

## تحریم‌های اتحادیه اروپا در خصوص ضمانت نامه‌های بانکی

صدیقه فهیمی<sup>۱</sup>

محمود باقری<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۹/۳۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۲/۲۲

### چکیده:

متعاقب تحریم‌های اتحادیه اروپا بانکهای کارگزار خارجی از پرداخت وجه ضمانت نامه‌های بانکی و همچنین تمدید آنها به نفع بانکهای ایرانی مشمول تحریم با استناد به مقررات اتحادیه اروپا استنکاف نمودند. بانکهای یاد شده دلیل استنکاف خود از انجام تعهدات قراردادی را بروز شرایط فورس ماژور و یا فراستریشن در اثر اعمال تحریمها می‌دانند. با توجه به اینکه وجوه مربوط به ضمانت نامه‌های یاد شده مبلغ قابل توجهی را به خود اختصاص می‌دهد، مطالعه دقیق در مقررات اتحادیه اروپا، بررسی ادعاهای بانکهای یاد شده و یافتن راهکارهای حقوقی مناسب در این خصوص لازم می‌باشد. لذا باید این موضوع مورد بررسی قرار گیرد که آیا تحریم‌های اتحادیه اروپا به عنوان یکی از شرایط فورس ماژور و یا فراستریشن از موانع اجرای قرارداد تلقی می‌شوند یا خیر؟ بررسی این موضوع مستلزم بررسی تحریمهای مربوط به ضمانت نامه‌های بانکی از منظر مقررات اتحادیه اروپا می‌باشد. در این مقاله ابتدا مقررات اتحادیه اروپا در حوزه ضمانت نامه‌های بانکی و موارد ممنوعیتها، محدودیتها و تجویزها بررسی می‌شود، سپس به دلیل اهمیت این قراردادها و ماهیت تضمینی بودن آنها و با توجه به اینکه خلل در اجرای آنها موجب تزلزل اجرای قراردادهای دیگر می‌شود راهکارهای حقوقی مقابله با تحریم آنها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

کلمات کلیدی: تحریم، ضمانت نامه‌های بانکی، فراستریشن، فورس ماژور، قرارداد

---

<sup>۱</sup> دانش آموخته حقوق خصوصی (نویسنده مسئول) - sefahimi@yahoo.com

<sup>۲</sup> دانشیار حقوق خصوصی، دانشگاه تهران

**مقدمه:**

جامعه جهانی امروزه از ابزار تحریمها در جهت اعمال فشار بر کشورهایی که سیاست و رفتار آنها مطابق با اصول حقوق بین الملل نمی باشد استفاده می نماید و شورای امنیت سازمان ملل متحد به عنوان نماینده جهانی جهت برقراری صلح و امنیت بین المللی متصدی این امر می باشد. در کنار شورای امنیت برخی از دولتها و سازمانهای بین المللی از جمله اتحادیه اروپا با سرمشق گرفتن از قطعنامه‌های شورا در قوانین داخلی و تصمیمات خود اقدام به تدوین و تصویب مقرراتی نمودند که فراتر از قطعنامه‌های سازمان ملل کشورهای تحریم شده را محدود می نماید. تدابیر محدود کننده‌ای که شورای اتحادیه اروپا علیه ایران و اشخاص حقیقی و حقوقی ایرانی وضع نموده است نمونه‌ی مسلم تحریمها فراقطعنامه‌ای می باشند. این تحریمها شامل محدودیت‌هایی مربوط به واردات و صادرات، امور مالی در خصوص برخی از موسسات، انسداد داراییها و منابع اقتصادی محدودیت‌های مربوط به حمل و نقل از جمله حمل و نقل دریایی و تعهدات مالی و به ویژه ضمانت نامه‌ها می شود. محدودیت‌های ایجاد شده در مقررات اتحادیه اروپا مانعی جهت انجام تعهدات قراردادی تلقی شده و همین موضوع طرفین اروپایی را از انجام تعهدات قراردادی بازمی دارد و اجرای برخی قراردادها از جمله ضمانت نامه‌های بانکی که خود تضمینی در مقابل عدم ایفای تعهدات قراردادی می باشد، را مشکلات جدی مواجه نموده و تأثیر جدی بر روابط بازرگانی و تجارت خارجی ایران گذاشته است و روابط تجاری را با بی اعتمادی و تزلزل و عدم اطمینان روبرو کرده است. در واقع با اعمال این تحریمها در خصوص ضمانت نامه‌های بانکی طرفین قراردادی در شرایط نابرابری قرار می گیرند چرا که چنین مقرراتی به طرف اروپایی اجازه قصور در اجرای تعهدات قراردادی را می دهد و هیچ ضمانت اجرایی برای این قصور وجود ندارد و این در حالی است که طرف ایرانی در صورت قصور با مطالبه ضمانت نامه‌هایی مواجه می شود که جهت اجرای قرارداد به طرف مقابل داده است. به علاوه در مواردی اصل استقلال ضمانت نامه نادیده گرفته شده و بانکهای خارجی ضمانت نامه‌هایی را به دلیل ارتباط آنها با قرارداد پایه توقیف می کنند. در این

مقاله ضمن بررسی مقررات اتحادیه اروپا به بررسی راهکارهای موجود جهت مقابله با تحریمهای مربوط به آن پرداخته خواهد شد.

## ۱- تأثیر تحریمها بر تعهدات قطعی و مستقل ناشی از ضمانت نامه ها

### ۱-۱- سابقه و ماهیت تحریمهای اتحادیه اروپا

اصطلاح تحریم عبارت است از امتناعی نظام یافته از برقراری روابط اجتماعی، اقتصادی، سیاسی یا نظامی یک دولت یا گروهی خاص از دولتها برای تنبیه یا ایجاد رفتار مورد قبول. (مشیرزاده و شریفی طراز کوهی، ۱۳۸۱ص ۹۶) تحریمهای بین المللی که در قالب سازمانی آن، از جمله در چارچوب فصل هفتم منشور مورد توجه قرار گرفته اند از این ظرفیت برخوردارند که با تحت فشار قرار دادن دولتی خاص آن را به تمکین در مقابل اراده شورای امنیت به عنوان نماینده جامعه بین المللی وادار سازند. (زمانی، ۱۳۹۰، ص ۱۲۰)

شورای امنیت سازمان ملل با استناد به همین فصل از منشور قطعنامه های ۱۷۳۷، ۱۸۰۳، ۱۷۴۷ و ۱۸۳۵ و در نهایت ۱۹۲۹ را علیه ایران صادر نموده و محدودیت هایی را در جهات مختلف مالی و تجارت خارجی برای اشخاص حقیقی و حقوقی ایرانی در نظر گرفت. شورای اتحادیه اروپا نیز پس از صدور قطعنامه ۱۷۳۷ شورای امنیت سازمان ملل متحد در سال ۲۰۰۶ در چارچوب سیاست خارجی و امنیت عمومی اتحادیه اقدام به اتخاذ رویه مشترک شماره PESC/۱۴۰/۲۰۰۷ در ۲۷ فوریه ۲۰۰۷ نمود. موضوع این سند اتخاذ تدابیر محدود کننده علیه ایران جهت تحقق بخشیدن به اهداف قطعنامه شورای امنیت سازمان ملل متحد بود. با صدور قطعنامه های بعدی سازمان ملل متحد به شماره های ۱۷۴۷ در سال ۲۰۰۷ و ۱۸۰۳ در سال ۲۰۰۸ شورای اتحادیه اروپا نیز اقدام به اتخاذ رویه مشترک PESC/۲۴۶/۲۰۰۷ و PESC/۶۵۲/۲۰۰۸ با هدف فوق الذکر نمود. با صدور قطعنامه ۱۹۲۹ شورای امنیت سازمان ملل متحد در ۹ ژوئن ۲۰۱۰ در جهت گسترش دامنه تدابیر محدود کننده، شورای اتحادیه اروپا نیز اقداماتی را جهت وضع مقررات و تصمیمات جدید با همان هدف علیه جمهوری اسلامی ایران آغاز نمود که از جمله آن تصمیم شماره ۴۱۳/۲۰۱۰ و مقررات شماره

۹۶۱/۲۰۱۰ می باشد. شورای اتحادیه اروپا بر اساس تصمیمات و مقررات فوق‌الذکر دو هدف را تاکنون دنبال نموده است: هدف اول اتخاذ تدابیری است که هماهنگی با تدابیر اتخاذی توسط شورای امنیت سازمان ملل متحد می‌باشد و از سوی دیگر ایجاد محدودیت‌هایی است که با ابتکار خود شورا پیش بینی شده است. تدابیر محدودکننده اتحادیه اروپا در زمینه‌های تجاری، مالی، حمل و نقل، صنعت گاز و نفت و بیمه بوده و شورا با اشاره به قطعنامه ۱۹۲۹ تدابیر خود را به محدودیت‌های سرمایه‌گذاری نیز تعمیم داده است، در این راستا شورا علاوه بر مسدود نمودن اموال و دارایی‌های موسسات، شرکتها، نهادهایی که در قطعنامه‌های شورای امنیت سازمان ملل متحد آمده، اقدام خود را در این زمینه به موسسات و شرکتها و کلاً نهادهای دیگری نیز تعمیم داده است که در برخی موارد عیناً به دنبال اتخاذ تصمیمات مشابه توسط ایالات متحده آمریکا بوده و در برخی موارد هم صرفاً بر اساس تصمیم خود (بر اساس بررسی و یا درخواست یک یا برخی از کشورهای عضو) بوده است. به طور کلی این تدابیر شامل حوزه‌های زیر می‌باشد:

۱. محدودیت‌های مربوط به واردات و صادرات
۲. محدودیت‌های امور مالی در خصوص برخی از موسسات
۳. انسداد دارایی‌ها و منابع اقتصادی
۴. محدودیت‌های مربوط به حمل و نقل از جمله حمل و نقل دریایی
۵. محدودیت‌های مربوط به تعهدات مالی و به ویژه ضمانت نامه‌ها

این محدودیت‌ها بر طبق ماده ۲۱۵ معاهده عملکرد اتحادیه اروپا اتخاذ شده است که طبق آن اتحادیه اروپا می‌تواند روابط تجاری و مالی خود را نسبت به کشورهای خارج از حوزه اتحادیه اروپا که در تعارض با سیاست خارجی اتحادیه اروپا و امنیت عمومی مقابله‌ی نمایند محدود نماید.<sup>۱</sup> در خصوص ماهیت حقوقی این تدابیر میان حقوقدانان بین‌المللی اتفاق نظر وجود ندارد. برخی آن را مجازات یک دولت بابت سیاست‌های وی و برخی دیگر آن را نوعی اقدام متقابل و برخی نیز آن

<sup>1</sup> Article 215 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) Available on [http://eeas.europa.eu/cfsp/sanctions/docs/measures\\_en.pdf](http://eeas.europa.eu/cfsp/sanctions/docs/measures_en.pdf)

را نوعی فشار در جهت تغییر سیاست های کشوری دیگر می داند. ( حدادی، ۸۲، ص ۱۱۱) صرفنظر از ماهیت حقوقی این تدابیر و مشروعیت و عدم مشروعیت آنها از منظر قواعد بین المللی باید گفت که آنها تأثیر جدی بر روابط بازرگانی و تجارت خارجی ایران گذاشته است و روابط تجاری را با بی اعتمادی و تزلزل و عدم اطمینان روبرو کرده است.

