

محله حقوقی

دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران

زمستان ۶۴

شماره چهارم

- تأثیر تغییر اوضاع و احوال (۲) • بررسی موضع و نقطه نظرهای جمهوری اسلامی ایران و دولت امریکا در پرونده الف/۱۸
- حقوق بین الملل عرفی در مورد تابعیت مضاعف • متن تصمیم دیوان داوری در پرونده الف/۱۸ • مفهوم تقصیر سنگین در ارتباط با شرط عدم مسؤولیت • اسناد بین المللی.

بنیامین
بعای



مجلة حقوق

دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران

| | |
|---|-----|
| • تأثیر تغییر اوضاع و احوال (نیست دق) | 5 |
| دکتر محمد علی حکمت | |
| • بررسی مواضع جمهوری اسلامی ایران و دولت امریکا در پرونده الف/ ۱۸ | ۴۹ |
| دکتر محسن آقا حسینی | |
| • حقوق بین الملل عرفی در مورد تابعیت مضاعف | ۷۳ |
| ترجمه نصرت الله حلمی | |
| • متن تصمیم دیوان داوری در پرونده الف/ ۱۸ | ۱۳۹ |
| | |
| • مفهوم تقصیر سنجن در ارتباط با شرط عدم مسئولیت | ۱۶۵ |
| دکتر سید حسین صفائی | |
| • اسناد بین المللی | ۱۹۷ |



مندرجات مقالات منحصرأ نظرات
نویسندهان آنها است.

مجله حقوق

نشریه دفتر خدمات حقوقی بین المللی

مدیر مسئول: دکتر گودرز افتخار جهرمی

زیرنظر: هیئت تحریریه

تاریخ نشر: پائیز ۶۴

تعداد: ۳۰۰۰ جلد

چاپ و صحافی: شرکت چاپ افست

همکار فتی: سازمان طرح و اجرای کتاب

مؤلف و مترجم:

دکتر محمد علی حکمت

«قسمت دوم»

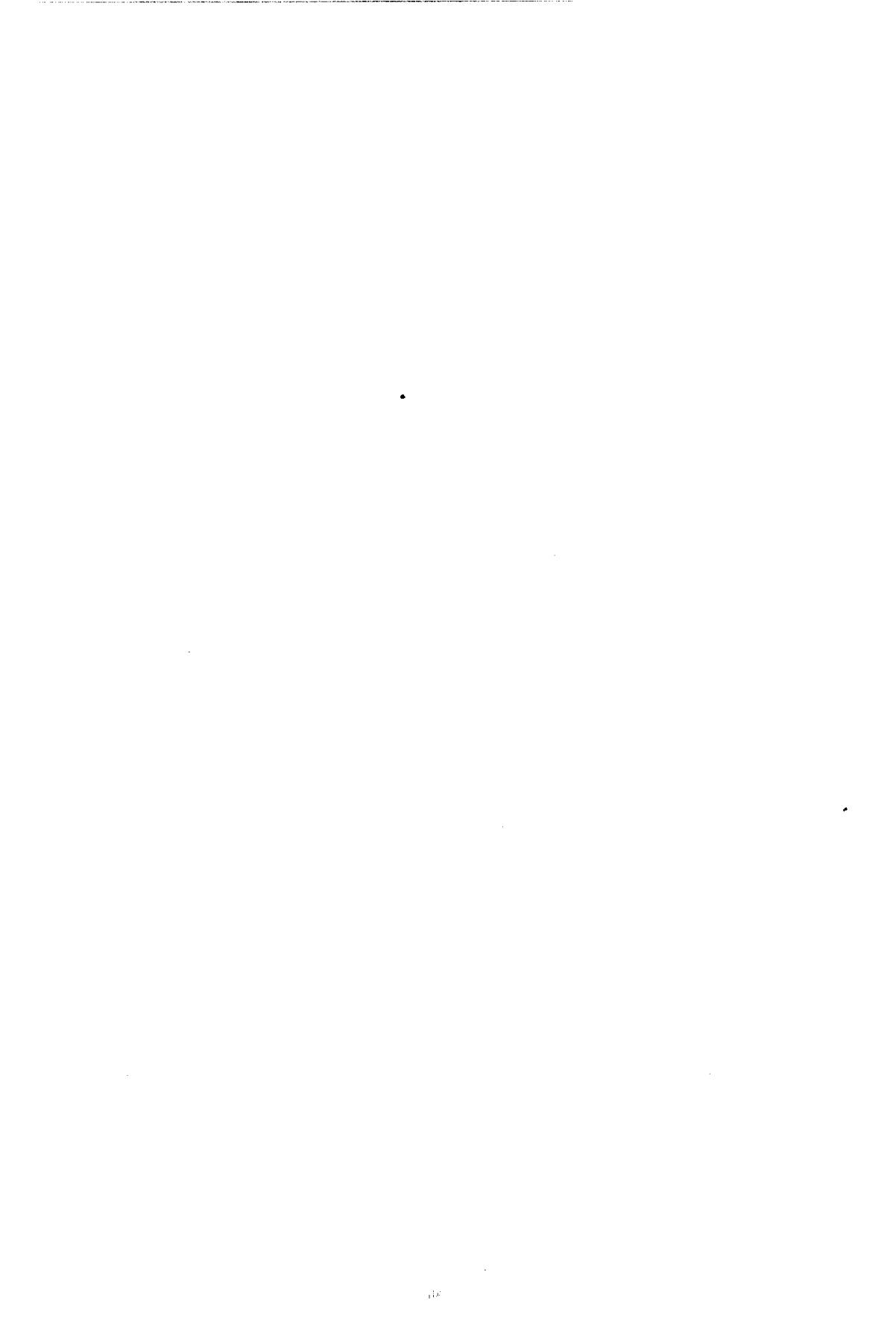


تأثیر تغییر اوضاع و احوال

در

اعتبار معاهدات و قراردادهای بین المللی





فصل سوم

چگونگی اجرای قاعده ربوس ... و محیط تأثیر آن

۱

جامعه ملل و سازمان ملل متحد و خصوصیات محیط تغییر اوضاع و احوال

۱. هر چند طرفدار این عقیده باشیم که اصل ربوس ... یکی از اصول عام و کلی حقوق است، باز با این مشکل برخورد می کنیم که چگونه این اصل را می توان به موقع عمل و اجرا گذاشت؟ لااقل اگر مقام صلاحیت دار و در عین حال بی طرف و بی غرضی وجود می داشت که می توانستیم در موقع تشخیص تغییر اوضاع و احوال زمان عقد معااهده و قابل اجرا نبودن تعهدات به آن مقام مراجعه کنیم، ممکن بود از هرج و مرچ قراردادی بین المللی و از زیاده رویهایی که قراردادهای بین المللی را متزلزل می سازد، جلوگیری

نمائیم.

البته چه در دوره جامعه ملل و چه در زمان سازمان ملل متعدد، ممکن بوده و هست که اقتدار و اختیار این سازمانها را در باره حل مشکل مذکور مورد استفاده قرار داد؛ چنانکه بر حسب ماده ۲۶ ميثاق جامعه ملل، به اعضای شورای جامعه و به اکثریت اعضای مجمع عمومی، این حق اعطای شده بود که تجدید نظر در معاہدات و یا اصلاح بعضی از مواد آنها را به تصویب برسانند. بخصوص در ماده ۱۹ ميثاق مقرر گردیده بود که: «مجمع عمومی می‌تواند گاه اعضای جامعه را برای بررسی جدیدی درباره معاہداتی که غیرقابل اجرا شده و نیز در مورد اوضاع و احوالی که بقای آنها ممکن است صلح جهانی را به مخاطره دچار سازد، دعوت نماید».

از این متن نتیجه گرفته می‌شد که مجمع عمومی قبل از آنکه اعضا را به چنین بررسی دعوت نماید، موظف است قبلًاً معاہداتی را که «غیرقابل اجرا شده است» مشخص سازد و این خود در واقع تشخیص تغییر اوضاع و احوال زمان عقد معاہدات محسوب می‌گردد.

متأسفانه از این راه حل یعنی از ماده نوزدهم ميثاق، هیچگاه استفاده نشد؛ زیرا مقرر شده بود که برای بررسی مجدد معاہدات و یا بررسی اوضاع و احوال مزبور، اتفاق آرای اعضای مجمع عمومی واجب است. کشور چین به اتکای ماده نوزدهم، در سال ۱۹۲۹ بیهوده کوشید تا «معاهدات نامساوی»^{۱۸۴} منعقد با کشورهای اروپائی مورد تجدید نظر قرار گیرد؛ ولی کوشش آن کشور به نتیجه نرسید. همچنین در سال ۱۹۲۱ تقاضای کشور «بولیوی» در باره تجدید نظر در دو معاهده منعقد با کشور «پرو» پذیرفته نشد.^{۱۸۵}

۲. سازمان ملل متعدد بنویه خود صلاحیت دارد که در باره تجدید نظر در معاہدات اقدام نماید؛ زیرا مجمع عمومی سازمان بر طبق ماده چهاردهم

184. Les traités inégaux.

185. Nguyen Quoc Dinh et P. Daillier, D.I.P., édi. 1980 p. 282.

منشور، اختیار دارد «برای اصلاح مسالمت آمیز هر وضعی با دارا بودن هر ریشه و مبنای که به نظر آن مجمع ممکن است به ضرر منافع عمومی و یا به مخاطره دچار ساختن روابط دوستانه بین ملتها منجر گردد، اقدام مؤثری را به اعضای سازمان توصیه نماید»، و هر وقت مجمع عمومی تشخیص دهد که بعضی از قراردادهای بین المللی برای امنیت دست‌جمعی تهدیدی محسوب می‌شود، اختیار دارد از اعضای سازمان بخواهد در آنها تجدید نظر نمایند (چنانکه مجمع عمومی تجدید نظر محتمل در معاهده صلح با ایتالیا را بعد از جنگ جهانی دوم مورد بررسی قرار داد) و چون شورای امنیت سازمان بنابر ماده بیست و چهارم منشور، حق دخالت در اختلافات بین دول را دارا می‌باشد، ممکن است مسائلی را که به قاعدة ربوس... مربوط می‌شود، حل و فصل نماید. شورای امنیت در سپتامبر ۱۹۴۷ هنگامی که بنا به ابتکار کشور مصر، معاهده مصر و انگلیس را بررسی می‌کرد، موضوع مذکور را مورد مطالعه و مباحثه قرار داد، و در سال ۱۹۵۸ نیز مذاکرات مفصلی از لحاظ قاعدة ربوس... در باب تجدید نظر در معاهده مورخ سوم ژوئن ۱۹۵۵ منعقد بین فرانسه و تونس صورت گرفت؛ ولی سرانجام متعاقدان با یکدیگر کنار آمد و مذاکرات دوجانبه‌ای را آغاز نمودند.^{۱۸۶}

بطور خلاصه می‌توان گفت که مقررات راجع به شورای امنیت بظاهر راه را باز گذاشته است که هر نوع اختلاف و یا هر وضعیتی که موجب اختلال در روابط بین دول باشد، به شورای مذکور رجوع شود و بر حسب تفسیر موضع موازین مذکور (ماده ۱۴ و ماده ۲۴)، چه مجمع عمومی و چه شورای امنیت، صلاحیت دارند که قاعدة ربوس... را در نظر گرفته و در موقع خود آن را عملی سازند. ولی با این حال باید مذکور شد که از سوئی دستگاههای مذکور برای رسیدگی به چنین موضوعی اختصاصاً تشکیل نشده‌اند و از سوی دیگر این دستگاهها همواره از احتمالات و تحولات سیاسی که در این نوع سازمانهای بین المللی روی می‌دهد،

186. Van Bogart, Revue G.D.I.P., 1966, p.p. 72-73.

متابعت می نمایند؛ بخصوص که در شورای امنیت سازمان ملل متعدد موضوع «وتو» نیز مطرح می باشد.^{۱۸۷}

بنابر آنچه گفته شد روشن است که در شرایط امروزی، مقام و دستگاه بین المللی یا مؤسسات دیصلاحیتی دیده نمی شود که بتوانیم بررسی اختلافات مربوط به تغییر اوضاع و احوال زمان عقد معاہده و همچنین تشخیص قابل اجرا نبودن تعهدات را به آن مقام یا دستگاه رجوع نمائیم و طبعاً این نتیجه حاصل می شود که طرفهای عهد، خود بالتفسیه تغییر اوضاع و احوال زمان عقد و آثاری را که برآن متربّ می گردد، تشخیص می دهند و در صورت لزوم، یکجا به فسخ رسمی معاہده را اعلان می نمایند و نیز چنانکه قبل‌اگفته ایم، امروزه در اثر تغییرات و تحولات سریع مناسبات اقتصادی بین المللی و استقلال تعداد کثیری از کشورها قراردادهای دو جانبی بسیاری در باب همکاریهای نظامی، دیپلماسی، قضائی، حقوقی، اقتصادی و غیره لغو و فسخ شده و می شود و بنحوی که «فلوری»^{۱۸۸} می نویسد، این موضوع «گورستانی از قراردادهای غیر معترض و منسخ» را تشکیل می دهد.

البته چنین وضعی احتمال بروز این خطر را نیز در بر دارد که در اثر تفسیر موسع تغییر اوضاع و احوال زمان عقد، موجبات تزلزل حقوق قراردادی بین المللی فراهم گردد و به همین دلیل متعاقدان معاہده وین – ۱۹۶۹ کوشیده اند تا از این ناهنجاری و هرج و مرچ، با وضع قواعدی جلوگیری بعمل آورند. (ما بعداً در قسمت دوم همین فصل در این زمینه بحث خواهیم کرد).

۳. بمنظور تکمیل مطلب، در اینجا سه مسئله را باید مطرح ساخت:
اول. تغییر اوضاع و احوالی که اصل ربوس... را به موقع اجرا می گذارد، کدام است؟

187. Nguyen Quoc Dinh et P; Daillier, op. cit., p. 282.

188. M. Flory, Droit International du développement, 1977, p. 145.

دوم. چه نوع تغییر اوضاع و احوالی موجبات اجرای اصل ربوس...
را با مطابقت با اصل «حسن نیت» فراهم می‌سازد و درنتیجه از شدت
تأثیر قاعدة وفای به عهد... می‌کاهد؟
سوّم. در چه موقعی ادامه اجرای معاهده، ببعدالتی فاحش محسوب
می‌گردد؟

محقق است که هرگونه تغییر اوضاع و احوال را نمی‌توان دلیل
اجرای اصل ربوس... دانست؛ چرا که متعاقدان در موقع عقد قرارداد
معمولًاً می‌کوشند تا انواع حوادثی را که ممکن است در آینده روی دهد، در
متن معاهده قید نمایند. بنابراین اگر هر نوع تغییر اوضاع و احوال، حقیقی
تجدید نظر و یا لغو قرارداد را بنا به قاعدة ربوس... ایجاب کند، طبعاً عقیده
به ایفای تعهدات قراردادی کاملاً متزلزل می‌شود و درنتیجه متعاقدان
نمی‌توانند امیدی به انجام گرفتن تعهدات حقوقی داخلی و یا بین‌المللی که
مورد مذاکره و توافق قرارداده اند، داشته باشند.

به همین مناسبت نوع خاصی از تغییر اوضاع و احوال و درنتیجه،
نوعی عدم تعادل را در ساختمان موضوع تعهدات (که در هر موقع ممکن
است روی دهد، خاصه در ایام بحرانی اقتصادی) باید مورد توجه قرارداد و
از اینرو لازم است تا تغییر اوضاع و احوالی را که دلیل اجرای اصل
ربوس... می‌باشد، مشخص ساخت.

این نوع تغییر اوضاع و احوال به تناسب اوضاع و احوال زمان عقد
معاهده باید مسلماً غیرعادی، یا ذاتی یا اصولی و یا اساسی باشد (این صفات در
ردیف یکدیگر قرار دارند و ماده ۶۲ معاهده وین - ۱۹۶۹ صفت
«اساسی»^{۱۸۹} را درباره تغییر اوضاع و احوال بکاربرده است). زیرا وقتی
که تغییر اوضاع و احوال زمان عقد، اساس و مبنای عینی معاهده را از میان
ببرد، طبعاً اصل ربوس... باید به موقع اجرا گذاشته شود. بنابراین تغییر
اوضاع و احوال باید اساسی باشد تا مبنای قرارداد را مختل سازد؛ یعنی از

جمله اوضاع و احوال عادی که ممکن است در موقع عقد معاهده بحساب آورده شود، نیاشد.

تغییر اوضاع و احوال اساسی به دو صورت است: یا عملی و فعلی است و یا حقوقی. از اینرو «تغییر طرز تفکر یک ملت» و یا تغییر «خط مشی مهم سیاست خارجی»، تغییر اوضاع و احوال اساسی و مبنای بشمار نمی آید؛ زیرا این نوع تغییرات به طرز تلقی خود متعاقدان بستگی دارد. در نتیجه تنها تغییراتی را باید مورد توجه قرار داد که بنا به خصوصیت ذاتی، امکان داشته باشد بنحوی عینی در معاهده تأثیر کند تا بتوان بطور متقن، متروک و منسخ بودن آن را بنا به اصل ربوس... اعلام نمود.

تغییر اوضاع و احوال بعد از انعقاد قرارداد باید بنحوی باشد که اولاً تأثیر منفی در رسیدن به هدفهای عینی قرارداد و تحقق آنها داشته باشد؛ ثانیاً دلیل وجودی^{۱۹۰} خود قرارداد را نیز مختلف سازد. به عبارت دیگر «هدف عینی موافقتنامه بنحوی لطمه ببیند که دیگر نتوان بنا به اصل حُسن نیت، اجرای تعهدات مقرر را از معاهده دیگر مطالبه نمود و اجرای موافقتنامه را بنا به معنای واقعی آن خواستار شد». ^{۱۹۱} در حقیقت، این دو خصوصیت تغییر اوضاع و احوال، هم پایه عینی معاهده را متزلزل می سازند و هم تعادل بین موضوعات تعهد را بهم می زند. بعلاوه، دو خصوصیت مذکور ممکن است در ردیف یکدیگر قرار داشته باشند؛ چرا که در واقع وجود هریک از آندو، مستلزم ایجاد خصوصیت دیگر است؛ زیرا عدم تعادل بین موضوعات تعهد و نابرابری آنها با هم، «تجاوز» از هدف اصلی و دلیل وجودی قرارداد بشمار می آید.

تخطی از هدف اصلی معاهده نیز بنوءه خود الزاماً در موضوعات تعهد (چه قرارداد یکجانبه باشد، چه چند جانبه) مؤثر است و اعتدال آنها را نسبت به یکدیگر از میان می برد؛ زیرا متقابل و متعادل بودن موضوعات

190. Ratio

191. E.Kaufmann, «Règles générales du droit de la paix, R.C.A.D.I., Vol. 54 (1953-IV), p. 482.

تعهد، هدف و دلیل فتی معاهده است و به همین دلیل فساد پایه اساسی و عینی موافقنامه، باید به طریق اولی از اسباب و موجبات به اجرا گذاشتن اصل ربوس ... محسوب شود تا بتوان از بقا و اعتبار معاهده و الزام شاقّ اجرای آن اجتناب نمود.^{۱۹۲}

۳

معاهده وین - ۱۹۶۹ و موضوع تغییر اوپرای و احوال زمان عقد معاهده

خصوصیاتی که تغییر اوپرای و احوال زمان عقد معاهده و قرارداد باید دارا باشد با خصوصیات و شرایطی که در جمله دوم از ماده چهل و چهارم طرح کمیسیون حقوق بین الملل سازمان ملل متحد آمده است، اندکی تفاوت دارد؛ ولی در واقع از لحاظ عمق مطلب یکی است. طرح مزبور در کنفرانس وین مورد مطالعه قرار گرفت و سوانجام کنفرانس بی آنکه عقاید علمی مختلف در این باب را مورد بحث قرار دهد، ماده شصت و دوم معاهده (راجع به «تغییر اساسی اوپرای و احوال») را با اکثریت بسیار قابل ملاحظه آرا به تصویب رسانید.

تصویب این ماده با اکثریت آرا در حقیقت بسهولت صورت نگرفت؛ زیرا کنفرانس همواره با مبارزات شدید اعضا که منافع متفاوتی را دارا بودند، رو برو بود. علاوه بر تضاد بین کشورهای غرب و شرق که مبتنی بر تفاوت نظام سیاسی بود، تضاد دیگری نیز وجود داشت که بین کشورهای شمال و جنوب، یعنی بین کشورهای قدیمی صنعتی و کشورهای در حال رشد و توسعه و یا تازه استقلال یافته، مبارزات شدیدی را ایجاد می کرد.

سایه استعمار نوین^{۱۹۳} بر طرز رفتار و کردار کشورهای گروه دوم همواره

192. De Cavedes, op. cit., p. 172.

193. Neo colonialisme

منعکس بود. هدف اساسی گروه مذکور این بود که قواعدی را که امکان داشت آزادی عمل آنها را محدود کند و یا عقد های بعضی از روابط را که قابل قبول نمی دانستند، محکمتر سازد، نپذیرنده؛ ولی در عین حال نیز با وضع قواعدی درباره معاہدات بین المللی و با اصل حرمت تعهداتی که آزادانه بعهده گرفته می شود، موافقت کامل داشتند. زیرا کشورهای مذبور همکاری بین المللی را از واجبات رشد و توسعه خود و شناخته شدن به عنوان عضو مستقل اجتماع ملل می دانستند و از این جهت مایل بودند که «بسط تدریجی» اصول، راه را برای فسخ قراردادها و یا لااقل تجدید نظر در معاہداتی که غیرمتساوی بحساب می آورند، بازنماید؛ چرا که این قبیل معاہدات یا در شرایطی منعقد شده بودند که آنها را به دلیل برتری کشورهای توسعه یافته، تحمیلی می شناختند و یا آنکه اوضاع و احوال زمان عقد، به سبب استقلال یا به مناسبت رشد و توسعه، بکلی تغییر کرده بود. از این گذشته، کشورهای گروه دوم می خواستند خود را از بند تعهداتی که در اثر فشار نظامی، سیاسی و اقتصادی کشورهای توافق با جبار پذیرفته بودند، آزاد سازند و از زیربار بعضی قیود قراردادی و مغایر با اصول عام حقوق خارج گردند. به همین جهت کشورهای مذبور مقررات طرح معاهده وین راجع به اسباب و علل بطلان و انطفای معاہدات را مورد دقت و توجیه بسیار قرار دادند...

در مقابل، قدیمی ترین و پیشرفته ترین اعضای اجتماع بین المللی، یعنی کشورهای اروپای غربی و امریکا کاملاً از ثبات روابط قراردادی بین المللی و ابقاء قواعد حاکم بر آن روابط و تأمین اجرای آن قواعد طرفداری می کردند. کشورهای مذکور می خواستند حرمت کامل معاہدات (یعنی وفا به عهد...) و وظیفه اجرای کامل تعهدات و محدودیت شدید موجبات بطلان و انطفاء و تعلیق معاہدات را با وضع قواعد و مقررات روشی، از جمله اصولی قرار دهند که انعطاف پذیر نباشد و وضع عادی و شرط صحبت معاہدات بشمار آید و مایل بودند که در هر صورت از تصمیمات یکجانبه دول بنا بموجبات مذکور جلوگیری نمایند؛ در نتیجه جداً می کوشیدند تا حرمت، اجرا و تفسیر معاہدات را به قواعدی که مایل بودند، مقید سازند...

این تضاد عقاید بین اعضای کنفرانس وین موجب بحثهای مفصل و مطول شد که ممکن بود کنفرانس را به شکست دچار سازد. سرانجام کشورهای جهان سوم و کشورهای جدید و همچنین کشورهای اروپائی و امریکا چون بطور مثبت تمایل داشتند که کنفرانس از بن‌بست خارج شود، بطور کلی با هم کنار آمدند و نتیجه‌ای بسیار متعادل و رضایت‌بخش برای همگان حاصل شد...
کشورهای جهان سوم و کشورهای جدید بخصوص در چهار موضوع به موفقیت رسیدند:

۱. تقویت تأثیر منفی عیب رضایت و اراده در صحت و اعتبار معاهدات.

۲. شناسائی اهمیت درجه اول «اجبار غیرقانونی» و غیر عادلانه از جمله موجبات بطلان معاهده.

۳. تدوین صریح اصل ربوس...

۴. شناسائی قطعی و رسمی وجود قواعد آمره در حقوق بین‌الملل که بر حسب هر قضیه هرگاه که آن قواعد با محتوای معاهده مغایرت داشته باشد، از علل بطلان و انطفای معاهده محسوب می‌گردد.¹⁹⁴

از میان این چهار موضوع ما فقط موضوع سوم یعنی «تدوین صریح اصل ربوس...» را مورد مطالعه قرار می‌دهیم؛ زیرا سه موضوع دیگر کما بیش خارج از بحث ما هستند.

[چنانکه گفتیم کنفرانس وین] با اکثریت قابل ملاحظه آراء، تغییر اساسی اوضاع و احوال را به عنوان دلیل موجه انطفاء و یا تعليق معاهده برسمیت شناخت و درنهایت، این اصل با کمال دقّت و ملاحظه اطراف و جوانب مطلب، در معاهده قید گردید. کمیسیون تدوین حقوق بین‌الملل نیز در طرح خود در این باب احتیاط کامل را مراعات کرده و طی عبارتی متذکر گردیده است که دلیل تغییر اوضاع و احوال در صورتی اعتبار دارد که اوضاع و احوال موجود در زمان عقد معاهده، اولًا

194. Roberto Ago, Droit des traités à la lumière de la convention de Vienne, Recueil des cours de l'A.D.I. de la Haye, 1971, III, Tome 134 de la collection, p.p. 316-327.

از مبانی اصلی رضایت و اراده متعاهدان بوده و ثانیاً تغییر اوضاع و احوالی که بعداً روی داده است، بطور کامل آثار تعهدات را متغیر ساخته باشد...^{۱۹۵}

اما در کنفرانس وین بعضی از اعضا در عین حالیکه وجود اصل را در حقوق بین الملل مردود نمی دانستند، درباره تدوین و قید آن اصل در متن معاهده تردید داشتند؛ چون تصور می کردند قید اصل در متن معاهده، زیاده رویه‌ای را موجب شود و به آن توسعه ای بخشد که تا آن زمان دارا نبوده است. با این حال اعضای کنفرانس در قبال تمایل اکثریت، تسلیم شده و به ماده‌ای که اصل را برسمیت می شناسد، رأی دادند؛ زیرا ماده مذکور از لحاظ آنین رسیدگی به اختلافات با تضمینات کافی توازن بود.^{۱۹۶}

کنفرانس وین ثابت کرد که اکثریت قابل ملاحظه‌ای از کشورها معتقدند که بر طبق حقوق معتبر امروزی، تغییر اوضاع و احوال زمان عقد، از جمله اسباب انطفاء و یا تعلیق معاهده بشمار می آید.

نهایتاً حدود احرای آن موضع نبوده، مشروط و مضيق است. این خصوصیت استثنائی بودن چنین انطفاء و یا تعلیق معاهده‌ای را می توان از طرز انشای جمله اول از ماده شصت و دوم معاهده وین که به حالت منفی بیان شده است و مقرر می دارد: «تغییر اوضاع و احوال را نمی توان دلیل موجوه پایان معاهده و یا خروج از آن دانست مگر آنکه...»، استبطاط نمود. نتیجه این جمله این است که شرایط محدود کننده‌ای که با همان ماده ۶۲ تعیین گردیده است، باید با کمال دقت مراعات گردد. بر طبق ماده ۶۲ خصوصیاتی که این نوع اسباب انطفای معاهده باید دارا باشد، به سه دسته تقسیم می گردد:

۱. اوضاع و احوال باید آن اوضاع و احوالی باشد که موجودیتش در زمان انعقاد معاهده، «مبناً اراده و توافق طرفهای عهد که خواسته اند معاهده را منعقد سازند، محسوب گردد».

. ۱۹۵. همان مأخذ.

196. transformation radicale

۲. لازم است که تغییر اوضاع و احوال از طرف متعاهدان پیش‌بینی نشده باشد.

۳. تغییر اوضاع و احوال باید «اساسی» باشد؛ به این معنی که نتیجه آن تغییر اوضاع و احوال «دگرگونی اصلی»^{۱۹۶} تأثیر و وسعت تعهداتی باشد که هنوز انجام نگرفته است و بر حسب معاهده باید به موقع اجرا گذاشته شود.^{۱۹۷}

در باره دسته اول انطفای معاهده، همینقدر باید گفت که ماده ۶۲ ناظر بر اوضاع و احوالی است که در زمان انعقاد معاهده اگر موجود نمی‌بود، معاهده نیز منعقد نمی‌شد و یا لااقل محتوای آن، وضع دیگری بخود می‌گرفت؛ یعنی آن اوضاع و احوالی منتظر نظر می‌باشد که بر طبق اراده و خواست متعاقدان، موجبات انعقاد معاهده را فراهم آورده است. در باره دسته دوم این توضیح لازم است که اگر تغییر اوضاع و احوال از طرف متعاهدان پیش‌بینی می‌شد، مسلماً آن را برای ایجاد تعادل قراردادی بین تعهدات در نظر می‌گرفتند و در نتیجه، طرفهای عهد در موقع تغییر اوضاع و احوال، دیگر حاجتی به انطفای معاهده احساس نمی‌کردند. بعلاوه این مطلب نیز صحیح است که هرگاه طرفهای عهد، تغییر اوضاع و احوال زمان عقد را از موجبات انطفای معاهده بدانند و آن را در خود معاهده قید نمایند، روش است که اینچنین قیدی جز قید واقعی ربوس... چیز دیگری نخواهد بود.

کنفرانس وین در مورد خصوصیت سوم توجهی خاص مبذول داشته است؛ زیرا طبیعت عینی و اصلی تغییر اوضاع و احوال را مورد تأیید قرار داده و بخصوص برای آنکه مقررات ماده ۶۲ به موقع اجرا گذاشته شود، تغییرات ساده سیاست یکی از کشورهای متعاهد را کافی ندانسته است.

بعضی از اعضای کنفرانس (از جمله انگلستان و استرالیا) تأکید نمودند که تغییرات سیاسی کشورها را در هیچ وضعی نمی‌توان از موجبات پایان یافتن معاهده محسوب نمود. لکن در مقابل، این نکته به آنان تذکر داده شد که آن نوع تغییرات سیاسی که موجبات دگرگونی

197. Francesco Capotorti, op. cit., p.p. 542 et suiv.

اوضاع و احوال مبانی اصلی اراده و خواست متعاهدان را فراهم سازد، حتماً مشمول ماده ۶۲ می شود (نماینده جمهوری فدرال آلمان) و همچنین نماینده شوروی بنوبه خود تأکید کرد که تفاوت بین «دگرگونی عمیقی که حاصل انقلاب اجتماعی واقعی و یا محصول از میان رفتن استعمار است، با تغییر ساده سیاست یک کشور متعاهد تفاوت کامل و روشنی است و باید آن را تغییر سیاسی اساسی اوضاع و احوال دانست»¹⁹⁸.

نتیجه تغییر اوضاع و احوال چنانکه گفته شد عبارت از این است که بر حسب ماده ۶۲ طرف ذیفع معاهده اختیار دارد تغییر اوضاع و احوال را دلیل موجه پایان دادن به معاهده و یا خروج از آن اعلام نماید. در مقابل، هیچیک از اعضای کنفرانس این عقیده را اظهار نکرد که معاهده بخودی خود بمحض تغییر اساسی اوضاع و احوال، پایان می یابد؛ لکن بعضی از نمایندگان اهمیت این موضوع را گوشزد کردند که باید متعاهدان را مکلف ساخت که نخست با یکدیگر برای تجدید نظر در معاهده وارد مذاکره شوند و سپس رسماً فسخ معاهده را اعلام نمایند. این نظر مورد توجه کنفرانس واقع نشد؛ در نتیجه لزوم آئینی که برطبق آن بطور عینی، تغییر اوضاع و احوال زمان عقد بررسی و تشخیص داده شود، کاملاً مشهود بود. به همین جهت موضوع آئین رسیدگی و بررسی درباره کلیه موجبات انطفاء و تعلیق معاهدات در قسمت آخر موافقنامه مورد مطالعه و تدوین قرار گرفت؛ ولی هیچ نوع آئین خاصی از لحاظ ماده ۶۲ در نظر گرفته نشد.

کنفرانس وین مقرراتی در ماده ۶۲ (جمله سوم) وضع نموده است که بر حسب آن، طرفی که اختیار دارد به علت تغییر اساسی اوضاع و احوال به معاهده پایان دهد و یا از آن خارج گردد، حق دارد تعلیق معاهده را خواستار شود. دلیل آنهم روشن است: قید درخواست تعلیق، مبتنی بر این است که تغییر اوضاع و احوال ممکن است موقتی باشد و متحول گردد. با آنکه «کارشناس مشاور» اظهار داشت که خصوصیت اساسی بودن تغییر اوضاع و احوال با محظوظات موقتی در

198. Fracnesco Capotorti, op. cit., Note 81, p.p. 543 et suiv.

اجرای معاهده مغایر است، معدلک جمله سوم از ماده ۶۲ از طرف کنفرانس پذیرفته شد. البته باید گفت از لحاظ عملی امکان درخواست تعلیق ممکن است این اختیار را به دولتها بدهد که تغییر اوضاع و احوال را با سهولت بیشتری تفسیر نمایند و در اثر آن، تعلیق معاهده (بنا به دلیل تغییر اوضاع و احوال) در روابط حقوقی بین المللی، اسباب عدم ثبات قابل ملاحظه ای را فراهم سازد.¹⁹⁹

برای آنکه بحث ما کامل باشد باید در پایان این قسمت، دو مطلب را مذکور شویم:

اول: برطبق ماده چهل و پنجم موافقنامه وین – ۱۹۶۹ دولت ذینفع به هیچوجه حق ندارد انطفاء و یا تعلیق معاهده را به دلیل تغییر اوضاع و احوال اعلام نماید در صورتیکه پس از آگاهی از واقعیت تغییر اوضاع و احوال، صریحاً معاهده را معتبر و قابل اجرا محسوب نموده و یا طرز عملیش معتبر بودن معاهده را به اثبات رسانده باشد. اما قبول ضمنی اعتبار معاهده با وجود تغییر اوضاع و احوال ممکن است این مشکل بخصوص را مطرح سازد که اگر پس از وقوع تغییر اوضاع و احوال مدتی بگذرد و دولت ذینفع آن تغییرات را دلیل انطفاء یا تعلیق معاهده اعلام ننماید، آیا باید گفت که دولت مزبور اعتبار معاهده را بطور ضمنی پذیرفته است یا خیر؟ مشکل دیگری که باز مطرح می گردد این است که چگونه می توان معین کرد که در چه موقعیتی و در چه وقتی دولت ذینفع از تغییر اوضاع و احوال دقیقاً آگاه شده است؟ این مشکلات در موافقنامه وین – ۱۹۶۹ حل و فصل نشده است.

دوم: برحسب ماده چهل و چهارم موافقنامه مذکور (یعنی ماده مربوط به قاعدة قابل تقسیم بودن مقررات معاهده) استناد به تغییر اوضاع و احوال، برطبق شروطی که در ماده مذکور مقرر گردیده است، برای لغو فقط بعضی از قیود معاهده امکان پذیر می باشد؛ یعنی بشرطی که قیودی را که می خواهند ملغی سازند با سایر مواد معاهده دارای بستگی کامل

199. Fracnesco Capotorti, op. cit., p.p. 544-545.

و اساسی نباشد و بتوان آن قیود را مجزاً و مستقل از سایر مواد، به موقع اجرا گذاشت.^{۲۰۰}

۳

حدود دایرۀ تأثیر اصل ربوس ...

در این قسمت باید این مطلب را مورد بحث قرار داد که چنانچه اوضاع و احوال زمان انعقاد معاہده تغییر کرده باشد، در چه نوع معاهداتی می‌توان به اصل ربوس ... استناد نمود تا موجبات متروک و منسوخ شدن آنها فراهم گردد، و درباره چه نوع معاہدات و قراردادهای بین‌المللی این اصل قابلِ اعمال نیست.

قبل از ورود به مطلب باید متذکر این نکته شد که در زمینهٔ بسیار وسیع معاہدات، قراردادها و موافقنامه‌های بین‌المللی نمی‌توان فهرست کامل و جامعی از آنها تهیه و آنها را طبقه‌بندی کرد و تاکنون نیز این امر صورت نگرفته است و فهرست کاملی در دست نیست. لکن آنچه منظور ما است این است که اصل ربوس ... دربارهٔ کدام معاہده نافذ و مؤثر می‌باشد.^{۲۰۱}

● اول. در مرحلهٔ نخست معاہدات را به دو دسته تقسیم کرده‌اند: یکی معاہداتی که دارای نتایج و آثار مداوم و مراحل متعدد است،^{۲۰۲} و دیگر معاہداتی که یکباره و در یک مرحلهٔ اجرامی شود و پایان می‌یابد.^{۲۰۳} دانشمندان حقوق بطور کلی معتقدند که اصل ربوس ... را تنها دربارهٔ معاہدات دستهٔ اول، یعنی معاہداتی که دارای نتایج و آثار مداوم و مراحل متعدد است می‌توان اعمال و اجرا نمود؛ زیرا معاہدات دستهٔ دوم را

200. Francesco Capotorti, op. cit., p.p. 538-548.

201. ترجمه و اقتباس از درس «کاویدس».

202. Traités exécutoires

203. Traités exécuté

ممکن است مشابه فروش ملک و یا حقوق ارتفاقی دانست. هر وقت ملکی بفروش رسید و معامله انجام گرفت، قرارداد راجع به آن یکباره انجام گرفته پایان می‌یابد. بر عکس، اصل ربوس... را می‌توان در باره معاہدات دسته اول اعمال نمود؛ زیرا چون خود معاہده دائمی نیست و فقط نتایج و آثار و حقوقی که نتیجه معاہده است دائمی می‌باشد، لهذا تغییر اوضاع و احوال زمان عقد ممکن است در باره این نوع معاہدات مؤثر باشد و اصل ربوس... به موقع اجرا گذاشته شود.

● دوم. معاہدات یکطرفه^{۲۰۴} و معاہدات طرفینی^{۲۰۵}.

معاهده یکطرفه معاہده‌ای است که طی آن حقوق یا تعهداتی را فقط یکطرف عهد بعده می‌گیرد یا بر عهده وی بار می‌شود. معاہدة طرفینی (یا معامله متقابل) معاہده‌ای است که طرفهای عهد، حقوق و تعهداتی را متقابلاً بعده می‌گیرند. معاہده یکطرفه مورد ایراد قرار گرفته است؛ زیرا گفته‌اند که چنین معاہداتی از سوی «از لحاظ صوری و نه از جهت محتوا در نظر گرفته شده است» و «از سوی دیگر در این امر تضادی وجود دارد که یک عمل قراردادی^{۲۰۶} بتواند یکطرفه باشد». ^{۲۰۷} اما باید گفت این نوع معاہدات در روابط بین المللی هر چند نادر است معذلک چنین معاہداتی منعقد شده و می‌شود. بطور مثال می‌توان معاہده مربوط به «دولت کاملة الوداد» را بشرطی که عمل متقابل بمثیل در آن قید نشده باشد، ذکر نمود. همچنین معاہده مربوط به «انصراف از مطالبه حقوق و اموال به نفع دولت دیگر»^{۲۰۸} از جمله معاہدات یکطرفه بشمار می‌آید.^{۲۰۹}

اما معاہدات طرفینی: این نوع معاہدات بهنگامی که اوضاع و احوال بعد از انعقاد معاہده تغییر کرده باشد، ممکن است مشمول اصل

204. Traités Unilatéraux

205. Traités Synallagmatiques

206. Acte Conventionnel

207. Ch. Rousseau, Principes généraux de droit international public p. 134.

208. Traité de renonciation

209. De Caviedes, op. cit., p.p. 117 et suiv.

ربوس... قرار گیرد؛ چرا که اگر در اثر تغییر اوضاع و احوال، اعتدال تعهدات از بین رفته باشد یا مخارجی که بعده گرفته شده است از حدود متعارف تجاوز کرده باشد، می‌توان درباره این نوع معاهدات به اصل ربوس... استناد نمود. «در قضیه اختلاف بین دولت لیسی و شرکت «تکزاکو»²¹⁰ با آنکه قرارداد بین یک دولت و یک شرکت خصوصی منعقد شده بود، مدعی امکان داشت به اصل ربوس... استناد نمود؛ ولی دولت لیسی ترجیح داد در دادگاه داوری حضور بهم نرساند». ²¹¹

● سوم. معاهدات دائمی و معاهدات مدت دار

الف. معاهدات دائمی و بدون مدت

این نوع معاهدات ممکن است شامل قاعدة ربوس... واقع گردد؛ زیرا معاهدات دائمی منافی با اوضاع و احوالی است که در تغییر و تحول می‌باشد. بعلاوه انعقاد معاهده دائمی در زمینه بین‌المللی، امروزه بذریت صورت می‌گیرد و همین ملاحظات نیز درباره معاهداتی که در آنها مدت قید نشده صادق است؛ چرا که برطبق کلیه عقاید علمی، هر قرارداد و معاهده‌ای که بطور دائمی منعقد شده و یا می‌شود، طبیعتاً شامل اصل ربوس... می‌باشد و همین اصل نیز شامل معاهداتی است که در آنها مدتی قید نشده باشد.

ب. معاهدات با مدت و موعد معین

دانشمندان حقوق معتقدند که اصل ربوس... — چنانکه گفته ایم — فقط درباره معاهداتی که بتدریج به موقع اجرا گذاشته می‌شود (و دارای آثار مداوم و متعاقب یکدیگر است) باید اعمال گردد و معاهداتی که یکباره اجرا می‌شود شامل اصل مذکور نیست. نتیجه اینکه درباره

210. Texaco

211. Jean-Flavien Lalive, *Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées*, Recueil des Cours de l'A.D.I., Tome 181, p.p. 122-124.
des Cours de l'A.D.I., Tome 181, P.F. 122-124.

معاهدات مربوط به واگذاری سرزمین نمی‌توان اصل ربوس... را اعمال نمود؛ زیرا اصل مزبور موجد حق ابطال چنین معاهداتی نیست. ولی معاهدات با مدت معین (غیر از معاهداتی که بتدريج یا يکباره به موقع اجرا گذاشته می‌شود)، مورد بحث محققان است؛ زیرا اين مسئله مطرح می‌گردد که آيا اصل مذکور شامل چنین معاهداتی می‌شود، یا اينکه نمی‌توان آن را درباره چنین معاهداتی (حتى آنهائي که برای مدت کوتاهی منعقد می‌گردد) اعمال نمود؟ علاوه بر اين مسئله، مشکل ديگري نيز در موضوع معاهدات با مدت معین که خود بخود در سراسید موعد تجدید می‌شود، مطرح می‌باشد؛ چرا که اين قبيل معاهدات را که بنا به قاعدة مقرر و بنا «بحق» برای مدت معین منعقد شده است، می‌توان «بال فعل» (يعني بحسب قاعدة تجدید خود بخود اعتبار معاهده) به معاهده بدون مدت تبدیل نمود.

عقاید علمی در موضوع قابلیت اعمال اصل یا قاعدة ربوس... درباره معاهداتی که دارای مدت و موعد می‌باشد، بسیار متشتت است: نظر عده قابل ملاحظه‌ای از دانشمندان حقوق و محققان براین است که اصل ربوس... با هر نوع مدت یا سراسیدی که در معاهده قید شده باشد، مغایرت دارد. با این حال - چنانکه دسته دیگری از حقوقدانان می‌گویند - این نظر اخیر که مبتنی بر اراده متعاهدان و نظری تحدیدی است، منطقاً معنائی ندارد مگر در مورد تصمیمات ارادی و قراردادی طرفهای عهد؛ چون اگر عقیده براین باشد که اصل یا قید ربوس... یکی از شرایطی بشمار می‌آید که واپسنه به اراده طرفهای عهد است، فقط در این صورت می‌توان گفت که قید موعد و مدت، اصل ربوس... را خود بخود نفی می‌نماید و به جای آن شرط دیگری را که سراسید موعد باشد، برقرار می‌سازد. ولی اگر اصل ربوس... را یک قاعدة عینی و مستقل از اراده طرفهای عهد بدانیم، در این صورت عمل آن اصل به عنوان اسباب فسخ معاهده، مغایرتی با قید مدت و موعد سراسید در معاهده نخواهد داشت مگر آنکه مدت مقرر بسیار کوتاه باشد؛ زیرا در این حال یعنی در مدت کوتاه،

تغییر اوضاع و احوال بسیار غیر محتمل است. کمیسیون حقوق بین الملل سازمان ملل نظر اخیر را در طرح خود پذیرفته و متذکر گردیده است.^{۲۱۲}

● چهارم. معاهدات منعقد بین فقط چند دولت (یا معاهدات محدود و بسته)، و معاهداتی که مشارکت همه دولتها در آنها آزاد است (یا معاهدات باز).

این قبیل معاهدات از لحاظ موضوعی که مورد تحقیق است قابل توجه می باشد و می توان آنها را به چند دسته تقسیم کرد.

این نوع معاهدات: اولاً، بر حسب تعداد متعاهدان، یا معاهده دو جانبه، یا معاهده چند جانبه و یا معاهدهای است که دارای متعاهدان متعدد ولی محدود می باشد؛ ثانياً، بر حسب تعداد استناد قراردادی یا معاهدهای است که به آن، معاهده بسته و محدود می گویند که فقط بین دو طرف یا بین تعداد معینی از کشورها بطور دستجمعی منعقد می گردد، و یا آنکه معاهدهای است که مشارکت کشورهای دیگر در آن آزاد می باشد و از این جهت به این قبیل معاهدات، معاهده باز می گویند؛ ثالثاً، بر حسب موضوع معاهده، یا معاهدهای است که قانونی را وضع می نماید^{۲۱۳} یا آنکه قراردادی را منعقد می سازد.^{۲۱۴}

دانشمندان حقوق درباره این دسته اخیر از معاهدات، عقاید متفاوت و مختلفی بیان کرده اند و فهرست گذبی که در این باب نوشته اند بسیار مفصل و طولانی است؛ لکن بطور خلاصه می توان معاهدات واضح قانون را تحت عنوان معاهدات عام و دستجمعی،^{۲۱۵} و معاهدات عاقد قرارداد را زیر عنوان معاهدات خاص^{۲۱۶} مورد بحث قرار داد.

سؤالی که در اینجا مطرح می گردد این است که آیا امکان دارد اصل ربوس... را درباره موافقنامه های عام و دستجمعی یا معاهدات

212. De Caviedes, op. cit., p. 178.

213. Traité-loi

214. Traité-Contrat

215. Traité généraux et collectifs

216. Traité particuliers

واضع قانون به موقع اجرا گذاشت، یا آنکه اصل مزبور فقط در مورد معاهدات خاص قابلِ اعمال می‌باشد؟

از آنجا که اصل ربوس... از جمله موجبات فسخ معاهده است (زیرا مبتنی بر از بین رفتن تعادل بین تعهدات متعاهدان است و بر سنگین شدن غیرعادی الزاماتی که بر عهده طرفهای عهد بارشده اتکا دارد و اساس آن سستی پایه‌های قراردادی و با دلیل وجودی معاهده است)، چگونه می‌توان آن اصل را درباره معاہدات عام و دست‌جمعی اعمال نمود در صورتیکه می‌دانیم معاہدات عام و واضح قانون به این جهت از دیگر معاہدات متفاوت است که تعهداتی را که به عهده متعاهدان بار می‌کند، از طرفی تعهداتی است که بطور مطلق و خود بخود (و نه بطور متقابل و نسبی) بعهده آنان بار می‌شود و از طرف دیگر دلیل وجودی این قبیل معاہدات، قابل آن نیست که تغییر اوضاع و احوال زمان انعقاد بتواند درباره طرفهای متعاهد (که در حقیقت در این نوع معاہدات عام و واضح قانون، عضو محسوب می‌شوند و نه طرف) مؤثر واقع شود. هرقدر بخواهیم استدلال کنیم که اصل ربوس... یکی از اسباب یا طرق انتظای معاہداتی است که مورد قبول حقوق بین الملل عام می‌باشد و دلیلی ندارد که این سبب یا طریقه را فقط منحصر به معاہدات خاص بدانیم و باید این اصل را درباره تمام انواع موافقنامه‌ها اعمال نمائیم، معدلک نمی‌توان تصور کرد که اصل ربوس... بتواند موجبات منسوخ شدن یا انطفاء و تجدید نظر و تعلیق این نوع معاہدات (یعنی معاہدات عام و واضح قانون) را فراهم سازد. در صورتیکه استدلال مذکور قابل قبول باشد باید گفت اصل ربوس... فقط باعث خروج متعاهدی است که به آن اصل استناد می‌نماید، و نمی‌تواند معاہده را بالتفصیل نسخ نماید. در نتیجه آثار آن از آثاری که بطور عادی درباره معاہدات خاص بوجود می‌آید، متفاوت است.

با آنکه دلیلی بطور مطلق در دست نیست که اصل مذکور را نتوان درباره معاہدات عام و واضح قانون اجرا کرد، معدلک باید گفت که خصوصیت ذاتی اصل ربوس... این امر را ایجاب می‌نماید که معمولاً

بیشتر در زمینه معاہدات خاص باید به موقع اجرا گذاشته شود و بر عکس، در مورد معاہدات عام و واضح قانون، قابلیت اجرای کمتری را باید حائز باشد.^{۲۱۷} با این حال به نظر می‌رسد که کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد اصل ربوس... را قابل آن دانسته است که در باره معاہدات دست‌جمعی و عام نیز به موقع اجرا گذاشته شود؛ چنان‌که می‌نویسد: تغییر اساسی اوضاع و احوال را بنا به شرایطی که در جمله دوام از ماده ۴ طرح آمده است «می‌توان از اسباب پایان یافتن معاہده یا خروج از معاہده چند جانبه محسوب و به آن استناد نمود».

بعلاوه در عمل حقوقی قراردادی، موضوع تجدید نظر همواره در خود معاہدات عام و دست‌جمعی قید می‌شود و به این ترتیب اجرای اصل ربوس... در باره این نوع معاہدات ضرورت خود را از دست می‌دهد.^{۲۱۷} بنا به ماده ۶۲ معاہده وین تغییر اوضاع و احوال زمان عقد بر حسب شرایطی که مقرر داشته، از موجبات فسخ معاہده یا خروج از آن محسوب گردیده است؛ ولی در آن ماده هیچ نوع اشاره‌ای به معاہدات عام و واضح قانون و معاہدات خاص نشده است.

● پنجم. معاہدات مرزی و معاہداتی که در آنها یا تغییر اوضاع و احوال مشخص و معینی پیش‌بینی شده و یا تغییر اوضاع و احوال در اثر نقض نامشروع تعهدات صورت گرفته است.

کمیسیون حقوق سازمان ملل متحد در طرح خود مقرر نموده است که اصل ربوس... در باره دونوع از معاہدات قابل اجرا نیست:

۱. معاہداتی که سرحدی را تعیین می‌نماید.
۲. معاہداتی که در آن تغییر اوضاع و احوال و نتایج و آثار آن پیش‌بینی شده است. و می‌نویسد: «نمی‌توان به اصل ربوس... استناد نمود در صورتی‌که تغییر اوضاع و احوال در خود معاہده پیش‌بینی و مقرر اتی در باره آثار و نتایج آن وضع شده باشد».

217. De Caviedes, op. cit., p.p. 179-180.

برحسب جمله دوم از ماده ۶۲ معاہدۀ وین استناد به تغییر اوضاع و احوال برای پایان دادن به معاہده یا خروج از آن ممکن نیست در صورتیکه اولاً برطبق معاہده، مرزهائی تعیین و برقرار شده باشد و ثانیاً در صورتیکه طرف متعاهدی که به تغییر اوضاع و احوال زمان عقد استناد می نماید، آن تغییر اوضاع و احوال را خود در اثر نقض تعهدات بین المللی (در قبال متعاهدان دیگر) بوجود آورده باشد. جمله دوم از ماده شصت و یکم معاہدۀ وین نیز مقرر می دارد که «هیچیک از طرفهای عهد نمی تواند بمنظور پایان دادن به معاہده یا خروج از آن و یا تعلیق آن، به غیرممکن بودن اجرای معاہده استناد کند در صورتیکه غیرممکن بودن اجرای معاہده را خود، بالتنفسه با نقض یکی از تعهدات معاہده و یا نقض هر نوع تعهد بین المللی در قبال طرفهای عهد باعث شده باشد».

منظور از وضع مواد ۶۱ و ۶۲ معاہدۀ وین این است که از عمل نامشروع متعاهدانی که چنین تغییر اوضاع و احوالی را بوجود می آورند، جلوگیری کنند و مانع سوء استفاده آنان گردند. بنابراین عادلانه است دولتی که این نوع تغییر اوضاع و احوال را ایجاد می کند، نتواند از زیر بار تعهدات خود خارج گردد.

اما درباره مستثنی ساختن معاہدات مرزی از اصل ربوس... اصولاً باید گفت که هرگاه سرزمینی واگذاریا مرزهائی تعیین شود، در واقع نماینده این است که وضع حقوقی و قضائی معینی اکتساب شده باشد بطوطریکه سرنوشت آن، دیگر وابسته به معاہده ای نیست که آن وضع را ایجاد کرده است. در جمله دوم از ماده ۶۲ مقرر گردیده است که: «برای پایان دادن به معاہده یا خروج از آن نمی توان به تغییر اساسی اوضاع و احوال استناد نمود:

الف. هرگاه منظور نظر، معاہده ای باشد که سرحدی را تعیین می نماید».

چنانکه ملاحظه می شود، هدف عملی وضع این ماده عبارت از این است که قاعده ربوس... را دیگر نباید در مورد معاہدات مرزی قابل اجرا

دانست؛ یعنی این نوع معاهدات از آن قاعده مستثنی می باشد.
در کنفرانس وین پیشنهاد شد که این استثنا را شامل معاهداتی
اعلام نمایند که رژیم سرزمین معینی را برقرار می سازد (از جمله مثالهای
که ذکر شد معاهدات مربوط به سرزمینهای قطب جنوبی است)؛ ولی این
پیشنهاد بنا به دلایل سیاسی پذیرفته نشد؛ چرا که توسعه قاعده مزبور ممکن
بود وضع موجود^{۲۱۸} این نوع سرزمینها را همواره به قوت و اعتبار خود باقی
بگذارد و در نتیجه «حق مردم سرزمین در تعیین سرنوشت آن»^{۲۱۹} پایمال
گردد.^{۲۲۰}

فصل چهارم:

طرز اعمال و اجرای اصل ربوس... و آئین مقرر در معاهده
وین - ۱۹۶۹ درباره انطفاء و تعلیق و اصلاح معاهدات

۱

طرز اعمال و اجرای اصل ربوس...

مطلوبی که در بدو مقال باید مورد بحث قرار گیرد این است که طرز اعمال و اجرای اصل ربوس... به طبیعت و سرشت آن اصل بستگی تام دارد؛ به این معنی که قبول یا رد اصل مزبور - چنانکه قبل^{۲۲۱} گفته شد - مربوط به این امر است که اعمال و اجرای آن باید بنحوی امکان پذیر شود که اصل حرمت عهد و قول کاملاً پایمال نگردد و در عین حال امکان این امر نیز وجود داشته باشد که بتوان موضوع اعمال و اجرای اصل ربوس... را مورد رسیدگی حقوقی ممکن قرار داد؛ زیرا اگر طریقه صحیحی برای اعمال و اجرای آن اتخاذ نشود، اصل مزبور از لحاظ حقوقی قابل بقا نیست و

218. statu quo

219. autodétermination

220. Francesco Capotorti, op. cit., p.p. 545-546.

اجرای نادرست آن قابل قبول نمی باشد. بنابراین ممکن است اجرای اصل مزبور به دو صورت امکان پذیر گردد:

الف. طرز مطلق

بعضی از محققان معتقدند که قید، اصل یا قاعدة ربوس... متگی به اعلام رسمی فسخ معاہده بطور یکجانبه از طرف دولتی است که خود را در اثر تغییر اوضاع و احوال، متضرر تشخیص می دهد و در نتیجه آثار فسخ معاہده بخودی خود و بالحق^{۲۲۱} آن دولت را از بار تعهدات آزاد می سازد. در این صورت معاہده با تغییر اوضاع و احوال، باطل می شود و طرف متضرر خود، بالنفسه این تغییر اوضاع و احوال را تشخیص می دهد.

طرز مطلق را دانشمندانی قبول دارند که طرفدار این عقیده هستند که قید ربوس... قیدی اصلی و بلااستثنا است. اما می دانیم دولت روسیه پس از آنکه مواد یازدهم، سیزدهم و چهاردهم معاہدة صلح پاریس موزخ ۱۸۵۶ (مریوط به بیطرفی دریای سیاه) را بطور یکجانبه منسخ اعلام نمود، متعاهدان دیگر بلاfacile در پُر تکل منعقد در سال ۱۸۷۴ — با آنکه به دلیل عدم وضوح، چیزی از مفاد آن دستگیر نمی شود و کاملاً قابل بحث است — اعلام نمودند که دولتها به هیچوجه نمی توانند معاہدات بین المللی را بطور یکجانبه فسخ کنند و بالنتیجه فسخ معاہده نیز هرگاه مبتنی بر اجرا و اعمال اصل ربوس... باشد، پذیرفتگی نیست.

ب. طرز استناد به قاعدة ربوس...

در صورتیکه طرز مطلق اجرای اصل را کنار بگذاریم طرز دیگری باقی می ماند که بطور کلی مورد قبول دانشمندان حقوق است و براساس آن تغییر اوضاع و احوالی که پس از انعقاد معاہده پیش می آید، فقط به دولت متضرر این حق را می دهد که به قاعدة ربوس... استناد جوید تا بتواند بعداً منسخ بودن معاہده را اعلام کند؛ به این معنی که طرف متضرر پس از

استناد به قاعدة مزبور، حق ندارد به همین استناد تنها اکتفا نماید و خود را از بار تعهداتی که بعده دارد، آزاد بداند. آزادی قطعی از بار تعهدات وقتی صورت می گیرد که صحبت استناد به تغییر اساسی اوضاع و احوال محقق گردد.

در این وضع اخیر، دولت متضرر — که اثبات دلایل ادعا و اثبات صحبت استناد به عهده آن است — در مرحله اول فقط حق دارد با طرف عهد برای متروک بودن معاهدہ از جهت موجه بودن اصل ربوس ... وارد مذاکره شود، و در مرحله ثانی و در صورتیکه طرفهای عهد در باره متروک بودن معاهدہ به توافق نرسند، هریک از متعاهدان باید پیشنهاد کند و طرف دیگر نیز باید بپذیرد که موضوع مورد بحث را به مراجع بین المللی ارجاع نمایند.

مسئله مربوط به انتخاب و خصوصیت مراجع بین المللی، مورد مطالعه قرار گرفته است. بعضی از محققان معتقدند که این قبل مراجع باید از جمله دستگاههای بین المللی و بنیادی و سیاسی باشد و بعضی دیگر عقیده دارند که چون مسئله ربوس ... برخلاف مسئله «تجدد نظر در معاهدات» مسئله‌ای حقوقی است، در نتیجه تشخیص تغییر اساسی اوضاع و احوال نخست جزو صلاحیتهای طرفهای عهد است تا اراده و خواست حقیقی خود را از عقد معاهدہ تفسیر نمایند، و سپس در صورتیکه توافقی بین طرفهای عهد حاصل نگردد، «محاکم بین المللی» صلاحیت دارند معاهدہ را مورد مطالعه قرار دهند و تفسیری قانونی و عینی و قضائی از تغییر اساسی اوضاع و احوال بیان نمایند.

