

## جایگاه «شرط شایستگی اعمال» در تأثیر تحریم‌های موضوعه از سوی کشورهای ثالث

میرقاسم جعفرزاده<sup>۱</sup>، عصمت گلشانی<sup>۲\*</sup>، سید مهدی حسینی مدرس<sup>۳</sup>

۱. دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران

۳. دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

پذیرش: ۱۴۰۰/۰۵/۰۸

دریافت: ۱۳۹۹/۰۴/۲۲

### چکیده

هرگاه دعوی ناشی از تحریم‌های وضع‌شده توسط کشور ثالث بین طرفین یک قرارداد به مرجع حل اختلاف ارجاع شود، مرجع رسیدگی‌کننده فقط در صورتی می‌تواند در چهارچوب «قواعد آمره برتر» این تحریم‌ها را بر قرارداد و تعهدات طرفین اعمال کند که سه شرط مهم محقق باشد: «شایستگی اعمال تحریم»، «رابطه نزدیک بین قرارداد مورد اختلاف و کشورِ واضع تحریم» و «تفوق حکم به اثربخشی به تحریم بر نادیده‌گرفتن تحریم». عدم تحقق هر یک از این شروط مانع اعمال تحریم‌های وضع‌شده توسط کشور ثالث می‌گردد. این تحقیق به این پرسش پاسخ می‌دهد که «شرط شایستگی اعمال» در تحریم‌های وضع‌شده از سوی کشورهای ثالث و معیارهای مؤثر در احراز آن چیست؟ زمانی تحریم‌های وضع‌شده توسط کشور ثالث به‌عنوان یک قاعده آمره برتر شایسته اعمال است که هدف و موضوع تحریم توجه به آن را ایجاب کند. یعنی براساس استانداردهای کشور مقرر (در رسیدگی‌های دادگاهی) و استانداردهای قابل قبول از نظر جامعه بین‌المللی (در رسیدگی‌های داور) منافع تامین شونده به وسیله تحریم‌ها باید «مشروع و شایسته حمایت» باشند، همچنین تحریم باید ابزاری «ضروری» و «متناسب» برای دستیابی به هدفش باشد.

E-mail: Golshani@isu.ac.ir

\* نویسنده مسؤول مقاله:



واژگان کلیدی: تحریم وضع شده توسط کشور ثالث، تناسب تحریم با هدف آن، ضرورت اعمال تحریم، قواعد آمره برتر، مشروعیت هدف تحریم، هدف و موضوع تحریم.

## ۱. مقدمه

هرگاه دعوایی بین طرفین یک قرارداد خصوصی ناشی از تحریم‌های وضع شده توسط کشور ثالث<sup>۱</sup> به مرجع حل اختلاف (دادگاه یا داوری) ارجاع شود، با فرض پذیرش قابلیت ارجاع دعوی مرتبط با تحریم‌ها به داوری و دادگاه، و احراز صلاحیت مرجع رسیدگی کننده، او باید برای تصمیم‌گیری در خصوص اثربخشی به این تحریم‌ها در دو مرحله به پرسش‌های ذیل پاسخ دهد:

مرحله اول: آیا تحریم‌ها می‌تواند بر قرارداد اثر بگذارد یا نه و اگر پاسخ بلی است تحت چه شرایطی؟ مرحله دوم: در صورت امکان اثرگذاری، تحریم‌ها تحت چه عنوانی یا نهاد حقوق خصوصی بر قرارداد اثر می‌گذارد؟ آیا قوه قاهره است یا تعسر یا ... مقاله حاضر به پرسش مرحله اول پاسخ می‌دهد؛ به عبارت دیگر وقتی قراردادی با تحریم مواجه می‌شود و آن تحریم را کشور ثالث وضع کرده پرسش این است که آیا این تحریم می‌تواند بر قرارداد خصوصی اثر بگذارد؟ (فارغ از اینکه این تحریم را قوه قاهره تلقی کنیم یا عنوان دیگری به آن بدهیم). لذا موضوع ماهیتی میان رشته‌ای (بین حقوق قراردادهای و حقوق بین الملل) دارد و ورود به جنبه بین المللی آن، مدخل و مقدمه حل یک مساله حقوق قراردادی و برای این منظور ضروری است.

بر خلاف تحریم‌های وضع شده توسط کشور حاکم و کشور مقر، تحریم‌های وضع شده توسط کشور ثالث نسبت به قرارداد و طرفین آن وضعیت بیگانه‌ای دارند؛ اما این بدان معنا نیست که به صرف اینکه تحریمی توسط کشوری

---

۱. منظور از تحریم وضع شده توسط کشور ثالث برای دادگاه داخلی این است که تحریم‌ها توسط کشوری غیر از کشور مقر دادگاه یا کشوری که قانون آن بر قرارداد حاکم است وضع شده باشد. در داوری - بر اساس نظریه غیرمطلی کردن داوری - مفهوم موسع‌تری برای کشور ثالث در نظر گرفته شده لذا در داوری قانون محل داوری (مبدأ) به عنوان قانون ثالث مدنظر قرار می‌گیرد.

وضع شده که نه کشور قانون حاکم است و نه کشور مقرر رسیدگی، باعث می‌شود که آن تحریم خودبه خود نادیده گرفته شود، بلکه مرجع رسیدگی کننده به اختلاف می‌تواند تحریم‌های وضع شده توسط کشور ثالث را در چهارچوب «قواعد آمره برتر»<sup>۱</sup> بر قرارداد اعمال کند لیکن فقط در صورتی که سه شرط مهم محقق باشد: «شایستگی اعمال تحریم»<sup>۲</sup>، «وجود رابطه نزدیک بین قرارداد مورد اختلاف و کشور واضح تحریم»<sup>۳</sup> و «تفوق حکم به اثربخشی به تحریم نسبت به حکم به نادیده گرفتن تحریم»<sup>۴</sup>. لذا در گام اول باید شرط شایستگی اعمال تحریم مورد ملاحظه قرار گیرد. این مقاله به مفهوم شرط «شایستگی اعمال» در تحریم‌های وضع شده از سوی کشور ثالث به طور کلی (بدون در نظر گرفتن تفاوت‌های خاص موجود در تحریم‌های مختلف) و معیارها و مؤلفه‌های مؤثر در احراز حصول این شرط می‌پردازد.

مسأله تحریم به عنوان یکی از قواعد آمره برتر، در قوانین موضوعه و رویه قضایی ایران مطرح نشده است، در نتیجه ادبیات حقوقی نیز در این خصوص به زبان فارسی وجود ندارد و بررسی موضع نظام حقوقی ایران نسبت به مسأله پژوهش سالبه به انتفاء موضوع است. البته در معدود آثاری قواعد آمره برتر صرفاً در حد توصیف مورد اشاره قرار گرفته اند. مثلاً مقاله «محدودیت‌های اعمال قانون خارجی

---

۱. برای مطالعه در خصوص قواعد آمره برتر و تعلق تحریم‌ها به این دسته از قواعد، ر. ک. به: گلشنی، ۱۳۹۶، ص ۷۱-۹۱.

## ۲. Application-Worthiness

۲. برای مطالعه بیشتر در مورد این شرط، ر. ک. به: گلشنی، ۱۳۹۶، ص ۱۹۶-۲۰۶.

۳. طبق بند ۳ ماده ۹ مقررہ رُم یک، مقررات الزام آور برتر مکانی که تعهدات قراردادی در آنجا اجرا شده‌اند یا باید در آنجا اجرا شوند، می‌توانند مورد توجه قرار گیرند «تا آنجا که آن مقررات آمره برتر، اجرای قرارداد را غیرقانونی نسازند». جمله اخیر، در راستای وظیفه دادگاه به مقایسه آثار حکم به اثربخشی به قاعده در مقابل حکم به نادیده گرفتن قاعده است. از نظر این مقررہ، وقتی اجرای قرارداد در اثر یک قاعده آمره برتر غیرقانونی شود، معایب اثربخشی به آن قاعده از مزایای آن خیلی بیشتر است. جهت مطالعات تکمیلی در مورد این شرط، ر. ک. به: گلشنی، ۱۳۹۶، ص ۲۰۶-۲۱۱.

