

«

»

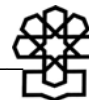
(

)

:

:

| | |
|--|----|
| مقدمه | ۱ |
| ۱. جهانی شدن - چالشی حقوقی و هنجاری | ۲ |
| ۲. تبعات قراردادهای بین‌المللی مقررات اقتصادی | ۵ |
| ۳. به سوی نظم حقوقی بین‌المللی | ۸ |
| ۴. تکامل، اصول، صلاحیت و موارد صلاحیت فرامرزی | ۱۲ |
| ۵. اعمال فرامرزی حقوق ملی: بحران در حقوق بین‌الملل | ۱۵ |
| نتیجه‌گیری - برقراری تعادل میان منافع | ۳۸ |



« »

()

در جهان پیچیده کنونی گسترش روابط اقتصادی، اجتماعی و سیاسی وابستگی بین جوامع را دو چندان کرده است. حوزه اقتصاد که جایگاه اساسی در این تحولات را دارد، کماکان در معرض اعمال قواعد حقوق داخلی بر فعالیت‌های اقتصادی بین‌المللی است. اثر مقررات اقتصادی در یک نظم به‌هم پیوسته جهانی از مرزهای ملی عبور می‌کند و فعالیت‌های اقتصادی فراملی را به‌واسطه تعارض بین قوانین کشورهای مختلف، دچار مشکل می‌کند. به‌واسطه تنوع عوامل دخیل در اقتصاد جهانی و ارتباط تعاملات اقتصادی با بیش از یک کشور، آزادی فعالیت در معرض محدودیت‌های ناشناخته بسیاری قرار می‌گیرد که این امر می‌تواند در جهت کاهش اعتبار ترتیبات خصوصی، مورد سوءاستفاده قرار گیرد. نه تنها معیارهای عدالت تصحیحی^۲ از کشوری به کشور دیگر متفاوت است بلکه تعارض‌های صلاحیتی^۳ به‌خصوص در حوزه مقررات اقتصادی داخلی، زمینه‌ای مساعد برای ناکامی برنامه‌های خصوصی مهیا می‌کند. این نوشتار قصد دارد بررسی نماید که چگونه قواعد حقوق عمومی موضوعه می‌توانند به ناکامی قراردادهای بین‌المللی کمک کنند و به چه میزان دست‌اندرکاران تعاملات خصوصی، با انتخاب قانون از قبل، می‌توانند از چنین ناکامی‌هایی اجتناب ورزند.

زمانی که توانایی طرفین در اجتناب از اختلافات حقوق عمومی موضوعه به‌وسیله انتخاب پیشاپیش قانون، محدود می‌گردد، حل‌وفصل بعدی اختلافات می‌تواند تنها گزینه برای تعیین گستره مشروع بین‌المللی چنین قواعدی باشد. اختلافات ناشی از مقررات اقتصادی ملی (اگر چه در حوزه حقوق خصوصی است) چالش بی‌سابقه‌ای در حقوق بین‌الملل ایجاد کرده است. بنابراین باید بررسی کنیم که آیا و چگونه نظم حقوقی بین‌المللی مرزهای صلاحیتی بین دولت‌ها را تعیین می‌کند؟ مسیر بحث بسیار به این وابسته است که آیا حقوق بین‌الملل عمومی می‌تواند یک چارچوب حقوقی محسوس پیشنهاد دهد که شامل اصول راهنمای ماهوی و شکلی برای رفع چنین تعارض‌هایی بین قواعد حقوق اقتصادی ملی باشد.

نتیجه مجادلات حقوق خصوصی، بستگی به تعیین حوزه مشروع اعمال قواعد حقوق عمومی

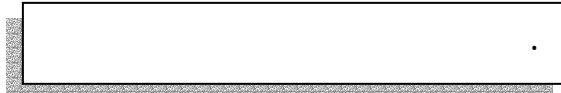
1. متن ویرایش شده سخنرانی آقای دکتر باقری که در تاریخ ۱۳۸۵/۸/۱۵ در مرکز پژوهش‌های مجلس ایراد گردیده است.

2. Corrective Justice

3. Jurisdiction Conflicts



موضوعه ورای مرزهای ملی دارد. این پژوهش قصد دارد تئوری‌های صلاحیت را در حقوق بین‌الملل و رویه دولت‌ها، در یک منظر وسیع‌تر جستجو نماید. این رویکرد گسترده به ما کمک می‌کند تا مناسب‌ترین قواعد را برای تعارضات صلاحیتی بشناسیم.



در دو دهه گذشته اقتصاد جهانی شاهد تغییری عظیم، از اقتصادهای ملی به نسبت مستقل که با موانع جغرافیایی و حقوقی از هم منفک می‌شوند به یک اقتصاد جهانی به هم وابسته که در آن عوامل اقتصادی از فرصت‌های بیش‌تری بهره‌مند می‌شوند، بوده است. ظهور ارتباطات پیشرفته رسانه‌ها و آزادسازی فعالیت‌های اقتصادی فراسرزمینی که مرزهای ملی را کم‌رنگ نموده است، نمایانگر آغاز عصر تجارت و مبادلاتی است که تناسب زیادی با حقوق اقتصادی ملی ندارد. همچنین ارتباطات اقتصادی بین دولت‌ها به گونه‌ی اثباتی توسعه‌یافته و متنوع‌تر شده‌اند. روابط اقتصادی خارجی دیگر محدود به تبادل کالا در مناطق تجاری نیست. اخیراً مهاجرت فرامرزی کارگران، معاملات خدمات و نیز جریان سرمایه و پرداخت از کشوری به کشور دیگر بسیار معمول شده است.^۱ ساختار سیاسی و اقتصادی اقتصاد جهانی تغییرات بنیادینی شاهد بوده است. تا حدی که تصویر روابط اقتصادی بین‌المللی مافوق تصور ما تغییر کرده است. قوی‌ترین دلیل این تغییرات، رشد سریع تمرکززدایی جغرافیایی، سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، الگوی در حال تغییر تجارت بین‌الملل و آزادسازی خدمات مالی است.

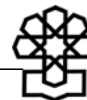
اگر چه وجود این تغییرات مهیج برای رفاه مصرف‌کنندگان در سراسر دنیا مفید می‌باشد اما می‌تواند زمینه‌ساز محیطی گردد که در آن سوءاستفاده و کاستی‌های بازار اثر جدی‌تری بر ثبات و رفاه کشورهای بسیاری بگذارد. بنابراین جهانی شدن چالشی مضاعف برای قانونگذاران در سطح داخلی و بین‌المللی مطرح است. سرعت بی‌سابقه معاملات فرامرزی و فعالیت‌های اقتصادی همراه با کاستی‌های نامتعارف بازار می‌تواند تهدیدی علیه حاکمیت دولت‌ها یعنی توانایی حکومت در تنظیم و اجرای سیاست عمومی باشد.^۲

دولت‌هایی که مشتاق به اعمال چنین حاکمیتی هستند نه تنها به قبول نظم بین‌المللی آزاد شامل آزادی اقتصادی، حقوق اموال، حقوق قراردادهای و داوری بی‌میل هستند بلکه نسبت به نگرانی‌های عمیق سیاست عمومی نیز بی‌تفاوتند.

اقتصاد جهانی نمی‌تواند پایدار باشد مگر این‌که برخی ابزارهای تنظیمی اتخاذ کردند تا برخی

1. J. H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT*, Kansas City, 1969, p. 2

2. W. H. Reinicke, *Global Public Policy, Governing without Government*, Washington, 1998, p. 5



آثار خارجی^۱ ناخواسته، عدم تقارن اطلاعات^۲ و رفتارهای ضد رقابتی را مهار نمایند. نابرابری اطلاعات همیشه یکی از دلایل این بحث بوده است که چرا دولت‌ها باید در بازار دخالت نمایند. اما جهانی شدن این نابرابری‌ها را تشدید کرده و مشکلاتی برای دولت‌ها در ارزیابی نیاز و میزان واکنش‌های قانونگذاری‌شان ایجاد می‌کند. سیاست‌های ضد انحصاری ملی همچنین می‌توانند با مشکل وفق یافتن با محیط جهانی روبه‌رو شوند.^۳ تا آنجا که به سیاست‌های تنظیمی مربوط می‌شود دیالکتیک جهانی شدن که بازیگران عمومی و خصوصی با آن درگیرند را تشدید کرده است و کشمکش دائمی بین آزادی و نظم، استقلال فردی و منافع اجتماعی ایجاد کرده است.

به همین صورت تنوع جغرافیای اقتصادی و سیاسی که به وسیله جهانی شدن ایجاد شده است، عدم توازن ساختاری بین قلمرو عمومی و خصوصی جامعه ایجاد کرده است. حکومت‌ها که خواستار ادامه عمل در حوزه اصل سرزمینی بودن هستند دریافته‌اند که در اعمال صلاحیت قانونگذاری‌شان بر حوزه‌های مرتبط با اقتصاد جهانی، با مشکل بسیاری روبه‌رو هستند.^۴ افزایش به هم وابستگی متقابل، از طریق افزایش پیوستگی بین تجارت و سرمایه‌گذاری که جدائی بازارها را از بین می‌برد، می‌تواند کاهنده استقلال داخلی در زمینه‌های پولی، مالی و سیاست تنظیمی باشد.^۵ بنابراین اگر چه جهانی شدن می‌تواند موجب یکپارچگی در حوزه اقتصادی و خصوصی گردد، اما باعث تنوع و چندگانگی در نظارت‌های حقوقی و سیاسی می‌شود.^۶

برخی کاستی‌ها در بازار وجود دارند که تحت یک نظام بین‌المللی لیبرال صرف نمی‌توان آن‌ها را کشف یا مهار نمود. در یک نظم لیبرال، جهانی شدن می‌تواند حاوی نفع شگرفی برای منتفع ساختن همه مصرف‌کنندگان باشد اما احتمال کاستی‌های بازار فراملی (که ثبات بازار بین‌المللی را متزلزل می‌سازد و به رفاه صدمه‌ای اساسی وارد می‌سازد) به مراتب بزرگ‌تر است.^۷ بنابراین خطر ذاتی تبادلات اقتصادی خودجوش و تعقیب منافع خصوصی، بزرگ‌تر از آن است که بتوان بدون اتخاذ برخی اقدامات سازنده و چارچوبی که ثبات‌بخش بوده و نفع اجتماعی را تأمین کند، رها نمود.^۸

آشکار است که هنوز یک نفع عمومی جهانی در نبرد با این نوع مداخله در بازارهای بین‌المللی وجود دارد. دولت با قابلیت منحصر به فردش، نخستین کنشگری است که در هر رابطه دوجانبه

1. Externalities

2. Information Assymmetric

3. J. Jackson, *Global Economics and International Economic Law*, 1 Journal of International Economic Law, 1, 13 (1998).

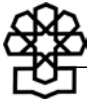
4. M. J. Shapiro, "Sovereignty and Exchange in the Orders of Modernity", in G T Crane & A Amawi (eds.), *The Theoretical Evolution of International Political Economy*, New York, 1997, p. 309.

5. B. Jones, *Globalisation & Interdependence in the International Political Economy*, London, 1995, pp. 200-201.

6. Reinicke, *supra* note 2 at 65; M Smeets, *Globalisation and the Trade Policy Response*, 1990 JWT, p. 56 at 64, 68.

7. For an articulate defence of a liberal international order, see E U Petersmann, *The GATT/WTO Dispute Settlement System*, London, 1998, pp. 1-25.

8. Reinicke, *supra* note 2 at 65.



خصوصی از طریق اعمال قدرت عمومی‌اش مداخله می‌کند.¹ نکته طنزآمیز این‌جاست که بخش عمده موفقیت جهانی شدن وابسته به حمایت و تقویت نقش دولت‌ها به‌عنوان اجتماعات سرزمینی محدود و سازمان‌های بنیادین و ایجادکنندگان ارزش‌هاست.² مسأله اصلی، اغلب به ابزارهای اعمال اهداف سیاست عمومی و شیوه دخالت دولت مربوط است. باید یا یک نظم عمومی پذیرفته شده جهانی برای منفعت همه شهروندان جهان وجود داشته باشد یا چارچوبی برای همسازکردن و هماهنگ نمودن بینش‌های ملی (در خصوص آنچه سیاست عمومی باید باشد) وجود داشته باشد.

با توجه به الگوی ناهمگون توسعه اقتصادی در سرتاسر جهان، احتمال طرحی برای وضع قاعده در سطح جهانی بسیار بعید است. در سیستم موجود حقوق داخلی، کشورها تمایلی در اقدام به منظور دستیابی به بهترین سطح ممکن در قاعده‌سازی برای کل جهان ندارند.³

حتی اگر دولت‌ها درخصوص حوزه و محتوای یک نظم بین‌المللی توافق کنند، بسیار تردیدآمیز است که یک وفاق عام برای یک سیاست عمومی جهانی یا ابزارهای تنظیمی، علیه کاستی‌های فراملی بازار حاصل شود. به‌عبارت دیگر جز برخی ترتیبات منطقه‌ای، چشم‌انداز همگرایی اساسی سیاست‌های ملی در این زمینه امیدبخش نیست.⁴ در نتیجه واکنش دولت‌ها به کاستی‌های بازار بین‌المللی اساساً رویکردی یکجانبه بوده است.

در مواجهه با واقعیت‌های جهانی شدن و بازار آزاد، دولت‌ها جز تقویت و گسترش برنامه‌های تنظیمی یکجانبه هیچ انتخابی ندارند. رشد نظام‌های اقتصادی اثر گسترده‌ای بر فعالیت‌های اقتصادی ورای مرزها داشته است. کنترل مبادلات ارزی، وضع قواعد صادرات و واردات به دلایل اقتصادی و سیاسی از نمونه‌های مهمی است که از حقوق اقتصادی ملی به روابط اقتصادی بین‌المللی هدایت شده است، در عین حال اشکال دیگری از وضع قاعده با بنیانی ملی، قابلیت اعمال بین‌المللی دارند.⁵

در یک اقتصاد جهانی شده، جایی که مرزهای ملی رنگ باخته‌اند، اثر قوانین موضوعه ملی که بدو در پی مبارزه با کاستی‌های بازار داخلی هستند، می‌تواند به عرصه بین‌المللی راه یابد و ایجاد سردرگمی و شبهه نماید. جهانی شدن و گسترش روابط اقتصادی خارجی همراه با مداخله تک‌تک دولت‌ها از طریق اعمال سیاست اقتصادی ملی‌شان در قالب قواعد اقتصادی، منجر به پیچیدگی زیاد

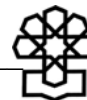
1. B. Simma, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, 250 (VI) Hague Recueil, 234 (1994).

2. P. Alston, *The Myopia of the Handmaidens: International Lawyers and Globalisation*, 3 EJIL 435, at 436, 437 (1997); M Reisman, *Designing and Managing the Future of the State*, 3 EJIL 409 at 419 (1997).

3. A. T. Guzman, *Is International Antitrust Possible?* 73 New York University Law Review, 1501 at 1503 (1998).

4. A. O Sykes, *The (Limited) Role of Regulatory Harmonisation in International Good and Services Markets*, 1 Journal of International Economic Law 49 at 52, 57 (1998); H D Lasswell, "The Identification and Appraisal of Divers Systems of Public Order", in M S. McDougal et al (eds.), *Studies in World Public Order*, New Haven, 1987 p. 3 at 6, 15.

5. Ibid.



هم برای دولت‌ها و هم بخش خصوصی درگیر در روابط اقتصادی بین‌المللی شده است.¹ این قواعد اقتصادی به‌عنوان انعکاسی از منفعت عمومی دولت‌های ملی شناخته می‌شوند.² تنوع و تفاوت در منافع ملی، قراردادهای بازرگانی بین‌المللی را پیچیده‌ترین نوع قرارداد نموده است.³ برخی اوقات این وضعیت، فعالیت‌های اقتصادی بین‌المللی را در اقلیم تعارض قواعد قرار داده است.⁴ امروزه مسائل مرتبط با رفاه اقتصادی و سیاسی، امنیت ملی و تلاش‌های دولت‌ها در دفاع یا گسترش منافع اقتصادی در زمره دغدغه‌های آفرین‌ترین مشکلات حقوقی بین‌المللی قرار هستند.



وضعیت اموری که شرح داده شد، اهمیت ثبات و اطمینان در یک تعامل تجاری بین‌المللی را بیشتر روشن می‌کند. در یک وضعیت صرفاً داخلی (درخصوص حقوق قراردادی) قهراً قانون حاکم و دادگاه صالح، اقامتگاه طرفین یا محل انجام فعالیت اقتصادی است.

قطعاً شیوه‌های تخصیص ریسک در یک قرارداد داخلی نسبت به یک قرارداد بین‌المللی که دارای پیچیدگی بیشتری است، راحت‌تر انجام می‌شود. دخالت حداقل دو نظام حقوقی، وقتی یک طرف با توسل به مقررات عمومی کشور مربوطه سعی در کم‌رنگ کردن اعتبار تعهدات قراردادی دارد، احتمال اختلاف را تقویت می‌کند. در این سطح، جدال بر سر این‌که آیا ارزش‌های مربوط به استقلال یا رفاه عمومی باید مستولی شود، حساسیت بیشتری پیدا می‌کند. در یک قرارداد بین‌المللی غالباً اتفاق می‌افتد که حقوق خصوصی یک قرارداد به‌وسیله یک نظام حقوقی مشخص می‌شود و به‌وسیله یک نظام حقوقی دیگر لازم‌الاجرا می‌شود در عین حال مقررات حقوق عمومی مرتبط با آن متعلق به کشور ثالث است.

بنابراین، برای این‌که معلوم شود آیا چالشی واقعی برای قرارداد وجود دارد، شایسته است تحقیقی در مشروعیت اعمال قواعد حقوق عمومی داخلی، تحت نظام حقوق بین‌الملل عمومی صورت

1. E. Luard, *Economic Relationships among States*, London, 1984, pp. 255-266; A A Kenchtle, *Basic Problems in International Fiscal Law*, Translated from German by W E Weisflog, London, 1976 p. 3. D E Rosenthal & W M Knighton, *National Laws and International Commerce*, London, 1982, p. 4. A H Hermann *Conflicts of National Laws with International Business Activity* London, 1982, p. 19; C H Fulda & W. F. Schwartz, *Regulation of International Investment* Mineola, 1970, p. 537. *Trade and Investment*, Mineola, 1970, p. 537.

2. F. A. Mann, *The International Enforcement of Public Rights*, 19 New York University Journal of International Law and Politics, 603 (1987).

3. O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, 1991, pp. 250-252.

4. J. H. Jackson, *International Economic Law: Reflections on the "Boilerroom" of International Relations*, 10 The American University of International Law and Policy 603 (1995).

5. International Contracts of the Economic Regulations.



گیرد. در یک قرارداد بین‌المللی باید به تعیین ضرر و زیان‌های گوناگون توجه بیشتری شود. بزرگ‌ترین فایده انتخاب قانون از قبل، این است که از تعارض معیارهای عدالت تصحیحی که روابط طرفین را تنظیم می‌کند اجتناب می‌نماید. اجتناب از تعارض همیشه یکی از بزرگ‌ترین اهداف حقوق محسوب شده است. در تعارض قوانین دو رویکرد وجود دارد:

الف) شیوه پیشگیرانه در اجتناب از تعارض.

ب) شیوه درمانی حل تعارض. هدف شیوه اول اجتناب از وضعیتی است که محتمل است تعارض قوانین از آن ناشی شود. این امر با تمسک به محلی کردن یا دیگر ابزار اجتناب از تعارض محقق می‌شود. از سوی دیگر حل تعارض با راه‌حل‌های قانونی و قضائی تعارض که معمولاً قبلاً از روابط حقوقی خاص ناشی شده است، ارتباط می‌یابد. این‌جا هدف وضع مقرراتی است که موجب حل مسائل مورد اختلاف در شیوه‌ای یکدست و عادلانه شود.¹ انتخاب قانون تلاشی است از سوی طرفین برای تخصیص ریسک مضاعفی است که در قرارداد بین‌المللی احساس می‌شود. به منظور اجتناب از اختلاف بیشتر در نظام حقوق قراردادی، معمولاً طرفین قرارداد از قبل بر یک قانون توافق می‌کنند تا توزیع ضرر و زیان‌های آتی روابط قراردادی‌شان را تنظیم کنند. پس دلیل ساده برای این انتخاب، کنکاشی در جهت قطعیت و پیش‌بینی‌پذیری است. یک انتخاب صریح و معتبر می‌تواند در دادگاه از هزینه و اطاله در اختلافات مربوط به این مسائل جلوگیری می‌کند.²

- .

