربرگرفته است. در حقیقت، هدف جنگهای تام تضعیف توان و استعدادهای رزمی و بالقوه طرف

—

کلمه لاتینی «caedere» به معنای کشتن تشکیل می‌شود. در فارسی کلماتی دیگر نظری «کشتار عام»، «قتل عام» و «کشتار دسته جمعی» و در این اواخر «نسل کشی» نیز بکار رفته است که در ادامه این بحث همان‌گونه که خواهیم دید در بیان مقصود واقعی، هیچکی بر دیگری مزیتی ندارد. واژه «زیست زدایی» که بر کشتار جمعی اشتمال دارد به نظر مناسب‌تر می‌رسد. تا چه قبول افتاد و چه در نظر آید.

3. Ibo

4. My-Lai

5. Guerres totales

متخصص است، به گونه‌ای که تشخیص جبهه جنگ از پشت جبهه و رزمنده از غیر رزمنده در مخاصمات میان کشورها روز بروز دشوارتر می‌شود. بدین سان خطر کشtar جمعی به مشابه ابزار تحلیل برنده نیروهای جنگ جان افراد غیر نظامی را بشدت تهدید می‌کند.

ساتر در گزارش خود به دادگاه راسل موضوع دیگری را که قربت آن در طول تاریخ استعمار با کشtar جمعی مردم سرزمینهای استعمار زده شناخته شده، در کنار جنگ بیان می‌دارد و آن ارزش « عبرت آموزی » کشtar مردم بومی است. ساتر می‌نویسد:

« دسته‌های استعمارگر وجود خود را با ارعاب و وحشت، یعنی با کشtarهای پیاپی و مداوم، بر مردم تحمیل می‌کنند. این کشtarها جنبه عام دارند. هدف آن است که قسمتی از اهالی (یعنی گروههای نژادی، ملی یا مذهبی) نابود شوند تا بقیه مردم بترسند و جامعه بومی منهدم گردد. »<sup>۶</sup>

ساتر در ادامه گزارش خود می‌افزاید:

« با اینهمه، ارزش و دسترنج تقریباً رایگانشان تا حدی آنان را در برابر کشtar عام محفوظ نگاه می‌دارد. »<sup>۷</sup>

نژادپرستی نیز در میان پدیده‌های جمعی دیگر که آشکارا تصور کشtar عام را در اذهان تقویت می‌کند زمینه‌ای مساعد برای ارتکاب این‌گونه جنایات فراهم می‌آورد؛ زیرا نژادپرستی شکاف میان گروههای اجتماعی را عمیق‌تر می‌کند و سرانجام تضادهای گروهی را شدت می‌بخشد، و چون ماهیت نژادپرستی تفوق نژادی است، نهایتاً سلطه‌جوئی نژادی به تحقیق و تحریک نژادی و درنتیجه به حذف گروههای نژادی منجر می‌شود. سیاستهای نژادپرستانه عموماً راه حل ممکن مسئله نژادی را در کشtar جمعی جستجو می‌کنند.

۶. مصطفی رحیمی: همان مأخذ، ص ۱۹.

۷. همان مأخذ، ص ۲۰.

## فصل دوم

# تکوین مفهوم کشتار جمعی

مفهوم کشتار جمعی (ژنو سید) پیش از آنکه در اسناد رسمی بازتاب پیدا کند و به زبان حقوق بین الملل کیفری راه یابد، در عقاید علمای حقوق بین الملل کیفری تبلور یافته بود. حقوقدان لهستانی رافائل لومکن<sup>۸</sup> نخستین بار این واژه را برای بیان پاره‌ای اعمال ضد انسانی که به هنگام جنگ جهانی دوم ارتکاب یافته بود، بکار برد. پیش از آن در ۱۹۳۳ لومکن در پنجمین کنفرانس وحدت حقوق جزای بین الملل که در مادرید برگزار شد، وجود دو دسته اعمال جنائی را که به قصد انعدام گروههای نژادی، مذهبی و ملی ارتکاب می‌یابد به عنوان جرائم علیه حقوق بشر<sup>۹</sup> به اثبات رسانده بود. بدین ترتیب، در ابتدا اعمالی که تعدی نسبت به شخص یا نسبت به حیات اقتصادی اعضای اجتماعات بشری به شمار می‌رود «جرائم قساوت»<sup>۱۰</sup> و اعمالی که به قصد انعدام ارزش‌های فرهنگی جوامع انسانی صورت می‌گیرد «جرائم توحش»<sup>۱۱</sup> نامیده شدند. از دیدگاه لومکن کشتار جمعی یعنی «نابودی یک ملت یا یک قوم [و] منظور از کشتار جمعی ضرورتاً نابودی فوری یک ملت نیست، بلکه مراد طرحی است مشتمل بر یک سلسله اعمال متفاوت که بناهدهای اساسی حیات گروههای ملی را به ویرانی می‌کشد تا در نهایت به انعدام این گروهها بینجامد. هدف چنین برنامه‌ای از هم پاشیدن نهادهای سیاسی و اجتماعی، فرهنگ، زبان، احساسات ملی، دین و موجودیت اقتصادی گروههای ملی و نابودی امنیت شخصی، آزادی، تقدیرستی، شایستگی و

8. Rafael Lemkin

9. délicita juris gentium

10. délit de barbarie

11. délit de vandalisme

همچنین حیات افرادی است که به این گروهها تعلق دارند. کشتار جمعی توجه به حیات یک گروه ملی به عنوان یک موجود دارد و موجب اعمالی می‌شود که متوجه افراد نه به لحاظ برخورداری از اهلیت فردی بلکه به عنوان اعضای گروه ملی است».<sup>12</sup>

مفهوم کشتار جمعی به عنوان جنایت بین المللی نخستین بار به هنگام تدوین اساسنامه دادگاه نظامی بین المللی نورنبرگ مطرح شد. هرچند در اساسنامه به جای کشتار جمعی وصف عام جنایت علیه بشریت بکار رفته و در رأی دادگاه نیز اشاره‌ای به این مقوله نشده و با آنکه در اساسنامه ارتباط جنایت علیه بشریت با جنایت جنگ یا جنایت علیه صلح شرط شده است، با این حال، باید منتظر ماند تا مفهوم کشتار جمعی رفته استقلال خود را نسبت به جنایت علیه بشریت کسب کند. به موجب این اساسنامه، اعمال زیر باید جنایت علیه بشریت تلقی شود:

«ارتکاب قتل، نابودی، به بردگی کشیدن، تبعید و هر عمل غیرانسانی دیگر نسبت به هر نوع جمعیت غیرنظامی خواه پیش از جنگ و خواه در اثنای آن و یا آزار و شکنجه به دلایل سیاسی و نژادی یا به دنبال هر جنایتی که رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه قرار دارد یا با چنین جنایتی مرتبط است هرچند این اعمال و آزار و اذیتها نقض حقوق داخلی کشوری که در آن ارتکاب یافته به شمار نیاید...»<sup>13</sup>

اما نخستین سند بین المللی که در آن واژه کشتار جمعی صراحتاً بکار گرفته شد کیفرخواست ۱۸ اکتبر ۱۹۴۵ علیه جنایتکاران آلمانی جنگ در دادگاه نورنبرگ بود. در این سند آمده است که سران نازی «با پرداختن به کشتار جمعی عمدى و پیاپی یا به عبارت دیگر با تن دادن به

12. Lemkin, R.: *Le génocide*, Revue international de droit pénal, 1946, N°. 10, p. 371.

13. بند (ج) ماده ۶ اساسنامه دادگاه نظامی بین المللی نورنبرگ مورخ ۸ مارس ۱۹۴۵

نابودی گروههای نژادی و ملی از میان جمیعت غیرنظمی بعضی سرزمینهای اشغالی به منظور اضمحلال نژاد یا طبقات مشخصی از جمیعت و گروههای ملی، نژادی یا دینی...» برتری جوئی نژاد ژرمن را به منصة ظهور رساندند. بعدها همین لفظ در توصیف اتهامات جنایتکاران جنگ که رسیدگی به آنها در دادگاههای داخلی کشورهای متفق عمل آمد، بارها و بارها تکرار شد. توافق ملل متحده بر تصویب مقاوله‌نامه ۸ دسامبر ۱۹۴۸ ناظر بر پیشگیری و مجازات جنایت کشتار جمعی نیز موجب شد این اصطلاح رفته رفته قبول عام یابد و حتی در مقررات جزائی کشورهای عضو منعکس شود.

### فصل سوم

## مراحل تدوین مقاوله‌نامه ۹ دسامبر ۱۹۴۸

در ۲ نوامبر ۱۹۴۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحده در پی سخنان نمایندگان سه کشور هند، پاناما و کوبا تلاش گسترده‌ای را آغاز کرد که بعد از محاکمات نورنبرگ سرفصل جدیدی در همکاری بین المللی به منظور مبارزه با جرائم علیه بشریت به شمار می‌آمد. ثمره این تلاش صدور قطعنامه‌ای بود که مفاد آن بر حسب پیشنهاد ششمین کمیسیون مجمع عمومی تنظیم شده بود. در این قطعنامه (شماره ۹۶ (I) ) که در ۱۱ دسامبر ۱۹۴۶ صادر شد مجمع عمومی سازمان ملل درباره کشتار جمعی صریحاً اعلام کرد:

«کشتار جمعی یعنی انکار حق حیات تمام گروههای انسانی، همانگونه که آدمکشی یعنی انکار حق حیات فرد. چنین انکاری وجودان بشر را متأثر می‌کند و خسaran بزرگی به بشر که بدین ترتیب از دستاوردهای فرهنگی یا از دستاوردهای دیگر چنین گروههایی

محروم می‌ماند، وارد می‌آورد. کشتار جمیعی مغایر قانون اخلاقی و همچنین مغایر روح و اهداف ملل متعبد است.»

و از آنجا که مصلحت جامعه بین‌المللی ایجاد می‌کند که با چنین جنایتی به مقابله برخیزد، به موجب مفاد قطعنامه، شورای اقتصادی و اجتماعی موظف می‌شود مطالعات لازم را به منظور تدوین طرح مقاوله‌نامه‌ای درباره جنایت کشتار جمیعی آغاز کند و نتیجه آن را در اجلاس آتی در اختیار مجمع عمومی قرار دهد. شورای اقتصادی و اجتماعی در چهارمین اجلاس خود و در اجرای مفاد قطعنامه (I) به دیرکل مأموریت می‌دهد تا با کمک کارشناسان حقوق بین‌الملل و حقوق جزا طرح مقاوله‌نامه‌ای را در این خصوص تهیه کند و پس از مشورت با کمیسیون حقوق بشر و کمیسیون توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل و تقنین آن و نظرخواهی از دول عضو، آن را به اجلاس آینده شورا ارائه دهد. در اجرای این مأموریت، دیرکل سازمان ملل از سه نفر از استادان حقوق بین‌الملل یعنی لوکن، پلا<sup>۱۴</sup> و دون دیو دو وابر<sup>۱۵</sup> دعوت کرد تا او را در تهیه و تنظیم این طرح یاری دهند. پس از تکمیل و اصلاح طرح مقدماتی دیرکل، طرح نهائی طبق تصمیم شورا برای کسب نظر به دو کمیسیون حقوق بشر و کمیسیون توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل و تقنین آن ارسال شد که هر یک به دلایلی از اظهار نظر غافل ماندند. شورای اقتصادی و اجتماعی ناچار موضوع را به اطلاع مجمع عمومی رساند و از دیرکل خواست تا طرح مقاوله‌نامه را که به دستیاری دیرخانه تهیه شده بود به مجمع عمومی ابلاغ کند. مجمع عمومی سازمان ملل در ۲۱ نوامبر ۱۹۴۷ طی قطعنامه شماره ۱۸۰ (II) ضمن آنکه اعلام کرد «کشتار جمیعی جنایتی بین‌المللی محسوب می‌شود و در سطح ملی و بین‌المللی برای افراد و دولتها مسئولیت‌هایی ایجاد می‌کند»، از شورای

14. *Vespasien Pella*

15. *Henri Donnedieu de Vabres*

اقتصادی و اجتماعی دعوت کرد که به فعالیتهای خود همچنان ادامه دهد و تدوین متن نهائی مقاوله‌نامه را به انجام رساند. بدین منظور، شورا در ۳ مارس ۱۹۴۸ کمیته‌ای ویژه مرکب از نمایندگان کشورهای چین، ایالات متحده امریکا، فرانسه، لبنان، لهستان، اتحاد جماهیرشوروی و ونزوئلا تشکیل داد و آن را مأمور کرد تا با توجه به طرح دیبرکل، متن نهائی مقاوله‌نامه کشتار جمعی را تهیه کند. کمیته ویژه از ۵ آوریل تا ۱۵ مه ۱۹۴۸ با برگزاری جلساتی در «لک سوکسنس»<sup>۱۶</sup> موقق شد طرح نهائی مقاوله‌نامه کشتار جمعی را تهیه کند و آن را مجدهاً برای اصلاحات بعدی به بحث بگذارد. پس از بحث و گفتگوهای فراوان در ششین کمیسیون مجمع عمومی و اصلاحات مجدهاً، سرانجام متن نهائی با عنوان «مقابله‌نامه پیشگیری و مجازات جنایت کشتار جمعی» به موجب قطعنامه شماره ۲۶۰ آ (III) در ۹ دسامبر ۱۹۴۸ به تأیید مجمع عمومی رسید و برای امضاء، تصویب و یا الحاق طبق ماده ۱۱ در اختیار دول عضو قرار گرفت.

متن مقاوله‌نامه مشتمل بر یک دیباچه و نوزده ماده است. در اغاز

متن آمده است:

«طرفهای متعاهد با نظر به اینکه مجمع عمومی سازمان ملل متحده با صدور قطعنامه ۹۶ (I) مورخ ۱۱ دسامبر ۱۹۴۶ خود اعلام داشته که کشتار جمعی جنایتی است ناقص حقوق بین الملل و مغایر روح و اهداف ملل متحده، و جهان متعدد آن را محکوم می‌کند، و با اذعان به اینکه در تمام دوره‌های تاریخ، کشتار جمعی ضایعه بزرگی به عالم بشریت وارد ساخته است و با اطمینان به اینکه برای رهائی بشر از چنین آفت نفرت‌انگیزی همکاری بین المللی ضرورت دارد، [براساس مفاد مقاوله‌نامه به توافق دست یافتند].»

دول عضو و غیر عضو برای امضای مقاوله‌نامه تا ۳۱ دسامبر ۱۹۴۹

مهلت داشتند. تا این تاریخ چهل و سه کشور از جمله دولت ایران متن مقاوله‌نامه را به امضاء رساندند. از اول ژانویه ۱۹۵۱ به بعد هر دولت عضو یا غیرعضو که مجمع عمومی بدین منظور از او دعوت کرده بود، فقط اجازه می‌یافتد بدین مقاوله‌نامه ملحق شود (بند ۳ ماده ۱۱ مقاوله‌نامه) و سند الحق را به دیپرخانه کل سازمان ملل متحده تسلیم کند. در این مورد، الحق به تنهائی، کشورهای متعاهد را به رعایت مفاد مقاوله‌نامه ملزم می‌ساخت؛ اما دول امضاكننده ناچار بودند متن مقاوله‌نامه را به تصویب نهائی مجالس قانونگذاری خود برسانند. تا تاریخ اول مارس ۱۹۸۸ چهار کشور امضاكننده (از جمله ایالات متحدة امریکا) هر یک به دلایلی هنوز موقّع نشده بودند متن مقاوله‌نامه را از تصویب نهادهای داخلی بگذرانند.

طبق بند ۲ ماده ۱۳، «این مقاوله‌نامه پس از نود روز از تاریخ تسلیم بیستمین سند تصویب یا الحق به اجرا گذاشته خواهد شد». با تحقق این شرط اجرای مقاوله‌نامه در ۱۲ ژانویه ۱۹۵۱ قطعیت یافت و از این تاریخ به بعد هر تصویب یا العاقی که صورت می‌گرفت نود روز پس از تسلیم سند تصویب یا الحق اعتبار قانونی می‌یافتد.  
بند یک ماده ۱۴ مقاوله‌نامه مدت آن را ده سال از تاریخ اجرا تعیین کرده است. ولی بند ۲ همین ماده مقرر می‌دارد:

«تا هنگامی که طرفهای متعاهد لااقل شش ماه قبل از انقضای مدت، فسخ آن را اعلام نمایند، پنج سال به پنج سال مجری خواهد بود.»

با این حال، چنانچه بر اثر فسخ این مقاوله‌نامه شمار متعاهدان به کمتر از شانزده برسد، مقاوله‌نامه از تاریخ آخرین فسخ از اعتبار ساقط می‌شود (ماده ۱۵).

ماده ۱۶ نیز طرفهای متعاهد را مجاز دانسته تا هر زمان با اعلام کتبی به دیپرکل سازمان ملل متحده تجدید نظر در مفاد مقاوله‌نامه را

درخواست کنند.

با وجود آنکه در تدوین مقاوله‌نامه و توافق نخستین، موانع یکی پس از دیگری پشت سر گذاشته شد و انتظار بر این بود که خاطره فجایع جنگ، دول صلحجو را در تصمیم بر قبول یک سلسله تدبیر بشردوستانه مقاعده کند، لیکن این انتظار برآورده نشد و رفته رفته نوعی شگ و تردید جایگزین شورو شوق نخستین گردید. پس از اعلام رأی، بعضی کشورها از امضای مقاوله‌نامه خودداری کردند؛ کشورهای امضا کننده نیز با کنندی آئین تصویب مقاوله‌نامه‌های بین‌المللی مواجه شدند؛ الحاق سایر کشورها هم با آهنگی نه چندان شتابان صورت پذیرفت و هم اکنون نیز پس از چهل سال که از توافق ۹ دسامبر ۱۹۴۸ می‌گذرد، از ۱۷۱ کشور عضو سازمان ملل متحده ۷۰ کشور هنوز به این مقاوله‌نامه ملحق نشده‌اند.<sup>۱۷</sup> از سوی دیگر، بسیاری کشورها به بعضی از مواد مقاوله‌نامه ایراد کردند و برای الحاق به آن با تأکید بر اختیارات خود شروطی قائل شدند. بعضی از کشورها هم که در این باره تعهداتی را پذیرفته‌اند، برای تأمین اجرای مقررات این مقاوله‌نامه تمایل آشکاری به اتخاذ تدبیر تقنی و تطبیق مقررات داخلی با معاف مقاوله‌نامه از خود نشان ندادند. البته ارزش این مقاوله‌نامه بیش از آنچه در عمل از اجرای معاف آن حاصل می‌شد نبود و شاید هم به همین دلیل نوعی دیرباوری بر اذهان سایه افکنده بود. با این حال، به گفته ریمون لوژه «گامی که برداشته شده است ارزش نمادی و روانشناسانه انکارناپذیری دارد»<sup>۱۸</sup> و باید امیدوار بود که در این راه گامهای استوار دیگری نیز برداشته شود.

. ۱۷. آمار اوّل مارس ۱۹۸۸

18. Legeais, R.: *Les conventions répressives en droit international*, in; *juris-classeur de droit international*, 1965, Fasc. 406, pp. 24-25.



## تعريف کشتار جمعی

تعريفی که مقاله‌نامه ۹ دسامبر ۱۹۴۸ از کشتار جمعی به دست می‌دهد تعريفی است حصری و به لحاظ رعایت اصل قانونی بودن جرائم و مجازاتها بسیار دقیق. لذا این تعريف نمی‌تواند فراگیر باشد، زیرا «کشتار جمعی» مفهوم جدیدی است که در قالب آن پیش‌بینی همه صور تعددی به حیات گروههای انسانی امری است نسبتاً دشوار. با اینهمه، یک تعريف کلی نیز این نگرانی را بر می‌انگیزد که قانونگذاران داخلی برداشت متفاوتی از اعمال کشتار جمعی حاصل کنند. بنابراین، با شناختی که رفته رفته از شیوه‌های مختلف کشتار جمعی به دست خواهد آمد ممکن است این تعريف کاملتر شود.

**ماذۀ ۲** مقاله‌نامه چنین مقرر می‌دارد:

«در این مقاله‌نامه، کشتار جمعی به هر یک از اعمال زیر تعبیر می‌شود که به قصد نابود کردن تمام یا قسمی از یک گروه ملی، قومی، نژادی یا دینی از این لحاظ ارتکاب یابد:

الف. قتل اعضای گروه؛

ب. صدمه شدید به تمامیت جسمانی یا روانی اعضای گروه؛  
ج. قرار دادن عمدی گروه در معرض شرایط حیاتی ای که به زوال ماذی کلی یا جزئی آن منتهی شود؛

د. اقداماتی که به منظور جلوگیری از تولید نسل گروه صورت گیرد؛  
ه. انتقال اجباری کودکان یک گروه به گروه دیگر.»

به تعبیر مقاله‌نامه ۱۹۴۸ برای تحقیق جرم کشتار جمعی وجود سه شرط ضروری است. دو شرط نخست رکن ماذی جرم و شرط سوم

رکن معنوی آن را استوار می سازد. درواقع، برای اینکه جرم کشتار جمعی بوقوع بپیوندد باید اولاً، اعمال تعدی آمیز علیه یک «گروه انسانی» سازمان یابد؛ ثانياً، این اعمال از نوع اعمالی باشد که در ماده ۲ احصاء شده است؛ ثالثاً، این اعمال به «قصد» و به «منظور» خاصی ارتکاب یافته باشد.

اینک به توضیح بیشتر در این باره می پردازیم.

### فصل اول

## اعمال تعدی آمیز علیه یک گروه انسانی

ازجمله خصایص کشتار جمعی گروهی بودن یا به تعییر دیگر کثرت یا تعدد مجذبی علیه است. حتی اگر یک فرد از افراد گروه به نحوی که در ماده ۲ مندرج است مورد تعدی واقع شود و این عمل به قصد گسیختن رشته حیات گروه ارتکاب یابد، وصف کشتار جمعی بر این عمل صدق می کند. علمای حقوق در این باره بر تعلق مجذبی علیه به یک جماعت یا گروه معین سخت تأکید ورزیده اند.<sup>19</sup> درواقع، به دلیل همین تعلق گروهی است که سیاست نابودی جمعی شکل می گیرد و اندیشه ارتکاب جرم تقویت می شود. بنابراین، در اجرای این جنایت تهدید حیات فرد فی نفسه منظور نیست و عاملان جرم با این عمل قصد و غرض دیگری دارند. عبارت «به قصد نابود کردن تمام یا قسمی از یک گروه ملی، قومی، نژادی یا دینی» در ماده ۲ ناظر بر این معنی است.

19. Francillon,J.: *Crimes de guerre, Crimes contre l'humanité*, in; *juris-classeur de droit international*, 1983, Fasc. 410, p. 14.

## الف. گروههای که از حمایت برخوردارند

حمایت بین‌المللی نسبت به چهار گروه از اجتماعات انسانی صریحاً در مقاوله‌نامه ۱۹۴۸ اعلام شده است به شرح زیر:

### ۱. گروه ملی:

«گروه ملی» و «ملیت گروه» را نباید با یکدیگر اشتباه کرد. گروه ملی به اقلیتی اطلاق می‌شود که در تابعیت یک دولت بسر می‌برند و با حفظ علایق قومی، مذهبی و زبانی از اکثریت حاکم متمایزند. گروه ملی متشکل از افرادی است که دارای خاستگاه ملی مشترک‌اند، اما ممکن است «ملیت» کشور دیگری را پذیرفته باشند. بنابراین «ملیت» نشان‌دهنده ایستار سیاسی- حقوقی فعلی شخص است.

### ۲. گروه قومی:

اطلاق «قوم» یا «تیره» به گروههای انسانی شامل مجموع مؤلفه‌های زیست‌شناسی، اجتماعی، زبان‌شناسی، تاریخی و فرهنگی است. البته تفکیک گروههای قومی از گروههای نژادی کار چندان آسانی نیست. بدین دلیل بعضی از تدوین‌کنندگان مقاوله‌نامه فرقی میان این دو عبارت نمی‌ینند و بعضی دیگر عقیده دارند که گروههای قومی اجتماعات کوچک یک گروه ملی را تشکیل می‌دهند.<sup>۲۰</sup>

### ۳. گروه نژادی:

«گروه نژادی» مجموعه‌ای از انسانها است که از ویژگی‌های مشترک بدنی و زمینه‌های همانند رشد روانی برخوردارند. واژه «نژاد» در اینجا صرفاً در مفهوم زیست‌شناسی آن به کار رفته و مراد از آن بیان یک

20. Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, première partie, Sixième Commission, 74 ème et 75 ème Séances, cité par Nicodème Ruhashyankiko. Rapporteur spécial, in, Etude sur la question de la prévention et la repression du crime de génocide. N.U. Conseil Economique et Social.

سلسله همانندیهای بدنی گوناگون در بین انسانها است که از نسلی به نسل دیگر به ارث رسیده است.

#### ۴. گروه دینی:

«گروه دینی» به جماعتی اطلاق می‌شود که از یک آرمان مشترک معنوی تبعیت می‌کنند. پیروان ادیان معمولاً با گزاردن اعمال و مناسک خاص که نشان دهنده وحدت عقیده در میان آنها است از پیروان سایر ادیان بسهولت باز شناخته می‌شوند.

#### ب. گروههایی که از حمایت برخوردار نیستند

##### ۱. گروه سیاسی:

مسئله حمایت از گروههای سیاسی موضوع مباحثات مفصلی به هنگام تدوین مقاوله‌نامه ۱۹۴۸ بوده است. دلایل بی‌شماری بر ردا پیشنهاد حمایت از گروههای سیاسی عنوان شده است که هیچیک منطقی به نظر نمی‌رسد. عده‌ای معتقد بودند که ساختار گروه سیاسی به دلیل ارکان ناپایدار آن فاقد انسجام و همگنی کافی برای تمیز گروه سیاسی از سایر گروههای انسانی است. عده‌دیگر عقیده داشتند که گنجاندن «گروه سیاسی» در متن مقاوله‌نامه موجب خواهد شد کشورهای زیادی از پذیرفتن مقاوله‌نامه خودداری ورزند و اصولاً این موضوع پای سازمان ملل متعدد را به صحنه مجادلات سیاسی داخلی کشورها بازخواهد کرد. بعضی دیگر نیز حمایت از گروههای اقتصادی و صنفی را همپایه گروههای سیاسی بدین ترتیب ضرور می‌دانستند و خواهان گسترش حمایت بین‌المللی از این گروهها بودند.

##### ۲. گروه ناتوانان:

تاریخ نشان داده است که کشتار بیماران درمان ناپذیر و انسانهایی که به گونه‌ای از ناتوانیهای جسمانی و روانی رنج می‌برند و به

تعییری ناسودمندند یا باری را بدین ترتیب بر جامعه تحمیل می‌کنند، ممکن است هیئت‌های حاکمه را به وسوسه بیندازد. بویژه توجیهات علمی با عنوان «اصلاح نسل»<sup>۲۱</sup> خطری است که بیش از پیش این گروهها را تهدید می‌کند. متأسفانه این گروه نیز از حمایت مقاوله‌نامه ۱۹۴۸ بی‌بهره است. البته این حمایت به ترتیبی دیگر در اسناد بین‌المللی تضمین شده است.

### فصل دوم

#### اعمالی که در ماده ۲ احصاء شده است

همانگونه که اشاره شد تدوین کنندگان مقاوله‌نامه ۱۹۴۸ از یک تعریف عام کشتار جمعی خودداری ورزیده و تنها به ذکر اعمال مشخصی که کشتار جمعی را پدید می‌آورد بسته گردیده اند. بدیهی است چنانچه حیات افراد گروههای انسانی به صورتی غیر از صوری که در ماده ۲ مندرج است به خطر افتاد، با تفسیری که عموماً از مقررات جزائی به طور محدود بعمل می‌آید نمی‌توان عاملان این جنایت هولناک را به استناد این مقاوله‌نامه تحت پیگیری قانونی قرار داد.

#### الف. شیوه‌های کشتار جمعی مندرج در ماده ۲

ماده ۲ مقاوله‌نامه ۱۹۴۸ از میان اعمال گوناگونی که ممکن است تهدیدی علیه حیات گروههای انسانی به شمار رود اعمال پنجمگانه‌ای را بر شمرده که هر یک در صورت ارتکاب، کشتار جمعی تلقی می‌شود. حقوقدان شهیر فرانسوی دون دیو دو وابر عقیده داشت که

21. eugénisme

کشتار جمعی جنایتی است علیه بشریت که به سه صورت تجلی می‌یابد: نخست، صدمه زدن به حیات، تندرستی یا تمامیت جسمانی انسان که از آن با نام «آدمکشی جمعی»<sup>۲۲</sup> یاد می‌کند. دوم، آسیب زدن به رشد و شکوفائی گروه انسانی با توصل به اعمالی نظری سقط جنین و سترون‌سازی که آن را («زیست‌کشی جمعی»)<sup>۲۳</sup> می‌نامد. سوم، منع بکارگیری زبان قومی و لطمہ زدن به فرهنگ ملی که از آن با عنوان «فرهنگ‌کشی جمعی»<sup>۲۴</sup> نام می‌برد.<sup>۲۵</sup>

بعضی از مؤلفان عبارت اخیر را به لحاظ ترکیب و اصول اشتراق کلمات نادرست می‌دانند<sup>۲۶</sup> و عمل کشتن را فقط در مفهوم نابودی جسم و زیست انسان صحیح می‌پندازند. در هر حال، در تدوین مقاوله نامه ۱۹۴۸ به این صورت از کشتار عنایتی نشده و فقط دو صورت نخست مطمح نظر قرار گرفته است.

#### ۱. قتل اعضای گروه:

متداولترین شکل کشتار جمعی قطع رشته حیات افراد بیگناه یا به تعبیر فقهای اسلامی ازهاق نفس معصوم است. اعلامیه جهانی حقوق بشر حق حیات را برای همه انسانها بدون هیچگونه تمایزی مخصوصاً از حیث نژاد، زبان، عقیده و... معتبر شناخته است. بنابراین به تعبیر اسناد بین‌المللی، انسانها در برخورداری از این حق هیچگونه مزیتی نسبت به یکدیگر ندارند.

#### ۲. صدمه شدید به تمامیت جسمانی یا روانی اعضای گروه:

منظور از صدمه شدید به تمامیت جسمانی، هرگونه عملی

22. génocide physique

23. génocide biologique

24. génocide culturel

25. Donnedieu de Vabres, H.: Le Procès de Nuremberg devant les Principes Modernes du Droit Pénal International, Cours de l'Académie de Droit International, 1947, t. 70, p. 523.

26. Plawski, S.: Etude des principes fondamentaux du droit international pénal, Paris, 1972, p. 113.

است که وجود جسمانی فرد را عمیقاً جریحه دار کند. بنابراین اعمالی نظیر هتک ناموس به عنف، قطع عضو، شکنجه و آزمایش‌های زیست‌شناسی اعمال مجرمانه‌ای به شمار می‌روند که علیه تمامیت جسمانی اعضای گروه صورت می‌گیرند. صدمه‌شدید روانی ممکن است با بکارگیری مواد مخدر یا عوامل روان‌گردان بطوریکه قوا و استعدادهای روانی اعضای گروه را تحلیل برد و به سقوط یا تنزل اخلاقی آنها بینجامد نیز وارد شود.

۳. قرار دادن عمدی گروه در معرض شرایط حیاتی ای که به زوال مادی کلی یا جزئی آن منتهی شود:

گاه کشتار جمعی با مرگ تدریجی انسانها در شرایط دشوار زیست گروهی تحقق می‌یابد. این شرایط ممکن است به گونه‌ای باشد که بهداشت، ایمنی و سرانجام تدرستی افراد گروه را به مخاطره افکتد، مانند آنچه عموماً در بعضی از اردوگاههای مهاجران یا تبعیدشده‌گان اتفاق می‌افتد. حقوقدان لهستانی تبار پلاوسکی<sup>۲۷</sup> عقیده دارد نرسانیدن آذوقه در سالهای کمیابی یا نایابی از سوی کسانی که مسئولیت مقابله با آن را به عهده دارند، اگر به قصد نابودی گروههای انسانی صورت گیرد، کشتار جمعی به شمار می‌رود.<sup>۲۸</sup>

۴. اقداماتی که به منظور جلوگیری از تولید نسل صورت گیرد:

جلوگیری از تولید نسل به نحوی که به اضمحلال گروه منجر شود ممکن است صور مختلفی به خود گیرد. جداسازی مردان و زنان و منع ازدواج آنها با یکدیگر، سترون‌سازی اجباری و تسبیب سقط جنین شناخته ترین تدابیری است که انقراض نسل را تسهیل می‌کند.

۵. انتقال اجباری کودکان یک گروه به گروه دیگر:

انتقال اجباری کودکان چه به صورت کوچاندن و چه به صورت

27. Stanislaw Plawski

28. Plawski, op. cit; p. 115.

ربودن (نازیها به این شیوه متولّ می‌شدند) آثار گوناگونی ممکن است در گروه بجا گذارد. یکی از آثار آن، همسانی یا به عبارت دیگر، همانندگردانی فرهنگی کودکان با گروه میزبان است. بویژه اگر این انتقال در سنینی اتفاق افتد که کودک برای پذیرفتن هنجارهای گروهی از هر حیث مهیا باشد، همسانی بسهولت انجام می‌گیرد. بدین سان انسجام درونی با زوال هویت گروه رفته رفته سست می‌شود و مقدمه انهدام آن فراهم می‌گردد. این استدلال هرچند به گونه‌ای خطر زوال فرهنگ گروهی را توجیه می‌کند و بر دیگرگونیهایی که فرهنگ کشی جمعی (کذا) بر می‌انگیزد تأکید می‌ورزد، اما مسلماً به این بعد مسئله در تدوین مقاوله‌نامه توجهی نشده است. دلیلی که به اعتبار آن انتقال اجباری کودکان از یک گروه به گروه دیگر منع شده قرار گرفتن کودکان در معرض شرایط زندگانی نامناسبی است که امکان دارد ادامه حیات و اصولاً بقای آنان را تهدید کند. بنابراین همانگونه که جلوگیری از تولید نسل خطری برای زندگی گروه محسوب می‌شود، هلاک نسل جدید نیز ممکن است اثری همانند پدید آورد.

## ب. شیوه‌های دیگر انهدام گروههای انسانی

بدون تردید اعمال پنجگانه‌ای که تفسیر آن از نظر گذشت تمام شیوه‌های ممکن معذوم کردن گروههای انسانی را دربرنمی‌گیرد. فروپاشاندن گروههای قومی و نژادی ممکن است به صور دیگر از جمله توسل به خشونت و ایجاد رعب در میان ساکنان و راندن آنها از سرزمینهای اجدادی، و بهره کشی و واداشتن اعضای گروه به کارهای شاق تحقق پذیرد. در هر صورت، یکی از شیوه‌های براندازی اجتماعات بشری زدودن ویژگیهای معنوی و نشانه‌های آن مانند تخریب بنها، سوزاندن کتابها و جلوگیری از نشر زبان قومی است و همانطور که گفته

شد این شیوه با عنوان «فرهنگ زدائی جمعی» به قلمرو اعمال مجرمانه مندرج در ماده ۲ مقاوله‌نامه راه نیافت. یکی از مؤلفان در این باره می‌نویسد:

«دولت برای بوجود آوردن مرتبه‌ای از همگونی و تجانس ملی و فرهنگی می‌تواند با توصل به شیوه‌های مشروع، دلایلی موجه بر ادامه سیاست همسان‌سازی خود داشته باشد. بنابراین در عمل دشوار خواهد بود میان اینگونه اختیارات ناشی از قدرت حاکمیت و فرهنگ زدائی جمعی مرز دقیقی ترسیم کرد.»<sup>۲۹</sup>

## فصل سوم

### اعمال توأم با قصد و منظور خاص

ماده ۲ مقاوله‌نامه دقیقاً تصریح می‌کند که کشتار جمعی باید «به قصد نابود کردن تمام یا قسمتی از یک گروه ملی، قومی، نژادی یا دینی از این لحاظ ارتکاب یابد». در تفسیر این ماده بین حقوق‌دانان آتفاق نظر و عقیده به چشم نمی‌خورد. اختلاف بیشتر بر سر رد یا قبول داعی یا انگیزه ارتکاب جرم بالا گرفته است. در هر حال، قانونگذار در نگارش این ماده از روش «شخصی» تبعیت کرده و بر این اساس احراز مجرمیت را موكول به تفحص درباره قصد و انگیزه جرم نموده است.<sup>۳۰</sup>

29. Planzer, A.: *Le crime de génocide (thèse)*, St. Gall, 1956, p. 104.

۳۰. در متن فرانسوی که توأمًا در کنار متن انگلیسی به هنگام تدوین و تفسیر مقاوله‌نامه‌ها از توجه بیشتری برخوردار می‌باشد ماده ۲ با چنین عباراتی آمده است:

«Dans la présente convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel».

در ترجمه‌ای که از این ماده به هنگام تصویب قانون اجازه الحاق دولت ایران به قرارداد بین المللی جلوگیری از کشتار جمعی شده، آمده است:

## الف. ضرورت قصد خاص

کشتار جمعی از جرائم عمدی است و برای تحقق آن وجود قصد به معنای آگاهی و یقین بر حصول نتیجه مغایر با موازین قانونی ضرورت دارد. هرچند این شرط لازم به نظر می‌رسد ولی در ارتکاب جنایت کشتار جمعی کافی نیست. علاوه بر سوءنیت عام، فاعل باید قصد خاصی را از عمل خود اراده کند به نحوی که منشأ نابودی تمام یا قسمتی از یک گروه ملی، نژادی یا مذهبی باشد. درواقع، وجه تمایز یک قتل ساده و کشتار جمعی همین عنصر سوءنیت خاص است؛ از این‌رو، به بسیاری اعمال دهشتناک نظیر بمباران اهالی غیرنظمی به هنگام جنگ که کشتار انبوه انسانها را به دنبال دارد نمی‌توان کشتار جمعی اطلاق کرد، زیرا این عمل اراده نابود کردن تمام یا قسمتی از یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی را دربرنداخت.

## ب. داعی جرم

داعی، احساس تمايل کم و بیش شدید به ارتکاب جرم است که امری کاملاً باطنی است و فرد را برای انجام عمل مجرمانه مستعد می‌سازد. عموماً داعی یا انگیزه، جز در موارد استثنائی، اثربار در تقصیر

«در قرارداد فعلی مفهوم کلمه «*تونسید*» یکی از اعمال مشروحة ذیل است که به نیت نابودی تمام یا قسمتی از گروه ملی و قومی و یا مذهبی ارتکاب گردد. از این قرار...» در برگردان فارسی دربرابر صفت «*tel*» *comme tel* «از این قرار» نهاده شده که تعبیری درست از عبارت «as such» انگلیسی است؛ لیکن وسف «*comme tel*» مندرج در متن فرانسوی اگر مقصود قانونگذار «*tel*» *comme tel* *un groupe* *comme un* باشد، معنای دیگری افاده می‌کند که می‌توان چنین توضیح داد که عمل نابود کردن یک گروه ملی، ... یا... باید به منظور خاص یا همانگونه، که خواهیم دید با انگیزه مشخصی ارتکاب یابد.

→

یا میزان مسئولیت فاعل جرم ندارد. در این باره که آیا برای احراز مجرم بودن به اتهام کشتار جمعی، جهات نفسانی و انگیزه‌های درونی فاعل باید مورد ملاحظه قرار گیرد، بین علمای حقوق اختلاف است. پاره‌ای از حقوقدانان، همینکه اقدامات مندرج در ماده ۲ مقاوله‌نامه را متوجه حیات یک گروه ملی، قومی، نژادی یا دینی یافتد صرف نظر از هدف غائی و انگیزه نهانی مرتکب، کشتار جمعی را محقق می‌دانند.<sup>۳۱</sup> گروه دیگر عقیده دارند کشتار جمعی به شرطی تحقیق می‌یابد که این اقدامات بنا به ملاحظات ملی، قومی، نژادی یا مذهبی ارتکاب یابد.<sup>۳۲</sup> حقیقت این است که مؤلفه‌های عنصر معنوی جرم، یعنی قصد خاص و انگیزه، آنچنان در ارتکاب کشتار جمعی در یکدیگر تنبیه‌اند که تقریباً برهم انطباق دارند. در هر حال، با اتصافی که در ماده ۲ به چشم می‌خورد چنین می‌نماید که عقیده گروه اخیر با محتوای عبارات ماده ۲ سازگارتر باشد. از این ماده چنین استنباط می‌شود که کشتار جمعی به موجب این مقاوله‌نامه زمانی قابل تعقیب است که مرتکب تحت تأثیر احساسات ناشی از برتری جوئی گروهی که ملیت، قومیت، نژاد و مذهب محرك آن است، دست به این جنایت زده باشد.



## شروع به جرم، مشارکت و معاونت در ارتکاب کشتار جمعی

اصلًا حقوق بین‌الملل کیفری علاوه بر مbasران جرائم بین‌المللی

31. Planzer: op. cit; p. 95.

32. Legeais: op. cit; p. 28.

همه کسانی را که عالم‌آرتکاب این قبیل جرائم را تلقین، تشویق، تسهیل یا تحریک کنند مسئول می‌شناشد. مقاوله‌نامه ۱۹۴۸ نیز بر این اصل وفادار مانده و راه را برای تعقیب کسانی که به‌نحوی در ارتکاب جرم همکاری داشته‌اند هموار کرده است. البته شکل این همکاری به شرحی که در ماده ۳ مقاوله‌نامه پیش‌بینی شده متنوع است و به مشارکت و معاونت با تعاریفی که از آنها در حقوق جزای داخلی شده محدود نیست. به توضیحات پیشتری در این باره می‌پردازیم و پیش از آن ماده ۳ مقاوله‌نامه را عیناً نقل می‌کیم:

«ماده ۳. افعال زیر مجازات خواهد شد:

- الف. کشتار جمعی؛
- ب. تبانی به‌منظور ارتکاب کشتار جمعی؛
- ج. تحریک مستقیم و علنی به ارتکاب کشتار جمعی؛
- د. شروع به جرم کشتار جمعی؛
- ه. معاونت در کشتار جمعی.»

#### ۱. کشتار جمعی:

ارکان تشکیل دهنده این جنایت درگفتار پیش به تفصیل گذشت. نکته‌ای که در اینجا باید تذکر داده شود تأکید قانونگذار بر وقوع کشتار جمعی به واسطه « فعل » مرتکب است. اما همانگونه که یکی از مؤلفان بدرستی یادآور شده است « در بعضی موارد، بویژه در کشتار جمعی به شیوه قرار دادن گروه در شرایط غیرانسانی زندگانی، این جنایت ممکن است به صورت ترک فعل ارتکاب یابد ». ۳۳ مورد دیگر از ترک فعل وقتی است که مقامات مسئول با سکوت و تجاهل، از کشتار در حال وقوع ممانعت نمی‌کنند.

#### ۲. تبانی به‌منظور ارتکاب کشتار جمعی:

« تبانی » یا مواضعه آن است که دو یا چند نفر به قصد ارتکاب

33. Plawski: op. cit; p. 115.

عمل مجرمانه با یکدیگر توافق کرده باشد. واژه «تبانی» در این ماده معنایی عمیق‌تر از معنای آن در حقوق جزای داخلی دارد و تقریباً با مفهوم «conspiracy» در نظام حقوقی انگلوساکسون مطابقت دارد.<sup>۳۴</sup> در اساسنامه دادگاه نورنبرگ این مفهوم به دو صورت یکار رفته است: نخست در بیان جرم مستقلی علیه صلح که زمامداران آلمان نازی به اتهام ارتکاب آن محکوم شدند (بند «الف» ماده ۶)،<sup>۳۵</sup> و دوم در توضیح صورتی از صور شرکت در ارتکاب جرم متضمن ترغیب به ارتکاب جرم و تهیه مقدمات اجرای آن (بند آخر ماده ۱۶ اساسنامه).<sup>۳۶</sup> بدین ترتیب، کسانی که به قصد ارتکاب کشتار جمعی با هم توافق کنند<sup>۳۷</sup> و در اجرای آن طرح واحدی<sup>۳۸</sup> سازمان دهنده یکایک مسئول تمام اعمالی شناخته می‌شوند که در اجرای طرح مجرمانه ضروری بوده است، حتی اگر خود در اجرای آن شرکت نداشته و از آن بی‌اطلاع باشند.

### ۳. تحریک مستقیم و علنی به ارتکاب کشتار جمعی:

عموماً «تحریک» به فعلی اطلاق می‌شود که بتواند عامل را برانگیزد و این حرکت منشأ وقوع جرم شود. در اینجا لازم نیست حتماً آثار و نتایج مجرمانه‌ای بر «تحریک» مترتب شود تا تحریک کننده مورد مؤاخذه قرار گیرد. با وجود این، ذو شرط را قانونگذار برای تحقیق تحریک لازم دیده است: نخست آنکه «مستقیم» باشد، یعنی موضوع کشتار جمعی بروشنا و بوضوح ابراز شده باشد؛ دوم آنکه «علنی»

۳۴. فرانسوی زبانها در برابر این کلمه انگلیسی، کلمه «entente» را بکار برده‌اند تا با کلمه «complot» که در حقوق داخلی معنای خاص دارد اشتباه نشود.

۳۵. اساسنامه دادگاه نورنبرگ بدین ترتیب «کسانی را که در تهیه و اجرای طرحی واحد برای ارتکاب جنایات پیشین شرکت داشته‌اند» مسئول تمام اعمالی دانسته که در اجرای این طرح ارتکاب یافته است.

36. Donnedieu de Vabres: op. cit; p. 528.

37. agreement

38. common plan

باشد، یعنی آشکارا و به هر وسیله‌ای عموم را به کشتار جمعی فراخواند. مسئله‌ای که در این باره اشاره به آن لازم به نظر می‌رسد، تبلیغ علی‌رسانه‌های گروهی و برانگیختن احساس کینه‌توزی و تقویت تمایلات برتری‌جوئی نسبت به گروههای نژادی و قومی و دینی است، بی‌آنکه در خلال این پیامها بطور مشخص کشتار این یا آن گروه درخواست شود. سزاوار است در این خصوص نیز هر نوع تبلیغی که بذر حقد و حسادت بر دلها بپاشد و آتش کینه‌توزی را فروزان سازد محکوم شود تا تصوّر کشتار جمعی در اذهان، زمینه‌فراهمنی برای رشد نیابد. در این باره مقررات جزائی بعضی کشورها نظیر سوئد، دانمارک، نروژ و لهستان چنین تبلیغات زهرآگینی را بعدها منوع اعلام کرد و این امر حاکی از آن است که تمایل به محکومیت تبلیغ کشتار جمعی در میان ملتها وجود دارد.

#### ۴. شروع به کشتار جمعی:

«شروع به جرم» در این مقاوله‌نامه باید در چهارچوب تدبیری که قانونگذار داخلی برای این عمل وضع کرده است، تفسیر شود. «شروع به جرم» اصطلاحاً به اعمالی گفته می‌شود که بر وجود قصد مجرمانه دلالت کند به شرطی که این قصد بواسطه موانع خارجی که اراده فاعل در آن دخالت ندارد متعلق بماند و جرم منظور واقع نشد (مضمون ماده ۱۵ قانون راجع به مجازات اسلامی). در تعبیر رایجی که از شروع به جرم وجود دارد، عموماً عملیات مقدماتی که فقط زمینه ارتکاب جرم را فراهم می‌سازد قابل مجازات نیست. با این حال، حوادث جانگذار جنگ جهانی دوم و سالهای بعد از جنگ، خطر روزافزون سلسله تدبیری که مقدمه کشتار جمعی به شمار می‌روند به اثبات رساند. پیشگیری از وقوع جنایتی به گستردگی کشتار جمعی اقتضا می‌کند اقداماتی نظیر مطالعه و تحقیق به منظور دستیابی به شیوه‌های جدید کشتار جمعی، ساخت و نگهداری ابزار و ادوات و موادی که برای این مقصود فراهم

شده اند و حتی انتقال اطلاعات لازم شدیداً محکوم شود. در طرحی که دبیرکل سازمان ملل تهیه کرده بود برخی از این تدابیر، تمهید کشتار جمعی تلقی می شد و بجهة مجرمانه داشت، ولی کمیته ویژه در تدوین متن نهائی مقاوله نامه آن را نپذیرفت. متأسفانه جز در پواردی که عملیات مقتماتی می تواند تبانی و یا تحریک مستقیم و علنی و یا نوعی معاونت تفسیر شود، در سایر موارد موضوع به سکوت برگزار شده است.

#### ۵. معاونت در کشتار جمعی

تعریف «معاونت» و شرایط تحقق آن همانند شروع به جرم، به شرحی که در مقررات جزائی داخلی مفهوم است، درباره کشتار جمعی نیز صادق است. فرض «معاونت» وقتی صحت پیدا می کند که عمل اصلی کشتار جمعی محقق گردیده یا دست کم شروع به اجرا شده باشد. بنابر تعریف، معاون جرم کسی است که با تحریک یا ترغیب یا تهدید یا تطمیع، دیگری را به ارتکاب جرم برانگیزد و یا بوسیله دمیسه و فریب و نیز نگ موجب وقوع جرم شود. کسی که با علم و اطلاع، وسائل ارتکاب جرم را تهیه کند و یا طریق ارتکاب آن را با علم به قصد مرتكب ارائه دهد و یا عالماً و عامداً وقوع جرم را تسهیل کند نیز معاون جرم نامیده می شود (مضمون ماده ۲۱ قانون راجع به مجازات اسلامی). ازسوی دیگر، کسی را می توان معاون جرم به شمار آورد که فعل مشتبی انجام داده باشد. بنابراین شخص مطلع به صرف سکوت، معاون جرم محسوب نمی شود.



## پیشگیری و مجازات

ماده ۱ مقاوله‌نامه مقرر می‌دارد: «طرفهای متعاهد... پیشگیری از وقوع و مجازات آن را تضمین می‌کنند». بنابراین ابتکار پیشگیری کیفری از وقوع کشتار جمعی به عهده کشورهای متعاهد گذاشته شده است. نهایتاً این کشورها می‌توانند برای پیشگیری از وقوع این جنایت از مراجع صلاحیتدار سازمان ملل متحد بخواهند که بطبق منشور ملل متحد چاره‌اندیشی کند (ماده ۸). معهداً اثر پیشگیری کننده خود مقاوله‌نامه را نباید دست کم گرفت. بنام<sup>۳۹</sup> فیلسوف انگلیسی معتقد بود که مقررات کیفری بر عزم و اراده انسان تأثیر روانی بجا می‌گذارد و موجب می‌شود انسان دانسته و سنجیده در اعمال و افعال خود گام بردارد و از پیش، پیامد آن را پیش‌بینی کند. بنابراین با پذیرفتن و تصویب این مقاوله‌نامه حجت بر همگان تمام گشته و راه برای مؤاخذه از کسانی که عواقب اعمال خود را نسنجیده‌اند، از پیش گشوده شده است. البته تأثیر عبرت آور تدبیر سرکوب کننده زمانی بهتر آشکار می‌شود که این تدبیر به اجرا درآید؛ در غیر این صورت، ترس از مجازات تأثیر خود را رفته رفته از دست خواهد داد. مهمتر از اجرا رعایت قواعد و اصولی است که به این تدبیر مشروعیت می‌بخشد. از این لحاظ، تدوین کننده‌گان مقاوله‌نامه با وضع مقرراتی که هم جنبه ماهیتی و هم جنبه صوری دارد، کوشیده‌اند پایه‌های استواری برای این تدبیر پی‌ریزی کنند. حال تا چه اندازه در تلاش خود موفق بوده‌اند، به تفصیل بیشتری در این باره نیاز دارد.

39. Bentham

## فصل اول

# قواعد ماهیّتی

مقاؤله نامه ۱۹۴۸ از تعیین ضمانتهای اجرائی مؤثر خودداری کرده است؛ در عوض طرفهای متعاہد ملزوم شده‌اند: «برطبق قوانین اساسی خود تدبیر تقیینی لازم را برای تأمین اجرای این مقاؤله نامه اتخاذ کنند و مخصوصاً ضمانتهای اجرائی مؤثر درباره اشخاص مقصوس و متهم به کشتار جمعی و هر یک از اعمال مشروح در ماده ۳ را پیش‌بینی نمایند» (ماده ۵). برای مثال، ماده ۲۵۹ قانون جزای ۱۹۶۱ چکسلواکی با عنوان «کشتار جمعی» مقرر می‌دارد:

«هرکس به قصد نابودی تمام یا قسمی از یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی

الف. اعضای چنین گروهی را در معرض شرایط حیاتی ای قرار دهد که به زوال مادی کلی یا جزئی آن منتهی شود،

ب. تدبیری اتخاذ کند که مانع تولد کودکان در چنین گروهی شود،

ج. کودکان یکی از این گروهها را به زور به گروهی دیگر منتقل کند،

د. آسیبی شدید به تندرستی یکی از اعضای چنین گروهی وارد آورد یا موجب مرگ او شود،

به ۱۲ تا ۱۵ سال زندان یا به مجازات اعدام محکوم می‌شود.»

کشورهایی مانند برزیل، دانمارک، مجارستان، هلند، رومانی و

چند کشور دیگر نیز تقریباً به همین ترتیب و با عباراتی مشابه مقرراتی وضع کرده‌اند که اجرای مقاؤله نامه را در این کشورها تضمین می‌کند؛ اما کشورهایی که هنوز به قول خود وفا نکرده و هر یک به دلیلی از این کار طفره رفته‌اند، ضعف اساسی مقاؤله نامه ۱۹۴۸ را بیش از پیش آشکار

ساخته اند. وانگهی اگر روزی قرار شود طبق ماده ۶، دعوای کشتار جمعی به یک مرجع قضائی بین المللی احواله شود معلوم نیست مرجع مذکور برای تعیین مجازاتها به کدام نظام جزائی متول خواهد شد.

نکته دیگری که یکی از حقوقدانان بحث به انتقاد از آن پرداخته، تغییر یافتن ماهیت کشتار جمعی به عنوان یک جرم بین المللی است.<sup>۴۰</sup> با ترتیبی که در ماده ۵ پیش‌بینی شده است، کشتار جمعی، یعنی عملی که باید اخلاق در نظم بین المللی تلقی شود، به یک جرم داخلی تبدیل شده و هر کشوری مجازاتی خاص برای آن در نظر گرفته است. در صورتی‌که عدالت بین المللی به عنوان پشتونه این نظم اقتضا می‌کند در روابط بین دول تدابیر سرکوب کننده، یکنواخت و یکسان به اجرا گذاشته شود.

مقاؤله‌نامه ۱۹۴۸ همچنین با پذیرفتن اصل تقصیرپذیری فرد و رد اعمال نظریه «عمل دولت»<sup>۴۱</sup>، مبنای مجازات را بر مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی متکی ساخته است. بر طبق این نظریه، مسئولیت اعمالی که دستگاههای دولتی مرتکب می‌شوند فقط به دولت قابل إسناد است. در نتیجه، اشخاص حقیقی که به نام دولت به این اعمال مبادرت ورزیده‌اند مبدأ از مسئولیت به شمار می‌روند. این نظریه که زمانی محور مباحثات گسترده علمای حقوق بین الملل بود امروزه با واقع‌نگری حقوق بین الملل کیفری پیروان خود را از دست داده است. درواقع، مقاؤله‌نامه ۱۹۴۸ در این زمینه از همان اصولی پیروی می‌کند که اساسنامه و دادنامه دادگاههای نظامی بین المللی نورنبرگ و توکیو تبعیت کرده بود. این اصول بوضوح مبین این امر است که عاملان جنایات بین المللی نمی‌توانند به اعتبار مقام نمایندگی خود از مصونیت برخوردار شوند. اصل مسئولیت کیفری افراد حقیقی به اتهام نقض حقوق بین الملل درسا بر اسناد

40. Lombois, C.: *Droit pénal international*, Paris, 1971, p. 65.

41. *Acte de L'Etat*

بین المللی نیز تأکید شده است. درنتیجه، با درنظر گرفتن ماده<sup>۴</sup> مقاوله نامه ۱۹۴۸ که صریحاً مقرر می دارد «اشخاصی که مرتکب کشtar جمعی یا هر یک از اعمال مشروح در ماده ۳ شوند، خواه مأموران حکومتی و کارمندان دولت و خواه افراد عادی، مجازات خواهد شد»، جای هیچگونه شباهه در تأیید این مسؤولیت باقی نمی ماند. تنها پرسشی که ممکن است به ذهن خطور کند، حدود مسؤولیت کارگزاران دولتی است که به اتکای حکم قانون داخلی یا اوامری که از مافوق دریافت داشته اند، مرتکب این جنایت شده اند. در مورد اول، چنانچه تعارضی میان مقررات حقوق جزای داخلی و حقوق بین الملل دیده شود، عموماً حکومتی کسی را که با رفتاری منطبق با نظام قانون داخلی مقررات بین الملل را نقض می کند چنین توجیه می کنند که الزامات ناشی از حقوق بین الملل بر مقررات قانون داخلی تقدّم دارد؛ زیرا در این خصوص، برخلاف حقوق داخلی، حقوق بین الملل توجیه ناشی از امری یا اجازه قانون ملی را جایز نمی داند.

در مورد دوم، اصولاً توجیه بر پایه انضباط و اطاعت کورکورانه از دستورهای مافوق در حقوق بین الملل مردود شمرده شده است. با این حال، امر مافوق در سلسله مراتب حکومتی یا اداری بر مسؤولیت مجری دستور بدون تأثیر نیست و می تواند به عنوان کیفیت مخففه در میزان مسؤولیت او اثر بگذارد؛ حتی در شرایط اجبار معنوی ممکن است اصل این مسؤولیت را نیز منتفی بدارد.

درباره شمول ماده<sup>۴</sup> که به تفسیرهای گوناگون میدان داده است<sup>۴۲</sup>

باید گفت متأسفانه مصوّنیتهائی که به موجب قوانین اساسی کشورها برای بعضی اشخاص شناخته شده از دایره آن کاسته است.<sup>۴۳</sup> بنابراین در

42. Planzer: op. cit; p. 136.

43. در متن انگلیسی قید «constitutionally responsible rulers» باعث شده است که کلمه «rulers» از اطلاق بیفتند؛ ولی در متن فرانسوی مقاوله نامه کلمه «gouvernans» بدون هیچگونه قیدی بکار رفته است.

نظامهای سلطنتی یا جمهوریهای که رؤسای جمهور مسئولیت اجرائی مؤثر در اداره کشور ندارند، شاهان و سران جمهور از شمول ماده ۴ خارج اند.

یکی دیگر از مسائل جدال برانگیز که مقاوله نامه ۱۹۴۸ با مهارت تمام از کنار آن عبور کرده مسئله ماهیت سیاسی یا عمومی جنایت کشтар جمعی است. آیا کشtar جمعی جرم سیاسی به شمار می آید یا عمومی؟ پاسخ به این پرسش آثاری از لحاظ حقوقی دربردارد که مهمترین آن مسئله استرداد عاملان ارتکاب این جنایت بین المللی است. قدر مسلم اینکه اکثر کشورها اصل عدم استرداد مجرمان سیاسی را پذیرفته اند. بدین جهت، ماده ۷ مقاوله نامه ضمن ردة حکمی که از این قیاس منطقی نتیجه می شود، بدون آنکه در صحت صغرا و کبرای قضیه اظهار نظر کرده باشد، صریحاً تکلیف را تعیین کرده است:

«کشtar جمعی و سایر اعمال مذکور در ماده ۳ از لحاظ استرداد، جرائم سیاسی تلقی نمی شوند. طرفهای متعاهد در این مورد تقسیم می کنند که مطابق اختیارات قانونی خود و معاهدات جاری با استرداد موافقت کنند.»

به نظر می رسد این موضعگیری مقاوله نامه ۱۹۴۸ از ابهامی که در تشخیص جرم سیاسی از جرم عمومی وجود دارد سرچشمه گرفته باشد. در هر حال، بدون آنکه بخواهیم در این باره نظری اعلام کنیم توضیح این نکته را ضرور می دانیم که در نهضت قانونگذاری بین الملل کیفری که عمدتاً بر پایه تصمیمات و معاهدات دو یا چند جانبه میان دولتها استوار است، این فکر رفته رفته تقویت شده است که جرائم بین المللی نظیر جنایات جنگ، جنایات علیه صلح و جنایات علیه بشریت باید در ردیف جرائمی قرار گیرد که استرداد مرتكبان آن را ممکن سازد. اعلامیه مسکو مورخ ۱۳۰ اکتبر ۱۹۴۳ که بعداً بوسیله موافقتنامه لندن مورخ ۸ اوت ۱۹۴۵ تأیید شد تصریح می کند که جنایتکاران جنگ «به کشورهایی که

در آن مرتکب اعمال نفرت انگیز شده‌اند بازگردانده می‌شوند» تا مطابق قوانین این کشورها محاکمه شوند. بلاfaciale پس از تشکیل سازمان ملل متحده، مجمع عمومی تصمیماتی گرفت (قطعنامه ۳ (I) موافق ۱۳ فوریه ۱۹۴۶ و قطعنامه ۱۷۰ (II) موافق ۱۳۱ اکتبر ۱۹۴۷) که در آن به کشورهای جهان توصیه شده بود تذاییر لازم را برای تصمین انتقال فوری جنایتکاران به کشورهایی که در آن محل مرتکب جنایاتی شده بودند، اتخاذ نمایند. در آخرین تصمیم مجمع عمومی در این خصوص (قطعنامه ۳۰۷۴ (XXVIII)) موافق ۳ دسامبر ۱۹۷۳ با عنوان «اصل همکاری بین المللی درباره ردیابی، بازداشت، استرداد و مجازات افراد متهم به جنایات جنگ و جنایات علیه بشریت» پیش‌بینی شده است:

«افرادی که علیه آنان اذله ارتکاب جنایات جنگ و جنایات علیه بشریت وجود دارد باید به دست عدالت گرفتار آیند و چنانچه مقصود شناخته شوند قاعده‌تاً در کشوری که مرتکب این جنایات شده‌اند کیفر بیینند. بدین منظور، دولتها نسبت به هر آنچه که به استرداد این افراد مربوط است با یکدیگر همکاری می‌کنند...»

بررسی ماده ۷ مقاوله‌نامه در سایه ماده ۶ آن، که دادگاه‌های کشور محل کشتار جمعی را برای رسیدگی صالح شناخته است، مشکلی را آشکار می‌سازد که از اصل تابعیت مرتکب جرم سرچشمه می‌گیرد. بنا بر این اصل که اغلب معاهدات استرداد و قوانین داخلی بر آن متکی می‌باشند، اتباع دولت متقاضی<sup>۲</sup> عنه نمی‌توانند موضوع تقاضای استرداد واقع شوند. شاید به همین دلیل ماده ۶ مقاوله‌نامه صلاحیت همزمان «دیوان جنائی بین المللی» را نیز به رسمیت شناخته است. اما تا تشکیل چنین مرجعی راه بسیار است و به نظر می‌رسد برای فروگشانی این مشکل باید چاره‌ای دیگر اندیشید.

## فصل دهم

### قواعد صوری

از دیرباز تعیین مرجع صلاحیتداری که بتواند به نام جامعه جهانی به حل و فصل دعاوی ناشی از جرائم بین المللی پیردازه همواره ذهن علمای حقوق بین الملل را به خود مشغول داشته است. بعد از دادرسیهای نورنبرگ و توکیو تصور می شد تشکیل یک دادگاه بین المللی دائمی که شایستگی رسیدگی به این دعاوی را داشته باشد از نشها و اختلافات ناشی از نقض هنجرهای بین المللی خواهد کاست؛ لیکن با وجود کوششهایی که در مجتمع بین المللی بویژه سازمان ملل متعدد بکار رفت و مقدمات تشکیل چنین مرجعی براساس طرحهای بکار پیشنهاد شد فراهم گردید پاره‌ای کشورها، بخصوص کشورهای قدرتمند که همواره ملاحظات سیاسی را در روابط بین دولتها مرعی می دارند، هنوز هم تحقق چنین فکری را در شرایط کنونی همکاری و همبستگی بین المللی ناممکن و تشکیل چنین دادگاهی را عملاً ناسودمند می دانند. دلیل عمدۀ مخالفان ظاهراً این است که تشکیل چنین مرجع قضائی مغایر با اصل حاکمیت ملی است و وجود آن بالاخص اگر دارای اختیارات ذاتی باشد، اختلافات بین المللی را شدیدتر و خطر رویارویی کشورها را بیشتر می کند. نهایتاً پس از چهاردهه که از عمر مقاوله‌نامه ۱۹۴۸ می گذرد اجرای بعضی مفاد ماده ۶ برپایه استدلالات فوق همچنان معطل مانده و مقاوله‌نامه منع کشتار جمعی کارانی لازم را از دست داده است؛ زیرا ماده ۵ مقاوله‌نامه پیش‌بینی می کند:

«اشخاص متهم به کشتار جمعی یا هریک از اعمال مذکور در ماده ۳ به دادگاههای صالح کشوری که جرم در قلمرو آن ارتکاب یافته است یا به دیوان جنائی بین المللی صالح که طرفهای متعاهد حق قضایوت آن را به رسمیت شناخته اند جلب خواهند شد.»

بنابراین، پیش‌بینی می‌شد چنانچه رسیدگی به اتهامات عاملان کشتار جمعی در دادگاههای صالح کشوری که جرم در قلمرو آن ارتکاب یافته است به دلیل عدم دسترسی به آنها میسر نبود و دولت متقاضی عنه به اعتبار اصل عدم استرداد اتباع خود و یا بنا به ملاحظات دیگر از تسلیم متهمان خودداری ورزید و از تعقیب آنها نیز سر باز زد (با آنکه مقررات مقاوله‌نامه شق اخیر را منتفی نمی‌دارد ولی الزامی هم برای دول متعاهد به وجود نمی‌آورد)، با توافق طرفین مرجع ثالث صلاحیت‌داری به قضاوت دعوت شود و حکم مقتضی را صادر کند. بدین ترتیب امید می‌رفت با تأسیس چنین دادگاهی و درنتیجه انسداد راه گریز عاملان این جنایت از مجازات، برای اجرای مؤثر بند بند مقاوله‌نامه، مرجع رسیدگی بی‌طرفی بوجود آید تا آنچه که عدالت بین‌المللی خوانده می‌شد تحقق پیدا کند.