در تعارض قوانین» از دکتر حمیدرضا نیکبخت<sup>۱</sup>، یا اشارات دکتر محمدعلی بهمنی در جزوه درسی حقوق داوری بین‌المللی<sup>۲</sup>؛ اما هیچکدام از این آثار به شرایط تحریم برای اثرگذاری به عنوان یک قاعده آمره برتر نپرداخته‌اند. این مقاله درصدد تبیین نخستین شرط اثرگذاری به تحریم به عنوان یک قاعده آمره برتر است.

مسأله در سه نظام حقوقی سوئیس، کشورهای تحت شمول کنوانسیون رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی و مقرر رم یک بررسی می‌شود<sup>۳</sup> زیرا کشورهای تابع این سه نظام یا از شرکای اصلی و کلیدی تجاری ایران محسوب می‌شوند و یا قوانینشان معمولاً به عنوان قانون حاکم تعیین می‌شود و یا مقر بسیاری از مراجع حل اختلاف تجاری بین‌المللی ایران هستند.

---

۱. مولف این اثر قواعد آمره برتر را «قواعد آمره» توصیف کرده و آن‌ها را قواعدی دانسته‌اند که مختص یک سیستم حقوقی و یا یک کشور خاص می‌باشند و در قالب قوانین خاص یا مخصوص که حاصل اوضاع و احوال ویژه‌ای هستند، قرار دارند. این‌گونه قواعد اهدافی خارج از محدوده معمول قواعد آمره کلی دنبال می‌کنند مانند قوانینی که (قراردادهای مربوط به) صادرات کالایی خاص را بدون مجوز دولت ممنوع می‌کند یا قوانینی که (قرارداد) صادرات کالایی را به کشور خاصی ممنوع اعلام می‌دارد (مثل قوانین مربوط به تحریم برخی از کشورها) یا قانون مربوط به کنترل ارز یا صادرات و واردات یک کشور به‌طورکلی؛ یا قواعد مربوط به حمایت از مصرف‌کنندگان یا قواعد مربوط به قانون حمایت از طرف‌های ضعیف برخی از قراردادهای نظیر قراردادهای استخدام و بکارگیری افراد یا قراردادهای بیمه. (نیکبخت، ۱۳۸۵، ص ۱۱۲)

۲. نویسنده این اثر این قواعد را «قواعد یا قوانین انتظامی» نامیده و آن‌ها را قواعدی دانسته‌اند که جنبه حقوق عمومی دارد و برای هستی یک کشور لازم است و قاضی نمی‌تواند آن‌ها را کنار بگذارد (صرف‌نظر از اینکه قانون منتخب طرفین چیست) مانند تحریم‌ها، بایکوت‌ها و ... (بهمنی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹).

۳. هرچند طبق ماده ۲۴،۲ مقرر رم یک این مقرر جایگزین معاهده رم در خصوص قانون حاکم بر تعهدات قراردادی می‌گردد، لیکن این مقرر نسبت به دانمارک (مقدمه شماره ۴۶ مقرر رم ۱) و نیز حوزه‌های سرزمینی کشورهای عضو اتحادیه اروپا که در چهارچوب ماده ۳۵۵ معاهده کارکرد اتحادیه اروپا قرار می‌گیرند اعمال نمی‌گردد (ماده ۲۴،۱) بنابراین در این موارد نظام حقوقی معاهده رم یک همچنان معتبر است و اعمال می‌گردد.

## ۲. شرط «شایستگی اعمال» به‌طور کلی

تحریم‌ها باید ابزاری مشروع، متناسب و ضروری جهت دستیابی به هدفی مشروع باشند و به قول آزدو، به عبارت کلی، «شایسته اعمال» باشند. (Da Silveira, 2014, p. 134)

در ماده ۱۹ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس (اسپیل)<sup>۱</sup>، بند ۱ ماده ۲۷ کنوانسیون رم<sup>۲</sup>، و بند ۳ ماده ۹ مقررۀ رم یک<sup>۳</sup>، مقرر می‌کنند که دیوان داوری در اعمال یک قاعده آمره برتر، باید هدف آن را ملاحظه کند و تصمیم بگیرد که آیا با اعمال این قاعده - علی‌رغم اینکه قاعده بخشی از قانون حاکم نیست - به دستیابی به این هدف کمک کند یا خیر. برای این تصمیم‌گیری بررسی شود که اولاً آیا برطبق نظام حقوقی مبنا، هدف قاعده آمره برتر مشروع است؟ و ثانیاً آیا برای دستیابی به این هدف، اعمال این قاعده آمره برتر ضروری است؟ به عبارت دیگر، مرجع تصمیم‌گیرنده باید ابتدا انگیزه‌های (پنهان و آشکار) کشور واضع قاعده و نیز هدف پنهان یا

---

۱. «در نظر گرفتن مقررات آمره قانون خارجی: در صورت اقتضای منافع مشروع و آشکارا ارجح یکی از طرفین طبق قوانین سوئیس، ممکن است مقررات آمره دیگری غیر از آنچه که توسط قانون حاضر تعیین شده، مورد توجه قرار گیرد، مشروط بر این که قضیه مورد نظر با آن قانون ارتباط نزدیکی داشته باشد. اینکه آیا چنین مقرراتی باید مورد توجه قرار گیرد، بستگی دارد به هدف مقررات مزبور و نتایج حاصل از آن برای رسیدن به یک تصمیم مناسب از نظر حقوق سوئیس.»

۲. «به هنگام اعمال قانون یک کشور به موجب این کنوانسیون، این امکان وجود دارد که به قواعد آمره برتر قانون کشور دیگری که با آن وضعیت ارتباط نزدیکی دارد، ترتیب اثر داده شود. مشروط بر اینکه طبق قانون کشور اخیر، آن قواعد قطع نظر از قانون حاکم بر قرارداد قابل اعمال باشند. در خصوص ترتیب اثر دادن یا ندادن به این قواعد آمره، بایستی به ماهیت و هدفشان و نتایج اعمال یا عدم اعمال آنها توجه شود.»

۳. هر چند جایگزین شدن مقررۀ رم ۱ تا حد زیادی حوزه اعمال این معاهده را محدود کرده است لیکن هنوز نسبت به دانمارک که عضویت کامل در اتحادیه اروپا ندارد و همچنین نسبت به قلمروهای فراسرزمینی کشورهای عضو اتحادیه اروپا اعمال می‌گردد.

۴. «می‌توان به مقررات آمره قانون کشوری که تعهدات برخاسته از قرارداد باید در آنجا اجرا شوند، ترتیب اثر داد صرفاً تا آن حد که آن مقررات آمره برتر، اجرای قرارداد را غیرقانونی ندانند، در بررسی ترتیب اثر دادن به آن مقررات بایستی به ماهیت و اهداف و عواقب و نتایج اعمال یا عدم اعمال آنها توجه شود.»

آشکار خود قاعده، را مشخص کند، و سپس بر اساس استانداردهای ثابت و قابل‌اعمال تعیین کند که آیا انگیزه‌های کشورِ واضع قابل‌قبول هستند یا نه، هدفِ قاعده مشروع است یا خیر، و آیا احکام قاعده آمره برتر دستیابی به این هدف را ایجاب می‌کنند یا خیر<sup>۱</sup>. به‌طور خلاصه، مرجع تصمیم‌گیرنده قبل از اثربخشی به یک تحریم باید ادعای آن به اینکه منافی بسیار مهم را تامین می‌کند و لذا باید علیرغم اینکه نسبت به قانون حاکم خارجی است، به آن ترتیب اثر داده شود را تأیید کند. پس ابتدا و پیش از همه باید ماهیت و اهمیت اخلاقی سیاستی که مبنای ممنوعیت خارجی بوده است، بررسی شود. (Van Hecke, 1984, p. 118) به عبارت دیگر، چون توجه به یک تحریم توسط دادگاه کشوری غیر از کشورِ واضع آن تحریم، احتمالاً به‌عنوان اعتبار و مشروعیت موضوع و هدف این تحریم در کشور رسیدگی‌کننده، یا حداقل به‌عنوان تجلی همکاری بین‌المللی، تلقی خواهد شد، تحریم باید از پس آنچه بلسینگ آن را «تست شایستگی اعمال<sup>۲</sup>» می‌نامد، برآید. (Blessing, 1999, p. 12) به‌موجب این معیار، هدف و موضوع تحریم باید توجه به آن را ایجاب کند؛ منافع تامین شونده به‌وسیله تحریم باید «مشروع و شایسته حمایت<sup>۳</sup>» باشند، و تحریم باید ابزاری «ضروری<sup>۴</sup>» و «متناسب<sup>۵</sup>» برای دستیابی به هدفش باشد. با توجه به مطالب فوق، معیارهای بررسی شایستگی اعمال شامل سه مورد می‌شود:

---

۱. این تحلیل چندوجهی قواعد آمره برتر، به‌طور واضح در رأی شماره ۶۳۲۰ ICC طرح شده است: دیوان دآوری گرچه تصدیق کرد که هدف قانون RICO مشروع بوده، اما آن قانون را ابزاری مناسب برای دستیابی به این هدف، ندانست. (قانون ریکو (RICO) مصوب کنگره آمریکا در سال ۱۹۷۰، یکی از قوانین فدرال ایالات‌متحده آمریکا است که مجازات‌های کیفری و حق طرح دعوی حقوقی در مقابل اعمال انجام‌گرفته توسط سازمان‌های بزهدار را افزایش می‌دهد.)