## ۱-۲- نقش ضمانت نامه ها در روابط تجاری بین الملل

انجام هر فعالیت اقتصادی مستلزم وجود دو رکن مهم و اساسی است. یکی از آنها وسیله پرداخت و دیگری ابزار تضمین است. در معاملات اقتصادی به منظور حداقل کردن ریسک و مخاطرات ناشی از معامله از تضمین استفاده می شود. به عبارتی اگر تضمین مناسب، کافی و معتبر وجود نداشته باشد، اساساً معامله صورت نمی پذیرد. یکی از مهم ترین ابزارهای پوشش ریسک تعهدات تجاری و مالی ضمانت نامه های بانکی است. ضمانت نامه های بانکی از اسناد مهم بانکی هستند که نقش بزرگی را در تضمین معاملات به ویژه قراردادهای پیمانکاری و دولتی ایفا می کنند و با گسترش تجارت، استفاده از آنها نیز در معاملات به نحو چشمگیری افزایش یافته است. در واقع پیش بینی ارائه این ضمانت نامه ها از طرف متعاهدین به نوعی موجب آسودگی خاطر طرفین برای اجرای تعهدات قراردادی می شود و به طرفین این اطمینان را می دهد که در صورت عدم ایفای تعهدات قراردادی و یا نقص در اجرای تعهدات تضمینی معتبر وجود دارد که خسارت آنها را بدون مراجعه به مراجع حل و فصل اختلاف جبران می نماید. ضمانت نامه های بانکی تعهدات مستقلی از قرارداد پایه محسوب می شوند. مستقل بودن تعهد بانک به این معناست که دفاعها و ایراداتی که در قرارداد پایه میان متعهد اصلی و ذینفع وجود دارد به تعهد بانک تسری نمی یابد و بانک حق استفاده و استناد به آنها را ندارد و همچنین نمی تواند به استناد اینکه بخشی از تعهد متعهد اصلی صورت پذیرفته درخواست کند که به همان میزان از تعهد او کاسته شود، لیکن باید پذیرفت که استقلال ضمانت نامه بانکی آن را به کلی از قرارداد پایه منفصل نمی سازد. (Hsut,2006,p6) ضمانت نامه بانکی برای تضمین تعهدی است که متعهد اصلی به موجب قرارداد مبنا در برابر ذینفع دارد. بنابراین

اگر در شخص یا مورد معامله در قرارداد پایه اشتباهی رخ دهد آن را از ریشه باطل سازد تعهد بانک نیز بی مفهوم خواهد بود و دادگاه می تواند به تقاضای متعهد اصلی آن را باطل اعلام کند، زیرا استقلال ضمانت نامه‌های بانکی و غیر قابل استناد بودن ایرادات دین پایه در آن حد نیست که حتی در صورت بطلان قرارداد مبنا اعتبار ضمانت نامه و تعهد بانک به قوت خود پایدار بماند. چرا که قصد مشترک طرفین ضمانت نامه تضمین تعهدی است که متعهد اصلی بر عهده دارد و گر چه رابطه مستقیمی میان این تعهد و تعهد بانک موجود نیست ولی انگیزه و جهت معامله برای طرفین قرارداد ضمانت، وجود این تعهد بوده است و با کشف این مطلب که تعهد از ابتدا به وجود نیامده است، استمرار وجود ضمانت نامه دلیلی ندارد. با این وجود مفهوم استقلال ضمانت نامه آن است که بانک نمی تواند به این بطلان در برابر ذینفع استناد کند و ضمانت نامه تا هنگامی که به تقاضای متعهد اصلی از سوی دادگاه باطل اعلام نشده، همچنان معتبر باقی می ماند و بانک در صورت مطالبه ذینفع مکلف به پرداخت آن است. اصل استقلال ضمانت نامه بانکی از قرارداد پایه با یک استثنای عمده، یعنی تقلب یا سوء استفاده آشکار<sup>۱</sup> در جریان مطالبه وجه ضمانت نامه روبرو است.<sup>۲</sup> (Cranston, 1997, p428) به طور کلی مراد از تقلب و سوء استفاده از آن بر خلاف هدف سند مذکور است. هدف از ضمانت نامه تضمین تعهدات ضمانت خواه در قرارداد پایه است و لذا اگر تعهدات مذکور به نحو کامل اجرا شده باشند مطالبه وجه ضمانت نامه متقابلانه تلقی می شود.

این استقلال ضمانت نامه‌های بانکی و تضمینی بودن آنها موجب آسودگی خاطر طرفین قراردادی شده و آنها را نسبت به تأمین خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد طرف مقابل مطمئن می نماید اما سازمان های تحریم کننده با پیش بینی محدودیتها در خصوص این ضمانت نامه ها و مسدود نمودن مبالغ مربوط به آنها حتی در صورت عدم ایفای تعهدات قراردادی باعث ایجاد تشویش و نگرانی در انعقاد قراردادها شده و روابط تجاری را مختل می نمایند.

<sup>۱</sup> Fraud or Manifest Abuse

<sup>۲</sup> Cranston, Ross, Principles of banking Law, Great Britain, Oxford University Press, 1997, p428

### ۱-۳- مقررات اتحادیه اروپا در خصوص ضمانت نامه های بانکی

تحریم های اتحادیه اروپا تأثیر بسزایی در اجرای تعهدات قراردادی طرفین قراردادهایی دارد که یکی از متعاهدین آنها در قلمرو اتحادیه اروپا مستقر می باشد. این مقررات داشتن هرگونه ارتباط مالی را با اشخاص مشمول تحریم منع می نماید. به موجب بند ۳ ماده ۱۰ تصمیم شماره ۴۱۳/۲۰۱۰ به طور کلی هر نوع انتقال وجه به اشخاصی که نام آنها در فهرست اشخاص مشمول تحریم درج شده است ممنوع شده است.<sup>۱</sup>

همچنین به موجب ماده ۲۳ آیین نامه شماره ۲۰۱۲/۲۶۷ اتحادیه اروپا، اموال و دارائی های اشخاص مندرج در فهرست ۸ و ۹ آیین نامه، مسدود گردیده و بند ۳ ماده فوق اعلام می دارد که هیچ وجهی یا هیچ منبع اقتصادی نباید بطور مستقیم یا غیر مستقیم در اختیار اشخاص مندرج در فهرست فوق الاشعار قرار گیرد و یا برفع این اشخاص آزاد شود.<sup>۲</sup> در نتیجه این ماده فقط در خصوص اشخاص و مؤسساتی می باشد که نامشان در فهرست قید شده است. مقررات یاد شده اجرای کلیه قراردادهای فی مابین اشخاص ایرانی مشمول تحریم را با متعاهدین اروپایی با محدودیتهای جدی روبرو می کند. اما برخی از مقررات اتحادیه اروپا مستقیماً به بحث ضمانت نامه ها می پردازد. حسب ماده ۳۸ آیین نامه، مؤسسات مالی اروپایی از انجام هرگونه درخواست اشخاص حقیقی و حقوقی مبنی بر پرداخت و یا تمدید ضمانت نامه ها که نامشان در فهرست ۸ و ۹ این آیین نامه آمده و به موجب آن اموالشان در اروپا مسدود گردیده و همینطور از انجام درخواست کلیه اشخاص و یا نهادها از جمله دولت ایران، ممنوع گردیده اند. به موجب ماده اخیرالذکر این درخواست مربوط به هر نوع قرارداد یا معاملاتی می گردد که اجرای آن به طور مستقیم یا غیرمستقیم، جزئاً یا کلاً مرتبط با تدابیر متخذه می باشد. درخواست تمدید، پرداخت ضمانتنامه و ضمانتنامه متقابل از جمله این قراردادها محسوب می گردد.

---

<sup>1</sup> Article 10(3) Council Decision of 26 July 2010 , available at Official Journal of the European Union, I.195/39,27/7/2010

<sup>2</sup> Article 23(3) Council Regulation (EU) No 267/2012 available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/Leuriserv.do?>

البته بند ۴ این ماده اعلام می‌دارد که مفاد این قرارداد خدشه‌ای به حقوق اشخاص و نهادها (حق نظارت قضایی نسبت به مشروعیت عدم رعایت تعهدات قراردادی) وارد نمی‌آورد.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر علیرغم ممنوعیت پیش‌بینی شده در این ماده، حق اشخاص و نهادها برای مراجعه به دادگاه‌ها و طرح دعوی به منظور اعمال نظارت قضایی در مورد عدم انجام تعهدات قراردادی، محفوظ می‌باشد.

### ۱-۴- تحلیل تحریم‌ها از منظر فورس ماژور و انتفای قرارداد

متاهدین اروپایی پس از وضع تدابیر محدود کننده اتحادیه اروپا با استناد به این موضوع که وضع این قوانین و مقررات برای آنها نوعی شرایط فورس ماژور<sup>۲</sup> (در کشورهای تابع نظام حقوق نوشته) و یا انتفای قرارداد<sup>۳</sup> (در کشورهای کامن‌لا) را به وجود می‌آورد از ایفای تعهدات قراردادی خود سرباز زدند. صرف‌نظر از شروط مندرج در این قراردادها در مورد شرایط فورس ماژور و یا سایر موانع اجرای قرارداد از جمله فراستریشن در ذیل به این موضوع پرداخته خواهد شد آیا به تحریم‌ها می‌توان به عنوان فورس ماژور یا فراستریشن استناد کرد یا خیر؟

#### ۱-۴-۱- فورس ماژور و فراستریشن در حقوق کشورهای اروپایی

##### ۱-۴-۱-۱- مفهوم فورس ماژور و شرایط تحقق آن

واژه فورس ماژور یک اصطلاح فرانسوی است که ظاهراً برای نخستین بار در قانون مدنی فرانسه (کد ناپلئون) به کار رفته است. این نهاد با همین عنوان<sup>۴</sup> یا با معادل‌هایی نظیر قوه قهریه<sup>۵</sup> و قوه قاهره وارد قوانین ایران شده است و یا بدون عنوان خاصی تنها به بیان ارکان و نتایج آن پرداخته است.<sup>۶</sup> قوه قاهره عبارت است از حادثه‌ای ناگهانی و گریز ناپذیر که قابل انتساب به شخص مورد نظر نباشد.

