

# محله حقوقی

دفتر خدمات حقوق بین المللی جمهوری اسلامی ایران

پاییز و زمستان ۱۳۷۷

شماره بیست و سوم

شماره استاندارد بین المللی ۱۰۲۴۰۰۷۹۹

صفحه ۶۰۰ تومان

- بیانیه‌های الجزایر: یک دریچه، چند نگاه ● قانون داوری تجاری بین المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری آنسیترال ● چشم‌انداز انعقاد یک عهدنامه عمومی بین المللی درباره سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی ● استناد و اثبات قانون خارجی: مقایسه‌ای بین سیستم‌های مهم اروپایی ● درآمدی بر تأسیس دادگاه کیفری بین المللی و ارزیابی اساسنامه آن ● کشمکش‌زدایی با داوری در حقوق اسلام و کامن لا
- معرفی حقوق مصرف با مقدمه‌ای از مترجم ● استناد بین المللی (کتوانسیون بین المللی راجع به منع مجب‌گذاریهای تروریستی).

بسم الله الرحمن الرحيم





# مجله حقوقی

دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران

|   |   |
|---|---|
| ● بیانیه‌های الجزایر: یک دریچه، چند نگاه ..... ۵  | ✓ |
| دکتر محسن محبی  |   |
| ● قانون داوری تجاری بین المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری آنسیترال ..... ۳۵            | ✓ |
| دکتر سید جمال سیفی  |   |
| ● چشم انداز انعقاد یک عهدنامه عمومی بین المللی درباره سرمایه‌گذاری<br>مستقیم خارجی ..... ۸۳ | ✓ |
| دکتر امیر مسعود میرفخرابی   |   |
| ● استناد و اثبات قانون خارجی: مقایسه‌ای بین سیستم‌های مهم اروپایی ..... ۱۱۳                 | ✓ |
| مترجم: دکتر محمد جعفر قبری جهرمی  |   |
| ● درآمدی بر تأسیس دادگاه کیفری بین المللی و ارزیابی اساسنامه آن ..... ۱۵۱                   | ✓ |
| دکتر سید نصرالله ابراهیمی   |   |
| ● کشمکش زدایی با داوری در حقوق اسلام و کامن لا ..... ۱۸۷                                    | ✓ |
| مترجم: محمد حسین ساکت   |   |
| ● معرفی حقوق مصرف با مقدمه‌ای از مترجم ..... ۲۳۹  | ✓ |
| مترجم: دکتر عباس فاسمی حامد   |   |
| ● اسناد بین المللی (کنوانسیون بین المللی راجع به منع بمب گذاریهای<br>ترویستی) ..... ۲۶۱     | ✓ |

پاییز و زمستان

# مجله حقوقی

نشریه دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران

مدیر مسؤول: دکتر گودرز افتخار جهromi

زیر نظر: هیأت تحریریه

تاریخ نشر: پاییز و زمستان ۱۳۷۷

تعداد: ۲۰۰۰ نسخه

مندرجات مقالات منحصر انظرات نویسنده‌گان آنها است.

# بیانیه‌های الجزایر: یک دریچه، چند نگاه

دکتر محسن محبی

ماجرای گروگانگیری در آبان ماه سال ۱۳۵۸، بی سابقه و منحصر به فرد بود و یک بحران سیاسی-حقوقی عمیق در سطح داخلی و بین المللی به دنیا آورد.

بیانیه‌های الجزایر در واقع یک ابزار و قالب حقوقی است که دولتین ایران و امریکا برای حل این بحران سیاسی-حقوقی به کار گرفتند. به این ترتیب روند حل بحران از طریق دیپلماتیک که منتهی به امضای بیانیه‌های الجزایر گردید دارای ویژگیهای دوگانه‌ای است، بدین معنی که بیانیه‌های الجزایر از این حیث که در بردارندهٔ مکانیسم مختلفی است که توانسته یک بحران سیاسی پیچیده و عمیق را خاتمه دهد، از نظر روابط بین الملل قابل مطالعه جدی است، و از این حیث که متن ضمن تعهدات عهدنامه‌ای طرفین می‌باشد و به ویژه حاوی اسلوب حقوقی خاصی است که بر اساس آن یک دیوان داوری بین المللی برای حل و فصل اختلافات و دعاوی حقوقی و مالی طرفین تأسیس شده، از نقطه نظر حقوق بین الملل شایسته تحقیق و بررسی است.\*

\*. این مقاله متن بازنویسی شده، کاملتر و اصلاح شده سخنرانی است که نگارنده در اردیبهشت ۱۳۷۷ تحت عنوان «بیانیه‌های الجزایر و اسلوب حقوقی آن برای حل و فصل اختلافات بین المللی» در دانشکده علوم قضائی و خدمات اداری ایراد کرده است و مختصر آن در مطبوعات نیز چاپ شده بود.

بدون این که قصد مقایسه نهضت ملی شدن نفت در سالهای ۱۳۲۹ - ۱۳۳۰ با قضیه گروگانگیری به سال ۱۳۵۸ و در نخستین سال پیروزی انقلاب از این حیث که هر دو قضیه نمودهای تمام عیاری از مبارزه و مقابله با نفوذ خارجی و استقلال خواهی مردم ذرا شرایط سیاسی متفاوت به شمار می‌روند، درین باشد؛ می‌توانیم بگوییم بعد از ماجراهی ملی شدن نفت و دعوایی که دولت انگلیس به حمایت سیاسی از شرکت نفت انگلیس علیه دولت دکتر مصدق در دیوان بین المللی دادگستری طرح کرد، که البته این دعوا به نفع دولت ایران و در صلاحیت ردد شد؛ انعقاد بیانیه‌های الجزایر و تشکیل «دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده» که اصطلاحاً به دیوان لاهه معروف شده است، مهم ترین و شاخص ترین پدیده حقوقی در تاریخ ۵۰ ساله اخیر کشور ما است. خصوصاً از این حیث که دولت ایران و به تبع آن حقوقدانان ایرانی برای اولین بار در یک داوری بسیار بزرگ درگیر شدند و فرصت یگانه‌ای برای تجربه اندوزی حقوقی در زمینه دعاوی بین المللی و حل و فصل اختلافات بین المللی به دست آوردند. تجربه‌ای که امریکا و دولتهای اروپایی و حقوقدانان آنها بیش از ۲۰۰ سال است که با مهارت آموخته‌اند و بخش مهمی از تاریخ ایرانی قرار می‌دهد. همین واقعیت مسؤولیت جدی تری بر عهده حقوقدانان علمی بیانیه‌ها و دیوان داوری را بشکافند و آن را تقد کنند. متأسفانه در طول ۱۶ - ۱۷ سالی که از انعقاد بیانیه‌ها و تشکیل دیوان داوری می‌گذرد، دولت و حقوقدانانی که دست اندکار بیانیه‌ها و دعاوی بین المللی بودند، بنا به رعایت مصالح و منافع دولت در این دعاوی و نیز ملاحظاتی که ناگزیر بودند برای «امنیت دفاع» در برابر این دعاوی رعایت کنند، نتوانستند چنانکه شایسته است در زمینه مسائل حقوقی بیانیه‌ها و دعاوی مطروحه نزد دیوان حرفی بزنند و نقاط قوت و ضعف کار را حتی از نظر عملی بیان کنند. معمولاً در هر دعاوی حقوقی طرف مقابل و وکلایش مترصدند که کوچکترین نقطه ضعفی یا اقراری به دست آورند و از آن بر ضد طرف دیگر بهره برداری کنند. در دیوان داوری این وضعیت در مورد ایران دو چندان بوده، زیرا دولت (دستگاههای دولتی خوانده دعاوی) در هزاران دعاوی حقوقی به عنوان خوانده درگیر بودند که هر کدام از آنها حکم خاصی داشت و ناگزیر بودند در دفاع هماهنگی را حفظ کنند و سخن متناقض نگویند. این است که

چه بسا اگر حقوقدانی درباره یکی از دهها و دهها موضوع حقوقی که در این پرونده‌ها مطرح بود، مطلبی می‌گفت یا اظهار نظری می‌کرد، همین مطلب یا اظهار نظر می‌توانست در یک پرونده دیگر علیه ما به کار رود و مورد استناد طرفهای امریکایی قرار گیرد و یا حتی در سایر دعاوی بین‌المللی له و علیه دولت که با غیر امریکائیها داشتیم، مورد سوءاستفاده قرار گیرد. این وضعیت تا اندازه‌ای محصول مختلف الابعاد بودن مسائل و موضوعات حقوقی پیچیده و مهمی مانند فورس مازور، خسارات، عدم النفع، ماهیت حقوقی بعضی نهادهای اقلایی (مانند بنیاد مستضعفان) وغیره بوده است. مثلاً یک بار یکی از مسؤولین در مصاحبه‌ای مطلبی درباره میزان تولیدات کارخانه‌ای که در تصرف بنیاد بود، بیان کرده بود وقصد داشت از حسن مدیریت و پیشرفت‌های کشور سخن گفته باشد اما بعداً دیدیم طرف مقابل ما همین مصاحبه را به دادگاه ارائه نموده و در جواب استدلال خوانده دعوی که در مقام دفاع اظهار می‌داشت کارخانه مذکور در تاریخ مصادره ارزشی نداشته و خط تولید آن کار نمی‌کرده، نسخه‌ای از همان مصاحبه را ارائه نمود و ابراز داشت طبق گفته مقامات رسمی ایران این کارخانه بسیار سودآور و با ارزش است و بنا بر این خسارتنی که باید به او پرداخت شود چندین برابر است. به همین لحاظ مسؤولین بیانیه‌ها و نیز حقوقدانانی که متصدی دفاع در برابر دعاوی امریکائیان در دیوان داوری بودند، ناگزیر بوده اند «امنیت حقوقی» دفاع ایران را رعایت کنند و در اظهار نظر یا بحث‌های عمومی عجالتاً امساك و تأمل کنند تا زمان و شرایط مساعد برای این کار برسد. به نظر می‌رسد اکنون که دیوان رفته رفته به پایان کار خود نزدیک می‌شود، این فرصت هم پیش آمده که حقوقدانان و دست اندک کاران ایرانی دعاوی بین‌المللی در سالهای گذشته، نظرات و تجارب خود را بنویسند و منتشر کنند و نقاط قوت و مثبت کار را نشان دهند و بر ضعف‌ها و کمبودها انگشت نهند و تجربه‌ها و عبرت‌های به جا مانده از این پدیده مهم را برای خود ما و حتی سایر کشورهایی که با دعاوی بین‌المللی و موضوعات مشابهی مواجه شده اند یا می‌شوند، توضیح دهند. در امریکا که یک طرف این ماجرا است، تا به حال بیش از ۵۰۰ مقاله و شاید ۱۵ - ۱۰ کتاب مستقل به وسیله حقوقدانان امریکایی در زمینه مسائل مختلف بیانیه‌ها و دعاوی و رویه‌های دیوان داوری نوشته شده و منتشر گردیده، و این به حز مقاطلاتی است که به زبانهای فرانسه و آلمانی و ایتالیایی در نشریات حقوقی خارجی منتشر

شده است. اما شمار مقالات علمی و حقوقی که در ایران در مورد بیانیه ها و مسائل دیوان داوری منتشر شده متأسفانه حتی به انگشتان دست نمی رسد.

به هر حال، چون امریکائیها در دعاوی گوناگون خواهان بودند، از این رو به اندازه ما الزام نداشتند که مراقب اظهارات و مقالات خود باشند، هرچند در بعضی موارد که حرفهای متناقضی زده اند، ایران در دفاع خود از آنها استفاده کرده است و به عنوان اظهار نظر یک مقام رسمی یا حقوقدان امریکایی در یک قضیه حقوقی از آن بهره برداری نموده است.

با این مقدمه به موضوع اصلی برمی گردیم. بحث و بررسی درباره اسلوب حقوقی بیانیه الجزایر مجال و فرصت موسوعی می طلبد و آنچه در این فرصت محدود می توان گفت توضیح پس زمینه امضای بیانیه ها و نیز توضیح و تشریح خود بیانیه ها و بالاخره اجمالی از نتیجه کار دیوان داوری است. بنابراین مطالب خود را در چهار قسمت ارائه می کنیم. ابتدا درباره گروگانگیری که زمینه اصلی بیانیه ها است مطالبی را می گوییم. سپس بیانیه ها را معرفی می کنیم، در قسمت سوم در مورد اجرای بیانیه ها نکاتی را بحث می کنیم و در قسمت چهارم ساز و کار دیوان داوری و مختصراً از عملکرد آن را توضیح می دهیم و در پایان هم نتیجه گیری می کنیم.

## ۱. پس زمینه بیانیه های الجزایر و تشکیل دیوان داوری

بعد از این که امریکا شاه معدوم را به بهانه معالجات پزشکی، به یک مرکز پزشکی نظامی در هیوستون آورد، خشم ملت ایران شعله ور شد و امریکا با این رفتار نشان داد که هنوز از عهده درک انگیزش انقلاب ایران و ابعاد آن بر نیامده است یا اگر برآمده، حمایت وفادارانه از دست نشاندگان خود را ولو به قیمت تحریک و بی اعتنایی به یک انقلاب جوان و پرانرژی علیه ایالات متحده، لازم تر و مهم تر می داند. به هر حال، در ۱۳ آبان ۱۳۵۸ دانشجویان پیرو خط امام، محل سفارت سابق امریکا در تهران را اشغال کردند و پرسنل امریکایی داخل سفارت را در اختیار خود گرفتند. این اقدام مورد حمایت وسیع مردم و حتی امام راحل (ره) قرار گرفت به طوری که آن را «انقلاب دوم» خوانندند.

خواسته دانشجویان مشخصاً عبارت بود از این که دولت امریکا شاه را برای محاکمه به ایران تحويل دهد، اما پر واضح بود که امریکا به این خواسته تن نخواهد داد. حدود ۱۰ روز بعد از گروگانگیری یعنی در ۲۳ آبان ۱۳۵۸ رئیس جمهور وقت امریکا (جیمی کارترا)، با این استدلال که اوضاع و احوالی که در ایران جاری است امنیت ملی امریکا را به مخاطره افکنده، با استناد به قانون خاص موسوم به قانون اختیارات رئیس جمهور در اوضاع و احوال اضطراری، دستور انسداد و توقیف کلیه اموال و دارائیهای ایران داخل خاک امریکا و نیز نزد شعب بانکهای امریکایی در خارج امریکا را صادر کرد. این تصمیم رئیس جمهور امریکا معروف شد به «دستور اجرایی» (executive order) که طبق قولانین امریکا لازم الاجرا بود. وزارت خزانه داری امریکا نیز مکلف شد آینین نامه ها و تشریفات اجرای این دستور اجرایی را تهیه و تنظیم کند و به موقع اجرا گذارد.

توقیف و نگهداری دارائیها و اموال ایران در امریکا و اداره آنها به لحاظ تنوع اموال و حجم آنها کار ساده ای نبود و هر روز مطلب و سؤال جدیدی را ایجاد می کرد، به همین لحاظ خزانه داری امریکا به تناسب موضوعات جدیدی که پیش می آمد مقررات و آینین نامه های اجرایی جدیدی وضع می کرد. به عنوان مثال به علت توقیف دارائیها و حسابهای بانک مرکزی و سایر بانکهای ایران پرداخت اقساط وامهایی که در زمان رژیم شاه گرفته بودند متعدد و غیرممکن شد و طبق دستورات اجرایی و مقررات خزانه داری بانکهای امریکایی اجازه یافتند که طلب خود را رأساً از محل دارائیهای ایران تهاتر کنند، یا مثلاً شرکتهای امریکایی که اموال ایران در تصرف آنها بود مانند ماشین آلاتی که خریداری شده بود و در آستانه حمل به ایران در گمرک یا در انبار شرکت امریکایی مربوط بود، و ناگزیر بودند هزینه انبارداری این اموال را بپردازنند، طبق مقررات خزانه داری اجازه یافتند که قسمتی از این قبیل اموال را در ازای هزینه انبارداری بفروشند یا اگر از طرف ایرانی مربوط طلبی دارند، مالی را حبس کنند و بعداً هم با مجوز خزانه داری امریکا می توانستند آنها را بفروشند. در مورد ضمانتنامه های بانکی که دستگاههای دولتی ایرانی در دست داشتند و بانکهای امریکایی صادر کرده بودند نیز خزانه داری امریکا مقررات مفصلی وضع نمود و این ضمانتنامه ها را منوع الاداء کرد. این ضمانتنامه ها بدون قيد و شرط بود و با اولین مطالبه ذینفع ایرانی باید پرداخت می شد، اما مقررات خزانه داری اجازه می داد که به جای

پرداخت به ذینفع، خود شرکت امریکایی ذیریط که متعهد اصلی بود و ضمانتنامه برای تضمین حسن انجام تعهدات او صادر شده بود، ضمانتنامه را در یک حساب مسدود نزد خودش واریز کند.

به هر حال، دستورات اجرایی و مقررات خزانه امریکا از نظر حقوق داخلی امریکا توجیهاتی داشت و ظاهراً کسی مرتکب عمل خلافی نمی‌شد و اگر ایرادی بود، به نفس دستورات اجرائی و انسداد ادارایی و اموال یک دولت خارجی بود و نیز به این امر بود که شعب بانکهای امریکایی در اروپا هم که علی القاعده مشمول قوانین امریکا و دستورات اجرایی رئیس جمهور امریکا نبودند بلکه باید طبق قوانین کشور محل استقرار خود عمل می‌کردند، این دستورات و مقررات خزانه داری امریکا را اجرا می‌کردند و حسابها و دارائیهای ایران را مسدود کرده بودند، که همین امر موجب بحث‌های حقوقی زیادی شده بود که آیا قوانین امریکا در قلمرو «برون مرزی» هم لازم الاجرا است. البته چون دولت های اروپایی در قضیه گروگانگیری با امریکا هماهنگ بودند، لذا به طور ضمنی پذیرفته بودند که شعب بانکهای امریکایی در کشور آنها نیز دستور انسداد اموال ایران را اجرا نماید. و همین امر موجب شده بود که بانک مرکزی ایران علیه آنها طرح دعوی کند. به هر حال، مسأله توقيف اموال یک دولت خارجی در امریکا، بی سابقه نبود و سالها قبل دولت امریکا اموال کوبا و چین را نیز مسدود کرده بود.

علاوه بر مسائل اجرایی و بانکی و مالی انسداد اموال ایران و مقررات خزانه داری، تحول مهم دیگری که بدنیال قضیه گروگانگیری در امریکا پیش آمد انواع و اقسام دعاوی حقوقی با خواسته‌های کلان بود که پیوسته علیه دولت و نیز دستگاههای دولتی ایرانی در محاکم امریکا مطرح می‌شد. واقع مطلب این بود که در آستانه پیروزی انقلاب اسلامی، بسیاری از شرکت‌های امریکایی که در ایران کار می‌کردند، ایران را ترک کردند و اموال و دارائیها و حتی ماشین آلات صنعتی و مهندسی و فنی خود را در ایران به جا گذاشتند در حالی که مطالباتی از کارفرمای ایرانی خود داشتند که گاه هنگفت بود؛ پس از پیروزی انقلاب با مشاهده اوضاع و احوال در ایران دریافتند که تعليق یا توقيف پروژه‌ها یا تأخیر پرداخت صورت حسابها مطلبی نیست که به آسانی و به نحو مطلوب حل شود و به همین لحاظ برای حفظ حقوق خود علیه طرف ایرانی قراردادها که همان دستگاههای مختلف

دولتی ایران بودند طرح دعوی کردند.

علاوه بر این قوانینی که در مورد ملی کردن بانکها و بیمه‌ها و صنایع به تصویب شورای انقلاب رسیده بود، نیز مداخلات کمیته‌های انقلاب، سپاه، شوراهای کارگری، دادستانی انقلاب یا احکام دادگاههای انقلاب در مورد ضبط یا توقيف یا حتی مصادره اموال و کارخانه‌ها و پروژه‌ها و شرکتهای بخش خصوصی که قراردادهایی با شرکتهای امریکایی داشتند، یا امریکائیها در آنها سهامدار بودند، امریکائیها را روز به روز مطمئن‌تر می‌کرد که نباید در انتظار از سرگیری کارها باشند و بنا بر این با هدایت و مشورت وکلای خود به راه حل نهایی یعنی طرح دعوی و مطالبه حقوق و صورت حسابها یا خسارت خود متولّ شدند و اغلب موفق شدند دستور توقيف اموال ایران را نیز از دادگاه بگیرند. حالب این که گروه بزرگی از دعاوی که علیه دستگاههای ایرانی مطرح شده بود، دعاوی بود که موضوع آن منع کردن طرف ایرانی از مطالبه ضمانتنامه‌ای بود که در دست داشت و شرکت امریکایی مربوط استدلال می‌کرد که اولاً تا زمانی که در ایران بوده و کار می‌کرده، تعهدات خود را به درستی انجام داده و مشغول انجام کارها بوده که در ایران انقلاب رخ داده و به علت جوّضد امریکایی ناگزیر شده ایران را ترک کند و بنا بر این از نظر حقوقی تخلّفی نکرده تا لازم شود ضمانتنامه او مطالبه شود، بلکه بابت کارهایی که انجام داده حتی مطالباتی هم دارد و خساراتی نیز به او وارد شده است. ثانیاً چون ممکن است طرف ایرانی بدون استحقاق واقعی، ضمانتنامه او را مطالبه کند و خسارت غیرقابل جبرانی به او وارد نماید، از دادگاه درخواست می‌کرد که عجالتاً دستور منع الاداء شدن ضمانتنامه را صادر کند. شکفت آن که، با این که رویه حقوقی محاکم امریکا حکایت از احترام به استقلال ضمانتنامه‌های بدون قید و شرط می‌کرد و همواره بر رد این نوع درخواست‌ها استوار بود، اما در مورد ضمانتنامه‌های ایران آشکارا از این رویه عدول کردند و به آسانی دستور توقيف ضمانتنامه‌های ایران را صادر می‌کردند.

در هر حال، با قضیه گروگانگیری ضریب لاوصول ماندن مطالباتی که شرکتهای امریکایی داشتند، بالارفت و مناسب با آن منحنی طرح دعاوی علیه دستگاههای دولتی ایرانی نیز سیر صعودی خود را شروع نمود و هر روز دعوای جدیدی علیه ایران در محاکم امریکا مطرح می‌شد که دادگاههای امریکایی هم با سخت‌گیری کمتری این قبیل دعاوی را

می پذیرفتند و به دفاعیات خواندگان ایرانی توجهی نمی کردند. به عنوان مثال طبق قوانین امریکا، دولتهای خارجی را نمی توان به علت اقداماتی که در مقام اعمال حاکمیت انجام می دهن، تعقیب کرد و علیه آنها طرح دعوی نمود که اصطلاحاً «مصنونیت دولت خارجی» گویند(Sovereign immunity) و این یکی از دفاعیات مهمی بود که وکلای امریکایی دستگاههای دولتی ایرانی در این دعاوی مطرح می کردند اما دادگاهها به بهانه های گوناگون و گاه با استدلالات ضعیف آن را نادیده می گرفتند.

علاوه بر این، در بسیاری از قراردادهای منعقده قبل از انقلاب شرط شده بود که در صورت بروز اختلاف، دادگاههای ایران صلاحیت رسیدگی دارند و از نظر حقوقی کاملاً روشن بود که دعوی در صلاحیت محاکم امریکا نیست، اما دادگاههای امریکایی با قبول ادعاهای شرکت امریکایی مبنی بر این که در ایران نظام قضایی مطمئن برای حفظ و رعایت حقوق خارجیان وجود ندارد، سعی می کردند به نوعی برای خود ایجاد صلاحیت کنند یا با استناد به تشوری «دادگاه مناسب» (دادگاه امریکایی) ایراد عدم صلاحیت ما را نمی پذیرفتند. همان طور که گفتیم در دعاوی ضمانتنامه های بانکی وضع شگفت انگیزی پیش آمده بود زیرا مطابق قانون تجارت متحده الشکل امریکا (U.C.C.) و نیز اصول مسلم تجارت بین الملل و حتی متن ضمانتنامه ها، مطالبه این ضمانتنامه ها بدون قید و شرط بود و از نظر حقوقی کاملاً از قرارداد اصلی مستقل بود و لذا به محض اولین مطالبه باید پرداخت می شد اما شرکتهای امریکایی با ربط دادن ضمانتنامه به مسائل قراردادی و ادعای این که تعهدات خود را انجام داده اند و مطالبه ذیتفع ایرانی مبنی بر انگیزه های سیاسی است درخواست توقيف پرداخت ضمانتنامه را طرح می کردند که این امر آشکارا خلاف اصل بنیادی استقلال ضمانتنامه بود. اما دادگاههای امریکایی به آسانی این استدلالها را می پذیرفتند و به بانک مربوط دستور می دادند از پرداخت ضمانتنامه خودداری کند. این روند در دادگاههای امریکایی به قدری عجیب بود که بانکهای امریکایی و دست اندکاران تجارت بین المللی را نگران کرده بود که مبادا اصل استقلال ضمانتنامه را که اساس کاربرد آن در معاهدات بین المللی است، مخدوش کرده و این ابزار مهم بانکی را از کارآیی ساقط نماید. اما در جواب، عده ای اظهار می کردند که دستورات توقيف ضمانتنامه ها خاص اوضاع ایران است و به معنای عدول از اصل نیست.

مقصود آن است که بگوییم بعد از قضیه گروگانگیری حجم فوق العاده‌ای از دعاوی در محاکم امریکا و حتی خارج از امریکا علیه ایران به راه افتاد که منتهی به توقيف قضایی اموال ایران (علاوه بر توقيف سیاسی توسط رئیس جمهور امریکا) گردید. از طرفی دستگاههای دولتی ایران به هر حال ناگزیر بودند در مقابل این دعاوی از خود دفاع کنند و از صدور رأی محکومیت علیه خود جلوگیری نمایند یا اگر دعواهای متقابل دارند مطرح کنند. لکن جو سیاسی نامناسب و گاه دشمنانه‌ای که علیه ایران وجود داشت، خواه ناخواه در ذهنیت دادگاهها نیز اثر می‌گذاشت و در نتیجه صدای آنها به جایی نمی‌رسید به نحوی که عملآً منتهی به تضییع حقوق خواندگان ایرانی شده بود.

این اوضاع و احوال بحرانی و فزاینده در طول ماجراهای گروگانگیری ادامه داشت. اموال ایران مسدود بود، تحریم‌های تجاری علیه ایران اعمال می‌شد و حجم بی‌سابقه‌ای از دعاوی علیه دولت مطرح شده بود.

به هر حال، انسداد اموال ایران ۱۰ روز پس از گروگانگیری یعنی در ۲۳ آبان ۱۳۵۸ رخ داد، و چند ماه بعد از آن نیز در ۲۰ فروردین ۱۳۵۹ امریکا روابط خود را با ایران قطع نمود و سپس در اردیبهشت ماه همان سال امریکا سعی کرد با یک سلسله عملیات کماندویی و نظامی گروگانها را آزاد کند که منتهی به رسوایی و ماجراهای طبس شد. شاه در مردادماه ۱۳۵۹ معدوم شد و در نتیجه اصلی ترین خواسته دانشجویان یعنی استرداد شاه منتفی شد و تأکید آنها بر محورهای دیگر مانند پس دادن اموال شاه متمن کرد. از سویی چند ماه پس از ماجراهای گروگانگیری، کمیسیون تحقیق درباره جنایات شاه تشکیل شده بود که در این راستا عده‌ای هم از کمیسیون حقوق بشر اروپا به ایران آمده بودند و قرار بود شورای انقلاب اسناد و مدارک جنایات شاه را به آنها تسلیم کند. در حول و حوش همین قضایا، امام راحل (ره) در اسفندماه ۱۳۵۸ در پیامی اعلام کردند که رئیس جمهور و شورای انقلاب موظف هستند با کمیسیون تحقیق جنایات شاه همکاری کنند و در ذیل آن هم اشاره کردند که خواسته ایران در قضیه گروگانها برگشت اموال شاه است و در خصوص سرنوشت گروگانها نیز گفته بودند که تصمیم گیری در این قضیه به عهده مجلس و منتخبین مردم است. نخستین مجلس پس از انقلاب، در خردادماه سال ۱۳۵۹ تشکیل شد و در همان جلسات نخست، براساس ارجاع امام راحل (ره) کمیسیون ویژه‌ای به نام کمیسیون

ویژه بررسی و حل مسئله گروگانهای امریکایی در مجلس تشکیل شد. این کمیسیون پس از جلسات متعدد و بررسی های فراوان سرانجام در ۱۱ آبان سال ۱۳۵۹ گزارشی ارائه داد و اعلامیه ای به صورت قطعنامه (Resolution) صادر کرد و طی آن شرائط آزادی گروگانها را تعیین نمود. این اعلامیه ملهم از همان اعلامیه اسفند ۱۳۵۸ امام (ره) بود البته امام (ره) در پیام حج سال ۱۳۵۹ که در شهریورماه منتشر شده بود، شرایط مشخص تری برای آزادی گروگانها ذکر کرده بودند که مبنای چهار شرط مجلس قرار گرفت. در پیام حج امام (ره) چهار شرط مشخص برای آزادی گروگانها آمده بود که اجمال آن چنین است:

– آزاد شدن و رفع انسداد دارائیها و اموال ایران

– ختم کلیه دعاوی و قرار توقیف هایی که علیه ایران مطرح یا صادر شده

– برگرداندن اموال شاه و خانواده اش

– عدم دخالت امریکا در امور داخلی ایران

و در پایان آن ذکر شده بود که دولت باید برهمین اساس نسبت به آزادی گروگانها اقدام نماید.

همین اعلامیه یا قطعنامه مجلس که به «چهار شرط» مشهور شد اساس کار دولت شهید رجایی قرار گرفت و دولت به وزیر مشاور در امور اجرایی مأموریت داد که برای اجرای این شرطها و آزادی گروگانها مذاکرات لازم را با دولت الجزایر انجام دهد. دولت شهید رجایی در نخستین گام برای آزادی گروگانها، متن این چهار شرط را از طریق دولت الجزایر به دولت امریکا ابلاغ کرد و همین چهار شرط قالب اصلی مذاکرات آزادی گروگانها و حتی چارچوب بیانیه های الجزایر را تشکیل داد، خصوصاً که امریکا در نخستین واکنش به چهار شرط مجلس، اعلام کرده بود که آن را به عنوان چارچوب اصلی کار می پذیرد. و اما جزئیات و روش های اجرایی چهار شرط مجلس به دنبال ماهها مذاکره غیر مستقیم بین طرفین و بررسی جنبه های مالی و فنی و حقوقی قضایا تعیین شد، که در بیانیه های الجزایر و استاد مالی و فنی ضمیمه آن منعکس شده است. مذاکرات مربوط به بیانیه ها کمی پس از انتشار چهار شرط مجلس شروع شد و حدود ۲/۵ ماه طول کشید و سرانجام در تاریخ ۲۹ دی ۱۳۵۹ متن بیانیه هایی که دولت الجزایر تهیه کرده بود، به امضای ایران و امریکا رسید و دولت الجزایر آنها را به صورت بیانیه رسمی که متن ضمن توافقهای

ایران و امریکا برای حل بحران گروگانگیری است، منتشر نمود.  
درباره محتوای مذاکرات غیرمستقیم ایران و امریکا از طریق الجزایر و نظرات و پاسخهایی که طرفین در جریان مذاکرات با یکدیگر مبادله کرده‌اند، گزارش رسمی منتشر نشده است، لکن در مقاله‌ای که جناب آقای مهندس بهزاد نبوی، مذاکره کننده اصلی ایرانی که از طرف دولت شهید رجایی مأمور مذاکره بوده‌اند، نوشته‌اند به بعضی جنبه‌ها و مشکلات این مذاکرات اشاراتی شده است.

### دو نکته حقوقی:

قبل از این که این بحث را به پایان ببریم، بد نیست به دو نکته اشاره کنیم: اول ماهیت و ویژگی حقوقی چهار شرط مجلس، و دوم ویژگی حقوقی بیانیه‌های الجزایر. نکته اول راجع است به چهار شرط مجلس که چنانکه اشاره شد مجلس اول، کمیسیون ویژه‌ای برای بررسی نحوه حل و فصل مسأله گروگانها تشکیل داد و آن کمیسیون هم پس از مطالعات و بررسی‌های لازم نظرات خود را به صورت گزارشی به مجلس ارائه نمود و چهار شرط برای آزادی گروگانها قائل شد. کمیسیون ویژه از جمله کمیسیون‌های سازمانی و متداول مجلس نبود که به صورت دائمی تشکیل می‌شوند و وظایف و مسؤولیتهای خاصی دارند و حتی گاه با اجازه مجلس قانونگذاری هم می‌کنند، کما این که کمیسیون ویژه مسأله گروگانها پس از ارائه گزارش (چهار شرط)، منحل شد. مضافاً متن گزارش یا چهار شرط، نه به صورت لایحه از جانب دولت به مجلس آمد و نه به صورت طرح قانونی از ناحیه وکلای مجلس ارائه گردید، به همین دلیل در مرحله بحث و بررسی آن در مجلس، تشریفات آیین نامه داخلی مجلس که برای بررسی و تصویب قوانین صورت می‌گیرد، نسبت به آن اعمال نشد حتی در نامگذاری چهار شرط هم، عرف و رویه قانونگذاری رعایت نشده و اسام آن نه لایحه است، نه طرح، نه قانون، نه ماده واحده یا امثال‌هم، مهم تراز اینها متن چهار شرط هیچ گاه مانند سایر قوانین مصوب مجلس به شورای نگهبان ارسال نشد، برای ابلاغ به دولت به امضای رئیس جمهور نرسید، و بالاخره مانند سایر قوانین در روزنامه

\*. رک. مجله سیاست خارجی، شماره سوم سال پنجم سال ۱۳۷۰ مقاله آقای بهزاد نبوی.

رسمی کشور هم منتشر نشده است. به هر حال، چهارشرط مجلس برای آزادی گروگانها قطعنامه ای است که موضع و نظر و تمایل مجلس را در قضیه گروگانها نشان می دهد که البته از این جهت بسیار مهم بوده و برای دولت که متصدی و مأمور حل مسأله گروگانها بود، راهنمای و راهگشا بوده است. این رویه در مجلس بی سابقه نیست، کما این که مجلس در بسیاری از مسائل مهم روز کشور حسب مورد موضع گیری هایی می کند و اعلامیه هایی با امضای نمایندگان منتشر می کند، یا در صحنه مجلس قرائت می شود و تأیید و قبول نمایندگان را به دنبال دارد، اما مادام که مراحل قانونگذاری را طی نکند، ولو کلیه نمایندگان ذیل آن را امضای نمایند، به صورت قانون به معنای مصطلح درنمی آید. مسلماً نمایندگان مجلس اول یا حتی اعضاء کمیسیون ویژه می توانستند متن چهارشرط را به صورت قانون با دو فوریت در مجلس مطرح و آن را به تصویب برسانند، اما شاید به عمد چنین نکردند تا با توجه به حساسیت موضوع و اوضاع و احوال وقت، دست دولت را برای مانورهای لازم در حین مذاکرات و حل و فصل قضیه بازتر بگذارند و محدودیت کمتری برای او ایجاد کرده باشند.

به هر حال، دولت شهید رجایی براساس همین چهارشرط، مذاکرات را از طریق دولت الجزایر انجام داد، به طوری که در مقدمه بیانیه های الجزایر حتی به چهارشرط مجلس شورای اسلامی اشاره هم شده است و مضمون اصلی چهارشرط در بیانیه ها معکوس شده است، به طوری که حتی بیانیه کلی به تبعیت از همین چهارشرط مجلس، در چهاربخش تنظیم شده است که هر بخش در واقع در پاسخ به یکی از شرطها است که بعداً توضیح بیشتری خواهیم داد.

نکته دوم، ماهیت خود بیانیه ها است. آنچه مسلم است بیانیه های الجزایر از نظر حقوق بین الملل یک معاہده است که در تعریف بند ۲ ماده ۱ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاہدات می گنجد زیرا طبق این کنوانسیون هرگونه توافق بین دولتها که به صورت کتبی باشد، صرف نظر از عنوان آن، عهدنامه محسوب می شود. روش مذاکره غیرمستقیم و از طریق میانجی و شیوه تهیه و انعقاد بیانیه ها، از نظر حقوقی مؤثر در مقام نیست. البته شکل کار بی سابقه است که دولت که در حالت قطع رابطه سیاسی به سر می برند، به طور غیابی و غیرمستقیم و بدون این که رود روبرو با یکدیگر ملاقات و مذاکره کنند، از

طريق يک دولت ثالث، موفق شوند يک بحران سياسي - حقوقی با ابعاد وسیع را حل و فصل نمایند.

اما این که از نظر حقوق داخلی ایران بیانیه ها چیست، دو نظر وجود دارد. عده ای معتقدند که درست است که توافقهایی که دولت در سطح بین المللی با سایر دولتها انجام می دهد، عهدنامه محسوب می شود و مطابق اصل ۷۷ قانون اساسی باید به تصویب مجلس بررسد، اما علاوه بر این که نماینده دولت که مأمور مذاکرات بیانیه ها بوده در يک جلسه غیرعلنی حاضر شده و گزارشی به مجلس داده است، خود شهید رجایی هم که در زمان مذاکرات بیانیه ها نخست وزیر بوده به عنوان رئیس دولت گزارش جامعی درباره نحوه حل و فصل قضیه گروگانها و مفاد توافقهای طرفین و بیانیه های الجزایر به مجلس وقت داده است که با تأیید و تکبیر نمایندگان و حتی تشکر رئیس مجلس مواجه گردیده است (جلسه ۱۰۲ مجلس شورای اسلامی مورخ ۱۳۵۹/۱۱/۲۰).

هرچند این تأیید به معنای تصویب عهدنامه به معنای حقوقی و فنی آن نیست، اما مثل همان چهار شرط، حاکی از موضع و نظر و طرز فکر مجلس بوده است. مسلماً هرگاه نمایندگان لازم می دانستند که بیانیه ها به عنوان عهدنامه باید به مجلس بیاید، طبعاً می توانستند موضوع را مطرح نمایند. افزون بر اینها نکته قابل توجهی که وجود دارد آن است که چند روز قبل از پایان مذاکرات و انتشار بیانیه ها، دولت شهید رجایی از مجلس درخواست مجوز ارجاع دعاوی طرفین به داوری بین المللی را کرده است که موضوع به صورت ماده واحده (مصوب ۲۵/۱۰/۱۳۵۹) با این مضمون که به دولت اجازه داده می شود دعاوی مالی و حقوقی بین ایران و امریکا را از طريق حکمت حل و فصل نماید، به تصویب مجلس رسیده است. بیانیه های الجزایر در واقع مکانیسم و روش اجرایی یا آین نامه همین ماده واحده در مورد حل و فصل دعاوی از طريق داوری است و بنابراین دولت مجوز اصولی مجلس را داشته است. لازم به یادآوری است که بیانیه ها به تصویب هیأت وزیران رسیده است.

اما گروه دیگر عقیده دارند که بیانیه ها باید به عنوان عهدنامه به مجلس می آمد و به تصویب می رسید و این وظیفه دولت بوده که مانند سایر عهدنامه ها و موافقتنامه های بین المللی موضوع را به صورت لایحه قانونی به مجلس ارجاع نماید.

از نظر حقوقی می‌توان پرسید که ضمانت اجرای عدم تصویب بیانیه‌ها در مجلس چیست؟ در این خصوص باید بین ضمانت اجرای داخلی با بین‌المللی تفاوت قائل شد. ضمانت اجراهایی که در سطح حقوق داخلی مطرح می‌شود که از بحث ما خارج است. لکن در سطح حقوق بین‌الملل دولت نمی‌تواند به صرف نقض حقوق داخلی یا فقدان اختیارات نماینده خود، از تعهدات بین‌المللی اش سر باز زند، مگر این که عهده‌نامه‌ای موافقتنامه مربوط متضمن نقض یک امر بنیادی حقوقی و اساسی کشور باشد. این قاعده که در واقع ضمانت اجرای مهمی برای حفظ و رعایت تعهدات بین‌المللی و عهده‌نامه‌ای دولتها و جلوگیری از بهانه جویی آنها به استناد نقض حقوق داخلی برای شانه خالی کردن از تعهدات بین‌المللی است، در ماده ۲۷ کنوانسیون وین درباره حقوق معاہدات (۱۹۶۹) آمده است. اکنون می‌توان پرسید که نقض اساسی و بنیادی حقوق داخلی یعنی چه و گفتگو آن کجا است؟ این موضوع بین حقوق‌دانان بین‌المللی معرکه آراء است و بحث و گفتگو درباره آن ادامه دارد. چنانکه می‌دانیم در حقوق بین‌الملل استاندارد دلیل برای اثبات ادعا به کلی با آنچه در سطح حقوق داخلی وجود دارد، متفاوت است و صرف نقض تعهدات بین‌المللی ولو مبتنی بر قصد نباشد، مسؤولیت آور است و موارد معافیت از مسؤولیت بسیار محدود است. به هرحال این مسأله از نظر حقوقی قابل مطالعه است و به بحث رابطه حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل باز می‌گردد و جا دارد محققین و دانشجویان در این زمینه کار کنند.

جالب این که در امریکا پس از انعقاد بیانیه‌ها، دولت جدید ریگان که از حزب جمهوریخواه روی کار آمده بود، مدعی شد که رئیس جمهور قبلی قانوناً اختیار و اجازه انعقاد بیانیه‌ها را به ویژه از حیث مداخله در دعاوی اتباع امریکایی، بدون تصویب کنگره نداشته است و حتی از اجرای بخشهایی از تعهدات دولت امریکا در بیانیه‌ها و در زمینه ختم دعاوی که علیه ایران مطرح بود، سر باز زد. این موضوع در محکم امریکا مطرح شد و حتی تا دیوان کشور امریکا پیش رفت ولی سرانجام دیوان کشور امریکا رأی داد که دولت می‌توانسته به عنوان حفظ منافع ملی کشور در حقوق و دعاوی اتباع خود مداخله نماید و تعهد دولت در سطح بین‌المللی برای ختم دعاوی اتباع خود در محکم داخلی و ارجاع آنها به داوری لازم الاجرا است.

## ۲. بیانیه های الجزایر و مضمون آنها

بیانیه های الجزایر که در ۱۰/۲۹ / ۱۳۵۹ امضاء و منتشر شده است، مشتمل بر سه سند اصلی است که عبارتند از:

- بیانیه کلی
- بیانیه حل و فصل دعاوی
- سند تعهدات

علاوه بر این، تعدادی موافقتنامه های فنی و بانکی هم بین بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، بانک مرکزی الجزایر، بانک اف انگلند، فدرال رزرو امریکا و بانک تسویه هلند امضا شده که موضوع آنها حسب مورد نحود آزاد شدن دارائیهای ایران، نحوه نگهداری حساب امانی و حساب تضمینی است و در نوع خود اسناد پیچیده فنی و بانکی می باشند. بیانیه های الجزایر به زبان انگلیسی تنظیم و امضاء شده و متن فارسی رسمی ندارد، هرچند یک نسخه ترجمه فارسی آن به امضای مذاکره کننده ایرانی رسیده است.

بیانیه کلی: این سند متضمن تعهدات محوری و اصلی طرفین در برابر یکدیگر است. به موجب بیانیه کلی، دولت امریکا چهار تعهد اصلی و محوری بر عهده گرفته که در واقع در پاسخ به همان چهار شرط مجلس ایران بوده است. این تعهدات عبارتند از:

۱. عدم مداخله در امور داخلی ایران;
۲. آزاد کردن اموال و دارائیهای ایران و بازگرداندن وضع مالی ایران به قبل از تاریخ انسداد دارائیها، بطوری که نقل و انتقال آزاد آنها تأمین شده باشد؛
۳. ختم کلیه دعاوی که در محاکم امریکا علیه دولت ایران مطرح شده و لغو دستور توقيف ها؛

۴. استرداد اموال شاه (ماترک او) و نزدیکانش.

تفصیل این چهار تعهد اصلی، طی ۱۵ ماده که در بیانیه کلی آمده، مشخص گردیده

مثلاً در مورد آزادی اموال و دارائیهای ایران طی مواد مختلف بیانیه کلی گفته شده که وجود نقدی ایران نزد فدرال رزرو به چه صورت آزاد و به ایران منتقل شود، یا وجود نزد شعب بانکهای امریکایی داخل امریکا چگونه آزاد و به ایران منتقل خواهد شد، همچنین نحوه انتقال وجود ایران نزد شعب خارجی بانکهای امریکایی مشخص شده و بالاخره در موارد استرداد اموال عینی (منقول) ایران ترتیباتی در مواد مختلف بیانیه کلی آمده است. در مورد اموال شاه هم گفته شده که دولت امریکا اولاً ترتیبی خواهد داد که هر کس در امریکا اطلاعی از این اموال دارد مکلف است اطلاعات خود را اعلام کند و اگر نکند مسؤولیت خواهد داشت و قابل تعقیب است. ثانیاً اموال کسانی از خانواده شاه را که دولت ایران علیه آنها طرح دعوی کرده و به او ابلاغ شده، توقيف خواهد کرد. در خصوص دعاوى مطروحه علیه ایران و قرارهای توقيف اموال نیز دولت امریکا تعهد کرده این دعاوى را مختومه سازد و قرارها را لغو کند، منتهی طبق توافق دولتين مقرر شده رسیدگی به این دعاوى به یک دیوان داوری بین المللی ارجاع شود. علاوه بر اينها، دولت امریکا مطابق آنچه در چهار شرط مجلس آمده بود، متعهد شد هیچ ادعایی در مورد مسئله اشغال سفارت و جنبش های مردمی ایران و خساراتی که به اموال امریکا در داخل سفارت یا خودگروگانها وارد شده علیه ایران مطرح نکند. و مانع طرح چنین دعوايی از طرف اتباع خود بشود. مضافاً دعوايی را که علیه دولت ایران در دیوان بین المللی دادگستری طرح کرده بود و به محکومیت ایران منجر شده بود نیز مسترد کند.

**بیانیه حل و فصل دعاوى:** بیانیه حل و فصل دعاوى در واقع ترتیبات و جزئیات نحوه اجرای همان تعهدی است که در بیانیه کلی آمده و به موجب آن قرار شده دعاوى علیه ایران در محاکم امریکا مختومه شود و به یک داوری بین المللی ارجاع گردد. از نظر حقوقی باید گفت بیانیه حل و فصل دعاوى یک «قرارنامه داوری» (Compromis) است که طبق آن دیوان داوری ایران - ایالات متحده تشکیل شده است. در بیانیه حل و فصل دعاوى نحوه تشکیل دیوان، صلاحیت آن، نحوه اجرای احکام و سایر امور مربوط به دیوان داوری آمده است که بعداً توضیح بیشتری خواهیم داد.

**سندهات:** سندهات همراه و همزمان با دو بیانیه فوق الذکر امضا و منتشر شده و متنضم نحوه اجرای تعهدات دولت ایران برای بازپرداخت بدھیهای بانکی خود است. به موجب سندهات مقرر شده از محل پولهای دولت ایران که آزاد می شود، دو مبلغ مشخص به مصارف خاص برسرد. یکی مبلغ ۳,۶۶۷ میلیارد دلار است که دولت ایران برای بازپرداخت بدھیهایی که بابت وامهای سندیکایی به بانکهای امریکایی داشته یا احیاناً آنها را تضمین کرده به اضافه بهره آنها، در اختیار فدرال رزرو قرار داده است و مسؤولیت توزیع آن نیز با فدرال رزرو است و ایران ابراء شده است. دوم مبلغ ۱,۴۱۸ میلیارد دلار برای بازپرداخت سایر بدھیهای بانکی ایران در نظر گرفته شده که نزد بانک انگلستان و بانک مرکزی به نام الجزایر تودیع شده است.

### ۳. اجرای بیانیه های الجزایر

آزادسازی دارائیهای نقدی ایران از یک سو و آزادی گروگانها از سوی دیگر دو تعهد اصلی و محوری طرفین بوده که مشروط به یکدیگر بوده است. بدین معنی که کلیه وجوده و اوراق بهادر و طلاهای ایران که نزد فدرال رزرو بوده به اضافه وجوده و اوراق بهادر نزد شب خارجی بانکهای امریکایی که جمماً به ۷,۹۵۵ میلیارد دلار بالغ می شد، در همان تاریخ امضای بیانیه ها، آزاد و نزد بانک انگلستان (به عنوان امین) و به نام بانک مرکزی الجزایر واریز شده است تا در صورت تأیید دولت الجزایر مبنی بر آزادی گروگانها، به دولت ایران (بانک مرکزی ایران) پرداخت گردد، منتهی بلا فاصله مبلغ ۳,۶۷۷ میلیارد آن به فدرال رزرو پرداخت شده تا به مصرف وامهای سندیکایی برساند. اگر تمام ۵۲ نفر گروگانها آزاد نمی شدند، پولها از همانجا (بانک انگلستان) دوباره به امریکا باز می گشت و در انسداد باقی می ماند. سندهات راجع به تعهد ایران در مورد پرداخت همین دو مبلغ است که از محل ۷,۹۵۵ میلیارد دلار دارائیهای آزاد شده ایران، برای تسويه وامهای سندیکایی و سایر بدھیهای بانکی کنار گذاشته شده و بقیه آن (حدود ۲,۸۷۰ میلیارد دلار) همان موقع به بانک مرکزی ایران پرداخت گردیده است. درباره نحوه تسويه وامهای سندیکایی و حال شدن دیون ایران بحثهای زیادی شده

است و سه ایراد مطرح گردیده، اول این که لازم نبود این وامها که بخشی از آنها هنوز سرسید نشده یک جا پرداخت شود، و دوم این که نباید مبلغ ۳،۶۶۷ میلیارد دلار در اختیار فدرال رزرو قرار می‌گرفت تا رأساً آن را به بستانکاران پرداخت و تسویه نماید و سوم این که گاه بعضی مؤسسات بانکی غیرامریکایی هم مطالبات خود را از همین محل دریافت کرده‌اند.

پاسخ دادن به این سوالات به عهده مسؤولین بیانیه‌ها و دولت شهید رجایی و نیز متخصصین بانکی و مالی بانک مرکزی است، که با توجه به وضعیت وامها و با انجام محاسبات دقیق؛ موضوع را بررسی و اعلام نظر کنند. اما در این مورد دو نکته قابل توجه وجود دارد: یکی نظر و استدلال دولت شهید رجایی است که همان زمان در گزارشی به مجلس داده (جلسه ۱۰۲ مورخ ۱۱/۲/۱۳۵۹) و می‌گوید موافقت با حال کردن وامهای سندیکایی و پرداخت یک جای آنها به نفع دولت بوده است زیرا باعث گسترش رشته‌های وابستگی مالی و پولی ایران به بانکهای امریکایی می‌شده و دیگر نمی‌توانستند در طول زمان پرداخت اقساط، به دولت ایران مستقیم یا غیرمستقیم فشاری وارد آورند. دوم نظر بعضی از متخصصین است که گفته اند حال کردن این وامها از نظر فنی نادرست نبوده، زیرا بخش بسیار کمی از این وامها (کمتر از ۱۰۰ میلیون دلار) نرخ بهره ثابت نازل داشته و بقیه دارای نرخ بهره شناور بوده است. با توجه به این که اغلب این وامها دارای نرخ بهره شناور بوده و وضع بازارهای پولی دنیا در سالهای ۱۹۸۱ (بیانیه‌ها در ۱۸ ژانویه ۱۹۸۱ امضا و منتشر شده است) به بعد حاکی از رشد نرخ بهره بود کما این که تنها در سه ماهه اول سال ۱۹۸۱ نرخ بهره سپرده گذاری بیشتر از بهره وام بود و بلاfacile نرخ بهره وام در بازار پولی بالا رفت، بنابراین از نظر مالی بهتر بود که یک جا تسويه می‌شد.علاوه بر این، به قول این متخصصین چون ایران نتوانسته بود به موقع اقساط وامها را پردازد، لذا طبق قراردادهای مربوط حال شده بودند بنابراین اگر قرار بود که وامها از این حالت خارج شوند و دوباره سیر طبیعی اقساط شروع شود، به فرض امکان، بانک مرکزی ناگزیر بود دارائیهای خود را نزد بانکهای امریکایی نگهدارد تا اطمینان کافی برای قدرت بازپرداخت ایجاد کند یا این که مثلاً از بانکهای اروپایی ضمانتنامه‌ای برای تضمین پرداخت اقساط تهیه کند که برای این منظور ناگزیر بود وثیقه‌ای از وجود خود را در بانکهای اروپایی تودیع و سپرده

کند تا بتواند ضمانتنامه دریافت کند در حالی که نرخ بهره سپرده‌گذاری در بازارهای اروپا مطلوب نبود و به هرحال کمتر از نرخ بهره وامها در طول زمان می‌شد، و مضافاً برای بانک مرکزی یک دولت انقلابی از نظر بین‌المللی و اعتبار مالی شایسته نبود که یک بانک اروپایی او را ضمانت نماید.

به هرحال علاوه بر ملاحظات سیاسی، مجموع ملاحظات کارشناسی و بانکی ظاهرآ دولت شهید رجائی را متقادع نموده بود که باز پرداخت وامهای سندیکایی به صورت یک جا، بیشتر متضمن مصالح کشور بوده است. با این همه بحث و تحقیق علمی در این زمینه هنوز هم مقتضی و مطلوب است.

و اما در مورد این که مبلغ ۳,۶۶۷ در اختیار فدرال رزرو قرار گرفته تا رأساً آن را بین طبلکاران تقسیم کند، نکته این است که وظیفه ای که به عهده فدرال رزرو گذاشته شده به هرحال او را مسؤول قرار می‌دهد و اگر کار خود را درست انجام نداده باشد، ایران و بانک مرکزی می‌توانند علیه او و حتی دولت امریکا طرح دعوای کنند. مضافاً که با پرداخت این مبلغ بابت وامهای سندیکایی، به هرحال ایران در برابر بستانکاران بری‌الذمه شده و فدرال رزرو مسؤول می‌باشد. این که آیا روش کار بهتری نیز وجود داشته یا نه، مسلماً جای بحث است و برای بررسی این که چرا این راه حل ترجیح داده شده، باید به اوضاع و احوال آن روز و نیز تاریخچه مذاکرات مراجعته کرد و نظر اهل فن در مسائل بانکی و پولی را سؤال نمود.

و بالاخره، این ایراد که بعضی مؤسسات غیر امریکایی هم توانسته اند مطالبات خود بابت وامهای سندیکایی را از این محل وصول کنند، باز می‌گردد به تعریفی که سند تعهدات از « مؤسسه بانکی امریکایی » کرده است و نیز باز می‌گردد به این که از نظر حقوق امریکا چه مؤسسات یا بانکهایی، امریکایی محسوب می‌شوند و آیا بانکهای خارجی که شعبه ای در امریکا دارند و تحت مقررات بانکی فدرال رزرو کار می‌کنند، « مؤسسه بانکی امریکایی » هستند یا نه؟ نکته دیگری هم که کارشناسان بانکی در جنب این بحث مطرح می‌کنند آن است که اصولاً در این که ایران بابت این وامها به مؤسسات بانکی که شعبه ای در امریکا داشتند بدھکار بوده، تردیدی نیست و پرداخت و تسويه وامها کار روزانه و متداول بانکها است، و اصولاً باز پرداخت و تسويه وام نیازی به اجازه مجلس ندارد (بانک

مرکزی در سال ۱۳۶۵ در جواب ایراد مشابه که کمیسیون ویژه مجلس برای بررسی بیانیه‌های الجزایر مطرح کرده بود، همین مطلب را اعلام کرده بود).

به هر حال، پس از تسویه وامهای سندیکایی و صورتحسابهایی که فدرال رزرو برای بانک مرکزی ایران فرستاد معلوم شد حدود ۳۳۷ میلیون دلار اضافه در حساب وامهای سندیکایی تودیع شده و باید به بانک مرکزی ایران مسترد شود. امریکائیها معتقد بودند گرچه این پول متعلق به ایران است، اما چون در بیانیه‌ها ترتیب خاصی برای استرداد آن وجود ندارد، طرفین باید مجددًا مذاکره کنند و طریقه‌ای برای پرداخت آن به ایران تمهید و تعییه نمایند. بالاخره ایران علیه امریکا طرح دعوی کرد و موفق شد امریکا را ملزم و محکوم به استرداد این مبلغ با بهره آن کند که سرانجام حدود ۵۴۵ میلیون دلار بابت (اصل و بهره) به بانک مرکزی ایران پرداخت شد.

در مورد حساب ۱،۴۱۸ میلیاردی که خاص تسویه سایر بدھیهای بانکی ایران بود و به نام بانک مرکزی الجزایر در نزد بانک انگلستان تودیع شده بود، کارشناسان بانک مرکزی طی مذاکرات طولانی که با تک تک بانکهای امریکایی داشتند، اقلام باز بانکی را بررسی کردند و با احراز بدھی واقعی بانک ایرانی و تهاتر با طلب او از بانک امریکایی مربوط، اگر مانده‌ای وجود داشت از محل همین حساب پرداخت نمودند و در پایان هم مازاد آن که با بهره قریب ۸۱۰ میلیون دلار بود به بانک مرکزی ایران پرداخت شد.

به هر حال، همان‌طور که گفتیم آزاد سازی اموال و دارائیهای ایران از یک سو و آزاد شدن گروگانها و تحويل ایشان به نماینده دولت الجزایر (که گویا در خاک آلمان صورت گرفت) از سوی دیگر، تعهدات متقابل و وابسته طرفین در برابر یکدیگر بوده که این دو تعهد محوری اجرا شده است، یعنی اموال ایران آزاد شد و گروگانها هم آزاد شدند.

در کنار این تعهدات، مطالب دیگری هم مورد توافق قرار گرفته که باز پرداخت وامهای سندیکایی یا سایر بدھیهای بانکی از جمله آنها است که قبلًا توضیح دادیم. اما تعهد مشترکی که هر دو دولت پذیرفته اند عبارت است از تشکیل یک دیوان داوری بین المللی برای رسیدگی و حل و فصل اختلافات مالی و حقوقی فیما بین چنانکه گفتیم، امریکا در بیانیه کلی تعهد کرده بود موجبات ختم کلیه دعاوی ایران را فراهم کند. از طرفی این دعاوی اغلب منتهی شده بود به توقیف اموال ایران که طبق تعهد امریکا باید لغو

می شدند. بنابراین باید برای این ادعاهای فکری می شد. این بود که هر دو طرف پذیرفتند این دعواوی از دادگاههای امریکا یا سایر کشورها بیرون آورده شود و به داوری ارجاع گردد و برای همین منظور دیوان داوری را تأسیس کردند.

علاوه بر این، چون خواهانهای امریکایی اموالی را در توقيف داشتند که با ختم دعواوی از توقيف خارج می شد، طرفین موافقت کردند که مبلغ یک میلیارد دلار از محل وجوده ایران که آزاد می شد، در یک حساب تضمینی به نام بانک مرکزی الجزایر واریز گردد تا برای پرداخت احکامی که علیه ایران صادر می شود، مصرف شود. این حساب از محل ۰۵۲ میلیارد دلار پولهایی که ایران نزد شعب بانکها در داخل امریکا داشت و در اوت ۱۹۸۱ به ایران پرداخت شد، تأمین گردید و بقیه آن هم به دولت (بانک مرکزی ایران) پرداخت گردید. حساب تضمینی نزد بانک تسویه هلنند که بانک مرکزی هلنند که مخصوص اداره و نگهداری همین حساب تأسیس شده، افتتاح گردید و چنانکه اشاره شد حساب تضمینی به نام بانک مرکزی الجزایر است. در هر مورد که دیوان داوری حکمی علیه یک دستگاه دولتی ایرانی صادر کند، رئیس دیوان مبلغ حکم را به بانک مرکزی الجزایر ابلاغ می کند و بانک مرکزی الجزایر هم دستور پرداخت صادر و بانک تسویه هلنند نیز مبلغ مربوط را به فدرال رزرو امریکا واریز می کند. فدرال رزرو هم مبلغ مختصراً (حدود ۱۱/۵٪) بابت هزینه های دیوان و خدمات به شرکتهای امریکایی (خواهانها) برداشت می کند و بقیه را به محکوم له امریکایی می پردازد. حساب تضمینی از مصنوعیت های لازم در خاک هلنند برعوردار است و طبق بیانیه های الجزایر مانده آن در پایان کار دیوان داوری به ایران مسترد خواهد شد.

نکته دیگری که درباره حساب تضمینی باید گفته شود آن است که ایران تعهد نموده هرگاه مانده این حساب از ۵۰۰ میلیون دلار کمتر شد آن را تا سقف ۵۰۰ میلیون دلار پر کند. تا به حال این حساب عمدهاً از محل بهره خود آن تغذیه و تأمین شده است و یکی دوبار هم از محل دریافتی های ایران از امریکا و در چارچوب دعواوی مطروحه در دیوان، آن را پر شده است. اما پس از این که حجم دعواوی کاهش یافته و دیگر نیازی به نگهداری ۵۰۰ میلیون دلار پول در حساب نبوده، ایران پر کردن حساب را لازم ندانسته به طوری که چند سالی است مانده آن به کمتر از ۲۰۰ میلیون دلار می رسد. همین امر موجب شده که

امریکا دعوایی علیه ایران مطرح کند و ادعا نماید که ایران و بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران از تعهدات خود تخلف کردنده که این پرونده هم اکنون تحت رسیدگی است. در مورد حساب تضمینی گفته شده که چرا ایران متقابلاً از امریکا تضمینی برای اجرای احکامی که علیه امریکائیها و به نفع ایران صادر می شود نگرفته است. این سخن فی نفسه درست است و به طوری که دست اندکاران مذاکرات بیانیه ها گفته اند، ایران این موضوع را در جریان مذاکرات مطرح کرده اما امریکا نپذیرفته است.

درباره اجرای سایر تعهداتی که امریکا بر عهده گرفته بود، لازم به یادآوری است که امریکا طی یک سلسله دستورات اجرایی جدید تحریم هایی را که به دنبال گروگانگیری بر علیه ایران وضع کرده بود لغو نمود (هر چند بعداً به بهانه های جدید تحریم هایی را مجدداً برقرار نمود)، دعوای مطروحه بر علیه ایران و نیز دیوان بین المللی دادگستری را که به محکومیت ایران به پرداخت خسارات منتهی شده بود مسترد کرد، و بالاخره دعاوی تجاری و قرار توقيف هایی که در محاکم امریکا علیه اموال ایران مطرح و صادر شده بود، به نوعی مختومه و لغو کرد و موانع انتقال اموال عینی ایران را تا حدودی مرتفع کرد، البته به جز اموال دیپلماتیک و نظامی که به علت همین نوع ایرادات و تخلفاتی که در نحوه اجرای تعهدات امریکا وجود داشت، ایران دعوایی علیه آن دولت در دیوان مطرح کرد که آن قسمت که تا به حال رسیدگی شده، به نفع ایران حکم صادر گردیده است و در بعض قسمت ها تحت رسیدگی می باشد.

#### ۴. دیوان داوی ایران - امریکا: ساختار و صلاحیت

زمانی که بیانیه های الجزایر تنظیم و امضای شد بیش از ۴۰۰ فقره دعوای با میلیاردها دلار خواسته از جانب شرکتهای خصوصی امریکائی علیه دستگاههای دولتی ایرانی در محاکم امریکا مطرح بود که مجبور بودند در برابر آنها دفاع کنند. آن هم در دادگاههای امریکا که تحت تأثیر جوّضد ایرانی بودند و مهم تر این که همان طور که قبل‌گفتیم، در بسیاری از آنها قرار توقيف اموال ایران نیز صادر شده بود. علاوه بر این، پس از قضیه گروگانگیری، دولت امریکا دعوایی علیه ایران نزد دیوان بین المللی دادگستری مطرح کرده

بود که البته ایران در این دعوی شرکت نکرد اما دیوان ایران را محاکوم کرد و رأی داد که گرچه دولت ایران سفارت امریکا را اشغال نکرده اما چون عمل دانشجویان اشغال کننده را عملاً تأیید کرده و در واقع برای جلوگیری از این اتفاق اقدامات لازم را انجام نداده، بنابراین از نظر بین المللی طبق کنوانسیون وین در مورد روابط دیپلماتیک مسؤول است و باید خسارات دولت امریکا را پردازد، منتهی تعیین میزان خسارت را به رسیدگی بیشتر و مراحل آتی پرونده موكول کرده بود. دیوان داوری ایران و امریکا در واقع برای رسیدگی به همان دعاوی شرکتهای امریکایی که طبق بیانیه در محاکم امریکا مختومه می شد، تشکیل گردیده بود.

امریکا در بیانیه کلی تعهد کرده بود دعاوی مطروحه در محاکم امریکا را مختومه سازد و قرار توقيف های صادره علیه اموال ایران رالغو نماید و موجبات حل و فصل آنها را از طریق یک داوری بین المللی فراهم کنند. در مورد دعواهای مطروحه در دیوان بین المللی دادگستری نیز همان طور که قبل اشاره شد، امریکا متعهد شده بود که این دعوی را پس بگیرد و مضارفاً تعهد نموده که در مورد قضیه اشغال سفارت و خسارات واردہ به اموال امریکا در داخل سفارت دعواهای علیه ایران مطرح نکند و از طرح دعوی از جانب گروگانها یا خانواده هایشان علیه ایران. به این ترتیب فلسفه وجودی دیوان داوری عبارت است از تشکیل یک مرجع جایگزین برای رسیدگی و حل و فصل دعاوی اتباع امریکا علیه ایران و حساب تضمینی دیوان هم در واقع جایگزین همان قرار توقيف هایی بود که شرکتهای امریکایی توانسته بودند از دادگاههای خود دریافت کنند و اموال ایران را توقيف نمایند.

به عبارت دیگر دولت امریکا اظهار می داشت قانوناً نمی تواند در ادعاهای شرکتهای اتباع امریکا دخالت کند و یا در امور قوه قضائیه که مشغول رسیدگی به ادعاهای شرکتهای امریکایی است مداخله کند و دعاوی را ختم کند، مگر این که نوعی مرجع جایگزین برای آن وجود داشته باشد. دیوان داوری فی الواقع همان مرجع جایگزین است. جالب این که دولت ریگان که وارث بیانیه ها بود، موافق نبود که دعاوی را ختم کند و چند شرکت امریکایی هم علیه دولت امریکا طرح دعوی کردند که دولت امریکا حق نداشته در دعاوی ایشان دخالت کند و آنها را مختومه سازد که این موضوع تا دیوان کشور امریکا پیش رفت و سرانجام دیوان کشور رأی داد که دولت حق دارد بنا به رعایت مصالح ملی کشور در سطح

بین المللی، در حقوق و دعاوی اتباع خود دخالت کند، خصوصاً که این دعاوی منتفی نشده بلکه مرجع جایگزینی برای آنها تشکیل شده است. در هر حال، به موجب بیانیه حل و فصل دعاوی ایران نیز می‌تواند علیه خواهانهای امریکایی ادعای متقابل مطرح کند و اتباع ایران نیز می‌توانند دعاوی خود علیه امریکا را به صورت دعاوی اصلی طرح نمایند.

تشکیلات دیوان داوری چندان پیچیده نیست. دولتین طبق بیانیه حل و فصل دعاوی موافقت کرده‌اند که این دیوان ۹ نفر داور (قاضی) داشته باشد که ۳ نفر را امریکا و ۳ نفر را ایران نصب و معرفی می‌کند و این مجموعه ۶ نفری از داوران، ۳ نفر داور (قاضی) و سطراً انتخاب می‌کنند. البته بیانیه حل و فصل دعاوی اجازه می‌دهد که در صورت لزوم تعداد داوران با همین ضریب اضافه شود لکن در عمل نیازی نبوده و دیوان داوری با ۹ نفر داور تشکیل شده است. این مجموعه ۹ نفره به ۳ گروه ۳ نفره تقسیم شدند که هر گروه مرکب است از یک داور امریکایی و یک داور ایرانی و یک داور وسط یا ثالث که یک شعبه دیوان را تشکیل می‌دهند و به این ترتیب دیوان داوری ایران و امریکا سه شعبه دارد و پرونده‌ها بین شعب تقسیم شده و رسیدگی می‌کنند. البته در دعاوی بزرگ بین دو دولت مجموعه ۹ نفره داوران رسیدگی می‌کنند که اصطلاحاً هیأت عمومی دیوان نامیده می‌شود. داوران، از بین ۳ نفر داور ثالث یا وسط یک نفر را به عنوان رئیس دیوان برگزیده‌اند که تا به حال چند بار استعفا داده و عوض شده است و در حال حاضر یک حقوقدان لهستانی که قبل از زیر خارجه لهستان بوده، ریاست دیوان را به عهده دارد. علاوه بر این، دیوان داوری یک نفر دیگر کل دارد و برای قسمتهایی مانند آرشیو، حسابداری، ترجمه، امور اداری و غیره کارمندانی را استخدام کرده است. مضافاً هریک از دولتین ایران و امریکا یک نفر نماینده رابط در دیوان داوری دارند که کار ارتباطات و ابلاغ دادخواستها، اسناد و مدارک و پرونده‌ها به دولت خود یا طرفین دعوی را به عهده دارند. هزینه‌های دیوان مشترکاً به عهده دولتین ایران و امریکا است که بالمناصفه می‌پردازند.

صلاحیت دیوان داوری مشخصاً در بیانیه حل و فصل دعاوی آمده است و ناظر

به دعاوی زیر است:

اول: دعاوی اتباع امریکا علیه دولت ایران و متقابلاً دعاوی اتباع ایران علیه دولت

امریکا

دوم: دعاوی دو دولت یا مؤسسات و دستگاههای دولتی طرفین علیه یکدیگر. به طور کلی صلاحیت دیوان داوری در مورد گروه اول از دعاوی محدود است به ادعاهای اتباع هریک از دولتين علیه دولت طرف مقابل که ناشی از یکی از موارد باشد:

- قرارداد؛

- دیون؛

- مصادره؛

- اقدامات مؤثر در مالکیت (مصادره غیرمستقیم).

این دعاوی باید ظرف یک سال از تاریخ بیانیه‌ها یعنی تا ۱۳۶۰/۱۰/۲۰ در دیوان ثبت می‌شد و بعد از این تاریخ دیگر قابل رسیدگی نیست. ضمناً دولت خوانده دعوی حق دارد دعواهای متقابل که ناشی از همان موارد باشد (یعنی با دعواهای اصلی متحددالمنشأ باشد) مطرح کند.

بیشترین حجم دعاوی مطروحه در دیوان، دعاوی اتباع و شرکتهای امریکایی علیه دستگاههای دولتی ایرانی بوده است. علت این امر نیز روش است. در رژیم گذشته ایران، امریکاییها نفوذ زیادی داشتند و بیش از ۳۰ سال در ایران کار می‌کردند و مهم ترین قراردادها و پروژه‌ها و معاملات تجاری و عمرانی و نظامی را در دست داشتند. اما با پیروزی انقلاب قراردادهایشان متعلق یا فتح شده بود و طبعاً ادعاهایی علیه دستگاه دولتی طرف مقابل خود در ایران داشتند. مضافاً، ملی کردن‌ها و احکام مصادره دادگاههای انقلاب یا قرار ترقیف‌هایی که مراجع انقلابی در مورد اموال و شرکتهای امریکایی در ایران یا شرکتهایی که امریکاییها در آنها سهامدار بودند، صادر می‌کردند، خواه ناخواه از نظر حقوقی به معنای محرومیت آنها از اموالشان بود و می‌توانستند طرح دعوی کنند و خسارت مطالبه نمایند. فی الواقع دعاوی که شرکتهای امریکایی قبل از بیانیه‌ها در محاکم امریکا داشتند، همین‌ها بود، با این توصیف که در بیانیه حل و فصل عبارتی هست به این مضمون «اعم از این که قبلاً در دادگاهی مطرح شده باشد یا نه» که بسیاری از شرکتهای امریکایی که قبل از امضای بیانیه‌ها دعواهی علیه ایران مطرح نکرده بودند نیز توانستند دعواهی خود را در دیوان مطرح کنند. البته به طوری که مذاکره کنندگان بیانیه‌ها گفته اند این عبارت به این منظور به بیانیه‌ها اضافه شده که ایران نیز بتواند دعواهی خود را که تا آن

موقع هنوز در هیچ دادگاهی مطرح نکرده بود، علیه امریکا و در دیوان مطرح نماید. اما در عمل، دیوان داوری در اولین سال تشکیل خود چنین رأی داد که دعاوی مستقیم دولت علیه تبعه دولت طرف مقابل (مانند دعاوی دولت ایران علیه اتباع امریکایی و متقابل دعاوی دولت امریکا علیه اتباع ایران) در صلاحیت دیوان نیست و به ناگزیر دستگاههای دولتی ایرانی دعاوی خود را به صورت دعواهای متقابل علیه شرکت امریکایی مربوطه طرح کردند. و اما در مورد گروه دوم دعاوی یعنی دعاوی دو دولت علیه یکدیگر، در بیانیه حل و فصل قید شده که دعاوی دولتین که ناشی از معاملات تجاری خرید و فروش کالا و خدمات بین دستگاههای دولتی دو طرف باشد، در دیوان داوری قابل طرح است. مضافاً اختلافات و دعاوی دو دولت در مورد تفسیر و اجرای بیانیه‌ها نیز در صلاحیت دیوان داوری است.

از مجموع دعاوی اتباع امریکا علیه ایران، اکثر آنها یعنی تعداد ۲۸۸۴ از گروه دعاوی کوچک یعنی دعاوی کمتر از ۲۵۰,۰۰۰ دلار بوده، و بقیه از گروه دعاوی بزرگ بوده است. از دعاوی دولتین علیه یکدیگر نیز تعداد ۷۷ دعوا مربوط به خرید و فروش کالا یا خدمات بوده که در دیوان تحت گروه دعاوی «ب» طبقه‌بندی شده، و ۳۰ فقره هم راجع به اختلاف تفسیری بین دولتین است که در دیوان تحت گروه دعاوی «الف» تقسیم بندی شده است. به این ترتیب جمع کل دعاوی که در دیوان مطرح شده ۳۹۵۲ فقره می‌باشد.

دیوان داوری در طول ۱۶ - ۱۷ سالی که از عمر آن می‌گذرد قسمت اعظم این دعاوی را حل و فصل کرده، به طوری که تا شهریور سال ۱۳۷۷ فقط ۳۳ فقره پرونده نزد دیوان داوری باقیمانده که تعدادی از آنها از دعاوی اتباع است و بقیه از دعاوی گروه «الف» یا گروه «ب» است. در جدول زیر وضع آماری دعاوی مطروحه در دیوان و دعاوی مختومه نشان داده شده است.

| نمودار          | دعاوی الف | دعاوی ب | دعاوی بزرگ | دعاوی کوچک | جمع  |
|-----------------|-----------|---------|------------|------------|------|
| دعاوی ثبت شده   | ۳۰        | ۷۷      | ۹۶۱        | ۲۸۸۴       | ۳۹۵۲ |
| دعاوی مختومه    | ۱۶        | ۷۲      | ۹۴۷        | ۲۸۸۴       | ۳۹۱۹ |
| دعاوی باقیمانده | ۱۴        | ۵       | ۱۴         | —          | ۳۳   |

این توضیح هم لازم است که دعاوی کوچک (کمتر از ۰۰۰ / ۲۵۰ دلار) تعداد قابل توجهی از مجموع دعاوی مطروحة در دیوان داوری را تشکیل می داد که موضوع بعضی آنها گاهی فقط چند ده هزار دلار بوده است. تعدادی از این دعاوی مورد رسیدگی دیوان فرار گرفت و منتهی به صدور حکم شد. اما همین تجربه نشان داد که اگر قرار باشد تک تک این دعاوی مثل سایر دعاوی مورد تبادل لایحه و رسیدگی قرار گیرد، سالها و سالها به عمر دیوان افزوده می شود و دولت ناگزیر است سالیانه چند میلیون دلار هزینه دیوان را پردازد که به دعاوی چند ده هزار دلاری یا حداقل ۰۰۰ ، ۲۵۰ دلاری اتباع امریکا رسیدگی نماید. این بود که در سال ۱۳۶۹ تعداد باقیمانده دعاوی کوچک که ۷۸۲ فقره می شد و جمع خواسته اسمی آنها جمعاً حدود ۴۰۰ میلیون دلار می شد، به طور مقطوع و یکجا در ازای ۴۵ میلیون دلار تسویه و مختومه شد به نحوی که دولت امریکا مسؤولیت آن را پذیرفت که خود رأساً براعیت موازین دیوان داوری، این دعاوی را رسیدگی و حل و فصل کند و متقابلاً دولت ایران را برای همیشه بری الدمه کرد. البته در ازای این پرداخت طبعاً اموال و دارائیهای مورد ادعای خواهانهای این پرونده ها نیز به مالکیت ایران درآمد و مضافاً تعدادی دعاوی کوچک که در وزارت خارجه امریکا مانده بود و به علی در دیوان ثبت نشده بود اما بالقوه می توانست بعدها در مراجعت دیگری علیه ایران مطرح شود نیز مشمول این تسويه حساب قرار گرفت.

در مورد دریافت و پرداخت هایی که به موجب احکام دیوان داوری یا در چارچوب بیانیه های الجزایر انجام شده، دفتر خدمات حقوقی بین المللی هر از گاهی گزارشها بی می دهد که در مجله حقوقی همان دفتر منتشر می شود. دبیرخانه دیوان داوری هم به تناسب گزارش عملکرد دیوان را به صورت اعلامیه کوتاهی منتشر می کنند. بر اساس اطلاعاتی که از این گزارشها به دست می آید، وضعیت دریافت و پرداختهای ایران و امریکا در دیوان داوری به شرح زیر است.

حدود ۱۴۰,۰۰۰ میلیارد دلار که از این مبلغ فقط حدود ۵۳۰ میلیون دلار به صورت احکام ترافی بوده و بقیه آن به صورت احکام توافقی و تسویه حساب بوده به صورت احکام توافقی و تسویه حساب بوده است و مضافاً ۸۱۰ میلیون دلار بابت دعاوی بازکی دریافت شده و بقیه هم بابت سایر مطالبات ایران (مانند فروش نفت خام قبل از انقلاب و نیز قسمتی از مانده صندوق خریدهای نظامی رژیم قبلی ایران) بوده است.

حدود ۱۴۰,۰۰۰ میلیارد دلار که از این مبلغ فقط حدود ۵۰۰ میلیون دلار به صورت احکام ترافی بوده و بقیه آن به صورت احکام توافقی و تسویه حساب بین طرفین دعوای بوده است که در ازای آن طرف ایرانی اموال و درایهایی را نیز دریافت کرده است. ضمناً رقم ۵۰۰ میلیون دلار احکام ترافی بدون بهره است و در احکام توافقی اساساً بهره پرداخت نشده است.

## نُتْيِيجَه

همان طور که قبل‌گفتیم واقع مطلب این است که دیوان داوری برای رسیدگی به دعاوی امریکائیها تشکیل شد، زیرا این شرکتهای امریکایی بودند که پس از پیروزی انقلاب و به ویژه پس از گروگانگیری صدها و صدها دعوای علیه ایران در محاکم امریکا مطرح کرده بودند و اموال و داراییهای ایران را در توقیف خود داشتند. نیز شرکتهای امریکایی بودند که در ایران کار می‌کردند و به علت انقلاب کارهایشان قطع یا معلق یا فسخ شده بود و یا اموالشان مصادره شده بود، و نه بالعکس. البته این که شرکتهای امریکایی در رژیم گذشته با دست باز در ایران کار می‌کردند و به علت وابستگی سیاسی رژیم به امریکا از امتیازات زیادی برخوردار بودند، و سوءاستفاده‌هایی نیز می‌کردند، واقعیتی است که نمی‌توان انکار کرد. اما حقوقدانان نیک می‌دانند که این قبیل مطالب متأسفانه از نظر حقوقی دفاع قابل قبولی در برابر فسخ قرارداد یا عدم پرداخت صورتحساب یا مصادره اموال شرکتهای خارجی نیست و دولت جانشین دولت قبلی را از

نظر حقوقی از مسؤولیت معاف نمی‌کند. بله، بحثی به نام «دیون منفور» وجود دارد که دولت جانشین نباید مسؤول بدھیها و دیوونی محسوب شود که سران رژیم قبلی به ضرر ملت و کشور ایجاد کرده‌اند. اما مشکل اساسی این تئوری اثبات این واقعیت و قانون کردن مرجع رسیدگی است که اهل فن می‌دانند کار ساده‌ای نیست و چنین ادعایی محتاج مستندات و ادله بسیار قوی است، در حالی که شرکتهای امریکایی و طرف‌های ایرانی آنها در رژیم فاسد گذشته با چیره‌دستی، ظواهری را رعایت کرده‌اند و در نتیجه اثبات این ادعاهای بسیار دشوار کرده‌اند. با این همه در چند مورد که تقضی قانون و تخلفات یا پرداخت رشوه و تدلیس در معامله به اندازه کافی روشن بوده، طرف‌های ایرانی توانسته‌اند واقعیت را به دیوان داوری نشان دهند و از محکومیت ایران جلوگیری نمایند یا لااقل مبلغ آن را کاهش دهند.

بیانیه‌های الجزایر به یک بحران سیاسی- حقوقی بزرگ پایان داد، و با برپایی و تشکیل دیوان داوری دوره جدیدی در تاریخ حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات آغاز شد. اسلوب حقوقی بیانیه‌های الجزایر برای حل یک بحران سیاسی بین المللی بین دو کشور که رابطه سیاسی نداشتند اما از طریق مذاکره غیرمستقیم موفق شدند آن را به سامان رسانند، تجربه‌ای منحصر به فرد است و حاکی از ابزارهای حل و فصل مسالمت آمیز اختلاف می‌باشد. البته بیانیه‌های الجزایر دارای نقطه ضعف‌هایی است و هیچ‌کس (حتی مذاکره کنندگان و تنظیم کنندگان آن) مدعی نیست که بدون نقص و کامل است. بحث و بررسی ذریباره نحوه مذاکرات و جو سیاسی محیط برآن، در زمان دولت شهید رجایی بر عهده تحلیل‌گران مسائل سیاسی و اجتماعی است. اما آنچه از دیدگاه حقوقی قابل تأمل و بررسی است، تشکیل دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده و رویه قضایی آن است که حقوقدانان ایرانی کمتر به آن پرداخته‌اند. تجربه دیوان داوری در تاریخ سیاسی و حقوقی معاصر ایران نیز تجربه‌ای منحصر به فرد است که باید از جهات گوناگون مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد و نقاط ضعف و قوت آن آشکار شود. همین که طرفین این دیوان یعنی ایران و امریکا، علی‌رغم روابط سیاسی منش آمیز و گاه خصم‌انه، به مدت ۱۶ - ۱۷ سال در این دیوان حضور یافتند و توانستند در پرتو اصول حقوقی و قواعد رسیدگی دیوان به انبوه دعاوی و اختلافات حقوقی خود که بعضاً خالی از ملاحظات و مؤلفه‌های

سیاسی نیز نبوده است، پایان دهنده فی نفسه به مداروی بین‌المللی به عنوان یک اسلوب حقوقی مطمئن برای حل مسالمت‌آمیز اختلافات و ملاحت حفظ صلح و امنیت بین‌المللی است با این همه از این نکته طرفه نباید غافل شد که در جریان اجرای مواد بیانیه‌ها و نیز در طول حیات دیوان داوری، امریکا بیشترین قصورها و تخلف‌ها را داشته است ولی جمهوری اسلامی ایران همواره به تعهدات خود پای بند بوده است.

در هر حال، بیانیه‌های الجزایر و دیوان داوری عبرت آموزیهای بزرگی دارند که می‌تواند همچون چراغی فراراه پویندگان راه آینده قرار گیرد. خصوصاً که دست اندکاران دعاوی مطروحه در دیوان داوری در طول سالهای گذشته نهایت تلاش را برای حفظ حقوق دولت و ملت کرده‌اند و با وجود مشکلات زیاد و عدم دسترسی به مدارک یا از بین رفتن بعض آنها، حتی محدودیت‌ها و مشکلات ناشی از جنگ تحمیلی، باز هم توانستند در برابر صدھا دارالوکاله امریکایی از حقوق مردم و جمهوری اسلامی ایران دفاع کنند و موفقیت‌های بزرگی را به دست آورند.

# قانون داوری تجاری بین المللی ایران

## همسو با قانون نمونه داوری آنسیتراال

دکتر سیدجمال سیفی

### ● اشاره

متن این مقاله به زبان انگلیسی به قلم مؤلف در جلد ۱۵ شماره (۲)، (ژوئن ۱۹۹۸) صفحات ۳۵ - ۵ مجله داوری بین المللی:

(Journal of International Arbitration) منتشر گردیده است.

برگردان اولیه این مقاله را از انگلیسی به فارسی، سرکار خانم پروین محمدی دینانی به عهده داشته اند.

لازم به توضیح است که با توجه به تهیه این مقاله به زبان انگلیسی، تاریخها، علائم و اختصارات به لاتین آمده است و سرآغاز مقاله حاوی بعضی توضیحات مقدماتی جهت اطلاع خواننده غیرایرانی است که عیناً حفظ شده است.

# ملاحظات مقدماتی

## الف. مقدمه

در ۱۷ سپتامبر ۱۹۹۷، مجلس ایران قانون داوری تجاری بین المللی (که از این پس قانون یا قانون جدید نامیده می‌شود) را تصویب کرد.<sup>۱</sup> به عنوان یک قاعده کلی، این قانون ۱۵ روز بعد از انتشار در روزنامه رسمی اعتبار یافت. امید آن می‌رود که تصویب این قانون، از طریق تضمین آزادی و استقلال بیشتر برای این نوع داوری‌ها و نیز تضمین بیشتر برای شناسایی و اجرای احکام داوری بین المللی صادره در ایران، انجام داوری‌های بین المللی در ایران را تسهیل نماید.

این قانون تا حد قابل ملاحظه‌ای مُلهم از قانون نمونه کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل (آنسیترال) در مورد داوری تجاری بین المللی می‌باشد.<sup>۲</sup> (از این پس قانون نمونه آنسیترال)، مع ذلک پاره‌ای از مقررات این قانون، انعکاس کامل قانون نمونه آنسیترال نیست و با شرایط داخلی ایران تطبیق شده‌اند.

هدف از تصویب این قانون آن است که مقررات بهتر و جدیدتری نسبت به مقررات داوری موجود در باب هشتم قانون آیین دادرسی مدنی ایران ارائه نماید. مقررات داوری قانون آیین دادرسی مدنی، در داوری‌های صرفاً داخلی معتبر و قابل اعمال باقی خواهد ماند.

۱. روزنامه رسمی ایران، شماره ۱۵۳۳۵ مورخ ۲۰ آکتبر ۱۹۹۷ (۱۳۷۶ مهر ۲۸)، صفحات ۴ - ۱.

۲. ماده ۲ قانون مدنی ایران.

\*. برای ملاحظه متن انگلیسی و ترجمه فارسی قانون داوری نمونه آنسیترال، رک. مجله حقوقی، شماره ۴ استناد بین المللی، ص ۲۰۵.

قانون جدید برای حل و فصل اختلافات در زمینه روابط تجاری رو به رشد در کشورهای منطقه از جمله کشورهای تازه به استقلال رسیده آسیای مرکزی ساختار مطمئنی ارائه می کند که انتظار می رود با تشکیل مرکز داوری بین المللی در ایران تکمیل شود و اجرای آن تسهیل گردد.