تا آن‌جا که به اشخاص خصوصی مربوط می‌شود، اجتناب از تعارض در جنبه اختیاری نرُم‌های حقوقی مورد بحث قرار گرفته است، یعنی در حوزه استقلال افراد و معیارهای عدالت تصحیحی.³ از سوی دیگر در زمینه قواعد حقوق عمومی اجتناب از تعارض فقط می‌تواند با انعقاد معاهدات بین دولت‌ها محقق شود.⁴ اگر چه تبعات اعمال حقوق موضوعه از طریق توافق قبلی توسط طرفین قابل مدیریت است، روی هم رفته قدرت طرفین در اجتناب از بروز اختلاف همیشه ممکن نیست. زیان‌هایی که از قبل توسط طرفین قابل کنترل است، یعنی آن‌هایی که می‌تواند تحت پوشش قرارداد قرار گیرد ماهیتی خاص دارند.⁵ در حوزه حقوق خصوصی، اجتناب از تعارض براساس اصل استقلال طرفین است. یک حقوقدان که می‌خواهد با محلی قرارداد کردن استفاده از ابزار دیگر اجتناب از تعارض را در یک معامله بین‌المللی پیشنهاد دهد، اول باید گستره استقلال طرفین را در قلمروهای مختلفی که

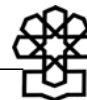
1. Ibid.

2. P. North, *Private International Law Problems in Common Law Jurisdictions*, Dordrecht, 1993, pp. 103-4.

3. C. J. Cheng (ed.), *C M Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, Dordrecht, 1988, pp. 484-5

4. Ibid. at 487-9.

5. 22 C. L. Ingram, *Choice of Law Clauses: Their Effect on Extraterritorial Analysis- A Scholar's Dream, A Practitioner's Nightmare*, 28 *Creighton Law Review*, 663 (1995).



معامله ممکن است با آن ارتباط پیدا کند، تعیین نماید.¹

باید به خاطر داشت که ریسک‌های مضاعفی فراتر از قدرت اشخاص خصوصی می‌تواند وجود داشته باشد. حق انتخاب قانون نمی‌تواند آزادی بیشتر از آنچه آن‌ها در قرارداد داخلی بهره‌مند می‌شده‌اند را اعطا کند. از نقطه نظر حقوق بین‌الملل خصوصی، قراردادهای داخلی و بین‌المللی ارزش یکسانی دارند. هر دو به‌وسیله شرط‌های نهایی به نفع حقوق عمومی داخلی محدود می‌شوند.² اگر نظام حقوق داخلی به طرفین آزادی بیشتری در انتخاب شرایط قراردادشان بدهد، استقلال در انتخاب قانون حاکم چیزی نیست جز تداوم آن آزادی.³ مفهوم استقلال می‌تواند دلالت بر آزادی بیشتری برای طرفین در یک قرارداد بین‌المللی داشته باشد.

در واقع طرفین یک معامله حقوقی اختیار انتخاب قانون حاکم بر معامله با رعایت جنبه‌های مجاز و در محدوده حقوق عمومی عام دارا هستند. بنابراین آزادی انتخاب طرفین مقید به برخی محدودیت‌هاست.⁴ مهم‌ترین محدودیت بر آزادی انتخاب، اثر انتخاب قانون خارجی است که ممکن است به‌وسیله حقوق عمومی کشور مقر دادگاه، محدود گردد یا از بین برود.⁵

بر این اساس در حوزه حقوق خصوصی، اراده طرفین فقط قانون قابل اعمال خصوصی را کنترل می‌کند.⁶ بنابراین، تحولات، اهمیت رو به کاهش انتخاب قانون یا صلاحیت (به منظور اجتناب از تعارض و ابزارهای تثبیت‌کننده در مناسبات بازرگانی بین‌المللی) را نشان می‌دهد.⁷ مقررات تنظیمی به‌طور فزاینده‌ای عرصه‌های حقوق خصوصی را در می‌نوردند و بالتبع حفظ مرز دقیق بین حقوق عمومی و خصوصی را که پیش‌شرطی اساسی برای اعمال انتخاب قانون است، مشکل می‌کند. این وضعیت پیچیده، توسط فرایند جهانی شدن و تغییر در اهمیت، میزان و ویژگی‌های تبادلات بین‌المللی می‌باشد، تشدید می‌شود و به فروپاشی مرزهای شناخته شده عرفی قلمرو اعمال قوانین دولت کمک می‌نماید. میزان بالای عدم قطعیتی که به روابط اقتصادی بین‌المللی تزریق شده است، حفظ ثبات قراردادهای بین‌المللی را از طریق یک انتخاب ساده قانون، مشکل می‌کند.

1. Cheng, *supra* note 20 at 491-2.

2. Cheng, *supra* note 20 at 549.

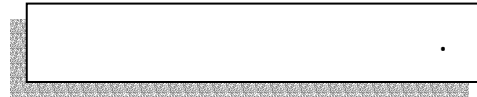
3. North, *supra* note 19 at 104.

4. E. Mostermans, "Party Autonomy: Why and When?" in *Forty Years on: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Deventer, 1990, pp. 127, 130.

5. See *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* Vol. 2, London, 2000, p. 1222. See also editions 1993, Vol. 2, p. 1215 and 1978 Vol. 2, pp. 1170-1173.

6. جنبه دیگر این بحث به تمایز بین ساختار و اعتبار قرارداد برمی‌گردد. انتخاب طرفین می‌تواند قواعد معمولی عدم اعتبار را لغو کند اما برخی قواعد بی‌اعتبار آنقدر قوی و اساسی هستند که قابل واگذاری به شرط انتخاب قانون است.

7. See R J Weintraub, *Functional Developments in Choice of Law for Contracts*, 187 (IV) Hague Recueil 271-275.



براساس پیشینه‌ای که خلاصه‌وار گفته شد، ضرورت یک نظم بین‌المللی منعطف و عملی را کاملاً روشن می‌شود. تغییراتی که در ساختار روابط بین‌المللی رخ داده است، نقش جدید دولت در شکل‌دهی اقتصاد ملی و تکرار و تشدید تأثیر متقابل بین‌المللی، بازنگری و سازگاری تئوری‌های حقوقی بین‌المللی را مسأله‌ای ضروری نموده است. حیات اقتصادی بین‌المللی حتی در ساده‌ترین شکلش، به ثبات و یکپارچگی، نظم و یکسری شرایط که ما می‌توانیم آن را چارچوب فرا اقتصادی، (اخلاقی، سیاسی و حقوقی) بنامیم، وابسته و مقید می‌باشد. مبادلات اقتصادی بدون حداقلی از اعتماد دو طرفه و اطمینان به ثبات چارچوب نهادین حقوقی، یا اصلاً به وجود نمی‌آیند یا این‌که دوام زیادی ندارند.

قواعد حقوق ملی و درگیری دولت در امور اقتصادی، پدیده‌ای عادی است، به همین دلیل به یک نظم حقوقی بین‌المللی دقیق برای نظم‌بخشی به این قواعد محتاج هستیم.¹ درست به مانند اقتصاد ملی، اقتصاد بین‌المللی نمی‌تواند بدون یک تئوری منسجم در مورد اهداف، اصول، نهادها، وابستگی‌های متقابل و شرایط تحقق سیاستش، به گونه مؤثری سازمان‌دهی شود. در مقایسه با اقتصاد ملی، نظم اقتصادی بین‌المللی با تنوع اقتصادی، سیاسی و اجتماعی بیشتر و سیستم‌های فرعی جهانی تشخص پیدا می‌کند. بنابراین تئوری‌های جامع حقوقی و اقتصادی، پیش‌شرط‌های اساسی برای هدایت منطقی فرایندهای اقتصادی پیچیده هستند.²

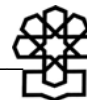
یک نظم حقوقی بین‌المللی مناسب باید ریشه و بنیانی در یک سیستم مستقر داشته باشد که آن سیستم، استمرار و یکسری رویه‌ها را مجاز بشمارد و همین‌طور با تغییرات سازگار باشد.³ علی‌رغم کثرت تئوری‌های اقتصادی، این نقش و کارکرد روش‌های حقوقی و حقوق بین‌الملل است که اهداف سیاست اقتصادی مطلوب را محقق می‌کند. هدف اولیه شیوه‌های حقوقی در تنظیم تجارت جهانی این است که قواعد ثبات بخش و تشریفات همراه آن را قالب‌بندی کرده و تفصیل نماید.⁴ باید نوعی نظم

1. See W. Ropke, *Economic Order and International Law*, 86 (II) Hague Recueil 210-212 (1954); see also *Encyclopaedia of Public International Law*, Vol. 8, Amsterdam, 1985, pp. 336-7; F Roessler.

2. E U Petersmann, "International Economic Theory and International Economic Law: on the Tasks of Legal Theory of International Economic Order", in the R Macdonald and D M Johnston (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays In Legal Philosophy Doctrine and Theory*, The Hague, 1983, pp. 228, 230; G Schwarzenberger, *Economic World Order?* Manchester, 1970, p. 1.

3. C. E. Black, "Challenges to an Evolving Legal Order", in R A Falk & C E Black (eds.), *The Future of The International Legal Order*, Vol. I, Princeton, 1969, p. 3; W Twining, *Globalisation and Legal Theory*, 49 *Current Legal Problems*, 1, 7 (1996).

4. Ropke *supra* note 29.



بین‌المللی را تصور کرد که شامل قواعد حقوق بین‌الملل عرفی با ماهیت قاعده آمره باشد.¹ برای این‌که اقتصاد جهانی پیشرفت کند و خود را حفظ نماید، مسأله نظم حقوقی بین‌المللی باید حل شود. در حالی‌که تئوری‌های اقتصاد بین‌الملل بیان می‌کنند که تجارت جهانی بر پایه قانون مزیت نسبی است، پایه این نظم باید بر اصل وفای عهد باشد.²

شناسایی پایه تعهدات در نظم حقوق بین‌الملل، به‌خصوص در زمینه اقتصادی حائز اهمیت است. زیرا تا مادامی‌که این مبنا وجود نداشته باشد هیچ کدام از اصول و معیارها (هر قدر واضح و مشروع) نمی‌توانند نظم قابل قبول گسترده‌ای از قواعد و رویه‌ها ایجاد کنند.³

با توجه به پیچیدگی بازارهای بین‌المللی به‌شدت کنترل شده، ناتوانی طرفین برای تخصیص ریسک مربوطه و موفقیت ناچیز همکاری‌های نهادین در یکپارچه کردن قواعد اساسی و ماهوی اقتصادی، شایع و غیرقابل اجتناب است،⁴ اعمال قواعد نظام‌های ملی بر فعالیت‌های اقتصادی فراملی، بحران قابل توجهی بین نظام‌های حقوقی ملی و بین‌المللی ایجاد کرده است.⁵ در طول سال‌ها، تعارض صلاحیت در حقوق بین‌الملل اقتصادی در مرکز اختلافات اقتصادی بین دول بوده است. اما تحولات اخیر به‌طور قابل توجهی این روند را تشدید کرده است. با توجه به مسائل فنی اقتصادی و سیاسی (که جامعه بین‌المللی را دگرگون ساخته است) و تعارضی که بین قواعد اقتصادی کشورهای مختلف ایجاد شده است، ما باید انتظار تحول مشابهی را در نظریه‌ها و تئوری‌های حقوقی‌مان داشته باشیم.⁶

این‌جاست که حقوق بین‌الملل به جای پیشنهاد اعمال مستقیم قواعد ماهوی بر اشخاص و شرکت‌ها، باید نقش قابل قبولی بر نظم‌بخشی و سازش قواعد موضوعه کشورها بازی می‌کند. به

1. G Schwarzenberger, *The Inductive Approach to International Law*, London, 1965, pp. 72-107.

2. Ibid. at 212-214.

3. A. Farran, "The Interplay of Law and Economics in International Trade Regulation", in R H Snape (ed.), *Issues in World Trade Policy*, London, 1986, pp. 193-196.

4. J. N Bhagwati J N, *Challenges to The Doctrine of Free Trade*, 25 New York University of International Law and Politics, 219-234 (1993); J H Bello & M E Footer, *Uruguay Round-GATT/WTO*, 29 The International Lawyer 338 (1995); T J Dillon, *The World Trade Organisation: A New Legal Order for World Trade*, 16 Michigan Journal of International Law, 350-355 (1995). See also Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities Regarding the Application of their Competition Laws, 30 ILM 1487 (1991); Canada-United States: Memorandum of Understanding as to Notification, Consultation and Co-operation with Respect to the Application of National Antitrust Laws, 23 ILM 275 (1984); Canada-United States: Memorandum of Understanding on Administration and Enforcement of Securities Laws, 27 ILM 412 (1988) (part 2 of 2). OCED's Council Recommendation Concerning Co-operation Between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade, 25 September 1979, reprinted in, OECD, *Competition Law Enforcement* (1984); M K Young, *Dispute Resolution in the Uruguay Round: Lawyers Triumph over Diplomats*, 29 The International Lawyer 389-409 (1995).

5. S. Picciotto, "The regulatory Criss-Cross: Interaction between Jurisdictions and The Construction of Global Regulatory Networks", in W Bratton et al (eds.), *International Regulatory Competition and Co-ordination*, Oxford 1996 p. 90 at 104.

6. Ropke, *supra* note 29; see also J R Paul, *The New Movement in International Economic Law* 10 American University Journal of International Law and Policy, 609 (1995).



هر حال هماهنگی شکلی خود یک چالش است. تردیدهایی در امکان تحقق این مقصود و اجرای مؤثر آن بیان شده است. دیدگاه‌های سنتی در حقوق بین‌الملل، متأسفانه اغلب در توضیح و توجیه عقلانی کردن یک نظام قاعده‌مند در این نوع از جهانی که ما امروز در آن زندگی می‌کنیم ناتوان و ناکافی هستند.^۱ حقوق بین‌الملل عمومی به تنهایی و با ساختار سنتی ممکن است از زیربنای در حال تغییر روابط بین‌المللی و اثر متقابل حوزه حقوق عمومی و خصوصی غفلت کند و در نتیجه در پرداختن به مسائل چند بعدی روابط اقتصادی بین‌المللی معاصر ناکام بماند.^۲

- .

یک نظم حقوقی مؤثر، ممکن و مناسب برای دنیای مدرن نه تنها باید رشد و اثر متقابل حوزه حقوق خصوصی و عمومی را دربرگیرد بلکه باید مسائلی را که در مرز حقوق و سیاست و اقتصاد و روابط بین‌الملل وجود دارد نیز پوشش دهد. کوتاهی حقوق بین‌الملل عمومی و خصوصی و حتی حقوق بازرگانی بین‌المللی یا حقوق تجارت بین‌المللی، در به‌عهده گرفتن جنبه‌های مختلف این چالش موجب شده است که حقوق بین‌الملل اقتصادی به محلی برای سازش بین منافع و قواعد مختلف تبدیل شود. به عبارتی حقوق بین‌الملل اقتصادی جایگاهی برای تجدیدنظر در خصوص صلاحیت حقوق بین‌الملل کلاسیک است که به ما اجازه می‌دهد جهان را به‌عنوان سیستمی واحد، هم از نظر جغرافیایی هم از نظر عملکرد، ببینیم. حقوق بین‌الملل اقتصادی روابط ظریف و پیچیده بین حقوق کشورهای مختلف و حوزه‌های مختلف سیاست عمومی را شناسایی و مدیریت می‌کند.^۳

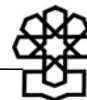
پروژه حقوق بین‌الملل اقتصادی در این مرحله، پیشنهاد یک چارچوب برای سازگاری هنجارهایی از یک پیکر و مجموعه است که این هنجارها از نظر ماهیت عمومی یا خصوصی، داخلی یا بین‌المللی هستند. در خصوص منابع، ماهیت و حوزه نظم اقتصاد بین‌الملل، شیوه عملی به روشنی دیدگاه حقوقدانان اقتصادی بین‌المللی مانند «شوارزنبورگر»^۴، ولرن ون دامت، هوهن ولدرن را رد می‌کند که حقوق بین‌الملل اقتصادی را به‌عنوان حقوق بین‌الملل عمومی در مقابل عرفی می‌شناسند که بر پایه گسترده مطلق قواعد حقوق بین‌الملل عمومی (مستقیم یا غیرمستقیم بر پایه معاهدات) با

1. J. H. Jackson, "Strengthening the International Legal Framework of the GATT-MTN System: Reform Proposals for the New GATT Round", in the E U Petersmann & M Hilf (eds.), *The New GATT Round of Multilateral Trade Negotiations*, Deventer, 1991, 7 at 8.

2. P. D. Trooboff, *The Growing Interaction Between Private and Public international*, Hague Yearbook of International Law, 107-112(1993).

3. J. P. Trachtman, *The International Economic Law Revolution*, 17 University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, 33 at 35-78(1996).

4. Schwarzenberger *supra* note 30 at 1.



عنایت به تعاملات اقتصادی فراملی بنا شده است.^۱ هر چند خارج کردن مقررات ملی چه خصوصی چه عمومی از تعریف نظم حقوقی بین‌المللی می‌تواند به یک تجانس و سازگاری برسد منتها این، نظم حقوقی را صرفاً به توافقات قراردادی محدود می‌کند و بسیاری از حوزه‌های اختلافات روابط اقتصادی بین‌المللی را حل نشده باقی خواهد گذاشت. در مقایسه، تعریف مرجع بر محتوا و هدف قواعد حقوق بین‌الملل اقتصادی تمرکز دارد. بنابراین حقوق بین‌الملل اقتصادی یک تعامل پیچیده ارتباط یافته با مجموعه متنوعی از شکل‌های مختلف نظام اجتماعی را بررسی می‌کند که یکی به دیگری از نظر افقی یا عمودی مرتبط می‌شود. مثلاً «پترزمن» تعریف اولی را با تعریف خودش مقایسه می‌کند. او حقوق بین‌الملل اقتصادی را به‌عنوان یک به‌هم‌پیوستگی عملی از قواعد خصوصی ملی و بین‌المللی اقتصاد جهانی (که در نتیجه، حقوق خصوصی و عمومی داخلی و حقوق بین‌الملل عمومی اعم از قراردادی و عرفی را دربرمی‌گیرد) تعریف می‌کند.^۲ دلیل این‌که تعریف او حقوق ملی را نیز دربرمی‌گیرد این است که نظام حقوقی داخلی هر کشور و ساختار قواعدش به‌طور خواسته یا ناخواسته بر دیگر دولت‌ها اثر می‌گذارد. ارتباط بین حقوق اقتصادی بین‌المللی و حقوق ملی به‌خصوص حقوق موضوعه، جزء مهم درک کارایی حقوق بین‌الملل می‌باشد.^۳

حقوق بین‌الملل عرفی یا قراردادی که رفتار حکومت‌ها را تنظیم می‌کند و دستاوردهای مبادلات اقتصادی بین‌المللی را تحت تأثیر قرار می‌دهد، تنها بخشی از حقوق بین‌الملل اقتصادی است. رویکرد کارکردی و راهگشا سعی می‌کند جایگزین سیستم سنتی وحدت هنجاری،^۴ که به قواعد جهانی بیش از حد وابسته است، گردد.^۵ بنابراین در دفاع از کاربرد ابتکاری منطق جدید، این تحقیق می‌پذیرد که برخی درجات جهان‌گرایی و یکپارچگی ممکن است از دست برود. این تحقیق پیچیدگی ذاتی یک روش‌شناسی چندنظمی وابسته به قرائن و مسأله‌گرا را به رسمیت می‌شناسد. به‌عنوان بخشی از این نظام هنجاری، حقوق بین‌الملل بر فرضی که تعیین‌کننده صلاحیت‌های دولت و قواعد لازم‌الاجرا در آن حوزه‌ها می‌باشد، عمل می‌کند. حقوقدانان بین‌المللی غالباً معتقدند که چنین حقوق بین‌المللی وجود دارد و بر دولت‌ها لازم‌الاجراست.^۶ علی‌رغم تردید در موجودیت و وضعیت مساعد

1. Schwarzenberger, *The Principles and Standards of International Economic Law*, 117(I) Hague Recueil 7 (1966); P Verloren van Themaat, *The Changing Structure of International Economic Law*, The Hague, 1981, p. 9; I Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law*, Dordrecht, 1992, 1981 p. 1.

2. Petersmann, *supra* note 30 at 251.

3. Jackson, *supra* note 3 at 9.

4. Normative Unity.

5. برای مثال: قواعد بنیادین، اصول کلی، اصول فرعی، قواعد خاص، مفاد معاهده، عرف‌های منطقه‌ای، ضوابط حقوقی معیارهای ۴۶ حقوقی رهنمودهای سازمان ملل و تعاریف سازمان ملل.