<sup>۱</sup> Article 38 Council Regulation(EU) No 267/2012

<sup>۲</sup> Force major

<sup>۳</sup> frustration

<sup>۴</sup> ماده ۴ قانون بیمه اجباری مسئولیت

<sup>۵</sup> ماده ۱۵۰ قانون دریایی

<sup>۶</sup> مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م.



هر گاه در اثر چنین حادثه ای اجرای تعهدی کاملاً ناممکن شود و یا ضرری به دیگران وارد گردد اجرای تعهد متوقف و آن شخص معاف از مسئولیت (مدنی یا جزائی) خواهد بود. (کاتوزیان، صص ۲۹۱، ۲۹۰، جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۵۵۳)

«در حقوق فرانسه فورس ماژور دارای معنای عام و معنای خاص است. فورس ماژور در معنای عام عبارت است از هر حادثه خارجی غیر قابل پیش بینی و غیر قابل اجتناب که مانع اجرای تعهد باشد. فورس ماژور بدین معنی شامل عمل شخص ثالث و عمل متعهدله که واجد دو صفت مذکور باشند نیز خواهد شد. اما فورس ماژور به معنای خاص حادثه ای است بی نام (غیر منتسب به شخص معین و صرفاً ناشی از نیروهای طبیعی) غیر قابل پیش بینی و غیر قابل اجتناب» (صفایی، ۱۳۶۴، ص ۱۱۳)

گرچه این اصطلاح در بدو امر تفسیر مضیق می شد ولی به تدریج قابلیت انعطاف بیشتری پیدا کرده و نظریه پردازان تمایلی به منحصر کردن مفهوم آن در حوادث طبیعی از خود نشان نمی دهند. (همان، ص ۱۱۴).

ممکن است بعد از عقد قرارداد در اثر تغییر مقررات، اجرای تعهد غیر ممکن شده و به تعبیر دیگر مانع قانونی برای آن ایجاد شده باشد. این نیز از مصادیق فورس ماژور به شمار می آید. امروزه در همه ی نظامهای حقوقی در فورس ماژور و یا نهادهای مشابه آن، علاوه بر عدم امکان مادی و فیزیکی، از عدم امکان حقوقی یا قانونی سخن گویند. (همان، ص ۱۴۱) قاعده عمومی این است که اجرای قرارداد هنگامی که مستلزم نقض حقوق یا دستور یا تصویب نامه دولت است، نمی تواند الزامی باشد. بنابراین جز در اوضاع و احوال غیر عادی و جز در مواردی که ثابت شود خلاف آن اراده شده است، هنگامی که اجرای قرارداد بعد از زمان انعقاد غیر قانونی شده باشد، قرارداد ساقط یا خاتمه یافته تلقی می شود. اجرای قرارداد در چنین شرایطی تجاوز به نظم عمومی است. تغییر مقررات ممکن است ناشی از قانونگذاری یا تصمیمات اداری باشد و این قاعده حتی هنگامی که شرطی در قرارداد مبنی بر معافیت متعهد در اجرا در چنین موردی وجود نداشته باشد، لازم الاجراست، یکی از موانع قانونی، عدم صدور پروانه صدور یا ورود کالا به موجب مقررات دولتی

است که از مصادیق فورس ماژور به شمار آمده و موجب معافیت متعهد است. در حقوق انگلیس و آمریکا بر اساس رویه قضایی دو استثنا برای این قاعده ذکر شده است:

۱. اگر متعهد صریحاً یا ضمناً خطر عدم صدور پروانه را پذیرفته باشد.
۲. اگر متعهد اقدامات لازم جهت تحصیل پروانه را در حد معقول انجام نداده و در این باب کوتاهی کرده باشد. (همان)

حتی برخی از حقوقدانان معتقدند قواعد و قوانینی که موجب غیر قانونی شدن انعقاد قراردادی می شوند موجب بطلان قرارداد می شوند و در واقع مانع ایجاد یک رابطه حقوقی صحیح از همان ابتدا می شوند. در خصوص چنین قراردادی نمی توان دعوای حقوقی اجرا و یا جبران خسارت مطرح نمود. (Brunner, 2009, p245)

برای تحقق فورس ماژور شرایطی لازم است که در اکثر نظامهای حقوقی این شرایط مشابه می باشد که در ذیل به آن خواهیم پرداخت:

### ۱- خارجی بودن

حادثه فورس ماژور باید خارج از اراده مدیون باشد به گونه ای که نتوان حادثه را به عمد یا تقصیر به او نسبت داد. قانون مدنی ایران نیز در ماده ۲۲۷ چنین معیاری را در نظر گرفته است. ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی فرانسه که مأخذ و پیشینه ماده مذکور در قانون مدنی ایران است، با جمله ی « علت خارجی که قابل انتساب به متعهد نباشد» همین معنی را افاده می کند و دیگر آنکه مشابه همین شرط در مورد نظریه تغییر اوضاع و احوال هم مطرح و به همین معنی تفسیر شده است..

### ۲- غیر قابل دفع بودن

شرط دیگری که همه نظریه پردازان برای تحقق قوه قاهره ذکر کرده اند غیر قابل اجتناب بودن یا عدم امکان دفع است. مقصود از این شرط آن است خارجی و بیگانه بودن علت عدم انجام تعهد در صورتی رفع مسئولیت از متعهد می نماید که او نتواند علت مزبور را خنثی و از تأثیر بیندازد و الا

هرگاه قادر باشد که از تأثیر آن جلوگیری کند و اقدام نمایند تقصیر در انجام تعهد کرده و مسئول خسارات وارده بر متعهد له می باشد. (امامی، ۱۳۷۰، ص ۲۴۱)

### ۱. عدم قابلیت پیش بینی حادثه

یکی از شرایط تحقق فورس ماژور آن است که به شکل معقول نتوان از طرف قرارداد انتظار داشت که در زمان انعقاد قرارداد مانع و حادثه مذکور و تأثیری را که بر توانایی او در اجرای قرارداد خواهد گذاشت، پیش بینی کرده باشد. رویه قضایی فرانسه در موارد متعددی بر همین اساس اقدام کرده و رأی به مسئولیت صادر نموده است. (معدل، جلیل، ۱۳۵۱، ص ۷۳)

ماده ۷۹ کنوانسیون سازمان ملل راجع به بیع بین المللی کالا نیز بر ضرورت غیر قابل پیش بینی بودن حادثه ناگهانی تأکید کرده است. با این وجود در نظام کامن لا و حقوق انگلیس تردیدهایی در این زمینه ابراز شده است.

اثر قوه قاهره بر تعهدات طرفین ممکن است کوتاه مدت و موقتی یا دراز مدت یا دائمی باشد و در هر دو حالت مسأله نقض تعهد یا قرارداد مطرح خواهد بود. قانون مدنی فرانسه در خصوص وضعیت قرارداد در حالت قوه قاهره ساکت می باشد و این دادگاه است که با در نظر گرفتن شرایط و اوضاع و احوال و زمان و مکان تصمیم می گیرد که آیا قراردادی که در حالت قوه قاهره قرار گرفته معلق می شود یا منحل و یا قابل ابطال و یا قابل فسخ. در قانون مدنی فرانسه بیان صریحی از نتیجه غیر ممکن شدن کامل اجرای قرارداد وجود ندارد. اما مدلول مواد ۱۷۲۲، ۱۷۴۱، ۱۷۹۰، ۱۷۸۸، ۱۸۶۷ این قانون حاکی است که متعهد از تعهدش خلاص می شود. (Barry, 1992, p.205) تعهد طرف مقابل نیز با توسل به دکترین علت<sup>۱</sup> منتفی می شود. بنابراین قوه قاهره در سیستم حقوقی فرانسه و ایران جز در مواردی که نص قانونی خلاف وجود داشته باشد به طور خود به خود تأثیر حقوقی بر قرارداد ندارد. بلکه اثر آن در مرحله ی نتایج نقض قرارداد است و طرف متخلف از اجرای تعهد باید وجود آن را به عنوان مانع اجرا و در دفاع در مقابل دعوای

<sup>۱</sup> (cause)

خواهان اثبات کند که در این صورت تخلف وی در اجرای قرارداد و پرداخت خسارت مربوطه بخشیده خواهد شد و مسئولیتی به دنبال نخواهد داشت. البته چنانکه خواهیم گفت در این نظام نهاد فورس ماژور با این نام وجود ندارد و در عوض از فراستریشن بحث می‌شود. برخی از بزرگترین نظریه پردازان کامن لا معتقدند حتی اگر حادثه‌ای که قابل پیش بینی است موجب انتفای قرارداد شود، تعهد قراردادی ساقط است. به عقیده آنان « صرف اینکه طرفین قرارداد یا یکی از آنها باید وقوع حادثه را پیش بینی کند مانع اجرای این نظریه نیست و به همین جهت در دعاوی تاجگذاری ابتلای ادوارد هفتم (که در آن زمان ۶۰ ساله بود) به بیماری به طور معقول قابل پیش بینی بوده و با وجود این نظریه انتفای قرارداد در مورد آن دعاوی اجرا شده است. (Treitel, G, 1990, p764)

#### ۱-۴-۱-۲- مفهوم انتفای قرارداد

در نظامهای حقوقی دیگر برای حل مشکلات قراردادهایی که پس از انعقاد و در اثر تغییر شرایط، اجرای آنها از نظر مادی یا حقوقی (واقعاً یا حکماً) ناممکن می‌شود راه‌های اندیشیده شده است. از جمله در حقوق انگلیس که برای چنین موقعیتی نظریه انتفای قرارداد<sup>۱</sup> پذیرفته شده است.<sup>۲</sup> (Anson 1986, pp443-450)

انتفای قرارداد عبارت است از انحلال و خاتمه نابهنگام قرارداد در اثر اوضاع و احوالی که اجرای آن را غیر ممکن ساخته یا غیر قانونی کرده و یا هدف اصلی طرفین را منتفی نموده باشد. به عنوان مثال در موارد زیر قرارداد منتفی خواهد بود: عین معینی که موضوع معامله است از بین برود (ناممکن شدن اجرای قرارداد)<sup>۳</sup> وقوع جنگی ناخواسته طرف قرارداد را به دشمن تبدیل کرده باشد (غیر قانونی شدن اجرای قرارداد)<sup>۴</sup> یا شخصی اتافی را برای هدف خاصی که برای موجر نیز

<sup>1</sup> Frustration

<sup>2</sup> Anson's Law of Contract, 2ed, Oxford University press, 1986, pp443-450

<sup>3</sup> Impossibility of performance

<sup>4</sup> Illegality

شناخته شده است، اجاره می کند و سپس آن هدف منتفی و دست نیافتنی می شود. (از بین رفتن هدف اصلی)<sup>۱</sup>

همانگونه که ملاحظه می شود این قاعده شکلهای گوناگونی دارد که همگی از اسباب سقوط تعهدات قراردادی به شمار می رود که یکی از آنها ممنوعیتهایی است که به وسیله قوانین لاحق برقرار می شود مانند جایی که بعد از تشکیل قراردادی مبنی بر تحویل گندم قانون جدیدی به تصویب می رسد و تمامی گندمها را به نام دولت مصادره می کند.

