

مکالمه حقوقی

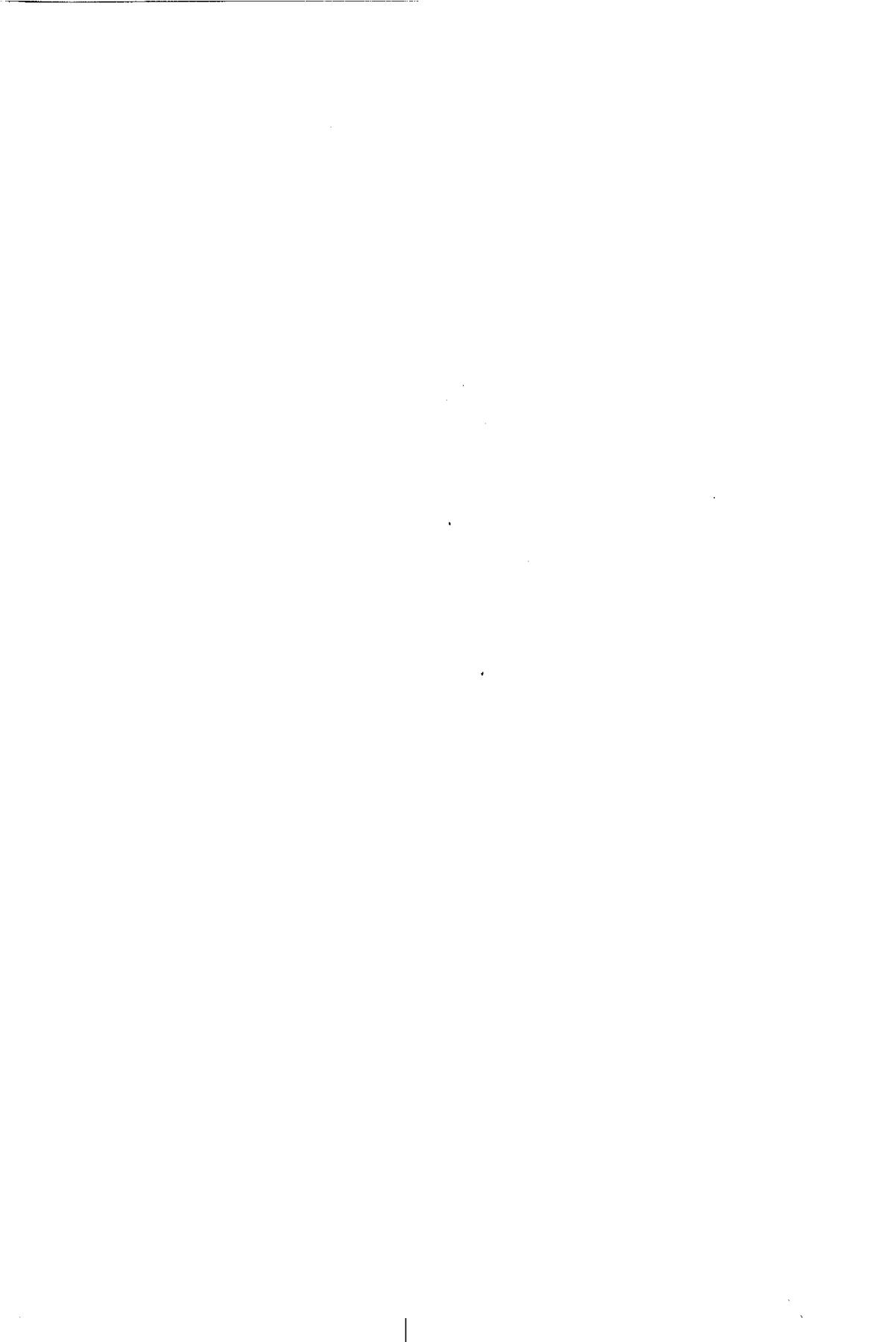
دفتر خدمات حقوقی سازمان اسلامی جمهوری اسلامی ایران

پاییز - زمستان ۶۹

شماره سیزدهم

• چک در قلمرو حقوق تجارت بین الملل • بررسی اجمالی مفهوم حقوقی J.V. • ضمانت در معاملات بین المللی • مسئولیت بین المللی دولت در نتیجه اعمال افراد • اجرای احکام خارجی و آرای داوری در فرانسه • جرم بین المللی دولت • جنگ عراق علیه ایران از دیدگاه حقوق بین الملل • اسناد بین المللی (کنوانسیونهای ۱۹ مارس ۱۹۳۱ زنود در مورد چک).

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ



مجله حقوق

دفتر خدمات حقوق بین المللی جمهوری اسلامی ایران

۱۳۷۰/۷/۱۳
ن/۲۱
ج۱۲

- چک در قلمرو حقوق تجارت بین الملل ۵
- دکتر بهروز اخلاقی
- بررسی اجمالی مفهوم حقوقی J.V. ۵۳
- دکتر حسین خزاعی
- ضمانت در معاملات بین المللی ۱۲۹
- دکتر علی فتحی پور
- مسئولیت بین المللی دولت در نتیجه اعمال افراد ۱۸۳
- واحد تحقیق دفتر خدمات حقوقی بین المللی
- اجرای احکام خارجی و آرای داوری در فرانسه ۲۱۹
- دکتر ریبیعا اسکنی
- جرم بین المللی دولت ۲۶۹
- دکتر نجفی ابرندآبادی
- جنگ عراق علیه ایران از دیدگاه حقوق بین الملل ۳۲۱
- واحد ترجمه دفتر خدمات حقوقی بین المللی
- استناد بین المللی ۳۵۵

مندرجات مقالات منحصرأ
نظرات نویسندهان آنها
است.

مجله حقوق

نشریه دفتر خدمات حقوقی بین المللی

مدیر مسئول: دکتر گودرز افتخار جهرمی
زیرنظر: هیئت تحریر به

تاریخ نشر: پائیز- زمستان ۶۹
تعداد: ۵۰۰۰ جلد
چاپ: شفق
همکار فنی: سازمان طرح و اجرای کتاب

دکتر بهروز اخلاقی



چک در قلمرو
حقوق تجارت بین الملل





• مقدمه

۱. چک مثل سایر اسناد تجاری، بویژه برات، در قلمرو تجارت بین‌المللی منشأ بروز تعارضات عدیده‌ای است. وقتی صادرکننده ایرانی، چکی در وجه یک تبعه خارجی عهده بانک ایرانی صادر می‌کند و یا بر عکس، تبعه خارجی چکی در وجه یک ایرانی عهده بانک خارجی امضاء می‌نماید و یا چک توسط تبعه خارجی در وجه تبعه دیگر خارجی صادر می‌شود ولی پیوندی با ایران دارد — مثل اینکه به نفع یک ایرانی ظهرنویسی شده و یا از یکی از ظهرنویسان ایرانی ضمانتی بعمل آمده باشد — هر یک از موارد یاد شده می‌تواند موردی برای بروز تعارض در قوانین و محاکم باشد.

البته امروزه قوانین و مقررات ارزی حاکم بر هر کشوری محدودیتهای انتقال ارز را موجب شده و توسعه معاملات بانکی و پیدایش

روشهای مختلف پرداخت، از قبیل حوالجات ارزی بانکی، از نقش چک به عنوان وسیله پرداخت نقدی، در قلمرو تجارت بین المللی کاسته است^۱؛ ولی در عوض، چکهای مسافرتی^۲ برای تسهیل مسافرت در ارتباط با بانکهای مختلف و شعب و نمایندگیهای آنها، کاربردی وسیع یافته و انواع و اقسام آن به عنوان وسیله مؤثری در پرداختها درآمده است.

برخی از مؤلفان حقوق تجارت، چکهای مسافرتی را از مصاديق چکهای عادی دانسته و ماهیت آنها را در عرض هم قرار داده‌اند.^۳ دیوان عالی کشور فرانسه این تحلیل را نپذیرفته و آن را بدولاً نوعی اسکناس اعلام کرده، و در تصمیمات سالهای اخیر خود چنین نظر داده است که اینگونه چکها اسکناس بانک هم نیست، بلکه «سنده طلب به رویت یا به وعده کوتاه‌مدتی است که مبین تعهد پرداخت از طرف بانک صادرکننده است».^۴

هرچند در قلمرو بین المللی، غلبه با گردش چکهای مسافرتی است، ولی این بدان معنی نیست که چکهای عادی و بانکی در انواع و اقسام آن، رواجی نداشته باشد و موجب بروز تعارضاتی نشود.

۲. قانون تجارت کشور ما در فصل چک، طبق ماده ۳۱۴ به اصل اشتراک مقررات و وحدت احکام برات و سفته، در ارتباط با قواعد تعارض قوانین، تصریحی ندارد. پس ممکن است چنین نتیجه گرفت که مبحث سیزدهم از فصل راجع به برات ناظربر «قوانين خارجی» که در

1. Hamel, *Banques et opérations de banques*, Paris, 1933-1943, I, No. 691.

2. traveller's cheques

3. رک. به دکتر بهروز اخلاقی: حقوق تجارت^(۳) – استاد تجاري [جزوه درسي دوره لیسانس دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال تحصیلی ۱۳۶۷-۶۸]، ص ۲۷۵ به بعد.

4. Cass. Crim., 29 Mars 1955. Cass. Crim., 20 Jan. 1960, Gaz. Pal. 1960 276.

مورد سفته هم جاری است، درخصوص چک قابلیت اعمال ندارد.
هر چند چک — چنانکه می دانیم — وجود افتراق چندی با برات
و سفته دارد، با این وجود، وجود افتراق موجود به کیفیتی نیست که
چک، از هر حیث و از هر جهت مشمول قواعد و مقررات خاص تعارض
قوایین گردد.

قانونگذار در مبحث سیزدهم از مباحث مربوط به برات، قواعد
تضارب قوایین را درخصوص حقوق و «تعهدات براتی»^۵ اعلام داشته
است و تعهدات براتی، به نحوی که مطرح می باشد، اعم از تعهدات

۵. «cambiaire» از ریشه لاتین «cambium» در کشورهای غربی است و اصطلاح «cumbium manuale» به موردی اطلاق می شد که یک نفر خارجی وقتی وارد کشور می شد، پول کشور خود را با پول رایج آن کشور عوض می نمود. این اصطلاح بیانگر نوعی عمل تبدیل پول و صرافی بحساب می آید.
«cumbium trajectum» عبارت از قراردادی بود که به موجب آن طرفی متهد می گردید تا برای طرف دیگر مبلغی پول در محلی غیر از محل وعده فراهم کند.
کلمه «cambiale» و یا «lettera di cambio» یعنی برات، در حقوق ایتالیا مشتق از همین ریشه لاتینی است و اطلاق عنوان «کمبیاله» به برات در کشورهای عربی یادآور همین ریشه است.

«droit cambiaire» در حقوق فعلی فرانسه، با استفاده از این ریشه لاتینی شکل گفته است و حقوق «کامبیر» در فرانسه، دربرگیرنده اوصاف و ویژگیها، اصول، آثار و احکامی است که بر اسناد تجاری به معنی خاص (les effets de commerce) حکومت دارد.

در حقوق تجارت اکثر کشورها با توجه به قابلیت مبادله و نقل و انتقال اینگونه اسناد (le principe de l'indépendance des signatures) و اصل استقلال امضاهای (le principe de l'innopposabilité des signatures) و اصل غیرقابل استناد بودن ایرادات exception) یعنی وصف تحرییدی آنها (le caractère abstrait)، از حقوق حاکم بر این اسناد، به حقوق کامبیر (droit combiaire) تعبیر می کنند. این مفهوم را در حقوق ایران، برخی به «حقوق مبادله ای» و برخی دیگر نیز به همین عبارت نام برده اند.

(دکتر ابوالحسن صادقیان: مطالعه تطبیقی راجع به برات و محل آن، چاپ

حیدری، ۱۳۴۰، فصل نهم، ص ۴۶ به بعد. دکتر محمد جعفر جعفری ←

ناشی از برات و سایر استناد تجاری به معنی خاص یعنی سفته و چک است. پس قواعد تعارض قوانین راجع به حقوق و تعهدات براتی تا آنجا که مغایرتی با طبیعت حقوق و تعهدات ناشی از سفته و چک نداشته باشد، نسبت به آنها نیز قابلیت اعمال دارد. قانونگذار در ماده ۳۰۹ در فصل راجع به سفته به شمول و تسری این قواعد، نسبت به مورد سفته، تصریح بعمل آورده ولی در ماده ۳۱۴ در فصل راجع به چک ظاهراً از این معنی غفلت ورزیده است.

بدیهی است آن دسته از قواعد تعارض قوانین در مورد برات که ناظر بر قانون قابل اعمال بر قبولی برات است درخصوص چک مثل سفته مورد ندارد؛ ولی دیگر قواعد حل تعارض قوانین ناظر بر شرایط شکلی و ماهوی چک مثل اهلیت امضاکننده و ظهرنویسان، قصد و رضا، آثار تعهدات ناشی از چک، ضمانت، محل چک، پرداخت وجه چک، ارائه چهت پرداخت، حقوق و وظایف دارنده چک جهت مراجعته به متعهدان و عندالازوم طرح دعوی و...، حسب مورد، می‌تواند در مورد این سند تجاری نیز قابلیت اعمال داشته باشد.

بنابراین در این مقاله به شیوه و روشی که در مبحث مربوط به برات مطرح است، به لحاظ اهمیتی که قوانین و مقررات بین‌المللی

→
لنگرودی: دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱ / ص ۴۱۹، ۹۳۸ و (۱۰۰۷).

به نظر می‌رسد اطلاق عنوان «حقوق براتی» بیشتر با اوصاف و ویژگیهای استناد مذکور اطباق داشته باشد؛ از همین‌رو، برخی از اساید حقوق تجارت کشور ما تعهد ناشی از برات را تعهد براتی (droit cambiaire) یا «*engagement combiaire*» خوانده‌اند (رک. به: دکتر منصور صقری، حقوق تجارت).

اطلاق حقوق براتی (droit cambiaire) یا تعهدات براتی (engagements combiaires) فقط به حقوق و تعهدات ناشی از «برات» اختصاص ندارد، بلکه حقوق و تعهدات ناشی از استناد تجاری به معنی و مفهوم خاص را دربرمی‌گیرد و برات به عنوان فردی از افراد استناد مذکور منظور نظر است.

به خود گرفته و دامنه نفوذی که در سطح جهانی در محاکم کشورها یافته است، بدوآ به وضع و موقعیت پیمانهای بین‌المللی راجع به چک می‌پردازیم و سپس در بحث از قواعد حل تعارض قوانین با طرح راه حل‌های پیمان‌ژنو، حسب مورد، موضع حقوق تجارت بین‌الملل کشور خودمان را بیان می‌کنیم. پس موضوعات این مقاله به ترتیب عبارت خواهد بود از:

- وحدت حقوقی قواعد شکلی و ماہوی چک
- منابع حل تعارض قوانین در چک
- قواعد حل تعارض قوانین در چک



وحدة حقوقی قواعد شکلی و ماہوی چک

^۳ هرچند قوانین و مقررات و رویه بانکها در سطح جهانی، درخصوص موضوع چک، اختلافات عمیق و اساسی با یکدیگر ندارند، با این وجود، تلاش در زمینه ایجاد وحدت حقوقی از نیمه دوم قرن نوزدهم آغاز شد و فکر وضع قانون مشحد الشکلی در مورد حقوق چک به منصة ظهور رسید. در این راستا برای اولین بار در سال ۱۹۱۰ اتحادیه حقوق بین‌الملل^۴ در لندن قواعد مشحد الشکلی را راجع به چک تنظیم و ارائه نمود؛ سپس در سال ۱۹۲۱، کنفرانس دیپلماتیک لاهه، ابتکار تصویب مقرراتی را در زمینه وحدت حقوقی چک در دست گرفت. جنگ جهانی اول مانع از تنظیم یک پیمان چندجانبه بین‌المللی در این مورد گردید.

پس از جنگ، کنفرانس ژنو، در چهارچوب جامعه ملل توفیق تهیه و تنظیم پیمانی را یافت. پیمان مذکور به نام پیمان مربوط به قانون متحده الشکل ژنو در تاریخ ۱۹ مارس ۱۹۳۱ به امضای نمایندگان دولت شرکت کننده در کنفرانس رسید.^۷

پیمان مربوط به قانون متحده الشکل، مشتمل بر چهار سند به شرح زیر است:

۱. پیمان اولیه که به موجب آن «دول معظم متعاهد» تعهد می نمایند تا قانون متحده الشکل را به یکی از زبانهای رسمی و یا به زبانهای ملی خود، وارد در قلمرو حقوق داخلی کشور خویش نمایند.
۲. ضمیمه شماره یک مشتمل بر قانون متحده الشکل.
۳. ضمیمه شماره دو متنstem محدودیتها و استثنائات.
۴. پروتکل راجع به مبادله اطلاعات میان دول امضا کننده.

بسیاری از کشورهای اروپائی و غیر اروپائی امروزه پیمان راجع به قانون متحده الشکل ژنو را امضاء کرده و یا به آن ملحق شده اند^۸ و

7. Convention de Genève du 19 Mars 1931 portant la loi uniforme sur le chèques

۸. بیست و نه دولت پیمانهای ژنو را امضاء کرده اند؛ بیست دولت از کشورهای امضا کننده، این پیمانها را به تصویب رسانده و مقررات داخلی خود را با آنها تطبیق داده اند. این دولتها عمدتاً عبارتند از:

آلمان (قانون ۲۱ ژوئن ۱۹۳۳)، اتریش (قانون ۱۸ اوت ۱۹۳۲)، بلژیک (تصویب‌نامه قانونی ۲۵ اوت ۱۹۳۲ و قانون ۱۰ اوت ۱۹۵۳)، بزرگیل (تصویب‌نامه ۲۶ اوت ۱۹۴۲، ۸ سپتامبر ۱۹۶۴ و ۲۶ ژانویه ۱۹۶۶)، دانمارک (قانون ۲۳ مارس ۱۹۳۲)، فلاند (قانون ۳۱ اوت ۱۹۳۲)، یونان (قانون ۱۷ اوت ۱۹۳۱ و مارس ۱۹۳۲)، ایتالیا (تصویب‌نامه قانونی ۲۵ اوت ۱۹۳۲ و ۱۴ دسامبر ۱۹۳۳)، ژاپن (قانون ۱۴ ژوئیه ۱۹۳۲)، لوکزامبورگ (قانون ۸ ژانویه ۱۹۶۲ و ۱۵ دسامبر ۱۹۶۲)، موناکو (قانون ۲۵ ژوئیه ۱۹۳۴)، نروژ (قانون ۲۷ مه ۱۹۳۲)، هلند (قانون ۲۵ ژوئیه ۱۹۳۲)، لهستان (قانون ۲۸ آوریل ۱۹۳۴)، پرتغال (تصویب‌نامه قانونی ۲۹ مارس ۱۹۳۴)، سوئد (قانون ۱۳ مه ۱۹۳۲)، سوئیس (بخشنامه فدرال ۸ ژوئیه ۱۹۳۲)، اتحاد جماهیر شوروی (قانون ۷ اوت ۱۹۳۷).

(R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, T.II, L.G.D.L, 1986, p. 117). رک. به:

بنابراین جزو قوانین و مقررات داخلی آنها محسوب می‌شود. بر این اساس، در حال حاضر چک در قلمرو حقوق تجارت بین‌الملل، از نظر شکلی و ماهوی، تابع مقررات یکسانی شده است و حتی کشورهایی که مقررات قانون متحده‌الشکل ژنو را پذیرا نشده‌اند، در تنظیم مقررات چک، از آن استفاده کرده‌اند و می‌کنند.^۹

۹. به عنوان مثال، جمهوری آرژانتین در کنفرانس ژنو شرکت نداشته است، ولی مقررات قانون تجارت این کشور در مورد برات به موجب قانون ۱۹ ژوئیه ۱۹۶۳ نسخ و مقررات قانون متحده‌الشکل ژنو جایگزین آن شده است. هشت دولتی که پیمانهای ژنو را امضاء نموده ولی آنها را به تصویب نرسانده‌اند عبارتند از: کلمبیا، اکوادور، اسپانیا، مجارستان، پرو، چکسلواکی، ترکیه و یوگسلاوی (رک. به: 117). Roblot, op.cit., T.II, p. 117.

انگلیس در اوخر قرن نوزدهم چنین تصمیم گرفت که نتایج حاصله از رویه قضائی محاکم خود را، در زمینه استاد تجاري، به صورت قانون نوشته‌اي درآورد. قانون بروات انگلیس مصوب ۱۸۸۲ (Bills of exchange Act, 1882) متنضم قواعد و مقرراتی است که تاکنون دستخوش تغییرات عمده‌اي نشده است. حقوق انگلیس که ایالات متحده امریکا نیز آن را سرمتش خود قرار داده، عملًا دامنه نفوذ بیشتری از حقوق اروپائی یافته است؛ از همین رو انگلیس فقط کنوانسیون ژنو مربوط به تمثیر امضاء نموده و آن را به موجب قانون ۱۹۳۳ به مرحله اجرا درآورده است.

در ایالات متحده امریکا که از نظام حقوقی «کامن لو» پیروی می‌کند، در اثر نفوذ قوانین و مقررات محلی و رویه قضائی ایالتهای مختلف، بتدریج نظرات و مواضع مختلفی در زمینه موضوع به منقصه ظهور رسید که مسؤولت گردش استاد تجاري را در میان ایالتهای مختلف و سایر کشورها به مخاطره انداخت. به منظور چاره‌جوئی، یک کنفرانس ملی مععقده به سال ۱۸۹۲ مبادرت به تنظیم قانون استاد تجاري (Negotiable instruments law) نمود. این قانون از سال ۱۸۹۶ به عنوان قانون خاص هر ایالت قدرت اجرائی یافت و متعاقباً در قانون تجارت متحده‌الشکل امریکا وارد گردیده و توسط کلیه ایالات مختلف امریکا به استثنای لوئیزیانا پذیرفته شده است.. رک. به:

- Uniform commercial code.Vol. I Art. 3: Commercial papers.
- Percerou et Bouteron: La nouvelle législation française et internationale de la lettre de change, billet à ordre et du chèques, 1, 2.
- Loussouarn et Bredin: Droit du commerce international, Sirey 1969, no. 488.
- Lescot et Roblot: Les effets de commerce, Rousseau & cie, Editeurs, Paris 1953, T.I. Nos 64 et s.
- Yntema & Batiza: The law of negotiable instruments (Bills of exchange) in the America.
- Roblot: op. cit., T. II, p. 117.



۴. لازم به یادآوری است که قلمرو اجرای قانون متحده‌الشکل راجع به چک، محدود است و این محدودیت، در مقام مقایسه قانون مذکور با قانون متحده‌الشکل. بنو راجع به برات و سفته، بیشتر است؛ زیرا از یک طرف تعداد معدودی از کشورها آن را امضاء کرده و کشورهای گروه نظام حقوقی انگلوساکس به آن ملحق نشده‌اند^{۱۰}، و از طرف دیگر، پیمان متنضم محدودیتها و استثنایات نسبتاً زیادی است. دول عضو پیمان مجاز شناخته شده‌اند تا هنگام ایجاد وحدت حقوقی، درخصوص پاره‌ای از موضوعات، از مقررات قانون متحده‌الشکل عدول نمایند. برخی از مسائل مهم متعاقباً از دایرة شمول پیمان خارج شده و دلیل این امر، مشکلاتی بوده که از ورود مقررات پیمان در قلمرو حقوق داخلی کشورها ناشی می‌شده است.

برای مثال — چنانکه در مبحث « محل » چک گفته خواهد شد — حسب حقوق تجارت برخی از نظامهای حقوقی، برای اینکه چک



- و برای اطلاع از مواضع حقوقی کشورهای عربی درقبال این پیمانها، رجوع شود به :
- الدكتور مصطفى كمال طه: القانون التجارى، الاوراق التجارية والافلاس، المكتبة القانونية، الدار الجامعية للطباعة والتشر، بيروت، ۱۹۸۸.
- محمد صالح بك : شرح القانون التجارى، الاوراق التجارية واعمال البنوك ، مطبعة مصر، ۱۹۵۷.
- محسن شفيق: القانون التجارى المصرى، الاوراق التجارية، ۱۹۵۴، دار المعارف اسكندرية.
- امين محمد بدر: الاوراق التجارية فى التشريع المصرى، ۱۹۵۳، المطبعة العالمية.
- محمد التورى: الاوراق التجارى السوري، مكتب التشر العلمي ، دمشق.
- رزق الله انطاكي : الحقوق التجارية اليرانية، ۱۹۴۸، مطبعة الجامعة السورية.
- حسن جاد: شرح القانون التجارى العراقي، مطبعة الالهائى، بغداد.
- محمد كامل امين ملش : شرح قانون التجارة (اهمي و مختلف) الجزء الثاني، ص ۱۳۶.
- ۱۰. برای اطلاع از موارد اختلاف مقررات پیمان با حقوق عرفی انگلیس رک. به : Chalmers: A digest of the law of the Bills of exchange, 11th. edit., London, 1946.

علاوه بر شرایط اساسی دارای ارزش و اعتبار باشد، باید واجد « محل » باشد و محل مذکور قبلاً موجود باشد^{۱۱} و حال و قابل مطالبه باشد^{۱۲} و قابلیت دخل و تصرف نیز داشته باشد.^{۱۳}

در مورد موجودیت قبلی محل در چک میان قوانین کشورها اختلاف وجود دارد: برخی وجود محل را به هنگام صدور چک و امضای آن ضروری دانسته‌اند و برخی دیگر وجود آن را به هنگام ارائه چک کافی می‌دانند.^{۱۴}

اختلاف موجود درباره کیفیت و شرایط محل موجب شد تا کنفرانس ژنو آن را از قیود و شرایط اختیاری اعلام دارد و نحوه تنظیم آن را به حقوق داخلی کشورها واگذار کند. همچنین است در مورد سایر قیود و شرایط اختیاری^{۱۵} که اکثر کشورها از آن استفاده بعمل آورده و هر یک به نحوی شرایط شکلی و ماهوی راجع به چک و قواعد حاکم بر آن را معین کرده‌اند.^{۱۶}

نتیجه اینکه اختلافات موجود درخصوص این شرایط، تعارض قوانین را درباره چک افزایش داده است.

11. antériorité de la provision
12. exigibilité de la provision
13. disponibilité de la provision

۱۴. رک. به دکتر بهروز اخلاقی: همان مأخذ، ص ۲۵۶ به بعد.

۱۵. ۲۲ ماده از ۵۷ ماده پیمان چنین وضعی را دارد.

16. Loussouarn - Brédin: op.cit., No. 487.



منابع حل تعارض قوانین در چک

۵. برای حل وفصل موارد تعارض قوانین در چک، همزمان با امضای پیمان ژنو راجع به قانون متحده‌الشکل، کنوانسیون یا پیمان دیگری به نام «پیمان راجع به حل وفصل پاره‌ای از موارد تعارض قوانین در مورد چک»^{۱۷} در تاریخ ۱۹ مارس ۱۹۳۱ نیز به امضاء رسید.^{۱۸} کوشش تنظیم کنندگان پیمان عمدتاً این بوده است تا آنجا که طبیعت خاص چک اقتضا دارد، چک را مشمول قواعدی مشابه آنچه در مورد سایر اسناد تجاری (برات و سفته) جریان دارد، سازند و نظر به اینکه چک موقعیت و ماهیت ویژه‌ای دارد از این رو به قانون محل پرداخت، بهای بیشتری داده اند.

اول:

قلمرو اجرای پیمان

۶. موضوع پیمان ژنو—چنانکه از عنوان آن بر می‌آید— اختصاص به حل وفصل «پاره‌ای از موارد تعارض قوانین» دارد. تعارض قوانین مالی و تعارض قوانین کیفری از دایره شمول اجرای مقررات پیمان خارج شده است و حل وفصل اینگونه موارد تعارضات را باید براساس حقوق داخلی هر کشور انجام داد^{۱۹}؛ معدلک باید توجه داشت که در

17. La convention «destinée à régler certains conflits en matière de chèque».

18. لازم به یادآوری است که در همین تاریخ پیمان دیگری در مورد تمیر نیز به امضاء رسیده است.

19. Loussouarn - Brédin: op. cit., No. 489.

برخی از کشورها از جمله فرانسه، اعمال قوانین کیفری آن کشور بویژه در مورد چک بی محل، منوط به عدم رعایت شرایط شکلی چک، وفق قانونی است که پیمان آن را معین می‌کند. بر این مبنای قاضی کیفری فرانسوی برای احراز صحت و سقم صدور چک و اینکه می‌توان کلمه قانونی چک را برابر آن اطلاق نمود، به قانون صالحی که پیمان معین می‌دارد،^{۲۰} رجوع می‌کند.

پیمان ثنو، توفیق امضای دول زیادی را نیافت؛ از این رو نیز قلمرو اجرائی وسیعی ندارد، مضافاً بر اینکه موضوعات محدودی از قبل اهلیت، شرایط شکلی، آثار تعهدات ناشی از چک، مهلت مراجعت، شکل و مهلت واخواست، حقوق و وظایف دارنده چک و ظهernoیسان و مسائلی چند مربوط به پرداخت را مدنظر قرار داده است.

و بالآخره پیمان ممکن است در مواردی غیرقابل اعمال باشد.

به موجب ماده ۹ پیمان: «هر یک از دول متعاهد این حق را برای خود محفوظ می‌دارد که اصول حقوق بین الملل خصوصی مندرج در پیمان حاضر را نسبت به موارد زیر اعمال نماید:

— در مورد تعهدی که در خارج از قلمرو هر یک از دول متعاهد

بعمل آمده است.

— در مورد قانونی که حسب اصول یاد شده قابل اعمال باشد،

ولی قانون مذکور قانون یکی از دول متعاهد نباشد».

علی‌رغم محدودیتهای یاد شده، رویه قضائی و دکترین برخی از کشورهای اروپائی نسبت به توسعه قلمرو اجرای مقررات پیمان با یکدیگر نظر مساعد دارند و این خود نشانه توجه به نیازها و مقتضیات تجارت بین المللی است.^{۲۱}

20. Hamel, Lagarde et Jauffret: *Traité de droit commercial*, T, II, No. 1730.

21. Percerrou - Bouteron: op.cit., No. 196 ; Hamel, Lagarde et Jauffret: op.cit., No. 1728.

دوم:

قلمرو و راه حلهای حقوق داخلی

۷. از مزیتهای پیمان زنو ارائه سیستم منسجمی است که هر چند با محدودیتهایی همراه می باشد، معذلک توانسته است بر راه حلهای حقوق داخلی بسیاری از کشورها غلبه کند. واقع اینکه راه حلهای تعارض قوانین به شکلی که در حقوق بین الملل خصوصی هر کشور معمول است غالباً غیرقطعی، مردد و متنوع است. تا قبل از پیمان زنو محکم اغلب کشورها قواعد حل تعارض قوانین را با همان کمیت و کیفیتی که نسبت به مورد سفته اعمال می نمودند، در مورد چک نیز استخراج می کرده و به مرحله عمل درمی آورده اند.^{۲۲} البته این شیوه در مورد کشورهایی که از دایرۀ شمول پیمان زنوخارج اند، در حال حاضر همچنان معمول و مجری است. پیمان زنو این مزیت عمدۀ را ارائه نمود که نوعی استقلال نسبی برای چک قائل شد و رویۀ قضائی کشورهای عضو پیمان را شکل بخشید و این خود موجب گردید تا استاد تجارتی به معنی خاص، در مجموع، مشمول قواعد متحده شکل تعارض قوانین شود.

سوم:

قواعد تعارض قوانین در چک

در این مقام به شرح قواعد تعارض در چک، به شکلی که در پیمان زنو مطرح شده است، می پردازیم و حسب مورد خواهیم کوشید تا موضع حقوقی کشورمان را نسبت به آن بیان کنیم.
در قلمرو حقوق تجارت بین الملل، قواعد تعارض در چک، عمدتاً شامل موضوعات زیر است:

22. Loussauarn - Brédin: op.cit., No. 490.

- قواعد تعارض در مورد اعتبار تعهّدات ناشی از چک
- قواعد تعارض در مورد آثار تعهّدات
- قواعد تعارض در مورد محل در چک
- قواعد تعارض در مورد اجرا



قواعد تعارض در مورد اعتبار تعهّدات ناشی از چک

- اعتبار تعهّدات ناشی از چک از دو نظر قابل بررسی است:
- از نظر شرایط شکلی
 - از نظر شرایط ماهوی

۱. از نظر شرایط شکلی:

۸. آنچه در مورد شرایط شکلی اسناد تجاری (برات و سفته) گفته می شود، نسبت به چک هم جاری است و اصل اشتراک مقررات و وحدت احکام در این خصوص جریان دارد. ماده ۴ از پیمان ثنو در این باره می گوید:

«شکل تعهداتی که به موجب چک بعمل می آید طبق قانون کشوری معین می شود که تعهّدات مذبور در قلمرو آن صورت گرفته است؛ معذلک رعایت مقررات قانون محل پرداخت در این باره کفايت می کند. با وجود این، هرگاه تعهّدات مندرج در چک طبق مقررات بند اول این ماده معتبر نباشد ولی موافق قانون کشوری باشد که تعهد بعدی در آنجا به امضاء رسیده است، غیر قانونی بودن شکل تعهّدات قبلی اثری در اعتبار تعهد بعدی نخواهد داشت. هر یک از دول معظم متعاهد حق دارد در باره تعهّدات اتباع خویش به موجب چک در خارج از قلمرو کشور مقرر دارد که هرگاه این تعهّدات از

نظر شکلی با مقررات قانون ملی منطبق باشد، در قالب سایر اتباع همان دولت در داخل قلمرو کشور نیز معتبر خواهد بود.»
بند اول ماده ۴ پیمان با قاعدة مذکور در بند اول ماده ۳ پیمان ژنو در مورد برات و سفته و بند اول ماده ۳۰۵ قانون تجارت کشور ما انطباق دارد و مؤید حکومت قاعدة عرفی قدیمی «locus regit actum» است؛ یعنی «استناد از حیث طرز تنظیم تابع قانون محل تنظیم خود می باشند».۲۳

قسمت اول ماده ۳۰۵ قانون تجارت ایران مقرر می دارد:
«در مورد برواتی که در خارج از ایران صادر شده شرایط اساسی برات تابع قوانین مملکت صدور است...».
معذلک وضعیت چک اقتضا نموده است که به موجب پیمان ژنو ۱۹۳۱ قانون محل پرداخت نیز درخصوص «شکل تعهدات» معتبر شناخته شود:

«معذلک رعایت مقررات قانون محل پرداخت در این باره کفايت می کند.»۲۴
قانون محل پرداخت در مورد شرایط شکلی چک، قابلیت اعمال بیشتری دارد، زیرا چک برخلاف سفته و برات معمولاً به صورت دسته چک از طرف بانکها صادر می شود و در اختیار مشتریان آن بانک قرار می گیرد. این امر اجازه می دهد که صادر کننده ایرانی چک در ایران، عهده یک بانک انگلیسی یا هلندی، از شمول اعمال «قانون مملکت صدور» خارج شود و «قانون محل پرداخت»، چک صادره او را معتبر بداند.۲۵

۲۳. دکتر نجاد علی العاسی: «تعارض قوانین»، تقریبات، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال تحصیلی ۶۷-۶۶، ص ۲۱۱.

۲۴. بند ۲ از ماده ۴ پیمان.

25. Batiffol: *Traité du droit international privé*, 4^e édit., No. 459.

بند ۲ ماده ۴ پیمان، تکرار قاعده مذکور در ماده ۳ پیمان ژنو
راجع به برات و سفته است به این معنی که هرگاه شکل تعهدات مندرج
در چک طبق مقررات بند ۱ ماده ۴ پیمان معتبر نباشد ولی منطبق با
مقررات کشوری باشد که تعهدات مؤخر در آنجا صورت گرفته است،
اوپساع و احوالی که موجب عدم اعتبار شکل تعهدات مقدم میگردد باعث
عدم اعتبار تعهدات مؤخر نخواهد بود.

۲. شرایط ماهوی

در مورد شرایط ماهوی چک پیمان، نظیر پیمان ژنو راجع به برات
و سفته، منحصرآ «اهلیت» را مدنظر قرار داده و متعرض قصد و رضا و
جهت در چک نشده است.

۱-۲. اهلیت

۹. پیمان ژنو، در مورد اهلیت، پذیرای همان قاعده‌ای شده است که در مورد برات و سفته جریان دارد. به موجب ماده ۲ پیمان:
«اهلیت شخص برای قبول تعهد در چک، بوسیله قانون ملی او تعیین میگردد. هرگاه قانون ملی مذکور، صلاحیت اعمال قانون کشور دیگری را اعلام دارد، در این صورت، قانون اخیر قابل اعمال خواهد بود.
شخصی که به موجب قانون مذکور در بند فوق محجور باشد، چنانچه امضاء در قلمرو کشوری داده شود که به موجب قوانین و مقررات آن کشور شخص مذکور واجد اهلیت باشد، در این صورت، قانون اخیر قابل اعمال خواهد بود...»

به نحوی که ملاحظه می‌شود پیمان ژنو راجع به چک به مثابه پیمان ژنو راجع به برات و سفته، در مورد اهلیت، صلاحیت قانون ملی شخص متعهد را ملاک قرار داده است. اصل مذکور اصل مورد قبول

حقوق بین الملل خصوصی اکثر کشورها است.^{۲۶}
از مواد ۵ و ۲۷ قانون مدنی ایران نیز همین معنی
مستفاد می شود. به موجب ماده ۹۶۲ قانون مدنی ایران: «تشخیص
اهلیت هر کس برای معامله کردن، بر حسب قانون دولت متبع او خواهد
بود...».^{۲۸}

پیمان ژنو در مورد چک، مثل مورد برات و سفته، درخصوص
اعمال قانون ملی شخص برای تشخیص اهلیت دو استثناء قائل شده
است: استثنای اول ناظر به احالة قانون ملی شخص به قانون کشور دیگر،
و استثنای دوم متضمن قبول صلاحیت مقارن قانون کشور محل انجام
تعهد است.

به موجب بند ۱ ماده ۲ پیمان: «... هرگاه قانون ملی مذکور
صلاحیت اعمال قانون دیگری را اعلام دارد، در این صورت، قانون اخیر
قابل اعمال خواهد بود...».^{۲۹}

۲۶. دکتر نجاد علی الماسی: همان مأخذ، ص ۱۶۲ به بعد.

Batiffol: *Traité*, No. 484.

۲۷. ماده ۵ قانون مدنی ایران می گوید: «کلیه سکنه ایران، اعم از اتباع داخله و خارجه،
مطیع قوانین ایران خواهند بود مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد».

و ماده ۷ همان قانون می افزاید: «اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل
مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات
مطیع قوانین و مقررات دولت متبع خود خواهند بود».

۲۸. دکتر نجاد علی الماسی: همان مأخذ، ص ۱۷۷ به بعد.

Percerou - Bouteron: *op.cit.*, No. 253.

به شرحی که در مبحث راجع به تعارض قوانین در برات مطرح است، احالة معمولاً
به یک درجه محدود می شود و هدف از این محدودیت، احتراز از عدم اطمینان
و مشکلات و پیچیدگیهای ناشی از احوالهای پی درپی می باشد. ضمناً لازم به
یادآوری است که قانون مدنی کشور ما در صورتی احواله را می پذیرد که به قانون ایران
شده باشد. ماده ۹۷۳ قانون مدنی ایران مقرر می دارد: «اگر قانون خارجه که باید مطابق
باشد. ماده ۷ جلد اول این قانون و یا برطبق مواد فوق رعایت گردد به قانون دیگری احواله داده

به موجب بند ۲ مادهٔ فوق الاشعار، شخصی که به موجب قانون ملی خود فاقد اهلیت است ولی قانون کشوری که امضاء یا تعهد در قلمرو آن انجام پذیرفته است او را واجد اهلیت بداند، در این صورت، قانون اخیر قبل اعمال خواهد بود.

این راه حل بیشتر ریشه در یکی از قواعد قدیمی حقوق بین الملل خصوصی دارد و با اوصاف و ویژگیهای اسناد تجاری و تأمین مسئولیت تضامنی امضا کنندگان آن سازگار است. قانون مدنی کشور ما طی مادهٔ ۹۶۲ به نحوی متذکر این معنی است و می‌گوید:

«...معدنک اگر یک نفر تبعه خارجه در ایران عمل حقوقی انجام دهد، در صورتی که مطابق قانون دولت متبوع خود برای انجام آن عمل واجد اهلیت نبوده و یا اهلیت ناقصی داشته است آن شخص برای انجام آن عمل واجد اهلیت محسوب خواهد شد در صورتیکه قطع نظر از تابعیت خارجی او مطابق قانون ایران نیز بتوان او را برای انجام آن عمل دارای اهلیت تشخیص داد...»

بند ۳ مادهٔ ۲ پیمان ثنو مقرر می‌دارد:

«هر یک از دول متعاهد حق دارد اعتبار تعهد انجام شده در مورد چک را بوسیله هر یک از اتباع خود که در قلمرو سایر دول متعاهد اعتباری ندارد، به رسمیت نشناسد مگر با اعمال بند ۲ فوق الذکر.»

بند ۳ فوق الاشعار، از مقررات اختیاری پیمان است و این با دول متعاهد است که از چنین حق و اختیاری استفاده بعمل آورند. به نظر برخی از مؤلفان حقوق تجارت، اختیار استفاده از مقررات بند فوق با قاضی است و این نظر واجد جنبه‌های عملی مفیدی است، ولی برخی از

باشد، محکمه مکلف به رعایت این احواله نیست مگر اینکه احواله به قانون ایران شده باشد.» (رک. به دکتر نجادعلی المسی: همان مأخذ، ص ۱۰۴ به بعد و کاظم شیوارضوی: گردش چک، سال ۱۳۴۸، ص ۱۲۹۸).

مؤلفان حقوق تجارت بین الملل بر این عقیده‌اند که این نظر با متن مقررات بند ۳ قابل جمع نیست.^{۳۰}

• اهلیت محال^۱ علیه چک

۱۰. اهلیت محال^۱ علیه چک نیز ممکن است موجب بروز تعارضاتی شود. در برخی از کشورها چک باید عهده‌بانک یا یک مؤسسه اعتباری مشابه صادر شود. در برخی دیگر از کشورها چک می‌تواند عهده‌هر محال^۱ علیه‌ی صادر گردد، مثل قانون تجارت کشور ما که چک، حسب تعریف، «نوشته‌ای است که به موجب آن صادرکننده، وجوهی را که در نزد محال^۱ علیه دارد کلائیاً یا بعضًا مسترد یا به دیگری واگذار می‌نماید».

پیمان ژنو مورخ ۱۹ مارس ۱۹۳۱ به خود اجازه نداد تا در این باره دخل و تصرفی در قوانین و مقررات کشورها بعمل آورد و تکلیفی برای آنها معین دارد.^{۳۱} ماده ۳ پیمان مذکور در بند اول خود می‌گوید:

«تعیین اشخاصی که عهده آنها می‌توان چک صادر نمود به موجب قانون کشور محل پرداخت بعمل می‌آید».

این راه حل ظاهراً تنها راه حلی است که جنبه عملی دارد؛ معذلک بند ۲ ماده مرقوم، حسب پیشنهاد هیئت نمایندگی هلند استثنای مهمی را بر اصل مذکور وارد ساخته است.^{۳۲} به موجب بند مذکور: «هرگاه به موجب قانون مزبور^{۳۳}، به لحاظ شخصی که چک عهده او صادر شده است، سند به عنوان چک باطل باشد، تعهدات ناشی از امضاهایی که در سایر کشورها بر چک نهاده شده و قانون کشورهای

30. Percerou - Bouteron: op.cit., No 253.

31. Loussouarn - Bredin: op.cit., No 492.

32. Loussouarn - Bredin: op.cit., No 493.

۳۳. یعنی قانون کشوری که چک در آن قابل پرداخت است.

مذکور حاوی چنین مقرراتی نیست، معتبر خواهد بود.»^{۳۴} این راه حل، نتیجه منطقی حکومت اصل استقلال امضاهای در اسناد تجاری است و درج آن در متن پیمان، دلیل افزایش ارزش و اعتباری است که لازمه گردش اینگونه اسناد می باشد.^{۳۵}

درخصوص بند ۱ ماده فوق، نه قانون تجارت و نه قانون مدنی، درباب تعارض قواعد تصریحی به حل و فصل اینگونه مسائل از طریق اعمال قانون محل پرداخت ندارد. به نظر برخی^{۳۶} این معنی را از ماده ۳۱۷ قانون تجارت ایران در مبحث چک می توان استنباط نمود، زیرا ماده مذبور مقرر می دارد:

«مقررات راجعه به چکهایی که در ایران صادر شده است، در مورد چکهایی که از خارجه صادر شده و باید در ایران پرداخته شود نیز رعایت خواهد شد، لیکن مهلتی که در ظرف آن دارنده چک می تواند وجه چک را مطالبه کند چهارماه از تاریخ صدور است.»

ولی در مورد بند ۲ ماده ۳ پیمان، مقررات قانون تجارت و قانون مدنی کشور ما می تواند مفید قاعدة موضوعه، یعنی حاکمیت قانون محل ایجاد تعهد، باشد. بند ۲ از ماده ۳۰۵ قانون تجارت ایران می گوید:

«... هر قسمت از سایر تعهدات برای (تعهدات ناشی از ظهرنویسی، ضمانت، قبولی وغیره) نیز که در خارج بوجود آمده تابع قوانین مملکتی است که تعهد در آنجا وجود پیدا کرده است...».

و صدر ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران مقرر می دارد:

«تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است...».^{۳۷}

34. Arminjon: *Précis de droit international privé commercial*, Dalloz 1948, p. 386.

35. کاظم شیوا رضوی: همان مأخذ، ش ۱۲۹۹ و ۱۳۰۰.

36. دکتر مرتضی نصیری: حقوق تجارت بین الملل، چاپ پیکان، ۱۳۵۲، ص ۵۳ به بعد.

۲-۲. قصد و رضا

۱۱. پیمان ثنو در این مورد ساکت است. بنابراین جا دارد به اصل کلی حقوق بین الملل خصوصی متول شویم که شرایط ماهوی یک سند موجد تعهد بویژه قصد و رضا را تابع قانون حاکمیت اراده می‌داند. این راه حل در فرانسه و برخی از کشورها پذیرفته شده و رویه قضائی و دکترین این کشورها نیز آن را مورد تأیید قرار داده است. قبول این قانون، جزو بحثهایی را به دنبال داشته است. به عقیده برخی، وصف تجربیدی اسناد تجاری، چاره‌ای جز قبول قانون محل صدور و قانون محل پرداخت باقی نمی‌گذارد. در مقابل یک سند تجاری، امارة اساسی این است که قانون محل انعقاد و خصوصاً محل اجرا بهترین عوامل مثبت را برای اعمال دربردارند.

تعیین قانون حاکمیت اراده تابع اصول کلی زیر است:

قانون صالح ممکن است به موجب اراده صریح طرفین تعیین شود. البته این مورد کمتر مصدق پیدا می‌کند، زیرا چنین قانونی باید در متن برات یا سفته صریحاً ذکر گردد. در صورتیکه سند تجاری — چنانکه معمول است — در متن خود متضمن قید قانون صالح نباشد، در این صورت، قاضی در جستجوی اراده ضمنی یا فرضی طرفین خواهد بود و لامحاله یا قانون محل انعقاد و یا قانون محل پرداخت، و به عبارت دیگر، قانون محل انجام را تعیین و اعمال خواهد نمود.^{۳۷}

۱۲. موضع حقوق ایران در مورد تأثیر اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون صلاحیت دار در قراردادها خالی از پاره‌ای از بحث و اشکالات مهم نبوده و نیست. چنانکه ملاحظه می‌شود چک در قلمرو

37. Batiffol: *Traité*, No. 547.

تجارت بین‌المللی، حکم یک قرارداد را دارد و اکثر قواعد تعارض ناظر بر قراردادها در مورد آن اعمال می‌شود.

استادان حقوق بین‌الملل خصوصی در ایران قرارداد و یا چک را، حسب تعریف، مخلوق اراده متعاملان می‌دانند و بنابراین منطق حقوقی فارغ از هر نوع مصلحتی حکم می‌کند که طرفین یا طرفهای قرارداد بتوانند آزادانه هر قانونی را که مناسب می‌دانند حاکم بر قصد و رضا، کم و کيف تعهدات ناشی از قرارداد و تفسیر مواد و شرایط آن نمایند، و چنین استدلال می‌کنند که مگرنه این است که آثار و شرایط هر عقدی را متعاملان، تا حدودی که مخالف نظم عمومی و قوانین آمره نباشد، می‌توانند با توافق یکدیگر تعیین کنند و در واقع این شرایط مورد توافق را جایگزین قانون سازند، پس چه اشکالی دارد که طرفین قرارداد حق داشته باشند بدون لزوم تکرار مقررات یک قانون خاص ضمن قرارداد، همینکه این موازین و مقررات را وافی به منظور خود یافتند، تعهدات ناشی از قرارداد خود را تابع همان قانون قرار دهند؟^{۳۸}

این سوالات و اشکالات که منطقی و موجه به نظر می‌رسد، ناشی از موضع مبهم حقوق ایران در مقابل قضیه مطروحه است. توضیح اینکه ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران ظاهراً متعاملان ایرانی را از حق انتخاب قانون مخلوق اراده آنها محروم نموده و منحصرآ قانون محل انعقاد عقد را ملاک قرار داده است. ماده مرقوم مقرر می‌دارد:

«تعهدات ناشی از عقود، تابع قانون محل عقد است مگراینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند.»

همین معنی در قانون تجارت طی ماده ۳۰۵ با عبارت دیگری بیان شده است. ماده مرقوم می‌گوید:

۳۸. دکتر مرتضی نصیری. همان مأخذ، ص. ۸.

«در مورد برواتی که در خارج ایران صادر شده شرایط اساسی برات تابع قوانین مملکت صدور است.

هر قسمت از سایر تعهدات براتی (تعهدات ناشی از ظهernoیسی، ضمانت، قبولی وغیره) نیز که در خارج بوجود آمده تابع قوانین مملکتی است که تعهد در آنجا بوجود آمده است.»

صدر ماده ۹۶۸ قانون مدنی و قسمت دوم ماده ۳۰۵ قانون تجارت مبین یکی از قواعد شناخته شده تعارض قوانین در حقوق بین الملل خصوصی است؛ ولی ذیل ماده ۹۶۸ قانون مدنی — که حسب عقیده برخی در آن «دستکاری ناشیانه‌ای» بعمل آمده — اصل حاکمیت اراده متعاملان را در هر قرارداد منعقده در ایران زیر سوال برده است.^{۳۹} و اگر قبول کنیم که ماده ۹۶۸ قانون مدنی با توجه به عبارت «... مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده...» به صورت امری تلقی شود، منشأ بروز مشکلات عدیده‌ای در روابط تجارت بین المللی خواهد بود. پاره‌ای از این مشکلات به شرح زیر است:

۱. تعهدات ناشی از قراردادها و اسناد تجاری، منحصرآ تابع قانون محل وقوع عقد خواهد بود.

۲. قراردادهای منعقده و اسناد صادره فیما بین اتباع ایرانی در خارج از ایران مشمول قانون محل انعقاد عقد خواهد شد و آنها حسب منطقه ماده مذکور حق نخواهند داشت قانون ایران را حاکم بر تعهدات ناشی از قرارداد و یا اسناد خود تلقی کنند.^{۴۰}

۳. نظر به اینکه به صراحت قسمت اخیر ماده ۹۶۸ نمی‌توان در روابط تجاري بین المللی طرف خارجی را در قرارداد منعقده با طرف ایرانی به قبول حاکمیت قانون ایران ناگزیر نمود، لذا در قراردادهای بین المللی یک نوع ظاهرسازی و تصنیع باب شده است، به این معنی که

۳۹. همان مأخذ، ص ۵۷.

۴۰. همان مأخذ، ص ۵۷.

معمولاً طرف خارجی برای خارج کردن قرارداد از شمول قوانین ایران، محل انعقاد قرارداد را به خارج از ایران انتقال می‌دهد. نتیجه نامطلوب این وضعیت برای طرف ایرانی این است که حقوق او ناشی از یک قرارداد تجارت بین‌المللی تابع اصل حاکمیت اراده طرف خارجی گردد.^{۴۱}

۴. نظر به اینکه طرفهای ایرانی همواره از قبول حاکمیت قانون خارجی در مورد قرارداد منعقده با طرفهای خارجی اکراه دارند و ترجیح می‌دهند قرارداد منعقده از هر جهت مشمول قوانین ایران و در صلاحیت محاکم ایرانی باشد، از این رو پس از روبرو شدن با مقاومت طرفهای خارجی ناگزیر از قبول شرط ارجاع اختلافات به داوریهای داخلی و غالباً بین‌المللی می‌گردد و وقتی اختلافات به داوریهای بین‌المللی ارجاع شد، هیئت داوری حسب قاعدة کلی، قواعد معمول حقوق بین‌الملل خصوصی در انتخاب قانون صلاحیت دار، قاعدة تعارض کشور محل اجلاس خود را در نظر می‌گیرد و ارجاع اختلافات را به داوری بین‌المللی، قرینه‌ای بر تفسیر اراده متعاملان در قابلیت اعمال قانون محل اجلاس داوران تلقی خواهد نمود. نتیجه اینکه قراردادهای بین‌المللی بعضًا تابع قوانین و مقررات خارجی قرار خواهد گرفت و از شمول صلاحیت محاکم ایرانی نیز خارج خواهد شد و این خود یکی از نارسانیهای رویه قضائی در ایران در زمینه مسائل قراردادهای بین‌المللی و حقوق بین‌الملل خصوصی است.^{۴۲}

۱۳. به منظور رفع مشکلات یاد شده پیشنهادی که ارائه شده این است که ماده ۹۶۸ قانون مدنی را به دو قسمت تجزیه کنیم و قائل

۴۱. همان مأخذ، ص ۵۷.

۴۲. همان مأخذ، ص ۵۸.

به این نظر شویم که به موجب ماده مذکور اولًاً تعهدات ناشی از عقود تابع محل انعقاد است و از آنجا که قاعدة تعارض باید حسب طبیعت قاعدة از قانون ماهوی تبعیت کند، صدر ماده ۹۶۸ جنبه اختیاری دارد؛ پس چون متعاملان در روابط قراردادی خود به موجب قانون ایران اختیار نسبتاً زیادی در عدم رعایت مقررات تفسیری قانون ایران دارند، از این رو باید منطقاً حق داشته باشند قانون صلاحیت دار حاکم بر تعهدات قراردادی خوبیش را — در حدود قوانین آمره — خود انتخاب کنند؛ ثانیاً ذیل ماده اختصاص به اتباع خارجی دارد و چون قانونگذار چنین فرض کرده است که اتباع خارجه اساساً تمایل به حکومت قوانین ایران نسبت به قرارداد منعقدة خود ندارند، از این رو در مورد آنان اصل حاکمیت اراده را پذیرفته است.^{۴۳}

باری، به نحوی که ملاحظه می شود در حقوق ایران باب اجتهاد درخصوص اصل حاکمیت اراده نسبت به قانون صلاحیت دار در قراردادها، و از جمله اسناد تجاری، باز است و این دکترین و روایة قضائی است که باید پاسخ برای سؤالات مطروحة بیابد و در این پاسخگوئی توجه و اعتنای شایسته خود را نسبت به قبول اصل حاکمیت اراده نشان دهد.

بنابراین در نبود اراده صریح یا ضمنی یا فرضی طرفین قرارداد یا اسناد — چنانکه ملاحظه شد — ناگزیر یا قانون محل تعهد و یا قانون محل پرداخت، و به عبارت دیگر، قانون محل اجرا یا انجام تعهد باید تعیین و اعمال گردد.

.۴۳. همان مأخذ، ص ۵۹.

• قانون محل تعهد یا قانون محل پرداخت

۱۴. اکثریت دکترین فرانسوی^{۴۴} و برخی از کشورهای اروپائی به قابلیت اعمال قانون محل انجام تعهد نظر دارند. بر مبنای این نظر، هر تعهد برای بحسب تفسیر اراده طرفین مشمول قانون محلی است که تعهد در آنجا صورت گرفته است. مزیت این راه حل در این است که شرایط ماهوی اسناد تجاری (البته بجز موضوع اهلیت) و شرایط شکلی و آثار تعهدات برای مشمول قانون واحدی می نماید. این راه حل با روح پیمان زنونیز سازگاری دارد. ولی در اینکه راه حل منطبق با اراده احتمالی برانکش، برانگیر و یا ظهernoیس برات باشد، محل تردید است. بعلاوه صلاحیت قانون محل ایجاد تعهد، متضمن مشکلاتی نیز هست. فی المثل در مورد ظهernoیسی، همواره محل آن در ظهر سند ذکر نمی شود؛ فلذا ارزیابی تعهد ظهernoیس غیرممکن است^{۴۵}، مضافاً بر اینکه گرایش عمومی علمای حقوق و محاکم را مبنی بر مزایای شمول یک قانون واحد بر تعهدات برای نادیده می گیرد.^{۴۶}

ضرورت ایجاد وحدت حقوقی و حصول اطمینان خاطر که لازمه گرایش اسناد تجاری است، اکثر حقوقدانان تجارت بین المللی را به دلایل زیر به قبول صلاحیت قانون محل پرداخت رهنمون می سازد:

اولاً: در محل اجرا است که حق «تحقیق» می یابد و اختلاف و دعوای بروز می کند و اجرای آن شکل می گیرد. این جهات و ملاحظات، اولویت را به اعمال قانون محل اجرای تعهد می دهد.

ثانیاً: صلاحیت اعمال قانون محل اجرا، تأمین کننده اطمینان و وحدت حقوقی است که لازمه گردش اسناد تجاری است.

44. Arminjon: op.cit., No. 146.

45. Batiffol: Traité, 4^e éd. No. 547 ets.

46. Batiffol, op. et loc. cit.

ثالثاً: آرای بسیاری در سطح بین‌المللی به قبول صلاحیت قانون محل پرداخت صحیه گذارد است.^{۴۷}

هرچند اکثریت آرای صادره نمی‌تواند حکم کلی و قاطعی داشته باشد و از ناحیه طرفداران صلاحیت قانون محل ایجاد تعهد مورد انقاد قرار گرفته است، معدله اهمیت پرداخت و مشکلات ناشی از آن را نشان می‌دهد و صلاحیت انحصاری قانون محل پرداخت را ثابت می‌کند.

با توجه به مراتب فوق، قانون حاکمیت اراده باید حاکم بر قصد و رضا، کیفیت‌های مختلف آن و عیوب رضا باشد.

۳-۲. جهت تعهدات براتی

۱۵. در پیمان زنو حصول هیچگونه توافقی در مورد جهت یا سبب تعهدات ناشی از برات امکان‌پذیر نشد. در مورد چک نیز همین وضعیت حاکم گردید. اگر حقوق فرانسه در مورد تعهدات براتی مشعربر این است که باید جهت مشروع داشته باشد^{۴۸}، در عوض، حقوق آلمان و حقوقی که از نظام ژرمانیک سرچشمه می‌گیرد، تعهدات براتی را فی نفسه مستقل و مجرد تلقی می‌نماید.^{۴۹} در نبود راه حل در پیمان زنو، در مورد بروز تعارض درخصوص «جهت»، مسئله از طریق اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی حل و فصل خواهد شد.

اصول کلی نظر به اعمال قانون حاکمیت اراده دارد. این قانون حاکمیت اراده است که روشن خواهد ساخت تعهد فارغ از جهت و علت

47. Batiffol, op. et loc. cit.

48. Arminjon-Carry: op. cit. Nos. 45 ets.; Lescot et Roblot: Les effets de commerce, Rousseau & cie, T.I. Nos. 156 et s.

۱۸۸۲ قانون بروات ۲۷ و در حقوق انگلیس، ماده ۴۹

(valuable consideration) مشعربر این است که برات باید متنstem عوض یا ارزش معتری باشد.

آن معتبر است و یا اینکه باید علت و جهت مشروع باشد. فی المثل قانون مدنی ایران صراحة دارد بر اینکه: «در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود، ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد، والا معامله باطل است».^{۵۰}

قانون مدنی ایران درخصوص اعمال قانون محل اجرا نسبت به مشروعیت معامله تصریح ندارد، ولی حسب عقیده برخی این مسئله بدیهی به نظر می‌رسد و عدم تصریح موضوع در قانون مدنی تولید اشکالی نمی‌کند.^{۵۱} النهاية با توجه به موازین تعارض قوانین ایران در مورد مشروعیت جهت معامله، هم قانون ایران که حسب فرض قانون کشور محل انعقاد است و هم قانون کشور خارجی محل اجرای قرارداد باید مورد توجه قرار گیرد. این عده در مورد شمول قانون ایران نسبت به موضوع مشروعیت برای معامله، به اصل درون‌مرزی استناد می‌کنند و در مورد شمول قانون کشور محل اجرا به قاعدة نظم عمومی در کشور خارجی توجه دارند و بطور خلاصه چنین نتیجه می‌گیرند که موضوع قرارداد منعقده در ایران، حتی اگر از لحاظ قانون ایران مشروع باشد، در صورتی در کشور خارجی قابل اجرا خواهد بود که از صافی نظم عمومی آن کشور عبور کند. در مورد نقض قرارداد که موضوع آن در کشور محل اجرای قرارداد، نامشروع است، در کشور ثالث نیز نمی‌توان مطالبه خسارت ناشی از عدم ایفای تعهد نمود؛ زیرا از نظر کشور ثالث، تعدّر اجرای قرارداد یا ناممشروعیت موضوع قرارداد در کشور محل اجرا از موارد استناد به نظم عمومی در روابط بین‌المللی است.^{۵۲}

باید توجه داشت که حقوقدانان بین‌الملل خصوصی ما این مسئله را در باب قراردادهای بین‌المللی مطرح نموده و در مورد استناد تجاری نظر خاصی ابراز نداشته‌اند. تشابه موضوعات چشمگیر است.

۵۰. دکتر مرتضی نصیری: همان مأخذ، ص ۵۵.

۵۱. همان مأخذ، ص ۵۶.

آنچه در باب علت و جهت می‌توان گفت این است که اعتبار تعهد سابق که موجب ایجاد علت تعهد برآتی شده است، باید وفق قانون حاکم بر تعهد سابق ارزیابی شود. قانون حاکم بر شرایط ماهوی تعهد برآتی، متعاقباً قابلیت اعمال خواهد یافت.^{۵۲}

بالآخره قانون حاکمیت اراده که علی القاعده قانون صلاحیت دار است امکان دارد در اثر اعمال کلی، به علت برخورد با موضوع نظم عمومی در معنی و مفهوم بین المللی آن، به نفع قانون مقر دادگاه^{۵۳} جرح گردد.^{۵۴}

• تفکیک شرایط شکلی و ماهوی

۱۶. تفکیک شرایط شکلی و اصطلاحاً آنچه به آن «شکل تعهدات مندرج در چک» اطلاق می‌شود، همواره ساده نیست. شرایط صوری در چک، معمولاً شامل زبانی که چک با آن نوشته می‌شود، قید کلمه چک، محل و تاریخ صدور، امضای صادرکننده، قید مبلغ چک به ارقام و حروف، گیرنده وجه چک و اینکه ممکن است در وجه حامل یا شخص معین یا حواله کرد باشد، صورتهای مختلف ظهرنویسی و ضمانت، تصدیق امضاء و... می‌گردد.^{۵۵} ولی در برخی از موارد در تفکیک «صورت» و «ماهیت»، مشکلاتی به منصة ظهور می‌رسد که در مرز این دو امر است. فی المثل وقتی یک قاعدة شکلی به تنهائی و فی نفسه اهمیت و چگونگی تعهدی را معین می‌نماید، در واقع، حکایت از یک قاعدة ماهوی دارد و طبیعتاً باید مشمول قانون قابل اعمال در ماهیت باشد.^{۵۶}

52. Lescot - Roblot: op. cit: No. 1602.

53. lex foi

54. Loussourn - Bredin: op. cit; No. 455.

55. Percerou - Bouteron, op. cit., No. 209.

56. Loussouarn - Bredin, op. cit., Nos 493-459-496.



قواعد تعارض در مورد آثار تعهدات

۱۷ پیمان ثنو در مورد آثار حقوقی ناشی از چک، برگردان قواعد و مقرراتی است که درباره برات و سفته جریان دارد. ماده ۵ پیمان مذکور به تبعیت از بند ۲ ماده ۴ پیمان مربوط به برات و سفته می‌گوید: «آثار ناشی از تعهداتی که به موجب چک بعمل می‌آید تابع قانون کشوری است که این تعهدات در قلمرو آن بوجود آمده است.» به نحوی که ملاحظه می‌شود پیمان ثنو راجع به چک روش اعمال تعدد قوانین را پذیرفته است. در مبحث مربوط به برات و سفته در این باره مطالبی مطرح است و انتقادات واردہ به آن قابل توجه می‌باشد و گفته می‌شود بند ۲ ماده ۵ قانون تجارت ایران نیز با توجه به همین معنی است که می‌گوید:

«... هر قسمت از سایر تعهدات براتی (تعهدات ناشی از ظهرنویسی، ضمانت، قبولی وغیره) نیز که در خارج بوجود آمده تابع قوانین مملکتی است که تعهد در آنجا وجود پیدا کرده است...»

واقع اینکه منصفانه و منطقی نیست که دارنده چک برای یک دین یا تعهد، متعهدان و ضامنانی داشته باشد که مشمول قوانین مختلفی باشند و کم و کیف تعهدات آنها بوسیله قوانین متعدد مشخص گردد. اعمال قوانین متعدد خارجی، وحدت حقوقی خاص تعهدات مندرج در چک را بیشتر از سایر اسناد تجاری متلاشی می‌کند و واقعیت و ویژگی این سند تجاری را که وسیله پرداخت نقدی است و مثل وجه نقد مبادله می‌شود و مجموعه حقوقی واحدی را تشکیل می‌دهد، زیر سؤال می‌برد. البته در پیمان ثنو، روشی دیگر، یعنی شمول یک رژیم حقوقی

و اعمال قانون واحد که هم برای دارنده چک و هم برای هر یک از امضاکنندگان متضمن اطمینان خاطر و ثبات باشد و وحدت حقوقی آن را تأمین کند، مطرح گردید ولی پذیرفته نشد و امروزه دکترین برخی از کشورها بر این عقیده است که ماده ۵ پیمان جنبه یک قاعدة آمره را دارد و طرفهای چک نمی‌توانند برخلاف آن توافق کنند.^{۵۷}

با وجود این، باید توجه داشت که یکی از مهمترین خطرات اعمال رژیم متعدد قوانین، به موجب ماده ۶ پیمان مرتفع نشده است. حسب مقررات ماده مرقوم: «مهلت‌های اقامه دعوی برای تمام امضاکنندگان تابع قانون محل ایجاد سند است».

قاعدة مندرج در ماده فوق، هر چند در یک رژیم اعمال متعدد قوانین غیرمنطقی به نظر می‌رسد، مدلک مفید است و شمرة عملی قابل توجّهی دارد و از آن تفسیر موسوعی بعمل می‌آورند و مرور زمان و موارد سقوط حق و محدودیتهای راجع به اعمال حقوقی را که مقید به قید زمان است دربرمی‌گیرد.^{۵۸}

• قواعد تعارض در مورد «محل» چک

۱۸. ابتکاری‌ترین جنبه پیمان ژنو ماده ۷ آن است. ماده مرقوم مسائل عدیده‌ای را مشمول قانون محل پرداخت قرار داده است. متن ماده، بدون نظم و ارتباط منطقی، مسائل نه گاهه‌ای را مشمول «قانون کشوری که چک در آنجا قابل پرداخت است» نموده و احکام این موارد، خود مؤید غلبه و مزایای پذیرش قانون واحد است. اهم مسائل و موارد مطروحه در ماده مرقوم، ناظر بر رژیم محل چک می‌باشد که از اهمیت خاصی برخوردار است. ماده ۷ پیمان می‌گوید:

57. Percerou - Bouteron: op.cit., No. 210.

58. Lescot - Roblot: op.cit., p. 623.; Loussouarn - Bredin: op. cit., No. 497.

«قانون کشور محل پرداخت چک موارد ذیل را معین می‌کند:

(۱) آیا چک دیداری است یا ممکن است با مهلت معین از رؤیت صادر گردد، و آثار قید تاریخ مؤخر در چک چیست؟

(۲) مهلت ارائه چک به محال علیه.

(۳) آیا چک ممکن است مورد قبول و تصدیق و تأیید و یا رؤیت قرار گیرد، و آثار قیود مزبور چیست؟

(۴) آیا دارنده می‌تواند پرداخت جزئی را بخواهد و یا مکلف به قبول آن است؟

(۵) آیا می‌توان چک را خط کشی و یا در آن جمله «تنها به حساب منظور شود» و یا جمله دیگر مشابه آن را قید نمود، و آثار خط کشی و یا قید مزبور و یا جمله مشابه آن چیست؟

(۶) آیا دارنده دارای حقوق خاصی نسبت به محل می‌باشد، و ماهیت این حقوق چیست؟

(۷) آیا صادرکننده می‌تواند چک را ملغی نماید و یا دستور عدم پرداخت آن را صادر کند؟

(۸) ترتیباتی که در صورت گم شدن و یا سرقت چک باید اتخاذ نمود.

(۹) آیا پرست و یا اقدام دیگر مشابه آن برای حفظ حق اقامه دعوی عليه ظهernoیسان و صادرکننده و سایر مسئلان چک ضروری است؟»

مسائل نه گانه مطروحه در ماده ۷ پیمان، در ارتباط با «محل چک»، موضوع نقد و برسیهای دقیقی قرار گرفته است. به لحاظ اهمیت موضوع، در این بحث، اهم مسائل مبتلا به چک به ترتیب زیر مطرح می‌شود:

۱. مالکیت محل چک

۲. الغای دستور و توقیف محل

۳. فقدان محل

۱. مالکیت محل چک

۱۹. در بحث از موضوع مالکیت محل در چک نکاتی مطرح است و گفته می شود که در قوانین و مقررات کشورها درخصوص موضوع، اختلافاتی وجود دارد.^{۵۹}

قانون متحده‌الشکل ژنو به علت وجود اینگونه اختلافات، ضابطه و قاعده‌ای در مورد کیفیت و چگونگی «محل» در چک و ماهیت حقوقی آن پیش‌بینی نکرده و حل و فصل مسائل ناشی از آن را به قوانین داخلی کشورهای متعاهد ارجاع داده است. پیمان ژنو نیز بالتبیع همین مشی را درخصوص تعارض قوانین مربوط به «محل» اتخاذ کرده است. مسئله ششم مقرر از ماده ۷ پیمان ناظر بر همین موضوع است. مسئله ششم مقرر می‌دارد که قانون محل پرداخت به این سؤال پاسخ خواهد داد که: «آیا دارنده دارای حقوق خاصی نسبت به محل می باشد و ماهیت این حقوق چیست؟».

از نظر تئوری، قانون محل پرداخت، قانون محل اقامت محال^{۶۰} علیه بدهکار است. پس قانون محل اقامت بدهکار معمولاً قابل اعمال در مورد انتقال طلب^{۶۱} می باشد و انتقال مالکیت محل، اوصاف و ویژگیهای انتقال طلب را دارد.

بعلاوه در عمل، بانک محال^{۶۲} علیه امکان اطلاع از قوانین کشورهای مختلفی که چک در قلمرو آنها، عهده او، صادرشده ندارد و ارجح است که او منحصراً یک قانون را صالح بداند و آن قانون کشور خود او به عنوان قانون محل پرداخت و اقامت است.

۵۹. رک. به: بهروز اخلاقی: همان مأخذ، ص ۲۵۶ به بعد.

۶۰. دکتر نجاد علی‌الماضی: همان مأخذ، قسمت دوم، ص ۲۰۶ به بعد.
Batiffol: Traité. 4^e éd., No. 611, p. 668.

بر پایه ملاحظات یاد شده رجحان و غلبه در مورد چک با قانون محل پرداخت است و حال آنکه در مورد سایر اسناد تجاری، قانون مذکور به دلایلی مورد قبول قرار نگرفته است.^{۶۱}

در حقوق کشور ما درخصوص موارد نه گانه مندرج در ماده ۷ پیمان، صراحتاً راه حلی به تفکیک پیش بینی نشده است، ولی مستفاد از ماده ۳۱۷ قانون تجارت ما این است که چکهای صادره در خارج از کشور که محل پرداخت آن ایران است، مشمول قوانین و مقررات ایران خواهد بود و بر این اساس، وضعیت حقوقی محل در چک صادره از خارج و قابل پرداخت در ایران، علی القاعده تابع قانون ایران یعنی قانون محل پرداخت خواهد بود.

۲. الغای دستور توقیف محل

۲۰ از جمله مسائلی که در بحث راجع به چک مثل محل آن پیوسته مطرح می باشد این است که آیا چک پس از صدور و تسلیم آن به گیرنده و به گردش درآمدن، قابلیت الغاء دارد یا نه؟ به عبارت دیگر، آیا می توان از دستور پرداخت بدون قید و شرط مندرج در چک، پس از صدور و ارائه آن، به نحوی کطره رجوع کرد یا آن را ابطال و بلا اثر نمود و یا اینکه با توقیف محل چک، قابلیت پرداخت فوری آن را سلب کرد؟ این موضوع در فصل راجع به چک غالباً تحت عنوان الغای دستور پرداخت^{۶۲} و توقیف محل چک^{۶۳} مطرح است و پیرامون آن، در حقوق تجارت بسیاری از کشورها، بحث و بررسیهای فراوان بعمل آمده و نظرات جالب و مفیدی ارائه شده است.^{۶۴}

۶۱. رک. بهروز اخلاقی: همان مأخذ، مبحث دوازدهم از فصل راجع به برات.

62. La révocation de l'ordre de paiement - cancellation

63. L'immobilisation de la provision (Blocage)

64. J. Hâmel: Cheque, No. 17. répertoire la pradelle et Noboyet.

موضع حقوقی کشورها در قبال امکان الغای دستور پرداخت و توقیف محل چک، متفاوت است و این اختلاف موضع، مانع از بروز پاره‌ای مشکلات در پیمان ژنو نبوده است.

حقوق تجارت اکثر کشورها به صادرکننده چک حق الغای دستور پرداخت را داده است ولی حدود و شغور این حق، حسب مورد، فرق می‌کند. برای مثال، در برخی از کشورها پس از انقضای مهلت ارائه چک، می‌توان دستور صادره علیه بانک محال علیه را لغو نمود.^{۶۵} در برخی از کشورها به صادرکننده اجازه الغای چک را قبل از ارائه چک به بانک و با دستور کتبی صادرکننده مبنی بر عدم پرداخت، امکان پذیر دانسته‌اند.^{۶۶} در برخی دیگر از کشورها الغای چک در هر دو مورد یاد شده پیش‌بینی شده است^{۶۷} و بالآخره به موجب قانون بروات انگلیس، حواله‌ای که عهده بانک صادر می‌شود، بر اثر دستور مخالف مشتری لغو می‌شود.^{۶۸}

در حقوق فرانسه، درخصوص قابل الغاء بودن چک، مؤلفان حقوق تجارت اتفاق نظر ندارند.^{۶۹} به نظر برخی چک به محض اینکه صادر شد، غیرقابل الغاء است و منظور از غیرقابل الغاء بودن چک این نیست که بانک محال علیه نباید از دستور مشتری خود مبنی بر پرداخت وجه امتناع ورزد، بلکه منظور این است که لغو دستور پرداخت باید متضمن علت و دلیل مشروع باشد و صادرکننده توجیه نماید که تعهد مندرج در چک به سببی از اسباب فسخ، باطل و یا ساقط شده است.^{۷۰}

. ۶۵. مثل حقوق آلمان.

. ۶۶. مثل حقوق آرژانتین.

. ۶۷. مثل حقوق اتریش.

Bouteron: *Le chèque*, op. cit., p. 285 et s. . ۶۸. برای مجموع این مسائل رک. به: و کاظم شیوارضوی: همان مأخذ، ش ۷۱۶ به بعد.

69. Percerou et Bouteron: op.cit., No. 220 et s.

. ۷۰. op.cit., No. 221 کاظم شیوا رضوی: همان مأخذ، ش ۷۱۶ به بعد.

به نظر برخی دیگر از مؤلفان حقوق تجارت فرانسه لازم است قانون، حق الغای دستور پرداخت چک را از طرف صادرکننده بکلی سلب کند و یا حدود آن را دقیقاً مشخص نماید. اعطای حق دستور عدم پرداخت وجه چک به بانک محال علیه و لزوم پیروی بانک از این دستور، به ارزش و اعتبار چک به عنوان وسیله پرداخت نقدی خدشه وارد می‌آورد.^{۷۱}

روایة محاکم کشورها از جمله فرانسه را نیز درخصوص موضوع، از دیدگاه کلی، می‌توان به دو دسته تقسیم نمود: تعدادی از محاکم، حق الغای چک را به مورد ورشکستگی دارنده و گم شدن چک محدود نموده‌اند و تعدادی دیگر، به توسعه موارد نظر داده‌اند. مستفاد از بررسی آرای صادره از محاکم مذکور بعضاً این است که چک نسبت به محال علیه، وکالت در پرداخت محسوب می‌شود و برای اجرای این وکالت، محال علیه ملزم به رعایت دستورات وکیل یعنی صادرکننده چک می‌باشد و درنتیجه حق دارد از پرداخت وجه چک خودداری نماید.^{۷۲} امروزه به موجب قانون جدید فرانسه صادرکننده در موارد گم شدن، سرقت و ورشکستگی دارنده چک، حق الغای چک را دارد.^{۷۳}

۲۱ در حقوق تجارت کشور ما – چنانکه گفته شد – چک علی‌الاصول قابلیت ملغی شدن دارد و صادرکننده حق دارد با صدور دستور عدم پرداخت به بانک محال علیه، مانع از پرداخت وجه چک گردد و بانک حسب قرارداد منعقده با مشتری خود، ناگزیر است از

71. Lyon - Caen et Renault: *Traité de droit commercial*, 5^e édit., Paris 1925, T.IV, p. 175.

Bouteron: *La jurisprudence du chèque*, 1865-1937, p. 150 et s. .^{۷۲}

کاظم شیوا رضوی: همان مأخذ، ش ۷۳۷ به بعد.

۳۲. ماده ۳۲ قانون مصوب اکتبر ۱۹۳۵ فرانسه.^{۷۳}

دستور عدم پرداخت او پیروی کند.

حسب مقررات قانون صدور چک، الغای چک یا دستور عدم پرداخت چک از طرف صادرکننده نیازی به دلیل موجه و مشروع ندارد، ولی صادرکننده‌ای که چنین دستوری را به بانک داده، مبادرت به صدور چک بی محل نموده و قابل تعقیب کیفری است.

ولی هرگاه صادرکننده چک یا ذینفع یا قائم مقام قانونی آنها با تصریح به اینکه چک مفقود یا سرقた یا جعل شده و یا از طریق کلاهبرداری یا خیانت در امانت و یا جرائم دیگری تحصیل گردیده است، کتاباً دستور عدم پرداخت وجه چک را به بانک بدهد، بانک پس از احراز هویت دستوردهنده از پرداخت وجه آن خودداری خواهد کرد و در صورت ارائه چک، بانک گواهی عدم پرداخت را با ذکر علت اعلام شده صادر و تسلیم می‌نماید.

دارنده چک می‌تواند علیه کسی که دستور عدم پرداخت داده است، شکایت کند و هرگاه خلاف ادعائی که موجب عدم پرداخت شده ثابت گردد، دستوردهنده علاوه بر مجازات مقرر در ماده ۶ این قانون به پرداخت یک چهارم وجه چک به عنوان خسارت معنوی شاکی و نیز خسارت تأخیر تأدیه (در صورت مطالبه) از قرار صدی دوازده در سال از تاریخ ارائه چک به بانک محکوم خواهد شد.^{۷۴}

۲۲. باری، اختلاف مواضع حقوقی کشورهای مختلف درخصوص الغای چک و نظرات هیئت‌های نمایندگی کشورها موجب شد تا قانون مشحد الشکل ژنو تصمیمی درخصوص نفس موضوع اتخاذ نکند و مسئله را از مواد اختیاری ضمیمه شماره ۲ اعلام دارد و به آثار ناشی از الغاء بپردازد.^{۷۵}

. ۷۴. ماده ۱۳ ق. ص. ج. مصوب تیرماه ۱۳۵۵.

75. Loussouarn - Bredin: op.cit., No. 499.

پیمان ژنو ناظر به تعارض قوانین در چک نیز بالطبع همین سیاست را اتخاذ نموده و در پاسخ به مسئله هفتم از ماده ۷ پیمان مشعر بر اینکه «آیا صادرکننده می‌تواند چک را ملغی نماید و یا دستور عدم پرداخت آن را صادر کند؟»، جواب را به قانون کشور محل پرداخت چک ارجاع داده است.

قانون متحده‌الشكل ژنو از «الگای چک» و قانون مصوب ۱۹۳۵ فرانسه از «مخالفت با پرداخت»^{۷۶} سخن به میان آورده است. در ظاهر، تفاوت عمدۀ ای میان این دو مفهوم از نظر آثار وجود ندارد، ولی در واقع، وجه افتراقی میان آندو مشاهده می‌شود. الگای چک منحصرًا از ناحیه صادرکننده انجام پذیر است و حال آنکه «مخالفت با پرداخت» یا دستور عدم پرداخت را صادرکننده یا دارنده چک و یا قائم مقام قانونی آنها نیز می‌تواند انجام دهد. الگای چک امر قطعی است و چک را فاقد اثر می‌سازد، در صورتیکه دستور عدم پرداخت حالت موقتی دارد و ممکن است پس از صدور مرتفع شود.^{۷۷}

پیوندهای موجود میان الگای چک، مخالفت با پرداخت و پرداخت به کیفیتی است که صلاحیت قانون محل پرداخت را برای حل و فصل مسائل ناشی از تعارضات حاصله احیاناً با مشکلاتی رو برو می‌سازد؛ از این رو طرح و تصویب ماده مذکور خالی از بحث و جدل و اظهارنظرهای مخالف نبوده است و برخی به صلاحیت قانون محل صدور تمایل نشان داده‌اند.

رویه قضائی فرانسه، در دعاوی راجع به چک، بدفعات قانون محل پرداخت را اعمال کرده است. از جمله در رأی مورخ ۲۸ مارس ۱۹۵۲، دادگاه فرانسوی در مورد اعتبار الگای چک صادره از فرانسه عهده ایالات متحده، صلاحیت قانون ایالت نیویورک را پذیرفته است.^{۷۸} در

76. L'opposition au paiement

77. کاظم شیوا رضوی: همان مأخذ، ش ۷۵۲.

78. Gaz. Pal., 1952 - 1.422

دعوای دیگری، راجع به چک صادره از خارج عهده فرانسه، دادگاه فرانسوی چنین رأی داده که چک صادره به موجب قانون فرانسه، غیرقابل لغو است^{۷۹} و بالآخره رأی دادگاه پاریس در دعوای دیگری مشعربر این است که هرگاه هدف از دستورات صادره از خارج این باشد که مانع از پرداخت وجه چکی در فرانسه گردد، به موجب ماده ۳۲ قانون ۱۳۰ اکتبر ۱۹۳۵ فرانسه، باید دستور عدم پرداخت را نادیده گرفت.^{۸۰}

هر چند پیمان ژنو تعیین تکلیف مالکیت « محل » چک را به قانون محل پرداخت محول نموده است. در عوض نسبت به « موجودیت قبلی محل » و قابلیت « دخل و تصرف آن » ساکت است. قانون متحده الشکل ژنو نیز به علت اختلافات موجود در قوانین و مقررات کشورها توفیق حل اینگونه قضایا را نیافت و درنتیجه سکوت پیمان ژنو راه بروز تعارضات قوانین را باز گذارد است.

دکترین فرانسوی عموماً بر این عقیده است که این موضوع با بندهای ۶ و ۷ ماده ۷ چندان بی ارتباط نیست، فلذا نیازی به ارائه راه حل دیگری ندارد، و به دلایل قوی صلاحیت قانون محل پرداخت را مورد تأیید قرار داده است.^{۸۱}

۳. فقدان محل و ضمانت اجرای آن

۲۳. قانون متحده الشکل ژنو بحثی از ضمانت اجرا و کیفر صدور چک بی محل به میان نیاورده و پیمان ژنو نیز در مورد تعارض قوانین راجع به موضوع ساکت است.

۷۹. رأى مورخ ۱۸ مارس ۱۹۵۶ Rev. Cr. Dr. Int. Pr., 1937. 293.

80. Paris, 23 Nov. 1961, D., 1962 Somm., p. 22 et note, D.P., 1935, D. 467.; Loussouarn - Bredin: op.cit., No. 499.

81. Loussouarn - Bredin: op.cit., No 499.; Percerou - Bouteron: op.cit., No 220.

چنانکه می دانیم صدور چک بی محل به اعتبار رواج چشمگیر آن در میان تجارت و غیرتجار و به اعتبار آنکه وسیله پرداخت نقدی است و نقش پول را ایفا می کند، در برخی از کشورها جنبه کیفری به خود گرفته است.

جنبه های کیفری صدور چک بی محل نیز مثل بسیاری دیگر از جنبه ها در کشورهای مختلف فرق می کند. مثلاً در فرانسه جرم مذکور حسب رویه قضائی فرانسه، جرم مرکب است^{۸۲} و هرگاه یکی از عناصر سازنده جرم مذکور در فرانسه تحقیق یافته باشد، محاکم فرانسه صلاحیت خود را جهت رسیدگی به دعواهای کیفری ناشی از آن اعلام می دارند.^{۸۳}

حسب رویه محاکم این کشور هرگاه چکی در خارج صادر شود و در فرانسه قابل پرداخت باشد، فقدان محل چک مذکور، مستوجب کیفر است.^{۸۴} همچنین هرگاه چکی در فرانسه صادر شود و در یک کشور خارجی قابل پرداخت باشد، فقدان محل چک صادره به لحاظ صدور چک در فرانسه جرم است و درنتیجه قابلیت تعقیب کیفری دارد.^{۸۵} معذلک چنانکه گفته شد قاضی دادگاه کیفری قبل از تعیین مجازات صدور چک بی محل، باید حسب مقررات پیمان ژنو به قانون صالح مراجعه نماید تا تکلیف این مسئله را تعیین کند که چک صادره به هنگام صدور، محل یا اعتبار قابل استفاده داشته و به عبارت دیگر «محل»،

۸۲. برای این مفهوم رک. به: دکتر حسن دادبان: حقوق جزای عمومی، ص ۲۲. دکتر پروینز صانعی: حقوق جزای عمومی، چاپ سوم، ج ۱ / ص ۳۸۴ و ۳۸۵.

83. Loussouarn - Bredin: op.cit., no 500.; Cass. crim., 28 Janv. 1960 Bull. crim., 60, n°55, p. 112, Trib. corr, Thonon, 27 Mars 1958, J.C.P., 58 II., ed. G. 10.628, éd. G. 10.628, éd. C.I., 62,982, note Cabriillac, Rev. Trim. Dr. Com., 1959. 557, obs. Loussouarn.

84. Cass. crim., 29 Juill. 1932, Clunet, 1933, p. 637, Trib. corr. Seine, 18 juin 1956, Gaz. Pal., 1956.2.60; Rev. Cr. Dr. Int. Pr., 1957, p. 295, note H.B.; Cass. crim., 28 janv. 1960, Bull.crim., 60, n°55, p. 112: Colmar, 18déc. 1964, J.C.P., 65éd. G.IV, p.88, Rev. Trim. Dr. Com., 1965, p. 964, obs. Bouzat.

85. Trib. Thonon, 27 Mars 1958, précité, Trib.corr.Seine (13^e Ch.) 130ct. 1965, Rev. Cr.Dr.Int.Pr., 1966, p. 449, note Decocq, Gaz.pal., 1966.I.108.

اوصاف و شرایطی را که باید واجد باشد، دارا است یا خیر؟^{۸۶}

۲۴. مستفاد از تأیفات حقوق کیفری ایران این است که جرم صدور چک بی محل در کشور ما نیز مثل جرم کلاهبرداری از جرائم مرکب است. به عبارت دیگر، اعمالی که مجموعاً جرم مذکور را بوجود می آورد به تنهائی قابل مجازات نیست، بلکه مجموعه این اعمال که منتهی به برگشت چک و عدم پرداخت وجه آن می شود، موجب تحقیق جرم است.^{۸۷}

از این طبقه بندی، می توان چنین نتیجه گرفت که اولاً مرور زمانی جرم صدور چک بی محل از زمانی آغاز می شود که آخرین عمل تشکیل دهنده جرم صورت گرفته باشد؛ ثانیاً از نظر صلاحیت محاکم چون قبل از وقوع آخرین عمل ضروری برای تحقیق جرم هنوز جرمی صورت نگرفته است، پس دادگاهی صلاحیت دارد که آخرین عمل تشکیل دهنده جرم در حوزه قلمرو آن واقع شده باشد.^{۸۸}

بنابراین با استفاده از مفاد ماده ۳۱۷ قانون تجارت ایران در مورد چکهایی که از خارجه صادر شده است و باید در ایران پرداخته شود، اعمال تشکیل دهنده در خارج زمانی موجب تحقیق جرم صدور چک بی محل خواهد بود که آن اعمال موجب عدم پرداخت وجه چک در ایران گردد. در این صورت، مقررات راجعه به چکهایی که در ایران صادر شده است، نسبت به این مورد نیز قابل اعمال خواهد بود، مضافاً بر اینکه حسب مقررات حقوق کیفری، جرم در حوزه قلمرو ایران نیز تحقیق یافته

86. Cass.crim., 20 Oct. 1959, D., 1960, p. 30, note Paul Lagarde, Rev. Cr.Dr.Int.Pr., 1960-somm. p.833. Trib. corr. Thonon. 27 Mars 1958, précite. Trib.corr.Bourg en Bresse, 7 juin 1961, J.C.P., 62.II.12612, Rev. Trim. Dr.Com., 1962, p.449. obs. Becqué et Cabrillac: Trib. civ., Seine, 13 Oct. 1965, Gaz.pal., 1966.1.108, Rev. Cr.Dr.Int.Pr., 1966, p.449, note Decocq.

۸۷. دکتر حسن دادبان: همان مأخذ، ص ۳۰؛ دکتر پرویز صانعی: همان مأخذ، ص ۳۸۴

. ۸۸. همان مأخذ، به ترتیب ص ۲۹ و ۳۸۵

این قاعده که به جهات و دلایل عملی پذیرفته شده است، حکایت از این دارد که در مورد واخواست، قانون محل واخواست یا قانون محل پرداخت یکی است.^{۸۹}

راه حل انتخابی پیمان در ماده ۸ با آنچه در مبحث دوازدهم از فصل راجع به برات و ماده ۳۱۷ در قانون تجارت ما آمده است نیز تاحدودی انطباق دارد. ماده ۳۰۶ قانون تجارت ایران می‌گوید:

«اعتراض و بطور کلی هر اقدامی که برای حفظ حقوق ناشیه از برات و استفاده از آن در خارجه باید بعمل آید تابع قوانین مملکتی خواهد بود که آن اقدام باید در آنجا بشود.»

هرچند مقررات ماده ۳۰۶ ناظر بر برات است و به موجب ماده ۳۰۹ قانون تجارت ایران لازم الرعایه بودن آن در مورد سفته نیز مورد تصریح قرار گرفته و قانونگذار در ماده ۳۱۴ به لزوم شمول آن نسبت به چک تصریحی ندارد، معذلک باید توجه نمود که قاعدة مذکور، یک قاعدة قدیمی حقوق بین الملل خصوصی است که به دلیل وجود اشتراک چک با سفته و برات از جهاتی و به خاطر اوصاف و ویژگیهای مشترک اسناد تجاری، دلیلی بر اختصاص آن به برات و سفته ندارد و اصل اشتراک مقررات و وحدت احکام اینگونه اسناد، حکومت قاعدة مذکور را بر چک نیز توجیه می‌کند.

پس به این مسئله که احراز عدم پرداخت وجه چکی که اعتراض و مهلتهای مربوط به آن باید در ایران انجام پذیرد به چه شکلی خواهد بود، قانون ایران پاسخ خواهد داد. و به موجب این قانون – چنانکه ملاحظه می‌شود – می‌توان بر این عقیده بود که قانون صدور چک، گواهینامه عدم پرداخت را جایگزین اعتراضنامه نموده و آثار اعتراض یا واخواستنامه را بر آن بار کرده است.^{۹۰}

89. Péricou - Bouteron: op.cit., No. 225.

۹۰. رک. به: دکتر بهروز اخلاقی: همان مأخذ، ص ۳۱۵ به بعد.

است. بدیهی است قاضی کیفری ایرانی نیز قبل از تعیین مجازات جرم ارتکابی، در ارتباط با محل چک، بی نیاز از مراجعه به قانون صالح جهت اطلاع از اوصاف و شرایطی که «محل» چنین چکی باید واجد باشد، نخواهد بود.

ساختمان موارد اعمال قانون پرداخت به شرحی است که در بندهای مختلف ماده ۷ پیمان ذکر شده و به جهت وضوح و روشنی آن، به نظر نمی رسد نیازی به شرح و تفسیر داشته باشد.



قواعد حل تعارض قوانین در چک

آنچه تحت این عنوان، حائز اهمیت است، شکل و مهلت و اخواست در چک، مهلت مراجعه به ظهرویسان و طرح دعوی راجع به چک می باشد.

اول:

شکل و مهلت و اخواست

۲۵. پیمان زنو در مورد اعتراض یا و اخواست در چک، از همان روش و مقرراتی پیروی کرده که در مورد برات و سفته جاری است. ماده ۸ پیمان مقرر می دارد:

«شکل و مهلتهای و اخواست و همچنین شکل سایر اقدامات لازمه اعمال حق و حفظ آن در مورد چک، به موجب قوانین کشوری که و اخواستنامه یا عمل باید در قلمرو آن کشور انجام شود، حل و فصل خواهد شد.»

دوم:

مهلت مراجعه

۲۶ ماده ۶ پیمان ثنو در مورد چک، در مورد مهلتهای اعمال حق مراجعة دارنده چک به متعهدان آن، عیناً برگردان ماده ۵ پیمان ثنو راجع به برات و سفته است. به موجب ماده ۶ پیمان: «مهلهای اعمال حق مراجعة، برای کلیه امضاکنندگان، بوسیله قانون محل انشای سند تعیین میگردد».

چنانکه می‌دانیم منظور از مهلتهای مراجعة، مواعید است که دارنده سند تجاري مکلف است ظرف مواعيد مذکور در مورد حقوق ناشی از سند تجاري اقدامات لازم را معمول دارد. مهلتها و مواعيد مراجعة، حسب مراحل مختلف، متفاوت است. مثلاً در مورد برات، قانون تجارت کشور ما حقوق دارنده برات به رویت را در مرحله ارائه آن جهت اخذ قبولی محدود کرده و مهلت ارائه آن را یک سال از تاریخ برات قرار داده است. مبدأ احتساب مهلت یکساله روزی است که در برات به عنوان تاریخ صدور قید شده است.

به موجب ماده ۳۱۷ قانون تجارت مقررات راجعه به چکهایی که در ایران صادر شده است، در مورد چکهایی که از خارج صادر شده و باید در ایران پرداخته شود نیز رعایت خواهد شد؛ ولی مهلتی که در ظرف آن دارنده چک می‌تواند وجه چک را مطالبه کند، چهارماه از تاریخ صدور است. پس اگر دارنده در ظرف موعد مذکور، پرداخت وجه آن را مطالبه نکند، دیگر دعوای او علیه ظهernoیس مسموع نخواهد بود.

به نحوی که ملاحظه می‌شود قواعد تعارض قوانین درباب مهلتها و مواعيد به شکلی که در پیمان ثنو مطرح است، با آنچه در حقوق تجارت کشور ما وجود دارد فرق می‌کند. پیمان، حاکمیت را به قانون محل

انشای سند داده و قانون تجارت ما در مورد چکهای قابل پرداخت در ایران، صلاحیت اعمال قانون محل پرداخت (قانون ایران) را قبول کرده است.

در بحث از تعارض قوانین در برات و سفته گفته می شود که این راه حل، به جهات عملی، استثنائی بر اصل وابستگی تعهدات باشکنی است و امضا کنندگان سند و دارنده آن را مکلف می کنند تا در مورد مهلتهای اعمال حق مراجعه، از قانون محل صدور یا انشای سند اطلاع حاصل نمایند و بدین لحاظ راه حل پیشنهادی، مشکلات زیادی را مطرح می سازد که حسب مورد لازم است وفق قواعد کلی حقوق داخلی کشورها حل و فصل شود.

سوم:

مهلت طرح دعوی

۲۷. به نظر برخی از مؤلفان حقوق بین الملل خصوصی، مقررات ماده ۶ پیمان فقط به مهلت مراجعة نظر دارد و شامل مهلت طرح دعوای دارنده چک و مرور زمان تعهدات امضا کنندگان نیست.^{۹۱} مهلت طرح دعوای چک باید مشمول قانون محل پرداخت باشد و مرور زمان مربوط به تعهدات امضا کنندگان، علی القاعده باید مشمول ماده ۵ پیمان که آثار ناشی از تعهدات را تابع قانون کشوری می داند که تعهدات در قلمرو آن بوجود آمده است، گردد.

به عقیده بعضی از مؤلفان حقوق تجارت کشور ما مقررات ماده ۶ پیمان نسبت به مهلتهای اقامه دعوی نیز صادق است.^{۹۲} باری، قواعد تعارض قوانین کشور ما از جهاتی سازگاری بیشتری

91. Lescot - Roblot: op.cit., No 1114.

۹۲. کاظم شیوا رضوی: همان مأخذ، ش ۱۳۰۷.

با مسائل مطروحه فوق دارد، زیرا از یک طرف به موجب ماده ۳۱۷ قانون تجارت ایران، مقررات راجعه به چکهایی که در ایران صادر شده است، در مورد چکهایی که از خارج صادر شده و باید در ایران پرداخته شود، به عنوان «قانون محل پرداخت» قابل اعمال است و از طرف دیگر ماده ۳۰۶ قانون تجارت که می‌گوید: «اعتراض و بطور کلی هر اقدامی که برای حفظ حقوق ناشیه از برات و استفاده از آن در خارجه باید بعمل آید تابع قوانین مملکتی خواهد بود که آن اقدام باید در آنجا بشود»، معمولاً دلالت براین دارد که هرگاه چنین اقدامی (دعوى) باید در ایران بعمل آید، طبیعتاً تابع قوانین ایران که آن اقدام باید در آنجا بشود، خواهد بود.



دکتر حسین خرزاعی

دستیار تحقیق:

رسول بدربی اهری



بررسی اجمالی مفهوم حقوقی

«J. V.»

در حقوق امریکا و حقوق بین الملل





پیشگفتار

«اصطلاحی انگلیسی است که در زبان حقوقی و اقتصادی کشور ما به همان لفظ بکار رفته است.

بعضیها با توجه به اینکه این اصطلاح برای اولین مرتبه در قراردادهای نفتی مورد استفاده قرار گرفته است، آن را در مقابل قرارداد امتیاز (Concession) قرار داده و از آن به قرارداد مشارکت تعبیر نموده‌اند.

اصطلاح قرارداد مشارکت اگرچه در مقابل قرارداد امتیاز قابل قبول بوده است ولی کلیت لازم را ندارد. از سوی دیگر، چنانکه در ماهیّت حقوقی آن بحث خواهد شد، «Joint Ventures» الزاماً قرارداد نیست و گاه ماهیّت حقوقی شرکت را به خود می‌گیرد.

نظر به تلوّن ماهیّت حقوقی «Joint Ventures» و با توجه به مشخصه اصلی آن که انعطاف‌بذیری در مقابل ماهیّت حقوقی غیرقابل انعطاف «Corporation Partnership»

است، اگر قرار ترجمه اصطلاح «J.V.»^{*} به زبان فارسی می‌باشد، ما اصطلاح «مشارکت انعطاف‌پذیر» را مناسب می‌دانیم.

* به لحاظ سهولت استعمال و رعایت ایجاز به جای عبارت «Joint Ventures» در متن مقاله اختصاراً از «J.V.» استفاده شده است.

● مقدمه

از نیمه دوم قرن بیستم کمپانیهای بزرگ، که هر یک دارای قدرت اقتصادی قابل ملاحظه‌ای بودند، منابع مالی و امکانات فنی خویش را مشترکاً برای انجام طرح و یا مجموعه طرحهایی بکار گرفتند.

این مشارکت که به منظور محدود نمودن خطرات احتمالی و گردآوری سرمایه‌های لازم برای اجرای طرحهای مزبور صورت می‌گرفت، در ابتدا با دعوت یک کمپانی اصلی از کمپانیهای کوچکتر عملی می‌شد. در این حالت، کمپانی اصلی به عنوان پیمانکار وارد عمل می‌شد و انجام کارهای تخصصی را که خود تمايلی به آن نداشت و یا اصولاً از عهده او خارج بود، در قالب حقوقی «Sub-contract» به کمپانیهای دیگر واگذار می‌کرد.^۱

1. JOHN TREVOR BROWN: International Joint Ventures Contracts in English Law, D.P.C.I. Juin 1979 T, 5. No. 2,p. 193.

بعدها تحولی در روابط حقوقی میان این کمپانیها بوجود آمد و منتهی به پذیرش شرایط مساوی در قراردادها گردید که در نتیجه آن هر کمپانی در شرایط برابر حقوقی و اقتصادی با کمپانی دیگر وارد عمل می‌شد. دلایلی که موجب این تحول شده است بیشتر اقتصادی است تا حقوقی. آنچه از نظر حقوقی قابل ذکر است، همان تحول رابطه قراردادی است که از نیمة دوم قرن بیست پیچیده‌تر، فنی‌تر، وسیع‌تر و دارای ضمانت اجرای مطمئن‌تر از دوران گذشته شده است. مسائل مستحده قرن، استخراج معادن و مواد اولیه، بانک و شبکه اتحاد بانکها، بیمه و نقل و انتقالهای تکنولوژی از جمله مسائلی هستند که در تحول قراردادها و تبدیل آن به قراردادهای زنجیره‌ای نقش بزرگی داشته‌اند. توسعه اقتصادی شرکتهای تجاری در ماورای مرزهای ملی و ایجاد شعبه‌ها و نمایندگیها، تشکیل شرکتهای چندملیتی، بین‌المللی شدن اقتصاد جهان و لزوم انجام طرحهای بسیار بزرگ در نقاط مختلف جهان که قدرتمندترین شرکتهای تجاری و فنی به تنهائی قادر به انجام آن نیستند، از جمله دلایل دیگر این تحول به شمار می‌روند. سرانجام، بیدار شدن افکار و احساسات ناسیونالیستی و دفاع از منافع ملی، همچنین شناخت حق حاکمیت ملی بر منابع طبیعی کشورها توسط سازمان ملل متحد و شکست استعمار کهن و کسب استقلال سیاسی بسیاری از کشورهای جهان سوم را نیز می‌توان از عوامل مؤثر در این تحول دانست.

این تحولات که پیدایش حقوق تجارت بین‌الملل را سبب شده است، لامحاله باید در حقوق ملی کشورها داخل شود؛ ولی چنانچه می‌دانیم این امر کار چندان ساده‌ای نیست. زیرا از یک سو با عبور از مرزها موقعیت قبلی تجارت داخلی بهم می‌خورد و وضعیتی بوجود می‌آید که همیشه متناسب با حقوق داخلی آن کشور نیست، و از سوی

دیگر، وجود سیستمهای مختلف حقوقی و لزوم اجرای آن در زمان واحد، موجب بروز اشکالات عدیده‌ای در نقل و انتقالهای مفاهیم حقوقی از یک کشور به کشور دیگر می‌شود. مسلمًاً عنوان مفاهیم حقوقی از قبیل قرارداد، شرکت، اعتبار و بیمه در همه جا یکسان است، ولی این مفاهیم در کشورهای مختلف جهان قابل انطباق بر یکدیگر نیستند.

به منظور رسیدن به اهداف فوق و اجتناب از مشکلات اخیر الذکر، حقوقدانان و اقتصاددانان متول به «J.V.» شده‌اند. «Joint International Business Ventures» یا «J.I.B.V.» است که اشخاص حقوق خصوصی یا عمومی، در صورت تمايل، می‌توانند با توسّل به آن، در شرایط مساوی در انجام طرحی مشارکت نمایند. تشکیل «J.V.» به دو صورت ممکن است صورت پذیرد:

در یک صورت قضیه، طرفین مشارکت به تشکیل شرکتی از اقسام شرکتهای تجاری معمول دارای شخصیت حقوقی مبادرت نموده، هر کدام مقداری از سهام آن را می‌پذیرند که، در این صورت، طرفین مشارکت سهامدار شرکت مسئول اجرای طرح مربوط به آن خواهد بود. این نوع مشارکت را «Equity Joint Venture» نامیده‌اند.

صورت دیگر قضیه این است که طرفین مشارکت به دلایلی از تشکیل شرکت به نحو مذکور امتناع نموده، با انعقاد قراردادی که حاکم بر روابط فیما بین خواهد بود خود به اجرای طرح مبادرت می‌کنند. این نوع مشارکت را «Non Equity Joint Venture» می‌نامند.