## ب. قانون فعلی و کمبودهای آن

مقررات داوری موجود ایران در قانون آیین دادرسی مدنی آمده است که از سپتامبر ۱۹۳۹ (شهریور ۱۳۱۸) لازم الاجرا گردید و باب هشتم آن اختصاص به داوری دارد.<sup>۳</sup> مقررات داوری موجود ابتدائاً جهت تنظیم داوری داخلی طرح شده و میان داوری داخلی و بین المللی تفکیکی قائل نشده، اما در اصل می توانست شامل داوری بین المللی هم باشد. هرچند اعمال مقررات آن، خصوصاً در زمینه داوری بین المللی حالی از اشکال نیست، زیرا اصولی که امروزه زیربنای داوری تجاری بین المللی می باشد عمدتاً در این قانون در نظر گرفته نشده است.

مقررات قانون آیین دادرسی مدنی در مورد داوری، حاوی مواد نسبتاً مبسوطی در مورد تنظیم و اداره داوری داخلی است، مانند استقلال داور در تعیین آیین رسیدگی و تصمیم گیری در مورد ماهیت اختلاف؛ و نیز آزادی اصحاب دعوا درخصوص قانون ماهوی حاکم بر دعوا. با این حال نمی توان گفت مقررات قانون آیین دادرسی مدنی زمینه ها و

<sup>۳</sup>. در این مقاله قصد نداریم که مقررات فعلی داوری ایران را مورد بحث و بررسی قرار دهم. تنها به منظور شرح ویژگیهای اصلی و کاستی های آن اشاره مختصری صورت می گیرد و سوابقی که به تصویب این قانون منجر گردید، بیان می شود. هم چنین در بخش دوم این مقاله به مواد خاصی از قانون موجود اشاره می گردد. مطالب منتشره شده به زبان انگلیسی درخصوص مقررات داوری موجود ایران خیلی قدیمی می باشد از جمله: Fovad Rouhani, International commercial Arbitration, Union International des Avocates Vol. III, The Hague, (1965), pp. 46 - 71; David Suratgar, Arbitration in the Iranian Legal System, 20 Arbitration Journal, (1965), pp. 143-165; and Jalal Abdoh, National Report an Iran, Yearbook Commercial Arbitration, Vol. IV. (1979) pp. 81-103.

جاذبه های لازم و مطلوب را برای مبادرت به داوری و رونق آن ایجاد کرده است.<sup>۴</sup> نواقص زیر را می توان در خصوص این قانون برشمرد:

- در مورد شناسایی داوری سازمانی هیچ حکم روشن و دقیقی در آن وجود ندارد.
- بنابراین تحت این مقررات نمی توان وظایفی همانند انتخاب داوران، تصمیم گیری در خصوص جرح و عزل داوران و اداره داوری را به یک سازمان داوری محول کرد.
- حدود اعتبار موافقتنامه داوری از نقطه نظر شکل آن، گرچه محدود نیست اما حاوی ابهاماتی است.
- قابلیت اجرای موافقتنامه داوری، از حیث منع کردن دادگاه از اعمال صلاحیت همزمان در مورد ماهیت دعوا بیکاری ارجاع شده، به روشنی تصریح نشده است.
- حدود دخالت دادگاه به روشنی معلوم نشده است.
- استقلال و بی طرفی داور منتخب طرفین به روشنی تصریح نشده و هیچ مقرراتی برای جرح داوران به دلیل فقدان استقلال و بی طرفی، در قانون آیین دادرسی مدنی پیش بینی نگردیده است.
- اختیار دیوان داوری برای تعیین صلاحیت خود و تصمیم گیری در مورد اعتبار موافقتنامه داوری، نه تنها تصریح نشده بلکه به صورت مبهم باقی مانده است.
- استقلال شرط داوری نسبت به قرارداد اصلی شناسایی نشده است.
- هیچ مقرراتی جهت صدور دستور موقت توسط دیوان داوری وجود ندارد.
- حدود اختیار دیوان داوری برای رسیدگی کامل به دعوا از طریق بررسی همه ادله اثبات دعوا (از جمله استماع شهادت شهود) و تعیین زبان رسیدگی به روشنی تصریح نشده است.

۴. این نکته در بسیاری از سیستم های حقوقی هنوز یک مسأله عمدہ است و خاص سیستم حقوقی ایران نیست. باید دید که آیا سبب اصلی این بی توجهی، قانون بوده یا این که داوری در عمل با اقبال مواجه نشده است.

۵. در ایران هیچ نهاد داوری عمومی وجود نداشته و قوانین پراکنده همانند قانون ۱۹۷۷ (۱۳۵۶) در خصوص اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری، ایجاد هیأت داوری در اتاق تجارت هر شهر بدون تعیین جزئیات آئین رسیدگی، و وظایف آن را پیش بینی می کرد اما این مقررات قادر به ایجاد نهادهای داوری پایدار نبوده و منتج به ایجاد نهاد سودمندی نگردید.

- اختیار دیوان داوری برای تعیین و اعمال قانون ماهوی که آن را مناسب می‌داند به روشنی بیان نشده، هرچند به طور ضمنی از مواد این قانون قابل استنباط است.

علاوه بر جبران نواقص فوق الذکر، برای ایجاد حرکت جدیدی در داوری در سیستم حقوقی ایران، وضع قانون جدید ضرورت داشت. علاوه بر اهداف اصلی قانون جدید، که به روز نمودن و اصلاح مقررات مربوط می‌باشد، ضرورت برخورد جداگانه با داوری تجاری بین المللی نیز از اهداف این قانون است. به این ترتیب باید گفت قانون جدید داوری تجاری بین المللی در زمان و شرائط مناسبی تصویب شده است.

## ج. مشخصات اصلی و اهمیت قانون جدید

در خصوص مصلحت تصویب و پذیرش قانون نمونه آنسیترال بعضاً، تردیدهایی از جانب کشورهای در حال توسعه، ابراز شده است<sup>۶</sup>، انتقادها و تردیدها متوجه آن قسمت از مقررات قانون نمونه است که ناشی از حقوق غرب است، همانند اصل ارتقاء استقلال و حاکمیت اراده طرفین و نیز عدم سازگاری آن (قانون نمونه) با ساختار تجارت و اقتصاد جهان در حال توسعه.<sup>۷</sup>

با این همه، به نظر می‌رسد که کشورهای در حال توسعه هریک به دلایل خاص خود به شکل فزاینده‌ای نسبت به قانون نمونه آنسیترال در کل یا قسمتی از آن علاقه نشان می‌دهند.<sup>۸</sup> این که آیا کشورهای جهان سوم به قانون نمونه اصولاً علاقمنداند یا به دلیل ضرورت اقتصادی به آن جذب می‌شوند از اهمیت ثانوی برخوردار است. علاوه بر این، تجربه نشان می‌دهد که دولتها مجبور نیستند هنگام استفاده و اقتباس از قانون نمونه آنسیترال به طور کامل از آن تبعیت کنند، بلکه می‌توانند متناسب با شرایط داخلی کشور خود آن را تعدیل و تطبیق نمایند. هرچند از نظر اهداف قانون نمونه آنسیترال، این قبیل

6. M. Sornarajah, The UNCITRAL Model Law: A Third World Viewpoint, 6 J. Int., Arb. 4, (1989) pp. 7-20.

7. As Note 6, above, pp. 13-19.

8. See Zhang Yulin, Towards The UNCITRAL Model Law: A Chinese Perspective, J. int. Arb. 1, 1994, 87, p. 88.

استفاده ها یا اقتباس های جزئی چندان مطلوب نیست، اما به نوبه خود یک قدم به جلو است.

به نظر می رسد قانون داوری تجاری بین المللی ایران، قانون نمونه آنسیترال را به عنوان مرجع اصلی در نظر داشته است و در عین حال آن را با شرایط داخلی ایران نیز تطبیق داده است. به هر حال موقیت این قانون در عمل باید در طول زمان معلوم شود. قانون داوری تجاری بین المللی ایران دو ویژگی برجسته دارد: یکی اعمال و استفاده از خواص و موازین غالب در تئوری و عملکرد داوری بین المللی، و دوم اصلاح و ترمیم نواقصی که در مقررات فعلی ایران در مورد داوری وجود دارد، که از حیث ویژگی دوم موقیت هایی را به دست آورده است که نمونه های آن به شرح زیر است:

- تمرکز و توجه خاص بر داوری تجاری بین المللی;
- شناسایی وسیع اعتبار قراردادهای داوری از نقطه نظر شکل آن;
- توجه مناسب به آزادی عمل طرفین و داوران از جهت تعیین نحوه رسیدگی و آین داوری;

- شناسایی و تأیید صریح داوری تحت ناظارت سازمان های داوری (داوری سازمانی):

- قابلیت اجرای موافقنامه داوری به صورت روشن تر؛
- تأکید زیاد در خصوص بی طرفی همه داوران صرفنظر از شیوه انتخاب آنها؛
- تأیید اختیار دیوان داوری جهت تعیین صلاحیت خود، و نیز تعیین اعتبار موافقنامه داوری؛

- توسعه اختیار دیوان داوری جهت تعیین قانون حاکم در ماهیت دعوا؛

- تأکید بیشتر بر قطعیت، شناسایی و اجرای رأی، هر چند این موارد قبلاً به موجب مقررات داوری موجود شناسایی شده بود؛

به هر حال، بعضی از تحولات و اصلاحات فوق الذکر در قانون جدید، پرسش هایی را در مورد جزئیات، شکل و ماهیت آنها مطرح می کند که توضیح مختصری در مورد مقررات اصلی این قانون در این مقاله ارائه می شود.

در خصوص اهمیت این قانون باید گفت با تصویب قانون مذکور حرکت جدید و

توجه تازه‌ای را در مورد اسلوب داوری در اختلافات تجاری بین المللی و حتی تا اندازه‌ای در خصوص داوری داخلی - هرچند موضوع این قانون نیست - برانگیخته است. منتها این حرکت جدید از طریق توسعه نهادهای داوری پایدار، همچنین با تشویق و حمایت جدی دانشگاهیان و وکلای دادگستری است که می‌تواند حفظ شود و ادامه یابد.



## شرح قانون داوری تجاری بین المللی

### الف. قلمرو اعمال قانون

#### ۱. داوری در اختلافات تجاری بین المللی

قانون جدید راجع است به داوری در «اختلافات ناشی از روابط تجاری بین المللی». البته قانون تعریفی از روابط تجاری بین المللی ارائه نمی‌دهد و به جای آن فقط فهرستی غیر حصری از انواع فعالیتهای تجاری ارائه می‌کند.<sup>۱</sup> این تعریف تا حدی مغایر با بند ۱ ماده ۱ قانون نمونه آنسیترال می‌باشد که حدود اعمال آن را با اشاره به خصوصیت بین المللی داوری، و نه نوع رابطه (تجاری) تعیین کرده است.

علاوه بر این در خصوص معیار بین المللی بودن «رابطه تجاری»، مطلبی در قانون بیان نشده است. در عوض ظاهراً به منظور تعریف محدوده اعمال قانون، بر معیار اصلی

#### ۹. بند ۱ ماده ۲

۱۰. بند ۱ ماده ۲. این فعالیتها شامل خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و تقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره‌ای، سرمایه‌گذاری، همکاریهای فنی، نمایندگی، حق العمل کاری، پیمان کاری و فعالیتهای مشابه می‌گردد.

مفهوم «داوری بین المللی»<sup>۱</sup> یعنی «بین المللی بودن» تکیه نموده است. اگرچه این مسأله می‌تواند ناشی از اشکال در نحوه تنظیم قانون باشد، اما به آسانی استنباط می‌شود که هدف اصلی در تعریف «داوری بین المللی» و تأکید بر بین المللی بودن «رابطه تجاری» از حیث دامنه شمول قانون می‌باشد.

قانون جدید بر تابعیت غیرایرانی یکی از طرفین داوری به عنوان تنها معیار بین المللی بودن داوری، تکیه کرده است. این مسأله با فرمول پیچیده تعریف داوری بین المللی در بند ۳ ماده ۱ قانون نمونه آنسیترال مغایرت کامل دارد.<sup>۲</sup> بند «ب» ماده ۱ قانون جدید پیش‌بینی می‌کند که داوری بین المللی است، اگر یکی از طرفین در زمان انقاد موافقنامه داوری مطابق قوانین ایران تبعه ایران نباشد.

اشاره به عبارت «مطابق قوانین ایران» به این معنا است که مفهوم تابعیت غیرایرانی شامل دارندگان تابعیت مضاعف ایرانی- غیرایرانی، نخواهد شد، زیرا مطابق ماده ۹۸۹ قانون مدنی چنین شخصی همچنان تبعه ایران محسوب می‌شود.

به هر حال، تکیه قانون بر معیار تابعیت غیرایرانی یکی از طرفین، به این معنا است که محل جغرافیایی طرفین در مفهوم محل تجارت آنها، بی‌اهمیت می‌باشد. بنابراین، روابط و تعهدات تجاری که بین یک تبعه ایران و شرکتهای غیرایرانی، از جمله شبكات فرعی یا نمایندگان فعال شرکتهای خارجی در ایران، منعقد شده یا اجرا می‌شود، همچنان در محدوده اعمال این قانون قرار می‌گیرد.<sup>۳</sup> از طرف دیگر روابط و تعهدات تجاری صورت گرفته در ایران یا خارج از ایران میان دو شرکتی که تبعه ایران می‌باشند، علی‌رغم

#### . ۱. بند ب ماده ۱

۱. بند ۳ ماده ۱ قانون نمونه آنسیترال معیارهایی برای احراز بین المللی بودن داوری بیان می‌کند که هیچ یک از آنها نقاوت تابعیت یکی از طرفین داوری از تابعیت کشور محل داوری نمی‌باشد. به موجب قانون نمونه، اختلاف محل تجارت طرفین، تعیین مقر داوری خارج از محل تجارت طرفین، اجرای قسمت عمده‌ای از تعهدات خارج از محل تجارت طرفین، یا موافقت طرفین درخصوص این که موضوع داوری مرتبط با پیش از یک کشور است، معیارهایی هستند که احراز هریک از آنها نشان دهنده ویژگی بین المللی داوری می‌باشد.

۲. نمایندگان یا شبكات شرکتهای خارجی باستثنی در ایران ثبت شده باشند. به هر حال علی‌رغم ثبت، این نمایندگی‌ها یا اشخاص همچنان تابعیت شرکت اصلی را دارند. مگر این که آنها به عنوان یک شرکت ایرانی تشکیل و ثبت شده باشند (ماده ۳ قانون ثبت شرکتها).

امکان وجود منافع اساسی خارجی در این شرکتهای ایرانی مشمول این قانون نخواهد بود.

## ۲. محدوده جغرافیایی اعمال قانون: مقر دیوان داوری

برخلاف قانون نمونه آنسیترال<sup>۱۴</sup> قانون جدید محدوده قلمرو جغرافیایی خود را به این معنا که نسبت به داوریهایی که مقر آن در ایران می باشد، اعمال خواهد شد مشخص نکرده است. ظاهراً این اصل به عنوان یک پیش فرض پذیرفته شده که اساس اعمال این قانون عبارت است از وجود مقر دیوان داوری مربوط در سرزمین کشور وضع کننده قانون. به هر حال با توجه به این اصل که جدا از قوانین مربوط به احوال شخصیه، قوانین ایران علی القاعده فقط در سرزمین این کشور قابل اعمال است،<sup>۱۵</sup> مطمئناً می توان فرض نمود که این قانون منحصراً به داوریهای قابل اعمال است که مقر آن در ایران باشد. علاوه بر این، ماده ۶ این قانون با اشاره به محل دیوان داوری، حسب این که در مرکز کشور باشد یا در استانهای دیگر، دادگاه صالح را تعیین نموده است. به این ترتیب، روشن است که این قانون فقط نسبت به داوریهای بین المللی که محل و مقر آن ایران باشد، اعمال می گردد.

قانون جدید به داوری اختلافات ناشی از روابط غیربین المللی (داخلی) اعمال نمی شود و چنین داوریهایی مطابق قوانین فعلی ایران به نحوی که در باب هشتم قانون آیین دادرسی مدنی آمده است انجام می شود. بند ۱ ماده ۳۶ قانون جدید نیز صراحة دارد که مقررات داوری قانون آیین دادرسی مدنی به اعتبار خود باقی است. بنابراین، مقررات قانون مذکور فقط تا حدی که مرتبط با داوریهای بین المللی باشد تغییر کرده است. با توجه به وضع قانون جدید، مقررات داوری قانون آیین دادرسی مدنی در زمینه داوری داخلی معتبر و قابل اعمال باقی می ماند. به عبارت دیگر، به موجب قوانین ایران، امروزه تمایزی میان داوری های بین المللی از یک سو و داوریهای داخلی از سوی دیگر، ایجاد شده است. اساس و جوهر چنین تمایزی - اگرنه جزئیات آن - با نگرش بین المللی غالب در خصوص ضرورت برخورد جداگانه با داوری تجاری بین المللی همسو و هماهنگ است.

۱۴. بند ۲ ماده ۱ قانون نمونه.

۱۵. مواد ۲-۵ قانون مدنی.

همچنین داوریهای پیش بینی شده به موجب معاهدات یا سایر توافق‌های بین‌المللی میان ایران و دیگر کشورها، از شمول قانون جدید استثنای شده است.<sup>۱۷</sup>

## ب. قابلیت ارجاع اختلافات به داوری

به طور کلی در خصوص این مسأله اتفاق نظر است که در نظام‌های حقوق داخلی، محدودیتهای خاصی در مورد قابلیت ارجاع اختلافات به داوری وجود دارد.<sup>۱۸</sup> این محدودیتها یا ناظر به ماهیت اختلاف است و بنابراین ارجاع اختلاف خاصی را به داوری منع می‌کند، یا به اهلیت نهادهای خاصی برای اینکه طرف رسیدگی‌های داوری واقع شوند، مربوط می‌گردد.<sup>۱۹</sup>

### ۱. قابلیت ارجاع به داوری، به اعتبار

#### (rationae materiae)

به موجب قانون جدید، اختلافات در روابط تجاری بین‌المللی قابل ارجاع به داوری است،<sup>۲۰</sup> با استفاده از کلمه «در» به نظر می‌رسد که این قانون همه اختلافات ناشی از روابط تجاری را به طور گسترده شامل می‌گردد. همچنین به نظر می‌رسد که فهرست فعالیتهای تجاری بر شمرده در این قانون کاملاً گسترده و در عین حال غیرحصری می‌باشد. این امر با تفسیر موسوع واژه «تجاری» در بند ۱ ماده ۱ قانون نمونه آنسیترال، کاملاً نزدیک است. همانند ماده ۷ قانون نمونه آنسیترال، قانون جدید نیز تصریح دارد که اختلاف ناشی

.۱۶. بند ۳ ماده ۳۶.

17. See generally, Mauro Rubino - Sammartano, International Arbitration Law, Kluwer Law & Taxation Publishers, Boston, 1989, pp. 101-108.

18. As Note 17, above, p. 106.

.۱۹. بند ۱ ماده ۲.

از «روابط تجاری» - اعم از قراردادی یا غیرقراردادی - می‌تواند به داوری ارجاع شود.<sup>۱۰</sup> به هر حال اختلافات ناشی از روابط غیر تجاری مشمول این قانون نیست. البته این قانون واژه «تجاری» را تعریف نکرده و بنابراین برای تعیین ماهیت تجاری یک رابطه باید به سایر قوانین ایران مراجعه کرد. به موجب مواد ۲ تا ۵ قانون تجارت ایران، معاملات تجاری سلسله گسترده‌ای از فعالیتها را همانند آنچه که در بند ۱ ماده ۲ قانون جدید فهرست شده، شامل می‌گردد. علاوه بر این، کلیه معاملات شرکتهای تجاری همین طور معاملات شخص حقیقی تاجر، أعمال تجاری محسوب می‌شود. بدین ترتیب معاملات مربوط به اموال غیرمنقول (حتی توسط مؤسسات تجاری)، عمل تجاری نیست.<sup>۱۱</sup>

فهرست روابط تجاری مذکور در این قانون به طور قطعی، مجموعه اختلافات قابل ارجاع به داوری را به نحو ایجابی نشان می‌دهد. اما در مورد موضوعاتی که (به شیوه سلبی) قابل ارجاع به داوری نیستند، بند ۲ ماده ۳۶ مقرر می‌دارد که: «این قانون نسبت به سایر قوانین جمهوری اسلامی ایران که به موجب آنها اختلافات خاصی را نمی‌توان به داوری ارجاع کرد، تأثیری نخواهد داشت». در نتیجه درباره موضوعاتی که به موجب قوانین ایران قابل داوری نیست، بایستی به قوانین مربوطه یعنی مقررات قانون آیین دادرسی مدنی، مراجعه نمود. در این خصوص ماده ۶۷۵ قانون آیین دادرسی مدنی قابل ذکر است که مقرر می‌دارد:

«دعای مذکوره زیر قابل ارجاع به داوری نیست

۱. دعوا ورشکستگی؛

۲. دعوا راجع به اصل نکاح و طلاق و فسخ نکاح و نسب».

روشن است که همانند همه سیستم‌های حقوقی، فقط اختلافات با ماهیت مدنی (خصوصی) به موجب قوانین ایران می‌تواند به داوری ارجاع شود. حتی در داوری اختلافات مدنی، در مواردی که موضوع اختلاف با جنحه یا جنایت مرتبط می‌باشد که بر حکم داوری تأثیر دارد، چنانچه تفکیک جنبه حقوقی قضیه از جنبه کیفری آن غیرممکن باشد، رسیدگی داوری تا صدور حکم نهایی توسط دادگاه رسیدگی کننده به امر کیفری،

۲۰. بند ج ماده ۱.

۲۱. ماده ۴ قانون تجارت.

به تأخیر خواهد افتاد.<sup>۲۲</sup> در هر صورت دیوان داوری می‌تواند به ادعای تزویر در سند یا جعل از حیث اثری که چنین ادعایی بررسیدگی به اختلاف تحت داوری دارد، رسیدگی کند، مشروط بر این که مختلف قابل شناسایی نباشد یا به دلایل قانونی تعقیب او ممکن نباشد.<sup>۲۳</sup>

## ۲. قابلیت ارجاع اختلافات به داوری، به اعتبار

### طرف اختلاف (*rationae personae*)

بند ۲ ماده ۲ قانون جدید مقرر می‌دارد: «همه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند اختلافات خود را به داوری ارجاع دهند». دو نکته در این خصوص قابل ذکر می‌باشد. اولاً، اهلیت حقوقی اتباع غیرایرانی از جمله شرکتها مطابق با قوانین داخلی مربوطه آنها تعیین می‌شود.<sup>۲۴</sup> ثانیاً، با توجه به قید صریح مذکور در بند ۲ ماده ۳۶ این قانون، محدودیت نهادهای دولتی ایرانی جهت ارجاع اختلافات خود به داوری، مطابق اصل ۱۳۹ قانون اساسی، همچنان به اعتبار خود باقی است. اصل ۱۳۹ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «أرجاع اختلافات مربوط به اموال عمومی به داوری مستلزم تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس می‌باشد، و در مواردی که طرف اختلاف غیرایرانی می‌باشد و نیز در مورد دعاوی داخلی مهم، ارجاع به داوری باید به تصویب مجلس برسد».

لازم به ذکر است که رویه داوری بین المللی تمایل چندانی برای پذیرش ایراد عدم

۲۲. ماده ۶۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی. علاوه بر این، در صورتی که حل اختلاف بستگی به رسیدگی مسائل مذکور در بند ۲ ماده ۶۷۵ دارد، یعنی مسأله اعتبار نکاح یا طلاق، فسخ نکاح و نسب، تازمانی که دادگاه ذی صلاح در مورد این مسائل حکم نهایی صادر نکرده، داوری متوقف خواهد شد. (ماده ۶۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی).

۲۳. ماده ۶۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی.

۲۴. ماده ۷ قانون مدنی. لازم به ذکر است که به موجب قوانین ایران تابعیت اشخاص حقوقی تابع کشوری است که اقامتگاه آنها در آن کشور قرار دارد (ماده ۵۹۰ قانون تجارت). بیشتر نویسنده‌گان ایرانی میان ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی که مقرر می‌دارد اقامتگاه اشخاص حقوقی مرکز فعالیتهای آنها می‌باشد و ماده ۵۹۰ قانون تجارت، هیچ تعارضی نمی‌یابند و نتیجه‌گیری می‌کنند که دفتر اصلی (اقامتگاه) شخص حقوقی به عنوان مرکز فعالیت او در نظر گرفته می‌شود. به هر حال مطابق با ماده ۱۰۰۳ قانون مدنی «هیچ کس نمی‌تواند بیش از یک اقامتگاه داشته باشد».

صلاحیت از طرف یک شرکت تجاری یا مؤسسه دولتی که با اشاره به قانون کشور محل تشکیل شرکت یا اقامتگاه خود طرح می‌کنند، نشان نداده است. این عدم تمایل براساس اصل حسن نیت توجیه شده است<sup>۲۰</sup> به این معنا که این قبیل ایرادات خلاف اصل حسن نیت در ارجاع اولیه موضوع به داوری می‌باشد.

## ج. شروع جریان داوری و تعیین دادگاه یا مقام صالح برای اعمال بعضی وظایف مرتبط با داوری جهت مساعدت و ناظارت

### ۱. شروع داوری

هماهنگ با ماده ۲۱ قانون نمونه آنسیترال، ماده ۴ قانون داوری تجاری بین المللی ایران مقرر می‌دارد جریان داوری از تاریخی شروع می‌شود که درخواست داوری به خوانده ابلاغ شده باشد. علاوه بر این و شبیه آنچه در بند ۱ ماده ۳ مقررات داوری ۱۹۸۸ اتفاق بازرسانی بین المللی (ICC) آمده، طبق این قانون درخواست داوری از جمله باید شامل موارد زیر باشد:

– درخواست ارجاع اختلاف به داوری؛

– نام و نشانی طرفین؛

– بیان ادعای خواهان و خواسته مورد تقاضا؛

– شرط داوری یا موافقنامه داوری.

ماده ۴ قانون جدید در مورد تاریخ شروع داوری، قاعده شناخته شده‌ای را بیان می‌کند که می‌تواند از حیث روشن کردن مسائل متفاوتی که بستگی به تاریخ شروع داوری دارد، مفید باشد، مانند قطع مرور زمان و احراز این که آیا ارجاع به داوری به موقع و به طور

۲۵. رک. منبع مذکور در پاورپوینت شماره ۱۷ صفحات ۱۵۴ - ۱۵۳، همچنین حکم داوری شماره ۴۳۸۱ اتفاق بازرسانی بین المللی که مشتمل بر ادعای فقدان صلاحیت براساس اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است، ولی رد شد (همان منبع).

صحیح صورت گرفته است یا نه. خصوصاً شرایط مربوط به حداقل نکاتی که باید در درخواست داوری درج شود، از این جهت مهم می باشد که آیا درخواست مطروحه از جهت حقوقی می تواند «درخواست داوری» در مفهوم این قانون محسوب شود. بنابراین فقط در صورتی که شرایط فوق الذکر در «درخواست داوری» رعایت شده باشد، آثار مقرر بر تقاضای داوری بر آن بار خواهد شد. در غیر این صورت، تقاضای داوری که شرایط فوق الذکر را تأمین نکرده باشد، واجد وصف «درخواست داوری» نیست.

## ۲. محدودیت مداخله دادگاه

در ماده ۵ قانون داوری نمونه آنسیترال تصریح شده که در موضوعات تحت حاکمیت این قانون، به جز تا حدی که به وسیله خود قانون نمونه مجاز باشد، هیچ دادگاهی نباید دخالت نماید. اما قانون جدید هیچ حکمی در این خصوص ندارد. مفاد ماده ۵ قانون نمونه در واقع منعکس کننده توجه و علاقه فraigیر است که نه تنها مداخله دادگاهها در جریان داوری باید به حداقل برسد، بلکه هرگاه مداخله بیشتری برای دادگاه مورد نظر باشد، باید موارد و مصادیق آن به طور خاص و صریح در قانون مربوط ذکر شود. درست است که هم نص قانون جدید و هم روح آن، هردو به طور یکسان به دخالت هرچه کمتر دادگاه در جریان داوری منتهی می شود، اما اگر از عبارتی شبیه ماده ۵ قانون نمونه در قانون جدید استفاده می شد، این هدف بهتر حاصل می گردید.

## ۳. مقام نظارت

همانگ با قانون نمونه آنسیترال<sup>۱۰</sup> ماده ۶ قانون جدید مقرر می دارد که هرگونه مساعدت و نظارت بر داوری توسط دادگاه عمومی مرکز استانی که مقر داوری در آنجا واقع است، اعمال خواهد شد<sup>۱۱</sup> و مدامی که مقر داوری تعیین نشده، انجام آنها بر عهده دادگاه

## ۴. ماده ۶

۲۷. این وظایف عبارتند از: صدور دستور موقت (ماده ۹)؛ مداخله دادگاه برای انتخاب داوران (بند ۴ و ۳ ماده ۱۱) و جریح داوران (بند ۳ ماده ۱۳)؛ احراز خاتمه اختیارات داور (بند ۱ ماده ۱۴)؛ رسیدگی به تقاضای تجدید نظر در تصمیم داور در مورد صلاحیت یا در مورد اعتبار موافقتنامه داوری (بند ۳ ماده ۱۶)؛ رسیدگی به تقاضای شناسایی و اجرای حکم داوری (ماده ۳۵).

عمومی تهران است.<sup>۲۸</sup> در داوریهای سازمانی، وظیفه انتخاب که شامل وظیفه انتخاب داور جانشین نیز می باشد، تصمیم در مورد جرح داوران و خاتمه اختیارات داور بر عهده سازمان داوری مربوطه می باشد.<sup>۲۹</sup>

پیش بینی امکان انتخاب داوران، تصمیم در مورد جرح داوران و خاتمه اختیارات داور توسط یک سازمان داوری در قانون جدید، تا جایی که به قانون ایران مربوط می شود، بسیار مهم است. وجود این مقررات در قانون جدید در واقع انعکاس نگرش غالب در اولویت دادن به توافق طرفین و نیز اداره و تشکیل دیوان داوری مطابق تمایل طرفین می باشد.

اهمیت مقررات فوق الذکر همچنین در این واقعیت نهفته است که در قانون آیین دادرسی مدنی مقرراتی وجود ندارد که به سازمان های داوری اجازه انتخاب، جرح یا عزل داور را بدهد. در عمل نیز هیچ سازمان داوری مهمی در کشور وجود ندارد. به موجب قوانین موجود، فقط دادگاه بود که می توانست این وظایف را انجام دهد؛<sup>۳۰</sup> اما با تصویب قانون جدید داوری تجاری بین المللی برای اولین بار در قوانین ایران امکان فعالیت نهادهای داوری سازمانی فراهم شده است.<sup>۳۱</sup>

یک جنبه از اولویت که قانون جدید برای توافق طرفین قائل شده، تعیین محدوده ای است که دادگاه از مداخله در آنها منع شده و به موجب این قانون به طور انحصاری به سازمان داوری مربوط (که طرفین با توافق خود برگزیده اند) اختصاص یافته است. به دلیل جدید بودن داوری سازمانی در حقوق ایران هیچ رویه مهمی برای نشان دادن نحوه برخورد دادگاهها در این قبیل موضوعات وجود ندارد. به هر حال با توجه به مقررات صریح ماده ۶ قانون، برای مانور دادگاه و رقابت قضایی با داوری جای کمی باقی مانده است. با این همه، باید منتظر بود تا قلمرو دخالت دادگاهها در داوری ها و

. ۲۸. ماده ۱۵

. ۲۹. بند ۲ ماده ۶

. ۳۰. مواد ۶۳۸، ۶۳۶ و ۶۵۰ قانون آیین دادرسی مدنی.

. ۳۱. اساسنامه انجمن ایرانی داوری که یک مؤسسه خصوصی جدید التأسیس می باشد و مرکب از تعدادی از حقوقدانان و کلای شناخته شده ایرانی است اداره داوری سازمانی را پیش بینی کرده است.

موارد آن در عمل معلوم شود.

مسئله دیگر، قطعیت تصمیماتی است که به موجب این قانون به سازمان داوری ذی ربط محول شده است. طبق جمله آخر بند ۱ ماده ۶ این قانون تصمیمات دادگاه تعیین شده در این ماده، قطعی و غیرقابل اعتراض خواهد بود. سپس بند ۲ ماده ۶ در ادامه می‌گوید در مورد داوری سازمانی، اجرای وظایف موضوع بند ۲ ماده ۱۱ و بند ۳ ماده ۱۱ (انتصاب داوران)، بند ۳ ماده ۱۳ (تصمیم در مورد جرح داوران) و بند ۱ ماده ۱۴ (تصمیم در مورد خاتمه اختیارات داور) بر عهده سازمان داوری مربوطه می‌باشد.

توالی و ترتیب عبارات ماده ۶ می‌تواند این سؤال را مطرح کند که آیا قطعیت تصمیمات دادگاه، نسبت به تصمیمات سازمان داوری هم تسری می‌یابد؟ نظر بهتر این است که تصمیمات سازمان داوری در موضوعات واگذار شده به آن به موجب قانون، به چند دلیل زیر قطعی و مشمول تجدیدنظر قضایی نمی‌باشد.

اولاً، قرایینی در عبارات ماده ۶ در حمایت از این نظر وجود دارد. یعنی این که، بعد از بیان قطعیت همه تصمیمات دادگاهها در موضوعات مندرج در بند ۱ ماده ۶ بند ۲، این ماده امکان احواله بعضی از این وظایف به یک سازمان داوری با موافقت طرفین را اجازه داده است. بنابراین قطعیت تصمیمات دادگاه همچنین به تصمیمات سازمان داوری تسری می‌یابد.

ثانیاً، کارایی و مصلحت داوری بین المللی اقتضا می‌کند چنین تصمیماتی قطعی و غیرقابل اعتراض باشد، همان طور که حقیقتاً در دیوان داوری ICC صادق می‌باشد.<sup>۳۲</sup> به عبارت دیگر، محول کردن وظایف خاصی به سازمان داوری و در عین حال آنها را قابل تجدیدنظر در دادگاه دانستن، با سرعت و کارایی داوری و با هدف داوری سازمانی مغایر است.

. ۳۲. بند ۱۳ ماده ۲<sup>۱</sup> قواعد داوری ۱۹۸۸ اتفاق بازرگانی بین المللی.

## د. موافقتنامه داوری

### ۱. شرایط شکلی

برخلاف قانون نمونه آنسیترال، قانون جدید به عنوان یک قاعده کلی تصریحی ندارد که موافقتنامه داوری بایستی کتبی باشد. مع ذلك مقررات راجع به شکل موافقتنامه داوری به نحوی تنظیم شده که استناد به موافقتنامه شفاهی را غیرممکن می سازد. به استثناء وضعیتی که ذیلاً توضیح داده می شود. به شیوه ای مشابه بند ۲ ماده ۷ قانون نمونه آنسیترال، قانون جدید توافق کتبی را ضروری می داند که می تواند به صورت سند امضا شده به وسیله طرفین یا به صورت تبادل نامه ها، تلکس، تلگرام یا شیوه های مشابه دیگر حاکی از وجود یک موافقتنامه باشد.<sup>۳۳</sup>

همین طور هماهنگ با بند ۲ ماده ۷ قانون نمونه آنسیترال، قانون جدید مقرر می دارد ادعای وجود موافقتنامه داوری «طی مبادله درخواست یا دفاعیه»، در صورتی که طرف دیگر نیز عملآآن را قبول نماید، وجود موافقتنامه داوری را ثابت می کند.<sup>۳۴</sup> استناد به سندي که متضمن شرط داوری باشد نیز به منزله موافقتنامه مستقل داوری خواهد بود.<sup>۳۵</sup>

تحول خاصی که در قانون ایران حاصل شده عبارت است از اشاره صریح در بند ج ماده ۱ آن به امکان ارجاع اختلافات موجود و آتی به داوری از طریق یک موافقتنامه خاص یا شرط داوری. گرچه امکان ارجاع اختلافات آتی به داوری در قانون آینین دادرسی مدنی نیز وجود داشت،<sup>۳۶</sup> اما با توجه به این که در حقوق ایران، موضوع قرارداد باید معلوم و معین

. ماده ۷.

. همان ماده.

. همان ماده.

. ماده ۶۲۳ قانون آینین دادرسی مدنی مقرر می دارد که: «متعاملین می توانند در ضمن معامله یا به موجب قرارداد علیحده ملتزم شوند که در صورت بروز اختلاف بین آنها، حل اختلاف آنها از طریق داوری صورت گیرد. آنها می توانند داور یا داوران خود را قبل از بروز اختلاف انتخاب نمایند. مع ذلك در خصوص معاملات واقع بین اتباع ایران و اتباع خارجه، طرف ایرانی نمی تواند مدام که اختلاف ایجاد نشده به نحوی از انحصار ملتزم شود که در صورت بروز اختلاف حل آن را به داوری یک یا چند نفر یا به داوری هیأتی رجوع نمایند که آن شخص یا اشخاص و یا آن هیأت دارای همان تابعیتی باشند که طرف مقابل دارد. هر قراردادی که مخالف با این حکم باشد در قسمتی که مغایرت دارد باطل و بلااثر است».

باشد، بحث راجع به امکان ارجاع اختلافات آتی به داوری تا قبل از قانون جدید مفتوح بود.<sup>۳۷</sup> بنابراین، تصریح قانون جدید به امکان ارجاع اختلافات آتی به داوری که از نظر داوری بین المللی معاصر یک امر اساسی است، برای تأکید در خصوص این امکان و رفع هرگونه تردید، اهمیت دارد.<sup>۳۸</sup>

مسئله مهم تر در قانون جدید، شناسایی صریح اصل استقلال یا تفکیک شرط داوری از قرارداد اصلی می باشد. همانند بند ۱ ماده ۱۶ قانون نمونه آنسیترال، قانون جدید نیز پذیرفته که شرط داوری که قسمتی از قرارداد اصلی را تشکیل می دهد موافقتنامه مستقل تلقی خواهد شد، و تصمیم دیوان داوری مبنی بر بطلان قرارداد اصلی، به خودی خود موجب بی اعتباری شرط داوری نخواهد شد.<sup>۳۹</sup>

به طور کلی در حقوق ایران شرط ابتدایی مندرج در قرارداد معمولاً فاقد موجودیت مستقل می باشد.<sup>۴۰</sup> اگرچه در موقعیت های خاص علی رغم بی اعتباری خود قرارداد، مفاد شرط می تواند معتبر باشد، اما این، استثنای است و محتاج ذکر صریح آن در قانون

۳۷. ماده ۲۱۶ قانون مدنی مقرر می دارد که: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصی که علم اجمالی به آن کافی است». مطابق با این نظر، همانند بیشتر سیستم های حقوقی، این عقیده وجود دارد که مبهم بودن موضوع معامله یک عیب خواهد بود و معامله را باطل می سازد. حقوق مدنی، دکتر حسن امامی، جلد اول، انتشارات اسلامیه، ص ۲۱۳ ، ماده ۱۹۰ قانون مدنی را نیز ملاحظه نمایید.

۳۸. لازم به ذکر است که ماده ۱۱ این قانون محدودیت موجود در قسمت آخر ماده ۶۳۳ قانون آینین دادرسی مدنی را حفظ کرده است. یعنی قبل از ایجاد اختلاف طرف ایرانی نمی تواند خود را ملزم سازد که اختلاف را به داوری یک یا چند شخص ارجاع بدهد، که این شخص یا اشخاص تابعیت طرف دیگر را داشته باشند. این مسئله بیشتر محدودیتش بر انتخاب انحصاری داور یا داوران غیر ایرانی توسط طرف ایرانی قبل از وقوع اختلاف می باشد، تا محدودیتی برای ارجاع اختلافات آتی.

۳۹. بند ۱ ماده ۱۶. استقلال شرط داوری به طور گسترده در تئوری و رویه داوری پذیرفته شده است. رک. Stephen M.Shwebel, International Arbitration: Three Salient problems, Cambridge, Grotius Publications Ltd. 1987, Chapter 1; Alan Redfern and Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, London, Sweet & Maxwell, 1989, pp. 133-134.

۴۰. همانطوری که ماده ۲۴۶ قانون مدنی مقرر می دارد: «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد شرطی که در ضمن آن شده است باطل می شود ...».

می باشد.<sup>۴۱</sup> به همین دلیل است که گنجاندن اصل استقلال شرط داوری در قانون جدید، از حیث جلوگیری از طرح هر مشکلی در این خصوص دارای اهمیت است.

## ۲. قانون حاکم بر موافقتنامه داوری

قانون جدید در مورد قانون حاکم بر موافقتنامه داوری اشاره صریحی ندارد، و همانند قانون نمونه آنسیترال فقط یک ماده جدأگانه به قانون حاکم در ماهیّت اختصاص یافته است.<sup>۴۲</sup> اما ماده ۳۳(۱) (ب) قانون جدید هماهنگ با ماده ۳۴ (الف) (۱) قانون نمونه آنسیترال، به صورت غیرمستقیم به قانون حاکم بر موافقتنامه داوری اشاره کرده، و مقرر می دارد در صورتی که «موافقتنامه داوری به موجب قانونی که طرفین حاکم بر موافقتنامه دانسته اند معتبر نباشد و در صورت سکوت قانون حاکم، مخالف صریح قانون ایران باشد»،<sup>۴۳</sup> رأی داوری توسط دادگاه مذکور در ماده ۶ قابل ابطال است.

با وجود این به نظر نمی رسد مغایرتی میان قانون نمونه و قانون جدید وجود داشته باشد، زیرا ماده ۳۴(۲) (الف) (۱) قانون نمونه تقریباً انعکاس کلمه به کلمه ماده ۵(۱) (الف) کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک می باشد که در واقع بیان یک قاعده حل تعارض در مورد قانون قابل اعمال بر موافقتنامه داوری است. به عبارت دیگر، در صورت سکوت طرفین در تعیین قانون قابل اعمال به قرارداد داوری، اعتبار قرارداد داوری به موجب قوانین کشوری که رأی در آنجا صادر شده ارزیابی می گردد.<sup>۴۴</sup> یعنی قانون، راه حل انتخاب دومی را ارائه می کند که در صورت عدم تعیین قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین به این راه حل مراجعه خواهد شد.

به هر حال بند (ب) ماده ۳۳(۱) قانون جدید به صورتی که تنظیم شده مبهم است

۴۱. به هر حال به طور استثنایی پذیرفته شده که به موجب حقوق ایران بک شرط قراردادی پیش بینی کننده جبران خسارتم در صورت بی اعتباری قرارداد، معتبر و قابل اجرا می باشد. ص ۴۷۳ کتاب حقوق مدنی دکتر امامی را ملاحظه نمایید.

۴۲. ماده ۲۷؛ ماده ۲۸ قانون نمونه.

۴۳. عبارت «صریح قانون» که با معنای یکسانی با ماده ۱۰ قانون مدنی استفاده شده، برای اشاره به مقررات آمره قوانین ایران مورد نظر می باشد.

44. See Albert Jan van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958, Kluwer Law & Taxation, London, 1981, pp. 293 - 294.

و این ابهام به دو تفسیر متفاوت منجر می‌شود. یک تفسیر این است که سکوت طرفین در تعیین قانون حاکم بر قرارداد داوری، عمل<sup>۴۵</sup> به اعمال قانون ایران (قانون مقر داوری) منتهی می‌شود. تفسیر دیگر ناظر به حالتی است که طرفین ساكت نبوده‌اند و قانون حاکم بر قرارداد را تعیین نموده‌اند، لیکن قانون منتخب ایشان درخصوص مسئله اعتبار قرارداد داوری ساكت است. روشن است که فرض دوم مشکل جدی به بار می‌آورد. در این حالت، قوانین ایران به عنوان قوانین محل داوری در شرایط نادر و غیرواقعی، خلاً موجود در قانونی که طرفین بر موافقنامه داوری حاکم دانسته‌اند پر می‌کند و قابل اعمال می‌باشد.

با توجه به این واقعیت که طرفین عموماً توجهی به انتخاب قانون حاکم بر قرارداد داوری ندارند<sup>۴۶</sup> و به ندرت قانون حاکم بر موافقنامه داوری را صراحتاً تعیین می‌کنند، قانون ایران به عنوان قانون مقر داوری هم به ندرت در ارزیابی اعتبار موافقنامه داوری موضوعیت می‌یابد. اثر این تفسیر حاشیه‌ای کردن قوانین محل داوری (در این مورد قوانین ایران) در ارزیابی اعتبار موافقنامه داوری است، در حالی که مکتب فکری غالب در رویه و تئوری داوری، به دلایل قانع کننده‌ای، عمدتاً از نقش بیشتر قانون محل داوری در این خصوص طرفداری می‌کند.<sup>۴۷</sup> علاوه بر این، طبق تفسیر دوم، تعیین این که آیا قانون منتخب طرفین در مورد اعتبار قرارداد داوری ساكت است یا نه - که در نوع خود وظیفه سنگینی است - حسب مورد به عهده دادگاه یا مرجع داوری ذی‌ربط خواهد بود و به همین لحاظ روی هم رفته این تفسیر منطقی نیست و بی معنا است.

اما تفسیر اول بسیار قانع کننده‌تر است و با قانون نمونه و نیز تئوری و رویه رابع داوری نیز هماهنگ می‌باشد. مطابق این تفسیر از ماده ۳۳ (۱) (ب) قانون جدید، هرگاه طرفین در مورد قانون حاکم بر قرارداد داوری ساكت باشند، خود بخود دومین انتخاب یعنی اعمال قوانین ایران مطرح می‌شود. به هرحال، مسلماً مقتن ایرانی قصد انحراف از اصل مقرر در قانون نمونه را نداشته و عبارت مبهم بند ب پاراگراف ۱ ماده ۳۳ قانون جدید - که شاید به دلیل ضعف در عبارت پردازی باشد - باید در پرتو روح حاکم بر اصول قانون نمونه تفسیر شود.

45. As Note 44, above, p. 292.

46. As Note 44, above, pp. 292 - 295; also Note 17, above, pp. 141-150.

### ۳. ماهیت الزام آور و اثر موافقنامه داوری

موافقنامه داوری به معنای تعهد الزام آور طرفین برای ارجاع اختلافات خود به داوری است که صلاحیت دادگاههای دولتی را مستثنی می‌کند. به عبارت دیگر، اثر اصلی موافقنامه داوری اصولاً محروم نمودن دادگاه از صلاحیت رسیدگی می‌باشد.<sup>۴۷</sup> اثر موافقنامه داوری در بند ۱ ماده ۸ قانون نمونه آنسیترال آمده است. مطابق ماده ۸، دادگاهی که در مقابل آن دعوای مربوط به موضوعی که مشمول قرارداد داوری است، مطرح می‌باشد موظف است طرفین را به داوری ارجاع دهد، مگر این که احراز نماید قرارداد داوری باطل و ملنی الاثر یا غیرقابل اجرا می‌باشد.<sup>۴۸</sup>

نکته جالب این که ماده ۸ قانون جدید تکرار صریح مفاد قانون نمونه آنسیترال می‌باشد. درست است که در مقررات قانون آینین دادرسی مدنی قرایین گوناگونی در خصوص ضرورت مساعدت دادگاه به داوری وجود دارد،<sup>۴۹</sup> همچنین روح کلی مقررات مذکور حاکی از آن است که دادگاهها باید موافقنامه داوری را الزام آور بدانند و حداقل بخشی از رویه قضایی نیز این نکته را تأیید می‌کند؛ با وجود این، تصریح ماده ۸ قانون از حیث ملزم کردن صریح دادگاهها به خودداری از اعمال صلاحیت و نیز تکلیف آنها به تضمین اجرای موافقنامه داوری، حائز نهایت اهمیت است.

### ه . دیوان داوری

مقررات این قانون در مورد ترکیب و تشکیل 'دیوان داوری'، جرج داوران، و آین جرج، شبیه مقررات قانون نمونه آنسیترال با اندک تغییراتی است که به نظر می‌رسد برای انطباق بیشتر موضوع با شرایط حقوق داخلی ایران ایجاد شده است.

۴۷. رک. مأخذ مذکور در پاورقی ۱۷، صص ۱۵۶-۱۶۰.

۴۸. با بند ۳ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ مقایسه کید.

۴۹. مواد ۶۳۸-۶۳۶ قانون آینین دادرسی مدنی.

## ۱. تشکیل دیوان داوری

الف. شرایط داوران: بند ۲ ماده ۱۱ قانون نمونه آنسیترال در خصوص نحوه انتخاب داوران اولویت را صریحاً به قرارداد طرفین داده است. قانون جدید نیز علی الاصول همین رویه را حفظ کرده است.<sup>۵۰</sup> در این قانون هیچ قید یا شرط اثباتی برای اشخاصی که به عنوان داور انتخاب یا تعیین می‌شوند، مشخص نشده است. اما تصریح کرده که اوصاف داور که در موافقنامه داوری آمده، باید توسط مقام ناصب نیز رعایت شود. این نکته، به نوبه خود حاکی از تأکید مجدد قانونگذار بر اولویت توافق طرفین است.<sup>۵۱</sup> به هر حال، مقام ناصب باید استقلال و بی طرفی لازم داوران را در نظر گیرد.<sup>۵۲</sup>

تحول جالب دیگر در مورد فقدان هرگونه قیدی در قانون جدید برای داوران، در این است که به اختلاف نظرهایی که اخیراً در مورد اوصاف داوران از دید حقوق اسلامی مطرح شده، پایان می‌دهد. بحث بر سر آن است که آیا از نظر حقوق اسلامی داوران باید همان شرایطی که برای قضات لازم است، مثل ایمان (اسلام) و تخصص لازم در فقه اسلامی (اجتہاد) را داشته باشد.

البته در حقوق اسلامی دلایل متقاعد کننده‌ای وجود دارد که لازم نیست داور همان مشخصات قاضی اسلامی را داشته باشد، خصوصاً اگر ویژگی قراردادی بودن داوری در نظر گرفته شود (در دکترین، نظریه غالب در مورد تعریف و تعیین ماهیت داوری همین است که آن را توافقی و قراردادی می‌داند). علاوه بر این، داوری بین‌المللی یک اسلوب چند فرهنگی است که در سیستم‌های حقوقی متفاوت و به زبانهای گوناگون انجام می‌شود، و تحمیل چنین محدودیتها بر داوری بین‌المللی، مغایر با هدف آن است.

خوب‌بختانه قانون جدید به وسیله مجلس تصویب و توسط شورای نگهبان که نهاد اصلی مسؤول برای نظارت بر انطباق قوانین موضوعه با اصول اسلامی و قانون اساسی می‌باشد، تأیید گردید.<sup>۵۳</sup> از نظر حقوق اسلامی، حداقل تاحدی که به نظام حقوقی ایران

۵۰. بند ۱ ماده ۱۱.

۵۱. بند ۴ ماده ۱۱.

۵۲. بند ۴ ماده ۱۱.

۵۳. اصول ۴ و ۹۲ - ۹۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

مربوط می باشد، این تصویب و تأیید محکم ترین دلیل است بر این که ضرورتی ندارد داوران همان شرایط قضات اسلامی را داشته باشند. به هر حال قدر متین قضیه این است که هم قضات و هم داوران مسلمًا باید مستقل و بی طرف باشند.

### ب. محدودیت در مورد انتخاب داوران: محدودیت خاصی که در مورد انتخاب

داوران در قانون جدید راه یافته، به شرح زیر می باشد:

«... طرف ایرانی نمی تواند مادامی که اختلاف ایجاد نشده است به نحوی از انحصار ملتزم شود که در صورت بروز اختلاف حل آن را به داوری یک یا چند نفر ارجاع نماید که آن شخص یا اشخاص دارای همان تابعیتی باشند که طرف یا اطراف دعوا دارند».<sup>۵۴</sup>

ریشه این محدودیت در ماده ۶۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی است که چنانکه هست، منعکس کننده تفکری است که در ورای آن نهفته است. با توجه به برخورد آزادی که آشکارا در مواد مختلف قانون جدید در خصوص داوری بین المللی به چشم می خورد، روشن نیست که چرا این محدودیت دوباره به این قانون راه یافته است.

بدیهی است این محدودیت بیشتر ناظر به حق طرف ایرانی است که بخواهد قبل از تولید اختلاف، داور واحد یا دیوان داوری را که همه اعضای آن منحصرآ مرکب از داورانی با تابعیت یکسان با طرف دیگر (خارجی) است، انتخاب کند و مسلمًا باید به معنای محدودیت ارجاع اختلافات آتبی به داوری تلقی شود.

قابل ذکر است که برخلاف ماده ۶۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی، قانون جدید نتایج عدم رعایت ماده فوق الذکر را معلوم نکرده است، اما روشن است که این ماده خصوصیت آمره دارد و بنابراین، ضمانت اجرای تخلف از آن همان است که در ماده ۶۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی آمده، یعنی بطلان آن قسمت از قرارداد داوری که مغایر با شرط مندرج در بند ۱۱ ماده ۱۱ قانون جدید است.

جالب این که، ماده مذکور هنگامی اهمیت خواهد یافت که قوانین ایران به عنوان قانون محل داوری، قانون حاکم بر قرارداد داوری شناخته شود. در غیر این صورت، دلیلی وجود ندارد که موافقنامه داوری که احیاناً برخلاف ماده مذکور تنظیم شده، بی اعتبار محسوب شود. حتی اگر استدلال شود که بی اعتباری قرارداد داوری منجر به ابطال رأی

.۵۴. بند ۱ ماده ۱۱.

داوری خواهد شد، دو نکته به ذهن متبادر می‌شود. اول این که مطابق ماده ۳۳(۱)(ب) مسئله بی‌اعتباری قرارداد داوری در وهلۀ اول باید در پرتو قانون منتخب طرفین ارزیابی شود. بنابراین اعمال قوانین ایران، به عنوان جانشین این انتخاب مطرح می‌شود. دوم، حتی در صورت قابلیت اعمال قوانین ایران، باید گفت اثر نادیده گرفتن مفاد ماده ۱۱(۱) قانون جدید، قیاساً با ضمانت اجرای مقرر در ماده ۶۳۳ قانون آین دادرسی مدنی فقط بطلان آن قسمت از قرارداد داوری است که برخلاف ماده مذکور تنظیم شده، و نه کل قرارداد داوری.

در نتیجه تخلف از محدودیت مندرج در ماده ۱۱(۱) اساساً یک عمل خلاف قاعده از حیث ترکیب و تشکیل دیوان داوری است، تا بی‌اعتباری قرارداد داوری. به علاوه در مورد بی‌اعتباری قرارداد داوری، لازم به یادآوری است که طبق ماده ۳۳(۱)(و) قانون جدید در خصوص موارد ابطال رأی داوری، اثر هرگونه تخلف یا ایراد در ترکیب هیئت داوری در وهلۀ نخست با مراجعته به موافقتنامه داوری است که تعیین می‌شود و فقط در صورتی که موافقتنامه در این خصوص ساکت باشد، با مراجعته به قانون داوری تجاری بین‌المللی ارزیابی و معلوم می‌گردد.

به عبارت دیگر، به نظر می‌رسد که میان بند ۱ ماده ۱۱ این قانون که مشتمل بر محدودیت خاصی برای قرارداد داوری از حیث انتخاب داوران می‌باشد از یک طرف، و بند «و» پارagraf ۱ ماده ۳۳ که به موجب آن برای بررسی آثار هرگونه ایراد و اشکال احتمالی در ترکیب دیوان داوری باید ابتدا به قرارداد طرفین در این خصوص مراجعت شود، از طرف دیگر تعارضی وجود دارد. به این ترتیب، مفاد قانون جدید در مورد ترکیب دیوان داوری هنگامی قابل اعمال می‌شود که قرارداد داوری طرفین در این مورد ساکت باشد. بنابراین حداقل از نقطه نظر بند «و» پارagraf ۱ ماده ۳۳، مفاد توافق طرفین بر مقررات این قانون، به عنوان مبنای بررسی و تعیین آثار تأثیر هرگونه اشکال و بی‌قاعدگی در ترکیب دیوان داوری، و به منظور بطلان حکم اولویت و رجحان دارد.

ممکن است استدلال شود که اگر احراز گردد که قانون ایران حاکم بر موافقتنامه داوری نیست محدودیت مندرج در بند ۱ ماده ۱۱ هیچ اهمیتی ندارد. اما در مواردی که قانون ایران به عنوان قانون حاکم بر موافقتنامه داوری تعیین می‌شود، تعارض با بند

«و» پاراگراف ۱ ماده ۳۳، همچنان حل نشده باقی می‌ماند. زیرا اگر موافقنامه طرفین ساخت باشد، به موجب این ماده، با مراجعته به قانون ایران است که می‌توان در آخرين مرحله تعیین کرد که آیا بی قاعده‌گی و اشکالی در ترکیب دیوان داوری وجود داشته است یا نه. به عبارت دیگر بند «و» پاراگراف ۱ ماده ۳۳ متنضم تعارض میان موافقنامه داوری و قانون نیست، بلکه فقط سلسله مراتب میان آنها را از حیث تقدم و تأخیر در اجرا، بیان می‌کند.

بنابراین، عدم رعایت محدودیت مندرج در بند ۱ ماده ۱۱ می‌تواند دلیلی بر بی اعتباری قسمت مربوطه از قرارداد داوری باشد، که موجب عدم اجرای همان قسمت از حیث تشکیل دیوان داوری، و توسط دادگاه می‌شود، مع ذلک ظاهراً دلیل بطلان رأی صادره توسط دیوان داوری که برخلاف محدودیت بند ۱ ماده ۱۱ تشکیل شده، نخواهد بود.

زمینه دوم اختلاف میان این قانون و قانون نمونه آنسیترال به شرح زیر می‌باشد:  
بند ۱ ماده ۱۱ قانون نمونه آنسیترال می‌گوید: «هیچ شخصی به دلیل تابعیت خود از تصدی به عنوان داور ممنوع نخواهد شد، مگر طرفین طور دیگری توافق کرده باشند». علاوه بر این، بند ۵ ماده ۱۱ قانون نمونه در مورد انتخاب داور واحد یا ثالث توسط مقام ناصب، انتخاب داور با تابعیتی غیر از تابعیت طرفین را اصلاح و اولی دانسته است.

به موجب قانون جدید نیز داور واحد یا ثالث که مقام ناصب منصوب می‌کند، باید تابعیتی غیر از تابعیت طرفین داشته باشد. هم‌چنین تصریح شده که در صورت انتخاب داور برای طرف ممتنع توسط مقام ناصب، اعم از این که ناصب دادگاه یا سازمان داوری باشد، باید اطمینان حاصل شود که وی تابعیت طرف دیگر را نداشته باشد.<sup>۵۵</sup> قانون جدید هم چنین، مفاد دیگری از مقررات قانون آیین دادرسی مدنی در مورد داوری را اقتباس کرده است که به شرح زیر می‌باشد:

«هرگاه در موافقنامه داوری طرفین ملتم شده باشند که در صورت بروز اختلاف شخص یا اشخاص معینی داوری نمایند و آن شخص یا اشخاص نخواهد بود مگر نتوانند به عنوان داور رسیدگی کنند، موافقنامه داوری ملغی الاثر خواهد بود مگر

.۱۱ ماده ۴ بند .۵۵

آن که طرفین به داوری شخص یا اشخاص دیگری تراضی کنند یا به نحو دیگر توافق کرده باشند».<sup>۱۱</sup>

این ماده، از ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی بدون هیچ توجیه روشی اقتباس شده است. در واقع این مسأله به اعتبار یا اجرای موافقتنامه داوری برمی گردد که باید بواسیله دادگاه یا خود دیوان داوری احراز شود و مستقیماً یک مسأله ترکیب یا تشکیل دیوان داوری نیست. در هر حال مطابق ماده (۱۱) ۵ مذکور یکی از مواردی را که مشخصاً موافقتنامه داوری قابل اجرا نیست، در قانون جدید تصریح شده و بدینسان اعمال شیوه دیگری برای انتخاب داور را منع می کند.

## ۲. جرح داوران

**الف. دلایل جرح:** همانند ماده ۱۲ قانون نمونه آنسیترال در مورد دلایل جرح داور، به موجب قانون جدید فقدان بی طرفی، استقلال و فقدان مشخصات و اوصافی که داوران طبق قرارداد داوری باید داشته باشند، از موارد جرح می باشد.<sup>۱۲</sup> در مقررات داوری قانون آیین دادرسی مدنی قاعده کلی استقلال و بی طرفی داور وجود نداشت، اما در مواردی که انتخاب داور توسط دادگاه صورت می گیرد، محدودیتهاي را در مورد انتخاب داوران بیان کرده است. این محدودیتها نزدیک به همان شرط استقلال و بی طرفی قضات است و هدف آن جلوگیری از انتخاب اشخاصی است که فاقد وصف استقلال و بی طرفی

.۱۱. بند ۵ ماده ۱۲

.۱۲. دلایل جرح مذکور در ماده ۱۲ عبارتند از:

۱. داور در صورتی قابل جرح است که اوضاع و احوال موجود باعث تردیدهایی در خصوص بی طرفی و استقلال او شود، و یا این که واجد اوصافی که مورد توافق و نظر طرفین بوده است، نباشد. هر طرف صرفاً به استناد علی که پس از تعیین داور از آنها مطلع شده، می تواند داوری را که خود تعیین کرده و یا در جریان تعیین او مشارکت داشته است، جرح کند.
۲. شخصی که به عنوان داور مورد پیشنهاد قرار می گیرد، باید هرگونه اوضاع و احوالی را که موجب تردید موجه در مورد بی طرفی و استقلال او می شود، افشاء نماید. داور باید از موقع انتصاب به عنوان داور و در طول جریان داوری نیز بروز چنین اوضاع و احوالی را بدون تأخیر به طرفین اطلاع دهد، مگر این که قبل از آنان را از اوضاع و احوال مذکور مطلع نموده باشد.

با وجود این، مقررات قانون آیین دادرسی مدنی دو مسأله را مطرح می کرد: اول، آیا زمانی که انتخاب داور توسط خود طرفین صورت می گیرد، این محدودیتها به طور برابر لازم الرعایه است؟ دوم این که آثار عدم رعایت این محدودیت چیست؟ بنابراین، این بر عهده قواعد کلی دادرسی است که معلوم کند آیا تقاضای عزل داور منتخب طرفین که با نقض محدودیتهای قانون آیین دادرسی مدنی انتخاب شده، موجه است یا نه.

این نکته همچنین این سؤال را مطرح می کند که آیا رأیی که در صدور آن داوری مشارکت داشته که بدون رعایت محدودیتهای مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی انتخاب شده، می تواند توسط دادگاه باطل شود. مطابق ماده ۶۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی اگر رأی مغایر با قوانین موجود حق باشد باطل بوده و می توان تقاضای ابطال آن را از دادگاه نمود. البته ماده مذکور مربوط به محتوای رأی است و این پرسش همچنان مطرح است که آیا شامل رأی صادره توسط داور غیربی طرف و غیرمستقل هم می شود؟ در هر صورت، قانون جدید تا حدی که به داوری اختلافات تجاری بین المللی مربوط می شود موضوع را بیشتر روشن کرده و بر مفهوم بی طرفی و استقلال داوران،<sup>۵۹</sup> بدون هیچ گونه تمایزی میان داوران منتخب طرفین یا داوران ثالث، تأکید کرده است.

علاوه بر این، یکی از دلایل جرح داوران، فقدان شرایط مورد توافق طرفین در داور می باشد. این مقرّره همچنین در مورد قواعد داوری توافق شده توسط طرفین نیز تسری می یابد. البته مورد اخیر در ماده ۱۲ قانون جدید صراحت ندارد. به هر حال ماده ۷ این قانون بیان می کند که «ارجاع به سندي در قرارداد کتبی که متضمن شرط داوری باشد نیز به منزله موافقتنامه مستقل داوری خواهد بود». در نتیجه، عدم رعایت شرایط ضروری برای داوران که به موجب قواعد داوری مورد توافق طرفین مقرر شده، نیز از جمله ادلّه جرح داور است.

#### ۵۸. ماده ۶۴۵ قانون آئین دادرسی مدنی.

۵۹. برای بحث پیرامون فرق بی طرفی و استقلال در عمل، مراجعه نمایید به: Michael Tupman, Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration, 38 International and Comparative Law Quarterly, 1989, at p. 26.

ب. آیین رسیدگی به جرح: در خصوص آیین رسیدگی به جرح، اصولاً روشی که در قرارداد طرفین مورد توافق گرفته، اولویت دارد.<sup>۱۳</sup> در نتیجه، در صورت درج قواعد داوری خاصی در قرارداد طرفین، اعم از این که قواعد داوری سازمانی باشد یا نه، آیین جرح و مکانیسم پیش بینی شده در همان قواعد، حاکم خواهد بود. در صورت مراجعت طرفین به داوری سازمانی، تصمیم در مورد جرح بر عهده سازمان مرسوطه می باشد،<sup>۱۴</sup> که تصمیم آن قطعی است و قابل تجدیدنظر یا استیناف نخواهد بود.<sup>۱۵</sup>

اگر طرفین در مورد آیین جرح موافقت نکرده باشند، هریک از ایشان می تواند تصمیم گیری در خصوص موضوع را از دادگاه تعیین شده در بند ۱ ماده ۶ این قانون درخواست کند.<sup>۱۶</sup> البته مادام که این درخواست در جریان رسیدگی است، داور می تواند رسیدگی را ادامه دهد و رأی صادر نماید.<sup>۱۷</sup>

## و. صلاحیت دیوان داوری

### ۱. اصل صلاحیت در تعیین صلاحیت

قانون داوری تجاری بین المللی جدید از حیث وارد کردن این اصل شناخته شده و معتبر که مرجع داوری صلاحیت دارد قلمرو صلاحیت خود را تعیین نماید، در نظام حقوق داوری ایران گام بزرگی برداشته است، زیرا تا قبل از تصویب قانون جدید، این اصل در مقررات آیین دادرسی مدنی درباره داوری غایب بود و در نتیجه اعمال آن توسط مراجع داوری با سؤال و تردید مواجه بود.

ماده ۱۶ قانون جدید مقرر می دارد که دیوان داوری «می تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود و یا اعتبار موافقتنامه داوری اتخاذ تصمیم کند». اصل مندرج

.۱۳. بند ۱ ماده ۶.

.۱۴. بند ۲ ماده ۶.

.۱۵. قسمت سوم بخش ج مقاله را ملاحظه نمایید.

.۱۶. بند ۳ ماده ۱۳.

.۱۷. بند ۳ ماده ۱۳.

در این ماده، یکی از اصول جا افتاده و مسلم در تصوری و رویه داوری بین‌المللی است.<sup>۶۵</sup> توسعه و تحول این اصل در افزایش کارایی و نیز تأمین خودکفایی فراوان برای داوری بین‌المللی نهایت اهمیت را داشته است.

قانون آیین دادرسی مدنی در این زمینه ساخت است، و ماده ۶۳۶ آن مقرر می‌دارد:

«در مورد ماده قبل [نصب داور برای طرف ممتنع توسط دادگاه] هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد، دادگاه قبل از آن رسیدگی کرده پس از احراز معامله و قرارداد، داور [طرف] ممتنع را معین می‌نماید.».

این ماده در بر دارنده قاعده کلی شبیه آنچه در ماده ۸ (۱) قواعد نمونه آنسیترال وجود دارد، می‌باشد بدین معنی که اگر دادگاه تصمیم بگیرد که موافقنامه داوری باطل است، یا معتبر نیست یا غیرقابل اجرا است، به آن ترتیب اثر نخواهد داد. اما آنچه ماده ۶۳۶ مذکور را با سوال وابهم مواجه کرده، این است که با توجه به عدم پیش‌بینی صحیح اختیار مرجع داوری که درباره صلاحیت خود و نیز اعتبار یا عدم اعتبار قرارداد داوری اتخاذ تصمیم کند، طبعاً این فرض را قوت می‌بخشد که کلیه این موضوعات باید منحصرآ توسط دادگاه رسیدگی و تصمیم‌گیری شود. رویه‌های داخلی پراکنده درخصوص داوری نیز نتوانسته این ابهام را برطرف کند. به این ترتیب، قانون جدید با پیش‌بینی اصل صلاحیت در صلاحیت برای دیوان داوری، تحول بزرگی را در توسعه و تکمیل قواعد داوری نظام حقوقی ایران به وجود آورده است.

## ۲. رأی در صلاحیت

بر خلاف ماده ۱۶ (۳) قانون داوری نمونه آنسیترال، طبق قانون جدید صدور رأی مقدماتی در مورد صلاحیت دیوان داوری و نیز در مورد وجود و اعتبار موافقنامه داوری

۶۵. کنوانسیونها و قواعد داوری مختلف و همین طور رویه داوری بین‌المللی با ماهیت عمومی یا تجاری این اصل را تأیید می‌کند. رک.

Rene David, Arbitration in International Trade, Kluwer Law & Taxation Publishers, The Netherlands, 1985, pp. 258 - 287, and Note 17, pp. 329 - 330.

اجباری است، و نه اختیاری،<sup>۶۶</sup> و فقط صدور رأی در مورد ایراد تجاوز از اختیارات از ناحیه دیوان داوری است که می‌تواند ملحق به ماهیت شود یا به صورت جداگانه و طی رأی مقدماتی انجام شود.<sup>۶۷</sup> رأی مقدماتی دیوان داوری درباره این موضوعات می‌تواند ظرف ۳۰ روز از ابلاغ مورد اعتراض و رسیدگی تجدیدنظر توسط دادگاه موضوع ماده ۶ قانون قرار گیرد. البته دیوان داوری می‌تواند مدام که درخواست تجدیدنظر تحت رسیدگی است، به کار خود ادامه دهد و حتی رأی صادر نماید.<sup>۶۸</sup>

### ۳. صدور دستور موقت توسط دیوان داوری

مقررات قانون آئین دادرسی مدنی در باب داوری، درخصوص حق مرعج داوری برای صدور دستور موقت و اقدامات تأمینی ساکت است، و چنین حقی را فقط از آنِ محاکم دادگستری می‌داند.<sup>۶۹</sup> اما اکنون با تصویب قانون جدید، دیوان داوری می‌تواند به درخواست هریک از طرفین دستور موقت صادر نماید.<sup>۷۰</sup> در واقع، در حقوق ایران اولین بار است که مقرراتی برای اجازه صدور دستور موقت توسط مرعج داوری تصویب و وضع می‌شود. اما آنچه باید در طول زمان و در رویه عملی معلوم شود عبارت است از تعیین قلمرو دستور موقتی که دادگاه پیش بینی شده در ماده ۶ به موجب ماده ۹ قانون جدید می‌تواند صادر کند، و نیز محدوده دستور موقت‌هایی که خود دیوان داوری ذی ربط حق دارد طبق قانون جدید (ماده ۱۷) صادر نماید.

.۶۶. بند ۳ ماده ۱۶

.۶۷. بند ۳ ماده ۱۶

.۶۸. بند ۳ ماده ۱۶

.۶۹. علاوه بر سکوت قانون آئین دادرسی مدنی در مورد داوری، مقررات کلی قانون آئین دادرسی مدنی در مورد دستور موقت به طور ضمنی بیان می‌کند که چنین اختیاری حتی نسبت به مسائل مطروحه در داوری، بادادگاه می‌باشد (ماده ۲۳۱ قانون آئین دادرسی مدنی).

.۷۰. ماده ۱۷

## ز. آیین رسیدگی داوری

مقررات فصل پنجم قانون جدید درباره اداره جریان داوری (مواد ۲۶-۱۸) بسیار شبیه مقرراتی است که در باب پنجم قانون نمونه آنسیترال در همین مورد آمده (مواد ۲۷-۸)، مع ذلک قانون جدید حاوی نکات جالب و ویژگیهای برجسته‌ای در این زمینه است.

نوآوریها و تحولاتی که قانون جدید درخصوص اداره جریان داوری و در مقایسه با آنچه در مقررات داوری قانون آیین دادرسی مدنی وجود دارد، ایجاد کرده، در واقع همان مواردی است که از قانون داوری نمونه آنسیترال اقتباس کرده و در قانون جدید منعکس شده است. از جمله ویژگیهای برجسته قانون جدید در این زمینه، یکی اصل اولویت مفاد موافقتنامه داوری درباره نحوه اداره جریان رسیدگی و داوری، و دوم، در غیاب توافق طرفین، اصل استقلال عمل دیوان داوری در همین زمینه و بالاخره تعامل و تأثیر متقابل این دو اصل در یکدیگر است.

### ۱. اولویت موافقتنامه داوری

مقررات قانون آیین دادرسی مدنی در مورد داوری، اصل برتری موافقتنامه داوری از حیث نحوه اداره جریان داوری را، تا حدّ زیادی پذیرفته است،<sup>۷۱</sup> اما قانون جدید در این زمینه بسی روشن تر و صریح تر است. طبق ماده ۱۹ قانون جدید، «طرفین می‌توانند به شرط رعایت مقررات آمره این قانون، در مورد آیین رسیدگی داوری توافق نمایند». البته اولویت توافق‌های طرفین برای تعیین موضوعات دیگری که در قانون جدید ذکر شده، نیز مشهود و روشن است، مانند محل داوری<sup>۷۲</sup> زبان داوری،<sup>۷۳</sup> نحوه تسليم دادخواست و

۷۱. ماده ۶۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد که: «داورها در رسیدگی و رأی، تابع اصول محاکمه نیستند و لی باید شرایط قرارداد داوری را رعایت کنند». ماده ۶۵۸ نیز مقرر می‌دارد که: «رأی داور باید موجہ و مدلل بوده و مخالف با قوانین موجود حق نباشد».

۷۲. بند ۱ ماده ۲۰.

۷۳. ماده ۲۱.

دفعایه،<sup>۷۴</sup> استماع شفاهی و تبادل لوایح.<sup>۷۵</sup> بدیهی است که اصل آزادی عمل طرفین درباره تعیین آیین رسیدگی شامل انتخاب قواعد داوری که در موافقتنامه داوری ذکر می‌شود - اعم از این که قواعد داوری سازمانی باشد یا داوری موردي - نیز هست. به علاوه شک نیست که هم مطابق اصول و هم بر حسب آنچه از مقررات قانون جدید در این زمینه بر می‌آید، مفاد و شرایط مندرج در موافقتنامه داوری طرفین درباره آیین رسیدگی، نسبت به تصمیمات و دستوراتی که داوران در این خصوص صادر می‌کنند نیز رجحان و برتری دارد.

## ۲. استقلال دیوان داوری

دیوان داوری حق دارد، در غیاب توافق طرفین، درباره قواعدی که باید در طول دادرسی اعمال شود، تصمیم‌گیری کند. البته اختیارات وسیعی که داوران دارند، به موجب مقررات آمره قانون جدید از قبیل اصل رفتار برابر نسبت به طرفین و نیز حق درخواست استماع محدود می‌شود. این دو اصل، در ماده ۱۸ قانون مذکور آمده است، و نقض و تخلف از آن از جمله موارد ابطال رأی داوری است.<sup>۷۶</sup>

قلمرو استقلال دیوان داوری از حیث تعیین آیین رسیدگی در غیاب توافق طرفین، شامل اموری از قبیل موارد زیر نیز می‌شود: اداره جریان داوری به شیوه‌ای که داوران مناسب و مقتضی می‌دانند؛ قبول ادله و نیز تصمیم‌گیری درباره موضوعیت و ارزش اثباتی آنها؛ تعیین محل داوری؛ زبان یا زبانهای داوری؛ ترتیب تبادل لوایح و تعداد و دفعات آن؛ برگزاری جلسه استماع اضافی یا تسلیم لوایح اضافی؛ و سایر موضوعات مربوط به آیین رسیدگی در داوری.

آنچه در قانون جدید از حیث تعیین آیین رسیدگی و داوری نهایت اهمیت را دارد آن است که دیوان داوری برای اداره جریان داوری به هر شیوه و کیفیتی که خود مناسب بداند، از آزادی عمل کامل برخوردار است؛ و هیچ تکلیفی به رعایت مقررات آیین دادرسی داخلی، مگر آن قسمت از قواعد و اصول بنیادی مربوط به آیین دادرسی که از قضا در متن

.۷۴. بند ۱ ماده ۲۲.

.۷۵. بند ۱ ماده ۲۳.

.۷۶. بند «د» و «و» پاراگراف اول ماده ۳۳.

قانون جدید منعکس شده، ندارد.<sup>۷۷</sup>

### ۳. مساعدت دادگاه در دستیابی به ادله

همانطور که اشاره شد، قانون جدید از بعضی جهات از مقررات قانون نمونه آنسیترال عدول کرده است. به عنوان مثال، که نمونه مثبت و مطلوبی هم نیست، مقاد ماده ۲۷ قانون نمونه، در قانون جدید منعکس نشده است. مطابق ماده ۲۷ مذکور، دیوان داوری یا هریک از اصحاب دعوا با اجازه دیوان می تواند برای دستیابی به مدارک و ادله به دادگاه مراجعه و تقاضای همکاری نماید. امکانی که در ماده ۲۷ قانون نمونه پیش بینی شده، می تواند با توجه به ماهیت و نوع دعوا و ادله ای که در آن مطرح است، نهایت اهمیت را در جریان رسیدگی داشته باشد.

یکی از اهداف مورد نظر از درج این ماده در قانون نمونه داوری آن است که محدودیتهايی که ممکن است دیوان داوری از حیث دسترسی به ادله در نظام های مختلف حقوقی، با آن مواجه شود ترمیم و مرتفع سازد. طیف این قبیل محدودیت ها که قانون داخلی بر دیوان های داوری وارد می کند، از ممنوعیت دیوان در صدور دستور افشاء مدارک و انجام تحقیقات تا تحقیق از شهود با اتیان سوگند که باید توسط مراجع انتظامی و پلیس یا دادگاه انجام شود، گستردگی است.<sup>۷۸</sup>

به طور کلی، محدودیت اختیارات و اجازه دیوان داوری در مورد دسترسی به ادله، حسب تعریف، ناشی از ماهیت خصوصی و غیر دولتی داوری است. به عنوان مثال، دادگاه می تواند به مراجع عمومی یا اشخاص ثالث که ادله و مدارکی را در اختیار دارند، دستور دهد آنها را افشا و به دادگاه ارائه نمایند، در صورتی که قلمرو اختیارات مراجع داوری طبعاً این همه وسیع نسیت.

قانون آیین دادرسی مدنی ایران در مورد داوری، درباره امکان استماع شهود توسط دیوان داوری ساخت است، هرچند آن را منع هم نمی کند. ماده ۶۵۲ قانون مذکور مقرر می کند که «طرفین باید استاد و مدارک خود را به داورها بدهند و داورها نیز می توانند

۷۷. چنین آزادی عملی قبل از موجب مقررات داوری آیین دادرسی مدنی (ماده ۶۵۷) وجود داشت.

78. Note 17, above at pp. 241 - 245 and 369 - 377.

توضیحات لازم را از آنها بخواهند»، اما مشخص نمی‌کند آیا داوران حق استماع و تحقیق از شهود هم دارند یا نه.

طبق اصول و موازین کلی آیین دادرسی در این زمینه، تحقیق از شهود بر عهده دادگاه است.<sup>۷۸</sup> بنابراین، این که آیا شهادتی که در محضر مرجع داوری ادا شده، اعم از این که با اتیان سوگند بوده یا نه، هم سنگ شهادت در دادگاه هست یا نه و آیا همان آثار را، مثلاً از حیث شهادت کذب در دادگاه، دارد یا نه از نظر حقوق ایران معلوم نیست و محل بحث است. افزون بر این، طبق قانون آیین دادرسی مدنی ایران، فقط محاکم حق دارند دستور دهنده مدارک مربوط به دعوا که احیاناً نزد مقامات دولتی است، ارائه شود.<sup>۷۹</sup> با توجه به این محدودیتها، معلوم نیست چرا در قانون داوری تجاری بین المللی، از مفاد ماده ۲۷ قانون نمونه آنسیترال استفاده نشده، در حالی که در آن در قانون جدید می‌توانست کمبودهایی را که بطور طبیعی در مورد اجازه و اختیار دیوان داوری در زمینه دستیابی به مدارک وجود دارد، مرتفع نماید.<sup>۸۰</sup>

#### ۴. ورود شخص ثالث

از جمله ترتیباتی که خاص قانون جدید است، امکان مداخله شخص ثالث در جریان داوری است که معادل و قرینه آن در قانون نمونه آنسیترال وجود ندارد. ماده ۲۶ قانون جدید مقرر می‌کند:

«هرگاه شخص ثالثی در موضوع داوری برای خود مستقلآ<sup>۸۱</sup> حقی قایل باشد و یا خود را در حق شدن یکی از طرفین ذی نفع بداند، می‌تواند مادام که ختم رسیدگی اعلام نشده است وارد داوری شود، مشروط به این که موافقتname و آیین داوری و داور را پذیرد و ورود وی مورد ایراد هیچ کدام از طرفین واقع نشود».

۷۹. ماده ۴۱۸-۴۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی.

۸۰. ماده ۳۰۴ قانون آیین دادرسی مدنی؛ ماده ۳۰۵-۳۰۸.

۸۱. ممکن است علت این امر اجتناب از طولانی شدن رسیدگی به دلیل تأخیرهایی که توسل به مساعدت دادگاه به بار می‌آورد، باشد.

درج این ماده در قانون جدید، ظاهراً میراثی است که از قانون آیین دادرسی مدنی به آن راه یافته است.<sup>۸۲</sup> اما معلوم نیست آیا ملاحظات مبتنی بر ضرورت کارایی داوری، مانند تسهیل داوریهای چند طرفه، هم در قید این ماده در قانون مؤثر بوده یا نه.

در داوری بین المللی، ورود شخص ثالث چندان رایج نیست و نسبت به مفهوم نسبی بودن آثار قرارداد داوری و نیز رأی داوری که فقط نسبت به طرفین و قائم مقام ایشان مؤثر است، بیگانه است. مسأله ورود ثالث در جریان داوری، هنگام قید و تدوین انواع قواعد داوری به ویژه داوری‌های موضوع حقوق بین الملل عمومی به دفعات مطرح شده است، اما در قواعد داوری مربوط چندان انعکاسی نیافته است. مؤسسه حقوق بین الملل، ورود ثالث در داوری‌های بین المللی را، جز در مواردی که طرفین توافق کرده باشند، پذیرفته است.<sup>۸۳</sup> اما بعدها، در ماده ۵۶ کنوانسیون لاهه ۱۸۹۹ و نیز در ماده ۸۴ کنوانسیون لاهه ۱۹۰۷ در مورد حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات که هردو راجع است به تنظیم مقررات داوری حقوق بین الملل عمومی؛ ورود شخص ثالث فقط در صورتی که مسأله تفسیر معاهدات دوچاره یا چند جانبه‌ای که دولت ثالث وارد نیز عضو آن معاهده است، در داوری مطرح باشد، پذیرفته شد.<sup>۸۴</sup>

در جریان فعالیتهای کمیسیون حقوق بین الملل در دهه ۱۹۵۰ در مورد آیین رسیدگی داوری، که به تهیه و تدوین پیش‌نویس کنوانسیون در مورد آیین داوری (۱۹۵۲) و نیز قانون نمونه در مورد آیین داوری (۱۹۵۸) منجر شد، مسأله ورود ثالث مطرح و مورد بحث بود، اما در هیچ یک از اسناد کمیسیون وارد نشده و به صورت یک مقرره انعکاس نیافته است.<sup>۸۵</sup> علاوه بر این، هرچند در مواد ۶۲ و ۶۳ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری

۸۲ ماده ۶۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی حاوی مقررات مشابهی است که مداخله شخص ثالث در داوری را اجازه می‌دهد.

۸۳. Article 16 of the Draft Reglement on Arbitration Procedure of Institute of International law, ... quoted in Shabtai Rosenne, "Intervention in the International Court of justice", Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, p. 2.

۸۴. Gillis Wether, "International Arbitral Process "Public and Private" Oceana Publications, 1979, Vol. v, 186, p. 221.

۸۵. As note 84, above, at pp. 228-229.

امکان ورود ثالث در جریان رسیدگی پیش بینی شده، اما این دیوان اصولاً یک مرجع رسیدگی قضایی است تا یک دیوان داوری.

مفهوم ورود ثالث، از نظر داوری تجاری بین المللی، ناشناخته نیست<sup>۸۶</sup> اما چندان متداول و رایج هم نمی باشد، چرا که اجازه ورود ثالث ماهیت خصوصی (و نسبی) بودن داوری را نفی می کند و برخلاف ویژگی قراردادی بودن آن است. به هر حال، این موضوع علی الاصول در پیوند با مسئله دعاوی چند طرفه مطرح می شود،<sup>۸۷</sup> و گفته شده:

«در مواردی که علاوه بر مداخله خواهان و خوانده اصلی، ورود شخص ثالثی نیز پیش بینی می شود، منشأ قراردادی اختیارات داور باید تا جایی توسعه یابد که اراده و موافقت همه طرفهای درگیر در موضوع نسبت به قرارداد داوری را در بر گیرد».<sup>۸۸</sup>

با این همه، باید پذیرفت که گرچه ماده ۲۶ قانون جدید تحت عنوان «ورود ثالث» امکان ورود ثالث در جریان داوری را پیش بینی نموده، اما آن را به تحقق دو شرط صریح موكول کرده است. نخست این که وارد ثالث قرارداد داوری، آیین داوری و نیز داور یا داورانی را که مشغول رسیدگی هستند بپذیرد، و دوم این که اصحاب دعوا ایرادی به ورود او نکنند. به یک معنا، آنچه در قانون جدید تحت عنوان ورود ثالث مقرر شده در واقع پیش بینی نوعی داوری چند طرفه است، زیرا هم رضایت اصحاب اصلی دعوا و هم موافقت وارد ثالث، شرط مقدم آن است. به این ترتیب، درج ماده ۲۶ در قانون جدید نقطه آغاز یک تحول در جهت قبول و اجازه داوری چند طرفه تحت قانون مذکور است.

86. Mustill and Boyd, Commercial Arbitration, Butterworths, London (1982), at pp. 105 - 108.

87. As note 86, above at pp. 109-116.

88. Sigvard Jarvin, The Sources and Limits of The Arbitrator's Powers, in Julian Lew, Contemporary Problems in International Arbitration, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987, 50, cit., p. 59.

توضیح این که بند ۶ ماده ۱۱ قانون جدید نحوه تشکیل دیوان داوری در داوری چندجانبه را پیش بینی می کند.

## ح. تصمیم‌گیری در ماهیت دعوا

### ۱. قانون حاکم

الف. انتخاب قانون توسط طرفین: احترام به آزادی اراده طرفین در انتخاب قانون ماهوی حاکم بر دعوا که در قانون جدید پیش بینی شده، مانند مقررات مشابهی که در قانون نمونه آنسیترال برای اولویت توافق طرفین وجود دارد، کاملاً شاخص و پیدا است. ماده ۲۷ (۱) قانون جدید در واقع ترجمه فارسی عین ماده ۲۸ (۱) قانون نمونه آنسیترال است. از نظر قانون جدید، انتخاب طرفین در مورد قانون ماهوی اولویت دارد و هیچ‌گونه محدودیتی ندارد. با این‌همه، این پرسش همچنان مطرح است که آیا اولویت و حاکمیت انتخاب طرفین در برابر قوانین آمره ایران نیز، معتبر و حاکم است یا نه. این سؤال از دوچهت مطرح می‌شود. نخست، از حیث میزان محدودیتی که قوانین ایران به عنوان نظم عمومی بر آزادی اراده طرفین قرارداد در انتخاب قانون حاکم وارد می‌کند. بدیهی است این جنبه فقط در فرضی قابل طرح است که قانون ایران به نحوی از انها، قانون حاکم بر موافقتنامه داوری باشد.<sup>۶۰</sup> دوم، از نظر میزان تأثیری است که قوانین ایران به عنوان نظم عمومی بر تصمیم و رأی دیوان داوری دارد، و احیاناً قانون منتخب طرفین را معتبر نمی‌داند.