لازم به ذکر است که حادثه ای که قرارداد را عقیم می کند نباید نتیجه عمل یا انتخاب طرف قرارداد باشد. به عبارت دیگر آن حادثه نباید قابل انتساب به متعهد به شمار آید و عقیم شدن خود ساخته یا خود برانگیخته<sup>۲</sup> نمی تواند مستند قابل قبولی برای نقض تعهد محسوب شود. (Anson, op.cit, p459)

#### ۱-۴-۲- استناد به تحریمها به تفکیک شخص استناد کننده

این موضوع که تحریمها فورس ماژور تلقی می شوند یا دیگر معاذیر قراردادی مستلزم بحث مفصلی است که در این مقاله نمی گنجد اما به طور مختصر می توان گفت ویژگی مشترک تمامی این مفاهیم، خارجی بودن و غیر قابل دفع بودن واقعه ای است که به عنوان مانع اجرای قرارداد تلقی می شود که در این مبحث این دو معیار در خصوص تحریمها سنجیده می شود. لازم به ذکر است که این دو معیار به تفکیک شخص استناد کننده به آن مورد بررسی قرار می گیرد.

#### ۱-۴-۱- استناد به تحریم از سوی اشخاص ایرانی

### الف- غیر قابل دفع بودن

<sup>1</sup> Failure of main purpose

<sup>2</sup> Self-induced Frustration

با وجود ممنوعیت‌هایی که در خصوص منع هرگونه مبادله مالی با اشخاص مشمول تحریم پیش بینی شده است در متن همین قوانین، ترتیباتی جهت پرداخت و ایفای تعهدات قراردادی اشخاص ایرانی به شرح ذیل پیش بینی شده است:

یک- پرداخت مبالغ قراردادی با أخذ مجوز جهت انتقال وجه: در ماده ۱۰ تصمیم شماره ۲۶ ژوئیه ۲۰۱۰ مورخ ۲۰۱۰/۴۱۳/GFSP ضوابطی در خصوص تنظیم و نظارت بر پرداخت ها و انتقال وجوه به و یا از ایران بین اشخاص حقیقی و حقوقی ایرانی و اروپایی پیش بینی شده است. بموجب این ضوابط، حواله و انتقال وجه تا ۴۰ هزار یورو فقط با اطلاع دولت عضو ذیربط و حواله مبالغ بیشتر از آن باید با مجوز قبلی آن دولت بعمل آید. در مورد ترتیب و چگونگی اخذ مجوزهای لازم از دولت های عضو برای انتقال وجوه، شق سوم بند الف ماده ۳۰ آئین نامه اجرایی مورخ ۲۳ مارس ۲۰۱۲ که جایگزین ماده ۲۱ آئین نامه اجرایی ۹۶۱/۲۰۱۰ مورخ ۲۵ اکتبر ۲۰۱۰ شده است مقرر می کند: «اطلاعیه ها و تقاضا برای کسب مجوز مربوط به انتقال وجوه از اشخاص، مؤسسات یا نهادهای ایرانی که در خارج از قلمرو اتحادیه می باشند، توسط یا از طرف ارائه کننده خدمات بانکی به دریافت کننده وجه، به مقامات ذیصلاح دولت عضوی که دریافت کننده وجه مقیم آن باشد و یا نهاد ارائه دهنده خدمات در آن تشکیل شده تسلیم می گردد.»

مطابق این ضوابط، مسئول اخذ مجوزهای لازم از کشورهای ذیربط عضو اتحادیه در مورد وجهی که قرار است توسط یا مع الواسطه از طرف اشخاص حقیقی یا حقوقی ایرانی از جمله بانک‌ها به حساب طلبکاران حقیقی یا حقوقی مقیم در حوزه اتحادیه اروپا حواله گردد، بانک‌ها یا مؤسسات مالی هستند که از جانب آن طلبکاران اقدام می نمایند.

دو- پرداخت بدهی از محل وجوه مسدود شده: در مواردی که اموال و وجوه اشخاص حقیقی و حقوقی ایرانی بموجب ماده ۲۰ تصمیم ۴۱۳/۲۰۱۰ مسدود گردیده، پرداخت بدهی آن اشخاص از محل وجوه مسدود شده بابت بدهی ناشی از قراردادهای منعقد شده قبلی توسط آنها با رعایت ترتیباتی مجاز گردیده است. بند ششم ماده ۲۰ تصریح می کند: «بند ۱ (که در خصوص انسداد اموال می باشد) نباید شخص یا مؤسسه مورد تحریم را از پرداخت مبالغی که بموجب قراردادهای

منعقدہ قبل از تحریم بر عہدہ گرفته، منع کند مشروط بر اینکه دولت عضو تعیین کند کہ: الف) قرارداد مربوط بہ اقلام، مواد، تجهیزات، کالاہا، فن آوری ہا، ہمکاری، آموزش، کمک مالی، سرمایہ گذاری، دلالی، یا خدمات ذکر شدہ در مادہ ۱ مربوط بہ فعالیت های ہستہ ای و غنی سازی، اقلام و تجهیزات نظامی و یا با استفادہ دوگانہ نباشد. ب) پرداخت مزبور بطور مستقیم یا غیر مستقیم بہ اشخاص ممنوع المعاملہ طبق بند اول صورت نگیرد و پس از اینکه دولت عضو ظرف دہ روز کمیٹہ (تحریم ہا) را از قصد پرداخت یا دریافت این وجوہ یا عندالافتضا صدور مجوز برای رفع انسداد وجوہ و منابع اقتصادی برای این منظور آگاہ نماید. ضوابط اجرایی این مادہ در مادہ ۲۵ آیین نامہ مورخ ۲۳ مارس ۲۰۱۲ (کہ جایگزین مادہ ۱۸ آیین نامہ شمارہ ۹۶۱/۲۰۱۰ شدہ است) پیش بینی شدہ است.»

مطابق بند ہفتم تصمیم ۲۳ ژانویہ ۲۰۱۲ نیز مواردی بہ مادہ ۲۰ تصمیم شمارہ ۴۱۳/۲۰۱۰ اضافہ شدہ است و مطابق آن امکان پرداخت از محل وجوہ و منابع مسدود شدہ بابت پرداخت بدہی های ناشی از قراردادهای تجاری بہ شرط اجازہ دولت عضو پیش بینی شدہ است. در بندہای ہفتم و ہشتم مادہ ۲۰ اصلاحی قید شدہ است:

"۷- بندہای ۱و۲) (کہ مربوط بہ انسداد اموال و عدم امکان پرداخت از محل آنها می باشد) نسبت بہ مواردی کہ وجوہ یا منابع اقتصادی بوسیلہ یا از طریق بانک مرکزی ایران انتقال یافتہ و پس از تاریخ ممنوع المعاملہ شدن مسدود گردیدہ و در خصوص آن دستہ از وجوہ و منابع اقتصادی کہ پس از تاریخ ممنوع المعاملہ شدن از طریق یا بوسیلہ بانک مرکزی انتقال یافتہ، در صورتی کہ پرداخت مربوط بہ تسویہ بدہی بہ یک مؤسسہ مالی غیر ممنوع المعاملہ در ارتباط با قرارداد تجاری خاصی باشد، اعمال نمی گردد بہ شرط آنکہ دولت عضو ذریبٹ در ہر مورد تعیین نماید کہ پرداخت بطور مستقیم یا غیرمستقیم بوسیلہ شخص یا مؤسسہ مذکور در بند ۱ دریافت نمی گردد.

۸- بند ۱) (کہ مربوط بہ انسداد اموال می باشد) در مورد انتقال آن دستہ از وجوہ یا منابع اقتصادی کہ توسط یا از طریق بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران از محل وجوہ و منابع اقتصادی مسدود

شده با هدف تسویه بدهی ناشی از فاینانس تجاری به مؤسسات مالی دولت های عضو صورت گرفته، اعمال نمی گردد مشروط به آنکه توسط دولت عضو ذریبط اجازه داده شود.»  
بنابراین ایفای تعهدات از طریق انتقال وجوه خارج از قلمرو اتحادیه اروپا مطابق ماده ۱۰ تصمیم مورخ ۲۶ ژوئیه ۲۰۱۰ و یا از محل وجوه مسدود شده در قلمرو کشورهای عضو اتحادیه عملی است.

ب) خارجی بودن

به نظر می رسد تحریمها به دلیل عدم انتساب به عمل اشخاص و خارجی بودن آنها می توانند فورس ماژور تلقی شوند.

#### ۱-۴-۲- استناد به تحریم از سوی اشخاص اروپایی

الف) غیرقابل دفع بودن

همانطور که در بالا اشاره شد اشخاصی که در قلمرو اتحادیه اروپا بوده و موظف به رعایت مقررات وضع شده از سوی اتحادیه اروپا می باشند در برابر عدم ایفای تعهدات قراردادی خود از جمله پرداخت ضمانت نامه‌های متقابل به مقررات یاد شده استناد می نمایند. این اشخاص معمولاً به مقررات اتحادیه اروپا مبنی بر منع انتقال وجوه به اشخاص ایرانی مشمول تحریم و انسداد دارایی آنها استناد می نمایند که فوقاً به آن اشاره شد. اما با وجود محدودیتهای پیش بینی شده در مقررات اتحادیه اروپا در همین مقررات می توان مواد و مستندات ملاحظه نمود که مجوزهایی جهت پرداخت وجوه مربوط به تعهدات قراردادهای منعقد شده قبل از تحریمها پیش بینی نموده است. به عنوان مثال به موجب بند ۲ ماده ۲۹ آیین نامه شماره ۲۰۱۲/۲۶۷ ممنوعیت مندرج در بند ۳ ماده ۲۳ آیین نامه یاد شده در مورد افزایش حسابهای مسدودی که تحت اشکال ذیل صورت می پذیرد، قابل اعمال نمی باشد:

«بهره ها یا سایر دستمزد های مربوط به این حسابها؛



دیونی که پرداخت آن به موجب قراردادهای، توافقات و یا تعهدات ایجاد شده قبل از درج نام اشخاص توسط شورای امنیت سازمان ملل یا شورای اتحادیه اروپا لازم است.»

