

## The Impact of European Blocking Regulation on International Commercial Contracts

Mohsen Izanloo \*

Arash Badkubeh Hezaveh \*\*

(DOI) : 10.22066/CILAMAG.2022.254951

(DOR) : 20.1001.1.2251614.1401.39.68.1.1

### Abstract

Blocking statutes are enacted to neutralize the effects of third-country extraterritorial laws and, on the one hand, prohibit all covered persons from complying with these laws and, on the other hand, provide protective measures to protect them against damages caused by non-compliance. The European Union approved the Blocking Regulation to counteract the effects of US unilateral sanctions against Iran, Libya, and Cuba. The Regulation was amended after the withdrawal of the United States from the JCPOA, then, some US sanctions against Iran were blocked. Currently, the covered persons face a dilemma; they are punished by American authorities in the case of violating US extraterritorial sanctions in their contractual relations with US-sanctioned operators. In return, they also may be fined by their countries if they comply with the Blocked Laws because of violating the Blocking Regulation. The hypothesis of the article is that irrespective of applying administrative and criminal sanctions in violation of the Blocking Regulation by the covered persons, from the civil viewpoint, the sanctioned person being a party to the contract with covered persons can litigate and invoke this Regulation against them and ask the dispute resolution tribunals to enforce the covered undertaking.

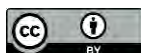
### Keywords

Blocking Statutes, Rome 1 Regulation, Secondary Sanctions, The Principle of Proportionality, European Court of Justice, Burden of Proof

---

\* Corresponding Author, Associated Professor of Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, izanloo@ut.ac.ir

\*\* PH.D Candidate of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, a.badkubeh@ut.ac.ir



## تأثیر مقررۀ مسدودساز اتحادیۀ اروپا بر قراردادهای تجاری بین‌المللی

محسن ایزانلو \*

آرش بادکوبه هزاوه \*\*

(DOI) : 10.22066/CILAMAG.2022.254951

(DOR) : 20.1001.1.2251614.1401.39.68.1.1

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۷/۰۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۱۶

### چکیده

قوانین مسدودساز با هدف خنثی‌سازی آثار قوانین فراسرزمینی کشور ثالث وضع می‌شود و از یک سو، تمامی اشخاص مشمول را از رعایت این قوانین منع می‌کند و از سوی دیگر، تمهیدات حمایتی را برای این اشخاص به منظور جبران ضررهای عدم تبعیت از قوانین فراسرزمینی تدارک می‌بیند. اتحادیۀ اروپا مقررۀ مسدودساز را برای جلوگیری از تسری آثار تحریم‌های یکجانبۀ امریکا علیه ایران، لیبی و کوبا تصویب کرد. این مقررۀ پس از خروج امریکا از برجام اصلاح و برخی قوانین تحریمی امریکا علیه ایران نیز مسدود شد. در حال حاضر، اشخاص مشمول مقررۀ بر سر دوراهی قرار گرفته‌اند؛ از یک سو ممکن است در روابط قراردادی خود با اشخاص مورد تحریم امریکا، با نقض تحریم‌های فراسرزمینی امریکا تنبیه شوند و از سوی دیگر با نقض مقررۀ مسدودساز و پیروی از تحریم‌های امریکا از سوی کشور متبوع خود جریمه شوند. فرضیۀ مقاله این است که در صورت نقض مقررۀ مسدودساز، فارغ از اعمال مجازات اداری و کیفری، از حیث حقوق مدنی نیز، شخص مورد تحریم که طرف قرارداد با متعهد اروپایی است می‌تواند با استناد به این مقررۀ، الزام متعهد را از مرجع حل اختلاف درخواست کند.

### واژگان کلیدی

قوانین مسدودساز، مقررۀ رم ۱، تحریم‌های ثانویه، اصل تناسب، دیوان دادگستری اروپایی، بار اثبات

## مقدمه

قوانین هر کشور معمولاً در محدوده قلمرو سرزمینی همان کشور نسبت به اشخاص حاضر در آن قلمرو اعمال می‌شوند و اثر سرزمینی دارند. گاه دولت‌ها از این حدود فراتر رفته و قوانینی وضع و اعمال می‌کنند که آثار آن دامنگیر اشخاص تابع سایر کشورها در خارج از قلمرو سرزمینی آن دولت می‌شود و اثر فراسرزمینی<sup>۱</sup> به خود می‌گیرد. صلاحیت یا عدم صلاحیت دولت‌ها جهت تصویب و اعمال قوانین فراسرزمینی در حقوق بین‌الملل عمومی، مدافعان و مخالفان خود را دارد<sup>۲</sup> و اگرچه برخی نظر داده‌اند که تصویب این قوانین مصداق نقض حقوق بین‌الملل است،<sup>۳</sup> نمی‌توان منکر وجود و اجرای قوانین فراسرزمینی شد. از نمونه قوانین فراسرزمینی، قوانین راجع به تحریم اقتصادی است. تحریم‌ها از یک منظر به دو نوع اولیه و ثانویه تقسیم می‌شوند. تحریم‌های اولیه، اشخاص تابع دولت واضع تحریم و افراد غیرتابع در حوزه قضایی آن کشور را از مشارکت مستقیم یا غیرمستقیم در فعالیت‌های تجاری با اشخاص مورد تحریم منع می‌کند. برای مثال از ۱۹۹۵، تحریم‌های اولیه تا حد زیادی اشخاص امریکایی را از هرگونه معامله تجاری مرتبط با ایران منع کرده است. تحریم‌های ثانویه، شامل ممنوعیت فعالیت‌های خارج از حوزه قضایی کشور واضع تحریم، عمدتاً شرکت‌ها و اشخاص غیر تابع کشور واضع تحریم را هدف قرار می‌دهد که با طرف‌های کشور مورد تحریم، فعالیت‌های تجاری مختلف دارند. در این وضعیت، راه‌های مختلفی برای مواجهه با تحریم‌های فراسرزمینی وجود دارد؛ اول آنکه، به‌صورت موردی تحریم فراسرزمینی را به‌عنوان یک مقرره (قاعده) امره برتر<sup>۴</sup> کشور ثالث تلقی شود اما اعمال آن منوط به صلاحدید دادگاه رسیدگی‌کننده به اختلاف شود؛ دوم آنکه قاضی اعمال این تحریم‌ها را برخلاف نظم حقوقی مستقر مقرر دادگاه تلقی نماید. راه سوم آن است که از طریق هنجارسازی و وضع قانون، با آثار تحریم فراسرزمینی و مسدودکردن آن مقابله شود.<sup>۵</sup> در این حالت است که پای قوانین ضدتحریمی<sup>۶</sup> یا مسدودکننده<sup>۷</sup> به میان می‌آید. ممکن است قوانین مسدودکننده توسط کشور مشمول تحریم یا کشورهای ثالث یا حتی یک سازمان وضع و اعمال شود. هدف این

## 1. Extraterritorial

۲. جهت مطالعه تفصیلی ادله مخالفان و موافقان، ن.ک: رضایی، سیدياسر؛ «مبانی نظری صلاحیت فراسرزمینی دولت از منظر حقوق بین‌الملل عمومی»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۷۶، زمستان ۱۳۹۰.

۳. ابراهیمی، سیدنصرالله؛ «اعمال فراسرزمینی قوانین داخلی و آثار آن»، *مجله مجتمعی عالی آموزش قم*، سال دوم، شماره ۷۸، پاییز و زمستان ۷۹، ص ۷۴.

## 4. Overriding Mandatory Provision (Rules)

5. Szabados, Tamas, *Economic Sanctions in EU Private International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2021, p. 158.

## 6. Anti-Sanction Regulations

## 7. Blocking Regulations

مقررات، حمایت از تجارت و تاجرانی است که اعمال تحریم‌های فراسرزمینی آثار زیان‌بار بر آنان وارد می‌سازد؛ لذا دولت متبوع این تجار، ضمن تدارک ترتیبات حمایتی، عدم مشروعیت تحریم‌های فراسرزمینی را اعلام می‌دارد. در نتیجه، این نوع تحریم‌ها نمی‌تواند به‌عنوان امر حکمی،<sup>۸</sup> روابط حقوقی و قراردادی اشخاص را تحت تأثیر قرار دهد. هر از گاهی قوانین مسدودساز، راه خود را در اخبار روزمره پیدا می‌کند. به‌عنوان مثال، مقررۀ مسدودساز اتحادیه اروپا،<sup>۹</sup> زمانی که در ۲۰۱۸ به‌عنوان بخش مهمی از واکنش اتحادیه اروپا به خروج ایالات متحده از توافق هسته‌ای ایران و اعمال مجدد تحریم‌های ایالات متحده علیه ایران به‌روز شد، مورد توجه ویژه قرار گرفت. شورای اتحادیه اروپا این مقررۀ را در ۱۹۹۶ جهت جلوگیری از تسری تحریم‌های اقتصادی کشور ثالث به اشخاص اروپایی و سایر اشخاص مستقر در اروپا (موسوم به اشخاص مشمول) تصویب نمود و با اصلاحیه ۲۰۱۸ ترتیب اثر دادن به برخی قوانین تحریمی فراسرزمینی امریکا را (موسوم به قوانین مسدودشده)، در قلمرو اتحادیه اروپا ممنوع کرد. اخیراً قانون ضد تحریم‌های خارجی جمهوری خلق چین<sup>۱۰</sup> خبرساز شد که قرار است با تحریم‌های اقتصادی ایالات متحده علیه چین مقابله کند.<sup>۱۱</sup> در سال‌های گذشته نیز زمانی که امریکا با وضع قانون دموکراسی کوبایی در ۱۹۹۲، تحریم‌های تجاری برای واردات کالاها و خدمات به کوبا و صادرات آن‌ها از این کشور اعمال کرد، کانادا و بریتانیا را بر آن داشت تا دست به تصویب قوانین ضد تحریمی بزنند. کانادا قانون اقدامات فراسرزمینی خارجی<sup>۱۲</sup> را تصویب و بریتانیا نیز قانون حمایت از منافع تجاری<sup>۱۳</sup> را وضع کرد. این مقاله مقررۀ مسدودساز اروپایی را از منظر حقوق بین‌الملل خصوصی با تمرکز بر حقوق قراردادهای بررسی می‌کند.

در خصوص نحوه اعمال مقررۀ مسدودساز و حدود و ثغور آن، ابهاماتی مطرح بوده و به فراخور پرونده‌هایی که نزد محاکم کشورهای عضو اتحادیه اروپا مطرح شده و ضمن آن اشخاص مورد تحریم برای جلوگیری از قطع روابط قراردادی تجاری خود با اشخاص مشمول به مقررۀ مسدودساز استناد کرده‌اند، پرسش‌ها و ابهاماتی مطرح شده است که به برخی از آن‌ها در نظریه

8. As a matter of law

9. Council Regulation (EC) No. 2271/96 of 22 November 1996, Protecting against the Effects of the Extra-Territorial Application of Legislation Adopted by a Third Country, and Actions Based Thereon or Resulting Therefrom [1996].

10. Anti-Foreign Sanctions Law of the People's Republic of China, Issued in 06/10/2021.

11. Gernet, Marcel, *Blocking Statutes: Private Individuals Entangled in Interstate Conflicts*, in: Sooksripaisarnkit, Poomintr, *Blurry Boundaries of Public and Private International Law*, Springer, Gateway East, 2022, p. 198.

12. The Foreign Extraterritorial Measures Act

13. The Protection of Trading Interests Act

تفسیری شماره ۷۸/۲۱ مستشار دیوان دادگستری اروپا<sup>۱۴</sup> و رأی شماره ۲۲۷/۲۱ همان دیوان درباره دعوی میان بانک ملی ایران و شرکت تلکام آلمان<sup>۱۵</sup> پاسخ داده شده و در این مقاله به تفصیل بررسی می‌شوند.

یکی از مهم‌ترین پرسش‌ها این است که در صورتی که قرارداد منعقدشده میان شخص مشمول مقرره و شخص مورد تحریم امریکا، توسط شخص مشمول به دلیل فرار از نقض قوانین تحریمی امریکا و ضمانت اجرای سنگین آن فسخ شود، آیا شخص مورد تحریم می‌تواند به مقرره مسدودساز تمسک جوید و به استناد نقض آن توسط شخص مشمول به علت فسخ قرارداد، وی را به جبران خسارت یا ادامه اجرای قرارداد ملزم کند؟ پاسخ نگارندگان به این سؤال مثبت است و در این مقاله دلایل ممکن بودن این استناد و محدودیت‌های احتمالی بررسی می‌شود.

### ۱. جایگاه و تاریخچه مقرره مسدودساز اتحادیه اروپا

پس از تصویب قوانین تحریمی امریکا در ۱۹۹۶ علیه کوبا،<sup>۱۶</sup> ایران و لیبی،<sup>۱۷</sup> اتحادیه اروپا جهت انجام اقدام متقابل با این قوانین امریکایی، مقرره شماره ۲۲۷۱/۹۶ را کرد. این مقرره معروف به مقرره مسدودساز اروپایی،<sup>۱۸</sup> در ۲۰۱۸ متعاقب خروج امریکا از برجام اصلاح شد و قانون آزادی ایران و مقابله با اشاعه،<sup>۱۹</sup> در پیوست مقرره مسدودساز به‌عنوان قانون مسدودشده جدید جهت انجام اقدام متقابل در برابر آن اضافه شد. مقرره مسدودساز اتحادیه اروپا در نظر دارد با اثرات قوانین کشورهای ثالث که به دلیل دامنه فراسرزمینی خود ناقض قوانین بین‌المللی و مغایر منافع اتحادیه اروپا تلقی می‌شوند، مقابله کند. در پیوست این مقرره، قوانین امریکا که لازم است از اعمال فراسرزمینی آن‌ها جلوگیری شود احصا شده و اشخاص مشمول این مقرره از رعایت این قوانین فراسرزمینی منع شده‌اند. در واقع هدف این مقررات حمایتی، حمایت از فعالان اروپایی و مستقر در اروپا در مقابل اعمال فراسرزمینی قوانین کشور ثالث است.

این سند قانونی تحت عنوان مقرره<sup>۲۰</sup> به تصویب شورای اتحادیه اروپا رسیده و مطابق ماده ۲۸۸ معاهده عملکرد اتحادیه اروپا<sup>۲۱</sup> به صورت مستقیم و بدون نیاز به تصویب در مرجع قانونی هریک از کشورهای عضو، برای آن کشورها لازم‌الاجراست و هیچ کشوری نمی‌تواند به بهانه

14. *Bank Mellī Iran v. Telekom Deutschland GmbH*, Case C-124/20, Opinion of Advocate General, 12 May 2021.

15. Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-124/20, 21 December 2021.

16. Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act, also known as the US Helms-Burton Act

17. D'Amato Act, 1996. Also known as the ILSA (Iran- Libya Sanctions Act)

18. European Blocking Regulation

19. Iran Freedom and Counter-Proliferation Act of 2012.

20. Regulation

21. The Treaty on The Functioning of The European Union C 326/47

مغایربودن مفاد این مقررہ با قانون اساسی یا سایر قوانین آن کشور از اجرای آن امتناع نماید. بنابراین دادگاه‌های ملی اروپایی موظفاند از اعمال هر گونه قوانین ملی مغایر با مقررات اتحادیه خودداری کنند، حتی اگر مقررات اتحادیه اروپا متعاقباً تصویب شده باشد.<sup>۲۲</sup> همچنین، بر اساس اصل کلی تقدم<sup>۲۳</sup> در حقوق اساسی اتحادیه اروپا، نه‌تنها مقررات و دستورالعمل‌های اتحادیه بر قوانین ملی نیز ارجح است بلکه قوانین ملی باید در پرتو مصوبات اتحادیه تفسیر شود.<sup>۲۴</sup>

## ۲. حقوق و تکالیف اشخاص مشمول مقررہ مسدودساز

### ۲-۱. اشخاص مشمول

ماده ۱۱ مقررہ مسدودساز، اشخاص تحت شمول مقررہ را تعیین کرده است. درباره اشخاص حقیقی مستقل، ابهام کمتری وجود دارد و بیشترین ابهام در خصوص اشخاص حقوقی و مدیران و کارمندان این نهادها به‌عنوان اشخاص حقیقی وابسته مطرح است.

بر اساس بندهای ۱، ۲، ۴ و ۵ ماده ۱۱ این مقررہ: ۱. هر شخص حقیقی مقیم اتحادیه اروپا و نیز اتباع یک کشور عضو، یا ۲. هر شخص حقوقی که در قلمرو اتحادیه اروپا تشکیل شده باشد، یا ۳. هر شخص حقیقی دیگری که مقیم کشورهای عضو اتحادیه اروپا باشد، مگر اینکه آن شخص در کشوری باشد که تابعیت آن را دارد، یا ۳. هر شخص حقیقی دیگر در داخل قلمرو اتحادیه اروپا، از جمله آب‌های سرزمینی و فضای هوایی آن و در هر هواپیما یا هر کشتی تحت صلاحیت یا کنترل یک کشور عضو، که اشتغال به یک حرفه دارد، همگی مکلف به تبعیت از مفاد مقررہ مسدودساز هستند. همچنین بند ۳ ماده ۱۱ به‌صورت استثنایی و با اشاره به ماده ۱(۲) مقررات (EEC) شماره ۸۶/۴۰۵۵<sup>۲۵</sup> بیان داشته، مفاد این مقررہ در مورد اتباع کشورهای عضو مقیم در خارج از اتحادیه و نیز در مورد شرکت‌های کشتی‌رانی که در خارج از اتحادیه تأسیس شده‌اند ولی توسط اتباع یک کشور عضو کنترل می‌شوند اعمال می‌شود.<sup>۲۶</sup> بنابراین بر اساس بندهای پنج‌گانه فوق می‌توان گفت اتباع کشورهای عضو اتحادیه اروپا، اشخاص غیر اروپایی مقیم در قلمرو اتحادیه اروپا و نیز اشخاص غیر اروپایی که در محدوده مرزهای آبی و هوایی اتحادیه اروپا به یک حرفه اشتغال دارند، همگی مشمول مقررہ مسدودساز هستند.

22. CJEU Judgment of 9. 1. 1978 - CASE 104/77

23. Primacy or Precedence Principle

24. Koen, Lenaerts, Van Nuffel, Piet, *EU Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 632.

25. Regulation (EEC) No 4055/86 of 22 December 1986, applying the Principle of Freedom to Provide Services to Maritime Transport between Member States and between Member States and Third Countries, available online at: <https://eurlex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31986R4055>, last seen 24th November 2022.

26. البته در صورتی که کشتی‌های آن‌ها مطابق با قوانین آن کشور عضو ثبت شده باشند.

## ۲-۲. حقوق و تکالیف اشخاص مشمول مقرره مسدودساز

حال این سؤال پیش می‌آید که این اشخاص چه حقوق و تکلیفی دارند؟ به صورت فهرست‌وار می‌توان این‌گونه نظر داد:

۱. اشخاص مشمول، موظف‌اند ظرف سی روز، مواردی را که منافع اقتصادی مالی این اشخاص به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم تحت تأثیر قوانین فهرست‌شده یا اقدامات ناشی از آن قرار می‌گیرد، به کمیسیون اتحادیه اروپا اطلاع دهند. می‌توان این اطلاعات را مستقیماً یا از طریق مقامات ذی‌صلاح کشورهای عضو در اختیار کمیسیون اروپا قرار داد. (ماده ۲)
۲. اشخاص مشمول از پیروی مستقیم یا غیرمستقیم از قوانین فراسرزمینی فهرست‌شده و نیز از به‌رسمیت‌شناختن تصمیمات خارجی، از جمله احکام دادگاه، آرای داوری و تصمیمات اداری در کشورهای عضو که بر اساس یا ناشی از قوانین فهرست‌شده یا اقداماتی که بر اساس آن قوانین یا ناشی از آن‌ها صادر شده است، ممنوع شده‌اند. (ماده ۴ و پاراگراف اول ماده ۵)
۳. این مقرره، سازکاری را برای اشخاص مشمول پیش‌بینی کرده که می‌توانند از طریق کمیسیون اتحادیه اروپا مجوزی دریافت دارند که به‌موجب آن در مواردی که عدم انطباق با قوانین فهرست‌شده موجب «آسیب جدی» به منافع آن‌ها یا اتحادیه اروپا شود، به‌طور کامل یا جزئی از تکلیف ماده ۵ مقرر معاف شده و مطابق قوانین تحریمی کشور ثالث عمل کنند. (پاراگراف دوم ماده ۵)
۴. این مقرره به اشخاص مشمول، حق مطالبه تمامی خسارات را از اشخاصی که در راستای قوانین مسدودشده به آن‌ها تحمیل کرده‌اند، اعطا می‌کند. (ماده ۶)

## ۲-۳. ضمانت اجرای کیفری یا اداری نقض مقرره مسدودساز

ماده ۹ مقرره مسدودساز، کشورهای عضو را مکلف کرده است که مجازات مؤثر، متناسب و بازدارنده برای متخلفان وضع و اعمال کنند. برخی کشورهای عضو با استفاده از قوانین سابق داخلی خود، و برخی با تقنین جدید به استقبال اجرای ماده ۹ مقرر رفته‌اند؛ برخی تنبیهات اداری را ترجیح داده‌اند و برخی مجازات‌های کیفری و البته برخی مانند فرانسه، هیچ اقدامی انجام نداده‌اند.<sup>۲۷</sup> برای مثال در آلمان، نقض بند اول ماده ۵ مقرره مسدودساز ممکن است به‌عنوان تخلف اداری تحت پیگرد قانونی تحت بند ۱ ماده ۱۹-۴ قانون تجارت خارجی قرار گیرد که مطابق ماده ۱۹-۶ همان قانون، شخص متخلف به پرداخت مبلغی تا سقف ۵۰۰,۰۰۰ یورو محکوم می‌شود. همچنین قانونگذار بلژیکی با تصویب قانون ۲ مه ۲۰۱۹ مقرر کرد اشخاص

27. Ventura, Daniel, "Contemporary Blocking Statutes and Regulations in the Face of Unilateral and Extraterritorial Sanctions", in: Beaucillon, Charlotte, *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2021, p. 227.

حقوقی متخلف، از ۱۰,۰۰۰ یورو تا ۱۰ درصد گردش مالی خالص سال قبل آن شخص، جریمه اداری می‌شوند و اشخاص حقیقی از ۲۵۰ یورو تا ۵,۰۰۰,۰۰۰ یورو مکلف به پرداخت جریمه اداری هستند. کشورهایی مانند ایتالیا و اسپانیا نیز رویکردی مشابه رویکرد فوق اتخاذ کرده‌اند. در اقدامی متفاوت، برخی کشورها مانند بریتانیا، ایرلند، هلند و سوئد، ضمانت اجرای کیفری برای نقض ماده ۲ و ۵ مقررۀ مسدودساز در نظر گرفته‌اند.<sup>۲۸</sup>

### ۳. اعمال مقررۀ مسدودساز در حقوق قراردادها

مهم‌ترین و بحث‌برانگیزترین ماده این مقررۀ بخصوص در حوزه حقوق قراردادها، ماده ۵ است که اشخاص مشمول را در روابط تجاری و مالی خود با اشخاص مورد تحریم کشورهای ثالث، از رعایت قوانین تحریمی مسدودشده بازداشته است. حال در صورتی که این اشخاص به استناد تحریم و از بیم محروم شدن از تسهیلات تجارت و اعمال مجازات‌های قوانین تحریمی کشور آمریکا از انعقاد قرارداد با اشخاص مورد تحریم، مثلاً شرکت‌های ایرانی یا کوبایی استنکاف یا رابطه قراردادی خود را با این شرکت‌ها فسخ کنند، این پرسش مطرح است که به جز مجازات کیفری یا اداری، آیا نقض این مقررۀ اثر مدنی نیز دارد؟ در واقع، آیا اشخاص مورد تحریم می‌توانند در روابط قراردادی خود، به نقض مقررۀ مسدودساز توسط اشخاص مشمول آن مقررۀ استناد و آنان را محکوم کنند؟

ماده ۵ این مقررۀ بیان داشته است: «هیچ‌یک از اشخاص مذکور در ماده ۱۱ نباید مستقیماً یا از طریق یک شرکت فرعی یا شخص واسطه دیگر، با فعل خود یا با ترک فعل عمدی، از هیچ یک از الزامات یا ممنوعیت‌های قوانین پیوست‌شده تبعیت کنند. ازجمله این الزامات و ممنوعیت‌ها، درخواست‌های دادگاه‌های خارجی است که به‌صورت مستقیم یا غیرمستقیم بر اساس قوانین مشخص‌شده در پیوست یا ناشی از این قوانین یا اقدامات مبتنی بر این قوانین به عمل می‌آید». با لحاظ این ماده می‌توان گفت قوانین تحریمی آمریکا و مقررۀ مسدودساز اتحادیه اروپا، وضعیت متعارضی را برای اشخاص و نهادهای مشمول ایجاد کرده، زیرا از یک سو اشخاص مشمول ملزم به رعایت مقررۀ مسدودساز اتحادیه اروپا به‌عنوان مقررۀ داخلی اتحادیه اروپا هستند اما در صورت رعایت این مقررۀ، از تسهیلات و منافع تجاری و اقتصادی متصل به تجارت آمریکا محروم می‌شوند؛ از سوی دیگر رعایت قوانین فراسرزمینی تحریمی آمریکا مستلزم نقض مقررات اتحادیه اروپا و روبه‌رو شدن با ضمانت اجراها و تنبیهات قوانین داخلی خود است. این وضعیت، اشخاص مشمول به‌ویژه فعالان تجاری را با موقعیت مبهمی روبه‌رو کرده که از آن

28. Spinkes, Cherie, et al., "Navigating Conflicting Sanctions Regimes", *Global Investigations Review - The Guide to Sanctions*, Second Edition, 2021, p. 5.



به تنگنای میان صخره و سنگ یاد می‌کنند.<sup>۲۹</sup>

امکان استناد به مقرره مسدودساز توسط متعهدله قرارداد به منظور الزام خواننده به ادامه قرارداد یا جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهدات به دلیل تحریم‌های کشور ثالث، از زمان تصویب مقرره مسدودساز مورد تردید و ابهام بود؛ بخصوص آنکه به جز معدود پرونده‌های مطرح نزد دادگاه‌های کشور فرانسه، آلمان، هلند، ایتالیا و انگلیس<sup>۳۰</sup> که بعد از خروج امریکا از برجام طرح و رسیدگی شد، رویه قضایی و تفسیر جامعی در سطح اتحادیه درباره مقرره مسدودساز اروپایی موجود نبود تا اینکه با طرح دعوای بانک ملی ایران علیه شرکت تلکام آلمان در دادگاه هامبورگ، این دادگاه، تفسیر مقرره مسدودساز را از دیوان دادگستری اتحادیه اروپا درخواست کرد. از آنجا که برخی ابهامات موجود در مقرره مسدودساز در نظریه مشورتی مستشار دیوان و در نهایت، رأی تفسیری دیوان مطرح و تا حدودی مرتفع شد، مباحث این مقاله در قالب طرح این پرونده ادامه می‌یابد. نکته اینکه در این پرونده و سایر پرونده‌های مطرح نزد دادگاه‌های کشورهای فوق، غیر از یک پرونده، قراردادهای ارائه خدمات از جمله قراردادهای بیمه ارائه خدمات بانکی مورد نزاع قرار گرفته است. با وجود این، به نظر می‌رسد نتیجه مباحث حاصل از پرونده بانک ملی ایران علیه شرکت تلکام آلمان، قابل تسری به قراردادهای ناظر بر تحویل کالا نیز باشد.

در این پرونده، یکی از شعب بانک ملی ایران مستقر در هامبورگ علیه شرکت تلکام<sup>۳۱</sup> که شرکت وابسته به شرکت Deutsche Telekom AG ثبت شده در آلمان است ادعا کرد که شرکت آلمانی پس از خروج امریکا از برجام، اقدام به فسخ قرارداد منعقدشده با این بانک کرده اما دلیلی برای فسخ قرارداد اعلام نکرده و هیچ مجوزی به استناد بند دوم از ماده ۵ مقرره مسدودساز از کمیسیون اروپایی ارائه ننموده است. بانک ملی ایران در واکنش در دادگاه آلمان طرح دعوا کرد. در ابتدا دادگاه اعلام کرد که شرکت آلمانی موظف به ادامه قرارداد تا پایان مهلت مندرج در اخطار فسخ قرارداد است و پس از آن فسخ قرارداد قانونی بوده و مطابق ماده ۵ مقرره مسدودساز شناخته شد. پس از آن، بانک ملی ایران از این رأی نزد دادگاه تجدیدنظر منطقه‌ای هامبورگ تجدیدنظرخواهی کرد. این دادگاه، تقاضای تفسیر ماده ۵ مقرره مسدودساز را با عنایت به ماده ۱۶ و ۵۲ منشور حقوق بنیادین اروپایی و نیز با لحاظ سازکار اخذ مجوز از کمیسیون

29. Lieberknecht, Markus, *The Renaissance of the Blocking Statute*, Institute for Comparative Law, Conflict of Laws and International Business Law, Heidelberg, 2020, p. 3.