بنابر این، «J.V.» اصطلاحی است که بر حسب مورد می‌تواند به وضعیتهای حقوقی کاملاً متفاوت اطلاق شود. برای شناخت قرارداد «J.V.» ابتدا چگونگی تشکیل آن را مورد بررسی قرار می‌دهیم و سپس به تحولات آن در صحنۀ بین‌المللی می‌پردازیم.



«J.V.» در حقوق داخلی امریکا

در این فصل ابتدا به مطالعه تاریخی «J.V.» پرداخته و پس از آن عناصر و اوصاف مربوط به آن را بیان می‌کنیم و در پایان، موقعیت و جایگاه «J.V.» در حقوق داخلی امریکا را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

مبحث اول تحوّل تاریخی «J.V.»

موضوعات مورد بحث ما در این قسمت عبارتند از: مطالعه «J.V.» در سیستم حقوقی کامن لا وضعیت آن در تاریخ حقوق امریکا (الف)، وضعیت فعلی «J.V.» در حقوق داخلی امریکا (ب)، و ماهیّت حقوقی «J.V.» (ج).



وضعیت «J.V.» در سیستم حقوقی کامن لا و تاریخ حقوق امریکا

۱. «J.V.» در کامن لا

مشهور است که «J.V.» در حقوق آنگلوساکسون بوجود آمده و سابقه چندانی ندارد و فقط از سالهای ۱۸۹۰ به بعد این اصطلاح در

آراء دادگاههای امریکا^۳ مورد استفاده قرار گرفته است. با وجود این، برخی از مؤلفان قائل به وجود ریشه تاریخی برای آن شده و نوشته‌اند که «J.V.» در جوامع باستانی همچون فیقیه، بابل و مصر قدیم سازمان دهنده فعالیتهای اقتصادی دسته‌جمعی بوده است.^۴

از جوامع که بگذریم، این تأسیس حقوقی را در اسکاتلند می‌یابیم. اسکاتلند شامل قسمت شمالی جزیره انگلستان بوده و فرهنگ آن از فرهنگ انگلیس متمایز است و از نظر تاریخی نیز سرنوشتی مشابه آن نداشته است. در ارتباط با موضوع بحث ما نیز تفاوت فرهنگی اسکاتلند مورد تأیید علمای تاریخ حقوق^۵ قرار گرفته است، در حالی که در تاریخ حقوق انگلیس چنین اصطلاحی به چشم نمی‌خورد.

اساساً حقوق شرکتهای انگلیس و امریکا بر مبنای دو تأسیس به نامهای «Corporation» و «Partnership»^۶ پایه‌گذاری شده است که هیچیک از این دوره مشترکی با «J.V.» ندارند. «Partnership» نوع بسیار قدیمی رابطه قراردادی است که قواعد آن بوسیله رویه قضائی تکمیل شده و در سال ۱۸۹۰ به صورت «Partnership Act» درآمده است. از سوی دیگر، کمپانیهای استعماری قرن هفدهم موجب پیدایش «Corporation» شده‌اند. حال، اگر ضرب المثل حقوقی انگلیسی را که می‌گوید: «شرکتی که نه «Corporation» باشد و نه «Partnership»، مورد شناسائی کامن لا قرار نمی‌گیرد» مدنظر قرار دهیم، می‌بینیم که در حقوق انگلیس جائی برای «J.V.» باقی نمی‌ماند.

در اسکاتلند قضیه به شکل دیگری است و خصوصیاتی که علمای تاریخ حقوق برای «J.V.» ترسیم کرده‌اند، اکنون نیز در آنجا

3. NICHOLS, J.V: 36 Va Law Rev. 425; State Ex rel, crane co. v. Stokke. 110 ALR. 761.

4. WALTER H. E. JAEGER: Joint Ventures: Origin, Nature and development. A.U. L.R. Vol: 9, 1, p. 1960.

5. BELLE. GEORGE JOSEPH: Principles of the Law of Scotland, Edinburgh, 4em Ed, 1839, p. 146.

6. برای تعریف این اصطلاحات رک. صص ۲۶ و ۲۷.

مشاهده می شود. «Belle» در این خصوص می نویسد:

«Joint trade» یا «J.V.» عبارت است که از یک مشارکت محدود که به فعالیت اقتصادی و تجاری و دادوستد خاص و یا تجارت از طریق دریا مربوط می گردد و در این نوع مشارکت، شرکای ظاهری یا غیر آن از نام تجاری یا شرکت استفاده نمی کنند و مسئولیتی خارج از محدوده این فعالیت ندارند.»^۷

مؤلف در این خصوص متذکر شده است که مراد از «Limited Partnership» محدودیت در موضوع و مدت «J.V.» است و به قبول خطر و حیطه مسئولیت تسری نمی یابد. بعدها کامن لا در جزیره انگلستان عمومیت پیدا می کند و حقوق محلی را که به نام «Merchant Law» بر روابط تجاری حاکم بوده است تحت نفوذ خویش قرار می دهد و به این طریق «J.V.» از حقوق اسکاتلندر وارد کامن لا می شود و از طریق انگلیس به مستعمرات آن، از جمله امریکا و هند، انتقال می یابد. بعد از یک دوران فراموشی، اخیراً «J.V.» در حقوق داخلی امریکای شمالی مجددأ ظهرور کرده و سازمان دهنده خوبی برای فعالیتهای تجاری و اقتصادی شناخته شده است.

۲. ریشه امریکانی «J.V.»

بعضی از دادگاههای امریکامدّعی اند که «J.V.» ریشه ای کاملاً امریکانی دارد و از سال ۱۸۹۰ به بعد مورد توجه قرار گرفته است. اولین

7. A Joint venture, or a joint trade, is a limited partnership, confined to a particular adventure, speculation, course of trade, or voyage and in which the partners, either latent or known use no firm or social name, and incur no responsibility beyond the limits of the advernture.

رأیی که در این خصوص صادر شده و بعدها بکرّات مورد نقل قول سایر دادگاهها قرار گرفته است، می‌گوید:

«مفهوم «J.V.» به عنوان یک رابطه یا اشتراک حقوقی خاص، از یک ریشهٔ صد درصد امریکائی برخوردار می‌باشد که از حدود سال ۱۸۹۰ مطرح شده است.»^۸

اگرچه قدمت «J.V.» بیش از این است ولی صرف مطالعهٔ تاریخ حقوق امریکا اجازهٔ چنین برداشتی را به دادگاه می‌دهد.

در مورد حقوق شرکتها، که موضوع بحث ما را تشکیل می‌دهد، اشکال مختلف سازماندهی امور تجاری تا قرن هیجدهم به شکل «Sole Partnership» و «Partnership» باقی مانده است. طبقٌ نظر «Livermore» در دوران استقلال، نفوذ حقوق فرانسه در امریکا خصوصاً در نوع شرکت «Société en participation» و «Société en commandite» مشترکی با «J.V.» دارند، غیرقابل انکار است. در نوع اخیر شرکت، وجود شرکائی مخفی که شخص ثالث از وجود آنها اطلاعی نداشته باشد قابل پذیرش بوده و مشخصهٔ اصلی آن به حساب می‌آمده است که با اصول اخلاقی حاکم بر کامن لا منافات داشته و تفاوت فاحش آن با «Partnership» تلقی می‌شده است.^(۹)

بنابراین، نظر به حاکمیت کامن لا در امریکا «Société en participation» نمی‌توانسته است رشد نماید و در نتیجه «Limited Partnership» که یکی از تأسیسات حقوقی کامن لا است وسیلهٔ اجرای مشخصات حقوقی «J.V.» شده است. به این ترتیب، می‌توان گفت که

8. «The concept of joint venture as a legal relationship or association *sui generis*, is purely of American origin dating from about 1890.» (*State EX rel crane co. v. Stokke*, 110 A.L.R. 761).

9. LIVERMORE (SHOW): *Early American Land Companies their influence on corporate development*, New York, The Commonwealth Fund, 1939. p. 70.

«J.V.» ظاهراً ریشه وابسته مستقیمی با هیچیک از سیستمهای حقوقی خارجی نداشته و با توجه به همین عدم وابستگی مستقیم است که دادگاهها، به اصلت «J.V.» در حقوق امریکا نظر داده‌اند.



وضعیت فعلی «J.V.» در حقوق امریکا

۱. ابهام

در مطالعه نوشه‌های^{۱۰} و آراء^{۱۱} مربوط به «J.V.» نکته مهمی که کراراً به چشم می‌خورد این است که «J.V.» قراردادی مبهم و ضوابط حقوقی حاکم بر آن نامشخص است. یکی از مؤلفانی^{۱۲} که در این زمینه کار قابل تقدیری ارائه نموده به این نتیجه رسیده است که در حال حاضر «J.V.» به عنوان یک تأسیس حقوقی مستقل از «Partnership» وجود ندارد و حتی گاه در شرایط مشابه، بدون توجه به موضوع آندو، نتایج یکسانی بدست آمده است.

در تعریف «J.V.» باید گفت: «قراردادی است بین دو یا چند شخص که به طور مشترک تعهد انجام عملی را به عهده می‌گیرند». برای این منظور، چنین اشخاصی باید مال، پول و یا دانش و هنر خود را مشترکاً بکار گیرند، با این توضیح که این افراد نمی‌توانند سهامدار شرکت سرمایه (Corporation) و یا جزو شرکای شخص (Partnership) باشند.

10. Rowly on partnership, 2^e Ed. to, I.p. 461 §52.1.

11. Crane Co. v. Stokke, 110 A.L.R 761.

12. FRANK, MECHEM: «The Law of Joint Ventures» 15 min. L. Rev. Vol. 15p. 644.
«At the present time, there is no law of joint adventure. There is a law of partnership and that is all. The law of partnership is applied, point of point to all joint adventure controversies, and identical results are reached, under similar circumstances, no matter whether the association is regarded as a partnership or joint adventure.

انعقاد چنین قراردادی، اشتراک منفعت، حق کنترل برابر و
وکالت متقابل برای انجام امور «J.V.» را به دنیال دارد. این تعریف با
اینکه در برگیرنده خصوصیاتی است که معمولاً برای شناختن «J.V.»
باید ملاک عمل قرار گیرد ولی مورد قبول همگان نیست، زیرا هنوز حدود
مشخصی برای شناخت «J.V.» ترسیم نشده است و ابهام مذکور در فوق
شامل تعریف «J.V.» نیز می‌گردد.

در حقوق جدید امریکا قانونگذار تعاریف دقیقی برای
«Partnership» و «Corporation» ارائه داده است، ولی برای یافتن تعریف
مناسبی از «J.V.» باید به رویه قضائی و نظریه علمای حقوق مراجعه
کرد. البته، قابل ذکر است که در یک مورد استثنای در میشیگان، قانونی
تحت عنوان «Michigan blue sky Law» که در امور مالیاتی وضع شده ضمن
خارج ساختن قرارداد «J.V.» از حیطه شمول خود، به تعریف آن نیز
مبادرت کرده است. طبق این تعریف، «J.V.» عبارت است از انجمنی
مرکب از کمتر از بیست و پنج نفر که موضوع آن به انجام رسانیدن
طرحی است که انجمن بدان منظور تشکیل یافته است.

خصوصیت مهم این تعریف ارائه آن از طرف یک مجمع
قانونگذاری است. با این حال، خصوصیاتی که دادگاهها برای «J.V.»
قابل هستند در آن مشاهده نمی‌شود؛ لذا این تعریف نیز خالی از نقص
نیست.

با تذکر این نکته که یکی از دلایل ابهام موجود در «J.V.» ارائه
تعریف متعدد با مفاهیم کم و بیش متفاوت از آن توسط علمای حقوق و
دادگاهها است، تعریفی که توجه ما را بیشتر به خود جلب کرده به این
قرار است: «اجتماع دو یا چند شخص برای انجام یک امر تجاری واحد
به منظور کسب منفعت». ^{۱۳}

13. «An association of two or more persons to carry out: a single business enterprise for profit.» (Rowly on Partnership t.2 § 52).

← این مؤلف در چاپ دوم کتاب خود تعریف دیگری به شرح زیر آورده است:

بررس اجمالی مفهوم حقوق

در تعاریف دیگر بر مفهوم «Limited Partnership» تکیه شده و مقصود از آن محدودیت در حوزه عمل و طول مدت آن نسبت به موضوع قانون سال ۱۹۱۴ امریکا تحت عنوان «Partnership» و «Uniform Partnership Act» است.



ماهیّت حقوقی «J.V.»

۱. ماهیّت قراردادی

«J.V.» ماهیّت قراردادی دارد، زیرا قبل از تشکیل آن قراردادی بین طرفین برای همین منظور منعقد می‌شود که، چنانچه خواهد آمد، ما آن را «قرارداد اصولی» می‌نامیم. در تشکیل «J.V.» اراده طرفین و بیان سالم آن ضروری است. گفته شده است که «J.V.» گاه از قرارداد وسیع‌تر است، چون آثاری که بر انعقاد قرارداد «J.V.» بار می‌شود تنها ناشی از اراده طرفین نیست بلکه بیشتر اوقات از روابط حقوقی فیما بین ناشی می‌گردد.^{۱۴}

گاه نیز «J.V.» را محدودتر از قرارداد توصیف کرده‌اند. به این اعتبار که شرایط انعقاد بعضی از قراردادها در قرارداد «J.V.» رعایت نمی‌شود و انعقاد آن با شرایط سبک‌تری امکان‌پذیر است.

با این حال، حداقل شرایطی که برای انعقاد آن ضرورت دارد علم و آگاهی منطقی به محتوا و شرایط قرارداد، رضایت قطعی طرفین و نیز مشخص بودن سهم هرکدام برای فعالیت است. بنابراین، غفلت در اینگونه موارد، موجب دانن توصیف دیگری به روابط حقوقی مذکور



«Special combination of two or more persons, where in some specific venture a profit is jointly sought without any actual partnership or corporate designation».

14. WILLIAM R. ROSS: The Foreign Joint Venture Corporation, Denver L.J Vol. 45, 1968.

خواهد بود. مثلاً در دعوای «Musgrave» علیه «Cosey» که در نوادا طرح شده بود، خواهان به استناد گفتگوئی که در آن عبارت «Let's get to gether» بکار رفته بود، ادعای تشکیل قرارداد «J.V.» را نمود. ولی دادگاه قرارداد را برای اطلاق توصیف حقوقی «J.V.» مبهم تشخیص داد، به ویژه اینکه کالای موضوع قرارداد تنها با سرمایه یکی از طرفین خریداری شده بود.^{۱۵}

مسئله تقابل و تعریف دقیق تعهدات طرفین قرارداد «J.V.» از جمله شرایط دیگری است، که برای قابل اجرا بودن آن ضرورت دارد و البته از اهمیّت کمتری برخوردار است.

۲. تزلزل در ماهیّت قراردادی

دادگاهها برای دادن وصف حقوقی «J.V.» به قراردادهایی که از جانب طرفین چنین توصیف گردیده و یا در مورد آن سکوت شده و یا توصیف دیگری به آن داده شده است، برای خود حق ارزیابی قائل هستند. در اغلب موارد قراردادهایی که به عنوان «J.V.» شناخته شده‌اند، توسط طرفین به این توصیف اشاره‌ای نشده و گاهی اوقات نیز دادگاه قائل به وجود «J.V.» ضمنی شده است. در این مورد، رأی صادره از دادگاه مونتانا چنین می‌گوید:

«مشارکت هنگامی ضمنی است که عامل در اداره کسب و کار وام‌گیرنده شرکت جویده توافق کند که در منافع آن سهمیم باشد.»^{۱۶}

در موارد دیگری، حتی علی‌رغم توصیف حقوقی قرارداد از جانب

15. *Musyrave v. Casey*, 68 Nev. 471, p. 235 (2d) 72g.

16. «A joint adventure was implied when a factor joined in the conduct of the business of the borrower and agreed to share in its profits.» (*Hobart Lee tie Co. v. Grodsky*, 329 Mo 706, 465 v (2d) 559).

طرفین، دادگاه آن را نادیده گرفته و رأساً در مورد آن اتخاذ تصمیم کرده است. در این مورد، استدلال دادگاه این است که رفتار و کردار طرفین تعهد، بر اعلان صريح آنها در صورت تعارض، ارجحیت دارد.^{۱۷} اصطلاحاتی که در اينگونه موارد استعمال می‌شوند عبارتند از «Lease of concession» و «Tenant» و «Landlord». بنابراین، ماهیت کاملاً قراردادی «J.V.» باید مورد تردید قرار گیرد و دامنه آن محدود شود و حاکمیت اراده را فقط در جنبه‌های حقیقی روابط حقوقی طرفین مورد توجه قرار داد. به این معنی که آیا اراده به واقعیت پیوستن عناصر تشکیل دهنده «J.V.» را داشته‌اند یا خیر؟ مثلاً آیا اراده تقسیم منفعت وجود داشته است؟ آیا کنترل مشترک مورد توجه بوده است؟ و... به هر حال، مسئله توصیف حقوقی و اتخاذ تصمیم در مورد وجود یا عدم وجود «J.V.» را باید در صلاحیت دادگاه^{۱۸} دانست که در اغلب موارد ماهیت اشتراکی به آن داده می‌شود.

مبحث دوم

عناصر تشکیل دهنده «J.V.»

از مطالعه آراء و نظرات اظهار شده در مورد «J.V.» چنین مستفاد می‌شود که اصول حقوقی حاکم بر «Partnership» در مورد «J.V.» نیز قابل اجرا است^{۱۹} و یا حداقل در مواردی که نتوان با استفاده از قرارداد «J.V.» موارد اشکال را بر طرف نمود، اتفاق نظر بر این است که باید به اصول حقوقی حاکم بر «Partnership» توسل جست و نظر به اینکه اصول و قواعد این نوع شرکت به تصویب قانونگذار رسیده است، پذیرفتن

17. Simpson v. Richmond Worsted Spinning Co., 128 Me 22 145 A250.

18. Definiteness of contract necessary to create a joint adventure UN. of ILL. L.F, 139

19. FRANK. MECHEM: The Law of joint Ventures, 16 Min L. Rev Vol. 15, p. 644.

نظر فوق به ماهیّت قراردادی «J.V.» خدشه وارد می‌سازد. با وجود این جای هیچگونه تردیدی نیست که «J.V.» توسط ارادهٔ طرفین قرارداد بوجود می‌آید و در مواردی هم که دادگاه آن را برخلاف ظاهرش مورد شناسائی قرار می‌دهد، طبیعت حقوقی آن همچنان قراردادی باقی می‌ماند. در اصطلاح حقوق رومی گفته می‌شود: وجود قرارداد شرط «Sine qua non» برای تشکیل «J.V.» است. حال، باید دید عناصر تشکیل دهندهٔ این قرارداد چیست.



طرفین قرارداد

۱. کلیات

با قبول ماهیّت قراردادی «J.V.» باید قائل به همکاری بین دو یا چند شخص برای تشکیل آن باشیم و ضرورت این امر پاسخی برای اهداف اقتصادی آن است که عبارتند از: جمع آوری سرمایه و تأمین کار شترک. اشخاصی که داوطلب انعقاد قرارداد «J.V.» هستند، اصولاً باید صلاحیت این امر را به طور کلی دارا باشند و افرادی چون صغیر و مجنون برای این منظور صلاحیت نخواهند داشت.

در سیستم کامن لا علی رغم ممنوعیّتی که در گذشته برای زن از جهت انعقاد قرارداد با شوهر خود وجود داشت^{۲۰}، امروزه چنین ممنوعیّتی برداشته شده است، و به این ترتیب، زن می‌تواند با شوهر خود به انعقاد چنین قراردادی مبادرت کند.^{۲۱} علاوه بر اشخاص حقیقی، شرکتها نیز می‌توانند در قالب قرارداد «J.V.» با یکدیگر

20. Edgerly¹ v. Equitable Life Assur, Soc of United States 287 Mass 238, 191 NE 415; Lindly on partnership 30 ed 1971 London.

21. Weisbrod Chicago & N.W.R. Co 18 Wis 36.

مشارکت کنند و فعالیت اقتصادی داشته باشند، خواه شرکت شخص باشد یا شرکت سرمایه، و نظر به اینکه در شرکت سرمایه، مسئولیت سهامداران محدود است، لذا موضوع قرارداد «J.V.» که با همکاری این نوع شرکت تشکیل می‌شود باید خارج از حدود فعالیت آن باشد. نکتهٔ شایان توجه، پیدا شدن دولتها به عنوان طرف یا طرفین قرارداد «J.V.» در نیمهٔ دوم قرن حاضر است که بسیاری از جنبه‌های قرارداد را تحت الشّاع قرار داده، که نظر به اهمیت خاص آن، اکنون به توضیح بیشتری در این خصوص می‌پردازیم.

۲. دولت به عنوان طرف قرارداد «J.V.»

برای اولین بار دولت در زمینهٔ مسائل نفتی به عنوان طرف قرارداد «J.V.» واقع شد. اخیراً در بعضی از کشورها قواعد مربوط به «J.V.» در قالب سرمایه‌گذاری خارجی مدون شده است و دولت سرمایه‌پذیر یک طرف آن را تشکیل می‌دهد. در چنین حالتی، رژیم حقوقی «J.V.» تحت تأثیر اجبارها و ارجحیت‌های حقوق عمومی قرار خواهد گرفت. برای انعقاد قرارداد «J.V.»، طرفین مشارکت ابتدا باید همانند معاهدات دیگر وارد مذاکره شوند و در یک وضعیت کاملاً برابر این مذاکرات را دنبال کنند و پس از آن حاصل توافق خود را در قالب معاهدهٔ مرسوم در حقوق بین الملل عمومی جای دهند. در چنین مواردی، هدف دولتها کسب منفعت فوری نیست و غالباً توسعهٔ قسمتی از اقتصاد ملی و تجهیز خدمات عمومی مورد نظر آنها است. با اندکی تفاوت، نحوهٔ انعقاد قرارداد «J.V.» میان دولتها همانند انعقاد آن بین اشخاص است.^{۲۲}

22. J.M. JACQUET: L'Etat opérateur du commerce international, J.D.I. 3, 1989; D. BERLIN: Les contrats d'Etats et la protection des investissements internationaux D.P.C.I. 1987, No.2, t.13, No.2, p. 197

موضوع معاهده‌ای که در خصوص «J.V.» مورد توافق دولتها قرار می‌گیرد گاه برای ایجاد آن است، مثل معاهده فرانسه و ایتالیا در مورد ایجاد تونل مون‌بلان و یا قرارداد میان دولت فرانسه و انگلیس در مورد تأسیس تونل زیردریائی مانش که موضوع آنها تشکیل «J.V.» برای همکاری در ایجاد طرحهای مشترک است. گاهی از اوقات نیز موضوع معاهده تأیید همکاریهای اقتصادی به عنوان «J.V.» است. برای مثال، موضوع معاهده ۱۹۵۱ دسامبر ۲۰ بین دانمارک و نروژ و سوئد، تأیید «J.V.» موجود بین کمپانیهای مشترک سه دولت و ایجاد خطوط هوایی اسکاندیناویا است. پاره‌ای از اوقات نیز معاهده علاوه بر موضوع خاص خود ایجاد یک یا چند «J.V.» را پیش‌بینی می‌کند.^{۲۳}

مسئله حقوقی مهمی که در ارتباط با «J.V.» بین دولتها مطرح می‌شود، چگونگی ورود و پذیرش آن در حقوق داخلی است. راه حل قضیه در سیستمهای مختلف حقوقی، دادن ارزش قانون به معاهده است، همچنانکه قانون مدنی ایران در ماده ۹ خود اشعار می‌دارد: «مقررات عهودی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد، در حکم قانون است.».



آورده

«آورده» یکی از عناصر تشکیل دهنده شرکت، بهویژه شرکتهای تجاری، محسوب می‌شود. «J.V.» نیز هر چند گاهی برای اهداف غیرتجاری و حتی غیرانتفاعی تأسیس می‌گردد، ولی روزبروز جنبه

23. LUIZ O. BAPTISTA et DURAND BARTHEZ: *Les associations d'entreprises dans le commerce international*, Paris, L.G.D.I., 1989; D. BERLIN: *La contrats d'Etats et la protection des investissements internationaux*, D.P.C.I., 1987, 1-13. No.2, p. 196

تجاری آن قوّت می‌گیرد، و به این اعتبار، «آورده» لازمه تشکیل آن تلقی می‌شود. بنابراین، چنانچه در تعریف آن نیز گفته شد، هریک از طرفین قرارداد باید پول، کار، دانش و یا هنر خود را به عنوان «آورده» به فعالیت در «J.V.» اختصاص دهند. دادگاهها نیز برای این عنصر اهمیت خاصی قائل‌اند و در مواردی که «آورده» مشترکی وجود نداشته باشد توصیف حقوقی دیگری چون قرارداد استخدام^{۲۴} یا اجاره^{۲۵} را به روابط حقوقی طرفین خواهند داد. به این ترتیب، عنصر «آورده» یکی از عناصری است که به عنوان «test» برای شناخت «J.V.» مورد استفاده قرار می‌گیرد. انواع مختلف «آورده» در قرارداد «J.V.» تفاوتی با شرکتهای دیگر ندارد و ممکن است به صورت کار^{۲۶}، پول نقد^{۲۷} و یا عناصر دیگری چون مایهٔ تجاری، مثل حق بهره‌برداری از اختراع و علامت تجاری و امتیاز و انتقال تکنیک و دانش، باشد.^{۲۸}

ج

تقسیم سود و زیان

موضوع «J.V.» سهیم شدن در یک فعالیت تجاری است که به منظور کسب منفعت صورت می‌گیرد، ولی هر عمل اشتراکی که در جهت تحصیل سود صورت می‌گیرد «J.V.» تلقی نمی‌شود. منفعت مورد نظر «J.V.» منفعتی است که بین طرفین آن مشاع باشد. لذا قراردادی که به موجب آن هریک از طرفین، منفعت جداگانه‌ای کسب نماید ولو اینکه

24. Rowly on partnership, Law of partnership, to, 1, 2ed 52.15.

25. Rowly on partnership, Law of partnership, to, 1, 2ed 52.16.

26. Finn v. Drtina, 30 wash 2d, 814. 2 ALR 919.

27. Irvine v. Campbell, 121 Minn, 192.

28. West v. Soto 85 Ariz. 255, 336 p. 2d 153.

فعالیت مشترکی انجام دهنده، «J.V.» تلقی نمی‌شود.^{۲۹} در بعضی از آراء دادگاهها مشاع بودن منفعت به عنوان مشخصه اصلی «J.V.» توصیف شده است. نتیجه منطقی تقسیم منفعت به عنوان عنصری از عناصر تشکیل دهنده «J.V.» تقسیم ضرر و زیان حاصله نیز هست. اگرچه برخی از دادگاهها به طور ضمنی نظر داده‌اند که تقسیم ضرر و زیان از عناصر مشکله «J.V.» نیست، ولی نظر اکثربیت حاکی از لزوم تقسیم ضرر و زیان به همان نسبت تقسیم منفعت است. آراء صادره در این خصوص را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: دسته اول در مورد قراردادهایی است که در آن لزوم تقسیم ضرر و زیان پیش‌بینی شده که در اینگونه موارد طبق مفاد قرارداد عمل خواهد شد؛ دسته دوم شامل قراردادهایی است که در آن آورده‌یک طرف پول و مال و آورده‌طرف دیگر کار یا خدمت اوست، که در این صورت، عدم النفع خود موجب تقسیم ضرر خواهد شد، به این معنی که ضرر طرفی که کار خود را به عنوان «آورده» صرف «J.V.» کرده و استفاده‌ای نبرده است مساوی ضرر طرفی خواهد بود که پول خود را در کار اشتراکی بکار گرفته و از این طریق بهره‌ای نبرده و یا حتی متضرر شده است.

بیان دادگاهها در اینگونه موارد به این شرح است:

«چنانچه ماهیت تعهد به گونه‌ای باشد که در مقام اجرای آن هیچگونه ضرری جز وقت و کار، محتمل الوقوع نیست، توافق به تقسیم منافع برای تسمیه این تعهد به «J.V.» کافی است، ولو اینکه طرفین در مورد تقسیم خسارات سکوت کرده باشند.»^{۳۰}

29. Detachable Bit. Co. v. Timken Koller Bearing Co. 133 F., 2d 632.

برای مطالعه بیشتر رک.: 48 ALR 1049

30. «If the nature of the undertaking is such that no losses other than those of time and labor in carrying it out are likely to occur, an agreement to divide the profits may suffice to stamp it as a joint adventure, although nothing is said about sharing the losses.»

در قراردادهایی که میان شرکتها و گاه میان دولتها و شرکتها منعقد می‌گردد، چگونگی بهره‌برداری از نتیجه عمل مشترک بدقت طرح ریزی می‌شود. در این صورت، به اراده طرفین قرارداد احترام گذاشته شده، مفاد قرارداد عیناً به اجرا در می‌آید. در کشورهایی نیز که چگونگی سرمایه‌گذاری خارجی در آنها موضوع قانون خاصی را تشکیل می‌دهد، موادی از آن، میزان تقسیم سود و زیان حاصله را پیش‌بینی می‌کند.

۳

کنترل مشترک بر امور «J.V.»

یکی از ویژگیهای «J.V.» کنترل مشترک امور مربوط توسط طرفین قرارداد است. در حقوق داخلی امریکا تقریباً کلیه دادگاهها بر این امر اتفاق نظر دارند و بیان آنها به بیان دادگاه فدرال در رأی «Limken Roller Co.» علیه «Detachable Bit. Co.» شبیه است. این رأی، با تأکید بر ضرورت کنترل مشترک امور مربوط به «J.V.» اشعار می‌دارد:

«شاید مهمترین ضابطه و ملاک تشخیص... کنترل و یا اداره مشترک مال مورد استفاده در تحقق اهداف آن است.»^{۳۱}

با این حال، در مورد میزان کنترل اتفاق نظر وجود ندارد. در بعضی از آراء، حق کنترل برابر برای طرفین قرارداد پیش‌بینی شده است و در بعضی دیگر قائل به وجود برخی از حقوق کنترل شده‌اند. اجرای کنترل مستقیم و برابر وقتی اهمیّت خاص پیدا می‌کند که از تقسیم ضرر صحبتی به میان نیامده و «J.V.» با شکست مواجه شده

31. «Perhaps the most important criterion... is the joint control or management of the property used in accomplishing its aims.» (Detachable Bit. Co. v. Timken Roller Bearing Co. 133F (2d) 632).

باشد. در چنین شرایطی، اجرای کنترل مستقیم بر امور «J.V.» ضابطه‌ای برای تفکیک اشخاصی است که باید بدون محدودیت، ضرر و خطر را پذیرا باشند. لذا اشخاصی چون کارمندان و کارگران که در ازای دریافت مزد برای شرکت کار می‌کنند، از مسئولیت معاف خواهند بود. در زمینه استخراج معادن، قراردادهای وجود دارد که در آن تمام کنترل و مدیریت امور درست معدودی از شرکاء متمرکز است. برای توجیه این نوع حق کنترل، به جای کنترل مستقیم صحبت از حق کنترل قابل واگذاری شده است. نظر به اینکه حق مزبور به وسیله اشخاص ثالث نیز می‌تواند اعمال شود، لذا برخی از مؤلفان در ضرورت کنترل مشترک به عنوان یکی از عناصر «J.V.» تردید کرده‌اند.^{۳۲}

در مورد قراردادهایی که طرفین از ملیتهای مختلف هستند، به لحاظ اهمیت خاص مسئلله، معمولاً طرفین از حق کنترل مستقیم خود انصراف نمی‌جوینند. در ممالکی هم که موضوع تحت ضوابط قانونی درآمده است، دولت حق کنترل خود را در موارد متعدد اعمال می‌کند.



وکالت متقابل

منظور از وکالت متقابل در رابطه حقوقی «J.V.» آن است که هر یک از طرفین قرارداد به اختیارات حاصل از آن، حق انجام کلیه اموری را که برای حسن جریان و پیشرفت کارها ضروری به نظر می‌رسد، داشته باشد. در این صورت، هر یک از طرفهای قرارداد می‌تواند به نام خود و به وکالت از دیگری وارد معامله شود و تعهداتی را به عهده بگیرد، که البته اینگونه معاملات هر دو طرف را متعهد می‌سازد.

وکالت متقابل مورد بحث در کامن لا و حقوق امریکاییکی از مشخصات اصلی «Partnership» شناخته شده است. از زمان طرح

32. FRANK MECHM: «The Law of Joint adventures 15 Minn. L. Rev. 644.»

موضوع در خصوص «J.V.» اختلاف عقیده در محاکم بروز کرده است. برخی از محاکم را عقیده بر این بود که وکالت متقابل مثل «Partnership» در «J.V.» نیز وجود دارد.^{۳۳} ولی اقلیت دیگر منکر وجود چنین مشخصه‌ای برای «J.V.» بودند.^{۳۴} با این حال، آشکار است که سیر تکاملی موضوع در جهت اثبات حق وکالت متقابل، همانند مورد «Partnership»، حرکت کرده و امروزه وجود آن به عنوان مشخصه «J.V.» غیرقابل انکار است.^{۳۵}

(۶)

تعهد شرافت

در حقوق امریکا بر روابط حقوقی شرکای شرکتهای شخص و سرمایه تعهدی حاکم است که «تعهد شرافت» نامیده می‌شود و نقض این تعهد اخلاقی، مسئولیت مدنی و جزائی به دنبال دارد. به موجب این تعهد که شباهتی به احساسات مذهبی و از خود گذشتگی دارد، هیچیک از طرفین قرارداد نمی‌تواند منافع خود را بر منافع شرکت یا شریک دیگر ترجیح دهد. این اصل در مورد «J.V.» نیز پذیرفته شده است و رأیی که در این خصوص در آلاما صادر شده اشعار می‌دارد:

«در طول حیات شرکت، طرفهای «J.V.» مانند شرکای شرکتهای تجاری در برابر یکدیگر مکلف به رعایت صداقت کامل اند... و این تکلیف به صداقت تنها ختم نمی‌شود بلکه باید در رفتار با یکدیگر مرتکب ترک اولی نیز نشوند.»^{۳۶}

33. George v. Continental Casualty Co. 167 F (2d) 930.

34. Jackson v. Hooper, 79 NJ Eq 158 74 A 130.

35. برای مطالعه بیشتر رک.: همان مقاله.

36. «Joint venturers like copartners, one to one another, while the enterprise continues have the duty of finest loyalty... not honesty alone but the punctilioiness of behavior.» (Bestor v. Barker, 106 ALA 240, 17 SO 389).

ولی آنچه که جنبه حقوقی دارد و ضمانت اجرای نقض قرارداد «J.V.» محسوب می‌شود، رعایت دو موضوع است: اول اینکه طرفین قرارداد نباید به دنبال منافع شخصی خویش باشند و دیگر اینکه نباید واقعیّت را کتمان کنند.

توضیح مطلب اول اینکه چنانچه اشاره رفت یکی از مشخصات «J.V.» وکالت متقابل بین طرفین قرارداد است؛ لذا تجاوز از حدود اذن و کسب منفعت شخصی، چه به طور مستقیم و یا غیرمستقیم، موجب ایجاد مسئولیّت برای طرف مختلف خواهد بود. بنابراین، دریافت حق القلم، حق الوکاله، حق القدم، کادو، کمیسیون و به طریق اولی رشوه در رابطه با فعالیت مشترک موضوع «J.V.» منوع و موجب نقض قرارداد است. مطلب دوم اینکه هرگاه یکی از شرکای قرارداد «J.V.» منفعتی را با گزارش غیرواقعی در مورد خرید و فروش اجناس متعلق به «J.V.» به دست آورد، به لحاظ نقض تعهد شرافت و کتمان واقعیّت، باید به شرکای دیگر حساب پس بدهد و بر حسب اینکه تعهدِ مربوط به آوردهٔ خویش را ایفا کرد یا نکرده باشد، از کل و یا جزئی از منفعتِ کسب و کتمان شده محروم خواهد شد؛ به این معنا که اگر تعهدِ مربوط به آوردهٔ خویش را ایفا نکرده باشد، از منفعت حاصله هیچ سهمی نخواهد برد، و در صورت ایفای آن، فقط باید مازاد بر سهم خود را - که به نسبت سهمش در «J.V.» متعلق به اوست - به شرکای دیگر باز پس دهد. در هر صورت، این نقض تعهد شرافت، می‌تواند به انحلال «J.V.» منتهی شود.

شایان ذکر است که دادگاهها در مواردی که رابطه «Fiduciary Relationship»^{۳۷} وجود دارد، قائل به صداقت و اخلاص بیشتری از سایر امور تجاری هستند به نحوی که حفظ اسرار مربوط به زندگی تجاری را که افشاءی آن ممکن است موجب خسارت طرف تعهد گردد، حتی پس از انجام موضوع «J.V.»، ضروری می‌دانند.^{۳۸}

37. Breach of Fiduciary duty by Joint Venture, A.U.L. R. Vol. g, 1960 p. 113.

38. Complaints to recover secret profits 12 Am jur.

مبحث سوم جایگاه «J.V.» در حقوق داخلی امریکا

الف

وضعیت کلی

در حقوق داخلی امریکا شرکتها به دو دسته تقسیم می‌شوند: اول شرکتهایی که تأسیس آنها نیاز به کسب اجازه مخصوص از قدرت حاکمه دارد که تحت عنوان «Corporation» خوانده می‌شوند، و دسته دوم شرکتهایی که قدرت حاکمه در تأسیس آنها دخالتی ندارد و کاملاً به اراده اشخاص واگذار شده است. نوع اخیر شرکت را «Partnership» گویند.

۱. تعریف «Corporation»

دائرة المعارف حقوقی امریکا در تعریف «Corporation» می‌گوید:

«Mوجوديثی اعتباری است که به موجب قانون به وجود می‌آید و متشکل از افرادی است که تحت نام واحد گرد هم می‌آیند و در طول حیات آن دارای حق جانشینی نسبت به آن هستند.»^{۳۹}

این نوع شرکت که به اعتبار سرمایه اشخاص خصوصی تشکیل

39. «A corporation is an artificial being created by law, composed of individual united under a common name and having succession while it exists.» (18 C.J.S. Corporation I, p. 366).

می شود، دارای شخصیت حقوقی است و واحد مستقلی از شرکاء را تشکیل می دهد.^{۴۰} این نوع شرکت تقریباً همان خصوصیات شرکت سهامی عام در حقوق تجارت ایران را دارد که خود برگرفته از تأسیس «Société Anonyme» فرانسه است.

۲. تعریف «Partnership»

«Partnership» به شرکتهای اطلاق می گردد که به اعتبار شخصیت شرکاء تشکیل و «Non incorporated» خوانده می شوند و به این ترتیب در مقابل شرکتهای «Incorporated» قرار می گیرند. این دسته از شرکتها را معمولاً به «Partnership stricto sensu»^{۴۱} (پارتnerشیپ به معنی محدود کلمه) و «Partnership largo sensu» (پارتnerشیپ به معنی وسیع کلمه) تقسیم می کنند.

مفهوم حقوقی است که در کنار «Partnership» به معنی محدود کلمه قابل درک است به ویژه آنکه در موارد ابهام، دادگاهها اصول حقوقی مندرج در قانون «Uniform Partnership Act»^{۴۲} را در مورد «J.V.» اعمال می کنند.

قسمت اول ماده شش قانون مذکور «Partnership» را چنین تعریف می کند:

«Partnership» اجتماع دو یا چند شخص برای انجام یک فعالیت انتفاعی است به شکل مالکان مشاع.»^{۴۳}

۴۰. «شخصیت حقوقی» که ترجمه «personnalité juridique» است در حقوق فرانسه وجود دارد و اهمیت خاصی در حقوق شرکتها بخود گرفته و به همین شکل وارد حقوق ایران شده است، ولی در حقوق امریکا چندان با اهمیت تلقی نمی شود.

۴۱. انواع مختلف این دسته از شرکتها که خصیصه مشترک آنها نداشتند شخصیت حقوقی است عبارتند از: Limited partnership, Joint-stock company, Massachusetts trust.

۴۲. «A partnership is an association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit.»

قابل ذکر است که مسئولیت شرکای «Partnership» در مقابل اشخاص ثالث، نامحدود و تضامنی است و در صورتی که مرتكب عمل نامشروع شوندیا سوء استفاده کنند، به نحو تضامنی مسئول شناخته خواهند شد.^{۴۳}

پاره‌ای از وجوده تشابه میان «J.V.» و «Partnership» به شرح زیر است:

- خصوصیات حقوقی این دو رابطه حقوقی مشابه یکدیگر است.

- قواعد مدون در «Uniform Partnership Act» بر آنها حاکمیت

دارد.

- هیچ‌کدام شخصیت حقوقی به مفهوم امریکائی آن ندارند.

- روابط شرکاء در مقابل اشخاص ثالث در هر دو مورد یکسان و

مسئولیت آنها به صورت تضامنی است.

- سهم هیچ شریکی بدون رضایت شریک دیگر قابل انتقال به غیر

نیست، یعنی «intuitus personae» یا «delectus personarum» یکی از عناصر اساسی هر دو رابطه حقوقی تلقی می‌شود.

- طبیعت قراردادی هر دو غیرقابل انکار است.

با مطالعه موارد فوق الذکر، بعضی از مؤلفان به این نتیجه رسیده‌اند که در حال حاضر تفاوتی میان «J.V.» و «Partnership» وجود ندارد. با این حال، ضرورت توسعه مسائل حقوقی و نوآوری در تجارت، بعضی از مؤلفان و دادگاهها را بر آن داشته است تا به وجوده افتراق «J.V.» و «Partnership» توجه بیشتری مبذول دارند و این امر موجب ترسیم تفاوت‌هایی بین آنها شده است که ذیلاً به توضیح آنها می‌پردازیم.

۴۳. ماده ۱۵ قانون متحده‌الشکل در تعیین طبیعت مسئولیت شرکاء اشعار می‌دارد:

All partners are liable:

- a) Jointly and severally for everything chargeable to the partnership under sections 13 and 14.
- b) Jointly for all other debts and obligations of the partnership but any partner may enter into a separate obligation to perform a partnership contract.



تفاوت میان «Partnership» و «Joint Venture»

اهم تفاوت‌هایی که میان «J.V.» و «Partnership» وجود دارند به شرح زیر خلاصه می‌شوند:

۱. تداوم تجاری Partnership

برخی از ادادگاهها ضابطه تشخیص «J.V.» از «Partnership» را وجود تداوم تجاری در «Partnership» و محدودیت زمانی و موضوعی در «J.V.» می‌دانند. این آراء متکی به نظراتی است که «J.V.» را «Limited Partnership» توصیف می‌کنند. به نظر این گروه از ادادگاهها، که بوسیله حقوقدانان نیز حمایت می‌شود، «J.V.»⁴⁴ تأسیس بسیار مناسبی برای انجام امور فوری و کوتاه‌مدت است.

هرچند این ضابطه ممکن است در اکثر موارد صادق باشد، معهذا، این نظریه خالی از ایراد نیست؛ زیرا از یک سو «Partnership» هائی می‌توانند وجود داشته باشند که موضوع آن صرفاً انجام یک طرح باشد، و از سوی دیگر، مواردی نیز وجود دارد که «J.V.» برای انجام عملیات اکتشافی و بهره‌برداری و تجاری کردن منابع نفتی تشکیل می‌شود که ممکن است سالیان متمادی بطول بینجامد. وانگهی، برای «Partnership» عمر متوجه در نظر گرفته نشده است تا نسبت به آن بتوان کوتاه یا بلندمدتی «J.V.» را سنجید.

44. WALTER H.E.JAEGER: The Joint Venture Problem Child to Partnership Comment. Cai. L.R vol: 38, 1950.

۲. شرکتهای سرمایه‌عضو «J.V.»

برخی از مؤلفان را عقیده بر این است که به لحاظ حفظ نظم عمومی، شرکتهای سهامی (Corporations) نمی‌توانند به عضویت «Partnership» در آیند. در غیر این صورت، از مشخصه اصلی این نوع شرکتها که محدودیت مسئولیت سهامداران و عدم دخالت آنها در امور جاری شرکت است، عدول خواهد شد. بعلاوه، قبول این امر با طبیعت شرکت سهامی که بر تمرکز مدیریت استوار شده است، منافات دارد، در حالی که وکالت متقابل در «Partnership» برای طرفین قرارداد، مسئولیت تضامنی ایجاد می‌کند.

در پاسخ باید گفت که به لحاظ خصوصیات مشترک بین «J.V.» و «Partnership» و نیز امکان عضویت «Corporation» در «Partnership» دلیلی وجود ندارد که بتوان عضویت آن را در «Partnership» ممنوع دانست.

۳. نفي وکالت متقابل در «J.V.»

یکی از خصوصیات اولیه «Partnership» در کامن لا وکالت متقابل بوده که همه شرکاء را در بر می‌گرفته است، ولی در مورد ضرورت وجود آن در «J.V.» اختلاف نظر وجود دارد. اکثریت محاکم معتقدند که وکالت متقابل بین اعضای «J.V.» در حدی محدودتر از «Partnership» وجود دارد.⁴⁵ اقلیت دیگر منکر وجود آن هستند و معتقدند که شرکای «J.V.» نمی‌توانند یکدیگر را متعدد نمایند⁴⁶ ولی سیر تکاملی آراء

45. Williston, Contracts: 318 B, p. 603.

46. Jackson v. Hooper 76 N.J. EY 185. 74 ATL 130.

صادره در تأیید نظر اکثریت بوده و امروزه تقریباً وجود این مشخصه در «J.V.» غیرقابل انکار است.

۴. امکان شکایت علیه شریک در «J.V.»

از موارد دیگر اتفاق بین «J.V.» و «Partnership» که مورد توجه دادگاهها قرار گرفته امکان شکایت شریک علیه شریک دیگر در «J.V.» است، در حالی که چنین امکانی در مورد «Partnership» وجود ندارد.

این مسئله مورد توجه دادگاه نیویورک قرار گرفته است و در مورد آن می‌گوید:

«در حالی که به عنوان یک اصل کلی، شریک [در پارتشرشیپ] نمی‌تواند دعوای حقوقی علیه شریک دیگر طرح نماید... در «J.V.» هریک از شرکاء می‌تواند علیه شریک دیگر اقامه دعوای کند...»^{۴۷}

در این رأی، نظر دادگاه بیشتر متوجه سهولت انجام امور در «J.V.» و پیچیدگی آن در «Partnership» است. زیرا در «J.V.» امکان شکایت علیه شریک به اعتبار عدم وجود حسابهای مشترک و وجود یک طرح مجرد (Single transaction) و صرفا تقسیم سود و زیان، پذیرفته شده است؛ ولی این مسائل در «Partnership» بقدرتی مشکل و پیچیده است که تا پس از اتمام امور انحلال و تصفیه شرکت نباید به شرکاء اجازه طرح دعوای علیه یکدیگر داده شود. بنابراین، اگر این اشکال در «J.V.» نیز وجود داشته باشد باید به همان نحو استدلال نمود و گفت که

47. «Though it is the general rule that one partner cannot maintain an action at law against the other...» (Hoffman v. Millemann. 147 misc. 442 – 443. 263 NY supp. 899). Columbia University press, New York and London, 1971.

تا پس از انجام امور انحلال و تصفیه امکان شکایت علیه شریک دیگر وجود ندارد.

۵. تداوم تا حصول نتیجه در «J.V.»

ماده ۳۱ قانون «Partnership» یکی از موارد انحلال شرکت رافوت شریک معزفی کرده است؛ ولی در «J.V.» چنین وضعیتی وجود ندارد و با مرگ شریک موجبی برای انحلال آن پیدا نمی‌شود و شرکای دیگر تا انجام موضوع «J.V.» به کار خود ادامه خواهند داد. بنابراین، اجرای کامل موضوع «J.V.» مورد تأکید است و مرگ شریک نمی‌تواند موجب متوقف ماندن فعالیت آن گردد، مگر اینکه فقدان شریک متوفی اجرای طرح را غیرممکن سازد، مانند اینکه آورده او هنر یا خدمتی باشد، که منحصر به او بوده و شخص دیگری قادر به انجام آن نباشد. چنانچه ملاحظه می‌شود از مطالعه موارد فوق چیزی جز ابهام به دست نمی‌آید و این خود یکی از موارد ابهام در «J.V.» محسوب می‌شود، ولی آنچه شایان ذکر است اینکه «Joint Ventures» در کنار «Partnership» بوجود آمده است و سیر تکاملی خود را طی می‌کند.



«J.V.» در صحنه بین المللی

در این فصل ابتدا نگاهی داریم به چگونگی ظهور و دامنه فعالیت «J.V.» و پس از آن نحوه سازماندهی آن را مورد بررسی قرار می‌دهیم. در پایان نیز به مطالعه چگونگی انطباق قرارداد «J.V.» با تغییر اوضاع و احوال خواهیم پرداخت.

مبحث اول

چگونگی ظهور و دامنه شمول

پیدایش قرارداد «J.V.» و ارائه تعریفی از آن در صحنه بین المللی، همچنین زمینه فعالیتهای گوناگونی که در چارچوب قرارداد «J.V.» قرار می‌گیرند، موضوع بحث اول ما را تشکیل می‌دهند.



کلیات

۱. چگونگی ظهور «J.V.» در صحنه بین المللی^{۴۸}

علی‌رغم ابهام موجود در مفهوم حقوقی «J.V.»، نظر به انعطاف‌پذیری آن، این تأسیس چارچوب حقوقی مناسبی برای فعالیتهای وسیع اقتصادی محسوب می‌شود. از نظر گسترش فعالیت آن نیز چنین به نظر می‌رسد که برای اولین بار «J.V.» از طریق صنعت نفت به صحنه بین المللی راه یافته است، زیرا مشاوران حقوقی و ولای وابسته به کمپانیهای امریکائی نفت با شناخت خود از حقوق داخلی امریکا می‌توانسته‌اند عامل انتقال و توسعه آن در صحنه بین المللی باشند. بنابراین، در دو مرحله می‌توان ورود آن به صحنه بین المللی را مورد ملاحظه قرار داد:

در وهله اول، کمپانیهای امریکائی، «J.V.» را در روابط خویش به عنوان چارچوب حقوقی همکاریهای فنی و اقتصادی در داخل و خارج از امریکا بکار می‌گرفتند. در مرحله دوم، موضوع به روابط بین

48. FRIEDMANN: Clumbia/University/press, New York and London,1971.

کمپانیهای امریکانی با کمپانیهای خارجی و دولتها تسری می‌یابد. برای مثال، شرکتهای نفتی Standard oil of California-Texas Co.، Standard Oil of New Jersey و Socini Mobil Co. تشكیل یک «J.V.» به نام «ARAMCO» را داده‌اند تا برای استخراج و غنی‌سازی معادن نفت عربستان سعودی مشارکت نمایند.

امروزه انعقاد قراردادهای «J.V.» در سطح بین‌المللی معمول شده است. در کشورهای سوسیالیستی که تضاد فلسفی نظامهای حاکم بر آن با سرمایه‌داری مانع از پذیرش چارچوبهای حقوقی خارجی بوده است، موضوع به تصویب مراجع صلاحیت‌دار رسیده و به صورت قانون حاکمیت پیدا کرده است^{۴۹} و در مواردی که «J.V.» موضوع قانونگذاری مخصوص قرار نگرفته است، تجزیه و تحلیلهای حقوقی از آن صورت پذیرفته و موجودیت حقوقی آن به طور ضمنی به رسمیت شناخته شده است.^{۵۰}

قابل ذکر است که در روابط بین‌المللی بیشتر به جنبه «سرمایه‌گذاری» «J.V.» تکیه شده و به این ترتیب، شکل Equity Joint Venture که مستلزم تشكیل شرکت مستقلی است که مجری طرح باشد، پذیرفته شده است.

۴۹. در کشورهای یوگسلاوی، رومانی و جمهوری خلق چین قوانین مدنی در رابطه با «J.V.» و سرمایه‌گذاری خارجی وجود دارد.

۵۰. در کشورهای سوسیالیستی اتحاد جماهیر شوروی، لهستان و بلغارستان، بدون وجود قانونی تحت این عنوان، امکان تشكیل «J.V.» با سرمایه‌گذاران خارجی وجود دارد. برای مطالعه بیشتر راک:

۲. تعریف «J.V.» در روابط بین المللی

حال می‌خواهیم بینیم ضوابط و رژیم حقوقی «J.V.» در حقوق داخلی امریکا تا چه میزان قابل انتقال به صحنه بین المللی است. آنچه مسلم است دلیلی بر الگو قرار دادن «Partnership»، همچنانکه در حقوق داخلی امریکا عملی شده است، وجود ندارد. همچنین دلیلی وجود ندارد که «J.V.» در صحنه بین المللی شباهتی به مدل امریکائی آن داشته باشد تا بتوان قواعد عمومی قابل اجرائی از آن نتیجه گرفت.

بنابراین، تعریف «J.V.» در صحنه بین المللی ساده‌تر از تعریف آن در حقوق داخلی امریکا خواهد بود. در قوانین برخی از کشورها تعاریفی برای تنظیم روابط خارجی در باب سرمایه‌گذاری ارائه شده که فاقد صراحة و ظرافت حقوقی لازم جهت یافتن تعریفی جامع و مانع از «J.V.» است و بیشتر متوجه سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشد. از سوی دیگر، مشاهده می‌کنیم که در دکترین نیز سعی بر ارائه تعریفی از «J.V.» در صحنه بین المللی شده است، ولی آنچه که همگان بر آن اتفاق نظر دارند این است که «J.V.» در این زمینه تعریف وسیع‌تری از حقوق داخلی امریکا خواهد داشت، زیرا محدودیتهای موجود در حقوق داخلی کشورها در روابط بین المللی قابل تکرار نیست. فریدمان، اولین حقوقدانی که در این زمینه مبادرت به تألیف کتاب کرده است^{۵۱}، می‌گوید: «”J.V.” عبارت از نوعی **فعالیت اشتراکی** است که مستلزم همکاری طولانی تر از یک دوره گذرا باشد.»

با این اوصاف و به دلیل وجود ابهام در «J.I.B.V.»، چنین به نظر می‌رسد که ارائه تعریفی دقیق و قابل انتقال به سیستمهای مختلف حقوقی کشورها دشوار باشد. لذا ذیلاً با طبقه‌بندی قراردادهای «J.V.» به ذکر خصوصیات آنها اکتفا می‌کنیم:

51. FRIEDMANN (W.G) KALAMANOFF: op, cit.

ب

طبقه‌بندی قراردادهای «J.V.»

اینک برای آشنائی بیشتر، نمونه‌ای از قراردادهای منعقده در چارچوب حقوقی «J.V.» و اصول مربوط به آنها را بیان می‌کنیم.

۱. قرارداد اکتشاف نفت

چنانکه گفته شد، اولین طریق راهیابی «J.V.» به صحنۀ بین‌المللی، قراردادهای نفتی بوده است. این انتقال از یک سو برای پاسخ دادن به نیاز کمپانیهای که به تنها نی قادر به انجام پروژه‌های سنگین نبودند، و از سوی دیگر، به دلیل زیر سؤال قرار گرفتن رژیم قرارداد امتیاز صورت پذیرفت.^{۵۲}

از سالهای ۱۹۵۰ به بعد اختلاف شدیدی بر روایت کشورهای صنعتی و کشورهای تولید کننده نفت حاکم شده بود. مبنای این اختلاف بر محور قرارداد امتیاز و غیرعادلانه بودن آن قرار داشت. کشورهای تولید کننده نفت به این نتیجه رسیده بودند که رژیم انحصار عادلانه نیست و فقط منافع کشورهای صنعتی را تأمین می‌کند. لذا خواستار حاکمیت بر منابع نفتی خویش بودند.

اولین قرارداد نفتی «J.V.» که طرفین آن از ملیت‌های مختلف بودند، بین شرکت دولتی نفت مصری و شرکت ایتالیانی «ENI»^{۵۳} در فوریۀ ۱۹۵۷ منعقد شد. شرکت اخیر در ماه اوت همان سال با شرکت ملّی

52. HASSAN ZAKARIYA: New direction in the search for development of petroleum resources in the developing countries, Venderbit Journal of Transnational Law, 1977, Vol.9, p. 542.

53. Ente Nazionale Idrocarburi

نفت ایران (N.I.O.C) ^{۵۴} قراردادی منعقد ساخت. از این تاریخ به بعد قراردادهای مختلفی بین شرکتهای امریکائی و اروپائی و ژاپنی از یک سو و کشورهای خاورمیانه و افریقائی از سوی دیگر منعقد شده است.^{۵۵}

در قراردادهای نفتی که بعد از شکست رژیم امتیاز منعقد می‌شود، معمولاً موارد زیر مورد توجه قرار می‌گیرد:

- مدت همکاری مشخص شده و در طی آن ابتدا طرفین به منظور همکاری در اکتشاف و سپس استخراج نفت توافق می‌کنند.

- توافقی مبنی بر تقسیم منفعت بین طرفین بر حسب درصدی که منبعث از سهم هر طرف در حقوق و تعهدات «J.V» باشد، صورت می‌گیرد.

- طرفین به تعیین شرکت مجری طرح (Operator) که وظیفه آن به انجام رسانیدن مسائل مندرج در قرارداد به حساب طرفین است، اقدام می‌کنند و پیش‌بینیهای لازم را در مورد به پایان رسیدن و یا تجدید مأموریت آن بعمل می‌آورند.

- همچنین به تعیین هیئت مدیره‌ای مرکب از نمایندگان هر یک اقدام می‌گردد تا در مورد مسائل روزمره اتخاذ تصمیم کند.

- هزینه عملیات نیز به نسبت سهم طرفین تعیین می‌شود و نفت یا گاز تولید شده به نسبت سرمایه بین متعاقدين تقسیم می‌گردد.

- هر یک از طرفین حق دریافت هرگونه اطلاعات در مورد عملکرد پروژه مشترک از طرف دیگر را دارد.

54. National Iranine Oil Company.

۵۵. برای مطالعه بیشتر رک:

FRIEDMANN & BEGUIN: Joint International Business ventures in developing countries. Columbia University, New York and London, 1971.

- وسایل و تجهیزات معمولاً به مالکیت مشترک طرفین در نمی آید
- و تحت مالکیت شخص مربوط باقی می ماند.
- طرفین حق کنترل حسابهای شرکت مجری طرح را دارند.

۲. امور بانکی

پس از توسعه دامنه فعالیت «J.V.» به مسائل نفتی، اخیراً شاهد بکارگیری آن در زمینه امور بانکی نیز هستیم. در این خصوص موافقت‌های قراردادی ساده‌ای برای تقسیم سود و زیان حاصل از پرداختهای اعتباری صورت می‌گیرد. عناصر اساسی این نوع «J.V.» به شرح زیر است:

- هر یک از بانکهای شرکت کننده در «J.V.» با پرداخت مبلغی وام به شرکت مجری طرح موافقت می‌کند.
- در مقابل شرکت مجری طرح و تأمین سرمایه لازم برای انجام فعالیتهای آن، بانکها مسئولیت تضامنی دارند.
- سرمایه و منافع آن به شرکت مجری طرح داده می‌شود و سود حاصله از انجام طرح به نسبت سرمایه بین بانکها تقسیم می‌گردد.^{۵۶}
- در خصوص سرمایه مشترک، به شرکت مجری طرح قدرت اتخاذ تصمیم در مدیریت سرمایه اعطای می‌شود، که در هر مورد میزان آن متفاوت است. معمولاً نرخ بهره با استفاده به یک منبع مثل «London Inter Bank Offered Rate» (LIBOR) در مواردی که کشورهای مختلف در «J.V.» عضویت دارند، تعیین نرخ بهره به اراده شرکت مجری طرح واگذار می‌شود.

۵۶. برای مطالعه بیشتر رک.:

JOHN TREVOR BROWN: International Joint Venture Contracts in English Law,
D.P.C.I. Juin 1979, t.s. No.2, p. 193

- شرکت مجری طرح، مدیریت مربوط به وام را به عهده می‌گیرد.
- حق العمل شرکت مجری طرح، یا بوسیله بانکهای تشکیل دهنده آن و یا توسط گیرندگان وام پرداخت می‌شود.

۳. امور ساختمانی

- یکی از مسائل بسیار مهم نیمه دوم قرن بیستم انجام طرحهای بزرگ ساختمانی بوده است. در این زمینه به طور مکرر از وجود «J.V.» استفاده شده که خصوصیات آن به شرح زیر است:
- ابتدا طرفین برای مذاکره در خصوص مفاد قرارداد موافقت اصولی می‌نمایند و سپس نسبت به چگونگی انجام طرح به توافق می‌رسند.
 - مدت همکاری، با ذکر تاریخ شروع و اتمام آن، مشخص می‌شود.

- طرفین تعهد به عدم رقابت می‌کنند.
- طرفین قرارداد در برابر یکدیگر تعهد بر عدم تشکیل واحد حقوقی مشابه می‌کنند.
- هر یک از طرفین از انتقال سهم الشرکه خود منوع می‌شود.
- وظایف هر یک از طرفین در انجام پروژه، ضمن قرارداد مشخص می‌شود.

- کمیته رهبری (Steering committee) که در آن نمایندگان مشترکان حضور دارند، تشکیل می‌شود و هر طرف تنها حق یک رأی دارد.
- برای مدیریت و هماهنگی بین کمپانیها و صاحب کار، مدیری تعیین می‌شود.
- در خصوص امور مالی، هزینه‌های اختصاصی هر یک از طرفین

به عهدهٔ خود او بوده و هزینه‌هایی که در اثر کار مشترک ایجاد می‌شود به هر دو طرف تحمیل خواهد شد. این قبیل هزینه‌ها عبارتند از: هزینه‌های بانکی، حق بیمه، بودجهٔ ادارهٔ مشترک و...

- در مورد مسئولیت نیز هریک از طرفین مسئول انجام امور مربوط به خود بوده و جبران خسارت طرف مقابل و اشخاص ثالث را به عهدهٔ خواهد داشت، ولی در مورد مسائل مشترک، مسئولیت به میزان سهم هریک تقسیم خواهد شد.

- هریک از طرفین مسئولیت مستقلی در خصوص اعمال پرسنل خود خواهد داشت.

- حق مالکیت صنعتی و اختراع برای هریک از طرفین محفوظ است و فقط از طریق لیسانس قابل انتقال به دیگری است.

- هریک از طرفین مسئول پرداخت مالیات خود می‌باشد.

۴. «J.V.» در سرمایه‌گذاری

تفاوت عمدۀ این نوع «J.V.» با آنچه که قبلاً مورد مطالعه قرار گرفت، در موضوع و طبیعت متفاوت فعالیتهای اعضای آن است که روز بروز توسعه می‌یابد. این نوع مشارکت در اغلب کشورها موضوع قانون‌گذاری خاصی تحت عنوان «سرمایه‌گذاری خارجی» قرار گرفته است.

در این نوع «J.V.» سرمایه‌گذار خارجی نه تنها سرمایهٔ خود بلکه دانش (Know-how) مربوط به آن را نیز به محل سرمایه‌گذاری انتقال می‌دهد و طرف سرمایه‌پذیر، که ممکن است شخص حقیقی یا حقوقی باشد، اجازهٔ ورود به بازار کار را که به نحوی به روی سرمایه‌گذار خارجی مسدود است، کسب می‌کند. این نوع «J.V.» می‌تواند جنبهٔ انتفاعی نداشته و بیشتر از طرف دولتها برای ایجاد تعادل در تجارت خارجی صورت گرفته باشد. یکی از اهداف مهم چنین

- مشارکتی انتقال تکنولوژی است.
- به این ترتیب، اصول حاصل از این مشارکت را می‌توان به نحو زیر خلاصه کرد:
- مشخصه قراردادی.
 - طبیعت اشتراکی با تقسیم سود و زیان.
 - وجود حق کنترل برای متعاقدين.
 - موضوع و زمان محدود.

به این ترتیب، مشاهده می‌کنیم که بسیاری از عناصری که قبل از حقوق داخلی امریکا مورد مطالعه قرار گرفت، در اینجا وجود ندارد. قابل ذکر اینکه مسئله تقسیم منفعت در حقوق داخلی کشورهای مختلف، همانند حقوق تجارت بین الملل، دستخوش تحول شده است و در سطح بین المللی نیز «J.V.» می‌تواند اهداف غیراتفاقی داشته باشد.

بحث دوم سازماندهی «J.V.»

در حقوق داخلی، «J.V.» به طور ساده و همانند قراردادهای عادی، بین طرفین منعقد می‌گردد، ولی در صحنۀ بین المللی و در سطح شرکتها و بین دول مختلف از پیچیدگی بیشتری برخوردار است. به این نحو که هر قرارداد «J.V.» معمولاً از یک قرارداد «اصولی» و چندین فقره قرارداد «فرعی» تشکیل می‌شود. وجود همین قراردادهای متعدد باعث شده است تا عده‌ای از نویسنده‌گان آن را به عنوان «سیستم قراردادی»^{۵۷} توصیف کنند ولی، علی‌رغم وجود قراردادهای متعدد،

57. REYMOND: *Reflexions sur la nature juridique du contrat de joint venture*, Journal des tribunaux, Lausanne, 1975.

«J.V.» را نمی‌توان مجموعهٔ قراردادهای بهم پیوسته دانست؛ چرا که اولًاً «J.V.» ممکن است به صورت کتبی منعقد نشده باشد و بتوان آن را از گفتار و کردار طرفین قرارداد نتیجه گرفت، و ثانیاً گاه ممکن است «J.V.» در اثر دقّت و بصیرت طرفین، تنها در قالب یک قرارداد تنظیم شود، هرچند که امروزه به لحاظ پیچیدگی موضوع و حدوث مسائلی نو و نیز مشکل بودن گردآوری کلیه عناصر لازم در یک زمان، وجود قراردادهای متعدد، سخت متدال شده است.



پایه‌گذاری «J.V.»

قبل از برقراری روابط در قالب «J.V.»، طرفین یک قرارداد مقدماتی - که ما از آن به «قرارداد اصولی» تعبیر می‌کنیم - به امضاء می‌رسانند که در واقع نتیجهٔ مذاکرات آنها است.^{۵۸} در این قرارداد حاصل توافق طرفین در مورد اجرای طرح مشترک گنجانیده می‌شود که اصول سیاست کلی و روح قراردادی حاکم بر روابط آینده آنها را در بر خواهد داشت و برای تفسیر و فهم قراردادهای بعدی مورد استناد قرار خواهد گرفت. همچنین موارد زیر مشخصاً در قرارداد پیش‌بینی می‌شود: اهداف «J.V.»، میزان سرمایه و امکانات، مقدار لازم وجه نقد، میزان وجوه باقیمانده و تاریخ دقیق در اختیار گذاشتن آن، شرایط کلی شرکت مجری طرح - اگر قرار بر تشکیل آن باشد - در صورت عدم وجود شرکت مجری طرح تصریح بر اینکه چارچوب حقوقی مشخصی وجود نخواهد داشت، همکاریهای فنی و توافق بر اعطای لیسانس، دانش (Know-how) و علامت ثبت تجاری، توصیفی از وظایف کلی هر

.۵۸. این نوع «J.V.» در حقوق امریکا «Joint Venture by Stoppel» نامیده شده است.

یک از طرفین قرارداد، شرایط کلی حل اختلاف: قانون قابل اجرا، دادگاه صالح و ارجاع به داوری یا هرگونه روش دیگری که طرفین در مورد آن به توافق برسند.

مقصود از انعقاد قرارداد «اصولی» جهت دادن به مجموعه قراردادی است. بنابراین، در مواردی که تضادی بین قرارداد اصولی و قراردادهای فرعی بوجود آید، قرارداد اصولی ملاک عمل خواهد بود. مثلًا ممکن است تضادی بین اصل اکثریت آراء که طبیعتاً حاکم بر قرارداد شرکت است و اصل مساوات که حاکم بر قرارداد «J.V.» است، در مواردی پیش آید؛ در این صورت، قرارداد اصولی نقش تعیین کننده خواهد داشت. به این ترتیب، ملاحظه می شود که این قرارداد نه تنها بر روابط بین طرفین بلکه بر مجموعه قراردادی حاکمیت خواهد داشت.



عملکرد سیستم

در این قسمت ابتدا به بیان چارچوب حقوقی شرکت مجری طرح که در قالب شرکتهای باشخصیت حقوقی شکل می گیرد، می پردازیم، سپس نوع شرکتهای بدون شخصیت حقوقی را که در صورت فقدان شرکت مجری طرح برای اجرای موضوع «J.V.» مورد استفاده قرار می گیرند، بررسی می کنیم و در پایان، ارگان مدیریت در بعضی از قراردادهای «J.V.» را بر می شماریم.

۱. شرکت باشخصیت حقوقی

در اغلب موارد برای مشارکت از «Equity Joint Ventures»

که تشکیل دهندهٔ شرکتی از انواع مختلف شرکتهای تجاری دارای شخصیت حقوقی است، استفاده می‌شود. عوامل متعددی در انتخاب شکل حقوقی این شرکت دخیل هستند. وسعت عمل و اهداف «J.V.»، قوانین محلی و اجرای آن، میزان سرمایهٔ درخواستی در ابتدای کار و در آینده، و مسئولیت هریک از طرفین از جملهٔ این عوامل اند. در تحلیل نهائی، طرفین باید نوعی چارچوب حقوقی را که در عین مناسب و ساده بودن، انعطاف‌پذیری اقتصادی و اجتماعی و سیاسی بیشتری داشته باشد، انتخاب نمایند. «J.V.» پس از تشکیل با مسائل روزمرهٔ سایر شرکتها نظیر قوانین مربوط به مالکیت، بیمه، مالیات و سایر قوانین و مقررات مربوط به تجارت مواجه خواهد بود.

علاوه بر آن، مسائل خاص تجارت بین‌المللی مثل محدودیتهای مربوط به ورود و خروج سرمایه، کنترل دولت بر جنبه‌های مختلف انعقاد قراردادها و مسائل بانکی نیز وجود دارد. بنابراین، انتخاب شکل حقوقی «J.V.» کاری بسیار ظریف است که باید بادقت کامل انجام گیرد. در کشورهایی که قانون مخصوصی برای «J.V.» یا سرمایه‌گذاری وجود دارد، شکل حقوقی شرکت مجری طرح از طرف مقنن تعیین می‌شود و طرفین مشارکت مجبور به انطباق قراردادهای خود با آن هستند. در صورت عدم وجود قانون در این خصوص، یا مبهم و مسکوت بودن آن، مشاوران حقوقی هر کشور با پیشنهاد چارچوب حقوقی مناسب و شناخته شده در آن کشور، ارائهٔ طریق خواهند نمود. با این حال، آنچه که در اغلب کشورها شناخته شده و مورد استفاده قرار گرفته عبارت است از شرکت سهامی (Corporation) و شرکت با مسئولیت محدود (Limited Liability Company).

شرکت سهامی در کشورهایی که از سیستم حقوق نوشته تبعیت می‌کنند واجد طبیعت قراردادی است و نیاز به اعطای اجازه‌ای خاص از طرف دولت ندارد و بعد از طی تشریفات قانونی از قبیل ثبت، اجازهٔ شروع به فعالیت تجاری پیدا می‌کند. این نوع شرکت از جهات

مختلفی شباht به «Corporation» در حقوق امریکا دارد.⁵⁹ شرکت سهامی، واحد حقوقی مجزائی از سهامداران را تشکیل می‌دهد و دارای شخصیت حقوقی مستقل است. مسئولیت سهامداران نیز محدود به سهام آنها در شرکت است.

در اغلب کشورها، شخص حقوقی نیز می‌تواند صاحب سهم در شرکت سهامی داخلی و خارجی باشد و این امر تشکیل «J.V.» بین شرکتهای سهامی را تسهیل می‌کند.

به این ترتیب و با توجه به خصوصیاتی که برای شرکت سهامی شناسیم، این نوع شرکت بهتر از سایر شرکتها می‌تواند به نیازهای «J.V.» پاسخ گوید، چرا که به نحو بسیار شایسته‌ای دو هدف عمده انتقال سرمایه و محدودیت قدرت مدیران را که در «Joint International Business Ventures» از اهمیت خاصی برخوردار است، تأمین می‌کند.

شرکت با مسئولیت محدود نوعی شرکت سرمایه است که شرکای آن در چگونگی عملیات دخالت داشته، در کنار عامل سرمایه همانند شرکتهای شخص، اثر خود را دارند. این شرکت در اغلب کشورها دارای شخصیت حقوقی مستقل از شرکاء است.

قابل ذکر است که انواع مختلف شرکتهای سرمایه دیگر که در حقوق تجارت داخلی کشورهای مختلف وجود دارند و دارای شخصیت حقوقی هستند - از جمله شرکتهای موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت ایران - می‌توانند به عنوان چارچوب حقوقی شرکت مجری طرح انتخاب شوند.

۲. شرکت بدون شخصیت حقوقی

چنانکه ذکر شد، طرفین قرارداد به دلایل مختلفی ممکن است

59. WILLIAM R. ROSS: *The Foreign Joint Venture Corporation*, Denver, L.J., Vol. 45, 1968, p. 4.

بخواهند که شرکت مجری طرح فاقد شخصیت حقوقی باشد. این امر ممکن است به طریق «Non Equity Joint Ventures» تحقق یابد که صرفاً جنبه قراردادی دارد؛ ولی هرگاه یکی از انواع شرکتهای بدون شخصیت حقوقی پذیرفته شود، موضوع الزامات شخصیت حقوقی منتفی خواهد بود و نیز حدّاًقل سازماندهی توأم با مسئولیت تضامنی پذیرفته خواهد شد. به همین منظور، طرفین می‌توانند یکی از اقسام شرکتهای فاقد شخصیت حقوقی را انتخاب کنند تا به عنوان شرکت مجری طرح عمل نمایند.

در زیر به ذکر نمونه‌هایی از این قبیل شرکتها در کشورهای مختلف می‌پردازیم:

«Société en participation» یکی از این قبیل شرکتها در حقوق فرانسه است که دارای خصوصیات سایر شرکتها بغیر از شخصیت حقوقی است و به همین لحاظ نمی‌تواند تعهداتی را به عهده گیرد، چرا که فرض داشتن اموالی برای این شرکت مقدور نیست. بنابراین، تعهدات هر شریک در مقابل اشخاص ثالث، شخصی است و نمی‌تواند شرکای دیگر را متهم کند مگر اینکه به وکالت آنان نیز اقدام کرده باشد.^{۶۰}

در حقوق دیگر ممالک اروپائی نیز اشکال مختلف دیگری از شرکتهای بدون شخصیت حقوقی وجود دارد که کم و بیش به شرکت فرانسوی مذکور شباهت دارد، مثل «B.C.B. Gesellschaft» در آلمان و «Association momentanée» در سوئیس و «La Société simple» در بلژیک.^{۶۱}

60. MICHEL et BASTIDE: *Traité théorique et pratique de L'association en participation*, Paris, 1924; BLONC-JOUVAN: *La révélation aux tiers de l'association en participation*, Rev. Trim. dr. Com, 1959, p. 649.

61. L. WALLEMACY: *Traité et formulaire des associations momentanées et en participation*, Bruylants, Bruxelles, 1973.

چنین به نظر می‌رسد که انتخاب یکی از اینگونه شرکتها به عنوان شرکت مجری طرح «J.V.» مناسب‌تر از شکل کاملاً قراردادی آن است.

۳. شکل قراردادی مدیریت در بعضی از قراردادهای «J.V.»

در این قسمت با بررسی عملکرد «شورای مدیریت» به عنوان یک ارگان اداره کننده «J.V.» و نقش آن در حفظ برابری کنترل، روشی را که برای تضمین این برابری اعمال می‌گردد متذکر می‌شویم.

اول. شورای مدیریت:

قراردادهای «J.V.» در صحنهٔ بین‌المللی نیز عملاروش کارمخصوص به خود را پیش گرفته‌اند. چنانکه گفته شد، در قراردادهای مهم با اهداف پیچیده، همانند قراردادهای ساده، برابری در مدیریت باید حفظ شود، زیرا مدیریت مشترک یکی از عناصر تشکیل دهنده «J.V.» است. به همین منظور، هریک از طرفین مشارکت، شخص یا اشخاصی را برای شرکت در شورای مدیریت معزّفی می‌کنند که تعداد آنها برابر خواهد بود. با این ترکیب، در صورت حضور تمام نمایندگان در شورای مدیریت، حق برابری مدیریت، به نحو مطلوب رعایت و مشکل تنها به هنگام عزل و یا غیبت یکی از مدیران مطرح خواهد شد. حال، باید دید در صورت حدوث خلاً در شورای مدیریت به چه نحو باید آن را ترمیم کرد. در بعضی از موارد رأی اکثریت ملاک عمل قرار گرفته ولی، با وجود این، طرفین در انتخاب روش دیگر آزاد گذاشته شده‌اند. انتخاب مدیر بوسیله رأی اکثریت برای پست خالی شده مناسب اصول حاکم بر «J.V.» که خواهان کنترل مساوی طرفین مشارکت بر امور آن است، به نظر نمی‌رسد. طریقهٔ مطمئن‌تر و ساده‌تر برای تضمین مساوات در شورای مدیریت آن است که کرسیهای موجود را به دو طبقه تقسیم و

انتخاب مدیر جدید را در هر طبقه به طبقهٔ مربوط محوّل کنند.

دوم. حق و تو:

حتی در مواردی که طرفهای مشارکت نمایندگان خود را در شورای مدیریت «J.V.» تعیین کرده‌اند، در برخی از قراردادها برای اطمینان بیشتر از برابری در کنترل، حقی به عنوان «حق و تو» برای آنها پیش‌بینی می‌شود. این روش اجازهٔ جلوگیری از اجرای تصمیمی را که مناسب منافع یکی از طرفین مشارکت نیست، می‌دهد. روش کار به این نحو است:

هریک از طرفین مشارکت چهار مدیر برای شورائی که مرکب از هشت مدیر است، انتخاب می‌کند. هریک از این چهار نفر به عنوان گروه «الف» و «ب» واحد مشترکی را تشکیل می‌دهد. حدّ نصاب برای رأی‌گیری حضور حداقل سه نفر است و شورای مدیریت با رأی اکثریت حاضر اتخاذ تصمیم می‌کند. مثلاً وقتی که تنها سه نفر در شورا حضور یافته‌اند، حتماً باید یکی از این سه نفر از گروه مخالف باشد تا عنداللزوم بادان رأی منفی بتواند مانع اتخاذ تصمیم شورا شود. یا هرگاه پنج نفر در جلسه حضور داشته باشند که دو نفر از گروه «الف» و سه نفر از گروه «ب» باشند، برای اتخاذ تصمیم، رأی موافق دونفر از هر گروه ضروری است.

به‌هرحال، وقتی که دو طرف مشارکت صاحب سرمایهٔ مساوی در «J.V.» هستند، هریک به‌طور طبیعی (defacto) حق و توی واقعی بر تصمیمات متخذه بوسیلهٔ شورای مدیریت را خواهند داشت، بطوریکه اگر یکی از مدیران گروه «الف» در شورا حاضر نشد، گروه مزبور می‌تواند به سایر مدیران هم‌گروه دستور عدم حضور دهد و به این ترتیب مانع اتخاذ تصمیم گردد.

در خصوص ماهیّت حقوقی رابطهٔ بین طرفین مشارکت و نمایندگان آنها باید گفت که این امر به مثابهٔ وکالت بوده و در قوانین برخی از کشورها

چون فرانسه^{۶۲} و امریکا بدان تصریح شده است.^{۶۳} بنابراین، حقوق و تعهدات نمایندگان در شورای مدیریت همان حقوق و تکالیف وکیل نسبت به موکل است، مضافاً بر اینکه در «J.V.» رابطه وکالت متقابل وجود دارد و لذا هرگاه شخصی در شورای مدیریت به عنوان شریک شرکت کرده باشد تعهدات او وسیع تر و به «Fiduciary Relationship» تسری داده خواهد شد، ولی اگر فقط به عنوان نماینده شریک به این شورا معرفی شده باشد، مسئولیت او در حد مسئولیت وکیل خواهد بود.



رابطه حقوقی بین قرارداد اصولی و قراردادهای پیوست

بعد از مطالعه قرارداد اصولی و شناخت شرکت مجری طرح، مطالعه رابطه حقوقی بین قرارداد اصولی و قراردادهای فرعی ضروری به نظر می‌رسد. آنچه که در رابطه بین ایندو ممکن است تولید اشکال کند، تضاد احتمالی شرایط مندرج در قرارداد اصولی با مفاد قراردادهای پیوست است. اکنون، با بررسی رابطه بین ایندو، به ذکر انواع مختلف قراردادهای پیوست می‌پردازیم:

۱. قراردادهای پیوست و شرایط قرارداد اصولی

چنانکه گفته شد، قرارداد اصولی پایه‌گذار حیات رسمی «J.V.» است و قراردادهای پیوست ناظر به امور اجرائی هستند. حال، این سؤال مطرح می‌شود که آیا قرارداد اصولی صرفاً نقش مقدماتی (*Pré-contrat*)

62. Art 78 et la loi du 24 Juillet 1966.

63. رک: رساله دکترای نگارنده، پاریس ۱۹۸۷، تحت عنوان «Société en participation et joint ventures»، ص ۱۸۰.

دارد و با انعقاد قراردادهای پیوست، خودبخود منتفی می‌شود؟ در ایالات متحدهٔ امریکا به این سؤال پاسخ منفی داده شده است، چون به این نتیجه رسیده‌اند که استقرار شرکت مجری طرح به منزلهٔ پایان یافتن قرارداد اصولی نیست و در این خصوص برای «J.V.» مزایای «closed corporation» را قائل شده‌اند.^{۶۴}

در «J.V.» که قراردادهایی به عنوان «اصولی» و «پیوست» منعقد می‌شوند، تعدد موضوع وجود دارد. قرارداد اصولی ناظر به کلیات طرح و چگونگی همکاری طرفین قرارداد، و موضوع آن انجام پروژهٔ عظیم مشترک است، و حال آنکه قراردادهای پیوست هریک موضوع جداگانه‌ای دارند که، نهایتاً در مجموع، برای به انجام رسانیدن موضوع قرارداد اصولی منعقد می‌شوند.

حال، این مسئلهٔ اساسی مطرح می‌شود که تضاد احتمالی بین بعضی از شرایط مندرج در قرارداد «اصولی» و الزامات ناشی از نظم عمومی حاکم بر قراردادهای پیوست به چه نحو باید رفع شود. به عنوان مثال، آیاتدارک پرسنل لازم برای اجرای طرح که تابع قواعد مخصوص قانون کار است و بوسیلهٔ قراردادهای پیوست به مرحلهٔ اجرا در می‌آید، حاکمیت ارادهٔ طرفین را در قرارداد «اصولی» متزلزل نخواهد کرد؟

بنابراین، مسئلهٔ حاکمیت قرارداد اصولی بر قراردادهای پیوست مورد سؤال نیست بلکه اعتبار برخی از قواعد مندرج در قرارداد اصولی است که مورد اشکال قرار می‌گیرد. در جهت عکس نیز ممکن است اختلاف حادث شود و وضعیتی پیش آید که به دلیلی قرارداد اصولی منتفی گردد. در این صورت، باید دید که آیا طرف قراردادهای پیوست

۶۴. مزیت عده «closed corporation» که اغلب توسط اشخاص حقوقی تشکیل می‌شود، عبارت است از تشکیل شخصیت حقوقی جدید که در آن، شرکاء با آزادی کامل در مورد مدیریت و قواعد اجرائی داخلی آن اتخاذ تصمیم می‌نمایند و در عین حال، از مزایای محدودیت مسئولیت در مورد سرمایه برخوردار هستند.

می‌تواند اجرای قرارداد را خواستار شود؟ مثلاً در مورد استخدام کارگرانی برای انجام طرح، هرگاه قرارداد اصولی فسخ شده باشد، آیا این کارگران می‌توانند خواستار اجرای قرارداد کار خود با کارفرما شوند؟

از موارد دیگر، تضاد بین قرارداد اصولی و قراردادهای پیوست، مسئلهٔ مربوط به قانون قابل اجرا و روش حل اختلاف است. در قراردادهای اصولی، معمولاً موارد حل اختلاف به داوری ارجاع می‌شود، در حالی که در قراردادهای پیوست، الزامات ناشی از نظم عمومی می‌تواند دادگاه صالح و یا قانون حاکم را به قرارداد تحمیل نماید.

به همین ترتیب، باید دید آیا شرایط مندرج در قرارداد اصولی، در صورت سکوت قراردادهای پیوست، قابل اجرا خواهد بود یا خیر؟ از نظر تنوری سه رفتار در این خصوص قابل طرح است:

فرض اول حالتی است که به مجموعهٔ قراردادهای تشکیل دهنده «J.V.» - اعم از اصولی و پیوست - استقلال کامل داده شود. این راه حل، در عین سادگی، به عدم شناخت روابط قراردادی «J.V.» منتهی می‌شود؛ چرا که «J.V.» بر محور یک موضوع واحد که در اصطلاح لاتین «Negotium» خوانده می‌شود استوار گردیده و سایر مدارک قراردادی به عنوان وسیله (Instrument) اجرای قرارداد اصلی بکار گرفته می‌شوند، بطوریکه در صورت عدم وجود محور اصلی، قراردادهایی که به عنوان وسیله اجرای آن به کمک گرفته شده‌اند، فلسفه وجودی خود را از دست خواهند داد. ضمناً توجه به یکی از قراردادها اوّلاً به حاکمیت اراده طرفین لطمه وارد می‌سازد و ثانیاً تعادل قراردادی موجود را به نحو قابل توجهی به نفع یکی از طرفین به هم می‌زند.

فرض دوم این است که قرارداد اصولی را فاقد موضوع اجرائی تلقی کنیم و اصالت را به قراردادهای پیوست بدھیم که با اجرای موضوع آنها نهايتاً موضوع قرارداد اصولی نيز به اجرا گذاشته خواهد

شد. این راه حل نیز مقبولیت چندانی نخواهد داشت، زیرا وقوع هر حادثه‌ای در اجرای قراردادهای پیوست، که احتمال آن به علت کثرت این قبیل قراردادها زیاد است، قرارداد اصولی را نیز زیر سؤال خواهد برد.

فرض سوم حالتی است که بطلان قرارداد اصولی، موجب تزلزل در قراردادهای پیوست می‌گردد. این فرض غیرقابل اجتناب به نظر می‌رسد، زیرا مثلاً اگر موضوع قرارداد اصولی ایجاد تأسیسات پتروشیمی بوده باشد و بعداً به علتی مجموعه طرح با شکست موافقه شود و منتهی به فسخ قرارداد اصولی گردد، مهندسانی که به این منظور رابطه قراردادی ایجاد کرده‌اند و در قالب قراردادهای پیوست متعهد به انجام قسمتهای مختلف پروژه هستند، با دریافت غرامت، رابطه خود را خواهند گستاخ و در نتیجه این قراردادها نیز منفسخ خواهند شد.

۲. انواع مختلف قراردادهای پیوست^{۶۵}

انواع قراردادهای پیوست بستگی به موضوع قرارداد اصلی دارد و معمولاً در این قرارداد اشاره‌ای، در حد شناخت به مواردی که می‌تواند در آینده موضوع قرارداد پیوست قرار گیرد، می‌شود. آنچه که بیشتر برای طرفین قرارداد قابل پیش‌بینی است و در اکثر قراردادهای «J.V.» نیز دیده می‌شود، مواردی از این قبیل است: قرارداد در اختیار گذاشتن نیروی کار در محل، اجاره وسائل در محل، توافقهای مالی، انتقال تکنولوژی، قرارداد تأمین مواد اولیه کالاهای ترکیبی، قرارداد تجاری کردن محصولات و فروش آن، قرارداد چگونگی بهره‌برداری و توزیع آن و موارد دیگری که ذیلاً به چند نمونه از آنها به اختصار اشاره می‌کنیم.

65. LUIZ, O.BAPTISTA: op. cit., p. 113.

● قرارداد در اختیار گذاشتن نیروی انسانی

یکی از اولین و طبیعی ترین ملزومات شروع و اقدام به انجام طرح، نیروی انسانی لازم برای اجرای عملیات است؛ به همین دلیل، طرفین قرارداد اهمیت ویژه‌ای برای این موضوع قائل هستند. نیروی انسانی کار، مطابق متن و توصیفی که از آن در قرارداد اصولی بهمیان آمده است، از جانب یکی از طرفین قرارداد در اختیار شرکت مجری طرح قرار می‌گیرد. برای این منظور طرفی که مسئولیت تأمین نیروی انسانی را به عهده گرفته است، می‌باید با انعقاد قرارداد پیوست، با افراد و یا سازمانهای کارگری محل وارد مذاکره شود و با بستن قرارداد کار، کارگران لازم را در شرایط مناسب در اختیار شرکت مجری طرح قرار دهد.

در کشورهای جهان سوم که اغلب اوقات محل اجرای قراردادهای «J.V.» هستند، نظر به عدم وجود قواعد کارگری، اشکالات و مزایائی وجود دارد؛ چرا که نیروی کار مناسب کم است و آوردن آن از خارج نیز مشکلات خاص خود را خواهد داشت. آنچه که در این مورد، مطالعه آن قبل از انعقاد قرارداد «J.V.» ضروری به نظر می‌رسد، قوانین کار و بیمه‌های اجتماعی در ارتباط با موضوع «J.V.» است.

● قرارداد تغذیه مالی

در قرارداد اصولی معمولاً پیش‌بینیهای لازم برای تأمین بودجه و هزینه لازم برای انجام طرح صورت می‌گیرد. علی‌رغم وجود چنین پیش‌بینیهایی، بیچیدگی تعهدات مالی و نیاز به سرمایه هنگفت، گاه «J.V.» را مجبور به انعقاد قراردادهای مالی پیوست و دریافت کمک مالی از شخص ثالث می‌نماید. اشخاصی که معمولاً با استعانت مالی، «J.V.» را تغذیه می‌کنند حکومتهای محلی و یا سازمانهای خصوصی مثل بانکها

هستند که با دادن وام، به تأمین سرمایه اقدام می‌نمایند و در فعالیت «J.V.» شریک می‌شوند.^{۶۶}

● قرارداد مالکیت صنعتی

مسئله انتقال تکنولوژی یکی از مسائل جاری نیمه‌دوم قرن بیستم است که در اکثر قراردادهای «J.V.» به نحوی دخالت دارد. مواردی نیز هست که خود انتقال تکنولوژی^{۶۷} موضوع قرارداد «J.V.» قرار می‌گیرد. در اینگونه موارد، قراردادهای مربوط به اجازه بهره‌برداری از حق اخراج و انتقال دانش (Know-How) دلیل اصلی وجود قرارداد پیوست است. قراردادهای مربوط به مالکیت صنعتی، مثل اجازه بهره‌برداری از علامت تجاری و یا توافق به همکاری فنی، از انواع دیگر آن به شمار می‌رود. به طور کلی، هریک از این قراردادها شکل خاص خود را دارد و صرف پیوست کردن آن به مجموعه قراردادی «J.V.» تغییری در ساختمان آن ایجاد نمی‌کند.



سرنوشت «J.V.» در صورت تبدیل

تفاوت عمده «J.V.» با «Corporation» در حقوق امریکا، وجود شخصیت حقوقی برای نوع شرکت اخیر است. حال، می‌خواهیم بدانیم

۶۶. در قراردادهای نفتی تکنیکهای مخصوص برای دریافت کمک مالی وجود دارد که به یکی از سه صورت «Secured debts» ، «Production payment» و «Advance payment» . صورت عمل بخود می‌گیرد.

67. MODIANO: Les contrats de transfert de technologie D.P.C.I, 1983, p. 553; J.L. BISMUTH: Contraintes spécifiques à la technologie dans les accords internationaux de coopération D.P.C.I., 1984, p. 251.

در صورت توسعه «J.V.» و تبدیل آن به «Corporation» چه آثاری بر آن متربخواهد شد. رویه قضائی در این زمینه یکسان نیست و راه حل‌های متفاوتی به شرح زیر اتخاذ شده است:

۱. ادامه موجودیت «J.V.»

این فرض از رأی دادگاه کانزاس که مورد تفسیر James J. Dambach⁶⁸ قرار گرفته است، بر می‌آید.⁶⁸ در این پرونده، دادگاه چنین نظر می‌دهد که با ثبت «J.V.» و اعطای شخصیت حقوقی به آن، که مشخصه کورپوریشن است، تعادل قراردادی آن به هم نمی‌خورد و همچنان به عنوان «J.V.» به موجودیت خود ادامه‌می‌دهد کورپوریشن در اینگونه موارد به عنوان وسیله بکار گرفته می‌شود.⁶⁹ آراء دیگری را نیز در این زمینه جمع‌آوری و نقل «Dambach» کرده است.⁷⁰

۲. انحلال «J.V.»

برخلاف نظر کسانی که بعد از ثبت «J.V.» قائل به ادامه حیات آن به شکل سابق هستند، عده‌ای دیگر بر این عقیده‌اند که شخص واحد نمی‌تواند همزمان با یک سرمایه، سهامدار کورپوریشن و عضو «J.V.» با حقوق و تعهدات مشابهی باشد و این امر برخلاف نظم عمومی است. در این زمینه رأیی از دادگاه نیوجرسی صادر شده است که

68. JAMES J. DAMBACH: U.C.L.A. Law Rev; case note p. 92 survival of joint venture agreement after incorporation.

The legal statut of joint venture corporations, vanderbilt law review Vol. 11, 1958 p. 961.

69. Seabord Airline RY. v. Atlantic Coast Line RY. 240 NC 295 82. SE 2d 771.

70 Debov v. Harris 113 A 2d 903; Beardstly v. Beardstly 138 U.S. 292.

اشعار می دارد اگر طرفین مشارکت وارد قرارداد «J.V.» شده اند باید تمام عواقب آن را بپذیرند، و هرگاه شکل کورپوریشن را انتخاب کنند باید الزاماً «J.V.» را رها سازند و روابط حقوقی خود را در قالب کورپوریشن تنظیم نمایند.^{۷۱} رأی دیگری نیز از دادگاه نیویورک صادر شده است که همین نظر را تأیید می کند و قانون حاکم بر روابط حقوقی طرفین را قانون انتخابی آنها می شناسد.^{۷۲}

۳. راه حل بینابین^{۷۳}

در این بین، برخی از دادگاهها روش میانه‌ای در پیش گرفته‌اند و قضیه را نسبت به اوضاع و احوال خاصی هر مورد سنجیده و سپس به صدور رأی اقدام کرده‌اند. این دسته از آراء بهاراده طرفین قضیه‌توجه نموده و با تحلیل آن هر کجا که هدف از تشکیل کورپوریشن را انحلال «J.V.» یافته‌اند، به انحلال آن رأی داده‌اند. برای مثال، دادگاه پژوهشی کالیفرنیا در دعوای «Elsbach» علیه «Mulligan» به همین نحو عمل کرده و می‌گوید: تشکیل کورپوریشن تضادی با «J.V.» ندارد مشروط بر اینکه اراده طرفین بر حفظ آن بوده باشد. به این ترتیب، دادگاه با توجه به اوضاع و احوال قضیه حق ارزیابی برای خود قائل شده است و البته مدعی حفظ «J.V.» باید ثابت کند که هدف از تشکیل کورپوریشن، صرفاً وسیله‌ای برای رسیدن به اهداف «J.V.» به نحو مطلوب بوده است.^{۷۴}

71. Jackson v. Hooper 76 N.J. d E. 592 75 A. 565.

72. Weisman v. Awair corp of America 3 NY 2d 444; 131 Ny 2d 671.

73. رک.: رساله دکترای نگارنده، پاریس، ۱۹۸۷، ص ۳۱.

74. 46 Am Jur. Joint Ventures 30.



نظم عمومی و قراردادهای «J.V.

به دلیل اهمیتی که فعالیتهای تجاری و صنعتی برای منافع عموم جامعه دارد، دولتها این امور را تحت کنترل خویش قرار می‌دهند، و به همین خاطر، اصل آزادی قراردادها با دخالت روزافزون دولت به طور قابل ملاحظه‌ای محدود شده است. از همین رو، طرفین مشارکت باید توجه کامل به خواسته‌های دولت داشته باشند تا قرارداد آنها با اشکال بعدی مواجه نشود. بدین منظور، قواعد مربوط به «سرمایه‌گذاری خارجی» و «قواعد ضدّتراست» را که تأثیر مستقیم برقرارداد دارند، در اینجا مورد بررسی کوتاه قرار می‌دهیم.

۱. قواعد مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی

امروزه تقریباً تمامی دولتها، سرمایه‌گذاری خارجی را تحت شرایطی قرار داده‌اند که این مجموعه شرایط از سیاست اقتصادی آنها ناشی می‌شود و هدف از آن ایجاد شرایط مناسب توسعه اقتصادی است. حق کنترل دولت در مواردی که خود عضو «J.V.» نیست، عموماً پذیرفته شده است. این حق به صورت وصول مالیات، قواعد مربوط به گمرکات، مقررات ارزی، قواعد مربوط به مهاجرت و اجازه کار و سیاست اعطای اعتبار اعمال می‌شود. در توسعه روابط بین المللی، عوامل مؤثر دیگری چون قواعد مربوط به انتقال تکنولوژی و انتخاب سرمایه‌گذار خارجی مطلوب نیز به آنها اضافه شده است.

کنترل در مرحله ورود، مؤثرترین روش مستقیم کنترل سرمایه‌گذاری خارجی است. در این مرحله، قسمتهایی از اقتصاد کشور که نیاز به جذب سرمایه خارجی دارد، از طرف دولت مشخص و با رعایت

ضوابط و مقررات، اجازه سرمایه‌گذاری داده می‌شود. ثانیاً این اجازه تحت قواعد شکلی و ماهوی مربوط به «J.V.» قرار می‌گیرد.⁷⁵ کنترل دولت، گاه ناظر به سازماندهی «J.V.» است و گاه به صورت تعیین حدّاًکثر میزان سرمایه خارجی اعمال می‌گردد و بالاخره ممکن است سیاست مالی و یا عملکرد «J.V.» تحت کنترل دولت قرار گیرد. در کنار این محدودیتها، مزایائی نیز پیش‌بینی می‌شود که در صورت عدم وجود آنها تعادل «J.V.» به هم‌می‌خورد و کمتر سرمایه‌گذاری حاضر می‌شود سرمایه خود را در این زمینه بکار اندازد. اهم این مزایا به صورت تسهیلات مالیاتی و کمکهای مالی است. در آن دسته از قراردادهای «J.V.» که یک طرف آن را دولت تشکیل می‌دهد، معمولاً طرف خارجی می‌کوشد به منظور کسب امتیازات مالیاتی مذاکراتی انجام دهد و تا تعیین سقف مالیاتی یا ثابت نگهداشت و وضع مالیات موجود، از پرداخت مالیات‌های سنگین در آینده، معاف شود. از عوامل مشوق دیگر، اجازه برگشت دادن سرمایه و انتقال منفعت به خارج است که معمولاً با استفاده از تسهیلات بانکی صورت می‌گیرد. ضمانتهای دیگری نیز وجود دارد که بیشتر مربوط به حمایت از سرمایه‌گذار خارجی در مقابل ملی کردن و توقيف و ضبط اموال اوست. آزادی فروش اموال و تصفیه و انتقال آن و نیز دادن وام‌های سنگین با نرخ مناسب از طرف دولت محلی، از جمله تسهیلات دیگری است که در این زمینه می‌توان به آن اشاره کرد.

۲. قواعد ضدتراست

توسعه و پیشرفت اقتصادی مستلزم رقابت سالم بین تجار و شرکتها و مؤسسات تجاری است و اصل آزادی تجارت و صنعت به

75. D. BERLIN: op. cit.; MAHMOUD SALEM: Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers, J.D.I., 1984, p. 579.

عنوان یکی از اصول بنیادی کشورهای صنعتی پذیرفته شده است^{۷۶} ولی اجرای این حق ممکن است، در عمل، منجر به تجاوز به حقوق دیگران گردد.

برای اجتناب از این خطر، تدابیری اتخاذ شده است که در قالب قواعد ضدتراست^{۷۷} اعمال می‌شود. «J.V.» نیز از این قاعده مستثنی نیست و ضمن برخورداری از حمایت قانونگذار، رعایت قواعد مربوط در آن الزامی است. دلیل اصلی وجود قواعد ضدتراست جلوگیری از محدودیتهای تجاری است و اغتشاش در روال عادی زندگی تجاری جرم محسوب می‌شود.

اکنون برای سنجش وضعیت طرفهای مشارکت در فرادراد «J.V.» و تأثیر آن بر بازار رقابت، به بررسی موقعیتهای مختلف آنها نسبت به یکدیگر می‌پردازیم و نحوه اتحاد آنها برای فعالیت مشروع و نیز موارد غیرمشروع بودن آنها را بر می‌شماریم. طرفین مشارکت در تشکیل «J.V.» ممکن است در موقعیتهای زیر قرار داشته باشند:

اول اینکه هیچکدام از آنها بدون مشارکت طرف دیگر توانانی اقتصادی لازم برای ورود به بازار را نداشته باشد. در این صورت، تشکیل «J.V.» موجب پیدایش یک رقیب بیشتر در صحنه رقابت می‌شود که در حالت معمولی ممنوعیتی برای فعالیت آن وجود ندارد. برای مثال، رجوع شود به دعوای ایالات متحده امریکا علیه «J.V.» موسوم به

^{۷۸}. «Penn. Olin»

76. Art 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789.

77. قواعد ضدتراست «Anti-Trust Law» قواعدی است که تضمین کننده رقابت سالم تجاری در نظام سرمایه‌داری است و اعمالی را که موجب اخلال در رقابت مشروع شوند مجازات می‌نماید. قوانین «شمن» و «کلایتون» در امریکا و قانون «شمن» در انگلستان و ماده ۸۵ معاهده رُم بازار مشترک اروپا به این منظور تصویب شده‌اند.

78. United States v. Penn Olin Chem Co. 378 U.S. 158-177, Journal of International Law, Vol. 15, 3 1975.

دوم موردی است که فقط یکی از طرفین مشارکت توان حضور در بازار را داشته باشد و با وجود این با کسی که قدرت ورود به بازار را ندارد اقدام به تشکیل «J.V.» نماید. این مورد بسیار کم اتفاق می‌افتد و گفته شده که تشکیل آن طبیعتاً ناقض قوانین ضد تراست است؛ زیرا طرف مشارکتی که فعال‌تر است، با تحت نفوذ قراردادن طرف خود، می‌تواند تأثیر مثبت یا منفی بر سیاست تجاری و اقتصادی موجود داشته باشد.

حالت سوم، وقتی است که همه شرکای «J.V.» به تنهائی توانائی ورود به بازار و فعالیت تجاری را داشته باشند. در این صورت، اتحاد آنها برای تشکیل «J.V.» ممکن است دو شکل متفاوت «رقابت نامشروع» (cartel) و یا «رقابت مشروع» (merger) بخود بگیرد.

کارتل (cartel) به اتحادی گفته می‌شود که اثر مستقیم بر روی قیمت و تولید و سایر جنبه‌های حمایت شده بوسیله قوانین ضد تراست داشته باشد. در چنین صورتی، قرارداد «J.V.» بنابر قاعده‌ای که در رویه قضائی امریکا به «Per se» معروف شده بخودی خود غیرقانونی و باطل است و دلیل خلاف آن هم پذیرفته نمی‌شود. در مقابل، قاعده دیگری وجود دارد که «Rule of Raison» خوانده می‌شود و در جهت عکس آن عمل می‌کند، به این معنا که نقص پاره‌ای از قواعد را منطقی و خارج از محدوده امور حمایت شده بوسیله قاعده قبلی قلمداد می‌کند.

مرجر (merger) اتحادی است مشروع بین دو یا چند شرکت که برای بهره‌برداری از منافع قواعد ضد تراست و توسعه بازار و میدان فعالیت آن تأسیس می‌یابد و یکی از انواع مختلف ادغام در حقوق امریکا محسوب می‌شود. این اتحاد که به منظور فراهم آوردن امکانات بیشتر برای انجام طرحهای بزرگتر صورت می‌گیرد، تقریباً همیشه

قانونی است و مورد حمایت قاعده «Rule of Raison» قرار گرفته است.^{۷۶} فعالیتهای عادی تجّار و مؤسّسات تجاری نیز در اغلب کشورها مورد حمایت قانونگذار قرار می‌گیرد. این حمایت ممکن است به صورتهای مختلف صورت پذیرد. در کشورهای سرمایه‌داری آزاد، خود مؤسّسه یا تاجر مورد حمایت واقع می‌شود و قواعدی نیز برای پشتیبانی از آنها به تصویب می‌رسد؛ ولی در کشورهای سوسیالیستی، قدرت حاکمه قسمتهای خاصی از اقتصاد و یا فعالیتهای تجاری معینی را که در ارتباط با سیاست اقتصادی او لازم تشخیص داده می‌شود، بیشتر مورد حمایت قرار می‌دهد.