اما در صورتیکه طرف مقابل حاضر نشود با طرفی که خود را متضرر می داند وارد مذاکره شود یا آنکه پیشنهاد رجوع اختلاف به محکمه بین المللی را رد نماید، عملاً «سوء نیت»^{۲۲} خود را به اثبات می رساند؛ زیرا وضعی را اتخاذ می نماید که برخلاف ملاحظه و احترام متقابلی است که دولتها در باره یکدیگر بایستی منظور نمایند و باید گفت که فقط در این

صورت، طرف متصرّری که به تغییر اساسی اوضاع و احوال استناد می‌نماید چون دیگر هیچ نوع مرجع و راه حلی ندارد، می‌تواند به عنوان آخرین برهان و اتمام حجت، فسخ معاہده را بطور یکجانبه اعلام دارد.^{۲۲۳}

با در نظر گرفتن مطالبی که ذکر کردیم مشکل زیر مطرح می‌گردد:

در طول مدتی که رسیدگی انجام می‌شود که آیا تغییر اوضاع و احوال استنادی مبنای صحیحی دارد یا خیر، طرفی که به آن استناد نموده است، آیا حق دارد از اجرای تعهدات خود (از زمان استناد به تغییر اوضاع و احوال) خودداری نماید، یا آنکه موظف است تعهداتی را که بعده گرفته است تا زمانی که واقعیت استناد یا غیرواقع بودن آن به اثبات برسد، همچنان از عهده برآید و انجام دهد؟

بنا به قاعدة کلی، هریک از تابعان حقوق بین الملل حق دارد بنحوی اقدام نماید که آن اقدام را از جمله حقوق خود تشخیص می‌دهد. بنابراین دولتی که تشخیص می‌دهد موجبات انطفای معاہده فراهم شده است، می‌تواند از انجام دادن تعهدات منعقده برحسب اصول کلی حاکم بر مناقشات بین المللی و بطبق سوابق متعدد عمل دیپلماسی خودداری ورزد. نهایتاً در صورتیکه پس از رسیدگی یا مذاکره با طرف عهد معلوم شود که تغییر اوضاع و احوال واقعیت نداشته است و نمی‌توان به آن استناد نمود، طرفی که از انجام دادن تعهدات خودداری ورزیده، موظف است خسارات طرف دیگر را که در اثر عدم انجام تعهدات وارد شده است، جبران نماید. باید افزود که اگر به اثبات برسد طرفی که معاہده را اجرا نکرده با سوء نیت فاحشی به تغییر اوضاع و احوال استناد نموده است، طبیعتاً مسؤولیت جزائی آن طرف عهد نیز محقق و مسلم می‌گردد.

223. De Caviedes, op. cit., p.p. 180-183.

بستگی طرز اعمال و اجرای اصل به یک مدت معقول

بعضی از دانشمندان حقوق طرز اعمال و اجرای اصل ربوس... را به شرط دیگری مشروط ساخته‌اند به این ترتیب که: استناد به اصل ربوس... در طول مدت معقولی از زمان تغییر اساسی اوضاع و احوال باید صورت بگیرد تا بتوان آن اصل را به موقع اجرا گذاشت. این شرط به نظر صحیح می‌رسد چون طرفی که به اصل ربوس... در هنگام تغییر اساسی اوضاع و احوال استناد نکرده، در حکم این است که آن تغییرات را بطور ضمنی قابل قبول و معاهدۀ را همچنان معتبر دانسته است. لکن باید گفت تفسیر سکوت بعد از ظاهر خواست و ارادۀ طرف، بسیار مشکل و غیر محتمل است و نیز تعیین مدت معقول مسلماً با مشکلات عملی غیرقابل حل مواجه می‌باشد؛ زیرا بحسب چه ملاکی می‌توان چنین مدتی را معقول دانست و چه مرجعی صلاحیت وقدرت آن را خواهد داشت که این نوع مدت را تشخیص دهد؟

شرط لازم برای اعمال و اجرای طرح

شرط لازم برای آنکه استناد به اصل ربوس... منتج به نتیجه شود این است که طرفی که به آن استناد می‌نماید باید خود بالتفصیل تغییر اساسی اوضاع و احوال را ایجاد کرده باشد، و همچنین باید در بوجود آمدن چنین تغییری سهیم باشد. این شرط به نظر عادلانه است؛ زیرا اینچنین کرداری پایمال کننده اصل «حسن نیت» است که — چنانکه قبلًاً متذکر شده‌ایم — قاعدة ربوس... باید همواره تابع آن باشد.^{۲۲۴}

224. De Caviedes, op. cit., p.p. 184-185.

آئین مقرر در موافقنامه وین – ۱۹۶۹ درباره ابطال، انطفاء و تعلیق معاهدات

در آغاز این قسمت باید توجه را به این نکته جلب نمود که عاقدان موافقنامه وین، موضوع آئین ابطال، انطفاء و تعلیق معاهدات را بطور کلی و بسی آنکه اختصاصاً درباره طرز اجرای قاعدة ربوس... مقررات خاصی را وضع کرده باشند، تدوین نموده اند و کلیه مسائلی را که از لحاظ طرق انطفاء و تعلیق معاهدات ایجاد می گردد، یکباره در قسمت پنجم موافقنامه بررسی و مقرراتی را در این باب وضع کرده اند.

مهمترین مشکل کنفرانس وین از حیث حقوق معاهدات عبارت از این بود که چه نوع آئینی را برای اجرای مقررات مواد مربوط به ابطال، انطفاء و تعلیق معاهدات و نیز برای رفع اختلافات حاصله در این زمینه می توان وضع نمود؟ زیرا از لحاظ حقوق معاهدات، هریک از فروض فسخ یا خروج از معاهده که برحسب اصول یا قواعد غیر مدون مجاز می باشد، ممکن است دست دولتها را بازبگذارد که از آن اصول و قواعد بطور نامشروع استفاده کنند، به همین جهت تدوین قواعد و اصول و تعیین حدود مشخصی برای آنها دارای اهمیت قابل ملاحظه ای است. لهذا برای آنکه قواعد و اصول مدون در موافقنامه بطور صحیح به موقع اجرا گذاشته شود، لازم می آید که مسائل عملی و حقوقی مربوط به هر قضیه، مورد بررسی عینی قرار گیرد و این بررسی نیز باید بوسیله دستگاه کاملاً بیطرفي انجام پذیرد تا بتوان ثبات و امنیت روابط قراردادی بین المللی را تضمین نمود.

الف. جنبه سه گانه مسئله آئین اجرای موافقنامه

مسئله آئین اجرای مقررات موافقنامه که به ابطال، انطفاء و تعلیق

معاهدات مربوط می گردد مسئله واحدی است که دارای سه جنبه می باشد:

- اول. متعاهد ذینفع به چه شکل و صورتی می تواند به یکی از موجبات انطفاء یا تعليق معاهده استناد نماید؟
اصولاً اين جنبه نخستين، تعلق به يك دسته از علل و اسباب دارد که انطفاء یا تعليق معاهده را فقط به اراده و ابتکار متعاهد ذینفع مرتبط می سازد؛ یعنی در اين حال، اعلام يكجانيه انطفاء یا تعليق معاهده كفايت می كند، زيرا در حقوق بین الملل عرفی رسم براین است که در چنین حالتی، اراده متعاهد ذینفع به هر وسیله متناسبی باید به طرف متعاهد ديگر ابلاغ گردد.
- دوم. جنبه ديگر مسئله مذكور عبارت از اين است که آيا اضافه بر اظهار اراده متعاهد يكی از علل و اسباب انطفاء یا تعليق معاهده، شرایط اضافي ديگري نيز که خصوصيت رسمي بودن را حائز باشد برای پایان یافتن یا تعليق معاهده لازم است یا خير؟
بنا بر حقوق بین الملل چنین شرایطی مقرر نگردیده است و انطفاء و تعليق معاهده فقط به تظاهر اراده طرف ذینفع — در صورتیکه شرایط ماهوي إعمال چنین اختياری وجود داشته باشد — مربوط می باشد.
- سوم. سومین جنبه مسئله آين اجرای مقررات مذكور، موضوع وسائل و طرقی است که باید برای حل اختلافاتی پيش گرفته شود که در مورد شرایط ماهوي مربوط به قواعد ناظر بر انطفاء و تعليق معاهدات، بروز می نماید. نتیجه بروز چنین اختلافاتی عبارت از اين است که در روابط بين متعاهدان محقق نیست که معاهده اعتبار خود را از دست می دهد یا آنکه به قوت خود باقی می ماند. اين عدم تحقق وقتی از میان می رود که یا طرفهای عهد با هم توافق کنند یا آنکه داور یا قاضی بین المللی که مأمور رسیدگی است، حکم خود را صادر نماید.

متعاقدان معاهده وین — ۱۹۶۹ آئين اجرای مقررات مذكور را

بدون درنظر گرفتن جنبه‌های سه گانه‌ای که ذکر کردیم، بنحو واحدی تنظیم نموده‌اند؛ ولی با وجود عیوبی که این مقررات واحد دارا می‌باشد، معذلک عاقدان موافقتنامه وین بهبودی قابل ملاحظه‌ای را به حقوق معتبر زمان بخشیده‌اند که تا حدودی نقایص آن را رفع می‌کند.^{۲۲۵}

ب. ماده ۶۵ معاہدۀ وین

برحسب جمله اول از ماده ۶۵ موافقتنامه وین – ۱۹۶۹ معاہدی که برمبانی موافقتنامه به دلایلی برای پایان دادن به معاہده، خروج یا تعليق اجرای آن استناد می‌نماید، موظف است که «ادعای» خود را با ذکر منظوری که دارد و اقدامی که می‌خواهد انجام دهد (انطفاء، خروج یا تعليق) و بيان دلایل اين اقدام، به متعاهدان ديگر ابلاغ نماید.

این ابلاغ، طبق جمله اول از ماده ۶۷ باید کتبی باشد. پس از ابلاغ کتبی، طبق جمله دوم از ماده ۶۵ در صورتیکه هیچیک از طرفهای عهد، ظرف مدتی که کمتر از سه ماه از تاریخ دریافت ابلاغ نباید باشد، اعتراضی نکند و ایرادی نگیرد، متعاهدی که ابلاغ کتبی را ارسال داشته است حق دارد منظور نظر خود را به موقع عمل بگذارد. بنابراین هر عمل و اقدامی که به معاہده پایان می‌دهد، یا به خروج از آن و یا به تعليق آن تحقق می‌بخشد، بنا بر جمله دوم از ماده ۶۷ و برمبانی مقررات جمله دوم و سوم از ماده ۶۵ باید دریک سند رسمی قید و برای سایر متعاهدان ارسال گردد.

آئینی که ذکر کردیم درباره سه موضوع که ممکن است به فسخ معاہده یا به خروج از آن منجر شود، تضمینی بموقع و روشن است. آن سه موضوع از این قرار است:

- اول. فسخ معاہده یا خروج از آن در صورتیکه مبتنی بر سرشت و خصوصیت معاہده باشد (بند ب از جمله اول ماده ۵۶).

225. Francesco Capotorti, op. cit., p.p. 562 et suiv.

• دوم. فسخ معاهده یا خروج از آن در صورتیکه مبتنی بر نقض عمدى معاهده باشد (ماده ۶۰).

• سوم. فسخ معاهده یا خروج از آن در حالیکه مبتنی بر تغییر اساسی اوضاع و احوال زمان عقد باشد (ماده ۶۲).

باید اضافه کرد که همین آئین مذکور در مورد فسخ یا خروج از معاهده، در موقعی که طرفهای عهد بطور ضمنی یا صریحاً آن را پذیرفته باشند، به موقع اجرا گذاشته می شود (بند الف از جمله اولی ماده ۵۶).

برحسب مقررات آئینی که ذکر کردیم طرفی که ابلاغ متعاهد دیگر را دریافت می نماید حق دارد به آن اعتراض نماید و ادعای ابلاغ کننده را به دلیل غیرقانونی بودن آن رد کند. در این حال طبعاً بین متعاهدان اختلاف بوجود می آید. در حمله سوم از ماده ۶۵ مقرر گردیده است که متعاهدان باید اختلاف را به طرقی که در ماده ۳۳ منشور سازمان ملل متعدد مقرر شده است، فیصله دهند. طرقی که در ماده ۳۳ منشور مذکور بیان شد عبارت است از: مذاکره، تحقیق، میانجیگری، سازش، داوری، رسیدگی قضائی و مراجعته به سازمانها یا قراردادهای منطقه‌ای. در آخر ماده ۶۵ (حمله سوم) آمده است: «یا هر طریقه مسالمت‌آمیز دیگری که خود انتخاب می نمایند» (یعنی خود متعاهدان انتخاب می کنند).

این نکته قابل توجه است که برطبق ماده ۳۳ منشور سازمان ملل رفع اختلافات به طرقی که در ماده مذکور ذکر شده محدود به اختلافاتی است که «اگر ادامه یابد، ممکن است بقای صلح و امنیت بین المللی را به مخاطره دچار سازد». به همین جهت جمله سوم از ماده ۶۵ موافقتنامه وین این محدودیت مندرج در حمله آخر از ماده ۳۳ منشور را حذف کرده و به آن توسعه بخشیده است؛ به این معنی که هرگاه اعضای سازمان ملل به موافقتنامه وین بپیوندند، هر نوع اختلافی که با سایر متعاهدان داشته باشند (حتی اختلافاتی که بقای صلح و امنیت بین المللی را به مخاطره دچار نمی سازد) باید آن را به طرقی که در ماده ۳۳ منشور ذکر شده است، فیصله

دهند. به همین مناسبت باید گفت جمله سوم از ماده ۶۵ موافقنامه، شمول و عمومیت بیشتری را حائزی باشد و متعاقدان موافقنامه محدودیت و خصوصیتی برای نوع اختلاف قائل نشده‌اند و مقرر نموده‌اند که هرگونه اختلافی را باید به طرق مذکور در ماده ۳۳ منشور حل و فصل نمایند.

اما جمله آخر از ماده ۶۵ که مقرر می‌دارد «یا هر طریقه مسالمت آمیز دیگری که خود انتخاب می‌کنند»، در عمل قابل نقد و ایراد می‌باشد؛ زیرا محتمل است که برای انتخاب طریقه مسالمت آمیز دیگر حل اختلاف، موافقت لازم صورت نگیرد یا چنین انتخابی غیرممکن باشد. در این حال اختلاف برای مدت نامحدودی فیصله نیافته باقی می‌ماند و در نتیجه وضعی پیش می‌آید که با وضع زیر شاهت دارد:

در موقعیت کنونی روابط بین المللی، هرگاه اختلافی در باب وجود یا عدم وجود موجبات قانونی انطفاء یا تعليق معاهده ایجاد گردد و فیصله نیابد و هریک از متعاهدان بر عقیده قضائی خود ثابت بماند، طرفی که به آن موجبات استناد نموده است می‌تواند از اجرای معاهده خودداری ورزد بشرطی که موجبات ماهوی انطفاء یا تعليق وجود داشته باشد. لکن این وضع در واقع با مفاد ماده ۶۵ مغایرت دارد و در نتیجه فیصله اختلاف به بن بست منجر می‌گردد.

برطبق موافقنامه وین این نوع بن بست پیش‌بینی و راه حلی برای آن در نظر گرفته شده است: ماده ۶۶ موافقنامه مقرر می‌دارد که هرگاه در مدت دوازده ماه از تاریخ اعتراض متعاهد دیگر، اختلاف فیصله نیابد هریک از متعاهدان می‌تواند آئین خاصی را بطور یکجانبه معمول دارد. چنانکه اگر اختلاف، مربوط به اجرا یا تفسیر یکی از مقررات حقوق بین الملل عام باشد (مواد ۵۳ و ۶۴)، هریک از متعاهدان مختار است اختلاف را با تقدیم دادخواست، به دیوان بین المللی دادگستری ارجاع نماید مگر آنکه متعاهدان موافقت کنند که موضوع اختلاف به داوری واگذار شود. اما اگر اختلاف مربوط به یکی از موجبات انطفاء یا تعليق معاهده باشد، آئینی که باید به موقع اجرا گذاشته شود آئین سازش است که

راجع به آن در ضمایم موافقتنامه مقرراتی. وضع گردیده است.

ولی باید اشاره کرد که رجوع به دیوان بین المللی دادگستری با مراجعه به کمیسیون سازش، از لحاظ آثاری که بوجود می آورد کاملاً فرق دارد؛ دیوان مزبور (و نیز دادگاه داوری) پس از رسیدگی کامل به اختلاف به صدور حکم مبادرت می ورزد. اگر حکم، موافق نظر دولتی باشد که ادعای کرده است معاهده با موازین حقوق بین الملل عام مغایرت دارد، طبیعی است که بنا بر آن حکم، بایستی معاهده را بطور رسمی و قطعی پایان یافته محسوب نمود. در غیر این صورت برحسب حکم مذکور، معاهده به اعتبار خود باقی خواهد ماند. ولی کمیسیون سازش اختیار اتخاذ تصمیم را دارا نیست؛ در نتیجه اگر متعاهدان استنتاجات کمیسیون را نپذیرند و موضوع اختلاف په عقد قرارداد جدیدی منجر نگردد، وضع اختلاف، حال سبق خود را حفظ خواهد کرد و این نقص اضافی را نیز خواهد داشت که متعاهدان برای رفع اختلاف هیچ نوع آئین دیگری نیز نخواهند داشت؛ زیرا رجوع به کمیسیون سازش وقتی صورت می گیرد که متعاهدان تمام وسائل و طرق حل اختلاف مندرج در ماده ۳۳ منشور سازمان ملل متحد را معمول داشته باشند.

این مطلب نیز قابل توجه است که ماده ۶۵ (جمله اول و جمله سوم) و ۶۶ در باب رجوع به کمیسیون سازش متفاوتند؛ ماده ۶۵ مقرر می دارد که برای دسته ای معین از موجبات انطفاء و تعليق، باید برای دیگر متعاهدان نیز ابلاغ رسمی صادر و ارسال نمود تا اگر مورد قبول قرار نگرفت بتوان در موقع خود به کمیسیون سازش مراجعه کرد. در صورتیکه ماده ۶۶ (بند ب) مقرر می دارد: «هریک از طرفهای اختلافی که درباره اجرا یا تفسیر تمامی مواد قسمت پنجم روی داده است» می تواند به کمیسیون سازش مراجعه نماید. بنابراین این سؤال مطرح می گردد که: آیا سیستم رفع اختلافی را که ماده ۶۵ و ۶۶ برقرار ساخته اند شامل معاهداتی نیز می شود که در مواد قسمت پنجم اشاره ای به آنها نشده است؟ پاسخ به این سؤال بنا بر عقاید علمی منفی است؛ زیرا اولاً موافقتنامه وین - ۱۹۶۹ تمامی حقوق موجود امروزی را تدوین نکرده و فقط راههای جدیدی را ابلاغ نموده است؛

ثانیاً ارجاع اختلاف برطبق ماده ۶۶ به کمیسیون سازش فقط محدود به اختلافاتی است که در مواد قسمت پنجم موافقتنامه وین ذکر گردیده است. بنابر آنچه تاکنون بیان کردیم باید چنین نتیجه گرفت که کنفرانس وین با ایجاد کمیسیون سازش و ذکر آن در موافقتنامه ۱۹۶۹ سیستمی را ابداع کرده است که برای حل اختلافات تقریباً با دستگاه داوری مشابهت دارد. هر چند کمیسیون مزبور اختیار ندارد استنتاجات خود را به طرفهای اختلاف تحمیل نماید، معدلک برای آنکه آنها را به قبول گزارش خود وادر سازد، دارای نفوذ سیاسی و قضائی بسیار است و از آنجائی که اغلب کشورها از متابعت حق قضاؤت دستگاههای قضائی اکراه دارند، باید اذعان نمود که کنفرانس وین با مقرر داشتن مراجعة یکجانبه به یک دستگاه اختصاصی، اقدام مؤثری را انجام داده است؛ زیرا ساختمان و اختیارات چنین دستگاهی، فيصلة اختلافات را در باب انطفاء و تعلیق معاهدات بنحو مثبتی تسهیل می نماید.^{۲۲۶}

□

در پایان این قسمت باید اضافه کرد که اگر بدقت محتوای موافقتنامه وین – ۱۹۶۹ را بررسی کنیم، بخوبی مشهود می شود که استخوان‌بندی حقوق بین‌الملل موجود در باب حقوق معاهدات، به قوت خود باقی مانده و حتی باید گفت که به دلیل توافق بسیاری از کشورهای جهان مستحکم تر شده است. الحق تعداد کثیری از کشورها (که به کلیه نواحی و به تمامی سیستمهای سیاسی، اقتصادی و اجتماعی دنیا امروز تعلق دارند) به آن موافقتنامه، طبعاً این وضع را ایجاد کرده است که وجود قواعد اساسی و اصولی در مورد معاهدات که به عنوان قواعد عرفی شناخته می شود، بوسیله موافقتنامه مذکور صریحاً تأیید گردیده و روشن تر شده و تا حدودی از وضع عرفی به وضع قراردادی تحول یافته و یکی از فصول مهم و مبنای

226. Francesco Capotorti, l'extinction et la suspension des traités, op. cit., p.p. 559-581.

«حقوق مردم» یعنی فصلی که شامل قواعد ناظر بر ایجاد و حیات و فنای قراردادهای بین‌المللی می‌باشد، تحقق بیشتری را کسب کرده است.^{۲۲۷}

.۳

آثار و نتایج اعمال اصل ربوس ...

موضوع آثار و نتایج اعمال اصل یا قاعدة ربوس ...، با موضوع طرز و طریقه اعمال و اجرای آن — که قبلًا بیان شد — و نیز با موضوع اساس و مبنای آن اصل ارتباط ناگستینی دارد و در حقیقت هرسه موضوع در یکدیگر تأثیر متقابل دارند و نمی‌توان آنها را از یکدیگر مجزا دانست. به همین جهت آثار و نتایج اعمال اصل مذکور را می‌توان چنین خلاصه نمود:

اول. آثار و نتایج اصل و یا قاعده خود بخود صورت پذیر نیست.
در بدؤ امر باید به این نکته اشاره نمود که هرگاه اوضاع و احوال زمان عقد معاشه بطور اساسی تغییر کرد، معاشه و قرار خود بخود و بمحض تغییر وضع، فسخ و منطفی نمی‌شود. بدین جهت اولاً، اعلان رسمی یکجانبه فسخ معاشه از طرف یکی از متعاهدان پذیرفتنی نیست (مگر در حالاتی که قبلًا شرح دادیم)؛ ثانیاً، قاعده ربوس ... این حق را به طرفی که متضرر شده است، اعطا می‌کند که با طرف یا طرفهای عهد وارد مذاکره شود تا کمال «حسن نیت» وی مسلم گردد و اگر در این صورت اختلافی در باب وجود یا عدم وجود تغییر اساسی اوضاع و احوال بروز نماید، طرف متضرر چه برحسب عرف بین‌المللی و چه بمحض مقررات موافقتنامه وین این حق را خواهد داشت که به یک دستگاه بین‌المللی (کمیسیون سازش یا دادگاه داوری و یا دیوان بین‌المللی دادگستری) رجوع

227. Roberto Ago, Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne, Recueil des Cours de D.I., A.D.I., Tome 134, 1971, p.p. 328-329.

نماید و حل مشکل را خواستار شود. به همین جهت با آنکه حقوق بین الملل عام، اصل ربوس... را از جمله اسباب فسخ یا متروک شدن معاہده و قرارداد بین المللی شناخته است، معذلک آثار و نتایج اعمال اصل یا قاعدة مذکور براساس حق غیرقابل ایرادی بوجود نمی آید. پروفسور «سدوان»^{۲۲۸} در این باره می نویسد:

سرانجام از لحاظ نظری، تغییر اوضاع و احوال ممکن است برای متروک شدن تعهدات کافی شناخته شود؛ لکن در حقیقت امر، لازم است که این تغییر و اساسی بودن آن مسلم گردد و آثار و نتایجی که به آن مربوط می باشد (متروک شدن معاہده) برسیت شناخته شود.^{۲۲۹}

از این لحاظ باید گفت که نخستین خصوصیتی که می توان درباره آثار و نتایج اصل یا قاعدة ربوس... قائل شد، این است که این آثار و نتایج، بالحق و بخودی خود بوجود نمی آید هرچند که اصل مزبور از جمله قواعد عینی حقوق بین الملل شناخته شده باشد. نهایتاً در صورتیکه طرف عهد حاضر برای مذاکره نشود یا رجوع به یک دستگاه بین المللی را رد نماید، طبیعی است که طرف متضرر—پس از اقداماتی که قبلًا ذکر کرده ایم—ناچار است که یا به کمیسیون سازش رجوع کند و یا فسخ معاہده را بطور یکجانبه اعلام نماید.^{۲۳۰}

دوم. اعمال اصل، آثار و نتایج خود را تاریخ انطفای معاہده^{۲۳۱} بوجود می آورد.

دومین خصوصیت آثار و نتایج اعمال اصل یا قاعدة مذکور عبارت از این است که این آثار و نتایج، از تاریخ اعلام فسخ و انطفای معاہده و نه از تاریخ انعقاد آن،^{۲۳۲} حاصل می گردد؛ چرا که در واقع اصل ربوس... را هیچگاه نمی توان با «خیار فسخ» قرارداد که همه چیز را تماماً به وضع

228. Basdevant

229. J. Basdevant, *Règles générales du droit de la paix*, Vol. 58 (1936-IV), p. 653.

230. De Caviedes, op. cit., p.p. 186-189.

231. Ex nuc

232. Ex tunc

نخستین خود عودت می دهد، اشتباه نمود؛ زیرا آثار و نتایج اعمال اصل ربوس... عطف بمسابق نمی شود و تأثیر اعمال اصل از زمانی است که تغییر اساسی اوضاع و احوال، موجبات اجرای اصل یا قاعدة مزبور را فراهم ساخته است. در نتیجه تعهداتی که تا آن تاریخ انجام شده معتبر و صحیح است و نمی توان آنها را حذف نمود و وضع را به صورتیکه در زمان عقد معاهده وجود داشته است رجعت داد. به همین دلیل اصل ربوس... در باره تعاهداتی که به موقع اجرا گذاشته شده است، قابل اعمال نیست.^{۲۳۳}

سوم. آثار و نتایج تام و آثار و نتایج فسمی

هرگاه کل معاهده بنا به تغییر اساسی اوضاع و احوال در معرض نسخ و انطفاء قرار گیرد، طبیعی است که اعمال اصل ربوس... بطور کامل و تام، آثار و نتایج خود را ببار می آورد؛ ولی اگر فسخ یک قسمتی یا بعضی از مقررات معاهده مطالبه شود، آثار و نتایج اعمال اصل نیز جزئی و فسمی خواهد بود و فقط شامل آن قسمت و مقرراتی می شود که فسخ آن مورد مطالبه قرار گرفته است. باید افزود که هرگاه خصوصیت تغییر اساسی اوضاع و احوال، دائمی یا موقتی باشد، روشن است که آثاری را نیز که بوجود می آرد دائمی یا موقتی خواهد بود.^{۲۳۴}

چهارم. آثار و نتایجی که به تجدید نظریاً انطفای معاهده منجر می گردد.

مسئله ای که در اینجا مطرح شده و مورد بحث قرار گرفته عبارت از این است که آیا آثار و نتایج اعمال اصل یا قاعدة ربوس... فقط به تجدید نظر در معاهده منجر می شود، یا آنکه معاهده را بطور قطع منطفی می سازد؟ بعضی از محققان معتقدند که اثر و نتیجه اصل ربوس... در باره معاهداتی که بتوان اصل مزبور را اعمال نمود، منحصرآ عبارت از تجدید نظر

۲۳۳. همان مأخذ.

۲۳۴. همان مأخذ.

و تطبیق معاهده با اوضاع واحوال تازه است و هیچگاه به لغو یا انطفای معاهده منجر نمی‌گردد؛ زیرا لغو یا انطفای معاهده عملی منفی است؛ در حالیکه تجدید نظر یا تطبیق معاهده با وضعی که بوجود آمده عملی مثبت است. در مقابل، بسیاری از دانشمندان حقوق با این نظر مخالف بوده و معتقدند که اثر و نتیجه اعمال اصل مزبور درباره معاهدات، یا متوقف شدن یا انطفاء و یا لغو کامل آنها است.

البته باید متنزکر شد که این بحث در حقیقت بحثی اصطلاحی است؛ زیرا بین متوقف شدن معاهده (به معنای انطفاء یا تجدید نظر کامل) و تجدید نظر (به معنای تطبیق معاهده با اوضاع واحوال تازه) مغایرتی که اساسی باشد وجود ندارد؛ چرا که هرگاه متوقف شدن معاهده‌ای به دلیل تغییر اساسی اوضاع واحوال عنوان شود، طبیعی است که یا به انطفای معاهده یا به تجدید نظر در آن منجر می‌گردد. بنابراین در صورتیکه متوقف شدن معاهده‌ای (در اثر تغییر اساسی اوضاع واحوال) عنوان شود، می‌توان حالات سه گانه زیر را تصور نمود:

● الف. تطبیق اجرای معاهده به دلیل موقتی بودن تغییر اساسی اوضاع واحوال.

● ب. انطفاء یا لغو معاهده به دلیل خواست و اراده طرفهای عهد و یا به دلیل سرشت و خصوصیت معاهده که مجوز تجدید نظر نباشد؛ بلکه بر عکس، لغو یا انطفای کامل آن را ایجاب نماید.

● پ. انطفای جبری معاهده به دلیل رجوع اختلاف به یک محکمه بین المللی؛ زیرا محکمه بین المللی حق ندارد نه قاعده‌ای را وضع کند و نه اراده و نظر خود را بر اراده و نظر طرفهای عهد تحمیل نماید و به جای آنان تصمیم بگیرد. محکمه بین المللی در موقعی که اختلاف مربوط به متوقف بودن یا متوقف نبودن معاهده را رسیدگی می‌نماید، فقط حق دارد حکم کند که موجبات کافی برای متوقف بودن معاهده وجود دارد یا خیر، و در صورتیکه چنین موجباتی وجود داشته باشد، حکم بر انطفای معاهده را صادر می‌نماید؛ ولی حق ندارد معاهده دیگری را جانشین معاهده

متروکه کند و یا آنکه به جای طرفهای عهد در معاهده تجدید نظر نماید. در اینجا بمنظور تکمیل مطلب باید اضافه کرد که عاقدان موافقنامه وین فقط برای ابطال، انطفاء و تعلیق معاهدات مقرراتی را وضع نموده اند و با آنکه بعضی از نماینده‌گان کنفرانس مزبور (آلمان غربی و استرالیا) روش ملایم‌تری را (اضافه بر ابطال، انطفاء و تعلیق) در نظر گرفته و پیشنهاد کردند که معاهده را با اوضاع و احوال جدید بوسیله تغییر و اصلاح آن معاهده مطابقت دهند، معذلک پیشنهاد مزبور مورد قبول کنفرانس قرار نگرفت.

نهایتاً باید گفت که تغییر و اصلاح معاهدات از اموری است که در اجتماع کنونی بین‌المللی از جمله واجبات بشمار می‌آید. به همین جهت عاقدان معاهده وین، قسمت چهارم موافقنامه را به اصلاح و تغییر معاهدات اختصاص دادند و مواد ۳۹ و ۴۰ و ۴۱ ناظر به این مطلب است و ما در اینجا این موضوع را فقط در ارتباط با اصل ربوس... با اختصار برگزار می‌کنیم و به بحث خود خاتمه می‌دهیم.

۴.

اصلاح و تغییر معاهدات

۱. مفهوم اصلاح و تغییر معاهده

از لحاظ حقوقی اصلاح و تغییر معاهده عبارت است از عملی که هدف آن «جانشین» کردن مقررات جدید به جای مقررات سابق می‌باشد. به همین دلیل باید گفت موجودیت معاهده در واقع دستخوش تبدیل و تغییر قرار می‌گیرد؛ زیرا مقرراتی که تغییر کرده است، از میان می‌رود و منطقی می‌شود. بنابراین مفهوم کلی اصلاح و تغییر معاهده دو مطلب را در بر دارد که یکی اصلاح و تغییر و دیگری انطفاء است و بین این دو مطلب تفاوت محسوسی وجود دارد؛ چرا که نتیجه انطفای معاهده، نتیجه‌ای منفی است و

معاهده‌ای که منطفی می‌شود، بکلی از میان می‌رود و اثری از آن باقی نمی‌ماند. در صورتیکه معاهده‌ای که اصلاح می‌شود، در واقع و در عمل پایان نمی‌یابد؛ بلکه بر عکس، بهبودی یافته و نتیجه مثبتی بیار می‌آورد که از نظر نظم قضائی دارای آثار مهمی است. زیرا «رژیم قضائی» حاکم براین دو موضوع، دو «رژیم» متفاوت است: انطفای معاهده کلی آن را از اعتبار ساقط می‌نماید؛ در حالیکه اصلاح، معمولاً بعضی از مقررات و یا اکثر مقررات معاهده را تغییر می‌دهد و به اعتبار خود معاهده لطمeh ای نمی‌زند.²³⁵

۲. اصلاح و تغییر مسالمت آمیز

چنانکه قبل²³⁶ نیز اشاره کرده‌ایم هر اجتماعی تابع دو حال آمرانه و متغایر می‌باشد که یکی حال ثبات و دوام و دیگری حال حرکت و تحول است. و برای آنکه بتوان این دو حال را با یکدیگر در آرامش کامل سازگار ساخت، لازم می‌آید که هر نظم حقوقی، ثبات حق را با تحریک تکامل مطابقت دهد. در حقوق داخلی تنظیم این وضع با مقررات قانون اساسی (در باب آئین قانونگذاری) صورت می‌گیرد؛ ولی در حقوق بین الملل این مسئله برای نخستین بار پس از جنگ بین المللی اول مطرح گردید و فاتحان جنگ برآن شدند که برای حفظ صلح، بهترین وسیله را بیابند و آن را اعمال نمایند. آنها یقین داشتند که دوام صلح بستگی به این امر دارد که هر وقت بین وضع سیاسی موجود واقعیت جدید حیات بین المللی تضاد مخاطره آمیزی بوجود آید، بطور مسالمت آمیز آن وضع سیاسی را تغییر دهند و اصلاح کنند. اما متأسفانه در این راه توفیقی حاصل نکردند و جامعه ملل و ماده ۱۹ میثاق آن جامعه با جنگ دوم جهانی از میان رفت.

در روزگار ما یعنی زمانی که اجتماع بین المللی فاقد دستگاه عالیه حاکمه بوده و مداخلات دستگاه‌های سیاسی سازمان ملل متحده نیز تقریباً

235. Nguyen Quoc Dinh et Daillier, op. cit., p. 284.

تصادفی و غیر محقق می باشد، چنین به نظر می رسد که آئین اصلاح و تغییر معاهدات تنها وسیله طبیعی است که در صورت لزوم بتواند به تغییر مسالمت آمیز اوضاع قراردادی بین المللی تحقیق بخشد. از این لحاظ، اصلاح و تغییر معاهدات، تنها طرز اساسی انجام دادن وظایف اجتماعی و تنها طریقه تطابق بین دو حال آمرانه‌ای است که ذکر کردیم. بویژه در موضوع مورد مطالعه ما — یعنی مسئله تغییر اوضاع و احوال زمان عقد — اصلاح و تغییر معاهده که به انطفاء و یا به تصحیح معاهده منجر می گردد، یک راه حل عقلائی است که بسیاری از مسائل و مشکلات اجتماع بین المللی را فیصله می دهد. به همین جهت نباید تصور کرد که هر وقت حقوق بین الملل تأیید نماید که معاهدات قابل تغییر و اصلاح هستند و برای آن آئینی نیز برقرار سازد، کفایت می کند. بر عکس، آنچه را که حقوق بین الملل تأیید می نماید و آئینی را که مقرر می دارد باید بقدرتی مؤثر باشد که در واقعیت امر بتوان قواعد مقرر را به موقع اجرا گذاشت؛ والا در غیر این صورت فسخ یک جانبه معاهده به دلیل تحول و تحرک الزامی اجتماع بین المللی، همواره صورت پذیر خواهد بود.

در دوره معاصر، آئین اصلاح و تغییر معاهدات در اثر تکامل شکرف حقوق قراردادی بین المللی به پیشرفت‌های بسیار قابل ملاحظه‌ای نائل شده است؛ ولی با این حال باید گفت تا زمانی که ساختمان فعلی اجتماع بین المللی این پیشرفت‌ها را محدود می سازد، موضوع آئین اصلاح و تغییر معاهدات به کمال خود نخواهد رسید.

فهرست کتب و مراجعی که می توان در صورت لزوم به آنها مراجعه نمود:

1. Bilfinger, «Les bases fondamentales de la communauté des Etats», R.C.A.D.I., 1938-1.
2. Bonucci, *La Clausola rebus sic stantibus nel diritto internazionale*, 1909.
3. Burchhardt, «La clausula rebus sic stantibus en droit international», R.D.I.L.C., 1933, No. 1.
4. Cattan, *La clause rebus sic stantibus*, 1939, Paris.
5. Dennis, «The doctrine of rebus sic stantibus», *Proceedings of the American society of international law*, 1932.
6. De Taube, «L'inviolabilité des traités», R.C.A.D.I., 1930-II.
7. Fischer Williams, «The permanence of treaties...», A.J.I.L., 1928.
8. Guggenheim, «La validité et la nullité des actes juridiques internationaux», R.C.A.D.I., 1949-1.
9. Hill, the doctrine of rebus sic stantibus in international law, 1934.
10. Kaufmann, «Règles générales du droit de la paix», R.C.A.D.I., 1935-IV.
11. Lauterpacht, «Règles générales du droit de la paix», R.C.A.D.I., 1937-IV.
12. Strupp, «Règles générales du droit de la paix», R.C.A.D.I., 1934-1.
13. Verdross, *Derecho International Publico*, traduction d'espagnole.
14. Vischer, *Théories et réalités en droit international public* 1953.
15. Whitton, «La règle pacta sunt servanda», R.C.A.D.I., 1934-II.

راجع به کنفرانس و موافقت‌نامه وین – ۱۹۶۹

16. Nations Unis, *Rapport annuel du Secrétaire général sur l'activité de l'Organisation, 16 juin 1968-15 juin 1969*, New York, 1969 P.P. 216 SS.
17. Fattal, «La Conférence de Vienne sur le droit des traités 1968-69», Proche.
18. Nahlik, «La Conférence de Vienne sur le droit des traités, Une vue d'ensemble», *Annuaire français de droit international*, 1969, p.p 24SS.
19. Collard, «Premières réflexions sur le «traité des traités», *La Convention de Vienne du 29 mai 1969*, *Journal du droit international*

1970 pp. 262 SS.

20. American Law institute, Restatement of the law, Second, Foreign Relations Law of the United States; St. Paul, Minn., 1965, pp. 476 SS.
21. Houlard, *La nature juridique des traités internationaux et son application aux théories de la nullité, de la caducité et de la révision des traités*, Bordeau, 1936.
22. Delcav, «Les positions françaises à la Confé. de V. sur le droit des traités». *Annuaire français de droit international*, 1969, pp. 7 SS.

نوشته: دکتر محسن آقا حسینی



بررسی موضع و نقطه نظرهای
جمهوری اسلامی ایران و دولت امریکا
در پرونده الف / ۱۸

دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده در مورد

تابعیت مضاعف



اشاره

نوشته‌ای را که ملاحظه می‌فرمائید و به درخواست «مجلة حقوقی»، توسط آقای دکتر محسن آفاحسینی به رشته تحریر درآمده است، تصویر روشن و قابل درکی از پرونده‌های مهم و بیچیده دیوان داوری دعاوی جمله پرونده‌های مهم و بیچیده دیوان داوری دعاوی ایران – ایالات متحده بوده است، بدست می‌دهد. این تصویر از لابلای صدها برگ لوایح و مستندات ثبت شده در دیوان داوری و اظهارات طرفین (ایران – ایالات متحده) در جلسات استماع و رسیدگی به پرونده استخراج شده است؛ منتهی هر کجا که لازم بوده – با رعایت لزوم اختصار – توضیح کوتاهی برای «رک»، بهتر مطلب ارائه شده است.

واقعیت آن است که نوشته حاضر در مقام نقد حقوقی تصمیم متخذه در پرونده الف/۱۸ موضوع تابعیت مضاعف نیست که این امر خود، عنوان و فرصت موسع‌تری را می‌طلبد؛ مع الوصف آنچه

تحت عنوان «تصمیم هیئت عمومی و مرواراجمالی آن» آمده است، می‌تواند از جمله عناوین و مباحثی بشمار رود که در چنین نقدی بایستی مورد بررسی قرار گیرد، واز این حیث راهگشا خواهد بود.

به حال، منظور اصلی از تحریر این مقاله این است که مقاله پروفسور کاسن که بعداً می‌آید، بهتر و بیشتر قابل استفاده باشد.

«مجلة حقوقی»

تفسیر اکثریت اعضای دیوان داوری دعاوی ایران – ایالات متحده از بند ۱ ماده ۲ و بند ۱ (الف) ماده ۷ بیانیه حل و فصل دعاوی در پرونده الف/۱۸ – که به اعتبار موضوع به پرونده اتباع مضاعف شهرت یافته است – نه تنها به دلیل نتایج احتمالی ماده‌ی، بلکه به دلیل آثار حقوقی متربّ برأآن، از تصمیمات مهم دیوان مذکور محسوب می‌گردد. ذکر خلاصه‌ای از سابقه اختلاف و دلایلی که دولتین جمهوری اسلامی ایران و ایالات متحده در تأیید مواضع خود ارائه کرده‌اند، به درک بهتر مطالب مندرج در مقاله پروفسور کامس کمک خواهد کرد.^۱

۱. مقاله پروفسور کامس را تحت عنوان «حقوق بین الملل عرفی در مورد تابعیت مضاعف» در صفحه ۷۳ همین شماره ملاحظه فرمایید.

۱. سابقه اختلاف

در مهلت سه ماهه ای^۲ که طبق توافق طرفین بیانیه های الجزایر برای ثبت دعاوی اتباع ایالات متحده علیه ایران و دعاوی اتباع ایران علیه ایالات متحده در نظر گرفته شده بود، تعداد معنابهی از اتباع ایران که حسب ادعا تابعیت ایالات متحده را نیز داشتند، با استناد به تابعیت ایالات متحده خود، به طرح دعوی علیه ایران مبادرت ورزیدند.^۳ ایران براین مبنی که بیانیه های الجزایر، اقامه دعوی در دیوان داوری توسط اتباع یک گشور علیه کشور متبع خود را تجویز نمی کنند، به رسیدگی دیوان به دعاوی مذبور اعتراض نمود و در تاریخ ۶ اسفند ۱۳۶۱، به استناد بند ۴ ماده ۶ بیانیه حل و فصل دعاوی که ناظر بر صلاحیت تفسیری دیوان است، از هیئت عمومی درخواست کرد تا با تفسیر بند ۱ ماده ۲ و بند ۱ (الف) ماده ۷ بیانیه حل و فصل دعاوی^۴، عدم صلاحیت خود در مورد رسیدگی به دعاوی مورد بحث را اعلام نماید.^۵ پیش از اعلام نظر هیئت عمومی، سردار و داور امریکائی شعبه ۲ متفقاً و در غیاب داور ایرانی شعبه مذبور، به سه فقره از دعاوی مطروحه توسط اتباع مضاعف که جلسات استماع آنها قبلاً در آن

۲. از ۲۷ مهر تا ۲۹ دی ماه ۱۳۶۰. رجوع شود به ماده ۱ و بند ۴ ماده ۳ بیانیه حل و فصل دعاوی، ایران و ایالات مشحده با استناده از قسمت آخر ماده ۱ بیانیه مذکوره مهلت شش ماهه ای را که ابتدائاً برای صلح دعاوی در نظر گرفته بودند، یکبار برای مدت سه ماه تمدید نمودند.

۳. تعداد ۱۱۳ دعوی هریک با خواسته بیش از دویست و پنجاه هزار دلار (جمعاً به خواسته تقریبی ۳ میلیارد دلار)، و تعداد ۱۵۶ دعوی هریک با خواسته کمتر از دویست و پنجاه هزار دلار (جمعاً به خواسته تقریبی ۲۲ میلیون دلار).

۴. «ماده ۲»:
۱ - بدین وسیله یک دیوان داوری بین المللی ... بمنظور رسیدگی به دعاوی اتباع ایالات متحده علیه ایران و دعاوی اتباع ایران علیه ایالات متحده ... تشکیل می گردد...».

«ماده ۷: در ارتباط با مقاصد این موافقنامه
۱ - یک «تبعة» ایران یا ایالات متحده بر حسب مورد، عبارت است از:
(الف) یک شخص طبیعی که یک شهروند ایران یا ایالات متحده باشد...».

۵. پرونده الف/۱۸ دیوان داوری، هیئت عمومی.

شعبه برگزار شده بود، رسیدگی نموده و با رد موضع ایران و قبول تئوری «تابعیت غالب و مؤثر»^۶، به صدور رأی مباردت ورزیدند.^۷

۲. بررسی اجمالی موضع طرفین واهم دلایل آنها

الف. موضع استدلالات امریکا:

ایالات متحده در پرونده تفسیری مورد بحث، به تسلیم یک لایحه نسبتاً خلاصه که قبلاً در تأیید دعاوی خواهانها به دیوان تسلیم داشته بود، اکتفا کرده^۸ و چنین استدلال نموده است که دیوان می‌بایست در درجه اول بررسی خود را به بیان ساده و روشن بند ۱ ماده ۲ و بند ۱ (الف) ماده ۷ بیانیه حل و فصل دعاوی محدود و نتیجه گیری نماید که تنها شرطی که در این مورد برای اقامه دعوى از جانب یک خواهان امریکائی — یا ایرانی — در نظر گرفته شده است، اثبات تابعیت امریکائی — یا ایرانی — وی می‌باشد.

اینکه فرضیکه خواهان تبعه ایالات متحده، مضافاً تابعیت کشور یا کشورهای دیگری منجمله ایران را هم داشته باشد، و نیز اینکه در این صورت غلبه با کدام تابعیت او است، موضوعاتی هستند که هیچگونه ارتباطی با شرط مقرر ندارند و از همین رو بررسی و اتخاذ تصمیم نسبت بدانها خارج از محدوده صلاحیت دیوان خواهد بود.

در تأیید موضع خود، ایالات متحده اولاً، به تعریف «تبعه»^۹ در

۶. به شرحی که ذکر خواهد شد.

۷. در پرونده شماره ۱۵۷ (ناصر اصفهانیان علیه بانک تجارت ایران)، شعبه دوم، با قبول غلبه تابعیت امریکائی خواهان برتابعیت ایرانی وی، صلاحیت خود را احرار و در ماهیت نیز خواهان را مستحق دریافت خسارت تشخیص داد. در پرونده شماره ۲۱۱ (عطاء الله گلپیرا علیه ایران) نیز شعبه مزبور صلاحیت خود را احرار ولی در ماهیت، خواهان را محکوم به بی حق نمود. در پرونده شماره ۴۱۸ (برندخت کهن هاروفنان علیه ایران) از آنجا که تنها تابعیت خواهان در طول دوره ذیربط، ایرانی بوده است، رأی به عدم صلاحیت داده شد.

۸. لایحه مزبور در تاریخ ۱۸ آبان ۱۳۶۱ در دیوان به ثبت رسیده است. مضافاً اینکه خواهانهای مدعی تابعیت مضافع نیز در دادخواستهای تقدیمی، دلایل خود را در تأیید صلاحیت دیوان جداگانه ارائه نموده اند.

9. National

بند ۱ (الف) ماده ۷ استناد نموده که طبق آن تبعه به «شهروند»^{۱۰} تعبیر و گفته شده است که تبعه ایالات متحده منجمله یک شخص طبیعی است که شهروند ایالات متحده باشد. گرچه هر دو لفظ ناظر بر مفهومی واحد — یعنی عضویک کشور بودن — هستند، ولی از این حیث که هریک جنبه خاصی از آن مفهوم واحد را مورد تأکید قرار می دهد، با یکدیگر متفاوتند. تابعیت، جنبه خارجی و بین المللی و شهروندی، جنبه داخلی و ملی آن عضویت را در نظر دارد. با تکیه بر این مقدمه، ایالات متحده نتیجه گیری نموده که توافق طرفین بیانیه ها بر تعریف واژه «تبعه» با تعبیر و لفظ «شهروند» که ناظر بر جنبه داخلی و ملی مفهوم تبعه است، حاکی از توافق آنها بر لزوم مراجعت به قوانین داخلی ایالات متحده در مورد شهروندان ایالات متحده، و قوانین داخلی ایران در مورد شهروندان ایران است. و اما طبق قوانین داخلی ایالات متحده شهروند، اخض از تبعه است؛ با این توضیح که شهروند صرفاً به «تبعه» ای اطلاق می شود که از حقوق مدنی و سیاسی کامل برخوردار باشد، و حال آنکه «تبعه» علاوه بر شهروند، شامل شخصی است که گرچه شهروند نیست، ولی نسبت به ایالات متحده وفاداری دائم دارد. دیگر اینکه طبق قوانین داخلی امریکا، شهروند می تواند تابعیت کشور دیگری را نیز داشته باشد، و از همین رو تابعیت ایرانی یک شهروند ایالات متحده، خللی به شهروندی او وارد نمی آورد.

ثانیاً، در توضیح حرف تفکیکی «یا» مذکور در بند ۱ (الف) ماده ۱۱^{۱۱} نیز ایالات متحده به دو واژه «یک» و «یا» و همچنین به عبارت «برحسب مورد» در ابتدای بند مزبور متصل گردیده واستدلال نموده است که «یا» ای دوم را می بایست در پرتو عبارت دو قسمتی صدر بند ۱ و «یا» ای مذکور در آن قسمت معنی کرد.^{۱۲} به تعبیر دیگر، چون در صدر

10. Citizen

۱۱. «۱— ... (الف) یک شخص طبیعی که یک شهروند ایران یا ایالات متحده باشد...». تأکید اضافه شده است.
۱۲. «۱— یک «تبعه» ایران یا ایالات متحده، برحسب مورد، عبارت است از...». تأکیدها اضافه شده است.

جمله بند ۱، حرف تفکیک «یا»، «یک» تبعه ایران را از «یک» تبعه ایالات متحده جدا نموده، لذا بیانیه حل وفصل در تعریف هریک نیز اجباراً با کلمه «یا» تفصیل قائل شده است. درنتیجه، با ترکیب صدر و ذیل جمله، معنای روشن بند چنین خواهد بود که «یک تبعه ایران عبارت است از یک شخص طبیعی که شهر و ند ایران باشد و یک تبعه ایالات متحده، عبارت است از یک شخص طبیعی که شهر و ند ایالات متحده باشد».

ثالثاً، دلیل دیگری که ایالات متحده در تأیید موضع خود ارائه نموده این است که طرفین بیانیه‌ها استثنایات واردہ بر صلاحیت دیوان را بدقت در بند ۱ ماده ۲ بیانیه^{۱۳} ذکر کرده‌اند. اگر قصد آنها این بود که دعاوی اتباع مضاعف از شمول صلاحیت کلی دیوان خارج شود، طبیعتاً به این نکته نیز تصریح می‌نمودند. این امر خصوصاً در مورد ایران صادق است؛ چرا که کشور مزبور در تعدادی از عهده‌نامه‌های منعقده با دیگر کشورها، منجمله در عهده‌نامه موذت روابط اقتصادی و حقوق کنسولی با ایالات متحده استفاده از بعضی مزیایی عهده‌نامه مستثنی کرده است.^{۱۴} با وجود این رویه قبلی، عدم تصریح به استثنای دعاوی اتباع مضاعف در بیانیه‌ها، مؤید قصد ایران به شمول صلاحیت دیوان براین نوع دعاوی است.

رابعاً، وبالآخره ایالات متحده به تعهدی که در بیانیه‌ها در مورد ختم کلیه دعاوی مطروحه علیه ایران توسط «اشخاص ایالات متحده» در دادگاه‌های امریکا بعمل آورده، استناد نموده است. تعهد مورد بحث، همان‌طور که در بند «ب» بیانیه عمومی^{۱۵} مذکور است، تعهدی در مقابل

۱۳. منظور بند ۱ ماده ۲ بیانیه حل وفصل دعاوی است که ذیل آن به استثنای صلاحیت دیوان داوری اشاره شده است.

۱۴. ماده ۱۷ عهده‌نامه موذت: اتباع کشور مبدأ که همچنان از اتباع کشور مقصد باشند یا هر شخص دیگری که از اتباع کشور مقصد باشد یا اشخاصی که حالت مهاجر دارند و برای اقامت دائم در کشور مقصد قانوناً اجازه ورود به آنها داده شده است، مشمول معافیتهای متدرجه در مواد چهاردهم و شانزدهم نخواهد بود.

۱۵. ب—قصد هر دو طرف، در چهارچوب و پروشرایط دولتی بیانیه دولت جمهوری دمکراتیک و مردمی الجزایر این است که کلیه دعاوی بین هر دولت با اتباع دولت دیگر را لغو و موجبات حل وفصل و ابطال کلیه این دعاوی را از طریق یک داوری لازم‌اجرا فرامهم نمایند. از طریق نتیجات متدرج در بیانیه مربوط به



توافق طرفین بیانیه‌ها به ارجاع و حل و فصل دعاوی مختصه از طریق داوری لازم الاجرا بوده است. اعلام عدم صلاحیت دیوان برای رسیدگی به دعاوی مطروحه از جانب اتباع مضاعف، مستلزم این خواهد بود که برخلاف قواعد تفسیر، به کلمه واحد «تبه» در بند «ب» بیانیه عمومی و در بند ۱ (الف) ماده ۷ بیانیه حل و فصل، دو معنای متفاوت داده شود.^{۱۵}

همانطور که ذکر شد، ایالات متحده استدلال نموده است که بررسی دیوان در اختلاف حاضر، ترجیحاً می‌بایست محدود به متن ساده و روش بیانیه‌ها بوده و از مراجعه به حقوق بین الملل عرفی خودداری شود؛ زیرا پاسخ حقوق بین الملل عرفی هرچه باشد، طرفین می‌توانسته اند با توافق^{۱۶}، در مقابل یکدیگر حقوق و تعهداتی را تقبل کنند که در ارتباط با خود آنها قابل اجرا باشد، ولو این حقوق و تعهدات با قواعد غیر آمرة حقوق بین الملل عرفی منطبق نباشد. از آنجا که بیانیه‌های الجزایر نیز یک توافق خاص را تشکیل می‌دهند که ضمن آن طرفین، کلمه تبعه را تعریف کرده‌اند و نیز از آنجا که این توافق بر قواعد غیر آمرة حقوق بین الملل در صورت تعارض، برتری دارد، بنابراین مراجعه به حقوق بین الملل عرفی کاملاً غیر ضروری خواهد بود.

معذک به نظر ایالات متحده، چنانچه دیوان داوری این موضع را نپذیرد و برای تعیین معنای کلمه «تبه»، عبارات و متن بند ۱ ماده ۲ و بند ۱ (الف) ماده ۷ بیانیه حل و فصل را کافی و وافی نداند و در نتیجه با

→
حل و فصل ادعاهای ایالات متحده موافقت می‌نماید که به تمام اقدامات حقوقی در دادگاه‌های ایالات متحده که متضمن دعاوی اتباع و مؤسسات امریکائی علیه ایران و مؤسسات دولتی آن است، خاتمه داده، کلیه احکام توقیف و احکام قضائی صادره رالغو، نایرید دعاوی برآماس چنین ادعاهایی را منع و مجبات خاتمه دادن به چنین ادعاهایی را، از طریق داوری لازم الاجرا فراهم نماید.

۱۶. البته، تعهد ایالات متحده در جمله دوم بند «ب» بیانیه عمومی، راجع به ختم کلیه دعاوی مطروحه علیه ایران در دادگاه‌های امریکا توسط «اشخاص» و «مؤسسات» ایالات متحده است و نه اتباع ایالات متحده. اما چون در جمله اول بند مزبور صحبت از قصد طرفین بیانیه‌ها به ختم دعاوی موجود بین «اتباع» هریک از دو طرف علیه دولت دیگر شده است، ایالات متحده «اتباع» و «اشخاص و مؤسسات» را متزلف فرض می‌کند.

17. Compromis

استناد به ماده ۵ بیانیه حل و فصل دعاوی^{۱۸}، بر لزوم مراجعته به حقوق بین الملل عرفی اصرار ورزد، در آن صورت حکم مسئله چنین خواهد بود که یک کشور مجبور به پاسخگوئی به دعواهی که یک کشور دیگر از طرف شخصی که تابعیت هر دو کشور را دارد، علیه آن و در یک مرجع بین المللی اقامه می کند، نیست مگر اینکه شخص مزبور در چهار چوب تابعیت خویش، بستگی و علاقه مؤثرتری به کشور خواهان داشته باشد.^{۱۹} در تأیید این موضع ثانوی خود، ایالات متحده چنین استدلال نموده است که در حقوق بین الملل عرفی، از مدعیها قبل، اصل تابعیت غالب در کنار اصل «عدم مسئولیت» دولتها در پاسخگوئی به دعاوی مطروحه از جانب اتباع خودشان در مراجع بین المللی^{۲۰}، وجود داشته و رویه قضائی، نظری نظرات علمای حقوق بین الملل، برحسب مورد از این یا آن اصل تبعیت می کرده است. معذلک بعد از جنگ جهانی دوم، اصل تابعیت غالب بتدریج مقبولیت بیشتری یافته و سرانجام با تأیید دادگاه دادگستری بین المللی در پرونده معروف نوته بام^{۲۱}، وسپس به فاصله دو ماه با تأیید کمیسیون سازش ایالات متحده — ایتالیا در پرونده استرالیسکی — مرژه^{۲۲} و تعداد دیگری از آراء بعدی کمیسیون مزبور، هر چه بیشتر تثبیت شده است. کمیسیونهای سازش فرانسه — ایتالیا و انگلیس — ایتالیا نیز با قبول اصل مزبور، در تسجيل آن مؤثر بوده اند. دیوان داوری نیز، به نظر ایالات متحده، می بایست از روند جدید در حقوق بین الملل عرفی تبعیت کرده و در اعلام نظر تفسیری خود، به نفع اصل تابعیت غالب، اتخاذ تصمیم نماید.

۱۸. ماده ۵: هیئت داوری اتخاذ تصمیم درباره تمام موارد را بر اساس رعایت قانون انجام خواهد داد و مقررات حقوقی و اصول حقوق تجارت و حقوق بین الملل را بکار خواهد برد و در این مورد کاربردهای عرف بازرگانی، مفاد قرارداد و تغییرات اوضاع و احوال را در نظر خواهد گرفت.

۱۹. آئمه امریکا در این قسم از استدلالات ولایح خود بدان اشاره کرده، در واقع استناد به اصل «تابعیت غالب» یا effective Nationality است. در این نوشته نیز همین اصطلاح بکار خواهد رفت.

۲۰. متبع اصل «عدم مسئولیت» (Non-responsibility)

21. Nottebohm Case (Leichtenstein v. Guatemala), (1955) I.C.J. 4.

22. Merge Case (United States v. Italy), 14 Reports of the International Arbitral Awards, 236 (1955).

ب. موضع و استدلالات جمهوری اسلامی ایران:

جمهوری اسلامی ایران علاوه بر لایحه دفاعیه‌ای که در پرونده‌های خاص مطروحه توسط اتباع مضاعف، به ثبت رسانده و به رده موضع خواهانهای مزبور پرداخته است، لایحه جامعی نیز همراه با دو ضمیمه به دیوان تسلیم نموده^{۲۳} و اظهار داشته است که دیوان داوری، صلاحیت رسیدگی به دعاوی مطروحه از جانب اتباع ایران علیه ایران را ندارد؛ خواه اتباع مزبور تابعیت دیگری منجمله تابعیت ایالات متحده را داشته باشند یا خیر، و خواه تابعیت غالب نامبردگان، تابعیت ایرانی یا امریکائی آنها باشد.

در توجیه این موضع، ایران نیز مانند ایالات متحده، در درجه اول به متن ساده و روشن بیانیه‌های الجزایر تکیه نموده است. کلمات صریح و روشن بند ۱ ماده ۲ و بند ۱ (الف) ماده ۷ بیانیه حل و فصل دعاوی، طرح دعوا از جانب تبعه یک کشور علیه کشور متبع خود را منع می‌نماید. بند ۱ ماده ۲ به صلاحیت دیوان برای رسیدگی به دعاوی اتباع ایالات متحده علیه ایران و دعاوی اتباع ایران علیه ایالات متحده اشاره می‌کند، نه دعاوی اتباع یک کشور علیه کشور متبع خود. طبق بند ۱ (الف) ماده ۷، تبعه ایران یا ایالات متحده، بر حسب مورد، منجمله عبارت است از یک شخص حقیقی که شهروند ایران یا ایالات متحده باشد. اولاً، نظام تقابلی مزبور و خصوصاً استفاده از حرف تفکیک «یا»، اتابع همزمان ایران و ایالات متحده (اتباع مضاعف) را از شمول ماده خارج می‌سازد؛ ثانیاً، کلمه «تبعه» در معنای متعارف خود به تبعه یک کشور اطلاق می‌شود و همانطوری که نویسنده گان حقوق بین الملل تأکید کرده‌اند، صاحبان تابعیت مضاعف یا متعدد، همانند اشخاص بدون تابعیت، استثنای بر اصل بوده و خارج از مفهوم و معنای عادی کلمه «تبعه» می‌باشند. نتیجه اینکه

.۲۳. تاریخ ثبت متن فارسی لایحه، ۹ آبان ۱۳۶۲؛ تاریخ ثبت متن فارسی ملحقات آن، ۱۷ آبان ۱۳۶۲.

اگر مقصود طرفین بیانیه‌ها شمول لفظ «تبعه» بر موارد استثناء نیز می‌بود، می‌باشد به همین معنی تصریح می‌کردند.