راه دیگر رسیدن به این مقصود به نیت پر کردن خلاً موجود، شناسائی صلاحیت دادگاههای کشور محل دستگیری مجرم یا، به تعبیر علمنای حقوق، قبول اصل جهانی بودن حق مجازات است. شناختن این حق برای دادگاههای همه دول متعاهد، اولًا با طبیعت جرم کشتار جمعی که ارتکاب آن اخلال در نظم بین‌المللی محسوب می‌شود و مقابله با آن در گرو همکاری جهانی می‌باشد سازگارتر است؛ ثانیاً هیچ خدشه‌ای به حق دولتی که جرم در سرزمین آن ارتکاب یافته است و به اعتبار صلاحیت سرمیانی، خود را صالح برای رسیدگی می‌داند وارد نمی‌آورد. کافی است دولت متقاضی به علیه از تقاضای استرداد متهم به جرم یا به تعبیری از اعمال حق مجازات بازماند تا این حق برای کشوری که مجرم در خاک آن دستگیر شده است، ثابت شود. در هر صورت، تعقیب و مجازات بزهکاران بین‌المللی نه تنها برای دول متعاهد یک حق است، بلکه به اعتباری یک تکلیف نیز به شمار می‌آید و کشورها نمی‌توانند از موازین آن عدول کنند. از سیاق عبارت ماده ۶

مقاؤله نامه نیز استنباط می شود که مقصود از استرداد عاملان کشتار جمیع تعیین تکلیفی است که به موجب مقاؤله نامه برعهده کشوری که جرم در خاک آن اتفاق افتاده قرار گرفته است. بنابراین، اصل صلاحیت جهانی اقتضا می کند یا متهم به کشتار جمیع به دادگاههای صالح کشوری که جرم در خاک آن ارتکاب یافته است تحويل داده شود، و یا در کشوری که متهم را در اختیار دارد تعقیب شود و به مجازات برسد. در این صورت، صلاحیت مراجع قضائی کشور اخیر فرع بر صلاحیت اصلی دادگاههای کشور متضمر از جرم شناخته می شود.

البته می توان این صلاحیت را برای دادگاههای صالح همه کشورها به یک میزان معتبر شناخت و بدین ترتیب حقوق بین الملل کیفری را از سازمانهای قضائی و نهادهای اجرائی برخوردار ساخت؛ لیکن همانطور که گذشت مقاؤله نامه ۱۹۴۸ عملاً بر حاکمیت و قدرت ملی کشورها تکیه کرده و چشم یاری به آنها دوخته است. در حالی که می توان بیش بینی کرد چنانچه کشتار جمیع در چهارچوب یک مردم حکومتی و یک سیاست سازمان یافته به دست کارگزاران و مقامات دولتی یا با تبانی آنها ارتکاب یابد— که بیشتر موارد چنین است— تعقیب و مجازات عاملان این جنایت تا زمانی که بر سریر قدرت هستند به فرجام نیکی راه نخواهد سپرد، بویژه اگر این قتل عام در سرزمین تحت حاکمیت آنها بوقوع پیوندد. به همین جهت به نظر می رسد در غیاب یک مرجع دادرسی بین المللی، نظام صلاحیت جهانی می تواند تا حدی این نقص را مرتفع سازد.<sup>۴۴</sup>

۴۴. در سالهای اخیر، تأسیس صلاحیت جهانی بیش از پیش مراجع قضائی کشورها را در اجرای مقاؤله نامه های بین المللی کیفری فعال ساخته است. از آن جمله است ماده ۴ مقاؤله نامه ۱۶ دسامبر ۱۹۷۰ لاهه به منظور مقابله با هولی‌سازی که اختیارات گسترده‌ای به مراجع قضائی محلی واگذار می نماید.

همچنین نقش سازمان ملل متحده را به عنوان یک مرجع رسیدگی نباید در دعوای کشتار جمعی انکار کرد. بر این اساس ماده ۸ مقاوله‌نامه پیش‌بینی می‌کند:

«هر یک از طرفهای متعاهد می‌تواند از مراجع صلاحیتدار سازمان ملل متحده بخواهد که برطبق منشور ملل متحده برای پیشگیری و سرکوب کشتار جمعی یا هر یک از اعمال دیگر مذکور در ماده ۳ تدابیر مقتضی اتخاذ کند.»

ذکر این نکته که تدابیر پیشگیری کننده و سرکوب کننده باید برطبق منشور ملل متحده اتخاذ شود نشان می‌دهد که ماده ۸ مقاوله‌نامه قصد ندارد اختیارات جدیدی برای مراجع صلاحیتدار سازمان ملل تعیین کند. در میان مراجع صالح سازمان ملل، بی‌آنکه نامی از آنها به میان آید، بیش از همه باید به نقش مجمع عمومی و بخصوص شورای امنیت در این زمینه توجه کرد. به گفته پلانزر: «مراجعه به سازمان ملل در غیاب دیوان [جنائی] بین‌المللی بی‌فاایده نخواهد بود؛ زیرا این تصمیم مناقشه را به قضاوت افکار عمومی جهان خواهد گذاشت و می‌تواند یک دولت را از ارتکاب چنین اعمالی منصرف سازد».<sup>45</sup>

در پایان بی‌مناسبی نیست به نقشی که مقاوله‌نامه ۱۹۴۸ به دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان یک مرجع قضائی محول کرده است اشاره هرچند مختصری بشود. ماده ۴ مقاوله‌نامه مقرر کرده است:

«اختلافات میان طرفهای متعاهد درباره تفسیر، اعمال یا اجرای این مقاوله‌نامه، منجمله اختلافات راجع به مسؤولیت دولت ناشی از کشتار جمعی یا هر یک از اعمال دیگر مذکور در ماده ۳، به درخواست یکی از طرفهای اختلاف به دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع خواهد شد.»

با آنکه مضمون این ماده خالی از ابهام نیست اما با توجه به

45. Planzer: op. cit; p. 155.|

صلاحیت دیوان در تعیین مسئولیت مدنی دولتها ناشی از نقض تعهدات بین المللی و بازنمودن ماهیت و حدود ضرر و زیانی که از نقض این تعهدات بهم رسیده است، می‌توان نتیجه گرفت که اولاً مسئولیت دولت (مندرج در مادهٔ ۴)، مسئولیت جبران خساراتی است که از ارتکاب کشتار جمعی ناشی شده است؛ ثانیاً از آنجا که افراد نمی‌توانند مستقیماً به نقض معاهدات بین المللی استناد و در مقام استیفای حق خود در برابر دیوان طرح دعوا کنند، نقش دیوان عملاً به رسیدگی به اختلافات میان دولتها محدود شده و درنتیجه تصور جبران خسارت اتباع یک کشور که با عمل کشتار جمعی دولت متبع خود متضرر شده‌اند براساس رأی دیوان بسیار دشوار است. در هر صورت، تا همین اندازه که یک مرجع قضائی بین المللی بتواند پیش از آنکه مسئولیت کیفری بین المللی یک دولت احراز شود به محکومیت دولت متخلف و به جبران ضرر و زیان مادی و معنوی به نفع دولت دیگر رأی دهد، نباید از اهمیت این تشکیلات در پیشگیری از نقض هنجارهای بین المللی غافل ماند.

در کنار مراجع قضائی بین المللی که هیچگاه با اقبال دولتها روبرو نشده است سزاوار بود مقاوله‌نامه ابتدائی تشکیل مرجع بی‌طرفی را پیش‌بینی می‌کرد که به کار تحقیق پیرامون صحّت و سقم ادعای کشتار جمعی و گردآوری اطلاعات در این باره پیردازد. این مرجع با برخورداری از اختیاراتی که به موجب مقاوله‌نامه برای آن شناخته می‌شد می‌توانست به درخواست هر یک از دول طرف تعهد یا به موجب مأموریتی که دبیرکل سازمان ملل به آن محوّل می‌کرد فوراً در محل به شناسائی و تحقیق دست بزند و گزارش مأموریت خود را برای تصمیمات بعدی به مقامات سازمان ملل عرضه بدارد. تجربه نشان داده که انتشار گزارش‌های هیئت‌های سازمان ملل و جلب افکار عمومی مردم جهان نسبت به موضوعی که صلح و آرامش بین المللی را تهدید می‌کند، دولتها را در پاره‌ای موارد به رعایت تعهدات بین المللی راغب‌تر ساخته است.



دکتر سید حسین صفائی



محدودیت‌های مربوط به

## حقوق مالی بیگانگان

دروگانیں ایران



ه این تحقیق در سال ۱۳۶۵ در بخش تحقیقات دفتر خدمات حقوقی بین المللی، به منظور بهره‌برداری در بعضی از پرونده‌های مطروحه در دیوان داوری دعاوی ایران-ایالات متحده فراهم آمده است. نخانم قنادزاده به عنوان دستیار تحقیق، در تهیه برخی از قوانین و مقررات، با مؤلف همکاری داشته است.



## • مقدمه

در همه کشورها محدودیتهایی برای حقوق بیگانگان مقرر شده است که مبتنی بر مصالح ملی است. مصالح هر کشور ایجاب می‌کند که بیگانگان را از پاره‌ای حقوق محروم یا اعمال برخی از حقوق بوسیله آنان را مشروط به شرایط خاصی نمایند. بررسی محدودیتهای وارد بر حقوق بیگانگان، هم از نظر علمی و هم از نظر عملی سودمند است. در عمل، چه بسا مراجع قانونی کشور با حقوق بیگانگان سروکار دارند و باید این حقوق و حدود آن را بشناسد. همچنین ممکن است این موضوع در دادگاههای بین‌المللی مطرح شود، چنانچه در ارتباط با دعاوی مطروحه در دیوان دعاوی ایران-ایالات متحده مطرح شده و همین مسئله انگیزه اصلی این تحقیق بوده است.

دیوان داوری دعاوی ایران-ایالات متحده در رأی صادر در پرونده الف / ۱۸، بعد از اینکه در مورد دارندگان تابعیت مضاعف نظریه

تابعیت غالب و مؤثر را پذیرفته (یعنی در دعاوی مطروحه از طرف دارندگان تابعیت دوگانه امریکائی و ایرانی علیه ایران فقط در صورتی دیوان را صالح برای رسیدگی دانسته که احراز شود تابعیت غالب و مؤثر خواهان تابعیت امریکائی است، و به تعبیر دیگر، خواهان وابستگی بیشتری به جامعه امریکائی دارد)، در قسمت آخر رأی چنین مقرر داشته است:

«در پرونده‌هایی که دیوان براساس تابعیت غالب و مؤثر خواهان به صلاحیت خود رأی می‌دهد، تابعیت دیگر خواهان می‌تواند از لحاظ ماهیت دعوی همچنان ذیربط و معتر بماند.»<sup>۱</sup>

از این عبارت چنین برمی‌آید که هرگاه دیوان داوری در پرونده‌ای صلاحیت خود را جهت رسیدگی به دعوی به علت اینکه تابعیت غالب و مؤثر خواهان تابعیت امریکائی بوده احراز کند، در رسیدگی ماهوی، به تابعیت دیگر خواهان (تابعیت ایرانی) هم باید توجه نماید، و اگر تشخیص دهد که تحصیل مال مورد ادعا (که عین یا عوض آن در دیوان خواسته شده است) با استفاده از تابعیت ایرانی غیرغالب بوده و خواهان بدون استفاده از آن نمی‌توانسته است آن را به دست آورد، باید به بیحقی او حکم دهد.

در واقع، اینگونه ادعاهای بخلاف اصول و موازین حقوق بین‌الملل عمومی و اصول کلی حقوق مشترک در میان ملل متمدن است. به تعبیر روش‌تر، اینگونه ادعاهای ناقض اصل حسن نیت، اصل منع «سوء استفاده از حق» و اصل منع «تقلیب نسبت به قانون» است که هم در حقوق

۱. ترجمه فارسی رأی منتشر از سوی دیوان، ص ۲۰. متن کامل رأی الف / ۱۸ در شماره چهارم «مجلة حقوقى»، ص ۴۹ به بعد چاپ شده است. همچنین نظر مخالف داوران ایرانی با رأی مذکور در شماره ششم «مجلة حقوقى»، ص ۱۱۱ به بعد به چاپ رسیده است.

بین الملل عمومی و هم در حقوق داخلی کشورهای متمدن پذیرفته شده است.<sup>۲</sup>

با توجه به نکات فوق، بررسی ممنوعیتها و محدودیتها مربوط به حقوق مالی بیگانگان در قوانین ایران اهمیت پیدا می‌کند؛ یعنی اگر معلوم شود که بیگانه در ایران نمی‌توانسته است مال یا حق را دارا شود و با وجود این با استفاده از تابعیت ایرانی آن حق را به دست آورده و بعد از تشکیل دیوان داوری براساس همان حق طرح دعوای کرده است، دیوان باید دعوای او را مردود بشناسد. نظر به اهمیت این امر، محدودیتهای که قوانین ایران برای تحصیل حقوق مالی توسط خارجیان، قائل شده در این مقاله مورد بررسی قرار گرفته است تا در پرونده‌های مربوط مورد استفاده واقع شود.

حقوق بیگانگان را نخست می‌توان به حقوق عمومی و حقوق خصوصی تقسیم کرد. در زمینه حقوق عمومی، بیگانگان اصولاً از حقوق و آزادیهای عمومی که در حقوق اساسی مطرح می‌شود، برخوردار می‌شوند مانند حق حمایت جان و مال، حق احترام مسکن، آزادی عقیده، آزادی وجودان و غیر آن.

در واقع، این حقوق و آزادیها برای شخص انسان به عنوان انسان، و صرف نظر از اینکه خودی یا بیگانه باشد، شناخته شده است. حقوق بین الملل عمومی هم مقرر می‌دارد که هر کشور باید احترام شخص بیگانه را رعایت کند.<sup>۳</sup> معهذا این حقوق و آزادیها به اقتضای مصالح

۲. برای توضیح بیشتر رک. به تحقیق شماره ۴۹۲ مورخ ۱۳۶۴/۳/۱۴ بخش تحقیقات دفتر خدمات، شعبه لاهه از پروفسور کاسس (A. Cassese) تحت عنوان «Legal Issues releting to Dual Nationality» که به فارسی هم ترجمه شده و در کتابخانه دفتر تهران موجود است.

3. Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit international, T.I, Paris 1968, Etrangers, Nos.61 s.

عمومی و منافع اتباع کشور ممکن است محدود شده باشد. بویژه در مورد آزادی رفت و آمد بیگانگان در همه کشورها مقررات محدود کننده‌ای وجود دارد. در ایران قانون ورود و اقامت اتباع خارجه مصوب ۱۳۱۰/۲/۲۹ با اصلاحات بعدی و آئیننامه‌های اجرائی آن محدودیتها در این زمینه ایجاد کرده است؛ لیکن چون این مقررات مربوط به حقوق مالی نیست، از بررسی آن در این مقاله خودداری می‌کنیم.

در زمینه حقوق عمومی دسته دیگری از حقوق هست که اصولاً در همه کشورها بیگانگان از آن محروم‌اند و آن حقوق سیاسی است که برخی از آن جنبه مالی دارد. در بخش اول از این مقاله به بحث درباره حقوق سیاسی بیگانگان و در بخش دوم به بررسی حقوق خصوصی بیگانگان می‌پردازیم. بررسی ما در اینجا منحصر به قوانین و مقررات ایران است و مطالعه عهdenamه‌ها موردنظر نبوده است.

### بخش اول

## حقوق سیاسی

مقصود از حقوق سیاسی حقوقی است که شخص با اعمال آنها در تشکیل دولت شرکت می‌نماید. حقوق سیاسی ویژه اتباع کشور است و بیگانگان اصولاً از آن محروم‌اند. همانطور که دوماً<sup>۴</sup> حقوقدان بنام فرانسوی گفته است: بیگانگان عضو جامعه‌ای که کشوری را تشکیل می‌دهد نیستند و از این رو نباید از حقوق سیاسی برخوردار شوند.<sup>۵</sup> دو دلیل دیگر برای محرومیت بیگانگان از حقوق سیاسی ذکر شده است:

4. Domat.

5. H. Batiffol, P. Lagarde: *Droit international parié*, T.J. 7e éd. Paris, 1981, No.183.

یکی حزم و احتیاط، و به دیگر سخن، پیشگیری از زیانهایی که ممکن است شرکت بیگانگان در کارهای سیاسی دربرداشته باشد، و دیگر احترام دولت متبع بیگانه. هرگاه بیگانه به یک شغل سیاسی اشتغال داشته باشد ممکن است در مواردی ناچار باشد بین منافع کشور متبععش و منافع کشوری که حقوق سیاسی برای او شناخته است یکی را انتخاب کند. احترام به کشور متبع بیگانه اقتضا می‌کند که از این وضع اجتناب شود. بطورکلی می‌توان گفت بیگانه نفع کافی ندارد که در مسائل عمومی کشور محل سکونت خود شرکت کند. این اصل عموماً در حقوق تطبیقی پذیرفته شده است و حتی برخی از مؤلفان آن را از اصول حقوق بین الملل عمومی به شمار آورده‌اند.

قوانين ایران در اجرای اصل فوق بیگانگان را از حقوق زیر

محروم کرده است:

۱. حق انتخاب کردن و انتخاب شدن در مجالس قانونگذاری که هم در قوانین قبل از انقلاب و هم در قوانین بعد از انقلاب بدان تصریح شده است؛ لیکن چون این ممنوعیت در زمینه حقوق غیرمالی است بحث از آن در اینجا مورد نظر نیست.

۲. حق انتخاب در دیگر مجامع و هیئت‌های مربوط به حقوق عمومی از قبیل انجمنهای ایالتی و ولایتی و شهرداری که این نیز در زمرة حقوق غیرمالی است. باید یادآور شد که قانون تشکیلات شوراهای اسلامی کشوری مصوب یکم آذرماه ۱۳۶۱ جایگزین قوانین مربوط به انجمنهای ایالتی و ولایتی و شهرداری شده و در این قانون ذکری از تابعیت بعمل نیامده است، لیکن در اصل یکصدم قانون اساسی که مبنای تشکیل شوراهای اسلامی است به شرط تابعیت حکومت مرکزی درمورد انتخاب کنندگان و انتخاب شوندگان اشارت رفته است.

۳. حق اشتغال به مشاغل دولتی. از آنجا که حق اشتغال به مشاغل دولتی یا عمومی از حقوق سیاسی محسوب می‌شود، بیگانگان

به موجب قوانین از آن محروم شده‌اند. دوماً در قرن هفدهم می‌گفت: «بیگانه از مشاغل عمومی محروم است... چرا که این مشاغل مستلزم وفاداری و علاقه به سلطان و قوانین کشور است که در مورد خارجیان مفروض نیست.» (قوانین مدنی، ج ۱، ص ۳۱۲).<sup>۶</sup>

در قوانین ایران خارجیان بصراحت از این حق منع شده‌اند. طبق بند «ب» ماده ۱۴ قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵<sup>۷</sup> تابعیت ایران از شرایط ورود به خدمت رسمی دولت به شمار آمده است. به موجب ماده ۱۰ آثینامه استخدام پیمانی مصوب ۲۸ اسفند ۱۳۴۷<sup>۸</sup> تابعیت ایران از شرایط استخدام پیمانی محسوب شده است. حتی برابر ماده ۶ مقررات استخدامی شرکتهای دولتی مصوب ۵ خرداد ۱۳۵۲ برای تصدی مشاغل اینگونه شرکتها تابعیت ایران به عنوان یکی از شرایط ذکر شده است.<sup>۹</sup> در مورد قصاصات دادگستری، قانون راجع به استخدام قصاصات و شرایط کارآموزی مصوب ۱۳۴۳/۱/۱۱ تابعیت اصلی ایران را از شرایط ورود به خدمت قضائی به شمار آورده بود. قانون شرایط انتخاب قصاصات دادگستری مصوب ۱۴ اردیبهشت ۱۳۶۱ نیز تابعیت ایران را از شرایط قاضی قرار داده است.

برای استخدام در ارتش نیز به موجب قوانین قبل و بعد از انقلاب تابعیت ایران شرط شده است.<sup>۱۰</sup> اصل یکصد و چهل و پنجم قانون اساسی جمهوری اسلامی هم عضویت افراد خارجی در ارتش و نیروهای انتظامی

۶. باتباع: همان کتاب، شماره ۱۸۳؛ دائرة المعارف حقوقی دالوز، بخش حقوق بین الملل، بیگانگان، شدزده ۷۷.

۷. رک. به مجموعه قوانین سال ۱۳۴۵، چاپ سازمان روزنامه رسمی، ص ۵۸.

۸. رک. به مجموعه کامل قوانین و مقررات استخدامی، تدوین محمد حسن وطنی، چاپ نهران ۱۳۶۴، ص ۱۷۴ به بعد.

۹. مجموعه قوانین سال ۱۳۵۲، ص ۸۴.

۱۰. رک. به قانون استخدام ارتش مصوب ۴/۳۰ از ۱۳۳۶ با اصلاحیه‌های بعدی.

را منع کرده است.

چون اشتغال به مشاغل دولتی برای خارجیان اصولاً ممنوع بوده است در تاریخ قانونگذاری ایران قوانین متعددی دیده می شود که به موجب آنها اجازه استخدام بعضی از بیگانگان که مملکت نیاز به کار و تخصص آنها داشته، یا بظاهر چنین ادعای شده، داده شده است. این قوانین مربوط به استخدام اشخاص معین یا برای کار معینی است و جنبه کلی ندارد.

به علت همین اصل ممنوعیت است که ماده ۱۵ قانون استخدام اصلاحی سال ۱۳۵۳ مقرر داشته است که: «استخدام و تعیین حقوق و مدت خدمت اتباع بیگانه به موجب قوانین مصوب مجلسین خواهد بود». بالآخره قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران محدودیت بیشتری برای استخدام بیگانگان از سوی دولت قائل شده است. اصل ۸۲ قانون اساسی مقرر می دارد که: «استخدام کارشناسان خارجی از طرف دولت ممنوع است مگر در موارد ضرورت با تصویب مجلس شورای اسلامی».

۴. حق اشتغال به مشاغل ملحق به مشاغل دولتی. در حقوق

اغلب کشورها بیگانه از اشتغال به مشاغل ملحق به مشاغل دولتی از قبیل وکالت دادگستری و سردفتری و دفتر یاری منع شده است. در ایران به موجب ماده ۷ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵<sup>۱۱</sup> و ماده ۱۰ قانون استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۵ اسفند ۱۳۳۳<sup>۱۲</sup> به اتباع خارجه اجازه وکالت داده نمی شود. و نیز برابر ماده ۱۲ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتر یاران مصوب ۲۵ تیر ۱۳۵۴ بیگانگان را نمی توان به سمت سردفتری یا دفتر یاری انتخاب کرد.<sup>۱۳</sup> این قاعده در ماده ۶ قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۶<sup>۱۴</sup> نیز منعکس بوده است.

۱۱. مجموعه قوانین سال ۱۳۱۵، چاپ روزنامه رسمی، ص ۵۴ و ۵۵.

۱۲. مجموعه قوانین سال ۱۳۳۳، ص ۱۸۷ و ۱۸۸.

۱۳. مجموعه قوانین سال ۱۳۵۴، ص ۲۸۷.

## بخش دوم

### حقوق خصوصی

اصولاً بیگانگان می‌توانند از حقوق خصوصی، یعنی حقوقی که در رابطه بین افراد و اشخاص خصوصی مطرح می‌شود، برخوردار گردند. قانون مدنی ایران به پیروی از قانون مدنی فرانسه (ماده ۱۱) از این حقوق به حقوق مدنی تعبیر کرده است. به موجب ماده ۹۶۱ قانون مدنی:

«جز در موارد ذیل، اتباع خارجه نیز از حقوق مدنی مستمتع خواهند بود:

۱. در مورد حقوقی که قانون آن را صراحتاً منحصر به اتباع ایران نموده یا آن را صراحتاً از اتباع خارجه سلب کرده است.
۲. در مورد حقوق مربوط به احوال شخصیه که قانون دولت متبع تبعه خارجه آن را قبول نکرده است.
۳. در مورد حقوق مخصوصه که صرفاً از نقطه نظر جامعه ایرانی ایجاد شده باشد.»

برای استثنای نوع اول می‌توان به حق تملک املاک مزروعی مثال زد که بیگانگان از آن به موجب قوانین ایران محروم شده‌اند. برای مورد دوم می‌توان حق طلاق یا حق تعدد زوجات را در صورتیکه قانون دولت متبع بیگانه آن را نپذیرفته باشد به عنوان مثال ذکر کرد. اما پیدا کردن مثالی برای استثنای شماره ۳ دشوار است و رأیی از دادگاههای ایران در مورد «حقوق مخصوصه که صرفاً از نقطه نظر جامعه ایرانی ایجاد شده باشد» در دست نیست. برخی از استادان حقوق، حق شفعه و حق قیمومت بر محبور ایرانی را در زمرة این حقوق معرفی کرده‌اند<sup>۱۴</sup> که قابل بحث است.

۱۴. دکتر محمد نصیری: حقوق بین الملل خصوصی، چاپ تهران، بدون تاریخ، ص ۱۰۸.

از ماده ۹۶۱ قانون مدنی چنین برمی آید که در مورد حقوق خصوصی، بیگانگان جز در موارد استثنائی در ردیف اتباع کشور هستند. این اصل در حقوق تطبیقی به گونه‌ای گسترده مورد قبول است. با اینکه اصل، برابری بیگانگان با اتباع کشور در تمتع از حقوق خصوصی است، در قوانین همه کشورها، با توجه به منافع عمومی، محدودیتهایی در این باب دیده می‌شود. در قوانین ایران هم محدودیتهایی برای بیگانگان در زمینه حقوق خصوصی پیش‌بینی شده است که در اینجا به برخی از آنها که جنبه مالی دارد اشاره می‌کنیم.

## ۱: تملک اموال غیرمنقول

به نظر می‌رسد مهمترین محدودیتی که برای بیگانگان در زمینه حقوق خصوصی در قوانین ایران مقرر شده در مورد تملک اموال غیرمنقول است. قانون راجع به اموال غیرمنقول اتباع خارجی مصوب ۱۶ خرداد ۱۳۱۰<sup>۱۵</sup> و تصویب‌نامه‌ها و آئیننامه‌های راجع به استملاک اتباع بیگانه<sup>۱۶</sup> متنضم محدودیتهای در این زمینه است. در دوره کاپیتولاسیون و قبل از وضع قانون ۱۳۱۰ بیگانگان با تملک املاک مزروعی و اموال غیرمنقول دیگر، قدرت اقتصادی قابل توجهی به دست آورده بودند و از این راه در امور سیاسی و اقتصادی ایران دخالت می‌کردند و به منافع حیاتی کشور لطمه می‌زدند. لذا قانون‌گذار به موجب قانون ۱۳۱۰ مقرر داشت که بیگانگان املاک مزروعی خود را به دولت یا اتباع ایرانی انتقال دهند،

۱۵. مجموعه قوانین سال ۱۳۱۰، ص ۶۷ به بعد.

۱۶. آئیننامه استملاک اتباع خارجی مصوب ۹/۵/۱۳۲۷، مجموعه قوانین ۱۳۲۸، ص ۲۰۶ به بعد. تصویب‌نامه راجع به استملاک اتباع خارجی مصوب ۷/۱۳/۱۳۴۲، مجموعه قوانین ۱۳۴۲، ص ۱۳۱ و ۱۳۲. آئیننامه اجرائی تصویب‌نامه قانونی مذکور مصوب ۵ مرداد ۱۳۴۴، مجموعه قوانین ۱۳۴۴، ص ۱۳ به بعد.

و در آینده نیز آنان را از حق تملک املاک مزروعی محروم کرد. بعلاوه به موجب قانون مزبور و مقررات بعدی تملک دیگر اموال غیرمنقول، محدود و مشروط به شرایط زیر شد:

۱. شرط رفتار متقابل: به موجب آئیننامه استملاک اتباع خارجه مصوب ۱۳۲۷، بیگانه در صورتی می‌تواند مال غیرمنقول در ایران تملک کند که در کشور متبع او ایرانیان حق استملاک داشته باشند و بتوانند لاقل همان مقدار ملک را عملاً تحصیل نمایند (بند «ج» ماده ۳). بنابراین به نظر می‌رسد که در این مورد رفتار متقابل عملی کافی است. معهداً بعضی از استادان به استناد ماده ۸ قانون مدنی رفتار متقابل سیاسی یعنی وجود عهدنامه را در این خصوص لازم دانسته و اظهارنظر کرده‌اند که «شناختن حق تملک اموال غیرمنقول برای خارجیها جز بوسیله عهدنامه میسر نمی‌باشد».<sup>۱۷</sup>

۲. استملاک باید به منظور سکونت یا کسب باشد (بند «د» ماده ۱ آئیننامه مذکور). بنابراین بیگانه نمی‌تواند به منظور دیگری، مانند سرمایه‌گذاری در اموال غیرمنقول به قصد فروش یا اجاره، اینگونه اموال را تملک کند.

۳. بیگانه باید اقامت دائمی در ایران داشته باشد (بند «ه» ماده ۱ آئیننامه). حتی مقرر شده است که متقاضی استملاک باید تعهد نماید که هرگاه بخواهد محل اقامت دائمی خود را به خارج ایران انتقال دهد، ملک مورد تقاضای استملاک را حدّاً کثرتاً شش ماه از تاریخ خروج از ایران به یکی از اتباع ایران یا خارجیانی که طبق مقررات اجازه استملاک تحصیل نموده‌اند انتقال دهد، و الا اداره ثبت، ملک را از طریق مزایده به فروش رسانیده، وجه آن را به مالک خواهد پرداخت (بند «ح» ماده ۱ آئیننامه). البته یک استثناء بر این قاعده وارد شده

۱۷. دکتر محمد نصیری: همان کتاب، پانویس ص ۱۰۹.

است. به موجب تصویب‌نامه راجع به استملاک اتباع بیگانه مصوب ۱۳۴۲/۷/۳ هیئت دولت می‌تواند با تشریفاتی به کسانی که بدون داشتن پروانه اقامت دائمی به منظور سیاحت و استفادهٔ ییلاقی به کشور ایران مسافرت‌های منظم فصلی در سال‌های متعدد و متوالی می‌نمایند نیز اجازه خرید مال غیرمنقول برای محل سکونت شخصی با رعایت تناسبهای لازم بددهد مشروط براینکه برای خرید مال غیرمنقول از ارزی که رسماً به کشور بوسیلهٔ یکی از بانک‌های مجاز منتقل می‌نمایند، استفاده کنند.

۴. نداشتن پیشیهٔ کیفری که متضمن محرومیت از جمیع یا بعضی از حقوق اجتماعی باشد (بند «ی» مادهٔ ۱ آئیننامه استملاک اتباع خارجه).

۵. استملاک باید مخالف با عهدنامه‌های دولت ایران و قوانین و انتظامات عمومی کشور نباشد (بند «الف» و «ب» مادهٔ ۳ آئیننامه). علاوه بر شرایط فوق پاره‌ای تشریفات برای استملاک اتباع بیگانه پیش‌بینی شده و بطور کلی اینگونه استملاک منوط به دادن اظهارنامه به اداره ثبت محل وقوع ملک و تحصیل اجازه از سازمان ثبت اسناد است.

## ۲. اشتغال به کار

در مورد اشتغال اتباع بیگانه به مشاغل خصوصی در ایران نیز محدودیتهایی در قوانین پیش‌بینی شده است؛ چه آزادی بیگانگان در این مورد ممکن است به بیکاری اتباع کشور منجر شده یا از جهت دیگر به منافع کشور لطمہ بزنند. بدین جهت در اغلب کشورها قوانین محدود کننده‌ای در مورد کار اتباع خارجی دیده می‌شود. به موجب مادهٔ ۱۰ قانون کار ایران «اتبع بیگانه نمی‌توانند در ایران به کار مشغول شوند مگر اینکه بروط مقررات و قوانین کشور این

اجازه به ایشان داده شود و پروانه رسمی کاربر طبق آئیننامه مربوطه از وزارت کار و امور اجتماعی دریافت نمایند».

برطبق تبصره های این ماده برخی از خارجیان از تحصیل پروانه کار معاف شده اند و برای پاره ای از آنها پروانه کار مجاناً صادر خواهد شد، ولی اصل کلی این است که اشتغال به کار تبعه بیگانه در ایران نیاز به پروانه رسمی کار دارد و کارفرمایان و مؤسسات نمی توانند اتباع بیگانه را که قادر پروانه کار هستند به کار بگماراند (تبصره ۴ ماده ۱۰).<sup>۱۸</sup> حتی قانون برای اینگونه کارفرمایان مجازات کفری مقرر داشته (ماده ۵۹ قانون کار) و نیز اخراج بیگانه ای که بدون پروانه کار در کشور به کار اشتغال ورزد و منوعیت ورود مجدد او به کشور پیش بینی شده است (تبصره ماده ۵۹ مکرر).

به موجب آئیننامه اشتغال به کار اتباع بیگانه شرایط و تشریفاتی برای صدور پروانه کار از سوی وزارت کار و امور اجتماعی مقرر شده است؛ بویژه آنکه آن وزارت باید مصالح مملکت و مقتضیات و احتیاجات مناطق کشور را در نظر بگیرد و در صورت اقتضا با مراعات اصل معامله متقابل و علی الاصول با رعایت شرایط زیر اقدام به صدور یا تمدید یا تجدید پروانه کار کند:

- الف. تبعه بیگانه در کاری که بدان اشتغال خواهد ورزید دارای اطلاعات و تخصص کافی باشد؛
- ب. در بین اتباع ایرانی آماده به کار افراد واجد اطلاعات و تخصص مشابه به تعداد لازم وجود نداشته باشد؛
- پ. اشتغال اتباع بیگانه موجبات آموزش افراد ایرانی را فراهم

۱۸. برای متن اصلی قانون کار مصوب ۱۳۳۷ رک. به مجموعه قوانین سال ۱۳۳۷، چاپ روزنامه رسمی، صفحه ۷۱۰ به بعد و برای تبصره های الحاقی به ماده ۱۰ رک. به مجموعه قوانین سال ۱۳۴۴، ص ۱۰۶ و ۱۰۷. تبصره ۶ ماده ۱۰ به موجب قانون مصوب ۱۳۵۲/۱۰/۴ ملغی شده است.

سازد؛

ت. اشتغال تبعه بیگانه برای پیشرفت اقتصادی و اجتماعی کشور مفید و مؤثر باشد (ماده ۲ آئیننامه).

### ۳. امور پزشکی

برای اشتغال بیگانگان به طبابت نیز محدودیتهایی در قوانین ایران پیش‌بینی شده است. به موجب قانون راجع به اطبای خارجی مصوب ۸ شهریور ماه ۱۳۱۲<sup>۱۹</sup> اشتغال بیگانگان به طبابت، داروسازی و دندانسازی و مامائی، نیاز به پروانه خاص دارد و دولت در صورتی پروانه صادر خواهد کرد که:

اولاً، بیگانه دارای دانشنامه از دانشکده‌هایی باشد که وزارت معارف (امروزه وزارت فرهنگ و آموزش عالی) آنها را به رسمیت می‌شناسد.

ثانیاً، متقاضی سابقه لاقل پنج سال طبابت یا داروسازی یا دندانسازی یا مامائی در خارج ایران داشته باشد.

بعلاوه برابر ماده ۱۱ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و داروئی و مواد خوردنی و آشامیدنی مصوب ۱۳۳۴<sup>۲۰</sup> صدور پروانه برای طبابت آزاد به نام پزشکان خارجی برای تهران و مراکز استانها ممنوع است. پروانه طبابت که برای پزشکان خارجی صادر می‌شود حداقل برای مدت پنج سال معتبر است و پس از انقضای مدت مزبور صاحب پروانه باید تجدید آن را تقاضا کند (ماده ۱۲ همان قانون).

۱۹. مجموعه قوانین سال ۱۳۱۲، ص ۶۴ و ۶۵.

۲۰. مجموعه قوانین سال ۱۳۳۴، ص ۳۴۷ و ۳۴۸.

## ۴. تجارت خارجی

به موجب ماده ۸ قانون تشویق صادرات و تولید اصلاحی ۲۱ ۵۸/۹/۲۱ «به بازرگانان خارجی مقیم ایران به شرط رعایت رفتار متقابل نسبت به بازرگانان ایرانی مقیم هریک از کشورهای مذکور پس از رسیدگی به صلاحیت آنان و تشخیص ضرورت فعالیت وجود این افراد در ایران و تأیید سفارتخانه متبوعه و با ارائه پروانه اقامت و پروانه کار معتبر، کارت بازرگانی داده خواهد شد». بنابراین صدور کارت بازرگانی برای بازرگانان خارجی که به آنان حق اشتغال به امر صدور و ورود کالا را می دهد مشروط به شرایط زیر است:

۱. رفتار متقابل: بازرگانان ایرانی باید حق اشتغال به تجارت خارجی در کشور متابع متقاضی را داشته باشند.
۲. ضرورت فعالیت خارجی در امر ورود و صدور کالا که تشخیص آن با وزارت بازرگانی است.
۳. تأیید سفارت دولت متابع بیگانه.
۴. داشتن پروانه اقامت در ایران از شهربانی.
۵. داشتن پروانه کار معتبر از وزارت کار بدین سان ملاحظه می شود که اشتغال بیگانه به تجارت خارجی در ایران دارای محدودیتهای قابل توجهی است.

۲۱. مجموعه لوایح قانونی مصوب شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران، ص ۳۳۱ و ۳۳۲. متن اصلی قانون، مصوب سال ۱۳۳۳ است.

## ۵. کارگزاری بورس

طبق ماده ۱۲ قانون تأسیس بورس اوراق بهادار مصوب اردیبهشت ۱۳۴۵ کارگزاران بورس باید دارای تابعیت ایران باشند.

مفهوم از کارگزاران بورس اشخاصی هستند که شغل آنها داد و ستد اوراق بهادار مانند سهام شرکتها است و معاملات در بورس منحصراً توسط این اشخاص انجام می‌گیرد (بند ۳ ماده ۱ همان قانون).

## ۶. حق ترافع قضائی و درخواست تأمین

حق ترافع قضائی و رجوع به محاکم در ایران مانند سایر کشورهای متمدن برای بیگانگان شناخته شده است. البته نصی در این مورد وجود ندارد، ولی از آنجا که طبق ماده ۵ قانون مدنی ایران «کلیه سکنه ایران اعم از اتباع داخله و یا خارجه مطیع قوانین ایران خواهند بود مگر در موردی که قانون استثناء کرده باشد» و در قوانین ایران بیگانگان از رجوع به محاکم ایران منع نشده‌اند، لذا نمی‌توان آنان را از این حق محروم کرد. رویه قضائی و عقاید علمای حقوق<sup>۲۲</sup> هم مؤید این نظر است. در قراردادهای بین‌المللی نیز این حق برای بیگانگان شناخته شده است.

معهذا تفاوتی در این زمینه بین بیگانه و خودی وجود دارد: هرگاه بیگانه خواهان و ایرانی خوانده دعوی باشد، خوانده ایرانی می‌تواند برای تأثیه خسارته که ممکن است از بابت هزینه دادرسی و حق الوکاله به او برسد، درخواست اخذ تأمین نماید. درخواست مزبور باید در دادرسی

۲۲. مجموعه قوانین سال ۱۳۴۵، ۱۲۴ و ۱۲۵.

۲۳. دکتر محمد نصیری: همان کتاب، ص ۱۰۵.

عادی در ضمن اولین لایحه و در دادرسی اختصاری در اولین جلسه بعمل آید. قابل توجه است که این درخواست فقط از خوانده ایرانی پذیرفته می شود و در صورتیکه خواهان ایرانی و خوانده خارجی باشد، خوانده نمی تواند درخواست اخذ تأمین کند (ماده ۲۱۸ قانون آئین دادرسی مدنی). این نوعی محدودیت است که قانون برای اتباع خارجه قائل شده است.

در واقع، برای جبران زیان احتمالی ناشی از طرح دعوی در مراجع قضائی از سوی بیگانگان علیه اتباع ایران این حق فقط به ایرانیان داده شده است؛ چه ممکن است بیگانه دعوائی واهمی علیه تبعه ایران مطرح کند و پس از محکومیت او، خوانده ایرانی به علت دسترسی نداشتن به خواهان خارجی یا اموال او، نتواند خسارت خود را از او بگیرد.

معهذا برای اینکه بیگانه از حق ترافع قضائی محروم نشود، قانون معافیت او را از دادن تأمین در صورت اثبات اعسار مقرر داشته است (ماده ۶۹۴). بعلاوه در صورتیکه در خاک دولت متبع بیگانه، اتباع ایران از دادن چنین تأمینی معاف باشند و نیز در پاره ای دعاوی، معافیت بیگانگان از دادن تأمین پیش بینی شده است (ماده ۲۱۹ همان قانون).

## ۷. مالکیت سهام

تملک سهام بانکهای ایرانی توسط اتباع خارجی به موجب قانون پولی و بانکی کشور محدود شده بود. به موجب بند «د» ماده ۳۱ این قانون، اصلاحی سال ۱۳۵۴ «مالکیت بیش از چهل درصد از سهام هیچ بانک ایرانی نمی تواند به اشخاص حقیقی یا حقوقی خارجی تعلق پیدا

کند مگر به موجب قانون».<sup>۲۴</sup> بنابراین اگر خارجیان می‌خواستند بیش از ۴ درصد سهام یک بانک ایرانی را تملک کنند، نمی‌بایست به موجب قانون خاصی این حق به آنان داده شود. قابل ذکر است که بعد از پیروزی انقلاب به موجب قانون ملی شدن بانکها مصوب ۱۷/۳/۱۳۵۸<sup>۲۵</sup> کلیه بانکها در ایران ملی اعلام شده‌اند و دیگر اتباع خارجی نمی‌توانند سهام بانکهای ایرانی را تملک کنند.

در مورد مؤسسات بیمه، ماده ۳۵ قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه گمری مصوب ۱۳۵۰<sup>۲۶</sup> چنین مقرر داشته بود:

«واگذاری سهام مؤسسات بیمه ایرانی غیردولتی به اشخاص حقیقی یا حقوقی تبعه خارج تا بیست درصد با موافقت بیمه مرکزی ایران مجاز است و بیش از آن به پیشنهاد بیمه مرکزی ایران و تأیید شورای عالی بیمه و تصویب هیئت وزیران خواهد بود. در مورد اخیر انتقال سود سهام سهامداران خارجی در هر سال نباید از دوازده درصد مجموع سرمایه پرداخت شده و سود انتقال نیافتۀ سالهای قبل تجاوز کند.»

حتی تبصره ماده مذکور انتقال سهام شرکتهای بیمه ایرانی به دولتهای خارجی یا انتقال بیش از ۴۹ درصد سهام اینگونه مؤسسات به خارجیان را مطلقاً ممنوع اعلام کرده بود. این تبصره مقرر می‌داشت:

«انتقال سهام مؤسسات بیمه ایرانی به دولتهای خارجی یا انتقال بیش از چهل و نه درصد سهام آنها به اشخاص حقیقی یا حقوقی خارجی مطلقاً ممنوع است. انتقال سهام بین سهامداران اتباع خارجی باید با موافقت بیمه مرکزی ایران صورت گیرد.»

۲۴. برای متن اصلی ماده ۳۱ قانون پولی و بانکی مصوب ۱۳۵۱ رک. به مجموعه قوانین سال ۱۳۵۱، ص ۱۳۵ و ۱۳۶، و برای بندهای «ج» و «د» ماده ۳۱ رک. به مجموعه قوانین سال ۱۳۵۴، ص ۳۲۳.

۲۵. مجموعه قوانین سال ۱۳۵۸، ص ۳۴.

۲۶. مجموعه قوانین سال ۱۳۵۰، ص ۳۷۰ به بعد.

در اینجا نیز باید یادآور شد که به موجب قانون ملی شدن مؤسسات بیمه و مؤسسات اعتباری مصوب آبان ماه ۱۳۵۸<sup>۲۷</sup> کلیه شرکتهای بیمه در ایران ملی اعلام شده‌اند و دیگر اشخاص خصوصی اعم از ایرانی و خارجی و نیز دولتهای خارجی نمی‌توانند سهام این شرکتها را تملک کنند.

در خاتمه این بحث اضافه می‌کنیم که به موجب اصل هشتاد و یکم قانون اساسی جمهوری اسلامی «دادن امتیاز تشکیل شرکتها و مؤسسات در امور تجارتی و صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات به خارجیان مطلقاً ممنوع است».

## ۸. محدودیتهای ناشی از قانون گسترش مالکیت واحدهای تولیدی مصوب ۱۳۵۴

قانون گسترش مالکیت واحدهای تولیدی مصوب سوم تیر ماه ۱۳۵۴<sup>۲۸</sup> مقرر داشته است که واحدهای صنعتی ومعدنی و سایر واحدهای تولیدی که تا تاریخ ۱۳۵۴/۲/۴ تأسیس شده‌اند مکلفند سهام خود را پس از حسابرسی و ارزیابی دقیق براساس ضوابطی که شورای گسترش مالکیت واحدهای تولیدی تعیین می‌نماید در درجه اول به کارگران و کارمندان خود و سپس به کارگران و کارمندان سایر واحدهای تولیدی و کشاورزان و سایر مردم برای فروش عرضه نمایند، بطوريکه در پایان مهر ماه ۱۳۵۷ معادل ۹۹ درصد سهام متعلق به دولت در واحدهای بخش دولتی (به استثنای پاره‌ای موارد مذکور در قانون) و ۴۹ درصد سهام واحدهای بخش خصوصی بتواند در دست مردم کشور قرار گیرد. در آئیننامه اجرائی که به استناد تبصره ۹ ماده واحده قانون

۲۷. مجموعه لوایح قانونی مصوب شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران، ص ۲۷۵.

۲۸. مجموعه قوانین سال ۱۳۵۴، ص ۲۳۰ به بعد.

گسترش مالکیت واحدهای تولیدی در تاریخ ۱۳۵۵/۸/۱۰ به تصویب هیئت وزیران رسیده محدودیتهای خاصی برای تملک سهام شرکتها بوسیله بیگانگان در نظر گرفته شده است. ماده ۴ آئیننامه یاد شده مقرر می دارد:

«حداکثر سهم متعلق به سهامداران خارجی در هر واحد مشمول با توجه به کیفیت تکنیک و نوع صنعت مربوطه و احتیاج به سرمایه گذاری خارجی طبق جدولی که به تصویب شورای گسترش مالکیت رسیده و ضمیمه این آئیننامه می باشد مشخص می گردد.»  
محدودیتهای مقرر برای تملک سهام شرکتها یاد شده بوسیله بیگانگان براساس جدول مذکور که به تصویب شورای گسترش رسیده بدین شرح است:

|     |                                    |
|-----|------------------------------------|
| %۲۵ | صنایع شیمیائی                      |
| %۲۵ | صنایع سلولزی                       |
| %۲۵ | صنایع پتروشیمی                     |
| %۲۵ | صنایع چرم سازی                     |
| %۲۰ | صنایع مصالح ساختمانی               |
| %۲۰ | صنایع مواد معدنی غیرفلزی           |
| %۲۵ | صنایع الکترونیک                    |
| %۲۵ | صنایع ماشینهای برقی و لوازم مربوطه |
| %۲۵ | صنایع فلزی                         |
| %۲۵ | وسایل حمل و نقل                    |
| %۲۵ | فلزات پایه                         |
| %۱۵ | صنایع غذائی                        |
| %۲۵ | صنایع ماشین آلات و لوازم مربوطه    |
| %۱۵ | صنایع نساجی                        |

به موجب عبارت ذیل جدول، شرکای خارجی در صورت درخواست و به شرط همکاری در تکنولوژی خاص می‌توانند در شرکت، سرمایه‌ای تا ۳۵ درصد داشته باشند.

بنابراین، طبق جدول یاد شده، حداقل سهامی که خارجیان می‌توانند در شرکتهای سهامی عام مشمول قانون گسترش، تملک نمایند با توجه به نوع صنعت و کیفیت تکنیک و احتیاج به سرمایه‌گذاری از ۲۵ درصد و در موارد استثنائی از ۳۵ درصد کل سهام شرکت بیشتر نیست.

نکته قابل توجه آن است که محدودیتهای وارد بر حقوق خارجیان در مورد تملک سهام شرکتها بر حسب اینکه تاریخ تشکیل شرکت قبل از تصویب قانون گسترش و یا بعد از آن باشد، فرق می‌کند.

به موجب تبصره ۱ ماده ۴ آئیننامه اجرائی قانون «در مورد واحدهای مشمول که قبل از تصویب قانون گسترش مالکیت به ثبت رسیده‌اند و قسمتی از سهام آنها متعلق به سهامداران خارجی است، هرگاه با عرضه ۴۹ درصد سهام خارجی مجموع سهم باقیمانده خارجی مطابق جدول مربوز یا بیشتر از آن باشد، همان ۴۹ درصد را عرضه خواهند کرد و هرگاه درصدهای ذکر شده در جدول فوق کمتر بشود، به خواست سهامداران خارجی میزان عرضه سهام آنها مقداری خواهد شد که بتوانند حداقل مذکور در جدول فوق را حفظ نمایند. در این مورد از کل سهام باقیمانده ۴۹ درصد عرضه خواهد شد».

بنابراین در اجرای تبصره فوق ممکن است سهام خارجیان بیش از حد نصاب مقرر در جدول باشد؛ لیکن در مورد شرکتهای سهامی عامی که پس از تصویب قانون تشکیل شده‌اند، محدودیت تملک خارجیان به شرحی است که در جدول پیش‌بینی گردیده است.

## ۹. محدودیتهای ناشی از قانون جلب و حمایت از سرمایه‌های خارجی مصوب آذرماه ۱۳۳۴

قانون مربوط به جلب و حمایت سرمایه‌های خارجی مصوب آذرماه ۱۳۳۴<sup>۲۹</sup> و آئیننامه اجرائی آن مصوب مهرماه ۱۳۳۵<sup>۲۹</sup> برای اشخاص حقیقی یا حقوقی خارجی که با اجازه دولت ایران سرمایه‌های خود را به منظور عمران و آبادی و فعالیت تولیدی اعم از صنعتی، معدنی، کشاورزی و حمل و نقل به ایران وارد کنند، تسهیلاتی قائل شده است. این سرمایه‌ها در ایران مشمول حمایت قانونی دولت بوده، کلیه حقوق و معافیتها و تسهیلاتی که برای سرمایه‌ها و بنگاههای تولیدی خصوصی داخلی موجود است شامل سرمایه‌های مزبور نیز خواهد شد (مواد ۱ و ۳ قانون).

معهذا برای برخورداری از این تسهیلات و حمایت، تشریفات و مقررات محدود کننده‌ای پیش‌بینی شده است از جمله آنکه:

۱. پیشنهاد به کار انداختن سرمایه باید در هیئتی به ریاست وزیر اقتصاد و یا قائم مقام او و مرکب از معاون وزارت اقتصاد، معاون مدیر عامل سازمان برنامه، معاون بانک مرکزی و رئیس اتاق بازرگانی و صنایع و معادن یا یکی از نواب او مورد رسیدگی قرار گیرد و تصمیم هیئت از طرف وزیر اقتصاد به هیئت وزیران برای تصویب و صدور اجازه پیشنهاد شود (ماده ۲).

۲. در صورت وضع قانون خاصی مبنی بر سلب مالکیت از صاحب سرمایه، دولت جبران عادلانه خسارت را تضمین می‌کند به شرط

۲۹. برای متن قانون مربوط به جلب و حمایت سرمایه‌های خارجی رک. به مجموعه قوانین ۱۳۳۴، ص ۳۶۱ به بعد، و برای آئیننامه اجرائی آن رک. به مجموعه قوانین سال ۱۳۳۵ ص ۱۵۴ به بعد.

آنکه در مدت سه ماه پس از سلب مالکیت، تقاضای جبران خسارت به هیئت مذکور در ماده ۲ قانون تسلیم شود (ماده ۳).

۳. اشخاص مشمول این قانون حق ندارند سهام و منافع و حقوق خود را به دولتهای متبع خویش یا دولتهای دیگر منتقل نمایند (تبصره ۲ ماده ۳).

۴. خروج سرمایه و منافع آن فقط با دادن پیش‌آگهی سه‌ماهه به هیئت مذکور و با رعایت موافقتنامه صندوق بین‌المللی پول موتخر ژوئیه ۱۹۴۴ بعد از انجام کلیه تعهدات مجاز خواهد بود، ولی صاحب سرمایه موظف است برای مدت شش ماه از تاریخ خروج سرمایه لاقل ۱۰ درصد از سرمایه اولیه را برای تأمین تعهدات احتمالی خود در ایران نگه دارد (ماده ۵).

۵. برخورداری از تسهیلات این قانون منوط به آن است که در کشور متبع خارجی انجام دادن فعالیتهای اقتصادی و تسهیلات متقابل برای اتباع و مؤسسات ایرانی ممکن باشد (ماده ۶).

۶. صاحب سرمایه مجاز است هر ساله سود و بیزه حاصل از به کار انداختن سرمایه را از ایران خارج کند، ولی این کار فقط پس از رسیدگی ترازنامه و تشخیص سود سالانه از طرف هیئت مذکور و با اجازه هیئت، آن هم پس از کسر مالیات و عوارض و اندوخته‌های قانونی، میسر است و باید انتقال به همان ارزی باشد که سرمایه را وارد نموده است. محدودیتهای دیگری نیز در این مورد وجود دارد که در ماده ۱۳ آئیننامه اجرای قانون جلب و حمایت سرمایه‌های خارجی پیش‌بینی شده است.

در خاتمه شایان ذکر است که ظاهراً استفاده از قانون مربوط به جلب و حمایت سرمایه‌های خارجی بعد از پیروزی انقلاب اسلامی متوقف شده هر چند که قانون هنوز به قوت و اعتبار خود باقی است.

دکتر ناصر علی منصوریان



یاد استاد  
میشل ویرالی  
حقوق دان بین المللی، فیلسوف حقوق





«از حقوق نمی توان گریخت.»

میشل ویرالی

## • مقدمه

با مرگ ناگهانی استاد میشل ویرالی در بیست و هفتم ژانویه ۱۹۸۹ / هفتم بهمن ماه ۱۳۶۷ (در پاریس) جامعه علمی - حقوقی اروپا یکی از چهره‌های برجسته، و دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده در لاهه یکی از قضاط مستقل و ارزشمند و شایسته خود را از دست داد. او در ششم ژانویه ۱۹۲۲ / شانزدهم دی ماه ۱۳۰۰ در شهر «اوتن»<sup>۱</sup> در فرانسه، در خانواده‌ای متوسط متولد شد. با اخذ دکترای حقوق از دانشگاه پاریس در سال ۱۹۴۸ و عضویت در هیئت علمی دانشکده حقوق همان دانشگاه (۱۹۵۲) بسرعت مراحل عالیه علمی را گذراند و مسئولیتها و مقامات مهم علمی و نیز دیپلماتیک را در زمینه‌های مختلف حقوق بین‌الملل احراز نمود. پس از نه سال تدریس در دانشکده

1. Autun

حقوق و مؤسسه علوم سیاسی دانشگاه استراسبورگ فرانسه (۱۹۵۲-۱۹۶۱) تا پایان عمر بطور همزمان استادی دانشگاه ژنو (کرسی فلسفه حقوق و حقوق بین الملل) و دانشگاه پاریس (کرسی حقوق بین الملل عمومی) را عهده دار بود. او همچنین عضو و نایب رئیس انتیتوی حقوق بین الملل بود<sup>۲</sup> و به اتفاق پروفسور شارل روسو<sup>۳</sup> مدیریت «مجله حقوق بین الملل عمومی»<sup>۴</sup> در فرانسه را نیز به عهده داشت. وی یک بار در تابستان سال ۱۹۶۷ و آخرین بار در تابستان سال ۱۹۸۳ یک دوره درسی در آکادمی حقوق بین الملل لاهه ایراد کرد.<sup>۵</sup>

ویرالی از سال ۱۹۶۷ بارها نماینده فرانسه و یا عضو هیئت فرانسوی در اجلاسیه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد و نیز در کنفرانس وین راجع به حقوق معاہدات بود. از جمله سوابق عملی او یکی مشاوره حقوقی هیئت میانجی سازمان ملل در قبرس (۱۹۶۴) و دیگری عهده دار بودن سمت مشاور مؤسسه تعلیمات و تحقیقات سازمان ملل متحد بوده است.

۲. انتیتوی حقوق بین الملل، عالی‌ترین مؤسسه علمی حقوق بین الملل در جهان است که در سال ۱۸۷۳ در شهر گان (بلژیک) تأسیس شده و دیرخانه اش در ژنو قرار دارد. انتیتو، مرکب از برجهته‌ترین حقوقدانان بین المللی، حداقل هر دو سال یک بار در یکی از شهرهای بزرگ دنیا اجلاسیه دارد و طی آن درباره مهمترین و جدیدترین مسائل حقوق بین الملل تبادل نظر می‌کند. مباحثات هر اجلاسیه بلافاصله در «سالنامه» آن منتشر می‌گردد. استاد میشل ویرالی از سال ۱۹۸۰ به مقام عضویت ثابت انتیتو رسید و در اجلاسیه قاهره در سپتامبر ۱۹۸۷ سمت نایب رئیس را داشت.

### 3. Charles Rousseau

#### 4. Revue Générale de Droit International Public

۵. عنوان درس اول «اصل رفتار متقابل در حقوق بین الملل معاصر» و دویی درس عام حقوق بین الملل عمومی بود که تحت عنوان «چشم انداز حقوق بین الملل معاصر» به مدت سه هفته در آکادمی حقوق بین الملل لاهه ایراد شد. برای مطالعه دروس مزبور رک. به:  
«Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain», RCADI, tome 122 (1967-III), pp. 5-105.  
«Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public», RCADI 1983. V (183), p. 382.

استاد ویرالی از اول ژوئیه ۱۹۸۵ / دهم تیرماه ۱۳۶۴ به پیشنهاد داوران منصوب دولت جمهوری اسلامی ایران به عنوان داور ثالث در دیوان داوری دعاوی ایران—ایالات متحده تعیین و عهده‌دار ریاست شعبه سوم دیوان مزبور گردید.<sup>۶</sup> معهداً با وجود مسئولیت تازه‌اش، نه فقط تلاش‌های علمی و دانشگاهی وی کاوش نیافت، بلکه گسترش پیدا کرد و او ضمن پیگیری منظم کار دادرسی در دیوان داوری، همکاری دانشگاهی خود را با دانشگاه‌های پاریس و ژنو حفظ کرد و نیز به عنوان جدیدترین مسئولیت، در سال ۱۹۸۷ در اختلاف فیما بین هندوراس و السالوادور از طرف دولت هندوراس به عنوان قاضی خاص<sup>۷</sup> دیوان بین‌المللی دادگستری تعیین گردید.

با وجود عدم سابقه بیماری و ظاهر جسمانی سالم، وی از ماه ژوئیه ۱۹۸۸ / مردادماه ۱۳۶۷ ناگهان مريض شد. معهداً على رغم آنکه استعفایش را از دیوان برای آغاز سال ۱۹۸۹ قبلًاً اعلام کرده بود، دعاوی تحت شور را در شعبه سوم دیوان، دورادور تعقیب می‌کرد و اخیراً تصمیم گرفته بود فقط به سه دعوی از دعاوی معلقه رسیدگی کند<sup>۸</sup> که اجل مهلتش نداد.

گنجینه آثار پروفسور ویرالی از تعدد و تنوع شایان توجّهی برخوردار است. گذشته از رساله دکترای او درخصوص «اداره بین‌المللی آلمان در سالهای ۱۹۴۵—۱۹۴۷»<sup>۹</sup>، اولین کتابش را در سال ۱۹۶۰ تحت عنوان «اندیشه حقوقی»<sup>۱۰</sup> درباره فلسفه حقوق نوشت. سپس کتابهای دیگر او

۶. برای آگاهی اجمالی از چگونگی تشکیل دیوان داوری دعاوی ایران—ایالات متحده و صلاحیت آن بر مبنای بیانیه‌های الجزایر رک. به مقاله «شرح مختصر بیانیه‌های الجزایر» نوشته دکتر عبدالغنى احمدی واستانی منتدرج در «مجلة حقوقى» شماره ۱، زمستان ۱۳۶۳، ص ۹—۱۰۵.

7. ad hoc

8. Mealey's Litigation Reports-Iranian Claims, Vol. 3, January 6, 1989, p. 4.

9. L'Administration Internationale de l'Allemagne aux années 1945-1947.

10. La Pensée Juridique, LGDJ, Paris, 1960, p. 225.

به ترتیب: «سازمان ملل متحد از دیروز تا فردا»<sup>۱۱</sup> (۱۹۶۲)، «سازمان جهانی»<sup>۱۲</sup> (۱۹۷۳) و بالاخره «چشم انداز حقوق بین الملل معاصر - درس حقوق بین الملل عمومی در آکادمی حقوق بین الملل لاهه - دیدگاه حقوقدانان پافراتر نهد، تأثیف کند و در سال‌های اخیر تدریجاً قسمت اعظمش را نگاشته بود».<sup>۱۴</sup>

جز کتابها حدود ۵۰۰ مقاله در زمینه‌های گوناگون فلسفه حقوق، سیاست بین المللی و حقوق بین الملل نوشته<sup>۱۵</sup> که منابع گرانبهائی برای حقوقدانان محسوب می‌شوند. نوشته‌های او همه از «روشنی، دقّت و موشکافی، اعتدال، واقع‌بینی و عینیت گرایی»<sup>۱۶</sup> برخوردارند.

چهل سال کار فکری میشل ویرالی را می‌توان در سه هدف که در سراسر زندگی اش بطور همزمان پیگیری کرده است، تلخیص و تقسیم‌بندی کرد:

- شناخت حقوقی که برخوردار از فلسفه است.
- توجه به واقعیات سیاسی در گستره حقوق بین الملل.
- کمک به تحول حقوق بین الملل به نفع کشورهای در حال توسعه.

11. L'ONU d'hier à demain, seuil, Paris, 1961.

12. L'organisation mondiale, A.Colin, Paris, 1972, p. 587.

13. Panorama du Droit International Contemporain, Recueil des Cours de l'Academie de Droit International (1983, V) t. 183, p. 382.

14. R. J. Dupuy, Professeur au Collège de France, Le Monde du 2 Février 1989.

۱۵. برای آگاهی از شرح حال و فهرست کامل آثار میشل ویرالی به دو مأخذ زیر از انتشارات آکادمی حقوق بین الملل لاهه مراجعه شود:

- «Le principe de reciprocité dans le droit international contemporain», RCADI, tome 122 (1967-III), pp. 5-105.

- «Panorama du droit International Contemporain- cours général de droit international public», t. 183, (1983.V). p. 382.

ضمناً فهرست اهم آثار او در پایان این مقاله آمده است.

16. Michel Virally: Regards sur le droit, par Comité de Rédaction de la Revue Générale de Droit International Public, in RGDIP, t. XCIII, 1989 No. 1, p. VII.



## شناخت حقوقی برخوردار از فلسفه

حیات فکری میشل ویرالی آمیزه‌ای از حقوق و فلسفه است. در کتاب «اندیشه حقوقی» و در مقاله «یادداشت‌هائی درباره اعتبار حقوق»<sup>۱۷</sup>، که «تئوری ناب حقوق»<sup>۱۸</sup> اثر بزرگ کلسن<sup>۱۹</sup> را به نقد می‌کشد و به بیان مبانی فلسفی حقوق می‌پردازد، اعتقاد او را به شناخت فلسفی مفاهیم و سلطه‌اش را نسبت به طرز فکرهای مختلف حقوقی می‌توان دید و بخوبی دریافت که چگونه براساس هدف اجتماعی حقوق، ویرالی به ارتباط و همبستگی نظام حقوقی با دیگر نظامهای انسانی از قبیل اخلاق، آداب و رسوم و ایدئولوژی معتقد است. او می‌گوید:

«حقوق ملک انحصاری حقوقدان نیست، مال همه است. حقوق واقعیتهای اجتماعی را نشان می‌دهد و تمام کسانی که به این واقعیات می‌پردازند یعنی نه تنها سیاستمدار بلکه جامعه‌شناس، انسان‌شناس، مورخ، فیلسوف، و بسیاری دیگر آن را درک می‌کنند و موزد استفاده قرار می‌دهند.»<sup>۲۰</sup>

آنگاه کمی بعد، ضمن تحلیلی فلسفی می‌نویسد:

«انسان که از حقوق پیروی می‌کند یا آن را می‌آفریند نیز همان کسی است که پیرو اخلاق است. استعداد او برای طرد اعتقادات

17. «Notes sur la validité du droit et son fondement (norme fondamentale hypothétique et droit international), Mélanges offerts à Charles Eisenmann, Paris, 1975, pp. 453.467.

18. kelsen

19. «La théorie pure du droit», Neuchâtel, 1953.

20. La pensée juridique, ..., p. II.

اخلاقی اش محدود است، بویژه اگر دارای طرز تفکری فطری باشد. بدیهی است که در جوامعی که حقوق به نحو خودجوش گسترش نمی‌یابد، بلکه ابزارهای دگرگون کننده‌اش درید حاکمان است، عامل اخلاقی نقش کمتری دارد. گاه مصلحت دولت و منطق سیاست، حاکمان را از اخلاق انسانی بس دور می‌سازند.»<sup>۲۱</sup>

در اینجا است که می‌بینیم نویسنده در عین تحلیل ایدئولوژیک و فلسفی به واقعیات سیاسی جامعه نیز توجه دارد، و به عبارتی دیگر، با وجود احترام به آرمانهای انسانی از «آرمان گرانی راحت طلبانه» گریزان است.<sup>۲۲</sup> او با شناخت فلسفی که از حقوق دارد سعی می‌نماید حقوق بین الملل را بشناساند و ارج بنهد که با واقعیتهای سیاسی بیگانه نباشد.



## توجه به واقعیات سیاسی در گستره حقوق بین الملل

اعتقاد به آشنائی و آمیختگی اصول و قواعد حقوق بین الملل با واقعیات سیاسی یا به عبارت دیگر، همزیستی اصول حقوقی با واقعیات عینی جامعه بین المللی، تقریباً بر کلیه آثار میشل ویرالی، از قدیمی ترین تا

21. La pensée juridique..., p. 26.

22. او واژه «آرمان گرانی راحت طلبانه» (L'utopie paresseuse) را در مقابل اصطلاح «آرمان گرانی سازنده» (L'utopie constructive) به کار می‌برد. در این مورد رک. به: «sur la prétendue «primité» du droit international». Recueil de travaux publiés à l'occasion de l'Assemblée de la société Suisse des juristes à Genève, 3-5 Octobre 1969, Faculté de droit de Genève, t. 27, Georg. 1969, pp. 201-213.

جدیدترین، سایه افکنده است.<sup>۲۳</sup> برای او «یکی از بزرگترین مسائل علم حقوق بین‌الملل آن است که این رشته باید در رابطه با سیاست مطمئن نظر قرار گیرد».<sup>۲۴</sup>

باور میشل ویرالی به چنین واقعیتی به دو دلیل زیر قابل استنباط است:

اولاً: مؤلف «اندیشه حقوقی» به دلیل شناخت و درک پایه‌های فلسفی حقوق، به تئوری و مبانی اخلاقی اعتقاد دارد؛ اما آشنائی به مسائل سیاسی در وضع موجود جامعه، سبب می‌شود که او آرمان‌گرا نباشد. دوست دارد میان ضرورتهای عینی جامعه و التزامات ناشی از ساخت فکری و منطق حقوقی سازش برقرار سازد.