۲. Application worthiness test

۳. Legitimate

۴. Necessary

۵. Proportional

### ۳. مشروعیت هدف تحریم

دادگاه باید هدف تحریم را بررسی و معین کند که آیا این هدف، مشروع و شایسته حمایت است یا نه. او باید طبق استانداردهای خودش، مشخص کند که آیا دلیل قانع‌کننده‌ای برای توجه به قاعده‌ای که ادعا می‌کند چون منافع برتری را تامین می‌کند باید خارج از سازوکارهای تعارض قوانین و قطع نظر از قانون حاکم موردتوجه قرار گیرد، وجود دارد یا خیر؟ او در تحلیل خود باید اثرات عملی توجه کردن به تحریم، بر طرفین را مدنظر قرار دهد طوری که اثرات مثبت حکم مبنی بر توجه به تحریم، نسبت به نادیده گرفتن آن، غالب باشد.<sup>۱</sup> از نظر بلسینگ، «چنین قاعده‌ای باید با توجه به اهداف مالی، اقتصادی یا اجتماعی و سیاست‌های بنیادی‌اش - که بر اساس یک تحلیل کارکردی بررسی شده است - «شایسته اعمال» باشد.» (Blessing, 1997(20), p. 61- (62)

راجع به دعاوی مطرح در دیوان‌های داوری هم همین‌طور است و اصول اساسی مندرج در ماده ۱۹ اسپيلا، بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون رم، و بند ۳ ماده ۹ مقررہ رُم یک، از طریق قیاس در داوری هم قابل‌اعمال‌اند؛ یعنی شرط مشروعیت باید در رسیدگی‌های داوری نیز احراز شود. در ادامه برخی از نکات قابل‌توجه در خصوص این شرط مطرح خواهند شد:

#### ۳-۱. ماهیت منافع تحت بررسی مشروعیت

بند ۱ ماده ۱۹ اسپيلا تصریح می‌کند که «منافعی که برتر و مشروع هستند» باید توجه به قاعده (تحریم) را ایجاب کنند؛ این شرط به‌طور ضمنی در کنوانسیون رُم و مقررہ رُم یک نیز آمده است («فقط محافظت از منافع مشروع، می‌تواند هدفی مشروع را شکل دهد»). در این‌که منظور از منافع «مشروع آشکارا برتر» مندرج در اسپيلا، منافع طرفین است یا منافعی کلی مثل منافع جامعه بین‌المللی یا حتی منافع کشور

۱. همان شرط «تفوق حکم به اثربخشی به تحریم نسبت به حکم به نادیده گرفتن تحریم».

واضع قاعده آمره برتر اختلاف‌نظر وجود دارد. درحالی‌که در نسخه‌های آلمانی و ایتالیایی بند ۱ ماده ۱۹ اسپیلا مقرر شده که منافع یکی از طرفین<sup>۱</sup> باید ایجاب کند که قاعده آمره برتر مورد توجه قرار گیرد، اما متن فرانسوی این ماده صرفاً به «منافع»، بدون ذکر «طرفین» اشاره می‌کند. دیوان فدرال سوئیس در مواجهه با این اختلاف در متون، در احکامی در سال‌های ۲۰۰۴ و ۲۰۱۰، از ترجیح دادن یکی از متون فرانسوی، آلمانی یا ایتالیایی، خودداری کرد و موضع خود را مشخص ننمود. (A.B. v. D. SA, (2004, DFT 130 III 620; X SA v. A., 2010, DFT 136 III 392

به نظر می‌رسد، ماهیت قواعد آمره برتر- یعنی قواعدی که قطع‌نظر از قانون حاکم و علیرغم وجود یک توافق احتمالی بین طرفین برای استثنا کردن اعمال این قواعد، ادعای حاکم بودن دارند- مانع تفسیر بند ۱ ماده ۱۹ اسپیلا بر اساس متون آلمانی یا ایتالیایی می‌شود. از نظر دوت اویت متن فرانسوی، بیشتر با مبانی ماده ۱۹ هم‌راستاست، و لذا باید به این متن استناد شود. (Dutoit, 2005, p. 77, n. 1 ad Article 19) یک قاعده آمره برتر نباید فقط به دلیل اینکه اصولاً، منافع یکی از طرفین را برآورده نمی‌کند، نادیده گرفته شود. طبق بند ۱ ماده ۱۹ اسپیلا، ابتدای بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون رم، و بند ۳ ماده ۹ مقرر رم یک، مرجع تصمیم‌گیرنده باید منافعی که توسط قاعده تامین می‌شوند را شناسایی کند و حتی اگر این منافع، منافع طرفین نباشند، باید مشروعیت و ضرورت حمایت از آن منافع از طریق اعمال قاعده، را ارزیابی کند. البته این به این معنی نیست که منافع طرفین نباید در اثربخشی یا نادیده گرفته شدن قاعده، مورد اعتنا قرار گیرند. وقتی دادگاه بررسی می‌کند که آیا شرایط گرفته شده آمره برتر محقق شده‌اند یا نه، باید نتایج حکم به اثربخشی به قاعده در

۱. «Eineir prtei», «di una delle parti»

۲. برای دیدن نظرات مخالف ر. ک. به: رأی شماره ۶۲۹۴ ICC (۱۹۹۱) p. ۱۰۵۰ et seq., (JDI, 1991, pp. 1050 et seq., p. 1051) و نیز:

Blessing Marc, 1997(21), p. 28.



مقابل حکم به نادیده گرفتن آن را مدنظر قرار دهد<sup>۱</sup>، یعنی منافی که به وسیله قاعده تامین می‌شوند باید نسبت به منافع حاصله در صورت نادیده گرفته شدن آن، مقایسه شوند و اگر طرفین در اثربخشی به قاعده یا نادیده گرفته شدن آن منافی داشته باشند، باید مدنظر قرار گیرد.<sup>۲</sup>

### ۲-۳. تفاوت مشروعیت منافی که تحریم تامین می‌کند و حسن نیت استناد کننده به تحریم

در چندین مورد، مرجع قضاوت کننده، قاعده آمره برتر را به این دلیل که طرف استناد کننده به آن، با سوءنیت عمل کرده و لذا منافع آن شخص در اثربخشی به قاعده، مشروع نبوده، نادیده گرفته است<sup>۳</sup>؛ لذا باید بین (۱) این شرط که تحریم منافی مشروع را تامینتأمین کند (که البته این منافع مشروع لازم نیست لزوماً منافع طرفین باشند) و (۲) شرط حسن نیت در استناد به تحریم، تمایز قائل شد (اگر یکی از طرفین

۱. بند ۲ ماده ۱۹ اسپیلا، انتهای بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون رم، و انتهای بند ۳ ماده ۹ مقرر رم یک.

۲. به پانویس ۴ همین مقاله و مرجع مندرج در آن، رجوع کنید.

