

رساله برای دریافت درجه دکتری حقوق بین الملل عمومی

موضوع :

شرط ملت کامله الوداد از منظر حقوق بین الملل عمومی

چکیده

شرط ملت کامله الوداد عبارت است از یک مقررہ معاہدہ ای کہ مطابق آن دولتی توافق می کند کہ بہ دیگر شریک معاہدہ ای خود رفتاری را اعطا کند کہ از نظر مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شدہ بہ شریک دیگر خود یا دولت های ثالث نمی باشد .

شرط رفتاری ملت کامله الوداد نہ تنها بعنوان یک مقررہ معاہدہ ای بلکہ بعنوان منبعی از تعہدات بین المللی می تواند بہ حساب آید ، زیرا نہ تنها در بر دارندہ حقوق و تعہداتی برای دولت های طرف معاہدہ اصلی کہ شامل حقوق و تعہداتی برای دیگر دولت های متعاہد و یا دیگر اعضا متعاہد معاہدات بین المللی نیز می باشد ، کہ محتوایشان بہ طور کامل قابل پیش بینی در زمان انعقاد معاہدہ پایہ نیست و بستگی بہ دیگر معاہدات بین المللی و یا معاہداتی کہ بعداً منعقد می شود خواهد داشت .

در ہر صورت عملکرد رفتار ملت کامله الوداد مبتنی بر این پیش فرض است کہ اصل وحدت موضوع احراز شود موضوعی کہ منجر بہ مباحث مناقشہ برانگیز در دیوان های سرمایہ گذاری ایکسید و پانل های سازمان تجارت جهانی شدہ است. در روابط اقتصادی معاصر ، شرط ملت کامله الوداد تبدیل بہ یک عامل مهم در روابط اقتصادی میان دولت ها شدہ است .

استمرار شرط ملت کامله الوداد از دو جہت بارز و قابل تأمل است :

جہت اول : رشد موافقت نامہ های دو جانبہ توسعہ و حمایت از سرمایہ گذاری، از دہہ ۱۹۹۰ بہ این طرف با درج مستمر شرط ملت کامله الوداد در معاہدات فوق کہ تضمین کننده حداقل استانداردی های بین المللی رفتار با سرمایہ گذاران خارجی و سرمایہ های آنها می باشد، مواجہیم کہ موجب شکوفایی شرط شدہ است . جہت دوم : ظهور موافقت نامہ های تجاری و مشارکت اقتصادی جامع کہ منجر بہ آزاد سازی تجارت کالاها و خدمات شدہ اند ، حیات دوبارہ ای بہ شرط بخشیدہ شدہ است . لذا بررسی نقش شرط در زمینہ چنین موافقت نامہ هایی شایستہ مطالعہ حقوقی دقیق است .

اصلی ترین سوال دوبارہ شروط ملت کامله الوداد این است کہ چطور شروط ملت کامله الوداد می بایست تفسیر شوند . ہر چند در بادی امر بنظر می رسد کہ چنین سوالی یک موضوع کوچک و بی اهمیت است اما در واقع موضوع مهمی است کہ متضمن تعیین ماہیت و قلمرو تعہداتی کہ دولت ها مطابق شروط بر عہدہ گرفته اند و نیز نقش و عملکرد شروط ملت کامله الوداد ، ارتباطشان با اصل عدم تبعیض در حقوق بین الملل

و استثنائات وارده بر عملکرد شروط می باشد و نهایتاً اینکه آیا می توان قدم مثبتی در راه توسعه تدریجی حقوق بین الملل و احتمالاً تدوین آن برداشت یا خیر؟

در این تحقیق ، اولاً شرط بعنوان یک نهاد خاص صرف نظر از جایگاهش در متن (بعنوان یک قید معاهده‌ای) مورد تحلیل قرار گرفته است و ثانیاً با توجه به جایگاهی که در متن سازمان تجارت جهانی و حقوق سرمایه گذاری بین المللی یافته است ، مورد بررسی قرار گرفته است .

هدف از این مطالعه ارائه یکسری خطوط راهنما در تفسیر شروط ملت کامله الوداد ، هدایت دولت ها در مذاکره بر سر موافقت نامه های حاوی شروط ملت کامله الوداد و داوران در تفسیر چنین موافقت نامه هایی است و این از طریق تحلیل های مفصل صورت گرفته در ماهیت ، قلمرو ، علت وجودی شروط ملت کامله الوداد ، رویه قضائی موجود ، گوناگونی و کاربردهای شروط ملت کامله الوداد در رویه معاصر و اینکه چطور شروط ملت کامله الوداد تفسیر شده و چگونه باید تفسیر شوند ، میسر می شود .

هم چنین از رهگذر رویه قضایی دیوان های ایکسید می توان به معیارهایی در جهت احراز اصل وحدت موضوع دست یافت.

نتایج حاصل از این تحقیق حاکی از آن است که توسعه تدریجی و احتمالاً تدوین حقوق بین الملل بویژه در حوزه حقوق سرمایه گذاری دور از انتظار نخواهد بود.

کلیدواژه ها: شرط ملت کامله الوداد، رفتار ملت کامله الوداد، دولت معطی، دولت ذی نفع، دولت ثالث، معاهده پایه، رفتار متقابل، شرط جبران، اصل ملت کامله الوداد، معیار رفتاری ملت کامله الوداد، گاتس، تریپس، حل و فصل اختلافات راجع به سرمایه گذاری بین المللی، نظام تجارت جهانی.