ثانیاً: ویرالی برای تحقیق هرچه گسترده‌تر و سریع‌تر نظریات حقوق و تضعیف محظورات سیاسی در عرصه جهانی، به ابزار جدیدی متولّ می‌شود. این ابزار جدید، «حقوق» به معنای مورد فهم و بکاربرد حقوقدانان — که نوعاً قانون‌گرا هستند<sup>۲۵</sup> — نیست، «غیرحقوق» است؛ یعنی مقرراتی است که از دیدگاه میشل ویرالی رنگ سیاسی دارد.<sup>۲۶</sup> ابزار

: ۲۳. منجمله رک. به:

- «L'introuvable acte de gouvernement», in RDP, 1952, pp. 317-358.
- «Le rôle des «principes» dans le développement de droit international», Recueil d'Etudes de droit international en Hommage à paul Goggenheim, 1968, pp. 531-554.

24. Panorama..., 1983, p. 29.

25. Positivist

۲۶. واژه‌ای که بکار می‌رود گاه «غیرحقوق» (*le non-droit*) است و گاه بالاخص در بینش حقوقدانان انگلوساکسون «حقوق نرم و تبلورنیافته» (*soft law*) و گاه حقوق قراردادهای غیرالزام‌آور (*non-binding agreements*) برای مطالعه این اندیشه رک.

: به

- R. J. Dupuy: Declaratory Law and Programmatic Law: from Revolutionary Custom to «Soft Law», in Declarations on Principles, Sijthoff 1977, p. 247 et seq.
- Seidl-Hohenveldern: International Economic «Soft Law», Hague Recueil, Vol. 163, 1979, p. 169 et seq.

← - Arangio-Ruiz: Colloquium Hague Academy, 1973, p. 540. '

مذکور مجموعه روبه افزایش متون بین‌المللی قطعنامه‌ها، توصیه‌ها و اعلامیه‌های سازمان ملل متحده می‌باشد که خود بر مبنای یک واقعیت سیاسی – اما این بار به نفع مبانی انسانی حقوق – به عنوان اصل استعمارزدائی<sup>۲۷</sup> بوجود آمده است. این پدیده همان است که پس از جنگ دوم جهانی سبب ایجاد تعداد کثیری دولتهاي تازه استقلال یافته در جامعه بین‌المللی گشته است. کوششهای استقلال طلبانه دولتهاي جدید و «ولع شدیدی که نسبت به حقوق داشتند»<sup>۲۸</sup> ظهرور این پدیده نو را در روابط بین دولتها و نیز در سازمانهای بین‌المللی ایجاب می‌کرد. به اعتقاد میشل ویرالی:

«تعهداتی که توسط دولتها در چهارچوب قطعنامه‌ها امضاء می‌شوند عناصر یک نظام سیاسی را تشکیل می‌دهند که ابدأً کم اهمیت‌تر از نظام حقوقی، آن هم در جامعه‌ای که تمامی دولتها در شبکه‌ای از روابط مستمر و متنوع، درگیر و متعهد می‌باشند، نیست. درست است که تعهدات سیاسی در محض دیوان بین‌المللی دادگستری یا یک مرجع داوری بین‌المللی قابل استناد نیستند، اما نادر بودن مواردی که در آنها اختلافات فیما بین دولتها به مرجعی بین‌المللی ارجاع

→ ویرالی این حقوق را در مقابل «حقوق استقراریافته» (*le droit établi*) «حقوق طلوب» (*le droit désiré*) می‌نامد. برای مطالعه نظر او رک. به:

- «*À propos de l'ex ferenda*», *Le droit international: Unité et moltiplicité, mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, A, pedone, 1981, pp. 519-533.

- *Panorama...*, pp. 191-206.

ویرالی در مأخذ اخیر که جدیدترین کتابش می‌باشد راجع به اینگونه مقررات می‌گوید: «دولتها اگر مقتضی ندانند، به لحاظ حقوقی مجبور نیستند از آنها پیروی کنند. تنها عامل نقید دولتها به اجرا، محظوظات سیاسی است» (ص ۲۰۱).

۲۷. منظور واژه «décolonisation» است که پس از جنگ جهانی دوم مطرح شده است. برای شناخت نظر میشل ویرالی در این مورد رک. به:

- *L'organisation mondiale...*, pp. 232-253.

- «*Droit international et décolonisation devant les N.U.*» In *AFDI*, 1963 (X) pp. 508-541.  
28. M. Virally: «*Le rôle des principes...*», p. 531.

می شود سبب می گردد که بر اهمیت کمتر قطعنامه ها نتایج و آثار فراوانی بار نباشد.»<sup>۲۹</sup>

بنابراین، ویرالی حقوقدانی است که نتایج حقوقی و تعهدآور اصول مورد آرزوی دولتهای جدید را نفی نمی کند؛ اصولی که در قطعنامه ها، توصیه ها و اعلامیه های بین المللی مطرح می شوند و همه تلاش های سیاسی کشورهای تازه استقلال یافته که از عقب ماندگی اقتصادی رنج می بینند، در جهت تحقق آنها بسیج می گردد.<sup>۳۰</sup> لیکن به اعتقاد او، واقعیات سیاسی موجود تحقق چنین چشم اندازی را به تأخیر می افکند. دانشجویان سابق آکادمی حقوق بین الملل لاهه خوب به خاطر می آورند که وقتی در تابستان ۱۹۸۳ در کلاس او ضمن بحث، دانشجوئی به پا خاست و پرسید: علی رغم اینهمه قواعد بین المللی و اصول انسانی مورد قبول حقوق بین الملل چرا در عرصه جهانی ناظر اینهمه بی عدالتی هستیم؟ پروفسور ویرالی با لبخندی پرمغنا پاسخ داد: زیرا در حقوق بین الملل ما از یک «زورو»<sup>۳۱</sup> محرومیم!

باری، ویرالی در ارزیابی اعتبار بین المللی این قواعد و آثار ظهور آنها در عرصه روابط جهانی معتقد است که باید به اینگونه تلاش های سیاسی و حقوقی به نفع کشورهای توسعه نیافته جهت داد.

29. «Résolution et accord international», *Etudes de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, La Haye, Nijhoff, 1984, pp. 299-306 (p. 306).

همچنین در این مورد رک. به:

- «La valeur juridique des recommandations des organisations internationales», AFDI 1956 (II), p. 66-96.

- «Réflexions sur le «jus cogens», AFDI, 1966 (XII), p. 5-29.

30. «Résolution et accord international»..., p. 306.

31. Zorro



## کمک به تحوّل حقوق بین الملل به نفع کشورهای در حال توسعه

از سال ۱۹۶۰ به بعد، درست همزمان با بروز و گسترش کوششهای بین المللی دولتهای جدید در زمینه‌های حقوقی، ویرالی به این نکته توجه می‌دهد که کشورهای در حال توسعه در مقایسه با کشورهای صنعتی و توسعه‌یافته دچار نابرابریهای هستند. وی برای رفع این نابرابریها که باید جبران شود<sup>۳۲</sup> اندیشه جدیدی را مطرح می‌سازد. پروفسور ویرالی در راستای فکر حقوقی-فلسفی خود به این نتیجه می‌رسد که باید قواعد حقوق بین الملل به منظور توسعه اقتصادی کشورهای تازه استقلال یافته بکار گرفته شود. به این ترتیب، او بانی رشتۀ جدیدی در حقوق بین الملل می‌گردد که به «حقوق بین الملل توسعه» معروف شده است<sup>۳۳</sup>؛ یعنی «رشته‌ای در خدمت این هدف که در سطح روابط بین المللی علیه عدم توسعه مبارزه شود تا استقلال واقعی کشورهای توسعه‌نیافته تأمین گردد». <sup>۳۴</sup> از این پس، در جوامع حقوقدانان اروپا، میشل ویرالی به عنوان حقوقدانی «خواستار رشد و توسعه جهان سوم»<sup>۳۵</sup> شناخته می‌شود. آثار متعدد او در این زمینه چنین انتسابی را تأیید

32. «les inégalités compensatrices»

33. M. Flory: *Droit international du développement*, PUF (Thémis), Paris, 1977, p. 29.

34. رک. به کتاب اخیر الذکر، ص ۳۱.

35. «Tiers-Mondiste»

می‌کند.<sup>۳۶</sup> اما همانگونه که روزه گارودی فیلسوف مسلمان معاصر فرانسوی می‌گوید: «یک اندیشه اگر با عمل گره نخورد، اگر نیروی برای زندگی نباشد، اندیشه به حساب نمی‌آید»<sup>۳۷</sup> میشل ویرالی دامنه این اعتقاد را به عرصه عمل نیز می‌کشاند. او در مقام قاضی دیوان داوری دعاوی ایران – ایالات متحده در لاهه می‌کوشد «داوری طرف» بماند و مستقل‌آ، تنها براساس بینش وسیع حقوقی اش، در دعاوی تصمیم گیری کند. احکام صادرۀ شعبه سرّم دیوان در زمان ریاست و تصدی ویرالی، اجزئی اتفکاک ناپذیر از گنجینه آثار او محسوب می‌شود. در اینجا است که اعتقادات فلسفی - حقوقی او، شناختش از واقعیات سیاسی مسلط بر حقوق بین‌الملل معاصر، و باورش به «حقوق بین‌الملل توسعه» تا آنچه که مقدور است، در راستای جبران ضعفها و کمبودهای یک کشور جهان سوم که طرف دعوای یک ابرقدرت صنعتی و شرکتهای بزرگ چندملیتی

### ۳۶. منجمله رک. به:

- «Vers un droit international du développement», AFDI 1965(XI), p. 3-12.
- Société Francaise Pour le Droit International, Colloque d'Aix-En-provence, pays en voie de développement et transformation du Droit International, A.Pedone, Paris, 1974, pp. 306-311 (Conclusions du colloque).
- «Où en est le droit international du développement», Revue juridique et politique Indépendance et Coopération 1975 (29) p. 279.290.
- Conclusions du Colloque du Centre de Recherches et d'Etudes sur les Sociétés méditerranéennes La formation des normes en droit international du développement, Paris-Alger, CNRS-Office des Publications universitaires 1984, p. 379-381.

ابتكار میشل ویرالی در طرح اندیشه‌های جدید به این مورد منحصر نمی‌شود. در سالهای اخیر از ظهور رشته سومی در حقوق که بر اثر تلفیق قواعد حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق بین‌الملل خصوصی در محدوده مسائل اقتصادی و تجاری ایجاد شده است، سخن می‌گفت. رک. به:

«Un tiers droit? Réflexions théoriques», in Le droit des relations économiques internationales, études offertes à B.Goldmàn, éd Litee-Librairies Techniques, Paris 1982, p. 373-385.

این مقاله توسط آقای دکتر ناصر صبح خیز به فارسی ترجمه و در شماره سوم «مجلة حقوقی» – پائیز ۱۳۶۴ – درج شده است.

37. Roger Garaudy: Parole d'homme, éd. R. Laffont (Points), Paris, 1975, p. 97.

واقع شده، در عرصه عمل نمودار می شود.

از باب مثال وقتی که یک شرکت بزرگ امریکائی عمدتاً براساس چند شهادتname از کارکنان خود ادعای دریافت چندین میلیون دلار از دولت ایران می کند، منطق حقوقی و وجودان قضائی پروفسور ویرالی سبب مخالفت او با طرح اینگونه ادله می شود و دعوای آن شرکت را به علت فقد دلیل مردود اعلام می کند.<sup>۳۸</sup>

دو رأی صادره در تاریخ ۱۴ ژوئیه ۱۹۸۷ / ۲۳ تیرماه ۱۳۶۶ یکی درخصوص ادعای اخراج یک تبعه امریکائی عليه دولت جمهوری اسلامی ایران (حکم شماره ۳۱۲-۱۱۱۳۵) و دیگری در دعوای مصادره شرکت «آموکو اینترنشنال فاینس کور پوریشن»<sup>۳۹</sup> عليه دولت جمهوری اسلامی ایران، شرکت ملی نفت ایران، شرکت ملی پتروشیمی و شرکت شیمیائی خارک (حکم جزئی ۳-۵۶-۳۱۰) می تواند نمونه هایی برای شناخت چگونگی اعمال طرز تفکر میشل ویرالی در دوران قضاوتش در دیوان داوری دعاوی ایران- ایالات متحده محسوب گردد. به همین دلیل مختصراً پیرامون هریک از این دو رأی توضیح داده می شود.

### الف. حکم موافق ۱۴ ژوئیه ۱۹۸۷ درخصوص ادعای اخراج غیرقانونی

مسئله این است که با امضای بیانیه های الجزایر در ۱۹ ژانویه ۱۹۸۰ / ۲۹ دی ماه ۱۳۶۰ نه فقط شرکتهای امریکائی عليه دولت جمهوری اسلامی ایران و مؤسسات و واحدهای دولتی اقامه دعوای

۳۸. رک. به حکم جزئی «آموکو کور پوریشن» به شماره ۳-۲۶۱-۳۷۷ موافق ۱۸ ژوئیه ۱۹۸۸  
بند ۳۸. در همین رابطه نیز رک. به نظر جداگانه دکتر پرویز انصاری داور اختصاصی ایران در شعبه سوم (موافق ۲۴ اکتبر ۱۹۸۸ / ۲ آبان ماه ۱۳۶۷).

39. «Amoco International Finance Corporation»

کردند، بلکه از ۴۵,۰۰۰ امریکائی که در دوران انقلاب اسلامی—قبل یا بعد از پیروزی ۲۲ بهمن ۱۳۵۷—ایران را ترک نمودند، حدود ۱۵۰۰ نفرشان که غالباً کارمند همان شرکتها در ایران بودند، جداگانه به ادعای اینکه فعل یا ترک فعل دولت انقلابی موجب اخراج آنها از ایران و فسخ قراردادهای استخدامی آنان پیش از انقضای موعد شده است و یا اموال ایشان مصادره گردیده است، علیه دولت جمهوری اسلامی ایران در دیوان داوری اقامه دعوی کردند.

در دعوای شماره ۱۱۱۳۵ خواهان، آقای آلفرد ال. دبلیو. شورت<sup>۴۰</sup> کارمند شرکت امریکائی «لاکهید» با ادعای اخراج غیرقانونی به مبلغ ۲۳۶,۰۴۱ دلار بابت حقوق استخدامی تا زمان اعتبار قرارداد و ارزش جایگزینی اموالی که حسب ادعای موقع ترک ایران در تاریخ ۸ فوریه ۱۹۷۹ / ۱۹ بهمن ۱۳۵۷ در ایران بجا گذارده، طرح دعوی می‌کند. دولت ایالات متحده نیز در مورد اینگونه دعاوی که ۱۵۰۰ تبعه امریکائی طرح کرده‌اند، رأساً درخواست می‌کند که دیوان یک قرار اعدادی صادر نماید و «ایران را مسئول اخراج دسته جمعی و غیرقانونی کلیه امریکائیانی که از اکتبر ۱۹۷۸ تا آخر فوریه ۱۹۷۹ ایران را ترک نموده‌اند، بشناسد».<sup>۴۱</sup>

دیوان در رأی خود نخست مذکور می‌شود:

«ادعاهای مطرح در پرونده باید بطور جداگانه و با توجه به شرایط خاص آن پرونده ارزیابی شود... این بر عهده طرفهای پرونده‌های مشابه است تا نتایجی را که برای خود سودمند تلقی می‌کنند از حکم حاضر استخراج نمایند. بنابراین، درخواست برای صدور قرار اعدادی

40. Alfred L. W. Short

۴۱. رک. به: Iran-U.S. CTR. Vol. 16, 1987-III, p. 77.

لازم به یادآوری است که در نقل عبارات آرای دیوان و نظر داورانه همواره از متن فارسی آراء و تصمیمات دیوان استفاده شده است.

رد می شود.»<sup>۴۲</sup>

ویرالی آنگاه به مسئله ماهیت دعوى می پردازد و می گوید:

«فرض اینکه خروج کلیه اتباع یک کشور، بخصوص درحال یک دوره انتشاش سیاسی، قابل انتساب به دولت می باشد—مگر آنکه آن دولت خلاف آن را ثابت کند—متغیر با اصول و قواعد مسئولیت بین المللی دولتها است... دیوان باید جو انقلابی موجود را در مدت مورد بحث در ایران در نظر بگیرد.»<sup>۴۳</sup>

او سپس ادامه می دهد:

«اعمال هواداران انقلاب، قابل انتساب به دولتی که پس از پیروزی انقلاب مستقر گردیده، نیست، کما اینکه اعمال طرفداران دولت موجود نیز قابل انتساب به آن دولت نیست... استناد خواهان به اعلامیه های آیت الله خمینی رهبر انقلاب و سایر سخنگویان جنبش انقلابی نیز فاقد عناصر لازمی است که سبب خروج وی در شرایطی که اخراج به شمار آید، شده باشد... خواهان نتوانسته ثابت کند که خروج وی از ایران قابل انتساب به رفتار ناروای دولت ایران است. درنتیجه این ادعای مردود شناخته می شود.»<sup>۴۴</sup>

آقای براوئر<sup>۴۵</sup> داور اختصاصی امریکا با حکم دیوان اعلام مخالفت می کند و طی نظر مخالف خود و ابراز تأسف از رأی اکثریت می گوید:

«این فرض که حدود ۴۵,۰۰۰ امریکانی که در اوایل نوامبر ۱۹۷۸ در ایران اقامت داشتند و تقریباً کلیه آنها ظرف چهارماه بعدی کشور را ترک کردند، همه با میل خود یا به دستور دولت یا کارفرمای خود به موطنشان بازگشته باشند، مانند آن است که شوق موشای قطبی

.۴۲. همان مأخذ، ص ۸۲.

.۴۳. همان مأخذ، ص ۸۴.

.۴۴. همان مأخذ، ص ۸۵ و ۸۶.



ب. حکم جزئی مورخ ۱۴ ژوئیه ۱۹۸۷  
درخصوص ادعای مصادره غیرقانونی

دومین حکم ویرالی که برای نمونه مورد بحث واقع می‌شود و در تاریخ ۱۴ ژوئیه ۱۹۸۷ صادر شده از اهتمتیت بیشتری برخوردار است. خواهان دعوی در این پرونده یک شرکت امریکائی است که در دوران رژیم سابق قراردادهای از طریق شرکت فرعی خود با شرکتهای خوانده منعقد می‌کند. با تصویب ماده واحده در شورای انقلاب در تاریخ ۱۸ دی ماه ۱۳۵۸/۸ ژانویه ۱۹۸۰ کلیه قراردادهای نفتی سابق که مخالف قانون ملی کردن صنعت نفت ایران بوده است، کان لم یکن اعلام می‌گردد؛ سپس با امضای بیانیه‌های الجزایر، شرکت خواهان همچون دهها کمپانی نفتی دیگر در دیوان داوری علیه طرفهای ایرانی قرارداد، اقامه دعوی می‌کند و به استناد مقررات بیانیه حل و فصل دعاوی و ترتیبات عهدنامه موذت روابط اقتصادی و حقوق کنسولی بین ایالات متحده و ایران مورخ ۱۵ اوت ۱۹۵۵ / ۲۴ مرداد ماه ۱۳۳۴ خواستار غرامت دارائیهای مصادره شده و دریافت خسارات نقض قرارداد می‌شود. در چنین دعوائی بدیهی است که موقع تصمیم‌گیری طرز فکر حقوقی داوران درخصوص مسائل بین‌المللی مربوط به ملی کردن و مصادره اموال بیگانگان و نیز موضوع غرامت، نقش اساسی دارد.

ویرالی با توجه به ادله و مدارک ارائه شده طرفین دعوی، بینش حقوقی خود را هنگام صدور رأی مزبور بدرستی اعمال می‌نماید. وی گرچه برخلاف نظر خواندگان، عهدنامه موذت روابط اقتصادی و حقوق کنسولی بین ایالات متحده و ایران (اوت ۱۹۵۵) را فسخ شده نمی‌شمارد، اما علی‌رغم ادعای خواهان، تصمیم دولت انقلابی ایران را در مورد کان لم یکن نمودن قراردادهای نفتی، مصادره غیرقانونی محسوب

نمی‌کند و می‌گوید:

«... حق دولتها در ملی کردن اموال بیگانگان به خاطر مصالح عامه بتدریج پذیرفته شده است. امروزه، این حق بالاتفاق حتی از طرف دولتها که اصل حاکمیت دائم بر منابع طبیعی را—که اکثریت دولتها آن را شالوده حقوقی چنین حقی می‌دانند—مردود می‌شمارند، پذیرفته شده است. اهمیت این تحول از این واقعیت نشأت می‌گیرد که ملی کردن عموماً به عنوان انتقال فعالیت اقتصادی از مالکیت خصوصی به بخش عمومی، تعریف می‌شود. این کار با مصادره داراییها یا سرمایه یک مؤسسه، به منظور حفظ موجودیت آن مؤسسه به صورت یک واحد فعال تحت کنترل دولت عملی می‌گردد.»<sup>۵۱</sup>

سپس ویرالی درخصوص ماده واحده مصوب شورای انقلاب اسلامی ایران (هشتم ژانویه ۱۹۸۰ / هیجدهم دی ماه ۱۳۵۸) و تصمیم کمیسیون خاصی که به موجب ماده واحده تشکیل شده و منجمله در ۲۴ دسامبر ۱۹۸۰ / ۳ دی ماه ۱۳۵۹ قرارداد با خواهان را کان لم یکن اعلام نموده بود، اظهار می‌دارد:

«تصمیم کمیسیون خاص به موجب قانون ماده واحده که دارای ماهیت قانونگذاری است، اتخاذ گردیده است و این واقعیت کافی است که بدان مبنای قانونی دهد... با توجه به اهمیت سیاسی عظیم قانون ماده واحده در تحقق هدفهای انقلاب اسلامی ایرانی، مطمئناً نمی‌توان بدون توجه به رویدادهایی که در آن زمان در ایران اتفاق می‌افتد، و بدون درنظر گرفتن موضع سیاسی و حقوقی دولت اسلامی دربرابر رژیم سابق، مفهوم حقوقی این ماده واحده را از لحاظ بین‌المللی تعیین و مشخص نمود.»<sup>۵۲</sup>

در آنچه مربوط به مسئولیت دولت در مورد نقض قراردادها می‌شود، ویرالی معتقد است:

51. Iran-U.S. CTR, Vol. 15, 1987-II, pp. 222-223.

۵۲. همان مأخذ، ص ۲۲۸.





ب. دولت جمهوری اسلامی ایرانی باید غرامتی به میزان پنجاه درصد (۵۰٪) ارزش مؤسسه فعال شرکت سهامی شیمیائی خارک در تاریخ ۳۱ ژوئیه ۱۹۷۹ (نهم مردادماه ۱۳۵۸) بدون آفروزن سودهای آتی از دست رفته (عدم التفعع) به آن، به خواهان، «آموکوایترنسنال فاینس کور پوریشن» بپردازه.

ج. دیوان داوری تعیین مبلغ غرامت قابل پرداخت به خواهان — «آموکوایترنسنال فاینس کور پوریشن» — را تا هنگامی که به طرفین فرصت کافی داده شود که طبق ترتیب مقرر در بند ۲۶۷ حکم جزئی حاضر، و مطابق با برنامه‌ای که بعداً طی دستور جداگانه‌ای تعیین خواهد شد، استاد و مدارک جدیدی تسلیم نمایند، به تعویق می‌اندازد.

د. کلیه ادعاهای متقابل مطروح در پرونده حاضر مردود شناخته می‌شوند.<sup>۵۷</sup>

با شناختی که از طرز تفکر میشل ویرالی به عنوان بنیانگذار حقوق بین‌الملل توسعه به دست دادیم، شاید بتوان گفت که تصمیم او در بند «ب» حکم، نمودی از اعتقاد اوست به وجود نابرابریها و ضعفهای کشورهای در حال توسعه که باید جبران شود، و نیز نشانه درک مشکلات یک دولت جدید انقلابی است که طرف دعوای یک ابرقدرت صنعتی و شرکتهای بزرگ تبعه او واقع شده است.

داور امریکائی شعبه سوم دیوان با ابراز نگرانی عمیق می‌گوید:

«مفاهیم مورد استفاده در حکم، در مورد آنچه که غرامت کامل محسوب می‌شود، از جهات مهمی نادرست است و فی الواقع شاید غرامت لازم را کاملاً تأمین نکند.»<sup>۵۸</sup>

وی به استناد استدلالات آقای منگارد<sup>۵۹</sup> رئیس پیشین شعبه سوم

.۲۸۹. همان مأخذ، ص

.۲۹۰. همان مأخذ، ص

59. Mangard

دیوان در رأی اعدادی شماره ۳-۱۲۹-۵۵<sup>۶۰</sup>، از اینکه میشل ویرالی برخلاف نظر منگارد مبنای مصادره را اولین «مدخله قطعی در حقوق» محسوب نکرده است، انتقاد کرده و نظر رئیس جدید شعبه سوم دیوان را «دور از خلوص نیت» می‌شمارد<sup>۶۱</sup>؛ آنگاه در مورد مسئله غرامت می‌نویسد:

«با توجه به کیفیت نسبتاً غامض و مبهم حکم درابطه با مسئله غرامت که مبلغ آن هنوز تعیین نشده است، بویژه بجاست که راجع به برخی از تصورات مشخصاً غلط حکم در مورد روش مورد اشاره و نفس قابلیت اعمال آن، اظهارنظر کنم. قبل از هر چیز بی‌بها جلوه دادن روش تنزیل جریان نقدینه، به دلیل اینکه احتمالاً منجره حدس و گمان می‌شود که از نظر حقوقی قابل قبول نیست، سوء‌تعییر قانون است.»<sup>۶۲</sup>

به اعتقاد داور امریکائی شعبه سوم دیوان:

«اگر حکم از رویه این شعبه در قرار اعدادی شماره ۳-۱۲۹-۵۵ مورخ ۶ آبان ماه ۱۳۶۴ / ۱۲۸ اکتبر ۱۹۸۵ صادره در پرونده «سد کواینک و شرکت ملی نفت ایران» پیروی نموده و تاریخ اولین مدخله قطعی در حقوق را به عنوان تاریخ مصادره محسوب کرده بود، گزیری از این نتیجه گیری نمی‌بود که عمل خواندگان غیرقانونی بوده است. متأسفانه دیوان این واقعیت را نادیده گرفته که سومنی قانون حرکت نیوتن دارای معادلی حقوقی است، بدین معنی که اجتناب از یک مشکل می‌تواند معضلی تازه و به همان اندازه دشوار ایجاد کند.»<sup>۶۳</sup>

60. Iran-U.S. CTR, vd. 9/1985 II, pp. 248-283.

61. Iran-U.S. CTR, Vol. 15, op. cit. pp. 291-292.

.۶۲. مأخذ اخیرالذکر، ص ۳۰۵.

.۶۳. همان مأخذ، ص ۲۹۰ و ۲۹۱.

وی در زیرنویس نظر خود بزاساس مراجعه به لغتنامه وبستر (چاپ ۱۹۷۶) توضیع می‌دهد: «در قبال هر نیروئی، نیرو یا واکنشی مساوی و مخالف وجود دارد».





### ۳. مقالات، دروس و کارهای جمعی:

- «La condition internationale de la République fédérale d'Allemagne après les accords de Paris», *Annuaire français de droit international*, 1955.
- «La valeur juridique des recommandations des organisations internationales», *ibid.*, 1956.
- «Le rôle politique du Secrétaire général des Nations Unies», *ibid.*, 1958.
- «Relations internationales et science politique», *Les Affaires étrangères*, Recueil collectif sous la direction du professeur Trotabas, Paris, P.U.F., 1959.
- «La Conférence au sommet», *Annuaire français de droit international*, 1959.
- «Les Nations Unies et l'affaire du Congo: aperçus sur le fonctionnement des institutions», *ibid.*, 1960.
- «Vers une réforme du Secrétariat des Nations Unies?», *International Organization*, printemps 1961.
- «Le testament politique de Dag Hammarskjöld», *Annuaire français de droit international*, 1961.
- «A propos de l'affaire de Cuba: «diplomatie tranquille» et crises internationales», *ibid.*, 1962.
- «La politique des blocs», *L'ONU utile ou néfaste?*, Paris, 1962.
- «Droit international et décolonisation devant les Nations Unies», *Annuaire français de droit international*, 1963.
- «Force de frappe et politique internationale», *Esprit*, 1963.
- «Le droit international en question», *Archives de philosophie du droit*, 1963.
- «Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droits internes», *Mélanges offerts à Henri Rollin*, 1964.
- «Le juriste et la science du droit», *Revue du droit public*, 1964.
- Préface à G. L Tunkin, *Droit international public, problèmes théoriques* (traduit du russe), 1965.
- «La crise de l'ONU», *Etudes*, 1965.
- «Vers un droit international du développement», *Annuaire français de droit international*, 1965.
- «Le phénomène juridique», *Revue du droit public*, 1966.
- «Réflexions sur le jus cogens», *Annuaire français de droit international*, 1966.
- «Sociologie des organisations internationales», *Actes du 6e congrès mondial de sociologie*, 1966, vol. II.
- «Jusqu'où va la coexistence pacifique?», *Revue de droit contemporain*, 1966.
- «Le cadre juridique international du développement: vers une charte internationale du développement», *Développement et civilisations*, 1967.
- «Enseignement et recherche en droit international en 1967: difficultés et exigences», *L'enseignement et la recherche en droit international en France face aux besoins de la pratique*, 1968.
- «Sur la classification des traités. A propos du projet d'articles de la Commission du droit international», *Communicationi e Studi*, XIII, 1968.
- «Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain», *RCADI*, tome 122 (1967-III), pp. 5-105.
- Rapport général sur «Les choses dangereuses en droit international public», *Travaux de l'Association Henri Capitant (Journées néerlandaises)*, t. XIX, 1967, pp. 323-335.
- «The Sources of International Law», *Manual of Public International Law*, Sørensen (Ed.), Londres, Macmillan, New York, St Martin's Press, 1968, pp. 116-174.
- «Le rôle des «principes» dans le développement du droit international», *Mélanges en l'honneur du professeur Guggenheim*, Genève, 1968, pp. 531-554.
- «La notion de programme: un instrument de la coopération technique multilatérale», *AFDI*, 1968, pp. 530-553.

- « Sur la classification des traités. A propos du projet d'articles de la Commission du droit international », *Comunicazioni e studi*, XIII, 1969, pp. 17-35.
- « De la prétendue « primitivité » du droit international », *Recueil des travaux pour la Société suisse des juristes*, Genève, 1969, pp. 201-213.
- « La deuxième Décennie des Nations Unies pour le développement: essai d'interprétation parajuridique », *AFDI*, 1970, pp. 9-33.
- « Droits de l'homme et théorie générale du droit international », *René Cassin Amicorum discipulorumque liber*, vol. IV, Paris, Pedone 1970, pp. 323-330.
- « Les missions permanentes auprès des organisations internationales à Genève », *Les missions permanentes auprès des organisations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 125-325.
- « De la classification des organisations internationales », *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, 1972, pp. 365-382.
- « L'ONU devant le droit », *Journal du droit international (Clunet)*, 1972, pp. 501-533.
- « La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale », *La communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 277-300.
- « La Charte des droits et devoirs économiques des Etats. Notes de lecture », *AFDI*, 1974, pp. 57-77.
- « Notes sur la validité du droit et son fondement (norme fondamentale hypothétique et droit international) », *Mélanges offerts à Charles Eisenmann*, Paris, 1975, pp. 453-467.
- « Où en est le droit international du développement? », *Revue juridique et politique, Indépendance et coopération*, 1975, pp. 279-290.
- « Le rôle des organisations internationales dans l'atténuation et le règlement des crises », *Politique étrangère*, 1976, pp. 529-562 (trad. de « The Role of International Organizations in Mitigating and Settling International Crises », dans Daniel Frei (Ed.), *International Crises and Crisis Management*, Westmead, Saxon House, 1976).
- « Définition et classification des organisations internationales: approche juridique », *Revue internationale des sciences sociales*, 1977, pp. 61-75. Repris dans *Le concept d'organisation internationale*, sous la direction de G. Abi-Saab, Paris, Unesco, 1980.
- « Les relations entre organisations régionales et organisations universelles », *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain* (colloque de Bordeaux de la Société française de droit international), Paris, Pedone, 1977, pp. 147-165.
- « Une pierre d'angle qui résiste au temps: avatars et pérennité de l'idée de souveraineté », *Les relations internationales dans un monde en mutation*, Leyde, Sijthoff, 1977, pp. 179-195.
- « Sur la notion d'accord », *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Berne, Staempfli, 1980, pp. 159-172.
- « A propos de la *lex ferenda* », *Le droit international: unité et multiplicité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 519-533.
- « Un tiers droit? Réflexions théoriques », *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, pp. 373-385.
- « La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus », *Rapport à l'Institut de droit international, Annuaire de l'IDI*, session de Cambridge, vol. I, 1983, pp. 166-374.
- « Good Faith in Public International Law », *AJIL*, 1983, pp. 130-134.
- « Le champ opératoire du règlement judiciaire international », *RGDIP*, 1983, pp. 281-314.
- « Droit, politique et développement », *La formation des normes en droit international du développement*, Paris, CNRS, et Alger, Office des publications universitaires, 1984, pp. 157-160.
- « Résolution et accord international », *Etudes de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, La Haye, Nijhoff, 1984, pp. 299-306.







## ۶. فقرمه

پذیرش قطعنامه ۵۹۸ شورای امنیت از طرف جمهوری اسلامی ایران و برگزاری دور اول مذاکرات با دبیرکل سازمان ملل متحده منجر به برقراری آتشبس در جنگ هشت ساله عراق و ایران گردید. متعاقب آن یک سلسله مسائل و ابهامات حقوقی مربوط به قطع یا ادامه حالت جنگی در منطقه خلیج فارس، از جمله ادامه حق بازدید و بازرسی در دریا مطرح می باشد، که درخور توجه و مداقه است. تحقیق حاضر کوششی است در جهت روشن نمودن ابعاد و جوانب حقوقی این موضوع به اتکای سوابق، موازین و عرف پذیرفته شده بین المللی.

در این تحقیق ابتدا اشاره مختصری به چگونگی پیدایش حالت جنگی و نتایج متربّب بر آن خواهیم داشت. سپس به بررسی این سؤال می پردازیم که چه هنگامی و تحت چه شرایط و ضوابطی این وضعیت



مصطفی ۲۴ آوریل ۱۸۶۳، «جنگ عمومی، یک حالت درگیری مسلحه بین دولتهاي حاکم» تعریف شده است.<sup>۶</sup>

در تعاریف مختلفی که از حالت جنگی بعمل آمده است، برخی بر عوامل و اعمال توسل به جنگ، بعضی بر عناصر مشخصه بیانگر وضعیت حقوقی آن و بالآخره گروهی برنیات دولتهاي درگیر در تلقی زد و خورد مسلحه بعنوان جنگ تأکید دارند.<sup>۷</sup>

حقوقدانان کلاسیک معتقدند برای آنکه از نظر حقوقی حالت جنگی در روابط بین المللی شناخته شود باید اعلام جنگ یا نوعی اولتیماتوم که بیانگر قصد و نیت واقعی دو یا چند دولت است رسماً وجود داشته باشد. به عبارت دیگر، یک عمل مقابله به مثل<sup>۸</sup> ممکن است ضرورتاً منجر به پیدایش حالت جنگی نگردد.<sup>۹</sup> از این دیدگاه، هنگامی که رسماً حالت جنگی اعلام می‌شود، یک سلسله حقوق و تکالیف برای دولتهاي متخاصل و بی طرف بوجود می‌آيد، که از آن جمله می‌توان به حق بازدید و بازرسی در دریا و تکلیف دول بی طرف نسبت به عدم مداخله در جنگ به نفع یا ضرر یکی از طرفین درگیر اشاره نمود.

مثال بارزی که در تعبیر کلاسیک وجود حالت جنگی می‌توان ذکر کرد، هجوم نیروهای متفق در سال ۱۹۰۰ به سرزمین چین و تصرف پکن و قسمتهایی از خاک چین بدون اعلام جنگ و درنتیجه وجود

6. «Public war is a state of armed hostility between sovereign nations or governments.» United States, General Orders 100, April 24, 1863.

7. برای مثال رجوع کنید به:

Richard Baxter: «The Definition of War,» in 16 Revue egyptienne de droit international, 1 (1960).

8. reprisal

9. مثلاً رجوع کنید به:

John Bassett Moore: International Law (1906), pp. 153-154.

لازم به توضیح است که ماده ۱ کوانسیون سوم ۱۹۰۷ لاهه دولتهاي متعاهد را مکلف می‌سازد قبل از شروع هر گونه عملیات جنگی، نیت و قصد خود را همراه دلایل و شرایط اولتیماتوم بطور واضح به طرف دیگر اعلام نماید.

حالت جنگی است. در جای دیگر، جنگ سال ۱۹۳۷ بین ژاپن و چین در آغاز به عنوان عملیات پلیسی بدون وجود حالت جنگی از نظر حقوقی شناخته شد.

در حقوق بین الملل جدید که متأثر از تحولات شکرف تکنولوژی قرن بیستم است، دیگر وجود اعلان جنگ یک مؤلفه اساسی برای شناسائی حالت جنگی به حساب نمی‌آید و صرف استفاده از نیروی نظامی وسیله یک دولت با نیت آغاز جنگ، برای تشخیص امر کفایت دارد. از جمله در جنگ عراق علیه ایران، که در ۲۲ سپتامبر ۱۹۸۰ با حمله همه‌جانبه عراق شروع شد، مدرکی دال بر اعلان رسمی جنگ وجود ندارد. البته دادگاههای ملی در دعاوی مربوط به پرداخت غرامات و خسارات مرتبط با حالت وضعیت جنگی، مواضع مختلفی اتخاذ کرده‌اند. مثلاً در چند دعوای حقوقی که در دادگاههای محلی ایالات متحده امریکا مطرح بود برخی حالت جنگی بین امریکا و ژاپن را بعد از اعلان رسمی وجود جنگ یعنی ۸ دسامبر ۱۹۴۱ تلقی نمودند و برخی دیگر معتقد بودند که به مجرد حمله غافلگیرانه ژاپن به «پرل هاربر» یعنی ۷ دسامبر حالت جنگی وجود داشته است.<sup>۱۰</sup>

در خلال جنگ کره نیز دعاوی مختلفی در مورد وجود جنگ یا حالت جنگی برای مسائل مربوط به بیمه مطرح بود. در بعضی از این قضایا دادگاهها وجود حالت جنگی را تأیید کردند، در حالیکه برخی

#### ۱۰. مثلاً رجوع کنید به:

Borchard: «When did the War Begin?», 41 American Journal of International Law, 621 (1947).

- مثلاً در قضایای زیر وضعیت کره به عنوان «موقعیت جنگی» برای مسائل بیمه تلقی شد:
- Weissman V. Metropolitan Life Insurance Co., 112 F. Supp. 420 (S. D. Cal. 1953);
  - Gudewicz V. John Hancock Mutual Life Ins. Co. 331 Mass. 752, 122 N. E. 2d. 900 (1954).

در حالیکه در قضیه زیر حالت جنگی کره وسیله دادگاه تأیید نشد:

Beley V. Penn Mutual Life Ins. Co. 373 Pa. 231, 95A, 2d. 202 (1953).

دیگر مدعی بودند این درگیری مسلحانه را نمی‌توان برای پاره‌ای از امور (بویژه بیمه) یک «جنگ» به مفهوم حقوقی آن تلقی نمود.<sup>۱۱</sup>



## چه زمانی جنگ از نظر حقوقی پایان یافته تلقی می‌شود؟

معمولًاً یکی از طرق خاتمه دادن به وضعیت جنگی انعقاد عهدنامه یا قرارداد صلح بین دولتها متخاصل است. به عبارت دیگر، در حالتهای خاصی که مخاصمات عملاً قطع می‌شود یا در حالتی که قرارداد ترک مخاصمه یا قرارداد تسلیم بدون قید و شرط امضاء می‌شود، (مانند آنچه که بر آلمان و راپن در پایان جنگ دوام تحمیل شد) ضرورتاً از نظر حقوقی حالت جنگی خاتمه نمی‌یابد. مع الوصف، اگر حالت قطع تخاصم و متعاقب آن عقب‌نشینی نیروها به پشت مرزهای شناخته شده عملی و زمان نسبتاً طولانی از آن سپری شود، می‌توان گفت این وضعیت ممکن است یک تفاهم تلویحی بین طرفین درگیر در مخاصمه برای تحقق حالت جنگ پایان یافته، تلقی گردد. این مطلب نیاز به تحلیل بیشتر دارد که دربی خواهد آمد.

جنگ و مخاصمات مسلحانه به یکی از طرق زیر خاتمه می‌یابد:

— قطع تخاصم ساده<sup>۱۲</sup>

— تسلیم یکی از طرفین درگیر<sup>۱۳</sup>

۱۱. برای بررسی وضعیت حقوقی جنگ کره مثلاً رجوع کنید به:

Pye: «Legal Status of the Korean Hostilities» in 45 Georgia Law Journal 45 (1956).

12. simple cessation of hostilities

13. subjugation

## — امضای قرارداد صلح

با یک بررسی اجمالی در تاریخ معاصر، بندرت جنگها با تواافق ساده آتشبس و قطع عملیات خصمانه پایان پذیرفته‌اند. زیرا در این مورد همواره این مسئله حقوقی مطرح است که آیا جنگ خاتمه یافته تلقی می‌شود یا خیر و از چه زمانی و تحت چه شرایط و ضوابطی طرفین درگیر در جنگ و کشورهای ثالث بی‌طرف که منافع آنها به‌نحوی با جنگ گره خورده است باید با مسئله برخورد کنند؟ قبل از اینکه شد که صرف توافق بر سر آتشبس یا ترک مخاصمه ممکن است در عمل همان حالت صلح «دو فاکتب» را داشته باشد، ولی از نظر حقوقی حالت جنگی تنها با امضای قرارداد صلح خاتمه می‌پذیرد.

### الف. روش سنتی ختم جنگ: ترک مخاصمه

از نظر حقوق بین‌الملل سنتی، قطع عملیات جنگی و فراهم آمدن شرایط استقرار صلح در یک چهارچوب قانونی در شکل موافقتنامه عملی می‌گردد. «ترک مخاصمه». یکی از مواردی است که به صورت کلی در مواد ۴۱—۳۶ کنوانسیون ۱۹۰۷ لاهه پیش‌بینی شده است. ترک مخاصمه که معمولاً با میانجیگری یا مسامعی جمیلۀ سازمان یا دول ثالث انجام می‌شود عبارت است از «تعليق حوقت و قراردادی مخاصمات»<sup>۱۴</sup> که طی قراردادی بین دولتها مخصوص درگیر در جنگ عملی می‌گردد. ترک مخاصمه ممکن است:

۱. محلی و موقعی و فاقد هرگونه آثار و عواقب سیاسی باشد،
۲. عمومی و مقدمۀ خاتمه جنگ باشد،

#### 14. Suspension provisoire et conventionnelle des hostilités.

برای مثال رجوع کنید به:

- Levie: «Nature and Scope of the Armistice Agreement,» 50 American Journal of International Law, 880 (1956).

۳. جنبه مختلط داشته باشد (یعنی قطع عملیات نظامی همراه با اهداف و مقاصد نهائی سیاسی).

این نکته نیاز به توضیح دارد که اصطلاح «آتش بس» که در قطعنامه ۵۹۸ به عنوان اولین گام برای حل و فصل اختلافات بین ایران و عراق منظور شده از نظر سابقه تاریخی و حقوقی صرفاً به قطع عملیات جنگی در یک منطقه معین برای زمان محدود به منظور تخلیه مجروهان و تدفین کشته شدگان یا در مواردی تسليم نیروهای شکست خورده در جنگ (که با توافق فرماندهان نظامی در منطقه یا صحنه‌ای از نبرد عملی می‌شود) مربوط می‌شده است. در واقع، آنچه در اینجا مورد نظر است شق دوم فوق الذکر برای ترک مخاصمه همه جانبه جهت نیل به صلح می‌تواند تلقی شود.<sup>۱۵</sup>

برای مثال، سرمیان کره که بعد از خاتمه جنگ دوم جهانی بین دو نیروی اشغالگر شوروی و امریکا در مدار ۳۸ درجه به دو کشور شمالی و جنوبی تقسیم شد، در سال ۱۹۵۰ مجدداً درگیر جنگ گردید. حمله کره شمالی به کره جنوبی که عملاً نیروهای سازمان ملل متعدد را درگیر کرد، در سال ۱۹۵۳ با یادداشت مشهور به «پان مون جم» به ترک مخاصمه انجامید، لیکن از نظر حقوقی و فتنی دو کره هنوز در حالت

۱۵. البته در بند ۱ قطعنامه نوامبر ۱۹۵۶ مجمع عمومی سازمان ملل متعدد برای بحران کاتال سوئیز که براساس قطعنامه اتحاد برای صلح (Uniting for Peace) مصوبه ۱۹۵۰ مجمع عمومی قسمی از اختیارات استقرار صلح شورای امنیت را به علت اختلاف نظر بین اعضای دائمی آن عهده‌دار گردید، از استقرار آتش بس در یک منطقه مورد توافق و قطع حرکات نظامی در آن برای تمام طرفهای درگیر در مخاصمه صحبت شده است. در بند ۴ همین قطعنامه از این آتش بس به عنوان گامهای مؤثر برای بازگشایی کاتال سوئیز و برقراری آزادی دریانوردی در آن یاد می‌شود. رجوع کنید به:

General Assembly Resolution adopted on November 2, 1956, United Nations Document A/3256.

جنگ بسر می برند.<sup>۱۶</sup>

برای آنکه مفهوم عملی این حالت نه جنگ نه صلح مشخص شود، می توان به گزارش ویژه فرماندهی نیروهای متحده در کره اشاره کرد. این گزارش در تاریخ ۱۹ اوت ۱۹۵۷ اعلام می دارد که کره شمالی با داخل نمودن تسلیحات جدید در سیستم دفاعی خود عملاً مفاد قرارداد «ترک مخاصمه» را نقض کرده و نیروهای دو طرف را از تعادل و توازن خارج ساخته است. این عمل به نیروهای سازمان ملل متحده اجازه می دهد که تسلیحات مشابهی در اختیار خود بگیرد.<sup>۱۷</sup>

#### ۱. ترک مخاصمه عمومی:

همانطوری که در بالا مذکور شدیم، از نظر حقوق بین الملل سنتی، عرف متدال قطع عملیات جنگی که در کنوانسیون ۱۹۰۷ لاهه پیش بینی شده توافقی است که بین طرفین متخصص بعمل می آید. هدف این توافق در مرحله اول تعلیق موقت اقدامات عامل خصمانه<sup>۱۸</sup> می باشد. اصطلاح «truce» (به زبان انگلیسی) و «trève» (به زبان فرانسه) هم کم و بیش همین مفهوم را می رساند، ولی در گذشته معمولاً زمان کوتاه تری را شامل می شده است. «ترک مخاصمه خاص»<sup>۱۹</sup> که معمولاً تحت عنوان «truces» نامیده می شود تنها قسمتی از منطقه یا صحنۀ

16. United Nations Armistices with North Korea and the Chinese People's Republic (Panmunjom, July 27, 1953).

۱۷. رجوع کنید به 37 U.S. Department of State Bulletin 393 (1957) همچنین نگاه کنید به قطعنامه شورای امنیت سازمان ملل متحده مورخ ۲۷ ژوئن ۱۹۵۰ (U.N. Doc. S/1511) در مورد کمک به نیروهای کره جنوبی برای بیرون راندن نیروهای کره شمالی، و نیز قطعنامه ۲۵ ژوئن شورای امنیت (U.N.Doc. S/1501) که بر اقدامات مجمع عمومی برای حفظ صلح در کره تأکید می کند.

18. temporary suspension of active hostilities

19. particular armistice

عملیات جنگی را شامل می‌گردد، در حالیکه «ترک مخاصمه عمومی»<sup>۲۰</sup> در تمام مناطق اعم از زمین و هوا و دریا مخاصمات را به حالت تعلیق درمی‌آورد.

اکثر علمای حقوق و دادگاههای کشورهای مختلف در شرایط و موارد متعدد بر این عقیده بوده و هستند که قطع یا تعلیق موقت عملیات جنگی در حالتهای قراردادی آتش‌بس یا ترک مخاصمه ضرورتاً به حالت جنگی خاتمه نمی‌دهد.

این معنی، هم در قوانین مدون جنگی کشورهایی که از نظر حقوقی پیشرفت‌هه هستند موجود است (مانند قانون جنگ زمینی ایالات متحده آمریکا، بند ۴۷۹)<sup>۲۱</sup> و هم در آرای محاکم حقوقی این ممالک یافت می‌شود.<sup>۲۲</sup>

در اینکه قرارداد ترک مخاصمه چه مواردی را باید شامل باشد هیچگونه رویه عرفی مشخصی وجود ندارد. در دو جنگ اول و دوم جهانی به علت ویژگی خاص آنها ما با قراردادهای ترک مخاصمه و تسليیم<sup>۲۳</sup> سروکار داریم، زیرا در اکثر آنها کشورهای غالب و مغلوب مشخص بودند و معمولاً شرایط فاتحان جنگ به طرف شکست خورده تحمیل می‌شد؛ لیکن از بعد از جنگ دوم جهانی به مواردی برخورده می‌کنیم که قراردادهای ترک مخاصمه، چه با میانجیگری سازمان ملل متحده یا دیگر کشورهای ثالث، در شرایط ادامه وضعیت جنگی یا خاتمه آن، حالت و وضعیت مبهمی بوجود آورده‌اند.

کلاً حقوقانان کلاسیک معتقدند که در وضعیت ترک مخاصمه، حالت جنگی نه تنها بین کشورهای متخاصم بلکه در رابطه با این کشورها و دولتهای بی‌طرف به قوت خود باقی می‌ماند. در رویه

20. general armistice

21. United States Law of Land Warfare, (Par. 479).

22. Kahn V. Anderson, Warden, United States, Supreme Court, 1921, 255 U.S.1.

23. capitulatory armistice

کلاسیک یا سنتی، در حالت ترک مخاصمه عمومی توسل به کلیه اقداماتی که طرفین متخاصل در خلال جنگ مانع از انجام آن می شدند، همچنان ممنوع است. روئیه بین الملل مدرن تاحدودی متفاوت است و در حالت ترک مخاصمه عمومی، کشورهای متخاصل تنها از توسل به اقداماتی که صریحاً در قرارداد ترک مخاصمه قید گردیده منع شده‌اند.<sup>۲۴</sup> به عبارت دیگر، در اینجا اراده طرفین درگیر در جنگ با توجه به اوضاع و احوال تعیین کننده است.<sup>۲۵</sup>

## ۲. ترک مخاصمه در دریا:

در نوشته‌های حقوقی و استاد و قراردادها کمتر به مورد ویژه آتش‌بس یا ترک مخاصمه در دریا و ترتیبات خاص آن اشاره شده است.<sup>۲۶</sup> از آنجا که بعضاً ترک مخاصمه عمومی شامل مناطق دریائی نیز می‌گردد، با استنتاج از رویه‌های متداول می‌توان گفت که چنین حالتی تنها جنگ دریائی و بمباران دریائی را منع می‌کند. اکثر حقوقدانان درباره ادامه حق استقرار محاصره دریائی برای کشورهای متخاصل ساکت‌اند؛ لیکن به نظر می‌رسد که حق «بلوک کردن» و سایر حقوق منتج از آن یعنی توقيف و مصادره کشتیهای دشمن، تفتيش و بازرگانی کشتیهای بی‌طرف و کشتیهای حامل کالای قاچاق جنگی به قوت خود باقی می‌ماند مگر آنکه قرارداد ترک مخاصمه که با اراده

24. Von Glahn: Law Among Nations, p. 576.

۲۵. توضیح‌اینکه محتوای نمونه یک قرارداد آتش‌بس بطورکلی در بندهای ۴۸۷ و ۴۸۸ قانون جنگ زمبی ایالات متحده امریکا تصریح شده است.

26. naval armistice

۲۷. البته در قرارداد ترک مخاصمه کره مورخ ۲۷ زوئیه ۱۹۵۳ اشاره مختصری در ماده آن ۱۵ به تسری قرارداد به قوای دریائی مستقر در آبهای مجاور منطقه غیرنظمی شده بین دو کره یعنی مدار ۳۸ درجه گردیده است. رجوع کنید به:

Arnold Toynbee: Major Peace Treaties of Modern History, 1648-1967, Vol IV, p. 2663.

طرفین درگیر منعقد می شود محدودیت یا ممنوعیت خاصی را تصریح کرده باشد.

در واقع، پاسخ به این سؤال که آیا حقوق کشور متخاصم در دریا در خلال ترک مخاصمه پایدار می ماند یا خیر، ممکن است مبنای شدیدی برای این موضع که طرفین دارای چه برداشتی از ترک مخاصمه در ارتباط با اختتام حالت جنگی یا ادامه آن هستند.

معمولًاً مواردی که در یک قرارداد ترک مخاصمه ملحوظ می شوند عبارتند از:

- تاریخ و زمان مؤثر قطع عملیات خصمانه.
- مدت زمان اجرای ترک مخاصمه.
- خطوط استقرار نیروهای طرفین<sup>۲۸</sup> (خطوط عقبنشینی و آتشبس).

- در صورت لزوم تعیین مناطق بی طرف.
- تعیین روابط دولتهای متخاصم با اهالی بومی (مناطق اشغال شده).

- اقدامات ممنوعه.
- وضعیت زندانیان جنگی در خلال ترک مخاصمه.
- در صورت لزوم پیش‌بینیهای لازم در ارتباط با کمیته‌های مختلف مشورتی در امور نظامی، سیاسی و اقتصادی که در خلال ترک مخاصمه و قطع موقت عملیات خصمانه مطرح می شود.<sup>۲۹</sup>

طبق ماده ۴۰ کنوانسیون ۱۹۰۷ لاهه در صورتیکه هر یک از طرفین قرارداد ترک مخاصمه، یکی از مواد توافق را بطور جدی نقض کند، این حق برای طرف دیگر ایجاد می شود که عملیات خصمانه را از

28. lines of demarcation

29. United States Law of Land Warfare, Pars. 487 et. seq fully documented in: Howard S. Levit: «The Nature and Scope of Armistice Agreement», 50 American Journal of International Law (1956), pp. 880-906.

سر گیرد. اما مشکل همواره این بود که «نقض جدی» چه مفهوم دارد و «حالات اضطرار»<sup>۳۰</sup> مورد نظر مادهٔ ۴۰ کدام است!

تعییر سادهٔ این مفهوم آن است که نیروهای متخاصل در خلال آتش بس و ترک مخاصمه حق ندارند به نحوی از انحصار توان رزمی و قدرت نظامی خود را به ضرر دیگری افزایش دهند. به عبارت دیگر، در صورتی که چنین عملی صورت تحقیق پیدا کند، طرف دیگر مجاز است با توصل به حق پیشگیری مانع از آن شود یا در نهایت اگر این امر میسر نباشد.

تسليحات مشابه و همطرازی وارد سیستم دفاعی خود کند.

وضعیت دو کره از این نظر که طی سالیان دراز طرفین در حالت ترک مخاصمه بدون دستیابی به یک عهدنامهٔ صلح بوده‌اند که بتواند از نظر حقوقی به وضعیت جنگی خاتمه دهد، جالب و حائز اهمیت است.

### ۳. نظر محاکم حقوقی در ارتباط با ادامه یا خاتمه جنگ

در مورد اینکه آیا به صرف استقرار آتش بس یا ترک مخاصمه، حالت جنگی خاتمه یافته تلقی می‌شود یا خیر، آرای دادگاهها و نظریات علمای حقوق متفاوت است. مثلاً در طرح دعوای بیمه عمر یک روزنامه نگار امریکائی که در خلال بحران سوئز در ۱۰ نوامبر ۱۹۵۶ وسیلهٔ قواهی مصری کشته شد، یک دادگاه امریکائی نظر داد که از تاریخ ۶ نوامبر ۱۹۵۶، یعنی زمان اجرای توافق آتش بس، حالت جنگی خاتمه یافته است. دادگاه از جمله می‌گوید:

.... The Resolution of the United Nations is to be considered here as having the same effect of terminating war and restoring peace, as a traditional treaty of peace....

به عبارت دیگر، دادگاه در تفسیر قراردادهای خصوصی (در اینجا

30. urgency

قرارداد بیمه عمر) می‌گوید که «قطعنامه سازمان ملل متحد از نظر تأثیر حقوقی آن بر خاتمه جنگ و بر قراری صلح به منزله قرارداد صلح تلقی می‌گردد». <sup>۳۱</sup> البته لازم به توضیح است که نظر دادگاه در این مورد شامل حال کشورهایی می‌شود که صرفاً عملیات خصمانه را متوقف می‌کنند و اهتمام ویژه دیگری در جهت اختتام رسمي جنگ بعمل نمی‌آورند. به عبارت دیگر، نیت یا نیات کشورهای متخاصم در اینکه حالت جنگی باید خاتمه یافته تلقی شود یا خیر، ملاک تشخیص وضعیت است. <sup>۳۲</sup>

تقریباً در تمامی زد و خوردگاهی مسلحانه که بعد از جنگ دوم جهانی اتفاق افتاد، نوعی آتش‌بس یا ترک مخاصمه از طریق سازمان ملل متحده یا کشورهای ثالث برقرار شد که بندرت منتهی به انعقاد قرارداد صلح گردید. <sup>۳۳</sup> بزعم بسیاری از حقوق‌دانان مفهومی که غالباً از ترک مخاصمه احراز شده همواره تعلیق حالت تخاصم فعال بوده است نه پایان جنگ به معنی حقوقی آن.

نکته لازم به تذکر اینکه بعد سیاسی آتش‌بس و ترک مخاصمه که دولتها با توجه به اوضاع و احوال زمان و مکان به آن توجه دارند بعضی در دادگاههای حقوقی که مستلزم صدور رأی مرتبط با پرداخت غرامت، جبران خسارت، مسائل بیمه کشتیها و غیره می‌باشد، به نحو دیگری تعبیر

31. Shneiderman V. Metropolitan Casualty Co. United States, Sup. Court (N.Y.). App. Div. 1st Dept., November 9 1961, 220 N.Y.S. 2d. 947.

32. Von Glahn: Law Among Nations (1966) pp. 573-574.

۳۳. نمونه بارز آن جنگ اعراب و اسرائیل است (توافقهای ترک مخاصمه عمومی، و قطعنامه‌های مختلف شورای امنیت و مجمع عمومی در چهار مرحله زمانی). تنها در مورد جنگ ویتنام بود که قرارداد صلح پاریس در سال ۱۹۷۳ قبل از پایان جنگ منعقد شد و بعد از آن ویتنام جنوبی سقوط کرد و امریکا عملیاً تسليم شد و نیروهایش را با سرشکستگی از منطقه خارج ساخت. جنگ هند و پاکستان سال ۱۹۷۱ هم متعاقب کنفرانس ۱۹۷۲ سیملا منجر به برقراری خطوط کنترل در کشمیر گردید و قرارداد صلح منعقد نشد.

می‌گردد و ضرورتاً آرای دادگاههای ملی درخصوص اینکه جنگ خاتمه یافته است یا خیر، نمی‌تواند ملاک قطعی وضعیت باشد. لازم به توضیح است که حتی دادگاهها هم در موارد مختلف آراء و تعابیر متفاوتی از یک وضعیت مشابه ارائه کرده‌اند. برای مثال — همانطور که قبل‌گفته شد — بعضی از دادگاههای ایالتی امریکا در مورد وجود حالت جنگی در شبه جزیره کره آرای متفاوتی صادر کرده‌اند که مورد اختلاف حقوقدانان نیز هست.<sup>۳۴</sup>

### ب. تفکیک مفاهیم ترک مخاصمه و آتش‌بس

تفکیک مفاهیم ترک مخاصمه و آتش‌بس، با وجود اختلاط معنی که ایندو در عمل پیدا کرده‌اند، از نظر آثار و عواقب حقوقی و سیاسی در فراگردی که منجر به استقرار وضعیت صلح می‌گردد، حائز اهمیت است.

گاهی قرارداد ترک مخاصمه محدود، وسیله فرماندهان عالی نظامی امضاء می‌شود، اما به علت اهمیت سیاسی که برای طرفین درگیر درپی دارد، مجوز چنین اقدامی وسیله دولتها متبوع آنها صادر می‌گردد. معمولاً ترک مخاصمه برخلاف آتش‌بس به مفهوم قرارداد تعليق محدود و وقت عملیات نظامی که میکن است میان فرماندهان بخششائی از صحنه جنگ پیش آید، بین فرماندهان کل قوا منعقد می‌شود و عموماً بلاfaciale پس از امضاء مجری و معتبر است.<sup>۳۵</sup>

۳۴. رجوع کنید به پانویسهای ۱۰ و ۱۱.

۳۵. توجه داریم که در این مقطع هنوز وارد مرحله انعقاد قرارداد صلح نشده‌ایم. طبیعی است که برای این منظور، هر کشور طبق قوانین جاری یا اساسی خود برای الحاق به عهدنامه‌های بین‌المللی یا عهدنامه صلح اقدام می‌کند. مثلاً در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران طبق بند ه مادة يقصد ودهم «اعلان جنگ و صلح و بسیج نیروها به پیشنهاد شورای عالی دفاع» از وظایف و اختیارات رهبری است.

خصیصه حقوقی و عملی بسیار مهم ترک مخاصمه عبارت است از به حالت تعلیق درآمدن عملیات نظامی بدون پایان دادن به «جنگ» یا «حالت جنگی». در اینجا تفکیک بین مفاهیم «عملیات جنگی» و «حالت جنگی» کاربرد عملی و حقوقی پیدا می‌کند. یعنی با استقرار ترک مخاصمه عملاً مفهوم اولی به حالت تعلیق درمی‌آید بدون آنکه عبارت دومنی دستخوش تغییری بشود. از نظر حقوق بین الملل آثار عدیده‌ای بر این تفکیک متربّ است که یکی از آنها همان ادامه وجود حقوق دولتها مخصوص از جمله حق بازدید و بازرسی در دریا و توقیف اموال مخصوص یا کالاهایی که مشکوک به حمل به مقصد مخصوص روی کشتیهای بی طرف هستند و ممکن است توان نظامی حریف را افزایش دهند، می‌باشد.

از بعد از جنگ دوم جهانی اکثر موارد جنگی که منجر به انعقاد قرارداد ترک مخاصمه گردیده بین کشورهای فاتح و مغلوب بوده و درواقع ترک مخاصمه همراه با اشغال نظامی تمام یا قسمی از خاک طرف شکست خورده اتفاق افتاده است.<sup>۳۶</sup> در هر صورت، مفهومی که از ترک مخاصمه احراز شده همواره تعلیق وضعیت جنگی بوده است نه ختم آن. مثلاً بعد از ایجاد کشور اسرائیل در سال ۱۹۴۸، اولین جنگ بین اعراب و اسرائیل درگرفت. در سال ۱۹۴۹ یک قرارداد ترک مخاصمه بین اسرائیل و کشورهای عرب درگیر امضاء شد، اما این به مفهوم انعقاد عهدنامه صلح نبود. هنگامی که مجدداً در سال ۱۹۵۶ اسرائیل با حمله به مصر، صحرای سینا و نوار غزه را اشغال می‌کند، دبیرکل سازمان ملل متحد

۳۶. مانند ترک مخاصمه معروف به «روتند» (Rethondes) در ۱۹۱۸ که طبق ماده ۱۵ آن آلمان وادر به فتح قراردادهای بخارست و «برست لیتوسک» (Brest-Litovsk) شد؛ همچنین ترک مخاصمه آلمان و فرانسه در ۱۹۴۰ پس از اشغال فرانسه و ترک مخاصمه‌های تحمیلی وسیله دول متفق به دول محور در سالهای ۱۹۴۴-۱۹۴۵.

طی گزارشی در تاریخ ۹ مه ۱۹۵۶ به مجمع عمومی برداشت خود را از مسائل مرتبط با قرارداد ترک مخاصمه مصر و اسرائیل توضیح می دهد.<sup>۳۷</sup> او از جمله اظهار می دارد که رعایت قرارداد ترک مخاصمه توسط یکی از طرفین، موكول و مشروط به رعایت آن توسط طرف دیگر است. به عبارت دیگر، نقض قرارداد بوسیله یک طرف مجوز عکس العمل مشابه از طرف دیگر تخاصم را توجیه می کند. حتی نقض تعهدات ممکن است موجب فسخ کامل قرارداد بشود، گوینکه این تعبیر مورد پذیرش محافل حقوقی بین المللی نیست. دیگر کل در این گزارش، با تفکیک مفهوم ترک مخاصمه از آتش بس (که بعضاً یکی از بندهای قرارداد ترک مخاصمه را شامل بود) می گوید که نقض مواد دیگر ترک مخاصمه توجیهی منطقی برای نقض آتش بس نیست. منشأة عمده مورد اختلاف در اینجا حق عبور از تنگه تیران و حق دریانوری آزاد اسرائیل در دریای سرخ بود که به علت محدودیتهای اعمال شده بوسیله مصر مورد اعتراض اسرائیل واقع شد و درنتیجه موجب واکنش این دولت و نقض آتش بس گردید.<sup>۳۸</sup>

دولت مصر مجدها در سال ۱۹۶۷ محاصره دریائی اسرائیل را برقرار کرد و جنگ شش روزه اعراب و اسرائیل منجر به شکست فاحش اعراب و از دست دادن سرزمینهای شبه جزیره سینا، ساحل شرقی کanal سوئز، نوار غزه، ساحل غربی رود اردن و بلندیهای جولان شد.

در سال ۱۹۷۳ چهارمین دور جنگ اعراب و اسرائیل (جنگ «یوم کپیور» در ۶ اکتبر) درگرفت که منجر به شکست نسبی اسرائیل

37. United Nations Document No. S/3296 at 6, 7.

۳۸. در سال ۱۹۵۶ اسرائیل تحت فشار امریکا و شورونی سرزمینهای اشغال شده را تخلیه می کند و با میانجیگری ایالات متحده امریکا حق عبور از تنگه تیران و دریای سرخ از طرف مصر تضمین می گردد. همچنین رجوع کنید به قطعنامه ۱۲ نوامبر ۱۹۵۶ مجمع عمومی (U.N. Doc. A/3256) که بند ۱ آن خواهان آتش بس است و در بند ۲ آن به طرفین مתחاصم لزوم رعایت قرارداد ترک مخاصمه ۱۹۴۸ گوشتزد می شود.