به نظر نمی‌رسد بتوان ماده ۲۷ (۱) قانون جدید را طوری تفسیر کرد که مجوز اعتبار هرگونه انتخاب قانون ماهوی حاکم باشد، بلکه این ماده انتخاب طرفین را تا جایی محترم شمرده که به موجب قانون حاکم بر موافقتنامه داوری نیز معتبر باشد. فرض کنیم در یکی از حالات، قانون حاکم بر موافقتنامه داوری، قانون ایران باشد، آنگاه برای پاسخ این سؤال که آیا اصولاً اصحاب دعوا می‌توانند و اگر آری، تا کجا می‌توانند قانون ماهوی حاکم را انتخاب و تعیین نمایند، طبعاً باید به قانون ایران مراجعه شود. البته قوانین ایران در این مورد با دشواری‌هایی مواجه است و به ویژه از حیث آزادی عمل اتباع ایرانی برای موافقت با چنین انتخاب مطلق و نامقیدی چندان روشن و آسان نیست. ماده ۹۶۸ قانون مدنی در مقام بیان یک قاعده حل تعارض در این زمینه، مقرر می‌کند:

۶۰. رک. بند ۲ بخش «د» این مقاله.

«تعهدات ناشی از عقود تابع محل وقوع عقد است، مگر این که متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرارداده باشند».

این ماده، در واقع آزادی انتخاب اتباع ایرانی را که برخلاف قاعده مندرج در آن باشد با این فرض که به علت انعقاد قرارداد در ایران، موضوع مشمول قانون ایران خواهد بود محدود می‌کند. البته این که آیا مقررات ماده ۹۶۸ امری است یا نه، بین حقوقدانان ایرانی بحث و اختلاف نظر است، بعضی از ایشان آن را امری می‌دانند،<sup>۹۰</sup> و بسیاری دیگر با توجه به عبارات و متن قانون و نیز روندهای حقوقی غالب و جاری آن را از جمله مقررات تکمیلی می‌دانند که طرفین می‌توانند ضمن قرارداد از آن عدول کنند.<sup>۹۱</sup>

علاوه بر این، چه بسا بعضی که اساساً ارتباط نظم عمومی داخلی نسبت به مسئله قانون منتخب طرفین در داوریهای بین المللی را نمی‌پذیرند، هرگونه مقررات آمره را که محدودیتها را بر انتخاب قانون حاکم توسط طرفین اعمال کند، رد کنند.<sup>۹۲</sup> با این همه نباید از این نکته غافل بود که دیوانهای داوری انگیزه‌های قوی دارند که به ویژه از حيث رعایت مقررات نظم عمومی کشور محل داوری، این قبیل نکات را به درستی رعایت و ملحوظ کنند تا قابلیت اجرای رأیی که در فرجام کار صادر می‌کنند، بیشتر تضمین شده باشد.

واما در اعتبار جنبه دوم سوالی که در بالا مطرح شد، یعنی تأثیر مقررات نظم عمومی در اعتبار رأی داوری، ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران مقرر می‌کند:

«محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنی بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد، اگرچه اجرای قوانین مزبور

.۹۰. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، انتشارات بهنسر، ص ۳۸۹.

.۹۱. نجاد علی‌الماضی، تعارض قوانین، انتشارات نشر دانشگاهی، ص ۲۱۱ و مرتضی نصیری، حقوق چند ملیتی، انتشارات سپهر، ص ۱۰۵ - ۱۰۷.

.۹۲. See generally, Julian Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Oceana Publications, New York, 1978, cit., pp. 545 - 555.

گرچه این ماده خطاب به محاکم است، اما دیوان داوری که در پرتو قواعد تعارض قوانین حقوق ایران عمل می‌کند نیز باید مفاد این ماده را ملاحظه و مورد توجه قرار دهد. به علاوه، حتی دیوان داوری که مأمور بمتوجه قوادرات تعارض قوانین کشور خود نیست، باز هم باید از حیث قابل اجرا بودن رأیی که صادر می‌کند، مراقب باشد که رأی او برخلاف نظم عمومی کشور محل داوری نباشد.<sup>۱۴</sup>

هرچند ممکن است مطالبی که درباره پاره‌ای ابهامات قوانین ایران در زمینه قانون ماهوی حاکم ذکر نمودیم، در عمل چندان اهمیت و موضوعیتی پیدا نکنند، اما در چشم انداز بلند مدت چنین به نظر می‌رسد که قوانین مربوط محتاج اصلاح و تکمیل است، به نحوی که مقررات و قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی ایران نیز با اهداف و مقاصد قانون داوری تجاری بین‌المللی هماهنگ و همسو گردد.

**ب. انتخاب قانون توسط دیوان داوری:** مطابق ماده (۲) قانون جدید، در غیاب هرگونه تعیین قانون ماهوی حاکم توسط طرفین، دیوان داوری «براساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد». متن فارسی این ماده طوری تنظیم شده که با ماده (۲) قانون نمونه آنسیترال متفاوت است. طبق قانون نمونه، دیوان داوری «قواعد حل تعارضی که خود قابل اعمال بداند» اعمال می‌کند و به عبارت دیگر، تعیین قواعد حل تعارض و نیز ارتباط آن با موضوع دعوا، بر عهده خود دیوان داوری است. در واقع قانون نمونه آنسیترال خواسته به دیوان‌های داوری آزادی عمل کافی را برای انتخاب قواعد حل تعارض که خود دیوان

۹۳. ماده ۹۷۵ کاملاً نزدیک به مقرراتی است که می‌توان در قوانین بسیاری از کشورها پیدا کرد. این رویه در اغلب کشورها مشترک است که اجازه اعمال قوانین خارجی را که مغایر با نظم عمومی آن کشور باشد، نمی‌دهند. به عنوان مثال، ماده ۱۷ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سویس مقرر می‌دارد که: «اعمال و اجرای مفاد قانون خارجی که مغایر با نظم عمومی سویس باشد، منوع است».

Marc Blessing, "The New International Arbitration Law in Switzerland : A Significant Step Towards Liberalism", 5 J. Int. Arb. 2, (1988), 9, cit., p. 56.

۹۴. مطابق بند ۲ ماده ۳۴ قانون جدید رأیی که مغایر با نظم عمومی، اخلاق حسن و مقررات آمره باشد. بی اعتبار است.

مناسب و مقتضی می‌داند، خواه قواعد تعارض داخلی باشد یا بین‌المللی، و یا قواعدی که برای داوری‌های بین‌المللی مناسب است، به آنها اعطا کند.<sup>۹۵</sup>

اما ماده ۲۷ (۲) قانون جدید با عدم تصریح به اختیار و اجازه دیوان داوری در تعیین و انتخاب قواعد حل تعارض مناسب و نیز در تشخیص ارتباط آنها با موضوع دعوا، چنین القاء می‌کند یا لاقل این سؤال را مطرح می‌کند که گویا به مجموعه خاص و مشخصی از قواعد حل تعارض نظر دارد، و نه هرگونه قواعدی که دیوان داوری ممکن است مناسب تشخیص دهد، یا حاکم بر موضوع بداند. معلوم نیست این نوع عبارت پردازی ماده ۲۷ (۲) قانون جدید ناشی از ضعف تأییف و جمله بنده است یا عمدی بوده است، مسلماً در صورتی که عمدی بوده باشد، آن‌گاه این احتمال مطرح می‌شود که شاید مقصود قانونگذار اشاره و ارجاع به قواعد حل تعارض معتبر و جاری در محل داوری، یعنی ایران بوده باشد. شک نیست که در صورت صحبت این فرض، محدودیتهایی بر دیوان داوری وارد می‌شود که نه ضروری است، نه هماهنگ با قانون نمونه آنیترال، و نه همسو با رویه و روند جاری.<sup>۹۶</sup>

البته این که ماده ۲۷ (۲) قانون جدید عملاً طوری تنظیم شده که احتمال مذکور را نتیجه دهد، بسیار بعید است و هیچ نشانه‌ای در قانون وجود ندارد که خواسته باشد از اصول پایه و پشتوانه ماده ۲۸ (۲) قانون نمونه آنیترال انحراف جوید زیرا اگر چنین قصدی در کار بود که مقررات و قواعد حل تعارض ایران به صورت ثابت ملاک تصمیم‌گیری دیوان داوری در تعیین قانون حاکم باشد، می‌بایست صریحاً در قانون ذکر می‌شد.

در پایان، به اشارت یادآوری می‌کنیم که مطابق قانون، دیوان داوری می‌تواند براساس عدالت و انصاف یا به صورت کدخدامنشی نیز رسیدگی و تصمیم بگیرد، مشروط

۹۵. As note 92, above, pp. 229-352: Ole Lando, "The Law Applicable to The Merits of the Dispute, in Julian Lew, *Contemporary Problems in International Arbitration*", Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987, pp. 107-111; and also note 17, above, pp. 255-271

. ۹۶. رک. پانویس

بر این که طرفین چنین اختیاری را به آن داده باشند.<sup>۷۷</sup> و بالاخره، قانون جدید مقرر می‌کند که دیوان داوری «باید در کلیه موارد براساس شرایط قرارداد اتخاذ کند و عرف بازگانی موضوع مربوط را مورد نظر قرار دهد».

## ۲. تصمیم‌گیری هیأت داوران، شکل و مفاد رأی داوری

در مواردی که هیأت داوری تشکیل می‌شود، قاعده و روش تصمیم‌گیری عبارت است از اتخاذ تصمیم براساس اکثریت آراء. برخلاف قانون نمونه آنسیترال. طبق قانون جدید، این قاعده برای تصمیم‌گیری در مورد مسائل شکلی آین دادرسی نیز جاری است و این که طرفین یا اعضای هیأت داوری به رئیس هیأت داوری اجازه دهنده که در موضوعات مربوط به آین دادرسی شخصاً و به تنهایی تصمیم‌گیری نماید، پیش‌بینی نشده است.<sup>۷۸</sup> مع ذلک به نظر نمی‌رسد که قانون جدید امکان آن را منتفی و ممنوع کرده باشد، زیرا خلاف مقررات آمره نیست.

رأی داوری باید کتبی باشد و به امضای همه داوران برسد. در مواردی که بیش از یک داور وجود دارد، امضای اکثریت داوران برای اعتبار رأی کافی است، مشروط بر این که دلیل عدم امضای عضو دیگر ذکر شود.<sup>۷۹</sup> علاوه بر این، رأی باید مستدل باشد، مگر این که طرفین طور دیگری توافق کرده باشند یا رأی به صورت سازشی و شرایط مرضی الطرفین صادر شده باشد.<sup>۸۰</sup>

.۹۷. بند ۳ ماده ۲۷

.۹۸. ماده ۲۹

.۹۹. رک. بند ۱ ماده ۳۰ قانون جدید. این ماده قرینه بند ۱ ماده ۳۱ قانون نمونه آنسیترال می‌باشد. محل تردید است که قسمت آخر مقررات آنسیترال دیوانی را که یکی از اعضای آن در تصمیم‌گیری حضور ندارد معتبر بداند، زیرا بند ۱ ماده ۳۱ قانون نمونه آنسیترال اصولاً برای چنین حالتی تنظیم نشده است، بلکه عمدهاً ناظر است به امتیاع یا عدم توانایی یکی از داوران در امضای حکم. به هر حال، ذکر این نکته جالب است که ماده ۶۵ قانون آین دادرسی مدنی اجازه می‌دهد دیوانی که یکی از اعضای آن حاضر نیست، به کار خود ادامه دهد. می‌توان پرسید که آیا وجود همین سابقه تقنيتی بوده که به نحوی در بند ۱ ماده ۳۰ این قانون متعکس شده؟

.۱۰۰. بند ۲ ماده ۳۰

## ط. قطعی بودن رأی و موارد اعتراض به آن

به طور کلی آرایی که دیوان داوری مطابق مقررات قانون داوری تجاری بین المللی صادر می کند، قطعی و لازم الاجرا است، مگر این که یکی از موجبات عدم اعتبار رأی نسبت به آن صدق نماید.<sup>۱۰۱</sup> قانون مذکور مواردی را که ممکن است رأی داوری بین المللی بی اعتبار شود، مشخص نموده است، همچنان که در قوانین داخلی داوری اغلب چنین مواردی مشخص می شود.

### ۱. موارد اعتراض به رأی

موارد اعتراض به رأی و ابطال آن که در قانون جدید ذکر شده، به مراتب مفصل تر از آن است که در قانون نمونه آنسیترال پیش بینی شده است.<sup>۱۰۲</sup> ماده ۳۳ قانون جدید در این خصوص می گوید:

«۱. رأی داور در موارد زیر به درخواست یکی از طرفین توسط دادگاه موضوع ماده ۶ قابل ابطال است:

الف. یکی از طرفین فاقد اهلیت بوده باشد.

ب. موافقنامه داوری به موجب قانونی که طرفین برآن موافقنامه حاکم دانسته اند معتبر نباشد و در صورت سکوت قانون حاکم، مخالف صریح قانون ایران باشد.<sup>۱۰۳</sup>

ج. مقررات این قانون در خصوص ابلاغ اخطاریه های تعیین داور یا درخواست داوری رعایت نشده باشد.

د. درخواست کننده ابطال، به دلیلی که خارج از اختیار او بوده، موفق به ارائه دلائل و مدارک خود نشده باشد.

ه. «داور» خارج از حدود اختیارات خود رأی داده باشد. چنانچه موضوعات مرجعه به داوری قابل تفکیک باشد، فقط آن قسمت از رأی که خارج از حدود اختیارات داور بوده، قابل ابطال است.

و. ترکیب هیأت داوری یا آینین دادرسی مطابق موافقنامه داوری نباشد و

.۱۰۱. بند ۱ ماده ۳۵.

.۱۰۲. رک. بند الف پاراگراف ۲ ماده ۳۴ قانون نمونه آنسیترال.

.۱۰۳. رک. بند ۲ بخش «د» این مقاله.

یا در صورت سکوت و یا عدم وجود موافقتنامه داوری، مخالف قواعد مندرج در این قانون باشد.

ز. رأی داوری مشتمل بر نظر موافق و مؤثر داوری باشد که جرح او توسط مرجع موضوع ماده ۶ پذیرفته شده است.

ح. رأی داوری مستند به سندی بوده باشد که جعلی بودن آن به موجب حکم نهایی ثابت شده باشد.

ط. پس از صدور رأی داوری مدارکی یافت شود که دلیل حقانیت معتبرض بوده و ثابت شود که آن مدارک را طرف مقابل مكتوم داشته و یا باعت کتمان آنها شده است.

۲. در خصوص موارد مندرج در بندهای «ح» و «ط» این ماده، طرفی که از سند مجعل یا مكتوم متضرر شده است، می‌تواند پیش از آن که درخواست ابطال رأی داوری را به عمل آورد، از «داور» تقاضای رسیدگی مجدد نماید. مگر در صورتی که طرفین به نحوه دیگری توافق کرده باشند.

۳. درخواست ابطال رأی موضوع بند ۱ این ماده ظرف سه ماه از تاریخ ابلاغ رأی داوری اعم از رأی تصحیحی، تکمیلی یا تفسیری به معتبرض، باید به دادگاه موضوع ماده ۶ تقدیم شود، والا مسموع نخواهد بود».

مواردی را که در قانون جدید به عنوان مبنای اعتراض به رأی آمده لکن در قانون نمونه آنسیترال وجود ندارد، به اختصار مرور می‌کنیم.

در قانون جدید مسأله فقدان اهلیت یکی از طرفین، کلی و مطلق است و خاص عدم اهلیت در انعقاد موافقتنامه داوری نیست.<sup>۱۰۴</sup> اما در قانون نمونه آنسیترال عدم اهلیت هر یک از طرفین موافقتنامه داوری، تنها مبنای قطعی اعتراض به رأی است. اهمیت مسأله هنگامی معلوم می‌شود که موافقتنامه داوری موضوع نقل و انتقال یا جانشینی قرار گرفته باشد، بدین معنا که ممکن است منتقل الیه یا قائم مقام بعدی اهلیت لازم را داشته باشند، لکن انتقال دهنده یا اصیل در تاریخ انعقاد موافقتنامه داوری فاقد اهلیت بوده باشد. اثر تصریح قانون نمونه آنسیترال به شرط اهلیت طرفین نسبت به موافقتنامه داوری در همین جا معلوم می‌شود، زیرا این شرط نسبت به منتقل الیه یا قائم مقام بعدی موافقتنامه داوری که به هر حال یکی از طرفین موافقتنامه مذکور محسوب می‌شوند، نیز معتبر است و از آن منتفع

۱۰۴. بند «ط» قسمت الف پاراگراف ۲ ماده ۳۴ قانون نمونه آنسیترال.

می شوند. از سوی دیگر، مشکل بتوان پذیرفت که ایشان بتوانند برای فرار از قطعی و لازم‌الاجرا بودن رأی داوری، به عدم اهلیت کلی یکی از طرفین داوری استناد جویند. اما به نظر می‌رسد که این نکته ظریف در قانون جدید مغفول مانده است.

یکی از مواد قانون جدید که از ویژگیهای آن است، مفاد ماده ۳۳ (۱) (ز) است که در بالا ذکر شد. این ماده وضعیتی را پیش‌بینی می‌کند که رأی داور هنگامی صادر شده که یکی از داوران مورد جرح قرار گرفته بوده ولی هنوز نسبت به آن تصمیم‌گیری نشده، و نظر وی نیز در رأی داوری مؤثر بوده است.<sup>۱۰۵</sup> این ماده مبتنی بر اصل صحیح و موجهی است و باید از آن استقبال نمود.

و بالاخره باید به مفاد بند ۱ (ط) ماده ۳۳ قانون جدید در مورد پیدا شدن مدارک جدید به عنوان یکی از موارد ابطال رأی اشاره کنیم، که البته دچار ابهام است. ابهام ناشی از این بند، صرفنظر از صحت و سقم حالات مختلفی که می‌توان برای آن تصور نمود، اصولاً از حیث تأثیری که بر قطعی و لازم‌الاجرا بودن رأی داوری می‌گذارد، مفید و مطلوب نیست. ابهام مذکور ناشی از آن است که معلوم نیست آیا مهلت سه ماهه‌ای که برای درخواست ابطال رأی در بند ۳ ماده ۳۳ پیش‌بینی شده، شامل موارد مذکور در بند ۱ (ط) نیز می‌شود یا خیر. درست است که بند ۳ ماده ۳۳ عام الشمول است و شامل کلیه موارد مختلف مذکور در بند ۱ آن ماده بدون استثناء می‌شود اما مفاد بند ۱ (ط) به لحاظ طبیعت موضوع (پیدا شدن مدارک جدید)، نمی‌تواند محدود به مهلت زمانی خاص باشد، و چه بسا دادگاهها آن را صحیح ندانند و اکراه داشته باشند که این محدودیت زمانی کلی موضوع بند ۳ ماده ۳۳ را نسبت به موارد مذکور در این بند نیز اعمال کنند. به هرحال، باید امیدوار بود که در این مورد رؤیه عملی مناسب در مسیر صحیح خود به وجود آید و توسعه یابد.

## ۲. بطلان ذاتی رأی داوری

موارد بطلان ذاتی رأی داوری به طور جداگانه در قانون جدید ذکر شده است و ماده

۱۰۵. بند ۳ ماده ۱۳ قانون نمونه آنسیترال اجازه می‌دهد که دیوان داوری در حالی که رسیدگی‌های جرح داور در جریان است رأی صادر نماید.

۳۴ آن علاوه بر دو مورد مذکور در ماده ۳۴ (۲) (ب) قانون نمونه آنسیترال،<sup>۱۰۵</sup> دلیل اضافی دیگری نیز برای بطلان ذاتی رأی و غیرقابل اجرا بودن آن، پیش بینی کرده است. طبق بند ۳ ماده ۳۴ قانون جدید، در موارد زیر رأی داوری باطل است:

«رأی داوری صادره درخصوص اموال غيرمنقول واقع در ایران با قوانین آمره جمهوری اسلامی ایران و یا با مفاد استاد رسمی معتبر معارض باشد، مگر آن که در مورد اخیر داور حق سازش داشته باشد».

باتوجه به آنچه در قسمت ب (۱) این مقاله تحت عنوان قابلیت ارجاع به داوری از حیث موضوع اختلاف توضیح دادیم معاملات مربوط به غیرمنقول اساساً معامله تجاری محسوب نمی شود و نیز باتوجه به فقدان تعریف مفهوم «تجاری» در قانون جدید، اصولاً درج بند ۳ ماده ۳۴ در قانون جدید محل تأمل است، زیرا روابط ناشی از معاملات غیرمنقول اصولاً تجاری نیست تا بتواند به داوری تحت قانون مذکور ارجاع و منتهی به حکم شده باشد.

در هر صورت ماده ۳۴ (۳) قانون جدید حاکم از آن است که رأی داوری راجع به غیرمنقولی که در ایران واقع شده، فقط در صورتی باطل است که مغایر با قوانین آمره یا مفاد سند رسمی معتبر باشد. به علاوه، داوری که به عنوان کدخدا منشی (با حق سازش) رسیدگی می کند، می تواند هنگام صدور رأی مقررات و قوانین آمره و نیز استاد رسمی را کنار گذارد. به عبارت دیگر، به موجب این ماده نه تنها امکان صدور رأی داوری در مورد غیرمنقول وجود دارد بلکه در صورتی که داور حق سازش داشته باشد می تواند هنگام صدور حکم نسبت به غیرمنقول، از قوانین آمره و مفاد استاد رسمی نیز عدول کند. این ماده قانون جدید شگفت آور است زیرا اساساً روابط ناشی از معاملات غیرمنقول، غیرتجاری است و در نتیجه داوری در مورد آنها از اصل در قلمرو قانون مذکور

۱۰۶ به موجب ماده ۳۴ قانون جدید این دو مورد عبارتند از: «در موارد زیر رأی داور اساساً باطل و غیرقابل اجرا است: ۱. در صورتی که موضوع اصلی اختلاف به موجب قوانین ایران قابل حل و فصل از طریق داوری نباشد. ۲. در صورتی که مفاد رأی مخالف با نظم عمومی یا اخلاق حسنه کشور و یا قواعد آمره این قانون باشد. ...».

به طور کلی مفهوم نظم عمومی که در قانون به آن اشاره شده، شامل اخلاق حسن و قوانین آمره هردو می‌شود. بنابراین مسلمان مهلت زمانی که در ماده ۳۳ برای پذیرش درخواست ابطال رأی داوری مقرر شده، شامل آرایی که به علت مخالفت با نظم عمومی کان لم یکن و باطل می‌باشد، نخواهد بود. در هرحال، هرگاه یکی از طرفین تقاضای شناسایی و اجرای رأی داوری مطابق مقررات قانون جدید را می‌کند، دادگاه ایرانی حق دارد ارتباط احتمالی موارد مذکور در ماده ۳۴ با رأی را مورد توجه و بررسی قرار دهد.

## ۵. اجرای حکم داوری

رأی داوری که با هیچ یک از موانع مذکور در مواد ۳۳ و ۳۴ قانون مواجه نباشد، قطعی و لازم الاجرا است.<sup>۱۰۷</sup> در صورتی که یکی از طرفین تقاضای شناسایی و اجرای حکم را بنماید و طرف مقابل درخواست ابطال آن را مطرح کند، دادگاه می‌تواند به درخواست طرفی که مقاضی اجرای حکم است، طرف مقابل را ملزم کند تأمین مناسب بسپارد.<sup>۱۰۸</sup> اهمیت این قيد در قانون جدید، از حیث اولویتی است که به اصل قطعی و لازم الاجرا بودن رأی می‌دهد.

قانون جدید مقرراتی در مورد نحوه شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی ندارد. این امر طبیعی است، زیرا نحوه شناسایی و اجرای حکم و تشریفات محول و موکول به مقرراتی است که در کنوانسیون‌های بین‌المللی، از قبیل کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک آمده است. در کشورهایی که مقررات خاصی در مورد شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی وجود دارد، اغلب متکی و مبتنی بر عضویت آنها در کنوانسیون مذکور و نیز رعایت قاعده رفتار متقابل است. به عنوان مثال، در ماده ۱۹۴ قانون بین‌المللی خصوصی سویس مقرر شده: «شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی مشمول مقررات کنوانسیون نیویورک

۱۰۷. رک: بند ۲ بخش «ب» این مقاله.

۱۰۸. بند ۱ ماده ۳۵.

۱۰۹. بند ۲ ماده ۳۵.

۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ در مورد شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی خواهد بود».  
در ایران نیز انتظار می‌رود، انتظاری که مطلوب و بجاست، که قانونگذار مسأله عضویت ایران در کنوانسیون نیویورک را در دستور کار خود قرار دهد. البته شایان ذکر است که هرچند در حال حاضر ایران عضو این کنوانسیون نیست، اما تحت قوانین جاری و موجود، شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی در ایران نیز ممکن و عملی است، «که بحث و تفصیل آن محتاج مجال دیگری است.

## ۳

### نتیجه‌گیری

در پایان، می‌توان گفت تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی گام بزرگی در جهت توسعه و به روز کردن مقررات ایران در باب داوری و نیز هماهنگی و انطباق آنها با الزامات داوری تجاری بوده است. قانون مذکور با پیش‌بینی ساختارهای انعطاف‌پذیر و تا حدود زیادی خود اجرا و مستقل برای داوری در اختلافات تجاری بین‌المللی، این گام بزرگ زا عملاً برداشته است. پاره‌ای از جزئیات و احکام این قانون، البته باید در رویه عملی تفسیر شود و تحول یابد. به موازات تحول رویه، اصلاح بعضی از مقررات و قوانین مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی ایران که پیامدهایی در داوری بین‌المللی دارند، نیز ضرورت می‌یابد. کوتاه سخن این که تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی تحولی ستودنی و در خور تقدیر است.

110. Abdoh, as note 3, above, pp. 101-103.



# چشم انداز انعقاد یک عهدنامه عمومی بین المللی

## درباره سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی

آ. آ. فتوروس  
A.A. FATOUROS

مترجم: دکتر امیر مسعود میرفخرایی

\* نوشتۀ حاضر ترجمه مقاله‌ای است با عنوان:

آ. آ. فتوروس استاد حقوق بین المللی اقتصادی دانشگاه آتن (یونان) که در شماره پاییز سال ۱۹۹۵ به قلم Towards an International Agreement on Foreign Direct Investment «مجلة حقوق سرمایه‌گذاری خارجی» از انتشارات «مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی» به چاپ رسیده است.

## ● مقدمه

تا چند دهه پیش تصمیم درباره فضای حقوقی حاکم بر سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی عمده‌تاً و شاید منحصرآ در اختیار دولتهای ذی ربط یعنی در قلمرو صلاحیت ملی کشورها شناخته می‌شد، در نوشتگات حقوق بین‌المللی و مکاتبات دیپلماتیک نیز مقوله سرمایه‌گذاری خارجی اصلاً در چارچوب قانون ناظر به مسؤولیت دولت در قبال زیان واردہ به خارجیان عنوان می‌گردد.<sup>۱</sup>

۱. از نظر دکترین حقوقی، قواعد و اصول حقوق بین‌الملل مربوط به مسؤولیت دولت، قواعد ثانویه حقوقی به شمار می‌روند یعنی این قواعد به موضوعاتی می‌پردازند که از جمله شامل اوضاع و احوال مربوط به نقض حقوق بین‌المللی و نحوه عمل ذی ربط و تبعات آن می‌شود، قواعد و اصول اساسی ناظر به حدود و شرایطی که حقوق بین‌المللی در مورد صلاحیت قضایی کشور میزبان نسبت به خارجیان و اموال آنان قائل است. و تخطی از آن ممکن است نقض حقوق بین‌المللی باشد. اصلاح‌جنبه حقوقی دارند و صحیح آن است که برای یافتن قواعد و اصول مزبور به آن بخش از قانون رجوع شود که صلاحیت (محلى و غيره) را تعریف می‌کند. لیکن از آنجا که قانون ناظر به مسؤولیت دولت در قرون نوزدهم و بیستم اکثراً در سیاق موارد مربوط به نحوه رفتار (یا سوء رفتار) نسبت به خارجیان یا اموال خارجی تکامل یافت، تا مدت درازی به وجه افتراق بین این دو بذل توجهی نشد تا این که در دهه ۸۰ - ۱۹۷۰ به مناسبت طرح گزارشات «روبرتو آگو» در باب مسؤولیت دولتها در کمیسیون حقوق بین‌المللی این موضوع بار دیگر طرف توجه قرار گرفت. در آن زمان تأمل علمی در دو پهنه آغاز شد، یکی شامل سایر زمینه‌های مسؤولیت دولت (مانند ایراد زیان مستقیم از سوی یک دولت به دولت دیگر) می‌گردید و دیگری تکمیل قواعد جامع تری را در مورد رفتار با خارجیان در بر می‌گرفت.

در این رابطه اقدامات متصور دولت عبارت می شد از ممانعت از ادامه عملیات سرمایه‌گذاری از طریق مصادره یا ملی کردن اموال، لغو قراردادهای دولتی، طرح ادعاهای فاحش مالیاتی و یا مباشرت هرگونه عملی که به منزله سلب مالکیت به طور «غیرمستقیم» یا «خزنده» باشد. موضوع رفتار (حتی تبعیض آمیز) دولت نسبت به سرمایه‌گذاری خارجی تنها زمانی (و به درجه ای) وارد ساحت کلی حقوقی شد که وقفه عمدۀ عملیات مربوطه را به دنبال آورد، هرچند نحوه برخورد با سایر جنبه‌های سرمایه‌گذاری به عنوان موضوعات مربوط به سیاست‌گذاری برپایه قراردادهای بین‌المللی یا روابط ویژه دوجانبه همچنان ادامه یافت.

در آن مقطع، مباحث جدی حقوقی عمدتاً روی محتوا و کاربرد اصول نافذ حقوق بین‌المللی ذی ربط مرکز و در صدد پاسخ به این پرسشها بود: حقوق بین‌المللی احیاناً چه حدودی را به اقتدار دولتها نسبت به خارجیان و شرکتهای متعلق به خارجی واقع در قلمروشان وارد می‌کند؟ تحت چه شرایطی کشور میزبان می‌تواند دعاوی و مسائل مربوطه را نزد مقامات قضایی بین‌المللی یا مراجع مشابه طرح نماید؟ ماهیت تأثیرات متقابل میان اصول گوناگون (و گاه متعارض) حقوق عرفی بین‌المللی از یکسو و همان تأثیرات میان قواعد عرفی و قراردادی مربوط از سوی دیگر، از چه قرار است؟

در واقع تنها خلال چند دهه گذشته است که مجموعه مسائل مربوط به سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، مورد بحث و تأمل حقوقدانان بین‌المللی و موضوع گفتگو و انعقاد عهدنامه‌های بین‌المللی قرار گرفته است. این دگرگونی در عطف توجه حاصل یک رشته تغییرات در عرصه اوضاع اقتصادی و سیاسی جهانی و همچنین خطوط مشی ملی می‌باشد، بویژه طی دو دهه اخیر، وقوع تغییرات قابل توجه در سرشت عملیات مربوط به سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و موقعیت سیاسی بین‌المللی منتهی به دگرگونی ریشه‌ای در سیاست‌گذاریهای غالب ملی و بین‌المللی نسبت به این امر مهم گردیده که در قالب قوانین مصوب در عرصه ملی و اسناد حقوقی منظم در پنهان بین‌المللی تجلی یافته است.

بدین ترتیب اینک طرز برخورد حقوقی با موضوع مورد بحث به کلی متتحول شده و ملاحظات مربوط به خط مشی عمدۀ توجه را به خود جلب کرده است. اکنون کوششها صرفاً توجه تشخیص قانون حاکم و یا حتی اصول و قواعد حقوقی «ذی ربط» نیست، بلکه

سعی در جهت تعیین خطوط مشی و اقداماتی است که در شرایط حاضر بتوانند مشوق تحرک و جریان سرمایه و دانش فنی در سطح بین المللی باشند. در این رهگذر ضرورت نقش و قدرت بازارها پیوند ناگسستنی فراینده‌ای با لزوم پیشبرد منافع کشورها می‌یابد و در نتیجه تأکید متوجه دو عامل‌هی گردد، یکی عهدنامه‌های بین المللی به عنوان منبع اصلی مقررات حقوقی مربوط و دیگری جزئیات مشخص عملیات سرمایه‌گذاری مستقیم.

مقاله حاضر با نگاهی به تاریخچه اخیر موضوع مورد بحث آغاز می‌شود و سپس به بررسی اجزای مت Shankله چارچوب حقوقی بین الملل جاری در مورد سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و وضعیت حقوقی برخی از عمدۀ مسائل مبتلا بها می‌پردازد و مطالعه را با نگرشی به ضرورت، امکان و مشکلات انعقاد یک عهدنامه عمومی بین المللی در این زمینه به پایان می‌برد.



## تاریخچه اخیر

طی قرن نوزدهم و نیمه اول قرن بیستم مفهوم سرمایه‌گذاری در سطح بین المللی غالباً عبارت می‌شد از سرمایه‌گذاری غیرمستقیم از طریق کسب دارایی اسنادی و یا خرید اوراق بهادرار، در این دوران سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی بخش نسبتاً کوچکی از کل فعالیت را تشکیل می‌داد که آن هم مربوط می‌شد به تدارک مواد خام در مناطق معین. هرچند در سالهای بین دو جنگ جهانی اوضاع و احوال شروع به تحول کرد اما در واقع طرز نگرش و مواضعی که امروزه مقوله سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی را می‌شناسد پس از جنگ دوم جهانی پیدایش و شکل کنونی خود را یافت.

### الف. سی سال نخست

در اوایل دوران پس از جنگ هیچ گاه احساس نیاز، خواه در سطح ملی و یا

بین‌المللی، به برخورداری از مزیتهای سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی متوقف نشد. با این‌همه طی حدود سه دهه که اوج آن را باید سالهای ۱۹۷۰ - ۸۰ دانست منظر کلی در بسیاری از کشورها نسبت به این امر با نوعی بدگمانی توأم بود. البته ملاحظات اعتقادی سهم مهمی در این نحوه تلقی داشت که نشانه‌های آن را در دوران پس از جنگ در روند ملی شدن صنایع در اروپای غربی و تاخت و تسلط کمونیسم در اروپای شرقی می‌توان دید، لیکن خیلی زود با پیشرفت نهضت استعمار زدایی دلمشغولی کشورهای در حال توسعه نسبت به سرمایه‌گذاری خارجی فزونی گرفت و بسیاری از آنان نگران شدند که مبادا قرار گرفتن امور بهره‌برداری از منابع طبیعی و اداره صنایع کلیدی شان در دست خارجیان سبب محرومیت این کشورها از مزایای حاصله اقتصادی و برکات استقلال اقتصادی و سیاسی گردد، نتیجه این که در این دوران کشورهای بسیاری از جمله دولتها جانبدار سرمایه‌گذاری خارجی ورود و فعالیت آن را منوط به شرایط و نظارت مبسوطی کردند.

بالجمله در چارچوب سازمانهای بین‌المللی به ویژه در سازمان ملل متحد، نظر به شناسایی جایگاه والایی در میان اهداف سازمان برای توسعه اقتصادی، کشورهای پیشرفت‌هایی که صادر کننده سرمایه نیز بودند رفته رفته خود را در موضع دفاعی یافتند. در این حال کشورهای در حال توسعه به ویژه مستعمرات پیشین در پی دستیابی به کنترل و اداره منابع طبیعی خویش به ترویج و جلو راندن اصل حاکمیت دائمی (و جدا نشدنی) کشورها بر ثروت و منابع خود برخاستند، تا این که به دنبال یک سلسله قطعنامه‌هایی که از سال ۱۹۵۲ راجع به این موضوع از تصویب مجمع عمومی گذشت، سرانجام در سال ۱۹۶۲ قطعنامه تاریخی ۱۰۸۳/۱۷ مبنی بر شناسایی حقوق مردم و ملتها نسبت به منابع و ثروتهاي طبیعی خود از جمله مشتمل بر حق کنترل و ملی کردن سرمایه‌گذاریها به اتفاق آرا به تصویب مجمع رسید. این قطعنامه که در واقع حاصل مصالحه بزرگی بین موضع و نظرات متباین بود لزوم تأدية خسارت مقتضی و رعایت قراردادهای منعقده بین سرمایه‌گذاران خارجی و دولتها را نیز مورد تأکید قرار داد. متعاقباً تا یک دهه بعد شمار موارد ملی کردن یا مصادره منافع خارجی در منابع طبیعی کشورهای در حال توسعه روز به روز زیادتر شد.

در سالهای ۱۹۷۰ - ۸۰ پس از وقوع نخستین بحران انرژی (نفت) مدت کوتاهی کشورهای در حال توسعه برنامه کار سازمان ملل متحد را در زمینه‌های امور توسعه و عمران

واز جمله در رابطه با سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی تعیین می‌کردند. در این مقطع خواستها و منویات این کشورها زیر شعار ایجاد یک «نظم نوین اقتصادی بین‌المللی» به منظور اعمال تغییرات اساسی در سیستم بازرگانی و مالی جهان - علی‌رغم ابراز مقاومت نسبی از سوی کشورهای پیشرفته - طی یک سلسله قطعنامه‌های مجمع عمومی رسمی تبلور یافت، در این قطعنامه‌ها در ارتباط با امور سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی توجه لازم به درخواست کشورهای میزبان جهت حفظ استقلال اقتصادی شان و همچنین شرکتهای فرا-ملیتی<sup>۱</sup> و ضرورت اعمال کنترل توسط کشورهای مزبور بر آنها مبذول گردید، متعاقباً ساز و کارهای گسترده‌ای در کشورهای مختلف از جمله در کشورهای در حال توسعه برای نظارت بر ورود سرمایه‌های مزبور و فعالیت آنها تعییه شد. برای مثال تصمیم شماره ۲۴ مندرج در معاهده اندین<sup>۲</sup> (منعقده در سال ۱۹۷۱ میان کشورهای امریکای لاتین) متضمن استقرار روشهای سخت و دقیق برای وارسی و کنترل سرمایه‌گذاری‌های مستقیم خارجی و انتقال دانش فنی - و از جمله شامل مقرراتی در باب الزام شرکتهای خارجی به استرداد یا سرمایه برداری پس از چند سال معین - را می‌توان به عنوان مجموعه قواعد و روشهای نمونه درسطح زیر- منطقه‌ای ذکر کرد.

کوشش در جهت برقراری موازینی برای طرز عمل شرکتهای فرا-ملیتی منتهی به انجام گفتگوهایی شد که هدف آن پذیرش مجموعه‌های تحت عنوان «آیین‌رفتار» یا «شبه قانون»<sup>۳</sup> بود که طبعاً الزام حقوقی نداشت. در این زمینه در سال ۱۹۷۶ گام نخست را در سطح منطقه‌ای «سازمان (اروپایی) همکاری و توسعه اقتصادی»<sup>۴</sup> برداشت که متضمن پذیرش بیانیه‌ای به نام «بیانیه در باب سرمایه‌گذاری بین‌المللی و شرکتهای چند ملیتی» می‌شد. این بیانیه از جمله شامل سندی بود راجع به طرز رفتار کشور میزبان نسبت به شرکتهای متعلق به خارجی به انضمام یک رشته رهنماوهای اختیاری برای شرکتهای چند ملیتی.

۲. شرکتهایی که در چند کشور دارای شعبه و منافع می‌باشند. مترجم. (TNES).

3. Andean Pact, Commission Of The Cartagena Agreement, Decision 24.

4. Soft Law.

5. Organisation for Economic Co - Operation and Development (OECD).

همزمان در چارچوب دستگاه سازمان ملل متعدد نیز مساعی مشابهی صورت گرفت که منجر به انجام گفتگو درباره چند مجموعه آیین رفتار گردید، هر چند در مورد برخی از آنها هرگز توافقی به دست نیامد. سایر مجموعه‌های آیین رفتار مربوط به موضوعات تخصصی تر می‌شدند. مثلاً در سال ۱۹۷۷ هیأت رئیسه دفتر بین المللی کار اعلامیه سه جانبه‌ای را در باب «اصول مربوط به رفتار شرکتهای چند ملیتی و سیاست اجتماعی» مورد پذیرش قرار داد. همچنین در سال ۱۹۸۰ مجمع عمومی سازمان ملل متعدد اقدام به تصویب یک رشتہ «اصول و قواعد منصفانه و مورد قبول چندجانبه برای کنترل روش‌های تحدید تجاری» کرد که گفتگوهای آن تحت سرپرستی کنفرانس سازمان ملل متعدد درباره تجارت و توسعه (انکتاد)<sup>۱</sup> انجام شده بود. از سوی دیگر، مذاکراتی که مدت‌های مديدة در چارچوب انکتاد برای پذیرش سندی راجع به «آیین رفتار بین المللی در مورد انتقال دانش فنی» جریان داشت به جایی نرسید. به هر تقدیر، صرفنظر از میزان توفیق رسمی این کشورها، گفتگوهای متعدد درباره مجموعه‌های آیین رفتار سبب گردید که زمینه‌های مشترک تفاهم راجع به رفتار صحیح شرکتهای فرا-ملیتی مشخص و بسیاری از مسائل مربوط روشن شود.

در سراسر این دوران اگر مساعی کشورهای پیشرفت‌های برای تأمین حمایت هرچه بیشتر از سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و آزادسازی آن از مقررات دست و پا گیر توفیقی در سطح جهانی به دست نیاورد اما توانست بر پایه‌های منطقه‌ای و دوچانبه پیشرفت‌های قابل ملاحظه‌ای را نصیب خود سازد. گزینش دو فقره «آیین آزاد سازی» از سوی کشورهای عضو سازمان همکاری و توسعه اقتصادی تدریجاً به استقرار اصول آزادی و ایجاد دستگاه نمونه برای اجرای اصول مزبور یاری رسانید. لیکن حتی در سازمان مورد اشاره کوشش برای تأمین حمایت فراگیر از سرمایه‌گذاریها با شکست مواجه شد. در این رابطه هرچند مقررات مندرج در پیش نویس کنوانسیون حمایت از اموال خارجی مورخ ۱۹۶۷ به عنوان الگو برای عهدنامه‌های دوچانبه حمایت از سرمایه‌گذاریها به کار رفت، اما پیش نویس مزبور هرگز برای امضای کشورها مفتوح نگردید و در حقیقت صرفاً بر یک اساس دوچانبه کشورهای پیشرفت‌ههای توانستند معیارهای خود را در مورد نحوه رفتار نسبت به سرمایه‌گذاریها به تعداد روز افزونی از کشورهای در حال توسعه بقولانند.

## 6. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD).

## ب. دهه‌های اخیر

تا پایان دهه ۱۹۷۰-۸۰ از توانایی کشورهای در حال توسعه در تعیین دستور کار روابط اقتصادی بین المللی به نحو چشمگیری کاسته شد و در دهه ۱۹۸۰-۹۰ روند اوضاع به کلی در جهت عکس قرار گرفت. کشورهای توسعه یافته پس از چیرگی بر محدودیتهای ناشی از بحران انرژی تغییراتی در قلمرو سیاستهای داخلی و اوضاع اقتصادی خویش پدید آوردند و روشهای دهه‌های پیشین را کنار گذاشتند به جای آن تئوریهای اقتصادی پول‌گرایی و نولیبرالی و همچنین عدم دخالت دولت در امور اقتصادی را ملاک کار قرار دادند. در این حال موقعیت اقتصادی کشورهای در حال توسعه بعضاً تحت تأثیر بدھی زیاد و کمبود اعتبار و سرمایه‌گذاری غیرمستقیم رو به ضعف نهاد و در نتیجه این کشورها متوجه شدند که اعمال سیاستهای کنترل شدید از جانب دولت در مورد سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی با هدفهای بهبود وضع اقتصادی همخوانی ندارد.

بنابراین دهه ۱۹۸۰-۹۰ و چند سال پس از آن دوران رشد آزادسازی مقررات سرمایه‌گذاری بود. در این زمینه مذاکرات بین کشورها برای انعقاد عهدنامه‌های دوجانبه جهت اتخاذ رفتار منصفانه نسبت به سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و حمایت از آن رو به فزونی نهاد به طوری که تا پایان سال ۱۹۹۴ کشورهای پیشرفتنه بیش از ۸۰۰ فقره از این نوع قراردادها را با کشورهای در حال توسعه منعقد نمودند. به همین منوال نحوه برخورد قانونگذاران کشورها با امر سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی مساعدتر شد. به قسمی که شرایط وارسی و بیزش سرمایه و کنترل ورود آن یا کلّاً کاهش یافت و یا در اکثر موارد حذف گردید، در سطح منطقه‌ای نیز همین روند دنبال شد. در این رابطه اصلاحیه‌های وارد به اسناد متبادله میان گروه کشورهای عضو معاہده‌اندیں راجع به سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و انتقال دانش فنی و همچنین مقررات کنوانسیونهای سوم و چهارم لومه بین جامعه اروپا و یک گروه بزرگ مشتمل بر کشورهای آفریقا، ای اقیانوس ساکن<sup>۳</sup> قابل ذکر می‌باشد.

### 7. The Third and Fourth Lomé Conventions Between The European Community and a Large Group of African, Caribbean and Pacific (ACP) States.

## چارچوب حقوقی جاری

### ۱. عناصر متشکله

امروز هیچ سند بین المللی که متنضم‌ن جمیع جهات و جنبه‌های سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و در برگیرنده تمامی یا اکثر کشورهای دریافت‌کننده سرمایه باشد وجود ندارد، البته شاید بتوان گفت که در حقیقت نوعی چارچوب حقوق بین المللی در زمینه مورد بحث وجود دارد لیکن باید اضافه کرد که چارچوب مزبور یکپارچه نیست و به اصطلاح یک «وصالی چهل تکه» متشکل از ضوابط و اسناد گوناگون در سطوح مختلفی از لحاظ شدت و ضعف توأم با خلاصه‌ای گسترده‌ای از نظر استعمال مسائل متعدد و کشورهای ذر ربط می‌باشد.

#### الف. حقوق عرفی

اصول و قواعد عرفی بین المللی همواره خاستگاه حتمی و لازم را برای نشو و نمای سایر ضوابط حقوقی ارائه می‌کنند. در این زمینه هرچند ممکن است این بیان با سلیقه حقوقی غالب همخوانی نداشته باشد لیکن واقعیت این است که طبق قواعد ناظر به اعمال صلاحیت محلی، حاکمیت ملی در بنیان تمامی چارچوب مورد اشاره قرار دارد. نتیجتاً صلاحیت دولتها برای اعمال نظرات بر ورود و فعالیت اشخاص حقیقی و حقوقی خارجی در قلمروشان از اصول مزبور نشأت می‌گیرد. سایر ضوابط مستقر حقوقی بین المللی مانند موازین مربوط به رفتار نسبت به خارجیان و مسؤولیت دولت در قبال زیانهای واردہ به خارجیان و اموالشان (به رغم وجود اختلاف در محتوا) بخشی از چارچوب حقوقی موردنبحث را تشکیل می‌دهند. مع ذلک در عین این که حقوق عرفی پایه مهمی برای قواعد و اصول حقوقی دیگر به شمار می‌رود در مورد مسائل مربوط به سرمایه‌گذاری مستقیم

خارجی غالباً وضوح و صراحة لازم را ندارد.

## ب. اسناد بین‌المللی

اسناد بین‌المللی خواه چندجانبه یا دو جانبه جهانی یا منطقه‌ای آشکارترین و ملموس‌ترین سهم را در ساختار چارچوب بین‌المللی مورد نظر دارا می‌باشد، در میان اسناد مزبور کنوانسیون‌های بین‌المللی با مشارکت کشورهای مختلف در سطح جهان، معاهدات منطقه‌ای و دو جانبه، همچنین تصمیمات و قطعنامه‌های سازمانهای بین‌المللی (که البته فاقد خصلت معاهده‌اند) را باید نام برد.

این اسناد از لحاظ وضع دقیق حقوقی، نفاذ شمول و طرز برخورد در سطوح بسیاری پراکنده‌اند و درست به لحاظ همین ناهمگونی و پراکنده‌گی است که کوشش در ارائه فهرست جامعی از آنها در این مرحله متضمن فایده چندانی نیست. با وجود این از باب تمثیل نه توصیف وافی و عمده‌ای برای نشان دادن ماهیت متنوع مقررات «مرفع» حقوقی موجود، می‌توان قرایینی به دست داد، البته در بخش بعد هنگام بررسی شماری از حوزه‌های قلمرو حقوقی مربوط به سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، ماهیت و محتوای واقعی این اسناد مجددآمودر تأمل قرار خواهد گرفت.

بسیاری از عهدنامه‌های اقتصادی (پولی، مالی یا بازرگانی) بین‌المللی (مانند توافقنامه صندوق بین‌المللی پول<sup>۱</sup> یا قرارداد عمومی درباره تعریفه و تجارت «گات»<sup>۲</sup>) که دارای بعد جهانی هستند در عین این که موضوعاً و مستقیماً به مقوله سرمایه‌گذاری خارجی مربوط نمی‌شوند، اما ارتباط نزدیکی با آن دارند، سایر عهدنامه‌های اقتصادی به جنبه‌های معینی از عملیات سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی مربوط می‌شوند که برخی از مشهورترین آنها اخیراً در چارچوب «مذاکرات اروگوئه»<sup>۳</sup> منعقد گردید و عبارت می‌شد از: «قرارداد عمومی درباره تجارت در زمینه خدمات» و «قرارداد درباره اقدامات سرمایه‌گذاری مربوط

### 8. Articles of Agreement of The International Monetary Fund (IMF).

General Agreement on Tariffs and Trade (GATT).<sup>۴</sup> توضیح این که با تشکیل سازمان تجارت جهانی (WTO) در اوایل سال ۱۹۹۵، گات جای خود را به سازمان مزبور داد - م.

### 10. Uruguay Round.

به تجارت». در حقیقت موضوع قرارداد اخیر تا یک دهه قبل منحصرأ داخل قلمرو نظم حقوقی سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی تلقی می‌گردید. پاره‌ای از عهدنامه‌های مهم قدیمی‌تر نیز با جنبه‌های بخصوصی از این موضوع ارتباط پیدا می‌کنند، برای مثال کنوانسیون بانک جهانی درباره حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاریها (مورخ ۱۹۶۵) و کنوانسیون مربوط به تأسیس آژانس تضمین چندجانبه سرمایه‌گذاریها (مورخ ۱۹۸۵) را می‌توان ذکر کرد.

پدیده حقوقی دیگری که مکمل قواعد و اصول مربوط در سطح جهانی است (و قبل‌آب آن اشاره شد) متون چندی تحت عنوان شبه قانون می‌باشد که به لحاظ شکل و عبارت دارای الزام حقوقی نیست. در این مورد نمونه‌های برجسته عبارتند از: آیین رفتار در چارچوب انکتاد راجع به روش‌های تحدیدی تجاری و اعلامیه سه‌جانبه دفتر بین‌المللی کار ناظر به روابط کارگری در شرکتهای فرا-ملیتی (به ترتیب مصوب اوخر دهه ۸۰ - ۹۰ ۱۹۷۰ - ۱۹۸۰) و همچنین رهنمودهای بانک جهانی راجع به چارچوب حقوقی طرز رفتار با سرمایه‌گذاری‌های خارجی. این متون در عین این که از نظر شیوه عبارت و محتوا بیانگر شرایط زمان تصویب می‌باشند همراه با مقررات مندرج در قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد و مضامین سایر اسناد فاقد الزام حقوقی، تا حدی فهرست اسناد بین‌المللی ناظر به سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی را تکمیل می‌کنند.

### ج. اسناد منطقه‌ای

در عرصه منطقه‌ای اسناد چندی موضوع سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی را به نحو مخصوص و تا حدی جامع مورد توجه قرار می‌دهند. در این زمینه «آیین‌های آزادسازی» مصوب سازمان همفکری و توسعه اقتصادی (که قبل‌آب آن یاد شد) به رغم محدودیت اشتغال پاره‌ای از جنبه‌های عملیات سرمایه‌گذاری خارجی، خود نمونه‌هایی شایان اعتنا به شمار می‌روند، نمونه مفید دیگر مصوبه «گروه اندیں» به شماره ۲۹۱ مورخ ۱۹۹۱ است که اهمیت آن نه تنها به خاطر محتوا که به لحاظ تاریخچه اش نیز می‌باشد. در

11. World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes.

12. Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA).

پیمانهای ناظر به ادغام اقتصادی منطقه‌ای مسائل مربوط به سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی نیز مطمح نظر قرار گرفته است. همین مرتب در پیمانهای مربوط به ایجاد «جوامع اروپا»<sup>۳۳</sup> و ناحیه‌تجارت آزاد امریکای شمالی (فتا)<sup>۳۴</sup> نیز درج گردیده، به علاوه قرارداد مربوط به تأسیس «اتحادیه اروپا»<sup>۳۵</sup> ضمن این که نفاذ و اعتبار قوانین ملی ذی ربط را عجالتاً می‌شناسد جابجایی آتی سرمایه را از سوی کشورهای ثالث به درون اتحادیه و بالعکس آزاد اعلام داشته، تمام تحرکات مزبور را در آینده تحت صلاحیت آن می‌گذارد.

مسائل مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی طرف توجه تعداد بی‌شماری از سایر اسناد منطقه‌ای نیز واقع شده است. مثلاً «پیمان منشور انرژی اروپا»<sup>۳۶</sup> همان‌گونه که از عنوانش بر می‌آید مستقیماً با بخش انرژی سروکار دارد لیکن مقررات مبسوطی را نیز درباره سرمایه‌گذاری مورد نظر در بر می‌گیرد. «کنانسیونهای لومه» منعقده بین جامعه اقتصادی اروپا (ای‌ای‌سی)<sup>۳۷</sup> و گروه کشورهای (ای، پی، سی) (که در بالا ذکر آن رفت) نیز شامل مقررات قابل توجهی راجع به سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشد که جامعه اروپا براساس آن اخیراً بیانیه‌ای در باب اصول مربوط به حمایت از سرمایه‌گذاری تصویب کرد. چند سند هم موضوعات بخصوصی مانند ایجاد و اداره شرکتهای چند ملیتی منطقه‌ای (یعنی مؤسساتی که پایگاه و کنترلشان در منطقه است اما از موقعیت ویژه‌ای در کشورهای شرکت کننده در مجموعه ادغام منطقه‌ای برخوردارند) را وجهه نظر خود قرار می‌دهد.

دیگر از اسناد قابل ذکر تعدادی متن شبه قانون در سطح منطقه‌ای می‌باشد، در این مورد متونی مانند «سند مربوط به رهنمودهایی در خصوص طرز رفتار شرکتهای چند ملیتی» بخشی از «اعلامیه سازمان همکاری و توسعه اقتصادی درباره سرمایه‌گذاری بین المللی» مصوب سال ۱۹۷۶ را تشکیل می‌دهند، در پایان سال ۱۹۹۴ نیز کشورهای عضو مجموعه همکاری اقتصادی آسیا واقیانوس آرام (ایک)<sup>۳۸</sup> یک رشتہ «اصول فاقد الزام حقوقی

### 13. European Communities.

14. North American Free Trade Agreement (NAFTA).

15. European Union (EU).

16. European Energy Charter Treaty.

17. European Economic Community (EEC).

18. Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC).

راجع به سرمایه‌گذاری» را که به چندین مبحث عمده سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی مربوط می‌شد مورد تصویب قراردادند.

## ۵. سایر اسناد

در جمع آوری فهرست اسناد گوناگونی که چارچوب حقوق بین‌الملل مربوط به سرمایه‌گذاریهای مستقیم خارجی را می‌سازند انبوه معاہدات دوجانبه درباره تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری را نمی‌توان نادیده انگاشت. البته این معاہده‌ها از لحاظ عبارت و تأکید یکسان نیستند اما با محدود مسائلی که سروکار دارند به نحو نسبتاً یکنواخت برخورد می‌کنند. نقش مهم این معاہدات در ترغیب بعضی از کشورها به پذیرش کاربرد ضوابطی مانند برخورد منصفانه دولت، جابجایی و انتقال آزادانه تر وجوه و تأدیه خسارت در قبال ضبط اموال یا سلب مالکیت شایسته ذکر است. همین اسناد به منزله مأخذی اطمینان بخش برای سرمایه‌گذار احتمالی و غالباً حاوی مقرراتی در باب حل و فصل اختلافات می‌باشند.

سرانجام یکی از اجزای مهم تشکیل دهنده چارچوب تحت مطالعه، قوانین ملی کشورها در خصوص سرمایه‌گذاری خارجی و نحوه برخورد با آن می‌باشد. این قوانین که در اصطلاح متقدم حقوقی واجد خصلت «داخلی» (نه بین‌المللی) هستند یکی از جنبه‌های اصلی چارچوب حقوقی بین‌المللی به شمار می‌روند، رویه‌ها و قواعد بین‌المللی به مقتضای سرشت و اهداف فرا-ملیتی که دارند دائم از رویه‌ها و قواعد داخلی کشورها متأثر می‌شوند و متقابلاً بر آن اثر می‌گذارند و طبق یک رابطه منطقی مستمر گاه از آن تبعیت و گاه آن را تکمیل یا جایگزین می‌کنند.

بر این اساس، تأثیر متقابل قوانین ملی و قواعد بین‌المللی در کانون رژیم حقوقی سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی قرار دارد و قوانین ملی مقولات و مفاهیم حقوقی لازم را برای عملیات تجاری عموماً و سرمایه‌گذاری خارجی خصوصاً مستقر می‌نمایند. در این حال مصوبات تقنینی قواعد مشروحی را برای ایجاد ترکیب و بسیاری از جنبه‌های دیگر فعالیت شرکتهای تجاری مقرر می‌دارند، به همین منوال قوانین مربوط به تأمین اعتبار، وضع مالیات، روابط کارگری، اموال معنوی و موضوعات بسیار دیگر بر خطوط مشی و اعمال

شرکتهای تحت کنترل خارجی اثر می‌گذارند. در واقع قوانینی که در اکثر کشورها مخصوصاً با ورود و فعالیت سرمایه‌گذار خارجی سروکار دارند تنها بخش کوچکی از رژیم حقوقی پیچیده‌ای هستند که موقعیت و طایف سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی را تعیین می‌کند.

## ۳

### چارچوب حقوقی جاری

#### ۲. موضوعات اساسی

درک ماهیّت عملی و بالقوه چارچوب حقوق بین‌المللی ناظر به سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی نیازمند نگرش به موضوعات ویژه تحت پوشش آن می‌باشد و طبعاً بار دیگر عامل تأثیر متقابل موازین و مقررات داخلی و بین‌المللی توجه عمده را به خود جلب می‌کند. در این رابطه مباحث اصلی عبارتند از: پذیرش سرمایه‌گذاری (یعنی ترتیب ورود و استقرار آن)، نحوه رفتار با شرکتهای متعلق به خارجیان، انتقال وجوده (اعم از حوالجات و سرمایه) به خارج کشور میزبان، آثار و تبعات هرگونه اقدام عمده از قبیل ضبط یا مصادره اموال و لغو یا ابطال قراردادهای دولت به منظور جلوگیری از ادامه عملیات، و سرانجام، فیصله اختلافات.

ضرورت بررسی شکل و ماهیّت موازین حاکم به این مسائل بر پایه اسناد و معیارهایی است که چارچوب فعلی حقوق بین‌المللی ذی‌ربط را با اعتنا به برداشتهای اطراف ذی نفع، تشکیل می‌دهند، بدیهی است که در این مقام این بررسی نمی‌تواند جز ایجاز و ایما صورت گیرد ولذا ادعایی به جامعیت و دقت ندارد.

## الف. ورود و استقرار

از دیدگاه حقوقی ورود و استقرار دو مفهوم مشخص اما از نزدیک مرتبط هم هستند، یعنی در حالی که «ورود» ممکن است مفید فعالیتهای دیگری غیر از سرمایه‌گذاری نیز باشد، «استقرار» معمولاً شامل ورود، حضور مداوم و دنبال کردن فعالیتهای اقتصادی توسط اشخاص حقیقی و حقوقی خارجی می‌شود. به موجب قاعدة مقدم حقوق بین المللی دولتها اختیار دارند ورود و به طور کلی استقرار خارجیان را در قلمرو سرمایه‌خود مجاز یا منعو اعلام کنند. اکثر اسناد بین المللی مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی نیز این قاعده را یا ضمناً مورد قبول و یا صریحاً مورد تأکید قرار می‌دهند مع ذلك چون کشورها قیود و تعديل‌هایی را نسبت به آن پذیرفته‌اند لذا کاربرد قاعدة مزبور در تطبیق به مورد، نیاز به بررسی و بازبینی دقیق دارد هرچند قیود و تعديل‌ها لطمه‌ای به اعتبار قاعده وارد ننموده‌اند.

در عین حال تفاوت‌های بسیاری در نحوه دقیق برخورد با مفاهیم پذیرش و استقرار و رابطه مشخص بین این دو وجود دارد. عمل متقابل بین معیارهای برخورد (مطلق یا نسبی) هنگامی اهمیت ویژه پیدا می‌کند که تفاوت‌های ممکن در تأثیر معیارهای مختلف در انواع محدودیتها مورد توجه قرار گیرد، برای مثال محدودیتهای مقرر به سود سرمایه‌گذاری دولتی و به زیان سرمایه‌گذاری خصوصی باید با محدودیتها بیان که به سود سرمایه‌گذاری داخلی و به زیان خارجی است فرق داشته باشند.

همانطور که قبل‌آمدیم در نخستین دهه‌های پس از جنگ دوم جهانی کنترل ورود سرمایه خارجی روال معمولی دولتها شده بود و نسبت به کشورهای پیشرفت‌یا در حال پیشرفت هم فرقی نمی‌کرد، به قسمی که در نیمة ۸۰ - ۱۹۷۰ همه جا ساز و کارهای مفصل و پیچیده‌ای برای کنترل و بیزش سرمایه‌گذاری برقرار شده بود. البته شرایط دولتها میزبان برای صدور اجازه سرمایه‌گذاری شامل آمیزه‌ای مرکب از عملکرد سرمایه‌گذار و انگیزه‌ها و مزایای مقرره می‌شد، در سطح منطقه‌ای تصمیم شماره ۲۴ «معاهده‌اندیں» را به عنوان مثال می‌توان نام برد.

لیکن به سبب موقیت محدود کنترلها در تأمین اهداف خود همچنین آغاز یک روند کلی به سوی آزادسازی سرمایه‌گذاری، در سالهای نیمة دوم دهه ۸۰ - ۱۹۷۰ جریان

کار چه در پنهان ملی و خواه در صحنه منطقه ای تا حد زیادی در جهت عکس قرار گرفت، در نتیجه کنترلها در چندین کشور یا به کلی حذف و یا از شدت آن به نحو قابل ملاحظه ای کاسته شد، البته اکثر کشورها خواه از طریق مصوبات مشخص پارلمان و یا تحت عنوان اصولی کلی مانند مقتضیات امنیت ملی، محدودیتها را نسبت به ورود سرمایه گذاری به بخش‌های معینی همچنان حفظ نموده اند، به طور کلی می‌توان گفت که در عین این که حرکت به سوی آزادسازی مشخصاً دیده می‌شود اما محدودیتها عمدۀ ای در مورد ورود سرمایه گذاری مستقیم خارجی چه در کشورهای پیشرفت و چه در حال پیشرفت هنوز پابرجاست.

در سطح منطقه ای نیز در اوایل دهه ۹۰ - ۱۹۸۰ سازمان همکاری و توسعه اقتصادی «آیین‌های آزاد سازی» را با در نظر گرفتن استثنایات محدودی در مورد استقرار سرمایه گذاری سعه بخشدید. در این حال معاہدات ادغام منطقه ای ضمن لغو تدریجی محدودیتها مریوط به استقرار میان کشورهای مشارکت کننده، گسترش اعمال این اصل را در مورد کشورهای وابسته آغاز کرده اند. مثلًا در رابطه با «جامعه اروپا» معاہده ایجاد یک «ناحیه اقتصادی اروپایی» (مورخ ۱۹۹۲) " و عهدنامه‌های اخیر با بعضی از کشورهای در حال انتقال اقتصادی (به عنوان متعاهدین وابسته) " آزادی استقرار را اعلام می‌نمایند، در امریکای لاتین نیز تصمیم شماره ۲۹۱ (سابق الذکر) «معاهده اندیں» اکثر شرایط بیزش و سایر محدودیتها را ملغی ساخته است.

پیمان منشور انرژی اروپا که بخش عمدۀ ای را در بر می‌گیرد و کشورهای پیشرفت و در حال انتقال منطقه در آن مشارکت دارند، از لحاظ متن و تاریخچه نمونه جالبی از پیچیدگی مقررات بین المللی ناظر به ورود و استقرار سرمایه می‌باشد. این پیمان یک سلسه مقررات مهمی را به مسائل سرمایه گذاری اختصاص می‌دهد، ولی ضمن شناسایی مساعدترین موازین «رفتار ملی» " یا دولت کاملة الوداد برای سرمایه گذاری پیشین، صرفاً مقرر می‌دارد که: «بهترین مساعی برای تضمین طرز رفتار احسن نسبت به سرمایه گذار آتی

#### 19. European Economic Area.

#### 20. Association Agreements With Countries in Transition.

۲۱. رعایت برابری بین اتباع خارج و اتباع کشور میزبان.

نیز باید مبذول گردد». لیکن در عین حال مقرر می کند که بلا فاصله پس از امضای پیمان منشور گفتگو برای انعقاد یک معاهده تکمیلی جهت تحکیم و تقویت تعهد کشورها نسبت به موازین رفتار ملی و دولت کاملة الوداد آغاز شود.

به طوری که تاریخچه این ترتیب منطقه ای نشان می دهد، در بد و امر نظر براین بود که مقررات ناظر به پذیرش سرمایه گذاریها کاملاً لازم الاتبع (ونه صرفاً موکول به بدل «بهترین مساعی») باشد ولی به زودی معلوم شد مadam که بیشتر کشورهای در حال انتقال قوانین خود را درباره طرق دسترسی سرمایه گذاران خارجی به منابع طبیعی کشور به اندازه کافی تغییر نداده اند چنین مقرراتی نمی توانند مورد توافق قرار گیرد بدین ترتیب بدیهی است که با نامعلوم بودن محتوا و شکل واقعی طرز برخورد و رفتار ذی ربط، هیچ گفتگوی منطقی درباره تعهد اساسی نسبت به موازین مربوط به طرز رفتار ملی و دولت کاملة الوداد نمی توانست صورت پذیرد. علی هذا طرفهای مذاکره کننده بر آن شدند که به جای تأخیر در انعقاد تمام معاهده، توافق بر سر این موضوع بخصوص را به چند سال بعد (و طی یک معاهده تکمیلی برای انعقاد در پایان سال ۱۹۹۸) موکول کنند.

رونده آزاد سازی مقررات مربوط به پذیرش سرمایه گذاری در سطوح دیگر نیز جریان دارد. در پنهانه جهانی معاهداتی که اخیراً راجع به بازار گرانی خدمات و سرمایه گذاریهای مربوط به تجارت در چارچوب «قرارداد عمومی درباره تعرفه و تجارت» (مذاکرات اروگوئه) منعقد شده است مشهورتر از آنند که نیاز به توضیح بیشتر داشته باشند، به همین منوال اصول مربوط به سرمایه گذاری مصوب مجموعه کشورهای آپک متضمن مقرراتی درباره منع تبعیض (یعنی رفتار به مقتضای اصل دولت کاملة الوداد) در رابطه با پذیرش و رفتار شایسته دولت در ارتباط با استقرار شرکتهای خارجی می باشد.

و بالاخره در ساخت روابط دوجانبه، انبوه عهده نامه های سرمایه گذاری تدریجاً اقتدار دولتهای میزبان را در جلوگیری از ورود شرکتهای وابسته خارجی محدود می کنند و اکثر معاهدات دوجانبه ذی ربط، ضمن اشتغال فقراتی در باب لزوم اجرای قوانین و مقررات کشور میزبان در ارتباط با پذیرش سرمایه گذاری، نیاز به ایجاد شرایط مساعدی برای سرمایه گذار خارجی را نیز مورد تأکید قرار می دهند. در این زمینه معاهدات دوجانبه بین ایالات متحده و سایر کشورها شامل موازینی ناظر به طرز رفتار ملی و دولت کاملة الوداد در

حوزه مسائل مربوط به ورود و استقرار سرمایه می باشد.

بنابراین در کلیه سطوح و در ارتباط با تمام موازین متنوع حقوقی که چارچوب رژیم حقوقی (بین المللی) سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی را تشکیل می دهند به وضوح می توان حضور روندی را به سوی آزادسازی ورود سرمایه از قید شرایط دست و پا گیر ملاحظه کرد. در عین حال پاره‌ای از محدودیتها همچنان در این حوزه برقرارند و طبق مدلول اسناد موجود بسیاری از آنها از اعتبار نیز برخوردارند در مجموع شاید این جنبه سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی کمترین بهره را از حرکت آزاد سازی به خود اختصاص داده است.

## ب. نحوه برخورد حقوقی پس از پذیرش

یک شرکت خارجی که از طرف دولتی برای فعالیت سرمایه‌گذاری پذیرفته می شود تحت صلاحیت داخلی کشور میزبان قرار می گیرد یعنی عملیات خود را در چارچوب سیستم حقوقی کشور مزبور انجام می دهد و در همه حال ملزم است قوانین و مقررات آن را رعایت و پیروی کند. لیکن با این که در اعتبار هسته مرکزی این الزام تردیدی نیست ولی جوانب بیرونی آن را می توان زیر سؤال برد زیرا طرز برخورد حقوقی نسبت به عملیات شرکتهای متعلق به خارجیان سلسله مسائلی را به بار می آورد که غالباً تحت عنوان نظریه «رفتار تبعیض آمیز» مطرح می شوند، می توان این نظریه را که در کانون حقوق اقتصادی بین المللی قرار دارد از لحاظ ارتباط با رژیم حقوقی سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی از دیدگاه سه معیار مد نظر آورد.

معیار نخست مربوط می شود به رعایت عدم تبعیض میان خارجیانی که اتباع کشورهای مختلف می باشند. مفهوم سنتی این مضمون «رفتار به مقتضای اصل دولت کامله الوداد» است که به موجب آن یک دولت نباید با اتباع (مقیمان) شرکتها و فراورده‌های یک کشور به نحوی برخورد کند که در مقایسه با طرز رفتارش نسبت به اتباع، شرکتها و فراورده‌های کشور ثالث نامساعدتر باشد. معیار دوم با رعایت برابری بین اتباع خارج و اتباع کشور میزبان سروکار دارد. هر دوی این معیارها چه به طور جداگانه و یا توأم در مراحل گوناگون و جنبه‌های مختلف حضور و فعالیت شرکتها وابسته خارجی به کار

می‌روند. در اینجا باید گفت در حالی که در برابر کاربرد کلی معیار دوم مقاومت وجود دارد به نظر می‌رسد که رفتار به مقتضای اصل دولت کاملة الوداد عموماً مورد قبول می‌باشد. دو معیار مورد اشاره موجودیت و اعتبار خود را از عهدنامه‌های منعقده بین کشورها کسب می‌کنند و از نظر اعمال استثنایات و قیود اهمیت بسیار دارند. البته پاره‌ای استثنایات از قبیل اقدامات مبتنی بر حفظ امنیت ملی و نظم عمومی به طور کلی مورد پذیرش می‌باشند و در سایر موارد، معمولاً نظارت یک دستگاه صالح بین المللی عده‌ها و تحفظ‌هایی به صورت محدود پذیرفته می‌شوند. برای کشورهای در حال توسعه نیز در پاره‌ای اوقات آزادی عمل بیشتری در مبادرت به اقدامات تبعیضی علیه سرمایه‌گذاران خارجی شناخته شده است.

سومین جنبه رفتار تبعیض آمیز به صورت تبعیض به سود سرمایه‌گذار خارجی از طریق ارائه انگیزه‌ها و دیگر انواع رفتار ویژه و امتیازات جلوه‌گر می‌شود. البته معیار مربوط به رعایت برابری بین اتباع خارج و کشور میزبان چنین عملی را مجاز می‌دارد، چون به موجب آن رفتار ذی ربط نباید از رفتار با اتباع کشور میزبان «نامساعدتر» باشد لیکن این واقعیت پاسخ قانون کننده‌ای نسبت به مسائل مربوط به خط مشی دولت ارائه نمی‌دارد. در بسیاری موارد، توجیه برقراری رفتار ویژه نسبت به سرمایه‌گذاران خارجی در این است که این سرمایه‌گذاران ممکن است واجد شرایطی باشند که با شرکتهای داخلی به مراتب فرق کند. در این صورت سرمایه‌گذاران خارجی با همتایان داخلی خود در «وضعیت مشابه» قرار نخواهند داشت و بدین لحاظ رفتاری که با آنان می‌شود، نمی‌تواند مشابه رفتار با شرکتهای داخلی باشد. ایجاد تضییقات در برابر انتقال وجوده به خارج منطقاً در شمار این نوع موقعیتها قرار می‌گیرد. در این خصوص توجیه رفتار ویژه با سرمایه‌گذاران خارجی می‌تواند از این بابت باشد که ارتباشان با شرکتهای مادر و وابسته در خارج از کشور میزبان ولذا ضرورت امکان ارسال حوالجات به خارج، وضع آنان را به کلی از موقعیت همتایان داخلی شان ممتاز می‌سازد. به هر تقدیر در اکثر اسناد مربوط به سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی اعم از عمومی، منطقه‌ای، دوچانبه و یا حتی ملی، مقرراتی درباره آزادی انتقال حوالجات مرتبط با سود یا حق امتیاز و تا حد کمتری در مورد سرمایه خارجیان یافت می‌شود. به علاوه در زمانهایی که محدودیت ارزی برقرار است، در واقع

تعهد دولت مبنی بر آزادی انتقال وجوه مربوط به سرمایه‌گذاران خارجی از صرف زدودن محدودیتها فراتر می‌رود یعنی عملاً به منزله تضمینی می‌شود جهت تأمین ارز لازم برای امر مورد نظر.

ولی در سایر موارد ممکن است برقراری رفتار ویژه جهت سرمایه‌گذاران خارجی به آسانی قابل توجیه نباشد چون امکان دارد که این اقدام کوششی برای جلب سرمایه از راه اعطای موقعیت ممتاز به خارجیان تلقی گردد و در نتیجه به خاطر قرار گرفتن شرکتهای داخلی در معرض رفتار نامساعدتر، دولت با مسائل دشواری در زمینه سیاست‌گذاری روبرو شود.

فارغ از این که تنگناهای مورد بحث تبعیض آمیز باشند یا نباشند، کوشش در جهت رفعشان عامل مهمی است در چارچوب حقوقی سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، چارچوبی که در حال پدیدار شدن می‌باشد، در گذشته تضییقات ناظر به پذیرش سرمایه غالباً با محدودیتهای در مورد چند جنبه مربوط به حضور و فعالیت شرکتهای خارجی در کشور میزان توأم بود که از جمله تحدید مالکیت (مانند مشارکت اجباری با شرکتهای محلی)، محدودیت در استخدام کارمندان خارجی، محدودیت در فراهمی اعتبارات مالی در محل و غیره را شامل می‌شد، با این که تحدیدهای مزبور به هیچ وجه از بین نرفته اما روند کلی در قانون‌گذاری ملی (و در پاره‌ای موارد در مقررات ذی ربط مندرج در اسناد بین‌المللی) آشکارا در جهت منفی است. همچنین تحمیل شرایط عملکرد به سرمایه‌گذاران خارجی که اخیراً روال معمولی کشورهای میزان گردیده، در حال حاضر مورد حمله شدید قرار دارد و شاهد این مدعای مقررات عهدنامه‌گروه اروگوئه درباره این موضوع و معاهدات دوجانبه اخیر ایالات متحده می‌باشد.

## ج. مانعهای عمدۀ ادامه عملیات سرمایه‌گذاری

تا مدت‌ها یکی از موضوعات عمدۀ در زمینه روابط حقوقی بین‌الملل ناظر به سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی عبارت می‌شد از امکان مصادره یا ملی کردن سرمایه‌گذاریها، همان‌گونه که در پیش گفته شد بخش اعظم نوشتگات حقوقی ذی ربط نیز با این موضوع

سر و کار دارد و شرایط ضبط قانونی اموال و عواقب آن به ویژه تأثیر خسارت را مفصل‌آمود بحث قرار داده است. به همین منوال اکثر اسناد حقوقی به ضرورت و چگونگی تأثیر خسارت پافشنه اند و بالمره متعرض ممنوعیت سلب مالکیت نشده اند، نمونه‌های این گونه مضماین را می‌توان در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و بسیاری از اسناد مذکور در فوق یافت.

در سالهای اخیر، به دنبال نوعی فیصله بقایا و تبعات دوران پیشین (از جمله حکومت استعماری) و بروز ناخشنودی عمومی از روش‌های دولت در برخورد با مسائل مربوطه، به نظر می‌رسد که موارد مصادره اموال خارجی رو به کاهش است. لیکن تا آنجا که اطلاع دارم طی ده‌الی پانزده سال گذشته هیچ گونه مطالعه جامعی درباره این موضوع صورت نگرفته و لذا نمی‌توان در این زمینه به استنتاجات قطعی مبادرت ورزید. از این قرار با فقدان مطالعات لازم ناچاریم به اطلاعات کلی و برداشت‌های پراکنده‌ای اعتماد کنیم که خود مبتنی بر مطالب منتشره راجع به احکام داوری و مانند آن می‌باشند، ظاهراً اقداماتی از قبیل ملی کردن اموال خارجی به لحاظ گسترده‌گی و عمق تأثیرشان دیگر محتمل الوقوع نیستند، مع ذلک نمی‌توان امکان اقدامات بخصوصی را از جانب دولت عليه سرمایه‌گذاران معینی ضرورتاً استثنای کرد. بدین لحاظ احتمالاً موارد ابطال اسناد قراردادی دولت «به معنای اعم کلمه» (از جمله شامل انواع مختلف تضمینات ویژه دولتی) همچنان ادامه خواهد یافت ولی نظر به این که نظام دیرین اعطای امتیازات دیگر معمول نیست، از این رو اطلاع مقتضی درباره آثار و اشکال و یا نحوه‌های غالب تأثیر خسارت در دست نداریم.

درست است که بنا به مراتب بالا شاید موضوع مورد بحث اولویت خود را عملًا از دست داده باشد لیکن هنوز در موارد خاصی امکان مبادرت به اقداماتی از سوی دولت میزبان وجود دارد که می‌تواند توقف کامل (یا عمدۀ) عملیات شرکت سرمایه‌گذاری را سبب شود. در این رابطه عاملی که ابراز نگرانی را در قالب اسناد بین‌المللی مربوط به سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی توجیه می‌کند میزان زیان بالقوه سرمایه‌گذار است نه احتمال وقوع آن. در این حال به نسبتی که سابقه سیاسی چنین اقداماتی دستخوش تحول گردیده - و در حل و فصل مسائل یا اختلافات بخصوصی ایفای نقش را برای اقدام فردی (نه به عنوان

بغشی از یک حرکت گسترش اجتماعی - سیاسی) محتمل ساخته است. شاید امروزه نیاز مبرم آنقدرها به توافق درباره اصول و قواعد کلی نباشد که احتیاج به حصول اطمینان نسبت به امکان مراجعة به ساز و کارهای مربوط به فیصله اختلافات ذی ربط.

## د. فیصله اختلافات

موضوع اصلی دیگری که در فهرست مسائل تحت پوشش استاد بین المللی مربوط به سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی قرار دارد عبارت است از: فیصله اختلافات. البته نوع اصلی اختلافاتی که مورد توجه مستقیم این استاد است، اختلافات بین سرمایه‌گذار و دولت میزبان می‌باشد. در این زمینه در اکثر موارد برخورداری از داوری بین المللی تحت سرپرستی «مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاریها» یا زیر نظر «اتاق بازرگانی بین المللی» امکان پذیر است و پاره‌ای اوقات در عهدنامه‌های دوجانبه بین المللی (مانند عهدنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری) مقرراتی درباره مراجعة به این دستگاهها منظور گردیده، هرچند به نظر می‌رسد که سرمایه‌گذاران (و برخی از دولت‌کشورهای توسعه یافته) معتقدند که خلاهای فاحشی در کار دستگاههای مزبور وجود دارد. به رغم مقبولیت روز افزون نهاد داوری هنوز نکات اختلاف درباره آن بسیار است.

یکی مربوط می‌شود به مقطع زمانی توافق در خصوص ارجاع اختلاف به داوری، یعنی بخصوص باید روش شود که آیا چنین توافقی باید پیشاپیش از طریق درج (به اصطلاح متعارف) یک «شرط مصالحة» در قرارداد اولیه یا سند دیگر به عمل آید یا پس از بروز اختلاف طی یک «موافقتنامه ویژه داوری» صورت گیرد. در حالی که در این مورد طرز عمل به هیچ روی همگون نیست استاد بین المللی اخیر از قبیل نفتا و پیمان منشور انرژی اروپایی نشان از تمایل به رویه نخست دارند که با رویه متدالو در داوری اختلافات بازرگانی تمام خصوصی و همچنین بعضی از گرایشهای مربوط به فیصله اختلافات بین الدول مطابقت می‌کند.

22. Clause Compromissoire.

23. Compromis.

دومین نکته دشوارتر مربوط است به تداوم امکان درخواست داوری برای طرف خصوصی ذی ربط پس از تسلیم دعوا به دادگاههای داخلی کشور میزبان. شماری از اسناد اخیر که پیمان منشور انرژی اروپایی برجسته ترین آن است چنین امکانی را مقرر داشته‌اند، هرچند اختیار تصمیم مغایر برای کشورهایی که نمی‌خواهند (یا طبق قوانین داخلی نمی‌توانند) تعهد مذبور را بپذیرند در جای خود محفوظ است. البته در ک این مضمون چندان آسان نیست چون حتی صرف نظر از ملاحظات کلی تر مبنی بر تعارض «امکان» مذبور با روح شرط «رفتار ملی»، صرف اجازه تغییر تصمیم به طرفی که قبل از جهت دیگری را برای جریان و آینین کار پذیرفته است به جنبه رضایی سیستم حل و فصل اختلافات آسیب می‌رساند.<sup>۴۴</sup>

رسیدگی به اختلافات بین سرمایه‌گذار و اطراف خصوصی دیگر مانند شرکتهای محلی یا رقبای خارجی اصولاً به موجب شرط رفتار ملی در مورد سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، داخل حوزه صلاحیت دادگاههای کشور میزبان قرار می‌گیرد. در واقع امکان دسترسی سرمایه‌گذار خارجی به آینین دادرسی و چاره‌های حقوقی در کشور سرمایه‌پذیر بخشی از شرط رفتار ملی می‌باشد. در حالی که در سالهای اخیر رویه تجاری به سوی استفاده بیشتر از داوری بازرگانی بین‌المللی گراییده، رویه مذبور هنوز منزلت یک اصل حقوقی بین‌المللی را کسب نکرده است. مع ذلك می‌توان آن را به عنوان جزئی بدیهی از چارچوب حقوقی مورد بحث به حساب آورد، البته مراجعه به داوری امری است که در برآ آن باید اطراف خصوصی ذی ربط تصمیم بگیرند، ولی معلوم نیست که کوشش در ساخت و پرداخت در ک درستی از آزادسازی مقررات سرمایه‌گذاری بتواند از تدوین قوانین ملی مبتنی بر تحديد رجوع مذبور جلوگیری به عمل آورد.

۴۴. مفروض استدلال فوق این است که مسؤولیت اطراف مربوطه نسبت به انجام تعهدات و در قبال اعمالشان جزء لا ینفك هر سیستم رضایی می‌باشد. البته در صورتی که دادگاه یا مرجع ذی ربط به دلیل عدم صلاحیت از رسیدگی به دادخواهی طرفی که ترتیب رسیدگی بخصوصی را گزیده است استنکاف ورزد، وضعیت متفاوت خواهد بود.

## ه . تکالیف بین المللی سرمایه‌گذاران

آخرین رشته مسائلی که در چارچوب حقوق بین المللی مربوط به سرمایه‌گذاری خصوصی مطرح است مربوط می‌شود به امکان وجود تکالیف بین المللی برای شرکتهای سرمایه‌گذار، البته در حقوق بین المللی عرفی به دو دلیل چنین امکانی متصور نیست یکی این که، چون سرمایه‌گذاران اشخاص خصوصی می‌باشند لذا حقوق و تکالیف‌شان در قلمرو حقوق بین المللی قرار نمی‌گیرد و دیگر این که مسائل مرتبط با سرمایه‌گذاری خارجی منحصرأ در حوزهٔ صلاحیت داخلی کشورها شناخته می‌شوند. ولی اصل موضوع ارتباطی با ملاحظات تشریفاتی (حقوقی) ندارد بلکه به اتخاذ خط مشی مربوط می‌شود. زیرا به محض این که راجع به تکالیف ذی‌ربط تصمیم گرفته شود هرگونه مشکل تشریفاتی در تبلور یا اجرای تکالیف مزبور را می‌توان به آسانی از میان برداشت، برای مثال می‌توان کشورهای سرمایه‌گذار یا سرمایه‌پذیر را مجاز یا ملزم کرد که اقدام لازم معمول دارند یا از قالبهای اعلامی مقتضی در جهت مقصود بهره گرفت. در این زمینه سابقهٔ کنوانسیونهای بین المللی دربارهٔ حمایت دریاها در برابر آلودگی که تکالیفی را برای کشورها و شرکتها تعیین می‌کند قابل ذکر است. اما عمدتاً در استاد شبه قانونی است که می‌توان به مقرراتی دربارهٔ این تکالیف برخورد نه در معاهدات الزام‌آور سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی. رهنمودهای سازمان همکاری و توسعه اقتصادی دربارهٔ شرکتهای چند ملیتی، قواعد ویژه‌ای را راجع به رفتار صحیح شرکتهای وابسته فرا-ملیتی در رابطه با مسائل گوناگون از روابط کارگری و روش‌های حسابداری گرفته تا حمایت مصرف‌کننده و حفظ محیط زیست مقرر می‌دارد. مقررات مشابهی - با اختلاف بسیار در وزن و اثر - راجع به موضوعاتی از قبیل روش‌های تحدیدی تجاری و روابط کارگری در سایر اسناد متعلق به اوآخر دهه ۸۰ - ۱۹۷۰ و اوایل دهه ۹۰ - ۱۹۸۰ و حتی در سنند «اصول سرمایه‌گذاری» آپک نیز یافت می‌شود. وجود ساز و کارهایی برای پیگیری توصیه‌ها و تجویزات ( ولو فاقد الزام حقوقی) مندرج در رهنمودهای مزبور یا اعلامیه سه جانبه دفتر بین المللی کار، نفوذ و تأثیر عملی این اسناد را افزایش می‌دهد.