مجوز فوق مشروط به این است که مبالغی که پرداخت می شود خود به موجب بند ۱ ماده ۲۳ مسدود باشند. یعنی در حساب های مسدودی نزد همان کارگزاران نگهداری خواهند شد.

از ماده فوق چنین استنباط می شود بانک های ضامن نمی توانند در خصوص آن دسته از ضمانتنامه ها که قبل از درج نام بانک های مربوطه ایرانی در فهرست تحریم ها صادر گردیده از تعهد خود شانه خالی نمایند، زیرا آیین نامه در این خصوص اجازه می دهد که مبالغ ضمانتنامه ها به حساب های مسدودی واریز شود. به علاوه در رویه ای که در محاکم خارجی در خصوص استناد به تحریمها به عنوان یکی از موانع اجرای تعهدات قراردادی شکل گرفته است متعاهد اروپایی باید ابتدا به دنبال مجوزهای لازم جهت ایفای تعهدات قراردادی خود رفته و ابتدا به ساکن نمی تواند به تحریمها جهت فرار از ایفای تعهدات قراردادی توسل نماید. در پرونده ملی بانک plc علیه هلبود این موضوع توسط دادگاه تجارت انگلیس مورد بررسی قرار گرفته است. جریان این پرونده از این قرار است که در تاریخ ۲۵ آوریل ۲۰۰۸ مشتری بانک را مطلع نمود که قصد دارد از تسهیلات استفاده کند و مدت استفاده از تسهیلات را تا تاریخ ۳۰ ژوئن ۲۰۰۸ معین نمود. دو ماه بعد یعنی در تاریخ ۲۴ ژوئن ۲۰۰۸ طبق تصمیم شماره 2008/475/EC شورای اتحادیه اروپا، بانک PLC مشمول تحریمهای اتحادیه اروپا شد و این تصمیم متضمن این بود که تمامی اموال بانک یاد شده بلوکه شود. در همان روز وزارت خزانه داری انگلیس نیز مقرر ای در خصوص تحریمهای مالی منتشر نمود که در آن علاوه بر دستور توقیف وجوه بانک به مجوزهایی جهت انجام امور بانک اشاره شده بود. و به طور خاص این موضوع تأکید شده بود که وزارت خزانه داری قصد دارد به اشخاصی که به موجب قراردادهای منعقد شده قبل از تاریخ تحریم در مقابل اشخاص مشمول تحریم ملزم به ایفای تعهدات قراردادی می باشند از جمله اعتبارات اسنادی جایی که شرایط مقرر رعایت شده باشد مجوز پرداخت وجوه مربوطه را بدهد. پس از ۳۰ ژوئن ۲۰۰۸ بانک از مشتری خواست که وجوه مربوط به اعطای تسهیلات را بپردازد و مشتری در مقابل ادعا نمود که توافق انجام شده

مشمول فراست‌ریشن شده و لذا به دلیل تحریم‌های اعمالی تعهدی در خصوص ایفای تعهدات قراردادی خود ندارد. موضوع برای حل اختلاف به دادگاه تجارت انگلیس ارجاع شد. در خصوص نگرفتن مجوز مشتری مدعی بود که قبل از تاریخ منقضی شدن استفاده از تسهیلات گرفتن مجوز غیر ممکن بود و همچنین مشتری مدعی بود که نیاز به اقدامات بیشتری در این خصوص لازم بود که خطر نقض مقررات اتحادیه اروپا را به همراه داشت. به علاوه مشتری ادعا نمود حتی اگر این موضوع فراست‌ریشن تلقی نشود تحریم‌های اتحادیه اروپا و قرار گرفتن ملی بانک در فهرست تحریم موجب غیر قانونی شدن توافق بوده به نوعی موجب ناکافی بودن منابع اقتصادی بانک شده و لذا موجب نقض قرارداد می‌شود. دادگاه ادعاهای مشتری را رد نمود و حکم داد که وجوه مورد مطالبه بانک به وی پرداخته شود چرا که مشتری نتوانسته تحقیقاتی را در ارتباط با گرفتن مجوز از اداره خزانه داری انگلیس انجام دهد.

در این پرونده دادگاه حکم داد که تحریم‌ها به عنوان فراست‌ریشن در نظر گرفته نمی‌شوند چرا که این امکان برای طرف مقابل وجود داشته که بتواند پس از گرفتن مجوز از مقامات صالح وجوه مورد مطالبه را بپردازد. این پرونده اهمیت کسب توصیه را از مراجع ذیصلاح بعد از به وجود آمدن شرایط استثنایی نظیر تحریم‌ها نشان می‌دهد و در واقع تحریم لزوماً به معنای ایجاد شرایط فراست‌ریشن نمی‌باشد.

در پرونده دیگری که شرکت کشتیرانی علیه شرکت بیمه استیم شپ طرح دعوا نمود شرکت بیمه یاد شده شرکت کشتیرانی را در مقابل خسارات ناشی از آلودگی تحت پوشش بیمه ای خود قرار داده بود. در طول مدت بیمه شرکت کشتیرانی مشمول تحریم‌های اتحادیه اروپا شد و وزارت خزانه داری انگلیس مجوز سه ماهه ای صادر کرد که به موسسه بیمه گر اجازه می‌داد که تا سه ماه شرکت کشتیرانی را تحت پوشش بیمه خود قرار دهد و شرکت بیمه گر پس از سه ماه قرارداد بیمه را فسخ کرده و ادعا نمود که معنای مجوز خزانه داری این است که شرکت تنها سه ماه اجازه ارائه خدمات موضوع قرارداد بیمه را به شرکت کشتیرانی دارد. دادگاه در این پرونده حکم داد که مقررات تحریم و مجوز یاد شده به خودی خود قرارداد را منتفی نمی‌کند. درست است که مجوز

ارائه شده مدت محدودتری نسبت به قبل در خصوص ارائه خدمات بیمه ای در نظر می گیرد اما به هیچ وجه قرارداد را منتفی نمی نماید. البته در پرونده دیگری به نام شرکت کشتیرانی آرش علیه شرکت حمل و نقل گروپاما با توجه به اینکه به شرکت بیمه گر اجازه داده شده بود که در صورت اعمال تحریم علیه بیمه شده قرارداد را منتفی نماید دادگاه حکم داد که بیمه گر دارای جنین حقی بوده است.

دادگاه انگلیس در رأی دیگری که در پرونده پرشیا اینترنشنال PLC و DVB BANK SE صریحاً اعلام نمود که تحریمها نمی توانند مانع از اجرای تعهدات بدهکار به بانکهای تحت تحریم باشند. از این قضایا می توان اینطور نتیجه گرفت که علیرغم اینکه تحریمها به این دلیل اتخاذ شده است که اشخاص مشمول تحریم را تحت فشار بیشتری قرار دهند اما دادگاهها تمایل کمتری دارند که متعاهدین اروپایی آنها را دستاویزی جهت فرار از تعهدات قراردادی خویش قرار دهند.

#### ب) خارجی بودن

این موضوع بسته به این که شخص استناد کننده به تحریم دولتی باشد یا خصوصی متفاوت است چرا که در مواردی که شخص استناد کننده خصوصی باشد تحریمها به عنوان یک مانع قانونی برای وی تلقی می شود اما اگر شخص استناد کننده دولتی باشد با توجه به دخالتی که دولت (به نحوی که در بخش بعدی این مقاله به صورت مفصل به آن پرداخته خواهد شد) در تدوین چنین مقرراتی دارد چنین مقرراتی خارجی نبوده و لذا خارجی تلقی نخواهد شد.

## ۲- مقابله با تحریم های مربوط به ضمانت نامه های بانکی

با توجه به اینکه ضمانت نامه های بانکی خود به عنوان تضمین انجام تعهدات قراردادی تلقی می شوند و به علاوه بخش عظیمی از منابع مالی کشور به دلیل عدم پرداخت آنها ممکن است تحت تأثیر قرار گیرد و همچنین ماهیت صدور آنها که ضمانت اجرا جهت انجام تعهدات طرفین قرارداد اصلی می باشد لازم است چاره ای در خصوص معضل مربوط به تحریم آنها اندیشیده شود که

نگارنده در ذیل راهکارهای حقوقی مربوط به این قراردادها در مقابل تدابیر محدود کننده را پیشنهاد می نماید.

## ۲-۱- انتقال عایدی ضمانت نامه

با توجه به اینکه ضمانت نامه موجد حقوقی برای ذینفع می باشد که مستقیماً از خود سند مذکور نشأت می گیرد، بر اساس قواعد کلی ذینفع باید حق تصرف در این حقوق و از جمله انتقال آن را داشته باشد. البته چنانچه در متن ضمانت نامه به صراحت قابلیت انتقال سند پیش بینی شده باشد، با توجه به اصل حاکمیت اراده در حقوق تجارت بین الملل و اصل کلی قابلیت انتقال حقوق نباید در صحت چنین توافقی تردید نمود. اما اگر در متن ضمانت نامه، شرط صریحی در مورد قابلیت انتقال سند وجود نداشته باشد باید به قانون یا مقررات حاکم بر ضمانت نامه مراجعه نمود. مقررات یکنواخت اتاق بازرگانی بین المللی در خصوص ضمانت نامه های بانکی (URDG458) در این خصوص مقرره ای دارد که طبق آن میان واگذاری سند ضمانت نامه و حقوق ناشی از آن قائل به تفکیک شده است. طبق ماده ۴ مقررات یاد شده «حق ذینفع در مطالبه وجه ضمانت نامه قابل انتقال نیست مگر اینکه صراحتاً در ضمانت نامه یا اصلاحیه پیش بینی شده باشد مع ذلک این ماده بر حق ذینفع نسبت به انتقال هر گونه عایدی که به موجب ضمانت نامه مستحق آن شده یا ممکن است شود، تأثیری نخواهد داشت.» (Goode, 1993, p215)

ماده ۹ کنوانسیون آنسیترال به موضوع انتقال ضمانت نامه اختصاص یافته است. عنوان ماده مذکر «انتقال حق ذینفع برای مطالبه ضمانت نامه» می باشد.<sup>۱</sup> در بند ۱ ماده یاد شده اصلی ترین حق ناشی از سند یعنی حق مطالبه وجه آن مورد اشاره قرار گرفته و در بند ۲ نیز به نحو صریحتری در مورد شرط قابل انتقال بودن ضمانت نامه ها (و نه حقوق ناشی از آن) سخن به میان آمده است. موضوع انتقال منافع و عایدی ناشی ضمانت نامه در ماده ۱۰ کنوانسیون بیان شده است.