6. M. N Shaw, *International Law*, Cambridge, 1991, p. 394; see also P Weil, "International Law Limitations on State Jurisdiction", C J Olmstead (ed.), *Extraterritorial Application of Laws and Responses Thereto*, Oxford 1984; pp. 31-35. See D P O'Connell, *International Law*, Vol. I, London, 1970, pp. 38-54; See also generally J H Brierly, *The Basis of Obligation in International Law*, Oxford, 1958, pp. 1-68; R Thigpen, *Resolution of Conflicts between National and International Legal Prescription-A Case Review and*



حقوق اقتصادی بین‌المللی در سطح قضائی، این حقوق نقش مهمی در سطح سیاسی بازی می‌کند.¹ در حقوق بین‌الملل قراردادی حداقل نوعی نظم بالفعل و خودجوش را می‌توان استنباط نمود.² یک نظم اقتصادی بین‌المللی عرفی که به سوی یک نظام حقوقی کاملی برود هنوز وجود ندارد و تقریباً به‌طور دائم با چالش مواجه بوده است، اما باز هم یک نظم است. باید رویکردی قاعده‌گرا جستجو نمود که اختلاف را با تشخیص این‌که آیا قاعده نقض شده است یا خیر، حل کند.³ به‌طور خلاصه قواعد بین‌المللی، حقوق مشروع دولت‌ها در این نظم را بمانند نظم داخلی‌شان، در احترام به حقوق افراد تعریف می‌کنند.⁴ فقدان مکانیسم لازم‌الاجرا، مطالعات جدی قواعد حقوقی حقوق بین‌الملل عرفی را بی‌ارزش نمی‌کند. ما می‌توانیم به قاعده و انحراف از آن بنگریم تا بفهمیم آیا شیوه‌هایی برای تفکر درباره نظم اقتصادی بین‌المللی وجود دارد یا خیر.



- .

به محض این‌که شالوده نظم حقوق بین‌الملل مؤثری طرح‌ریزی شد، تعامل بین نظم بین‌المللی و حقوق داخلی بررسی تخصصی‌تر و عملی‌تر بیش‌تری را می‌طلبد. حقوق داخلی دولت دارای حاکمیت در اشکال صلاحیت قضائی، قانونگذاری و اجرائی ظهور می‌یابد. اساسی‌ترین و قطعی‌ترین کار نظم بین‌المللی این است که معین کند حوزه صلاحیت قانونگذاری، قضائی و اجرائی هر کشور به‌طور قانونی تا کجا ادامه می‌یابد. تمایز بین قدرت قانونگذاری و تعیین قاعده یا قانون یا تصمیمات، ضمانت اجرای قضائی و قدرت بر اخذ تصمیمات اجرائی است.⁵ به‌عنوان انعکاسی از حاکمیت مستقل، کشورها می‌توانند تعهدات قانونی را بر افرادی که درگیر

Assessment, 25 *Howard Law Journal* 535-648 (1982); R G Steinhardt, *The Role of International Law As a Canon of Domestic Statutory Construction*, 43 *Vanderbilt Law Review*, 1103-1114 (1990).

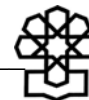
1. S. Zamora, *Is There Customary International Economic Law?* 32 *GYIL* 41 (1989).

2. F. Roessler, *Law, De Facto Agreements and Declarations of Principle in International Economic Relations*, 21 *GYIL* 30-50 (1978). D K Tarullo, *Logic, Myth, and the International Economic Order*, 26 *Harvard International Law Journal*, 533-552 (1985).

3. J. H Jackson, *The Crumbling Institutions of the Liberal Trade System* 12 *Journal of World Trade Law* 98-99 (1978); J H Jackson *Perspectives on the Jurisprudence of International Trade: Costs and Benefits of Legal Procedures in the United States*, 82 *Michigan Law Review*, 1571-2 (1984). See also P J DeSouza, *Review Essay, For whom the Bell Tolls: The Soviet Gas Pipeline Crisis and the Making of International Law*, 13 *Yale Journal of International Law*, 199 at 223-4 (1988).

4. J. Tumlrir, "International Economic Order: Rules, Co-operation and Sovereignty" in P Openheimer (ed.), *Issues in International Economics*, London, 1978, p. 1 at 4, 5; see also J Tumlrir "Evolution of the Concept of International Economic Order", in F Cairncross (ed.), *Changing Perceptions of Economic Policy*, London, 1981, p. 152 at 152-187.

5. I. Brownlie, *Principles of International Law*, Oxford, 1990, 298-9; Schachter, *supra* note 16 at 254 A C Swan & F J Murphy, *Cases and Materials on the Regulation of International Business and Economic Relations*, New York, 1991, p. 515.



فعالیت‌های اقتصادی هستند، تحمیل کنند. از آنجایی که صلاحیت جلوه حیاتی و مرکزی حاکمیت است، کشورها ممکن است در مواردی اعمال صلاحیت کنند که روابط حقوقی و تعهدات را تغییر دهند، به وجود آورند یا پایان بخشند، هر چند در اقتصاد به هم وابسته جهانی دولت‌ها نمی‌توانند مدعی صلاحیت مطلق وضع قوانین برای اعمال در موقعیت‌های بین‌المللی شوند. همان‌طور که در بالا گفته شد، حقوق بین‌الملل عمومی مرزهایی را که در آن قوانین اقتصادی داخلی مشروعاً قابل اعمال بر شرایط واقعی بین‌المللی هستند را مشخص کرده است. این فرایند شامل تعیین حدود صلاحیت دولت‌ها می‌باشد.^۱

بنابراین حقوق بین‌الملل سعی دارد قوانین مستحکمی را ایجاد کند که مربوط به محدود ساختن اعمال حاکمیت کشورهاست.^۲ از آنجایی که بنا بر حقوق داخلی، انواع متفاوت صلاحیت‌ها باید در سطوح مختلفی تعیین شوند، حقوق بین‌الملل حدودی را که کشورها در اعمال صلاحیت‌شان نمی‌توانند از آن خارج شوند، تعیین می‌کند. طبق حقوق بین‌الملل صلاحیت یک کشور به منافع بستگی دارد که آن کشور منطقاً با توجه به طبیعت و هدف اعمال آن صلاحیت خاص، داراست و نیاز به سازش بین این منافع و منافع دیگر کشورها در اعمال صلاحیت‌شان دارد.

از آنجا که هر کشور بخشی از جامعه جهانی است، قواعدی که صلاحیتش را مشخص می‌کند باید ناشی از به حساب آوردن نیازهای جامعه و به خصوص نیاز به عدم تجاوز غیرلازم به منافع سایر اعضا باشد.^۳ چنین چیزی حاصل نمی‌شود مگر آن‌که برخی وسایل و شاخص‌های عملی برای انجام این کار معرفی شوند، تا این فرایند را در هر جایی که تصمیم‌گیرنده‌های بین‌المللی با تعارض حقوق بین‌الملل و قوانین اقتصادی داخلی روبه‌رو شوند، هدایت کنند.^۴ معمولاً پذیرفته شده است که یک کشور می‌تواند به اعمال قوانین یا تحمیل آن^۵ نسبت به وقایع و افرادی بپردازد که داخل سرزمین او هستند یا به عنوان اتباعش در خارج از کشور به سر می‌برند. صلاحیت سرزمینی و تابعیت، به عنوان معیار صلاحیت مجاز به کار رفته‌اند.

صلاحیت سرزمینی اغلب به عنوان مبنای عادی صلاحیت محسوب می‌شود.^۶ یک دولت بر تمام

۱. صلاحیت در این سیاق عمیقاً وابسته به مفهوم حاکمیت است. اما کاملاً هم برابر این مفهوم نیست. در حقیقت صلاحیت بین‌المللی ویژگی یا عنصر حاکمیت است که به جنبه‌های خاص صلاحیت حقوقی عام برمی‌گردد.

See F A Mann, *Further Studies In International*

2. *Law*, Oxford, 1990, p. 421.

3. L. Henkin et al, *International Law*, St. Paul, 1993, pp. 1048-1049.

4. Higpen, *supra* note 47 at 636; for more discussion as to the role of international law in the development of national law, R G Steinhardt, *supra* note 47 at 1103.

5. صلاحیت دستوری بر صلاحیت قانونگذاری مقدم می‌شود. چرا که شامل قواعد و مقررات و همچنین تصمیمات قضائی نیز می‌شود.

6. Schachter, *supra* note 16 at 254; J G Castel, *Extraterritoriality in International Trade*, Toronto, 1988, pp. 10-13.



افراد و چیزهایی که در سرزمینش وجود دارد، صلاحیت سرزمینی دارد. با توجه به این که تمام کشورها از دید حقوق بین الملل یکسان هستند، این اقتدار بدون مانع از جانب دیگر دولت ها حاکمه نیز اعمال می شود. بنابراین هر کشوری محدوده مشخصی برای صلاحیت ملی دارد. این اصل سرزمینی بودن محض در حقوق بین الملل برای کشورها صلاحیت مطلق را مقرر می نماید تا مقررات اقتصادی را در محدوده سرزمینی خود وضع نمایند و به عنوان پیامد منطقی آن، تعهد به عدم مداخله نسبت به دیگر کشورها به وجود می آید.¹

به عنوان پیامد حاکمیت مستقل به وضوح پیداست که جز در صورت توافق هیچ حاکمیت یا اقتداری نمی تواند قانونی را به صورت فرامرزی در سرزمین دولت دارای حاکمیتی اعمال کند.² اما به عنوان استثنایی بر اصل صلاحیت سرزمینی (و مقید به برخی شرایط) این امر مورد قبول واقع شده که یک کشور می تواند صلاحیت خود را بر مبانی دیگری مثل تابعیت استوار نماید.³

تابعیت به عنوان نشانه ای از وفاداری و جنبه ای از حاکمیت، توجیه کننده صلاحیت برای اعمال بر اعمال فراسرزمینی در برخی شرایط است. بر همین اساس اقتدار دولت بر کسانی که تابعیت او را دارند حتی با ترک آن سرزمین به پایان نمی رسد.⁴ همچنین تعدادی از اصول کم تر پذیرفته شده که برای صلاحیت وجود دارد مثل تابعیت غیرمؤثر (که مطابق آن یک کشور ممکن است وقتی که قربانی یک عمل تبعه او باشد، ادعای صلاحیت نماید) یا اصل جهانی بودن (که طبق آن هر کشوری می تواند نسبت به اعمالی که به طور جهانی به عنوان جنایت علیه بشریت شناخته شده اند، ادعای صلاحیت نماید).

همچنین اصل صلاحیت سرزمینی می تواند گسترش یابد تا دربرگیرنده فعالیت هایی باشد که در کشور اعمال کننده صلاحیت آغاز شده اما در خارج کامل گردیده است. (اصل سرزمینی بودن شخصی) همچنین شامل فعالیت هایی باشد که در خارج آغاز شده اما در داخل قلمرو سرزمینی آن کامل شده است.⁵ علاوه بر صلاحیت هایی که گفته شد جهانی شدن فعالیت های اقتصادی⁶ اصل صلاحیت سرزمینی مطلق را در مواجهه با برخی مسائل حقوقی، پیچیده و دشوار و به نوعی منسوخ کرده است. در پرتو این پیشرفت ها، باید رویکرد واقع گرایانه تری اتخاذ نمود.⁷

1. Brownlie, *supra* note 52 at 287-297; O'Connell, *supra* 47 Vol. II, Ch. 19; see also J W Bridge, *The Law and Politics of United States Foreign Policy Export Control*, 4 Legal Studies 2 at 8 (1984).

2. A D Neale & M L Stephens, *International Business and National Jurisdiction*, Oxford, 1988, p. 12.

3. Schachter, *supra* note 16 at, 254.

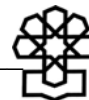
4. Brownlie, *supra* note 52 at, 303.

5. See R. Y. Jennings, *Extra-territorial Jurisdiction and the United States Antitrust*, 33 BYIL 146 at 153-160 (1957).

این پدیده عمدتاً نتیجه ظهور شرکت های چند ملیتی است که فعالیت های اقتصادی شان را بر فراز مرزهای سیاسی انجام می دهند.

6. See generally, R Murray, *Multinationals Beyond the Market*, Suffolk, 1981; for legal aspects of multinationals activities, see R E Tindall, *Multinational Enterprises*, New York, 1975, chapters 5 (*Legal Structure of Multinational Enterprise*), 6 (*Ownership and Control*), 7 (*Antitrust*), 8 (*Labour*), 9 (*Taxation*), 10 (*disclosure*); See also P Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford 1995, chapter 5.

7. G. B. Born, *A Reappraisal of The Extraterritorial Reach of U. S. Law*, 24 Law and Policy in International Business, 1 (1992).



:

اگر چه در نگاه نخست حقوق داخلی به طور کلی سرزمینی بوده و نباید خارج از قلمرو داخلی اعمال شود، اما با این حال کاربرد حقوق خصوصی و بی طرفانه یک کشور در کشور دیگر مبدل به سنتی دیرینه شده است. تا جایی که به حقوق بین الملل عمومی مربوط می شود، این شکل از حقوق فرامرزی هرگز مورد بحث نبوده است. بسیاری از دولت ها از طریق قواعد تعارض قوانین و آیین های دادرسی اداری و قضائی اجازه می دهند تا قواعد حقوق خصوصی خارجی، درون قلمرو سرزمینی آنها اعمال شوند، در حالی که همین دولت ها پیوسته در ترتیب اثر دادن به قوانینی با اهداف عمومی بی میل هستند. بنابراین تکیه بر اصول تعارض در تعیین حوزه برون مرزی قوانین تنظیم کننده و عمومی، صحیح نیست، زیرا قواعد تعارض قوانین منحصراً مسائل مربوط به حقوق خصوصی را دربرمی گیرد.¹ این فرض که حقوق بین الملل عمومی حدود اهلیت یک ملت را برای تنظیم امور اقتصادی معین می کند، سبب می شود چنین بپنداریم که این موضوع بیش تر صورت تعیین صلاحیت به خود می گیرد تا انتخاب قانون حاکم. حقوق بین الملل عمومی در ساختار کهنه خود قادر به پرداختن به این امور نیست. چندین عامل کاربرد اصول معین (از جمله اصل سرزمینی بودن و اصل تابعیت) را تقریباً غیر عملی ساخته است: پیدایش مقررات اقتصادی، عدم تمایز میان حقوق خصوصی/ عمومی، پدیده جهانی شدن و گسترش شرکت های چندملیتی شیوه های دیگری را به منظور تعیین جایگاه مسائل مربوط به تعیین صلاحیت و تعارض قوانین ایجاب می کند.²

صرف نظر کردن از شیوه های معمول، به ویژه منحرف شدن از اصل انعطاف ناپذیر سرزمینی بودن در یک اقتصاد جهانی به هم پیوسته و یکپارچه، منجر به یک مناقشه بزرگ درباره اعمال فرامرزی قوانین ملی در مورد دادوستدهای بین المللی شده است.³ این امر بیش تر هنگامی روی می دهد که دولت ها با گسترش اصل تابعیت می کوشند تا صلاحیت خود را بر فعالیت های اتباع شان در خارج از کشور اعمال کنند.

در مورد شرکت های چندملیتی با شاخه ها و شعب فرعی در سراسر دنیا، تقارن اصول سرزمینی بودن و تابعیت، با اختلاف درباره حاکمیت کشورها بر دعوا، منجر به بروز صلاحیت های

1. See W. S. Dodge, *Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory: An argument for Judicial Unilateralism*, 39 Harvard International Law Journal, 100 at 105 (1998).

2. See A. F. Lowenfeld, *Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, International Laws and Some Suggestion for Their Interaction*, 63 (II) Hague Recueil, 311 at 329, 335 (1979).

3. K. W. Dam, *Economic and Political Aspects of Extraterritoriality*, 19 The International Lawyer 887-895 (1985).



موازی شده است.^۱

اغلب ادعاهای موازی درباره صلاحیتها و قواعد فرامرزی هنگامی روی می‌دهد که تابعیت شرکتها محل نزاع است. دولت‌های طرف دعوا برای تعیین تابعیت اغلب دیدگاه‌های متفاوتی را اختیار می‌کنند که نتیجه آن ادعای موازی دولت‌ها درخصوص صلاحیت است.^۲ به دلایل متعدد، شرکت‌های چندملیتی در تأسیس شاخه‌ها و شعب فرعی، آن‌ها را مطابق قانون داخلی کشور مربوطه به ثبت می‌رسانند و تا جایی که به قانون این شرکتها مربوط می‌شود این شعب فرعی دارای شخصیت حقوقی مستقل هستند. معمولاً کشوری که شرکت مادر، تابعیت آن را داراست می‌کوشد تا قوانین تجاری و دیگر مقررات اقتصادی خود را به شعبه فرعی تحمیل کند، با این استدلال که چون این شرکت شعبه فرعی شرکت مادر به شمار می‌رود، پس تحت صلاحیت دولتی قرار می‌گیرد که شرکت مادر تابعیت آن را دارد.^۳

دیوان بین‌المللی دادگستری، نظری را پذیرفته است که محل ثبت را مبنا قرار داده و موجودیت حقوقی جداگانه شرکتها از سهامداران‌شان را تأیید کرده و برای هر مجموعه، حقوق مشخصی را به رسمیت شناخته است.^۴ با تکیه بر اصل ثبت شرکتها، چنین استدلال می‌شود که یک شعبه فرعی خارجی تحت اختیار دولت متبوع شرکت مادر قرار نمی‌گیرد، حتی زمانی که مطابق قانون داخلی این دولت، شعبه فرعی که تمام سهام آن متعلق به شرکت مادر است می‌تواند به‌عنوان یک شاخه فرعی صرف تلقی شود یا اصولاً این‌گونه است.^۵

با این حال استدلالاتی در جهت نادیده گرفتن اصل ثبت شرکتها و دادن تابعیت شرکت مادر به شعبه فرعی مطرح شده است. ممکن است شرکت، مؤسسه تابعه سهامداران بوده و دارای شخصیت حقوقی جداگانه نباشد.^۶ وضع قانون منع تجارت با بیگانه در زمان جنگ سبب می‌شود تابعیت شرکت‌هایی را که ظاهراً تبعه کشورهای دوست هستند مورد بررسی قرار گیرد و هویت واقعی سهامداران آن آشکار شود.^۷ ایالات متحده با مطرح کردن این دیدگاه، کوشیده است تا صلاحیت

1. T. Harris, *The Extraterritorial Application of U. S. Export Controls: A British Perspective*, 19 New York University Journal of International Law and Politics, 959 at 966 (1987).

2. D. Lange & G Born, *The Extraterritorial Application of National Laws*, Deventer, 1987, pp. 17-21; Hermann, *supra* note 14 at, 31-36; Brownlie *supra* note 52 at 303.

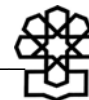
3. See *Nottenbohm* case ICJ Reports, 4 (1955). See also I Seidl-Hohenveldren, *Corporations in and under International Law*, Cambridge, 1987, pp. 13-17.

4. *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd*, Case, ICJ Reports 34, 35, 36, 45, (1970). *Nottenbohm* case ICJ Reports, 4 (1955).

5. Mann, *supra* note 53 at 43, 45.

6. می‌توان چنین استدلال کرد که بهتر است توجهی به مکان ایجاد شرکت نکنیم و آن را دارای تابعیت همان کشوری در نظر بگیریم که با آن رابطه‌ای نزدیک و مداوم دارد. این امر را می‌توان از راه ایجاد تعادل میان عوامل پیوند دهنده تعیین نمود از قبیل اقامتگاه، اصل مقر تجاری و مالکیت سهامداران و کنترل معین نمود و این مسئله با معیار تابعیت مؤثر سازگاری دارد که در پرونده «نوته‌بام» مطرح شد.

7. R. B. Thompson, *United States Jurisdiction over Foreign Subsidiaries: Corporate and International Law Aspects*, 15 Law and Policy in International Business, 363-72 (1983).



فرامرزی خود را بر شعبه‌های فرعی شرکت‌های امریکایی واقع در خارج از کشور اثبات کند.^۱ روند جهانی‌سازی و ناتوانی سنتی در تعیین صلاحیت، راه را برای «نظریه آثار و نتایج»^۲ هموار می‌کند، که این نظریه، مبنای دیگری است که ادعای صلاحیت فرامرزی را توجیه می‌کند، البته در صورتی که عمل انجام شده از سوی فرد بیگانه در خارج از کشور، بر اقتصاد دولتی تأثیر بگذارد که می‌کوشد مقررات اقتصادی خود را به اجرا بگذارد. این شکل از تحمیل فرامرزی مقررات اقتصادی می‌تواند تنش‌های جدی سیاسی را میان دولتی که قرار است این مقررات در سرزمینش اجرا شود و دولت اعمال‌کننده ایجاد کند.^۳ در بعضی موارد (و تا حدودی پذیرفته شده است که) یک دولت ممکن است قانون خود را بر یک فرد غیر تبعه اعمال کند، آن‌هم زمانی که عمل انجام شده از سوی این فرد عواقب زیانباری را در آن کشور به همراه داشته باشد. گاهی این امر اصل سرزمینی بودن نوعی نامیده می‌شود. مثال سنتی آن به موردی اشاره دارد که یک دولت می‌تواند قانون کیفری خود را نسبت به فردی اعمال کند که با تیراندازی از آن سوی مرز شخصی را در قلمرو سرزمینی دولت مزبور به قتل می‌رساند. در هر حال موارد متعددی به‌ویژه در رابطه با مقررات اقتصادی وجود دارد که وضعیت کاملاً روشن و مشخص نیست.