البته دربارهٔ ملاحظات مربوط به خط مشی بحث و مجادله بسیار است ولی می‌توان

عنوان کرد که وجه افتراق بین حوزه های خصوصی و عمومی حقوق اقتصادی بین المللی که زمانی مشخص و قطعی بود اینک وضوح خود را از دست داده است، در عین حال ممکن است برقراری آیین هایی براساس معاهدات بین المللی برای حل و فصل اختلافات بین سرمایه گذاران و کشورهای سرمایه پذیر حرکتی در این جهت نقی گردد، در این ضمن باید مراقب بود که رشته تفکر به تضاد و تناقض منتهی نشود چون در آن واحد نمی توان هم به سرشت برتر و حرمت صلاحیت دولت استناد جست و هم با تکیه به لزوم رعایت معیارهای رفتار در جهت تضعیف آن کوشید.

از سوی دیگر توجه صرف به جنبه های توازن و انصاف نیز نمی تواند کارآمدترین ملاحظات را در برداشته باشد. نیاز به پرورش معیارهای بین المللی ناظر به طرز رفتار شرکتهای فرا - ملیتی و سایر سرمایه گذاران (متضمن حقوق و تکالیف مربوط) از همان تحولاتی ناشی می شود که منجر به عطف توجه فراینده به چارچوب حقوقی بین المللی به سرمایه گذاری مستقیم خارجی گردیده است. لذا ساخت و پرداخت نسخه ها و توصیه های رفتاری برای دست اندر کاران یا «بازیگران» صحنه های اقتصادی ملی و بین المللی به سبب تداوم فraigیر شدن اقتصاد جهانی ضرورت روزافزونی کسب می کند. به نظر می رسد که وجود انطباق (اگر نه همگونی) بسیار میان قواعد و خطوط مشی حقوقی کشورها عامل مناسبی در دستیابی به قابلیت اعتماد، ثبات و شفافیتی (احترام از پنهان کاری) باشد که بازیگران اقتصادی فرا - ملیتی در حصول حداکثر کارایی فعالیتهای خود به آن نیاز دارند. نمی توان انکار کرد که دولتها در اعمال صلاحیت خود نسبت به فعالیتهای جاری در حوزه قلمروشان احتیاج به تدوین خطوط مشی و قوانین لازم دارند و این نیاز پیوسته اهمیت فراینده کسب می کند، مع ذلک در عین این که قواعد بین المللی موجود مبنی بر تضمین انصاف از یک طرف و فقدان تبعیض در سطح ملی از طرف دیگر می توانند در اکثر موارد کافی باشند، مناسبت روز افزون توصیه های بین المللی اساسی را با بسیاری از موارد و موضوعات نباید از نظر دور داشت.

## امکان انعقاد یک عهدنامه عمومی بین المللی در پاره سرها یه گذاری و مستقیم خارجی

بررسی فهرست وار استناد و مسائل عنوان شده در بخش‌های پیشین دو موضوع را به روشنی نشان می‌دهد، از یک سو همان‌گونه که اکثر مسائل مربوطه به نحوی تحت تنظیم موازین حقوقی قرار دارند می‌توان وجود یک چارچوب حقوقی را برای سرمایه‌گذاری مستقیم حقوقی نیز استقراء کرد، منتها باید اذعان نمود که چارچوب مزبور غیرمسلم، ناقص. و بعض‌آمتنافض می‌باشد؛ از جانب دیگر طی ده‌الی پانزده سال اخیر روند مشخصی در سیاست‌گذاری دولتها در پشتیبانی از مقوله سرمایه‌گذاری خارجی و آزادسازی آن از مقررات تحدیدی حقوقی ملی و بین المللی به منصه ظهور رسیده است لیکن جلوه‌های عینی این روند که در تمامی سطوح اقدامات بین المللی پویایی دارند هنوز از یکپارچگی و نظم لازم برخوردار نیستند و از لحاظ ماهیت و تأثیر نیز از یک منطقه به منطقه دیگر و از یک کشور به کشور دیگر دچار پراکندگی و افتراق می‌باشد.

### الف. نیاز به قواعد بین المللی

با توجه به مراتب بالا وضعیت حقوقی فعلی به دلایل بسیاری رضایت‌بخش نیست. به مفهومی، این وضع هنوز شرایط گذشته دور را در مورد سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی انعکاس می‌دهد، یعنی موقعیت زمانی را که برخورد با مسائل حقوقی ذی ربط به صور پراکنده، جزء جزء و غیرمنسجم (مثلًاً تمرکز روی یک بخش اقتصادی بخصوص در یک کشور آن هم در یک مقطع زمان) کفایت می‌کرد. اما اکنون اقتصاد جهانی تا حد زیادی

ادغام و انسجام یافته و با شتاب به بلندای یک اقتصاد واحد در یک بازار واحد نزدیک می‌شود. شرکتهای فرا-ملیتی که بازیگران بین المللی در صحنه سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی به شمار می‌روند نیز در ساختار و فعالیتها یشان از اسلوب پیوستگی و ادغام (جغرافیایی و غیره) پیروی می‌نمایند. تیجتاً در یک جمع‌بندی باید گفت که ساختار ویژگیهای اساسی چارچوب حقوقی فعلی با شرایط اقتصادی و ساختارهای رو به پیدایش کامل‌آناسازگار می‌باشد.

اختلاف رژیمهای حقوقی ملی و بین المللی حاکم به سرمایه‌گذاری خارجی سبب پیدایش ابهامات متعددی بین کشورها و بخش‌های اقتصاد می‌گردد. هرچند شرکتهای فرا-ملیتی برای حل این مسائل منابع مالی و کافی پادار کرده‌اند ولی این اقدام خود متضمن هزینه‌هایی است که به نحو نامتوازنی بین کشورها و شرکتها تقسیم شده و از این‌رو به نحو نامتوازنی نیز راه رشد آتی سرمایه‌گذاری خارجی را سد می‌کند.

فراگیر شدن اقتصاد جهانی فعالیتها یی مانند تجارت و سرمایه‌گذاری را که در گذشته مجزاً تلقی می‌شدند به هم نزدیکتر کرده است. در این زمینه پایان موفقیت آمیز «مذاکرات اروگوئه» چارچوب حقوقی جامعی را برای تجارت بنا نهاد که هدف آن دستیابی به آزادسازی و همچنین برقراری قدری نظارت و کنترل می‌باشد، اما باید توجه داشت که در حوزه اقتصاد کنونی جهان انتظار حرکتهای موازی در تمامی جهات و در آن واحد توقعی بیش از اندازه به شمار می‌رود. در این حال چشم انداز انجام گفتگو به منظور انعقاد یک «عهدنامه همه جانبه درباره سرمایه‌گذاری» که هم اکنون مورد نظر سازمان همکاری و توسعه اقتصادی است می‌تواند به عنوان نقطه نقل کوشش شایسته و منظمی در ساخت و سازماندهی تمام مقوله سرمایه‌گذاری به نحو سودمندی به کار آفتد.

## ب . پاره‌ای پیشنهادات مقدماتی

اگرچه هرگونه بحث و بررسی راجع به پیشنهادات مربوط به انعقاد یک عهدنامه عمومی درباره سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی به ناچار مضامین مندرج در مجلدات ستر بر قراردادهای مرتبط با «مذاکرات اروگوئه» را به عنوان پیشو و الهام بخش مطرح می‌سازد،

لیکن بین مقولات تجارت و سرمایه‌گذاری وجود تشابه آسان چه از لحاظ اقتصادی و بخصوص از نظر حقوقی وجود ندارد، به راستی در چارچوب حوزه سرمایه‌گذاری خارجی معادله‌ای برای مفاهیم و اصول مربوط به تجارت نمی‌توان یافت، حتی موازین مشابه در هر یک از این دو مقبل و ظایف متفاوت و واجد اثرات متنوع می‌باشند، معیارهای رفتار دولت کامله‌الوداد و رفتار ملی را به عنوان مثال می‌توان آورد، همچنین در حقوق ناظر به سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، ساختارهای ملی قانون‌گذاری و اداری به مراتب مهمتر و متباین‌تر از ساختارهای ذی‌ربط در حقوق تجارت می‌باشند.

\* . چارچوبهای حقوقی مستقر به سوی «ایستایی» و انجماد گرایش دارند و شرایط موجود را به موقعیتهای بالقوه و آتی ترجیع می‌دهند، اما آنچه که واقعاً مورد نیاز است یک رشتہ اصول و قواعد «پویا» و سیالی است که تحول اقتصادی را اجازه دهد و تشویق نماید. البته این مهم را نباید تنها به یک عامل واگذاشت بلکه باید به تمامی عوامل و بازیگران یعنی دولتها، شرکتهای فرا-ملیتی، سایر شرکتها، آژانس‌های بین‌المللی وغیره فرصت داد تا مدد کار باشند.

\* با آغاز گفتگو درباره عهدنامه مورد نظر باید بررسی کاملی از بستر و مأخذ فکری موجود و مناسب آن با واقعیات جاری به عمل آید چون هرگونه مذاکره براساس برداشت‌های کهنه راجع به مسائل مربوط و جهات مورد نیاز برای مبادرت به اقدام مقتضی دست کم کوشش بی‌حاصلی خواهد بود.

ذکر این «هشدار آشکار» یا توضیح واضح به سبب آن است که دست اندرکاران دیرین مطالعات حقوق بین‌المللی ناظر به سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی خود را نسبت به بخش اعظم بحث جاری «صاحب‌نظر» می‌دانند و این نحوه تفکری است که نگرشی به شرایط و تأثیرات متقابل اقتصاد کوئی جهان مسلمان خلاف آن را ثابت می‌کند.

\* . با نیرو گرفتن حرکت در جهت تشویق و تحکیم روش‌های متعدد سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی گرایش به سوی آزاد سازی مقررات، گفتگوهای رسمی مزایای حتمی به بار خواهد آورد. نه تنها نفس مذاکره از این حرکت بهره می‌گیرد بلکه روند گفتگو نیز راه پیشرفت تدریجی گرایش را هموار می‌سازد. البته این راه چندان هم خالی از خطر نیست چون ممکن است چشم انداز وارد شدن در یک عهدنامه الزام آور سبب «انجماد»

دولتها (و دیگر بازیگران) در موضعی بشد که حداکثر مزیت چانه زدن را برایشان به ارمغان آورد و در نتیجه حرکت به سوی آزادسازی (به ویژه در سطح ملی) به تأخیر (و امکاناً به ابهام) افتد.

## ج. نگاهی به نظریه‌های حقوقی ذی‌ربط

در بررسیهای گذشته راجع به چارچوب فعلی سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، مطالبی پیرامون محتویات محتمل یک عهدنامه بین‌المللی ارائه داشتیم، مضامین چنین عهدنامه‌ای عبارت می‌شود از: آزادسازی، عدم تبعیض (عمل به مقتضای رفتار دولت کاملة الوداد و رفتار ملی) و حمایت. نگاه کوتاهی به این مضامین خالی از فایده نمی‌باشد.

به طور کلی چنین می‌نماید که آزادسازی عنصر اصلی مطلوب و نقطه تمرکز گرایشهای غالب در سیاست‌گذاری دولتهاست. مع ذلك به محض این که از حیز پاره‌ای جنبه‌های بدیهی فراتر می‌رویم در می‌یابیم که توافق روشنی درباره محتوای دقیق این مفهوم و ماهیت موضوعات کاربرد آن وجود ندارد، مثلًا در چارچوب اسناد آینه‌ای آزادسازی مصوب سازمان همکاری و توسعه اقتصادی معنای اصطلاح مورد بحث به این صورت ارائه گردیده: «لغو محدودیتهای مربوط به انعقاد و اجرای معاملات و انتقالات در ارتباط با عملیات مشرووحه در متون آینه‌ای رفتار»، لیکن در چارچوب سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در رابطه با معیارهای طرز رفتار دولت کاملة الوداد و طرز رفتار ملی تأکیدات منعکس در اسناد اخیر سازمان مزبور از استعمال اصطلاح «محدودیتها» به طور کلی به «عدم تبعیض» در معنای موسّع تر خود تغییر یافته است.

عاملی که باعث بروز اشکال در تفکیک این دو نوع هدف - یعنی (رفع) محدودیتها از یکسو و (عدم) تبعیض از سوی دیگر - می‌گردد این است که از لحاظ سرمایه‌گذاری خارجی بسیاری از محدودیتهای ذی‌ربط با اعمال تبعیض بین سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی ملازمه دارد و در نتیجه در این گونه موارد معنای رفع محدودیت فقدان تبعیض خواهد بود. البته این طور نیست که تمامی محدودیتهای مرتبط با سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی متنضم برقراری تبعیض باشد چون در اغلب موارد اقدامات تحدیدی که حیطه

سرمایه‌گذاری خارجی را تحت تأثیر قرار می‌دهد عملاً تمامی حوزه سرمایه‌گذاری خصوصی (و در حقیقت کل فعالیت اقتصادی) را هدف گرفته است. در چنین اوضاع و احوالی کوشش دولت میزبان متوجه این است که اقتدار خود را در اخذ تصمیم نسبت به نوع سرمایه‌گذاری، اعم از داخلی و خارجی، بخش مورد نظر، شرایط مربوط وغیره حفظ کند.

هرگونه تعریف از اصطلاح «آزادسازی» که مستلزم تحدید آن به «عدم تبعیض» یا رعایت برابری در طرز رفتار باشد با مفهوم متعارف اصطلاح مزبور مغایرت دارد. بنابراین رژیم حقوقی ای که کل سرمایه‌گذاری خصوصی (داخلی یا خارجی) را منع یا محدود اعلام کند معمولاً آزاد شده تلقی نمی‌گردد، این گونه تأکید انحصارآمیز بر «عدم تبعیض» زیان دیگری نیز دارد که عبارت از نادیده گرفتن (یا کم بها دادن به) یکی از مهمترین عوامل دست‌اندرکار، یعنی رشد همانگ آزادسازی در جبهه داخلی به عنوان پیش شرطی برای آزادسازی در سطح بین‌المللی می‌باشد.

بدین لحاظ به جاست راه حل دیگری که عبارت از خط مشی پیشنهادی در یکی از مطالعات اخیر سازمان مل متحده است گزیده و پذیرفته شود. پیشنهاد مزبور با استعمال رفع محدودیتها (مثلًا در مورد ورود و فعالیت سرمایه) و کاربرد موازین رفتار مثبت (رفتار ملی و رفتار دولت کامله الوداد) مفهوم جامعی از روند آزادسازی سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی ارائه می‌دارد که به نوبه خود متنضم طرز برخورد واقع بینانه تر و مؤثرتری در حل مسائل مربوط می‌باشد.

سعه تعریف روند آزادسازی به صورتی که عنوان گردید می‌تواند بازتابهای جالب توجهی از لحاظ عناصر یک عهدنامه چندجانبه داشته باشد. بدین ترتیب نه تنها عدم تبعیض «به معنای عام کلمه» جزء لاینفک نظریه مورد بحث می‌گردد، بلکه عنصر دیگری تحت عنوان «حمایت سرمایه‌گذاری» نیز بخش مهمی از مقوله آزادسازی را به خود اختصاص می‌دهد. درج تضمیناتی در برابر مصادره بدون غرامت و هرگونه اقدامی که منجر به خلع ید از اموال شود تحت پوشش نظریه «حمایت» قرار می‌گیرد و به همین منوال حمایت قانونی از اموال معنوی و صنعتی سرمایه‌گذار به عنوان جزئیات مقررات لازم مطرح می‌شوند.

# استناد و اثبات قانون خارجی:

## مقایسه‌ای بین سیستم‌های مهم اروپایی

\* پروفسور ترور سی هارتلی\*

Trevor C. Hartley

مترجم: دکتر محمد جعفر قنبری جهرمی

### ● مقدمه

قواعد حاکم بر استناد و اثبات قانون خارجی، اگرچه در انگلستان چندان مورد اختلاف نیست، به جهت رواج روشهای گوناگون در کشورهای اروپایی دارای نکات جالبی از دیدگاه حقوق تطبیقی است. به علاوه این احساس در بین برخی از حقوق‌دانان اروپایی (غیرانگلیسی) وجود دارد که قوانین انگلستان با اهداف مورد نظر ابتکارات بین‌المللی و اتحادیه اروپا در مورد تعارض قوانین سر ناسازگاری داشته، و نتیجتاً این کشور تعهدات بین‌المللی و اروپایی خود را در این زمینه به طور کامل انجام نمی‌دهد. این اتهامات، به ویژه در رابطه با کنوانسیون رم<sup>۱</sup> عنوان شده‌اند. بنابراین مطالعه تطبیقی دیدگاهها و روشهای گوناگون در کشورهای مهم اروپایی بجا بوده، و همچنین می‌تواند زمینه مناسبی برای بررسی این پرسش فراهم آورد که آیا کنوانسیون رم تغییر و اصلاح روش سنتی انگلیسی را ضروری می‌داند یا خیر؟

\* استاد حقوق مدرسه علوم اقتصادی لندن (London School of Economics) این مقاله به منظور طرح در یکی از جلسات «گروه اروپایی حقوق بین‌الملل خصوصی» که از تاریخ ۲۹ سپتامبر تا ۱ اکتبر ۱۹۹۵ در شهر ژنو برگزار گردید، توشیه شده است.

1. The Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, opened for signature in Rome on 7 Dec. 1981, O. J. L. 266/1.

## مطالعه تطبیقی کلی

پیش از این که قانون کشور خاصی مورد رسیدگی قرار گیرد، بررسی چند پرسش کلی از دیدگاه تطبیقی به نظر مفید می‌آید.

### الف. قابلیت اعمال و اثبات قانون خارجی

در آغاز دو مسأله را باید از هم تفکیک نمود: یکی قابلیت اعمال قانون خارجی و دیگری اثبات وجود آن. مسأله اول مربوط است به این که آیا قانون خارجی اجرا خواهد شد و مسأله دوم به محتوای آن قانون مربوط می‌باشد. البته بین قابلیت اعمال و اثبات قانون خارجی رابطه نزدیکی وجود دارد: اگر قانون خارجی قابل اعمال نباشد مسأله اثبات آن موضوعاً منتفی است، و اگر هم ناتوانی در اثبات آن به اعمال قانون مقرّ دادگاه منتهی شود، نتیجه آن با غیرقابل اعمال بودن قانون خارجی یکی خواهد بود. بدین جهت معمولاً برای هر دو مسأله روش مشابهی به کار گرفته می‌شود. هر چند که این دو مسأله از دیدگاه نظری جدا از هم بوده و تجزیه و تحلیل صحیح موضوع مستلزم تفکیک آنها از یکدیگر است.

### ب. موضوع یا حکم

ممکن است چنین تصور شود که در مطالعه تطبیقی باید ابتدا درباره اختلاف دو نظام حقوقی از قانون خارجی بحث گردد که یکی از آن به عنوان امری «موضوعی» یاد می‌کند و دیگری به عنوان امری «حکمی» می‌نگرد. این دوگانگی، به رغم ظاهر برجسته خود، به لحاظ محدود بودن شمار کشورهای طرفدار هر یک از دو سیستم که نتایج کامل

موضع گیری رسمی خود را در این رابطه قبول دارند، از اهمیت عملی ناچیزی برخوردار است. از این گذشته، حتی اگر کشوری قانون خارجی را امری حکمی به حساب آورد، ضرورتاً با آن همانند و همپایه قانون متبوع خود رفتار نخواهد کرد؛ آن را قانون می‌شمارد ولی قانونی از نوع دیگر. از سویی دیگر کشورهای وابسته به گروهی که قانون خارجی را امری موضوعی محسوب می‌نمایند، قانون خارجی را به عنوان امری «موضوعی با ویژگی خاص»<sup>۳</sup> می‌نگرند که نبایستی مانند موضوع معمولی با آن رفتار شود. نتیجه این که در عمل ممکن است بین طرز برخورد دو گروه مذکور نسبت به موارد خاص اختلافات ناچیزی بروز کند.

رسیدگی پژوهشی<sup>۴</sup> می‌تواند مثال خوبی [برای اثبات این گفته] باشد. در اکثر کشورها پژوهش خواهی مبتنی بر مسائل موضوعی دعوا مشکل تراز پژوهش خواهی مبتنی بر مسائل حکمی آن می‌باشد. در مورد عالی ترین دادگاه در سلسله مراتب مراجع قضایی، پژوهش خواهی به اعتبار مسائل موضوعی ممکن است اساساً غیرقابل طرح باشد. بنابراین تمایز بین موضوع و حکم برای تشخیص این که آیا حق پژوهش وجود دارد یا خیر، حائز اهمیت است. با وجود این، کشوری که با قانون خارجی به مشابه امری حکمی برخورد می‌نماید، ضرورتاً پژوهش مبتنی بر مسائل مربوط به قانون خارجی را نزد عالی ترین دادگاه اجازه نمی‌دهد.<sup>۵</sup> از طرف دیگر، از میان کشورهایی که قانون خارجی را امری موضوعی می‌پندارد حداقل یک کشور وجود دارد که از نظر رسیدگی پژوهشی با قانون خارجی همانند و همپایه قانون مقر دادگاه برخورد می‌کند.<sup>۶</sup>

## 2. This is the position in England: see Parkasho v. Singh [1968] p. 223, 250.

۳. در اینجا لغت «پژوهش» در معنی عام به کار رفته است و در برگیرنده مفاهیمی مانند «ریویزیون» در حقوق آلمان و «گسیون» در حقوق فرانسه می‌باشد (این دو مفهوم معادل مفهوم فرجام در حقوق ایران می‌باشد. م).

4. For Germany (appeals to the Bundesgerichtshof), see below; for the Netherlands (appeals to the Hoge Raad), see the Wet Rechterlijke Organisatie (Judicial Organisation Act), Art. 99 (1), point 2 (for limited exceptions, see H. U. Jessurn d'Oliveira, "Foreign Law in Summary Proceedings", in Mathilde Sumampouw et al. (Eds.), Law and Reality (1992), p. 119 at p. 123).

## 5. England: see infra.

وضعیت محاکمات با حضور هیأت منصفه در انگلستان نیز تناقض آمیز است.

## ج. اعمال به اعتبار سمت (*ex officio*)

هنگامی که قاعده انتخاب قانون حاکم (از قواعد تعارض قوانین) حکم به اعمال قانون خارجی می کند، آیا دادگاه باید رأساً و «به اعتبار سمت» خود قانون خارجی را اعمال نماید یا این که اعمال قانون خارجی منوط به درخواست یکی از طرفین دعوا است؟ این سوال به رغم ظاهر آسانی که دارد، سؤالات عمیقی را در مورد طبیعت تعارض قوانین و در واقع رسیدگی قضایی فی حد ذاته بر می انگیزد. آیا قواعد مربوط به انتخاب قانون حاکم طبیعتی مشابه با سایر قوانین دارند؟ آیا نقش قاضی همانند داوری بی طرف است که صرفاً بین اطراف دعوا حکمیت می کند، یا این که او بایستی نقشی فعال در کشف واقعیات امر ایفا کند؟

استدلالی که معمولاً در تأیید این نظر که دادگاه باید رأساً و به اعتبار سمت قضایی خود. هنگامی که قواعد انتخاب قانون حاکم مقتضی اعمال قانون خارجی هستند - قانون خارجی را اعمال کند، طرح می شود این است که قواعد مزبور همانند سایر قوانین [متتابع] برای دادگاه الزام آور است. طبق این استدلال، دادرسی که قانون خارجی را، ولو در صورت عدم درخواست یکی از طرفین اعمال نمی نماید، آنچنان که باید به وظیفه خود عمل نکرده است. ولی استدلال مزبور این نکته را در نظر نگرفته است که در بیشتر کشورها قوانینی وجود دارند که فقط در صورت استناد یکی از طرفین، از جانب دادگاهها به مرحله اجرا گذاشته می شوند؛ صرف این که قاعده‌ای قانوناً الزام آور است بدین معنی نیست که قاضی رأساً مکلف به اعمال آن می باشد.

در مقابل، دلیل اساسی گروه دیگر این است که اثبات قانون خارجی وقت گیر، مشکل، نامعلوم و پر خرج می باشد: اصولاً چرا هنگامی که هیچ یک از طرفین دعوا تمایلی به اعمال قانون خارجی ندارند، دادگاه خود و یا اصحاب دعوا را دچار چنین تعب و مشقی کند؟ اگر طرفین دعوا خود رضایت دارند که به دعوا طبق قانون مقر دادگاه، که احتمالاً از دیدگاه آنان مشابه قانون خارجی است، رسیدگی شود به نظر می رسد که دادگاه هم باید به خواست آنها احترام گذارد مگر این که نظم عمومی و یا ملاحظات دیگری از این قبیل،

۶. تا حدی که این درخواست باید در شکل خاصی ارائه گردد؛ آینهای هر کشور با کشور دیگر متفاوت است.

به گونه‌ای دیگر ایجاب کنند.

کشورهای اروپایی درباره نکته مورد بحث اختلاف نظر بسیار دارند. در بعضی کشورها، مثلاً آلمان، قانون خارجی امری حکمی محسوب می‌شود و این دادگاه است که رأساً درباره اثبات و اعمال آن تصمیم می‌گیرد. در بعضی دیگر، مانند انگلستان، قانون خارجی امری موضوعی به حساب می‌آید و معمولاً اعمال آن منوط به درخواست یکی از طرفین دعوا است و بار اثبات آن هم به عهده طرفی است که بدان استناد می‌کند؛ اگر این قانون اثبات نشود قاضی قانون مقر دادگاه را به اجرا درخواهد آورد. با این وجود اختلاف نظر مزبور آنچنان هم که شدید به نظر می‌آید، در عمل عمیق نیست؛ اغلب کشورهایی که استناد به قانون خارجی را ضروری می‌دانند در موارد معینی، مثلاً در مسائل مربوط به احوال شخصیه، استثنائاتی را بر این اصل وارد کرده‌اند. از سوی دیگر، کشورهایی که اعمال قانون خارجی را فقط به تصمیم دادگاه رسیدگی کننده موکول دانسته‌اند، اغلب به طرفین دعوا اجازه می‌دهند که در جریان دادرسی نسبت به اعمال قانون مقر دادگاه بر موضوع دعوا توافق کنند. حاکمیت اراده طرفین و تراضی آنها در مورد قانون حاکم فقط هنگامی میسر و معتبر است که طرفین در اصل حق تعیین قانون حاکم بر موضوع دعوا را داشته باشند، لیکن در بعضی از کشورها این حق انتخاب در بخش‌های زیادی از حقوق شناخته شده است.<sup>۷</sup>

به منظور ارزیابی مزیتهاي دوروش، ضروري است اين سؤال بررسى شود که اصولاً چرا يك سيسitem تعارض قوانين، اجرای قانون خارجی را الازم می‌داند. اين خود سؤال مشكل و بغرنج است.<sup>۸</sup> با اين وصف می‌توان گفت که اعمال قانون خارجی در پاره‌اي

۷. برای مثال در هلند این نوع از توافقات در مواردی که دعوا راجع به «مسائل مربوط به توارث» (vermogensrechtelijke zaken) است، مجاز می‌باشد، این مفهوم همچنین برای تعیین این که آیا يك دعوا قابل حل و فصل از طریق داوری است، به کار گرفته می‌شود. رک.

Court of Appeal of s-Hertogenbosch, 20 Feb. 1089, N. I. P. R. 1989, No 256 (contract concluded prior to the Rome Convention); District Court of Rotterdam H, 8 Jan. 1979, N. J. 1979, 1134; N.I.L.R. 1981, p. 63 (tort: Rhine pollution); Hoge Raad, 19 Nov. 1993, N. J. 1994, 622; N.I.L.R. 1994, p 363 (note by H. Duintjer Tebbens) (tort).

۸. در این خصوص تأییفات فراوان وجود دارد. تأییفات مهم به زبان انگلیسی در اثر [ذیل] نقل و مورد بررسی قرار گرفته‌اند : Cheshire and North, Private International Law (12th edn. 1992. P. M. North and J. Fawcett (Eds)). pp. 27- 40.

موارد به منظور حفظ منافع طرفین دعوا [یا یکی از آنها]، احیاناً از طریق حمایت از انتظارات معقول آنان، در مواردی برای حفظ منافع و مصالح کشورهای خارجی و در سایر موارد به منظور نیل به اهداف دیگری است. در مواردی که ملاحظات مربوط به مورد اول مطرح است، پافشاری دادگاه بر اعمال قانون خارجی در صورت عدم درخواست هیچ یک از طرفین دعوا غیرمعقول جلوه می‌کند. ولی در مواردی که سایر ملاحظات فوق دارند دادن این امکان به طرفین دعوا که به وسیله عدم استناد به قانون خارجی مانع اجرای آن شوند، غیرمعقول به نظر می‌آید.

اگرچه تفکیک بین این موارد در تئوری آسان است ولی کاربرد آن در عمل مشکل است. از این رو شاید روش دیگری برای مرزبندی و تفکیک بین این موارد و ملاحظات، احراز غایت و هدف قانون خارجی باشد یعنی جدا کردن مواردی که قانون خارجی به منظور حفظ منافع خصوصی طرفین دعوا قابلیت اجرا پیدا می‌کند و مواردی که مصلحت و نفع عمومی چنین امری را ایجاد می‌نماید. این تفکیک ظاهراً الهام بخش مفاهیم موجود در حقوق سویس و هلند درباره موضوع «توارث» و مفهوم پذیرفته شده در حقوق فرانسه در خصوص موضوعاتی که طرفین «محتراند آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند»،<sup>۹</sup> می‌باشد. مفهوم اخیر منطبق است با مفهومی که جهت تعیین و تفکیک دعاوی قابل ارجاع به داوری و مصالحه خصوصی بین طرفین دعوا به کار برده می‌شود. گرایش کلی در کشورهایی که این تفکیک را اعمال می‌کنند براین است که قرارداد، مسؤولیت مدنی و اموال را در عدد مقولات حقوقی ای بدانند که (قطع نظر از استثنایات موجود) منافع خصوصی طرفین در آنها برتری و شاخصیت دارد و احوال شخصیه را در زمرة اموری طبقه بندی کنند که در آنها علبه با نفع و مصلحت عمومی است.

## د. اثبات

دو روش عمده برای اثبات قانون خارجی یا بار اثبات را به عهده یکی از طرفین

9. For the Dutch concept, see *supra* n. 7; for the Swiss and French concepts, see the discussion of Swiss and French law, *infra*.

برای مثالی در حقوق ایران به ماده ۳۰ ق. م. مراجعه شود (م).

دعوا (که معمولاً، ولی نه همیشه، طرفی است که اعمال قانون خارجی را درخواست می‌کند) گذاشته و یا آن که این وظیفه را به عهده خود دادگاه می‌گذارد. چنانکه می‌توان حدس زد این اختلاف، انعکاسی از اختلاف نظری است که در مورد اجرای قانون خارجی به اعتبار سمت وجود دارد. در مورد حالت اول (اثبات توسط طرفین)، رایج ترین شیوه اثبات، استفاده از نظر کارشناس می‌باشد. در برخی از کشورها معمول این است که نظریه کتبی کارشناس به دادگاه عرضه شود (اگرچه ممکن است از شخص کارشناس خواسته شود که همچنین در دادگاه حاضر و شفاهًا اظهارنظر نماید) و در برخی دیگر بر روی شهادت شفاهی کارشناس تأکید می‌شود. این موضوع تا حد زیادی به سنتهای مرسوم در کشورهای مربوطه بستگی دارد: کشورهای کامن لو شهادت شفاهی را ترجیح می‌دهند - کارشناسان، به منظور بی اعتبار نمودن نظراتشان، مورد سؤال از سوی وکلای طرفین قرار می‌گیرند - در حالی که دادگاههای کشورهای حقوق نوشته معمولاً ترجیح می‌دهند که نظریه ای مستدل [کتبی] را مورد ملاحظه قرار دهند. هریک از این دو روش که برگزیده شود، در دعاوی پیچیده که طرفین به سختی از موضع خود دفاع می‌کنند، احتمالاً نظرات کارشناسی با هم تناقض خواهند داشت، زیرا کارشناس هر طرف نظری را ارائه می‌دهد که به نفع [یا مشبّت ادعای] آن طرف می‌باشد. در چنین حالاتی دادگاه مجبور خواهد بود که یکی از دو نظر را پذیرد.

در جایی که وظیفه تشخیص قانون خارجی به عهده دادگاه گذاشته شده، قاضی می‌تواند به تحقیقات شخصی خود تکیه کند، یا این که از سایرین، مانند حقوقدانان خارجی یا یک مؤسسه تحقیقی، کمک بگیرد.

در مواردی که طرفین دعوا بایستی قانون خارجی را اثبات کنند، معمولاً مجبور خواهند بود که هزینه جلب نظر کارشناس را پردازنند. در برخی موارد تحمل چنین هزینه ای ممکن است انگیزه‌ای قوی برای توافق بین طرفین دعوا باشد تا به قانون خارجی استناد نکنند. در مواردی که وظیفه اثبات به عهده دادگاه است، هزینه‌ها معمولاً از منابع مالی عمومی تأمین می‌شود. مزیت این شیوه در این است که بار مالی جلب نظر کارشناسی را از دوش طرفین دعوا برمی‌دارد.

با در نظر گرفتن ملاحظات کلی فوق، اکنون قوانین کشورها را تک تک مورد بررسی قرار می‌دهیم.



## آلمان

در کشور آلمان قانون خارجی امری حکمی، و نه موضوعی، محسوب می شود.<sup>10</sup> صرف نظر از این که طرفین بدان استناد کرده باشند یا خیر، دادگاه، از حیث سمت، رأساً قانون خارجی را اعمال می نماید. وظیفه تعیین آن قانون بر عهده خود دادگاه می باشد<sup>11</sup> که

۱۰. مطالب مندرج در این بخش بر اساس اطلاعات، منابع و نقل قولهای ارائه شده توسط پروفسور Karl Kreuzer نگارش شده است.

11. See Jan Kropholler, Internationales Privatrecht (2nd edn. 1994), p. 519; Christian von Bar, Internationales Privatrecht, Vol. I: Allgemeine Lehren (1987), note 372; Reinhold Geimer, Internationales ZivilprozeBrecht (1987), note 2136; Peter Arens, Prozessuale Probleme bie der Anwendung ausladischen Rechts im deutschen ZivilprozeB, Festschrift fur Imre Zajtway (1982),p. 7 at p. 8; Lorenz Fastrich, "Revisibilitat der Ermittlung ausladischen Rechts" (1984) 97 Z.Z.P. 423, 427; Erwin Riezler, Internationales ZivilprozeBordnung und prozessuales Fremdenrecht (1949), p. 493; Geimer in Richard Zoller, ZivilprozeBordnung (19th edn, 1995), Sec. 293 ZPO note 14.

12. See Bundesgerichtshof, judgment of 21. 02. 1962, B. G. H. Z. 36, 348, 353; Bundesgerichtshof, judgment of 30. 03. 1976, N. J. W. 1976, 1581, 1582; Kropholler, idem., p. 520; von Bar, idem. note 373; Geimer (1987), ibid.; Sonnenberger in Munchener Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch, Vol. 7: Einführungsgesetz, Internationales Privatrecht (2nd edn, 1990), Einl. note 453; Hartmann in Adolf Baumbach, ZivilprozeBordnung (53rd edn, 1995), sec. 293 ZPO note 6; Fastrich, idem. pp. 424 et seq.; Werner Geisler, "Zur Ermittlung auslandischen Rechts durch 'Beweis' im prozeB" (1987) 91 Z. Z. P. 176, 181 et seq.; Gerhard Kegel, Internationales Privatrecht (7th edn. 1995), pp. 362 et seq. See also Gerardo Broggini, "Die Maxime 'iura novit curia' und das auslandische Recht. Ein Beitrag zur Prazisierung des §. 293 ZPO" (1956) 155 A. c. P. 469 et seq.

محترار است در مورد وسیله و ابزار تحقیق در خصوص آن نیز تصمیم بگیرد.<sup>۱۳</sup> به طور معمول دادگاه باید تمام منابع اطلاعاتی قابل دسترسی را به کار بگیرد.<sup>۱۴</sup> دادگاه می‌تواند از طرفین دعوا بخواهد که در این امر او را یاری کنند به ویژه اگر آنان به اطلاعات مورد نیاز دسترسی داشته باشند.<sup>۱۵</sup> اگر طرفین دعوا تبعه یک کشور باشند و بر محتوای قانون آن کشور [خارجی] اتفاق نظر داشته باشند، دادگاه می‌تواند نظر آنها را، بدون انجام هر گونه تحقیق دیگری،<sup>۱۶</sup> قبول نماید، اگرچه اجباری به پذیرش آن ندارد.<sup>۱۷</sup>

رایج ترین روش تعیین قانون خارجی این است که خود دادگاه شخصاً در این امر تحقیق نماید (مثلاً به کتب مرجع مراجعه کند). هنگامی که این امر میسر نباشد دادگاه می‌تواند از مرکز تحقیقی مانند انتیتیو حقوق خارجی و حقوق بین الملل خصوصی ماکس پلانک در هامبورگ یا از مراکز حقوق تطبیقی بعضی از دانشگاههای معین آلمان، نظرخواهی کند. مجموعه‌ای از این نظرات هر ساله تحت عنوان "Gutachten zum internationalen und auslandischen Privatrecht" منتشر می‌شود. دادگاه همچنین می‌تواند از تمهیدات پیش‌بینی شده در «کنوانسیون ۱۹۶۸ شورای اروپا مربوط به اطلاعات در مورد حقوق خارجی» استفاده نماید، ممکن است از نمایندگیهای دیپلماتیک آلمانی یا خارجی درخواست اطلاعات کند، یا این که در خصوص موضوع از یک حقوقدان خارجی استعلام نماید. روش اخیر به ندرت مورد استفاده قرار می‌گیرد، اگرچه طرفین دعوا خود ممکن است نظر حقوقدان خارجی را به دادگاه ارائه نمایند. هر چند وظیفه تعیین یا اثبات قانون

13. See Bundesgerichtshof, judgments of 23. 12. 1981, N. J. W. 1961, 410; 10. 07. 1975, N. J. W. 1975, 2142, 2143; 30.03 1976, N. J. W. 1976, 1581; 16.10.1986, W. M. 1987, 25, 26; Kropholler, idem. p. 521; von Bar, idem. note 375; Geimer, idem. note 2138; Kegel, idem. p. 363; Geimer (1995), op cit., supra n. 11, at note 15.

14. See Bundesgerichtshof, judgments of 24.11.1960, N. J. W. 1961, 411; H. Dolle, "Bemerkungen zu §. 293 ZPO" in Festschrift fur Arthur Nikisch (1958), p. 195; Kegel, idem, p. 316.

15. Geimer (1987), op cit., supra n. 11 at note 2141.

16. Bundesgerichtshof, judgment of 10. 04. 1975, R. I. W. 1975, 521; von Bar, op cit., supra n. 11, at note 373; Geimer, idem, note 2140.

17. See von Bar, ibid.; Geimer, op cit., supra n. 11 at §. 293 ZPO note 17.

خارجی به عهده دادگاه می باشد، طرفین دعوا، در صورت تمایل، آزادند که دلایل و مدارک خود را در این رابطه به دادگاه تقدیم نمایند.

اصحاب دعاوی مطرحه نزد دادگاههای آلمان می توانند توافق نمایند که قانون آلمان بر دعوا اعمال شود، و این توافق موقعي مورد پذیرش دادگاه قرار می گیرد که موضوع دعوا، مربوط به آن جنبه از حقوق باشد که طبق قواعد حل تعارض قوانین آلمان، طرفین اصولاً حق انتخاب قانون حاکم بر آن را داشته باشند. چنین حقی عمدتاً در مسائل مربوط به قرارداد و مسؤولیت مدنی (ناشی از تخلف) وجود دارد. اگر طرفین دعوا، در موردی که قاعدهاً به دعوا باید بر طبق قانون خارجی رسیدگی شود، تنها به حقوق آلمان استناد کنند دادگاه غالباً این استناد را نشانه توافق ضمنی آنان به اعمال قانون آلمان تلقی می نماید،<sup>۱۸</sup> اگرچه این رویه مورد انتقاد نویسنده‌گان قرار گرفته است.<sup>۱۹</sup> تا آنجایی که این نوع توافق صریح یا ضمنی در مورد انتخاب قانون حاکم امکان پذیر می باشد، این عمل آلمان را در جایگاه مشابه با کشورهایی مانند انگلستان قرار می دهد، اگرچه حوزه محدود اعمال این قاعده [انتخاب صریح یا ضمنی] میان این حقیقت است که اختلافات هنوز قابل توجه و مهم است.

حقوق آلمان بین دو نوع پژوهش تفکیک قائل می شود: یکی بروفنونگ (Berufung) که پژوهش نزد مرجع پژوهشی عادی [متوسطه] یعنی Oberlandesgericht است، و دیگری رویزیون (Revision)، که پژوهش نزد عالی ترین دادگاه حقوقی، یعنی Bundesgerichtshof است. پژوهش نوع اول ممکن است بر مبنای مسائل موضوعی و یا حکمی دعوا استوار باشد، ولی پژوهش نوع دوم فقط می تواند مبتنی بر مسائل [حکمی] مربوط به قوانین فدرال آلمان باشد.<sup>۲۰</sup> در نتیجه پژوهش مبتنی بر مسائل مربوط به قانون، خارجی فقط می تواند نزد مرجع پژوهشی عادی [متوسطه]، و نه Bundesgerichtshof مطرح شود.<sup>۲۱</sup>

18. See Bundesgerichtshof, judgment of 18. 01. 1988 N. I. W. 1988. 1592.

19. See e.g. von Bar, op. cit. supra n. 11 (Vol. II, 1991), at p. 341.

20. ZivilprozeBordnung, §. 549 (1).

۲۱. در این رابطه، چند محدودیت و استثنای وجود دارد: به عنوان مثال، اگر دادگاه رسیدگی کننده قادر به



از آنجایی که استناد و اثبات قانون خارجی جزء موضوعات مربوط به آین دادرسی محسوب می شد، این مسائل تا چندی قبل تابع قوانین کانتونها (قوانين محلی) می بود. در این رابطه، قانون هر کانتون با کانتون دیگر فرق داشت، در عین حال گرایشی کلی این بود که قانون خارجی امری موضوعی محسوب و اثبات آن نیز به عهده طرفی بود که بدان استناد می کرد. ولی با تصویب قانون «حقوق بین الملل خصوصی فدرال»<sup>۲۳</sup> مورخ ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷، مسئله استناد و اثبات قانون خارجی جزء مسائل مربوط به حقوق فدرال محسوب گردید و تابع قوانین متحداً‌شکل لازم الاجرا در کل سویس قرار گرفت.

بند ۱۶ قانون مذکور با عبارت صريح اعلام می دارد که: «دادگاه باید رأساً به اعتبار سمت، قانون خارجی را معین نماید». <sup>۲۴</sup> مع هذا دو استثنای بر این قاعده وجود دارد: استثنای اول این است که بر طبق مفاد همان بند، در «مسائل مربوط به توارث»،

تشخيص قابلیت اجرای قانون خارجی نباشد؛ اگر دادگاه وظیفه خود در رابطه با ارزیابی قانون خارجی را به خوبی انجام ندهد؛ چنانچه قانون خارجی پس از اعلام رأی دادگاه تغییر یافته و عطف به مسابق شود؛ چنانچه اجرای صحیح قاعده انتخاب قانون حاکم، مطابق دکترین الحال، منجر به اجرای قانون آلمان شود؛ یا در صورتی که صلاحیت دادگاه آلمان به یک قاعده مندرج در قانون خارجی بستگی داشته باشد. به علاوه در زمینه حقوق کار استثنای دیگری وجود دارد.

۲۲. مطالب مندرج در این بخش بر اساس اطلاعات و منابع ارائه شده توسط پروفسور Andreas Bucher و پروفسور Kurt Siehr نگارش شده است. به ویژه رک.

Andreas Bucher, Droit International Privé Suisse (1995), Vol. 1/2, Partie Generale-Droit Applicable, ss. 360 et seq.

23. Loi federale sur le droit international privé.

24. "Le contenu du droit étranger est établi office". It is, however, provided that the court may ask the parties for their assistance in this regard.

دادگاه مخیر است بار اثبات قانون خارجی را به عهده طرفین دعوا بگذارد.<sup>۲۵</sup> اگر آنها نتوانند از عهده این امر برآیند آن گاه، بر طبق مفاد بند ۲ ماده ۱۶،<sup>۲۶</sup> قانون مقر دادگاه به اجرا گذاشته خواهد شد. بنابراین در چنین مواردی، طرفین دعوا می‌توانند صرفاً با عدم ارائه مدارک مثبته قانون خارجی، اجرای قانون مقر دادگاه را تضمین نمایند. استثنای دوم مربوط است به مواردی که قواعد حقوق بین الملل خصوصی سویس به طرفین دعوا اساساً حق انتخاب قانون حاکم را می‌دهد، که در این گونه موارد آنها می‌توانند در جریان دادرسی بر عدم اعمال قانون خارجی توافق نمایند و نتیجتاً در این مورد نیز قانون مقر دادگاه اعمال خواهد شد.

ظاهرآ مفهوم «موضوع مربوط به توارث» (patrimonial matter) در حقوق سویس همان نقش را دارد که مفهوم "vermogensrechtelike zaak"<sup>۲۷</sup> در حقوق کشور هلند ایفا می‌کند و یا شبیه به مفهوم «موضوعی که در خصوص آن طرفین دعوا اختارند آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند» در حقوق فرانسه می‌باشد.<sup>۲۸</sup> در حقوق سویس «موضوع مربوط به توارث» مفهوم گسترده‌ای دارد و هر موضوعی که برای طرفین دعوا ارزش مالی داشته باشد، را شامل می‌شود. در حقیقت، به نظر می‌رسد محک تقییک مفهوم مذکور

25. "En matière patrimoniale, la preuve peut-être mise à la charge des parties". See Bucher, op. cit. supra n. 22. at §§. 375- 379.

صحبت کردن از «بار اثبات دعوا» در این زمینه چندان صحیح نیست، بلکه مسئله اصلی بیشتر به اسقاط تکلیف دادگاه در اعمال قانون خارجی، از حیث سمت، مربوط می‌شود. عدم توانایی در اثبات قانون خارجی منجر به صدور حکم علیه طرفی که مدعی حقی بر مبنای قانون مزبور است، نخواهد شد، بلکه صرفاً به اجرای قانون خارجی سویس خواهد انجامید. توجه به این نکته جالب است که قید مذکور در فوق در پیش نویس اصلی قانون ۱۹۸۷ نیامده بود بلکه در جریان تصویب آن در پارلمان فدرال سویس به صورت یک اصلاحیه به متن اضافه گردید. این اصلاحیه سازش آشکاری بود که با هدف تضمین پذیرش اصل کلی اعمال قانون خارجی رأساً و به اعتبار سمت، صورت گرفته بود. ممکن است که این قید هنگامی که قانون خارجی به علت وجود یک کنوانسیون بین المللی قابلیت اجرایی پیدا می‌کند، اعمال نگردد. همچنین عنوان شده است که قید مزبور هنگامی که به اهداف قاعده حل تعارض مورد بحث لطمه می‌زند، نباید به اجرای خارجی گذاشته شود: .idem, §. 380

26. "Le droit suisse s'applique si le contenu du droit étranger ne peut pas être établi".

27. See supra n. 7.

28. See infra.

بررسی این سؤال است که آیا انگیزه خواهان در اقامه دعوا انگیزه‌ای مالی بوده است یا "خیر؟"

## ۲۶

### فرانسه

در فرانسه قانون مربوط به موضوع مورد بحث تقریباً به کلی ساخته و پرداخته آرای قضات می‌باشد و آرای قابل توجهی از طرف عالی ترین دادگاه حقوقی این کشور یعنی دیوان عالی کشور (*Cour de cassation*) در این زمینه صادر شده است. برخی از این آرای اخیراً تغییرات مهمی را به بار آورده و تحولات بیشتری را نیز در آینده می‌توان انتظار داشت.

#### الف. اعمال قانون خارجی<sup>۲۹</sup>

اعمال قانون خارجی از جمله زمینه‌هایی است که دیوان عالی کشور فرانسه در مواضع خود تجدیدنظر نموده است. در سال ۱۹۵۹، در دعوای *Bisbal*<sup>۳۰</sup> این دیوان اعلام نمود که از آنجایی که قواعد تعارض قوانین فرانسه (حداقل در مواردی که اعمال قانون خارجی را ضروری می‌دانند) جزء مسائل مربوط به نظم عمومی نیستند، بر طرفین دعوا

29. Bucher, op cit., supra n. 22, at §. 375.

30. مطالب مندرج در این قسمت بر اساس اطلاعات و منابع ارائه شده توسط پروفسور Helene Gaudemet نگاشته شده است. Tallton

31. Civ. 12 May 1959, D. 1960. 610, note Malaurie; J. C. P. 1960. 11. 11733, note Motulsky; Clunet 1960. 810, note Sialelli, Rev. crit. dr. int. pr. 1960. 62, note Batiffol; B. Ancel and U. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* (2nd edn, 1992), No. 33.

است که اعمال قانون خارجی را درخواست کنند؛ اگر چنین درخواستی نکنند دادگاه رسیدگی کننده را نمی توان به خاطر عدم اخذ تصمیم، به اعتبار سمت خود، به اعمال قانون خارجی سرزنش نمود. موضوع این دعوا درخواست طلاق<sup>۳۲</sup> و قانون حاکم بر آن، قانون ملی طرفین دعوا بود. طرفین دعوا هر دو شهروندان اسپانیایی بوده و بر طبق قوانین اسپانیا در آن زمان طلاق منوع بود. دادگاه رسیدگی کننده ظاهراً از تابعیت اسپانیایی اطراف دعوا آگاه بود اما چون هیچ کدام از آنها به قانون اسپانیا استناد نکرده بودند، قانون فرانسه را اعمال و حکم به طلاق صادر نمود. از این حکم نزد دیوان عالی کشور فرجام خواهی شد، بر این اساس که دادگاه رسیدگی کننده می باشند رأساً، به اعتبار سمت، قانون اسپانیا را اعمال می نمود. دیوان کشور درخواست فرجام را رد نمود.

با این وجود در سال ۱۹۶۰، دیوان عالی کشور تصریح نمود که اگر چه دادگاه موظف نیست که قانون خارجی را به اعتبار سمت اعمال نماید، مع هذا، مختار است به چنین امری اقدام کند. این رأی دیوان عالی کشور در قضیه Compagnie algérienne de Crédit et de Banque v. Chemouny<sup>۳۳</sup> صادر شد. در این دعوا از رأی دادگاه پایین تر نزد دیوان عالی کشور پژوهش خواهی شده بود، بر این اساس که دادگاه مذکور قانون خارجی را، به اعتبار سمت، [بدون درخواست یکی از طرفین دعوا] به اجرا گذارد بود. دیوان عالی کشور این درخواست پژوهش را نیز رد نمود. به علاوه دیوان مذبور حکم نمود که صلاحیت رسیدگی به این مسئله که آیا دادگاه نخستین در اعمال قانون خارجی دچار اشتباه شده است یا خیر را ندارد.<sup>۳۴</sup>

برای سالهای متتمادی، آرای فوق الذکر دیوان عالی کشور به عنوان آرای کلیدی و حکم ساز باقی ماندند. لیکن اخیراً دیوان مذبور موضع خود را اصلاح نموده است. دیوان عالی کشور ابتدا چنین حکم نموده که در موقع معین و خاصی دادگاهها موظفند که قانون

32. A decree of judicial separation was already in force and the court was asked to convert this into a divorce.

33. Civ. 2 Mar. 1960. Rev. crit. dr. int. pr. 1960. 97; J. C. P. 1960. 11. 11734, note H. M.; Clunet 1961. 408, note B. G.; Ancel and Lequette, op cit., supra n. 31, at No. 34.

34. see infra.

خارجی را رأساً و از حیث سمت اعمال نمایند.<sup>۳۵</sup> سپس در سال ۱۹۸۸، در دعاوی *Rebouh* و *Schule*<sup>۳۶</sup>، به طور غیرمنتظره‌ای تغییر موضع داد و اعلام نمود که حتی موقعی که یک قاعده معمولی تعارض قوانین مورد بحث می‌باشد، دادگاه موظف است رأساً، از حیث سمت تصمیم بگیرد که آیا قانون خارجی اعمال می‌شود یا خیر؛ یعنی آن که «دادگاه موظف است به دعوا بر اساس قواعد حاکم بر آن رسیدگی کند». <sup>۳۷</sup> قصور در به کارگیری این رویه می‌تواند موجب نقض حکم در مرحله پژوهش بشود.

به نظر می‌رسید که این آرای دیوان عالی کشور قاعده‌ای کلی را وضع می‌نمودند که بر اساس آن قانون خارجی باید، به اعتبار سمت، در همه اوضاع و احوال اعمال گردد. لیکن دیوان مزبور متعاقباً موضع میانه‌ای را در این رابطه اتخاذ نمود. در دعوای *Coveco*<sup>۳۸</sup> دیوان کشور چنین نظر داد که اگر طرفین دعوا اعمال قانون خارجی را درخواست نکنند، حکم صادره صرفاً به دلیل این که دادگاه رسیدگی کننده قانون مقر دادگاه را اعمال نموده، قابل نقض نخواهد بود. مع هذا این قاعده کلی فقط هنگامی جاری است که قانون خارجی بر طبق مفاد یک کنوانسیون بین المللی [که فرانسه عضو آن می‌باشد] قابل اعمال نباشد و همچنین جایی که موضوع دعوا مربوط به آن بخش از حقوق می‌باشد که طرفین دعوا مختارند «آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند».<sup>۳۹</sup>

35. Civ. 25 Nov. 1986. Rev. crit. dr. int. pr. 1987. 383, note Ancel and Lequette; J. C. P. 1988. 11. 20967, note Courbe; and Civ. 25 May 1987. Clunet 1987. 927, note Gaudemet- Tallon: Rev. crit. dr. int. pr. 1988. 60, note Lequette: J. C. P. 1988. 11. 20976, note Courbe.

36. Civ. 11 and 18 Oct. 1988. Clunet 1989. 349. note Alexandre. J. C. P. 1989. 11. 21327. note Courbe: Rev. crit dr. intrpr. 1989. 368: Ancel and Lequette, op cit., supra n. 31, at Nos 70 and 71.

37. "[L]e juge droit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicable".

38. Civ. 4 Dec. 1990, Clunet 1991. 371, note Bureau; Rev. crit. dr. int. pr. 1991. 558, note Niboyet- Hoegy; Ancel and Lequette, op cit., supra n. 31, at No. 72.

39. "[E] n une matière où les parties ont la libre disposition de leurs droits". See also Cour de cassation. Civ. 4 Oct. 1989, Rev. crit. dr. int. pr. 1990. 316, note Lagard.

این نظریه دیوان کشور مبین رویه جاری می باشد. قاعده کلی این است که دادگاه رسیدگی کننده، به جز در دو مورد، موظف نیست که قانون خارجی را رأساً، به اعتبار سمت، اعمال کند. یکی هنگامی که موضوع دعوا تحت پوشش کنوانسیونی بین المللی [که فرانسه عضو آن می باشد] قرار می گیرد و دیگری زمانی که طرفین دعوا مختار نیستند «آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند». مفهوم اخیر دارای اهمیت زیادی است، اگر چه معنی دقیق آن مشخص نیست.<sup>۴۰</sup> به کارگیری اصطلاح فرانسوی *matière un* (یک بخش از حقوق) بیانگر این است که بخش نسبتاً وسیعی از حقوق مطرح می باشد، شاید مشابه موضوعاتی که تحت عنوان قواعد معمولی راجع به انتخاب قانون حاکم طبقه بندی می شوند.<sup>۴۱</sup> ممکن است که مسائل مربوط به قرارداد، مسؤولیت مدنی و اموال (شامل اموال ناشی از ازدواج و ارث) را جزء آن بخش از حقوق به حساب آورد که در آن طرفین مختارند «آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند»، در حالی که مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت را می توان جزء آن بخش از حقوق به حساب آورد که در آن چنین حق برای ایشان وجود ندارد.<sup>۴۲</sup>

همچنین این ابهام وجود دارد که هنگامی که موضوع دعوا از جمله مسائلی است که طرفین مختارند «آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند» ولی همزمان تحت پوشش یک کنوانسیون بین المللی قرار دارند، آیا طرفین دعوا می توانند توافق کنند که دعوا بر طبق قانون مقر دادگاه<sup>۴۳</sup> رسیدگی شود؟ چنین توافقی ظاهراً امکان پذیر است،<sup>۴۴</sup> به ویژه این امکان در رابطه با مسائل ناشی از قرارداد صریحاً پذیرفته شده است.<sup>۴۵</sup>

<sup>۴۰</sup>. به عنوان دعوا بیی که در آن مفهوم مزبور در برگیرنده دعواهای اثبات نسب می باشد، نگاه کنید به: Cour de cassation, Civ. 18 Nov. 1992, Clunet 1993. 309, note Lequette; Rev. crit. dr. int. pr. 1993. 276. note Ancel.

<sup>41</sup>. Lagard, Rev. crit. dr. int. pr. 1994. 332. 337.

<sup>42</sup>. Ibid.

<sup>43</sup>. این توافق به منزله موافقت شکلی بر اساس ماده (۳) ۱۲ «قانون جدید آین دادرسی» خواهد بود.

<sup>44</sup>. See Rôho, Cour de cassation, Civ. 19 Apr. 1988, Rev. crit. dr. int. pr. 1989. 69, note Batiffol.

<sup>45</sup>. See the note by Lagarde to Cour de cassation, Civ. 4 Oct. 1989, Rev. crit. dr. int. pr. 1990. 320- 322.

## ب. بار اثبات دعوا<sup>۴۶</sup>

در این مورد نیز دیوان عالی کشور فرانسه موضع خود را تغییر داده است. در آغاز، بر طبق قاعده‌ای که به قاعده لوتور - تینه (Lautour- Thinet) "معروف بود، بار اثبات قانون خارجی بر عهده طرفی بود که [اصل] ادعایش تابع آن قانون بود و نه طرفی که بدان استناد می‌کرد.<sup>۴۷</sup> معنی قاعده چنین بود که، برای مثال، اگر خواهان، دعوا مربوط به تخلف [موجب مسؤولیت مدنی] که در یک کشور خارجی واقع شده بود را اقامه می‌کرد، او مجبور بود که قانون خارجی را اثبات نماید، حتی در صورتی که رضایت داشته که به دعوا ایش مطابق قانون فرانسه رسیدگی شود و این خوانده بود که به قانون خارجی استناد کرده بود.<sup>۴۸</sup> اگر قانون خارجی اثبات نمی‌شد، وضعیت بدین قرار بود که اگر عدم اثبات از تقصیر یا فقدان سعی طرفی که بار اثبات بر عهده اش بود، ناشی می‌شد دعوا ایش محکوم به رد بود؛ از طرف دیگر اگر اثبات قانون خارجی حقیقتاً میسر نبود، دادگاه قانون مقر خود را به اجرا درمی‌آورد. بنابراین انگیزه‌ای واقعی برای یک طرف وجود داشت تا حداکثر تلاش خود را جهت اثبات قانون خارجی به کار ببرد مع هذا طرف دیگر هم ممکن بود وسوسه شود که صرفاً به منظور اتلاف وقت به قانون خارجی استناد نماید.

اخیراً، دیوان عالی کشور فرانسه قاعده «لوتور - تینه» را کنار گذاشته است. قاعده

۴۶. مطالب مندرج در این قسمت بر اساس اطلاعات و منابع ارائه شده توسط پروفسور Paul Lagarde، op cit., supra n. 41 (note on Amerford, infra). نگاشته شده است. همچنین رک.

47. Named after the two leading cases: Lautour, Cour de cassation, Civ. 25 May 1948, Rev. crit. dr. int. pr. 1949. 89. 89, note Batiffol; D. 1948. 357, note P. L.-P.: S. 1949. I. 21. note Niboyet: J. C. P. 1948. II. 4532, note Vasseur, and Societe Thinet, Cour de cassation, Civ. 24 Jan. 1984, Clunet 1984. 874, note Bischoff, Rev. crit. dr. int. pr. 1985. 89. note Lagarde.

48. "La charge de la preuve de la loi étrangère pese sur la partie dont la prévention est soumise à cette loi et non sur celle qui l'invoque, fût-ce à l'appui d'un moyen de défense". Société Thinet, ibid.

۴۹. در این مورد، یک استئنا وجود داشت؛ و آن هنگامی بود که دعوای اصلی در شمول قانون فرانسه بود و خوانده مدعی عدم قابلیت استماع دعوا می‌شد، در این صورت وی مجبور بود این مطلب را به اثبات برساند که ادعای مذبور طبق قانون خارجی موجه است.

جدیدی که در قضیه امرفور (Amerford)<sup>۵۰</sup> مقرر شده، چنین است که در مواردی که طرفین دعوا اختارند «آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند»، طرفی که ادعا می‌کند که اعمال قانون خارجی به نتیجه‌ای متفاوت از آن چه که از اعمال قانون فرانسه به دست می‌آید، منجر می‌شود باید این تفاوت نتیجه را با اثبات محتوای قانون خارجی مورد استناد ثابت نماید، در غیر این صورت قانون فرانسه به عنوان قانون مقر دادگاه اعمال خواهد شد. در قضیه امرفور، بیمه‌گر اجناسی که در هنگام حمل معيوب شده بود علیه شرکت باربری مربوطه اقامه دعوا نموده بود. خوانده [شرکت حمل باربری] مدعی بود که قانون ایلی نویز (Illinois) بر دعوا حاکم بوده و این ادعا مورد اعتراض خواهان نبود. بر اساس رویه لوتور-تینه، بار اثبات قانون ایلی نویز بر عهده خواهان [شرکت بیمه] قرار می‌گرفت، زیرا آن قانون حاکم بر ادعایش می‌بود. ولی، بر اساس رویه جدید، خوانده دعوا-طرفی که به قانون خارجی استناد کرده بود - مجبور به اثبات این بود که قانون خارجی با قانون مقر دادگاه تفاوت داشت.

مزیت رویه جدید در سادگی آن است، به ویژه این که دیگر ضروری نیست میان آن دسته از دعاوی که در آن ناتوانی در اثبات قانون خارجی ناشی از تقصیر طرفی است که بار اثبات را بر عهده دارد، و آن دسته از دعاوی که اثبات قانون خارجی حقیقتاً میسر نیست، تقسیکی صورت پذیرد. بر طبق سیستم جدید، نتیجه در هر دو مورد یکسان است، بدین معنی که قانون مقر دادگاه اعمال خواهد شد.

قاعده جدید در رابطه با بار اثبات قانون خارجی، به خوبی با قواعد مربوط به اعمال قانون خارجی همخوانی دارد، زیرا مفهوم بخشی از حقوق که در آن طرفین اختارند «آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند» - مفهومی که توسط قانون مقر دادگاه توصیف می‌شود - در هر دو مسأله به کار گرفته می‌شود. در چنین مواردی دادگاه موظف نخواهد بود که به اعتبار سمت، رأساً حکم به اعمال قانون خارجی دهد، و اگر قانون خارجی اثبات نشود، قانون مقر دادگاه<sup>۵۱</sup> به جای قانون خارجی، اعمال خواهد شد. مشکل عمدۀ در مواردی بروز می‌کند که موضوع دعوا مربوط به بخشی از حقوق است که طرفین اختارند

50. Ch. com. 16 Nov. 1993, Rev. crit. dr. int. pr. 1994. 332, note Lagarde; Clunet 1994. 98. note Donnier.

51. Lagarde, idem. pp. 338- 339.

«آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند» اما همچنین یک کوانسیون بین المللی نسبت به آن اعمال می‌گردد. در اینجا وضعیت نامعلوم است بدین معنی که آیا دادگاه بایستی قانون خارجی را، حتی اگر بدان نیز استناد نشده باشد، قابل اعمال اعلام نماید آن‌گاه اگر قانون خارجی اثبات نشود، قانون مقر خود را اعمال کند؟ یا این که دادگاه موظف است محتوای قانون خارجی را رأساً به اعتبار سمت، تعیین نماید؟ تاکنون جوابی به این سوالات داده نشده است.

مشکل دیگر مربوط است به وضعیتی که دادگاه موظف نیست قانون خارجی را به اعتبار سمت، رأساً اعمال نماید ولی با این وجود تصمیم به چنین کاری می‌گیرد. آیا دادگاه متعاقباً نیز بایستی محتوای قانون خارجی را رأساً، به اعتبار سمت، تعیین کند؟ به نظر می‌رسد که دادگاه موظف به انجام چنین تکلیفی است، اگرچه وضعیت هنوز مسلم نیست.<sup>۵۲</sup>

قضیه امرفور [دامنه اعمال] قاعده جدید را محدود به آن بخش از حقوق می‌کند که در آن طرفین مختارند «آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند»، بنابراین به طور ضمنی اشعار می‌دارد که برای سایر موارد، متعاقباً قاعده دیگری وضع خواهد شد، اما اشاره‌ای به محتوای این قاعده نمی‌نماید.

## ج. روشهای اثبات<sup>۵۳</sup>

در فرانسه قانون خارجی - تا حد زیادی - به عنوان یک امر موضوعی به اثبات می‌رسد. اساساً تمام روشهای اثبات را می‌توان به کار گرفت، ولی روش معمول تهیه یک "certificats de coutume"، که همان نظرات کتبی کارشناسان (اغلب حقوقدانان خارجی) در مورد حقوق خارجی است، می‌باشد. این گونه نظرات کارشناسی ممکن است با مدارک مربوطه - برای مثال متن قانون خارجی یا تصمیمات دادگاهها (ترجمه شده به زبان فرانسه) - همراه باشد. اگر هر یک از طرفهای دعوا نظریه‌ای کارشناسی به دادگاه

52. See Société Demart, Civ. 5 Oct. 1994, Rev. crit. dr. int. pr. 1995. 60, note Bureau.

53. مطالب مندرج در این قسمت بر اساس اطلاعات و منابع ارائه شده توسط پروفیسور Catherine Kessedjian نگارش شده است.

عرضه کند، تناقض بین نظرات مزبور غیرمحتمل نخواهد بود در چنین حالتی دادگاه مجبور خواهد بود که تصمیم بگیرد کدامیک از نظرات صحیح می باشد. از آنجایی که تحصیل چنین دلیلی پر هزینه می باشد، همیشه [به دادگاه] ارائه نمی شود؛ در عوض طرفین دعوا می توانند از دادگاه درخواست نمایند که رأساً تحقیقات لازم را به عمل آورد. اگرچه فرانسه عضو «کوانسیون ۱۹۶۸ شورای اروپا در خصوص اطلاعات راجع به حقوق خارجی»<sup>\*</sup> است اما از امکانات پیش بینی شده در این کوانسیون، احتمالاً به دلیل این که موجودیت آن عموماً شناخته شده نیست، به ندرت استفاده می شود.

در فرانسه قاعده کلی این است که پژوهش مبتنی بر مسائل موضوعی دعوا را می توان فقط نزد دادگاه پژوهش (*Cours d'appel*) و نه نزد دیوان عالی کشور، اقامه نمود. از آنجایی که قانون خارجی برای این منظور یک امر موضوعی محسوب می شود، پژوهش مبتنی بر مسائل مربوط به قانون خارجی معمولاً نزد دیوان عالی کشور قابل طرح نمی باشد.<sup>۵۴</sup> تنها استثناء براین قاعده کلی مربوط به موردی است که دکترین "Dénaturation" پیش بینی نموده است، بر طبق این دکترین در مواقعي که دادگاه پایین تر شرایط یک مدرک کتبی، مثلاً یک قرارداد یا وصیت نامه، که معنی آن کاملاً واضح است را صحیحاً به اجرا در نیاورده باشد، می توان پژوهش [مبتنی بر مسائل موضوعی] را نزد دیوان عالی کشور طرح نمود. این دکترین از طریق قیاس، به مورد قانون خارجی نیز تسری داده شده است. با وجود این، چنین پژوهشی تنها در دعاوی محدودی موقفيت آمیز خواهد بود.

\*. The 1968 Council of Europe Convention on Information on Foreign Law.

۵۴. آرای قضایی با قاطعیت براین مطلب صحه می گذارند، برای مثال نگاه کنید به: Compagnie algérienne de Crédit et de Banque v. Chemouny, Civ. 2 Mar. 1960, Rev. crit. dr. int. pr. 1960. 97; J. C. P. 1960. II. 11734, note H. M.; Clunet 1961. 408; note B. G.; Ancel and Lequette, op cit., supra n. 31, at No. 34.

## انگلستان<sup>۰۰</sup>

قوانين انگلیس در مورد استناد و اثبات قانون خارجی به طور محکمی تثبیت شده و به ندرت بحث انگلیز می باشند. در عین حال، اخیراً در چندین دعوا دادگاهها مجبور شده اند که به این موضوعات رسیدگی کنند و به نظر می رسد که جهت کشف قوانین در این ارتباط بایستی به کتب مرجع و رویه های قدیمی [آرای قضایی] مراجعه نمود. این امر می تواند بیانگر ابهاماتی باشد که در مورد برخی از استثنایات وجود دارد، که متعاقباً مورد بحث قرار خواهد گرفت.

در ابتدا آین و رویه معمول را شرح داده و سپس استثنایات را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

55 . See Dicey and Morris, *The Conflict of Laws* (12th edn, 1993), chap. 9; Cheshire and North, *Private International Law* (12th edn, 1992), chap. 7; O'Malley and Layton, *European Civil Practice*, chap. 9; Fentiman, "Foreign Law in English Courts" (1992) 108 L. Q. R. 142. Fr Scotland, see Anton, *Private International Law* (2nd edn, 1990), pp. 773- 780. For Australia see P. E. Nygh, *Conflict of Laws in Australia* (6th edn, 1995), chap. 17.

ریچارد فینیمن (Richard Fentiman) در حال حاضر مشغول نوشتن کتابی تحت عنوان «قانون خارجی در دادگاههای انگلستان» است که قرار بود در سال ۱۹۹۶ توسط Oxford University Press منتشر گردد. از وی به خاطر آن که اجازه داد تا بخشهایی از این کتاب را ملاحظه کنم متشرکم و همچنین از نظرها و مساعدت های وی کمال تشکر را دارم. همچنین از آقای ایان کارستن (Ian Karsten QC)، پرسور راین مورس (Robin Morse) و پرسور مایکل زندر (Michael Zander) به خاطر مساعدت و اظهارنظرهایشان متشرکم. مباحثات دوستانه با منتقدان نظام حقوقی انگلستان (همچون پرسور هاس اولریخ جسوران دی الیورا Hans Ulrich Jessurun d'Oliveira) در فهم دیدگاههای کشورهای اروپایی کمک نمود. لازم به گفتن نیست که هیچ یک از افراد فوق الذکر مسؤولیتی در قبال گفته های من ندارند.

## الف. رویه معمول

قاعده اساسی این است که قانون خارجی یک امر موضوعی محسوب می‌شود. اگر یکی از طرفین دعوا بدان استناد نکند - حتی اگر بر طبق قاعده انتخاب قانون حاکم (از قواعد حل تعارض) مربوطه به نظر برسد که قانون خارجی قابل اعمال است - دادگاه آن را اعمال نخواهد کرد.<sup>۵۶</sup> به جز در صورتی که طرف دیگر قبول نماید،<sup>۵۷</sup> قانون خارجی باید توسط طرفی که بدان استناد می‌کند اثبات گردد.<sup>۵۸</sup> اگرچنان اثباتی انجام نشود، یا قانون خارجی مورد استناد قرار نگیرد، قانون مقر دادگاه اعمال خواهد شد.

روش معمول اثبات قانون خارجی توسل به گواهی کارشناس است.<sup>۵۹</sup> فردی که از او

۵۶. دادگاههای انگلیس معمولاً حق ندارند رأساً و به اعتبار سمت، قانون خارجی را قابل اجرا اعلام نمایند. با این حال، دادگاههای مزبور می‌توانند به ابتکار خود قانون ۱۸۵۹ بریتانیا مربوط به تعیین قوانین را به مرحله اجرا درآورند حتی اگر هیچ یک از طرفین به قانون خارجی استناد نکرده باشد. نگاه کنید به:

Topham v. Duke of Portland (1893) 1 De G. J. & §. 517 (varied but not on this point sub nom. Duke of Portland v. Topham (1864) 11 H. L. C. 32); Eglinton v. Lamb (1867) 15 L. T. 657 Dicey and Morris, *idem*, p. 226. On the operation of the Act, see *infra* n. 59; see also Dicey and Morris, *idem*, pp. 236-237.

۵۷. اگر درباره مفاد قانون خارجی طرفین توافق داشته باشند احتیاجی به اثبات آن نخواهد بود، نگاه کنید Dicey and Morris, *idem*, p. 228, notes 25 and 26.

۵۸. در این مورد، استثنایات قانونی معینی وجود دارد. نگاه کنید به: The Maintenance Orders Act 1950, §. 22 (2).

۵۹. هیچ یک از طرفین نمی‌تواند صرفاً با استناد به متن قانون خارجی یا با اشاره به حکم دادگاه خارجی، قانون خارجی را به اثبات برساند. (به عنوان یک استثنای نگاه کنید به: the Evidence (Colonial Statutes) Act 1907 که اجازه می‌دهد قوانین کشورهای مشترک المنافع به عنوان دلیل - بدون نیاز به ارائه دلیل دیگری - پذیرفته شوند) با این حال، طرفین می‌توانند از دادگاه درخواست نمایند تا به موجب قانون ۱۸۵۹ «مربوط به تعیین قانون خارجی» تصمیم گیری نماید. این قانون به دادگاه اجازه می‌دهد تا از دادگاه کشور دیگر - که هر دو کشور جزء کشورهای مشترک المنافع هستند - درخواست کند که بر اساس قانون مزبور حکم نماید. چنین حکمی برای دادگاه طرف درخواست، لازم الایتع است. موارد استناد به این قانون نادر می‌باشد. مقررات مشابهی در رابطه با قانون کشورهای غیرمشترک المنافع نیز توسط قانون ۱۸۶۱ «مربوط به تعیین قانون خارجی»، پیش بینی شده است، ولی هیچ کنوانسیون بین المللی تاکنون برای اثر بخشیدن به این قانون به تصویب نرسیده و این قانون توسط قانون ۱۹۷۳ نسخ شد. بریتانیا عضو



خواسته می شود که در مورد قانون خارجی نظر بدهد باید «به اعتبار دانش یا تجربه خود، صلاحیت مناسب و لازم را برای این کار دارا باشد». <sup>۶۰</sup> ضرورتی ندارد که چنین فردی حقوقدانی باشد که در کشور مربوطه به فعالیت حقوقی استغال داشته باشد.<sup>۶۱</sup> این فرد می تواند مقیم انگلستان باشد و احتمالاً استغال حقوقی و یا دانشگاهی داشته باشد، یا این که مقیم در کشور خارجی باشد. بنابراین، برای مثال یک استاد حقوقدان از مدرسه مطالعات آسیایی و افریقایی دانشگاه لندن می تواند در مورد محتوای قانون کشور غنا<sup>۶۲</sup> «شهادت بدهد، و یک عضو از کانون وکلای نیویورک یا استادی از یک دانشگاه امریکایی می تواند درباره محتوای قانون ایالات متحده امریکا شهادت بدهد».<sup>۶۳</sup>

شورای اروپا در خصوص اطلاعات مربوط به قانون خارجی است و به طور مرتب به کشورهای خارجی اطلاعات می دهد. هیچ قاعده ای در آین دادرسی برای استفاده دادگاههای انگلستان از این کنوانسیون وجود ندارد ولی دادگاه عالی انگلستان ممکن است برای ارائه درخواست بر اساس آن واجد صلاحیت ذاتی باشد. در قضیه: Ch. 142 (1994) Panayiontou v. Sony Musical Entertainment (UK) Ltd. رأی

دادگاه برآن بود که دادگاه عالی برای صدور درخواست به دادگاه کشور دیگر جهت مساعدت در به دست آوردن اسناد، واجد صلاحیت ذاتی است. روش دیگری برای اثبات در بند ۲ ماده ۴ «قانون ادله اثبات دعواه مدنی» بیان شده است که مقرر می دارد: «هر گاه مطلبی در رابطه با قانون خارجی قبلاً در یکی از دادگاههای انگلستان مورد قرار گرفته باشد، آن رأی می تواند (البته با رعایت شرایط خاص) در دعواه بعدی به عنوان دلیل اثبات قانون خارجی مورد استناد قرار گیرد». چنین تصریمی برای دادگاه بعدی لازم الایاع نیست بلکه فرضی را به وجود می آورد که می توان خلاف آن را به اثبات رساند. این قاعده «شبه رویه» با توجه به آن دکترین که قانون خارجی یک امر موضوعی است، جالب توجه می باشد.

دادگاه در حالت عادی حق ندارد که برای تعیین قانون خارجی، رأساً اقدام به بررسی نماید ولی تنها در صورت درخواست هر دو طرف ممکن است این کار را انجام دهد دادگاهها مکلف نیستند که به چنین درخواستی پاسخ مثبت بدهند و عموماً به این کار بی علاقه اند نگاه کنید به:

Dicey and Morris, op cit., supra n. 55, at p. 228.

60. Civil Evidence Act 1972, §. 4 (1).

61. Ibid.

62. نگاه کنید به: McCabe v. McCabe, (The Independent, 3 Sept. 1993) این قضیه مربوط بود به ازدواجی بر طبق حقوق عرفی عکان (Akan customary law) که استادی از مدرسه مطالعات آسیایی و افریقایی برای یک طرف دعوا و همکار قدیمی وی برای طرف دیگر گواهی کارشناسی دادند (هویت کارشناس گواهی دهنده فقط در نسخه دست نویس درج شده است).

63. نگاه کنید به: X, Y and Z v. B [1983] 2 Lloyd's Rep. 535; [1983] 2 ALL E. R.

طرف دیگر دعوا اجباری ندارد که نظر کارشناسی درباره قانون خارجی به دادگاه ارائه کند،<sup>۶۴</sup> اما هنگامی که درباره محتوای قانون خارجی بین طرفین اختلاف نظر شدید وجود دارد، طرف مزبور نیز به احتمال قریب به یقین نظر کارشناسی را به دادگاه ارائه خواهد کرد. در چنین وضعیتی، کارشناسان طرفین معمولاً با یکدیگر هم عقیده نخواهند بود و جریان کار رسیدگی فعال تر می‌گردد. سپس بر عهده دادگاه خواهد بود که در این باره تصمیم‌گیری کند، خواه نظر کارشناسی یک طرف را بر نظر کارشناسی طرف دیگر ترجیح دهد، خواه این که قسمتی از نظرات هر یک را پذیرد. یک کارشناس باید منابع حقوقی (مانند قوانین، رویه‌ها [آرای قضایی] و کتب مرجع) که نظریه خود را براساس آنها استوار نموده ذکر کند. اگر کارشناسان در مورد تفسیر و آثار این منابع با هم توافق نداشته باشند، دادگاه می‌تواند (و در حقیقت موظف است) به منظور تعیین این که کدامیک از آنان نظر صحیح را ابراز می‌کند، منابع مزبور را شخصاً مورد بررسی قرار دهد. با این وجود، دادگاه مجاز نیست که منابع حقوقی را که یکی از کارشناسان بدان استناد ننموده مورد بررسی قرار دهد، همچنین دادگاه مجاز نیست که در این خصوص به انجام یک تحقیق حقوقی مستقل مبادرت نماید.<sup>۶۵</sup>

در دعاوی که توسط هیأت منصفه رسیدگی می‌شوند (که امروزه به ندرت در دعاوی حقوقی به کار گرفته می‌شود)، مسائل مربوط به قانون خارجی، اساساً به وسیله این هیأت تصمیم‌گیری می‌شوند. مع‌هذا، این رویه توسط قانون تغییر نموده و اکنون خود قاضی درباره این مسائل تصمیم‌گیری می‌نماید.<sup>۶۶</sup>

→ ۶۴ در این قضیه وکیلی اهل نیویورک برای یک طرف دعوا و استاد از دانشگاه نیویورک برای طرف دیگر گواهی کارشناسی دادند. فرد اخیر در کلام قاضی «فردی با بارزترین ویژگی ممتاز علمی و صاحب‌نظر اول در زمینه حقوقی مطروح در دعوا بود».

۶۵. چنانچه این کار انجام نشود، دادگاه معمولاً ادله کارشناسی ارائه شده را می‌پذیرد، مشروط برآن که این ادله منطقی بوده و خطای فاحش نداشته باشد. با این حال، اگر نظر کارشناس با ادله و منابع ذکر شده تقویت نشود، دادگاه می‌تواند خود به ارزیابی و نتیجه گیری پردازد. نگاه کنید به: Dicey and morris, *op cit.*, *supra* n. 55, at pp. 232- 233.

65. Idem, p. 232. For a case in which a judgment was reversed on this ground, see Bumper corpn v. Comr of Police of Metropolis [1991] 1 W. L. R. 1362 (CA).

← ۶۶. این موضوع ابتداً توسط قانون دادگستری ۱۹۲۰ مطرح گردید:

دادگاههای پژوهشی در انگلستان در مورد مسائل موضوعی یک دعوا که دادگاه رسیدگی کننده [نخستین] در خصوص آنها تصمیم گرفته است، تمایلی به دخالت از خود نشان نمی دهند؛ با این وجود، در مورد قانون خارجی «اگرچه یک امر موضوعی است، امری موضوعی از نوع خاص به حساب می آید» و دادگاههای پژوهشی حاضرند با آمادگی بیشتری، در مقایسه با یک امر موضوعی «معمولی»، تصمیمات قضات [دادگاه نخستین] را در مورد قانون خارجی نقض نمایند.<sup>67</sup> قضیه Attorney General of New Zealand v. Ortiz<sup>68</sup> مثالی خوب در مورد این رفتار دادگاههای پژوهشی است، در قضیه مزبور دولت نیوزیلند به منظور استرداد یک شیء هنری، که به طور غیرقانونی از آن کشور خارج شده بود، در انگلستان دعوا اقامه می کند. در خصوص مسأله قانون خارجی، یعنی تفسیر صحیح قانونی از نیوزیلند یعنی «قانون ۱۹۶۲ در مورد اشیاء تاریخی»، اختلاف نظر وجود داشت. در حین رسیدگی هر طرف کارشناسی را به دادگاه معرفی نمود، و درباره نکته مورد اختلاف، دادگاه نخستین، شهادت کارشناس معرفی شده توسط دولت نیوزیلند را مرجح می دانست.<sup>69</sup> دادگاه پژوهش این تصمیم دادگاه رسیدگی کننده نخستین را نقض نمود،<sup>70</sup> و در نتیجه دولت نیوزیلند نزد مجلس اعیان (House of Lords) فرجام خواهی نمود. مجلس اعیان نیز در حکم خود قانون نیوزیلند را دقیقاً به همان نحوی که معمولاً طی آن قانونی انگلیسی را تفسیر می کند، تفسیر نمود. مجلس اعیان دیدگاههای و کلای طرفین را مورد بررسی دقیق قرار داد، ولی چنین به نظر می رسد به نظرات کارشناسان طرفین هیچ گونه اهمیتی نداده است. مجلس اعیان بعد از تحلیل مفصلی از قانون مورد بحث، نظر دادگاه



(Administration of Justice Act 1920, §. 15).

For the High Court, see now the Supreme Court Act 1981, §. 69 (5); for county courts, see the County Courts Act 1984, §. 68. For criminal cases, see R. V. Hammer [1923] 2 K. B. 786.

**67.** Porkasho v. Singh [1968] p. 223, 250; approved in Dalmia Dairy Industries Ltd. v. National Bank of Pakistan [1978] 2 Lloyd's Rep. 223, 286 (CA); Bumper Corp., *supra* n. 65, at p. 1370.

**68.** [1984] A. C. 1.

**69.** [1982] Q. B. 349.

**70.** [1984] A. C. 1.

پژوهش را ابرام نمود.

از آنجایی که پژوهش خواهی نزد مجلس اعیان فقط در صورتی که مبتنی بر مسائل حکمی مهم به حال عموم باشد، امکان پذیر است، "احازه پژوهش نزد این مرجع - که توسط دادگاه پژوهش اعطای شده بود - یقیناً بر این اساس بوده است که نکته ای قانونی مربوط به حقوق انگلستان می‌باشی مورد تصمیم‌گیری قرار می‌گرفت، مع‌هذا سرتاسر رأی مجلس اعیان، مسأله قانون نیوزیلند را در بر می‌گرفت. این برخورد مجلس اعیان بیانگر این حقیقت است که در عمل این مرجع آماده است تا مسائل مربوط به قانون خارجی را، حداقل چنانچه مربوط به کشوری همانند نیوزیلند باشد، در مرحله فرجامی مورد رسیدگی قرار دهد.<sup>۷۶</sup> بدون تردید، مجلس اعیان رفتاری متفاوت درباره یک قانون فرانسوی یا حتی یک قانون امریکایی خواهد داشت، مع‌هذا مسأله قاعده اساسی همچنان یکسان باقی می‌ماند.

## ب. استثنایات

قبل‌آگفته‌یم که دادگاه انگلستان قانون خارجی را (حتی اگر طبق قاعده انتخاب قانون حاکم از قواعد حل تعارض مربوطه اجرای آن لازم باشد) اعمال نخواهد کرد مگر این که یکی از طرفین بدان استناد کند، و اگر چنین استنادی صورت نپذیرفته باشد یا این که به اثبات نرسد، قانون مقر دادگاه اعمال خواهد شد. این قاعده، که از این به بعد به عنوان «قاعده عادی» از آن نام می‌بریم، روی هم رفته در مورد سیر کلی دعاوی کاملاً رضایت بخش می‌باشد. مع‌هذا این سؤال مطرح است که آیا وضعیتها بی وجود دارد که پذیرش استثنا را ایجاب کند، همان‌طوری که در سیستمهای دیگر اروپایی (مانند فرانسه) که روش مشابه انگلیس را دنبال می‌کنند، پذیرفته شده است.

### 71. Administration of Justice Act 1960, §. 1 (2).

۷۶. مسلمآ شبهات زیادی میان حقوق نیوزیلند و انگلستان وجود دارد. روشهای تفسیر در این دو نظام مشابهند. به علاوه، درخواست تجدیدنظر از آرای دادگاه‌های نیوزیلند به شورای سلطنتی انگلستان داده می‌شود که عالی ترین مقام دادگاهی در سیستم دادگستری نیوزیلند است. بنابراین، مجلس اعیان باید خود را برای رسیدگی به مسائل حقوق نیوزیلند، کاملاً صالح بداند. با این حال، حقوق نیوزیلند در مجلس اعیان، قانون خارجی تلقی می‌شود هر چند که در شورای سلطنتی چنین نیست.

کتب مرجع در نگاه اول چنین می‌نمایند که این استثنایات، اگر اساساً وجود داشته باشند، خیلی محدود و اندک هستند.<sup>۷۳</sup> به هر حال، اگرچه منابع در این رابطه پراکنده است، اما دلایلی وجود دارد که «قاعده عادی» در موارد ذیل ممکن است قابل اعمال نباشد.<sup>۷۴</sup> در چنین مواردی، معمولاً دادگاههای انگلستان رأساً اقدام به تعیین قانون خارجی نمی‌کنند، ولی در عوض، علیه طرفی که اثبات آن قانون به عهده اش می‌باشد، حکم می‌دهند.