حتی اگر بیان مادهٔ مزبور محتاج به تفسیر تشخیص داده شود، قواعد شناخته شدهٔ تفسیر به شرح مندرج در مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون وین در باب قانون معاہدات (۱۹۶۹^{۲۴}، قویاً تفسیر ایران را تأیید می‌نماید با این توضیع که اولاً، کلمه «تبعه» به معنای متعارف خود — چنانکه قبلًاً بیان شد — به تبعه «یک» کشور اطلاق می‌شود؛ ثانیاً، موضوع و منظور بیانیه‌هایالجزایر نیز کاملاً روشن است. بنا بر تصریح بند «ب» از اصول کلی بیانیه عمومی، هدف طرفین از انعقاد بیانیه‌ها این بوده است تا «کلیه دعاوی بین دولت‌های طرف و اتباع طرف دیگر را لغو و موجبات حل و فصل و ختم کلیه این قبیل دعاوی را از طریق داوری الزام آور» فراهم آورند، و نه اینکه موجبات حل و فصل دعاوی موجود بین یک دولت و اتباع آن دولت را فراهم کنند. ایران، خصوصاً با توجه به قوانین داخلی خود^{۲۵} که تابعیت همزمان خارجی را برای ایرانیان منع و تابعیت اکتسابی آنان را کان لم یکن فرض نموده است، اصولاً نمی‌توانسته حل و فصل دعاوی بین خود و اتباع خود را در نظر داشته باشد. وبالاخره، در کارهای مقدماتی بیانیه‌ها و اوضاع و احوال منجر به انعقاد آنها، در چهار چوب خود بیانیه‌ها و یا در رویهٔ بعدی دولتین، هیچ قرینه‌ای نمی‌توان یافت که کوچکترین دلالتی بر قصد طرفین دایر بر توسعه استثنائی صلاحیت این دیوان برای رسیدگی به دعاوی یک تبعه علیه

طبق مادهٔ ۳۱ کنوانسیون وین، یک عهدنامه می‌باشد با محض نیت و طبق معنای متعارفی که از کلمات و اصطلاحات عهدنامه مزبور، در آن متن خاص و با توجه به موضوع و مقصود عهدنامه استنباط می‌شود، تفسیر گردد. به تجویز مادهٔ مزبور (بند ۳)، در تفسیر، علاوه بر متن، محتوى و چهار چوب قرارداد، تفاقهای بعدی طرفین در ارتباط با تفسیری اجرای عهدنامه، روتة بعدی آنان که مؤید توافق آنها درخصوص تفسیر باشد، و نیز «هر گونه قاعدةٔ مربوطه حقوق بین‌الملل که در روابط بین طرفها قابل اعمال باشد»، در نظر گرفته خواهد شد. طبق مادهٔ ۳۲، بمنظور تأیید معنای حاصله از اعمال مادهٔ ۳۱ و یا در صورتیکه تفسیر بر طبق مادهٔ ۳۱ منجر به معنای مبهم و مشکوک و یا نتیجه‌ای که آسکارا بین معنی و یا نامعمول باشد گردد، اصولاً بمنظور تعیین معنای یک عهدنامه، می‌توان از وسائل تکمیلی تفسیر مانند کارهای مقدماتی تدوین عهدنامه و اوضاع و احوال منجر به انعقاد آن استفاده نمود.

۲۴. مواد ۱۹۷۶ تا ۱۹۹۹ قانون مدنی ایران.

دولت متبع او، داشته باشد.

ایران، مدعای فوق الذکر را با تکیه بر دو قاعدة اساسی عرفی در تفسیر، تقویت نموده است. طبق قاعدة اول، هرگاه پیش‌نویس عهدنامه‌ای توسط یکی از طرفین امضا کننده تهیه شده باشد، ابهامات موجود در آن عهدنامه، لزوماً به زیان تهیه کننده متن، تفسیر می‌شود. گرچه ایران هنگام مذکرات مربوط به امضای بیانیه‌های الجزایر، پیشنهادات و متون مربوطه را از الجزایر دریافت می‌کرده ولی از آنجا که تهیه و تنظیم پیش‌نویس بیانیه‌های الجزایر توسط ایالات متحده صورت می‌گرفته است، لذا اگر شمول یا عدم شمول صلاحیت دیوان برای رسیدگی به دعاوی اتباع مضاعف عليه یکی از دولتهای متبع آنها مورد سؤال واقع شود، می‌بایست رأی به عدم صلاحیت دیوان که موضع خلاف موضع ایالات متحده است، داده شود. طبق قاعدة دوم، صلاحیت یک مرجع قضائی بین‌المللی، و به طریق اولی یک مرجع داوری بین‌المللی، بنحو مضيق تفسیر می‌شود؛ زیرا اصل بر صلاحیت مراجع داخلي، و در تعارض بین صلاحیت مراجع قضائی و داوری، بر صلاحیت مراجع قضائی است و تسلیم به صلاحیت مراجع بین‌المللی، خصوصاً داوری بین‌المللی، استثنای بر اصل است و صرفاً بر مبنای رضایت و اعراض اختیاری از صلاحیت مراجع داخلي حاصل می‌گردد.^{۲۶}

۲۶. و اما در رة دلایل ایالات متحده، ایران چنین استدلال نموده است که:

اولاً، اینکه گفته شود طبق بیانیه‌های الجزایر، «تبعه» به معنای «شهروند» و «شهروند» نیز طبق قوانین امریکا شخصی را که دارای تابیت ثانوی است در بر می‌گیرد، پاسخ سوال مطروحه را که مربوط به حقوق بین‌الملل عمومی و نه حقوق داخلی امریکا است، نمی‌دهد. بدینه است کسی که طبق قوانین ایران، ایرانی و طبق قوانین امریکا، امریکائی است، امریکائی نیز محسوب می‌شود. ولی مسئله‌ای که مطرح است، قابلیت یا عدم قابلیت پذیرش دعاوی مضاعف دریک مرجع بین‌المللی است. به عبارت دیگر، استدلال ایالات متحده، به فرض صحت، متعرض این مسئله اصلی نمی‌شود که آیا طبق بیانیه‌ها – که می‌بایست به عنوان یک عهدنامه بین‌المللی تفسیر شوند – یک شخص امریکائی که در عین حال ایرانی است، می‌تواند دریک مرجع بین‌المللی علیه دولت متبع خود اقدام به طرح دعوا نماید یا خیر؟ ثانیاً، استناد ایالات متحده به رویه قبلی ایران بلااعتبار است؛ زیرا اقامه دعوا از جانب تبعه یک کشور علیه کشور متوجه خلاف قاعدة ثبت شده حقوق بین‌الملل عرفی است و از همین رو، سکوت در قبال آن



بدین ترتیب، به نظر ایران نیز با توجه به وضوح متن و تأیید معنای آن توسط کلیه قواعد و وسائل تکمیلی تفسیر، لزومی به مراجعه به حقوق بین الملل عرفی و بحث در قواعد آن نبوده و دیوان می بایست با اکتفا به همین مقدار، به عدم صلاحیت خود رأی دهد. مذلک چنانچه دیوان، با ردّ موضع فوق، مراجعه به حقوق بین الملل عرفی را نیز لازم بداند، پاسخ عیناً همان خواهد بود که از تفسیر پشنها دی ایران عاید می گردد.

نقاطه آغاز استدلال ایران در این قسمت، تشریح ماهیت بین المللی دیوان دعاوی داوری ایران – ایالات متحده است. دعاوی قابل طرح در دیوان نیز که یا توسط دولتين طرف بیانیه ها مطرح می شوند و یا از طرف اتباع خصوصی ولی تحت حمایت سیاسی^{۲۷} دولتهای مزبور، دعاوی بین المللی محسوب می گردند.

→

رانمی توان بمنزلة قبول آن محسوب نمود، بلکه صراحتاً احتجاج به ذکر دارد. به عبارت دیگر، ذکر اینکه قاعده ثابتی حاکم خواهد بود، لزومی ندارد؛ بلکه قصد عدم اجرای آن محتاج به تصریح است. در واقع، اعمال صحیح قاعدة مراجعة به رویه قبلی طرفین نه تنها مؤید موضع ایالات متحده نیست، بلکه کاملاً عکس آن را می رساند؛ زیرا ایالات متحده، به اعتراف خود، در مواردی که قصد داشته تا دعاوی اتباع ماضعف پذیرفته شوند، صراحتاً به این امر تصریح می نموده است. (رجوع شود، به عنوان نمونه، به بند ۴ طرح موافقنامه حل و فصل دعاوی مصر و ایالات متحده در سال ۱۹۷۶ U.S.T. 4214, TIA.S.N. 8446 (27).) و بالاخره در مرور تعهد ایالات متحده به ختم دعاوی مطروح توسط اتباع ماضعف در دادگاههای امریکا نیز می بایست متذکر بود که:

اولاً، طرح این دعاوی در دادگاههای ایالات متحده اصولاً غیرقانونی بوده و از نظر ایران ایجاد حقیقی نموده است.

ثانیاً، تعهد ایالات متحده در بیانیه ها به ختم این قبیل دعاوی وظیفه ای بوده که ایالات متحده در قبال تعتقدات مالی دیگری که ایران به عهده گرفته، تقبل نموده است و از همین رو، نمی تواند کوچکترین ارتباطی با تفسیر بیانیه توسط یک دادگاه بین المللی داشته باشد.

۲۷. «حمایت سیاسی» عبارت است از مجموع اقداماتی که یک دولت بمنظور احراق حقوق یک تبعه خود که در اثر نقض الزامات بین المللی از جانب دولت دیگری تضییغ شده است، بعمل می آورد. در حقوق بین الملل، دخالت دولت حامی را چنین توجیه می کنند که هرگاه یک دولت علیه تبعه یک دولت دیگر مرتکب عمل خلاف قانونی شود، در واقع مرتکب عمل خلاف قانون علیه دولت متبع او نیز شده است؛ زیرا حق شناخته شده دولت اخیرالذکر را که بمحوجب آن، دولتها موظف به رعایت مقررات حقوق بین الملل در باره اتباع آن هستند، نقض نموده است.

از انواع «حمایت سیاسی» مراجعة دولت حامی به مراجع قضائی بین المللی است. اما از آنجا که صلاحیت این قبیل مراجع، منحصراً رسیدگی به دعاوی بین دولتها را در بر می گیرد، احراق حقوق تضییغ شده اتباع در مراجع مذکون، صرفاً از طریق توصل به روش «حمایت سیاسی» میتواند میسر می گردد.

بدین ترتیب، در مراجعته به حقوق بین المللی عرفی، بررسی محدود به این خواهد بود که آیا در یک مرجع بین المللی که وظیفه آن رسیدگی به اختلافات بین المللی است، یک تبعه می‌تواند تحت حمایت یکی از کشورهای متبع خود علیه کشور دیگر متبع، اقامه دعوی نماید یا خیر؟

برمبنای این مقدمه، ایران در درجه اول با بررسی جامع و تشریع آرائی که مراجع بین المللی در این زمینه صادر کرده‌اند، نتیجه‌گیری نموده است که برخلاف ادعای ایالات متحده، در رویه قضائی بین المللی هرگز دو روند مختلف — یکی در تأیید اصل عدم مسئولیت و دیگری در تأیید اصل تابعیت غالب — وجود نداشته است. بر عکس، رویه قضائی به استثنای یک مورد — که به دلیل خصوصیات آن، بوضوح از موضوع مورد بررسی قابل تمایز است — با استناد به اصل تساوی حاکمیت دولتها، منحصراً از اصل عدم مسئولیت تبعیت کرده است. استثنای مذبور مربوط به تعدادی آرای صادره از دیوانهای مختلفی است که بموجب عهدنامه‌های صلح منعقده بعد از دو جنگ جهانی اول و دوم میان دول غالب و مغلوب، ایجاد شده بودند. در این رابطه ذکر این نکته اساسی حائز کمال اهمیت است که چون هدف عهدنامه‌هایی که مبنای صلاحیت دیوانهای مذبور مورد بحث را تشکیل می‌داده‌اند، عمدتاً براساس تأمین حداقل منافع اتباع کشورهای فاتح بوده است، دیوانهای مذبور، اصولاً توجیهی به تابعیت غالب یا مغلوب خواهان نداشته‌اند؛ بلکه صرفاً احراز تابعیت کشور فاتح، رأی به صلاحیت خود می‌داده‌اند. آرای مذبور، از همین نظر، بکلی از موضوع مورد بحث متمایزند و به هیچوجه نمی‌توان از آنها به عنوان تأییدی بر تئوری تابعیت غالب استفاده نمود. معدلک در قضیه استرانسکی — مرزه²⁸ کمیسیون سازش ایتالیا — ایالات متحده که برمبنای عهدنامه صلح منعقده با ایتالیا (۱۹۴۷) تشکیل گردیده بود، علیرغم رویه قبلی خود و بویژه علیرغم اینکه دولت ایالات متحده در حمایت از ادعای خواهان، خود به وجود اصل عدم

28. Merge Case, (United States v. Italy), Reports of the International Arbitral Awards 14, 236, 247 (1955).

مسئولیت دولتها اعتراف کرده و صرفاً مدعی گشته بود که اصل مزبور استثنائاً در مورد عهدا نامه های صلح جاری نیست، بغلط و با مخلوط نمودن دو موضوع کاملاً مختلف – یکی در قلمرو حقوق بین الملل عمومی و دیگری در قلمرو حقوق بین الملل خصوصی^{۲۹} – به اصل تابعیت غالب گرایش پیدا نمود. تعدادی دیگر از کمیسیونهای سازش نیز بعداً از رأی مزبور پیروی کردند.

ظاهراً آنچه که موجب اشتباه و عدم درک صحیح شده، دو عامل است:

عامل اول وجود تعداد معدودی آرا است که برای احراز موضوع اولیه دو تابعیتی بودن یا نبودن یک خواهان – چه در موارد تعارض بین تابعیت کشورهای خواهان و خوانده و چه در موارد تعارض تابعیت در مقابل یک کشور ثالث –، شرایطی قائل شده اند. به عنوان نمونه در رأی گریگوریو^{۳۰}، کمیسیون یونان – بلغارستان چنین اظهار نظر نمود که اگر خواهان تابعیت ثانوی خود را بدون رعایت مقررات کشور متبع اول خود کسب نموده باشد، یک دادگاه بین المللی می تواند تابعیت دوم او را اصولاً برسمیت نشانسد. در قضیه ز. پنسون^{۳۱}، کمیسیون فرانسه – مکزیک اظهار نظر نمود که نمی توان به دولتی اجازه داد تا با فردی همواره به عنوان یک خارجی رفتار کند، ولی بعد صرفاً بمنظور دفاع از خود در مقابل یک دعوای بین المللی، تابعیت مضاعف او را مورد استناد قرار دهد. وبالاخره در قضیه فلگن هایمر^{۳۲}، کمیسیون سازش ایتالیا – ایالات متحده نتیجه گیری نمود که اگر تابعیت از طریق متقابله یا صرفاً بمنظور حمایت دیپلماتیک در مقابل یک مرجع قضائی، یا متناقض با عهدا نامه های بین المللی مربوط به کسب تابعیت، یا اصولاً مخالف قواعد کلی حقوقی ناظر بر تابعیت، کسب یا اعطاشده باشد، فاقد اعتبار خواهد بود. به عبارت دیگر، اصل عدم مسئولیت یک

۲۹. به شرحی که خواهد آمد.

30. Grigorio Case, III T.A.M. 977 (1924).

31. Reports of the international Arbitral Awards, 5, 327- (G. Pinson).

32. International Law Reports, 25 (1958, 1) p. 91.

دولت در قبال اتباع خود در قلمرو حقوق بین الملل، بشرطی موجه است که دولت خوانده طبق حقوق داخلی خود و براساس حقوق بین الملل، فرد مورد نظر را تبعه خود شناخته و همواره با وی به عنوان یک تبعه رفتار کرده باشد.

در رأی مشهور نوته بام نیز دادگاه دادگستری بین المللی همین اصل یعنی لزوم رعایت محدودیت در شناسائی تابعیت اعطائی از طرف یک کشور در حقوق بین الملل را مورد تأکید قرار داد و حتی در مواردی که مسئله تعارض تابعیت مطرح نیست، یعنی هیچ کشوری جز کشور خواهان مدعی تابعیت فرد مورد بحث نمی باشد، آن را جاری دانست. طبق نظر دادگاه دادگستری بین المللی، حتی در مورد فوق الذکر اگر اعطای تابعیت برمبنای علائق و ارتباطات واقعی استوار نباشد، اگر بدون توجه به ایده تابعیت در حقوق بین الملل باشد، وبالاخره اگر مقصود پیوستن به سنتها، منافع، شیوه زندگی، یا پذیرفتن تعهدات ناشی از تابعیت نباشد، بلکه بر عکس صرفاً به دلیل کسب حمایت در یک دعوای قضائی، اعطای تابعیت شده باشد، چنین تابعیتی در صحنه بین المللی معتبر شناخته نخواهد شد.^{۳۳}

برخلاف آنچه که اغلب بغلط تصویر می شود، خواهان در پرونده نوته بام فقط مدعی یک تابعیت (لیختنشتاین) بوده که دادگاه دادگستری بین المللی آن تابعیت را نیز به دلیل عدم وجود ارتباطات و علائق واقعی بین خواهان و کشور لیختنشتاین، غیر معتبر شناخته است. خلاصه اینکه در پرونده مزبور مسئله حل تعارض تابعیت و به طریق اولی، مسئله حل تعارض تابعیت در مواردی که فرد مورد بحث، تابعیت هر دو کشور خواهان و خوانده را دارد، اصولاً مطرح نبوده است.

نتیجه این دسته از آرا را می توان بدرستی چنین خلاصه کرد که گرچه هر کشوری در اعطای تابعیت مختار است و تابعیت اعطائی بهر صورت از نظر داخلی معتبر خواهد بود، اما اعتبار آن در صحنه بین المللی و

۳۳. همین اصل بعداً نیز در بندج ماده ۴ قطعنامه مؤسسه حقوق بین الملل در اجلاس ورشو (۱۹۶۵)، مورد تأیید قرار گرفت.

Anuaire de l'institut de Droit International, 1965, vol. 51- II, p. 262.

پذیرش آن از جانب سایر کشورها و مراجع قضائی بین المللی، منوط به احراز شرایطی است؛ منجمله، یک دولت حق ندارد با سوء استفاده، تقلب، یا در غیاب علائق واقعی و صرفاً بمنظور حمایت از یک دعوی، ادعای تابعیت نماید.

عامل دوم در گمراهی و عدم تشخیص تمایز بین دو موضوع کاملاً مختلف و رویه قضائی مربوط به آنها در بحث تعارض تابعیتها است:

موضوع اول ناظر بر حل تعارض تابعیت بر مبنای حقوق بین الملل خصوصی توسط یک مرجع ثالث است. مثلاً شخصی که بیش از یک تابعیت دارد، در مقابل کشور ثالثی که هیچیک از کشورهای متبع او نیست، قرار می‌گیرد. در چنین حالتی، مرجع حل اختلاف — اعم از داخلی یا بین المللی —، تعارض تابعیت را طبق قواعد حقوق بین الملل خصوصی حل و فصل خواهد نمود و راه حل پیشنهاد شده در حقوق بین الملل خصوصی، تبعیت از اصل تابعیت غالب است؛ یعنی در بین کشورهای متبع، تنها به کشوری که تابعیت غالب شخص مورد بحث متعلق به آن است، اجازه دخالت و حمایت سیاسی می‌دهند. کنوانسیون لاهه در باب پاره‌ای مسائل مربوط به تعارض قوانین تابعیت (۱۹۳۰)، قاعدة حقوق بین الملل عرفی در این زمینه را در ماده ۵ خود چنین خلاصه می‌کند:

در یک کشور ثالث، با شخصی که بیش از یک تابعیت دارد باید مانند شخصی که فقط دارای یک تابعیت است، رفتار شود. دولت ثالث...
با استیاز میان تابعیتهای چندگانه چنین شخصی در قلمرو خود، منحصرأ یا تابعیت کشور اقامتگاه اصلی و دائمی و یا تابعیت کشوری که شرایط و اوضاع و احوال ظاهری حکایت از واستگی بیشتر وی نسبت به آن کشور می‌کند را در مورد این شخص برمی‌ست بشناسد.

موضوع کاملاً متفاوت دوم، ناظر بر حل تعارض تابعیت بین کشورهای خواهان و خوانده بر مبنای حقوق بین الملل عمومی توسط یک مرجع بین المللی است. در این مورد که برخلاف مورد اول، تابعیت، شرط پذیرش دعوای خواهان علیه کشور متبع است، موضوع تساوی حاکمیت

دولتها مطرح می شود که نتیجه منطقی آن اعمال اصل عدم مسؤولیت است.
از همین رو، ماده ۴ کنوانسیون لاهه مقرر می دارد:

یک دولت نمی تواند یکی از اتباع خود را علیه دولتی که این شخص
تابعیت آن دولت را نیز دارد، مورد حمایت سیاسی قرار دهد.^{۳۱}

خلاصه آنکه اگر آرای قضائی بین المللی در خصوص دو مورد فوق الذکر بدرستی درک شوند و از تخلیط دو حالت کاملاً متفاوت، اجتناب شود، در آن صورت ملاحظه خواهد شد که در موارد اقامه دعوى از جانب یک تبعه مضاعف عليه دولت متبع خود دریک مرجع بین المللی، همانطور که کنوانسیون لاهه نیز بدرستی اعلام داشته جزیک راه حل — اصل عدم مسؤولیت — راه حل دیگری پیشنهاد و یا از آن تبعیت نشده است.

علاوه بر رویه قضائی، جمهوری اسلامی ایران در تقویت موضع خود به رویه دولتها در این خصوص نیز استناد نموده که اجماعاً — به استثنای ایالات متحده که رویه خود را از سال ۱۹۵۷ بدون ذکر دلیل به نفع تئوری تابعیت غالب تغییر داده است — مکرراً از اصل عدم مسؤولیت حمایت نموده اند. نظرات علمای حقوق بین الملل و مراجع حقوقی بین الملل نیز عمدتاً همین اصل را مورد تأیید قرار داده اند.

گذشته از همه اینها ایران در خصوص جواز مراجعت به حقوق بین الملل عرفی به سه نکته مهم دیگر نیز اشاره می نماید:
نکته اول اینکه مراجعت به حقوق بین الملل عرفی — همانطور که در ماده ۳۱ کنوانسیون وین بدان تصریح شده است —^{۳۲} می بایست در جهت

۳۴. اصل مذبور در قطعنامه مؤسسه حقوق بین الملل در اجلاس ورشو (۱۹۶۵) نیز مورد تأیید قرار گرفته است.
طبق ماده ۴ (الف) قطعنامه مذبور «دعوای بین المللی اقامه شده توسط یک دولت راجع به خسارات وارده بر فردی که در عین حال تابعیت دولتهای خواهان و خونده را دارد، ممکن است از طرف دولت خوانده ره شود و چنین دعوای در محضر دادگاه... قابل پذیرش نخواهد بود».

Anuaire de l'institut de Droit International, 1965, vol. 51- II. p. 270-271.

۳۵. رجوع شود به پانویس ۲۴

تفسیر بیانیه‌ها بعمل آید. به عبارت دیگر بررسی قواعد حقوق بین الملل عرفی می‌بایست با درنظر گرفتن متن و با توجه به منظور و مقصود بیانیه‌ها صورت گیرد، نه بطور مجرد و احياناً اختیار قاعده‌ای که با منظور و مقصود عهداً نامه‌ها منطبق نیست.

نکته دوم اینکه طبق همان ماده، اثبات وجود یک روند خلاف_اگر روند خلافی وجود داشته باشد_کافی نخواهد بود؛ بلکه می‌بایست نشان داده شود که چنین روند خلافی به صورت قاعدة حقوق بین الملل درآمده است؛ یعنی بطور ثابت بدان عمل شده و مورد پذیرش دولتها قرار گرفته است. این امر خصوصاً در مورد اصل عدم مسئولیت، از آنجا که اصل مذکور مبتنی بر اصل کلی و اساسی تساوی حاکمیت دولتها است، حائز اهمیت بسیار است؛ چرا که اعراض از چنین اصلی محتاج به ارائه دلایل بسیار قوی و انکارناپذیر خواهد بود.

وبالاخره نکته سوم اینکه قاعدة مورد نظر می‌بایست به تصریح ماده ۳۱ در روابط طرفین—یعنی در روابط ایران و ایالات متحده—قابلِ اعمال باشد. تئوری پیشنهادی ایالات متحده، نه تنها در جهت تفسیر بیانیه‌ها نیست، بلکه به فرض وجود، تشکیل یک قاعدة حقوقی بین المللی را نمی‌دهد و بالاخره به فرض قاعده بودن، در روابط بین ایران و ایالات متحده قابلِ اعمال نبوده است.

۳. تصمیم هیئت عمومی و مرور اجمالی آن

پس از تبادل لوایح بین طرفین و تشکیل جلسات استماع در ۱۹ و ۲۰ آبان ۱۳۶۲، هیئت عمومی در تاریخ ۱۷ فروردین ۱۳۶۳ رأی خود را صادر و اعلام نمود که برای رسیدگی به دعاوی مطروحه توسط اتباع مضاعف ایران_ایالات متحده علیه ایران، به شرط آنکه تابعیت غالب و مؤثر نامبردگان در طول دوره ذیربیط، یعنی از تاریخ بروز اذاعات ۱۹ ژانویه است.

* اتفاق نظر ایران و ایالات متحده در مورد یکدست نبودن رویه قضائی در دوره مذبور را دلیل دیگری برای عدم لزوم مراجعت به رویه قضائی

۱۹۸۱ که تاریخ امضای بیانیه‌های الجزایر است، تابعیت امریکائی آنان باشد، صلاحیت دارد.

ارزیابی حقوقی رأی مذکور، که در «نظر مخالف» داوران ایرانی دیوان بتفصیل انجام گرفته است، مناسب این مقدمه فشوده و کوتاه نیست. اجمالاً به ذکر این نکته اکتفا می شود که منتقدان تصمیم مذکور عقیده دارند:

ه در حالیکه کلیه سیستمهای حقوقی پیشرفتہ به لزوم مدلل بودن رأی و ضرورت بررسی و اظهار نظر نسبت به کلیه دلایل طرفهای دعوی در رأی، تأکید می کنند، هیئت عمومی در رأی مورد بحث اکثر واقعیات و دلایلی را که جمهوری اسلامی ایران در جهت اثبات عدم صلاحیت دیوان ارائه نموده، یا بطور اجمالی و بدون دلیل کنار گذارده و یا اصولاً متعرض آنها نشده است.

ه صرفاً با بیان این حقیقت که بیانیه‌های الجزایر، به عنوان یک عهدنامه بین المللی، می بایست طبق مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون وین تفسیر شوند، مواضع ایران و ایالات متحده را دایر برووضوح متن، بدون ذکر هیچگونه دلیل قانع کننده‌ای مردود اعلام نموده است.

ه برمبنای این استدلال نادرست که طبق مواد مذکور، در تفسیر، قصد طرفین مناط اعتبار نیست بلکه می بایست به معنای متعارف کلمات در متن اکتفا نمود، نه تنها دلایل غیرقابل انکار ایران را در تأیید اینکه بهنگام الحق به بیانیه‌ها قصد مشترکی در مورد حل و فصل دعاوی موجود بین اتباع یک کشور و دولت متبوع آنها وجود نداشته است، نادیده انگاشته، بلکه حتی لزومی به بررسی و تعیین تکلیف دلایل طرفین در مورد معنای متعارف کلمات نیز ندیده است.

ه بدون کوچکترین توجیهی به قواعد شناخته شده و مورد قبول تفسیر، منجمله قاعدة تفسیر متن مبهم علیه نویسنده و تنظیم کننده آن و قاعدة تفسیر مضيق صلاحیت مراجع بین المللی، بلکه علی رغم آرای متعدد قبلى خود در این زمینه، ناگهان به بند ۳ (ج) ماده ۳۱ کنوانسیون وین ناظر

بر جواز مراجعه به قواعد حقوق بین الملل عرفی متول شده و حتی در آن محدوده نیز شرایطی را که بند مزبور صراحتاً برای استفاده از قواعد حقوق بین الملل عرفی در تفسیر لازم دانسته است، نادیده انگاشته و عجلانه نتیجه گیری کرده که قاعدة معتبر، قاعدة تابعیت غالب و مؤثر است.

ه در توجیه این نتیجه گیری، بدون مقدمه به ماده ۴ کنوانسیون لاهه پرداخته و ماده مزبور را که تبلور قاعدة حقوق بین الملل عرفی بوده و در سال ۱۹۶۵ مورد تأیید مؤسسه حقوق بین الملل قرار گرفته است، به این بهانه که بیش از پنجاه سال از عمر آن می گذرد، با قید احتیاط تلقی نموده و بدون ارائه دلیل، مدعی گشته که در طول این مدت، «حمایت دیپلماتیک» مشمول تحولات عظیمی بوده است.

ه بدون توجه به وجود دهها رأی قضائی مخالف، بین حمایت دیپلماتیک کنسولی و حمایت دیپلماتیک قضائی تفاوت ابداع نموده است.

ه علی رغم تأکید نویسنده‌گان بر جسته حقوق بین الملل براینکه مراجعة مستقیم افراد خصوصی به مراجع بین المللی در پرتو حمایت سیاسی کشورهای متبع‌شان صرفاً وسیله‌ای برای تسهیل دادرسی است و کوچکترین تأثیری بر ماهیت بین الدولی دعاوی مزبور ندارد، بین مواردی که افراد خصوصی دعاوی خود را شخصاً در مراجع بین المللی مطرح و تعقیب می نمایند با مواردی که دولتها متبوع از جانب آنها به اقامه دعوای مبادرت می ورزند، تفاوت قائل شده و دعاوی مطروحه نزد این دیوان را از نوع دوم محسوب گرده است؛ سهل است، دیوان را علی رغم دلایل متعددی که در تأیید بین المللی بودن آن ارائه شده، جانشین دادگاههای ایالات متحده برای رسیدگی به دعاوی مطروحه در آن دادگاهها بشمار آورده است.

ه در خصوص رویه قضائی قبل از سال ۱۹۳۰، آرای مراجع قضائی بین المللی و نظرات حقوق‌دانان معتبر را ظاهراً به دلیل اینکه متأثر از نوشته پروفسور ای. ب. بورچارد بوده‌اند، و اینکه آرای مورد استناد نامبرده در تأیید اصل عدم مسئولیت، اکثراً چنین دلالتی ندارند، بسادگی کنار گذارده

در آن دوره دانسته است، و حال آنکه ایران — همانطور که ذکر شد — مادهٔ ۴ کنوانسیون لاهه را صرفًا نتیجه و انعکاس قاعدةٔ موجود قبلی حقوق بین‌الملل عرفی اعلام نموده است.

* به عنوان قدم بعدی، تاریخ ۱۹۴۵ میلادی را بدون ارائهٔ کوچکترین دلیلی در مورد خصوصیت تاریخ مزبور، انتخاب و بررسی و اظهار نظر نسبت به رویهٔ قضائی تا آن تاریخ را نیز فاقد ارزش اعلام نموده است؛ زیرا «وضعیت مسئلهٔ تا آن تاریخ هرچه بوده است، قاعدةٔ بهتر در زمان انعقاد بیانیّه‌ها و زمان حاضر، همان قاعدةٔ تابعیت غالب و مؤثر می‌باشد».

* و سرانجام، در توجیه مدعای اخیر نیز کلیهٔ دلایل ارائه شده از جانب ایران، اعمّ از آرای قضائی، رویهٔ ثابت دولتها، نظرات علمای حقوق بین‌الملل، و قطعنامهٔ مؤسسهٔ حقوق بین‌الملل در اجلاس ورشو (۱۹۶۵) جملگی را به نفع دورای نادیده انگاشته است: رأی اول مربوط به پروندهٔ نوته‌بام است که ارتباطی با موضوع اقامهٔ دعوای یک تبعهٔ مضاعف عليهٔ کشور متبع خود در یک مرجع بین‌المللی، بلکه اصولاً ارتباطی با موضوع تابعیت مضاعف نداشته است. رأی دوم نیز البته، رأی استرانسکی مرژه در کمیسیون سازش ایالات متحده — ایتالیا است؛ کمیسیونی که سند موجود صلاحیت آن، عهدنامهٔ صلح منعقده بین یک کشور غالب و یک کشور مغلوب بوده و کشور غالب — یعنی ایالات متحده — خود در جریان دادرسی به لزوم رعایت اصل عدم مسؤولیت دولتها تأکید کرده و نهایتاً استدلال نموده است که اصل مزبور در مورد عهدنامه‌های صلح استثنائیًّا قابل اجرا نیست.^{۳۶}

۳۶. با اینهمه معنای رأی تفسیری دیوان این نیست که دعوای اتباع مضاعف مطروحهٔ عليهٔ ایران یکجا پذیرفته شده‌اند؛ بلکه دیوان با بدست دادن قاعدةٔ تابعیت غالب برای احراز صلاحیت خود، موجب شده است که بدواً خواهان دلایل و مدارک خود برای اثبات غالب بودن تابعیت امریکاییش را ارائه کند و سپس ایران نیز از له و مدارک معارض خود و همچنین مدارکی که غالب بودن تابعیت ایرانی خواهان را اثبات می‌کند، به دیوان تسلیم نماید و آنگاه دیوان مقدمتاً در مورد صلاحیت خود درخصوص مورد اظهار نظر می‌نماید. بدیهی است چنانچه دیوان نظر به صلاحیت خود بددهد، فرست و امکان دفاع در ماهیت دعوای وجود خواهد داشت که متناسب و هماهنگ با سیاستهای دولت، موضع و برخورد لازم اتخاذ و اعمال خواهد شد.

نوشه: آنتونیو کاسس

(استاد حقوق بین الملل دانشگاه فلورانس – ایتالیا)

ترجمه: نصرت الله حلمی



حقوق بین الملل عرفی

در مورد

تابعیت مضاعف



اشاره:

«آنتونیو کاسس»، استاد حقوق بین الملل دانشگاه فلورانس ایتالیا، در این مقاله موضوع اقامه دعوای یک تبعه مضاعف عليه یکی از کشورهای متبع خود نزد یک مرجع بین المللی را در محدوده حقوق بین الملل عرفی مورد بررسی قرارداده است که برای تأیید مواضع ایران در پرونده الف/۱۸، مورد استفاده واستاد قرار گرفته است.

ترتیب کلی مباحث در این مقاله عبارت است از: رویه مراجع قضائی بین المللی و عمل دولتها تا سال ۱۹۳۰، کنوانسیون ۱۹۳۰ لاهه و اثر آن بر قاعدة حقوق بین الملل عرفی، مبنای و منطق قاعدة حقوق بین الملل عرفی، و رویه مراجع قضائی بین المللی و عمل دولتها در سالهای اخیر. در بخش نهایی مقاله نیز موضوع تابعیت مضاعف در دیوان داوری ایران – ایالات متحده مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است. ذکر این نکته ضروری است که نظرات آقای کاسس

در مورد یکنواخت نبودن آرای مراجع قضائی بین المللی تا پیش از سال ۱۹۳۰ و با عدم وضع متن بیانیه‌ها در خصوص دعاوی اتباع مضاعف، محل تأقل است؛ مع الوصف به عنوان برداشت‌های یک صاحب‌نظر مستقل در خصوص موضوع تابعیت مضاعف، مفید به نظر رسد ولذا بدست چاپ سپرده شد که ملاحظه می‌گردد. ضمناً متن تصمیم دیوان داوری در خصوص پرونده الف/۱۸ و تابعیت مضاعف نیز متعاقب همین مقاله چاپ شده است تا هم خوانند گان محترم از تصمیم دیوان و نحوه استدلال آن در زمینه این موضوع مطلع شوند و هم حسن استفاده از مقاله پروفسور کاسن تسهیل گردد.

«مجلة حقوقی»

تذکار:

هدف از ارائه این نظر حقوقی، روش ساختن مقررات حقوق بین الملل در باب این مسئله است که آیا دولتها می‌توانند به نفع افرادی که هم تابعیت آنها و هم تابعیت دولت خوانده را دارند، به اعمال حمایت سیاسی مبادرت ورزند؟ برخی از صاحب‌نظران را عقیده براین است که به علت تساوی حاکمیت دولتها (دکترین مساوات)، اعمال حمایت سیاسی به سود این‌گونه افراد مقدور نیست؛ لیکن برخی دیگر، بر عکس، براین عقیده‌اند که قاعدة حقوق بین الملل در این خصوص، دکترین تابعیت مؤثر یا غالب است که طبق آن بایستی تابعیت دولتی را که فرد ذینفع پیوندهای نزدیکتری با آن دارد، مرجع شمرد.

در این بررسی چگونگی مقررات حقوق بین الملل در مورد تبعه مضاعفی که از تابعیت دولتی که عليه آن دعوای بین المللی اقامه شده، یا حمایت سیاسی اعمال کرده، برخوردار نیست، مورد بحث و توجه قرار نخواهد گرفت.

پدایش و رشد قاعدة حقوق بین الملل ناظر بر حمایت سیاسی و قضائی از تبعه مضاعف، روندی سریع، یکنواخت و منسجم نداشته و تا مقطع زمانی خاصی، روئة بین المللی دستخوش ابهام و تشتبه بوده است؛ لذا ریشه بابی عوامل گوناگون این روئه ضروری به نظر می‌رسد. مهمترین نقطه عطف در این زمینه، کنوانسیون ۱۹۳۰ لاهه در باب مسائل خاص مربوط به تعارض قوانین تابعیت (که اختصاراً کنوانسیون ۱۹۳۰ لاهه نامیده می‌شود) شماره‌ی رود. از این روند نخست، روئة بین المللی تا قبل از کنوانسیون لاهه مورد بررسی قرار خواهد گرفت و پس از بررسی قواعد مربوط به کنوانسیون لاهه در این باب، به تشریح کیفیت تعویل روئة بین المللی در دوران بعد از ۱۹۳۰ خواهیم پرداخت.

همچنین در این بررسی بدلواً روئة قضائی و سپس روئة دولتها مورد مطالعه واقع می‌شود. ویژگیهای خاص مسئله مورد بحث از آن رو چنین شیوه‌ای را ضروری می‌سازد که تحول روئة دولتها در واقع با روئة قضائی بین المللی مرتبط بوده و یا به صورت واکنشی در مقابل روئة قضائی بین المللی صورت گرفته است. شکل گیری قواعد مربوط به تابعیت مضاعف بطیر عمدۀ ناشی از اقامۀ دعاوی خاصی در محاکم بین المللی بوده و بنابراین روئة قضائی مقدم بر روئه دولتها و حتی تا حدود زیادی در چگونگی آنها، مؤثر بوده است.

۱

پیدایش قاعدة عرفی بین المللی در باب تابعیت مضاعف

۱. روتۂ قضائی بین المللی تا قبل از سال ۱۹۳۰

در روتۂ قضائی سالهای بین پایان قرن نوزدهم تا سال ۱۹۳۰ چهار روند عمده به چشم می خورد که با یکدیگر تجانس و تشابهی ندارند و به همین سبب موجب بروز ابهاماتی در مناسبات قضائی بین المللی تا سال ۱۹۳۰ گردیده اند. این چهار روند که ذیلاً مرور می شوند، عبارتند از:

الف. دکترین مساوات.

ب. دکترین ترجیح تابعیت کشور اقامتگاه تبعه مضاعف.

ج. دکترین تابعیت مؤثر.

د. دکترین ترجیح تابعیت کشور فاتح.

الف. آرائی که بموجب آنها محاکم بین المللی برای رسیدگی به دعاوی افرادی که تابعیت هر دو دولت خواهان و خوانده را داشته اند، ذیصلاح شناخته نشده اند.

کمیسیون امریکا و انگلیس که در سال ۱۹۷۱ تشکیل گردیده بود، نخستین پرونده از این نوع را در سال ۱۸۷۳ مورد رسیدگی قرارداد که مربوط به دعوای اوصیای «الکساندر»^۱ بود و آقای «فریزر»^۲ عضو امریکائی کمیسیون در این پرونده چنین اظهار عقیده نمود:

بعقیده عموم، روتة دولتها در مواردی که کسی خود را گرفتار مشکلات ناشی از تابعیت مضاعف می کند این است که اورا به حمایتی واگذارند که در قوانین داخلی کشور دیگر، که وی تبعه آن نیز محسوب می شود، برای او پیش بینی شده است. رسیدگی به شکایات وی علیه آن دولت دیگر بعنوان یک امر بین المللی به معنای آن است که به صلاحیتی های فوق صلاحیت آن دولت دیگر، که وی تبعه آن نیز بشمار می رود، قائل شویم و این فرض وضعیت بغرنجی بوجود خواهد آورد؛ زیرا هیچ دولتی حق دولت دیگری را برای مداخله از جانب کسی که هنوز اورا تبعه خود می داند، برسیت نمی شناسد.^۳

بطوریکه ملاحظه می شود در نخستین پرونده مطروحه، این نکته بروشني خاطرنشان گردیده است که منطق این قاعده، چیزی جز ضرورت صیانت حاکمیت دولت نیست.

پس از جنگ جهانی اول کمیسیونهای توسط مکزیک با چند کشور اروپائی تشکیل گردید که پرونده های دیگری از این نوع را مورد رسیدگی قراردادند. در پرونده مربوط به ماترک «زان باتیست کایر» علیه دولت مکزیک^۴ که توسط کمیسیون فرانسه و مکزیک مورد بررسی قرار گرفت، دعوای مربوط به بانوئی بود که در مکزیک متولد شده و در اثر ازدواج با یک تبعه فرانسه، تابعیت مکزیکی خود را طبق قوانین مکزیک ترک نموده و در ۱۹۲۹ پس از مرگ شوهر فرانسویش، بعنوان تبعه فرانسه علیه مکزیک به اقامه دعوای پرداخته بود. کمیسیون مزبور در این پرونده

1. The Executors of R- S. C. A. Alexander

2. James S. Frazer

3. MOORE, international arbitration, vol, III, p. 2529-2531 at p. 2531.

4. Jean Baptiste Caire V. Mexico

اظهار عقیده نمود که چون نماینده مکزیک نتوانسته ثابت کند که خواهان پس از فوت شوهرش رجع به تابعیت مکزیکی خویش کرده است، بنابراین باید چنین فرض کرد که مشارالیها تابعیت فرانسوی ناشی از ازدواج را کما کان حفظ نموده ولذا کمیسیون صلاحیت رسیدگی ماهوی به دعوی را دارد.^۵ بنابراین، استدلال رئیس کمیسیون مزبور برای اصل استوار بود که در صورت اثبات برخورداری خواهان از تابعیت هر دو دولت فرانسه و مکزیک (یعنی دولتهای خواهان و خوانده)، دعوای وی به علت فقدان صلاحیت کمیسیون مردود شناخته می شد.

در سال ۱۹۲۷ رئیس کمیسیون آلمان و مکزیک در پرونده «کارلوس کلمن^۶» نظر مشابهی اتخاذ نمود و اظهار داشت:

قاعدة کلی معمول در کمیسیونهای مختلف این بوده است که هرگاه خواهان تابعیت هر دو کشور (خواهان و خوانده) را داشته باشد، دعوی قابل رسیدگی نیست؛ زیرا هیچ یک از دو دولت قدرت تحییل قوانین خود را بر دولت دیگر برای استیفاده حق ندارد. وقتی حقوق دو دولت مساوی است، دعوی قابل رسیدگی نیست.^۷

در اینجا بی مناسبت نیست به پرونده دیگری که اغلب باشتباه مورد استناد قرار گرفته است نیز اشاره شود و آن مربوط به دعوای «کارلوس اولدنبورگ»^۸ علیه دولت مکزیک است که در ۱۹۲۹ توسط کمیسیون انگلیس و مکزیک مورد رسیدگی قرار گرفته است. در این پرونده چون نماینده گان هر دو دولت در مورد چگونگی حل مسئله تابعیت مضاعف توافق نظر داشتند، لذا کمیسیون از صدور هرگونه رأیی در باب تابعیت مضاعف خودداری ورزید. نماینده مکزیک در این رابطه اظهار داشت:

... حتی اگر تابعیت انگلیسی خواهان و خواهانش محزومی گردید، آنان در عین حال تبعه مکزیک نیز بشمار می رفتند؛ بعارت دیگر... کمیسیون با

5. Reports of international arbitration awards, vol. 5, pp. 526-527.

6. Carlos Klemp

7. Reports of international arbitration awards, vol. 5, p. 538.

8. Carlos L. Oldenbourg

مورودی از تابعیت مضاعف مواجه می‌شد. در اینگونه موارد، اصلی که عموماً پیروی شده این است که تبعه مضاعف نمی‌تواند علیه یکی از کشورهای متبرع خود دریک محکمهٔ بین‌المللی اقامه دعوی نماید. چنین کسی نه خود می‌تواند علیه دولت خویش دریک دادگاه بین‌المللی اقامه دعوی کند و نه هیچ دولتی می‌تواند از جانب وی به چنین اقدامی مبادرت ورزد.^۹

نمایندهٔ انگلیس با اینکه در مسائل موضوعی پرونده نظری مخالف داشت، اما اصل فوق را مورد تأیید قرار داد. به عقیدهٔ وی:

مسئلهٔ تابعیت مضاعف در لوایح کتبی مطرح نشده و دولت انگلیس در موارد برخورد با تابعیت مضاعف، از عقیدهٔ همان صاحب‌نظرانی که همکار مکریکی اش بدانها استناد ورزیده است، پیروی می‌نماید.^{۱۰}

علاوه براین «دکترین مساوات» در پروندهٔ پینسون نیز آمده است. که ذیلاً توضیح و توجیه می‌شود:

در سال ۱۹۲۸ کمیسیون فرانسه و مکریک در جریان رسیدگی به دعوای «زرزپنسون»^{۱۱} علیه دولت مکریک، نظریه‌ای را که بموجب آن دعوای تبعهٔ مضاعف در دادگاه‌های بین‌المللی قابل رسیدگی نیست به تفصیل تشریح نمود.

آقای «ورزیل»^{۱۲} حقوق‌دان نامدار هلندی که سمت ریاست کمیسیون را داشت، در رأی خویش به تفصیل موضوع تابعیت مضاعف خواهان را مورد بحث قرار داد و پس از اعلام محرز بودن تابعیت فرانسوی خواهان و پیش از بررسی اذاعای مکریک مبنی بر برخورداری وی از تابعیت مکریک که مآلًاً موجب رد دعوی به علت تابعیت مضاعف خواهان بود، خاطرنشان ساخت که دکترین مورد استناد مکریک هر چند «بطور نسبی

9. BORCHARD, The diplomatic protection of citizens abroad, p. 587; RALSTON, The law and procedure of international tribunals, p. 172.

10. Reports of international arbitration awards, vol. 5, p. 75.

11. George Pinson

12. J. H. W. Verzijl

در حقوق بین الملل عموماً بجا افتاده است» اما «شرايطی» نيز دارد که عبارتند از:

اولاً: فردی که دولتی وی را قانوناً تبعه خود می شناسد، بایستی «عملتاً تبعه آن دولت شناخته شده و مانند تبعه با وی رفشار شده باشد». به عقیده ورژیل اگر دولتی همواره با فردی بعنوان تبعه بیگانه رفتار نموده باشد و بعدها صرفاً بمنظور رد یک دعوای بین المللی به تابعیت مضاعف وی استناد ورزد، شرط فوق تأمین نخواهد شد.

ثانیاً: اعطایات تابعیت در چهار چوب مقررات حقوق بین الملل عمومی، یعنی «محدودیتهایی که در حقوق بین الملل عمومی برای حاکمیت ملی دولتها» راجع به تحصیل و برخورداری از تابعیت آنها مقرر است، صورت گرفته باشد.^{۱۳}

آفای ورژیل چنین نتیجه گیری کرد که طبق قوانین فرانسه، تابعیت فرانسوی خواهان مسلم است؛ اما طبق قوانین مکزیک، تابعیت مکزیکی وی محرز نیست و «واقعیات موجود» نشان می دهد که تا پیش از آغاز دادرسی در کمیسیون مزبور، مقامات مکزیک هرگز آفای پنسون را تبعه مکزیک نشناخته و همواره با وی بعنوان یک تبعه فرانسه رفتار کرده اند. به عقیده مشارالیه این نکته از اهمیت خاصی برخوردار است؛ زیرا به گفته وی «اگر دزپرونده مورد بحث نتیجه منفی بررسی تابعیت مکزیکی خواهان تا این حد محرز نبود، در قبول ایراد مربوط به تابعیت مضاعف جداً تردید می کردم».^{۱۴}

بطوریکه ملاحظه می شود، آفای ورژیل دکترین مساوات را تابع دو شرط عمده می داند که یکی از آنها «شرط محدود کننده ای» است که از آن بعنوان «مؤثر بودن» یاد می شود و بیشتر با بحث ما مربوط است. مقصود از این شرط این است که یک دولت نمی تواند از حق اعطایات تابعیت خویش سوء استفاده کند و صرفاً به قصد شانه خالی کردن از زیر بار مسئولیت خویش در یک دادگاه بین المللی به تابعیت مضاعف خواهان استناد ورزد.

13. Reports of international arbitration awards, vol. 5, p. 381.

۱۴. همان مأخذ: ص ۴۱۰.

به نظر مشارالیه «مُؤْتَر بودن» در واقع ضابطه‌ای است که براساس آن می‌توان تشخیص داد آیا یک دولت فرد خاصی را تبعه خود می‌شandasد یا خیر؟ بعبارت دیگر، مقصود از ضابطه مزبور این نیست که پیوند مؤثر فردی با دولت متبععش که تابعیت آن محل ایراد نیست، احراز گردد و به همین دلیل بود که وی به بررسی مُؤْتَر بودن تابعیت فرانسوی خواهان نپرداخت و مدارک کنسولی موجود را برای مسلم شناختن تابعیت فرانسوی او طبق قوانین فرانسه کافی دانست. از این دیدگاه، پرونده پینسون با پرونده «استرانسکی - مرزه»^{۱۵} — که بعداً مورد بحث قرار خواهد گرفت — بکلی متفاوت است و جا دارد که این پرونده را در زمرة رویه‌های قضائی مؤند «دکرین مساوات» بشمار آوریم.

ب. آرائی که بموجب آن تابعیت کشور اقامتگاه تبعه مضاعف، مرجع شناخته شده است.

این دکترین در یک سلسله آرای صادره بوسیله کمیسیونهای مشترک که توسط وزوئلا در سال ۱۸۸۵ با امریکا و در سال ۱۹۰۳ با دولتهای فرانسه، ایتالیا و انگلیس تشکیل گردیده بود، بچشم می‌خورد. استنتاج مزبور یعنی مرجع شمردن تابعیت کشور اقامتگاه در مورد تبعه مضاعف، متأثر از نظامهای ملی تعارض قوانین بوده است؛ زیرا اکثر نظامهای مزبور در مواجهه با تعارض قوانین، یا اقامتگاه را در مورد مسائل مربوط به احوال شخصیه بعنوان ضابطه در نظر می‌گیرند و یا در صورت اجرای قانون ملی شخص مورد بحث، اقامتگاه وی را بعنوان یک ضابطه کمکی در حل مسئله تلقی می‌کنند؛ منتهای مراتب اگر شخص مورد نظر تابعیت مضاعف داشته باشد، تابعیت کشور اقامتگاه وی مرجع شمرده می‌شود. در واقع بر مبنای این استنباط که مسائل مطروحه در محاکم بین المللی همانند مسائل مطروحه در محاکم داخلی است، راه حل موجود در حقوق بین الملل خصوصی توسط محاکم بین المللی به عرصه حقوق

بین الملل عمومی راه یافته است.

دلیل دیگر مرجح شمردن قانون ملی کشور اقامتگاه را می توان در رویه وزارت خارجه ایالات متحده مشاهده کرد که طبق آن حمایت سیاسی از اتباع ایالات متحده که به اختیار خویش در خارج اقامت می گزینند، به استناد تابعیت آنان قابل توجیه نیست. روند مزبور که در قرن نوزدهم تکامل یافته و حدائق تا ۱۹۱۰ ادامه داشته، بطور روشن و منجز توسط «هاید» بدینگونه بیان گردیده است:

مقامات اجرائی مذکورها برای نظر بوده اند که یک نفر شهر وند یا تبعه بومی امریکا که اقامتگاه دائمی خویش را در کشوری بیگانه قرار می دهد، ممکن است تحت شرایط خاصی، دیگر مشمول حمایت دولت ایالات متحده قرار نگیرد.^{۱۶}

ظاهراً تحت تأثیر این دکترین، داوران بین المللی امریکائی الاصل حتی در موارد تابعیت مضاعف نیز اولویت را به تابعیت کشور اقامتگاه داده اند. نکته ای که باید مورد تأکید قرار گیرد این است که داوران بین المللی با اینکه ضابطه اقامتگاه را مرجح می شمردند، اما این رجحان را یا در مواردی قائل می شدند که اقامتگاه، نقش تعیین کننده ای در مسئله مطروخه نداشته و یا به این منظور بوده است که بر لزوم صیانت حاکمیت دولت خوانده — یعنی همان اصل مبنائي دکترین مساوات — تأکید ورزند، و به همین دلیل بود که در پرونده «فارسیسادی هم»^{۱۷} و «آملیادی برسو»^{۱۸} که دعوای آن توسط ایالات متحده علیه ونزوئلا اقامه گردیده بود، عضو ونزوئلائی کمیسیون پیش از آنکه دعوای را به دلیل اولویت تابعیت ونزوئلائی خواهان که اقامتگاه خویش را در ونزوئلا قرار داده بود مردود اعلام نماید، با تأکید بسیار بر مفهوم حاکمیت دولت، چنین اظهار عقیده نمود:

16. C. C. HYDE, international law, chiefly as interpreted and applied by the united states, II ed. Boston 1951, vol. II, p. 1170.

17. Narcisa de Hammer

18. Amelia de Brissot

هر دولت مستقلی حق دارد در مورد اینکه چه کسانی تبعه آن محسوب می شوند و چه اشخاصی در قلمرو آن بیگانه بشمار می روند و همچنین نحوه، شرایط و اوضاع احوالی که تحصیل وبا از دست دادن تابعیت موقول به آنها خواهد بود، خود تصمیم بگیرد. اما به همان دلیل که این حق لازمه استقلال و حاکمیت است، هیچ دولتی نیز نمی تواند به قوانین مربوط به تابعیت خود نفاذ و حاکمیت بردن مرزی بدهد؛ زیرا طبق اصول حقوق بین الملل، صلاحیت تلقینی هیچ دولتی از مرزهای آن فراتر نمی رود و چنین اقدامی تخلف از این اصل محسوب می شود.^{۱۹}

دوعضو دیگر کمیسیون نیز با نظر عضو وزوئلائی موافقت نمودند و در نتیجه دعوا بعلت عدم صلاحیت مردود اعلام گردید.^{۲۰} در پرونده ورات «زان مانينا»^{۲۱} سردار کمیسیون با اینکه به سوابق پرونده های فوق الذکر و همچنین عقیده صاحب نظرانی که طرفدار ارجحیت تابعیت کشور اقامتگاه هستند اشاره نمود، اما بلا فاصله ملاحظاتی را نیز مطرح ساخت که آشکارا اهمیت اقامتگاه را نفی کرده و مؤید این واقعیت بود که در صورت احراز تابعیت مضاعف دولتها خواهان و خوانده، دعوا باید مردود اعلام شود تا هیچگونه خدشه ای به حاکمیت دولت خوانده وارد نگردد. وی از جمله اظهار داشت:

هرگاه طبق قوانین دولت خوانده (وزوئلا)، خواهان وزوئلائی شناخته شود، فرانسه (دولت خواهان) نمی تواند مداخله بنماید؛ زیرا چنین مداخله ای به معنای قائل شدن حاکمیت قوانین فرانسه بر قوانین وزوئلا است و این امر بین دو دولت مستقل امکان پذیر نیست. حق دولت وزوئلا در تنظیم و تنسيق امور داخلی خویش و تعیین اینکه چه کسانی اتباع آن کشور محسوب می شوند، چنان عنصر ضروری حاکمیت بشمار می رود که به هیچ وجه نمی تواند مورد خدشه و تجاوز قرار گیرد. البته اگر عهدنامه منعقده بین دولتين صریحاً حاکی از آن بود که وزوئلا از این قسمت از حق حاکمیت خویش صرف نظر نموده است، محاکمه ناگزیر بود مفاد آن را به مورد اجرا بگذارد؛

19. MOORE, international arbitration, vol. III, p. 2457.

20. MOORE, international arbitration, vol. III, p. 2460-2461.

21. Jean Maninat

ولی نشانی از این امر در عهدنامه بچشم نمی خورد.^{۲۲}

کمیسیون ایتالیا – ونزوئلا نیز موضع مشابهی اتخاذ نمود و آقای «Ralston»^{۲۳} سرداور کمیسیون هنگام رسیدگی به پرونده «Brignone»،^{۲۴} پس از بررسی قوانین تابعیت ایتالیا و ونزوئلا چنین نتیجه گرفت که طبق قوانین هر دو کشور، خانم Brignone تبعه ونزوئلا است و «بنابراین موضع تعارض قوانین مطرح نیست»،^{۲۵} و اضافه نمود که فرقاً چنین تعارضی هم وجود داشته باشد، راه حل آن را می توان در آرای قضائی و نوشته های حقوقدانان صاحبنظر پیدا کرد. وی سپس به نقل تعدادی از آرای صادره و همچنین عقاید نویسنده گانی که از ضابطه اقامتگاه جانبداری نموده اند، پرداخت؛ ولی در مورد پرونده مطروحه از نظریه کمیسیون امریکا و بریتانیا در دعوای الکساندر پیروی کرد که در آن حاکمیت دولت خوانده مورد تأکید قرار گرفته و ضابطه اقامتگاه اصلاً مورد توجه نبوده است.^{۲۶} سرداور مزبور سرانجام نتیجه گرفت که خانم Brignone چون تابعیت ونزوئلا را دارد، نمی تواند نزد آن کمیسیون به اقامه دعوای پردازد. در این پرونده اولاً استفاده به اقامتگا ضرورتی نداشته و برای اطمینان بیشتر صورت گرفته است؛ ثانیاً سرداور مربوطه سرانجام همان مفهوم احترام به حاکمیت را ملاک تصمیم خویش قرار داده است. ظاهرآ استفاده از ضابطه اقامتگاه به این دلیل صورت گرفته که راه حل مطلوب دولت خوانده را بیشتر تقویت می کرده است و سرداور نیز قبلاً با بررسی قوانین تابعیت هر دو کشور، به همین نتیجه دست یافته بود. این واقعیت که مشارالیه نقل منطق رأی صادره در پرونده الکساندر را بتفصیل لازم دانسته گواه بارزی است بر اعتقاد راسخ وی براینکه در موارد تابعیت مضاعف، بایستی حاکمیت دولت خوانده محترم شمرده شود.

22. Reports of international arbitration awards, vol. 10, pp. 78-79.

23. Ralston

24. Brignone

۲۵. همان مأخذ: ص ۵۴۷

26. Reports of international arbitration awards, vol. 10, pp. 548-549, The Alexander Case is referred to above, p.

رأى فوق در پرونده «میلیانی»^{۲۷} و سپس در پرونده «پاگیولی»^{۲۸} که در آنها استناد غیر لازم به ضابطه اقامتگاه بمراتب آشکارتر بود، عنوان سابقه مورد استناد قرار گرفته است. سرداور مربوطه در آرای مربوط به پرونده های اخیر اظهار داشت:

در هر حال، تا آنجا که به این کمیسیون مربوط می شود، دعواهی آمریگو پاگیولی با مرگ خود وی نیز از میان رفته است؛ زیرا تنها وراحت وی بیوه و فرزندان وی می باشد که همگی ونزوئلائی زاده شده اند. بنابراین بموجب قواعدی که تاکنون توسط سرداور بالا خص در پرونده های برینون و میلیانی اعمال گردیده است، دعواهی وراحت وی یک دعوهی ونزوئلائی تلقی می شود.^{۲۹}

ج. اعراض ازدکترین مساوات بر مبنای استناد به تابعیت مؤثر (پرونده های کانه وارو، الکساندر تلک و ماکس فوکس)

دیوان دائمی داوری در سال ۱۹۱۲ در پرونده «کانه وارو»^{۳۰} که مابه الاختلاف بین پرو و ایتالیا بود، حکمی صادر نمود که با رویه های قضائی قبلی، چه آنها که صرف اثبات برخورداری خواهان از تابعیت دولت خوانده را موجب رد دعوهی شناخته اند و چه آنها که در انتخاب بین یکی از دو تابعیت خواهان، ارجحیت را برای تابعیت کشور اقامتگاه وی قائل گردیده اند، منافات داشت.

یکی از سه نفر کسانی که ایتالیا به حمایت از آنان در دیوان مبادرت به اقامه دعوهی نموده بود — یعنی آقای رافائل کانه وارو — طبق قوانین ایتالیا، تبعه آن دولت و طبق قوانین پرو، تبعه پرو شناخته می شد. دیوان پس از توجه به این موضوع به صرف اعلان عدم صلاحیت اکتفا ننمود و اضافه کرد:

.۲۷. Miliani همان مأخذ: ص ۵۸۹.

.۲۸. Poggioli همان مأخذ: ص ۶۸۷.