گردید. این درگیری نیز از رانویه سال بعد طی توافقی بین مصر و اسرائیل «به نام جداسازی نیروها»<sup>۳۹</sup> پایان پذیرفت. اسرائیل و سوریه نیز به توافق مشابهی رسیدند و استقرار نوعی آتش‌بس برای اعزام هیئت ناظران سازمان ملل در منطقه‌ای حائل عملاً صورت گرفت. حالت جنگی بین مصر و اسرائیل تنها با انعقاد قرارداد صلح نیم‌بند «کمپ دیوید» که با میانجیگری ایالات متحده بین مصر و اسرائیل امضاء شد، به حال تعلیق درآمد.<sup>۴۰</sup> این حرکت به علت مخالفت دیگر کشورهای عربی نتوانست عملاً حالت جنگ را به صلح مبدل کند و خصوصیت و تضاد کماکان در روابط اعراب و اسرائیل همانند آتش زیر خاکستر باقی ماند.

جنگ اسرائیل و لبنان هم که منجر به اشغال جنوب این کشور شد در ۱۷ ماه مه ۱۹۸۲ طی یک قرارداد «ختم حالت جنگ» بین نمایندگان دو کشور امضاء شد<sup>۴۱</sup>، اما این قرارداد نیز به علت مخالفت جناحهای مختلف در لبنان عملاً هیچگاه اعتبار قانونی و اجرائی بایسته را کسب ننمود.

### ج. از ترک مخاصمه تا قرارداد صلح

همانطور که در بالا اشاره شد در مواردی استمرار طولانی تعلیق تخاصم و عملیات جنگی ممکن است تعبیر به یک صلح دوفاکتو بشود؛ اما در مورد اینکه چه مدت زمانی ضرورت دارد چنین حالتی ادامه یابد،

#### 39. disengagement of forces

۴۰. لازم به تذکر است که بعد از انعقاد قرارداد کمپ دیوید کشورهای مخالف آن در جبهه امتناع قرار گرفتند و مصر را از جرگه خود بیرون راندند. پس از کشته شدن انور سادات، مصر توانست بدون لغورسمی قرارداد صلح کمپ دیوید، زمینه را برای رجعت تدریجی خود به کشورهای عرب فراهم آورد.

۴۱. در قرارداد چنین مذکور است:

«The state of war between Israel and Lebanon has been terminated.»

بین حقوقدانان اتفاق نظر وجود ندارد. مثلاً بعد از جنگ جهانی اول، ایالات متحده امریکا به علت خودداری کنگره از تصویب قرارداد «ورسای» تا مدتی از نظر حقوقی وقتی در حالت جنگ و تخاصم با آلمان باقی ماند. متعاقباً کنگره طی یک قطعنامه مشترک موزخ ۲ ژوئیه ۱۹۲۱ به حالت جنگی بین امریکا و آلمان و دولت اتریش-هنگری پایان داد. بعد از مدتی این اقدام طی قرارداد ۱۱ نوامبر ۱۹۲۱ بین ایالات متحده و آلمان تأیید شد.<sup>۴۲</sup>

بعد از جنگ جهانی دوم وضعیت حقوقی جنگ بین ایالات متحده امریکا با ایتالیا و بلغارستان و مجارستان توسط قراردادهای صلح از تاریخ ۱۵ سپتامبر ۱۹۴۷ و با ژاپن از تاریخ ۲۸ آوریل ۱۹۵۲ پایان یافت. قرارداد صلح با آلمان نیز طی قطعنامه مشترک ۲۸۹ کنگره در تاریخ ۱۰ آکتبر ۱۹۵۱ به تأیید رئیس جمهور امریکا رسید.<sup>۴۳</sup> در این قطعنامه تصريح شده بود که کلیه کالا و مال التجاره و منافعی که براساس «قانون منع تجارت با دشمن»<sup>۴۴</sup> قبل از اول ژانویه ۱۹۴۷ توقیف یا تسخیر شده بود کما کان تحت شمول مقررات مربوط قرار داشته، مفاد قطعنامه در سرنوشت آنها تأثیری نخواهد گذارد.<sup>۴۵</sup>

پس ملاحظه می‌گردد که بین ترک مخاصمه، یا به عبارتی آتش‌بس، و انعقاد قرارداد صلح ممکن است زمان کم و بیش طولانی سپری شود و تنها بعد از امضاء و الحاق به قرارداد صلح است که حالت

۴۲. مثلاً رجیع کند به:

Hudson: «Duration of War Between the United States and Germany», 39 Harvard Law Review 1020 (1926).

۴. در این قطعنامه اعلام شد که «اللت جنگی مصوبه ۱۱ دسامبر ۱۹۴۱ کنگره پایان می‌یابد. در تاریخ ۱۶ آکتبر ۱۹۵۱ نیز پرزیدنت ترومن طی اعلامیه‌ای با اشاره به قطعنامه حالت جنگی را از تاریخ ۱۶ آکتبر ۱۹۵۱ لغو می‌نماید.

۴۴. Trading with Enemy Act ، مصوبه ۶ آکتبر ۱۹۱۷.

45. Bishop: International Law, 3rd. ed. (1971), p. 950.

جنگی از نظر حقوقی<sup>۴۶</sup> خاتمه می‌پذیرد.

مثال جالب دیگری که در آن قرارداد صلح قبل از پایان مخاصمات به اعضاء رسید مورد جنگ ویتنام است. از نظر حقوقی جنگ ویتنام در سال ۱۹۷۳ به موجب قرارداد صلح پاریس خاتمه یافت، اما تا سال ۱۹۷۵ که ویتنام شمالی و ویتکنگ عملاً سرزمین جنوب را به اشغال نظامی خود درآورده، ادامه پیدا کرد. لازم به تذکر است که بعد از اعضای قرارداد صلح، اولین دور مبادله اسرای جنگی که مورد توافق قرار گرفته بود عملی شد. در سال ۱۹۷۴ به علت تشدید زد و خورد، ویتنام جنوبی مقر مذاکرات را ترک کرد. پس از استعفای ژنرال تیورهبر ویتنام جنوبی ویتکنگها نیز از ادامه مذاکره با رهبری جدید ویتنام جنوبی امتناع کردند. نتیجه آنکه پس از اشغال سایگون پایتخت ویتنام جنوبی بوسیله نیروهای کمونیست، ویتنام جنوبی عملاً در ۲۹ آوریل ۱۹۷۵ بدون قید و شرط تسلیم شد.<sup>۴۷</sup>

جنگ هند و پاکستان در ۱۹۷۱ نیز طی کنفرانس «سیملا»<sup>۴۸</sup> در سال ۱۹۷۲ منجر به موافقت دو طرف برای برقراری «خطوط کنترل»<sup>۴۹</sup> در کشمیر گردید. در سال ۱۹۷۳ همچنین دو طرف طی کنفرانسی در دھلی موافقت کردند قریب به ۹۳,۰۰۰ زندانی جنگی که از سال ۱۹۷۱ در اسارت بودند مبادله شوند. تا آنجا که از قرائی برمی‌آید، هنوز دو کشور هند و پاکستان موفق به دستیابی به یک قرارداد صلح همه‌جانبه نشده‌اند و از این رو است که بکرات شاهد مسابقه تسليحاتی و چنگ و دندان نشان دادن طرفین به یکدیگر بوده و هستیم.

46. de jure

۴۷. در ژوئن ۱۹۷۶ حکومت انقلابی در ویتنام مستقر شد و عملاً دو ویتنام در ۲ ژوئیه همان سال به هم ملحق شدند. شورای امنیت نیز در سال ۱۹۷۷ عضویت ویتنام را به عنوان یک کشور مستقل در سازمان ملل متحد مورد تصویب قرار داد.

48. Simla

49. lines of control



## قطعنامه ۵۹۸ آتشبس در جنگ ایران و عراق

بعد از مرور اجمالی در مفاهیم و سوابق حقوقی و عملی اصطلاحات آتشبس، ترک مخاصمه و پایان حالت جنگ و استقرار وضعیت صلح، حال برمی‌گردیم به قطعنامه ۵۹۸ شورای امنیت و شرایطی که هم اکنون در جنگ هشت ساله بین عراق و ایران از نظر حقوقی حاکم است.

قبل از هر چیز ضرورت دارد اشاره مختصری به ماهیّت حقوقی قطعنامه‌های شورای امنیت سازمان ملل متحده داشته باشیم تا از آن طریق اولاً اعتبار قانونی آنها را در چهارچوب موازین بین‌المللی بشناسیم و آنگاه قدرت اجرائی آنها را برای حل اختلافات بین‌المللی، جلوگیری از تجاوز و توسل به جنگ و نهایتاً پایان دادن به وضعیتهای مخاطره‌آمیز که ممکن است صلح بین‌المللی را به خطر اندازد، ارزیابی نمائیم.

قطععنامه‌های صادره از ارگانهای بین‌المللی از جمله شورای امنیت سازمان ملل متحده را معمولاً حقوقدانان از منابع فرعی حقوق بین‌الملل در چهارچوب بند (b) ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری قلمداد می‌کنند. برخی حقوقدانان از آنها به عنوان «soft law» (قوانين نرم) در مقابل «hard law» (قوانين سخت) که منبعث از عهدنامه‌ها و قراردادهای چندجانبه بین‌المللی است، یاد کرده‌اند.

بی‌تردید قطعنامه‌های شورای امنیت که در چهارچوب فصل هفتم منشور ملل متحده صادر می‌گردد و حائز شرایط اجماع یا اکثریت نسبی آرای پانزده عضو آن از جمله آرای موافق اعضای دائمی شورا است، به دلیل اختیاراتی که، شورای مذکور طبق مواد ۴۱ و ۴۲ و سایر مواد

برای تضمین اجرای آن دارد، دارای وزن حقوقی، سیاسی و عملی خاص می‌باشد. البته ممکن است کشور یا کشورهایی که قطعنامه شورای امنیت آنها را ملزم به انجام یا منع مواردی می‌کند، از گردن نهادن به تصمیمات شورا امتناع ورزند و به دلیلِ موضعگیری و مانورهای سیاسی خاصی که در بطن شورا و بین اعضای دائمی آن انجام می‌شود، این ارگان حافظ صلح هیچگاه توفیق نیابد که به مواد ۴۱ و ۴۲ توسل یابد و آنها را به مرحله عمل درآورد. مثالهای متعددی در این خصوص وجود دارد که تذکر آنها باعث تطویل کلام می‌گردد.<sup>۵۰</sup>

از میان تمام قطعنامه‌هایی که شورای امنیت سازمان ملل متحد در خلال جنگ هشت ساله عراق و ایران تصویب کرد، قطعنامه ۵۹۸ را می‌توان از نظر حقوقی محکم‌ترین و از نظر سیاسی متوازن‌ترین آنها قلمداد نمود. در این قطعنامه، برخلاف دفعات گذشته، شورای امنیت صریحاً اشاره به نقض صلح و اقدام براساس مواد ۳۹ و ۴۰ فصل هفتم منشور ملل دارد و در خاتمه نیز بطور تلویحی به گامهای ضروری بعدی برای اجرای آن، یعنی توسل احتمالی به مواد ۴۱ و ۴۲ اشاره نموده است.<sup>۵۱</sup> پس در بادی امر کاملاً مشهود است که اعضای شورای امنیت در

۵۰. مثلاً رجوع کنید به قطعنامه‌های بی‌ثمر شورای امنیت برای مسائل مختلف جهانی از جمله مسئله فلسطین. برای بررسی در مورد نقش شورای امنیت در حل اختلافات بین‌المللی رجوع کنید به:

Louis B. Sohn: «The Security Council's Role in the Settlement of International Disputes,» 78 American Journal of International Law, 402 (1984).

۵۱. بطوریکه از قرائشن استبساط می‌گردد، پیش‌نویس ماده ۱۰ قطعنامه ابتداء دارای صراحت بیشتری بوده اما به پیشنهاد یکی از اعضای شورا به این ترتیب تدوین گردیده است. مواد ۴۱ و ۴۲ منشور ملل متحده به ترتیب مربوط می‌شود به اعمال فشار بدون استفاده از قوّة قهریه برای تضمین اجرای خواست شورا از جمله تحریم کامل اقتصادی و خطوط مواصلات دریائی، هوائی و زمینی، امور پستی، تلگرافی، رادیوئی و قطع مناسبات دیپلماتیک (ماده ۴۱) و بالآخره استفاده از نیروی نظامی مشکل از قوای اعضای سازمان ملل متحد برای استقرار صلح (ماده ۴۲).

تصمیم خود مبنی بر پایان دادن به جنگ عراق و ایران کاملاً مصمم بوده و به عنوان اولین گام جهت برقراری صلح خواستار رعایت بدون وقفه آتش بس شده‌اند.

بند ۱ اجرائی قطعنامه علاوه بر اینکه به طرفین درگیر در مخاصمه تکلیف می‌کند<sup>۵۲</sup> که به عنوان نخستین مرحله در جهت حل اختلاف فيما بین از طریق مذاکره، آتش بس را رعایت و کلیه عملیات نظامی در زمین و دریا و هوای را قطع کنند، از آنها می‌خواهد بدون وقفه به پشت مرزهای شناخته شده بین المللی عقب نشینند.

## ۵۹۸ قطعنامه بند ۱ بر ترتیب ابهامات

با وجود آنکه سعی شده است یک توازن حقوقی-سیاسی در بند فوق الذکر ایجاد گردد مفاد این بند از جهات مختلف دارای ابهام و اشکال است. نخست اینکه با بکارگیری عبارت آتش بس و مشروط گذاردن آن به مدت زمانی که طرفین از طریق مذاکره به حل و فصل کلیه اختلافات فيما بین (موضوع بند ۴ قطعنامه) خواهند پرداخت، استحکام آن را به عنوان یک مؤلفه اصلی ترک مخاصمه سنت و ناپایدار نموده است. به عبارت دیگر، اگر به علی یکی از دو طرف سعی در ایجاد فشار برای گرفتن امتیاز بیشتر در جهت حل اختلاف قطعی و دائمی و شرافتمدانه مورد توافق طرفین نماید، احتمال اینکه تهدید و توصل به عملیات خصمانه دوباره آغاز شود وجود دارد.<sup>۵۳</sup> از طرف دیگر، عقب نشینی بدون وقفه

52. demands

۵۳. کما اینکه دیده شد بعد از پذیرش قطعنامه ۵۹۸ از جانب ایران، نیروهای عراق بسرعت

نیروها به پشت مرزهای شناخته شده بین المللی دارای دو عامل ابهام است و دبیرکل سعی نمود در طرح اجرائی اولیه خود مورخ ۱۵ اکتبر ۱۹۸۷ که به تأیید شورای امنیت رسید، و طرحهای تکمیلی بعدی که با حضور هیئت ایرانی در نیویورک مطرح شد، تاحدودی این ابهامات را برطرف نماید، اما تاکنون اشکالات اصولی به قوت خود باقی است.

اولین اشکال زمان شروع عقب‌نشینی نیروها است که در اولین طرح همزمان با روز «D» یا روز استقرار آتش‌بس منظور شده بود و در مذاکرات بعدی با دبیرکل با فرجه‌های کوتاه، کم و بیش به همین صورت باقی ماند. اما مشکل عمدۀ ناشی از آن بود که عراق هیچگونه تعهدی در پذیرش آنچه بین هیئت نمایندگی جمهوری اسلامی با دبیرکل توافق شده بود، برای خود منظور نداشت و بعضاً این مورد را همراه با سایر جداول زمان‌بندی موكول به مذاکرات مستقیم نمود. به یک تعبیر، عراق برای طرح اجرائی دبیرکل و نقش وی به عنوان میانجی مذاکرات اهمیتی قائل نبوده و نیست و تمایل دارد خود رأساً در این زمینه‌ها در مذاکرات رو در رو با ایران بده بستان نماید.

عامل دوم ابهام، عقب‌نشینی به پشت مرزهای شناخته شده بین المللی است که بنا به طبیعت و ماهیت مرزهای مورد اختلاف بحث‌انگیز می‌باشد. در دور اول مذاکرات هیئت ایرانی در نیویورک، دبیرکل مرزهای مورد توافق قرارداد الجزیره را به عنوان مبنای عملی عقب‌نشینی نیروها پیشنهاد نمود، که به دلیل محدودیت میدان عمل قرارداد

از مرزهای بین المللی گذشتند و نقاط وسیعی از خاک ایران را برای مدتی به اشغال خود درآوردند. حتی بعد از آنکه دور اول مذاکرات نیویورک با میانجیگری دبیرکل سازمان ملل متحده منجر به استقرار آتش‌بس در تاریخ ۲۰ اوت ۱۹۸۸ گردید، نیروهای عراقی قبل از دور دوم مذاکرات در ژنو اقدام به تحریکات خصمانه و جابجائی در مناطقی از مرزهای دو کشور نمودند. این عمل چیزی جز ایجاد فشار غیرمستقیم برای کسب امیاز نمی‌تواند تلقی شود.



مرز دولتی و حُسن همچواری بین ایران و عراق ۱۹۷۵، مورد موافقت هیئت ایرانی قرار نگرفت.<sup>۵۴</sup>

بی تردید دیبرکل با آگاهی از موضع منفی عراق نسبت به اعتبار قرارداد ۱۹۷۵ با چنین محافظه کاری سعی در رفع مشکل داشت. اکنون که مذاکرات رو در رو در ژنو آغاز شده است و موضع‌گیریهای عراق بتدريج از پرده ابهام خارج می‌شود، مشکل اجرای اولین بند اجرائی قطعنامه در ارتباط با عقب‌نشينی نيروها نيز آشکار می‌گردد. و تازه اين اولين گام در راه پرسيچ و خم و پر فراز و نشيب دستيابی به يك معاهده صلح پايدار و شرافتمدانه و همه‌جانبه است که قطعنامه ۵۹۸ در بند ۴ خواستار آن می‌باشد.

## • نتیجهٔ کلی

شاید آتش بس مورد گفتگو در بند يك قطعنامه به مرور زمان که طرفين درگير مذاکرات طولاني خود هستند عملاً مبدل به همان حالت ترک مخاصمه دوفاکتو و تعليق بلندمدت اقدامات عامل خصمانيه مورد نظر بند ۳ قطعنامه که مربوط به مبادله اسرای جنگي براساس کتوانسيون سوم ۱۲ اوت ۱۹۴۹ ژنو است، بشود. در آن صورت نيز—بنا به آنچه که گفته شد—حالت جنگي و تمام آثار حقوقی مترب بر آن از جمله حق بازديد و بازرسی در دریا به قوت خود باقی خواهد ماند. ادامه يا قطع اين حالت موكول به سياست دولتمردان خواهد بود که با توجه به مصالح درازمدت

۵۴. استدلال هیئت نمایندگی ایران این بود که اگر بنا باشد قرارداد مرزی و حُسن همچواری ۱۹۷۵ بین ایران و عراق و پروتكلهای الحاقی صرفاً به منظور عقب‌نشينی نيروها به پشت مرزهای شناخته شده بین المللی (for the purpose of withdrawal of forces) ملاک قرار گيرد، از اعتبار و قطعيت و كليت آن به عنوان يك سند محكم حقوقی بین المللی مي‌گاهد.

کشور باید دنبال شود.

با گذشت حدود دو هفته از زمان رسمی استقرار آتش‌بس در جنگ ایران و عراق، و در حالیکه نمایندگان دو کشور متخاصل هم اکنون در مذاکرات رو در روی خود در ژنو با میانجیگری دبیرکل سازمان ملل متحده، هنوز اندرا خم کوچه تنگ و پرپیچ و خم تفسیر بند ۱ قطعنامه ۵۹۸ بودند، حدود ۶۰ مورد نقض آتش‌بس در مرزهای زمینی و آبی گزارش شده بود. بعضی از موارد ذکر شده بمراتب از حد نقض آتش‌بس مقطعي و محدود و اتفاقی فراتر رفته است. بدون شک اگر میل و نیت دامن زدن به تحریکات وجود می‌داشت، هر کدام از این موارد نقض برای درگیری مجدد دو کشور در یک جنگ تمام عیار کافی می‌بود؛ اما اکنون پس از گذشت هشت سال، ملت‌های ایران و عراق و جامعه بین‌المللی در مجموع خواستار چنین وضعیتی نیستند. طبیعی است که پس از این‌همه سال جنگ و خونریزی، کاستن از شتاب خصوصت و متعامل کردن نیات سیاسی دولتها با موازین حقوقی بین‌المللی و معیارهای اخلاقی و وجود انسانی، کاری بس دشوار است. تنها سعی صدر، حُسن‌نیت و احترام به موازین حقوقی و انسانی می‌تواند زمینه‌ساز نیل به یک صلح شرافتمدانه، همه‌جانبه و پایدار در روابط ملت‌های مسلمان ایران و عراق باشد. در چنین شرایطی، آتش‌بس موردنظر بند ۱ قطعنامه ۵۹۸ می‌تواند مسیر نیل به هدف متعالی صلح را هموار سازد و حالت جنگی بین دو کشور نه تنها در صحنه‌های کارزار بلکه در اندیشه و قلب آحاد ملت‌های دوطرف پذیرد.



دکتر ریعا اسکینی



تعارض قوانین

در

داوری تجارتی بین المللی





## ● مقدمه

هر اندازه که مراجعه به داوری در روابط تجاری داخلی به نسبت مراجعه به دادگستری محدود است، استفاده از داوری در قراردادهای تجاری بین المللی یعنی قراردادهایی که دارای یک عنصر خارجی است، موردن توجه بسیار قرار دارد.<sup>۱</sup>

علت اساسی این امر هرچه باشد—سرعت در رسیدگی، عدم اعتماد طرفین به دادگاههای داخلی یکدیگر، میل «جامعه بین المللی خریداران و فروشندهان» به داشتن دادگاههای اختصاصی<sup>۲</sup>—واقعیت این است که امروزه کمتر قرارداد تجاری بین المللی پیدا می شود که در آن به مراجعه به داوری به عنوان تنها وسیله حل و فصل اختلافات میان

1. Loussouarn et Bredin: *Droit du commerce international*, Sirey, Paris, 1969, no 33.

2. Kahn: *Lavente commerciale internationale*, 1961, p. 20 et s.

طرفین اشاره نشده باشد.<sup>۳</sup> بیهوده نیست که علاوه بر اتفاق بازرگانی بین المللی که مبادرت به تهیی و تدوین مجموعه‌ای تحت عنوان «مقررات سازش و داوری دیوان داوری اتفاق بازرگانی بین المللی»<sup>۴</sup> نموده است، دولتهای مختلف و بویژه سازمانهای بین المللی برخاسته از بطن آنها کنوانسیونهای متعددی در قرن اخیر به این تأسیس مهم حقوقی اختصاص داده‌اند.<sup>۵</sup>

از مزایای عملی داوری بین المللی که بگذریم، یکی از علل استقبال از آن از ناحیه بازرگانانی که در سطح بین المللی فعالیت می‌کنند، شناسائی این نکته از طرف اغلب نظامهای حقوقی جهان است که طرفین یک معامله می‌توانند چنانچه اراده کنند از مراجعه به دادگستری—یعنی مرجع اصلی و عمومی تظلمات—عدول کرده، برای حل و فصل اختلافات خویش به داوری اشخاص خصوصی (غیرقاضی) مراجعه نمایند.<sup>۶</sup> به همین سبب مؤلفان حقوق معمولاً اقتدار داور را ناشی

۳. در این میان نقش داوری در حل و فصل اختلافات ناشی از انعقاد و اجرای قراردادهایی که در یک طرف آنها یک دولت یا یک سازمان دولتی قرار دارد و در طرف دیگر یک شرکت خصوصی خارجی، بیشتر از سایر قراردادها است. درخصوص این مطلب رک. به:

Leboulanger: *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, Paris, 1985, no 418.

۴. مقررات مذبور که از سال ۱۹۷۵ به‌اجرا درآمده در «مجلة حقوقی» شماره ۵، بهار ۶۵ شرکت خصوصی آن به چاپ رسیده است. ولی اخیراً بعضی مواد آن (متوجهه ماده ۲) تغییراتی کرده است.

۵. از آن جمله است: پروتکل راجع به شروط داوری مورخ ۲۰ سپتامبر ۱۹۲۳ امضا شده در ژنو؛ کنوانسیون برای شناسائی و اجرای آرای داوری خارجی مورخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ امضا شده در نیویورک؛ کنوانسیون حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر موسوم به «کنوانسیون واشنگتن» که متن این کنوانسیون و ترجمة فارسی آن در «مجلة حقوقی» شماره ۶، تابستان-پائیز ۶۵ به چاپ رسیده است؛ کنوانسیون اروپائی راجع به داوری تجاری بین المللی مورخ ۲۱ آوریل ۱۹۴۱ امضا شده در ژنو؛ و....

۶. مراجعه به داوری بین المللی مورد قبول همه کشورها واقع نشده است: پاره‌ای آن را حتی →

از اراده طرفین می دانند و او را از این حیث در برابر قاضی قرار می دهند  
که اقتدارش را از دولت متبع خویش کسب می نماید.<sup>۷</sup>

این آزادی اراده طرفین گاه می تواند تا آنجا پیش برود که حتی  
داور را از مراجعته به مقررات و قوانین داخلی کشورها برای حل و فصل  
اختلاف ارجاعی بی نیاز کند و به اصطلاح او را مأمور صدور رأی  
براساس انصاف نماید. این شیوه داوری که در حقوق تطبیقی به  
«داوری براساس انصاف»<sup>۸</sup> موسوم است، در آن دسته از سیستمهای  
حقوقی داخلی که آن را پذیرفته اند<sup>۹</sup> غیرممکن نیست<sup>۱۰</sup>، مشروط بر اینکه

در روابط میان دولتها و شرکتهای خصوصی خارجی پذیرفته اند (فرانسه)؛ گروهی آن را  
مطلقآرد می کنند (اغلب کشورهای امریکای لاتین)؛ روش بعضی کشورها نیز دوپهلو  
است، مثل الجزایر که بطورکلی داوری بین المللی را پذیرفته ولی در بعضی زمینه ها، بویژه  
در مورد معاملات مربوط به نفت و استخراج آن، آن را نمی پذیرد. درخصوص کل موضوع  
رک. به:

Leboulanger: op. et loc. cit.

7. به نظر می رسد که مطرح کردن اختلاف میان قاضی و داور به نحو فوق چندان هم درست  
نباشد. واقعیت این است که اقتدار قاضی و داور از یک منبع ناشی می شود و آن قانون  
است. آنچه آندورا از یکدیگر جدا می کند منبع تعیین حدود اختیار آنها است که در مورد  
قاضی، در هر حال و بطور مستقیم، قانون کشور متبع او، و در مورد داور اراده طرفین  
است که خود آن بطور مستقیم از اراده قانونگذار ناشی می شود.

8. arbitrage selon l'équité

9. از جمله کشورهایی که داوری براساس انصاف را پذیرفته اند، علاوه بر ایران - مستبطن از  
مواد ۶۵۷ و ۶۵۸ قانون آئین دادرسی مدنی - می توان از سوئیس، هلند، رومانی،  
بوگسلاوی، کشورهای فرانسوی زبان افریقائی، لبنان و مالزی نام برد.

10. در یک رأی داوری صادره در پاریس در چهارچوب مقررات اتفاق بازارگانی بین المللی  
ملاحظه می شود: «در داوری بین المللی براساس انصاف، جستجوی حقوق ملی حاکم بر  
ماهیت دعوا برای داور لازم الرعایه نیست. بنابراین (در پرونده حاضر) داوران برای  
اعمال اقتدارشان به عنوان داورانی که باید براساس انصاف رأی دهند، به اجرای «حقوق  
بازرگانی فراملی» (lex mercatoria) بستنده می کنند.» (درخصوص ماهیت «حقوق  
بازرگانی فراملی» رک. به: لندو: «حقوق بازارگانی فراملی در داوری تجاری  
بین المللی»، ترجمه محسن محبی، «مجلة حقوقی» شماره د، بهار ۶۵، ص ۵ به بعد).

طرفین در قرارداد خویش صراحتاً چنین اختیاری به داور اعطا کرده باشند.<sup>۱۱</sup> اما آنجا که داورها مکلفند به موجب قانون تنها براساس حقوق موضوعه رأی صادر نمایند<sup>۱۲</sup>، نمی‌توانند تصمیم خود را براساس چیزی جز قانون، رویه قضائی و عرف—درحدود قانون—و خلاصه آنچه نظام حقوقی یک کشور را تشکیل می‌دهد، استوار نمایند.<sup>۱۳</sup> این است که آزادی اراده طرفین نمی‌تواند لزوم مراجعة داور به قوانین داخلی را، اعم از قوانین داخلی به معنی اخص کلمه و یا کنوانسیونهایی که از ناحیه کشورها به تصویب رسیده و به عبارتی قانون داخلی این کشورها را تشکیل می‌دهند<sup>۱۴</sup>، منتفی سازد و داور به مناسبتهای مختلف—از جمله کامل نبودن قرارداد و یا سکوت و ابهام آن درخصوص یک مسئله خاص و یا لزوم رعایت قواعد آمرة کشوری که داوری در آن جریان دارد<sup>۱۵</sup>، و

۱۱. می‌گوییم صراحتاً، چرا که نمی‌توان سکوت طرفین را درخصوص حقوق حاکم بر قرارداد و یا آئین داوری، دلیل میل و اراده آنها به داوری براساس انصاف تلقی نمود.

۱۲. در کشورهای انگلیس و مشترک‌النفع داوران مکلفند تنها براساس حقوق موضوعه رأی صادر نمایند. در این کشورها قراردادی که ضمن آن طرفین داورها را از مراجعة به حقوق معاف نموده باشند، قرارداد داوری محسوب نمی‌شود. درخصوص این موضوع رک. به:

David: L'arbitrage dans le commerce international. Paris, 1982, no 374.

۱۳. باید اذعان نمود که حتی داوری که از ناحیه طرفین مأمور می‌شود تنها براساس انصاف نظر دهد نمی‌تواند به سیستمهای حقوقی کشورها اعتنای نکند. چنین داوری مکلف است جستجو کند که آیا طرفین اختیار داشته‌اند که او را از اجرای قواعد حقوقی معاف نمایند یا خیر؟ دریافت پاسخ لازم از ناحیه داور مستلزم رجوع او به قانون حاکم بر قرارداد و بالطبع توسل به سیستم تعارض قوانین خواهد بود.

۱۴. مثلاً ماده ۹ قانون مدنی ایران مقرر می‌کند: «مقررات عهودی که برطبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد، در حکم قانون است».

۱۵. مثلاً هرگاه داور بخواهد طرفین و شهود دعوى را با ادای سوگند دعوئی به شهادت نماید، در صورتی می‌تواند به چنین امری مبادرت ورزد که قوانین آمرة کشوری که داوری در آنجا جریان دارد استماع شهادت شهود با سوگند را توسط اشخاص خصوصی—داوران—ممتنع نکرده باشد.

امثال آن—نچار به درنظر داشتن قوانین داخلی و مجبور به مراجعته به قواعد تعارض قوانین است.

لزوم مراجعة داور بین المللی به سیستم تعارض قوانین در حل و فصل امر متنازع<sup>۱۶</sup> فیه هنگامی آشکار می شود که طرفین اساساً قانون حاکم بر دعوی را معین نکرده باشند و هیچ قرینه ای برای تعیین آن در قرارداد وجود نداشته باشد. بدیهی است داور، همچون قاضی، مجبور است به تعیین قانون حاکم بر امر متنازع<sup>۱۶</sup> فیه مبادرت نماید. می دانیم که در مقام حل چنین مشکلی روشهایی که در سیستمهای حقوقی مختلف به منظور جستجو و یافتن قانون صالح دنبال می شود، یکسان نیست. داور برای یافتن قانون حاکم بر مسئله ای که او را مشغول کرده است، چه عکس العملی باید از خود نشان دهد؟ به عبارت روشن تر، داور چه سیستم تعارضی را باید مورد مشورت قرار دهد تا به مقصود خویش که یافتن قانون حاکم بر مسئله مورد تنازع است، نائل شود؟ فرض کنیم در یک قرارداد بیع میان یک خریدار بزریلی و یک فروشنده آلمانی بر سر میزان مسئولیت فروشنده به لحاظ عدم انجام تعهدش در تحويل بموقع کالا اختلاف پیش آید در حالیکه قرارداد اشاره ای به قانون حاکم بر ماهیت دعوی ندارد، و فرض کنیم قرارداد، در عین عدم پیش بینی قانون صالح، متضمن شرطی مبنی بر رجوع اختلافات احتمالی به داوری سوئیس است. خریدار بزریلی مدعی می شود که برای تعیین حدود مسئولیت فروشنده آلمانی قانون صالح، قانون بزریل است. بر عکس، فروشنده معتقد به مراجعته به حقوق آلمان می باشد. حقوق هر دو کشور آلمان و بزریل محل اجرای قرارداد را ملاک تعیین قانون حاکم می دانند، در حالیکه قانون سوئیس قانون صالح را قانون کشور محل اقامت متعهد تعهدی که نوع و ماهیت قرارداد را معین می کند<sup>۱۶</sup> و در عقد بیع انتقال مالکیت بیع

16. prestation caractéristique

است<sup>۱۷</sup> محسوب می‌دارد. اجرای سیستم تعارض اول منجر به صلاحیت قانون بزریل می‌شود با فرض اینکه محل اجرای قرارداد بزریل است، و حال آنکه سیستم تعارض سوئیس—یعنی محل داوری—منتھی به تعیین قانون آلمان که اقامتگاه فروشنده در آنجا واقع است می‌گردد. داوری که در سوئیس به قضیة مطروحه رسیدگی می‌کند، براساس کدام سیستم تعارض، قانون حاکم بر امر متنازع<sup>۱۸</sup> فیه یعنی میزان مسئولیت فروشنده را معین خواهد نمود؟ براساس سیستم تعارض آلمان و بزریل یا برپایه سیستم تعارض سوئیس؟

حتی اگر طرفین دعوی قانون ماهوی حاکم بر قرارداد را معین نموده باشند، باز هم مسئله تعارض قوانین مختلفی نخواهد بود، زیرا گاه موضوعاتی نزد داور مطرح می‌شود که حل آنها مراجعته به حقوق بین الملل خصوصی را ایجاد می‌نماید. مثال بارز اینگونه موضوعات اهلیت طرفین دعوی است که بویژه در مورد اشخاص حقوقی مانند شرکتهای دولتی، خارج از حوزه عمل: قانون قرارداد<sup>۱۹</sup> می‌باشد و بسته به سیستم تعارضی که داور دنبال خواهد کرد، یا تابع قانون دولت متبع طرفین است — چنانکه مثلاً در مورد حقوق ایران وجود دارد<sup>۲۰</sup> — و یا تابع قانون محل اقامت<sup>۲۱</sup> آنان، همانطورکه مثلاً در مورد حقوق انگلیس صادق است. بعلاوه ممکن است قرارداد فقط قانون حاکم بر قسمتی از مسائل منعکس در آن را معین کرده باشد، چنانکه در داوری معروف به «آرامکو» که در

۱۷. منتظر این است که مهمترین خصیصه قرارداد بیع، انتقال مالکیت مبیع توسط فروشنده به خریدار است و نه پرداخت ثمن توسط خریدار به فروشنده. بنابراین قانون محل اقامت فروشنده برای تعیین حدود مسئولیت وی به خاطر عدم تحويل موقع کالا باید مورد مشورت قرار گیرد.

18. *lex contractus*

۱۹. به مواد ۶ و ۷ و ۹۶۲ قانون مدنی ایران مراجعه شود.

20. *lex domicilii*

21. Dicey and Morris: *The conflict of laws*, p. 744; Bentwich, «Le développement récent du principe du domicile en droit anglais», *Rec. des Gours de L'Acad. dr. int.*, 1984, III, 377.

ژنو و تحت ریاست پروفسور سوسرهال<sup>۲۲</sup> حقوقدان سوئیسی صورت گرفت، اتفاق افتاد.<sup>۲۳</sup>

در قرارداد منعقده میان طرفین، ارائه راه حل پاره‌ای مسائل به قانون عربستان سعودی محول شده بود و برای مسائلی که در صلاحیت قانون عربستان سعودی نبود، مقرر گردیده بود که قانون حاکم قانونی است که «دادگاه داوری صالح خواهد داشت». بدین ترتیب، وظيفة دادگاه داوری این بود که مشخص کند اولاً چه مسائلی خارج از حوزه عمل قانون عربستان سعودی است، ثانیاً مسائل خارج از حدود صلاحیت قانون کشور اخیر تابع چه قانون دیگری خواهد بود.

همانطور که ملاحظه می‌شود وظيفة داور بین‌المللی در تعیین قانون حاکم بر اختلافی که به او واگذار شده، هم از نظر تئوری و هم از لحاظ عملی، حائز اهمیت است و باید مورد مطالعه و بررسی قرار گیرد.

حال سؤال این است که داور بین‌المللی، در حل و فصل اختلافات ناشی از معاملات تجاری باید به کدام قانون مراجعه نماید با فرض اینکه قرارداد، به عنوان قانون طرفین اختلاف، هیچگونه راه حلی درخصوص مسئله مورد نزاع ارائه نمی‌دهد؟ به عبارت روشن تر، پرسش این است که آیا داور باید به قانون ملی یکی از طرفین دعوی مراجعه کند یا به قانون دولت متبع خودش یا به قانون محلی که داوری در آنجا جریان دارد و یا به قانون دیگر (قانونی که از نقطه نظر حقوقی رابطه‌ای با قرارداد ندارد)؟

این موضوعی است که در این گفتار بطور مختصر مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت. اما پیش از آنکه به اصل مطلب پردازیم، ذکر دو نکته اساسی ضروری به نظر می‌رسد:

## 22. Souyer Hall

۲۳. رأى موئخ ۲۳ أوت ۱۹۵۸ كه متن فرانسوی آن در مجلة زیر چاپ شده است:  
Rev. crit. dr. int. privé, 1963, p. 272.

اول آنکه در اینجا هدف این نیست که سیستمهای مختلف تعارض قوانین کشورها را به صورت تطبیقی مورد مطالعه قرار دهیم. به عبارت دیگر، نمی‌خواهیم بینیم که فرضاً به موجب قواعد تعارض فرانسه، داور کدام قانون را انتخاب می‌کند و به موجب قواعد تعارض ایران یا آلمان کدام قانون را چنین کوششی در حوصله این مقال نیست. درواقع، مقصود این است که بینیم وقتی داوری تجاری جنبه بین‌المللی دارد—یعنی وقتی که داوری ناشی از روابط بین‌المللی تجار است<sup>۲۴</sup>— داور در مقابل تعارض میان قوانین مختلفی که قابلیت اعمال بر موضوع مختلف فیه دارند، کدام قانون را انتخاب و اعمال می‌نماید.

نکته دوم این است که مطلب در اینجا تنها بر سر داوری در مرحله داوری دور می‌زند و از رویه قضات در مقام کنترل آرای داوری، در مراحل اعتراض به این آراء و یا در مرحله صدور اجرائیه—مگر بطور غیرمستقیم—اسخنی به میان نخواهد آمد. موضوع مورد بحث همانطور که عنوان آن حکایت می‌کند، محدود است به حل تعارض قوانین توسط داوران بین‌المللی آنطور که در عمل مشاهده می‌شود و آنطور که در عمل باید باشد.

از این تذکر دوگانه که بگذریم مسائل متعددی می‌تواند در جریان داوری مبتلا به داور بین‌المللی باشد که می‌توانیم آنها را به دو دسته مهم تقسیم نمائیم: دسته اول مسائلی را دربرمی‌گیرد که به خود داوری مربوط می‌شوند، و دسته دوم مواردی هستند که به ماهیت دعوی

۲۴. داوری وقتی دارای جنبه بین‌المللی است که طرفین دعوی دارای تابعیت واحد نیستند، یا مراکز اصلی فعالیت یا اقامگاه آنها در کشورهای مختلف واقع است، یا قرارداد در خارج از کشورهای متبع طرفین یا یکی از آن کشورها اجرا می‌شود، یا داور معین شده دارای تابعیت خارجی است، یا داوری باید در خارج از کشورهای طرفین و یا خارج از کشور یکی از آنها برگزار شود، و امثال آن. در تمام این موارد داوری دارای ذات (nature) و طبیعت (substance) بین‌المللی است.

ارتباط پیدا می‌کنند. گروه اول تابع قانون حاکم بر امر داوری هستند و در بخش اول به آنها می‌پردازیم، و دسته دوم تحت حکومت قانون حاکم بر ماهیت دعوى قرار دارند که در بخش دوم از آنها صحبت خواهیم کرد. بدیهی است در طول گفتار هرجا که مناسب باشد این نکته را نیز بررسی خواهیم کرد که داور تا چه حد اختیار خواهد داشت با صرف نظر کردن از مراجعه به سیستم تعارض قوانین، مستقیماً قواعد و عرف بین المللی را بر مسئله تحت رسیدگی خویش اعمال نماید.

## □ بخش قانون داوری

امر داوری، چون هر شیوه دادرسی دیگری، دارای دو جنبه متفاوت تشریفاتی و ماهوی است که هر یک تحت حکومت قانون بخصوصی می‌باشد. در این بخش ابتدا قانون حاکم بر تشریفات یا به عبارتی آئین داوری را مطالعه می‌کنیم، سپس به تعیین قانون حاکم بر ماهیت داوری خواهیم پرداخت.

### مبحث اول قانون حاکم بر آئین داوری

مشکل تعارض قوانین برای قاضی تنها در مورد تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوى مطرح می‌شود و نه درخصوص تعیین قانون حاکم بر آئین دادرسی. درواقع، جز در موارد بسیار استثنائی، قاضی هنگامی که یک دعوای بین المللی به او ارجاع می‌شود، قانون آئین

دادرسی کشور متبع خود را برای حل مشکل مطروحه اعمال می‌کند. این قاعده که امروزه در سراسر جهان مورد عمل قرار می‌گیرد، چون براساس اصل استقلال و حاکمیت ملی کشورها استوار می‌باشد. مورد اعتراض هیچ سیستم حقوقی داخلی قرار نگرفته است.

تنها مشکل این است که آیا موضوع مورد اختلاف جنبه ماهوی دارد، که در این صورت قاضی در مقام حل آن باید به قانون ماهوی حاکم بر قرارداد مراجعه کند، و یا دارای جنبه شکلی است، که در این حالت باید قانون شکلی حاکم را که قانون خود اوست درمورد آن اجرا نماید؟ مثلاً در پاره‌ای کشورها—مانند فرانسه—اثبات دعوی بوسیله شهادت شهد علی القاعده تنها در آن دسته از دعاوی که خواسته خواهان از مبلغ معینی تجاوز نمی‌کند، امکان پذیر است<sup>۲۵</sup>، در حالیکه در بعضی کشورها—از جمله ایران—اثبات ادعابوسیله شهادت شهودبستگی به میزان خواسته ندارد و اصولاً در همه حال قابل قبول است. حال فرض کنیم قاضی ایرانی در مقابل دعواهی قرار گیرد که در آن، قانون فرانسه به عنوان قانون قرارداد معین شده باشد. قاضی مجبور کدامیک از قوانین ایران یا فرانسه را باید مدنظر قرار دهد تا بتواند شهادت شهد را بدون توجه به میزان خواسته به عنوان دلیل اثبات دعوی پذیرد؟

هرگاه اثبات دعوی از طریق شهادت قاعده‌ای شکلی تلقی شود،

۲۵. به موجب ماده ۱۳۰۶ سابق قانون مدنی ایران نیز عقود و ایقاعات و تعهداتی که موضوع آنها عیناً یا قیمتاً بیش از پانصد ریال بود تنها با شهادت شهد قابل اثبات نبود. این ماده به موجب قانون اصلاح مواتی از قانون مدنی مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۲ لغو گردید. در حال حاضر، شهادت شهد در کلیه دعاوی حتی آنها که ارزش خواسته‌شان بیش از پانصد ریال است می‌تواند—علی الاصول—به عنوان دلیل مثبت دعوی، مورد قبول قرار گیرد. (درخصوص دلایل حذف ماده مورد بحث و کلّ محتوای قانون جدید، رک. به دکتر سید حسین عنایت: «بررسی قانون اصلاح مواتی از قانون مدنی مصوب ۶۱/۱۲/۲»، «فصلنامه حق» دفتر یکم، فروردین—خرداد ۶۴، ص ۷).

قاضی ایرانی که طبق یک قاعدة کلی جهانی— که بیان شد— قانون خود را بر مسائل شکلی اعمال می‌کند مکلف به درنظر گرفتن شهادت شهود به عنوان دلیل اثبات دعوی خواهد بود بدون اینکه به میزان خواسته توجهی داشته باشد. بر عکس، اگر قاعدة مزبور واجد جنبه ماهوی تلقی شود، قاضی ایرانی باید قانون کشور فرانسه یعنی قانون قرارداد را اجرا نماید. در حالت اخیر، قاضی ایرانی تنها در صورتی می‌تواند شهادت شهود را به عنوان دلیل مثبت دعوی بپذیرد که میزان خواسته از مبلغی که قانون فرانسه به عنوان حدّاً کثراً معین نموده است تجاوز ننماید.

اما موقعیت داور کاملاً متفاوت است، زیرا مشکل تعارض قوانین و تعیین قانون صالح می‌تواند حتی درخصوص مسائلی که در حوزه امور شکلی قرار دارد، مطرح شود. درواقع، این نکته مورد قبول عموم مؤلفان حقوق است که داور، برخلاف قاضی، به نام هیچ دولتی رأی صادر نمی‌کند. بعلاوه از آنجا که داور اساساً فاقد « محل دادرسی »<sup>۲۶</sup> به معنی حقوقی کلمه است، و مکانی که در آن به اختلاف مطروحه رسیدگی می‌کند صرفاً از لحاظ جغرافیائی قابل امعان نظر می‌باشد، لذا « قانون محل دادرسی »<sup>۲۷</sup> نیز ندارد. روی این اصل، برخلاف قاضی، داور در تعیین قانون حاکم بر تشریفات داوری الزاماً به قانون محل داوری رجوع نمی‌کند. اما اگر داور لزوماً مکلف به رعایت قانون محل داوری نیست، پس چه قانونی را باید مراعات نماید؟

درخصوص این مطلب سه نظریه متفاوت وجود دارد که هر کدام در میان حقوقدانان و دست‌اندرکاران داوری بین‌المللی طرفدارانی دارد. در این میان، عده‌ای طرفدار اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عمومی بر داوری اند، بعضی قانون محل داوری را صالح قلمداد می‌کنند و پاره‌ای نیز با توجه به اصل استقلال اراده، طرفدار قانون قرارداد یعنی قانونی هستند که

26. for

27. lex fori

طرفین برای قرارداد اصلی انتخاب نموده‌اند.

### الف. صلاحیت حقوق بین‌الملل عمومی

این نظر که در صورت عدم انتخاب حاکم توسط طرفین، آئین داوری تابع مقررات حقوق بین‌الملل عمومی است، نظریه‌ای مختصّ داوری تجاری بین‌المللی نیست، بلکه قبلًا نیز در حقوق بین‌الملل خصوصی در مورد قراردادها بطورکلی مطرح گردیده و موضوع بحث فراوان قرار گرفته است.<sup>۲۸</sup>

مسئله این است که هرگاه داوری را مانند هر قرارداد دیگری از تابعیت قوانین داخلی خارج کنیم، باید آن را تحت لوای یک نظام حقوقی دیگر درآوریم، زیرا نمی‌توان داوری بین‌المللی را معلق گذاشت. این نظم حقوقی کدام است؟

بعضی از داوران تصوّر کرده‌اند که در چنین صورتی داوری را باید تابع حقوق طبیعی<sup>۲۹</sup> دانست. این نظری است که یک داور انگلیسی به نام «Lord Asquith of Bishopstone»<sup>۳۰</sup> ضمن رأیی که در قضیة میان شرکت «Petroleum Development» و شیخ ابوظبی صادر کرده، ابراز داشته است. داور مزبور در رأی مورخ ۲۸ اوت ۱۹۵۱ خود به «اصولی که ریشه در عقل سليم و طرز عمل مشترک کلیه ملل متمدن دارد و درواقع نوعی حقوق طبیعی مدرن به شمار می‌آید» استناد می‌کند.<sup>۳۱</sup> دادگاه کانتون «وود»<sup>۳۲</sup> در سوئیس نیز در صدور رأی مورخ

28. Batiffol: *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, p. 96 et s.

29. droit naturel

30. رأی مورد بحث در مجلّة زیر چاپ شده است:

Int. Comp. Law quarterly, 1959, p. 247.

31. Vaud

۲۴ نوامبر ۱۹۴۸ همین نظر را اتخاذ کرده است.<sup>۳۲</sup> داور سوئیسی در رأی خود چنین اعلام می‌کند که: «از نظر قانون فرقی نمی‌کند که استدلال حقوقی داور براساس حقوق ملی یک کشور باشد و یا براساس حقوق محض». <sup>۳۳</sup> این نظریه چندان طرفداری ندارد و مورد مخالفت شدید بسیاری از حقوقدانان قرار گرفته است که آن را خالی از محتوای مطمئن دانسته، بنا کردن داوری را بربایه آن دور از احتیاط می‌دانند.<sup>۳۴</sup>

عده‌ای دیگر از علمای حقوق معتقدند که داوری تجاری بین المللی را می‌توان از حاکمیت قوانین داخلی کشورها خارج نمود و آن را مستقیماً تحت لوای حقوق بین الملل عمومی قرار داد. این نظری است که توسط پروفسور سوسرهال داور سوئیسی در پرونده «آرامکو» ابراز گردیده که قبل اشاره کوچکی به آن نمودیم. داور مزبور برای آنکه حقوق بین الملل عمومی را بر داوری حاکم قلمداد کند، به استدلالی نسبتاً عجیب متول می‌شود:

«[این] داوری بنابه طبیعتش فقط می‌تواند تحت لوای حقوق بین الملل عمومی قرار گیرد، زیرا طرفین چنین اراده کرده‌اند که داوری تابع قانون عربستان سعودی نباشد. از طرفی هیچ دلیلی بر اجرای حقوق امریکائی طرف دیگر دعوا وجود ندارد، زیرا نه تنها محل داوری در ایالات متحده نیست بلکه اصل تساوی کامل طرفین در مقابل داوران باید مراعات گردد.»

بدین ترتیب داور با حذف حقوق داخلی دو کشور عربستان سعودی و امریکا مستقیماً حقوق بین الملل عمومی و نه حقوق داخلی کشوری دیگر را حاکم بر داوری مطروحه معرفی می‌کند. در واقع،

۳۲. متن رأی را در نشریة زیر می‌توان یافت:

Journal des Tribunaux suisse, 1949, III, p. 112.

33. droit pur

34. Cf. Fragistas: «Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé», Rev. crit. dr. pr. 1960, p. 1 et s..

دادگاه داوری علاوه بر حقوق عربستان سعودی و ایالات متحده امریکا به این سؤال که آیا حقوق کشور سوئیس—یعنی محل داوری—صالح است یا خیر، پاسخ منفی می‌دهد. استدلال دادگاه داوری بر این پایه قرار داشت:

«عربستان سعودی که یک کشور دارای حاکمیت است، با قبول داوری در سوئیس به هیچوجه از مصونیت قضائی خویش دست برنداشته و این مصونیت مانع از آن است که بتوان حقوق کشور سوئیس را حاکم بر داوری دانست؛ مهم نیست که یکی از طرفین یک دولت و طرف دیگر یک شرکت خصوصی باشد. درخصوص موضوع، حقوق بین الملل عمومی قابل اعمال خواهد بود.»

با وجود انتقادات شدید پاره‌ای حقوقدانان از این رأی<sup>۳۵</sup> و اعتقاد آنان به اینکه چنین حکمی نمی‌تواند سابقه‌ای جدی برای داوری میان دولتها و اشخاص خصوصی بوجود آورد<sup>۳۶</sup>، نظریه منعکس در رأی فوق بعداً به نحو چشمگیری در پرونده میان شرکتهای «Texaco-Calasiatic» و دولت لیبی مورد تأیید قرار گرفت.<sup>۳۷</sup> در پرونده اخیر به لحاظ آنکه طرفین نخواسته یا نتوانسته بودند قانون حاکم بر داوری را معین کنند، این داور رسیدگی کننده بود که می‌بایست قانون مذبور را بیابد. از طرفی ماده ۲۸ قرارداد فیما بین مقرر کرده بود که داور واحد)، محل داوری را نیز خود معین خواهد نمود.

داور رسیدگی کننده ابتدا این نظر را که داوری باید تابع یک قانون ملی و ترجیحاً قانون کشور محل داوری باشد، مردود اعلام می‌کند؛

35. Batifol: «Le droit international privé et la sentence Aramco», Rev. crit. 1964, p. 649: Lalive: «Aspects procéduraux de l'arbitrage entre un Etat et un investisseur étranger dans la Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et Ressortissants Etats», In: d'autres investissements étrangers et Arbitrage entre Etats et Personnes privées, 1969, 125-126.

36. Cf. Bastid: «Le droit international public dans la sentence Aramco», Ann. Fr. Dr. Int., 1961, p. 300 et s.

37. Lalive: «un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères», Glunet 1977, 324.

سپس با استناد آشکار به رویه اتخاذ شده در رأی «آرامگو» و به همان دلایل منعکس در رأی اخیر، چنین استدلال می‌کند که وقتی یکی از طرفین داوری، یک دولت دارای استقلال و حاکمیت است، اصل مصونیت قضائی مانع از آن خواهد شد که مقامات قضائی محل داوری بتوانند در آئین داوری دخالت کرده، بویژه این نکته را کنترل کنند که آیا داور قانون حاکم بر داوری را اجرا نموده است یا خیر؟ ضمناً قرارداد داوری پیش‌بینی کرده بود که تعیین داور واحد در صلاحیت رئیس دیوان بین‌المللی دادگستری است. داور رسیدگی کننده از این قید چنین نتیجه می‌گیرد که قصد آشکار طرفین بر این بوده است که داوری مطابق حقوق بین‌الملل عمومی صورت پذیرد.

نظریه ابراز شده در آرائی که مطالعه کردیم برپایه محکمی استوار نمی‌باشد: اولاً معلوم نیست چگونه مقررات حقوق بین‌الملل عمومی که عمدتاً اختصاص به اختلافات میان دولتها در رابطه با اعمال حاکمیت آنان دارد، می‌تواند بر اشخاص خصوصی – از جمله شرکتهای خارجی – حکومت کند؛ ثانیاً برفرض بتوان پذیرفت – چنانکه پاره‌ای علمای حقوق پذیرفته‌اند – که طرفین یک قرارداد خصوصی می‌توانند قرارداد خود را تحت لوای حقوق بین‌الملل عمومی قراردهند – چیزی که بنا بر اصل جهانی حاکمیت اراده نمی‌توان از طرفین دریغ نمود – معلوم نیست حقوق بین‌الملل عمومی، لااقل در شرایط فعلی، چه قواعد شکلی برای آئین داوری تجاری بین‌المللی دارد. مثلاً برای بررسی اعتبار شرط داوری و یا تکمیل و رفع نواقص آن، که گاه غیرقابل اجتناب است، چه قواعدی در حقوق بین‌الملل عمومی می‌توان پیدا کرد که پاسخگوی حل این مشکلات باشد؟ برای پاسخ به این اعتراض کافی نیست – همچون پاره‌ای مؤلفان حقوق<sup>۳۸</sup> – خوانده را تنها به «اصول کلی حقوق و بویژه

38. Cf. Fragistas: op. cit., p. 16.

اصول کلی آئین دادرسی و داوری» احالة دهیم؛ چرا که اغلب این اصول داخل در حوزه حقوق فطری می‌باشند و حقوق فطری نیز همانطور که گفتیم پایه و اساس مطمئنی برای داوری تجاری بین‌المللی نمی‌تواند داشته باشد. این استدلال نیز که مصنونیت قضائی دولت—درقراردادهایی که یک طرف آن یک دولت و یا یک سازمان دولتی است—مانع از آن است که داوری را تابع حقوق داخلی یک کشور بخصوص محسوب نمائیم، قانع کننده نیست.

در حقیقت، امروزه تقریباً در تمام کشورها رویه قضائی بر این عقیده استوار است که وقتی دولتی به قبول داوری به عنوان تنها وسیله حل و فصل اختلافات خود با طرف قرارداد تن می‌دهد، بطور ضمنی از استفاده از مصنونیت قضائی خود صرف نظر می‌نماید، بویژه در قراردادهایی که موضوع آنها بر محور فعالیتهای تجاری دور می‌زند.<sup>۳۹</sup> به همین جهت اجرای احتمالی قانون محل داوری بر تشریفات داوری به هیچوجه نمی‌تواند ارتباطی به مصنونیت قضائی دولت طرف قرارداد داشته باشد.<sup>۴۰</sup>

## ب. صلاحیت قانون محل داوری

به لحاظ اهمیت تعیین قانون حاکم بر آئین داوری، پاره‌ای از قوانین داخلی مواد خاصی را به این مشکل اختصاص داده‌اند. اینگونه

۳۹. برای مطالعه مسئله مصنونیت قضائی در حقوق تطبیقی وک. به:

Leboulanger: op. cit., no 469 et s.

۴۰. به نظر بروفسور لالیو (op. et., loc. cit.)، داور قضیة «آرامکو» از اجرای قانون محل داوری (ثنو) به این منظور خودداری کرده است که رأی مؤثر و قاطعی صادر نموده باشد. اعمال قانون سوئیس بر تشریفات داوری ممکن بود اجرای رأی را به خطر اندازد، زیرا در این صورت یکی از طرفین می‌توانست با اعتراض نسبت به رأی مذبور در محاکم قضائی سوئیس تقاضای بطلان آن را بنماید.

قوانين، قانون حاكم بر تشريفات داوری را یا قانون کشوری می دانند که داوری در آن جریان دارد، و یا قانون کشوری که رأی داوری در آن صادر می شود. از آن جمله است دو قانون مورخ ۱۳ژوئن ۱۹۲۹ سوئد که یکی راجع به تشريفات داوری در مورد داوری داخلی و دیگری مربوط به شناسائی آرای داوری خارجی می باشد. به موجب این قوانین هرگاه داوری در سوئد برگزار شود، جنبه داخلی دارد، و هرگاه خارج از این کشور واقع گردد، خارجی است.<sup>۴۱</sup> ماده ۳۷ قانون داوری بریتانیا مورخ ۱۹۵۵<sup>۴۲</sup> نیز شناسائی پاره ای از آرای خارجی را موكول به این می داند که آرای مزبور از نظر قانون محل صدور رأی قطعی شناخته شده باشند. اینچنانی قوانینی البته نه تنها در کشوری که لازم الاجراء هستند باید مورد عمل قرار گیرند، بلکه لازم است تاحدودی در کشورهای دیگر نیز مدنظر باشند.<sup>۴۳</sup>

علاوه بر قوانین داخلی، بعضی ابزارهای حقوقی بین المللی نظیر پروتکل ثنو مورخ ۱۹۲۳—لاقل به طور فرعی<sup>۴۴</sup>—و نیز قطعنامه مؤسسه

۴۱. در انتقاد از این شیوه تقسیم بندی آرای داوری به داخلی و خارجی رک. به:  
Klein: *Considérations sur L'arbitrage en droit international privé*, Basel M Suisse 1955, p. 1261.

#### 42. British Arbitration Act of 1955.

۴۳. به عنوان مثال، اگر کشور «الف» تنها آرایی را داخلی بداند که در قلمرو سیاسی این کشور صادر می شوند، قاضی کشور دیگر نمی تواند رأیی را که خارج از کشور «الف» صادر شده متعلق به این کشور بداند و برأیی را که در کشور مزبور صادر شده است تابع قانون کشور دیگری قلمداد نماید. مهم نیست که اراده طرفین بر حکومت قانون دیگری جزو قانون «الف» استوار باشد و یا قاضی رسیدگی کننده معتقد به اصل استقلال اراده و آزادی طرفین دعوا در انتخاب قانون حاكم بر داوری، بدون درنظر گرفتن محل داوری، باشد یا خیر، قانون کشور «الف» تنها آرایی را داخلی می داند که در سرزمین این کشور صادر گردیده اند. داوری که رأیش به نحوی با قانون این کشور ارتباط مؤثر پیدا می کند ناچار است رعایت مقررات قانون مزبور را بنماید، والا رأی مؤثری صادر نکرده است.

۴۴. درخصوص پروتکل ۱۹۲۳ ثنو بعداً بیشتر صحبت خواهد کرد.

حقوق بین‌الملل متخذه در آمستردام در سال ۱۹۵۷ قانون محل داوری را صالح و حاکم بر آئین داوری اعلام نموده‌اند.

پاره‌ای از آرای داوری مهم نیز براساس همین نظریه صادر گردیده‌اند، از آنجمله است رأی صادره در اختلاف میان شرکت «BP Exploration» و دولت جمهوری لیبی.<sup>۴۵</sup> داور پرونده آقای لانگرن<sup>۴۶</sup>، صلاحیت قانون محل داوری را اینطور توجیه می‌کند:

«کشورهای مختلف، برحسب مورد، حق کنترلی را برای خود بر آرای داوری قائل‌اند. در این پرونده طرفین حین انعقاد قرارداد داوری قصد این داشته‌اند که داور رأی صادر کند که در مرحلة کنترل توسط قضات مؤثر باشد و مواجه با اشکال نشود. ضرورت صدور آرای مؤثرایجاب می‌کند که داور از صدور رأی «فاقتتابعیت»<sup>۴۷</sup> و صرف‌آمیختنی بر حقوق بین‌الملل عمومی خودداری ورزد و قانون محلی را برآئین داوری حاکم کند که داوری در آن جریان دارد.» نتیجتاً داور مزبور چنین تصمیم می‌گیرد که در پرونده مطروحه قانون حاکم و قابل اعمال بر تشریفات داوری، قانون دانمارک، محل برگزاری داوری است.

آقای کاون<sup>۴۸</sup> داور پرونده شرکت «سافیر» به طرفیت شرکت ملی نفت ایران<sup>۴۹</sup> و آقای ویتون<sup>۵۰</sup> داور پرونده «آلسینگ»<sup>۵۱</sup> نیز همین

۴۵. متن این رأی که در دهم اکتبر ۱۹۷۳ در کپنهایگ صادر گردیده در مجله زیر چاپ شده است:

Revue de l'arbitrage 1980, 117 et s.

46. Lagergen

47. anationale

48. Cavin

۴۹. درخصوص پرونده سافیر (Sapphire) رک. به:

Lalive: «Un récent arbitrage Suisse entre un organisme d'Etat et une société privée étrangère».

50. Python

۵۱. درخصوص این پرونده رک. به:

Schwebel: The «Alsing Case», Int. Comp. Law quote. 1959, p. 320.

اعتقاد را ابراز داشته‌اند. آقای کاون در عقیده خود تا آنجا پیش می‌رود که می‌گوید حتی اگر طرفین محل داوری را انتخاب نکرده باشند باز هم آئین داوری تابع قانون محلی است که داوری در آنجا برگزار می‌شود.<sup>۵۲</sup> اما اجرای این نظریه در عمل چندان هم میسر نیست. اولاً هرگاه محل داوری صراحتاً معین نشده باشد، تعیین محل داوری و اجرای قانون آن بر داوری همیشه ممکن نخواهد بود؛ ثانیاً ممکن است قرارداد مقرر کرده باشد که داوری در محلهای متعدد صورت گیرد، بنابراین کدامیک از محلهایی که داوری در آن جریان خواهد یافت محل داوری محسوب می‌شود تا بتوان قانون آن را حاکم بر تشریفات داوری قلمداد نمود؟ بعلاوه در پاره‌ای موارد، داوری از طریق مکاتبه میان داوران و طرفین انجام می‌پذیرد؛ به عبارت دیگر، داوری اصلاً فاقد محل برگزاری است. گاهی نیز انتخاب محل داوری بوسیله طرفین کاملاً تصادفی است و یا صرفاً برای سهولت در رفت و آمد و تماس طرفین و داوران صورت می‌گیرد و هیچ ارتباط حقوقی با موضوع داوری ندارد، مثل موردی که در اختلاف میان یک شرکت ایرانی و یک شرکت چینی، داوری در استکهلم انجام می‌گیرد که از هیچ حیث ارتباط موضوعی با قرارداد طرفین ندارد. در این فرض، معلوم نیست چه چیزی می‌تواند ما را متقادع کند که انتخاب استکهلم به عنوان محل داوری الزاماً اجرای قوانین شکلی سوئد را ایجاب می‌نماید. از این ایرادات گذشته، عیب اساسی نظر اخیر این است که

۵۲. استدلال داور این است که «در این پرونده، طرفین توافق کرده‌اند که هرگاه برای تعیین محل داوری میان آنان توافق حاصل نشود، داور در انتخاب محل داوری آزاد خواهد بود. بدین ترتیب طرفین با قبول قبلی محلی که داور به نمایندگی از طرف آنان انتخاب خواهد کرد، پذیرفته‌اند که به مقررات قانون داوری که از انتخاب این داور ناشی می‌شود گردن نهند. حتی اگر این تفسیر اراده طرفین قابل قبول نباشد، قاعده این است که در صورت عدم توافق طرفین، داوری تحت حاکمیت قضائی کشوری خواهد بود که تشریفات داوری در آنجا جریان دارد».

داوری بین‌المللی را در ردیف دادرسی به معنی داخلی و دولتی آن قرار می‌دهد، و حال آنکه داوری قبل از هر چیز حاصل اراده طرفین و منشأ آن قرارداد فیما بین آنها است.

این است که اجرای قانون محل داوری مجاز نیست مگر پس از مراجعه به اراده طرفین. درواقع، همانطور که یکی از علمای حقوق گفته است:

«دادگاههای داوری دادگاههای شبه دولتی نیستند. صلاحیت این دادگاهها براساس توافق میان طرفین استوار است. «قانون محل دادرسی»<sup>۵۳</sup> در مورد آنها چیزی جز قرارداد طرفین نیست. محل داوری نباید برای تعیین قانون حاکم بر داوری نقشی بازی کند مگر به صورت فرعی و آن هم مشروط بر اینکه مراجعه به این قانون عاقلانه‌ترین راه حل مشکل موجود میان طرفین باشد.»<sup>۵۴</sup>

واقع بینانه‌ترین نظریه این است که مسئله انتخاب قانون حاکم بر داوری به اراده طرفین واگذار شود. طرفین باید بتوانند قانون موردنظر خود را برای اینکه تشریفات داوری بر وفق آن جریان یابد، مشخص نمایند. اما هرگاه طرفین قانون حاکم بر داوری را معرفی نکرده باشند چه قانونی بر تشریفات حاکم خواهد بود؟

### ج. صلاحیت قانون قرارداد

پاره‌ای از مؤلفان حقوق معتقدند که قانون حاکم بر تشریفات داوری قانونی است که طرفین انتخاب کرده‌اند. توضیح این نظر این است که اولاً طرفین حق دارند به میل خود قانون حاکم بر آئین داوری را تعیین نمایند، قانونی که می‌تواند غیر از قانون محل داوری باشد؛ ثانیاً

53. lex fori

54. David: L'arbitrage commercial international en droit comparé, cours de Doctorat, 1968-1969, Les Cours de droit, p. 474.