30. *LG Hamburg 18th Civil Chamber*, Judgment of 15.10.2018, 318 O 330/18. 25; *LG Hamburg 19th Civil Chamber*, Judgment of 28.11.2018, 319 O 265/18; *PAM International N.V., Curaçao v. Exact Software Nederland B.V.*, Judgment of 25.06.2019, Case No. C-09-573240-KG ZA 19-430; Italian Judgments on the EU Blocking Regulation, EU Sanctions, 2 October 2019; *Mamancochet Mining Limited v. Aegis Managing Agency Limited and Others*, [2018] EWHC 2643 (Comm).

31. *Bank Melli Iran v. Telekom Deutschland GmbH*, *op. cit.*

مطابق ماده ۵ مقرر از دیوان دادگستری کرد. بنا به رویه دیوان، ابتدا مستشار دیوان نظر مشورتی خود را در مورد سؤالات فوق صادر کرد. سپس مطابق بند ۳ ماده ۱۹ معاهده اتحادیه اروپا<sup>۳۳</sup> که مقرر کرده دیوان دادگستری اروپایی به درخواست دادگاه‌های کشورهای عضو در مورد تفسیر مقررات اتحادیه یا اعتبار اقدامات مؤسسات، احکام مقدماتی صادر می‌کند، نظر تفسیری الزام‌آور دیوان در این پرونده صادر شد.

### ۱-۳. امکان استناد متعهدله قرارداد به مقررۀ مسدودساز جهت طرح دعوا علیه

#### شخص مشمول

در خصوص امکان استناد خواهان به مقررۀ مسدودساز و ادعای نقض ماده ۵ به دلیل تبعیت از تحریم‌های مسدودشده و عدم اخذ مجوز مطابق فرایند پیش‌بینی‌شده در ماده ۵ جهت معافیت از شمول مقررۀ مسدودساز، این برداشت وجود داشت که هدف و فلسفۀ مقررۀ مسدودساز، حمایت از فعالان اروپایی و مستقر در اروپا و جلوگیری از ورود آسیب به تجارت آنان از ناحیۀ کشورهای ثالث است که با نقض حقوق بین‌الملل، قوانین خود را به‌صورت فراسرزمینی به اشخاص تابع سایر کشورها تسری می‌دهند، اما این مقررۀ نمی‌تواند محملی برای اشخاص مورد تحریم ایجاد کند که علیه اشخاص مشمول به آن استناد کنند. به عبارت بهتر، نمی‌توان از یک قانون حمایتی به نفع اشخاص مشمول، الزام علیه آنان را برداشت کرد.

از نحوه نگارش مواد مقررۀ مسدودساز نیز این طور برداشت می‌شود که اشخاص غیرمشمول مقررۀ، امکانی برای استناد به این مقررۀ ندارند زیرا اولاً در مقررۀ به حقوقی که به اشخاص غیرمشمول اعطا می‌کند، هیچ اشاره‌ای نشده است. به‌ویژه ممکن است مشاهده شود که با توجه به بند اول ماده ۵، این ماده صرفاً به دنبال ممنوع‌کردن رفتار عمومی اشخاص مشمول یعنی ممنوعیت رعایت یکی از قوانین مسدودشده بوده است. اگر این ماده در مقام اعطای حقوق فردی به اشخاص ثالث بود، می‌توانست به این امر تصریح کند که نکرده است. دوم آنکه ماده ۹ که تنها ماده‌ای است که به عواقب نقض مقررۀ اختصاص دارد، صرفاً تعهدی بر کشورهای عضو تحمیل می‌کند که در صورت نقض مقررۀ، مجازات‌های مؤثر، متناسب و بازدارنده وضع کنند، بی‌آنکه ضمانت اجرای مدنی در این باره وضع کرده باشد. سوم آنکه بند دوم ماده ۵ مقررۀ مسدودساز که به کمیسیون این اختیار را می‌دهد که برای اشخاص مشمول، معافیتی صادر کند تا به‌طور کامل یا جزئی از الزامات یا ممنوعیت‌های تعیین‌شده یا ناشی از قوانین مسدودشده پیروی کنند، در تعیین معیارهای لازم جهت اعطای معافیت، صرفاً به ورود ضرر جدی به منافع شخص مشمول مقررۀ اشاره کرده و به هیچ عنوان بیان نکرده برای صدور مجوز معافیت، کمیسیون باید

32. Treaty Establishing the European Union, C 326/13.

منافع اشخاص ثالث را هم در نظر بگیرد. چهارم آنکه تفسیر تاریخی مقرره نیز مؤید این نظر است. همان‌طور که قبلاً گفته شد، یکی از اهداف وضع این مقرره، محافظت از اشخاص مشمول در برابر اثرات قوانین مسدودشده بوده است. در زمان تصویب مقرره در ۱۹۹۶ به نظر می‌رسید که با وضعیت فزاینده طرح دعوا علیه اشخاص مشمول در دادگاه‌های آمریکا به دلیل نقض قوانین تحریمی این کشور، اتحادیه اروپا قصد داشت که با منع شرکت‌های اتحادیه اروپا از پیروی از قوانین ایالات متحده، یک ابزار دفاعی در برابر دادگاه‌های ایالات متحده برای این شرکت‌ها فراهم کند و این امر مسبوق به سابقه بود.<sup>۳۳</sup> لذا وضع این مقرره صرفاً به منظور برقراری یک قاعده سیاست اقتصادی و نه به‌عنوان اعطای حقوق به طرف‌های قراردادی وضع شده است.<sup>۳۴</sup>

مستشار دیوان دادگستری اتحادیه اروپا در پرونده بانک ملی ایران علیه شرکت تلکام، نگرش و استدلال‌های فوق را رد و بیان کرد که اگر حق طرح دعوا برای بانک ملی به‌عنوان متعهدله قراردادی و بر اساس ماده ۵ مقرره مسدودساز به رسمیت شناخته نشود، نتیجه این است که اجرای اهداف مقرره مسدودساز که در مقدمه مقرره بیان شده است و رعایت الزامات ماده ۵ صرفاً بستگی به تمایل یا عدم تمایل کشورهای عضو جهت اجرا یا عدم اجرای مفاد مقرره مسدودساز دارد. این بدان معناست که در برخی از کشورهای عضو که تمایلی به اجرای مقرره مسدودساز ندارند، برای مثال، یک فعال اقتصادی بزرگ می‌تواند با فسخ قرارداد، خود فعالانه تصمیم بگیرد که از رژیم تحریم‌های آمریکا پیروی کند و در نتیجه این رفتار، سایر فعالان اقتصادی این کشور با پیروی از سیاست او، عملاً ارزش مقرره مسدودساز را از درون تهی می‌کنند. اگرچه استدلال فوق منجر به اعطای یک امتیاز و حق به شرکت‌های طرف قرارداد با اشخاص مشمول می‌شود که علیه آن‌ها حکم بگیرند، اقدام جایگزین دیگری جهت تضمین اجرای ماده ۵ و دستیابی به هدف مقرره مسدودساز وجود ندارد.<sup>۳۵</sup> این مبنا در رأی نهایی دیوان دادگستری اروپایی پذیرفته شد.

33. Atwood, James R., "Blocking Statutes and Sovereign Compulsion in American Antitrust Legislation", *Swiss Review of International Competition Law*, vol. 27, 1986, pp. 5-24.

34. <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=A7CBEDCBA49D768B0189307D5818FDB4?text=&docid=241168&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=505526>>, last seen 24th November 2022, para. 74.

دکترین حاکمیت اجبار خارجی (Foreign Sovereign Compulsion Doctrine) در آمریکا این زمینه را فراهم می‌آورد که اشخاص به دلیل الزام ناشی از قانون کشور متبوع خود در دادگاه‌های آمریکا برای توجیه عدم انجام تعهدات خود، ابزار دفاعی داشته باشند. مقرره مسدودساز در این زمینه اصلاً کارا نبوده است زیرا دادگاه عالی آمریکا در پرونده‌ای تصریح داشت که قوانین مسدودساز، دادگاه آمریکایی را از حق الزام شخص به تدارک ادله محروم نمی‌کند اگرچه این الزام مغایر با مقرره مسدودساز باشد.

M.J., Hoda, "The Aerospatiale Dilemma: Why US Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can Do about it?", *California Law Review*, vol. 106, 2018, p. 231.

35. *Ibid.*, para. 82.

دیوان دادگستری اروپایی نیز احتمالاً بر مبنای همین نظر مستشار دیوان تصریح کرد: «اطمینان از اثربخشی کامل مقرره مسدودساز بر عهده دادگاه‌های ملی است؛ بنابراین از طریق دعوی مدنی که توسط اشخاص ثالث علیه شخصی که این ممنوعیت متوجه اوست مطرح می‌شود، باید از رعایت ممنوعیت مندرج در بند اول ماده ۵ اطمینان حاصل کرد».

## ۲-۳. نحوه استناد و اعمال مقرره مسودساز در اختلافات قراردادی مطرح نزد

### دادگاهها

پس از اینکه مشخص شد اشخاص ثالث نسبت به مقرره مسودساز به‌عنوان متعهدله قراردادی می‌توانند با استناد به مقرره مسودساز، دعوای قراردادی علیه متخلف قراردادی که تحت شمول مقرره مسودساز است، طرح کنند این سؤال مطرح می‌شود که مقرره مسودساز اروپایی چگونه و از چه طریقی نسبت به قرارداد اعمال می‌شود؟ در پاسخ باید گفت این مقرره از طریق مناسبتی که با قانون حاکم بر قرارداد یا قانون مقر ایجاد می‌کند، نسبت به قرارداد اعمال می‌شود. لذا باید بین قوانین حاکم بر قرارداد و مقرهای دادگاه تفکیک قائل شد؛ گاهی قانون یکی از کشورهای عضو اتحادیه اروپا حاکم بر قرارداد است و گاهی غیر آن. گاهی پرونده نزد دادگاه کشورهای عضو اتحادیه و گاهی خارج از این قلمرو مطرح می‌شود. هر یک از این فروض، جداگانه بررسی می‌شود.

## الف. اعمال مقرره مسودساز در پرونده‌های مطرح در دادگاه‌های ملی مستقر در

### اتحادیه اروپا

در حقوق بین‌الملل خصوصی، دادگاه رسیدگی‌کننده به پرونده جهت تعیین قانون حاکم بر قرارداد، قواعد حل تعارض کشور مقرر را اعمال می‌کند. در قلمرو اتحادیه اروپا، در حال حاضر مقرره رم ۱ ناظر بر تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی در سطح کشورهای عضو اتحادیه اروپا لازم‌الاجراست. این مقرره که در ۲۰۰۸ توسط اتحادیه اروپا و بر اساس کنوانسیون رم ۱۹۸۰ تصویب و از دسامبر ۲۰۰۹ اجرای آن برای تمامی کشورهای عضو لازم‌الاجرا شد، قواعد حاکم بر تعیین قانون قابل اعمال بر قراردادهای خصوصی را تعیین می‌کند. رکن اولیه تعیین قانون حاکم، حاکمیت اراده طرفین<sup>۳۶</sup> است؛<sup>۳۷</sup> به این معنا که طرفین حق دارند با توافق یکدیگر، قانون حاکم بر قرارداد را تعیین کنند. در صورت عدم توافق، این مقرره قواعد و معیارهایی جهت تعیین انتخاب قانون مناسب به‌عنوان قانون حاکم به دست داده است. پس در پرونده‌ای که نزد یکی از دادگاه‌های کشورهای اتحادیه اروپا مطرح است، اگر قانون حاکم بر قرارداد، قانون یکی از کشورهای عضو اتحادیه باشد، مقرره مسودساز چون در تمامی کشورهای عضو اجرا می‌شود، به‌عنوان بخشی از قانون داخلی کشورها نیز به‌صورت خودکار نسبت به قرارداد و ماهیت پرونده اعمال می‌شود و لذا طرفین نمی‌توانند به بهانه مواجهه قرارداد با تحریم، از اجرای تعهدات خود

36. Party Autonomy

37. Ten Wolde, Mathijs H., *Business and Private International Law in the EU*, Paris Legal Publishers, Zutphe, 2021, p. 5.