مبحث سوم

انطباق قراردادی و طرق حل اختلاف



انطباق قرارداد با عوامل قابل پیش‌بینی و غیرقابل پیش‌بینی

قراردادها را معمولاً از نظر مدت به قراردادهای کوتاه‌مدت و بلندمدت تقسیم می‌کنند. قرارداد «J.V.» یکی از انواع قراردادهایی است که به اقتضای اهداف آن در زمرة قراردادهای بلندمدت قرار می‌گیرد. گذشته از این، هدف نهائی از قرارداد «J.V.» سرمایه‌گذاری به منظور بهره‌وری اقتصادی است که معمولاً در کوتاه‌مدت میسر نیست.

۷۹. برای مطالعه بیشتر رک.:

United States v. Timken Roller bearing Co., 83F Supp 284, JAMES ATWOOD: International Joint Venture and the U.S. Anti-Trust Law, Akron Law Rev., Vol. 10, p. 610.

بنابراین، با انعقاد قرارداد «J.V.» طرفین علی الاصول خود را برای مدت طولانی متعهد می‌سازند. با این وصف، در خلال این مدت ممکن است اوضاع و احوال اوّلیه چندان تغییر یابد که طرف متضرر در صدد ترک مشارکت برآید.

عواملی که ممکن است موجب تغییر اوضاع و احوال شوند، بعضاً در زمان انعقاد قرارداد قابل پیش‌بینی هستند و لذا متعاقدين تدابیر لازم را در خصوص آنها اتخاذ می‌کنند. ولی پاره‌ای از حوادث هستند که پیش‌بینی آنها امکان ندارد و به صورت ناگهانی و اتفاقی رخ می‌دهند. حال، برای آشنائی بیشتر، وضعیت این دو گروه از حوادث را در ارتباط با قرارداد مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱. انطباق قرارداد با عوامل قابل پیش‌بینی

در لحظه انعقاد قرارداد «J.V.» طرفین می‌توانند شرط کنند که در صورت وقوع پاره‌ای حوادث، به مشارکت خود خاتمه دهند. این شروط ممکن است به صورت «شرط کناره‌گیری» و یا «شرط مدت» قید شود.

اوّل. شرط کناره‌گیری:

با توجه به استقلال ضمنی در قرارداد مشارکت، طرفین شرایطی را که بدون حدوث واقعه غیرمنتظره بتوان از قرارداد کناره گرفت، پیش‌بینی می‌کنند.^{۸۰}

در حقوق شرکتها معمولاً حق کناره‌گیری از شرکت تحت شرایطی به شریک داده می‌شود^{۸۱}; ولی در قراردادهای مشارکت نظر به

۸۰. رساله دکترای نگارنده، ص ۲۰۹. همچنین:

NICOLAS DAVID: *Les clauses de stabilité dans Les contrats pétroliers*, J.D.I., 1985, p. 79.

۸۱. Cass C.V. ler 27 Avril 1977, Bull. 1, No. 194, p.153.

اینکه ویژگی شخصی بودن امور (Intuitus personae) از اهمیت خاصی برخوردار است کناره‌گیری از آن مشکل تر بوده، نتایج دشوارتری به دنبال دارد.

در مواردی که طرفین مشارکت تابعیتهای متفاوتی دارند کناره‌گیری و خروج هر یک، تعادل همه جانبه «J.V.» را متزلزل خواهد کرد، بطوریکه انحلال آن مقرون به صرفه خواهد بود.

از آنجانی که با کناره‌گیری یکی از طرفین مشارکت از قرارداد، ادامه حیات «J.V.» غیرممکن و یا حداقل بسیار دشوار می‌شود، لذا راه حل‌هایی برای ادامه فعالیت آن پیش‌بینی شده که اعمال «حق شفعه» یکی از آنها است. طبیعت همکاری اقتصادی چنان است که ارجحیت‌هایی را برای همکار در مقابل اشخاص ثالث ایجاد می‌کند، و بی‌شك، یکی از این ارجحیت‌ها همان حق شفعه است. این حق در حقوق امریکا به «Right of First Refusal» تعبیر شده که در حقوق فرانسه⁸² و ایران نیز به آن احترام گذاشته می‌شود. به موجب این حق اگر یکی از طرفین مشارکت قصد انتقال سهم الشرکه خود را داشته باشد، در وهله اول باید آن را به طرف دیگر مشارکت عرضه نماید و فرصت معقولی نیز برای اعلام قبولی وی قائل شود و چنانچه او از قبول آن امتناع کند آنگاه برای انتقال، به دیگران عرضه نماید.

طريق دیگری که برای تسهیل ادامه فعالیت «J.V.» وجود دارد، منع انتقال سهم الشرکه بدون رضایت شریک دیگر است. البته، این منوعیت نباید به صورت مطلق لحاظ شود؛ بنابراین، باید گفت که در شرایط معقول و قابل پذیرش، طرف مشارکت نمی‌تواند بدون عذر موجه منع انتقال سهم الشرکه به دیگری شود.

همچنین، انتقال سهم الشرکه نباید به منظور تقلب یا حیله و ضرر رسانیدن به طرف مشارکت یا شخص ثالث صورت گیرد، و اگر چنین

82. Art. 815-14 et 15 du c. civ.

اهدافی مشاهده شود، دادگاه انتقال را باطل اعلام خواهد کرد.^{۸۳} اگر با وجود رعایت شرایط قراردادی، اختلاف بین شرکاء و یا درون شورای مدیریت به حدی باشد که ادامه فعالیت «J.V.» ممکن نگردد، توصیه به انحلال آن شده است.^{۸۴}

دوم. شرط مدت.

تقسیم دیگر قراردادها از نظر مدت، قرارداد با مدت محدود و نامحدود است. قرارداد «J.V.» می‌تواند به هر دو شکل منعقد شود ولی، در هر حال، طرفین مشارکت در جستجوی وسیله‌ای هستند تا بتوانند: اوّلاً تداوم حضور خویش را تا به انجام رسانیدن هدف تأمین کنند، و ثانیاً امکان پایان دادن به قرارداد را در صورت عدم حصول نتیجه مطلوب داشته باشند.

برای تأمین این اهداف، گاه قراردادهای «J.V.» را با مدت متوسط - مثلاً پنج سال با امکان تمدید آن - منعقد می‌سازند، و گاه مدت را طولانی تر - مثلاً بیست یا سی سال - تعیین می‌کنند و برای طرفین، تحت شرایطی، حق فسخ قائل می‌شوند. بعضی نیز حداقل مدتی را به صورت الزامی پیش‌بینی و ادامه فعالیت بعد از آن را به اختیار طرفین مشارکت واگذار می‌کنند.

با توجه به مطالب فوق می‌توان گفت که عدم ذکر مدت، یعنی قرارداد با مدت غیرمحدود، با طبیعت قراردادهای «J.V.» سازگارتر است، زیرا آزادی عمل بیشتری در آن وجود دارد و تناسب بهتری هم با قرارداد «J.V.» خواهد داشت.

در شرایطی که بتوان آینده مشارکت را پیش‌بینی کرد، خواه قرارداد مشارکت با ذکر مدت و یا بدون ذکر مدت منعقد شده باشد،

83. 46 Am Jur 2d Joint Ventures:34

84. Bradley v. Wolff, 40 Misc 592, 83 NY, 13.

طرفین می‌توانند قائل به انحلال شوند، به این ترتیب که در صورت وقوع حادثه و یا عدم حصول نتیجه‌ای که منظور طرفین بوده است، اقدام به انحلال آن نمایند.

۲. انطباق قرارداد با عوامل غیرقابل پیش‌بینی

در اغلب نظامهای حقوقی، به طرفین قرارداد حق عدم اجرای تعهدات قراردادی - که در نتیجه حدوث یک عامل خارجی غیرقابل پیش‌بینی، تعادل اوّلیه را از دست داده است - اعطای می‌شود. این عوامل خارجی که موجب سقوط تعهدات می‌گردد، عنوانی مختلفی مثل «Hardship»^{۸۵} در حقوق فرانسه و «Frustration» و «Force majeure» در حقوق انگلیس و امریکا به خود گرفته است. قواعدی که اجازه تعلیق و گاه فسخ تعهدات قراردادی را می‌دهد، در این مورد مثل سایر موارد قراردادی قابل اجرا است، که در زیر مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

اوّل. فورس ماژور (Force majeure)

ثنوی فورس ماژور که با اوصاف غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل اجتناب و خارج از اراده طرفین قرارداد بودن مشخص می‌شود، رافع مسئولیّتی است که در حالت عادی متوجه طرف استناد کننده به آن است. هیچ واقعه‌ای به طور مجرد فورس ماژور تلقی نمی‌شود و هر واقعه‌ای که دارای

85. CHABAS: Linfluence de la pluralité des causes sur la droit à réparation, 1967; Cass. 21. Juillet 1982; Gaz. Pal. 1982, 1987 nate; CHABAS: Rev. trim dr. Civ. 1982, 606, obs. Durry; Ph. Xahn Force majeure et contrats internationaux de Longue durée, J.D.I., 1975, p. 499.
86. MARCEL FONTAINE: Les clauses de hardship, D.P.C.I., mars 1979; BRUNO OPPETIT: L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: La clause de «hardship», D.P.C.I., No. 3, T.I., 1975, p. 795.

مشخصات سه‌گانه فوق الذکر باشد، می‌تواند مصدق فورس ماژور تلقی شود. بنابراین، مشخصات فورس ماژور به شرح زیر است:

اولاً، فورس ماژور به واقعه‌ای اطلاق می‌شود که غیرقابل پیش‌بینی باشد. ولی باید توجه داشت که این امر نسبی است و باید نسبت به زمان و مکان و شرایط و اوضاع و احوال موجود سنجیده شود.

ثانیاً، واقعه باید غیرقابل مقاومت و اجتناب ناپذیر باشد تا مشمول عنوان فورس ماژور قرار گیرد. این مشخصه در مقایسه شخصی که واقعه را تحمل نموده است با شخص عادی تحت همان شرایط خارجی، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

ثالثاً، واقعه موردنظر باید از اراده شخص و یا نماینده او و یا اشخاصی که تعهد با دخالت آنها انجام می‌شود، خارج باشد.

در مورد رابطه بین مشخصات سه‌گانه فوق اتفاق نظر وجود ندارد، ولی رویه قضائی در اغلب موارد غیرقابل پیش‌بینی بودن واقعه و اجتناب ناپذیری آن را کافی دانسته است.^{۸۷} دامنه شمول فورس ماژور وسیع و در برگیرنده تعهدات قراردادی و خارج از قرارداد است^{۸۸} و اثر عادی آن - چنانکه اشاره رفت - معافیت شخص از انجام تعهدی است که بر عهده داشته است.

دوم. فراستریشن : (Frustration)

عامل فراستریشن که موجب تعليق اجرای قرارداد می‌شود تشابه زیادی به فورس ماژور دارد و تنها فرق آندو در اثر واقعه است^{۸۹} ، به این معنا که فورس ماژور اجرای تعهد را غیرممکن می‌سازد و موجب

87. Paris, 14 dec 1964 J.C.P. 1965 11 14076 trib. grand inst. Laval 29 avr 1963 D. 1963. 673 note Tunc.

88. Art 1147 et 1384 alinéa 1 et art 1358 code Civ.

89. H. Lesquillons, Frustration, Force majeure. Imprévision wegfall der Creschaftsgrandlage. D.P.C.I. 1979 p. 507.

فسخ قرارداد می‌گردد، در حالی که فراستریشن اثر سطحی‌تری به همراه دارد و معمولاً به علت گرانی و دشواری بیرون از حد اجرای قرارداد، تعادل آن را بر هم می‌زند و موجب تعلیق آن شده، در نهایت، عدم انجام تعهد را توجیه می‌کند.

موضوع «J.V.» باید اجرا شود و لازم است طرفین مشارکت تمام کوشش خود را در این جهت بکار گیرند. ولی هرگاه در فاصله بین انعقاد قرارداد و زمان اجرای طرح، واقعه‌ای رخ دهد که در اثر آن تعادل قرارداد «J.V.» از بین برود، در این صورت، قرارداد مشمول عامل فراستریشن خواهد بود. مثلاً وقتی که به علت حادثه‌ای غیرمتفرقه، «J.V.» با یک بحران اقتصادی شدید روبرو شود، عذر متعدد در عدم وفای به تعهدات خود پذیرفته خواهد شد. بنابراین، حتی اگر طرفین مشارکت، در ارزیابی مخارج «J.V.» غفلت کنند و بعد متوجه مخارج سنگین آن شوند، استناد به فراستریشن جایز خواهد بود.^{۱۰}

سوم. هاردشیپ (Hardship) :

در بعضی موارد، فسخ یا کناره‌گیری از قرارداد «J.V.» نتایج بسیار نامطلوبی به دنبال دارد. مثلاً در قراردادهای نفتی، اکتشاف و استخراج و فروش نفت، برای کشور تولید کننده منبع اصلی درآمد جهت توسعه اقتصادی کشور و برای کشورهای مصرف کننده منبع اصلی تغذیه انرژی واحدهای صنعتی متعدد محسوب می‌شود. در چنین شرایطی، فسخ یا کناره‌گیری از قرارداد صلاح نیست و طرفین ترجیح می‌دهند در صورت وقوع حادثه‌ای که تعادل قرارداد را بر هم بزند، وارد مذاکره شوند و تعادل جدیدی را که متناسب با اوضاع و احوال موجود باشد، بنیان نهند. اگرچه شرط هاردشیپ توسط حقوقدانان انگلیس و امریکا در

۹. برای مطالعه بیشتر رک.:

WILLIAM M. FLENNIKEN: The Hasting Law Journal, Vol.17, 1966, p. 838.

تجارت بین المللی معمول شده است، با این حال، شرط مذکور در حقوق داخلی این دو کشور دیده نمی‌شود و بیشتر در قراردادهای بین المللی مورد استفاده قرارگرفته است.

مشخصات هاردشیپ به طور خلاصه به شرح زیر است:

هاردشیپ مربوط به اوضاع و احوال کلی است، به این معنا که علت آن باید خارج از اراده طرفین باشد. در اینجا نیز خارجی بودن هاردشیپ همانند فورس مازور نسبی است و رفتار استناد کننده به آن باید با رفتار شخص معقول و منطقی تحت همان شرایط سنجیده شود.^{۹۱}

خصوصیه دوم هاردشیپ غیرقابل پیش‌بینی بودن وقوع آن است و مورد سوم، تغییر اوضاع و احوال موجود و تأثیر آن بر شرایط اقتصادی قرارداد و در نهایت غیرعادلانه شدن نتایج حاصل از آن می‌باشد، به این معنا که اوضاع و احوال باید به نفع یک طرف و به ضرر طرف دیگر تغییر کرده باشد.

بعد از اثبات وقوع هاردشیپ، طرفی که به آن استناد می‌کند، حدوث مورد را به اطلاع طرف دیگر می‌رساند، که او نیز باید در مدت کوتاهی پاسخ گوید. حل موضوع و متعادل کردن قرارداد و شروع مذاکرات خود منشأ اختلافات دیگری است که در اغلب موارد به کارشناس و حتی داوری ارجاع می‌شود.

91. BRUNO OPPETIT: op.cit., p. 795.

همچنین رک.: رساله دکترای نگارنده، پاریس، ۱۹۸۷، ص ۲۱۶.



نحوه حل اختلاف

در قراردادهای بین‌المللی عموماً شرطی تحت عنوان «*Settlement of dispute*» گنجانده می‌شود که به موجب آن نحوه حل اختلاف احتمالی که در جریان اجرای قرارداد رخ می‌دهد، پیش‌بینی می‌گردد. شرط ارجاع به داوری یکی از معمول‌ترین روش‌هایی است که در تجارت بین‌المللی کاربرد دارد، بطوریکه می‌توان برای آن عمومیت قائل شد ولی، نظر به تشریفات و مخارج سنگین آن، گاه طرفین قرارداد می‌کوشند اختلافاتِ جزئی فیما بین را از راههای دوستانه و مسالمت‌آمیز حل کنند.

در حقوق تجارت امریکا نیز روش‌هایی تحت عنوان «*Swing man*» و «*Conciliation*» وجود داشته است که در کنار داوری، به معنای اخص، از طریق کمپانیهای نفتی وارد حقوق تجارت بین‌الملل شده و عمومیت یافته که شایسته مطالعه است.^{۹۲} آنچه در این قسمت به بررسی آن می‌پردازیم، ابتدا روش‌های معمول حل اختلاف و سپس حقوق قابل اجرا در این زمینه است.

۱. روش‌های حل اختلاف

اول. حل مسالمت‌آمیز اختلافات با نظر کارشناس:

«*Conciliation*» که به طور ساده در زبان فارسی «سازش» ترجمه

92. C. LÉCUYER – THIEFFRY et P. THIEFFRY: *Les règlements des litiges civiles et commerciaux avec Les Etats-Unis*, précis Jupiter 1986.

همچنین رک.: رساله دکترای نگارنده، ص ۱۸۵.

می شود، توسل به شخص یا اشخاص به منظور یافتن راه حل مورد توافق طرفین برای حل اختلافات است. این اشخاص، یا از طریق برانگیختن حس اغماض طرفین اختلاف نسبت به مسائل کم اهمیت و یا آگاهی دادن به طرفی که از نظر حقوقی در موضع ضعیفتری قرار دارد، آنها را به تغییر روش و انعطاف بیشتر دعوت می کنند.

مشکل این نوع روش حل اختلاف الزامی نبودن آن است و بسا که شخص ثالث در حل اختلاف موفق نباشد. گذشته از این، تصمیم اتخاذ شده به این نحو، ضمانت اجرائی ندارد و طرفین تنها در صورت تمایل می توانند از آن تمکین کنند. بعلاوه، یافتن شخصی که برای رفع اختلاف وارد قضیه شود نیز دشوار است. بنابراین، بهتر است چنین شخصی حین انعقاد قرارداد مشخص شود تا بعداً در انتخاب او مشکلی پیش نیاید.

در بعضی از قراردادها موضوع حل اختلاف به قواعد سازشی که توسط مؤسسات مختلف تهیه و تنظیم شده است، ارجاع می شود. برای مثال، اتاق تجارت بین المللی (ICC) در این خصوص قواعدی را تنظیم کرده است که در صورت ارجاع حل اختلاف به آن، قواعد مذکور بر حل اختلاف قراردادی حاکمیت خواهد یافت.

سازمان دیگری که اقدام به تشکیل مرجع حل اختلاف از طریق مسالمت آمیز کرده است، مرکز بین المللی حل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری^{۹۳} است که بیشتر در رابطه با «J.V.» به حل اختلاف می پردازد.

دوم. داوری : (Arbitration)

گاه اتفاق می افتد که با وجود مآل‌اندیشیهای لازم برای

جلوگیری از بروز اختلاف، شرایطی پدید می‌آید که منافع طرفین با یکدیگر برخورد پیدا می‌کند و قرارداد مورد تهدید جدی قرار می‌گیرد، بطوریکه یکی از طرفین مشارکت مجبور به طرح دعوی علیه دیگری می‌شود. در موارد متعدد، قراردادهای «J.V.»، حل اختلاف را به داوری ارجاع داده‌اند چنان‌که امروزه داوری تقریباً به عنوان بهترین روش حل اختلاف شناخته شده است.

داوری در سالهای اخیر در سطح بین‌المللی کاربرد فراوانی یافته است^{۹۴}، تا جائی که بندرت قراردادی می‌توان یافت که داوری را به عنوان روش حل اختلاف پیش‌بینی نکرده باشد. علل ارجحیت یافتن داوری در تجارت بین‌المللی بدین شرح احصاء شده است: سرعت بیشتر و مخارج کمتر، شایستگی فنی بیشتر داورها، سری بودن تشریفات، اطمینان نسبی به بیطرفى داورها در مقایسه با وجود بیطرفى و استقلال قضائی در برخی از کشورها.

البته، باید توجه داشت که در سالهای اخیر ویژگی سرعت و پائین بودن مخارج، به علت کثرت دعاوی مرجعه و توسعه داوری، مورد تردید قرار گرفته است. با وجود این، داوری به لحاظ انعطاف‌پذیری بیشتر و داشتن ضمانت اجرای مناسب، با طبیعت «J.V.» سازگارتر است ضمن اینکه سری بودن تشریفات داوری، مقبولیت بیشتری به آن می‌بخشد. همچنین، در صورت متفاوت بودن ملیت طرفین مشارکت، داوری بهتر از سیستم قضائی کشورها که اغلب عاجز از درک مقاهیم حقوقی ملل دیگر هستند، عمل خواهد کرد.

حال، باید دید ارجاع مواردی از اختلاف به داوری که اصولاً در صلاحیت محاکم قضائی قرار می‌گیرد تا چه حد ممکن است با نظم عمومی برخورد پیدا کند.

94. PH. FOUCARD: *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1975, p. 1; B. OPPETIT: *Arbitrage et contrats d'Etat*, Clunet p. 37, 1984; CH. MARMOL: *Redaction d'une clause d'arbitrage et choix d'arbitres compétents*, D.P.C.I., Juin 1977, T3 No.3, p.277.

همچنین رک.: رساله دکترای نگارنده، صص ۱۸۴ به بعد

در سیستم کامن لا صلاحیت دادگاهها نسبت به هر نوع اختلاف میان افراد مسلم شناخته شده بود و طرفین قرارداد نمی‌توانستند بر ارجاع اختلافات آئی خویش به مرجع دیگری موافقت نمایند. همین اصل در حقوق عمومی کشورهای حقوق نوشته نیز حاکمیت داشته و ارجاع اختلاف به داوری مخالف نظم عمومی، و تصمیمات متّخذه بر مبنای آن، فاقد ارزش حقوقی و قدرت اجرائی بوده است.^{۹۵} در حال حاضر شرط ارجاع اختلاف به داوری، به ویژه در امور تجاری، در اغلب کشورها پذیرفته شده است.^{۹۶}

در کشورهای مختلف، یا حداقل در کشورهایی که تجارت توسعه یافته‌ای دارند، نوعی سازمان داوری وجود دارد که به اختلافات تجاری رسیدگی می‌کند. همچنین، در بسیاری از کشورها، ارجاع اختلاف به اتفاق تجارت بین‌المللی که مقر آن در پاریس می‌باشد عادی تلقی شده و این سازمان نیز تشکیلات کافی برای رسیدگی به هر گونه اختلاف تجاری را دارد.

در حقوق امریکا روش ساده‌تری از داوری برای حل اختلاف معمول شده و آن عبارت است از ارجاع قضیه به شورائی مرکب از مدیر یا مدیران طرفین مشارکت که حتی می‌تواند با دعوت از شخص ثالث مورد قبول همه تشکیل یابد و مبادرت به اتخاذ تصمیم نماید. بدیهی است موقّفیت این روش بستگی تام به وسعت، اهمیت و طبیعت مسئله مورد اختلاف دارد.

حقوق قابل اجرا

به لحاظ اهمیت خاص قانون حاکم بر قراردادهای «J.V.»،

95. Art 2061 nouveau du code civil, la loi du 5 juillet 1972.

96. Cass civ 2 mai 1966; Rev. crit. dr. int. pr., 1967 p.553 note Goldman; J.D.I.1966 note Level; D 1966, p. 575 note J.Robert; L.Art 9 de la loi du 19 Aout 1986.

طرح بحث حقوق قابل اجرا ضروری به نظر می‌رسد. دلیل این امر وجود قراردادهایی است که امکان دارد طرفین آن دولت یا دولتها باشند که، در این صورت، قواعد خاص حقوق بین‌الملل در مورد آن به اجرا گذارده خواهد شد.

اجرای قواعد بین‌المللی مسلمًّا در مواردی که طرفین قرارداد «J.V.» دولتها هستند ایجاد مشکل نخواهد کرد؛ ولی می‌دانیم که این فرض یکی از فروضی است که در مورد طرفین قرارداد «J.V.» وجود دارد، و در نتیجه، قواعد حقوق بین‌الملل کافی برای حل تمام مشکلات ناشی از حقوق قابل اجرا نخواهد بود.

ممکن است طرفین قرارداد اشخاص حقیقی و یا حقوقی کشورهای متفاوت باشند، که در این صورت، می‌بایست به قواعد حل تعارض توسل جست. اعمال قانون کشور محل اجرای طرح مسلمًّا مزایائی دارد، ولی طرفین قرارداد «J.V.» همواره می‌خواهند برابری خویش را در قرارداد حفظ کنند. بنابراین، طرف خارجی بسادگی قوانین کشور محل اجرای طرح را که متضمن امتیازاتی برای شریک محلی است، نخواهد پذیرفت.

برای اجتناب از اینگونه بروخوردها در قراردادهای «J.V.» راه حل‌های متفاوتی پیش‌بینی می‌شود. در ایالات متحده امریکا گاه قانون قابل اجرا را قانون محل اقامت شریک متخلّف ذکر می‌کنند. راه حل دیگر، انتخاب قانون کشور یک طرف در محاکم طرف دیگر و بر عکس می‌باشد که در بعضی از قراردادهای «J.V.» دیده شده است. این روش، مشکلات دیگری را به دنبال دارد و آن عدم شناخت کافی از قانون خارجی برای قضات کشور محلی است. همچنین، در مواردی که یکی از طرفین قرارداد تبعه کشورهای در حال توسعه باشد، مشکل دیگری مطرح می‌شود و آن عدم سازگاری یا کافی نبودن قوانین محلی

در حد جوابگوئی به نیازهای موجود به منظور رفع اختلافات است.^{۹۷} در مواردی برای حل اختلاف به حقوق مافوق ملی «Lex Mercatoria»^{۹۸} استناد می شود. در این زمینه، در حال توسعه است. در «Internationalis» به موازات رشد روابط تجاری، در حال توسعه است. در واقع، می توان گفت توسعه حقوق مافوق ملی مدیون خواست طرفین قرارداد بین المللی است که می خواهند برابری خود را در قرارداد حفظ کنند. گذشته از این، گروههای تجاری مافوق ملی وجود دارند که در شبکه های تجاری وسیع، با تشکیل دادگاههای داوری و تدوین آئین دادرسی مخصوص به فعالیت پرداخته اند و هدف آنان اجرای حقوق مافوق ملی، فرار از کنترل نظامهای حقوق ملی و حفظ برابری در روابط تجاری بین طرفین قرارداد است.

در نهایت، به نفع طرفین قرارداد مشارکت است که در قرارداد اصولی، مثل سایر قراردادها، به قانون قابل اجرا و محکمه صالح تصریح نمایند. این امر موجب احتراز از قواعد پیچیده حقوق بین الملل خصوصی در مورد تعارض قوانین می گردد.

نتیجه ●

از ابتدای نگارش این مقاله مکرراً به ابهام «J.V.» تصریح و اشاره کرده ایم. به این لحاظ، اگر مراد از مطالعه هر موضوع دادن تعریف مشخص و ترسیم خصوصیات عمومی و همه پسند باشد، در پایان کار باید اذعان به یأس و نامیدی کرد. با وجود این، با تأکید بر ابهام

۹۷ برای مطالعه بیشتر راک: داوری مربوط به ARAMCO در:

Rev. Crit. int. Privé, 1963 p. 272.

98. B. GOLDMAN: La Lex mercatoria dans les contrats et arbitrage internationaux, Clunet, 1979, p. 475; Une Bataille Judiciaire Autour de La Lex mercatoria, L'affaire international, J.D.I., 1983, p.447.

«J.V» و ارائه دلایل علمی بر واقعیت این ابهام، نگارنده به نوعی اقناع علمی رسیده است که انتظار انتقال آن را به خواننده دارد. زیرا ما معتقدیم که فتح هر بابی اجباراً به نتیجه مثبت و مطلوب منتهی نمی شود و نتیجه نامطلوب و منفی ولی علمی، ارزش کمتری از نتیجه خلاف آن ندارد.

حال، این سؤال مطرح می شود که چرا از زمانی که یک تکنیک حقوقی با این کاربرد وسیع ملی و بین المللی تأسیس گردیده اقدام به تعریف قانونی آن نشده است؟ جواب این سؤال، بر حسب نظامهای حقوقی، متفاوت است.

در نظام حقوقی کامن لا عدم وجود تعریف قانونی برای وضعیهای مشابه وضعیت «J.V» امری عادی است، و بنابراین، حتی در ایالات متحده امریکا که «J.V» نزدیک به یک قرن سابقه دارد، عدم وجود تعریف قانونی ایجاد تعجب نمی کند.

در نظام حقوقی رُم-ژرمانیک (Romano-Germanique) که این اصطلاح را از حقوق امریکا گرفته اند، «J.V» بر وضعیت حقوقی مشخص، قابل انطباق نبوده و انعطاف پذیری آن همیشه مانع دخالت مستقیم قانونگذار شده است. با وجود این، سعی شده تا موارد قابل انطباق نسبی با «J.V» به صورت قانون درآید. مثلاً در فرانسه موضع قانونگذاری قرار گرفته است.

بعد از بررسی ابهام «J.V» سعی کرده ایم تا با مطالعه دقیق و همه جانبه نشان دهیم که در شرایط فعلی، این تأسیس حقوقی در اغلب کشورها با خصوصیات مشابه بکار گرفته می شود. «J.V» در تمام کشورها طبیعت قراردادی بخود گرفته است و در همه جا خصوصیات آن

99. Y. GUYOU et G. COQUEREAU: Le groupement d'intérêt économique, Dalloz, 1969; CONS. Y. J. BURST: Groupement d'intérêt économique ou société, le problème du choix, J.C.P., 1969, I 2257.

عبارتند از: انعقاد قرارداد، به اشتراك گذاشتن وسائل کار و خطرات، محدودیت موضوع، کنترل برابر طرفین بر اجرای طرح، و تقسیم منفعت.

در خصوص تقسیم منفعت، یادآوری این مطلب ضروری است که منفعت ناشی از «J.V.» مفهوم وسیع کلمه را در بر می‌گیرد و باید به ویژه ارجحیتهای اقتصادی را مدنظر داشت. با بکارگرفتن این مفهوم وسیع منفعت، شرکت مجری طرح خواهد توانست شرکتی باشد که دوران حیات زیانباری دارد و در عین حال متضمن منفعت اقتصادی است. به همین ترتیب، منفعتی که عاید هر یک از طرفین قرارداد «J.V.» می‌شود می‌تواند بمنفعت طرف دیگر، طبیعت کاملاً متضادی داشته باشد.

دستیابی به تکنولوژی جدید، ورود به بازار تازه و ارجحیتهای مالیاتی منافعی هستند که در اغلب موارد مورد توجه یکی از طرفین قرارداد قرار می‌گیرند.

تذکر دهیم که نظم اقتصادی دنیا به گونه‌ای است که اجباراً تمامی کشورها در آن مشارکت دارند. تکنولوژی مدرن، مواد اولیه و نیروی انسانی کارآمد که عوامل عمده پیشرفت اقتصادی هستند به طور نابرابر در سطح دنیا پراکنده‌اند و تنها تأسیس حقوقی که می‌تواند با حفظ منافع دارندگان این عناصر، انجام طرح اقتصادی را ممکن سازد، «J.V.» است.

بنابراین، نیاز نظم اقتصادی دنیا به «J.V.» و کاربرد روزمره آن در محافل حقوقی و اقتصادی، نوید آینده روشن تری را برای آن می‌دهد که با مرور زمان وضع مشخص تری بخود می‌گیرد و به این ترتیب، قسمتی از ابهام که منتسب به تازگی موضوع است، برطرف خواهد شد.

دکتر علی فتحی پور



ضمانت
در معاملات بین المللی



۱

کلیات

الف. تعریف ضمانت

ماده ۶۸۴ قانون مدنی ایران در تعریف ضمانت مقرر داشته است: «عقد ضمانت، عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمة دیگری است به عهده می‌گیرد...».

به موجب تعریف فوق به محض تحقق یافتن ضمانت، آنچه در ذمه مدیون است در ذمه شخص دیگر که ضامن است قرار می‌گیرد و مدیون از دین خود بری می‌شود؛ یعنی بستانکار نمی‌تواند برای مطالبه طلب خود به او مراجعه کند.

تعریفی که در قانون مدنی ایران از ضمانت بعمل آمده بر طبق نظر مشهور علمای عالیقدر شیعه است. بسیاری از علمای عامه ضمان را موجب ضم یعنی ضمیمه و پیوست شدن ذمة مدیون به ذمة شخص دیگر می‌دانند. «امام مالک بر آن است که طلبکار نمی‌تواند طلب خود را از ضامن بخواهد مگر در صورتی که مطالبه از مضمون^۱ عنه در اثر غایب بودن یا افلas و یا انکارش متعدد شود. امام شافعی و بقیه فقهای عامه می‌گویند طلبکار می‌تواند از هر یک از ضامن و مضمون^۲ له که بخواهد طلب خود را مطالبه کند.»^۳

قبول هر یک از دو نظر فوق ماهیت ضمانت را به گونه‌ای خاص معرفی می‌کند و آثاری که بر آنها مترب می‌شود متفاوت است. در حقوق ایران هر دو نظر مورد توجه قرار گرفته است، به این معنی که در قانون مدنی ماهیت ضمانت را نقل ذمه به ذمه و در سایر قوانین ضم ذمه به ذمه دانسته‌اند. بحث در زمینه ماهیت ضمانت از نظر حقوق ایران در بخش‌های بعدی این مقاله از نظر خواهد گذشت.

ب. طرفهای ضمانت

در ضمانت، سه شخص (سه طرف) مشارکت دارند:

- اول. شخصی که تعهد یا دینی بر عهده اوست و از او در مقابل شخص دیگری ضمانت می‌شود. چنین شخصی «مضمون^۴ عنه» یا درخواست کننده ضمانت نامیده می‌شود.^۵
- دوم. شخصی که آن دین یا تعهد را بر عهده می‌گیرد، که در اصطلاح به چنین شخصی «ضمامن» می‌گویند.^۶

۱. دکتر امامی: حقوق مدنی، چاپ دانشگاه تهران، ج ۲، ص ۲۵۲.

۲. در مقررات متعدد الشکل ضمانتنامه ها مضمون^۷ عنه، «اصیل» (principle) نامیده می‌شود.

۳. در مقررات متعدد الشکل ضمانتنامه، شخص ضمانت کننده «guarantor» خوانده شده است.

سوم. شخصی که تعهد ضامن به نفع او انجام می‌گیرد، که چنین شخصی اصطلاحاً «مضمون له» نامیده می‌شود.^۴ جملات اخیر ماده ۶۸۴ قانون مدنی طرفهای ضمانت را به شرح زیر بیان نموده است:

«... متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می‌گویند.»

ج. کاربرد ضمانت در معاملات بین المللی

معمولأ برای اجرای پروژه‌های عمرانی از قبیل سدسازی، راه‌سازی، تأسیس کارخانه‌ها، ساختمان‌پلهای، ایجاد مجتمعهای مسکونی و کارهای بزرگ دیگر از این قبیل، از شرکتهای بزرگ و صلاحیتداری که قابلیت آنها در داخل کشور یا در سطح بین‌المللی شناسائی شده است، دعوت بعمل می‌آید تا بهترین شرایط را، چه از نظر کیفیت کار و چه از حیث قیمت و مدت اجرا، عرضه نمایند. این عمل اصطلاحاً «مناقصه»^۵ نامیده می‌شود.^۶

به منظور آنکه شرکت کننده در مناقصه به پیشنهاد خود پای بند باشد، از او درخواست می‌شود که به پیشنهاد خود ضمان‌نامه‌ای را که «ضمان‌نامه شرکت در مناقصه»^۷ نامیده می‌شود، ضمیمه نماید. ضمان‌نامه شرکت در مناقصه، معادل جزئی از قیمت مورد پیشنهاد (فی المثل پنج

۴. در مقررات فوق الذکر شخص ذینفع «beneficiary» نامیده شده است.

۵. bid یا tender

۶. برطبق آئیننامه معاملات دولتی، مقرراتی که در رابطه با مناقصه وجود دارد نسبت به مزایده نیز قابل اعمال است. از این‌رو در این مقاله، هرجا که از مناقصه نام برده می‌شود منظور مزایده نیز خواهد بود.

۷. Bid Bond یا Bid Guarantee .

درصد^۸) آن است که در شرایط مناقصه مشخص می‌گردد.

هرگاه پیشنهاد شرکت کننده در مناقصه مورد قبول اعلام کننده مناقصه (کارفرما) واقع شد ولی شرکت کننده در مناقصه حاضر به انعقاد قرار داد جهت اجرای کار نگردید، ضمانتنامه شرکت در مناقصه به زیان او و به نفع کارفرما ضبط خواهد شد.

بطوریکه ملاحظه می‌شود، ضمانتنامه شرکت در مناقصه، همواره قبل از انعقاد قرارداد اجرای پروژه و به منظور حصول اطمینان از تمکین پیشنهاد دهنده به امضای قراردادی اخذ می‌شود که خود برای امضای آن داوطلب شده و با پذیرش شرایط آن حاضر به شرکت در مناقصه و ارائه پیشنهاد گردیده است.

با امضای قرارداد اجرای کار، فصل جدیدی در روابط بین کارفرما و امضا کننده قرارداد — که از این پس در این مقاله به طور اعم «پیمانکار» نامیده می‌شود — بوجود می‌آید. قبل از این مرحله، نگرانی کارفرما، عدم تمکین شرکت کننده در مناقصه نسبت به امضای قرارداد بوده ولی از این پس، بیم کارفرما از آن است که پیمانکار تعهدات خود را به کیفیت مطلوب انجام ندهد یا اجرای کار را به صورت ناقص و ناتمام رها کند. به همین منظور، از امضا کننده قرارداد خواسته می‌شود ضمانتنامه‌ای را که مبلغ آن معمولاً پنج تا ده درصد^۹ مبلغ قرارداد است تسلیم کارفرما کند و تا زمانی که چنین ضمانتنامه‌ای تسلیم نشود قرارداد لازم الاجراء تلقی نمی‌گردد. این ضمانتنامه را اصطلاحاً «ضمانتنامه حسن انجام معامله»^{۱۰} یا حسن اجرای کار یا به عبارتهای دیگری که مفاهیم مشابهی دارد می‌نامند.

هدف از اخذ ضمانتنامه حسن اجرای کار این است که تأمین

۸. بند ۴ ماده ۱۱ آئیننامه معاملات دولتی مقرر داشته است:

«میزان سپرده شرکت در مناقصه، با توجه به موضوع و خصوصیات معامله، نباید از پنج درصد مبلغ برآورده معامله کمتر باشد...»

۹. بند ۵ ماده ۱۱ آئیننامه معاملات دولتی.

Good Performance Bond یا Performance Guarantee ۱۰.

مناسبی برای کارفرما فراهم گردد تا هرگاه پیمانکار خواهد یا نتواند تعهدات خود را بر طبق قرارداد انجام دهد، کارفرما برای یافتن فرصت در مورد اتخاذ تدابیر اولیه از آن استفاده کند یا قسمتی از خسارات واردہ برخود را از محل آن جبران نماید.

به علت حجم بزرگ پروژه‌ها و درجهٔ مساعدة به پیمانکاران و تشویق آنان به ارائه شرایط مناسب‌تر، معمولاً به آنان اجازه داده می‌شود که جزئی از مبلغ قرارداد را قبل از آنکه هیچ کاری انجام دهنده، یا پس از تجهیز مقدماتی کارگاه، از کارفرما نقداً دریافت دارند و پس از اجرای کار و یافتن استحقاق نسبت به مبالغی از بهای قرارداد، وجهی را که به عنوان پیش‌پرداخت دریافت کرده‌اند، طی اقساط معینی، به کارفرما باز پس دهند. پیش‌پرداخت مذکور همواره در مقابل اخذ نوعی تأمین از پیمانکار به او داده می‌شود که ممکن است ضمانتنامه معتبری از بانک یا مؤسسه اعتباری مورد قبول کارفرما باشد. به چنین ضمانتنامه‌ای «ضمانتنامه پیش‌پرداخت»^{۱۱} می‌گویند.

بر طبق بند ۳ ماده ۱۱ آئیننامه معاملات دولتی مصوب ۱۳۴۹: «میزان پیش‌پرداخت نباید از بیست و پنج درصد مبلغ معامله تجاوز کند و منحصرآ در مقابل ضمانتنامه بانکی پرداخت خواهد شد».

فرق اصلی و عمده‌ انواع ضمانتنامه‌های فوق، هدف از صدور آنها و در نتیجه موعد و نحوه آزاد شدن آنها است. هدف از ضمانتنامه شرکت در مناقصه حصول اطمینان از تمکین شرکت کننده به امضای قرارداد است و موعد آزاد شدن آن کم و بیش مقارن امضای قرارداد اجرای کار بوسیله برنده مناقصه است. ضمانت استرداد پیش‌پرداخت به منظور حصول اطمینان از باز‌پرداخت وجهی است که به عنوان پیش‌پرداخت به پیمانکار داده شده و هنگام آزاد شدن هر جزء از آن تاریخی است که معادل آن جزء بوسیله پیمانکار به کارفرما باز پس داده شده است. غرض از ضمانت حسن اجرای

11. Advance Payment Guarantee

کار، اجرای مطلوب کار— چه از نظر کیفیت و چه از حیث کمیت— و رعایت برنامه زمانی آن است.

تسلیم انواع دیگری از ضمانتنامه نیز ممکن است از پیمانکاران خواسته شود از قبیل «ضمانتنامه در مقابل آزاد کردن کسور»^{۱۲} و «ضمانتنامه دوره نگهداری»^{۱۳} که نوعاً از قبیل ضمانتنامه‌های حسن اجرای کار یا حسن اجرای تعهدات تلقی می‌گردند.

ضمانتنامه‌های شرکت در مناقصه، حسن انجام معامله و استرداد پیش‌پرداخت برای پروژه‌های بین‌المللی جنبه مهمی از عرف تجارت جهانی را تشکیل می‌دهند. اطاق بازرگانی بین‌المللی، ضمن همکاری با سازمانهای بازرگانی بین‌المللی و منطقه‌ای علاوه‌مند، بخصوص با همکاری کمیسیون سازمان ملل درباره قانون تجارت (آنستیوال)^{۱۴}، مجموعه‌ای تحت عنوان «مقررات متحده‌الشكل برای ضمانت قراردادها»^{۱۵} — که در این مقاله «مقررات متحده‌الشكل ضمانتنامه‌ها» خوانده شده — تدوین نموده است. بطوریکه گفته شده هدف از تدوین مقررات متحده‌الشكل ضمانتنامه‌ها، دست یافتن به توازن عادلانه‌ای میان منافع قانونی طرفهای معامله یعنی ذینفع ضمانتنامه (ضممون^له)، اصلی یا ضمانت دهنده (ضممون^عنه) و ضمانت کننده (ضامن) است. این مقررات به صورت نشریه شماره ۳۲۵ اطاق بازرگانی بین‌المللی انتشار یافته است.

د. نقش بانکها در صدور ضمانتنامه

نظر به اینکه هدف از ضمانت، تأمین اطمینان خاطر ضممون^له است، ضمانت کننده باید دارای اعتبار کافی باشد به نحوی که بتواند اعتماد ضممون^له را از هر حیث جلب کنند. از دیرباز افراد ثروتمند و

12. Guarantee for Release of Retentions

13. Guarantee for Maintenance Period

14. UNCITRAL

15. Uniform Rules for Contract Guarantees

متمکن می‌توانسته‌اند جلب اعتماد نمایند و عهده‌دار ضمانتها گردند. امروزه که از طرفی معاملات عمده در دست دولتها یا شرکتها و مؤسسات بزرگ بخش خصوصی قرارداد و برآورده شدن نیاز ضمانت آنان بوسیله اشخاص حقیقی امکان‌پذیر نیست، و از طرف دیگر، مؤسسات مالی و اعتباری عمدہ‌ای که فرد اکمل آنها بانکها هستند بوجود آمده‌اند، صدور ضمانتنامه‌ها به اینگونه مؤسسات محول شده است.

در بعضی از کشورها، مثل ایالات متحده امریکا و ژاپن، بانکها قانوناً از صدور ضمانتنامه منع شده‌اند. در ایالات متحده امریکا ضمانتنامه‌هایی که بانکها صادر می‌کنند در حکم اعطای وام تلقی می‌شود و به حجم وام‌های اعطایی بوسیله آنها اضافه می‌گردد. بانکهای اروپائی، اعم از اروپای شرقی یا غربی، ضمانتنامه‌هایی را به صورت ضمانتنامه شرکت در مناقصه، پیش‌پرداخت و حسن انجام کار صادر می‌کنند. در ایالات متحده، اینگونه ضمانتنامه‌ها را به صورت اعتبارات استنادی صادر می‌کنند. استناد موضوع این اعتبارات معمولاً اخطار یا اعلامیه ساده‌ای است مبنی بر اینکه درخواست کننده گشايش اعتبار استنادی، تعهد قراردادی خود را ایفا نکرده است. اینگونه اعتبارات استنادی را — که بعداً در این مقاله بیشتر درباره آنها توضیح داده خواهد شد — اعتبار استنادی احتیاطی یا تضمینی نامیده‌اند.



اختلاف ضمانت

با انواع دیگر تأمین در معاملات

در مواردی که اعتبار یکی از طرفین معامله برای طرف دیگر محرز نباشد، و به ویژه در معاملات دولتی یا معاملاتی که یکی از طرفین آن مانند دولت دارای اعتباری مسلم است، معمولاً از طرف معامله که اعتبار او محرز یا قابل اعتماد نیست خواسته می شود تأمینی برای حسن اجرای تعهدات خود بسپارد.

انواعی از تأمین که ارائه آنها در معاملات قابل تصور می باشد

به شرح زیر است:

— سپردهٔ نقدی^{۱۶}

— کسور نقدی وجه الصمان^{۱۷}

— سند وثیقه^{۱۸}

— اوراق قرضه دولتی^{۱۹}

— اسناد خزانه^{۲۰}

— ضمانتنامه بانکی^{۲۱}

بند ۶ ماده ۷ آئیننامه معاملات دولتی، یکی از نکاتی را که در آگهی مناقصه باید ذکر شود، میزان سپردهٔ شرکت در مناقصه تعیین نموده و

16. Cash Deposit

17. Cash Guarantee Retention

18. Surety Bond

19. Government Bonds

20. Treasury Bonds

21. Bank Guarantee

مقرر داشته که لازم است به طور مقطوع و به صورت نقدی، به حساب سپرده دستگاه مناقصه گذار در بانک تحویل گردد. بند ۵ ماده ۱۱ آئیننامه مذکور نیز در رابطه با تضمین حسن انجام معامله مقرر داشته است که باید به صورت نقد به حساب سپرده بانکی دستگاه مناقصه گذار تحویل شود.

کسور نقدی وجه الصیمان، در بند ۵ ماده ۱۱ آئیننامه مذکور پیش بینی شده است:

«... در مورد معاملات ساختمنی، و باربری، علاوه بر پنج درصد مذکور [تضمين حسن انجام معامله]، دستگاه مناقصه گذار باید از هر پرداخت معادل ده درصد کسر و به حساب تضمین حسن انجام معامله منظور کند.»

منظور از سند وثیقه، ترتیبی است که به جای ضمانتنامه یا در عرض آن، در بعضی از کشورها متداول و معمول است و بعداً در این مقاله نسبت به آن توضیح بیشتری داده خواهد شد.

ماده ۴ آئیننامه معاملات دولتی، دریافت اوراق قرضه دولتی، اسناد خزانه و ضمانتنامه بانکی را به عنوان سپرده شرکت در مناقصه یا مزایده و یا تضمین حسن انجام معامله، بلامانع دانسته است.

برای حسن اجرای تعهداتی غیر از معاملات، ممکن است انواع دیگری از تأمین، از قبیل اخذ کفیل، تنظیم و امضای سند تعهدنامه رسمی و یا اخذ وثیقه ملکی را نیز تصور کرد؛ ولی این ترتیبات، روش‌های متداول و معمول اخذ تأمین در معاملات محسوب نمی‌گردد.

در تعبیرات حقوقی بین المللی، موافقتنامه هائی که به موجب آنها شخص ثالثی دین یا تعهد دیگری را به عهده می‌گیرد، یا به صورت ضمانت^{۲۲} است و یا به صورت تضمین جبران خسارات^{۲۳} که، در عمل، مفاهیم آنها با

22. guaranty

23. indemnity

مفهوم ضمانت در حقوق کشور ما متفاوت به نظر می‌رسد. در ضمانت، ضامن با مضمون‌عنه موافقت می‌کند که جوابگوی تعهدات مضمون‌له در مقابل مضمون‌عنه باشد. در تضمین جبران خسارت، شخص ثالث که در حکم ضامن است، عهده‌دار می‌شود که هرگونه مسئولیت یا خسارت ناشی از معامله را در رابطه با قصور یا تقسیر متعهد در اجرای تعهدات خود به عهده بگیرد. در تضمین جبران خسارت، تعهد شخص ثالث، اصلی و مستقل است و به محض حدوث تقسیر متعهد، تحقق می‌یابد. تضمین جبران خسارت معمولاً یا در رابطه با زیان است و یا در ارتباط با مسئولیت. هرگاه تضمین جبران خسارت در رابطه با زیان باشد شخص ثالث، تنها در صورت حدوث زیان یا خسارت واقعی، مسئولیت پیدا می‌کند؛ اما هرگاه تضمین جبران خسارت در رابطه با مسئولیت باشد، به محض تحقق مسئولیت، می‌توان از شخص ثالث مطالبه خسارت کرد صرف نظر از آنکه خسارتی واقع شده باشد یا خیر. تضمین جبران خسارت را در موارد قرض، وشیقه یا رهن مورد استفاده قرار می‌دهند.^{۲۴}



صور مختلف ضمانت

ضمانت را می‌توان از جهت چگونگی وسعت دامنه آن بر سه گونه به شرح زیر تقسیم کرد:

- مشروط یا مطلق بودن

24. Digest of Commercial Laws of the World, George Kohlik, Jur. Dr., National Association of Credit Management Published by Oceana Publications Inc. 1971.

— محدود یا غیر محدود بودن

— عام یا خاص بودن

ضمانت مطلق، ضمانتی است که مقید به هیچ شرطی نباشد. مثال این نوع ضمانت، ضمانتی است که به موجب آن به محض سرزید تاریخ معین و امتناع مضمون^{۲۵} له از پرداخت، مسئولیت ضامن تحقق پیدا می‌کند. هرگاه مسئولیتی که به موجب ضمانت ایجاد می‌شود محدود به مدت معینی باشد ضمانت محدود است و در غیر این صورت نامحدود.

گاه نیز ممکن است ضمانت به بیش از یک معامله مربوط باشد، که در این صورت، ضمانت عام است؛ ولی هرگاه ضمانت به یک معامله خاص ارتباط داشته باشد، ضمانت خاص است.

استادی که در معاملات بین المللی به جای ضمانتنامه بکار می‌روند

نظر به پاره‌ای ملاحظات و به ویژه مقررات خاص کشورهای مختلف در رابطه با ماهیت ضمانت، صدور ضمانتنامه در همه مکانها به یک صورت نیست. استادی که به جای ضمانتنامه در روابط تجاری و معاملاتی بین المللی بکار می‌روند عمدتاً عبارتند از:

— سند وثیقه^{۲۶}

— اعتبار استادی احتیاطی یا تضمینی^{۲۷}

— اعتبار استادی متقابل^{۲۸}

ذیلاً، به طور اختصار، به شرح هر یک از استاد فوق می‌پردازد:

الف. سند وثیقه

در ایالات متحده امریکا، برای حصول اطمینان خاطر از حسن

25. Surety Bond

26. Stand - By Letter of Credit

27. Back to Back L/C

اجرای تعهدات پیمانکاران و اعتماد یافتن به اتمام رضایت‌بخش کارهای ساختمانی، گاه از پیمانکاران سند وثیقه گرفته می‌شود. صادر کنندگان سند وثیقه مؤسسات بیمه و مؤسسات اعتباری خاصی غیر از بانکها هستند و اتحادیه‌ای به نام خود دارند.^{۲۸} صادر کنندگان سند وثیقه، معمولاً علاوه بر صلاحیت مالی، به صلاحیت فتی پیمانکاری که از آنان درخواست صدور سند وثیقه نموده به صورت حرفه‌ای و با رعایت اینکه خود در نتیجه حاصله از کار ذینفع است و اگر خطری ایجاد شود به طور عمده متوجه خود او نیز خواهد بود، رسیدگی می‌نمایند و در مقابل کارفرما و به نفع او تعهد می‌کنند که هرگاه پیمانکار قصور کند، یا شخصاً موجبات اجرای تعهدات پیمانکار را فراهم آورند و یا مبلغ تعیین شده در سند وثیقه را به کارفرما پردازنند.

کار چنین مؤسسه‌ای بیمه نیست بلکه تعهد ثانوی اجرای مفاد قراردادی است که برای حسن اجرای آن سند وثیقه را صادر می‌کند. چنین مؤسسه‌ای برای تشخیص صلاحیت پیمانکار عوامل وجهات گوناگونی اعم از نوع و حجم کار، معاينة محل کار، اطلاعات و تجارت فتی و وضع مالی او را مورد نظر قرار می‌دهد و با رعایت جمیع این جهات، سند وثیقه را صادر می‌کند. از نظر صلاحیت مالی درخواست کننده، معمولاً نه تنها وضع مالی جاری او، ترازنامه عملیات مالی سالانه و حساب سود و زیان وی مورد بررسی قرار می‌گیرد بلکه صادر کننده سند وثیقه، ضمن جریان عملیات ساختمانی، وضع مالی پیمانکار را نیز به صورت متناوب مورد رسیدگی قرار می‌دهد و این روش به صادر کنندگان سند وثیقه امکان می‌دهد قبل از آنکه وضع مالی پیمانکار به وحامت گراید آن را از سرچشمه اصلاح نمایند. همچنین مؤسسات صادر کننده سند وثیقه، تجارت پیمانکاران را بر مبنای کارهایی که سابقاً انجام داده‌اند، تشکیلات و سازمان پرسنلی، تجهیزات؛ پیمانکاران دست دوم طرف معامله و قرارداد با آنان، قابلیت انجام تعهدات در مقابل مؤسسات دولتی و امثال این امور ارزیابی می‌کنند و ازین بابت

به صورت بارزی بار مسؤولیت و هزینه تحقیقات مقدماتی را از دوش کارفرما بر می دارند یا لااقل آن را به نحو قابل توجهی سبک می سازند.

در اسناد وثیقه، برخلاف ضمانتنامه ها، شرط این نیست که اگر پیمانکار از اجرای قرارداد تخلف ورزد، مبلغ ضمانتنامه به نفع کارفرما ضبط شود بلکه شرط این است که اگر تخلف صورت گیرد، صادر کننده سند وثیقه یا رأساً کار موضوع قرارداد را بر طبق مفاد و شرایط آن به اتمام رساند و یا اتمام باقیمانده کار را بر طبق مفاد و شرایط قرارداد به مناقصه گذارد و پس از تعیین برنده مناقصه، موجبات امضای قراردادی را بین برنده مناقصه و کارفرما فراهم آورد و ما به التفاوت هزینه اتمام کار را (اگر باشد) پرداخت کند. امتیازاتی که برای سند وثیقه نسبت به ضمانتنامه شمرده شده است به طور خلاصه عبارتند از:

۱. پیمانکاران بیشتری را که واجد صلاحیت هستند تشویق

به شرکت در مناقصه خواهد کرد و در نتیجه ایجاد رقابت بیشتر، مبلغ پیشنهادی را کاهش خواهد داد. زیرا ضمانتنامه های بی قید و شرطی که معمولاً بوسیله کارفرما صدور آن درخواست می شود برای پیمانکاران بعضی از کشورهای صنعتی ناشناخته و احیاناً هراس انگیز است و بطوریکه قبل اشاره شد در بعضی از سیستمهای بانکی مثل ایالات متحده امریکا صدور ضمانتنامه نظیر اعطای وام است و این رو با نکها تمایلی نسبت به صدور آن ندارند.

۲. پیمانکاران را مواجه با مشکلاتی در مقابل پیمانکاران دست

دوم نمی سازد. زیرا هرگاه لازم باشد پیمانکاران دست دوم همان نوع ضمانتنامه بانکی مورد نظر کارفرما را به پیمانکار اصلی تسلیم نمایند، در حقیقت، همان مشکلی که برای پیمانکاران اصلی وجود دارد برای پیمانکاران دست دوم تکرار می شود.

۳. هزینه صدور سند وثیقه نسبت به هزینه صدور ضمانتنامه کمتر

است و از این رو مخارج پیمانکار تقلیل می یابد و در نتیجه پیشنهاد او با مبلغ کمتری ارائه می شود.

۴. پیش پرداخت که معمولاً برای تجهیز مالی پیمانکاران جهت شروع به کار مورد قرارداد است غالباً برای صدور ضمانتنامه بانکی به صورت وثیقه در اختیار بانکهای صادر کننده ضمانتنامه گذارده می‌شود و در نتیجه هدف اصلی که از پرداخت آن مورد نظر است حاصل نمی‌گردد.

۵. هدف طرفین در تنظیم سند وثیقه اجرای کار موضوع قرارداد است: نه تعیین خسارت مقطوع یا وجه التزام یا جریمه یا دریافت وجودی از این قبیل که مبلغ آنها هم معمولاً نظر کارفرما را تأمین نمی‌کند و هرگاه خسارتی وارد شود فقط جزئی از خسارت را جبران می‌سازد.

۶. سند وثیقه را، عیناً نظیر ضمانتنامه، برای شرکت در مناقصه، پیش پرداخت حسن اجرای تعهدات، آزاد ساختن کسور و تضمین دوره نگهداری می‌توان صادر کرد.

ب. اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی^{۲۹}

اعتبار اسنادی تضمینی، نوعی اعتبار اسنادی است که به موجب آن صادر کننده در مقابل ذینفع متعهد می‌شود مبلغی را که درخواست کننده گشایش اعتبار از دیگری به صورت پیش پرداخت دریافت داشته است پردازد و یا در ازای هرگونه قصور او از اجرای تعهدش یا از بابت هر نوع دین که درخواست کننده گشایش اعتبار آنرا بر عهده گرفته است در مقابل ذینفع جوابگو باشد.

اعتبار اسنادی تضمینی، نظیر اعتبار اسنادی معمولی، متضمن سه قرارداد متفاوت است: یکی قرارداد اصلی فیما بین درخواست کننده گشایش اعتبار (پیمانکار) و ذینفع (کارفرما)، دیگری قرارداد درخواست کننده گشایش اعتبار با بانکی که اعتبار را افتتاح می‌کند، و قرارداد سوم تعهد بانک صادر کننده اعتبار در مقابل ذینفع برطبق شرایطی است که در اعتبار اسنادی تعیین شده است. تفاوت اساسی بین اعتبار اسنادی معمولی

واعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی آن است که در اعتبار اسنادی معمولی به منظور پرداخت مبلغ موضوع اعتبار به ذینفع باید بوسیله ذینفع، اسنادی که مبین وجود کالای تجاری است واصطلاحاً به آنها اسناد حمل^{۳۰} می‌گویند به بانک تسلیم شود. این اسناد معمولاً عبارتند از سیاهه فروش، بارنامه، صورت صندوق بندی، گواهی مبدأ و اسناد دیگری که در ضمن اعتبار اسنادی به لزوم ارائه آنها تصریح شده باشد؛ در صورتی که در اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی، نوع سندی که باید تسلیم شود نشانگر قصور درخواست کننده گشایش اعتبار، از انجام تعهدات یا پرداختهایی است که باید بعمل آورد. در واقع، با آنکه اعتبار اسنادی احتیاطی نوعی اعتبار اسنادی است، در عمل، به جای نوعی ضمانتنامه از آن استفاده می‌شود. بطبق مقررات ایالات متحده امریکا فرض صادر کننده اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی بر این نیست که لزوماً مورد استفاده ذینفع قرارگیرد بلکه کلیه طرفهای یک اعتبار اسنادی احتیاطی، انتظار دارند که درخواست کننده گشایش اعتبار اسنادی، تعهدات قراردادی خود را به انجام برساند و یا بدھی خود را پردازد، بطور یکه استفاده از اعتبار اسنادی تضمینی یا احتیاطی ضرورتی پیدا نکند.

برای استفاده از وجه اعتبارنامه تضمینی، غالباً مقرر می‌شود که ذینفع باید برای عهده صادر کننده اعتبار اسنادی مذکور همراه با مدارکی حاکی از اینکه درخواست کننده گشایش اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی در اجرای تعهد خود، اعم از باز پرداخت پیش پرداخت یا انجام کار موضوع قرارداد اصلی، به وضع مطلوب اقدام نکرده است صادر نماید.علاوه بر این لازم است ذینفع، اظهار کتبی (بوسیله نامه یا تلکس) حاکی از اینکه درخواست کننده گشایش اعتبار از اجرای تعهد خود تخلف کرده است، به صادر کننده اعتبار اسنادی تضمینی تسلیم نماید.
ذینفع همواره می‌تواند اسنادی براساس شرایط مقرر در اعتبار

30. Shipping Documents

اسنادی احتیاطی یا تضمینی تهیه کند، زیرا تهیه اسناد در اختیار خود است؛ در حالی که در اعتبار اسنادی معمولی لازم است اسناد حمل را که صادر کنندگان اجزاء مختلف آنها اشخاص متفاقوی هستند برای دریافت وجه اعتبار اسنادی ابراز نمایند.

اعتبار اسنادی معمولی از جهت نقد شدن خود کفایی دارد

به این معنی که جز در مواردی که تقلباتی در کار باشد و اسناد حمل جعلی تسلیم شود، در کلیه موارد، اسناد حمل کالا ما بازاء وثیقه وجوهی است که صادر کننده اعتبار اسنادی در مقابل آنها وجهی را پرداخت کرده است. اگر درخواست کننده گشایش اعتبار اسنادی معمولی ورشکسته شود، صادر کننده اعتبار اسنادی می‌تواند با فروش کالائی که اسناد حمل آن را در اختیار خود دارد، وجوهی را که پرداخت کرده است وصول نماید؛ در حالی که در مورد اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی چنین وثیقه‌ای در اختیار صادرکننده اعتبار مذکور نیست.^{۳۱} لذا اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی، پس از اینکه وجه آن از طرف صادر کننده به ذینفع پرداخت شد، خود بخود قابلیت نقد شدن را ندارد؛ یعنی در مقابل آن مانند اعتبار اسنادی معمولی کالا یا اسناد جعلی وجود ندارد تا بتوان از محل آنها پرداختی را استيفاء کرد و چون ذینفع موقعی از اعتبار اسنادی تضمینی استفاده می‌کند که درخواست کننده گشایش اعتبار اسنادی مذکور، تعهدات قراردادی خود را انجام نداده باشد، بنابر این، صادر کننده اعتبار اسنادی تضمینی یا احتیاطی، باید وجه موضوع اعتبار را به ذینفع پردازد و پس از آن برای وصول وجوهی که پرداخت کرده است به درخواست کننده گشایش اعتبار اسنادی مذکور مراجعه کند؛ در حالی که در اعتبار اسنادی معمولی — بطوريکه توضیح داده شد — وضع بدین منوال نیست.

البته، با نکها اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی را برای مشتریان

۳۱. ریچارد دریس کول: «نقش اعتبارنامه‌های تضمینی در تجارت بین المللی»، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی، سال اول، ش ۱ زمستان ۶۳، صص ۱۳۲-۱۳۵.

معتبر خود صادر می‌کنند یا وثایق و پستوانه‌هایی را برای صدور آن از مشتریان دریافت می‌دارند تا در صورت وقوع چنین حوادثی دچار مخاطره عمده نگردد.

ج. اعتبار اسنادی متقابل^{۳۲}

اعتبار اسنادی متقابل، اعتباری است که در آن ذینفع یک اعتبار اسنادی، خود صادر کننده یک ضمانتنامه یا یک اعتبار اسنادی دیگر است.

نظر به اینکه مؤسسات مالی و اعتباری خارجی که اعتبار اسنادی تضمینی یا احتیاطی را صادر می‌کنند، برای کارفرمایان ایرانی معمولاً ناشناخته‌اند، در قراردادهایی که برای اجرای پروژه‌های بزرگ با پیمانکاران خارجی منعقد می‌گردد تصریح می‌شود که ضمانتنامه باید از یک بانک ایرانی و مطابق فرمی که مورد قبول کارفرما است تحصیل گردد. علت این تصریح آن است که قبل از انقلاب اسلامی اتفاق افتاده بود که بعضی از بانکها دچار ورشکستگی شده بودند و از این رو کارفرمایان ضمانتنامه هر بانکی را نمی‌پذیرفتند. بعلاوه، ضمانتنامه‌های بسیار قید و شرطی را که فرم آن مطابق استانداردهای اجرائی سازمان برنامه تعیین شده بود، بانکهای خارجی صادر نمی‌کردند. بانکهای ایرانی هم با کلیه پیمانکاران خارجی آشنایی و شناسائی نداشتند تا با خیال راحت برای آنان ضمانتنامه صادر کنند. پیمانکاران خارجی برای حل این مشکل از اعتبار اسنادی متقابل استفاده کردند. به این منظور، پیمانکار خارجی متعهد می‌شود تا از طریق گشايش اعتبار اسنادی احتیاطی که توسط یک بانک خارجی به نفع بانک ایرانی تضمین کننده مفتوح می‌گردد، به بانک ایرانی تضمین کننده ضمانت دهد. معمولاً بانک خارجی به موجب اعتبار اسنادی اخیر الذکر متعهد می‌گردد به مجرد آنکه بانک ایرانی تضمین کننده گواهی

حاکی از قصور پیمانکار خارجی را که نتیجتاً بانک ایرانی تضمین کننده را ملزم به پرداخت وجه ضمانتنامه می‌کند ارائه نمود، مبلغ اعتبار استنادی احتیاطی را که معادل وجه ضمانتنامه است به بانک ایرانی تضمین کننده پردازد. بانک ایرانی تضمین کننده پس از انجام چنین پرداختی حق خواهد داشت وجه پرداختی را با برداشت از اعتبار استنادی احتیاطی صادره از طرف بانک خارجی تأمین نماید. بانک خارجی نهايتأً می‌بايست برای وصول وجه به پیمانکار خارجی رجوع کند. در اعتبار استنادی متقابل، بانک ایرانی از طرفی ذینفع اعتبار استنادی است که بوسیله بانک خارجی به نفع او باز می‌شود، و از طرف دیگر، صادر کننده ضمانتنامه مطابق فرم مورد قبول کارفرما و منطبق با استانداردهای اجرائی سازمان برنامه در مقابل کارفرمای داخلی می‌گردد.



مقایسه ضمانت در حقوق ایران و مقررات متحده الشّکل بین المللی

الف. ماهیت ضمانت در حقوق ایران

در حقوق ایران، بحث از ضمانت، در قوانین مختلفی به میان آمده است که ماهیتاً با یکدیگر متفاوت اند. فصل دوم از باب دوم قانون مدنی ایران (مواد ۳۰۷ تا ۳۳۷) به بحث در «ضمان قهری» اختصاص دارد. ضمان قهری، ناشی از اموری از قبیل غصب و آتشه که در حکم غصب است، اتلاف، تسبیب و استیفاء است. این نوع ضمان، اساساً در این مقاله مورد توجه و بحث نیست.

نوع دیگر از ضمان، ضمان عقدی است که در قانون مدنی تحت عنوان «عقد ضمان» آمده و بطوریکه از منطق آن بر می آید ماهیتاً عقد تلقی شده و برای آن فصل خاصی تحت همین عنوان (فصل چهاردهم از باب سوم، از ماده ۶۸۴ تا ماده ۷۲۳) منظور گردیده است. ماده ۶۸۴ قانون مدنی با این عبارت عقد ضمان را تعریف کرده است:

«عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که برذمة دیگری است، به عهده بگیرد.»

از عبارت فوق بخوبی استنباط می شود که ماهیت ضمانت از نظر قانون مدنی ایران نقل ذمہ یکی از طرفهای عقد ضمان به ذمہ دیگری است. معهداً ماده ۶۹۸ قانون مذکور، در تبیین مفهوم فوق چنین مقرر داشته است:

«بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمہ مضمون^۱ عنہ بری و ذمہ ضامن به مضمون^۱ له مشغول می شود.»

به موجب مواد فوق، ضمانت، تعهدی اصلی و کاملاً مستقل از تعهدات مندرج در قرارداد اصلی اجرای کار تلقی می شود. در عقد ضمان، ضامن متعهد می شود که تعهدات مضمون^۱ عنہ را در مقابل مضمون^۱ له رأساً فراهم آورد.

گاهی ضامن به جای ایفای دین یا تعهد پرداخت وجه التزام تخلف از اجرای تعهد، خسارات واردہ بر مضمون^۱ عنہ را به عهده می گیرد که ممکن است خسارات مذکور از نوع خسارات نقدی (مقطوع) باشد. علی رغم مفاد ماده ۶۹۸ قانون مدنی، ضمانتهایی که غالباً بعمل می آید از نوع اخیر است؛ یعنی ضمن آنها ضامن تعهد می کند که اگر متعهد از اجرای تعهد تخلف کرد مبلغ معینی را به مضمون^۱ له پردازد، که این مبلغ باید همان خسارات نقدی (مقطوع) باشد.

در حقوق اسلام، این بحث به میان آمده است که ضمان مشتق از

«ضم» است یا از «ضمن»؟ کسانی که ضمان را مشتق از «ضم» دانسته اند به ماهیت ضم ذمه به ذمة ضمان قائل شده اند؛ ولی برخی دیگر از علماء، به ویژه علمای شیعه، ضمان را مشتق از «ضمن» دانسته و آن را نقل ذمه مدیون به ذمه ضامن معنی کرده اند. استدلالی که بر عدم صحبت عقیده علمای عاقمه شده این است که:

اولاً، در تمام تصاریف ضمان— مثل کلمه تضمین و مضمون له و ضمانت وغیره— «نون» جزء کلمه است و هر تصریف که از ضمان بشود با بودن حرف «نون» است.

ثانیاً، اگر ضامن و مضمون له هر کدام ملزم به تأدية وجه الضمان باشند لازم می آید که ضمانت از نفس دیگری صحیح نباشد؛ زیرا ضمانت از نفس را نمی توان نسبت به دونفر دانست و حال آنکه اجماع فقهاء است که ضمانت از نفس صحیح است.

ثالثاً، لازمه عقیده اشخاصی که ضمانت را به معنی ضم ذمه به ذمه دانسته اند آن است که برای یک مال دو عهده قائل شویم و این عمل به اتفاق علماء صحیح نیست.^{۳۳}

بجز در قانون مدنی، در کلیه مواردی که در قوانین ایران از ضمانت سخن به میان آمده برای آن ماهیت تضامن فرض و منظور شده است.

در قانون تجارت ایران، درباب دهم (ماده ۴۰۲ تا ۴۱) تحت عنوان «ضمانت»، احکام خاصی بیان شده است. هدف از وضع مواد مذکور وارد کردن صفت تضامن در عقد ضمانت یعنی خارج ساختن اثر نقل ذمه به ذمه ضمانت از آن است. به موجب قانون تجارت، تضامن برطبق قراردادهای خصوصی مورد قبول واقع شده است. ماده ۴۰۲ قانون تجارت مقرر می دارد:

«ضمانت وقتی حق دارد از مضمون له تقاضا نماید که بدواً به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب به ارجاع نماید که

.۳۳. مقاله آقای محمد اعتماد بروجردی — مجله کاتيون وکلا، شماره ۴۲، ص ۸۰

بین طرفین (خواه ضمن قرارداد مخصوص، خواه در خود ضمانتنامه این ترتیب مقرر شده باشد.»

براساس این ماده، قانون تجارت بی آنکه در ارکان عقد ضمان یا شرایط بوجود آمدن و تحقق آن تغییر دهد، اثر یا صفت نقل ذمه بهذمه آن را که از مفاد مواد ۶۸۴ و ۶۹۸ قانون مدنی استنباط می شود، از آن سلب کرده و قرارداد مخصوص یا ضمانتنامه را حاکم بر مورد ساخته است:

همچنین ماده ۴۰۳ قانون تجارت مقرر می دارد:

«در کلیه مواردی که... موافق قراردادهای خصوصی، ضمانت تضامنی باشد، طلبکار می تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول طلب خود، برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید.»

این ماده از قانون تجارت، قراردادهای خصوصی را منشأ ایجاد ضمانت به نحو تضامن شمرده است. در ماده ۴۰۴ قانون مذکور در تأیید مطلب فوق مقرر شده است:

«حکم فوق، در موردی نیز جاری است که چند نفر به موجب قرارداد... متضامناً مسئول انجام تعهدی باشند.»

قانون آئین دادرسی مدنی ایران، یکی از اقسام تأمین را معرفی ضامن تعیین کرده است (مواد ۲۴۳ تا ۲۵۱). در ضمانت مورد نظر قانون مذکور نیز ماهیت ضمانت به صورت تضامنی است، ولی مضمون له یا ذینفع ضمانتنامه باید قبل از مراجعته به ضامن به مدیون اصلی مراجعه نماید. ماده ۲۵۱ قانون آئین دادرسی مدنی در این باره مقرر داشته است:

«پس از قطعیت حکم و صدور برگ اجرائی، برگ نامبرده به محکوم علیه و کسی که برای تأمین خواسته یا محکوم به ضمانت کرده

ابلاغ می شود و هرگاه محاکوم علیه در ظرف ده روز پس از ابلاغ برگ اجرایی مفاد حکم را اجرا ننمود محاکوم به از ضامن، به ترتیبی که برای اجرای احکام مقرر است، وصول می شود.»

در مقررات متحدهالشکل ضمانتنامه ها پرداختن به موضوع ماهیت ضمانت عملی دشوار دانسته شده است، زیرا در قوانین داخلی کشورهای مختلف، برداشت‌های متفاوتی نسبت به موضوع مذکور به چشم می خورد؛ از این رو عملاً تعیین تکلیف در موارد اختلاف در ماهیت ضمانت به قوانین حاکم بر ضمانتنامه واگذار شده است.

ب. وجود سبب ضمان

برطبق قانون مدنی ایران، وجود دین در تاریخی مقدم بر تاریخ انعقاد عقد ضمان، شرط صحبت عقد ضمان است. این حقیقت از مواد ۶۸۴ و ۶۹۱ و ۶۹۶ و ۶۹۷ و ۶۹۸ قانون مدنی ایران استنباط می شود، زیرا: اولاً، به موجب ماده ۶۸۴ — که عبارت آن قبلًا در این مقاله نقل شد — عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمة دیگری است (دین او را) به عهده بگیرد.

ثانیاً، برطبق ماده ۶۹۱ آن قانون، «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است». بنابر این، برای صحبت عقد ضمان، وجود دین قبلی و یا لااقل وجود سبب تام آن لازم است، والا ضمان مورد نخواهد داشت.^{۳۴}

ثالثاً، برطبق ماده ۶۹۶ قانون مذکور، هر دینی را می توان ضمانت نمود. بنابر این، موضوع ضمان باید دین باشد. فرد کامل از دین، دینی است که مستقر و ثابت در حین عقد باشد.^{۳۵}

۳۴. عدل: حقوق مدنی، چاپ چهارم، ص ۴۳۶.

۳۵. دکتر امامی: حقوق مدنی، چاپ دانشگاه، ج ۲، ص ۲۶۰.

رابعاً، ماده ۶۹۸ قانون مذکور مقرر می‌دارد بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمہ مضمون عنہ بری و ذمہ ضامن به مضمون له مشغول می‌شود و بدیهی است که هرگاه دینی و ذمہ ای بر عهده مضمون عنہ وجود نداشته باشد، مصدق این ماده حاصل نمی‌گردد.

ممکن است دینی در عالم خارج وجود پیدا نکرده باشد ولی موجبات بوجود آمدن آن، یعنی سبب دین، تحقیق یافته باشد. سبب، عبارت است از وضع خاصی که بر آن اثر یا آثاری مترب باشد و به این جهت مناسبی بین آن وضع خاص و آن اثر پیدید آورده باشد. بر این اساس، حتی انعقاد قراردادی جهت تحصیل یا تأمین اعتبار در حساب جاری^{۳۶} سبب دین محسوب نمی‌شود بلکه استفاده از چنین اعتباری که موجب انتقال مال به حساب جاری یا به دستور صاحب اعتبار است فقط امکان دارد مصدق تحقیق سبب استقرار و ثبوت دین باشد. وجود سبب تعهد مضمون عنہ (درخواست کننده صدور ضمانتنامه) قبل از عقد ضمان، از دشوارترین مباحث در عناصر عقد ضمان است^{۳۷} و نباید به طور ساده و سرسری به آن توجه شود.

بطوریکه ملاحظه می‌شود، آنچه در قانون مدنی ایران مورد بحث قرار گرفته دین است که علی الظاهر ناظر به مال می‌شود و شامل تعهد اجرای کار نمی‌گردد. به عقیده بعضی از اساتید حقوق ایران، «عمل در ذمہ» (تعهد انجام کار) مال است و می‌تواند مورد عقد ضمان قرار گیرد.^{۳۸} قدر مسلم آن است که در هر عقد ضمان باید سبب تعهد مضمون عنہ قبل از عقد ضمان پیدید آمده باشد، خواه خود تعهد هم تحقیق پیدا کرده باشد خواه نه و خواه موضوع تعهد مضمون عنہ کلیت داشته باشد خواه نه.^{۳۹}

36. overdraft

۳۷. دکتر لنگرودی: عقد ضمان، چاپ ۱۳۵۲، ص ۱۶۶.

۳۸. دکتر لنگرودی، همان، ص ۱۶۲.

۳۹. همان، ص ۱۷۳.

ج. مدت داربودن ضمانت

بحث حقوقی که در این زمینه صورت گرفته این است که بعضی گفته اند ضمانتی که ضامن از مالی می کند باید مؤجل باشد؛ یعنی حتی اگر دینی که به عهده مضمون عنه است حال باشد، ضمانتی که از آن صورت می گیرد باید مؤجل باشد. همچنین در صورتی نیز که «دین مؤجل باشد، مثلاً زید عهده دار تأدية هزار تومان به عمر و پس از یک ماه باشد، در این مورد اگر ضامن بخواهد به نحو حال یعنی فعلاً ضمانت تأدية دین مؤجل را بنماید بعضی از فقها صحیح نمی دانند زیرا ضامن دین را به نحوی که هست بدون تغییر باید ضمانت نماید و اگر بخواهد فعلاً دین را تأدية نماید به منزله ایجاد مالم یجب است؛ یعنی هنوز دین مفروض لازم التأدية نشده تا اینکه ضامن آن را فعلاً تأدية نماید. ولی عده ای از فقها ضمانت حال را از دین مؤجل صحیح دانسته اند و گفته اند که تأجیل در دین موجب تعليق در ضمانت نیست بلکه تأجیل در تأدية دین است. با این حال، چند قسم برای ضمانت متصور است:

اول آنکه دین حال باشد و ضامن هم به نحو حال ضمانت نماید.

دوم آنکه دین مؤجل باشد و ضامن به نحو حال ضمانت نماید.

سوم آنکه دین مؤجل باشد و ضامن هم به نحو مؤجل ضمانت نماید.^{۴۰}

امام خمینی قدس سرہ ضمان دین حال را به صورت حال و مؤجل و ضمان دین مؤجل را به صورت مؤجل و حال و نیز ضمان دین مؤجل را برای مدتی دیرتر یا زودتر از موعد سرسید آن جایز دانسته اند.^{۴۱}

برطبق ماده ۶۹۲ قانون مدنی ایران، در دیوی که حال باشد، ضمانت کننده می تواند برای تأدية آنها سرسیدی را معین کند، و در دیوی که

۴۰. مقاله آقای محمد اعتماد بروجردی، مجله کانون وکلا، شماره ۴۲، صص ۸۱ و ۸۲.

۴۱. تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۱۷۶، مسئله ۶.

مدت دار باشند، می‌تواند تعهد پرداخت فوری آنها را بنماید.

در این زمینه که آیا رضایت مضمون عنه موجب می‌شود که ضمانت حال از دین مؤجل صحیح دانسته شود نیز بحث به میان آمده است. «بعضی از فقهاء از جمله محقق [قدس سرہ] اشعار داشته‌اند که در موردی که دین مؤجل باشد و ضامن به اذن مضمون عنه ضمانت حال نماید صحیح نمی‌باشد و همچنین هرگاه تأدیة دین دو ماه مثلاً باشد و ضامن ضمانت تأدیة دین را در کمتر از دو ماه نماید، در این مورد، ضمانت را صحیح ندانسته و اشعار داشته است که ضمانت فرع بر اصل دین می‌باشد و چون اصل دین در دو ماه یا یک ماه بعد باید تأدیه گردد ضمان تأدیة آن در کمتر از دو ماه یا به طور حال مخالف با اصل دین می‌باشد. در صورتی که ضمانت فرع بر اصل است نباید فرع بر اصل ترجیح داشته باشد. در نتیجه، یک چنین ضمانتی را که موافق باتأدیة اصل دین نیست باطل دانسته است. ولی عده‌ای از علماء ضمانت را صحیح دانسته‌اند و گفته‌اند که تأدیة دین در اجل معین باعث تغیر هویت آن در اجل دیگر نیست تا آنکه ضمانت دین معجل را با دینی که تأدیه شود مخالف تصور نمود.»^{۴۲}

د. تعلیق در ضمانت

مسئله قابل توجه در بحث ضمانت موضوع تعلیق در ضمانت است.
ماده ۶۹۹ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد:

«تعلیق در ضمانت، مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مديون نداد من ضامنم باطل است، ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد.»

در زمینه این ماده به دونکته باید توجه کرد: اول آنکه هرگونه تعلیقی در عقد ضمانت مبطل عقد نیست بلکه فقط تحقیق یافتن نفس ضمانت نمی‌تواند معلق به شرطی باشد اما اگر ضمانت تحقیق یافت، پرداخت وجه

۴۲. محمد اعتضاد: همان، ص ۸۳.

موضوع ضمانت ممکن است موکول به تحقیق شرط باشد. بنابر این، هرگاه جمله‌ای که به عنوان ضمانت بکار می‌رود به طور معلق و مشروط نباشد می‌توان بوسیله آن ضمانت از دین حال را به طور مؤجل نمود؛ اما در صورتی که جمله مذکور به صورت شرط و تعلیق باشد ضمانت صحیح نیست؛ مثلاً ضامن برای دین حال بگوید من ضامن تأدیه این دین هستم اما یک ماه بعد آنرا تأدیه خواهم کرد. این تعبیر صحیح دانسته شده است، زیرا انشاء ضمانت به صورت فعلی و حال و عاری از تعلیق صورت گرفته است، در نهایت، تأدیه دین را موکول به یک ماه بعد کرده است. ولی هرگاه بگوید اگر یک ماه دیگر سرآمد من ضامن این دین می‌شوم این نحو ضمانت صحیح نیست. علت آن است که در ضمانت مشروط و معلق انشاء ضمانت به صورت فعلی تحقیق نیافته بلکه ضمانت را به بعد موکول کرده است و بعداً هم چنین ضمانتی انشاء و بیان نمی‌شود.^{۴۳}

دیگر آنکه ممکن است قالب حقوقی تعهد را به صورت شرط ضمن العقد درآورد. مثل اینکه کسی التزام خود را به تأدیه دین مديون معلق به عدم تأدیه او نماید که، در این صورت، بر طبق ماده ۷۲۳ قانون مدنی ایران تعلیق به التزام مبطل نیست. در واقع، در چنین صورتی مصداق تعلیق در عقد ضمان وجود ندارد بلکه قرارداد طرفین بر مبنای دیگری غیر از مبنای ضمانت استوار شده است.

منجز بودن عقد ضمان به آن معنا است که از عبارت ضمانتنامه معلوم شود که ضامن بدون هیچگونه اگر و مگر و اما و چنانچه و قیودی نظیر اینها، دین تحقیق یافته یا دینی را که سبب تحقیق یافتن آن ایجاد شده باشد به عهده خود گرفته است. تعلیقی که ضمان را باطل می‌کند فقط منحصر به مثالی نیست که در ماده ۶۹۹ قانون مدنی بیان شده است بلکه هرگونه

۴۳. محمد اعتضاد: همان، ص ۸۲.

شرطی، اعم از صریح یا ضمنی، که نتیجه آن متعلق شدن تعهد ضامن گردد
موجب بطلان عقد است.^{۴۴}

ه . وصف بی قید و شرط بودن ضمانتنامه

ضمانتنامه ها از نظر التزام به پرداخت از طرف ضمانت کننده و شرایطی که برای پرداخت در متن ضمانتنامه پیش بینی می شود ممکن است به دو صورت صادر شوند: یکی بی قید و شرط معمولاً^{۴۵} و دیگر مقید و مشروط.

در ضمانتنامه های بی قید و شرط معمولاً پیش بینی می شود که به محض اعلام کتبی (اعم از نامه یا تلکس) ذینفع به صادر کننده ضمانتنامه، بدون آنکه نیاز به اجرای تشریفات خاص یا ارائه مدارکی از طرف ذینفع باشد، ضمانت کننده مکلف است فوراً مبلغ مورد درخواست ذینفع را تا مبلغی که در ضمانتنامه قید شده است بدون هیچ عذری بپردازد. ولی در ضمانتنامه های مقید و مشروط، پرداخت را موقول به ارائه مدارکی از طرف درخواست کننده می کنند.

فرم ضمانتنامه بانکی که سازمان برنامه و بودجه (وزارت برنامه و بودجه) براساس ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه و ماده ۷ آئیننامه استانداردهای اجرائی طرحهای عمرانی، آن را برای موارد مختلفی که گرفتن ضمانتنامه از پیمانکار لازم باشد تعیین نموده و متضمن عبارت زیر است، از نوع

۴۴. وجود مباحث پیچیده قانون مدنی در رابطه با ضمانت، در عمل، مسائل عده ای را پیش آورد بطوريکه بعضی از بانکهای صادر کننده ضمانتنامه در مقام دفاع از خود، به تحقق نیافتن سبب دین و یا به تعلیق در ضمانت استناد جستند تا سرانجام، سازمان برنامه به کارفرمایان بخش عمومی توصیه کرد ضمانتنامه را به صورت تعهدنامه، که مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی ایران است، درآورند. از این رو، هم اکنون با آنکه عنوان ضمانتنامه های بانکی «ضمانتنامه» است متن آنها چیزی جز تعهدنامه نیست.

۴۵. این گونه ضمانتنامه ها در اصطلاح بین المللی ضمانتنامه های ساده (Simple Guarantees) یا ضمانتنامه های عنده مطالبه (First Demand Guarantees) نامیده شده اند.

ضمانتنامه های بی قید و شرط محسوب می شود:

«... این تعهدنامه تا آخر ساعت اداری روز... معتبر بوده و بنابراین درخواست [کارفرما] برای مدتی که درخواست شود قابل تمدید خواهد بود و در صورتی که بانک نتواند یا نخواهد مدت این تعهد را تمدید کند و یا پیمانکار موجبات تمدید را فراهم نسازد و بانک را موافق با تمدید ننماید، در این صورت، بانک متعهد است بدون اینکه احتیاجی به مطالبه جدید باشد، مبلغ مرقوم فوق را در وجه یا حواله کرد [کارفرما] پرداخت کند.»

بی قید و شرط بودن ضمانتنامه به آن معنا نیست که مضمون^{۱۰} له یا ذینفع از داشتن مبنای حقوقی برای مطالبه وجه ضمانتنامه کاملاً معاف است بلکه منظور آن است که در موقع مراجعة ذینفع، از شرط اثبات قبلی ورود خسارت به او به میزانی که مورد مطالبه قرار می دهد معاف است و برای مضمون^{۱۱} عنه همیشه این حق باقی است که هرگاه به تعهدات خود در مقابل مضمون^{۱۲} له عمل کرده باشد و در نتیجه مضمون^{۱۳} له را مستحق دریافت وجه ضمانتنامه نداند، به مراجع قضائی صالح مراجعه نماید و در صورتی که تا تاریخ مراجعة، وجه مورد تقاضای ذینفع به او پرداخت نشده باشد، دستور مؤقت بر منع پرداخت تحصیل کند و با صدور چنین دستوری از طرف مراجع قضائی مانع پرداخت وجه به مضمون^{۱۴} له شود و هرگاه وجه ضمانتنامه پرداخت شده باشد، استرداد وجوده بناحق دریافت شده را درخواست کند.

اگرچه ضمانت^{۱۵} عقدی مستقل و منفک از قرارداد اصلی قلمداد می شود، اما باید توجه داشت که این عقد مبتنی بر عقد دیگری است که همان قرارداد اصلی منعقده فیما بین مضمون^{۱۶} عنه و مضمون^{۱۷} له است. لذا هرگاه مفاد قرارداد اصلی به نحوی اجرا شده باشد که موردي برای مطالبه وجه ضمانتنامه باقی نماند، مطالبه وجه ضمانتنامه برخلاف حق خواهد بود. در ایران، گاه بدون توجه به مراتب بالا، درخواست وجوده ضمانتنامه ها بعمل آمده است. در حال حاضر، دهها دعوى عليه بانکها و

شرکتها و مؤسسات ایران در مراجع بین‌المللی و محاکم کشورهای خارج در رابطه با منع پرداخت وجوه ضمانتنامه‌ها و ابطال آنها تحت عنوانی سوءاستفاده از حق^{۴۶} یا تسلی به حیله و تقلب یا ادعای ایفای کامل تعهدات مطرح شده و در جریان رسیدگی است.

جالب توجه است که معمولاً خواهانهای دعاوی مذکور، تقاضای صدور قرار منع پرداخت وجه ضمانتنامه را از طرف بانک خارجی به بانک ایرانی و نیز از طرف بانک ایرانی به ذینفع ضمانتنامه می‌نمایند. ذینفع ایرانی می‌تواند با عنوان کردن ایرادات و مدافعت خود دربرابر ادعای مضمون‌عنه، یا هرگاه محکمه خارجی را فاقد صلاحیت بداند، با درخواست صدور قرار عدم صلاحیت از صدور قرار یا حکم علیه خود ممانعت بعمل آورد یا موجبات لغو قرار منع پرداخت را فراهم سازد.

در مقررات متحدد الشکل ضمانتنامه‌ها پیش‌بینی ضمانتنامه بی‌قید و شرط نشده است بلکه، بر عکس، طی ماده هشت آن مفهوماً مقرر شده که ادعای مطالبه [وجه ضمانتنامه] نباید محترم شمرده شود مگر اینکه مستند به اسنادی باشد که در ضمانتنامه قید گردیده و یا در این مقررات تعیین شده است.

با این همه، اعلام شده است که گرچه این مقررات استفاده از چنین ضمانتنامه‌هایی را تجویز نمی‌کند و برای استفاده در چنین مواردی نوشته نمی‌شود، اما هرگاه طرفین قراردادی مایل باشند، می‌توانند برخی از این مقررات را در چنین ضمانتنامه‌هایی مورد استفاده قرار دهند.

بانک مرکزی ایران، همواره بر سهل الوصول بودن یا بی‌قید و شرط بودن ضمانتنامه‌هایی که بوسیله پیمانکاران خارجی ارائه می‌شود تأکید داشته است و کارفرمایان ایرانی که ذینفع ضمانتنامه‌ها محسوب می‌شوند

۴۶. برای ملاحظه بحثهای حقوقی مربوط به دعاوی توقیف و ابطال ضمانتنامه علی رغم بی‌قید و شرط بودن آن، رک: «تقلب در معاملات»، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی، ش ۲، صص ۵۳ - ۹۲.

نیز با این تمایل بانک مرکزی موافقت دارند. شاید به همین علت باشد که تاکنون بانک مرکزی ایران نسبت به قبول بی‌قید و شرط مقررات متحددالشکل ضمانتنامه‌ها تمکین نکرده است.



تحلیل مختصری از مقررات متحددالشکل ضمانتنامه‌ها

ماده‌یک مقررات متحددالشکل ضمانتنامه‌ها دامنه کاربرد آن را بیان می‌نماید. به موجب ماده‌ی مذکور، مقررات نامبرده در مورد هرگونه ضمانتنامه، تضمین، وثیقه، گرویا تعهدات مشابهی بکارمی‌رود که ضمانتنامه نامیده شده یا توصیف گردیده است و در آن قید شده باشد که این ضمانتنامه مشمول مقررات متحددالشکل اطلاق باز رگانی بین المللی در رابطه با ضمانتنامه‌های شرکت در مناقصه، حسن انجام کار و یا استرداد پیش‌پرداخت (نشریه ۳۲۵) است و در این صورت، کلیه طرفهای ذیربطة متعهد به رعایت مفاد آن خواهند بود مگر آنکه صراحتاً ترتیب دیگری در ضمانتنامه یا اصلاحیه‌های آن مقرر شده باشد.

بر طبق این ماده، هر ضمانتنامه یا تعهدنامه یا سند مشابهی که در روابط بین المللی به جای ضمانتنامه مورد استفاده قرارگیرد مشمول مقررات متحددالشکل ضمانتنامه‌ها نیست بلکه برای حصول این منظور باید در آن قید گردد که مشمول مقررات متحددالشکل... نشریه ۳۲۵ است. به عبارت دیگر، استفاده از این مقررات کاملاً اختیاری است و مدام که طرفهای ذیربطة به کاربرد آن تراضی ننموده باشند برای آنان الزام آور نیست. پیش‌بینی امکان استفاده از بخشی از این مقررات، به طرفهای ذیربطة اجازه

می دهد که این مقررات را در ضمانتنامه هائی که خود فرم و عبارات آنها را تنظیم و تدوین کرده اند منظور دارند یا فی المثل با حذف ماده ۹ و اصلاح ماده ۸ آن، اساساً ضمانتنامه را به صورت یک ضمانتنامه بی قید و شرط یا عندالمطالبه در آورند.

مقررات متحددالشکل ضمانتنامه ها خود قواعد و ضوابطی برای تحقق عقد ضمان و قرارداد ضمانت و تعیین ماهیت آن وضع و تدوین نکرده است بلکه مقررات آن (با شرط تراضی طرفین نسبت به قبول آنها) شامل آنچه ضمانتنامه تلقی یا توصیف می گردد خواهد شد. بنابراین، ماهیت ضمانت، تابع قانون حاکم بر ضمانتنامه ها خواهد بود که معمولاً در ضمانتنامه تعیین می شود. بند ۲ ماده یک مقررات مذکور پیش بینی کرده است:

«هرجا که هریک از این مقررات، با قانونی که در مورد ضمانتنامه قابل اعمال است و طرفهای ذیر بخط ملزم به رعایت آن هستند مغایر باشد، قانون مذکور قابل اجرا خواهد بود.»

همچنین ماده ۱۰ مقررات مذکور پیش بینی کرده است:

«هرگاه در یک ضمانتنامه قانون حاکم بر آن مشخص نشود، قانون محل کار ضمانت کننده، قانون قابل اعمال خواهد بود. اگر ضمانت کننده بیش از یک محل کار دارد، قانون محل شعبه ای که ضمانتنامه را صادر کرده است قابل اعمال خواهد بود.»

از طرف اطاق بازرگانی بین المللی توصیه شده است که برای احتراز از مشکلات، وقتی که قرار است ضمانتهایی از طرف ضمانت کنندگان در ارتباط با یک پروژه خاص ارائه گردد، مناسب است که در آگهی مناقصه ذکر شود مقررات اطاق بازرگانی بین المللی ناظر بر کلیه ضمانتنامه ها خواهد بود.

به نظر می‌رسد که در ایران، پیش‌بینی عبارت فوق در مناقصه‌هایی که یک طرف آنها مؤسسات دولتی و یا شرکتها و سازمانهایی است که از مقررات آئیننامه معاملات دولتی یا آئیننامه‌های معاملاتی مشابهی استفاده می‌کنند، صحیح نباشد؛ زیرا بین مقررات مذکور و روش‌های مصوب معاملات و استانداردهای وزارت برنامه و بودجه در زمینه ضمان‌نامه‌ها مغایرتهای آشکاری وجود دارد. در مناقصه‌ها و مزایده‌های دولتی معمولاً فرم ضمان‌نامه‌ها که به صورت عند‌المطالبه و بی‌قید و شرط هستند ضمیمه اسناد مناقصه یا مزایده می‌شود. بنابر این، بهتر آن است که هرگاه نظر به استفاده از عبارت مورد توصیه اطاق بازرگانی بین‌المللی باشد قید گردد تا آنجا که مقررات اطاق بازرگانی بین‌المللی با آئیننامه معاملات و استانداردهای متعارف معاملات دولتی در ایران مغایرت نداشته باشد، مقررات اطاق بازرگانی بین‌المللی ناظر بر کلیه ضمان‌نامه‌ها خواهد بود.

در قراردادهایی که مؤسسات دولتی و یا شرکتها و سازمانهای بخش عمومی منعقد می‌کنند معمولاً پیش‌بینی می‌شود ضمان‌نامه‌ها باید مطابق فرمی که کارفرما تعیین می‌کند و ازبانکی که مورد قبول کارفرما باشد تحصیل شوند. نمونه ضمان‌نامه‌هایی که کارفرمایان مذکور ارائه می‌کنند فرم ضمان‌نامه‌های عند‌المطالبه یا بی‌قید و شرط است و بانکهایی که ضمان‌نامه‌های آنها مورد قبول واقع می‌شود یکی از بانکهای ایرانی است. ضمان‌نامه‌هایی که به صورت اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی یا با استفاده از اعتبار اسنادی متقابل صادر می‌شوند نیز باید، هم از نظر شکل و هم از حیث اعتبار صادر کنندگان آنها، مورد تأیید و قبول بانک مرکزی ایران باشند.

ماده ۲ مقررات متحدد الشکل ضمان‌نامه‌ها انواع مختلف
ضمان‌نامه‌هایی را که ممکن است تحت مقررات مذکور قرار گیرند و عبارتند از ضمان‌نامه شرکت در مناقصه، ضمان‌نامه حسن اجرای کار و ضمان‌نامه استرداد پیش‌پرداخت، تعریف کرده است و در تمام موارد، ضمان‌نامه‌ها را تعهدی توصیف کرده که یک بانک، شرکت بیمه یا شخص

دیگری (ضمانت کننده) صادر کرده باشد.

هر چند در این ماده به انواع دیگر ضمانتنامه اشاره نشده است معهذا به نظر می رسد که ضمانتنامه های دیگر از قبیل ضمانتنامه هایی که در مقابل آزاد کردن کسور صادر می شوند و ضمانتنامه های دوره نگهداری را که نوعاً از قبیل ضمانتنامه های حسن اجرای تعهدات تلقی می گردند نیز می توان تحت مقررات مذکور قلمداد کرد.

در ماده مذکور، اولاً طرفهای ذیربط در هر ضمانتنامه یعنی ضامن (صادر کننده ضمانتنامه)، مضمون^{۱۰} له (ذینفع ضمانتنامه) و مضمون^{۱۱} عنه (طرف مربوطه قرارداد اصلی یا پیمانکار که درخواست کننده صدور ضمانتنامه است) معرفی شده اند. ثانیاً، پیش بینی شده که بعضی از ضمانتنامه ها هرگاه توسط ضمانت کننده ای صادر شوند که خارج از کشور محل اقامت ذینفع است، ممکن است به لحاظ قانونی پذیرفته نباشند؛ لذا اینگونه ضمانتنامه ها باید توسط یک ضمانت کننده داخلی، یعنی شخصیتی که در کشور اقامتگاه ذینفع ضمانتنامه مقیم باشد و به نمایندگی از سوی یک مضمون^{۱۲} له دیگر اقدام می کند، صادر شده باشند. ثالثاً، قبول این امر که در برخی ممالک، ضمانتنامه ها به صورت سند وثیقه صادر می شوند و در آن کشورها ممکن است ضمانتنامه هایی صادر شوند که به موجب آنها به جای آنکه مبلغ مشخصی به ذینفع (مضمون^{۱۳} له) پرداخت گردد، ترتیب اجرای کامل و مطلوب قرارداد داده شود. رابعاً، تأکید بر ارتباط میان نحوه انجام تعهدات ضمانت کننده و قصور مضمون^{۱۴} عنه، به این معنا که در صورت قصور مضمون^{۱۵} عنه در اجرای تعهدات خود، استفاده از ضمانت مقدور باشد.

هرگاه ضمانتنامه به صورت «تعهدنامه» و قرارداد خصوصی در چارچوب ماده ۱۰ قانون مدنی ایران تنظیم و تدوین گردد (مشروط بر اینکه این نوع قراردادها از نظر شرعی، قراردادهای الزام آور تلقی شوند) هیچیک از انواع ضمانتنامه شرکت در مناقصه، ضمانتنامه استرداد پیش پرداخت و ضمانتنامه حسن اجرای تعهدات منافی با قوانین ایران نیستند. اما اگر قالب ضمانتنامه ها به صورت ضمان عقدی، یعنی قرارداد ضمانت، انتخاب گردد

مباحث متعددی از حیث تحقق سبب دین و تعلیق در ضمان و امثال اینها که در قانون مدنی ایران برای آنها مقرراتی وضع شده ممکن است مطرح گردد. مشهور این است که تعهد حسن اجرای کار دین نیست بلکه نوعی التزام^{۴۷} تلقی می شود؛ لذا از نظر مقررات ایران نمی توان ضمانت نسبت به آن را در قلمرو ضمان عقدی دانست. ولی هرگاه به قولی که بر طبق آن عمل در ذمه (تعهد انجام کار) را مال دانسته است قائل باشیم، می توان برای این مورد قرارداد ضمانت به معنای اخص در مفهوم قانون مدنی ایران منعقد نمود. در غیر این صورت، برای اعتبار دادن به اینگونه قراردادها (ضمانتنامه ها) باید به اصل حاکمیت اراده از جهت آنکه قراردادهای خصوصی که مخالفتی با قانون نداشته باشند معتبرند (مادة ۱۰ قانون مدنی) متولّ شد.

مادة ۳ مقررات متحدد الشكل، تحت عنوان «التزام ضمانت كننده در مقابل ذيمنع (مضمون له)» سه مطلب را مورد نظر قرارداده است: یکی حدود مسئليّت ضمانت کننده و دیگر مقطوع بودن مبلغ ضمانت و سوم دلایل برائت ذمه ضمانت کننده. پاراگراف اول مادة مذکور مقرر داشته است:

«ضمانت کننده در مقابل ذيمنع فقط مطابق شرایط و مواد تصریح شده در ضمانتنامه و این مقررات، حداکثر تا مبلغی که بیش از مبلغ ذکر شده در ضمانتنامه نیست، ملتزم است.»

مقید ساختن التزام ضمانت کننده در مقابل ذيمنع منحصراً به شرایط و مواد تصریح شده در ضمانتنامه و مقررات متحدد الشكل^۱ مفید این معنی است که ضمانت کننده با قرارداد اصلی کاری ندارد. اگرچه ضمانت عقدی مستقل و منفک از قرارداد اصلی قلمداد می شود اما باید توجه داشت که این عقد در نتیجه و به منظور استحکام عقد دیگری که همان

۴۷. الزام جنبه فاعلی تعهد است و التزام جنبه انفعالي آن. کلمه «تعهد» ناظر به جنبه التزام یا جنبه انفعالي است (دکتر لنگرودی: همان، ص ۱۰۰، ش ۳).

قرارداد اصلی است منعقد شده و لذا هرگاه مفاد قرارداد اصلی مورد سوال واقع شود ضمانتنامه مربوط نیز خود بخود مطرح خواهد شد. در بند ۲ ماده ۳ تصریح شده است:

«مبلغ التزام که در ضمانتنامه قید شده باید به این علت که بخشی از کار قرارداد انجام شده، کاهاش داده شود، مگر اینکه چنین ترتیبی در ضمانتنامه مقرر شده باشد.»

قبل از آنکه به بحث در موضوع فوق پردازیم لازم است توضیح داده شود که ظاهراً محدودیت التزام ضمانت کننده در مقابل ذینفع به مبلغ تصریح شده در ضمانتنامه امر معقولی است، زیرا هرگاه ضمانتنامه را کاشف از انعقاد عقد یا قرارداد بدانیم، قصد و رضای طرفین در جزئیات آن لازم الرعایه و قابل اتباع است. نه مضمون‌له (ذینفع) حق دارد مبلغی زائد برآنچه در ضمانتنامه قید شده است مطالبه نماید ونه ضامن (ضمانت کننده) می‌تواند مبلغی کمتر از آنچه مورد توافق قرارگرفته است پردازد. البته، طرز اجرای این حکم در مورد ضمانت استرداد پیش‌پرداخت ممکن است در مقام مقایسه با انواع دیگری از ضمانتنامه‌ها (ضمانت حسن اجرای کار و ضمانتنامه شرکت در مناقصه یا مزایده) متفاوت باشد؛ به این معنی که در ضمانت استرداد پیش‌پرداخت، ضمانت کننده فقط مسئول استرداد آن بخشن از پیش‌پرداخت که استرداد نشده است خواهد بود، ولی در مورد ضمانت حسن اجرای کار وضع بدین منوال نیست و بند ۲ ماده ۳ مقررات متحدد الشکل شامل مورد آن است.

به موجب این مقررات، هدف این نیست که مبلغ مورد ضمانت به تدریج و همزمان با انجام یافتن قراردادی که در رابطه با آن ضمانتنامه صادر شده است، خودبخود و به گونه‌ای متناسب، کاهاش باید. از این‌رو، وقتی که طرفهای قرارداد، نظرشان براین باشد که مبلغ ضمانتنامه متناسب با میزان کاری که انجام شده است یا بر هر اساس دیگری کاهاش داده شود، جمله مشخصی که چنین مفهومی را بدهد باید در ضمانتنامه گنجانیده شود.