.۲۹. همان مأخذ: ص ۶۸۷.

واقعیت این است که آقای رافائل کانه وارو در موارد مختلف از قبیل نامردی در انتخابات مجلس سنا که خاص اتباع پرواست و شرکت در مبارزات انتخاباتی و همچنین بالاخص قبول سمت سرکنسولی هلند پس از کسب موافقت دولت پرو و کنگره آن کشور... همانند یک تبعه پرو رفتار نموده است و در این شرایط صرف نظر از وضع تابعیت وی در ایتالیا، دولت پرو حق دارد اورا تبعه خود شناخته و دعواهای وی را بعنوان تبعه ایتالیا نپذیرد.^{۳۱}

بدین ترتیب دیوان داوری در صدد برآمد معلوم کند که آیا پیوند تابعیت خواهان با دولت پرو، متضمن علاقه مؤثری بوده است یا خیر؟ بعبارت دیگر آیا دولت پرو با آقای رافائل کانه وارو بعنوان یک تبعه پرو رفتار نموده است یا نه؟ و مآلًا به ضابطه مؤثر بودن استناد ورزید. نکته قابل توجه این است که با آنکه در آن روزگار دکترین مساوات مقبولیت عام داشت، معهذا دیوان دائمی داوری به ضابطه مؤثر بودن تابعیت استناد ورزید و از ذکر علت این امر نیز خودداری نمود.

بنابراین جای تعجب نیست که در آن زمان برخی از حقوقدانان به نام مبانی، این رأی را مورد انتقاد و سؤوال قرار داده و از آن تعبیر و تفسیرهای خاصی بعمل آورده و منجمله حقوقدان معروف ایتالیائی «آنزیلوتوی»، صحت رأی دیوان را مورد انتقاد و سؤال قرار داد و اعلام داشت:

البته دیوان در رأى دعواهای رافائيل کانه وارو به علت برخورداری وی از تابعیت مضاعف به راه صواب رفته است؛ زیرا اصلی که مبنای رأى بوده نتیجه منطقی قواعد حاکم بر مسئله تابعیت است و این اصل عموماً در آثار و کتب حقوقی برسیت شناخته شده و مورد إعمال روزمره دولتها است.^{۳۲}

آنزیلوتوی سپس تحقیقات دیوان داوری را در نحوه رفتار آقای کانه وارو بعنوان تبعه پرو مورد تردید قرار داد و چنین اظهار عقیده نمود:

31. American journal of international law, 1912, vol. 6, p. 747.

32. ANZILOTTI, Note, in Rivista di diritto internazionale, 1912, vol. VI, p. 481.

بر عکس، اهمیتی که دیوان در استدلال خویش برای برخی از اقدامات خاص رفائل کانه واروفائل گردیده قابل درک نیست. حقیقت این است که اراده مشارالیه تنها از این لحاظ که بتواند مبین اختیارات وی باشد بایستی مورد توجه قرارمی گرفت و البته در این صورت هم لازم بود معلوم شود که آیا اعمال چنین اختیاری در نظامهای حقوقی هردو کشور مورد بحث، برای آقای کانه واروفائلونا امکان پذیر بوده است یا خیر؟ این نکته در رأی دیوان ملحوظ نشده است و به هر حال وجود چنین اختیاری با برخورداری مشارالیه از تابعیت هردو دولت منافات دارد.^{۳۳}

یکی از حقوقدانان بر جسته امریکا نیز به نام «بورچارد» رأی دیوان را چنین تفسیر نمود که استناد به اقدامات و فعالیتهای آقای کانه وارو بمنظور نشان دادن این امر بوده که مشارالیه تلویحاً از حق خویش در برخورداری از حمایت سیاسی دولت ایتالیا چشم پوشی کرده است.^{۳۴}

بدیهی است که این تفسیرهای گوناگون و انتقادات از رأی دیوان به خاطر این صورت گرفته که دیوان در مسئله مورد بحث، رأی خویش را بر پایه استدلالی وزین استوار نکرده است.

کمیسیون دعاوی سه جانبه امریکا – اتریش – مجارستان که در پایان جنگ جهانی اول تشکیل گردیده بود، در سال ۱۹۲۸ در رسیدگی به پرونده «الکساندر تلک»^{۳۵} نظری نزدیک به رأی فوق ابراز نمود. آقای تلک، هم تابعیت دولت خواهان یعنی ایالات متحده را داشت و هم تابعیت دولت خوانده یعنی اتریش، و آقای «پارکر»^{۳۶} عضو کمیسیون مزبور با تأکید بر این واقعیت و تذکر اینکه آقای تلک با اقامت در اتریش و ادای سوگند وفاداری به امپراتوری آن کشور وارد خدمت در ارتش اتریش – مجارستان گردیده است، یاد آور شد که «تعیین تابعیت بموجب مقررات قوانین داخلی صورت می گیرد»، و اضافه نمود:

33. D. ANZILOTTI, *ibidem*, p. 481.

34. BORCHARD, Rapport sur la protection diplomatique des nationaux à l'étranger, in annuaire de l'Institut de droit international, 1931, vol. I, pp. 364-368.

35. Alexander Tellech

36. Parker

آقای نلک با داشتن تابعیت مضاعف، خود داوطلبانه مخاطرات اقامات در خاک اتریش را که عبارت از اینفای تعهدات و وظایف ناشی از تابعیت طبق قوانین داخلی آن کشور است، پذیرفته است.^{۳۷}

و سپس دعوا را مردود اعلام نمود.

در پرونده مشابهی که مربوط به «ماکس فوکس»^{۳۸} تبعه مضاعف اتریش – ایالات متحده بود نیز همین نظر ابراز گردید. بدیهی است در پرونده‌های فوق ضابطه تابعیت مؤثر یا غالب مورد استناد قرار گرفته است؛ یعنی واقعیت اقامات در اتریش و انجام خدمت نظامی در آن کشور، دلیل مؤثر بودن یا غالب بودن تابعیت اتریشی تلقی گردیده است. معهذا در اینجا نیز همانند پرونده کانه وارو هیچ دلیل قانع کننده‌ای برای اتخاذ ضابطه مزبور ارائه نشده است.

د. آرائی که بموجب آنها تابعیت کشور خواهان به علت فاتح بودن آن مرجع شناخته شده است.

در آرای صادره توسط دیوانهای مختلط داوری که در پایان جنگ اول جهانی بموجب عهدهنامه‌های صلح تشکیل گردیده بودند، در موارد تابعیت مضاعف همواره ارجحیت به تابعیت دولت خواهان داده می‌شد.^{۳۹} این دسته از پرونده‌ها منحصر بفرد بوده و باید جدا از سایر سوابق بررسی شوند؛ زیرا کلیه این دعاوی توسط اتباع مضاعف کشورهای خواهان و خوانده و از جانب دولتها فاتح علیه دولتها مغلوب اقامه گردیده بود. رأی دیوانهای داوری در کلیه موارد حاکی از ارجحیت تابعیت کشور خواهان بود

37. Reports of international arbitration awards, vol. 6, p. 249.

38. Max Fox

39. See in particular:

French-German Mixed Arbitral Tribunal: Blumenthal case (*Recueil des décisions des Tribunaux arbitraux mixtes*, vol. 3, p. 618ff.); Oskinar case (*ibidem*, vol. 6, p. 787ff.); Barthes de Montfort case (*ibidem*, vol. 6, p. 806ff.).

English-German M. A. T.: the George S. Hein v. Hildesheimer Bank (*Recueil*, vol. 2, p. 71ff.).

Greek-Bulgarian M. A. T.: Grigoriou case (*Recueil*, vol. 3, p. 977ff.).

French-Turkish M. A. T.: Apostolidis case (*Recueil*, vol. 8, p. 373ff.).

و در نتیجه اعتراض مبنی بر عدم صلاحیت را که توسط دولت خوانده مطرح گردیده بود، مردود اعلام می کردند.

نگاهی کوتاه به آرای صادره، طرز کار دیوانهای مزبور را روشن می سازد. دیوان مختلط انگلیس و آلمان در دعوای «جورج هین»^{۴۰} علیه بانک «هیلد شایمر»^{۴۱} اظهار عقیده نمود که هر چند خواهان، تابعیت مضاعف دارد اما برخورداری وی از تابعیت انگلیس برای استماع دعوای توسط دیوان کافی است.^{۴۲}

دیوان مختلط فرانسه و آلمان نیز همین نظر را در پرونده های دعوای «دانیل بلومنفال»^{۴۳} علیه آلمان^{۴۴} و دعوای «اوسکینار»^{۴۵} علیه آلمان^{۴۶} عیناً ابراز نمود؛ ولی متعاقباً در پرونده دیگری (دوای «بارتز دومونتفور»)^{۴۷} در رابطه با تابعیت مضاعف خواهان، «لزوم استناد به اصول کلی حقوق بین الملل خصوصی»^{۴۸} را مطرح و به «اصل تابعیت فعال» توصل جست که بموجب آن اقاماتگاه یا محل سکونت، بعنوان قرینه ای دال بر وجود علاقه نزدیکتر بین فرد با یک کشور خاص مورد توجه قرار می گیرد و براین اساس چنین نتیجه گرفت که تابعیت فعال خواهان، تابعیت فرانسوی او است و باید بر تابعیت آلمانی مرجع شمرده شود.^{۴۹} جای تعجب اینجا است که همین دیوان در دو پرونده قبلی، تابعیت دولت فاتح را مرجع شمرده است؛ ولی در پرونده اخیر خود را ناگزیر از استناد به اصل «تابعیت فعال» دیده، در حالیکه به هر صورت نتیجه یکی بوده است.

غیرابت استدلالات دیوانهای داوری در توجیه آرای یکسان در پرونده های مختلف (یعنی مرجع شمردن تابعیت دولت فاتح) در دو

40. George S. Hein

41. Hildesheimer

42. Recueil, vol. 2, p. 72.

43. Daniel Blumenthal

44. Recueil vol. 3, pp. 618-619.

45. Oskinar

46. Recueil vol. 6, p. 790.

47. Bartheze de Montfort

48. Recueil vol. 6, p. 809.

49. Recueil vol. 6, p. 809.

پرونده‌ای که موضوع آنها مشابه بود، بخوبی آشکار می‌گردد و آن عبارت از این است که آیا خودداری یک کشور از صدور اجازه تحصیل تابعیت خارجی به یکی از اتباعش تأثیری در اعتبار تابعیت اکتسابی خارجی وی دارد یا خیر؟ پاسخی که در این دو پرونده به سوال مزبور داده شده بکلی با یکدیگر متصاد اما نتیجه‌ای که از آنها استنتاج گردیده یکسان است؛ یعنی همان ارجحیت تابعیت کشور خواهان.

دیوان داوری یونان و بلغارستان در دعواهی «گریگوریو»^{۵۰} علیه دولت بلغارستان اظهار عقیده نمود که چون تحصیل تابعیت بلغارستان بدون اجازه دولت یونان صورت گرفته بنابراین از نظر دیوان خواهان تبعه یونان محسوب می‌گردد.^{۵۱}

در پرونده مربوط به دعواهی «آپوستولیدیس»^{۵۲} علیه دولت ترکیه، دیوان داوری فرانسه و ترکیه با توجه به اینکه دولت عثمانی به خواهان اجازه تحصیل تابعیت فرانسه را نداده بود، اظهار عقیده نمود که هرگاه کسب تابعیت مستلزم تحصیل چنین اجازه‌ای باشد، طبق اصول حقوق بین الملل عمومی، مقررات مزبور فقط برای مقامات دولتی که به وضع چنین مقرراتی مبادرت ورزیده‌اند، لازم الاتّباع است و «سایر نهادهای قضائی منجمله این دیوانهای مختلف داوری — که از لحاظ حقوق بین الملل عمومی تابع قوانین داخلی هیچ یک از طرقین قرارداد نیستند — مکلفند که تغییر تابعیت را معتر بشناسند.»^{۵۳} و در نتیجه خواهانها از نظر دیوان، فرانسوی شناخته شدند.^{۵۴}

50. Grigoriou .

51. Recueil, vol. 3, pp. 978-979.

52. Apostolidis

53. Recueil vol. 8, p. 375.

۵۴. پرونده دیگری، که اغلب بخطاب بدان اشاره می‌شود (منجمله در صفحه ۱۰ رأی شماره ۱۵۷-۲ دیوان داوری دعاوی ایران — ایالات متحده مربوط به دعواهی ناصر اصفهانیان بدان اشاره رفته) مربوط به دعواهی «بارون فردریک بورن» Baron Frederic de Born علیه دولت صرب و کروات و اسلوون است. در این دعواهی، دیوان داوری مجارستان و صرب و کروات و اسلوون با دعواهی خواهانی موافق بود که تابعیت مضاعف آلمان و مجارستان را داشت و از این دو دولت فقط مجارستان طرف دعوای بود و دولت متوجه دیگر خواهان یعنی آلمان در دعوای مداخله نداشت. در این پرونده، دیوان به استناد اقاماتگاه خواهان، تابعیت آلمانی وی را مرتعج دانست. استناد به سابقه مزبور از این سبب نادرست است که تابعیت مضاعف خواهان،

از آنچه گذشت بخوبی پیدا است که هر چند دیوانهای داوری برای نادیده گرفتن تابعیت دولت خواهان به دلایل خاصی که اغلب با یکدیگر متفاوت بوده است، استناد ورزیده‌اند، اما به هر حال مبنای قائل شدن ارجحیت برای تابعیت دولت فاتح این بوده است که بموجب عهدنامه‌های صلح در موارد تابعیت مضاعف، بایستی تابعیت دولت فاتح مرجح شمرده می‌شد.^{۵۵} بنابراین تصور می‌رود که مبنای تصمیمات دیوانهای داوری با الهام از روح و اهداف عهدنامه‌های صلح، برخوردار ساختن اتباع کشورهای فاتح از حذاکثر امکانات دریافت خسارت بابت زیانهای واردہ به آنها از دولتهای مغلوب بوده است. بعارت دیگر، رویة قضائی دیوانهای مختلط داوری اصولاً مقید به رعایت منافع کشورهای فاتح بود که در عهدنامه‌های صلح منظور شده بود و همان طور که قبلًا خاطرنشان گردید، رویه‌های قضائی مزبور منحصر بفرد بوده و نه بعنوان رویة قضائی در دیگر محاکم بین‌المللی قابل استناد است و نه در تشخیص قاعدة عرفی مربوط به تابعیت مضاعف بکار می‌آید.

۲. نتیجه‌گیری در باب رویة قضائی بین‌المللی تا قبل از سال ۱۹۳۰

بررسی فوق نشان می‌دهد که رویة قضائی در سالهای بین ۱۸۰۰ تا ۱۹۳۰ از یکنواختی و انسجام دور بوده است. برخی از آرای استناد

مربوط به دو دولت خواهان و خوانده نبوده بلکه تابعیت وی مربوط به دولت خواهان و یک دولت ثالث بوده است (رجوع شد به | Recueil, vol. 6, pp. 502-503 .) .
۵۵. «باریاکوف» Bar-yaacov در صفحه ۲۱۴ کتاب خود به نام Dual nationality (چاپ لندن - ۱۹۶۱) چنین می‌نویسد:

«تجزیه و تحلیل آرای مزبور ممکن است ما را به این نتیجه برساند که دیوانهای مورد بحث در برخی موارد تابعیت اصلی را مرجح شمرده و در مواردی دیگر به تابعیت اکتسابی افراد ارجحیت داده‌اند. اما به نظر می‌رسد که تاریخ و نوعه تحلیل تابعیت اکتسابی، نقشی در تعیین ارجحیت آن نداشته است؛ بلکه ظاهراً آنچه برای دیوانهای مزبور اهمیت داشت این بود که خواهان از تابعیت دولتی که قرار است اتباعش از مزایای عهدنامه صلح منتفع گردد، برخوردار باشد. هرگاه برخورداری خواهان از تابعیت مزبور محزز می‌گردد، دیوان بدون توجه به هر تابعیت دیگری که خواهان ممکن بود داشته باشد، خود را برای رسیدگی به دعوی صالح تشخیص می‌داد».

دکترین مساوات و برخی دیگر به استناد ضابطه اقامتگاه صادر گردیده است. ادر مورد آرای دسته دوم هرقدرهم که مبانی استدلالی آنها مخدوش باشد، واقعیت این است که در همه آنها مآلًا گرایشی به سوی دکترین تابعیت غالب یا مؤثر به چشم می خورد. دکترین مزبور مبنای آرای صادره در سه پرونده قرار گرفته است که دعوای کانه وار و نخستین آنها بود. و بالاخره مجموعه آرای خاصی که توسط دیوانهای داوری براساس عهdename‌های صلح منعقده پس از جنگ جهانی اول صادر شده اند، به سبب ویژگی خاص عهdename‌های مزبور نمی توانند بعنوان رویه قضائی ملحوظ گردند. قبل از این داده شد که سعی دیوانهای داوری همواره براین بود که به تابعیت دولت فاتح ارجحیت داده شود و برای نیل به این مقصود، به استدلالات متفاوتی متول می گردیدند؛ ولی در واقع راه حلی که دیوانهای مزبور برای تابعیت مضاعف برگزیده بودند، از تفسیر عهdename‌های صلح در جهت تأمین حداکثر منافع اتباع کشورهای فاتح به آنان تحمیل شده بود.

حال که تشتبه و عدم یکنواختی رویه قضائی بین المللی تا ۱۹۳۰ معلوم گردید باید دید آیا رویه دولتها نیز به همین نحو گرفتار تشتبه و عدم یکنواختی بوده است یا اینکه بر عکس، بطور منجز از دکترین مساوات و یا دکترین تابعیت مؤثراً یا غالب پیروی نموده اند.

۳. رویه دولتها تا سال ۱۹۳۰

بمنظور بررسی نحوه عمل دولتها در مقابل این مسئله بایستی، هم موضع دولتها را در مناسبات دو جانبه آنان و هم نظراتی را که در سال ۱۹۲۹ در پاسخ به سوالات مطروحه از جانب کمیته کارشناسان مسئول امور مقدماتی تدوین حقوق بین الملل (که به ابتکار جامعه ملل تشکیل گردیده بود) ابراز داشته اند، مورد مطالعه قرار داد. منطق حکم می کند که پاسخ سوالات فوق توأم با مواضع یکایک دولتها در مناسبات دو جانبه شان مورد توجه قرار گیرد؛ زیرا در ارزیابی عقاید حقوقی دولتها باید دانست

اهمیت موضعی که آنان در مورد مسائل حقوق بین الملل هنگام پاسخگوئی به سؤالات سازمانهای بین المللی اتخاذ می نمایند، کمتر از موضع آنان در مناسبات روزمره دوجانبه نیست.

الف. مواضع دولتها در مناسبات دوجانبه

از نیمة دوم قرن نوزدهم تا سال ۱۹۳۰ رویه دولتها همواره به این اصل که هیچ دولتی نمی تواند به نام اتباع خود علیه دولت دیگری که اتباع مزبور از تابعیت آن نیز برخوردارند، دعوای بین المللی اقامه نماید، گرانش داشته است.

نخست رویه فرانسه را مورد بررسی قرار می دهیم: وزیر امور خارجه فرانسه طی بخشناههای که در سال ۱۸۶۹ برای کنسولگریهای فرانسه در امپراتوری عثمانی و کشورهای شمال افریقا ارسال داشت، یاد آور شد که فرانسه حق دارد از خارجیانی که در خارج از قلمرو آن کشور تابعیت فرانسه را تحصیل می کنند بجز کسانی که تابعیت اصلی خود را در کشور زادگاهشان حفظ کرده و یا کشور زادگاه و محل اقامت فعلی شان از شناسائی تغییر تابعیت آنان خودداری می ورزد، حمایت سیاسی بعمل آورد.^{۵۶}

در سال ۱۸۸۸ نیز وزیر امور خارجه فرانسه، مداخله سفیر ایالات متحده در پاریس را در حمایت از سه نفر اتباع فرانسه که بدون ترک تابعیت فرانسوی خویش به تابعیت ایالات متحده درآمده بودند، رد کرد و اظهار داشت تشخیص اینکه آیا سه نفر بازداشت شده مزبور، طبق قوانین فرانسه خدمت نظام وظیفه خویش را انجام داده اند یا خیر، با مقامات فرانسوی است.^{۵۷}

مقامات فرانسه تنها در یک مورد از دکترین «تابعیت مؤثر» پیروی

56. Répertoire de la pratique française en matière de droit international public (A. Kiss editor), vol. III, 1965, p. 461.

57. Répertoire cit., pp. 463-464.

نمودند و آن در مدافعت شفاهی در محضر دیوان دائمی دادگستری بین المللی در سال ۱۹۲۳ در مورد تصویباتهای فرانسه راجع به تابعیت در تونس و مراکش بود که ضمن آن نماینده فرانسه از ضابطه تابعیت موثر جانبداری کرد.^{۵۸} البته این موضع گیری خاص را نباید به حساب آورده؛ چون معمولاً در دعاوی مطروحه در محاکم بین المللی دولتها می‌کوشند به آن دسته از نظرات حقوقی که بیشتر با منافع آنان سازگار است، استناد ورزند (و در این قضیه موضوع دقیقاً چنین بود). بنابراین نباید اینگونه موضع گیریها را بعنوان نشانه‌ای از عقاید حقوقی دولتها در قبال موضوعات حقوق بین الملل تلقی نمود مگر آنکه موضع گیری دول با روایة قبلی و عملی آنها انطباق کامل داشته باشد (و همان‌طور که دیدیم این موضوع در مورد فرانسه مصدق نداشت).

اما در مورد روایة سویس باید به این سابقه اشاره نمود که اداره سیاسی فدرال سویس در سال ۱۹۱۶ طی نامه‌ای خطاب به سفارت سویس در روم در مورد چند نفر از اتباع سویس مقیم ایتالیا که اذاعا شده بود بموجب قوانین ایتالیا تبعه آن کشور بشمار می‌روند، تأکید نمود که ارائه دلایل و مدارک تابعیت ایتالیائی نامبردگان بر عهده دولت ایتالیا است و «اگر چنین مدارکی ارائه شود حمایت سیاسی سویس دیگر قابل اعمال نخواهد بود».^{۵۹}

در مورد روایة ایتالیا باید گفت نمونه‌های روش و فراوانی وجود دارد و علت آن این است که ایتالیا طی سالیان متعددی، کشور مهاجرانی بوده که علاقمند بوده‌اند ضمن تحصیل تابعیت کشور اقامتگاه، تابعیت اصلی ایتالیائی خویش را نیز کما کان حفظ نمایند و در نتیجه منبعی سرشار از پرونده‌های مربوط به تابعیت مضاعف بوجود آمده است. تعداد کثیری از این پرونده‌ها مربوط به این مسئله است که آیا دولت ایتالیا وقتی اتباع ایتالیائی الاصل، تابعیت کشور بیگانه‌ای را تحصیل نموده (و یا در جریان

58. *Repertoire cit.*, p. 464, para. 841.

59. *Répertoire suisse de droit international public (1914-1939)* (p. Guggenheim ed.), 1975, vol. II, p. 620.

تحصیل آن هستند)، حق حمایت از آنان را دارد یا خیر؟ و از میان پرونده‌های مزبور، دو مورد زیر را می‌توان بعنوان نمونه ذکر کرد:
در سال ۱۸۹۰ به دنبال قتل رئیس پلیس شهر نیواورلئان عده‌ای از ایتالیائیها دستگیر شدند. وزارت خارجه ایتالیا در پاسخ استفسار کنسول ایتالیا در نیواورلئان یادآور شد که هر چند نامبرد گان تقاضای تحصیل تابعیت ایالات متحده را نموده‌اند، اما تا زمانی که به تابعیت ایالات متحده در نیامده‌اند، تبعه ایتالیا محسوب می‌گردند و دولت ایتالیا حق دارد که از آنان حمایت بعمل آورد.^{۶۰}

بالاخره در سال ۱۹۰۳ در کمیسیون دعاوی ایتالیا و نزوئلا این مسئله که آیا ایتالیا می‌تواند از جانب کسانی که تابعیت مضاعف دارند، اقامه دعوا نماید یا خیر، مطرح گردید و علت آن این بود که نزوئلا به طرح دعاوی ایتالیائیهایی که تابعیت و نزوئلا را نیز داشتند اعتراض نموده بود. وزیر امور خارجه ایتالیا برای آنکه بتواند دستوراتی وافی در این خصوص به عضو ایتالیائی کمیسیون بدهد، از شورای دولتی^{۶۱} که عالی ترین مرجع قضائی کشور بشمار می‌رود، تقاضای نظر مشورتی نمود و شورای مزبور اظهار عقیده نمود که در موارد تابعیت مضاعف، ایتالیا نمی‌تواند به اقامه دعوا بپردازد زیرا:

اعمال اختیارات دولت در زمینه حمایت از حقوق اتباعش که تقریباً یک موضوع خصوصی را به مسئله‌ای بین المللی تبدیل می‌کند، جنبه استثنائی دارد و چون حق طبیعی هر دولت است که به دیگران اجازه هیچگونه مداخله‌ای را در روابط با کسانی که آنان را اتابع خود می‌شناسد، ندهد، لذا این اختیار استثنائی در مواجهه با حق طبیعی مذکور باید ساقط گردد.^{۶۲}

در نتیجه عضو ایتالیائی کمیسیون در اجرای اصل فوق، از اقامه

60. La prassi italiana di diritto internazionale, Second Series (1887-1918), vol. II, 1979, p. 752.

61. Consiglio di stato

62. Repertorio cit., p. 1090.

دعاوی اتباع مضاعف خودداری ورزید.^{۶۳}
وزارت امور خارجه انگلیس نیز از همین نظر پیروی نموده است. در
این خصوص کافی است به دستورالعمل وزارت خارجه انگلستان در قرن
نوزدهم اشاره شود که در ماده ۷ چنین می گوید:

در مواردی که خواهان تابعیت مضاعف دارد، چنانچه تابعیت دوم وی،
تابعیت دولت خوانده باشد، در این صورت دولت پادشاهی انگلستان از
اقامة دعوای وی بعنوان تبعه انگلستان خودداری خواهد ورزید؛ لیکن
چنانچه دولت خوانده در جریان ایراد خسارت به خواهان با وی بعنوان تبعه
انگلستان رفتار نموده باشد، در این صورت دولت پادشاهی انگلستان دعوای
وی را به نام تبعه انگلیس اقامه خواهد نمود.^{۶۴}

رویه ایالات متحده، رویه‌ای متفاوت نبود. وزیر امور خارجه آن
کشور در سال ۱۸۸۲ طی دستوری در مورد پرونده شخصی که تابعیت
مضاعف ایالات متحده و آلمان را داشت، یادآور شد که مشارالیه بعنوان
تبعه ایالات متحده حق دریافت گذرنامه را دارد و اضافه نمود:
البته این گذرنامه در هر کشوری باشتنای آلمان که کشور بدتری او محسوب
می گردد، برای برخورداری وی از حمایت کفایت می کند.^{۶۵}

در اینجا لازم به یادآوری است، همان طور که در تذکاریه تقدیمی
ایالات متحده به دیوان داوری دعوای ایران – ایالات متحده راجع به
تابعیت مضاعف در ۱۹۸۳ نیز اشاره شد، رویه عملی آن دولت تا سال
۱۹۵۷ منطبق بر همان اصل مورد قبول عموم دول بوده است.^{۶۶} رویه دولت
آلمن نیز، همان گونه که از رأی سردار آلمانی در پرونده «سالم»^{۶۷}
استنباط می شود، بر همین اصل منطبق بوده است.^{۶۸}

63. IBIDEM, pp. 1090-1091.

64. Quoted by Sinclair, nationality of claims: British practice, in British yearbook of international law, 1950, vol. 27, p. 141.

56. MOORE, digest of international law, vol. III, p. 532.

66. Memorial, p. 27.

67. Salem

68. Reports of international arbitration awards, vol. 2, p. 1187.

ب. پاسخ دولتها به کمیته مقدماتی کنفرانس لاھه
برای تدوین حقوق بین الملل

در سال ۱۹۲۸ کمیته مقدماتی کنفرانس تدوین حقوق بین الملل،
نظر دولتها را از جمله در مورد موضوع ذیل استفسار نمود:
آیا هر یک از دولتها ممکن است شخص، حق اعمال حمایت سیاسی به نفع
وی علیه دولت دیگر را دارد؟^{۶۹}

پاسخ تقریباً کلیه دولتها این بود که در صورت تابعیت مضاعف،
هیچ یک از دولتین حق اعمال حمایت سیاسی علیه دیگری را ندارد.
کشورهای اتحادیه افریقای جنوبی، آلمان، استرالیا، اتریش، بلغارستان،
چکسلواکی، مصر، لا توبیا، لهستان، سیام، سوئد، انگلستان، هند و زلاندنو
بر نظر فوق اتفاق داشتند.^{۷۰} ایالات متحده از دادن پاسخی بی قید و شرط
خودداری ورزید و ضمن قبول این اصل که حق حمایت سیاسی علیه دولت
دیگری که شخص تابعیت آن را نیز دارد، قابل اعمال نیست و یادآوری
اینکه رویه آن دولت مبتنی بر همین اصل بوده است، تلاش فراوانی در
جهت توجیه نقش مهم اقامتگاه شخص بعمل آورد و از انعقاد موافقنامه‌های
بین المللی درباره این موضوع جانبداری کرد.^{۷۱} دولتها فرانسه و بلژیک
بعكس، اهمیت خاصی برای اعمال مؤثریکی از تابعیتها توسط شخص
ذینفع قائل بودند.^{۷۲}

بطوریکه ملاحظه می شود، در جریان تدوین کوانسیون لاھه نیز
اکثریت قریب به اتفاق دولتها از اصل مساوات جانبداری می نمودند.

69. Hague conference for the codification of international law, basis of discussion drawn up for the conference by the preparatory committee, vol. I, 1929, p. 25.

70. IBIDEM, pp. 26-28.

71. IBIDEM, pp. 147-149.

72. IBIDEM, pp. 26-28.

کنوانسیون ۱۹۳۰ لاهه و کمک مؤثر آن در نکونین و تدوین قاعدة حقوق بین الملل عرفی

در بخش‌های پیشین نشان داده شد که تا قبل از سال ۱۹۳۰ دولتها در رویه خوبیش، با تفاق از این اصل پیروی می‌نمودند که در موارد تابعیت مضاعف، چنانچه شخص خواهان، تابعیت دولت خوانده را نیز داشته باشد، اعمال حمایت سیاسی به نفع وی امکان‌پذیر نیست. اما بعکس، رویه قضائی بین المللی از هماهنگی و انسجام برخوردار نبود: در حالیکه آرای برخی محاکم بین المللی با الهام از نحوه برخورد محاکم داخلی با مسائل حقوق بین الملل خصوصی، به ضابطه اقامتگاه استناد ورزیده و تابعیت کشور اقامتگاه را مرجع دانسته‌اند، سایرین (در پرونده‌های کانه‌وارو، تلک و فاکس) از همان ابتدا برای تابعیت کشوری که شخص مورد بحث با آن علاقه نزدیکتری داشته است، ارجحیت قائل شده و ضابطه تابعیت غالب را پذیرفته‌اند.

کنوانسیون لاهه موضوع را تا حدود زیادی روشن و در عین حال رویه موجود را تبیین و تدوین کرد. در ماده^۴ کنوانسیون مزبور این اصل را که «یک دولت نمی‌تواند یکی از اتباعش را علیه دولت دیگری که فرد مزبور تابعیت آن را نیز دارد، مورد حمایت سیاسی قرار دهد»، گنجانیده شده و ماده^۵ آن به مسئله بکلی متفاوتی پرداخته که عبارت است از ضابطه رجحان تابعیت در نظام حقوق داخلی یک کشور ثالث که برای این منظور، ضابطه تابعیت غالب یا مؤثر را برگزیده است.^{۷۳} بدین ترتیب کنوانسیون مزبور، راه حل مناسب هر

۷۳. «در یک کشور ثالث، با شخصی که بیش از یک تابعیت دارد، باید مانند شخصی که فقط دارای یک تابعیت است، رفتار شود. دولت ثالث بی‌آنکه لطمہ‌ای به حاکمیت قوانین خودش در مسائل مربوط به احوال شخصیه و یا کنوانسیونهای معتر و لازم الاجرا وارد شود، باید از میان تابعیتها ی چندگانه چین شخصی در قلمرو خود، منحصرأ یا تابعیت کشور اقامتگاه اصلی و دائمی و یا تابعیت کشوری که شرایط و اوضاع و احوال ظاهری وی حکایت از وابستگی بیشتر نسبت به آن می‌کند را برسیت بشناسد.».

دو مسئله یعنی هم مسئله حقوق بین الملل عمومی در مورد حمایت سیاسی از افراد و هم مسئله متفاوت حقوق بین الملل خصوصی راجع به تعیین تابعیت توسط محاکم داخلی بمنظور حل مشکل تعارض قوانین (مثلاً تعیین اینکه در مورد بیگانه‌ای که دارای دو تابعیت می‌باشد، قانون کدام کشور باید بر مسائل مربوط به احوال شخصیه وی حاکم شناخته شود و امثال آن) را ارائه نمود. هرچند هیئت نمایندگی هلند گنجانیدن مقرراتی مانند ماده ۵ را که بیشتر در حیطه کنوانسیون‌های مربوط به حقوق بین الملل خصوصی قرار می‌گیرد، در این کنوانسیون مورد انتقاد قرارداد،⁷⁴ اما این واقعیت که در همان کنوانسیون دو مسئله متفاوت مربوط به زمینه‌های حقوقی مختلف حل گردیده، بایستی با توجه به ابهامات و برداشت‌های نادرستی که در آرای صادره در داوری‌های ونزوئلا بچشم می‌خورد، مغتنم شمرده شود. کنوانسیون یکبار و برای همیشه این دو مسئله را حل کرد و روشن ساخت که ضابطه تابعیت مؤثر باید توسط دولتها ثالث و در دعاوى متروقه نزد محاکم داخلی بکار گرفته شود؛ لیکن مسئله حمایت سیاسی و قضائی در سطح بین المللی باید طبق اصل سنتی مبتنی بر احترام به تساوی حاکمیت دولتها حل شود. حداقل تا آنجا که به مواد ۴ و ۵ مربوط می‌شود، کنوانسیون لاهه، حقوق بین الملل عرفی را تدوین نموده است. همان طور که در مباحث قبلی نشان داده شد، رویه عملی دولتها با تفاق حاکمی از نظر حمایت از اتباعی که تابعیت دولت خوانده را نیز داشته‌اند، بوده و در عین حال در تعداد کثیری از آرای قضائی صادره نیز همین نظر اتخاذ گردیده است. مضاف براین، رویه قضائی داخلی بسیاری از کشورها مؤید این است که در مواجهه با تعارض قوانین، آرایی را که در آنها از تابعیت غالب یا مؤثر پیروی شده است، ترجیح داده‌اند. در هر صورت، همچون اکثر موارد تدوین،⁷⁵ کنوانسیون لاهه خود را صرفاً به نگاشتن آنچه که قبلًا مکتوب

74- Acts of The Hague conference for the codification of international law, vol. II, minutes of the first committee, 1930, pp. 60-62.

75. See SHIMATA, The Treaty as a Law-Declaring and Custom-Making Instrument, Revue Egyptienne de Droit international, 1966, vol. 22, especially p. 62ff.; A. →

نبود، مقید نساخت؛ بلکه علاوه بر بیان و تعیین روایه دولت و روایه قضائی منطبق با آن، گرایش‌های معطوف به تابعیت غالب یا مؤثر را که در روایه قضائی بین المللی وجود داشت، بطور منجز مردود شناخت. علاوه بر این، کنوانسیون لاهه روایه عملی دولتها و روایه قضائی موجود را روشن و تشریح نمود که این تمایز بالاخص در دو سطح و دوشیوه متفاوت، در مواد ۴ و ۵ مندرج است؛ در حالیکه در آرای صادره در داوریهای وزنوئلا — همان گونه که در مباحث گذشته خاطرنشان گردید — این تمایز، اغلب نامشخص و مبهم است.

استقبال دولتها از مشارکت در کنوانسیون، چه آنها که در کنفرانس لاهه شرکت نمودند و چه سایر دول که کنوانسیون را پذیرفتند، مؤید آن است که مواد ۴ و ۵ واقعاً بازگو کننده حقوق عرفی موجود بوده است؛ هرچند که تعداد دولتها تصویب کننده کنوانسیون نسبتاً کم و از ۲۰ کشور تجاوز ننمود.^{۷۶} نکته مهم به هر حال این است که اولاً از این بیست کشور، فقط سه کشور ماده ۴ را بطور مشروط پذیرفتند^{۷۷} و دیوان بین المللی دادگستری نیز برای اینگونه پذیرش‌های مشروط اهمیت خاصی قائل گردیده است؛ زیرا به عقیده دیوان، بدین وسیله می‌توان تشخیص داد که آیا کنوانسیون واقعاً حقوق بین الملل عرفی را تدوین نموده است یا خیر؟^{۷۸} ثانیاً کشورهایی که به کنوانسیون ملحق نشدند، کناره گیری شان نه به خاطر مواد ۴ و ۵ بلکه ناشی از دلایل دیگری بود؛ کما اینکه متعاقباً در

← D'AMATO, The Concept of Custom in International Law, 1971, especially p. 103ff.; R. BAXTER, Treaties and Custom in Hague Recueil, 1970 - I, p. 36ff.; D'AMATO, Manifest Intent and the Generation by Treaty of Customary Rules of International Law, in American Journal of International Law, 1970, vol. 64, p. 892ff.

۷۶. برای اطلاع از اسامی ۲۰ کشور مزبور رجوع شود به:

WEIS, nationality and statelessness in international law, II ed., 1979, pp. 26-27.

۷۷. این کشورها عبارتند از چین، ژاپن، پرور. رجوع شود به:

HUDSON, international legislation, vol. V, 1971, pp. 373-374.

کشورهای مزبور دلایل خوبی را در پذیرفتن مشروط ماده ۴ ارائه ندادند و از آن میان فقط چین به تصویب کنوانسیون مبادرت ورزید.

78. ICJ, North Sea Continental Shelf Cases, ICJ Reports 1969, pp. 41-43, especially p. 42.

رویه عملی خویش، از همان قواعد مندرج در مواد مزبور پیروی نمودند. در اینجا کافی است به رویه ایالات متحده اشاره شود که هر چند طبق مندرجات یکی از استاد سازمان ملل متحده، آن دولت از امراضی کنوانسیون به خاطر راه حل‌یا شبه راه حلی که در آن برای مسئله برخورداری افراد از حق ترک تابعیت پیش‌بینی شده بود،⁷⁹ امتناع ورزیده، اما در عمل از همان اصل مندرج در ماده ۴ پیروی کرده است؛ کما اینکه بموجب تذکاریه مورخ ۲۱ اوت ۱۹۳۵ اداره حقوقی وزارت خارجه امریکا «طبق اصول حقوق بین‌الملل مورد قبول عموم دول و رویه وزارت امور خارجه»، دولت ایالات متحده از اقامه دعوای به نفع دونفر از اتباع ایالات متحده که تابعیت جمهوری دومینیکن را نیز داشتند، علیه دولت اخیر خودداری ورزیده است.^{۸۰}

هنگامی که دولت هلند کنوانسیون لاوه را برای تصویب به پارلمان آن کشور تسلیم کرد، از تدوین یک قاعدة حقوق بین‌الملل عرفی در ماده ۴ آن به نحو ستایش آمیزی تقدیر نمود.^{۸۱} مضاف براین، حقوق‌دانان بنامی همچون «ماکارف»^{۸۲} از آلمان، «راس» از دانمارک،^{۸۳} «فان پانهاوس» از هلند،^{۸۴} و «برین» از سویس^{۸۵} تقدیرهای مشابهی بعمل آورdenد. «کلسن» حقوق‌دان معروف اتریشی نیز تلویحًا به همین اقدام مباررت ورزید.^{۸۶}

شگفت‌آور این است که حتی «اینگواص مسیا» حقوق‌دان اسپانیائی که در ۱۹۵۵ با رأی خویش در پرونده استرانسکی — مرزه از اصول حقوقی موجود شدیداً منحرف شده و به دفاع از دکترین تابعیت مؤثر پرداخته بود، هم در این رأی خویش و هم در مقاله عالمانه‌ای که در ۱۹۶۰ منتشر ساخت،

79. U. N. Secretary-General, «Survey of the International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission», A/CN. 4/1/Rev. 1, February 1, 1949, p. 44.

80. HACKWORTH, digest of international law, III, 1942, pp. 354-355.

81. Quoted by van PANHUIS, The Role of Nationality in International Law, 1959, p. 79.

82. MAKAROV, Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts, II ed., 1962, p. 298.

83. ROSS, A Textbook of International Law, General Part, 1947, p. 153.

84. VAN PANHUIS, The Role of Nationality in International Law, 1959, p. 79.

85. PERRIN, Les conditions de validité de la nationalité en droit international public, in Recueil d'études en hommage à p. GUGGENHEIM, 1968, p. 371.

86. KELSEN, Principles of International Law, 1952, pp. 251-252.

تأیید نمود که کنوانسیون لاهه قواعد حقوقی موجود را تدوین کرده است.
مشارالیه در مقاله مزبور چنین نوشت:

کنوانسیون ۱۹۳۰ لاهه، هرچند به تصویب کلیه دولتهاش شرکت کننده در کنفرانس نرسید، لیکن مواد مختلف آن متضمن یک اجماع حقوقی است که خود دلیل پذیرش اصول حاکم بر مسئله تابعیت مضاعف توسط اکثریت قریب با تفاق دول است.^{۸۷}

البته انطباق این نظریه با رأیی که در پرونده استرانسکی — مرژه صادر گردیده بسیار دشوار است؛ ولی این حقوقدان معروف اسپانیائی معتقد است که هر دو نظر مزبور با یکدیگر مطابقت دارند؛ زیرا اصل تابعیت مؤثر مندرج در ماده ۵ که مربوط به مسائل حقوق بین الملل خصوصی است «از طریق روایه‌های قضائی و نوشته‌های حقوقی به عرصه حقوق بین الملل عمومی راه یافته است». ^{۸۸} دقیقاً همینجا است که اشتباه حقوقدان مزبور آشکار می‌گردد؛ زیرا هم روایه‌های قضائی مورد استناد وی و هم نویسنده‌گانی که آثارشان را یاد می‌کند، مربوط به قبیل از ۱۹۳۰ است که به اعتراف خود وی، در این تاریخ کنوانسیون لاهه در مسائل حقوق بین الملل عمومی، اصل مساوات را پذیرفته بود. بعبارت دیگر، راه یابی اصل تابعیت مؤثر به صحته مناسبات بین دول — که مشارالیه مدعی آن است — هرگز صورت نگرفته است؛ زیرا بین سالهای ۱۹۳۰ و ۱۹۵۵ (که تاریخ صدور رأی در پرونده استرانسکی — مرژه است) در هیچ‌یک از آرای داوری بین المللی، به اصل تابعیت مؤثر استناد نشده است.

۵. روایه قضائی بین المللی بین سالهای ۱۹۳۰ و ۱۹۵۵

از سال ۱۹۳۰ بعد در کلیه آرای بین المللی صادره راجع به تابعیت مضاعف، از همان اصل مندرج در ماده ۴ کنوانسیون لاهه، بی‌آنکه در

87. YANGUA MESSIA, *La protection diplomatique en cas de double nationalité*, in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, 1960, p. 550.

88. *La protection etc.* cit., pp. 553-554.

آرای صادره ذکری از آن به میان آید، پیروی شده است و دلیل ساده این امر، انطباق کنوانسیون با حقوق بین الملل عرفی بوده است. البته با توجه به این واقعیت که کنوانسیون ۱۹۳۰ لاهه، حقوق بین الملل عرفی در این زمینه را تدوین و قاعده حاکم بر موضوع تابعیت مضاعف را بطور منجز بیان نموده است، پیروی مراجع بین المللی از این اصل شگفت آور نیست اما به هر حال واقعاً قابل توجه است.

نخستین پرونده قابل ذکر در این مورد مربوط به دعوای «فردريك آدامز»^{۸۹} و «چارلتونomas بلاکمور»^{۹۰} علیه دولت مکزیک است که کمیسیون بریتانیا و مکزیک در سال ۱۹۳۱ راجع به آن رأی صادر نموده است. در این پرونده، کمیسیون نیازی به تحقیق در مورد تابعیت مضاعف نداشت؛ زیرا هر دو طرف در این خصوص اتفاق نظر داشتند. وقتی نماینده مکزیک به کمیسیون اعلام داشت که آقای بلاکمور از تابعیت هر دو دولت بریتانیا و مکزیک برخوردار بوده و در نتیجه «نمی تواند در محضر این کمیسیون به اقامه دعوای بپردازد»،^{۹۱} «نماینده بریتانیا تابعیت مضاعف آقای بلاکمور را تأیید و به همین دلیل این قسمت از دعوای را مردود اعلام نمود».^{۹۲}

متعاقباً در پرونده معروف سالم که دعوای آن توسط ایالات متحده علیه مصر اقامه گردید، دیوان داوری نخست تابعیت امریکائی آقای سالم را محرز دانست و سپس به بررسی ادعای مصر مبنی بر اینکه مشارالیه تبعه مصر نیز محسوب می شود و به دلیل داشتن علاقه نزدیکتر با آن کشور، تابعیت مصری وی باید غالب شناخته شود، پرداخت. بد نیست که استدلال مصر را در این خصوص نقل کنیم:

در موارد تابعیت مضاعف، به نظر نماینده مصر، قاضی بین المللی باید تعیین کند کدامیک از تابعیتهای خواهان با توجه به شرایط زندگی وی، تابعیت مؤثر بشمار می رود. در این پرونده تابعیت مصری خواهان باید مرتاح شناخته شود؛ زیرا مشارالیه بطور عمدۀ در مصر زندگی کرده، علاقه اجتماعی و

89. Frederick Adams

90. Charles Thoms Blackmore

91. Reports of international arbitration awards, vol. 5, pp. 217.

92. Reports of international arbitration awards, vol. 5, pp. 217.

اقتصادی وی در این کشوربوده و در آنجا برخی سمت‌های دولتی را نیز پذیرفته است».^{۹۳}

دیوان داوری این نظر را اساساً مردود دانست و اظهار عقیده نمود که «اصل باصطلاح تابعیت مؤثر»، در حقوق بین‌الملل «قدرت کافی جا نیفتاده» و در عوض روئیه عملی دولتها مؤند آن است که صرف برخورداری فرد از تابعیت هر دو دولت خواهان و خوانده، برای مردود شناختن دعوا کافی است. در نتیجه برای رد دعوا فقط کافی بود دولت مصر ثابت نماید که آقای سالم طبق قوانین مصر از تابعیت آن کشور برخوردار است و چون دلائل و مدارک چنین تابعیتی ارائه نگردید، لذا دعوای امریکا مسموع واقع شد.

اصل مذبور توسط محاکم بین‌المللی در پرونده «کورالی دیوس هانی»^{۹۴} و پرونده «جنگلهای رودوب مرکزی»^{۹۵} (در ماهیت دعوا) و همچنین در نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری راجع به جبران خسارات واردہ حین خدمت در سازمان ملل متحد^{۹۶} به صورت اظهار عقیده جنبی^{۹۷} نیز مورد استناد قرار گرفته است.

۲

مبانی قاعده عرفی حاکم بر تابعیت مضاعف «احترام به تساوی حاکمیت دول»

برای درک اهمیت و شمول قاعده عرفی مربوط به تابعیت مضاعف، باید دید مبانی و منطق اصلی آن چیست؟ این امر ارزش حقوقی

93. Reports of international arbitration awards, vol. 2, pp. 1176

94. Reports of international arbitration awards, vol. 5, pp. 133.

95. Reports of international arbitration awards, vol. 3, pp. 1421.

۹۶. دیوان به «روئیه متدالو که طبق آن هیچ دولتی تبعه نشود را در مقابل دولت دیگری که آن نیز وی راتبته خود می‌شناسد، مورد حمایت قرار نمی‌دهد»، اشاره نمود. (ICJ reports, 1949, p. 186)

97. obiter dictum

قاعدۀ مزبور را روشن کرده و معلوم می سازد که تحت چه شرایطی دولتها می توانند از این قاعده انحراف ورزند و یا با وجود اذعان به جنبه الزامی آن، با پیروی از رویتۀ بین‌المللی خاصی آن را مورد تجدید نظر قرار دهند. همان طور که قبلّاً اشاره شد، این قاعده نتیجه منطقی حاکمیت دولت و یا عبارت صحیح‌تر، نتیجه اصل تساوی حاکمیت دول است. طبق اصل مزبور، از جملة حقوق حاکمیت هر دولتی این است که درباره اینکه چه کسانی اتباع آن محسوب می شوند و مناسبات حقوقی مربوط به آنها چگونه باید تنظیم شود، خود تصمیم بگیرد. عبارت دیگر، روابط بین یک دولت و اتباعش، از امور مربوط به صلاحیت داخلی است و هیچ دولت دیگری حق مداخله در آن را ندارد.⁹⁸ این امر ناشی از این واقعیت است که دولتها طبق حقوق بین‌المللی مرسوم، هیچ تکلیفی درمورد اتباع خویش ندارند و لذا در صحنه بین‌المللی نمی‌توان آنها را به خاطر اقداماتی که نسبت به اتباع خود بعمل می‌آورند مسئول شناخت و تنها بموجب مقررات عهدنامه‌ها ممکن است دولتها تعهد نمایند که با اتباع خویش طبق معیارهای بین‌المللی خاصی رفتار کنند. جز در مواردی که چنین تعهداتی بموجب عهدنامه‌های بین‌المللی تقبل شده باشد، دولتها آزادند که هر طور مایلند با اتباعشان رفتار نمایند. یکی از نتایج طبیعی این اصل اساسی این است که هیچ دولتی نمی‌تواند از جانب تبعه کشور دیگری، حتی اگر تابعیت خود آن دولت را نیز داشته باشد، به اقامه دعوای بین‌المللی مبادرت ورزد.

واقعیت فوق درمورد منطق قاعده مزبور بکرات در آرای بین‌المللی ذکر گردیده است. در این مورد می‌توان از پرونده‌های مانینا⁹⁹ و ماسیانی¹⁰⁰ یاد کرد؛ هرچند که آرای مزبور به علت اذعان به صحت اصل تساوی حاکمیت دول و در عین حال استناد به اصل اقامتگاه، مبهم به نظر می‌رسند. آرای صادره در پرونده‌های الکساندر و جنگلهای رودپ

98. Cf. Also The Holding of the p[ic]j in the nationality decrees in Tunis and Morocco, ser. b, no. 4 (1923), p. 24.

99. Reports of international arbitration awards, vol. 10, p. 79.

100. همان مأخذ: ص ۱۸۴.

مرکزی ۱۰۱ ابهام کمتری دارند؛ زیرا منجزاً به اصل تساوی حاکمیت دولت استناد ورزیده‌اند. اما در پرونده استرانسکی — مرژه، دولت ایالات متحده در محضر کمیسیون سازش ایتالیا و ایالات متحده منطق قاعدة مورد بحث را با روشن‌ترین و موجزترین وجهی بیان نمود و اظهار داشت:

اصلی که بموجب آن یک دولت نمی‌تواند بکی از اتباع خود را در مقابل دولت دیگر که وی تابعیت آن را نیز دارد، مورد حمایت سیاسی قرار دهد، در مورد عهدنامه صلح منعقده با ایتالیا قابلِ اعمال نیست؛ زیرا اصل مزبور برتساوی حاکمیت دولتها مبتنی است و حال آنکه این عهدنامه صلح بین دولتهای متساوی الحقوق منعقد نشده است؛ بلکه بین متفقین و ایتالیا، یعنی یک دولت مغلوب که مجبور به قبول شرایط تحمیلی فاتحان بود و از نظر آنان ایتالیا یک دولت مستقل و حاکم بشمار نمی‌رفت، به امضا رسیده است.^{۱۰۲}

هرچند این نظر که اصل مزبور در عهدنامه صلح منعقده با ایتالیا قابلِ اعمال نیست ممکن است محل ایراد باشد، اما نحوه بیان خود اصل واقعاً بی نقص است. اگرچه منطق اساسی قاعدة مورد بحث، اصل تساوی حاکمیت دول است، اما نباید مبنای دیگر این قاعدة را نیز نادیده گرفت و آن ضرورت جلوگیری از سوء استفاده افراد از حقوق ناشی از تابعیت است. اگر افراد، برخلاف قاعدة مزبور مورد حمایت قرار گیرند ممکن است تابعیت مضاعف خویش را مورد استفاده قرار دهند و گاهی از مزایای تابعیت یک دولت و زمانی دیگر از مزایای تابعیت دولت دیگری که از آنها حمایت سیاسی بعمل می‌آورد، بهره‌مند گردند. تبعه مضاعف با سوء استفاده از حقوق خویش ممکن است مرتکب کلاهبرداری نیز بشود. مضاف براین، وی با بازی کردن باصطلاح برسر دو میز، یعنی برخورداری از مزایای یک تبعه معمولی و نیز منتفع شدن از حمایت سیاسی یک کشور خارجی، تدریجاً خود را در طبقه‌ای جدا از اتباع «معمولی» جای می‌دهد و این برخلاف اصل اساسی تساوی افراد است که معمولاً در قوانین اساسی

101. Reports of int. arb. awards, vol. 3, p. 1421.

102. Reports of international arbitration awards, vol. 14, p. 238.

جدید گنجانیده شده است. بدیهی است قاعده مساوات راه را برهمه اینگونه سوء استفاده ها و نابرابریها خواهد بست.

۱. نتایج مبنی بودن قاعده مربوط به تابعیت مضاعف، بر اصل اساسی تساوی حاکمیت دول.

اصل تساوی حاکمیت دولت که مبنای قاعده عرفی مربوط به تابعیت مضاعف می باشد، همواره یکی از اصول اساسی جامعه بین المللی بوده است. پس از جنگ جهانی دوم به دنبال یک سلسله وقایعی که ذکر آنها از حوصله این نوشتار بیرون است، تدریجاً بر اهمیت اصل مزبور افزوده شده است به نحوی که در حال حاضر یکی از اصول هفتگانه حاکم بر روابط دول بشمار می رود. بطوریکه می دانیم اصل مزبور به صورت کنونی اش، نخستین بار در بند ۱ ماده ۲ منشور ملل متحد اعلام گردید و سپس با اظهار عقاید دول و رویه عملی آنها در موارد مختلف و نیز مذاکراتی که کراراً در سازمان ملل بعمل آمد، به صورت یک اصل جهانی درآمده است که برای کلیه اعضای جامعه جهانی، صرف نظر از عضویت آنها در سازمان ملل متحد، لازم الاتباع می باشد. شکل نهائی اصل مزبور را می توان در بیانیه اصول روابط دوستانه مصوب ۱۹۷۰ مجمع عمومی سازمان ملل متحدد ملاحظه کرد.¹⁰³

برخی از صاحب حضران¹⁰⁴ را عقیده براین است که بیانیه مزبور به صورت کنونی اش آثار حقوقی لازم الاتباعی ندارد؛ اما واقعیت این است که این بیانیه به تبیین مجدد اصولی پرداخته که لازم الاتباع بودن آنها از همان کیفیت پدایش قواعد کلی نشأت می گیرد. تغییری که در وضعیت این اصول اساسی نسبت به گذشته حاصل گردیده آن است که در حال

103. Res. 2625-XXV

104. POSENSTOCK, The Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Relations, in American Journal of Int. Law, 1971, vol. 65, p. 714; ARANGIO-RUIZ, The Normative Role of the General Assembly of the U.N. etc., Hague Recueil, 1972-III, p. 519ff.

حاضر در نظام حقوقی بین المللی در مرتبه‌ای والا تراز کلیه دیگر قواعد و اصول فرار گرفته‌اند. البته شاید همه قواعد مزبور از خصایص قواعد آمره حقوق بین الملل برخوردار نباشند؛ هرچند که در کنفرانس وین در باب حقوق عهدنامه‌ها تعدادی از دول، آنها را جزء قواعد آمره می‌دانستند (منجمله اتحاد جماهیر شوروی سوسیالیستی، لبنان، سیزالتون، غنا، لهستان، بیلوروسی، رومانی و چکسلواکی در ۱۹۶۸^{۱۰۵} و نیز دولت‌های اکوادور، کوبا، لهستان، اوکراین و بیلوروسی^{۱۰۶} در ۱۹۶۹ اصرار می‌ورزیدند که کلیه اصول مندرج در ماده ۲ یا ماده ۱ و ۲ جزء قواعد آمره است). به عقیده این جانب این نظر، لااقل در مورد اصل تساوی حاکمیت، تندروی بیش از حد است؛ زیرا در برخی موارد از این اصل تخطی شده است (بعنوان مثال بند ۳ ماده ۲۷ منشور ملل متحد در مورد باصطلاح حق و تو). به هر حال شکی نیست در مواردی که اصل مزبور عنوان قاعدة آمره تلقی نمی‌شود، باز هم از اولویت خاصی نسبت به سایر قواعد حقوق بین الملل برخوردار است و عدول از آن تنها در صورتی مجاز است که دولتها آزادانه و با عبارات روش و صریح در باب آن توافق نموده باشند. بنابراین هرگاه مغایرت یک قاعدة عرفی یا مفاد عهدنامه‌ای با اصول مزبور مورد ادعا باشد، پذیرفتن آن مستلزم این است که در روشنی و صراحةً آن جای هیچ گونه شبه‌ای نباشد؛ زیرا در جامعه بین المللی فرضی مبنی بر محرومیت یا کاستن از تساوی حاکمیت دول، محلی از اعراب ندارد. علاوه بر این، تغییر و تجدیدنظر در آن دسته از قواعد بین المللی که از جمله نتایج منطقی اصل تساوی حاکمیت دول محسوب می‌شوند، فقط در صورتی قابل قبول است که جامعه بین المللی آن را از طریق روشهای متعارف تغییر قواعد و بطور قطعی پذیرفته باشد.

در مباحث آتی، نتایج عملی این واقعیت را که اصل تساوی حاکمیت دول از جمله اصول اساسی حقوق بین الملل محسوب شده و قاعدة

105. United Nations Congerence on the Law of Treaties I Session, Official Pecords, pp. 294; 297; 300; 301; 307; 312; 318, respectively.

106. Vienna Conference, II Session, Official Records, pp. 96; 97; 99; 100; and 105, respectively.

عرفی مربوط به تابعیت مضاعف یکی از نتایج منطقی آن بشمار می‌رود، نشان خواهیم داد و ثابت خواهیم کرد که ادعای تغییریافتن این قاعده بی اساس می‌باشد؛ زیرا عناصر لازم برای تحقق چنین امری موجود نبوده است.

۲. عدول از قاعدة عرفی راجع به تابعیت مضاعف بموجب

عهدنامه

بدون شک در برخی از عهدنامه‌های موجود، مقرراتی بچشم می‌خورند که صراحتاً با قاعدة مورد بحث ما راجع به تابعیت مضاعف منافات دارند. جنبه کاملاً استثنائی این موارد، ماهیت و اهمیت قاعدة عرفی مزبور را روشن تر می‌سازد.

بعد از جنگ جهانی اول، کشورهای فاتح بمنظور حمایت از برخی اقلیتها، با کشورهایی که اقلیتهای مزبور در قلمرو آنها زندگی می‌کردند، عهدنامه‌های منعقد نمودند. بموجب این معاهدات، هریک از اعضای شورای جامعه ملل (و همچنین دولتی که عضو اقلیت مقیم یک کشور، علاوه بر تابعیت محل سکونت خویش از تابعیت آن نیز برخوردار بود) حق داشت توجه شورا را به نقض مقررات مربوط به حمایت از اقلیتها جلب نماید. هرگونه اختلاف نظری در مورد مقررات مزبور بایستی به دیوان دائمی دادگستری بین المللی ارجاع می‌گردید. مضاف براین، برای افراد اقلیتها نیز (که باید گفت اتباع کشور محل سکونت خویش بودند) حق تقدیم «دادخواست» در مورد تخلف دولتهای متبعشان از مفاد عهدنامه‌های مربوط به اقلیتها به دیرکل جامعه ملل پیش‌بینی شده بود. بدین ترتیب اتباع دولتهای خاصی استثنائاً حق داشتند شکایات خویش را در مورد تخلفات دولت متبع خود به گوش سازمانهای بین المللی برسانند.