سر باز زند یا قرارداد را فسخ کنند. در مقابل، ممکن است گفته شود که در صورتی که متعهد، مستند به قانون ماهوی حاکم، قرارداد را فسخ نماید یا تعهدات خود را انجام ندهد، نمی‌توان وی را متهم به نقض مقرره مسدودساز کرد چرا که فعل و ترک فعل وی تماماً مطابق قانون حاکم بوده است. این تحلیل در قضیه بانک ملی ایران و شرکت فرانسوی VIVÉO دیده می‌شود.<sup>۳۸</sup> خلاصه قضیه از این قرار بود که قراردادهایی در ۲۰۰۳ میان بانک ملی ایران شعبه پاریس و شرکت فرانسوی VIVÉO با موضوع فروش نرم‌افزار بانکی و پشتیبانی منعقد شد که تحت حاکمیت قانون فرانسه بود. پس از خروج آمریکا از برجام در ۲۰۱۸، شرکت VIVÉO با ارسال نامه‌ای، قراردادهای منعقد را بر این مبنا که خروج آمریکا از برجام و تحریم‌های گسترده جدید آمریکا علیه ایران، اجرای قرارداد را از جهت مادی ناممکن کرده، فسخ کرد. پس از طرح دعوا از سوی بانک ملی ایران، شرکت فرانسوی، فسخ خود را مستند به ماده ۱۱ قرارداد منعقد نمود که به موجب آن در صورت بروز محدودیت‌های نظارتی، دولتی یا قانونی ناگهانی و غیرقابل پیش‌بینی و سایر موارد خارج از اختیار طرفین که منجر به جلوگیری از اجرای عادی قرارداد می‌شود، فسخ قرارداد مجاز بود. همچنین این شرکت به ماده ۱۲۲۱ قانون مدنی قدیم فرانسه استناد کرد که مقرر می‌داشت: «متعهدله می‌تواند پس از اخطار رسمی، اجرای عین تعهد را درخواست کند، مگر در صورت غیرممکن شدن انجام تعهد یا در صورت عدم تناسب آشکار بین هزینه آن برای بدهکار با حسن‌نیت و منفعت او برای طلبکار». لذا شرکت فرانسوی که مشمول مقرره مسدودساز بود برای توجیه فسخ خود به مفاد قرارداد یعنی ماده ۱۱ مربوط به فورس‌ماژور و قانون حاکم بر قرارداد یعنی قانون مدنی فرانسه تمسک جست و به نظر از این جهت مرتکب تخلف قراردادی نشده بود. در این قضیه بانک ملی استدلال کرد که اگرچه قانون حاکم بر قرارداد، قانون فرانسه است، این قرارداد تابع مقرره مسدودساز به‌عنوان قانون بالادستی نیز بوده و در سلسله‌مراتب قوانین، مقرره مسدودساز نافذ و مجری است؛ بنابراین، تمسک به فورس‌ماژور جهت توجیه فسخ قرارداد به منزله نقض مقرره مسدودساز اروپا است. در واقع، خواهان به مقرره مسدودساز علیه شخص مشمول استناد کرد. این در حالی است که شرکت فرانسوی ادعا کرد که در پرونده حاضر، بحث سلسله‌مراتب قوانین مطرح نیست و در هر حال قانون فرانسه، قانون حاکم بر قرارداد است. در این پرونده، دادگاه تجاری پاریس در نهایت رأی به عدم پذیرش دعوای بانک ملی داد و اقدام شرکت فرانسوی را نه‌تنها به معنای نقض مقرره مسدودساز ندانست بلکه آن را در راستای تجویز ناشی از ماده ۱۱ قرارداد در خصوص فورس‌ماژور و مطابق با قانون حاکم یعنی قانون فرانسه دانست.<sup>۳۹</sup> چنین استدلالی در

38. Tribunal de Commerce de Paris (Commercial Court, Paris), 23 January 2020, *SC Bank Melli Iran Banque Nationale c SAS Viveo France*, No. 2019023091.

39. <https://www.doctrine.fr/d/TCOM/Paris/2020/U62F7A417D83CC69E30CF>, last seen 24th November 2022.

قضیه *Mamancochet Mining Limited v. Aegis Managing Agency Ltd & Others* دیده می‌شود که مربوط به یک بیمه‌گر دریایی بود که از پرداخت خسارت بیمه در مورد سرقت یک کشتی به دلیل وجود شرط قراردادی تحریم امتناع کرد. در مقابل، دارنده بیمه‌نامه با طرح دعوا استدلال کرد که اگر بیمه‌گر از این بند تحریمی در قرارداد پیروی کند، به معنی پیروی از تحریم‌های ایالات متحده و نقض مقررۀ مسدودساز اتحادیه اروپا است. با این حال، دادگاه عالی انگلیس چنین بیان داشت که در جایی که بیمه‌گر مستند به یک شرط قراردادی تحریم، از پرداخت خسارت امتناع می‌کند، مقررۀ مسدودساز اعمال نمی‌شود.<sup>۴۰</sup>

این انتقاد بر آرای صادره وارد است که دادگاه اساساً به شأن، هدف و مرجع واضح مقررۀ مسدودساز دقت نکرده است. اولاً همان طور که گفته شد، نه تنها مقررۀ مسدودساز مستقیماً در کشورهای عضو لازم‌الاجرا بوده و بر قوانین ملی نیز ارجح است بلکه قوانین ملی باید در پرتو مصوبات اتحادیه تفسیر شود. در واقع، بند اول ماده ۵ بیانگر یک سیاست عمومی بنیادین اتحادیه و کشورهای عضو آن است تا طرفین نتوانند از آن عدول کنند.<sup>۴۱</sup> ثانیاً با بیان فوق، این استدلال که مقررۀ مسدودساز در زمان انعقاد قرارداد وجود داشته و طرفین با علم به این مطلب، شرط قراردادی تحریم و فورس‌ماژور را در قرارداد گنجانده‌اند، پس برخلاف مفاد مقررۀ توافق کرده‌اند، مردود است زیرا مقررۀ مسدودساز آمره است نه تکمیلی و توافق خلاف آن ممکن نیست. ثالثاً بند اول ماده ۵ مقررۀ، اشخاص مشمول را از هرگونه الزامی که به صورت مستقیم یا غیرمستقیم از قوانین مسدودشده ناشی می‌شود، ممنوع کرده است. بارزترین مصداق الزام غیرمستقیم ناشی از قوانین مسدودشده، شروط قراردادی تحریم است؛<sup>۴۲</sup> لذا انطباق با شروط قراردادی تحریم نیز نقض صریح ماده ۵ مقررۀ مسدودساز است. این استدلال و مبنا نه تنها در خصوص قراردادهای با موضوع ارائه خدمات مالی و بیمه‌ای قابل اعمال است بلکه در قراردادهایی هم که تعهد متعهد ناظر بر تحویل کالا باشد جریان دارد. برای مثال، در پرونده *PAM International NV v. Exact Software Nederland*<sup>۴۳</sup> یک قرارداد توزیع میان یک شرکت هلندی به نام Exact Software به عنوان مالک محصول با یک شرکت به نام PAM International مستقر در جزیره کارائیب کوراسائو که تحت قلمرو هلند است،

40. Ruys, Tom, Ryngaert, Cedric, "Secondary Sanctions: A weapon Out of Control? The International Legality of, And European Responses to, Us Secondary Sanctions", *The British Yearbook of International Law*, 2020, p. 91.

41. <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=A7CBEDCBA49D768B0189307D5818FDB4?text=&docid=241168&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=505526>>, last seen 24th November 2022, fn. 49.

42. Ventura, *op. cit.*, p. 229.

43. *PAM International NV v. Exact Software Nederland BV*, NL:RBDHA:2019:6301, District Court, The Hague, 25 June 2019.

به‌عنوان توزیع‌کننده محصول منعقد شده بود. توزیع‌کننده، نرم‌افزارهای تحویل‌شده توسط مالک محصول را برای شرکت‌های کوبا توزیع می‌کرد. شرکت مالک محصول، قرارداد توزیع را به استناد فورس‌ماژور فسخ کرد، بر این اساس که پس از انعقاد خرید سهام آن شرکت توسط یک شرکت سرمایه‌گذار امریکایی، شرکت سرمایه‌پذیر مشمول تحریم‌های ایالات متحده خواهد شد. دادگاه منطقه‌ای لاهه، فسخ قرارداد را بی‌اعتبار دانست زیرا این عمل را مصداق نقض مقرره مسدودساز اتحادیه اروپا قلمداد کرد.<sup>۴۴</sup>

در فرض دوم اگر طرفین، قانونی غیر از قانون کشورهای عضو اتحادیه اروپا برای قرارداد تعیین کرده باشند، باز هم مقرره مسدودساز در ماهیت اختلاف قراردادی مطرح نزد دادگاه کشور اروپایی اجرا می‌شود. با عنایت به مفاد مقرره رم ۱، سه طریق محتمل برای اعمال مقرره مسدودساز در ماهیت اختلاف وجود دارد: اول به‌عنوان مقرره آمره اتحادیه، دوم به‌عنوان مقرره آمره برتر مقر، سوم به‌عنوان نظم عمومی مقر که همگی استثنای آزادی اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد در مقرره رم ۱ هستند. این استثنایها در بندهای ۳ و ۴ ماده ۳ (که از آن‌ها تحت عنوان مقررات آمره عادی (مهم)<sup>۴۵</sup> یا مقررات غیرقابل اغماض<sup>۴۶</sup> یاد می‌شود)، ماده ۹ (مقررات آمره اهم)<sup>۴۷</sup> و ماده ۲۱ (نظم عمومی) بیان شده است.

### ۱) استثنای اول: مقررات آمره عادی

مقررات آمره عادی با توافق طرفین قابل کنارگذاشتن نیستند اما اگر قراردادی بین‌المللی باشد و طرفین قانون دیگری به‌عنوان قانون حاکم انتخاب کنند، آن مقررات دیگر قابلیت اعمال ندارند.<sup>۴۸</sup> در بند ۴ ماده ۳ مقرره رم ۱ بیان شده است: «در جایی که تمامی عناصر مربوط به یک موقعیت قراردادی در زمان انتخاب قانون حاکم در یک یا چند کشور عضو اتحادیه اروپا قرار گرفته باشد، توافق طرفین مبنی بر انتخاب قانونی غیر از قانون کشورهای عضو اتحادیه، مانع از اعمال آن بخش از مقررات حقوق اتحادیه که با توافق طرفین قابل کنارگذاشته شدن نیست، نمی‌شود». با عنایت به این بند، اگر قراردادی تماماً با قوانین کشورهای عضو ارتباط داشته باشد، اراده طرفین نمی‌تواند قانون دیگری غیر از قانون کشورهای عضو را بر قرارداد حاکم کند به این منظور که مقررات آمره حقوق اتحادیه اروپا مانند مقرره مسدودساز دور زده شود. پرونده‌هایی که در آن، بند

44. Ruys, Tom, Ryngaert, Cedric, *op.cit.*, pp. 89-90.

45. (Simple) Mandatory Provisions Rules

46. Non-Derogable Provisions Rules

47. Overriding Mandatory Provisions Rules

48. Cordero-Moss, Giuditta, "EU Mandatory Provisions and Law Applicable to the Merits", in: Ferrari, Franco, *The Impact of the EU Law on International Commercial Arbitration*, New York, JurisNet, 2017, p. 322.

۴ ماده ۳ مقررۀ رم ۱ مورد استناد دیوان دادگستری اروپایی قرار گرفته باشند، اندک است. مثال واضح از اعمال مقررات اتحادیه اروپا بند ۱ از ماده ۱۰۱ معاهده کارکرد اتحادیه اروپا (TFEU)<sup>۴۹</sup> است که در مقام حمایت اشخاص در برابر قراردادهای حاوی مقررات ضد رقابتی، شروط مغایر را باطل اعلام کرده است.<sup>۵۰</sup>

جهت استناد به بند ۴ ماده ۳ به منظور اعمال مقررۀ مسدودساز باید به دو نکته توجه داشت: اول اینکه این بند زمانی اعمال می‌شود که تمامی عناصر قرارداد با یک یا چند کشور عضو اتحادیه ارتباط داشته باشد و صرفاً در این صورت است که مشخص می‌شود انتخاب قانونی غیر از قوانین کشورهای عضو اتحادیه، جهت دورزدن مقررات آمرۀ اتحادیه بوده است. پس اگر یک یا چند عنصر از عناصر ارتباطی مانند اقامتگاه طرفین قرارداد یا محل اجرای قرارداد، با قانون خارجی ارتباط داشته باشد، دیگر محلی برای اعمال این بند باقی نمی‌ماند<sup>۵۱</sup> و به اصل اولیه که همان حکومت اراده طرفین است رجوع می‌شود،<sup>۵۲</sup> مگر اینکه به استناد سایر استثنایا یعنی مقررات آمرۀ برتر یا نظم عمومی مقر، اراده طرفین قابل اعمال نباشد.

نکته دوم اینکه غالب نویسندگان معتقدند که مقررات آمرۀ موضوع بند ۴ ماده ۳ قوانینی هستند که برای حمایت از طرف ضعیف‌تر در قراردادهای مصرف یا کار یا بیمه وضع شده‌اند.<sup>۵۳</sup> به عبارتی، این قوانین برای متعادل کردن جایگاه قراردادی طرفین وضع شده‌اند و بیشتر جنبۀ حمایت از منافع خصوصی<sup>۵۴</sup> یکی از اطراف قرارداد را دارند نه حمایت از منفعت عمومی.<sup>۵۵</sup> این در حالی است که چنین خصوصیتی در مقررۀ مسدودساز دیده نمی‌شود و این مقررۀ اصلاً قصد ندارد از اشخاص و شرکتهایی که تحت تحریم کشور ثالث قرار گرفته‌اند حمایت کند. لذا با این خصوصیات، استناد به این بند برای اعمال مقررۀ مسدودساز به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد و

49. Treaty on the Functioning of the European Union

50. McParland, Michel, *The European Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 331.

51. البته نحوه نگارش ماده ۳،۴ مورد انتقاد است زیرا درست است که ماده مذکور فقط نسبت به قراردادهای درون اتحادیه اروپا اعمال می‌شود، اما محدود کردن دامنه این ماده موجب منسوخ شدن چندین دستورالعمل در زمینه حمایت از مصرف‌کننده خواهد شد زیرا این دستورالعمل‌ها تصریح کرده‌اند حتی در صورتی که صرفاً ارتباط نزدیکی میان قرارداد با اتحادیه وجود دارد، قواعد آمرۀ اتحادیه قابل اجرا خواهد بود. لذا در نظر گرفتن دایره شمول وسیع‌تر ماده ۳،۴ باعث می‌شود که از نسخ مواد این دستورالعمل‌ها جلوگیری شود.

Bonomi, Andrea, "Conversion of the Rome Convention on Contracts Into an EC Instrument: Some Remarks on the Green Paper of The EC Commission", *Y.B. Priv. Int'l L.*, vol. 5, 2003, p. 70.

52. Calster, Geert Van, *European Private International Law: Commercial Litigation in the EU*, Hart Publishing, Oxford, 3rd Edition, 2021, p. 281.

53. Basedow, Jurgen, et al., *Encyclopedia of Private International Law*, vol. 2, Edward Elgar Publishing Limited, Gheltenham, 2017, p. 1331; Stone, Peter, *EU Private International Law*, 2nd Edition, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2010, p. 300.

54. Private Interest

55. Public Interest



به‌عنوان استثنایی بر اصل آزادی طرفین موجه نیست.