روشن است که ذکر این مطلب در قرارداد هم مفید خواهد بود.

با وجود مراتب فوق، این ترتیب، با مقررات قانون مدنی ایران مطابقت ندارد. زیرا هرگاه تحقیق ضمانت را به موجب قانون مدنی ایران به لحاظ وجود دین بدانیم، اگر جزئی از دین پرداخت شده باشد، ضمانت نسبت به باقیمانده آن معتبر خواهد بود نه نسبت به تمام آن. در حالی که در بند ۲ ماده ۳ مقررات متحددالشکل – که فوقاً بیان شد – با انجام گرفتن بخشی از کار، مبلغ ضمانتنامه کاهش داده نمی شود.

از قید مندرج در بند ۲ ماده ۳ مقررات مذکور و تأکید بر لزوم پیش بینی چنین ترتیبی در ضمانتنامه جهت معتبر بودن آن، این مطلب نیز استنباط می شود که منظور، احتراز از لزوم رجوع به مفاد قرارداد اصلی بوسیله طرفهای ذیربطر ضمانتنامه ها است.

ماده ۶۴۹ قانون مدنی ایران چنین مقرر می دارد:

«علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می نماید شرط نیست. بنابراین، اگر کسی ضامن دین شخصی بشود بدون آنکه بداند آن دین چه مقدار است، ضمان صحیح است...»

این حکم قانون مدنی، هرچند در جهت هماهنگی با ماده ۳ مقررات متحددالشکل ضمانتنامه ها قابل استناد است، معهذا از موارد امری قانون نیست؛ لذا طرفهای قرارداد می توانند برخلاف آن، شرط و رفتار نمایند بخصوص که در امور تجاری و ضمانتنامه های بانکی علم به کم و کیف قرارداد اصلی (مقدار و اوصاف و شروط دین یا تعهد) ممکن است یکی از مبانی تعیین شرایط ضمانتنامه باشد. بعلاوه، چون در ضمانتنامه ها معمولاً به قرارداد اصلی که حاوی تعهدات مضمون عنه است اشاره می شود، بنابراین، نمی توان در صدور ضمانتنامه ها مفاد قرارداد اصلی را به طور کلی نادیده انگاشت.

از عبارت بند ۲ ماده ۳ مقررات متحددالشکل می توان استنباط کرد که ضمانت به صورت وجه التزام یا جریمه تخلف از اجرای تعهد است.

تعیین مبلغی به عنوان وجه التزام، اهرم فشاری بر متعهد جهت اجرای تعهد است که امکان دارد ضمن عقد لازم، شرط پرداخت آن، در صورت تأخیر در اجرای تعهد یا امتناع از اجرای آن یا مغایرت کیفیت اجرا، بعمل آید. ماهیت وجه التزام را ممکن است با ماهیت جریمه تخلف^{۴۸} از اجرای تعهد که در بعضی از مباحث حقوقی خارجی پیش‌بینی آن در قراردادهای خصوصی مورد بحث واقع شده است مشابه دانست.

در قانون ایران، بین عنوان ضمانت و عنوان تعیین خسارات نقدی^{۴۹} (خسارات مقطوع) تمایز وجود دارد. هرگاه طرفین بخواهند، می‌توانند پیش از وقوع خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد یا ناشی از تأخیر در اجرای آن، مبلغی را به عنوان خسارت مقطوع تعیین کنند. این مبلغ ممکن است زیادتر از خسارتی باشد که واقعاً بوسیله متعهد^{۵۰} به تحمل شده است، معهذا قاضی نمی‌تواند^{۵۱} مبلغ مذکور را تغییر دهد (ماده ۲۳۰ قانون مدنی). تعیین خسارت به این طریق نوعی شرط تحدید مسؤولیت است.

ضمانت در قانون ایران صرفاً قبول دین یا تعهد مضمون^{۵۲} عنه است و به هیچوجه از نوع جریمه تخلف یا خسارات مقطوع نیست.

در توضیحاتی که بوسیله اطاق بازارگانی بین المللی در رابطه با ماده ۳ مقررات متحده^{۵۳} شکل ضماننامه‌ها داده شده آمده است که مرتبط ساختن تعهدات ضمانت کننده در مقابل ذیفع به متن ضماننامه، بیشترین کاری است که این مقررات می‌تواند در تعریف ماهیت ضمانت بکند. متن ضماننامه (و نیز محتوای این مقررات)، باید مشخص سازد، که هرگاه این مفاهیم بنابر قانون خاصی که در موضوع ضماننامه قابل اعمال است

48. fine

49. Liquidated damages

۵۰. در بعضی از نسخ قانون مدنی نوشته شده که قاضی می‌تواند مبلغ مذکور را تغییر دهد. این اشتباہ به بعضی از ترجمه‌های انگلیسی قانون مدنی نیز سراپا است. تحقیقاً عبارت «قاضی نمی‌تواند مبلغ مذکور را تغییر دهد» که حکایت از نفی اختیار قاضی دارد صحیح است.

تعريف گردد، ضمانت کننده متعهد اصلی خواهد بود یا متعهد فرعی.

این امر موجب می شود که تنظیم متن ضمانتنامه روشن و با دقّت صورت گیرد تا آنچه از نظر بازرگانی مورد نظر است به لحاظ قانونی نیز بدرستی مورد عمل قرار گرفته باشد. مسلماً این مطلبی است که ضمانتنامه باید آنچه را که ضمانت کننده و ذینفع باید بدانند، یعنی آنچه را که ضمانت کننده باید پردازد و نیز زمان این پرداخت را به طور دقیق، نشان دهد. برای مثال، در مورد ضمانتنامه های شرکت در مناقصه یا مزایده مطلوب به نظر می رسد که:

۱. مبلغ با درصدی از قرارداد که باید ضمانت داده شود تعیین گردد و از محافظه کاری بیش از اندازه خودداری شود. زیرا، در این صورت، ممکن است پاسخ کافی به دعوت به مناقصه یا مزایده داده نشود، یا هرگاه این مبلغ در سطح بیش از حد بالائی در نظر گرفته شود بازتاب آن در قیمت پیشنهادی چنان باشد که به زیان مناقصه یا مزایده گذارنده تمام شود.

۲. تاریخ انقضای ضمانتنامه باید حتی المقدور به تاریخی که برای قبول پیشنهاد تعیین شده است، نزدیک باشد. زیرا نه به نفع مضمون‌ونه و نه به نفع مضمون‌له است که نسبت به ضمانت شرکت در مناقصه یا مزایده ای که برای مدت طولانی غیر لازمی بلا تکلیف مانده است پافشاری کنند. میزان هزینه شرکت در مناقصه یا مزایده ورقابت، به خودی خود، مانع ارائه پیشنهادهای بی‌پایه و نامناسب است.

بند ۳ ماده ۳ مقررات متحده‌شکل ضمانتنامه‌ها مقرر می‌دارد:

«ضمانت کننده فقط می‌تواند مثکی به مدافعتی باشد که مبنی بر شرایط و مواد قید شده در ضمانتنامه بوده یا به موجب این مقررات مجاز دانسته شده است.»

این واقعیت که اجرای تعهدات ضامن، موکول به تحقیق قصور مضمون‌له است، موجب می‌شود شرایطی در ضمانتنامه گنجانیده شود که تحت آن، لزوم ارائه دلایل معینی بر وقوع قصور، نحوه مطالبه و نیز مدتی که

مطالبه در آن باید صورت گیرد مقرر گردد. این شرایط باید دارای چنان خصوصیتی باشد که ضمانت کننده خود بتواند بفهمد که آیا آن شرایط تحقیق یافته است یا خیر. دara بودن خصوصیت مذکور موجب می‌شود که توجه به این امر مهم که مربوط به تنظیم متن ضمانتنامه و لذا احتمال ایجاد مسؤولیت برای ضمانت کننده است، جلب گردد.

مدافعاتی که در بند ۳ ماده ۳ مقررات متحده الشکل ضمانتنامه‌ها به آنها اشاره شده شامل کلیه مدافعاتی است که بر طبق قانون حاکم بر ضمانتنامه‌ها می‌توان مطرح کرد. این مفهوم از عبارت اخیر بند مذکور که می‌گوید «... یا به موجب این مقررات مجاز دانسته شده است» استنباط می‌گردد. بنابر این، در مواردی که بین قوانین ایران با مفاد ضمانتنامه مغایرتی وجود داشته باشد، طرفی که چنین مغایرتی را به نفع خود می‌داند، می‌تواند بر اساس آن از خود دفاع نماید.

ماده ۴ مقررات متحده الشکل ضمانتنامه، تحت عنوان «آخرین تاریخ ادعا»^۱، موردی را پیش‌بینی کرده است که ضمانتنامه بدون قید تاریخ سرسید صادر شده باشد و با چنین فرضی، برای ضمانتنامه شرکت در مناقصه یا مزایده، آخرین تاریخ ادعا شش ماه از تاریخ ضمانتنامه، و در مورد ضمانتنامه حسن اجرای کار یا تعهد، شش ماه از تاریخ تکمیل قرارداد منظور شده است. هرگاه مدت قرارداد تمدید شده باشد، آخرین تاریخ ادعا شش ماه از زمان تمدید یا یک ماه بعد از تاریخ انقضای دوره نگهداری (دوره تضمین)^۲ که برای آن قرارداد در نظر گرفته شده (بافرض اینکه دوره نگهداری صریحاً تحت پوشش ضمانتنامه حسن اجرای تعهدات قرار گرفته باشد) پیش‌بینی شده است. در مورد ضمانتنامه استرداد پیش‌پرداخت،

51. Last date for claim

۵۲. دوره نگهداری یا دوره تضمین، مدتی معین (شش ماه یا یک سال یا بیشتر) پس از اتمام کار است که طی آن متعهد مسؤولیت رفع نواقص و معایب کار را به عهده دارد. در این دوره هزینه‌های رفع معایب، کلاً به عهده متعهد قرار می‌گیرد. نباید از اتحاد مصدر تضمین با ضمانت تصور کرد که منظور از آن، مدت اعتبار ضمانتنامه است.

آخرین تاریخ ادعای شش ماه از تاریخ تحویل یاتکمیل قرارداد است، یا هرگاه تمدیدی صورت گرفته باشد، شش ماه از زمان تمدید مذکور می‌باشد. مسلماً تصریح آخرین تاریخ که طرح ادعای آن امکان دارد باید در متن ضمانتنامه به نحوی پیش‌بینی شود. بنابراین، مضمون‌عنه باید یا مستقیماً و یا از طریق مضمون‌له، تاریخ مذکور را که معمولاً به صورت تاریخ اتفاقی مدت اعتبار ضمانتنامه بیان می‌شود تعیین نماید تا در متن ضمانتنامه گنجانیده شود. تاریخ مذکور باید به نحوی واقع بینانه در نظر گرفته شود تا با موعد تعیین شده شرکت در مناقصه یا مزایده یا دوره اجرای تعهدات مندرج در قرارداد مناسب باشد.

بندهای «الف» و «ب» و «ج» ماده ۴ مقررات متحده‌الشکل ضمانتنامه، فقط برای مواردی کاربرد دارد که مضمون‌عنه، آخرین تاریخ امکان طرح ادعای ذکر نکرده باشد.

در پاره‌ای از کشورها گنجانیدن تاریخ اتفاقاً در ضمانتنامه، به موجب قانون منع شده است. از این رو ضمانتنامه‌های بعضی از بانکهای خارجی و همچنین استاد وثیقه، تاریخ سرسید ندارند بلکه به موجب تصریحی که در متن آنها بعمل می‌آید، تازمانی که تعهدات کاملاً و بدستی انجام گیرند، معتبر باقی می‌مانند اگرچه مدت مذکور طولانی تر از مدت مقرر در قرارداد اصلی باشد که ضمانتنامه به منظور حسن اجرای مفاد آن صادر شده است.

نظر به اینکه مفاد ضمانتنامه نمی‌تواند با قوانین داخلی کشورها مغایرت داشته باشد، هرگاه در کشوری چنین قوانینی وجود داشته باشد، ضمانت کننده برای دوره‌ای طولانی تر از مدتی که در ماده ۴ مقرر شده ویا در قرارداد اصلی و یا حتی در ضمانتنامه تصریح گردیده است (اگرچنین تصریحی شده باشد)، متعهد باقی خواهد ماند.

اگر ضمانتنامه به صورت تعهد تنظیم نشده باشد و ماهیتاً در چارچوب عقد ضمان تلقی گردد، هرگاه در آن برای انجام دادن تعهد ضمانت کننده، تعیین مدت نشود، این نوع عقد ضمان را از حیث زمان

انجام تعهد ضمانت کننده، ضمان مطلق می‌گویند. در ماده ۷۰ قانون مدنی درباره ضمان مطلق چنین مقرر شده است:

«ضمان مطلق محمول به حال است مگر آنکه به قوانین معلوم شود که مؤجل بوده است.»

ضمان حال، ضمانتی است که ضامن باید آن را در مقابل مطالبه ذینفع ادا نماید. منظور از ماده ۷۰ قانون مدنی آن است که هرگاه ضمن عقد ضمان، تعیین مدت نشده باشد، ضمانت کننده باید به محض مطالبه ذینفع وجه مورد ضمانت را به او پردازد.

استاد لنگروودی ضمانت با تعیین سررسید را ضمانت موقت نامیده است و مثال آن را به این صورت می‌آورد:

«مثلاً ضامن بگوید من از این تاریخ تا سه ماه ضامنم که دین زید را بدهم. اگر مضمون‌له در این سه ماه به ضامن مراجعه کند و حق خود را بخواهد، می‌تواند به حق خود برسد؛ ولی اگر در این سه ماه به ضامن رجوع نکند، اساساً تعهد ضامن ساقط است و او باید به خود مضمون‌عنه مراجعه کند...»^{۵۳}

سپس اضافه می‌کند:

«عده‌ای که اکثریت دارند موقت نبودن را عنصر عقد ضمان می‌دانند و عده‌دیگر آن را عنصر عقد ضمان نمی‌دانند.»^{۵۴}

ماده ۶۹۲ قانون مدنی مقرر داشته است:

. ۵۳. دکتر لنگروودی: عقد ضمان، ص ۱۹۵.

. ۵۴. همان، ص ۱۹۵.

«در دین حال، ممکن است ضامن برای تأدیه آن اجلی معین کند و همچنین می‌تواند در دین مؤجل تعهد پرداخت فوری آن را بنماید.»

با توجه به عبارت «ممکن است» و فعل «می‌تواند» که در ماده ۶۹۲ قانون مدنی آمده است، به نظر می‌رسد که از نظر قانون مدنی ایران، می‌توان فرض صحت ضمانت را بدون تعیین سررسید در ضمانتname نمود. در این صورت، مواعید مذکور در بندهای مختلف ماده ۴ مقررات متحددالشکل ضمانتname ها مورد استفاده قرار می‌گیرند.

پاراگراف آخر ماده ۴ مقررات متحددالشکل ضمانتname چنین مقرر می‌دارد:

«هرگاه تاریخ سررسید، با روزغیر کاری (تعطیل) مصادف شود، تاریخ سررسید تا اولین روزکار پس از تعطیل به تأخیر می‌افتد.»

این ترتیب عیناً همان ترتیبی است که در رابطه با ابلاغ اوراق دادخواست یا اخطاریه ها یا احکام در ایران اعمال می‌شود. ماده ۶۱۳ آئین دادرسی مدنی ایران مقرر داشته است:

«هرگاه روز آخر موعد مصادف با روز تعطیل ادارات باشد، آن روز که تعطیل است به حساب نمی‌آید و روز آخر موعد روزی خواهد بود که ادارات بعد از تعطیل باز می‌شود.»

علاوه بر مراتب فوق، بر طبق ماده ۶۱۴ آئین دادرسی مدنی ایران، موعدی که ابتدای آن تاریخ ابلاغ یا اعلام است، روز ابلاغ و اعلام و همچنین روز اقدام جزو مدت محسوب نمی‌شود.

ماده ۵ مقررات متحددالشکل ضمانتname مربوط به خاتمه یا انقضای ضمانت است.^{۵۵} قسمت اول بند ۱ ماده مذکور مقرر می‌دارد:

«هرگاه ضمانت کننده تا پیش از تاریخ سرسید یا در همان تاریخ، ادعای طلبی را دریافت نکند... ضمانتنامه از درجه اعتبار ساقط می‌گردد.»

در صورتی که ضمانتنامه دارای سرسید باشد، حکم آن در سطور فوق بیان شد، ولی قسمت اخیر آن که مقرر می‌دارد: «... هرگونه ادعای طلبی که تحت ضمانتنامه صورت گرفته به طور کامل تصفیه شده، بطوریکه همه حقوق ذینفع را تأمین کرده باشد ضمانتنامه از درجه اعتبار ساقط می‌گردد» ممکن است ناظر به دو مصدق باشد:

مصدق اول آنکه ادعای طلب مذکور بوسیله مضمون له و مضمون عنه تصفیه و حل وفصل شده باشد. در این صورت، حکم مذکور با ماده ۷۰۷ قانون مدنی ایران مغایرت دارد. زیرا ماده ۷۰۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«اگر مضمون له ذمة مضمون عنه را برعی کند، ضامن بری نمی‌شود مگر اینکه مقصود ابراء از اصل دین باشد.»^{۵۶}

مصدق دیگر این است که ضمانت کننده هرگونه ادعای طلبی را که تحت ضمانتنامه وجود داشته به طور کامل تصفیه کرده باشد، که در این صورت، بدیهی است موردی برای بقای اعتبار ضمانتنامه باقی نمی‌ماند.

هدف از ماده ۵ مقررات متحدهالشکل ضمانتنامه، تحت عنوان «خاتمه (انقضای) ضمانتنامه» آن است که دقیقاً توضیح دهد در چه وقت ضمانتنامه بسی اثر می‌گردد. در واقع، ماده ۵ مکمل مفاد ماده ۴ است. ماده ۴ آخرین تاریخ ممکن برای طرح ادعا را بیان نموده و ماده ۵ دریند ۱ تکلیف موردی را معین کرده است که در فرجه مذکور در ماده ۴ طرح

ادعائی نشود یا در مدت مذکور ادعا مطرح شده و تصفیه صورت گرفته باشد.
در این دو صورت، ضمانتنامه از درجه اعتبار ساقط می‌گردد. بند ۱ ماده ۵
مذکور مقرر می‌دارد:

«هرگاه از ضمانت کننده قبل از تاریخ سرسید ضمانتنامه یا در رأس آن مطالبه‌ای نشود، یا در صورتی که هرگونه مطالبه‌ای که به موجب ضمانتنامه بعمل آمده باشد به طور کامل تصفیه شده باشد به نحوی که کلیه حقوق مضمون‌له را تأمین کرده باشد، ضمانتنامه از درجه اعتبار ساقط می‌گردد.»

در بند ۲ ماده ۵ مقررات متحداً الشکل ضمانتنامه‌ها، درخصوص ضمانتنامه‌های شرکت در مناقصه یا مزایده، اماراتی را ارائه داده که با تحقق آنها مفروض آن است که ضمانتنامه شرکت در مناقصه از درجه اعتبار ساقط شده است. این امارات به طور خلاصه عبارتند از:
— قبول پیشنهاد شرکت در مناقصه بوسیله کارفرما و واگذاردن کار به شرکت کننده.

— تنظیم و تسلیم ضمانت حسن اجرای کار به موجب مفاد قرارداد یا مفاد شرایط مناقصه.

— امضای قرارداد بوسیله مضمون‌عنه در صورتی که طی قرارداد یا شرایط مناقصه تسلیم ضمانت حسن اجرای کار لازم شمرده نشده باشد.

— اعلام برنده شدن شرکت کننده دیگر.

— انصراف کارفرما از امضای قرارداد.

بند ۲ ماده ۵ مذکور مقرر داشته است:

«علی‌رغم مفاد ماده ۴، در مورد ضمانتنامه‌های شرکت در مناقصه:

الف. با قبول پیشنهاد مضمون‌عنه توسط ذینفع با واگذاردن قرارداد به او و یا با تسلیم ضمانتنامه حسن اجرای کار بوسیله مضمون‌عنه در صورتی که به این ترتیب در قرارداد پیش‌بینی شده یا هرگاه قرارداد

امضاء نشده باشد ولی در شرایط مناقصه به این نحو مقرر گردیده باشد، در صورتی که به موجب قرارداد چنین ضمانتنامه‌ای از مضمون عنه خواسته نشده باشد، ضمانتنامه شرکت در مناقصه که از طرف او صادر شده است از درجه اعتبار ساقط می‌شود.

ب. همچنین هرگاه قرارداد مربوط به پیشنهاد دهنده دیگری واگذار شود، ضمانتنامه شرکت در مناقصه از درجه اعتبار ساقط می‌گردد، اعم از آنکه پیشنهاد دهنده شرایط مورد اشاره در بند ۲-الف این ماده را داشته باشد یا نداشته باشد.

ج. همچنین در صورتی که ذینفع [کارفرما] صریحاً اظهار کند که در نظر ندارد قراردادی واگذار نماید، ضمانتنامه شرکت در مناقصه از درجه اعتبار ساقط است.»

مادة ۶ مقررات متحدة الشكل ضمانتنامه‌ها در رابطه با «اعادة ضمانتنامه‌هائی»^{۵۷} است که باطل یا منقضی یا به نحو دیگر از درجه اعتبار ساقط شده‌اند. در بادی امر به نظر می‌رسد که شرط اعاده این‌گونه ضمانتنامه‌ها جنبه شکلی دارد. ولی با توجه به توضیحاتی که توسط اطاق بازرگانی بین‌المللی داده شده است، این مطلب در بعضی کشورها که به موجب قوانین آنها ضمانتنامه تا وقتی که به ضمانت کننده اعاده نشده و یا تا وقتی که ذینفع مشخصاً ضمانت کننده را ازتعهداتش مبرآنگرده اعتبار دارد، حائز اهمیت است. اعاده ضمانتنامه همچنین از لحاظ مقاصد ترازنامه‌ای نیز مفید است. بدین ترتیب، هرگونه تردیدی برای تصحیح ارقام بدھیهای احتمالی از میان می‌رود. مقررات مذکور، ضمانت اجرائی برای امتناع از اعاده ضمانتنامه معین نکرده است ولی تصریح نموده که تملک یا نگاهداری ضمانتنامه، به خودی خود، هیچ حقی برای ذینفع بوجود نمی‌آورد.

مادة ۷ مقررات متحدة الشكل ضمانتنامه‌ها تحت عنوان

«اصلاحیه های قراردادها و ضمانتنامه ها»^{۵۸} تأثیرات اصلاحیه های قراردادها و ضمانتنامه ها را نسبت به یکدیگر بیان می کند و توضیح می دهد که اصلاحیه های مربوط به شرکت در مناقصه یا مزایده مستلزم موافقت ضمانت کننده است؛ ولی اصلاحیه های مربوط به قراردادها در مورد ضمانتنامه های پیش پرداخت و حسن اجرای کار، هرگاه خلاف این امر در ضمانتنامه ها قید نشده باشد، احتیاج به جلب موافقت ضمانت کننده ندارد. تغییراتی که ضمانت کننده بخواهد در شرایط و مواد ضمانتنامه بددهد فقط در صورتی احتیاج به جلب رضایت مضمون^{۵۹} عنه دارد که به زیان او باشد. در غیر این صورت، چون تعهد به نفع شخص ثالث معتبر است، ضمانت کننده می تواند هر تغییری را که موجب افزایش تعهد خود او به نفع مضمون^۹ عنه باشد بنماید. بعلاوه، برطبق ماده ۶۸۵ قانون مدنی ایران، در ضمان، رضای مدیون اصلی شرط نیست. بنابر این، عدم موافقت نامبرده با معهده شدن ضمانت کننده در تغییراتی که به نفع اوست نباید تأثیری در صحبت تغییر مذکور داشته باشد.

ماده ۸۸ مقررات متحده الشکل ضمانتنامه ها تحت عنوان «تسليم ادعایا مطالبه»^{۵۹} را باید از مهمترین مواد این مقررات دانست. زیرا هر چند که طی آن قواعد شکلی برای مطالبه وجه ضمانتنامه پیش بینی شده اما، در عمل، در روابط بین المللی بانکها کرارآ موجب سقوط ضمانتنامه از درجه اعتبار گردیده است. ایرادهایی که معمولاً از طرف بانکها به تلکسها از جهت رمزدار بودن آنها می شود گاه باعث فوت وقت می گردد بطوریکه تلکس مطلوب تا پایان وقت اداری روز انقضای ضمانتنامه به دست ضمانت کننده نمی رسد یا ضمانتنامه از جهت آنکه فاقد عبارت بخصوصی در رابطه با طرز مطالبه است، مورد ایراد ضمانت کننده قرار می گیرد و همین بهانه ها موجب سقوط ضمانتنامه از درجه اعتبار می شود. تصریح مندرج در بند ۳ ماده

مذکور به اینکه ادعای مطالبه نبایستی محترم شمرده شود مگر اینکه دارای شرایط خاص و منضم به اسنادی باشد که در ضمانتنامه قید و یا در این مقررات تعیین شده است، همواره ضمانت کشندگان را چهار وسوسه ارائه بهانه هائی به منظور امتناع از پرداخت وجه ضمانتنامه می نماید.

ماده ۹ مقررات متحددالشکل ضمانتنامه ها تحت عنوان «اسنادی که مطالبه باید مستند به آنها باشد»^{۶۴} مبادرت به وضع مقررات تفسیری برای ضمانتنامه ها کرده که جایگزین سکوت طرفهای ذیربطریضمانتنامه ها است. در مقدمه ماده مذکور مقرر شده است:

«اگر در ضمانتنامه ای استناداتی که باید همراه ادعای طلب ارائه شود، قید نشده باشد، یا اینکه فقط صرف مطالبه بوسیله ذینفع قید شده باشد، ذینفع باید استناد زیررا ارائه دهد...»

به این ترتیب، مقررات مذکور استفاده از ضمانتنامه های بی قید و شرط یا عندالمطالبه را مقید به لزوم ارائه اسنادی کرده که در آن مقررات پیش بینی شده است. اسناد مذکور در مورد ضمانتنامه شرکت در مناقصه عبارت است از اخطار کتبی ذینفع مبنی بر تخلف مضمون عنه از امضای قرارداد یا تسلیم ضمانتنامه حسن اجرای کار و نیزاعلام کتبی ذینفع به مضمون عنه مبنی بر اینکه موافقت دارد اعتراض احتمالی مضمون عنه در مرجع حل اختلاف مقرر در قرارداد، یا هرگاه چنین مرجع حل اختلافی پیش بینی نشده باشد، به اختیار مضمون عنه برطبق مقررات دادگاه داوری اطاق بازرگانی بین المللی یا برطبق مقررات داوری آنسیترال حل و فصل گردد.^{۶۵} در مورد ضمانتنامه حسن اجرای کار یا ضمانتنامه استداد

60. Documentation to support claim

۶۱. در بعضی از ضمانتنامه های بانکهای خارجی که به صورت اعتبارات اسنادی صادر می شود قید می گردد:

«ما بدین وسیله این اعتبار اسنادی را به نفع شما صادر می کنیم که در مقابل برات [های] دیداری شما عهده این بانک قابل معامله است. برات باید در



پیش پرداخت، صرف قبول مضمون له به ترتیب مقرر فوق کافی دانسته نشده بلکه بر طبق بند «ب» ماده ۹ مذکور چنین مقرر گردیده است:

«در مورد ضمانتنامه حسن اجرای کار یا ضمانتنامه استداد پیش پرداخت، یا رأی دادگاه یا رأی داوری مبنی بر قبول مطالبه، یا تأیید کتبی ضمانتخواه نسبت به ادعای و میزان مبلغی که باید پرداخت شود [باید ارائه گردد].»

بطوریکه ملاحظه می شود ماده مذکور کاملاً موضوع ضمانتنامه بی قید و شرط یا عندالمطالبه را منتفی ساخته و مخصوصاً در رابطه با ضمانتنامه حسن اجرای کار و ضمانتنامه استداد پیش پرداخت، مدرکی را لازم دانسته که با تلاش زیاد و صرف وقت و هزینه های سنگین قابل تحصیل است. بدیهی است این ترتیب نقض غرض مفهوم ضمانتنامه است، زیرا منظور از درخواست ضمانت آن است که مضمون له در موضع بهتری از مضمون عنہ باشد. هرگاه بنا باشد که نتوان وجه ضمانتنامه را مطالبه کرد مگر آنکه رأی دادگاه یا رأی داوری مبنی بر قبول مطالبه ارائه شود، مضمون له و مضمون عنہ را در وضع مساوی در مقابل مراجع رسیدگی مذکور قرار می دهد و تفویقی را که مورد نظر مضمون له است از او سلب می کند. البته، همانطور که در مقدمه این بحث بیان شد، حتی در صورت قبول مقررات مشحدالشکل ضمانتنامه ها می توان ماده ۹ را که در آن شرایط فوق الذکر پیش بینی شده است، از آن حذف و مستثنی کرد.

ماده ۱۰ مقررات مشحدالشکل ضمانتنامه ها پیش بینی کرده است:

«تاریخ... یا قبل از آن برای معامله ارائه شود. این اعتبار اسنادی توسط برات دیداری شما عهده ما سی روز از تاریخ دریافت اظهارنامه لفظاً شده در فرم و به شرحی که در پائین داده می شود، قابل معامله است.»

در اظهارنامه ای که در متن فوق به آن اشاره شده است تصریح می شود که به دلیل قصور مضمون له، مطالبه وجه ضمانتنامه یا اعتبار اسنادی صورت گرفته است. اگر در اظهارنامه صراحتاً به قصور مضمون له اشاره نشود، معمولاً بانکهای صامن درخواست ضبط وجه موضوع ضمانتنامه را رد می کنند.

«هرگاه در یک ضمانتنامه قانون حاکم بر آن مشخص نشود، این قانون، قانون حاکم در محل کار ضمانت کننده خواهد بود. اگر ضمانت کننده بیش از یک محل کار دارد، قانون حاکم در محل شعبه‌ای که ضمانتنامه را صادر کرده، قانون حاکم خواهد بود.»

در تدوین مفاد این ماده نفع ضمانت کننده مورد نظر بوده است و با توجه به اینکه ضمانتنامه‌های مشمول مقررات متحده‌الشکل ضمانتنامه‌ها در سطح بین‌المللی صادر می‌گردد نتیجه آن تحمیل مقررات قانونی کشوری که ضمانتنامه در آن صادر شده بر کشوری که کار باید در آن انجام گیرد خواهد شد؛ یعنی تحمیل مقررات قانونی کشور محل اقامات ضامن برکشور محل اقامات مضمون‌له. به نظر می‌رسد که قانون حاکم در کلیه قراردادهایی که یک طرف آن اتباع جمهوری اسلامی ایران هستند، اعم از آنکه ضمانت کننده مقیم ایران یا خارج از ایران باشد، باید قانون ایران یا حداقل یک کشور اسلامی دیگر که قوانین آن با قوانین جمهوری اسلامی ایران مغایرت نداشته باشد تعیین گردد.

ظاهراً مفهوم قانون حاکم از نظر بین‌المللی محدود به قوانین ماهوی است نه قواعد تعارض قوانین. ماده ۲۸ قانون نمونه داوری آنسیترال در این باره مقرر داشته است:

«... تعیین قانون یا یک سیستم حقوقی کشور مشخص، باید چنین تفسیر شود که به طور مستقیم ناظر به قوانین ماهوی آن کشور است نه قواعد تعارض قوانین کشور مزبور، مگر آنکه طرفین خلاف آن را تصریح کرده باشند.»^{۶۲}

بنابر این، در اعمال ماده ۱۰ مقررات متحده‌الشکل ضمانتنامه‌ها، نه تنها لازم است تصریح شود که قوانین دولت جمهوری اسلامی ایران حاکم

۶۲. «قانون نمونه درباره داوری تجاری بین‌المللی» (ترجمه فارسی همراه با متن انگلیسی)، مجله حقوقی، ش ۴، زمستان ۶۴، صص ۵-۲۰ به بعد.

باشد بلکه تصریح مذکور در فوق هم لازم به نظر می‌رسد.
در ماده ۱۱ مقررات متحده‌الشکل ضمانتنامه‌ها تحت عنوان «حل
وفصل اختلافات»^{۶۳} به سه موضوع اشاره شده که خلاصه آن به قرار زیر
است:

اولاً، هرگونه اختلاف نظر در رابطه با ضمانتنامه‌ها، در صورت
توافق ضمانت کننده و مضمون^{۶۴} له، به داوری اطاق بازرگانی بین‌المللی یا
مقررات داوری آنسیترال ارجاع گردد.
ثانیاً، هرگاه چنین توافقی حاصل نشود دادگاه محل کار ضمانت
کننده، و یا در صورت تعید محل کار، شعبه صادر کننده ضمانتنامه صالح
است.

ثالثاً، هرگاه اختلاف فیما بین ضمانت کننده و مضمون^{۶۵} له مربوط به
حقوق و تعهدات مضمون^{۶۶} عنه باشد و به داوری ارجاع شود، مضمون^{۶۷} عنه حق
دارد در جریان داوری مداخله نماید.

ارجاع حل وفصل اختلافات به داوری در مواردی که دولت ایران
ذینفع ضمانتنامه یا مؤسسات بانکی ایران صادر کننده آن باشند، باید با
رعایت اصل یکصدوسی و نهم قانون اساسی پیش‌بینی شود. با تجربه‌ای
که در دعاوی متعدد از بسیاری از مراجع داوری بین‌المللی حاصل شده
است به نظر می‌رسد بهتر باشد حل وفصل اختلافات به مراجع صلاح‌بتدار
(دادگاه‌های) ایران ارجاع گردد و از قبول داوری مراجع بین‌المللی، به‌هر
نحو و شکلی، اجتناب شود. حساسیت قوانین ایران قبل از انقلاب اسلامی
نسبت به ارجاع دعاوی دولتی به داوری و گنجانیده شدن مقرراتی در قانون
اساسی جمهوری اسلامی ایران در این زمینه، کلاً دلالت بر آن می‌کند که
از ارجاع دعاوی به داوری خاطرات مطلوبی وجود ندارد.

در خصوص حدود قابلیت اعمال مقررات متحده‌الشکل
ضمانتنامه‌ها، ابتدا لازم است این حقیقت را متناسب کر گردد که قبول مقررات

63. Settlement of Disputes

بین المللی از این قبیل، طرف ایرانی را به طور ضمنی ملزم به قبول عادات و رسوم دیگر بین المللی که در اینگونه مقررات نوشته نشده است، می‌سازد؛ عادات و رسومی که نوع و چگونگی آنها برای طرف ایرانی مجھول و ناشناخته است و توضیح و تشریح آنها مستلزم استمداد از مشاوران و کارشناسان خارجی و متضمن تحمل هزینه‌های سنگین برای طرف ایرانی است. نباید پنداشت که پیش‌بینی حکومت قوانین ایران ممکن است این اشکال را رفع کند، زیرا بر طبق ماده ۲۲۵ قانون مدنی ایران: «متعارف بودن امری در عرف و عادت، بطوریکه عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد، به منزله ذکر در عقد است». بنابر این، قانون ایران، خود مؤید قابل اعمال بودن عرف و عادت است؛ در حالی که هرگاه خلاف این امر در قرارداد (ضمانتنامه) تصریح نشودنمی‌توان عرف و عادت را محدود و منحصر به عرف و عادت در داخل ایران یا قلمرو حقوقی خاص دیگری ساخت. یکی از علل محکومیت‌های طرفهای ایرانی در مراجع بین المللی، پذیرش چنین شرایطی است که مستلزم تمکین به قواعد و قوانین ناشناخته و مصدق رها کردن تیر در تاریکی است.

نتیجه

نتیجه کلی که از این بحث گرفته می‌شود آن است که به نظر می‌رسد لازم باشد از قبیل مقررات متحدد الشکل ضماناتنامه‌ها به طور دست نخورده و دربست خودداری شود و از قید عبارت مندرج در بند ۱ ماده ۱ آن مقررات در ضماناتنامه‌های مورد عمل بانکهای ایرانی اجتناب گردد. هرگاه با قبول خطیری که به آن اشاره شد، باز هم نظر مسئولان مربوط موافق استفاده از مقررات مذکور به نحوی که هست باشد، لازم است با قرار دادن ضماناتنامه‌ها در چارچوب قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی ایران و خارج ساختن آنها از شرایط و مقررات «عقد ضمانت» مذکور در آن قانون، بین این مقررات و قوانین ایران هماهنگی بوجود آورد.

در هر حال، قید حکومت قانون ایران و تصریح نسبت به حکومت قواعد تعارض قوانین ایران، و در صورت امکان، قید عدم قبول عرف و عادتی غیر از آنچه با قوانین ایران مطابقت داشته باشد و نیز قید حکومت دادگاههای ایران جهت حل و فصل دعاوی، از اهم نکات مورد توجه است.

واحد تحقيق دفتر خدمات حقوق بين الملل



مسئلیت بین المللی دولت
در نتیجه اعمال افراد



● مقدمه

۱. در بسیاری از دعاوی طرح شده در دیوان داوری دعاوی ایران-ایالات متحده، به ویژه دعاوی کمتر از ۲۵۰،۰۰۰ دلار، امریکائیان به ادعای اینکه در اثر اعمال شورشیان و انقلابیون قبل از پیروزی انقلاب یا کمی پس از آن زبانهایی به آنها وارد آمده است، از دولت جمهوری اسلامی ایران مطالبه خسارت نموده و در تأیید ادعای خود به قواعد حقوق بین الملل استناد کرده‌اند. این مسئله مربوط به مسئولیت بین المللی دولت است و برای رد ادعای آنان می‌توان به بند ۱۱ (د) بیانیه الجزایر^۱ و برخی از قواعد حقوق بین الملل که در تفسیر آن

۱. به موجب این بند، ایالات متحده متعهد شده است که از طرح دعاوی ناشی از حوادث قبل از تاریخ بیانیه در ارتباط با «صدمات واردہ به اتباع ایالات متحده یا اموال آنها در نتیجه جنبشهای مردمی در جریان انقلاب اسلامی ایران که ناشی از عمل دولت ایران نبوده است» جلوگیری کند.

می‌تواند سودمند باشد، استناد کرد. برای تحقیق مسئولیت بین‌المللی دولت چهار شرط در حقوق بین‌الملل عمومی مقرر شده است:

۱. نقض یک تعهد بین‌المللی و به تعبیر دیگر انجام دادن یک

عمل نامشروع؛^۲

۲. تحقیق ضرر

۳. وجود رابطه سببیت بین نقض تعهد و ضرر

۴. قابلیت انتساب عمل زیان آور به یک ارگان مسئول دولتی.^۳

شرط اخیر شرطی بسیار مهم در مسئولیت بین‌المللی دولت است. هرگاه خواهان نتواند اثبات کند که عمل زیان آور، منتبه به یکی از ارگانهای دولت بوده است، حکم به مسئولیت دولت و جبران خسارت واردۀ صادر نخواهد شد.

۲. یک نکته در حقوق بین‌الملل مسلم است و آن این است که دولت مسئول اعمال افراد خصوصی نیست و نیز دولت مسئولیت اعمال توده‌های مردم را که شورش کرده و در ضمن شورش، بدون اینکه دولت کنترلی بر آن داشته باشد، خسارati به بیگانگان وارد آورده‌اند بر عهده ندارد. البته، یک استثناء بر این اصل وارد آمده است: یک دولت انقلابی مسئول اعمال انقلابیون و شورشیان پیروز تلقی می‌شود. اما این استثناء هم حدود و قیودی دارد که باید مورد توجه واقع شود. آنچه در این مقاله مورد بحث واقع خواهد شد اصل مذکور و استثنای وارد بر آن است.

منبع اصلی در این باب گزارش‌های داده شده به کمیسیون حقوق بین‌الملل، به وزیر چهارمین گزارش راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت از پروفسور Roberto Ago ، و طرح مواد راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت است که در سال ۱۹۸۰ به تصویب کمیسیون حقوق بین‌الملل

2. CHARLES ROUSSEAU: *Droit International Public*, T.V. Paris 1983, n° 65.

رسیده و معمولاً آن را به عنوان تدوین قواعد حقوق بین الملل عرفی تلقی می کنند.



اصل عدم مسئولیت دولت در قبال اعمال افراد خصوصی

۳. اصل کلی پذیرفته شده در حقوق بین الملل این است که اعمال افراد خصوصی، قابل انتساب به دولت نیست.^۲ ماده ۱۱ طرح مواد راجع به مسئولیت بین المللی دولت تحت عنوان «عمل اشخاص بدون نمایندگی از سوی دولت» در این زمینه مقرر می دارد:

«۱. عمل شخص یا گروهی از اشخاص که به نمایندگی از دولت انجام نگرفته باشد، نباید از نظر حقوق بین الملل عمل دولت شناخته شود.»

«۲. بند ۱ مانع از انتساب هر کار دیگری که توسط اشخاص یا گروهی از اشخاص یاد شده در آن بند صورت گرفته باشد و طبق مواد ۵ تا ۱۰ باید به عنوان عمل دولت شناخته شود، به دولت نیست.»^۴

3. IAN BROWNIE: *System of the Law of Nations*, State Responsibility, Par I, Oxford 1983, pp. 159 ss; NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLER, ALAIN PELLET: *Droit international public*, 2e éd., Paris 1980, n° 624, p. 696.

4. Article II. Conduct of persons not acting on behalf of the State:

1. The conduct of a person or a group of persons not acting on behalf of the State shall not be considered as an act of the State under international Law.
2. Paragraph 1 is without prejudice to the attribution to the State of any other conduct which is related to that of the persons or groups of persons.



در سالنامه ۱۹۷۵ کمیسیون حقوق بین‌الملل ضمن توضیح و تفسیر مادهٔ فوق، مبانی آن در حقوق بین‌الملل مورد بررسی واقع شده است. با توجه به عملکرد دولتها و روایهٔ قضائی بین‌المللی و عقاید علمای حقوق بین‌الملل، باید گفت که این مادهٔ متضمن یک قاعدهٔ عرفی بین‌المللی است، هرچند که مواد تهیی شده از سوی کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت، از جمله مادهٔ ۱۱، هنوز به تصویب دولتها نرسیده و به صورت عهدنامه در نیامده است.

۴. برای روشن شدن مفهوم مادهٔ ۱۱ مذکور، به پاره‌ای نکات که در تفسیر این ماده در سالنامه کمیسیون حقوق بین‌الملل آمده است، اشاره می‌کنیم:

کلمه «شخص» در بند ۱ مادهٔ ۱۱ شامل شخص طبیعی و شخص حقوقی است و در این ماده به عمل «گروهی از اشخاص» نیز اشارت رفته است، چرا که در اغلب موارد، زیانهای واردہ به بیگانگان ناشی از عمل گروهها است. به نظر کمیسیون توصیف اشخاص با وصف «خصوصی»، با اینکه در اغلب موارد عامل زیان افراد خصوصی هستند، به دو دلیل ضروری نبوده است:

یکی آنکه در مورد اشخاص حقوقی، قاعدهٔ فوق باید دربارهٔ پاره‌ای اشخاص که از نظر حقوق داخلی، خصوصی به شمار نمی‌آیند، مانند اشخاص حقوقی فرادولتی (parastatal) یا شبه‌عمومی (quasi-public)، نیز اجرا شود. عدم انتساب اعمال این اشخاص به

→
referred to in that paragraph and which is to be considered as an act of
the State by virtue of articles 5 to 10.

برای متن کامل این طرح (بخش اول - مواد ۱ تا ۳۵) رجوع شود به:
Yearbook of the International Law Commission, 1986, Vol. II, Part 2. pp. 30 ss.
۵. مقصود نهادهایی است که دارای سازمان خاص و جدا از دولت هستند و در کنار دولت خدماتی را که دارای جنبهٔ عمومی است انجام می‌دهند. رجوع شود به گزارش سوم



دولت درست مانند عدم انتساب اعمال شرکت‌های خصوصی است مشروط بر اینکه اشخاص مزبور انجام وظایف دولت (اعمال حاکمیت) را بر عهده نداشته باشند یا لائق فعل یا ترک فعل زیان آور آنها در ارتباط با انجام آن وظایف نباشد.

دلیل دوم آن است که در مورد اشخاص طبیعی، قاعدهٔ مذکور دربارهٔ اشخاصی که ارگان دولت به شمار می‌آیند در صورتی که به عنوان اشخاص خصوصی عمل کرده باشند نه در سمت‌امامور دولت و در اجرای وظایفی که به عنوان ارگان دولت بر عهده دارند، نیز لازم الاجراء است. بالاخره جمله «که به نمایندگی از دولت انجام نگرفته باشد» بدان منظور افروده شده که عمل اشخاصی را که طبق مواد ۷ و ۸ به عنوان استثناء قابل انتساب به دولت است، از شمول قاعدهٔ مندرج در بند ۱ مادهٔ ۱۱ خارج کند.^۶



«R.Ago» راجع به مستولیت دولت مندرج در سالنامه کمیسیون حقوق بین‌الملل، ۱۹۷۱، ج ۲، بخش اول، ش ۱۶۵، ص ۲۵۴.

۶. رجوع شود به شرح مادهٔ ۱۱ مندرج در همان سالنامه، ۱۹۷۵، ج ۲، ش ۳۶، ص ۸۲، ترجمه بند ۲ مادهٔ ۷ و کل مادهٔ ۸ از طرح مواد راجع به مستولیت بین‌المللی دولت بدین شرح است:

مادهٔ ۷. انتساب رفتار واحدهای دیگری که صلاحیت اعمال عناصری از اختیارات دولت را دارند، به دولت:
... ۱

۲. ... رفتار ارگان یا واحدی که جزئی از ساختار رسمی دولت یا واحد حکومتی محلی نیست اما به موجب حقوق داخلی صلاحیت اعمال عناصری از اختیارات دولت را دارد، باید به عنوان عمل دولت بر حسب حقوق بین‌الملل تلقی گردد، مشروط بر اینکه در مسئلهٔ طرح شده بدان سمت عمل کرده باشد.

مادهٔ ۸. انتساب رفتار اشخاصی که به نمایندگی از دولت عمل می‌کنند، به دولت: رفتار شخص یا گروهی از اشخاص باید به عنوان عمل دولت بر حسب حقوق بین‌الملل شناخته شود هرگاه:
الف. ثابت شود که چنین شخص یا گروه اشخاص، در واقع، از سوی دولت عمل

می‌کرده‌اند؛



بنابراین، موضوع ماده ۱۱، اعمال زیان آور اشخاص طبیعی یا حقوقی است که به نمایندگی قانونی (de jure) یا عملی (de facto) از دولت عمل نکرده باشند. اگر شخص خصوص نمایندگی از سوی دولت داشته و به عنوان نماینده دولت رفتار کرده باشد (بند ۲ ماده ۷ از طرح کمیسیون حقوق بین الملل)، عمل او مناسب به دولت است. اما عمل اشخاص حقوقی که نمی توان آنها را اشخاص حقوق خصوصی تلقی کرد، مانند مؤسسات شبه عمومی یا اشخاص حقوق عمومی که عمل حاکمیت انجام نمی دهند (مانند شرکتهای دولتی) یا اختیار عمل حاکمیت هم به آنها داده شده است ولی در بخش دیگری عمل کرده و موجبات زیان شده اند، قابل انتساب به دولت نیست. همچنین است عمل یک ارگان دولتی یا کارمند دولت که به عنوان کار فرد خصوصی، یعنی در ارتباط با زندگی خصوصی او، انجام گرفته است نه در رابطه با کار دولتی.^۷

اعمال اشخاص خصوصی مناسب به دولت نیست؛ خواه عامل تابعیت آن دولت را داشته یا نداشته باشد؛ خواه عمل در قلمرو حاکمیت آن دولت انجام شده باشد یا در جای دیگر؛ خواه انفرادی باشد یا گروهی؛ خواه در یک وضع عادی انجام گرفته باشد یا در جریان شورش، تظاهرات، انقلاب، جنگ و غیر آن؛ خواه زیان دیده، یک دولت خارجی باشد یا تبعه او.^۸

۵. با اینکه دولت مسئول اعمال افراد خصوصی نیست، ممکن است در صورت ورود خسارت از سوی آنان، از جهات دیگر مسئول

ب: چنین شخص یا گروه اشخاص، در واقع، عناصری از اختیارات دولت را، در نبود مقامهای رسمی و در اوضاع احوالی که کاربرد این اختیارات را توجیه می کند، اعمال می کرده اند.

۷. سالنامه کمیسیون حقوق بین الملل، ۱۹۷۵، ج ۲، شرح ماده ۱۱، ش ۲، ص ۷۵.

۸. همان مأخذ، ش ۳، ص ۷۱.

شناخته شود. بنابراین، چنانکه بند ۲ ماده ۱۱ می‌گوید، بند ۱ این ماده ناقض مقررات مواد ۵ تا ۱۰ نیست؛ یعنی ممکن است دولت در برخی موارد به مناسبت عمل اشخاص خصوصی مسئول تلقی گرددولی، در این صورت، مسئولیت دولت ناشی از نقض یک تعهد بین‌المللی از سوی خود است، و در واقع، عمل اشخاص خصوصی فقط زمینه‌ای برای نقض تعهد دولت به شمار می‌آید. مثلًا دولت تا حدی - که بر حسب مورد تفاوت می‌کند - متعهد است از دولتهای خارجی و نمایندگان و اتباع آنها در مقابل حملات افراد حمایت کند. بنابراین، اگر ارگانهای دولتی در اینگونه موارد از اقدامات حمایتی مناسب دریغ ورزند و در نتیجه عمل افراد خصوصی زیانی به بیگانگان وارد شود، دولت در ارتباط با عمل افراد، مرتكب نقض یک تعهد بین‌المللی شده و مسئول است.^۹

در تأیید عدم مسئولیت دولت در قبال اعمال اشخاص خصوصی می‌توان به آراء دادگاههای بین‌المللی و عملکرد دولتها و عقیده علمای حقوق بین‌الملل استناد کرد.

الف. آراء دادگاههای بین‌المللی

۶. بررسی رویه قضائی بین‌المللی ثابت می‌کند که رفتار اشخاص خصوصی هیچگاه موجب مسئولیت دولت تلقی نشده است. مگر اینکه همراه با فعل یا ترک فعل از سوی یک ارگان دولتی بوده باشد. امکان دارد عمل افراد به دولت نسبت داده شود اما فقط هنگامی که شرکت یا معاونت ارگانهای دولت در ارتکاب عمل ثابت شده باشد. بنابراین، شرط انتساب عمل شخص خصوصی به دولت آن است که دولت از طریق عمل آن شخص مرتكب نقض یک تعهد بین‌المللی شده باشد.^{۱۰}

۹. همان مأخذ، ش ۴، ص ۷۱.

۱۰. همان مأخذ، ش ۷، ص ۷۲.

۷. اصل عدم مسئولیت دولت نسبت به اعمال اشخاص خصوصی در آغاز قرن بیستم (۳۰ سپتامبر ۱۹۰۱) از سوی داور «Ramiro Gil de Uribarri» در داوری بین ایتالیا و پرو براساس کنوانسیون ۲۵ نوامبر ۱۸۹۹ بصراحت اعلام شد. این داوری برای رسیدگی به دعاوی اتباع ایتالیا که در پرو سکونت داشتند مقرر شده بود.

در پرونده «Poggioli» که رأی آن توسط «Ralson» سردار کمیسیون ایتالیا - ونزوئلا متشکّل به موجب پروتکل ۱۳ فوریه و ۷ مه ۱۹۰۳ صادر شد، یکی از دعاوی مطروحه مربوط به چهار نفر بود که متهم به اعمال زیان‌آوری از جمله قتل یکی از برادران «Poggioli» بودند. در این رأی به اعمال افراد که به علت عدم مجازات آنها از سوی مقامهای کشور به صورت عمل دولت در آمده است، اشارت رفته و در عین حال گفته شده است:

«بعضی از سازمانهای دولتی وظایف خود را، چنانکه باید، ایفا نکرده‌اند و به علت این قصور، دولت ونزوئلا باید مسئول شناخته شود.»^{۱۱}

از مجموع عبارات این رأی بوضوح بر می‌آید که مقصود سردار اور به هیچوجه این نبوده که اعمال افراد خصوصی بالذات قابل انتساب به دولت است.

۸. موضوع در نیمة دهه ۱۹۲۰ با آراء دیگری که از دادگاههای

11. One can not consider that the acts were the acts of a well-ordered state, but rather that for the time being some of the instrumentalities of government had failed to exercise properly their functions, and for this lack the Government of Venezuela must be held responsible.

(United Nations, Reports of International Arbitral Awards (R.I.A.A.), Vol. X, p.689).

بین‌المللی صادر شد روش‌تر گردید. در اول مه ۱۹۲۵ ماکس هوبر (Max Huber) که به موجب موافقتنامه انگلیس و اسپانیا مورخ ۲۹ مه ۱۹۲۳ به سمت داور تعیین شده بود، رأی معروف خود را در مورد دعاوی مختلف راجع به پروندهٔ مالکیت اتباع بریتانیا در مراکش اسپانیائی (British Property in Spanish Morocco case) صادر کرد که از آن نکات زیر به دست می‌آید:

- الف. در مواردی که اعمال افراد، زیانی به خارجیان وارد کرده باشد، داور فقط هنگامی عمل را به عنوان عمل دولت و موجب مسئولیت بین‌المللی تلقی می‌کند که قصور ارگانهای دولتی در جلوگیری از اعمال مزبور محرز باشد.
- ب. عمل یک فرد خصوصی به هیچ رومنشأ مسئولیت بین‌المللی نیست.

- ج. عمل زیان‌آور فرد متمایز از رفتاری است که در پروندهٔ مطروحه ممکن است به دولت نسبت داده شود.
- د. حتی برای تعیین مبلغ غرامت، داور تأکید می‌کند که مسئولیت دولت فقط ناشی از نقض یک تعهد بین‌المللی از سوی خود او در پروندهٔ مزبور است نه ناشی از اوضاع و احوال و آثار اعمال افراد.^{۱۲}

۹. بعد از این پرونده، آرائی از کمیسیونهای دعاوی بین‌کشورهای مختلف و مکریک صادر شد که در آنها نیز اصل مذکور مورد بحث و قبول قرار گرفت. کمیسیون دعاوی کلی مکریک - ایالات متحده که براساس کنوانسیون ۸ سپتامبر ۱۹۲۳ تشکیل شد، در چند مورد، این اصل را به طور قاطع اعلام کرد که مسئولیت دولت به مناسبت اعمال افراد فقط مبتنی بر قصور دولت در پیشگیری یا مجازات آن اعمال

12. R.I.A.A., Vol. II, pp. 636, 709 and 710; Yearbook of the I.L.C., 1975, Vol.II, p. 74, note 106.

است. در این زمینه مهمترین رأی آن است که کمیسیون به ریاست «van Vollenhoven» در ۱۶ نوامبر ۱۹۲۵ در پرونده جینز (Janes case) صادر کرد. در این پرونده که قتل یک امریکائی توسط یک کارمند اخراج شده مکزیکی مطرح و معاونت دولت مکزیک در آن کار ادعا شده بود، کمیسیون بوضوح اعلام کرد که:

الف. عمل فرد فقط باید به خود او نسبت داده شود و فقط اعمال

ارگانهای دولتی قابل انتساب به دولت است؛

ب. دو نوع عمل مذبور در دو سطح مختلف - یکی در سطح

حقوق داخلی و دیگری در سطح حقوق بین الملل - باید در نظر گرفته شود؛

ج. مفهوم معاونت که در خودداری از مجازات نهفته است صرفاً فرضی بوده و به هر حال نمی‌تواند مبنای برای تغییر نتیجه و انتساب مسئولیّت اعمال افراد به دولت تلقی شود.

در مورد میزان غرامت نیز کمیسیون، تفکیک بین عمل نامشروع فرد و عمل نامشروع دولت را ضروری شمرده و تأکید می‌کند که این دو جرم «در منشأ، کیفیّت و اثر» متفاوت‌اند، و براساس آن، اظهارنظر می‌کند که دولت فقط باید خسارت ناشی از ترک فعل (omission) خود را جبران نماید و خسارت واردہ نباید بر پایه زیان ناشی از قتل - که عمل فرد بوده است - ارزیابی شود.

در پرونده‌های دیگر به ویژه «Kennedy case» (۱۹۲۷ مه ۶)،

«Venable case» (۸ ژوئیه ۱۹۲۷) و «Canahl case» (۱۵ اکتبر ۱۹۲۸) نیز کمیسیون دعاوی عمومی مکزیک - ایالات متحده اصل اعلام شده در پرونده جینز را اجرا کرده است.^{۱۳}

۱۰. از آغاز دهه ۱۹۳۰ آراء داوری بین المللی دیگری که قابل

۱۳. سالنامه کمیسیون حقوق بین الملل، ۱۹۷۵، ج ۲، ش ۱۶، ص ۷۵.

مقایسه با رأی صادر در پرونده جینز باشد صادر نشد. با وجود این، شک نیست که بعد از این تاریخ، اصل عدم انتساب اعمال افراد خصوصی به دولت تثیت شد. آراء بعدی به بررسی این مسئله اکتفا کرده که آیا در موقعیت خاصی، دولت ممکن است مرتكب نقض تعهد بین المللی خود به پیشگیری و مجازات افراد شده باشد؟ و درباره این موضوع که آیا دولت مرتكب چنین نقض تعهدی شده است یا نه، تصمیم گرفته‌اند.

در پرونده «Finish Shipowners v. Great Britain»^۹ به موجب رأی مورخ

۱۹۳۴ که در ارتباط با استفاده از برخی کشتیهای فنلاندی در زمان جنگ براساس موافقتنامه ۳۰ سپتامبر ۱۹۳۲ بین بریتانیای کبیر و فنلاند صادر شد، داور اعلام داشت که اعمال زیان‌آور باید بوسیله دولت خوانده یا مأموران او انجام شده باشد؛ زیرا براساس حقوق بین الملل، مسئولیّت مستقیم دولت بر اثر اعمال اشخاص خصوصی شناخته نشده است.^{۱۰}

۱۱. در میان آراء داوری مربوط به این موضوع، آراء مربوط به خسارات واردہ به بیگانگان از سوی افراد در جریان شورشها، انقلابها و تظاهرات عمومی که دولت قادر به پیشگیری یا کنترل آنها نبوده معمولاً دسته خاصی به شمار آمده است. اصل عدم انتساب اعمال زیان‌آور افراد خصوصی به دولت در اینگونه آراء نیز بصراحّت اعلام شده است. مثلًا کمیسیون مختلط بریتانیای کبیر - ایالات متحده که به موجب موافقتنامه ۱۸ اوت ۱۹۱۰ تشکیل شد، در رأی مورخ ۱۸ دسامبر ۱۹۲۰ در پرونده «Home Frontier and Foreign Missionary Society of the United Brethren in Christ» اعلام داشت که هیچ دولتی نمی‌تواند مسئول عمل شورشیان که با نقض اقتدار دولت انجام شده است، تلقی گردد، «هنگامی که دولت خود مرتكب نقض حسن نیت یا سهل انگاری در

14. R.I.A.A., Vol. III, p. 1501.

مسئلت من المللی دولت در...

سرکوب شورش نشده باشد».^{۱۵}

اصل بنیادی عدم مسئولیت دولت نسبت به خسارات واردہ در سرزمین او در ارتباط با حوادثی از قبیل شورش، انقلاب، جنگ داخلی یا جنگ بین‌المللی توسط ماکس هوبر در رأی مورخ اول مه ۱۹۲۵ در پروندهٔ اموال اتباع بریتانیا در مراکش اسپانیائی-که قبلًا به آن اشارت رفت (ش ۸) - اعلام گردیده است. به موجب این رأی:

«مسئولیت برای فعل یا ترک فعل مقامهای عمومی کاملاً غیر از مسئولیت برای اعمال منتسب به افرادی است که خارج از حیطه نفوذ یا آشکارا دشمن مقامهای دولتی هستند.»^{۱۶}

ب. عملکرد دولتها

۱۲. در زمینهٔ عملکرد دولتها، موضع‌گیری دولتها در جریان کارهای مقلّماتی کنفرانس ۱۹۳۰ جهت تدوین حقوق بین‌الملل (Colonial Conference) و در خود کنفرانس قابل توجه است. همه دولتهایی که در این کار شرکت داشتند بر آن بودند که اعمال افراد خصوصی هرگز قابل انتساب به دولت به عنوان یک منبع مسئولیت بین‌المللی نیست. آنها موافقت داشتند که دولت در برخی موارد فقط در اثر رفتار ارگانهای خود در ارتباط با اعمال افراد خصوصی، رفتاری که نقض تعهدات بین‌المللی دولت به شمار آید، مسئول شناخته می‌شود، اگرچه آن اعمال در اوضاع و احوال خاصی مانند شورشها و آشوبهای روى داده یا خسارت به بیگانگانی وارد شده باشد که از حمایت خاصی برخوردارند، مانند مأموران سیاسی دولت خارجی.

15. R.I.A.A., Vol. III, p. 44

16. La responsabilité pour l'action ou l'inaction de la puissance publique est tout autre chose que la responsabilité pour des actes imputables à des personnes échappant à l'influence des autorités ou leur étant ouvertement hostiles. (R.I.A.A., Vol., II, p. 642).

این نکات از پاسخهایی که دولتها به پرسشنامه ارسالی توسط کمیتهٔ تدارک کنفرانس داده بودند بخوبی آشکار می‌شود.^{۱۷}

۱۳. موضعگیری برخی از دولتها نسبت به این مسئله در موارد خاص نیز درخور توجه است. در مورد زیانهای وارد به بیگانگان در جریان شورشها و تظاهرات عمومی و آشوبها، عملکرد بین‌المللی نمونه‌های متعددی از موضعگیری دولتها را به دست می‌دهد که از جمله موضعگیری ایالات متحده و ایتالیا در قضیهٔ کاتلر (Cutler) است.

در جریان تظاهرات عمومی در فلورانس در اکتبر ۱۹۲۵ گروهی به دفتر یک تبعهٔ ایالات متحده به نام «کاتلر» حمله برداشت و اثاثه آن را نابود کردند. از اظهارنظر دولتين ایالات متحده و ایتالیا در این قضیه آشکار می‌شود که هر دو دولت اساساً توافق داشتند که فقط فعل یا ترک فعل مقامهای رسمی دولتی به عنوان عمل نامشروعی که مسئولیت بین‌المللی را موجب می‌شود، قابل انتساب به دولت است. هیچیک از دولتين سعی نمی‌کرد عمل افراد خصوصی را به دولت نسبت دهد. اختلاف بین دولتين فقط در مورد ضابطهٔ تعیین مبلغ غرامتی بود که، در صورت اثبات ارتکاب عمل نامشروع، از سوی مقامهای دولتی می‌بایست پرداخت شود.^{۱۸}

۱۴. در خلال دههٔ ۱۹۳۰ و ۱۹۵۰ عدم امکان انتساب اعمال افراد خصوصی به دولت که در جریان شورشها و تظاهرات عمومی روی داده است دوبار در دستورهای صادر از سوی وزارت امور خارجهٔ ایالات متحده به سفارتخانه‌های آن کشور در کوبا (سال ۱۹۳۳) و لیبی

۱۷. سالنامهٔ کمیسیون حقوق بین‌الملل، ۱۹۷۵، ج. ۲، ش. ۱۹، ص ۷۶

۱۸. همان مأخذ، ش. ۲۵، ص ۷۷.

(سال ۱۹۵۶) صادر شده است.^{۱۹}

در هر دو مورد، ایالات متحده از حمایت دعاوی اتباعش خودداری کرد بدین استدلال که در اینگونه موارد مسئولیت دولت فقط ناشی از اعمال و تقصیر مقامهای دولتی در جلوگیری یا مجازات اعمال زیان آور است.

۱۵. همین اصل در پاسخ وزیر خارجه فرانسه به یک سؤال پارلمانی راجع به قتل برخی از اتباع فرانسه، با عبارات روشنی منعکس شده است.^{۲۰}

عملکرد دولت بریتانیا نیز مبنی بر قبول اصل مزبور بوده است. طی مذاکرات راجع به خسارات واردہ به اتباع انگلیسی در پی شورشهای اندونزی که در پارلمان بریتانیا روی داد، از وزیر خارجه انگلیس سؤال شد که آیا دولت در مذاکرات خود با اندونزی این نکته را در نظر دارد که مقامهای اندونزی نسبت به اعمال شورشیان نقش منفی داشته و از آن چشم پوشی کرده‌اند؟ وزیر خارجه پاسخ داد که درست به همین جهت دولت بریتانیا مذاکره می‌کند تا دولت اندونزی مسئولیت خود را ببذرید.^{۲۱}

ج. عقاید علمای حقوق بین‌الملل

۱۶. عقاید علمای حقوق بین‌الملل در این زمینه به سه دسته قابل تقسیم است:

.۷۷ ۱۹. همان مأخذ، ش. ۲۶، ص.

20. A. CH. KISS: *Répertoire de la pratique française en matière de Droit international public* (Paris, C.N.R.S., 1965) Vol. III, p. 636, Cited in *Yearbook of the I.L.C.*, 1975, Vol. II, p. 78, note No. 145.

21. E. LAUTERPACHT: *British Practice in International Law* (London, 1963), p. 120, Cited in *Yearbook of the I.L.C.* 1975, Vol. II, p. 78, note No. 136.

نظریه اول این است که اعمال افراد قابل انتساب به دولت به عنوان منبع مسئولیت بین المللی است، بدون توجه به اینکه ارگانهای دولت در قبال این اعمال چه رفتاری اتخاذ کرده باشند. این نظریه که مبتنی بر اصل «تعاون گروه اجتماعی» (Solidarity of the Social Group) یا «ضمانت» (garantie) است، برخی از نویسندهای جدید را وسوسه کرده ولی در حال حاضر هیچ طرفدار جدی ندارد.

نظریه دوم از آن کسانی است که با وجود اختلاف در پارهای مسائل در یک نکته وحدت نظر دارند و آن این است که عمل شخص خصوصی قابل انتساب به دولت به عنوان منبع مسئولیت بین المللی است مشروط بر اینکه عوامل دیگری، به ویژه قصور در پیشگیری از عمل یا واکنش بعدی در مقابل آن، دخالت داشته باشد و به شرطی که این قصور مستقیماً مربوط به دولت یعنی ناشی از ارگانهای آن باشد. این نظریه که به نظریه معاونت (Theory of Complicity) معروف است، در نوشهای علمای حقوق بین الملل در قرن نوزدهم رایج بوده و در پارهای از آراء داوری همان دوره منعکس شده ولی بعد از دهه اول قرن بیست عموماً متروک گردیده است، هرچند که برخی از نویسندهای بعدی نیز از آن حمایت کرده‌اند.

نظریه سوم که اکثریت قاطع علمای جدید حقوق بین الملل طرفدار آن هستند این است که عمل اشخاص خصوصی از نظر حقوق بین الملل قابل انتساب به دولت نیست و بدین عنوان، عمل دولت (act of the State) که ممکن است موجب مسئولیت در قبال دولتها دیگر باشد، به شمار نمی‌آید. اعمال افراد یا شرکتهای خصوصی که زیانی از آن به دولتها خارجی یا اتباع یا نمایندهای آنها وارد شده باشد، غالباً زمینه‌ای برای ارتکاب عمل نامشروع از سوی دولت فراهم می‌آورد. ولی همین عمل نامشروع صادر از ارگانهای دولتی است که قابل انتساب به دولت است و اعمال افراد فقط زمینه و انگیزه‌ای برای آن محسوب می‌شود. دولت از نظر بین المللی فقط مسئول فعل یا اغلب ترک فعل ارگانهای خود است که

از امکاناتشان برای پیشگیری از عمل زیان آور افراد یا مجازات آن، چنانکه باید، استفاده نکرده‌اند. دولت به علت نقض تعهد حمایت از بیگانگان مسئول است نه به سبب اعمال افراد که ممکن است خود با مقررات بین‌المللی منافات داشته باشد. مثلاً اگر تبعه خارجی بوسیله یک فرد خصوصی به قتل رسیده باشد، دولت از نظر حقوق بین‌الملل مسئول آن قتل به شمار نمی‌آید بلکه فقط مسئول قصور و اهمال در پیشگیری از آن یا مجازات قاتل است.

باید یادآور شد که اکثریت عظیم آن دسته از علمای حقوق بین‌الملل که مسئله اعمال افراد در شرایط خاصی از قبیل شورشها، آشوبها و تظاهرات عمومی را بررسی کرده‌اند نیز این اصل را تأیید نموده‌اند که اعمال مزبور قابل انتساب به دولت به عنوان منبع مسئولیت بین‌المللی نیست.^{۲۲}

به هر حال، همین نظریه سوم است که به موجب رویه قضائی بین‌المللی و عملکرد دولتها تأیید و تثبیت شده است.

۱۷. از آنچه در مورد اعمال اشخاص خصوصی در ارتباط با مسئولیت بین‌المللی دولت و تفسیر ماده ۱۱ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل گفته‌یم، چنین استنتاج می‌شود که:
اولاً، بر طبق ضابطه‌ای که بتدریج در حقوق بین‌الملل جا افتاده است. عمل افراد خصوصی که به نمایندگی از سوی دولت انجام نشده باشد قابل انتساب به دولت نیست و نمی‌تواند موجب مسئولیت دولت باشد. این نتیجه‌گیری، صرف نظر از اوضاع و احوالی که عمل خصوصی در آن واقع شده و نوع زیان، صادق است.

ثانیاً، با اینکه مسئولیت بین‌المللی دولت در پاره‌ای موارد در ارتباط با اعمال اشخاص خصوصی پذیرفته شده است، یگانه مبنای آن

۲۲. سالنامه کمیسیون حقوق بین‌الملل، ۱۹۷۲، ش ۳۳، صص ۸۰ و ۸۱

رفتار ارگانهای دولت است؛ رفتاری که به مناسبت اعمال اشخاص خصوصی روی داده و از نظر بین‌المللی نامشروع است.

به نظر کمیسیون حقوق بین‌الملل، قاعده‌ای که از اعمال ضابطهٔ فوق به دست می‌آید، پاسخگوی زندگی بین‌المللی جدید است و نیازی به اصلاح آن نیست. کمیسیون بر آن است که قاعده‌ای که در مادهٔ ۱۱ پیشنهاد شده اساساً همان قاعدهٔ لازم‌الاجراء در حقوق بین‌الملل عرفی است.^{۲۲}



مسئولیت دولت در قبال اعمال انقلابیون

الف. اصل عدم مسئولیت

۱۸. از آنجه در پیش گفته‌یم، می‌توان نتیجه گرفت که دولت اصولاً مسئول اعمال زیان‌آور شورشیان یا انقلابیون که از ارگانهای دولتی به شمار نمی‌آیند، نیست. در پروندهٔ «Santiago» (ایتالیا - ونزوئلا)، داور در رأی مورخ ۱۹۰۳ این قاعده را به شرح زیر اعلام داشت:

«با توجه به اصل کلی، ناگزیر از این نتیجه گیری هستیم که، جز در موارد استثنائی، دولت نباید مسئول اعمال انقلابیون باشد؛ زیرا:
۱. انقلابیون کارگزار دولت نیستند و یک مسئولیت طبیعی وجود ندارد.

.۲۲ همان مأخذ، ش. ۳۵، ص. ۸۲

۲. عمل آنان برای نابودی دولت انجام شده است و هیچکس نباید مسئول اعمال دشمنی که قصد جان او را دارد، به شمار آید.
۳. انقلابیون خارج از کنترل دولت بودند و دولت نمی‌تواند مسئول خسارات ناشی از اعمال کسانی تلقی شود که از حیطه اقتدار او بیرون بوده‌اند.»^{۲۴}

در پرونده «آلمان-ونزوئلا» (Fischbach and Friedericy) نیز سرداور «همین قاعده را در رأی مورخ ۱۹۰۳ با عبارت زیر اعلام کرد:

«با وجود این، به اعتقاد سرداور، دکترین جدید که تقریباً مورد قبول همگان قرار دارد آن است که یک ملت مسئول اعمال انقلابیون نیست هنگامی که انقلاب خارج از کنترل دولت رسمی بوده است.»^{۲۵}

این قاعده در ماده ۱۴ از طرح مواد پیشنهادی کمیسیون حقوق بین الملل درباره مسئولیت بین المللی دولت نیز منعکس شده است. بند ۱ ماده مذبور اعلام می‌دارد:

«رفتار عضوی از یک نهضت شورشی که در سرزمین دولتی یا هر

24. We find ourselves therefore obliged to conclude, from the standpoint of general principle, that, save under the exceptional circumstances indicated, the Government should not be held responsible for the acts of revolutionists because:
1. Revolutionists are not the agents of government, and a natural responsibility does not exist.
 2. Their acts are committed to destroy the government, and no one should be held responsible for the acts of an enemy attempting his life.
 3. The revolutionists were beyond governmental control, and the Government can not be held responsible for injuries committed by those who have escaped its restraint. (R.I.A.A., Vol., X,p. 513).
25. In the opinion of the umpire, however, the modern doctrine, almost universally recognized, is that a nation is not liable for acts of revolutionists when the revolution has gone beyond the control of the titular government. (R.I.A.A., Vol,X, P. 400.)

سرزمین دیگر تحت اداره آن مستقر شده است، نباید عمل آن دولت بر طبق حقوق بین الملل تلقی شود.»^{۲۶}

اما این قاعده دارای استثنائی است که در زیر مورد بحث قرار می‌گیرد.

ب. مسئولیت دولت در قبال اعمال انقلابیون پیروز

۱۹. در موردی که انقلابیون یا شورشیان پیروز شده و به حکومت رسیده باشند، رویه قضائی بین المللی، دولت را مسئول اعمال زیان آور آنان می‌داند.

ماده ۱۵ طرح مواد راجع به مسئولیت بین المللی دولت، که از سوی کمیسیون حقوق بین الملل تهیی شده است، تحت عنوان «انتساب عمل یک نهضت انقلابی که به صورت حکومت جدید یک کشور در می‌آید یا منتهی به تشکیل دولت جدید می‌شود»، درباره قاعده استثنائی فوق چنین می‌گوید:

«۱. عمل یک نهضت انقلابی که به صورت حکومت جدید کشوری در می‌آید، عمل آن دولت تلقی می‌شود. معهذا، این انتساب منافی انتساب عملی که به موجب مواد ۵ تا ۱۰ قبلًا به عنوان عمل دولت شناخته شده است، نیست.

۲. عمل یک نهضت انقلابی که منتهی به تشکیل یک دولت جدید در بخشی از سرزمین دولت سابق یا سرزمین تحت اداره آن می‌شود، باید به عنوان عمل دولت جدید شناخته شود.»^{۲۷}

26. 1. The conduct of an organ of an insurrectional movement which is established in the territory of a State or in any other territory under its administration shall not be considered as an act of that state under international law.

27. Article 15. Attribution to the State of the act of an insurrectional movement which becomes the new government of a State or which results in the formation of a new State.



۲۰. در سالنامه ۱۹۷۵ (ج ۲) کمیسیون حقوق بین الملل شرح

این ماده دیده می شود. همچنین در چهارمین گزارش پروفسور Roberto Ago به کمیسیون مذبور مندرج در سالنامه ۱۹۷۲ (ج ۲، ص ۱۴۴ به بعد)، مبانی آن ماده به تفصیل مورد بررسی واقع شده است.

بند ۱ ماده ۱۵ ناظر به مواردی است که یک نهضت شورشی در یک کشور به حکومت می رسد و به صورت حکومت جدید زمام امور کشور را به دست می گیرد. در این فرض، دولت مسئول اعمال ارگانهای نهضت انقلابی یا شورشی که قبل از تشکیل دولت جدید انجام گرفته است، خواهد بود.^{۲۸}

اما بند ۲ ناظر به مورد تشکیل یک دولت جدید از طریق تجزیه کشور قبلی یا استقلال مستعمره آن است. به موجب این بند، عمل یک نهضت انقلابی که منتهی به تشکیل یک دولت جدید در بخشی از سرزمین دولت سابق یا در یک سرزمین تحت اداره آن شده است، به منزله عمل دولت جدید تلقی می شود. بنابراین، عبارت «یا در یک سرزمین تحت اداره آن» ناظر به مستعمرات و سرزمینهای وابسته است.^{۲۹}

در سالنامه کمیسیون حقوق بین الملل پس از توجیه قاعده استثنائی فوق از رویه دادگاههای داوری بین المللی، عملکرد دولتها و



1. The act of an insurrectional movement which becomes the new government of a State shall be considered as an act of that State. However, such attribution shall be without prejudice to the attribution to that State of conduct which would have been previously considered as an act of the State by virtue of articles 5 to 10.
2. The act of an insurrectional movement whose action results in the formation of a new State in part of the territory of a pre-existing state or in a territory under its administration shall be considered as an act of the new State.

. ۲۸. سالنامه کمیسیون حقوق بین الملل، ج ۱۹۷۵، ش ۱۵، ص ۲۱، شرح ماده ۱۵.

. ۲۹. همان مأخذ، ش ۲۲، صص ۱۰۵ و ۱۰۶.

عقاید علمای حقوق - که به اعتقاد پروفسور اگو، گزارشگر کمیسیون حقوق بین‌الملل، همگی مؤید آن هستند - به تفصیل سخن گفته شده است. از آنجا که بحث تفصیلی از مبانی و منابع قاعده در اینجا مناسب به نظر نمی‌رسد، به بحث کوتاه درباره توجیه قاعده و آراء صادر از دادگاههای بین‌المللی در مورد آن بسنده می‌کنیم و سپس شرط کنترل را، که در تحقیق مسئولیت دولت در این خصوص اهمیت اساسی دارد، مورد بحث قرار می‌دهیم.

۱. توجیه قاعده

۲۱. توجیه قاعده انتساب اعمال شورشیان پیروز به دولت دشوار است، به ویژه از این جهت که در زمان ارتکاب عمل، انقلابیون ارگان دولت نبوده و بعداً به حکومت رسیده‌اند. در آن زمان، انقلابیون بر ضد دولتی که قانونی به شمار می‌آمده است قیام کرده بودند و اعمال آنان علی‌الاصول نباید به دولت منتب باشد. با وجود این، علمای حقوق بین‌الملل کوشیده‌اند این قاعده را به نحوی توجیه کنند: گاه استدلال کرده‌اند به اینکه انقلابیون پیروز به عنوان حکومت عملی (de facto)، لااقل در بخشی از سرزمین دولت، از پیش اعمال قدرت می‌کردند؛ همچنین گفته‌اند انقلابیون پیروز، از آغاز قیام بر ضد حکومت سابق، مظہر اراده واقعی ملت به شمار می‌آمده‌اند.^{۳۰}

هر یک از این دلایل قابل بحث و ایراد است. پروفسور اگو بر آن است که نباید به دنبال توجیه منطقی رفت بلکه مهم آن است که ببینیم آیا در جهان واقعی روابط بین‌المللی اینگونه اعمال به دولت نسبت داده می‌شود یا خیر؟ سپس می‌گوید: اگر در صدد توجیه این اصل باشیم باید این توجیه را در فکر تداوم (continuity) جستجو کنیم که، در واقع،

30. R. AGO: 4th Report on State Responsibility, Yearbook of the I.L.C. 1972, Vol. II, Nos. 197, 198, p. 145; CH. ROSSEAU: Droit international public, T. V. No. 84, p. 86.

ضابطهٔ تعیین کننده برای حلّ مسئله است: اگر انقلابیون پیروز شده حکومت جدیدی تشکیل دهند، در واقع، سازمان انقلابی تداوم دو سازمانی است که قبلًا در حال نبرد با یکدیگر بوده‌اند. در این صورت، تعجب آور نیست که هم مسئولیّت اعمال ارگانهای دولت سابق و هم مسئولیّت اعمال ارگانهای سازمان انقلابی بر عهدهٔ دولت جدید باشد.^{۲۱}

۲. آراء صادر از دادگاههای بین‌المللی

۲۲. جالب‌ترین بیان اصل مندرج در بند ۱ مادهٔ ۱۵ را در آراء صادر از کمیسیونهای مختلف مت Shankl در ۱۹۳۰ تا ۱۹۲۰ در ارتباط با دعاوی علیه ونزوئلا و مکزیک می‌توان یافت. در این آراء زیانهای وارد به خارجیان در جریان رویدادهای انقلابی این کشورها مطرح بوده است.

در ارتباط با داوریهای ونزوئلا، معروف‌ترین رأی در این زمینه رأی «Plumley» سرداور کمیسیون مختلف دعاوی بریتانیا-ونزوئلا است که در پروندهٔ «Bolivar Railway Company» به سال ۱۹۰۳ صادر گردید. در این رأی اعلام شده است:

«ملّت مسئول تعهدات یک انقلاب پیروز از آغاز آن است زیرا، از لحاظ نظری، انقلاب از آغاز مظہر ارادهٔ متغیر ملّی است که در پیروزی نهائی متبلور شده است.»^{۲۲}

با اینکه این رأی مربوط به یک عمل مشروع، یعنی قراردادی است که انقلابیون قبل از پیروزی انقلاب بسته بودند، اصلی که در آن اعلام شد یک اصل کلّی است که اعمال نامشروع زیان آور را نیز در بر می‌گیرد.

۳۱. همان مأخذ، ش ۱۹۹، صص ۱۴۵ و ۱۴۶.

32. R.I.A.A., Vol. IX, p. 453.

اصل مذبور از سوی همان سرداور در رأی صادر در پرونده «Puerto Cabello and Valencia Railway Comapny» نیز که در آن زیانهای وارد به بیگانگان در اثر اعمال نامشروع شورشیان مطرح بود، با ارجاع به رأی پیشین، مورد تأیید واقع شد.

همچنین کمیسیون مختلط دعاوی ایالات متحده - ونزوئلا که به موجب پروتکل مورخ ۱۷ فوریه ۱۹۰۳ تشکیل شد، اصل مسئولیت دولت انقلابی در اثر اعمال انقلابیون را صریحاً اعلام کرد. رجوع شود به میراث «Heny case»^{۳۴} و «Dix case»^{۳۵}.

۲۳. در مورد داوریهای مربوط به مکزیک، به ویژه رأی مورخ ۱۹ اکتبر ۱۹۲۸ صادر در پرونده «Pinson» از سوی کمیسیون مختلط دعاوی فرانسه-مکزیک قابل توجه است. ورزیل (Verzijl) رئیس کمیسیون در این رأی چنین اعلام داشت:

«اگر زیانها، فی المثل، ناشی از ضبط اموال یا پرداختهای اجباری خواسته شده... از سوی انقلابیون قبل از پیروزی نهائی باشد، یا اگر ناشی از جرائمی باشد که نیروهای انقلابی پیروز مرتكب شده‌اند، به اعتقاد من مسئولیت دولت قابل انکار نیست.»^{۳۶}

۳. شرط کنترل

۲۴. برای اینکه مسئولیت یک دولت انقلابی در نتیجه اعمال انقلابیون تحقیق پیدا کند، یک شرط مهم باید وجود داشته باشد که عبارت است از کنترل دولت مذبور بر افرادی که خسارتی از آنها به

۲۲. همان مأخذ، ص ۱۲۰.

۲۴. همان مأخذ، ص ۱۳۳.

35. R.I.A.A., Vol. V. p. 353.

بیگانگان وارد شده است. به طور کلی، هیچ دولتی، اعمّ از انقلابی یا غیرانقلابی، مسئول اعمال افرادی که تحت کنترل او قرار ندارند نیست. به تعبیر دیگر، عمل افرادی را که تحت کنترل دولت قرار ندارند به هیچوجه نمی‌توان به دولت منتبث کرد.

مسئولیّت بین‌المللی مبتنی بر اصول واحدی است: همانطور که دولت مستقر و معمولی فقط مسئول اعمال نمایندگان و مأموران خویش است، دولت انقلابی نیز تنها مسئول اعمال افرادی است که به عنوان عضو یا نماینده گروه یا سازمان انقلابی عمل کرده، و به دیگر سخن، تحت کنترل آن گروه یا سازمان بوده‌اند. در رویه قضائی بین‌المللی و نوشته‌های علمای حقوق بین‌الملل به شرط کنترل تصریح شده است.

● تصریح رویه قضائی بین‌المللی به شرط کنترل

۲۵. شرط کنترل، به مفهومی که در بالا توضیح داده شد، مستفاد از پاره‌ای آراء صادر از دادگاه‌های بین‌المللی است. حتی کلمه «کنترل» در پاره‌ای از آراء، از جمله آراء زیر، بکار رفته است.
در رأى مورخ ۱۹۰۳ صادر در پروندة «Sambiago» (ایتالیا-ونزوئلا) داور این قاعده را بصراحة اعلام کرد (رجوع شود به شماره ۱۸).

گرچه این رأى مربوط به انقلابیونی است که به پیروزی نرسیده بودند ولی از عبارت مذکور در رأى بوضوح بر می‌آید که کنترل افراد وارد کننده زیان، شرط اساسی مسئولیّت بین‌المللی دولت است، خواه مسئولیّت یک دولت انقلابی پیروز مطرح باشد، خواه مسئولیّت دولت معمولی.

در رأى مورخ ۱۹۰۳ صادر از کمیسیون دعاوی ایالات متحده-ونزوئلا در پروندة «Dix» نیز کلمه «کنترل» استعمال شده و به شرط فوق اشارت رفته است. در این رأى خسارت وارد بوسیله

نیروهای مسلح یک نهضت انقلابی سازمان یافته در ونزوئلا، که بعداً به قدرت رسید، مطرح بود و کمیسیون در آن چنین اعلام داشت:

«انقلاب ۱۸۹۹ به رهبری ژنرال کیپرانو کاسترو (Ciprano Castro) به پیروزی رسید و اعمال انقلابیون بهموجب یک قاعدهٔ جا افتاده حقوق بین‌الملل باید اعمال یک دولت عملی (de facto) محسوب شود. مأموران اداری و نظامی انقلاب، سیاست آن دولت را تحت کنترل قوهٔ مجریه‌اش اعمال کردند. اینگونه مسئولیت بر اثر تجاوز به حقوق اشخاص بیطرف، برای دولت انقلابی پیروز همانند هر دولت عملی دیگر تحقق می‌یابد.»^{۳۶}

بديهی است در اين پرونده اگر وارد کنندگان زيان تحت کنترل سازمان و گروه انقلابی پیروز نبودند، دادگاه حکم به مسئولیت دولت انقلابی نمی‌داد زира اعمال آنان قابل انتساب به دولت انقلابی نبود. همچنین رجوع شود به رأی موّرخ ۱۹۰۳ صادر در پرونده «Fischbach and Friedericy».

۲۶. باید اضافه کرد که حتی کاربرد سخنان تشویق یا تحریک آمیز، یا تأیید اعمال افراد از سوی رهبران انقلاب دلیل بر کنترل و سبب انتساب آن اعمال به دولت انقلابی نخواهد بود، چنانکه در پرونده راجع به «مأموران سیاسی و کنسولی ایالات متحده در تهران»، دیوان بین‌المللی دادگستری در حکم موّرخ ۲۴ مه ۱۹۸۰ بصراحت این نکته را اعلام داشته است.^{۳۷}

وقتی که اعمال دانشجویان پیرو خط امام در مورد مأموران به اصطلاح سیاسی و کنسولی ایالات متحده طبق رأی دیوان بین‌المللی

36. R.I.A.A., Vol. IX, p. 120.

37. I.C.J. Reports, 1980, ۶۸ ۵۸-۵۹.

دادگستری مناسب به دولت انقلابی نباید، چگونه می‌توان اعمال انقلابیون سازمان نیافته یا گروههای خارج از حیطه کنترل رهبران انقلاب را که قبل از پیروزی انقلاب یا در آغاز آن انجام گرفته است به دولت انقلابی ایران نسبت داد؟

۲۷. در پایان بحث از رویه قضائی بین‌المللی بجاست به رأی مهم مورخ ۲۷ زوئن ۱۹۸۶ که دیوان بین‌المللی دادگستری در دعوای نیکاراگونه علیه ایالات متحده امریکا صادر کرده است اشاره کنیم.

در مورد انتساب اعمال ضد انقلابیون نیکاراگونه به ایالات متحده، دیوان علی‌رغم احراز اینکه پرسنل نظامی ایالات متحده در عملیات ضد انقلابیون نقش مستقیمی داشته و مأموران این کشور در برنامه‌ریزی، هدایت و پشتیبانی این عملیات شرکت کرده‌اند، اظهار نظر می‌کند که انتساب این اعمال به ایالات متحده ثابت نشده است، و توضیح می‌دهد که: دلایل موجود کافی برای اثبات «وابستگی کامل» (total dependence) ضد انقلابیون به کمک ایالات متحده نیست. «وابستگی جزئی» ممکن است از این واقعیت که رهبران ضد انقلابی برگزیده ایالات متحده بوده‌اند و از عوامل دیگر نظیر سازماندهی، آموزش و تجهیز نیرو و برنامه‌ریزی عملیات، انتخاب هدفها و پشتیبانی آن بهره‌مند بوده‌اند، به دست آید، امادلیل آشکاری در دست نیست که ایالات متحده، در واقع، آنچنان کترولی بر ضد انقلابیون داشته است که اعمال آنان باید از طرف آن دولت محسوب شود. و سرانجام، دیوان چنین نتیجه‌گیری می‌کند: دیوان به این نتیجه رسیده است که ضد انقلابیون خود مسئول اعمالشان، به ویژه موارد نقض ادعایی حقوق بشر از سوی آنان، هستند. برای اینکه ایالات متحده قانوناً مسئول باشد، باید ثابت شود که آن دولت کنترل واقعی عملیاتی را که طی آن نقض ادعایی حقوق

صورت گرفته در دست داشته است.^{۳۸}

درست است که این رأی مربوط به مسئولیت یک دولت انقلابی و نیز مربوط به خسارات وارد در جریان شورش‌های مردمی نیست و از این رو مورد آن با مورد زیانهای وارد در جریان انقلاب اسلامی متفاوت است، معهداً از آن بوضوح بر می‌آید که در نظر دیوان بین‌المللی دادگستری، که در حقیقت معرف حقوق عرفی بین‌المللی است، وابستگی کامل افراد وارد کنندۀ زیان به دولت و کنترل واقعی دولت بر آنها شرط تحقق مسئولیت بین‌المللی است، و تا این وابستگی کامل و کنترل دولت بر وارد کنندگان زیان و عملیات آنها از سوی خواهان اثبات نشود، دادگاه نمی‌تواند دولت خوانده را مسئول بشناسد.

● نوشهای علمی حقوق بین‌الملل در مورد شرط کنترل

۲۸. نوشهای علمی حقوق بین‌الملل نیز نظر فوق را تأیید

۳۸. رجوع شود به خلاصه رأی به شماره ۸۶/۶ مورخ ۲۷ زون ۱۹۸۶ منتشر از سوی دفتر دیوان که بعضی از عبارات مندرج در صفحات ۱۰ و ۱۱ آن در ارتباط با موضوع عیناً به شرح زیر نقل می‌شود:

The Court has to determine whether the relationship of the **contras** to the United States Government was such that it would be right to equate the **contras**, for legal purposes, with an organ of the United States Government, or as acting on behalf of the Government.

The Court Considers that the evidence available to it is insufficient to demonstrate the total dependence of the **contras** on United States aid. A partial dependency, the exact extent of which the Court cannot establish, may be inferred from the fact that the leaders were selected by the United States, and from other factors such as the organization, training and equipping of the force, planning of operations, the choosing of targets and the operational support provided. There is no clear evidence that the United States actually exercised such a degree of control as to justify treating the **contras** as acting on its behalf.

5. Having reached the above conclusion, the court takes the view that the **contras** remain responsible for their acts, in particular the alleged violations by them of **humanitarian law**. For the United States to be legally responsible, it would have to be proved that State had effective control of the operations in the course of which the alleged violations were committed.

می کند. گوبلز (Goebels) ضمن بحث تفصیلی از مسئله می گوید:
 «با وجود این، در موردی که دولت شورشی به صورت حکومت قانونی
 (de jure) در آمده باشد، مسئولیت برای اعمال شورشیان روشن
 است. حکومت قانونی جدید مسئول... اعمال خویش (its own acts)
^{۳۹} است.».

از کلمات «اعمال خویش» به آسانی بر می آید که دولت شورشی
 یا انقلابی پیروز، مانند هر دولت دیگر، فقط مسئول اعمال ارگانها و
 افراد تحت کنترل خویش است که به مثابه اعمال خود او و قابل
 انتساب به او تلقی می شود.

۲۹. قاعده مذکور، در طرح کنوانسیون هاروارد راجع به
 مسئولیت بین المللی دولت در قبال خسارات وارد به بیگانگان مورخ
 ۱۹۶۰^{۴۰} به وضوح بیشتری بیان شده است. بند ۱ ماده ۱۸ طرح مزبور در
 این خصوص می گوید:

«در موردی که یک انقلاب یا شورش تغیری در حکومت یک کشور
 ایجاد یا دولت جدیدی برقرار کرده است، فعل یا ترک فعل یک ارگان،
 نماینده، مأمور یا کارمند گروه انقلابی از نظر این کنوانسیون قابل
 انتساب به کشوری است که گروه مزبور حکومت آن را بدست گرفته
^{۴۱} است.».

39. The International Responsibility of States for Injuries sustained by Aliens on Account of Mob Violence Insurrections, and Civil Wars, 8 **American Journal of International Law** (1914), p. 818.

40. **The American Journal of International Law**, 1961, Vol. 55, pp. 548 ss.

41. Article 18 (Activities of Revolutionaries):

1. In the event of revolution or insurrection which brings about a change in the government of a State or the establishment of a new State, an act or omission of an organ, agency, official, or employee of a revolutionary or insurrectionary group is, for the purposes of this Convention, attributable to the State in which the group established it self as the government.

۳۰. نویسنده‌گان طرح مزبور - دو استاد برجستهٔ حقوق بین‌الملل در دانشگاه هاروارد به نامهای سومن (Sohn) و باکستر (Baxter) - در تفسیر قاعدهٔ فوق اعلام می‌کنند که مبنای انتساب عمل به دولت اساساً یکی است. اعمال توده‌های مردم، دانشجویان یا گروههای دیگری که به عنوان نمایندهٔ یا مأمور سازمان انقلابی عمل نمی‌کنند، قابل انتساب به دولت، چه دولت مستقر و چه دولت انقلابی، نیست. سپس می‌گویند:

«در مرحله‌ای که انقلاب یا شورش هنوز در حال پیشرفت است، و به ویژه هنگامی که مرحله آغازین خود را می‌گذراند، ممکن است اثبات اینکه خسارت وارد به یک بیگانه در واقع ناشی از عمل یک ارگان یا مأمور یا کارمند نهضت است یا معلوم هواداران غیرمشکل نهضت که فاقد وضعیت رسمی هستند، دشوار باشد. برغم این دشواری، در هر مورد باید اثبات شود که عمل یک فرد یا گروه واقعاً عمل کارمند یا مأمور یا ارگان یا نمایندهٔ گروه بوده است». ^{۴۲}

به تعبیر دیگر، می‌توان گفت از آنجا که ضابطهٔ انتساب عمل به دولت برای دولت انقلابی پیروز و غیر آن تفاوت نمی‌کند، باید یک گروه سازمان یافتهٔ مشخص وجود داشته و اعمال زیان آور از افرادی که تحت کنترل آن سازمان هستند سرزده باشد تا بتوان این اعمال را قابل

42. At the stage when the revolution or insurrection is still in progress, and more particularly when it is in its inception, it may admittedly be difficult to determine whether an injury to an alien was actually caused by an "organ", "agency", "official", or "employee" of the movement or by unorganized supporters of the movement having no official status. Despite this problem, a determination whether the act of an individual or a group was actually that of an employee or official or an organ or an agency of the group will have to be made in each case.

(GARCIA-AMADOR, SOHN and BAXTER: *Recente Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, 1974, pp. 258-9).

انتساب به دولت انقلابی پیروز دانست و تا وقتی که این امور اثبات نشده است مسئولیتی متوجه آن دولت نخواهد بود. بنابراین، اعمال هواداران غیرمتشكّل نهضت که رسمًا عضو یا وابسته به سازمان انقلابی و تحت کنترل آن نبوده‌اند، قابل انتساب به دولت انقلابی نیست.

۳۱. به طور خلاصه، جوهر مسئولیت بین‌المللی، کنترل است و همچنانکه برانلی می‌گوید:

«این واقعه اتفاقی که نهضت پیروز شده است نمی‌تواند منطق این قاعده را که دولت نمی‌تواند مسئول حوادثی باشد که خارج از کنترل اوست، تغییر دهد.»^{۴۲}

هرگاه دولت انقلابی مسئول اعمال افرادی تلقی شود که تحت کنترل او نبوده‌اند، نتیجه‌اش سختگیری بیشتر نسبت به دولت انقلابی و شناختن مسئولیت بیشتر برای او در مقایسه با دولت معمولی است، و این برخلاف اصول و موازین حقوق بین‌الملل به ویژه اصل تساوی دولت انقلابی و دولت معمولی در زمینه مسئولیت بین‌المللی است.

نتیجه ●

۳۲. از آنجه در این مقاله گفته شد نتایج زیر را می‌توان به دست آورد:

۱. دولت از نظر بین‌المللی به هیچوجه مسئول اعمال افرادی که نمایندگی او را نداشته و از طرف او عمل نکرده‌اند، نیست. مسئولیت

43. «... the casual fact that an insurgency is successful does not alter the logic that a state can not be responsible for events beyond its control.

(IAN BROWNLIE: **System of the Law of Nations**, State Responsibility, part I, 1983, p. 178).

بین المللی دولت در قبال زیانهای وارد به بیگانگان محدود به اعمال ناشی از مأموران و نماینده‌گان خود است، نه اشخاص خصوصی که دارای چنین سمتی نبوده‌اند. اعمال این اشخاص قابل انتساب به دولت نیست.

۲. ممکن است عمل افراد زمینه‌ای برای مسئولیت بین المللی دولت فراهم آورد و آن هنگامی است که دولت در پیشگیری از ارتکاب عمل زیان‌آور یا در مجازات عاملان آن، اهمال و کوتاهی کرده باشد. در این صورت، دولت فقط مسئول قصور ارگانهای خویش است نه اعمال افراد، و غرامتی که دولت باید به بیگانگان بپردازد غرامتی مناسب با قصور مأموران خود است، نه اعمالی که افراد خصوصی انجام داده و مأموران دولتی در پیشگیری یا مجازات آن قصور ورزیده‌اند.

۳. دولت اصولاً مسئول زیانهای وارد در نتیجه انقلابها و شورشهای مردمی که خارج از حیطه اقتدار او قرار دارد، نیست.

۴. دولت انقلابی پیروز بر طبق رویه قضائی بین المللی، مسئول زیانهای است که در نتیجه اعمال انقلابیون قبل از پیروزی انقلاب به بیگانگان وارد شده است، مشروط بر اینکه اولاً یک سازمان یا گروه متشكل انقلابی وجود داشته باشد، و ثانیاً وارد کنندگان زیان تحت کنترل واقعی آن سازمان یا گروه انقلابی بوده باشند، و فقط با این شرایط است که اعمال انقلابیون به دولت انقلابی پیروز نسبت داده خواهد شد. به طور کلی، هیچ دولتی را - چه انقلابی و چه غیرانقلابی - نمی‌توان مسئول اعمال افرادی شناخت که تحت کنترل واقعی آن دولت نبوده‌اند. این یک اصل مسلم در مسئولیت بین المللی دولت است که مورد تأیید رویه قضائی بین المللی و علمای حقوق بین الملل عمومی واقع شده است.

۵. اثبات اینکه وارد کنندگان زیان و عملیات آنها تحت کنترل سازمان انقلابی بوده‌اند بر عهده خواهان دعوای است و تا وقتی که این شرط اثبات نشده یک دادگاه بین المللی نمی‌تواند دولت انقلابی پیروز

را مسئول زیانهای ناشی از انقلاب یا شورشهاي مردمی تلقی کند.

۳۳. از نکات فوق بخوبی بر می آید که ادعای امریکائیان در مورد خسارات احتمالی وارد به آنها در جریان انقلاب اسلامی، مردود است. در رد ادعای آنان، هم به اصول و قواعد حقوق بین الملل و هم به بند ۱۱ بیانیه الجزایر می توان استناد کرد. به موجب این بند، ایالات متحده و اتباع آن دولت از اقامه دعوی علیه ایران در رابطه با اموری منع شده اند از جمله:

«(د) صدمات وارده به اتباع ایالات متحده و یا اموال آنها در نتیجه جنبشهاي مردمی در جریان انقلاب اسلامی ایران که ناشی از عمل دولت ایران نبوده است.»^{۴۴}

عبارت فوق به دوگونه قابل تفسیر است:
یکی آنکه به موجب این عبارت، دولت ایران از مسئولیت مربوط به زیانهای وارد به امریکائیان در نتیجه جنبشهاي مردمی در جریان انقلاب اسلامی بکلی مبرأ شده است، اعم از اینکه اعمال مزبور طبق حقوق بین الملل قابل انتساب به دولت انقلابی پیروز باشد یا خیر.
دیگر آنکه عبارت فوق همان قاعده‌ای را بیان می کند که در

۴۴. در متن انگلیسی بیانیه که به امضای نمایندگان دولتین رسیده و دارای اعتبار عهدنامه است چنین آمده است:

«Injury to the United States nationals or their property as a result of popular movements in the course of the Islamic Revolution in Iran which were not an act of the Government of Iran.»

ترجمه دقیق عبارت بدین شرح است: «... زیان وارد به اتباع ایالات متحده یا اموال آنها در نتیجه جنبشهاي مردمی در جریان انقلاب اسلامی ایران که عمل دولت ایران نبوده اند». بنابراین، ترجمه‌ای که در مجموعه اسناد دفتر خدمات به چاپ رسیده و در بالا نقل شد، قابل ایراد است.

حقوق بین‌الملل شناخته شده است: دولت انقلابی ایران مسئولیت زیانهای ناشی از انقلابیون و شورشیان در جریان انقلاب اسلامی را، تا حدی که اعمال آنان قابل انتساب به دولت نیست، بر عهده ندارد. به دیگر سخن، دولت انقلابی در قبال زیانهای وارد در جریان این شورشها مسئول شناخته نمی‌شود، مگر اینکه اثبات شود وارد کنندگان زیان و عملیات آنها تحت کنترل گروه انقلابی پیروز بوده‌اند.

از آنجا که قبل از پیروزی انقلاب و حتی در اوایل آن رهبران انقلاب کنترلی بر اعمال زیان آور شورشیان نداشته‌اند، و حتی گاه این اعمال برخلاف دستورهای رهبران مذهبی انجام می‌شده است، اثبات مسئولیّت دولت از این طریق غیرممکن خواهد بود.

۳۴. باید یادآور شد که تفسیر اول بیشتر به سود ایران است، اما دلیل قاطعی بر اینکه این معنی مورد نظر دولتين و منطبق با اراده مشترک آنان است، درست نیست؛ ولی تفسیر دوم با ظاهر عبارت بیانیه (متن انگلیسی) و اصول حقوق بین‌الملل سازگار است و از این رو بیشتر قابل قبول به نظر می‌رسد.

به هر تقدیر، هریک از این دو تفسیر که پذیرفته شود، دعاوی امریکائیان در مورد زیانهای ناشی از اعمال افراد عادی سازمان نیافته یا گروههای غیراسلامی در جریان انقلاب - حتی اگر نام مأمور کمیته یا غیر از آن بر خود نهاده باشند - باید مردود شناخته شود.