۳. به عنوان مثال رأی شماره ICC ۶۵۰۳ (۱۹۹۰) که در آن داوران با اختیار صدور رأی بر اساس انصاف عمل می‌کردند (amiable compositeurs) (این یک نوع داوری بر اساس انصاف و کدخدانمشی است که آن را amiable composition یا داوری ex aequo et bono می‌گویند. در این‌گونه داوری، داور مکلف به اجرای مقرر قانون نیست بلکه ممکن است در اعمال انصاف از آن عدول کند. داور می‌تواند قانونی را که برخلاف انصاف تشخیص می‌دهد، نادیده گرفته، بر پایه انصاف رأی دهد. (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۱۴۹ و ۱۲۴)؛ و نیز رأی شماره ICC ۶۲۹۴ (۱۹۹۱) و رأی شماره ICC ۶۳۶۳ (۱۹۹۱)؛ همچنین رأی شماره ICC ۶۴۷۵ (۱۹۹۴) که در آن دیوان داوری از اعلام اینکه قرارداد طبق قانون اتحادیه اروپا، باطل و بلااثر است، اجتناب کرد، به این دلیل که خواننده در دوره حیات قرارداد از نظری دقیقاً متفاوت حمایت کرده بود. دیوان مقرر کرد: اینکه به خواننده‌ای که «در ابتدا قرارداد را معتبر می‌دانسته و از طرف مقابل اجرای تعهداتش را مطالبه کرده و از این اجرا، مزایای تجاری قابل توجهی به دست آورده، اجازه دهیم که به محض اینکه قرارداد پایان یافت ادعا کند که آن قرارداد از ابتدا باطل و بلااثر بوده»، برخلاف اصول بنیادین عدالت است. (ICC Bull, 1995/1, pp. 52 et seq., p. 53)

با حسن نیت به قاعده (تحریم) استناد نکند، نمی‌توان او را در اثر داده شدن به قاعده، دارای منفعت مشروع تلقی کرد نه اینکه هدف تحریم نامشروع باشد).<sup>۱</sup>

با این حال حتی اگر معلوم شود که استناد کننده به تحریم سوءنیت داشته، باز هم اگر مرجع تصمیم‌گیرنده تحریم را تأمین‌کننده منافع مشروعی که شایسته حمایت هستند تلقی کند، باید قادر به اثربخشی به آن باشد (Da Silveira, 2014, p. 506, fn. 137). سوءنیت استناد کننده به قاعده می‌تواند در ارزیابی ادعای او در ماهیت دعوا تأثیرگذار باشد (Da Silveira, 2014, p. 407, fn. 857)؛ مثلاً اگر یکی از طرفین برای معاف شدن از تعهداتش به تحریمی استناد کند که بعد از انعقاد قرارداد وضع شده و اجرای تعهدات از سوی او را ممنوع می‌کند، ولی در واقع به هنگام انعقاد قرارداد توسط طرفین قابل پیش‌بینی بوده است، ممکن است دیوان داوری این‌طور فرض کند که منافع تأمین شونده به وسیله تحریم توجه کردن به آن را ایجاب می‌کنند، ولی معافیت طرفی که تعهداتش را انجام نداده است، احتمالاً به دلیل قابل پیش‌بینی بودن مانع رد خواهد شد.

### ۳-۳. نظام حقوقی مبنا در بررسی مشروعیت

سؤال این است که مرجع رسیدگی‌کننده بر اساس چه استانداردهایی باید مشروعیت هدف تحریم را ارزیابی کند؟ به عبارت دیگر (۱) برای مشخص کردن اینکه آیا منافع تأمین‌تأمین شونده به وسیله تحریم، «مشروع و به‌طور آشکار برتر» هستند یا نه (۲) و نیز برای تعیین اینکه آیا ماهیت و هدف تحریم توجه کردن به آن را در مورد یک اختلاف قراردادی ایجاب می‌کند یا نه، باید از معیارهای کدام نظام حقوقی استفاده شود؟

---

۱. ممکن است استناد کننده، در اثربخشیده شدن به یک تحریم منفعت مشروع داشته باشد و با حسن نیت به آن تحریم استناد کند، با اینکه آن تحریم برای تأمین منافع این‌طرف وضع نشده باشد (مثلاً تحریم وضع شده به دلایل مربوط به سیاست خارجی).

در دادگاه‌های تحت شمول حوزه اعمال اسپيلا، کنوانسیون رُم، و مقررہ رُم یک، برای ارزیابی مشروعیت هدف یک قاعده آمره برتر، به استانداردهای قانون کشور مقرر رجوع می‌شود.

طبق ماده ۱۹ اسپيلا، استاندارد واضح است: منافع باید «طبق قانون سوئیس مشروع و به‌طور آشکار برتر» باشند،<sup>۱</sup> یعنی قانون سوئیس باید ایجاب کند که قاعده موردتوجه قرار گیرد. بعلاوه، حکم به توجه کردن به قاعده باید «با توجه به مفهوم قانون سوئیس مناسب باشد»<sup>۲</sup>. بنابراین «قانون سوئیس» (۱) هم در ارزیابی مشروعیت منافی که به‌وسیله تحریم تامین می‌شوند تعیین‌کننده است (۲) و هم در ارزیابی مناسب بودن تحریم برای حفاظت از این منافع.

البته این به این معنی نیست که حتماً باید قاعده‌ای مشابه با قاعده آمره برتر (تحریم) طبق قانون سوئیس وجود داشته باشد. (X. SA v. A., 2010, DFT 136 III) و نیز این‌طور نیست که قواعدی که برای اختلاف ارائه می‌شوند اگر با قواعد پیشنهادشده طبق قانون سوئیس، متفاوت باشد، باید خودبه‌خود نادیده گرفته شوند و نیز به‌هیچ‌وجه حاکی از این نیست که آن قاعده باید منافع کشور سوئیس را تامین نماید.

این شرط که حکم به توجه کردن به یک قاعده الزام‌آور باید «با توجه به قانون سوئیس» مناسب باشد، یعنی اگر قاعده منجر به نتیجه‌ای شود که با اصول نظم عمومی سوئیس ناسازگار است، دادگاه‌های سوئیس نباید به آن ترتیب اثر بدهد. باین‌وجود، قطعاً این امر به‌طور ضمنی این معنا را نمی‌دهد که فقط قواعدی که بر طبق استانداردهای سوئیس، اصولی در سطح اصول نظم عمومی را شکل می‌دهند، می‌توانند واجد اثر شوند.

۱. قسمت اول ماده ۱۹ «در صورت اقتضای منافع مشروع و آشکارا ارجح یکی از طرفین طبق قوانین سوئیس ...»

۲. قسمت دوم ماده ۱۹: «... اینکه آیا چنین مقرراتی باید موردتوجه قرار گیرد، به هدف مقررات مزبور و نتایج حاصل از آن برای رسیدن به یک تصمیم مناسب از نظر حقوق سوئیس، بستگی دارد.»

اما برخلاف اسپیلا، بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون رم و بند ۳ ماده ۹ مقرر رم یک، حاوی هیچ اشاره صریحی به نظام حقوقی که «موضوع و هدف» قاعده آمره برتر و نتایج اعمال یا عدم اعمال آن قاعده باید برطبق قواعد آن نظام ارزیابی شود، نیستند. برخی نویسندگان به درستی به ارزیابی «عینی» هدف قاعده و نتایج اعمال یا عدم اعمال آن اشاره می‌کنند؛ یعنی ارزیابی از دید یک انسان متعارف (Mayer, 1981, p. 322)؛ این ارزیابی عینی باعث می‌شود که هدف قواعد فقط از نقطه نظر کشور واضح قاعده، بررسی نشوند.

اما در مورد دیوان‌های داوری، چون مقری ندارند به لحاظ حرفه‌ای به هیچ کشوری وابسته نیستند، و حافظ نظم عمومی هیچ کشوری هم نیستند<sup>۱</sup>، لذا نمی‌توانند برای ارزیابی مشروعیت موضوع و هدف قاعده، به یک نظام حقوقی داخلی استناد کنند. بنابراین مشخص کردن قواعد حقوقی مبنا داوران بسیار مهم است. بر اساس یک تحلیل قاعده آمره برتر وضع شده توسط کشوری غیر از قانون حاکم در صورتی مشروع است و دیوان داوری می‌تواند به آن اثر بدهد که یک اصل نظم عمومی بین‌المللی را شکل دهد یا نادیده گرفتن آن، مخالف یکی از این اصول نظم عمومی بین‌المللی باشد.<sup>۲</sup> (Chukwumerije, 1994, p. 192; Blessing, 1999, p. 62-63)

۱. طبق یک نظر در داوری بین‌المللی که نویسندگان این مقاله نیز با آن همداستان هستند، اصولاً در داوری «مقر» وجود ندارد. (شهپازی نیا/عیسانی تفرشی/علمی، ۱۳۹۲، ص ۱۰۷) این نظریه با تئوری غیرمطلی کردن داوری (delocalization) و نیز اجرای آراء داوری ابطال شده در مبدأ، ارتباط پیدا می‌کند. برای مطالعات مفصل در تأیید این تئوری یا نظریه مخالف، از جمله به منابع ذیل رجوع کنید:

Paulsson, 1998; Van Den Berg, 1994; Van Den Berg, 1998; Gaillard, 1999; Gharavi, 2002; Abedian, 2011: 589-626;

چندی، ۱۳۸۷، ص ۱۲۷-۱۵۹؛ بهمنی/جعفری، ۱۳۹۰، ص ۱۳۳-۱۷۸؛ اسماعیل پور فداکار، ۱۳۸۵.