## ۲) استثنای دوم: مقررات آمره برتر

در تعریف این نوع مقررات گفته‌اند، مقرراتی است که در هر صورت نسبت به قرارداد قابل اعمال است حتی اگر قرارداد بین‌المللی باشد و طرفین، قرارداد را تابع قانون دیگری کرده باشند.<sup>۵۶</sup> ماده ۹،۱ مقرره رم ۱ در تعریف مقررات آمره برتر تصریح کرده: «مقرراتی هستند که احترام به آن‌ها به دلیل نقشی که در حفظ منافع عمومی یک کشور ثالث مانند منافع سیاسی، اجتماعی و اقتصادی دارد، حیاتی محسوب می‌شود، تا میزانی که آن قوانین در حدود قلمرو خود دلالت دارند از سوی آن کشور قابل اعمال بر قرارداد هستند بدون توجه به قانونی که به نحوی دیگر مطابق این مقرره بر قرارداد حاکم است». در خصوص این ماده، هم در کنوانسیون رم ۱۹۸۰ به‌عنوان سند مبنای مقرره رم ۱ که ناظر بر تعیین قانون تعهدات قراردادی بود و هم در مقرره حاضر، ابهامات و بحث‌هایی هنگام تصویب، در خصوص چرایی حکومت قانون کشور ثالث نسبت به قرارداد خصوصی طرفین مطرح بود که می‌توان گفت آنچه توجیه‌کننده این فرایند است، نظریه نفع عمومی است، بدین معنا که قرار نیست قاعده آزادی طرفین در تعیین قانون حاکم، قانون کشور ثالث که با قرارداد ارتباط نزدیک دارد و منافع سیاسی، اقتصادی و اجتماعی آن کشور را نقض کند.<sup>۵۷</sup> نکته دیگر آنکه ممکن است منشأ این مقررات، هم قوانین و مقررات ملی، کنوانسیون‌ها یا مقررات مصوب سازمان‌های بین‌المللی مانند اتحادیه اروپا<sup>۵۸</sup> باشد و هم اصول کلی نظم عمومی.<sup>۵۹</sup>

برخلاف کنوانسیون رم، معیار تشخیص وجود ارتباط نزدیک قرارداد<sup>۶۰</sup> در مقرره رم ۱ با ذکر دو مصداق روشن شده است؛<sup>۶۱</sup> اول اینکه در بند ۲ ماده ۹ بیان شده: «هیچ امری در این مقرره، مانع اعمال مقررات آمره برتر کشور مقرر رسیدگی نمی‌شود». بنابراین دادگاه یا دیوان داوری

56. Cordero-Moss, Giuditta, *op. cit.*, p. 332.

57. Gorda, Iurii, *Overriding Mandatory Rules of Third Countries in the Rome I Regulation*, Master Thesis, Master International and European Law Radboud University Nijmegen, Nijmegen, 2017, p. 6.

58. در رویه دیوان دادگستری اروپایی این امر تثبیت شده است که منشأ مقررات آمره برتر می‌تواند دستورالعمل (Directive) اتحادیه اروپا هم باشد. در پرونده Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc. دیوان دادگستری اروپایی، قواعد مربوط به دستورالعمل مصوب اتحادیه اروپا را به‌عنوان مقررات آمره معرفی کرد نه قانون ملی کشور خاص.

59. Bonell, Michael Joachim, *Revised Comments Article 1.4 (Mandatory Rules), Principles of International Commercial Contracts*, International Institute for the Unification of Private Law, Rome, 2010, p. 3.

60. Close Connection

61. جهت بررسی تفاوت‌های کنوانسیون رم و مقرره رم ۱ در این زمینه، ن.ک:

Hellner, Michael, "Third Country Overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation: Old Wine in New Bottles?", *Journal of Private International Law*, vol. 5, Issue 3, 2009, pp. 447-470.

رسیدگی کننده به اختلافات ناشی از یک قرارداد اصحاب دعوا، موظف است در مواردی که قانون حاکم بر قرارداد با قانون کشور مقرر رسیدگی<sup>۶۲</sup> تعارض دارد، قانون مقرر را حاکم و اعمال کند. دوم آنکه بند ۳ ماده ۹ به‌عنوان مصداق دیگری از مفهوم ارتباط نزدیک مقرر می‌دارد: «در فرضی که تعهدات ناشی از قرارداد در محلی اجرا شده باشد یا قرار باشد در آن محل اجرا شود، ممکن است به مقررۀ آمرۀ برتر آن کشور ترتیب اثر داده شود تا جایی که آن مقررات آمره، اجرای قرارداد در آن کشور را غیرقانونی کند». بنابراین دومین مصداق معیار ارتباط نزدیک آن است که قانون کشور محل اجرای تعهد قراردادی، رابطه تنگاتنگی با قرارداد منشأ دارد و از این رو این قانون می‌تواند بر قانون اولیۀ قرارداد حاکم شود. تفاوت این بند با بند ۲ ماده ۹ در این است که دادگاه یا دیوان داوری در خصوص اعمال یا عدم اعمال قانون کشور محل اجرای قرارداد که نسبت به قانون حاکم بر قرارداد طرفین، خارجی محسوب می‌شود، اختیار دارد و نه تکلیف، و به همین دلیل است که در ذیل بند ۳ ذکر شده: «برای اعمال مقررات آمرۀ برتر کشور محل اجرای قرارداد باید ماهیت، هدف و پیامدهای اعمال یا عدم اعمال این مقررات بررسی شود». بنابراین، مقررات آمرۀ برتر مقرر دادگاه در جایگاهی فراتر از قانون قابل اعمال بر قرارداد قرار می‌گیرد و حتی ارادۀ طرفین را هم کنار می‌زند.<sup>۶۳</sup> حال با عنایت به مصراحت مقررۀ مسدودساز که این قانون در مقام حمایت از منافع و نظم مستقر اتحادیه به منظور جلوگیری از نفوذ اقتدار و حاکمیت نامشروع کشورهای ثالث و قوانین فراسرزمینی مزاحم و با هدف حمایت از گردش آزاد سرمایه تصویب شده، به نظر می‌رسد از منظر سیاسی و اقتصادی از چنان جایگاهی برخوردار است که به‌عنوان مقررۀ آمرۀ برتر مقرر هر یک از دادگاه‌های کشورهای عضو اتحادیه، بر قانون غیراروپایی حاکم بر قرارداد که حاوی مقرراتی راجع به لزوم تبعیت از تحریم خارجی است، حاکم شود.

### ۳) نظم عمومی مقرر دادگاه کشور اروپایی

ممکن است مقررۀ مسدودساز مستند به ماده ۲۱ مقررۀ رم ۱ نیز به قرارداد حاکم شود. این ماده مقرر داشته، «اعمال قانون هر کشوری که در این مقررۀ مشخص شده است، تنها در صورتی می‌تواند رد شود که چنین قانونی آشکارا با نظم عمومی مقرر ناسازگار باشد». مقررات آمرۀ برتر و نظم عمومی، مفهوم قرابت معنایی با یکدیگر دارند و برخی اذعان کرده‌اند که مرز میان مقررات آمرانۀ برتر و نظم عمومی در حال زوال است زیرا مقررات آمرانۀ برتر نیز دارای خصوصیت نظم

62. Lex Fori

63. Harris, Jonathan, "Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation", in: Franco, Ferrari, Leible, Stefan (eds.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier Publications, Munich, 2009, p. 273.

عمومی هستند.<sup>۶۴</sup> در تفکیک سنتی گفته می‌شود مقررات امره برتر در قالب قوانین و مقررات وضع شده جلوه می‌کند و کارکرد اثباتی در حفاظت از نظم دارد، به این نحو که در هر صورت، صرف‌نظر از قانون قابل اعمال، بر قرارداد حاکم می‌شود. در مقابل، نظم عمومی مبتنی بر یک سری اصول کلی، اخلاقیات یا قواعد عرفی است<sup>۶۵</sup> و عملکرد سلبی و دفاعی دارد<sup>۶۶</sup> و مانند سپر عمل می‌کند به طوری که [صرفاً] منجر به کنارگذاشتن قانون خارجی قابل اعمال یا تعدیل و اصلاح آن می‌شود.<sup>۶۷</sup> با این حال، این تمایز غیردقیق است زیرا به جای قوانین خارجی که به موجب نظم عمومی نادیده گرفته شده، قواعد حل تعارض اغلب کشورها حکم به اعمال قانون مقر دادگاه می‌دهند. به این ترتیب حتی نظم عمومی می‌تواند کارکرد مثبتی ایفا<sup>۶۸</sup> یا حداقل، زمینه را برای اعمال مقررات امره مقرر فراهم کند.<sup>۶۹</sup> همچنین هیچ منافاتی ندارد که یک حکم و الزام، هم ناشی از نظم عمومی باشد و هم ناشی از مقررات امره برتر مصوب یک کشور. لذا مقرره مسدودساز به‌عنوان مقرره امره برتر اتحادیه اروپا یا نظم عمومی مقرر، در هر صورت نسبت به دعاوی مطرح در دادگاه‌های مستقر در قلمرو اتحادیه اعمال می‌شود.

## ب. اعمال مقرره مسدودساز در پرونده‌های مطرح نزد دادگاه‌های ملی خارج از اتحادیه اروپا

در جایی که قانون مقرر رسیدگی، قانون کشوری غیر از کشور عضو اتحادیه اروپا باشد، اعمال مقرره مسدودساز پیچیده‌تر به نظر می‌رسد. برای مثال، چنانچه دعوی در دادگاه سوئیس میان یک شرکت آلمانی مشمول مقرره مسدودساز و یک شرکت ایرانی در خصوص اعمال تحریم‌های ثانویه آمریکا بر قرارداد تجاری منعقد شده است، مطرح شود، دادگاه سوئیس باید قانون تحریمی آمریکا را بر قرارداد جاری کند یا مقرره مسدودساز اروپایی؟ اگر قانون حاکم، قانون یک کشور اروپایی باشد، مقرره مسدودساز به‌طور خودکار به‌عنوان جزء قانون حاکم بر قرارداد، تا زمانی که نظم عمومی مقرر را نقض نکند قابل

64. Radicati di Brozolo, Luca G., "Mandatory Rules and International Arbitration", *AM. REV. INT'L ARB*, vol. 23, No. 1, 2012, p. 46.

65. Kunda, Ivana, *Internationally Mandatory Rules of a Third Country in European Contract Conflict of Laws*, Faculty of Law, University Rijeka, 2007, p. 304.

66. Vural Celenk, Belkis, *Application of Third Country Overriding Mandatory Rules*, Schulthess, Zurich, 2018, p. 20.

67. Siehr, Kurt, "International Contracts, Party Autonomy and Mandatory Rules", *Revue Hellenique De Droit International*, vol. 67, Issue 2, 2014, p. 816.

68. Szabadoz, Tamas, "Overriding Mandatory Provisions in the Autonomous Private International Law of the EU Member States", *ELTE LJ*, 2020, p. 31.

69. Fazilatfar, Hossein, *Overriding Mandatory Rules in International Commercial Arbitration*, Edward Elgar Publishing Limited, Gheltenham, 2019, p. 14.

اعمال است.<sup>۷۰</sup> ماده ۱۳ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی بر این امر تصریح دارد. اما اگر قانون حاکم، قانون کشور اروپایی نباشد، وضعیت پیچیده می‌شود زیرا هم از یک سو نظر مشهور این است که تحریم‌های اقتصادی به‌عنوان مقررۀ آمرۀ برتر کشور واضح تحریم محسوب می‌شود<sup>۷۱</sup> و از سوی دیگر ثابت شد که مقررۀ مسدودساز، مقررۀ آمرۀ برتر کشورهای اروپایی است. به نظر می‌رسد در این وضعیت، تعارض میان این دو مقررۀ آمرۀ برتر خارجی پدید می‌آید. در ترجیح یکی از این دو مقررۀ به نظر می‌رسد مشروعیت اهداف و ماهیت مقررات آمره و هماهنگ بودن آن با ارزش‌های کشور مقرر دادگاه، ارتباط نزدیک آن مقررات با قرارداد، امکان اجرای مؤثر مقررات توسط دولت واضع و پیامدهای اعمال یا عدم اعمال در آن پرونده خاص و نیز محل اجرای رأی، نقش تعیین‌کننده دارد.<sup>۷۲</sup> در ارزیابی و تطبیق این معیارها بر قوانین تحریمی مسدودشده و مقررۀ مسدودساز به نظر می‌رسد کفۀ ترازو به سمت مقررۀ اخیر سنگینی می‌کند زیرا اولاً در یک پرونده میان شخص اروپایی و شخص مورد تحریم به نظر می‌رسد صلاحیت مرجع واضع اروپایی جهت ممنوعیت تبعۀ کشورهای عضو اتحادیه، امری غیرقابل مناقشه است تا صلاحیت دولت امریکا جهت اعمال فراسرزمینی قوانین داخلی خود که همواره به‌عنوان مصداق نقض حقوق بین‌الملل بدان نگریسته شده است.<sup>۷۳</sup> ثانیاً با توجه به تابعیت اروپایی یکی از اصحاب دعوا به نظر می‌رسد این ارتباط نزدیک بین مقررۀ مسدودساز و قرارداد منعقدۀ وجود دارد، حال آنکه در مثال مورد بررسی، عنصر ارتباطی خاصی میان قرارداد و قانون تحریمی ثانویۀ امریکا وجود ندارد. در خصوص سنجش ضمانت اجرای نقض هر یک از دو مقررۀ متعارض، هم کشورهای اروپایی به‌موجب ماده ۹ مقررۀ مسدودساز در اجرای ضمانت اجرای اداری و کیفری مصمم هستند و هم دولت امریکا. اما در نهایت دادگاه باید به‌صورت موردی بررسی کند که آیا ضمانت اجرای نقض مقررۀ مسدودساز سنگین‌تر است یا مجازات و اقدام تنبیهی دولت امریکا.<sup>۷۴</sup> در پایان، اگر محل

70. Szabadoz, Tamas, *Economic Sanction in EU Private Law*, Bloomsbury Publishing, 2021, p. 68.

هرچند این باور سنتی وجود دارد که اشاره به قانون خارجی، صرفاً موجب اعمال مقرراتی از قانون خارجی می‌شود که صرفاً مربوط به حوزه حقوق خصوصی است و شامل هنجارهای بخش حقوق عمومی نمی‌شود. (Da Silveira, 74)

71. Azeredo Da Silveira, Mercedeh, *Trade Sanctions and International Sales*, Kluwer Law International BV, Netherland, 2014, p. 59.