داوران نمی‌توانند جز قانون منتخب طرفین را بر داوری اعمال نمایند؛ در غیر این صورت، برخلاف اراده صریح آنها گام برداشته و از اختیار اعطای شده به آنان خارج شده‌اند.<sup>۵۵</sup> چه، با انتخاب قانون بخصوصی به عنوان قانون حاکم بر داوری، طرفین خواسته اند رأی داوری تابع قانون مذبور باشد؛ مهم نیست که محل صدور رأی کجا است و یا اصلاً قانون انتخاب شده، یک قانون بین‌المللی است یا خیر.

پروتکل ژنو مورخ ۲۴ سپتامبر ۱۹۲۳ راجع به شروط داوری (بند ۱ ماده ۲)<sup>۵۶</sup>، کنوانسیون نیویورک مورخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ برای شناسائی و اجرای آرای داوری خارجی (بند ۱ «الف» از ماده ۵)<sup>۵۷</sup>، کنوانسیون اروپائی مورخ ۲۱ آوریل ۱۹۶۱ راجع به داوری تجاری بین‌المللی (ماده ۹ راجع به موارد بطلان رأی داوری)<sup>۵۸</sup> و بالاخره کنوانسیون مورخ ۱۸ مه ۱۹۶۵ راجع به حل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری میان دولتها و تابعان دولتها دیگر تدوین شده در «بانک بین‌المللی ترمیم و توسعه» (B.I.R.D.)<sup>۵۹</sup> همگی به این نظر که قانون

۵۵. Mezger: «The arbitrator and private international law» in International Trade Arbitration (Recueil d'Articles sous la direction de Domke, 1958), p. 229 et s.

۵۶. پروتکل ۱۹۲۳ ژنو دارای موضوع محدودی است. هدف از تهیه و تدوین آن این بوده که اعتبار شروط داوری را از فرادرادهای تجاری بین‌المللی به دولتها بقیلاند. نوعه دخالت دادگاههای قضائی داخلی در تشریفات داوری و نحوه اجرای رأی داوری، انحصاراً در صلاحیت دادگاهی است که مورد مراجعة قرار می‌گیرد. از زمان تصویب، پروتکل ۱۹۲۳ موقوفیت فراوانی به دست آورده و بسیاری از کشورهای اروپائی، آسیائی و امریکائی به آن پیوسته‌اند. ایران به این پروتکل ملحق نشده است.

۵۷. درخصوص این کنوانسیون رک. به:

Van Den Berg: The New York Arbitration Convention of 1958; Asser/Kluver: La Haye/Deventer, 1981.

۵۸. درخصوص این کنوانسیون رک. به تفسیرهای زیر:

Benjamin: Yearbook of International Law, 1961, p. 478-495; Klein: Rev. crit. dr. int. privé, 1962, p. 663.

۵۹. این کنوانسیون که به کنوانسیون واشنگتن تیز معروف است همراه با توضیح در «مجلة

حاکم بر تشریفات داوری، قانون انتخابی طرفین است مُهر تأیید گذارده اند.

این نظریه در بین داوران بین‌المللی نیز طرفداران زیادی دارد و می‌توان گفت که در عمل بیشترین آرای داوری را به خود اختصاص داده است، تا آنجا که می‌توان تأیید کرد که در حال حاضر «در مورد آئین و قواعد شکلی داوری جنبش نیرومندی درجهت غیرمحلى کردن»<sup>۶۰</sup> مقررات حاکم بر داوری ابراز وجود می‌کند تا قواعد مزبور را از حیطه اقتدار حقوقهای داخلی برهاند». <sup>۶۱</sup> از جمله آرائی که در آنها این نظر اعمال شده رأی شماره ۲۵۲۱ دادگاه داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی صادره از ژنو است. در این رأی داور رسیدگی کننده با وجود آنکه محل داوری در ژنو واقع بود، براساس اراده طرفین دعوی—یک سازمان دولتی افریقائی و یک شرکت ساختمانی فرانسوی—قانون داوری کشور افریقائی طرف معامله را به مرحله اجرا درآورد. <sup>۶۲</sup> داور دیگری به نام «Mahmassani» ضمن رأی مورخ ۱۲ آوریل ۱۹۷۷ خود در پرونده میان شرکت «لیامکو»<sup>۶۳</sup> و دولت لیبی، اصل استقلال اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم بر آئین داوری را مورد تأکید قرار داده است. <sup>۶۴</sup> از آنجا که این نظریه با طبیعت قراردادی داوری بین‌المللی

حقوقی»، شماره ۶، بخش اسناد بین‌المللی، صفحه ۲۶۱ به بعد به چاپ رسیده است. نیز → در مورد کنوانسیون مزبور رک. به:

Broches: «The Convention on The Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States», Rec des Cours, Acad. dr. int. La Haye, 1972, II, p. 331-410.  
60. délocalisation

61. Eisemann: «La situation actuelle de l'arbitrage commercial international entre Etats ou entités étatiques et personnes physiques ou morales étrangères de droit privé», Rev. arb. 1975, 288-289; add Paulson: «Arbitration Unbound: Award Detached from The Law of its Country of Origin», Int. Comp.L. q. 1981, 358.

62. CCI, sentence no 2521: Derains, Clunet, 1976, 937.

63. Liamco Libyan-American Oil Company.

۶۴. برای مطالعه رأی داوری مزبور که در ژنو صادر شده است رک. به نشریات زیر: Rev. arb. 1980, p. 132; Int. Law materials, 1981, 1-87.

انطباق دارد، باید مورد تأیید قرار گیرد. اما هرگاه طرفین اراده‌شان را—چه بطور آشکار و چه به صورت ضمنی—بر تعیین قانون حاکم بر تشریفات داوری اعلام نکرده باشند، کدام قانون را باید بر داوری اعمال نمود؟<sup>۶۵</sup> کنوانسیونهایی که در بالا از آنها یاد کردیم همگی در چنین فرضی قانون محل داوری را حاکم بر تشریفات داوری معرفی کرده‌اند<sup>۶۶</sup> جز در مورد کنوانسیون واشنگتن که اشاره‌ای به قانون محل داوری یا قانون دیگری نز قانون انتخاب شده طرفین نمی‌کند.<sup>۶۷</sup> علاوه بر این، مؤلفان بسیاری نیز از این عقیده استقبال کرده‌اند.<sup>۶۸</sup> پاره‌ای از آرای داوری نیز همین نظر را منعکس نموده‌اند.

۶۵. پروتکل نیو مورخ ۲۴ سپتامبر ۱۹۲۳، در بند ۱ از ماده ۲ خود چنین مقرر می‌دارد: «تشریفات داوری، منجمله تشکیل دادگاه داوری، تابع اراده طرفین و قانون کشوری است که داوری در آنجا جریان دارد».

این ماده در سالهای نخست تصویب پروتکل، موجب اختلاف نظر در میان علمای حقوق شده بود. عده‌ای عقیده داشتند که داور در انتخاب قانون حاکم بر تشریفات داوری باید به موجب ماده مورد بحث، هم اراده طرفین و هم قانون محل داوری را درنظر بگیرد. بر عکس، عده‌ای دیگر معتقد به رجحان اراده طرفین بر مقررات قانون محل داوری بودند. اکثریت مؤلفان و داوران این عقیده دوم را دنبال می‌کردند و دخالت قانون محل داوری را جز در موردی که طرفین اراده‌شان را ابراز نموده‌اند، غیرقابل قبول می‌دانستند. آرای متعددی نیز در این باب صادر گردیده است. برای مطالعه این آراء رک. به:

Fouchard: *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, no 511, note 2.

۶۶. کنوانسیون واشنگتن مقرر می‌دارد که مقررات آن فقط در صورتی قابل اعمال خواهد بود که طرفین اراده‌شان را درخصوص قانون حاکم بر آئین دادرسی صراحتاً ابراز نکرده باشند. به عبارت دیگر، هرگاه طرفین صراحتاً اجرای کنوانسیون را بر قرارداد خویش نپذیرفته باشند، مطابق اراده آنان عمل خواهد شد. به عقیده (op. cit., p. 334) Broche، انتخاب محل داوری الزاماً به معنی تعیین قانون حاکم بر آئین داوری و نتیجتاً ردة اجرای کنوانسیون نیست.

67. Panchaud: «Le siège de l'arbitrage international de droit privé Rev. arb. 1966, 9; Fragistas: op. et., loc. cit.; Klein: «Autonomie de la volonté et arbitrage», Rev. crit. 1958, 276.; Mezger: «La jurisprudence française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage commercial international de droit privé», Mel. Maury, 1960, t. 1, 273.

علاوه بر رأی صادره در اختلاف میان «لیامکو» و دولت لیسی—که قبلًا به آن اشاره کردیم—رأی مورخ ۳ نوامبر ۱۹۷۷ صادره توسط داوران منتخب در چهارچوب مقررات اتفاق بازرگانی بین المللی بطور صریح این عقیده را تأیید نموده است.<sup>۶۸</sup>

در پرونده اخیر محل داوری پاریس معین شده است، ولی طرفین قانون حاکم بر تشریفات داوری را انتخاب نکرده بودند. دادگاه داوری چنین استدلال می‌کند:

«در صورت عدم توافق طرفین، تشریفات داوری مطابق قانون کشوری برگزار می‌شود که داوری در آنجا جریان دارد. با توجه به اینکه داوری در پاریس برگزار می‌شود این قواعد آئین داوری فرانسه است که باید برای حل تمام نکات پیش‌بینی نشده در قرارداد اصلی و قرارداد داوری مورد استفاده و استناد قرار گیرد.»

پازه‌ای از علمای حقوق پا را از این نیز فراتر گذاشته و معتقد به آزادی داور و نه فقط طرفین—در انتخاب قانون حاکم بر تشریفات داوری هستند. این آزادی به داور اجازه خواهد داد حتی قوانین داخلی را رها کند و تشریفات داوری را مطابق مقررات حقوق بین الملل خصوصی یا مطابق اصول کلی حقوق<sup>۶۹</sup> و یا حقوق بازرگانی فرامالی به انجام رساند. پروفسور داوید استاد فرانسوی اتخاذ این نظر را موجب حل بسیاری از مشکلات ناشی از مراجعة الزامی به یک سیستم حقوقی داخلی می‌داند. این مؤلف می‌گوید:

«اگر این نکته را پذیریم که در داوریهای بین المللی، آئین داوری تابع قرارداد طرفین است و در صورت عدم صراحة قرارداد،

68. Cf. Revue arb. 1980, p. 560.

۶۹. درخصوص مفهوم اصول کلی حقوق و اهمیت آن در داوری تجارتی بین المللی رک. به دکتر ربعا اسکینی: «منابع حقوقی بيع تجارتی بین المللی»، «مجلة حقوقی»، شماره ۷، ص ۶ به بعد.

تشریفات به نحوی برگزار می شود که داور صلاح می داند، خود را از قید بسیاری از دشواریها خلاص خواهیم کرد.»<sup>70</sup>

واقعیت این است که جمع کثیری از حقوقدانان بر این عقیده پای بند نیستند، ولی در عمل عده‌ای از داوران آرای خود را برایه آن استوار نموده‌اند. از آن جمله است رأی صادره از ناحیه آقای کاون در پرونده شرکت کاتادائی «سافیر» علیه شرکت ملی نفت ایران که قبلًا به آن اشاره کردیم. داور در رأی خود چنین ابراز عقیده می‌کند:

«با توجه به اینکه قرارداد داوری فاقد هرگونه قیدی درخصوص قانون حاکم بر تشریفات داوری است، این خود داور است که باید در مورد قانون حاکم بر داوری اظهارنظر کند و الزاماً مکلف به رعایت قانون آئین داوری محل داوری نیست.»

بدین ترتیب، داور یاد شده به جای قانون محل داوری—یعنی قانون کانتون «وود»—قانون داوری دولت فدرال سوئیس را به مرحله اجرا درمی‌آورد.

بی‌تردید این نظر که داور باید در انتخاب قانون حاکم بر تشریفات داوری آزاد گذاشته شود، می‌بایست مورد تأیید قرار گیرد؛ ولی از این آزادی نباید اینگونه مستفاد شود که داور قادر است در صورت عدم صراحة قرارداد طرفین در این خصوص، خودسرانه هر قانونی را انتخاب نماید بدون اینکه ملاکهای احتمالاً موجود در قرارداد مذبور را درنظر گرفته باشد. مسلماً رأیی که داور طی آن قانونی را بر آئین داوری اعمال کرده است که خود میل دارد، در هیچ کشوری مورد قبول نخواهد بود. داور مکلف است تصمیم خود را مستدلًا<sup>71</sup>، با توجه به ملاکهای موجود در

70. David; L'arbitrage dans le commerce international, Paris, 1962. p. 427.

71. این عقیده که رأی داور باید مستدل باشد، لااقل در مورد داوری که براساس حقوق اظهارنظر می‌کند، غیرقابل تردید است. بر عکس، در مورد داوری براساس انصاف، عقیده رایج بر این است که داور الزامی به صدور رأی مستدل ندارد، هرچند در عمل صدور رأی داوری بدون مستدل امکان پذیر نیست.

قرارداد و بویژه با توجه به اشاره قرارداد به کشوری که داوری در آن جریان خواهد یافت یا اشاره آن به صلاحیت یک مؤسسه داوری—مانند انجمن داوری امریکا—و ملاکهای دیگر چون زبان قرارداد، پول قرارداد، محل اجرای قرارداد و غیره اتخاذ نماید. بعلاوه داور نمی‌تواند مقررات آمرانه کشوری را که داوری در آن جریان دارد نادیده بگیرد، حتی زمانی که تشریفات داوری را به موجب اراده طرفین بطبق قانون کشوری غیر از کشور محل داوری برگزار می‌کند. وبالاخره توجه داور باید به این نکته اساسی معطوف باشد که تنها در صورتی می‌تواند رأی معترض و مؤثری صادر کند که مقررات دارای جنبه نظم عمومی کشوری را که رأی در آنجا اجرا خواهد شد، مراعات نماید، والا قضی کشوری که اجرای رأی داوری از او تقاضا می‌شود، حق خواهد بود به لحاظ مخالفت رأی مذبور با نظم عمومی از اجرای آن خودداری کند.

این نکته‌ای است که اکثر مؤلفان به آن اذعان دارند: در داوریهای بین‌المللی، قانون داوری<sup>۷۲</sup> باید قانونی باشد که طرفین انتخاب کرده‌اند. در صورت عدم صراحة قرارداد، داور می‌تواند قانونی را انتخاب کند که جهت حل مشکل موجود به نظر او عادلانه و مناسب است. منظور از قانون مناسب قانونی است که مخالف نظم عمومی کشور محل داوری و بویژه نظم عمومی کشوری که رأی در آنجا اجرا خواهد شد، نباشد؛ مهم نیست که در این مورد داور یک قانون ملی را اعمال نماید یا یک قانون و قاعدة فراملی، مانند موردي که داور برای حل یک مسئله «شکلی»، به «اصول کلی حقوق شکلی» رجوع می‌کند.<sup>۷۳</sup>

## 72. lex arbitri

۷۳. در قضیه «لیامکو» که قبلًا به آن اشاره شد، داور رسیدگی کننده تصمیم خود را براساس «اصول کلی حقوق منعکس در کنوانسیون واشنگتن» استوار نموده است:

«...l'arbitre, dans la procédure qu'il suivra devra être quidé, dans la mesure du possible, par «les principes généraux» contenus dans le projet de Convention sur la procédure arbitrale, élaboré par la Commission du droit international des Nations-Unies en 1958».

## مبحث دوم قانون حاکم بر ماهیت داوری

در هر یک از سیستمهای حقوقی داخلی مقرراتی بیش و کم منظم راجع به داوری موجود است که به صورت مستقل و یا به صورت جزئی از یک مجموعه قانون تدوین گردیده است. مثلاً در ایران و فرانسه مواد مربوط به داوری، بخشی از قانون آئین دادرسی مدنی را تشکیل می‌دهند، در حالیکه در انگلستان و سوئیس قانون بخصوصی برای داوری اختصاص داده شده است.<sup>۷۴</sup>

این قوانین که جنبه‌های مختلف قرارداد داوری را تنظیم می‌کنند، در همه زمینه‌ها یکسان نیستند و در مقابل سوالاتی که نزد داور بین‌المللی مطرح می‌شود پاسخهای متفاوتی ارائه می‌دهند. به همین دلیل لازم است در هر مورد معلوم شود هر یک از جنبه‌های داوری بین‌المللی تحت حکومت چه قانونی قرار دارد.

اما مهمترین مسئله‌ای که در رابطه با ماهیت داوری مطرح می‌شود مسئله اعتبار و نفوذ خود قرارداد داوری است که باید مانند هر قرارداد دیگری شرایط اساسی صحبت معاملات را داشته باشد. این شرایط

۷۴. در ایران مقررات مربوط به داوری در مواد ۶۳۲ تا ۶۸۰ قانون آئین دادرسی مدنی و در فرانسه تا قبل از تصویب قانون ۱۲ مه ۱۹۸۱ در مواد ۱۰۰۳ تا ۱۰۲۸ قانون آئین دادرسی مدنی و در حال حاضر در مواد ۱۴۲۲ به بعد قانون اخیر منعکس است؛ در آلمان مواد ۱۰۲۵ تا ۱۰۴۷ قانون آئین دادرسی مدنی به این تأسیس حقوقی اختصاص یافته است؛ در انگلستان قانون پایه قانون داوری سال ۱۹۵۵ است که در سال ۱۹۷۹ اصلاح گردیده است؛ در سوئیس داوری تحت لوای قانون موسوم به «concordat international» است که در سال ۱۹۶۹ تصویب شده ولی مورد پیروی همه کانتونهای این کشور نیست، مثلاً در زوینخ داوری تابع مقررات قانون آئین دادرسی کانتون اخیر است.

که قانون مدنی ایران آنها را در ماده ۱۹۰ خود آورده است، عبارتند از: قصد طرفین و رضای آنها، اهلیت طرفین، موضوع معینی که مورد معامله باشد و مشروعتیت جهت معامله. به شرایط مجبور می‌توان—بنابر مستفاد از مواد ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی—عدم مخالفت قرارداد با نظم عمومی را نیز اضافه نمود.

در میان شرایط یاد شده آنچه در رابطه با داوری مهم است و مؤلفان، قضات و داوران درخصوص آن به بحث و جدل پرداخته‌اند، اهلیت طرفین در مراجعته به داوری و قابل داوری بودن<sup>۷۵</sup> اختلافی است که به داور ارجاع شده یا خواهد شد. قصد و رضای طرفین و مشروعتیت جهت معامله و نیز مخالفت و عدم مخالفت شرط داوری با نظم عمومی، طبق یک اصل کلی مورد توافق سیستمهای داخلی تعارض قوانین، تابع قانون قرارداد، وبطور دقیق‌تر، قانون حاکم بر قرارداد داوری است. به همین خاطر ما نیز در این مبحث تنها اعتبار شرط داوری از جهت اهلیت طرفین و قابلیت ارجاع اختلاف فيما بین آنان به داوری را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### الف. اهلیت طرفین داوری

منظور از اهلیت طرفین در واقع حق هر یک از آنان دایر بر ارجاع اختلاف به داوری است. مسئله بطور دقیق‌تر این است که آیا طرفین حق دارند به موجب قرارداد، اختلاف خود را—خواه قبل و خواه بعد از بروز آن—به داوری یک یا چند شخص خصوصی واگذار نمایند؟ این سؤال در واقع بیشتر در رابطه با قراردادهای داوری که یک طرف آنها یک دولت و یا یک شخص حقوقی دولتی (سازمان، شرکت، مؤسسه و امثال آن)

می باشد، مطرح شده است. در پاره‌ای از کشورها به موجب قانون، دولت یا اشخاص دولتی برای حل اختلافات خود با اشخاص دیگر حق مراجعت به داوری را ندارند. نمونه بارز از این دست، کشورهای امریکای لاتین است که در آنها نظریه «کالوو» مورد عمل می باشد. به موجب این نظر، هر نوع شرکت خارجی که در این کشورها مشغول فعالیت می شود، با این عمل خود بطور ضمنی و رسمی از حمایت دیپلماتیکی که ممکن است از آن برخوردار باشد، عدول کرده، صلاحیت انحصاری دادگاهها و حقوق داخلی کشورهای مذبور را می پذیرد.<sup>76</sup> بر عکس، پاره‌ای کشورها بر قبول اهلیت دولت و مؤسسات دولتی وابسته به آن برای انعقاد قرارداد داوری مهر تأیید گذاشته اند. در میان این کشورها می توان از اغلب کشورهای عربی<sup>77</sup> و اروپای شرقی<sup>78</sup> نام برد که قسمت مهمی از قراردادهای بین المللی در چهار چوب روابط آنها با کشورهای دیگر انجام می گیرد. در پاره‌ای دیگر از کشورهای همچون ایران—قانونگذار رفتار دوگانه‌ای را در برخورد با داوری در پیش گرفته است. این کشورها داوری را بطور کلی قبول دارند ولی مراجعه به آن را برای حل اختلافات میان دولت و شرکتها خارجی موكول به تصویب و اجازه پارلمان می کنند.<sup>79</sup>

76. نظریه «کالوو» (Calvo) از نام «کارلوس کالوو» حقوقدان آرژانتینی گرفته شده که قاعدة مذبور را در سال ۱۸۶۸ وضع نموده است. این نظریه بعداً در قوانین اساسی کشورهایی چون مکزیک، بولیوی، نیکاراگوئه، پرو و ونزوئلا به عنوان یک اصل پذیرفه شده است. قوانین کشورهای اکوادور و کلمبیا نیز این قاعدة را بر شرکتها خارجی تحمیل می کنند. در آرژانتین و اورگوئه این قاعدة دیگر اجرا نمی شود. در بزرگی قاعدة مذبور به عنوان یک اصل پذیرفته شده ولی در عمل به آن توجهی نمی شود.

77. Mustafa: «Public corporation as Parties to Arbitration: AN Arab Perspective», ICC court of Arbitration, 60 th Anniversaries, 1983.

78. Szaszy: «Arbitration of Foreign Trade Transactions in Popular Democracies», American Journal of Int. Law, Vol. 13, p. 44; Sanders: «Trade Arbitration between East and West», Int. Comp. L. Q., 1966, 742.

79. به موجب اصل یکصدوسی و نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موكول به تصویب هیئت ←

در چنین حالتی مسئله این است که در یک اختلاف بین المللی برای احراز صحت قرارداد داوری، داور یا قاضی به چه قانونی باید مراجعه کند تا معلوم شود که دولت یا مؤسسه دولتی طرف قرارداد حق انعقاد قرارداد داوری را داشته است یا خیر؛ به قانون قرارداد—یعنی قرارداد داوری— یا به قانون شخصی دولت یا مؤسسه دولتی امضا کننده قرارداد داوری، و یا به قانون دیگر؟

به این پرسش، چه از ناحیه مؤلفان حقوق و چه از طرف داوران و قضات، پاسخ واحدی داده نشده است.

به موجب یک نظریه، قانون صالح برای پاسخ دادن به سؤال مزبور قانون محلی است که به موجب مقررات تعارض قوانین کشور محل

وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند).  
باید تصور نمود که اصل قانون اساسی و یا ممنوع کردن دولت و سازمانهای دولتی در ارجاع اختلافات خود با اشخاص ثالث به داوری، ابداع عجیب نموده است. در ایران قبل از انقلاب اسلامی نیز مؤسسات دولتی در ارجاع اختلافات به داوری ممنوع بودند.  
مطابق ماده ۲۹ آئیننامه معاملات دولتی مصوب کمیسیون قوانین دارائی مجلس شورای ملی مورخ ۱۳۳۴/۲/۱۰ در هیچیک از پیمانها نمی‌باشد حق ارجاع به داوری قید می‌گردید. ضمن اینکه مقتن تصريحًا مؤسسات دولتی را از ارجاع به داوری ممنوع کرده بود. این فکر ظاهراً ناشی از این است که دولت اصولاً در اغلب مواردی که اختلافات و دعاوی بین دولت و اشخاص حقیقی یا حقوقی خصوصی به داوری ارجاع گردیده محکوم به بیحقی شده و از این بابت خسارات زیادی به وی وارد آمده است. این است که دولت و مقتن ایرانی همواره نسبت به ارجاع اختلافات دولت و سایر اشخاص به داوری اکراه داشته‌اند. تصویبنامه‌های متعبدی در گذشته از طرف دولت صادر گردیده است که در قراردادهایی که وزارت‌خانه‌ها با اشخاص یا مؤسستای که شخصیت حقوقی دارند، منفرد می‌نمایند، قید ارجاع اختلاف به داوری موكول به صدور تصویبناهه از طرف هیئت وزیران خواهد بود (در این خصوص رک. به دکتر صادق بزرگ: «حکمیت بازرگانی بین المللی»، نشریه کانون سردفتران، سال هشتم، شماره ۴ و ۵، تیر و مرداد ۱۳۴۳، ص ۴۹ به بعد).

دادگاه داوری تعیین خواهد شد. این عقیده بویره در قطعنامه آمستردام متنخده از طرف مؤسسه حقوق بین الملل عنوان شده است که ماده ۵ آن بطورکلی اعتبار شرط داوری راتابع قانون محل دادگاه داوری می داند.

نظریه فوق امروزه طرفداری ندارد و در واقع قابل قبول هم نیست، زیرا دادگاههای داوری را در حد دادگاههای قضائی گذاشته و همان قواعد حاکم بر این نوع دادگاهها را به داوران تحمیل می کند، و حال آنکه همانطور که گفتیم تشبیه وظیفه قضات که اراده خود را از حاکمیت کشوری که در آن به دادرسی مشغولند، می گیرند با کار داوران که به موجب اراده طرفین صالح به حل اختلاف شده اند، صحیح نیست؛ مضافاً به اینکه تعیین محل داوری ممکن است صرفاً تصادفی باشد و یا اصلاً محلی در کار نباشد و داوری از طریق مکاتبه صورت گیرد.

به موجب یک نظریه دیگر، قانون صالح درخصوص اهلیت دولت و بطورکلی اشخاص حقوقی و حقیقی مبنی بر ارجاع اختلافات خود با اشخاص ثالث به داوری، قانون قاضی است که از نظر حقوق بین الملل خصوصی صالح به رسیدگی به اختلاف مطروحه می باشد.<sup>80</sup> مراجعت به داوری در صورتی برای طرفین مجاز است که قانون متبع قاضی که ذاتاً صالح به رسیدگی به دعوای مطروحه است، آن را برای همگان ممکن کرده باشد؛ چرا که مسئله داوری به سازمان قضائی هر کشور مربوط می شود. مثلاً فرض می کنیم برای حل اختلاف میان یک شرکت دولتی ایرانی از یک سو و یک شرکت فرانسوی از سوی دیگر، در صورت فقدان قرارداد داوری، یک قاضی انگلیسی صالح به رسیدگی باشد. برای اینکه معلوم شود مراجعة شرکت دولتی ایرانی – که فرضاً اجازه مجلس را آخذ نکرده است – به داوری درست بوده یا خیر، و به عبارت دیگر، برای آنکه معلوم شود قرارداد داوری صحیح است یا باطل، قاضی انگلیسی

80. Mayer: *Droit international privé*, Paris, 1983, no 303.

باید به قانون دولت متبوع خود مراجعه کند. هرگاه قانون کشور انگلیس مراجعه به داوری را برای همه اشخاص، صرف نظر از دولتی بودن یا خصوصی بودن آنان، مجاز بشناسد، قرارداد داوری منعقده میان طرفین ایرانی و فرانسوی را صحیح می‌داند، والا آن را باطل اعلام می‌نماید.

این نظر دوم، به همان دلایلی که برای رد نظریه نخست بیان نمودیم غیرقابل قبول است. درواقع، قاضی به حکم قانون دولت متبوع خود مکلف به مراجعه به قانون ملی خویش است، در حالیکه داور جز در مواردی که مکلف به رعایت نظم عمومی کشور محل داوری است، اجباری به رجوع به قانون این کشور ندارد. مراجعه به داوری—یعنی مراجعه به یک عدالت خصوصی—وقتی که اختلاف جنبه بین المللی دارد، به اندازه مراجعه به داوری در مسائل داخلی و میان اتباع کشور واحد، عدول از اصل اساسی تظلم خواهی نزد محاکم دولتی محسوب نمی‌شود، مضافاً به اینکه طرفین، با وجود آنکه درخصوص اجرای قرارداد اصلی اختلاف نظر دارند، در رجوع به داوری اختلافی ندارند، زیرا از ابتدا به موجب قرارداد در این مورد توافق نموده‌اند.

طبق نظریه سوم، اهلیت طرفین باید تابع قانون قرارداد داوری باشد. این نظریه‌ای است که رویه قضائی فرانسه در قراردادهایی که یک طرف آنها دولت فرانسه بوده اتخاذ نموده است. درواقع، دیوان کشور فرانسه در رأی معروف خود موسوم به «سن کارلو»<sup>۸۱</sup> ممنوعیتی را که مواد ۸۳ و ۱۰۰۴ قانون سابق آئین دادرسی مدنی فرانسه برای دولت و اشخاص حقوقی دولتی مقرر کرده بود و به موجب آن اشخاص مذبور از مراجعه به داوری محروم شده بودند، عدم اهلیت تلقی نکرده و آن را تابع قانون قرارداد دانسته و نه قانون شخصی که قاعدتاً اهلیت تابع آن است.

به کلام دیوان مذبور:

81.Civ. 14 Avril 1964,ONIC c/Capitaine du San Carlo. D. 1964, 637, Clunet 1965, 645, note Goldman; Rev. crit. 1964, 66, note Batifol.

«ممنوع بودن دولت و مؤسسات دولتی از مراجعته به داوری، ارتباطی به مسئله اهلیت موضوع بند ۳ از ماده ۳ قانون مدنی ندارد. دادگاه استیناف می‌بایست تنها به این نکته پاسخ گوید که آیا این ممنوعیت کلی و عام که برای قراردادهای داخلی وضع شده است، در مورد یک قرارداد خصوصی بین المللی که بنا بر مقتضیات و شرایط، مناسب با عرف تجارت دریائی منعقد گردیده، قابل تسری است یا خیر؟ دادگاه استیناف در نظر خویش مبنی بر اینکه این مسئله تابع قانون قرارداد است و نه قانون شخصی طرفین قرارداد، موافق قانون عمل کرده است.»

این نظریه که مورد پشتیبانی بعضی از حقوقدانان بنام بوده<sup>۸۲</sup> و پاره‌ای از داوران نیز آن را دنبال کرده‌اند<sup>۸۳</sup>، نه از نظر منطق حقوقی درست به نظر می‌رسد و نه از لحاظ عملی قابل قبول است. از نظر منطق حقوقی، آزاد گذاشتن طرفین قرارداد در انتخاب قانون حاکم بر اهلیت با اصل کلی موردن قبول در سطح جهانی که اهلیت را تابع قانون شخصی طرفین تلقی می‌کند<sup>۸۴</sup>، مخالف است؛ مضافاً به اینکه بسیار نامعقول به نظر می‌رسد که برای تشخیص اینکه دولتی حق مراجعته به داوری دارد یا خیر، به قانونی جز قانون خود وی مراجعته نمائیم. از لحاظ عملی نیز تعیین اختیار دولت طرف معامله در ارجاع اختلاف به داوری، مخالف

82. Goldman:op. cit., p. 468.

83. Cf. CCI, sentence no 1526 de 1988 et 2621 de 1975, Clunet 1974, 915, note Y.D. et Clunet 1976, 997.

84. منظور از «قانون شخصی» قانونی است که جنبه دائمی دارد و شخص را در هر کجا که باشد دنبال می‌کند. در 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 دائمی داشته وقصد تغییر آن را ندارد و به «domicile of origin» تعبیر می‌گردد که با محل سکونت (residence) متفاوت است. درخصوص مفهوم اقامتگاه در حقوق انگلیس رک. به:

Bentwich: op. cit., loc. cit.

اصل استقلال و حاکمیت دولتها است و بسیار بعید است که دولتها— و بویژه دولتهای جهان سوم— پذیرند که اختیار یا عدم اختیار آنها در ارجاع اختلافاتشان به داوری، به قانونی جز قانون خود آنها محوٰل گردد.

این است که تعیین وجود یا عدم اهلیت هر یک از طرفین را برای انعقاد قرارداد داوری باید— همانطورکه در مورد هر قرارداد دیگری صادق است— علی الاصول تابع قانون شخصی طرفین تلقی نمود. این نظر که پاره‌ای مؤلفان از آن دفاع کرده<sup>۸۵</sup> و بعضی آرای داوری آن را قبول نموده<sup>۸۶</sup> و کنوانسیون اروپائی راجع به داوری بین‌المللی<sup>۸۷</sup> و کنوانسیون نیویورک راجع به اجرای آرای داوری خارجی<sup>۸۸</sup> نیز آن را مطمئن نظر قرار داده‌اند باید، بجز در موارد استثنائی<sup>۸۹</sup>، مورد تأیید قرار گیرد.

85. Cf. Van Houtte: «La loi applicable à l'arbitrage commercial international». Rev. dr. int. et dr. comp. 1980, p. 285, note 14.

86. Cf. CCI sentence no 2694, Clunet 1978, 985.

۸۷. بند ۱ (الف) از ماده ۴.

۸۸. بند ۱ (الف) از ماده ۵.

۸۹. مانند موردی که عدم اهلیت یکی از طرفین با اصول اساسی تجارت بین‌المللی— چون اصل حسن نیت— مخالفت پیدا می‌کند. مثلاً در فرانسه اصل بر این است که قانون حاکم بر اهلیت اشخاص، قانون ملی آنان است. معدلک در پاره‌ای موارد در صورتیکه طرف فرانسوی بتواند ثابت کند از اینکه قانون شخصی طرف معامله او را صغیر قلمداد می‌کرده، بی‌اطلاع بوده است، می‌تواند از ابطال معامله— که طرف خارجی به بهانه صغیر بودن خود به موجب قانون شخصی اش تقاضا می‌نماید— جلوگیری کند مشروط بر اینکه شخص خارجی مزبور به موجب قانون محل انعقاد قرارداد، اهل شناخته شود. این قاعده به قاعدة «لیزاردی» (Lizardi) معروف است. لیزاردی در واقع یک تبعه مکزیکی بیست و سه ساله بود که چندین فقره سفته به ارزش ۸۰,۰۰۰ فرانک در مقابل خرید جواهرات از یک تاجر فرانسوی امضاء کرده بود. در اثر عدم پرداخت بموضع سفته‌ها تاجر فرانسوی وی را در محکمه تعقیب نمود. در دفاع از خود، لیزاردی اعلام داشت که تعهداتش باطل است زیرا به موجب قانون مکزیک— قانون شخصی اش— سن کبر از بیست و پنج سالگی آغاز می‌شود. دیوان کشور فرانسه با وجود صحت اظهارات لیزاردی مبنی بر بطلان معامله به موجب قانون مکزیک وی را به پرداخت بهای جواهرات محکوم نمود، به این استدلال که جواهرفروش فرانسوی حقاً نمی‌توانسته است «قوانین ملتهای



## ب. قابلیت ارجاع اختلاف به داوری

معمولاً سیستمهای مختلف حقوقی داخلی، یک نوع واحد از دعاوی را قابل ارجاع به داوری می‌دانند؛ معذلک ممکن است درخصوص پاره‌ای اختلافات حقوقی داخل کشورها یکسان عمل نکنند. مثلاً به موجب حقوق انگلیس ارجاع اختلافات ناشی از قرارداد کار بدون هیچگونه محدودیتی مجاز است<sup>۹۰</sup>، در حالیکه در حقوق بلژیک نمی‌توان در قرارداد کار شرط داوری گنجاند مگر در مورد قراردادهای راجع به مدیریت، آن هم در صورتیکه دستمزد سالانه مدیر حداقل ۵۰,۰۰۰ فرانک باشد.<sup>۹۱</sup> در فرانسه، بر عکس، گنجاندن هرگونه شرط داوری در قراردادهای کار ممنوع به نظر می‌رسد.<sup>۹۲</sup>

در اینجا این مسئله مطرح می‌شود که برای اینکه معلوم شود اختلاف میان طرفین در یک قرارداد بین‌المللی، قابل ارجاع به داوری هست یا خیر، به کدام قانون باید مراجعه کرد؟

به موجب یک نظریه، قاضی مأمور صدور اجرائیه می‌تواند در صورتیکه موضوع اختلاف به موجب قانون دولت متبع او غیرقابل ارجاع به داوری باشد از اجرای رأی داوری که مخالف آن عمل نموده است،

→ مختلف را بشناسد» و همینکه «بااحتیاط» عمل کرده و در عقد قرارداد «حسن نیت» بخرج داده کافی است:

Cf. Req. 16 Janvier 1861, D.P. I, 1930; S. 1861, I, 305, note Masse.

90. Halsbury's law of England, Arbitration, no 503.

91. Van Houtte: op. cit., loc. cit.

۹۲. مثلاً در رأی شماره ۲۵۵۸ دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، داور رسیدگی کننده که در پاریس رأی صادر نموده است، با وجود شرط داوری موجود در قرارداد کار، از رسیدگی به اختلاف مطروحه میان طرفین خودداری کرده است. متن رأی در نشریه زیر چاپ شده است:

Clunet, 1977, 952.

خودداری نماید.<sup>۹۳</sup> به عبارت دیگر، این قانون محل اجرای رأی داوری است که صالح است بگوید آیا اختلاف طرفین قابل ارجاع به داوری هست یا خیر و داور باید هنگام صدور رأی این قانون را مدنظر داشته باشد. یک دادگاه استیناف بلژیکی<sup>۹۴</sup> به این استدلال که موضوع رأی داوران به موجب قانون بلژیک – محل اجرای قرارداد – قابل ارجاع به داوری نیست، از قبول درخواست اجرای رأی داوری خودداری کرده است.<sup>۹۵</sup>

این نظر البته اغراق‌آمیز است، چرا که هرگاه اجرای رأی داوری به هیچوجه با نظم عمومی کشوری که در آن رأی باید اجرا شود منافاتی نداشته باشد، معلوم نیست مطابق چه منطقی قاضی مأمور صدور اجرائیه، به صرف اینکه قانون دولت متبعش موضوع را قابل ارجاع به داوری نمی‌داند، باید از صدور اجرائیه خودداری کند. مثلاً به موجب ماده ۶۷۵ قانون آئین دادرسی مدنی ایران، مراجعه به داوری در اختلافات ناشی از ورشکستگی ممنوع است. حال اگر از قاضی ایرانی تقاضای صدور اجرائیه در مورد یک رأی داوری خارجی شود—به دلیل وجود اموال محکوم علیه در ایران—معلوم نیست چرا قاضی ایرانی باید به صرف اینکه قانون شخصی وی ارجاع مسائل ناشی از ورشکستگی را به داوری قبول ندارد، از اجرای رأی داوری خارجی خودداری کند. گرچه مفاد ماده مذکور جنبه آمرانه دارد، ولی نادیده گرفتن آن از ناحیه قاضی ایرانی در

۹۳. ماده ۵ کنوانسیون نیویورک راجع به اجرای آرای داوری خارجی.

94. Appel Liege, 12 mai 1977 JT 1979, 710, note Huys et Keutgen (cité par Van Houtte: op. cit. note 8).

۹۵. موضوع این بوده است که آیا قرارداد امتیاز یک شرکت به نام «Audi-NSU» در بلژیک خاتمه پیدا کرده است یا خیر؟ قاضی رسیدگی کننده به درخواست اجرای رأی داوری صادره درخصوص اختلاف مطروحه، با استناد به قانون ۱۹۶۱ راجع به اعطای امتیاز به شرکتهای خارجی در بلژیک، موضوع را قابل داوری ندانسته و از اجرای رأی داوری خودداری کرده است.

امری که جنبه بین‌المللی دارد مخالف نظم عمومی ایران نخواهد بود.<sup>۹۶</sup> این است که معمولاً این نکته مورد قبول است که قانون حاکم بر قابلیت ارجاع اختلاف به داوری، قانونی است که طرفین انتخاب نموده‌اند؛ یعنی قانونی که بر ماهیت قرارداد داوری حاکم است. لیکن هرگاه طرفین قانون حاکم بر ماهیت داوری را صراحتاً معین نکرده باشند، کدام قانون را باید صالح شناخت؟ بعضی از مؤلفان در چنین صورتی قانون قرارداد اصلی را صالح برای پاسخگوئی به سوال مطروحه می‌دانند.<sup>۹۷</sup> این نظر در یکی از آرای داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی مورد تأیید قرار گرفته است.<sup>۹۸</sup> کنوانسیون اروپائی راجع به داوری تجاری بین‌المللی نیز بر همین عقیده استوار است.<sup>۹۹</sup> این نظریه بر این استدلال تکیه دارد که ارجاع اختلاف به داوری در واقع از مصاديق انتقال حق است، بدین معنی که اشخاصی که حق دخالت در اموال خود را دارند، می‌توانند این حق دخالت را به دیگری (داور) انتقال دهند، و همانطور که مسئله جواز یا عدم جواز انتقال حق تابع قانونی است که حدود حق مذبور را معین می‌کند، این نکته که آیا شخص می‌توانسته تصمیم درخصوص اختلاف مطروحه را به داوری واگذارد یا خیر نیز تابع قانون حاکم بر اصل اختلاف، و به عبارت دیگر، قانون حاکم بر قرارداد اصلی است.

این عقیده را نمی‌توان پذیرفت، زیرا اولًا چنانکه گفته‌اند<sup>۱۰۰</sup> ارجاع اختلاف به داوری به معنی آن نیست که شخص از حقوق خود صرف نظر می‌کند، چیزی که در مورد انتقال حق مصادق دارد؛ ثانیاً به موجب حقوق

۹۶. درخصوص مفهوم نظم عمومی در حقوق ایران رک. به اسدالله امانی: «نقش اراده در قراردادها»، فصلنامه حق، دفتر چهارم، ۱۳۶۴، ص ۶۵ به بعد.

97. Mazger: op. cit., p. 248.

98. Cf. CCI, sentence no 2626, Clunet, 1978, p. 981.

۹۹. ماده ۶ کنوانسیون.

100. Goldman: op. cit., p 468.

داخلی اغلب کشورهای جهان،<sup>۱۰۱</sup> قرارداد داوری<sup>۱۰۲</sup> مستقل از قرارداد اصلی است، و هرگاه حقوق داخلی یکی از این کشورها حاکم بر قرارداد اصلی باشد بطلان قرارداد اصلی خدشه‌ای به صحت قرارداد داوری وارد نمی‌کند. مثلاً اگر قرارداد داوری تابع قانون فرانسه باشد، داور رسیدگی کننده خود را صالح به رسیدگی خواهد شناخت بدون آنکه ابتدائاً جستجو کند که آیا قرارداد اصلی صحیح است یا باطل. در یکی از آرای داوری اتفاق بازرگانی بین‌المللی که در زوریخ صادر گردیده است، داوران با چنین مسئله‌ای روبرو بودند. داوران پس از رسیدگی چنین اظهار نظر نمودند:

«... دادگاه داوری خود را صالح به رسیدگی در ماهیت دعوی می‌داند، چرا که عدم و یا نقصان رضای<sup>۱۰۳</sup> مورد ادعای شرکت خوانده ارتباطی به شرط داوری ندارد و به قرارداد اصلی مربوط است.»<sup>۱۰۴</sup>

مقررات اتفاق بازرگانی بین‌المللی<sup>۱۰۵</sup> و قانون نمونه درباره داوری تجاری بین‌المللی مصوب کمیسیون سازمان ملل متحده برای حقوق تجارت بین‌الملل<sup>۱۰۶</sup> نیز همین راه حل را برگزیده‌اند؛ راه حلی که پاره‌ای داوران از آن به عنوان یک «قاعدهٔ ماهوی حقوق تجارت

۱۰۱. از آن جمله‌اند حقوق فرانسه، امریکا، آلمان، انگلستان، سوئیس وغیره.

۱۰۲. با عنایت به ماهیت قراردادی شرط داوری در قرارداد اصلی (clause compromissoire) و قرارداد داوری (compromis) که پس از قرارداد اصلی مستقلانه منعقد می‌گردد، از هر دو تحت عنوان «قرارداد داوری» به معنای اعم یاد شده است.

103. défaut ou vice de consentement

104. Cf. CCI, sentence no 2476, Clunet, 1977, 936-937.

۱۰۵. بند ۳ از مادهٔ ۸ مقررات سازش و داوری دیوان اتفاق بازرگانی بین‌المللی (متن مقررات دیوان به زبانهای فارسی و انگلیسی در «مجلة حقوقی»، شماره ۵، بهار ۶۵، بخش اسناد بین‌المللی، چاپ شده است).

بین‌المللی» یاد کرده‌اند.<sup>۱۰۷</sup>

این است که قابلیت یا عدم قابلیت ارجاع اختلاف به داوری را باید در قانون حاکم بر قرارداد داوری جستجو نمود. نه قانون حاکم بر قرارداد اصلی می‌تواند— در صورت عدم صراحة قرارداد داوری درخصوص قانون حاکم بر آن— الزاماً بر داوری حاکم باشد و نه قانون محل داوری چنانکه ماده ۶ کنوانسیون اروپائی راجع به داوری تجاری بین‌المللی پیش‌بینی نموده است. این قوانین می‌توانند به عنوان قرینه‌ای در جهت کشف اراده طرفین درخصوص قانون حاکم بر داوری توسط داور بکار گرفته شوند، ولی صرف اینکه قانون حاکم بر داوری معین نیست، دلیل نمی‌شود که قانون قرارداد اصلی را همان قانونی بدانیم که طرفین خواسته‌اند بر قرارداد داوری نیز حاکم باشد. قانون حاکم بر قرارداد اخیر را باید با توجه به اوضاع و احوال هر مورد جستجو و استنتاج نمود.



## قانون حاکم بر ماهیّت دعوی

### • طرح مسئله

تعیین قانون حاکم بر ماهیّت دعوی که نزد داور مطرح است گاه کم اهمیّت جلوه داده شده است و پاره‌ای از داوران نیز خود را مقید به جستجو و یافتن قانون حاکم بر اختلافاتی که به آنها واگذار شده است، نمی‌بینند. در یکی از آرای داوری صادره در چهارچوب مقررات اتفاق بازرگانی بین‌المللی چنین می‌خوانیم:

107. Cf. CCI, sentence no 2694, Clunek, 1978, 985-986.

«برای ارزیابی این مسئله که آیا اقدام متعهد<sup>۱۰۸</sup> به اندازه‌ای مهم و خطرناک هست که متعهد را از انجام تعهدش بری سازد، لازم نیست به یک قانون ملی مراجعه شود.»<sup>۱۰۹</sup>

در پرونده مطروحه نزد داور، مقاطعه کاری که کارگاه را ترک کرده بود چنین عنوان نموده بود که ترک کارگاه به خاطر این بوده است که صاحب کار بموقع نسبت به پرداخت مبالغی که می‌باشد به موجب قرارداد پردازد، اقدام نکرده است. داور رسیدگی کننده می‌باشد معین کند که آیا اقدام صاحب کار مبنی بر عدم پرداخت موقع آنچه قرارداد به عهده او گذاشته بود، آنقدر مهم بوده است که مقاطعه کار را مجاز سازد که براساس قاعدة «exception nom adimplete contractus»<sup>۱۱۰</sup> از انجام تعهد خود در مقابل صاحب کار خودداری کند یا خیر؟ داور رسیدگی کننده به این سؤال که آیا برای تعیین جواز ترک کارگاه و تعیین اهمیت اقدام صاحب کار مبنی بر تأخیر در پرداخت، داور ملزم به مراجعه به قانون ملی حاکم بر قرارداد هست یا خیر، پاسخ منفی می‌دهد، و حال آنکه این قانون ماهوی حاکم بر قرارداد است که باید در این خصوص مبنای اظهارنظر قرار گیرد.

از نقطه نظر تئوری، هرگاه قرارداد به حد کافی جزئیات مسائلی را که ممکن است در آینده میان طرفین بروز کند پیش‌بینی کرده، معین

108. grave

109. CCI, sentence no 283, Člumek 1977, 950-951.

110. توضیح قاعدة بالا این است که علی‌الاصول هر یک از طرفین معامله باید تعهدات مقابل خود را در یک زمان به انجام برسانند. مثلاً در عقد بیع، خریدار باید حين دریافت مبیع، ثمن را به بایع رد کند. حال اگر یکی از طرفین به تعهد خود عمل نکند، طرف مقابل خواهد توانست تا زمانی که طرف ممتنع از انجام تعهد خود سر باز می‌زند، او نیز به تعهد خود عمل نکند. قاعدة مورد بحث به معنی تعلیق اجرای تعهد است و موجب سقوط آن نخواهد بود. این حق امتناع یکی از طرفین از انجام تعهدش تا انجام تعهد طرف مقابل، در حقوق ما به حق حبس معروف است که یکی از موارد آن در ماده ۳۷۷ قانون مدنی آمده است.

نماید که هر مسئله‌ای باید براساس چه قانونی ارزیابی شود، اشکالی پیش نخواهد آمد. درواقع، به موجب یک اصل کلی مورد قبول سیستمهای حقوقی جهان، قانون طرفین، بویژه در یک قرارداد بین‌المللی، از همان شروط مندرج در قرارداد تشکیل می‌گردد و داور بین‌المللی نیز باید برای حل مسائلی که نزد او مطرح می‌شود، قبل از هر چیز، به قرارداد طرفین مراجعه نماید؛ ولی در عمل بندرت اتفاق می‌افتد که قرارداد آنقدر مفصل تنظیم شود که همه جوانب روابط آتی میان طرفین را در نظر بگیرد. این است که داور، مانند قاضی دادگستری، در مقام رسیدگی مجبور به تفسیر قرارداد است که ممکن است مبهم باشد، و یا باید آن را تکمیل کند. در پاسخ اینکه تفسیر و تکمیل قرارداد توسط داور به چه صورت انجام خواهد شد، باید گفت این کار جز با اتکا به یک سیستم حقوقی معین، سیستمی که حاکم بر قرارداد باشد، عملی نیست. بطورکلی این سیستم حقوقی همان قانون حاکم بر ماهیت دعوی است. بعضی از داوران به بهانه اینکه قرارداد بین‌المللی را نباید در چهارچوب قواعد دست و پاگیر یک حقوق داخلی محبوس نمود، خود را بسی نیاز از مراجعه به قوانین داخلی می‌دانند. در یک رأی داوری می‌خوانیم:

«نظر به اینکه باید به استقلال جامعه بین‌المللی بازارگانان که در روابط متقابل خود از قواعد ویژه‌ای تبعیت می‌کنند، اذعان کنیم... و نظر به اینکه مسئله‌ای که نزد دادگاه مطرح شده است جز تفسیر قراردادهای منعقده میان طرفین و جستجوی اراده واقعی آنان چیز دیگری نمی‌باشد، معلوم نیست اجرای یک قانون ملی که طرفین مسلم‌اماً متنظر نداشته‌اند، چه فایده‌ای دربردارد...»<sup>۱۱۱</sup>

مفهوم این رأی داوری آن است که لازم نیست تفسیر قرارداد با مراجعه به قانون قرارداد، یعنی قانون ملی یک کشور بخصوص، بعمل آید؛

۱۱۱. CCI, sentence no 2375, Clumet 1976, 973-974.

ولی داوران صادرکننده این رأی معلوم نمی‌کنند که اساس حقوقی این عقیده آنان چیست. از طرفی در چند سطر پائین‌تر این رأی، آنجا که داوران می‌باید در مورد میزان بهره‌ای که به متعهدّله تعلق می‌گیرد اظهارنظر کنند، مجددًا به لزوم اجرای یک قانون ملی درخصوص تعیین میزان بهره بازگشته، قانون متعهدّله را در این خصوص لازم‌الرعايه معرفی می‌نمایند.<sup>۱۱۲</sup>

رأی بالا بخوبی نشان می‌دهد که این قوانین داخلی کشورها هستند که اغلب، به دلیل منظم و مدون بودنشان، می‌توانند و باید پاسخ مسائل ماهوی مطروحه نزد داوران بین‌المللی را ارائه دهند.

قاعدتاً هرگاه طرفین در قرارداد خویش قانون حاکم بر آن را نیز معین کرده باشند، مشکلی در برابر داور قرار نمی‌گیرد. درواقع، چون — همانطور که گفتیم — داور فاقد قانون محل رسیدگی است و اقتدارش را از اراده طرفین می‌گیرد، خواست آنها درخصوص انتخاب قانون صالح را باید اجرا نماید، مگر در مواردی که این خواست مخالف نظم عمومی یکی از کشورهایی است که رأی به نحوی مؤثر با آن ارتباط پیدا می‌کند. رأی داوری شماره ۲۵۵۹ اتفاق بازگانی بین‌المللی بصراحت چنین اعلام می‌دارد:

«انتخاب حقوق حاکم توسط طرفین دعوى برای دادگاه [داوری]  
لازم‌الرعايه است.»<sup>۱۱۳</sup>

اما مسئله این است که هرگاه طرفین، قانون حاکم بر ماهیت دعوى را انتخاب نکرده باشند و یا وقتی که اختلافی نزد داور مطرح

۱۱۲. استدلال داوران در مراجعه به قانون طلبکار برای تعیین میزان بهره این است که «این طلبکار است که از استفاده از اصل طلب و در نتیجه از سودی که ممکن بود در اثر پرداخت بموقع طلب عایدش شود، محروم گردیده است».

۱۱۳. C.I., sentence no 2735, 1976, cité par Derains, note sous sentence no 2559, 1925. Clumek 1977, p. 947: «Le tribunal est lié par le choix du droit applicable par les parties».

می شود که تابع قانون انتخابی طرفین نیست، داور چگونه قانون حاکم بر ماهیت دعوی را جستجو و معین خواهد نمود؟ اگر این مسئله در برابر قاضی دادگاههای داخلی یک کشور مطرح شود، مشکلی ایجاد نمی‌کند؛ زیرا در واقع، به موجب یک قاعدة جهانی حقوق بین‌الملل خصوصی قاضی در چنین فرضی لزوماً از سیستم تعارض قوانین کشور خود یاری می‌گیرد، اما داور بین‌المللی، بر عکس، در چنین موقعیتی قرار ندارد. قانون وی قرارداد طرفین است و به نام هیچ دولتی رأی صادر نمی‌کند. تا ملزم به تعیت از قانون آن باشد؛ نه دولت خود وی، نه دولت کشور محل صدور رأی و نه دولت دیگر. عدالتی که داور در پی «گستردن» آن است یک عدالت خصوصی است که بطبق یک قانون خصوصی، یعنی قرارداد طرفین؛ برگزار می‌شود؛ قراردادی که—بنابر فرض ما در اینجا—قانون ملی حاکم بر ماهیت آن مشخص نیست و باید توسط او معین شود.

وظيفة جستجو و یافتن قانون حاکم بر ماهیت دعوى تنها خاص حالتي نیست که طرفین، قانون قرارداد را صراحتاً یا بطور ضمنی انتخاب نکرده‌اند. حتی اگر طرفین، قانون حاکم بر قرارداد را نیز معین کرده باشند باز مشکل تعیین قانون حاکم بر ماهیت از بین نخواهد رفت. واقعیت این است که تمام جنبه‌های ماهوی روابط طرفین تابع قانون انتخاب شده توسط آنان نیست. مثلاً شرایط مربوط به اجرای تعهدات منعکس در قرارداد—شرط پرداخت بهای کالا، شرط ضمان و امثال آن—تابع قانون محلی است که هر یک از تعهدات مذبور باید در آنجا اجرا شود؛ مسئله اهلیت طرفین در انعقاد قرارداد اصلی تابع قانونی جز قانون قرارداد است که باید جستجو و معین شود.

داور بین‌المللی برای یافتن قانون حاکم بر هر یک از این جنبه‌ها باید از قواعد تعارض قوانین یاری جوید. او چه سیستم تعارض قوانینی را می‌تواند برگزیند تا از طریق آن به قانونی که باید اختلاف به موجب آن حل شود، دست یابد؟

از نقطه نظر تئوری محض، در قبال سؤال فوق می‌توان پاسخهای متعددی ارائه نمود؛ می‌توان گفت که داور باید به قواعد تعارض دولت متبوع خود و یا قواعد تعارض کشوری که در آن اقامت دارد رجوع کند، چرا که با این قواعد بیشتر آشنائی دارد؛ ممکن است گفته شود که قواعد تعارض کشور متبوع طرفین و محل اقامت آنها صلاحیت تعیین قانون حاکم بر ماهیت را دارد، با فرض اینکه کشور و یا محل اقامت مزبور مشترک میان طرفین باشد؛ اجرای قواعد تعارض قاضی یا دادگاهی که اصولاً صلاحیت رسیدگی به دعوی را دارد ولی شرط داوری صلاحیت وی را کنار زده است نیز امکان دارد پیشنهاد مناسبی باشد؛ همینطور قواعد تعارض کشوری که رأی در آنجا اجرا خواهد شد؛ می‌توان تصور نمود که طرفین دعوی در حالیکه قانون حاکم بر اصل دعوی را انتخاب نکرده‌اند، قواعد تعارض قابل اعمال در حل اختلافاتشان را انتخاب کرده‌اند، و در این صورت، قواعد مزبور را صالح دانست.

اما در عمل، هیچیک از این راه حلها به دلیل ایرادهای آشکاری که به هر یک از آنها وارد است مورد توجه قرار نگرفته‌اند.<sup>114</sup> علمای حقوق و داوران بین‌المللی نظرات دیگری عنوان نموده‌اند که عمدتاً بر محور سه فکر دور می‌زنند: صلاحیت قواعد تعارض محل داوری؛ صلاحیت قواعد تعارض کشوری که قانون آن به عنوان قانون حاکم برقرارداد معین شده است؛ و بالاخره استقلال و آزادی داور در انتخاب قواعد تعارض حاکم بر اختلاف.

نظرات مزبور را در سه مبحث مورد بررسی قرار می‌دهیم.

114. Cf. Lalive: «Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse», Rev. crit., 1976, no 3

## بحث اول

### اجرای سیستم تعارض قوانین محل داوری

به موجب یک نظریه کلاسیک، داور بین المللی در مقام جستجو و تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی، مکلف است به قواعد تعارض محلی مراجعه کند که داوری در آنجا جریان دارد. این نظریه در واقع همان راه حلی را پیشنهاد می‌کند که طبق اصول قدیمی حقوق بین الملل خصوصی مورد عمل قصاصات دادگستری است.

یکی از معروفترین طرفداران این نظریه پروفسور سوسن هال حقوقدان سویسی است که در گزارش خود به مؤسسه حقوق بین الملل در سال ۱۹۵۲ از آن دفاع نموده است.<sup>۱۱۵</sup> لازم به تذکر است که این حقوقدان بنام در واقع – همانطور که قبلًا به مناسبت بحث درخصوص قانون حاکم بر آئین داوری گفتیم – تمامی جنبه‌های داوری بین المللی را تابع قانون محل داوری می‌داند بجز شکل قرارداد داوری یا شکل توافق طرفین بر سر تعیین داوران – که در مرحله‌ای بعد از انعقاد قرارداد داوری صورت می‌گیرد – و یا شکل صلحنامه‌ای که میان طرفین و بوسیله آنها امضاء می‌شود، که مؤلف مزبور در مورد آنها مطابق قاعدة جهانی «Locus regit actum»<sup>۱۱۶</sup>، قانون محل انعقاد را صالح قلمداد می‌کند.

به نظر پروفسور سوسن هال:

«از آنجا که داوری یک تأسیس قراردادی است، طرفین باید حق داشته باشند سیستم حقوقی قابل اجرا بر رأی داوری را به داورها نشان دهند. اما این حق جز در محدوده‌ای که قواعد تعارض کشور محل دادگاه داوری معین می‌کنند مجاز نیست؛ قواعدی که به عنوان

۱۱۵. Cf. Annuaire de l'Institut de Droit International, 1952, I, p. 469 et s.

۱۱۶. استاد از لحاظ طرز تنظیم تابع قانون محل تنظیم هستند.

قانون مقرر دادگاه، وسعت استقلالی را که می‌توان در این زمینه برای طرفین شناخت، معین خواهد کرد. هرگاه طرفین در مورد سیستم حقوقی قابل اجرا توافقی نکرده باشند، داوران در مقام حل اختلاف میان طرفین، به قواعد تعارض کشور محل دادگاه داوری رجوع خواهند نمود.<sup>۱۱۷</sup>

اما متنی که بالاخره توسط قطعنامه مؤسسه حقوق بین الملل موسوم به «قطعنامه آمستردام» در سال ۱۹۵۷ تصویب و اتخاذ شد، ظاهراً جائی برای توافق طرفین باقی نگذاشته است. حتی می‌توان گفت که قطعنامه اخیر تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوى را انحصاراً به قواعد تعارض محل دادگاه داوری واگذار کرده است.<sup>۱۱۸</sup>

این نظریه به همان دلایلی که قبلاً هنگام بحث درخصوص قانون حاکم بر آئین داوری بیان نمودیم، به آسانی قابل اجرا نیست و در هر حال بطور مطلق قابل قبول نمی‌باشد. همانطور که گفته‌یم محل داوری در همه قراردادها صراحتاً معین نمی‌شود، یا محل معین است ولی واحد نیست. در چنین حالتی معلوم نیست قانون کدامیک از محلهای تعیین شده موردنظر طرفین بوده است. ممکن است داوری اصلاً محل نداشته باشد و به صورت مکاتبه‌ای انجام شود و یا انتخاب محل تصادفی باشد و یا به لحاظ ایجاد سهولت در تماس داوران و طرفهای دعوى و شهود انجام گرفته باشد و امثال آن. در تمام این موارد، اجرای قانونی

117. op. cit. p. 571.

118. به موجب ماده ۱۱ قطعنامه «برای تعیین قانون حاکم بر ماهیت اختلاف، قواعد تعارض موجود در کشوری باید مدنظر قرار داده شوند که دادگاه داوری در آنجا واقع است. داورها در حدود این قانون، قانون انتخاب شده توسط طرفین را اجرا خواهند کرد. در صورت عدم صراحت قرارداد، داورها با ملاحظه تمامی جوانب اختلاف، اراده طرفین را معین خواهند کرد». بدین ترتیب، اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم بر ماهیت دعوى تنها در صورتی مؤثر خواهد بود که حقوق بین الملل خصوصی کشور محل داوری، این انتخاب را به رسمیت بشناسد.

به عنوان قانون محل داوری غیرقابل توجیه است.

بیهوده نیست که نظریه مورد بحث در عمل چندان طرفداری ندارد و می‌توان تأیید کرد که در مجموع، «داوران بین المللی تمایلی به مراجعه به قواعد تعارض قوانین محل داوری ندارند».<sup>۱۱۹</sup>

با وجود این، نمی‌توان اجرای قانون محل داوری را در همه حال محکوم دانست و داوران را از مراجعة به آن منع نمود. در واقع، از مورد تعیین صریح و یا ضمنی<sup>۱۲۰</sup> قانون محل داوری توسط خود طرفین که بگذریم — که در این صورت، قانون محل داوری و قانون قرارداد<sup>۱۲۱</sup> قانون واحدی خواهند بود — در صورت فقدان هرگونه قرینه‌ای درقرارداد که حاکی از اراده طرفین در تعیین قانونی جز قانون محل داوری باشد، داور خواهد توانست لاقل بطور فرعی به قواعد تعارض محل وقوع داوری مراجعة نماید، بویژه هرگاه که این تنها راه حل عاقلانه باشد؛ همچنین است وقتی که قانون محل وقوع داوری تصادفی نبوده و با قرارداد رابطه‌ای نیزداشته باشد<sup>۱۲۲</sup>، یا وقتی که محل داوری می‌تواند در کنار قرائناً دیگر، در تعیین قواعد تعارض مورد جستجوی داور نقش مؤثری ایفا نماید.<sup>۱۲۳</sup>

۱۱۹. Lalive: op. cit. loc. cit.♦

۱۲۰. ضمنی، مانند موردی که طرفین، یکی از کمیسیونهای داوری واقع در یک کشور سویاًیستی را انتخاب می‌کنند که مقرراتش به دلیل خصیصه ملی کمیسیون داوری، داور را مکلف به مراجعة به قواعد تعارض کشوری می‌کنند که کمیسیون داوری مجبور در آنجا فعالیت دارد.

۱۲۱. مثلاً در اختلافات ناشی از بیع و یا حمل و نقل دریائی، انتخاب لندن به عنوان محل داوری ممکن است دلیل میل طرفین به اجرای مقررات حقوق تجارت دریائی انگلستان باشد که در بین سیستمهای حقوقی جهان از قدمت و تکامل ویژه‌ای برخوردار است، مضافاً به اینکه فهم آن نیز چندان دشوار نیست.

۱۲۲. چنانکه در پرونده «Alsing» چنین بود: دادگاه داوری در این پرونده حقوق بین الملل خصوصی کشور یونان را درخصوص اختلاف مطروحه اعمال نموده است. رأی داور بر قرائن متعددی استوار است از جمله اینکه طرفین دعوی یونان را به عنوان محل داوری انتخاب کرده بودند.

## مبحث دوم

### صلاحیت قانون قرارداد

جمعی از علمای حقوق بر این عقیده‌اند که داور بین‌المللی در صورت فقدان هرگونه قرینه‌ای بر اراده مخالف طرفین باید قواعد تعارض کشوری را مدنظر قرار دهد که قانون آن به عنوان قانون قرارداد معین شده است.<sup>۱۲۳</sup>

در نظر اول چنین می‌نماید که در این عقیده تضادی نهفته است: هرگاه طرفین، قانون حاکم بر قرارداد را معین کرده باشند، داور به حکم اراده طرفین آن را اجرا خواهد نمود. پس دیگر چه موردی دارد که به قواعد تعارض بخصوصی مراجعه کند تا قانون حاکم را بیابد؟ به عبارت دیگر، آیا وقتی که داور می‌تواند مستقیماً مقررات قانون قرارداد را بر اختلاف اجرا کند، مراجعه به قواعد تعارض قوانین امر بی‌فاایده‌ای نیست؟

جواب این سؤال البته منفی است. در واقع، داور نمی‌تواند در مقام حل وفصل هر اختلافی که میان طرفین بروز کرده است قانون قرارداد را اعمال نماید. پاره‌ای مسائل لزوماً تابع قانونی که طرفین انتخاب کرده‌اند نیست؛ مانند موردی که اختلاف بر سر صحّت شرط ضمان مندرج در قرارداد است که—چنانکه گفتیم—تابع قرارداد طرفین نیست<sup>۱۲۴</sup>، یا موردی که صحّت قرارداد اصلی از جهت اهلیت یکی از

123. Fragistas : op. cit., loc. cit.; Klein: «Autonomie de la volonté et arbitrage», Rev. crit. dr. int. pr., 1958, p. 255 et 479, 483; Tallon: «La loi applicable par les juridictions arbitrales», Rapport au Colloque sur les nouvelles sources du droit du commerce international. Londres, sept. 1962; Mezger: «The arbitrator and private international Law» (précité) p. 240 et s.