مسئله در حقوق بین‌الملل این است که آیا مطابق اصل سرزمینی بودن، به بار آوردن آثار و نتایج در یک کشور کافی است تا به کارگیری قوانین کشور مزبور نسبت به عملی که در خارج از قلمرو این کشور به وقوع پیوسته و این نتایج را به بار آورده است، توجیه کند یا خیر؟ به‌ویژه هنگامی که مسئولیت متوجه یک فرد غیر تبعه باشد. درباره معنا و مفهوم نظریه آثار و نتایج، مجادلات و ابهامات زیادی وجود دارد، خواه تنها صرف نتایج مد نظر باشند خواه نتایج مستقیم و آثار واقعی و عامدانه یا نتایج معارض و غیره.^۴ به هر حال برای سال‌های متمادی عملکرد ایالات متحده امریکا نمونه آشکاری از اعمال صلاحیت بر این مبنا بوده است. ایالات متحده قوانین خود را برای به کار بسته شدن در حوزه‌های رقابت، کنترل صادرات، مالیات بر درآمد و مقررات مربوط به بورس اوراق بهادار خارج از قلمرو این کشور اعمال کرده است.^۵ اخیراً، جامعه اروپا بر پایه نظریه آثار و نتایج تصمیم گرفته قواعد حقوق عمومی خود را خارج از قلمرو خویش اعمال کند.^۶ همچنین آلمان کاربرد قانون خود را علیه موانع رقابتی نسبت به هر رفتاری که بر داخل آلمان تأثیر بگذارد،

1. See A. L. C. de Mestral, *Extraterritorial Application of Export Control Legislation, Canada and USA*, Dordrecht, 1990, p. 148.

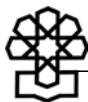
2. Theory of Effects

3. *Restatement of the Law of the Foreign Relations Law of the United States*, V. I, St. Paul, Minn. 1987, § 402 and following comment at p. 239.

4. See W. L. Fugate, *Foreign Commerce and the Antitrust Laws*, Vol. I, Boston 1991, pp. 80- 82; J.

5. See W. L. Fugate, *Foreign Commerce and the Antitrust Laws*, Vol. I, Boston 1991, pp. 80- 82; J.

6. For cases and materials in this respect see A V Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction*, Cambridge, 1983, pp. 1-4, 24-28, 30, 33-34, 52-54, 56-60.



الزام آور می‌داند، حتی اگر این مسأله منشأ خارجی داشته باشد.^۱

بنابراین مسأله اعمال فرامرزی قوانین، چه بر مبنای «اصل تابعیت» و چه بر مبنای «نظریه آثار»، هنگامی ایجاد می‌شود که یک دولت فرض می‌کند مقررات اقتصادی‌اش باید در کشور دیگری اعمال شود. با این وجود، اعتبار و جنبه پردردسر تحمیل صلاحیت، در نهایت به توانایی یک دولت برای اجرای هر قاعده و رأی بستگی دارد که در این خصوص صادر می‌شود.^۲ موضوع فقط هنگامی حاد می‌شود که علاوه بر ادعای صلاحیت، یک دولت اقداماتی را در جهت اجرای مقررات اقتصادی خویش در خارج از قلمرو خود به عمل می‌آورد.^۳

در حوزه حقوق عمومی و کیفری، صلاحیت قانونی و صلاحیت‌های قضائی یکی هستند، از این رو دولت‌ها حقوق عمومی و کیفری خارجی را به کار نمی‌بندند. اما در حوزه حقوق خصوصی، صلاحیت قضائی و قانونی لزوماً بر یکدیگر منطبق نمی‌شوند. یک دادگاه ممکن است صلاحیت قضائی داشته باشد و با این حال قانون خارجی را اعمال کند. بنابراین، می‌توان صلاحیت قانونی را خارج از قلمرو سرزمینی در حوزه‌هایی پذیرفت که تحت عنوان «حقوق خصوصی» وصف می‌شوند، یعنی حوزه‌هایی از قانون که ارتباطی با منافع عمومی و رفاه عام یک جامعه سیاسی ندارند.^۴

به علت بیطرفی قواعد حقوق خصوصی و هدف غایی آن‌ها که بیش‌تر در خدمت عدالت تصحیحی^۵ قرار می‌گیرد تا اجرای اهداف عمومی، احتمال کم‌تری وجود دارد که این قواعد سبب بروز تعارض در صلاحیت شوند.^۶ در عمل، مقررات حقوق عمومی، به خصوص مقررات اقتصادی و حقوق کیفری و نه قواعد حقوق خصوصی، بیش‌تر موارد مربوط به تعارض صلاحیت و مسأله

1. Schachter, *supra* note 16 at 262-264.

2. Mann, *supra* note 53 at 18.

3. تعارضات بین‌المللی مربوط به حوزه قضائی اغلب ایجاد نمی‌شود مگر هنگامی که یک دولت می‌کوشد تصمیم دادگاه خود را بقبولاند. در عین حال اصولی که بر صلاحیت فرمایشی حکمرانست تعیین می‌کند کدام دولت می‌تواند آثار حقوقی را به رفتار خاصی نسبت دهد. بدین ترتیب، کارایی صلاحیت فرمایشی سرانجام منجر به تعارضات بین‌المللی می‌شود.

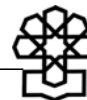
4. M. Akehurst, *Jurisdiction in International Law*, 46 BYIL 179, 181 (1972-3); see also A Boggiano, *International Judicial Relations*, Buenos Aires, 1993, pp. 47-59.

اف. آ. مان اعتقاد دارد هیچ فضایی برای تشخیص حقوق خصوصی، عمومی و کیفری از یکدیگر وجود ندارد. او استدلال می‌کند این تمایز قابل دفاع نیست با توجه به این‌که نظریه حوزه صلاحیت در حقوق بین‌الملل در معنایی بسیار وسیع جاری و غالب است، به طوری که این امر تعهدات حقوقی را به دولت‌ها از هر دو جنبه حقوق خصوصی و عمومی تحمیل می‌کند. همان‌طور که حقوق بین‌الملل عمومی دارای اصولی برای حل تعارضات مربوط به صلاحیت‌های قضائی است، همچنین به دولت‌ها تعهداتی را در خصوص داشتن یک سیستم حقوق بین‌الملل خصوصی تحمیل می‌کند مبنی بر وجود ارتباط معقول و عدالت حداقلی با به کار بستن قوانین مقر دادگاه یا قوانین خارجی

See Mann, *supra* note 53 at 4; see also R J Weintraub, *The Extraterritorial Application of Antitrust and Securities Law: An inquiry into the Utility of a "Choice-of-Law" Approach*, 70 *Texas Law Review*, 1799 at 1818 (1992).

5. Corrective Justice

6. J. Basedow, *Conflict of Economic Regulations* 42 *The American Journal of Comparative Law* 423-6 (1994); D P Wood, *Symposium in honour of Professor James A. Rahl: An International Antitrust Challenge: International Jurisdiction in National Legal Systems: The Case of Antitrust*, 10 *Journal of International Law & Business* 56 (1989). See R W Hillman, *Cross-Border Investment, Conflict of Laws, and the Privatisation of Securities Law*, 55 *Law and Contemporary Problems*, 331 at 333 (1992).



اعمال فرامرزی حقوق را موجب می‌شوند.^۱

یک قضیه مشهور در زمینه حقوق کیفری که در آن تخطی از اصل سرزمینی بودن به‌عنوان مبنایی معتبر و قانونی برای تعیین صلاحیت پذیرفته شد، پرونده لوتوس بود.^۲ در این پرونده، دادگاه ترکیه افسر کشیک یک کشتی فرانسوی را به جرم قتل غیرعمد، زندانی کرده بود. این کشتی با یک کشتی ترک در دریای آزاد تصادف کرده بود و باعث مرگ یکی از خدمه ترک شده بود. دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی چنین اظهارنظر کرد که ترکیه برای اعمال حقوق کیفری خود در این پرونده صلاحیت دارد، با توجه به این‌که آثار جرم ارتكابی در عرشه کشتی ترک نمایان شده است، دیوان رأی داد که اصل سرزمینی بودن در حقوق کیفری یک اصل مطلق در حقوق بین‌الملل نیست و اصلاً با اصل حاکمیت سرزمینی دولت هیچ مطابقتی ندارد.^۳ وضع مالیات نمونه دیگری از اعمال فراسرزمینی قواعدی است که می‌تواند منجر به تعارض صلاحیت‌های قضائی شود. بنابراین در این‌جا حقوق بین‌الملل باید نقش ایفا کند. این وظیفه حقوق بین‌الملل است که به تعیین قابلیت اجرای حقوق مالی داخلی نسبت به واقعیات مالی بین‌المللی و به‌عبارت دیگر قانونی کردن وضع مالیات بین‌المللی بپردازد.^۴

- .

جهانی‌سازی بیش از پیش مسائل رقابتی را ایجاد کرده است که از مرزهای ملی فراتر می‌رود؛ کارتل‌های بین‌المللی، کارتل‌های صادراتی، اعمال محدودکننده در زمینه‌هایی که ماهیتاً بین‌المللی هستند (به‌عنوان مثال حمل‌ونقل هوایی و دریایی)، ادغام شرکت‌ها در سطح جهانی،^۵ یا حتی تثبیت قیمت‌ها و سوءاستفاده از موقعیت برتر در چندین بازار عمده مثال‌هایی از این دست هستند. بنابراین نفع اصلی برای دست‌اندرکاران امر حقوق رقابت، همکاری و یافتن راه‌حلی برای این مشکلات به منظور تقویت اجرای مؤثر قواعد رقابت در زمانی است که کارتل‌ها بازارهای متعددی را تحت تأثیر خود قرار می‌دهند.^۶ این نفع مشترک می‌تواند به این معنایی باشد که تنوع چندانی در حقوق اقتصادی داخلی (در عرصه حقوق رقابت) نسبت به سایر عرصه‌های حقوق اقتصادی وجود ندارد.

1. J. G. Castel, *supra* note 58 at 27, 103, 131; see also generally, Lange & Born (eds.), *supra* note 70; P B Gann, *Issues in Extraterritoriality*, 50 *Law and Contemporary Problems*, 1 (1987).

2. PCIJ Report, Series A. No. 9 p. 23. (1927)

3. *Ibid*, at p. 20

4. See J. E. Bischoel & R Feinschreiber, *Fundamental of International Taxation*, 1985, pp. 1-10, Akehurst, *supra* note 84 at 179; for various theories regarding allocation of tax jurisdiction under customary public international law, see A A Skaar, *Permanent Establishment*, Deventer, 1991, pp. 19-31; see also S Picciotto, *International Business Taxation*, London, 1992.

5. BT-MCI case, OJ L 223 of 27. 8. 94.

6. See European Commission, *Competition policy in the New Trade Order: Strengthening International Cooperation and Rules*, Brussels, 1995, p. 9; see also J Davidow, *Recent development in the Extraterritorial application of U. S. Antitrust Law*, 20 *World Competition* 15 (1997).



اصول مبنایی حقوق رقابت چنان به یکدیگر شبیه هستند که متمایل به همگرایی و ایجاد نتایج یکسان در سراسر دنیا هستند. امروز به سختی می‌توان این واقعیت را انکار کرد که رقابت در اقتصاد جهانی برای همه سودمند است، صرف‌نظر از این‌که چگونه و از طریق قانون چه کشوری حاصل می‌شود. سیاست‌های محکم و نیرومند رقابتی احتمال آزادسازی تجارت و پیشرفت‌های رفاهی جهانی را افزایش می‌دهد. بنابراین بهتر است در جهت همکاری و هماهنگی درخصوص قواعد ماهوی و شکلی مربوط به سیاست‌های رقابتی داخلی یک هدف را دنبال نمود.

با این حال سیاست‌های رقابتی به تنهایی به کار بسته نمی‌شوند. در اغلب موارد این سیاست‌ها، به‌ویژه در تجارت بین‌الملل، با سایر اهداف سیاسی درهم‌تنیده می‌شوند. در دنیایی با اقتصادهای وابسته به یکدیگر، رابطه میان رقابت و سیاست‌های تجاری واضح و بدیهی است. اگر چه آن‌ها در خدمت اهداف مختلف هستند، اما در هر حال هر دو بر تجارت بین‌المللی اثر می‌گذارند. سیاست‌های تجاری به‌طور ذاتی طرفدار حمایت از صنایع داخلی هستند، در مقابل حقوق رقابت درصدد ترویج و تشویق رقابت چه در سطح تجارت داخلی و چه در سطح تجارت بین‌المللی می‌باشد اما هر دو می‌توانند مبدل به یک ابزار سیاسی تجاری مؤثر شوند. حقوق رقابت داخلی اغلب به طرز نامطلوبی از منظر رفاه جهانی در رفتار خود میان شرکت‌های داخلی و خارجی و مصرف‌کنندگان قائل به تبعیض می‌شود و رفاه داخلی را به قیمت از میان رفتن رفاه خارجی افزایش می‌دهد.^۱ یک حقوق رقابت ملی در اغلب موارد رقابت را در بعد جهانی مورد حمایت قرار نمی‌دهد و تمایل دارد منافع اقتصادی و اجتماعی داخلی را مورد حمایت قرار دهد. بنابراین در نبود اهداف رقابت جهانی، بعید است قوانین رقابت داخلی رو به همگرایی روند. بدین ترتیب هنوز برای رسیدن به یک وفاق بین‌المللی درباره معیارهای ماهوی حقوق رقابت راه درازی در پیش است.^۲

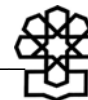
سیاست‌های رقابتی لزوماً بنا بر مقدار و سطح توسعه اقتصادی و همچنین آداب و رسوم اقتصادی - اجتماعی متفاوتند.^۳ در بعضی کشورها فعالیت علیه اعمال ضد رقابتی نسبت به سایر کشورها از شدت کم‌تری برخوردار است. همگرایی احتمالاً تنها میان کشورهای روی می‌دهد که دارای پیش‌زمینه یکسان هستند، از سطح مشابهی از توسعه اقتصادی برخوردارند و تا حد قابل توجهی دارای انسجام سیاسی می‌باشند.^۴ وانگهی دلایل معتبری برای رعایت کردن و محترم

1. See E Iacobucci, *The Interdependence of Trade and Competition Policies*, 21 *World Competition*, 5 at 32 (1997); see also, M. Sornarajah, *The Extraterritorial Enforcement of U. S Antitrust Laws: Conflict and Compromise*, 31 *ICLQ* 127 at 131 (1982).

2. G N Horlick and M A Meyer, *International Convergence of Competition Policy*, 29 *International Lawyer* 65 (1995).

3. J. P. Griffin, *Foreign Governmental Reactions to U. S. Assertion of Extraterritorial Jurisdiction*, 1 *ECLR*, 64 (1998).

4. تجربه اتحادیه اروپا، مورد منحصر به فردی است که بدون عزم راسخ سیاسی و فشار چه از درون و چه از بیرون میسر نبود.



شمردن رژیم‌های محلی رقابتی وجود دارد که با توسعه اقتصادی در سطح ملی مطابقت دارند.^۱ با توجه به این حقیقت که تنوع و سیاستگذاری با توجه به ویژگی‌های محلی، بخشی اجتناب‌ناپذیر از ساختار تنظیم‌کننده جهانی است، کاربرد مؤثر قوانین رقابتی داخلی از راه یک نظام معقول، مبدل به عاملی مهم برای ایجاد و تداوم بازارهای آزاد و قابل دسترس می‌شود و بدین ترتیب بر ثبات سیستم می‌افزاید. کاربرد مؤثر حقوق رقابت، ویژگی اساسی اقتصادهای بازار آزاد است و باید بیش‌تر تقویت شود. در دنیایی با رشد سریع فعالیت‌های بازرگانی بین‌المللی و قدرت و نفوذ فزاینده شرکت‌های چندملیتی، این تصور که حقوق رقابتی منحصر به فعالیت‌های جاری در داخل مرزها باشد، تصویری غیرواقع‌گرایانه خواهد بود.^۲ بعضی از کشورها شیوه مؤثر در رویارویی با رفتار ضد رقابتی را در گسترش قلمرو قواعد رقابتی خود، یعنی اعمال فرامرزی آنها می‌دانند. کاربرد فرامرزی قوانین رقابتی داخلی معمولاً با تکیه بر «نظریه آثار» توجیه می‌شود، این نظریه، تنظیم اعمال خارج‌جایی را که آثار خاصی را بر اقتصاد داخلی تحمیل می‌کنند، مجاز می‌شمارد. مشمول شدن اعمال انجام شده در خارج از کشور نمایانگر وسعت گسترده قوانین داخلی حقوق رقابت است که حتی رفتار کلیه خارجیان را دربرمی‌گیرد. اگر این قواعد درباره افراد غیر تبعه خارج از حوزه قضائی اعمال شوند، بالطبع این قواعد هم بر مبنای نظریه آثار و نتایج و هم اصل تابعیت درباره شرکت‌های داخلی نیز اعمال می‌شوند. بنابراین، اصل تابعیت، نظریه آثار و نتایج را تقویت می‌کند.^۳ مباحثات شدیدی در این باره وجود دارد که تا چه حدودی نظریه آثار و نتایج می‌تواند اعمال فرامرزی قوانین را توجیه کند. مقررات ضد تراست ایالات متحده آمریکا به دفعات بر رفتارهایی اعمال شده است که اساساً خارج از آن کشور روی داده‌اند. این مقررات هم به شکل اقدامات اجرائی از سوی ایالات متحده آمریکا و هم اقدامات متضمن خسارات تنبیهی، از سوی طرف خصوصی به صورت فرامرزی اعمال شده‌اند.^۴ نخستین کوشش در جهت به‌کارگیری حقوق

(U. S.). See H Dumez and A Jeunemaitre, "The Convergence of Competition Policies in Europe: Internal Dynamics and External Imposition", in S Berger and R DoNational Diversity and Global Capitalism, New York, 1996, 216 at 219, 221; R B Starek III, *International Aspects of Antitrust Enforcement*, 19 World Competition, 29 at 32 (1996); P Nicolaides, *For A World Competition Authority, The Role of Competition Policy in Economic Integration and the Role of Regional Blocs in Internationalising Competition Policy*, 30 JWT 131-145 (1996).

1. Iacobucci, *supra* note 92 at 32; see also M Marques Mendes, *Antitrust in a World of Interrelated Economies*, Brussels, 1991 p. 33.

2. European Commission, *Competition Policy in the New Trade Order: Strengthening International Cooperation and Rules*, Brussels, 1995, p. 9. V D Sharma, *Approaches to the Issues of Extra-territorial Jurisdiction*, 5 Australian Journal of Corporate Law, 45 (1995).

3. Fugate, *supra* note 78 at 74

4. قوانین ضد تراست ایالات متحده به شاکیان خصوصی اجازه می‌دهد تا سه برابر میزان خسارات وارده را وصول کنند، جبران خسارتی که خشم اغلب کشورها را برانگیخته است.

See M Tepass, *Resolving Extraterritoriality conflicts in Antitrust: Two Case Studies and Proposals of Solution*, 5 Connecticut Journal of International Law, 565 (1990); see *Laker Airways Ltd v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F. 2d 909 (1984); see also M P Barbolak, *Laker Airways: Recognizing the Need for a United States-United Kingdom Antitrust Treaty*, 4 Dickinson Journal of International Law, 39 (1985); C M J



رقابت در جریان دعوای میان دو کمپانی «بنانا و یونایتد فروت»^۱ صورت گرفت، در این مورد حدود واقعی و درست صلاحیت امریکا بر فعالیت‌های شرکت‌های خارجی واقع در خارج از این کشور مورد بررسی قرار گرفت و صلاحیت این کشور رد شد. در هر حال، مهم‌ترین پرونده این زمینه مربوط به دعوای میان ایالات متحده و کمپانی آلومینیوم امریکا^۲ می‌باشد که از چند جنبه، نقطه عطفی در تاریخچه حقوق رقابت محسوب می‌شود. این مورد به اقداماتی قانونی مربوط می‌شود که علیه یک شرکت کانادایی آغاز شده بود. اهمیت این پرونده در اثبات این نظریه است که مسئولیت اقدامات رقابتی را حتی می‌توان متوجه افراد غیرتبعه‌ای نمود که با رفتار خود در خارج از خاک امریکا آثار زیانباری را متوجه اقتصاد این کشور کرده‌اند.

نظریه آثار و نتایج با این پرونده تحول یافت و دست‌کم در قانون داخلی امریکا اثبات شد که توافقات کارتلی ضد رقابتی که از سوی بیگانگان حاصل می‌شود در حیطه صلاحیت ایالات متحده قرار می‌گیرد و مطابق قانون شرمین^۳ زمانی که چنین پیش‌بینی شود که دارای آثار قابل توجهی بر بازرگانی امریکا خواهد بود، این توافقات، غیرقانونی هستند.^۴ بجز یک دوره میانه‌روی که انطباق با منافع دولت‌های خارجی را ممکن می‌ساخت،^۵ هم‌اکنون رویه تنظیم و کنترل فعالیت‌های خارجی در آن سوی مرزها در جدیدترین پرونده‌های مطرح در دادگاه‌های امریکا، احیا و تقویت شده است. در پرونده شرکت بیمه حریق هارتفورد علیه کالیفرنیا^۶ به عرف ایجاد شده از سوی کمپانی آلومینیوم امریکا اشاره و در عین حال استدلال کمپانی بنانا رد شد، در این پرونده دیوان عالی امریکا استدلال‌های دادگاه فدرال مبتنی بر نزاکت بین‌المللی را رد کرد و بر اصل اساسی مطرح در پرونده آلوکا [شرکت آلومینیوم امریکا] صحه گذاشت.^۷ زمانی که حقوق رقابت ایالات متحده علیه شرکت

Allely, *Case Comment, Laker Airways v. Sabena: Comity and Conflict*, 17 *Law and Policy in International Business*, 157 (1985); J Shaw, *Conflict of Laws-Restraining Foreign Proceedings - Private Rights and Public Policy*, 43 *The Cambridge Law Journal*, 253 (1984).