72. Szabadoz, 2020, *op. cit.*, p. 32.

73. Szabadoz, 2021, *op. cit.*, p. 69.

۷۴. با توجه به ماهیت بازدارندۀ مجازات‌ها، این شرط به‌طور منطقی دلالت بر این دارد که مجازات‌هایی که کشورهای اروپایی باید بر اساس مقررۀ مسدودساز اعمال کنند باید حداقل معادل مجازات‌هایی باشند که ممکن است بر اساس قوانین مسدودشده اجرا شوند. بذار، وحید؛ «مروری بر کارایی قوانین انسداد اتحادیۀ اروپا و چین برای مقابله با تحریم‌های فراسرزمینی امریکا»، منتشرشده در <https://unstudies.ir/iauns-forum>، ۲۰۲۲/۰۵/۳۱.

Wils, W.P.J., "Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice", *World Competition*, vol. 29, Issue 2, 2006, p. 15.

اجرای رأی در قلمرو اتحادیه اروپا باشد، قطعاً دادگاه به اعمال مقرره اروپایی تمایل بیشتری خواهد داشت.

### ج. اعمال مقرره مسدودساز در داوری

در خصوص الزام داوران مستقر در قلمرو اتحادیه اروپا به پیروی از مقره رم ۱ و مقرره مسدودساز به‌عنوان مصداقی از مقرره آمره برتر، موضوع ماه ۹ مقرره رم ۱ تردید وجود دارد. اول اینکه مقررات مقر در داوری نسبت به دادگاه، نقش کم‌رنگ‌تری دارد و ممکن است داوران خود را مقید و ملزم به اجرای قواعد مقر نکنند زیرا اولاً اشخاص و امور ماهوی پرونده احتمالاً ارتباط چندانی با مقر ندارند؛<sup>۷۵</sup> ثانیاً چه بسا تعیین مقر به انتخاب اصحاب دعوا نبوده باشد؛ بنابراین اجرای مقررات آن برخلاف تراضی طرفین که رکن رکین داوری است خواهد بود. ثالثاً داوری یک نهاد دولتی نیست و از جانب نهادهای دولتی یا مقامات دولتی انجام وظیفه نمی‌کند.<sup>۷۶</sup> با وجود این، تجربه داوری‌های مستقر در قلمرو اتحادیه اروپا ثابت کرده که به‌طور کلی داوران به اعمال مقررات آمره برتر اروپایی تمایل زیادی نشان داده‌اند تا رأی آنان کمتر مورد اعتراض و چالش در دادگاه‌های ملی محل داوری یا محل اجرای رأی قرار گیرد. در خصوص داوری‌های خارج از اتحادیه اروپا نیز وضع به همان ترتیب مذکور در دادگاه‌های خارج از اتحادیه است.<sup>۷۷</sup>

### ۳-۳. اعتبار شروط مغایر با مقرره مسدودساز

ممکن است شروط قرارداد از دو منظر مغایر با مقرره مسدودساز باشد؛ یکی از جهت نقض پاراگراف اول ماده ۵ مبنی بر ممنوعیت تبعیت از قوانین مسدودشده و دوم از جهت نقض پاراگراف دوم این ماده مبنی بر امکان لزوم مجوز خاص جهت تبعیت از قانون مسدودشده. بنابراین شروطی از قرارداد مانند ایجاد حق فسخ برای شخص مشمول مقرره، در صورتی که

در غیر این صورت، تعارض بین انطباق با قوانین مندرج در پیوست و مقرره مسدودساز اتحادیه اروپا به‌طور سیستماتیک به نفع قوانین اول خواهد بود.

Stoll, T., Blockmans, S., Hagemeyer, J., Hartwell, A., Gött, H., Karunska, K. and Maurer, A., *Extraterritorial Sanctions on Trade and Investments and European Responses, Study Requested by the INA Committee of the European Parliament*, 2020, p. 65.

با این حال و در عمل، مجازات‌های ناشی از نقض قوانین مسدودشده از خود مجازات‌های نقض مقرره مسدودساز شدیدتر به نظر می‌رسد که همین امر کارایی مقرره و التزام اشخاص اروپایی به رعایت این مقرره را کاهش داده است.

75. Rosenfeld, Friedrich, "The Rome Regulations in International Commercial Arbitration: The Road Not Taken", in: Ferrari, Franco, *The Impact of the EU Law on International Commercial Arbitration*, New York, JurisNet, 2017, p. 185.

76. *Ibid.*, p. 251.

ادامه قرارداد به دلیل دستور مقامات داخلی یا خارجی که ناشی از قوانین مسدودشده است، ممتنع یا متعذر شود، با ممنوعیت مندرج در قسمت اول ماده ۵ روبه‌رو می‌شود و ممکن است شروطی مانند عدم امکان استناد مطلق به قوانین کشور خارجی از جمله قوانین مسدودشده جهت توجیه عدم اجرای قرارداد با قسمت دوم ماده ۵ متعارض باشد.

### الف. شروط مغایر با بند اول ماده ۵

تعیین وضعیت چنین شرطی تا حد بسیار زیادی بستگی به موضع قانون حاکم دارد و در این قسمت فقط به رویکرد مقررۀ مسدودساز در این خصوص پرداخته می‌شود. در نگاه اولیه به نظر می‌رسد با عنایت به اینکه مقررۀ مسدودساز بیانگر سیاست عمومی اتحادیه اروپا در خصوص مقابله با آثار اعمال قوانین مزاحم فراسرزمینی است، ضمانت اجرای بطلان، محتمل‌ترین گزینه برای شروط مغایر است،<sup>۷۸</sup> کمالینکه مطابق ماده ۵ حتی اقداماتی که غیرمستقیم از قوانین مسدودشده ناشی شده باشند، مشمول منع پیروی هستند و ممکن است این اقدامات، التزامات ناشی از شروط قراردادی باشند. با این حال، با توجه به ترخیص و تجویزی که ممکن است در پاراگراف ماده ۵ جهت معافیت از الزامات و ممنوعیت‌ها به اشخاص اعطا شود، به نظر می‌رسد قول به عدم نفوذ که در حقوق ایران ضمانت اجرای شناخته‌شده‌ای است، قوی به نظر برسد. به عبارت بهتر، این شروط بی‌اعتبار است مگر اینکه کمیسیون اروپایی مجوز معافیت صادر کند که در این صورت، شخص مشمول مقررۀ می‌تواند بر اساس مفاد قرارداد و برخلاف الزامات و ممنوعیت‌های مقررۀ مسدودساز اقدام کند.<sup>۷۹</sup> لذا صرف درج شرط مغایر با مقررۀ مسدودساز، باطل و به معنای نقض مقررۀ نیست بلکه زمانی که در راستای شرط مغایر، فعل یا ترک فعلی از سوی شخص مشمول مقررۀ سر بزند، در حالی که مجوزی از کمیسیون اروپایی نگرفته است، می‌توان گفت مقررۀ نقض شده و حق اقدام حقوقی برای طرف مقابل ایجاد می‌شود. نکته مهم دیگر این است که اعطای معافیت، حق همه‌جانبه به شخص معاف‌شده علیه شخص طرف قرارداد نمی‌دهد بلکه تجویزی است که شخص معاف‌شده بتواند در چارچوب قرارداد و التزامات قراردادی، حقوق

۷۸. طبیعتاً چنین شرطی نقض مقررۀ مسدودساز است و به همین دلیل بسیاری از شرکت‌های مشمول مقررۀ از شرط جداسازی (Carve-out) استفاده می‌کنند تا متهم به نقض مقررۀ نشوند. مطابق این شرط، متعهد خود را از انجام هر تعهدی که به معنای نقض مقررۀ مسدودساز باشد معاف می‌دارد.

(Financial Markets Law Committee, *U.S. Sanctions and the E.U. Blocking Regulation: Issues of Legal Uncertainty*, 2019, p. 39; EBF, "EBF Comments on the EU Blocking Regulation", Doc No. EBF\_033606, 1 August 2018, p. 8.

۷۹. در فرض نادر اگر معافیت قبل از انعقاد قرارداد اخذ شده باشد، طبیعتاً شرط مغایر با مقررۀ مسدودساز صحیح است، بخصوص اگر معافیت مندرج در ماده ۵ هم بتواند به صورت موردی در خصوص یک قرارداد خاص صادر شود و هم به صورت کلی در مورد قراردادهای مشابه و مورد عمل شخص درخواست‌کننده.

Ruys, Tom, Ryngaert, Cedric, *op. cit.*, p. 87.

خود را و لو در راستای احکام قوانین مسدودشده کشور ثالث اعمال کند. برای مثال اگر در قرارداد درج شده باشد که در صورت اقدام تحریمی مقامات امریکایی علیه متعهد مشمول مقررۀ آن قسمت از موضوع قرارداد که مغایر با قوانین مسدودشده است از شمول موضوع قرارداد حذف و کاسته می‌شود، شخص معاف‌شده صرفاً می‌تواند کاهش خدمات موضوع قرارداد را ادعا کند و حق فسخ کلی قرارداد را ندارد و در مقابل، متعهدله نیز می‌تواند تعدیل مبلغ قرارداد را بخواهد.

### ب. شروط مغایر با بند دوم ماده ۵

از آنجا که این بند جهت مساعدت به شخص مشمول مقررۀ، امکان صدور معافیت در نظر گرفته است، درج شرط مغایر توسط شخص مشمول، اقدام علیه خود و معتبر است.<sup>۸۰</sup> ادعای مغایرت این شرط با برخی اصول کلی اتحادیه اروپا از جمله اصل تناسب که تحمیل ضرر نامتعارف بر یک طرف قرارداد را ممنوع می‌کند، صحیح نیست. البته اگر اصل تناسب در قالب مقررۀ یا دستورالعمل‌های اروپایی متبلور شده باشد، مانند قراردادهای مصرف‌کننده غیرمنصفانه مستند به دستورالعمل شروط غیرمنصفانه،<sup>۸۱</sup> ممکن است این ادعا مسموع باشد.

### ۴-۳. بار اثبات نقض مقررۀ مسدودساز در حقوق قراردادها

سؤال دیگر این است که آیا متعهدله قرارداد به‌عنوان خواهان باید اثبات کند که شخص مشمول مقررۀ مسدودساز با پیروی از قوانین تحریمی مسدودشده از انجام تعهدات قراردادی امتناع کرده، یا خواننده باید اثبات کند که به دلیلی غیر از تحریم‌های کشور ثالث، تعهدات خود را انجام نداده است؟ در واقع بار اثبات نقض مقررۀ مسدودساز بر عهده خواهان است یا بار اثبات عدم نقض این مقررۀ بر عهده خواننده؟

تعیین بار اثبات نقض تعهد تا حد زیادی بستگی به حکم مندرج در قانون قابل اعمال بر قرارداد و تعیین جایگاه مدعی و مدعی‌علیه دارد. برای مثال در پرونده بانک ملی ایران علیه شرکت تلکام که قانون حاکم بر قرارداد قانون آلمان است، بانک ملی ایران سعی نموده اثبات کند که اقدام شرکت آلمانی جهت فسخ قرارداد منعقدۀ فیما بین، خلاف قانون یعنی ماده ۵ مقررۀ مسدودساز بوده و در نتیجه بی‌اعتبار است. افزون بر این، نه از بند اول ماده ۵ مقررۀ مسدودساز و نه از سایر مفاد این مقررۀ مشخص نیست که شخص مشمول مقررۀ، ملزم به ارائه دلایل فسخ قرارداد تجاری با شخصی که در فهرست تحریم‌های ثانویه امریکا<sup>۸۲</sup> قرار دارد، هست یا خیر. در

۸۰. البته تصور چنین فرضی اگر محال نباشد، بسیار بعید است.

81. COUNCIL DIRECTIVE 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts

82. Specially Designated Nationals and Blocked Persons List (SDN List)

چنین شرایطی باید پذیرفت که بند اول ماده ۵ مقررۀ مسدودساز مانع از این نمی‌شود که قانون ملی حاکم بر قرارداد، شخص مشمول را محق جهت فسخ قرارداد خود با شخص مشمول فهرست تحریم بدون نیاز به ارائه دلیل بداند. در همین راستا ماده ۱۳۴ قانون مدنی آلمان مقرر می‌دارد: «هر اقدام حقوقی که خلاف قانون باشد، بی‌اعتبار و باطل است مگر اینکه به موجب قانون، ترتیب دیگری مقرر شده باشد». پس اگر فسخ مورد نظر، ناقض بند اول ماده ۵ مقررۀ مسدودساز باشد، به موجب ماده ۱۳۴ قانون مدنی آلمان باطل است. بنابراین، طرفی که ادعا می‌کند یک عمل حقوقی، از جمله فسخ قرارداد به دلیل نقض یک ممنوعیت قانونی مانند آنچه در بند اول ماده ۵ مقررۀ مسدودساز مقرر شده است باطل است، در دادگاه می‌تواند به این بطلان استناد کند. برای این منظور، بار اثبات بر دوش وی است و باید حقایق را بیان کند که اثبات کند ماده ۵ مقررۀ مسدودساز نقض شده است. پس مطابق این ماده و استدلال فوق، بار اثبات خلاف قانون بودن فسخ انجام‌شده بر عهده خواهان یعنی بانک ملی ایران است. این نظر تا زمانی درست است که مناسبات قانون حاکم با مقررات مقررۀ مسدودساز سنجیده نشود. به دلیل ماهیتی که مقررۀ مسدودساز از جهت آمره بودن و تعیین سیاست عمومی اتحادیه اروپا در خصوص تحریم‌های کشور ثالث دارد، باید توجه داشت که اعمال چنین قاعدۀ کلی در رابطه با بار اثبات، ممکن است تشخیص تخلف از ممنوعیت مندرج در بند اول ماده ۵ مقررۀ مسدودساز را برای دادگاه رسیدگی‌کننده غیرممکن یا بسیار دشوار کند. بدین ترتیب، کارایی مقررۀ تضعیف می‌شود. همچنین شواهدی که بتواند نشان دهد که رفتار شخصی که در ماده ۱۱ به آن اشاره شده است، انگیزه آن شخص برای رعایت قوانین مندرج در ضمیمه است، معمولاً برای هیچ فرد خصوصی دیگری در دسترس نیست، تا جایی که، به‌ویژه همان طور که مستشار دیوان در نظر خود بیان کرد، ممکن است چنین شواهدی تحت پوشش رازداری تجاری باشد.<sup>۸۳</sup> بنابراین، به منظور حصول اطمینان از اینکه بند اول ماده ۵ در سطح اتحادیه به‌طور مؤثری اعمال می‌شود، در تمامی دعاوی مدنی که شواهد موجود در اختیار دادگاه ملی، حاکی از فسخ قرارداد صرفاً به دلیل پیروی از قوانین مسدودشده بوده است به‌ویژه آنکه آن شخص از کمیسیون ماده ۵ مجوزی دریافت نکرده است، آن شخص باید اثبات کند که با فسخ قرارداد به دنبال تبعیت از این قوانین نبوده است.<sup>۸۴</sup>

در عمل ممکن است اجرای این امر با مشکلاتی مواجه شود زیرا امکان دارد شخص مشمول، هم به دلیل قوانین مسدودشده و هم به دلیل سایر قوانین مانند قوانین مربوط به پولشویی و قوانین غیر از قوانین مسدودشده، قرارداد را فسخ کند. به نظر می‌رسد آنچه مهم و تعیین‌کننده

83. <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=241168&doclang=en>>, last seen 24 November 2022, para. 95.