آندره هووه استاد دانشگاه اسرائیل ساله ۳

ANDRÉ HUET

ترجمه: دکتر بیعا اسکینی



تشrifات شناسائی
واجرای احکام خارجی و آراء داوری در
حقوق بین الملل خصوصی فرانسه





• مقدمه*

این یک واقعیت است که کشور فرانسه، به نحو نسبتاً وسیعی، آثار تصمیماتی را که به نام او صادر نشده‌اند، در سر زمین خود می‌پذیرد. این اقدام فرانسه البته و قبل از هر چیز مطابق کنوانسیون‌های بین‌المللی عدیده‌ای صورت می‌گیرد که کشور مزبور با کشورهای بسیار گوناگون منعقد نموده و مهمترین آنها، در عمل، کنوانسیون بروکسل مورخ ۲۷ سپتامبر ۱۹۶۸ است. اقدام مزبور با حقوق عام این کشور، یعنی قوانین و رویه قضائی آن، نیز مطابقت دارد. اما قبل از هر چیز در رابطه با نکته اخیر لازم است بین احکام خارجی و آراء داوری تقاضت قائل شویم. در رابطه با احکام خارجی، قواعد و مقررات نوشته تقریباً وجود خارجی ندارند و تنها می‌توان به ماده ۲۱۲۳

ه این مقاله، در واقع، گزارشی است که کشور فرانسه به هشتمن کنگره جهانی آئین دادرسی مدنی تسلیم نمود که در اوترخت از تاریخ ۲۴ تا ۲۸ اوت ۱۹۸۷ برگزار گردید و در مجله نیز به چاپ رسیده است. Journal du Droit International / No. 1 / 1988

قانون مدنی و ماده ۵۰۹ قانون جدید آئین دادرسی مدنی اشاره کرد که به موجب آنها یک حکم خارجی را نمی‌توان در فرانسه اجرا نمود مگر آنکه یک دادگاه فرانسوی حکم مورد نظر را لازم الاجراء اعلام کرده باشد. راجع به بیش از این، یعنی در خصوص شرایط این اعلام و نیز در رابطه با شناسائی حکم خارجی، حقوق عام فرانسه منحصراً حاصل کارروایه قضائی است و نه قانون. بر عکس، در مورد آراء داوری باید گفت که شناسائی و اجرای آنها در فرانسه، از زمان تصویب قانون ۱۲ مه ۱۹۸۱ به این طرف، موضوع مقررات قانونی مشخصی است که مواد ۱۴۹۸ تا ۱۵۰۷

قانون جدید آئین دادرسی مدنی را تشکیل می‌دهند.^۱

اما تفکیک میان احکام خارجی و آراء داوری در سطوح دیگری نیز، جز در سطح منابع حقوق، قابل اعمال می‌شود. در وهله اول، از نظره نظر تصمیمات قابل شناسائی و اجرا در فرانسه، باید گفت که، اگر صحبت از احکام باشد، این احکام باید خارجی یعنی احکامی باشند که در خارج و به نام یک حاکمیت خارجی صادر شده‌اند؛ بعلاوه، این احکام باید راجع به یک رابطه تابع حقوق خصوصی باشند^۲ — لاقل در حقوق عام، زیرا پاره‌ای از کنوانسیونهای بین‌المللی این قاعده را نقض می‌کند —؛ چرا که احکام خارجی صادره در زمینه‌های اداری، مالیاتی یا جزائی را نمی‌توان در فرانسه مؤثر تلقی کرد. در مورد آراء داوری که به نام یک دولت صادر نمی‌شوند بلکه اساس قراردادی دارند، مواد ۱۴۹۸ تا ۱۵۰۷ قانون جدید آئین دادرسی

۱. مواد مزبور تنها در مورد آرائی قابل اجرا هستند که بعد از ۱۴ مه ۱۹۸۱، یعنی بعد از تاریخ انتشار قانون مورد بحث، صادر شده یا می‌شوند.

۲. اما همین که حکم خارجی راجع به چنین رابطه‌ای باشد، کافی است و لازم نیست که حکم مورد نظر توسط یک مقام قضائی مدنی صادر شده باشد تا مؤثر قلمداد شود (مثلاً احکام خارجی صادر شده براساس یک دعوای مدنی ناشی از ارتکاب یک تخلف جزائی نیز مؤثر تلقی می‌شوند). بعلاوه، مهم نیست که حکم را یک مقام مذهبی صادر کرده باشد (مثلاً حکم طلاق یا تصمیم راجع به قیوموت صادره از ناحیه یک مقام اداری یا مذهبی خارجی نیز حکم خارجی تلقی می‌شود). بالاخره مهم نیست که تصمیم خارجی ترافعی باشد یا غیر ترافعی.

مدنی نه تنها امکان شناسائی و اجرای آراء داوری خارجی را در فرانسه پیش بینی می کند^۳ بلکه، علاوه بر این، به آراء «راجحه به داوری بین المللی» که در فرانسه صادر می شوند نیز امکان اجرا می دهد.^۴ از سوی دیگر، تفاوت دیگری میان احکام خارجی و آراء داوری از جهت شرایط مؤثر بودن آنها در فرانسه وجود دارد. در واقع، اگرچه روئیه قضائی، به تدریج به تشریفات اجرا و شناسائی احکام خارجی شکل بهتری بخشیده و احکام مزبور را تحت رژیمی قرار داده که (با وجود ظواهر امن) نسبتاً انعطاف پذیر است، ولی مواد ۱۴۹۸ و بعد قانون جدید آئین دادرسی مدنی برای آراء داوری سرنوشتی باز هم انعطاف پذیر در نظر گرفته است!^۵ این انعطاف پذیری جدید و بیش و کم سریع حقوق عام فرانسه، در عین حال، این حقیقت غیرعادی را آشکار می کند که شناسائی اثر احکام خارجی و آراء داوری توسط کنوانسیونهای بین المللی گاه از شناسائی اثر آنها به موجب حقوق عام اهمیت کمتری دارد! این حقیقت را ما با مطالعه حقوق عام (بخش اول) و سپس حقوق معاهداتی (بخش دوم) در خواهیم یافت.

۳ . قاعدة مزبور، هم راجع است به پرونده های بین المللی و هم مربوط می شود به پرونده های صرفاً داخلی.

۴ . در حالی که تا قبل از ۱۹۸۱ روئیه قضائی، آراء داوری فرانسوی و خارجی زانه بر اساس قانون محل صدور آنها بلکه بر اساس قانون [فرانسوی یا خارجی] حاکم بر آئین دادرسی تفکیک می نمود. متون قانون جدید قرینه ساده تر محل صدور رأی را متنظر قرار داده اند. با وجود این، در مورد بروز بعضی مشکلات در تعیین این محل مراجعه کنید به:

BELLET et MEZGER: Rev. crit. dr. int. pr. 1981, p. 637.

در واقع، فایده تفکیک آراء داوری صادره در خارج یا در فرانسه، در رابطه با شناسائی و اجرای آنها، محدود است؛ اما این تفکیک در رابطه با طرق اعتراض به آراء مزبور نزد مراجع قضائی، دارای اهمیت بیشتری است (در این مورد به بخش اول، بند «ب» این مقاله مراجعه شود).

۵ . این امر بدون تردید به خاطر آن است که رأی داوری یک اساس صرفاً قراردادی دارد و به نام یک حاکمیت دولتی صادر نمی شود.



حقوق عام

در این رابطه طبعاً باید بین احکام خارجی و آراء داوری قائل به تفکیک شد.



احکام خارجی

اعطای اثر به یک حکم خارجی در فرانسه به معنی این است که آن را در نظام حقوقی فرانسه بگنجانیم. لذا این واقعیت قابل فهم است که حقوق عام همیشه تأثیر قطعی یک حکم خارجی را موقول به کنترل آن توسط یک دادگاه فرانسوی می‌کند. این کنترل موسوم است به کنترل «صحت بین المللی»^۶ حکم خارجی. رویه قضائی به ناچار آئین این کنترل را سازمان داده و موضوع کنترل را معین نموده است.

اول. آئین کنترل

این کنترل جنبه دوگانه دارد و بر حسب آثاری که یکی از طرفین دعوا می‌خواهد در فرانسه بر حکم بار شود متفاوت است.^۷ از یک سو،

6. Régularité internationale

(Action on Foreign Judgment) معمول در کشورهای کامن لا اشاره نمی‌کنیم. دعوا اخیر دعوانی است که



پاره‌ای از آثار موكول به صدور اجرائیه‌اند، مثل مورد اجرای حکم خارجی توسط مقام قضائی، که امکان می‌دهد مثلاً یکی از اموال بدهکار توقيف شود یا بدهکار ملزم به پرداخت نفقة گردد و یا کودکی در اختیار محکوم^۸ له قرار گیرد. اما صدور اجرائیه برای شناسائی اعتبار امر مختوم در مورد پاره‌ای از احکام خارجی، یعنی احکام اعلامی و احکام راجعه به دارائی، نیز ضروری است.^۹ در این گونه موارد، کنترل حکم خارجی از طریق «تشrifات صدور اجرائیه» انجام می‌شود. تشرفات مزبور، هم الزامی است و هم بدون بررسی قبلی دلایل درخواست کننده اجرائیه و بدون ورود به دفاعیات محکوم^{۱۰} علیه در ماهیت، صورت می‌پذیرد.

از سوی دیگر، بعضی از آثار دیگر تصمیم خارجی به‌طور قهری در فرانسه تحقّق یافته و منوط به صدور قبلی اجرائیه نیستند و شناسائی اعتبار امر مختوم احکام خارجی راجع به احوال شخصیه و اهلیت اشخاص، و احکام خارجی انشائی که در زمینه دارائی صادر گردیده‌اند، از جمله مصاديق آنها به شمار می‌روند. منتهای این آثار «مستقیم و بلاواسطه»، متزلزل و موقّت باقی می‌مانند، زیرا کنترل مؤخر حکم خارجی همیشه ممکن است. کنترل نوع اخیر به تقاضای یکی از طرفین انجام می‌شود که یا قصد از بین بردن آثار مستقیم و بلاواسطه تصمیم خارجی را دارد و یا از دادگاه تقاضای تنفیذ و تأیید آنها را می‌نماید. نتیجه این می‌شود که در موارد اخیر الذکر، تأثیر «قطعی» حکم خارجی به «تشrifات کنترل» که هم احتمالی است و هم مؤخر، موقوف و معلق می‌باشد.



در آن خواهان، به جای درخواست شناسائی یا اجرای حکم خارجی، مجددًا دعوی را ماهیت در فرانسه مطرح می‌کند و حکم خارجی را به پیوست دادخواست خود، به عنوان یکی از دلایل اثبات دعوی، به دادگاه فرانسوی تقدیم می‌دارد.

۸. این راه حل رویه قضائی غالباً مورد استقاد علمای حقوق واقع شده است (رک. Gaudemet-Tallon: op. cit. p. 499) و یکی از آراء دیوان کشور مورخ ۹ دسامبر ۱۹۷۴ نیز ظاهرآ به طور ضمنی آن را متزلزل کرده است (رک. Rev. crit. dr. int. pr. 1975, 504, note Mezger).

۱. کنترل الزامی و مقدم: تشریفات صدور اجرائیه

بدون انجام این تشریفات معمولی، حکم خارجی، از دید کشور فرانسه وجود خارجی ندارد. پس، کسی که قصد استفاده از یک حکم خارجی را در فرانسه دارد و می‌خواهد محکوم علیه را ملزم به اجرای آن نماید، یا می‌خواهد به اعتبار امر مختوم استناد کند و یا مدعی حقی شود که حکم به نفع او برقرار کرده است، باید به طرح «دعوای صدور اجرائیه» مبادرت ورزد.

این دعوی در صلاحیت انحصاری دادگاه شهرستان (مت Shank از چند قاضی) است که بدون توجه به اینکه مقام صادر کننده تصمیمی که اجرای آن تقاضا گردیده کیست، واجد صلاحیت انحصاری رسیدگی به قضیه می‌باشد. اینکه مقام صادر کننده حکم یک دادگاه خارجی، یک مقام اداری یا مذهبی خارجی و یا یک دادگاه مدنی یا تجاری یا جزائی یا دادگاهی باشد که صلاحیت رسیدگی به اختلافات ناشی از فراردادها را دارد، و یا اینکه یک دادگاه بخش، استیناف و یا دادگاه عالی باشد، اهمیت ندارد و مؤثر در مقام نیست. و اما در مورد صلاحیت سرمیانی باید متذکر شد که این صلاحیت معمولاً یا متعلق به دادگاه شهرستان محل اقامت و یا سکونت خوانده است یا دادگاه شهرستان محل اجرا، یعنی محل وقوع اموالی که باید توقیف شوند.^۹

دادخواست صدور اجرائیه مطروحه نزد دادگاه شهرستان صلاحیت‌دار، باید همواره با اخطار به طرف مقابل، یعنی خوانده، همراه باشد تا رسیدگی به شکل ترافعی صورت گیرد. تقاضای صدور اجرائیه هرگز نمی‌تواند به شکل درخواست و بدون دعوت طرف مقابل انجام پذیرد و این حتی شامل موردی است که، مانند موارد حبسی، حکم خارجی خود از

۹. این مسئله که آیا بین این صلاحیتها سرمیانی مسلسله مراتب وجود دارد یا خیر محل بحث است.

طريق طرح درخواست صادر شده باشد. از اينکه بگذریم، تشریفات صدور اجرائيه تابع قواعد حقوق عام است با اين تفاوت که در حين محاكمه، قاضی صدور اجرائيه از اختيار وسعي در اداره جلسه برخوردار است. در واقع، وظيفه قاضی مذبور اين است که حتى رأساً صحت حکم خارجي را بررسی كند و «مکلف است که خود مستقلأً وجود شرایط (صحت حکم) را احراز نماید». ۱۰ اين اختيار و تفوق قاضی بر دادرسي به ویژه از اين جهت قابل توجيه است که «هدف از تأسیس صدور اجرائيه اين است که حمایت از نظام حقوقی و منافع فرانسه تأمین گردد»^{۱۱}، و به عبارت ديگر، موضوع با اين دید نگريسته می شود که اجرائيه فقط به طرفين مربوط نیست بلکه دولت فرانسه که حکم خارجي درنظام حقوقی اش جاي می گيرد نيز باید مطعم نظر باشد. همين اختيار تعين کننده بر محاكمه در موردی که دادگاه فرانسوی باید يك حکم خارجي را مؤخرآً مورد کنترل قرار دهد نيز صادر است.

۲. کنترل احتمالي و مؤخر

پاره‌ای از آثار حکم خارجي جنبه «بلاواسطه» دارند، به اين معنا که فرانسه آنها را خود بخود قبول دارد و منوط به صدور قبلی اجرائيه نیستند. اين آثار عمدهاً عبارتند از: اعتبار امر مختار — نفياً يا اثباتاً — در مورد احكام راجع به احوال شخصيه و اهليت اشخاص و نيز احکام انشائي صادره در زمينه دارائي. ۱۲ همانطور که ديوان کشور فرانسه در رأي مورخ ۳ مارس

10. Cass. civ. I. 7 janv. 1964: Clunet 1964, 302. note Goldman; Cass. civ. I. 9 nov. 1971; Rev. crit. dr. int. pr. 1972, 314, note Holleaux: Viceependant Cass. civ. I. 17 oct. 1972: Rev. crit. dr. int. pr. 1973, 556. note Franceskakis.

(رأى اخیر باراقامة دليل را بر دوش خواهان گذاشته و قاضی مأمور صدور اجرائيه را رأساً از جستجوی وجود دلایلی که طرفين اقامه نكرده اند معاف کرده است.)

11. Cass civ. I. 7 janv. 1964, précité.

۱۲. آثار ديگري که می توان ذكر کرد بدون توجه به ماهيت حکم خارجي عبارتند از آثاری که



۱۹۳۰ اعلام نموده است^{۱۳}، همین که اجرای احکام مستلزم مراجعه به دادگاه نباشد، «احکام صادره از ناحیه یک دادگاه خارجی درخصوص احوال شخصیه و اهلیت اشخاص در فرانسه بدون نیاز به صدور اجرائیه دارای اثر خواهد بود». این است که مثلاً یک حکم خارجی راجع به طلاق، از دید فرانسه، این اثر بلاواسطه را دارد که رابطه زوجیت را قطع می‌کند و در نتیجه، به یکی از زن و شوهر طلاق گرفته، اجازه می‌دهد که در فرانسه مجددًا ازدواج کند، یا مانع تعقیب او به عنوان تعدد زوجات و یا طرح درخواست جدید طلاق می‌گردد.^{۱۴} همچنین، بدون نیاز به هرگونه تشریفات صدور اجرائیه، حکم خارجی صادره در مورد فرزندخواندگی و یا مشعر بر نوعی ممنوعیت بلاواسطه در فرانسه مورد شناسائی قرار می‌گیرد. همین راه حل را رویه قضائی در مورد آراء انسانی مربوط به دارائی پذیرفته است. مثلاً احکام خارجی که قیمتی را نصب و یا مأمور اجرای یک وصیتname را معین، یا یکی را مأمور تصفیه شرکت می‌نمایند، به طور قهری در فرانسه مورد شناسائی قرار می‌گیرند، به نحوی که این اشخاص می‌توانند بدون نیاز به تقاضای صدور اجرائیه وطنی تشریفات آن، اختیارات خود را در فرانسه اعمال کنند.^{۱۵}

با وجود این، عدم لزوم صدور اجرائیه قبلی به این معنا نیست که این احکام خارجی لزوماً از هرگونه کنترل از طرف دادگاههای فرانسوی معاف اند. زیرا، در واقع، شناسائی بلاواسطه این احکام تنها جنبه موقتی و متزلزل دارد و فقط با اعلام بعدی یک دادگاه فرانسوی مبنی بر صحبت،

→
می‌توان به موجب آنها حکم را به عنوان یک واقعه (fait) و یا به عنوان یک دلیل به دادگاه تقدیم نمود، که من در این گزارش بیش از این به آنها اشاره نمی‌کنم.

13. Clunet 1930. 981.

۱۴. درخصوص نکته اخیر رک:

Cass civ. I. 9 juin. 1971: Rev. crit. dr. int. pr. 1972. 131.

۱۵. این راه حلها از این جهت قابل توجیه هستند که احوال شخصیه و اهلیت اشخاص مستلزم دوام است و نیز از این جهت که حقوق فرانسه به آراء فرانسوی مشابه خصیصه مطلق می‌دهد.

حکم خارجی قطعیت می‌یابد. به عبارت دیگر، اگرچه این نوع احکام نیاز به صدور اجراییه قبلی ندارند، ولی ممکن است موضوع یک کنترل مؤخر واقع شوند که نتیجه اش، در صورت اعلام صحت حکم خارجی، تنفیذ آثار بلاواسطه حکم و یا ابطال این آثار با اثر عطف به مسابق در صورت اعلام صحت حکم خارجی خواهد بود.

این کنترل احتمالی و مؤخر می‌تواند دو جنبه داشته باشد:

جنبه اول اینکه یک «کنترل جنبی» باشد و آن زمانی است که حکم خارجی به صورت یک ایراد طاری در جریان محاکمه مطروحه نزد یک دادگاه فرانسوی عنوان می‌شود. (مثلاً احد از زوجین ممکن است از دادگاه تقاضا کند که یک حکم خارجی را که جدائی موقت زن و شوهر قبل از طلاق قطعی^{۱۴} را مقرر نموده است تبدیل به حکم طلاق کند؛ یا یکی از زوجین که خوانده یک دعوای طلاق در فرانسه است، در مقام طرح ایراد امر مختوم، حکم خارجی طلاقی را ارائه کند تا مانع دعوای اصلی شود؛ یا شخصی که مجدداً ازدواج کرده است و به همین خاطر به اتهام تعدد زوجات در فرانسه تعقیب می‌شود، در مقام دفاع، حکمی خارجی را ارائه دهد که ازدواج اول را فسخ یا ابطال کرده است). البته، حکم خارجی فقط در صورتی می‌تواند در مقام ادعای دفاع به طور مؤثر مورد استناد قرار گیرد که به درستی صادر شده باشد. نتیجه اینکه دادگاه فرانسوی که به دعوای اصلی رسیدگی می‌کند بدون توجه به نوع دادگاه — و حتی اگر دادگاه جزائی باشد — مکلف است حکم خارجی را که به صورت طاری نزد او مطرح شده است کنترل نماید.

جنبه دوم این است که کنترل امکان دارد یک «کنترل اصلی» باشد. در واقع، رویه قضائی فرانسه پذیرفته است که یک دعوای اصلی می‌تواند نزد دادگاه شهرستان مطرح شود تا دادگاه مزبور صحت صدور رأی خارجی را مورد رسیدگی و حکم قرار دهد. این دعوای که طبیعتاً یک

دعوای اعلامی است می‌تواند خود دو صورت داشته باشد: ممکن است این دعوی به صورت دعوای «عدم تأثیر حکم»^{۱۷} طرح شود— یعنی کسی که حکم خارجی به ضرر او صادر شده است با طرح آن نزد دادگاه فرانسوی تقاضا نماید تا دادگاه مزبور حکم مورد اعتراض را غیر صحیح اعلام کند، و در نتیجه، «آثار بلا واسطه‌ای» را که حکم خارجی تا آن زمان در فرانسه داشته است از بین ببرد^{۱۸}—؛ و یا اینکه در قالب یک دعوای اصلی با خواسته «تأیید و شناسائی آثار حکم خارجی»^{۱۹} و معمولاً ازناحیه محکوم^{۲۰} له طرح گردد. برخلاف مورد سابق الذکر، موضوع این دعوی این است که دادگاه حکم را صحیح اعلام کند تا «آثار بلا واسطه» ای که حکم مزبور به طور متعلق تا آن زمان داشته است، به طور قطعی مورد تأیید قرار گیرد.^{۲۱}

بدین ترتیب، ملاحظه می‌شود تشریفاتی که هدف آن کنترل یک حکم خارجی است متنوع است: اجرائیه، کنترل جنبی، دعوای عدم تأثیر حکم یا تأیید آثار حکم. اما تشریفات کنترل هرچه باشد موضوع کنترل تغییری نمی‌کند، زیرا اصولاً شرایط صحت حکم خارجی تابع تشریفات کنترل نیست.

17. Action en inopposabilité

۱۸. این دعوی را دیوان کشور قابل پذیرش اعلام نموده است. رک:

Cass. civ. I. 22 Janv. 1951: Rev. crit. dr. int pr. 1951, 167.

دعوای مزبور می‌تواند حتی ازناحیه یک شخص ثالث مطرح شود. رک:

Trib. gr. inst. Seine. 1er juill. 1965: Gaz. pal. 1962. 2,411.

اما این دعوی را نمی‌توان از طرفی پذیرفت که به دادگاه خارجی مراجعه کرده و حکم خارجی را به نفع خویش دریافت نموده است. رک:

Cass. civ. I. 19 janv. 1983: Clunet 1984, 898 note Wiederkehr.

دعوای عدم تأثیر حکم خارجی راجع به طلاق مطروحة ازناحیه همسری که تقاضای طلاق کرده و حکم به نفع او صادر شده بود، مقصود متعنی همسری بود که در این فاصله فوت کرده بود!

19. Action en opposabilité

۲۰. این دعوی را دیوان کشور قابل پذیرش اعلام کرده است. رک:

Cass. civ. I. 3 janv. 1980 Clunet 1980, 341.

رأی اخیر دعوای مزبور را (به زعم من) اشتباهاً «دعوای صدور اجرائیه» عنوان داده است.

دوم. موضوع کنترل

قبل از هر چیز باید یادآور شد که دادگاه فرانسوی مکلف به این رسیدگی نیست که آیا کشور خارجی که تصمیم صادره در سرزمین آن را مورد رسیدگی قرار می‌دهد، احکام صادره از محاکم فرانسوی را شناسائی می‌کند یا خیر. به عبارت دیگر، شرط اقدام متقابل ضروری نیست. بعلاوه، از زمان رأی دیوان کشور موسوم به «مونزه»^{۲۱} مورخ ۷ ژانویه ۱۹۶۴ به این طرف، قاضی فرانسوی دیگر مجاز نیست که رأی مطروحه را مورد بازبینی و تجدید نظر قرار دهد و وارد این بررسی گردد که آیا امر متنازع^{۲۲} فیه، چه از نقطه نظر بررسی مطابقت حکم خارجی با قانون و چه از جهت بررسی محتوا پرونده، به صورت صحیح یا غیر صحیح مورد حکم قرار گرفته است یا خیر. در این رابطه، حقوق عام فرانسه به نحو بارزی انعطاف پذیرتر شده است.

بر عکس، حقوق عام مزبور هنوز هم نسبتاً سختگیر است؛ چرا که رأی مونزه مقرر می‌دارد که دادگاه فرانسوی باید «صحت بین المللی» حکم را با توجه به سه دسته شروط زیر مورد کنترل قرار دهد:^{۲۳}

۱. شرط راجع به صلاحیت دادگاه خارجی.
۲. شرط راجع به صلاحیت قانون مورد اجرای دادگاه خارجی.
۳. شرط راجع به رعایت نظم عمومی بین المللی فرانسه.

۱. صلاحیت دادگاه خارجی موسوم به صلاحیت غیر مستقیم حکم خارجی صحیح نیست مگر آنکه توسط یک دادگاه صالح صادر شده باشد. اما آیا کنترل این صلاحیت باید مطابق قوانین و مقررات

21. Munzer

۲۲. به شرایط مزبور باید— البته فقط در رابطه با آئین صدور اجرایی— شرط لازم الاجراء بودن (حتی موقتی) تصمیم خارجی را در کشور مبدأ اضافه نمود.

فرانسه باشد یا قوانین و مقررات خارجی؟

در مورد صلاحیت خاص یا داخلی مقام خارجی، همیشه این امر مورد قبول بوده است که این صلاحیت باید مطابق قواعد خارجی کشور مبدئی تصمیم بررسی شود که معین می‌کند مثلاً آیا فلان مقام مذهبی یا اداری، صالح برای صدور حکم طلاق هست یا خیر و یا صلاحیت به فلان شهر راجع است یا نه؟^{۲۳}

بر عکس، مشکلات زیادی در مورد صلاحیت عام و بین‌المللی دادگاههای کشور خارجی مبدئی تصمیم بروز کرده است. در این رابطه، رویه قضائی فرانسه بررسی می‌کند که آیا امر متنازع فیه و مورد حکم در خارج، منحصرآ در صلاحیت دادگاه فرانسوی است یا خیر؟ اگر به موجب قواعد و مقررات فرانسوی صلاحیت بین‌المللی، رسیدگی به موضوع در صلاحیت انحصاری دادگاههای فرانسوی قرار داشته باشد، فرض براین می‌شود که حکم خارجی توسط دادگاهی صادر شده که صلاحیت بین‌المللی برای صدور آن را نداشته است و به همین خاطر حکم در فرانسه غیرقانونی اعلام می‌شود و این فرض هم نسبتاً زیاد اتفاق می‌افتد.

از جمله مصاديق بارز این مورد وقتی است که حکم صادره از یک دادگاه خارجی علیه یک تبعه فرانسه در فرانسه مطرح می‌شود. در تفسیر ماده ۱۵ قانون مدنی که به طور لفظی به یک خواهان خارجی اجازه می‌دهد که یک خوانده فرانسوی را به دادگاههای فرانسه بکشاند، رویه قضائی اعتقاد دارد که این ماده به نفع خوانده فرانسوی امتیازی برقرار کرده است که به موجب آن خوانده مزبور حق دارد جز توسط دادگاههای فرانسوی محاکمه نشود. به عبارت دیگر، تابعیت فرانسوی خوانده مجرور صلاحیت انحصاری دادگاههای فرانسوی است و هر مرجع خارجی را از صلاحیت

۲۳. در واقع، رویه قضائی فرانسه بندرت صلاحیت خاص دادگاه خارجی را بررسی می‌کند، مگر در موردی که تصمیم مورد استناد در فرانسه توسط یک مقام مذهبی صادر شده باشد.

می‌اندازد. این راه حل، مخالفت شدیدی با تأثیر احکام خارجی در فرانسه دارد.^{۲۴} واقعیت این است که رویه قضائی، این راه حل را به این طریق تعديل کرده که استفاده از امتیاز موضوع ماده ۱۵ توسط یک تبعه فرانسه که علیه او در یک دادگاه خارجی طرح دعوی شده است، منوط به این باشد که وی با استفاده از این امتیاز، ایراد عدم صلاحیت نماید، والا حضور در محکمه خارجی توسط خوانده فرانسوی و دفاع از ماهیت توسط او کافش از اسقاط چنین حقی از طرف وی و عدم صلاحیت انحصاری محاکم فرانسوی است.^{۲۵}

علاوه بر مورد ماده ۱۵ قانون مدنی، فروض دیگری از صلاحیت انحصاری دادگاههای فرانسوی وجود دارد؛ مثل وقتی که اختلاف راجع به یک حق عینی بوده و مال غیرمنقول در فرانسه واقع باشد، یا وقتی که اختلاف راجع است به دولت فرانسه مشروط بر اینکه از مصونیت قضائی خود اعراض نکرده باشد، یا وقتی که اختلاف به یک خدمت عمومی فرانسوی (مانند تصحیح شناسنامه فرانسوی و ابطال حق اختیاع فرانسوی) مربوط می‌گردد. بر عکس، رویه قضائی اخیر موضوع خود را تعديل کرده است؛ به این ترتیب که به نظر رویه مزبور دادگاههای فرانسوی، از زمانی که ملاک صلاحیت تعیین شده توسط قاعدة فرانسوی صلاحیت سرزمینی —مثلاً محل اقامت خوانده— در فرانسه واقع است، دادگاههای اخیر دیگر

۲۴. به همین دلیل، این راه حل توسط اکثریت علمای حقوق مورد استقاد قرار گرفته است. علاوه، ایراد دکترین به آن، این است که ناقص ماده ۱۵ قانون مدنی است؛ چرا که منتهی به این می‌شود که یک خواهان خارجی مجبور شود یک فرانسوی را به دادگاههای فرانسه بکشاند. در حالی که ظاهر ماده ۱۵ فقط به او انتیمار را می‌دهد که به دادگاههای فرانسه مراجعه کند.

۲۵. همینطور است، به طریق اولی، هرگاه چنین خوانده‌ای یک دعوای متقابل مطرح کرده باشد و یا چنانچه طرفین صحیحاً یک شرط تعیین صلاحیت دادگاه خارجی پیش بینی کرده بودند. اما هرگاه فرانسوی خوانده شده به دادگاه خارجی درداررسی شرکت نکرده باشد، عدول از امتیاز ماده ۱۵ مصدق ندارد.

صلاحیت انحصاری ندارند.^{۲۶} ولی سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که در صورت فقدان صلاحیت انحصاری دادگاه فرانسوی چگونه می‌توان صلاحیت غیرمستقیم دادگاه خارجی را ارزیابی کرد؟

مدتهاي مدید، دکترین و رویه قضائي در اين خصوص با يكديگر اختلاف شدید داشته اند.

به موجب يك نظريه، صلاحیت دادگاه خارجی مطابق قواعد فرانسوی صلاحیت بين المللی مستقیم، يعني مطابق قواعد مندرج در قانون آئین دادرسی مدنی کنترل می‌شده است که این قواعد، در صورت طرح مستقیم يك اختلاف در فرانسه، برای تعیین صلاحیت بين المللی مستقیم دادگاههای این کشور بکار می‌روند. این راه حل قابل فهم بود، چراکه کنترل صلاحیت دادگاه خارجی به منظور قبول یا رد گنجانیدن حکم خارجی در نظام حقوقی فرانسه انجام می‌گیرد. اما راه حل اخیر قابل انتقاد نیز بود، زیرا منتهی به این اشکال می‌شد که چون قواعد خارجی صلاحیت (که دادگاه خارجی الزاماً اجرا کرده بود) با قواعد فرانسوی تطبیق نمی‌کردند، احکام خارجی مردود اعلام می‌شدند.

بنابراین، برای پاسخ دادن به این انتقاد نظریه دیگری پیشنهاد شد مبنی بر اینکه صلاحیت بين المللی دادگاه خارجی مطابق قواعد خارجی بررسی شود. این راه حل که با شناسائی و قبول تصمیمات خارجی در فرانسه مساعدتی فراوان و شاید افراطی داشت، متضمن این خطر بود که

۲۶. رجوع کنید به:

Cass. civ. I, 6 fév. 1985; Clunet 1985, 460, note Huet.

در این پرونده يك دادگاه انگلیسي حکم طلاقی را علیه يك شوهر امریکانی مقیم پاریس صادر کرده است. دیوان کشور معتقد است که دادگاههای فرانسوی، در این خصوص، صلاحیت انحصاری نداشته اند. هرچند که به علت عدم وجود فرزندان صغیر، ماده ۱۰۷۰ قانون جدید آئین دادرسی مدنی، دادگاه محل اقامت همسر خوانده را صالح می‌شناسد.

کنترل صلاحیت دادگاه خارجی توسط محاکم فرانسوی از حالت جدی خارج شود.^{۲۷}

سرانجام، در رأی موئخ ۶ فوریه ۱۹۸۵^{۲۸}، دیوان کشور نظریه سومی را اتخاذ کرد. در واقع، این رأی یک قاعدة مستقل صلاحیت غیرمستقیم را وضع کرده که نه اقتباسی از قواعد فرانسوی صلاحیت غیرمستقیم است و نه تقليیدی از قواعد خارجی صلاحیت، بلکه تنها در صورتی به آن رجوع می‌شود که کنترل احکام خارجی مطرح باشد. به موجب این نظر «در تمام مواردی که قاعدة فرانسوی... به دادگاه‌های فرانسه صلاحیت انحصاری اعطا نمی‌کند، دادگاه خارجی باید صالح شناخته شود، مشروط بر اینکه اختلاف به نحو بارزی به کشور قاضی رسیدگی کننده مربوط بوده و انتخاب دادگاه [خارجی] متناسب نبوده باشد». بدین ترتیب، از این پس، برای صلاحیت دادگاه خارجی وجود دو شرط ضروری کافی است: یک شرط مثبت با طبیعت موضوعی، یعنی ارتباط بارز اختلاف مطروحه به کشور خارجی^{۲۹}؛ و یک شرط منفی با طبیعت شخصی، یعنی عدم تقلب در مراجعة به دادگاه خارجی. (برای مثال، یکی از موارد تقلب موردی است که خواهان فقط به منظور امکان مراجعة به دادگاه خارجی به طور تصنیعی خود را به یک دولت خارجی مرتبط نموده باشد.) واضح است که ارزیابی این دو شرط از پرونده‌ای به پرونده دیگر فرق می‌کند؛ با وجود این، مسلم است که قاعدة صلاحیت غیرمستقیم وضع شده توسط دیوان کشور به قبول

۲۷. در واقع، یک قاضی فرانسوی می‌تواند بحق، در صلاحیت دادگاه خارجی که با نقض قواعد صلاحیت بین‌المللی خودش به صلاحیت خود رأی داده است، تردید نماید.

۲۸. قبلًا به این رأی اشاره شد. به آراء زیر نیز که در همین جهت اظهار نظر نموده اند مراجعه شود:

Paris 10 nov. 1971 et 5 mars 1976.

۲۹. در پرونده‌ای که دیوان کشور رسیدگی کرد (اجرای یک حکم انگلیسی طلاق)، انتساب دعوی به انگلستان مورد تردید نبود، چرا که خواهان زنی انگلیسی و مقیم انگلستان بود. زن و شوهر در انگلستان ازدواج نموده و اولین اقاماتگاه خانوادگی خود را در آنجا برقرار کرده بودند.

بیش از پیش تصمیمات خارجی در فرانسه کمک فراوان خواهد کرد، که متأسفانه این امر در مورد کنترل قانون اجرا شده توسط دادگاه خارجی صادق نیست.

۲. صلاحیت قانون اجرا شده توسط دادگاه خارجی

رأی مونزه مورخ ۷ زانویه ۱۹۶۴ قاضی را ملزم نموده است تا «اجرای قانون صالح بر اساس قواعد تعارض قوانین فرانسه... و عدم هرگونه تقلیب نسبت به قانون» را کنترل کند.

اولین تکلیف – اینکه دادگاه خارجی باید قانون حاکم بر ماهیت اختلاف را طبق قواعد تعارض قوانین فرانسه تعیین کرده باشد – به نحو یکسان مورد ارزیابی دکترین قرار نگرفته است. پاره‌ای از مؤلفان آن را مورد تأیید قرار می‌دهند و عقیده دارند که چون باید به یک تصمیم خارجی در فرانسه ترتیب اثر داد، طبیعی است که قاضی فرانسوی کنترل را بر حسب مفهوم فرانسوی روابط بین المللی انجام دهد و جلوی اجرای حقوق خارجی راجع به تعارض قوانین را سدنماید. ولی اکثریت علمای حقوق این نظر را مورد انتقاد قرار می‌دهند، زیرا متنضم این خطر است که در هر موردی که قاعدة خارجی تعارض قوانین – که دادگاه خارجی مکلف به اجرای آن است – با قاعدة فرانسوی تعارض قوانین سازگار نباشد، قاضی فرانسوی از اجرای حکم خارجی خودداری کند. به همین خاطر، مؤلفان پیشنهاد می‌کنند که صلاحیت قانون اجرا شده توسط قاضی خارجی بر اساس قواعد خارجی تعارض قوانین بررسی شود. بعضی از مؤلفان از این هم فراتر می‌روند و امیدوارند همانطور که در مورد حقوق تطبیقی صادق است، کنترل قانون اجرا شده خیلی راحت حذف شود^{۳۰}، مگر در موردی که دادگاه خارجی از

۳۰. به نظر «پی یرمایر»: «رعایت قاعدة تعارض فرانسه باید در مقابل ضرورت احترام به تصمیمات خارجی جا خالی کند». به نظر: «د. هولو»: «رعایت قاعدة تعارض فرانسه» باید در مقابل «حقوق قانوناً حاصل شده طرفین در خارج» کنار گذاشته شود.

اجرای یک قانون واجد خصیصه نظم عمومی و تأمینی فرانسه خودداری کرده باشد. اما تا به امروز رویه قضائی به راه حل موجود در رأی مونزه وفادار مانده و حتی در مورد طلاق^{۳۱} که از زمان تصویب ماده ۳۱۰ قانون مدنی مصوب ۱۹۷۵/۷/۱۱ روش یکطرفه‌ای را برقرار کرده است، کنترل قانون خارجی اجرا شده توسط دادگاه خارجی باید قاعده‌تاً و از نظر منطقی براساس قاعده خارجی تعارض انجام پذیرد.

با وجود این، رویه قضائی شدت این سیستم را با دو عامل تعديل کننده همراه کرده است^{۳۲}:

اولین عامل را «نظریه احالة» تحمیل کرده است. به عبارت بهتر، وقتی که دادگاه خارجی قانون معین شده توسط قاعده تعارض خودش را اجرا کرده و این قانون نیز همان قانونی باشد که یک دادگاه فرانسوی، در صورت رسیدگی به قضیه و با توجه به نظریه احالة، اجرا نماید، حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه دیگر صحبتی ندارد و بنابر این حکم خارجی می‌تواند در فرانسه مورد قبول قرار گیرد.

دومین عامل تعديل کننده حاصل نظریه موسوم به «تشابه»^{۳۳} است که به موجب آن، قانون تعیین شده به موجب قاعده تعارض دادگاه خارجی در فرانسه صالح شناخته می‌شود، مشروط بر آنکه محتوای آن مشابه قانون صالح به موجب قاعده تعارض قوانین فرانسه باشد.^{۳۴} چون هر دو قانون به نتایج یکسان منتهی می‌شوند، بنابر این، هیچگونه دلیلی وجود ندارد که ردة حکم خارجی را توجیه نماید؛ منتها در همه موارد لازم است که اعلام

31. Cass. civ. 1.2 oct. 1984: Clunet 1985, note Audit.

۳۲. تا آنجا که صدور اجراییه بندرت به خاطر صلاحیت قانون رد می‌شود (پ. مایر).

33. L'équivalence

۳۴. برای مثال دادگاه خارجی حکم طلاق را به دلیل هتک حرمت شدید و براساس قانون «الف» صادر کرده است، در حالی که قاعده فرانسوی تعارض قانون «ب» را صالح می‌داند که آن هم هتک حرمت شدید را دلیل صدور حکم طلاق تلقی می‌کند. در این خصوص به رأی زیر مراجعه شود:

Paris, 8 mai 1980: Rev. crit. dr. int. pr. 1981, 700, note Simon- Depitre.

صلاحیت قانون اجرا شده توسط دادگاه خارجی، حاصل تقلب نسبت به قانون نباشد. دیوان کشور، بدون اینکه تفاوتی بین تقلب نسبت به قانون فرانسه یا تقلب نسبت به قانون خارجی را مطرح کند، قاضی صدور اجرائی را مکلف می‌کند «بررسی نماید که آیا تصمیم خارجی موجب و حاصل تقلب نسبت به قانون است یا خیر و مخصوصاً بررسی کند که آیا طرفین به طور ارادی رابطه حقوقی را، تنها به منظور فرار و طفره از سلطه قانون معمولاً صالح، تغییرداده اند یا خیر». ۳۵

۴. رعایت نظم عمومی بین المللی فرانسه

علاوه بر موارد بالا، حکم خارجی ممکن است در صورت عدم رعایت نظم عمومی فرانسه، غیرقانونی اعلام شود. منظور از نظم عمومی، اصول اساسی حقوق فرانسه است، چه در رابطه با تشریفات دادرسی و چه در رابطه با ماهیت دعوی.

▪ نظم عمومی تشریفاتی

دادگاه فرانسوی مکلف به بررسی این نکته نیست که آیا تشریفات دادرسی نزد دادگاه خارجی مطابق قانون مقر دادگاه خارجی به طور صحیح تعقیب شده است یا خیر^{۳۶}، ولی باید صحبت این تشریفات را «در رابطه با

۳۵. در این مورد به رأی زیر مراجعه شود:

Cass. civ. I, 17mai. 1983: J.C.P. 83, IV, 235.

ضمانته به همین دلیل است که روئیة قضائی فرانسه، بدون استثناء، احکام خارجی را که به «صنعت طلاق» روی آورده‌اند، مردود می‌شمارد (منظور احکامی است که در ایالت امریکائی «نوادا» یا در ایالت مکزیکی نشین (شی هوواهد) صادر می‌شوند)؛ احکامی که به موجب قانون محلی صادر می‌شوند و حاصل این شکرگد هستند که زن و شوهر، و یا حتی یکی از آنها، محل اقامتشان را به طور صوری دریکی از این ایالات قرار می‌دهند تا قانون آن برای صدور طلاق صالح شناخته شده و براساس آن حکم صادر گردد. در این مورد به رأی زیر مراجعه شود:

Cass. civ. I, 11 Juill. 1977. D. 1978, inf. rap. 99.

۳۶. بر عکس، رأی موئزه موئخ ۱۹۶۴ این بررسی را ضروری اعلام کرده بود.

نظم عمومی بین المللی و رعایت حقوق دفاعی»^{۳۷} کنترل نماید. به عبارت دیگر، کنترل تشریفات فقط راجع به این امر است که آیا حقوق دفاعی آنطور که مورد نظر حقوق فرانسه است—در طول دادرسی خارجی رعایت شده است یا خیر. این است که حکم خارجی مثلاً در موارد زیر در فرانسه به رسمیت شناخته نمی شود: هرگاه خوانده اساساً به دادگاه خارجی احضار نشده و یا موقع احضار نشده است تا بتواند با حضور در دادگاه از خود دفاع نماید^{۳۸}، یا هرگاه دادگاه خارجی اصل ترافعی بودن را رعایت نکرده و یا به بیش از خواسته رأی داده است، یا تنها به این دلیل حکم به حقانیت خواهان داده که خوانده در دادرسی حاضر نشده است و امثال آن.

● نظم عمومی ماهوی

این نظم عمومی باید، هم در حقوق اجرا شده بر اختلاف توسط دادگاه خارجی و هم در راه حلی که حکم خارجی در رابطه با اختلاف مطروحه ارائه داده است، مدنظر قرار گرفته باشد.

به همین علت است که احکام زیر باطل و غیر صحیح تلقی می شوند: احکامی که در آنها قانون خارجی اعمال شده ملی کردن اموال را بدون پرداخت غرامت به صاحبان اموال ملی شده تجویز نموده است؛ احکامی که ازدواج مدنی انجام شده در فرانسه را به این دلیل ابطال کرده اند که بدون انجام قبلی مراسم مذهبی صورت گرفته است؛ احکامی که بنویت طبیعی یک مرد نسبت به طفل را فقط براساس اظهارات مادر مبنی بر اینکه او با خوانده روابط جنسی داشته است اعلام کرده اند و یا احکامی که حضانت طفل را نه به خاطر مصلحت طفل بلکه با مراجعت به

37. Cass. civ. I. 4 oct. 1967: Clunet 1969, 102. note Goldman.

۳۸. مثال: خوانده تنها چند روز قبل از تشکیل جلسه دادگاه احضار شده است. به طریق اولی، هرگاه خوانده پس از جلسه دادگاه احضار شده باشد، حکم خارجی مورد قبول واقع نخواهد شد.

«ملاکهای اصولی»^{۳۹}، مانند «حفظ امتیازات شوهر»، به پدر و اگذار نموده‌اند.^{۴۰}

البته، این مثال‌ها نباید واقعیت را بپوشانند زیرا بندرت اتفاق می‌افتد که حکم خارجی مخالف نظم عمومی بین المللی تلقی شود. در واقع، وقتی که یک حکم خارجی در فرانسه مورد استناد قرار می‌گیرد، مورد نظر این است که به حقیقت که در خارج تحصیل شده است اثر بخشیده شود؛ اما رؤیة قضائی معمولاً چنین اظهار نظر می‌کند که، در چنین مواردی، نظم عمومی جزیک «اثر معتدل» ندارد، به این معنی که احکام زیر در فرانسه مورد قبول قرار گرفته‌اند: احکامی که رابطه بنوت طبیعی را در غیر مواردی نیز که حقوق فرانسه پیش‌بینی کرده است، اعلام نموده‌اند، یا احکامی که اعلام طلاق کرده و یا طلاق خارجی را تأیید نموده‌اند در حالی که مشمول موارد منعکس در حقوق فرانسه نمی‌شده‌اند. به موارد مذکور می‌توانیم موردی را که شوهر زن خود را یکطرفه طلاق می‌دهد اضافه کنیم.^{۴۱}

بدین ترتیب، ما شاهد یک تعديل قابل ملاحظه در شرایط ضروری نظم عمومی بین المللی توسط رؤیة قضائی هستیم، همانطور که شاهد تعديل شرایط راجع به صلاحیت دادگاه خارجی و صلاحیت قانون اجرا شده توسط دادگاه خارجی بوده‌ایم. آمارها نیز وجود این تحول نظم عمومی در جهت انعطاف‌پذیری را تأیید می‌کنند، زیرا احکام خارجی که تحت کنترل

39. Critères de principe

40. Voir respectivement: Cass. civ. I. 20 fév. 1979; J.C.P. 79 II. 1949, concl. Gulphe; Trib. gr. inst. Patis 7 avril 1981; Clunet 1982, 699, note Niboyet; Cass. civ. I. 19 déc. 1973; Clunet 1974, 616 observ. Huet. Cass. civ. I. 17. juin 1980: Rev. crit. dr. int. pr. 1981, 73, note Lagarde; Cass. civ. I. 30 janv. 1989; Clunet 1970, 393, note D. Mayer.

۴۱. در این خصوص به آراء زیر مراجعه شود:

Cass. civ. I. 6 mars 1984; Cass. civ. I. 20 mai. 1967; Cass. civ. I. 3 nov. 1983.

البته، طلاق یکطرفه (*dépudication*) در فرانسه در موارد زیر تأثیر نخواهد داشت: هرگاه زن

آنرا پذیرفته باشد، یا هرگاه از طرف شوهر قابل عدول باشد، یا وقتی که زن توانته باشد، در

خارج، ادعاهایی را در این رابطه به ثبوت برساند و دلایل دفاعی متقن ارائه داده باشد.

دادگاههای فرانسوی قرار گرفته اند، جز در مورد ۵ درصد آنها، غیر صحیح تلقی نشده اند.

این روش انعطاف پذیر رویه قضائی فرانسه نسبت به احکام خارجی، از سال ۱۹۸۱، با خلط مشی منعطف تر قانون فرانسه در رابطه با آراء داوری توأم شده است.



آراء داوری

در مقابل رأی داوری صادره در خارج یا در فرانسه، ولی در زمینه داوری بین المللی^{۴۲}، دو عکس العمل قابل تصور است: اول اینکه محکوم^۳ علیه (جز در موردی که به اراده خود رأی را اجرا می کند، یعنی در ۹۵ درصد موارد) ممکن است پیش دستی نماید و با گنجانیدن رأی در نظام حقوقی فرانسه مخالفت کند؛ دوم اینکه، بر عکس، طرفی که به رأی استناد می کند پیش دستی و کوشش نماید که رأی داوری را در نظام حقوقی فرانسه وارد کند. قانونگذار فرانسه به لحاظ صدور آراء داوری بر اساس اراده طرفین، در مقابل آنها موضع انعطاف پذیری اتخاذ کرده و کوشیده است عکس العمل نوع اول را محدود و عکس العمل نوع دوم را تشویق نماید.

اول. اقدام پیشگیرانه محکوم^۳ علیه به منظور ممانعت از گنجانیدن رأی در نظام حقوقی فرانسه محکوم^۳ علیه ممکن است، بدون آنکه منتظر شود که رأی علیه او اقامه شود و یا محکوم^۳ له تقاضای اجرای آن را از طریق توقیف اموال طرف

۴۲. رأی داوری صادره در فرانسه در داوری داخلی با حقوق بین الملل خصوص ارتیاطی ندارد بلکه در چارچوب حقوق داخلی قرار می گیرد. بنابر این، در اینجا از بررسی آن می گذریم.

مقابل تسلیم نماید، ابتکار عمل را به دست گیرد و ازدادگاه فرانسوی تقاضای ابطال رأی داوری را بنماید. این دعوی یا این درخواست ابطال رأی توسط مادهٔ ۱۵۰^۴ قانون جدید آئین داوری مدنی پذیرفته شده اما شرایط این پذیرش از سه نقطه نظر فوق العاده محدود کننده است:

۱. در مورد آراء قابل ابطال باید گفت که منظور فقط آرائی است که، به موجب مادهٔ ۱۵۰^۴ در فرانسه در رابطه با داوری بین المللی صادر می‌شوند و نه طبعاً آرائی که در خارج صادر شده‌اند، که نمی‌توانند موضوع هیچ اعتراض مستقیمی از طرف محکوم علیه واقع شوند. علت این تفکیک روش نیست.^{۴۳}

ممکن است این وضعیت ناشی از این تصور رویه قضائی و این نظریه باشد که رأی صادره در کشور خارج منبعث از حاکمیت خارجی است که نباید با قبول اعتراض مستقیم نسبت به رأی، به آن خدشه وارد شود و یا علت این تفکیک شاید این فکر باشد که، در واقع، بهترین قاضی برای بررسی رأی صادره در خارج، خود قاضی خارجی است.^{۴۴}

۲. در مورد تشریفات رسیدگی، مادهٔ ۱۵۰^۵ قاعدة رسیدگی دوگانه به اعتراض را رد و مقرر می‌کند که اعتراض به رأی و درخواست ابطال آن باید نزد دادگاه استینافی مطرح شود که رأی در حوزهٔ صلاحیت آن صادر شده است. این اعتراض ممکن است از زمان صدور رأی، یعنی قبل از ابلاغ آن، صورت گیرد^{۴۵}؛ ولی لازم است از طریق تقدیم دادخواست انجام شود،

43. BELLET et MEZGER: Rev. crit. dr. int. pr. 1981, 651-652.

44. BEGUIN: "La logique du régime des voies de recours en matière d'arbitrage commercial international": Mél. Houin, p. 241 s.

45. ولی «هرگاه [اعتراض] ظرف یک ماه از تاریخ ابلاغ رأی که قابل اجرا اعلام شده است» صورت نگرفته باشد، دیگر قابل پذیرش نخواهد بود (مادهٔ ۱۵۰^۵). این مادهٔ بخوبی نشان می‌دهد که اعتراض به منظور ابطال ممکن است جنبهٔ پیشگیری داشته باشد (یعنی قبل از اینکه برندهٔ تقاضای اجرا بکند، انجام شود). اما ممکن است، علاوه بر این، پس از صدور اجرا (یعنی پس از صدور قرار اجرا) صورت گیرد که در چنین حالتی البته اعتراض باید بفوریت انجام شود.

چرا که رسیدگی نزددادگاه استیناف ترافعی است.

۳. در مورد علل ابطال باید گفت که این علل را، که به پنج مورد منعکس در ماده ۱۵۰۲ محدود می‌شوند، می‌توان به سه گروه تقسیم کرد: قبل از هر چیز باید به علل ابطالی اشاره کرد که به نفس موجودیت داوری ارتباط دارند. چون داوری اساسی قراردادی دارد، منطقی است که اعتراض به منظور ابطال در موردی ممکن باشد که «داور بدون وجود قرارداد داوری و یا بر اساس قراردادی باطل و یا قراردادی که مدت آن منقضی شده رأی داده است» (ماده ۱۵۰۲، بند ۱).

فرض عدم کامل بودن قرارداد داوری، بسیار نادر است. ولی مشکل ممکن است در موردی مطرح شود که معلوم نیست چه کسی طرف داوری است. مثلاً ممکن است یک شرط داوری بین «الف» و «ب» منعقد شده و داور فکر کرده باشد که شرط قابل تسری به «ج» بوده و در نتیجه خود را صالح به رسیدگی به اختلاف میان «الف» و «ج» دانسته باشد. در چنین حالتی، «ج» ممکن است اعتراض به منظور ابطال رأی را براساس این استدلال مطرح کند که داوری علیه اوقابل استناد نیست، چرا که قرارداد داوری به او تسری پیدا نمی‌کند. مثلاً رأی داوری صادره علیه یک دولت به این دلیل ابطال شده که شرط داوری خود دولت را متعهد نمی‌کرده بلکه متعهد آن یک مؤسسه عمومی مستقل از دولت بوده است.^{۴۶}

دومین فرض، یعنی فرضی که در آن داور «بر اساس یک قرارداد [داوری] باطل رأی داده است»، دادگاه استیناف را بر آن داشته که اعتبار قرارداد داوری را با توجه به شرایط شکلی آن، اهلیت طرفین و اختیار آنها در مراجعته به داوری، قابلیت ارجاع امر به داوری ارزیابی کند و در این

۴۶. در این مورد به رأی زیر مراجعه شود:

Paris, 12 juill. 1984; Clunet 1985, 129, note Goldman.

مسئله مبتلا به در موردی نیز مطرح می‌شود که شرکتی از شرکتهای یک گروه [چند ملیتی] یک شرط داوری اعضاء کرده است، که باید دید آیا شرط مذبور به شرکت مادر و یا به یکی دیگر از شرکتهای همان گروه قابل تسری است یا خیر.

راه، قواعد فرانسوی تعارض قوانین یا قواعد فرانسوی حقوق بین الملل خصوصی ماهوی را به مرحله اجرا درآورد.^{۴۷}

بالاخره، فرضی که در آن داور «براساس قرارداد [داوری] که مدت اعتبار آن منقضی شده رأی داده است». این فرض زمانی تحقّق می‌یابد که مثلاً شرط داوری مهلتی معین کرده و داور می‌بایست طی آن مهلت رأی خود را صادر می‌کرده و این مهلت رعایت نشده است.^{۴۸}

دومین گروه از موجبات بطلان، به طرز جریان تشریفات داوری مربوط می‌شود. قبل از هر چیز باید از عدم صحّت ترکیب دادگاه داوری و یا نصب داور واحد سخن گفت (ماده ۱۵۰۲، بند ۲). سپس باید به اوضاع و احوالی اشاره کرد که در آن «رأی داور بدون توجه به حدود اختیارات صادر شده باشد» (ماده ۱۵۰۲، بند ۳). مثلاً داور به کمتر و یا به بیشتر از خواسته و یا بر اساس انصاف رأی داده در حالی که شرط داوری او را مکلف به تصمیمگیری براساس اصول حقوقی کرده است و یا آنکه در فرانسه رأی داده در حالی که شرط داوری، محل داوری را در خارج معین کرده است.

بالاخره، از نقطه نظر تشریفات رسیدگی، باید از نقض «اصل ترافعی بودن محاکمه» یاد کرد (ماده ۱۵۰۴، بند ۴). این مورد وقتی تحقّق می‌یابد که مثلاً داور به مدرکی اشاره کرده و یا به اطلاعات شخصی خود استناد نموده بدون آنکه قبل این موارد را برای بحث متعارض طرفین مطرح کرده باشد.^{۴۹}

سومین و آخرین گروه از موجبات بطلان راجع است به نظم عمومی: «هرگاه شناسائی یا اجرای رأی داوری (یعنی گنجانیدن رأی در نظام حقوقی فرانسه) با نظم عمومی بین المللی مخالف باشد» رأی قابل ابطال است (ماده ۱۵۰۲، بند ۵). بنابر این، برای قابل ابطال بودن کافی

47. V. BATIFFOL et LAGARDE: *Droit international privé* 7^e éd. t. II, no722.

48. Trib. gr. inst. Paris, 3 avril 1985: D. 1985, 514, note Robert.

49. Paris, 18 janv. 1983: *Rev. arbitrage* 1984, 87; Paris avril 1985, motifs: Clunet 1986, 175, note Jacquet.

نیست که رأی، یک قاعدةٔ فرانسوی نظم عمومی داخلی یا امنیتی را نقض کرده باشد بلکه باید با اصول اساسی فرانسه در تضاد باشد.^{۵۰}

آنچه که ذکر شد مواردی است که می‌توان جهت ابطال رأی صادره در فرانسه در زمینهٔ داوری بین‌المللی به آنها استناد کرد. این موارد جنبهٔ حصری دارند. مخصوصاً دادگاه استیناف نمی‌تواند به این دلیل که در رأی قانون مناسب براساس حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه مورد توجه قرار نگرفته است^{۵۱}، یا رأی متضمن یک نقص شکلی است (عدم امضای رأی توسط داوران، عدم ذکر تاریخ یا مستدل نبودن رأی)، یا به این بهانه که رأی توسط دادگاه یک کشور خارجی قبلًا باطل اعلام شده است، رأی داوری را ابطال نماید. هیچیک از این اوضاع و احوال به محکوم علیه اجازه نمی‌دهد که با ورود و گنجانیده شدن رأی در نظام حقوقی فرانسه مخالفت کند. متقابلاً هیچیک از آنها مانع نمی‌شود که یکی از طرفین تقاضای گنجانیدن رأی در نظام حقوقی فرانسه را بنماید.

۵۰. مثلاً رأی به اقدام یک دولت خارجی در ملی کردن متابعش، بدون پرداخت خسارت به صاحبان حق، مُهر تأییا گذاشته است. همینطور است، به طریق اولی، رأیی که نظم عمومی جهانی را نادیده می‌گیرد. در این مورد نگاه کنید به:

GOLDMAN: Clunet 1985, 129 s., sur le patrimoine de l'humanité.

اما تفسیر غلط یک قرار داد [داوری] توسط داور نقض نظم عمومی تلقی نمی‌شود. نگاه کنید به:

Paris, 5 nov. 1985: Dr. mar. fr. 1986, 427.

۵۱. هرچند که مادهٔ ۱۴۹۶ قانون جدید آئین دادرسی مدنی به داور تکلیف می‌کند که «امر متازع فیه را مطابق قواعد حقوقی که طرفین انتخاب کرده‌اند حل و فصل نماید» و «در تمام موارد به عرف و عادات تجاری نیز نظر داشته باشد». این مادهٔ فاقد ضمانت اجرائی است. (با وجود این، باتیغول ولاگارد در شمارهٔ ۷۲۶-۱ و پانویس ۱ همان شماره از کتاب خود چنین ابراز عقیده می‌کنند که هرگاه رأی برخلاف و بدون توجه به قانون منتخب طرفین صادر شده باشد، می‌توان آنرا بر اساس مادهٔ ۱۵۰۶، بند ۳ باطل اعلام کرد زیرا، در چنین فرضی، داور مطابق مأموریتی که به او محول شده عمل نکرده است).

دوم. اقدام پیشگیرانه یکی از طرفین به منظور گنجانیدن رأی در نظام حقوقی فرانسه

این اقدام معمولاً توسط طرفی صورت می‌گیرد که رأی به نفع او صادر شده است و می‌خواهد از آثار آن استفاده کند و یا می‌خواهد رأی توسط مقامهای رسمی اجرا شود. البته، ممکن است این اقدام توسط محکوم علیه نیز صورت گیرد تا با شناسائی رأی بتواند از آن به عنوان دلیل مختومه شدن یک دعوی استفاده کند.

به این منظور— و برای اینکه حتی الامکان به رأی در فرانسه تأثیر بخشیده شود— قانونگذار فرانسه، با پیش‌بینی یک آئین رسیدگی بدایتی فوق العاده اختصاری، موارد اعتراض را محدود ساخته است.

۱. آئین رسیدگی در محکمة بدایت

قواعد حاکم بر این آئین رسیدگی در مورد تمام آراء داوری صادق است و اینکه آراء مزبور در خارج صادر شده باشند یا در فرانسه و «در زمینه داوری بین‌المللی»، تغییری در امر نمی‌دهد. در مورد اجرای رأی، ذینفع باید از دادگاه شهرستان تقاضای صدور اجرائیه بنماید.^{۵۲} تقاضا بدون لزوم تقديم دادخواست و احضار محکوم علیه به دادگاه و فقط بنایه درخواست ذینفع صورت می‌گیرد.^{۵۳}

۵۲. مواد ۱۴۹۸، بند ۲ و ۱۵۰۰ (که به ماده ۱۴۷۷ احالة می‌دهد). با وجود این، ذینفع از تشریفات صدور اجرائیه معاف است مشروط براینکه محکوم علیه رأی صادره در فرانسه در زمینه داوری بین‌المللی تقاضای ابطال آنرا نموده و دادگاه استیناف این تقاضا را رد کرده باشد! در واقع، رد تقاضای ابطال به منزله رد تقاضای اجرای رأی داوری است و یا به پاره‌ای از قسمتهای حکم که توسط دادگاه استیناف لغو شده قدرت اجرائی می‌بخشد. (ماده ۱۹۴۰ که ماده ۱۵۰۷ به آن احاله می‌دهد).

53. Tribunal de grande instance

۵۴. دادگاه شهرستانی که در حوزه قضائی آن رأی صادر شده است. در موردی که رأی در فرانسه

در خصوص شناسائی رأى، این شناسائی بر اساس ماده ۱۴۷۶ (طبق احالة موضوع ماده ۱۵۰۰) صورت می‌گیرد که به موجب آن «رأى داوری، از زمان صدور، دارای خصیصه امر مختوم است». به عبارت دیگر، در فرانسه شناسائی حتی یک رأى صادره درخارج، جنبه قهری دارد. واقعیت این است که، در عمل، شناسائی رأى به مناسب طرح محاکمه‌ای جدید در فرانسه و به طور طاری مطرح می‌شود؛ مثل موردی که رأى در جهت ثبوت ایراد امر مختوم ارائه می‌گردد. به عبارت دیگر، شناسائی، نزد دادگاه فرانسوی مرجع الیه که به دعوای اصلی رسیدگی می‌کند، موجب کنترل جنبی رأى داوری خواهد شد.^{۵۵}

اما در مورد موضوع این کنترل یا موضوع کنترلی که در جریان صدور اجرائیه انجام می‌شود، باید گفت که این کنترل کاملاً محدود است! در واقع، به موجب ماده ۱۴۹۸، آراء داوری در صورتی در فرانسه قابل شناسائی یا اجرا هستند که «وجود آنها توسط خواهان به ثبت برسد و این شناسائی یا اجرا بوضوح مخالف نظم عمومی بین المللی نباشد». قید «بوضوح» بخوبی نشان می‌دهد که قاضی مکلف است در کنترل عدم مخالفت رأى با نظم عمومی بین المللی از خود خویشتن داری نشان دهد. در مورد اثبات وجود رأى نیز مشکل چندانی وجود ندارد، زیرا تسلیم اصل یا رونوشت مصدق آن کافی خواهد بود. به دوشرط قبلی، ماده ۱۴۹۹ تسلیم قرارداد داوری یا رونوشت آن را اضافه کرده که آن نیز شرطی طبیعی است؛ چرا که قاضی فرانسوی باید بتواند مقاعد گردد که دعوی واقعاً از طریق داوری قابل حل و فصل بوده است.^{۵۶} اما به نظر نرمی رسد که در این مرحله

→
صادر شده است، دادگاه شهرستان محلی که اجرای رأى در آنجا مورد تقاضا است و یا محل اقامت محکوم علیه، در موردی که رأى درخارج صادر گردیده است.

۵۵. به نظر دکترین، شناسائی می‌تواند علاوه بر این، به صورت دعوای اصلی مطرح شود، ولی دکترین در خصوص این نکته که آیا دعوای عدم تأثیر (*action en inopposabilité*) قابل استماع است یا خیر، اختلاف نظر دارد.

۵۶. این شرط مشکلاتی را در این فرض ایجاد خواهد کرد که قرارداد داوری به صورت کتبی ←

از رسیدگی، قاضی فرانسوی بتواند اعتبار قرارداد داوری را کنترل کند، مضافاً به اینکه او مجاز به ورود در این بررسیها نیست که آیا دادگاه داوری صحیحاً تشکیل شده از چارچوب مأموریت محوله خارج گردیده یا اصل ترافعی بودن رسیدگی را رعایت کرده است یا خیر.^{۵۷}

۲. طرق اعتراض

در صورتی که دادگاه فرانسوی بnderت از شناسائی یا اجرای رأی خودداری نماید، تصمیم مزبور مبنی بر رد درخواست صدور اجرائیه قابل استیناف خواهد بود. مهلت استیناف حداکثر یک ماه از تاریخ ابلاغ تصمیم بوده^{۵۸} و به صورت ترافعی مورد رسیدگی قرار خواهد گرفت. اما در اکثر موارد، دادگاه فرانسوی شهرستان قبلاً رأی داوری را مورد شناسائی قرار داده و یا اجرا کرده است. در چنین مواردی، طریق اعتراض برحسب اینکه رأی در خارج صادر شده باشد یا در فرانسه، متفاوت خواهد بود.

هرگاه رأی داوری در خارج صادر شده باشد، می‌توان از تصمیم دادگاه فرانسوی راجع به صدور اجرائیه یا راجع به شناسائی، تقاضای استیناف نمود (مادة ۱۵۰۲). تقاضای استیناف که اجرای رأی داوری را به حالت تعلیق درخواهد آورد، باید نزد دادگاه استیناف، حداکثر ظرف یک ماه از تاریخ ابلاغ تصمیم، صورت پذیرد (مواد ۱۵۰۳ و ۱۵۰۶). هر چند رسیدگی دادگاه استیناف تفصیلی تر از کنترل دادگاه بدایت است

→
تنظيم نشده باشد؛ فرضی که در روابط تجاری، بسیار اتفاق می‌افتد. در این خصوص مراجعت شود به:

BELLET et MAZGER: op. cit., p. 639.

۵۷. با این حال، نگاه کنید به: BELLET et MEZGER: op. cit., p. 638.

این مؤلفان مایلند که این کنترل در فرض که شناسائی طاری در جریان یک دادرسی ترافعی مورد تقاضا است نیز وجود داشته باشد.

58. Perrot, Trav. Comité fr. int. pr. 1985, p. 63.

ولی، به لحاظ حصری بودن موارد قابل استیناف که از پنج مورد منعکس در ماده ۱۵۰۲ تجاوز نمی‌کند^{۵۹}، جنبه محدود دارد. موارد مزبور عبارتند از:

۱. فقدان، بطلان و یا انقضای مدت قرارداد داوری،
۲. صحیح نبودن ترکیب داوران،
۳. صدور رأی در غیر از موارد محوله به داوری،
۴. عدم رعایت اصل ترافعی بودن، و سرانجام،
۵. مخالفت شناسائی و اجرای رأی با نظم عمومی بین المللی.^{۶۰}

هرگاه، بر عکس، رأی داوری در فرانسه در زمینه داوری بین المللی صادر شده باشد، تصمیم دادگاه بدایت فرانسه که آنرا مورد شناسائی قرارداده یا به آن اجرائیه الصاق کرده است، به هیچوجه قابل اعتراض نیست. پاره‌ای از مؤلفان معتقدند که «منطق مؤثر بودن رأی داوری» ایجاب می‌کند که تصمیم دادگاه فرانسوی به مورد اجرا گذارده شود.^{۶۱} این عقیده کاملاً درست نیست، زیرا ماده ۱۵۰۴ تا حدودی به طرف بازنده امکان می‌دهد که اعتراض به منظور ابطال را مستقیماً علیه خود رأی بکار گیرد. این اعتراض را طرف بازنده می‌توانست به عنوان پیشگیری قبل از شناسائی و یا صدور اجرائیه، با استناد به یکی از علل بطلان مندرج در ماده ۱۵۰۲، مطرح کند ولی، به موجب همان علل، طرف بازنده می‌تواند اعتراض خود را به صورت مؤخر، یعنی بعد از شناسائی یا الصاق اجرائیه به

۵۹. موارد قبول استیناف دقیقاً مشابه علل بطلان است که محکوم علیه می‌توانست علیه رأی صادره در فرانسه در زمینه داوری بین المللی بکار برد.

۶۰. این اشاره به نظم عمومی «بین المللی» [منطقی] و قانونی است، زیرا رأی داوری در خارج و در زمینه داوری بین المللی صادر گردیده است، ولی هرگاه رأی در خارج و در زمینه داوری داخلی صادر شده باشد، وضع متفاوت است. در چنین حالتی، به نظر عده‌ای از علمای حقوق، در صورتی که رأی قانون خارجی را نادیده گرفته باشد باید مردود اعلام شود؛ البته، در صورتی که قضیة مطروحه صرفاً جنبه خارجی داشته باشد. همینطور است هرگاه که رأی، یک قانون فرانسوی دارای خصیصه نظم عمومی داخلی را نادیده گرفته باشد، و حال آنکه قضیه صرفاً جنبه فرانسوی دارد.

61. BEGUIN: op. cit. p. 260.

رای، توسط یک دادگاه فرانسوی عنوان نماید.^{۶۲} به موجب قانون ۱۹۸۱ مه ۲۱ طرق اعتراض محدود به موارد فوق الذکر است و برخلاف حقوق سابق فرانسه، اعتراض پژوهشی، اعتراض ثالث و حتی اعاده دادرسی که در صورت کشف تقلب یا شهادت کذب بعد از صدور رأی قابل طرح می باشد، مسموع نیست. همانطور که مشاهده می شود، قانونگذار جدید خواسته است تشریفات را به نحو قابل ملاحظه ای ساده کند و به قوانین ذیربیط انعطاف بخشد، به نحوی که می توان گفت قانون جدید «در را به روی داوری بین المللی گشوده»^{۶۳}، و در تأمین این هدف، در اغلب موارد از معاہدات بین المللی کارسازتر و راهگشاتر است.



حقوق معاہداتی

در رابطه با مسئله مورد نظر، فرانسه خود را در شبکه ای متجاوز از پنجاه عهدنامه و اعلامیه محبوب کرده است: یازده کنوانسیون جنبه چندجانبه دارند که سه تای آنها به آراء داوری مربوط است^{۶۴} و هشت تای آنها به تصمیمات قضائی (کنوانسیون بروکسل مورخ ۲۷ سپتامبر ۱۹۶۸) موردی است که به طور کلی تصمیمات «مدنی و تجارتی» را در برمی گیرد).

۶۲. این اعتراض به منظور ابطال رأی «خود بخود به منزله اعتراض به قرار اجرایی» دادگاه نخستین است (ماهه ۱۵۰۲، بند ۲).

63. ROBERT: D. 1981. Chronique. p. 116.

۶۴. کنوانسیون نیویورک مورخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸، کنوانسیون ژنو مورخ ۲۱ آوریل ۱۹۶۱، کنوانسیون واشنگتن مورخ ۱۸ مارس ۱۹۶۵ مرکز بین المللی حل اختلافات سرمایه گذاری (C.I.R.D.I)

معاهدات دیگر فقط راجع‌اند به تصمیمات مربوط به پاره‌ای موضوعات خاص.^{۶۵} چهل کنوانسیون دوجانبه، منعقده با کشورهای گوناگون، که چهارده تای آنها با کشورهای افریقای سیاه و پانزده تا با کشورهای اروپائی، و از جمله کشورهای اروپای شرقی، بسته شده‌اند. اغلب این کنوانسیونهای دوجانبه، در عین حال، راجع‌اند به تصمیمات قضائی و آراء داوری.^{۶۶} در مورد حوزه عمل این معاهدات باید گفت که بعضی از کنوانسیونهای دوجانبه فقط ناظر به موضوعات خاصی هستند^{۶۷}، ولی اغلب آنها به مجموع تصمیمات صادره «در زمینه مدنی و تجاری» مربوط می‌گردد.

چند کنوانسیون حتی حوزه عمل وسیع‌تری دارند زیرا، علاوه بر این، تصمیمات صادره «در زمینه اداری» را نیز شامل می‌شوند؛ چیزی که سخت قابل توجه است.^{۶۸}

به طور کلی، کنوانسیونهای بین‌المللی، در مقایسه با حقوق عام امکان می‌دهند که تصمیمات قضائی با انعطاف‌پذیری بیشتری مورد قبول قرار گیرند (الف). اما، با توجه به اینکه بسیاری از کنوانسیونها تازه‌با به عرصه وجود گذاشته‌اند، ممکن است از پاره‌ای جهات، حقوق معاهداتی

۶۵. کنوانسیون لاهه مورخ ۱۵ آوریل ۱۹۵۸ و ۲ اکتبر ۱۹۷۳ (تعهدات راجع به نفقة)، کنوانسیون لاهه مورخ ۵ اکتبر ۱۹۶۱ (حمایت از صغیر) و ۲۵ اکتبر ۱۹۸۰ (ربودن بین‌المللی اطفال)، کنوانسیون نیویورک مورخ ۲۰ ژوئن ۱۹۵۶ (استارت مواد غذائی)، کنوانسیون لوکزامبورگ مورخ ۲۰ مه ۱۹۸۰ (نگهداری اطفال)، کنوانسیون ۴ سپتامبر ۱۹۵۸ کمیسیون بین‌المللی احوال شخصیه (تغییر نام و نام خانوادگی).

۶۶. هرچند که در مورد آراء داوری، کنوانسیونهای عدیده‌ای مختصراً به کنوانسیون نیویورک مورخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ احوال می‌دهند.

۶۷. مثال: کنوانسیون مورخ ۲۷ فوریه ۱۹۷۹ با اتریش (درخصوص ورشکستگی)، کنوانسیون مورخ ۵ آوریل ۱۹۶۷ با لهستان (أشخاص و خانواده)، کنوانسیون ۲۰ ژوئیه ۱۹۸۳ با پرتغال (حضانت اطفال و تعهدات راجع به نفقة).

۶۸. کنوانسیون با ساحل عاج، بنین، موریتانی (۱۹۶۱)، مالی (۱۹۶۲)، گابن (۱۹۶۳)، سنگال (۱۹۷۴)، چاد (۱۹۷۶)، مجارستان (۱۹۸۰)، برزیل (۱۹۸۱)، مصر (۱۹۸۲)، چکسلواکی (۱۹۸۴).

امروزه سختگیرتر از حقوق عام فرانسه باشد، و این چیزی است که موجب بروز اشکالاتی خواهد شد (ب).



موردی که حقوق معاهداتی در زمینه تأثیرین المللی احکام خارجی و آراء داوری از حقوق عام انعطاف پیشتری دارد

در اینجا باید بلافارسله انعطاف پذیرترین کنوانسیونها یعنی کنوانسیون واشنگتن مورخ ۱۸ مارس ۱۹۶۵ را مستثنی کنیم که مرکز بین المللی برای رفع اختلافات راجع به سرمایه‌گذاری (C.I.R.D.I) را ایجاد کرده است. ماده ۵۸ کنوانسیون، بدون آنکه بین شناسائی و اجرای آراء داوری صادره در چارچوب مرکز اخیر تفاوتی قائل شود، آراء داوری را به احکام قطعی دادگاههای دولت عضو تشبیه و هر دولت عضوراً مکلف نموده است که به آراء داوری مرکز خصیصه امر مختص و قدرت اجرائی اعطا نماید؛ درست مانند اینکه آراء مزبور از جمله احکام قطعی دادگاههای خود دولت عضو است. تنها شرط این تأثیر خود بخود این است که طرف ذینفع رونوشت رسمی رأی داوری را به دادگاه شهرستان (در مورد فرانسه) تسليم نماید، ولی دادگاه اخیر به هیچوجه، حتی از نقطه نظر نظم عمومی بین المللی خود او، حق کنترل رأی را ندارد.

کنوانسیونهای دیگری که توسط فرانسه منعقد شده‌اند از انعطاف پذیری کمتری برخوردارند ولی، به طور کلی، از حقوق عام فرانسه — چه از نقطه نظر تشریفات کنترل و چه از نقطه نظر موضوع کنترل — انعطاف پذیرترند.

اول. تشریفات کنترل

کنوانسیونهای بین المللی همیشه میان اجرا و شناسائی قائل به

تفکیک می‌شوند و اولی را منوط به تشریفات مقدماتی صدور اجرائیه می‌کنند و دومی را به طور اتوماتیک و قهری، ولی با حفظ امکان یک کنترل احتمالی مؤخر برای دادگاهها، می‌پذیرند.

در مورد اجرا، تشریفات صدور اجرائیه همیشه ضروری تلقی می‌شود. با وجود این، به عنوان یکی از نشانه‌های ارفاق و انعطاف کنوانسیونها در مقایسه با حقوق عام می‌توان اشاره کرد که بعضی از کنوانسیونها مقرر می‌دارند که در مورد احوال شخصیه، احکام خارجی می‌توانند بدون صدور اجرائیه، در دفتر ثبت احوال شخصیه (شناختنامه) ثبت شوند، مشروط براینکه حقوق دولتی محل وقوع دفتر ثبت احوال با آن مخالفت نداشته باشد.^{۶۹} ولی کنوانسیونها اغلب از این نظر با حقوق عام متفاوت هستند که یک تشریفات ساده و سریع را برای صدور اجرائیه پیش‌بینی نموده‌اند. مثلاً تقاضای صدور اجرائیه، اغلب به اتفاق، در صلاحیت یکی قاضی واحد است (رئيس دادگاه شهرستان)، نه در صلاحیت یک دادگاه متشکّل از چند قاضی.^{۷۰} همین‌طور بسیاری از کنوانسیونها به ذینفع حکم خارجی اجازه می‌دهند که از طریق تقدیم درخواست (ونه دادخواست) و بدون ابلاغ به طرف مقابل، تقاضای صدور اجرائیه کند به نحوی که در رسیدگی بدوى، آئین دادرسی، ترافعی نیست و طرف مخالف حق ابراز هیچگونه اظهار نظری را ندارد.^{۷۱}

کنوانسیون‌های دیگر ضمن لازم داشتن اخطار به خوانده، قاضی را مکلف می‌کنند که مطابق روش قاضی رفوه^{۷۲}، یعنی به صورت فوری و خارج از نوبت، رسیدگی و اتخاذ تصمیم نمایند.^{۷۳} بالاخره، به منظور

۶۹. کنوانسیون با بنین، کامرون، نیجریه، توگو، چاد، ماداگاسکار، سنگال. کنگو، مصر و برزیل.

۷۰. نگاه کنید به ویژه به ماده ۳۲ از کنوانسیون بروکسل مورخ ۲۷ سپتامبر ۱۹۶۸.

۷۱. نگاه کنید به ویژه به ماده ۳۱ و ۳۴ کنوانسیون بروکسل مورخ ۲۷ سپتامبر ۱۹۶۸.

72. Référe

۷۳. کنوانسیون با بنین، کنگو، ساحل عاج، گابن، سنگال، موریتانی.

تسريع در تشریفات صدور اجرائیه، کنوانسیونها مقرر می‌کنند که تصمیم دادگاه بدوى فقط می‌تواند مورد شکایت فرجامی قرار گیرد، نه شکایت پژوهشی.^{۷۴} با وجود این، پژوهش به موجب اغلب کنوانسیونها قابل پذیرش است و به آن جنبه تعليقی داده شده است، هرچند که ماده ۳۹ کنوانسیون بروکسل مورخ سپتامبر ۱۹۶۸ به طور قهری به ذینفع اجرائیه اجازه می‌دهد بلافاصله به اقدامات تأمینی مبادرت ورزد.

در مورد شناسائی احکام خارجی، حقوق معاهداتی در مقایسه با حقوق عام فرانسه ازانعطاف بیشتری برخوردار است. در حالی که حقوق عام فرانسه خود بخود و بدون صدور اجرائیه قبلی، احکام خارجی را جز در مورد احوال شخصیه و اهلیت اشخاص و احکام موجود حق در زمینه دارائی مورد شناسائی قرار نمی‌دهد، تمام کنوانسیونهای بین‌المللی این شناسائی اتوماتیک را به کلیه تصمیمات قضائی مشمول آنها، و درنتیجه، به تصمیمات اعلامی راجع به دارائی نیز تعیین می‌دهند.^{۷۵}

با وجود این، هرچند برای اینکه تصمیمات خارجی بلافاصله مؤثر تلقی شوند تشریفات مقدماتی خاصی لازم نیست، ولی یک کنترل مؤخر ممکن است در پاره‌ای اوضاع و احوال صورت پذیرد. اینچنین است مورد کنترل طاری، به ویژه وقتی که تصمیم به عنوان دلیل جهت ثبات ایراد امر مختوم تسلیم دادگاه می‌شود. ماده ۲۶ کنوانسیون بروکسل مورخ ۲۷ سپتامبر ۱۹۶۸ ناظر به همین امر است. به موجب این ماده «هرگاه شناسائی در نزد دادگاه یکی از دول امضا کننده، به صورت طاری مطرح شده باشد، دادگاه

۷۴. کنوانسیون بابین، ساحل عاج، گابن، جمهوری افریقای مرکزی.

۷۵. «تصمیمات به طور قهری دارای جنبه امر مختوم هستند» (کنوانسیون با الجزایر، سن مارن،

موریتانی، لہستان، ساحل عاج، ایتالیا، مراکش)؛ «تصمیمات به طور قهری مورد شناسائی

قرار می‌گیرند» (کنوانسیون با کامرون، تونس، برزیل، مصر، مجارستان)؛ «تصمیمات...

بدون هیچ تشریفاتی مورد شناسائی قرار می‌گیرند» (ماده ۲۶ کنوانسیون بروکسل مورخ ۲۷

سبتمبر ۱۹۶۸).

اخیر صالح است به آن رسیدگی کند». ^{۷۶} اما علاوه بر این، کنترل ممکن است جنبه اصلی داشته باشد که متعاقب یک دعوای تأثیر یا عدم تأثیر حکم خارجی صورت پذیرد. معمولاً کنوانسیونهای بین‌المللی، صراحتاً چنین کنترلی را پیش‌بینی نمی‌کنند، ولی روایة قضائی فرانسه پیوسته این کنوانسیونها را به نوعی تفسیر نموده است که حق چنین کنترلی را محفوظ نگه داشته‌اند. با وجود این، دو کنوانسیون به کنترل اصلی اشاره صریح دارند:

اول، کنوانسیون بروکسل مورخ ۲۷ سپتامبر ۱۹۶۸ که ماده ۲۶ آن به طور روشن دعوای قابلیت تأثیر را می‌پذیرد، با این عبارت: «در صورت اعتراض، هر طرف ذینفع که شناسائی را به صورت اصلی مطرح می‌کند می‌تواند تقاضا کند که لزوم شناسائی تصمیم توسط دادگاه احراز و اعلام شود». تاکنون در فرانسه موردی پیش نیامده است که این مقررات مورد اجرا قرار گیرد.^{۷۷}

دوم، کنوانسیون منعقده میان فرانسه و ساحل عاج مورخ ۲۴ آوریل ۱۹۶۱. این کنوانسیون که مانند کنوانسیونهای دیگر میان فرانسه و کشورهای افریقائی تنظیم شده و روایة قضائی در مورد آنها دعوای عدم تأثیر را پذیرفته است، به دلایل سیاسی^{۷۸} به نحو عجیبی و ضمن موافقنامه میان فرانسه و ساحل عاج مورخ ۱۱ آوریل ۱۹۸۶ به این نحو تفسیر شده است که به موجب آن «طرفین قرارداد با امضای کنوانسیون ۱۹۶۱ خواسته‌اند، در

۷۶. نگاه کنید به کنوانسیونهای منعکس در پانویس پیشین که خود بخود به تصمیمات خارجی، اعتبار قضیه محکوم بها اعطای می‌کنند «به شرط آنکه [تصمیمات مزبور] شرایط زیر را داشته باشند...».

۷۷. کنوانسیون بروکسل در مورد دعوای عدم تأثیر ساخت است که، با وجود این، دکترین آن را با توجه به حقوق عام فرانسه قابل پذیرش تلقی می‌کند. ولی آیا این با اصل «حرکت آزاد احکام در بازار مشترک» که این کنوانسیون در پی تأمین آن است مغایر نیست؟

۷۸. اختلاف میان کمپانی «ای‌افریک» و خلبانان فرانسوی، که سرانجام درخصوص آن دادگاههای ساحل عاج به نفع کمپانی رأی صادر کردند.

زمینه‌های قراردادی، هرگونه دعوای عدم تأثیر... علیه تصمیمات صادره در سرزمین یکی از طرفین را ممنوع نمایند...».⁷⁹ این موافقنامه، کنوانسیون فرانسه و ساحل عاج مورخ ۱۹۶۱ را تبدیل به مساعدترین کنوانسیون در رابطه با شناسائی احکام خارجی یعنی تنها کنوانسیونی کرده است که، لااقل در زمینه‌های قراردادی، هرگونه کنترل مؤخر را ممنوع می‌سازد.

دوم. موضوع کنترل

در اینجا انعطاف پذیری حقوق معاهداتی، به نسبت حقوق عام، از تعديل و حتی حذف پاره‌ای شرایط صحبت تصمیمات آشکار می‌شود. مثلاً در مورد آراء داوری، کنوانسیون نیویورک مورخ ۱۹۵۸، حداقل در مرحله رسیدگی بدوى، هیچ‌گونه شرطی را لازم نمی‌داند، حتی شرط مطابقت رأی با نظم عمومی بین‌المللی دولتی که اجرای رأی از آن تقاضا می‌شود. درخصوص احکام خارجی، لازم است میان کنترل صلاحیت غیرمستقیم صلاحیت قانون و نظم عمومی قائل به تفکیک شد.

۱. صلاحیت دادگاه خارجی (صلاحیت غیرمستقیم)

پاره‌ای از کنوانسیونها فوق العاده انعطاف پذیرند، چرا که به موجب آنها قاضی مأمور صدور اجرائیه یا شناسائی نمی‌تواند صلاحیت دادگاه مبدأ را کنترل کند. این صلاحیت به نوعی غیرقابل اعتراض فرض می‌شود. اینچنانی است مورد کنوانسیون بروکسل مورخ ۲۷ سپتامبر ۱۹۶۸ که در آن، جز در مورد احکام خارجی راجع به معاملات، وامهای استقطابی، بیمه‌ها و موضوعاتی که مشمول قواعد صلاحیت انحصاری اند، «امکان مبادرت به

۷۹. در این خصوص به رأی زیر مراجعه شود:

J.C.P. 86, III, 58784.

این موافقنامه بلافصله مورد عمل دادگاه پژوهش پاریس قرار گرفته است:

9 juill. 1986: Clunet 1986, 977, note Mayer.

کنترل صلاحیت دادگاههای کشور مبدأ وجود ندارد». ^{۸۰} همینطور کنوانسیون لوکزامبورگ مورخ ۲۰ مه ۱۹۸۰ هیچگونه کنترل صلاحیت غیرمستقیمی را، در موردی که برخلاف تصمیم راجع به حضانت طفلی که از کشوری به کشور دیگر منتقل شده و ظرف شش ماه از تاریخ انتقال او به مقام یک دولت امضا کننده شکایت شده است، پیش بینی نکرده، مگر آنکه تصمیم راجع به حضانت در غیاب خوانده صادر شده باشد (ماده ۹).

کنوانسیونهای دیگر، ضمن حفظ حق کنترل صلاحیت بین المللی قاضی مبدأ، تعدیل قابل ملاحظه ای در آن ایجاد کرده اند. اینها کنوانسیونهایی هستند که قواعد صلاحیت غیرمستقیم را مقرر می کنند؛ قواعدی که صلاحیت دادگاه خارجی باید به موجب آنها ارزیابی شود.^{۸۱} ولی این قواعد هرگز به دادگاههای کشوری که خوانده تابعیت آن را دارد، صلاحیت انحصاری اعطای نمی کنند، به نحوی که دادگاههای فرانسه دیگر نمی توانند – چنانکه در حقوق عام صادق است – برای ردة یک حکم خارجی صادره عليه یک خوانده فرانسوی به ماده ۱۵ قانون مدنی استناد نمایند.^{۸۲} این یکی از جنبه های بسیار مشتبث کنوانسیونها در خصوص قبول

۸۰. بند ۳ ماده ۲۸ دیوان کشور این اصل را رعایت کرده است، در این خصوص رجوع کنید به: Cass. civ. I, 3 nov. 1977.

اما باید اذعان کرد که دادگاههای تالی اغلب آن را نادیده می گیرند و بررسی می کنند که آیا دادگاه مبدأ، به موجب قواعد صلاحیت مستقیم مقرر در کنوانسیون بروکسل، صالح بوده است یا خیر. در این مورد به آراء زیر مراجعه شود:

Douai, 29 nov. 1978 et 7 oct. 1984; Versailles, 23 nov. 1982.

۸۱. مثلاً کنوانسیونهای لاهه مورخ ۱۹۵۸ و ۱۹۷۳ (راجع به مواد غذائی)، کنوانسیون با اتریش (۱۹۶۶)، اسپانیا (۱۹۶۹)، ایتالیا (۱۹۳۰)...

۸۲. در خصوص کنوانسیون لاهه مورخ ۱۹۵۸ به رأی زیر مراجعه شود: Cass. civ. I, 30 nov. 1976: Clunet 1977, 83.

ولی بسیاری از کنوانسیونهای بین المللی هیچ قاعدة صلاحیت غیرمستقیمی را معین نمی کنند و صرفاً به حقوق عام کشوری که درخواست اجرای حکم از آن شده است احواله می دهند؛ چیزی که نشانی از انعطاف پذیری ندارد (کنوانسیونهای امضا شده با بنین، کامرون، ساحل عاج، گابن، مجارستان، چکسلواکی، بربزیل، الجزایر...)

تصمیمات خارجی در فرانسه است.

۲. صلاحیت قانون اجرا شده توسط دادگاه خارجی

در این رابطه تعداد نسبتاً زیادی از کنوانسیونهای بین المللی از حقوق عام انعطاف بیشتری ندارند؛ چرا که به موجب آنها دادگاه باید بررسی کند که آیا «قانون اجرا شده نسبت به اختلاف از اجرای قواعد حل تعارض قوانین مورد قبول در کشور محل اجرای حکم به دست آمده است یا خیر؟».^{۸۳}

بر عکس، برخی از کنوانسیونهای بین المللی، بدون توجه به موضوع حکم خارجی، هر نوع کنترل صلاحیت قانون را رد می‌کنند.^{۸۴}

وبالاخره، دسته سوم کنوانسیونها، که بینایین کنوانسیونهای فوق الذکر قرار می‌گیرند، کنترل صلاحیت قانون را به عنوان یک اصل، مردود می‌دانند، ولی بر این اصل، استثنائی وارد می‌کنند: «جز درخصوص احوال شخصیه و اهلیت اشخاص، نمی‌توان شناسائی یا اجرا را به این دلیل رد کرد که دادگاه مبدأ قانونی را اجرا نموده که به موجب قواعد حقوق بین الملل خصوصی دولتی که اجرای حکم از او درخواست می‌شود (دولت مقصد) قابل اعمال نبوده است». ^{۸۵} با وجود این، باید تذکر داد که در مورد احوال شخصیه و اهلیت اشخاص، همین کنوانسیونها کنترل قانون اجرا شده را، همچون حقوق عام، با قبول صریع نظریه «نتیجه یکسان»^{۸۶} تعديل می‌کنند. همین تئوری «نتیجه یکسان» است که در کنوانسیون بروکسل

۸۳. کنوانسیون با گابن، مالی، سن مارن، سنگال، کیک، بربیل، چکسلواکی.

۸۴. اینچیز است مورد کنوانسیونهای عدیده‌ای که جنبه دوجانبه دارند (کنوانسیونهای منعقده با الجزایر، بنین، ایتالیا، بلژیک، مراکش، تونس) وکلیه کنوانسیونهای چند جانبه، به استثنای کنوانسیون بروکسل موافق ۲۷ سپتامبر ۱۹۶۸).

۸۵. کنوانسیون با اتریش، کامرون، کنگو، اسپانیا، مجارستان، رومانی، یوگسلاوی، مصر، نیجریه، ماداگاسکار.

86. Théorie de l'équivalence

مو出任 ۲۷ سپتامبر ۱۹۶۸ در موردی که استثنائاً کنترل صلاحیت قانونی را پیش‌بینی نموده، منعکس است. این مورد زمانی است که حکم خارجی در رابطه با موضوعی صادر شده که در حوزه عمل کنوانسیون قرار می‌گیرد و قاضی صادر کننده حکم مکلف بوده مقدمتاً موضوعی را مورد حکم قرار دهد که در حوزه کنوانسیون قرار ندارد (مانند احوال شخصیه و اهلیت و وضعیت مالی زن و شوهر ناشی از ازدواج^{۸۷}، وصایا، توارث وغیره). در چنین موردی که تاکنون در فرانسه اتفاق نیفتاده است، در صورتی که تصمیم خارجی، قانونی را به مسئله مقدماتی اعمال کرده که «به موجب قواعد حقوق بین الملل خصوصی دولت مقصد» قابل اجرا نبوده است، تصمیم مزبور «نه اجرا خواهد شد و نه مورد شناسائی قرار خواهد گرفت، مگر آنکه تصمیم خارجی (در تعیین قانون صالح) به همان نتیجه‌ای برسد که در صورت اجرای قواعد حقوق بین الملل خصوصی دولت مقصد، به آن می‌رسید» (ماده ۴، بند ۴).

۳. رعایت نظم عمومی بین المللی

اولاً، در مورد نظم عمومی تشریفاتی، اعتدال حقوق معاهداتی در مقایسه با حقوق عام قبل از هر چیز در تمام کنوانسیونهای مربوط به ربودن بین المللی اطفال برخلاف حق حضانت اعطای شده به یکی از والدین توسط دادگاه، متبلور است. در واقع، این کنوانسیونها که هدف‌شان مجازات هر چه سریع تر را بیندگان اطفال است، کوچکترین اشاره‌ای به رعایت حقوق دفاع در جریان رسیدگی قضائی منتهی به تصمیم راجع به حضانت نمی‌کنند و مقامهای کشوری که طفل از آن منتقل شده و یا در آن نگهداری شده است، نمی‌توانند به این دلیل که حقوق دفاع در دادگاه محل رسیدگی بدوى (راجع به حضانت) مراعات نشده است، از صدور دستور بازگشت

فوری طفل خودداری کنند.^{۸۸}

هر چند کنوانسیونهای بین المللی دیگر اعتدال کمتری دارند ولی از حقوق عام انعطاف پذیرترند، چرا که پاره‌ای از آنها، در رابطه با حقوق دفاع، بیش از یک شرط پیش‌بینی نمی‌کنند و آن این است که طرفین «قانوナً احضار شده و یا نماینده فرستاده و یا (پس از احضار)، غایب اعلام شده باشند».^{۸۹} پاره‌ای از کنوانسیونهای دیگر شرایط دیگری را نیز مقرر داشته‌اند، اما قاضی کشور مقصد می‌تواند این نکته را بررسی کند که آیا تصمیم خارجی به نحو غایبی صادر شده است یا خیر. اینچنانی است مورد کنوانسیون بروکسل مورخ ۱۹۶۸ که ماده ۲۷ آن اعلام می‌دارد: «در صورتی که درخواست تقدیمی به دادگاه به طور صحیح و بموضع به خوانده غایب ابلاغ واقعی یا قانونی نشده باشد تا او بتواند از خود دفاع کند» شناسائی یا اجرای حکم قابل قبول نخواهد بود.^{۹۰} دیوان کشور فرانسه باز هم اهمیت این متن را تقلیل داده است و چنین مقرر می‌دارد که هر گاه به صحت اخطار ایرادی وارد نشود قاضی مأمور صدور اجراییه مکلف نیست رأساً مسئله مطروحه را کنترل کند.^{۹۱} ولی، علاوه بر این، دیوان مزبور همچون دیوان دادگستری جامعه مشترک چنین تصمیم گرفته است که قاضی کشور مرجوع الیه باید صحت ابلاغ را بر اساس قانون دولت مبدأ

۸۸. کنوانسیونهای منعقده با مصر، مراکش (۱۹۸۱)، تونس (۱۹۸۲)؛ کنوانسیون لاهه مورخ ۲۵ اکتبر ۱۹۸۰ (ماده ۸)؛ کنوانسیون لوکزامبورگ مورخ ۲۰ مه ۱۹۸۰ که در آن شرط شده است که طفل باید در مدتی کمتر از شش ماه ربوه شده باشد. به کنوانسیون منعقد با مجارستان مراجعه کنید.

۸۹. کنوانسیونهای منعقده با الجزایر، بربزیل، بلژیک، بنین، کامرون، ایتالیا، مراکش (۱۹۵۷)، لهستان، سنگال... در اینجا هیچ شرطی دایر بر اینکه اصل ترافعی بودن و ابلاغ حکم قاضی کشور مبدأ رعایت شده باشد مطرح نگردیده است.

۹۰. کنوانسیونهای منعقده با اتریش، رومانی، اسپانیا، بریتانیا؛ کنوانسیون لاهه مورخ ۲ اکتبر ۱۹۷۳؛ کنوانسیون لوکزامبورگ ۲۰ مه ۱۹۸۰ (ماده ۹).

91. Cass. civ. I. 9 nov. 1983: Rev. crit. dr. int. pr. 1984, 501, note Ancel.

بررسی و ارزیابی کنند و مکلف نیست مفهوم ابلاغ «موقع» را، با توجه به مهلتهای مقرر در کشور مبدأ یا کشور مرجع^{۹۲} الیه، بستجد.^{۹۳}

اما در مورد نظم عمومی ماهوی، اغلب کنوانسیونهای بین المللی به حقوق عام تأسی می‌جویند و مقرر می‌دارند که تصمیم خارجی «نباشد» متضمن امری برخلاف نظم عمومی» یا «برخلاف اصول حقوق عمومی» کشوری باشد که در آنجا مورد استناد واقع می‌شود، با قید اینکه نظم عمومی مورد بحث جز به صورت معتدل، یعنی به طور استثنائی، ایفای نقش نخواهد کرد. جالب توجه این است که از زمان لازم الرعایه شدن کنوانسیون بروکسل، هرگز یک دادگاه فرانسوی در مقابل یک تصمیم صادره در یکی از کشورهای امضا کننده، به نظم عمومی متولّ نشده است.^{۹۴} اما بعضی از کنوانسیونها باز هم انعطاف پذیرترند، به این معنا که کوچکترین اشاره‌ای به رعایت نظم عمومی ماهوی نمی‌کنند. این کنوانسیونها — به دلایل فوق — کنوانسیونهایی هستند که به ربودن بین المللی اطفال که برخلاف تصمیمات راجع به حضانت انجام می‌شود، مربوط می‌گردند.

بدین ترتیب، حقوق معاهداتی، بنابر طبع خود، به صور گوناگون شرایطی را که حقوق عام برای شناسائی یا اجرای تصمیمات لازم دانسته است، تعديل می‌کند. اما گاه، برخلاف معمول، بر عکس این روال مشاهده می‌شود.

92. Cass. civ. I. 3 nov. 1977: Bull. civ. I, no 401; 4 mars 1980: Clunet 1981, 854, obs. D. Holleaux.

93. با وجود این، به استدلالهای دادگاه شهرستان «Troyer» در رأی مورخ ۱۴ آکتبر ۱۹۷۸ مندرج در مجله Clunet سال ۱۹۷۹، صفحه ۶۲۳ با توضیحات Huet و Kovar مراجعه کنید. به موجب این رأی در صورتی که قرارداد بیع انحصاری، که یک تصمیم بلژیکی آن را معتبر شناخته بود، مخالف مواف ۸۵ و معاہدة رم (یعنی مخالف مقررات معاهده در رابطه با رقابت آزاد) می‌بود، تصمیم مزبور می‌باشد غیر قابل قبول اعلام می‌گردد.

94. البته به استثنای کنوانسیون منعقده با مجارستان.



حقوق معاهداتی، در رابطه با تأثیر بین المللی احکام خارجی و آراء داوری، سختگیرتر از حقوق عام عمل می‌کند

این سختگیری ممکن است به دو شکل جلوه گر شود: گاه حقوق معاهداتی تأثیر بین المللی را موكول به جمع شرایط نامعلوم حقوق عام می‌نماید، و گاه شرایطی را که عنوان می‌کند از شرایط مشابه حقوق عام سخت‌تر به نظر می‌رسند.

اول. لزوم تجمع شرایط نامعلوم حقوق عام

در اینجا می‌توان دو مثال از این موارد را در رابطه با احکام خارجی و نیز در رابطه با آراء داوری نقل کرد.

در مورد احکام خارجی، کنوانسیون‌های بین المللی نسبتاً عدیده‌ای شناسائی آنها را منوط به این شرط می‌کنند که احکام مزبور لازم الاجراء شده یا به موجب قانون کشور مبدأ دارای اعتبار امر مختار باشند.^{۹۵} شرط مزبور در حقوق عام ضروری تلقی نمی‌شود. همچنین بعضی کنوانسیون‌ها مقرر می‌دارند که هرگاه حکم خارجی در کشور مبدأ مورد شکایت پژوهشی یا فرجامی قرار گرفته باشد، قابل اجرا نخواهد بود^{۹۶}; در حالی که حقوق عام، حداقل در صورتی که حکم کشور مبدأ قابل اجرای موقت باشد، به چنین اعتراضاتی بی توجه است. از این دیدگاه، حقوق عام حتی نسبت به

۹۵. کنوانسیون منعقده بابنین، گابن، مجارستان، لهستان، بزریل، الجزایر، اتریش، اسپانیا، تونیس؛ کنوانسیون لاھه مورخ ۱۵ آوریل ۱۹۵۸.

۹۶. کنوانسیون منعقده با نجریه، ماداگاسکار، کنگو، کامرون، سنگال (مقایسه کنید با کنوانسیون‌های منعقده با الجزایر، توگو، بزریل و مراکش که راجع اند به فرجام).

کنوانسیون بروکسل مورخ ۱۹۶۸ انعطاف بیشتری دارد. ماده ۳۸ کنوانسیون مزبور به دادگاه صدور اجرائیه اجازه می‌دهد، در صورتی که تصمیم خارجی در کشور مبدأ مورد اعتراض عادی قرار گرفته باشد، اجرای حکم را معلق نماید.

در خصوص آراء داوری، مقایسه حقوق معاهداتی و حقوق عام باز هم اغلب به سود دومی تمام می‌شود، به ویژه از زمانی که قانون ۱۲ مه ۱۹۸۱ به نحو قابل ملاحظه‌ای شرایط شناسائی و اجرای آراء داوری را تعدیل نموده است.

ماده ۱-۵ کنوانسیون نیویورک مورخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ مثال خوبی است که به موجب آن «در صورتی که رأی توسط یک مقام صالح از کشوری که در آن یا به موجب قانون آن رأی صادر شده است، ابطال یا معلق گردیده باشد، شناسائی و اجرای رأی به تقاضای طرفی که رأی علیه او عنوان شده است مردود اعلام خواهد شد». اما حقوق عام فرانسه بسیار انعطاف‌پذیرتر است، چرا که ابطال رأی توسط یک مقام خارجی را مجوزی برای عدم گنجانیدن رأی در نظم حقوقی فرانسه تلقی نمی‌کند. این تعارض میان کنوانسیون نیویورک و حقوق عام فرانسه خوب‌بختانه در جهت تأثیر رأی داوری حل شده است؛ زیرا ماده ۷ کنوانسیون چنین مقرر می‌دارد که این کنوانسیون «هیچ طرف ذینفعی را [از این حق محروم نمی‌کند] که به نحو مقرر شده در قانون و در حد مورد قبول آن ... کشوری که رأی در آنجا مطرح می‌شود از یک رأی داوری استفاده کند». این متن که دیوان کشور فرانسه آن را اخیراً بموقع اجرا گذارده است،^{۹۷} قاعدة «تأثیر حداقل»^{۹۸} را

۹۷. در این خصوص به رأی زیر مراجعه شود:

Cass. civ. I, 9 oct. 1984; Clunet 1985, 679, note Kahn.

رأی مزبور در مورد یک رأی داوری صادره در اتریش و ابطال شده توسط دادگاه پژوهش وین صادر گردیده است. دیوان کشور، دادگاه‌های فرانسه را مکلف می‌سازد که رأساً ماده ۷ کنوانسیون نیویورک را اجرا کنند.

98. Efficacité maximale

برقرار می‌سازد، زیرا به ذینفع اجازه می‌دهد که از دادگاه بخواهد تا حقوق عام فرانسه را که از کنوانسیون نیویورک انعطاف‌پذیرتر است در مورد او اجرا کند.

بر عکس، همین قاعدة «تأثیر حداکثر» در کنوانسیونهای دوجانبه راجع به داوری دیده نمی‌شود، به نحوی که اصل تفوق حقوق معاهداتی بر حقوق داخلی، دادگاهها را مکلف می‌سازد که کنوانسیون بین‌المللی را اجرا کنند، حتی اگر نسبت به شناسائی یا اجرای رأی داوری، به نسبت حقوق عام، از انعطاف‌بیشتری برخوردار باشد. اما این فرض نسبتاً رایج است، زیرا کنوانسیونهای دوجانبه مؤثر بودن رأی [داوری] را تابع همان قواعد و شرایط احکام خارجی قرار می‌دهند؛ قواعد و شرایطی که بعضاً مورد نظر حقوق عام نیستند. این است که مثلاً کنوانسیونهای دوجانبه تکلیف می‌کنند که رأی داوری، همچون احکام خارجی، در خارج لازم الاجراء بوده و جنبه امر مختوم داشته باشد.^{۹۹} بعلاوه، پاره‌ای از کنوانسیونهای دوجانبه تکلیف می‌کنند که قانون مورد اجرا در رأی داوری، مانند قانون مورد اجرا در یک حکم خارجی، مطابق قواعد تعارض قوانین دولت مقصد، صالح باشد.^{۱۰۰} چون در مورد رأی داوری، حقوق عام اجازه نمی‌دهد که صلاحیت قانون [اجرا شده] کنترل شود، در نتیجه، رأی ممکن است به موجب کنوانسیون بین‌المللی قابل شناسائی یا اجرا نباشد و حال آنکه می‌توانست به موجب حقوق عام چنین قابلیتی را داشته باشد. همین راه حل که از جهت تأثیر بین‌المللی تصمیمات تأسف آور است، متضمن این خطر است که حقوق معاهداتی، در عین پیش‌بینی شرایط مشابه با حقوق عام، آنها را به طور دقیق و با موشکافی بیشتری مورد ارزیابی قرار دهد.