1. *American Banana Company v. United Fruit Co.* 213 U. S. 347 (1909).

2. *The United States v. Aluminium Company of America (ALCOA)*, 148 F. 2d 416 (1945).

3. ضد تراست تجارت خارجی تغییر یافتند (3)(a) Sections 6a and 45 (15 U. S. C.) که با توجه به قانون شرمین مقرر می‌دارد که این قانون نباید در مورد رفتاری به کار برده شود که در حیطه تجارت و بازرگانی با ملت‌های بیگانه (بجز واردات) است مگر این‌که یک چنین رفتاری دارای اثری مستقیم، قابل توجه و منطقاً قابل پیش‌بینی باشد:

(الف) در تجارت یا دادوستدهای صادراتی یا ملت‌های بیگانه یا تجارت و بازرگانی در امر واردات با ملت‌های بیگانه...

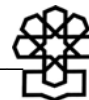
4. S. A. Hymowitz, *Extraterritorial Application of the Sherman Act to Foreign Corporations*, 11 *Delaware Journal of Corporate Law*, 513 (1987); see also Neale & Stephens, *supra* note 60 at, 39-49; see cases such as *Timberlance Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F. 2d 597 (1977), see also Lowe, *supra* note 79.

5. See *infra* Section 6

6. *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U. S. 764 (1993).

در این پرونده، شرکت‌های بیمه‌های اتکایی مستقر در لندن به نقض قانون شرمین متهم شدند، نظر به این‌که آن‌ها با یکسری از گردانندگان صنعت بیمه ایالات متحده توافق کرده بودند تا بیمه‌کنندگان مسئولیت عمومی را که از یک نوع خاص از اشکال بیمه پوششی استفاده می‌کردند، مورد تحریم قرار دهند.

7. *Hartford Fire Insurance Co. v. California* 509 U. S. 764, 796(1993). For arguments in favour of extraterritorial assertion of jurisdiction see S A Burr, *The Application of U. S. Antitrust Law to foreign Conduct: Has Hartford Fire Extinguished Consideration of Comity?* 15 *University of Pennsylvania Journal*



کاغذسازی «نیپون»، یک شرکت ژاپنی سازنده کاغذ فاکس، اقامه دعوا کرد، این گرایش قوت بیشتری یافت.^۱ این اداره ادعا کرد صنعت کاغذسازی ژاپن با درگیر شدن در فعالیت‌های تثبیت قیمت، حقوق رقابت آمریکا را نقض کرده است. دولت ایالات متحده چنین استدلال کرد که ممنوعیت‌های کیفی درباره رفتار بیگانگانی اعمال می‌شود که «آثار قابل توجه و عامدانه‌ای در داخل ایالات متحده داشته باشند».^۲ دادگاه فدرال با تفسیر مضیق از قانون رقابت، پرونده را مختومه کرد.^۳ اما دادگاه فرجام چنین رأی داد که قانون رقابت درباره کل رفتار بیگانگانی اعمال می‌شود که آثار قابل توجه و عامدانه‌ای در داخل ایالات متحده داشته باشند.^۴ دادگاه در توجیه این اقدام، بی‌درنگ استدلالات مطرح در دعوی شرکت امریکایی بنانا را (با تفکرات چه‌بسا منسوخ خود درباره احترام و نزاکت) رد کرد.^۵ دادگاه استدلال نمود فرض مطرح شده علیه اعمال برون مرزی قوانین که استدلال شرکت بنانا بر مبنای آن قرار دارد، در پرتو رویه‌های اخیر از میان رفته است. دادگاه به دعوی شرکت حریق بیمه هارتفورد و آلومینیوم آمریکا رجوع کرد و یک رویه متقاعدکننده را بنیان نهاد که «لازم‌الاتباع» بود.^۶ این طرز استدلال بازتاب یک نگرش وسیع‌تر نسبت به روابط اقتصادی بین‌المللی و به‌ویژه شیوه تنظیم بازارهای بین‌المللی بود. از دید امریکاییان استدلالات قدیمی درباره اصل سرزمینی بودن و حاکمیت باید با توجه به ساختار نوین جهانی، پیروزی به اصطلاح دموکراسی و دست‌های پنهان بازار آزاد منسوخ شوند.^۷

ایالات متحده تنها کشوری نیست که به دنبال اعمال فرامرزی حقوق رقابت خود می‌باشد. به نظر می‌رسد اتحادیه اروپا نیز رو به سوی پذیرش فرضیه‌ای نزدیک به «نظریه آثار» به‌عنوان مبنایی برای اعمال فرامرزی قانون رقابت خود حرکت می‌کند.^۸ مطابق مفاد مواد (۸۱) بند «۱» و (۸۲) (۸۵) و (۸۶) سابق) رفتاری مشمول قانون رقابت اتحادیه اروپا می‌شود که ممکن است بر تجارت میان دولت‌های عضو تأثیر بگذارد. این مسأله می‌تواند آثار مستقیم یا غیرمستقیم و نیز آثار بالقوه

of International Business Law, 221 (1994); J A Trenor, *Jurisdiction and the Extraterritorial Application of Antitrust Laws after Hartford Fire*, 62 The University of Chicago Law Review, 1583 (1995)

1. *United States v. Nippon Paper*, 109 F. 3d, 1 at 2 (19

2. *Ibid*

3. *Ibid.* at 3

4. *Ibid*

5. در قضیه شرکت کاغذسازی نیپون دادگاه دفاع خوانده را از نزاکت بین‌المللی ضعیف‌تر از پرونده شرکت حریق هارتفورد احراز کرد، زیرا در پرونده اخیر رفتار مورد اعتراض در انگلیس غیرقانونی نبود. اما در پرونده نیپون رفتار ادعا شده مطابق قانون هر دو کشور یعنی ایالات متحده و ژاپن غیر قانونی بود. See *United States v. Nippon Paper*, 109 F. 3d 1 at 8 (1997).

6. *Ibid.*

7. M. E. Rice, *United States v. Nippon Paper: Historical Trends and Modern Implications of Isolations, Cartels, and Price-fixing*, 29 University of Toledo Law Review, 613 at 633 (1998); R M Reynolds et al, *The Extraterritorial Application of the U. S. Antitrust Laws to Criminal Conspiracies*, 19 ECLR, 151 (1998).

8. See L. Whattein, *Extraterritorial Application of EC Competition Law: Comments and Reflections*, 26 Israel Law Review 195 (1992); J F Bellis, *International Trade and the Competition Law of the European Economic Community*, 16 CMLrev. 647 (1979).



و بالفعل را دربرگیرد، اما در هر حال باید محسوس باشد.^۱ نخستین موردی که در آن از دیوان اروپایی دادگستری تقاضا شد به اعتبار فرامرزی بودن حقوق رقابت اتحادیه اروپا حکم صادر کند، این دیوان دارای هیچ نوع نظر روشنی درباره وجود یک نظریه آثار و نتایج بر مبنای اصل فرامرزی بودن قوانین نبود.^۲ اما در ۱۹۸۸ در پرونده کارتل «ریوود پالپ: آ. آلسترون» علیه تصمیم کمیسیون جامعه اروپا، دیوان فرجام‌خواهی آن دسته از تولیدکنندگان ریوود پالپ را که عضو اتحادیه اروپا نبودند، به خاطر اعمال محدودکننده متعددی که ادعا می‌شد تجارت را در بازار مشترک محدود می‌کند، (در حالی که بعضی از این تولیدکنندگان هیچ‌گونه حضوری در بازار مشترک نداشتند). خواندگان استدلال می‌کردند که به دلیل عدم وجود صلاحیت، اعمال قواعد رقابتی اتحادیه اروپا در مورد آنان نقض یکی از تکالیف حقوق بین‌الملل عمومی دائر بر عدم مداخله می‌باشد. در هر حال، دیوان اروپایی دادگستری این استدلال را نپذیرفت و چنین رأی داد که مطابق قانون اتحادیه اروپا، در صورتی که این شرکت‌ها با فروش به مشتریان داخل اتحادیه اروپا به اجرای یک توافقنامه تثبیت قیمت بپردازند که خارج از این اتحادیه منعقد شده است، این دیوان صلاحیت خود را بر شرکت‌های خارج از اتحادیه نیز اعمال می‌کند.^۳

در این قضیه، کمیسیون اروپا حدود به‌کارگیری صلاحیت خود را در صورت وجود تعارضات واقعی با منافع یا سیاست‌های سایر دولت‌ها مورد بحث قرار نداد. در پرونده دعوی اخیر «جنکور» علیه کمیسیون، دیوان اروپایی دادگستری بر اعمال فرامرزی قانون رقابتی اتحادیه اروپا و اعمال این مقررات بر یک مشارکت تجاری خارجی به دلیل تأثیر ضد رقابتی آن بر بازار جهانی رادیوم و پلاتونیوم صحه گذاشت.^۴ این رویکرد آشکارا با واکنش جامعه اروپا درخصوص کاربرد فرامرزی قوانین ضد تراست ایالات متحده منافات دارد. جامعه اروپا اقدام آمریکا را به مثابه نقض اصل سرزمینی بودن تلقی می‌کند اما در عین حال برای توجیه کاربرد فرامرزی قوانین رقابتی خود اهمیت فراوانی را برای به اصطلاح نهاد اقتصاد قائل می‌شود.^۵

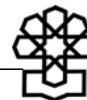
1. *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH*, Case 56/65, [1966] ECR. 253, 249 [1966] 5 CMLR 357, 375; *Cooperative Sttremsel-en Kleurselfabriek v. Commisson*, Case 61/80, [1981] E. C. R. 851, 867 [1982] 1 CMLR. 240, 257; *Völk v. Vervaecke*, Case 5/69, [1969] 8 CMLR 273, 282.

2. Case 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd v. Commission of the European Community*, [1972] ECR 619.

3. J. P. Griffin, *Foreign Governmental Reactions to U. S. Assertions of Extraterritorial Jurisdiction*, 19 *European Competition Law Review* 64(1998); J P Griffin, *EC and U. S. Extraterritoriality: Activism and cooperation*, 17 *Fordham International Law Journal*, 353(1994); P Torremans, *Extraterritorial Application of E. C. and U. S. Competition Law*, 21 *European Law Review*, 280 (1996); P J Kuyper, *European Community Law and Extraterritoriality: Some Trends and New Developments*, 33 *ICLQ* 1013 (1984).

4. Case T-102/96 *Gencor v. Commission*, judgement of 25 March 1999, [1999] 5 CMLR 1076; see also F E Gonzalez-Diaz, *Recent Developments in EC Merger Control, the Gencor Judgement*, 22(3) *World Competition* 3-28 (1999); A F Bavasso, *Gencor: A Judicial Review of Commission's Policy and Practice*, 22 (4) *World Competition* 45 at 48 (1999).

5. یک نمونه از چنین تعارضی در پرونده اورانیوم روی داد که در آن دولت‌هایی که هدف ادعای ایالات متحده در جهت اعمال صلاحیت این کشور قرار می‌گرفتند به شدت در مقابل این ادعا مقاومت کردند. در این پرونده دولت ایالات متحده بازار این کشور را



شاید در هیچ عرصه‌ای همانند عرصه خدمات مالی و بازار اوراق بهادار آثار جهانی شدن آشکار و بدیهی نباشد. تأثیر بنیادین و بسیار محسوس جهانی شدن را می‌توان در سرمایه‌گذاری فرامرزی و فراملی‌گرایی چشمگیر بازارهای اوراق بهادار مشاهده نمود. وسعت این روند در رشد معاملات فرامرزی اوراق بهادار، تعداد حضور افراد خارجی، پیدایش بورس‌های چند ملیتی برای ارائه خدمات در این نوع دادوستد و آشکارتر از همه دادوستد شبانه‌روزی و آنی اوراق بهادار دیده می‌شود.

شرکت‌ها و سرمایه‌گذاران یک کشور به شکل فزاینده‌ای در بازار اوراق بهادار کشور دیگر سهیم می‌شوند. رشد این گزینه‌ها به روشنی نشان‌دهنده فراملی‌گرایی در بازارهای سرمایه است.^۱ عوامل کلیدی نقش‌آفرین در دگرگونی شیوه‌های سرمایه‌گذاری از سرمایه‌گذاری داخلی به سرمایه‌گذاری بین‌المللی (در چنین مقیاس بی‌سابقه‌ای) ناشی از تغییرات در شیوه عرضه و تقاضای سرمایه است، تقاضا برای سرمایه از سوی کشورهای در حال توسعه و مازاد سرمایه در کشورهای توسعه‌یافته، ویژگی متمایز روابط اقتصادی بین‌المللی می‌باشد. کشورهای در حال توسعه به خوبی آگاهند که پس‌اندازها و بازارهای مالی داخلی نمی‌توانند سرمایه مورد نیاز برای رشد صنعتی نوین را فراهم کنند و بنابراین به دنبال جلب سرمایه‌های خارجی هستند. از سوی دیگر، چشم‌اندازهای جذاب و بازگشت سود بیشتر از محل سرمایه‌گذاری در کشورهای در حال توسعه برای سرمایه‌گذاران کشورهای توسعه‌یافته که دارای مازاد سرمایه هستند، انگیزه نیرومندی است. این پیوند قوی عرضه و تقاضا، بین‌المللی شدن بازارهای اوراق بهادار را تسریع کرده و هم چنین گستره تجارت اوراق بهادار را وسیع‌تر و متنوع نموده است.^۲

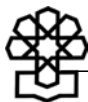
آزادسازی بازارهای اوراق بهادار و کاستن از موانع داخلی ثبت، بر شدت و قوت این حرکت

به روی تولیدکنندگان خارجی اورانیوم بست. سایر دولت‌ها نیز با تشویق و/یا تقاضای شکل‌گیری یک کارتل متشکل از تولیدکنندگان غیر امریکایی برای محدود کردن و تخصیص تولید و فروش در خارج از ایالات متحده به این بسته شدن تقریباً ۷۰ درصد از بازار جهانی پاسخ گفتند. رسیدگی بعدی دولت و طرح دعوای شاکیان خصوصی برای دریافت غرامتی معادل سه برابر خسارات وارده خشم دولت‌های خارجی را برانگیخت زیرا این کارتل در نتیجه رفتار ضدرقابتی دولت ایالات متحده ایجاد شده بود. این اقدامات امریکاییان به منزله به چالش طلبیدن حقوق دول خارجی در تعیین سیاست‌های داخلی برای دفاع ملی و بهره برداری از منابع طبیعی در نظر گرفته شد.

Laker Airways Co. v. Sabena 731 F 2d 909). The United States expressed similar concerns over the proceeding against IBM by the Commission of The European Community (60/81, [1981] E. C. R. 2639). Another example is the U. S Government's concern over the European Commission's objections to the Boeing/McDonnell –Douglas merger, which was made public by the President Clinton. See "Clinton Steps into Boeing Deal Row", *Financial Times*, July 18, 1997; A R Fiebig, *International Law Limits on the Extraterritorial Application of European Merger Control Regulations for Reform*, 19 *European Competition Law Review*, 323 (1998); V D Sharma, *Approaches to the Issues of Extra-territorial Jurisdiction*, 5 *Australian Journal of Corporate Law*, 45 (1995).

1. R. Dale, *Risk and Regulation in Global Securities Market*, New York, 1996 pp. 2-3.

2. A. N. Light, *Regulatory Arbitrage for Real: International Securities Regulation in a World of Interacting Securities Markets*, 38 *Virginia Journal of International Law*, 561 at 564 (1998).



افزوده است. بازارهای اوراق بهادار به مقدار قابل توجهی بین‌المللی‌تر شده‌اند و نیروهای محرک اقتصاد سیاسی بین‌المللی با کاستن از موانع قانونی برای ورود به این عرصه فشار می‌آورند. هر روز بر تعداد کشورهایی که بازار سهام خود را به روی سرمایه‌گذاران خارجی می‌گشایند افزوده می‌شود و قوانینی را که سرمایه‌گذاری اتباع‌شان در خارج را با محدودیت مواجه می‌ساخت نسخ می‌کنند.^۱ روند آزادسازی نیروی خود را از موج عظیم خصوصی‌سازی می‌گیرد که تا حد زیادی مستلزم توزیع بین‌المللی اوراق بهادار است. این روند در حال تقویت گسترش بازار جهانی است. وانگهی، پیوستگی عملی و رشد ابزارهای جدید مالی از قبیل معاملات مشتقات^۲ به‌طور وسیعی به روند فراملی‌گرایی کمک کرده‌اند. سرمایه‌گذاری فرامرزی مخاطرات بسیاری را به همراه دارد که این مخاطرات به‌واسطه معاملات مشتقات می‌توانند شکل‌های گوناگونی به خود گیرند و کنترل شوند در حالی که پیوستگی بانک‌ها و اوراق بهادار می‌تواند مجموعه‌های مالی قدرتمندی را ایجاد کند که قادر به کار در بازارهای رقابتی بین‌المللی هستند، این امر را می‌توان در گرایش نیرومند بانک‌ها و سایر نهادهای مالی به حضور خارج از بازارهای داخلی خود مشاهده کرد. در هر حال تضعیف موانع داخلی از طریق پیشرفت‌های تکنولوژیکی ممکن شده است. به‌دلیل پیشرفت در ارتباطات راه دور و تجارت الکترونیکی، می‌توان به سرعت اطلاعات مالی را در مقیاس وسیع تحلیل کرد و فاصله جغرافیایی تقریباً هیچ نقشی ایفا نمی‌کند. این عوامل منتهی به افزایش قوت و سرعت معاملات مالی بین‌المللی می‌شوند.^۳

تجارت بین‌المللی در عرصه خدمات مالی و بازار اوراق بهادار به‌طور حتم پیچیدگی بیشتری را به بازار هم‌اکنون پیچیده مالی اضافه می‌کند و بر حساسیت و آسیب‌پذیری بازارها می‌افزاید.^۴ بنابراین فراملی‌گرایی بازارهای اوراق بهادار، به‌خاطر ارتباط میان بازارهای سراسر دنیا، پیامدهای خود را دارد، مثلاً این‌که آن‌ها به سرعت نسبت به وقایع واکنش نشان می‌دهند و ایجاد بی‌ثباتی می‌کنند.^۵ «بازارهای مالی به سرعت تغییرات و شوک‌ها را منعکس می‌کنند. این امر مسائل خاصی را برای دولت‌ها ایجاد می‌کند».^۶ از این‌رو، سوءاستفاده‌ها و کلاهبرداری‌های جدی‌تر تجاری به آن سوی مرزهای داخلی کشیده می‌شوند زیرا تقلب در بازارهای اوراق بهادار در عرصه بین‌المللی آسان‌تر شده است. بسیاری از سوءاستفاده‌ها به روشنی بیانگر کاربرد معاملات فرامرزی مالی

1. Ibid. at 562; B Asher, "The Development of Global Securities Market", in F Oditah(ed.), *The Future of the Global Securities Market*, Oxford, 1996.

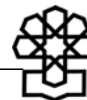
2. Derivatives

3. Ibid [Asher] at 16-17; A C Sobel, *Domestic Choice, International Markets, Dismantling National Barriers and Liberalising Securities Markets*, Michigan, 1997, pp. 10, 11, 14, 16, 47; O Schachter, "The Decline of Nation-State and its Implications for International Law", in J I Charney et al (eds.), *Politics, Values and Functions: International Law in the 21st Century*, The Hague, 1997, p. 13.