84. *Ibid.*, para. 99.



است این باشد که نباید تبعیت از قوانین مسودشده، علت عمده فسخ قرارداد باشد.<sup>۸۵</sup>

#### ۴. ارتباط میان ماده ۵ مقرره مسودساز و ماده ۱۶ منشور حقوق بنیادین

##### اروپایی در پرتو اصل تناسب

اصل تناسب، یکی از اصول کلی مطرح در اتحادیه اروپا است. ساده‌ترین معنای این اصل آن است که هر اقدامی با هدف مورد نظر برای آن عمل متناسب و سازگار باشد.<sup>۸۶</sup> این اصل که از حقوق آلمان سرچشمه گرفته،<sup>۸۷</sup> در سطح حقوق اتحادیه اروپا راه یافته است به طوری که ماده ۵،۴ معاهده اتحادیه اروپا مشهور به معاهده لیسبون<sup>۸۸</sup> که بنیادهای اساسی اتحادیه را تشکیل می‌دهد، مقرر داشته است: «بر اساس اصل تناسب، محتوا و شکل اقدام اتحادیه نباید از آنچه برای دستیابی به اهداف معاهدات ضروری است تجاوز کند». این اصل در بسترهای مختلف حقوق نقش‌آفرینی می‌کند؛ از حقوق اساسی و اداری گرفته تا حقوق قراردادها و آیین دادرسی. این اصل گاهی به‌عنوان سپر برای حمایت از حقوق بنیادین افراد عمل می‌کند به طوری که محدودیت‌های غیرمتناسب بر این حقوق را بر نمی‌تابد.<sup>۸۹</sup> به همین دلیل است که ماده ۵۲،۱ منشور بنیادین حقوق اروپایی مقرر داشته هرگونه اعمال محدودیت برای حقوق بنیادین منشور باید بر اساس قانون و مطابق اصل تناسب صورت پذیرد. گاهی نیز این اصل حقوق افراد را محدود می‌کند و در روابط آن‌ها با یکدیگر مانند روابط قراردادی به متعادل کردن حقوق و تکالیف آنان دست می‌زند.<sup>۹۰</sup> به‌طور کلی سه معیار برای اعمال اصل تناسب، شامل سه عنصر (معیار)<sup>۹۱</sup> در نظر گرفته شده است: مناسب‌بودن،<sup>۹۲</sup> ضرورت<sup>۹۳</sup> و تناسب به معنای اخص (مضیق).<sup>۹۴</sup> معیار مناسب‌بودن مقرر می‌دارد که هر اقدامی برای رسیدن به هدف مطلوب و مشروع مناسب باشد.

85. Financial Markets Law Committee, *op. cit.*, p. 13.

86. Sauter, W. "Proportionality in EU Law: A Balancing Act?", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 15, 2013, p. 441.

87. Craig, P., De Búrca, G., *EU Law, Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2011, p. 526.

88. Treaty of European Union

89. De Fazio, Federico, "Proportionality Test and Constitutional Social Rights in Sieckmann", in: Jan, R. (ed.), *Proportionality, Balancing, and Rights*, Springer, Switzerland, 2021, p. 200.

90. Cauffman, Caroline, "The Principle of Proportionality and European Contract Law", *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, M-EPLI, Working Paper No. 2013-05, 2013, p. 3.

نکته شایان ذکر اینکه قطعاً اجرای این اصل باید از طریق مجاری و نهادهای حقوقی و با معیارهای صحیح جهت سنجش تناسب صورت پذیرد و اعمال بی‌ضابطه آن خطرآفرین است. برای مثال در حقوق قراردادها ممکن است حقوق قراردادی یک طرف بر اساس اصل تناسب از طریق نظریه سوءاستفاده از حق (Abuse of Right) یا حسن نیت (Good Faith) اعمال شود.

91. Element

92. Suitability

93. Necessity

94. Proportionality *sensu stricto* (In Narrower meaning)

معیار ضرورت این سؤال را مطرح می‌کند که آیا این معیار برای رسیدن به هدف مورد نظر ضروری است یا خیر و آیا معیاری کمتر محدودکننده وجود ندارد که به همان اندازه در خدمت هدف مورد نظر باشد؟ معیار تناسب به معنای اخص تناسب نیز تعادل بین اقدام و محدودیت‌هایی را که به همراه دارد ارزیابی می‌کند.

برای تمامی اصول کلی<sup>۹۵</sup> اتحادیه اروپا از جمله اصل تناسب، سه کارکرد متصور است: اولاً به‌عنوان ابزاری برای تفسیر<sup>۹۶</sup> قوانین اتحادیه اروپا و قوانین ملی که در محدوده قوانین اتحادیه اروپا قرار دارند؛ ثانیاً به‌عنوان ابزاری جهت پُر کردن خلأ قانونگذاری<sup>۹۷</sup> در رسیدگی‌های قضایی؛ ثالثاً ابزاری برای بازبینی صحت و مشروعیت قوانین و مقررات مصوب؛<sup>۹۸</sup> به نحوی که قوانین اتحادیه اروپا که یک اصل کلی اتحادیه را نقض می‌کنند، باید باطل شناخته شوند و قوانین ملی که در محدوده قوانین اتحادیه اروپا قرار می‌گیرند و با یک اصل کلی در تضاد هستند، باید کنار گذاشته شوند.<sup>۹۹</sup>

حال در پرونده بانک ملی ایران و شرکت تلکام می‌توان در دو جا رد پای این اصل را دید؛ یکی در مرحله تقنین که آیا محدودیت و ممنوعیت مندرج در ماده ۵,۱ مقررۀ مسدودساز که بر حق آزادی تجارت مذکور در ماده ۱۶ منشور وارد شده است، از منظر اصل تناسب تحت ماده ۵۲,۱ منشور حقوق بنیادین اروپایی توجیه‌پذیر است؟

ثانیاً در مرحله قضاوت، آیا زیان بزرگی که در نتیجه عدم تبعیت از تحریم‌های مسدودشده به شرکت آلمانی وارد می‌شود، مجوزی برای آن شرکت ایجاد می‌کند که برخلاف ماده ۵,۱ مقررۀ مسدودساز عمل کند؟ به نظر می‌رسد نقطه آغازین برای شروع اختلاف میان نظر مستشار و دیوان دادگستری اروپایی در پرونده فوق، همین اصل تناسب است و به نظر نگارندگان در رأی دیوان، این اصل به‌درستی مورد استناد قرار نگرفته است.

#### ۱-۴. بررسی احتمال مغایرت ماده ۵,۱ مقررۀ مسدودساز و اصل تناسب در

##### مرحله تقنین

ماده ۱۶ منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا<sup>۱۰۰</sup> تصریح کرده است که هر کس حق اشتغال به هر

95. General Principles

96. Aid to Interpretation

97. Gap-Filling Function

98. Ground for Review

99. Tridimas, Takis, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2020, p. 36; Groussot, Xavier, *General Principles of Community Law*, European Law Publishing, 2006, p. 23; Lenaerts, K., Gutiérrez-Fons, J.A., "The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law", *CMLR*, vol. 47, 2010, pp. 1631- 1653.

100. CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION (2000/C 364/01)

تجارتی که مطابق مقررات و رویه‌های اتحادیه و کشورهای عضو باشد، دارد. طبق رویۀ دیوان دادگستری اروپایی، حق آزادی تجارت از جمله شامل این حق است که هر کسب و کاری بتواند آزادانه در حدود مسئولیت خود در قبال اعمال خود، از منابع اقتصادی، فنی و مالی در دسترس خود استفاده کند.<sup>۱۰۱</sup> همچنین ماده ۱۶ منشور، آزادی انتخاب اشخاص طرف قرارداد تجارت و آزادی تعیین قیمت خدمات را پوشش می‌دهد.<sup>۱۰۲</sup> حال اگر به استناد ماده ۵ مقررۀ مسدودساز، اقدام شخص مشمول مقررۀ جهت فسخ یا عدم انجام تعهد ابطال شود، ممکن است این ابهام پیش آید که این تصمیم مغایر با ماده ۱۶ منشور حقوق بنیادین است که شامل این حق است که اشخاص اروپایی مختار به انتخاب اشخاص طرف قرارداد خود هستند. در واقع ماده ۱۶ این اختیار را به اشخاص می‌دهد که در مراودات تجاری خود، هر شخصی را از دایرۀ شرکای تجاری و اطراف قرارداد کنار بگذارند. همچنین ماده ۵۲،۱ منشور تصریح داشته: «هرگونه محدودیت در اعمال حقوق و آزادی‌های به رسمیت شناخته‌شده توسط این منشور باید توسط قانون پیش‌بینی شود و به ماهیت آن حقوق و آزادی‌ها احترام بگذارد. با رعایت اصل تناسب، محدودیت‌ها تنها در صورتی می‌توانند اعمال شوند که ضروری باشند و واقعاً اهداف منافع عمومی را که اتحادیه به رسمیت می‌شناسد، یا نیاز به حمایت از حقوق و آزادی‌های دیگران را برآورده کند». لذا ماده ۵ و ۹ مقررۀ مسدودساز باید در پرتو اصل تناسب و با در نظر گرفتن ماده ۱۶ منشور تفسیر شود؛ به این نحو که الزام و ممنوعیت مندرج در ماده ۵ و تعیین ضمانت اجرای تخلف در ماده ۹ مقررۀ مسدودساز علیه حق آزادی تجارت اشخاص مشمول مقررۀ مسدودساز، مغایر با ماده ۱۶ منشور است و آن‌ها را وادار به ادامه قرارداد با شخصی می‌کند که ادامه همکاری ضرر نامتناسب به لحاظ وضع تحریم‌های کشور ثالث برای آنان دربردارد.

در مقابل باید گفت آزادی انجام یک تجارت، حق مطلق نیست بلکه باید در ارتباط با کارکرد اجتماعی آن در نظر گرفته شود. در عوض می‌توان آن را تحت محدودیت‌های قانونی قرار داد. در نتیجه، ممکن است محدودیت‌هایی برای اعمال آن‌ها منظور شود، مشروط بر اینکه محدودیت‌ها با اهداف منافع عمومی مطابقت داشته باشد و در ارتباط با هدف تعقیب‌شده، مداخلۀ نامتناسب و غیرقابل تحمیلی ایجاد نکند که به ماهیت حقوق تضمین‌شده لطمه وارد کند.<sup>۱۰۳</sup> به همین دلیل در

**101.** Judgment of 30 June 2016, Lidl, C-134/15, EU:C:2016:498, para. 27.

**102.** Judgment of 15 April 2021, Federazione Nazionale Delle Imprese Elettrotecniche ed Elettroniche (Anie) and Others, C-798/18 and C-799/18, EU:C:2021:280, para. 57.

**103.** CJEU, Joined Cases C-184/02 and C-223/02, *Kingdom of Spain and Republic of Finland v. European Parliament and Council of the European Union*.

این تفسیر برای اولین بار در ۱۹۸۹ و در پروندۀ زیر مطرح شد:

Case 265/87 REFERENCE to the Court under Article 177 of the EEC Treaty by the Finanzgericht (Finance Court) Düsseldorf for a preliminary ruling in the proceedings pending before that court between Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG, Ochtrup (Federal Republic of Germany) and

خصوصاً مقررۀ مسدودساز و پروندۀ بانک ملی ایران و تلکام باید اذعان داشت به دلایل گسترده سیاست عمومی، حمایت از حقوق بین‌الملل و انزجار عمومی اتحادیه از قوانین مزاحم فراسرزمینی که در مقدمۀ مقررۀ و ماده ۴ و ۵ منعکس شده‌اند، محدودیت بر آزادی تجارت را بر اساس ماده ۵۲،۱ منشور توجیه می‌کند.<sup>۱۰۴</sup> علاوه بر این، حتی اگر ماده ۵ مقررۀ مسدودساز برخلاف اصل تناسب و ماده ۱۶ منشور باشد، این ادعا رویه و فرایند خاص خود را از جهت مقررات آیینی و دادرسی می‌طلبد و تا زمانی که این مقررۀ باطل اعلام نشده است، ادعای مغایرت ماده ۵ مقررۀ با ماده ۱۶ منشور در یک پروندۀ خاص مانند پروندۀ بانک ملی و تلکام مسموع نیست.

#### ۲-۴. استناد به اصل تناسب در مرحله رسیدگی قضایی

پس از پذیرش عدم مغایرت مقررۀ مسدودساز با اصل تناسب در مرحله تقنین باید به این پرسش پاسخ داد که آیا خوانندۀ دعوا می‌تواند به اصل تناسب استناد و ادعا کند عدم تبعیت از قوانین تحریمی مسدودشده و تن‌دادن به ممنوعیت مقررۀ مسدودساز باعث ورود ضرر هنگفت به وی می‌شود؟ در واقع آیا اصل تناسب می‌تواند حقی برای خواننده جهت فسخ یا عدم انجام تعهدات ایجاد و در مقابل، حق خواهان را برای الزام خواننده به انجام تعهدات محدود کند؟ باید گفت این اصل می‌تواند مورد استناد خواننده قرار گیرد مشروط بر اینکه فرایند بند دوم ماده ۵ مقررۀ مسدودساز که اجازه داده است اشخاص مشمول با اثبات ضرر جدی نزد کمیسیون اروپایی بتوانند از الزام و ممنوعیت مقررۀ مسدودساز رهایی یابند رعایت شود. پس اصل تناسب به‌عنوان یک قاعدۀ زیربنایی اتحادیه در مقررۀ مسدودساز لحاظ شده اما فرایند خاصی برای اعمال پیش‌بینی و صلاحیت احراز و نحوه اعمال آن به کمیسیون اروپایی واگذار شده است نه به تشخیص خواننده یا حتی دادگاه رسیدگی‌کننده به پرونده. با این حال، دیوان دادگستری اروپایی در پروندۀ بانک ملی ایران و تلکام اگرچه ابتدا پذیرفته که تفسیر ماده ۵ و ۹ مقررۀ مسدودساز در پرتو ماده ۱۶ و ۵۲ منشور حقوق بنیادین مانع از این نیست که فسخ قرارداد توسط شرکت آلمانی بی‌اعتبار باشد، در چرخشی ناگهانی اعلام داشته است بی‌اعتباری فسخ مشروط بر این است که این امر آثار نامتناسب اقتصادی برای شرکت آلمانی به همراه نداشته باشد زیرا در این صورت نظم اتحادیه اروپا و منافع اشخاص مشمول که مقررۀ مسدودساز به دنبال حمایت از این دو بوده است خدشه‌دار می‌شود. این استدلال دیوان ناصواب است زیرا دغدغۀ دیوان مبنی بر لزوم رعایت اصل

Hauptzollamt Gronau و WACHAUF v. BUNDESAMT FÜR ERNÄHRUNG UND FORSTWIRTSCHAFT REPORT FOR THE HEARING delivered in Case 5/88

104. <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=A7CBEDCBA49D768B0189307D5818FDB4?text=&docid=241168&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&id=505526>>, last seen 24 November 2022, para. 135.