## ۱. دعاوی کیفری

«قاعده عادی» در دعاوی کیفری اعمال نمی‌شود. اگرچه قانون خارجی معمولاً در دعاوی کیفری مطرح نیست، ولی جرم «تعدد زوجات» یک استثنا محسوب می‌شود، زیرا دادستان باید اثبات کند که متهم قبل از برگزاری مراسم ازدواج دومش، متأهل بوده است. اگر ازدواج اول در یک کشور خارجی صورت گرفته باشد، یا این که زوجین مقیم یک کشور خارجی باشند، اعتبار آن ازدواج می‌تواند تابع قانون خارجی باشد. در چنین وضعیتی دادستان نمی‌تواند به «قاعده عادی» اتکا کند بلکه باید اعتبار ازدواج اول را بر طبق قانون خارجی اثبات نماید. اگر چنین امری انجام نشود، خوانده [متهم] تبرئه خواهد شد.<sup>۷۵</sup> این رویه هماهنگ با قواعد حاکم بر بار اثبات دعوا در رسیدگیهای کیفری است؛ دادستان باید دعوای خود را به نحوی که محلی برای شکی معقول [منطقی] باقی نگذارد به اثبات برساند و به جز این که متهم به جرم خود اقرار کند، دادستان نمی‌تواند با استناد به قصور متهم در ارائه دلیل، مجرمیت متهم را اثبات نماید.

73. See Dicey and Morris, *op cit.*, supra n. 55, at pp. 227- 229 and 238 (text to n. 26); Cheshire and North, *op cit.*, supra n. 55, at p. 107, n. 2.

74. There may be other exceptions: see e. g. BP Exploration co. (Libya) Ltd v. Hunt [1980] 1 N. S. W. L. R. 496, 503; Österreichische Landerbank v. S'Elite Ltd [1981] 1 O. B. 565 (CA).

75. R. v. Povey (1852) Dears. C. C. 32; R. v. Savage (1876) 13 Cox C. C. 178; R. v. Lindsay (1902) 66 J. P. 505; R. v. Naguib [1917] 1 K. B. 359. See also Dicey and Morris, *op cit.*, supra n. 55, at p. 235.

## ۲. وضعیت

«قاعده عادی» همچنین در موقعي که از دادگاه درخواست شده است که در مورد وضعیت [اجتماعی- قانونی] فردی قرار یا حکمی صادر کند که برای اشخاص ثالث الزام آور است، غیرقابل اعمال می باشد. بنابراین، اگر طرفی درخواست صدور حکمی مبنی بر ابطال ازدواج (یا درخواست صدور حکم اعتبار ازدواج) کند، و در صورتی که بر طبق قواعد حل تعارض انگلستان، مسأله اعتبار ازدواج تابع قانون خارجی باشد، خواهان نبایستی بتواند به «قاعده عادی» استناد نموده و دعوای خود را بر طبق قوانین انگلستان به اثبات برساند؛ اگر شخص مزبور نتواند اثبات نماید که ازدواج بر طبق قانون خارجی بی اعتبار (یا معتبر) می باشد، می بایستی درخواستش مردود اعلام شود.<sup>\*</sup> هیچ گونه حکم موثقی که مؤید این گفته باشد وجود ندارد<sup>\*\*</sup> و در حقیقت «اظهارات جنبی قاضی» در

۷۶. همین اصل در هنگامی که خواهان دعوای طلاق در صدد اثبات اعتبار ازدواج بر می آید و از دادگاه درخواست انحلال این ازدواج را دارد، نیز جاری است. در چنین موردی، صلاحیت دادگاه بستگی به اعتبار ازدواج دارد و صلاحیت در دعاوى خانوادگى را نمی توان با قصور یا فقدان رضایت به اثبات رساند. نگاه Kahn- Freund, General Problems of Private International Law (1980), p. 115.

۷۷. بند ۱۴ ماده ۱۰ قانون دعاوى خانوادگى سال ۱۹۹۱ ظاهرآ فرض می کند که قانون خارجی باید به اثبات بررسد ولی این مطلب را به صراحت بیان نمی کند. در کتاب دایسی و مورس در بخش مربوط به اثبات ازدواج نیز همین مطلب آمده است.

دعاوى طلاق بسیاری وجود دارد که خواهان ملزم گردیده اثبات کند که ازدواجی را که در کشور خارجی برگزار شده بر طبق قوانین کشور مزبور معتبر است. برای مثال نگاه کنید به: Cooper- King v. Cooper- King [1900] p. 65; Wilson V. Wilson [1903] p. 157; Bater v. Bater [1907] p. 333).

با این وجود، شرایط شکلی عقد ازدواج مطابق حقوق انگلستان درخصوص ازدواجی که در کشور خارجی برگزار می شود مطمئناً رعایت نخواهد شد. در حقیقت (به جز در موارد خاص نظری ازدواج در محل کنسول انگلستان) به سختی می توان دید که چگونه آین شکلی مزبور رعایت خواهد شد. بنابراین، در چنین دعاوى «قاعده عادی» به خواهان معمولاً کمک نخواهد کرد. در عین حال، چنانچه «قاعده عادی» بر دعاوى مربوط به ازدواج مجری بود، خواهان دعوای بطلان ازدواجی که در کشور خارجی برگزار گردیده می توانست. بر فرض این که خوانده دعوا در دادگاه حاضر نمی شد. همواره با عدم ارائه گواهی مربوط به شرایط شکلی [اعتبار ازدواج بر طبق] قانون خارجی و اثبات این امر که شرایط شکلی عقد ازدواج مطابق حقوق انگلستان رعایت نگردیده، در دعوای خود پیروز شود. باور این به عنوان حقوق به سختی قابل پذیرش است.

\*. Obiter dictum.

معایرت با آن یافت می شود;<sup>۷۸</sup> با وجود این، از آنجایی که در دعاوی مربوط به ازدواج، خواهان بایستی اثباتاً دعوای خود را ثابت نماید و نمی تواند به سادگی به قصور خوانده در دفاع از دعوا استناد نماید،<sup>۷۹</sup> به نظر می رسد که استناد خواهان به قصور خوانده در استناد و اثبات قانون خارجی علی القاعده صحیح نباشد.<sup>۸۰</sup>

### ۳. حکم اختصاری

همچنین به نظر می رسد «قاعده عادی» در مورد درخواست صدور حکم اختصاری پیش بینی شده به موجب دستور شماره ۱۴ از مقررات دادگاه عالی، قابل اعمال نباشد. این مسأله در قضیه National Shipping Corporation v. Arab مطرح شد، قاضی این پرونده، آقای باکلی، اعلام نمود<sup>۸۱</sup> که:

«اظهارات به عمل آمده از طرف خواهان - که بسیار واضح می باشد - بستگی به این فرضیه - که بدون تردید در حقوق ما مورد شناسایی قرار گرفته است - دارد که قانون خارجی مشابه قانون انگلستان است به جز در مواجهی که دلیلی مبنی تفاوت میان آنها ارائه شده باشد. اما، در دعاوی که در آن قانون خارجی به روشنی مطرح است، صدور حکم اختصاری به نفع خواهان، بر مبنای این فرضیه، به نظر من قانع کننده نمی باشد.».

۷۸. نگاه کنید به: Szechter v. Szechter [1971] p. 286, 296 آنها به قانون خارجی استناد نشده بود و قانون انگلستان به منظور تعیین این که آیا ازدواج به دلیل فقدان رضایت بی اعتبار است، یا این که به خاطر استکاف شدید یا خودسرانه از تزدیکی باید باطل گردد، اعمال گردیده است. اگرچه عوامل مرتبط کننده مهمی با کشور خارجی موجود بود، با این وجود، در موارد رضایت، قاعده انتخاب قانون حاکم در حقوق انگلستان مسلم یا قطعی نیست و قانون مقر دادگاه ممکن است یا به عنوان قانون حاکم یا به دلیل نظم عمومی به کار رود. نگاه کنید به: Dicey and Morris, idem, 685- 82 pp. در مورد استکاف شدید یا خودسرانه از تزدیکی، قانون حاکم به احتمال زیاد قانون مقرر دادگاه است. نگاه کنید به: idem, Rule 79 (3) pp. 719- 724.

۷۹. See §. 1 (3) of the Matrimonial Causes Act 1973.

۸۰. باید تذکر داد که صلاحیت دادگاههای انگلستان در امور زناشویی از دادگاههای کلیسا (ecclesiastical courts) نشأت گرفته است. روش دادگاه اخیر مبتنی بر قوانین کلیسا (Canon law) بود و بیشتر از کامن لو جنبه تقییشی داشت. نگاه کنید به: Lawrence Stone, Road to Divorce (1995) pp. 195- 198.

۸۱. [1971] Lloyd's Rep. 363, 366 (CA). See also p. 365 (per Davies LJ).

نتیجتاً پژوهش علیه صدور حکم اختصاری پذیرفته شد.

#### ۴. تعهدات بین المللی

اظهارات لرد دیپلاک در دعوای UCM v. Royal Bank of Canada بیانگر وجود

یک استثنای دیگر است:<sup>۸۲</sup>

«چنانچه در حین رسیدگی به یک دعوا دادگاه متوجه شود که قراردادی که بر اساس آن یکی از طرفین، دعوای خود را اقامه نموده است، از نوع قراردادی است که کشور انگلستان تعهد بین المللی داده است که آن را غیرقابل اجرا بداند، دادگاه باید، حتی اگر خواننده نیز بدان استناد نکرده باشد، خود این نکته را مورد بررسی قرار داده و موظف است از هر گونه کمک به اجرای آن قرارداد خودداری نماید».

اگرچه این گفته از نوع «اظهارات جنی قاضی» می باشد، به احتمال قریب به یقین مبین حقوق انگلستان می باشد.

قضیه UCM v. Royal Bank of Canada به تقض قراردادی مربوط می شد که برخلاف مقررات کنترل ارز یک کشور خارجی بود. «تعهد بین المللی» که بدان اشاره شده، عنایت دارد به مفاد مقررات بند ۲ (ب) از ماده ۸ «موافقتنامه صندوق بین المللی پول»<sup>۸۳</sup> که مقرر می دارد: «قراردادهای مبادله ارز که در برگیرنده ارز یک عضو و برخلاف مقررات کنترل ارزی یک عضو - که مطابق این موافقتنامه ابقا یا وضع شده اند - می باشد، در قلمرو سرزمینی هر یک از اعضاء غیرقابل اجرا خواهد بود». بنابراین اثر اظهارات لرد دیپلاک این است که اگر دعوایی جهت اجرای این قرارداد در انگلستان اقامه شود و هیچ یک از طرفین

۸۲. نگاه کنید به: A. C. 189 [1983] Lord Denning در اظهارات خود نظریه لرد دنینگ (Lord Denning) که قبلًا در قضیه Singh Batra v. Ebrahim (1982, 2 Lloyd's Rep. 11. 13 [CA]) اعلام شده بود را مورد تأیید قرار می داد. این نظریه لرد دنینگ در رأی قاضی اکنر (Ackner) در دادگاه پژوهش در قضیه UCM (1982, Q. B. 208, 241- 242) نیز اعلام شده است.

83. Applicable in the UK by virtue of the Bretton- Woods Agreements Order in Council, S. R. & O. 1946 No. 36, Art. 3. made under the Bretton- Woods Agreements Act 1945. See Dicey and Morris, op cit., supra n. 55, at pp.1595- 1600.

به غیرقانونی بودن قرارداد بر اساس مقررات مربوط به کنترل ارز کشور خارجی استناد نکرده باشند، دادگاه انگلستان در موقع مناسب بر اساس نظر خود به مسئله رسیدگی خواهد کرد. در چنین مواردی، دادگاه از خواهان می خواهد که اثبات نماید که قرارداد غیرقانونی نیست، اگر خواهان نتوانست این امر را اثبات نماید، از اجرای آن قرارداد خودداری خواهد کرد.<sup>۸۴</sup>

مقررات کنترل مبادلات ارز همواره مجازاتهایی کیفری را پیش بینی می کنند، و بند ۲ (ب) از ماده ۸ [مذکور در بالا] با ممانعت از اجرای قراردادهایی که بر طبق قوانین ارزی دولتهای خارجی غیرقانونی هستند، سعی در تأمین منافع این دولتها دارد. اظهارات لرد دیپلاک در مورد سایر کنوانسیونهای مشابه نیز جاری است، اما اعتبار آن در ورای این گونه کنوانسیونها محل تردید است. به ویژه این که، هیچ دلیلی برای این باور وجود ندارد که «قاعده عادی» - صرفاً به خاطر این که قاعده حل تعارض مورد اختلاف نشأت گرفته از یک کنوانسیون بین المللی مربوط به یکسان سازی [وحدت] حقوق بین الملل خصوصی است. نباید اجرا شود.

## ۵. نامشروع بودن

حتی در صورت فقدان کنوانسیونی بین المللی، ممکن است نزاکت بین المللی حکم کند که قراردادی که بر طبق قوانین خارجی غیرقانونی [نامشروع] است نباید به اجرا گذاشته شود. شرایط مربوط به نزاکت بین المللی در این رابطه به خوبی در قضیه Regazonni v. Sethia بیان شده است.<sup>۸۵</sup> طبق قاعده ای که در این قضیه اعلام شده است یک دادگاه انگلیسی به اجرا، یا به پرداخت خسارات ناشی از تقضی قراردادی که در برگیرنده انجام عملی خلاف قانون در یک کشور خارجی است، حکم نخواهد داد. این

۸۴. اصطلاح اجرا(enforce) در اینجا یا به معنی صدور حکم به انجام اقدامی معین یا صدور حکم به پرداخت خسارت می باشد. لازم به تذکر است که قاعده مزبور صرف نظر از قانون حاکم بر قرارداد اعمال می گردد. کنوانسیون رم بر قاعده مندرج در بند ۲ (ب) از ماده ۸ اثری ندارد زیرا که ماده ۲۱ این کنوانسیون مقرر می دارد که کنوانسیون رم بر اجرای سایر کنوانسیونهای بین المللی که یک کشور عضو طرف متعاهد آنها است، لطمه ای وارد نمی کند.

85. [1958] A. C. 301.

قاعده مبتنی بر نظم عمومی است و صرف نظر از قانون حاکم بر قرارداد مستقلأً اجرا می شود، بنابراین اهمیتی ندارد که قانون حاکم بر قرارداد، قانون انگلیسی یا قانون یک کشور خارجی است.

به محض این که یک دادگاه انگلیسی از حقایقی آگاه شود که احتمالاً اعمال قاعده مذکور در قضیه *Regazonni v. Sethia* را طلب می نماید، خود باید رأساً اقدام به بررسی موضوع کند حتی اگر هیچ یک از طرفین به قانون خارجی استناد نکرده باشند. علت این امر این است که قاعده مذکور نه به منظور حفظ مصالح طرفین دعوا، بلکه به جهت نفع عمومی وضع شده است. اجرای یک قرارداد که از شرایط آن انجام یک عمل غیرقانونی در یک کشور خارجی است در تضاد با وظیفه نزاکت بین المللی است و می تواند تأثیر سوء بر روابط دوستانه دول خارجی با دولت انگلستان داشته باشد. این روابط دوستانه نبایستی به مخاطره بیفتند صرفاً به خاطر این که خوانده دعوا در استناد به قانون خارجی اهمال نموده است.

دلیل دیگری برای توجیه این که چرا دادگاه خود باید رأساً اقدام کند این است که قاعده مطروحه در قضیه *Regazonni v. Sethia* اغلب به عنوان یک قاعده حقوق داخلی انگلستان محسوب می گردد.<sup>۸۷</sup> منظور این گفته این است که قراردادی که الزاماً به انجام عملی غیرقانونی در یک کشور خارجی منتهی می شود، بر طبق حقوق انگلستان غیرقانونی می باشد.<sup>۸۸</sup> اگر این نظر صحیع باشد، موضوع تحت پوشش قاعده ای قرار می گیرد که بر طبق آن دادگاههای انگلستان مسئله مربوط به نامشروع بودن [یا غیرقانونی بودن] قرارداد را، چنانچه بدان آگاه شوند، بر طبق حقوق انگلستان خود مورد رسیدگی قرار می دهند حتی اگر طرفین دعوا آن را طرح نکرده باشند.<sup>۸۹</sup>

86. See Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contracts, (12 th edn, 1991), pp. 367- 368.

۸۷. این قاعده حقوق انگلستان بر طبق مقرره مندرج در بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون رم یک قاعده آمره بین المللی خواهد بود. در حقیقت، این تنها راهی است که از طریق آن قاعده مطروح در قضیه *Regazzoni v. Sethia* می تواند بر طبق کنوانسیون رم به اجرا در آید زیرا که ماده ۱۶ این کنوانسیون اجازه می دهد که نظم عمومی (public policy) فقط در خصوص یک قانون [خارجی] به کار رود که قابلیت اعمال داشته باشد و نه در خصوص قانونی که قابلیت اعمال نداشته باشد.

88. Cheshire, Fifoot and Furmston, op cit., supra n. 86 at pp. 391- 392.

## ۶. نتایج

«قاعده عادی» در حقوق انگلیس یک قاعده شکلی مربوط به آین دادرسی است.

قاعده ای مربوط به دادخواهی [نحوه طرح دعوا] و ادله اثبات - و اجرای آن با ملاحظات کلی آین دادرسی بستگی دارد. قاعده مزبور بر یک قاعده کلی آین دادرسی حقوق انگلستان متکی است که بر اساس آن دادگاه مسئله ای را منور برسی قرار نمی دهد به جز این که طرفین دعوا آن را مطرح کرده باشند. هر کجا استثنایی بر این قاعده کلی وارد شده است، استثنایی نیز باید برای «قاعده عادی» مورد بحث قائل شد.



## سایر کشورها

وضع در کشورهای اتریش،<sup>۸۹</sup> هلند<sup>۹۰</sup> و پرتغال<sup>۹۱</sup> به طور کلی مشابه آلمان می باشد.

موقع رسمی کشورهای اسکاندیناوی<sup>۹۲</sup> نیز چنین است، اگرچه، در مورد مسائلی که طرفین دعوا می توانند با تراضی حل و فصل کنند، به نظر می رسد که در عمل دادگاههای این

.۸۹. بنا بر اطلاعاتی که توسط پروفسور Gerte Reichelt ارائه شده است.

.۹۰. بنا بر اطلاعاتی که توسط پروفسور Harry Duintjer Tebbens و آقای A. V. M. Struycken ارائه شده است.

.۹۱. بنا بر اطلاعاتی که توسط قاضی Manuel Moura Ramos ارائه شده است.

.۹۲. بنا بر اطلاعاتی که توسط پروفسور Michael Bogdan (از سوئد)، پروفسور Ole Lando (از دانمارک) و پروفسور Helge Thue (از نروژ) ارائه شده است. به علاوه رک. Lando at pp. 128- 140 of Dierk Müller (Ed.), Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht (1968), Vol. 10 of the series Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, MaxPlanck- Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.

کشورها معمولاً قانون خارجی را اعمال نمی کنند به جز این که یکی از طرفین به آن استناد کرده باشد. در ایتالیا،<sup>۹۳</sup> حقوق دانان ساله است که از راه حلی مشابه آنچه در آلمان پذیرفته شده است طرفداری نموده اند ولی دادگاهها همیشه این را قبول نکرده اند. مع هذا ماده ۱۴ قانون جدید در خصوص حقوق بین الملل خصوصی "صریحاً اعلام می دارد که دادگاهها باید، به اعتبار سمت، قانون خارجی را رأساً اعمال نمایند. در بلژیک<sup>۹۴</sup> دادگاهها موظفند محتوای قانون خارجی را با تحقیق خود تعیین نمایند. با این وجود، هیچ گونه رویه ای وجود ندارد که در آن دیوان کشور نظر داده باشد که دادگاه باید، به اعتبار سمت، قانون خارجی را اعمال نماید، اگر چه در مواقعي که نظم عمومي (ordre public) یا قوانین امری مطرح است - یعنی بیشتر در مسائل مربوط به حقوق خانواده - به احتمال زیاد دادگاه موظف به انجام چنین اقدامی می باشد. در سایر موارد قانون خارجی محتملاً اعمال نخواهد شد مگر این که یکی از طرفین دعوا درخواست اجرای آن را نموده باشد. وضع در اسپانيا به نظر می رسد که شبیه به انگلستان باشد.<sup>۹۵</sup>



## کنوانسیون رم

آیا کنوانسیون رم بر روی قوانین کشورهای عضو در مورد استناد و اثبات قانون خارجی تأثیری دارد؟ در نظر اول این چنین به نظر می آید. کنوانسیون به عبارتی ظاهراً آمرانه حکم می کند که مقرراتش «باید بر تعهدات قراردادی در هر وضیعتی که در آن

۹۳. بنا بر اطلاعاتی که توسط پروفسور Andrea Giardina و پروفسور Fausto Pocar ارائه شده است.
94. Law 218 of 31 May 1995.

۹۵. بنا بر اطلاعاتی که توسط پروفسور Marc Fallon ارائه شده است.

۹۶. بنا بر اطلاعاتی که توسط پروفسور A. Borás و پروفسور J. González Campos ارائه شده است.

انتخاب قانون (صالح) در بین قوانین کشورهای مختلف مطرح است، اعمال شود»،<sup>۹۸</sup> و چنین ادامه می‌دهد که، برای مثال، «یک قرارداد باید تابع قانون منتخب طرفین آن باشد»<sup>۹۹</sup> نتیجتاً، ممکن است تصور شود که هنگامی که کنوانسیون حکم به اعمال قانون خارجی می‌کند، کشورهای عضو کنوانسیون موظف به اعمال آن قانون باشند حتی اگر طرفین دعوا بدان استناد نکرده باشند. مع هذا، بند ۷ پاراگراف ۲ از ماده ۱ اعلام می‌دارد که قواعد کنوانسیون بر قواعد مربوط به آئین دادرسی و ادله اثبات دعوا<sup>۱۰۰</sup> جاری نمی‌شود. از آنجایی که مقررات مربوط به استناد و اثبات قانون خارجی جزء قواعد مربوط به آئین دادرسی و ادله اثبات دعوا است، بدیهی است که این مقررات نمی‌توانند تحت تأثیر قواعد مندرج در کنوانسیون قرار گیرند.<sup>۱۰۱</sup> بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که کنوانسیون هیچ گونه تکلیفی بر عهده کشورهای عضو نمی‌گذارد تا این گونه مقررات را جرح و تعدیل نمایند.

اگرچه هیچ گونه تکلیفی بر عهده کشورهای عضو کنوانسیون نیست که قانون خارجی را، به اعتبار سمت، رأساً به اجرا در بیاورند، ممکن است تصور شود که قصور در انجام این کار می‌تواند به اهداف کنوانسیون لطمه وارد کند. مع هذا، مهمترین هدف کنوانسیون این است که به طرفین قرارداد اجازه داده شود تا خود آزادانه قانون حاکم بر

#### 97. Art. 1 (1).

#### 98. Art. 3 (1).

کلام مشابهی در سایر مقررات مربوط به انتخاب قانون حاکم در کنوانسیون مزبور به کار رفته است.

۹۹. این قاعده بدون لطمه زدن به مقرره مندرج در ماده ۱۴ می‌باشد که چنین بیان می‌دارد که قانون حاکم بر قرارداد بر طبق کنوانسیون تا حدی اعمال می‌گردد که قانون مزبور - از نظر حقوق قراردادها - حاوی قواعدی است که فرضیات حقوقی را مطرح می‌نمایند یا بار اثبات [دعوا] را تعیین می‌کند. این نمی‌تواند بر قواعد ناظر بر استناد و اثبات قانون خارجی اثری گذارد، زیرا این قواعد بخشی از حقوق قراردادها نیستند بلکه بخشی از حقوق آئین دادرسی و ادله اثبات می‌باشند. قواعد اخیر فقط بر رسیدگیهای که یک قرارداد مورد اختلاف است، به کار نمی‌روند بلکه به طور کلی در کلیه رسیدگیهای قضایی اعمال می‌گردند.

#### 100. Dicey and Morris, op cit., supra n. 55 at p. 229.

گزارش جولیانو- لگارد (Giuliano-Lagarde Report, 1980 O. J. C282/1, at p. 36) اعلام می‌دارد که بند ۷ پاراگراف ۲ از ماده ۱ به این منظور گنجانده شد «که در خصوص مسائل مربوط به حقوق ادله اثبات که کنوانسیون تصمیمی اتخاذ نکرده است، هیچ گونه تردیدی در مورد آزادی عمل دولتهای عضو وجود نداشته باشد. تنها مسائل مربوط به حقوق ادله اثبات که کنوانسیون به آن پرداخته است، همان مقرره مندرج در ماده ۱۴ می‌باشد».

قرارداد را انتخاب کنند. چون این خود برای منفعت طرفین قرارداد وضع شده است، اعمال قانون خارجی توسط دادگاه هنگامی که هیچ یک از طرفین چنین درخواستی را ندارند، بهبوده به نظر می‌آید. بنابراین پیشنهاد شده است که روح کنوانسیون اعمال قانون خارجی به اعتبار سمت را در مواردی که طرفین قانون حاکم بر قرارداد را خود انتخاب نموده یا می‌توانسته انتخاب نمایند، لازم نمی‌داند.<sup>۱۰۱</sup>

مواد ۵ و ۶ (کنوانسیون) قانون کشورهای خاصی را صرف نظر از انتخاب طرفین قرارداد مجری می‌داند. این برای حمایت از طرف ضعیف تر قرارداد (صرف کننده یا کارگر) در نظر گرفته شده است که موضع ضعیف این گونه افراد ممکن است او را به انتخاب قانونی که به ضررش است وادار کند. مع هذا، هنگامی که دعوا آغاز شده است موضع اقتصادی ضعیف این گونه اشخاص به سختی می‌تواند مانع برای استناد آنان به قانون خارجی باشد، بنابراین هیچ گونه دلیلی وجود ندارد که بر اساس آن دادگاه باید رأساً قانون خارجی را به اعتبار سمت به اجرا در بیاورد.<sup>۱۰۲</sup>

نتیجه این که به نظر می‌رسد که اهداف و سیاست کنوانسیون رم به طور معمول اعمال قانون خارجی را، به اعتبار سمت، ضروری نمی‌دانند. مع هذا، ممکن است موارد غیرعادی معدودی وجود داشته باشند (معمولًاً هنگامی که مسئله عدم مشروعيت مطرح است) که به کارگیری روش اعمال، به اعتبار سمت، به نظر پسندیده می‌آید این موارد معمولًاً هنگامی که بند ۱ ماده ۷ لازم الاجرا است<sup>۱۰۳</sup> واقعیت پیدا می‌کنند ولی ممکن است تحت مقررات بند ۳ ماده ۳ نیز به وقوع بیوئندند. در این موارد استثنایی روح - و اگرچه نه متن - کنوانسیون رم اقتضا می‌نماید که دادگاه با اقدام خود قانون خارجی را اعمال نماید. در انگلستان این موارد به احتمال قریب به یقین تحت پوشش یکی از استثنائاتی که در بالا بحث شد قرار خواهد گرفت.

۱۰۱. در هر حال، قصور در استناد به قانون خارجی ممکن است طبق بند ۲ ماده ۳ به عنوان نوعی رضایت ضمنی به اعمال قانون مقر دادگاه محسوب گردد.

۱۰۲. با این وجود، هنگامی که صرف کننده یا کارگر به علت بی توجهی به قانون خارجی استناد نکند، مناسب است که دادگاه وضعیت را برای او تشریع کند و به وی این امکان را بدهد که در صورت تمايل اظهاریه خود را تصحیح کند.

۱۰۳. قاعده مزبور در آلمان و انگلستان لازم الاجرا نیست. نگاه کنید به: Art. 22 (1) (a) and, for the UK, s. 2 (2) of the Contracts (Applicable Law) Act 1990.



## فتایج

تا جایی که به استناد و اثبات قانون خارجی مربوط است، سیستمهای حقوقی اروپا را می‌توان به بهترین وجه با مراجعه به خطی ممتد که آلمان در یک انتها و انگلستان در انتهای دیگر آن واقعند، نشان داد. اگرچه ممکن است تفاوت بین هر کشور و کشور مجاور واقع در طول خط خیلی زیاد نباشد، مع‌هذا، تفاوت بین کشورهایی که در انتهای مخالف یکدیگر قرار می‌گیرند، بسیار فاحش است. در آلمان، دادگاه موظف به اعمال قانون خارجی است حتی اگر بدان استناد نشده باشد، در انگلستان به طور کلی دادگاه از چنین اقدامی منع شده است. در آلمان، هنگامی که نیاز به تعیین ماهیت قانون خارجی است، قاضی مکلف است خود شخصاً اقدام به تحقیق نماید. در انگلستان قاضی از چنین اقدامی نیز منع شده است به جز این که هر دو طرف دعوا از او چنین درخواستی کرده باشند.

مع‌هذا، اختلافات عملی - حتی بین انگلستان و آلمان - را نبایستی بیش از حد بزرگ جلوه داد. طرفین اقدام به طرح دعوا نمی‌کنند به جز این که به موفقیت خود امیدوار باشند، و متداول‌ترین در انگلستان موقعی قانون خارجی را مورد استناد و اثبات قرار می‌دهند که اعمال آن به نفعشان باشد. آنان معمولاً فقط زمانی از چنین اقدامی خودداری می‌کنند که براین باورند که قانون خارجی مشابه قانون انگلستان است. استثنایات عمدۀ موقعی رخ می‌دهد که یک طرف دعوا ناگاه به قابل اعمال بودن قانون خارجی است، به محتوای آن بی توجه است یا توانایی اثبات آن را ندارد. به جز در مواقعی که این حالات وجود دارد، سیستم انگلیس همان نتیجه‌ای را به بار می‌آورد که از سیستم آلمان به دست می‌آید. بنابراین اختلاف نتیجه به احتمال قوی موقعی حاصل می‌شود که اصحاب دعوا امکانات کافی برای تحصیل نظرات حقوقی صحیح یا به کارگیری وکیل مجبوب را ندارند. حقوقدانان از کشورهایی مانند هلند و آلمان عقیده دارند که سیستم آنها برتر است.

برای آنها باور نکردنی است که قصاصات انگلیسی نه تنها موظف نیستند که خود شخصاً در مورد تعیین قانون خارجی دست به تحقیق بزنند - هنگامی که این کار ضروری است - بلکه در حقیقت از انجام چنین کاری منع شده‌اند. در مقابل، حقوقدانان انگلیسی در تعجبند که چرا قصاصات آلمانی، حتی در صورت فقدان شرایط و اوضاع و احوال خاص، بر اعمال قانون خارجی اصرار می‌ورزند در جایی که هر دو طرف دعوا روش آسانتر و آشنا‌تر در خصوص صدور حکم بر طبق قانون مقر دادگاه را ترجیح می‌دهند. این اختلاف تا اندازه‌ای نتیجه عدم درک صحیح طرفین می‌باشد، عدم درکی که تا حدودی ناشی از سنتهای حقوقی متفاوت در کشورهای مورد بحث است؛ آیا نقش قاضی به طور انتزاعی این است که «حقیقت» را کشف و حکم «عادلانه» صادر نماید یا این که دعوا را بر طبق مستندات و دلایل ارائه شده مورد رسیدگی قرار دهد؟ اختلاف نظر در مفاهیم اساسی مانند اینهاست که از آن اختلاف در مورد قواعد مربوط به قانون خارجی نشأت گرفته است. بنابراین، واقعیات تاریخی احتمالاً وسیله بقای وجوه مشخصه سیستم‌های حقوقی انگلستان و سایر کشورهای اروپایی را، برای سالهای متمامی در آینده، تأمین خواهد کرد.

# درآمدی بر تأسیس دیوان کیفری بین المللی

## و ارزیابی اساسنامه آن

دکتر سید نصرالله ابراهیمی<sup>۱</sup>

### • مقدمه

پیوسته مسأله تدوین و اعمال حقوق کیفری بین المللی با طرح اصل استقلال و حاکمیت کشورها و عدم جواز مداخله در امور داخلی آنان، مورد شک و تردید بلکه انکار قرار می‌گرفت. در نتیجه هیچ گاه موضوع ضرورت همکاری میان کشورها و اقدام همه جانبیه آنها در مبارزه با جرایم بین المللی به صورت جدی مطرح نمی‌شد. بدین جهت از یک طرف جوامع بشری پیوسته شاهد جنایاتی از قبیل نسل کشی، جنایت بر ضد بشریت، و جنایات جنگی بوده اند به طوری که مشاهده می‌شود از زمان جنگ دوم جهانی تاکنون بیش از ۲۵۰ مخاصمات مسلحانه خونین در جهان رخ داده است که قریب ۱۷۰ میلیون قربانی به خود گرفته است<sup>۲</sup>، و از طرف دیگر دادگاههای داخلی از تواناییهای لازم برخوردار نیستند

۱. نویسنده فارغ التحصیل دوره لیسانس از دانشگاه تهران، فوق لیسانس و دکتری از دانشگاه شفیلد انگلستان می‌باشد.

2. Dakar Declaration of 6 February 1998 for the Establishment of the International Criminal Court.

تا آن که مرتکبین چنین جرایمی را به پای میز محاکمه بکشانند و عدالت کیفری را در حق آنها اجرا نمایند.<sup>۳</sup>

اگرچه همکاری گسترده بین المللی کشورها با یکدیگر در بخش‌های حقوقی و تجاری، از طریق انعقاد معاہدات دو یا چند جای به قابل مقایسه با چنین همکاری در زمینه‌های کیفری نمی‌باشد، به طوری که به جرأت می‌توان ادعا کرد که روند همکاری بین المللی کشورها در زمینه‌های کیفری حداقل ۵۰ سال از زمینه‌های حقوقی و تجاری عقب تراست<sup>۴</sup>، ولی باید اذعان کرد که همیشه آرزوی همکاری و مشارکت وسیع جهانی در زمینه‌های کیفری مخصوصاً از طریق تأسیس یک محکمہ کیفری بین المللی اندیشه بشر را آزار می‌داد.

از آغاز تأسیس جامعه ملل، بحث همکاریهای بین المللی کشورها در امور کیفری، موضوع دستور کار کمیته کارشناسان جامعه ملل جهت تدوین پیشروخته حقوق بین الملل<sup>۵</sup> قرار گرفت. در سال ۱۹۲۸ میلادی، گزارشی از کمیته فرعی<sup>۶</sup> وابسته به آن توسط پروفسور شوکینگ<sup>۷</sup> تهیه شد، که در آن از همه کشورها خواسته شد تا از معابر دیپلماسی پیشنهادات خود را در زمینه همکاریهای کیفری بین المللی و راهکردهای آن ارائه نمایند.<sup>۸</sup>

موضوعاتی از قبیل تجارت جنگ افزارهای کشتار جمعی، مواد مخدر، و تروریسم بین المللی و حتی جرایم تجاری،<sup>۹</sup> جامعه بین المللی را به فکر تأسیس دادگاههای ویژه<sup>۱۰</sup>

3. Ibid.

4. D.J. McClean, International Judicial Assistance, Clarendon Press, 1992, p.124.

5. League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law.

6. Sub- Committee.

7. Schücking.

8. League of Nations Doc. A. 15. 1928 V, reproduced in the Harvard Research, (1939) 33 Am. Jo. I. L (Supp). p. 143 in McClean, op cit., pp. 124 - 125.

9. Commercial crimes.

10. ad hoc.

انداخت. تأسیس دادگاههای ویژه نظامی بین المللی نورنبرگ و توکیو<sup>۱۳</sup> بعد از جنگ دوم جهانی به منظور محاکمه مجرمان جنگی آلمان و ژاپن، سپس تأسیس دادگاه ویژه دیگری به نام محکمه کیفری بین المللی یوگسلاوی سابق<sup>۱۴</sup> جهت محاکمه مجرمان جنگی در کشتار مردم مسلمان و بی دفاع بوسنی- هرزگوین، اولین گام عمدۀ در طرح یک محکمه بین المللی مدرن و پایدار به شمار می آید، همچنان که محکمه اخیر اعلام نمود:

«این موضوع که حقوق بین الملل وظایف و مسؤولیتهای را هم بر اشخاص حقیقی و هم بر کشورها تحمیل می کند، از مدت مدیدی پیش مورد شناسایی قرار گرفته است ... اشخاص حقیقی ممکن است به دلیل تخلفات از حقوق بین الملل مورد مجازات قرار گیرند. جرایم بر ضد حقوق بین الملل جرایمی هستند که به وسیله اشخاص حقیقی، و نه شخصیت‌های حقوقی، به وقوع می پیوندند، و تنها از طریق مجازات اشخاص حقیقی که این گونه جرایم را مرتکب شده اند می توان مقررات حقوق بین الملل را اجرا کرد».

در سالهای اخیر عزم راسخ بسیاری از کشورها و سازمانهای بین المللی که اساساً دارای ماهیت سیاسی می باشد، بر این تعلق گرفت تا یک مرکز مستقل کیفری بین المللی در سطح جهان در مبارزه با جرایم بین المللی شکل گیرد.

در حال حاضر با تصویب اساسنامه دیوان کیفری بین المللی در ماه جولای ۱۹۹۸ میلادی، بعد از سالها برنامه ریزی و انتظار و ارائه طرح‌ها و پیش‌نویس‌های متعدد، و قبولی آن توسط اکثر کشورهای شرکت کننده در اجلاس، این گام مهم برداشته شده است.<sup>۱۵</sup>

### 1.1. International Military Tribunals.

### 1.2. The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 1993.

### 1.3. Steiner & Alston, International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals, Clarendon Press, 1996, p. 1034.

۱۴. پیشینه تاریخی تأسیس دیوان بین المللی کیفری اختصاراً به قرار زیر است:  
- در سال ۱۹۴۸ میلادی، کنوانسیون نسل کشی (Genocide Convention) توسط سازمان ملل پذیرفه شد.  
- در دهه ۱۹۵۰ میلادی، کمیسیون حقوق بین الملل (The International Law Commission) مأمور تدوین اصول محاکمات دادگاه نورنبرگ شد.

کشورهای عضو جامعه بین المللی پذیرفته اند که برای حفظ امنیت ملی<sup>۱۰</sup> و اجرای موفق قوانین کیفری خود ضروری است از طریق همکاری و تشریک مساعی بین المللی کشورها با همدیگر به جنگ با مجرمان بین المللی بروند.

در این مقاله کوشش شده است تا به اختصار ضمن طرح موضوع صلاحیت کیفری دادگاههای داخلی و بین المللی، دلایل مخالفین و موافقین با تأسیس دیوان کیفری بین المللی مورد بررسی قرار گرفته، و در خاتمه ارزیابی کلی از محاسن و معایب دیوان و اساسنامه آن به همراه برخی از پیشنهادهای عملی ارائه گردد.



- در سال ۱۹۸۹ میلادی، کشور کوچک Trinidad & Tobago پیشنهاد تأسیس دادگاه کیفری بین الملل را در مجمع عمومی سازمان ملل متحد مجدداً طرح کرد. آن گاه مجمع عمومی از کمیسیون حقوق بین الملل درخواست تدوین طرح پیشنهادی در این خصوص را نمود.
- در سال ۱۹۹۳ میلادی، شورای امنیت سازمان ملل متحد دادگاه نظامی ویژه یوگسلاوی سابق را تأسیس کرد.
- در سال ۱۹۹۴ میلادی، کمیسیون حقوق بین الملل طرح نهایی پیشنهادی خود را به کمیته ششم از چهل و نهمین جلسه مجمع عمومی تقدیم نمود. در این سال دادگاه ویژه رواندا توسط شورای امنیت تأسیس شد.
- در سال ۱۹۹۵ میلادی، کمیته های موقت بررسی طرح پیشنهادی کمیسیون حقوق بین الملل در طی دو مرحله جلسات دو هفته ای خود را تشکیل دادند.
- در ماه دسامبر سال ۱۹۹۵ میلادی، مجمع عمومی تصمیم بر تشکیل کمیته مقدماتی برای تأسیس دیوان کیفری بین المللی گرفت، که دوبار در سال ۱۹۹۶ میلادی در نیویورک (۲۵ مارس تا ۱۲ آوریل و دیگری از ۱۲ تا ۳۰ اوت) جهت تدوین اساسنامه موقتی تشکیل جلسه دادند. کمیته مقدماتی جلسات دیگری را نیز ترتیب داد.
- در ماه جولای ۱۹۹۸ میلادی، نمایندگان تمام اختیار کشورها در رم ایتالیا جهت تصویب اساسنامه دیوان کیفری بین المللی حضور به هم رسانیدند.

## 15. National security.

## ۱ مبحث

### صلاحیت کیفری دادگاهها

#### موضوع مسؤولیتهای کیفری: کشورها یا اشخاص؟

یکی از سؤالات اساسی این است که آیا جدای از وظایفی که بر عهده کشورها نهاده شده است، تعهدات و تکالیف بین المللی مستقیماً متوجه افراد و اشخاص حقیقی خواهد شد؟

برخی از حقوقدانان معتقدند شکی نیست که افراد نیز می‌توانند موضوع هر نوع سیستم حقوقی موجود در این جهان حتی حقوق بین الملل قرار گیرند. در خصوص حقوق بین الملل می‌توان ادعا کرد که اگرچه موضوع و هدف اصلی این رشته از حقوق کشورها هستند، ولی هرگاه نقاب از چهره کشورها کنار زده شود، آدمی در می‌یابد که در ورای شخصیت حقوقی کشورها و یا سازمانهای بین المللی، اشخاص و افراد حقیقی، یعنی انسانهایی با گوشت و خون و استخوان وجود دارند که به صورت غیرمستقیم و گاهی مستقیم موضوع حقوق و تعهدات حقوق بین الملل قرار می‌گیرند.

به عنوان مثال گاهی اشخاص به طور مستقیم و بدون مداخله شخصیتهای حقوقی کشورها و یا سازمانهای بین المللی موضوع حقوق بشر بین المللی قرار می‌گیرند. البته این امر بدان معنا نیست که آنها هیچ گاه موضوع تکالیف و تعهدات حقوق بین الملل قرار نمی‌گیرند، همچنان که گفته شده است:

«آنها بی که به حقوق بشر بین المللی دل بسته‌اند، بایستی به طرف دیگر سکه یعنی وظایف و تکالیف بین المللی بشر نیز نظر اندازند».<sup>۱۶</sup>

۱۶. Steiner & Alston, op cit., p.1023.

معمولًا هر جا سخن از وظایف و تعهدات باشد سخن از تخلف خواهد بود، و هر جا سخن از تخلف باشد سخن از مجازات و کیفر خواهد بود. بنابراین هرگاه فردی از وظایف و تعهدات بین المللی که بر عهده او گذاشته شده است تخلف کند، مرتكب جرم بین المللی شده است، که متعاقب آن گاهی مال، مقام، آزادی و حتی حیات خویش را به مخاطره می‌اندازد.

در مقابل دسته‌ای دیگر از حقوق‌دانان براین باور هستند که هیچ‌گاه اشخاص حقیقی موضوع تکالیف حقوق بین الملل نبوده، و در نتیجه موضوع محاکمه و مجازات بین المللی ناشی از نقض یکی از تکالیف بین المللی خود قرار نخواهد گرفت، بلکه این کشورها هستند که ممکن است موضوع تکالیف بین المللی قرار گرفته، و نسبت به تخلف از وظایف خود مسؤولیت بین المللی داشته باشند.

از طرفی دیگر این عده اظهار می‌دارند که در حقیقت جرم بین المللی وجود ندارد، زیرا جرمی که در یک معاهده بین المللی تعریف می‌شود جرمی تحت حقوق بین الملل<sup>۱۷</sup> است، نه آن که جرمی بر علیه حقوق بین الملل<sup>۱۸</sup> باشد. معنای این گفتار آن است که هرگاه کشوری معاهده بین المللی را بر اساس موازین و تشریفات حقوقی خاص خود جزئی از قانون داخلی قرار دهد، همان جرم با ماهیت بین المللی تبدیل به یک جرم با ماهیت داخلی خواهد شد. بنابراین معنای پذیرش احتمالی صلاحیت کیفری جهانی نسبت به تعقیب کیفری چنین جرمی، این خواهد بود که قلمرو صلاحیت کیفری عادی یک کشور به صورت شگفت‌آوری توسعه پیدا کرده است، "نه آن که وظایف و تعهداتی به صورت مستقیم بر اشخاص حقیقی تحمیل شده است.

در نتیجه گرچه توسعه و بسط چنین صلاحیتی از حوزه صلاحیت کیفری داخلی به حوزه صلاحیت جهانی ضربه آشکار و محسوسی را بر اشخاص حقیقی که در دام آن اسیر شده‌اند وارد می‌کند، اما هیچ‌گاه آنان را از این که موضوع قوانین و مقررات کشورها

17. A crime under international law.

18. A crime against international law.

19. Steiner & Alston, op cit., p.1033.

باشد، موضوع حقوق بین الملل قرار نمی‌هد.

شاید بر اساس چنین برداشتی بود که وقتی رژیم نامشروع و اشغالگر اسرائیل آیشمن<sup>۲۰</sup> نازی متهم به ارتکاب جنایات جنگی بین المللی در جنگ دوم جهانی را دستگیر کرد، او را جهت محاکمه به دادگاه بین المللی نورنبرگ تحويل نداد، زیرا به وجود یک دادگاه بین المللی که قادر باشد وی را محاکمه و مجازات نماید، معتقد نبود.<sup>۲۱</sup>

به هر حال، اگرچه رد ادعای این دسته از حقوقدانان تا قبل از تصویب اساسنامه دیوان کیفری بین المللی نیاز به تأملات و مناقشات زیادی داشت، و در واقع اعتقاد به وجود جرایم و جنایات بین المللی و دادگاه بین المللی به معنای واقعی کلمه برای رسیدگی کیفری و مجازات آنها کارآسانی نبود، ولی نباید فراموش کرد که انسان قرن بیستم با چشم ان شگفت‌زده خویش شاهد مجازات اشخاص حقیقی شد که به اتهام ارتکاب جرایم بین المللی در دادگاههای ویژه نورنبرگ، توکیو ولاهه (در خصوص مجازات مجرمین جنگی در یوگسلاوی و رواندا) محاکمه شدند، که به نوبه خود اعتقاد انسان قرن بیستم را به مسأله جرایم بین المللی و محاکم بین المللی راسخ تر نمود.

### صلاحیت جهانی یا صلاحیت کیفری بین المللی

همچنان که پروفسور سینکلیر<sup>۲۲</sup> در بحث صلاحیت کیفری دادگاهها<sup>۲۳</sup> از دو

#### 20. Eichmann.

21. District Court of Jerusalem, Judgment of December 11, 1961. See for details Steiner & Alston, op cit., p. 1035; and also 56, Am. J. Intl. L., 805, (1962).

#### 22. Sinclair.

۲۳. اهم اصول حاکم بر صلاحیت کیفری دادگاهها در تعقیب و محاکمه مجرمان به قرار زیر است:

(۱) اصل سرزمینی (Territorial Principle): یعنی یک کشور ممکن است صلاحیت خود را بر اساس رفتارهای مجرمانه‌ای تعیین کند که تماماً یا قسمتی مهمل آن در داخل سرزمینش اتفاق افتداده است؛

(۲) اصل آثار و توابع (Effects Principle): یعنی یک کشور ممکن است صلاحیت خود را بر اساس رفتارهای مجرمانه‌ای تعیین کند که در خارج از سرزمینش اتفاق افتداده است، ولی تأثیر اساسی و مهمی (Substantial effect) در داخل سرزمین آن ایجاد نماید؛

صلاحیت جهانی، و صلاحیت کیفری بین المللی سخن به میان آورد،<sup>۶۲</sup> کشورها قبل از تأسیس دیوان کیفری بین المللی دو راه حل را در برابر خود داشتند،<sup>۶۳</sup> که یکی از آن دو پذیرش صلاحیت کیفری یک دادگاه کیفری بین المللی،<sup>۶۴</sup> و دیگری پذیرش صلاحیت کیفری جهانی دادگاههای ملی بر اساس اصل جهانی بود.<sup>۶۵</sup> در نتیجه هر کشوری صلاحیت



(۳) اصل تابعیت (Nationality Principle) : یعنی یک کشور ممکن است صلاحیت خود را براساس رفتارها، منافع، وضعیت یا روابط مجرمانه اتباع خودش در خارج و داخل سرزمین خود تعیین کند؛

(۴) اصل حمایتی (Protective Principle) : یعنی یک کشور ممکن است صلاحیت خود را براساس رفتارهای مجرمانه ای تعیین کند که در خارج از سرزمین خود توسط بیگانگان (غیر از اتباع خود او) ارتکاب یافته است، ولی آن اعمال برعلیه امنیت ملی آن کشور و یا، در برخی موارد محدود، برعلیه منافع ملی دیگر کشورها صورت پذیرفته است. آن موارد محدود عمده شامل جرایمی هستند از قبیل جاسوسی، فاجع مواد مخدر و سلاحهای ممنوعه و کشتار دسته جمعی که تمامیت ارکان و نهادهای یک کشور را تهدید می کنند؛

(۵) اصل تبعی بودن شخصیت فردی (Passive Personality Principle) : یعنی یک کشور ممکن است صلاحیت خود را براساس رفتارهای مجرمانه ای تعیین کند که در خارج از سرزمینش توسط اشخاص بیگانه (غیر اتباع) اتفاق افتداده است، ولی قربانیان ناشی از چنین اعمال مجرمانه ای اتباع او هستند. به طور کلی این اصل در تخلفات و جرائم عادی جاری نمی شود، اما به طور روزافروزی شامل جرایمی از قبیل حملات تروریستی، و دیگر حملات سازمان داده شده برعلیه اتباع یک کشور به صرف این که اتباع آن کشور هستند می شود.

برای بحث مفصل در این خصوص رجوع شود به: قانون روابط خارجی ایالات متحده امریکا، سال ۱۹۸۷ Restatement (Third) of The Foreign Relations Law of the United States, 1987

همچنین رجوع کنید به:

Steiner & Alston, op cit., p. 1023; M.N. Shaw, International Law, 3rd Edn., Cambridge University Press, 1994, pp. 413 infra.

24. Steiner & Alston, op cit., p. 1080.

۲۵. در گزارشی نسبت به ماده ۴ طرح پیشنهادی کمیسیون حقوق بین الملل آمده بود که: «مشکل تعیین صلاحیت قابل قبول دادگاه از جدی ترین موضوعات بود، زیرا چنین امری یا به انتخاب یک صلاحیت دادگاه بین المللی، و یا توسعه صلاحیت دادگاههای داخلی جهت رسیدگی به جرایم بین المللی می شد». رجوع شود به:

Steiner & Alston, op cit., p. 1080.

26. Criminal jurisdiction of an International Criminal Court.

27. Universal Criminal Jurisdiction of National Courts based on the Universality Principle.

خواهد داشت تا جرایم بین المللی از قبیل ذردی دریایی، آپارتايد، جرایم جنگی، کشتار دسته جمعی، و جرایم برعلیه صلح و امنیت، وغیره را که در همه کشورها جرم محسوب می شود، مورد رسیدگی و تعقیب کیفری و مجازات قرار دهد.

در خصوص جرایم بین المللی باید افزود که برخی از جرایم دارای خصوصیتی هستند که موضوع صلاحیت کیفری جهانی و یا دادگاه کیفری بین المللی قرار می گیرند. مجمع عمومی سازمان ملل متعدد در سال ۱۹۶۸ میلادی کنوانسیونی راجع به «غیرقابل اعمال بودن محدودیتهای قانونی برای [مجازات] جرایم جنگی و جرایم بر ضد بشریت»<sup>۲۸</sup> تدوین نمود. بر اساس چنین کنوانسیونی جرایم جنگی و جرایم بر ضد بشریت، از دسته های معین و مشخص جرایم بین المللی به حساب آمدند که استعداد پذیرش صلاحیت کیفری جهانی را دارا می باشند.<sup>۲۹</sup> همچنین چنین صلاحیتی در ارتباط با متخلفان و مجرمان بین المللی در چهار کنوانسیون صلیب سرخ ژنو<sup>۳۰</sup> مصوب سال ۱۹۴۹ میلادی مورد شناسایی قرار گرفت.<sup>۳۱</sup>

البته باید توجه داشت که سیستم صلاحیت کیفری جهانی قابل جمع با صلاحیت کیفری یک دادگاه بین المللی می باشد، همچنان که اساسنامه دیوان کیفری بین المللی مصوب جولای ۱۹۹۸ میلادی،<sup>۳۲</sup> با پیش بینی صلاحیت کیفری تکمیلی، هیچ گاه صلاحیت کیفری انحصاری جهت رسیدگی و تعقیب کیفری جرایم بین المللی را برای خود قائل نیست. علت این امر آن است که کشورها در صورتی حاکمیت خود بر جرایمی که در سرزمین شان اتفاق می افتد و منافع ملی آنها و یا اتباع آنها را به مخاطره می اندازد، به

**28. Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, 1968.**

**29. Weiss, "Times Limits for the Prosecution of Crimes against International Law", 53, B.Y.I.L., 1982, pp. 163, 188.**

**30. The Four Geneva Red Cross Conventions of 1949.**

**31. See e.g. Draper, The Red Cross Conventions, 1958, p. 105; M.N. Shaw, International Law, 3rd Edn., Cambridge University Press, 1994, p. 413.**

**۳۲. در خصوص صلاحیت تکمیلی دیوان کیفری بین المللی به مبحث سوم «ارزیابی دیوان کیفری بین المللی و اساسنامه آن» مراجعه نمایید.**

یک دادگاه کیفری بین المللی و اگذار می‌کنند، و در نتیجه صلاحیت خودشان را در رسیدگی کیفری محدود می‌سازند، که از این راستا به منافع اساسی و حیاتی آنان خسارات عمده‌ای وارد نشود.

## ۲۷ مبحث

### تأسیس دیوان کیفری بین المللی

#### دلایل مخالفت با تأسیس دیوان کیفری بین المللی

قبل از نشست اخیر کشورها در رم ایتالیا، کشورهای سوسیالیستی مخصوصاً شوروی سابق به دفعات مکرر از پذیرش تأسیس دیوان کیفری بین المللی به عنوان یک نهاد فرামولی<sup>۳۳</sup> اجتناب می‌کردند. آنها پیوسته از تأسیس دادگاههای ویژه، شبیه آنچه که در دادگاه نورنبرگ تجربه شده بود، دفاع می‌کردند، و معتقد بودند که صلاحیت چنین دادگاههایی تنها می‌تواند بر اساس صلاحیت کیفری ملی مشترک<sup>۳۴</sup> تعیین گردد.

این کشورها مخالف هرگونه تلاش و اقدامی جهت تأسیس یک دیوان کیفری بین المللی بودند که صلاحیت کیفری آن موازی<sup>۳۵</sup> و یا جانشین صلاحیت کیفری ملی باشد.<sup>۳۶</sup>

البته این تنها کشورهای سوسیالیست نبودند که نسبت به تشکیل یک دیوان کیفری بین المللی بدین و یا مخالف بودند، بلکه برخی دیگر از کشورها نظیر امریکا و بریتانیا نیز

3.3. Supra-national.

3.4. Joint National Criminal Jurisdiction. See Steiner & Alston, op cit., p. 1080.

3.5. Side by side jurisdiction.

3.6. See Steiner & Alston, op cit., p. 1080.

چنین دیدگاهی را داشتند.<sup>۳۷</sup> مذاکرات و مباحثات شدید اللحن بین کشورها در این خصوص در زمان انعقاد «کوانسیون راجع به منع و مجازات جرم کشتار دسته جمعی [نسل کشی] مصوب دسامبر سال ۱۹۴۸ میلادی»<sup>۳۸</sup> حکایت از آن می‌کرد که اغلب کشورها مایل به تأسیس یک دیوان کیفری بین المللی نبودند.<sup>۳۹</sup> شاید به همین دلیل بود که فیتزموریس<sup>۴۰</sup> در خصوص مخالفت کشورها با طرح پیشنهادی کمیسیون حقوق بین الملل، اعلام داشت که آن کمیسیون موفق نشد تا علاقه و تمایل کشورها را نسبت به تأسیس دیوان کیفری بین المللی جلب کند.<sup>۴۱</sup>

مخالفت‌های فوق حتی در زمان تصویب اساسنامه دیوان کیفری بین المللی در جولای ۱۹۹۸ میلادی به وضوح محسوس بود، به طوری که برخی کشورها از قبیل قطر، امریکا، چین، ترکیه آن را امضا نکرده‌اند، و برخی دیگر به آن رأی ممتنع داده‌اند.

از عمدۀ ترین دلایل مخالفت برخی کشورها با تأسیس دیوان کیفری بین المللی و در نتیجه انکار صلاحیت کیفری جهانی آن به اختصار به قرار ذیل می‌باشد:

اول آن که اصل حاکمیت مستقل کشورها در امور داخلی خود، و عدم جواز مداخله در سیستم حقوقی آنها مانع آن خواهد شد که محکمه یک کشور خارجی یا یک محکمه بین المللی بتواند صلاحیت کیفری خود را بر کشور دیگر اعمال نماید.

دوم آن که اصل حق تعیین سرنوشت مردم نسبت به امور خود<sup>۴۲</sup> مانع از آن خواهد شد که برخی از کشورها یا سازمانهای بین المللی به منظور مداخله در سرنوشت مردم کشور

37. Ibid.

38. The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948.

39. Steiner & Alston, op cit., p. 1080.

40. Fitzmaurice.

41. Ibid.

42. People's right to self-determination.

دیگر به طرح منافع آرمانی جامعه بین المللی پردازند، تا از این رهگذر منافع خاص خود را تأمین نمایند.

سوم آن که بر اساس اصلی که «دادگاههای هیچ کشوری قوانین جزایی کشور دیگر را اعمال نخواهد کرد»،<sup>43</sup> و همچنین اصلی که «هیچ جامعه‌ای به جرمی اهمیت نمی‌دهد، مگر آنچه که برای خودش مضر باشد»،<sup>44</sup> قوانین کیفری اساساً داخلی و ملی هستند. در نتیجه صلاحیت دادگاهها در حد سرزمین خود و منحصر به اتباع او خواهد بود. به عنوان مثال جرایمی که موجب نقض احکام و مقررات عمومی یک کشور می‌باشند جرایم داخلی محسوب می‌شوند، و تنها توسط مقامات دولتی آن کشور قبل رسیدگی و تعقیب کیفری هستند.

چهارم آن که برخلاف دادرسی‌های حقوقی، که یک دادگاه ممکن است به اصولی از قبیل انتخاب قانون حاکم<sup>45</sup> یا قانون مناسب<sup>46</sup> تمسک کند، و در نتیجه قانون یک کشور خارجی را (به عنوان مثال قانون مسؤولیت مدنی آن کشور را در صورتی که حادثه ناگوار در آن سرزمین اتفاق افتداده باشد) در جنبه‌های معینی از دادرسی خود اعمال نماید، در دادرسی‌های کیفری هرگز مسئله انتخاب قانون حاکم یا قانون مناسب خارجی مطرح نمی‌شود. توضیح آن که در قضایای کیفری دادگاهها معمولاً تنها قانون کشور محل وقوع دادگاهی را اعمال می‌کنند که حاکمیت و اعتبار قضایی را از آنجا گرفته باشد، حتی اگر تعقیب کیفری در ارتباط با عمل مجرمانه‌ای صورت پذیرد که جرم آن در کشورهای دیگر اتفاق افتاده باشد. در نتیجه برای اعمال صلاحیت کیفری دادگاه خارجی در این نوع از قضایا هیچ وجهی وجود ندارد، چه آن دادگاه یک دادگاه ملی و یا یک دادگاه بین المللی

43. "The Courts of no Country Execute the Penal Laws of Another", Lord Kames, Equity, Books 3, Chap. 8, s. 1.

44. "No Society Takes Concern In Any Crime But What Is Hurtful to Itself", The Antelope (1825), 10 Wheat 123 (US Sup. Ct.), Per Marshall CJ.

45. Governing law / Applicable law.

46. Proper law.

باشد.

افزون بر دلایل قبل آن است که در جهانی بودن قوانین کیفری و صلاحیت محاکم بین المللی نباید اغراق و مبالغه کرد، زیرا آنچه که به جامعه بین المللی<sup>۴۷</sup> شخصیت اعتباری می‌دهد کشورها هستند، و آنها نیز در حقیقت شکل سازمان یافته سیاسی مردمی هستند که می‌خواهند از آیین و مقررات حقوقی خودشان دفاع کنند.

به علاوه آن که عملکرد سازمانها و مجامع بین المللی از قبیل سازمان ملل متحد و ارکان وابسته به آن و حتی دیوان بین المللی دادگستری، گویای این تجربه تلغی است که این گونه سازمانهای بین المللی هرگز نتوانستند به درستی وظایف خود را در تحقیق عدالت، و جلوگیری از ظلم و بی عدالتی به صورت کامل جامه عمل پیوشاوردند. در نتیجه پیوسته هاله‌ای از شک و بدینی عمومی نسبت به کفایت و شایستگی آنان در رسیدن به آرمانهای والای انسانی وجود داشته و دارد.

همچنین باید اضافه کرد که نگرانی یک کشور در پذیرش دیوان کیفری بین المللی ممکن است از این جهت باشد که در جایی که می‌بایست صلاحیت کیفری خود را نسبت به جرایمی اعمال کند که در کشورش ارتکاب یافته، و متعاقب آن حقی از حقوق شهروندانش ضایع شده، و یا منفعتی از منافع ملی آن کشور به مخاطره افتاده است، مرتکب آن جرم مورد بخشش و یا در امان عدالت کیفری<sup>۴۸</sup> آن دیوان بین المللی قرار بگیرد.

نکته قابل توجه دیگر آن است که عادتاً محال است کشوری از تعقیب کیفری جرایمی که در سرزمین آن ارتکاب یافته است به لحاظ رعایت منافع و مصالح ادعایی جامعه بین المللی و یا دیوان کیفری بین المللی خودداری کند. همچنان که ممکن نیست کشوری

#### 47. International community.

#### 48. Criminal Justice.

49. Steiner & Alston, op cit., p. 1080.

تبغه خود را در اختیار دیوان کیفری بین المللی بگذارد تا مورد محاکمه و مجازات قرار گیرد.<sup>۵۰</sup>

بالاخره آن که برخلاف حقوق داخلی که صلاحیت دادگاهها در آن به صورت دو نوع صلاحیت موازی یا عرضی (نسبت به دادگاههای هم عرض و در یک درجه) و صلاحیت طولی (نسبت به دادگاههای عالی و دانی و در درجات مختلف) وجود دارد، صلاحیت بین المللی دادگاهها به دلیل وجود حاکمیتهای مستقل در روابط کشورها فقط به صورت صلاحیت موازی وجود دارد. بنابراین طرح این سؤال که آیا مثلاً دادگاه کشور الف نسبت به دادگاه کشور ب صلاحیت ذاتی یا نسبی دارد، صحیح به نظر نمی‌رسد. این سخن در مورد دیوان کیفری بین المللی نیز درست است، زیرا چنین دیوانی نمی‌تواند بر دادگاه داخلی اعمال صلاحیتی نماید.

### دلایل موافقت با تأسیس دیوان کیفری بین المللی

به هنگام تصویب اساسنامه دیوان کیفری بین المللی کشورهای زیادی از آن استقبال کردند. از عمدۀ ترین دلایل استقبال از تأسیس دیوان کیفری بین المللی و در نتیجه قبول صلاحیت کیفری جهانی آن به اختصار به قرار ذیل می‌باشد:

اول آن که در حال حاضر یک مکانیزم دائمی برای مجازات اشخاصی که مقررات و قوانین بین المللی را نقض می‌کنند وجود ندارد. در چنین وضعیتی تنها مکانیزم مبارزه با جرایم بین المللی، اعمال مجازاتهای اقتصادی، تحریم و یا مصادره کالاهای، و نهایتاً در موارد نادری استفاده از زور و قوه قهریه می‌باشد. اگرچه اعمال چنین مجازاتی تا حدی مطلوب به نظر می‌رسد، ولیکن عواقب آن دامنگیر انسانهای بی‌گناه و مظلوم نیز خواهد شد. این امر برخی از صاحبینظران حقوقی را بر آن واداشته است تا به طور جدی اندیشه مسؤولیت کیفری بین المللی دولتها را طرح نمایند. این عده بر این باور هستند که منطقی که تنها راه اعمال مجازات بر علیه کشورها را در صورت نقض مقررات حقوق بین الملل، الزام آنان به

۵۰. Ibid.

جبران خسارات وارده می‌داند، منطقی است که با نیازهای جدید حقوق بین‌الملل انطباق و انسجام ندارد.<sup>۵۱</sup> بلکه در مقابل باید محکمه‌ای بین‌المللی وجود داشته باشد تا مجرم را به سزای اعمال خویش برساند، بدون آن که متعاقب آن انسانهای بی‌گناه دیگر متضرر شوند.

دوم آن که تجربه تلغی جنگهای داخلی در کشورهایی از قبیل سومالی، بوسنی، رواندا، هائیتی، و افغانستان و سرزمینهای دیگر نشانگر آن است که درگیریها و مخاصمات مسلحانه، حتی با حضور سربازان حافظ صلح سازمان ملل متعدد ادامه داشته است، مگر آن که طرفین درگیریها احساس کنند که عدالت کیفری در حق آنان توسط یک محکمه عدل بین‌المللی رعایت خواهد شد.

سوم آن که تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی در راستای همکاری مشترک و تعاون بین‌المللی کشورها بوده، و برای حفظ صلح و امنیت بشری ضروری و حیاتی می‌باشد.<sup>۵۲</sup> قاضی انگلیسی، گریفیتس،<sup>۵۳</sup> در خصوص پرونده Liangsiriprasert v. United States Government،<sup>۵۴</sup> اعلام داشت که: «باید از طریق مشارکت و همکاری بین‌المللی فیما بین مجریان قانون به نبرد با جرم بین‌المللی پرداخت».<sup>۵۵</sup>

51. Christine Gary, *Judicial Remedies in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 215. See Specially the Work of the International Law Commission: R. Ago (1976), *I. L. C. Yearbook*, Vol II Part I, 24; F.V. Garica - Amador (1954) *I. L. C. Yearbook*, II, 24.

52. See the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. See also Steiner & Alston, op cit., p.1080.

53. Griffiths.

54. [1990] 2 All E. R. 866, 871 - 2.

55. "International Crime has to be Fought by International Co-operation Between Law Enforcement Agencies".

اما در خصوص موضوع اصل حاکمیت مستقل کشورها بر امور داخلی خود که یکی از عمدۀ ترین دلایل مخالفین تأسیس دیوان بین المللی است، باید اذعان کرد که دیگر آن مفهوم حاکمیت که در قرن ۱۹ مطمح نظر حقوقدانان بود پذیرفتی نیست. توضیح آن که اگرچه هنوز هم کماکان حاکمیت از موضوعات اساسی حقوق بین الملل است، ولی مفهوم آن تغییر کرده است. یعنی آن که اگرچه زمانی اراده آزاد دولتها از اصالت خاصی برخوردار بود، اما رفته رفته آن امر به دلیل تغییر در مبانی حقوق بین الملل دگرگون شده است. بنابراین می‌توان ادعا کرد که امروزه مفهوم حاکمیت برای حفظ و حراست از موقعیت دولتمردان یک کشور نیست، بلکه برای حفظ منافع آن کشور و برای حمایت از مردم آن سرزمین در مرحله نخست، و آن‌گاه در جهت استحکام ارتباطات بین المللی و همبستگی ملل دنیا با هم، و حفظ و حراست از صلح و امنیت بین المللی می‌باشد.

چهارم آن که تأسیس یک دیوان کیفری بین المللی تنها راه برای تضمین اعمال یک صلاحیت کیفری بین المللی هدفدار، عینی و بی طرفانه، و در نتیجه تحقق عدالت کیفری می‌باشد، اگرچه دستیابی به این اهداف آرمانی برای بشرکاری بس دشوار خواهد بود.<sup>۵۶</sup>

به علاوه آن که تأسیس یک دیوان کیفری بین المللی تنها راه برای جلوگیری از اعمال مجازات گوناگون، متشتت و تبعیض‌گوئه توسط کشورها، و مکانیزمی هدفدار و همه جانبه جهت رسیدگی و تعقیب کیفری مجرمان بین المللی می‌باشد.<sup>۵۷</sup> البته این بدان معنا نیست که رویه سنتی موافقنامه‌های دوجانبه یا چندجانبه موضوعی<sup>۵۸</sup> در حقوق بین الملل در خصوص پیشگیری از جرایم و یا مجازات مجرمین بین المللی مکانیزمی موفق و کافی برای مبارزه با مجرمان بین المللی و حمایت از منافع جامعه بین المللی نبوده و نخواهد بود، بلکه باید به فکر تأسیس نهادی بین المللی بود که به نحوی مؤثرتر و قانونمندتر اهداف پیشگفته را به منصه ظهور برساند. از طرف دیگر در اوضاع و احوال

56. Steiner & Alston, op cit., p. 1080.

57. Ibid.

58. Subjective Multilateral or Bilateral Agreements.

جدید جهانی، این تفکر که یک کشور نباید به حقوق کیفری دیگر کشورها جز در موارد استرداد مجرمین (که پیوسته مورد استثنای عملی در روابط کشورها قرار گرفته است) طرفی بینند، دور از واقع بوده و با ژرف انديشي فاصله ای طولاني دارد.

مضافاً آن که باید از دیدگاه حقوقی بین آن جرمی که منافع کشور خاصی را تهدید می کند، و آن جرمی که مصالح و منافع جامعه بین المللی را نشانه گرفته و به مخاطره می اندازد تقاضت قائل شد، و در نتیجه برای جرایم دسته دوم یک نوع سیستم کیفری خاصی را در سطح بین المللی طرح ریزی کرد.

از طرف دیگر باید افزود اگر دیوان کیفری بین المللی شکل نگیرد، محاکمه افرادی که متهم به جرایم معین بین المللی هستند، می بایست در دادگاههای داخلی کشورها انجام پذیرد. این دادگاهها ممکن است نقش خود را در این خصوص به درستی ایفا نکنند، بلکه با حمایت از یک مجرم بین المللی، سهل انگاری در تعقیب کیفری و اجرای مجازات و یا ناتوانی در محاکمه او، عملأ مجرمی را که شخصاً هدف و موضوع مسؤولیت کیفری بین المللی قرار گرفته است، از مجازات و اجرای عدالت رهایی بخشدند، که این امر بالمال موجب تقویت شبکه های مخفوف جرایم و مجرمان بین المللی خواهد شد.<sup>۵۹</sup>

افزون بر اده قبیل آن است که اگر کشورها در زمانی نه چندان دور در اصل ضرورت تأسیس دیوان کیفری بین المللی تردید داشتند، تغییر اوضاع و احوال در دنیا جدید و تأسیس شبکه های مافیایی بسیار پیچیده، قدرتمند و مخرب قاچاق مواد افیونی و مخدر، آدم ربایی، ترویسم بین المللی وغیره، که عرصه زندگی را بر مردم جهان و دولتهاي معاصر تنگ کرده،<sup>۶۰</sup> مقتضی چنین ضرورتی می باشد. مطالب تکان دهنده و افشا کننده حقایق ناگوار در گزارش زیر سازمان ملل متحده که در ماه اوت ۱۹۹۰ ميلادي منتشر شده است

۵۹. Steiner & Alston, op cit., p. 1033.

۶۰. برخی از جرایم فوق الذکر به یکی از جرایم چهارگانه مندرج در اساسنامه دیوان کیفری بین المللی که در صفحات آتنی بدان اشاره می شود برمی گردد.

«در جهانی که زندگی کشورها به صورت زایدالوصفي به هم پیوند خورده است، اعمال و رفتارهای فاسد و مخرب که اغلب با جرایم سازمان یافته و قاچاق مواد مخدوچ به هم گره خورده است، به صورت رو به تراویدی از حد مرزهای داخلی فراتر رفته اند. مبالغه هنگفتی (صدها میلیارد دلار) که از راه تجارت قاچاق نامشروع مواد مخدوچ جمع آوری می شود، موجب تمرکز قدرت عظیم اقتصادی در دستان خدایگان قاچاق شده است، هم آنانی که قادر هستند تمام حکومتها و دولتها را فاسد و تباہ سازند.

خدایگان قاچاق مواد مخدوچ سیستم عدالت کیفری دولتها را مختل ساخته، و نفوذ رشت و ناهنجار آنان ارزشهاي اساسی جوامع بشری را نابود می سازد.

این مجرمان در راستای اهداف شوم خوبیش آماده اند تا دادستانها، قضات، سیاستمداران و خانواده و بستگانشان را مرعوب سازند. آنان در مقابل آن عده از مقامات و صاحب منصبان شرافتمندی که ارتشا و فساد مالی تأثیری در عزم و کارشان نخواهد گذاشت و پیوسته در مقابل قاچاقچیان مقاومت می کنند، به استفاده از خشونت و زور متول می شوند.

آنان با هدف قراردادن مجریان قانون، روزنامه نگاران، و شهود دادگاههای کیفری، و اعمال خشونت همه جانبه در ارتباط با قاچاق مواد مخدوچ، جوی به وجود آورده اند که بنیان حقوق و امر قانونی را مورد تهدید قرار می دهند، و در نتیجه اعتماد مردم نسبت به دولت [و محکم قضایی] را از بین می برند.

در بعضی از کشورها، حکومتهاي مرکزي در محاصره قدرتمندان قاچاق قرار گرفته است، و در برخی دیگر، سراسر منطقه یا بخششایی از شهرها به صورت خاکریزهایی غیرقابل تصرف قاچاقچیان در آمده است، تاحدی که مأموران حکومتی جرأت ورود به حوزه های استحفاظی آنان را ندارند.

اما، به نظر می رسد که تخریب اقتصادی نهادهای مالی و شرکتهای اقتصادی مشروع خائنانه تر باشد. بدین معنا که هم اکنون سیستمهای اقتصادی خیلی از کشورها، حتی آنهایی که از منابع تولید مواد نامشروع مخدوچ فاصله دوری دارند، کاملاً به دلارهای حاصل از مواد مخدوچ وابسته شده اند.

این اموال مجدداً در تشکیلات بزهکاری مرتبط دیگر (از قبیل قماربازی، فحشا، تجارت برد و خرید و فروش جنگ افزارهای غیرقانونی)، و یا در بستگاههایی (از قبیل مراکز توریستی، هتلها، و بانکها) سرمایه گذاری می شود، تا آن که متعاقب

آن سندیکاهای تبهکاران قادر باشند تفوق حتمی خویش را در بخش‌های کلیدی اقتصادی جهان حفظ نمایند.

از آنجایی که قاچاقچیان بین‌المللی با بانکها و شرکتهای جهانی در ارتباط هستند، تحقیق و تعقیب آنان کاری بس دشوار خواهد بود. آنان به آسانی می‌توانند خود و اموالشان را به حوزه‌های قضایی یک کشور دوست انتقال دهند. مضافاً آن‌که فعالیتهای آنان در خیلی از کشورها بر اساس حاکمیت اصل محترمانه بودن حساب بانکها مورد حمایت قرار می‌گیرد.

به دلیل فقدان تحقیقات و رسیدگیهای مؤثر بین‌المللی و فقدان موافقتنامه‌های بین‌المللی در جهت اعمال و اجرای قوانین کیفری، رهبران کارتل‌های بزرگ قاچاق مواد مخدر عملاً در ماوراء قانون قرار گرفته‌اند.<sup>۶۱</sup>

کمیته حقوق‌دانان حقوق بشر<sup>۶۲</sup> در مقدمه گزارش ماه می ۱۹۹۸ خود، راه حل مبارزه با جرایم بین‌المللی و سوءاستفاده از حقوق بشر را در تأسیس دادگاه کیفری بین‌المللی یافته است، همچنان که در آن گزارش آمده است:

«دلیل التزام ما در تأسیس یک دادگاه کیفری بین‌المللی این است که از نیم قرن پیش و از زمان محاکمات نورنبرگ و توکیو، سوءاستفاده‌های زیادی نسبت به حقوق بشر و قوانین بشردوستانه حقوق بین‌الملل صورت گرفته است، و این امر هنوز ادامه دارد. کمیته حقوق‌دانان معتقد است که زمان آن فرا رسیده است تا یک دیوان بین‌المللی کیفری تأسیس شود تا قادر باشد بر اساس حقوق بین‌الملل به فرار مجرمان بین‌المللی از مجازات‌ها خاتمه دهد، و تا بتواند در زمانی که سیستم‌های عدالت کیفری ملی از چنین محاکمه‌ای ناتوان باشند، به عنوان محکمه‌ای [توانا] به رسیدگی و قضاوت کیفری پردازد».

از دیگر دلایل جهت تأسیس دیوان بین‌المللی کیفری آن است که فقدان یک دیوان کیفری بین‌المللی روان مجرم بین‌المللی را از تبعات شدید جرم خود آسوده خواهد ساخت. این در حالی است که وجود یک دیوان کیفری در جامعه بین‌المللی تأثیر بسیار مشتی در تقلیل جرایم بین‌المللی، مجازات مؤثر مجرمین بین‌المللی و در نتیجه پیشگیری از وقوع

61. Corruption in Government, the Report of an Interregional Seminar, The Hague, Dec. 1989 (UN Doc. TCD/SEM 90/2), p.8.

62. Report of the Lawyers Committee for Human Rights, May, 1998.

جرائم خواهد داشت.<sup>۳</sup> به نظر می‌رسد هرگاه یک مجرم بین‌المللی در یک دادگاه داخلی محاکمه می‌شود و بر طبق موازین و مقررات دادرسی کیفری یک دادگاه داخلی محاکمه می‌شود، از جهت روانی آسوده خاطرتر خواهد بود، نسبت به آن زمانی که در یک دادگاه بین‌المللی و در مقابل چشمان همه مردم جهان محاکمه شده، و در برابر خودش یک چند قاضی بین‌المللی را می‌بیند.

معتقدان به تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی همچنین استدلال می‌نمایند که دادگاه‌های اختصاصی، و ویژه که به منظور خاصی تأسیس می‌شوند، و برای حل یک منازعه خاص صلاحیت دارند، همچون دادگاه‌های بین‌المللی نورنبرگ (برای مجازات رهبران جنگی آلمان) و توکیو (برای مجازات رهبران جنگی ژاپن) و لاهه (برای مجازات مجرمان جنگی در یوگسلاوی و رواندا)، نمی‌توانند جامعه بین‌المللی را از بهره جستن از یک دیوان کیفری بین‌المللی بی‌نیاز سازند.

دلیل این امر آن است که اغلب مؤسسات چنین محکمی خواسته و یا ناخواسته یک طرف درگیری و نزاع قرار خواهند گرفت، در نتیجه تصمیمات آنان به مصلحت عدالت نزدیک نخواهد بود.<sup>۴</sup> از طرفی دیگر، با آن که جامعه بین‌المللی مشوق اصلی برای تأسیس دادگاه‌های ویژه یوگسلاوی و رواندا بودند، ولی تجربه عملی نشان داد که چنین محکمی نمی‌تواند یک مکانیزم مؤثر، استوار و دائمی، و در نتیجه جایگزینی خوب و مناسبی بجای یک محکمه دائمی کیفری بین‌المللی تلقی گردد.<sup>۵</sup>

به علاوه تأسیس چنین محکمی ممکن است موجب بروز تنש‌های سیاسی - نظامی در میان کشورهای مؤسس و سازمانهای بین‌المللی همچون شورای امنیت گشته، و عملاً توجه جهانی را از تعقیب کیفری و مجازات مجرمین منصرف نماید. از طرفی هم، چون

63. Steiner & Alston, op cit., p. 1023.

64. Ibid, p. 1084.

65. Report of the Lawyers Committee for Human Rights, May, 1998.

موضوع و هدف تأسیس چنین محاکمی از قبل معلوم است، ممکن است از ابتدا قضاط و دادستانهایی که برای مناصب کیفری خاص منصوب می‌گردند، افراد معینی بوده، و یا از بد و امر پیش قضاوتها بی نسبت به جرم، مجازات و حتی مجرمان داشته باشند.

همچنین باید اضافه کرد که معمولاً تأسیس چنین محاکمی توسط شورای امنیت و بر اساس فصل هفتم منشور سازمان ملل متحده صورت می‌پذیرد. شورای امنیت نیز در صورتی اقدام به تشکیل چنین محاکمی خواهد کرد که ضرورت آن را دریابد. در غیر این صورت، غالباً به صدور یک اولتیماتوم سیاسی و یا قطعنامه ای که چه بسا با حق و تو نیز مواجه خواهد شد اکتفا خواهد کرد، که معمولاً نتیجه رضایت بخشی نخواهد داشت. البته بر فرض هم شورای امنیت در عمل به وظیفه خود تخطی نکند، نباید از این نکته غافل بود که جهت تأسیس چنین محاکمی نیاز به فراهم کردن سریع امکانات از قبیل منابع مالی و نیروهای کارآمد انسانی وغیره می‌باشد. ولی از آن جایی که هیچ گاه تضمینی برای فراهم آوری چنین امکاناتی در فرصت زمانی محدود وجود ندارد، عملاً در روند تصمیم‌گیری و یا اجرای مناسب آن اختلال ایجاد خواهد شد، و در نتیجه عدالت کیفری در خصوص مجازات مجرمان بین المللی اجرا نخواهد شد.

## مبحث

### ارزیابی دیوان کیفری بین المللی

### و اسنادنامه آن

#### برخی از ویژگیهای دیوان و اسنادنامه آن

اسنادنامه دیوان کیفری بین المللی در نشست نمایندگان تام الاختیار ملل متحده در تاریخ ۲۷ تیر ماه ۱۳۷۷ (۱۷ جولای ۱۹۹۸) به تأیید نمایندگان ۱۲۰ کشور از مجموع

۱۶۰ کشور شرکت کننده رسید، که نهایتاً بعد از تصویب ۶۰ کشور لازم الاجرا خواهد شد.  
این اساسنامه دارای یک مقدمه، ۱۳ فصل و ۱۲۸ ماده می باشد.

اساسنامه دیوان کیفری بین المللی تصویر مدل خاصی از سیستم کیفری یک کشور معین را ارائه نمی کند، بلکه قوانین کیفری خود را از کنوانسیونهای متعدد، عرف بین المللی، اصول کلی حقوق بین المللی، و روابط های قضایی متداول در سیستمهای مختلف حقوقی اتخاذ کرده است. البته باید اذعان نمود که تأثیر منطق حقوقی حاکم بر دنیا غرب، به صورت آشکاری از لابلای مواد آن پیدا است. ”

در دیباچه اساسنامه دیوان کیفری بین المللی آمده است: «کشورهای عضو این اساسنامه ... مصمم هستند که به مصنونیت مرتكبین این جنایات و فرار آنها از مجازات پایان داده، و در نتیجه در پیشگیری از وقوع چنین جنایاتی مشارکت نمایند». بدین ترتیب یکی از آرمانهای دیوان آن است که در راستای تحقق عدالت کیفری، جرم بین المللی بدون مجازات نماند، و مجرم بین المللی نتواند از چنگ عدالت فرار کند بلکه به سزای اعمالش برسد.

اساسنامه دیوان قلمرو صلاحیت کیفری<sup>۶۶</sup> خویش را تنها نسبت به مجرمان بین المللی، نه دولتها، اعمال خواهد کرد. چنان که در ماده یک اساسنامه آمده است:

«... دیوان به عنوان یک نهاد بین المللی قادر خواهد بود که صلاحیت خویش را بر اشخاص، نسبت به خطیرترین جرایم مورد اهتمام بین المللی که در این اساسنامه به آنها ارجاع شده است اعمال نماید ...».

اساسنامه دیوان در بند یک ماده ۲۵ مقرر می دارد که: «دیوان مطابق این اساسنامه نسبت به جرایم اشخاص حقیقی صلاحیت خواهد داشت». در بند ۲ این ماده آمده است

۶۶. در این خصوص به مبحث آینده راجع به معایب و مشکلات احتمالی دیوان و اساسنامه آن مراجعه نمایید.  
۶۷. البته باید توجه داشت که اصطلاح صلاحیت (Jurisdiction) در اساسنامه دیوان به مفهوم محدود (Narrow concept) خود استعمال نشده است، بلکه معنای وسیعی خواهد داشت که شامل صلاحیت برای شعبه های دیوان، دیپرخانه، دادستان و غیره نیز می شود.

که: «هر کس مرتکب یکی از جرایمی که در صلاحیت دیوان است بشود، به طور فردی مسئول است و مطابق این اساسنامه مجازات خواهد شد». به علاوه در بند ۴ همین ماده مقرر شده است که: «هیچ یک از مقررات مربوط به مسؤولیت کیفری افراد که در این اساسنامه آمده است تأثیری بر مسؤولیت دولتها مطابق حقوق بین الملل نخواهد داشت».

بنابراین دیوان مسؤولیتی در خصوص جرایم و مجازات دولتها ندارد، و فقط به محکمه اشخاص حقیقی می پردازد. البته معنای این مقرره این نیست که رؤسای کشورها و مقامات رسمی حکومت در حوزه صلاحیتی این دیوان قرار نگیرند، بلکه آنان نیز همچون اشخاص عادی مشمول صلاحیت کیفری دیوان خواهند شد.

اسسنامه دیوان نگرانی کشورها در خصوص حفظ حاکمیت ملی خود را به دو طبق، یکی از طریق اعمال صلاحیت تکمیلی، و دیگری از طریق محدود نمودن جرایم به یکی از چهار جرم بین المللی مندرج در ماده ۵، حل نموده است.

توضیح آن که اولاً: صلاحیت کیفری دیوان در صدد جانشین شدن به جای صلاحیت کیفری دادگاههای داخلی نمی باشد، بلکه بر اساس تصریح اساسنامه دیوان در مقدمه و در ذیل ماده ۱، صلاحیت دیوان در امور کیفری صلاحیتی تکمیلی نسبت به صلاحیت دادگاههای کیفری داخلی کشورها می باشد، همچنان که در مقدمه اساسنامه آمده است:

«کشورهای عضو این اساسنامه ... تأکید کرده اند که دیوان کیفری بین المللی که بر اساس این اساسنامه تأسیس می شود، تکمیلی و تتمیمی نسبت به صلاحیتهای کیفری دادگاههای ملی خواهد بود».<sup>۶۸</sup>

۶۸. در گزارش ماه می ۱۹۹۸ کمیته حقوق دانان حقوق بشر آمده است که: «دلیل ضرورت تأسیس یک دیوان بین المللی کیفری آن است که قادر باشد تا بر اساس حقوق بین الملل به فرار مجرمان بین المللی از مجازاتها خاتمه دهد، و محکمه ای برای رسیدگی و قضاؤت کیفری باشد در زمانی که سیستمهای عدالت کیفری ملی از چنین محکمه ای ناتوان باشند».

بنابراین دادگاههای صلاحیتدار ملی کماکان صلاحیت رسیدگی را خواهد داشت، به استثنای مواردی که دیوان صلاحیت انحصاری خواهد داشت. صلاحیت انحصاری دیوان در جایی است که دیوان احراز کند که دولت صلاحیتدار قادر به رسیدگی نیست، مثل آن که نظام ملی آن کشور دچار فروپاشی شده است، و در نتیجه دادگاه بالفعل و مسلطی جهت محکمه مجرم بین المللی وجود ندارد، و یا آن که دیوان احراز کند که دولت صلاحیتدار به دلایل سیاسی و غیرسیاسی مایل به رسیدگی نیست. بند ۳ ماده ۱۷ اساسنامه مقرر می‌دارد:

«به منظور تصمیم‌گیری در مورد عدم توانایی (دولتی) در قضیه‌ای خاص، دیوان بایستی با توجه به فروپاشی کامل یا قابل ملاحظه نظام قضایی ملی یا در دسترس نبودن چنین نظام قضایی نسبت به توانایی آن دولت در مورد به دست آوردن متهم یا دلیل و شاهد یا اصولاً آنجام دادرسی نظر دهد».