4. Ibid [Sobel] at 11

5. See *supra* Chapter II Section 5. 2

6. This point noted by a special advisor to a Japanese company, cited in Sobel, *supra* note 123 at 12



به عنوان راهی برای دور زدن حقوق داخلی هستند.^۱ همان طور که قبلاً گفته شد عدم تقارن اطلاعاتی میان کشورها، فعالیت شبکه های پیچیده بین المللی مجرمین اقتصادی و در عین حال قابلیت تأثیر گذاشتن بر بسیاری از بازارهای به هم پیوسته در سراسر دنیا تهدیدی جدی برای ثبات بازارهای مالی است.^۲

به هر حال هدف اصلی قانون اوراق بهادار داخلی، حمایت از بازارهای داخلی و سرمایه گذاران در مقابل هرگونه فعالیت متقلبانه و کلاهبردانه است.^۳ دولت ها علاقه زیادی به پررونق نگاه داشتن بازارهای مالی دارند. آن ها در سطح بین المللی برای سرمایه، تا حدی از طریق چارچوب حقوق اقتصادی با یکدیگر رقابت می کنند.^۴ کشورهایی که برای تنظیم بازارهای داخلی سرمایه، سیستم دقیق تری دارند، قادرند سرمایه خارجی بیش تری را جذب کنند تا کشورهایی که قوانین شان از دقت کافی برخوردار نیست، زیرا حمایت بیش تری از معاملات انجام شده در داخل این کشورها به عمل می آید.^۵ در صورت نبود توافقات چند جانبه، یا یک رژیم مافوق ملی برای تنظیم جریان سرمایه برون مرزی، در سراسر دنیا تنها رژیم های قانونی ملی مطرح هستند، که برای تنظیم سرمایه گذاری های فرامرزی از ابزارهای مناسب برخوردار نیستند.^۶ بنابراین روند فراملی گرایي فرضیاتی را که بر پایه آن ها قوانین اوراق بهادار داخلی وضع شده بودند دگرگون ساخته است. هر استراتژی حقوقی باید جایگاه بازار جهانی و از این رو محدودیت های وارد شده بر رژیم های حقوقی را به رسمیت بشناسد. یکی از نتایج این روند آن است که دست اندرکاران بازار می توانند با اندکی تلاش از موانع و محدودیت های بازار اجتناب کنند.^۷ خطراتی که در محیط مالی جدید در مقابل عوامل تنظیم کننده وجود دارد به خوبی در بحران های جهانی مکرر در بازارهای مالی نمود

1. See Sobel, *supra* note 123 at 12-13.

2. Ibid.

3. Ibid.

4. G. Schuster, *Extraterritoriality of Securities Laws: An Economic Analysis of Jurisdictional Conflicts*, 26 Law and Policy in International Business, 173 (1994); see also J P Trachtman, *International Regulatory Competition, Externalisation, and Jurisdiction*, 34 Harvard International Law Journal, 47 (1993).

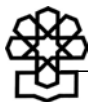
5. Ibid [Schuster]; W B Haseltine, *International Regulation of Securities Market: Interaction between United States and Foreign Laws*, 36 ICLQ 307-308 (1987).

6. Hillman, *supra* note 85 at 333.

در طی چند سال اخیر، تنظیم کنندگان امور اوراق بهادار پیشرفت قابل توجهی در گسترش روابط دسته جمعی در جهت کاستن از ارزش مرزهای بین المللی به عنوان موانعی برای کشف و پیگرد کلاهبرداری اوراق بهادار داشته است. M D Mann et al, *The Establishment of International Mechanism for Enforcing Provisional Orders and Final Judgements Arising from Securities Law Violations*, 55 Law and Contemporary Problems, 303 (1992) ارائه اطلاعات و شفافیت بیش تر نسبت به ساختار، فعالیت ها و سیاست های شرکت ها در خصوص مقررات مسائل مربوط به اوراق بهادار از جمله عناصر کلیدی هستند. See *Multinational Enterprises and Disclosure of Information, Clarification of OECD Guidelines for*

Multinational Enterprises, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris, 1988, p. 9

7. C T Plambeck, *Capital Neutrality and Coordinated Supervision: Lessons for International Securities Regulation from the Law of International Taxation and Banking*, 9 Michigan Yearbook of International Legal Studies, 171 (1988).



می‌یابند.^۱ حتی برخی از قوانین محرمانه در امور مالی، پوشش بسیار خوبی است برای کسانی که می‌توانند یکپارچگی بازارهای اوراق بهادار را در جهت حمایت از خود بازار و مصرف‌کنندگان به مخاطره بیفکنند. اما در حال حاضر ضرورت اتخاذ رویکردی جدید نسبت به تنظیم رفتار در بازارهای بین‌المللی، برای همه کشورها ایجاد شده است.^۲ ممکن است کسی استدلال کند که بازار اوراق بهادار فراملی محیطی است که باید در آن به نوعی از نقش اصل سرزمینی بودن و عدم اعمال حقوق عمومی بیگانه کاسته شود. در فعالیت‌های بین‌المللی، بی‌عدالتی و هرج و مرج می‌تواند حاصل پیروی بی‌چون و چرا از اصل سرزمینی بودن و رد مطلق و بی‌درنگ اعمال فرامرزی قوانین باشد. در بعضی شرایط که یک توافق بین‌المللی وجود ندارد پیشگیری از جرائم مربوط به اوراق بهادار بین‌المللی ممکن است توجیه عادلانه‌ای باشد برای کاربرد برون‌مرزی قانون ملی.^۳ با این فرض که بازارهای مالی در سراسر دنیا به سرعت و به شکل فزاینده‌ای بین‌المللی شده‌اند،^۴ قوانین داخلی تنظیم‌کننده این بازارها، به عنوان تنها راه حل موجود، گاهی فراتر از حدود قابل قبول صلاحیت اعمال شده‌اند و اغلب علیه شرکت‌های صادرکننده سهام یا اوراق قرضه بیگانه قائل به تبعیض شده‌اند.^۵ اغلب ملت‌ها برای اشتغالات مربوط به اوراق بهادار سیستم‌های تنظیم‌کننده خود را دارند، از جمله ارائه اطلاعات و ثبت اجباری.^۶ بنابراین قلمرو اوراق بهادار و دیگر فعالیت‌های مالی بازار دارای قابلیت تعارض اختلاف صلاحیتی زیادی هستند.^۷ در حقیقت تعارضات مربوط به صلاحیت در یک حوزه مهم اقتصادی مانند قانون اوراق بهادار رایج هستند. فراملی‌گرایی بازارهای سرمایه به تعارضات بیش‌تری منجر شده است که این تعارضات عمدتاً در عرصه‌های سوءاستفاده از اطلاعات، کلاهبرداری، ثبت، قانون ارائه اطلاعات، میزان سود ناخالص، مقررات مربوط به کنترل

1. Ibid

2. D. Honeygold, *International Financial Markets*, New York, 1989, p. 10.

3. Weintraub, *supra* note 84 at 1816-17; O Ajayi, *International Securities Regulation*, 5 *Journal of International Banking Law*, 192 (1992)

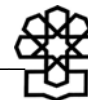
4. A. L. Peters & A E Feldman, *The Changing Structure of the Securities Markets and the Securities Industry: Implications for International Securities Regulation*, 9 *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, 19-52 (1988); J Seligman, *The Internationalisation of the Securities Markets: Preface to a Symposium*, 9 *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, 1-17 (1988).

5. Ibid [Peters & Feldman]; D Hawes, *Internationalisation spreads to Securities Regulators* 9 *University of Pennsylvania Journal of International Business*, 258(1987); D L Goelzer et al, *Securities Regulation in the International Market: Bilateral and Multilateral Agreements*, 9 *Michigan Yearbook of International Legal Studies Symposium: Internationalisation of the securities Markets*, 53 (1988).

6. Lange & Born, *supra* note 70 at 14-16; see also H Pitt et al, *Problems of Enforcement in Multinational Securities Market*, 9 *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, 375-451 (1987).

Ibid [Peters & Feldman]; D Hawes, *Internationalisation spreads to Securities Regulators* 9 *University of Pennsylvania Journal of International Business*, 258(1987); D L Goelzer et al, *Securities Regulation in the International Market: Bilateral and Multilateral Agreements*, 9 *Michigan Yearbook of International Legal Studies Symposium: Internationalisation of the securities Markets*, 53 (1988).

7. Hermann, *supra* note 14 at 37-40; for a different view in this respect see R A Kellan, *Securities Law-International boundaries- Jurisdictional Boundaries of the Anti-Fraud Provisions of the Federal Securities Laws*, MCG, Inc. v. Great Western Energy Corp., 896 F. 2d 170 (5th Cir. 1990), 15 *Suffolk Transnational Law Journal* 420-429 (1991).



شرکت با خرید عمده سهام آن و کسب اطلاعات موجود در خارج از کشور وجود دارند.^۱ دولت‌ها در تعقیب منافع اقتصادی خود، تمایل دارند مقررات خود را به صورت فرامرزی در هر جایی که عمل زیان‌آور خارج از حیطه این مقررات به وقوع پیوسته است، اعمال کنند.^۲ در هر حال در یک موقعیت بین‌المللی ممکن است چندین دولت دارای منافع مشروع در تنظیم معاملات اوراق بهادار یا به‌طور کلی خدمات مالی باشند. ولی تا جایی که به دست‌اندرکاران بازارهای بین‌المللی اوراق بهادار مربوط می‌شود، به‌هم پیوستگی بازارهای اوراق بهادار الزامات حقوقی چندگانه‌ای را در کشورهای مختلف به همراه دارد که این الزامات حقوقی روز به روز دشوارتر و پرهزینه‌تر می‌شوند. به‌ویژه این امر درباره بازار ایالات متحده امریکا صدق می‌کند که این مسأله تا حدی به‌خاطر وسعت و جذابیت آن برای شرکت‌ها و سرمایه‌گذاران خارجی و تا حدی به‌خاطر پذیرش نظریه آثار و نتایج یا اصل شخصیت غیرمؤثر از سوی دادگاه‌های ایالات متحده است. ایالات متحده امریکا بارها کوشیده است به منظور نگاه داشتن یک دیوار حائل میان شهروندان خود و بازارهای خارجی که کم‌تر تحت کنترل قرار دارند، حوزه قوانین اوراق بهادار خود را بسط و توسعه دهد.^۳

بنابراین رویه دادگاه‌های ایالات متحده در جهت بسط صلاحیت‌شان به آن‌سوی قلمرو داخلی و کاربرد فرامرزی مقررات اوراق بهادار این کشور بوده است. صلاحیت موضوعی قضائی دادگاه‌های ایالات متحده برای اعمال قوانین این کشور بیش‌تر بر مبنای معیار آثار و نتایج یا رفتار تعیین می‌شود.^۴ به‌هر حال اخیراً در بعضی از پرونده‌ها ترکیبی از هر دو معیار به‌طور همزمان به چشم می‌خورد.^۵ از نظر امریکاییان مثلاً برای صلاحیت درخصوص معاملات افراد خودی و آگاه از اطلاعات محرمانه یا کلاهبرداری در خارج از قلمرو داخلی توجیه کافی وجود دارد زیرا کلاهبرداری عملی «زیانبار» است و هیچ ملتی نباید به‌طور جدی به اعمال مقررات ضد کلاهبرداری امریکا یا

1. Schuster, *supra* note 130 at 165.

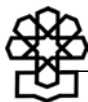
2. Hillman, *supra* note 85 at 339-41 (1992); Haseltine, *supra* note 131 at 307; Weintraub *supra* note 84 at 1799.

3. J. D. Cox, *Globalisation's Challenge to the United States Securities Laws*, 7 *Canterbury Law Review*, 3 (1998).

4. In *Schoenbaum v. Firstbrook*, 268 F. Supp. 385 (1969)

موضوع، این پرونده تجارت محرمانه برخی افراد بود که در کانادا میان دو شرکت کانادایی و به‌ضرر یک سهامدار تبعه و مقیم امریکا انجام شده بود. سرانجام دادگاه فرجام رأی داد که فرض معمول علیه اعمال فرامرزی قانون در جایی که این کار برای حمایت از سرمایه‌گذاران آمریکایی ضروری است، در اینجا به‌کار برده نمی‌شود. مورد دیگر پرونده *Tamari v. Bache & Co.* (1984) 730 F. 2d 1103, 1108 (*Lebanon*) SAL است که بر پایه معیار آثار و نتایج قرار گرفته است. در اینجا استدلال می‌شود که زمانی که یک معامله که در خارج از کشور سر گرفته است، به تجارت در بازار بورس و ارز امریکا مربوط می‌شود، در این حالت این معامله یک دادوستد داخلی است و بنابراین باید قانون امریکا اعمال شود. For the test conduct see *Leasco Data Processing Equipment Corps v. Kernan*, 468 F. 2d 1326 (1972); *Alfadda v. Fenn*, 935 F. 2d 475 (1991); see also A Fleischer, "Extraterritorial Application of United States Securities Laws", in page 107 Olmstead (ed.), *supra* note 47 at, 107-112; C J Johnson, *Application of Federal Securities Laws to International Securities Transactions*, 45 *Albany Law Review* 890 (1980-81)

5. *Itoba Ltd. v. Lep Group PLC*, 54 F3d 118, 122 (2nd Cir. 1995).



معاملات افراد آگاه از اطلاعات محرمانه در خارج از این کشور اعتراض کند، آن هم در جایی که نتیجه حاصله به سود همه است. اگرچه سایر کشورها لزوماً در این خصوص با امریکا هم عقیده نیستند، در عین حال این نتیجه منطقی وضعیتی است که در آن بازار اوراق بهادار روز به روز جهانی‌تر می‌شود اما تنها دولت‌ها وضع و اعمال مقررات بازار را، به‌عنوان یک موضوع کاربردی، در سطح ملی عهده‌دار شوند.^۱ قانون ۱۹۸۶ خدمات مالی بریتانیا همچنین کوششی است برای پاسخ دادن به ملاحظات بین‌المللی و برآوردن نیازهای یک بازار بین‌المللی که به سرعت رو به رشد است.^۲ این قانون و قواعد و مقررات ناشی از آن بر امر سرمایه‌گذاری در بریتانیا حاکمند. پس لزوماً چنین نتیجه‌گیری می‌شود که این قانون و قواعد بر معاملات و فعالیت‌هایی که هیچ ارتباطی با بریتانیا ندارند، حکمفرما نیست.^۳ در هر حال، به دلیل ماهیت پیچیده و گسترش یافته معاملات اوراق بهادار، حوزه اعمال این قانون و مقررات ناشی از آن به مکان صدور یا معامله اوراق بهادار بستگی دارد. این اوراق ممکن است در همان زمان یا متعاقباً در یک بورس سرمایه‌گذاری در خارج از کشور یا در یک بازار سرمایه‌گذاری در داخل بریتانیا مورد معامله قرار گیرد، یا ممکن است یک سرمایه‌گذار یا معامله‌گر بریتانیایی با انجام معامله‌ای در خارج یا داخل بریتانیا مالک آن‌ها شود.^۴ در چنین اوضاع و احوالی حوزه اعمال قواعد مربوط به معاملات سرمایه‌گذاری چندان روشن نیست و بنابراین کاربرد آن‌ها در معاملاتی که در حوزه صلاحیت خارجی بوده، اما پیامدهایی در داخل بریتانیا نیز دارد، کاملاً محتمل است؛ به‌ویژه اگر مطابق قواعد و رویه جاری در حوزه صلاحیت خارجی، حمایتی که از سرمایه‌گذاران داخل بریتانیا می‌شود کم‌تر از حمایتی باشد که در قانون خدمات مالی بریتانیا مقرر شده است.^۵

- .

مسائل صلاحیتی قواعد مربوط به مبادلات ارزی بر خلاف سایر مقررات اقتصادی، تابع یک رژیم منحصر به فرد است. از آنجا که قواعد مربوط به کنترل مبادلات ارزی توسط مقررات صندوق

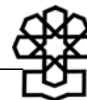
1. 146 D. C. Langevoort, *Fraud and Insider Trading in American Securities Regulation: Its Scope and Philosophy in a Global Marketplace*, 16 *Hastings International & Comparative Law Review*, 175 (1993); Merritt B. Fox, *Insider Trading in A Globalising Market: Who should Regulate What*, 4 *Law and Contemporary Problems*, 263(1992); S J Choi and A T Guzman, *The Dangerous Extraterritoriality of American Securities Law*, 17 *Northwestern Journal of International Law & Business*, 207(1996); Joseph P. Garland & Brian P. Murray, *Subject Matter Jurisdiction under the Federal Securities Laws: The State of Affairs After ITOBA*, 20 *Maryland Journal of International Law & Trade*, 235(1996); S M Drew, *Extraterritoriality of the United States Securities and Exchange Commission*, 20 *Comparative Law Yearbook of International Business*, 231 at 235 (1998).

2. Financial services Act 1986, Ch. 41 Vol. 2 *Current Law Statutes Annotated*, Honeygold, *supra* note 135 at 10

3. Financial Services Act 1986, § 1(2) and (3) and §4(1) and (7); see R R Pennington, *The Law of the Investment Markets*, Oxford 1990, pp. 570-1.

4. R R Pennington, *The Law of the Investment Markets*, Oxford 1990, pp. 575-577-9.

5. Financial Services Act 1986, § 40(2).



بین‌المللی پول تنظیم شده است، قلمرو اعمال این قواعد به موجب حقوق بین‌الملل، در شکل ترتیبات معاهده‌ای معین می‌گردد.^۱ به موجب موافقتنامه صندوق بین‌المللی پول، دولت‌ها مجازند جریان سرمایه را در امتداد مرزهای‌شان کنترل نمایند.^۲ مقررات این ماده، الزام‌آور بوده و طرفین یک قرارداد مبادله ارزی نمی‌توانند برخلاف آن توافق نمایند. مقررات صندوق بین‌المللی پول نشان می‌دهد که منافع بین‌المللی از طریق آزاد گذاشتن اعضا در تصمیم‌گیری در خصوص کنترل یا عدم کنترل سرمایه، محقق می‌شود. به موجب ماده (۸) بخش دوم پاراگراف (b)^۳ موافقتنامه صندوق بین‌المللی پول، اجرای فراسرزمینی مقررات دولت‌های عضو در خصوص کنترل مبادلات ارزی پذیرفته شده است. بنابراین معاملات تبادل ارزی که در سرزمین یک عضو انجام می‌گیرد و متضمن پول رایج عضو دیگر است، چنانچه بدون در نظر گرفتن و با دور زدن مقررات کنترل ارزی کشور دوم (که سازگار با موافقتنامه صندوق بین‌المللی پول است) صورت گیرد، لازم‌الاجرا خواهد بود.

تعیین این‌که یک قرارداد مبادله ارزی چیست و آیا مقرراتی که در خطر هستند با موافقتنامه، سازگار می‌باشند یا خیر، موضوع بحث و مناقشه است.^۴ کلیه اعضای صندوق بین‌المللی پول به موجب پاراگراف (b) بخش دوم ماده (۸) موافقتنامه این سازمان، موظفند که برای مقررات مربوط به کنترل مبادلات ارزی، از جمله مقررات مربوط به اوراق بهادار که مورد تأیید سازمان باشند، تا حدودی اثر فرامرزی، قائل شوند. با این حال، تردیدی نیست که تخصص صندوق در امور اقتصادی و مالی است و صلاحیت هیچ‌گونه ارزیابی در مورد ضرورت‌های امنیتی و نظامی را ندارد. بنابراین علی‌رغم این‌که صندوق، مقررات خزانه‌داری ایالات متحده در مورد کنترل دارایی‌های ایران را پذیرفت، اما برخی مفسرین، اجرای فراسرزمینی مقررات کنترل مبادلات ارزی ایالات متحده در لندن و پاریس را به چالش کشیده‌اند.^۵ در چنین موردی استدلال شده است که برای تصمیم‌گیری در مورد این‌که آیا یک مقرر، در زمره «مقررات مربوط به کنترل مبادلات ارزی» محسوب می‌شود یا خیر، باید به هدف کنترل نیز توجه شود. از دیدگاه وی چنانچه کنترل با هدف اعمال فشار سیاسی بر یک دولت خارجی انجام گیرد، نه به منظور حمایت از پول رایج کشور اعمال‌کننده کنترل، چنین

1. For a full report of these views see F A Mann, *The Legal Aspects of Money*, Oxford, 1992, pp. 397-43.

2. J. Gold, "Exchange Contracts", *Exchange Control, and the IMF Articles of Agreement: Some Animadversions on Wilson, Smithett & Cope Ltd. v. Terruzzi*, 33 ICLQ 777-790 (1984).

3. متضمن پول رایج هر یک از اعضا بوده و بر خلاف دسته‌ای از مقررات مربوط پاراگراف بخش دوم ماده (۸) موافقتنامه: آن دسته از معاملات ارزی که به تنظیم مبادلات ارزی آن عضو که منطبق با موافقتنامه صندوق می‌باشد انجام گیرد در سرزمین هیچ یک از اعضا قابل اجرا نمی‌باشد. به علاوه اعضا می‌توانند از طریق توافق در انجام اقداماتی با هدف مؤثرتر کردن مقررات کنترل مبادلات ارزی.