۲. حال بر اساس این تحلیل، باید دانست که ملاک در تشخیص نظم عمومی بین‌المللی چیست؟ به نظر می‌رسد داوران هم برای تشخیص این موضوع ناگزیر از اعمال ملاکی نوعی و عینی هستند، لیکن سؤالی که ممکن است مطرح شود این است که در این بررسی نظم عمومی بین‌المللی کشور مقر داوری مدنظر است یا نظم عمومی فراملی؟ اگر قائل به این باشیم که داوری فاقد مقر است باید متمایل به نظم عمومی فراملی شویم (transnational public policy)؛ اما اگر قائل به این نظریه سنتی باشیم که داوری بین‌المللی واجد مقری است که از لحاظ حقوقی

Barraclough/ Waincymer, 2005, p. 218; Brunner, 2009, pp. 243 & 274; Gaillard/ Savage, 1999, p. 855, n. 1525 یعنی از نظر این دسته از حقوقدانان نظام حقوقی مبنا برای داوران برای رسیدگی به مشروعیت قاعده، نظم عمومی بین‌المللی است.

به‌طور کلی، استناد به مفهوم نظم عمومی برای تعیین اینکه باید به یک قاعده آمره برتر ترتیب اثر داده شود یا نه، کافی نیست. اصول نظم عمومی - که لزوماً هم مکتوب نیستند - ابزاری برای تأمین یک هدف منفی هستند به این صورت که آن‌ها مرجع تصمیم‌گیرنده را قادر می‌سازند که مقررات یک قانون حاکم خارجی - که منجر به نتیجه‌ای غیرقابل‌پذیرش در مقر می‌شوند - را ملغی کند (اثر منفی نظم عمومی). لذا نمی‌توان از اصول نظم عمومی به‌عنوان ابزاری برای شناسایی قواعدی که خود را بر یک موقعیت حاکم اعلام می‌کنند، استفاده کرد (قواعد آمره برتر، وجه مثبت نظم عمومی نیستند).<sup>۱</sup>

البته نمی‌توان انکار کرد که قاعده آمره برتری که یک اصل مسلم نظم عمومی بین‌المللی (یعنی یک اصل مسلم جهانی) را شکل می‌دهد، شرط مشروعیت مندرج در ماده ۱۹ اسپیلا، بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون رم، و بند ۳ ماده مقررۀ رم یک را داراست. (Lazareff, 1995, p. 143) اما این شرط در حالت‌های دیگری هم ممکن است محقق

---

بسیار شایان اهمیت است، آنگاه نظم عمومی مدنظر چه بسا نظم عمومی بین‌المللی کشور مقر داوری خواهد بود (International public policy). این دو مفهوم هر دو متفاوت و مضیق‌تر از نظم عمومی داخلی (domestic public policy) است.

برای مطالعات مفصل در این خصوص، از جمله ر. ک. به: کوفمن کوهلر و سایرین، ۲۰۱۱، ص ۱۴۸-۱۵۰؛ و Abedian, 2011, p. 609-612.

۱. اصول نظم عمومی بین‌المللی یک کشور، از قواعد آمره آن کشور محدودتر است (قواعد آمره مانند تحریم)، گرچه ممکن است گاهی اوقات باهم منطبق باشند. به عنوان مثال این امر در فرانسه در حکم صادره توسط دیوان عالی کشور به تاریخ ۳۰ می ۱۹۶۷، تأیید شده است: Kieger v. Consorts X, 1967, p. 729.

۲. باراکلو وینسیمی نیز به‌درستی اشاره کرده‌اند «اعمال قواعد الزام‌آوری که نظم عمومی بین‌المللی را منعکس می‌کند، مطلوب و غیرقابل بحث است.» (Barraclough/ Waincymer, 2005, p. 231)

شود. به همین دلیل دیوان فدرال سوئیس در رأی، امکان اثربخشی به قواعد ضد انحصار اتحادیه اروپا به‌عنوان قواعد آمره برتر، توسط دیوان‌های داوری را تأیید کرد، درحالی‌که آن دیوان هم‌زمان اعلام کرده بود که قانون ضد انحصار اروپا، بخشی از حوزه نظم عمومی بین‌المللی نیست. (X SA & Y SA v. Z SA, 1998, p. 532)<sup>۱</sup>

تحلیل دیگر این است که دیوان داوری در تصمیم‌گیری در مورد اثربخشی یا اثر نبخشیدن به یک قاعده آمره برتر (مانند تحریم)، بجای استناد به مفهوم نظم عمومی بین‌المللی، باید اطمینان حاصل کند که هدف قاعده از نظر جامعه بین‌المللی مشروع تلقی شود و اینکه توافقی - صریح یا ضمنی - در سطح بین‌المللی وجود داشته باشد مبنی بر اینکه این هدف، اثربخشی به قاعده را ایجاب می‌کند. در این تحلیل، مسئله این نیست که آیا آن قاعده یک اصل نظم عمومی فراملی را تشکیل می‌دهد یا نه، بلکه سؤال اصلی این است که آیا لازم است آن قاعده منافع جامعه بین‌المللی را تامین کند یا خیر؟ یا اینکه می‌توان به قاعده‌ای که منافع دیگری (غیر از منافع جامعه بین‌المللی) را تامین می‌کند هم اثر داد، اگر این منافع از نظر جامعه بین‌المللی ارزش محافظت را داشته باشند و اگر اثربخشی به قاعده‌ای که از آن منافع حفاظت می‌کند، با منافع جامعه بین‌المللی سازگار باشد؟ برای پاسخ به این سؤال مطالب ذیل باید مورد ملاحظه قرار گیرند:

چون داوران مأموران هیچ کشوری و بدهکار فداکاری به هیچ کشوری یا به لحاظ حرفه‌ای به هیچ کشوری وابسته نیستند، ادعا شده است که دیوان داوری نباید منافع هیچ‌یک از کشورها را ترویج کند و لذا نباید به قواعد آمره برتری که به‌طور کلی

---

۱. در رأی شماره ۶۵۰۳ ICC داوران میانجی از ارزیابی صحت قراردادی که تحت حاکمیت قانون سوئیس بود، بر اساس قوانین ضد انحصار اروپا امتناع کردند، ولی نه به این دلیل که اصولاً از اثربخشی به قواعد آمره برتری که اصول نظم عمومی بین‌المللی را شکل نمی‌دهند، ممنوع باشند، بلکه نادیده گرفتن قوانین ضد انحصاراتحادیه اروپا به این دلیل بود که: اعلام بطلان و بلااثر بودن قرارداد طبق این قوانین در آن پرونده، منجر به «نتیجه‌ای عمیقاً ناعادلانه و تکان‌دهنده» می‌شد. (JDI 1990, pp. 1022 et seq.)

هیچ‌یک از منافع جامعه بین‌المللی را تامین نمی‌کند ترتیب اثر دهد، ولی *اولا* دادگاه‌های داخلی نیز هیچ وابستگی به کشورهای خارجی ندارند ولی اگر هدف قواعد را مشروع بدانند، صلاحیت اثربخشی به قواعد آمره برتر خارجی را دارند (هدفی که ضرورتاً هم لازم نیست در جهت حفاظت از منافع کشور محل رسیدگی باشد). در هیچ جای ماده ۱۹ اسپایلا، بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون رُم، و بند ۳ ماده ۹ مقررہ رُم یک- که از طریق قیاس در داوری اعمال می‌شوند- شرط نشده که قاعده آمره برتر خارجی (تحریم)، باید یک اصل نظم عمومی محل رسیدگی را شکل دهد.