بند یک ماده ۱۰ مقرر می دارد:

<sup>1</sup> Transfer of beneficiary's right to demand of payment

جز در مواردی که ذینفع و ضامن توافق دیگری در ضمانت نامه یا جای دیگر داشته باشند ذینفع می تواند هر گونه عایدی را که به موجب ضمانت نامه مستحق آن است، به شخص دیگری منتقل کند.<sup>۱</sup>

منظور از انتقال حق ذینفع نسبت به عایدی ضمانت نامه ی بانکی، انتقال آن بدون واگذاری خود ضمانت نامه است. اهمیت عملی انتقال حق ذینفع نسبت به عایدی ضمانت نامه ی بانکی از آنجا ناشی می شود که در بسیاری از ضمانت نامه های بین المللی ذینفع به منظور تحصیل اعتبارات از بانک، حق خود نسبت به منافع احتمالی یا مسلم ضمانت نامه را به بانک اعطا کننده تسهیلات واگذار می کند. تردیدی نیست که حق ذینفع نسبت به عایدی ضمانت نامه قابلیت انتقال دارد، این انتقال به وسیله قرارداد و بر اساس تشریفات قانونی بین ذینفع (انتقال دهنده) و شخص ثالث (منتقل الیه) منعقد می شود. چنین انتقالی اعم از اینکه در ضمانت نامه پیش بینی شده باشد یا خیر مجاز می باشد. (Bertrams, 1996, pp497-498)

البته این راهکار با نوعی منع قانونی روبرو خواهد بود چرا که ممکن است بانکهای اروپایی به بند سه از ماده ۲۳ مقررات ۲۶۷/۲۰۱۲ مورخ ۲۳ مارس ۲۰۱۲ شورای اتحادیه اروپا استناد نموده و ادعا نمایند به موجب این مقررده هیچگونه وجوه و منبع اقتصادی چه مستقیم و چه غیر مستقیم در اختیار اشخاص حقیقی یا حقوقی، نهادها یا سازمانهای مندرج در فهرست ۸ و ۹ قرار نگرفته و به نفع آنان آزاد نخواهد شد و ممکن است انتقال عایدی ضمانت نامه های متقابل تحت عنوان انتقال غیر مستقیم قرار گرفته و به نوعی دور زدن تحریم ها محسوب خواهد شد.

## ۲-۲- استفاده از ظرفیت های موافقت نامه های دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه گذاری

عرصه قانونگذاری کشور ما شاهد میزان قابل توجهی از موافقتنامه های دو جانبه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری با دولتهای دیگر بوده است. معاهدات یاد شده به عنوان قانونی

<sup>1</sup>Assignment of proceed

خاص تنها بر رابطه حقوقی دولت متعاقد و اتباع آنها حکومت دارند و در راستای تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری خارجی با اعطای امتیازات و تضمینهایی به سرمایه‌گذار و نیز قانونمند کردن رابطه حقوقی سرمایه‌گذار و دولت سرمایه‌پذیر تصویب شده‌اند. متعاقب تحریمهای اتحادیه اروپا و انسداد وجوه بانکها و مخصوصاً عدم پرداخت وجوه ضمانت نامه بانکی مطالبه شده این مسأله مطرح شد که با توجه به اینکه بانکهای ضامن متقابل به استناد تحریم‌ها و مقررات اتحادیه اروپا از پرداخت وجه ضمانت نامه‌ها سر باز می‌زنند و با توجه به اینکه تحریم‌های یاد شده با رأی مثبت دولتهای طرف معاهدات مزبور وضع شده‌اند این تئوری مطرح شد که می‌توان علیه دولتهای متعاقد موافقت نامه‌ها طرح دعوی نمود. اما برای طرح دعوی اینچنینی باید چند موضوع را مد نظر قرار داد.

## ۲-۲-۱- شمول ضمانت تحت عنوان سرمایه

بطور کلی موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری تنها از موضوعاتی حمایت می‌کنند که تحت عنوان سرمایه به مفهومی که در موافقتنامه‌ها تعریف شده است قلمداد شود. عموماً ماده ۱ موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری کلیه موافقتنامه‌های منعقد شده بین ایران و سایر دولت‌ها سرمایه را تعریف می‌کند. به عنوان مثال ماده ۱ موافقتنامه ایران و آلمان در این خصوص مقرر می‌دارد: «اصطلاح سرمایه‌گذاری عبارت از هر نوع دارایی از جمله اموال منقول و غیرمنقول و حقوق مربوط به آنها، سهام یا هر نوع مشارکت در شرکت‌ها، حقوق مالکیت معنوی و صنعتی و حقوق دارای ارزش اقتصادی است که بطور مستقیم یا غیرمستقیم توسط سرمایه‌گذاران یکی از طرف‌های متعاقد در قلمرو طرف دیگر طبق قوانین و مقررات آن طرف بکار گرفته می‌شود.» این تعریف از سرمایه‌گذاری که کم یا بیش در موافقتنامه‌های منعقد شده ایران با سایر کشورهای عضو اتحادیه اروپا مانند فرانسه، اتریش، ایتالیا، اسپانیا، فنلاند، لهستان، بلغارستان و رومانی نیز بکار رفته است، کلی بوده و موضوعات مختلفی را شامل می‌شود. در واقع طبق این ماده جهت تحقق سرمایه‌گذاری باید آورده‌ای وجود داشته باشد که این آورده ممکن است نقدی یا غیر نقدی باشد که آورده غیر نقدی می

تواند محسوس یا نامحسوس باشد. آورده غیر نقدی نامحسوس مانند حقوقی که ارزش اقتصادی دارند مانند حق اختراع و آورده های غیرنقدی محسوس اموال منقول یا غیر منقول را شامل می شود. در رویه های داوری با توجه به متن موافقتنامه مورد استناد و سایر شرایط حاکم بر دعوا معیارهای جزئی تری در خصوص اطلاق عنوان سرمایه بر موضوع مورد اختلاف توسط دیوان های داوری در نظر گرفته شد. به عنوان مثال در پرونده سالینی علیه مراکش<sup>۱</sup> که در دیوان داوری ایکسید مطرح شد و در تعیین قلمرو شمول موافقتنامه ها در دیوان های دیگر داوری به آن استناد شده معیارهای ذیل در نظر گرفته شد:

۱. سرمایه گذار می بایست حجم عظیم و قابل توجهی از منابع فنی و مالی را به پروژه اختصاص دهد.
۲. سرمایه گذار باید انتظار بازگشت منظم سود را داشته باشد.
۳. سرمایه گذاری برخلاف قراردادهای تجاری عادی باید واجد طول مدت قابل توجهی باشد.
۴. سرمایه گذار باید ریسک قابل توجهی را تقبل کرده باشد. (Nadakavukaren, 2013, p91).

البته ذکر این نکته لازم است که معیارهای فوق با لحاظ ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید در نظر گرفته شده است. با توجه به توضیحاتی که فوقاً به آن اشاره شد علیرغم اینکه با استناد به متن موافقتنامه ها وجه ضمانت نامه های بانکی ممکن است به عنوان سرمایه تلقی شود اما به نظر نمی رسد واجد معیارهایی باشد که در رویه داوری ایجاد شده پس از پرونده سالینی برای یک سرمایه گذاری مد نظر قرار می گیرد. در خصوص تضمین به طور خاص و اطلاق عنوان سرمایه بر آن می توان به دوقضیه جوی ماینینگ علیه مصر و البالکات علیه آرژانتین اشاره نمود.

در قضیه جوی ماینینگ علیه مصر، قراردادی میان جوی ماینینگ به عنوان پیمانکار و سازمان عمومی پروژه های صنعتی و معدنی مصر جهت احداث معدن منعقد شده بود که پیمانکار جهت حسن انجام کار و پیش پرداخت دستور صدور ضمانت نامه هایی را به نفع کارفرما صادر نموده بود.

<sup>1</sup> Salini v Morocco, 2001

و مقرر شد طبق جدول زمانی و همزمان با اتمام بخشهای مختلف پروژه قسمتی از ضمانت نامه‌ها آزاد شود. در طول پروژه مشکلاتی به وجود آمد که جوی ماینینگ آن را ناشی از مشکلات زمین شناسی و مدیریت ضعیف کارفرما می‌دانست و این در حالی بود که کارفرما آن را از تجهیزات پیمانکار می‌دانست. به هر حال پیمانکار با توجه به تحویل کامل تجهیزات و آزمایش همگی آنها ادعا می‌نمود که ضمانت نامه باید آزاد شود و کارفرما به دلیل اختلافاتی که به وجود آمد ضمانت نامه‌های یاد شده را آزاد نمود. شرکت ادعا نمود که قرار داد یک قرارداد سرمایه‌گذاری بوده و تصمیم سازمان عمومی به نوعی نقض معاهده تلقی می‌شود و به طور خاص ادعا نمود که ملی کردن یا اقداماتی شبیه به مصادره در خصوص ضمانت نامه‌های بانکی صورت گرفته که باعث شده است که از انتقال آزاد منابع اقتصادی جلوگیری شود و همچنین تبعیض صورت گرفته و اصل رفتار منصفانه و حمایت کامل رعایت نشده است. دفاع خواننده بر سه مینا استوار بود:

۱. تمامی اختلافات ناشی از قرارداد باید در مرجع حل اختلاف مقرر در قرارداد حل و فصل

شوند

۲. هیچ نقضی از طرف دولت مصر صورت نگرفته است.

۳. شرایط مواد ۲۵ و ۲۶ کنوانسیون ایکسید رعایت نشده و لذا سرمایه‌گذاری به مفهومی

که در معاهده و کنوانسیون آمده رعایت نشده است.