ثانیاً: اساسنامه دیوان صلاحیت تعریف شده، محدود و مشخصی را نسبت به خطیرترین جرایم معینی که وصف بین المللی داشته و یا در ارتباط با آن می‌باشد ارائه داده است، همچنان که ماده ۵ اساسنامه مقرر می‌دارد:

«صلاحیت دیوان محدود به خطیرترین جرایمی خواهد بود که متوجه کل جامعه بین المللی شده است....».

در این راستا ماده ۵ اساسنامه خطیرترین جرایم بین المللی را به چهار دسته اساسی

تقسیم کرده است:

۱. جرم کشتار دسته جمعی (The crime of genocide)
۲. جرایم بر ضد بشریت (Crimes against humanity)
۳. جرایم جنگی (War crimes)
۴. جرم تجاوز (The crime of aggression)

از آنجایی که این اساسنامه اولین سند برای تأسیس یک دیوان کیفری بین المللی در

دنیای معاصر به شمار می‌آید، به نظر می‌رسد که قادر باشد در قرن بیست و یکم نقش عمده‌ای در جهت تحول و پیشرفت حقوق بین الملل، حفظ و حمایت از امنیت و نظم عمومی بین المللی، ایفا نماید.

دیوان کیفری بین المللی اولین نهادی خواهد بود که جهت حفظ ارزش‌های موجود در نظام جامعه بین المللی به مجازات متخلفین از حقوق بین الملل خواهد پرداخت، و نهادی در جهت حمایت از مصالح و منافع کشور یا افرادی خواهد بود که مورد تجاوز مجرمان بین المللی قرار گرفته‌اند. نیل به این اهداف در راستای تحقق آرمان کشورهای کوچک و ضعیفی همچون کشورهای کوچک حوزه کارائیب بوده، که به دلیل آن که کشورشان پیوسته محل تاخت و تاز مجرمان جنگی و قاچاقچیان بین المللی مواد مخدر می‌باشد، و مقامات دولتی و دادگاههای داخلی آنان از آنچنان قدرتی برخوردار نیستند که برای حفظ و دفاع از منافع ملی خود به تحقیق، تعقیب، محکمه و مجازات آن مجرمان بپردازند، در جهه مقدم پیشنهاد دهنده‌گان تأسیس دیوان کیفری بین المللی بودند.

**برخی از معایب و مشکلات احتمالی دیوان و اساسنامه آن**  
ذکر محسن و مزایایی که برای دیوان کیفری بین المللی و اساسنامه آن شمرده شد به معنای آن نیست که دیوان و یا اساسنامه آن خالی از هرگونه عیب و نقصی می‌باشد. بنابراین به مواردی از معایب و کاستیهای آن در ذیل اشاره می‌شود:

اول آن که اساسنامه دیوان خیلی پیچیده، مبهم و در مواردی به نظر متعارض و متناقض می‌آید. علت این امر آن است که این اساسنامه طی سالهای متعددی و در کمیته‌های مختلفی توسط گروههای مختلفی از حقوقدانان مورد فحص و بررسی و مذاکره قرار گرفته، و آن گاه جمع‌آوری شده، و به صورت کنونی درآمده است. شاید بتوان ادعا کرد که در زمان تدوین مواد اساسنامه دیوان کسی نبود که از ابتدا تا انتهای مناقشات و مباحثات اساسنامه‌ای، بر آن اشراف کامل داشته و یا بر مفاد کامل آن اطلاع دقیق داشته باشد.

دوم آن که اگرچه اساسنامه دیوان مکانیزمی را برای تکمیلی بودن دیوان در ماده ۱۷ خود طرح کرده است، و در آن قائل به عدم جواز محاکمه مضاعف شده است، و تقدم رسیدگی و نه تقدم صلاحیت را مدنظر قرار داده است، ولی متأسفانه اساسنامه هیچ تعریفی را از تکمیلی بودن صلاحیت ارائه نداده است، یعنی مقرر نداشته است آیا صلاحیت تکمیلی به معنای نقی کامل صلاحیت جایگزینی است؟ حال اگر دیوان همزمان با دادگاه داخلی شروع به تعقیب و رسیدگی کند مرجع صلاحیتدار کدام دادگاه خواهد بود؟ آیا تکمیلی بودن به معنای معاوضت و همکاری قضایی بین دو دادگاه است؟ در صورت تعارض بین آرای صادره از دادگاه داخلی و دیوان کیفری بین المللی کدام رأی مقدم است؟

سوم آن که به نظر می‌رسد که فضای حاکم بر اساسنامه دیوان استیلایی تفکر حقوق اروپا و برتری حقوق بین الملل شناخته شده در سیستم‌های حقوقی غرب بر دیگر سیستم‌های حقوقی دنیا باشد. در قسمت ج از بند ۱ ماده ۲۱ اساسنامه آمده است که دیوان به آن اصول حقوقی کیفری عمل خواهد کرد که «مغایر با این اساسنامه و حقوق بین الملل و قواعد و ملاکهای شناخته شده بین المللی نباشد». همچنین بند ۳ ماده ۲۱ اساسنامه مقرر می‌دارد که: «تطبیق و تفسیر حقوقی که در این ماده پیش بینی شده است نبایستی متناقض با حقوق بشر شناخته شده بین المللی بوده ...».

به علاوه آن که ماده ۱۰ اساسنامه دیوان مقرر می‌دارد که: «هیچ یک از مواد این فصل از اساسنامه به هیچ وجه نباید به نحوی تفسیر شود که قواعد موجود یا در حال تشکیل حقوق بین الملل را که برای مقاصد دیگری غیر از این اساسنامه مطتمع نظر است محدود کند یا به آن لطمه بزند».

چهارم آن که اگرچه دیوان به دنبال آرمان مقدس حفظ نظام و صلح و امنیت بین المللی می‌باشد، ولی به نظر می‌رسد که هیچ گونه تضمینی در این که دیوان بالمال وارد بازیهای سیاسی و تمایلات قطبی جهانی نشود وجود ندارد، همچنان که دیگر سازمانهای بین المللی از قبیل سازمان ملل متحد در سالهای اخیر از این امر مصون نمانده،

بلکه در مواردی هم از اهداف اصلی خود دور شده و متأسفانه در پی حفظ منافع قدرتهای بزرگ جهانی برآمدند.

از دیگر مشکلات آن است که اساسنامه دیوان هیچ نوع حق شرطی "را نمی‌پذیرد، و این امر ضمن آن که دلالت بر صلابت و انعطاف ناپذیری و جامعیت مقررات آن دارد، موجب نادیده گرفتن مبانی و مقررات حقوقی دیگر سیستمهای داخلی کشورها می‌شود. این امر متعاقباً ممکن است برای سیستم‌های داخلی مشکل آفرین باشد، که خود باعث کندی روند الحق کشورها به اساسنامه دیوان خواهد شد.

از طرف دیگر ماده ۱۶ اساسنامه دیوان مقرر می‌دارد:

«پس از صدور قطعنامه‌ای از سوی شورای امنیت به موجب فصل ۷ منشور ملل متحده (مبنی بر درخواست تعلیق تحقیق یا تعقیب) هیچ تحقیق یا تعقیبی به موجب این اساسنامه نمی‌تواند به مدت ۱۲ ماه شروع شود یا ادامه یابد. این درخواست به موجب همان شرایط قابل تجدید توسط شورای امنیت می‌باشد».

با آن که گرایشات سیاسی شورای امنیت در حفظ منافع کشورهای دارای حق و تفو در برخی موارد تصمیمات غیرعادلانه آن در حق کشورهای مستضعف و جهان سوم بر احدی پوشیده تیست، ولی ماده فوق در حقیقت به شورای امنیت یک حق و تفو می‌دهد، و این امر ممکن است در آینده به اهرم فشاری بر علیه دیوان تبدیل گردد، و عملأً دیوان را در مسیر تحقق عدالت کیفری بین المللی با مشکل جدی مواجه نماید.

از دیگر معایب اساسنامه دیوان آن است که با وجود اصرار تمامی کشورهای جهان سوم و کشورهای غیر متعهد مبنی بر نظر اندوختن به موضوعات منع تولید و استفاده از سلاحهای اتمی، شیمیایی و کشتار دسته جمعی، دیوان با این استدلال که چنین موضوعاتی تاکنون مبنای عرفی پیدا نکرده است، از پذیرش صلاحیت خود راجع به منع و تولید و

#### 69. Reservation right.

به کارگیری سلاحهای انتی و دیگر سلاحهای مخرب امتناع ورزیده، و صلاحیت خویش را نسبت به سلاحهای شیمیایی مسکوت قرار داده است. به نظر می‌رسد امیدی وجود نداشته باشد که در آینده نزدیک این موارد در قلمرو صلاحیت دیوان قرار بگیرد، مگر آن که در مفاهیم کلی و مصادیق جرایم بین المللی تجدیدنظر مجدد به عمل آید.

از دیگر ایرادات وارد بر اساسنامه دیوان آن است که اساسنامه هیچ‌گونه تمهید خاصی را برای مبارزه با جرایم تروریستی و قاچاق مواد مخدر نیاندیشیده است، با آن که این نوع جرایم از جرایمی است که کشورها و ملل دنیا از آن رنج می‌برند، و شاید از دیرباز یکی از آرمان‌های به حق جامعه بین الملل، ایجاد مکانیزمی مناسب و صحیح جهت مبارزه با این نوع از جرایم بود.<sup>۷۰</sup> البته این بدان معنا نیست که دیوان کیفری بین المللی با دادگاههای ملی درخصوص مبارزه با چنین جرایمی همکاری و معاضدت نخواهد داشت.

همچنان باید افزود که اگرچه اساسنامه دیوان در ماده ۸۰ خود صلاحیت کشورها را در اعمال مجازاتها بر اساس قوانین داخلی و ملی پذیرفته است،<sup>۷۱</sup> و از طرفی هم صلاحیت خود را محدود به چهار طبقه از جرایم نموده است، ولی از توجه به دو نکته مهم غفلت نموده است:

اولاً: اساسنامه دیوان فهرستی از جرایم را چه به صورت خاص و چه به صورت عام در دسته‌های ۱ و ۲ و ۳ از جرایم بین المللی ذکر نموده است، ولی هیچ‌گونه تعریفی از جرم دسته چهارم (جرائم تعماز) ارائه نداده است، بلکه تعریف و تعیین مفهوم و مصدق آن را بر اساس مقررات مندرج در ماده ۱۲۱ اساسنامه راجع به «اصلاحات» و ماده ۱۲۳ آن راجع به «تجدید نظر در اساسنامه» به آینده موكول نموده است. در نتیجه یکی از مهمترین جنایت

۷۰. رجوع شود به: گزارش سازمان ملل متحده که در مبحث دلایل موافقت با تأسیس دیوان کیفری بین المللی منتقل شده است.

۷۱. ماده ۸۰ اساسنامه دیوان مقرر می‌دارد که:  
«هیچ مورد از موارد مذکور در این فصل از اساسنامه بر اجرای مجازاتهایی که قوانین ملی مقرر کرده اند تأثیر نمی‌گذارند، همچنان که بر قوانین کشورهایی که مجازاتهای مشروطه در این فصل را در قوانین خود پیش بینی نکرده اند بی تأثیر هستند».

بین المللی یعنی جرم تجاوز، با آن که در مفاد منشور نورنبرگ درج شده بود از صلاحیت دیوان حذف شده است، بلکه این امر به شورای امنیت واگذار شده است تا تصمیم لازم را اتخاذ کند. بنابراین نقش شورای امنیت در این خصوص نقش اساسی خواهد بود و دیوان نقش ثانوی خواهد داشت.

به نظر می‌رسد که تا زمان تعیین و تعریف جرم تجاوز که حداقل تا هفت سال دیگر صورت نمی‌پذیرد، مجرمان به جرم تجاوز فقط در دادگاههای داخلی محاکمه خواهند شد، مشروط برآن که چنین جرمی در نزد آنها قابل رسیدگی و تعقیب و محاکمه باشد. بنابراین فی‌المثل دادگاههای ایران صلاحیت رسیدگی به چنین جرایمی را ندارند، زیرا جرم تجاوز و مجازات آن در قانون داخلی ایران پیش‌بینی نشده است.

ثانياً: موارد تفصیلی جرایم مندرج تحت دسته‌های ۱ و ۲ و ۳ از جرایم بین المللی با چند مشکل کلی مواجه است:<sup>۷۷</sup>

اول آن که اگرچه ظاهراً در اصل عناوین چهارگانه جرایم بین المللی بین کشورها اختلافی وجود ندارد، ولیکن طرز تلقی کشورها و سیستم‌های حقوقی نسبت به تعریف، و تفسیر مفاهیم و مصادیق آنان متفاوت خواهد بود.

دوم آن که برخی از عناوین مجرمانه بسیار مبهم و کلی است، که در عمل یک صلاحید وسیع کیفری<sup>۷۸</sup> گسترده‌ای را به دیوان می‌دهد. به عنوان مثال بند الف ماده ۷۷ اساسنامه دیوان درباب مجازاتهای قابل اعمال مقرر می‌دارد: «حبس به مدت معینی که بیش از سی سال نباشد...». وضع چنین قانونی به قاضی یک صلاحید وسیع کیفری»

۷۷. ورود به بحث تفصیلی در این خصوص زمان دیگری را می‌طلبد. مقاله دیگر نویسنده در این باب که تدوین بخشی از آن به پایان رسیده است، مباحث مفصلی را در جرایم بین المللی، تعریف و مصادیق، زمینه‌های تاریخی، حضور آنها در اساسنامه دیوان کیفری بین المللی طرح کرده، و حوزه صلاحیتی دیوان کیفری بین المللی را درخصوص آنها تشریع و نقد خواهد کرد. در بخشی از این مقاله به مشکلات عمده‌ای که احیاناً کشورهای اسلامی خصوصاً ایران در الحقق به اساسنامه دیوان مواجه خواهند شد، اشاره خواهد شد.

### 73. Criminal discretion.

### 74. Discretion.

خواهد داد تا مجرم بین المللی را ولو به یک روز حبس مجازات کند، زیرا در این ماده هیچ حداقلی برای مجازات معین نشده است. همچنین اساسنامه دیوان در بند ب ماده ۶ به صورت کلی وابهم‌آوری «ایراد صدمه شدید نسبت به سلامت جسمی یا روحی اعضای یک گروه» را از جرایم نسل کشی شمرده است. و یا آن که در بند ک ماده ۷ اساسنامه دیوان به صورت کلی وابهم‌آوری هر نوع از «اعمال غیرانسانی مشابه دیگری که عمدتاً به قصد ایجاد رنج عظیم یا صدمه شدید به جسم یا به سلامت روحی و جسمی صورت پذیرد» را از جنایات ضدبشری به حساب آورد. به نظر می‌رسد که اعطای هرگونه صلاح‌دید وسیع کیفری به قضات دیوان، در صورت عدم تدوین مکانیزم هدایت و یا کنترل کننده مشخص، ممکن است موجب صدور تصمیمات غیرعادلانه توسط مقامات قضایی دیوان شود. از طرفی این امر مسئله الحق کشورهایی را که دارای استقلال حقوقی مبتنی بر گرایشات دینی، سنتی، و آیین‌های عرفی هستند با مشکل جدی روبرو خواهد ساخت.

سوم آن که حضور برخی از جرایم لیست شده در اساسنامه دیوان خالی از مباحث و مناقشات جدی حقوقی نمی‌باشد، بلکه تعدادی از آنان برخلاف اصول و مقررات کیفری پذیرفته شده توسط برخی کشورها می‌باشد، که این خود مسئله پذیرش و الحق به اساسنامه دیوان را با مشکل بزرگ مواجه خواهد ساخت.

در خاتمه باید متذکر شد از آنجایی که برای اولین بار نهاد دادستانی در سطح بین المللی مورد تجربه و آزمایش قرار می‌گیرد، ایفای صحیح نقش دادستان، و در نتیجه تحقق عدالت بدون مشکل نخواهد بود. توضیح آن که، دادستان در پیگیری دعاوی بین المللی نباید به هیچ سیستم حقوقی خاصی وابسته باشد، بلکه تنها باید در جهت تأمین منافع بین المللی و در دفاع از جامعه بین المللی گام بردارد. ولی به هرحال، از دیدگاه عملی بروز مشکل نسبت به استقلال دادستان با وجود عوامل متعدد نفوذ و فشار در دنیای معاصر امری ممکن الوقع، بلکه در شرایط کنونی تحکیم نظم نوین جهانی ادعایی و اعمال انحصاری حق و تو توسط شورای امنیت قریب الوقع خواهد بود.

قانونی بودن جرم و مجازات باید از اصول بدیهی و مسلم در پرونده‌های کیفری بین المللی باشد، و تعیین جرایم بین المللی و مجازات آنها باید توسط یک دادگاه بین المللی صورت پذیرد که براساس و مطابق با مقررات اساسی و پایدار بین المللی تأسیس شده باشد.

توضیح آن که طریقه عادی برای تأسیس نهادهای بین المللی و مخصوصاً نهادهای قضایی آن وضع قانون مناسب و کامل برای آن است. این امر در عرصه بین المللی امکان پذیر نخواهد بود، مگر آن که از طریق انعقاد یک معاهده بین المللی صورت پذیرد. مضارف آن که یک قاضی داخلی نمی‌تواند در امر محاکمه و مجازات به حقوق کیفری بین المللی استناد کند، مگر آن که معاهده وارد سیستم حقوق داخلی او شده و اعتبار و اجرای آن در حدود سیستم حقوقی داخلی که عادتاً بر اساس شرایط حاکم در قانون اساسی و یا قوانین عادی باید به امضا و تصویب مقامات رسمی برسد پذیرفته شده باشد.

این روش مطمئن‌ترین و تنها راه مناسب برای تأسیس یک دادگاه کیفری بین المللی است، که شالوده آن در تصویب اساسنامه دیوان کیفری بین المللی رم در جولای ۱۹۹۸ پایه ریزی شد. براین اساس دیوان کیفری بین المللی یک محکمه کیفری دائمی خواهد بود که بر اشخاص حقیقی نسبت به ارتکاب جرایم بین المللی صلاحیت کیفری خواهد داشت. دیوان برخلاف محاکم ویژه، از قبیل دادگاه لاهه برای مجازات مجرمان جنگی یوگسلاوی سابق و رواندا موقتی و محدود به زمانی خاص و منحصر به یک حوزه خاص جغرافیایی نخواهد بود.

بدون شک ایجاد چنین دیوانی که به محاکمه مجرمان بین المللی خواهد پرداخت، می‌تواند مشتب و قابل توجه ارزیابی شود. زیرا دیوان می‌تواند نهادی بین المللی برای توسعه و رعایت حقوق بشر و همچنین حمایت و حفظ صلح و امنیت بین المللی باشد.

مسلمان دیوان ضمن بهره برداری از اصول کلی حقوق بین المللی و عرف حقوق بین الملل می‌تواند با تصمیمات خود در آینده منبعی مهم برای وضع عرفهای بین المللی و اصول جدید حقوقی بین المللی گردد، که قطعاً مشارکت جامعه بین المللی در این خصوص در جهت رسیدن به نظم و امنیت بین المللی و حفظ کارایی دیوان، مؤثر بلکه ضروری می‌باشد.

البته اگر دیوان کیفری بین المللی بخواهد در صحنه بین المللی مفید و معتبر باشد، لازم است که مستقل، بی طرف، عادل و مقتدر باشد. دیوان هرگز نباید تحت تأثیر و یا قیوموت هیچ یک از کشورها و یا سازمانهای بین المللی حتی شورای امنیت قرار گیرد. بدیهی است که یکی از راههای حفظ استقلال و بی طرفی دیوان عدم وابستگی مالی آن به یکی از قطبهای اقتصادی می‌باشد.

استقلال ارکان دیوان مخصوصاً قضات و دادستان آن نسبت به اقدامات خود باید تضمین گردد. زیرا موقیت چنین دادگاهی در عرصه بین المللی مرهون آن است که پرسنل و کارمندان و مخصوصاً قضات آن معین و مشخص بوده، از استقلال کامل و امنیت شغلی و تصدی برخوردار بوده، و از مداخله مستقیم و یا غیرمستقیم سازمانهای بین المللی و یا کشورها در تصمیمات آنها مصون باشند.

بالاخره دادگاه کیفری بین المللی باید بتواند یک سیستم مقتدر و منصفانه و عادلانه‌ای را در رسیدگی های کیفری و محکمه و مجازات مجرمان بین المللی پایه ریزی نماید، تا بتواند آن شکافی را که از ناتوانی دادگاههای داخلی در رسیدگی به پرونده‌های کیفری بین المللی ناشی می‌شود پر نماید.

در خصوص العاق و یا عدم العاق یک کشور به این دیوان و پذیرش اساسنامه آن لازم است متخصصان اهل فن و حقوقدانان آن کشور جهت اتخاذ تصمیمی صحیح و در جهت مشارکت در نظام بین المللی و ایفاده نقشی سازنده در ساختار نظام بین المللی دورهم گرد آیند، و به ارزیابی کامل تئوری و عملی آن پرداخته و نتایج مثبت و منفی العاق به آن را بررسی موشکافانه نمایند.

البته باید به این نکته توجه داشت که گرچه برای برخی از کشورها الحق به دیوان کیفری بین المللی و اساسنامه آن مشکلاتی را به همراه خواهد داشت، اما سنگینی و خشونت جرایم بین المللی به حدی غیرقابل تحمل خواهد بود که تأثیر نامطلوبی بر جامعه آن کشور وارد خواهد نمود. از طرفی هم نباید منتظر ماند تا روزی فرارسد که تمامی مشکلاتی که فرا راه دیوان کیفری بین المللی قرار دارد حل گردد، و آن گاه تصمیم نهایی را در خصوص الحق به آن اعلام کرد، بلکه کشورها باید حضور فعال خویش را از ابتدا در صحنه های بین المللی حفظ نمایند، تا آن که میوه چنین مشارکت فعالی در عرصه بین المللی، دستیابی به یک دیوان کیفری بین المللی فعال، عادلانه و مقتدر در رسیدگی، تعقیب و مجازات مجرمان بین المللی باشد.

## برخی از مصادر و منابع

Antonio Cassese, International Law in a Divided World, Clarendon Press, Oxford, 1990.

Bhalla & Bala, Fundamentals of International Law, Docta Shelf, Dehli, 1990.

Bassiouni, C. and Nanda, V.P., A Treatise on International Criminal Law, Springfield, IL: C.C. Thomas, 1973, 2 vols.

Bassiouni C., International Crimes, digest/index of International Instruments, 1815 - 1985. Dobby Ferry, N.Y. Oceana, 1985, 2 vols.

Christine Gray, Judicial Remedies in International Law, Clarendon Press, 1990.

D.J. McClean, International Judicial Assistance, Clarendon Press, 1992, p. 124.

D.J. Harris, Cases and Materials on International Law, Sweet & Maxwell, 1983.

Elizabeth Beyerly, Public International Law: A Guide to Information Sources, Mansell, 1991.

Ferencz, Foundations for the Establishment of an International Criminal Court, 2315, Alcyone Drive, Los Angeles, CA 90068, USA.

Ferencz, B. B., An International Criminal Court: A Step Toward World Peace. A Documentary History and Analysis, Dobby Ferry, N. Y.: Oceana, 1980, 2 vols.

Friedlander, R. A., Terroism: Documents of International and Local Control, Dobby Ferry, N. Y.: Oceana, 1979-89, 5 vols.

International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 to

1 October 1948, Nuremberg, 1947 - 9, 42 vols.

InterNet Sites: <http://www.igc.apc.org/icc>; <http://www.ichr.org>;  
<http://www.un.org/icc>; <http://www.groundzero.com>.

Rome Statute on International Criminal Court, Italy, 1998.

Rosemary Pattenden, Judicial Discretion and Criminal Litigation,  
2nd Edn., Clarendon Press, Oxford, 1990.

Steiner & Alston, International Human Rights in Context: Law,  
Politics, Morals, Clarendon Press, 1996.

United Nations War Crimes Commission: Law Report of Trials of  
War Criminals, London: HMSO, 1947, 20 vols.

Vera Gowlland - Drbbas, Collective Responses to Illegal Acts in  
International Law, Martinus Nijhoff Publishers, 1990.



# کشمکش زدایی با داوری در حقوق اسلام و کامن لا

\* وینسنت پاول اسمیت

Vincent Powell Smith

مترجم: محمدحسین ساکت

## به نام خداوند داد و دهش

درآمد

آنچه می خوانید ترجمه شده گفتاری است از وینسنت پاول اسمیت (Vincent Powell Smith) که با این ویژگیها نشر یافته است:

Vincent Powell Smith, "Settlement of Disputes By Arbitration under Shar'ah and at Common Law", *Islamic Studies* 34:1 (1995) [Pakistan].

از آن جا که خواننده، برای نخستین بار، یک بررسی سنجشی میان دو نظام حقوقی اسلام و کامن لا در زمینه داوری را به فارسی می خواند، موضوع شایسته نگرش است. این گفتار چکیده پایان نامه کارشناسی ارشد وینسنت پاول اسمیت است در مؤسسه تطبیقی دانشگاه اسلامی بین المللی مالزی. پژوهشگر این گفتار در زمینه حقوق اسلامی از منابع دست دوم بهره گرفته است. از آن گذشته، چنان که پیداست او تنها بر فقه حنفی تکیه کرده

\*: نگارنده از دوست و همکار خود استاد دکتر علاء الدین خروفه برای نظریه های یاریگرانه آش در پیش نویس این گفتار بسیار سپاسگزار است. نویسنده سراسر مسؤول هرگونه لغزش های انجام، برداشت یا وانهادن است.

است و دیدگاههایش درباره حقوق شیعه گذرا و سطحی است و بر پایه تنها کتاب انگلیسی نگارش یافته در این زمینه یعنی کتاب دکتر سیدحسن امین، استوار است. با این همه، تازگی گفتار و باریک بینی نگارنده آن در سنجش میان دیدگاههای دو نظام حقوقی اسلام و کامن لا ستودنی است.

## ● دیباچه

داوری را می‌توان این گونه تعریف کرد: ارجاع یک کشمکش یا اختلاف برای دادخواهی به شخص سومی که توسط طرفین دعوی برگزیده شده است و تصمیم او برای آن دو الزام آور است. داوری، به عنوان ابزار کشمکش زُدایی، «روشی آزموده، سودمند و مطلوب توصیف گردیده است که «سودمندی اجتماعی و بازرگانی اش آشکار است».<sup>۱</sup> داوری به عنوان روشِ زدونِ کشمکشها، ریشه‌ای بس کهن دارد. برای انسان پیشین، بردن ستیزها و کشمکش‌هایش نزد ریش سفیدان قبیله برای دادرسی نهایی و الزام آور، کاری طبیعی بوده است. در روزگاران گذشته، پیش از تاریخ نگاشته، هیچ دستگاه حقوقی یا قضایی سازمان یافته‌ای وجود نداشت.<sup>۲</sup>

۱. در نظامهای کامن لا و حقوق نوشته، با بودن توافق میان طرفین، داور یا داوران ممکن است به انتخاب شخص سومی، مانند نهادی حرف‌ای یا داوری یا توسط دادگاه، برگزیده شود.

2. Law Reform Commission of Australia Capital Territory. "Report on the Law Relating to Commercial Arbitration", parliamentary Paper 23, 1975, p. 4.

۳. تاریخ نگاران برآورد که نخستین تمدن‌ها در حدود میان ۵۰۰۰ و ۵۰۰ پیش از میلاد پاگرفتند. نخستین تمدن در خورشناصایی از آن سومربان است که در میان رودان (بین التهرين عراق امروز) نمایان بود و نشانه‌های حقوق سومری دانسته و مشناخته است. بنگرید به:

J. M. Roberts, History of the World, (New York: Oxford University Press. 1993), pp. 28, 32 ff.

میراث حقوقی گذشته به دست ا. س. دیاموند در کتاب حقوق آغازین، گذشته و اکنون، فصلهای دوم و سوم، به نمایش درآمده است. ولی، به سختی گزارش‌های حقوقی بر جا مانده‌ای در سراسر حقوق آغازین و بدوى وجود دارد (ص ۱۰).

A. S. Diamond, Primitive Law, Past and Present, (London: Methuen. 1971), Chapters 2 and 3.

«بر پیشرفت جامعه، روزگاری بس دراز می‌گذرد که پس از آن، اندیشه‌های مالکیت و حقوق انحصاری فرد، پیش از بریابی یک دستگاه الزامی عدالت توزیعی، در مغز بشر شکوفه زده است. در راستای آن دوران پانگرفته، هر اختلافی یا با تراضی و همنوایی مشترک پایان می‌یافتد و یا به شخص بیطری که از خرد و انصاف والای او نظری پسندیده به دست می‌آمد، سپرده می‌شد».

روشن است که داوری پیش از بریابی نظم حقوقی و در واقع، پیش از تاریخ نگاشته وجود داشته است.<sup>۰</sup> داوری باید از سپیده دم سوداگری و داد و ستد وجود داشته باشد. داوری در میان بازرگانان فینیقی رواج داشت<sup>۱</sup> و گمان می‌رود در کتاب مقدس بدان اشاره شده است<sup>۲</sup> و در حقوق رُم امری شناخته شده است.<sup>۳</sup> هُراس، تاسی تویس و اویید همه در نگاشته‌هایشان به داوری اشاره می‌کنند<sup>۴</sup> که در یونان باستان نیز به کار می‌رفته است.

4. Kyd, A Treatise on the Law of Awards, (Crowder, 1971), p. 1,

به نقل از A. F. Comish در گفتار:

"Arbitration at Common Law before the First (English) Arbitration Act 1698" (1990) 56 Arbitration 194.

5. S. A. Teiwal and F. A. Tsegah, "Arbitration and the Settlement of Commercial Disputes" (1975) 24 ICLQ 393.

سودمندترین سرگذشت داوری را روش بوک با این ویژگی نگاشته است:

D. Roebuck, "A Short History of Arbitration", Chapter 1 (pp. xxxiii- 1xv), in N. Kapian J. Spruce and M. J. Moser, Hong Kong and China Arbitration (Hong Kong: Butterworths. 1994).

شگفتا که نویسنده اشاره ای به داوری در اسلام نمی‌کند.

6. F. Kellor, American Arbitration, (New York: Harper Bros. 1970), p. 3; M. Mustisll, "Arbitration: History and Background",

همچنین نگاه کنید به:

(1989) 6 Journal of International Arbitration 43.

7. I. Kings, chapter 3, verses 16- 28. Roebuck, "A Short History of Arbitration", p. xxxvi.

روئه بوک پیشهاد می‌کند که گزارش وابسته به کتاب مقدس از حکم سلیمان پیامبر «آشکارا نمونه ای است از دادگری همایونی».

8. W.W. Buckland, A Textbook of Roman Law (Cambridge University Press, 2nd ed. 1932), p. 531.

9. J.F. Philips, "The History of Arbitration" (1981) Arbitration 16.

افلاطون، که در حدود سال ۳۵۰ پیش از میلاد می‌نگاشت، به ما می‌گوید که گونه‌ای از شیوه‌های حل اختلافات شخصی، که از دستگاه حقوقی دولت جدا بود، در آن روزگار گسترش یافته بود:

«اگر کسی در انجام قراردادی تراضی شده ناکام می‌ماند... باید به دادگاههای قبایلی دادخواست داده شود، البته اگر دوسوی [قرارداد] قبل از توanstگه اند بر سر اختلافاتشان پیش داوران (یعنی، همسایگان خود) به سازش برسند».<sup>۱۰</sup>

چنین پیداست که در جامعه عربستان پیش از اسلام، داوری تنها دستگاه ضمانت اجرایی آشکار برای زدودن کشمکشها بوده است و گزینه دادخواهیهای خود - یا اوری (self-help remedies) به شمار می‌آمده است. در عربستان پیش از اسلام، اختلافها شامل حقوق اموال، ارت و جزان بود که بیشتر برای تصمیم‌گیری به داوری (حکم) ارجاع می‌شد. این در اساس، یک توافق دلخواهانه شخصی بود، هرچند گفته شده است که آرای داوران برگزیده در عکاظ - بازار یا نمایشگاه موسمی نزدیک مکه - برابر عرف، طرفین را پاییند می‌ساخت.<sup>۱۱</sup> ژوف شاخت، دانشمند غربی، از داوری در آن روزگاران چنین سخن می‌گوید:

«داور شدن به گروه اجتماعی یا لایه دینی خاصی بستگی نداشت. طرفین [اختلاف] آزاد بودند تا با توافق کسی را به داوری برگزینند. با این همه، همیشه رئیس قبیله داور بود. داور به خاطر ویژگیهای شخصی خوش، و به خاطر آبرو و اعتبار خود برگزیده می‌شد چرا که به خاندانی پیوند داشت که در شایستگی برای تصمیم‌گیری در زمینه اختلافها زبانزد بودند و فراتر از هر چیز، شاید به خاطر نیروهای فراتری اش که دو سوی [اختلاف] پیش از آغاز به داوری، با درخواست رمزیزدانی، داوری را می‌آزمودند. از آن جا که این نیروهای فراتری بیشتر در کاهان یافت می‌شد، اینان را بیشتر به عنوان داوران برمی‌گزیدند».

10. Plato, *The Laws*, (translated by R. Saunders) (London: Penguin Books, 1980), p. 68.

11. S. H. Amin, *Commercial Arbitration in Islamic and Iranian Law*, (Tehran: Vahid Publications.n.d.). p. 42.

12. J.Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1964 repr. 1991). p. 7.

داوری با کاهنان که در حقیقت آخوندهای بت پرست بودند و ادعا می کردند که از نیروهای یزدانی برخوردارند، بالطبع، به خاطر سرشتِ بت پرستانه اش و این حقیقت که در آن روزگار چه بسامورد استفاده نادرست قرار می گرفت به دست حضرت محمد (ص) رد شده است. با این همه، پیامبر (ص) نهاد داوری را رد نفرمود و پیوسته و به هنگام دادرسی در کشمکشها و اختلافهای میان پیروانش، به پذیرش پایگاه آشتبی جویانه رویکرد نشان می داد. افزون بر این، هر گاه قرآن از تکاپوی قضایی پیامبر (ص) سخن می گوید فعل «حکم» و برگرفته های آن را به کار می گیرد.<sup>۱۳</sup> قرآن اشاره فراوانی به داوری دارد و به گزینش داوری از سوی دو خانواده زن و شوهر، که اختلافی بنیادین دارند، فرمان می دهد:

«و اگر [دلیلی بود که] بیم اختلاف میان آن دو [زن و شوهر] رود، پس یک داور از خانواده مرد و یک داور از خانواده زن برگزینید. اگر آن دو بهبود خواهند، خداوند میان آنان سازش می افکند. همانا خداوند دانای آگاه است» (نساء / ۳۵).<sup>۱۰</sup>

در سوره حُجُّرَات آمده است:

«اگر دو گروه از گروندگان به نبرد و ستیز افتادند میان آنان سازش اندازید... همانا گروندگان همه برادرند، پس میان برادران خود آشتی افگنید و از خدا بترسید شاید امرز یهده شوید» (حیرات / ۹ - ۱۰).<sup>۱۵</sup>

دستورهای قرآنی آشکار می‌دارند که نه تنها بر طرفین اختلاف است تا کشمکش‌های خوبیش را به روشی پر از راهه یا بیان بخشد، بلکه جامعه اسلامی در این باره دارای مسؤولیت

13. Ibid. p. 10.

14 . Muhammad Assad, The Message of the Quran, (Gilbrator: Daral Andalus 1980). همان گونه که در سرزمینهای گوناگون اسلامی عمل می شود، این روش و کوشش برای سازش دادن اختلافها به مفهوم سازش یا میانجیگری در حقوق غرب نزدیکتر است ولی این آیه برای چنین داوری گرفته شده است.

١٥. ترجمة انگلیسی عبد الله يوسف علم.

است. به متن قرآنی دیگری که خواهان داوری است در سوره نساء برمی‌خوریم، آن جا که می‌فرماید:

«به خدایت سوگند نمی‌گروند تا آن که ترا [ای پیامبر] برای همگی اختلافهایشان میان خود دادرس قرار دهند و سپس پر خود نمی‌باشد از آنچه تو دادرسی کرده‌ای و بدان سر سپرده‌اند» (نساء / ۶۵).<sup>۱۶</sup>

واگذاری کشمکشها به دادرسی پیامبر (ص) نشانه فرمانبرداری از خداوند و تضمینی است بر حل و فصل دادگرانه کشمکش. قرآن این گفته را روش ساخته است آن جا که می‌فرماید:

«ای کسانی که گرویده‌اید از خداوند فرمان بردید و از پیامبر فرمان بردید و از دارندگان امر از میان خود؛ اگر در چیزی اختلاف پیدا کردید آن را پیش خدا و پیامبر بردید، اگر به خداوند و روز واپسین ایمان دارید این بهترین است و بهترین سرانجام است [برای شما]» (نساء / ۵۹).

گذشته از قرآن، نمونه‌هایی در سنت هست که به ستایش کسانی می‌پردازد که نقشی مصلح در میان مردم را دارند. کوشش‌های پیامبر (ص) در آشتی افگندن میان شاکیان و شکایت شدگان و روند شتابان سازش پاگرفته به دست او با پرداختن و رسیدگی به اختلافهای میان بدھکاران و بستانکاران، نمونه‌ای است از این دست.<sup>۱۷</sup> روایت شده است که پیامبر (ص) فضیلت میانجیگری و خطر سیز و دشمنی را با این سخن بیان داشته است:

«نمی‌خواهید شما را از چیزی آگاهی دهم که از روزه، بخشش به مستمندان و نماز والاتر است؟» پاسخ شنید: «به حتم!» پیامبر فرمود: «میان مردم آشتی انداختن، زیرا مردم را به اختلاف و اداشتن مانند یک تیغ است، منظورم تیغی نیست که سر را می‌تراشد، بلکه دین را پاره می‌کند».<sup>۱۸</sup>

۱۶. دیگر آیه‌های قرآنی که شامل داوری یا سازش اند: ۱۰۵/۴؛ ۴۵/۶؛ ۵۱/۵؛ ۱۵۲/۶.

۱۷. بخاری، الجامع الصحيح، ترجمة W. Marcais, Houdas (پاریس ۱۹۰۴)، جلد ۳، ص ۱۲۸.

۱۸. روایت شده به وسیله ترمذی و دیگران، نگاشته شده در الحالل و الحرام فی الاسلام از یوسف الغردّاوی، ترجمه انگلیسی (کوالالامپور ۱۹۹۴)، ص ۳۱۱.

Yūsuf al - Qārdawī, The Lawful and The Prohibited in Islam, (Kuala Lumpur: Islamic Book Trust, 1994), p. 31.

بیان قدیمی نقش داوری در حقوق اسلام در دعائم‌الاسلام<sup>۱۹</sup> «فاطمیان و وصیت علی بن ابی طالب [ع] دیده می‌شود که فرمود: «سازش میان مردم از همگی روزه‌ها و نمازها [ای مستحبّی] برتر است».<sup>۲۰</sup>

قدیمی ترین روایت یک توافق داوری در جهان اسلام آن است که میان علی بن ابی طالب [ع] و معاویة بن ابی سفیان، استاندار شام و پایه‌گذار دودمانِ اموی، بر سر جانشینی خلافت پیش آمد، آن‌گاه که دو داور برای حل اختلاف برگزیده شدند.<sup>۲۱</sup> کسانی که با توافقهای داوری بین‌المللی که امروز در کامن‌لا (Common Law) انجام می‌گیرد آشنا‌اند، درخواهند یافت که این سند به گونه‌ای شگفت‌انگیز با اسناد به کار رفته امروزی در داوریهای بین‌المللی همانندی دارد. این سند، محل داوری - که جایی بیطرف میان شام و عراق بود - قانون حاکم و مقررات آیین دادرسی را برابر تراضی طرفین تعیین می‌کند. همچنین، انتخاب یک داور جانشین، به هنگام مرگ یکی از داوران برگزیده شده، در آن پیش‌بینی شده است.

در حالی که در روزگاران نوین به داور؛ کمتر از قاضی می‌نگرند،<sup>۲۲</sup> اما شریعت اسلامی، داوری را به عنوان ابزار زدودن کشمکشها می‌شناسد و در بسیاری از کشورهای اسلامی به عنوان دستگاه حل اختلافهای بازرگانی اهمیّتی به سزا دارد. در مسائل آیین دادرسی و ماهوی و داوریهای بازرگانی بین‌المللی، جایی که عنصری اسلامی حضور دارد یعنی در طرحهای ساختمانی در یک کشور مسلمان، شریعت (حقوق اسلام) مهم و نقش آفرین است. اما، شگفتگی در متون بر جسته به زبان انگلیسی درباره داوری بازرگانی جهانی، به هیچ وجه به داوری در حقوق اسلام اشاره‌ای به چشم نمی‌آید،<sup>۲۳</sup> در حالی که

۱۹. دو جلد (قاهره، ۱۹۵۱ و ۱۹۶۱) بازنویس در مقاله آصف فیضی با این ویژگی: A.A. Fyze, "The Adab al- Qadi in Islamic Law", (1964) 6 Mal. L. R. 406, p. 414.

۲۰. دعائم‌الاسلام، ج ۲، بند ۱۲۹۷، ص ۳۴۷، بازنویس به وسیله فیضی، همانجا.

۲۱. فرایندهای انجمن وکلای بین‌المللی، نخستین کنفرانس منطقه‌ای، قاهره، ۱۹۸۷-۱۹۸۶، ج ۱، ص ۳۳۷؛ مقاله عبدالحمید الاحب درباره «قانون داوری اسلام» (Moslem Arbitration Law)، ترجمه انگلیسی متن.

۲۲. Amin, Commercial Arbitration, p. 36.

۲۳. Redfern and M. Hunter, The Law and Practice of International Commercial Arbitration, 2nd.ed., (London: Sweet & Maxwell, 1991).

داوری با تراضی در کشورهای عربی زبان و دیگر سرزمینهای اسلامی برای حل اختلافهای بازرگانی به گستردگی به کار می‌رود.<sup>۲۴</sup> در واقع، می‌توان استدلال کرد که نقش پیامبر (ص)، به عنوان قاضی عالی، پایگاه شناخته شده‌ او را در حل کدخدامنشانه کشمکشها و اشارتهای قرآن به کشمکش زُدایی از رهگذری جزدادگاههای حقوق یا دادگستری (که در آن هنگام وجود نداشت) نشان می‌دهد که حتی پس از وفات پیامبر (ص) داوری به خاطر بارهای مذهبی اش، در کشورهای اسلامی معنای گرانتر از شکایت بردن به یک دادگاه حقوق دارد. یکی از نویسنده‌گان<sup>۲۵</sup> دیدگاهی دوگانه دارد و اشاره می‌کند که داوری به جای دادرسی در ترازی پایین تر و فروتر از نهاد دادرسی - رسیدگی قاضی مسلمان - دانسته شده است. با این همه، دیدگاه همگانی در مکاتب حقوق سنّی برآن است که طرفین اختلاف حق انتخاب یک شخص برای داوری میان خود را دارند. تنها مکتب شیعه دوازده امامی است که داوری را نمی‌پذیرد. مکتب دوازده امامی در ایران رایج است. و دو دلیلی آنان درباره داوری بر پایه این دیدگاه استوار است که داددهی (adjudication) تنها حق پیامبر (ص) و دوازده امام [ع] است.<sup>۲۶</sup>

این نوشته نگاهی دارد به سیماهای برجسته داوری در حقوق اسلام و همگونیها و ناهمگونیهایش را با پایگاه حقوق کامن لا می‌سجد. براین باوریم که این سنجهای سودهایی در برخواهد داشت و شاید در آن دسته از کشورهای آسیایی سودمند افتد که بیشتر شهر و ندان آن جا مسلمانند، ولی «کشور اسلامی» نیستند. زیرا دستگاه قضایی شان یا بر

۲۴. متن عمده در زبان انگلیسی کتاب سمير صالح است با نام زیرین:  
Samir Saleh, Commercial Arbitration in the Arab Middle East, (London: Graham & Trotman 1984).

این کتاب قوانین سیزده کشور را بررسی می‌کند و تأکید می‌ورزد که حقوق اسلام در بخش‌های گوناگون جهان اسلام به شیوه‌های گوناگون، و بخصوص در درجه‌های متفاوتی از دقت، کاربرد داشته و دارد. نویسنده بر اهمیت حقوق اسلام در داوری بازرگانی تأکید دارد، ولی یادآوری می‌کند (ص ۱۲) که اهمیت آن «بویژه بستگی به این دارد که چه اندازه قانون موضوعه تکامل یافته است و بستگی به درجه دنیوی شدن (یا عرفی شدن) (secularization) دادگاهها دارد».

25. Amin, Commercial Arbitration, p. 24.

26. Ibid, p. 26.

برای تاریخ و تکامل شیعه و عقیده امامیه بنگرید به: کتاب س.ح. جعفری با این ویژگی:  
S.A. Jafari, The Origins and Early Development of Sh'ia Islam (London, 1979).

پایه روش حقوق نوشتہ استوار است و یا حقوق نانوشه.

در آسیا، بر روی هم، روش داوری برای رسیدگی و پرداختن به اختلافها برتری دارد و در نزدیک شدن به دادگاههای حقوق کامن لا، چه بسا آخرین دستاویز به شمار می‌آید. همچنین، داوری در خاورمیانه عربی، یک روش رایج و برتر در حل و فصل اختلافهای بازرگانی است.<sup>۷</sup> بی‌گمان، در هر گوشه‌ای از جهان، اهمیت داوری را می‌توان به چشم دید.



## توافق داوری

کامن لا برای داوری دو گونه توافق می‌شناسد. توافقهایی که اختلاف کنونی و موجودی را به داوری ارجاع می‌دهند - و بیشتر ارجاع به داوری موردي یا ویژه (اتفاقی) (*ad hoc*) خوانده می‌شود - و شرط داوری ضمنی که آشکارا برابر با توافق برای ارجاع اختلافهای آتی به داوری در قراردادها می‌گنجانند. این تقسیم بندی در تعریفهای قانونی گوناگون از اصطلاح «توافق داوری»،<sup>۸</sup> بازتاب دارد.

در همه کشورهایی که از نظام حقوق کامن لا پیروی می‌کنند، بر این منوال است که یک شرط داوری رسمی در قراردادهای بازرگانی می‌گنجاند که برابر آن، طرفین توافق می‌کنند اختلافهای آینده را به داوری ارجاع دهند. یک شرط نمونه داوری که در یک

27. Saleh, Commercial Arbitration, pp. 1- 4.

۲۸. برای نمونه، بند ۲ قانون داوری ۱۹۵۲ (مالزی) «توافق داوری» را به معنای «توافقی کتبی» برای سپردن اختلافهای کنونی یا آینده به داوری تعریف می‌کند، خواه نام داور در آن ذکر شده یا نشده باشد. با این همه، ارجاعهای قانونی در این مقاله به قوانین مالزیابی است، آن قانونگذاری در انتساب با قانونگذاری انگلیسی پیش از اصلاح (قانون داوری پیش از ۱۹۷۹) همانندی دارد و شامل مقررات همسان در بیشتر کشورهای دیگر در کامن لاست.

قرارداد مهندسی ساختمان آمده است مقرر می دارد که: «به هنگام بروز اختلاف میان کارفرما و پیمانکار، در خصوص قرارداد و یا بیرون از آن قرارداد، و نیز اختلافی که به وسیله مهندس تعيین شده برای داوری حل نشود، طرفین به داوری رجوع می کنند و می خواهند تا در چارچوب نهاد داوری مشخصی به داوری پردازد». <sup>۳۰</sup>

دیدگاه کامن لا این است که در این مورد، در عمل، دو قرارداد وجود دارد: یکی قرارداد اصلی در مورد کارهای ساختمان و دیگر، قرارداد ارجاع به داوری برای حل اختلافهایی که امکان بروز آن میان طرفین وجود دارد.<sup>۳۱</sup> این برای حقوقدان کامن لا دشواریهای فکری به بار نیاورده است و تنها پیش نیاز بینایین آن است که باید در پیرامون مسئله ای که توافق داوری آن را دربر می گیرد، «کشمکشی یا اختلافی» خواه موجود و کنونی و خواه در آینده میان طرفین پدید آید.<sup>۳۲</sup>

در عهدنامه های بین المللی نیز این جدایی دیده می شود: در عهدنامه نیویورک، برای نمونه، ماده ۲ - ۱ هر توافقی را که دو طرف، تعهد به سپردن «همه یا هر اختلافی که میان آنان پدید آمده است یا خواهد آمد» به داوری در چارچوب آن می دهد به رسمیت می شناسد. با این همه، به عکس رواج و گسترش داوری توافقهایی در چارچوب یک داوری ویژه (ad hoc) رخ می دهد. این بیشتر در موردی است که یکی از دو سوی قرارداد یک دولت یا مؤسسه ای دولتی است.<sup>۳۳</sup>

بر روی هم، نظامهای حقوق کامن لا هیچ پیش نیاز رسمی را برای اعتبار توافق داوری مقرر نمی دارند، ولی در مالزی و کشورهای حقوق کامن لا، اگر هر دو طرف بخواهند از سودمندیهای قانون داوری ۱۹۵۲ یا برابر آن برخوردار شوند، وجود توافقی

۲۹. شرطهای قرارداد برای کارگران مهندسی ساختمان، بخش یک، بند ۶۷. تجویز می کرد داوریها زیر نظر چنان اعضای داوری جهانی مانند دادگاه داوری لندن و اتاق بین المللی بازرگانی پاریس رهبری شوند. هزینه هایی برای این امتیاز پرداختنی است.

### 30. The Hannah Blunenthal [1983] I AC 854.

۳۱. برای همگی خواسته های عملی یک کشمکش (dispute) و یک اختلاف (difference) یکی است ولی در پرونده F. G. Sykes (Wessex) Ltd. v. Fine Fare Ltd. [1967] I Lloyd's Rep 53، p. 60 معنای «اختلاف» از «کشمکش» گسترده تر دانسته شده است.

۳۲. برای بحث و گفتگو بنگرید به: Redfern and Hunter, International Commercial Arbitration, pp. 56- 57.

کتبی لازم است.<sup>۳۳</sup> یک توافق شفاهی داوری، اگر با داوری کامل همراه باشد، می‌تواند پایه رأیی معتبر و درخور اجرا قرار گیرد؛ دادخواهی دادبرده (محکوم‌له) پیگیری رأی داوری در حقوق کامن‌لا است.<sup>۳۴</sup> پایه چنان دادخواست رأی داوری آن است که تعهدی ضمنی در هر توافق داوری وجود دارد که دو سو آن رأی داوری را انجام می‌دهند،<sup>۳۵</sup> به گونه‌ای که اگر یک سوی توافق به شکستن این تعهد ضمنی دست یازد دادبرده می‌تواند برای اجرای رأی دادخواست دهد.<sup>۳۶</sup> امروزه بیشتر توافقهای داوری کتبی است تا شفاهی. جایی که چنین موردی هست، بدین گونه در مالزی، یک داور بومی تابع مواد قانون ۱۹۵۲ خواهد بود.<sup>۳۷</sup>

توافق داوری ممکن است در بیش از یک سند آورده شود. برای طرفین قرارداد کوشش برای گنجاندن توافق به ارجاع به قرارداد دیگر، کاری است متداول. این فرایندی است سرشار از دشواریها و می‌تواند وضع پیچیده‌ای باشد. در پرونده‌ت. و. تاماس و T. W. Thomas&Co Ltd.v. Portsea Steamship Co<sup>۳۸</sup>، مجلس اعیان برآن بود که، هنگامی یک بارنامه کشتی به مفهوم گنجانده شدن در قرارداد میان دارنده بارنامه و مالک کشتی محسوب می‌شود که شرطهای آغازین اجاره نامه دریابی میان اجاره‌کننده و مالک. به اصطلاح شرط داوری - در اجاره نامه دریابی در غیاب ارجاعی صریح به ویژه به شرط داوری در بارنامه کشتی گنجانده

. ۳۳. قانون داوری ۱۹۵۲، بند ۲.

34. M. Mustill & Boyd, Commercial Arbitration, 2nd ed. (London: Butterworths 1989), p. 6.

35. F. G. Bloemen Pty Ltd. v. Gold Cost City Council {1972} 3 All ER 357. PC.

36. Halsbury's Laws of England (4 th ed.), Vol. 2, para 712.

۳۷. در مالزی، برابر بند ۳۴ قانون داوری ۱۹۵۲، برخی از داوریهای بین‌المللی از وارسی دادگاهها استثناست و این قانون شامل آنها نمی‌شود. آنها داوری انجام گرفته برابر مقررات کانون داوری منطقه کوالا‌لامپور و رأیهای موضوع پیمان نیویورک را دربر می‌گیرند. اجرای چنین رأیهای بین‌المللی به وسیله قانون پیمان شناسایی و اجرای رأیهای داوری خارجی ۱۹۲۵ نظارت می‌شود.

38. [1912] ACI.

در کامن لاسه عامل وابسته به موافقت‌های داوری وجود دارد. نخست، بودن توافق داوری، طرفین را از کشاندن اختلاف به دادگاه حقوق برای تصمیم‌گیری باز می‌دارد. پیش‌نویس توافق داوری مناسب می‌تواند به گونه‌ای شایسته و منطقی نیاز به رجوع به دادگاهها را منتفی سازد. چنین شرطی به نام شرط اسکات علیه آوری (Scott v. Avery) معروف است و طرح دعوا داوری را شرطی مقدم بر هر دادخواهی می‌سازد.

دوم، همان گونه که قبلاً بیان داشتیم، قانون مقرر کرده است که برای به دست آوردن پشتیبانی قوانین داوری باید «قراردادی کتبی» وجود داشته باشد. هدف یا اثر این پیش‌نیاز قانونی تأکید و دستیابی به این اطمینان است که هیچ کس از حق برخورداری از تصمیم دادگاه در یک اختلاف بازداشته نشود مگر این که آگاهانه بر چنین کاری (مراجعه به داوری) تراضی کرده باشد.

سوم، وضع یک «موافقت به داوری یا شرط داوری گنجانده شده در هر قرارداد با گونه‌های دیگر شرط تفاوت دارد، زیرا به یک «قرارداد خود - شمول جنبی یا طاری قراردادهای اساسی» می‌انجامد»<sup>۴۰</sup> که حتی اگر قرارداد اصلی با تخلف و پذیرش به پایان برسد، این قرارداد جنبی بر جا خواهد ماند. اگر قرارداد خود - شمول باید گنجانده شود، پس باید در سندي که به عنوان سند گنجانده شده تکیه می‌شود، آشکارا بدان ارجاع گردد. استفاده از واژگان مبهم یا کنایی و اشاره‌ای کلی کافی نخواهد بود، زیرا دادگاهها برای خارج ساختن حق عادی طرح دعوا در دادگاهها به یک توافق داوری... که به روشنی از

۳۹. پرونده‌های اخیر درباره یکی شدن بندهای داوری با ارجاع، شامل شرکت اوغتون علیه شرکت خدمات کت (Aughton Ltd. v. M. F. Kent Services Ltd. (1991) 31 Conl. R 60) و شرکت گیفن (Giffen Electrical Contractors Ltd. v. اسکول Drake & Scull Engineering Ltd. (1991) 38 Conl R 84).

۴۰. Scott v. Avery (1856) 5 HL CAS & 11.

در این که چنین بندها و شرطهایی نافذ است، تردیدی نیست. برای نمونه، بنگرید به: پرونده هیمن علیه شرکت داروینز (Heyman v. Darwins Ltd. (1942) AC 356) (برای بحث کلی بنگرید به: Mustill and Boyd, Commercial Arbitration, Chapter 13, pp. 161 ff.

۴۱. Bremer Vuldan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corporation Ltd. [1981] Ac 909. HL. per Lont Diplock.

شرطهای قرارداد هویدا باشد» نیاز دارند. ”

گاهی چنین مسائلی طرح می شود که آیا اختلافی خاص در درون آن توافق جا می گیرد یا نه. این همیشه مانند مسأله ای از تفسیر عبارتهای خود قرارداد حل می شود؛ همان‌گونه که لرد پورتر (Porter) در پرونده هیمن علیه شرکت داروینز (Heyman v. Darwins Ltd.) بدان تأکید ورزید. ” در آن پرونده پژوهش خواندگان با پژوهش خواهان، توافق دارای شرطی داوری بود که بیان می داشت:

«چنانچه میان دو سو [ی قرارداد] تا این هنگام با توجه به این توافق هرگونه اختلافی بدید آید یا در هر کدام از شرطهای گنجانده شده در این سند یا چیزی بیرون از همان سند، اختلافی پیش آید به داوری ارجاع خواهد شد...». .

اختلافی میان طرفین به بار آمد، و پژوهش خواهان ادعای کردند که پژوهش خواندگان قراردادی را که بر پایه قبول تخلف پژوهش خواهان بدان پایان می دهد رد کرده اند. آنان استدلال می کردند که چون پژوهش خواندگان قرارداد را دربست رد کرده اند، آن رد هنگامی از سوی پژوهش خواهان پذیرفته می شود که آنان یکپارچه صادر کردن و بدین سان، مورد ستیز قرار داشت و قرارداد برای همه خواسته ها از اعتبار افتاد به گونه ای که پژوهش خواندگان نمی توانستند بر شرط داوری که بخشی از آن را می ساخت تکیه کنند. مجلس اعیان با تأیید نظر دادگاه پژوهش، استدلال پژوهش خواهان را رد کرد و اظهار داشت که آن اختلاف در شرط داوری قرار داشت. آن جا که نقض کلی قرارداد به دست یک سو[ی قرارداد] بوده است به گونه ای که طرف دیگر دست از تعهداتش بردارد، شرط داوری، چنانچه شرطهایش به اندازه ای کافی گسترش ده باشد، بر جا خواهد بود. این حتی در حالی است که طرف زیان دیده را پذیرفته باشد. این قضیه، در این مسأله «پایگاه سنتی و قدیمی» (*Locus Classicus*) است و قانون امروز می ماند.”

42. Per Ralph Gibson LJ, in Aughton Ltd. v. M. F. Kent Services Ltd. (1991) 31 Conl R 60, at 77.

ص ۷۷، آن جا که دادگاه تجدید نظر انگلیسی عقیده داشت که یک شرکت وامود شده نافذ نیست.

43. 12 [1942] AC 356. at 392.

۴۴. بنگرید به: ماستیل و بوید، داوری بازرگانی، فصل ۶، صص ۱۰۵ به بعد، برای بحث بیشتر.

کوتاه سخن آن که می‌توان گفت که امروز کامن لا اقتدار یک قرارداد را برای سپردن هر دو اختلاف موجود و آینده به داوری به رسمیت می‌شناسد.<sup>۴۵</sup> کامن لا کوشش‌های خود را بر دیگر حوزه‌ها متمرکز ساخته است و چنان مسائلی که از خود قرارداد داوری بر می‌خیزند، معمولاً از سرشت تفسیری برخوردارند یعنی مایه‌های استنباط و تعبیرند.

حقوق‌دانان مسلمان بی‌درنگ بیان می‌دارند که: «کامن لا با پایگاه حقوق اسلام برخورد سختی دارد، چون در مجموع عقیده بر آن است که یک قرارداد تنها پس از بروز اختلاف به داوری کشانده می‌شود. یک شرط داوری، در قالب غربی، به غرر می‌انجامد، زیرا سرشت یا پیشامد یک اختلاف آینده، شناخته و دانسته نیست».<sup>۴۶</sup> و نیز مقرر می‌دارد که: «در منافع عادلانه و خرید و فروش اعتباری، بودن هر عنصری از نامعلومی یا خطر (غرر) ممنوع است. آنچه وجود ندارد به ناچار عنصر نیرومندی از غرر را در پی دارد». بدین سان، شرط داوری که دو سوی قرارداد با آن توافق می‌کنند تا اختلاف‌هایی را که ممکن است در آینده از آن قرارداد برخیزد به داوری واگذارند، در حقوق اسلام باطل است. همچنین، در حقوق اسلام توافق به داوری اختلاف موجود نیز، تا هنگامی که به صدور رأی نیانجامیده است، توسط هریک از طرفین قابل رد و فسخ است.<sup>۴۷</sup> این نیز با نظام کامن لا فرق دارد. در حقوق کامن لا داوری که مطابق توافق کتبی یا توسط طرفین قرارداد برگزیده شده است درخور فسخ نیست مگر موافقتنامه چیز دیگری بگوید یا رسیدگی را به دادگاه واگذارد.<sup>۴۸</sup> جالب آن که در کامن لا طرف یک توافق داوری شفاهی می‌تواند اقتدار داوری را که خود برگزیده است بر هم زند. او با چنین کاری ممکن است

۴۵. جالب آن که چنین بندهایی تا ۱۹۲۰ که ایالت نیویورک نخستین ایالتی بود که به آنها رسمیت بخشید در ایالات متحده امریکا معتبر شناخته نمی‌شد بنگردید به:

R. Coulson, "Commercial Arbitration in the United States", in (1985) 51 Arbitration

46. S. A. Rayner, The Theory of Contracts in Islamic Law, (London: Graham & Trotman 1991), p. 366.

47. Saleh, Commercial Arbitration, pp. 49- 50.

۴۸. قانون داوری ۱۹۵۲، بند ۳ [مالزی].

خود را رویارویی مسئولیت مدنی خسارتهای نقض قرارداد بنگرد.<sup>۴۷</sup>

در حقوق اسلام توافق دو سوی قرارداد به ارجاع اختلافهای آینده به داوری از آن رو درست نیست که موجود نیست.<sup>۴۸</sup> در حقوق اسلام، تنها آن گاه توافقی به داوری کشیده می شود که اختلاف پدید آید و در این جا، شرط داوری در قالب رایج غربی باطل است. عبدالحمید الأحباب در بسته به این موضوع می پردازد.<sup>۴۹</sup> او اشاره می کند که، ممکن است از توافقهای داوری دشواریهای فراوانی برخیزد، زیرا بخشی از «عقود معین» در حقوق اسلام وجود ندارند. همچنین، پیداست که به جز مکتب مالکی، نگرش کلی آن است که چنان توافقهایی الزام آور نیستند و همان‌گونه که پیشتر گفتیم، هر کدام از طرفین می توانند در غیاب اجازه مقدم قاضی و تا هنگامی که حکم داوری داده نشده است، آن توافق را فسخ کنند.

دیدگاه سنتی حنفی در ماده ۱۸۴۷ مجله [احکام دادگستری] بیان شده است:

«پیش از تصمیم داور، هر کدام از دو سو می توانند او را عزل کنند، مگر هنگامی که دو سو، داوری را برگزیده اند و یک قاضی که از سوی سلطان برگزیده شده است و مجاز است تا نماینده ای برگزیند نیز به او (داور) اجازه داده است و به خاطر آن قاضی تعیین کننده اش، وی در جایگاه نماینده آن قاضی است». <sup>۵۰</sup>

بر پایه این نگرش، تعیین داور همیشه تا صدور رأی داوری فسخ پذیر است مگر آن که یک قاضی تأیید شده او را برگزیده باشد.

فسخ پذیری کلی گزینش داور و دشواریهای شرط داوری غربی امروز در کشورهای اسلامی آقای سمیر صالح را به بحث در پیرامون این مسأله کشانده است که اگر شرط داوری در حقوق اسلام به علت موجود نبودن اختلاف باطل است، با این وجود آیا می توان

۴۹. چون قانون جداست، دادگاه، بخصوص یک توافق داوری را اجرا نخواهد کرد:  
Halsbury's Laws of England . , Vol. 2. para 661

Doleman & ans v. Osseit Corporation [1912] 3 KB 257 at 268.

۵۰. بنگرید به: داوری بازگانی از صالح، ص ۴۹.

51. "The Moslem Arbitration Law", in Proceedings of the Bar Association First Arab Regional Conference, Cairo, 15- 19 February 1987. Vol. I, p. 323.

52. The Mejelle (Tyser), Lahore: Law Publishing Co. n. d.

آن را یک تعهد قراردادی معمولی دانست که برابر این دستور قرآن نافذ: «ای کسانی که گرویده اید پیمانهای خود را بجا آورید» (بقره ۲۳/۴) صحیح و برای طرفین الزام آور است با خیر؟ او از گفتار خویش نتیجه می‌گیرد که کارشناسان عملی حقوق به این پرسش پاسخی مثبت داده‌اند. با این همه، او می‌افزاید:

«عقیده بر آن است که این راه جلّ الهمایافته از مفاهیم غربی و مجموعه قوانین موضوع غربی با ضابطه اصلی حقوق اسلام، یعنی اساساً سرشت فیض پذیری یک توافق داوری که برای تأیید به دادگاه ارجاع نشده است یا به سود اشخاص ثالث انجام نگرفته است، همخوان نیست».٤٣

در ستیز با این نگاه و نگرش، عبدالحمید الاحب،<sup>٤٤</sup> برابر توصیفی که می‌کند، «گرایشهای نوین اندیشه‌های حقوقی» را در نگارش فرهنگستانی (آکادمیک) می‌بیند. الاحب این دیدگاه حنبلی را بازنویس می‌کند که اصل در قراردادها صحت است و شخص باید تنها آن قراردادهایی را بی اعتبار بداند یا کنار نهاد که با قیاس حرامند. نویسنده اظهار می‌دارد که این دیدگاه را باید برتری داد. حقوق اسلام چنین شرط داوری را یاد نمی‌کند، ولی بسیاری از قوانین موضوع اسلامی معاصر آنها را به رسمیت می‌شناسند، اگرچه دیدگاههای فقیهان گونه‌گون است. این گوناگونی دیدگاه از سوی فقیهان مسلمان، فرد را به گفتن این سخن می‌کشاند، که آن نویسنده غربی ناهمنوای گوید:

«پایگاه دقیق هنوز با گمان و تردید همراه است اگرچه بسیاری از کشورهای عرب، در مجموع، برای اجرای شرط داوری در قراردادها و توافقهای داوری به قانونگذاری دست یازیده‌اند، با این همه، ممکن است این قوانین ناقص حقوق اسلام باشد و بتواند در دادگاههای شرع به هنگام اجرای داوری با چالش رو برو شود. اگرچه پیشنهاد نمی‌شود تا کشورهای عرب در توافقهای خود با بیمانکاران بیگانه تخلف ورزند، زیرا ممکن است بر ضد مقررات حقوق بین‌الملل گام بردارند، با این همه می‌تواند در خور سفارش باشد تا شرط داوری در توافقهای

٤٣. سعیر صالح، داوری بازگانی، ص ۴۹، او از این مقاله د. الفلاحی نقل می‌کند:

D. El Falahi, "The legal environment for negotiating commercial agreements in the Middle East", In An Introduction To Business Law in the Middle East, (n. p. n. d.), p. 81.  
(بی‌نامه، بی‌تاریخ).

٤٤. El- Ahab, "Moslem Arbitration Law", p. 337.

داوري، پس از پديد آمدن اختلاف، دوباره تأييد گردد تا از دشواريهای به هنگام اجرای رأی داوری در يك دولت اسلامی پرهیز شود».<sup>۵۵</sup>

چنین پیداست که از میان مکاتب سنی تنها مالکیان، گزینش داور را فسخ پذیر می دانند. نگرش همگانی دانشمندان معاصر از مکاتب سنی این است که اگر دادرس برگزیننده داور، که از سوی دولت گمارده شده است طرفین را از دادرسی دادگاه محروم کند، این گزینش فسخ پذیر نیست.<sup>۵۶</sup> در اظهار نویسنده، این دیدگاه از نظر جهانی توسيط غیرمسلمانان پذيرفته شده است و همراه با اين پيشنهاد است که باید توافق داوری به هنگامی که اختلاف پدید آمده است به وسیله طرفین تأييد شود و بدین گونه، از نامعلومی (غدر) تهی گردد. باید در کار بازرگانی بین المللی دشواریهایی پدید نیاید. چنین می نماید که در بسیاری از موارد، دشواریهای دیده شده صرفاً شکلی و وابسته به آین دادرسی است.

مشکل واقعی و بالقوه آن دسته از حقوقدانان غربی که شرطها یا توافقهای داوری را در قراردادهای بین المللی قید می کنند و کسانی که با حقوق اسلام آشنا نیستند آن است که نگارنده ذهنش روش باشد که در آن کشور اسلامی از چه مكتب خاصی پیروی می شود این همان مشکل واقعی است که با پرونده مهم شرکت نفت ماورای بخار تکس کو / Texco Overseas Petroleum (Arab Republic Company ~ California Asiatic Company v. the Government of the Libyan Republic)<sup>۵۷</sup> ترسیم شده است که به خاطر ملی کردن به وسیله دولت لیبی پیش آمد و این کشور به شرکتهای گوناگون بیگانه امتیازهای نفتی اعطای کرد. داور، نظریه حنبلي را به کار گرفت، هر چند مكتب مالکی در لیبی رواج دارد.

55 . K. VL S. K. Nathan, "Who is afraid of Sharī'a Islamic Law and International Commercial Arbitration", in (1991) 59 Arbitration 125, at 130.

۵۶. صالح، داوری بازرگانی، ص ۴۳

57. [1979] Intl. L. R. 422.

## مسائل داوری

کامن لا تنها مسائل خاصی را شایسته رسیدگی با داوری می داند، ولی هرگز به نظریه ای کلی نرسیده است که چه دسته از اختلافها را می توان با داوری حل و فصل کرد و چه دسته ای را نمی توان.<sup>۵۸</sup> تا کنون قاعدة کلی آن است که «هر اختلاف یا ادعای وابسته به حقهایی که می تواند موضوع یک رأی داوری قرار گیرد، شایسته حل و فصل با داوری است».<sup>۵۹</sup> با این همه، این بیان مانند بیشترین اصول کامن لا، استثنایی دارد و در اصل داوری تنها ابزار مناسبی برای حل و فصل اختلافهای بازارگانی و مالی است. کامن لا به این پرسش که کدامین اختلافها داوری پذیرند پاسخی شایسته نمی دهد. قوانین تازه هم راهگشا نیستند.

متون بر جسته کامن لا در داوری نوین بازارگانی تنها یک و نیم برگ درباره این مسأله دارد که چه موضوعهایی داوری پذیرند. آن گفتار کوتاه به نمونه های خاصی که برای اشاره به مسائل سیاست همگانی کنار نهاده می شود نمی پردازد، ولی نتیجه می گیرد که حتی در موارد قانونی نبودن که معمولاً در کامن لا قرارداد را بی اثر می سازد، داور ممکن است «جایی که خود توافق داوری با هر مسأله ای از قانونی نبودن تغییرناپذیر است»<sup>۶۰</sup> صلاحیت داشته باشد.

در یک نگاه می توان گفت که در کامن لا همگی موضوعاتی را که میان طرفین جنبه

58. Mustill and Boyd, Commercial Arbitration, p. 149.

.۵۹. همان.

.۶۰. همان، صص ۱۴۹ - ۱۵۰.

.۶۱. همان، ص ۱۵۰.

خصوصی دارد، یعنی خسارتهایی که در آنها جبران پولی درخواست می‌شود، به داوری سپرد. بر روی هم، چنان موضوعهایی نقض قرارداد را در بر می‌گیرد و (در گذشته) شامل تخلفهای تعهد ازدواج بوده است.<sup>۶۷</sup> ادعا در مسؤولیت مدنی یا شبه جرم (Tort)<sup>۶۸</sup> شامل تجاوز و تعدی (Trespass) و افترا و هتك حرمت (defamation slander)<sup>۶۹</sup> همگی داوری پذیر به شمار آمده‌اند. در واقع، اگر توافق به داوری امروزه با شرطهای به اندازه کافی گسترش نگاشته آید می‌تواند این صلاحیت را به داور بدهد تا در هر دعوای برخاسته از اختلافی در مسؤولیت مدنی به تصمیم گیری پردازد.

نمونه‌تازه، پرونده شرکت دریانوردی آستر و نچندرسا علیه مان بانا آفتر گمبچ (Astro Compania vendor Naviera SA v. Mabanafter Gmb H)<sup>۷۰</sup> است که دعوای توقيف غیرقانونی یک کشتی، که دعوایی در مسؤولیت مدنی بود، داوری پذیر به شمار آمد، زیرا «کشمکشی برخاسته از جریان اجرای این بارنامه کشتی» دانسته شد.

اگر عبارت به اندازه کافی گسترش باشد، حتی در مواردی تقلب را نیز می‌توان در قلمرو توافق و داوری قرار داد. هرچند در بیشتر کشورهای کامن‌لا، دادگاه صلاحیت دارد تا که توافق داوری را بی‌اثر سازد و نیز می‌تواند اختیار داور را بشکند تا دادگاه عالی توان رسیدگی به موضوع تقلب را پیدا کند.<sup>۷۱</sup> داور می‌تواند در اختلافات وابسته به زمین و دیگر اموال غیرمنقول<sup>۷۲</sup> و نیز در تخلفهایی که به تفسیر وصیت نامه‌ها یا چه بسا مسائل ناب حقوقی مربوط می‌شود تصمیم گیری کند.<sup>۷۳</sup>

با این همه، به دلایل روشن مسائلی که سرنشت کیفری جدی دارند داوری پذیر نیستند. بیکن (Bacon)، حقوقدان قدیمی، می‌نویسد: «مبناهای کیفری از این رو

62. 16. Edw. 4, 2 pl. 6.

63. Round v. Harron (1842) 2 M & W. (66 t).

64. Linch v. Dacy (1666) Keb 848.

65. [1971] 2 Q B 588.

66. Heyman v. Darwins [1942] A C 356 at 378 and 392 per Lords Wright and Porte.

۶۷. بنگرید به: قانون داوری ۱۹۵۲، بند ۲۶ (۲) [مالزی].

68. Downs v. Cooper (1841) 2 11 LIQB.

69. Steff. v. Andrews [1816] 2 Madd 6.

داوری پذیر نیستند که [بزهکاران] باید به خاطر مصلحت همگانی کیفر یابند». <sup>۷۰</sup> ولی در گذشته نمونه هایی از سخن‌های کیفری اختلاف به داوری ارجاع شده است. این وضع به خوبی چکیده شده است: «اگر بزه سرشتی همگانی دارد بر اثر توافق نمی توان آن را به سرانجام ، که ختم رسیدگی می باشد سوق داد». <sup>۷۱</sup> موضوع در خصوص آن دسته بزههایی که قبلاً در ردۀ جنایتها (Flonies) جا می گرفت یا در دسته بزهی با سرشت همگانی است مصدق دارد. ولی «آن جا که یک سوی مصدوم، با دادخواست حقوقی یا کیفرخواست، حکم جبران خسارت در دست دارد، هیچ چیزی نمی تواند او را از مراجعة به داوری برای سازش جبران خسارتی که قرار است دریافت کند باز دارد، هرچند ممکن است پیگرد کیفری آغاز شده باشد». <sup>۷۲</sup>

همه پرونده ها در این زمینه کهنه اند. امروز اندیشه بر آن است که یک مسئلۀ کیفری در کامن لا داوری پذیر نیست چون اگر اجازه دهیم این گونه مسائل به داوری کشیده شوند با سود و مصلحت همگانی در تعارض خواهد بود. گذشته از این، باید در نظر داشت که در پرونده های قدیمی آنچه به داوری می رسید، مبلغ خسارت صدمه یعنی ایراد ضرب بود که بزهی کیفری است و به پیگرد در دادگاههای کیفری می انجامد که همچنین مسؤولیتی مدنی یا خطابی مدنی است که حکم آن جبران خسارت و یا پرداخت غرامت پولی است. <sup>۷۳</sup>

نمونه سنتی ولی کهن، پرونده بیکر علیه تاون شند (Baker v. Townshend <sup>۷۴</sup>) است که بیکر تاون شند را به ایراد ضرب متهم ساخت و تاون شند به راستی آن کار را

70. Decon's Abridgment, "Arbitration" A: (London repr. [1868]).

71. Per Denman LJ. in Ketr V. Leeman [1844] 6 Q b 30 87. at 321.

۷۲. به نقل از قاضی گیمز در پرونده:

Russel on Arbitration. 18 th. ed. (London, 1970), (Baker V. Townshend [1817] 1 Moore 120).

۷۳. در کامن لا کیفرخواست برای ایراد ضرب و جرح را نمی توان به داوری ارجاع داد،

Horton v. Brown [1675] 89 ER 145; R V. Hardy [1850] 16 QB 529.

دادگاه ملکه عقیده داشت که ارجاع یک کیفرخواست برای گواهی دروغ یا به ظاهر، برای تبانی به داوری غیرقانونی خواهد بود.

74. [1871] 1 Moore 120.

انجام داده بود. بیکر ادعا کرد که تاون شند دوباره او را زده است. اختلاف میان این دو در راستای این ادعا پدید آمده بود که هر کدام مدعی تصرف زمینی بودند که بر سر آن دعواهای مالکیت داشتند. موافقت شد تا همگی اختلافاتشان به داوری کشیده شود. داور به پرداخت مبلغ ۱۰ پوند پول برای ایراد ضربها و ۵۰ پوند برای هزینه دادرسی طرح رسیدگی کیفری به سود بیکر رأی داد. تاون شند از پرداخت سر باز زد. بیکر خواستار اجرای رأی شد. ارجاع مورد اختلاف به داوری قانونی و رأی صادره درست و خوب تشخیص داده شد. نتیجه آن که در کامن لا صلاحیت داور بسیار گسترده است. این صلاحیت به گونه‌ای فراوان به شرطهای توافق بستگی دارد که ارجاع می‌شود و تنها مسائل سیاست همگانی، در برخی از موارد، ممکن است داور را از رأی دادن بازدارد. ولی داور درست همان قاضی نیست و قدرت ضمانت اجرای کیفری ندارد. او صلاحیت و اختیار خود را از دو سو می‌گیرد. در عمل، بیشتر داوریهای کامن لا به حقوق مالکیت، مسائل وابسته به مبلغ اجاره بهای پرداختی در اجاره، امور مالی و بر روی هم، دیگر مسائل بازرگانی مدنی مربوط می‌شود. با این همه، کامن لا نسبت به این مسئله که چه چیزی داوری پذیر است، پایگاهی بسیار گشوده و فراخ پذیرفته است.

برخلاف دیدگاه کامن لا، حقوق اسلام پایگاهی مشیت و محدودتر می‌پذیرد. قلمرو داوری به روشنی محدود به اختلافهای خصوصی است و بالطبع در چارچوب حوزه‌های تجارت، حقوق مالکیت و تعارضهای مربوط به مالکیت اموال قرار دارد هر چند تفاوت‌های کمرنگی میان عقاید مکاتب گوناگون وجود دارد. همیشه یک قلمرو بیرون از داوری دانسته می‌شود و آن هم جایی است که مسائلی به حق یا کیفر معین بستگی پیدا می‌کند، یعنی حقی خدایی (حق الله) است. به عنوان طرحی کلی می‌شود گفت مسائل وابسته به حقوق شخصی (حقوق الناس) در صلاحیت رسیدگی داور قرار دارد، ولی میان مکاتب اختلاف هست. مکتب حنفی در دیدگاه و برداشت خود دست و دلبازترین است. جایگاه مکتب دوازده امامی چنین بیان شده است:

«صلاحیت داور آشکارا به اختلافهای شخصی محدود است که طرفین فردی / (طرفهایی که قرارداد می‌بندند) می‌توانند بارضا و رغبت درست با آن موافقت کنند هرچند، این محدود است به حوزه‌های بازرگانی و داد و ستد های مالی و اختلافات وابسته به مالکیت یا استفاده از اموال. به سخن دیگر، داوری نمی‌تواند

به حوزه‌های عدالت کیفری، احوال شخصی، انحلال ازدواج و حقوق اداری گسترش یابد».<sup>۷۵</sup>

در میان مکاتب سنتی تفاوتهاي نظری چندی در اين باره که چه چيزی داوری پذير است وجود دارد. مكتب حنفي در ديدگاه خود آزادمنشانه ترين است. نگرش کلی عمدۀ آن مكتب را می‌توان در مجله یافت که مقرر می‌دارد:

«تعیین یک داور برای اموال متعلق به حقوق مردم مباح است».<sup>۷۶</sup>

به دیگر سخن، داوری محدود به حقوق شخصی است و روشن است که حد، که قانوناً قطعی و معین است، و قصاص نمی‌تواند موضوع داوری قرار گیرد در حقوق اسلام، اساساً داوری به مسائل مالی و تجاری که حقوق خصوصی و شخصی را در برمی‌گیرند محدود است. این با عمل کلی داوری بازارگانی غربی در صلاحیتهای کامن‌لا هماهنگی دارد.

بر روی هم، مکاتب گوناگون حقوق اسلام به گستردگی به سوی آنچه داوری پذیر است گرایش ذارند. مكتب شافعی داوری را در مسائل بازارگانی و مالی مجاز می‌دارد، ولی مانند مكتب حنفی اعتبار آن را در پرونده‌های حد و تعزیر نمی‌پذیرد. تنی چند از دانشمندان شافعی داوری را در پرونده‌های سربرستی مجاز نمی‌دانند.<sup>۷۷</sup>

مكتب المالکی نه تنها داوری را در مسائل تجاری و مالی که همچنین در پرونده‌های قصاص که به دیه جراحتها می‌پردازد اجازه می‌دهد. این بینش به دیدگاه کامن‌لا نزدیک می‌نماید، زیرا همان‌گونه که قبلًا بحث کردیم، درخواستهای دریافت خسارت برخاسته از دعواهای کیفری داوری پذیر بودند.

حنبلیان آشکارا به داوری در مسائل منالی اجازه می‌دهند، ولی داوری در مورد

75. Amin, Commercial Arbitration, p. 37.

. ۷۶. ماده ۱۸۴۱، مجله (ترجمه تایسر).

77. Saleh, Commercial Arbitration, p. 47.

. ۷۸. همان، ص ۴۸

قذف - که البته مشمول حد است - تعزیر، پرونده‌های ازدواج و لعان را بر این پایه که «این مسائل در صلاحیت رسیدگی قاضی است»<sup>۷۹</sup> مجاز نمی‌دانند. بیرون آوردن «ازدواج» از قالب داوری شگفت می‌نماید، به ویژه که در قرآن پیرامون موارد جدایی خانوادگی به آن راهنمایی و سفارش شده است.<sup>۸۰</sup> روشن است که یک داور صلاحیت انحلال ازدواج را ندارد و باید دیدگاه حنبلی بدین سمت و سو تعبیر گردد.

از نگاه من، در حقوق اسلام زمینه داوری بالقوه گستردگی کمتری نسبت به نظامهای کامن لا دارد، ولی هر دو نظام در این بینش اتفاق نظر دارند که در اساس، داوری در ماهیّت، قراردادی و توافقی است. مفاد مجله در ماده<sup>۸۱</sup> ۱۸۴۴ این سخن را اعلام داشته است، که می‌گوید آن جا که دو داوری یا بیشتر وجود دارند، تصمیم باید موافق باشد. مفاد ماده<sup>۸۲</sup> ۱۸۵۰ در پیوند با صلح نیز همین گونه است. این حقیقت نیز اعلام می‌شود که عمدۀ مکاتب حقوق اسلام بر آنند که، بر روی هم، طرفین می‌توانند هر زمان که بخواهند تا پیش از صدور رأی داور یا داوران را عزل کنند. به دیگر سخن، تعیین داوری فسخ پذیر است.<sup>۸۳</sup>

رأی داوری مؤخر بر موافقت ادله طرفین اختلاف است. در حقوق اسلام، داور صلاحیت کمتری از قاضی دارد، زیرا صلاحیت قاضی به هیچ رو به توافق دو سو [اختلاف یا قرارداد] وابسته نیست.

در کامن لا داوری بازرگانی نیز در ماهیّت توافقی است، ولی اگر توافق داوری کتبی باشد قرارداد داوری قابل فسخ نیست. بار دیگر می‌توان گفت که تفاوت میان دو نظام، دستاورد دیدگاههای متفاوت دانش حقوق است. در عمل بازرگانی، میان حقوق اسلام و کامن لا در این زمینه که چه مسأله‌ای در خور مراجعته به داوری است، تفاوت کمی نهفته است.<sup>۸۴</sup>

. ۷۹. همان.

. ۸۰. بنگرید به: سوره نسام (۳۵/۴).

. ۸۱. ماده ۱۸۴۴ مجله؛ البته مگر آن گماشتن به وسیله قاضی تأیید شده باشد، ماده ۱۸۴۷.

## شرايط داور

ميان اين دو نظام حقوقی در اين زمينه تفاوت عده‌اي هست. در کامن لا هر شخص طبیعی را می‌توان داور برگزید. در واقع، گفته‌اند که: «اگر طرفین اختلاف خود را به دست شخصی که شایسته این وظیفه نیست حل کرده باشند باید از گزینش خوبیش چشم پوشند». <sup>۸۲</sup> برابر این مكتب فکری، در اصل صغير واحد شرط داور شدن نیست. اين نكته اختلافی است و عقیده بر آن است که در کامن لا کسی که به داوری برگزیده می‌شود باید اهليت قانونی داشته باشد و نباید دارای ناتوانی مانند بيماريهاي روانی که او را از انجام کارهايش باز می‌دارد باشد. <sup>۸۳</sup>

شخصی که به داوری برگزیده شده است همیشه باید شخصی واقعی - یک انسان - باشد. یک شركت با مسئولیت محدود که تنها دارای شخصیت اعتباری یا شخصیت حقوقی است و نیز گروهی از مردم، مانند همه سهامداران یک شركت نمی‌توانند به عنوان داور گمارده شوند.

بسیاری از قراردادهای بازرگانی غربی مشخص می‌سازند که داور باید دارای صفات خاصی باشد. برای نمونه، قرارداد باید مقرر دارد که داور یا داوران باید شخص یا اشخاص باشند «کس یا کسانی که سرگرم آن تجارتند». <sup>۸۴</sup> به عکس، ممکن است دو سوی قرارداد دسته خاصی از مردم را شایسته داور شدن برای خوبیش نشمارند. برای نمونه، مقررات داوری و مراجعه‌های فدراسيون نفت (Rules of Arbitration and Appeals of the) و انجمنهای بذر و روغن (Seeds and Fats Associations) که

82. Mustill and Boyd, Commercial Arbitration, p. 247.

83. A. Walton, Russel on Arbitration, 20 th ed; (London: Stevens, 1982), p. 106.

۸۴. قاعده ۳ - ۲۰۳۷۲ از مقررات داوری انجمن بازرگانی خوراک و حبوبات (GAFTA) همچنین مقرر می‌دارد که: «داور باید عضو یا کارمندی از عضو یک شركت انجمن باشد».