۹۹. کنوانسیونهای منعقده با الجزایر، بلژیک، برباد، اسپانیا، ایتالیا، مراکش، موناکو، سن مارن.

۱۰۰. کنوانسیونهای منعقده با برباد و سن مارن.

دوم. ارزیابی دقیق تشرایط به نسبت حقوق عام

مثال بارز قابل ذکر در این مورد، شرط موسوم به «صلاحیت غیرمستقیم» دادگاه خارجی است. اغلب کنوانسیونهای بین المللی، برخلاف حقوق عام فرانسه، تکلیف می‌کنند که باید حکم خارجی توسط دادگاهی صادر شده باشد که از نظر بین المللی صالح شناخته می‌شود. ولی ارزیابی این صلاحیت غیرمستقیم همیشه به یک نحویجام نمی‌گیرد. حقوق عام فرانسه بیش از پیش انعطاف‌پذیر است و این انعطاف‌پذیری از زمانی آغاز شد که رأی مورخ ۶ فوریه ۱۹۸۵ دیوان کشور اظهار نظر نمود که در صورت عدم صلاحیت انحصاری دادگاههای فرانسوی، «چنانچه اختلاف به نحویبارزی با کشور قاضی [خارجی] مرجع الیه در ارتباط باشد و چنانچه انتخاب دادگاه ناشی از تقلب نسبت به قانون نباشد، دادگاه خارجی باید صالح شناخته شود».

بر عکس، چندین کنوانسیون بین المللی جزئیات قواعد صلاحیت غیرمستقیم را برشمرده و با ذکر هر موضوع، قاعدة خشک و غیرقابل انعطاف صلاحیت را پیش‌بینی می‌کنند. به عنوان مثال، کنوانسیون منعقده میان فرانسه و اسپانیا چنین اعلام می‌کند که در مسائل راجع به اشخاص، صلاحیت غیرمستقیم، اختصاص به دادگاه محل اقامات و یا محل سکونت معمولی خوانده دارد.^{۱۰۱} در نتیجه، در موردیک حکم اسپانیائی طلاق چنین فرض می‌شود که حکم مزبور توسط یک دادگاه فاقد صلاحیت غیرمستقیم صادر شده است، البته چنانچه نه محل اقامات و نه محل سکونت معمولی خوانده در اسپانیا واقع باشد. در حالی که به موجب حقوق عام فرانسه ممکن است صلاحیت غیرمستقیم دادگاه اسپانیائی، به فرض وجود ارتباط بارز بین اختلاف مطروحة و اسپانیا (مثلًا به این دلیل که شوهر [خواهان]،

۱۰۱. کنوانسیونهای منعقده با اتریش (۱۹۶۶) و ماداگاسکار.

اسپانیائی بوده و در اسپانیا اقامت داشته است وزن و شوهر در اسپانیا ازدواج کرده‌اند)، مورد شناسائی قرار گیرد. به عبارت دیگر، چنانچه کنوانسیون بین المللی اجرا شود، حکم اسپانیائی در فرانسه بی اثر خواهد بود و حال آنکه، از نظر حقوق عام، حکم مزبور در فرانسه قابل قبول است. برای حل این تعارض، لازم است بین کنوانسیونها تفکیک قائل شد:

۱. پاره‌ای از کنوانسیونهای بین المللی، به طور صریح، تعارض را با شناسائی حق انتخاب میان حقوق معاهداتی و حقوق عام حل می‌کنند؛ چیزی که اجازه می‌دهد اجرای حقوق نوع اول به نفع حقوق عام که نسبت به مؤثر بودن حکم خارجی مساعدتر است، نادیده گرفته شود.

کنوانسیونهایی که در این رابطه بیشترین صراحة را دارند کنوانسیونهای لاهه مورخ ۱۹۵۸ (ماده ۱۱) و ۱۹۷۳ (ماده ۲۳) راجع به شناسائی و اجرای تصمیمات راجع به تعهدات مربوط به نفقه هستند. برای مثال، کنوانسیون ۱۹۷۳ صراحةً اعلام می‌دارد که «مانع از آن نیست که برای اخذ شناسائی یا اجرای یک تصمیم، حقوق غیرمعاهداتی کشور مرجع‌الیه مورد استناد قرار گیرد». بنابر این، وقتی که دادگاه کشور مبدأ، به موجب قواعد صلاحیت غیرمستقیم منعکس در کنوانسیون لاهه، صالح شناخته نمی‌شود شخصی که در فرانسه به حکم راجع به نفقه استناد می‌کند حق دارد ثابت کند که دادگاه کشور مبدأ به موجب قواعد حقوق عام فرانسه صالح شناخته می‌شود.

مقررات مشابهی در کنوانسیونهای دوجانبه‌ای که فرانسه منعقد کرده است دیده می‌شود، با این تفاوت که کنوانسیونهای اخیر، به طرفی که به حکم خارجی استناد می‌کند حق انتخاب نمی‌دهند بلکه قاضی کشور مرجع‌الیه را مکلف می‌نماید که چنانچه صلاحیت غیرمستقیم از طرف کنوانسیون یا حقوق عام انعطاف پذیرتر مورد قبول است، صلاحیت مزبور را مورد شناسائی قرار دهد. به عنوان مثال، کنوانسیون منعقده میان فرانسه و انگلیس مورخ ۱۵ ژانویه ۱۹۳۴ مقرر می‌دارد که هرگاه «دادگاه مبدأ

به موجب قواعد حقوق بین الملل خصوصی لازم الاجراء در کشور دادگاه «مرجوع ایه» یا به موجب قواعد غیرمستقیم یاد شده در کنوانسیون، صالح شناخته شود، تصمیمات باید مورد شناسائی قرار گیرند.^{۱۰۲}

۲. بر عکس، کنوانسیونهای بین المللی دیگر حاوی این پیش‌بینی نیستند که در صورت انعطاف بیشتر حقوق عام، قواعد صلاحیت منعکس در کنوانسیونهای مزبور باید به نفع حقوق عام کنار بروند. با وجود این، آیا می‌توان به طرفین اجازه داد، یا دادگاه مرجوع ایه را مجبور کرد، که کنوانسیون سختگیرتر را کنار بگذارند؟

«بارتن» به این سؤال پاسخ منفی داده است.^{۱۰۳} براساس استدلال او معاهدات از جمله اسناد مربوط به اعمال حاکمیت هستند و اشخاص نمی‌توانند آثار آنها را تغییر دهند و یا در اجرای آنها محدودیت ایجاد کنند. بر عکس، آقای «فرانسیسکاکیس» ضمن مطرح ساختن مجدد مسئله، در فردای صدور رأی مورخ ۶ فوریه ۱۹۸۵ دیوان کشور، پیشنهاد کرده است که لااقل در پاره‌ای از موارد یک حق انتخاب پذیرفته شود. در واقع، به عقیده این مؤلف معروف^{۱۰۴}، مسئله از یکی از این دو حالت خارج نیست: یا یکی از مواد کنوانسیون به قاضی مرجوع ایه تکلیف می‌کند که حکم خارجی را رأساً اجرا کند^{۱۰۵}، که در این صورت، کنوانسیون باید به حقوق عام ترجیح داده شود، حتی اگر کنوانسیون انعطاف کمتری داشته باشد؛ یا اینکه کنوانسیون پیش‌بینی نمی‌کند که قاضی مأمور صدور اجرائیه

۱۰۲. ماده ۳، پاراگراف ۱ و ماده ۴، پاراگراف ۱. نگاه کنید به کنوانسیونهای منعقده با مصر، رومانی، تونس (۱۹۷۲)، سنگال.

103. BARTIN: Principes de droit international privé. t. I, par. 203.

104. FRANCESCAKIS: Rev. crit. dr. int. pr. 1985, p. 270.

۱۰۵. اینچیز است مورد کنوانسیون بروکسل مورخ ۲۷ سپتامبر ۱۹۶۸. (مسئله‌ای که در اینجا مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد ممکن است در موارد استثنائی دیگری نیز که کنترل صلاحیت غیرمستقیم مورد قبول است، مطرح شود.) کنوانسیونهای منعقده با ماداگاسکار، سن مارن و سوئیس نیز حالت منعکس در متن را پیش‌بینی کرده‌اند.

و قاضی مأمور شناسائی باید مفاد آن را به مورد اجرا درآورد^{۱۰۶}، که در چنین صورتی، «انصاف ایجاب می‌کند که ذینفع حکم بتواند بیشتر به حقوق عام استناد نماید تا به کنوانسیون، هرچند که شاید ذینفع باید برای اینکه سیستم کلی خاص هریک از دو قاعده را رعایت کند، یکی از آنها را در کل برگزیند». در دفاع از این عقیده می‌توان به روح حقوق معاهداتی استناد کرد که به نسبت حقوق عام، تأثیر بین المللی احکام را تقویت می‌کند. در این صورت، هرگاه حقوق عام انعطاف‌پذیرتر از کنوانسیون بین المللی شود، رد یک تصمیم خارجی به نام کنوانسیون در حالی که ممکن است حقوق عام بر قبول آن مهر تأیید زند، مخالف هدفی است که کنوانسیون دنبال می‌کند. با وجود این، طی یک بررسی دقیق به این نتیجه می‌رسیم که نظر آقای فرانسیسکا کیس مخالف حقوق بین الملل است که به موجب آن هر معاهده‌ای برای دولتهای امضا کننده تعهد‌آور است و بر قدرت حاکمه آنها تحمیل می‌شود. بعلاوه، اگر به متقاضی اجرا و یا شناسائی یک حکم خارجی اختیار داده می‌شد که حقوق عام فرانسه را به ضرر کنوانسیون سختگیرتر ترجیح داده و انتخاب نماید، دیر یا زود، کنوانسیون جنبهٔ یکطرفه پیدا می‌کرد و در نتیجه، در حالی که کنوانسیون در خارج به حیات خود ادامه می‌داد و توسط کشور خارجی به اجرا در می‌آمد، اجرای آن در فرانسه متوقف می‌شد؛ چیزی که مسلماً مخالف روح یک کنوانسیون بین المللی است!^{۱۰۷}

۱۰۶. مثلاً کنوانسیونهای منعقده با اتریش، اسپانیا و مراکش (۱۹۸۱) چنین موردی را پیش‌بینی کرده‌اند.

۱۰۷. برای مطالعه دقیق ترقیتی به مقاله زیر مراجعه شود:

HUET: "Le sort en France des conventions internationales (et notamment de la convention franco- polonaise du 5 avril 1967) après l'arrêt de la Cour de cassation du 6 février 1985": Mél. Jodłowski, Varsovie, 1988.

پی.بر- ماری دو پوئی
PIERRE-MARIE DUPUY

ترجمه و تلخیص:
دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی



ملاحظاتی پیرامون
جرائم بین المللی دولت





پیشگفتار مترجم^۱

۱. «جرائم بین المللی دولت» یک مسئله جدید در حقوق بین الملل تلقی می شود. نظر مکتب کلاسیک تاکنون بر این بوده است که افراد (اشخاص طبیعی) وابسته به دولت مرتکب جرم می شوند نه خود دولت به عنوان شخص حقوقی منایز از افراد و ارگانهای خود. اقا کمیسیون حقوق بین الملل، با توجه به گرایش جدید در حقوق بین الملل عمومی و پس از مطالعات مفصلی در این زمینه، سرانجام، به موجب طرحی که در سال ۱۹۷۶ به تصویب اکثریت اعضای کمیسیون رسیده است، مفهوم «جرائم دولت» را می بذرید و در ماده ۱۹ طرح خود اعلام می دارد: «هر دولت که تعهدی را که کل جامعه بین المللی برای حفظ منافع اساسی خود حیاتی تلقی می کند نقض نماید، مرتکب یک جرم

۱. ترجمه و تلخیص این متن لزوماً به متزله تأیید کلیه عقاید ابراز شده در آن نیست.

بین المللی شده است». طرح کمیسیون حقوق بین الملل هنوز به صورت یک کنوانسیون بین المللی به تصویب دولتها نرسیده و قابلیت اجرا ندارد، اما موضوع مقاله، یعنی بحث پیرامون این طرح و به ویژه ماده ۱۹ آن، از نظر علمی مهم و قابل تعمق است.

۲. بر طبق قانون جزای فرانسه – که قانون مجازات عمومی سابق ایران نیز از آن الهام گرفته بود – جرائم، با توجه به شدت و ضعف مجازات متعلقه، بر سه نوع تقسیم می‌شوند: جنایت (crime)، جنحه (délit) و خلاف (contravention). اما واژه «crime» علاوه بر معنای خاص آن، یعنی جنایت، در زبان فرانسه و به ویژه در متون غیرتخصصی جزائی، در معنای عام آن یعنی جرم نیز بکار می‌رود. از آنجا که نویسنده مقاله حاضر متخصص در حقوق بین الملل است، این واژه را بعضاً در معنای عام کلمه (جرم) استعمال نموده است. همچنین قابل ذکر است که صرفاً آن دسته از بانویسها که برای هنن اصلی جنبه تکمیلی داشت و توضیح بیشتری برای آن محسوب می‌شد، در هنگام ترجمه نقل گردید. در عرض، عنوان بعضی مقالات و کتابهای را که بعد از انتشار مقاله حاضر به رشتۀ تحریر درآمده است، نقل می‌کنیم.^۳

۲. آقای پی بر-ماری دو پوئی، استاد دانشگاه پاریس ۲، تأییفات متعددی به صورت کتاب و مقاله دارد که عنوان کتاب و یکی از مقالات ایشان در رابطه با موضوع مقاله حاضر از این قرار است:

- *La Responsabilité Internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Paris, Pedone, 1976, 305 p.

- «Le fait génératrice de la Responsabilité Internationale des Etats» in *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International (R.C.A.D.I.)* 1984 (V) tome 188, pp. 9-134.

ضمناً مقاله حاضر در مجله حقوق بین الملل عمومی، (*Révue générale de droit international public*) سال ۱۹۸۰، صفحات ۴۴۹ – ۴۸۶ به چاپ رسیده است.

3. Brownlie (I), *State Responsibility*; I, Oxford, 1983; Graefarth (B), «Responsability and damages» in *R.C.A.D.I.* 1984 (II) tome 185, pp. 9-150; Rousseau (Ch), *Droit international public*, tome, v. Paris, 1983.

۳. در اجرای ماده ۱۳ منشور ملل متحده، مجمع عمومی در نوامبر ۱۹۴۷ قطعنامه تشکیل «کمیسیون حقوق بین الملل» را صادر کرد. این کمیسیون، در حال حاضر، از بیست و پنج عضو متخصص حقوق بین الملل تشکیل شده است. اولین جلسه کمیسیون در سال ۱۹۴۹ تشکیل گردید و هدف آن توسعه تدریجی و تدوین حقوق بین الملل است.



● مقدمه

ارتكاب جرم، از دیرباز، در حقوق بین الملل به دزدی دریائی یا برده فروشی اطلاق می شد و تاکنون به نظر می رسد که منحصراً می تواند بوسیله فرد بوقوع بپیوندد.

اما دولت به نوبه خود سعی کرده بود که از این اتهام به دور ماند. عنوان ذهنی و انتزاعی «شخص حقوقی» به تهائی باعث شد که دولت از چنین اتهامی در امان باشد.

اگر چه قبل از خلال محاکمه عده ای (جنایتکاران جنگی) در جستجوی افشاری دیگران (دولتها) بودند^۱، اما در سال ۱۹۴۵، در نورنبرگ و

۱. در واقع، برای نخستین بار جنایات جنگ، جنایات علیه صلح و جنایات علیه بشریت، در متن عهدنامه ای صریحاً پیش بینی و عناصر تشکیل دهنده آن تعریف شده است. همچنین، برای نخستین بار مأموران دولت، هنگامی که به نام دولت عمل می کنند، مورد نظر هستند.

سپس در توکیو، این انسانها بودند که محاکمه می‌شدند و نه امپراتوریها. با این حال، بعدها ابتكارات خصوصی ای مانند ابتكار «دادگاه برتراند راسل»، که مأمور محاکمه «جنایات دولت امریکا در ویتنام» بود، این فکر را بوجود آورد که از این پس، لااقل در اذهان عمومی، خود دولت مسئول اعمال کسانی است که به نام او عمل می‌کنند.^۲

کمیسیون حقوق بین الملل، با توجه به نتایج متخذه از یک گرایش محسوس در حقوقی که مأمور تدوین و گسترش آن است، در ژوئیه ۱۹۷۶ و به هنگام بیست و هشتین اجلاس خود، قاعده‌ای را تصویب می‌کند مبنی بر اینکه هر دولتی که تعهدی را که کل جامعه بین المللی آن را برای حفظ منافع اساسی خود حیاتی تلقی می‌کند نادیده انگارد، مرتکب یک جرم بین المللی شده است.^۳

اگر این اصل پذیرفته می‌شد، چه از نظر نهادها و چه از نظر هنجارهای بین المللی، بی‌شک بازتابهای مهمی به همراه می‌داشت.

در واقع، برخلاف مسئولیت کلاسیک، ایجاد مسئولیت بین المللی کیفری دولت، علی الاصول وجود و عملکرد یک دستگاه مستقل اعمال مجازات را ایجاب می‌کند، مگر اینکه به تک تک اعضای جامعه بین المللی نقش قاضی اعطای کنیم.

باری، همانطور که در نوشتار حاضر مطالعه خواهیم کرد، اگر

۲. همچنین، تشکیل کمیسیون تحقیق از سوی دبیرکل سازمان ملل متحده، بنا بر تقاضای جمهوری اسلامی ایران، نشانه‌ای از حرکت در همین راستا است. مغذلک، شرایط بسیار خاص ایجاد ویژگی عمیقاً مبهم مأموریت آن مانع می‌شود که بتوان به این زودی نتایج روشنی از آن گرفت. به موجب بیانیه مورخ ۲۲ فوریه ۱۹۸۰ صادره از سوی خود اعضای کمیسیون، مأموریت آنان بررسی شکایات مقامهای ایرانی علیه شاه سابق و نیز علیه ایالات متحده امریکا بوده است.

۳. بند دوم ماده ۱۹ چین مقرّر می‌دارد: «عملی که از نظر بین المللی نامشروع است و از نقض یک تعهد بین المللی تومّط یک دولت (کشور) ناشی می‌شود و برای تضمین و حفظ منافع اساسی جامعه بین المللی آنچنان حیاتی است که تجاوز به آن از سوی کل این جامعه به عنوان یک جرم شناخته شده است، یک جرم بین المللی محسوب می‌شود».

کمیسیون حقوق بین الملل نوع جدیدی از آعمال نامشروع را پی ریزی می کند (گفتار نخست)، در عوض، هنوز به دلایل مربوط به روش، از رژیم جدید مسئولیت (گفتار دوم) که ارتکاب این اعمال مشخص خواهد کرد، سخنی نمی گوید. معهذا، آیا می توان این دو امر را از هم تفکیک کرد؟ در برابر وسعت و تنوع مسائل مطروحه، هدف ما در اینجا ارائه مطالبی چند به منظور تأمل و تفکر مقدماتی برای تحقیقات بعدی است.

۱ گفتار

نوعی جدید از اعمال نامشروع

مادة ۱۹ طرح کمیسیون، صریحاً وجود دونوع کاملاً مشخص از آعمال نامشروع یعنی جنایت و جنحه^۴ را در حقوق بین الملل مطرح می کند. کلیه تخلفات حقوقی که می توان آن را «معمولی» نامید، یعنی تخلفاتی که تنها یک رابطه حقوقی فردی (درون ذاتی) بین مباشر عملی که موجب مسئولیت است و قربانی آن یعنی مجنيّ علیه بوجود می آورد و با خسارت واردہ مشخص می گردد، متعلق به نوع دوم است.

بر عکس، جنایت به «کل جامعه بین المللی» مربوط می شود زیرا، همانگونه که دیدیم، از نقض یک تعهد «عینی» (برون ذاتی)، در مقابل کلیه کشورها بوجود می آید. بنابراین، نخست خطروناک بودن و اهمیت جنایت است که آن را از «عمل نامشروع ساده» تمایز می سازد. کمیسیون حقوق بین الملل با طرح موضوع در قالب عبارات فوق، پاراگراف مشهور رأی دیوان دادگستری بین المللی در دعوای «بارسلوناتراکسیون» را به یاد

۴. بند چهارم مادة ۹ تصریح می کند که: «هر عمل از نظر بین المللی نامشروع که به موجب پاراگراف دوم جنایت بین المللی نیست، یک جنحة بین المللی محسوب می شود».

می آورد که: «بین تعهدات دولتها در مقابل کل جامعه بین المللی و تعهداتی که در چارچوب حمایت دیپلماتیک در برابر دولتی دیگر بوجود می آید باید تفکیک اساسی قائل شد».

معهذا، تعیین چنین حد و مرزی برای روشن کردن محتوای دقیق این تعهدات، که تعریف آنها به توصیف نقض آنها نیز وابسته است، کافی نیست. برای اینکه اندیشهٔ روشن تری از آنچه جنایت است یا می‌تواند جنایت باشد داشته باشیم، باید از عبارات ماده ۱۹ فراتر رفته، کل اوضاع و احوالی را که در آن مفهوم «جنایت دولت» بتدریج تکوین یافته است در نظر بگیریم. ذیلاً، نخست چگونگی تکوین این مفهوم و سپس تعیین محتوای آن را مورد تجزیه و تحلیل قرار خواهیم داد.



چگونگی تکوین مفهوم «جنایت دولت»

چه از میان بحثهای مطروحه در کمیسیون حقوق بین الملل و چه در عبارات گزارش آگو^۵، ماده ۱۹ به صورت نتیجه تحولات طولانی سیاسی و علمی ظاهر می‌شود.

همانگونه که از کارهای بسیار اساسی گزارشگر ویژه استنباط می‌شود، ایجاد مفهوم جنایت دولت از پاسخ به یک سؤال نظری ناشی می‌گردد: آیا باید برداشت و بینشی واحد از عمل نامشروع بین المللی داشت که قابلِ اعمال بر انواع تخلف از حقوق بوده و قادر باشد تنها یک رژیم مسئولیت را ایجاد کند، یا بر عکس، مناسب است که بر حسب محتوای تعهدات نقض شده قائل به تفکیک شویم، آن‌هم بدین منظور که رژیمهای

۵. پروفسور «Ago» از حقوقدانان ایتالیائی و یکی از گزارشگران ویژه طرح مسئولیت بین المللی دولتها است (م).

مسئولیت جداگانه‌ای برای آنها قائل شویم؟

به نظر می‌رسد که پاسخهای متفاوتی، بر حسب تحولات هنجاری و نهادی که جامعه بین‌المللی تاکنون به خود دیده، به این پرسش داده شده است.

اگر گزارش پروفسور آگویا تحلیلهای را که گرگوری تونکین^۶ از همین مسئله کرده است بررسی کنیم، گرفتن نتایج زیر ممکن به نظر می‌رسد: سه مرحله، تحول و پیشرفت این اندیشه را که به موجب آن جا دارد رژیمهای مسئولیت بر حسب نوع تعهدات نقض شده تفکیک شوند مشخص می‌کند: «دوره ابتدائی» که می‌توان آن را دوره «کلاسیک» نامید، دکترین پایان سده نوزدهم و آغاز سده بیستم تا ایجاد جامعه ملل را مشخص می‌کند؛ مرحله دوم که «دوره میانی» است بین دو جنگ جهانی قرار می‌گیرد؛ سومین مرحله، «دوره معاصر» است که با نظام ملل متحده آغاز می‌شود و تا به امروز ادامه دارد. چنانکه ملاحظه می‌گردد، از یک مرحله به مرحله دیگر، تمایز میان آنها هر بار ناشی از پیشرفتی است محسوس، هم در جهت تحدید توسل به زور و هم در ساخت چارچوب نهادی (رسمی) که علی الاصول مأمور انحطاط و سپس محوجنگ، به عنوان شیوه حل اختلافات بین‌المللی، است. در هر یک از دوره‌ها چیزی که مطرح است تنها وحدت یا دوگانگی رژیم مسئولیت نیست بلکه از خلال آنها موضوع نقش حقوقی و اجتماعی مسأله مسئولیت نیز مطرح است.

۱. دوره ابتدائی

در طول دوره کلاسیک، غالب مؤلفان از جمله مارتنس^۷، هفتر^۸،

۶. پروفسور «Tunkin» از حقوقدانان بر جسته روسی است. (م)

7. Martens

8. Hefter

تری اپل^۹، یا از بعضی جهات آنژیلوتی^{۱۰} برداشت روی هم رفته ساده و روشن از مسئولیت بین المللی را حفظ می کنند. همانگونه که روبرتو آگومتنزکر می شود «عده ای از این مؤلفان، آشکارا تعهدات بین المللی را مهمنتر از تعهدات دیگر می دانند و نتیجتاً نقض آنها را یک عمل نامشروع خطرناک تر و مهمتر قلمداد می کنند». معذلک، «آنان هیچ نتیجه ای از نقطه نظر هنجاری، یعنی درخصوص تعیین رژیم مسئولیتی که در هر دو مورد قابل اعمال باشد، از آن نمی گیرند...»

درواقع، تقریباً برای کلیه مؤلفان، نظریه مسئولیت با خصیصه وحدت تحت دو عنوان مورد نظر است: وحدت رابطه حقوقی ایجاد شده بین مباشر عمل نامشروع و قربانی او (زیان دیده)، و وحدت نقش مسئولیت که قبل از هر چیز برای جبران خسارت مورد ملاحظه است. اگر از سوی عده ای مسئله اجبار و الزام^{۱۱} مسلحانه یا غیر مسلحانه مطرح شده است، به عنوان تدبیری برای اجرای اجباری است، نه به عنوان مجازات.

گرگوری تونکین در این وضعیت، «تأثیر برداشتهای علمای حقوق مدنی» را می بیند. در واقع، در این دوره و بی تردید امروزه نیز مسئولیت بین المللی، نخست، به عنوان نوعی مسئولیت مدنی بین دول تلقی می شود، زیرا اساساً جنبه جبران کننده دارد. معذلک، فراسوی این یا آن تأثیر حقوقی، اگر نه عقیدتی، به نظر می رسد که برای درک این عقیده که خصیصه جامعه ای از دول در کنار یکدیگر قرار گرفته است - جامعه ای که روابط بین آنها ثمرة برابری اعمال حاکمیت آنها و معمولاً عاری از هرگونه معنا و رنگ اخلاقی است - باید بیشتر به فضای سیاسی وقت مراجعت کرد. مسئولیتی که بعد از اعمال حمایت دیلماتیک به جریان می افتد، نخست، در چارچوب خساراتی که توسط دولت به بیگانگان مستقر در سرزمین آن وارد می شود، مطرح می گردد. افزون براین، دکترین عمل آن را

9. Triepel

10. Anzilotti

11. la contrainte

تنهای از طریق رویه قضائی مطالعه و بررسی می‌کند؛ در صورتی که رجوع به داوران که براساس توافق طرفین انجام می‌شود، فقط درخصوص دعواهای جبران خسارت اعمال می‌گردد. حتی در آن صورت، اگر ملاحظه می‌شود که جبران خسارت معنوی که به ویژه از طریق لطمہ به «حیثیت» دولت وارد شده است از شیوه‌های بعض‌اً خاص جبران خسارت پیروی می‌کند، این امر هنوز وحدت نظریه عمومی (مسئلیت) را زیر سؤال نمی‌برد.

تنها نظر متفاوت، انظر بلونچلی¹² است که به موجب آن در مورد رژیم مسئلیت باید بر حسب اهمیت تعهد نقض شده قائل به تفکیک شد. برای این مؤلف، هنگامی که نقض حقوق در قالب «مدخله در قلمرو حقوقی دولت دیگر» صورت می‌گیرد، این دولت نه تنها می‌تواند در تکاپو برای کسب قطع آن، برقراری وضعیت قبلی و تحصیل غرامت باشد، بلکه حتی می‌تواند در جستجوی اراضی خاطر خود و حتی، بر حسب اوضاع و احوال، پرداخت جریمه نیز باشد. مطلب گفتنی تر برای آن زمان این است که بلونچلی تأکید می‌کند که در صورت بر هم خوردن صلح، دولت متضرر همچنین دارای حق «تبیه» مختلف، احتمالاً از طریق تسلی به زور، است.

تونکین در تحلیلی از دیدگاه فوق، نشان می‌دهد که در قالب نکته اخیر، بلونچلی از برداشتی دفاع می‌کند که از لحاظ نظری جالب است، اما با توجه به سیستم حقوقی زمان او آرمان‌گرا است. بلونچلی سعی کرده است، همانگونه که کنوانسیونهای لاهه گواهی می‌دهند، قلمرو و طرق صلاحیت جنگ را محدود کند، اما نظر او مبنی بر «واکنش مناسب با نقض حقوق بین الملل»، در عمل، تحقق نیافته است. پس، جنگ یک عمل نامشروع محسوب نمی‌شود و بنابراین در حکم مجازات نیست.

12. Bluntschli

۲. دوره میانی

این دوره که بین دو جنگ جهانی جریان داشت با طرح میثاق جامعه ملل آغاز می‌شود. این طرح، بدون اینکه جنگ را نامشروع تلقی کند، آن را در حذف شیوه‌ای فرعی برای حل و فصل اختلافات قرار می‌دهد. اما بزودی طرح «عهدنامه کمک متقابل» که در سال ۱۹۲۳ توسط جامعه ملل تهیه می‌شود، جنگ تجاوز‌گرانه را برای نخستین بار «جنایت بین المللی» توصیف می‌کند. این عنوان سال بعد در مقدمه «پروتکل حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات بین المللی» بکار می‌رود؛ سپس توسط قطعنامه ۲۴ سپتامبر ۱۹۲۷ مجمع جامعه ملل مورد استفاده قرار می‌گیرد و ششمین کنفرانس کشورهای امریکائی در سال ۱۹۲۸، قبل از آنکه معاهده بریان کلوج^{۱۳} جنگ را «غیرقانونی» اعلام نماید، این عنوان را با عباراتی مشابه نیز تکرار می‌کند. بدون اینکه هنوز به طور مشخصی در اکثر نظریه‌های علمی وقت مطرح شده باشد، تجاوز بتدریج به عنوان یک جرم خاص که به لحاظ اهمیت استثنایی آن از سایر اعمال نامشروع متمایز می‌گردد، ظاهر می‌شود.

در راستای اندیشه‌هایی که روت^{۱۴} و پیسلی^{۱۵} حتی در بحبوحة جنگ جهانی اول از آنها دفاع می‌کردند، هم اراده نهادی کردن جامعه بین المللی با تشکیل جامعه ملل و هم احساس مسؤولیت تدریجی نسبت به اینکه جنگهای محلی نیز ممکن است به لحاظ گسترش بعدی آنها منافع مجموع کشورها را به خطر بیندازند، تقویت می‌شود. معذلک، تنها – یا تقریباً تنها – مؤلفان حقوق کیفری که تعدادشان نیز اندک است، از تفکیک اعمال نامشروع مختلف نتیجه

13. Briand-Kellog

14. Root

15. Peaslee

می‌گیرند که باید در کنار مسئولیتی که دولت بر اعاده وضع به صورت عادی دارد، مسئولیتی جزائی که رژیم ضمانت اجراهای کیفری را برای مت加وز سازمان می‌دهد، ایجاد کرد.

پلا^{۱۶} یا دوندیو دو وابر^{۱۷} تصویب مجموعه قوانین کیفری بین المللی، و در همین رابطه، ایجاد دادگاه جنائی را توصیه می‌کنند؛ اما فاصله‌ای که فرد مجرم را از دولت (کشور) مستقل جدا می‌کند، آنچنان است که این پیشنهادها معمولاً تخیلی می‌نمایند.

۳. دوره معاصر

این دوره، به نام «عصر ملل متحده» است یا می‌باشد تلقی شود. جملاتی که در قالب آنها پاراگراف چهارم ماده ۲ منشور «تهدید یا کاربرد زور» در روابط بین المللی را ممنوع می‌سازد، فراتر از ممنوعیتهای جزئی بیان شده در دوره قبلی و حتی در معاہده بربان کلوگ است. فصل هفتم منشور (ماده ۳۹) به شورای امنیت اجازه می‌دهد که «وجود تهدید علیه صلح، برهمن زدن صلح یا وجود هر عمل تجاوزکارانه» را احراز کند و از این پس، شورا است که بایستی انحصار اعمال خشونت مشروع به نام جامعه کشورها را (که نماینده آنها بوده و از آنها دفاع می‌کند) در روابط بین المللی دارا باشد. تجاوز^{۱۸} به عنوان عمل نامشروع که صلح جهانی را مختل می‌کند، و به همین لحاظ به همه دولتها مربوط می‌گردد، در منشور صراحةً با اهمیت تلقی شده است، اما این موضوع را «حقوق حاصل از ملل متحده» باز هم

16. Pella

17. Donnedieu de Vabres

۱۸. درباره مفهوم تجاوز در حقوق بین الملل و خصوصاً تجزیه و تحلیل پیرامون قطعنامه‌های مربوط، مراجعه شود به کتاب مفهوم تجاوز در حقوق بین الملل، زیر نظر دکتر جمشید ممتاز، مرکز مطالعات عالی بین المللی، دانشگاه تهران، ۱۳۶۵. ضمناً همین مرکز مسئله تجاوز عراق به ایران و موضع‌گیری سازمان ملل متحده را تیز مورد مطالعه قرار داده که در انتشارات دانشگاه تهران به صورت کتاب چاپ و منتشر شده است. (م)

بیشتر تصریح کرده است: مجمع عمومی در ۲۴ اکتبر ۱۹۷۰، اعلامیه اصول حقوق بین الملل مربوط به روابط دوستانه و همکاری بین دولتها را تصویب می‌کند... در این اعلامیه، «جنگ تجاوزکارانه» به عنوان «جنایتی علیه صلح» تعریف شده است. متعاقباً، «(تعريف تجاوز) که قطعنامه شماره ۳۳۱۴ (XXIX) مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۷۴ آن را پذیرفته است، همین توصیف را بکار می‌برد، با این تصریح که تجاوز «مهمنترین و خطرناکترین شکل استفاده نامشروع از زور» را تشکیل می‌دهد.

این اظهارات جمعی کشورها، باید در ارتباط با دستاوردهای دکترین بعد از جنگ قرارداده شود که در آن، مؤلفان شوروی نقش مهمی ایفا می‌کنند.

از میان مؤلفان سوسیالیست، که اتفاق نظرشان در مورد موضوع شگفت‌آور است، تنها نظر یکی از برجسته‌ترین آنان را نقل می‌کنیم: تونکین، به هنگام مطالعه درخصوص عمل بین المللی نامشروع، به این نتیجه می‌رسد که از این پس، دونوع عمل بین المللی نامشروع در «حقوق بین الملل بعد از جنگ» وجود دارد. او، در واقع، بین جرائمی که در بردارنده خطری برای صلح است، از یک سو، و دیگر موارد نقض تعهدات بین المللی، از سوی دیگر، قائل به تفکیک می‌شود. این اندیشه‌ها که در نوشته‌های دیگران، از جمله لیوین^{۱۹}، دیده می‌شود در مطلبی از تونکین تحت عنوان «مسائل نظری» که در سال ۱۹۶۵ به زبان فرانسه منتشر گردید مجددًا مطرح شده و توسعه یافته است. در اینجا، دفاع مؤلف از «حق شخصی کلیه کشورها به صلح» که با تکیه بر یادداشت دولت شوروی خطاب به کشورهای عضو سازمان ملل متحده در دسامبر ۱۹۵۷ صورت گرفته جالب است. بنابراین، در اینجا منظور از الزام عدم تسلی به زور، الزامی است مطلق (در برابر همه کشورها)^{۲۰} و آن از الزاماتی است که دیوان در

19. Levin

20. L'obligation erga omnes

سال ۱۹۷۰ آنها را به عنوان تعهدات مورد قبول «کل جامعه بین المللی» تعیین کرده است.

در عوض، چیزی که ویژگی نظریه های مؤلف روسی است، رژیم ضمانت اجراهای کیفری است که کشور تجاوز کار مستوجب آنها است. تونکین می نویسد که مسئولیت چنین کشوری در «حقوق بین الملل معاصر» به جبران خسارت محدود نمی شود بلکه متضمن ضمانت اجراهایی است که، به منظور پیشگیری از تجاوز در آینده، می تواند به ویژه از طریق انفصال بخشی از سرزمین کشور متتجاوز متجلی گردد.

او سپس موضوع را چنین پی می گیرد:

«جدا کردن بخشی از سرزمینهای آلمان و ژاپن به دنبال این جنگ اصولاً از تصرفات قهرآمیز قبلی که مبتنی بر حق فاتح بود متمایز است؛ اقدام متفقین نسبت به آلمان و ژاپن، قبل از هر چیز، مبتنی بر اصل مسئولیت بین المللی دولت به لحاظ تجاوزی که مرتکب شده است، می باشد [...]».

اصل جدید مترقبی ای که به منظور حفظ صلح بین المللی مقرر شده – یعنی اصل مسئولیت به لحاظ تجاوز – در اینجا مورد اجرا و تأکید قرار گرفته است.»

همانگونه که گزارشگر ویژه در مقابل کمیسیون حقوق بین الملل مفصل‌اً تشریح می کند، تفکیک بین «جنایات بین المللی» و «نقض ساده حقوق بین الملل»، با گذشت سالها به یکی از مبانی ذکریان شوروی در مورد «مسئولیت بین المللی دولت» تبدیل می شود. انعکاس گسترده یا منظم این موضوع را می توان در دکترین مؤلفان سایر کشورهای سوسیالیست، به ویژه آلمان شرقی، ملاحظه کرد.

اما در همان زمان نویسنده‌گان غربی زیادی چون برانلی^{۲۱} یا

۲۱. پروفسور «Brownlie» از اساتید بر جسته حقوق بین الملل عمومی دانشگاه لندن است. از تألیفات مهم او می توان اصول حقوق بین الملل عمومی و مسئولیت دولتها را نام برد (م).

شیندلر^{۲۲} معتقدند که نقض تعهدات بسیار مهم، موجب اعمال ضمانت اجراهایی از سوی جامعه بین المللی است، یا اصولاً می‌بایست موجب اعمال این ضمانت اجراهای باشد.

این تعهدات، دیگر تنها مربوط به لطمه زدن به صلح بین المللی نیست بلکه تداوم یک رژیم استعمارگری یا یک عمل تبعیض نژادی را هم دربرمی‌گیرد. برانلی حتی تا آنجا پیش می‌رود که نقض هر تعهدی را که ناشی از یک قاعدة آمرة بین المللی^{۲۳} باشد در ردیف جنایات بین المللی قرار می‌دهد. در حقیقت، حقوق ملل متحده آنگونه که بخصوص در دوره شکوفای «همزیستی مسالمت آمیز» تنظیم شده نه فقط با تکرار و تأکید رسمی بر ممنوعیت توسل به زور بلکه با تهیه قواعدی به منظور توسعه دیگر شاخه‌های اصول اساسی که منشور بر آنها مهر تأیید زده است – از جمله اصولی که به حمایت از حقوق «بشر» و حقوق «ملتها» مربوط اند – مشخص می‌گردد.

به موازات آن، در می‌یابیم که وصف «جنایت» تنها به متون مربوط به تجاوز اختصاص داده نشده است بلکه در ماده یک کنوانسیون مصوب مجمع عمومی در ۹ دسامبر ۱۹۴۸ مربوط به پیشگیری و مجازات جنایت کشtar دسته جمعی، و حدود بیست و پنج سال بعد در ۳۰ نوامبر ۱۹۷۳، در ماده یک «کنوانسیون بین المللی درخصوص لغو و مجازات جرم آپارتاید»^{۲۴}

.۲۲ «Schindler» در گزارش خود به مؤسسه حقوق بین الملل، درخصوص اصل عدم مداخله در جنگهای داخلی، براین موضوع نیز تأکید می‌کند.

.۲۳ ماده ۵۳ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات قاعدة «Jus Cogens» را چنین تعریف می‌کند: «... تُرم قطعی و تخلف ناپذیر حقوق بین الملل عمومی نُرمی است که کلن جامعه جهانی دولتها آن را به عنوان یک اصل پذیرفته و به رسمیت شناخته باشد که کمترین تخلفی از آن مجاز نیست و تنها با نُرم دیگری از حقوق بین الملل عمومی با همان مشخصه می‌توان آن را تغییر داد». رجوع شود به جزء درسی آقای دکتر میرعباسی تحت عنوان حقوق معاهدات بین المللی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، سال تحصیلی ۶۶-۶۵، ص ۵۰ (م).

24. L'Apartheid

نیز بکار گرفته می‌شود.

بدین ترتیب، چنین به نظر می‌رسد که نه فقط «جرائم علیه صلح» مانند تجاوز، بلکه «جرائم حقوق بین الملل» و «جرائم علیه بشریت» نظیر کشتار دسته جمعی و آپارتايد، تحت عنوان مشترک «جنایات» دسته‌بندی می‌شوند. در اینجا، طبقه‌بندی‌های بسیار نزدیکی به طبقه‌بندی‌هائی که اساسنامه دادگاه بین المللی نورنبرگ مقرر داشته است می‌توان یافت.
اما دقیقاً از این جهت است که ابهام بزرگی ظاهر می‌گردد. اگر امروز به اندازه کافی روش است که، بنابر متون فوق الذکر، تجاوز به عنوان جنایتی قابل انتساب به یک کشور به منزله شخص حقوق بین الملل تلقی می‌شود، به نظر می‌رسد که متن کنوانسیون راجع به کشتار دسته جمعی (اگر نه متن مربوط به آپارتايد) علی الاصول نسبت به فرد مجرم قابل اجرا باشد، هر چند که ممکن است به نحو دیگری هم تفسیر شود. بنابراین، وسعت مفهوم لزوماً کمکی به صراحة آن نمی‌کند. قبل از اعلام نظر درخصوص مناسبت پذیرش «جنایت» به عنوان نوع جدید عمل نامشروع، دقیقاً باید دانست جنایت چه چیز را شامل می‌شود و به چه شخص مربوط است.



محتوای مفهوم «جنایت دولت»

هیچ عملی جرم نیست مگر آنکه قانون آن را جرم شناخته باشد.^{۲۵} این قاعدة اساسی دقیقاً از این جهت مشهور است که نسبت به هر نظام حقوق کیفری، برای اینکه از سقوط آن در استبداد جلوگیری شود، قابلِ اعمال است.

پدیده مجرمانه، بی تردید، از ارتکاب یک عمل مخالف نظم

۲۵. nullum crimen, sine lege = اصل قانونی بودن جرم

اجتماعی ناشی می‌شود. به همین جهت، این پدیده باید توسط ارگانهای صلاحیتدار جامعه‌ای که تهدید یا مختل می‌شود، مجازات گردد. در حقوق داخلی، برای اینکه مداخله خودسرانه قدرت عمومی جانشین هرج و مر ج عدالت شخصی نشود، لازم بود تأکید گردد که جرمی بدون قانون وجود نخواهد داشت؛ یعنی اگر قانونگذار قبلًا با عبارات عمومی و غیرشخصی و اصولاً به دور از اتفاقات و نوسانات وجدان جمعی، برای تعیین دقیق محتوای این نظم اجتماعی که تجاوز به آن جرم توصیف خواهد شد مداخله نکرده باشد، هیچ عملی را نمی‌توان مجرمانه اعلام نمود.

بنابراین، ملاحظه می‌کنیم که در حقوق بین الملل مشکل عده برای ایجاد یک چنین نوع جدید از جرائم در کجا است. قانونگذار کیست؟ چه قوانینی نظم اجتماعی بین المللی را تعریف خواهد کرد؟

قبل از آنکه چندین پاسخ ممکن را بررسی کنیم، بهتر است پاسخهای ماده ۱۹ طرح کمیسیون حقوق بین الملل را مورد بررسی و مطالعه قرار دهیم:

۱. انشاء ثقیل ماده ۲ طرح کمیسیون بظاهر مملواز تکرار مکرات پیچیده است و چنین به نظر می‌آید که انشاء مزبور تحت تأثیر این منطق عجیب قرار گرفته که «محتوای یک تعهد به توصیف نقض آن بستگی دارد».

در واقع، عبارت ماده ۱۹ صراحتاً قانونگذار مأمور توصیف جنایت را، «کل جامعه بین المللی» تعیین می‌کند و «الزمات بین المللی [...]» ضروری برای حفظ و تضمین منافع اساسی آن را که نقض آنها جنایت محسوب می‌شود نیز مشخص می‌سازد.

تشابه اصطلاحات بکار برده شده در بند دوم ماده ۱۹ با اصلاحاتی که ماده ۵۳ کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات بکار می‌برد مسلمانًا اتفاقی نیست. همچنین، «کل جامعه بین المللی کشورها» است که «قواعد آمرة حقوق بین الملل عمومی» را که هیچگونه نقض قراردادی آنها

جایز نیست، معین می‌کند.

در این صورت، می‌توان گفت که جنایت جز تجاوز به یک قاعدة آمرة حقوق بین الملل خارج از قلمرو قراردادی نیست.^{۲۶} گزارشگر ویژه نیز در عبارات حساب شده‌تری به ظهور مفهوم قواعد آمرة حقوق بین الملل در بروز «جنایت»، اهمیت مطلقاً تعیین کننده (اما نه انحصاری) می‌دهد. ... او اعلام می‌دارد که تصور این امر دشوار است که تحول و جدان حقوقی کشورها در خصوص اندیشه غیرقابل قبول بودن نقض بعضی قواعد با تحول موازی ای در زمینه مسئولیت دولتها همراه نباشد. در واقع، ادامه اعمال آثار یکسانی نسبت به نقض تعهدات ناشی از قواعد معینه تحت عنوان «آمرة» و نقض تعهدات ناشی از قواعدی که تخلف از آنها در قالب توافقهای خاص مجاز است، متناقض به نظر می‌آید. در حقیقت، بطلان مطلق معاهداتی که یک قاعدة اساسی را نادیده می‌گیرند، به عنوان یک امر کاملاً استثنائی در درون حقوقی که علی الاصول براساس «ارجحیت اراده حاکم» بنا شده است، ما را به دو نتیجه هدایت می‌کند:

اولاً، آمریت قواعد آمرة حقوق بین الملل چنان است که به نظر می‌آید آثار آن نمی‌تواند در چارچوب قرارداد محصور شود.

ثانیاً، نقض قواعد آمرة، خارج از حقوق معاهدات، می‌باشد منطقاً همان آثار مغایر با حقوق عادی مسئولیت را به بار آورد که در حقوق معاهدات موجب می‌گردد. بدین ترتیب، ضمانت اجرای کیفری در نظام جزائی، معادل بطلان در نظام قراردادها است، که هر یک از ایندو ناشی از ایجاد اختلال در چیزی است که «نظم عمومی» بین المللی نامیده شده است هرچند که اصطلاح دقیق نیست.^{۲۷}

۲۶. برانلی در سال ۱۹۶۶ به این نتیجه رسیده بود.

۲۷. ملاحظه می‌کنیم که انواع جرم، شبیه انواعی هستند که آنکه در مقدمه بر حقوق معاهدات در پرتو کیوانیون وین به عنوان انواع تشکیل دهنده قواعد آمرة حقوق بین الملل تعیین کرده است.

با وجود این، کمیسیون حقوق بین الملل در گزارشی از بیست و هشتمنی اجلاس خود لازم

می‌دانیم که خطر اصلی قواعد آمرة حقوق بین‌الملل، دقیقاً ابهامی است که این مفهوم دارد. تأثیری که در بموقع اجرا درآمدن کنوانسیون سال ۱۹۶۹ وین روی داده است و همین‌طور تعداد محدود کشورهایی که از این پس، این کنوانسیون برای آنها حقوق موضوعه محسوب می‌گردد^{۲۸}، ناشی از بدینی و عدم اعتماد زیادی است که ماده ۵۳ کنوانسیون ایجاد می‌کند، هرچند ماده ۶۶، دیوان بین‌المللی دادگستری را برای رسیدگی و حل و فصل اختلافات ناشی از اعمال و یا تفسیر آن صالح می‌داند.

اگر قرار باشد که عنوان جنایت و رژیم مسئولیت کیفری را، صرف نظر از قرارداد، در خصوص عدم رعایت قواعد آمرة بکار برسیم، در این صورت، همین ملاحظات می‌توانند به طریق اولی مطرح شوند.

در بدو امر چنین به نظر می‌رسد که تنها روشی که تضمینهای را بوجود می‌آورد، مذاکره تحت حمایت سازمان جهانی و عقد معاهدات عمومی چندجانبه باشد که شرایط تحقیق بزه، ماهیت و نوع مجازات مربوط را دقیقاً مشخص کند.^{۲۹} اما این روش پیچیده است و به اتفاقات سیاسی زیادی بستگی دارد. به نظر می‌رسد که «جامعه بین‌المللی» تحت این عنوان مشکل بتواند جانشین رضایت‌فردی هریک از دول مستقل عضو آن جامعه بشود.



به اشاره دانسته که «اگر این موضوع می‌تواند حقیقت داشته باشد که تخلف از تعهدی که براساس یک قاعدة آمرة حقوق بین‌الملل بوجود آمده است غالباً یک جنایت بین‌المللی محسوب می‌شود، معذلک، نمی‌توان انکار کرد که نوع تعهدات بین‌المللی که هیچ‌گونه تخلفی از آن مجاز نیست، وسیع تر از نوع تعهداتی است که نفس آنها لزوماً یک «جنایت بین‌المللی» است». اگرچنین است، پس در این صورت، معیار تمیز بین این دونوع چیست؟

۲۸. این تعداد کشورها بسیار کم هستند، بطوریکه نمی‌توانند نمایانگر «کل جامعه بین‌المللی» باشند.

۲۹. این راهی است که کنوانسیون بین‌المللی در خصوص لغو مجازات جرم آپارتايد در تاریخ ۳۰ نوامبر ۱۹۷۳ پیش‌بینی کرده است. معذلک، این طریق هنوز شامل ابهامات مهمی است.

در واقع، اگر فرض کنیم که جامعه بین المللی چیز دیگری جزیک خیال باشد که هدف آن مشروعیت بخشیدن به خواستهای کشورهای فقیر یا همزیستی کشورهای قدرتمند است، این «جامعه» قادر قدرت خواهد بود! عدم تجانس ذاتی، و مهمنتر از همه نارسانی سازمانی آن، مانع می‌شود که جامعه بین المللی بتواند تضمینی را که قانونگذار در حقوق داخلی تأمین می‌کند برای حقوق بین الملل بوجود آورد.

از سوی دیگر، روبرتو آگو در فرصتی دیگر توضیح می‌دهد که اصطلاح «کل جامعه بین المللی» را بایستی نه تنها از نقطه نظر کیفی بلکه از نظر کمی نیز در نظر گرفت، زیرا اصطلاح مزبور صرفاً شامل تعدادی کافی و منتخب از کشورها که نمایانگر کل باشند، نه کلیه آنها، می‌گردد. اما این موضوع به قوت خود باقی است که مجمعی که به ارگان شبه قانونگذاری نزدیک باشد، از نقطه نظر وسیله و ابزار کار، فقط همان مجمع عمومی سازمان ملل متحده است. پر واضح است که تصور اینکه بتوان وظيفة تعریف وصف جرم را، از طریق قطعنامه، به ارگان ملل متحده واگذار کرد دشوار است، مگر اینکه پذیرفته شود که وسعت و ترکیب اکثریت [آراء] حاصله [در مجمع] و به ویژه تداوم کامل این عناصر در یک دوره طولانی، پاره‌ای الزامات را، بدون هیچ ابهامی، به عنوان الزامات آمره و نقض آنها را به عنوان عمل مجرمانه تعیین کند. با وجود این، کلیه مشکلات اساسی برطرف نمی‌شوند.^{۳۰}

۲. در عین حال، چنین به نظر می‌رسد که براساس مقدمات مشابهی است که گزارشگر ویژه، و متعاقب آن کمیسیون، متن ماده ۱۹ را تهیه و تنظیم کرده‌اند. در واقع، به منظور اجتناب از عبارات بسیار کلی ماده ۵۳ کنوانسیون وین، کمیسیون حقوق بین الملل تعریف کلی جرائم را با

۳. در واقع، تعیین رژیم مجازاتهای مربوط به این جرائم، اقدام دیگری است که در صفحات بعد بدان اشاره خواهد شد.

فهرستی تمثیلی از جرائم که به موجب بند ۳، «برطبق قواعد لازم الاجراي حقوق بین الملل» تهیه شده است همراه می‌کند. بدین ترتیب، چهار نوع بزه تعیین می‌شود که ارتکاب آنها «جنایت» به حساب می‌آید. در زیر، به ترتیب، به بررسی آنها می‌پردازیم.

«جنایت بین المللی می‌تواند ناشی شود از:

الف. نقض مهم یک الزام بین المللی که برای حفظ صلح و امنیت بین المللی اهمیت اساسی دارد، مانند تعهدی که تجاوز را منع اعلام می‌کند.»

نخستین نوع از جرائم، مستقیماً از تعلق قواعد، نهادها و دکترین که قبلًا توصیف شد ناشی می‌شود. گزارشگر ویژه، این نوع از جرائم را مبتنی بر حقوق «اصلی»³¹ و حقوق «فرعی»³² ملل متحد – یعنی هم مبتنی بر مقررات ذیربطر منشور و هم مبتنی بر اصول قطعنامه‌های بعدی، که صراحتاً تجاوز را به عنوان جنایت دولت محکوم می‌کند (مانند قطعنامه ۳۳۱۴ (XIX) سال ۱۹۷۴) – می‌داند. معدلک، در مقایسه با این متون، می‌توان توسعه مفهوم را ملاحظه کرد. عنوان «جنایت» دیگر منحصرأ به «تجاوز» اختصاص ندارد؛ تجاوز فقط به عنوان یکی از مصادیق نقض «الزمات بین المللی که برای حفظ صلح و امنیت بین المللی اهمیت اساسی دارند» ذکر شده است.

این عبارت، علی‌رغم دقتهای معموله در انشاء ماده ۳ قطعنامه شماره ۳۳۱۴ که ضمناً تجاوز را نیز تعریف می‌کند، همچنان تردیدهایی را باقی می‌گذارد. برخلاف خصیصه موسع مفاد ماده اخیر، تجاوز در واقع اساساً تنها «کاربرد نیروی مسلح را از سوی هر دولت که اول اقدام می‌کند» مشخص می‌نماید. بنابراین، به عنوان مثال باید گفت که آیا تنها «تهدید» به کاربرد زور که پاراگراف ۴ ماده ۲ منشور آن را مانند خود این

31. droit origininaire

32. droit dérivé

کاربرد منع می‌کند، جنایت محسوب نمی‌شود؟ یک متخصص حقوق کیفری داخلی که با عنایت به عناصر عینی و ذهنی بزه استدلال می‌کند، بی‌شک، این نتیجه را می‌پذیرد زیرا، در مورد تهدید، شروع به اجرا وجود نداشته است.^{۳۳} اما در این مرحله، متخصص حقوق بین‌الملل که فاقد هرگونه ابزار تحلیل مناسب با طبیعت بسیار خاص « مجرمی » است که باید مطالعه کند، چه می‌تواند بگوید؟ خود طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل، نمی‌تواند تردیدهایی را تقلیل دهد که اصولاً از برداشتهای گوناگون از عبارت « توسل به زور » در متونی که طرح به طور ضمنی به آنها اشاره می‌کند، ناشی می‌شوند.^{۳۴} حال باید چیزی را تعریف کرد که دقیقاً درین این نوع از جرائم، غیر از تجاوز، جنایت محسوب می‌شود. آیا خواهند توانست این امر را بدون قانون، یعنی بدون کنوانسیون بین‌المللی عمومی که مورد تصویب همه یا تقریباً همه قرار گرفته باشد، و بدون قاضی، یعنی قاضی ای که براساس توافق طرفین تعیین می‌شود، انجام دهند؟ گذشته از تجاوز، که بی‌تردید و قطعاً نوع بارز جنایت دولت محسوب می‌شود، عناصر دیگر فهرست مذکور در بند ۳ ماده ۱۹ ابهام آن را باز هم بیشتر می‌کند.

در واقع، عمل زیر نیز جنایت تلقی می‌شود:

« ب. نقض مهم قاعده‌ای که برای تضمین حق ملت‌ها در تعیین آزادانه سرنوشت خود اهمیت اساسی دارد، مانند نقض قاعده‌ای که حاکی از ممنوعیت استقرار یا حفظ سلطه استعماری از طریق زور باشد. »

در اینجا، اشاره به پاراگراف دوم ماده ۱ منشور آشکار است. این اشاره با استعمال بخشی از عبارات اعلامیه راجع به روابط دوستانه (قطعنامه ۲۶۲۵) که از این جهت میان توسل به زور و حفظ رژیم

۳۳. ماده ۲ قانون جزای فرانسه.

۳۴. « تهدید علیه صلح »، « نقض صلح »، « عمل تجاوز کارانه » و ...

استعماری بوسیله زور رابطه معادلی برقرار می‌کند، تکمیل شده است.

بی تردید، در اینجا ملاحظه می‌شود که مسئله عبارت است از یکی از مهمترین «تکیه کلامهای»^{۳۵} سازمان که در منشور و در قطعنامه بسیار مشهور ۱۵۱۴ (XV)^{۳۶} بر آن تأکید شده است. با وجود این، همانگونه که میشل ویرالی^{۳۷} یادآوری می‌کند، میان حق‌ملتها در تعیین آزادانه سرنوشت خود و اصل استعمار زدائی تفاوت وجود دارد. این مسئله که اعلامیه راجع به اعطای استقلال به ملت‌های مستعمره به اتفاق آراء به تصویب نرسیده و مدت‌های زیادی با مخالفت شدید افیتی از کشورهای عضو مواجه شده ناشی از همین تفاوت است. البته، مسئله استعمار امروزه حدت خود را از دست داده است، اما دشواریهای مربوط به تعریف یک «خَلْقٌ» و شرایط اعمال حق تعیین آزادانه سرنوشت خود، و رای استعمار زدائی، به نوبه خود شدیداً محسوس است. بنابراین، آیا می‌توان در خصوص قلمروی چنین حساس، عنوان خطروناک «جنایت» را بکار برد، بدون بیم از اینکه نتوانیم آن را عملاً به اجرا در آوریم و از این طریق سلاحی را هم که خیلی زود به آن متولّ شده ایم تضعیف کنیم؟

حقوق ملت‌ها که در اینجا از آن یاد می‌شود با حقوق بشر آنطور که در همین ماده مطرح می‌باشد بسیار نزدیک است.
در واقع، عمل زیر نیز جنایت محسوب می‌شود:

«ج... نقض عمدۀ و گستردۀ یک تعهد بین‌المللی که برای حفظ وجود بشر دارای اهمیت اساسی است، مانند تعهدات مبنی بر منع برده‌داری، کشتار دسته جمعی و آپارتايد.»

در اینجا ملاحظه می‌کنیم که تجاوز به حقوق بشر، تنها در «مقیاس گسترده»، جنایت محسوب می‌شود. چنین عبارتی این تصور را ایجاد می‌کند

35. leitmotiv

۳۶. این قطعنامه، به نوبه خود، یک رشتۀ قطعنامه‌های بعدی را بوجود آورد.

37. Virally

که تجاوز به حقوق جیاتی افراد بشری، زمانی جنایت محسوب می‌شود که خصیصه جمعی به خود گیرد؛ چیزی که، در حقیقت، آن را به نقض حقوق ملتها پیوند می‌دهد. چنین نتیجه‌ای قابل بحث است و از این نظر، عبارتی که در اصل گزارشگر ویژه پیشنهاد کرده است ارجح می‌نماید. با وجود این، مصاديقی که در این خصوص ارائه شد این تعبیر و تفسیر را، به ویژه در مورد کشتار دسته جمعی و آپارتايد، تأیید می‌کند.

چنانکه در بالا اشاره شد اعمال نامشروع، مانند تجاوز، توصیف خود را از متونی که مذتها قبل از طرح کمیسیون حقوق بین الملل تنظیم شده است، اقتباس می‌کرد. با وجود این، چنین به نظر می‌رسد که برخلاف کنوانسیون اخیر راجع به آپارتايد که هم اشخاص و هم دولتها را متنظر دارد، هدف کنوانسیون مربوط به کشتار دسته جمعی که در فرداي محکومیت جنایتکاران نازی و رژیپسی تهیه شده بود، افراد بودند.^{۳۸} اما همانگونه که گزارشگر ویژه یادآوری می‌کند، ملاحظه می‌کنیم که برخلاف کنوانسیون قبلی، کنوانسیونی که آپارتايد را «جنایت علیه بشریت» توصیف می‌کند، نتوانست به اتفاق آراء به تصویب برسد. این کنوانسیون ۹۱ رأی مثبت در مقابل ۴ رأی منفي و ۲۶ رأی ممتنع به دست آورد. این تردید، بی‌شک و مخصوصاً ناشی از مفاد ماده ۶ راجع به تعهدات دولتهاي امضا کننده به «قبول و اجرای تصمیمات متخذه از سوی شورای امنیت برطبق منشور ملل متحده» است. اما دقیقاً در حالی که در این مثال می‌بینیم که تشبت آراء ناشی از اعلام رژیم ضمانت اجراهای مربوط به این بزه تا چه اندازه مهم است، آیا می‌توان از رضایت «کل جامعه بین المللی» سخن به میان آورد؟

د. چهارمین و آخرین نوع جرائم نیز ایجاد تردید می‌کند و آن عبارت است از «نقض عمدۀ تعهد بین المللی که برای تضمین و حفظ محیط

۳۸. اگرچه این افراد، اعضای دولت محسوب می‌شده‌اند.

زیست انسانی، مانند تعهدات راجع به منع آلودگی^{۳۹} گسترده جویا دریاها، واجد اهمیت اساسی است».

در این زمینه، در بدو امر، می‌توان پذیرفت که تضمین متون (مواد) چندان ضروری نیست. در حقیقت، این متون وجود ندارند! مجمع عمومی، یا کمیسیون سیاسی آن، در سالهای ۱۹۷۲ و ۱۹۷۳ فقط دولتهای را که تا آن زمان هنوز مبادرت به تصویب نکرده بودند، به تصویب «عهدنامه‌ای که آزمایش سلاحهای هسته‌ای در جو، فضای ماورای جو و اعمق دریا را منع می‌کند...» تشویق کرد. معهداً، آخرین این قطعنامه‌ها، در این زمینه با ۵۵ رأی ممتنع مواجه شد!

در واقع، تردید در مدافعت استرالیا و زلاندنوبه هنگام دعوای آزمایشهای هسته‌ای^{۴۰} صراحتاً ثابت کرد که بجز موردی که با یک پدیده بی‌نهایت خطرناک آلودگی مواجه هستیم، و همه آن را به عنوان یک فاجعه جهانی تلقی می‌کنند، اهمیت خسارت ناشی از آلودگی غالباً موضوع مجادلات کارشناسان است! از این نظر، نمی‌توان مطمئن بود که انشاء محتاطانه ماده ۱۹^{۴۱} برای از میان بردن برداشت‌های متفاوت کافی باشد.

لازم به ذکر است که، به‌هر حال، لطمہ زدن به محیط زیست موضوعی است که درخواست بررسی آن به گونه‌های متناقضی مطرح می‌شود، زیرا به نظر برخی موجب مسئولیت عینی (یعنی بدون تخلف از حقوق) است، در حالی که به نظر کمیسیون، لطمہ زدن به محیط زیست از اعمالی است که بغایت نامشروع است!



39. la pollution massive

۴۰. فرانسه در سال ۱۹۷۴ دست به آزمایشهای هسته‌ای در آبهای جنوب شرقی اقیانوس هند زد که منجر به طرح دعوى از سوی دولتین استرالیا و زلاندنوبه علیه این کشور در دیوان دادگستری لاهه گردید (م).

۴۱. سیاق عبارات این ماده طوری است که واقعاً می‌کوشد از «آلودگی گسترده» صحبت کند.

در واقع، ملاحظاتی که در اینجا در خصوص این نوع جرائم مطرح شد، این ادعا را ندارد تا نشان دهد که این مقررات شامل کلیه تعهدات مطلق است و برآن هم نیست که تمام اعتراضات و انتقاداتی را که برآن وارد است بدقت مورد بحث قرار دهد بلکه تنها نشان می‌دهد که نظر گزارشگر ویژه مبنی بر اینکه متن ماده ۱۹ کماکان «جای قابل توجهی برای تردید در خصوص انتساب عمل یک دولت به نوع جرائم بین المللی باقی می‌گذارد» تا چه حد درست است، بخصوص آنکه فهرست منعکس در این ماده تنها به عنوان مثال آورده شده است.

بدین ترتیب، طرح کمیسیون حقوق بین الملل به تنهائی نمی‌تواند مبنای قانونی برای اتهامات احتمالی بعدی محسوب شود. برای اینکه این طرح به یک رژیم مؤثر مسئولیت کیفری بین المللی دولت تبدیل گردد، باید با یک سلسله قواعد دقیق و تفصیلی تکمیل شود. به هر حال، اگر هماهنگی و تکرار بعضی قطعنامه‌های مهم می‌تواند استثنائاً برای تعیین آعمال نامشروع که جنایت تلقی می‌گردد، پذیرفته شود، بعید به نظر می‌رسد که بتوان از توصل به کنوانسیونهای عمومی چند جانبه^{۴۲}، برای تعیین عناصر تشکیل دهنده (اگر نه تعریف مجازاتهای) جنایات دولتها صرف نظر کرد.

با وجود این، همانگونه که آقای آگو در مورد این نوع آعمال نامشروع تذکر می‌دهد، «اگر این طبقه بندهای فقط توجیه علمی دارند، هیچ دلیلی وجود ندارد که در متن یک کنوانسیون بین المللی در خصوص مسئولیت دولتها به چنین طبقه بندهایی دست زد. این طبقه بندهای برای حفظ دلیل وجودی خود باید مبنای تفکیک قواعد و هنجارها را تشکیل دهنده». به عبارت دیگر، رژیم مسئولیت بین المللی برای جنایت همان مسئولیتی نخواهد بود که برای «اعمال نامشروع عادی» وجود دارد و از این پس «جنحه» نامیده می‌شود. پس باید دید این رژیم چیست.

۴۲. منظور کنوانسیونهایی است که موضوع و نتیجه آنها در این زمینه و تصوییشان توسط بیشترین تعداد کشورها بعید نیست اما، در هر حال، اتفاق نظر در مورد آنها وجود ندارد و مشکل به قوت خود باقی است.

رژیم جدید مسئولیت

هدف کمیسیون حقوق بین‌الملل این بود که مسائل را طبقه‌بندی کند. در پی ارائه گزارش ویژه، کمیسیون تصمیم گرفت که، در وهله نخست، نوع جدید اعمال نامشروع را که متشکل از جرائم علیه تعهدات «حیاتی برای تضمین منافع اساسی جامعه بین‌المللی» است، تعریف کند. کمیسیون بعدها «رژیم خاص مسئولیت قابل اجرا در مورد این جرائم» را مورد توجه قرارداد.

آقای پل روتر^{۴۳}، با احراز وسعت و دشواری فوق العاده این وظیفه، در هنگام بحث تصریح کرد که به اعتقاد او ماده ۱۹ به معنای «آغازگر روشی است که باید حاکم بر کارهای کمیسیون باشد، اما کمیسیون را ملزم نمی‌کند تا به تدوین رژیم عمومی جرائم بین‌المللی و یا دست کم به تعریف جزئی جرمی خاص پردازد».

با وجود این، به نظر می‌رسد که در اینجا به اصل مطلب رسیده باشیم. آیا می‌توانیم با عبارات کلی، از بطن طرح تدوین حقوق مسئولیت، نوع جدید و بسیار مهم «جرائم» دولتها را استخراج کنیم، بدون اینکه در همان متن، رژیم مسئولیت کیفری مربوط به این نوع جرائم را تعریف کرده باشیم؟ بی‌شک، نیت کمیسیون حقوق بین‌الملل این است که این امر را انجام دهد؛ اما آیا خواهد توانست آن را انجام دهد و در چه زمانی؟ تا آن

۴۳. Paul Reuter، استاد برجسته حقوق بین‌الملل دانشگاه‌های پاریس و از جمله گزارشگرهای ویژه حقوق بین‌الملل در زمینه «حقوق معاهدات منعقده بین کشورها و سازمانهای بین‌المللی و یا بین دو یا چند سازمان بین‌المللی» است (م).

زمان که کمیسیون حقوق بین الملل چنین کاری را انجام دهد آیا مفهوم جنایت، با استفاده از راههایی که قوانین اخف را از بین می برند، بازتابهای در ارگانهای مختلف سازمان ملل متحد ایجاد نخواهد کرد تا محتوای سیاسی شدیدی پیدا کند، در حالی که هنوز هیچگونه تضمین حقوقی از طریق تعریف و تعیین چارچوبهای نظری و تشکیلاتی برای اجرای آن ایجاد نشده است؟ آیا می توان جنایت را پایه ریزی نمود بدون اینکه مشخص کرد چه کسی می تواند اتهام بزند، تحقیق نماید، محاکمه و محکوم کند، بدون اینکه اعلام کنیم نوع ضمانت اجرهایی که ارتکاب جرائمی تا این حد متفاوت بر می انگیزد — مانند تجاوز و آسودگی ماورای جو — چیست؟ در عین حال که می توان به این سوالات گوناگون پاسخ داد، معلوم نیست آنچه که مربوط به «رژیم» مسئولیت کیفری بین المللی دولت است روشن شده باشد. اصطلاح «رژیم مسئولیت» غالباً در کارهای گزارشگر ویژه، بدون اینکه دقیقاً تعریف شده باشد، بکار رفته است. از منتهی که این اصطلاح در آن بکار رفته چنین استنباط می شود که منظور گزارشگر در اینجا آثار ماهوی و شکلی ناشی از ارتکاب عمل نامشروع — خواه جنحه و خواه جنایت — است. به عبارت دیگر، به نظر می رسد که منظور او از «رژیم» مسئولیت کیفری، خصوصیت ضمانت اجرهایی که این مسئولیت بوجود می آورد و شرایط خاص اعمال آنها است: ایندو، یعنی ضمانت اجرهای و شرایط خاص اعمال آنها، از ترمیم خسارت (تنها ضمانت اجرای مسئولیت حقوق عادی) ^{۴۴} متمایزند.

در واقع، در کلیه نظامهای حقوقی، خصیصه ترهیبی ضمانت اجرای کیفری یکی از معیارهای اساسی تمیز میان مسئولیت مدنی و مسئولیت کیفری است. اما لازم به نظر نمی رسد که بررسی رژیم مسئولیت کیفری بین المللی را به مطالعه ضمانت اجرا مربوط سازیم. آیا از این جهت، پاسخ به این سؤال که «برای نقض تعهدات

44. droit commun

بین المللی، شایسته است آثار و عواقبی در طرح کمیسیون قائل شویم که بر حسب محتوای هر تعهد نقض شده متفاوت باشد»، دیر داده نشده است؟ در واقع، وجود این سؤال در فصل سوم، این تصور را ایجاد می‌کند که به نظر کمیسیون حقوق بین الملل، مجموع قواعدی که قبلًا در طرح اعلام شده است، نسبت به جنحه‌ها و جنایات به طور یکسان قابلِ اعمال است.

باری، بدون اینکه مجذداً در مورد قواعد قابلیت انتساب، موضوع مواد ۵ تا ۱۵ فصل دوم، بحث کنیم معلوم نیست که کلیه این قواعد به همین شکل فعلی خود بتوانند در مورد جنایت نیز قابلِ اعمال باشند، زیرا تحقق اینگونه جرائم تابع شرایطی است که قواعد مزبور نمی‌توانند ناظر به مسائل خاص ناشی از آن باشند. آیا تأیید بزهکاری دولت، بزهکاری فرد - ارگان، مباشر جرم را از میان می‌برد؟ اگر پاسخ این سؤال منفی است، پس رابطه بین عمل فرد و انتساب آن به شخص دولت چگونه برقرار می‌گردد؟ بعلاوه، معاونت در جرم دولت دیگر را چگونه باید در نظر بگیریم^{۴۵}؟ یا مسئله شرکت معنوی (فکری) دولت دیگر در جرم را چگونه مورد ملاحظه قرار دهیم؟ در این خصوص، می‌توان در نظر گرفت که مسئولیت غیرمستقیم^{۴۶} که در حقوق عادی مسئولیت معمول است، لزوماً در مورد مسئولیت احتمالی کیفری بین المللی مناسب نیست.

با وجود این، قبل از طرح مسائل اساسی که در بحث مربوط به آئین دادرسی کیفری مورد مطالعه قرار خواهد گرفت، به بررسی تعیین ضمانت اجراءها که به طور همه‌جانبه با تعیین چارچوب نهادی اجرای آنها نیز مرتبط است، خواهیم پرداخت.

۴۵. آیا شکایات ارائه شده توسط جمهوری اسلامی ایران علیه ایالات متحده امریکا در رابطه با «جنایات» شاه، نمی‌تواند تا حدی در قالب معاونت در جرم تحلیل گردد؟

۴۶. vicarious responsibility (مسئولیت تبعی)



تعیین ضمانت اجراءها

باز هم مسئله این نیست که چه کسی اتهام می‌زند، بلکه بر پایه کدام حقوق (کدام عرف، معاهده یا قطعنامه) این اتهام می‌تواند بنا گردد. در اینجا با قسمت دوم قاعده اساسی حقوق رُم که در بالا به آن اشاره شد یعنی «هیچ جرمی و هیچ مجازاتی بدون قانون ممکن نیست»^{۴۷}، رو برو می‌شویم.

در حقیقت، همه چیز بستگی دارد به اینکه آیا قدرت ضمانت اجراءها مشروط است (به اعتبار اینکه قدرت مزبور در چارچوب قانونی از پیش موجودی اعمال می‌شود که مجهز به قواعد و نهادهای خاص است) یا اینکه این قدرت به نحو بسیار خودسرانه‌تری در حقوق بین الملل عمومی، در اوضاع و احوالی صرفاً «رابطه‌ای»، مداخله خواهد کرد؟

تحلیل مختصر و مفیدی که قبل از فهرست جرائم مندرج در ماده ۱۹ به عنوان نمونه و تحلیلی که از متون (مواد) موجود کردیم، این فکر را ایجاد می‌کند که از دو شق فوق الذکر، اولین آن باید منطقاً به نفع سازمان جهانی، به معنای واقعی کلمه، یعنی سازمان ملل متحده پذیرفته شود. اما اعلامیه‌تندی که بر طبق آن نقض اصول اساسی منشور سازمان جنایت محسوب می‌گردد، برعکس، بی‌آنکه این سازمان جهانی را تحکیم و تقویت کند، آیا این خطر را به دنبال نخواهد داشت که با بیشتر روش ساختن ضعفهای سیاسی و فتی آن، ضربه مهلكی بر پیکر سازمان وارد سازد؟

۱. از جرائم مذکور در ماده ۱۹، تجاوز و حتی هر نقض مهم اصل منع توسل به تهدید یا کاربرد زور توسط یک کشور، بدون هیچ بحثی،

(اصل قانونی بودن جرائم و مجازاتها) nullum crimen, nulla poena sine lege . ۴۷

جنایت محسوب می‌شود. گزارشگر ویژه، در طرح موادی که طی گزارش کتبی خود به کمیسیون ارائه داده بود، آنها را در تعریف اصلی جنایت وارد کرده و بدین سان مشخص نموده است که بزه‌های دیگر علیه تعهدات اساسی، ولو از نوع همان جرائم، تا چه اندازه خصیصه خطزناکی کمتری نسبت به جنایت به معنای واقعی کلمه دارند. این تقسیم‌بندی، از نظر اهمیت، هنوز در انشاء فعلی ماده ۱۹ وجود دارد.

اما در میان کلیه اعمال نامشروع مهم، توسل نامشروع به زور تنها عمل نامشروعی است که از این پس برای آن ضمانت اجراهای مشخصی تعیین شده است. همانگونه که در بالا اشاره شد، مراحل متوالی منع جنگهای تجاوزکارانه، ذاتاً با تأسیس نظام امنیت جمعی فوق العاده مرتبط است. گزارشگر ویژه با یادآوری خطوط اصلی و اساسی مقرر در مواد منشور (از منوعیت مقرر در پاراگراف ۴ ماده ۲ گرفته تا تدابیر استثنائی ماده ۵۱) و با تکیه بر قسمتهای اصلی که مواد ۳۹ تا ۶ ۴ فصل هفتم ایجاد کرده است، «جنایت علیه صلح» را در فضای هنجاری و نهادی خاص آن قرار می‌دهد. بدین طریق، او مسائلی را که تفسیر ماهیت دقیق «ضمانت اجراهای» متخذه توسط شورای امنیت علیه متجاوز می‌تواند برانگیزد نادیده می‌انگارد و با درپیش گرفتن روشی واقع بینانه، سؤال درخصوص این مسئله را مطرح می‌سازد که «تعهدات حقوقی که به ویژه منشور در نظر دارد رعایت آنها را تأمین و برای تجاوز بدانها اعمال تدابیر خاص کیفری پیش‌بینی کند، کدام هستند و چگونه تعیین می‌شوند»؟ با وجود این، مشاهده می‌شود که گزارشگر، بدین ترتیب و علی رغم همه چیز، تفسیری کیفری از ضمانت اجراهای مذکور در فصل هفتم انتخاب می‌کند.

باری، همانگونه که بعضی از اعضای کمیسیون تذکر می‌دهند، بجا است «بین فشار و قهر^{۴۸} که جلوه‌ای از قوّة اجرائیه و ضمانت اجرا که جلوه‌ای از قوّة مجازات کننده» است تفکیک قائل شویم. همانطور که ژان

کومباکو^{۴۹} تذکر می‌دهد، مسئله برای سازمان ملل متحده تبیه کردن نیست بلکه قطع اخلال نظمی است که ادامه وضعیت ایجاد می‌کند. ضمانت اجرا، هرچند در حقوق برقضی یک متن قانونی استوار است، ولی نه علیه خود این عمل بلکه علیه وضعیتی که از آن ناشی می‌شود واکنش نشان می‌دهد. درست است که منشور ابتدائاً شورا را مجھز به قدرت تبیه کردن نمی‌کند بلکه به او اختیار استفاده از راههای اجرائی علیه دولتهایی که کماکان مقاومت می‌کنند می‌دهد تا صلح بین المللی حفظ یا برقرار شود؛ نقش شورا بیشتر نقش پلیسی است تا کیفردهنده. بنابراین، تشییه ضمانت اجرای مربوط به تهدید یا استفاده از زور به کیفر، تنها به بهای یک درخواست قطعی (از سوی دولت مورد تهدید) ممکن خواهد بود.

در حقیقت، تنها ملاحظات ذهنی و نه فتنی اجازه می‌دهد تا در ضمانت اجراهای شورا یا مجمع عمومی — با تکیه یا عدم اعتنا به قطعنامه شماره ۳۳۷^{۵۰} ویژگیهای خاص مجازات کیفری را مشاهده کنیم. دولتی که این ضمانت اجراهای متوجه او خواهد شد (و یا غالباً به تعیین او به عنوان متجاوز بسته خواهد کرد)، در بعضی موقعیتها آنها را به مثابه کیفر ترهیبی تلقی خواهد کرد؛ اما در بیشتر موارد برای او جنبه تزیلی خواهد داشت زیرا او را در معرض تقبیح و ملامت جهانی قرار می‌دهد.

نتیجتاً با توجه بیشتری به عملکرد واقعی نسبت به روح اولیه منشور، تمایل براین است که تفسیری کیفری از طرز عمل نهادهای سازمان ملل متحده را پذیریم. شورای امنیت — یا اخیراً در مورد مسئله افغانستان، مجمع عمومی — وقتی که عبارات اخلاقی ای چون «تأسف می‌خورد» و «تقبیح یا محکوم می‌کند» بکار می‌برد، به قول میشل ویرالی، به اعمال نوعی «قضای

49. J.Combacau

۵۰. منظور قطعنامه «اتحاد برای حفظ صلح» است که بخشی از اختیارات شورای امنیت را، هنگامی که این شورا توسط توی یکی از قدرتها فلنج می‌شود، به مجمع عمومی منتقل می‌سازد. براساس همین قطعنامه است که مجمع عمومی مداخله شوروی در افغانستان را در تاریخ ۱۴ ژانویه ۱۹۸۰، با ۱۰۴ رأی موافق در مقابل ۱۸ رأی مخالف و ۱۸ رأی ممتنع محکوم کرد.

سیاسی» دست می‌زند. بدین ترتیب، در کنار ضمانت اجراهای قطعی که از طریق «اقدامات» یا «تدابیر» گوناگون مذکور در فصل هفتم بوجود می‌آیند، شاهد پیدایش ضمانت اجراهایی از نوع دیگر نیز هستیم که پیشنهاد می‌کنیم آنها را «تفبیحی» بنامیم زیرا عموماً در محکومیتی که عاری از نتایج ملموس است خلاصه می‌شوند، اما به علت فقدان محتوای کیفری دارای محتوای «تفبیحی» هستند.

معذلک، در این مرحله از تحلیل، هنوز وقت آن نیست که به بررسی بیشتری در مورد شرایط عملی اجرای نظام ضمانت اجراهای پردازیم که امروزه، اگر کاملاً مختلف نشده باشد لاقل به طور وسیع «فلج» شده است. از نقطه نظر هنجاری، تنها نتیجه‌ای که در اینجا پذیرفته می‌شود این است که منشور، یک نظام ضمانت اجرا برای توسل نامشروع به زور ایجاد می‌کند که گرچه این نظام بالقوه برای کشور متخلّف قهرآمیز است ولی در عین حال جزائی نیست. با وجود این، به دلیل ایجاد مکانیسم مستقل واکنش اجتماعی در مقابل جرم علیه اصل صلح، یعنی اصلی که سازمان از سوی کلیه اعضای خود مأمور حفظ آن است، می‌تواند حداقل درین‌ای رژیم مجازات جرم مورد استفاده قرار گیرد. بعلاوه، این نظام، دوگانگی آشکاری بین مسئولیت مدنی بین دول که تقریباً به طور انحصاری، نقش اعاده وضع به شرایط عادی را دارد^{۵۱} از یک سو، و مسئولیت خاص دولت در برابر کلیه اعضای گروه مشکله، که به لحاظ تجاوز به اساسی ترین تعهد لازم برای حفظ یکپارچگی این گروه، یعنی اجتناب از توسل فردی به

۵۱. بعلاوه، تذکر دهیم که محتوای مدنی مسئولیت کلاسیک، با برقراری مسئولیت کیفری به طور وسیع تحکیم می‌گردد. در واقع، تا اینجا اگرچه مسئولیت بین المللی اساساً اختصاص به جبران خسارت داشته است اما می‌توانسته، بر حسب مورد، کم یا بیش دارای یک محتوای ترهیبی باشد، مثل مواردی که بخصوص دیوان دادگستری بین المللی رضایت دولت (کشور) قربانی را فراهم آورده است (بدین ترتیب برای آلبانی که حاکمیت سرزمینی اش در ماجراهی تنگه کوروف مورد تجاوز قرار گرفته بود). اراده (تمایل) ترهیبی می‌تواند همچنین از پرداخت مبلغی به عنوان غرامت بیشتر از میزان خسارتی که واقعاً متحمل شده است نتیجه گردد.

نیروی مسلح، بوجود آمده است از سوی دیگر، برقرار می‌سازد.

در اینجا باید متذکر شویم که صرفاً در مقابل مکانیسمی از ضمانت اجراهای قرار داریم و نه در برابر تعریف دقیقاً از پیش تعیین شده کیفرهای قابل اجرا نسبت به اشکال گوناگون «جنایت علیه صلح». در واقع، از آنجا که دقیقاً ضمانت اجراهای فصل هفتم، در اساس، برای هدف جزائی تصور و تنظیم نشده بلکه به منظور ایفادی نقش پلیسی در نظر گرفته شده‌اند، محتوای کیفری «تدابیر» و «اقداماتی» که این ضمانت اجراهای مورد نظر خود دارند هنوز باید معین شوند. شورای امنیت که همزمان قاضی سیاسی و یک نهاد اداری است، از آزادی قابل توجهی برخوردار است که به همین لحاظ اورا از موقعیت دادگاههای داخلی که ملزم به رعایت دقیق اصل قانونی بودن مجازاتهای هستند، به مقدار زیادی متمایز می‌سازد.^{۵۲}

۲. به هر حال، مسئله در این صورت، دانستن این موضوع است که آیا این نظام خاص «ضمانت اجراهای» می‌تواند برای بسط جدید، برای سرکوبی و مجازات نه فقط جنایات علیه صلح بلکه همچنین «جنایات علیه بشریت»، «علیه ملتها» یا «علیه مقام والای شخصیت انسانی» مورد استفاده قرار گیرد؟ در بالا دیدیم که، در واقع، این نوع جدید از اعمال نامشروع همزمان شامل لطمه به امنیت و اخلاق جامعه بین‌المللی نیز می‌شود.^{۵۳}

۵۲. در واقع، اصل قانونی بودن مجازاتهای تنها می‌تواند در یک چارچوب قضائی به طور دقیق اعمال شود. این امر ایجاب می‌کند که مقتضعاً اصل توافق درخصوص مراجعته به قاضی ترک گردد. اگر جرم در صلاحیت یک ارگان سیاسی مانند شورای امنیت قرار دارد، اجتناب ناپذیر و حتی بهتر است که شورا برای ارزیابی (قضاؤت) و انتخاب مجازاتهای مناسب‌تر برای ویژگیهای مورد مربوط، اختیار وسیعی داشته باشد و آن را حفظ کند.

۵۳. در واقع، به نوعی، معادل همان دوئیت «نظم عمومی - اخلاق حسن» حقوقی داخلی است.

مجدداً باید به متون مراجعه کرد. از این جهت، یکی از جدیدترین آنها کنوانسیون ۳۰ نوامبر ۱۹۷۳ راجع به حذف و مجازات جرم آپارتايد است که حاوی دقیق ترین اطلاعات می باشد. ماده شش آن، دولتهای امضا کننده را ملزم می کند که «مطابق منشور ملل متحده، تصمیمات متخذه از سوی شورای امنیت را که هدف آنها پیشگیری، حذف و تقبیح جرم آپارتايد است بپذیرند و اجرا کنند...». رابطه ای را که بدین سان با مقررات فصل هفتم (راجع به تدابیری که باید به هنگام لطمہ به صلح و امنیت بین المللی اتخاذ شوند) برقرار می گردد فوراً ملاحظه می کنیم. کنوانسیون صریحاً اعلام می کند که جرم آپارتايد جزو همان نظام کیفری است که جرم تجاوز. این مقایسه و تشبيه در جهت رویه ملل متحده نیز هست.

در واقع، مجمع عمومی و شورای امنیت، از آغاز سالهای ۱۹۶۰ به این طرف، قطعنامه هائی را می پذیرند که تأکید می کنند اوضاع حاکم در جنوب افریقا صلح و امنیت بین المللی را «شدیداً در معرض خطر قرار می دهد». بعد از سال ۱۹۶۵ مجمع تدابیر اقتصادی و دیگر تدابیر – از نوعی که در فصل هفتم پیش بینی شده است – به منظور نشان دادن واکنش در مقابل این «تهدیدهای خطرناک» علیه صلح از شورا درخواست می کند. شورا با دعوت از دولتهای عضو به اعلام تحریم در مورد تحويل سلاح، مهمات و خودروهای نظامی به افریقای جنوبی، نسبت به این تقاضا به طور معتدلانه تری عکس العمل نشان می دهد.

در عمل، رویه مشابهی را در خصوص جرمی که بسیار مرتبط با جرم قبلی است، با این تفاوت که رابطه آن با حفظ صلح باز هم آشکارتر است، احراز می کنیم، یعنی تداوم سلطه استعمارگرانه. تأکید و تصدیق این گرایش در اعلامیه مربوط به روابط دوستانه نیز وجود دارد که براساس آن توسل به زور و حفظ نظامی که ملتها را از حق داشتن استقلال محروم می کند صریحاً در حکم هم قرار می گیرد.

از سوی دیگر، از نظر ماهوی به نظر می رسد که نتوان انکار کرد که

رژیم استعمارگر یا نژادپرست افریقای جنوبی، در شرایط ژئوپولیتیکی حاضر، تهدیدی علیه صلح بین المللی است، و به این لحاظ، مشمول فصل هفتم منشور می‌گردد.

با این حال – همانطور که در فوق اشاره کردیم – ماده ۶ کنوانسیون مربوط به آپارتايد، اساس احتیاط یا مخالفتی است که تعداد زیادی از دولتهای عضو در مورد آن از خود ابراز داشتند. این امر، این فکر را ایجاد می‌کند که «کل جامعه بین المللی»، در خصوص حدود دقیق قلمرو اعمال تدابیر فصل هفتم و مفید بودن مفهوم موسعی از توسل ممنوعه به نیروی مسلح، هنوز به توافق نرسیده است. به هر حال، باید گفت که چنین مفهومی، حتی اگر موجه باشد (امری که مورد به مورد ناید بررسی شود)، تنها باعث افزایش ابهام «رژیم» مسئولیتی می‌گردد که، بدون اینکه دقیق تر از ماده ۴۱ و ۴۲ منشور نوع مجازاتهای قابل اعمال نسبت به جرائمی را که مدنظر دارد پیش‌بینی نماید، فقط به نظام ضمانت اجرا اشاره می‌کند.

۳. این احساس در خصوص جرائم مهم علیه حقوق بشر به وجه شدیدتری وجود دارد. کنوانسیون سال ۱۹۴۸ در خصوص جنایت کشتار دسته جمعی، در ماده هشت خود به اعلام این موضوع بستنده می‌کند که «کلیه طرفهای متعاهد می‌توانند از ارگانهای صالح سازمان ملل متحد درخواست کنند که مطابق منشور ملل متحد تدابیری را که مناسب برای پیشگیری و مجازات اعمال کشتار دسته جمعی ... تشخیص می‌دهند اتخاذ نمایند». این شیوه انشاء، همانطور که ملاحظه می‌شود، کلی و مبهم است. حال، اگر به ابزارهای بین المللی دیگر مربوط به حمایت از حقوق بشر در نظام جهانی مراجعه کنیم، می‌بینیم که مکانیسمهای نظارتی که این ابزارها مقرر نموده‌اند، علی رغم اینکه بعضی از آنها مراجع «پیش قضائی»^{۵۴} هستند، هرگز تا مرحله تجویز تدابیر الزام آور جلو

۴. (préc-juridictionnel) منظور مراجعتی است، که قبل از طرح مسئله در دادگاه صالح، به

نمی‌روند. در این زمینه، محاکومیتها معمولاً بیشتر از زمینه‌های دیگر در حد شفاهی باقی می‌مانند.

بنابراین، آیا باید چنین نتیجه گرفت که برای مجازات جرمی چون جنایت علیه بشریت و لطمات مهم علیه حقوق بشر را باید آنها را در حکم «تهدیدات علیه صلح» تلقی کرد و بدین منظور آنها را وارد قلمرو فصل هفتم و به وزیره مواد ۳۹ و ۴۱ ساخت، و یا بنا بر ماده ۵ کنوانسیون راجع به آپارتايد «دادگاه کیفری بین المللی» تشکیل داد؟^{۵۵}

اگر به یاد آوریم که ماده ۱۹ نه نقض فردی حقوق بشر بلکه «تجاوزات مهم و وسیع به یک تعهد بین المللی بسیار حیاتی برای تضمین حفظ نسل بشر» را در نظر دارد (تجاوزاتی که عملکرد ارگانهای سازمان ملل اجازه می‌دهد در حکم «تهدیدات علیه صلح» تلقی شوند)، متوجه می‌شویم که از دو راه حل مورد بحث، تنها راه حل اول واقع بینانه به نظر می‌رسد. راه حل مبتنی بر ایجاد دیوان کیفری بین المللی یا تأسیس شعبه کیفری در دیوان دادگستری بین المللی – رؤیای دیرینه یک دکترین «سخاوتمند» که غالباً از حقوق کیفری داخلی منبعث می‌شود – با اصل حاکمیت و ساختار فعلی جامعه بین المللی بیشتر از آن ناسازگار به نظر می‌رسد که در مورد آن بیش از این بحث کنیم. این راه حل، تنها مناسب محکمه افراد است و نه دولتها.

با وجود این، با تکیه بر متن منشور می‌توان در خصوص نقض مهم و مکرر یک تعهد اساسی، به اعمال مقررات ماده ۶ یعنی آئین «اخراج» فکر کرد که برخلاف آنچه که در فوق راجع به ضمانت اجراءاتی فصل هفتم

پاره‌ای مسائل جنبی و غیرماهی – نظیر قابل طرح بودن – در محکمه اصلی رسیدگی می‌کند (م). →

۵۵. اما برای محکمه افراد، نه دولتها: «اشخاص متهم به ارتکاب اعمال مندرج در ماده ۲ کنوانسیون حاضر می‌توانند بوسیله یک دادگاه کیفری بین المللی که نسبت به آن دسته از دولتها امضا کننده که صلاحیت آن را خواهند پذیرفت، صالح است، محکمه شوند».

گفته شد، دارای ویژگی عامدآ کیفری است. در عین حال، ایراد اصولی که به این تدبیر گرفته می‌شود روشن است: با اخراج یک دولت (کشور)، سازمان ملل متحده او را تنبیه می‌کند، اما با این کار خود را از امکان متوقف ساختن تکرار جرمی که سازمان آن را محکوم می‌کند، محروم می‌سازد. بعلاوه، می‌دانیم که جز بعضی کوششها که زمانی هدف‌شان پرتفال یا اتحاد افریقای جنوبی بود، اجرای ماده ۶ هرگز به طور جدی در نظر گرفته نشده و این امر دلیلی بر دشواریهای اعمال آن است.

بنابراین، به نتایج مؤقتی زیر می‌رسیم:

— تعریف جنایت، یعنی نقض یک تعهد اساسی برای «کل جامعه بین المللی»، در بدرو امر ما را به تعیین چارچوب اعمال ضمانت اجراهای آن در خود سازمان ملل متحده^{۵۶} تشویق می‌کند.

— شورای امنیت تنها ارگان سازمان ملل متحده است که قادر به اعمال ضمانت اجراهای کیفری است نه مجمع عمومی، زیرا تنها شورا از طریق تصمیم گیری دارای قدرت اتخاذ تدبیر مؤثر کیفری است که به مباشر جنایت تحمیل می‌شود، مگر اینکه مجازات تحمیلی به دولت جنایتکار را به افشاگری ساده رفتارش که به علت تقسیح عمومی، جنبه تردیلی دارد، تنزل دهیم.

— به موجب مقررات منشور و عملکرد بعدی، متن فصل هفتم و به ویژه مواد ۴۱ و ۳۹، شورای امنیت را مکلف می‌سازد در اقدامات خود علیه هر کشور ناقض تعهد اساسی — اگرچه آن نقض، امنیت بین المللی را به مخاطره نیندازد — عمل مخالف را در حاده «تهدیدی علیه صلح» تلقی کند. در این صورت، استفاده از مقررات ذیر بخط منشور، آشکارا در جهت مجازات است و شورای امنیت را عملآ ودار به ایفای نقش یک دادگاه

۵۶. سازمان ملل متحده به عنوان نهادی که بیش از هر نهاد دیگر معرف این جامعه است.

سیاسی می‌سازد که ابتدائاً برای قطع وضع مخاطره آمیز برای امنیت جمعی اقدام نمی‌کند بلکه مباشری را کیفر می‌دهد که جرم از انشأت گرفته است.

سؤالی که توسط چندین عضو کمیسیون عنوان شده و در این مرحله نیز مطرح می‌گردد، این است که آیا اعطایا یا لاقل تحکیم نقش مجازات کننده، وسیله‌ای است که می‌تواند شورای امنیت را از حالت فلیج جزئی که سالها است در خصوص اقدامات مربوط به حفظ صلح دچار آن است، خارج سازد؟ اطلاعاتی که رویه جاری در مورد تجاوز می‌دهد بوضوح ثابت می‌کند که شناسائی صریح اعمال تجاوزگرانه استثنائی است و منحصراً به مواردی اختصاص داشته که قدرتهای بزرگ یا متحدان نزدیک آنها در آن دخالتی نداشته‌اند. با اعطای صلاحیت کیفری به شورای امنیت، این داده‌های سیاسی پایه را نمی‌توان زیر سؤال برد. بر عکس، همه چیز این باور را ایجاد می‌کند که آثار آنها، با طرح اصطلاحی که تردیلی است، تشدید خواهد شد.

اما، در این صورت، اگر «رژیم» مسئولیت کیفری دولت بنناچار ارگانی را که دچار ضعف شده است مأمور ایفا نش و وظیفه‌ای کند که از نظر سیاسی درخور عهده دار شدن آن نیست، آیا حقیقتاً بجا است که پیشنهاد کنیم تا عمل مستب آن با اصطلاح پرطمطراف ولی مبهم «جنایت دولت» مشخص شود؟

آیا بدین ترتیب با گذشت زمان این خطر وجود ندارد که به ابهام مفاهیم مندرج در ماده ۱۹ مانند مفهوم جنایت، مسئله ضمانت اجراءای را که بخوبی معین نشده است بیفزاییم؛ مفاهیمی که اجرای آنها منوط به تحقق شرایط سیاسی غیرقابل حصول خواهد بود؟

۴. در حقیقت، خطر دیگری وجود دارد که به دور از اینکه بتواند خطرات ذکر شده را از میان بردارد، به نظر می‌رسد که بر عکس، مستقیماً از آن ناشی می‌گردد.

در مقابل عدم امکان اقدام مناسب در مورد جنایت از سوی نهادهای بین‌المللی، دولتها به این فکر خواهند افتاد که در توصیف خاص این نوع بزه، مشروعيت توسل به ضمانت اجراهای یکجانبه را که خود، بدون کنترل هیچ ارگان بین‌المللی، انجام خواهند داد استنتاج کنند. در این صورت، ناچار به ایجاد رویه‌های ناسازگار با عبارات و روح منشور می‌شویم که از بدو امر سعی بر تحکیم ممنوعیتهای آن شده است.

این موضوع، بعد از اتخاذ «ضمانت اجراهایی» از سوی ایالات متحده امریکا و متحдан غربی او در مسئله ایران، و به ویژه در مسئله افغانستان، ارزش بررسی و مدققه را دارد. هر دو مسئله در قلمرو صلاحیت سازمان ملل متحده است. در واقع، شاید بتوان بدون هیچ غرض سیاسی اثبات کرد که هر دو مسئله «تهدیدی» علیه صلح بین‌المللی محسوب می‌شوند؛ حتی می‌توان گفت که مورد دوم — یعنی مسئله افغانستان — «لطمه‌ای» به صلح بین‌المللی است. در هر دو مورد از شورای امنیت تقاضای رسیدگی شده است و همچنین در هر دو مورد این شورا ناتوان از تعیین ضمانت اجراهای جمعی علیه مباشران جرائمی بود که می‌توان آنها را به عنوان جرائمی که عناصر عینی «جرائم دولت» را در خود دارند محسوب کرد.

از این موضوع یک رشته ضمانت اجراهای مختلف — به ویژه در مورد مسئله افغانستان تا مسئله ایران (که وسیعاً در حد دوچانبه باقی ماند) — حاصل می‌شود که نمی‌توان اهمیت آنها را نادیده گرفت. کلیه این ضمانت اجراهای نخست از سوی ایالات متحده امریکا^{۵۷} و سپس از سوی چندین کشور متحده او مقرر گردید. این ابتکارات به دعوت ارگانهای سازمان ملل متحده انجام نشد؛ در مسئله افغانستان مجمع عمومی در تاریخ

۵۷. به ویژه با قطع تحويل مواد غله‌ای به شوروی، محدود کردن روابط دریائی و هوائی، محدود کردن روابط دیپلماتیک وغیره، حتی روابط فرهنگی، «کنار گذاشتن موقعی فرایند تصویب سالت ۲، قطع صدور تکنولوژی بسیار پیشرفته و سرانجام تحریم بازیهای المپیک مسکو».

۱۴ ژانویه ۱۹۸۰ محاکومیت و دعوت به محاکومیتی انشاء کرد که مورد خطاب هر دوی آنها دولت متهم بود و نه سایر دولتهاي عضو.

بر عکس، همه چیز این باور را ایجاد می‌کند که دولتهاي تنبیه کننده، صلاحیت خود را در اتخاذ تدابیری که خصیصه بارز تر هیبی دارند، از دو واقعیت یعنی ضعف نهاد و اهمیت تهدید علیه صلح استنتاج کرده‌اند. بدین‌سان، شاهد ظهور کنترل نشده اقداماتی هستیم که خودسرانه بوده و به نام منافع جامعه‌ای که ناتوانی آن از دفاع مسلم گردیده جانشین نهاد ضعیف شده است.

بی‌هیچ تردیدی، در این رویه باید نتیجه یک رشته ملاحظات استراتژیک - سیاسی را دید که حقوق نسبت به آنها نقشی فرعی ایفا می‌کند. اما از آنجا که اساس مفهوم جنایت در هم وغم حمایت «کل جامعه بین‌المللی» قرار دارد، این مفهوم از نظر بین‌المللی بیشتر نیاز به مشروعيت دارد تا به قانونی بودن صرف. از این جهت، مفهوم جنایت در آینده می‌تواند (اگرچه از سوی طرفهای دعوی در مسائل جاری تاکنون به آن اشاره نشده است) نقشی کم و بیش صریح در موارد مشابه به منظور توجیه اقداماتی که در عین حال مشروعیت‌شان علی الاصول منوط به دستوری یا دعوت شورای امنیت است، ایفا کند. آپارتاید و حفظ سلطه استعماری از طریق زور، قبل از اینکه در ماده ۱۹ جنایت تلقی شود، مجمع عمومی در طول سالهای ۱۹۶۰ آنها را به عنوان اعمالی که دولتها را مجاز به نقض اصول منشور از طریق حمایت نظامی از جنبش‌های آزادی بخش ملی می‌کند، مورد ملاحظه قرار داده بود. این خطر می‌تواند وجود داشته باشد که مفهوم جنایت موجب شود تا طرفداران مشروعيت، خود در مقابل این فکر که جنایت از نظر بین‌المللی بیشتر با معیار مشروعيت مشخص می‌گردد تا با معیار قانونی بودن، قد علم کنند و با آن مخالفت ورزند.^{۵۸ و ۵۹}

۵۸. علی الاصول، اکثر مؤلفان در محاکومیت هرگونه توسل به زور به عنوان نامشروع با هم موافق هستند مگر اینکه شرایط پیش‌بینی شده در ماده ۵۱ منشور سازمان ملل تحقق یافته باشد.

اگر تعیین چارچوب مداخله و ماهیت مجازاتها آسان نیست، به طریق اولی، تعیین آئین دادرسی مربوط به آنها نیز دشوار خواهد بود.



آئین دادرسی کیفری

همانگونه که غالباً وقتی متخصص حقوق بین الملل با مسائل فتی ای مواجه است که هنوز برای او تازگی دارند و ناچار به جستجوی یک روش تحلیل می‌شود، می‌توانیم از مراحل گوناگون آئین دادرسی کیفری داخلی برای تعیین اینکه چگونه در مورد ارتکاب جرم دولت مسائل اتهام، تحقیقات، محاکمه و سپس اجرای حکم محکومیت مطرح می‌شود، الهام بگیریم. با وجود این، توضیحاتی که در فوق آمد نشان داد که چنین اقدامی به اندازه کافی سطحی است زیرا، از این جهت و از جهت تعیین مجازاتها، همه چیز بستگی به نظم سیاسی یا حقوقی، نهادی یا مراداتی دارد که تنیبیه جرم در آن جای خواهد گرفت.

بنابراین، من بباب مثال، برای تجسم ترکیب و مأموریت یک کمیسیون بین المللی تحقیق و تکمیل پرونده جنائی^{۵۹}، هنوز وقت آن نرسیده لست که دست به ساخت نظامهای کم و بیش ماهرانه زد. برای تنظیم «رژیم» جنایت دولت، نخست باید گفت آیا در قلمرویک ارگان سیاسی



۵۹. یادآوری کنیم که دکترین شوروی و به ویژه توکنکین، بخصوص جدا کردن (قطع) سرزمینهای آلمان بوسیله شوروی را در قالب ضمانت اجرای جنایات رایش سوم توجیه می‌کند.

۶۰. از این جهت، کمیسیون بسیار عجیبی که از سوی دیرکل سازمان ملل متحده برای تحقیقات در مورد جنایات شاه و شکایات ایران علیه ایالات متحده امریکا تشکیل شده بود، دلیل آن است که چنین نقشی می‌تواند به یک ارگان مشابه مرکب از شخصیتهای مستقل برای آماده ساختن پرونده مربوط به جرائم یک دولت محول گردد.