پس از جنگ جهانی دوم نیز مواد مشابهی در برخی از عهدنامه‌های مربوط به حمایت از حقوق بشر، بویژه در میثاق ملل متحده در باب حقوق مدنی و سیاسی مورخ ۱۹۷۷ و پروتکل اختیاری منضم به آن،

کنوانسیون اروپائی حقوق بشر مورخ ۱۹۵۰، و کنوانسیون کشورهای امریکائی در باب حقوق بشر مورخ ۱۹۶۹ گنجانیده شد. عهدنامه‌های مذبور به هریک از دول امضا کننده حق می‌دهد که تحت شرایط بسیار محدودی علیه کشور دیگر امضا کننده عهدنامه راجع به نفس حقوق بشر به اقامه دعوی مبادرت ورزد. بدیهی است که دولت خواهان نه تنها از جانب یک تبعهٔ مضاعف، بلکه حتی به نمایندگی از جانب فردی که منحصرًا تابعیت دولت خوانده را دارد نیز می‌تواند اقامه دعوی نماید. برخی از مقررات این عهدنامه‌ها به افراد «تعت صلاحیت» یک دولت طرف قرارداد (که اتای آن نیز بشمار می‌رond)، اجازه می‌دهد تا در مورد مظلومی که به علت نفس حقوق بشر متوجه آنها گردیده است، به مراجع بین‌المللی شکایت کنند.

هم ویرگی خاص این مقررات، که تا حدود زیادی موجب محدودیت حاکمیت دولت می‌گردد، وهم این واقعیت که تا کنون فقط تعداد قلیلی از دولتها تعهدات ناشی از آنها را بر عهده گرفته‌اند، دلیل بارزی است براینکه این‌گونه انحرافات از قاعدة عرفی حقوق بین‌الملل راجع به تابعیت مضاعف، تا کنون چندان زمینه توفیق نیافته بلکه بعکس، اهمیت آن را بیش از پیش آشکار ساخته است.

۳

آیا قاعدة عرفی حقوق بین‌الملل در باب تابعیت
مضاعف در اثر روتئه قضائی و روتئه عملی دول
پس از جنگ جهانی دوم تغییر یافته است؟

اکنون باید دید آیا در قاعدة عزن فوق الذکر طی سالهای اخیر تغییری روی داده است یا خیر؟ طرح این سوال از آن رواست که بنا به ادعای برخی از صاحبنظران در آرای کمیسیونهای سازش که بموجب عهدنامه‌های صلح منعقده پس از جنگ جهانی دوم تشکیل گردید و

همچنین رأی معروف دیوان بین المللی دادگستری در پرونده «نوته بوم»،^{۱۰۷} اصل تابعیت غالب یا مؤثر، جانشین اصل تساوی حاکمیت دول گردیده است.

علاوه براین، چون دولت امریکا در «تذکاریه مربوط به مسئله تابعیت مضاعف» که به دیوان داوری دعاوی ایران – ایالات متحده تسليم نموده مدعی گردیده که تا قبل از جنگ جهانی دوم در جامعه بین المللی دکترین مساوات حاکم بوده و از آن پس دکترین تابعیت مؤثر اولویت یافته است،^{۱۰۸} بنابراین ضروری است که رویه قضائی بین المللی و همچنین رویه عملی دولتها را از جنگ جهانی دوم بعد مورد بررسی و مطالعه دقیق قرار بدهیم. دیوان داوری دعاوی ایران – ایالات متحده نیز در رأی صادره در پرونده ناصر اصفهانیان اظهار عقیده نمود که ماده ۴ کنوانسیون لاهه، «باید با احتیاط بسیار تفسیر شود. نه تنها بیش از ۵ سال از عمر آن می‌گذرد بلکه از آن زمان تا کنون تحولات بزرگی در مفهوم حمایت سیاسی روی داده که موجب گشتش دامنه آن گردیده است».^{۱۰۹}

۱. پرونده استرانسکی – مرژه و رویه قضائی کمیسیونهای سازش که بموجب عهدنامه‌های صلح تشکیل گردیدند.

در سال ۱۹۵۵ کمیسیون سازش ایتالیا و ایالات متحده که بموجب عهدنامه صلح منعقده با ایتالیا تشکیل گردیده بود، به صدور رأی مهمی مبادرت ورزید که از اصول حقوق متداول فاصله زیادی داشت و طی آن کوشید با استناد به اصل تابعیت غالب، مقررات بین المللی موجود را دگرگون سازد. رأی مزبور که در مورد پرونده استرانسکی – مرژه^{۱۱۰} صادر

107. Nottebohm

۱۰۸. «به هر حال از جنگ جهانی دوم بعد بود که دولتها برای حمایت از دعاوی اتباع انشان و منجمله اتباع مضاعف، به إعمال اصل تابعیت مؤثر مبادرت ورزیدند. تا قبل از این تاریخ صاحب نظران معروف و همچنین آرای محاکم بین المللی از این اصل که دعوای یک تبعه مضاعف نمی‌تواند توسط یکی از دولتها متبوع او علیه دیگر دولت متبوعش مورد حمایت قرار گیرد، پیروی می‌نمودند». (تذکاریه: ص ۲۸).

۱۰۹. رأی شماره ۲ – ۱۵۷، ۳۱، ص. ۸.

110. Reports of international arbitration awards, vol. 14, p. 236ff.

گردیده بود، در یک سلسله آرای دیگر همان کمیسیون^{۱۱۱} و همچنین کمیسیونهای سازش بین سایر دول مورد پیروی قرار گرفت.^{۱۱۲} گرچه تشریح استدلالات کمیسیون سازش ایتالیا و ایالات متحده در پرونده استرانسکی – مرژه به علت شهرت فراوان آن در اینجا ضروری به نظر نمی‌رسد، اما به هر حال لازم می‌دانم دلایلی که به عقیده من رأی مزبور را بسیار مخدوش می‌سازد بتفصیل تشریح نمایم. این رأی از سه جنبه متفاوت محل ایراد است:

اول. سوء تفسیر قواعد موجود حقوق بین الملل

کمیسیون با اظهار اینکه «مقررات کنوانسیون ۱۹۳۰ لاهه و قواعد حقوق عرفی که در سوابق بین المللی و آثار حقوقی صاحب‌نظران بچشم می‌خورد، حاکی از وجود و کاربرد دواصل در رابطه با مسئله حمایت سیاسی در موارد تابعیت مضاعف است»،^{۱۱۳} آشکارا دواصل مندرج در ماده ۴ و ۵ کنوانسیون لاهه را با یکدیگر اشتباه گرفته است؛ زیرا اصول دو گانه مزبور، همان طور که در مباحث قبل مؤکداً خاطرنشان گردید، مربوط به مسائل کاملاً متفاوتی است (کما اینکه خود کمیسیون نیز در دیگر قسمتها رأی بدین امر معترض است). دلیل نادیده گرفتن تفاوت بسیار زیادی که اصول دو گانه مزبور از حیث حیطه شمول و آثار حقوقی با یکدیگر دارند، در این اشتباه بزرگ کمیسیون نهفته است که می‌گوید: «نوشه‌های حقوقی و آرای صادره، آن (یعنی اصل تابعیت مؤثر مندرج در ماده ۵ کنوانسیون لاهه) را به خاطر روح عدالتی که در آن نهفته است، بسرعت به عرصه حقوق بین الملل عمومی منتقل ساختند».^{۱۱۴} همان

111. See the following cases: Mazzonis (*ibidm* p. 250); Spaulding (*ibid*, p. 293); Zangrilli (*ibid*, pp. 295-296); Gattone (*ibid*, pp. 305-306); Graniero (*ibid*, pp. 394-395); Tucciarone (*ibid*, pp. 399-400); Ganapini (*ibid*, p. 401).

112. See the Franco-Italian Conciliation Commission, cases of Testasecca (Reports of Int. Arb. Awards, vol. 13, p. 785), Tambaldi (*ibid*, p. 787), Giby (*ibid*, p. 803), Lombroso (*ibid*, p. 807), Lupi (*ibid*, p. 823).

Reports of international arbitration awards, vol. 14, p. 246. ۱۱۳

همچنین مراجعه شود به ذیاله اظهارات کمیسیون در همین صفحه راجع به ماده ۴ و ۵ کنوانسیون لاهه.

۱۱۴. همان مأخذ: ص ۲۴۶ (تأکید در متن اصلی است).

طور که قبلًاً ضمن اشاره به مقاله عالمناه رئیس کمیسیون مزبور آفای اینگواص مسیا خاطرنشان گردید، این استباط بی پایه است؛ زیرا استناد حقوقی به اصل تابعیت مؤثر، قبل از آنکه کمیسیون ۱۹۳۰ قاطعانه و آمرانه اصل مساوات را معتبر اعلام نماید، صورت گرفته است. در نتیجه پس از تدوین اصل مزبور بعنوان یک قاعدة عرفی بین المللی، باید گفت که هرگز این ادعای «انتقال» اصل تابعیت مؤثر، از حیطه قلمرو حقوق بین الملل خصوصی به سطح مناسبات بین دول تحقق نپذیرفته است.

دوم. تناقض آشکار

دومین ایرادی که بر رأی مزبور وارد می باشد، وجود تناقض آشکار در مبانی آن است. این ایراد را قبلًاً سه نفر از حقوقدانان برجسته یعنی «دورانته»^{۱۱۵} ایتالیائی، «فان پانهاوس»^{۱۱۶} هلندی و «پرین»^{۱۱۷} سویسی با استدلالاتی متین بیان نموده اند. به عقیده آنها استدلال کمیسیون مبنی بر اینکه هیچ «تضاد مانع الجمعی بین این دو اصل (یعنی اصل تساوی حاکمیت و اصل تابعیت مؤثر) وجود ندارد» و در واقع «اصول مزبور متقابلاً مکتل یکدیگرند»، زیرا «در مواردی که تابعیت مؤثر از آن دولت خواهان باشد، اصل تساوی حاکمیت باید تحت الشعاع اصل تابعیت مؤثر قرار گیرد، اما اگرچنین ارجحیت اثبات نگردد، معمولاً اصل نخست معتبر شناخته می شود، زیرا اصل مزبور ضابطه ای است که اعمال آن هرگونه ابهام احتمالی را از میان بر می دارد»،^{۱۱۸} آشکارا با یکدیگر متناقض است. کمیسیون در حقیقت اصل تساوی را بکلی مردود شناخته است؛ زیرا با استدلالی که مطرح نموده است، مآلًا در کلیه موارد، اصل تابعیت مؤثر اعمال خواهد شد؛ خواه تابعیت غالب از آن دولت خواهان باشد یا خیر، و در مورد اخیر باید گفت که تابعیت غالب از آن دولت خوانده است (و دقیقاً این همان

115. DURANTE, Doppia o plurima cittadinanza nella protezione diplomatica, in *Rivista di diritto internazionale*, 1956, vol. 39, pp. 177-178.

116. Jan PANHUIS, The Role of Nationality in International Law, 1959, pp. 78-79.

117. PERRIN, Les conditions de validité de la nationalité en droit international public, in *Recueil d'études en hommage à P. GUGGENHEIM*, 1968, p. 870, note 75.

118. Reports of international arbitration awards, vol. 14, p. 247.

وضعی است که در پرونده استرانسکی — مرژه وجود داشت و کمیسیون با نشان دادن اینکه تابعیت غالب از آن دولت ایتالیا است، نتیجتاً دعوی را مردود اعلام کرد). تنها موردی که اصل تساوی حاکمیت ممکن است یعنی اعمال شود، موردی است که اساساً هیچ تابعیتی بعنوان تابعیت غالب شناخته نشود که البته چنین موردی فی الواقع بسیار فرضی است؛ بالاخص که کمیسیون سازش، ضوابط مختلف و دقیقی برای تشخیص تابعیت غالب در نظر گرفته بود.^{۱۱۹}

سوم. تزلزل و عدم پایبندی به مبانی خود

سومین ایرادی که بررأی مزبور وارد است، بی ثباتی و عدم پایبندی به مبانی خود آن است. کمیسیون سازش در رأی خوش اظهار عقیده نمود که «آن دسته از اتباع ایالات متحده که تابعیت ایتالیا را نداشته و بلکه تابعیت یک دولت ثالث را دارند، حتی اگر تابعیت غالب آنان همین تابعیت دولت ثالث باشد، باز طبق عهدنامه [با ایتالیا]، اتباع «ملل متفق» محسوب می شوند». ^{۱۲۰} بدین ترتیب کمیسیون پس از تشخیص اینکه طبق کنوانسیون ۱۹۳۰ لاهه باید اصل تابعیت غالب یعنی اعمال گردد، بدون ارائه هیچ دلیلی اصل ۵ کنوانسیون لاهه که بمحض آن دریک کشور ثالث بایستی تابعیت دولتی که فرد مورد نظر علاقئ نزدیکتری با آن دارد مرجع شناخته شود، را صریحاً نادیده گرفت. واضح است که کمیسیون سازش با اینکه بغلط اصل تابعیت مؤثر را بعنوان قاعدة عرفی بین المللی ناظر بر موارد تابعیت مضاعف بین دولت خواهان و دولت خوانده تلقی نموده است، معهذا اصل مزبور را حتی در همان مواردی نیز که قابل استناد و اعمال بوده، نادیده گرفته است.

با اینکه ایرادات فوق بررأی صادره در پرونده استرانسکی — مرژه وارد است، اما این واقعیت را نباید ناگفته گذاشت که هم در این پرونده و

۱۱۹. همان مأخذ: ص ۲۴۷ و ۲۴۸.

120. Reports of international arbitration awards, vol. 14, p. 247.

هم در سایر پرونده‌هایی که مورد رسیدگی کمیسیون مزبور و یا سایر کمیسیونهای سازش قرار گرفت، اصل تابعیت غالب اعمال گردید. البته هنگام بررسی این موضوع که آیا قاعدة حقوق عرفی مربوط به تابعیت مضاعف، در سالهای اخیر دستخوش تغییر گردیده است یا خیر؟، باید نکته فوق را ملحوظ نظر داشت و دقیقاً مورد ارزیابی قرار داد.

۲. پرونده نوته بوم

به نظر نمی‌رسد که تشریح این پرونده ضروری داشته باشد؛ زیرا اساساً موضوع آن ربطی به نحوه اعمال حمایت سیاسی در موارد تابعیت مضاعف ندارد. این پرونده راجع به تابعیت مضاعف نبود؛ بلکه رأی دیوان بین‌المللی دادگستری معطوف به این مسئله بود که آیا اعطای تابعیت لیختن اشتاین به آقای نوته بوم به دولت مزبور حق اقامه دعوای بین‌المللی در دیوان را می‌دهد یا خیر؟ زیرا به عقیده دولت گواتمالا، تابعیت مزبور تابعیت مؤثّری محسوب نمی‌شد.

در نتیجه، هم رأی دیوان و هم آن قسمت از استدلالات دیوان که ضمن آن به رویه قضائی درباب تابعیت مضاعف اشاره شده،^{۱۲۱} هیچ نقشی در تحول احتمالی قاعدة عرفی مربوط به تابعیت مضاعف نداشته است.

۳. روته دولتها از سال ۱۹۵۵ تا کنون

چون رویه قضائی کمیسیونهای سازش، مورد متابعت هیچ محکمه بین‌المللی قرار نگرفته است بنابراین برای بیان بردن به این نکته که آیا روته مزبور منجر به تغییر قاعدة عرفی راجع به تابعیت مضاعف شده یا خیر؟، بررسی روته دولتها از اهمیتی قاطع برخوردار می‌گردد. مقصود از این

۱۲۱. ICJ reports, 1955, p. 22.

بررسی، روشن ساختن این نکته است که آیا دولتها در مکاتبات سیاسی و مراودات روزمره خویش از اصل تابعیت غالب یا مؤثر پروری نموده‌اند یا اینکه بعکس، به قاعدة کهن و جاافتاده مبتنی بر اصل تساوی حاکمیت دول وفادار مانده‌اند؟

برای سهولت امر بهتر است رویه دولتها را تحت سه گروه مورد بررسی قرار دهیم:

الف. رویه کشورهای غربی باستانی ایالات متحده

ب. رویه ایالات متحده

ج. رویه کشورهای سوسیالیستی

متأسفانه هیچ گونه مدارکی در مورد رویه کشورهای در حال توسعه در دسترس نیست؛ زیرا در هیچ مجله، نشریه یا گزارش ملی و یا بین‌المللی در این زمینه چیزی منتشر نشده است و تنها سندی که در این خصوص به دست آورده‌ام، مربوط به کشور اروگوئه در ۱۹۴۸ در کمیته حقوقی مجمع عمومی سازمان ملل متحد است که در آن از همان قاعدة عرفی مربوط به تابعیت مضاعف جانبداری شده است.¹²²

الف. رویه کشورهای غربی (باستانی ایالات متحده)

نخست به بررسی رویه بریتانیا می‌پردازیم: در سال ۱۹۶۳ هنگامی که در پارلمان انگلیس ازو زیر امور خارجه آن کشور سؤال شد که در مورد تیراندازی به سوی آقای «دنیس بروتوس»¹²³ تبعه انگلیس در ژوهانسبورگ، چه اقداماتی در برابر دولت افریقای جنوبی بعمل آورده است، وی اظهار داشت که «هیچ دلیلی برای مداخله رسمی در این مورد وجود

122. U.N. General assembly official records, III session, vith committee, sr. 115, p. 554.
«تابعیت مضاعف برای خودداری از إعمال حمایت سیاسی کفايت می کند؛ اما افراد بدون تابعیت اساساً نمی توانند از چنین حمایتی برخوردار باشند». این نکته هنگام بحث در مورد پرونده «برناودت» (Bernadotte) اظهار گردیده است.

123. Dennis Brutus

ندارد مگر آنکه آقای برونوں بتواند ثابت کند که از تابعیت افریقای جنوبی برخوردار نیست».^{۱۲۴}

رویهٔ فرانسه نیز برهمن طرز فکر استوار است. بعنوان نمونه می‌توان به اظهارات وزیر امور خارجهٔ فرانسه در ۱۹۵۶ در پاسخ سؤال یکی از نماینده‌گان مجلس راجع به اقدامات دولت فرانسه به نفع برخی از اتباع لهستان که تابعیت فرانسه نیز داشتند و مقامات دولت لهستان از خروج آنان از کشور ممانعت کرده بودند، اشاره نمود. وزیر امور خارجهٔ فرانسه در اظهارات خویش خاطرنشان ساخت که افراد مزبور حق برخورداری از حمایت سیاسی فرانسه را ندارند؛ «زیرا تبعهٔ لهستان نیز بشمار می‌روند». در سال ۱۹۶۶ نیز در مورد گروهی از زندایان سیاسی در الجزایر، وزیر امور خارجهٔ فرانسه در پاسخ سؤال یکی از نماینده‌گان مجلس اظهار داشت که پنج نفر از افراد گروه مزبور، فرانسوی و ده نفر دیگر فرانسویانی هستند که تابعیت الجزایر را نیز کسب کرده‌اند، و در رابطه با ده نفر اخیر گفت:

باید خاطرنشان ساخت که طبق رویهٔ ثابت بین‌المللی ونا به عقیده حقوق‌دانان، از کسانی که داوطلبانه یک تابعیت خارجی را ضمن حفظ تابعیت فرانسوی خویش تحصیل نموده‌اند، جزباً رضایت آن دولت خارجی نمی‌توان رسمآً حمایت سیاسی و کنسولی بعمل آورد.^{۱۲۵}

در سال ۱۹۷۱ نیز وزیر کار فرانسه در پاسخ به سؤال یکی از نماینده‌گان مجلس، همین موضع گیری را در خصوص عدم امکان حمایت از اتباع مضاعف تکرار نمود.^{۱۲۶}

هلند نیز در رویهٔ خویش از همین نظر پروری می‌نماید. وزیر امور خارجهٔ هلند در سال ۱۹۷۳ در مجلس آن کشور در پاسخ سؤالی راجع به خودداری سفارت هلند در واشنگتن از صدور گذرنامه برای هلندیهای متولد

124. *British Practice in international law* (E. Lauuterpacht ed.), 1963-II, p. 120.

125. *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public* (A. KISS ed.), vol. III, pp. 462-463, and also *Annuaire français de droit international*, 1956, vol. II, p. 842.

126. *Annuaire français de droit international*, 1966, vol. XII, p. 897.

127. *Annuaire français de droit international*, 1979, vol. XXX, p. 978.

شده در ایالات متحده، با استناد به قوانین آن کشور اضافه کرد:

منطق این قاعده این است که بموجب مقررات بین المللی، دولت هلند نمی تواند از این قبیل اشخاص که تابعیت مضاعف دارد (ویکی از تابعیتهای آنان هلندی است)، در مقابل دولت دیگری که تبعه آن محسوب می شوند، حمایت سیاسی یا کنسولی بعمل آورد.^{۱۲۸}

در مورد رویه جمهوری فدرال آلمان باید به سابقه زیر اشاره نمود: در سال ۱۹۷۶ در مجلس آلمان^{۱۲۹} این مسئله مطرح گردید که آیا دولت آلمان حق دارد برای حمایت از اتباع آلمانی الاصل شوروی (یعنی کسانی که بعنوان تبعه آلمان در سرزمینهایی که اکنون جزء قلمرو شوروی است به دنیا آمده‌اند) که خود را تبعه شوروی نمی‌شناسند، در مقابل دولت اتحاد جماهیر شوروی به اقدامات سیاسی مبادرت ورزد یا خیر؟ یکی از وزرای مشاور آلمان در پاسخ به این سؤال اظهار داشت:

بموجب قواعد جاری حقوق بین الملل، دولت جمهوری فدرال آلمان عملاً حق حمایت از منافع این قبیل افراد را در مقابل دولت اتحاد جماهیر شوروی سوسیالیستی ندارد. حتی اگر این افراد کسانی بودند که در زمان جنگ با رعایت تشریفات اداری، تابعیت امپراتوری آلمان را تحصیل نموده بودند، باز هم این وضعیت حقوقی حکم‌فرما بود؛ زیرا بموجب اصول بین المللی حقوق بین الملل، هیچ دولتی نمی‌تواند اتباع خویش را در مقابل دولت دیگری که اشخاص مزبور تبعه آن نیز محسوب می‌شوند، مورد حمایت سیاسی و کنسولی قرار دهد.^{۱۳۰}

شاهد مثال در مورد رویه سویس فراوان تر است. یکی از نخبستین موضع گیریهای دولت مزبور در دوره مورد بحث به سال ۱۹۶۱ باز می‌گردد که اداره سیاسی فدرال سویس در تذکاریه عمومی راجع به حمایت سیاسی اتباع و شرکتهای سویسی، از جمله اعلام داشت:

بموجب یک قاعدة مسلم حقوق بین الملل، اشخاصی که دارای تابعیت

128. Netherlands yearbook of international law, 1975, vol. VI, p. 270.

129. Bundestag

130. Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland, in Zeitschrift für ausländisches Oeffentliches Recht und Völkerrecht, 1978, vol. 38, p. 303.

مضاعف هستند نمی توانند از حمایت سیاسی یکی از دولت متبوع خوبش علیه دیگری برخوردار گردند.^{۱۳۱}

گرچه موضع گیری فوق با برخی از نظرها که خواستار مشروط و مقید ساختن آن بودند، مواجه گردید، اما سایر موضع گیریهای دولت سویس بی قید و شرط بوده است؛ منجمله در سال ۱۹۷۰ شورای فدرال سویس ضمن تشریح اقداماتی که توسط اداره سیاسی فدرال در حمایت از سه نفر اتباع سویس بازداشت شده در برزیل بعمل آمد بود، خاطرنشان ساخت که یکی از سه نفر مزبور از تابعیت برزیل نیز برخوردار بوده و «بسبب تابعیت مضاعف وی، اداره سیاسی فدرال علیرغم مساعی معموله، قادر به مداخله موثر به نفع او نبوده است».^{۱۳۲}

در سال ۱۹۷۳ نیز شورای فدرال طی پامی خطاب به مجلس فدرال راجع به مذاکرات بین مقامات سویس و مجارستان درباره ملی کردن دارائیهای سویس در مجارستان در سال ۱۹۵۲، در باب مسئله دارائیهای اتباع سویس که از تابعیت مجارستان نیز برخوردار بودند، خاطرنشان ساخت:

طبق اصول مسلم و شناخته شده حقوق بین الملل عمومی اخذ غرامت از دولتی که تبعه مضاعف، تبعه آن نیز محسوب می گردد، امکان پذیر نیست.^{۱۳۳}

اهمیت رویه ایتالیا از موارد فوق کمتر نیست. قبل از هر چیز باید نظر کمیسیون سازش ایتالیا و امریکا را در پرونده استرانسکی — مرزه یاد کرد که چنین بیان می دارد:

در حقوق بین الملل اصلی وجود دارد که در تمام جهان پذیرفته شده و همواره اعمال گردیده است و بمحض آن در موارد تابعیت مضاعف، چنانچه خواهان تابعیت دولتی که دعوی علیه آن اقامه شده است را نیز

131. La pratique suisse de droit international public, in *Annuaire Suisse de Droit International*, 1964, vol. 21, p. 149.

132. La pratique suisse etc., *Annuaire etc.* 1979, vol. 27, p. 178.

داشته باشد، در این صورت حمایت سیاسی قابلِ إعمال نخواهد بود.^{۱۳۴}

البته همان طور که در مورد رویه فرانسه مؤکداً خاطرنشان گردید، نظرات نمایندگان رابط دولتها در محاکم بین المللی را باید با احتیاط بیشتری مورد توجه قرار داد؛ زیرا معمولاً نمایندگان مزبور از نقطه نظرهایی که بیشتر در جهت منافع آنان است جانبداری می‌کنند. به هر حال نظر فوق بعدها در عالی ترین سطح، یعنی توسط وزیر امور خارجه ایتالیا در پارلمان آن کشور در همین اواخر مورد تأیید قرار گرفت. سابقاً مزبور از این قرار است که از وزیر امور خارجه ایتالیا در مورد اتباع ایتالیائی مقیم آرژانتین که «ناپدید» شده بودند و همچنین کسانی که دارای تابعیت مضاعف بودند و بالاخره کلیه «ناپدید شدگان» سوالاتی بعمل آمده بود. مشارالیه در ۱۹۸۳ راژنیه در جلسه عمومی سنای ایتالیا اظهار داشت که دولت ایتالیا نه تنها از جانب اتباع ایتالیا بلکه همچنین از جانب اتباع مضاعف و نیز «به خاطر همبستگیهای بشری»^{۱۳۵} از جانب آنها که قادر تابعیت ایتالیا بوده‌اند، کراراً اقداماتی نزد وزارت امور خارجه آرژانتین بعمل آورده است. وی سپس در دنباله بیانات خویش چنین اظهار داشت:

خودداری آرژانتین از رد اقداماتی که از جانب اتباع مضاعف بعمل آمده است را بایستی مرهون مساعی سیاسی ایتالیا دانست؛ زیرا آرژانتین معمولاً از این اصل حقوق بین الملل که در چنین مواردی حمایت از اینگونه اشخاص را مردود می‌داند، پیروی می‌نماید.^{۱۳۶}

همین وزیر در جلسه عمومی مجلس نمایندگان ایتالیا در ۱۷ راژنیه ۱۹۸۳ مفهوم فوق را مطرح و بتفصیل تشریح نمود. وی در سخنان خویش راجع به اقدامات ایتالیا در حمایت از کسانی که تابعیت مضاعف دارند، مجده‌دارآور شد که «طبق اصول کلی حقوق بین الملل»، آرژانتین به سایر کشورها اجازه حمایت از کسانی را که تابعیت مضاعف دارند،

133. La pratique suisse etc., in *Annuaire suisse etc.*, 1974, vol. 30, p. 141.

134. Reports of international arbitration awards, vol. XIV, p. 239.

135. Senate proceedings (*Senato della repubblica*, 542a Seduta, resoconto sommario, p. 12).

136. Senate Proceedings cit., p. 13.

نمی دهد. و راجع به مسئله مورد بحث اضافه نمود:

نتایج مشبّت به دست آمده متوجه آزادی بازداشت شدگان را مقامات آرژانتینی بطور اساسی مشروط بدان کرده‌اند که اقدام دولت ایتالیا – هر قدر هم که صحیح بوده باشد – نبایستی افشا گردد؛ زیرا تردیدی نیست که اقدام مذبور خارج از چهارچوب مقررات حقوق بین‌الملل صورت گرفته است.^{۱۳۷}

اظهارات فوق جای تردید باقی نمی گذارد که ایتالیا نیز نظر آرژانتین را مبنی براینکه حق حمایت از اتباع مضاعف را نداشته تأیید می نموده است؛ زیرا در غیر این صورت می بایستی به آن اعتراض می کرد. با وجود این اگر آرژانتین به ایتالیا اجازه اقدام در مورد اتباع مضاعف را داده فقط به خاطر آن بوده که اقدامات ایتالیا کاملاً جنبه محضمانه داشته است و مهمتر از آن اینکه موارد نقض حقوق بشر در آن کشور بقدرتی فاحش و گسترده بوده که به هر کشوری حق می داد خواستار قطع آنها گردد.

در مورد بلژیک قرائنسی که حاکی از نحوه برخورد این دولت با مسئله مورد بحث باشد، چندان در دست نیست.^{۱۳۸} تنها یک مورد می توان سراغ کرد که وزارت امور خارجه بلژیک ناگزیر شده است به مسئله تابعیت مضاعف بپردازد و سابقاً آن از این قرار است که یک نفر تبعه یوگسلاوی که در زمان جنگ دوم جهانی عضو ارتش یوگسلاوی بود، در سال ۱۹۷۵ پس از چندین سال اقامت در بلژیک، تابعیت آن کشور را تحصیل کرد. وی چند ماه پس از تحصیل تابعیت بلژیک، به کشور اصلی خویش مراجعت نمود و در آنجا دستگیر گردید. وزارت امور خارجه بلژیک به درخواست همسر مشارالیه که ازوی با خبر بود، در صدد کسب اطلاع در این خصوص از مقامات یوگسلاوی برآمد و دریافت که نامبرده به چندین اتهام دریک زندان یوگسلاوی در بازداشت بسر می برد. وزیر امور خارجه

137. House of Representatives, Proceedings (Camera dei deputati, Resoconto stenografico, seduta del 17 gennaio 1983), p. 55.

138. See the various issues of the Revue Belge de Droit International, which includes an extensive and excellent survey of the Belgian practice edited by J. SALMON.

بلژیک در پاسخ به سؤالی که در مجلس در این باره شده بود، اظهار داشت که مساعی لازم نزد مقامات یوگسلاوی بعمل آمده است تا به همسروی اجازه ملاقات با او داده شود. و اضافه نمود که «به هر حال» وی در یوگسلاوی بعنوان یک تبعه آن کشور تلقی می‌گردد.^{۱۳۹} معنای روش این اظهارات وزیر خارجه بلژیک آن است که دولت بلژیک به دلیل برخورداری فرد مذبور از تابعیت مضاعف، قادر به اقدامی بیشتر از آنچه که به دلایل انسانی انجام داده است، نمی‌باشد؛ در حالیکه اگر شخص مورد بحث تابعیت کشوری را که در آن بازداشت شده است، نمی‌داشت، مقامات بلژیک می‌توانستند اقدامات مؤثرتری به نفع وی بعمل آورند.

ب. رویه ایالات متحده

برخلاف رویه متدالوی بین المللی که فوقاً تشریح شد، رویه ایالات متحده از سال ۱۹۵۷^{۱۴۰} کاملاً منحصر بفرد و در واقع رویه‌ای منزوی بوده است. این دولت از سال ۱۹۵۷ همواره مدافعان این اصل بوده است که: هیچ دولتی ملزم نیست دعواهی را که دولت دیگری از جانب فردی که تابعیت هر دوی آنها را دارد، علیه آن اقامه می‌کند، پذیرد مگر آنکه چنین فردی علاقه موقر و نزدیکتری با دولت خواهان داشته باشد.^{۱۴۱}

تا آنجا که من اطلاع دارم دولت ایالات متحده هرگز علت تصمیم خود را به عدول از حقوق بین الملل عرفی و رویه عمومی دول توضیح نداده

139. Revue belge de droit international, 1977, vol. 13, pp. 717-718.

۱۴۰. در مورد رویه ایالات متحده تا قبل از این تاریخ به مباحث قتل رجوع شود. باید خاطرنشان ساخت که هیئت نمایندگی ایالات متحده در کمیته حقوقی مجمع عمومی سازمان ملل متحد در ۱۹۴۸ اعلام داشت: «آن دسته از دعاوی که در آنها فرد خسارت دیده تابعیت مضاعف دارد، موجب بروز برخی اشکالات می‌گردد؛ اما این اشکالات هنگام طرح دعوای کانه وارو حل شده است و این قاعده که هیچ دولتی نمی‌تواند دعواهی را از جانب یکی از اتباع خویش که در عنین حال تبعه کشور خوانده نیز محسوب می‌گردد، اقامه نماید، به صورت یک اصل پذیرفه شدة حقوق بین الملل درآمده است.

(G.A. official records, III session, vith committee, sr, 112, p. 526).

141 WHITEMAN, Digest of International Law, vol. 8, 1967, p. 1252; American Journal of International Law, 1980, vol. 24, p. 163; Digest of U.S. Practice in International Law, 1977, pp. 112 & 693.

است. احتمال دارد که این عدول ناشی از رأی صادره در دعوای استرانسکی — مرژه بوده باشد.

ج. رؤة کشورهای سوسیالیستی

بدیهی است کشورهای سوسیالیستی هیچ گونه نظریه‌ای پیرامون رویه‌ای که در این خصوص در مناسبات بین المللی خویش اتخاذ می‌کنند، منتشر نمی‌سازند. طبعاً برای بررسی رویه آنها، بایستی یا به مطالب اظهار شده در سازمان ملل متحده و سازمانهای امثال آن و یا — مانند موضوع مورد بحث فعلی که در مورد آن دولتها هنوز امکان اتخاذ رویه مشخصی را در سازمانهای بین المللی نیافرته‌اند — به قوانین داخلی و منابع مشابه که گاهی ممکن است راه‌گشا باشد، متولّ گردید. منبع عمدۀ، دیگر نشریات حقوقی است که در این کشورها معمولاً موضع رسمی دولتها مربوطه را منعکس می‌نمایند و در نتیجه می‌توان از آنها موضع رسمی دولت را احراز کرد.

در مسئله تابعیت مضاعف، بررسی قوانین داخلی، موضع کشورهای سوسیالیستی را روشن تر می‌کند. خوب‌بختانه این قوانین توسط یکی از محققان لهستانی مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار گرفته و وی در خاتمه بررسی وسیع خویش چنین نتیجه می‌گیرد:

رؤة منفی کشورهای سوسیالیستی در مقابل تابعیت مضاعف عمدتاً در قوانین داخلی بچشم می‌خورد. اکثر قوانین تابعیت که در حال حاضر در این کشورها مجری است، حاوی مقررات خاصی است که موئید اصل تابعیت واحد است.^{۱۴۲}

در موافقنامه‌های دو جانبه متعددی نیز که این کشورها منعقد نموده‌اند، همین موضع اتخاذ گردیده و هدف از آن منجمله این است که

142 L. GELBERG, Problems of Dual Nationality in the Light of Legislation and Treaties of Socialist Countries, in Polish Yearbook of International Law, I, 1966-67, p. 94. GELBERG (ib.), criticizes the different view of SEPKOV (in American Journal of International Law, 1962, vol. 56, p. 1010ff.).

امکان برخورداری از تابعیت مضاعف را از افراد سلب نمایند.^{۱۴۳}

مفاد قوانین داخلی کشورهای سوسیالیستی مبنی براینکه افراد فقط از یک تابعیت برخوردارند، مؤید موضع این کشورها در صحنه بین المللی است. ولی چون به هر حال در موارد بسیار نادر، کسانی پیدا خواهند شد که بیش از یک تابعیت داشته باشند. قوانین این کشورها در این خصوص چنین مقرر می‌دارد:

افرادی که چندین تابعیت دارند... از همان حقوق و تکالیف افراد تک تابعیتی برخوردارند. چنین اشخاصی بویژه نمی‌توانند از حمایت سیاسی دولت دوستی که تبعه آن محسوب می‌شوند، علیه دولت خود برخوردار گردند.^{۱۴۴}

تسربی مدام روابط موجود در نظام حقوقی داخلی کشورهای سوسیالیستی به عرصه بین المللی، در مفاد خاص برخی از قوانین داخلی نیز بچشم می‌خورد؛ مثلاً قانون تابعیت جمهوری دموکراتیک آلمان مصوب ۱۹۶۷ در بند ۱ ماده ۳ مقرر می‌دارد:

طبق حقوق بین المللی شناخته شده توسط عموم دول، اتباع جمهوری دموکراتیک آلمان نمی‌توانند حقوق و تکالیف ناشی از تابعیت دیگری را در قبال دولت جمهوری دموکراتیک آلمان اعمال و ایفا نمایند.

بطوریکه ملاحظه می‌شود، در اینجا این مطلب که به عقیده مقامات دولت جمهوری دموکراتیک آلمان، حقوق بین الملل به اشخاص دارای تابعیت مضاعف اجازه اقامه دعوای بین المللی علیه هیچ کدام از دولتهاي متبعه را نمی‌دهد، به روشن ترین وجه بیان گردیده است.

۴. نتیجه

قاعده عرفی راجع به تابعیت مضاعف با رویه‌های متعدد بعدی تغییر نیافته است.

.۱۴۳ همان مأخذ: ص ۱۰۳

.۱۴۴ همان مأخذ: ص ۹۵

در بررسی رویه کشورها دیدیم که همه کشورهای غربی (جز ایالات متحده) و نیز کشورهای سوسیالیستی، به قاعدة مرسوم عرف بین الملل مبنی بر اینکه یک دولت نمی تواند دعوای بین المللی از جانب فردی از اتباع خود را که در عین حال تابعیت دولت خوانده را نیز دارد، اقامه نماید، سخت پای بند هستند. نتیجه گیری مذبور این اعتقاد را که تصمیمات کمیسیونهای سازش تشکیل شده بعد از جنگ جهانی دوم و رویه منزوی ایالات متحده، مورد متابعت سایر کشورها و یا محاکم بین المللی قرار نگرفته است، تقویت می نماید. رویه اقلیت هر چند می تواند بعنوان نشانه ای از تلاش تدریجی برای تغییر قاعدة متدالو و جاری محسوب شود، ولی چنان بُرد و دامنه ای ندارد که موجب تغییر آن بشود. استحکام، یکنواختی و صراحة کامل رویه جاری دولتها بدون شک مؤید این است که قاعدة مرسوم حقوق بین الملل که رویه دولتها با آن انطباق کامل دارد و در واقع کار بُرد آن بشمار می رود، کمترین خدشه ای نیافته است.

در اینجا باید نکته ای را که با مطالب گذشته راجع به منطق قاعدة عرفی مورد بحث ارتباط نزدیک دارد، خاطرنشان سازم: وجود رویه دولتی — مانند مواردی که فوقاً بررسی شد — بخودی خود برای نشان دادن تداوم اعتبار هر قاعدة حقوقی عرفی کافی است و طبعاً فرینه ای که احتمالاً خلاف آن را اثبات کند، ارزش چندانی نخواهد داشت. در مورد قاعدة تابعیت مضاعف، تعداد قرائی لازم برای اثبات نسخ این قاعده، الزاماً بایستی بسیار بیشتر از قرائی مورد نیاز در مورد هر قاعدة معمولی دیگر باشد؛ زیرا همان طور که نشان داده شد، این قاعده چیزی جز نتیجه منطقی یکی از اصول هفتگانه حقوق بین الملل، یعنی اصل تساوی حاکمیت دول نیست. قدرت حقوقی قاعده تابعیت مضاعف، بیشتر از دیگر قواعد بین المللی است؛ زیرا اصل تساوی حاکمیت دول که مبنای آن بشمار می رود، آن را در نظام حقوقی بین المللی صیانت نموده و باعث می شود که در مقایسه با سایر قواعد معمولی، کمتر دستخوش تغییرات احتمالی بشود. برای اثبات اینکه قاعده مذبور — که اینچنین به یکی از مهمترین اصول

مناسبات بین المللی مئکی است – دستخوش چنان تغییری شده که با اصل تساوی حاکمیت دول مغایرت پیدا کرده است، ابوهی از قرائناً متفق ضروری خواهد بود. چنین قرائناً مسلماً در مسئله مورد بحث کنونی در دسترس نیست. در حقیقت – همان گونه که فوقاً نشان داده شد – رویه موجود کلیه دول، با استثنای ایالات متحده، به نتیجه‌ای عکس این منتهی می‌شود. لذا با اطمینان خاطر می‌توان نتیجه گرفت که قاعدة عرفی راجع به تابعیت مضاعف، تمام قدرت حقوقی خود را حفظ کرده و در مناسبات حقوقی بین المللی کاملاً مجری است.

۵. انقاد بر نظریه دیوان داوری دعاوی ایران – ایالات متحده در برابر رویه دولتها

در اینجا لازم است نظر دیوان داوری دعاوی ایران – ایالات متحده را در دعواهی ناصر اصفهانیان^{۱۴۵} که در رأی شماره ۲-۱۵۷-۳۱ مورخ ۲۹ مارس ۱۹۸۳ ابراز گردیده است، مورد توجه قرار دهیم. دیوان پس

۱۴۵. ناصر اصفهانیان با ادعای داشتن تابعیت امریکائی دعواهی به خواسته وجه یک فقره چک علیه بانک تجارت در دیوان داوری مطرح کرده بود که جهت رسیدگی به شعبه دوم دیوان داوری ارجاع می‌شود. چون به اعتبار تابعیت ایرانی خواهان، به صلاحیت دیوان داوری ایراد شده بود، لذا شعبه دوم دیوان طی رأی الذکر خود، ابتدا با ورود در بحث صلاحیت، نظر خود را در برابر تابعیت خواهان اعلام کرد و مقرر نمود که در این خصوص تابعیت مؤثر و غالب خواهان را ملاک تشخیص قرار می‌دهد و چون خواهان دارای علاقه و وابستگیهای بیشتری (از قبیل اقامت طولانی در امریکا، انجام خدمت سربازی در آنجا)، پرداخت مالیات به دولت امریکا و...) به ایالات متحده بعنوان دولت متبع خود می‌باشد و تابعیت امریکائی او بر تابعیت ایرانی اش غلبه دارد، علیه‌ها دعواهی طرح شده از جانب یک تبعه امریکائی بشمار رفته و دیوان صلاحیت دارد. پس از صدور این رأی، چون پرونده‌های مشابهی در دیوان وجود داشت و بین نظرات ایران و امریکا در مورد دعاوی دارندگان تابعیت مضاعف در دیوان اختلاف نظر بود و بطور خلاصه دولت ایران بر این عقیله بود که این قبیل متبعان، تبعه دولت ایران بشمار می‌روند و نمی‌توانند علیه دولت متبع خود در مراجع ثالث طرح دعوا کنند، لذا از دیوان داوری درخواست شد که نظر تفسیری خود را در خصوص موضوع اعلام کند. هیئت عمومی دیوان داوری پس از رسیدگیهای لازم، متألفه همان موضعی را تأخذ کرد که شعبه دوم در پرونده اصفهانیان اعلام کرده بود. در خصوص این پرونده و رأی هیئت عمومی درنظر است که مقالات بیشتر و منفصل‌تری چاپ شود.

«مجلة حقوقی»

از بررسی سوابق بین‌المللی و نوشه‌های حقوقی پیرامون تابعیت مضاعف، اظهار عقیده می‌کند که رویه بین‌المللی فعلی دولتها بر دکترین تساوی حاکمیت مبتنی است؛ اما به دنبال آن، شرایط و مختصات ذیل را اضافه می‌کند:^{۱۴۶}

دکترین عدم مسؤولیت (یعنی آن چیزی که در عقاید حقوقی از آن بعنوان دکترین تساوی حاکمیت یاد شده) امرروزه بیشترین کاربرد رانه در مرور حمایت از دعاوی، بلکه در موارد حمایت سیاسی و کنسولی از افراد دارای تابعیت مضاعف که عملاً در کشوری که آنان را اتباع خود می‌شناسد، حضور دارند، پیدا کرده است. در اینگونه موارد، حمایت رسمی، علیرغم وجود دیگر علاقه واقعی با دولت حمایت کننده، مردود شناخته می‌شود.
(رجوع شود به باتیفول ولاگارد – صفحه ۸۰).

توقیرآ باید گفت که این نظر درست نیست و دو ایراد برآن وارد است: اول اینکه تفکیک بین حمایت سیاسی و کنسولی از یکطرف و «حمایت از دعاوی» (یعنی حمایت قضائی بین‌المللی) از طرف دیگر، درست به نظر نمی‌رسد. قاعدة عرفی تابعیت مضاعف که بموجب آن یک دولت نمی‌تواند از جانب اتباع خود علیه دولت دیگری که اتباع مزبور از تابعیت آن نیز برخورده باشد، اقدام نماید، شامل هرگونه اقدام بین‌المللی، اعم از حمایت سیاسی یا کنسولی و یا حمایت قضائی است و تصمیمات قضائی و رویه‌های عملی دولتها — که فوقاً نقل شد — جای هیچ‌گونه شک و تردیدی در این خصوص باقی نمی‌گذارد. در اینجا کافی است یکبار دیگر اظهارات دولت ایالات متحده در کمیسیون سازش ایتالیا — ایالات متحده در دعوای استرانسکی — مرژه را در چهارچوب رسیدگی قضائی نقل کنیم:

اصلی که بموجب آن یک دولت نمی‌تواند از یکی از اتباع خود علیه دولتی که فرد مزبور تابعیت آن را نیز دارا است حمایت سیاسی بعمل آورد، در پیمان صلح منعقده با ایتالیا قابلِ اعمال نیست (زیرا اصل تساوی مزبور بر

۱۴۶. رأی، صفحه ۱۳ متن فارسی.

تساوی حاکمیت دول استوار است و ایتالیا یک دولت مغلوب و مآل
غیرحاکم بود.^{۱۴۷}

این اظهارات ایالات متحده بدون تردید تا آنجا که به اصل مورد بحث مربوط می شود، صحیح است و آنچه که بایستی در اینجا اضافه شود این است که غرض آن کشور از اشاره به «حمایت سیاسی»، دقیقاً همان مفهوم دادرسی قضائی بین المللی است و مقصود از آن بطور صریح و روشن این است که اصل مذبور در دادرسی نزد محاکم بین المللی نیز الزاماً اعمال شده است.

دومین ایرادی که بر رأی دیوان داوری دعاوی ایران – ایالات متحده وارد می باشد این است که بغلط می گوید رویه دول فقط در مواردی که تبعه مضاعف عملآ در کشوری که اقدامات سیاسی یا کنسولی توسط دیگر دولت متبع وی علیه آن بعمل آمده، حضور داشته است مؤید اصل تساوی حاکمیت (یعنی باصطلاح دکترین عدم مسئولیت) بوده است. با توجه به بررسی رویه دول که فوقاً صورت گرفت، این اظهار نظر نادرست می نماید. حتی نگاهی اجمالی به موارد متعدد یاد شده در فوق، قرائن انکارناپذیری به دست می دهد که دولتها در خودداری از مداخله به نفع تبعه مضاعف، هیچ اهمیتی به واقعیت حضور عملی وی در قلمرو دولت دیگری که تبعه آن نیز بشمار می رود، نداده اند.

۴

موضوع تابعیت مضاعف در دیوان داوری دعاوی ایران – ایالات متحده

اکنون با توجه به بررسی حقوق بین الملل عرفی که فوقاً صورت گرفت، می توان مسئله تابعیت مضاعف در دیوان داوری دعاوی ایران –

147. Reports of international arbitration awards, vol. 14, p. 238.

ایالات متحده را مورد بحث قرار داد.

بدیهی است قبل از هر چیز باید دید آیا بیانیه‌های مربوط به تشکیل داوری، روشن کننده این موضوع هست یا خیر؟ زیرا فقط در صورت فقدان مقررات صریح قراردادی است که می‌توان به حقوق بین‌الملل عرفی استناد کرد.

۱. مقررات بیانیه حل و فصل دعاوی در رایطه با

مسئله تابعیت

مسئله اینکه چه کسی می‌تواند نزد دیوان داوری اقامه دعوا نماید، در مواد ۲ (بند ۱) و ۷ (بند ۱) مشخص گردیده است. (البته بند ۲ ماده ۷ نیز بایستی ملحوظ گردد). بند ۱ ماده ۷ از اهمیت خاصی برخوردار است که مقرر می‌دارد:

مفهوم از «تبعة» ایران یا ایالات متحده، بسته به مورد، الف – شخص طبیعی است که تبعه ایران یا ایالات متحده باشد ...

تفسیر تحت اللفظی این قاعده با توجه به بند ۱ ماده ۳۱ کانونسیون وین در باب قانون عهدنامه‌ها روشن نمی‌کند که بیانیه، مسئله تابعیت مضاعف را – خواه طبق دکترین تساوی حاکمیت و خواه طبق دکترین تابعیت غالب و مؤثر – حل کرده است. حقیقت این است که ماده مزبور مسئله تابعیت مضاعف را، که در واقع تدوین کنندگان بیانیه آن را بلا تکلیف گذاشته‌اند، اصلاً مورد توجه قرار نداده است.^{۱۴۸}

این موضوع ابداً مایه تعجب نیست؛ زیرا همان‌طور که بررسی قراردادها و دادرسیهای بین‌المللی و دعاوی حقوقی مربوطه نشان می‌دهد معمولاً در اینگونه قراردادها مسئله تابعیت مضاعف مورد توجه قرار نمی‌گیرد و دقیقاً به همین علت است که بسیاری از محاکم بین‌المللی

۱۴۸. نظر دولت ایران با این نظر مؤلف متفاوت است.

«مجلة حقوقی»

ناگزیر از رسیدگی به این مسئله بوده‌اند. اگر در قراردادهای بین‌المللی این مسئله حل شده بود، احتیاجی نبود که محاکم بدان رسیدگی نمایند.
در این رابطه ممکن است نقل رأی صادره در دعواهای استرانسکی – مرژه مفید باشد؛ زیرا رهنمودهای روشنی از لحاظ تفسیری در این زمینه به دست می‌دهد. کمیسیون سازش پس از عطف توجه به مقررات مربوط به عهدنامه صلح با ایتالیا می‌گوید:

علیهذا روش است که دربند فرعی ۱ هیچ اشاره مستقیم یا غیرمستقیم به تابعیت مضاعف نشده است. این موقّع ترین دلیل است که مسئله به ذهن تدوین کنندگان عهدنامه خطرناک‌گردد است. اگر به ذهن آنان خطرناک‌گردد بود، احتمال بسیار داشت که لااقل آن را در تعاریف بگنجانند؛ زیرا این مسئله حقوقی قبلاً موجب بروز اختلافات و داوریهای متعدد در سطح بین‌المللی گردیده است.^{۱۴۹} ظاهراً ملل متفق می‌توانستند در عهدنامه... قاعدة خاصی ناظر بر موارد تابعیت مضاعف، جدا از ویا حتی مغایر با قواعد شناخته شده حقوق بین‌الملل بگنجانند و چنین تعهدی از لحاظ حقوقی برای دولت ایتالیا الزام‌آور می‌بود. به هر حال آنان چنین نکردن و چه در حقوق بین‌الملل وجه در حقوق داخلی، این یک اصل پذیرفته شده جهانی است که هر تعهد قراردادی (و عهدنامه، به اقتضای ماهیت خود چنین است) بایستی فقط در محدوده آنچه که برآن توافق شده است، ایفا شود.^{۱۵۰}

مطلوب فوق بسیار مهم است؛ زیرا اهمیت این نکته را بحق یادآور می‌شود که تدوین کنندگان عهدنامه با توجه به سوابق معروف دعاوی حقوقی راجع به تابعیت مضاعف، اگر می‌خواستند می‌توانستند به این مسئله نیز بپردازند. با اینکه بیانیه هیچ مقررات خاصی در باب مسئله تابعیت مضاعف ندارد، ولی این مسئله توسط دیوان داوری دعاوی ایران – ایالات متحده در دعواهای ناصر اصفهانیان مطرح گردیده است.^{۱۵۱} با توجه به اینکه

149. Reports of international arbitration awards, vol. 14, p. 239.

۱۵۰. همان مأخذ: ص ۲۴۰.

۱۵۱. رأی شماره ۳۱ - ۱۵۷ - ۲، صفحه ۷ متن فارسی.

بیانیه مورد بحث، مسئله تابعیت مضاعف را حل نکرده است،^{۱۵۲} لذا بایستی به حقوق بین الملل عرفی، با عطف توجه به اصول معتبر تفسیر (مندرج در بند ۳ پاراگراف ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون وین فوک الذکر) که در دعاوى استرانسکى – مرژه^{۱۵۳} و ناصر اصفهانیان^{۱۵۴} به آنها اشارت رفته است، متول گردید.

۲. ضرورت استناد دیوان به قاعدة عرفی مندرج در ماده ۴ کنوانسیون ۱۹۳۰ لاهه – انتقاد بررأى صادره در دعواى ناصر اصفهانیان

چون دیوان ناگزیر است که به حقوق بین الملل عرفی استناد جوید، قاعدة مربوطه در این مورد همان است که در ماده ۴ کنوانسیون ۱۹۳۰ لاهه ذکر شده و پیوسته حتی بعد از جنگ جهانی دوم نیز توسط دولتها مراعات گردیده است.

در این رابطه باید نظری را که دیوان داوری دعاوى ایران – ایالات متحده در دعواى ناصر اصفهانیان در مورد قاعدة عرفی مربوط به تابعیت مضاعف ابراز نموده است، مورد توجه قرار داد. دیوان چنین اظهار نظر کرده است:

در اعمال قواعد حقوق بین الملل، دیوان خود را در وضعیتی شبیه وضعیت دادگاه یک کشور ثالث که با دعواى یک فرد دوتابعیتی عليه یکی از دولتها متبوعه خود مواجه گردیده باشد، می داند... طبق ماده ۵ کنوانسیون لاهه «در یک کشور ثالث با شخصی که بیش از یک تابعیت داشته باشد، باید همانند شخصی که فقط یک تابعیت دارد رفتار شود»...

۱۵۲. نظر دولت ایران با این نظر مؤلف متفاوت است.

«مجلة حقوقی»

153. Reports of international arbitration awards, vol. 14, p. 241.

(«چون عهدنامه هیچ ضابطه ای در مورد رسیدگی به تابعیت مضاعف پیش بینی نکرده است، لذا کمیسیون بایستی به اصول کلی حقوق بین الملل مراجعه نماید»).

۱۵۴. رأى — صفحه ۷ متن فارسی.

و کشورهای ثالث ممکن است در قلمرو خود از میان تابعیت‌هایی که شخص دارا است، منحصرآ یا تابعیت کشور اقامگاه اصلی وی و یا تابعیت کشوری را که طبق شواهد موجود علائق واقعی بیشتری با آن دارد، برسمیت بشناسد.^{۱۵۵}

دیوان در دنباله رأی خود مجدداً به این مسئله بازگشته است و چنین می‌گوید:

ثالثاً دیوان بعنوان یک هیئت داوری بین‌المللی که طبق عهدنامه تشکیل شده، جانشین محاکم داخلی هردو کشور گردیده است و از انعطافی که در هیچ کدام از محاکم داخلی دو کشور وجود ندارد، برخوردار می‌باشد. لذا دیوان داوری بالاخص در مواجهه با تعارض قوانین تابعیت، بی‌شباهت به محاکم کشورهای ثالث نیست.^{۱۵۶}

توقیرآ باید گفت که استدلال دیوان در این خصوص سفسطه آمیز بوده و مبنای آن درک نادرستی است که از تفاوت بین مواد ۴ و ۵ کنوانسیون لاهه یا — به همین ترتیب — تفاوت بین یک دادگاه بین‌المللی در رسیدگی به مسئله تابعیت مضاعف در دعائی که خواهان، تابعیت هردو کشور طرف دعوی را دارد، با محاکم داخلی یک کشور ثالث که به دعوای فردی که تابعیت دو کشور دیگر را دارد رسیدگی می‌نماید، پیدا کرده است. همان طور که در رأی شماره ۲-۱۵۷ خاطرنشان شده است، دیوان داوری دعاوی ایران — ایالات متحده یک دادگاه بین‌المللی است و بایستی به مسئله تابعیت مضاعف اشخاصی که تابعیت هردو کشور ایران و ایالات متحده را دارند، رسیدگی نماید. بدین ترتیب معلوم نیست چطور می‌توان دیوان داوری را شبیه محاکم داخلی یک کشور ثالث دانست؟ حتی اگر نظراتی که در نشریات حقوقی ایتالیائی در رابطه با محاکم مختلط داوری متشکله بعد از جنگ جهانی اول ابراز شده است براین دادگاه نیز اطلاق گردد، باز هم تأثیری در نتیجه نخواهد داشت؛ زیرا طبق عقیده

۱۵۵. رأی شماره ۳۱-۱۵۷: ص ۸ متن فارسی.

۱۵۶. همان مأخذ: ص ۱۴ متن فارسی.

نویسنده‌گان ایتالیائی،^{۱۵۷} محاکم مختلط داوری، (به عقیده آنژیلوتی) «هیئت‌های فضائی مشترک بین دولت»^{۱۵۸} بوده و توأماً در چهارچوب نظام حقوق داخلی هر دو کشور که بین آنها بایستی حکم صادر می‌کردند، عمل می‌نمودند ولذا طرز کار آنها همانند محاکم داخلی هریک از دو کشور بود. حال بدیهی است که دیوان داوری دعاوی ایران – ایالات متحده، حتی به فرض اینکه بعنوان محکمه داخلی مشترک بین دو دولت طرف اختلاف تلقی شود – که البته این نظر قطعاً ناصواب است – بایستی توأماً مشترکاً بعنوان یک دادگاه ایرانی – امریکائی و یا اینکه بعنوان یک دادگاه ایرانی یا امریکائی عمل کند و هرگز نمی‌تواند بعنوان محکمه داخلی یک کشور ثالث عمل نماید.

بدین ترتیب به ضرس قاطع می‌توان گفت که ماده ۵ کنوانسیون لاهه حداقل ربطی به دیوان داوری دعاوی ایران – ایالات متحده ندارد. این دادگاه در رسیدگی به مسئله تابعیت مضاعف مدعیان، یعنی در واقع دعاوی مطروحه توسط آن دسته از اتباع امریکا که تابعیت ایرانی را نیز دارند، چاره‌ای جز اقدام بعنوان یک دادگاه بین‌المللی و اعمال قاعدة عرفی مربوطه یعنی قاعدة مدقنه در ماده ۴ کنوانسیون ۱۹۳۰ لاهه ندارد.^{۱۵۹}

۳. عوامل تأیید کننده حاکمیت دکترین مساوات در مسئله تابعیت مضاعف در دیوان داوری دعاوی ایران – ایالات متحده

استناد دیوان به این قاعدة عرفی که تبعه یکی از دو کشور طرف

۱۵۷. ANZIOTI; corso di diritto internazionale (1928), iv ed. 1955, pp. 122-123.

CAVAGLIERI; corso di diritto internazionale, III ed. 1934, p. 125. Dienat diritto internazionale pubblico, 1930, I, p. 311. PERASSI; lezioni di diritto internazionale, 1932, p. 178, BALDONI; gli institut, delle unioni internazionale, rivista di diritto internazionale, 1931, vol. 25, p. 381.

MAROWSKI, l'organisation actuelle de l'arbitrage international, hague recuer, 1931-II, p. 298.

۱۵۸. همان مأخذ: ص ۱۲۲.

۱۵۹. این نظر مؤلف مبتنی بر این فرض است که بیانیه‌های الجزایر نسبت به موضوع ساخت است که در این صورت نوبت به اعمال قاعدة عرفی می‌رسد.

اختلاف نمی تواند علیه کشور دیگری که تابعیت آن را نیز دارد اقامه دعوا نماید، با هدفی که از تشکیل دیوان منظور بوده منطبق است. همان طور که در اصل «ب» بیانیه عمومی آمده است «قصد» هر دو طرف، «ختم کلیه دعاوی مطروحه بین دولت هر طرف با اتباع طرف دیگر و فیصله بخشیدن به کلیه این قبیل دعاوی از طریق داوری لازم الاجرا است.^{۱۶۰} بنابراین قصد طرفین امضا کننده بیانیه، ختم دعاوی موجود بین اتباع یک دولت با دولت متبع خودشان نبوده است. ایرانیانی که تابعیت امریکائی نیز دارند، چون در خارج از چهارچوب بیانیه قرار می توانند دعاوی مربوط به اموال موجود خود در ایران را نزد محاکم داخلی ایران مطرح نمایند.

نکته دیگری نیز وجود دارد که بی مناسبت نیست یادآوری شود.

اعمال قاعدة عرفی فوق الذکر – همان طوری که قبلًا گفته شد – موجب جلوگیری از سوء استفاده و تقلب افراد دارای تابعیت مضاعف می گردد. در مسئله مورد بحث، قوانین تابعیت ایران منجز و قاطع است؛ زیرا اتباع ایران فقط در صورتی می توانند ترک تابعیت کرده و تابعیت خارجی تحصیل نمایند که به سن ۲۵ سال تمام رسیده باشند، هیئت وزیران خروج آنان را از تابعیت اجازه دهد و خدمت تحت السلاح را انجام داده باشند. علاوه براین باقیستی ظرف مدت یک سال از تاریخ ترک تابعیت، کلیه حقوق خود را بر اموال غیرمنقول به اتباع ایرانی منتقل نمایند. به این نکته مهم نیز باید توجه داشت که طبق ماده ۹۸۹ قانون مدنی ایران، اگر اتباع ایرانی بدون رعایت مقررات فوق الذکر تابعیت خارجی تحصیل نمایند، آن تابعیت «کان لم یکن بوده و تبعه ایران شناخته می شوند».