124. اعتبار شرط ضمان، علی القاعده تابع قانون ملی ضامن است و نه قانون قرارداد و یا قانون ملی طرفین.

طرفین دعوی مورد اختلاف است که آن هم تابع قانون قرارداد نیست. مسئله تأثیر حقوقی انتخاب قانونی که طرفین به عنوان قانون قرارداد برگزیده‌اند نیز مطرح است: داور باید بررسی کند که آیا طرفین اساساً مجاز بوده‌اند قانون انتخاب شده را بر قرارداد خویش حاکم کنند یا خیر؟ داور چگونه می‌تواند جواز انتخاب طرفین را بررسی کند بدون اینکه ابتدائاً به یک سیستم تعارض قوانین متولّ شود و با کمک آن قانون حاکم بر جواز انتخاب قانون قرارداد را معین کند؟

بدین ترتیب، داور در چنین مواردی لائق مکلف است راه حل مسئله مطروحه را در قانونی جز قانون قرارداد بیابد و برای این کار باید ابتدا از سه یک سیستم تعارض قوانین عبور کند تا به قانون حاکم بر اختلاف برسد. اما به چه سیستمی باید مراجعه کند؟

همانطور که گفتیم عده‌ای را عقیده بر این است که داور در جستجوی قانون حاکم بر اختلاف باید سیستم تعارض قوانین کشوری را مدنظر قرار دهد که طرفین — خواه بطور صريح و خواه بطور ضمنی — قانون آن را بر قرارداد خویش حاکم کرده‌اند. در چنین حالتی، فرض بر این است که طرفین به سیستم تعارض این کشور مراجعه کرده‌اند و داور نیز باید این سیستم تعارض را برای یافتن قانون حاکم بر اختلافاتی که الزاماً تابع قانون قرارداد نیست، در تصمیم خود مورد استفاده قرار دهد.<sup>۱۲۵</sup>

۱۲۵. مراجعة داور به سیستم تعارض کشوری که قانون آن توسط طرفین به عنوان قانون قرارداد معین شده است، یا به تعیین همان قانون قرارداد منجر می‌شود و یا به تعیین قانونی غیر از قانون قرارداد. مثلاً هرگاه در قراردادی که تابع قانون فرانسه است شرط ضمانتی گنجانده شده باشد که یک ضامن فرانسوی آن را امضاء و تعهد نموده است، اجرای سیستم تعارض قوانین کشور فرانسه در مورد صحت و یا بطلان شرط ضمانتی به اجرای قانون فرانسه — یعنی قانون ضامن — که قانون قرارداد نیز هست، می‌شود. برعکس، هرگاه مسئله اهلیت یکی از طرفین مطرح باشد که تابعیت فرانسوی ندارد، اجرای سیستم تعارض فرانسه در مورد صحت قرارداد از حیث وجود یا عدم اهلیت، منجر به تعیین قانون ملی طرف غیر فرانسوی خواهد شد که با قانون قرارداد — یعنی قانون فرانسه — متفاوت است.

این نظریه همچون نظریه قبلی به دلایل عدیده‌ای بازتاب چشمگیری در آرای داوری نداشته است:

• اولاً، اجرای نظریه مذبور مستلزم این است که قرارداد طرفین متضمن قانونی باشد که مستقیماً و یا بطور غیرمستقیم توسط طرفین انتخاب شده باشد. هرگاه طرفین چنین قانونی را در قراردادشان پیش‌بینی نکرده باشند، مراجعه به اراده طرفین و کشف قاعدة تعارضی که راهنمای داور در انتخاب قانون حاکم بر اختلاف باشد، غیرممکن خواهد بود.

• ثانیاً، قرارداد ممکن است تحت لوای یک قانون ملی قرار داده نشده باشد، بلکه طرفین آن را تابع ابزار حقوقی فراملی قرار داده باشند؛ ابزاری چون عرف و عادت تجاری بین‌المللی یا اصول کلی حقوق و یا حقوق بازرگانی فراملی.<sup>۱۲۶</sup> در چنین قراردادی که مورد آن در عمل هم مشاهده می‌شود، به کدام قاعدة تعارض باید مراجعه کرد؟

• ثالثاً، از لحاظ منطق حقوقی نیز مشکل است که از انتخاب قانون کشور بخصوصی به عنوان قانون قرارداد و یا قانون داوری بتوان نتیجه گرفت که طرفین با انتخاب چنین قانونی قطعاً درنظر داشته‌اند قواعد تعارض قوانین همان کشور را نیز بر روابط خود و اختلافاتی که احتمالاً از آنها ناشی می‌شود، حاکم کنند. مثالی که پروفسور گلدمان آورده است دلیل قاطع غیرعملی بودن نظریه مورد بحث است و ما آن را پایانبخش این مبحث قرار می‌دهیم:

«آیا عقلائی است که فرض شود یک فرانسوی که با یک انگلیسی قراردادی امضاء کرده و آن را تابع قانون انگلیس قرار داده، قصد

۱۲۶. در مورد انواع ابزارهای حقوق فراملی حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی، رک. به مقاله نگارنده به شرح منعکس در پانویس شماره ۶۹ این گفتار.

داشته است در صورت بروز اختلافی در این مورد اهليتیش برابر قواعد  
تعارض انگلیس تابع قانون محل اقامت او باشد و نه برابر قواعد تعارض  
فرانسه تابع قانون ملی وی؟»<sup>۱۲۷</sup>

### بحث سوم

## استقلال داور در انتخاب قواعد تعارض

به دلایلی که در دو مبحث بالا بیان کردیم اجرای قواعد تعارض  
کشور مقرر داوری و یا کشوری که قانون آن به عنوان قانون قرارداد معین  
شده چندان عملی نیست. این است که پاره‌ای از مؤلفان بر ضرورت  
وجود یک سیستم مستقل تعارض قوانین، یعنی سیستمی که از  
سیستمهای داخلی تعارض جدا است، تأکید نموده‌اند که در شناسائی  
آزادی و استقلال داور در تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوى خلاصه  
می‌شود.<sup>۱۲۸</sup>

این نظری است که کنوانسیون زنو مورخ ۱۹۶۱ در ماده ۷ خود به  
این عبارت گنجانده است:

«... در صورت عدم قید حقوق حاکم بر قرارداد توسط طرفین،  
داوران قانون حاکم بر ماهیت دعوى را با مراجعته به قاعدة تعارضی  
معین خواهند کرد که در هر مورد، مناسب تشخیص خواهند داد.»

در مقررات اتفاق بازرگانی بین‌المللی به اینکه چه قواعد  
تعارضی باید مورد مراجعته داور قرار گیرد اشاره نشده و تنها قید شده است  
که داورها باید در این مورد «اصولی را که به نظر آنها متناسب می‌رسد

127. Goldman: Répertoire Dalloz, V<sup>e</sup> Arbitrage, No. 47.

128. Goldman: «Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé» (précité) p. 409.

اعمال نمایند».<sup>۱۲۹</sup> همین قاعده در ماده ۷ کنوانسیون اروپائی مقرر گردیده است. ماده ۱۴۷۷ قانون جدید آئین دادرسی مدنی فرانسه نیز همین راه حل را پیش بینی می کند. و بالآخره مقررات کمیسیون داوری آلمان شرقی به دیوان داوری اختیار می دهد که حقوق حاکم بر اختلاف را، در صورت نبودن شرط خلاف در قرارداد، خود انتخاب و اعمال نماید.<sup>۱۳۰</sup>

از نقطه نظر عملی نیز اغلب داورها این طرز تفکر را به مرحله اجرا گذاشته اند. در واقع، بخصوص در کشورهای غربی داوران بین المللی دیگر رعایت سیستمهای داخلی تعارض قوانین را ضروری تشخیص نمی دهند.<sup>۱۳۱</sup>

اما داوران که بدین ترتیب از آزادی قابل ملاحظه ای برخوردارند، در تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی روشن واحدی را دنبال نمی کنند. در اغلب موارد، داوران از اجرای یک سیستم تعارض واحد خودداری می کنند و به سیستمهای حقوقی متعددی که با اختلاف در رابطه هستند، مراجعه می نمایند. گاه مقررات حقوق بین الملل خصوصی کشورهای متبع طرفین را، هر دو، مورد مشورت قرار می دهند و گاه به سیستمهای تعارض قوانین طرفین، داور یا داوران قضیه و نیز سیستم موجود در گشور محل دادگاه داوری مراجعه می کنند تا بدین ترتیب نشان دهند که این سیستمهای تماماً به تعیین قانون واحدی که حاکم بر ماهیت دعوی است می رستند.<sup>۱۳۲</sup> مزیت این روش در این است که داور آسانتر می تواند

۱۲۹. بند ۳ از ماده ۱۳ مقررات.

130. David: *L'arbitrage dans le commerce international* (précité). p. 473.

۱۳۱. برخلاف کشورهای سوسیالیستی که – چنانکه گفتیم – در آنها داوری بین المللی در هر کشور تابع قانون داخلی این کشورها است و در صورت عدم تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی، داور مکلف به اجرای قانون محل داوری است.

132. Cf. CCI, sentence 2438 et 14341, Clunet 1976, 969 et s.

قانون حاکم بر اختلاف را به طرفین که بدین ترتیب قواعد تعارض کشورهایشان در رأی مورد استناد قرار می‌گیرد، بقبولاند. علاوه هریک از طرفین می‌تواند دفاعیاتش را براساس سیستم تعارض کشور خودش استوار نماید.<sup>۱۳۳</sup>

در پاره‌ای موارد داور در تعیین قانون حاکم بر اختلاف به اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی متولی می‌شود؛ اصولی که در سیستمهای تعارض قوانین کشورهای مختلف یا لاقل سیستمهایی که با اختلاف مطروحه نزد داور رابطه مؤثر دارند، یکسان است. مثلاً این اصل که قانون حاکم بر قرارداد قانونی است که موضوعاً بیشترین رابطه را با قرارداد دارد، در همه سیستمهای داخلی تقریباً به یک صورت وجود دارد و بارها مورد عمل داوران بین‌المللی بوده است.<sup>۱۳۴</sup> این روش تقریباً با روش قبلی یکسان است، زیرا در هر دو مورد داور به مطالعه و بررسی تطبیقی سیستمهای مختلف تعارض قوانین می‌پردازد تا از طریق این بررسی به نتیجه مطلوب، یعنی یافتن قانون واحدی که همه سیستمهای داخلی مرتبط با موضوع اختلاف متفقاً معین می‌کنند، برسد.

روش سوم این است که داور بدون به کار گرفتن سیستمهای تعارض قوانین مستقیماً قانون حاکم بر ماهیت دعوى را تعیین و اجرا می‌نماید. در یک رأی داوری، داور رسیدگی کننده مقررات کنوانسیون مورخ ۱۹۵۶ لاهه راجع به قانون حاکم بر قرارداد بیع بین‌المللی را بدون مراجعه به سیستم تعارض داخلی کشورهای مرتبط با اختلاف، مورد استناد و عمل قرار داده است.<sup>۱۳۵</sup> طرح تدوینی کشورهای بازار مشترک اروپا راجع به قانون قابل اجرای تعهدات قراردادی نیز اختیار داور به اجرای مستقیم قوانین آمره کشورهای ذینفع در قضیه مطروحه نزد داور را

133. Van Houtte: op. cit. p. 298.

134. Cf. CCI, sentence No. 2879, Clunet, 1979, 989.

135. CCI, sentence no. 2438, Clunet 1976, 969.

تأکید می‌کند، با این عبارت:

«حين اجرای کنوانسیون جدید، ممکن است به مقررات آمره هر کشوری که با امر متناسب فیه رابطه مؤثر داشته باشد ترتیب اثر داده شود، مشروط بر اینکه به موجب حقوق این کشور چنین مقرراتی بدون توجه به اینکه چه قانونی بر قرارداد حاکم است، لازم الاجرا شناخته شده باشند. برای تشخیص خصیصه آمرانه این مقررات نوع و موضوع و نتایج اعمال یا عدم اعمال آنها درنظر گرفته خواهد شد.»<sup>۱۳۶</sup>

رأی داوری شماره ۱۷۰۴ دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی همین رویه را در پیش گرفته و مستقیماً قواعد آمره قوانین مرتبط با قرارداد را، بدون لزوم مراجعته به سیستم تعارض صلاحیتدار، قابل اعمال می‌داند.<sup>۱۳۷</sup>

بدین ترتیب، داوری بین المللی چه از نقطه نظر حقوقی و چه از نظر عملی به سوی این فکر تمايل پیدا می‌کند که سکوت طرفین دعوی مبنی بر اجرای یک قانون معین درخصوص ماهیت اختلاف، قرینه بر قصد آنان به آزاد گذاشتن داوران به اعمال قانونی است که خود مناسب تشخیص خواهند داد. علمای حقوق نیز اکثراً به این فکر معتقدند.<sup>۱۳۸</sup>

اما روشن است که این آزادی داوران را نمی‌توان به صورت مطلق قابل پذیرش دانست. درواقع، درست است که داور به حکم قرارداد طرفین تصمیم می‌گیرد و قرارداد می‌تواند در صورت سکوت بدینگونه تفسیر شود که طرفین با سکوت خود نظر بر این داشته‌اند که داور در اعمال سیستم حقوقی حاکم بر اختلاف آزاد گذارده شود، ولی همانطور که قبلًا نیز اشاره کردیم— این بدان معنی نیست که داور بتواند به میل خود قانون حاکم بر ماهیت را تعیین و اعمال نماید. تصمیم داور

136. Projet de la CEE concernant la loi applicable aux obligations contractuelles, II/120/79, art. 7 (cité par Van Houtte: op. cit., p. 299).

137. CCI, sentence no. 1704, Clunet 1978, 977.

138. Lalive: «Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige» (précité), p. 176; David: L'arbitrage dans le commerce international (précité), no. 387, p. 472.

باید با توجه به جمیع جهات پرونده اتخاذ شود و معقول باشد. تصمیم مزبور در هر حال باید به صورتی اتخاذ شود که در مرحله اجرای رأی توسط قاضی با مخالفت مواجه نگردد؛ چیزی که ضرورتاً رعایت قواعد آمرة کشورهائی را که رأی با آنها ارتباط مؤثر دارد ایجاد نماید. درست است که اغلب آرای داوری قبل از ارجاع به قاضی، توسط طرفین به مرحله اجرا درمی‌آیند و یا لاقل با سازش طرفین در خارج از دادگاه کان لم یکن می‌شوند، ولی نباید فراموش نمود که رأی داوری با وجود تمام تفاوت‌هایی که با حکم قاضی دارد، در صورتیکه فاقد شانس اجرا در دادگستری باشد، برای محکوم له فایده عملی دربرخواهد داشت. برعکس، هرچه احتمال قابل اجرا بودن رأی در نزد قاضی بیشتر باشد، احتمال اجرای خود بخود آن توسط محکوم علیه نیز افزایش خواهد یافت.

این است که با حفظ شرط معقول بودن رأی داوری – که لزوماً به معنی مستدل بودن آن نیست – اصل آزادی و استقلال داور در انتخاب قانون حاکم بر ماهیت دعوا، در صورت عدم توافق طرفین، باید مورد تأیید قرار گیرد. طبیعت داوری که براساس اراده طرفین قرار گرفته است و تفاوت آشکار آن با دادرسی دادگاهی و دولتی که به طرفین تحمیل می‌شود، ایجاب می‌نماید که داور در کشف حقیقت و رفع اختلاف فیما بین دست بازنتری داشته باشد.

#### • نتیجه

گفتاری که از نظر گذشت نشان می‌دهد که تعیین سیستم حقوقی حاکم بر اختلاف مطروحه نزد داور بین المللی – چه از نظر شکلی و چه از نظر ماهوی – تا چه اندازه دشوار است. درواقع، برخلاف قاضی دادگستری که به لحاظ طبیعت وظیفه‌اش در صورت اختلاف و تردید بر سر قانونی که طرفین خواسته‌اند بر دعوا حاکم کنند همواره بنا بر یک

اصل کلی مورد قبول در سراسر جهان به قواعد تعارض کشور متبع خود رجوع می‌کند، داور بین‌المللی به دلیل آنکه فاقد قانون محل داوری است و به نام هیچ دولتی حکم صادر نمی‌کند، نمی‌تواند قواعدی را که حقوق بین‌الملل خصوصی به معنی سنتی آن در اختیار قاضی گذاشته تا قانون حاکم بر امور متناظر<sup>۱۰</sup> فیه را بباید، مورد استفاده قرار دهد. داور بین‌المللی حتی در مقام حل مسائل شکلی دعوی، آنجا که قاضی علی‌الاصول هیچگونه مشکلی ندارد و قانون خود را اجرا می‌کند، نمی‌داند لائق در ابتدای کار—کدام قانون را باید اجرا نماید. داور حتی نمی‌داند که آیا مکلف است یک قانون ملی را اعمال کند و یا می‌داند از چهارچوب قوانین داخلی خارج شود و قواعد حقوق بین‌الملل (اصول کلی حقوق-حقوق بازرگانی فرامللی) را بدون مراجعة به یک سیستم تعارض قوانین، درخصوص اختلاف مطروحه به مرحله اجرا درآورد؟

هرگاه طرفین دعوی در قرارداد خویش قانون حاکم بر اختلاف را معین کرده باشند، داور با مشکل چندانی مواجه نخواهد شد. در واقع، از آنجا که داور اقتدارش را از اراده طرفین می‌گیرد، بنابراین قانون قابل اجرا برای وی همان قانون پیش‌بینی شده در قرارداد است، خواه این قانون، قانون شکلی باشد و خواه قانون ماهوی. ولی در طول این گفتار دیدیم که اولاً طرفین همیشه قانون حاکم بر قرارداد داوری و یا قانون ماهوی را معین نمی‌کنند، ثانیاً تعیین قانون قرارداد تمام مشکل داور را حل نمی‌کند؛ زیرا پاره‌ای مسائل وجود دارند که حلشان از طریق مراجعة به قانون تعیین شده طرفین میسر نیست و داور لزوماً باید قانون دیگری را درخصوص آنها مورد مشورت قرار دهد.

این است که داور بین‌المللی در هر مورد—جز در مواردی که استثنائاً قرارداد پاسخ همه مسائلی را که داور در جستجوی راه حل آنها است داده باشد—مجبور به تعیین قانونی است تا از طریق آن راه حل قضیه‌ای را که به داوری او واگذار شده است، پیدا نماید. آنچه باقی

می‌ماند این است که داور برای حل قضیه مطروحه به کدام قانون مراجعه خواهد کرد؟

از نقطه نظر تئوری محض، می‌توان قوانین گوناگونی را درخصوص موضوع مورد مشورت قرار داد؛ قانون دولت متبع داور یا قانون دولتی که او در آن مقیم است یا قوانین دولت متبع طرفین و یا محل اقامت آنها هرگاه قوانین مزبور میان آندو مشترک باشد، قانون کشور متبع قاضی که نزد او رأی به اجرا درخواهد آمد، قانون محل داوری، قانون قرارداد و جز آن. هر یک از قوانین فوق متضمن مزایا و معایبی است که به آن اشاره کردیم؛ اما از آنجا که داور بالاخره باید قانونی را در حل اختلاف اعمال کند—با فرض اینکه قرارداد ناقص است و راه حل اختلاف را صرحتاً بیان نمی‌کند—داور چاره‌ای ندارد جز اینکه از میان قوانین قابل اعمال یکی را معین و مسئله مطروحه را با توجه به مقررات آن حل و فصل نماید.

متأسفانه به دلیل سری نگهداشته شدن اغلب آرای داوری، هیچ محققی نمی‌تواند در مقام ارائه و بیان شیوه عمل داوران بین‌المللی بطور مطمئن اظهارنظر کند؛ اما از مجموع آرائی که در نشریات تخصصی منتشر و در دسترس عموم گذاشته می‌شود—و ما نیز در حد امکان از آنها در این گفتار استفاده نمودیم—می‌توان پی برد که تا چه اندازه داوران بین‌المللی درخصوص تعیین قانون حاکم بر داوری به صورت ناهمگون و متشتّت عمل می‌کنند.

در واقع، درخصوص هیچ مسئله‌ای نظریات ارائه شده از ناحیه داوران یکسان نیست، خواه مسئله در ارتباط با امور شکلی باشد و خواه در رابطه با ماهیت دعوی.

در مورد آئین داوری، طرز عمل داوران متفاوت است. بعضیها مقررات حقوق بین‌الملل را در رفع اختلافات راجع به شکل رسیدگی صالح می‌دانند و پاره‌ای به قانون محل داوری مراجعه می‌کنند. عده‌ای دیگر

ابتدا اراده طرفین را جستجو می‌کنند و براساس آن قانون شکلی حاکم بر اختلاف را معین و اعمال می‌نمایند، اما در صورتیکه چنین قانونی از جانب طرفین معین نشده باشد، آنها قانون محل داوری را نسبت به مسئله مطروحه اجرا می‌کنند. این شیوه‌ای است که اکثر علمای حقوق از آن دفاع کرده‌اند و اغلب آرای داوری موجود براساس آن صادر شده است. حقوق بین‌الملل نوشتہ - کنوانسیونهای بین‌المللی - نیز این طرز فکر را به صورت قانون بین‌المللی پیشنهاد می‌کند.

تشتّت عقاید درخصوص مسائل ماهوی مطروحه در دعواهای بین‌المللی نیز کمتر از آنچه در مورد مسائل شکلی دیده می‌شود، نیست. در مورد اینکه چگونه داور بین‌المللی قانون ماهوی حاکم بر اختلافات را معین می‌کند، عقاید گوناگونی ابراز شده است: اقلیتی مراجعه به قواعد تعارض کشور محل داوری را مجاز دانسته‌اند؛ عده‌ای قواعد تعارض کشوری را که قانونش به عنوان قانون قرارداد معین گردیده است اجرا می‌نمایند. اجرای قواعد تعارض محل داوری ناشی از تشبیه نادرست داور به قاضی دادگستری است که پیوسته قواعد تعارض کشور خود را اعمال می‌کند، حال آنکه داور که فاقد محل داوری به معنی حقوقی کلمه و درنتیجه فاقد قانون محل داوری است، مکلف نیست از قانون کشوری تبعیت کند که داوری در آن واقع می‌شود. در مورد نظر دوم نیز باید گفت که هیچ دلیلی وجود ندارد که طرفین، با تعیین قانون قرارداد خواسته باشند صلاحیت قواعد تعارض کشوری را که قانون آن به عنوان قانون قرارداد معین شده است، بپذیرند.

با توجه به مراتب بالا این نظر اکثر مؤلفان را مبنی بر شناسائی آزادی عمل برای داوران بین‌المللی بر تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعواه در صورت عدم قرینه‌ای بر اراده طرفین بر تعیین این قانون - باید مورد تأیید قرار داد. بدیهی است منظور از آزادی داور این نیست که اه نتواند به میل خود هر قانونی را که حاکم بر اختلافات تشخیص می‌دهد، اعمال

نماید. چنین تصمیمی به دلیل مخالفتش با نظم عمومی داخلی کشورها و حتی نظم عمومی بین المللی، در هیچ کشوری قابل پذیرش نخواهد بود. از طرف دیگر، داور نمی تواند تمام جنبه های روابط طرفین را با مراجعه به قانون قرارداد ارزیابی کند. مسائلی نظیر اهلیت طرفین، تعیین اعتبار شرط ضمان پیش بینی شده در قرارداد و امثال آن تابع قانون قرارداد نیست. رعایت قواعد آمرة کشورهایی که به نحو مؤثری با اختلاف مرتبط هستند نیز برای داور ضروری است، والاً رأی وی در هیچ کجا مورد قبول قرار نخواهد گرفت.

تحت شرایطی که بیان شد و با حفظ اصل احترام به اراده طرفین، به نظر ما داور بین المللی در مقایسه با قاضی دادگستری باید از استقلال و آزادی بیشتری در نحوه حل و فصل تعارض قوانین و نهایتاً حل اختلاف مطروحه نزد او برخوردار باشد.





خلاصه اقدامات  
دیوان داوری ایران و ایالات متحده امریکا  
در لاهه تا پایان شهریور ماه ۱۳۶۸





دیوان داوری ایران و ایالات متحده امریکا تا پایان شهریورماه ۱۳۶۸ طی ۸۷ تصمیم، ۷۲ قرار و ۴۳۸ حکم، ۱۱ فقره از ۲۲ پرونده «الف»، ۵۰ فقره از ۷۲ پرونده «ب»، ۷۸۴ فقره از ۹۶۲ پرونده بزرگ و ۴۰۲ فقره از ۲۷۸۲ پرونده کوچک رارسیدگی و مختومه اعلام نموده است.<sup>۰</sup>

۱. پرونده های «الف» پرونده هائی هستند که دولتین ایران و ایالات متحده امریکا نظر تفسیری دیوان را در موضوعات متنازع<sup>۱</sup> فیه با توجه به بند ۳ ماده ۲ بیانیه حل و فصل دعاوی به شرح مصريح در بند های ۱۷ و ۱۶ همان بیانیه، همچنین سؤالات مربوط به تفسیر یا اجرای بیانیه حل و فصل دعاوی که در بند ۴ ماده ۶ بیانیه ذکر گردیده است، خواستار شده اند.

۲. پرونده های «ب» پرونده هائی هستند که دو دولت ایران و ایالات متحده امریکا می توانند بر بند ۳ ماده ۲ بیانیه حل و فصل دعاوی، ادعاهای رسمی خود علیه یکدیگر را مطرح نموده اند.

۳. پرونده های بزرگ پرونده هائی هستند که خواسته عنوان شده در آنها بیش از ۲۵۰,۰۰۰ دلار می باشد.

## بررسی اجمالی ۴۳۸ رأی دیوان به شرح زیر است:

### الف. آرای مبنی بر توافق طرفین دعوی ۲۰۶ فقره

در این دعاوی، جمیعاً حدود چهار میلیارد و سی و سه میلیون دلار به اضافه بهره و هزینه‌های دادرسی مطالبه شده بود. دیوان براساس توافق طرفین مقرر نموده است مبلغ ۵۶۷,۸۸۳,۹۱۶ دلار بعلاوهً معادل دلاری ۳۰۳,۱۹۶ پوند انگلیسی و ۲۹۷,۰۵۱ مارک آلمانی به طرفهای امریکائی و ۴۴,۵۸۹,۹۷۰ دلار به اضافهً 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 به موجب موافقتنامه‌های مربوط، وجودی که در اختیار طرف امریکائی بوده به طرف ایرانی مسترد و پرداخت شده است که رقم آن جمیعاً بالغ بر ۱۷۷ میلیون دلار می‌شود.

### ب. آرای مبنی بر رد ادعاهای خواهانهای امریکائی ۷۸ فقره

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

#### ج. آرای مبنی بر محکومیت خواندگان ایرانی ۱۲۰ فقره

در این دعاوی، خواهانهای امریکائی حدود یک میلیارد و هشتصد و چهل و هشت میلیون دلار به اضافه بهره و هزینه‌های دادرسی را مطالبه نموده بودند. دیوان مقرر نموده است کلأ ۳۹۷,۷۵۸,۶۹۱ دلار و ۹۷,۱۳۲,۵۹۸ ریال بابت اصل ادعاهای و هزینه‌های دادرسی به طرفهای امریکائی پرداخت گردد (مبالغ پرداخت شده بابت بهره برخی از احکام در رقم مزبور منظور نگردیده است).

#### د. آرای مبنی بر رد ادعاهای خواهانهای ایرانی ۲۱ فقره

طی این سری از دعاوی، اتباع و مؤسسات ایرانی حدود ۵۱۷ میلیون دلار به اضافه بهره و هزینه‌های دادرسی را مطالبه نموده بودند که به لحاظ عدم صلاحیت یا فقد دلیل کافی مردود اعلام شده است.

#### ه. آرای مبنی بر محکومیت امریکا به نفع ایران ۱۳ فقره

در این دعاوی سازمانهای ایرانی حدود ۶۸۴ 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.



ب. برامز\*  
BENGT BROMS

ترجمهٔ علی حیرانی نوری



## حاکمیت در منابع طبیعی



«این مقاله تحت عنوان «Sovereignty Over Natural Resources» در جلد دهم دایرة المعارف حقوق بین الملل عمومی (۱۹۸۷)، ص ۳۰۶-۳۱۰ چاپ شده است. آقای «ب. برامز» نویسنده مقاله فنلاندی است و اخیراً به عنوان داور و رئیس شعبه اول دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده انتخاب و منصوب گردیده است.



## ● مقدمه

مسائل مربوط به حاکمیت بر منابع طبیعی در سالهای اخیر از اهمیت روزافزونی برخوردار شده است. این مطلب با توجه به منافع اقتصادی عظیمی که دربردارد و با توجه به اینکه نظریه حاکمیت همچنان به عنوان وزنه‌ای در تئوریهای حقوقی مطرح می‌باشد، قابل درک است.

علاوه توسعه روند استعمارزادائی نیز بطور طبیعی اثر آشکار و روشنی بر این مسائل داشته است. برای مدت‌های طولانی، کشورها بر این عقیده بودند که کسانی که منابع طبیعی در اختیارشان است، از حق بهره‌برداری نامحدود برخوردارند.

علاقة شدید برای به دست آوردن منابع طبیعی در دوران استعمار، یکی از مهمترین انگیزه‌ها برای یافتن مناطق و قلمروهای جدید بود.

این مطلب جا افتاده بود که هر دولتی که بتواند یک سیستم اداره

یا حکومت برای حاکمیت بر قلمرو تحت استعمار خود تأسیس کند، حق استفاده از تمام منابع طبیعی موجود در آن منطقه را برای خود قائل باشد. علاوه بر کشورها شرکتهای داخلی و چند ملیتی نیز در جریان استخراج و بهره‌برداری از این منابع مشارکت نموده و ملت‌ها بندرت توانسته اند علیه توسعه این جریان مقاومتی ایجاد نمایند. قدرتهاي استعمارگر غالباً بر سر کنترل منابع طبیعی با یکدیگر در کشمکش بوده و نسبت به ظای همین حقوق به مردم، هیچگونه تعهدی احساس نکرده‌اند.

به دلایل بسیار روشن، این امر باعث نارضایتی عمیقی میان رهبران محلی که ارزش منابع طبیعی را درک کرده بودند، شد.<sup>۱۰</sup> این رو در خلال قرن بیستم این نغمه از گوشه و کنار جهان برخاست که حاکمیت منابع طبیعی را می‌بایست به ساکنان محل یعنی صاحبان اصلی آنها برگرداند.



## سازمان ملل متحد

### الف. منشور سازمان ملل متحد

هر چند مسائل و مشکلات مربوط به حق حاکمیت بر منابع طبیعی، تحت این عنوان در کنفرانس سانفرانسیسکو مورد بحث قرار نگرفت، ولی مقرراتی به منشور سازمان ملل متحد ضمیمه شد که از اهمیت بسزائی در جهت حل این مسائل و مشکلات برخوردار بود. بند دوم مقدمه، شامل اصل اعتقاد به اساسی‌ترین حقوق بشر و برابری حقوق ملت‌ها اعم از بزرگ و کوچک نیز گردید.

در بند چهارم همین مقدمه، ملت‌های عضو سازمان ملل متحده متعهد گردیدند که در جهت ارتقای سطح پیشرفت اجتماعی و رفاه ملت‌ها در فضای بازتری کوشش نمایند.

در جهت نیل به این اهداف، ملت‌های عضو سازمان ملل متحده همچنین تعهد نمودند که از تشکیلات و سازمانهای بین‌المللی، به منظور توسعه اقتصادی و اجتماعی تمام ملت‌ها مدد گیرند.

ماده ۵۵ منشور حاکمی است که سازمان ملل متحده با توجه به لزوم ایجاد شرایط ثبات و رفاه اجتماعی که برای برقراری روابط مسالمت‌آمیز و دوستانه میان ملت‌ها براساس رعایت اصول برابری حقوق و حق تعیین سرنوشت ملت‌ها ضروری و لازم است، موجباتی را فراهم خواهد نمود.

از جمله این موجبات ارتقای سطح زندگی، اشتغال و بهبود شرایط اقتصادی و اجتماعی به موازات حل مسائل اقتصادی، اجتماعی، بهداشتی و مشکلات مربوط به آنها در سطح بین‌المللی است.

ماده ۷۳ از فصل یازده منشور تحت عنوان «بیانیه مربوط به سرزمینهای غیر خودمختار»<sup>\*</sup> مشعر بر این است که آن دسته از اعضای سازمان ملل که مسئولیت اداره سرزمینهای را که مردم آن هنوز به خودمختاری کامل نرسیده‌اند، به عهده گرفته‌اند، اصل اولویت منافع ساکنان این سرزمینها را به رسمیت می‌شناسند. بعلاوه اعضای سازمان ملل متحده به عنوان یک امانت مقدس<sup>\*\*</sup>، تعهد به افزایش میزان تلاش خود در چهارچوب سیستم صلح و امنیت بین‌المللی مذکور در این منشور را جهت ایجاد زندگی سالم برای ساکنان این سرزمینها می‌پذیرند.

برای دستیابی به این هدف، اعضاء همچنین متعهد شده‌اند که احترام به فرهنگ مردم این سرزمینها، تلاش برای رشد و بهبود مسائل

\*Declaration Regarding Non-self Governing Territories

\*\*sacred trust

اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی آنها، رفتار منصفانه با آنها و حمایت و پشتیبانی از آنها در مقابل سوء استفاده دیگران را تضمین نمایند.

با پرسی مقررات و قوانین فوق الذکر جای تعجب نیست که بگوئیم سازمان ملل متحده می‌بایست بسرعت به عنوان حامی و پشتیبان این کشورها و سرمینهایی که منابع طبیعی آنها توسط کشورها و شرکتهای بیگانه استثمار می‌شوند، موضوعگیری می‌نمود.

معذلک اوضاع با پیچیدگیهای روبرو بود. در خلال سالهای اول فعالیت سازمان ملل متحده، ساکنان سرمینهای فوق الذکر از کمبود منابع اقتصادی داخلی برای استخراج و استفاده از منابع طبیعی خویش بسختی رنج می‌بردند. در واقع، آنها به سرمایه‌گذاری بیگانگانی واپسی بودند که نه تنها منابع اقتصادی لازم برای استخراج و بهره‌برداری از آن منابع طبیعی را در اختیار داشتند، بلکه دارای دانش قی لازم نیز بودند.

با این حال کسی نمی‌تواند حداقل، اثر تدریجی نقش سازمان ملل متحده را در ایجاد شرایط مناسب برای جلب علاقه کشورهای جهان سوم و یا سرمینهایی که در حال کسب خودمختاری و استقلال هستند، به حقوق خود بر منابع طبیعی کشورشان و امکان اعمال حقوق مزبور نادیده انگارد.

## ب. قطعنامه‌های مجمع عمومی

مجمع عمومی سازمان ملل متحده پس از بحث و گفتگو درباره تعلق حق انتفاع از منابع طبیعی موجود در کشورهای در حال توسعه به خود آنها، قطعنامه شماره ۵۲۳ (۶) مورخ ۱۲ ژانویه ۱۹۵۲ را صادر کرد و در تلاش برای حفاظت بهتر از منابع طبیعی، یک سری موافقنامه‌های تجاری را برای تضمین احتیاجات موردنیاز کشورهای در حال توسعه برای تولید و توسعه منابع طبیعی شان پیشنهاد نمود.

علاوه بر آن، در قطعنامه مزبور بر این امر نیز تأکید شده بود که کشورهای در حال توسعه همواره دارای حق حاکمیت بر منابع طبیعی خواهند بود، اگرچه تحت شرایطی با توجه به احتیاجات تجارت بین‌المللی و با توسعه اقتصاد جهانی، اعمال این حق می‌بایست با برنامه‌ریزی خاصی صورت گیرد.

در ۲۱ دسامبر ۱۹۵۲ مجمع عمومی سازمان ملل متحده قطعنامه شماره ۶۲۶ (۷) را که مستقیماً در ارتباط با حق حاکمیت کشورهای در حال توسعه بر منابع طبیعی شان بود، صادر نمود. این قطعنامه اعلام نمود که «استفاده و بهره‌برداری آزادانه مردم از ثروتها و منابع طبیعی سرزمینی که تحت حاکمیتشان قرار دارد، صرف نظر از اینکه یک اصل ذاتی است، با موازین منشور سازمان ملل متحده نیز سازگار می‌باشد».

حاکمیت دائمی بر ثروتها و منابع طبیعی، طی قطعنامه شماره ۳۷۸ (۹) که در تاریخ ۱۴ دسامبر ۱۹۵۴ توسط مجمع عمومی سازمان ملل صادر شد، تشییت گردید. عبارات این قطعنامه با درنظر گرفتن اصل خوداختاری که در همان زمان موضوع بحث کمیسیون حقوق بشر نیز بود، انتخاب گردید. در ۱۲ دسامبر سال ۱۹۵۸، مجمع عمومی سازمان ملل متحده قطعنامه شماره ۱۳۱۴ را صادر نمود که به موجب آن کمیسیونی تحت عنوان «حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی» تأسیس شد.

بر مبنای گزارش کمیسیون مزبور در ۱۴ دسامبر ۱۹۶۲ مجمع عمومی سازمان ملل متحده قطعنامه شماره ۱۸۰۳ را در ارتباط با حاکمیت دائمی دولتها بر منابع طبیعی شان صادر نمود که ماده ۱ آن شامل یک اعلامیه و هشت اصل است.

بنده یک ماده ۱ که شامل یک قاعدة اصلی است، اشعار می‌دارد:

«حق ملتها در داشتن حاکمیت دائمی بر ثروتها و منابع طبیعی شان، می‌بایست در جهت توسعه و مصالح ملی کشورشان

به اجرا درآید.»

#### طبق بند دو:

«بهره برداری، توسعه و چگونگی مصرف منابع طبیعی، همینطور وارد کردن سرمایه‌های خارجی مورد لزوم برای این مقاصد، می‌بایست با قواعد و شرایط لازم یا مناسب درخصوص تجویز، تحدید یا ممنوعیت انجام چنین فعالیتهایی، منطبق باشد.»

بند سه متبصرمن قاعده‌ای است که حسب آن با صدور چنین تأییدیه یا اجازه‌ای، سرمایه وارد شده و درآمد حاصله از آن، تحت حکومت اولًاً شرایط موجود در مجوز، ثانیًاً قوانین لازم الاجراه داخلی و ثالثًاً مقررات حقوق بین‌الملل قرار خواهد داشت. یکی از اصول مهم این است که منافع حاصله می‌بایست براساس نسبتی که بطور آزادانه و نه در شرایط اجباری میان سرمایه‌گذاران و کشور یا دولت میزبان قبلًاً مورد موافقت قرار گرفته است، سهمیه‌بندی شود. این مطلب نباید هیچگونه خدشه‌ای به حق حاکمیت کشور میزبان نسبت به ثروتها و منابع طبیعی اش وارد نماید.

در بند ۴ آمده است که عمل مصادره، ملی کردن یا ضبط مسی بایست به منظور حفظ منافع و امنیت عمومی و یا مصلحت عامه پایه‌ریزی شده باشد. این ملاحظات و دلایل بر منافع شخصی یا خصوصی، چه داخلی و چه خارجی، برتری دارند.

تصریح قطعنامه به اینکه در صورت مصادره، ضبط یا ملی کردن، «صاحب مال طبق قوانین قابل اجرا در کشوری که اقدامات مزبور را به عنوان یک عمل حاکمیت و مطابق اصول حقوق بین‌الملل انجام می‌دهد، محق دریافت غرامت کافی می‌باشد»، نمایانگر التزام و تقید قطعنامه به یک اصل بسیار مهم حقوقی است.

به همین نحو چنانچه از حیث آئین دادرسی، در مورد تقویم و «جبران خسارت» اختلافی بروز نماید، محاکم داخلی کشوری که

چنین اقداماتی را انجام داده‌اند، برای رسیدگی به این اختلاف واجد صلاحیت‌اند.

معدلک قطعنامه چنین اضافه می‌کند که در صورت توافق دولت صاحب حاکمیت با طرفهای مقابل خود، می‌توان رسیدگی به اختلافات را به داوری و یا انواع دیگر دادرسی بین‌المللی ارجاع نمود.

بند ۵ بر اهمیت احترام به تساوی حق حاکمیت دولتها در مورد اعمال حاکمیت مردم و ملتها بر منابع طبیعی خودشان تأکید دارد.

مطابق بند ۶ همکاریهای بین‌المللی برای بهبود وضع اقتصادی کشورهای در حال توسعه، بیشتر ناظر به کاهش واپستگی توسعه ملی آنها است، و بر رعایت حاکمیت آنها بر منابع و ثروتهای طبیعی شان استوار می‌باشد. این قاعده بر سرمایه‌گذاریهای مالی خصوصی و عمومی در زمینه‌های مبادله کالا با خدمات، کمکهای فتی و مبادله دانش علمی نیز حاکم است.

در بند ۷ از متن اصلی قطعنامه، نقض حق حاکمیت ملتها بر منابع و ثروتهای طبیعی شان، مخالف روح و ظاهر مواد منشور سازمان ملل متعدد و به منزله جلوگیری از پیشرفت و توسعه همکاریهای بین‌المللی و حفظ و بقای صلح تلقی شده است.

موافقنامه‌های سرمایه‌گذاری که آزادانه توسط کشورهای مستقل به اعضاء رسیده‌اند می‌باشد با حسن نیت اجرا شوند.

دولتها و سازمانهای بین‌المللی موظف به احترام به حق حاکمیت مردم و ملتها بر ثروتها و منابع طبیعی شان مطابق با منشور و اصول مشروخه در قطعنامه‌اند.

در حالیکه ماده ۲ از تصمیم کمیسیون حقوق بین‌الملل نسبت به تسريع کار در تدوین مقررات مربوط به مسئولیت [بین‌المللی] دولتها، برای بررسی آن در مجمع عمومی استقبال نموده است، ماده ۳ آن از دیگرکل سازمان ملل متعدد می‌خواهد که بررسی در مورد جنبه‌های مختلف

حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی را ادامه دهد. در این رابطه تمایل کشورهای عضو برای اطمینان از حمایت و پشتیبانی از حقوق حاکمیت آنها و در عین حال تشویق به همکاری بین المللی در قلمرو توسعه اقتصادی را نیز باید مذکور قرار داد.

هرچند این قطعنامه نسبت به دولتها الزام آور نشده است، ولی نقش راهگشا و ارشادی آشکار آن سبب گردیده که مفاد آن از اوایل سال ۱۹۶۰ تا به حال توسط کشورهای در حال توسعه مورد پیروی فرار گیرد. متعاقب این قطعنامه، قطعنامه‌های دیگری نیز در جهت اهمیت حق حاکمیت دولتها بر منابع طبیعی خود صادر شده است که از آن جمله می‌توان از قطعنامه ۲۱۵۸ «۲۱»، قطعنامه ۳۰۱۶ «۲۷» و قطعنامه ۳۱۷۱ «۲۸» نام برد.

#### ج. اعلامیه نظم نوین اقتصاد بین المللی

رونده فوق هنگامی به اوج خود رسید که مجمع عمومی اعلامیه‌ای را در جهت تدوین «نظم نوین اقتصاد بین المللی» صادر نمود. این اعلامیه ضمن تأکید بر اصل «حق هر دولت نسبت به منابع طبیعی و فعالیتهای اقتصادی اش»، حق دولت را برای برآورده مؤثر و بهره‌برداری محدود از منابع طبیعی خویش براساس احتیاجات خود تصدیق می‌نماید که مصادیق بارز آن حق ملی کردن و انتقال حقوق مالکیت به اتباع خود می‌باشد. این حق براساس حاکمیت کامل و دائمی دولت بر منابع طبیعی خویش پایه‌ریزی شده است و لذا هیچ مانع و یافشاری اعم از سیاسی یا اقتصادی نمی‌تواند در مسیر اعمال آزادانه آن ایجاد گردد.

در تاریخ ۱۰ دسامبر ۱۹۷۴ مجمع عمومی، منشور حقوق و وظایف اقتصادی دولتها را با قصد و هدف قدرت بخشیدن به اعلامیه

فوق الذکر صادر نمود؛ ولی مسئله «ملی کردن»، مشکلات ویژه‌ای را در راه تصویب این منشور موجب گردید و علی رغم تلاشهای فراوان برای جلب نظر موافق همه نمایندگان، به اتفاق آراء تصویب نشد.

در هر حال، ماده ۲ منشور مذکور مقرر می‌دارد که هر «دولتی حق اعمال حاکمیت کامل و دائمی بر منابع طبیعی خویش و هرگونه بهره‌برداری و فعالیت اقتصادی را دارد».

بر این اساس، هر دولتی حق دارد رأی و نظر خود را مطابق قوانین متبوعه اش در امر سرمایه‌گذاری خارجی اعمال نماید و هیچ دولتی ملزم و موظف به اعطای امتیازاتی در عملیات مربوط به سرمایه‌گذاران خارجی نیست.

هر دولتی حق دارد که فعالیت شرکتهای چندملیتی را در قلمرو خویش تنظیم و هدایت کند و اطمینان حاصل نماید که فعالیت شرکتهای چندملیتی در چهار چوب قوانین همان دولت قرار دارد و شرکتهای مزبور از سیاستهای اقتصادی و اجتماعی دولت مربوط پیروی می‌کنند.

شرکتهای چندملیتی حق مداخله در امور داخلی کشور میزبان را ندارند. همه دولتها ملزم به همکاری با یکدیگر جهت تضمین رعایت و احترام این حقوق، که براساس این قانون پی‌ریزی گردیده است، هستند. تا آنجائی که به «ملی کردن» مربوط می‌شود، بخش سوم ماده ۲ بر این حق تأکید گذارده که «هر دولتی بایستی بتواند دارائیهای خارجی را ملی، مصادره و یا ضبط کند».

دولتی که به چنین اقدامی مبادرت می‌ورزد، می‌بایست مطابق حقوق و قوانین محلی و سایر اوضاع و احوال مربوط از دیدگاه دولت مصادره کننده، غرامت کافی بپردازد.

در چنین مواردی، اگر مبلغ و میزان غرامت مورد اختلاف واقع گردد، این امر می‌بایست مطابق حقوق داخلی کشور مصادره کننده و در

دادگاههای آن، مورد حل و فصل قرار گیرد.

اگر طرف یا طرفهای مقابله نیز از جمله دولتها باشند می‌توانند ضمن رعایت اصل تساوی حاکمیت دولتها آزادانه نسبت به یکی از طرق حل و فصل اختلافات بین المللی توافق نمایند.

در رابطه با تفسیر مسائل و مشکلات مربوط به مصادره و ملی کردن، کشورهای در حال توسعه در تدوین و تثبیت این قاعده که حق حاکمیت بر منابع طبیعی کشف شده در هر کشور متعلق به همان کشور است، تاکنون از موفقیت نسبی برخوردار بوده‌اند. معلمک امری که توجه بیشتری را به خود جلب می‌کند، موضوع توسعه و پیشرفت آتی «نظم نوین اقتصاد بین المللی» است که به خاطر وجود اختلاف نظر میان کشورهای در حال توسعه و کشورهای توسعه‌یافته موفقیت چندانی به دست نیاورده است.



## کنفرانس حقوق دریاها

با درنظر گرفتن قطعنامه‌های یاد شده که توسط مجمع عمومی سازمان ملل صادر شده‌اند، وضعیت در ارتباط با حق حاکمیت بر منابع طبیعی واقع در داخل یک قلمرو یا کشور بطور رضایت بخشی حل و فصل شده است؛ ولی مشکلات دیگری نیز در ارتباط با منابع طبیعی وجود دارد.

اخیراً منابع طبیعی واقع در خارج از مرزهای کشورها مسائل حقوقی عمده‌ای را آفریده‌اند که این موضوع بیشتر به علت تقارن با پاره‌ای وقایع به کنفرانس سوم سازمان ملل متحد پیرامون حقوق دریاها کشیده

شد. حاکمیت بر منابع طبیعی تا آنجایی که به وضع قوانین بستر دریاها و زیرزمین مربوط می‌شود، به صورت موضوع جالب توجه و برجسته‌ای درآمده و پیشرفت و توسعهٔ تکنولوژی نیز بستر دریای عمق را از نظر اقتصادی، بویژه در ارتباط با آینده، اهمیت ویژه‌ای بخشیده است.

اکتشافات توده‌های معدنی در عمق بستر دریاها حاصل فعالیتهای انفجاری کشورهای صنعتی و شرکتهای چندملیتی بوده است. برای مدت زمانی این احتمال می‌رفت که این نوع فعالیتها به یک رقابت حریصانه و استفاده‌بی رویه از منابع معدنی منتهی گردد و بویژه کشورها و دولتهایی که از نظر صنعتی و تکنولوژی پیشرفته‌اند، به دلیل چنین پیش‌بینیهایی آشکارا احساس خطر نموده‌اند که مبادا کشورهای قادرمند بزودی ادعای کنند که صحنهٔ گستردهٔ بستر عمق دریاها در انحصار آنها است.

دولت مالتا در خلال اجلاس مجمع عمومی سازمان ملل متحده در سال ۱۹۶۷، این موضوع را در سخنرانی سفیر خود آوید پاردو<sup>۲۰</sup> تحت عنوان «میراث مشترک بشری» مطرح و پیشنهاد نمود که «ضروری است یک نظام حاکمه بین‌المللی، مستقل از صلاحیت محلی کشورها، برای کف اقیانوسها برقرار گردد».<sup>۲۱</sup>

در اجلاس مزبور همچنین پیشنهاد شد که با تصویب آئیننامه‌ای، امر نظارت و کنترل فعالیتهای انجام شده در اعماق بستر دریاها توسط یک آژانس بین‌المللی به اجرا درآید.

در خلال رسیدگی سومین کنفرانس حقوق دریائی سازمان ملل متحده به مشکلات و مسائل مربوط به منابع طبیعی بستر اعماق دریاها

۲۰ Vito Pinto

۲۱ برای اطلاع بیشتر در مورد میراث مشترک بشری، رک. به شانل برنیر: «تحولات در بین‌الملل در مورد قانونی بودن آزمایش‌های اتمی در دریان آزاد»، ترجمه دکتر «مجله حقوقی»، شماره ۵، بهار ۶۵، ص ۴۵ به بعد.

این نکته احراز شد که این مسائل از مشکلترین مسائلی بوده اند که کنفرانس تا به حال با آنها مواجه بوده است.

کنوانسیون مورخ ۱۰ دسامبر ۱۹۸۲ حقوق دریائی سازمان ملل متحد که هنوز لازم الاجراء نشده، شامل مقررات تفصیلی مربوط به منابع طبیعی اعماق بستر دریاها است.

بطورکلّی این مقررات بر این قاعده مبتنی است که:

«صرف حاکمیت دولتها حق ادعای حاکمیت بر چنین منابع طبیعی را به آنها نمی بخشد»، بلکه پیشنهاد شده است منابع اعماق بستر دریاها را بتوان یا توسط خود «آزانس بین المللی بستر دریاها» و یا توسط دولتها و یا اشخاص حقوقی که از آزانس یاد شده مجوز دارند، استخراج و استفاده نمود.

اگر کنوانسیون دریائی تا آینده نزدیکی لازم الاجراء نگردد و قدرت اجرائی پیدا نکند، و اگر در این فاصله کشورها و شرکتهای پیشرفته از نظر تکنولوژی همچنان بر تصمیم خود به ادامه یکجانبه فعالیتهای خویش در اعماق بستر دریاها باقی باشند، بروز مشکلات زیادی محتمل خواهد بود.

از طرف دیگر، با توجه به تجربه حاصله از جریان سومین کنفرانس حقوق دریائی سازمان ملل متحد، جامعه بین المللی احتمالاً با مشکلات مشابهی درخصوص سایر منابع طبیعی خارج از صلاحیت سرمینی انحصاری کشورها مواجه خواهد گردید. این امر که بطور ویژه به مناطق قطبی مربوط می شود، ممکن است در آینده دوربری به منابع طبیعی خارج از جو و احتمالاً کره ماه نیز سرایت کند.

کریستوفر جوینر

(C. JOYNER)

ترجمہ اسداللہ کریمی



حملہ امریکا بہ گرانادا:

پیامدہا و وجاهت قانونی آن





## ● اشاره:

کتاب «دیدگاه جهان سوم نسبت به حقوق بین الملل»<sup>\*</sup> که در سال ۱۹۸۷ در هلند چاپ شده، مجموعه‌ای است از مقالات مختلف که توسط اساتید و صاحب‌نظران حقوقی تحریر شده است. مقاله حاضر به قلم «کریستوفر جوینر» دانشیار دانشکده امور عمومی و بین المللی دانشگاه جورج واشنگتن برای اولین بار در زانویه ۱۹۸۴ و در «مجله حقوق بین الملل امریکا»<sup>\*\*</sup> منتشر شده و سپس در کتاب مذکور نیز به چاپ رسیده است. نویسنده مقاله که خود امریکائی است و در یکی از دانشگاه‌های معتربر امریکا به تدریس اشتغال

\*Third world Attitude Towards Int'l Law

\*\*American Journal of International Law

دارد، نتوانسته است بسادگی از کنار حمله امریکا به «گرانادا» بگذرد؛ از این رو اقدام تجاوز کارانه امریکا را از دیدگاه حقوق بین الملل مورد تعزیه و تحلیل قرار داده و در نتیجه گیری خود آن را محکوم نموده است. با خواندن مقاله که به شیوه‌ای استادانه نگاشته شده، برای چندمین بار ثابت می‌شود که هر جا و هرگاه منافع امریکا ایجاد نماید، قانون و منطق جای خود را به زور و اسلحه می‌دهد و دیگر جائی برای محترم شمردن عهدنامه‌ها، موازین بین المللی، اصول حقوق بین الملل و حتی سازمانهای بین المللی باقی نمی‌ماند. تاریخ سیاسی جهان، نمونه‌های فراوانی از این واقعیت را در خود دارد، اما این باریک حقوق‌دان امریکائی است که به کمک موازین و اصول مسلم حقوق بین الملل و بازبانی علمی، آن را نشان داده و اثبات نموده، و به همین جهت مقاله حاضر را خواندنی تر و جالب‌تر ساخته است.

«ا. کریمی»

گرانادا کشور بسیار کوچکی است در جنوب شرقی دریای کارائیب که در حدود ۲۵۶۰ کیلومتر (۱۶۰۰ مایل) با ایالات متحده امریکا فاصله دارد. وسعت خاک آن تقریباً ۲۱۳ کیلومتر مربع (۱۳۲ مایل مربع)- چیزی درحدود دو برابر ناحیه کلمبیا<sup>\*</sup>- با جمعیتی متجاوز از ۱۱۰,۰۰۰ نفر است. این جزیره که زمانی جزو مستعمرات انگلیس بود، در سال ۱۹۷۴ به استقلال دست یافت و تا مارس ۱۹۷۹ با حکومت پارلمانی اداره می شد. در این تاریخ موریس بیشاپ<sup>\*\*</sup> با نهضت جدید خود تحت عنوان «تلاش مشترک در نیل به رفاه، آموزش و پرورش و آزادی» ساریک گیری<sup>\*\*\*</sup> نخست وزیر وقت را با یک کودتای تقریباً بدون خونریزی از کار برکنار کرد. از تاریخ کسب استقلال، گرانادا

\* District of Columbia پایتخت امریکا و حومه آن.

<sup>\*</sup> Maurice Bishop

<sup>\*\*</sup> Sir Eric Gairy

به عضویت کشورهای مشترک المنافع، سازمان کشورهای امریکائی، بازار مشترک کارائیب و سازمان ملل درآمد.

در ۲۵ اکتبر ۱۹۸۳ نیروهای نظامی امریکا به گرانادا حمله کردند. از آن تاریخ تاکنون سؤالاتی درباره وجاهت قانونی اقدام امریکا از دیدگاه حقوق بین الملل بطور جدی مطرح شده است.<sup>۱</sup>

با توجه به نگرانیهای نیمکره جنوبی و حتی تمامی جهان، جا دارد که واقعیتهای مربوط به این رویداد مورد بررسی قرار گیرد و قانون حاکم بر چنین وضعیتی تجزیه و تحلیل شود و نتیجه گیری مشخص و روشنی از لحاظ انعکاس نظرات حقوقی درباره چنین پیشامدهایی در آینده بعمل آید.

بلافاصله بعد از حمله، همگان به قضیه پی بردن و حقیقت امر آشکار شد، بدین معنی که از ۱۲ اکتبر همان سال (۱۹۸۳) یک کودتای نظامی که توسط برنارد کورد معاون نخست وزیر رهبری می شد، رژیم

۱. به عنوان مثال می توان در این باره به مقالات زیر مراجعه کرد:

الف. نامه هائی به سردبیر توسط جان نورتون موزو و جان کاری، تحت عنوان «مبانی قانونی توأمان برای آتخاذ تصمیم جهت حمله به گرانادا» در نیویورک تایمز ۲۲ نوامبر ۱۹۸۳.

ب. مقاله Chayes در نیویورک تایمز ۱۵ نوامبر ۱۹۸۳ با عنوان «گرانادا بطور غیرقانونی مورد تجاوز قرار گرفته است».

ج. مقاله Joyner، تحت عنوان «مداخله نظامی در چه موقعی قانونی است» در واشینگتن پست ۱۸ نوامبر ۱۹۸۳.

د. مقاله Rostow منتشر شده در نیویورک تایمز ۱۵ نوامبر ۱۹۸۳ با عنوان «قانون، عهدنامه خودکشی نیست».

همچنین مراجعه شود به مسائلی که در سمپوزیوم دانشکده مطالعات بین المللی دانشگاه «جان هاپکینز» در ۱ دسامبر ۱۹۸۳ توسط عده ای از صاحب نظران حقوقی تحت عنوان «قانون و اقدام نظامی امریکا در گرانادا» مورد بحث قرار گرفته است.

\* Barnard Coard

طرفدار عقاید مارکسیستی نخست وزیر موریس بیشاپ را سرنگون کرد.<sup>۲</sup> یک هفته بعد، یعنی در ۱۹ اکتبر ۱۹۸۳ بیشاپ و حداقل پنج نفر دیگر از سران حکومت گرانادا توسط «نیروهای مسلح انقلابی» به جوخه اعدام سپرده شدند. در همان روز یک شورای نظامی شانزده نفره تشکیل گردید و رئیس هودسن استین<sup>۳</sup> به عنوان رئیس اسمی شورا انتخاب شد و یک حکومت نظامی بیست و چهار ساعته اعلام گردید و سپس اخطار شد که هر کس در ساعت حکومت نظامی دیده شود بدون هیچ استثناء هدف گلوله قرار خواهد گرفت. طبق گزارش‌های رسیده، به خارجیان مقیم گرانادا اجازه داده نشد تا از فرودگاه استفاده کرده، کشور را ترک نمایند. همین وضع بی ثبات داخلی گرانادا همراه با این برداشت که امکان دارد وضع موجود به بی ثباتی سیاسی سایر کشورهای منطقه سرایت کند، انگیزه‌ای شد برای احساس نگرانی در مورد وضعیت منطقه. برای اصلاح و تغییر چنین وضع غیرقابل تحملی، حمله‌ای نظامی که نیروهای آن متشكّل از کشورهای مختلف بودند برنامه‌ریزی شد. سرdestه حمله کنندگان ۱۹۰۰ تفنگدار نیروی دریائی امریکا بودند که ۳۰۰ سرباز دیگر هم از کشورهای جامائیکا، باربادوس، دومینیکا، سنت لوسیا، آنتیگوا و سنت وینسنت به آنها اضافه شده بودند. در ۳۰ اکتبر حمله پایان یافت و امنیت نظامی در جزیره برقرار شد.

استدلال امریکا برای توصل به چنین اقدامی روشن بود، زیرا معتقد بود که عملیات نظامی برای حفظ جان ۱۱۰۰ نفر از اتباع امریکائی مقیم گرانادا لازم بوده است و چنین اقدامی مانع از آن خواهد شد که این اتباع امریکائی – که در حدود ۶۵۰ نفر از آنان دانشجویان دانشکده پزشکی سنت جورج بودند – همانند واقعه‌ای که در سالهای

۲. اظهارات آقای دام (Dam) معاون وزارت امور خارجه امریکا در کمیته روابط خارجی مجلس نمایندگان امریکا در تاریخ ۲ نوامبر ۱۹۸۳.

\* Hudson Austin

۱۹۷۹ و ۱۹۸۰ در ایران اتفاق افتاده بود<sup>۳</sup>، توسط حکومت آستین به گروگان گرفته شوند. این نکته هم نباید از نظر دور بماند که مشارکت امریکا در حمله به گرانادا پاسخ به تقاضای فوری شش کشور دیگر حوزه کارائیب بود که درخواست کرده بودند هرچه زودتر نظم سیاسی در گرانادا مجدداً برقرار شود.<sup>۴</sup> در این تقاضا همچنین عنوان شده بود که کمک امریکا در برقراری حکومت دموکراتی ملازم خواهد بود با ایجاد سدی در سراسر منطقه برای جلوگیری از نفوذ افکار و عقاید مارکسیستی. ملخص کلام آنکه بنظر تنظیم کنندگان برنامه حمله موفقیت آمیز به گرانادا، هم اتباع امریکائی را نجات می دهد و از بروز «جوتی نامساعد و خشونتبار»<sup>۵</sup> جلوگیری می کند و هم نفوذ شوروی-کوبائی را دفع خواهد کرد و درنتیجه امکانات استراتژیکی جزیره به دست کمونیستها نخواهد افتاد.<sup>۶</sup>

### حتی اگر این ملاحظات سیاسی هم مورد قبول قرار گیرد، آثار

۳. (الف) مقاله Cannon در واشنگتن پست ۲۶ اکتبر ۱۹۸۳ با عنوان «فرودگاه استراتژیک و ترس از گروگانگیری به حمله نظامی منتهی شد».

(ب) مقاله ای به قلم Gwertzman در نیویورک تایمز ۲۶ اکتبر ۸۳ تحت عنوان: «ترس از یک ایران دیگر، کاخ سفید را فرا گرفته بود».

۴. «امریکا مجبور بود با قدرت و قاطعانه عمل کند» اظهارات رونالد ریگان رئیس جمهور امریکا (واشنگتن پست، ۱۹۸۳ اکتبر ۲۶).

۵. عین کلمات جورج شولتز وزیر امور خارجه امریکا که در همان شماره واشنگتن پست چاپ شده است.

۶. قوه محركه برای اتخاذ تصمیم حمله به گرانادا توسط دولت ریگان، نگرانی آن حکومت از احداث یک فرودگاه ۹,۰۰۰ پائیز توسط کوبانیها در Point Salines. ظاهرآ عقیده بر این بود که این فرودگاه وقتی تکمیل می شد به عنوان پایگاه ساختگیری هوایپماهی شوروی که اسلحه و مهمات به نیکاراگوئه حمل می کردند مورد استفاده قرار می گرفت. علاوه بر آن، ممکن بود که پایگاهی برای کوبانیها باشد که اسلحه به آنگوا بفرستند و یا اصولاً برای عملیات خرابکارانه در منطقه سفلای کارائیب از آن بهره برداری کنند (واشنگتن پست ۱۹۸۳ اکتبر ۲۹ و منابع دیگر).

حقوقی مترتب بر این اقدام را نمی‌توان نادیده گرفت و خواه ناخواه این سؤال پیش می‌آید که آیا ایالات متحده قانوناً حق مداخله نظامی – چه به تنهایی و چه با همراهی کشورهای دیگر – در امر سیاست داخلی گرانادا را داشته است یا نه؟ اگر موضوع مورد مطالعه دقیق‌تر قرار گیرد، به اشکال می‌توان به موجب قوانین بین‌المللی برای اقدام امریکا توجیه رضایت‌بخش و حتی قابل قبولی یافت.

قاعدة عدم مداخله به عنوان یک اصل لازم الاجراء یکی از اصول مسلم و شناخته شده در حقوق ملتها است. کشورها مکلفند که در روابط بین‌المللی خود، در امور داخلی یا خارجی کشور دیگری مداخله نظامی نکنند مگر در چند مورد بخصوص از قبیل دفاع مشروع یا اصلاح رفتار ناهنجار اتباع خود در سرزمین دیگر، آن هم فقط در صورتیکه همه اقدامات مسالمت‌آمیز انجام شده، اما بی‌نتیجه مانده باشد، یا در مورد جلوگیری از نقض آشکار حقوق بشر – که درواقع نوعی مداخله انساندوستانه است – یا در احیت درخواست آشکار و اصیل یک دولت قانونی و یا طبق یک عهدنامه معتبر که اجازه چنین مداخله‌ای را داده باشد. در مورد اقدام جمعی، ممکن است مداخله نظامی از جانب یک سازمان بین‌المللی و به نمایندگی از طرف جامعه ملل و یا در اجرای اصول و قواعد حقوق بین‌الملل صورت گیرد. معذلک علی‌رغم اینکه این توجیهات که بیشتر جنبه مسکن دارند، مطلوب و عملی و اخلاقی هستند، اما این حقیقت همچنان باقی است که به موجب حقوق بین‌الملل مداخله مسلحانه فی نفسه نوعی نقض حق است – حقی که نباید تضییع شود – و به همین دلیل، مداخله نظامی قانوناً عملی خصمانه تلقی می‌شود. بررسی ماهیّت تاخت و تاز نظامی امریکا به گرانادا در پرتو همین موازین و نکات، بی‌گمان آموزنده خواهد بود.

در اینکه تجاوز به گرانادا مبتنی بر دفاع مشروع در قبال یک حمله مسلحانه نبوده است، تردیدی وجود ندارد. به موجب حقوق

بین الملل، چنین دفاع مسلحه‌ای در صورتی مجاز است که یک کشور در معرض خطر واقعی و فوری دخالت نظامی از خارج قرار گرفته باشد. با توجه به نابرابری عظیم نیروی نظامی دو کشور، مسخره و احمقانه است که پذیریم جریانات و فعالیتهای داخلی گرانادا با نیروی نظامی دوهزار نفری آن کشور، امنیت ایالات متحده امریکا را به خطر افکنده بوده است. همچنین به فرض اینکه «کوبای دیگری» در منطقه کارائیب در شرف تکوین بوده که تهدید مستقیمی بر ضد امریکا تلقی می‌شده است، باز هم این واقعیت نمی‌تواند استفاده از نیروی نظامی را به عنوان دفاع مشروع پیشگیرانه دربرابر به خطر افتادن امنیت امریکا از نظر حقوقی توجیه کند.