است یا در قلمرو یک ارگان قضائی؟ اگرچه به هنگام بحثهایی که در چارچوب ششمین کمیسیون مجمع عمومی مطرح شد، به این مسئله به طور ضمنی اشاره رفت، اما می‌دانیم که کمیسیون حقوق بین‌الملل هنوز به بررسی آن نپرداخته است.

در حقیقت، اگر مفهوم جنایت دولت نسبتاً دیر پا است، اما تفکر و بررسی دکترین درخصوص رژیم آن هنوز در مراحل ابتدائی است. با وجود این، یک مسئله از مدت‌ها پیش در عبارات غالباً مهم جلب نظر کرده و آن، مسئله اقامه «دعوای عمومی بین‌المللی»⁶¹ است که عموماً فقط به یکی از اشکال آن یعنی «دعوای مردمی»⁶² خلاصه می‌شود. بنابراین، ضروری به نظر می‌رسد که مطالعه ویژه‌ای را به آن اختصاص دهیم.

۱. از زبان مؤلفان مذکور قبلی که امکان تفکیک انواع مسئولیت را بر حسب محتوای قواعد نقض شده مورد توجه قرار داده‌اند، غالباً این گفته به نظر ما منطقی است که عدم رعایت یک تعهد مطلق (قابل اعمال نسبت به همه)، نه فقط به دولتی که مستقیماً از آن متضرر شده بلکه به کلیه دولتها اجازه می‌دهد که برای «احیاء و تضمین نظم حقوقی» اقدام کنند. با چنین عباراتی است که به ویژه بلونچلی نظرات خود را بیان می‌کند. همچنین روت و پیسلی، در تعقیب نظر رژیل⁶³ می‌گویند که کلیه دولتها مجاز خواهند بود تا آعمال بین‌المللی نامشروع را که مربوط به کل جامعه است مجازات کنند.

متعاقباً این مسئله که ورود در دعوا، به هنگام نقض بعضی تعهدات، برای همه دولتها میسر باشد در مقابل دیوان دادگستری بین‌المللی مطرح می‌شود. با وجود این، در همینجا ابهامی ظاهر می‌گردد که عموماً به آن توجه کافی مبذول نمی‌شود. دیوان در مرحله دوم پرونده افریقای جنوب

61. l'action publique internationale

62. actio popularis

63. G.Scelle

غربی، امکان اقامه یک دعوای مردمی در حقوق بین الملل را رد می‌کند، اما برخلاف مؤلفان فوق الذکر به هیچوجه خود را در متن سیاسی روابط مستقیم بین دول قرار نمی‌دهد. مسئله مهم برای دیوان این خواهد بود که مفهوم «ذیحق بودن» یا «ذینفع بودن» در دعوای قضائی را از میان بردارد.

دیوان دادگستری بین المللی برای اینکه به طور ضمنی به نتایج مخالف برسد در خصوص داشتن نفع برای اقامه دعوا در دادگاه، در سال ۱۹۷۰ و به مناسبت پرونده بارسلونا تراکسیون، تفکیک بین «تعهدات دولتها در مقابل کل جامعه بین المللی و تعهداتی را که در برابر یک دولت دیگر در چارچوب حمایت دیپلماتیک بوجود می‌آید» اعلام داشت.

بدین ترتیب، با توجه به نقطه مشترکی که عبارت از نفع همگان در رعایت تعهدات مربوط به نظم عمومی بین المللی باشد، نتایجی گرفته می‌شود که در دونظام کاملاً متمایز جای می‌گیرد: حق اقدام تنیبی مستقیم از یک سو و حق اقامه دعوای قضائی از سوی دیگر. اینها هر دو جنبه استثنای نیز دارند: یکی نسبت به اصل عدم توسل به زور و دیگری نسبت به اصل نفع شخصی برای اقامه دعوا در دادگاه. اما شایسته است بدانیم که آیا ارتکاب جنایت بوسیله یک دولت به دولتها دیگر اجازه می‌دهد که خود دست به اجرای عدالت بزنند یا صرفاً اتهام زنندگان عمومی بشوند؟

در واقع، هیچ یک از این دو امکان با اصولی که حقوق بین الملل فعلی ادعای مبتنی بودن بر آنها را دارد، سازگار نیست. قبل از نخستین امکان صحبت به میان آمد. اگر بتوان زمانی که انتقام‌جویی به لحاظ ضعفهای سازمان جمعی حفظ صلح صورت می‌گیرد، مشروعیت توسل به آنها را — خواه مسلحانه باشد خواه نه — مورد تردید قرارداد، به طریق اولی می‌توان نتیجه گرفت که اعمال مستقیم انتقام جمعی از سوی دولتها عدالتگر، اصل عدم توسل به زور در روابط بین المللی را (مانند اصل

حل و فصل صلحجویانه اختلافات) مستقیماً زیر سؤال می‌برد.^{۶۴} بر عکس، دوین امکان (بسط حق اقامه دعوى در دادگاه که به همه دولتها اعطای گردیده به این جهت که همه آنها دارای نفع برابری در رعایت تعهد نقض شده هستند) ظاهراً موافق با همین اصول است. مؤلفان بسیاری، به ویژه فیلیپ جسوب در نظریه مخالفش در پرونده افریقای جنوب غربی، به سوابق مشهوری – چون سابقه‌ای که پس از جنگ جهانی اول عهدنامه‌های حمایت اقیتتها یا مواد ۲۳ تا ۲۶ منشور سازمان بین‌المللی کار را در نظام جهانی تنظیم و ایجاد می‌کند – اشاره و استناد کرده‌اند تا بتوانند به کشف گرایشی^{۶۵} حاکی از ظهور مسئله «قانونی بودن» نائل آیند. این گرایش حتمی و قطعی است، اما ملاحظه می‌کنیم که آئینهای موجود در خصوص اقامه دعوى همواره در چارچوب هنجاری و نهادی خاص، مثلًاً در چارچوب سازمان بین‌المللی کار، کنوانسیون اروپائی حقوق بشریا جوامع اروپائی قرار می‌گیرند و در سطح جهانی یا ناظر بر مکانیسمهای انعطاف‌پذیر و ناقص کنترل سیاسی است و نه کنترل قضائی (بدون هیچ اثر حقوقی روشن)، یا در سطح منطقه‌ای ناظر بر نظامهای حقوقی مستقل است که در آنها مراجعت یکجانبه به قاضی مقتدرآ پیش‌بینی شده است. در نظام حقوق بین‌الملل عمومی، اساس قراردادی بودن مراجعت به قاضی مانع بزرگی در سر راه استقرار دعوى‌ای عمومی است، خواه این دعوى «مردمی»^{۶۶} باشد خواه نباشد.

۶۴. ملاحظه می‌کنیم که ایالات متحده امریکا در جریان تجاوز شوروی به افغانستان از هیچ خسارت مستقیم و شخصی (جز ضرر ثنوپولیتیکی) شکایتی ندارد.

۶۵. این گرایش بعلاوه در تحقیق مسئولیت بین‌المللی مکتب کلامیک محسوس است.

۶۶. در واقع، باید یادآوری کنیم که «دعوى مردمی» که مؤلفان معتقد‌برآن تکیه می‌کنند، در معنای قضائی کلمه، دعوای است که ورود به آن برای کلّه افراد یا اشخاص تابع یک نظام حقوقی، که هر کدام از آنها دارای نقش دادستانی می‌شوند، میسر است. بنابراین، در حقوق بین‌الملل می‌توان کاملاً تصور کرد که در دون چارچوبهای نهادی و هنجاری خاص، این نقش از سوی یک ارگان دارای نمایندگی برای حفظ منافع جمعی اعمال گردد.

۲. حادترین مسئله، مسئله توصیف جرم است نه مسئله «دعوی» به معنای قضائی کلمه. این عمل به آن اندازه مهم است که علی رغم کوشش‌های هنجاری احتمالی به منظور تعیین عناصر متشكّلة انواع مختلف جرائم از طریق کنوانسیون، اصل قانونی بودن جرائم هرگز با همان شدتی که در حقوق داخلی اعمال می‌گردد در حقوق بین الملل قابل اجرا نخواهد بود. بدین سان، مسئله وصف و عنوان جرم، آزادی ارزیابی وحشتناکی برای مباشر آن باقی خواهد گذاشت. اگر به کلیه دولتها این حق داده شود که به جرم علیه بعضی تعهدات عنوان «جنایت» اعطا کنند، باید بپذیریم که دولتها این حق یکجانبه و خودسرانه را دارند که مبادرت به اقدام کیفری کنند؛ اقدامی که در بالا به خطرات و حتی عدم امکان آن از نظر قانونی اشاره کردیم. در اینجا یک بار دیگر این ضرورت منطقی و سیاسی را باز می‌یابیم که عمل حقوقی تشخیص جنایت در وضعیت خاص، باید به ارگانی که دارای نمایندگی از سوی جامعه بین المللی است و به نام آن عمل می‌کند سپرده شود و نه به ارزیابی خودسرانه و فردی دولتها.

برای تأمین خواسته‌ای از این نوع است که ماده ۳۹ منشور به شورای امنیت صلاحیت می‌دهد که «وجود تهدید علیه صلح، وجود نقض صلح یا یک عمل تجاوز‌گرانه ...» را به تشخیص خود احراز کند. اگرچه همین ماده قدرت تعیین عنوان و قدرت اجرای ضمانت اجراهای را به این ارگان محول می‌سازد، با این حال، بجا است به طور صريح اولی را از دومنی تقسیک کنیم، چرا که یکی مقدمه لازم بر دیگری است. همین اهمیت اساسی عمل تعیین عنوان جرم است که، در مرحله رسیدگی شکلی، تعیین این نکته را که چه ارگانی حق توصیف جرم را دارد مهم می‌سازد.

با وجود این، در اینجا نیز رویه سازمان ملل متحده موجب سردرگمی است؛ چه در مورد رویه شورا که همیشه لزوماً یا دولتها بزرگ را از مجازات معاف می‌کند و یا دسترسی به آن ممنوع است، و چه در مورد رویه مجمع که به هر حال عاری از امکانات ضروری است و آنقدر تحت کنترل

«اکثریتهای بدون اراده» قرار دارد که نمی‌تواند کلیه تضمینهای لازم برای قدرت و نفوذ یک چنین اقدام حقوقی را ارائه کند.

بسی شک، راه حل دلخواه از این جهت این است که از راه حل ماده ۶۶ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاہدات الهام بگیریم و صلاحیت تعیین عنوان جرم علیه قواعد آمره را برای صدور حکم درباره آن به دیوان دادگستری بین المللی اعطا کنیم. اما آیا می‌توان تصور کرد که دولتها در مورد اینکه قدرت و اختیاری با این اهمیت به دیوان تفویض شود با هم توافق دارند؟

نتیجه ●

ضرورتهای یک تحلیل فتی دقیق به طور اجتناب ناپذیری می‌باشد کمیسیون حقوق بین الملل را ناچار به مطالعه این موضوع نماید که آیا مسئولیت دولت، بر حسب محتوای تعهد نقض شده، تغییر می‌کند یا خیر؟ که، در واقع، این کار را نیز انجام داده است.

با این کار، کمیسیون مأموریت خود را با توجه به چگونگی مسئولیت بین المللی کلاسیک آغاز کرد. با وجود این، کمیسیون به نتیجه‌ای می‌رسد که منطق صوری آن قابل اعتراض نیست، اما می‌توان در مورد آن گفت که آثار ساختاری و سیاسی آن انقلابی هستند، یا لااقل به طور گسترده‌ای از چارچوب مضيق حقوق کلاسیک مسئولیت طرفینی فراتر می‌روند.

کمیسیون، تحت عنوان «گسترش تدریجی»، نمی‌توانست کار گند تدوین و ایجاد این قواعد اخلاقی جهانی را که سیستم ملل متحده بیش از سی سال است آن را به عهده دارد، مورد ملاحظه قرار ندهد. پیشتر، قبل از کمیسیون، دیوان دادگستری بین المللی در پرونده‌ای که در آن این موضوع به هیچ‌وجه ضروری نمود از وجود تعهدات در مقابل «کل جامعه بین المللی» به گرمی استقبال کرده است.

معذلک، لازمه تأکید براین موضوع که عدم رعایت این تعهدات، جنایت به حساب می‌آید این است که فرض کنیم جامعه بین‌المللی به اندازه‌ای واقعی و سازمان یافته است که می‌تواند به ایجاد مکانیسمهای جمعی مجازات مبادرت کند؛ مکانیسمهای که مشروعيت آنها ازسوی همه چنان به رسمیت شناخته شده و جا افتاده باشد که ضمانت اجراء‌های که تحمیل خواهند کرد، مورد قبول واقع شده و اجرا گردد.

اما تمام مشکلی که ابتکار کمیسیون حقوق بین‌الملل ایجاد کرده در عدم تعادلی خلاصه می‌شود که میان قاعده و نهاد موجود است.

تحوّل قاعده، بی‌شک، منجر به مضاعف ساختن انواع اعمال نامشروع می‌شود، اما نارسانیهای نهاد به احتمال قوی مدت‌ها مانع از استقرار رژیم «مسئلیت کیفری» خواهد شد.

در وضع فعلی، نتیجهٔ پیشروی قاعده به ویژه این است که نارسانیهای عدالت قراردادی را گوشزد و عدم توانائی ارگان اجرائی جهانی نوبتاً را خاطر نشان سازد. این ناتوانی ناشی از قدرتی است که اساسنامه این ارگان به قوی‌ترها اعطای کرده و نیز به لحاظ آن است که اختلافات سیاسی میان جمیع کشورها موجب فلنج آن شده است.

شاید دقیقاً ارزش ارگانی تدوین قوانین حقوقی ملل متعدد در آنجا است که از این طریق خواستار آن شده که ساختارها در حد قواعدی که خود مسئول پیشبرد و گسترش آنها هستند ارتقاء یابند.

اما چنین اقدامی، دعوت «جامعه بین‌المللی» به انجام کوششی است که چندان هم آسان نیست، زیرا مسئله فقط جبران خسارت نیست بلکه صحبت از مراقبت، محکوم ساختن و مجازات کردن نیز در میان است.

باری، کلیه دولتها امروز بی‌شک، پیش خود به سخنان حکیمانه‌ای می‌اندیشنند که زوسم⁶⁷ به برادران کارامازوف⁶⁸ اندرز

67. Zosime

68. Karamazov

می‌داده است:

«به یاد بیاور که تو قاضی هیچکس نمی‌توانی بود، زیرا قبل از محاکمه یک جنایتکار، قاضی باید بداند که خود نیز به اندازه متهمن جنایتکار است و شاید بیش از همه مقصّر جنایت خویش باشد.»

ای. اف. دکر. اچ. اچ. جی. پست

L.F.DEKKER-H.H.G.POST

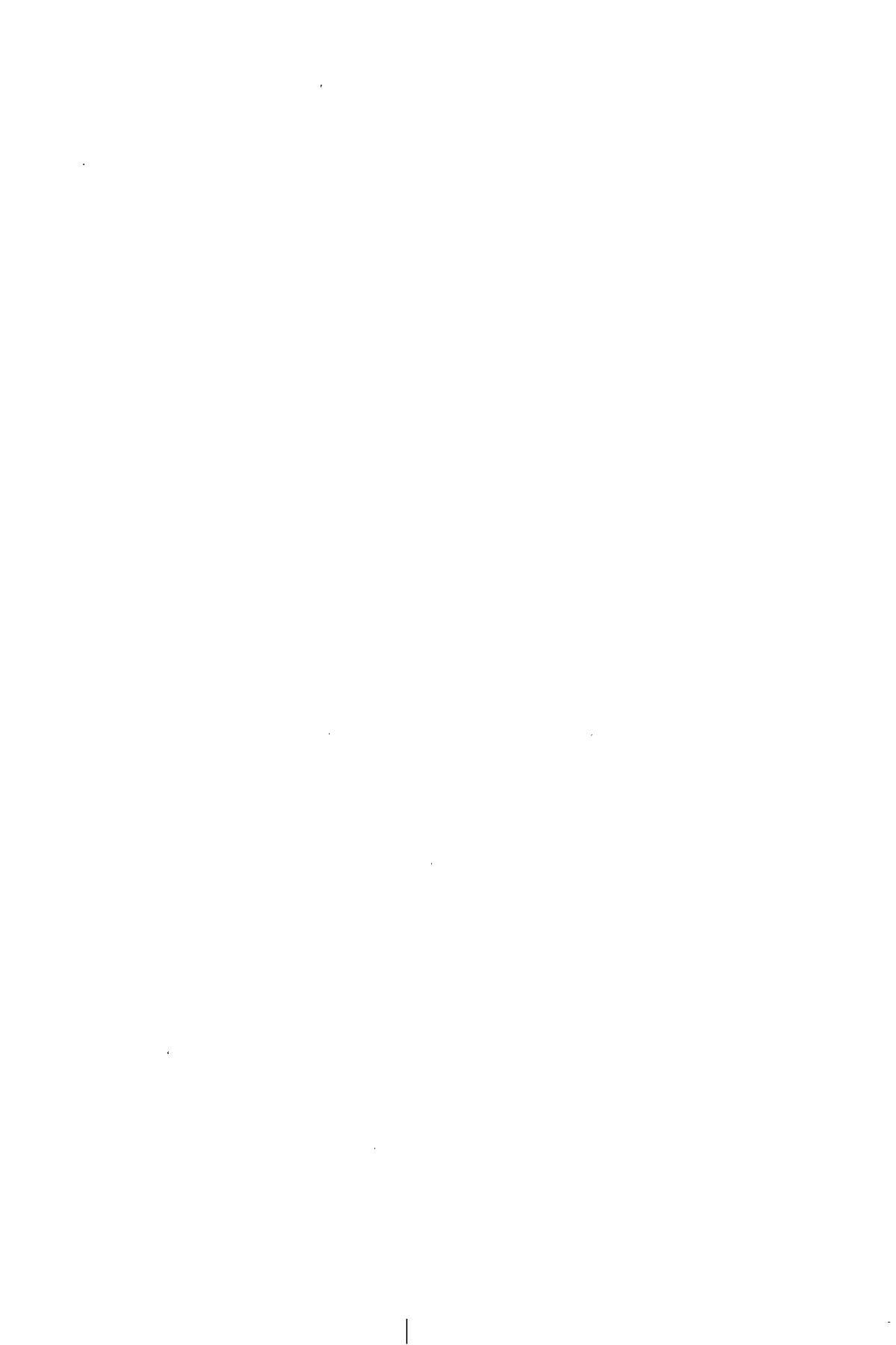
ترجمه و تلخیص:

واحد ترجمه دفتر خدمات حقوق بین المللی



جنگ عراق علیه ایران
از دیدگاه حقوق بین الملل





اشاره

مقاله حاضر که در سالنامه حقوق بین الملل هند (جلد ۱۷، سال ۱۹۸۶، صفحات ۷۵-۱۰۵) به چاپ رسیده است توسط دو افسر هندی نوشته شده و صرفاً به عنوان نمونه‌ای از تحلیلهای حقوقی- فنی که صاحب نظران غربی از جنگ تحمیلی عراق علیه ایران بعمل آورده‌اند و جهت اطلاع بیشتر خوانندگان از چند و چون جنبه‌های حقوقی جنگ ترجمه و منتشر می‌گردد بدون اینکه کلیه نظرات ارائه شده در این مقاله مورد تأیید مجله حقوقی باشد.

بطوری که ملاحظه می‌کنید نویسنده‌گان مقاله سرانجام چنین نتیجه گیری کرده‌اند که توجیهات و آذاعاهای عراق برای شروع جنگ از نظر ضوابط حقوق بین الملل موجه و قائم کننده نبوده و نیست.

مجله حقوقی



۱. مقدمه^۱

همانطور که عملاً در کلیه اختلافات بین المللی صادق است، ایران و عراق برای توجیه اعمال خود در جنگ خلیج مواضعی مبتنی بر حقوق بین الملل اتخاذ کرده‌اند. در اختلافی چنین پیچیده، بررسی اعتبار اینگونه توجیهات که در مقاله حاضر مورد نظر است به منظور بررسی امر بر مبنای حقوق بین الملل، با تجزیه و تحلیل اختلاف بر مبنای نظرات مطروح در بحثهای شورای امنیت و مجمع عمومی سازمان ملل متحد، می‌توان از طرح قسمتی از مسائل مربوط به واقعیات امر تا حدودی احتراز کرد. بعلاوه، فقط مرحله اول اختلافات تا سال ۱۹۸۰ در اینجا مورد بررسی قرار می‌گیرد. ابتدا به بررسی تاریخی اختلافات مرزی بین دو کشور راجع به آبراه اروندرود (شط العرب)^۲ از نقطه نظر حقوق بین الملل می‌پردازیم. این

۱. خلاصه برگزیده این مقاله در شماره اول سال اول مجله سیاست خارجی چاپ شده است.

۲. نویسنده‌گان مقاله همه‌جا از این آبراه با نام شط العرب یاد کرده‌اند که ما هم برای حفظ امانت ←

اختلاف مذتهای دراز مسائلی در رابطه بین دو کشور ایجاد نموده و انگیزه مهمی برای توسل عراق به اقدام نظامی بوده است. بدون بررسی کوشش‌های مختلفی که طی سالها برای حل این اختلاف از طرق قانونی بعمل آمده است، نمی‌توان توجیهات عراق را برای اقدامات سپتامبر ۱۹۸۰ و حمله به ایران بررسی کرد. بعلاوه، لازم است قضاوت شود که آیا وقتی عراق دست به اقدام نظامی زد، مقاصد ارضی نیز داشته است یا خیر.

پاسخ به سؤال زیر برای موضوعی که در پایان این مقاله مورد بحث قرار گرفته نیز حائز اهمیت است: آیا برای ادعای مطروحة توسط ایران — که قبل از مراحل اولیه جنگ اعلام شده بود — مبنی براینکه رژیم عراق و به ویژه شخص پرزیدنت صدام حسین مسئول این جنگ است، دلایلی وجود دارد؟ در این بحث، ما ادعاهای مربوط به موارد نقض شدید مقررات جنگی، از جمله استعمال سلاحهای شیمیائی یا بمباران شهرهای بی دفاع را که در مراحل اخیر جنگ رخ داده است، بررسی نمی‌کنیم. در بخش‌های زیر فقط برخی از ملاحظات مربوط به این موضوع حساس مطرح می‌شود.

۲. اختلاف بر سر مرزآبی

آبراه، رودی است به طول شصت میل دریایی که مرز بین ایران و عراق را تشکیل می‌دهد. اختلاف بر سر این آبراه به ویژه مربوط به این سؤال می‌شود که آیا عراق حق حاکمیت بر تمامی آن رودخانه را دارد؟ ایران نسبت به حاکمیت کامل بر شط العرب ادعای جدی مطرح نکرده است. استفاده از آبراه برای کشتیرانی نیز همواره منشأ اختلاف بوده است. در اولین موافقتنامه عмده، یعنی در عهدنامه سال ۱۸۴۷ ارزروم، و نیز در دو مین توافقی که بیش از پنجاه سال بعد به سال ۱۹۱۳ در مقابله نامه قسطنطینیه بین

→
در ترجمه عیناً همان را می‌آوریم، ولی تأکید می‌کنیم که نام اصلی این آبراه همان «اروند رو» است. «مجلة حقوقی»

ترکیه و ایران بعمل آمد، مرزی تعیین گردید که با یکی دو مورد استثناء در امتداد خط سفلای آب در ساحل شرقی (در طرف ایران) قرار داشت. این موارد استثناء عبارت بود از بندر خرمشهر و تأسیسات بندری اطراف آن و چند جزیره نزدیک ایران که به ایران اختصاص داده شد.

پس از جنگ جهانی اول، هنگامی که عراق حقوق و وظایف ترکیه، سلف خود، را بر عهده گرفت این ترتیبات، هم در اصول و هم در عمل، مسائلی بوجود آورد. ایران می‌گوید که^۳ مرز شط العرب طبق روش معروف به «تالوگ» که بیش از پیش به عنوان خط مرزی کشورها در رودهای مرزی قابل کشتیرانی مورد عمل قرار می‌گیرد، نبوده است.

از نقطه نظر حقوق بین الملل، تالوگ معمولاً به مسیر کشتیرانی ایده‌آل از لحاظ دریانوری اطلاق می‌شود. به لحاظ افزایش عبور و مرور در بندرنفتی آبادان در ایران، اجرای مقررات کشتیرانی و گمرکی عراق منتهی به برخوردهای جدی و روزافزونی با دولت همسایه می‌شد. شناسائی رسمی عراق توسط ایران در ۲۵ آوریل ۱۹۲۹ که با تأخیر طولانی صورت گرفت منتهی به از سر گرفتن مذاکرات درباره شط العرب شد، ولی نتیجه آنها فقط توافقهای مؤقتی بود.

در اوایل دهه ۱۹۳۰ تقاضاهای ایران درباره حصول توافقهای جدیدی درباره مرز بین دو کشور جدی تر شد. در ۱۹۳۳ و ۱۹۳۴ حتی حادثی رخ داد که به درگیری با کشتهای نیروی دریایی ایران انجامید. در سال ۱۹۳۴ تشتج آنچنان بالا گرفت که در ۲۹ نوامبر عراق از ایران به جامعه ملل شکایت کرد. این شکایت نه تنها راجع به اختلاف بر سر شط العرب بود بلکه به موضوعات [المضى] دیگری نیز ارتباط داشت. ایران در پاسخ خود که به دیرکل جامعه ملل تسلیم کرد این نقطه نظر را اتخاذ نمود که مرز تعیین شده در مقابله نامه قسطنطینیه برای ایران الزام آور نیست.

۳. ایران می‌گوید که مرز شط العرب انعکاسی از رویه در حال افزایش دولتها در تعیین روش موسوم به تالوگ، به عنوان خط مرزی در رودهای قابل کشتیرانی مرزی، نداشت.

مهترین دلیل این بود که عهدنامه ۱۸۴۷ ارزروم به عنوان مبنای تعیین این مرز، به نحو معتبری تنظیم نشده است. ادعا شده بود که نماینده ایران در آن زمان در مذاکرات مرزی با قبول یک «یادداشت توضیحی» از اختیارات خود فراتر رفته بود مضافاً به اینکه ترکیه از این امر آگاه بود و چون ترکها پذیرش این یادداشت توضیحی را از طرف ایران شرط موافقت خود با عهدنامه اعلام کرده بودند، [عهدنامه] برای هیچیک از طرفین تعهدآور نبوده است. علاوه بر این، ایران اظهار داشت که حقیقت هر چه بوده باشد ماده ۲ عهدنامه ارزروم تصریح نمی‌کند که مرز باید در امتداد ساحل شرقی شط العرب باشد. در مقابله نامه قسطنطینیه چنین شرطی مقرر شده بود، ولی ایران ترتیب مقرر در آن مقابله نامه را معتبر نمی‌دانست. این مقابله نامه طبق قانون اساسی ایران تنظیم نشده بود و بعلاوه با اصول اساسی عهدنامه ارزروم هم مغایرت داشت. طبق اظهارات ایران، در نتیجه قطعی نبودن ترتیبات معتبری طبق عهدنامه مذبور، اصل تالوگ فوق الذکر حاکم بر تعیین تکلیف مرز است.

مسئلماً عراق با این نحوه تفسیر از روابط حقوقی بین دو کشور موافق نبود. نوری السعید، نماینده عراق اظهار داشت که عراق نه تنها مرز شط العرب را به نحوی که در عهدنامه ارزروم تعیین شده صحیح می‌داند بلکه این تنها راه تفسیر عهدنامه است. استدلال اساسی این نقطه نظر آن بود که هر دو طرف از ۱۸۴۸ تا ۱۹۱۴ طبق مقررات ذیربطر عهدنامه رفتار کرده‌اند. بعلاوه، ایرادهای مربوط به قانون اساسی ایران راجع به مقابله نامه قسطنطینیه به نحو مجانب کننده‌ای رد شد. نوری السعید کاربرد اصل تالوگ در اغلب موارد را انکار نکرد بلکه افزود که مع الوصف اصل مذبور مبین قاعده جهانی الزام آوری نیست و مسئله تعهدات ناشی از عهدنامه را از بین نمی‌برد. در اعلامیه عراق، علاوه بر ذکر استدلالهای حقوق بین الملل، به اهمیت ویژه شط العرب به عنوان تنها راه عراق به دریا نیز اشاره گردیده و این استدلال مرتباً از آن زمان تکرار شده است.

در محافل مختلف، از جمله از طرف آتنوی ایدن نماینده انگلیس و

نیز نوری السعید، پیشنهاد شد که این موضوع به دیوان دائمی دادگستری بین المللی ارجاع شود. ولی میانجیگری بارون الوایسی ایتالیائی منجر به تماس مستقیم بین دو طرف شد. نتیجهٔ نهائی این تماس یک پیمان مرزی بود که در ۴ ژوئیه ۱۹۳۷ در تهران به امضاء رسید. در این پیمان ترتیبات مقاوله‌نامهٔ قسطنطینیه تأیید گردید. علاوه بر آن، [در ماده ۲] توافق شد که مرز در جنوب آبادان در ایران به طول پنج کیلومتر خط کم عمق آب در ساحل ایران نبوده بلکه به جای آن خط تالوگ قسمت عمیق شط العرب خواهد بود. مواد ۴ و ۵ پیمان مرزی حاوی شروطی درباره استفاده کشتیرانی از آبراه بود. در این مواد حق دستیابی کشتیهای ایرانی و خارجی به بنادر ایران مقرر شده بود. قرار بود در موافقتنامه بعدی، این شروط بیشتر مورد مذاکره قرار گیرد، ولی این امر نیز مانند علامتگذاری مرزی که در ماده ۳ مورد توافق قرار گرفته بود، تحقق نیافت.

تنها در اواسط دهه ۱۹۵۰ (۱۹۵۵) متعاقب پیوستن هر دو دولت به پیمان بغداد بود که تصوّر می‌رفت روابط بین دو دولت به حد کافی در جهت کوشش برای حصول به یک توافق بهبود یافته است. ولی در این امرتا انقلاب عراق در ژوئیه ۱۹۵۸ توفیقی حاصل نشد و پس از آن روابط بسرعت به تیرگی گراید. در ۱۰ دسامبر ۱۹۵۹ دولت ایران رسماً این موضع را اتخاذ کرد که خط تالوگ فقط به فاصلهٔ چند کیلومتر، مرز را تعیین نمی‌کند بلکه باید در سراسر شط العرب مراعات گردد. اندکی قبل از آن گزارش شد که عبدالکریم قاسم نخست وزیر عراق اعلام کرده است که برای بازیس گرفتن پنج کیلومتر رود در آبادان که در پیمان ۱۹۳۷ به ایران تخصیص داده شده بود کلیه اقدامات ممکن را معمول خواهد داشت. معهداً نه این دو نقطه نظر کاملاً مخالف دو کشور همسایه و نه نارضایتی فزاینده ایران از موانعی که عراق برای کشتیرانی در بنادر ایران ایجاد کرده بود منتهی به افزایش نیروی نظامی، که بیم آن می‌رفت، نشد. در اوایل دهه ۱۹۶۰ حتی کوشش‌های محتاطانه‌ای برای تجدید مذاکرات مستقیم بعمل آمد. در فوریه ۱۹۶۴ این کوششها منتهی به تماسهای در سطح دو دولت شد

که تا سال ۱۹۶۸ ادامه یافت، هر چند نتایج واقعی مهمی به بار نیاورد. انقلاب ۱۹۶۸ عراق که حزب بعث را به قدرت رسانید، به تیره شدن روابط انجامید و اختلاف بر سر شط العرب بسرعت مسئله اصلی گردید. در ۲۷ آوریل ۱۹۶۹ دولت ایران رسماً اعلام نمود که پیمان ۱۹۳۷ را به دلیل تخلفات متعدد عراق طی سی و دو سال گذشته باطل تلقی می‌کند و در همان موقع اعلام کرد که حاضر است پیمان جدیدی منعقد سازد، هر چند این پیمان باید متضمن تقسیم عادلانه تر شط العرب باشد. ایران همچنین عراق را تهدید کرد که در آینده ایجاد هر نوع اختلالی در کشتیرانی آزاد در آبراه عواقب سختی خواهد داشت.

از لحاظ حقوقی، دفاع از این دید ایران از پیمان ۱۹۳۷ دشوار به نظر می‌رسد، از جمله به این دلیل که هر دو طرف مدت‌ها این پیمان را مبنای روابط خود شناخته بودند. کوهن نیز در ۱۹۶۳، بر اساس خلاصه حوادث و تحلیل محتاطانه بسیاری از تخلفات [ممکن] از پیمان، به همین نتیجه رسید. حوادث بین ۱۹۶۳ و اعلامیه ۱۹۶۹ ایران تفسیر دیگری را توجیه نمی‌کند.^۴

در واقع، در این مورد می‌توان ارزیابی پیامدهای اقدام ایران را از لحاظ حقوق بین الملل تا حدود زیادی نادیده گرفت. دو کشور بعد از یک دوره پر تشنج، سرانجام، در ۱۹۷۵ موافقتنامه جدیدی منعقد کردند. ظاهراً مسئله شورش کردها در شمال عامل ویژه‌ای بود که رژیم عراق را به دادن امتیازاتی وادر کرد. طی مدتی بلا فاصله بعد از انقلاب ۱۹۶۸ اوضاع هنوز برای حل و فصل داخلی و سیاسی مسئله کردها مناسب به نظر می‌رسید، به ویژه به این دلیل که نفوذ ارتش در حزب بعث هنوز آنقدر زیاد نبود. در مارس ۱۹۷۰ موافقتنامه‌ای با مصطفی بارزانی، مهمترین رهبر کردها،

۴. آقای کوهن (Kuhn) ملیت آلمانی دارد و نظر فوق را در مأخذ زیر که با مشارکت او تدوین شده ابراز داشته است:

U. GEHRKE, G.KUHN: "Dokumenten- Anhang", no. I, p. 289 et seq and in particular, p. 340.

منعقد شد. اما از سوی دیگر، روابط نزدیکتر عراق و سوری – که از جمله در عهدنامه موذت ۱۹۷۲ تصویح شد – منجر به اضطراب فزاینده‌ای برای ایران [و ایالات متحده] گردید. در واقع، گزارش شده بود که این اضطراب نیز باعث شد که برای شورش کردها از نوسلامهای تأمین شود. جنگ داخلی در بهار ۱۹۷۴ دوباره آغاز گردید. هر چند ارتش عراق در ابتدا نسبتاً موفق بود ولی یک سال بعد با مشکلات فزاینده‌ای رو برو شد، که ظاهراً بخشی از این مشکلات به دلیل تمام شدن موجودی سلاحهای آن کشور بود. در نتیجه، رژیم بغداد می‌بایست به حمایت ایران از کردها خاتمه دهد. نیاز به همکاری ایران در یافتن راه حلی برای مسئله کردها معمولاً مهمترین دلیلی است که برای موافقنامه نسبتاً شگفت آور ۶ مارس ۱۹۷۵ در الجزیره ذکر می‌شود. الجزایر به عنوان میانجی عمل کرده بود. در موافقنامه الجزیره، دو اصل از لحاظ تعیین مرز دو کشور قابل توجه است: اولاً قرار بود دو دولت مرزها را بر اساس مقاوله‌نامه قسطنطینیه و اجرای آن تعیین کنند؛ ثانیاً ایران در یک نکته مهم به هدف خود رسید، زیرا مقرر شد که مرز در امتداد رودخانه طبق اصل تالوگ تعیین شود. موافقنامه الجزیره به امضای شاه ایران و صدام حسین معاون ریاست جمهوری وقت عراق رسید. سه ماه بعد، در ۱۳ ژوئن، اصول این موافقنامه رسماً در پیمان مربوط به مرزهای کشوری و روابط هم‌جواری (که منبعد «پیمان» نامیده می‌شود) درج گردید. این پیمان در ۲۷ ژوئن ۱۹۷۶ رسمیت یافت. یک خصوصیت مهم پیمان مذکور این است که عراق عملاً از ادعای خود نسبت به تمامی آبراه شط العرب صرف نظر کرد و به جای آن مرزین دو کشور بر اساس اصل تالوگ را پذیرفت. علاوه بر این، دو طرف بر سر کنترلهای بیشتر مرزی به منظور سرکوبی عناصر «خرابکار» توافق کردند که در یکی از مقاوله‌نامه‌ها به تفصیل تشریح گردید. بالاخره، قابل توجه اینکه ماده ۶ پیمان حاوی مکانیزم جامع و از همه بالاتر قاطع برای حل هرگونه اختلاف احتمالی ناشی از پیمان، مقاوله‌نامه و ضمایم آن از طریق یک داوری الزام آور بود. ما در بخش زیر به این ماده برمی‌گردیم.

آرامش نسبی که در روابط دو کشور بعد از انعقاد این پیمان وجود داشت در نتیجه دوره پرآشوب انقلاب ایران (۱۹۷۸-۷۹) به پایان رسید. وحشت رژیم عراق از نفوذ بنیادگرائی شیعه در کشور همسایه مسلمانیکی از دلایل [عمده] شروع اقدام نظامی در سپتامبر ۱۹۸۰ بود، هر چند که اقدام آن دولت رسماً به طرق دیگری توجیه شده است.

۳. موافقنامه‌های ۱۹۷۵

شورای امنیت سازمان ملل متحده، پس از کسب اطلاع از عملیات نظامی، بسرعت قطعنامه اول خود یعنی قطعنامه ۴۷۹ را در ۲۸ سپتامبر ۱۹۸۰ به اتفاق آراء تصویب کرد. در این قطعنامه از دو طرف خواسته شد که از عملیات نظامی دست بردارند و طبق اصول عدالت و حقوق بین الملل به حل و فصل مسالمت آمیز اختلاف خود بپردازنند. این قطعنامه از ناحیه طرفین، به ویژه ایران، مورد استقبال واقع نشد، که با توجه به رویدادها و تفسیر حقوقی آنها توسط عراق چندان شگفت‌آور نیست.

اینکه در ۲۲ سپتامبر ۱۹۸۰ عراق دست به عملیات نظامی گسترده‌ای علیه ایران زد روشن به نظر می‌رسد. شش روز بعد که قطعنامه ۴۷۹ به تصویب رسید، عراق مناطق وسیعی از خاک ایران را اشغال کرده بود. در نخستین ماه مخاصمات، در مکاتبات عراق با شورای امنیت ذکری از عملیات نظامی مهمی از طرف ایران که عملیات عراق در پاسخ به آنها باشد به میان نیامده است. عراق در توضیح عملیات خود در اولین نامه به سازمان ملل متحده بعد از شروع مخاصمات به تاریخ ۲۲ سپتامبر ۱۹۸۰ خطاب به دبیرکل، در درجه اول این استدلال را مطرح کرد که ایران تعهداتی را که طبق مقاوله نامه منضم به پیمان ۱۳ژوئن ۱۹۷۵ بین دو کشور در مورد تعیین حدود مرزها داشته، رعایت نکرده است، و به ویژه ادعای کرد که ایران اقدامات مربوط به استرداد اراضی عراق را که من غیرحق اشغال کرده بود دائماً به تأخیر انداخته است. در عین حال، ادعا شد که

ایران از مقاوله نامه دیگر پیمان فوق الذکر درباره مرز شط العرب سود برده است. بعلاوه، در نامه مذبور ذکر شده بود که ایران به رهبران گُرد و پروان آنها اجازه داده که به عراق وارد شوند و در خاک آن کشور به فعالیت پردازند.

به نظر عراق کلیه این عملیات از طرف ایران با اصول مندرج در موافقتنامه الجزیره و نیز سایر پیمانهای ۱۹۷۵ مغایرت داشت. حمادی، وزیر امور خارجه عراق، پس از اشاره به ادعاهای ارضی روزافزونی که در تهران [نسبت به بغداد و حتی تمامی عراق] می‌شد اعلام کرد:

«با توجه به اینکه دولت ایران کلیه راههای مشروع برای حل و فصل مسائل ناشی از تعهدات خود را بسته است، جای هیچگونه تعجب نیست که دولت عراق اکنون ناگزیر است حق دفاع مشروع از حاکمیت و تمامیت ارضی خود را اعمال کند و اراضی خود را با توصل به زور پس بگیرد.»

حمادی پس از این توجیه قابل توجه راجع به عملیات خشونت آمیز نیروهای مسلح عراق، اضافه کرد که اعلامیه فوق الذکر و رفتار ایران نشان داده است که دولت ایران دیگر خود را ملزم به رعایت موافقتنامه الجزیره نمی‌داند.

طبق اظهار عراق، کلیه اتهامات فوق رویه معرفته در حکم تخلف آشکار ایران از ماده ۴ پیمان ۱۳ژوئن ۱۹۷۵ است. نتیجه‌ای که از این اظهار گرفته می‌شود این است که ایران، وضعیت حقوقی امور مربوط به مرزهای دو کشور—به ویژه در ناحیه شط العرب—را به وضعیت قبل از ششم مارس ۱۹۷۵، یعنی تاریخ موافقتنامه الجزیره، برگردانده است. این نتیجه گیری حائز اهمیت است زیرا یک مسئله حقوقی مهم مربوط به توجیه عراق در استفاده از نیروی نظامی در سپتامبر ۱۹۸۰ را مسکوت می‌گذارد؛ آیا روش حل و فصل اختلافات که در ماده ۶ پیمان ۱۳ژوئن مقرّر شده در اینجا حاکم است؟ دو دولت در پاسخ به این سؤال نظرات مخالف دارند.

ماده ۶ حاوی راه حلی مفصل و بالاتر از همه، قطعی است. در صورت بروز اختلاف در مورد تفسیر یا اجرای پیمان و مقاوله نامه ها و ضمائم آن هیچک از دو کشور نمی تواند به طور یکجانبه راههای حل اختلافات مندرج در این ماده را نادیده گیرد. این روش با داوری اجباری پایان می یابد. طبق بند ۶ ماده ۶، در صورت عدم توافق طرفین در این نکته، رئیس دیوان دادگستری بین المللی در لاهه یک دیوان داوری تعیین می کند و تصمیمات این دیوان برای هر دو دولت الزام آور است.

ایران در اولین نامه خود که بعد از شروع مخاصمات در تاریخ ۱۰ نوامبر ۱۹۸۰ به شورای امنیت تسلیم نمود، صریحاً تأکید کرد که ماده ۶ حاکمیت دارد. ایران همچنین افroot که برخلاف اظهار عراق، ایران پیمان را فسخ نکرده است، و متذکر گردید که، در هر حال، پیمان (یا مقاوله نامه ها) اجازه فسخ یکجانبه را نمی دهد بلکه، بر عکس، چنان فسخی اکیداً ممنوع شده است. نامه ایران در این باره به مواد ۴ و ۵ پیمان استناد می کند. ماده ۴، به ویژه در مورد مقاوله نامه ها و ضمائم، جای تردید ندارد و از جمله می گوید:

«متعاهدین عظیمین تأکید می کنند که مفاد سه مقاوله نامه و ضمائم آن که در مواد ۱ و ۲ و ۳ فوق به آنها اشاره شده و پیوست و جزء لاین فک این پیمان اند قطعی و دائمی خواهند بود و تحت هیچ شرایطی نباید از آنها تخلف شود و عناصر غیرقابل تفکیکی از یک حل و فصل جامع را تشکیل می دهند.»

عراق در پاسخ اظهار داشت که پیمان، و به تبع آن ماده ۶، دیگر مجری نیست و این امر نه به این دلیل است که عراق آن طور که ایران اکنون ادعا می کند پیمان را به طور یکجانبه فسخ کرده بلکه نتیجه اقدام فوق الذکر ایران بود که در حکم تخلف از پیمان است. ماده ۴ فوق الذکر، به ویژه جمله آخر آن، نشان می دهد که این امر صحبت دارد. جمله آخر آن ماده به این شرح است:

«بر این اساس، نقض هریک از عناصر حل و فصل کلی بوضوح با روح موافقنامه الجزیره منافات دارد.»

به نظر عراق، تخلفات ادعائی ایران از مفاد پیمان و مقاوله‌نامه‌های آن، آنها را باطل و کان لم یکن کرده و این تخلفات با روح موافقنامه الجزیره منافات دارد و چون این موافقنامه و پیمان با مقاوله‌نامه‌ها و ضمایم آن عناصری غیرقابل تقاضی هستند آنها نیز باطل و کان لم یکن شده‌اند. در نهایت، موضوع مربوط به فسخ یکجانبه و من غيرحق عراق در ابتدا بی جواب ماند و بعداً نماینده دائمی عراق در سازمان ملل طی نامه مورخ ۲۵ نوامبر ۱۹۸۰ فسخ یکجانبه پیمان را اکیداً انکار کرد.

۴. فسخ پیمان

موضوع عراق قبل از هر چیز این سؤال را مطرح می‌کند که اگر در این مورد نمی‌توان بدون اجازه طرف متخاصل به راه حل مندرج در ماده ۶ استناد کرد — که بی تردید منظور آن ماده همین بوده است — پس چه موقع می‌توان به آن توسل جست؟ منطقاً حتی می‌توان پیمان و مقاوله‌نامه‌های مذبور را دارای یک رژیم خودکفا دانست. این طریقی بود که دیواندادگستری بین‌المللی در تصمیم مورخ ۲۴ مه ۱۹۸۰ خود درپرونده کارمندان دیپلماتیک و کنسولی ایالات متحده در تهران به مقررات حقوق دیپلماتیک اشاره کرد و نظر داد که این نظام نه تنها حقوق و وظایف دولتها را تعیین می‌کند بلکه «... سوءاستفاده احتمالی آنها را نیز پیش بینی ... و امکاناتی را که دولت قربانی برای رفع چنین سوءاستفاده‌ای در اختیار دارد، مشخص می‌کند. این امکانات ماهیتاً کاملاً مؤثر هستند».

می‌توان استدلال کرد که امکانات مذبور در این مورد کاملاً مؤثر نیستند، ولی غیرمنطقی هم نخواهد بود که انتظار رود دولتی که در ازای آن امکانات تعهدی را صریحاً پذیرفته است، بتواند از آنها حداقل استفاده را بنماید. این اسناد و سایر مطالب نشان نمی‌دهند که عراق کوشیده

باشدشکایات خود در بارهٔ تخلفات از پیمان یا مقاوله‌نامه‌ها را طبق روشهای مقرر در مادهٔ ۶ رفع کند، بلکه این کشور از راههای نظامی استفاده کرد. بعلاوه، نامه‌های بعدی به شورای امنیت آشکار می‌کند که عراق قبلًا در نامهٔ مورخ ۱۷ سپتامبر به ایران اطلاع داده بود که موافقتنامهٔ تکمیلی مورخ ۲۶ دسامبر ۱۹۷۵ را دیگر مجری نمی‌شناشد. همچنین در این نامه، مادهٔ ۴ پیمان به نحوی که قبلًا تشریح شد مبنای استدلال بود. علی‌رغم انکار عراق که پیمانها را به طور یکجانبه فسخ نکرده، نامهٔ مورخ ۱۷ سپتامبر ۱۹۸۰ می‌تواند منجر به این نتیجه شود که عراق عملًا چنین کاری را کرده است. یکی از نکات مقدماتی مهم حقوق معاہدات این است که معاہدات الزام آورند و باید با حسن نیت اجرا شوند. معهداً این امکان به دولتها داده شده است که معاہداتی را به طور یکجانبه فسخ کنند. به عنوان دلیل فسخ [یا تعلیق] یک پیمان دوچانبه می‌توان به تخلف طرف مقابل از آن پیمان استناد کرد، ولی تخلف مورد استناد باید از نوع شدید آن باشد. عهدنامه وین دربارهٔ حقوق معاہدات (۱۹۶۹) در این زمینه به نقض عملی اشاره می‌کند و «نقض اساسی» در بند ۳ مادهٔ ۶۰ به این صورت تعریف شده است:

الف. مردود شمردن معاہده، یا

ب. تخلف از شروطی که برای ایفای هدف و منظور پیمان اساسی باشد، در این عهدنامه مجاز شناخته نشده است.^۵

مردود شمردن پیمان به موجب شق «الف» در اینجا صادق نیست. استدلال عراق مبنی بر اینکه نحوه عمل ایران به طور ضمنی دلالت بر فسخ پیمان دارد مسلمًا در این مورد کافی نیست. اینکه بتوان گفت آیا تخلف

۵. به تبع متن و یکنواختی ترجمه، بهتر است مطالب «الف» و «ب» به صورت نقل قول تنظیم شود و به جای ترجمه فوق مطالب زیر مورد استفاده قرار گیرد:
«(الف) مردود شمردن معاہده به نحوی که در این کنوانسیون ضمانت اجرائی برای آن مقرر نشده باشد، یا

(ب) تخلف از مقرراتی که برای ایفای هدف و منظور معاہده اساسی باشد.»

مورد اشاره در بند ۳ «ب» ماده ۶۰ صورت گرفته یا خیر، دشوارتر است. این موضوع که در حقوق بین الملل تحت چه شرایطی نقض پیمانی برای فسخ آن از ناحیه طرف دیگر به حد کافی شدید محسوب می‌شود به هیچ‌وجه روش نیست و مسلمان در نوشه‌های حقوقی هم هیچ اتفاق نظری در این مورد وجود ندارد. اینکه آیا قصور احتمالی ایران در اجرای مقاوله نامه مربوط به حدود مرزها «نقض اساسی» به مفهوم بند ۳ «ب» ماده ۶۰ است یا خیر، سؤالی است که پاسخ آن، به ویژه در چارچوب این مقاله، دشوار است. با این حال، آنچه که فوقاً در مورد ماده ۶ پیمان گفته شد ظاهراً به نحو مؤثری استناد به بند ۳ ماده ۶۰ عهدنامه وین را منع می‌کند، به ویژه به این علت که روش پاسخ به تخلفات از پیمان را که در ماده ۶۰ تعریف شده است، باید به عنوان یک قاعدة کلی در نظر گرفت و دولتها می‌توانند طبق شرایط خاصی از آن عدول کنند. بند ۴ ماده ۶۰ این امر را به این صورت بیان می‌کند:

«بندهای مذکور در فوق به هیچ‌کیک از مفاد پیمان که در صورت نقض قابل اعمال است لطمه‌ای وارد نمی‌کنند.»

۵. دفاع مشروع

همانطور که در نامه مورخ ۲۲ سپتامبر ۱۹۸۰ ذکر شده است، عراق از اقدام نظامی خود به عنوان اعمال حق دفاع مشروع یاد می‌کند که به اقتضای اوضاع و احوال ضروری بوده است؛ توجیهی که در نامه مورخ ۱۷ سپتامبر نیز ذکر شده است. بدیهی است این حق وجود دارد ولی تنها در شرایط معینی می‌توان آن را اعمال کرد. اصولاً در حقوق بین الملل نوین استفاده از زور، آنطور که در بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحده آمده است، ممنوع گردیده و حق دفاع مشروع اساساً در ماده ۵۱ منشور به شرح زیر بیان شده است:

«هیچک از مفاد منشور حاضر حق طبیعی دفاع مشروع توسط عضو ملل متحده هنگام روبرو شدن با حمله مسلحانه را تا زمانی که شورای امنیت اقدامات لازم را برای حفظ صلح و امنیت بین المللی معمول دارد از بین نمی برد.»

اساسی ترین شرطی که در این ماده ذکر شده این است که حمله مسلحانه باید صورت گرفته باشد؛ ولی در نامه عراق به شورای امنیت - حداقل تا ۲۷ اکتبر - چنین ادعائی دیده نمی شود. موضوع اصلی در توجیه عراق، نقضهای [ادعائی] موافقتنامه الجزیره و پیمان ۱۹۷۵ از ناحیه ایران است.

در نوشته های حقوق بین الملل از این موضع دفاع شده است که دولتها، علاوه بر دارن حق ذاتی دفاع مشروع در صورت حمله مسلحانه، در شرایط دیگر نیز می توانند حق دفاع مشروع را داشته باشند. صرف نظر از اعتبار استدلالهای له و علیه این موضع، در مورد حاضر کافی است به شرط مورد قبول عام، که در هر حال اعمال حق دفاع مشروع باید مطابق آن باشد، اشاره شود و آن شرط این است که عکس العمل باید متناسب [با حمله] باشد. علی رغم سایر استدلالهای عراق در نامه های اولیه خود به سازمان ملل، مانند پذیرش و حمایت ایران از شورشیان گرد و یک سلسله ادعاهای غیرمشخص خرابکاری یا تهدید امنیت داخلی عراق، عملیات وسیع نظامی که در ۲۲ سپتامبر توسط عراق آغاز شد و تا چند ماه بعد ادامه داشت مسلمانه با این شرط مطابقت ندارد.

بطوریکه از نامه ۲۷ اکتبر ۱۹۸۰ به والدهایم دبیرکل سازمان ملل ملاحظه می شود ظاهراً حتی بغداد هم متوجه غیرمنطقی بودن موضع خود شده است. در این نامه توجیه مخاصمات که در این زمان گسترده شده بود تغییر داده شده است. حمادی وزیر خارجه ادعای کرد که مخاصمات را ایران آغاز کرده است نه عراق، و به عملیات نظامی ایران که در ۴ سپتامبر ۱۹۸۰ آغاز شده بود، استناد کرد. اکنون این تاریخ به جای ۲۲ سپتامبر تاریخ شروع جنگ تلقی و ادعا می شود که ایران آغازگر جنگ علیه عراق بوده است. در

این رابطه، عجیب آنکه روز ۲۲ سپتامبر به عنوان روزی که در آن عراق از حق دفاع مشروع بازدارنده به منظور دفاع از مردم و اراضی خود استفاده کرده توصیف شده است.

برخی از نویسنده‌گان حقوق بین الملل حق دفاع مشروع را قبول دارند. ولی طبق نظر این نویسنده‌گان، شرایطی که دفاع مشروع بازدارنده باید با آنها مطابقت کند تا قابل توجیه باشد دشوار است. برای نمونه رفتار می‌گوید:

«بنابراین، اگر خطر حمله نظامی شدید و در شرف وقوع وجود داشته باشد، دولتی که در معرض چنین حمله احتمالی است، طبق ماده ۵۱ مجاز است از حق ذاتی دفاع مشروع برای ممانعت از وقوع چنین حمله‌ای استفاده کند.»^۶

او بلافاصله اضافه می‌کند که حتی دولتی که در مقام پیشگیری دست به دفاع از خود می‌زند، در پاسخ به چنین حمله‌ای، ملزم به رعایت اصل تناسب است. یعنی برانلی مانند بسیاری از نویسنده‌گان صاحب‌نظر دیگر معتقد است که دفاع مشروع به منظور پیشگیری مجاز نیست. با توجه به دامنه عملیات نظامی عراق، می‌بايستی تمرکز عظیم نیروهای ایران در مرز و خطر آشکار حمله، حداقل برای اشخاصی که احتمال دفاع مشروع به منظور پیشگیری را در حقوق بین الملل مجاز می‌دانند، قابل تصور می‌بود. اما نه در نامه‌های عراق به سازمان ملل و نه در هیچ‌یک از سایر گزارشها اثری از چنین وضعی دیده نمی‌شود.

گذشته از آنکه این ادعای دیر مطرح شد، ادعای عراق راجع به دفاع بازدارنده غیرعادی بود، زیرا بعد از ادعای اینکه ایران جنگ را آغاز کرده است، عنوان گردید.^۷ دور از ذهن نیست که این استدلال‌های متناقض در

6. A. M. RIFAAT: "International Aggression", 1979, no. 50, p. 127.

7. ادعای عراق راجع به دفاع مشروع بازدارنده، صرف نظر از اینکه دیر مطرح شد، یک امر عادی بود؛ زیرا این ادعا متعاقب ادعای اینکه ایران جنگ را آغاز کرده است، عنوان گردید.

نتیجه این واقعیت ارائه شده که حتی برای عراق هم دشوار بود ثابت کند که فعالیتهای نظامی ایران بین ۴ و ۲۲ سپتامبر شرایط ضروری استفاده از حق دفاع م مشروع را بوجود آورده بوده است.

۶. مقاصد ارضی

عراق بارها در نامه های خود به شورای امنیت تأکید کرده که در عملیات نظامی قصد توسعه طلبی نداشته است. در نامه موافق ۲۲ سپتامبر متذکر شده که [عراق] مقاصد توسعه طلبی در ایران ندارد، و در نامه ۲۴ سپتامبر می گوید:

«... دولت متبع اینجانب بدفعتات تصريح کرده که ما اهداف توسعه طلبانه عليه ایران نداشته ایم و در اعلامیه های صادره از طرف عالی ترین مقامهای دولت متبع اینجانب این خط مشی بروشنا تصريح شده است.»

البته، سیاست توسعه طلبی در حقوق بین الملل غیرقابل توجیه است و بحثی نیست که اقدام نظامی، به ویژه هنگامی که غیرقانونی باشد، نمی تواند منتهی به تغییرات ارضی شود. به عبارت دیگر، در منع استفاده از زور، نمی توان از پیروزی نظامی به عنوان وسیله ای برای به دست آوردن اراضی استفاده کرد.

آیا واقعاً صحّت دارد که عراق نسبت به همسایه خود نظر توسعه طلبی ندارد؟ نامه های عراق به شورای امنیت در مراحل اولیه جنگ راجع به مقاصد ارضی کاملاً صراحت داشت. حتماً، وزیر خارجه عراق، در نامه موافق ۲۲ سپتامبر فوق الذکر که بارها از آن یاد شده است، اشاره می کند که اکنون خط مرزی ایران و عراق، به ویژه در شط العرب، طبق وضع قبل از ۶ مارس ۱۹۷۵، یعنی پیش از انعقاد موافقتنامه الجزیره، مجدداً ترسیم شده است. وی افزود که این رود بدانگونه که همواره در طول تاریخ

بوده مجدداً یک رود عراقي و تحت کنترل و حاكميت كامل عراق خواهد بود.

همچنانکه در بالامتنزگر شدیم موافق تامه ۱۹۷۵، تا آنجا که به مرز شط العرب مربوط می شود، مسلماً برای عراق امتیاز ارضی نبود؛ ولی قبل از ۱۹۷۵ هم شط العرب به هیچوجه تحت کنترل انحصاری عراق قرار نداشت. همانطور که در ابتدای این مقاله اشاره شد، مدت‌ها قبل از ۱۹۷۵ در مقاوله نامه سال ۱۹۱۳ قسطنطینیه به نحو حقوقی غیرقابل ابهام مقرر شده بود که ساحل چپ و چند جزیره واقع در شط، قسمتی از خاک ایران را تشکیل می دهند. علی رغم روش مشکوک ایران در فسخ یکجانبه پیمان مرزی ۱۹۳۷ که طی آن برای اولین بار مرز صریحاً تعیین شده بود، به هیچوجه بعيد نیست که کاربرد اصل تالوگ در منطقه رودخانه مجاور آبادان به عنوان بخشی از حقوق عرفی دوچانبه بین دو کشور، یا به دلیل اینکه عراق از مخالفت با اجرای اصل تالوگ در آن منطقه خاص ممنوع می شد^۸، الزام آور گردیده بود.

بدین ترتیب، در پرتو این واقعیت به نظر می رسد که اقدامات نظامی سپتامبر ۱۹۸۰ مسلماً با هدف توسعه طلبی در ایران صورت پذیرفت. نظر به اهمیت شط العرب برای هر دو کشور، تغییرات ارضی نسبتاً جزئی در منطقه را که ظاهراً عراق اشتباق آن را دارد، نمی توان به عنوان یک امر کم اهمیت نادیده گرفت. نامه های بعدی عراق به سازمان ملل متحده این تصور را تقویت کرد که عراق واقعاً قصد توسعه طلبی دارد. حمادی، وزیر خارجه، در نامه ۲۷ اکتبر فوق الذکر چنین می نویسد:

«برای تضمین حاکمیت کامل ما بر شط العرب، یعنی رودخانه ملی کشور ما، و برای اینکه در موضعی باشیم که بتوانیم آن حاکمیت را عملاً اعمال کنیم، بعد از اینکه ایران از شناسائی حاکمیت ما بر آن رودخانه امتناع ورزید و برای بستن آن به روی کشتیها متول به زور

8. estoyped.

شد، الزامی است که ساحل شرقی رود در کنترل ما باشد. شط العرب تنها راه ما به جهان خارج است.»

او افزود که تا ایران به طور کامل حاکمیت عراق بر شط العرب را عملاً و قانوناً به رسمیت نشناخته است عراق نمی‌تواند قوای خود را احضار کند و متذکر گردید که:

«از نظر ملاحظات نظامی و وضعیت جغرافیائی، برای دفاع امکان دارد مواضع بهتری در پیش رو باشد ولی در پشت سر موضعی نیست.»

سرانجام، وزیر خارجه عراق در مورد موافقنامه‌های مرزی اشاره کرد که صرف نظر از نظرات عراق و ایران، اکنون تنها مقاوله‌نامه قسطنطینیه بین دو کشور مجری است... قابل توجه اینکه هیچیک از نشریات رسمی عراق نویسنده‌گان مقاله حاضر به آنها دسترسی داشته‌اند (از جمله نشریات رسمی عراق) نشان نمی‌دهد که عراق این مقاوله‌نامه را به این مفهوم تفسیر می‌کند که تمامی شط العرب، از جمله جزایر و ساحل چپ آن، جزو خاک عراق است.

رویه‌مرفته، درک نارضایتی ایران از قطعنامه ۴۷۹ شورای امنیت و قطعنامه‌های بعدی سازمان ملل که چیزی بیش از قبلی نداشتند به هیچوجه دشوار نیست. حتی نظرات رسمی عراق نشانگر چیزی بیش از یک تهاجم معمولی است که مقاصد توسعه طلبانه حداقل نقشی در آن دارند. این اقدام نظامی عراق که از نظر حقوق بین‌الملل غیرقانونی است در این قطعنامه‌ها محکوم نشده است.

۷. مسئولیت

ایران با رد کلیه قطعنامه‌های شورای امنیت و مجمع عمومی نه تنها عدم رضایت خود را از خط مشی سازمان ملل در باره جنگ خلیج [فارس]

نشان داد بلکه از همان آغاز، شرایطی برای همکاری خود با کوشش‌های سازمان ملل برای حل اختلاف تعیین نمود. اولین شرط ایران که تاکنون بر آن اصرار ورزیده است با آغاز درگیری مسلحانه مرتبط می‌گردد. ایران معتقد است که رژیم عراق و شخص صدام حسین رئیس جمهور آن کشور باید مسئول شروع جنگ شناخته شود، و خواستار محاکمه جنایتکاران این «تجاوز از پیش طرح ریزی شده»^۹ است. این سؤال باقی می‌ماند که آیا عملیات عراق و نقطه نظرهای آن دولت به شرح مذکور در فوق از نظر حقوق بین الملل دلایل کافی برای این خواسته‌های ایران به دست می‌دهد یا خیر؟ در این مقاله به بررسی سایر شرایط ایران که به ویژه مربوط به جریان برخوردگاه‌های مسلحانه است، و از جمله درخواست ایران برای محکوم کردن عراق به خاطر تخلفات شدید از قوانین [انسانی] در برخوردگاه‌های مسلحانه، نمی‌پردازم.

اقدام به جنگ تجاوزکارانه علیه کشور دیگر، به ویژه وقتی که منتهی به اشغال [قسمتی از] خاک دیگران شود، یکی از شدیدترین تخلفات از قوانین بین المللی به حساب می‌آید. طبقه‌بندی چنین تخلفاتی، به عنوان جنایات بین المللی این امر را بخوبی بیان می‌کند. این طبقه‌بندی، پیش از جنگ جهانی دوم، تنها در قطعنامه‌های غیرالزامی مجمع جامعه ملل و در معاهداتی که هرگز به مرحله اجرا در نیامد بعمل آمده بود. منشورها و احکام دادگاههای نظامی بین المللی نورنبرگ و توکیو که از لحاظ جنائی، افراد را به خاطر جنایاتی که علیه صلح مرتکب شده بودند مسئول شناخت، به اینگونه ارزیابیها در سطح بین المللی اهمیت جدی تری بخشید. در قطعنامه‌های اخیر مجمع عمومی سازمان ملل نیز به مسئولیت دولتها در مورد جنایت خاص تجاوز بین المللی اشاره شده است. در پیش نویس مهم مواد مربوط به مسئولیت دولتها تهیه شده در کمیسیون حقوق بین الملل سازمان ملل متحد، از نقض جدی [قاعده] ممنوعیت تجاوز به عنوان جنایات

9. "Premeditated act of aggression"

بین المللی نام برده شده است. کمیسیون مزبور اینگونه جنایات را چنین تعریف می‌کند: «جنایات بین المللی که از سایر جرائم شدیدتر هستند و، بنابراین، پی آمدهای حقوقی وخیم‌تری به دنبال دارند».

اهمیت شناسائی جنایت‌علیه صلح و جنایت تجاوز در اسناد حقوق بین الملل مذکور، به ویژه در تقویت این نظر است که جنگ‌های تجاوز‌کارانه، غیرقانونی و غیرقابل قبول‌اند. ولی در نورمهای بین المللی مورد قبول عام، نه جنایت‌علیه صلح و نه جنایت تجاوز، هیچیک به نحو کافی تشریع نشده‌اند تا برای اعمال از طریق حقوق بین الملل موضوعه مناسب باشند. معهداً اینگونه اسناد، چارچوب معیاری برای ارزیابی استفاده از نیروهای مسلح در روابط بین المللی، به ویژه برای سازمان ملل متحده، در انجام وظایف و اعمال صلاحیت خود در حفظ صلح و امنیت به دست می‌دهند و بالاتر از همه آنها نشانه پیشرفت نظم بین المللی حقوق به سوی نظمی است که در آن امکان واقعی برای یک نظام امنیتی جمیع جهانی وجود داشته باشد و در آن جز برای منافع عموم از نیروی نظامی استفاده نشود.

۸. جنایت‌علیه صلح

از نقطه نظر حقوق بین الملل، این واقعیت را که افراد مسئول جنایت‌علیه صلح شناخته شده‌اند می‌توان به عنوان سابقه مهمی در روایة قضائی بین المللی دانست. در احکام دادگاههای نظامی بین المللی نورنبرگ و توکیو تصریع شده است که منشورهایی که مبنای صلاحیت آنها قرار گرفته باید به عنوان «تظاهر حقوق بین الملل موجود در زمان ایجاد آن تلقی شود». عده‌ای از صاحب‌نظران حقوق بین الملل از این موضع به ویژه در ارتباط با جنایات‌علیه صلح انتقاد کرده‌اند. این جنایات بعداً در قواعد مورد قبول عام قابل اعمال در مورد کلیه کشورها مورد بحث و تفصیل قرار نگرفته است. بعلاوه، علی‌رغم وقوع دهها جنگ بین المللی، از زمان محاکمات نورنبرگ

و توکیو هیچ فردی رسماً مسئول ارتکاب جنایات علیه صلح شناخته نشده است.

اگر قرار بود دادگاهی طبق خواسته‌های ایران تشکیل شود تا سران عالیرتبه عراق را به خاطر جنایات ارتکابی علیه صلح محاکمه کند، این دادگاه نیز با این سؤال روبرو می‌شد که طبق حقوق بین‌الملل جاری یک جنگ تجاوزکارانه تا چه حدی جنایت تلقی می‌شود که بتوان آن را به افراد منسوب کرد؟ معهداً چنین دادگاهی می‌تواند به این سؤال با استدلال بیشتری از دادگاههای معروف سلف خود جواب مثبت دهد. برخلاف دوره قبل از ۱۹۴۵ اکنون ممنوعیت استفاده از زور وجود دارد و مورد اعتراض واقع نشده یا با آن بندرت مخالفت شده است. علاوه، مجمع عمومی سازمان ملل متحده در بیانیه سال ۱۹۷۰ خود درباره اصول حقوق بین‌الملل به عنوان یکی از آثار ممنوعیت استفاده از زور پذیرفت که جنگ تجاوزکارانه جنایت علیه صلح به شمار می‌رود و طبق حقوق بین‌الملل متضمن مسئولیت است. علاوه بر آن، در به اصطلاح «تعريف تجاوز» که در سال ۱۹۷۴ به اتفاق آراء در مجمع عمومی به تصویب رسید، آمده است که «یک جنگ تجاوزکارانه جنایت علیه صلح بین‌المللی به شمار می‌رود و تجاوز موجب مسئولیت بین‌المللی است». اما ترکیب فوق العاده کلی این مقررات، اختلاف عقینده عمیق بین کشورهای اروپایی شرقی و غربی را، به ویژه در مورد قبول یا عدم قبول مسئولیت جنائی افراد به خاطر تعاملات شدید از ممنوعیت استفاده از زور، نشان می‌دهد و به نظر می‌رسد که این اختلاف عقیده قطعاً از بین نرفته است.

به موازات آن، ارزیابی اقدام نظامی عراق علیه ایران در پرتو ضوابطی که در دادگاههای نورنبرگ و توکیو برای جنایات علیه صلح بکار رفت نیز مملو از مسائل اساسی است. در تصمیمات دادگاههای مذبور عناصر تشکیل دهنده این جنایات فقط به صورت خلاصه تعریف شده است. عموماً به نظر آن دادگاهها اقدامات نظامی آلمان و ژاپن قبل و حین جنگ جهانی دوم، آنچنان واضح با معیارهای جنایات جنگی مطابقت داشته که

جز در موارد شاذ‌ضرورتی به مشخص کردن عناصر تشکیل دهنده آن جنایات نبوده است. مسئله‌ای که در آن زمان بیش از هر چیز مورد نظر دادگاهها قرار داشت این بود که چه کسی می‌تواند مسئول ارتکاب آن جنایات شناخته شود.

رولینگ اند کی بعد از شرکت در دادگاه توکیو اظهار داشت که بلافضله بعد از جنگ ارزیابی بیطرفانه جنایات ارتکابی علیه صلح کاری «تفزیباً مافوق قدرت انسانی بوده است...».¹⁰ در قضیه حاضر، کوشش در بررسی درگیری مسلحانه‌ای که هنوز ادامه دارد واقعاً فقط بر اساس حقایق مستخرج از اسناد سازمان ملل متحد، آن هم بارعایت احتیاط خیلی بیشتری، امکان‌پذیر است. این واقعیات برای دادن پاسخ کامل به این سؤال که آیا برای اتهام متروقه توسط ایران در این مورد دلایل کافی وجود دارد یا خیر، مسلماً کفايت نمی‌کند.

اولین سؤالی که باید بدان پاسخ داده شود این است: آیا قرائی وجود دارد که اقدام نظامی عراق علیه ایران را مشمول تعریف جنایات علیه صلح مورد استناد در دادگاههای بعد از جنگ جهانی دوم نماید؟ در منشور نورنبرگ چنین جنایاتی به شرح زیر تعریف شده‌اند:

«طرح ریزی، تهیه مقررات، شروع یا اقدام به جنگ تجاوزکارانه یا جنگی برخلاف معاهدات، موافقتنامه‌ها یا تضمینهای بین‌المللی، یا شرکت در طرح یا توطئه دسته جمعی برای انجام هر یک از موارد فوق الذکر.»

آن دادگاهها عنصر «جنگ برخلاف معاهدات، موافقتنامه‌ها یا تضمینهای بین‌المللی» را به عنوان مبنای ماهوی مستقل جنایات نخواندند و متذکر شدند که، حتی در مورد چنین جنگی، ماهیت تجاوزکارانه باید

10. B.V.A. RÖLING: «Strafbaarheid van de agressieve oorlog (Criminality of aggressive war), Inaugural lecture, Groningen 1950, p. 4.

به عنوان تجلی غیرقانونی بودن و تقصیر و مسئولیت اثبات گردد. عقاید جدید درباره جنایات ارتکابی علیه صلح به تخلفات مشخص ناشی از ممنوعیت استفاده از زور یا سایر تعهدات بین المللی نیز توجه دارد. در «تعريف تجاوز سال ۱۹۷۴» که در فوق ذکر شد، «جنایات ارتکابی علیه صلح بین المللی» همطراز با «جنگ تجاوزکارانه» شناخته شده است؛ در حالی که در مقدمه این قطعنامه «تجاوز شدیدترین و خطرناک ترین شکل استفاده غیرقانونی از زور» تلقی شده است.

دادگاههای مذبور تعریفی کلی از «جنگ تجاوزکارانه» به دست ندادند، ولی بررسی عمیق آنها از سیاست خارجی آلمان و ژاپن که منتهی به جنگ جهانی دوم شد این نتیجه را به دست داد که وقتی کشوری به استفاده گسترده از نیروهای مسلح علیه کشور دیگر دست می‌زند، به شرطی که این امر عکس العملی نسبت به عمل مشابه آن کشور نبوده و نیز از نظر حقوقی به دلایل دیگری قابل توجیه نباشد بلکه، بر عکس، هدف از این اقدام اشغال یا کنترل خاک آن کشور باشد، مسلمانًا جنگ تجاوزکارانه صورت گرفته است. با توجه به این تعریف، این نتیجه گیری که اقدام نظامی عراق در ۲۲ سپتامبر ۱۹۸۰ یک «جنگ تجاوزکارانه» بوده است، موجہ به نظر می‌رسد. این اقدام که با حملات هوایی به ده فرودگاه ایران شروع و با استفاده از نیروهای زمینی و دریائی بسرعت متوجه هدفهای دیگر گردید، از خصیصه سطح بالائی برخوردار است. قبل از این مقاله توضیع داده شد که توجیه رسمی عراق برای این اقدام در حقوق بین الملل قابل تأیید نیست و حتی بر اساس اسناد رسمی عراق هم می‌توان منطقاً پذیرفت که حملات مذبور از جمله ملهم از مقاصد توسعه طلبانه بوده است.

حتی در صورت امکان اثبات اینکه مقاصد عراق صرفاً برای رسیدن به هدف خود در ادعای مورد اختلاف حاکمیت بر تمامی شط العرب بوده و هست، این نتیجه گیری باز هم به اعتبار خود باقی است. مسلمانًا چنین قصدی با قصد جنگهای تجاوزکارانه مورد نظر دادگاههای نورنبرگ و توکیو در یک رده قرار نمی‌گیرد، ولی در احکام آن دادگاهها هیچ نکته‌ای وجود

ندارد که استفاده از زور برای مقاصد محدودتر، «جنگ تجاوزکارانه» خوانده نشود. برعکس، طبق احکام آن دادگاهها هر اقدام نظامی گسترده‌ای به عنوان وسیله اجرای سیاست خارجی حتی برای حل اختلافات مرزی هم می‌تواند در حکم جنایت علیه صلح باشد. به عبارت دقیق‌تر، باید توجه کرد که دادگاه توکیو اقدام محدود و کوتاه‌مدت ژاپن علیه قوای روس در دریاچه خاسان در ۱۹۳۸ را نیز یک «جنگ تجاوزکارانه» خواند. این موردی بود از اقدامات نظامی (در واقع، جدا از سایر جنگهای تجاوزکارانه ژاپن) با اهدافی محدود و در منطقه‌ای قرار داشت که مرز آن بروشنا مشخص نبود.

در بحث جنایات علیه صلح، موضوع اصلی، مسئولیت جنائی افراد به خاطر «جنگ تجاوزکارانه» است. به این دلیل باید ثابت شود که افراد دست اندرکار عمدآ جنگ تجاوزکارانه را طرح ریزی و مقدمات آن را فراهم و آن را آغاز کرده یا آگاهانه و به نحوی از انجام در چنین فعالیتهای شرکت نموده‌اند. تعداد افرادی که می‌توانند اساساً چنین جنایاتی را مرتکب شوند محدود است، ولی به علت تأثیر شدید مسائل اخلاقی وجودانی و دربرخی موارد تا حدود زیادی ناهمانگی تصمیمات دادگاههای نورنبرگ و توکیو، در این مورد، تعیین دقیق آنها امکان‌پذیر نیست. معذلك روشن است که رهبر سیاسی واقعی کشوری که جنگ تجاوزکارانه را طرح و آغاز می‌کند اوئین کسی است که می‌توان او را مسئول چنین اقدامی شناخت. بعلاوه، کلیه افرادی که فعالانه در تعیین سیاست جنگی شرکت جسته و همچنین آنهایی که اطلاعات خاصی از این سیاست دارند و مناصب عالیه خود را حفظ و در اجرای اینگونه نقشه‌ها کمک می‌کنند نیز اساساً می‌توانند مسئول شناخته شوند.

در باره امکان شناسائی گروهی از افراد که می‌توان آنها را مسئول شناخت مسئله مهمی در قضیه حاضر وجود ندارد؛ زیرا اتهام مطروحه توسط ایران ظاهراً محدود به صدام حسین رئیس جمهور عراق است، ولی اثبات عمد به عنوان عنصر ذهنی جنایت موضوع جداگانه‌ای است. مسلماً چنین

مدارکی را معمولاً می‌توان از اوضاع و احوال به دست آورد، ولی اسنادی که اذله لازم را به دست دهد، مانند صورتجلسات و تصمیمات متخذه، در جلسات رژیم عراق در مدت قبل از حمله ۲۲ سپتامبر ۱۹۸۰ به حد کافی در دسترس نیست. بنابراین، فعلاً به این نکته نمی‌توان پاسخی داد، ولی باید توجه داشت که در نامه‌های فوق الذکر به سازمان ملل، عراق انکار کرده که قصد شروع جنگ تجاوزکارانه یا مقاصد توسعه طلبانه داشته است. از سوی دیگر، در ۱۷ سپتامبر ۱۹۸۰ وزیر خارجه عراق به سفیر ایران اطلاع داد که در نتیجه رفتار ایران، عراق ناگزیر شده برای پس گرفتن مناطقی که به نظر وی ایران من غیرحق اشغال کرده است، به زور متول شود. از نامه‌های بعدی عراق نیز استنباط می‌شود که این انکار حداقل قابل تردید و سؤال برانگیز است.

۹. جنایت تجاوز

در پیش‌نویس مواد مربوط به مسئولیت دولتها که در کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحده تهیه شده است، ضمن سایر مطالب، پذیرفته شده که اصولاً تخلف شدید دولتها از ممنوعیت تجاوز را باید جنایت بین‌المللی محسوب کرد. سؤال اساسی که بحث بسیاری راجع به آن شده این است که به پی‌آمدهای حقوقی چنین جنایاتی در حقوق بین‌الملل چه محتوائی می‌توان داد، و به ویژه اینکه از طرف کشورهای ثالثی که مستقیماً در این تخلفات درگیر نشده‌اند چه ضمانتهای اجرائی «جزائی» می‌تواند یا باید معمول گردد؟

طبق فصل هفتم منشور ملل متحده، شورای امنیت می‌تواند وجود عمل تجاوزکارانه را احراز کند و بر آن اساس علیه دولتی که مرتکب چنین تجاوزی شده است به اعمال زور متول شود. اگر فقط به همین دلیل هم باشد، خواسته ایران از شورای امنیت مبنی بر محکوم کردن اقدام نظامی عراق به عنوان تجاوز، در حقوق بین‌الملل حائز اهمیت است.

این سؤال که چه موقع عمل تجاوز تحقّق می‌باید، موضوع مذاکرات طولانی و دشواری طی سالهای متمادی در سازمان ملل بوده است و سرانجام در ۱۹۷۴ منتهی به تصویب قطعنامه (۲۹) ۳۳۱۴ — به اتفاق آراء — توسط شورای امنیت گردید. «تعریف تجاوز» که در بالا ذکر شد به این قطعنامه منضم گردید. طبق مفاد قطعنامه، به ویژه در نظر بود که این تعریف رهنمودی برای شورای امنیت باشد.

وضع حقوقی این توصیه مجمع عمومی محل اختلاف است. برخی از نمایندگان هنگام قبول تعریف تجاوز اعلام کردند که آن را به عنوان توضیع غیر الزام آور منشور تلقی می‌کنند. از سوی دیگر، سایرین — از جمله نماینده عراق — آن را تفسیر الزام آوری از اختیارات شورای امنیت و حقوق و وظایف دول عضو می‌دانستند. رویه شورای امنیت پاسخ قطعی به مسئله وضع حقوقی قطعنامه درباره تجاوز به دست نمی‌دهد. در موارد محدودی که شورای مزبور از ۱۹۷۴ به بعد عملی را تجاوز شناخته است، در قطعنامه‌های مربوط هرگز به «تعریف تجاوز» صریحاً استناد نشده و در بحث‌های مربوط کمتر بصراحت از آن سخن به میان آمده است.

در «تعریف تجاوز»، نقطه شروع شناسائی این مفهوم بسیار ساده است: تجاوز عبارت است از اولین استفاده از نیروی مسلح برخلاف منشور ملل متحده. در مواردی که میزان استفاده از نیرو و پی آمدهای آن جزئی است، یا — آنطور که دول غربی به ویژه میل دارند تأکید کنند — در مواردی که طرفی که متostل به زور شده است مقاصد تجاوزکارانه نداشته باشد، شورای امنیت می‌تواند از این اصل عدول نماید.

بر اساس اسناد سازمان ملل متحده باید پذیرفت این عراق بود که در ۲۲ سپتامبر ۱۹۸۰ ابتدا نیروی مسلح را مورد استفاده قرارداد. بر اساس همین مآخذ، قبلًا در این مقاله نتیجه گرفته شد که این استفاده از نیروی مسلح علیه ایران را بدشواری می‌توان طبق منشور ملل متحده توجیه کرد. دامنه عملیات عراق و هدفهای توسعه ارضی را که همراه آن بود می‌توان، با توجه به «تعریف تجاوز»، از شرایط مشدّه — و نه مخفّفه — دانست.

بدین ترتیب، می‌توان نتیجه گرفت که دلایل کافی برای نامه‌ای که نماینده ایران به شورای امنیت تسلیم کرد وجود دارد. نامه مزبور به شرح زیر است:

«تجاوز به ایران توسط نیروهای مسلح عراق طبق تعریف مندرج در ضمیمه قطعنامه (۲۹) ۳۳۱۴ شورای امنیت، به منزله تجاوز با سبق تصمیم می‌باشد...»

حمله عراق مصدق اولین قسم «[عمل] تجاوز» مندرج در تعریف زیر است:

«تجاوز یا حمله نیروهای مسلح یک کشور به خاک کشور دیگر یا هر نوع اشغال نظامی حتی موقت ناشی از چنین تجاوز یا حمله‌ای یا ضمیمه کردن خاک کشور دیگر یا جزئی از آن با استفاده از زور.»

ولی این نتیجه آنطور که ایران معتقد است به این مفهوم نیست که شورای امنیت ناچار باید به چنین تصمیمی برسد. طبق منشور سازمان ملل که با تعریف تجاوز بارها تأیید شده است، شورای امنیت از این لحاظ آزادی عمل کامل دارد. در روایة این ارگان که در درجه اول مسئولیت حفظ صلح و امنیت را به عهده دارد، در مقابل «تهدیدات علیه صلح، نقض مقررات صلح یا [عمل] تجاوز» بندرت از اختیارات وسیع آن استفاده بعمل می‌آید. تاکنون عکس العمل شورای امنیت در مورد وضع موجود بین ایران و عراق هیچ قرینه‌ای به دست نداده است که شورا احتمالاً طبق تعاریف فوق عراق را محکوم می‌کند و بر اساس آن، تصمیم به اعمال زور می‌گیرد.

شورای امنیت از آغاز جنگ خلیج [فارس] برای اولین بار در ۲۴ فوریه ۱۹۸۶، آن‌هم با عبارات بسیار محتاطانه یا حتی مستتر، نظر خود را بیان کرد و مسلماً قانونی بودن حمله عراق را مورد سؤال قرار نداد. در قطعنامه ۵۸۲ (۱۹۸۶)، شورای امنیت متذکر شد که «اقدامات اولیه‌ای را

که منجر به درگیری بین ایران و عراق شد اسف بار می‌داند.» حتی همین سرزنش عراق هم که به طور بسیار مستتری بیان شده در همان بند قطعنامه که می‌گوید «شورای امنیت همچنین ادامه درگیری را اسف بار می‌داند»، خنثی شده است. بند اخیر بیشتر اشاره به ایران دارد.

طی یکی از اولین مباحثات شورای امنیت درباره جنگ خلیج [فارس] فقط مک‌هنری، سفیر وقت ایالات متحده در سازمان ملل، صریحاً اظهار داشت که با حمله عراق تمامیت ایران مورد تهدید قرار گرفته است. این اظهار نظر که با توجه به قضیه گروگانها که هنوز در تهران ادامه داشت به خودی خود کاملاً قابل توجه بود، مورد ایراد هیچ یک از نمایندگان حاضر در جلسه — البته به استثنای نماینده عراق — قرار نگرفت. نماینده فرانسه تا حدودی از این نظر حمایت کرد و اعلام داشت که یکی از متخصصان برای تضمین امنیت خود امید به اسلحه بسته است، ولی افورد که: «اما در مورد طرف دیگر، آیا او همیشه از استفاده از سلاح علیه همسایه خویش خودداری کرده است؟».

نتیجه گیری نماینده فرانسه بلافضله بعد از جملات مذکور بخصوص نشانگر روش شورای امنیت در برخورد با موضوع است: «یک بار دیگر [یادآور می‌شود که] تصمیم‌گیری در این مورد وظیفة شورای امنیت نیست». بدیهی است این نتیجه گیری مبتنی بر ملاحظات سیاسی بوده است، زیرا ظاهراً هیچ مانعی در حقوق بین الملل برای شورای امنیت در محکوم کردن حمله عراق به عنوان تجاوز وجود ندارد. براین اساس، شورای امنیت، در واقع، می‌توانست در درگیری بین عراق و ایران مداخله کند.

۱۰. نتیجه

شش مورد موافقتنامه‌ای که در ۱۹۷۵ بین ایران و عراق منعقد گردید ظاهراً مبنای خوبی برای ادامه بهبود روابط بین دولت بود. این موافقتنامه‌ها حاوی مقرراتی جهت رفع اختلافات مرزی چند صد ساله بر سر

آبراه شط العرب یعنی موضوعی بود که هسته مرکزی بسیاری از سایر موارد بحران بین دو دولت را تشکیل می‌داد. ولی شروع جنگ خلیج [فارس] در سپتامبر ۱۹۸۰ و تحلیل موضع متأخذه توسط دو دولت که در اسناد سازمان ملل مربوط به مرحله اولیه جنگ منعکس است، نشان می‌دهد که به هیچوجه چنین نیست: اختلافات مرزی هنوز هم ادامه داشته و یک بار دیگر بنای توجیه رویدادها — و این بار توسط عراق — قرار گرفته است.

در مفهوم حقوق بین الملل، تحلیل اسناد — به ویژه اسناد شورای امنیت — تصویر جالبی از عملیات عراق در مرحله اول جنگ به دست می‌دهد. توجیه رسمی عملیات نظامی گسترده‌ای که در ۲۲ سپتامبر ۱۹۸۰ علیه ایران آغاز شد ظاهراً با مقررات دفاع مشروع، که به هیچوجه مقررات سختی هم نیست، مطابقت نمی‌کند. استدلالهای دولت عراق برای عدم استفاده از روش جامع و قطعی حل اختلافات مورد توافق در پیمان مرزی ۱۹۷۵ و، در عوض، توصل به اقدام نظامی نیز چندان قانع کننده نیست.

از آنجا که اسناد موجود نشان می‌دهد که اقدام عراق ظاهراً از مقاصد توسعه طلبانه نیز الهام می‌گرفت، این اقدام می‌تواند در ردیف شدیدترین تخلفات از ممنوعیت استفاده از نیروهای مسلح طبق حقوق بین الملل و در محدوده مفهوم تجاوز قرار گیرد. به این دلایل، شورای امنیت می‌توانست و هنوز هم می‌تواند دستور دهد تدبیری از نوع اقتصادی یا حتی نظامی علیه عراق اتخاذ شود. با توجه به تحلیل ما، خواسته ایران مبنی بر اینکه شخص پرزیدنت صدام حسین باید به خاطر جنایات ارتکابی علیه صلح محاکمه شود، از دیدگاه حقوق بین الملل، شکلی نسبتاً متفاوت به خود می‌گیرد. هنوز نمی‌توان گفت که آیا طبق قواعد نورنبرگ و توکیو می‌توان وی را مسئول دانست یا خیر، هر چند که در اسناد موجود در سازمان ملل متحد قرائتی در این زمینه وجود دارد.





اسناد بين الملل





اشارة

در دوران باستان و قرون وسطی، چک یا سندی مشابه آن متداول نبوده است. در قرن شانزدهم، با توسعه بانکهای سپرده‌پذیر، رسیدهائی رواج پیدا کرد که بانکهای مذکور به مشتریان خود می‌دادند و آنان نیز رسیدهای را در اختیار طلبکاران خود می‌گذاشتند. این رسیدهای که به چکهای رسید مشهور بود توسط بانکداران ایتالیائی متداول گردید و برای اولین بار بانکداران ونیزی آن را ابداع کردند. بعدها بانکداران آمستردام هلند از رویه ایتالیائیها نقلید نمودند. در قرن هفدهم، در انگلیس، چک به عنوان دستور پرداخت مورد استفاده قرار گرفت. در قرن هیجدهم این سند در انگلیس بشدت رواج پیدا کرد. در فرانسه، با تصویب قانون ۱۴ژوئن ۱۸۶۵، چک با هدف دستور پرداخت وارد حقوق آن کشور گردید.

کنوانسیونهای زیو با هدف یکنواخت کردن مقررات راجع به چک به تصویب رسید. بدون آنکه درمورد تاریخچه وضع این مقررات بین المللی وارد جزئیات شویم، خاطرنشان می‌سازیم که در سال ۱۹۱۰ نخستین کنفرانس دیپلماتیک که در لاهه به منظور تهیه متن یکنواخت در زمینه برات و سفتہ تشکیل شد، قطعنامه‌ای را به تصویب رسانید که به موجب آن مقررات ناظر به چک یکنواخت گردد. پروژه‌ای در این خصوص در دو مین کنفرانس لاهه در سال ۱۹۱۲ مطرح شد ولی به تصویب نرسید و تعقیب آن متوقف ماند، تا پس از خانمه جنگ جهانی اول، کمیته‌ای مرکب از عده‌ای از حقوقدانان متخصص از طرف جامعه ملل مأمور پیگیری امر شد.

این کمیته، سرانجام، در سال ۱۹۲۸ متنی را آماده کرد که در آن، پروژه لاهه اساس کارقرار گرفته بود، لیکن با تغییرات عمده‌ای و در عین حال برای دولتهای تصویب کننده این امکان پیش‌بینی شده بود که در موارد متعدد بتوانند اعمال رزرو کنند. این پروژه تحت عنوان قانون یکنواخت زیو راجع به چک مطرح گردید.

علاوه بر آن پروژه، دو پروژه دیگر نیز تهیه شد: یکی راجع به تعارض قوانین و دیگری در ارتباط با حق تمثیر.

این سه پروژه در کنفرانس دیپلماتیکی که در فوریه ۱۹۳۱ در زیو تشکیل گردید ارائه شد و در تاریخ ۱۹ مارس ۱۹۳۱ توسط نمایندگان نام الاختیار دولتهای شرکت کننده به تصویب رسید. ظرف مدت پنج سال از تاریخ تصویب، تعدادی از دولتها به آن ملحق شدند که عبارتند از: سوئد، نروژ، دانمارک، سوئیس، هلند، ایتالیا، آلمان، رومانی، لهستان، پرتغال، موناکو و فرانسه. بازیک با تأخیر، یعنی در سال ۱۹۶۱، به قانون یکنواخت الحق پیدا

کرد. برخی از دولتها قانون یکنواخت را پذیرفته‌اند، بدون آنکه به کنوانسیونهای زنوملحق شوند. لبنان با قانون ۱۹۴۳ مقررات مذکور را وارد قانون تجارت خود گرده است. همچنین، ایوپی مقررات مورد بحث را با قانونی که در سال ۱۹۶۰ تصویب گرد، پذیرفته است.

با وجود اینکه با اجرای کنوانسیونهای مذکور به میزانی قابل ملاحظه مقررات واحدی به وجود آمد، لیکن این یکنواختی کامل نیست. زیرا: از یک سو، علی‌رغم مجرماً بودن متن قانون یکنواخت در کشورهای العاق شونده به کنوانسیونها، اختلافهای مشهود به چشم می‌خورد: اولاً تعدادی از دولتها ملحق شده، رزروهای اجازه داده شده را اعمال کرده‌اند، به‌نحوی که در بسیاری از موضوعات، مقررات متفاوت اتخاذ گردیده است؛ ثانیاً در باره‌ای از موارد – البته به طور محدود – اختلاف زبان، با وجود همه دقیقی که در ترجمه به عمل آمده، در کشورهایی که زبان آنها زبان کنوانسیون نبوده، اختلافاتی را موجب گردیده است؛ ثالثاً رویه قضائی کشورهایی که قانون یکنواخت را پذیرفته‌اند تفسیری منطبق با روح قانون ایجاد نکرده است.

از سوی دیگر، بسیاری از کشورها خارج از مقررات قانون یکنواخت باقی مانده‌اند، خصوصاً کشورهای عضو سیستم کامن‌لویعنی انگلستان، کشورهای کامنولت و ایالات متحده امریکا. والبته باید توجه داشت که انگلیس کنوانسیون مربوط به حق تمبر را امضاء کرده است.

آشنائی با کنوانسیونهای زنوراجع به چک و ملاحظه مقررات قابل انطباق آن با حقوق ایران، ضمن در نظر گرفتن تحولات نوین جهانی در این زمینه، موجب استفادهٔ صحیح و بجا از اسناد تجاری می‌شود و در صورت استفادهٔ فراگیر از آنها می‌تواند

در کاهش نورم مؤثر باشد.

همانند کنوانسیونهای زیوراچع به برات و سفته
۱۹۳۰ («مجلة حقوقی» شماره ۱۲)،
کنوانسیونهای چک ۱۹۳۱ مشتمل بر سه قرارداد
است:

— قرارداد اول این مجموعه متنضمّن یک «مقدمه» در مقررات الحق دولتها و دو ضمیمه است. در ضمیمه نخست، مقررات متحده شکل راجع به چک ملاحظه می‌شود، و در ضمیمه دوم، موارد اختلاف دولتها معکوس شده است که نسبت به مورد برات و سفته وسیع تر به نظر می‌رسد.

— قرارداد دوم، در حل مواردی از تعارض قوانین در زمینه گردش بین المللی چک تنظیم گردیده است.

— قرارداد سوم، در خصوص حق تمبر است.
«مجلة حقوقی»

* مقدمه مذکور با عبارات تقریباً مشابهی در قرارداد اول کنوانسیون برات و سفته نیز وجود دارد که ترجمه آن در «مجلة حقوقی» شماره ۱۲ درج نشده است.



کنوانسیونهای ۱۹ مارس ۱۹۳۱ ژنو

درمورد

چک





قرارداد اول

کنوانسیون راجع به قانون متحددالشکل در خصوص چک

ژنو- ۱۹ مارس ۱۹۳۱

مقدمه

مقررات الحق دولتها

ساده اول

طرفهای معظّم متعاهد تعهد می‌کنند که قانون متحددالشکل مذکور در ضمیمه اول کنوانسیون حاضر را در سرمینهای خود به صورت یکی ازمنون، به زبان اصلی یا به زبان ملی، اعمال نمایند. این تعهد، عندالازوم، موکول به ملاحظه رزروهایی است که هر طرف معظّم متعاهد می‌باید، در این صورت، هنگام تصویب این قرارداد یا الحق بدان اعلام نماید. این رزروها باید از میان موارد مندرج در ضمیمه دوم این کنوانسیون انتخاب شود.

معدلک، در خصوص رزروهای معکس در مواد ۹، ۲۲، ۲۷ و ۳۰

همین ضمیمه دوم، می‌توان پس از تصویب یا الحق اقدام نمود، مشروط برآنکه رزروهای مورد نظر ضمن اطلاقیه‌ای به دیرکل جامعه ملل اعلام شود و دیرکل نیز فوراً متن آن را به اطلاع اعضای جامعه ملل و دول غیرعضو که به نام آنها کنوانسیون حاضر تصویب شده یا الحق بدان تحقیق یافته

است، خواهد رساند. این رزروها پیش از انقضای نودمین روز دریافت اطلاع‌نامه فوق توسط دبیرکل فاقد آثار حقوقی است.

هریک از طرفهای معظم متعاهد می‌تواند، هنگام ضرورت، رزروهای مورد پیش‌بینی در مواد ۱۷ و ۲۸ ضمیمه دوم را پس از تصویب یا الحاق به مورد اجرا گذارد. در این صورت، دولت مجبور مستقیماً و فوراً می‌باید مراتب را به کلیه طرفهای دیگر و دبیرکل جامعه ملل اطلاع دهد. ابلاغ این رزروها دو روز پس از دریافت ابلاغیه توسط طرفهای معظم متعاهد، مؤثر خواهد بود.

مادة دوم

در سرزمینهای هریک از طرفهای معظم متعاهد، قانون متحده‌الشکل نسبت به چکهای صادره پیش از لازم الاجراء شدن کنوانسیون حاضر قابل اعمال نخواهد بود.

مادة سوم

این کنوانسیون که متن فرانسوی و انگلیسی آن از اعتبار واحدی برخوردار است، تاریخ امروز [۱۹ مارس ۱۹۳۱] را دارد.
این کنوانسیون از این پس می‌تواند تا ۱۵ ژوئیه ۱۹۳۱ از سوی اعضای جامعه ملل و دول غیرعضو امضاء گردد.

مادة چهارم

الحاق به این کنوانسیون می‌باید از طریق تصویب دولتها باشد.
اسناد حاکم از تصویب باید تا اول سپتامبر ۱۹۳۳ نزد دبیرکل جامعه ملل تودیع گردد. مشارکیه نیز فوراً وصول آن را به کلیه اعضای جامعه ملل یا دول غیرعضوی که از طرف آنها این کنوانسیون امضاء شده یا الحاق به آن تحقیق یافته است، ابلاغ خواهد نمود.

ماده پنجم

از تاریخ ۱۵ ژوئیه ۱۹۳۱ هریک از اعضای جامعه ملل یا دول غیرعضو می‌توانند به این کنوانسیون ملحق شوند.

موضوع الحق باید به دیرکل جامعه ملل ابلاغ و ابلاغیه مذکور باید به آرشیو دیرخانه جامعه ملل تودیع گردد.

دیرکل، موضوع تودیع را به کلیه اعضای جامعه ملل و دول غیرعضو که به نام آنها این کنوانسیون امضاء شده یا الحق به آن تحقق یافته است، فوراً ابلاغ خواهد کرد.

ماده ششم

این کنوانسیون پس از تصویب یا الحق از سوی هفت عضو جامعه ملل یا دول غیرعضو، که مشتمل بر سه عضو دائم جامعه در شورا باشند، لازم الاجراء خواهد گردید.

تاریخ لازم الاجراء شدن، نودمین روز پس از وصول هفتمین تصویب یا الحقیه موضوع بند اول این ماده، توسط دیرکل جامعه ملل خواهد بود.

دیرکل جامعه ملل هنگام ارسال ابلاغیه‌های موضوع مواد ۴ و ۵، مخصوصاً وصول تصویبات یا الحقایق مذکور در بند اول این ماده را اعلام خواهد نمود.

ماده هفتم

هرگونه تصویب یا الحقیق که بعد از لازم الاجراء شدن کنوانسیون به موجب ماده ۶ صورت گیرد، نود روز پس از وصول توسط دیرکل جامعه ملل، مؤثر خواهد بود.

ماده هشتم

به استثنای موارد اضطراری، این کنوانسیون تا دو سال از تاریخ لازم الاجراء شدن آن توسط اعضای جامعه ملل یا دول غیرعضو، غیرقابل رجوع است. رجوع مزبور نود روز پس از وصول اطلاعیه ارسالی جهت دبیرکل عملی خواهد شد.

کلیه موارد رجوع باید توسط دبیرکل جامعه ملل فوراً به کلیه طرفهای معظم متعاهد دیگر ابلاغ شود.

در صورت اضطرار، طرف معظم متعاهدی که حق رجوع را اعمال می‌کند، می‌باید مستقیماً و فوراً آن را به اطلاع کلیه طرفهای معظم متعاهد دیگر برساند، و آثار حقوقی رجوع پس از دور روز از تاریخ دریافت آن اطلاع‌نامه توسط همان طرفهای معظم متعاهد ایجاد خواهد شد. طرف معظم متعاهدی که در این شرایط رجوع می‌کند باید دبیرکل جامعه ملل را نیز از تصمیم خود آگاه سازد.

هر رجوع تنها نسبت به طرف معظم متعاهدی که به نام او رجوع صورت پذیرفته است واجد آثار حقوقی خواهد بود.

ماده نهم

هر عضو جامعه ملل و هر دولت غیرعضو مشمول کنوانسیون می‌تواند پس از چهار سال از تاریخ لازم الاجراء شدن کنوانسیون، تقاضای تجدید نظر خود را در مورد بعض یا تمام مقررات کنوانسیون به دبیرکل جامعه ملل تسلیم نماید.

چنانچه پس از یک سال از تاریخ ارسال تقاضای فوق برای دیگر اعضای جامعه ملل یا دول غیرعضو که کنوانسیون در آن زمان نسبت به آنها لازم الاجراء است، حداقل شش دولت از تقاضای مزبور حمایت کنند، شورای جامعه ملل در مورد لزوم تشکیل جلسه به منظور بحث در خصوص موضوع فوق، اتخاذ تصمیم خواهد نمود.

مادة دهم

طرفهای معظم متعاهد در زمان امضاء، تصویب یا الحاق می‌توانند اعلام نمایند که با قبول این کنوانسیون، هیچگونه تعهدی را در مقابل تمام یا بعضی از مستعمرات، تحت الحمایه‌ها یا اراضی تحت حاکمیت یا تحت قیومت خود بر عهده نخواهند گرفت. در این صورت، سرزمینهای مذکور در چنین اعلامیه‌ای از شمول مفاد کنوانسیون حاضر مستثنی خواهند بود.

طرفهای معظم متعاهد بعداً می‌توانند، در هر زمان، مراتب تمايل خود را به اجرای این کنوانسیون در تمام یا بعضی از سرزمینهای مذکور در اعلامیه مندرج در بند فوق به دیرکل جامعه ملل اطلاع دهند. در این حالت، نود روز پس از دریافت اعلامیه توسط دیرکل جامعه ملل، این کنوانسیون در کلیه سرزمینهای مندرج در اطلاعیه قابل اجرا خواهد بود.

آنها همچنین حق رجوع از این کنوانسیون را از جانب تمام یا بعضی از مستعمرات، تحت الحمایه‌ها یا اراضی تحت حاکمیت یا قیومت خود برطبق شرایط مندرج در ماده ۸ برای خود محفوظ می‌دارند.

مادة يازدهم

به محض لازم الاجراء شدن، این کنوانسیون، توسط دیرکل جامعه ملل به ثبت خواهد رسید.

ضمیمه اول

قانون متحده‌شکل راجع به چک

بخش یکم: در تنظیم و شکل ظاهری چک

۱. ماده

چک باید متضمن موارد زیر باشد:

۱. واژه «چک»، مندرج در متن سند به همان زبان بکار گرفته شده در متن آن؛
۲. دستور بدون قید و شرط پرداخت مبلغی معین؛
۳. نام شخصی که باید وجه چک را پردازد (محال علیه)؛
۴. ذکر محل پرداخت؛
۵. ذکر تاریخ و محل تنظیم چک؛
۶. امضای صادرکننده چک (صادرکننده).

۲ ماده

سندي که فاقد يکي از شرایط مذکور در ماده قبل باشد، اعتبار قانوني چك را ندارد، به استثنای موارد ذيل:

در صورت عدم تصريح، محل مندرج در مقابل نام مُحالٌ عليه، مكان تأديه فرض می شود. اگرچند محل مقابل نام مُحالٌ عليه درج شده باشد، چك در اولين محل مذکور قابل پرداخت است.

در صورت عدم ذکر اين موارد يا هر قرينه ديگر، چك در مرکز اصلی مُحالٌ عليه قابل پرداخت است. چكى که در آن، محل صدور، مشخص نباشد مكان مذکور در مقابل نام صادرکننده، محل تنظيم آن محسوب می شود.

۳ ماده

چك برعهده بانکي صادر می شود که صادرکننده در آن، محل (موجودي) دارد و مطابق قراردادي صريح يا ضمني، محق در استفاده از مبالغ آن بوسيله چك می باشد. معذلک، در صورت عدم رعایت اين مقررات، اعتبار سند به عنوان چك سلب نمي گردد.

۴ ماده

در چك اخذ قبولي موضوعيت ندارد. انعکاس قبولي در روی چك کان لم يکن است.

۵ ماده

چك می تواند به نفع اشخاص زير قابل پرداخت باشد:

- شخص معين، با شرط صريح «به حواله کرد» يا بدون آن، يا
- شخص معين، باشرط «بدون حواله کرد» ويا الفاظ مشابه آن، يا
- حامل.

چک به نفع شخص معین با درج «یا به حامل» و یا الفاظ مشابه آن، چک در وجه حامل محسوب می‌گردد.

چک بدون ذکر نام ذینفع، در وجه حامل تلقی می‌شود.

۶ ماده

ممکن است چک در وجه خود صادرکننده باشد.

ممکن است چک در وجه شخص ثالث کشیده شود.

چک نمی‌تواند به عهده خود صادرکننده کشیده شود، مگر اینکه از طرف یک مؤسسه به عهده مؤسسه دیگر متعلق به همان صادرکننده، صادر شود.