4. J. Gold, *supra* note 152 at, 777-790

5. See N A Simon, *The Iranian Assets Control Regulations and the International Monetary Fund: Are the Regulations "Exchange Control Regulations?"* 4 Boston College of International and Comparative Law Review, 203-23 (1981); In *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co.* [1988] 1 Lloyd's Law Report 259, the Court excluded the application of exchange control on the ground that the law of the enacting country was not part of the proper law



مقرره‌ای جزو «مقررات کنترل مبادلات ارزی» محسوب نمی‌شود.^۱ از طرف دیگر، دادگاه‌ها و مفسران امریکایی به دلایل اشکار، تفسیر موسع‌تری از این ماده ارائه می‌کنند؛ به‌گونه‌ای که می‌تواند محدودیت‌های با انگیزه سیاسی را نیز دربرگیرد. به هر حال، مسأله در این مورد خالی از ابهام نیست.^۲

پاراگراف بخش دوم ماده (۸) در دادگاه‌های برخی اعضا یا نزد کارشناسان حقوقی، مقررہ رایجی محسوب نمی‌شده است. دلیل این امر آن است که ملاحظات حقوق بین‌الملل که به موجب این مقررات بیان گردیده همواره با منافع ملی، به‌گونه‌ای که توسط دادگاه‌های برخی دولت‌های عضو در نظر گرفته می‌شود، سازگار نیست. به‌ویژه آن دسته از کشورها که حوزه رایج بیش‌ترین خدمات مالی و بازار ارزهای بین‌المللی هستند. از آن‌جا که این ماده، از یکسو متضمن ایجاد تعادل میان منافع ملی و بین‌المللی و از سوی دیگر منافع عمومی و خصوصی است، بنابراین اجرای آن، کار چندان ساده‌ای نیست.^۳ به علاوه، این ماده معنای روشنی ندارد. ابهام این ماده ناشی از دیدگاه‌های مختلفی است که در مورد مفهوم اصطلاحات به کار رفته در ماده وجود دارد. عباراتی نظیر «قرارداد تبادل ارزی» یا «مقررات مربوط به کنترل مبادلات ارزی»، به خوبی تعریف نشدند و بنابراین موجب سردرگمی می‌گردند.^۴ هر چند در برداشتی مضیق، می‌توان «قرارداد تبادل ارزی» را محدود به قراردادی دانست که موضوع آن فروش ارز است، اما تفسیر موسع‌تر از «قرارداد تبادل ارزی» توسط دادگاه‌ها و مفسرین، نشان می‌دهد که یک «قرارداد تبادل ارزی»، می‌تواند به‌منظور فروش کالا به هرگونه قراردادی اطلاق گردد که متضمن پول رایج یکی از کشورهای عضو باشد. یعنی قرارداد تبادل ارزی، هرگونه قراردادی است که منابع پولی عضوی را که پول رایج او در آن درگیر است، را تحت تأثیر قرار دهد.^۵

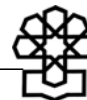
1. Mann, *supra* note 151 at 471-478; see also R W Edwards, *Extraterritorial Application of the U. S. Iranian Assets Control Regulations*, 75 American Journal of International Law 870-902 (1981); P Balfour, "Extraterritorial Recognition of Exchange Control Regulations The English Viewpoint", in N Horn (ed.), *The Law of International Trade- Finance*, Deventer, 1989, p. 125 at 135.

2. See T S Link, "Article VIII, Section 2 (b) of the IMF Articles- The Current United States Practice and Outlook", in Horn (ed.), *supra* note 156, p. 143 at 151; Edwards *supra* note 156 at 871

3. J Gold, "Article VII, Section 2 (b) of the IMF Articles in its International Setting", in Horn (ed.), *supra* note 156, p. 143 at 151

4. J. S. Williams, *Extraterritorial Enforcement of Exchange Control Regulations Under the International Monetary Fund Agreement*, 15 Virginia Journal of International Law 319-396 (1975); see J S Williams, *Enforcement of Foreign Exchange Control Regulations in Domestic Courts*, 70 American Journal of International Law 101-111 (1976)

5. See Gold note 158 at 87; S Zamora, *Recognition of Foreign Exchange Controls in International Creditors' Rights Cases: The State of the Art*, 21 International Lawyer, 1064 (1987); Williams *supra* note 159 at 319; Note, *The Unenforceability of International Contracts Violating Foreign Exchange Regulation*, 25 Virginia Journal of International Law, 967 (1985); Balfour, *supra* note 156 at 128-129



در سال‌های اخیر، قانون به‌طور فزاینده‌ای به یک ابزار معمول سیاست خارجی بدل گشته است. سیاست تجاری و کنترل صادرات عموماً مقرراتی برای حمایت از منافع اقتصادی ملی هستند.^۱ اما برخلاف قوانین اساساً اقتصادی و اقدامات کمی یکجانبه مانند تعرفه و دیگر موانع تجارت آزاد، بحث‌انگیزترین مقررات با اهداف استراتژیک سیاسی و سیاست خارجی نیز مرتبط هستند.^۲ دولت‌ها معمولاً در زمان جنگ یا شرایط اضطراری مشابه، به اعمال مجازات‌های اقتصادی، اغلب با دایره اجرای فراسرزمینی، در مورد دشمنان‌شان مبادرت می‌ورزند.^۳ این مجازات‌ها، هر یک از اتباع کشور وضع‌کننده یا هر کشوری که توسط اتباع این کشور اداره می‌شود را ملزم می‌نمایند که از تجارت با کشورهای خاص یا اتباع آن‌ها یا آزاد نمودن دارایی‌های آن‌ها خودداری نمایند.^۴ مقررات تجارت خارجی که در این پژوهش مورد بحث قرار می‌گیرند، مجازات‌های اقتصادی از نوع تحریم و محاصره است که توسط یک کشور اعمال می‌گردد و اقدامات جمعی که تحت حمایت یک سازمان بین‌المللی انجام می‌شود را دربرنمی‌گیرد.

بیان این واقعیت که بسیاری از کشورها مجازات‌های اقتصادی را به منظور پیشبرد منافع ملی خود به کار می‌گیرند، مؤید این است که علی‌رغم شعارهای پر حرارت در مورد تجارت بین‌المللی آزاد و مزیت نسبی، دولت ملی هنوز مهم‌ترین بازیگر عرصه روابط اقتصادی بین‌المللی است و جهانی شدن هنوز نتوانسته به‌طور بنیادین مرزها و گرایش‌های ملی را تضعیف نماید. بر خلاف دیگر مقررات اقتصادی، صرف وجود قواعدی که تنظیم‌کننده تجارت بین‌المللی است، از یکسو نشان‌دهنده چندگانگی جهان و از سوی دیگر بیانگر یک واگرایی و اختلاف عقیده درونی میان دولت‌هاست. به هر حال استفاده از مجازات‌های اقتصادی برای اهداف سیاسی از کشوری به کشور دیگر متفاوت است. به‌عنوان مثال، به موجب قوانین آلمان، تجارت خارجی اساساً مستقل از سیاست خارجی در نظر گرفته می‌شود. در مقابل در ایالات متحده به نظر می‌رسد که تجارت خارجی به‌طور سنتی تحت

1. R. K. Peterson et al, *Canadian Regulation of International Trade and Investment*, Toronto, 1986 pp. 77, 92-3; see *supra* Chapter II, Section 6. 2. 2. 3.

2. K. M. Meessen, "Extraterritorial Jurisdiction in Export Control Law", in K M Meessen (ed.), *International Law of Export Control*, London 1992, p. 3 at 8-9 where he discusses direct and indirect techniques of extraterritoriality; see also Castel, *supra* note 58 at 138-160; Bridge *supra* note 59 at 1; H E Moyeer & L A Mabry, *Export Controls as Instruments of Foreign Policy: The History, Legal Issues, and Policy Lesson of Three recent Cases*, 15 *Law and Policy in International Business*, 1-171 (1983).

3. A. F. Lowenfeld, *International Economic Law, Trade Controls for Political Ends*, New York, 1983, Vol. III, pp. 71, 85 and onward; see also A Bianchi, *Extraterritoriality and Export Controls: Some Remarks on the Alleged Antinomy between European U. S. Approaches*, 35 *GYIL* 366 at 372-374 (1992).

4. Lange & Born, *supra* note 70 at, 17-21; Hermann *supra* note 14 at, 31-36; Swan & Murphy, *supra* note 52 at 568-573. A L C de Mestral, *Extraterritorial Application of Export Control Legislation, Canada and the U. S. A.*, Dordrecht, 1990; Moyeer & Mabry, *supra* note 162 at 171 (1983); J P Bialos and K I Juster, *The Libyan Sanctions: A Rational Response to State-Sponsored Terrorism?* 26 *Virginia Journal of International Law*, 799 (1986)



تأثیر و تابع اولویت‌های سیاسی بوده است.^۱

از آن‌جا که هر روز بر اهمیت سیاست اقتصادی افزوده می‌شود، سؤالاتی در مورد مشروعیت چنین اقداماتی مطرح شده و مسأله به‌طور گسترده مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. در حقوق بین‌الملل کلاسیک، هیچ‌گونه محدودیتی برای استفاده دولت‌ها از مجازات‌های اقتصادی، وجود نداشته است. اما ممکن است از منشور ملل متحد این‌گونه استنباط شود که دولت‌ها به‌طور خاص وظیفه دارند که با اجتناب از مجازات‌های اقتصادی، روابط اقتصادی بین‌المللی را تسهیل نمایند.^۲ از دید بسیاری از کشورهای در حال توسعه آن دسته‌ای از اعمالی که منجر به فشار اقتصادی می‌گردند، مغایر حقوق بین‌الملل است. در حالی که این امر، مورد پذیرش کشورهای توسعه‌یافته نیست.^۳ به هر حال مشروعیت فشار اقتصادی در حقوق بین‌الملل تا حد زیادی مبهم و نامشخص است و منشور ملل متحد قطعیت چندانی در تأیید این ایده (که دولت‌ها باید از چنین اقداماتی خودداری نمایند) ندارد. در نتیجه و علی‌رغم این فرض که مجازات‌های اقتصادی در وهله اول از نظر اخلاقی نامطلوب هستند^۴ و هیچ دولتی نباید در روابط تجاری مورد تبعیض واقع شود،^۵ به سختی می‌توان قاعده‌ای در حقوق بین‌الملل یافت که کلیه اشکال تحریم‌های اقتصادی را ممنوع کند. هر چند در وضعیت فعلی توسعه نظم حقوقی بین‌المللی ممکن است برخی انواع تحریم‌های اقتصادی، از نظر اجتماعی و اقتصادی نامطلوب تلقی شوند، اما با این حال ضرورتاً ناقض حقوق بین‌الملل نیستند. در واقع این در زمره حقوق حقه ملت‌هاست که دولت‌هایی را انتخاب نمایند تا از طریق آن‌ها به برقراری روابط اقتصادی، مبادرت ورزند. یک دولت می‌تواند منافع ملی خود را تعیین نموده و اتباع خود را به تجارت با سایر ملل، تشویق یا از انجام این کار منع نماید.^۶ به هر حال در

1. H. Werner, *Economic Embargoes and Individual Rights under German Law*, 15 Law and Policy in International Business, 403 (1983).

2. در بند «۲» ماده (۴) منشور ملل متحد بیان می‌دارد: کلیه اعضا در روابط بین‌المللی خود از تهدید به زور یا توسل به آن علیه تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی هر کشور یا از هر روش دیگری که با اهداف ملل متحد مبیانت داشته باشد خودداری خواهند نمود. بند «۲» ماده (۴) منشور ملل متحد بیان می‌دارد: کلیه اعضا در روابط بین‌المللی خود از تهدید به زور یا توسل به آن علیه تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی هر کشور یا از هر روش دیگری که با اهداف ملل متحد مبیانت داشته باشد خودداری خواهند نمود.

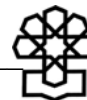
3. C. E. Cameron, *Developing Standard for Politically Related States Economic Action*, 13 Michigan Journal of International Law, 218 (1991).

4. A. Rosen, *Canada's Use of Economic Sanctions for Political and Human Rights Purposes*, 51 University of Toronto Faculty of Law Review, 1 at 41 (1993).

5. The General Assembly (UN) Charter of Economic Rights and Duties of States, UNGA Res. 3281 (XXIX), Art 4.

6. دیوان بین‌المللی دادگستری در دعوی نیکاراگوئه علیه ایالات متحده در ۱۷۰ بیان یک مسأله حقوق بین‌الملل عرفی عام مقرر داشت عملکرد، ایالات متحده را نمی‌توان محکوم کرد. در صورت فقدان یک تعهد معاهده‌ای یا دیگر الزامات خاص یک دولت ملزم به ادامه دسته به‌خصوصی از روابط تجاری فراتر از حدی که مناسب تشخیص دهد نیست.

...” *Nicaragua v. United States of America*, ICJ Reports, 1986 p. 14 at 138 para. 276; see also S C Neffl, *Boycott and the Law of Nations: Economic Warfare and Modern International Law in Perspective* 69 BYIL 113 at 115 (1988); R B Lillich, *The Status of Economic Coercion Under International Law: United Nations Norms*, 12 Texas International Law Journal, 17 (1977).



شرایط استثنایی، استفاده سیاسی از ابزارهای اقتصادی ممکن است به‌عنوان نوعی تخطی یا تجاوز به اصل ممنوعیت مداخله در امور داخلی دیگر دولت‌ها تلقی گردد.^۱

با این حال، توسل به فشارهای اقتصادی بر دیگر دولت‌ها به منظور اهداف سیاسی، سابقه‌ای طولانی دارد. از ابتدای قرن حاضر، دولت‌ها بارها و به‌طور مؤثر از این اهرم برای اعمال خسارات اقتصادی یا ایجاد تغییر در رفتار دولت‌های مورد نظر خود، استفاده کرده‌اند.^۲ پویایی درجه موفقیت چنین اقداماتی، به قدرت اقتصادی کشور اعمال‌کننده بستگی دارد. با این حال، پیوستگی اقتصاد بین‌المللی موجب شده است که اجبار اقتصادی به جایگزینی حتی مؤثرتر از جنگ‌های متعارف تبدیل گردد. در پیشینه روابط اقتصادی بین‌المللی، نمونه‌های بسیاری از توسل به ضمانت اجرایی اقتصادی وجود دارند.^۳ بحث‌انگیزترین نوع مجازات‌های اقتصادی، مربوط به موقعیتی است که در آن، کشورهایی که درگیر اختلافات سیاسی با برخی دیگر از کشورها هستند، طرف‌های ثالثی را در برنامه مجازات‌های اقتصادی خود وارد می‌نمایند. چنین موقعیتی موجب طرح مسأله حاکمیت، اصل صلاحیت سرزمینی و تعارض قوانین می‌گردد. این وضعیت، زمانی پدید می‌آید که یک دولت در تلاشی مضاعف می‌کوشد که قوانین بازدارنده خود را به اتباع دیگر کشورها یا اتباع خود که در کشور دیگری فعالیت می‌کنند، تسری دهد. بدیهی است که این تحریم‌های ثانوی از صلاحیت فراسرزمینی ناشی می‌شوند که بر اصل تابعیت یا در برخی موارد، اصل حمایتی، مبتنی است. عدم توافق در مورد حدود صلاحیتی قواعد مربوط به تجارت و صادرات، اختلافات و تعارضات جدی نیز ایجاد کرده است. در چنین زمینه‌ای حقوق بین‌الملل ممکن است نوع خاصی از اجبار اقتصادی را ممنوع کند.

نخستین مورد جدی از اعمال ضمانت اجرای فراسرزمینی، براساس اصل حمایتی، به اختلاف اعراب و اسرائیل مربوط می‌شود که در طول آن اتحادیه عرب تحریم‌های ثانوی بر شرکت‌هایی که با اسرائیل روابط اقتصادی داشتند، اعمال نمود. این نوع اعمال صلاحیت در بسیاری موارد، مغایر حقوق بین‌الملل تلقی می‌گردد؛ تا جایی که منجر به مداخله در امور داخلی دیگر کشورها می‌شود. نکته جالب توجه این‌که شدیدترین مخالفت‌ها با این نوع ضمانت اجرا، از جانب ایالات متحده آمریکا، ابراز گردید. از آن‌جا که ایالات متحده، بزرگ‌ترین واردآورنده فشار اقتصادی در اشکال و حوزه‌های مختلف است، موضع این کشور تا حدودی طنزآمیز به نظر می‌رسد. ایالات متحده به دلیل تلاش برای اعمال تحریم‌های اقتصادی بر اتباع دیگر کشورها که خارج از این کشور فعالیت می‌کنند در مرکز بحث و مناقشه قرار دارد. قدرت اقتصادی بی‌نظیر ایالات متحده و تسلط آن بر روابط

1. Ibid

2. M Doxey, *Economic Sanctions and International Enforcement*, London, 1980, p. 9-35; M Doxey, *International Sanctions in Contemporary Perspective*, London, 1996.

3. Ibid.



اقتصادی بین‌المللی، بارها چنین امکانی را برای این کشور فراهم ساخته که به راحتی بتوانند بر کشورهای ثالث یا شهروندان آن‌ها فشار بیاورند و از این طریق روابطش را با کشورهایی که از نظر آن دشمن تلقی می‌شوند، قطع کنند.^۱ زمانی که مقررات ویژه‌ای در مورد صادرات کالا و تکنولوژی خاصی اعمال می‌گردد، ادعای تنظیم معاملات خارج از کشور، بر این اساس قابل توجیه است که آن کالا و تکنولوژی تابعیت کشور مبدأ را دارند.^۲ در طول دوره تحریم تأسیسات خط لوله گاز طبیعی سیبری توسط ایالات متحده،^۳ شرکت‌های خارجی که در این پروژه نقشی داشتند، از صادرات کالاهایی که قبلاً در ایالات متحده خریداری شده یا با مجوز تکنولوژی شرکت‌های ایالات متحده تولید شده بود، منع شدند. این تلاش برای گسترش صلاحیت نسبت به خریداران خارجی کالاها و تکنولوژی امریکایی، بر این فرض استوار بود که دولت ایالات متحده، حق دارد کاربرد و مقصد احتمالی تولیدات داخلی خود را تنظیم و کنترل نماید.^۴ به هر حال حقوق بین‌الملل، تئوری صلاحیتی که منتسب به تابعیت کالاها باشد را به‌طور کلی به رسمیت نمی‌شناسد.^۵ اقدامات اخیر ایالات متحده در اعمال تحریم‌های ثانوی، از اصل تابعیت فراتر رفته و به شرکت‌های خارجی که هیچ‌گونه ارتباط و پیوندی با ایالات متحده ندارند نیز تسری یافته است. چنانچه چنین شرکت‌هایی از تجارت با کشوری که مشمول ضمانت اجرای اقتصادی است، خودداری نوزند، ممکن است با برخی مجازات‌های مالی مواجه شوند.^۶ به موجب این قانون جدید، شرکت‌های غیرامریکایی که از طریق

1. A. F. Lowenfeld, "... Sauce for the Gander": *The Arab Boycott and United States Political Trade Controls*, 12 *Texas International Law Journal*, 25 (1977); V Lowe, *Helms-Burton And EC Regulation 2271/96*, 52 *Cambridge Law Journal*, 248 (1997). In this respect Canada argued: "[E]xtraterritorial jurisdiction over commerce between third countries conducted by persons with investments in U. S. is totally unjustified under international law". Canadian Department of Foreign Affairs and International Trade News Release, cited in H S Fairley, *Exceeding the Limits of Territorial Bounds: The Helms-Burton Act*, 34 *Canadian Yearbook of International Law*, 161 at 173 (1996).

2. Lange & Born, *supra* note 70 at, 17-21; Hermann *supra* note 14 at, 31-36; Swan & Murphy, *supra* note 52 at 568-573

3. A Depender Zeigler, *The Siberian Pipeline Dispute and the Export Administration Act: What is Left of Extraterritorial Limits and the Act of State Doctrine?* 6 *Boston Journal of International Law*, 63 (1983); K M Meessen, *Extraterritoriality of Export Control: A German Lawyer's Analysis of the Pipeline Case*, 27 *GYIL*, 97-108 (1984).

4. Ibid [Depender Zeigler] at 63.

5. Note, *Predictability and Comity: Toward Common Principles of Extraterritorial Jurisdiction*, 98 *Harvard Law Review*, 1310 (1985); A V Lowe, *International Law Issues Arising in the "Pipeline" Dispute: the British Position*, 27 *GYIL*, 54 at 64 (1984).

موضع انگلستان در این خصوص از این قرار است «این امر برای بریتانیا قابل پذیرش نیست که صلاحیت ایالات متحده به‌طور مشروع در جهت کنترل فعالیت‌های شرکت‌های مستقر در دیگر کشورها در رابطه با کالاهای تولید شده در این کشورها که با اجزا یا تکنولوژی دارای منشأ امریکایی مرتبط هستند، از این جهت که این کالاها یا تکنولوژی توسط ایالات متحده فروخته شده است، گسترش یابد. کالاها دارای هویت ملی (که تغییر در مالکیت آن‌ها را دربرگیرد) نیستند.