به موجب حقوق بین الملل، هر کشوری قانوناً حق دارد که طبق اصل حق تعیین سرنوشت داخلی خود هر نوع نظام سیاسی حکومتی را که مایل باشد، انتخاب کند. بعلاوه چنین حقی بطور کامل و تمام عیار و نیز بدون دخالت کشورهای دیگر قابل استفاده است. تأسیس حکومتی که از لحاظ ایدئولوژیکی مطبوع طبع کشور دیگری نباشد، به کشور اخیرالذکر این اجازه را نمی‌دهد که به بهانه دفاع از امنیت خود به حمله نظامی توسل جوید. به عیارت دیگر، کشورها با فرض اینکه ممکن است روزی در معرض تهدید کشور دیگری قرار گیرند، نمی‌توانند برای خود حق مداخله نظامی قائل شوند. چنین «دفاع مشروع پیشگیرانه‌ای» فقط در صورتی توجیه‌پذیر است که یک خطر فوری و عینی یا ملموس وجود داشته باشد نه هرگونه خطر فرضی و بالقوه. بنابراین هر نوع مداخله‌ای که بدون توجه به چنین شرایط حقوقی برای دفاع مشروع انجام گیرد، به خودی خود نامشروع خواهد بود. همدمستی آشکار و پنهان یک کشور به منظور براندازی یک رژیم مخالف به معنای مداخله غیرقانونی، و از این رو، نقض موازین بین المللی [و جرم] است.

آنچه که در مورد قضیه گرانادا از نظر حقوقی مهم تلقی گردیده،

حفظ جان اتباع امریکائی در جزیره بوده است؛ ولی واقعیت این است که این نگرانی بخصوص، توسط دولت امریکا بعداً و به منظور توجیه قانونی اقدام خود مطرح شده است. گرچه بطور سنتی و سابقاً مداخله نظامی یک کشور در کشور دیگر برای حفظ اتباع خود از دیدگاه حقوق بین الملل کم و بیش موجه شناخته شده است، اما در سالهای اخیر مداخله «محدود» برای دفاع مشروع با تعابیر مختلف تفسیر شده و از لحاظ قانونی مورد انتقاد شدید قرار گرفته است. تعجبی نیست که این تغییر نظر حقوقی عمدتاً از آنجا ناشی شده است که بعضی از کشورها به بهانه موقعیت و شرایط بزون مرزی خود سوءاستفاده های زیادی از آن می کردند. علاوه بر آن، با بسط و گسترش موافقنامه های بین المللی، اینک اصل عدم مداخله بدون استثناء و بدون هیچگونه قید و شرطی محترم شناخته شده است.

دلیل مداخله امریکا در گرانادا را شاید بتوان بر مبنای پاره ای موازین بین المللی ناظر به کمکهای انساندوستانه، به نوعی توجیه کرد؛ اما سؤال اساسی این است که آیا مراجع دولتی گرانادا به آن اندازه درهم ریخته بوده که به تبع آن، آرامش و امنیت اتباع امریکائی در آن کشور نیز بطور واقعی مورد تهدید قرار گرفته باشد؟<sup>۷</sup>

اینکه جان اتباع امریکائی در گرانادا به علت شرایط سیاسی عملاً در خطر بوده، قابل بحث می باشد ولی مسلم است که بر اثر این حمله، اتباع امریکائی از وضعی کم و بیش نامساعد نجات یافتند، مضارفاً اینکه توسل به این اقدام سبب شد که از امکان گروگانگیری آنها شبهه آنچه در ایران اتفاق افتاد، جلوگیری شود.

معذلک برای توجیه قانونی اقدام امریکا براساس ملاحظات

۷. مقاله واشنگتن پست ۲۶ اکتبر ۱۹۸۳ تحت عنوان: «امریکائیهای مقیم گرانادا به خانه باز می گردند. آنها می گویند که قل از حمله به گرانادا در امان بوده اند».

بشردوستانه، چه در گرانادا و چه در هر جای دیگری، باید با احتیاط رفتار شود. به منظور حفظ اصول قانونی باید از توصل به مداخله - چه به منظور حفظ جان اتباع و چه برای هر هدف انساندوستانه دیگری - شدیداً جلوگیری شود. بعلاوه به مخاطره افتادن جان گروهی از اتباع برای توجیه مداخله باید واقعی، قریب الوقوع، معتبر و معتباه باشد. و بالآخره عملیات نظامی (مداخله) باید محدود به یک گروه نجات با هدفهای مشخص باشد نه اینکه به صورت حمله مهیبی علیه بنیاد سازمانی یک دولت درآید. اینها شرایط اساسی و جدی لازم از نظر موازین بین المللی هستند که برای توجیه مداخله باید تحقق یابند و نه پاره‌ای شرایط ضمنی یا فرعی. نکته دیگر اینکه شایه سوءاستفاده درین مورد بسیار زیاد است، یعنی جامه بشردوستانه به یک مداخله نظامی پوشاندن ولی در پوشش این آراستگی عملأ طرحهای تاکتیکی یا ایدئولوژیکی را پیاده کردن. اگر ملاحظات اخیر در سلسله مراتب انگیزه‌های امریکا برای حمله به گرانادا قرار داشته باشد در این صورت وجهه قانونی مشارکت و مداخله امریکا در حمله به گرانادا نیز محل تردید قرار گرفته و منتفی خواهد شد. بالأخص یکی از صور فرینده این اقدام دیپلماسی تمام عیار و برچسب قانونی زدن بر عملیات نظامی امریکا آن است که ایالات متحده امریکا حداقل توسط پنج عضو سازمان کشورهای کارائیب شرقی (OECS) دعوت شده بود تا در گرانادا دست به مداخله مسلح بزنند. در اساسنامه این سازمان که در سال ۱۹۸۱ تشکیل گردیده مقرراتی برای امنیت جمعی کشورهای عضو سازمان پیش‌بینی شده است. ماده ۸ اساسنامه چنین مقرر می‌دارد:

«کمیته دفاع و امنیت، مسئولیت هماهنگی مساعی کشورهای عضو را به منظور دفاع جمعی و حفظ صلح و امنیت در مقابل تجاوز

• اعضای این سازمان عبارتند از آنتیگا، Organization of Eastern Caribbean States دومینیکا، گرانادا، مونترسارت، سنت کیتس نویس، سنت لوسیا، سنت وینسنت و گرنادین.

خارجی و نیز مسئولیت بسط و توسعه روابط نزدیک بین کشورهای عضو سازمان را در مسائل مربوط به دفاع خارجی و امنیت، از آن جمله اقدامات مربوط به مبارزه با عملیات مزدوران را که با کمک عوامل داخلی یا ملی یا بدون آن فعالیت می‌کنند، به عهده خواهد داشت و این اقدامات در اجرای ماده ۵۱ منشور سازمان ملل که دفاع فردی یا جمعی را از حقوق مسلم شناخته است انجام خواهد گرفت.<sup>۸</sup>

گرچه «دفاع جمعی» به ترتیبی که فوقاً بیان گردید در عهداً نامه تشکیل سازمان «OECS»، گنجانده شده ولی در هیچ ماده‌ای از آن ذکری از درخواست کمک خارجی بر ضد یک کشور عضو سازمان به میان نیامده است. بعلاوه پی بردن به گونه این مطلب بسیار مشکل است که عهداً نامه منعقد بین هفت کشور کوچک چگونه می‌تواند از نظر حقوقی سبب حمله ایالات متحده به یکی از اعضای همان سازمان، آن هم به دستور سایر کشورهای عضو همان عهداً نامه، بشود؟ بعلاوه اینکه آیا حمله به گرانادا با قصد اولیه امضا کنندگان عهداً نامه هماهنگی دارد یا نه، و در همین راستا، آیا با مقررات ویژه‌ای که در رابطه با «دفاع خارجی» و «دادن ترتیبات لازم برای امنیت دسته جمعی در مقابل تجاوز خارجی» که در اساسنامه سازمان «OECS» آمده منطبق است یا خیر، تردید بسیار

۸. عبارات ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحده از این قرار است:  
«اگر یکی از اعضای سازمان ملل متحده مورد حمله مسلحانه قرار گیرد، تا زمانی که شورای امنیت اقدامات لازم را برای حصول امنیت و صلح بین المللی بعمل نیاورده است، هیچ چیز در این منشور نمی‌تواند مانع حق مسلم دفاع فردی یا جمعی گردد. اقداماتی که توسط کشورهای عضو در اعمال این حق دفاع از خود بعمل آمده است باید بالافاصله به شورای امنیت گزارش شود و این اقدامات به هیچوجه در اختیارات و مسئولیتهای شورای امنیت که به موجب این منشور به منظور حفظ یا اعاده امنیت و صلح بین المللی می‌تواند به اقدامات لازم توصل جوید، تأثیری نخواهد داشت».

زیادی وجود دارد.<sup>۹</sup>

دلایل چندی استفاده از عهده‌نامه سازمان کشورهای کارائیب شرقی برای مشروعیت قانونی بخشیدن به مداخله امریکا در گرانادا را رد می‌کند:

نخست آنکه ایالات متحده طرف و امضاکننده عهده‌نامه نیست و بنابراین خارج از شمول قانونی آن قرار دارد. (جالب این است که باربادوس و جامائیکا هم که در حمله به گرانادا مشارکت داشته‌اند عضو سازمان «OECS» نبوده‌اند.)

دیگر آنکه ماده ۸ اساسنامه سازمان «OECS» ناظر به «دفاع

۹. در این رابطه حداقل یک مفسر حقوقی بین‌المللی بطور قطعی اظهارنظر کرده است که «اموریت امریکا / سازمان در گرانادا به موجب ترتیبات امنیت منطقه‌ای که در ماده ۵۲ منشور سازمان ملل پیش‌بینی می‌شود، از لحاظ قانونی موجّه بوده است. مفاد این ماده به قرار زیر است:

«(۱) هیچ چیز در این منشور نمی‌تواند مانع ایجاد نمایندگیها یا ترتیبات منطقه‌ای به منظور برخورد با مسائل مربوط به حفظ صلح و امنیت بین‌المللی که با اقدامات آن منطقه مناسب باشد، بشود به شرط آنکه چنین نمایندگیها یا ترتیبات یا اقدامات آنها با هدفها و اصول سازمان ملل هماهنگی داشته باشد.

(۲) اعضای سازمان ملل که چنین ترتیباتی را می‌دهند یا چنین نمایندگیهای را بوجود می‌آورند، تمام مساعی خود را بکار خواهند برد تا اختلافات منطقه‌ای را قبل از اینکه به شورای امنیت ارجاع کنند، از طریق همان ترتیبات یا نمایندگیها بطور مسالمت آمیز حل و فصل نمایند.

(۳) شورای امنیت حل و فصل اختلافات منطقه‌ای را از طریق چنین نمایندگیها یا ترتیبات منطقه‌ای چه به ابتکار کشورهای مربوط صورت گیرد و چه توسط شورای امنیت ارجاع گردد، تشویق خواهد نمود.

(۴) این ماده مانع از اجرای مواد ۳۴ و ۳۵ نخواهد بود.»

اینکه «بکار بردن مساعی برای حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات» در مورد گرانادا توسط امریکا یا سایر کشورهای عضو سازمان اعمال گردیده است محقق و روشن نیست و بنابراین مرتبط کردن قانونی بودن عمل را با ماده ۵۲ منشور سازمان ملل جدأً مورد سؤال قرار می‌دهد.

جمعی و حفظ صلح و امنیت در مقابل تجاوز خارجی» است، در حالیکه اصلاً «تجاوز خارجی» وجود نداشته و گرانادا خود عضو سازمان «OECS» و امضایکننده عهدنامه بوده است. بعلاوه در هیچ جای عهدنامه درباره امنیت جمعی یا اقدامات تدافعی علیه یکی از کشورهای عضو سخنی به میان نیامده است. خلاصه آنکه در عهدنامه از اقدامات نظامی ذکری نشده جز در موارد مربوط به «حمله خارجی و از آن جمله عملیات مزدوران»، در صورتیکه در قضیه گرانادا در ۱۹۸۳ چنین مواردی وجود نداشته است.

نکته سوم مربوط است به روش اتخاذ تصمیم در سازمان «OECS». ماده ۵ عهدنامه مقرر می دارد که تصمیمات مربوط به دفاع و امنیت باید به اتفاق آرای اعضای سازمان اتخاذ گردد.<sup>۱۰</sup> این شرط محققًا در مورد گرانادا رعایت نشده است. به قراری که گزارش شده، سه عضو سازمان یعنی گرانادا، سنت کیتس نویس و مونتسرا اساساً در رأی گیری شرکت نداشته اند.<sup>۱۱</sup> به هر صورت، حتی اگر آن دو کشور

۱۰. متن کامل ماده ۵ عهدنامه عبارت است از: «تصمیمات و دستورالعملهای کمیته دفاع و امنیت به اتفاق آراء اتخاذ می‌گردد و برای مؤسسات وابسته کشورهای عضو لازم الایتعاب می‌باشد مگر اینکه هیئت عالی به نحو دیگری تعیین نموده باشد». و ماده ۶ چنین است: «هیئت عالی (که عبارت است از سران کشورهای عضو) بالاترین مقام تصمیم‌گیرنده سازمان می‌باشد. اتخاذ تصمیم مستلزم آن است که اعضای حاضر در جلسه به اتفاق آراء، رأی مثبت بدھند و چنانچه عضوی یا اعضاً غایب بودند، تصمیم هیئت عالی را متعاقباً تصویب نمایند یا اینکه نظر مخالف خود را ابراز دارند».

۱۱. مجله تایم در ۷ نوامبر ۱۹۸۳ گزارش داده است که سران کشورهای عضو سازمان در جلسه موتخ ۲۱ اکتبر خود در باربادوس «به اتفاق آراء از ایالات متحده تقاضا کردند که کاری درباره گرانادا بکنند. باربادوس و جامائیکا که عضو سازمان نبودند به درخواست کمک از امریکا ملحق شدند». آقای دام معاون وزارت خارجه شهادت داد که «این سران کشورهای منطقه کارائیب در اعتقاد خود مبنی بر اینکه اوضاع و احوال در گرانادا بشدت رو به بدی و وخامت می‌رود و تهدیدی است برای تمام منطقه که توسل فوری به زور را ایجاد می‌کند، اتفاق نظر— تکرار می‌کنیم — اتفاق نظر داشتند».

(سنت کیتس نویس و مونتسرا) هم رأی مثبت داده باشند، مشکل بتوان تصور کرد که گرانادا به نفع دخالت نظامی خارجی در امور داخلی خود رأی موافق داده باشد.

جالب این است که همین نکته بحث انگیز-یعنی اینکه خود دولت گرانادا ممکن است برای مداخله خارجی در امور داخلی کشورش داوطلب شده یا حتی از آن حمایت کرده باشد-توسط ایالات متحده به عنوان مبنای توجیه قانونی عملیات گرانادا مطرح شده است. در شهادتی که آقای کنت دام معاون وزارت خارجه امریکا در مقابل کمیته روابط خارجی سنای امریکا داده، فاش کرده است که سپاول اسکون<sup>\*</sup> فرماندار کل گرانادا محروم‌انه پیامی برای درخواست کمک از کشورهای عضو «OECS» و سایر کشورهای منطقه برای اعاده نظم در جزیره مخابره کرده است. یعنی «دعوت به اقدام» که توسط فرماندار کل گرانادا مطرح شده توسط حکومت ریگان چنین تفسیر شده است:

«این دعوت، چه از نظر حقوقی و چه از نظر سیاسی، در اتخاذ تصمیم امریکا و سایر کشورهای شرکت‌کننده در نیروهای مسلح برای حمله به گرانادا عامل بسیار مهمی بوده است. مقام فرمانداری کل در رابطه با وقایع اسف‌باری که من شرح داده‌ام، تنها مقام حکومتی قانونی در جزیره بوده است. ما و کشورهای «OECS» برای تقاضای نامبرده ارزش اخلاقی و قانونی خاصی قائل شدیم. دعوت یک مقام قانونی حکومتی، از نظر حقوق بین‌الملل، مبنای شناخته‌شده‌ای است تا طبق آن کشورهای خارجی، درخواست کمک آن مقام را پذیرند.»

درباره قانونی بودن مداخله خارجی که بر مبنای دعوت اصیل و صریح یک دولت قانونی صورت گرفته باشد جای بخشی وجود ندارد و اینچنین عملی در حقوق بین‌الملل به رسمیت شناخته شده است، اما

\*Sir Paul Scoon

بحث بر سر خصوصیت و ماهیت دقیق قانونی بودن فرماندار کل و اختیارات قانونی نامبرده طبق قانون اساسی جاری گرانادا است؛ یعنی آیا فرماندار کل به تنهایی طبق قانون اساسی موجود، حق دعوت از نیروی نظامی خارجی برای ورود به خاک آن کشور را دارا بوده است؟ واقعیتهای سیاسی، قضائی و قانون اساسی گرانادا در اکتبر ۱۹۸۳ قویاً ثابت می‌کند که نامبرده دارای چنین حقی نبوده است.

به موجب قانون اساسی سال ۱۹۶۷ که گرانادا پس از کسب استقلال از بریتانیای کبیر تصویب کرده بود، فرماندار کل از اختیارات اجرائی وسیعی برخوردار بوده که می‌شد دعوت مداخله خارجی را از جمله آن اختیارات به حساب آورد و آن را معتبر شناخت<sup>۱۲</sup>؛ اما در مارس سال ۱۹۷۹ این قانون اساسی توسط دولت جدید بیش از حال تعلیق درآمد و در عوض یک سلسله «قوانين خلقی» وضع شد که به موجب یکی از آنها (قانون خلقی شماره ۱ به تاریخ ۱۳ مارس ۱۹۷۹) «کلیه اختیارات اجرائی و قانونگذاری» به حکومت انقلابی خلقی تفویض می‌گردید و شخصیت حقوقی فرماندار کل را فقط در عنوان «نماینده ملکه» محدود می‌کرد و اختیارات او عبارت بود از «وظایفی که گاه بگاه

۱۲. قسمت ۵۷ قانون اساسی سال ۱۹۶۷ مقرر می‌داشت که: «اختیارات اجرائی دولت به علیا حضرت ملکه تفویض گردیده و علیا حضرت می‌تواند شخصا یا توسط صاحبمنصبانی که منصوب می‌نماید، آن اختیارات را اعمال نماید». فرماندار کل همچنین اختیار داشت که یک وضع اضطراری ملی را اعلام نماید. شاید فرماندار کل، به لحاظ فدت بیش نخست وزیر گرانادا در ۱۹ اکتبر ۱۹۸۳، بنا به قضاوت شخصی خود از اختیارات مفوضه به نامبرده به موجب قانون اساسی سال ۱۹۶۷ استفاده نموده است، زیرا نمی‌توانسته نظر نخست وزیر را، به علت غیبت یا بیماری او، کسب نماید. ظاهراً همین قضاوت و استنباط شخصی فرماندار کل بوده که توanstه است «در غیبت یا بیماری نخست وزیر» اختیارات قانونی او را شخصاً اعمال نماید. البته اگر قانون اساسی سال ۱۹۶۷ در آن زمان (۱۹۸۳) در گرانادا مورد عمل می‌بود، می‌توانست در «درخواست کمک» فرماندار کل اهمیت قانونی زیادی داشته باشد.

توسط حکومت انقلابی خلقی به نامبرده ارجاع می‌گردید» (قانون خلقی شماره ۲ مورخ ۱۳ مارس ۱۹۷۸) <sup>۱۳.</sup>

بنابراین با محدود بودن اختیارات فرماندار کل در عزل و نصبهای نامبرده در آکتبر ۱۹۸۳ به موجب قانون اساسی گرانادا عمدتاً جنبهٔ تشریفاتی و مشورتی داشته است.<sup>۱۴</sup> اینکه آیا فرماندار کل بعد از ۲۶ آکتبر ۱۹۸۳ همچنان به عنوان «تنها مقام حکومتی» مشرع باقی مانده باشد هنوز هم روش نیست و جای بحث دارد، و اینکه مشارُالیه در آن زمان به تنها از لحاظ حقوقی و قانون اساسی اختیارات لازم برای دعوت رسمی از امریکا و کشورهای عضو «OECS» جهت مداخله نظامی را دارا بوده نیز محل اختلاف و گفتگو است؛ اما آنچه مسلم است اینکه فرماندار کل گرانادا فی الواقع بطور خصوصی دعوت به اقدام نموده و اینکه امکان دارد جان شخص خودش نیز در مخاطره بوده است. مغذلک این ملاحظات - که بسختی می‌توان آنها را حائز اهمیت شمرد - به خودی خود و فی نفسه برای مداخله نظامی خارجی در امور داخلی یک کشور مستقل فاقد ارزش قانونی است.

۱۳. حقانیت و قانونی بودن حکومت انقلابی خلقی گرانادا از لحاظ بین‌المللی، امری ثابت شده است. دولت بیش از هفته پس از کسب قدرت، توسط سه کشور منطقه کارائیب (جامائیکا، گویان و باربادوس) به رسمیت شناخته شد و بلافاصله پس از آن هم ایالات متحده و بریتانیا شناسائی رسمی خود را اعلام کردند.

۱۴. به موجب قانون خلقی شماره ۱۸ مورخ ۲ آوریل ۱۹۷۹ وظایف و اختیارات فرماندار کل در همانهایی که در مواد (۶) و (۷) و (۸) و (۹) قانون اساسی سال ۱۹۶۷ تصویب گردیده بود، تثیت شد و طبق قانون خلقی شماره ۱۵ مورخ ۲۹ مارس ۱۹۷۹ این سه ماده از لحاظ قدرت و تأثیر قانونی پا بر جا شناخته شد که به ترتیب عبارت بودند از اختیار عزل یکی از اعضای کمیسیون خدمات عمومی گرانادا، عزل دادستان و عزل یکی از اعضای هیئت پژوهشی.

به هر صورت، واقعیت این است که اختیارات دقیق قانونی فرماندار کل به موجب قانون کشورهای مشترک المنافع بریتانیا همیشه محل بحث و مجادله بوده است.

شاید مهمتر از همه این باشد که آیا حمله نظامی امریکا به گرانادا نقض چندین موافقنامه مهم و اساسی بین المللی نبوده که امریکا خود را قانوناً پای بند آنها می دانسته است، بویژه آن موافقنامه هایی که صراحتاً کشورهای امضا کننده را از استفاده از نیروی نظامی منع می کرده است؟ منشور سازمان ملل (۲۶ ژوئن ۱۹۵۴ در سانفرانسیسکو)، منشور سازمان کشورهای امریکائی (۳۰ آوریل ۱۹۴۸ در بوگوتا) و عهدنامه کمکهای متقابل بین کشورهای امریکائی (عهدنامه ریو، ۲ سپتامبر ۱۹۴۸ در ریودوژانیرو) بخصوص در این باره تأکیدها دارند.

رساترین صدای انتقاد حقوقی از عملکرد امریکا آن است که تاخت و تاز نظامی امریکا در گرانادا و مداخله در امور داخلی آن کشور عملی بوده غیرلازم و غیرقانونی.<sup>۱۵</sup> در اینکه دولتهای حاکم از حق قانونی

۱۵. در زمینه اعتراضات فراوانی که درباره اقدام امریکا بعمل آمده می توان به مأخذ زیر مراجعه کرد:

— «کویا و مکزیک از سازمان ملل علیه اقدام امریکا شکایت کردند» (واشنگتن پست ۲۶ آکتبر ۱۹۸۳).

— «بن (دولت آلمان غربی) از امریکا خواسته است که هرچه زودتر گرانادا را ترک کند» (واشنگتن پست ۲۸ آکتبر ۱۹۸۳).

— «به نظر انگلستان حمله امریکا غیرموجه و خطرباک است» (واشنگتن پست ۲۹ آکتبر ۱۹۸۳).

— «غلب کشورهای عضو سازمان کشورهای امریکائی (OAS) به اقدام امریکا اعتراض کردند» (تايمز ۲۷ آکتبر ۱۹۸۳).

— «بحث درباره گرانادا در سازمان ملل ادامه دارد» (تايمز ۲۷ آکتبر ۱۹۸۳).

— مجمع عمومی سازمان ملل در ۲ نوامبر ۱۹۸۳ با ۱۰۸ رأی موافق و ۹ رأی مخالف قطعنامه شماره ۳۸/۷ خود را صادر و اعلام کرد که دخالت مسلحانه در گرانادا تخلف آشکار از قانون بین الملل بوده است. بسیاری از کشورهای غربی از جمله استرالیا، فرانسه، دانمارک، یونان، ایرلند، ایتالیا، هلند، نروژ، پرتغال و اسپانیا علیه امریکا و به نفع قطعنامه رأی دادند. از میان ۲۷ کشوری که رأی ممتنع دادند عبارت بودند از بریتانیا، ژاپن، آلمان غربی و کانادا که همه آنها بیانیه های عمومی در مخالفت با مداخله امریکا قبلاً

و اساسی استقلال و آزادی برخوردار و از مداخله یا نظارت سیاسی خارجی مصون هستند، مطلقاً بحثی وجود ندارد؛ همچنین اینکه کشورها به موجب حقوق بین الملل حق مداخله در امور داخلی کشورهای دیگر را ندارند نیز قابل انکار نیست. کشورهای عضو سازمان کشورهای امریکائی (OAS) این اصول مسلم را پذیرفته و آن را در ماده ۱۵ منشور خود به شرح زیر گنجانده‌اند:

«هیچ کشوری یا هیچ گروهی از کشورها به هیچ علتی حق مداخله مستقیم یا غیرمستقیم در امور داخلی یا خارجی کشورهای دیگر را ندارد. اصول یاد شده نه تنها استفاده از نیروهای مسلح را منع می‌کند بلکه هر نوع مداخله، یا تهدید علیه شخصیت دولت یا علیه عوامل و بنیادهای سیاسی، اقتصادی و فرهنگی را قدغن می‌نماید.»<sup>۱۵</sup>

منع مداخله نظامی به نوع دیگری در ماده ۱۸ منشور سازمان OAS نیز تصریح گردیده است که مقرر می‌دارد:

«کشورهای امریکائی در روابط بین المللی، خود را متعهد می‌نمایند که از نیروی نظامی استفاده نکنند مگر در مورد دفاع مشروع، آن هم مطابق با عهده‌نامه‌های موجود یا در اجرای مقاد آنها.»

البته باید اعتراف کرد که شرایط سیاسی در گرانادا در طول ماه

صادر کرده بودند. ۹ کشوری که به نفع امریکا و مخالف قطعنامه رأی داده بودند عبارت بودند از امریکا، اسرائیل، السالوادور و شش کشوری که در حمله نظامی مشارکت داشته‌اند.

— متحدان امریکا به قطعنامه‌ای که حمله به گرانادا را محکوم می‌کرد، رأی مسخره‌ای دادند» (واشنگتن پست ۳ نوامبر ۱۹۸۳).

این مقاله بعد از صدور قطعنامه شماره ۳۸/۷ سازمان ملل چاپ شده است.

۱۶ ماده ۱۶ منشور سازمان کشورهای امریکائی بر این عدم مداخله کشورهای عضو به شرح زیر مهر تأکید زده است:

«هیچ کشوری حق ندارد به اقدامات تحمیل کننده که دارای خصوصیت اقتصادی یا سیاسی باشد بر ضد اراده کشور دیگری دست یازد یا چنین اقداماتی را به منظور کسب هر نوع امتیاز، تشویق کند.»

→

اکتبر ۱۹۸۳ تا حدی بی ثبات و شاید هم متزلزل بوده است؛ معذلک حقوق بین الملل، منازعات درونی یک کشور را صرفاً امری داخلی تلقی می‌کند که خارج از وظایف و قلمرو حقوقی سایر کشورها است. بنابراین منازعات درونی هر کشوری منحصرأ به سیاست داخلی همان کشور مربوط می‌شود که به هیچوجه ممکن نبست به خود و به همین سبب موضوع یک جرم بین المللی قرار گیرد.<sup>۱۷</sup> نتیجه آنکه مداخله خارجی برای کمک به فرونشاندن یک جنگ داخلی فاقد مبنای حقوقی است مگر اینکه چنین مداخله‌ای با رضایت خود کشور ذیربط انجام گیرد. ماده ۱۷ منشور سازمان «OAS» این اصل بلا منازع را بی هیچ ابهامی مورد تأیید قرار داده است:

«قلمرو هر کشوری مصون از تعریض است و باید تحت هیچ دلیلی، چه بطور مستقیم و چه بطور غیرمستقیم، توسط کشور دیگری مورد اشغال نظامی قرار گیرد یا به اعمال زور به نحو دیگری توسل شود. تملک تمام یا قسمی از خاک کشورها یا هر نوع امتیازی که با زور یا سایر طرق ارعاب تحصیل گردد، به رسمیت شناخته نخواهد شد.» چنانچه اقدام امریکا به عنوان تجاوز به خاک گرانادا و مداخله در امور داخلی آن تلقی شود، در آن صورت، مشارکت امریکا در این

۱۷. در مورد «منازعات داخلی غیرقابل تحمل»، فرضیه‌ای تحت عنوان ««ثوری ممانعت» وجود دارد که در برخی موارد مداخلات نظامی یک کشور همسایه را قانوناً توجیه می‌کند. بدین معنی که در صورت مشاهده وضعیت ناهنجار داخلی در یک کشور همسایه که سرایت ناآرامی را به داخل مرزهای کشوری دیگر محتمل می‌نماید، کشوری که در معرض چنین احتمالی قرار می‌گیرد، حق دارد با مداخله نظامی و عبور از مرز، شورش یا بلوای داخلی کشور همسایه را فرونشاند و از سرایت آن به داخل خاک خود ممانعت بعمل آورد.

در مورد گرانادا جالب اینجا است که این کشور یک جزیره است و نزدیکترین همسایگانش عبارتند از سنت وینسنت، تربینیداد و ونزوئلا که به ترتیب ۷۵، ۹۰ و ۱۰۰ مایل با آن فاصله دارند.

هم امریکا و هم متحدان آن کشور در منطقه کارائیب که تعهدات مذکور در این عهدنامه را متقابل شده‌اند، قانوناً مکلف بوده‌اند که در جهت حل مسالمت‌آمیز اوضاع گرانادا به اقدامات جدی دیپلماتیک توسل جویند.<sup>۲۰</sup> اما یک نکته هنوز روشن و مشخص نشده و آن این است که حدود و مرز این قبیل «اقدامات جدی دیپلماتیک» با شورای نظامی انقلابی جدید التأسیس حکومت زیرال آستین درست چند روز قبل از حمله، عملأً چگونه بوده است؟ درواقع، اگر ایالات متحده یا «گروه باربادوس» نخواسته یا نتوانسته اند به این تکلیف خود عمل کنند، زیربنای مقاعد کننده برای مشروعیت قانونی حمله به گرانادا سست‌تر خواهد بود. توسل به زور، عجولانه و با سبق تصمیم انجام گرفته است بدون اینکه کشورهای عضو «OECS» کف نفس کرده باشند یا نسبت به موازین بین‌المللی مربوط به حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات احترامی قائل شده باشند.

#### از واقعه گرانادا می‌توان چندین نتیجه گرفت:

نخست آنکه این تجربه، تفسیر و تجاید نظر جدی در ماهیت و چند و چون فعلی حقوق بین‌الملل را ایجاب می‌نماید. در امور سیاسی بین‌المللی، نظر شایع آن است که دولتها کوشش دارند در جهت منافع ملی خود گام بدارند. بنابراین حقوق بین‌الملل نا‌آنجا کاربرد پیدا می‌کند که دولتها اجازه آن را می‌دهند. هنگامی که منافع مشهود ملی کشوری در مقام و موقعیت برتری قرار می‌گیرد، حقوق بین‌الملل نیز در معرض آسیب قرار می‌گیرد. حقوق بین‌الملل بیشتر در توجیه عقلائی بودن چنین اقداماتی بکار گرفته می‌شود تا اینکه بتواند باید: یا - مای مبتنی بر چنین منافع ملی لگام بزند. ماجراهی حمله نظامی امریکا به

۲۰. بعضی از مفتران حقوقی را عقیده بر این است که هیچ نوع مدرکی وجود ندارد که اثبات کند که به چنین وسائل و طرقی توسل شده است.

گرانادا مؤید همین واقعیت است. ایالات متحده با دستاوردهایی که از دیدگاه سیاسی و استراتژیکی از حمله نظامی به گرانادا به دست آورده، ملاحظات دیلماتیک را که خود حاوی موانع حقوقی بین‌المللی نیز هست، زیر پا گذاشته و به آنها بی‌اعتنائی نموده است.<sup>۲۱</sup>

نتیجه گیری دوم به نظم و قانون و ابزار حصول آن مربوط می‌شود؛ یعنی اینکه هر چیزی را که «خوب»، «درست» و «عادلانه» است نمی‌توان الزاماً به کمک وسائل قانونی به دست آورد. نجات اتباع امریکائی از مخاطرات، عملی است «خوب»؛ اعادة نظم و قانون به جای هرج و مرج سیاسی «درست» به نظر می‌رسد و برکناری یک رژیم جابر و توتالیتار و جایگزین کردن آن با یک دولت دموکراتیک نیز «عادلانه» جلوه می‌کند. اما حقوق بین‌الملل باید تصمیم بگیرد که چگونه می‌توان با طرق و ابزارهای قانونی به این اهداف نائل آمد. با درگیری نظامی امریکا در گرانادا این اهداف، هم از نظر نظامی و هم از لحاظ سیاسی و استراتژیکی محقق تا تحصیل شده است. حتی اگر اینطور هم باشد، توسل به زور که برای حصول آنها بکار گرفته شده است، قانونی بودن آنها را آشکارا در معرض سوء‌ظن قرار می‌دهد. که نباید بدون تعمق از کنار آن گذشت.

تهاجم به گرانادا از لحاظ کارهای نیز که انجام نگرفته و ترک شده شایان توجه است. هیچگونه دعوتنامه رسمی توسط حکومت گرانادا برای هیپتس جهت مداخله خارجی صادر و ارسال نشده است. نه

۲۱. نیویورک تایمز در مقاله‌ای که تحت عنوان «چه تهدیدی از جانب گرانادا وجود داشته است؟» در تاریخ ۲۶ آکتبر ۱۹۸۳ به چاپ رسانده، بخوبی در این باره اظهار سقیده کرده است منی بر اینکه «این اقدام یک عمل سیاسی و هدف آن رهانیدن حوزه کارائیب از منطقه نفوذ سوری بوده و خواسته است به رادیکالهای امریکای مرکزنی نشان دهد که اگر لازم باشد امریکا به جای توشن به فواین یا عهده‌نامه‌ها، از لجستیک (نیروی نظامی) استفاده خواهد کرد».

هیچکی از اعضای سازمان کشورهای کارائیب شرقی (OECS) و نه ایالات متحده، موضوع را به سازمان کشورهای امریکائی (OAS) یا به شورای امنیت سازمان ملل جهت حل مسالمت آمیز مسئله ارجاع ننموده‌اند. امریکا هیچگونه کوشش قانونی برای استناد به مقررات اجرائی عهدنامه «ریو» یا هیچ نوع ادعای آشکار برای توصل به «دکترین مونرو»<sup>۲۲</sup> به عنوان بهانه‌ای جهت مشارکت در حمله، معمول نداشته و مطرح نکرده است، و بعلاوه برای راهنمائی و مشاوره سیاسی با کشورهای امریکایی لاتین که خارج از حوزه کارائیب قرار داشته‌اند، هیچ کوششی بعمل نیامده است. بطورکلی، مفهوم این ترک فعلها آن است که امریکا استفاده سریع و قاطع از نیروی نظامی را به استفاده از راههای عادی دیپلماتیک مقدم داشته است. اینکه این تصمیم امریکا درباره گرانادا انحراف از موازین متعارف بوده یا نشانی است از سیاست خارجی جسورانه این کشور در دوره معاصر، همچنان قبل بحث باقی مانده است. در هر صورت، این فکر پیش می‌آید که بالأخره جایگاه حقوق بین‌الملل در اولویتهای سیاست خارجی امریکا کجا است؟

۲۲. Monroe Doctrine در ۲ دسامبر ۱۸۲۳ جیمز مونرو رئیس جمهور وقت امریکا پیامی به کنگره ارسال داشت مبنی بر اینکه اروپا و امریکا دو حوزه فعالیت سیاسی جدا و متمایز از هم را تشکیل می‌دهند که نباید در امور سیاسی یکدیگر مداخله نمایند، و منظور از امریکا تمامی قاره‌های شمالی و جنوبی بود. پیام مونرو تقریباً عین بیانات جرج واشینگتن اولین رئیس جمهور امریکا در ۱۹ سپتامبر ۱۷۹۶ می‌باشد. این پیام در سال ۱۸۶۰ رسماً به عنوان «دکترین مونرو» درآمد و در اروپا شناخته شد. در پیش‌نویس منشور جامعه ملل در سالهای ۱۹۱۹ و ۱۹۲۰ از «دکترین مونرو» به عنوان اصل مضمون داده اند. امور داخلی کشورهای دیگر نام برده شد و مبنای سیاست خارجی امریکا قرار گرفت. اما بعد از جنگ بین‌الملل دوم که امریکا قدرت نظامی بزری نسبت به اروپا کسب کرده است، کمتر به این دکترین اشاره می‌شود و امریکا سعی دارد که از طریق کشورهای عضو سازمان OECS «اقدام کند، کما اینکه گندی رئیس جمهور وقت امریکا در بحران موشکی ۱۹۶۲ کوبا به همکاری کشورهای مزبور تکیه داشت نه به دکترین مونرو.

با توجه به جایگاه حقوق بین‌الملل در سیاست خارجی امریکائیها چهارمین نتیجه گیری حاصل می‌شود. بدین معنی که جا دارد در حمله امریکا به گرانادا با روح و مفهوم موازین حقوق بین‌الملل در مورد استفاده از نیروی نظامی، شک کرد. هیچ نشانه‌ای وجود ندارد که اوضاع داخلی گرانادا امریکا را بطور آشکار، مستقیم و فوری مورد تهدید قرار داده باشد. گرچه باید اعتراف کرد که اوضاع سیاسی داخلی گرانادا متزلزل بوده، ولی کانالهای دیپلماتیک برای حل مسالمت‌آمیز مسئله همچنان باز بوده است. گرچه نمی‌شد توفیق در این امر را تضمین کرد، ولی لازم بود که امریکا قبل از توسل به نیروی نظامی برای نیل به یک راه حل رضایت‌بخش دیپلماتیک برای حل بحران، مساعی خود را به کار می‌برد. در این باره به یک قرینه پنهانی در مورد تمامی ماجرا در تاریخ دیپلماسی قرن بیست امریکا برمی‌خوریم. گرانادا در این ماجرا خاطرات نامطبوع جمهوری دومینیکن در سال ۱۹۶۵<sup>۲۳</sup>، محاصره دریائی

۲۳. در سپتامبر ۱۹۶۳ رئیس جمهور منتخب جمهوری دومینیکن با یک کودتای نظامی برکنار شد و یک شورای نظامی اداره امور کشور را به دست گرفت. در روزهای ۲۴ و ۲۵ آوریل ۱۹۶۵ قسمتی از نیروی نظامی حاکم بر کشور خواستار بازگشت رئیس جمهور برکنار شده گردید و با همکاری جناح چپ، کنترل سانندومنیگو-پایتخت کشور را به دست گرفت، ولی سایر شهرهای دومینیکن در دست شورای نظامی به رهبری ژنرال ایمپری باقی ماند. در ۲۸ آوریل هنگامی که شورای نظامی ژنرال ایمپری به ایالات متحده اعلام نمود که نمی‌تواند از جان اتباع خارجیان در پایتخت حفاظت کند، ۴۰۰ تفنگدار دریائی امریکا به بهانه حفظ جان اتباع امریکا و سایر خارجیان در سانندومنیگو پیاده شدند و بتدریج به میزان قابل ملاحظه‌ای به تعداد آنها افزوده شد. سران بسیاری از کشورهای امریکایی لاتین و حتی برخی از کشورهایی که روابط دوستانه و صمیمانه‌ای با امریکا داشتند شدیداً به اقدام نظامی امریکا اعتراض کردند. نتیجه آنکه در ۶ ماه مه ۱۹۶۵ سازمان کشورهای امریکائی (OAS) یک نیروی صلح تشکیل داد که تفنگداران دریائی امریکا هم جزء آن نیرو درآمدند. عقب‌نشینی نیروهای نظامی پس از انتخابات ریاست جمهوری که زیرنظر «OAS» انجام گرفته بود از اول ژوئیه ۱۹۶۶ آغاز شد و در ۲۱ سپتامبر همان سال پایان یافت.

کوبا در سال ۱۹۶۲ و دیپلماسی توپ و تشر و سیاست چماق بزرگ تئودور روزولت درباره امریکای لاتین را به یاد می آورد. تمامی اینها مؤید این واقعیت است که حمله اکتبر ۱۹۸۳ امریکا به گرانادا ممکن است در مقام مقایسه با طرح کلی وقایع و تاریخ در نیمکره غربی، چندان حائز اهمیت نپاشد. پیامدهای سیاسی واقعه گرانادا محتملاً برای مذتهای مديدة در خاطره کشورهای امریکای لاتین باقی خواهد ماند و پیکر گسترده غول شمالی را که با دستهای پر از اسلحه با همسایگان وحشت زده اش در جنوب روبرو می شود، زنده نگاه خواهد داشت. درست یا غلط، میراث سیاست جنگ طلبانه امریکا که لباس میهن پریستی به تن کرده است در آن منطقه سایه گسترده است. با یادآوری گرانادا این سیاست امریکا بدون شک برای سالهای سال همچنان در اذهان زنده و مجادله آمیز، باقی خواهد ماند.

با ارزیابی نتایج حاصل می توان گفت که واقعه گرانادا از لحاظ حقوق بین الملل، و نه از لحاظ امنیت منطقه ای، پیشگوئی خواهایندی را دربرندارد. چنین به نظر می آید که مورد، از مصاديق مداخله یکجانبه از طرف امریکا باشد که با سبق تصمیم آشکاری نسبت به همسایگان جزیره نشینش صورت گرفته است، بدون اینکه به حق حاکمیت یا استقلال سیاسی گرانادا کوچکترین اعتنایی شده باشد. اینکه احتمالاً نتایج حاصل از حمله امریکا خوب و عادلانه بوده، امر دیگری است، ولی وسایل و ابزاری که برای نیل بدان نتایج مورد استفاده قرار گرفته، از لحاظ حقوقی قابل دفاع نیست و تأسف انگیز است.

از تجربه گرانادا می توان چنین استنباط کرد که ایالات متحده امریکا - که قهرمان ستی و خوارک رسان نظم و حقوق بین الملل در قبال رژیمهای جابرانه به شمار می رفته - گزینشهای سیاسی و نیز تواناییهای سیاسی خود را در منطقه مورد تجدیدنظر قرار داده و چنین نتیجه گیری کرده است که دیگر نمی تواند تابع «قواعد بازی» باشد. اگر اینطور

باشد، حقیقتاً مایه تأسف است. حقوق بین‌الملل برای نظم و نسق دادن به رفتارها و برخوردهای بین دولتها است تا از این طریق برخوردها و خشونتهای بین ملتها را به حداقل تقلیل دهد. مداخله نظامی یکطرفه و حتی گروهی، نه تنها به بقای حقوق بین‌الملل در دنیائی که با حکومتهای با حق حاکمیت ملی احاطه شده است کمک زیادی نمی‌کند، بلکه راستی را که بطور ریشه‌ای از وزن و اهمیت آن می‌کاهد.



---



---

## فهرست موضوعی مقالات

### «مجله حقوقی»

از شماره ۱ تا شماره ۱۰

---





## ● اشاره

فهرستی که ملاحظه می‌کنید، حاوی مشخصات و عنایون مقالات منتشره در «مجلة حقوقی» از شماره ۱ تا پایان شماره ۱۰ از نظر موضوعی است. در عین حال، فهرست مذکور نشان‌دهنده کارنامه مجله در دوره انتشار ده شماره اول آن که حدود چهار سال بطول انجامیده نیز می‌باشد. قصد اصلی از تنظیم این فهرست آسان کردن کار مراجعان و متخصصان به مطالب و مقالات منتشر در «مجلة حقوقی» بوده است. امید است برای پژوهشگران و علاقه‌مندان مفید افتاد.

شناسه هر مقاله دارای مشخصات زیر است:

نام خانوادگی نویسنده، نام کوچک نویسنده، عنوان مقاله، نام مترجم (در صورتیکه مقاله به صورت فارجعه منتشر شده باشد)، شماره ردیف مجله، سال

انتشار، وشمارهٔ صفحاتی که مقاله در آن به چاپ رسیده است. ضمناً مقالات ذیل هر عنوان بحسب حرف اول نام فamil نویسنده به ترتیب حروف الفبا آمده است.

### فهرست اسامی

علاوه بر فهرست موضوعی، فهرست اسامی نویسندگان و یا مترجمان همراه با شماره مجله و شمارهٔ صفحاتی که مقاله ایشان در آن چاپ گردیده نیز قید شده است. در فهرست اسامی نویسندگان و یا مترجمان، حرف «ن» یعنی نویسنده و حرف «م» یعنی مترجم که در کنار هر اسم مشخص شده است.

«سردیر»

### آزمایش‌های آنی (فانوئی بودن)

- برنیر، شانتل: تحولات جدید حقوق بین‌الملل عمومی در مورد فانوئی بودن آزمایش‌های آنی در دریای آزاد، ترجمه رضا فیوضی، شماره پنجم (بهار ۶۵)، ص ۴۳.

### آئین دادرسی بین‌المللی

- صمصمی مهاجر، محمود: استرداد دعوی، شماره اول (زمستان ۶۳)، ص ۷۳.
- فیوضی، رضا: نکاتی از آئین دادرسی بین‌المللی، شماره ششم (تابستان و پائیز ۶۵)، ص ۲۰۹.
- فیوضی، رضا: دادگاه نظامی نورنبرگ پس از چهل سال، شماره نهم (پائیز و زمستان ۶۷)، ص ۱۳۱.

### اتفاق بازارگانی بین‌المللی (ICC)

- مقررات سازش و داوری دیوان داوری اتفاق تجارت بین‌المللی، اسناد بین‌المللی،

شماره پنجم (بهار ۶۵)، ص ۲۲۵—۲۴۲ (متن انگلیسی همراه با ترجمه فارسی).

- مقررات و روش‌های متحدد شکل اختبارات استادی، اسناد بین‌المللی، شماره هفتم (زمستان ۶۷)، ص ۲۵۷ (متن انگلیسی همراه با ترجمه فارسی).
- اتفاق تجارت بین‌المللی — اتفاق بازرگانی بین‌المللی

## اجرای احکام

- بردباز، محمد حسن: اجرای احکام مدنی خارجی در انگلستان از نقطه نظر کامن لو، شماره پنجم (بهار ۶۵)، ص ۱۳۱.
- برنتشاین، ادوایر — ریستاؤ: اجرای احکام دادگاه‌های خارجی بوسیله دادگاه‌های ایالتی و فدرال امریکا، ترجمه محمد جواد میرفخرائی، شماره دوم (بهار ۶۴)، ص ۱۷۱.
- بروشه، آرون: قانون حاکم و اجرای احکام در داوری‌های موضوع کنوانسیون حل و فصل اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری...، ترجمه محسن محبی، شماره دهم (بهار و تابستان ۶۸)، ص ۱۸۳.

## استرداد دعوی

- صوصاصی مهاجر، محمود: استرداد دعوی، شماره اول (زمستان ۶۳)، ص ۷۳.
- استفاده بلاجهت — (نزیرک. به داراشدن غیر عادلانه)
- صفائی، حسین: استناد به استفاده بلاجهت با وجود رابطه قراردادی، شماره دوم، (بهار ۶۴)، ص ۷.

## اسناد بین‌المللی

- «اسناد بین‌المللی»: اسناد بیانیه‌های الجزایر، شماره اول (زمستان ۶۳) ص ۲۳۱.
- شماره دوم (بهار ۶۴) ص ۲۴۵. شماره سوم (پائیز ۶۴)، ص ۲۰۱. (متن انگلیسی به همراه ترجمه فارسی، در مواردی که متن انگلیسی وجود داشته است). [برای اطلاع از جزئیات و عنوانین «اسناد بیانیه‌های الجزایر» رک. به بیانیه‌های الجزایر، استاد].
- «اسناد بین‌المللی» عهدنامه ۱۹۶۹ وین درخصوص حقوق معاهدات، شماره

هشتم (بهار و تابستان ۶۶)، ص ۲۱۵ (متن انگلیسی به همراه ترجمه فارسی).

- «استناد بین المللی»: قانون نمونه دریاچه داوری تجارت بین المللی، شماره چهارم (زمستان ۶۴)، ص ۱۹۷ (متن انگلیسی همراه با ترجمه فارسی).
- «استناد بین المللی»: کنوانسیون بیع بین المللی، شماره نهم (پائیز و زمستان ۶۷)، ص ۲۳۳ (متن انگلیسی همراه با ترجمه فارسی).
- «استناد بین المللی»: کنوانسیون حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتها دیگر، شماره ششم (تابستان و پائیز ۶۵)، ص ۲۵۹ (متن انگلیسی همراه با ترجمه فارسی).
- «استناد بین المللی»: کنوانسیون راجع به مرور زمان و بيع بین المللی کالا (۱۹۷۴) و پروتکل اصلاحی آن (۱۹۸۰)، شماره دهم (بهار و تابستان ۶۸)، ص ۳۴۱ (متن انگلیسی همراه با ترجمه فارسی).
- «استناد بین المللی»: مقررات سازش و داوری دیوان داوری اتفاق تجارت بین المللی، شماره پنجم (بهار ۶۵)، ص ۲۱۷ (متن انگلیسی همراه با ترجمه فارسی).
- «استناد بین المللی»: مقررات و رویه‌های متحده شکل اعتبارات استنادی، شماره هفتم (زمستان ۶۵)، ص ۲۵۵ (متن انگلیسی همراه با ترجمه فارسی).

### اصیل واقعی (نظریه)

- نصیری، مرتضی: نظریه اصیل واقعی و alter ego، شماره دوم (بهار ۶۴)، ص ۲۱۱.

### اعتبارات استنادی

- دریس کول، ریچارد جی.: نقش اعتبارنامه‌های تضمینی در تجارت بین المللی: تأثیراتی پس از انقلاب ایران، ترجمه محسن مجتبی، شماره اول (زمستان ۶۳)، ص ۱۱۷.
- کریمی، اسدالله: مروری بر اعتبارات استنادی و آخرين مقررات متحده شکل اعتبارات استنادی، شماره نهم (پائیز و زمستان ۶۷)، ص ۸۹.
- مقررات و رویه‌های متحده شکل اعتبارات استنادی، استناد بین المللی، شماره هفتم (زمستان ۶۵)، ص ۲۵۵ (متن انگلیسی همراه با ترجمه فارسی).
- مجتبی، محسن: تقلب در معاملات موضوع اعتبارات استنادی و ضمانتنامه‌های

بین‌المللی، دستور منع پرداخت آن در جریان انقلاب اسلامی، شماره دوم  
(بهار ۶۴)، ص ۵۲.

### بيانیه‌های الجزایر

● احمدی و استانی، عبدالغنى: شرح بیانیه‌های الجزایر، شماره اول (زمستان ۶۳)،  
ص ۹.

### بيانیه‌های الجزایر، اسناد

● اسناد بیانیه‌های الجزایر، شماره اول (زمستان ۶۳)، ص ۲۳۱.  
شامل:

- ۱) پیام امام خمینی در مورد گروگانها و تصرف لانه جاسوسی امریکا.
- ۲) شرایط چهارگانه مجلس شورای اسلامی برای حل و فصل مسئله گروگانها جلسه ۶۳ دوره اول مجلس، مورخ ۱۱/۸/۵۹.
- ۳) قانونی راجع به حل و فصل اختلافات مالی و حقوقی دولت جمهوری اسلامی ایران با دولت امریکا.
- ۴) بیانیه عمومی بیانیه دولت جمهوری دموکراتیک و مردمی الجزایر (فارسی، انگلیسی).
- ۵) بیانیه دولت جمهوری دموکراتیک و مردمی الجزایر درباره حل و فصل ادعاهای توسط دولت ایالات متحده امریکا و دولت جمهوری اسلامی ایران (فارسی، انگلیسی).
- ۶) تعهدات دولت ایالات متحده امریکا و دولت جمهوری اسلامی ایران در مورد بیانیه دولت جمهوری دموکراتیک و مردمی الجزایر (فارسی، انگلیسی).

● اسناد بیانیه‌های الجزایر، شماره دوم (بهار ۶۴)، ص ۲۴۵.  
شامل:

- ۱) مستخرج از پیام امام خمینی مورخ ۲۲/۶/۱۳۵۹.
- ۲) گزارش شهید محمدعلی رجائی نخست وزیر وقت درباره حل مسئله گروگانها و بیانیه الجزایر به مجلس شورای اسلامی.
- ۳) موافقنامه امنی (اسناد ضمیمه بیانیه‌های الجزایر).
- ۴) ترتیب از ... (اسناد ضمیمه بیانیه‌های الجزایر).

۵) استناد بیانیه‌های الجزایر: مقررات داوری آنسیترال، شماره سوم،  
(پائیز ۶۴)، ص ۲۰۱ (فارسی، انگلیسی).

- بیانیه‌های الجزایر، دیوان داوری — دیوان داوری ایران — ایالات متحده.

## بیع تجاری بین المللی

● اسکینی، ریغا: منابع حقوقی بیع تجاری بین المللی، شماره هفتم (زمستان ۶۵)، ص ۵.

● اسکینی، ریغا: وجه التزام در قراردادهای تجاری بین المللی، شماره نهم (پائیز و زمستان ۶۷)، ص ۴۲.

● کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین المللی کالا (موافق ۱۹۸۰)، استناد بین المللی، شماره نهم (پائیز و زمستان ۶۷)، ص ۲۳۹ (متن انگلیسی همراه با ترجمه فارسی).

● کنوانسیون راجع به مرور زمان در بیع بین المللی کالا (۱۹۷۴) و بروتکل اصلاحی آن (۱۹۸۰). استناد بین المللی، شماره دهم (بهار و تابستان ۶۸)، ص ۳۳۹ (متن انگلیسی همراه با ترجمه فارسی).

## تابعیت

● غلامی، حسن: قاعدة استمرار تابعیت در دعاوی بین المللی، شماره دوم، (بهار ۶۴)، ص ۱۴۷.

## تابعیت مضاعف

● آفاحسینی، محسن: بررسی موضع و نقطه نظرهای جمهوری اسلامی ایران و دولت امریکا در بروندۀ الف / دیوان داوری دعاوی ایران — ایالات متحده در مورد تابعیت مضاعف، شماره چهارم (زمستان ۶۴)، ص ۴۹.

● کاسس، آنسوپیو: حقوق بین الملل عرفی در مورد تابعیت مضاعف، ترجمه نصرت الله حلمی، شماره چهارم (زمستان ۶۴)، ص ۷۳.

● متن تصمیم دیوان داوری در بروندۀ الف / ۱۸ تابعیت مضاعف، شماره چهارم (زمستان ۶۴)، ص ۱۳۹.

● نظر حقوقی داوران ایرانی در مخالفت با تصمیم اکثربت در بروندۀ الف / ۱۸ دیوان

داوری دعاوی ایران – ایالات متحده در رابطه با دعاوی دارندگان تابعیت مضاعف، شماره ششم (تابستان و پائیز ۶۵)، ص ۱۱۱.

### تجاوز (مفهوم)

- صفائی، حسین: مداخله در امور کشورهای دیگر از دیدگاه حقوق بین الملل، شماره نهم (پائیز و زمستان ۶۷)، ص ۵.
- طارم سری، مسعود و [دیگران...]: زیرنظر جمشید ممتاز: مفهوم تجاوز در حقوق بین الملل، شماره هشتم (بهار و تابستان ۶۶)، ص ۵.

### قصیر سنگین

- صفائی، حسین: مفهوم تقصیر سنگین در ارتباط با شرط عدم مسؤولیت، شماره چهارم (زمستان ۶۴)، ص ۱۶۵.

### حقوق انگلستان

- اشمي توف: عقیم شدن فرادرادهای تجاری با تأکید بر حقوق انگلیس، ترجمه فرامرز مؤمنی، شماره دهم (بهار و تابستان ۶۸)، ص ۲۶۷.
- بردباز، محمد حسین: اجرای احکام مدنی خارجی در انگلستان از نظر کامن لا، شماره پنجم (بهار ۶۵)، ص ۱۳۱.
- گینگر، آرتوری.: داوری تجاری و اصول حاکم بر آن در حقوق انگلستان، ترجمه و تلخیص: حسین میرمحمد صادقی، شماره دهم (بهار و تابستان ۶۸)، ص ۲۰۷.
- میرمحمد صادقی، حسین: سیستم دویابه وکالت در حقوق انگلستان، شماره اول (زمستان ۶۳)، ص ۱۰۷.

### حقوق ایران

- شیرازی، اکبر: مروری اجمالی بر دارا شدن غیر عادلانه در حقوق ایران. امریکا و بین الملل، شماره پنجم (بهار ۶۵)، ص ۱۰۱.
- عنایت، حسین: تنظیم معاهدات بین المللی در حقوق کوئی ایران و مطالعه نظری آن با فقه اسلامی و حقوق بین الملل معاصر (بخش اول)، شماره ششم (تابستان

و پائیز ۶۵)، ص ۷۱.

- عنایت، حسین: تنظیم معاہدات بین المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعهٔ تطبیقی آن با فقه اسلامی و حقوق بین الملل معاصر (بخش دوم)، شمارهٔ هفتم (زمستان ۶۵)، ص ۹۷.
- عنایت، حسین: تنظیم معاہدات بین المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعهٔ تطبیقی آن با فقه اسلامی و حقوق بین الملل معاصر (بخش سوم)، شمارهٔ دهم (بهار و تابستان ۶۸)، ص ۲۱.
- نصیری، مرتضی: قراردادهای نهادی و نحوهٔ تنظیم آنها، شمارهٔ دهم (بهار و تابستان ۶۸)، ص ۲۹۹.

## حقوق بین الملل عمومی

- استارکل، جی.: مسئلهٔ لاشهٔ کشتیهای غرق شده در دریای آزاد از نظر حقوق بین الملل، ترجمهٔ رضا فیوضی، شمارهٔ هفتم (زمستان ۶۵)، ص ۱۹۱.
- آقائی، بهمن: رژیم حقوقی دریای ها زندان، شمارهٔ هشتم (بهار و تابستان ۶۶)، ص ۱۸۳.
- براؤن‌لی، یان: نظری اجمالی بر حقوق معاہدات، ترجمهٔ احمد قطینه، شمارهٔ پنجم (بهار ۶۵)، ص ۱۷۷.
- برنیر، شانتل: تحولات جدید حقوق بین الملل عمومی در مورد قانونی بودن آزمایشها انتی در دریای آزاد، ترجمهٔ رضا فیوضی، شمارهٔ پنجم (بهار ۶۵)، ص ۴۳.
- جعفری ولدانی، اصغر: نگرشی بر عهدنامه ۱۹۷۵ ایران و عراق، شمارهٔ پنجم (بهار ۶۵)، ص ۶۳.
- حکمت، محمدعلی: تأثیر تغییر اوضاع و احوال در اعتبار معاہدات و قراردادهای بین المللی (قسمت اول)، شمارهٔ سوم (پائیز ۶۴)، ص ۵.
- حکمت، محمدعلی: تأثیر تغییر اوضاع و احوال در اعتبار معاہدات و قراردادهای بین المللی (قسمت دوم)، شمارهٔ چهارم (زمستان ۶۴)، ص ۵.
- ذاکر حسین، عبدالرحیم، صور گوناگون سلطهٔ بین المللی (نأسیات حقوقی بین المللی نابرابر)، شمارهٔ ششم (تابستان و پائیز ۶۵)، ص ۵.
- رنجبران، مصطفی: کلیاتی در مورد دریای سرزمینی و عبوری ضرر از آن، شمارهٔ نهم (پائیز و زمستان ۶۷)، ص ۲۱۱.
- صفائی، حسین: مداخله در امور کشورهای دیگر از دیدگاه حقوق بین الملل، شمارهٔ نهم (پائیز و زمستان ۶۷)، ص ۵.

- ضیائی بیگدلی، محمد رضا: حقوق جنگ و رفتار با اسیران جنگی، شماره هشتم (بهار و تابستان ۶۶)، ص ۴۵۷.
- ضیائی بیگدلی، محمد رضا: نگرش اجمالی به حقوق جنگ، شماره ششم (تابستان و پائیز ۶۵)، ص ۴۵.
- طارم سری، مسعود و [دیگران...]. زیرنظر جمشید ممتاز: مفهوم تجاوز در حقوق بین الملل، شماره هشتم (بهار و تابستان ۶۶)، ص ۵.
- عمامزاده، محمد کاظم: استفاده از حق شرط در معاهدات بین المللی، شماره هشتم (بهار و تابستان ۶۶)، ص ۱۹۹.
- عنایت، حسین: تنظیم معاهدات بین المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اسلامی و حقوق بین الملل معاصر (بخش اول)، شماره ششم (تابستان و پائیز ۶۵)، ص ۷۱.
- عنایت، حسین: تنظیم معاهدات بین المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اسلامی و حقوق بین الملل معاصر (بخش دوم)، شماره هفتم (زمستان ۶۵)، ص ۹۷.
- عنایت، حسین: تنظیم معاهدات بین المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اسلامی و حقوق بین الملل معاصر (بخش سوم)، شماره دهم (بهار و تابستان ۶۸)، ص ۲۱.
- فراسیون، راک: جنایات جنگ و جنایات علیه بشرت، ترجمه محمد علی اردبیلی، شماره هفتم (زمستان ۶۵)، ص ۲۰۷.
- فیوضی، رضا: دادگاه نظامی نورمبرگ یس از چهل سال، شماره نهم (پائیز و زمستان ۶۷)، ص ۱۳۱.
- فیوضی، رضا: ڈیون متفور، شماره دوم (بهار ۶۴)، ص ۱۲۳.
- کاظمی، علی اصغر: مسئله شمول مفاد کوانسیون جدید حقوق دریاها به کشورهای ثالث غیرعضو، شماره هشتم (بهار و تابستان ۶۶)، ص ۵۳.
- وانگ تی یا: جهان سوم و حقوق بین الملل، ترجمه محسن محبی، شماره هشتم (بهار و تابستان ۶۶)، ص ۷۷.

### حقوق بین الملل خصوصی (تجارت بین المللی)

- اسکینی، ریسا: منابع حقوق بیع تجاری بین المللی، شماره هفتم (زمستان ۶۵)، ص ۵.
- اسکینی، ریسا: وجه التزام در فرآوردهای تجاری بین المللی، شماره نهم (پائیز و

زمستان ۶۷)، ص ۴۲.

- برديا خواجهي، گنتارد، رايبر هاوسمن: مسئوليت ايران در قبال قراردادهای دولت و مؤسسات دولتی منعقده قبل از انقلاب، ترجمه نصرت الله حلمی، شماره اول، (زمستان ۶۳)، ص ۲۰۱.
- دريس کول، ریچارد جی.: نقش اعتبارنامه‌های تضمینی در تجارت بین الملل: تأثیراتی پس از انقلاب ايران، ترجمه محسن محبی، شماره اول (زمستان ۶۳)، ص ۱۱۷.
- راژسکی، جرزی: تدوین تدریجی حقوق تجارت بین الملل، ترجمه ناصر صبح خیز، شماره دوم (بهار ۶۴)، ص ۳۹.
- صفائي، حسين: مفهوم تفصیر سنگین در ارتباط با شرط عدم مسئولیت، شماره چهارم (زمستان ۶۴)، ص ۱۶۵.
- گایار، امانوئل: قاعدة استابل پاسخ تناقض گوئی به ضرر دیگری، ترجمه ناصر صبح خیز، شماره ششم (تابستان و پائیز ۶۵)، ص ۲۳۵.
- لندو، اول: حقوق بازرگانی فراملي در داوری تجاري بین المللی، ترجمه محسن محبی، شماره پنجم (بهار ۶۵)، ص ۵.
- لويد جونز، دیوید: دیوان داوری دعاوی ايران—ایالات متحده: حقوق خصوصی اشخاص و مسئولیت دولت، ترجمه محسن محبی، شماره هشتم (بهار و تابستان ۶۶)، ص ۷۷.
- محبی، محسن: تقلب در معاملات موضوع اعتبارات استادی و ضمانتنامه‌های بین المللی...، شماره دوم (بهار ۶۴)، ص ۵۲.
- اشتیموف: عقیم شدن قراردادهای تجاري با تأکید بر حقوق انگلیس، ترجمه فرامرز مؤمنی، شماره دهم (بهار و تابستان ۶۸)، ص ۲۶۷.
- نصیری، مرتضی: قراردادهای تهاتری و نحوه تنظیم آنها، شماره دهم (بهار و تابستان ۶۸)، ص ۲۹۹.
- ویرالی، میشل: تفکری بر تئوری حقوق فراملي، ترجمه: ناصر صبح خیز، شماره سوم (پائیز ۶۴)، ص ۸۷.

## حقوق بین الملل و جهان سوم

- وانگ تی یا: جهان سوم و حقوق بین الملل، ترجمه محسن محبی، شماره هشتم (بهار و تابستان ۶۶)، ص ۷۷.
- ذاکر حسین، عبدالرحیم: صور گوناگون سلطه بین المللی...، شماره ششم

(تابستان و پائیز ۶۵)، ص ۵.

## حقوق تطبیقی

- شیرازی، اکبر: مروری اجمالی بر تئوری دارا شدن غیر عادلانه در حقوق ایران، امریکا و بین الملل، شماره پنجم (بهار ۶۵)، ص ۱۰۱.
- عنایت، حسین: تنظیم معاہدات بین المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اسلامی و حقوق بین الملل معاصر (بخش اول)، شماره ششم (تابستان و پائیز ۶۵)، ص ۷۱.
- عنایت، حسین: تنظیم معاہدات بین المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اسلامی و حقوق بین الملل معاصر (بخش دوم)، شماره هفتم (زمستان ۶۵)، ص ۹۷.
- عنایت، حسین: تنظیم معاہدات بین المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اسلامی و حقوق بین الملل معاصر (بخش سوم)، شماره دهم (بهار و تابستان ۶۸)، ص ۲۱.
- صفائی، حسین: قوّة قاهره یا فورس مازور—بررسی اجمالی در حقوق تطبیقی و حقوق بین الملل و قراردادهای بازرگانی بین المللی، شماره سوم (پائیز ۶۴)، ص ۱۰۹.
- گایار، امانوئل: قاعدة استاپل یا منع تنافض گونی به ضرر دیگری، ترجمه ناصر صبح خیز، شماره ششم (تابستان و پائیز ۶۵)، ص ۲۳۵.