خواننده ادعا می‌کند ضمانت نامه یکی از تعهدات قراردادی پیمانکار بوده و تا زمانی که ادعایی در خصوص اصل اجرای قرارداد داشته باشد قانوناً آزاد نخواهد شد. و اصلاً سرمایه‌گذاری به معنای ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید و ماده ۱ معاهده دوجانبه وجود ندارد. در مقابل خواهان ادعا نمود ضمانت نامه بانکی طبق ماده ۱ عهدنامه دوجانبه سرمایه‌گذاری تلقی می‌شود چرا که به موجب ماده یاد شده:

«سرمایه شامل هر نوع مال و دارایی، وثیقه یا رهن و ادعای پول یا هر نوع تعهدی که دارای ارزش مالی باشد، می‌شود و ضمانت نامه هم نوعی وثیقه می‌باشد. دیوان داوری با توجه به اینکه در کنوانسیون ایکسید از سرمایه‌گذاری تعریفی نشده به متن معاهده دوجانبه مراجعه نمود. دیوان



استدلال خواهان را جهت تلقی نمودن ضمانت نامه بانک به عنوان سرمایه نپذیرفت و اعلام نمود که ضمانت نامه بانکی یک مسئولیت مشروط می باشد چرا که می بایست پس از انجام تعهدات قراردادی طبق جدول زمانی آزاد شود و اینکه این مسئولیت مشروط را به عنوان سرمایه تلقی نماییم در واقع از مفهوم سرمایه گذاری به معنایی که در ماده یک عهدنامه آمده است دور شده ایم. استدلال دیگر خواهان این بود که ضمانت نامه ذیل عنوان وثیقه طبق ماده ۱ قرار می گیرد. دیوان این استدلال را نیز نپذیرفت و با توجه به اینکه طرفین از ابتدا ضمانت نامه را به عنوان سرمایه تلقی نکرده بودند و به علاوه هیچ یک از مجوزهایی که در مصر جهت حمایت از سرمایه گذاری معمول است توسط خواهان اخذ نشده بود ضمانت نامه را مشمول عنوان سرمایه ندانست.<sup>۱</sup>

این در حالی است که دیوان داوری ایکسید در رأی دیگری تضمین های دولتی را با توجه به تعریف سرمایه در موافقتنامه و اینکه خواهانها در مقابل یک حق تضمینی پول پرداخت نموده اند و این حق به موجب ماده (c) 1(I) موافقتنامه دوجانبه آرژانتین و ایتالیا سال ۱۹۹۰ تضمین شده است آن را مشمول عنوان سرمایه تلقی نموده و تحت حمایت موافقتنامه دوجانبه سرمایه گذاری دانست و آنها را دارای ماهیت کاملاً مالی دانست چرا که آنها به سود دولت توسط بانکها فروخته شده بودند.<sup>۲</sup> به عقیده دیوان عباراتی که در موافقتنامه سرمایه را تعریف نموده بدون هیچ محدودیتی شامل تمامی حقوق و خدماتی می شوند که ارزش اقتصادی دارند از جمله عایدی سرمایه گذاری شده.<sup>۳</sup> عنوان تعهد<sup>۴</sup> در ماده یاد شده ممکن است به ارزش اقتصادی بازگردد که در یک عنوان

---

<sup>1</sup> Joy Mining Machinery Limited v The Arab Republic of Egypt ICSID Case No.ARB/03/11 Award on Jurisdiction, August 6, 2004, <http://www.asli.org/ilib/JoyMining.Egypt.pdf> & Columbia Program on International Investment Karl P Sauvart Executive Director, Appeals Mechanism in International Investment Disputes, Oxford University Press, 2008, p93-95 & Douglas, Zachary, The International Law of Investment Claims, Cambridge University Press, 2009, p229

<sup>2</sup> obligations, private or public titles or any other right to performances or services having economic value, including capitalized revenues

<sup>3</sup> Capitalized revenue

<sup>4</sup> obligation

اعتباری در نظر گرفته شده و نشان دهنده قرضی است که داده شده است. این نوع تعهدات در زبان انگلیسی تضمین<sup>۱</sup> نامیده می‌شوند که در واقع دارای ارزش مالی است.<sup>۲</sup>

## ۲-۲-۲- نقض تعهداتی که طرفین به موجب موافقتنامه‌ها برعهده گرفته‌اند

### ۲-۲-۲-۱- نقض تعهد به بازگشت و انتقال سرمایه

کلیه موافقتنامه‌های تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری، تعهداتی در خصوص بازگشت و انتقال سرمایه دارند و انسداد وجوه مربوط به ضمانت نامه‌ها مغایر با تعهد دولتهای میزبان به آزادی انتقال وجوه با هدف ایجاد، اداره یا گسترش سرمایه‌گذاری، بعلاوه، آزادی بازگشت عواید حاصله از سرمایه‌گذاری و آزادی انتقال وجوه لازم‌بمنظور بازپرداخت وام‌ها و وجوه ناشی از تصفیه یا انتقال سرمایه‌گذاری می‌باشد.

### ۲-۲-۲-۲- نقض تعهد به داشتن رفتار عادلانه منصفانه

همه موافقتنامه‌های تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در بردارنده موادی است که کشور میزبان را متعهد به داشتن رفتار عادلانه و منصفانه نسبت به سرمایه‌گذار در قلمرو دولت میزبان سرمایه‌می‌کند. برای مثال در بند سوم ماده ۲ موافقتنامه میان ایران و آلمان مقرر شده است: «طرف‌های متعاقد همیشه اعمال رفتار عادلانه و منصفانه نسبت به سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران طرف متعاقد دیگر را تضمین خواهند کرد و مدیریت، فعالیت، نگهداری، استفاده، تغییر شکل،

<sup>1</sup> bond

<sup>2</sup> *Abaclat & Others v The Argentine Republic*, ICSID CASE NO. ARB/07/5, P355

بهره مندی، فروش یا واگذاری سرمایه گذاری های مزبور را به هیچ وجه مشمول اقدامات تبعیض آمیز قرار نخواهد داد».

با توجه به اینکه طبق ماده ۳۸ مقررات ۲۰۱۲/۲۶۷ اتحادیه اروپا هیچ یک از بانکهای ایرانی حق ندارند وجوه مربوط به ضمانت نامه های بانکی را دریافت نمایند و با اتخاذ تدابیر اینچنینی علیه بانکها آنها از داشتن حداقل استانداردها محروم نموده اند.

## ۲-۲-۲-۳ انقضی تعهد به عدم مصادره

در همه ی موافقتنامه های منعقد شده میان دولت ایران و دولتهای اروپایی برای متعاهدین تعهداتی در خصوص عدم مصادره اموال و سرمایه های سرمایه گذاران توسط دولت میزبان وجود دارد به عنوان مثال ماده ۵ موافقتنامه منعقد شده میان ایران و فرانسه در خصوص مصادره مقرر می دارد: «سرمایه گذاری های سرمایه گذاران هر یک از طرف های متعاقد توسط طرف متعاقد دیگر ملی، مصادره و سلب مالکیت نخواهد شد و یا تحت تدابیر مشابه قرار نخواهد گرفت».

همانگونه که اکثر نویسندگان عقیده دارند و در رویه دیوانهای داوری نیز پذیرفته شده است دخالتهای دولت در حقوق مالی بیگانگان منحصر به ضبط اموال به نحو مستقیم نیست و اقدامات دولت که نتیجه آن محرومیت بیگانه از اموال خود باشد نیز همانند ضبط اموال به نحو مستقیم می تواند مسؤولیت دولت را به همراه داشته باشد. (پیران، حسین، ۱۳۷۳، ص ۳۹۴)

برخی ادعا می کنند در صورتی که دولت به نحوی در قراردادهای مداخله کند که عملاً وجود آنها را بی اعتبار سازد و از این طریق باعث ورود ضرر و زیان به یکی از طرفین شود، به صورت ضمنی مالکیت را سلب نموده است. مثلاً در پرونده اینترنشنال سیستمز اند کنتراز کورپورشین علیه جمهوری اسلامی ایران، دولت با متوقف ساختن پرداختها، فراخواندن پیمانکار جهت مذاکرات و در عین حال خودداری از پرداخت وجه و یا شروع مجدد کار، بدون آنکه قراردادهای فسخ کند، پرداختها را متوقف می سازد و بدین ترتیب به صورت عمده ای به اقداماتی دست می زند که پیمانکار را متوقف کرده وی را از کلید منافع بالقوه کسب و کارش محروم می سازد. در این پرونده دیوان

تصدیق می‌کند که ممکن است حتی بدون ملی کردن یا سلب مالکیت رسمی نیز، در صورتی که دولت به نحو غیرمنطقی در استفاده از مال مداخله کرده باشد، ضبط مال واقع شود.

برای اثبات این ادعا که دولت ایران حقوق قراردادی متعلق به کانتینرهای مورد اجاره هانزا لاین، سی‌ترین لاینز و سی‌ترین اس.ا. را مصادره کرده، سی‌کو باید ثابت کند که حقوق قراردادی نقض شده و این نقض ناشی از دستورالعمل‌ها، توصیه‌ها یا دستورات دولت ایران بوده است.<sup>۱</sup>

در پرونده فلیس داج کورپورشین<sup>۲</sup>، دیوان مطالبی را به شرح زیر ذکر می‌کند:

«محروم کردن از اموال یا گرفتن آنها می‌تواند طبق حقوق بین‌الملل از طریق مداخله دولت در استفاده از مال یا بهره‌مند شدن از مزایای آن صورت گیرد، حتی وقتی که این عمل، تأثیری در مالکیت قانونی آن مال نداشته باشد. در حالی که به دست گرفتن کنترل اموال توسط دولت، خود به خود و بلافاصله این نتیجه‌گیری را که دولت آن اموال را ضبط کرده، و بنابراین طبق حقوق بین‌الملل مستلزم پرداخت غرامت است، توجیه نمی‌کند، مع‌هذا هرگاه رویدادها نشان دهد که مالک از حقوق اساسی مالکیت محروم شده و ظاهراً محرومیت امری صرفاً گذار نبوده، این چنین نتیجه‌گیری قابل توجیه است. قصد دولت اهمیت کمتری از آثار اقدامات دولت بر صاحب مال داشته و شکل کنترل یا مداخله، از واقعیت اثر آن کنترل و مداخله حائز اهمیت کمتری می‌باشد.<sup>۳</sup>

با توجه به آنچه گفته شد و ملاحظه می‌شود که مالک باید حداقل از پاره‌ای حقوق اساسی مالکیت محروم گردیده و این محرومیت نیز نباید امری گذرا باشد. ادعای متفی شدن کسب و کار، باید از حد نقض عادی قرارداد فراتر رود. ضمن اینکه ممکن است عمل شبه جرم به قرارداد مربوط باشد اما از قرارداد ناشی نشده باشد.