*دوما*، دعاوی مشمول قواعد آمره برتر، اغلب قابل داوری هستند و این قواعد معمولاً صلاحیت اجرای خود را انحصاراً به دادگاه‌های داخلی نمی‌دهند، چون کشورها اعتماد دارند که دیوان‌های داوری به منافع آنها در اجراء قواعد آمره برترشان، توجه خواهند کرد. وُن هوفمن به‌درستی می‌گوید: «در ارتباط با قابلیت داوری موضوعات دربردارنده قواعد آمره برتر، فرض کشورها بر این است که دیوان‌های داوری بین‌المللی به منافع آنها احترام می‌گذارند. دادگاه عالی آمریکا در رأی میتسویشی این فرض اساسی را در نظر داشت.» (Von Hoffmann, 1997, p. 25)

پس شرط مشروعیت را باید محقق شده دانست اگر: تحریم منافی را تامین کند که گرچه مثلاً فقط در جهت منافع کشور واضح است، اما توسط جامعه بین‌المللی مشروع و به رسمیت شناخته شده‌اند (حتی اگر این منافع، منافع جامعه بین‌المللی نباشند و حتی اگر حصول این هدف برای جامعه بین‌المللی ضروری نباشد) و ابزاری مناسب برای دستیابی به این هدف باشد.<sup>۱</sup>

---

۱. بااین وجود، باید تصدیق کرد که این، همیشه استاندارد نبوده که داوران به آن استناد کرده باشند. در رأی شماره ۶۲۹۴ ICC (۱۹۹۱) داور منفرد در دعوی بین یک مقاطعه‌کار اصلی آلمانی و یک مقاطعه‌کار فرعی مجارستانی، در ارتباط با کارهای ساختمانی در جمهوری فدرال آلمان قضاوت می‌کرد. طرفین قانون سوئیس را به‌عنوان قانون ماهوی حاکم بر دعوا، و فصل ۱۲ اسپایلا را به همراه قواعد داوری ICC به‌عنوان قواعد شکلی حاکم بر دعوا انتخاب کرده بودند. دیوان داوری برای مشخص کردن اینکه آیا مقررات وضع شده توسط جمهوری فدرال

در همین راستا بند ۲ ماده ۹ قطعنامه نشست بازل-۱۹۹۱ مؤسسه حقوق بین‌الملل در خصوص استقلال طرفین در قراردادهای بین‌المللی بین اشخاص حقیقی یا حقوقی، مقرر می‌کند: مقررات آمره برتر قانونی غیر از قانون محل رسیدگی و غیر از قانون منتخب طرفین، می‌توانند اعمال گردند «اگر به اهدافی کمک کنند که به صورت کلی توسط جامعه بین‌المللی پذیرفته شده‌اند». (Institut de Droit International, Session of Basel, 1991) بنابراین جامعه بین‌المللی ممکن است مشروعیت تحریم وضع شده فقط به وسیله یک کشور یا تعداد کمی از کشورها، را شناسایی کند، با توجه به اینکه دیگر کشورها ممکن است به دلایلی اتفاقی آن تحریم را وضع نکرده باشند ولی با هدف مبنایی آن تحریم موافق باشند.

برای تعیین اینکه چه چیزی از نظر جامعه بین‌المللی مشروع است، داور می‌تواند به (۱) قواعد و اصول مشترک میان اغلب ملت‌ها، (۲) موافقت‌نامه‌های بین‌المللی، و نیز (۳) اصول کلی تجارت بین‌الملل استناد کند. و سر می‌گوید: «تصویب قوانین مشابه و/یا تبعیت از کنوانسیون‌های بین‌المللی، برای حمایت از این ارزش‌ها نشانگر یک نگرانی مشترک برای حفاظت از ارزش‌هایی بخصوص است.» (Voser, 1996, p. 351) بدیهی است هر قدر منافی که به وسیله تحریم تامین‌تامین می‌شوند خاص‌تر باشند، ارزیابی داوران از (۱) مشروعیت تحریم، (۲) قابلیت تحریم در دستیابی به اهدافش، (۳) و دیگر شرایط لازم برای اثربخشی به تحریم، مثل شرط وجود رابطه نزدیک بین قرارداد مورد اختلاف و کشور واضح تحریم، باید دقیق‌تر باشد.

#### ۴. ضرورت

هیچ منطقی توجه به یک تحریم توسط مرجع تصمیم‌گیرنده را توجیه نمی‌کند، اگر برای وی محرز شود که هدف تحریم باینکه مشروع است اما قابل حصول نیست؛ لذا

---

آلمان (که ماهیت حقوق عمومی داشتند به عنوان قواعد آمره برتر) بر دعوا قابل‌اعمال هستند یا نه، شرایط مندرج در ماده ۱۹ اسپلا را بررسی کرد. لذا در این پرونده، داور به استانداردهای سوئیس استناد کرد نه به استانداردهای بین‌المللی. (JDI 1991, pp. 1050 et seq.)



تحریمی که هدفش توسط مرجع رسیدگی‌کننده، مشروع تلقی شده است، برای احراز شایستگی اعمال، باید علاوه بر مشروعیت، برای دستیابی به این هدف، ابزاری ضروری باشد.

کرن در مورد شرط ضروری بودن، این‌طور توضیح می‌دهد: «این شرط یعنی بررسی و سنجش تحریم‌ها و تعیین اینکه که آیا آن تحریم از نظر منطقی برای دستیابی به هدفش (یعنی تغییر رفتار هدف [...]) ضروری است یا خیر [...]» (Kern, 2009, p. 65) به عبارت دیگر آیا حصول هدف تحریم، وابسته به اجرای تحریم هست یا نه.

بر اساس این شرط، اگر قبلاً هدف مقرر شده برای تحریم حاصل شده باشد، نباید به آن تحریم ترتیب اثر داده شود. مثلاً تحریم‌های یک‌جانبه‌ای که یک هدف اجبارکننده را تأمین می‌کنند<sup>۱</sup>، اگر دولت هدف با جبران خسارت ضرری که کشور واضع تحریم متحمل شده است موافقت کرده باشد، نباید اعمال گردند. (Zoller, 1984, p. 94)

اگر تحریم فقط تنبیهی (غیر اجبار کننده) باشد، می‌توان شرط ضرورت را منتفی دانست چون چنین تحریمی برخلاف تحریم‌های اجبار کننده، قصد و شایستگی اعاده تعادل را ندارد<sup>۲</sup>. همچنین تحریم یک‌جانبه وضع شده در واکنش به یک عمل به اصطلاح غیرقانونی که درازمدت و تکرارشونده نیست (یعنی عمل غیرقانونی و ناقضی که

---

۱. بیشتر تحریم‌ها اهداف اجباری و قهری دارند و به عنوان ابزاری برای اجبار یا مانع‌شدن بکار می‌روند. منظور از تحریم با هدف اجبار کننده و یا بازدارنده، «...و اداری ساختن طرف مقابل به رعایت برخی رفتارها که برای طرف اقدام کننده حائز اهمیت است.» (ظریف/میرزائی، ۱۳۷۶، ص ۹۲) یا بازداشتن طرف مقابل از برخی رفتارها که از نظر اقدام کننده نامناسب است (اثر بازدارندگی)، می‌باشد.

۲. در تحریم‌های تنبیهی یا جریمه کننده (punitive Sanctions) هدف، تنبیه طرف مقابل برای اتخاذ سیاست‌های نامناسب یا محروم ساختن او از برخی چیزهایی است که برای وی ارزش دارد...» (ظریف/میرزائی، ۱۳۷۶، ص ۹۲)

کاملاً قبل از وضع تحریم، واقع‌شده) احتمالاً در ارزیابی شایستگی اعمال، رد خواهد شد.