تناسب، در جلوگیری از تحویل ضرر جدی به شخص مشمول مقرره یا ناظر بر مرحله تقنین است یا قضا. در مرحله تقنین که اثبات شد و خود دیوان اذعان کرد که مقرره مسدودساز مغایرتی با اصل تناسب ندارد. اگر دغدغه دیوان ناظر بر مرحله قضا است باید گفت این دغدغه بی‌مورد است زیرا با فرایند پیش‌بینی شده برای اخذ مجوز معافیت در بند دوم ماده ۵ اشخاص مشمول تحت حمایت قرار گرفته‌اند و اصل تناسب در یک فرایند تخصصی و بررسی کارشناسانه اجرا و لحاظ می‌شود.<sup>۱۰۵</sup>

این نحوه اظهارنظر دیوان، فایده مقرره مسدودساز را از درون تهی می‌کند زیرا اولاً این استدلال به معنای بی‌توجهی به فلسفه مقرره مسدودساز و نیز بی‌اعتنایی به متن مقرره و فرایند پیش‌بینی شده جهت صدور مجوز معافیت است به طوری که این رأی منجر به حمایت از اشخاصی می‌شود که ناقض مقرره مسدودساز بوده و فرایند اخذ معافیت را طی نمی‌کنند. این اشخاص نه تنها متخلف هستند بلکه به ضرر خود اقدام کرده و خود را از اعمال معافیت‌های مقرره مسدودساز محروم کرده‌اند و حمایت از این اشخاص تحت پوشش اصل تناسب فاقد وجاهت است. ثانیاً رأی دیوان، تکلیفی مالایطاق بر دادگاه رسیدگی‌کننده بار می‌کند زیرا باید جنبه‌های مختلف و آثار تبعیت یا عدم تبعیت اشخاص مشمول از قوانین تحریمی مسدودشده مقرره وضع شده را بررسی کند در حالی که دادگاه‌های رسیدگی‌کننده از تخصص کمیسیون اروپایی و از وجود یک کمیته ویژه که وظیفه یاری‌رساندن به کمیسیون را دارد، بی‌بهره هستند.

### نتیجه

۱- قوانین مسدودساز جهت مقابله با آثار قوانین مزاحم فراسرزمینی وضع می‌شوند. قوانین مسدودکننده تحریم‌های فراسرزمینی، عدم مشروعیت این تحریم‌ها را از نظر حکمی اعلام داشته و مانع جریان یافتن آثار آن در روابط حقوقی می‌شود. مقرره مسدودساز اتحادیه اروپا یکی از این قوانین است که در حال حاضر معتبر و لازم‌الاجرا است.

۲- اشخاص مشمول مقرره در مواجهه با تحریم‌های فراسرزمینی امریکا در تنگنا قرار گرفته‌اند زیرا از یک سو به موجب مقرره مسدودساز از رعایت این تحریم‌ها منع شده‌اند و از سوی دیگر سرپیچی از قوانین تحریمی امریکا آثار غیرقابل جبرانی برای آنان دارد.

۳- در حقوق قراردادهای مهم‌ترین اثر این مقرره این است که اشخاص مورد تحریم که با اشخاص مشمول مقرره قرارداد منعقد کرده‌اند می‌توانند به ممنوعیت اشخاص مشمول مبنی بر

۱۰۵. نکته شایان ذکر اینکه اگر قرار بر سنجش ضررهای وارد بر شخص مشمول ناشی از عدم تبعیت از قوانین مسدودشده، چه نزد کمیسیون چه نزد دادگاه باشد، در صورتی که شخص مقابل نیز خود مشمول مقرره باشد باید ضررهایی که به آن شخص، در نتیجه اعطای معافیت به طرف دیگر وارد می‌شود نیز در نظر گرفته شود.

عدم امکان استناد به قوانین تحریمی مسدودشده استناد کنند و در صورت فسخ قرارداد یا عدم انجام تعهدات قراردادی توسط اشخاص مشمول که با استناد به آن قوانین صورت می‌گیرد، ابطال فسخ قرارداد و الزام شخص مشمول را به انجام قرارداد طلب کنند.

۴- مقررۀ مسدودساز در زمان رسیدگی به اختلافات قراردادی در قلمرو اتحادیه اروپا به‌عنوان مقررۀ آمرۀ برتر یا نظم عمومی مقر، علی‌الاصول بر قانون حاکم بر قرارداد و قوانین مسدودشده مقدم است. در خارج از اتحادیه و به فرض قرابت قرارداد با مقررۀ تحریمی امریکا و مقررۀ مسدودساز اروپا، دادگاه یا داور باید با توجه به قواعد حل تعارض مقر، از میان این دو مقررۀ متعارض، یکی را انتخاب و حاکم کند.

۵- با عنایت به رأی دیوان دادگستری اروپایی در مقام تفسیر این مقررۀ در پرونده میان بانک ملی ایران و شرکت آلمانی تلکام، بار اثبات عدم نقض ماده ۵ مقررۀ مسدودساز بر عهده شخص مشمول است و همان شخص باید اثبات کند که به دلیلی غیر از تحریم‌های امریکا اقدام به فسخ قرارداد کرده یا از انجام تعهدات قراردادی خود سر باز زده است.

۶- شروط مغایر با ماده ۵ مقررۀ مسدودساز و گنجاندن شروطی مانند فورس‌ماژور و انحلال قرارداد به دلیل ممنوعیت ناشی از قوانین تحریمی مسدودشده باطل است.

۷- ممنوعیت و محدودیت مندرج در ماده ۵ مقررۀ مسدودساز، مغایرتی با اصل تناسب و حق بنیادین آزادی تجارت ندارد و اعمال این محدودیت و ممنوعیت مطابق اصل تناسب و ماده ۵۲ منشور صورت پذیرفته و توجیه‌پذیر است. علی‌رغم رأی دیوان دادگستری اروپایی، اشخاص مشمول مقررۀ نمی‌توانند بدون اخذ معافیت از کمیسیون اروپایی، با استناد به نقض اصل تناسب و به بهانه متحمل‌شدن خسارات هنگفت در صورت سرپیچی از قوانین مسدودشده، از اجرای تعهدات قراردادی خود سر باز زنند.

## منابع:

## الف. فارسی

۱. رضایی، سیدیاسر؛ «مبانی نظری صلاحیت فراسرزمینی دولت از منظر حقوق بین‌الملل عمومی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۶، زمستان ۱۳۹۰.
۲. ابراهیمی، سیدنصرالله؛ «اعمال فراسرزمینی قوانین داخلی و آثار آن»، مجله مجتمعی عالی آموزش قم، سال دوم، شماره ۷۸، پاییز و زمستان ۹۷.
۳. بذار، وحید؛ «مروری بر کارایی قوانین انسداد اتحادیۀ اروپا و چین برای مقابله با تحریم‌های فراسرزمینی امریکا»، منتشرشده در

<https://unstudies.ir/iauns-forum>، 31/05/2022

## ب. انگلیسی

## - Books

1. Azeredo Da Silveira, Mercedes, *Trade Sanctions and International Sales*, Kluwer Law International BV, Netherland, 2014.
2. Basedow, Jurgen, et al., *Encyclopedia of Private International Law*, vol. 2, Edward Elgar Publishing Limited, Gheltenham, 2017.
3. Calster, Geert Van, *European Private International Law: Commercial Litigation in the EU*, Hart Publishing, Oxford, 3rd Edition, 2021.
4. Cordero-Moss, Giuditta, "EU Mandatory Provisions and Law Applicable to the Merits", in: Ferrari, Franco, *The Impact of the EU Law on International Commercial Arbitration*, New York, JurisNet, 2017.
5. Craig, P., De Búrca, G., *EU Law, Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2011.
6. De Fazio, Federico, "Proportionality Test and Constitutional Social Rights in Sieckmann", in: Jan, R. (ed.), *Proportionality, Balancing, and Rights*, Springer, Switzerland, 2021.
7. Fazilatfar, Hossein, *Overriding Mandatory Rules in International Commercial Arbitration*, Edward Elgar Publishing Limited, Gheltenham, 2019.
8. Gernet, Marcel, "Blocking Statutes: Private Individuals Entangled in Interstate Conflicts", in: Sooksripaisarnkit, Poomintr, *Blurry Boundaries of Public and Private International Law*, Springer, Gateway East, 2022.
9. Groussot, Xavier, *General Principles of Community Law*, European Law Publishing, 2006.
10. Harris, Jonathan, "Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation", in: Franco, Ferrari, Leible, Stefan (eds.), *Rome I*

*Regulation, the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier Publications, Munich, 2009.

11. Koen, Lenaerts, Van Nuffel, Piet, *EU Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021.
12. Kunda, Ivana, *Internationally Mandatory Rules of a Third Country in European Contract Conflict of Laws*, Faculty of Law, University Rijeka, 2007.
13. Lieberknecht, Markus, *The Renaissance of the Blocking Statute*, Institute for Comparative Law, Conflict of Laws and International Business Law, Heidelberg, 2020.
14. McParland, Michel, *The European Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
15. Mills, Alex, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge University Press, 1st Edition, Cambridge, 2018.
16. Rosenfeld, Friedrich, "The Rome Regulations in International Commercial Arbitration: The Road Not Taken", in: Ferrari, Franco, *The Impact of the EU Law on International Commercial Arbitration*, New York, JurisNet, 2017.
17. Stoll, T., Blockmans, S., Hagemeyer, J., Hartwell, A., Gött, H., Karunska, K. and Maurer, A., *Extraterritorial Sanctions on Trade and Investments and European Responses, Study Requested by the INA Committee of the European Parliament*, 2020.
18. Stone, Peter, *EU Private International Law*, 2nd Edition, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2010.
19. Szabadaoz, Tamas, *Economic Sanction in EU Private Law*, Bloomsbury Publishing, 2021.
20. Szabados, Tamas, *Economic Sanctions in EU Private International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2021.
21. Ten Wolde, Mathijs H., *Business and Private International Law in the EU*, Paris Legal Publishers, Zutpne, 2021.
22. Tridimas, Takis, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2020.
23. Ventura, Daniel, "Contemporary Blocking Statutes and Regulations in the Face of Unilateral and Extraterritorial Sanctions", in: Beaucillon, Charlotte, *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2019.
24. Vural Celenk, Belkis, *Application of Third Country Overriding Mandatory Rules*, Schulthess, Zurich, 2018.

#### - Articles

1. Atwood, James R., "Blocking Statutes and Sovereign Compulsion in American Antitrust Legislation", *Swiss Review of International Competition Law*, vol. 27, 1986.



2. Bonomi, Andrea, "Conversion of the Rome Convention on Contracts into an EC Instrument: Some Remarks on the Green Paper of The EC Commission", *Y.B. Priv. Int'l L.*, vol. 5, 2003.
3. Cauffman, Caroline, "The Principle of Proportionality and European Contract Law", *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, M-EPLI, Working Paper No. 2013-05, 2013.
4. Hellner, Michael, "Third Country Overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation: Old Wine in New Bottles?", *Journal of Private International Law*, vol. 5, Issue 3, 2009.
5. Lenaerts, K., Gutiérrez-Fons, J.A., "The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law", *CMLR*, vol. 47, 2010.
6. M.J., Hoda, "The Aerospatiale Dilemma: Why US Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can do about it?", *California Law Review*, vol. 106, 2018.
7. Radicati di Brozolo, Luca G., "Mandatory Rules and International Arbitration", *AM. REV. INT'L ARB*, vol. 23, No. 1, 2012.
8. Ruys, Tom, Ryngaert, Cedric, "Secondary Sanctions: A weapon Out of Control? The International Legality of, And European Responses to, US Secondary Sanctions", *The British Yearbook of International Law*, 2020.
9. Sauter, W., "Proportionality in EU Law: A Balancing Act?", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 15, 2013.
10. Siehr, Kurt, "International Contracts, Party Autonomy and Mandatory Rules", *Revue Hellenique De Droit International*, vol. 67, Issue 2, 2014.
11. Spinkes, Cherrie, *et al.*, "Navigating Conflicting Sanctions Regimes", *Global Investigations Review - The Guide to Sanctions*, Second Edition, 2021.
12. Szabadoz, Tamas, "Overriding Mandatory Provisions in the Autonomous Private International Law of the EU Member States", *ELTE LJ*, 2020.
13. Wils, W.P.J., "Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice", *World Competition*, vol. 29, Issue 2, 2006.

#### - Theses

1. Gorda, Iurii, *Overriding Mandatory Rules of Third Countries in the Rome I Regulation*, Master Thesis, Master International and European Law Radboud University Nijmegen, Nijmegen, 2017.

#### - Cases and Documents

1. Bonell, Michael Joachim, *Revised Comments Article 1.4 (Mandatory Rules)*, *Principles of International Commercial Contracts*, International Institute for the Unification of Private Law, Rome, 2010.

2. EBF, “EBF comments on the EU Blocking Regulation”, Doc No. EBF\_033606, 1 August 2018.
3. Financial Markets Law committee, *U.S. Sanctions and the E.U. Blocking Regulation: Issues of Legal Uncertainty*, 2019.