## حقوق جنگ

- ضیائی بیگدلی، محمد رضا: حقوق جنگ و رفتار با اسیران جنگی، شماره هشتم (بهار و تابستان ۶۶)، ص ۱۵۷.
- ضیائی بیگدلی، محمد رضا: نگرشی اجمالی به حقوق جنگ، شماره ششم (تابستان و پائیز ۶۵)، ص ۴۵.
- فراسیون، ژاک: جنایات جنگ و جنایات علیه بشریت، ترجمه محمدعلی اردبیلی، شماره هفتم (زمستان ۶۵)، ص ۲۰۷.
- فیوضی، رضا: دادگاه نورمبرگ پس از چهل سال، شماره نهم (پائیزو زمستان ۶۷)، ص ۱۳۱.

## حقوق دریاها

- آقائی، بهمن: رژیم حقوقی دریای مازندران، شماره هشتم (بهار و تابستان ۶۶)، ص ۱۸۳.
- استارکل، جی.: مسئله لاسه کشتیهای غرق شده در دریای آزاد از نظر حقوق بین الملل، ترجمه رضا فیوضی، شماره هفتم (زمستان ۶۵)، ص ۱۹۱.
- بربر، شانتل: تحولات جدید حقوق بین الملل خصوصی درمورد قانونی بودن آژهایهای اندی در دریای آزاد، ترجمه رضا فیوضی، شماره پنجم (بهار ۶۵)، ص ۴۳.
- رنجبران، مصطفی: کلیاتی درمورد دریای سرزمینی و عبوری ضرر از آن، شماره نهم (پائیز و زمستان ۶۷)، ص ۲۱۱.
- سیتدی، مهرداد: مسؤولیت مدنی خارات آلدگی نفتی در دریای آزاد، شماره دهم (بهار و تابستان ۶۸)، ص ۷.
- کاظمی، علی اصغر: مسئله شمول مفاد کنوانسیون جدید حقوق دریاها به کشورهای ثالث غیرعضو، شماره هشتم (بهار و تابستان ۶۶)، ص ۵۳.

## حقوق معاهدات

- براون لی، یان: نظری اجمالی بر حقوق معاهدات، ترجمه احمد قظینه، شماره پنجم (بهار ۶۵)، ص ۱۷۷.
- حکمت، محمدعلی: تأثیر تغییر اوضاع و احوال در اعتبار معاهدات و قراردادهای بین المللی (قسمت اول)، شماره سوم (پائیز ۶۴)، ص ۵.
- حکمت، محمدعلی: تأثیر تغییر اوضاع و احوال در اعتبار معاهدات و قراردادهای بین المللی (قسمت دوم)، شماره چهارم (زمستان ۶۴)، ص ۵.
- عmadزاده، محمد کاظم: استفاده از حق شرط در معاهدات بین المللی، شماره هشتم (بهار و تابستان ۶۶)، ص ۱۹۹.
- عنایت، حسین: تنظیم معاهدات بین المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اسلامی و حقوق بین الملل معاصر (بخش اول)، شماره ششم (تابستان ۶۵)، ص ۷۱.
- عنایت، حسین: تنظیم معاهدات بین المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اسلامی و حقوق بین الملل معاصر (بخش دوم)، شماره هفتم

(زمستان ۶۵)، ص ۹۷.

- عنایت، حسین: تنظیم معاہدات بین المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعهٔ تطبیقی آن با فقه اسلامی و حقوق بین الملل معاصر (بخش سوم)، شماره دهم (بهار و تابستان ۶۸)، ص ۲۱.
- عهدنامه ۱۹۹۹ وین درخصوص معاہدات، استناد بین المللی، شماره هشتم (بهار و تابستان ۶۶)، ص ۲۲۳ (متن انگلیسی همراه با ترجمهٔ فارسی).
- دارا شدن غیرعادلانه — (نیز زک). به استفادهٔ بلاجهت
- شیرازی، اکبر: مروری اجمالی بر تئوری دارا شدن غیرعادلانه در حقوق ایران، امریکا و بین الملل، شماره پنجم (بهار ۶۵)، ص ۱۰۱.
- شیرازی، اکبر: نقد اجمالی رأی شماره ۲—۳۵—۲۱۹ دیوان داوری دعاوی ایران و امریکا تئوری دارا شدن غیرعادلانه و صلاحیت، شماره دوم (بهار ۶۴)، ص ۹۳.
- صفائی، حسین: استناد به استفادهٔ بلاجهت با وجود رابطهٔ قراردادی، شماره دوم (بهار ۶۴)، ص ۷.

## داوری بین المللی

- بروشه، آرون: قانون حاکم و اجرای احکام در داوریهای موضوع کنوانسیون حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر، ترجمهٔ محسن محبی، شماره دهم (بهار و تابستان ۶۸)، ص ۱۶۳.
- درن، ایو: نظم عمومی و حقوق قابل اجرا در هاهیت دعوا در داوری بین المللی، ترجمه و تلخیص محمد اشری، شماره نهم (پائیز و زمستان ۶۷)، ص ۱۶۷.
- غلامی، حسن: قاعدة استمرار تابعیت در دعاوی بین المللی، شماره دوم (بهار ۶۴)، ص ۱۴۷.
- گایار، امانوئل، قاعدة استابل یا منع تناقض گوئی به ضرر دیگری، ترجمه ناصر صحیح خیز، شماره ششم (تابستان و پائیز ۶۵)، ص ۲۳۵.
- گیننگز، آرتور تی.: داوری تجاری و اصول حاکم بر آن در حقوق انگلیس، ترجمه و تلخیص حسین میرمحمد صادقی، شماره دهم (بهار و تابستان ۶۸)، ص ۲۰۷.
- لندو، اول: حقوق بازرگانی فرامللی در داوری تجاری بین المللی، ترجمه محسن محبی، شماره پنجم (بهار ۶۵)، ص ۵.
- لوید جونز، دیوید: دیوان: داوری دعاوی ایران—ایالات متحده: حقوق خصوصی اشخاص و مسئولیت دولت، ترجمهٔ محسن محبی، شماره هفتم (زمستان ۶۵)،

ص ۵۳.

- متن تصمیم دیوان داوری دربرونده الف / ۱۸ تابعیت مضاعف، شماره چهارم (زمستان ۶۴)، ص ۱۳۹.
- نظر حقوقی داوران ایرانی در مخالفت با تصمیم اکثریت دربرونده الف / ۱۸ دیوان داوری دعاوی ایران – ایالات متحده در رابطه با دعاوی دارندگان تابعیت مضاعف، شماره ششم (تابستان و پائیز ۶۵)، ص ۱۱۱.

## داوری بین المللی، استناد

- قانون نمونه درباره داوری تجاری بین المللی، استناد بین المللی، شماره چهارم (زمستان ۶۴)، ص ۲۰۵ (متن انگلیسی همراه با ترجمه فارسی).
- کنوانسیون حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری...، استناد بین المللی، شماره ششم (تابستان و پائیز ۶۵)، ص ۲۹۵ (متن انگلیسی همراه با ترجمه فارسی).
- مقررات سازش و داوری دیوان داوری اتفاق تجارت بین المللی، استناد بین المللی، شماره پنجم (بهار ۶۵)، ص ۲۲۵ (متن انگلیسی همراه با ترجمه فارسی).
- مقررات داوری آسیترال، استناد بین المللی، شماره سوم (پائیز ۶۴)، ص ۲۰۱ (متن انگلیسی همراه با ترجمه فارسی).

## دیوان داوری ایران و امریکا

- احمدی واستانی، عبدالغنى: شرح بیانیه‌های الجزایر، شماره اول (زمستان ۶۳)، ص ۹.
- آفاحسینی، محسن: بررسی موضع و نقطه نظرهای ایران و امریکا دربرونده الف / ۱۸...، شماره چهارم (زمستان ۶۴)، ص ۴۹.
- بیانیه‌های الجزایر و دیوان داوری ← بیانیه‌های الجزایر، نیز ← استناد بین المللی (بیانیه‌های الجزایر).
- تابعیت مضاعف ← تابعیت مضاعف (تصمیم دیوان و نظر مخالف داوران ایرانی).
- شیرازی، اکبر: نقد اجمالی رأی شماره ۲ – ۲۹۲ – ۳۵ دیوان داوری دعاوی ایران و امریکا، تئوری دارا شدن غیر عادلانه و صلاحیت، شماره دوم (بهار ۶۴)، ص ۹۳.
- صمصامی مهاجر، محمود: استداد دعوى، شماره اول (زمستان ۶۳)، ص ۷۳.
- صمصامی مهاجر، محمود: نقدي بر يكى از آرای دیوان داوری ایران – ایالات

- متحده امریکا، شماره سوم (پائیز ۶۴)، ص ۱۵۱.
- گزارش آرای دیوان داوری ایران و ایالات متحده امریکا در لاهه تا پایان شهریورماه ۱۳۹۷، شماره دهم (بهار و تابستان ۶۸)، ص ۲۶۳.
- گزارشی از آخرین تحولات در مورد دعاوی بین المللی ایران، شماره سوم (پائیز ۶۴)، ص ۷۹.
- گزارشی از آرای دیوان داوری دعاوی ایران—ایالات متحده امریکا، شماره اول (زمستان ۶۳)، ص ۶۳.
- گزارشی از آرای دیوان داوری دعاوی ایران—ایالات متحده امریکا، شماره هشتم (بهار و تابستان ۶۶)، ص ۱۱۹.
- گزارشی از آرای دیوان داوری دعاوی ایران—ایالات متحده امریکا تا پایان سال ۱۳۹۶، شماره نهم (پائیز و زمستان ۶۷)، ص ۱۲۵.
- لوید جونز، دیوید: دیوان داوری ایران—ایالات متحده: حقوق خصوصی اشخاص و مسؤولیت بین المللی دولت، ترجمه محسن محبی، شماره هفتم (زمستان ۶۵)، ص ۵۳.

### دیوان بین المللی دادگستری لاهه

- فیوضی، رضا: بررسی اجمالی اختلافات ایالات متحده امریکا—نیکاراگوا در دیوان بین المللی دادگستری، ۱۹۸۶، شماره هشتم (بهار و تابستان ۶۶)، ص ۱۰۹.
- فیوضی، رضا: نکاتی از آئین دادرسی بین المللی، شماره ششم (تابستان و پائیز ۶۵)، ص ۲۰۹.
- میرعباسی، باقر: بررسی اجمالی سازمان و صلاحیت دیوان بین المللی دادگستری لاهه، شماره اول (زمستان ۶۳)، ص ۱۸۱.

### سرمایه گذاریهای بین دولتها و اتباع دیگر (حل و فصل اختلافات—)

- بروشه، آرون: قانون حاکم و اجرای احکام در داوریهای موضوع کنوانسیون حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری...، ترجمه محسن محبی، شماره دهم (بهار و تابستان ۶۸)، ص ۱۶۳.
- کنوانسیون حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه گذاری بین دولت و اتباع دولتها دیگر، استاد بین المللی، شماره ششم (تابستان و پائیز ۶۵)، ص ۲۶۹ (متن).

انگلیسی همراه با ترجمه فارسی).

- گایار، امانوئل: قاعدة استاپل یا منع تناقض گوئی به ضرر دیگری، ترجمه ناصر صبح خیز، شماره ششم (تابستان و پائیز ۶۵)، ص ۲۳۵.
- فورس مازور— قوهٔ قاهره.

### قانون حاکم (در دعاوی بین المللی)

- بروشه، آرون: قانون حاکم و اجرای احکام در داوری‌های موضوع کنوانسیون حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر، ترجمه محسن محبی، شماره دهم (بهار و تابستان ۶۸)، ص ۱۶۳.
- درت، ایو: نظم عمومی و حقوق قبل اجرا در ماهیت دعوا در داوری بین المللی، ترجمه و تلخیص محمد اشتری، شماره نهم (پائیز و زمستان ۶۷)، ص ۱۶۷.
- قانون نمونه درباره داوری تجاري بین المللی، استاد بین المللی، شماره چهارم (زمستان ۶۴)، ص ۱۹۷ (منتان انگلیسی همراه با ترجمه فارسی).
- گایار، امانوئل: قاعدة استاپل یا منع تناقض گوئی به ضرر دیگری، ترجمه ناصر صبح خیز، شماره ششم (تابستان و پائیز ۶۵)، ص ۲۳۵.
- لندو، اوُل: حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاري بین المللی، ترجمه محسن محبی، شماره پنجم (بهار ۶۵)، ص ۵.
- لوید جونز، دیوید: دیوان داوری دعاوی ایران— ایالات متحده: حقوق خصوصی اشخاص و مسئولیت دولت، ترجمه محسن محبی، شماره هفتم (زمستان ۶۵)، ص ۵۳.

### قوهٔ قاهره

- صفائی، حسین: قوهٔ قاهره یا فورس مازور— بررسی اجمالی در حقوق تطبیقی و حقوق بین الملل و فرادادهای بازرگانی بین المللی، شماره سوم (پائیز ۶۴)، ص ۱۰۹.

### مسئولیت (دولت)

- بردبای خواجهی، گنتارد، راینر هاوسمن: مسئولیت ایران در مقابل فرادادهای دولت و مؤسسات دولتی منعقدة قبل از انقلاب، ترجمه نصرت الله حامی، شماره اول

(زمستان ۶۳)، ص ۲۰۱.

- صفائی، حسین: مفهوم تقصیر سنگین در ارتباط با شرط عدم مسئولیت، شماره چهارم (زمستان ۶۴)، ص ۱۶۵.

- لوید جونز، دیوید: دیوان داوری دعاوی ایران—ایالات متحده: حقوق خصوصی اشخاص و مسئولیت دولت، ترجمه محسن محبی، شماره هفتم (زمستان ۶۵)، ص ۵۳.

### نظم عمومی

- درن، ایو: نظم عمومی و حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی در داوری بین‌المللی، ترجمه و تالیخیص محمد اشتربی، شماره نهم (پائیز و زمستان ۶۷)، ص ۱۶۷.

## فهرست اسامی نویسنده‌گان و مترجمان

(مجله حقوقی از شماره ۱۰ تا شماره ۱۱)

| شماره مجله | صفحه      | نویسنده، مترجم     |
|------------|-----------|--------------------|
| ۸          | (۱۸۳—۱۹۸) | (ن) آقانی، بهمن    |
| ۴          | (۴۹—۷۲)   | (ن) آفاحسینی، محسن |

### الف

|   |           |                              |
|---|-----------|------------------------------|
| ۱ | (۶۱—۶۹)   | (ن) احمدی و استانی، عبدالغنى |
| ۷ | (۱۹۱—۲۰۶) | (ن) استارکل، جی.             |
| ۷ | (۵۱—۵)    | (ن) اسکینی، ریبا             |
| ۹ | (۴۲—۸۸)   | (ن) اسکینی، ریبا             |
| ۹ | (۱۶۸—۲۰۹) | (م) اشتربی، محمد             |
| ۲ | (۱۷۱—۲۱۰) | (ن) ادواربر                  |
| ۷ | (۲۰۷—۲۵۴) | (م) اردبیلی، محمدعلی         |

## ب

|    |           |     |                 |
|----|-----------|-----|-----------------|
| ۵  | (۲۱۶—۱۷۷) | (ن) | براؤنلى، يان    |
| ۵  | (۱۷۶—۱۳۱) | (ن) | بردبار، محمدحسن |
| ۲  | (۲۱۰—۱۷۱) | (ن) | برشتاين         |
| ۵  | (۶۲—۴۳)   | (ن) | برنيز، شانتل    |
| ۱۰ | (۲۰۳—۱۶۳) | (ن) | بروشة، آرون     |

## ت

|   |          |     |              |
|---|----------|-----|--------------|
| ۸ | (۱۱۸—۷۷) | (ن) | تى ياه، وانگ |
|---|----------|-----|--------------|

## ج

|   |         |     |                    |
|---|---------|-----|--------------------|
| ۵ | (۹۹—۶۳) | (ن) | جعفرى ولدانى، اصغر |
|---|---------|-----|--------------------|

## ح

|   |           |     |                 |
|---|-----------|-----|-----------------|
| ۳ | (۷۷—۵)    | (ن) | حكمة، محمدعلي   |
| ۴ | (۴۸—۵)    | (ن) | حكمة، محمدعلي   |
| ۱ | (۲۳۰—۲۰۱) | (م) | حلمى، نصرت الله |
| ۴ | (۱۳۸—۷۳)  | (م) | حلمى، نصرت الله |

## خ

|   |           |     |                |
|---|-----------|-----|----------------|
| ۱ | (۲۳۰—۲۰۱) | (ن) | خواجوی، بربادا |
|---|-----------|-----|----------------|

## د

|   |           |     |                       |
|---|-----------|-----|-----------------------|
| ۹ | (۲۰۹—۱۶۷) | (ن) | درن، ايرو             |
| ۱ | (۱۸۰—۱۱۷) | (ن) | دريس كول، ريتشارد جي. |

**ذ**

٦ (ن) (٤٣—٥) ذاكرحسين، عبدالرحيم

**ر**

|   |               |                |
|---|---------------|----------------|
| ٢ | (ن) (٥١—٣٩)   | رايتسکى، جرزى  |
| ٩ | (ن) (٢٣٢—٢١١) | رنجبران، مصطفى |
| ٢ | (ن) (٢١٠—١٧١) | ريستائور       |

**س**

١٠ (ن) (٢٠—٧) سيدى، مهرداد

**ش**

|   |               |              |
|---|---------------|--------------|
| ٢ | (ن) (١٢١—٩٣)  | شيرازى، اكير |
| ٥ | (ن) (١٢٩—١٠١) | شيرازى، اكير |

**ص**

|   |               |                     |
|---|---------------|---------------------|
| ٢ | (م) (٥١—٣٩)   | صبح خيز، ناصر       |
| ٣ | (م) (١٠٧—٨٧)  | صبح خيز، ناصر       |
| ٦ | (م) (٢٥٧—٢٣٥) | صبح خيز، ناصر       |
| ٢ | (ن) (٣٧—٧)    | صفائي، حسين         |
| ٣ | (ن) (١٤٩—١٠٩) | صفائي، حسين         |
| ٤ | (ن) (١٩٥—١٦٥) | صفائي، حسين         |
| ٩ | (ن) (٣٩—٥)    | صفائي، حسين         |
| ١ | (ن) (١٠٥—٧٣)  | صمصامي مهاجر، محمود |
| ٣ | (ن) (١٩٩—١٥١) | صمصامي مهاجر، محمود |

## ض

|   |           |     |                        |
|---|-----------|-----|------------------------|
| ۶ | (۷۰—۴۵)   | (ن) | ضیائی بیگدلی، محمد رضا |
| ۸ | (۱۸۱—۱۵۷) | (ن) | ضیائی بیگدلی، محمد رضا |

## ط

|   |        |     |                 |
|---|--------|-----|-----------------|
| ۸ | (۵۲—۵) | (ن) | طارم سری، مسعود |
|---|--------|-----|-----------------|

## ع

|    |           |     |                |
|----|-----------|-----|----------------|
| ۸  | (۲۱۴—۱۹۹) | (ن) | عمادزاده، کاظم |
| ۶  | (۱۱۰—۷۱)  | (ن) | عنایت، حسین    |
| ۷  | (۱۸۹—۹۷)  | (ن) | عنایت، حسین    |
| ۱۰ | (۱۶۳—۲۱)  | (ن) | عنایت، حسین    |

## غ

|   |           |     |            |
|---|-----------|-----|------------|
| ۲ | (۱۷۰—۱۴۷) | (ن) | غلامی، حسن |
|---|-----------|-----|------------|

## ف

|   |           |     |               |
|---|-----------|-----|---------------|
| ۷ | (۲۵۴—۲۰۷) | (ن) | فرانسیون، ژاک |
| ۲ | (۱۴۶—۱۲۳) | (ن) | فیوضی، رضا    |
| ۵ | (۱۲۳—۶۲)  | (م) | فیوضی، رضا    |
| ۶ | (۲۳۳—۲۰۹) | (ن) | فیوضی، رضا    |
| ۷ | (۲۰۶—۱۹۱) | (م) | فیوضی، رضا    |
| ۸ | (۱۵۶—۱۲۹) | (ن) | فیوضی، رضا    |
| ۹ | (۱۶۵—۱۳۱) | (ن) | فیوضی، رضا    |

## ق

٥ (٢١٦—١٧٧) (م) قطیبه، احمد

## ک

|   |          |     |                 |
|---|----------|-----|-----------------|
| ٤ | (١٣٨—٧٣) | (ن) | کاسن، آنتونیو   |
| ٨ | (٧٦—٥٣)  | (ن) | کاظمی، علی اصغر |
| ٩ | (١٢٤—٨٩) | (ن) | کریمی، اسدالله  |

## گ

|    |           |     |                   |
|----|-----------|-----|-------------------|
| ٦  | (٢٥٧—٢٣٥) | (ن) | گیار، امانوئل     |
| ١  | (٢٣٠—٢٠١) | (ن) | گنتارد            |
| ١٠ | (٢٦٠—٢٠٧) | (ن) | گینیگر، آرتور تی. |

## ل

|   |         |     |                  |
|---|---------|-----|------------------|
| ٥ | (٤١—٥)  | (ن) | لندو، اول        |
| ٧ | (٩٥—٥٣) | (ن) | لوید جونز، دیوید |

## م

|    |           |        |              |
|----|-----------|--------|--------------|
| ١  | (١٨٠—١١٧) | (م)    | محبی، محسن   |
| ٢  | (٩١—٥٤)   | (ن)    | محبی، محسن   |
| ٥  | (٤١—٥)    | (م)    | محبی، محسن   |
| ٧  | (٩٥—٥٣)   | (م)    | محبی، محسن   |
| ٨  | (١١٨—٧٧)  | (م)    | محبی، محسن   |
| ١٠ | (٢٠٣—١٦٣) | (م)    | محبی، محسن   |
| ٨  | (٥٢—٥)    | (ناظر) | ممنان، جمشید |

|    |           |     |                     |
|----|-----------|-----|---------------------|
| ۱۰ | (۲۹۵—۲۶۷) | (ن) | مؤمنی، فرامرز       |
| ۱  | (۱۹۹—۱۸۱) | (ن) | میرعباسی، باقر      |
| ۲  | (۲۱۰—۱۷۱) | (م) | میرفخرائی، محمدجواد |
| ۱  | (۱۱۵—۱۰۷) | (ن) | میرمحمدصادقی، حسین  |
| ۱۰ | (۲۶۰—۲۰۷) | (م) | میرمحمدصادقی، حسین  |

## ن

|    |           |     |              |
|----|-----------|-----|--------------|
| ۲  | (۲۴۳—۲۱۱) | (ن) | نصیری، مرتضی |
| ۱۰ | (۳۳۰—۲۹۹) | (ن) | نصیری، مرتضی |

## و

|   |          |     |              |
|---|----------|-----|--------------|
| ۳ | (۱۰۷—۸۷) | (ن) | ویرالی، میشل |
|---|----------|-----|--------------|

## ه

|   |           |     |               |
|---|-----------|-----|---------------|
| ۱ | (۲۳۰—۲۰۱) | (ن) | هاوسمن، راینر |
|---|-----------|-----|---------------|





## اسناد بين الملل





## اشاره

ضرورت متحدد الشکل کردن مقررات تجارت بین المللی سبب شده است که کوشش‌های مراکز جهانی تدوین و تنظیم حقوق بین الملل در زمینه بیع بین المللی کالا با یکدیگر هماهنگ شوند. ابتدا کنفرانس حقوق بین الملل خصوصی لاهه (کنفرانس لاهه) و سپس کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحدد (آنسیترال) از سالها پیش با تشکیل اجلاسیه‌های متعدد و منظم کار تنظیم مقرراتی را در سطح بین المللی پیگیری کرده‌اند تا معضلات تعارض قوانین و ناهمگونی‌های قوانین داخلی را در این خصوص مرتفع سازند و روابط دوستانه بین دولتها را در چهارچوب مبادلات بازارگانی گسترش و تحکیم بخشدند. در همین راستا کنوانسیون راجع به قانون قابل

إعمال بر قراردادهای بیع بین المللی کالا (منعقده در ۲۲ دسامبر ۱۹۸۶) جزء انکاک ناپذیر تدوین مقررات تجارت بین المللی است که پس از انعقاد کنوانسیون راجع به مرور زمان در بیع بین المللی کالا (۱۹۷۴) و کنوانسیون سازمان ملل متحده راجع به قراردادهای بیع بین المللی کالا (۱۹۸۰) و به عنوان تکمیله‌ای بر آن‌دو به ثمر رسیده است.\*

لیکن آنچه قابل توجه است اینکه:

اولاً. موضوع قانون قابل إعمال بر قراردادهای بیع بین المللی کالا حتی مدت‌ها پیش از موضوعات مربوط به دو عهدنامه مذبور، یعنی از همان بدو تشکیل کنفرانس حقوق بین الملل خصوصی لاهه، مورد بحث و بررسی واقع شده است. زیرا بدین‌بیهی است که تا وصول توافق روی مقرراتی واحد و یکسان در زمینه قراردادهای بیع بین المللی کالا و مرور زمان آن، اوّلین مشکل حل و فصل اختلافات ناشی از قراردادهای خصوصی بین المللی همانا مسئله تعیین قانون قابل إعمال در معاملات بین المللی است. از این‌رو کنفرانس لاهه موقع شد در پانزدهم ژوئن ۱۹۵۵ کنوانسیونی مشتمل بر ۱۲ ماده در همین مورد تصویب کند.

ثانیاً. به دنبال کنوانسیون مذبور، تلاش برای تدوین مقرراتی متحدة‌الشكل راجع به بیع بین المللی کالا و مرور زمان آن در کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحده (آنستیتال) پیگیری شد و با تنظیم و انعقاد دو کنوانسیون مذبور در این زمینه، فرجام یافت. آنگاه نتیجه همه این تجربیات چندین ساله (لااقل از سال ۱۹۵۵ تا ۱۹۸۰) در اجلاسیه‌های کنفرانس لاهه بازتاب پیدا کرد و

\* کنوانسیونهای مذبور به عنوان «استناد بین المللی» در شماره‌های نهم و دهم «مجلة حقوقی» با ترجمه و توضیح درج شده‌اند.

سبب شد تا مسئله قانون قابل إعمال بر قراردادهای بیع بین المللی کالا مجدداً در دستور کارقرار گیرد. لذا از سال ۱۹۸۰ آندهش تجدیدنظر در کنوانسیون ۱۵ زوئن ۱۹۵۵ مطرح گردید و در این خصوص کنفرانس لاہه و آنسیترل با یکدیگر همکاری، هماهنگی و تبادل افکار نمودند. و به این ترتیب پروژه عهدنامه‌ای جدید در اجلاس فوق العاده کنفرانس لاہه مورخ ۱۴ اکتبر ۱۹۸۵ و با حضور نماینده‌گان ۶۱ کشور آماده گردید. نماینده ایران نیز در این اجلاسیه حضور داشت. در کارتهیه و تدقیق متن کنوانسیون استاد فرانسوی «بل لاغارد»\* و استاد امریکائی «آرتور تی. فون مهرن»\*\* تشریک مساعی داشتند.

کنوانسیون مذبور در تاریخ ۲۲ دسامبر ۱۹۸۶ در لاہه به دو زبان انگلیسی و فرانسه تنظیم شد و از آن زمان در آرشیو دولت پادشاهی هلند تدویع شده و تصویر آن برای امضای دولتهای شرکت کننده در اجلاسیه ۱۴ اکتبر ۱۹۸۵ ارسال شده است (ماده ۳۱).

کنوانسیون راجع به قانون قابل إعمال بر قراردادهای بیع بین المللی کالا (۱۹۸۶) که مشتمل بر چهار فصل و سی و یک ماده است، یکی از اسناد نمونه برای قضات و داوران در حل و فصل اختلافات بین المللی به شمار می‌رود. عهدنامه مذبور پس از اشاره به کنوانسیون سازمان ملل متحده راجع به قراردادهای بیع بین المللی کالا - ۱۹۸۰ (مقدمه) در فصل اول خود مواردی را که مقرراتش قابل إعمال یا غیرقابل إعمال می‌باشد (مواد ۱ و ۲) و همچنین کالاهای و موضوعاتی را که کنوانسیون ذرخصوص آنها قابل إعمال است، معین

\* Paul Lagarde

\*\* Arthur T. Von Mehren

می‌کند (مواد ۳ و ۴ و ۵)؛ آنگاه در فصل دوم، قانون قابلِ اعمال را در ۷ ماده تشریح می‌نماید (مواد ۶ تا ۱۳)؛ وبالاخره در فصل سوم (مقررات کلی) و فصل چهارم (مقررات نهائی) به مسائل متعدد دیگر منجمله موضوع «تحدید تعهد» پرداخته، طرق مختلف آن و همچنین امکان استردادش را مشخص می‌سازد (ماده ۲۱). به موجب ماده ۲۳، کنوانسیون مذبور هیچ تأثیری بر اعمال کنوانسیون آوریل ۱۹۸۰ و کنوانسیون ژوئن ۱۹۷۴ و پروتکل اصلاحی آن (آوریل ۱۹۸۰) نخواهد داشت.

ماده ۲۷، مکانیسم لازم الاجراء شدن کنوانسیون را پیش‌بینی می‌کند و سپس ماده ۲۸ تصریح می‌نماید که نسبت به هر کشوری که کنوانسیون قانون قابلِ اعمال برقراردادهای بيع کالا (مورخ ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵—لاهه) لازم الاجراء باشد، این کنوانسیون نیز لازم الاجراء بوده، جایگزین آن محسوب خواهد شد.

یادآور می‌شویم که دولت ایران هنوز به این کنوانسیون ملحق نشده است. ترجمه حاضر از متن رسمی انگلیسی آن بعمل آمده است.

«مجله حقوقی»



کنوانسیون راجع به  
قانون قابل اعمال برقراردادهای  
بیع بین المللی کالا

(منعقده در ۲۲ دسامبر ۱۹۸۶)





کشورهای طرف کنوانسیون حاضر،

— با تمايل به متحده الشكل نمودن قواعد انتخاب قانون [قابل إعمال] در  
قراردادهای بيع بين المللی کالا، و  
— با درنظرداشتن «کنوانسیون [سازمان] ملل متحده راجع به  
قراردادهای بيع بين المللی کالا» که در ۱۱ آوریل ۱۹۸۰ در وین منعقد  
گردیده است،  
درخصوص مقررات ذيل توافق گرده اند:

## فصل اول: قلمرو کنوانسیون

### ماده ۱

کنوانسیون حاضر، قانون قابل إعمال<sup>\*</sup> بر قراردادهای بيع کالا در

« عبارت «قانون قابل اعمال» در سراسر اين متن، ترجمه «applicable law» است که  
اصطلاحاً قانون حاكم یا بعضًا قانون مناسب نيز گفته می شود.

موارد ذیل را تعیین می نماید:

(الف) بین طرفهایی که محل تجارت آنها در کشورهای متفاوت با یکدیگر واقع شده باشد؛

(ب) در هر مورد دیگری که موضوع انتخاب قانون یکی از کشورهای مختلف مطرح باشد، مگر آنکه مطرح شدن چنین انتخابی منحصراً ناشی از شرطی باشد که طرفین درخصوص قانون قابل إعمال مقرر کرده‌اند، حتی اگر آن شرط توأم با انتخاب دادگاه یا داوری یوده باشد.

#### ۲ ماده

کنوانسیون حاضر در موارد ذیل إعمال نخواهد شد:

(الف) بیع ناشی از اجرای قانون، یا بیعی که به نحو دیگری به حکم قانون واقع گردد؛

(ب) بیع سهام، سهم الشرکه، اوراق بهادر، اسناد قابل انتقال، یا پول؛ معدلک کنوانسیون حاضر بر بیع کالا، حتی اگر مبتنی بر اسناد باشد، اعمال می شود؛

(ج) بیع کالاهایی که جهت مصارف شخصی، خانوادگی، یا استفاده در منازل خریداری می شوند؛ معدلک کنوانسیون حاضر در موردی که فروشنده، در زمان انعقاد قرارداد، اطلاعی از اینکه کالاهای مزبور برای مصارف فوق خریده شده‌اند نداشته و یا مکلف نبوده اطلاعی در این مورد داشته باشد، إعمال می شود.

#### ۳ ماده

از نظر این کنوانسیون کالا شامل

(الف) کشتیها، سفاین، قایقها، هاورا کرافت (هواناو)، وسائل

نقلیه هوائی.

(ب) نیروی برق،

نیز خواهد بود.

#### ماده ۴

۱. قراردادهای ناظر به تهیه کالاها که باید ساخته یا تولید شود، قراردادهای بیع محسوب می‌شوند، مگر آنکه طرف سفارش دهنده کالا تهیه قسمت عمده مواد لازم جهت ساخت یا تولید آن کالا را تعهد نموده باشد.

۲. قراردادهایی که طبق آنها قسمت اعظم تعهدات طرف تهیه کننده کالا ناظر به ارائه نیروی کار یا خدمات دیگر باشد، قراردادهای بیع محسوب نمی‌شوند.

#### ماده ۵

کنوانسیون حاضر، قانون قابلِ إعمال بر موضوعات ذیل را تعیین نمی‌نماید:

(الف) اهلیت طرفین یا آثار بطلان یا بی اعتباری قرارداد به دلیل

عدم اهلیت یک طرف؛

(ب) این مسئله که آیا یک نماینده (عامل) قادر به ایجاد تعهد برای اصیل خود هست یا خیر، و نیز اینکه آیا یکی از ارکان (ارگانهای) یک شرکت، یا یک واحد دارای شخصیت حقوقی یا فاقد شخصیت حقوقی، می‌تواند برای آن شرکت یا واحد ایجاد تعهد نماید یا خیر؛

(ج) انتقال مالکیت؛ معذلک موضوعاتی که مشخصاً در ماده ۱۲

ذکر شده‌اند مشمول قانونی که طبق کنوانسیون حاضر قابلِ إعمال بر قرارداد تشخیص داده می‌شود، خواهد بود؛

- (د) اثر بیع بر غیر طرفین (بر اشخاص ثالث)؛
- (ه) توافقهای راجع به داوری یا انتخاب دادگاه، حتی در مواردی که چنین توافقهایی در متن قرارداد بیع گنجانیده شوند.

#### ۶ ماده

قانونی که طبق کنوانسیون حاضر تعیین می‌شود، بدون توجه به اینکه قانون یکی از کشورهای متعاهد هست یا نخیر، اعمال خواهد شد.

## فصل دوم : قانون قابل إعمال

### بخش اول : تعیین قانون قابل إعمال

#### ۷ ماده

۱. قرارداد بیع تحت حاکمیت قانونی است که توسط طرفین انتخاب شده است. توافق طرفین بر انتخاب قانون باید صریح باشد و یا از شرایط قرارداد و رفتار طرفین — که به صورت یک مجموعه در نظر گرفته خواهند شد — بوضوح ظاهر گردد.

۲. طرفین می‌توانند در هر زمانی توافق کنند که کل قرارداد، یا بخشی از آن، مشمول قانونی غیر از آن قانون که قبلًا حاکم بر قرارداد بوده واقع شود، خواه قانونی که قبلًا حاکم بوده توسط طرفین انتخاب شده یا نشده باشد. در صورتیکه طرفین قانون قابل إعمال را پس از انعقاد قرارداد تغییر دهند، به اعتبار شکلی قرارداد و یا به حقوق اشخاص ثالث طبق آن قرارداد، خدشهای وارد نخواهد شد.

۱. در مواردی که طرفین قانون قابل إعمال برقرارداد بيع را طبق ماده ۷ انتخاب نکرده باشند، قرارداد تحت حاکمیت قانون کشوری خواهد بود که محل تجارت فروشنده در زمان انعقاد قرارداد در آن کشور قرار داشته است.

۲. معذلک در موارد زیر، قرارداد تحت حاکمیت قانون کشوری است که محل تجارت خریدار در زمان انعقاد قرارداد در آن کشور قرار داشته است:

(الف) هرگاه مذاکرات و انعقاد قرارداد توسط طرفین و با حضور آنها در کشور محل تجارت خریدار واقع شده باشد؛

(ب) هرگاه قرارداد تصریح کرده باشد که فروشنده باید تعهد خود بر تحويل کالا را در کشور محل تجارت خریدار انجام دهد؛

(ج) هرگاه قرارداد با شرایطی که عمدتاً توسط خریدار تعیین شده و در پاسخ به دعویی که خریدار برای شرکت اشخاص در مناقصه بعمل آورده است، منعقد شده باشد.

۳. به عنوان استثناء اگر با توجه به مجموع اوضاع و احوال — مثلاً روابط تجاری بین طرفین — قرارداد بطور روشی با قانون دیگری غیر از قانونی که در غیاب اوضاع و احوال مورد بحث، طبق بندهای ۱ و ۲ این ماده قابل إعمال می‌بود ارتباط نزدیکتری داشته باشد، قرارداد تحت حاکمیت همان قانونی خواهد بود که با آن ارتباط نزدیکتری دارد.

۴. اگر در زمان انعقاد قرارداد، محل تجارت فروشنده و خریدار در کشورهایی واقع باشد که تعهدات خود را طبق قسمت «ب» از بند ۱ ماده ۲۱ محدود نموده باشند، بند ۳ فوق إعمال نخواهد شد.

۵. اگر در زمان انعقاد قرارداد، محل تجارت فروشنده و خریدار

در دو کشور متفاوت واقع شده و هر دو کشور عضو «کنوانسیون [سازمان] ملل متحده راجع به قراردادهای بیع بین المللی کالا (وین - ۱۱ آوریل ۱۹۸۰)» باشند، بند ۳ فوق در مورد موضوعاتی که حکم آنها در کنوانسیون مذبور مشخص شده است، إعمال نخواهد شد.

#### ۹ ماده

بیع از طرق حراج، یا بیعی که در بازار بورس واقع شود، تحت حاکمیت قانونی است که طرفین طبق ماده ۷ انتخاب نموده‌اند، مشروط بر آنکه قانون کشور محل حراج یا محل وقوع بورس، چنین انتخابی را منع نکرده باشد. در صورت عدم انتخاب قانون توسط طرفین، یا تا حدی که چنین انتخابی منع شده باشد، قانون کشور محل حراج یا محل بورس إعمال خواهد شد.

#### ۱۰ ماده

۱. جائی که انتخاب قانون با رعایت شرایط مذکور در ماده ۷ صورت گرفته باشد، موضوعات مربوط به وجود یا اعتبارِ رضای طرفین نسبت به انتخاب قانون قابل إعمال، توسط همان قانون منتخب تعیین می‌شود. اگر طبق قانون مذبور انتخاب غیرمعتبر باشد، قانون حاکم بر قرارداد طبق ماده ۸ تعیین می‌گردد.

۲. وجود یا اعتبار یک قرارداد بیع، یا هر یک از شرایط آن، به حکم قانونی تعیین می‌گردد که طبق این کنوانسیون، در صورت اعتبار قرارداد یا هر یک از شرایط آن، قابل إعمال می‌بود.

۳. معدلك اگر با درنظر گرفتن اوضاع و احوال، تعیین [حکم] موضوع طبق قانون مذکور در بند فوق منطقی نباشد، یک طرف می‌تواند برای اثبات اینکه وی نسبت به انتخاب قانون یا نسبت به خود قرارداد یا

هر یک از شرایط آن رضایت نداده است، به قانون کشور محل تجارت خود استناد نماید.

## ۱۱ ماده

۱. قرارداد بیع منعقده بین اشخاصی که در یک کشور هستند، به شرط رعایت مقررات قانونی که طبق کنوانسیون حاضر حاکم است، یا رعایت قانون کشور محل انعقاد قرارداد، از نظر شکلی معتبر خواهد بود.
۲. قرارداد بیع منعقده بین اشخاصی که در کشورهای متفاوت هستند، به شرط رعایت مقررات قانونی که طبق کنوانسیون حاضر حاکم است، یا قانون هر یک از آن کشورها، از نظر شکلی معتبر خواهد بود.
۳. هرگاه قرارداد توسط نماینده (عامل) منعقد شود، کشور ذیربطری از نظر دو بند فوق کشوری است که نماینده (عامل) در آنجا عمل می‌کند.
۴. هر اقدامی که با قصد ایجاد اثر حقوقی نسبت به یک قرارداد بیع موجود، یا یک قرارداد بیع پیش‌بینی شده، صورت می‌گیرد به شرط رعایت مقررات آن قانونی که طبق این کنوانسیون حاکم بوده و یا حاکم خواهد بود، و یا رعایت مقررات قانون محلی که اقدام در آنجا صورت گرفته است، از نظر شکلی معتبر خواهد بود.
۵. اگر در زمان انعقاد قرارداد محل تجارت یکی از طرفین در کشوری واقع باشد که تعهدات خود را طبق قسمت «ج» از بند ۱ ماده ۲۱ محدود نموده باشد، کنوانسیون حاضر در مورد اعتبار شکلی قرارداد بیع إعمال نخواهد شد.

## بخش دوم: قلمرو قانون قابلِ اعمال

### ۱۲ ماده

قانونی که بر مبنای مواد ۷ و ۸ یا ۹ بر قرارداد بيعِ اعمال می‌شود بر موارد ذیل خصوصاً حاکم خواهد بود:

- (الف) تغییر قرارداد؛
- (ب) حقوق و تکالیف طرفین و اجرای قرارداد؛
- (ج) زمان استقرار مالکیت خریدار بر محصولات، ثمرات یا منافع حاصله از کالا؛
- (د) زمان انتقال خطرات مربوط به کالا به خریدار؛
- (ه) اعتبار و اثر شرایط ناظر بر حفظ مالکیت کالا نسبت به طرفین قرارداد؛
- (و) نتایج عدم اجرای قرارداد، منجمله آن دسته از خساراتی که می‌توان برای آنها طلب غرامت نمود؛ معذلک تبعیت از قانون حاکم در این خصوص، خدشه‌ای بر قوانین شکلی محل رسیدگی وارد نخواهد نمود؛
- (ز) راههای مختلف ختم تعهدات و نیز مرور زمان و محدودیت اقامه دعوى؛
- (ح) نتایج بطلان یا بی‌اعتباری قرارداد.

### ۱۳ ماده

در غیاب یک شرط صریح مغایر، نحوه بازرسی کالا و شرایط شکلی آن تابع قانون کشور محل بازرسی است.

## فصل سوم : مقررات کلی

### ۱۴ ماده

۱. هرگاه یکی از طرفین بیش از یک محل تجارت داشته باشد، محل تجارت ذیربطر او جائی است که با درنظر گرفتن اوضاع و احوالی که قبل از انعقاد قرارداد یا همزمان با انعقاد آن بر طرفین معلوم بوده یا توسط آنها پیش‌بینی می‌شده است، نزدیکترین رابطه را با قرارداد و اجرای آن داشته باشد.
۲. هرگاه یکی از طرفین فاقد محل تجارت باشد، محل اقامت معمولی او ملاک قرار خواهد گرفت.

### ۱۵ ماده

در این کنوانسیون، «قانون» به معنای قانون جاری — منهای قواعد انتخاب قانون [حاکم] — در یک کشور است.

### ۱۶ ماده

در تفسیر [مقررات] این کنوانسیون، به خصیصه بین‌المللی کنوانسیون و نیز به ضرورت ایجاد هماهنگی در اجرای آن توجه خواهد شد.

### ۱۷ ماده

کنوانسیون حاضر مانع از اعمال آن دسته از مقررات قانون

[کشور] محل رسیدگی نخواهد شد که باید بدون توجه به قانونی که در غیاب مقررات مزبور حاکم بر قرارداد می‌گردید، اعمال شوند.

#### ۱۸ ماده

امتناع از اعمال قانونی که توسط این کنوانسیون معین می‌شود تنها در صورتی ممکن است که اعمال آن بطور مشخص با قواعد نظم عمومی غیرقابل جمع باشد.

#### ۱۹ ماده

به منظور تشخیص قانونی که طبق این کنوانسیون قابل اعمال خواهد بود، هرگاه کشوری مشکل از واحدهای ارضی مختلفی باشد که هر یک از آنها نظام حقوقی خاص خود را داشته باشد یا هر یک از آنها دارای قواعد حقوقی خاص خود درخصوص قراردادهای بیع کالا: باشد، اشاره به قانون آن کشور به معنای اشاره به قانون جاری در واحد ارضی ذیربط تفسیر خواهد شد.

#### ۲۰ ماده

کشوری که در محدوده آن، واحدهای ارضی مختلف دارای نظامهای حقوقی خاص خود و یا دارای قواعد حقوقی خاص خود در ارتباط با قراردادهای بیع باشند، ملزم به اعمال کنوانسیون حاضر بر موارد تعارض قوانین جاری بین واحدهای ارضی مزبور نیستند.

#### ۲۱ ماده

۱. هر کشور می‌تواند به هنگام امضاء، تصویب، قبول، تأیید یا

الحق به کنوانسیون حاضر، تعهدات خود را به هر یک از طرق زیر محدود نماید:

(الف) اینکه کنوانسیون حاضر را در موارد مشمول قسمت «ب» از ماده ۱ اعمال نخواهد کرد؛

(ب) اینکه بند ۳ از ماده ۸ را اعمال نخواهد نمود، مگر در موردی که محل تجارت هیچیک از طرفین قرارداد در کشوری که مطابق این قسمت مبادرت به تحدید تعهد نموده است نباشد؛

(ج) اینکه کنوانسیون حاضر را درخصوص مواردی که قانون [داخلی] کشور وی انعقاد قرارداد بیع، یا مستند نمودن آن را، به صورت کتبی لازم بداند و محل تجارت یکی از طرفین به هنگام انعقاد قرارداد در کشور مذبور واقع باشد، درخصوص اعتبار شکلی قرارداد اعمال نخواهد نمود؛

(د) اینکه قسمت «ز» از ماده ۱۲ را تا حدی که ناظر بر مرور زمان و محدودیت اقامه دعوی است، اعمال نخواهد نمود.

۲. هیچ تحدید تعهد دیگری مجاز نخواهد بود.

۳. هر کشور متعاهد می‌تواند در هر زمان تحدید تعهد خود را مسترد نماید. در آن صورت، تحدید تعهد در اولین روز از ماهی که بعد از انقضای سه ماه از تاریخ اعلام استداد آغاز می‌شود، فاقد اثر نخواهد شد.

## ۲۲ ماده

۱. این کنوانسیون نسبت به هیچ کنوانسیون یا موافقتنامه بین‌المللی دیگری که منعقد شده یا ممکن است منعقد گردد و متضمن مقرراتی راجع به تعیین قانون قابل اعمال بر قراردادهای بیع باشد، حاکمیت نخواهد داشت، با این قيد که آن کنوانسیون یا موافقتنامه بین‌المللی صرفاً در صورتی اعمال خواهد شد که محل تجارت فروشنده و

خریدار در کشورهای طرف چنان کنوانسیون یا موافقنامه بین المللی واقع شده باشد.

۲. این کنوانسیون نسبت به هیچ کنوانسیون بین المللی دیگری که یک کشور متعاهد عضو آن بوده و یا ممکن است بدان بپیوندد و متضمن مقرراتی راجع به انتخاب قانون در مورد دسته خاصی از قراردادهای مشمول این کنوانسیون باشد، حاکمیت نخواهد داشت.

#### ۲۳ ماده

این کنوانسیون تأثیری بر اعمال:

(الف) کنوانسیون [سازمان] ملل متحده راجع به قراردادهای بيع بین المللی کالا (وین - ۱۱ آوریل ۱۹۸۰)، و  
(ب) کنوانسیون راجع به مرور زمان در بيع بین المللی کالا (نیویورک - ۱۴ ژوئن ۱۹۷۴) و یا پروتکل اصلاحی کنوانسیون مزبور (وین - ۱۱ آوریل ۱۹۸۰)، نخواهد داشت.

#### ۲۴ ماده

کنوانسیون حاضر در یک کشور متعاهد بر قراردادهای بیعی اعمال می شود که بعد از لازم الاجراء شدن کنوانسیون نسبت به آن کشور، منعقد شده باشد.

## فصل چهارم: مقررات نهائی

#### ۲۵ ماده

۱. کنوانسیون حاضر برای امضای کلیه کشورها مفتوح خواهد

بود.

۲. کنوانسیون حاضر موکول به تصویب، قبول، یا تأیید کشورهای امضاکننده خواهد بود.

۳. کنوانسیون حاضر از تاریخی که برای امضاء مفتوح می‌شود جهت الحاق کلیه کشورهایی که جزو کشورهای امضاکننده نیستند، مفتوح خواهد بود.

۴. اسناد تصویب، قبول، تأیید یا الحاق نزد وزارت خارجه پادشاهی هلند، به عنوان امین کنوانسیون، سپرده خواهد شد.

#### ۲۶ ماده

۱. هرگاه کشوری شامل دو یا چند واحد ارضی باشد که در آنها نظامهای حقوقی مختلفی در رابطه با موضوعات مطرحه در این کنوانسیون قابل اعمال باشد، می‌تواند در زمان امضاء، تصویب، قبول، تأیید یا الحاق خود اعلام نماید که این کنوانسیون بر تمام واحدهای ارضی یا تنها بر یک واحد یا چند واحد ارضی کشور تسری خواهد داشت، و نیز می‌تواند هر زمان با تسلیم اعلامیه‌ای دیگر، اعلامیه قبلي خود را اصلاح نماید.

۲. اعلامیه‌های مذبور باید به آگاهی امین کنوانسیون برسند و ضمن آنها واحدهای ارضی مشمول این کنوانسیون صریحاً تعیین گردند.

۳. چنانچه یک کشور مبادرت به صدور اعلامیه موضوع این ماده ننماید، مقررات این کنوانسیون به تمام واحدهای ارضی آن کشور تسری داده خواهد شد.

#### ۲۷ ماده

۱. این کنوانسیون در اولین روز از ماهی که بعد از انقضای

سه ماه از تاریخ تودیع پنجمین سند تصویب، قبول، تأیید یا الحاق مذکور در ماده ۲۵ فوق آغاز می شود، لازم الاجراء خواهد گردید.

۲. بعد از تاریخ مذکور، کنوانسیون:

(الف) نسبت به هر کشوری که آن را متعاقباً تصویب، قبول یا تأیید می کند و پا بدان ملحق می گردد، در اولین روز از ماهی که بعد از انقضای سه ماه از تاریخ تودیع سند تصویب، قبول، تأیید یا الحاق آغاز می شود، لازم الاجراء خواهد شد؛

(ب) نسبت به هر واحد ارضی که شمول کنوانسیون بر آن طبق ماده ۲۶ صورت گرفته است، در اولین روز از ماهی که بعد از انقضای سه ماه از تاریخ اعلامیه مذکور در ماده فوق الذکر آغاز می شود، لازم الاجراء خواهد شد.

۲۸ ماده

نسبت به هر کشوری که عضو «کنوانسیون قانون قابل إعمال بر بيع بين المللي كالا» منعقده در ۱۵ژوئن ۱۹۵۵ در لاهه باشد و رضایت خود را به التزام نسبت به کنوانسیون حاضر اعلام کرده و این کنوانسیون نسبت به او لازم الاجراء شده باشد، کنوانسیون حاضر جایگزین کنوانسیون ۱۹۵۵ مزبور خواهد شد.

۲۹ ماده

هر کشوری که بعد از لازم الاجراء شدن اصلاحیه های این کنوانسیون به عضویت کنوانسیون درمی آید، به عنوان عضو کنوانسیون اصلاح شده تلقی خواهد شد.

۳۰ ماده

۱. هر کشور عضو کنوانسیون حاضر می‌تواند با یک اخطار کتبی خطاب به امین، کنوانسیون حاضر را رد نماید.
۲. رَدَ کنوانسیون در اولین روز از ماهی که بعد از انقضای سه ماه از تاریخ دریافت اخطار توسط امین آغاز می‌شود، نافذ خواهد شد. در صورتیکه در اخطار رد، مدت طولانی‌تری برای نفوذ آن تعیین شده باشد، رَدَ کنوانسیون بعد از انقضای مدت مذبور، که از زمان دریافت اخطار توسط امین آغاز می‌شود، نافذ خواهد شد.

۳۱ ماده

امین کنوانسیون مراتب زیر را به اطلاع کشورهای عضو «کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه» و نیز کشورهایی که کنوانسیون حاضر را امضاء، تصویب، قبول یا تأیید نموده و یا بدان ملحق شده‌اند، خواهد رسانید:

(الف) امضاء، تصویب، قبول، تأیید یا الحاق مذکور در ماده

۴۲۵

(ب) تاریخی که کنوانسیون حاضر طبق ماده ۲۷ لازم الاجراء

می‌شود؛

(ج) اعلامیه‌های مذکور در ماده ۲۶؛

(د) موارد تحدید تعهد و استرداد موارد مذبور؛ مندرج در ماده

۴۲۱

(ه) موارد رَدَ مذکور در ماده ۳۰.

در مقام تسجيل، امضا کنندگان زیر با اختیارات لازم کنوانسیون حاضر را امضاء نموده‌اند.

در لاهه به تاریخ ۲۲ دسامبر ۱۹۸۶ در یک نسخه به دو زبان انگلیسی و فرانسه، که متن هر دو دارای اعتبار واحد است، تنظیم شد. نسخه مزبور در آرشیو دولت پادشاهی هلند سپرده خواهد شد و فتوکپی تصدیق شده آن از مباری دیپلماتیک به هر یک از کشورهایی که از تاریخ اجلاس فوق العاده مورخ اکتبر ۱۹۸۵ کنفرانس حقوق بین الملل خصوصی لاهه عضو کنفرانس مزبور بوده‌اند و نیز به هر کشوری که در اجلاس مذکور شرکت نموده است، ارسال خواهد شد.

# LAW REVIEW

---

Bureau for International Legal Services

---

Vol. 11

Autumn-Winter 1989-90

---



*President and Director-in-charge:*

— **Dr. G. Eftekhar Djahromi**

---

*Editor-in-charge:*

— **M. Mohebbi**

*Supervised by:*

— **Editorial Board.**



---



---

**XXXL. CONVENTION ON THE LAW  
APPLICABLE TO CONTRACTS FOR  
THE INTERNATIONAL SALE OF  
GOODS**

**(Concluded December 22, 1986)**

---





The States Parties to the present Convention,  
Desiring to unify the choice of law rules relating to contracts for  
the international sale of goods,  
Bearing in mind the United Nations Convention on contracts for  
the international sale of goods, concluded at Vienna on 11 April 1980,

Have agreed upon the following provisions –

#### CHAPTER I — SCOPE OF THE CONVENTION

##### Article 1

This Convention determines the law applicable to contracts of sale  
of goods –

- a) between parties having their places of business in different States;
- b) in all other cases involving a choice between the laws of different States, unless such a choice arises solely from a stipulation by the parties as to the applicable law, even if accompanied by a choice of court or arbitration.

##### Article 2

The Convention does not apply to –

- a) sales by way of execution or otherwise by authority of law;
- b) sales of stocks, shares, investment securities, negotiable instruments or money; it does, however, apply to the sale of goods based on documents;
- c) sales of goods bought for personal, family or household use; it does, however, apply if the seller at the time of the conclusion of the contract neither knew nor ought to have known that the goods were bought for any such use.

### Article 3

For the purposes of the Convention, 'goods' includes –

- a) ships, vessels, boats, hovercraft and aircraft;
- b) electricity.

### Article 4

- (1) Contracts for the supply of goods to be manufactured or produced are to be considered contracts of sale unless the party who orders the goods undertakes to supply a substantial part of the materials necessary for such manufacture or production.
- (2) Contracts in which the preponderant part of the obligations of the party who furnishes goods consists of the supply of labour or other services are not to be considered contracts of sale.

### Article 5

The Convention does not determine the law applicable to –

- a) the capacity of the parties or the consequences of nullity or invalidity of the contract resulting from the incapacity of a party;
- b) the question whether an agent is able to bind a principal, or an organ to bind a company or body corporate or unincorporate;
- c) the transfer of ownership; nevertheless, the issues specifically mentioned in Article 12 are governed by the law applicable to the contract under the Convention;
- d) the effect of the sale in respect of any person other than the parties;
- e) agreements on arbitration or on choice of court, even if such an agreement is embodied in the contract of sale.

### Article 6

The law determined under the Convention applies whether or not it is the law of a Contracting State.

## CHAPTER II — APPLICABLE LAW

### *Section 1 – Determination of the applicable law*

#### Article 7

- (1) A contract of sale is governed by the law chosen by the parties. The parties' agreement on this choice must be express or be clearly demonstrated by the terms of the contract and the conduct of the parties, viewed in their entirety. Such a choice may be limited to a part of the contract.
- (2) The parties may at any time agree to subject the contract in whole or in part to a law other than that which previously governed it, whether or not the law previously governing the contract was chosen by the parties. Any change by the parties of the applicable law made after the conclusion of the contract does not prejudice its formal validity or the rights of third parties.

#### Article 8

- (1) To the extent that the law applicable to a contract of sale has not been chosen by the parties in accordance with Article 7, the contract is governed by the law of the State where the seller has his place of business at the time of conclusion of the contract.
- (2) However, the contract is governed by the law of the State where the buyer has his place of business at the time of conclusion of the contract, if –
- a) negotiations were conducted, and the contract concluded by and in the presence of the parties, in that State; or
  - b) the contract provides expressly that the seller must perform his obligation to deliver the goods in that State; or
  - c) the contract was concluded on terms determined mainly by the buyer and in response to an invitation directed by the buyer to persons invited to bid (a call for tenders).
- (3) By way of exception, where, in the light of the circumstances as a whole, for instance any business relations between the parties, the contract is manifestly more closely connected with a law which is not the law which would otherwise be applicable to the contract under paragraphs 1 or 2 of this Article, the contract is governed by that other law.
- (4) Paragraph 3 does not apply if, at the time of the conclusion of the contract, the seller and the buyer have their places of business in States having made the reservation under Article 21 paragraph 1 subparagraph b).
- (5) Paragraph 3 does not apply in respect of issues regulated in the *United Nations Convention on contracts for the international sale of*

*goods* (Vienna, 11 April 1980) where, at the time of the conclusion of the contract, the seller and the buyer have their places of business in different States both of which are Parties to that Convention.

#### Article 9

A sale by auction or on a commodity or other exchange is governed by the law chosen by the parties in accordance with Article 7 to the extent to which the law of the State where the auction takes place or the exchange is located does not prohibit such choice. Failing a choice by the parties, or to the extent that such choice is prohibited, the law of the State where the auction takes place or the exchange is located shall apply.

#### Article 10

(1) Issues concerning the existence and material validity of the consent of the parties as to the choice of the applicable law are determined, where the choice satisfies the requirements of Article 7, by the law chosen. If under that law the choice is invalid, the law governing the contract is determined under Article 8.

(2) The existence and material validity of a contract of sale, or of any term thereof, are determined by the law which under the Convention would govern the contract or term if it were valid.

(3) Nevertheless, to establish that he did not consent to the choice of law, to the contract itself, or to any term thereof, a party may rely on the law of the State where he has his place of business, if in the circumstances it is not reasonable to determine that issue under the law specified in the preceding paragraphs.

#### Article 11

(1) A contract of sale concluded between persons who are in the same State is formally valid if it satisfies the requirements either of the law which governs it under the Convention or of the law of the State where it is concluded.

(2) A contract of sale concluded between persons who are in different States is formally valid if it satisfies the requirements either of the law which governs it under the Convention or of the law of one of those States.

(3) Where the contract is concluded by an agent, the State in which the agent acts is the relevant State for the purposes of the preceding paragraphs.

(4) An act intended to have legal effect relating to an existing or contemplated contract of sale is formally valid if it satisfies the requirements either of the law which under the Convention governs or would govern the contract, or of the law of the State where the act was done.

(5) The Convention does not apply to the formal validity of a contract of sale where one of the parties to the contract has, at the time of its conclusion, his place of business in a State which has made the reservation provided for in Article 21 paragraph 1 sub-paragraph c).

### *Section 2 – Scope of the applicable law*

#### **Article 12**

The law applicable to a contract of sale by virtue of Articles 7, 8 or 9 governs in particular –

- a) interpretation of the contract;
- b) the rights and obligations of the parties and performance of the contract;
- c) the time at which the buyer becomes entitled to the products, fruits and income deriving from the goods;
- d) the time from which the buyer bears the risk with respect to the goods;
- e) the validity and effect as between the parties of clauses reserving title to the goods;
- f) the consequences of non-performance of the contract, including the categories of loss for which compensation may be recovered, but without prejudice to the procedural law of the forum;
- g) the various ways of extinguishing obligations, as well as prescription and limitation of actions;
- h) the consequences of nullity or invalidity of the contract.

#### **Article 13**

In the absence of an express clause to the contrary, the law of the State where inspection of the goods takes place applies to the modalities and procedural requirements for such inspection.

### **CHAPTER III – GENERAL PROVISIONS**

#### **Article 14**

(1) If a party has more than one place of business, the relevant 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.

(2) If a party does not have a place of business, reference is to be made to his habitual residence.

#### **Article 15**

In the Convention 'law' means the law in force in a State other

than its choice of law rules.

#### Article 16

In the interpretation of the Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application.

#### Article 17

The Convention does not prevent the application of those provisions of the law of the forum that must be applied irrespective of the law that otherwise governs the contract.

#### Article 18

The application of a law determined by the Convention may be refused only where such application would be manifestly incompatible with public policy (*ordre public*).

#### Article 19

For the purpose of identifying the law applicable under the Convention, where a State comprises several territorial units each of which has its own system of law or its own rules of law in respect of contracts for the sale of goods, any reference to the law of that State is to be construed as referring to the law in force in the territorial unit in question.

#### Article 20

A State within which different territorial units have their own systems of law or their own rules of law in respect of contracts of sale is not bound to apply the Convention to conflicts between the laws in force in such units.

#### Article 21

(1) Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession make any of the following reservations –

- a) that it will not apply the Convention in the cases covered by subparagraph b) of Article 1;
- b) that it will not apply paragraph 3 of Article 8, except where neither party to the contract has his place of business in a State which has made a reservation provided for under this sub-paragraph;
- c) that, for cases where its legislation requires contracts of sale to be concluded in or evidenced by writing, it will not apply the Convention to the formal validity of the contract, where any party has his place of business in its territory at the time of conclusion of the contract;
- d) that it will not apply sub-paragraph g) of Article 12 in so far as

that sub-paragraph relates to prescription and limitation of actions.

- (2) No other reservation shall be permitted.
- (3) Any Contracting State may at any time withdraw a reservation which it has made; the reservation shall cease to have effect on the first day of the month following the expiration of three months after notification of the withdrawal.

#### Article 22

- (1) This Convention does not prevail over any convention or other international agreement which has been or may be entered into and which contains provisions determining the law applicable to contracts of sale, provided that such instrument applies only if the seller and buyer have their places of business in States Parties to that instrument.
- (2) This Convention does not prevail over any international convention to which a Contracting State is, or becomes, a Party, regulating the choice of law in regard to any particular category of contracts of sale within the scope of this Convention.

#### Article 23

- This Convention does not prejudice the application –
- a) of the *United Nations Convention on contracts for the international sale of goods* (Vienna, 11 April 1980);
  - b) of the *Convention on the limitation period in the international sale of goods* (New York, 14 June 1974), or the *Protocol* amending that Convention (Vienna, 11 April 1980).

#### Article 24

The Convention applies in a Contracting State to contracts of sale concluded after its entry into force for that State.

### CHAPTER IV – FINAL CLAUSES

#### Article 25

- (1) The Convention is open for signature by all States.
- (2) The Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.
- (3) The 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 shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.

### Article 26

- (1) If a State has two or more territorial units in which different systems of law are applicable in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that this Convention shall extend to all its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.
- (2) Any such declaration shall be notified to the depositary and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.
- (3) If a State makes no declaration under this Article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

### Article 27

- (1) The Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of the fifth instrument of ratification, acceptance, approval or accession referred to in Article 25.
- (2) Thereafter the Convention shall enter into force –
- a) for each State ratifying, accepting, approving or acceding to it subsequently, on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession;
  - b) for a territorial unit to which the Convention has been extended in conformity with Article 26 on the first day of the month following the expiration of three months after the notification referred to in that Article.

### Article 28

For each State Party to the *Convention on the law applicable to international sales of goods*, done at The Hague on 15 June 1955, which has consented to be bound by this Convention and for which this Convention is in force, this Convention shall replace the said Convention of 1955.

### Article 29

Any State which becomes a Party to this Convention after the entry into force of an instrument revising it shall be considered to be a Party to the Convention as revised.

### Article 30

- (1) A State Party to this Convention may denounce it by a notifica-

tion in writing addressed to the depositary.

(2) The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of three 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.

#### Article 31

The depositary shall notify the States Members of the Hague Conference on Private International Law and the States which have signed, ratified, accepted, approved or acceded in accordance with Article 25, of the following —

- a) the signatures and ratifications, acceptances, approvals and accessions referred to in Article 25;
- b) the date on which the Convention enters into force in accordance with Article 27;
- c) the declarations referred to in Article 26;
- d) the reservations and the withdrawals of reservations referred to in Article 21;
- e) the denunciations referred to in Article 30.

In witness whereof the undersigned, being duly authorized thereto, have signed this Convention.

Done at The Hague, on the 22nd day of December, 1986, in the English and French languages, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Government of the Kingdom of the Netherlands, and of which a certified copy shall be sent, through diplomatic channels, to each of the States Members of the Hague Conference on Private International Law as of the date of its Extraordinary Session of October 1985, and to each State which participated in that Session.



\* لطفاً غلط‌های زیر را در مجله شماره دهم اصلاح فرمائید:

صفحه ۲۸۰ سطر ۳ از آخر به جای «مثلی»، «قیمتی» درست است.

صفحه ۲۳۸ سطر ۱۲ ماده ۲ درست است.

\* توضیح لازم:

مقاله «عقیم شدن قراردادهای تجاری، با تأکید بر حقوق انگلیس» که در شماره دهم «مجله حقوقی» صفحه ۲۶۷ چاپ شده است، به استثنای بخش «نظری بر حقوق ایران» کلّاً از فصل دوم کتاب ذیل توسط آقای دکتر فرامرز مؤمنی انتخاب و ترجمه شده است.

International Trade, Ed. 1975, London, by: Prof. Schmitto, pp. 94-706.

# LAW REVIEW

Bureau for International Legal Services

Vol.11

Autumn-Winter 1989 - 90

Publication:

Bureau for International Legal Services

No. 140, Forsat St. Taleghani Ave. Tehran-Iran

Tel. (21) 825071-5, 824176

نشریه

دفتر خدمات حقوق بین المللی جمهوری اسلامی ایران

تهران، خیابان طالقانی، نبش شمالی فرست، شماره ۱۴۰، تلفن ۸۲۵۰۷۱

۶۰۰ ریال