۶. British memorandum reprinted in Lowe, *supra* note 79 at 214.

6. *The Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act / Helms-Burton Act of 1996* (Cuba) 22U. S. C. Sections 6093, 6096 and 6092 (1996); *Iran-Libya Sanctions Act of 1996*, Pub. L. 104-172- August 5 1996, 110 State. 1541, H M Leigh, "Export, Trade and Financial Controls, The Long Arm of Uncle Sam-US Controls as Applied to Foreign Persons and Transactions", in page 47 Olmstead, *supra* note 27 at 47-58; see also A F Lowenfeld, *Agora: The Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act*, 90 *American Journal of International Law* 419 (1996); V Lowe, *US Extraterritorial Jurisdiction: The Helms-Burton and D'mato Acts*, 46 *ICLQ*,



سرمایه‌گذاری یا به اشکال دیگر، در فعالیت‌های اقتصادی در ایران، کوبا و لیبی درگیر هستند، مشمول مجازات گردیده یا در دادگاه‌های ایالات متحده قابل تعقیب هستند. این وضعیت در ایالات متحده که همواره می‌کوشد تا از طریق قانونگذاری فراسرزمینی، سیاست‌های خارجی و اقتصادی خود را بر دیگر کشورها و شهروندان آن‌ها تحمیل نماید، چندان تازگی ندارد. اما مقیاس قانون اخیر به حدی است که واکنش‌های بی‌سابقه‌ای را از جانب شرکای تجاری ایالات متحده برانگیخته است. متحدان و شرکای تجاری ایالات متحده این قانون را به‌عنوان بخشی از فرایند هشداردهنده عملکرد یکجانبه ایالات متحده در اعمال سیاست‌های خود بر دیگر کشورها تلقی می‌کنند. از این رو کانادا، مکزیک^۱ و اتحادیه اروپا، به وضع قوانین بازدارنده تلافی‌جویانه علیه آثار فرامرزی قانون ایالات متحده اقدام کردند.^۲ نتایج چنین تقابل صلاحیتی نیز می‌تواند سازمان‌های بین‌المللی را که به‌منظور تشویق و تسهیل تجارت آن تأسیس شده‌اند، به مخاطره بیندازد.^۳



ماهیت دقیق و شدت اختلافات صلاحیتی، از موردی به مورد دیگر متفاوت است. اما هسته مرکزی تمام شکایات همواره این بوده است که اعمال صلاحیت فراسرزمینی براساس اصل تابعیت یا تئوری آثار، از آن رو که منافع سایر کشورها را نادیده می‌گیرد، نامطلوب است. کشور اعمال‌کننده زمانی که در مورد عملکرد خارجیان قانون وضع می‌کند، در واقع به حقوق دیگر کشورها تجاوز می‌کند.^۴ بحث و مناقشه در این زمینه، از این فرض ناشی می‌شود که تئوری آثار یا اصل تابعیت موجب می‌شود که حجم گسترده‌ای از فعالیت‌های گوناگون خارجی تحت شمول مقررات اقتصادی ملی قرار گیرند؛^۵ از این رو، موجب اختلاف قابل ملاحظه‌ای میان کشورها می‌شود. بنابراین صرف

378 (1997); For an analysis addressing the roots and justification of these economic sanctions see E D Williamson, *U. S. -EU Understanding on Helms-Burton: A Missed Opportunity to Fix International Law on Property Rights*, 48 Catholic University Law Review, 293(1999).

1. 36 ILM 111, 133 (1997).

2. 2271/96 (1996 O. J. (L 309) 39; 36 ILM 125 (1997).

3. به عنوان مثال: به موجب مقررات سازمان تجارت جهانی، دولت‌های عضو در صورت وجود برخی دلایل امنیتی ملی مجاز به اعمال محدودیت‌های خاصی بر تجارت آزاد هستند. اما تفسیر موسع از این اختیار می‌تواند منجر به اضمحلال سازمان تجارت جهانی گردد.

.See A Giardina, "Economic Sanctions of the United States against Iran and Libya and the GATT Security Exception" in *Liber Amicorum of Ignaz Seidl-Hohenveldern*, The Hague, 1998, pp. 219.

4. J. H. Jackson & W J Davey, *Legal Problems of International Economic Relations*, St. Paul, 1995, at 1073-77; Notes, *Extraterritorial application of the Export Administration Act of 1079 under International and American Law*, 81 Michigan Law Review, 1308 at 1318-1320 (1983). V Lowe, *supra* note 179 at 378.

5. M. Sennett & A I Gavil, *Antitrust Jurisdiction, Extraterritorial Conduct and Interests Balancing*, 19 The International Lawyer, 1185-9 (1989). The more recent cases have been decided in the context of balancing interests. See *Timberlane Lumber Co v. Bank of America, N. T & S. A.* 549 F. 2d 597 (1976)(*Timberlane I*), *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America National Trust & Savings ASS'n*, 574 F. Supp. 1453 (1983)



وجود یک پیوند و علقه نظیر پیوند سرزمینی و تابعیت و آثار، اعمال صلاحیت از جانب یک دولت را توجیه نمی‌کند. در راستای رویکردی که

۱.
۲.

« »

« »

۴.

(*Timberlane II*) and *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines* 731 F. 2d 909, (1984); see also *Mannington Mills Inc. v. Congoleum Corp.* 595 F. 1287 (1979).

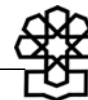
1. Schachter, *supra* note 16 at 258; P M North, *Reasonable Extraterritoriality: Correcting the "Balancing of Interests"*, 41 ICLQ, 245 at 246, 277 (1992).

2. B. C. Toms III, *The French Responses to the Extraterritorial Application of United States Antitrust*, 15 International Lawyer, 585 (1981); A V Lowe, *Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Act*, 75 American Journal of International Law, 257-281 (1981); for arguments against blocking Statutes see R Edward, *Price, Foreign Blocking Statutes and the GATT: State Sovereignty and Enforcement of U. S. Economic Laws Abroad*, 28 George Washington Journal of International Law and Economics, 315 (1995); R Cannon, *Laker Airways and the Courts: A New Method of Blocking the Extraterritorial Application of U. S. Antitrust Laws*, 7 Journal of Comparative Business and Capital Market Law, 63 (1985) J Shaw, *supra* note 99 at 253. Very recently EU has threatened to challenge the legality of American embargo measures in the WTO.

3. *Restatement of Foreign Relations Law of the United States* (third) St. Paul, 1987, Sections 401, 402, 403; see also E M Fox, *Extraterritoriality, Antitrust, and the New Restatement: Is "Reasonableness" the Answer?* 19 New York University Journal of International Law and Politics, 565 (1987).

4. *Restatement of Foreign Relations Law of the United States* (third) St. Paul, 1987, Section 402.

5. V. der Esch, "Some aspects of extra-territorial infringement in EEC competition law" in B Hawk (ed.), *Antitrust and Trade Policy in the United States and the European Community* (1986) at 287; *Hartford Fire Insurance Co. v. California* (1993) 480 U. S. 102, 115; R P Alford, *The extraterritorial Application of Antitrust Laws: A Postscript on Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 34 Virginia Journal of



به‌علاوه، برخی موارد اختلاف در صلاحیت از طریق برقراری تعادل در منافع و مراجع دیپلماتیک نیز حل‌وفصل شده است. به‌عنوان مثال: در دعوی قرارداد ساخت خط لوله شوروی، هنگامی که ایالات متحده به این نتیجه رسید که منافعی در اعمال این نوع فشار بر اتحاد جماهیر شوروی در مقایسه با منافع این کشور در حفظ رابطه مؤثر با متحدانش کم‌تر است، از اعمال تحریم‌های مطروحه نیز صرف نظر کرد.^۲ حل‌وفصل اختلاف خط لوله، نه‌تنها مبین برقراری تعادل میان منافع متعارض به‌عنوان بخشی از پروسه تصمیم‌سازی داخلی هر کشور است، بلکه بیانگر سنجش و ارزیابی منافع هر کشور، همانند اشخاص خصوصی نیز هست. برقراری تعادل در منافع، به‌عنوان جایگزین سایر مبانی صلاحیت، گامی مهم در جهت ایجاد یک چارچوب صلاحیتی قابل دوام برای نظم جدید جهانی است. با این وجود، برقراری تعادل در منافع با ابهامات و دشواری‌هایی همراه است. هر چند به موجب این رویکرد، اعمال قوانین داخلی، در جهت حفظ منافع تنظیمی خارجی محدود می‌گردد، اما توجه به این نکته نیز حائز اهمیت است که قدرت هنجاری چنین رویکردی، از سیاست‌های داخلی ناشی می‌گردد یا از حقوق بین‌الملل عمومی.^۳

International Law 213 (1993); In the *Wood pulp*, the Court maintained a, maybe slightly artificial, link with the territoriality principle by requiring implementation in the European Community.

1. Sennett & Gavil *supra* note 184 at 1185-9; the balancing of inte.

2. Depender Zeigler, *supra* note 176; P J DeSouza *supra* note 50 at 223-4. rests was applied in cases such as *Timberlane Lumber Co v. Bank of America, N. T & S. A.* 549 F. 2d 597 (1976)(*Timberlane I*), *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America National Trust & Savings ASS'n*, 574 F. Supp. 1453. (N. D. Cal. 1983) (*Timberlane II*) and *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines* 731 F. 2d 909, (1984). See *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F2d 1287, 1297-98 (1979).

3. K. M. Meessen, *Antitrust Jurisdiction under Customary International Law*, 78 *The American Journal of International Law*, 784-785 (1984); See also K M Meessen, "International Law Limitation on State Jurisdiction", in Olmstead, *supra* note 47 at 38-44.

4. H. G. Maier, *Interest Balancing and Extraterritorial Jurisdiction*, 31 *The American Journal of Comparative Law*, 589 (1983); see also generally H E Yntema, *The Comity Doctrine*, 65 *Michigan Law Review*, 9 (1966).

5. D J Gerber, *Beyond Balancing: International Law Restraints on the Reach of National Laws*, 10 *Yale Journal of International Law* 205 (1984); H G Maier, *Extraterritorial Jurisdiction at a Crossroads: An Intersection Between Public and Private International Law*, 76 *American Journal of International Law*, 281 (1982).

ارجاعات مکرر به نزاکت ممکن است بیانگر این باشد که این مفهوم، به خودی خود، یک اصل راهنمای حقوق بین‌الملل است که می‌تواند در حل‌وفصل اختلافات به کار رود. اما این مفهوم در عمل، ارزش اندکی در این رابطه دارد.



۱

۲

به علاوه، دشواری‌های اساسی دیگری نیز در فرایند برقراری تعادل وجود دارند. در برخی موارد، قضات ایالات متحده، به مشکل حقیقی برقراری تعادل اشاره می‌کنند که سیاست‌های دولت‌های مختلف در این مورد با یکدیگر سازگاری ندارند. قاضی مارشال در قضیه اورانیوم، با در نظر گرفتن این‌که آیا خوانده کانادایی باید ملزم به ارائه شواهدی بر خلاف قوانین کانادا گردد، اعلام داشت: «از نظر قضائی، برقراری تعادل میان این اعمال کاملاً متناقض و متعارض، امکان‌پذیر نیست».^۴ قاضی ویلکی، در بخشی از مرحله تجدیدنظر در دعوای لیکر، با تأیید نظر قاضی مارشال، اضافه می‌کند: «ما در جایگاهی نیستیم که در مورد اهمیت قوانین ضدتراست یا قوانین دیگر، برای ایالات متحده و بریتانیا قضاوت کنیم».^۵ دادگاه‌ها به میزان فزاینده‌ای از اتخاذ چنین رویکردی، امتناع می‌کنند و نقدهای علمی در این خصوص نیز افزایش یافته است. چنین ملاک سازمان نیافته‌ای از برقراری تعادل، مسائل مهم و ناشناخته‌ای را به طرفین دعوا و نیز دادگاهی که برای حل مسأله تلاش می‌کند، تحمیل می‌نماید که این امر فراتر از منافع خصوصی طرفین فراتر است.^۱ از این حیث برقراری تعادل میان منافع، چیزی جز ملاحظات سیاسی نیست. منفعت، معنای گمراه‌کننده‌ای در حقوق دارد.^۷

1. *United States v. Vetco, Inc.* 691 F. 2d 1281 and 454 US 1098 (1981). This was a case in which the Internal Revenue Service sought documents located in Switzerland pertinent to business activity of two Victo's Swiss subsidiaries; and the *United States v. Bank of Nova Scotia*, 691 F. 2d 1384 (11th Cir. 1982) and 454 US 1084 (1983). In that case, the Court of Appeals ordered disclosure because the United States' interest in disclosure was greater than the Bahamian interest in preventing it.

2. Maier, *supra* note 193 at 592-4; Mann, *supra* note 53 at 5, 40-46.

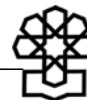
3. Gerber, *supra* note 194

4. *Laker Airways Co. v. Sabena*, 731 F 2d 909

5. *Ibid*

6. S. W. Waller, *Bringing Meaning to Interest Balancing in Transnational Litigation*, 23 *Vanderbilt Journal of International Law*, 925 (1991).

7. F. A. Mann, *The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years*, 186 (III), *Hague Recueil* 9 (1984).



۲.

۳.

۴.

۵.

فرایند برقراری تعادل می‌تواند به‌منظور ایجاد انطباق میان اصول اساسی متعارض حقوق بین‌الملل محدود گردد. این نوع برقراری تعادل به‌عنوان بخشی از فرایند حقوقی، نیازمند اعمال اصول حقوقی است و از این جهت مزیت مهمی برای برقراری تعادل براساس نزاکت دارد. با این حال، علی‌رغم تغییرات گسترده در شیوه‌های تخصیص صلاحیت، اصول اساسی حقوق بین‌الملل عمومی همچنان امکان تعبیه یک سیستم کارا را فراهم می‌کند. از طریق تقابل میان کنش‌ها و واکنش‌های دولت‌ها (زمانی که به اعمال صلاحیت فراسرزمینی می‌پردازند یا هنگامی که در مقابل آن واکنش نشان می‌دهند) امکان ایجاد یک الگوی حقوقی بین‌المللی وجود دارد. به‌عنوان مثال؛ مقامات ایالات متحده تمایلی به اجرای فراسرزمینی قوانین اتحادیه اروپا ندارند و بالعکس.^۱ این امر می‌تواند به استنباط الگویی برای حل و فصل اختلافات، کمک نماید.

1. Neale & Stephens, *supra* note 60 at 10-20; see also J L Westbrook, *Extraterritoriality, Conflict of Laws, and the Regulation of Transnational Business*, 25 Texas International Law Journal, 71 at 72 (1990); see also Shari-Ellen Bourque, *The Illegality of the Cuban Embargo in the Current International System*, 13 Boston University International Law Journal, 191 at 211-215 (1995).

2. *Ibid.*

3. 204 J G Starke, *Introduction to International Law*, London, 1984, p.

4. See *supra* Section 4. 2

5. Johnston, *supra* note 46 at 56

6. گفته شده است که حداقل در زمینه حقوق رقابت، دلایل کافی برای لازم دانستن این اصول حقوقی وجود دارد.

.See K M Meessen, *Conflicts of Jurisdiction Under the New Restatement*, 50 Law and Contemporary Problems, 62 (1987); M Akehurst, *Custom as A Source of International Law*, 47 BYIL 1 (1974).



یکی از مبانی عملی و پایه‌ای که سیستم حقوقی بر آن استوار است، اصل برابری حاکمیت دولت‌هاست. هر دولت حاکمه‌ای در چارچوب محدودیت‌های اعمال شده توسط حقوق بین‌الملل، حق دارد قوانینی را که ضروری تشخیص می‌دهد، مقرر و اجرا نماید.^۱ پذیرش این مفهوم که کلیه دولت‌ها دارای حاکمیت برابر هستند، این نتیجه را به دنبال دارد که یک دولت نمی‌تواند صلاحیت خود را به گونه‌ای گسترش دهد که به حقوق دیگر کشورها تجاوز نماید.^۲ حد نهایی صلاحیت یک دولت در اعمال اراده خود بر دیگران در پرتو مفهوم حاکمیت تعیین می‌گردد که متأثر از عملی خارج از صلاحیت است. در یک معنای اثباتی‌تر، صلاحیت، نمایشی از حاکمیت دولت و بیانی از اختیار ذاتی حکومت کردن است.^۳ در نتیجه، حد نهایی صلاحیت فراسرزمینی از این قرار است: «صلاحیت به گونه‌ای می‌تواند اعمال گردد که با قوانین محل سرزمین وقوع عمل، مابینت نداشته باشد یا نسبت به مواردی قابل اعمال است که تحت پوشش آزادی تضمین شده توسط قوانین محلی انجام گرفته باشد».^۴ حاکمیت دولت‌های ملی در هرگونه چارچوب حقوقی، برای یک نظم اقتصادی بین‌المللی جایگاه حائز اهمیتی را به خود اختصاص می‌دهد. تابعان حقوق بین‌الملل بر خلاف حقوق داخلی، اشخاص دارای حاکمیت محسوب می‌شوند. درک و دریافت نظم حقوقی بین‌المللی، چنان چه این عنصر مورد توجه قرار گیرد، می‌توانند قابل لمس و واقعی باشند.^۵ با این حال، آنچه می‌تواند در روابط اقتصادی بین‌المللی ایجاد ادراک نماید، با حاکمیت و وابستگی متقابل، مرتبط است.^۶ حاکمیت

1 some similar points regarding the "rule of reason" in jurisdictional conflicts in R P. Alford, *The Extraterritorial Application of Antitrust Laws: A Postscript on Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 34 Virginia Journal of International Law 213 (1993).

2. R. Jennings and A Watts, *Oppenheim's International Law*, Longman, 1992, at 339.

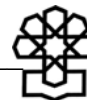
3. P. Glossop, *Recent US Trade Restrictions Affecting Cuba, Iran and Libya- A view from Outside the US*, 15 Journal Energy and Natural Resource Law, 213 at 216 (1997).

4. J. Rahl (ed.), *Common Market and American Antitrust: Overlap and Conflict*, New York, 1970, p. 371.

5. Jennings, *supra* note 63 at 153.

6. Schwarzenberge, *supra* note 43 at 27-29.

7. C. Warbrick, "The Principle of Sovereign Equality" in Lowe & Warbrick, *The UN and Principles of International Law: Essays on Memory of M Akehurst*, London, 1994, at 204; see also R A Brand, *The Role of*



مقید و برابری دولت‌ها، بیانگر دکترین اصلی حقوق اساسی در نظام حقوقی کشورهاست که بر اجتماعی حاکم است که در وهله اول متشکل از دولت‌هایی با شخصیت حقوقی یکسان است. اگر معتقد به وجود حقوق بین‌الملل باشیم، در این صورت، قوه محرک حاکمیت دولت‌ها می‌تواند در چارچوب نظام حقوقی بیان گردد و از آنجا که دولت‌ها برابر و دارای شخصیت حقوقی هستند، جلوه‌های اصلی حاکمیت در ارتباط با دیگر دولت‌ها به موجب قانون تعریف می‌شود.^۱

به‌عنوان نتیجه می‌توان گفت، در پی ناتوانی طرف‌های خصوصی در تعیین حدود ریسک‌های ناشی از تنوع قوانین ملی اقتصادی و در شرایط عدم وجود همکاری لازم میان دولت‌ها، نقش حقوق بین‌الملل اقتصادی در تعیین قواعد شکلی و ماهوی حقوقی برای تعریف صلاحیت مشروع هر کشور در یک اقتصاد جهانی به‌هم وابسته، بسیار مهم و حساس است. در این مقاله، استدلال شده است که حقوق بین‌الملل علی‌رغم کاستی‌هایش، قادر به ارائه اصول و قواعد کارامدی برای حل و فصل تعارضات حقوق تنظیمی از طریق فرایند برقراری تعادل در منافع است که با اعمال برخی اصول اساسی حقوق بین‌الملل اقتصادی می‌تواند منافع دولت‌ها و هم اشخاص خصوصی را مورد توجه قرار دهد. این طرح، مستقیماً و الزاماً با اختلافات قراردادی خصوصی مرتبط نیست اما نتایج اجرای آن می‌تواند تبعات مهم و قطعی برای اختلافات قراردادی خصوصی داشته باشد. با این حال، هدایت مناسب فرایند اعمال قواعد تنظیمی حقوق عمومی تا حد زیادی به تصمیمات یک نهاد قضائی صلاحیت‌دار بستگی دارد.

International Law in the Twenty-first Century: External Sovereignty and International Law, 18 Fordham International Law Journal, 1685-1696 (1995); Seidl-Hohenveldern, *supra* note 43 at 21; Schwarzenberger, *supra* note 43 at 33; Jackson, *supra* note 1 at 9.

1. Brownlie, *supra* note 52 at 287; See also G Guilanume, "Introduction to Law and Evolution of International Relations", in M Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, Paris, 1991, p. 407 at 408-9; Fox, *supra* note 209 at 23.

2. Gerber, *supra* note 194 at 209-215; for critics on the balancing of interests process see also Mann, *supra* note 53, at 9, 45, 52, 83, 89-90.



:

: سلسله مباحث نشست‌های تخصصی «حقوق و اقتصاد» حقوق
اقتصادی ملی در نظم حقوقی بین‌المللی (سخنرانی آقای دکتر محمود باقری)
Report Title: National Economic Law and International Law System

: مطالعات اقتصادی

: سیداحسان خاندوزی، وجیهه مهری‌پرگو

: محمود باقری

: معاونت پژوهشی

_____ :

:

۱. حقوق اقتصادی ملی (National Economic Law)
۲. نظام حقوق بین‌الملل (International Law System)
۳. تعارض صلاحیتی (Jurisdiction Conflict)
۴. قراردادهای بین‌المللی (International Contracts)
۵. تجارت بین‌الملل (International Trade)

:

: ۱۳۸۵/۱۱/۳۰