همچنین «لازمه اصل حسن‌نیت، به‌عنوان یکی از اصول کلی حقوقی، رعایت اصل ضرورت می‌باشد. به‌عبارت دیگر اصل حسن‌نیت ایجاب می‌نماید، مرجع تحریم‌کننده، در اعمال تحریم به اقدامی فراتر از حد لازم مبادرت نرزد.» (فرخ سیری، ۱۳۸۷، ص ۳۶)<sup>۱</sup>

## ۵. تناسب<sup>۲</sup>

تحریمی که مشروعیت هدف و ضرورت آن توسط مرجع تصمیم‌گیرنده تأییدشده است، علاوه بر این دو مورد باید با وضعیت موجود تناسب داشته باشد. در صورت عدم تناسب بین نوع یا وسعت تحریم و هدف آن، باید نادیده گرفته شود. شورای اقتصادی و اجتماعی ملل متحد در قطعنامه شماره ۳۳ مقرر می‌کند: «هرگاه اقدامات پیشگیرانه‌ای اتخاذ شود که به اصول مندرج در بندهای (۴) و (۵) خدشه‌ای وارد نیاورد اما حقوق بشر را تحت‌تأثیر قرار دهد، لازم است این اقدامات به‌طور دقیق در انطباق با قاعده حقوقی و اصل تناسب به اجرا درآیند.» (Res. 1997//33, 21 July) (1997)

دیوان اروپایی دادگستری، قواعد آمره برتر بلژیک که یک درآمد حداقلی برای کارهای انجام‌شده در خاک بلژیک را مقرر می‌کردند، را به دلیل عدم وجود تناسب، نادیده گرفت، چون در آن مورد، کارگران یک شرکت فرانسوی فقط در خاک بلژیک برای مدت کوتاهی و به‌صورت پاره‌وقت، کار کرده بودند. (André Mazzoleni and Inter Surveillance Assistance SARL, 2001, 2001, p. 2189 et seq. کِرَن در

۱. جهت مطالعات تفصیلی در مورد اصل ضرورت، ر. ک. به: فرخ سیری، ۱۳۸۷، ص ۳۵-۳۶ و منابع مندرج در آن.

۲ Proportionality

مورد شرط تناسب تحریم، این‌طور توضیح می‌دهد: «[اصل] تناسب حکم می‌کند که دولتِ واضع اثر[ات] اقتصادی، اجتماعی و سیاسی آینده تحریم به‌عنوان یک ابزار (یعنی تحریم اقتصادی) را محاسبه کند و ارزیابی کند که آیا آن اثرات منجر به تحمیل هزینه‌های معادل [با ضرری که کشورِ واضع می‌برد] به هدف [تحریم] می‌شود یا اینکه منجر به ایجاد منافی معادل [ضرری که کرده] برای کشورِ واضع به‌طوری‌که خسارتش را جبران کند می‌شود یا نه.» (Kern, 2009, p. 64)

لذا در مقایسه با «تحریم‌های جامع<sup>۱</sup>» احتمال اثربخشی دادگاه یا دیوان داوری به «تحریم‌های جزئی (خاص)<sup>۲</sup>» (مثل تحریم جنگ‌افزارها یا محدودیت‌های ناظر به تجارت برای توقف توسعه سلاح‌های کشتارجمعی) بیشتر است؛ زیرا تحریم‌های جامع در ارزیابی معیار «تناسب» برای احراز شرط شایستگی اعمال با مشکل بیشتری مواجه‌اند. اگر تحریم به شکلی هدف‌گیری شده باشد که از یک‌طرف بر رفتار کسانی که می‌خواهد، اثر بگذارد و از طرف دیگر، مردم عادی را از آثار ضد انسانی تحریم محافظت کند، باید به آن تحریم با جمع سایر شرایط اثر داد.<sup>۳</sup>

---

۱. تحریم‌های فراگیر یا کامل، تحریم‌های گسترده‌ای هستند که «اتقربیا» همه نوع معامله با کشور هدف یا همه افراد در کشور هدف یا تابع کشور هدف را ممنوع می‌کنند. علت ذکر کلمه «اتقربیا» بدین‌جهت است که معمولاً بنا به دلایل حقوق بشری و انسانی، در تحریم‌های فراگیر، مثلاً کالاهای اساسی مانند کالاهای پزشکی که برای ادامه حیات یک ملت ضرورت دارند، در زمره موارد استثنای تحریم قرار می‌گیرند. به‌عنوان مثال می‌توان به ماده ۲۰۵ «قانون امنیت بین‌المللی و توسعه همکاری» آمریکا اشاره کرد که به رئیس‌جمهور اختیار می‌دهد «واردات هرگونه کالا یا خدمت از هر کشور حامی تروریسم یا سازمان‌های تروریستی یا پناه‌دهندگان به تروریست‌ها یا سازمان‌های تروریستی، را ممنوع کند».

۲. تحریم‌هایی که صرفاً افراد خاص یا بخش خاصی را مشمول ممنوعیت قرار می‌دهند مانند تحریم‌های هدفمند یا هوشمند.

۳. برای مطالعات بیشتر در مورد اصل تناسب و مفاهیم «تناسب بیرونی و درونی»، ببینید: فرخ سیری، ۱۳۸۷، ص ۳۷-۴۰ و منابع مندرج در آن.

## ۶. نتیجه

شرط لازم - و البته نه کافی - برای اثربخشی به تحریم‌های وضع شده از سوی کشور ثالث به عنوان قاعده آمره برتر در یک دعوی از سوی مرجع رسیدگی کننده این است که تحریم‌ها بایستی «شایستگی اعمال» داشته باشند. برای احراز شایستگی اعمال سه معیار باید مدنظر قرار بگیرد: «مشروعیت هدف تحریم»، «ضرورت» و «تناسب». یعنی تحریم‌ها باید در خدمت یک منفعت مشروع باشد و برای دستیابی به آن منفعت مشروع ضروری و متناسب نیز باشد تا شرط شایستگی اعمال در مورد آن‌ها احراز شود.

احراز مشروعیت هدف تحریم، توسط مرجع تصمیم گیرنده در چهارچوب یک نظام حقوقی مبنا صورت می‌گیرد. دادگاه‌های داخلی معمولاً به استانداردهای کشور مقر استناد می‌کنند یعنی بر اساس ضوابط این کشور تعیین می‌کنند که آیا تحریم مورد نظر شایستگی اعمال دارد یا نه؛ اما دیوانهای داوری باید بررسی کنند که آیا هدف تحریم توسط جامعه بین‌المللی مشروع تلقی می‌شود یا نه (حتی اگر حصول این هدف برای جامعه بین‌المللی ضروری نباشد).

در احراز مشروعیت منافع تحریم باید توجه داشت منافعی که به وسیله تحریم تأمین می‌شوند، لزوماً منافع طرفین قرارداد نیست و مشروعیت تحریم هم به معنای لزوم حسن نیت استناد کننده به تحریم نیست.

در صورتی که برای مرجع تصمیم گیرنده احراز شد که تحریم‌ها در خدمت یک هدف مشروع هستند باید بررسی شود که آیا تحریم‌ها ابزار مناسبی (ضروری و متناسب) برای دستیابی به آن هدف مشروع هم هستند یا نه. مثلاً بر اساس شرط ضرورت، نباید به تحریمی که هدف تعیین شده آن قبلاً حاصل شده است، اثربخشی کرد یا بر طبق شرط تناسب به تحریم‌های خاص مثل تحریم جنگ افزارها راحت تر از تحریم‌های کلی اثر داده می‌شود.

## ۷. منابع

### ۱-۷. فارسی

۱. اسماعیل پور فداکار، شاهین، *اجرای آرای داوری خارجی ابطال شده در کشور محل صدور*، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۵.
۲. بهمنی، محمدعلی، جعفری، فیض الله، «رویه قضایی فرانسه و اجرای آرای داوری ابطال شده در محل صدور»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ویژه نامه شماره ۷، زمستان ۱۳۹۰.
۳. جنیدی، لعیا، «مسأله اجرای آرای داوری ابطال شده»، *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۷.
۴. کوفمن کوهلر، گبریل و سایرین، *راهنمای شورای بین المللی داوری تجاری برای تفسیر پیمان ۱۹۵۸ نیویورک: کتابچه قضات*، با همکاری دیوان دائمی داوری کاخ صلح، ترجمه: دکتر میر حسین عابدیان، رضا افتخار، لاهه (هلند): شورای بین المللی داوری تجاری (ایکا)، ۲۰۱۱.
۵. شهبازی نیا، محمدرضا، عیسائی تفرشی، محمد، علمی، حسین، «مفهوم نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی و جایگاه آن در داوری تجاری بین المللی»، *فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، بهار ۱۳۹۲.
۶. صفایی، سیدحسین، *حقوق بین الملل و داوری های بین المللی*، چ ۱، نشر میزان، ۱۳۷۵.
۷. ظریف، محمدجواد و میرزائی، سعید، «تحریم های یکجانبه آمریکا علیه ایران»، *مجله سیاست خارجی*، شماره ۱، ۱۳۷۶.