۷ ماده

شرط بهره مندرج در چک کان لم یکن تلقی می‌شود.

۸ ماده

چک در محل اقامت شخص ثالث یا در محلی که اقامتگاه مُحال علیه واقع است یا در محل دیگر قابل پرداخت است، مشروط براینکه شخص ثالث بانک باشد.

۹ ماده

در صورت اختلاف بین مبلغ چکی که با تمام حروف و اعداد نوشته شده، مبلغ با حروف وجه قابل پرداخت است. در صورتی که مبلغ چک بیش از یک بار تحریر شده، خواه با تمام حروف باشد خواه به اعداد، و بین آنها اختلاف باشد، مبلغ کمتر قابل پرداخت است.

۱۰ ماده

در صورتی که چک به امضای اشخاصی باشد که فاقد اهلیت جهت پذیرش تعهد از طریق چک هستند، یا چک متضمن امضاهای

مجعلوی یا امضای اشخاص موهوم و یا امضاهائی باشد که بنا به دلایل دیگری نتوان امضایکننده یا کسانی را که به نمایندگی از طرف آنان چک امضاء شده است متعهد نمود، مسئولیت سایر اشخاص امضایکننده چک به قوت خود باقی است.

۱۱ ماده

هر کس بدون داشتن هیچگونه اختیار، چکی را به عنوان نماینده شخصی امضاء نماید، به عنوان طرف چک مسئول است و اگر وجه آن را پرداخت کند دارای حقوق همان شخصی است که از جانب او مدعی نمایندگی بوده است. همین قاعده در مورد نماینده‌ای که از حدود اختیارات خود تجاوز کرده، جاری است.

۱۲ ماده

صادرکننده چک ضامن پرداخت آن است و هر شرطی که صادرکننده را برئی الدمه نماید، کان لم یکن تلقی می‌شود.

۱۳ ماده

هرگاه متن چکی که هنگام صدور ناقص بوده است، به نحوی خلاف توافق قبلی طرفین کامل شود، عدم رعایت چنین توافقی علیه دارنده سند قابل استناد نیست، مگر اینکه شخص اخیر چک را با سوء نیت تحصیل کرده و یا در به دست آوردن آن مرتکب تقصیر فاحش شده باشد.

بخش دوم: درانتقال

۱۴ ماده

چک در وجه شخص معین با قید صریح «به حواله کرد» یا بدون آن، بوسیله ظهernoیسی قابل انتقال است.

چک در وجه شخص معین با قید صریح «بدون حواله کرد» یا عبارتی نظیر آن، تنها به صورت انتقال ساده و با آثار مترتب برآن قابل واگذاری به غیر می باشد.

چک ممکن است به نفع صادرکننده یا هر طرف دیگر درست نشود ظهرنویسی گردد. این اشخاص نیز مجاز به ظهرنویسی مجدد خواهند بود.

۱۵ ماده

ظهرنویسی باید بدون قید و شرط باشد. هر شرطی که پشت نویسی را مقید نماید، کان لم یکن است.

ظهرنویسی جزئی باطل و بلااثر است.
ظهرنویسی مُحالٌ علیه نیز باطل است.

ظهرنویسی «در وجه حامل» در حکم ظهرنویسی سفید خواهد بود. ظهرنویسی به نفع مُحالٌ علیه اعتبار رسید را دارد، مگر در موردی که مُحالٌ علیه دارای چندین مؤسسه بوده و ظهرنویسی به نفع مؤسسه دیگری، غیر از مؤسسه ای که چک روی آن کشیده شده است، بعمل آمده باشد.

۱۶ ماده

ظهرنویسی باید روی چک یا برگه منضم به آن نوشته شود و به امضای ظهرنویس برسد.

در ظهرنویسی ممکن است ذینفع مشخص نشده یا فقط دارای امضای ظهرنویس باشد (ظهرنویسی سفید). در صورت اخیر، ظهرنویسی زمانی معتبر است که در پشت چک یا روی برگه ضمیمه آن منعکس شود.

۱۷ ماده

ظهرنویسی سبب انتقال کلیه حقوق ناشی از چک می گردد.
اگر ظهرنویسی به نحو سفید امضاء باشد، دارنده سند می تواند:

۱. قسمت پرنشه را با نام خود یا با نام شخص دیگری تکمیل نماید؛
۲. سند را مجدداً به صورت سفید یا در وجه شخص معینی ظهernoیسی کند؛
۳. بدون تکمیل قسمت خالی و بدون ظهernoیسی آن، چک را به شخص ثالثی انتقال دهد.

۱۸

در صورت عدم وجود شرط خلاف، ظهernoیس ضامن پرداخت وجه است.

ظهernoیس می‌تواند ظهernoیسی بعدی را نهی کند. در این صورت، ظهernoیس هیچگونه تعهدی نسبت به اشخاصی که سند با ظهernoیسی به آنها منتقل می‌گردد، نخواهد داشت.

۱۹

دارنده چک قابل ظهernoیسی دارنده قانونی آن محسوب می‌شود مشروط براینکه حقوق خود برسند را از طریق تسلسل مستمر ظهernoیسیها اثبات نماید، ولو اینکه آخرین ظهernoیسی، ظهernoیسی سفید باشد. در این خصوص، پشت‌نویسیهای ابطال شده کان لم یکن تلقی می‌گردد. در موردی که متعاقب ظهernoیسی سفید، ظهernoیسی دیگری صورت پذیرد، صاحب امضاء در این ظهernoیسی، دارنده چک توسط ظهernoیسی سفید محسوب خواهد شد.

۲۰

ظهernoیسی در چک در وجه حامل موجب مسئولیت ظهernoیس وفق مقررات حاکم بر حق رجوع می‌شود؛ اما این ظهernoیسی، سند را به صورت چک در وجه شخص معین در نخواهد آورد.

۲۱ ماده

هرگاه، به هر علت، چک ازید دارنده آن خارج گردد، دارنده بعدی آن (خواه چک در وجه حامل باشد، خواه چک قابل ظهernoیسی که دارنده، حقوق خود را برآن به طریق مذکور در ماده ۱۹ ثابت نماید) ملزم به بازگردانیدن آن نیست، مگر اینکه چک را با سوءنیت تحصیل کرده و یا اینکه در به دست آوردن آن مرتكب تقصیری فاحش شده باشد.

۲۲ ماده

امضا کنندگان چک که علیه آنها طرح دعوی شده است نمی‌توانند در مقابل دارنده چک به روابط خصوصی خود با صادرکننده یا با دارنده گان قبلی سند استناد کنند، مگر آنکه دارنده هنگام دریافت چک عالماً به زیان بدهکار عمل کرده باشد.

۲۳ ماده

هنگامی که ظهernoیسی متضمن عبارت «ارزش در وصولی»^{*}، «برای وصولی»^{**}، «توسط عاملیت»^{***}، یا هر عبارت دیگر که حاکی از وجود نمایندگی ساده است، باشد، دارنده می‌تواند تمام حقوق ناشی از چک را اعمال نماید، اما در ظهernoیسی آن تنها می‌تواند به عنوان نماینده عمل کند.

در این صورت، اشخاص ضامن می‌توانند فقط همان ایرادهایی را که علیه ظهernoیس قابل طرح است، علیه دارنده عنوان نمایند.
نمایندگی برایر ظهernoیسی به عنوان عاملیت، با فوت اصیل یا حدوث عدم اهلیت قانونی او، زایل نمی‌گردد.

* value in collection

** for collection

*** by procuration

۲۴ ماده

ظهرنویسی بعد از تنظیم اعتراضنامه (پروتست) یا گواهی معادل آن، یا پس از اتمام مهلت ارائه چک به بانک، تنها در حدّ یک انتقال سادهٔ طلب مؤثر است.

در صورت عدم اثبات خلاف، ظهرنویسی بدون تاریخ، ظهرنویسی قبل از تنظیم اعتراضنامه (پروتست) یا گواهیهای معادل آن یا پیش از اتمام مهلت مذکور در بند قبلی محسوب می‌شود.

بخش سوم: درضمانت

۲۵ ماده

ممکن است پرداخت تمام یا قسمتی از مبلغ چک ضمانت شود. این ضمانت ممکن است توسط شخص ثالثی بغیر از مُحالٌ علیه، یا یکی از امضاکنندگان چک بعمل آید.

۲۶ ماده

ضمانت در روی چک و یا در برگ ضمیمه داده می‌شود. ضمانت با عبارت «جهت تضمین»* و یا نظیر آن بیان و توسط ضامن امضاء می‌شود.
جز در مورد امضای صادرکننده، ضمانت صرفاً با امضای ضامن در «روی» چک تحقق یافته تلقی می‌گردد.
ضمامن باید مشخص نماید که ضمانت برای چه شخصی بعمل می‌آید. در صورت عدم ذکر، فرض براین است که تضمین به نفع صادرکننده داده شده است.

* good as aval

۲۷۰ ماده

مسئلیت ضامن به همان اندازه مضمون^۱ عنه خواهد بود.
مسئلیت ضامن همواره اعتبار دارد و لو اینکه تعهد موضوع تضمین او
به هر دلیل، بغیر از ایراد ظاهري سند، ساقط شده باشد.
ضامن با پرداخت مبلغ چك کلیه حقوق ناشی از سند را در مقابل
مضمون^۱ عنه و در برابر اشخاصی که نسبت به شخص اخیر در چك مسئلیت
دارند، دارا خواهد گردید.

بخش چهارم: در ارائه و پرداخت

۲۸۰ ماده

چك به رؤیت قابل پرداخت است و شرط خلاف، بلااعتبار
می باشد.
چکی که پیش از روز مذکور در آن جهت پرداخت به بانک ارائه
شده است، در روز ارائه قابل پرداخت می باشد.

۲۹۰ ماده

چك قابل پرداخت در کشور محل صدور، باید ظرف هشت روز
جهت پرداخت ارائه گردد.
چك صادره در کشوری غیر از کشوری که در آن قابل پرداخت
می باشد، باید ظرف بیست یا هفتاد روز، بسته به اینکه محل صدور و محل
پرداخت هر دو در یک قاره یا یکی از آنها در قاره دیگری از جهان واقع شده
است، ارائه گردد.

در این مورد، چکهای صادره در یک کشور اروپائی و قابل
پرداخت در یک کشور ساحلی مدیترانه یا بر عکس، به عنوان چکهای صادره

و قابل پرداخت در یک قاره محسوب می‌شوند.
مبدأ مهلتهای فوق، در روز مذکور در چک به عنوان تاریخ صدور
می‌باشد.

۳۰ ماده

وقتی که محل صدور و پرداخت چک دارای تقویمهای متفاوت باشد، زمان صدور چک، همان روز تقویم محل پرداخت خواهد بود.

۳۱ ماده

تسليم چک به اتاق پایپایی به منزله ارائه آن جهت پرداخت می‌باشد.

۳۲ ماده

الغای^{*} چک، تنها پس از اتمام مهلت ارائه، واجد آثار حقوقی است. اگر چک ملغی نشده باشد، محال علیه می‌تواند، حتی پس از انقضای مهلت، وجه آن را تأديه نماید.

۳۳ ماده

فوت یا محجور شدن صادرکننده چک پس از صدور آن، به هیچوجه در چک تأثیر نخواهد داشت.

* در متن فرانسوی کتوانسیون، لغت «revocation» در مقابل «countermand» انگلیسی بکار گرفته شده که معمولاً به مفهوم فسخ یک قرارداد است. در حقوق ایران، صادرکننده ممکن است به بانک محال علیه دستور عدم پرداخت (opposition au paiement) بدهد، اما نمی‌تواند چک را فسخ کند بدین علت که این سند دلیل مدیونیت صادرکننده بوده و خود نیز مال تلقی می‌گردد. بعلاوه، فسخ در مورد قرارداد استعمال می‌شود، حال آنکه چک به عنوان ابزار پرداخت و ثمن معامله مطرح است. به همین دلیل، در این متن واژه «الغاء» انتخاب گردید تا هم مفهوم حقوقی مورد نظر حفظ شود و هم به لغت مورد استفاده در متن نزدیک باشد.

۳۴ ماده

مُحالٌ عليه هنگام پرداخت چک می‌تواند تقاضا کند سند با قید «رسید» به وی تسلیم گردد.

دارنده نمی‌تواند پرداخت قسمتی از مبلغ چک را رد کند.
در صورت تأیید قسمتی از وجه چک، مُحالٌ عليه می‌تواند درج این پرداخت را در روی سند همراه با اخذ رسید تقاضا نماید.

۳۵ ماده

مُحالٌ عليه که وجه یک چک قابل ظهernoیسی را تأیید می‌کند ملزم است صحبت ایادی ظهernoیسی را رسیدگی نماید و نه صحبت امضای ایشان را.

۳۶ ماده

در صورتی که چک صادره قابل تأیید به پولی غیر از وجه رایج محل پرداخت باشد، مبلغ قابل پرداخت می‌تواند در مهلت ارائه چک به وجه رایج همین کشور به نرخ روز تأیید، پرداخت گردد. اگر وجه چک به محض تسلیم تأیید نشده باشد، دارنده می‌تواند به انتخاب خود خواستار شود که مبلغ سند به پول رایج آن کشور بر پایه نرخ روز ارائه یا روز تأییده پرداخت گردد.
ارزش پول خارجی براساس عرف و عادت محل تأییده تعیین می‌شود. معهذا، صادرکننده چک می‌تواند شرط نماید که مبلغ قابل پرداخت باید به نرخ مصريح در چک مورد محاسبه قرار گیرد.

این قواعد در صورت تصريح صادرکننده به اينکه پرداخت باید به پول رایج معينی صورت پذيرد، جاري نمی‌گردد (شرط پرداخت مؤثر با پول خارجی).

در موردي که وجه چک به واحد پولی تحرير شده است که على رغم داشتن يك عنوان ارزش آنها در محل صدور و محل پرداخت تفاوت می‌کند، پول کشور محل پرداخت ملاک خواهد بود.

بخش پنجم: در چک بسته و چک واریز به حساب

۳۷۸ ماده

صادرگذرنده یا دارنده چک می‌توانند، با توجه به آثار مذکور در مادهٔ بعد، چک را «بسته» نمایند.

بستن چک با کشیدن دو خط موازی در «روی» چک محقق می‌شود. بستن ممکن است عمومی و یا اختصاصی باشد.

بستن عمومی است اگر فقط شامل دو خط مزبور بوده و یا بین خطوط و اثره «بانک» یا نظیر آن درج شده باشد؛ بستن اختصاصی است در صورتی که نام یک بانک میان دو خط [موازی] منعکس گردد.

بستن عمومی قابل تبدیل به بستن اختصاصی است، ولی بستن اختصاصی نمی‌تواند به صورت بستن عمومی درآید.

دست خوردگی روی خطوط موازی یا نام بانک تعیین شده نادیده گرفته خواهد شد.

۳۸۰ ماده

محال^۱ علیه فقط می‌تواند چک بسته به نحو عمومی را به نفع یک بانک یا مشتری خود کارسازی نماید.

چک بسته به نحو اختصاصی را محال^۱ علیه تنها ممکن است به نفع بانک معین شده، یا اگر این بانک بانک مُحال^۱ علیه می‌باشد، به نفع مشتری خود پرداخت کند. با وجود این، بانک معین شده می‌تواند جهت وصول وجه چک به بانک دیگر رجوع نماید.

بانک فقط ممکن است چک بسته را از یکی از مشتریان خود یا از بانک دیگر تحصیل کند و نمی‌تواند وجه چنین چکی را به حساب اشخاص دیگری بغیر از اشخاص مذکور وصول نماید.

مُحال^۱ علیه فقط می‌تواند چک دارای چندین خط موازی تنظیم شده

به نحو اختصاصی را، در صورت وجود دو فقره خطوط موازی که یکی از آن‌دو به منظور وصول از طریق اتاق پایاپایی باشد، پرداخت کند.
مُحالٌ علیه یا بانکی که مقررات فوق را رعایت نمی‌کند، مسئول جبران خسارت تا معادل مبلغ اسمی چک خواهد بود.

۳۹ ماده

صادرکننده و یا دارنده چک می‌تواند پرداخت نقدی آن را با درج عبارت «واریز به حساب» یا نظری آن منع نمایند. این عبارت باید با کلمات متن چک به طور متقطع درج شود.
در صورت اخیر، مُحالٌ علیه فقط می‌تواند وجه چک را از طریق تصفیه دفتری تأديه نماید (اعتبار در حساب، انتقال وجهه از حسابی به حساب دیگر یا تهاجر). تصفیه دفتری به منزله پرداخت است.
دست خوردگی در عبارت «واریز به حساب» کافی نیست بلکه تلقی می‌گردد.

مُحالٌ علیه که مقررات فوق را رعایت نمی‌کند، مسئول جبران خسارت تا معادل مبلغ اسمی چک شناخته می‌شود.

بخش ششم: در حق رجوع به جهت عدم تأديه

۴۰ ماده

در صورتی که وجه چک در هنگام ارائه آن در موعد مقرر پرداخت نگردد و عدم پرداخت مذبور [به یکی از طرق زیر] گواهی شود:

۱. از طریق یک سند رسمی (اعتراضنامه)، یا
۲. بوسیله اعلامیه مُحالٌ علیه، تحریر شده با تاریخ در روی چک به اضافه ذکر روز ارائه، یا
۳. توسط اعلامیه تاریخ دار اتاق پایاپایی حاکی از تسلیم چک در

مهلت مقرر و عدم پرداخت آن،
دارنده چک می‌تواند حق رجوع خود را علیه ظهرنویسان، صادرکننده و سایر
مسئولان چک اعمال نماید.

۴۱ ماده

اعتراضنامه یا گواهی معادل آن باید پیش از انقضای مهلت ارائه
چک تنظیم شده باشد.
در صورتی که چک در آخرین روز مهلت ارائه شود، اعتراضنامه یا
گواهی معادل آن می‌تواند در اولین روز کاری بعد تنظیم گردد.

۴۲ ماده

دارنده چک باید عدم تأییه را به ظهرنویس خود یا به صادرکننده
ظرف چهار روز غیر تعطیل از تاریخ تنظیم اعتراضنامه یا گواهی معادل آن،
و در مورد شرط «بازگشت بدون مخارج» از روز ارائه چک، اطلاع دهد.
هر ظهرنویس باید ظرف دو روز غیر تعطیل متعاقب روز دریافت اطلاعنامه،
ظهرنویس ماقبل خود را با ذکر نام و نشانی آنهایی که اطلاعنامه های قبلی
را برای او ارسال داشته اند، آگاه نماید، و این عمل به همین ترتیب ادامه
یابد تا به شخص صادرکننده برسد. مدت‌های فوق از تاریخ دریافت اطلاعنامه
قبلی شروع می‌شود.

وقتی که مطابق بند فوق اطلاعنامه برای شخصی که چک را امضاء
کرده است ارسال شد، همین اطلاع باید در همان محدوده زمانی برای
ضامن او نیز فرستاده شود.

در مورد ظهرنویسی که نشانی خود را ذکر نکرده یا آن را به طور
ناخوانا ذکر نموده است، تسلیم اطلاعنامه به ظهرنویس قبل از او کفايت
می‌کند.

شخص مکلف به دادن اطلاعنامه می‌تواند این عمل را به هر نحو،
حتی به صرف اعاده چک، به انجام برساند.

شخص مزبور باید ثابت کند که اطلاع‌نامه را ظرف مهلت مقرر ارسال داشته است. پس از اطلاع‌نامه ظرف این مدت، به منزله رعایت مهلت مقرر است.

عدم اطلاع ظرف این مهلت، حقوق شخص را زایل نمی‌کند، اما اگر بر اثر سهل‌انگاری او ضرر و زیانی وارد شود، این شخص مسؤول جبران خسارات وارد حداکثر تا میزان مبلغ اسمی چک خواهد بود.

۴۳ ماده

صادرکننده، ظهرنویس یا ضامن می‌تواند توسط شرط «بازگشت بدون مخارج» و «بدون اعتراض»، یا هر عبارت معادل آن که در سنده قید و امضاء می‌شود، دارنده را از تنظیم اعتراضنامه یا گواهی معادل آن، به منظور اعمال حق رجوع معاف نماید.

این شرط، دارنده را از وظیفه ارائه چک ظرف مهلت مقرر یا ارسال اطلاع‌نامه معاف نمی‌دارد. بار اثبات عدم رعایت این مهلت به عهده شخصی است که می‌خواهد به این ایراد در مقابل دارنده استناد نماید.

اگر این شرط بوسیله صادرکننده تحریر شده باشد، آثار آن متوجه کلیه امضایکنندگان چک می‌گردد. در صورتی که این شرط توسط یکی از ظهرنویسها یا یک ضامن درج شده باشد، فقط در مورد همان ظهرنویس یا ضامن نافذ است. اگر علی‌رغم انعکاس شرط فوق بوسیله صادرکننده، دارنده چک اعتراضنامه یا گواهی معادل دیگری تنظیم نماید، هزینه‌های مربوط به عهده اوست. در صورتی که شرط کننده ظهرنویس یا ضامن باشد، مخارج اعتراضنامه یا گواهی معادل را، اگر سندي با این ویژگي تحریر شده باشد، می‌توان از تمام امضایکنندگان چک وصول کرد.

۴۴ ماده

اشخاصی که به موجب چک متعهدند، همگی در مقابل دارنده مسئولیت تضامنی دارند.

دارنده حق دارد، بدون الزام به رعایت ترتیب تعهد هریک از حیث تاریخ، علیه اشخاص فوق مجتمعاً یا منفرداً اقامه دعوی نماید.
همین حق را هر شخص صاحب امضاء در چک در صورت پرداخت مبلغ آن دارا است.

اقامه دعوی علیه یکی از مسئولان چک مانع اقدام علیه دیگران نیست، ولو اینکه تاریخ تعهد آنها مؤخر بر تعهد شخص مورد تعقیب باشد.

۴۵ ماده

دارنده می‌تواند در مراجعة خود به مسئول پرداخت، ارقام زیر را مطالبه و وصول کند:

۱. مبلغ تأديه نشده چک؛
۲. بهره از تاریخ ارائه چک به نرخ ۶ درصد؛
۳. هزینه اعتراضنامه یا گواهی معادل آن و اخطاریه‌ها به انضمام سایر هزینه‌ها.

۴۶ ماده

طرفی که وجه چک را پرداخت و آن را تحصیل می‌کند، می‌تواند ارقام ذیل را از اشخاصی که در مقابل او مسئولیت دارند مطالبه و وصول نماید:

۱. کل مبلغ چک پرداختی؛
۲. بهره مبلغ مذبور به نرخ ۶ درصد از روز تأديه؛
۳. کلیه مخارج متهمه.

۴۷ ماده

هریک از مسئولان چک که مورد رجوع قرار گرفته یا خواهد گرفت، می‌تواند درخواست کند که در ازای تأديه وجه، چک همراه با اعتراضنامه یا گواهی معادل آن و رسید مبلغ مورد پرداخت به وی تسليم گردد.

هر ظهernoیس که وجه چک را می پردازد می تواند ظهernoیسی خود و نیز ظهernoیسی اشخاص بعد از خود را ابطال نماید.

۴۸۰ ماده

در صورتی که ارائه چک، تنظیم اعتراضنامه یا گواهی معادل آن در مهلت تعیین شده، بواسطه یک مانع غیرقابل اجتناب (ممنوعیت قانونی توسط دولت یا سایر عوامل قهری) متعدد شود، مهلت مذکور افزایش می یابد. دارنده موظف است بدون اتفاق وقت، بروز حالت فورس ماژور را به ظهernoیس قبل از خود اطلاع دهد و این آگهی را در روی چک یا برگ ضمیمه با تاریخ و امضاء منعکس سازد. در سایر موارد، مفاد ماده ۴۲ لازم الرعایه است.

به محض رفع حالت فورس ماژور، دارنده باید بدون تأخیر، چک را جهت پرداخت ارائه، و در صورت لزوم، اقدام به تنظیم اعتراضنامه یا گواهی معادل آن نماید.

در صورت ادامه قوهٔ قاهره بیش از پانزده روز از تاریخی که دارنده حتی قبل از انقضای مهلت ارائه چک مورد قوهٔ قاهره را به ظهernoیس قبل از خود اطلاع داده است، حق رجوع بدون اینکه نیازی به ارائه و یا تنظیم اعتراضنامه یا گواهی معادل آن باشد، قابل اعمال خواهد بود. موانع صرفاً شخصی دارنده یا شخصی که از طرف او وظیفه ارائه چک یا تنظیم اعتراضنامه یا گواهی معادل آن را عهده دار است، قوهٔ قاهره محسوب نمی‌گردد.

بخش هفتم: در نسخ متعدد

۴۹۰ ماده

کلیه چکهایی که در یک کشور صادر و باید در کشور دیگر یا در بخش ماورای دریاهای همین کشور پرداخت شوند و بر عکس، یا چکهای

صادر شده و قابل پرداخت در یک بخش یا در بخش‌های مختلف ماوراء دریاهای یک کشور واحد، می‌توانند در چند نسخه یکسان تنظیم شوند. در صورتی که چک در چند نسخه تنظیم گردد، این نسخ باید در متن سند شماره گذاری شود. در صورت عدم انجام، هر نسخه، یک چک مستقل محسوب خواهد شد.

۵۰ ماده

پرداخت مبلغ به موجب یکی از نسخ سبب سقوط تعهد است، ولو اینکه قید نگردد که با این پرداخت، نسخه‌های دیگر از درجه اعتبار ساقط می‌شود.

ظهرنویسی که نسخ چک را به اشخاص مختلف منتقل کرده و نیز ظهرنویسان بعدی، مسئول پرداخت تمام نسخه‌های خواهند بود که حاوی امضای آنان بوده و مسترد نشده است.

بخش هشتم: تغییرات

۵۱ ماده

در صورت تغییر دادن متن چک، اشخاصی که پس از آن امضاء نموده‌اند مطابق عبارات تغییریافته متن سند، مسئولیت دارند؛ اشخاصی که قبل از آن امضاء کرده‌اند، در حدود عبارات متن اصلی، مسئولیت خواهند داشت.

بخش نهم: در مرور زمان

۵۲ ماده

دعاوى مبتنى بر حق رجوع دارنده عليه ظهرنويسان، صادرگكىنده و دیگر مسئولان چك پس از گذشت شش ماه از تاريخ انقضايى مهلت ارائه سند، مشمول مرور زمان خواهد بود.

دعاوى مبتنى بر حق رجوع مسئولان مختلف پرداخت چك نسبت به يكديگر پس از شش ماه از روزى كه مسئول پرداخت چك را تأديه نموده يا روزى كه بهوي مراجعه شده است، مشمول مرور زمان خواهد گردید.

۵۳ ماده

آثار قطع مرور زمان فقط عليه شخصى كه عمل حقوقى قاطع مرور زمان نسبت به او انجام شده است، جاري خواهد بود.

بخش دهم: مقررات عمومي

۵۴ ماده

در مقررات اين قانون، واژه «بانک» اشخاص يا مؤسسات قانوناً در حكم بانک را شامل مى شود.

۵۵ ماده

ارائه چك و يا تنظيم اعتراضنامه چك فقط در روز کاري امكان پذير است.

وقتي كه آخرین روز مهلت مقرر در قانون جهت انجام اعمال حقوقى راجع به چك، به ويزه ارائه يا تنظيم اعتراضنامه يا عمل حقوقى

معادل آن، مصادف با تعطیل رسمی است، این مهلت تا پایان روز کاری بعد از انقضای آن، تمدید می‌گردد. روزهای تعطیل میانی به مهلت مقرره افروده نمی‌شود.

۵۶ ماده

در مهلتهای مقرر قانونی روز شروع محاسبه نمی‌شود.

۵۷ ماده

هیچ مهلت ارفعی، خواه قانونی خواه قضائی، مجاز نخواهد بود.

ضميمة دوم

۱ ماده

هریک از طرفهای معظم متعاهد می‌تواند شرط کند که تعهدش در مورد درج کلمه «چک» به شرح مذکور در بند ۱ ماده ۱ «قانون متحدد الشکل» راجع به اسناد صادره در سرزمین خود، و تعهد مذکور در بند ۵ همان ماده در خصوص ذکر محل تنظیم چک، تا شش ماه پس از لازم الاجراء شدن این کنوانسیون قابل اعمال نخواهد بود.

۲ ماده

هریک از طرفهای معظم متعاهد اختیار دارد که در مورد تعهدات انجام شده راجع به چک در سرزمین خود مقرر دارد که چگونه می‌توان اعضاء را با یک اظهار معتبر منعکس در چک که کاشف از اراده شخصی باشد که در اصل می‌باید اعضاء کند، جایگزین نمود.

۳ ماده

به عنوان استثنائی بر بند ۳ ماده ۲ قانون متحددالشکل، هریک از طرفهای معظم متعاهد حق دارد مقرر نماید که در صورت عدم تصریح به محل پرداخت، چک در محل صدور آن قابل پرداخت خواهد بود.

۴ ماده

هریک از طرفهای معظم متعاهد این حق را برای خود محفوظ می دارد که نسبت به چکهای صادره و قابل پرداخت در سرزمین خود، مقرر کند که چکهای صادر شده بر عهده اشخاص دیگری غیر از بانکها یا مؤسسات قانوناً در حکم آنها، فاقد اعتبار چک هستند. همچنین، هریک از طرفهای معظم متعاهد حق گنجانیدن ماده ۳ قانون متحددالشکل را در قانون ملی خود، به ترتیبی که با استفاده آن طرف از مفاد بند فوق متناسب تر باشد، برای خود محفوظ می دارد.

۵ ماده

هریک از طرفهای معظم متعاهد حق دارد زمانی را که صادر کننده باید وجه چک را نزد مُحال^۱ علیه داشته باشد، تعیین نماید.

۶ ماده

هریک از طرفهای معظم متعاهد می تواند مقرر دارد که مُحال^۲ علیه اجازه دارد روی چک عبارت حاکی از گواهی، تأیید، اجازه یا معادل آن را تحریر کند، مشروط بر آنکه این اظهاریه در حکم قبولی نباشد، و علاوه بر آن، آثار حقوقی چنین عبارتی را تعیین کند.

۷ ماده

به عنوان استثنائی بر مواد ۵ و ۱۴ قانون متحددالشکل، هریک از

طرفهای معظم متعاهد این حق را برای خود محفوظ می‌دارد که در مورد چکهای قابل پرداخت در سرزمین خود و متضمن عبارت «غیرقابل انتقال»، مقرر نماید که اینگونه چکها جز به دارنده‌ای که آن را با این شرط تحويل گرفته است، قابل پرداخت نیست.

۸ ماده

هریک از طرفهای معظم متعاهد این اختیار را برای خود محفوظ می‌دارد که در خصوص اینکه خارج از موارد مذکور در ماده ۶ قانون متحدد الشکل، آیا چک می‌تواند بر عهده خود صادرکننده تنظیم گردد یا خیر، تعیین تکلیف نماید.

۹ ماده

به عنوان استثنائی بر ماده ۶ قانون متحدد الشکل، هریک از طرفهای معظم متعاهد، اعم از آنکه کلاً صدور چک بر عهده خود صادرکننده را تجویز نماید (ماده ۸ این ضمیمه) و یا آن را جزو در مورد معاملات با مؤسسات مختلف [یک صادرکننده] (ماده ۶ قانون متحدد الشکل) اجازه ندهد، این حق را برای خود محفوظ می‌دارد که صدور چنین چکی را در وجه حامل منع کند.

۱۰ ماده

به عنوان استثنائی بر ماده ۸ قانون متحدد الشکل، هریک از طرفهای معظم متعاهد این حق را برای خود محفوظ می‌دارد که صدور چکی را که در اقامتگاه شخص ثالثی بغیر از یک بانک قابل پرداخت باشد، اجازه دهد.

۱۱ ماده

هریک از طرفهای معظم متعاهد این حق را برای خود محفوظ می‌دارد که مقررات ماده ۱۳ قانون متحدد الشکل را در قانون ملی خود وارد نسازد.

۱۲ ماده

هریک از طرفهای معظم متعاهد این حق را برای خود محفوظ می‌دارد که ماده ۲۱ قانون متحددالشکل را در قسمت چک در وجه حامل اعمال نکند.

۱۳ ماده

به عنوان استثنائی برماده ۲۶ قانون متحددالشکل، هریک از طرفهای معظم متعاهد اختیار دارد مقرر نماید که در سرزمین او ضمانت به موجب سند جداگانه با تصریح بر محل تنظیم سند، قابل تودیع است.

۱۴ ماده

هریک از طرفهای معظم متعاهد این حق را برای خود محفوظ می‌دارد که مهلت مقرر در بند ۱ ماده ۲۹ قانون متحددالشکل را تمدید و مهلتهای ارائه را در سرزمینهای تحت حاکمیت یا قیمومت خود معین نماید. به عنوان استثنائی بربند ۲ ماده ۲۹ قانون متحددالشکل، هریک از طرفهای معظم متعاهد این حق را برای خود محفوظ می‌دارد که مهلتهای پیش‌بینی شده در این مقررات را درخصوص چکهای صادره و قابل پرداخت در بخش‌های مختلف جهان یا در کشورهای مختلف یک بخش از جهان غیر از اروپا تمدید کند.

دو یا چند طرف معظم متعاهد می‌توانند نسبت به تغییر مهلتهای مقرر در بند ۲ ماده ۲۹ قانون متحددالشکل در مورد چکهای صادره و قابل پرداخت در سرزمینهای خود با یکدیگر توافق نمایند.

۱۵ ماده

هریک از طرفهای معظم متعاهد اختیار دارد که در اجرای ماده ۳۱

قانون متحددالشکل، سازمانهایی را که وفق مقررات داخلی می‌باید به عنوان اتاق پایاپای شناخته شوند، تعیین کند.

۱۶ ماده

به عنوان استثنائی بر ماده ۳۲ قانون متحددالشکل، هریک از طرفهای معظّم متعاهد این حق را درخصوص چکهای قابل پرداخت در سرزمین خود برای خویش محفوظ می‌دارد که:

الف. الغای (فسخ) چک را حتی پیش از انقضای مهلت ارائه

اجازه دهد؛

ب. الغای (فسخ) چک را حتی پس از انقضای مهلت ارائه منع نماید.

بعلاوه، هریک از طرفهای معظّم متعاهد حق دارد تدبیر لازم را در صورت فقدان یا سرقت چک پیش‌بینی و آثار حقوقی آن را تعیین نماید.

۱۷ ماده

هریک از طرفهای معظّم متعاهد اختیار دارد که عنداللزوم، در شرایط خاص مربوط به نرخ تنزیل آن کشور، از قید مذکور در ماده ۳۶ قانون متحددالشکل، در مورد پرداخت واقعی به پول خارجی نسبت به چکهای قابل تأثیه در سرزمین خود عدول نماید. همین قاعده می‌تواند درخصوص چکهای تنظیمی و قابل پرداخت به ارز اعمال گردد.

۱۸ ماده

به عنوان استثنائی بر مواد ۳۷، ۳۸ و ۳۹ قانون متحددالشکل، هریک از طرفهای معظّم متعاهد این حق را برای خود محفوظ می‌دارد که فقط چکهای بسته یا چکهای واریز به حساب را در قانون داخلی خود مجاز اعلام نماید. با وجود این، چکهای بسته و چکهای واریز به حساب صادره در خارج و قابل پرداخت در سرزمین ملی به ترتیب به عنوان چکهای واریز

به حساب و چکهای بسته محسوب خواهند شد.
همچنین، هریک از طرفهای معظم متعاهد اختیار دارد متن عبارتی
را که وفق قانون ملی حاکم از این است که چک از نوع واریز به حساب
است، تعیین نماید.

۱۹ ماده

اینکه آیا دارنده چک حقوق ویژه‌ای نسبت به محل آن و آثار این
حقوق دارد، از شمول قانون متحددالشکل خارج است.
همین حکم در مورد هر موضوع دیگری راجع به روابط حقوقی
مبناً صدور چک جاری است.

۲۰ ماده

هریک از طرفهای معظم متعاهد این حق را برای خود محفوظ
می‌دارد که اجرای حق رجوع عليه صادرکننده را منوط به ارائه چک و تنظیم
اعتراضنامه یا گواهی معادل آن در مهلت مقرر نسازد و نیز آثار حقوقی این
حق رجوع را تعیین نماید.

۲۱ ماده

هریک از طرفهای معظم متعاهد این اختیار را برای خود محفوظ
می‌دارد که مقرر کند در خصوص چکهای قابل پرداخت در سرزمین او لازم
است گواهی عدم پرداخت پیش‌بینی شده در مواد ۴۰ و ۴۱ قانون
متحددالشکل، به عنوان شرط استمرار حق رجوع، در قالب یک اعتراضنامه
تنظیم گردد و نه هر سند معادل آن.

همچنین، هریک از طرفهای معظم متعاهد این اختیار را دارد که
مقرر نماید اظهاریه‌های مذکور در شماره‌های ۲ و ۳ ماده ۴۰ قانون
متحددالشکل در مهلت معین برای اعتراض در یک دفتر دولتی ثبت گردد.

۲۲ ماده

به عنوان استثنائي بر ماده ۴۲ قانون متحدد الشكل، هر يك از طرفهای معظم متعاهد اختيار دارد روش آگهی توسط مأمور دولتی را ابقاء يا برقرار کند. به موجب اين روش، هنگام انجام اعتراض، سرديفريا مأمور دولتی در چارچوب قانون ملي مجاز خواهد بود به اشخاص مسئول در چك که نشانی آنها در روی سند منعکس يا برای مأمور رسمي تنظيم اعتراض معلوم بوده يا توسط اشخاص متلاصق اعتراضنامه تعين گردیده است، اخطار كتبى ارسال دارد. هزينة اين اخطار به مخارج اعتراض مربوط اضافه خواهد شد.

۲۳ ماده

هر يك از طرفهای معظم متعاهد اختيار دارد مقرر نماید که نسبت به چكهاي صادر شده و قابل پرداخت در آن کشور، نرخ بهره مذکور در شماره ۲ ماده ۴۵ و شماره ۲ ماده ۴۶ قانون متحدد الشكل می تواند با نرخ رسمي رايچ در سرميزين آن طرف معظم متعاهد جايگزين شود.

۲۴ ماده

به عنوان استثنائي بر ماده ۴۵ قانون متحدد الشكل، هر يك از طرفهای معظم متعاهد اين حق را برای خود محفوظ می دارد که در قانون داخلی خود به دارنده چك اجازه دهد از شخص مسئول و مورد رجوع خود حق العمل به مأخذ تعين شده در قانون ملي مطالبه کند.

همين حكم به عنوان استثنائي بر ماده ۴۶ قانون متحدد الشكل در مورد شخصی که با پرداخت مبلغ چك، ميزان تأديه شده را از مسئولان سند در مقابل خود مطالبه می نماید، مرعى خواهد بود.

۲۵ ماده

هریک از طرفهای معظم متعاهد مخیر است تصمیم بگیرد که در صورت سلب حق رجوع یا شمول مرور زمان، حق رجوع علیه صادرکننده ای که محل چک را تأمین نکرده یا علیه صادرکننده یا ظهernoیسی که به نحو غیرعادلانه دارا شده است، کما کان باقی باشد.

۲۶ ماده

تعیین اسباب قطع یا تعلیق مرور زمان دعاوی چک مطروحه نزد محاکم، به عهده قانونگذاری هریک از طرفهای معظم متعاهد است. دیگر طرفهای معظم متعاهد مجاز نزد شرایطی را که تحت آن، موجبات قطع یا تعلیق مرور زمان را می پذیرند، تعیین کنند. همین حکم نسبت به اثر دعوا به عنوان مبدأ مرور زمان مورد نظر در بند ۲ ماده ۵۲ قانون متحدد الشکل جاری است.

۲۷ ماده

هریک از طرفهای معظم متعاهد اختیار دارد مقرر نماید که در مورد ضرب الاجل ارائه چک، و هر عمل حقوقی دیگر راجع به چکها، بعضی از روزهای کاری به مثابة روزهای تعطیل رسمی خواهد بود.

۲۸ ماده

هریک از طرفهای معظم متعاهد حق دارد مقررات ویژه عام الشمولی در مورد تمدید مهلت پرداخت و نیز در باره تمدید مهلتهای مقرر مربوط به اقدامات تأمینی در اعمال حق رجوع، تصویب نماید.

۲۹ ماده

هریک از طرفهای معظم متعاهد مجاز است که به منظور اجرای

قانون متحددالشکل، بانکها و اشخاص یا سازمانهایی را که حسب ماهیت فعالیت خود مؤسسه‌ی در حکم بانک تلقی می‌شوند، تعیین نماید.

۳۰ ماده

هریک از طرفهای معظّم متعاهد این حق را برای خود محفوظ می‌دارد که قانون متحددالشکل را کلاً یا بعضًا در خصوص چکهای پستی و چکهای ویژه بانکهای صادرکننده یا صندوقهای درآمد ملی یا مؤسسه‌ی انتظامی، بلا اجرا نماید و استناد مذکور را تابع مقررات جداگانه‌ای قرار دهد.

۳۱ ماده

هریک از طرفهای معظّم متعاهد ملزم است مقررات پیش‌بینی شده در کشور دیگر طرف معظّم متعاهد را براساس مواد ۱ تا ۱۴ (بندهای ۱ و ۲)، ۱۵ و ۱۶، ۱۸ تا ۲۵، ۲۷، ۲۹ و ۳۰ این ضمیمه به رسمیّت بشناسد.

قرارداد دوم

کنوانسیون راجع به

حل بعضی موارد تعارض قوانین درخصوص چک

ژنو- ۱۹ مارس ۱۹۳۱

ماده ۱

طرفهای معظم متعاهد، متعهد می‌گردند که به منظور رفع تعارض قوانین مذکور در مواد بعدی در زمینه چک، قواعد مندرج در مواد آتی الذکر را به مورد اجرا گذارند.

ماده ۲

اهلیت شخص برای قبول تعهد به موجب چک، طبق قانون کشور متبع او معین خواهد شد و اگر قانون کشور متبع او قانون کشور دیگری را در موضوع صالح بداند، قانون اخیر اجرا خواهد گردید.

با وجود این، اگر شخصی که مطابق قانون مذکور در پاراگراف قبل فاقد اهلیت است، چک را در سرزمین کشوری امضاء نموده که برابر مقررات آن واجد اهلیت شناخته می‌شود، تعهد او معتبر خواهد بود.

هریک از طرفهای معظم متعاهد می‌تواند از شناسائی و تصدیق اعتبار قرارداد تنظیمی بر مبنای چک صادره توسط یکی از اتباع آن، که در

کشور طرف قرارداد جز از طریق اعمال بند قبلی این ماده معتبر نیست، استنکاف ورزد.

ماده ۳

قانون کشور محل پرداخت چک، اشخاصی را که چک می‌تواند بر عهده آنها صادر شود، تعیین می‌کند. در صورتی که به موجب مفاد این قانون، چک به جهت شخصی که بر عهده او کشیده شده است بی اعتبار باشد، تعهدات ناشی از امضاهای مندرج در آن در کشورهای دیگری که مقرراتشان متضمن این قاعده نیست، کما کان معتبر خواهد بود.

ماده ۴

طرز تنظیم هرگونه قرارداد ناشی از چک، براساس قانون کشور محل امضای قرارداد، تعیین می‌گردد. معذلک، رعایت شرایط شکلی مقرر در قانون محل پرداخت نیز کفایت می‌کند.

با این وجود، اگر تعهدات ناشی از چک مطابق مفاد بند اخیرالذکر معتبر نبوده ولی با مقررات کشور محل انعقاد قرارداد بعدی هماهنگ باشد، این موضوع که قراردادهای قبلی صورت قانونی نداشته است، قرارداد بعدی را از اعتبار ساقط خواهد کرد.

هریک از طرفهای معظم متعاهد می‌تواند مقرر نماید که قراردادهای منعقده توسط چک صادره بوسیله یکی از اتباع آن کشور در خارج، در برابر اتباع دیگر آن دولت در سرزمین خود اعتبار قانونی دارد، مشروط برآنکه در تنظیم آنها قانون ملی رعایت شده باشد.

ماده ۵

قانون کشور محل ایجاد تعهدات ناشی از چک، آثار این تعهدات را تعیین خواهد کرد.

۶ ماده

مهلت مقرر جهت اعمال حق رجوع برای همه امضاکنندگان،
براساس قانون محل تنظیم سند تعیین خواهد شد.

۷ ماده

قانون کشور محل پرداخت، موارد زیر را تعیین می‌کند:

۱. آیا چک لزوماً سند به رؤیت است یا می‌تواند به وعده از رؤیت
نیز تنظیم گردد و همینطور اینکه صدور چک با درج تاریخ مؤخر چه آثاری
دارد؛

۲. مهلت ارائه؛

۳. آیا ممکن است در چک قبولی داده شود، یا چک تضمین،
تصدیق یا تأیید شده باشد، و آثار حقوقی ناشی از این عبارات کدام است؛
۴. آیا دارنده می‌تواند تمام وجه [چک] را مطالبه نماید و یا اینکه
ملزم به قبول قسمتی از آن نیز هست؛

۵. آیا چک می‌تواند «بسته» یا متضمن شرط «واریز به حساب» یا
عبارت معادل آن باشد و آثار مترتب بر هریک چیست؛

۶. آیا دارنده چک واجد حقوق ممتازه‌ای نسبت به «موجودی
حساب» می‌باشد و ماهیت این حقوق کدام است؛

۷. آیا صادرکننده می‌تواند چک را لغو (فسخ) و یا برای جلوگیری
از پرداخت آن اقدام نماید؛

۸. اتخاذ تدابیر لازم در صورت گم شدن یا سرقت چک؛

۹. آیا اعتراضنامه و یا گواهی معادل آن جهت حفظ حق رجوع
علیه ظهernoیسان، صادرکننده و متعهدان دیگر ضروری است.

۸ ماده

تشrifات و مهلتهای اعتراض، همچنین نحوه انجام عملیات لازم

جهت اجرا یا تأمین حقوق در زمینه چک، تابع قانون کشوری است که اعتراض یا عمل حقوقی مورد نظر باید در سرزمین آن انجام شود.

۹ ماده

هریک از طرفهای معظم متعاهد این حق را برای خود محفوظ می‌دارد که اصول حقوق بین‌الملل خصوصی مندرج در این کنوانسیون را در صورت ارتباط با موارد زیر مورد عمل قرار ندهد:

۱. تعهد مربوط به چک در خاک کشور غیر عضو کنوانسیون انجام شده باشد؛

۲. قانون قابل اجرا براساس اصول مزبور، قانون حاکم در سرزمین هریک از طرفهای معظم متعاهد نباشد.

۱۰ ماده

مفاد کنوانسیون حاضر در مورد چکهای صادره قبل از لازم الاجراء شدن این کنوانسیون، در قلمرو سرزمین هریک از اعضای معظم متعاهد، اعمال نخواهد شد.

۱۱ ماده

این کنوانسیون که متن فرانسه و انگلیسی آن از اعتبار واحدی برخوردار است، تاریخ امروز [۱۹ مارس ۱۹۳۱] را دارد.

این کنوانسیون از این پس می‌تواند تا ۱۵ ژوئیه ۱۹۳۱ از سوی اعضای جامعه ملل و دول غیر عضو امضاء گردد.

۱۲ ماده

الحق به این کنوانسیون می‌باید از طریق تصویب دولتها باشد.

استناد حاکی از تصویب باید تا اول سپتامبر ۱۹۳۳ نزد دیرکلن جامعه ملل تودیع گردد. مشارکیه نیز فوراً وصول آن را به کلیه اعضای جامعه

ملل یا دول غیرعضوی که از طرف آنها این کنوانسیون امضاء شده یا الحاق به آن تحقق یافته است، ابلاغ خواهد نمود.

۱۳ ماده

از تاریخ ۱۵ ژوئیه ۱۹۳۱ هریک از اعضای جامعه ملل یا دول غیرعضوی توانند به این کنوانسیون ملحق شوند.
موضوع الحاق باید به دیرکل جامعه ملل ابلاغ و ابلاغیه مذکور باید به آرشیو دیرخانه جامعه ملل تودیع گردد.
دیرکل، موضوع تودیع را به کلیه اعضای جامعه ملل و دول غیرعضو که به نام آنها این کنوانسیون امضاء شده یا الحاق به آن تحقق یافته است، فوراً ابلاغ خواهد کرد.

۱۴ ماده

این کنوانسیون پس از تصویب یا الحاق از سوی هفت عضو جامعه ملل یا دول غیرعضو، که مشتمل بر سه عضو دائم جامعه در شورا باشند، لازم الاجراء خواهد گردید.

تاریخ لازم الاجراء شدن، نودمین روز پس از وصول هفت مین تصویب یا الحاقیه موضوع بند اول این ماده، توسط دیرکل جامعه ملل خواهد بود.

دیرکل جامعه ملل هنگام ارسال ابلاغیه های موضوع مواد ۱۲ و ۱۳، مخصوصاً وصول تصویبات یا الحالات مذکور در بند اول این ماده را اعلام خواهد نمود.

۱۵ ماده

هرگونه تصویب یا الحاقی که بعد از لازم الاجراء شدن کنوانسیون به موجب ماده ۱۴ صورت گیرد، نود روز پس از تاریخ وصول توسط دیرکل جامعه ملل، مؤثر خواهد بود.

۱۶ ماده

این کنوانسیون تا دو سال از تاریخ لازم الاجراء شدن آن توسط اعضای جامعه ملل یا دول غیرعضو، غیرقابل رجوع است. رجوع مذبور نود روز پس از وصول اطلاعیه ارسالی جهت دبیرکل عملی خواهد شد. کلیه موارد رجوع باید توسط دبیرکل جامعه ملل فوراً به تمام اعضای جامعه ملل و دولتهای غیرعضو که از طرف آنها کنوانسیون حاضر امضاء شده یا الحاق به آن تحقق یافته است، ابلاغ شود. رجوع فقط نسبت به عضو جامعه ملل یا کشور غیرعضو مقاضی مؤثر خواهد بود.

۱۷ ماده

هر عضو جامعه ملل و هر دولت غیرعضو مشمول کنوانسیون می‌تواند پس از چهار سال از تاریخ لازم الاجراء شدن کنوانسیون، تقاضای تجدید نظر خود را در مورد بعض یا تمام مقررات کنوانسیون به دبیرکل جامعه ملل تسليم نماید.

چنانچه پس از یک سال از تاریخ ارسال تقاضای فوق برای دیگر اعضای جامعه ملل یا دول غیرعضوی که کنوانسیون در آن زمان نسبت به آنها لازم الاجراء است، حداقل شش دولت از تقاضای مذبور حمایت کنند، شورای جامعه ملل در مورد لزوم تشکیل جلسه به منظور بحث در خصوص موضوع فوق، اتخاذ تصمیم خواهد نمود.

۱۸ ماده

طرفهای معظم متعاهد در زمان امضاء، تصویب یا الحاق می‌توانند اعلام نمایند که با قبول این کنوانسیون، هیچگونه تعهدی را در مقابل تمام یا بعضی از مستعمرات، تحت الحمایه‌ها یا اراضی تحت حاکمیت یا تحت قیومیت خود بر عهده نخواهند گرفت. در این صورت، سرزمینهای مذکور در

چنین اعلامیه‌ای از شمول مفاد کنوانسیون حاضر مستثنی خواهد بود.
طرفهای معظّم متعاهد می‌توانند بعداً مراتب تمایل خود را به اجرای
این کنوانسیون در تمام یا بعضی از سرزمینهای مذکور در اعلامیه مندرج در
بنده فوق به دیرکل جامعه ملل اطلاع دهند. در این حالت، نود روز پس از
دریافت اعلامیه توسط دیرکل جامعه ملل، این کنوانسیون در کلیه
سرزمینهای مندرج در اطلاعیه قابل اجرا خواهد بود.

به همین ترتیب، طرفهای معظّم متعاهد می‌توانند در هر زمان مراتب
تمایل خود را به موقف الاجراء شدن این کنوانسیون در تمام یا بعضی از
مستعمرات، تحت الحمایه‌ها یا اراضی تحت حاکمیت یا تحت قیوموت
خود اعلام دارند. در این صورت، اجرای کنوانسیون در سرزمینهای مذکور در
اعلامیه فوق پس از یک سال از تاریخ دریافت اعلامیه توسط دیرکل جامعه
ملل متوقف خواهد شد.

۱۹ ماده

به محض لازم الاجراء شدن، این کنوانسیون، توسط دیرکل جامعه
ملل به ثبت خواهد رسید.

قرارداد سوم کنوانسیون راجع به حق تمبر چکها

ژنو- ۱۹ مارس ۱۹۳۱

ماده ۱

در صورت فقدان مقرراتی در این خصوص در قوانین داخلی، طرفهای معظم متعاهد، متعهد می‌شوند که قوانین خود را، در تمام سرزمینهای تحت حاکمیت یا اقتدار خود که مشمول این کنوانسیون می‌باشند، به نحوی تغییر دهند که اعتبار تعهدات ناشی از چک یا اجرای حقوق ناشی از آن منوط به رعایت مقررات مربوط به تمبر نگردد.

با وجود این، طرفهای معظم متعاهد می‌توانند اجرای این حقوق را تا پرداخت حق تمبر یا هر جریمه قانونی، معلق نمایند. اعضا همچنین ممکن است مقرر دارند که مطابق قوانین داخلی خود، خصوصیات و آثار حقوقی اسناد لازم الاجراء که طبق قوانین آنها به چک نیز قابل انتساب است، موکول به این شرط خواهد بود که از تاریخ صدور سند، حق تمبر مربوط دقیقاً پرداخت شده باشد.

۲ ماده

این کنوانسیون که متن فرانسوی و انگلیسی آن از اعتبار واحدی برخوردار است، تاریخ امروز [۱۹ مارس ۱۹۳۱] را دارد.
این کنوانسیون از این پس می‌تواند تا ۱۵ ژوئیه ۱۹۳۱ از سوی اعضای جامعه ملل و دول غیرعضو امضاء گردد.

۳ ماده

الحق به این کنوانسیون می‌باید از طریق تصویب دولتها باشد.
اسناد حاکی از تصویب باید تا اول سپتامبر ۱۹۳۳ نزد دبیرکل جامعه ملل تودیع گردد. مشارکیه نیز فوراً وصول آن را به کلیه اعضای جامعه ملل یا دول غیرعضوی که از طرف آنها این کنوانسیون امضاء شده یا الحق به آن تحقق یافته است، ابلاغ خواهد نمود.

۴ ماده

از تاریخ ۱۵ ژوئیه ۱۹۳۱، هر یک از اعضای جامعه ملل یا دول غیرعضوی می‌توانند به این کنوانسیون ملحق شوند.
موضوع الحق باید به دبیرکل جامعه ملل ابلاغ و ابلاغیه مذکور باید در آرشیو دبیرخانه جامعه ملل تودیع گردد.
دبیرکل، موضوع تودیع را به کلیه اعضای جامعه ملل و دول غیرعضو که به نام آنها این کنوانسیون امضاء شده یا الحق به آن تحقق یافته است، فوراً ابلاغ خواهد کرد.

۵ ماده

این کنوانسیون پس از تصویب یا الحق از سوی هفت عضو جامعه ملل یا دول غیرعضو، که مشتمل بر سه عضو دائم جامعه در شورا باشند، لازم الاجراء خواهد گردید.

تاریخ لازم الاجراء شدن، نودمین روز پس از وصول هفتمین تصویب یا الحاقیه موضوع بند اول این ماده، توسط دبیرکل جامعه ملل خواهد بود.

دبیرکل جامعه ملل، هنگام ارسال ابلاغیه های موضوع ماده ۳ و ۴ مخصوصاً وصول تصویبات یا العلاقات مذکور در بند اول این ماده را اعلام خواهد نمود.

۶ ماده

هرگونه تصویب یا الحاقی که بعد از لازم الاجراء شدن کنوانسیون به موجب ماده ۵ آن صورت گیرد، نود روز پس از تاریخ وصول توسط دبیرکل جامعه ملل، مؤثر خواهد بود.

۷ ماده

این کنوانسیون تا دو سال از تاریخ لازم الاجراء شدن آن توسط اعضای جامعه ملل یا دول غیرعضو، غیرقابل رجوع است. رجوع مزبور نود روز پس از وصول اطلاعیه ارسالی جهت دبیرکل عملی خواهد شد. کلیه موارد رجوع باید توسط دبیرکل جامعه ملل، فوراً به کلیه اعضای جامعه ملل و دول غیرعضو که کنوانسیون حاضر از طرف آنها امضاء شده یا الحاق به آن تحقق یافته است، ابلاغ شود. رجوع فقط نسبت به اعضای جامعه ملل یا دول غیرعضو که کنوانسیون به نام آنها تدوین شده است، مؤثر خواهد بود.

۸ ماده

هر عضو جامعه ملل و هر دولت غیرعضو مشمول کنوانسیون می تواند پس از چهار سال از تاریخ لازم الاجراء شدن کنوانسیون، تقاضای تجدید نظر خود را در مورد بعض یا تمام مقررات کنوانسیون، به دبیرکل جامعه ملل تسليم نماید.

چنانچه پس از یک سال از تاریخ ارسال تقاضای فوق برای دیگر اعضای جامعه ملل یا دول غیرحضوری که کنوانسیون در آن زمان نسبت به آنها لازم الاجراء است، حداقل شش دولت از تقاضای مزبور حمایت کنند، شورای جامعه ملل در مورد لزوم تشکیل جلسه به منظور بحث در خصوص موضوع فوق، اتخاذ تصمیم خواهد کرد.

۹ ماده

طرفهای معظم متعاهد در زمان امضاء، تصویب یا الحاق می‌توانند اعلام نمایند که با قبول این کنوانسیون، هیچگونه تعهدی را در مقابل کلیه یا بعضی از مستعمرات، تحت الحمایه‌ها یا اراضی تحت حاکمیت یا تحت قیوموت خود بر عهده نخواهند گرفت. در این صورت، کنوانسیون حاضر نسبت به هیچیک از سرزمهنهای مذکور در این اعلامیه، قابل اعمال نخواهد بود.

هر طرف معظم متعاهد می‌تواند بعداً مراتب تمایل خود را به اجرای این کنوانسیون در تمام یا بعضی از سرزمهنهای مذکور در اعلامیه مندرج در بند فوق، به دیرکل جامعه ملل اطلاع دهد. در این صورت، نود روز بعد از دریافت اعلامیه توسط دیرکل جامعه ملل، این کنوانسیون در کلیه سرزمهنهای مندرج در اطلاعیه قابل اجرا خواهد بود.

طرفهای معظم متعاهد می‌توانند در هر زمان مراتب تمایل خود را به موقف الاجراء شدن این کنوانسیون در تمام یا بعضی از مستعمرات، تحت الحمایه‌ها یا اراضی تحت حاکمیت یا تحت قیوموت خود، اعلام دارند. در این صورت، اجرای این کنوانسیون در سرزمهنهای مذکور در اعلامیه فوق پس از یک سال از تاریخ دریافت اعلامیه توسط دیرکل جامعه ملل متوقف خواهد شد.

۱۰ ماده

به محض لازم الاجراء شدن، این کنوانسیون، توسط دیرکل جامعه ملل به ثبت خواهد رسید.

Article 4.

As from July 15th, 1931, any Member of the League of Nations and any non-member State may accede thereto.

Such accession shall be effected by a notification to the Secretary-General of the League of Nations, such notification to be deposited in the archives of the Secretariat.

The Secretary-General shall notify such deposit forthwith to all the Members of the League of Nations and to the non-member States on whose behalf the present Convention has been signed or acceded to.

Article 5.

The present Convention shall not come into force until it has been ratified or acceded to on behalf of seven Members of the League of Nations or non-member States, which shall include three of the Members of the League permanently represented on the Council.

The date of entry into force shall be the ninetieth day following the receipt by the Secretary-General of the League of Nations of the seventh ratification or accession in accordance with the first paragraph of the present Article.

The Secretary-General of the League of Nations, when making the notification provided for in Articles 3 and 4, shall state in particular that the ratifications or accessions referred to in the first paragraph of the present Article have been received.

Article 6.

Every ratification or accession effected after the entry into force of the Convention in accordance with Article 5 shall take effect on the ninetieth day following the date of receipt thereof by the Secretary-General of the League of Nations.

Article 7.

The present Convention may not be denounced before the expiry of two years from the date on which it has entered into force in respect of that Member of the League or non-member State ; such denunciation shall take effect as from the ninetieth day following the receipt by the Secretary-General of the notification addressed to him.

Every denunciation shall be immediately communicated by the Secretary-General of the League of Nations to all the Members of the League of Nations and to the non-member States on whose behalf the present Convention has been signed or acceded to.

Each denunciation shall take effect only as regards the Member of the League of Nations or the non-member State, on whose behalf it has been made.

Article 8.

Every Member of the League of Nations and every non-member State in respect of which the present Convention is in force may forward to the Secretary-General of the League of Nations, after the expiry of the fourth year following the entry into force of the Convention, a request for the revision of some or all of the provisions of that Convention.

If such request, after being communicated to the other Members or non-member States between whom the Convention is at that time in force, is supported within one year by at least six of them, the Council of the League of Nations shall decide whether a Conference shall be convened for the purpose.

Article 9.

Any High Contracting Party may, at the time of signature, ratification or accession, declare that, in accepting the present Convention, he does not assume any obligations in respect of all or any of his colonies, protectorates or territories under suzerainty or mandate ; and the present Convention shall not apply to any territories named in such declaration.

Any High Contracting Party may give notice to the Secretary-General of the League of Nations at any time subsequently that he desires that the Convention shall apply to all or any of his territories which have been made the subject of a declaration under the preceding paragraph, and the Convention shall apply to all the territories named in such notice ninety days after its receipt by the Secretary-General of the League of Nations.

Any High Contracting Party may at any time declare that he desires that the present Convention shall cease to apply to all or any of his colonies, protectorates or territories under suzerainty or mandate and the Convention shall cease to apply to the territories named in such declaration one year after its receipt by the Secretary-General of the League of Nations.

Article 10.

The present Convention shall be registered by the Secretary-General of the League of Nations as soon as it comes into force.



3

CONVENTION ON THE STAMP LAWS IN CONNECTION WITH CHEQUES

Article 1.

If their laws do not already make provision to this effect, the High Contracting Parties undertake to alter their laws in all the territories placed under their sovereignty or authority on which the present Convention is applicable, so that the validity of obligations arising out of a cheque or the exercise of the rights that flow therefrom shall not be subordinated to the observance of the provisions concerning the stamp.

Nevertheless, the High Contracting Parties may suspend the exercise of these rights until payment of the stamp duties they prescribe or of any penalties incurred. They may also decide that the quality and effects of an instrument "immediately executory" which, according to their legislation may be attributed to a cheque, shall be subject to the condition that the stamp law has, from the issue of the instrument, been duly complied with in accordance with their laws.

Article 2.

The present Convention, the French and English texts of which shall be equally authentic, shall bear this day's date.

It may be signed thereafter until July 15th, 1931, on behalf of any Member of the League of Nations or non-member State.

Article 3.

The present Convention shall be ratified.

The instruments of ratification shall be deposited before September 1st, 1933, with the Secretary-General of the League of Nations, who shall forthwith notify receipt thereof to all the Members of the League of Nations and to the non-member States on whose behalf the present Convention has been signed or acceded to.

the revision of some or all of the provisions of that Convention.

If such request, after being communicated to the other Members or non-Member States between whom the Convention is at that time in force, is supported within one year by at least six of them, the Council of the League of Nations shall decide whether a Conference shall be convened for the purpose.

Article 18.

Any High Contracting Party may, at the time of signature, ratification or accession, declare that, in accepting the present Convention, he does not assume any obligations in respect of all or any of his colonies, protectorates or territories under suzerainty or mandate; and the present Convention shall not apply to any territories named in such declaration.

Any High Contracting Party may give notice to the Secretary-General of the League of Nations at any time subsequently that he desires that the Convention shall apply to all or any of his territories which have been made the subject of a declaration under the preceding paragraph, and the Convention shall apply to all the territories named in such notice ninety days after its receipt by the Secretary-General of the League of Nations.

Any High Contracting Party may at any time declare that he desires that the present Convention shall cease to apply to all or any of his colonies, protectorates or territories under suzerainty or mandate and the Convention shall cease to apply to the territories named in such declaration one year after its receipt by the Secretary-General of the League of Nations.

Article 19.

The present Convention shall be registered by the Secretary-General of the League of Nations as soon as it comes into force.

Article 10.

In the territory of each of the High Contracting Parties the provisions of the present Convention shall not apply to cheques already issued at the time of the coming into force of the present Convention.

Article 11.

The present Convention, the French and English texts of which shall be equally authentic, shall bear this day's date.

It may be signed thereafter until July 15, 1931, on behalf of any Member of the League of Nations or non-Member State.

Article 12.

The present Convention shall be ratified.

The instruments of ratification shall be deposited before September 1st, 1933, with the Secretary-General of the League of Nations, who shall forthwith notify receipt thereof to all the Members of the League of Nations and to the non-Member States on whose behalf the present Convention has been signed or acceded to.

Article 13.

As from July 15, 1931, any Member of the League of Nations and any non-Member State may accede thereto.

Such accession shall be effected by a notification to the Secretary-General of the League of Nations, such notification to be deposited in the archives of the Secretariat.

The Secretary-General shall notify such deposit forthwith to all the Members of the League of Nations and to the non-Member States on whose behalf the present Convention has been signed or acceded to.

Article 14.

The present Convention shall not come into force until it has been ratified or acceded to on behalf of seven Members of the League of Nations or non-Member States, which shall include three of the Members of the League permanently represented on the Council.

The date of entry into force shall be the ninetieth day following the receipt by the Secretary-General of the League of Nations of the seventh ratification or accession in accordance with the first paragraph of the present Article.

The Secretary-General of the League of Nations, when making the notification provided for in Articles 12 and 13, shall state in particular that the ratifications or accessions referred to in the first paragraph of the present Article have been received.

Article 15.

Every ratification or accession effected after the entry into force of the Convention in accordance with Article 14 shall take effect on the ninetieth day following the date of receipt thereof by the Secretary-General of the League of Nations.

Article 16.

The present Convention may not be denounced before the expiry of two years from the date on which it has entered into force in respect of that Member of the League or non-Member State; such denunciation shall take effect as from the ninetieth day following the receipt by the Secretary-General of the notification addressed to him.

Every denunciation shall be immediately communicated by the Secretary-General of the League of Nations to all the Members of the League of Nations and to the non-Member States on whose behalf the present Convention has been signed or acceded to.

Each denunciation shall take effect only as regards the Member of the League of Nations or the non-Member State, on whose behalf it has been made.

Article 17.

Every Member of the League of Nations and every non-Member State, in respect of which the present Convention is in force, may forward to the Secretary-General of the League of Nations, after the expiry of the fourth year following the entry into force of the Convention, a request for

Article 4.

The form of any contract arising out of a cheque is regulated by the laws of the territory in which the contract has been signed. Nevertheless, it shall be sufficient if the forms prescribed by the law of the place of payment are observed.

If, however, the obligations entered into by means of a cheque are not valid according to the provisions of the preceding paragraph, but are in conformity with the laws of the territory in which a subsequent contract has been entered into, the circumstance that the previous contracts are irregular in form shall not invalidate the subsequent contract.

Each of the High Contracting Parties may prescribe that contracts by means of a cheque entered into abroad by one of his nationals shall be valid in respect of another of his nationals in his territory, provided that they are in the form laid down by the national law.

Article 5.

The law of the country in whose territory the obligations arising out of a cheque have been assumed shall determine the effects of such obligations.

Article 6.

The limits of time for the exercise of rights of recourse shall be determined for all signatories by the law of the place where the instrument was created.

Article 7.

The law of the country in which the cheque is payable shall determine :

- (1) Whether a cheque must necessarily be payable at sight or whether it can be drawn payable at a fixed period after sight, and also what the effects are of the post-dating of a cheque ;
- (2) The limit of time for presentment ;
- (3) Whether a cheque can be accepted, certified, confirmed or visaed, and what the effects are respectively of such acceptance, certification, confirmation or visa ;
- (4) Whether the holder may demand, and whether he is bound to accept, partial payment ;
- (5) Whether a cheque can be crossed or marked either with the words "payable in account" or with some equivalent expression, and what the effects are of such crossing or of the words "payable in account" or any equivalent expression ;
- (6) Whether the holder has special rights to the cover and what the nature is of these rights ;
- (7) Whether the drawer may countermand payment of a cheque or take proceedings to stop its payment (*opposition*) ;
- (8) The measures to be taken in case of loss or theft of a cheque ;
- (9) Whether a protest or any equivalent declaration is necessary in order to preserve the right of recourse against the endorsers, the drawer and the other parties liable.

Article 8.

The form of and the limits of time for protest, as well as the form of the other measures necessary for the exercise or preservation of rights concerning cheques, shall be regulated by the law of the country in whose territory the protest must be drawn up or the measures in question taken.

Article 9.

Each of the High Contracting Parties reserves the right not to apply the principles of private international law contained in the present Convention so far as concerns :

- (1) An obligation undertaken outside the territory of one of the High Contracting Parties ;
- (2) Any law which may be applicable in accordance with these principles and which is not a law in force in the territory of any High Contracting Party.

2

CONVENTION FOR THE SETTLEMENT OF CERTAIN CONFLICTS OF LAWS IN CONNECTION WITH CHEQUES

Article 1.

The High Contracting Parties mutually undertake to apply, for the settlement of the conflicts of laws hereinafter mentioned, in connection with cheques, the rules set out in the following Articles.

Article 2.

The capacity of a person to bind himself by a cheque shall be determined by his national law. If this national law provides that the law of another country is competent in the matter, this latter law shall be applied.

A person who lacks capacity, according to the law specified in the preceding paragraph, is nevertheless bound if his signature has been given in any territory in which, according to the law in force there, he would have the requisite capacity.

Each of the High Contracting Parties may refuse to recognise the validity of a contract by means of a cheque entered into by one of his nationals which would not be deemed valid in the territory of the other High Contracting Parties otherwise than by means of the application of the preceding paragraph of the present Article.

Article 3.

The law of the country in which the cheque is payable determines the persons on whom a cheque may be drawn.

If, under this law, the instrument is not valid as a cheque by reason of the person on whom it is drawn, the obligations arising out of the signatures affixed thereto in other countries whose laws provide otherwise shall nevertheless be valid.

recognise such causes. The same applies to the effect of an action as a means of indicating the commencement of the period of limitation laid down in Article 52, paragraph 2, of the Uniform Law.

Article 27.

Each of the High Contracting Parties may prescribe that certain business days shall be assimilated to legal holidays as regards the limit of time for presentment and all acts relating to cheques.

Article 28.

Each of the High Contracting Parties may enact exceptional measures of a general nature relating to the postponement of payment and to the limits of time for conservatory measures in relation to recourse (*actes conservatoires des recours*).

Article 29.

For the purpose of giving effect to the Uniform Law, it is within the competence of each of the High Contracting Parties to determine what persons are to be regarded as bankers and what persons or institutions are, in view of the nature of their activities, to be assimilated to bankers.

Article 30.

Each of the High Contracting Parties reserves the right to exclude the application of the Uniform Law in whole or in part in regard to postal cheques, and in regard to the special cheque of banks of issue or of public revenue offices or of public credit institutions, in so far as the instruments mentioned above are subject to special regulations.

Article 31.

Each of the High Contracting Parties undertakes to recognise the provisions adopted by every other High Contracting Party in virtue of Articles 1 to 13, 14 (paragraphs 1 and 2), 15 and 16, 18 to 25, 27, 29 and 30 of the present Annex.

and payable in the territory of each of the High Contracting Parties shall be treated as cheques payable in account and as crossed cheques respectively.

Each of the High Contracting Parties may also determine the wording which, under its national law, shall indicate that the cheque is a cheque payable in account.

Article 19.

The question whether the holder has special rights to the cover and the consequences of these rights remain outside the scope of the Uniform Law.

The same applies to any other question concerning the legal relations on the basis of which the cheque is issued.

Article 20.

Each of the High Contracting Parties reserves the right not to make it a condition for the exercise of the right of recourse against the drawer that the cheque must be presented and the protest drawn up or an equivalent declaration made within due time, and to determine the effects of this recourse.

Article 21.

Each of the High Contracting Parties reserves the right to prescribe, as regards cheques payable in his territory, that the declaration of the refusal of payment stipulated in Articles 40 and 41 of the Uniform Law as a condition of the preservation of the right of recourse must in each and every case take the form of a protest to the exclusion of any equivalent declaration.

Each of the High Contracting Parties may also prescribe that the declarations provided for in Nos. 2 and 3 of Article 40 of the Uniform Law must be entered in a public register within the limit of time fixed for the protest.

Article 22.

By way of derogation from Article 42 of the Uniform Law, each of the High Contracting Parties may maintain or introduce the following system of notification by the public official — viz., that, when drawing up the protest, the notary or official who, under the national law, is authorised to draw up the protest is required to give notice in writing to the persons liable on the cheque whose addresses are specified in the cheque or are known to the public official drawing up the protest, or are specified by the persons demanding the protest. The expenses of such notice shall be added to the expenses of the protest.

Article 23.

Each of the High Contracting Parties may prescribe, as regards cheques which are both issued and payable in his territory, that the rate of interest mentioned in Article 45, No. 2, and in Article 46, No. 2, of the Uniform Law may be replaced by the legal rate in force in his territory.

Article 24.

By way of derogation from Article 45 of the Uniform Law, each of the High Contracting Parties reserves the right to insert in his national law a rule prescribing that the holder may claim from the party against whom he is exercising his right of recourse a commission the amount of which shall be determined by that law.

By way of derogation from Article 46 of the Uniform Law, the same applies to a person who, having taken up and paid the cheque, claims the amount from the parties liable to him.

Article 25.

Each of the High Contracting Parties is free to decide that, in the event of forfeiture of rights or limitation of actions, proceedings may be taken in his territory against a drawer who has not provided cover or against a drawer or endorser who has made an inequitable gain (*condiciones*).

Article 26.

It is for the legislation of each of the High Contracting Parties to determine the causes of interruption or suspension of limitation in the case of actions on cheques which are brought before his courts.

The other High Contracting Parties may determine the conditions under which they will

Article 10.

By way of derogation from Article 8 of the Uniform Law, each of the High Contracting Parties reserves the right to allow a cheque to be made payable at the domicile of a third person other than a banker.

Article 11.

Each of the High Contracting Parties reserves the right not to embody Article 13 of the Uniform Law in his national law.

Article 12.

Each of the High Contracting Parties reserves the right not to apply Article 21 of the Uniform Law so far as bearer cheques are concerned.

Article 13.

By way of derogation from Article 26 of the Uniform Law, each of the High Contracting Parties has the right to decide that an "aval" may be given in his territory by a separate instrument specifying the place in which the instrument has been executed.

Article 14.

Each of the High Contracting Parties reserves the right to prolong the time-limit provided for in the first paragraph of Article 29 of the Uniform Law and to fix the limits of time for presentation as regards the territories under his sovereignty or authority.

Each of the High Contracting Parties, by way of derogation from Article 29, paragraph 2, of the Uniform Law, reserves the right to prolong the time-limits provided for in the said paragraph for cheques issued and payable in different continents or in different countries in a continent other than Europe.

Two or more of the High Contracting Parties may agree, as regards cheques issued and payable in their respective territories, to modify the time-limits provided for in Article 29, paragraph 2, of the Uniform Law.

Article 15.

For the purpose of giving effect to Article 31 of the Uniform Law, each of the High Contracting Parties may determine the institutions which according to his national law are to be regarded as clearing-houses.

Article 16.

By way of derogation from Article 32 of the Uniform Law, each of the High Contracting Parties reserves the right in regard to cheques payable in his territory:

- (a) To allow the countermand of a cheque even before the expiration of the limit of the time for presentation;
- (b) To prohibit the countermand of a cheque even after the expiration of the limit of time for presentation.

Furthermore, each of the High Contracting Parties may determine the measures to be taken in case of the loss or theft of a cheque, and may regulate the legal consequences thereof.

Article 17.

Each of the High Contracting Parties may, if he deems it necessary, in exceptional circumstances connected with the rate of exchange of the currency of his country, derogate from the stipulation contained in Article 36 of the Uniform Law for effective payment in foreign currency as regards cheques payable in his territory. The above rule may also be applied as regards the issue in the national territory of cheques payable in foreign currency.

Article 18.

Each of the High Contracting Parties reserves the right, by way of derogation from Articles 37, 38, and 39 of the Uniform Law, to recognise in his national law only crossed cheques or only cheques payable in account. Nevertheless, crossed cheques and cheques payable in account issued abroad

ANNEX II.

Article 1.

Each of the High Contracting Parties may prescribe that the obligation to insert in cheques drawn in his territory the term "cheque", as laid down in Article 1, No. 1 of the Uniform Law, and the obligation stipulated in No. 5 of the said article to state the place where the cheque was drawn, shall not apply until six months after the entry into force of the present Convention.

Article 2.

Each of the High Contracting Parties may, as regards undertakings entered into in respect of cheques in his own territory, determine in what manner an actual signature may be replaced by an authentic declaration written on the cheque which evidences the consent of the party who should have signed.

Article 3.

By way of derogation from Article 2, paragraph 3, of the Uniform Law, each of the High Contracting Parties may prescribe that a cheque which does not specify the place of payment shall be regarded as payable at the place where it was drawn.

Article 4.

Each of the High Contracting Parties reserves the right, with regard to cheques issued and payable in his territory, to decide that instruments drawn on persons other than bankers or persons or institutions assimilated by the law to bankers, shall not be valid as cheques.

Each of the High Contracting Parties also reserves the right to embody Article 3 of the Uniform Law in his national law in the form and in the terms best suited to the use he may make of the provisions of the preceding paragraph.

Article 5.

Each of the High Contracting Parties may determine the moment at which the drawer must have funds available with the drawee.

Article 6.

Each of the High Contracting Parties may provide that a drawee may write on the cheque a statement of certification, confirmation, visa, or other equivalent declaration, provided that such declaration shall not operate as an acceptance, and may also determine the legal effects thereof.

Article 7.

By way of derogation from Articles 5 and 14 of the Uniform Law, each of the High Contracting Parties reserves the right to prescribe, as regards cheques payable in his territory, and marked "not transferable", that a cheque of this description may be paid only to the holder who has received it thus marked.

Article 8.

Each of the High Contracting Parties reserves the right to determine whether, apart from the cases referred to in Article 6 of the Uniform Law, a cheque may be drawn on the drawer himself.

Article 9.

By way of derogation from Article 6 of the Uniform Law, each of the High Contracting Parties, whether as a general rule he allows cheques to be drawn on the drawer himself (Article 8 of the present Annex), or whether he allows such cheques to be drawn only in the case of businesses with several establishments (Article 6 of the Uniform Law), reserves the right to prohibit the issue of cheques of this kind to bearer.

CHAPTER VII. — PARTS OF A SET.

Article 49.

With the exception of bearer cheques, any cheque issued in one country and payable in another or payable in a separate part overseas of the same country or *vice versa*, or issued and payable in the same or in different parts overseas of the same country, may be drawn in a set of identical parts. When a cheque is in a set of parts, each part must be numbered in the body of the instrument, failing which each part is deemed to be a separate cheque.

Article 50.

Payment made on one part operates as a discharge, even though there is no stipulation that such payment shall render the other parts of no effect.

An endorser who has negotiated parts to different persons and also the endorsers subsequent to him are liable on all the parts bearing their signatures, which have not been given up.

CHAPTER VIII. — ALTERATIONS.

Article 51.

In case of alteration of the text of a cheque, parties who have signed subsequent to the alteration are bound according to the terms of the altered text; parties who have signed before the alteration are bound according to the terms of the original text.

CHAPTER IX. — LIMITATION OF ACTIONS.

Article 52.

Actions of recourse by the holder against the endorsers, the drawer and the other parties liable are barred after six months as from the expiration of the limit of time fixed for presentment.

Actions of recourse by the different parties liable for the payment of a cheque against other such parties are barred after six months as from the day on which the party liable has paid the cheque or the day on which he was sued thereon.

Article 53.

Interruption of the period of limitation is only effective against the person in respect of whom the period has been interrupted.

CHAPTER X. — GENERAL PROVISIONS.

Article 54.

In the present law the word "banker" includes the persons or institutions assimilated by the law to bankers.

Article 55.

The presentment or protest of a cheque may only take place on a business day.

When the last day of the limit of time prescribed by the law for performing any act relating to a cheque, and particularly for presentment or for the drawing up of a protest or the making of an equivalent declaration, is a legal holiday, the limit of time is extended until the first business day which follows the expiration of that time. Intermediate holidays are included in computing limits of time.

Article 56.

The limits of time stipulated in the present law shall not include the day on which the period commences.

Article 57.

No days of grace, whether legal or judicial, are permitted.

Article 43.

The drawer, an endorser, or an *avaliseur* may, by the stipulation "*retour sans frais*", "*sans protet*", or any other equivalent expression written on the instrument and signed, release the holder from having a protest drawn up or an equivalent declaration made in order to exercise his right of recourse.

This stipulation does not release the holder from presenting the cheque within the prescribed limit of time, or from giving the requisite notices. The burden of proving the non-observance of the limit of time lies on the person who seeks to set it up against the holder.

If the stipulation is written by the drawer, it is operative in respect of all persons who have signed the cheque; if it is written by an endorser or an *avaliseur*, it is operative only in respect of such endorser or *avaliseur*. If, in spite of the stipulation written by the drawer, the holder has the protest drawn up or the equivalent declaration made, he must bear the expenses thereof. When the stipulation emanates from an endorser or *avaliseur*, the costs of the protest or equivalent declaration, if drawn up or made, may be recovered from all the persons who have signed the cheque.

Article 44.

All the persons liable on a cheque are jointly and severally bound to the holder.

The holder has the right to proceed against all these persons individually or collectively without being compelled to observe the order in which they have become bound.

The same right is possessed by any person signing the cheque who has taken it up and paid it.

Proceedings against one of the parties liable do not prevent proceedings against the others, even though such other parties may be subsequent to the party first proceeded against.

Article 45.

The holder may claim from the party against whom he exercises his right of recourse:

- (1) The unpaid amount of the cheque;
- (2) Interest at the rate of 6 % as from the date of presentment;
- (3) The expenses of the protest or equivalent declaration, and of the notices given as well as other expenses.

Article 46.

A party who takes up and pays a cheque can recover from the parties liable to him:

- (1) The entire sum which he has paid;
- (2) Interest on the said sum calculated at the rate of 6 %, as from the day on which he made payment;
- (3) Any expenses which he has incurred.

Article 47.

Every party liable against whom a right of recourse is, or may be, exercised, can require against payment, that the cheque shall be given up to him with the protest or equivalent declaration and a receipted account.

Every endorser who has taken up and paid a cheque may cancel his own endorsement and those of subsequent endorsers.

Article 48.

Should the presentment of the cheque or the drawing up of the protest or the making of the equivalent declaration within the prescribed limits of time be prevented by an insurmountable obstacle (legal prohibition (*prescription legale*) by any State or other case of *vis major*), these limits of time shall be extended.

The holder is bound to give notice without delay of the case of *vis major* to his endorser and to make a dated and signed declaration of this notice, on the cheque or on an *allonge*; in other respects, the provisions of Article 42 shall apply.

When *vis major* has terminated, the holder must without delay present the cheque for payment and, if need be, procure a protest to be drawn up or an equivalent declaration made. If *vis major* continues to operate beyond fifteen days after the date on which the holder, even before the expiration of the time-limit for presentment, has given notice of *vis major* to his endorser, recourse may be exercised and neither presentment nor a protest nor an equivalent declaration shall be necessary.

Facts which are purely personal to the holder or to the person whom he has entrusted with the presentment of the cheque or the drawing up of the protest or the making of the equivalent declaration are not deemed to constitute cases of *vis major*.

converted into a general crossing.

The obliteration either of a crossing or of the name of the banker shall be regarded as not having taken place.

Article 38.

A cheque which is crossed generally can be paid by the drawee only to a banker or to a customer of the drawee.

A cheque which is crossed specially can be paid by the drawee only to the named banker, or if the latter is the drawee, to his customer. Nevertheless, the named banker may procure the cheque to be collected by another banker.

A banker may not acquire a crossed cheque except from one of his customers or from another banker. He may not collect it for the account of other persons than the foregoing.

A cheque bearing several special crossings may not be paid by the drawee except in a case where there are two crossings, one of which is for collection through a clearing-house.

The drawee or banker who fails to observe the above provisions is liable for resulting damage up to the amount of the cheque.

Article 39.

The drawer or the holder of a cheque may forbid its payment in cash by writing transversally across the face of the cheque the words "payable in account" ("à porter en compte") or a similar expression.

In such a case the cheque can only be settled by the drawer by means of book-entry (credit in account, transfer from one account to another, set off or clearing-house settlement). Settlement by book-entry is equivalent to payment.

Any obliteration of the words "payable in account" shall be deemed not to have taken place.

The drawee who does not observe the foregoing provisions is liable for resulting damage up to the amount of the cheque.

CHAPTER VI. — RE COURSE FOR NON-PAYMENT.

Article 40.

The holder may exercise his right of recourse against the endorsers, the drawer and the other parties liable if the cheque on presentment in due time is not paid, and if the refusal to pay is evidenced :

- (1) By a formal instrument (protest), or
- (2) By a declaration dated and written by the drawee on the cheque and specifying the day of presentment, or
- (3) By a dated declaration made by a clearing-house, stating that the cheque has been delivered in due time and has not been paid.

Article 41.

The protest or equivalent declaration must be made before the expiration of the limit of time for presentment.

If the cheque is presented on the last day of the limit of time, the protest may be drawn up or the equivalent declaration made on the first business day following.

Article 42.

The holder must give notice of non-payment to his endorser and to the drawer within the four business days which follow the day on which the protest is drawn up or the equivalent declaration is made or, in case of a stipulation (*retour sans frais*), the day of presentment. Every endorser must, within the two business days following the day on which he receives notice, inform his endorser of the notice which he has received, mentioning the names and addresses of those who have given the previous notices and so on through the series until the drawer is reached. The periods mentioned above run from the receipt of the preceding notice.

When, in conformity with the preceding paragraph, notice is given to a person who has signed a cheque, the same notice must be given within the same limit of time to his *avaliseur*.

Where an endorser either has not specified his address or has specified it in an illegible manner, it is sufficient if notice is given to the endorser preceding him.

The person who must give notice may give it in any form whatever, even by simply returning the cheque.

He must prove that he has given notice within the limit of time prescribed. This time-limit shall be regarded as having been observed if a letter giving the notice has been posted within the said time.

A person who does not give notice within the limit of time prescribed above does not forfeit his rights. He is liable for the damage, if any, caused by his negligence, but the amount of his liability shall not exceed the amount of the cheque.

bordering on the Mediterranean or *vica versa* are regarded as issued and payable in the same continent.

The date from which the above-mentioned periods of time shall begin to run shall be the date stated on the cheque as the date of issue.

Article 30.

Where a cheque is drawn in one place and is payable in another having a different calendar, the day of issue shall be construed as being the corresponding day of the calendar of the place of payment.

Article 31.

Presentment of a cheque at a clearing-house is equivalent to presentment for payment.

Article 32.

The countermand of a cheque only takes effect after the expiration of the limit of time for presentment.

If a cheque has not been countermanded, the drawee may pay it even after the expiration of the time-limit.

Article 33.

Neither the death of the drawer nor his incapacity taking place after the issue of the cheque shall have any effect as regards the cheque.

Article 34.

The drawee who pays a cheque may require that it shall be given up to him receipted by the holder.

The holder may not refuse partial payment.

In case of partial payment the drawee may require that the partial payment shall be mentioned on the cheque and that a receipt shall be given to him.

Article 35.

The drawee who pays an endorsable cheque is bound to verify the regularity of the series of endorsements, but not the signature of the endorsers.

Article 36.

When a cheque is drawn payable in a currency which is not that of the place of payment, the sum payable may, within the limit of time for the presentment of the cheque, be paid in the currency of the country according to its value on the date of payment. If payment has not been made on presentment, the holder may at his option demand that payment of the amount of the cheque in the currency of the country shall be made according to the rate on the day of presentment or on the day of payment.

The usages of the place of payment shall be applied in determining the value of foreign currency. Nevertheless, the drawer may stipulate that the sum payable shall be calculated according to a rate expressed in the cheque.

The foregoing rules shall not apply to the case in which the drawer has stipulated that payment must be made in a certain specified currency (stipulation for effective payment in a foreign currency).

If the amount of the cheque is specified in a currency having the same denomination but a different value in the country of issue and the country of payment, reference is deemed to be made to the currency of the place of payment.

CHAPTER V. — CROSSED CHEQUES AND CHEQUES PAYABLE IN ACCOUNT.

Article 37.

The drawer or holder of a cheque may cross it with the effects stated in the next article hereof.

A crossing takes the form of two parallel lines drawn on the face of the cheque. The crossing may be general or special.

The crossing is general if it consists of the two lines only or if between the lines the term "banker" or some equivalent is inserted; it is special if the name of a banker is written between the lines.

A general crossing may be converted into a special crossing, but a special crossing may not be

Article 22.

Persons sued on a cheque cannot set up against the holder defences founded on their personal relations with the drawer or with previous holders, unless the holder in acquiring the cheque has knowingly acted to the detriment of the debtor.

Article 23.

When an endorsement contains the statement "value in collection" ("valeur en recouvrement") "for collection" ("pour encasement"), "by procuration" ("par procuration"), or any other phrase implying a simple mandate, the holder may exercise all rights arising out of the cheque, but he can endorse it only in his capacity as agent.

In this case the parties liable can only set up against the holder defences which could be set up against the endorser.

The mandate contained in an endorsement by procuration does not terminate by reason of the death of the party giving the mandate or by reason of his becoming legally incapable.

Article 24.

An endorsement after protest or after an equivalent declaration or after the expiration of the limit of time for presentment operates only as an ordinary assignment.

Failing proof to the contrary, an undated endorsement is deemed to have been placed on the cheque prior to the protest or equivalent declaration or prior to the expiration of the limit of time referred to in the preceding paragraph.

CHAPTER III. — "AVALS"

Article 25.

Payment of a cheque may be guaranteed by an "aval" as to the whole or part of its amount. This guarantee may be given by a third person other than the drawee, or even by a person who has signed the cheque.

Article 26.

An "aval" is given either on the cheque itself or on an "allonge". It is expressed by the words "good as aval", or by any other equivalent formula. It is signed by the giver of the "aval".

It is deemed to be constituted by the mere signature of the giver of the "aval", placed on the face of the cheque, except in the case of the signature of the drawer.

An "aval" must specify for whose account it is given. In default of this, it is deemed to be given for the drawer.

Article 27.

The giver of an "aval" is bound in the same manner as the person for whom he has become guarantor.

His undertaking is valid even when the liability which he has guaranteed is inoperative for any reason other than defect of form.

He has, when he pays the cheque, the rights arising out of the cheque against the person guaranteed and against those who are liable to the latter on the cheque.

CHAPTER IV. — PRESENTMENT AND PAYMENT.

Article 28.

A cheque is payable at sight. Any contrary stipulation shall be disregarded.

A cheque presented for payment before the date stated as the date of issue is payable on the day of presentment.

Article 29.

A cheque payable in the country in which it was issued must be presented for payment within eight days.

A cheque issued in a country other than that in which it is payable must be presented within a period of twenty days or of seventy days, according as to whether the place of issue and the place of payment are situated respectively in the same continent or in different continents.

For the purposes of this article cheques issued in a European country and payable in a country

CHAPTER II. — NEGOTIATION.

Article 14.

A cheque made payable to a specified person, with or without the express clause "to order", may be transferred by means of endorsement.

A cheque made payable to a specified person, in which the words "not to order" or any equivalent expression have been inserted, can only be transferred according to the form and with the effects of an ordinary assignment.

A cheque may be endorsed even to the drawer or to any other party to the cheque. These persons may re-endorse the cheque.

Article 15.

An endorsement must be unconditional. Any condition to which it is made subject shall be disregarded.

A partial endorsement is null and void.

An endorsement by the drawee is also null and void.

An endorsement "to bearer" is equivalent to an endorsement in blank.

An endorsement to the drawee has the effect only of a receipt, except in the case where the drawee has several establishments and the endorsement is made in favour of an establishment other than that on which the cheque has been drawn.

Article 16.

An endorsement must be written on the cheque or on a slip affixed thereto (*allonge*). It must be signed by the endorser.

The endorsement may leave the beneficiary unspecified or may consist simply of the signature of the endorser (endorsement in blank). In the latter case, the endorsement, to be valid, must be written on the back of the cheque or on the slip attached thereto (*allonge*).

Article 17.

An endorsement transfers all the rights arising out of a cheque.

If the endorsement is in blank, the holder may :

- (1) Fill up the blank either with his own name or with the name of some other person ;
- (2) Re-endorse the cheque in blank or to some other person ;
- (3) Transfer the cheque to a third person without filling up the blank and without endorsing it.

Article 18.

In the absence of any contrary stipulation, the endorser guarantees payment.

He may prohibit any further endorsement ; in this case he gives no guarantee to the persons to whom the cheque is subsequently endorsed.

Article 19.

The possessor of an endorsable cheque is deemed to be the lawful holder if he establishes his title to the cheque through an uninterrupted series of endorsements, even if the last endorsement is in blank. In this connection, cancelled endorsements shall be disregarded. When an endorsement in blank is followed by another endorsement, the person who signed this last endorsement is deemed to have acquired the cheque by the endorsement in blank.

Article 20.

An endorsement on a cheque to bearer renders the endorser liable in accordance with the provisions governing the right of recourse ; but it does not convert the instrument into a cheque to order.

Article 21.

Where a person has, in any manner whatsoever, been dispossessed of a cheque (whether it is a cheque to bearer or an endorsable cheque to which the holder establishes his right in the manner mentioned in Article 19), the holder into whose possession the cheque has come is not bound to give up the cheque unless he has acquired it in bad faith or unless in acquiring it he has been guilty of gross negligence.

Article 3.

A cheque must be drawn on a banker holding funds at the disposal of the drawer and in conformity with an agreement, express or implied, whereby the drawer is entitled to dispose of those funds by cheque. Nevertheless, if these provisions are not complied with, the instrument is still valid as a cheque.

Article 4.

A cheque cannot be accepted. A statement of acceptance on a cheque shall be disregarded.

Article 5.

A cheque may be made payable :

To a specified person with or without the express clause " to order ", or
To a specified person, with the words " not to order " or equivalent words, or
To bearer.

A cheque made payable to a specified person with the words " or to bearer ", or any equivalent words, is deemed to be a cheque to bearer.

A cheque which does not specify the payee is deemed to be a cheque to bearer.

Article 6.

A cheque may be drawn to the drawer's own order.

A cheque may be drawn for account of a third person.

A cheque may not be drawn on the drawer himself unless it is drawn by one establishment on another establishment belonging to the same drawer.

Article 7.

Any stipulation concerning interest which may be embodied in the cheque shall be disregarded.

Article 8.

A cheque may be payable at the domicile of a third person either in the locality where the drawee has his domicile or in another locality, provided always that such third person is a banker.

Article 9.

Where the sum payable by a cheque is expressed in words and also in figures, and there is any discrepancy, the sum denoted by the words is the amount payable.

Where the sum payable by a cheque is expressed more than once in words or more than once in figures, and there is any discrepancy, the smaller sum is the sum payable.

Article 10.

If a cheque bears signatures of persons incapable of binding themselves by a cheque, or forged signatures, or signatures of fictitious persons, or signatures which for any other reason cannot bind the persons who signed the cheque or on whose behalf it was signed, the obligations of the other persons who have signed it are none the less valid.

Article 11.

Whosoever puts his signature on a cheque as representing a person for whom he had no power to act is bound himself as a party to the cheque and, if he pays, has the same rights as the person for whom he purported to act. The same rule applies to a representative who has exceeded his powers.

Article 12.

The drawer guarantees payment. Any stipulation by which the drawer releases himself from this guarantee shall be disregarded.

Article 13.

If a cheque which was incomplete when issued has been completed otherwise than in accordance with the agreements entered into, the non-observance of such agreements may not be set up against the holder unless he has acquired the cheque in bad faith or, in acquiring it, has been guilty of gross negligence.

1

CONVENTION PROVIDING A UNIFORM LAW FOR CHEQUES

ANNEX I.

UNIFORM LAW ON CHEQUES.

CHAPTER I. — THE DRAWING AND FORM OF A CHEQUE.

Article 1.

A cheque contains :

1. The term "cheque" inserted in the body of the instrument and expressed in the language employed in drawing up the instrument;
2. An unconditional order to pay a determinate sum of money;
3. The name of the person who is to pay (drawee);
4. A statement of the place where payment is to be made;
5. A statement of the date when and the place where the cheque is drawn;
6. The signature of the person who draws the cheque (drawer).

Article 2.

An instrument in which any of the requirements mentioned in the preceding article is wanting is invalid as a cheque, except in the cases specified in the following paragraphs:

In the absence of special mention, the place specified beside the name of the drawee is deemed to be the place of payment. If several places are named beside the name of the drawee, the cheque is payable at the first place named.

In the absence of these statements, and of any other indication, the cheque is payable at the place where the drawee has his principal establishment.

A cheque which does not specify the place at which it was drawn is deemed to have been drawn in the place specified beside the name of the drawer.

Article X.

The High Contracting Parties may declare at the time of signature, ratification or accession, that it is not their intention in accepting the present Convention to assume any liability in respect of all or any of their colonies, protectorates or territories under suzerainty or mandate, in which case the present Convention shall not be applicable to the territories mentioned in such declaration.

The High Contracting Parties may at any time subsequently inform the Secretary-General of the League of Nations that they intend to apply the present Convention to all or any of their territories referred to in the declaration provided for in the preceding paragraph. In this case, the Convention shall apply to the territories referred to in the notification ninety days after its receipt by the Secretary-General of the League of Nations.

They further reserve the right to denounce it, in accordance with the conditions of Article VIII, on behalf of all or any of their colonies, protectorates or territories under suzerainty or mandate.

Article XI.

The present Convention shall be registered by the Secretary-General of the League of Nations as soon as it comes into force.

Article III.

The present Convention, the French and English texts of which shall be equally authentic, shall bear this day's date.

It may be signed thereafter until July 15th, 1931, on behalf of any Member of the League of Nations or non-member State.

Article IV.

The present Convention shall be ratified.

The instruments of ratification shall be deposited before September 1, 1933, with the Secretary-General of the League of Nations, who shall forthwith notify receipt thereof to all the Members of the League of Nations and to the non-member States on whose behalf the present Convention has been signed or acceded to.

Article V.

As from July 15, 1931, any Member of the League of Nations and any non-member State may accede thereto.

Such accession shall be effected by a notification to the Secretary-General of the League of Nations, such notification to be deposited in the archives of the Secretariat.

The Secretary-General shall notify such deposit forthwith to all the Members of the League of Nations and to the non-member States on whose behalf the present Convention has been signed or acceded to.

Article VI.

The present Convention shall not come into force until it has been ratified or acceded to on behalf of seven Members of the League of Nations or non-member States, including therein three of the Members of the League permanently represented on the Council.

The date of entry into force shall be the ninetieth day following the receipt by the Secretary-General of the League of Nations of the seventh ratification or accession in accordance with the first paragraph of the present Article.

The Secretary-General of the League of Nations, when making the notifications provided for in Articles IV and V, shall state in particular that the ratifications or accessions referred to in the first paragraph of the present Article have been received.

Article VII.

Every ratification or accession effected after the entry into force of the Convention in accordance with Article VI shall take effect on the ninetieth day following the date of receipt thereof by the Secretary-General of the League of Nations!

Article VIII.

Except in urgent cases, the present Convention may not be denounced before the expiry of two years from the date on which it has entered into force in respect of the Member of the League or non-member State denouncing it; such denunciation shall take effect as from the ninetieth day following the receipt by the Secretary-General of the notification addressed to him.

Every denunciation shall be immediately communicated by the Secretary-General of the League of Nations to all the other High Contracting Parties.

In urgent cases a High Contracting Party which denounces the Convention shall immediately notify direct all other High Contracting Parties, and the denunciation shall take effect two days after the receipt of such notification by the said High Contracting Parties. A High Contracting Party denouncing the Convention in these circumstances shall also inform the Secretary-General of the League of Nations of its decision.

Each denunciation shall take effect only as regards the High Contracting Party on whose behalf it has been made.

Article IX.

Every Member of the League of Nations and every non-member State in respect of which the present Convention is in force may forward to the Secretary-General of the League of Nations, after the expiry of the fourth year following the entry into force of the Convention, a request for the revision of some or all of the provisions of this Convention.

If such request, after being communicated to the other Members or non-member States between which the Convention is at that time in force, is supported within one year by at least six of them, the Council of the League of Nations shall decide whether a Conference shall be convened for the purpose.

GENEVA CONVENTIONS ON CHEQUES

Article I.

The High Contracting Parties undertake to introduce in their respective territories, either in one of the original texts or in their own languages, the Uniform Law forming Annex I of the present Convention.

This undertaking shall, if necessary, be subject to such reservations as each High Contracting Party shall notify at the time of its ratification or accession. These reservations shall be chosen from among those mentioned in Annex II of the present Convention.

The reservations referred to in Articles 9, 22, 27 and 30 of the said Annex II may, however, be made after ratification or accession, provided that they are notified to the Secretary-General of the League of Nations, who shall forthwith communicate the text thereof to the Members of the League of Nations and to the non-member States on whose behalf the present Convention has been ratified or acceded to. Such reservations shall not take effect until the ninetieth day following the receipt by the Secretary-General of the above-mentioned notification.

Each of the High Contracting Parties may, in urgent cases, make use of the reservations contained in Articles 17 and 28 of the said Annex II, even after ratification or accession. In such cases, they must immediately notify direct all other High Contracting Parties and the Secretary-General of the League of Nations. The notification of these reservations shall take effect two days following its receipt by the High Contracting Parties.

Article II.

In the territories of each of the High Contracting Parties, the Uniform Law shall not apply to cheques already issued at the time of the coming into force of the present Convention.



**GENEVA CONVENTIONS
on
CHEQUES**

(19 March 1931)



LAW REVIEW

Bureau for International Legal Services

Vol. 13

Autumn - winter 1990 - 1991

President and Director-in-charge:

— **Dr. G. Eftekhar Djahromi**

Supervised by:

— **Editorial Board.**

در مجله شماره دوازدهم اصلاح شود:

صفحه ۳ سطر ۱۵ «ترجمه و تلخیص» درست است.

صفحه ۲۱۱ زیرنویس اول «Grotius» درست است.

صفحه ۲۱۹ سطر ۱۵ «جنینگر» درست است.

صفحه ۲۳۱ زیرنویس سطر ۲ (Franco - Italian...) درست است.

صفحه ۲۳۶ سطر آخر «می‌گیرد» اضافه شود.

صفحه ۲۳۸ متن ذیل به اول صفحه اضافه گردد:

۲. هزینه اجرای طرح مذکور نه تنها بسیار سنگین بلکه به گفته نماینده

عراق در سازمان ملل ابهانه است. هزینه تغییر جریان آب اروندرود بین ۵ تا ۱۰

میلیارد دلار برآورد شده است. البته اجرای این طرح برای شرکت‌های امریکائی

بسیار سودآور است. به همین سبب دولت امریکا و شرکت‌های آن کشور از اجرای

این طرح حمایت می‌کنند. اداره وینسکی معاون وزارت خارجه امریکا پشتیبانی

کشوش را از این طرح با اعطای کمکهای علمی و تکنولوژیکی اعلام داشته و

تاکید کرده است که تغییر مسیر این آبراه مسلمًا به پایان جنگ ایران و عراق

کمک می‌کند و مشکل بین دو کشور را محدود می‌سازد.^۴

صفحات ۲۷۷ و ۲۷۸ متن زیرنویس شماره ۱ و ۲ جایجا شود.

صفحه ۲۸۳ ماده ۱۰ سطر ۱۰ «با مرگ موکل» درست است.

صفحه ۲۹۱ ماده ۳۹ سطر ۱ «این سند» به جای «سندي» درست است.

صفحه ۲۹۲ سطر ۶ « محل صدور و محل پرداخت» درست است.

صفحه ۳۰۵ عنوان بخش ۱۰ « در جمل و تزویر» به « تغییرات» اصلاح شود و صدر ماده ۶۹، « در صورت وقوع تغییرات» تبدیل گردد.

صفحه ۳۱۴ سطر ۲۳ « به رسیت بشناسد» درست است.

صفحه ۳۱۷ ماده ۱۳ سطر ۳ «جامعة ملل» درست است.

صفحه ۳۱۸ ماده ۱۷ اصطلاح «فسخ» به «رجوع» تغییر یابد و جمله اول نیز بر همین اساس
اصلاح شود.

LAW REVIEW

Bureau for International Legal Services

Vol. 13

Autumn - winter 1990 - 1991

Publication:

Bureau for International Legal Services

No. 140, Forsat St. Taleghani Ave. Tehran-Iran
Tel. (21) 825071-5, 824176

نشریه

دفتر خدمات حقوق بین الملل جمهوری اسلامی ایران

تهران، خیابان طالقانی، نیش شماری فرست، شماره ۱۴۰، تلفن ۸۲۵۰۷۱

۱۵۰۰ ریال