تعیین اینکه تحت چه شرایطی ایرانیان می توانند تابعیت خود را ترک نمایند، منحصرًا در صلاحیت دولت ایران است و این شرایط با معیارهای بین المللی مربوط به تابعیت یا قواعد حقوق بین الملل مربوط به حقوق بشر مغایرتی ندارد. البته ایرانیان از مقررات منجز و قاطع قانون

۱۶۰. تأکید اضیافه شده است.

تابعیت ایران مطلع و مکلف به رعایت مفاد آن هستند و چنانچه مقررات مزبور را نادیده بگیرند بایستی کلیه عواقب آن را نیز پذیرند. آنان نمی توانند هم از مزایای حقوقی که بعنوان تبعه ایران دارا هستند و هم از حقوقی که بعنوان تبعه خارجی به آنها تعلق می گیرد، برخوردار گردند. این نکته که تغییر تابعیت به قصد تقلب صورت گرفته است، اگر در دعوای ناصر اصفهانیان مورد توجه دیوان داوری دعوای ایران — ایالات متحده واقع شده بود، بیشتر به واقعیت نزدیک می بود.



متن تصمیم دیوان داوری

در پرونده الف / ۱۸

تابعیت مضاعف



شماره پرونده: الف / ۱۸

تاریخ تصمیم: ۱۰/۱۲/۶۳ - آوریل / ۱۹۸۴

درخواست تفسیر بند ۱ ماده هفت بیانیه حل و فصل دعاوی درباره اینکه آیا دیوان، صلاحیت رسیدگی به آن دسته از دعاوی را دارد که علیه ایران توسط کسانی اقامه شده است که بموجب قوانین ایالات متحده، شهروندان این کشور و بموجب قوانین ایران، شهروندان جمهوری اسلامی ایران هستند.

تصمیم

طرفها:

جمهوری اسلامی ایران.
ایالات متحده امریکا.

بخش اول:

زمینه شکلی رسیدگی

دعاوی زیادی توسط خواهانهای علیه ایران اقامه شده است که بمحض قوانین ایالات متحده، شهر وندان ایالات متحده و بمحض قوانین ایران، شهر وندان ایران هستند. طی تابستان ۱۹۸۲ شعب دیوان دستورهای صادر کرده و در آنها از طرفهای داوری دعوت نمودند که لوایحی در باب موضوع تأثیر باصطلاح تابعیت مضاعف بر صلاحیت دیوان، تسلیم کنند. تعدادی از خواهانها در باب موضوع مذبور، لوایحی به ثبت رساندند. در ارتباط با دستورهای یاد شده، ایالات متحده امریکا («ایالات متحده») در تاریخ ۱۹ نوامبر ۱۹۸۲ (۲۸ آبان ماه ۱۳۶۱) «لایحه ای در باب موضوع تابعیت مضاعف» به ثبت رساند. در طول سال ۱۹۸۲ نظرات جمهوری اسلامی ایران («ایران») در باب تابعیت مضاعف در ارتباط با پرونده‌های متعددی که در شعب دیوان مطرح بود، کتاباً به دیوان تسلیم گردید.

شعبه دو، جلسات استماع سه پرونده را (پرونده شماره ۱۵۷ در ۲۰ اکتبر ۱۹۸۲ / ۲۸ مهر ماه ۱۳۶۱، و پرونده‌های شماره ۲۱۱ و ۲۳۷ در ۵ نوامبر ۱۹۸۲ / ۱۴ آبان ماه ۱۳۶۱) برگزار کرد. از جمله مسائلی که در این جلسات مطرح گردید، استدلالات شفاهی طرفین در باب موضوع تابعیت مضاعف بود. شعبه دو در تاریخ ۲۹ مارس ۱۹۸۳ (۹ فروردین ماه ۱۳۶۲) در مورد دو پرونده از سه پرونده مذکور احکام خود را صادر کرد که نسبت بدانها نظر مخالفی در تاریخ ۱۲ اکتبر ۱۹۸۳ (۲۰ مهر ماه ۱۳۶۲) به ثبت رسید: ناصر اصفهانیان و بانک تجارت، پرونده ۱۵۷، شعبه دو، حکم شماره ۲-۱۵۷-۳۱. گلپرا و دولت جمهوری اسلامی ایران، پرونده ۲۱۱، شعبه دو، حکم شماره ۲-۲۱۱-۳۲. البته تصمیم حاضر اثری بر احکام مذبور نمی‌تواند داشته باشد؛ زیرا بمحض بند ۱ ماده چهار بیانیه حل و فصل

دعاوی^۱ و بند ۲ ماده ۳۲ قواعد دیوان، این احکام قطعی و لازم الاجرا هستند.

در تاریخ ۲۵ فوریه ۱۹۸۳ ایران، براساس بند ۴ ماده شش بیانیه حل و فصل دعاوی درخواست کرد که «دیوان عمومی نظر خود را در ارتباط با عدم پذیرش دعاوی ثبت شده توسط اتباع ایران علیه دولت جمهوری اسلامی ایران» اعلام کند. در این درخواست همچنین آمده بود که رسیدگیهای دعاوی دارندگان تابعیت مضاعف در شعب سه گانه دیوان، باید تا اعلام تصمیم دیوان عمومی متوقف گردد.

در ۲۵ آوریل ۱۹۸۳ (۵ اردیبهشت ماه ۱۳۶۲) ایالات متحده ضمن استناد به لایحه‌ای که در تاریخ ۱۹ نوامبر ۱۹۸۲ (۲۸ آبان ماه ۱۳۶۱) به ثبت رسانده بود، به درخواست ایران پاسخ داد.

دیوان در تاریخ ۱۰ مه ۱۹۸۳ (۲۰ اردیبهشت ماه ۱۳۶۲) تاریخ برگزاری جلسه استماع را ۶ اکتبر ۱۹۸۳ (۱۴ مهر ماه ۱۳۶۲) و مهلت تسلیم لواح را ۱۵ سپتامبر ۱۹۸۳ (۲۴ شهریور ماه ۱۳۶۲) معین کرد. دیوان بمحض دستور مورخ ۷ سپتامبر ۱۹۸۳ (۱۶ شهریور ماه ۱۳۶۲) برگزاری جلسه استماع مزبور را به ۱۰ نوامبر ۱۹۸۳ (۱۹ آبان ماه ۱۳۶۲) موکول نمود. دیوان در پاسخ درخواست مورخ ۸ سپتامبر ۱۹۸۳ (۱۷ شهریور ماه ۱۳۶۲) ایران، بمحض دستور مورخ ۱۲ سپتامبر ۱۹۸۳ (۲۱ شهریور ماه ۱۳۶۲) آخرین مهلت ثبت لواح را نیز تا ۱۷ اکتبر ۱۹۸۳ (۲۵ مهر ماه ۱۳۶۲) تمدید کرد.

در تاریخ ۱۱ اکتبر ۱۹۸۳ (۱۹ مهر ماه ۱۳۶۲) ایران درخواست کرد که برگزاری جلسه استماع به تعویق افتاد و مهلت ثبت لواح دو ماه تمدید گردد. ایالات متحده در تاریخ ۱۹ اکتبر ۱۹۸۳ (۲۷ مهر ماه ۱۳۶۲) اظهاریه‌ای مبنی بر مخالفت با درخواست یاد شده به ثبت رساند. دیوان

۱. «بیانیه دولت جمهوری مونکراتیک و مردمی الجزایر درباره حل و فصل ادعاهای توسعه دولت ایالات متحده امریکا و دولت جمهوری اسلامی ایران».

بموجب دستور مورخ ۲۰ اکتبر ۱۹۸۳ (۲۸ مهرماه ۱۳۶۲) این درخواست را رد کرد. در تاریخ ۲۱ اکتبر ۱۹۸۳ (۲۹ مهرماه ۱۳۶۲) ایران لایحه‌ای با عنوان «موضوع دعاوی مطروحه توسط ایرانیان با استفاده از تابعیت امریکائی» به ثبت رساند. در ۲۵ اکتبر ۱۹۸۳ (۳ آبان ماه ۱۳۶۲) دیوان، لایحه ایران را با آنکه دیرتر از مهلت مقرر ثبت شده بود، پذیرفت. در تاریخ ۲۷ اکتبر ۱۹۸۳ (۵ آبان ماه ۱۳۶۲) ایران ملحقات لایحه مورخ ۲۱ اکتبر (۲۹ مهرماه) خود را به ثبت رساند و ضمن آن بار دیگر درخواست تعویق جلسه استماع را مطرح ساخت. دیوان طی دستور مورخ اول نوامبر ۱۹۸۳ (۱۰ آبان ماه ۱۳۶۲) این درخواست را رد کرد.

جلسه استماع موضوع تابعیت مضاعف در روزهای ۱۰ و ۱۱ نوامبر ۱۹۸۳ (۱۹ و ۲۰ آبان ماه ۱۳۶۲) در مقابل دیوان عمومی برگزار شد.

بخش دوم:

موضوع مطروح

موضوعی که هم اکنون در برابر دیوان مطرح می‌باشد این است که آیا بیانیه حل و فصل دعاوی، این صلاحیت را به دیوان اعطا می‌کند که دعاوئی را رسیدگی کند که توسط کسانی علیه ایران اقامه شده است که طی دوره ذیربسط از تاریخ ایجاد ادعای ۱۹ زانویه ۱۹۸۱ (۲۹ دی ماه ۱۳۵۹)، طبق قوانین ایران، شهروندان این کشور و طبق قوانین ایالات متحده، شهروندان ایالات متحده اند؟

مواد ذیربسط بیانیه حل و فصل دعاوی که دیوان باید آنها را تفسیر کند عبارتند از بند ۱ ماده دو و بند ۱ (الف) ماده هفت.

در بند ۱ ماده دو آمده است:

بدین وسیله یک هیئت داوری بین‌المللی (هیئت رسیدگی به ادعاهای ایران و ایالات متحده) بمنظور اتخاذ تصمیم درباره ادعاهای اتباع ایالات

متحده عليه ایران و اعاهات اتباع ایران عليه ایالات متحده... تشکیل
می گردد...

طبق بند ۱ (الف) ماده هفت:

تبعه ایران و یا ایالات متحده بر حسب مورد بدین معنی است:
(الف) شخص حقیقی که شهروند ایران و یا ایالات متحده می باشد...

بخش سوم: اظهارات دولتین

الف. اظهارات جمهوری اسلامی ایران

موضوع ایران این است که افرادی که بموجب قوانین ایران
شهروندان این کشور بشمار می روند، اعم از اینکه شهروندان ایالات متحده
باشند یا نه، نمی توانند علیه ایران در دیوان اقامه دعوا کنند.

استدلال ایران در زیر خلاصه شده است:

در باب صلاحیت دیوان در این پرونده باید با توجه به بیانیه حل و فصل دعاوی و بویژه بند ۱ (الف) ماده هفت آن تصمیم گرفت. قصد طرفین که ملزم به رعایت بیانیه دولت جمهوری دمکراتیک و مردمی الجزایر («بیانیه عمومی») و بیانیه حل و فصل دعاوی (که به رویهم «بیانیه های الجزایر» خوانده می شوند) می باشد، این بود که وظیفه دیوان رسیدگی به دعاوی بین المللی براساس اعمال اصل حمایت دیپلماتیک باشد. از این‌رو بند ۱ (الف) ماده هفت که طبق قواعد حقوق بین الملل تفسیر می شود باید بنحوی سازگار با اصول حقوق بین الملل عرفی مرتبط با اعمال حمایت دیپلماتیک تعبیر گردد.

نص صریح این ماده، دعاوی اقامه شده توسط شهروندان ایرانی که ممکن است در عین حال شهروندان ایالات متحده نیز باشند را از صلاحیت دیوان مستثنی می سازد. اینکه واژه «تابع»، «شهروند» تعریف شده است

به معنی آن نیست که قصد طرفین این بوده است که قاعدةٔ سنتی حمایت دیپلماتیک را رعایت نکنند؛ قاعده‌ای که بموجب آن شخص زیان دیده باید براساس قوانین داخلی کشور خواهان، تابعیت کشور خواهان را داشته باشد. علاوه براین، «تبעה» در معنای معمولی خود، شخصی است که تابعیت یک کشور و تنها یک کشور را داشته باشد. تابعیت مضاعف همواره وضعیتی غیرعادی و غیرمتعارف شناخته شده و بنابراین اگر انصافی در کار باشد نمی‌توان گفت که در معنای معمولی و متعارف واژه «تبעה»، داشتن تابعیت مضاعف نیز نهفته است. بنابراین واژه «تبעה» در بند ۱ (الف) مادهٔ هفت تنها کسانی را در بر می‌گیرد که منحصرآ یا تبعهٔ ایالات متحده و یا تبعهٔ ایران باشند. علاوه بر این کارگیری حرف ربط «یا»، فردی را که همزمان، شهروند ایران و ایالات متحده باشد، از شمول صلاحیت دیوان مستثنی می‌سازد.

هرگونه تعریفی که براساس حقوق داخلی کشوری از «شهروند» بدست داده شود، باموضع در دست رسیدگی بی ارتباط است؛ زیرا موضوعی که در برابر دیوان قرار دارد از موضوعات حقوق بین الملل و نه حقوق داخلی است.

نکات متعدد دیگری، چنین تفسیری را از متن بیانیه تأیید می‌کنند. بند ۱ (ب) مادهٔ هفت با الزاماتی که در مورد مالکیت و کنترل شرکتها ذکر می‌کند، امکان تابعیت مضاعف شرکتها را منتفی می‌سازد. این نشانهٔ قصدی است که باید در مورد اشخاص حقیقی نیز صادق باشد. علاوه براین، قواعد تفسیر بموجب حقوق بین الملل نکات زیر را نیز نشان می‌دهند:

اولاً، قید و شرطی که دولتی را تابع صلاحیت دیوانی بین المللی می‌سازد، در موارد تردید باید بطور مضيق تفسیر گردد؛ ثانياً، قاعدةٔ تفسیری که بموجب آن کلیه عبارات باید «اثر مفیدی» داشته باشد، نمی‌تواند در پروندهٔ حاضر از اثر قاعدةٔ تفسیر مضيق بکاهد؛ زیرا حتی اگر دعاوی اتباع مضاعف مستثنی شوند، بند ۱ (الف) مادهٔ هفت همچنان اثر و معنای

مفیدی خواهد داشت؛ ثالثاً، موارد ابهام باید به زیان دولتی تفسیر شوند که پیش نویس معاهده را تهیه کرده که در این مورد دولت ایالات متحده امریکا است.

رویهٔ پیشین ادعائی طرفین در قبال معاہدات، چنان‌که مورد استناد ایالات متحده قرار گرفته است (به بخش سوم (ب) زیر رجوع شود) نیز، تأثیری در موضوع مورد بررسی ندارد. «عهدنامه موّت، روابط اقتصادی و حقوق کنسولی ایران و ایالات متحده»، ۲۸۴. یو. ان. ت. اس. ۹۳ («عهدنامه موّت») اتباع مضاعف را از برخورداری از مزایای مصّرّح در عهدنامه، مستثنی می‌کند. ختم یا تعلیق مرافعات مطروح در دادگاه‌های ایالات متحده نیز ارتباطی با موضوع ندارد؛ زیرا این اقدامات ناشی از حقوق داخلی است و نمی‌تواند در موضوعات حقوق بین‌الملل مطروح در این دیوان داوری تأثیری داشته باشد.

تفسیری که صلاحیت دیوان را بر دعاوی اتباع مضاعف مقرر دارد، مغایر با «کیفیت تقابلی» بیانیه‌های الجزایر است؛ بدین معنا که هریک از دولتين باید از احترام و رفتاری برابر برخوردار باشد. چنین تفسیری همچنین با اعمال اصل مسلم حمایت دیپلماتیک مغایرت دارد. تفسیری از این دست، مغایر با اصل برابری دولتها است که مبنای اصلی قاعدة عدم مسؤولیت دولتها بوده و قاعدة مزبور نیز بنویهٔ خود اصل برسمیت شناخته شده‌ای است که باید در پروندهٔ حاضر بکار گرفته شود.

دیوان باید دعاوی را براساس اعمال حمایت دیپلماتیک بررسی کند. زیرا، الف) مفاد بیانیه کلی نشان می‌دهد که دیوان بمنظور حل و فصل اختلافات بین‌الدولی فيما بین ایران و ایالات متحده ایجاد گردیده است؛ ب) بیانیه‌های الجزایر بمنظور پایان بخشیدن به یک بحران بین‌المللی و نه صرفاً به خاطر فیصله دادن به اختلافات خصوصی بین‌المللی به امضا رسید؛ ج) مبالغی که در اجرای احکام دیوان پرداخت می‌شود، به یکی از دولتين — و نه مستقیماً به هریک از خواهانها — داده می‌شود، گواینکه مبالغ مزبور ممکن است نهایتاً به خواهانها پرداخت شود؛ د)

احکامی که بهترتربیتی جزبراساسی اعمال حمایت دیپلماتیک صادر گردند، بعدها به دلیل مغایرت با حقوق بین الملل عمومی می توانند مورد اعتراض قرار گیرند؛ ه) در واقع دولتین ملزم به تأیید دعاوی اتباع خود هستند و اینکه در مواردی به خاطر سهولت امر، به خود افراد اجازه تعقیب پرونده‌ها را داده‌اند، کاملاً بی اهمیت است.

قوانين بین المللی مربوط به اعمال حمایت دیپلماتیک آشکارا طرح دعاوی کسانی را که هم تابعیت دولت خواهان و هم تابعیت دولت خوانده را دارند، منع می کنند. منابع سنتی حقوق بین الملل نیز چنین منعی را مدلل می سازند. عرف دولتها نیز همواره در گذشته نظریه منع طرح دعاوی اتباع مضاعف را تأیید کرده است. حتی اگر رویه دولت امریکا از جنگ جهانی دوم ببعد تغییر کرده باشد، این رویه جدید برای نامعتبر ساختن قاعدة سنتی کافی نیست. علاوه بر این، تصمیمات مراجع بین المللی مبنی بر مجاز شمردن طرح دعاوی اتباع مضاعف را باید نادیده گرفت؛ زیرا این تصمیمات یا در شرایطی اتخاذ شده‌اند که رأی به مؤثر بودن تابعیت، همواره به سود کشور خوانده بوده است، یا دیوانهای بین المللی منحصرآ برای تأمین منافع اتباع دولتها پیروز در جنگ ایجاد شده‌اند و بالاخره، بسیاری از حقوقدانان برجسته در نوشته‌های خود موضع متّخذه توسط ایران را تأیید می کنند.

ب. اظهارات ایالات متحده امریکا

موضع ایالات متحده در زیر خلاصه شده است:

موضع ایالات متحده این است که بموجب عبارات صریح بیانیه حل و فصل دعاوی، دیوان صلاحیت رسیدگی به دعاوی شهروندان ایالات متحده علیه ایران را دارد اعم از اینکه این اتباع، شهروندان ایران باشند یا نباشند. تعریف «تبه» براساس شهروندی بموجب حقوق داخلی بمنظور روشن ساختن این نکته صورت گرفته است. ایالات متحده عقیده دارد تنها

در صورتی توسل به حقوق بین الملل به عنوان راهنمایی جهت تفسیر مفاد بیانیه حل و فصل دعاوی ضرورت دارد که دیوان تصمیمی مبنی بر مبهم بودن بیانیه حل و فصل دعاوی در مورد اتباع مضاعف اتخاذ کند و در صورتیکه دیوان جهت تفسیر مفاد بیانیه، توسل به حقوق بین الملل را ضروری تشخیص دهد، حقوق بین الملل امروزین تفسیری بدست خواهد داد که بمحض آن، تصمیم مربوط به صلاحیت دیوان، با تابعیت غالب و مؤثر هریک از خواهانهای دارنده تابعیت مضاعف، بستگی خواهد داشت.

عبارات بند ۱ (الف) ماده هفت، خود صلاحیت رسیدگی به دعاوی اتباع ایالات متحده را به دیوان اعطا می کند. عبارت «برحسب مورد»، الزاماً عبارت مقدماتی دو جزئی را با تعریف دو جزئی بند فرعی (الف) مرتبط و همبسته می سازد. از اینرو مفهوم درست ماده فقط این است که تبعه ایران به معنای شخص حقیقی است که بمحض قوانین ایران، شهروند این کشور باشد و تبعه ایالات متحده به معنای شخص حقیقی است که بمحض قوانین ایالات متحده، شهروند کشور اخیر الذکر باشد.

معنای معمولی و متعارف «شهروند ایالات متحده» شهروندی را هم در بر می گیرد که تابعیت مضاعف دارد. معنای معمولی و متعارف واژه های «تبعه» و «شهروند»، در تداول حقوق بین الملل متفاوتند. «تابعیت» برجنبه بین المللی عضویت کشور تأکید می کند و براساس حقوق بین الملل معین می شود. «شهروندی» شمول قوانین داخلی را مورد تأکید قرار می دهد. بمحض قوانین ایالات متحده، شهروند ایالات متحده می تواند تبعه کشور دیگری نیز باشد. از اینرو معنای بند ۱ (الف) ماده هفت در ارتباط با خواهانهای ایالات متحده این است که «تابعه ایالات متحده شخص حقیقی است که شهروند ایالات متحده بوده و شهروندان ایالات متحده می توانند اتباع مضاعف باشند».

تفسیر ایران از بند ۱ (الف) ماده هفت با معنای روشن آن مغایرت دارد. ایران ماده هفت را بطور منفصل تفسیر می کند تا بگوید که تبعه به معنی «شهروند ایران یا شهروند ایالات متحده و نه بمعنی شهروند هر دو

کشور است». اما این تفسیر افزودن نکته‌ای است بر منطبق بیانیه حل و فصل دعاوی که طرفین در مورد گنجانیدن آن در بیانیه توافق نکرده‌اند. از نظر نحوزبان نیز چنین تفسیری نادرست است؛ زیرا دو جمله تبعی را که با عبارت «برحسب مورد» از دو جمله دیگر جدا شده‌اند، از آن دو جمله منفرد و مجزا می‌سازد بدون آنکه برای واژه‌های متصل کننده مزبور (برحسب مورد) معنائی قائل شود.

بیانیه‌های الجزایر بطور کلی، رویه و عمل طرفین، و نیز رویه حل و فصل دعاوی در دنیای معاصر عموماً مؤید تفسیر ایالات متحده از بند ۱ (الف) ماده هفت است. این تفسیر با تعهدی که در مورد خاتمه دادن به رسیدگیهای قضائی مطروح علیه ایران در دادگاههای امریکا توسط شهر وندان این کشور بر دوش ایالات متحده نهاده شده سازگار است. علاوه بر این هرگاه طرفین خواسته‌اند مواردی را مستثنی کنند، اینکار را بروشنا و صراحتاً انجام داده‌اند و در موارد متعددی موافقت‌نامه الجزایر با دقت بسیار پاره‌ای از خواهانها را از صلاحیت دیوان مستثنی کرده است. توصل به معانی تلویحی بمنظور ایجاد مورد استثنائی دیگر (تابع مضاعف) غیرموجه خواهد بود.

در ارتباط با رویه و عمل طرفین، آنگاه که ایران و ایالات متحده قصد مستثنی کردن اتباع مضاعف را از برخورداری از مزایای عهدنامه‌ها داشته‌اند — چنانکه در مورد «عهدنامه مودت» عمل کرده‌اند — قصد خود را صریحاً بیان نموده‌اند. اعطای صلاحیت به دیوان در مورد دعاوی اتباع مضاعف، با رویه کنونی ایالات متحده و کشورهای بسیار دیگر سازگار است. بعلاوه منطق دقیق بند ۱ (الف) ماده هفت بموجب کاربردی که در رویه‌های کنونی دارد، از مدت‌ها پیش شامل اتباع مضاعف نیز تلقی می‌شده است.

از آنجا که نص صریح بیانیه حل و فصل دعاوی موضع ایالات متحده را تأیید می‌کند، توصل به حقوق بین الملل جهت تفسیر آن ضروری ندارد. ایران بغلط می‌پندارد که بیانیه حل و فصل دعاوی باید با حقوق

بین الملل عرفی در ارتباط با اعمال حمایت دیپلماتیک سازگار باشد. بر عکس، مواد معاہدات را باید دقیقاً رعایت کرد حتی اگر این مواد از قواعد عمومی و کلی حقوق بین الملل منحرف شوند؛ مضافاً اینکه خصلت عمومی دیوان، موضع ایران را که وظیفه دیوان اعمال حمایت دیپلماتیک توسط دولتها است، تأیید نمی کند. بیانیه حل و فصل دعاوى نیز همانند معاهده ورسای که براساس آن دیوانهای داوری مختلطی بوجود آمدند، به برخی از اتباع – شهر وندان ایران و ایالات متحده – حقوقی اعطای می کند که مستقیماً در دیوانهای بین المللی قابل اعمال هستند. احکامی که به سود شهر وندان ایالات متحده عليه ایران صادر می شوند، مستقیماً از محل حساب تضمینی قابل اجرا بوده و بند ۲ ماده چهار بیانیه حل و فصل دعاوى مقرر می دارد «هر حکمی که هیئت داوری عليه هریک از دولتین صادر نماید، عليه آن دولت در دادگاههای هر کشوری طبق قوانین آن کشور قابل اجرا خواهد بود». از اینرو، فرض ایران در مورد ماهیت دیوان، بی اساس است. در صورتی که دیوان نظر دهد که بیانیه حل و فصل دعاوى در مورد صلاحیت رسیدگی به کلیه دعاوى شهر وندان ایالات متحده عليه ایران – قطع نظر از اینکه شهر وندان ایران باشند یا خیر – مبهم است، در این صورت دیوان باید طبق ماده پنج بیانیه مذبور بمنظور یافتن راهنمائی در تفسیر نص مورد بحث، به حقوق بین الملل مراجعه کند.

اگر قرار باشد که اصول حقوق بین الملل عرفی بکار گرفته شود، دیوان باید در هر پرونده متنضم اتباع مضاعف، موضع را از راه تعیین تابعیت غالب و مؤثر خواهان دارای تابعیت مضاعف فیصله دهد. مدت‌ها است که در حل تعارضات تابعیت در داوریهای بین المللی از اصل تابعیت مؤثر استفاده می شود. تحول حقوق بین الملل عرفی در مسیری جدا از نظریه کهنه عدم مسئولیت مطلق صورت گرفته است که بموجب آن دولتها در قبال دعاوى افرادی که هم اتباع کشور خوانده و هم اتباع کشور خواهان بودند، مطلقاً مسئولیتی ندارند. این نظریه عدم مسئولیت مطلق به دلایل زیر مورد انتقادهای فراوان قرار گرفته است: نخست اینکه این نظریه، ساده کردن

بیش از حد و از سربی دقیق مجموعه سوابق قضائی است که در این زمینه وجود دارد؛ دوام اینکه این نظریه براین فرض درست از لحاظ تئوری لیکن نادرست در عمل استوار است که چنین خواهانهای در صورت عدم رعایت نظریه عدم مسئولیت دولتها، از حمایت دو کشور برخودار خواهند شد؛ سوم اینکه نظریه مورد بحث، به شکلی غیر منصفانه برای قوانین داخلی که بموجب آنها تابعیت بر اصل خون مبتنی است یا ترک تابعیت داوطلبانه را محدود می سازند، وزن و اعتباری غیر لازم قائل می شود؛ چهارم اینکه نظریه عدم مسئولیت، دیوانهای بین المللی را ملزم می سازد که از تعیین تابعیت خواهانها براساس موازین حقوق بین الملل خودداری ورزند و از این رهگذر به اتباع کشورهایی که قوانین تابعیت آنها، تغییر تابعیت را غیر ممکن یا دشوار می کند لطمه وارد آورده و آنها را تنها به دلیل داشتن پیوندهای صوری و احتمالاً نامریبوط با کشور خوانده، متضرر کند. در نتیجه این انتقادها نظریه عدم مسئولیت، مردود شناخته شده و در سوابق قضائی عمده پس از جنگ، تصمیمات [مراجع داوری]، براساس نظریه تابعیت مؤثر اتخاذ شده اند.

شهروندی ایران که منحصرآ حاصل محدودیتهای قانونی این کشور در مورد ترک داوطلبانه تابعیت یا تحمیل خود بخود شهروندی بر پاره ای از افراد است – مانند همسران و فرزندان زاده امریکای مردان ایرانی – نمی تواند از پیوندهای راستین با ایالات متحده مهمتر باشد؛ بویژه اینکه اینگونه سیاستهای مربوط به تابعیت ایران، معایر حقوق انسانی خواهانها است که در اعلامیه حقوق بشر تصریح شده است.

بخش چهارم: دلایل صدور رأی

چنانکه دیوان قبلًا نظر داده است^۲ و طبق توافق طرفین، بیانیه های الجزایر تشکیل معاهده ای را می دهند که بموجب حقوق بین الملل منعقد شده است و باید طبق مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در باب قانون معاهدات («کنوانسیون وین»)^۳ تفسیر شود.

بدینسان وظيفة دیوان، تفسیر مواد ذیربطری بیانیه های الجزایر «طبق معنای معمولی که از کلمات و اصطلاحات آن استنباط می شود، در سیاق عبارت و با توجه به هدف و مقصود آن»^۴ می باشد.

ایالات متحده استدلال می کند که متن، روشن و بدون ابهام بوده و بیانیه با تعریف «اتباع» به عنوان «شهر وندان» که اصطلاحی است در حقوق داخلی، این نکته را بوضوح ذکر کرده است که کلیه اتباع ایالات متحده و ایران و از جمله اتباع مضاعف، حق اقامه دعوی در این دیوان را دارند.

ایران نیز عقیده دارد که متن از این لحاظ که معنای معمولی واژه «تبغه»، اتباع مضاعف را مستثنی می کند، روشن و بدون ابهام بوده و حرف ربط انفصالي «یا» نیز هرگونه ابهام را مرتفع می سازد. علاوه بر این ایران استدلال می کند که اعطای صلاحیت به یک دیوان بین المللی بموجب معاهدات، تنها در حد «اراده مشترک» دولتها امکان پذیر است و نمی توان تصوّر کرد ایران که تابعیت مضاعف را برسمیت نمی شناسد، بهنگام امضای بیانیه حل و فصل دعاوی، چنین صلاحیتی را پذیرفته باشد. هیچکدام از این استدلالها را نمی توان پذیرفت.

۲. تصمیم در پرونده الف / ۱، موضوع اول، مورخ ۲۰ زوئیه ۱۹۸۲ (۱۳۶۱ مردادماه).

۳. U.N. Doc. A / Conf. 39/27, 23 May 1969, reprinted in 8 I.L.M. 679 (1969).

۴. همان مأخذ: بند ۱ ماده ۳۱.

دیوان نمی‌تواند با این استدلال موافقت کند که متن، چنان روش
و بدون ابهام است که تحلیل و بررسی بیشتر را غیرضروری می‌سازد.
علاوه، تعریف «تابع» به عنوان «شهر و ندان» در بیانیه حل و فصل دعاوی
طريق ناقصی جهت طرح موضوع تابعیت مضاعف با توجه به موضع رسمی و
به ثبت رسیده ایالات متحده در مورد دعاوی اتباع مضاعف، بوده است؛
موضعی که طبق آن: «دولتها ملزم به برسمیت شناختن دعاوی اقامه شده
علیه خود توسط دولتی دیگر به نمایندگی از جانب فردی که دارای تابعیت
هر دو دولت است، نیستند، مگر آنکه چنین فردی پیوندی نزدیک تر و مؤثرتر
با دولت خواهان داشته باشد». ^۵ انتظار می‌رفت که اگر ایالات متحده مایل
بود قاعدة دیگری را دایر بر نادیده گرفتن نزدیکی نسبی پیوندها پیشنهاد
کند، این پیشنهاد را روش تربیان نماید. در مورد استدلال دیگر ایران باید
گفت که بموجب کنوانسیون وین، اثبات «اراده مشترک» با پذیرش
آگاهانه کلیه آثار شرایط مورد توافق توسط هریک از طرفین الزامی نیست.
دیوان باید به «کلمات و اصطلاحات معاهده در سیاق عبارت و با توجه به
هدف و مقصد آن» پردازد، نه به تفاهم یا قصد ذهنی هریک از طرفین.

دیوان براساس بند ۳(ج) ماده ۳۱ کنوانسیون وین باید «کلیه
قواعد ذیربطر حقوق بین الملل که در روابط فیما بین طرفین قابل إعمال
باشد» را در نظر گیرد. مجموعه قابل ملاحظه‌ای از نوشه‌های حقوقی که در
این تصمیم تحلیل شده‌اند، دیوان را به این نتیجه رهنمون می‌سازند که
قاعدة قابل إعمال حقوق بین الملل، قاعدة تابعیت غالب و مؤثر است.

۱. کنوانسیون ۱۹۳۰ لاهه

در ۱۲ آوریل ۱۹۳۰ (۲۳ فروردین ماه ۱۳۰۹) کنوانسیونی با
عنوان «در باب پاره‌ای موضوعات مربوط به تعارض قوانین تابعیت»

۵. این موضع رسمی دریاداشت مورخ ۱۹ فوریه ۱۹۶۲ دستیار رئیس اداره حقوقی وزارت خارجه جرج اپنگلر
که توسط ایالات متحده به جلسه استماع تسلیم شد، آمده است.

(«کنوانسیون لاهه») در شهر لاهه منعقد گردید. چنانکه مادهٔ یک کنوانسیون مزبور بروشی متذکر می‌گردد، تصمیم یک دولت در باب این مسئله که چه کسانی اتباع آن بشمار می‌آیند، «تا آنجا که این تصمیم با قوانین بین‌المللی حاکم بر تابعیت سازگار باشد» مورد احترام و رعایت دولتهای دیگر خواهد بود. بنابراین، حقوق بین‌الملل این نکته را تعیین نمی‌کند که چه کسی تبعهٔ کشوری است، بلکه شرایطی را بیان می‌کند که تحت آن تعیین تابعیت باید توسط دولتهای دیگر برسمیت شناخته شود.

مادهٔ چهار کنوانسیون لاهه مقرر می‌دارد: «یک دولت نمی‌تواند از یکی از اتباع خود علیه دولتی که این تبعه تابعیت آن را نیز دارد، حمایت دیپلماتیک بعمل آورد». اما این ماده را باید با اختیاط تفسیر کرد. نه تنها بیش از ۵۰ سال از عمر این ماده می‌گذرد و در معاهده‌ای گنجانده شده که تنها ۲۰ کشور آن را امضا کرده‌اند، بلکه تغییرات عظیمی نیز از آنهنگام تاکنون در مفهوم حمایت دیپلماتیک بوقوع پیوسته و این مفهوم طی دورهٔ یاد شده گسترش یافته است.

See Siorat, *Juris - Classeur Droit International*, La Protection Diplomatique, Fasc. 250-B., No. 20, (1965); Kiss, *Répertoire de Droit International*, Dalloz, Protection Diplomatique No. 14.

این مفهوم همچنان در جریان تحول و تغییر است و تمیز میان انواع مختلف حمایت، اعم از حمایت کنسولی و حمایت در ارتباط با دعاوی، ضرورت دارد.

علاوه بر این، تاریخچه مذاکرات مربوط به مادهٔ ۴ کنوانسیون لاهه نشان می‌دهد که شمول آن در موردی، چون پروندهٔ حاضر، که تبعهٔ مضاعفی در دیوانی بین‌المللی، خود ادعای شخص خود را علیه یکی از دولتهای اقامه می‌کند که تابعیت آن را دارد، محل تردید است. چنین پیشه‌هایی در جریان کنفرانس، تسلیم ولی رد شد.

See Kosters, *XXV Rev. de Droit International Privé* 412, 424 (1930).

دلیل دیگر محل تردید بودن شمول مادهٔ چهار بردعاوی مطروح توسط اتباع مضاعف در این دیوان این است که مادهٔ چهار طبق مفاد خود،

تنها شامل إعمال حماية دبلوماتيك توسط كشورها است. با آنکه آشکار است که این دیوان، دیوانی است بین المللی که بموجب معاهده ای بین المللی تأسیس یافته و با آنکه پاره ای از پرونده های دیوان متضمن اختلافات بین دولتین و نیز مستلزم تفسیر و اعمال حقوق بین الملل عمومی است، با این حال اغلب اختلافات (واز جمله کلیه دعاوی اتباع مضاعف) متضمن طرفی خصوصی از یکسو و دولت یا واحدی تحت کنترل دولت از سوی دیگر است و بسیاری از اختلافات را در درجه اول، موضوعات حقوق داخلی و نیز موضوعات مربوط به موازین کلی قانونی تشکیل می دهد.^۶ در اینگونه پرونده ها دیوان در باب حقوق خواهان و نه کشورش باید تصمیم بگیرد. این موقعیت را باید با وضعیت مقایسه کرد که دولتها از دعاوی اتباع خود براساس حقوق بین الملل حمایت می کنند و دادگاه دائمی دادگستری بین المللی آن را چنین توصیف کرده است: «... یک دولت، وقتی بعده می گیرد که از طریق اقدام دبلوماتیک یا رسیدگیهای قضائی بین المللی از جانب یکی از اتباع خویش دعوای وی را دنبال کند، در واقع حق خود را مطالبه می کند؛ یعنی حق حصول اطمینان از این امر که در وجود یکی از اتباعش، قواعد حقوق بین الملل رعایت می گردد».^۷ علاوه بر این، موضوع و هدف بیانیه های الجزاير، نه بسط معنای متدال و معمولی حمایت دبلوماتیک، که حل بحران روابط ایران و ایالات متحده بوده است. ظاهرآ این نکته آشکار است که یکی از موانع عمله حل بحران مذکور، وجود مرافعات عدیده ای بوده است که شهروندان ایالات متحده در دادگاههای این کشور علیه ایران اقامه کرده بودند؛ مرافعاتی که غالباً به صدور احکام توقيف دارائیهای ایران انجامیده بود. بمنظور غلبه بر این مانع و فراهم آوردن موجبات برگشت دارائیهای ایران و

6. ماده پنج بیانیه حل و فصل دعاوی مقرر می دارد: «هیئت داوری اتخاذ تصمیم درباره تمام موارد را براساس رعایت قانون انجام خواهد داد و مقررات حقوقی و اصول حقوق تجارت و حقوق بین الملل را بکار خواهد برد و در این مورد، کاربردهای عرف بازرگانی، مفاد قرارداد و تغییرات اوضاع و احوال را در نظر خواهد گرفت».

7. *The Panevezys-Saldutiskis Railway Case*, PCIJ, Series A/B, No. 76 (1939) 4, 16.

ختم مرافعات مذکور، مرجع جانشین جدیدی که این دیوان باشد، بوجود آمد.

این نکته نیز قابل ذکر است که ماده پنج کنوانسیون لاهه، اصل پیوند محکم تر را در مواردی برسمیت شناخته است که در آنها دولتها ثالث باید در باب پرونده‌های متضمن اتباع مضاعف تصمیم بگیرند. گرچه این دیوان ارگانی از یک دولت ثالث نیست،^۸ دیوانی هم نیست که در آن – چنانکه فوقاً یادآور شدیم – یک دولت به اختیار خود حمایت از دعاوی را بعهده بگیرد و اخذ تصمیم در باب دعاوی، منحصراً براساس حقوق بین الملل عمومی صورت پذیرد.

۲. سوابق قضائی

در این زمینه، تعداد قابل ملاحظه‌ای از تصمیمات قضائی و داوری ذیربطر و وجود دارد که اغلب آنها پیش از جنگ جهانی دوم اتخاذ شده و دانشمندان علوم حقوق در باب آنها تکمله نوشته و یا آنها را تفسیر کرده‌اند. لااقل نوشه‌های یک دانشمند، پروفسور ا. ب. بورچارد نه تنها به این دلیل که نویسنده‌گان بعدی نظرات وی مبنی بر جانبداری از قاعدة عدم مسئولیت^۹ را منعکس کرده‌اند، بلکه به دلیل نفوذ او بر کنفرانس لاهه که طی آن، کنوانسیون ۱۹۳۰ لاهه به تصویب رسید، ظاهراً تأثیر عمده‌ای داشته است. در واقع، سوابق قضائی مورد استناد بورچارد عموماً نتیجه گیری او را تأیید نمی‌کنند.^{۱۰} طرفهای داوری پرونده حاضر تصدیق کرده‌اند که تا قبل از

۸. مقایسه کنید با تصمیم کمیسیون حقوق بشر اروپا که نظرداده است: «دیوان عالی غرامت متفقین - آلمان» در جمهوری فدرال آلمان که قوانین آلمان را بعمل و تفسیر می‌کند، یک دیوان بین المللی است. جلد دوم سالنامه کنوانسیون اروپائی حقوق بشر، ۲۸۸ (۱۹۵۸ - ۱۹۵۹).

۹. See E.M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* 588 (1927).

10. See Griffin, «International Claims of Nationals of Both the Claimant and Respondent States - The Case History of a Myth», 1 *The International Lawyer* 400, 402 (1966-67).

و تذکاریه مورخ ۶ نوامبر ۱۹۵۷ (۱۸ آبان ماه ۱۳۳۶) وزارت خارجه که توسط آقای گرفن تهیه و در جلسه استماع، توسط ایالات متحده تسليم گردید.

سال ۱۹۳۰ قانون، مشخص نبوده است. با این حال ایران انعقاد کنوانسیون ۱۹۳۰ را نقطه عطف قاطعی تلقی می کند که به تبلور قاعدة عدم مسئولیت انجامیده است. از سوی دیگر، ایالات متحده به تعداد محدود دولتهای امضا کننده این کنوانسیون و به روایه و عمل دولتها بویژه در انعقاد و تفسیر موافقتنامه های حل و فصل دعاوی طی دوران پس از جنگ دوم اشاره می کند. به عقیده دیوان که فرصت برخورداری از استدلالات کتبی و شفاهی مشاوران برجسته طرفهای داوری را در باب این موضوعات داشته است، ذکر تمامی سوابق قضائی مورد استناد طرفهای داوری و اظهار نظر در باب آنها لازم نیست؛ زیرا دیوان قانع شده است که وضعیت قانون در دوران پیش از سال ۱۹۴۵ هرچه باشد، بهترین قاعدة مورد اعمال بهنگام انعقاد بیانیه های الجزایر و در دوران معاصر، قاعدة تابعیت غالب و مؤثر است.

دو تصمیم بسیار مهم در باب تابعیت مضاعف که در سالهای پس از جنگ جهانی دوم، اتخاذ شده اند، تأثیر قاطعی برجای نهاده اند. نخست، دیوان بین المللی دادگستری، در قضیه نوبه بام در تاریخ ۶ آوریل ۱۹۵۵ (۱۷ فروردین ماه ۱۳۳۴) چنین اظهار نظر کرده است:

داوران بین المللی ... تابعیت واقعی و مؤثر را مرجح دانسته اند؛ تابعیتی که با واقعیات سازگار بوده و تابعیتی که بر بیوندهای واقعی مستحکم تر شخص ذیربسط یا یکی از دولتهای متبع وی مبتنی باشد. عوامل مختلفی در نظر گرفته می شوند که اهمیت آنها از مردمی به مردم دیگر متفاوت است: محل اقامت عادی شخص، عامل مهمی است؛ اما عوامل دیگری چون مرکز علایق و منافع، پیوندهای خانوادگی، مشارکت در زندگی عمومی، دلبستگی شخص به کشوری معین و تلقین این دلبستگی به فرزندان وغیره نیز وجود دارند.

ابنحو مشابهی، دادگاههای کشور ثالث نیز بهنگام بررسی وضع تابعیت فردی که دو کشور دیگر نیز وی را تبعه خود می دانند، برای حل این تعارض به معیارهای بین المللی توسل می جویند و گرایش غالب آنها، مرجح شمردن تابعیت واقعی و مؤثر است.^{۱۱}

۱۱. قضیه نوبه بام، (یختنشتاین علیه گواتمالا) گزارش های دیوان بین المللی دادگستری (۱۹۵۵)، ۴، ۲۲.

گرچه قضیه نوته با متنضمن ادعاع علیه دولتی نبود که نوته با متن تبعه آن باشد با این حال، همین قضیه نشان می‌دهد که دیوان بین‌المللی دادگستری کوشش در راه یافتن تابعیت مؤثر و واقعی مبتنی بر واقعیات پرونده را بر روش استناد به معیارهای صوری ترجیح می‌دهد و روش اول را می‌پذیرد و تأیید می‌کند. تصمیم نوته با متن در سراسر حقوق بین‌الملل مربوط به تابعیت اثر گذاشته است.

چند ماه بعد در ۱۰ژوئن ۱۹۵۵ (۲۰ خردادماه ۱۳۳۴) کمیسیون حل اختلاف ایتالیا – ایالات متحده که در اجرای معاهده صلح سال ۱۹۴۷ بوجود آمده بود، در قضیه مرزه چنین تصمیم گرفت که اصل «... مبتنی بر برابری دولتها حاکم که بموجب آن حمایت دیپلماتیک در مورد اتباع مضاعف اعمال نمی‌گردد، باید در برابر اصل تابعیت مؤثر، هرگاه تابعیت مؤثر مربوط به دولت خواهان باشد، تسليم شود». قضیه مرزه (ایالات متحده علیه ایتالیا) (1955) R.I.A.A. 236, 247 کمیسیون مزبور همین تحلیل را در پرونده‌های مشابه متعبد دیگری که متنضمن اتباع مضاعف بودند، بکار گرفت. کمیسیون حل اختلاف فرانسه و ایتالیا نیز طبق «نظریه پیوند» در باب چند پرونده متنضمن دعاوی اتباع مضاعف تصمیم گرفت. رجوع شود به:

Rambaldiclaime (France v. Italy) 13, R.I.A.A. 786 (1957).

Menghicleaim (France v. Italy) 13, R.I.A.A. 801 (1958).

Lombroso Claim (France v. Italy) 13, R.I.A.A. 804 (1958).

۳. نوشه‌های حقوقی

پاره‌ای از ذیصلاح‌ترین حقوقدانان بین‌المللی اصول بکار گرفته شده در این پرونده‌ها را تأیید می‌کنند. بادووان می‌نویسد که تابعیت مؤثر باید حاکم باشد؛ زیرا تابعیت، تعبیر قضائی یک واقعیت اجتماعی است.^{۱۲}

12. Basdevant, «Conflits de Nationalités dans les Arbitrages vénézuéliens de 1903-1905», *Rev. de Driot Intern. Privé* 41, 60-61 (1909).

موردی در کتاب خود تحت عنوان «حکم نوته بام و شرط تابعیت مؤثر» (1958) 23 *Rabels Zeitschrift* مدرستی قاعدة ادعائی منع دولتها از اقدام علیه دولتی دیگر در موارد تابعیت مضاعف را مورد تردید قرار می‌دهد و نتیجه می‌گیرد که حکم قضیه نوته بام، شمولی کلی و عمومی دارد. بل و فیسخر در کتاب خود تحت عنوان «دوره دروس کلی حقوق بین الملل عمومی» (1972) 162-63 *Recueil des Cours* می‌نویسد:

دکترین پیوند مؤثراً وابستگی غالب، منظماً در طول قرن نوزدهم بکار گرفته شده است؛ اما از آنجا که بکار گیری این دکترین عموماً بمنظور رد دعاوى صورت گرفته و در عین حال این نکته وابه عنوان حقیقت مسلمی به اثبات رسانده است که خود دولتها از اعمال حمایت دیلماتیک در مورد اتباع مضاعفی که در عین حال تابعیت دولت خوانده را دارند، خودداری می‌کنند، این نتیجه گرفته شده است که طبق قاعده‌ای کلی، دعاوى اقامه شده به سود اتباع مضاعف، مردود شناخته می‌شود... وابه اینه محرز و مسلم شده است که در خواست اعمال حمایت به سود اتباع مضاعف باید مردود اعلام گردد.

این قاعده که از سال ۱۹۶۵ مجددأً توسط «انستیتوی حقوق بین الملل» مورد تأیید قرار گرفته است، بیان درست موضع جاری علم حقوق نیست. دیوان بین المللی دادگستری با صدور حکم قضیه نوته بام، اصل کلی و عمومی را تأیید کرده است.

دوفیسخر نتیجه می‌گیرد که تصمیم مربوط به قضیه مرثه «... ظاهراً با دقیقی کافی و با اختصار، قوانین قابل اعمال را بیان می‌کند...». همان مأخذ صفحه ۱۶۳.

طبق نوشته‌های حقوقی سالهای اخیر، نظریه «تابعیت واقعی غالب» (1976) Rousseau, *Droit International Public*, Précis Dalloz, 112 حداقل در مقابل دیوانهای بین المللی، همان نظریه تابعیت مؤثر است. رجوع شود به:

Batiffol et Lagarde, *I Droit International Privé* No. 82 (7th ed. 1981); Siorat, *Juris-Classeur Droit International*, La Protection Diplomatique, Fasc. 250-B, No. 20 (1965); Reuter, *Droit International Public*, Themis,

236 (5th ed. 1976); (1961) 2 Y.B. Int'l Law Comm'n 46, 49, U.N. Doc. A/CN. 4/134, Add. 1; 1977 *Digest of United States Practice in International Law* 693-94; Rode, «Dual Nationals and the Doctrine of Dominant Nationality», 53 *Am. J. Int'l L.* 139 (1959); Messia, «La protection diplomatique en cas de double nationalité», 1960 *Hommages Basdevant* 556; Donner, *The Regulation of Nationality in International Law* 95 (1983).

برآونلی به ضرورت اثبات پیوند غالب و مسلط اشاره کرده است و می‌گوید «هرگاه بتوان انتخابی بعمل آورد، از اصل برای برداشتها الزاماً تخطی نمی‌شود؛ گواینکه اگر پیوندھای ظریف و دقیقی که حقوق داخلی برآنها صحنه می‌گذارد، دعوى را مردود سازند، از اصل مزبور احتمالاً تخطی خواهد شد. رجوع شود به:

Brownlie, *Principles of Public International Law* 399 (3rd ed., 1979).

لی عقيدة خود را چنین بیان داشته است که «هرگونه کوششی که در جهت مقایسه این دو اصل بعمل آید، احتمالاً به پیروزی نظریة تابعیت مؤثر منتهی خواهد شد». رجوع شود به:

Leigh, «Nationality and Diplomatic Protection», 20 *The International and Comparative Law Quarterly* 453, 475 (1971).

این روند تغییر قاعدة عدم مسئولیت کنوانسیون لاهه از راه جستجو برای یافتن تابعیت غالب و مؤثر به هیچ روحی شکفت آور نیست؛ زیرا با تحولات معاصر حقوق بین الملل بمنظور اعطای حمایتها قانونی به افراد حتی علیه دولت متبعشان، سازگار است. علاوه بر این چنانکه تذکاریه گریفین (پانویس شماره ۱۰ سابق الذکر) آشکار می‌سازد، بسیاری از تصمیمات ذیربیط اتخاذ شده در قرن نوزدهم از راه قائل شدن وزن و اعتبار فراوان برای محل اقامت، نگرانیهای مشابهی را منعکس ساخته اند.

بدینسان قاعدة ذیربیط حقوق بین الملل که دیوان طبق مفاد بند ۳ (ج) ماده ۳۱ کنوانسیون وین، می‌تواند بمنظور تفسیر بیانیه در نظر گیرد، قاعده‌ای است که در اظهار نظر ضمنی داوران در قضیه نوته بام بیان شده که همان قاعدة تابعیت واقعی و مؤثر و جستجو برای یافتن «پیوندھای واقعی مستحکم تر شخص ذیربیط یا یکی از دولتها متبوع او است». با توجه به اثر

نافذ این قاعده پس از صدور حکم قضیه نوته بام، دیوان نتیجه می‌گیرد که اشاراتی که در بیانیه‌های الجزایر به «تبعه» و «اتباع» شده است، باید طبق قاعده مزبور درک گردد مگر آنکه استثنا براین قاعده بروشنى ذکر شده باشد. چنانکه فوقاً یادآوری گردید، نظر دیوان این است که در بیانیه‌های الجزایر چنین استثنای آشکاری دیده نمی‌شود.

به دلایلی که در بالا بر شمرده شد، نظر دیوان این است که صلاحیت رسیدگی به دعاوی اتباع مضاعف (اتباع ایران و ایالات متحده) علیه ایران را در مواردی دارد که تابعیت غالب و مؤثر خواهان طی دوره ذیربط (از تاریخ ایجاد ادعای ۱۹ ژانویه ۱۹۸۱ / ۲۹ دی ماه ۱۳۵۹)، تابعیت ایالات متحده بوده است.^{۱۳} دیوان در تعیین تابعیت غالب و مؤثر، کلیه عوامل ذیربط و از جمله محل اقامت معمولی، مرکز علايق و منافع، پیوندهای خانوادگی، مشارکت در زندگی عمومی و سایر شواهد وابستگی را در نظر خواهد گرفت.

دیوان براین نتیجه گیری اخطار مهمی می‌افزاید. در پرونده‌هایی که دیوان براساس تابعیت غالب و مؤثر خواهان به صلاحیت خود رأی می‌دهد، تابعیت دیگر خواهان می‌تواند از لحاظ ماهیت دعوی همچنان ذیربط و معتبر بماند. لاهه، بتاریخ ۶ آوریل ۱۹۸۴ (۱۷ فروردین ماه ۱۳۶۳)

گونار لاگرگرن
(رئیس دیوان)

ولیم ریهاخن
موافق در نتیجه

نیلس منگارد

ریچارد ام. ماسک
موافق در نتیجه

جرج اچ. آلدربیج
موافق در نتیجه

هوارد ام هولتزمن
موافق در نتیجه

۱۳. موضوع تفسیری که در این پرونده توسط دولت ایران مطرح گردیده است، تنها به دعاوی اقامه شده علیه ایران مربوط می‌شود؛ اما استدلال مطروح در این تصمیم، در مورد هر دعوی که علیه ایالات متحده اقامه شود نیز عیناً صدق می‌کند.

دولت جمهوری اسلامی ایران ضمن بیانیه‌ای در ۶۳/۲/۴ مخالفت و اعتراض خود را به رأی مزبور اعلام نمود. داوران ایرانی دیوان نیز ضمن اعتراض به این رأی نظریه مخالف خود را مستدلاً و به تفصیل در ۶۳/۹ در دیوان داوری ثبت کردند.

«مجله حقوقی» امیدوار است فرصتی بدست آورد تا متن کامل نظرات داوران ایرانی را همراه با سایر نظرات و عقایدی که در موضوع تابعیت مضاعف ابراز گردیده است، منتشر نماید.

زمستان ۶۴

دکتر سید حسین صفائی



مفهوم تقصیر سنگین

در ارتباط با

شرط عدم مسئولیت



ه این مقاله در ارتباط با بعضی دعاوی مطروحه در دیوان داوری لاهه به رشتۀ تحریر درآمده است که نظر به
فایده عام آن، با پاره‌ای اصلاحات منتشر می‌شود.

مقدمه:

در بسیاری از نظامهای حقوقی از جمله در حقوق فرانسه قاعده‌ای وجود دارد که بموجب آن، شرط مسئولیت یا تحديد مسئولیت ناشی از قرارداد در صورت ارتکاب تقصیر عمدی یا تقصیر سنگین از سوی شخصی که شرط به نفع او است، مؤثر نخواهد بود. به دیگر سخن، هرگاه طرف قرارداد که از شرط عدم مسئولیت یا تحديد مسئولیت برخوردار است، مرتکب تقصیر عمدی یا تقصیر سنگین شده باشد، نمی‌تواند به شرط مذکور استناد کند و در این موارد، شرط هیچگونه تأثیری نخواهد داشت. قاعده الحاق تقصیر سنگین به تقصیر عمدی یک قاعدة قدیم است که حتی در حقوق رُم وجود داشته و با عبارت *culpa lata dolo aequipartur* بیان شده است. در حقوق امروز نیز بسیاری از کشورها بویژه اغلب کشورهای حقوق نوشته که مبتنی بر حقوق رُم می‌باشد، آن را پذیرفته‌اند.^۱ البته اثبات تقصیر عمدی یا تقصیر

۱. رجوع شود به:

J. Limpens, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XI, Ch. 2, n°s 66 s.;

←

سنگین بر عهده طرفی است که برای بی اثر ساختن شرط تعیین مسئولیت به آن استناد می نماید.

در مورد عدم اجرای شرط عدم مسئولیت یا تعیین مسئولیت در صورت ثبوت تقصیر عمدی، چنین استدلال کرده اند:

- توافق بر عدم مسئولیت یا تعیین مسئولیت متعهد در صورت ارتکاب تقصیر عمدی، برخلاف نظم عمومی و باطل است.
- هرگاه متعهد، مسئول تقصیر عمدی خود نباشد، در واقع اجرای قرارداد بستگی به میل و تصمیم یکجانبه او خواهد داشت و به تعبیر دیگر او آزاد خواهد بود قرارداد را اجرا کند یا نکند و اینگونه شرط با طبیعت قرارداد ناسازگار و باطل است.

اما در مورد الحق تقصیر سنگین به تقصیر عمدی چنین استدلال کرده اند:

اگر تقصیر سنگین در حکم تقصیر عمدی نباشد، ممکن است متعهد عمدآً نقض قرارداد کند و چون اثبات عمد که امری درونی است دشوار می باشد، از مسئولیت معاف تلقی شود. به تعبیر دیگر الحق تقصیر سنگین به تقصیر عمدی مانع از آن است که دارنده سوء نیت، خود را به نادانی و جهالت بزند و در پناه آن از مسئولیت دور بماند، چنانکه «مازو» ها مؤلفان بنام فرانسوی گفته اند «ناید اجازه داد که خباثت، نقاب ساده خمامت بر چهره زند». ۲

به حال آنان که تقصیر سنگین را در حکم تقصیر عمدی می دانند، شرط عدم مسئولیت ناشی از تقصیر سنگین را نیز برخلاف نظم عمومی و



A. WEILL - F. TERRE, *Droit civil, les obligations*, 3e éd., Paris 1980, n° 450; H.L.J. MAZEAUD - F. CHABAS, *Leçons de Droit civil*, T. II, 1er vol., 6e éd. Paris 1978, n° 447; J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. 4, *Les Obligations*, 11e éd. Paris 1982, n°s 74 et 78; A. RIEG, *Responsabilité contractuelle*, *Juris-Classeur*, Civil, Art. 1146 à 1155, Fasc-VII, n° 21; ABDEL SALAM MUZAGIII, *Le declin des clauses d'exonération de responsabilité*, Paris 1981, n°s 266 et s.

و نیز رجوع شود به دکتر سید حسین صفائی، حقوق مدنی: ج ۲، تهران ۱۳۵۱، ص ۲۴۲ و ۲۴۳ — دکتر ناصر کاتوزیان، *ضمانت فهری — مسئولیت مدنی*، تهران ۱۳۶۲، ش ۲۱۲، ص ۳۵۸.

2. MAZEAUD, *Resp. I*, n° 414 cité par CARBONNIER, op. cit. n° 73, p. 280.

باطل تلقی می نمایند که مفروض ما در این نوشه نیز همین نظر است.
آنچه در این مقاله مورد بررسی قرار می گیرد مفهوم تقصیر سنگین و
ضابطه و معیار تشخیص آن می باشد که کاری است دشوار؛ چرا که در این
خصوص آرا و نظرات علمی، متشتت است و از آنها نمی نوان نتیجه قطعی
بدست آورد. معهذا بررسی حقوق تطبیقی در این زمینه می تواند سودمند
باشد.

در این بررسی مختصر با توجه به امکانات و منابع در دسترس،
مسئله را در حقوق فرانسه، انگلیس و امریکا مورد مطالعه قرار می دهیم.
حقوق فرانسه به عنوان نمونه بارزی از نظام حقوق نوشه و
روماییست، قابل توجه است بویژه از آن جهت که حقوق تعهدات ایران به
آن حقوق نزدیک بوده و برخی از قوانین ما از قوانین فرانسه الهام گرفته شده
است و حقوقدانان ما در تفسیر قوانین مزبور و رفع ابهامات آن، در پاره ای
موارد به حقوق فرانسه رجوع می کنند.

نکته دیگر آنکه ظاهراً فقط در حقوق فرانسه و سایر کشورهای
حقوق نوشه است که مفهوم تقصیر سنگین در رابطه با شرط عدم یا تحديد
مسئولیت نیز مطرح شده است؛ در حالیکه در کشورهای کامن لو، تا آنجا که
ما بررسی کردیم، این مفهوم در رابطه با مسائل دیگر، بویژه در زمینه
مسئولیت خارج از «قرارداد»،^۳ مورد بحث قرار گرفته است.

با وجود این، بحث از حقوق انگلیس و امریکا به عنوان نمونه های
بارزی از نظام حقوقی کامن لو نیز در این باب سودمند خواهد بود. لذا در
بخش اول، حقوق فرانسه و در بخش دوم، حقوق انگلیس و امریکا را مورد
بررسی قرار می دهیم و در بخش سوم به بحث مختصی درباره تقصیر
سنگین در قراردادهای بین المللی می پردازیم.