پایه همگی داوریها در آن رشتہ از تجارت است «مشاوران، کارگشایان یا هر یک از اعضای حرفة حقوقی» را از گزیده شدن به عنوان داور محروم می سازند.<sup>۸۵</sup>

جایی که توافق داوری چنین شرایط یا نبود شرایط را با نهی بر ضد گزینش افرادی خاص پیشنهاد می کند، آن پیش نیاز باید نوشته شود، اگر آنها نباشند، بدین گونه، شخصی را که برگزیده اند در حقیقت به هیچ رویک داور نیست. گزینش مورد نظر باطل است. هر «رأیی» که «داور» در نظر دارد صادر کند باطل و بی اثر است. دلیل آن این است که دو سوی کشمکش یا قرارداد با توافق خود همداستان شده اند تا تنها به رأی احترام نهند که داوری شایسته و واجد شرط که در قرارداد خویش سپردن اختلافاتشان را به او توافق داشته اند صادر کند.<sup>۸۶</sup>

شخصی که به داوری انتخاب می شود باید پیوسته از داشتن هر گونه وابستگی و پیوند با دو سویا موضوع داوری که او را نااهل از رفتاری بیطرفانه می سازد یا نشان می دهد رها و آزاد باشد. این همان است که عموماً گفته می شود داور باید از نفع و غرض یا سود و هواداری آزاد باشد. برای نمونه، ممکن است هواداری و غرض ورزی به دلیل پیوند میان داور و یکی از دو سوی اختلاف پدید آید. پرونده قدیمی در این زمینه، پارکر علیه بوروگر (Parkerv. Burroghs) است که دکتر تیتوس کیتس (Titus Qates) گمنام از خانواده ای که او را برای وعظ در مراسم تدفین دعوت نکرده بودند (تا بدین سان، برابر رسم متداول آن هنگام برای خدمات خود هزینه ای دریافت کند) با داور شدنش در اختلافی پیرامون وصیت شخصی مرد و اعلام باطل بودن آن وصیت، انتقام گرفت.

غرض ورزی و هواداری عملی از این دست کمتر روی می دهد، ولی هواداری و غرض ورزی نمایان و آشکار کم نیست. دادگاههای کامن لا گزینش یک داور را هنگامی باطل اعلام می دارند که مدارک تأیید شده یک شخص متعارف را قانع کند که احتمال غرض ورزی یا هواداری و طرفداری می رود. در بینش کامن لا این بر آن پایه استوار است

۸۵. به نقل از کتاب داوری بازرگانی بین المللی، نگاشته ردن و هانتر، ص ۲۱۳، Redfern and Hunter, International Commercial Arbitration, p. 213.

۸۶. برای نمونه، پرونده (I. Jungheim, Hopkins & Co. v. Foukelman [1909] 2 K B 948

. [1702] Colles 257. تصمیمی از مجلس اعيان انگلستان،

که «دادگری هم باید انجام گیرد، هم انجام آن باید آشکارا دیده شود». <sup>۸۸</sup>  
بدین گونه، دادگاهها جایی دخالت کرده اند که شخص نامزد داوری پیوند کاری و تجاری  
رسمی و پیوسته با یکی از دو سو دارد، <sup>۸۹</sup> درست مانند مواردی که در راستای آموزش ارجاع  
داوری، هواداری نشان داده می شود.

اساساً بیطرفی داور در کامن لا و به گونه ای که آن است که از داوری می خواهد تا  
یک ضابطه و رفتار قضایی را در عمل به منشی قضایی و شنیدن نیکوی [اظهارات و  
ادعاهای] طرفین اختلاف رعایت کند. حتی در صورتی که هر کدام از دو سو یک داور را  
برگزیده اند که آنان نیز داور سومی یا گاهی یک سردار اور برمی گزینند، پایگاه کامن لا  
چنین است:

«... داوران گزیده... نباید خود را نمایندگان یا وکیل مدافعان شخصی که آنان  
را تعیین می کند به شمار آورند. هنگامی که نامزد می شوند آنان باید وظیفه  
تصمیم گیری بیطرفا نه میان دو سورا انجام دهند و اگر به عنوان نمایندگان یا  
راهنمای گیرنده از هر سو عمل کنند، به کارشان تبهکارانه خواهند  
نگریست».

جز آن جا که دو سو داشتن شرایط خاصی را برای داور تعیین کرده اند، کامن لا  
روشی بسیار آزادمنشانه می گیرد و در گزینش داور و موضوع صلاحیت گفته شده به دو سوی  
قرارداد یا اختلاف آزادی مطلق می دهد. تنها اگر شرایطی مثبت یا منفی مشخص شده ولی  
نگاشته نشده است، گزینش آن داور لغو و هرگونه رأی مورد نظر بی اثر خواهد بود. با این  
همه، هر کجا داور برگزیده دارای شرایطی بی غرضی یا بیطرفی بالفعل یا بالقوه نباشد،  
دادگاهها به درخواست طرف مورد تجاوز دخالت خواهند کرد و داور را از سمتش برکنار

88. Perlord Hewart CJ in R. v. Sussex Justices ex Parte McCarthy [1923] All ER Rep 233. at 234.

89. Burkett Sharp & Co. v. Eatcheap Dried Frunt Co. and Perera [1962] 1 Lloyd's Rep 267.  
(عضو هیأت رئیسه یک شرکت وابسته)

90. 89 Walton, Russel on Arbitration, p. 233.

خواهند ساخت. پس، قوانین موضوعه کامن لا به دادگاهها این توان را می بخشند تا داور را برکنار سازند و هر رأیی را که او داده است کنار نهند.

آن جا که داور «با خود یا دعوا، رفتار خلاف قانون کرده است». در این متن، رفتار خلاف قانون دلالت ضمنی بر کار ناشایست جنسی ندارد: ممکن است یک بی قاعده‌گی آین دادرسی یا ناکامی در پیروی از قانون یا به کار بستن آن باشد. در پرونده انگلیسی شو菲尔د علیه آلن (Schofield v. Allen)،<sup>91</sup> برای نمونه، یک داور به خاطر انجام نادرستیها و لغزشی‌های جدی قانون، از داوری کنار زده شد. مقررات قانونی بسیار قالبی است. در بسیاری از دیگر اوضاع و احوال، آرایی که بی قاعده‌گی آین دادرسی داشته‌اند کنار زده شده‌اند یعنی، ری انوک، زارتیسکی بوک و شرکا (Re Enoch and Zarettsky, Boch & Co.) داوری که گواهان را بدون تراضی دو سو فراخوانده بود از داوری برکنار شد. جایی که داور بیطرف نیست یا اختلاف درگیر مسئله نیرنگ است، مقررات قانونی مختلفی که اهمیت عملی مهمی داشته باشد وجود ندارد. مقررات قانونی تنها شامل موردي است که توافق قرار است اختلافهای آینده را به داوری ارجاع دهد. دادگاه، برابر مقررات، در مورد توافقهایی که یک اختلاف موجود را به داوری ارجاع می دهد، با توجه به بیطریقی، ممکن است گفته شود طرفین با گزیندن داور از هر گونه اعتراضی به هواداری او چشم پوشیده‌اند توان دخالت ندارد.

نبودن هر پیش نیاز در کامن لا که داور باید واجد شرط باشد در هر حال به نظر نمی‌رسد بر رواج داوری که اساساً یک روش مورد اتفاق برای حل و فصل اختلافها است، اثر گذاشته باشد. کامن لا یک دیدگاه را می‌گیرد که اگر دو سو می‌خواهند که داور در روشی بخصوص واجد شرط باشد، آنان باید آن را در توافق خویش بگنجانند. پذیرفته شده است که این در کامن لا اگر نه در عمل، بالقوه مسکوت است، اگر چه گفته شده است که:

«[اختلافها] که ممکن است به ... داوری ارجاع شوند بسیار گونه‌گون و بی شمار است که بهتر است که برای آن قاعدة همگانی مانند نوع شخصی که باید یا نباید برای عمل به عنوان یک داور برگزید، وضع کرد. هر طرف باید ذهن خویش را

۹۱. قانون داوری ۱۹۵۲، بند ۲۴ (۱) [مالزی].

92. [1940] 48 Sol Jnl 176.

برای شرایطی بیاراید که از داور مورد اعتماد کامل خود می‌خواهد».<sup>۹۳</sup>

حقوق اسلام، با این همه رویکرد بازار آزاد کامن لا را نمی‌پذیرد. حقوق اسلام مقرر می‌دارد که داور باید به ویژه دارای شرط باشد، زیرا حتی اگر داوران دلخواه برگزیده شده‌اند، آنها انجام دهنده‌گان یک وظیفه قضایی به شمار می‌آیند، با آن که تنها صلاحیتی محدود دارند. شرایط مورد نیاز یک داور هم منشی شخصی است و هم دینی. همگی مکاتب اسلامی حقوق تأکید می‌ورزند که داور باید دارای شرایط یک دادرس یا قاضی مسلمان باشد. این بدان معناست که داور، مانند قاضی، باید خداترس و عادل باشد و باید شایسته‌گواه بودن در دادگاه حقوق باشد: به سخن دیگر، او باید عادل باشد. در مجله، که یک قانونگذاری حقوق اسلامی است، به ویژه که با دیدگاه‌های مکاتب حنفی همسوست و در روزگار عثمانیان میان ۱۸۶۹ و ۱۸۷۶ میلادی نوشته شده است، شرایط یا ویژگیهای یک قاضی چنین اند:

- الف) قاضی باید فهیم، درستکار، امین، شکیبا و استوار باشد؛
- ب) باید آگاه به حقوق اسلام و آیین دادرسی باشد؛
- ج) «ضروری است که قاضی بتواند کاملاً تشخیص دهد».

این کسانی را که بالغ نیستند، بیمار روانی اند و کسانی که تقصرهای بدنی دارند مانند گنگی که آنان را از انجام شایسته کار در یک صلاحیت قضایی بازمی‌دارد، واجد شرایط نمی‌داند.<sup>۹۴</sup>

این قواعد به گونه‌ای یکسان داوران را دربر می‌گیرد و در مکاتب سنی حقوق هفت شرط امری اند. در مکتب شیعه «این شرط نیز اساسی است که باید [داور] شیعه باشد». هفت شرط پذیرفته شده عبارتند از:

93. Mustill and Boyd, Commercial Arbitration, p. 580.

94. Redfern and Hunter, International Commercial Arbitration, pp. 214- 215.

. ۹۵ ماده ۱۷۹۲

## ۱. مرد بالغ

در مکاتب مالکی، شافعی و حنبلی، داور مانند قاضی، باید مردی عاقل و بالغ و اهل باشد. عموماً، یک زن برای داشتن این سمت، پذیرفتی و شایسته نیست. این برای آن است که در قرآن آمده است که: «مردان نگاهبانان و سربرستان زناند، زیرا خداوند برخی از ایشان را بر دیگری برتری داده است» (۳۴/۴).

با این همه، مکتب حنفی به زن اجازه می‌دهد تا در مسائلی که به حد یا قصاص نمی‌پردازد به عنوان یک قاضی به دادرسی دست یازد. مسائل وابسته به حد و قصاص در حقوق اسلام داوری پذیر نیستند. در نتیجه، در عقیدهٔ حنفی یک زن شایستگی دارد تا در مسائل مدنی، مالی و بازرگانی به داوری بنشیند. با این همه، گفته‌اند که: «در این مسالمت حنفی بیشترین حقوق‌دانان و وکلای دادگستری و کسانی که کار حقوق می‌کنند، سهیم نیستند».<sup>۹۰</sup>

## ۲. بالغ مسلمان

همگی مکاتب حقوق به جز حنفی لازم می‌دانند که داور باید یک بالغ مسلمان باشد، زیرا در حقوق اسلام باور به اسلام و بالغ بودن برای گواهی دادن ضروری است. بیشتر مکاتب به آیهٔ زیرین از قرآن مجید تکیه می‌زنند که می‌فرماید:

«و خداوند هرگز راهی برای کافران بر گروندگان قرار نداده است» (۱۴/۴).

با این همه، مکتب حنفی پایگاه نرمتری می‌پذیرد و بر آن است که در سرزمین اسلامی، یک داور یا قاضی نامسلمان می‌تواند بر مسلمان دادرسی کند. حقوق‌دانان معاصر حنفی در واقع، با مسالمت بیشتر نتیجه گرفته‌اند که هرگاه یکی از دو سوی درگیر، مسلمان ۹۶. به نقل از جواهر الكلام محمد حسن نجفی: «همگی شرایطی که در یک قاضی مسلمان لازم است درست یک داور هم باید دارا باشد، با در نظر گرفتن این حقیقت که داوری نیاز به اجازهٔ ویژهٔ امام (رهبری) S. H. Amin, Commercial Arbitration, p. 78.

باشد می توان یک نامسلمان را در پرونده ها و قضیّه های بازرگانی - و نه احوال شخصی و حقوق خانواده - قاضی یا داور برگزید.<sup>۹۷</sup>

حقوق موضوعه امروز در برخی از کشورها هادار این نگرش است. برای نمونه، در مصر، برابر ماده ۵۰۲ قانون مدنی و آیین دادرسی بازرگانی<sup>۹۸</sup> تنها صغار، محجوران، ورشکستگان به تقصیر و بزهکاران محکومی که از حقوق مدنی محروم شده اند، شایسته پرداختن به داوری و داور شدن نیستند. هیچ گونه محدودیتی نسبت به جنس یا دین وجود ندارد. شرایط مقرر بسیار عملی است و براین اندیشه اند که بینش حنفی، به گونه ای که در قانون مصری آشکار است باید فراوان برآن چیره گردد. این دیدگاه با عمل بین المللی که یکی از دو سوی انعقاد کننده قرارداد نامسلمان است و داور یا داوران به دست عضوی بین المللی مانند اتاق بین المللی بازرگانی در پاریس یا کانون منطقه ای داوری در کوالالامپور، که بیشتر اعضای برگزیننده در داد و ستد های جهانی است، برگزیده می شوند هماهنگی دارد.

### ۳. هوش

هر دو مكتب سنی و شیعی تأکید دارند که قاضی یا داور باید باهوش باشد و نباید در یکی از پنج حواس او نقصی باشد، اگرچه امین، که در حقوق شیعه می نگارد، دیدگاهی وارونه دارد.<sup>۹۹</sup> هر چند آمده است که این عقیده درست نیست، ولی بیان شده است که:

«این که آیا قاضی باید دانشمند باشد یا نه بحث ژرف دیگری است. شافعی در این گفته که یک دانشمند را باید برگزید دقیق است، ولی هدایة می گوید که یک کور را نیز می توان برگزید زیرا او می تواند یک عالم یا مفتی را برای یاری رساندن به خویش فراخواند».<sup>۱۰۰</sup>

97. Saleh, Commercial Arbitration, p. 36.

۹۸. صالح، همان، ص ۳۷، به نقل از محمد سلام مذکور در القضاة في الإسلام، (قاهره، ۱۹۶۴)، صص ۲۸-۴۱.

۹۹. قانون شماره ۱۳ سال ۱۹۶۸؛ سمير صالح، داوری بازرگانی، فصل ۱۶.

100. Amin, Commercial Arbitration, p. 805-104. A. A. Fyze, "The Adab al Qadi in Islamic Law".

## ۴. آزاد بودن

داور باید مردی آزاد باشد و نه برده. چون دیگر بردگی وجود ندارد، این شرط اهمیت عملی خود را از دست داده است، ولی باید توجه داشت که در روزگاران پیشین اسلام به آزادسازی یا عتق (Manumission) برده سفارش می‌کرد و وضع بردگان، به گونه‌ای که در برخی از دیگر نظامهای حقوق بود، مسالمت‌آمیز نمی‌نمود.

## ۵. عدالت

داور، مانند گواه، باید عادل باشد یعنی دارای شخصیت و منش سرزنش ناپذیر پرهیز کامل از همگی گناهان کبیره و ملکه (عادت پیوسته) پرهیز از گناهان صغیره به گونه‌ای که در مسائل دینی و جهانی رفتاری در خور احترام داشته باشد.<sup>۱۰۱</sup> مکاتب مالکی، شافعی و حنبلی بر این شرط تأکید می‌ورزند، ولی بیشتر حقوق‌دانان حنفی شرط عادل بودن را آرمانی مطلوب می‌دانند. استدلال شده است که برابر عقیده حنفی، یک داور بازرگانی لازم نیست عدالت داشته باشد، زیرا صلاحیت رسیدگی او محدود است و «رأی نهایی او بستگی به تأیید حقوق اسلام (شريعة) دارد که یک قاضی مسلمان تعیین می‌کند».<sup>۱۰۲</sup> به هر حال، مكتب شافعی، همان گونه که در منهج الطالبین آشکارا دیده می‌شود، در این زمینه بسیار دقیق است، آن‌جا که به هنگام گفتگو از گواهان بیان می‌دارد:

«هیچ کس نمی‌تواند گواه باشد مگر یک فرد آزاد، بالغ، عاقل مسلمان، و سرزنش ناپذیر و دارای منش جدی و نه مشمول بردگمانی... منظور از مرد با منش جدی کسی است که رفتار او در میان معاصرانش الگو باشد و همشهربانش از او پیروی کنند».<sup>۱۰۳</sup>

۱۰۱. ابوالحسن ماوردی، الاحکام السلطانية (ترجمه فرانسوی از E. Fagnan)، (پاریس ۱۹۱۵)، ص ۶۲.

۱۰۲. Amin, Commercial Arbitration, p. 82.

۱۰۳. منهج الطالبین، (ترجمه انگلیسی E. C. Howard)، (lahor: Law Publishing Col. 1977) چاپ دوباره از نشر ۱۹۱۴، ص ۵۱۵.

## ۶. تهی از نقصهای بدنی

داور نباید کور، کریاگنگ باشد. مکتب مالکی به ظاهر درستی رأی داوری را که در راستای شنیدن دعوا و رسیدگی به پرونده کور، کروگنگ می‌شود به رسمیت می‌شناسد.<sup>۱۰۴</sup> پس از آن که ناتوانی رخ می‌دهد، داور دیگری را باید جانشین ساخت. تهی بودن از نقصهای بدنی که رفتار داوری را واپس می‌اندازد یا باز می‌دارد، اساسی است.

## ۷. دانایی در حقوق اسلام

بیشتر مکاتب تأکید می‌ورزند که قاضی، در اینجا داور، باید به حقوق اسلام آگاهی و دانایی داشته باشد. بدین سان، شافعی تستن می‌گوید که:

«چنین اختیار و اقتداری را می‌توان تنها به کسی که قرآن و سنت و همگی متنهای وابسته به فقه را درک می‌کند بپیوند داد؛ و به کسی که، گذشته از این، می‌داند آیا این متنها بر جستگی همگانی یا ویژه‌ای دارد یعنی (مُطْلَقُ الْأَنْدِيَةِ مُقَيَّدٌ) آیا هنوز نیازمند تفسیر نند یا نه؛ آیا دیگر متنها را نسخ می‌کنند یا خود به وسیله متنهای بعدی نسخ شده‌اند یا نه (ناسخند یا منسوخ) آیا حدیثی خاص بر پایه سلسه ناگفته‌ای از روایان استوار است یا نه (مُسْنَدُ إِسْتَوْرٍ يَا مُرْسَلٍ)؛ آیا اصل حدیث به یاران پیامبر (پراو درود باد) برمی‌گردد یا تنها به نسل نخست پس از او و آیا سند روایان قوی است یا ضعیف».

این به کمال روشن می‌سازد که تنها یک دانشمند را می‌توان در مکتب شافعی قاضی یا داور برگزید. شیعه نیز با این نگاه و نگرش همسو است و بیشتر مکاتب دیگر نیز آن را پذیرفته‌اند. بار دیگر، با این همه، یادآوری می‌کنیم که حفیان دیدگاهی با دقت کمتر انعطاف بیشتر را نیز می‌پذیرند و به ویژه می‌گویند که یک مرد ناآگاه را می‌توان برگزید زیرا او می‌تواند از داناییان بخواهد تا به او یاری رساند.<sup>۱۰۵</sup>

در این مورد، این نکته آمده است که چون داور به کار و وظیفه دادرسی می‌پردازد

104. Saleh, Commercial Arbitration, p. 38.

۱۰۵. هدایة [الهدایة] (ترجمة انگلیسی همیلتون C. Hamilton)، (لندن، ۱۸۷۰)، ص ۳۳۴.

باید از حقوق اسلامی آگاهی داشته باشد (که حقوق اسلام به کار بسته خواهد شد) و از او انتظار دارند تا بر پایه دانش خود از حقوق تصمیم گیرد.

برخلاف نرمی پذیری دیدگاه کامن لا که شرایط ویژه برای داوران به عنوان مایه حقوق وجود ندارد، حقوق اسلام با نگرش به شرایط خواسته شده از آنان بسیار دقیق است. در واقع، گذشته از شرایط ویژه بحث شده، شرایط مطلوب دیگری هست که یک قاضی و نیز یک داور باید دارا باشد.

داور حقوق اسلام باید شخصی باشد با منش عالی و سرزنش ناپذیر، مردی با رفتار میانه رو و احترام آمیز و باید تا صدور رأی خویش همچنان بماند و بپاید. تعیین ناگهانی داور نسبت به خود، حتی در زندگی خصوصی اش اورا از دارا بودن شرایط داوری می اندازد. او باید نه از احساسات خود و نه هواداری از یک طرف پیروی کند و نه از شخصی بترسد. قاضی یا داور نباید بداخلان و تند یا ستیزه جو باشد. او نباید به هنگام خشم یا سستی برخاسته از روزه های غیرواجب یا تحت تأثیر گرسنگی یا تشنجی تصمیم گیری کند و قدرتش را نشان دهد. او باید آرام، خونسرد و خوددار و بیطرف باشد. شرایط مطلوب و والایی هست که در هر داور یا قاضی که پیوسته به منش و روشه قضایی رفتار می کند وجود دارد. در اساس، هیچ کس نباید در فضیلت یا شایستگیهای قاضی یا داور به خود دودلی راه دهد.

۲۳

## ادله و آیین دادرسی در داوری

به گونه ای همگانی، در قوانین داوری کشورهای کامن لا مقررات آیین دادرسی خاص وجود ندارد. چون مقررات ثابت آیین دادرسی وجود ندارد ممکن است یک داوری به شیوه های متفاوت انجام گیرد که از یک داوری با مدافعت کامل یکسان با یک دادرسی

کامن لا به یک داوری «مدارک به تنها بیان» گذر می کند آن جا که رسیدگی شفاهی وجود ندارد، بلکه تنها به ادله و بررسی کتبی و سپردنهای اختلافات. به تنها اصل بنیادین که داور پاییند است، به کار بستن قانون سرزمین است؛ او توان جدایی از قانون را ندارد.

همچنین اختلافات باید برابر اصول دادگری طبیعی، که به معنای یکسان نگری به دو سوی اختلاف به هنگام بررسی و دادن فرصت شایسته به طرفین برای ارائه قضیه به اوست رفتار کند. او نباید به روشی غیرقضایی رفتار کند. بارها گفته شده است که داور، مهتر و سرور آیین دادرسی خویش است.

یک متن آمرانه که در نظر گرفته است یک داوری باید برابر اصول حقوقی انجام گیرد، مگر عکس آن توافق شده باشد، بیان می دارد که در نتیجه، داوری معمولاً به یک رسیدگی شفاهی می پردازد، و باید به طرفین برای رسیدگی و فرصت متعارفی برای حضور، تقدیم کردن دلیل و استدلال دعواهای خود اخطار شود.<sup>۱۰۶</sup>

اینها شالوده هاست و پایگاه همگانی را به شایستگی خلاصه می کنند.

در دادگاههای انگلیسی تا اواخر سده نوزدهم به استواری این قاعده که داور باید قانون را به کار بند و طبق مفاهیم و برداشت خود از عدالت رفتار نکند این پاگرفته بود،<sup>۱۰۷</sup> ولی در آغاز این سده دادگاههای انگلیسی ناگزیر بودند که اعتبار شرط داوری کدخدامنشی را در نظر گیرند، که مطابق آن داور آزاد است تا از مقررات خشک قانون برهد و مفهومهای خویش را از دادگری و نیکی به کار بندد. این به هیچ وجه داوری حقیقی نیست؛ حتی برابر هر معنایی از این اصطلاح سازش هم نیست. بلکه مفهومی است که در کشورهای حقوق نوشه که پایگاهی بسیار متداول است تکامل یافت. در نهایت، «تنوعی است بر پایه شکل معمول به اصطلاح موافق با داوری»<sup>۱۰۸</sup> چون به داور خطاب می کند که آنچه خوب است تصمیم گیرد تا به کارگیری قانون حاکم.

در سال ۱۸۸۸، در بخش فرانسوی نشین کانادا، که قانون حقوق نوشه را در برابر کامن لا به کار می گیرند، هیأت قضایی شورای همایونی ناگزیر بود تا در پروندهای اعتبار

106. Hatsbury's Laws of England, Vol. 2. para 670.

107. Parker of Waddington, Lord, The History and Development of Commercial Arbitration, (London 1959), p. 13.

108. Redfern and Hunter, International Commercial Arbitration, p. 35.

شرط کدخدامنشی را در نظر گیرد. مقامهای لرد (Lordships) بر آن بودند که برابر قانون حاکم، چنین شرطی درست است. آن تصمیم در محتوای خود اعتراض پذیر نیست، ولی تصمیم شورای همایونی (Privy Council) به سود آینده است زیرا مقامهای لردی آنها از ماهیّت چنان شرطی بحث کردند و عقیده داشتند که یک داور، حتی مطابق نظام کامن لا، در برخی از اوضاع و احوال مورد خطاب، جدای از مقررات خشک قانون قرار می‌گیرد.<sup>۱۰۹</sup> لرد سلبرن (Selborne) در آن پرونده گفت:

«بی گمان، مقامهای لردی پیش از آن که عقیده پیدا کنند که [آن معافیّت از کاربرد قانون] خطاب به کدخدامنشان برای درنظر نگرفتن قانون است، در داد و ستدّهای شان و داوری پذیری داد و ستدّهای شان با دو سو، بسیار دو دلی نشان دادند، ولی این جدائی باید اثری بخردانه بدان داده باشد و کمترین اثر بخردانه ای که به عبارت داده است، این که آنان از رعایت آن قواعد حقوقی خشک معاف شده‌اند، رعایت نکردنی که در کاربرد عبارات نتیجه‌اش بیش از بی قاعدگی نیست ... و کدخدامنشان بودن و در هر چیزی پایین‌تر قالب دقیق و قاعدگی برای اقدام نبودن، هرچند همان‌گونه که مقامهای لردی آنها فرض می‌کردند، آنها ملزم به اقدام برابر قواعد ذاتی عدالت بودند...».

با این همه، پیشنهاد عالی جناب به زودی به دست دادگاه توانای پژوهش در پرونده چرنیکو علیه روت اشمیدت و شرکا<sup>۱۱۰</sup> (Czarnidow v. RothSchmidt & Co.) به سختی محکوم گردید، جایی که یکی از مقررات یک انجمن بازرگانی مقرر می‌داشت که همگی مسائل قانون برخاسته در داوری باید به وسیلهٔ داور تصمیم‌گیری می‌شد و نه به وسیلهٔ آینین دادرسی «دعوای مطروح» که بدین معنا بوده است که مسائل حقوقی برخاسته در راستای داوری به دادگاهها ارجاع خواهد یافت. این کوششی بود آشکار تا در جستجوی صلاحیت دادگاهها برآید و شاید شگفت نباشد که مقامهای لردی آنها عقیده داشتند قاعده بر عکس سیاست همگانی و باطل بود زیرا می‌کوشید تا صلاحیت سلسله مراتب عادی دادگاهها را استئنا کند. قاضی لرد بیکس (Baxes) می‌گفت که آن ضرورت داشت:

109. Rölland v. Cassidy (1888) 13 App Cas 770. P.C.

110. [1888] 13 App. Cas at 772, 47.

111. [1992] All ER Rep 45: [1922] 2 KB 478. CA.

«... تضمین کردن این که قانون اعمال شده داور در ذات قانون سرزمین است و نه قانون ساخته میهن داور بخصوصی یا انجمان [بازرگانی] خاص، چشم پوشیدن از تسلط واقعی و مؤثر بر داور بازرگانی است و این که به داور اجازه دهنده... تا قانون خودش باشد...».

از این بیش در پرونده های بعدی پیروی شد.<sup>۱۳</sup> به تازگی اگرچه حکمهای در انگلیس وجود داشته است که نشان می دهد دیدگاه وارونه ای درخور توجه است. برای نمونه، در پرونده شرکت بیمه ستاره عقابی علیه شرکت بیمه یوال (Eagle StarInsurance Co Ltd. v. Yuval Insurance Co.Ltd)<sup>۱۴</sup> بند داوری به داوران سفارش می کرد تا «برابر یک انصاف تصمیم بگیرند تا دقیقاً یک تفسیر حقوقی از شرط این توافق».

در دادگاه پژوهش، لرد دنینگ (Denning)، رئیس دادگاه پژوهش - که دو قاضی لرد گاف (Goff) و شاو (Shaw) با او همتو بودند - می اندیشید که این بند کاملاً متعارف و صحیح است. مقامهای لرد بر آن بودند که این بند در جستجوی صلاحیت دادگاهها نبوده تنها در جستجوی مقررات فنی تفسیر قرارداد بوده است. با این همه، وضع روش نیست<sup>۱۵</sup> و بیش سنتی (و درست پذیرفته شده است) این

#### 112. [1922] All ER Rep 45 at 49.

اگرچه آین دادرسی بیان شده پرونده در داوریهای انگلستان اتفاق شده است، اما در مالزی به موجب بند از قانون داوری ۱۹۵۲ هنوز به کار می رود. برابر آن مقررات، داور می تواند، و در برخی از موارد باید، پرونده ای را که عقیده دادگاه در مسائل قانون مربوط به داوری بیان شده است به دیوان دادگاه عالی سپارد. این شرط در حقیقت بیشتر به وسیله طرفی که جریان یک داوری را به تأخیر می اندازد به کار گرفته می شود. آین دادرسی همانندی در انگلستان به سال ۱۹۲۲ اجرا می باشد.

۱۱۳. به نظر نمی رسد این نکته در انگلستان یا مالزی آزمایش شده باشد ولی پرونده های انگلیسی شامل Orion Cia Espanola de Seguras v. Belfort Masstschappy [1962] 2 Lioyd's Rep 257، که برای این بیش، که یک توافق برای تصمیم گیری برابر حقوقی بین الملل، معترض و صحیح است، مرجع می باشد. بنگرید به: ماستیل و بوید، داوری بازرگانی بین المللی، ص ۸۱، برای نقد این پرونده.

۱۱۴. Lioyd's Rep 357 [1978] از پرونده ستاره عقابی (Eagle Star) در پرونده Home Insurance Co. v. Administratia Asiguritor de Staat [1983] 2 Lioyd's Rep 674 پیروی شد، ولی به نظر نمی رسد که بیرون از صنعت بیمه، پذیرشی همگانی به دست آورده باشد.

۱۱۵. برای نمونه، بنگرید به پرونده: Home & Overseas Insurance Ltd. v. Mentor [1989] 1 Lioyd's Rep 473.

است که کدخدامنشی، شرطهای «انصاف» یا کدخدامنشانه (*ex aequo et bono*) در کامن لا باطل است و داور ملزم به کاربرد قانون است و نه رفتار بر پایه ذوق خوبی.<sup>۱۱۶</sup> مسأله جدال آمیز دیگر این است که آیا داوران ملزمند تا قواعد دقیق برگه و بررسی (ادله اثبات دعوا یا آیین دادرسی) را که در همگی دعواهای حقوقی به کار می‌رود به کار گیرند یا تنها مقررات کیفری یا مدنی را به کار بندند؟ در یک درسنامه (*Text book*) برجسته این قضیه در حقوق انگلیس چنین بیان شده است که: «داوران به وسیله همان قواعد برگه و بررسی که دادگاههای حقوق به کار می‌برند، ملزم می‌شوند، مگر دو سوی اختلاف بر چیز دیگری توافق کرده باشند». <sup>۱۱۷</sup> چنین پیداست که به گونه‌ای همگانی، این سخن به عنوان یک پایگاه در کامن لای انگلیس پذیرفته شده است، ولی به تازگی و به شگفتی در بینش نویسنده پیشنهاد شده است که: «برخلاف آنچه عموماً باور شده که قانون [انگلیس] باشد، قواعد فی ادله اثبات دعوا هرگز شامل داوریهای موضوع حقوق انگلیسی نبوده است. آن قضیه از منابع اثبات می‌شود، و پذیرفته شده است که به منظور روشن ساختن وضع، شرط خاصی باید مقرر شده باشد که داوریها تنها موضوع قواعد دادگری طبیعی اند و نه موضوع قواعد تکامل یافته برای بهره‌گیری در دادگاه...».<sup>۱۱۸</sup>

بیش عمدۀ در انگلستان این است که قواعد آیین دادرسی عادی، داوران را ملزم می‌سازد، مگر طرفین داوران را از رعایت آنها معاف کرده باشند. در مالزی بند ۲ قانون ادله اثبات (*Evidence Act*) ۱۹۵۰ بیان می‌دارد که مقررات این قانون شامل هیچ کدام از دعواهایی که نزد یک داور است نمی‌شود. همین وضع در هند است و بدین گونه، در هر دو کشور (مالزی و هند) نیازی به پیروی از قواعد دقیق قانونی در دعواهای داوری نیست. با این همه، باید گفت که در عمل، داوران بازرگانی به عادت در هر دو کشور از این قواعد متعارف پیروی می‌کنند. این گونه تصور می‌شود که داور در مالزی و هند از

۱۱۶. برای بحثی عالی در زمینه کدخدامنشی بنگرید به گفتار:

R. H. Christie, "Amiable Composition in French and English Law", in (1992) 58 Arbitration 259.

117. Russel on Arbitration, 20 th. ed, (London: Stevens & Co. 1989), p. 273.

[استثنای شخص شده بازتاب سرشت توافقی داوری است].

118. R. Buxton, "The Rules of Evidence as Applied to Arbitrations", (1992) 58 Arbitration 229.

صواب دیدگسترده تری برخوردار است تا در انگلستان، اگرچه در این کشور به دو سوی اختلاف اجازه می‌دهند تا موافقت کنند که از قواعد دقیق و خشک برگه و بررسی پیروی نکنند و گاهی چنین شده است. با این همه، در اغلب داوران غیررسمی بر این عقیده‌اند که مطمئن‌ترین عمل، پیروی از قواعد برگه و بررسی است که به وسیلهٔ خرد قضایی و آفرینش قانونی در سده‌ها تکامل یافته است.

در تعیین قواعد آیین دادرسی درخور اجرا، در کامن لا «خودمختاری طرف» اصلی راهنماست که باید پیروی شود. برابر نظام کامن لا داور حتماً ملزم به پیروی از آیین دادرسی دادگاه عالی نیست.<sup>۱۱۱</sup> در عمل، بیشتر داوریهای بازرگانی بومی عمدۀ از جریان عادی آیین دادرسی یک محاکم در دادگاه پیروی می‌کنند، ولی داور ملزم نیست تا از قواعد مفصل دادگاه که برای منظوری متفاوت طرح شده‌اند، پیروی کند. در داوریهای بازرگانی بین‌المللی، بیشتر، آیین دادرسیهای گوناگون به کار می‌رود.

هر آیین دادرسی که در داوری به کار رود، همیشه قاعده‌اساسی این است که باز اثبات قضیّه یا ادعا بر دوش کسی است که دعوی طرح می‌کند: «هر کس ادعا می‌کند باز اثبات کند». این به معنای آن است که در نخستین و هله مدعی [خواهان] دعوای خویش را شروع می‌کند گواهان و دیگر دلایل را ارائه می‌دهد. وقتی دعوای خواهان بسته شد، اگر خوانده بخواهد دلیل اقامه کند و گواه آورد، او دعوایش را شروع می‌کند و بر دعوای طرف دیگر با ارائه دلیلی که برآن تکیه دارد پاسخ می‌دهد. در پایان، خوانده سراسر دعوا را آن گونه که می‌بیند خلاصه می‌کند، و خواهان ممکن است حق پاسخگویی و خلاصه کردن تصور خویش از دعوا را داشته باشد. البته، بسیاری از داوران بین‌المللی (و در واقع برخی از بومیان) از قواعد مقرر آیین دادرسی پیروی می‌کنند: ارجاعی به چنین قواعد بیشتر در خود توافق داوری یافت می‌شود.<sup>۱۱۲</sup>

قوانين داوری گوناگون کامن لا به گونه‌ای گسترده با قدرت دادگاه عالی مربوطند تا دستورهایی در تکمیل قدرتهای داور بدنه‌ند؛ چنین مقرراتی بالطبع حمایت کننده است و به خود داور قدرتهای خاصی هرچند اندک می‌بخشد. چون چنین مقرراتی، چه مربوط به

.۱۱۹. یعنی، در مالزی قواعد دیوان عالی ۱۹۸۰.

.۱۱۰. برای نمونه، در مالزی قواعد داوری مؤسسه مهندسان، مالزی، که با ارجاع به سپردن خود داوری که شامل ضابطه قرارداد مهندسی ساختمان است، یکی است.

آین دادرسی یا چیز دیگر، به داوران نمی بخشد، بیشتر اندیشه آن است که شکاف عمدۀ ای در حقوق وجود دارد.

همان‌گونه که تجزیه و تحلیل آینده می کوشد نشان دهد، در کامن لا داوری به وسیله خلاً ناشی از آین دادرسی رسمی و پیش نیازهای ادله آشکار مشخص است. تنها قاعدة زرین این است که داور همیشه باید قواعد دادگری طبیعی را رعایت کند و به روشنی قضایی و یک بیطرفی رفتار نماید. او وظیفه دارد تا به دو سوی اختلاف، دادرسی عادلانه ای بدهد، ولی به شرطی که دو سوی اختلاف به خود داور قدرتهایی واگذار کرده باشند، او قدرتهای صریح اندکی دارد.<sup>۱۲۱</sup>

دوباره در حقوق اسلام، این وضع برخلاف کامن لاست. در حقوق اسلام روشن است که هم قانون شکلی و هم قانون ماهوی درخور اجرا در داوری، شریعت حقوق اسلام خواهد بود که رعایت آن بر گروندگان دستوری و الزامی است. اگر داوران صالح با عدالت رفتار کنند، داوریهای حقوق اسلام به خاطر دلالت ضمنی دینی و اخلاقی مربوط، باید دستاوردهایی بیدادگر به بار آورد. برخلاف کامن لا - که در این زمینه مهم، معلوم نیست - برای هر گونه اختلاف کوچک میان دانشمندانِ مکتبهای گوناگون حقوقی در اسلام هیچ گونه ابهامی وجود ندارد.

هر چند حقوق اسلام مفهوم کدخدامنشی حقوق نوشته را به رسمیّت نمی شناسد،<sup>۱۲۲</sup> ولی مفهوم صلح، که حل و فصل یا سازش است به خوبی تکامل یافته است و داوری آشتی جویانه اجازه داده شده است و در واقع در موارد ناسازگاری خانوادگی بدان رهنمون گردیده است.<sup>۱۲۳</sup>

هدف صلح رهایی از اختلافات است و صرفاً در اثر خود شکلی نیست.<sup>۱۲۴</sup> از نظر ادبی، این اصطلاح به معنای آشتی و سازش، گستن یا ایستاندن کشمکش یا تیرگی و ستیز است؛ ولی از نظر حقوقی قراردادی است که یک اختلاف یا دعوا را میان دو سوی

121. Mustill and Boyd, Commercial Arbitration, Chapters 21 and 22.

122. Amin, Commercial Arbitration, p. 36.

۱۲۳. بنگرید به: سوره نساء (۳۵:۴).

124. Schacht, Islamic Law, p. 148.

اختلاف خاتمه می دهد یا دور می سازد.<sup>۱۲۵</sup>

بدین دلیل، در مجله شرطی هست که به داور اجازه می دهد تا در اوضاع و احوال معین، آشتی ترتیب دهد. این در ماده ۱۸۵۰ دیده می شود که مقرر می دارد:

«اگر دو سویی که داوران را برگزیده اند به داوران اجازه دهنند تا سازش و آشتی ترتیب دهند، اگر آنان مناسب می بینند، این ترتیب از رهگذر آشتی و سازش به وسیله داوران کار خوبی است. پس اگر یکی از دو سو یکی از داوران را برای حل اختلاف از رهگذر آشتی و کیل خویش تعیین کرده است و طرف دیگر هم داور دیگری برگزیده است و داوران برابر دستورهای نگاشته شده این کتاب درباره سازش ترتیب آشتی و سازش دهند، یکی از دو سوی اختلاف نمی تواند پذیرش این ترتیب و سازش را رد کند».

چنین پیداست که صالح در بحث از این شرط آن را با کدخدامنشی یکسان می دارد.<sup>۱۲۶</sup> در حقیقت، این صلح است که در ماده ۱۵۳۹ بحث شده است و «دستورهای نگاشته شده درباره سازش» به نقل قول پیش مربوط می شود.

ماده ۱۵۵۶ اهمیت ویژه ای دارد چون یک قرار صلح صحیح را فسخ ناپذیر می سازد.<sup>۱۲۷</sup> صلح، با کدخدامنشی که بر پایه مفهومی بسیار گسترده و رها استوار است فرق دارد، چون چنین رأیی «خواستار بازتاب انتظار دو سوی دعوا به هنگام بستن قرارداد است و آنچه منصفانه است در مفهومی بسیار همگانی به هنگامی است که اختلاف پدید می آید».<sup>۱۲۸</sup> در واقع، همان گونه که صالح خود می پذیرد، برابر آین دادرسی صلح «داوران» برخلاف کدخدامنشی کاملاً از (فرشته صلح) آزاد نیستند، از تعهد اجرای قواعد

125. Abdullah Alwi Haji Hassan, Sales and Contracts in Early Islamic Commercial Law, (Islamabad: Islamic Research Institute 1994), p. 177.

نویسنده یادآور می شود که: «هر کدام از دو سوی قرارداد (المتعاقدين) یک صلح آفرین یا سازشگر است (مصالح).

126. Saleh, Commercial Arbitration, p. 57.

127. Redfern and Hunter, International Arbitration, p. 35.

128. Ibid.

شريعه يعني قانون جدا و رها نیستند،<sup>۱۲۹</sup> درحالی که کدخدامنشان این گونه پایبندی ندارند. در واقع، نکته‌ای بینایین است. قانون درخور اجرا در یک داوری اسلامی همیشه شريعه را ملزم می‌سازد. درست است که شماری از کشورهای خاورمیانه با قانون موضوعه از اصول دقیق و دستورهای شريعه در زمینه داوری جدا شده‌اند، ولی این جدایی بر نکته همگانی گفته شده اثر نمی‌نهد. عقیده اساسی این است که شريعه (هم قواعد ماهوی و هم قواعد شکلی آن) باید در وضع یک داوری مانند موارد غیرداوری به کار رود.

این پایگاه به خوبی به وسیله نویسنده‌ای که از او بازگو کردیم - سمير صالح -

خلاصه شده است:

«اصل اساسی، که به روشنی به وسیله مكتب حنفی تشرح شده است، کاربرد دستوری هر دو قواعد شکلی و ماهوی شريعه است. نویسنده‌گان حنفی بیشتر در این باره سه قاعدة دقیق برگه و بررسی در حقوق اسلام را طرح می‌کنند: گواهی، اقرار و انکار (پیه، اقرار، نکول)... نویسنده‌گان مالکی، شافعی و حنبلی معمولاً کاربرد قواعد برگه و بررسی را یاد نمی‌کنند. مالکیان بر تأیید رأی همراه با قواعد آموزش مالکی، بدون جدایی میان قواعد شکلی و ماهوی پافشاری می‌ورزند. اگرچه حنبلیان پامی فشرند که هر قاضی (یا داور) مسلمان ناگاه بر قاضی نامسلمان برتری دارد، از قواعد شکلی و ماهوی در زمینه داوری بحث نمی‌کنند».

ناگفته پیداست که قواعد شکلی که باید اجرا شود شامل همه قواعد ادله اثبات دعواست و اینها برخلاف وضع در کامن لا به دقت اجرا می‌شوند. در داوریهای بازرگانی، مدارک مستند، مسأله مهمی است زیرا بیشتر قراردادها همگی یا بخشی از آنها نوشته و کتبی است.

اسلام مدارک مستند را به رسمیت می‌شناسد و می‌پذیرد: قرآن شامل اشاره‌هایی فراوان به برگه و بررسی (ادله اثبات) به گونه‌ای همگانی و به مدرک نوشته به گونه‌ای ویژه است. مهمترین آیه در این زمینه را می‌توان در سوره بقره یافت که خداوند سبحان می‌فرماید:

129. Saleh, Commercial Arbitration, p. 54. زیر عنوان در کاربرد «دستوری شريعه»

130. Mahmud Saedon, "Bayinnah in Islamic Law", in (1992) IIULJ at pp. 18- 19.

«ای کسانی که گرویده اید هرگاه با هم داد و ستد کردید و تا مدتی معین دینی و تعهدی بر عهده شما افتاد، آن را بنویسید. باید میان شما نویسنده ای دادگر باشد، مبادا که نویسنده از نگارش سر پیچد، همان گونه که خداوند بدآموخته است. پس او باید بنویسد و حقی را که بر اوست (مسئولیتی را که دارد) بنگارد» (۲۸۲/۲).

این آیه که گاهی «آیه وام» خوانده می‌شود و بخش نخست آن از داد و ستد هایی که به پرداخت آینده می‌پردازد سخن می‌گوید. بخش دوم از داد و ستد هایی گفتگو می‌کند که پرداخت و دریافت بی‌درنگ و فوری است. اگرچه دیدگاههای رنگارنگی به وسیله حقوقدانان مکتبهای گوناگون بیان شده است، پیشنهاد می‌شود که این آیه دستور آشکار قرآنی برای این بینش است که در هر دعوای مدنی، شامل یک دعوای بازرگانی با سرشت بازارگانی، مدرک نوشته، شکل مهم اثبات است، هرچند اثبات و دلیل قطعی نیست. دلیل و مدرک نوشته قالبی از بینه است که به معنای هر چیزی است که به روشن سازی حقیقت می‌پردازد. یک حقوقدان معاصر مسلمان<sup>۱۳۱</sup> به ما گفته است که برخی از دانشمندان در برداشت خود از بینه مفهومی محدود کننده دارند. برخی از حقوقدانان آن را با گواهی یکسان می‌دانند. در نگاه نویسنده، عقیده بهتر در روزگار کنونی این است که بینه یعنی:

«هرچه وجود یک حق را روشن می‌سازد یا شرح می‌دهد یا نشان می‌دهد و نشان دادن آنچه نزد [داور] وجود دارد ... این دیدگاه که معنای لفظی بینه است باور ابن فرحون، ابن تیمّه، ابن قیم و دیگران است».

بر پایه این دیدگاه یا هر بینش دیگر، مدرک نوشته در داوری اسلامی پذیرفتنی است، هرچند بیشتر حقوقدانان حنفی و مالکی، همراه با برخی از شافعیان آن را به عنوان دلیل قطعی و نهایی نمی‌پذیرند. با این همه، مدرک و دلیل نوشته در داوریهای اسلامی کاربردی گسترده دارد و به آن بها و سنگینی شایسته ای داده شده است.<sup>۱۳۲</sup>

۱۳۱. برای بحث در این نکته بنگرید به: صالح، داوری بین المللی، صص ۴۶ - ۶۶. نتیجه نویسنده این است که برابر حقوق اسلام مدارک شخصی خودشان دلیل کافی نمی‌سازند، بلکه باید به وسیله برگه و دلیل و شفاهی، سوگند یا اقرار تأیید شوند در کامن لا هم این وضع به گستردگی چنین است.

132. Thompson v. Miler (1875) 15 WR 353 Rawling v. Wood (1735) Barnes 55. در عمل و کارکرد امروز، همگی آرای داوری کتبی است.

برگه و بررسی (ادله) و آین دادرسی در جایی است که شکافی گسترده میان حقوق اسلام و کامن لا وجود دارد. نخستین دقیق است در حالی که دو مین کاملاً سهل انگار است. ولی در عمل و در حقیقت اندکی از قواعد داوری شریعه، داوری اسلامی را از یک داوری انجام شده برابر کامن لا بسیار متفاوت می‌سازد. قواعد برگه و بررسی و آین دادرسی در دو نظام تقاضا دارند، ولی این اثری تعیینی بر داوری به عنوان شیوه‌ای برای کشمکش زدایی در کشورهای اسلامی و کشورهای کامن لا ندارند. در هر دو نظام داور باید بکوشد تا دادگری را برای هر دو سو به جا آورد و در این کار باید از قانون پیروی کند.

## (۵)

### تصمیم داور و دخالت قضایی

به تصمیم داور «رأی» (Award) می‌گویند که معمولاً سندی نوشته شده است، هرچند یک رأی شفاهی فراهم شده موافق با شرایط سپردن [اختلاف] به داوری و ابلاغ شده به طرفین، اجرا خواهد شد.<sup>۱۳۲</sup> در پرونده مالیزیایی درباره یک داوری میان محمد ابراهیم و کوشی محمد (Mohamed Ibrahim and Koshi Mohamed)<sup>۱۳۳</sup> وزیر دادگستری، (Rose) یادآور شد که اصطلاح «رأی» اصطلاح فن نیست، و تنها سؤال این است که آیا قرار مورد بحث به یک تصمیم می‌رسد.

با این همه، مانند حکم یک دادگاه، رأی داور به حل و فصل مسائل مورد نظر میان دو سو. که اعتبار امر مختوم (*res judicata*) پیدا می‌کند - می‌پردازد، و با اجازه دادگاه عالی، درست بسان یک حکم یا قرار دادگاه، با توجه به مقررات قانونی اجرا می‌شود.<sup>۱۳۴</sup>

133. [1963] 29 MLJ 32.

۱۳۴. در عالزی بند ۲۷ از قانون ۱۹۵۲ داوری بنگردید به: Willsden Local Board and Wright [1892] 1 KB 73 6.

135. Mustill and Boyd, International Commercial Arbitration, p. 409.

«یک رأی صحیح به یک خواهان پیروز حق نوینی به اقامه دعوی می دهد، به جای حقی که ادعایش بر پایه آن استوار بود».<sup>۱۳۶</sup>

با این همه، اگرچه پیش نیازهایی برای تشکیل رأیی که صحیح باشد در کامن لا وجود ندارد، پیش نیازهای متکی به خود و ذاتی وجود دارد که باید کامل، معین، استوار، افتعال کننده و قطعی باشد. رأی باید کامل باشد بدین معنا که باید به همه مسائل سپرده شده به داوری پردازد و آنها را حل کند.<sup>۱۳۷</sup> در واقع، لازم نیست که به هر موضوع در اختلاف جداگانه پردازد، و رأیهای سفید کاملاً رایج است. در کشورهای کامن لا به جز انگلستان آوردن ادله در رأیها معمول نیست، ولی در انگلستان از هنگام اجرای قانون داوری ۱۹۷۹، رأیهای مستدل باب شده است. تعبیرهای فنی لازم نیست<sup>۱۳۸</sup> و هر شکلی از عبارتها که به تصمیم در مسأله مورد اختلاف برسد، این کار را انجام خواهد داد. در یک پرونده قدیمی، برای نمونه، عبارت «من بررسی کرده ام و گمان زده ام که چند کار لازم است تا تعمیر ویرانی این خانه انجام گیرد و همان به مبلغ ۵۵/۵ پوند حکم می دهد»، یک رأی نهایی و قطعی دانسته شده است.<sup>۱۳۹</sup>

رأی باید روشن و واضح باشد بدین مفهوم است که تصمیم در عبارتها و کلمات خود روشن باشد. به گونه ای که هیچ شکی نسبت به آنچه طرفین باید انجام دهنده وجود نداشته باشد. دادگاه از اجرای رأیی که روشن و مشخص نیست خودداری خواهد ورزید، همان گونه که در پرونده شرکت خوراک کنسرو شده مونتروز علیه شرکت (بازرگانان) اریک ولز. Ltd. v. Eric Wells (merchants) Ltd.<sup>۱۴۰</sup> چنین کرد، آن جا که رأی صرفاً داد باخته را به پرداخت ضرر و زیانها بدون گفتن این که چه مبلغ

۱۳۶. آنجا که دادگاه عقیده داشت که داور از لحاظ داشتن برخی از مسائل دقیق در کشمکش ناکام مانده است و از رأی به داوری چشم پوشید.

Malaysian National Insurance Snd Bhd v. Tan no Hoh Construction, Snd Bhd [1984] 2 CLJ 181.

137. Eardley v. Steer (1835) 4 LJEX 293.

138. Whitehead v. Tattersall (1834) 1 A & E 491.

139. [1965] 1 Lloyd's Rep 597.

140. Hall v. Alderson (1825) 2 Bing 476.

باید می‌پرداخت، رهنمون می‌کرد. با این همه، دادگاه به هیچ رو توان تغییر یا اصلاح رأی را ندارد;<sup>۱۴۳</sup> تنها می‌تواند آن را کنار نهاد یا آن را به داور واگذارد تا برابر مقررات قانونی مربوط بازبینی کند. رأی همچنین باید درخور، اقناع کننده و استوار باشد. اگر رأی ناستوار باشد، به دلیل ابهام، بد دانسته شده است.<sup>۱۴۴</sup> «اگر نتایج داور آشکارا با یافته‌های او یا مطالب مقدماتی استادش سازگار نباشد، برآند که این رأی بد خواهد بود».<sup>۱۴۵</sup> همچنین رأی باید قطعی و نهایی باشد و اگر نباشد، دادگاه یا آن را برای رسیدگی به داور برمی‌گرداند یا آن را نقض می‌کند. رأی نهایی اشاره به داوری دارد و بدین‌گونه داور باید درباره همگی مسائل تصمیم بگیرد یعنی او نباید برخی از آنها را برای تصمیم‌گیری به شخص سومی واگذارد.<sup>۱۴۶</sup>

در مالزی بند ۱۷ قانون داوری ۱۹۵۲ می‌گوید که: موضوع هر قصد صریح برخلاف توافق داوری، هر چنین قراردادی گمان می‌رود دارای شرطی است که رأی داور «باید قطعی و برای دو سوی اختلاف و کسانی که ادعایی درمورد آنان دارند، الزام آور باشد». با این همه، رأی «قطعی» به معنای آن است که: «پژوهش ناپذیر باشد و بستگی به قدرت دادگاه دارد که رأی را برای رسیدگی برگرداند یا برابر دیگر مقررات نقض کند».<sup>۱۴۷</sup> در هم‌آمیختگی بالقوه‌ای وجود دارد زیرا بند ۱۵ قانون ۱۹۵۲ به داور این توان را می‌دهد تا آنچه «رأیهای موقت» (Interim Awards) نام دارد صادر کند، مگر توافق داوری به جز آن مقرر دارد. رأی باید به عنوان یک رأی موقت روشن شده باشد و در واقع ناپایداری وجود ندارد زیرا یک رأی موقت ممکن است سرانجام به مسائلی پردازد که به دیگران حل و فصل بعدی را وا می‌نهاد. یک رأی موقت همچنین ممکن است راجع به مسئله مقدماتی، یعنی مسئله مسؤولیت باشد، سپس رأی بعدی تنها به میزان خسارت و هزینه‌ها خواهد پرداخت. این شیوه و فن برای صرفه‌جویی زمان و پول معمولاً به کار

141. Duke of Beaufort v. Welch (1839) 10 Ad & El 527.

142. V. Powell- Smith and J. Sims, *Construction Industry Arbitration - A Practical Guide*, (London: Legal Studies & Services Ltd. 1989), p. 91.

143. Re Goddard and Mansfield (1850) 19 LHB 305.

۱۴۴. یعنی، بند ۲۲ تا ۲۴ قانون داوری ۱۹۵۲ [مالزی].

145. Mustill and Boyd, *Commercial Arbitration*, p.5.

می‌رود و ممکن است برای تصمیم‌گیری مسائل و پرونده‌های فوری نیز از آن بهره برند.  
بدین‌گونه، کامن‌لا برای یک رأی نیازهای رسمی وضع نمی‌کند، ولی دادگاه  
قدرت‌های قانونی گسترشده‌ای در پیوند به داوری دارد، اگرچه «پافشاری دادگاه برای  
بهره‌گیری از آنها تنها پشتیبانی از داوری است و نه دخالت در آن».<sup>۱۷</sup>

گذشته از قدرت‌های پشتیبانی، که با توجه به قاعدة داور پیشتر بحث شده است،  
وارسی قضایی به راههای گوناگون اعمال می‌شود. برای نمونه، اگرچه بند ۱۷ داوری  
مالزیایی ۱۹۵۲ اعلام می‌دارد که: رأی داور «قطعی و بردو سو لازم الاجراست»، دادگاه  
ممکن است رأی را به داور برگرداند تا برایه ادله گوناگون شامل کشف مدرک جدید و  
ذی‌ربط بازبینی کند.

همچنین، دادگاه ممکن است آن جا که داور نامناسب عمل کرده است، و یا در  
رفتار و گردش کار داوری بی‌قاعدگی وجود داشته است، یا جایی که رأی به گونه‌ای  
نامناسب فراهم شده است رأی را نقض کند،<sup>۱۸</sup> همچنین، ممکن است اگر رأی مشخص یا  
قطعی نباشد یا بر پایه قراردادی غیرقانونی صادر شده باشد نقض گردد.<sup>۱۹</sup> شکل‌های دیگر  
وارسی قضایی، شامل آین دادرسی با مورد ویژه برای توانا ساختن مسائل قانون که برابر  
بند ۲۲ قانون داوری ۱۹۵۲ است به وسیله دادگاه حل گردد.<sup>۲۰</sup> این برای آن است که در  
یک نگرش، البته در نهایت داوری برای اختلافاتی که به مسائل قانون می‌پردازد شایسته  
نمی‌باشد، ولی باید گفت که بازگنان ترجیح می‌دهند تا از داوری برای حل و فصل

۱۴۶. در مالزی برابر بند ۲۴، قانون داوری ۱۹۵۲.

#### 147. David Taylor & Son Ltd. v. Barnett Trading Co. Ltd. [1953] 1 All Er 843.

۱۴۸. این آین دادرسی در انگلستان با قانون داوری ۱۹۷۹ الفا گردید و حق محدود پژوهش و تجدیدنظر  
قضایی آرا برابر بند ۱ قانون داوری ۱۹۷۹ جای آن را گرفت. در انگلستان ارجاع قضایی با یک رأی داور  
تنها موجّه است اگر بتوان آن را نشان داد که یا دور خود را در قانون گمراه کرده است یا به تصمیمی رسیده  
است که هیچ داور متعارف نمی‌توانسته است به آن برسد. حق پژوهش خیلی محدود است و با ملاحظه  
درخواستهای ترک پژوهش دادگاهها باید راهنماییهای بسیار دقیق وضع شده از سوی مجلس اعیان را در  
برونده ۷۴۲ AC [1952] The Nema در نظر گرفته باشد.

۱۴۹. بنگرید به: ماستیل و بوید، داوری بازگانی، فصل ۲۹. «وارسی قضایی: یک بررسی واقعی در  
رأیی که صادر شده است دخالت خواهد کرد. دخالت هنگامی است که ارجاع هنوز در جریان است و واقعاً در  
عمل ناشناخته است، حتی اگر در نظر مجاز باشد».

اختلافات بازرگانی بهره‌گیرند و در روزگار کنونی گرایش دادگاههای کامن لا بر دخالت هرچه کمتر در داوری بوده است، هرچند همیشه چنین نبی بود.<sup>۱۵۰</sup>

سرانجام، در سالهای اخیر داوری در کامن لا به گونه‌ای فزاینده از دادگاهها، که کارشان به گونه‌ای گسترده وظیفه‌ای پشتیبانی کننده و اصلاحی است، مستقل شده است. داوری کامن لا به گونه‌ای فزاینده خودمختار است و جایی که توافقی داوری وجود دارد، دادگاهها خواهند کوشید تا آن را تأیید کنند.

جایی که شرط داوری در قرارداد وجود دارد، دادگاه با استیاق جریان دادرسی را به تأخیر می‌اندازد، توانِ دادگاه برای این کار در مالزی در بند ۶ قانون داوری ۱۹۵۲ گنجانده شده است.

بدین گونه، در یک پرونده برجسته مالزیابی، خواهانها سندی کتبی صادر کردند و خواندگان درخواست توقف آن را کردند چون آن اختلاف می‌توانست داوری شود؛ چون شرطی راجع به داوری در قرارداد وجود داشت. قاضی (راجه اصلاح شاه) مستندات را مورد بازبینی قرار داد هرچند که در نتیجه، توقف را رد کرد، این اصل همگانی را فشرده وضع کرد:

«اکنون بر عهده این یعنی خواهان که می‌خواهد داوری را پس زند می‌باشد تا دادگاه را متقدعاً سازد که ادلهٔ خوبی برای پرونده وجود دارد تا [در دادگاه] رسیدگی شود... دادگاه صلاح‌دیدی ملغی کننده در این مسأله دارد که برابر سرشت متغیر پرونده‌های گوناگون تقاضی، عمل شود» نگاه کنید به: پرونده Vawdrey v. Simpson [1896] 1 Ch 166, p. 169. داوری علیه سیمپسون (per Chittyj. ...).<sup>۱۵۱</sup>

اگرچه در حقوق اسلام، داوری قراردادی است، و بینش این است که رأی دارای سرشتی قضایی است و مسائل میان طرفین را که اعتبار امر مختوم می‌باید حل و فصل می‌کند. از دیدگاه مكتب حنفی، این صفت بر نیروی الزام آور قرارداد استوار است.<sup>۱۵۲</sup> در حقوق اسلام رأیهای داوری موضوع همان قواعد رسمی احکام دادگاههاست و در

150. Alagappa Chettiar v. Palanivelpillai [1971] 1 MLJ 208.

151. مجله، ماده ۱۸۴۲، بنگرید به: Ahab, "The Moslem Arbitration Law", Vol. 1, p. 383.

152. Saleh, Commercial Arbitration, p. 47.

عمل کتبی اند. هر چند هیچ متنی نیست که کتبی بودن رأی را لازم بداند، در واقع، بیان شده است که:

«تأیید رأی برابر عقیده حنفی و امکان ابطال رأی مستلزم وجود سندی کتبی است که در خور مجبوب شدن، تأیید ابطال یا الغابه وسیله قاضی باشد».<sup>۱۵۳</sup>

با این همه، تأیید رأی به وسیله قاضی اجباری نیست<sup>۱۵۴</sup> و دیگر مکاتب این شرط را تحمیل نمی کنند. در این زمینه، میان حقوق اسلام و کامن لا تفاوتی نیست. یک سند کتبی برای اثبات و دلیل ضروری است. به نظر می رسد که برابر اصل همگانی شریعت اسلام دو گواه باید امضای داور را در رأی گواهی کنند. حال آن که در کامن لا امضای داور، عرفاً و نه به ضرورت به وسیله یک شخص گواهی می شود. از دیدگاه صالح،<sup>۱۵۵</sup> محتویات خود رأی به چهار پاره بخش می شود:

در رأی صادره معمولاً چکیده ای از اختلافات طرفین؛ یافته های واقعی داور؛ استدلال وی با ارجاع به حقوق اسلام و تصمیم عملی او نگاشته می شود. هر چند که در این زمینه، قواعد این دو نظام با هم فرق دارند. دیدگاه بیشتر مکتبها این است که داور همانند حکم قاضی اثر الزام آوری دارد و همین که داور آن را صادر کرد الزام آور می شود.<sup>۱۵۶</sup> در واقع، مالکیان و حنبیان بر اثر اعتبار امر مختصمه بودن رأی داور تأکید همگامی و تراضی دو سوی اختلاف لازم است.<sup>۱۵۷</sup>

برابر قواعد شکلی معمولی حقوق اسلام، رأی در خور اجراست ولی مانند کامن لا، اجرا به دست دادگاه انجام می گیرد. در این باره جالب است یادآوری کنیم که یک نویسنده این وضع را چنین بیان داشته:

۱۵۳. مگر آن جا که موضوع طلاق است. این یک مورد ویژه است و بیرون از فلمرو این گفتار است که به داوری در مسائل بازرگانی و مالی ارتباط دارد.

154. Saleh, Commercial Arbitration, p. 74.

۱۵۵. برای نمونه بنگرید به: ماده های ۱۸۴۲، ۱۸۴۸ و ۱۸۴۹ مجله.

156. Saleh, Commercial Arbitration, p. 76.

157. Al-Ahab, "Moslem Arbitration Law", p. 389.

«اگر لغزشی رسمی وجود داشته باشد، قاضی ممکن است اجرای رأی را رد کند و حتی ممکن است اگر اشتباهی آشکار یا بی عدالتی در رأی دیده شود یا رأی برخلاف نظم عمومی باشد، دادرس آن را نقض کند. این درجه دوم رسیدگی و دادخواهی نیست، بلکه وارسی رأی است».<sup>۱۴۸</sup>

هر چند در آغاز چنین نمی نماید که این مورد با نظام کامن لا ناهمانند باشد، برابر حقوق اسلام چنین پیداست که قاضی اسلامی دخالت بیشتری از قاضی کامن لا دارد، و اگر رأی، اصول شریعت را زیر پا نهاد، مورد چالش قرار می گیرد. آن جا که رأی، شریعت را زیر پا گذارد به وسیله قاضی فسخ می شود. داور، مانند قاضی، نمی تواند به خود یا بستگان نزدیکش سود برساند و نیز نمی تواند وظیفه اش را به شخصی دیگر و اگذار و به او نمایندگی دهد. اگر این قواعد بنیادین شکسته شوند، دلیل خواهد بود برای نقض رأی.<sup>۱۴۹</sup>

«از سوی دیگر، رأی بر ضد بستگان نزدیک پذیرفته شده است».<sup>۱۵۰</sup>

به این پایگاه در متون حقوق اسلامی اشاره چندانی نشده است و دخالت قضایی بر پایه اصول همگانی حقوق اسلام پابرجاست. به دیگر سخن، ممکن است رأی بر پایه همان دلیلها یی مورد چالش قرار گیرد که حکم یک دادگاه قرار می گیرد. آینه دادرسی، تقدیم دادخواست را برای نقض رأی داور پیش بینی می کند.<sup>۱۵۱</sup> چنین درخواستی ممکن است جداگانه به دادگاه صالح داده شود یا به هنگام اجرا خواسته شود. با این همه، مقررات قانونی بومی ممکن است در دولتها یا کشورهای گوناگون اسلامی بر این وضع اثر نهند و در برخی از موارد دخالت دادگاه بسیار محدود است.

. ۱۵۸. الهدایة، (ترجمة همیلتون)، ص ۳۴۴.

159. Saleh, Commercial Arbitration, p. 80.

۱۶۰. قانون شماره ۱۲ سال ۱۹۶۸، بنگرید به:

Al- Ahab, "Moslem Arbitration Law", p. 389

صالح، داوری بازرگانی، فصل ۱۳ و احمد س. القرشی، «داوری در مصر»، در گردش کار نخستین کنفرانس منطقه ای عرب، قانون وکلای بین المللی، قاهره، ۱۹۸۷ فوریه ۱۹۸۷، ج ۱، ص ۱۶۹.

۱۶۱. مجموعه، ماده ۵۰۸

برای نمونه، در مصر در قانون آیین دادرسی مدنی بازرگانی ۱۹۶۸<sup>۱۰۲</sup>، قدرت دادگاه برای دخالت در یک داوری به کمترین اندازه کاهش یافته است، ولی پیش شرط اجرای هر رأی آن است که باید در مدت پانزده روز در دادگاه بماند.<sup>۱۰۳</sup> پژوهش رسمی از رأیها وجود ندارد،<sup>۱۰۴</sup> ولی ممکن است شماری از پروندها در دادگاه مناسب، دوباره دادرسی شوند:

الف) جایی که ادعای نیرنگ مؤثر در رأی شده است؛

ب) جایی که رأی بر پایه اسناد جعلی صادر شده است؛

ج) جایی که رأی بر پایه گواهی دروغ صادر گردیده است. دروغ بودن گواهی باید از نظر قضایی اثبات شود؛

د) جایی که مدرک مربوط به وسیله یکی از طرفین پنهان شده است؛

ه) دیگر بی قاعده‌گیهای وابسته به آیین دادرسی.<sup>۱۰۵</sup>

اینها مقررات خاص قانونی‌اند که سرشت اسلامی ویژه‌ای ندارند. مقرراتی که بر پایه اصول بنیادین و کلی عدالت استوارند. در اسلام یک رأی داوری ممکن است به همان روش یک حکم دادگاه مورد چالش قرار گیرد و اگر صلاحیت داور به گونه‌ای، برای نمونه با زمان، (همان گونه که در ماده ۱۸۴۶ مجله می‌بینیم) محدود باشد حکم او به خاطر عدم صلاحیت اثری نخواهد داشت.

با این همه، برای نویسنده پیداست که یک اصل بر جسته در شریعه هست که علم به رأیها و اجرای آنها مربوط است و هم به دخالت قضایی که اثری زنده بر اصل اعتبار امر مختوم دارد. آن اصل این است که: «حقیقت ماهوی باید بر رموز فتنی شکلی چیره آید» و اشتباه است که بگوییم: «تأکید قانون شکلی اسلام در رسیدن به حقیقت به همان اندازه

۱۶۲. مجموعه، ماده ۵۱۰ ولی دو طرف ممکن است به دادگاه درجه دومی پژوهش بدهنند، اگر به چنین کاری توافق کرده باشند.

### 163. Saleh, Commercial Arbitration.

### 164. Schach, Islamic Law, p. 195.

۱۶۵. این گفتار کوتاه بر پایه پژوهش انجام یافته برای نگارش پایان نامه کارشناسی ارشد در رشته حقوق تطبیقی از دانشگاه اسلامی بین المللی مالزی به سال ۱۹۹۴ آماده شده است. نگارنده از دانشگاه یاد شده سپاسگزار است که موافقت کرد تا این کار در اینجا بهره‌گیری شود. به عنوان یک نامسلمان، هرچند فردی از اهل کتاب، درباره شکوه و دانش اسلام به هنگام پیوند با این دانشگاه و دوستان و همگنان در اینجا فراوان آموخته است.

فراوان است که به کارگیری قواعد رسمی خاص». <sup>۱۶۶</sup> شریعت بر روح قانون تمرکز دارد و نه الفاظ آن و این در داوری کمتر از دیگر زمینه‌ها نیست. این اصل در قلمرویی که اکنون بحث می‌شود مهم است.

اگرچه میان حقوق اسلام و کامن لا اختلاف کمی است، ولی روی همه نکته‌های اساسی با توجه به خود رأی همانندی وجود دارد. چون بیشتر فقیهان به داوری به عنوان یک رسیدگی کمکی برخلاف صلاحیت کلی قاضی نگاه می‌کنند، در حقوق اسلام چه بسا احتمال دخالت قضایی بیش از کامن لا است. «در واقع نهاد داوری در حقوق اسلام به سختی به قاضی وابسته می‌ماند. در هر دو نظام، داور در چارچوب قانون عمل می‌کند، رأیش اجرا خواهد شد و تنها بر پایه دلیلهای محدود، رأی مورد چالش قرار می‌گیرد. در کامن لا داور و رأی او باید با کامن لا بخواند و هماهنگ باشد و در داوری حقوق اسلامی، باید قانون شرع را به کار برد، ولی از دیدگاه نگارنده تفاوت اساسی وجود ندارد.

رسیدن به حقیقت ماهوی و رها شدن از دعواه بی‌انتها خواسته و نشانه هر دو نظام است و عمل داوری و آین دادرسی از وارسی دقیق دادگاه رهاست. قوانین نوین بر اصول اساسی هم کامن لا و هم حقوق اسلام تکیه زده است و آنها را اجرا کرده است و در هیچ موردی، رأی و اجرای آن یا وارسی گردش کار و دادرسی داوری دشواریهای خاصی را طرح نمی‌کند.

با این همه، در این گفتار کوشیده است تا نشان دهد که میان قواعد حقوق اسلام و کامن لا در پیوند با داوری تفاوت‌هایی هست. دستاورد نگارنده این است که این تفاوت‌ها به گونه‌ای گسترده به مسائل پایگاه و نگرش بر می‌گردد. در این گفتار، به مقررات مجله ارجاع شده است که دیدگاههای عالی مکتب حنفی را ارائه می‌دهد و در سوریه، لیسی، لبنان، اردن، عراق، مصر و بسیاری از کشورهای دیگر حاکم است. بیشتر این کشورها از اصول مقررات مجله جدا شده‌اند ولی با دوباره زنده شدن اسلام، وضع قانون اساسی و قانونی بودن قوانین که زیر فشار بیگانه اجرا می‌شدند و با مقررات شریعت اسلامی متفاوت بودند، به گونه‌ای فزاینده زیر نفوذ علمای اسلام درآمده است. از دیدگاه نگارنده پایگاه و نگرش مکتب حنفی که در مجله آمده است، چیزی است که با نیازهای بازارگانی

166. Saleh, Commercial Arbitration, p. 25.

امروز سازگار است و دست کم به عنوان ساختار بنیادین برای هر قانونگذاری اسلامی که از داوری گفتگو می‌کند شایسته نگرش است. در این روزها که جهان به چهرهٔ یک «دهکدهٔ جهانی» درآمده است و قراردادهای داد و ستد، دستورکار روز است غریبان نامسلمانی که در کشورهای اسلامی سرگرم بازرگانی اند نباید به علت تفاوتها، واقعی یا تصوری، میان حقوق اسلام و کامن‌لاهراستی از بی‌عدالتی به دل راه دهند.

# معرفی حقوق مصرف با مقدمه‌ای از مترجم

نویسنده: پروفسور ژان کلے الوا

Jean CALAIS-AULOY

مترجم: دکتر عباس قاسمی حامد

## ● مقدمه مترجم

خطرات تهدید کننده جامعه مصرفی برای اولین بار توسط فلاسفه امریکایی پیش‌بینی گردید و به دنبال آن در سال ۱۹۶۲ میلادی، رئیس جمهور وقت امریکا، جان اف کنی، ضرورت تدوین قوانین مربوط به حمایت از مصرف کنندگان را در سر فصلهایی چون: برخورداری از حق امنیت، حق دادن پیشنهاد، حق داشتن اطلاعات و حق انتخاب را مطرح نمود.<sup>۱</sup>

از اوایل قرن بیستم قانونگذاران کشورهای اروپای غربی با ملاحظه ضرورت اجتماعی ایجاد تعادل در روابط قراردادی به طور غیر منسجم و موردی در جهت برقراری آن پا به میدان نهادند. مقارن سالهای ۱۹۷۰ کشورهای مزبور برای مقابله با خطراتی که مصرف کنندگان را تهدید می‌نمود به طور جدی وارد عمل شدند و این دوران پیدایش نهادها و قواعد حمایت از مصرف کنندگان در قالب نظمی جدید و با عنوان حقوق مصرف در این کشورها بود.

## تحول در حقوق قراردادها

برای پاسخ به ضرورت اجتماعی مقابله با سوء استفاده‌های اقتصادی و برقراری تعادل

1. Jean CALAIS-AULOY et Frank STEINMETZ, Droit de la consommation, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1996. p. 2.

در روابط قراردادی، تحولاتی در مفاهیم کلاسیک حقوق قراردادها لازم به نظر می‌رسید. قضات و قانونگذاران کشورهای توسعه یافته با دادن پاسخی مثبت به این نیاز اجتماعی در مقابل فلسفه آزادی محض در مفاهیم حقوقی قد علم کرده و به طرح دیدگاههای جدید در کنار نظرات فردگرایانه در مباحث قراردادی و نفی حاکمیت بی‌چون و چرای مکتب اصالت اراده در این گونه مباحث پرداختند. و این نقطه شروع اجتماعی شدن حقوق قراردادها است.

در بعد حقوقی، «مکتب اصالت فرد»<sup>۱</sup> در قالب «اصل استقلال اراده»<sup>۲</sup> متجلی می‌گردد. به عبارت روش‌تر در مفهوم کلاسیک حقوق قراردادها، عقد اساساً مبتنی بر توافق و اراده طرفین است. در مبحث حقوق قراردادها فلسفه حاکم بر مکتب اصالت فرد، این فرض را به همراه داد که قرارداد منعقد شده توسط فردی آزاد و مسؤول عادلانه خواهد بود. در هر جامعه مستقل و مسؤول، به طور طبیعی هر کس باید مراقب منافع شخصی خود بوده و منتظر کمک دیگران نباشد.

در بعد اقتصادی، اصل استقلال اراده در شکل «آزادی اقتصادی»<sup>۳</sup> متجلی می‌گردد. اما دیدیم که آزادی اقتصادی قرن ۱۹ میلادی موجب بهره برداری اقویاً از ضعفاً گردید.<sup>۴</sup> زیرا در فرضی که اصل بر استقلال اراده طرفین است، همان‌گونه که تجارت گذشته ثابت نموده، اگر قدرت عمومی مداخله ننماید، قوی تر شرایط خود را به ضعیف تر تحمیل خواهد نمود. در چنین شرایطی قطعاً روابط قراردادی نامتعادل خواهند شد. علاوه بر آنچه که گذشت باید اضافه نمود که مکتب اصالت اراده دیگر قادر به توضیح جنبه‌های مدرن قراردادی همچون قراردادهای جمعی، قراردادهای الحاقی، قراردادهای منعقده با سرویس‌های عمومی و ... نبود.<sup>۵</sup>

## 2. Individualisme.

## 3. Le Principe de l'autonomie de la Volonté.

## 4. Libéralisme économique.

5. H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçon de droit civil*, t. II, I<sup>e</sup> Vol., Obligations: théorie générale, par F. CHABAS, Montchrestien, 8<sup>e</sup> éd., 1991, n<sup>o</sup>. 30, p. 25.

6. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit Civil, Les obligations*, Cujas, 8<sup>e</sup> éd., 1998, n<sup>o</sup>. 342 p. 196.

امروزه دیگر قرارداد تنها مسأله شخصی طرفین عقد نیست، اجتماع نیز علاقمند به داشتن نظارت در چگونگی برقراری روابط قراردادی است<sup>۷</sup> چرا که با توسعه روابط اجتماعی، پیدایش عوامل تولید در مقیاسهای کنونی، مصرف در حد انبوه و ظهور تخصصهای گوناگون در زمینه کالاهای خدمات موجود در عرصه بازارِ مصرف، برقراری نظم اجتماعی در گرو وجود روابط صحیح قراردادی خواهد بود. با این نگاه و با توجه به ضرورت برقراری مجدد تعادل قراردادی که در اثر پیدایش شرایط جدید اجتماعی در هم ریخته، مفاهیم حقوقی مبتنی بر مکتب اصالت فرد با اجتماعی شدن حقوق، تغییراتی اساسی یافته است. در همین راستا کشورهای توسعه یافته با روی آوردن به مفاهیم جدید حقوقی اقدام به وضع قواعد مبتنی بر اندیشه حمایت از مصرف کننده و به کارگیری روشاهای جدید ایجاد تعادل قراردادی نموده اند.

در هنگام توسعه اقتصادی پیش بینی قواعد مربوط به حقوق مصرف و شکل بخشیدن به این رشته حقوقی ضرورتی اجتناب ناپذیر است. هدف اساسی این شاخه حقوقی ایجاد تعادل قراردادی در دورانی است که امکانات و اطلاعات موجود در دسترس متخصصین، غالب مصرف کنندگان را مصدق باز طرف ضعیف تر در عقد قرار داده است.

با این توجه تمایل این کشورها به حمایت از مصرف کننده صرفاً ناشی از وجود انگیزه های اخلاقی و یا برقراری عدالت بدان جهت که عدالت امری پسندیده است نمی باشد. انگیزه های اصلی وضع این گونه قواعد و به کارگیری این گونه روشاهای جدید، زمینه سازی توسعه اقتصادی و همگام با آن برقراری تعادل قراردادی، مبارزه با پیامدهای منفی توسعه و مقابله با تورم در شکلی عملی و حساب شده است، راهی که پیمودن آن برای کشورهای در حال توسعه، از جمله جمهوری اسلامی ایران امری اجتناب ناپذیر خواهد بود.

### ضرورت طرح حقوق مصرف در نظام حقوقی ما

احساس ضرورت طرح این رشته جدید حقوقی در کشور ما با تقدیم «لایحه حمایت از حقوق مصرف کنندگان» به مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۷۲/۳/۲۴ و به دنبال آن تدوین قوانین و آیین نامه های اجرایی تعزیزات حکومتی به اثبات رسیده است. اما تدوین

7. B. STARCK, *Les obligations*, 2, Contrat, par H. ROLAND et L. BOYER, Litec, 5<sup>e</sup> éd., 1995, n<sup>o</sup>. 1195, p. 493.

قوانينی از این قبیل به شکل پراکنده و مقطعی برای پاسخگویی به نیازهای موقت جامعه با چشم اندازی که می‌توان از این رشته حقوقی ترسیم نمود قابل مقایسه نمی‌باشد. به نظر می‌رسد روند تقنیتی امروز ما چیزی جز تکرار مراحلی که قبلاً در کشورهای توسعه یافته تجربه شده و پس از مدتی ضعفهای آن آشکار گردیده نمی‌باشد. با این نگاه برای اجتناب از تکرارهایی از این قبیل، به کارگیری تجارب و دوباره نپیمودن راهی را که دیگران پیموده اند تا آنجا که با مبانی ما منافاتی نداشته باشد امری معقول و پستنده به نظر می‌رسد.

با توجه به ضرورت آشنایی با رشته حقوق مصرف در نظام حقوقی ما، طرح این سؤال جای دارد که: برای پایه ریزی صحیح این شاخه جدید که در کشورهای توسعه یافته بر پایه های اصیل حقوقی جوانه زده و در حال و هوای نیازهای جامعه رشد کرده است چه روشی باید به کار برد تا نه مشکلی بر مشکلات بروکراسی اداری افروزه گردد و نه اقدام به وضع قوانینی نموده که همراه با سایر قوانین متروکه در پیچ و خمها اداری به دست فراموشی سپرده شود؟ چرا که وضع قوانین جدید بدون زمینه سازی لازم نه تنها مشکلی را حل نخواهد کرد بلکه بر انبوه مشکلات خواهد افزود.

پاسخ صحیح به این سؤال نیازمند کاری دقیق و کارشناسانه از سوی متخصصین رشته های حقوقی است. اما به عنوان گام نخست در طرح این رشته در نظام حقوقی ما، زمینه سازی مناسبی که در آن نهادهای نویا هماهنگ با نیازهای بومی رشد کرده و به باروری بنشینند امری ضروری است. در همین راستا آشنایی با تجارب کشورهایی که این مراحل را زودتر تجربه کرده اند دست مایه ای ارزشمند خواهد بود. به همین منظور اولین مقاله در مورد یکی از اساسی ترین مباحث حقوق مصرف با عنوان: «مروری اجمالی بر نظریه تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد از دیدگاه حقوق فرانسه» در دسترس علاقمندان قرار داده شد.<sup>۸</sup>

به دنبال آن مقاله دیگری با عنوان «راه حل حقوق فرانسه در مقابله با شروط تحميلي در قراردادها» که معرف مبحث دیگری از این رشته حقوقی است توسط نگارنده ترجمه

۸. رک. دکتر عباس قاسمی حامد، مروری اجمالی بر نظریه تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد از دیدگاه حقوق فرانسه، مجله کانون وکلا، ش ۱۰، ۱۳۷۵، ص ۴۸ به بعد.

گردید.<sup>۱</sup>

مقاله حاضر نیز گام دیگری است در جهت آشنایی کلی با رشته حقوق مصرف، به عنوان یکی از مباحث حقوقی که ضرورت طرح آن در نظام حقوقی ما مشهود است. اما قبل از هر چیز پالایش واژه «صرف» در زبان فارسی از ملازمات و مقاننه هایی که به آن مفهومی منفی بخشیده اند لازم به نظر می رسد.

## پالایش واژه صرف

واژه «صرف»<sup>۲</sup> اگرچه در پیوندی که با کلمه «جامعه» داشته (در شکل «جامعه مصرفی») در فرهنگ معاصر ما از مفهومی منفی برخوردار گردیده، اما در نگاه حقوق اقتصادی الزاماً کلمه «صرف» از چنین باری منفی برخوردار نیست. در واقع صرف آنجا که همراه تولید است، شاخص توان اقتصادی جامعه بوده و شرط بقای واحدهای تولیدی می باشد. کلمه مزبور در کشورهای توسعه یافته الزاماً مقاننه مفاهیم اسراف و تبذیری نیست و نوعاً ملازم بهره مندی متعارف و همانگ با نیازهای عادی زندگی اجتماعی امروز است. وجود ملازمات و مقاننه ای که از واژه «صرف» تداعی منفی در زبان فارسی به همراه می آورند نباید موجب گردد تا حقوقدانان فارسی زبان از به کارگیری عنوان «حقوق صرف» (که در کشورهای پیشگام در طرح این رشته حقوقی نیز به همین شکل معمول است) پرهیز نموده و به عنوان به ظاهر موجه تر آن یعنی «حقوق صرف کننده» روی آورند.<sup>۳</sup> اگرچه حقوق صرف کننده قسمتهای اصلی حقوق صرف را تشکیل داده و اساساً هدف اصلی این رشته حقوقی حمایت از این گروه است اما حقوق صرف علاوه بر بیان مباحث مذکور به وضع قواعد کلی و طرح روش‌های جدید پیشگیری از عدم تعادل قراردادی می پردازد. به عبارت دیگر پیش بینی تکالیف و حقوق متخصصین، وضع قواعد شکلی و قوانین و مقررات دادرسی، وضع ضمانتهای اجرایی در شکل مدنی و کیفری، در کنار پیش بینی مقررات راجع به نهادهای اداری مؤثر در پیشگیری از تحقق نابرابریهای ۹. رک. پروفسور فیلیپ سیملر، ترجمه دکتر عباس قاسمی حامد، راه حل حقوق فرانسه در مقابله با شروط تحمیلی در قراردادها، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهرد بهشتی، ش ۲۴-۲۳، ۱۳۷۷.

۱۰. رک. نگاهی به حقوق صرف کننده، تحقیق از مهران گیز امیدی. علیرضا سعادتمندي، زیرنظر دکتر هادی اسماعیل زاده، انتشارات سازمان برنامه و بودجه، چاپ اول، ۱۳۷۴.

قراردادی مانع از آن می‌گردد تا این رشته حقوقی صرفاً با نام «حقوق مصرف کننده» شناسایی گردد.

## ● معرفی مقاله

مقاله‌ای که در صفحات آینده به ترجمه آن خواهیم پرداخت، مبحثی مستقل از کتاب ارزشمند «حقوق مصرف» است که همزمان با تولد این رشته حقوقی در فرانسه در سالهای ۱۹۸۰ اولین چاپ آن منتشر گردید. چاپ چهارم کتاب مزبور که اساساً توسط پروفیسر ژان کله الوا (Jean CALAIS-AULOY) به رشته تحریر درآمده با نظارت فرانک استینمیتز (Frank STEINMETZ) (مؤلف بخش‌های راجع به قیمت و مسکن) منتشر گردیده است.<sup>۱۱</sup> پروفیسر (CALAIS-AULOY) (استاد دانشگاه مون پولیه فرانسه و مسؤول مرکز حقوق مصرف در همانجا) رئیس کمیسیون بازنگری حقوق مصرف فرانسه بوده و از صاحب‌نظران بنام این رشته حقوقی به شمار می‌آید. نظرات انتقادی ایشان در مورد قانون مصرف فرانسه (که در سال ۱۹۹۳ در مجموعه واحدی توسط قانون ۲۶ ژوئیه ۱۹۹۳ نهادینه گردید و تا تاریخ ۲۳ ژانویه نیز به سیر تکمیلی خود ادامه داده است)<sup>۱۲</sup> از ظرافت خاصی برخوردار بوده و نگارنده این سطور نیز به سهم خود با اقامه ادله کافی در جهت بیان و اثبات مصاديق خارجی انتقادات مزبور به ارائه راه حل‌هایی در جهت اصلاح قسمتهاي از قانون مصرف فرانسه در رساله دکترای خود پرداخته است.<sup>۱۳</sup>

امید است با ترسیم خطوط کلی این رشته حقوقی گامی مقدماتی در جهت طرح تفصیلی حقوق مصرف در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران برداشته شده باشد.