<sup>1</sup> See flexi-van leasing, Inc v Iran, Award No 259-361-1, at 20 (130 .1986) reprinted in 12 Iran-US C.T.R , 335, 349

See also seaco Inc v Iran, Award No 531-260-2, 28 Iran-US

<sup>2</sup> Phelps Dodge Corp v Iran, Award No. 217-99-2) (19 March 1986), 10 Iran-US. C.T.R. P 32

<sup>3</sup> Tippets, Abbatts, Mc Carthy, Stratton v Tams-Affa Consulting Engineers of Iran ef al, Award No.141-7-2 29 June 1984, 6 Iran-US. C.T.R P 225

ممکن است عملکرد دولتهای اروپای در خصوص ضمانت نامه های بانکی را بتوان تحت عنوان مصادره غیر مستقیم لحاظ نمود. چرا که در بسیاری از آرای دیوانهای داوری دخالت در حقوق قراردادی به نحوی که اجرای قرارداد با مشکل جدی مواجه شود نوعی مصادره غیر مستقیم در نظر گرفته شده است.<sup>۱</sup>

### ۲-۲-۳- قابلیت انتساب نقض عهدنامه ها به دولت های متعاقد

یکی از موضوعات کلیدی در خصوص استفاده از ظرفیت موافقتنامه های دوجانبه سرمایه گذاری این است که تحریم ها منتسب به دولت متعاقد باشد. انتساب عمل مورد شکایت به دولت از عناصر مهم مسئولیت دولت در حقوق بین الملل است و بی شک بار اثبات این امر به دوش طرفی است که مدعی چنین انتسابی است. در این رابطه مدعی باید ثابت کند که عمل مورد شکایت که بنا به ادعا منجر به محرومیت وی گردیده قابل انتساب به دولت است. (پیران، همان ص ۳۹۹) دیوان داوری ایران آمریکا در پرونده اوتیس به صراحت این موضوع را بیان نموده است:

«برای آنکه اوتیس در ادعای خود در دیوان حاکم شناخته شود، باید ابتدا ثابت کند که در حقوق مالکانه وی به اندازه ای مداخله شده که در استفاده حقوق یا بهره مندی از منافع آن تأثیر اساسی گذاشته و وی در اثر این دخالت متحمل زیان شده است و ثانیاً اینکه مداخله قابل انتساب به دولت ایران است... بنابراین دیوان باید دخالتهای مورد شکایت اوتیس را بررسی و تعیین کند که آیا هیچ یک از این مداخلات یا تمامی آنها قابل انتساب به دولت ایران هست یا خیر»<sup>۲</sup>

به همین ترتیب در پرونده پترولیم دیوان چنین نتیجه گرفت که هر چند خواهان از اموال خود محروم گردیده ولی نتوانسته مدارکی ارائه دهد که این محرومیت قابل استناد به دولت است.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup>Pope and Talbot v Canada & Republic S.D.Meyers v Canada see at <http://italaw.com/cases/documents/867>

<sup>۲</sup>Otis v Iran & bank mellat, 14 Iran-Us C.T.R , p283

<sup>۳</sup>دعوی پترولیوم اینک (Petrolane Inc) علیه ایران، حکم شماره ۲-۱۳۱-۵۱۸-مورخ ۲۴ مرداد ۱۳۷۱

در بحث حاضر با توجه به اینکه مقررات مربوط به تدابیر محدود کننده از طرف شورای اتحادیه اروپا اتخاذ شده اند و از طرفی این دولتها هستند که طرف موافقتنامه های دوجانبه سرمایه گذاری می باشند موضوع انتساب نقض این معاهدات به دولتهای عضو قابل بررسی می باشد. مطابق ماده ۶۱ طرح کمیسیون حقوق بین الملل سازمان ملل درباره مسئولیت سازمان های بین المللی هر گاه دولت عضو یک سازمان بین المللی با استفاده از این امر که سازمان در رابطه با یکی از تعهدات بین المللی آن دولت واجد صلاحیت است، مسبب ارتکاب فعلی توسط سازمان گردد که اگر توسط دولت مزبور ارتکاب یافته بود نقض آن تعهد محسوب می گردید، مسئولیت بین المللی خواهد داشت. لذا طبق ماده مزبور جهت تحقق مسئولیت بین المللی چند شرط لازم است. اول اینکه سازمان بین المللی در رابطه با یکی از تعهدات بین المللی آن دولت واجد صلاحیت است. دوم اینکه جهت تحقق مسئولیت بین المللی به شرح فوق باید یک ارتباط قوی میان رفتار دولت و سازمان بین المللی وجود داشته باشد. در واقع سبب عمل سازمان بین المللی، دولت عضو باشد. سوم اینکه سازمان بین المللی فعلی را مرتکب گردد که اگر توسط دولت عضو انجام می شد نقض تعهد تلقی می شد.<sup>۱</sup> در برخی از پرونده هایی که در دادگاه اروپایی حقوق بشر طرح شد این موضوع صریحاً یا به طور ضمنی مورد تأکید قرار گرفته است که هر گاه دولت ها بخشی از اختیارات حاکمیتی خود را به یک سازمان بین المللی منتقل نمایند که در آن عضویت دارند، متعهدند اطمینان حاصل کنند که در سازمان مزبور تعهدات ناشی از معاهدات آنها نقض نشده و حمایت می شوند.<sup>۲</sup> به علاوه، همکاری دولت های عضو شورای اتحادیه اروپا، استدلالی دیگر در جهت مسئول شناختن دولت های طرف موافقتنامه های تشویق و حمایت از سرمایه گذاری با ایران است چون تصمیمات شورا در زمینه سیاست خارجی و امنیت مشترک به اتفاق آراء اتخاذ می گردد بنابراین، هر یک از دولت ها حق و تو دارد و عدم مخالفت هر دولت اروپایی طرف موافقتنامه با ایران، زمینه نقض تعهدات بین المللی را فراهم ساخته است.

<sup>1</sup> Commentary of Article 61, Yearbook ILC 2011, p.95

<sup>2</sup> Gasparini ECHR, application No 10750/03, decision of 12 May 2009, Issued in French, text available at [www.rtdh.eu](http://www.rtdh.eu)

## نتیجه گیری:

به دلیل تضمینی بودن ماهیت ضمانت نامه های بانکی لازم است که راهکارهای حقوقی مناسب جهت مواجهه با تحریمهای اعمالی اندیشیده و قبل از هر اقدام حقوقی ابتدا باید به مقررات اتحادیه اروپا جهت استفاده از راهکارها و ظرفیتهای موجود در این مقررات جهت اخذ مجوزهای پرداخت وجوه مربوط به ضمانت نامه های بانکی مراجعه شود. زمانی که در مقررات چنین مجوزهایی پیش بینی شده باشد بانکهای خارجی به راحتی و بدون مراجعه به مراجع ذیصلاح جهت اعطای مجوز نمی توانند به تحریمها به عنوان موانع اجرای قرارداد استناد نمایند. در صورت عدم بهره گیری از چنین مجوزهایی استفاده از ظرفیت موافقتنامه های سرمایه گذاری می تواند به عنوان یکی از راهکارهای حقوقی مقابله با تحریم از سوی دولت و سرمایه گذاران ایرانی جهت اعتراض به دول اروپایی ذیربط با رجوع به مراجع حقوقی جهت رسیدگی به دعوی مورد توجه قرار گیرد. البته اتخاذ چنین راهکاری مستلزم این است که وجوه مربوط به ضمانت نامه ها که بر اثر اقدامات محدود کننده توقیف شده مشمول تعریف سرمایه و تضییقات مالی اعمال شده ناشی از تحریمها مشمول عناوین نقض تعهدات دولت میزبان و تصمیمات شورا و کمیسیون اتحادیه اروپا منتسب به دولتهای متعاقد شود.

## -منابع فارسی

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، چاپ هشتم، تهران، کتابفروشی اسلامیه
۲. پیران، حسین، مصادره غیر مستقیم در حقوق بین الملل و رویه دیوان داوری، مجله حقوقی، شماره هجدهم و نوزدهم، ۱۳۷۳
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ سوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۲
۴. کاتوزیان، ناصر، ضمان قهری-مسئولیت مدنی، چاپ سوم، دانشگاه تهران، ۱۳۷۰
۵. صفایی، سید حسین، قوه قاهره یا فورس ماژور، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۳، تابستان ۱۳۶۴
۶. معدل، جلیل، بحثی درباره فورس ماژور و حوادث مترقبه، مجله حقوقی وزارت دادگستری، شماره نخست، اسفند ماه ۱۳۵۱

## -Articles and books:

7. Anson's Law of Contract, 2ed, Oxford University press, 1986
8. Barry Nicholas: "The French Law of Contract", 2nd, Clarendon Press Oxford, 1992
9. Brunner, Christoph, Force Majeure and Hardship under general contract, Kluwer Law International, 2009
10. Bertrams, R.I.V.F. Bank Guarantees in International Trade, 2nd ed, The Netherland, Kluwer, 1996
11. Columbia Program on International Investment Karl P Sauvart Executive Director, Appeals Mechanism in International Investment Disputes, Oxford University Press, 2008
12. Douglas, Zachary, The International Law of Investment Claims, Cambridge University Press, 2009
13. Goode, Roy: "Guide to The ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publication No. 510, 1993
14. Nadakavukaren Schefer, Krista, International Investment Law: Text, Cases and Materials, Edward Elgar Publishing, 2013
15. Treitel, G.H, The Law of Contract, London, Steven & son, 7th ed, 1990



**-List of cases:**

16. Gasparini ECHR, application No 10750/03, decision of 12 May 2009
17. Salini v Morocco 2001
18. Joy Mining Machinery Limited v The Arab Republic of Egypt ICSID Case No. ARB/03/11 Award on Jurisdiction, August 6, 2004
19. Abaclat & Others v The Argentine Republic, ICSID CASE NO. ARB/07/5
20. flexi-van leasing, Inc v Iran, Award No 259-361-1, at 20 (130 .1986) reprinted in 12 Iran-US C.T.R
21. also seaco Inc v Iran, Award No 531-260-2, 28 Iran-US C.T.R
22. Phelps Dodge Corp v Iran, Award No. 217-99-2) (19 March 1986), 10 Iran-US. C.T.R
23. Tippets, Abbatts, Mc Carthy, Stratton v Tams-Affa Consulting Engineers of Iran et al, Award No. 141-7-2 29 June 1984, 6 Iran-US. C.T.R
24. Pope and Talbot v Canada & Republic S.D. Meyers v Canada