۸. فرخ سیری، منصور، «محدودیت‌های حقوقی شورای امنیت در اعمال تحریم‌های اقتصادی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ش ۳۹، پاییز و زمستان ۱۳۸۷.
۹. گلشنی، عصمت، *تأثیر تحریم‌های تجاری بر قراردادهای بازرگانی بین‌المللی*، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۶.
۱۰. نیکبخت، حمیدرضا، «محدودیت‌های اعمال قانون خارجی در تعارض قوانین»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ش ۴۴، ۱۳۸۵.

#### ۲-۷. لاتین

11. Swiss Private International Law Act- 1987  
(قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس (اسپیلا))
12. Rome Convention -1980  
(کنوانسیون رُم در خصوص قانون حاکم بر تعهدات قراردادی)
13. Rome I Regulation – 2008  
(مقرره رُم یک - مقرره پارلمان و شورای اروپا در خصوص قانون حاکم بر تعهدات قراردادی)
14. United States Racketeer Influenced and Corruption Organization Act (RICO)- 1970  
(قانون سازمان‌های فاسد و تحت نفوذ اخاذی معروف به قانون ریکو- مصوب آمریکا)
15. International Security and Development Cooperation Act- 1980  
(قانون امنیت بین‌المللی و توسعه همکاری- مصوب آمریکا)
16. Res. 1997//33, 21 July 1997  
(قطعنامه شورای اقتصادی و اجتماعی ملل متحد)
17. André Mazzoleni and Inter Surveillance Assistance SARL, C-165/98, 15 March 2001, ECR 2001 pp. 2189 et seq., RCDIP 2001 pp. 495 et seq.  
(رای دیوان اروپایی دادگستری)

18. X SA& Y SA v. Z SA, Bundesgericht, 4P 119/1998, 13 November 1998, ASA Bull. 1999, pp. 529 et seq., p. 532.  
(رأی دیوان فدرال سوئیس)
19. A.B. v. D. SA, 7 May 2004, DFT 130 III 620, c. 3.4.1.  
(رأی دیوان فدرال سوئیس)
20. X SA v. A., 29 June 2010, DFT 136 III 392, c. 2.3.3.1.  
(رأی دیوان فدرال سوئیس)
21. X. SA v. A., 29 June 2010, DFT 136 III 392, c. 2.3.3.1.  
(رأی دیوان فدرال سوئیس)
22. Kieger v. Consorts X, RCDIP 1967, pp. 728 et seq., p. 729.  
(رأی دیوان عالی فرانسه)
23. ICC Award, n. 6503, JDI 1990, pp. 1022 et seq.
24. ICC Award, n. 6294, JDI 1991, pp. 1050 et seq.
25. Institute de Droit International, Session of Basel, «The Autonomy of the Parties in International Contracts between Private Persons or Entities», 1991, [http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1991\\_bal\\_02\\_en.pdf](http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1991_bal_02_en.pdf).
26. Abedian Hossein, “Judicial review of arbitral awards in international arbitration – A case for an efficient system of judicial review”, *Journal of International Arbitration Law*, Published by Kluwer Law International, Netherlands, 2011.
27. Da Silveira, M. A., *Trade Sanctions and International Sales- An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation*, Wolters Kluwer, 2014.
28. Barraclough, Andrew/ Waincymer, Jeff, (2005), “Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration”, *Melbourne Journal of International Law*, 2005.

29. Blessing, Marc, "Choice of Substantive Law in International Arbitration", *Journal of International Arbitration*, N. 14, p. 39 et seq., 1997/2.
30. Blessing, Marc, "Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration", *Journal of International Arbitration*, N. 14, p. 23 et seq., 1997/4.
31. Blessing, Marc, "Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts", *Swiss Commercial Law Series*, edited by Nedim Peter Vogt, Vol. 9, Helbing & Lichtenhahn, 1999.
32. Brunner, Christoph, *Force Majeure and hardship under general contract principles- Exemption for Non-Performance in International Arbitration Law*, Wolters Kluwer, 2009.
33. Chukwumerije, Okezie, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, West-port: Quorum Books, 1994.
34. Dutoit, Bernard, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4<sup>ème</sup> éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2005 et supplement 2011.
35. Gaillard, Emmanuel, "The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin", *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, Vol. 14, 1999.
36. Gaillard, Emmanuel/Savage, John (ed.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Hague/Boston/London: Kluwer Law International, 1999.
37. Gharavi, Hamid G., *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*, Netherland (the Hague): Kluwer Law International, 2002.
38. Van Den Berg Albert Jan, "Enforcement of Annulled Awards?", *ICC Bulletin*, Vol. 9, No. 2, 1998.
39. Van Hecke, Georges, "The Effect of Economic Coercion on Private Relationships", *Revue belge de droit international (Rev. BDI)*, N. 18, p. 113 et seq., 1984.
40. Kern, Alexander, *Economic Sanctions – Law and Public Policy*, UK: Palgrave Macmillan, 2009.



41. Lazareff, Serge, "Mandatory Extraterritorial Applicational of National Law", *Arbitration International*, 1995.
42. Mayer, Pierre, «Les Lois de police étrangères», *JDI (Journal du droit international)*, 1981.
43. Paulsson, Jan, "Enforcing Arbitral Awards notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)", *ICC Bulletin*, Vol. 9, No. 1, 1998.
44. Van Den Berg, Albert Jan, «Annulment of Award In International Arbitration», in: Richard B. Lillich & Charles N. Brower (eds.), *International Arbitration in the 21st Century: Towards Judicialization and Uniformity?*, New York: Twelfth Sokol Colloquium, Transnational Publishers Inc., 1994 .
45. Van Den Berg, Albert Jan, "Enforcement of Annulled Awards?", *ICC Bulletin*, Vol. 9, No. 2, 1998.
46. Von Hoffmann, Bernd, «Internationally Mandatory Rules of Law before Arbitral Tribunals», in Böckstiegel (ed.), *Acts of State and Arbitration*, Köln: C. Heymann, 1997.
47. Voser, Nathalie, "Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable to International Commercial Arbitration", *American Review of International Arbitration*, 1996.
48. Zoller, Elisabeth, *Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Counter measurs*, Dobbs Ferry NY: Transnational Publishers, Inc, 1984.

# The Role of “Application worthiness requirement” for applying sanctions enacted by a third country

Mirghasem Jafarzadeh<sup>1\*</sup>, Esmat Golshani<sup>2</sup>, Seyed Mahdi Hosseini Modarres<sup>3</sup>

1. Associate Professor, Law Faculty of Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
2. Assistant Professor, Law Department, Imam Sadiq University, Tehran, Iran
3. Graduated from Shahid Beheshti University with a PhD in Private Law, Tehran, Iran

Receive: 12/07/2020

Accept: 29/07/2021

## Abstract

Once, between parties to a contract, a dispute arising out of sanctions imposed by a third country is raised before dispute resolution authority, the authority can apply the sanctions to the contract and obligation of the parties thereto as “overriding mandatory rules” only if three significant requisites are fulfilled: “application worthiness of the sanction”, “close connection between the disputed contract and enacting state” and “prevalence of the benefit of a decision to give effect to a sanction over a decision to disregarding it”. Lack of each of the requisites will preclude the application of the sanctions enacted by a third country. This research will provide an answer to this question: concerning a sanction enacted by third countries what the nature of “application worthiness requisite” is what the criteria to fulfill this requisite are. Sanctions enacted by a third country will be worth applying as an overriding mandatory rule only if the object and purpose of the sanctions require considering it. I.e., according to the standards of the state of seat (in court proceedings) and the standards acceptable by the international community (in arbitral proceedings) benefits secured by means of sanctions must be “legitimate and be worthy of protection”, and the sanction must be a necessary and proportional means to achieve its purpose as well.

---

\* Corresponding author’s E-mail: Golshani@isu.ac.ir

**Keywords:** sanctioned imposed by a third country, the proportionality of sanctions to its purposes, the necessity for applying a sanction, overriding mandatory rules, the legitimacy of purpose of a sanction, object and purpose of a sanction.