بخش اول

تقصیر سنگین در حقوق فرانسه

در حقوق قدیم فرانسه براساس حقوق رُم، در زمینه قراردادها تقصیر را درجه بندی می کردند. اولًاً بین تقصیر عمدى و تقصیر غیرعمدى فرق می گذارند و ثانیاً تقصیر غیرعمدى را به سه گونه تقسیم می کردند: «قصیر سنگین»^۴ (قصیری آنچنان بزرگ و فاحش که معادل تقصیر عمدى بشمار می آید)، «قصیر سبک»^۵ (قصیری که شخص با احتیاط متوسط مرتکب آن نمی شود) و «قصیر بسیار سبک»^۶ (قصیری که شخص بسیار محظوظ و آگاه آن را مرتکب نمی گردد). البته آثاری براین تقسیم بندی مترتب بود.

این تقسیم بندی در قرن هجدهم مورد انتقاد شدید بویژه از سوی لابرو^۷ واقع شد و در نتیجه نویسندهای قانون مدنی فرانسه تقسیم بندی سه گانه تقصیر غیرعمدى را پذیرفتند و ممکن بود تصور شود که درجه بندی سه گانه تقصیر در حقوق جدید فرانسه رد شده است. در واقع تفکیک بین تقصیر سبک و تقصیر بسیار سبک بکلی متوقف شد؛ ولی فرق بین تقصیر سبک و سنگین از میان نرفت. در زمینه های مختلف، روایة قضائی فرانسه آن تقسیم بندی را زنده کرد و قانونگذار جدید نیز در پاره ای موارد آن را پذیرفت.^۸

بنابراین در حقوق امروز فرانسه در مواردی بین تقصیر سنگین و تقصیر سبک فرق می گذارند. بعضی از این موارد مبتنی بر روایة قضائی و

4. faute lourde

5. faute légère

6. faute très légère

7. Le Brun

۸. ویل، کتاب مذکور: ش ۴۰۴ بعد.

برخی ناشی از قانون است. از جمله مواردی که رویه قضائی این تفکیک را پذیرفته، مورد شرط عدم مسئولیت یا تجدید مسئولیت است. اما مفهوم تقصیر سنگین را نه رویه قضائی روشن کرده است و نه قانونگذار. درست است که دیوان تمیز فرانسه توصیف تقصیر را یک امر حکمی تلقی کرده و اختیار کنترل آن را برای خود شناخته است، ولی به علت تنوع موارد و مسائل، تاکنون به ضابطه روشنی جهت تشخیص تقصیر سنگین دست نیافرده است. قانونگذار و رویه قضائی فرانسه تعریفی از تقصیر سنگین بدست نمی دهند؛ ولی بعضی از علمای حقوق فرانسه آن را بطور کلی و انتزاعی تعریف کرده‌اند.

کاربنه در تعریف تقصیر سنگین چنین می‌گوید:

«قصیر سنگین^۹ تقصیری است که مظہر عدم مهارت یا غفلت شدید در حدی شکفت است. نه قصد اضرار هست و نه خباثت، ولی آنچنان بی مبالغی وجود دارد که گوئی کار عمداً انجام گرفته است».^{۱۰}

«مازو»‌ها در کتاب معروف دروس حقوق مدنی خود این مفهوم را چنین تعریف کرده‌اند:

«قصیر عمدى تقصیری است نه عمدى و نه ارادى، ولی سخت فاحش است. مرتكب آن، ایراد ضرر یا عدم اجرای قرارداد را نخواست، ولی آنچنان رفتار کرده که گوئی آن را خواسته است».^{۱۱}

بعضی از استادان حقوق از جمله ویل با توجه به اینکه تعریف کلی و انتزاعی از تقصیر سنگین چندان کارساز و راهگشا نیست، برای روشن کردن این مفهوم، بی‌آنکه تعریفی از آن بدست دهند، به مقایسه آن با تقصیر عمدى و تقصیر عادى پرداخته‌اند^{۱۲} که بیشک سودمند و روشنگر

9. culpa lata

۱۰. کاربنه، حقوق مدنی: ج ۴، ش ۷۲، ص ۲۷۴.

۱۱. مازوها، دروس حقوق مدنی: ج ۲، بخش نخست، ش ۴۴۷، ص ۴۲۹ و ۴۳۰.

۱۲. ویل، حقوق مدنی، تعهدات: ش ۴۰۸، ص ۴۶۷ بعد — ریگ، ژورس کلاسون حقوق مدنی، ماده ۱۱۴۶ تا جزء ۷، ش ۱۹ بعد.

است:

الف. تقصیر سنگین با تقصیر عمدی از این جهت تفاوت دارد که غیرارادی است. تقصیر عمدی مستلزم «سوء نیت»^{۱۳} است؛ در حالیکه تقصیر سنگین هر قدر فاحش باشد، متضمن آن نیست. البته نباید در مفهوم تقصیر عمدی مبالغه کرد و گفت که در تقصیر عمدی باید قصد اضرار به متعهد در تخلف از قرارداد وجود داشته باشد. نه تنها در این مورد بلکه در موردی نیز که متعهد، با اراده از اجرای تعهد سر باز می‌زند و می‌داند از رفتار او به متعهده له زیان خواهد رسید، هر چند که ایراد زیان را نخواسته و به تعبیر دیگر قصد نتیجه نداشته باشد^{۱۴}، صادق است. بنابراین در تقصیر عمدی لااقل آگاهی به زیانی که به متعهده له وارد می‌شود، لازم است و همین آگاهی در تحقق سوء نیت کافی است. اما تقصیر سنگین، یک اشتباه، یک غفلت فاحش و نابخشودنی است؛ هر چند که نه قصد اضرار در میان است و نه علم به خسارتی که به متعهده له وارد خواهد شد. از اینرو مرتكب تقصیر سنگین دارای حُسن نیت است. حُسن نیت و سوء نیت وجه تمایز اساسی بین دو مفهوم تقصیر سنگین و تقصیر عمدی است. نتیجه این تمایز آن است که تشخیص تقصیر عمدی ضرورتاً بطور «شخصی»^{۱۵} انجام می‌گیرد؛ بدین معنی که در هر مورد باید وضع درونی و روانی مقصّر جهت تشخیص سوء نیت مورد بررسی قرار گیرد، بدون اینکه با یک فرد نوعی، یک انسان متوسط مقایسه شود؛ در حالیکه در تقصیر سنگین، بررسی و تشخیص دارای جنبه «نوعی»^{۱۶} است و رفتار متخلف، با رفتار یک انسان متوسط مقایسه می‌شود.

ب. تفکیک تقصیر سنگین از «قصیر عادی»^{۱۷} یا «قصیر سبک»، دقیق‌تر و دشوارتر است. وجه تمایز سنتی وقدیمی در این باب،

13. mauvaise foi

۱۴. این مورد را در حقوق جزای اسلامی، «شبه عمد» می‌گویند.

15. concrète

16. abstrait

17. faute ordinaire

فاخش بودن تقصیر است. اولین حقوقدان معروف رومی می‌گفت: تقصیر سنگین عبارت است از «عدم درک چیزی که همگان درک می‌کنند».^{۱۸} مؤلفان حقوق قدیم فرانسه می‌گفتند:

«قصیر سنگین عبارت است از جهل به اموری که کم هوش‌ترین اشخاص درک می‌کنند و ترک تدابیری که کم دقّت‌ترین اشخاص انجاذ می‌نمایند».^{۱۹}

بعضی از علمای حقوق فرانسه مانند ژوسران و پلانیول قابل پیش‌بینی بودن زیان را معيار تشخیص تقصیر سنگین از تقصیر سبک تلقی کرده‌اند. بنابراین نظریه تقصیر سنگین عبارت است از رفتار تخلف آمیز شخصی که می‌تواند و باید پیش‌بینی کند که از عمل او زیانی به دیگری وارد خواهد شد.^{۲۰}

این تعاریف مانند تعاریفی که از علمای معاصر حقوق نقل کردیم، کلی و انتزاعی است و ضابطه روشنی برای تفکیک تقصیر سنگین از تقصیر عادی بدست نمی‌دهد؛ ولی رویه قضائی فرانسه، اگرچه تقصیر سنگین را بطور کلی تعریف نکرده، اما با اعمال این مفهوم در موارد متعدد، ضوابط و معيارهایی جهت تشخیص آن بدست داده است. البته دادگاههای فرانسه در این باب به خصوصیات مورد، توجه داشته و در هر مورد، ضابطه و معيار خاصی را پذیرفته‌اند بی‌آنکه معلوم باشد چرا در فلان مورد، فلان ضابطه بر ضوابط دیگر مرجع شمرده شده و ملاک عمل قرار گرفته است.^{۲۱} به حال بررسی این ضوابط و معيارها هرچند که متشتّت و ناظر به موارد خاص است، سودمند خواهد بود:

□ در بعضی از آرا، «فاخش بودن»^{۲۲} تقصیر مورد توجه واقع شده

18. non intelligere quod omnes intelligunt

۱۹. وبل، کتاب مذکور: پانویس ش ۱، ص ۴۷۰.

20. CARBONNIER, op. cit. n° 73, p. 280.

۲۱. رجوع شود بویزه به ریگ، ژورس کلاسیور حقوق مدنی: جلد و جزوه مذکور، ش ۲۰.

22. enormité

است. بنابراین، تقصیر سنگین عبارت است از: یک عمل احمقانه، یک تقصیر بزرگ، عملی که حاکی از سبکسری شدید باشد.^{۲۳}

□ جنبه اساسی تعهد برای احراز تقصیر سنگین در برخی از آرا مورد توجه قرار گرفته است. مثلاً یکی از تعهدات اساسی پزشک آن است که بیماری مریض خود را تشید نکند. پس پزشکی که به بیمار خود خون یک فرد مبتلا به سیفلیس را تزریق می کند مرتکب تقصیر سنگین شده است.^{۲۴} یا تحويل کالا از سوی متصدی حمل و نقل به شخص ثالثی که سمتی لازم جهت دریافت آن را ندارد، یک تقصیر سنگین بشمار می آید.^{۲۵}

□ احتمال زیاد تحقق ضرر نیز یکی از عواملی است که در تشخیص تقصیر سنگین در برخی از آرا منظور شده است. بدینسان اگر کالا از مواد غذائی ضایع شدنی باشد، تدابیر خاصی برای حمل و نقل آن لازم است که عدم اتخاذ آن از سوی متصدی حمل و نقل، تقصیر سنگین محسوب می شود.^{۲۶}

عدم مراقبت و نقص سازماندهی ممکن است ورود خسارت را اجتناب ناپذیر نماید و از این رو تقصیر سنگین بشمار آید. بنابراین کارخانه داری که محلی برای گذاردن لباس کارکنان خود تعیین می کند ولی برای اشیای تودیع شده کنترلی در نظر نمی گیرد، مرتکب تقصیر سنگین شده است.^{۲۷} در این باب بعضی با توجه به درجه احتمال خسارت گفته اند که تفکیک بین «قطعی»^{۲۸}، «منظون»^{۲۹} و «ممکن»^{۳۰} منطبق با تقسیم بندی سه گانه تقصیر به عمدی، سنگین و سبک است.

□ صلاحیت و مهارت حرفه ای متخلّف نیز عاملی مؤثر در تحقق تقصیر سنگین بشمار آمده است. بروطبق یک رأی دادگاه پاریس،^{۳۱} شهرت

23. Cass. req. 24 Avril 1928; S. 1928, I, 258.

24. Paris 25 avril 1945; S. 1946, 2, 29, note du Garreau de la Mechenie.

25. Cass. civ. 12 Juin 1950; Gaz. Pal. 1950, 2, 195.

26. Cass. civ. 19 Nov. 1923; Gaz. Pal. 1924, I, 119.

27. Cass. soc. 15 Juill. 1949; J.C.P. 49, II, 5181.

28. certain

29. probable

30. possible

31. Paris 28 Nov. 1951; D. 1952, 23.

حرفه‌ای متعهد به مشتری حق داده است که انتظار مراقبتها را خاصی را داشته باشد و عدم اجرای آن مراقبتها تقصیر سنگین محسوب می‌شود.

□ تکرار نیز از معیارهای تقصیر سنگین بشمار آمده است. مثلاً تکرار سرقت نزد متصدی حمل و نقل یا ودیعه گیرنده، در برخی از آرا، موجب تحقیق تقصیر سنگین تلقی شده است.^{۳۲}

□ در برخی از آرا، ارزش مال خسارت دیده نیز در تشخیص تقصیر سنگین مورد عنایت واقع شده است.^{۳۳}

یکی از حقوقدانان پس از بررسی رویه قضائی و دکترین فرانسه درباره مفهوم و ضابطه تشخیص تقصیر سنگین چنین نتیجه گیری می‌کند:

«قصیر سنگین به تعییر امروز به معنی تقصیر ویژه (شدید)، مستقل از اتفاق است. در واقع اتفاق و قابل پیش‌بینی نبودن خسارت، دو عامل مشخص تقصیر سبک هستند که می‌توانند در تفکیک این تقصیر از تقصیر سنگین بکار گرفته شوند».^{۳۴}

لیکن باید گفت که رویه قضائی فرانسه از این پیچیده‌تر است و بررسی آن نشان می‌دهد که معیار تشخیص تقصیر سنگین در یک معیار ساده و کلی مانند قابل پیش‌بینی بودن زیان خلاصه نمی‌شود. بهر حال گرایش رویه قضائی به پذیرش معیارهای انعطاف‌پذیرتر است و در عین حال سختگیری بیشتر نسبت به وارد کنندگان زیان بویژه اشخاص حرفه‌ای است و از این‌رو قلمرو تقصیر سنگین در حقوق فرانسه گسترش یافته است.^{۳۵}

32. Civ. 29 Juin 1932, S. 32, I, 351; Req. 4 Avril 1933, S. 33, I, 188.

۳۳. کاربنیه: ش ۷۳، ص ۲۸۰—ویل: ش ۴۰۸، ص ۴۷۰.

34. ABDEL SALAM MUZAGHI, op. cit., n° 255, p. 173-174.

۳۵. ویل: ش ۴۰۸، ص ۴۶۹.

بخش دوم

تقصیر سنگین در حقوق انگلیس و امریکا

در این بخش، نخست از حقوق انگلیس و سپس از حقوق امریکا و بالاخره از تقصیر متخصص که قواعد آن در هر دو حقوق تقریباً یکسان است، سخن می‌گوئیم.

الف. حقوق انگلیس

در بعضی از آرای صادر از دادگاههای انگلیس، درجه‌بندی تقصیر پذیرفته شده و اصطلاح تقصیر سنگین بکار رفته و حتی تعریف شده است. مثلاً در رأی صادر در پرونده بیل^{۳۶}، در مورد متصدی حمل و نمایندگان دیگری که از اجرای یک وظيفة خاص با مراقبت و مهارت قصور می‌ورزند، قاضی مربوطه تقصیر سنگین را چنین تعریف کرده است:

«قصیر سنگین شامل آنچنان ترک مراقبت و مهارت و سرعت عملی است که بحق از اشخاص و خدمتگذاران آنان انتظار می‌رود. گفته شده است که تعریف تقصیر سنگین ممکن است دشوار باشد، ولی من با لرد چیف بارتن قاضی دادگاه تالی موافقم که می‌گوید: «درجه ای از تقصیر هست که هر کس آن را سرزنش بسیار می‌کند. این اشتباه است که تصور کنیم امور به علت اینکه خط فاصل دقیقی نمی‌توان بین آنها ترسیم کرد، متفاوت نیستند». نظرهای معتبر، فراوان و زبان آرا، مختلف است؛ ولی برای کلیه مقاصد عملی قاعده را می‌توان چنین بیان کرد که قصور در اعمال مراقبت، مهارت و دقت، تقصیر سنگین است...».^{۳۷}

36. Beal v. South Devon Ry (1864), 3H. and C. 341.

37. Thomas BEVEN, Negligence in Law vol. 1, 4th ed., London 1928, p. 27.

این تعریف، همانند تعریفی است که بعضی از حقوقدانان انگلیسی از تقصیر عادی یا تقصیر ساده کرده‌اند و بطور کلی نظر رایج در حقوق انگلیس این است که تفاوتی بین تقصیر عادی و تقصیر سنگین نیست. در فرهنگ حقوق انگلیس تأثیف جاوت و والش^{۳۸} (چاپ دوم) بعد از اشاره به درجه‌بندی تقصیر در حقوق رُم چنین آمده است:

«معهدا این تقسیم‌بندی جائی در حقوق انگلیس ندارد مگر تا حدی در حقوق قراردادهای امانی».^{۳۹}

الف بی قاضی انگلیسی در رأی صادر در دعوای ویلسون^{۴۰} عبارت معروفی بدین شرح دارد:

«من می‌گویم که نمی‌توانم تفاوتی بین تقصیر و تقصیر سنگین بیننم. این همان چیز است با افزودن یک صفت زائد». ^{۴۱}

معهدا یکی از مؤلفان انگلیسی بعد از ذکر دو معنی متفاوت برای «قصیر»^{۴۲} که یکی «نقض تعهد مراقبت»^{۴۳} و دیگری «بی مبالاتی»^{۴۴} (عدم مراقبت) است، می‌گوید:

«در این معنی (معنی دوم) تقصیر، «ضد مراقبت»^{۴۵} است. اگر تقصیر بدین معنی بکار رود، درست است که درجاتی برای آن قائل شویم. در اصطلاحات تقصیر سنگین، تقصیر عادی و تقصیر سبک، تقصیر به معنی بی مبالاتی (عدم مراقبت) است و در این صورت اصطلاحات مذکور به ترتیب به معنی بی مبالاتی سنگین، بی مبالاتی

38. E. Jowitt & C. Walsh

۳۹. برای ملاحظة درجه‌بندی تقصیر در حقوق انگلیس بطور کلی رجوع شود به:

A. M. DUGDALE, Professional Negligence, London, 1982, p. 197.

40. Wilson v. Brett (1943)

41. T. BEVEN, op. cit. p. 26.

42. negligence

43. break of a duty to take care

44. careless conduct

45. diligence

عادی و بی مبالاتی سبک می باشد. هنگامی که رالف بی گفته است که نمی تواند اختلافی بین تقصیر و تقصیر سنگین بینند، این به معنی آن است که با افزودن صفتی زائد، تقصیر را به معنی نقض تعهد مراقبت بکار برد و در این صورت انتقاد او موجه است. معهداً این بدان معنی نیست که اصطلاح تقصیر سنگین همواره به معنی «قصیر» باشد. این اصطلاحی رایج در میان حقوقدانان است و انکار مبنائی برای آن دور از روش علمی خواهد بود. مقصود از این اصطلاح، درجه شدید بی مبالاتی است و بدین معنی اصطلاح یاد شده دارای فایده عملی قابل توجهی است».^{۴۶}

در واقع این مؤلف با تفسیر و تعبیر فوق، نظرات مختلف را با یکدیگر تلفیق کرده و برای هریک محمولی قائل شده است، و از آن چنین برمی آید که حتی آن دسته از حقوقدانان کامن لوکه با درجه بندی تقصیر، نظر مساعدی ندارند، به یک معنی نمی توانند منکر فرق بین تقصیر سنگین و درجات دیگر تقصیر باشند.

ب. حقوق ایالات متحده^{۴۷}

در بعضی از آرا و قوانین ایالات متحده اصطلاح «قصیر سنگین»^{۴۸} بکار رفته و بین آن و تقصیر عادی و تقصیر سبک و گاهی بین آن و تقصیر عمدى فرق گذاشته شده است.

در فرهنگها، آرا و نوشه های علمی امریکائی تعریفهای گونا گونی از تقصیر سنگین دیده می شود. در فرهنگ حقوقی بلاک تعاریف متعدد و متفاوتی از این اصطلاح دیده می شود که از آنجمله عبارات زیر

46. J. CHARLESWORTH, 2d ed., London 1947, p. 5.

47. برای مطالعه تقصیر سنگین در حقوق ایالات متحده امریکا می توان به کتب زیر رجوع کرد:

Corpus Juris Secundum, Vol. 65, ed. West Publishing Co., 1966, up-to-date 1984, §§8-9; W.L. PROSSER, The Law of Torts, 4th ed., W.P. Co., 1971, pp. 180s.; F. WHARTON, Law of Negligence, 2d ed. Philadelphia 1978, pp. 26s.; J.T. MIRABEL and H.A. LEVY, The Law of Negligence, New York 1962, pp. 60 s.

48. gross negligence

است:

«خودداری ارادی از اجرای یک وظيفة صریح، با بی اعتنائی به نتایج آن نسبت به جان یا مال دیگری. تقصیر سنگین اساساً چیزی بیش از عدم مراقبت است که اهمال ساده را تشکیل می دهد. تقصیر سنگین یک فعل یا ترک فعل در مورد وظيفة قانونی با وصف شدید است که آن را از قصور محض در اعمال مراقبت عادی تمایز می کند. تقصیر سنگین غفلت بسیار فاحش یا فقدان مواظبت خفیف یا بکار نبردن حتی کمترین مراقبت است... تقصیر سنگین نقض بی پروا و آشکار وظيفة قانونی احترام به حقوق دیگران است. عامل مجرمیت (تخلف) که مشخص هرگونه تقصیر است، در تقصیر سنگین در مقایسه با تقصیر عادی دارای درجه ای شدید است... تقصیر سنگین بدان درجه از بی توجهی به نتایج احتمالی که معادل تقصیر ارادی و عمدى است، نمی رسد. تقصیر عادی و تقصیر سنگین در درجه بی توجهی متفاوتند؛ در حالیکه هر دو از رفتار عمدى که شخص، آگاه به زیان آور بودن آن بوده یا می بایست بدان آگاه باشد، تمایزند...».

این تعاریف مبتنی بر آرای قضائی ایالات متحده است. چنانکه ملاحظه می شود در عبارات مذکور در یک جا تقصیر عمدى و ارادی، تقصیر سنگین بشمار آمده و در جای دیگر بین آندو فرق گذارده شده است. این تناقض گوئی ناشی از آرای قضائی امریکائی است که هر دو تعریف در آنها دیده می شود؛ ولی آنچه بیشتر پذیرفته شده آن است که تقصیر سنگین غیر از تقصیر عمدى است و اصولاً یکی از عناصر مشخصه «قصیر» در حقوق امریکا، فقدان قصد و عمد است.^{۴۹}

در دائرة المعارف حقوقی Corpus Juris Secundum (جلد ۶۵، پاراگراف ۸) بحث جامعی راجع به درجات تقصیر و تقصیر سنگین در حقوق امریکا براساس رویه قضائی ایالات، مختلف آمده است که نکات مهم آن را ذیلاً نقل می کنیم. البته باید توجه داشت که هریک از تعاریفی

۴۹. رجوع شود به Corpus Juris Secundum، ج ۶۵، پاراگراف ۸، ص ۵۴۵.

که در این کتاب آمده مستند به رأی یا آرایی از دادگاههای امریکا است که در ذیل صفحات کتاب به آنها ارجاع شده است.

در کتاب مذکور نخست بحثی راجع به درجات تقصیر دیده می‌شود. مؤلف پس از اشاره به درجه بندی تقصیر به سنگین، عادی و سبک در حقوق رُم، می‌گوید که این نظریه بوسیله برخی از مفسران حقوق رُم وارد کامن‌لوشده است، و در برخی از دادگاهها تقسیم تقصیر به درجات — لااقل در برخی از دعاوی — هنوز معتبر است. درجه تقصیر بستگی به وقایع و اوضاع و احوال پرونده دارد و متأثر از رابطه طرفین در زمان وقوع حادثه است. تفکیک بین درجات تقصیر در مواردی که تعهد نقض شده ناشی از قرارداد باشد — مانند مورد قراردادهای امانی^{۵۰} — واجد اهمیت بیشتری است.^{۵۱}

در کتاب یاد شده تعاریف متعددی از تقصیر سنگین براساس آرای قضائی نقل شده که برخی از آنها بدین شرح است:

- فقدان یا کوتاهی در اعمال مراقبت یا کوشش خفیف.^{۵۲}
- فقدان کامل مراقبت (بنابر بعضی از تعاریف، بنابر تعاریف دیگر، فقدان کامل مراقبت شرط نیست).
- قصور در اعمال مراقبت معقول یا مراقبتی که شخصی با احتیاط عادی باید برحسب اوضاع و احوال بکار برد.
- فقدان آنچنان مراقبت و کوششی که حتی اشخاص لابالی و بی دقّت آن را معمولاً بکار می‌برند.
- تجاوز شدید از معیار عادی رفتار.
- تقصیر فاحش یا بسیار فاحش.
- تقصیری شدیدتر از تقصیر عادی.^{۵۳}

50. contracts of bailment

.۵۱. همان کتاب: پاراگراف (۱) ۸، ص ۵۳۶.

.۵۲. همان کتاب: ص ۵۳۹.

.۵۳. همان کتاب: ص ۵۴۰.

- تقصیری با کیفیت مشدّده.
- کوتاهی بزرگ در اعمال مراقبت شایسته.
- بی توجهی به نتایج عمل، بدون کوشش در اجتناب از آن.
- بی تفاوتی نسبت به حقوق و رفاه دیگران.
- تقصیر سنگین یک کلمه نسبی است و به معنی فقدان بیشتر مراقبت در مقایسه با تقصیر عادی است.

در تعدادی از آرا گفته شده است که قاعده‌ای برای تشخیص تقصیر سنگین در هر مورد خاص وجود ندارد؛ بلکه باید در هر مورد به وقایع و اوضاع و احوال خاص پرونده رجوع کرد. چیزی که ممکن است در اوضاع و احوال خاصی تقصیر عادی باشد، ممکن است در اوضاع و احوال دیگری تقصیر سنگین بشمار آید.^{۵۴}

در آرای دیگری اعلام شده است که تنها یک عامل، تقصیر سنگین را تشکیل نمی‌دهد؛ بلکه هر فعل یا ترک فعلی که واقع شده است، باید در رابطه با اوضاع و احوال دیگر در نظر گرفته شود، تا مجموع آن، تقصیر سنگین بشمار آید.^{۵۵} به تعبیر دیگر همانطور که در رأی صادر در دعواه درس کول^{۵۶} آمده است: «ترکیب بی مبالاتیها ممکن است کافی برای تحقق تقصیر سنگین باشد؛ ولی فقط هنگامی که ترکیب آعمال با اوضاع و احوال موجود، نشانگر رفتاری سبکسرانه باشد».^{۵۷}

فرق بین تقصیر عمدی و تقصیر سنگین

در برخی از آرا — همچنانکه در برخی از تعاریف مذکور دیده شد — اعلام گردیده که تقصیر سنگین متضمن عنصر «قصد»^{۵۸}، اعم از

.۵۴. همان کتاب: ص ۵۴۱ و ۵۴۲.

.۵۵. همان کتاب: ص ۵۴۲.

56. Mass.-Driscoll v. Pagano, 48 N.E. 2d 11, 313 Mass. 464.

.۵۷. همان کتاب و صفحه: پانویس شماره ۷۰.

58. intent

واقعی یا مفروض است و به تعبیر دیگر، گفته شده که تقصیر سنگین عبارت است از: «خودداری ارادی از اجرای یک وظیفه صریح با بی اعتنائی به نتایج آن نسبت به جان یا مال دیگری».

لیکن بموجب برخی دیگر از آرا، تقصیر سنگین ممکن است بدون عنصر قصد تحقق پیدا کند و بدان درجه از بی اعتنائی به نتایج احتمالی که معادل تقصیر عمدى بشمار می آید، نمی رسد.^{۵۹}

سوء نیت

در برخی از آرای امریکائی گفته شده که تقصیر سنگین «نقض حُسن نیت»^{۶۰} است؛ لیکن در بعضی دیگر از آرا، اعلام گردیده با اینکه تقصیر سنگین ممکن است دلیل سوء نیت باشد، با آن یکسان نیست. به دیگر سخن، تقصیر سنگین معادل سوء نیت بشمار نمی آید؛ هر چند که ممکن است دلیل سوء نیت تلقی شود. در پاره ای از آرا، اظهار نظر شده که تقصیر سنگین در حقوق، معادل سوء نیت واقعی است؛^{۶۱} لیکن در رأی لینکلن^{۶۲} آمده است که «شخص ممکن است با حُسن نیت و در عین حال مرتکب تقصیر سنگین باشد».^{۶۳}

از آنچه گفته شد بخوبی برمی آید که در حقوق ایالات متحده تعریف جامع و مانعی از تقصیر سنگین وجود ندارد و آرا و نظرات در این باب فراوان و متعدد است. ویلیام پروسپس از ذکر تعاریف متعددی که در آرای دادگاهها دیده می شود، می گوید:

«بطور خلاصه، معنایی که قبول عام یافته باشد وجود ندارد؛ بلکه احتمالاً مقصود از تقصیر سنگین هنگامی که بکار می رود، چیزی

.۵۹. همان کتاب: ص ۵۴۴.

60. good faith

.۶۱. همان کتاب: ص ۵۴۴ و ۵۴۵.

62. Lincoln v. Buckmaster 32 Vt. 652.

.۶۳. همان کتاب: ص ۵۴۵ پانویس شماره ۹۷.

بیشتر از بی دقتی یا بی توجهی عادی لیکن کمتر از بی اعتنای آگاهانه به نتایج است و به تعبیر دیگر، تقصیر سنگین صرفاً تجاوز شدید از معيار عادی مراقبت است».^{۶۴}

به حال، تفکیک بین تقصیر سنگین، تقصیر عادی و تقصیر سبک که از حقوق رُم نشأت گرفته، در امریکا نیز مورد انتقاد حقوقدانان واقع شده است و برخی از آرای قضائی، آن را مردود شناخته‌اند. در پاره‌ای از آرا، اعلام شده است که کلمه «سنگین»^{۶۵} هنگامی که بعد از کلمه «قصیر»^{۶۶} بکار می‌رود، معنی حقوقی ندارد و متضمن چیزی بیش از تقصیر نیست و چیزی بیش از فقدان مراقبت لازم برحسب اوضاع و احوال را افاده نمی‌کند. حتی با نقل قول قاضی رالف، گفته‌اند که تقصیر سنگین همان تقصیر عادی به اضافه یک صفت زائد است.^{۶۷}

بعضی از حقوقدان کامن‌لو در عین حال که درجه‌بندی تقصیر را به عنوان یک مسئله حقوقی (امر حکمی) نپذیرفته‌اند، اظهار نظر کرده‌اند که در واقع تفاوت، در درجات مراقبتی است که بر عهده شخص می‌باشد. آنچه از متعهد خواسته می‌شود مراقبت و «رفتاری معقول»^{۶۸} است؛ ولی این مراقبت و رفتار، برحسب اوضاع و احوال، شدت وضع دارد و متناسب با خطری است که او پذیرفته است. هرقدر خطر بزرگ‌تر باشد، متعهد باید مراقبت و احتیاط بیشتری درخور آن اعمال کند. بنابراین در مقابل اصطلاح منفی «درجات تقصیر» باید اصطلاح مثبت «درجات مراقبت» بکار برد شود.^{۶۹}

معهذا فکر درجه‌بندی تقصیر یا لااقل یک نوع تقصیر شدید که موجب مسؤولیت می‌شود، در جائی که تقصیر عادی مسؤولیت آور نیست، در

64. W. L. PROSSER, the Law of Torts, p. 184.

65. gross

66. negligence

67. پروس، کتاب مذکور: ص ۱۸۲ و ۱۸۴، C.J.S.، ج ۶۵، ص ۵۴۲.

68. reasonable conduct

69. پروس، کتاب مذکور: ص ۱۸۰ و ۱۸۱، C.J.S.، ص ۵۳۷.

تعدادی از قوانین امریکا پذیرفته شده است و همین قوانین، دادگاههای را که نظر مساعدی نسبت به درجه بندی یاد شده نداشتند، وادار کرده است که از نو اقدام به کاری کنند که آن را غیرممکن می‌دانستند و مفهومی را تعریف کنند که غیرقابل تعریف تلقی می‌کردند. بعضی از این قوانین، نظریه مربوط به درجه بندی تقصیر را تدوین کرده^{۷۰} یا آن را در موقعیتها خاصی مانند قراردادهای امانی یا تقصیر کیفری یا تقصیر مشترک،^{۷۱} اعمال نموده‌اند.^{۷۲} لیکن اغلب آنها مربوط به میهمانان اتومبیل است^{۷۳} یعنی کسانی که راننده آنها را برایگان سوار کرده است. بموجب قوانین اخیر، در صورت ورود خسارت به اینگونه اشخاص، راننده در صورتی مسئول است که مرتکب تقصیر سنگین شده باشد.

در مورد قراردادهای امانی، نه تنها پاره‌ای قوانین بلکه رویه قضائی امریکا درجه بندی تقصیر و مفهوم تقصیر سنگین را پذیرفته و حتی گفته شده که در این زمینه نظریه مذکور آنچنان در حقوق امریکا ریشه گرفته است که نمی‌توان آن را از میان برد.^{۷۴} بهر تقدیر، در مواردی که درجه بندی تقصیر بموجب قانون یا رویه قضائی پذیرفته شده است، در تفکیک تقصیر سنگین از تقصیر عادی و سبک، تعاریف و معیارهای ذکر شده که انتزاعی و تا حدی مبهم است و ما قبلًا عمدۀ آنها را بازگو کردیم.

ج. تقصیر متخصص^{۷۵}

حقوق انگلیس و امریکا همانند حقوق فرانسه، گرایش بدان دارد که در مورد اشخاصی که به لحاظ تخصصشان طرف قرارداد واقع می‌شوند،

70. NDCC 1-10-16, 1-01-17; 25 OKI. St. Ann. §§3-6.

71. Cal. Civ. Code 1931, §§1846, 1928; S.D. Comp. Laws 1929, §§991, 1019.

. پرسوس، کتاب یاد شده: ص ۱۸۲ و ۱۸۳ . ۷۲

. همان کتاب: ص ۱۸۱ . ۷۳

74. Cf. T. BEVEN, Negligence in Law, Vol. 1, pp. 26s.; F. WHARTON, Law of Negligence, pp. 26s.; A. M. DUGDALE and K. M. STANTON, Professional Negligence, London 1982.

سختگیری بیشتری داشته باشد. بدین معنی که از آنان دقّت و مراقبت بیشتری مورد انتظار است و فقدان دقّت و مراقبت در حد مورد انتظار از سوی آنان، موجب مسئولیت تلقی می‌شود؛ هرچند که آن اندازه از بی مبالاتی و اهمال از اشخاص عادی موجب مسئولیت نباشد. نهایتاً در برخی از آرا، تقصیر اشخاص متخصص، تقصیر ساده و در برخی دیگر، تقصیر سنگین بشمار آمده است.

در رأی صادر در پرونده ویلسون قاضی رالف در عین اینکه فرق بین تقصیر و تقصیر سنگین را رد می‌کند، بر وظيفة مراقبت بیشتر از سوی متخصص تأکید می‌ورزد. در این پرونده خوانده کارشناس تربیت اسب و اسب سواری بود و بدین جهت خواهان، اسب خود را بدو سپرد که برای نمایش به خریدار برآن سوار شود. در حین نمایش، اسب سقوط کرد و پایش شکست و از این رو صاحب اسب از خوانده مطالبه خسارت کرد. رالف قاضی دادگاه اظهار نظر در این مسئله را که آیا خوانده مرتکب تقصیر شده است یا خیر به هیئت منصفه واگذار کرد؛ ولی آنان را چنین راهنمائی کرد که خوانده به لحاظ اینکه شخصی ماهر و متخصص در اداره اسبها است، متعهد به مراقبت بیشتر می‌باشد. از رأی صادره به استناد اینکه قاضی، هیئت منصفه را با گفتن اینکه قاعدة قابل اجرا در پرونده، قاعدة «مراقبت متخصص»⁷⁵ است نه «مراقبت عادی»، بد راهنمائی کرده است، شکایت شد و به همین جهت دادرسی تجدید گردید و رالف در باره دلایل قاعدة مذکور چنین گفت: «از آنجا که شخصی با مهارت بیشتر می‌داند که چیزی خطرناک است، در حالیکه شخصی که چنین مهارتی ندارد نمی‌داند، بیقین همین امر موجب اختلاف در مسئولیت است».

از عبارت او چنین برمی‌آید که چون خوانده موظف به إعمال مهارت یک کارشناس بوده و آن را إعمال نکرده است، مرتکب تقصیر شده و مسئول می‌باشد. بنابراین قاضی، اعم از اینکه به هیئت منصفه بگوید که

چنین اهمالی تقصیر است یا تقصیر سنگین، اشاره به فقدان مراقبتی است که یک کارشناس باید بر حسب اوضاع و احوال بکار برد.

چنانکه ملاحظه می شود قاضی رالف در حالیکه فرقی بین تقصیر و تقصیر سنگین قائل نیست، کارشناس را موظف به مراقبت و دققی درخور تعهد او می داند؛ درجه ای از مراقبت که از اشخاص عادی مورد انتظار نیست.

قاضی دیویس از دیوان عالی ایالات متحده نیز در رأی میلواکی⁷⁶ از همین نظر پیروی کرده است. اما قاضی انگلیسی، ویلز در رأی صادر در پرونده فیلیپس⁷⁷ صریحاً اعلام می کند که «قصیر سنگین»، همان تقصیر کارشناس است. وی می گوید: «قصیر سنگین فقط تقصیر شخصی است که از بکار بردن مهارتی که دارد خودداری می کند، نه تقصیر شخصی که فاقد مهارت است».⁷⁸

از عبارت قاضی ویلز چنین برمی آید که تقصیر عادی، تقصیر غیر کارشناس است که طبق تعریف اولین حقوقدان معروف رومی «آن نیست که آنچه فقط متخصصان می بینند، دیده نشود، بلکه آن است که آنچه هر کس می بیند، دیده نشود».

بنابراین می توان گفت تقصیر اشخاصی که به لحاظ متخصص و مهارتمند، طرف قرارداد واقع می شوند، تقصیر سنگین محسوب شده و موجب مسؤولیت آنها خواهد بود.

76. Milwaukee and C.R.R. v. Arms 91 U.S. (1 Otto) 494.

77. Phillips v. Clark, 5 C.B.N.S. 884.

78. Cf. WHARTON, Law of Negligence, p. 29.

بخش سوم

تقصیر سنگین در پاره‌ای از قراردادهای بین‌المللی

در برخی از قراردادهای بین‌المللی مربوط به حمل و نقل، به تقصیر سنگین در رابطه با تحديد مسئولیت اشارت رفته است که بحث مختصری از آنها برای روشن شدن مفهوم تقصیر سنگین سودمند به نظر می‌رسد.

کنوانسیون ورشوراچع به حمل و نقل هوائی

بموجب ماده ۲۲ کنوانسیون ورشوراچع به حمل و نقل هوائی، مسئولیت متصلی حمل و نقل، محدود و به تعبیر دیگر سقفی برای آن تعیین گردیده است. لیکن ماده ۲۵ کنوانسیون اصلی مورخ ۱۹۲۹ مقرر می‌دارد که این تحديد در مورد تقصیر عمدی یا تقصیری که بموجب قانون مقرر دادگاه، معادل آن بشمار آید، اجرا نخواهد شد. در طرح مقدماتی کنوانسیون در ماده ۲۵ کلمات «عمل ارادی غیرقانونی»⁷⁹ بکار رفته بود. هیئت نمایندگی انگلیس اصرار داشت که عبارت روشن تری استعمال شود و چنین استدلال می‌کرد که مسئولیت نامحدود متصلی حمل و نقل باید فقط در مورد آعمالی اجرا شود که به قصد اضرار صورت گرفته، نه آعمال ارادی غیرقانونی که برای اجتناب از خطر یا تخفیف آن بوقوع پیوسته است. بالاخره آلفرد دنیس پیشنهاد کرد که کلمات wilful misconduct در ترجمه کلمه فرانسوی اول (قصیر عمدی) پذیرفته شود و چون آن تعبیر برای بعضی از هیئت‌های نمایندگی ناشناخته بود، جمله دیگری بدنیال آن اضافه شد:

«با تقصیر عمدی یا هر تقصیر دیگری از سوی او که بطبق حقوق

79. intentional illegal act

دادگاه مرجع رسیدگی به پرونده، معادل تقصیر عمدی شناخته شده باشد». ^{۸۰}

چون عبارت مذکور، تقصیر عمدی و تقصیر معادل آن را تعریف نکرده بود، در تفسیر آن اختلاف نظرهای در رویه قضائی و دکترین پدید آمد.^{۸۱} در کشورهای حقوق نوشته، بخش اول عبارت را به تقصیر عمدی و بخش دوم آن را به تقصیر سنگین تفسیر می کردند. در واقع طبق ست حقوق رُم، تقصیری که معادل یا در حکم تقصیر عمدی بشمار می آید، همان تقصیر سنگین است. از آنجا که اثبات تقصیر عمدی بغايت دشوار است، گر اغلب موارد به جای تقصیر عمدی به تقصیر سنگین که اثبات آن دشواری کمتری دارد، استناد می کنند. اما در حقوق انگلیس و امریکا دادگاهها بدون اینکه به مفهوم تقصیر سنگین اشاره کنند، کلمات *wilful misconduct* را طوری تفسیر می کردند که نه فقط تقصیر عمدی، بلکه تقصیر سنگین (به مفهوم حقوق رُم) را نیز در بر می گرفت و با این تفسیر تقریباً به همان نتیجه ای می رسیدند که در کشورهای حقوق نوشته رسیده بودند.^{۸۲}

پروتکل لاهه

ابهام ماده ۲۵ کنوانسیون ورشو و اختلاف رویه قضائی کشورها در تفسیر آن، فکر اصلاح آن ماده را بمیان آورد و این فکر بموجب پروتکل لاهه مورخ ۱۹۵۵ که کنوانسیون ورشو را اصلاح کرده است، عملی گردید. در ماده ۱۳ پروتکل که ماده ۲۵ کنوانسیون ورشو را اصلاح کرده، راجع به مسئولیت چنین مقرر شده است:

80. «... by his wilful misconduct or by such default on his part as, in accordance with the law of the court seised of the case, is considered to be equivalent to wilful misconduct».

81. N. Mateesco Matte, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XII, Chap. 6, no 141, p. 60.

۸۲. همان کتاب: ش ۱۴۲، ص ۶۱. در پانویس شماره ۳۹۹ کتاب به آرای صادره از دادگاههای انگلیس و امریکا اشارت رفته است.

«محدودیتهای مسئولیت مقرر در ماده ۲۲ اجرا نخواهد شد اگر اثبات شود که خسارت، ناشی از فعل یا ترک فعل منصبی حمل و نقل، کارکنان یا نمایندگان او است که با قصد اضرار یا بی احتیاطی و با علم به وقوع احتمالی ضرر انجام گرفته است...».

چنانکه ملاحظه می شود در این عبارت، هم به تقصیر عمدی و هم به تقصیر سنگین اشارت رفته است. در واقع، «بی احتیاطی با علم به وقوع احتمالی ضرر» تعریفی از تقصیر سنگین یا به تعبیر قانون ۱۹۵۷ فرانسه راجع به هوایسائی کشوری، یک «قصیر نابخشودنی»^{۸۳} است. مثلاً بمحض برأی دیوپ^{۸۴} صادر از دادگاه مدنی سن که مورد تأیید دیوان تمیز فرانسه واقع شده است، خلبانی که با بی احتیاطی در شرایط بد جوی از وسائل اتوماتیک فرود استفاده نکرده و به دید طبیعی خود اکتفا نموده و موجب زیان شده، مرتكب تقصیر نابخشودنی گردیده است؛ چرا که عمل مذبور «قصیری آگاهانه با علم به وقوع احتمالی خسارت و پذیرش جسورانه آن بدون دلیل موجّه است».^{۸۵} این تعریف در تفسیر ماده ۲۵ اصلاحی کنوانسیون ورشو، عموماً مورد تبعیت دادگاهها واقع شده است. در آرای دیگر، پرواز هوایسما با اینکه قبل اعلام شده بود که هوا احتمالاً بد خواهد شد،^{۸۶} یا پرواز به مدت ۳۲ ساعت متواتی با همان خدفه،^{۸۷} مشمول عبارت فوق و موجب مسئولیت نامحدود شناخته شده است.^{۸۸}

83. *faute inexcusable*

84. *Diop*

85. Cass. Civ. 24 June 1968, affirming Trib. civ. Seine 6 Nov. 1964, Rev. gen. air 1966, 43 (cf. I. E. C. L. Vol. XII, p. 62, chap. 6, note 403).

86. Cass. Civ. 5 March 1964, Rev. gen. air, 1964, 74; Cour Rouen 9 Feb. 1966, Rev. fr. dr. aérien 1966, 235. (op. cit. note 405).

87. U.S.: Glassman v. Flying Tiger Linc, 9 Avi- 18, 295 (N.D. Cal. 1966) (Cf. op-cit- note 406).

۸۸. برای اطلاع از آرای دیگری که در تفسیر و اجرای ماده ۲۵ قدیم و جدید کنوانسیون ورشو صادر شده است، رجوع شود به:

Juris-Classeur, Droit international, T. 7, Fasc. 565 B, nos 158 s.

کنوانسیون تحدید مسئولیت برای دعاوی دریائی مورخ ۱۹۷۶

مسئله تحدید مسئولیت متصدی حمل و نقل و استثنایات آن منحصر به حمل و نقل هوائی نیست، بلکه در قوانین و کنوانسیونهای مربوط به حمل و نقل دریائی نیز منعکس است. از جمله در کنوانسیون تحدید مسئولیت برای دعاوی دریائی (ماده ۴) مقرر شده است که تحدید مسئولیت در موردی که عمل، آگاهانه و با قصد اضراریا با آنچنان بی احتیاطی انجام شده باشد که باید فرض کرد شخص عالیم به وقوع احتمالی ضرر بوده است، اجرا نخواهد شد.^{۸۹}

چنانکه ملاحظه می شود ماده ۴ کنوانسیون مزبور مشابه ماده ۲۵ اصلاحی کنوانسیون ورشو است و همان مفهومی را پذیرفته که در این ماده منعکس است.

تعريف مضيق از تقصير سنگين

باید یادآور شد تعريفی که در ماده ۲۵ اصلاحی کنوانسیون ورشو برعی دیگر از قراردادهای بین المللی دیده می شود، چه آن را تعريف تقصیر سنگین بدانیم و چه – همانطور که در حقوق فرانسه می گویند – تعريف تقصیر نابخشودنی تلقی کنیم، یک تعريف مضيق است و چنانکه در کتاب معروف «دروس حقوق مدنی» تأليف مازوها و شابا آمده است این تعريف مضيق فقط مربوط به حمل و نقل هوائی یا دریائی^{۹۰} است و در سایر زمینه ها قابل إعمال نیست. به تعبیر دیگر تقصیر سنگین – همانطور که در بحث

89. Ch. HILL, Martine Law, Oceana Publications, 1981, p. 264.

۹۰. رجوع شود به ماده ۴ قانون دریائی ۱۸ژوئن ۱۹۶۶ فرانسه و ماده ۱۱۶ قانون دریائی ایران مصوب ۱۳۴۳ که چنین مقرر می دارد:

«هرگاه ثابت شود علت خسارت، فعل یا ترک فعلی باشد که متصدی حمل عاملدیا با علم بر احتمال وقوع خسارت انجام داده در این صورت از تحدید مسئولیت مقرر در ماده ۱۱۵ نمی تواند استفاده نماید».

راجع به حقوق فرانسه ملاحظه شد — دارای مفهومی عامّه‌تر و قلمروی وسیع تر است و بر طبق قواعد عمومی، نه تنها تقصیر نابخشودنی — که در حقوق فرانسه اخص از آن است — بلکه هرگونه تقصیر سنگین، در حکم تقصیر عمدی شناخته شده است.^{۹۱}

تعریف ماده ۲۵ اصلاحی کنوانسیون ورشو علاوه بر اینکه تعریفی مضيق می باشد، این اشکال را دارد که دارای جنبه «شخصی»^{۹۲} است؛ زیرا در هر مورد باید احراز شود که آیا متصلی حمل، علم به وقوع احتمالی زیان داشته است یا خیر؟ و بدیهی است که اثبات این علم که امری درونی است سخت دشوار می باشد. البته دیوان تمیز فرانسه برخلاف دادگاههای بعضی از دیگر کشورها این ماده را بطور «نوعی»^{۹۳} تفسیر کرده است؛ بدین معنی که رفتار نوعی شخص در شرایط و موارد مشابه را ملاک عمل قرار داده و در واقع با اینگونه تفسیر، اشکال شخصی بودن تعریف و صعوبت اثبات را رفع کرده است.^{۹۴}

کنوانسیون بین المللی راجع به حمل و نقل با راه آهن

در کنوانسیون بین المللی راجع به حمل و نقل کالا با راه آهن^{۹۵} مورخ ۱۹۶۵ بین تقصیر عمدی و تقصیر سنگین فرق گذاشته شده است. در این کنوانسیون اصطلاح «قصیر سنگین» بکار رفته است بدون اینکه تعریفی از آن بدست داده شود. بموجب ماده ۳۷ کنوانسیون مذکور، در صورت ارتکاب تقصیر عمدی یا تقصیر سنگین از سوی مؤسسه راه آهن، محدودیت مسئولیت که در کنوانسیون پیش بینی شده است، اجرا نخواهد شد. معهداً فقط در مورد تقصیر عمدی است که خسارت کامل قابل

91. *H. L. J. MAZEAUD et F. CHABAS; Leçons de Droit Civil*, T.2, 6e ed. 1978, p. 442.

92. subjectif

93. objectif

94. همان کتاب: ص ۴۴۳ بعد — زوریس کلاسor حقوق بین الملل: ج ۷، جزو ۵۶ ب، ش ۱۵۹.

95. C. I. M.

مطالبه می باشد؛ لیکن در مورد تقصیر سنگین، متضرر فقط تا دو برابر مبلغ تعیین شده می تواند خسارت بگیرد.^{۹۶}

کنوانسیون بین المللی راجع به حمل و نقل زمینی

در کنوانسیون بین المللی راجع به حمل و نقل زمینی کالاهای^{۹۷} مورخ ۱۹۵۶ مقررات مشابهی درباره تحدید مسئولیت و عدم اجرای آن در پاره‌ای از موارد دیده می شود. بموجب ماده ۲۷ کنوانسیون در صورتیکه خسارت، ناشی از تقصیر عمدى یا تقصیری باشد که برطبق قانون مقرر دادگاه، معادل تقصیر عمدى است، متصدی حمل و نقل نمی تواند به محدودیت مسئولیت که در کنوانسیون پیش‌بینی شده است استناد کند. از نظر قضات فرانسه این تقصیر، همان تقصیر سنگین است که بنابر تعریف روپر استاد متخصص حقوق حمل و نقل عبارت است از «بی کفایتی متصدی حمل که ناتوان از اجرای وظایفی می باشد که بموجب قرارداد بر عهده گرفته است».^{۹۸} مثلاً تصادف با وسیله نقلیه دیگر بدون دلیل، در حالیکه راننده می توانسته است ترمز کند یا بنحو دیگری از آن اجتناب نماید، تقصیر سنگین بشمار آمده است.^{۹۹}

نتیجه

از مطالب فوق نتایجی به شرح زیر می توان بدست آورد:

الف. در بسیاری از نظامهای حقوقی، بویژه نظامهای مبتنی بر حقوق رُم، بین تقصیر سنگین و تقصیر عادی یا سبک فرق گذاشته شده و تقصیر سنگین در پاره‌ای موارد از جمله در مورد شرط عدم مسئولیت، معادل

96. F. RIPERT et R. ROBLOT; *Droit commercial*, T. 2, Paris 1982, n° 2761, p. 583; J. HAENNI; I. E. C. L. Vol. XII, chap. 2, n° 250, p. 118, n° 260 p. 123.

97. C. M. R.

98. R. Rodierc, *Droit des transports*, t. 2, Paris 1955 n° 897.

ژورنال کلام و حقوق بین الملل: ج ۷، ۱۹۷۲، Bull. Transp. 1972, 183. .۹۹
. ۱۳۹ ش ۵۶۵-B.1

تقصیر عمدى بشمار آمده است. درجه بندی تقصیر و قاعدة الحاق تقصیر سنگین به تقصیر عمدى، از حقوق رُم نشأت گرفته است و بدین جهت در تعریف تقصیر سنگین و تعیین معیارهایی برای تشخیص آن، از نظامهای حقوق نوشته (رومایست) مانند حقوق فرانسه بیشتر می‌توان بهره برد؛ مضافاً براینکه آنچه در این نظام راجع به تقصیر سنگین گفته شده است، گویاتر، منسجم‌تر و هماهنگ‌تر می‌باشد.

ب. در نظامهای حقوقی مورد بحث، تعاریف متعدد متفاوتی از تقصیر سنگین شده است که شاید بهترین آنها تعاریف زیر باشد:

- «تقصیر سنگین تقصیری است که مظہر عدم مهارت یا غفلت شدید در حدی شکفت است. نه قصد اضرار هست و نه خباثت (سوء نیت)؛ ولی آنچنان بی مبالاتی وجود دارد که گوئی کار عمدآً انجام گرفته است». (کاربیه - حقوق فرانسه)
- «تقصیر سنگین تقصیری است نه عمدى و نه ارادى، ولی سخت فاحش است. مرتكب آن، ایجاد ضرر یا عدم اجرای قرارداد را نخواسته، ولی آنچنان رفتار کرده که گوئی آن را نخواسته است». (مازوها - حقوق فرانسه)
- «عدم درک چیزی که همگان درک می‌کنند» (اوپین حقوقدان رومی) یا «جهل به اموری که کم هوش‌ترین اشخاص ادراک می‌کنند و ترک تدبیری که کم دقّت‌ترین اشخاص اتخاذ می‌نمایند» (مؤلفان حقوق قدیم فرانسه)
- «تجاوز شدید از معیار عادی رفتار» یا «(تقصیری شدیدتر از تقصیر عادی)» (روته قضائی امریکا).

ج. چون تعاریف مذبور کلی و انتزاعی است، برای روشن کردن مفهوم تقصیر سنگین و بدست دادن معیارهایی جهت تشخیص آن، باید به آرای قضائی مراجعه کرد. در برخی از آرای قضائی بویژه آرای فرانسوی معیارهای زیر جهت تشخیص تقصیر سنگین بکار رفته است:

- فاحش بودن تقصیر؛ مانند موردی که در کشتی، روغن در کنار بسته های پارچه گذارده شده باشد.
- اساسی بودن تعهد نقض شده؛ مانند تحويل کالا از سوی متصلی حمل و نقل به شخصی که سیمیت لازم جهت دریافت آن را نداشته باشد.
- احتمال زیاد وقوع ضرر؛ مانند عدم اتخاذ تدابیر لازم از سوی متصلی حمل و نقل برای حفظ مواد غذائی ضایع شدنی.
- مهارت حرفه ای متخصص که انتظار مراقبت بیشتری بوجود می آورد؛ به تعبیر دیگر در برخی از آرا ، عدم اعمال مراقبت مورد انتظار از سوی اشخاص حرفه ای و متخصص، تقصیر سنگین بشمار آمده است.
- تکرار عمل تخلف آمیز؛ مانند تکرار سرقت نزد امین.
- اهمیت و ارزش خسارت واردہ.

د. در بعضی از قراردادهای بین المللی نیز عدم اجرای قاعده تحدید مسئولیت در صورت تقصیر عمدى یا تقصیر سنگین، بصراحت پذیرفته شده است. در ماده ۲۵ اصلاحی کنوانسیون ورشوراجع به حمل و نقل هوائی، فعل یا ترک فعلی که به قصد اضرار (قصیر عمدى) یا با بی احتیاطی و علم به وقوع احتمالی ضرر انجام شده باشد، مانع استفاده از شرط تحدید مسئولیت است. بنابریک نظر، بی احتیاطی با علم به وقوع احتمالی ضرر، ضابطه تشخیص تقصیر سنگین است. ولی باید توجه داشت که این تعریف و ضابطه مضيق که دامنه تقصیر سنگین را محدود می کند، فقط در قلمرو حقوق هوائی و دریائی قابل قبول است نه در تمامی زمینه ها.

ه . بطور کلی از بررسی انجام شده چنین برمی آید که یک ضابطه و معیار دقیق و روشن جهت احراز تقصیر سنگین که در همه موارد قابل اعمال باشد، وجود ندارد و مسئله تا حد زیادی نظری است. به دیگر سخن – همانطور که در برخی از آرای امریکائی گفته شده است –

قاعده‌ای کلی برای تشخیص تقصیر سنگین در هر مورد خاص نمی‌توان بدست داد؛ بلکه باید در هر مورد به وقایع و اوضاع و احوال خاص پرونده رجوع کرد. چیزی ممکن است در اوضاع و احوال خاصی، تقصیر عادی و در اوضاع و احوال دیگری، تقصیر سنگین بشمار آید.



اسناد بين الملل



اشاره:

. ۱

ماهیت خاص اختلافات ناشی از روابط بازرگانی بین المللی و لزوم رسیدگی سریع به آن اختلافات از یک طرف، و تراکم دعاوی متنوع در محاکم داخلی کشورها و طولانی بودن روشهای رسیدگی و تعیین تکلیف قطعی ونهائی آن دعاوی از طرف دیگر، موجب گردید که از یکی دو قرن پیش تاکنون، طرفین اختلافات مذکور در رجوع به محاکم داخلی کشورها کمتر علاقمندی از خود نشان دهند و بیشتر کوشش نمایند تا اختلافات مزبور را از طریق ارجاع امر به داوری، حل و فصل نمایند.

با اینکه تجربه سالیان متعددی دست اندر کاران امور تجاری بین المللی بخوبی نشان داد که طریق مذکور، طریقه مطمئنی برای وصول به هدف تسریع در رسیدگی به اختلافات تجاری بین المللی بوده است، معذلک به لحاظ وجود سیستمهای حقوقی

گوناگون در کشورهای مختلف جهان که هریک بنویس خود متأثر از رژیم سیاسی و ایدئولوژی خاص آنها نیز بوده و هست، در عمل مشکلاتی در زمینه عدم هم‌آهنگی در صدور آرای داوری و عدم سهولت اجرای آن آرا در کشورهای مختلف جهان بوجود آمد.

۲

از یکصد سال پیش تاکنون برای برطرف کردن این مشکلات، عهدنامه‌ها و کنوانسیونهای چند جانبه و متعددی بمنظور نزدیک نمودن روش‌های مختلف داوری و یکنواخت کردن آئین داوری بازرگانی بین‌المللی بوجود آمده و به تصویب کشورهای مختلف جهان رسیده است که از آنها می‌توان به ترتیب زیر نام برد:

۱۸۸۹ مونته ویدو

— عهدنامه مربوط به وحدت رویه دولتهاي امریکای جنوبی در مورد حقوق آئین دادرسی.

۱۹۲۳ زیو

— پروتکل مربوط به شروط داوری.

۱۹۲۷ زیو

— کنوانسیون برای اجرای آرای داوری خارجی.

۱۹۴۰ مونته ویدو

— عهدنامه مربوط به حقوق بین‌الملل در آئین دادرسی.

۱۹۵۵

— مقررات سازش و داوری اتاق تجارت بین‌المللی.

۱۹۵۸ نیویورک

— کنوانسیون در مورد شناسائی و اجرای آرای داوری خارجی.

۱۹۶۱ نو

— کنوانسیون اروپائی در داوری تجاری
بین المللی.

۱۹۶۲ پاریس

— قانون مربوط به اجرای کنوانسیون
اروپائی در داوری تجاری بین المللی.

۱۹۶۵ واشنگتن

— کنوانسیون برای رفع اختلافات مربوط به
سرمایه گذاریها بین دولتها و اتباع دولت
دیگر.

۱۹۶۶ استراسبورگ

— کنوانسیون اروپائی حاوی قانون
یکنواخت در مورد داوری.

۱۹۶۶

— مقررات داوری تجاری بین المللی و
اصول سازش کمیسیون سازمان ملل متحد
برای آسیا و خاور دور.

۱۹۷۶

— مقررات داوری آنسیترال (کمیسیون
سازمان ملل متحد برای حقوق تجارت
بین المللی).