11. Jean CALAIS- AULOY et Frank STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1996.

12. *Code de la Consommation*.

13. Abbas GHASEMI HAMED, *De l'obligation d'information dans le contrat*, thèse, Rennes I, 1998, n°. 250. p. 170, n°. 739 et s., p. 501 et s.

## • طرح بحث

امروزه حقوق مصرف در بیشتر کشورهای جهان (به عنوان یک رشته حقوقی) شناسایی شده است. بنابراین شایسته است در مبحث حاضر، بدون ترجیح یکی از کشورها بر دیگری، ابتدائاً به شکلی فراگیر به بیان محتوی این رشته حقوقی پرداخت (۱) و سپس با جستجوی مبانی آن (۲) نهایتاً این بحث را با بیان روشهای حقوق مصرف (۳) به پایان رسانید.



### مفهوم حقوق مصرف

#### حقوق مصرف چیست؟

در مبحث حاضر خواننده نباید به دنبال شناسایی دقیق حدود حقوق مصرف باشد. تعیین حدود دقیق این رشته حقوقی نه ممکن است و نه مفید. مرزهای رشته های حقوقی هیچ گاه به روشنی قابل ترسیم نبوده و حقوق مصرف نیز از این قاعده مستثنی نمی باشد. بعضی از نویسندهای برداشت مضيقی در مورد این شاخه حقوقی داشته و بعض دیگر برداشتی موسع؛ بررسی صحت و یا بطلان هر یک از این برداشت‌ها امری بیهوده است. تنها شیوه ممکن برای بیان حقوق مصرف شروع از درون و هسته مرکزی این رشته حقوقی به منظور روش نمودن تدریجی مفهوم، با جهت‌گیری به سمت محدوده خارجی آن می باشد تا در این رهگذر مفهوم حقوق مصرف در نوشه حاضر نیز روش گردد.

هسته مرکزی حقوق مصرف متstell است از قواعدی نشأت یافته از دو ملاک:

الف. کاربرد این قواعد اختصاص به روابط مابین متخصصین و مصرف کنندگان دارد؛ ب.

هدف قواعد مزبور حمایت از مصرف کنندگان است. حقوق مصرف در مفهوم مضيق خود محدود به این قواعد است. در نظام حقوقی فرانسه، مفهوم مضيق این رشته حقوقی ملاحظه

می‌گردد؛ برای مثال می‌توان به مقررات مربوط به تحويل کالا، اعطای اعتبار و شروط تحمیلی<sup>\*</sup> اشاره نمود.

مبنای ما در نوشته حاضر مفهوم وسیع تری از حقوق مصرف است، تا از این رهگذر بتوان به معرفی مجموعه موضوع پرداخت. بنابراین تعدادی از دو ملاک فوق الذکر به شکل زیر خواهد بود:

- از طرفی برای این که قاعده‌ای به عنوان یکی از قواعد حقوق مصرف به حساب آید به نظر می‌رسد کافی است تا قاعده‌ای مذبور اصولاً در روابط مابین متخصصین و مصرف کنندگان به کار گرفته شود، اما لازم نیست مجری این قاعده انحصاراً این نوع از روابط باشد. برای مثال ضمانت از عیوب مخفی، تقلب و مغشوش نمودن کالا و تبلیغ فریبکارانه در مبحث حاضر قابل مطالعه خواهد بود در حالی که متون قانونی مربوط به این مباحث، از جهت نظری، از موارد کاربرد عامی برخوردارند. اما وسعت دامنه مباحث اخیرالذکر مانع از درج آن در مجموعه قانون مصرف نمی‌گردد.

- از طرف دیگر محدود شدن به قواعدي که هدف آن حمایت از مصرف کننده است مشکل خواهد بود. در روابط ما بین متخصصین و مصرف کنندگان گاهی ممکن است قواعدي که با هدف حمایت از مصرف کنندگان وضع نشده اما از قابلیت تأثیری مثبت یا منفی نسبت به مصرف کنندگان برخوردارند اعمال گردد: برای مثال می‌توان به مباحث عیوب رضا، عدم اجرای قرارداد و صلاحیت قضایی اشاره نمود. مطمئناً این قواعد منحصراً مربوط به حقوق مصرف نمی‌باشد، اما به قدری با این رشتہ حقوقی ارتباطی تنگاتر داردند که در نوشته حاضر (و به منظور معرفی حقوق مصرف) مورد استناد قرار خواهد گرفت.

قواعد حقوق مصرف در معنی عام آن، علاوه بر آن دسته از قواعد که نسبت به اموال و خدمات ارائه شده به مصرف کنندگان اعمال می‌گردد، قواعد خاصی است که به منظور حمایت از مصرف کننده مال و یا خدماتی خاص همچون محصولات غذایی، دارویی، خودرو، مسکن، بیمه، سفرهای برنامه ریزی شده و غیره تنظیم گردیده‌اند. وجود

\*. رک. پانوشت ۹ - «متترجم».

قواعد خاص بی شمار مزبور موجب توسعه دامنه حقوق مصرف می گردد.\*

### ماهیت چندگانه حقوق مصرف

سالها تنها ملاک دسته بندی رشته های حقوقی، طبیعت قواعد راجع به آن بود؛ برای مثال می توان به رشته های حقوق مدنی، حقوق تجارت، حقوق جزا، قواعد راجع به آینین دادرسی و حقوق اداری اشاره نمود. در مقابل این تقسیم بندی کلاسیک، امروزه با توجه به کاربرد قواعد حقوقی تقسیم بندی دیگری مطرح شده است. بدون شک حقوق کار از اولین مثالهای این دسته بندی جدید به شمار می رود؛ حقوق رقابت، حقوق توزیع، حقوق محیط زیست و بالاخره حقوق مصرف نیز جزء همین دسته بندی کاربردی به حساب می آیند. این دسته بندی به موازات دسته بندی کلاسیک نبوده بلکه به نوعی عمود بر آن می باشد؛ به بیانی دیگر هر رشته ای رشته های دسته بندی جدید بر رشته های گوناگونی از دسته بندی کلاسیک منطبق می گردد. با این نگاه است که می توان از ماهیت چندگانه حقوق مصرف سخن به میان آورد.

### رشته های حقوقی مرتبط با حقوق مصرف چه رشته هایی هستند؟

۱. حقوق مدنی در این میان در رتبه اول جای دارد، چرا که روابط مابین متخصصین و مصرف کنندگان در اغلب موارد در چارچوب قراردادهای حقوق خصوصی قرار می گیرند. بعض از تئوریهای سامان یافته در حقوق مدنی، همچون ضمانت عیوب مخفی، تعهد به امنیت و یا تعهد به دادن اطلاعات اهمیت خاصی برای مصرف کنندگان داشته و در چارچوب حقوق مصرف داخل می شوند. بنابراین برخی از مقررات حقوق مصرف، خصوصاً آن دسته که مربوط به شروط تحمیلی بوده می توانند با حقوق مدنی مرتبط باشند.

۲. حقوق تجارت در این زمینه نقش محدودتری را ایفا می نماید، چرا که علی القاعده حقوق مصرف، صرفاً برای تجار وضع نشده بلکه قابل اعمال نسبت به تمامی متخصصین است. با این وجود، بعض از مقررات که نوعاً مربوط به تجار بوده نیز می توانند

\*. مطالعه این قواعد نیازمند بررسی تفصیلی هر یک به طور مستقل است، اما قواعد اصلی و خصوصاً مباحث مربوط به مسکن در کتابی که مقاله حاضر جزئی از آن می باشد مورد بررسی قرار گرفته اند - «ترجم».

از جمله مقررات این رشته حقوقی به حساب آیند، از این میان می توان به مقررات راجع به شیوه های تجارتی اشاره نمود.

۳. حقوق جزا، لااقل در نظام حقوقی فرانسه<sup>۱۴</sup> جایگاه خاصی را در حقوق مصرف به خود اختصاص داده است. بسیاری از تعهداتی که با هدف حمایت از مصرف کنندگان به متخصصین تحمیل شده همراه با ضمانهای اجرایی کیفری می باشند، برای مثال تقلب و مشوش نمودن کالا از جمله تخلفات دارای ضمان اجرای کیفری به حساب می آیند. این قبیل ضمانهای اجرایی در زمینه تبلیغ، بازاریابی و مسائل اعتباری نیز به چشم می خورند. ضمانهای اجرایی کیفری با کمک تهدیدهای جزایی نقشی بازدارنده را ایفا می نمایند. اما وجود این قبیل ضمانهای اجرایی در حقوق مصرف اعتراض متخصصین را به دنبال دارد. بدون شک (در زمینه حقوق مصرف) می توان از توسل بی وقهه به حقوق جزا اجتناب نمود؛<sup>۱۵</sup> اما وجود بعض ضمانهای اجرایی کیفری برای رعایت حرمت قانون، اجتناب ناپذیر به نظر می رسد مشروط بر آن که این قبیل ضمانهای اجرایی با منافعی که قانون از آن حمایت می نماید هماهنگ باشند.<sup>۱۶</sup>

۴. قواعد مربوط به آیین دادرسی مدنی و کیفری به نوبه خود در حقوق مصرف نقش خاصی را ایفا می نمایند. حمایت از مصرف کنندگان صرفاً از طریق قواعد ماهوی کافی نیست بلکه می بایست دستری ساده و سریع به مراجع قضایی را نیز برای ایشان پیش بینی نمود. در همین راستا است که مراحل دادرسی ساده تر نهادینه گردیده و انجمنهای مصرف کنندگان نیز حق اقدام در جهت حمایت از منافع جمعی مصرف کنندگان را پیدا نموده اند.

۵. حقوق اداری نیز به دو شکل مشارکت خود را در حقوق مصرف اعلام می نماید.

14. LUC BIHL, *Le droit pénal de la Consommation*, Nathan 1989. RENUCCI, *Droit pénal économique*, Masson, 1995.

15. M. Th. CALAIS-AULOY, "La dé penalisation du droit des affaires", D. 1988, Chron., 315.

۱۶. تناسب و هماهنگی جریمه تا آنجاست که نقض قانون مضرتر از رعایت آن جلوه داده شود؛ اما این قبیل مجازاتها کم و بیش در قیمت ها تأثیر خواهند گذاشت. مجازاتهای دیگری چون اعلام محکومیت نیز قابل اعمال است.

از طرفی کارگزاران اداری، خصوصاً نمایندگان DGCCRF<sup>۱۷</sup> وظیفه نظارت بر نحوه به کارگیری متون قانونی راجع به حمایت از مصرف کنندگان را به عهده داشته و از طرف دیگر بعض از سرویس‌های عمومی (پست، بیمارستانها) با مراجعین خود روابطی همانند روابط موجود مابین متخصصین و مصرف کنندگان را دارند.

تحلیل فوق این باور را تقویت می‌نماید که حقوق مصرف موضوعی است (که بدون برخورداری از اندیشه‌ای واحد) از اجزایی با ماهیت‌های گوناگون تشکیل یافته است. اما این نظر صحیح نیست؛ چرا که حقوق مصرف از اندیشه واحد «ضرورت حمایت از مصرف کنندگان در مقابل توان و برتری طرفهای اقتصادی آنها» الهام می‌گیرد. با این توجه می‌توان ملاحظه نمود که چگونه سدهایی که رشته‌های کلاسیک حقوقی را از یکدیگر جدا می‌سازند در این رشته حقوقی فرو ریخته شده‌اند.

از طرف دیگر به هیچ وجه نباید حقوق مصرف را همانند یک رشته مستقل از سایر رشته‌ها ملاحظه نمود چرا که قواعد عام حقوق مدنی، حقوق جزا، قواعد مربوط به آینندگان در این رشته‌ها قابل اعمالند. حقوق مصرف در چارچوب خاص خود تنها قواعد خاصی را که از تقسیمات کلاسیک فراترند به کار می‌گمارد.

### رشته‌های نزدیک به حقوق مصرف

اگر از چارچوب حقوق مصرف پا را فراتر گذاریم، خواهیم گفت که موضوعات گوناگونی با این رشته حقوقی مرتبط بوده و در بعض از موارد نیز با آن نقاط اشتراکی دارند. در این میان به عنوان اولین مورد می‌توان از حقوق رقابت یاد نمود.<sup>۱۸</sup> این رشته حقوقی ناظر بر روابط مابین شرکتها بوده و در نتیجه از جهت رتبه مقدم بر حقوق مصرف خواهد بود. اما در حدفاصل این دو رشته حقوقی مجموعه‌ای از قواعد مشترک، مانند

17. Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes. اداره کل رقابت، مصرف و مجازات تقلب (و تحلفات).

۱۸. در مورد ارتباط بین این دو رشته حقوقی مورد بحث رک. "Concurrence et Consommation", Ouvrage Collectif sous la direction d'Yves Serra et Jean Calais- Auloy, Dalloz 1994.

ممنوعیت به کارگیری روش‌های تجاری تحمیلی به چشم می‌خورد. به بیانی عام، اکثر قریب به اتفاق قواعد حقوق رقابت برای مصرف کنندگان دارای اثر بوده و از طرف دیگر قواعد حقوقی حاکم بر مصرف نیز متقابلاً بر مسأله رقابت تأثیر می‌گذارند. ارتباط مابین این دورشته حقوقی به حدی است که هر دو خواهند توانست بدون از دست دادن مشخصه‌های خود در مجموعه واحد مربوط به حقوق بازار و روابط تجاری و با حفظ جایگاه خود دسته بندی گردند.

یکی دیگر از رشته‌های حقوقی نزدیک به حقوق مصرف، حقوق توزیع است. مورد اخیر نیز از جهت رتبه مقدم بر حقوق مصرف می‌باشد، چرا که فعالیتهای موجود در حدّاصل تولید و مصرف در این رشته حقوقی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرند.

قواعد پیش‌بینی شده برای حمایت از مصرف کننده غالباً در مورد فعالیتهای صورت گرفته در زمینه توزیع اعمال می‌گردند؛ اما باید خاطرنشان ساخت که حقوق توزیع تفصیلی‌تر از حقوق مصرف بوده در حالی که حقوق مصرف به جای تفصیل بیشتر به نتیجه و پایان کار می‌اندیشد.

ارتباطات کاملاً متفاوتی مابین حقوق مصرف و حقوق محیط‌زیست برقرار می‌گردد. هر دو رشته از فلسفه واحدی نشأت می‌گیرند؛ در واقع این دورشته حقوقی نسبت به خطرات مجموعه‌ای که قبل از هر چیز به تولید می‌اندیشد و گاهی نیز منافع واقعی انسانها را از یاد می‌برد عکس العمل نشان می‌دهند.

یقیناً، از جهت محتوی، حقوق محیط‌زیست از حقوق مصرف تفکیک می‌شود؛ رشته اول برای حمایت از انسان در مقابل خدمات واردہ به زندگی طبیعی و محیط‌زیست او پیش‌بینی شده، اما رشته دوم انسانها را در مقابل قدرتهای اقتصادی شرکتهای ارائه‌کننده کالا و خدمات حمایت می‌نماید؛ ولی در هر حال بررسی مسائل با ملاحظه قواعد هر دو رشته حقوقی نیز ممکن است؛ برای مثال آلدگی آب در آن واحد می‌تواند یکی از موضوعات قابل بررسی در چارچوب حقوق محیط‌زیست و همچنین حقوق مصرف به حساب آید.



## مبانی حقوق مصرف

### پرسش

به چه منظوری قانون، مصرف کنندگان را مورد حمایت خود قرار می‌دهد؟ طرفداران حقوق مشبته در مقام پاسخ به این پرسش معتقدند: مصرف کنندگان، در نیمه دوم قرن بیستم، گروه فشار نسبتاً مقدری را برای حاکم نمودن قوانین مبتنی بر ایندیشه حمایت از مصرف کنندگان تشکیل داده‌اند. این پاسخ اگرچه نادرست نبوده اماً کافی به نظر نمی‌رسد. تأثیریزدیری قانونگذار از انجمنهای مصرف کنندگان واقعیت دارد اماً تشکیل انجمنها و گوش شنوای داشتن در مقابل حرفهای آنها احتمالاً به این علت بوده که پیشنهادات ایشان در واقع گویای نیازهای عمیق جامعه بوده است. با این توجه برای ارزیابی دقیقتر مسأله باید استدلالهای موافقان و مخالفان را مورد بحث و بررسی بیشتری قرار داد.

### موافق

به اعتقاد من حقوق مصرف بر سه پایه استوار است:  
الف. مصرف کنندگان به طور طبیعی در موضع ضعیف تری نسبت به متخصصین قرار دارند.

ب. وظیفه قانون حمایت از ضعیف در مقابل قوی است.  
ج. حقوق مدنی کلاسیک برای حمایت از مصرف کنندگان ناتوان شده است.  
با توجه به بررسی قبلی وجود عدم تعادل مابین متخصصین و مصرف کنندگان، به مدلل نمودن مطالب مطروحه در عناوین ب و ج خواهیم پرداخت.

\*. رک. پیشگفتار مترجم. همچنین رک. دکتر عباس قاسمی حامد، (مروری اجمالی بر نظریه تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد از دیدگاه حقوق فرانسه)، مقاله سابق الذکر، ص ۹۲ به بعد - «متترجم».

وظیفه قانون حمایت از ضعفا در مقابل اقویا است. اگر این تنها وظیفه قانون نباشد لاقل وظیفه اصلی آن محظوظ می شود. اگر گروهی قربانی همیشگی سوءاستفاده قدرتهای اقتصادی باشند زندگی اجتماعی مختل خواهد شد. با این توجه قانون در کنار اندیشه حمایت از ضعیف ترها جهت‌گیریهای خود را متمایل به سمت نظم بخشیدن و نهایتاً تشکیل جامعه ای آرام می نماید. با احترام از آرمانگرایی بیش از حد، می توان گفت که در مبحث حاضر مسأله قابلیت تأثیر قواعد حقوقی دوباره با اخلاق پیوند می خورد. ضرورت حمایت از کارمندان، کشاورزان، تجار و فروشنده‌گان خرد پا امری است که تقریباً مورد اتفاق همگان است. تمامی ادله موجهه ضرورتهای مذبور در ابواب اخیر الذکر به نفع اندیشه «ضرورت حمایت از مصرف کنندگان» قابل استناد است.

حقوق مدنی در شکل کلاسیک آن قادر به حمایت از مصرف کنندگان نیست. در قانون مدنی برای مقابله با بعضی از نابرابریهای قراردادی چاره‌جویی هایی شده است. از آن جمله می توان به نظریه عیوب رضا و نظریه ضمانت در عقد بیع اشاره نمود. اما این قبیل راه حلها عموماً در دسترس مصرف کنندگان قرار ندارند، چرا که بهره‌مندی از راه حلها مذبور متوقف است بر طرح شخصی دعاوی دارای این گونه ضمانت‌های اجرایی در مراجع ذی صلاح قضایی، البته پس از تشکیل قرارداد و غالباً پس از اجرای آن. آیا کسی که ظرف ماست فاسدی را خریداری می نماید برای احفاظ حق خود به ضمانت اجرای عیوب مخفی تمسک خواهد نمود؟

اگر مواضع سه گانه فوق الذکر را پیذیریم به این نتیجه خواهیم رسید که قانون‌گذار برای برقراری تعادل در روابط قراردادی فی‌ما بین متخصصین و مصرف کنندگان باید قواعدی مؤثرتر از قواعد موجود در قانون مدنی وضع نماید. مصرف پدیده‌ای است در مقیاس وسیع و انبو؛ فوایدی که در اکثر موارد اگر تک تک مورد بررسی قرار گیرند قابل توجه نمی باشند، در نگاهی جمعی و با احتساب پارامترهای زمان و مکان قابل ملاحظه خواهند بود. بنابراین قواعد جدید می بایست از ابعاد بازدارنده و جمعی برخوردار باشند در حالی که قواعد موجود در قانون مدنی از چنین ابعادی برخوردار نیستند. برای مثال جمع‌آوری کالاهای خطرناک قبل از فراهم آوردن موجبات خسارت و یا حذف شروط تحمیلی قبل از تشکیل قرارداد، از جمله امور قابل طرح در این رشته حقوقی است.

## مخالف

قواعد حقوق مصرف، خصوصاً آن دسته که از جنبه های بازدارنده و جمعی برخوردارند، متخصصین را در تنگنا قرار می دهند، چرا که دیگر اصل آزادی در امور تجاری و صنعتی برای ایشان قابل استناد نخواهد بود. تعدد افراطی این قواعد می تواند زیان آور باشد. گرفتار شدن حقوق در حصار متون قانونی متعددی که محتمل است یا به دست فراموشی سپرده شده و یا در فرض به کارگیری آن موجبات فلج شدن فعالیتهای اقتصادی را فراهم آورند امری مطلوب نیست.

علاوه بر آنچه که گذشت، القاء این احساس به مصرف کنندگان که قانون در هر شرایطی از ایشان حمایت خواهد نمود خطرناک بوده همچنان که ایجاد تفکر همیاری در تمامی شرایط، ایشان را ناتوان خواهد ساخت. حمایت بیش از حد نهایتاً خطرابقا و همیشگی نمودن موضع ضعیف تر مصرف کنندگان را به دنبال خواهد داشت.

این قبیل انتقادات مطروحه در مورد حقوق مصرف نباید دست کم گرفته شوند. به نظر می رسد برای ایجاد تعادل در روابط فی ما بین طرفهای اقتصادی، ایجاد تغییر در رفتار مصرف کنندگان مهمتر از افزایش قواعد حقوقی خواهد بود. حد الامکان خود مصرف کنندگان باید حامی منافع خود باشند و این چیزی جز دادن اطلاعات<sup>۱۹</sup> و آموزش به ایشان نیست.

اما ایجاد تحول و تغییر در رفتارها، در صورت امکان، امری نیست که یک روزه محقق گردد و این خود نیز در فرض تحقق تمامی مصرف کنندگان را از گزند انواع سوء استفاده ها در امان نخواهد داشت. بنابراین به نظر من انتقادات فوق الذکر برای نفی کارایی قواعد راجع به حمایت از مصرف کنندگان و غیرحقوقی شمردن اعمال مصرفی کافی نخواهد بود. خارج نمودن اعمال مصرفی از دایره شمول قواعد حقوقی موجب

۱۹. آموزش مصرف کنندگان از جهت نظری از سالها پیش در فرانسه الزامی بوده اما این امر هنوز کاملاً جامه عمل نپوشیده است. رک.

KREMER, "Des Caddies à l'école", Le Monde, 2 févr. 1993.

\*. برای آشنایی اجمالی به این نظریه در حقوق فرانسه رک. دکتر عباس قاسمی حامد، مروری اجمالی بر نظریه تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد از دیدگاه حقوق فرانسه، مجله کانون وکلا، ش ۱۰، ۱۳۷۵، ص ۸۴ به بعد - «متترجم».

می‌گردد تا مصرف کنندگان و خصوصاً ضعیف ترها این گروه بدون دفاع در مقابل قدرتهای اقتصادی رها گردند.

پاسخ نهایی به مسأله مبنای حقوق مصرف و اندیشه حمایتی این رشته حقوقی در مورد مصرف کنندگان، صرفاً الزام به رعایت حدودی خاص در وضع قواعد آن است بدین بیان که: قواعد راجع به حمایت از مصرف کنندگان از طرفی می‌بایست مؤثر بوده اما از طرف دیگر نباید نه بسیار متعدد باشند و نه بیش از حد مراحم و دست و پا گیر.



## روش‌های حقوق مصرف

### معرفی مبحث

قانونگذار برای برقراری تعادل در روابط مابین متخصصین و مصرف کنندگان روشهای گوناگونی را به کار می‌گیرد. روشهای به کار گرفته شده در شکل مجموعه‌های دوتایی مطرح می‌شوند. هر یک از این مجموعه‌های دوتایی، از جهت نظری، می‌تواند به عنوان جایگزینی پیشنهادی برای قانونگذار به حساب آید. اما در واقع بررسیهای تقنیّی نشان می‌دهند که در بیشتر کشورها مجموعه‌ای از این روشهای به کار گرفته می‌شوند.

## حقوق قوام یافته (Hard law) ، حقوق قوام نیافته (Soft law)

قسمت اعظم حقوق مصرف در بردارنده قوانینی امری است که با کمک ضمانت های اجرایی تعهداتی را به متخصصین تحمیل می نمایند. با این وجود حقوق مصرف حاوی قواعدی غیر الزامی نیز می باشد که رعایت آنها به متخصصین صرفاً توصیه

\*. «حقوق قوام نیافته» و یا «حقوق نرم»(soft law) که در مقابل «حقوق قوام یافته» و یا «حقوق سخت»(hard law) به کار گرفته شده از جمله مفاهیم حقوقی است که در مباحث حقوق بین الملل مطرح شده است. برای آشنایی بیشتر به منابع زیر مراجعه نمایید:

فارسی:

ملاحظات یکی از متخصصان حقوق اساسی درباره تحول منابع حقوق بین الملل، ژان فرانسوا اوبر، ترجمه دکتر سیدعلی هنجنی، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۸، پاییز- زمستان ۱۳۶۹، ص ۲۴۴ به بعد.

شكل گیری قواعد بین المللی در دنیای رو به تحول، تقد مفهوم «حقوق قوام نیافته»(soft law)، RYUICHI IDA، ترجمه دکتر اردشیر امیرارجمند، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۰-۱۹، بهار تا پاییز ۱۳۷۶، ص ۵۴۹.

انگلیسی:

D. J. HARRIS, Cases and materials on international law, Fifth edition, Sweet and Maxwell, 1998, p. 64.

I. SEIDL-HOHENVELDERN, International Economic law, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 42.

فرانسه:

برای آشنایی با کتابنامه فرانسوی رک. مقالات ترجمه شده به فارسی فوق الذکر خصوصاً پانویس ۳۵ در مقاله اول و پانویس ۱۰ در مقاله دوم.

برای آشنایی بیشتر با این مفهوم حقوقی، ذیلاً به نقل قسمتهایی از مقاله دوم فارسی سابق الذکر (ترجمه دکتر اردشیر امیرارجمند) خواهیم پرداخت:

«به نظر من رسید که صاحب نظران، بی آن که تعریفی واحد و مشترک از واژه «حقوق قوام نیافته» داشته باشند، آن را به صورتی متفاوت و مطابق با ذهنیت و تصور خود به کار بردند. آموزه های حقوقی قائل به وجود حداقل سه دسته «حقوق قوام نیافته» شده اند:

۱. در بین قواعد فراردادی، آنهایی که از اقل الزام برخوردارند بودند...:

۲. قطعنامه های سازمانهای بین المللی:

الف. متونی که گرچه قدرت الزام آور «کامل»(int oto) ندارند، ولی تنها مبین انتظارات و تنبیلات ساده نیز هستند...

ب. متونی که هنوز اعتبار قاعده حقوقی به معنی اخص را به دست نیاورده اند، اما در حال گذر از مرحله «واقعیت» به «قاعده حقوقی» می باشند...  
←

شده است. به جهت فقدان اصطلاح فرانسوی مناسب برای این دو دسته از قواعد، از همان اصطلاحات انگلیسی (حقوق قوانین یافته) soft law و (حقوق قوانین یافته) hard law کمک می‌گیرم.

کشورهای شمال اروپا برای (حقوق قوانین یافته) soft law وجه امتیازی در نظر دارند اما حقوق فرانسه آن را به عنوان جزء تکمیلی (حقوق قوانین یافته) hard law به حساب می‌آورد.<sup>۲۰</sup> در واقع فرانسوی‌ها به مؤثر بودن حقوقی که کاملاً (قوانین یافته) soft باشد اعتقاد چندانی ندارند.

## اطلاعات، حمایت

اطلاع‌رسانی به مصرف کنندگان بیانگر وجود اعتقاد به توانایی ایشان در دفاع از منافع خود می‌باشد. با این توجه قانون در این مورد صرفاً امکان دفاع را به مصرف کنندگان اعطا می‌نماید. اما حمایت از مصرف کنندگان در واقع پذیرش این معنی است که ایشان، حتی در فرضی که برخوردار از اطلاعات باشند، قربانی سوءاستفاده‌هایی خواهد بود که توان مقابله با آن را ندارند، بنابراین قانون سعی بر مقابله مستقیم با این قبیل سوءاستفاده‌ها را دارد. در مورد مصادیق روش اول می‌توان به «تعهد به دادن



بنابراین واژه «قوانین یافته» مشخص می‌سازد که قدرت الزام‌آور متن مربوط بیشتر از متون فاقد ارزش حقوقی و کمتر از متون دارای ارزش حقوقی کامل است» (ص ۵۵۲، ۵۵۱ مقاله فوق الذکر)، در واقع «نظریه حقوق قوانین یافته» با این اندیشه بنیادگرفت که قواعد حقوقی به درجات مختلف از قدرت الزام‌آور برخوردارند. اگر در یک طرف حقوقی را قرار دهیم که از قدرت الزام‌آور صد درصد برخوردار است و در طرف دیگر آنچه را قرار دهیم که حقوق نیست و در نتیجه کاملاً از قدرت الزام‌آور عاری است، در حد فاصل بین این دو، درجات مختلفی از قدرت الزام‌آور وجود خواهد داشت.

در این نگرش، قاعده حقوقی در تمامی فرایند تکوینیش مورد توجه قرار می‌گیرد، یعنی از اولین مرحله شکل‌گیری آن، از هنگامی که نطفه قاعده حقوقی بسته می‌شود، تا مرحله تحکیم آن یعنی مرحله‌ای که در آن ارزش حقوقی قاعده کاملاً ثبت می‌شود؛ این قاعده تحکیم یافته را «حقوق سخت» یا «قوانین یافته» و آنچه را مدون آن است «قوانین یافته» یا «حقوق نرم» می‌نامند. بدین ترتیب قاعده حقوقی «قوانین یافته» مرحله‌ای از فرایند شکل‌گیری قواعد حقوقی است» (ص ۵۵۶ مقاله فوق الذکر). «متترجم».

۲۰. از این گروه می‌توان به پیشنهادات کمیسیون شروط تحمیلی اشاره نمود. در این زمینه مراجعه نمایید OSMAN, RTD Civ., 1995, 509. به:

اطلاعات»<sup>\*</sup> و مسأله دادن «مهلت عکس العمل»<sup>\*\*</sup> اشاره نمود و راجع به مصاديق روش دوم می توان از باطل شمردن شروط تحمیلی<sup>\*</sup> یا مقررات راجع به محتوى قرارداد اشاره کرد. تا جایی که مطلع هستم برای انتخاب مابین دو روش فوق الذکر پیشنهادی مبتنی بر تحقیقات عمیق وجود ندارد. اصولاً در چه مواردی اطلاعات کافی خواهد بود؟ در چه مواردی حمایت لازم است؟ این مسأله می بایست با رعایت وضعیت مصرف کننده مربوطه و طبیعت سوء استفاده هایی که صورت پذیرفته است ملاحظه گردد. اما موضع گیری قانونگذار بیشتر بیانگر روشهای تجربی است تا روشهای مبتنی بر استدلال.

\*. رک. دکتر عباس قاسمی حامد، مروری اجمالی بر نظریه تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد از دیدگاه حقوق فرانسه، مجله کانون وکلا، ش. ۱۰، ۱۳۷۵، ص ۸۴ به بعد. «متترجم».

\*. مسأله «مهلت عکس العمل» (*Délais de réflexion*) به منظور ایجاد رضای سالم قراردادی پیش بینی شده و موجب می گردد که تعهدات مصرف کننده مبتنی بر محاسبه و سنجش و بر اساس اطلاعاتی که در ایجاد رضای قراردادی نقش مؤثیری دارند باشد. مهلت مزبور در واقع جزء مکمل اطلاعات مصرف کننده است.

قانونگذار فرانسوی با تنظیم ماده 134- L. قانون مصرف متخصصین را ملزم می نماید تا قبل از انعقاد قرارداد نسخه پیشنهادی خود را به مقاضی علاقمند تقدیم نمایند. الزام مزبور موجب می گردد تا مصرف کننده با مشخصات کالا و یا خدمات و متعهد آن، خدمات پس از فروش، شرایط اجرای قرارداد، قیمت گل، طرق پرداخت، امکان انصراف از انعقاد قرارداد و بسیاری دیگر از اطلاعاتی که در ایجاد رضای سالم قراردادی نقش مهمی ایفا می نمایند آشنا گردد. امتناع متخصصین از تکلیف مندرج در ماده فوق الذکر موجب اعمال ضمانت اجرایی جزایی در حق او خواهد بود رک.

Décret n°. 90- 493 du 15 juin 1990.

داشت زمان لازم برای نشان دادن عکس العمل (به نفع مصرف کننده) علاوه بر آن که در قبل از انعقاد قرارداد پیش بینی شده (رک. ماده 10- 312- L. قانون مصرف) بلکه در بعضی موارد حتی پس از قبول، مصرف کننده می تواند تا مدت معینی پاسخ منفی خود را به متخصصین تقدیم نماید. مثال بارز این نوع قراردادها ماده 25- 12- L. قانون مصرف است. در فرض مزبور از جهت تحلیلی، قرارداد پس از پایان مهلت دادن پاسخ منفی، به طور قطعی منعقد می گردد و این منافاتی با اصل لزوم در قراردادها نخواهد داشت. «متترجم».

\*. رک. پروفسور فیلیپ سیمل، ترجمه دکتر عباس قاسمی حامد، راه حل حقوق فرانسه در مقابله با شروط تحمیلی در قراردادها، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش. ۲۴- ۲۳- ۱۳۷۷. «متترجم».

## پیشگیری، جبران

دسته‌ای از مقررات در جهت پیشگیری از ورود خسارت به مصرف کنندگان وضع شده‌اند؛ همچون مقرراتی که ناظر به جمع آوری محصولات خطرناک از عرصه معاملات تجاری و بازار بوده و یا ناظر به حذف شروط تحمیلی در قراردادهای نمونه و مدل می‌باشند. مقررات دیگری نیز به منظور جبران آثار زیانهای واردہ تدوین شده‌اند؛ برای مثال در این گونه موارد می‌توان به مقررات راجع به مسؤولیت ناشی از کالا<sup>۱۰</sup> و یا بطلان شروط تحمیلی در قراردادهای منعقده اشاره نمود. تمسک نمودن به هر دو روش فوق الذکر امری غیرقابل اجتناب است. مطمئناً روش پیشگیری بر جبران ترجیح دارد اما این شیوه حلال تمامی مشکلات نخواهد بود. به همین جهت قانونگذار نمی‌تواند نسبت به قواعد جبرانی راجع به خسارات واردہ بی‌تفاوت باشد.

## روشهای فردی، روشهای جمعی

روشهای درمانی فردی از جمله روشهای کلاسیک حقوق خصوصی است: هر قرارداد پدیده‌ای مستقل و متمایز است و هر کس که حقی از او ضایع شده از حقوقی مختص به خود برخوردار است. حقوق مصرف همگام با شناسایی روشهای فردی به کار گرفته شده در حقوق خصوصی اقدام به تقویت آنان می‌نماید؛ برای مثال می‌توان به تدوین قواعد راجع به مسؤولیت ناشی از کالاهای<sup>۱۱</sup> و یا بهبود شرایط مسأله ضمانت عیوب مخفی اشاره نمود. اما مصرف پدیده‌ای است در مقیاس وسیع و انبوه، میلیونها مصرف کننده تحت تأثیر تبلیغات واحد، محصولاتی یکسان را ابیاع نموده و یا اسناد قراردادی یکسانی را امضا می‌نمایند. به همین جهت است که قوانین مدرن، روشهای حمایتی جمعی را پایه ریزی نموده‌اند. قواعد پیشگیری کننده عموماً از روحی جمعی برخوردارند: جلوگیری نمودن از منشاً بروز خسارت چیزی نیست جز حمایت از تمامی مصرف کنندگانی که محتمل است روزی قربانی آن گرددند. روشهای جمعی دیگری در شکل قواعد راجع به آیین دادرسی نیز وجود دارند: برای مثال در این مورد می‌توان به فعالیتهای مجاز انجمنهای مصرف کنندگان اشاره نمود.

21 . La responsabilité du fait des produits.

. ۲۲. رک. شماره قبل.

# اسناد بين الملل



# کنوانسیون بین المللی راجع به منع بمب گذاریهای تروریستی

مجمع عمومی؛

با عنایت به قطعنامه شماره ۴۹/۶۰ مورخ ۹ دسامبر ۱۹۹۴ که طی آن مجمع اعلامیه‌ای در خصوص «اقدامات جهت محو تروریسم بین المللی» صادر نمود و؛ با عنایت به قطعنامه شماره ۵۱/۲۱۰ مورخ ۱۰ دسامبر ۹۶ و با توجه به متن پیش‌نویس کنوانسیون منع بمب گذاری تروریستی تهیه شده توسط گروه کاری کمیته ششم و کمیته موقت، که به موجب قطعنامه ۵۱/۲۰ مورخ ۱۷ دسامبر تشکیل شده بود.

۱. کنوانسیون بین المللی راجع به منع بمب گذاریهای تروریستی که ضمیمه قطعنامه حاضر است را تصویب می‌نماید، و برآن است تا این کنوانسیون را در مقر سازمان ملل متحده در نیویورک، از ۱۲ ژانویه ۱۹۹۸ الی ۳۱ دسامبر ۱۹۹۹ برای امضای مفتوح نگه دارد.

۲. مصر آنکه از تمام کشورها می‌خواهد تا آن را امضا، تصویب، قبول یا تأیید نمایند یا به آن ملحق گردند.

هفتاد و دومین جلسه عمومی  
۱۰ دسامبر ۱۹۹۷

کنوانسیون بین المللی راجع به منع  
جب گذاریهای تروریستی

کشورهای عضو این کنوانسیون،

با عنایت به اهداف و اصول منشور ملل متحد در خصوص حفظ صلح و امنیت بین المللی و ارتقای سطح حسن همچواری و روابط دوستانه و همکاری بین کشورها؛  
با نگرانی عمیق از گسترش فراگیر اعمال تروریستی به هر شکل و صورتی؛  
با یادآوری اعلامیه صادره در جلسه برگزاری مراسم پنجمین سالگرد تأسیس سازمان ملل متحد در تاریخ ۲۴ اکتبر ۱۹۹۵؛

همچنین با عطف به اعلامیه صادره در خصوص «اقدامات جهت محظوظ تروریسم بین المللی» منضم به قطعنامه شماره ۶۰/۴۹ مورخ ۹ دسامبر ۱۹۹۴ مجمع عمومی که در بخشی از آن آمده است: «کشورهای عضو سازمان ملل متحد رسماً بر محکومیت بی‌قيد و شرط تمام اعمال، روشهای و اقدامات تروریستی به عنوان رفتارهایی جنایتکارانه و غیرقابل توجیه تأکید مجدد می‌نماید؛ در هر کجا و توسط هر کسی ارتکاب شود از جمله: اقداماتی که سبب به مخاطره افتادن روابط دوستانه بین کشورها و ملت‌ها گردد و تمامیت ارضی و امنیت کشورها را مورد تهدید قرار دهد»؛

با توجه به این که اعلامیه فوق کشورها را تشویق می‌نماید تا، «سریعاً دائمه مقررات حقوقی بین المللی موجود را در خصوص جلوگیری، مهار و محظوظ تروریسم در تمامی اشکال و جنبه‌های آن با هدف تضمین وجود چارچوب قانونی جامع که تمام جوانب این مسئله را تحت پوشش قرار دهد، مورد بازنگری قرار دهند»؛

با عطف به قطعنامه شماره ۵۱/۲۱۰ مجمع عمومی مورخ ۱۷ دسامبر ۱۹۹۶ و اعلامیه متمم و نیز اعلامیه سال ۱۹۹۴ راجع به اقدامات جهت محظوظ تروریسم بین المللی که بدان پیوست است؛

با التفات به این که حملات تروریستی از طریق وسایل انفجاری و سایر ابزارهای کشنده به طور فزاینده‌ای فراگیر شده است؛ و نیز با توجه به این که در حال حاضر مقررات حقوقی چند جانبه موجود به نحو کافی این حملات را تحت پوشش قرار نمی‌دهد؛ و با حصول به این اعتقاد که نیاز مبرمی به ارتقای همکاری بین المللی بین کشورها در تنظیم و اتخاذ اقدامات مؤثر و عملی به منظور پیشگیری از این گونه اعمال تروریستی و تعقیب و مجازات عاملین آن وجود دارد؛ با بذل عنایت به این که رویداد چنین اعمالی سبب نگرانی عمیق کل جامعه بین المللی را فراهم آورده است؛

با یادآوری این که فعالیتهای نیروهای نظامی کشورها تابع قواعد حقوق بین الملل خارج از چارچوب این کنوانسیون بوده و این که مستثنی کردن اعمالی خاص از دامنه شمول این کنوانسیون موجب پوششی کردن یا مشروع و قانونی نمودن این افعال غیرقانونی نشده و یا مانع تعقیب قانونی آن اعمال بر اساس قوانین دیگر، نخواهد شد؛

به شرح ذیل توافق نمودند:

## ۱ ماده

به لحاظ این کنوانسیون،

۱. «تسهیلات متعلق به دولت یا کشور»؛ هر گونه امکانات یا وسایل دائمی یا مؤقت که مورد استفاده یا تحت اختیار نمایندگان یک کشور، اعضای دولت، قوه مقننه یا قضاییه قرار دارد یا آن که توسط کارکنان یک دولت یا هر یک از مقامات دولتی یا نهادهای عمومی دیگر و یا کارکنان و یا مقامات رسمی یک سازمان درون دولتی، در ارتباط با وظایف رسمی آنها مورد استفاده قرار گیرد یا در اختیار آنها باشد، را شامل می‌گردد.
۲. «امکانات زیربنایی»؛ هر گونه امکانات عمومی یا خصوصی که در جهت تهیه یا توزیع خدمات برای منافع عامه مانند آب، فاضلاب، انرژی، سوت و یا ارتباطات باشد را شامل می‌گردد.
۳. «مواد منفجره دیگر یا ابزار انفجاری مهلک»؛ اطلاق می‌شود به:

**الف. سلاح یا ابزاری افجعی یا آتش زا که به منظور کشتن یا وارد ساختن جراحت**

جدی جسمانی یا خسارات عمدۀ مالی، طراحی شده یا دارای چنین قابلیتی باشد.

**ب. سلاح یا ابزاری که به منظور کشتن، ورود جراحت جدی جسمانی یا خسارات**

عدمۀ مالی از طریق آزاد کردن، انتشار یا تراکم مواد شیمیایی سمی، عوامل بیولوژیکی یا

سموم یا مواد مشابه یا پرتوفافکنی و یا مواد رادیواکتیویته طراحی شده و یا چنین قابلیتی

داشته باشد.

**۴. «نیروهای نظامی کشور»؛ به نیروهای مسلح یک کشور که تحت قوانین داخلی**

کشور در جهت هدف اصلی دفاع امنیت ملی سازماندهی شده، تحت آموزش قرار گرفته و

تجهیز شده باشند و افرادی که به منظور پشتیبانی از این نیروهای مسلح تحت امر، کنترل و

مسئولیت رسمی آنها هستند، اطلاق می شود.

**۵. «اماکن عامه»؛ یعنی بخشهایی از یک ساختمان، زمین، خیابان، آبراه یا هر**

محل دیگری که، خواه به صورت مداول، متناول یا موردی که برای عموم قابل دسترس یا

باز باشد، و مرکز هر گونه فعالیت مالی، تجاری، فرهنگی، تاریخی، آموزشی، مذهبی،

دولتی، تفریحی و سرگرمی باشد و یا اماکن مشابهی که قابل دسترس عموم بوده و یا برای

استفاده آنها باز باشد.

**۶. «سیستم حمل و نقل عمومی»؛ یعنی کلیه امکانات، وسایل و تجهیزات عمومی**

یا خصوصی که برای دسترسی عموم یا به طور مستقیم به خدمات حمل و نقل اشخاص یا بار

می پردازد یا در جهت آن به کار گرفته می شود.

## ۲ ماده

**۱. یک شخص مرتكب یکی از جرایم مندرج در مفاد این کنوانسیون می گردد، اگر**

او به طور غیرقانونی و از روی عمد ماده منجره یا دیگر مواد مرگبار را در داخل، یا مقابله

اماکن عام المنفعه، وسایل دولتی یا ملی، وسیله حمل و نقل عمومی یا وسایل زیربنایی،

(به قصد اهداف زیر) تحويل، مستقر، مسلح یا منفجر نماید:

**الف. به قصد کشتن یا ایجاد جراحت شدید جسمانی؛ و یا**

**ب. به قصد تخریب گسترده اماکن، امکانات یا وسایل ذکر شده، جایی که این**

تخریب، تحقیقاً یا احتمالاً منجر به ورود خسارت عمدۀ اقتصادی گردد.

۲. همچنین یک شخص مرتکب جرمی می شود، اگر او تلاش کند تا یکی از جرایم مندرج در پاراگراف اول این ماده را مرتکب شود،

۳. همچنین یک شخص مرتکب جرمی می شود، اگر او:

الف. به عنوان معاون در ارتکاب یکی از جرایم مذکور در بند ۱ یا ۲ این ماده

مشارکت کند؛ یا

ب. با سازماندهی یا هدایت افراد دیگر آنان را به ارتکاب جرایم مذکور در بند ۱

یا ۲ این ماده سوق دهد؛ یا

ج. به هر طریق دیگری در ارتکاب یک یا چند مورد از جرایم مذکور در بند ۱ یا ۲

این ماده با گروهی از افراد که با هدف مشترکی فعالیت می کنند مشارکت نماید؛ و چنین مشارکتی عمدى قلمداد خواهد شد، خواه آن جرم یا جرایم مزبور را با هدف گسترش فعالیت مجرمانه عمومی، خواه در راستای هدف گروهی خاص و یا با علم به قصد آن گروه

مرتکب شود.

### ۳ ماده

این کنوانسیون شامل مواردی که جرم درون یک کشور روی می دهد نخواهد شد و این در صورتی است که مجرم ادعایی و قربانیان جرم اتباع یک کشور هستند، و آن مجرم ادعایی در قلمرو سرزمینی یک کشور دیگر یافت می شود، که در این حالت و طبق بند ۱ یا ۲ ماده ۶ این کنوانسیون هیچ کشوری، توجیهی مبنی بر اعمال صلاحیت خود، به استثنای مقررات مواد ۱۰ الی ۱۵ که، بنا بر اقتضاء در آن موارد اعمال می شود، نخواهد داشت.

### ۴ ماده

در صورت ضرورت هر یک از کشورهای عضو اقدامات ذیل را اتخاذ خواهد کرد:

الف. جرایم مذکور در ماده ۲ این کنوانسیون را به عنوان جرایم کیفری تحت حقوق

داخلی خود درج می کنند؛

ب. جرایم مذکور را با وضع مجازاتهای مناسب، و التفات به ماهیت خطرناک آنها، قابل مجازات می کنند.

## مادة ٥

هر یک از کشورهای عضو در صورت ضرورت چنین اقداماتی را از قبیل وضع قانون داخلی در حالت مقتضی، اتخاذ خواهد نمود؛ به منظور آن که اطمینان حاصل شود اعمال مجرمانه مندرج در قلمرو این کوانسیون، به ویژه در مواردی که آن جرایم به صورت عمده یا حساب شده در جهت ایجاد جویی از وحشت در جامعه یا در گروهی از اشخاص یا افراد خاصی باشد، ارتکاب شود، تحت هیچ شرایطی قابل گذشت از طریق ملاحظات سیاسی، فلسفی، ایدئولوژیکی، تزادی، قومی، مذهبی یا گونه های مشابه دیگر نبوده و بایستی به کیفرهای مناسب با ماهیت خطرناک این جرایم مجازات شوند.

## مادة ٦

۱. هر یک از کشورهای عضو به هنگام ضرورت در صورتی اقداماتی را در جهت اعمال صلاحیت خود بر جرایم مندرج در ماده ۲ اتخاذ خواهد نمود که:

الف. جرم ارتکابی در داخل سرزمین آن کشور روی داده باشد؛

ب. جرم ارتکابی بر روی عرشه کشته که پرچم آن کشور را حمل می کند یا در هوای پیمایی که در زمان ارتکاب جرم یا تحت قوانین آن کشور ثبت شده است، روی داده باشد؛ یا

ج. جرم توسط یکی از اتباع آن کشور ارتکاب یافته باشد.

۲. هر یک از کشورهای عضو نیز در صورتی می توانند در مورد چنین جرایمی اعمال صلاحیت نمایند که:

الف. جرم ارتکابی بر علیه یکی از اتباع آن کشور صورت یافته باشد؛

ب. جرم علیه یکی از اماکن دولتی یا مربوط به آن کشور در خارج، مانند سفارتخانه یا اماکن دیپلماتیک یا کنسولی آن کشور ارتکاب یافته باشد؛

ج. جرم توسط فردی بدون تابعیت که اقامتگاه عادی او در سرزمین آن کشور است،

ارتكاب یافته باشد:

د. جرم ارتکابی در نتیجه تلاش برای اجبار آن کشور به انجام یا عدم انجام امری صورت یافته باشد؛

ه. جرم در هواپیمایی که تحت نظر دولت آن کشور هدایت می‌گردد ارتکاب یافته باشد.

۳. هر یک از کشورهای عضو متعاقب تصویب، پذیرش، تأیید یا الحاق به این کنوانسیون باید دیرکل سازمان ملل متعدد را از مواردی که طبق بند ۲ این ماده بر اساس حقوق داخلی خود صالح دانسته است، مطلع سازد. کشور عضو موظف است در صورت بروز هر تغییری بلافاصله دیرکل را مطلع سازد.

۴. همچنین هر یک از کشورهای عضو در صورت لزوم اقداماتی نیز در جهت اعمال صلاحیت بر جرایم مندرج در ماده ۲ اتخاذ خواهد نمود و این امر در مواردی است که متهم در سرزمین آن کشور باشد و کشور مورد نظر از تسليم او به هر یک از کشورهای عضوی که صلاحیت خویش را بر طبق بند ۱ یا ۲ این ماده پذیرفتند، خودداری نماید.

۵. این کنوانسیون حق اعمال هر گونه صلاحیت کیفری را که یک کشور عضو بر اساس قوانین داخلی خود می‌پذیرد، نادیده نمی‌گیرد.

## ۷ ماده

۱. متعاقب دریافت اطلاعات در خصوص وجود فرد مجرم و یا متهم به ارتکاب یکی از جرایم مندرج در ماده ۲ در سرزمین خود، کشور عضو مورد نظر بر اساس قوانین داخلی خود اقدامات ضروری را برای تحقیق در خصوص وقایع مندرج در اطلاعات واصله اتخاذ خواهد کرد.

۲. پس از احراز وضعیت خطرناک، کشور عضوی که مجرم یا متهم در سرزمین آن وجود دارد، بر اساس قوانین داخلی خود اقدامات متناسبی را در جهت حصول اطمینان نسبت به موجودیت آن شخص به منظور تعقیب یا استرداد وی اتخاذ می‌نماید.

۳. هر فرد که در ارتباط با وی اقدامات مندرج در بند ۲ این ماده صورت پذیرد استحقاق موارد زیر را خواهد داشت:

الف. بدون تأخیر با نزدیکترین نمایندگی مربوطه کشوری که شخص تابعیت آن را

دارد یا به هر عنوان حافظ حقوق وی می باشد و یا در صورتی که فرد قادر تابعیت کشوری باشد، کشور آن سرزمینی که او عادتاً در آنجا اقامت دارد، ارتباط حاصل نماید؛

ب. با نماینده ای از آن کشور ملاقات نماید؛

ج. از حقوق خود مندرج در بند الف و ب آگاه گردد.

۴. حقوق مندرج در بند ۳ این ماده باید مطابق با قوانین و مقررات داخلی کشوری که مجرم یا متهم در آن وجود دارد اعمال گردد، مشروط به این که قوانین و مقررات مذکور قابلیت تأثیر کامل در جهت اهداف حقوق ناشی از بند ۳ را داشته باشد.

۵. مقررات بندهای ۳ و ۴ ماده حاضر، در خصوص حق هر کشور عضوی که مدعی است بر اساس بند ۱ (ج) یا ۲ (ج) ماده ۶ صلاحیت دارد تا از کمیته بین المللی صلیب سرخ برای ایجاد ارتباط و ملاقات با فرد متهم دعوت به عمل آورد، باید بدون هیچ گونه تعقیب و پیش داوری اعمال گردد.

۶. زمانی که یک کشور عضو فردی را بر اساس این ماده بازداشت می نماید، موظف است سریعاً به طور مستقیم یا از طریق دبیرکل سازمان ملل متحد، تمام کشورهای عضو را که مطابق بند ۱ و ماده ۶ دارای صلاحیت هستند، و در صورت مصلحت هر یک از کشورهای ذی نفع دیگر را نسبت به دستگیری آن شخص و اوضاع و احوال حاکم بر جیس او، مطلع سازد. کشوری که تحقیقات موضوع بند ۱ ماده حاضر را انجام می دهد باید بلافاصله اعضای مذکور را از یافته های خود مطلع ساخته و آنها را از تصمیم خود مبنی بر اعمال صلاحیت آگاه نماید.

## ماده ۸

۱. چنانچه کشور عضوی که متهم در سرزمین آن وجود دارد، آن فرد را، در مواردی که ماده ۶ اعمال می شود، مسترد ننماید، ملزم خواهد بود که موضوع را بی درنگ و بدون هیچ استثنایی، و با قطع نظر از این که آیا جرم در قلمرو آن کشور ارتکاب یافته یا نه، جهت تعقیب و انجام کامل مراحل دادرسی طبق قوانین داخلی آن کشور به مراجع صلاحیتدار ارجاع نماید. مقامات صالحه باید بر اساس همان شیوه ای که در صورت ارتکاب هر جرم دیگر با همان درجه از اهمیت تحت قوانین آن کشور اتخاذ می کردند، تصمیم گیری نمایند.
۲. هر گاه یک کشور عضو بر اساس قوانین داخلی خود مجاز به تسليم یا به هر

صورتی تحویل یکی از اتباع خود تنها در تحت شرایطی باشد که آن شخص برای تحمل مجازات ناشی از محاکمه یا دادرسی که طی آن درخواست استرداد یا تحویل وی شده است، به آن کشور برگردانده شود، و چنانچه دولت مذکور و دولت خواهان استرداد، با این شرط و سایر شروط در صورت مقتضی موافقت نمایند، این چنین استرداد یا تحویل تبعه، برای ایفای تعهد مندرج در بند ۱ ماده حاضر کفایت خواهد نمود.

## ۹ ماده

۱. پیش از لازم الاجرا شدن این کنوانسیون، جرایم مذکور در ماده ۲ به عنوان جرایمی قابل استرداد، در هر یک از معاهدات استرداد مجرمین موجود بین کشورهای عضو، درج خواهد شد. کشورهای عضو مکلف هستند تا چنین جرایمی را به عنوان جرایم قابل استرداد در هر معاهده استرداد مجرمینی که متعاقباً بین آنان امضا خواهد شد، درج نمایند.
۲. هنگامی که کشور عضوی که استرداد مجرمین را مشروط به وجود معاهده ای می داند، با تقاضای استرداد مجرمین از کشور دیگری که دارای معاهده استرداد مجرمین با آن کشور نیست مواجه شود، کشور عضو تقاضا شونده در صورت تمایل می تواند این کنوانسیون را به عنوان اساس حقوقی استرداد مجرمین در ارتباط با جرایم مندرج در ماده ۲ تلقی نماید. استرداد مجرمین باید مطابق با سایر شرایط مقرر طبق قوانین کشور مورد تقاضا صورت گیرد.
۳. کشورهای عضو که استرداد مجرمین را مشروط به وجود معاهده ننموده اند، جرایم مذکور در ماده ۲ را بین خود، مطابق با شرایط مقرر طبق حقوق کشور مورد تقاضا، به عنوان جرایم قابل استرداد به رسمیت می شناسند.
۴. در راستای اهداف استرداد مجرمین بین کشورهای عضو، جرایم مندرج در ماده ۲، عندالالزوم به عنوان جرایمی تلقی خواهند شد که نه تنها در محل وقوع بلکه همچنین در سرزمین کشورهایی که صلاحیت خود را مطابق بند ۱ و ۲ ماده ۶ مسجل می دانند، ارتکاب شده باشند.
۵. مقررات کلیه معاهدات استرداد مجرمین و ترتیبات منعقده بین کشورهای عضو در ارتباط با جرایم مندرج در ماده ۲ بین کشورهای عضو تا آن مقداری که با این کنوانسیون مغایرت داشته باشند، اصلاح شده فرض خواهند شد.

## ۱۰ ماده

۱. در خصوص جرایم مندرج در ماده ۲ کشورهای عضو در حد وسیعی با همدیگر در ارتباط با مراحل تحقیق، یا رسیدگیهای کیفری یا استرداد، از جمله معاضدت در جمع آوری دلایلی که در دسترس آنان بوده و برای رسیدگیها ضروری می‌باشد، مساعدت خواهد نمود.

۲. کشورهای عضو باید تعهدات خود، مقرر در بند ۱ ماده حاضر را، مطابق با هر معاهده یا ترتیبات دیگری در خصوص معاضدت حقوقی دو جانبی ای که بین آنها ممکن است وجود داشته باشد ایفا نمایند، در صورت فقدان چنین معاهدات یا ترتیباتی، کشورهای عضو طبق قوانین داخلی خود با یکدیگر همکاری خواهد نمود.

## ۱۱ ماده

هیچ یک از جرایم مندرج در ماده ۲ در راستای اهداف استرداد مجرمین یا معاضدت حقوقی دو جانبی، به عنوان جرمی سیاسی یا جرمی مرتبط با یک جرم سیاسی یا جرمی با انگیزه‌های سیاسی تلقنی نمی‌گردد. بر این اساس، تقاضای استرداد یا معاضدت حقوقی دو جانبی در خصوص چنین جرمی، نباید به صرف این که آن جرم، جرمی سیاسی یا جرمی در ارتباط با یک جرم سیاسی یا جرمی با انگیزه‌های سیاسی است، پذیرفته نشود.

## ۱۲ ماده

هیچ یک از مفاد این کنوانسیون، تعهدی را بر کشور عضو در خصوص استرداد مجرمین یا معاضدت حقوقی دو جانبی، در جایی که کشور عضو تقاضا شونده بنا بر دلایل اساسی بر این باور باشد که، درخواست استرداد نسبت به جرایم مندرج در ماده ۲ یا درخواست معاضدت حقوقی دو جانبی نسبت به آن جرایم، به منظور تعقیب یا مجازات فردی به دلیل نژاد، مذهب، تابعیت، منشأ قومی یا عقیده سیاسی صورت پذیرفته است، یا آن که قبول چنین درخواستی موقعیت آن شخص را به خاطر این دلایل به مخاطره می‌اندازد، تحمیل نخواهد کرد.

## ۱۳ ماده

۱. فردی که در بازداشت به سر می برد و یا در حال گذراندن محاکومیت خود در سرزمین یک کشور عضوی باشد و حضور وی در یک کشور عضو دیگر جهت ادای شهادت، تعیین هویت یا هر نوع دیگر همکاری جهت یافتن مدارک برای تحقیق یا تعقیب جرایم مندرج در این کنوانسیون مورد درخواست باشد، ممکن است تحت شرایط ذیل به آن کشور منتقل شود:

الف. فرد مذکور آزادانه رضایت خود را اعلام نماید;

ب. مقامات صلاحیتدار هر دو کشور، بر اساس آن شرایطی که مناسب می دانند، موافقت نمایند.

۲. با عنایت به اهداف این ماده:

الف. کشوری که شخص به آن جا منتقل می گردد صلاحیت و مسؤولیت دارد که فرد منتقل شده را در توقیف خویش قرار دهد، مگر آن که کشوری که شخص از آن منتقل شده است غیر آن را مطالبه کرده یا به گونه دیگری اجازه داده باشد؛

ب. کشوری که فرد به آن منتقل می گردد، موظف است طبق توافق قبلی و یا به هر صورت دیگری که مورد موافقت مقامات صلاحیتدار هر دو کشور قرار گرفته است، بی درنگ به تعهد خود مبنی بر بازگرداندن شخص بازداشت شده، عمل نماید.

ج. کشوری که شخص به آن منتقل می گردد نبایستی کشور انتقال دهنده را ملزم به آغاز مرآحل استرداد جهت بازگرداندن آن شخص نماید.

د. شخص منتقل شونده بابت مقدار زمانی که در کشور انتقال دهنده در بازداشت بوده، گواهی دال بر طی آن مدت جهت محاسبه مدت زمانی که در بازداشت کشور انتقال گیرنده قرار می گیرد، دریافت خواهد کرد.

۳. به جز در مواردی که کشور عضوی که یک فرد طبق مفاد ماده حاضر به آن منتقل می شود، توافق نموده باشد، نمی توان شخص مورد نظر را با هر تابعیتی که دارد، به واسطه اعمال یا محاکومیتهای زمان پیش از ترک کشور انتقال دهنده، مورد تعقیب کیفری یا بازداشت قرار داد یا هر گونه محدودیتی در آزادی وی ایجاد نمود.

## ۱۴ ماده

هر فرد که به موجب این کنوانسیون تحت بازداشت قرار می‌گیرد یا نسبت به وی اقدامات دیگری اعمال می‌شود و یا در جریان مراحل دادرسی قرار می‌گیرد باید از ضمانتِ اعمال رفتار عادلانه از جمله بهره‌مندی از کلیه حقوق و تضمینات منطبق با قوانین دولتی که در آن به سر می‌برد و مقررات حقوق بین‌الملل مانند حقوق بین‌الملل راجع به حقوق بشر، برخوردار گردد.

## ۱۵ ماده

کشورهای عضو در جلوگیری از جرایم مندرج در ماده ۲، به ویژه در موارد زیر همکاری خواهند نمود:

الف. در صورت لزوم از طریق اتخاذ همه گونه اقدامات عملی از قبیل قانونگذاری داخلی خود به منظور جلوگیری و مبارزه با ارتکاب جرایم در سرزمین خود جهت آن جرایمی که در داخل یا خارج از کشورشان ارتکاب می‌یابد و نیز از قبیل اقدامات بازدارنده در سرزمین خود برای فعالیتهای غیرقانونی افراد، گروهها و سازمانهایی که به تشویق، ترغیب، سازماندهی و حمایت مالی از روی علم یا اقدام در شروع به ارتکاب جرایم مندرج در ماده ۲ می‌پردازنند.

ب. از طریق مبادله اطلاعات دقیق و موثق مطابق با قوانین داخلی کشور و هماهنگی اداری و سایر اقدامات مناسب برای جلوگیری از ارتکاب جرایم مندرج در ماده ۲.

ج. در صورت اقتضاء از طریق انجام تحقیق و توسعه شیوه‌های کشف مواد منفجره و سایر مواد خطرناکی که منجر به مرگ یا صدمات جسمانی می‌گردند؛ انجام مشاوره‌هایی برای توسعه استانداردهای نشانه‌گذاری مواد منفجره به منظور تشخیص منشأ آنها به عنوان تحقیقات پس از انفجار، مبادله اطلاعات در مورد اقدامات پیشگیرانه، همکاری و انتقال فن‌آوری، تجهیزات و مواد مربوطه.

## ۱۶ ماده

کشور عضوی که مجرم ادعایی (متهم) در آن تحت تعقیب قرار گرفته است بر اساس قوانین داخلی خود یا آیین دادرسی قابل اعمال، نتیجهٔ نهایی محاکمات را به اطلاع دیرکل سازمان ملل متحد خواهد رساند و دیرکل نیز سایر کشورهای عضو را مطلع خواهد نمود.

## ۱۷ ماده

کشورهای عضو به تعهدات خود طبق این کنوانسیون مطابق با اصول تساوی دولتها و تمامیت ارضی کشورها و عدم مداخله در امور داخلی کشورهای دیگر عمل خواهند نمود.

## ۱۸ ماده

هیچ مقرره‌ای در این کنوانسیون به یک کشور عضو حق نمی‌دهد تا در قلمرو سرزمین کشور عضو دیگری، مبادرت به اعمال صلاحیت و انجام وظایفی نماید که طبق قوانین داخلی آن کشور عضو انحصاراً برای مقامات آن کشور خود حفظ شده است.

## ۱۹ ماده

۱. مفاد این کنوانسیون هیچ گونه تأثیری بر حقوق، تعهدات و مسؤولیتهای دیگر کشورها و اشخاص بر اساس حقوق بین الملل، به ویژه اهداف و اصول منشور ملل متحد و حقوق بشر دوستانه بین المللی نخواهد داشت.

۲. این کنوانسیون بر فعالیتهای نیروهای مسلح در طول درگیری نظامی مستفاد از حقوق بشر دوستانه بین المللی که آن قوانین بر آنها حاکم است، و نیز بر فعالیتهای انجام یافته توسط نیروهای نظامی یک کشور در اجرای وظایف رسمی آنان تا بدان حد که تحت قوانین حقوق بین الملل می‌باشد، حاکم نیست.

## ۲۰ ماده

۱. هر نوع اختلاف بین دو یا چند کشور عضو در خصوص تفسیر یا اعمال این کنوانسیون که قابل حل از طریق مذاکره در مدت زمانی معقولی نباشد، بنا به درخواست یکی از آن کشورهای عضو به داوری ارجاع خواهد شد. چنانچه در فاصله ۶ ماه از تاریخ درخواست داوری طرفین نتوانند در مورد چگونگی ساختار داوری توافق نمایند هر یک از طرفین مطابق با اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری می توانند اختلاف را طی درخواستی به این دیوان ارجاع نمایند.

۲. هر کشور ممکن است عدم تعهد خود به بند ۱ این ماده را در زمان امضا، تصویب، پذیرش، تأیید، یا الحاق به این کنوانسیون اعلام نماید. سایر کشورهای عضو نیز در ارتباط با هر کشور دیگری که چنین حق شرطی را بر اساس بند ۱ برای خود محفوظ داشته است، تعهدی نخواهند داشت.

۳. هر کشور که شرطی را طبق بند ۲ این ماده برای خود محفوظ داشته است در هر زمان که بخواهد می تواند طی یادداشتی به دیبرکل سازمان ملل متحده انصراف خود را از آن شرط اعلام نماید.

## ۲۱ ماده

۱. این کنوانسیون برای امضاء کلیه کشورها از تاریخ ۱۲ ژانویه ۱۹۹۸ لغایت ۳۱ دسامبر ۱۹۹۹ در مقر سازمان ملل متحده در نیویورک مفتوح خواهد بود.

۲. این کنوانسیون منوط به تصویب، پذیرش یا تأیید می باشد. اسناد تصویب، پذیرش یا تأیید باید نزد دیبرکل سازمان ملل متحده تودیع گردد.

۳. این کنوانسیون برای الحاق کلیه کشورها مفتوح خواهد بود؛ اسناد الحاق نزد دیبرکل سازمان ملل متحده تودیع می گردد.

## ۲۲ ماده

۱. این کنوانسیون در سی امین روز از تاریخ تدویع بیست و دومین سند تصویب، پذیرش، تأیید یا الحق نزد دیرکل سازمان ملل متحد، لازم الاجرا می‌گردد.
۲. این کنوانسیون برای هر کشوری که تصویب، پذیرش، تأیید یا الحق آن به کنوانسیون پس از تدویع بیست و دومین سند تصویب، پذیرش، تأیید یا الحق باشد، از سی امین روز پس از تدویع سند تصویب، پذیرش، تأیید یا الحق توسط آن کشور، لازم الاجرا خواهد شد.

## ۲۳ ماده

۱. هر یک از کشورهای عضوی تواند طی یادداشت مکتوبی به دیرکل سازمان ملل متحد ابطال این اعلامیه را نسبت به خود اعلام دارد.
۲. چنین ابطالی یک سال پس از تاریخ دریافت یادداشت توسط دیرکل سازمان ملل متحد مؤثر خواهد بود.

## ۲۴ ماده

نسخه اصلی این کنوانسیون که به زبانهای عربی، چینی، انگلیسی، فرانسه، روسی و اسپانیایی می‌باشد دارای اعتبار یکسان بوده و نزد دیرکل سازمان ملل متحد تدویع می‌گردد. تا نسبت به ارسال نسخ تأیید شده مربوطه به تمام کشورها اقدام نماید. با تصدیق مراتب فوق - امضا کنندگان زیر که از طرف دولتهای متبع خود مجاز شناخته شده‌اند، این کنوانسیون را که برای امضا در مقر سازمان ملل متحد در نیویورک مفتوح می‌باشد، در تاریخ ۱۲ ژانویه ۱۹۹۸ امضا نموده‌اند.



The instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Secretary- General of the United Nations.

**3.** This Convention shall be open to accession by any State. The instruments of accession shall be deposited with the Secretary- General of the United Nations.

#### **Article 22:**

**1.** This Convention shall enter into force on the thirtieth day following the date of the deposit of the twenty- second instrument of ratification, acceptance approval or accession with the Secretary- General of the United Nations.

**2.** For each State ratifying, accepting, approving or acceding to the Convention after the deposit of the twenty- second instrument of ratification, acceptance, approval or accession, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after deposit by such State of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession

#### **Article 23:**

**1.** Any State Party may denounce this Convention by written notification to the Secretary- General of the United Nations.

**2.** Denunciation shall take effect one year following the date on which notification is received by the Secretary- General of the United Nations.

#### **Article 24:**

The original of this Convention, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts ar equally authentic, shall be deposited with the Secretary- General of the United Nations, who shall send certified copies thereof to all States.

IN WITNESS WHEREOF, the undersigned, being duly authorized thereto by their respective Governments, have signed this Convention, opened for signature at United Nations Headquarters in New York on 12 January 1998.

#### **Notes:**

**1.** See Official Records of the General Assembly, Fifty- Second session, Supplement No. 37 (A/ 52/37).

**2.** See A/C. 6/ 52/ L. 3, annex I.

**3.** See resolution 50/6.

## **Article 18:**

Nothing in this Convention entitles a State Party to undertake in the territory of another State Party the exercise of jurisdiction and performance of functions which are exclusively reserved for the authorities of that other State Party by its domestic law.

## **Article 19:**

**1.** Nothing in this Convention shall affect other rights, obligations and responsibilities of States and individuals under international law, in particular the purposes and principles of the charter of the United Nations and international humanitarian law.

**2.** The activities of armed forces during an armed conflict, as those terms are understood under international humanitarian law, which are governed by that law, are not governed by this Convention, and the activities undertaken by military forces of a State in the exercise of their official duties, inasmuch as they are governed by other rules of international law, are not governed by this Convention.

## **Article 20:**

**1.** Any dispute between two or more States Parties concerning the interpretation or application of this Convention which cannot be settled through negotiation within a reasonable time shall, at the request of one of them, be submitted to arbitration. If, within six months from the date of the request for arbitration, the parties are unable to agree on the organization of the arbitration, any one of those parties may refer the dispute to the International Court of Justice, by application, in conformity with the Statute of the Court.

**2.** Each State may at the time of signature, ratification, acceptance or approval of this Convention or accession thereto declare that it does not consider itself bound by paragraph 1 of the present article. The other States Parties shall not be bound by paragraph 1 with respect to any State Party which has made such a reservation.

**3.** Any State which has made a reservation in accordance with paragraph 2 of the present article may at any time withdraw that reservation by notification to the Secretary-General of the United Nations.

## **Article 21:**

**1.** This Convention shall be open for signature by all States from 12 January 1998 until 31 December 1999 at United Nations Headquarters in New York.

**2.** This Convention is subject to ratification, acceptance or approval.

## **Article 14:**

Any person who is taken into custody or regarding whom any other measures are taken or proceedings are carried out pursuant to this convention shall be guaranteed fair treatment, including enjoyment of all rights and guarantees in conformity with the law of the State in the territory of which that person is present and applicable provisions of international law, including law of human rights.

## **Article 15:**

States Parties shall cooperate in the prevention of the offences set forth in article 2, particularly:

- (a)** By taking all practicable measures, including, if necessary, adapting their domestic legislation, to prevent and counter preparations in their respective territories for the commission of those offences with in or outside their territories, including measures to prohibit in their territories illegal activities of persons, groups and organizations that encourage, instigate, organize, knowingly finance or engage in the perpetration of offences as set forth in article 2;
- (b)** By exchanging accurate and verified information in accordance with their national law, and coordinating administrative and other measures taken as appropriate to prevent the commission of offences as set forth in article 2;
- (c)** Where appropriate, through research and development regarding methods of detection of explosives and other harmful substances that can cause death or bodily injury, consultations on the development of standards for marking explosives in order to identify their origin in post- blast investigations, exchange of information on preventive measures, cooperation and transfer of technology, equipment and related materials.

## **Article 16:**

The State Party where the alleged offender is prosecuted shall, in accordance with its domestic law or applicable procedures, communicate the final outcome of the proceedings to the Secretary- General of the United Nations, who shall transmit the information to the other States Parties.

## **Article 17:**

The States Parties shall carry out their obligations under this Convention in a manner consistent with the principles of sovereign equality and territorial integrity of States and that of non- intervention in the domestic affairs of other States.

or punishing a person on account of that person's race, religion, nationality, ethnic origin or political opinion or that compliance with the request would cause prejudice to that person's position for any of these reasons.

### **Article 13:**

**1.** A person who is being detained or is serving a sentence in the territory of one State Party whose presence in another State Party is requested for purposes of testimony, identification or otherwise providing assistance in obtaining evidence for the investigation or prosecution of offences under this Convention may be transferred if the following conditions are met:

- (a)** The person freely gives his or her informed consent; and
- (b)** The competent authorities of both States agree, subject to such conditions as those States may deem appropriate.

**2.** For the purposes of the present article:

**(a)** The State to which the person is transferred shall have the authority and obligation to keep the person transferred in custody, unless otherwise requested or authorized by the State from which the person was transferred;

**(b)** The State to which the person is transferred shall without delay implement its obligation to return the person to the custody of the State from which the person was transferred as agreed beforehand, or as otherwise agreed, by the competent authorities of both States;

**(c)** The State to which the person is transferred shall not require the State from which the person was transferred to initiate extradition proceedings for the return of the person;

**(d)** The person transferred shall receive credit for service of the sentence being served in the State from which he was transferred for time spent in the custody of the State to which he was transferred.

**3.** Unless the State Party from which a person is to be transferred in accordance with the present article so agrees, that person, whatever his or her nationality, shall not be prosecuted or detained or subjected to any other restriction of his or her personal liberty in the territory of the State to which that person is transferred in respect of acts or convictions anterior to his or her departure from the territory of the State from which such person was transferred.

in respect of the offences set forth in article 2. Extradition shall be subject to the other conditions provided by the law of the requested State.

**3.** States Parties which do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall recognize the offences set forth in article 2 as extraditable offences between themselves, subject to the conditions provided by the law of the requested State.

**4.** If necessary, the offences set forth in article 2 shall be treated, for the purposes of extradition between States Parties, as if they had been committed not only in the place in which they occurred but also in the territory of the States that have established jurisdiction in accordance with article 6, paragraphs 1 and 2.

**5.** The provisions of all extradition treaties and arrangements between States Parties with regard to offences set forth in article 2 shall be deemed to be modified as between State Parties to the extent that they are incompatible with this Convention.

#### **Article 10:**

**1.** States Parties shall afford on another the greatest measure of assistance in connection with investigations or criminal or extradition proceedings brought in respect of the offences set forth in article 2, including assistance in obtaining evidence at their disposal necessary for the proceedings.

**2.** States Parties shall carry out their obligations under paragraph 1 of the present article in conformity with any treaties or other arrangements on mutual legal assistance that may exist between them. In the absence of arrangements, States Parties shall afford one another assistance in accordance with their domestic law.

#### **Article 11:**

None of the offences set forth in article 2 shall be regarded for the purposes of extradition or mutual legal assistance, as a political offence or as an offence connected with a political offence or as an offence inspired by political motives. Accordingly, a request for extradition or for mutual legal assistance based on such an offence may not be refused on the sole ground that it concerns a political offence or an offence connected with a political offence or an offence inspired by political motives.

#### **Article 12:**

Nothing in this Convention shall be interpreted as imposing an obligation to extradite or to afford mutual legal assistance, if the requested State Party has substantial grounds for believing that the request for extradition for offences set forth in article 2 or for mutual legal assistance with respect to such offences has been made for the purpose of prosecuting

**5.** The provisions of paragraphs 3 and 4 of the present article shall be without prejudice to the right of any State Party having a claim to jurisdiction in accordance with article 6, subparagraph 1 (c) or 2 (c), to invite the International Committee of the Red Cross to communicate with and visit the alleged offender.

**6.** When a State Party, pursuant to the present article, has taken a person into custody, it shall immediately notify, directly or through the secretary-General of the United Nations, the States Parties which have established jurisdiction in accordance with article 6, paragraphs 1 and 2, and, if it considers it advisable, any other interested States Parties, of the fact that that person is in custody and of the circumstances which warrant that person's detention. The State which makes the investigation contemplated in paragraph 1 of the present article shall promptly inform the said States Parties of its findings and shall indicate whether it intends to exercise jurisdiction.

#### **article 8:**

**1.** The State Party in the territory of which the alleged offender is present shall, in cases to which article 6 applies, if it does not extradite that person, be obliged, without exception whatsoever and whether or not the offence was committed in its territory, to submit the case without undue delay to its competent authorities for the purpose of prosecution, through proceedings in accordance with the laws of that State. Those authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any other offence of a grave nature under the law of that State.

**2.** Whenever a State Party is permitted under its domestic law to extradite or otherwise surrender one of its nationals only upon the condition that the person will be returned to that State to serve the sentence imposed as a result of the trial or proceeding for which the extradition or surrender of the person was sought, and this State and the State seeking the extradition of the person agree with this option and other terms they may deem appropriate, such a conditional extradition or surrender shall be sufficient to discharge the obligation set forth in paragraph 1 of the present article.

#### **Article 9:**

**1.** The offences set forth in article 2 shall be deemed to be included as extraditable offences in any extradition treaty existing between any of the States Parties before the entry into force of this Convention. States Parties undertake to include such offences as extraditable offences in every extradition treaty to be subsequently concluded between them.

**2.** When a State Party which makes extradition conditional on the existence of a treaty receives a request for extradition from another State Party with which it has no extradition treaty, the requested State Party may, at its option, consider this convention as a legal basis for extradition

Secretary- General.

**4.** Each State Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences set forth in article 2 in cases where the alleged offender is present in its territory and it does not extradite that person to any of the States Parties which have established their jurisdiction in accordance with paragraph 1 or 2 of the present article.

**5.** This Convention does not exclude the exercise of any criminal jurisdiction established by a State Party in accordance with its domestic law.

#### **Article 7:**

**1.** Upon receiving information that a person who has committed or who is

alleged to have committed an offence as set forth in article 2 may be present in its territory, the State Party concerned shall take such measures as may be necessary under its domestic law to investigate the facts contained in the information.

**2.** Upon being satisfied that the circumstances so warrant, the State Party in whose territory the offender or alleged offender is present shall take the appropriate measures under its domestic law so as to ensure that person's presence for the purpose of prosecution or extradition.

**3.** Any person regarding whom the measures referred to in paragraph 2 of the present article are being taken shall be entitled to:

**(a)** Communicate without delay with the nearest appropriate representative of the State of which that person is a national or which is otherwise entitled to protect that person's rights or, if that person is a stateless person, the State in the territory of which that person habitually resides;

**(b)** Be visited by a representative of that State;

**(c)** Be informed of that person's rights under subparagraphs (a) and (b).

**4.** The rights referred to in paragraph 3 of the present article shall be exercised in conformity with the laws and regulations of the State in the territory of which the offender or alleged offender is present, subject to the provision that the said laws and regulations must enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded under paragraph 3 are intended.

which take into account the grave nature of those offences.

#### **Article 5:**

Each State Party shall adopt such measures as may be necessary, including, where appropriate, domestic legislation, to ensure that criminal acts within the scope of this convention, in particular where they are intended or calculated to provoke a state of terror in the general public or in a group of persons or particular persons, are under no circumstances justifiable by considerations of a political, philosophical, ideological, racial, ethnic, religious or other similar nature and are punished by penalties consistent with their grave nature.

#### **Article 6:**

**1.** Each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences set forth in article 2 when:

- (a)** The offence is committed in the territory of that State; or
- (b)** The offence is committed on board a vessel flying the flag of that State or an aircraft which is registered under the laws of that State at the time the offence is committed; or
- (c)** The offence is committed by a national of that State.

**2.** A State Party may also establish its jurisdiction over any such offence when:

- (a)** The offence is committed against a national of that State; or
- (b)** The offence is committed against a State or government facility of that State abroad, including an embassy or other diplomatic or consular premises of that State; or
- (c)** The offence is committed by a stateless person who has his or her habitual residence in the territory of that State; or
- (d)** The offence is committed in an attempt to compel that State to do or abstain from doing any act; or
- (e)** The offence is committed on board an aircraft which is operated by the Government of that State.

**3.** Upon ratifying, accepting, approving or acceding to this Convention, each State Party shall notify the Secretary-General of the United Nations of the jurisdiction it has established under its domestic law in accordance with paragraph 2 of the present article. Should any change take place, the State Party concerned shall immediately notify the

## **Article 2:**

**1.** Any person commits an offence within the meaning of this Convention if that person unlawfully and internationally delivers, places, discharges or detonates an explosive or other lethal device in, into or against a place of public use, a State or government facility, a public transportation system or an infrastructure facility:

**(a)** with the intent to cause death or serious bodily injury; or

**(b)** with the intent to cause extensive destruction of such a place, facility or system, where such destruction results in or is likely to result in major economic loss.

**2.** Any person also commits an offence if that person attempts to commit an offence as set forth in paragraph 1 of the present article.

**3.** Any person also commits an offence if that person:

**(a)** Participates as an accomplice in an offence as set forth in paragraph 1 or 2 of the present article; or

**(b)** Organizes or directs others to commit an offences as set forth in paragraph 1 or 2 of the present article; or

**(c)** In any other way contributes to the commission of one or more offences as set forth in paragraph 1 or 2 of the present article by a group of persons acting with a common purpose; such contribution shall be intentional and either be made with the aim of furthering the general criminal activity or purpose of the group or be made in the knowledge of the intention of the group to commit the offence or offences concerned.

## **Article 3:**

This Convention shall not apply where the offence is committed within a single State, the alleged offender and the victims are nationals of that State, the alleged offender is found in the territory of that State and no other State has a basis under article 6, paragraph 1 or paragraph 2, of this convention to exercise jurisdiction, except that the provisions of articles 10 to 15 shall, as appropriate, apply in those cases.

## **Article 4:**

Each State Party shall adopt such measures as may be necessary:

**(a)** To establish as criminal offences under its domestic law the offences set forth in article 2 of this convention;

**(b)** To make those offences punishable by appropriate penalties

Considering that the activities of military forces of States are governed by rules of international law outside the framework of this Convention and that the exclusion of certain actions from the coverage of this Convention does not condone or make lawful otherwise unlawful acts, or preclude prosecution under other laws,

*Have agreed as follows:*

**Article 1:**  
**For the purposes of this Convention**

**1.** "State or government facility" includes any permanent or temporary facility or conveyance that is used or occupied by representatives of a State, members of Government, the legislature or the judiciary or by employees of a State or any other public authority or entity or by employees or officials of an intergovernmental organization in connection with their official duties.

**2.** "Infrastructure facility" means and publicly or privately owned facility providing or distributing services for the benefit of the public, such as water, sewage, energy, fuel or communications.

**3.** "Explosive or other lethal device" means:

**(a)** An explosive or incendiary weapon or device that is designed, or has the capability, to cause death, serious bodily injury or substantial material damage; or

**(b)** A weapon or device that is designed, or has the capability, to cause death, serious bodily injury or substantial material damage through the release, dissemination or impact of toxic chemicals, biological agents or toxins or similar substances or radiation or radioactive material.

**4.** "Military forces of a State" means the armed forces of a State which are organized, trained and equipped under its internal law for the primary purpose of national defence or security and persons acting in support of those armed forces who are under their formal command, control and responsibility.

**5.** "Place of public use" means those parts of any building, land, street, waterway or other location that are accessible or open to members of the public, whether continuously, periodically or occasionally, and encompasses any commercial, business, cultural, historical, educational, religious, governmental, entertainment, recreational or similar place that is so accessible or open to the public.

**6.** "Public transportation system" means all facilities, conveyances and instrumentalities, whether publicly or privately owned, that are used in or for publicly available services for the transportation of persons or cargo.

**2.** Urges all States to sign and ratify, accept or approve or accede to the Convention.

72 nd plenary meeting 15 December 1997.

## **ANNEX**

### *International Convention for the suppression of Terrorist Bombings*

#### **The States Parties to this Convention,**

Having in mind the purposes and principles of the charter of the United Nations concerning the maintenance of international peace and security and the promotion of good- neighbourliness and friendly relations and cooperation among States,

Deeply concerned about the worldwide escalation of acts of terrorism in all its forms and manifestations,

Recalling the Declaration on the Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations of 24 October 1995, 3/

Recalling also the Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism, annexed to General Assembly resolution 49/60 of 9 December 1994, in which, inter alia, "the States Members of the United Nations solemnly reaffirm their unequivocal condemnation of all acts, methods and practices of terrorism as criminal and unjustifiable, wherever and by whomever committed, including those which jeopardize the friendly relations among states and peoples and threaten the territorial integrity and security of States".

Noting that the Declaration also encouraged States "to review urgently the scope of the existing international legal provisions on the prevention, repression and elimination of terrorism in all its forms and manifestations, with the aim of ensuring that there is a comprehensive legal framework covering all aspects of the matter",

Recalling General Assembly resolution 51/210 of 17 December 1996 and the Declaration to Supplement the 1994 Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism annexed thereto,

Noting that terrorist attacks by means of explosives or other lethal devices have become increasingly widespread,

Noting also that existing multilateral legal provisions do not adequately address these attacks,

Being convinced of the urgent need to enhance international cooperation between states in devising and adopting effective and practical measures for the prevention of such acts of terrorism and for the prosecution and punishment of their perpetrators,

YAY

# **International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings**

---

## **Resolution Adopted by the General Assembly**

**52/164 International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings**

The General Assembly,

Recalling its resolution 49/60 of 9 December 1994, by which it adopted the Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism, and its resolution 51/210 of 17 December 1996,

Having considered the text of the draft convention for the suppression of terrorist bombings prepared by the Ad Hoc Committee established by General Assembly resolution 51/210 of 17 December 1996 1/ and the Working Group of the Sixth committee, 2/

**I.** Adopts the International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings annexed to the present resolution, and decides to open it for signature at United Nations Headquarters in New York from 12 January 1998 until 31 December 1999;



# LAW REVIEW

---

Bureau for International Legal Services

---

Vol. 23

Autumn- Winter 1998

---



*President and Director \_ in \_ charge:*

*\_ Dr. G. Eftekhar Djahromi*

*Editor- in- charge:*

*\_ Editorial Board.*

# LAW REVIEW

Bureau for International Legal Services

Vol. 23

Autumn- Winter 1998

ISSN 1024 - 0799

Publication:

Bureau for International Legal Services

No. 140, Forsat St. Taleghani Ave. Tehran-Iran

Tel. (21) 8825071-5

نشره

دفتر خدمات حقوق بین الملل جمهوری اسلامی ایران

تهران خیابان طالقانی نبش شمالی فرست شماره ۱۴۰ تلفن : ۰۵-۷۱۰۰۸۸۲۵