.۳

آخرین کوششها بمنظور تدوین مقررات یکنواخت
برای داوری بازارگانی بین المللی، از طرف کمیسیون
سازمان ملل متحد برای حقوق تجارت بین المللی
مبذول گردید. کمیسیون مذبور در چهاردهمین
اجلاس خود (۱۹۸۱) به «گروه کارروتهای درباره
قراردادهای بین المللی» که از تعدادی از نمایندگان
سازمان ملل متحد تشکیل می شود، مأموریت داد تا
طرح قانون نمونه داوری تجاری بین المللی را تدوین
نماید. گروه مذبور پس از تشکیل اجلاسیه های متعدد
وبحث و مذاکرات و مطالعات کافی و ایجاد کمیته

تحریر، و کوشش برای تلفیق سیستمهای حقوقی مختلف در خصوص مورد و پرهیز از ورود به جزئیات وسعی در ذکر اصول و قواعد کلی قابل قبول برای همه کشورها، سرانجام طرح قانون مورد نظر را در شش زبان تدوین و به کمیسیون سازمان ملل متحده برای حقوق تجارت بین المللی (آسیتال) تسلیم نمود. کمیسیون مزبور در هفدهمین اجلاس خود (۱۹۸۴) از دبیر کل سازمان ملل متحده تقاضا کرد تا با ارسال طرح مذکور برای همه دولتها و سازمانهای بین المللی ذینفع، نظرات آنها را در خصوص مورد جویا شود. پس از وصول نظرات دولتها و سازمانهای مزبور (که در مجموعه‌ای چاپ و منتشر شد) و بررسی آن نظرات از طرف اعضای کمیسیون سازمان ملل متحده برای حقوق تجارت بین المللی، سرانجام کمیسیون در هجدهمین اجلاس خود که از سوم تا بیست و یکم ژوئن ۱۹۸۵ درون تشکیل گردید، طرح قانون نمونه برای داوری تجاری بین المللی را مورد تصویب قرارداد.

قانون نمونه دارای ۳۶ ماده است که در هشت فصل تنظیم شده و عنوانیں فضول هشتگانه آن به ترتیب عبارت است از: بیان مقررات عمومی، قرارداد داوری، ترکیب هیئت داوری، صلاحیت هیئت داوری، جریان دادرسی داوری، اعلام رأی داوری و ختم دادرسی، اعتراض به رأی داوری، شناسائی و اجرای آرای داوری.

۴

دبیرخانه کمیسیون سازمان ملل متحده برای حقوق تجارت بین المللی، قانون نمونه برای داوری تجاری بین المللی را برای تمام کشورهای جهان ارسال خواهد داشت و از آنها خواهد خواست تا مقاد قانون نمونه را در قوانین داخلی خود وارد نموده و تشریفات قانونی لازم را بمنظور تبعیت از اصول و مقررات آن

معمول دارند.

دبیرخانه هیئت‌ویژه قانون نمونه را برای مجمع عمومی سازمان ملل متحد نیز ارسال خواهد داشت تا آن مجمع در زمینه گنجانیدن مفاد آن قانون در قوانین داخلی کشورها، ضمن صدور قطعنامه‌ای، توصیه‌های لازم را به اعضای خود بنماید.

«مجلة حقوقی» خوشقت است که با چاپ متن انگلیسی قانون نمونه درباره داوری بازرگانی بین المللی و نیز ترجمه فارسی آزاد آن در این شماره، نخستین نشریه ایرانی است که مفاد قانون مذکور را به اقلالع حقوق‌دانان، بازرگانان، محققان و سایر هم‌میهان علاقمند و ذینفع می‌رساند و آمادگی خود را برای درج و نظر نظرات و مقالات انتقادی با

تحلیلی آنان در این خصوص اعلام می‌دارد.
ضمناً آنچه در متن فارسی داخل پرانتز آمده است زائد بر متن انگلیسی بوده و صرفاً برای تسهیل درک عبارت، اضافه شده است. پرانتزهای متن انگلیسی با [] مشخص شده است.

«مجلة حقوقی»



قانون نمونه درباره
داوری تجاری بین المللی



فصل اول - مقررات عمومی

ماده ۱ - قلمرو اجرا *

۱) این قانون ، بارعاایت هرگونه موافقت نامه معتبری که بین این کشور و یا کشورهای دیگر وجود دارد ، شامل داوری تجاری *** بین المللی خواهد بود .

۲) مقررات این قانون ، به استثنای مواد ۸ ، ۹ ، ۳۵ و ۳۶ ، در صورتی قابل اجرا است که محل داوری در قلمرو این کشور باشد .

۳) داوری در صورتی بین المللی است که :

الف - مرکز فعالیت (اقامتگاه) طرفین موافقت نامه داوری ، در زمان انعقاد قرارداد مذکور ، در کشورهای مختلف باشد ، یا

ب - یکی از محلهای زیر ، خارج از کشوری باشد که مرکز فعالیت طرفین در آن کشور واقع است :

I - محل داوری ، در صورتی که موافقت نامه داوری (تصريح) بر بموجب آن تعیین شده باشد ،

II - هر محلی که قسمت اساسی تعهدات ناشی از روابط تجارتی باشیست در آن محل اجرا شود ، یا محلی که موضوع اصلی اختلاف

* عناوین مواد صرفا "جهت تسهیل در (اشارة و) ارجاع است و باید بمنظور تفسیر بکار گرفته شوند .

** اصطلاح "تجاری" بایستی در مفهوم وسیع آن تفسیر شود ، بنحوی که موضوعات ناشی از هرگونه رابطه را که دارای ماهیت تجارتی است ، اعم از قراردادی یا غیر قراردادی ، شامل شود . منظور از روابط دارای ماهیت تجارتی ؛ بدون قید انحصار ، عبارت است از تهیه یا مبادله کالای خدمات ، قرارداد توزیع ، نمایندگی یا کارگزاری تجارتی ، حق العمل کاری ، اجراه بشرط تملیک ، ساختمان پروژه ها ، مشاوره ، مهندسی ، پروانه امتیاز ، سرمایه گذاری ، تامین اعتبار ، بانکداری ، بیمه ، قرارداد برد اری یا امتیاز انحصاری یا مشارکت مدنی و انواع دیگر همکاری صنعتی یا تجارتی ، حمل و نقل کالا یا مسافر از طریق هوا ، دریا ، راه آهن یا جاده .

- نزدیکترین ارتباط را با آن محل دارد، یا
- ج - طرفین میریحا " تواافق کرده باشند که موضوع اصلی موافقت نامه
داوری به بیش از یک کشور ارتباط دارد.
- ۴) بمنظور (اجرای) بند ۳ این ماده :

- الف - چنانچه طرفی بیش از یک مرکز فعالیت داشته باشد، مرکزی که
نزدیکترین رابطه را با موافقت نامه داوری دارد، مرکز فعالیت او
خواهد بود ،
- ب - چنانچه طرفی مرکز فعالیت نداشته باشد، محل سکونت معمولی او
ملک است .

۵) این قانون نسبت به سایر قوانین این کشور که بموجب آنها اختلافات
خاصی را نمیتوان به داوری ارجاع نمود و یا منحرا " برحسب مقررات
دیگری غیر از این قانون قابل ارجاع به داوری هستند، تاثیری نخواهد داشت.

ماده ۲ - تعاریف و قواعد تفسیر

بمنظور (اجرای) این قانون :

- الف - منظور از " داوری " ، هر نوع داوری است ، اعم از اینکه توسط یک
موسسه دائمی اداره (و تصدی) شود یا نه ،
- ب - " هیئت داوری " ، به معنای داور واحد یا گروه داوران میباشد ،
- ج - منظور از " دادگاه " ، عضو یا ارگانی از سیستم قضایی یک کشور
است .
- د - در مواردی که بموجب یکی از مقررات فصلهای سوم ، چهارم یا پنجم
این قانون ، طرفین در اتخاذ تصمیم نسبت به موضوع خاصی مختار
دانسته شده‌اند، این اختیار شامل حق طرفین در تفویض اتخاذ تصمیم
به شخص ثالث از آن جمله هرسازمانی ، نیز میباشد ،
- ه - هر کجا که در هر یک از مقررات این قانون به توافق قبلی یا بعدی
طرفین اشاره شده ، یا بهرنحو دیگری به موافقت نامه فیما بیین
طرفین اشاره میشود ، موافقت نامه مذکور شامل هر نوع مقررات
داوری مذکور در آن قرارداد نیز خواهد بود .

ماده ۳ - دریافت (ابلاغ) مراسلات کتبی

۱) بجز مواردی که توافق دیگری بین طرفین وجود داشته باشد :

الف - هرگونه مراسلات کتبی ، بشرط آنکه به شخص گیرنده تسلیم شود و یا به مرکز فعالیت ، محل سکونت معمولی یا نشانی پستی وی تسلیم گردد ، دریافت (ابلاغ) شده محسوب می‌گردد . در صورتیکه پس از انجام تحقیق معقول هیچکدام از این نشانی‌ها بدست نیاید ، مراسله کتبی در صورتی دریافت (ابلاغ) شده تلقی می‌شود که با پست سفارشی یا با هر وسیله دیگری که اهتمام در تسلیم مراسله راثابت کند ، به (هرکدام از) آخرین مرکز فعالیت ، آخرین محل سکونت معمولی یا به آخرین نشانی پستی که از گیرنده در دست است (از او شناخته شده) ، تسلیم شده باشد ،

ب - مراسله در همان روز تسلیم بشرح فوق ، ابلاغ شده تلقی می‌شود .

۲) مقررات این ماده ، شامل مراسلات در جریان رسیدگی نخواهد بود .

ماده ۴ - انصراف از حق ایجاد

چنانچه هریک از طرفین با علم باینکه بعضی مقررات این قانون یا الزامات ناشی از داوری که طرفین میتوانند از آن عدول کنند ، رعایت نشده می‌باشد - الوصف داوری را ادامه دهد و ایجاد خود به این امر را بدون تاخیر غیر موجه عنوان ننماید ، یا اگر مهلتی تعیین شده باشد ، در مهلت مقرر ایجاد نکند ، چنین تلقی خواهد شد که از این حق خود صرف نظر نموده است .

ماده ۵ - حدود مداخله دادگاه

هیچ دادگاهی نمیتواند در موضوعات مشمول این قانون دخالت کند ، مگر در موردی که بموجب این قانون پیش بینی شده است .

ماده ۶ - دادگاه یا سایر مراجعی که عهددار پاره‌ای تکالیف جهت مساعدت

و نظارت در داوری هستند .

وظایف مندرج در مواد ۱۱ (۳ و ۴) ، ۱۳ (۳) و ۱۴ (۲) بعده
[هرکشوری که این قانون نمونه را تصویب می‌کند، دادگاه یا
دادگاهها یا مرجع صالح دیگری را برای انجام این وظایف مشخص می‌کند.
گذارده می‌شود .

فصل دوم - موافقت نامه داوری

ماده ۷ - تعریف و شکل موافقت نامه داوری

۱) " موافقت نامه داوری " توافقی (قراردادی) است بین طرفین که بموجب آن تمام یا بعضی اختلافات بوجود آمده درمورد یک رابطه حقوقی معین اعم از قراردادی یا غیر قراردادی یا اختلافاتی را که ممکن است (در رابطه با آن ارتباط حقوقی معین) پیش آید به داوری ارجاع میشود . موافقت نامه داوری ممکن است بصورت شرط داوری در یک قرارداد یا بصورت موافقت نامه جدگانه باشد .

۲) موافقت نامه داوری بایستی بصورت کتبی باشد . موافقت نامه در صورتی کتبی است که طی سندی (نوشه ای) به امضای طرفین رسیده باشد ، یا طی مبادله نامه ها ، تلگرام یا سایر وسایل مخابراتی که وجود موافقت نامه را اثبات نماید ، آمده باشد ، یا یکی از طرفین طی مبادله دادخواست یا دفاعیه ، وجود آنرا ادعای کند و طرف دیگر آنرا تکذیب ننماید . تصریح در قرارداد به سندی (خارج از قرارداد) که متضمن شرط داوری است بمنزله موافقت نامه داوری خواهد بود ، مشروط براینکه قرارداد مذکور بصورت کتبی بوده و تصریح نیز بنحوی باشد که شرط (داوری) را جزئی از قرارداد بنماید .

ماده ۸ - موافقت نامه داوری و دعوای ماهوی نزد دادگاه

۱) دادگاهی که نزد او درخصوص امر موضوع موافقت نامه داوری طرح دعوی شده ، مکلف است در صورت درخواست یکی از طرفین که دیرتر از تسلیم نخستین لایحه ا و در ماهیّت اختلاف بعمل نیامده باشد ، طرفین را به داوری احاله (و هدایت) نماید ، مگر اینکه احراز نماید موافقت نامه (داوری) باطل و ملغی الاثر یا غیر قابل اجرا میباشد .

۲) هرگاه دعوای مذکور در بند (۱) فوق طرح شده باشد، در عین حال که این دعوی تحت رسیدگی دادگاه است، معالوص جریان رسیدگی داوری نیز میتواند آغاز شده یا (در صورتیکه قبلاً شروع شده) ادامه یابد، و رأی نیز صادر شود.

ساده ۹ - موافقت نامه داوری و دستور مؤقت (قرار تامین) دادگاه

تقاضای یکی از طرفین، قبل یا حین دادرسی داوری، از دادگاه مبنی بر صدور دستور مؤقت (قرار تامین)، همچنین صدور چنین دستوری از جانب دادگاه، معارض موافقت نامه داوری نخواهد بود.

فصل سوم - ترکیب هیئت داوری

ماده ۱۰ - تعداد داوران

۱) طرفین در تعیین تعداد داوران، آزاد هستند.

۲) در صورت عدم تعیین، تعداد داوران سه (عضو) خواهد بود.

ماده ۱۱ - تعیین داوران

۱) هیچ کس را نمیتوان بعلت ملیّتش از داور شدن منوع کرد، مگر اینکه طرفین طور دیگری توافق کرده باشند.

۲) طرفین آزادند که باتوجه و رعایت مقررات بندهای ۴ و ۵ این ماده، در مورد روش تعیین داور یا داوران توافق نمایند.

۳) در صورت نبودن چنین توافقی:

الف - در داوری سه نفره، هر طرف یک داور را انتخاب می‌کند و دو داور منصوب طرفین، داور سوم را تعیین خواهد کرد، اگر یکی از طرفین طرف ۳۰ روز از تاریخ دریافت درخواست طرف مقابل در این خصوص، داور خود را تعیین نکند، یا اگر دو داور (منصوب طرفین) نتوانند طرف ۳۰ روز از تاریخ انتخاب شدن درباره انتخاب داور سوم توافق نمایند، بنا به تقاضای یکی از طرفین تعیین (داور مربوط) توسط دادگاه یا مرجع دیگری که در ماده ۶ مشخص گردیده، انجام خواهد شد، ب - در داوری یک نفره، اگر طرفین نتوانند درباره انتخاب داور توافق نمایند، (داور) بنا به تقاضای یکی از طرفین توسط دادگاه یا مرجع دیگری که در ماده ۶ مشخص شده، تعیین خواهد شد.

۴) هرگاه، حسب روش تعیین (داور) که مورد توافق طرفین قرار گرفته،

الف - یکی از طرفین به کیفیّتی که بموجب آن روش مقرر شده، اقدام (لازم) ننماید، یا

ب - طرفین، یا دو داور، نتوانند به توافقی که حسب روش فوق الذکر

مورد نظر است ، دست یابند ، یا
ج - شخص ثالث ، از آن جمله هرسازمانی ، نتواند به وظیفه ای که
بموجب روش مذکور به او محول شده ، عمل نماید ،
(درایینصورت) هرگدام از طرفین میتواند از دادگاه یا مرتع دیگری که
در ماده ۶ تعیین شده ، درخواست کند که اقدام لازم را انجام دهد ، مگر
اینکه روش تعیین (داور) مورد تفاوت بین طرفین ، طرق دیگری
جهت تامین (این هدف ، یعنی) تعیین داور پیش بینی کرده باشد ،

۵) تصمیم اتخاذ شده درمورد موضوعاتی که بموجب بندهای ۳ یا ۴ این ماده
به عهده دادگاه یا مرتع دیگر مذکور در ماده ۶ گذارده شده ، قابل اعتراض
نیست . دادگاه یا مرتع دیگر بایستی در تعیین داور به کلیه شرایطی که
طرفین در موافقت نامه برای داور لازم دانسته اندو همچنین به ملاحظاتی
که احتمالا " جهت تامین (هدف) تعیین داور مستقل و بیطرف وجود داشته
توجه کافی معمول دارد ، و هنگامی که داور واحد یا داور سوم را تعیین
مینماییم ، علاوه بر موارد فوق ، اولی بودن انتخاب داور با مليّتی
غیراز مليّت طرفین را نیز ملحوظ نماید .

ماده ۱۲ - موارد جرح (داور)

۱) هرگاه شخصی از حیث امکان انتخاب بعنوان داور مورد مراجعه
(و پیشنهاد) قرار گیرد ، بایستی هرگونه اوضاع و احوالی را که موجب
بروز تردید های موجهی درمورد بی طرفی و استقلال او میگردد ، افشاء
نماید . از موقع انتخاب بعنوان داور و در طول جریان داوری (نیاز) ، داور
بایستی بدون تاخیر (بروز) چنین اوضاع و احوالی را به طرفین اطلاع دهد
مگر اینکه ایشان توسطی از اوضاع و احوال مذکور از قبل مطلع شده باشند .

۲) داور صرفا " درصورتی میتواند جرح شود که اوضاع و احوال موجود باعث
تردید های موجهی درخصوص بی طرفی و استقلال او گردد ، یا واجد اوصافی
که مورد تفاوت (و نظر) طرفین بوده ، نباشد . هر طرف صرفا " به استناد
علی که پس از تعیین داور ، از آنها مطلع شده ، میتواند داوری را که
خود تعیین کرده یا در جریان تعیین او مشارکت داشته ، جرح کند .

ماده ۱۳ - تشریفات جرح

۱) طرفین آزادند که بارعایت مفاد بند ۴ این ماده ، درمورد تشریفات جرح داور توافق نمایند .

۲) درصورت نبودن چنین توافقی ، طرفی که قصد جرح داور را دارد ، بایستی ظرف ۱۵ روز از تاریخ اطلاع از تشکیل هیئت داوری یا اطلاع از هرگونه اوضاع و احوال مذکور در ماده ۱۲ (۲) ، دلایل جرح را طی لایحه ای کتبی به هیئت داوری اعلام کند . هیئت داوری درمورد جرح اتخاذ تصمیم می کند ، مگر اینکه داور مورد جرح از سمت خود کناره گیری کند و یا طرف مقابل نیز جرح را بپذیرد .

۳) چنانچه جرحی که بارعایت تشریفات مورد توافق طرفین یا تشریفات مقرر در بند ۲ این ماده ، بعمل آمده ، مورد قبول قرار نگیرد ، طرفی که (داور را) جرح کرده میتواند ظرف سی روز پس از دریافت اخطاریه حاوی تصمیم مربوط به رد جرح ، از دادگاه یا مرجع دیگری که در ماده ۶ پیش بینی شده ، درخواست نماید که نسبت به جرح (رسیدگی و) اتخاذ تصمیم کند ، این تصمیم قابل امتناع نیست ؛ مادام که چنین درخواستی تحت رسیدگی است ، هیئت داوری همراه با داور مورد جرح ، میتواند رسیدگی داور را ادامه داده و رای (نیز) صادر کند .

ماده ۱۴ - کوتاهی یا عدم امکان انجام وظیفه

۱) اگر داور به حکم قانون یا عمل " (de Jure or de Facto) نتواند وظایف خود را انجام دهد یا بنا به علل دیگری از انجام این وظایف بدن تاخیر غیر موجه ، ناتوان گردد ، چنانچه خود از سمت (داوری) کناره گیری کند یا اگر طرفین توافق نمایند ، (سمت و) ماموریت او پایان می پذیرد . در غیر اینصورت ، چنانچه درمورد هریک از موارد فوق ، (بین طرفین) اختلاف نظر وجود داشته باشد ، هر کدام از طرفین میتواند از دادگاه یا مرجع دیگری که در ماده ۶ مقرر گردیده درخواست کند که درمورد ختم ماموریت داور اتخاذ تصمیم نماید ، این تصمیم قابل اعتراض نیست .

۲) در مواردی که داور طبق این ماده یا ماده ۱۳ (۲) از کار خود کناره گیری

میکند یا یکی از طرفین در مورد ختم صادراتیت او موافقت نماید، به معنای قبول اعتبار (و صحّت دلایل و) موارد ذکور در این ماده یا ماده ۱۲ (۲) نخواهد بود.

ماده ۱۵ – تعیین داور جانشین

در مواردی که صادراتیت داور به لحاظ ماده ۱۳ یا ۱۴، یا به جهت کناره-گیری خود او بنا به علل دیگری، یا به لحاظ توافق طرفین درخصوص لغو صادراتیت او (بعنوان داور)، یا به علت سایر موارد ختم صادراتیت، خاتمه می‌پذیرد با استی داور جانشین، مطابق مقررات قابل اجرا درباره تعیین داوری که تغییر می‌کند، معین گردد.

فصل چهارم - صلاحیت هیئت داوری

ماده ۱۶ - صلاحیت هیئت داوری برای اتخاذ تصمیم در مورد صلاحیت خود

- ۱) هیئت داوری میتواند در مورد صلاحیت خود، همچنین درباره وجود یا اعتبار موافقت نامه داوری اتخاذ تصمیم کند. برای این منظور، شرط داوری که (بصورت) جزئی از یک قرارداد (مقرر شده) باشد، بعنوان موافقت نامه‌ای مستقل از سایر شرایط قرارداد بشمار می‌رود. تصمیم هیئت داوری مبنی بر اینکه قرارداد باطل و ملغی الاثر است، فی نفسه بمعنای عدم اعتبار شرط داوری (مندرج در آن قرارداد) نخواهد بود.
- ۲) ایراد به اینکه هیئت داوری فاقد صلاحیت است، بایستی حداقل تا قبل از تسلیم لایحه دفاعیه، مطرح شود. هیچ طرفی به صرف اینکه داوری را تعیین کرده یا در تعیین او مشارکت داشته، از طرح چنین ایرادی محروم نخواهد بود. ایراد به اینکه هیئت داوری از چهارچوب صلاحیت خود تجاوز کرده، بایستی به محض اینکه موضوع خارج از صلاحیت در جریان رسیدگی داوری مطرح میشود، عنوان گردد. هیئت داوری میتواند در هر کدام از موارد (مذکور)، ایراد خارج از موعد را نیز بپذیرد، بشرط آنکه تاخیر را موجه تشخیص دهد.
- ۳) هیئت داوری میتواند نسبت به ایرادات مذکور در بند ۲ فوق، بعنوان یک امر مقدماتی و یا در رای ما هوی خود، اتخاذ تصمیم کند. در صورتیکه هیئت داوری بصورت یک امر مقدماتی، به صلاحیت خود نظر بدهد، هر کدام از طرفین میتوانند ظرف ۳۰ روز پس از ابلاغ این تصمیم از دادگاه یا مرجع دیگری که در ماده ۶ پیش بینی شده درخواست کند که نسبت به موضوع (رسیدگی و) اتخاذ تصمیم نماید. این تصمیم قابل اعتراف نیست؛ در اثنای رسیدگی به این درخواست، هیئت داوری میتواند به دادرسی خود ادامه داده و رای نیز صادر کند.

ماده ۱۷ – اختیار هیئت داوری درباره صدور دستور موقت

هیئت داوری میتواند بنا برخواست هرکدام از طرفین ، مقرر نماید طرف دیگر اقدامات تامینی را که هیئت با توجه به موضوع اصلی اختلاف ضروری تشخیص میدهد ، انجام دهد ، مگر طرفین طور دیگری توافق کرده باشند . هیئت داوری میتواند مقرر نماید که هرکدام از طرفین در رابطه با چنین اقداماتی ، تامین مناسب بسپارند .

فصل پنجم - نحوه رسیدگی داوری

ماده ۱۸ - رفتار مساوی با طرفین

رفتار با طرفین بایستی بنحو مساوی باشد و به هرگدام از ایشان فرصت کامل جهت ارائه و طرح دعاویش داده شود.

ماده ۱۹ - تعیین قواعد رسیدگی

۱) طرفین آزادند که درمورد تشریفاتی که بایستی جهت انجام رسیدگی توسعه هیئت داوری رعایت شود، باتوجه به مقررات این قانون توافق نمایند.

۲) درصورت نبودن چنین توافقی، هیئت داوری میتواند بارعایت مقررات این قانون، داوری را بنحوی که مقتضی تشخیص می‌دهد اداره و تصدی نماید. اختیاری که هیئت داوری در این مورد دارد، شامل اختیار او در تشخیص قابل قبول بودن، ارتباط، موضوعیت یا ارزش هرگونه دلیل نیز میباشد.

ماده ۲۰ - محل داوری

۱) طرفین آزادند که درمورد محل داوری توافق کنند. درصورت نبودن چنین توافقی محل داوری باتوجه به اوضاع و احوال دعوی، منجمله سهولت طرفین، توسعه هیئت داوری تعیین می‌شود.

۲) صرفنظر از مفاد بند (۱) این ماده، هیئت داوری میتواند برای شور بیان اضاء، استماع شهادت شهود، کارشناسان طرفین، یا بازرگانی کالا و سایر اموال یا اسناد و مدارک، در هر محلی که خود مقتضی بداند تشکیل یابد، مگر طرفین طور دیگری توافق کرده باشند.

ماده ۲۱ - شروع جریان داوری

رسیدگی داوری درخصوص یک دعوای خاص، در تاریخی که درخواست ارجاع اختلاف به داوری به خوانده ابلاغ شده است شروع میشود مگر اینکه طرفین طور دیگری توافق کرده باشند.

ماده ۲۲ – زبان

۱) طرفین آزادند که درمورد زبان یا زبانهای مورد استفاده در رسیدگی داوری توافق نمایند . در صورت نبودن چنین توافقی ، هیئت داوری درمورد زبان یا زبانهای مورد استفاده درداوری اتخاذ تصمیم می‌کند . توافق طرفین یا تصمیم هیئت داوری (دراین مورد) شامل هرگونه لایحه مكتوب طرفیـن ، هرگونه استماع یا (صدور) رای ، تصمیم یا سایر مراسلات هیئت داوری خواهد بود ، مگر اینکه طور دیگری مقرر شده باشد .

۲) هیئت داوری میتواند مقرر کند که ادله کتبی باترجمه آنها به زبان یا زبانهایی که مورد توافق طرفین قرار گرفته یا خود هیئت داوری تعیین کده، همراه باشد .

ماده ۲۳ – دادخواست و دفاعیه

۱) خواهان بایستی ظرف مهلتی که طرفین توافق کرده اند یا توسط هیئت داوری تعیین شده ، واقعیّاتی را که ادعای اورا تایید می‌کند ، نکات مورد اختلاف و خواسته یا خسارتمورد درخواست را تقديم نماید ، خوانده نیز بایستی دفاعیّات خود درخصوص موارد مذکور را (درمهلت مورد توافق یا تعیین شده توسط هیئت داوری) تسلیم کند ، مگر اینکه طرفین درخصوص مندرجات (و عناوین) مقرر در درخواست و دفاعیه ، طور دیگری توافق کرده باشند . طرفین میتوانند کلیه مدارکی را که مرتبط تشخیص می‌دهند و یا فهرست مدارک یا سایر ادله ای که درنظر دارند (بعداً) تسلیم نمایند ، همراه با دادخواست یا دفاعیه خود تقديم نمایند .

۲) چنانه بین طرفین ترتیب دیگری توافق نشده باشد هرگدام از آنها میتوانند دادخواست یا دفاعیه خودرا در طول رسیدگی داوری اصلاح یا تکمیل نمایند ، مگر اینکه هیئت داوری مصلحت تشخیص دهد که چنین اصلاحیه ای را ولو با تأخیری که در تهیه آن رخ داده نیز بپذیرد .

ماده ۲۴ – استماع و دادرسی بصورت کتبی

۱) جز درموردی که طرفین توافق دیگری کرده باشند هیئت داوری درخصوص اینکه

آیا جهت ارائه ادله یا استدلالات شفاهی جلسه استماع شفاهی برگزار شود یا اینکه رسیدگی براساس مدارک و سایر موارد ادامه یابد، اتخاذ تصمیم خواهد کرد . مع الوصف درصورتی که یکی از طرفین در مقطع مناسبی از رسیدگی درخواست نماید، هیئت داوری بایستی استماع شفاهی را برگزار کند، مگر اینکه طرفین توافق کرده باشند که هیچ نوع استماعی شفاهی تشکیل نشود .

۲) هیئت داوری بایستی قبل از تشکیل هرگونه جلسه استماع یا اجلاس هیئت بمنظور بازرگانی کالا یا سایر اموال یا مدارک ، طرفین را طی اخطاریه ای مطلع نماید .

۳) کلیه لوایح ، مدارک یا سایر اطلاعاتی که توسط یکی از طرفین به هیئت داوری تسلیم شده ، بایستی برای طرف مقابل نیز ارسال گردد . همچنین گزارش کارشناسی یا ارزیابی مدارک که ممکن است هیئت داوری هنگام اتخاذ تصمیم به آنها استناد نماید ، بایستی برای طرفین ارسال شود .

ماده ۲۵ - قصور هرکدام از طرفین

مگر در مواردی که توافق دیگری بین طرفین باشد ، چنانچه بدون ارائه دلیل کافی :

الف - خواهان در تقدیم دادخواست خود براساس ماده ۲۳ (۱) کوتاهی نماید، هیئت داوری رسیدگی را ختم خواهد کرد .

ب - خواننده در تقدیم دفاعیه خود براساس ماده ۲۳ (۱) ، کوتاهی نماید، هیئت داوری بدون اینکه این کوتاهی را فی نفسه بمعنای قبول ادعاهای خواهان تلقی نماید ، رسیدگی را ادامه خواهد داد .

ج - هرکدام از طرفین از حضور در جلسه استماع یا تهیه ادله مستند ، کوتاهی کند ، هیئت داوری میتواند دادرسی را ادامه داده و براساس مدارکی که نزد او است مباردت به صدور رای کند ، مگر اینکه طرفین طور دیگری توافق کرده باشند .

ماده ۲۶ – کارشناس منصوب از طرف هیئت داوری

۱) هیئت داوری میتواند :

الف - جهت تقدیم گزارش درمورد موضوع خاصی که توسط هیئت داوری مشخص میشود، یک کارشناس یا بیشتر را تعیین نماید،

ب - مقرر نماید که هرکدام از طرفین هرگونه اطلاعات مرتبط را در اختیار کارشناس قرار دهد، یا موجبات دسترسی کارشناس به مدارک مربوط کالا، یا سایر اموال را جهت انجام بازبینی (وکارشناسی) فراهم نماید،

مگر اینکه طرفین طور دیگری توافق کرده باشند.

۲) در صورتی که یکی از طرفین درخواست کند و یا خود هیئت داوری ضروری تشخیص دهد، کارشناس بایستی پس از تقدیم گزارش کتبی یا شفاهی خود، در جلسه استماع نیز شرکت کند. در جلسه مذکور، طرفین نیز این فرصت را خواهند داشت که از کارشناس سوالاتی بنمایند و شاهد کارشناس خود را بمنظور ادائی شهادت درخصوص نکات مورد اختلاف، معروفی کنند، مگر اینکه طرفین بطور دیگری توافق کرده باشند.

ماده ۲۷ – مساعدت دادگاه برای تحصیل (جمع‌آوری) دلیل

هیئت داوری، یا هرکدام از طرفین با دردست داشتن موافقت هیئت داوری، میتواند از هر دادگاه صلاحیت‌دار این کشور درخواست کند که درمورد تحصیل (جمع‌آوری) دلیل مساعدت نماید. دادگاه میتواند در چهار چوب صلاحیت خوبیش و بار عایت مقررات خود درباره تحصیل (جمع‌آوری) دلیل، این درخواست را (اجابت و) اجرا کند.

فصل ششم – صدور رای و ختم دادرسی

ماده ۲۸ – قواعد قابل اعمال در مورد ماهیت اختلاف

- ۱) هیئت داوری بر حسب قواعد حقوقی که طرفین بعنوان قواعد قابل اعمال در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، درخصوص اختلاف (دعوى) اتخاذ تصمیم خواهد کرد. هرگونه تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص، بعنوان ارجاع مستقیم به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد و نه قواعد حل تعارض آن، مگر اینکه طرفین طور دیگری توافق کرده باشند.
- ۲) در صورت عدم تعیین (قانون ماهوی) از جانب طرفین، هیئت داوری قانونی را اجرا خواهد کرد که بموجب قواعد حل تعارضی که خود مناسب تشخیص داده، تعیین می‌گردد.
- ۳) هیئت داوری صرفاً "در صورتی بر اساس عدل و انصاف (ex acque et bono) یا بعنوان میانجیگری دوستانه (amiable compositeur)" اتخاذ تصمیم می‌کند که طرفین مراجحتاً چنین اجازه‌ای را به او داده باشند.
- ۴) هیئت داوری، در کلیه موارد بر اساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم خواهد کرد، و عرف بازارگانی قابل اجرا در معامله مربوطه را مورد نظر قرار خواهد داد.

ماده ۲۹ – اخذ تصمیم توسط گروه داوران

در دادرسی‌هایی که توسط بیش از یک داور صورت می‌گیرد، هر تصمیم هیئت داوری بایستی با اکثریت کلیه اعضای هیئت داوری اتخاذ شود، مگر طرفین طور دیگری توافق کرده باشند. معاذالک، موضوعات مربوط به آئین دادرسی توسط داور رئیس (سردار) مورد تصمیم قرار می‌گیرد، مشروط بر اینکه طرفین یا کلیه اعضای هیئت داوری چنین اجازه‌ای داده باشند.

ماده ۳۰ – سازش

- ۱) چنانچه طرفین در جریان دادرسی، اختلافات خود را از طریق سازش حل کنند، هیئت داوری رسیدگی را ختم خواهد نمود، و چنانچه یکی از طرفین

تقاضا نماید و طرف مقابل اعتراض ننماید، موافقت نامه سازش را بصورت رای داوری براساس شرایط مرضی الطّرفین ، (صادر و) ثبت نماید .

۲) رای براساس شرایط مرضی الطّرفین بايستی مطابق مقررات ماده ۳۱ صادر شود و تصریح گردد که رای بشمار می‌رود . چنین رایی همان وضعیت و اثری را دارد که هر رای ماهوی دیگری دارا است .

ماده ۳۱ - شکل و محتوای رای

۱) رای بايستی بصورت کتبی بوده و به امضای داور یا داوران برسد . در رسیدگی داوری توسط بیش از یک داور ، امضای اکثریت کلیه اعضا هیئت داوری کافی خواهد بود ، مشروط براینکه علّت امضای مذوف تصریح شود .

۲) کلیه دلایلی که رای مبتنی بر آن است بايستی در متن رای آورده شود ، مگر اینکه طرفین توافق کرده باشند که دلایل رای ذکر نشود یا رای بر اساس شرایط مرضی الطّرفین بموجب ماده ۳۰ ، صادر شده باشد .

۳) رای بايستی حاوی تاریخ و محل داوری که مطابق ماده ۲۰ (۱) تعیین شده ، (نیز) باشد . رای ، صادر شده در همان محل محسوب می‌گردد .

۴) پس از امضای رای ، رونوشت آن که مطابق بند (۱) این ماده توسط داوران امضاء شده باستی به هر کدام از طرفین تسلیم شود .

ماده ۳۲ - ختم رسیدگی

۱) رسیدگی داوری بموجب رای نهایی یا بموجب دستور هیئت داوری که مطابق بند (۲) این ماده صادر می‌شود ، ختم می‌گردد .

۲) هیئت داوری در موارد زیر ، دستور ختم رسیدگی داوری را صادر نماید :

الف - خواهان دعوای خودرا مسترد کند ، مگر اینکه خوانده نسبت به آن اعتراض ننماید و هیئت داوری (نیز) برای او منافع مشروع و موجہ در حل و فصل نهایی اختلاف ، تشخیص دهد ،

- ب - طرفین درمورد ختم رسیدگی توافق کنند ،
- ج - هیئت داوری ادامه رسیدگی را بهر دلیل دیگری ، غیر لازم یا غیر ممکن یابد ،
- ۳) با توجه و رعایت مقررات مواد ۳۳ و ۳۴ (۴) باختم رسیدگی ، وظیفه هیئت داوری (نیز) پایان می‌ذیرد .
- ماده ۳۳ - اصلاح و تفسیر رای ، رای الحاقی
- ۱) مشروط براینکه مهلت دیگری بین طرفین توافق نشده باشد ، ظرف سی روز پس از دریافت رای :
- الف - هرکدام از طرفین ، میتواند ، ضمن ارسال اخطاریه به طرف دیگر ، از هیئت داوری درخواست کند که هرگونه اشتباه در محاسبه ، املاء یا (تحریر و) ماشین نویسی یا اشتباهات مشابه در رای را اصلاح نماید ،
- ب - چنانچه بین طرفین توافق شده باشد ، هرکدام از ایشان میتواند با ارسال اخطاریه به طرف دیگر ، از هیئت داوری درخواست کند که نکته مشخص یا قسمتی از رای را تفسیر کند .
- چنانچه هیئت داوری چنین تقاضاهایی را موجه تشخیص دهد ، اصلاح یا تفسیر (لازم) را ظرف سی روز از وصول درخواست ، بعمل خواهد آورده . تفسیر رای جزئی از آن محسوب میشود .
- ۲) هیئت داوری میتواند ظرف سی روز از تاریخ رای ، هرگونه اشتباه (تحریر) ماشین نویسی مذکور در بند ۱ (الف) این ماده را راسا " (نیز) اصلاح کند .
- ۳) هرکدام از طرفین میتواند ضمن ارسال اخطاریه برای طرف دیگر ، ظرف سی روز از تاریخ دریافت رای از هیئت داوری تقاضا کند که نسبت به ادعاهایی که اقامه کرده ولی در رای مسکوت مانده است ، رای الحاقی صادر نماید ، مگر اینکه بین طرفین طور دیگری توافق شده باشد . چنانچه هیئت داوری این درخواست را موجه تشخیص دهد ، ظرف شصت روز نسبت به صدور رای الحاقی اقدام مینماید .

۴) هیئت داوری میتواند در صورت لزوم ، مهلتی را که ظرف آن باستی رایی را مطابق بند ۱ یا ۳ این ماده اصلاح یا تفسیر کند یا رای الحاقی صادر نماید ، تمدید کند .

۵) مقررات ماده ۲۱ در مورد اصلاح ، تفسیر یا رای الحاقی لازم الاجرا است .

فصل هفتم - اعتراض به رای

ماده ۳۴ - درخواست ابطال ، بمنزله تنها (وسیله) اعتراض به رای

۱) مراجعه به هر دادگاهی برای اعتراض به رای داوری صرفا " بصورت درخواست ابطال آن مطابق بندهای ۲ و ۳ این ماده ممکن است .

۲) رای داوری ممکن است صرفا " در موارد زیر توسط دادگاه مندرج در ماده ۶ ابطال شود :

الف - طرفی که چنین درخواستی مینماید ، دلایلی ارائه نماید که :

I- طرف (او در) موافقت نامه داوری مذکور در ماده ۷ ، فاقد پاره ای اهلیت های لازم بوده است ، یا موافقت نامه مذکور بموجب قانونی که طرفین حاکم بر آن دانسته اند ، یاد رصورتی که چنین قانونی تعیین نشده باشد ، بموجب قانون این کشور ، معتبر نیست ، یا

II- طرفی که چنین درخواستی مینماید ، در مورد تعیین هر داور یا رسیدگی داوری اخطاریه صحیحی دریافت نکرده باشد ، یا بهر جهت دیگری قادر به ارائه (و اقامه) دعوایش نشده باشد ،

III- رای نسبت به اختلافی که بموجب شرط رجوع به داوری مورد نظر نبوده یا در چهارچوب شرایط مذکور نمی کنجد وارد رسیدگی شده ، یا حاوی تصمیم درباره موضوعی باشد که خارج از قلمرو (شرط) رجوع به داوری است ، مشروط براینکه ، اگر تصمیم متّخذه نسبت به موضوعات ارجاع شده به داوری از موضوعاتی که ارجاع نشده قابل تفکیک باشد ، بتوان آن قسمت از رای را که حاوی تصمیم درباره موضوعاتی است که به داوری ارجاع نشده ابطال کرد ، یا

IV- ترکیب هیئت داوری یا آئین (دادرسی) داوری مطابق موافقت نامه (داوری) نباشد ، مگر اینکه موافقت نامه مذکور با یکی از مقررات این قانون که طرفین نمیتوانند از آن عدول نمایند

در تعارض باشد ، و یا اگر موافقت نامه ای وجود نداشته باشد
(ترکیب هیئت داوری یا آئین دادرسی داوری) مطابق مفاد این
قانون نبوده باشد ، یا

ب - دادگاه احراز کند که :

I - موضوع اصلی اختلاف ، بمحض قوانین این کشور قابل حل و فصل

از طریق داوری نیست ، یا

II - رای (داوری) مخالف نظم عمومی این کشور است .

۳) درخواست ابطال (رای) پس از انقضای سه ماه از تاریخ دریافت آن توسط طرفی که چنین درخواستی مینماید ، یا چنانچه برآساس ماده ۳۳ تقاضایی شده باشد (ظرف سه ماه) از تاریخی که در مورد تقاضای مذکور توسط هیئت داوری تعیین تکلیف شده ، مسموع نیست .

۴) دادگاه میتواند ، در مواردی که از او تقاضای ابطال رای داوری شده ، در صورت اقتضا و درخواست یکی از طرفین ، بمنظور ایجاد فرصت برای هیئت داوری جهت از سرگیری رسیدگی یا سایر اقدامات مشابه که بنظر هیئت داوری دلایل ابطال را منتفی می‌سازد ، رسیدگی به تقاضای مذکور را برای مدتی که خود تعیین می‌کند ، معلق نماید .

فصل هشتم - شناسایی و اجرای آراء (داوری)

ماده ۳۵ - شناسایی و اجرا

۱) رای داوری ، صرفنظر از کشوری که در (قلمرو) آن صادر شده ، بایستی لازم الاجرا شناخته شود ، و در صورت تقاضای کتبی از دادگاه صلاحیتدار ، با رعایت مفاد این ماده و ماده ۳۶ قانون حاضر ، بمورد اجرا گذاشته شود .

۲) طرفی که به رای استناد میکند یا درخواست اجرای آن را میکند ، بایستی نسخه اصل رای را که بطور کامل تایید شده یا کپی تصدیق شده آنرا همراه با نسخه اصل موافقت نامه داوری مذکور در ماده ۷ یا نسخه تهدیق شده آن ، تسلیم نماید . چنانچه رای یا موافقت نامه بزبان رسمی این کشور نباشد ، بایستی ترجمه کامل " مصدق آنها بزبان رسمی مذکور را نیز تسلیم کند . *

ماده ۳۶ - موارد عدم شناسایی یا عدم اجرا

۱) (تقاضای) شناسایی یا اجرای رای داوری را ، صرفنظر از کشوری که در آنجا صادر شده ، صرفا " در موارد زیر میتوان رد کرد :

الف - بدرخواست طرفی که علیه او (به رای) استناد شده ، مشروط براینکه طرف مذکور به دادگاه صلاحیتداری که درخواست شناسایی یا اجرا از او بعمل آمده ، ادله ای ارائه کند که :

I - طرف (او در) موافقت نامه داوری مندرج در ماده ۷ ، از بعضی جهات فاقد اهلیت (لازم) بوده است ، یا موافقت نامه مذکور ، بموجب قوانینی که حسب توافق ایشان ، موافقت نامه مشمول آن بوده یا در صورت عدم تعیین قانون حاکم بموجب قانون کشوری که رای در قلمرو آن صادر شده ، معتبر نباشد ، یا

* منظور از شرایط مقرر در این بند آن است که حداقل ضوابط پیش بینی شده باشد . لذا چنانچه کشوری شرایط سهل تری در این خصوص وضع نماید ، منافاتی با هماهنگی موردنظر از این قانون نمونه ، نخواهد داشت .

II - طرفی که علیه او به رای استناد شده ، بطور صحیح از تعیین
داور (ها) یا جریان رسیدگی داوری مطلع نشده و یا بهر علت
دیگری قادر به ارائه ادعاهای خود نشده باشد .

III - رای نسبت به اختلافی که بموجب شرایط رجوع به داوری موردنظر
نبوده یا در چهارچوب شرایط مذکور نمی‌گنجد، وارد رسیدگی شده
یا حاوی تصمیم درباره موضوعی باشد که خارج از قلمرو (شرط)
رجوع به داوری است ، مشروط براینکه ، اگر تصمیم متاخر
نسبت به موضوعات ارجاع شده به داوری از موضوعات ارجاع
نشده ، قابل تفکیک باشد ، بتوان آن قسمت رای را که حاوی
تصمیماتی درمورد موضوعات ارجاع شده به داوری است، شناسائی
و اجرا نمود ، یا

IV - ترکیب هیئت داوری یا آئین (دادرسی) داوری مطابق موافقت نامه
فیما بین طرفین نبوده باشد ، یا در صورت نبودن چنین قانونی ،
مطابق قانون کشور محل انجام داوری نباشد ، یا

V - رای داوری هنوز نسبت به طرفین الزام آور نشده باشد ، یا توسط
دادگاه کشوری که در آنجا صادر شده یا طبق قانونی که بموجب
آن صادر گردیده ، ابطال یا معلق شده باشد ، یا
ب - در صورتی که دادگاه احرار کند که :

I - موضوع اصلی اختلاف بموجب قوانین این کشور از طریق داوری
قابل حل و فصل نیست ، یا

II - شناسایی یا اجرای رای ، برخلاف نظم عمومی این کشور خواهد بود.

۲) اگر از دادگاه مذکور در بند ۱ - الف - ۷ ، این ماده درخواست موقوف اجرا
شدن یا تعليق رای داوری شده باشد ، دادگاهی که از او تقاضای شناسایی یا
اجرای رای بعمل آمده ، در صورتی که مصلحت تشخیص دهد میتواند تصمیم
خود را به تأخیر اندازد و همچنین میتواند در صورت درخواست متقاضی
شناسایی یا اجرای رای ، مقرر نماید که طرف مقابل تامین مناسب بسپرد .

MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION



**MODEL LAW
ON INTERNATIONAL
COMMERCIAL
ARBITRATION**



if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute , refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

- (2) Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court.

Article 9. Arbitration agreement and interim measures by court

It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure.

CHAPTER III. COMPOSITION OF ARBITRAL TRIBUNAL

Article 10. Number of arbitrators

- (1) The parties are free to determine the number of arbitrators.
- (2) Failing such determination, the number of arbitrators shall be three.

Article 11. Appointment of arbitrators

- (1) No person shall be precluded by reason of his nationality from acting as an arbitrator, unless otherwise agreed by the parties.
- (2) The parties are free to agree on a procedure of appointing the arbitrator or arbitrators, subject to the provisions of paragraphs (4) and (5) of this article.
- (3) Failing such agreement,
 - (a) In an arbitration with three arbitrators, each party shall appoint one arbitrator, and the two arbitrators thus appointed shall appoint the third arbitrator; if a party fails to appoint the arbitrator within thirty days of receipt of a request to do so from the other party, or if the two arbitrators fail to agree on the third arbitrator within thirty days of their appointment, the appointment shall be made, upon request of a party,

by the court or other authority specified in article 6;

(b) In an arbitration with a sole arbitrator, if the parties are unable to agree on the arbitrator, he shall be appointed, upon request of a party, by the court or other authority specified in article 6.

(4) Where, under an appointment procedure agreed upon by the parties,

- (a) A party fails to act as required under such procedure; or
- (b) The parties, or two arbitrators, are unable to reach an agreement expected of them under such procedure; or
- (c) A third party, including an institution, fails to perform any function entrusted to it under such procedure,

any party may request the court or other authority specified in article 6 to take the necessary measure, unless the agreement on the appointment procedure provides other means for securing the appointment.

(5) A decision on a matter entrusted by paragraph (3) or (4) of this article to the court or other authority specified in article 6 shall be subject to no appeal. The court or other authority, in appointing an arbitrator, shall have due regard to any qualifications required of the arbitrator by the agreement of the parties and to such considerations as are likely to secure the

appointment of an independent and impartial arbitrator and, in the case of a sole or third arbitrator, shall take into account as well the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than those of the parties.

Article 12. Grounds for challenge

- (1) When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him.
- (2) An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties. A party may challenge an arbitrator appointed by him, or in whose appointment he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made.

Article 13. Challenge procedure

- (1) The parties are free to agree on a procedure for challenging an arbitrator, subject to the provisions of paragraph (3) of this article.

- (2) Failing such agreement, a party who intends to challenge an arbitrator shall, within fifteen days after becoming aware of the constitution of the arbitral tribunal or after becoming aware of any circumstance referred to in article 12(2), send a written statement of the reasons for the challenge to the arbitral tribunal. Unless the challenged arbitrator withdraws from his office or the other party agrees to the challenge, the arbitral tribunal shall decide on the challenge.
- (3) If a challenge under any procedure agreed upon by the parties or under the procedure of paragraph (2) of this article is not successful, the challenging party may request, within thirty days after having received notice of the decision rejecting the challenge, the court or other authority specified in article 6 to decide on the challenge, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal, including the challenged arbitrator, may continue the arbitral proceedings and make an award.

Article 14. Failure or impossibility to act

- (1) If an arbitrator becomes de jure or de facto unable to perform his functions or for other reasons fails to act without undue delay, his mandate terminates if he withdraws from his office or if the parties agree on the termination. Otherwise, if a controversy remains concerning any of these grounds, any party may request the court or other authority specified in article 6 to decide on the termination of the mandate, which decision

shall be subject to no appeal.

- (2) If, under this article or article 13 (2), an arbitrator withdraws from his office or a party agrees to the termination of the mandate of an arbitrator, this does not imply acceptance of the validity of any ground referred to in this article or article 12 (2).

Article 15. Appointment of substitute arbitrator

Where the mandate of an arbitrator terminates under article 13 or 14 or because of his withdrawal from office for any other reason or because of the revocation of his mandate by agreement of the parties or in any other case of termination of his mandate, a substitute arbitrator shall be appointed according to the rules that were applicable to the appointment of the arbitrator being replaced.

CHAPTER IV. JURISDICTION OF ARBITRAL TRIBUNAL

Article 16. Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction

- (1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract, shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.
- (2) A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defence. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified.
- (3) The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in paragraph (2) of this article either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral

tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court or other authority specified in article 6 to decide the matter, which decision shall be subject to no appeal ; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award.

Article 17. Power of arbitral tribunal to order interim - measures

Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any party to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject-matter of the dispute. The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure.

CHAPTER V. CONDUCT OF ARBITRAL PROCEEDINGS

Article 18. Equal treatment of parties

The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case.

Article 19. Determination of rules of procedure

- (1) Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.
- (2) Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Law, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate. The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.

Article 20. Place of arbitration

- (1) The parties are free to agree on the place of arbitration. Failing such agreement, the place of arbitration shall be determined by the arbitral tribunal having regard to the circumstances of the case, including the convenience of the parties.
- (2) Notwithstanding the provisions of paragraph (1) of this

article, the arbitral tribunal may, unless otherwise agreed by the parties, meet at any place it considers appropriate for consultation among its members, for hearing witnesses, experts or the parties, or for inspection of goods, other property or documents.

Article 21. Commencement of arbitral proceedings

Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral proceedings in respect of a particular dispute commence on the date on which a request for that dispute to be referred to arbitration is received by the respondent.

Article 22. Language

- (1) The parties are free to agree on the language or languages to be used in the arbitral proceedings. Failing such agreement, the arbitral tribunal shall determine the language or languages to be used in the proceedings. This agreement or determination, unless otherwise specified therein, shall apply to any written statement by a party, any hearing and any award, decision or other communication by the arbitral tribunal.
- (2) The arbitral tribunal may order that any documentary evidence shall be accompanied by a translation into the language or languages agreed upon by the parties or determined by the arbitral tribunal.

Article 23. Statements of claim and defence

- (1) Within the period of time agreed by the parties or

determined by the arbitral tribunal, the claimant shall state the facts supporting his claim, the points at issue and the relief or remedy sought, and the respondent shall state his defence in respect of these particulars, unless the parties have otherwise agreed as to the required elements of such statements. The parties may submit with their statements all documents they consider to be relevant or may add a reference to the documents or other evidence they will submit.

- (2) Unless otherwise agreed by the parties, either party may amend or supplement his claim or defence during the course of the arbitral proceedings, unless the arbitral tribunal considers it inappropriate to allow such amendment having regard to the delay in making it.

Article 24. Hearings and written proceedings

- (1) Subject to any contrary agreement by the parties, the arbitral tribunal shall decide whether to hold oral hearings for the presentation of evidence or for oral argument, or whether the proceedings shall be conducted on the basis of documents and other materials. However, unless the parties have agreed that no hearings shall be held, the arbitral tribunal shall, if so requested by a party at an appropriate stage of the proceedings , hold such hearings.
- (2) The parties shall be given sufficient advance notice of any hearing and of any meeting of the arbitral tribunal for the purposes of inspection of goods, other property

or documents.

- (3) All statements, documents or other information supplied to the arbitral tribunal by one party shall be communicated to the other party. Also any expert report or evidentiary document, on which the arbitral tribunal may rely in making its decision, shall be communicated to the parties.

Article 25. Default of a party

Unless otherwise agreed by the parties, if, without showing sufficient cause,

- (a) The claimant fails to communicate his statement of claim in accordance with article 23 (1), the arbitral tribunal shall terminate the proceedings;
- (b) The respondent fails to communicate his statement of defence in accordance with article 23 (1) , the arbitral tribunal shall continue the proceedings without treating such failure in itself as an admission of the claimant's allegations;
- (c) Any party fails to appear at a hearing or to produce documentary evidence, the arbitral tribunal may continue the proceedings and make the award on the evidence before it.

Article 26. Expert appointed by arbitral tribunal

- (1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral

tribunal,

- (a) May appoint one or more experts to report to it on specific issues to be determined by the arbitral tribunal;
 - (b) May require a party to give the expert any relevant information or to produce, or to provide access to any relevant documents, goods or other property for his inspection.
- (2) Unless otherwise agreed by the parties, if a party so requests or if the arbitral tribunal considers it necessary, the expert shall, after delivery of his written or oral report, participate in a hearing where the parties have the opportunity to put questions to him and to present expert witnesses in order to testify on the points at issue.

Article 27. Court assistance in taking evidence

The arbitral tribunal or a party with the approval of the arbitral tribunal may request from a competent court of this State assistance in taking evidence. The court may execute the request within its competence and according to its rules on taking evidence.

CHAPTER VI. MAKING OF AWARD AND TERMINATION OF PROCEEDINGS

Article 28. Rules applicable to substance of dispute

- (1) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed , as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.
- (2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.
- (3) The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so.
- (4) In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.

Article 29. Decision making by panel of arbitrators

In arbitral proceedings with more than one arbitrator, any decision of the arbitral tribunal shall be made, unless otherwise agreed by the parties, by a majority of all its members. However, questions of procedure

may be decided by a presiding arbitrator, if so authorized by the parties or all members of the arbitral tribunal.

Article 30. Settlement

- (1) If, during arbitral proceedings, the parties settle the dispute, the arbitral tribunal shall terminate the proceedings and, if requested by the parties and not objected to by the arbitral tribunal, record the settlement in the form of an arbitral award on agreed terms.
- (2) An award on agreed terms shall be made in accordance with the provisions of article 31 and shall state that it is an award. Such an award has the same status and effect as any other award on the merits of the case.

Article 31. Form and contents of award

- (1) The award shall be made in writing and shall be signed by the arbitrator or arbitrators. In arbitral proceedings with more than one arbitrator, the signatures of the majority of all members of the arbitral tribunal shall suffice, provided that the reason for any omitted signature is stated.
- (2) The award shall state the reasons upon which it is based, unless the parties have agreed that no reasons are to be given or the award is an award on agreed terms under article 30 .

- (3) The award shall state its date and the place of arbitration as determined in accordance with article 20 (1). The award shall be deemed to have been made at that place.
- (4) After the award is made, a copy signed by the arbitrators in accordance with paragraph (1) of this article shall be delivered to each party.

Article 32. Termination of proceedings

- (1) The arbitral proceedings are terminated by the final award or by an order of the arbitral tribunal in accordance with paragraph (2) of this article.
- (2) The arbitral tribunal shall issue an order for the termination of the arbitral proceedings when :
 - (a) The claimant withdraws his claim, unless the respondent objects thereto and the arbitral tribunal recognizes a legitimate interest on his part in obtaining a final settlement of the dispute ;
 - (b) The parties agree on the termination of the proceedings;
 - (c) The arbitral tribunal finds that the continuation of the proceedings has for any other reason become unnecessary or impossible.
- (3) The mandate of the arbitral tribunal terminates with the termination of the arbitral proceedings, subject to the provisions of articles 33 and 34 (4) .

**Article 33. Correction and interpretation of award ;
additional award**

(1) Within thirty days of receipt of the award, unless another period of time has been agreed upon by the parties :

- (a) A party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to correct in the award any errors in computation, any clerical or typographical errors or any errors of similar nature ;
- (b) If so agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to give an interpretation of a specific point or part of the award.

If the arbitral tribunal considers the request to be justified, it shall make the correction or give the interpretation within thirty days of receipt of the request. The interpretation shall form part of the award.

- (2) The arbitral tribunal may correct any error of the type referred to in paragraph (1) (a) of this article on its own initiative within thirty days of the date of the award.
- (3) Unless otherwise agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request, within thirty days of receipt of the award, the arbitral tribunal to make an additional award as to claims presented in the arbitral proceedings but omitted from the award. The

arbitral tribunal shall make the additional award within sixty days, if it considers the request to be justified.

- (4) The arbitral tribunal may extend, if necessary, the period of time within which it shall make a correction, interpretation or an additional award under paragraph (1) or (3) of this article.
- (5) The provisions of article 31 shall apply to a correction or interpretation of the award or to an additional award.

CHAPTER VII. RECOURSE AGAINST AWARD

Article 34. Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award

- (1) Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with paragraphs (2) and (3) of this article.
- (2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if :
 - (a) The party making the application furnishes proof that :
 - (I) A party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity ; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State ; or
 - (II) The party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case ; or
 - (iii) The award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of

the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted , only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; or

(IV) The composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law ; or

(b) The court finds that :

(I) The subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State ; or

(II) The award is in conflict with the public policy of this State.

(3) An application for setting aside may not be made after three months have elapsed from the date on which the party making that application had received the award or, if a request had been made under article 33, from the date on which that request had been disposed of by the arbitral tribunal.

- (4) The court, when asked to set aside an award, may, where appropriate and so requested by a party, suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity to resume the arbitral proceedings or to take such other action as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting aside.

CHAPTER VIII. RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF AWARDS

Article 35. Recognition and enforcement

- (1) An arbitral award, irrespective of the country in which it was made, shall be recognized as binding and, upon application in writing to the competent court, shall be enforced subject to the provisions of this article and of article 36 .
- (2) The party relying on an award or applying for its enforcement shall supply the duly authenticated original award or a duly certified copy thereof, and the original arbitration agreement referred to in article 7 or a duly certified copy thereof. If the award or agreement is not made in an official language of this State, the party shall supply a duly certified translation thereof into such language. *

Article 36. Grounds for refusing recognition or enforcement

- (1) Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only :

* The conditions set forth in this paragraph are intended to set maximum standards. It would, thus, not be contrary to the harmonization to be achieved by the model law if a State retained even less onerous conditions.

- (a) At the request of the party against whom it is invoked, if that party furnishes to the competent court where recognition or enforcement is sought proof that :
- (I) A party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity ; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or ; failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made ; or
- (II) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator(s) or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case ; or
- (III) The award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or
- (IV) The composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties or, failing

such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place ; or

(v) The award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a court of the country in which, or under the law of which, that award was made; or

(b) If the court finds that :

(I) The subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State ; or

(II) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of this State.

(2) If an application for setting aside or suspension of an award has been made to a court referred to in paragraph (1) (a) (V) of this article, the court where recognition or enforcement is sought may, if it considers it proper, adjourn its decision and may also on the application of the party claiming recognition or enforcement of the award, order the other party to provide appropriate security .

نظر به اینکه حسب اعلام وزارت فرهنگ و آموزش عالی، «مجلة حقوقی» از جمله نشریات علمی است که درج مقالات و تأثیرات اعضای هیئت علمی دانشگاهی و پژوهشی در آن می‌تواند در ارتقای ایشان مؤثر باشد، علیهذا از کلیه اعضای هیئت‌های علمی دعوت می‌شود تا مقالات خود را که مرتبط با موضوع و هدف مجله باشد جهت بررسی و چاپ، به دفتر مجله حقوقی ارسال دارند.



پژوهش و تصحیح:

خواهشمند است موارد زیر را در شماره سوم مجله حقوقی اصلاح فرمائید:

— صفحه ۱۳۰، رفرانس پاورقی سطر آخر که با علامت ه مشخص شده است، صفحه ۱۳۹ همان شماره مجله صحیح است.

— صفحه ۱۹۶ سطر ۱۷، به جای تفسیر، تغییر درست است.

— صفحه ۲۰ پاورقی ۳۳ حسب نظر مؤلف مقاله «تغییر اوضاع واحوال...»، معادل فارسی واژه Demonciation نسخ درست است.

نشریه

دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران

تهران، خیابان طالقانی، نبشی شمالی فرصت، شماره ۱۴۰، تلفن ۸۲۵۰۷۱

برای عموم ۳۰۰ ریال

برای دانشجویان ۲۰۰ ریال