فهرست اجمالی

مقدمه.....	۱
کلیات.....	۴
بخش اول	
بررسی شرط ملت کامله الوداد به عنوان یک مقررہ معاہدہ ای و تعیین قواعد حقوقی حاکم بر اعمال آن.....	۱۲
فصل اول : پیشینه شروط ملت کامله الوداد.....	۱۳
فصل دوم : تعریف، مبنای حقوقی و منبع شروط ملت کامله الوداد.....	۲۳
فصل سوم : قلمرو شرط ملت کامله الوداد.....	۴۰
فصل چهارم. انواع شروط ملت کامله الوداد.....	۵۳
فصل پنجم. نحوه عملکرد شرط ملت کامله الوداد.....	۷۲
فصل ششم. خاتمه و تعلیق حقوق ناشی از شرط ملت کامله الوداد.....	۱۰۷
فصل هفتم. استثنائات وارده بر عملکرد شرط ملت کامله الوداد در حوزه هایی غیر از تجارت و سرمایه گذاری	
.....	۱۱۲
جمع بندی :.....	۱۱۷
بخش دوم	
رفتار ملت کامله الوداد در نظام تجارت جهانی.....	۱۱۹
فصل اول: شرط رفتاری ملت کامله الوداد در نظام گات ۹۴.....	۱۲۰
فصل دوم. شرط رفتاری ملت کامله الوداد در نظام گاتس.....	۲۱۲
فصل سوم. شرط رفتاری ملت کامله الوداد در موافقتنامه جنبه های تجاری حقوق مالکیت فکری (تریپس).....	۲۲۷
فصل چهارم. خروج از اصل عدم تبعیض (قاعده یا استثنا).....	۲۵۳
جمع بندی.....	۲۵۸
بخش سوم	
شرط ملت کامله الوداد در حقوق سرمایه گذاری بین المللی.....	۲۶۴
فصل اول: رشد و گسترش شرط ملت کامله الوداد در معاهدات دوجانبه توسعه و حمایت از سرمایه گذاری	
بین المللی (BITs).....	۲۶۵
جمع بندی :.....	۳۰۱
فصل دوم: رویه قضایی بین المللی در خصوص اعمال شرط ملت کامله الوداد در حوزه حقوق سرمایه گذاری	
بین المللی.....	۳۰۳
جمع بندی.....	۳۵۹
نتیجه گیری.....	۳۶۲
فهرست منابع.....	۳۷۴

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
مقدمه	۱
کلیات	۴
۱. بیان مسأله (تشریح ابعاد و حدود مسأله و بیان جنبه‌های مجهول و مهم).....	۴
۲. سؤال اصلی و محوری تحقیق.....	۵
۳. اهمیت تحقیق.....	۵
۴. ضرورت تحقیق.....	۵
۵. سوالات تحقیق.....	۶
۶. فرضیه تحقیق.....	۶
(۱-۶). فرضیه اصلی.....	۶
(۲-۶). سایر فرضیه‌ها.....	۷
۷. سوابق مربوطه.....	۸
۸. اهداف تحقیق:.....	۹
۹. روش تحقیق و جمع‌آوری داده‌ها.....	۹
۱۰. مشکلات و تنگناهای تحقیق.....	۹
۱۱. تعریف واژگان و مفاهیم اختصاصی تحقیق.....	۱۰

بخش اول

بررسی شرط ملت کامله‌الوداد به عنوان یک مقررره معاهده‌ای و تعیین قواعد حقوقی حاکم بر اعمال آن.....	۱۲

فصل اول : پیشینه شروط ملت کامله‌الوداد	۱۳
گفتار اول : از پیدایش تا زمان تشکیل جامعه ملل.....	۱۳
گفتار دوم. تلاش‌ها و اقدامات نهادهای بین‌المللی در جهت تدوین قواعد حاکم بر شرط ملت کامله‌الوداد.....	۱۶
مبحث اول. اقدامات آن جام شده در دوره جامعه ملل:.....	۱۶
مبحث دوم. اقدامات آن جام شده در دوره سازمان ملل متحد.....	۱۶
بند اول. اقدامات آن جام شده در کمیسیون حقوق بین‌الملل.....	۱۶
۱. قلمرو طرح.....	۱۸
۲. شکل و شمای طرح.....	۱۹
بند دوم. عکس‌العمل مجمع عمومی.....	۱۹
بند سوم. طرح مجدد موضوع در کمیسیون حقوق بین‌الملل.....	۲۰

فصل دوم : تعریف، مبنای حقوقی و منبع شروط ملت کامله‌الوداد	۲۳
گفتار اول : تعریف شرط ملت کامله‌الوداد.....	۲۳
گفتار دوم: تفاوت میان شرط ملت کامله‌الوداد با تعهد حقوقی به نفع دولت ثالث در کنوانسیون حقوق معاهدات.....	۲۴

- گفتار سوم : مبنای حقوقی شرط ملت کامله‌الوداد..... ۲۸
- گفتار چهارم : منبع رفتار ملت کامله‌الوداد..... ۳۷

فصل سوم : قلمرو شرط ملت کامله‌الوداد..... ۴۰

- گفتار اول : قاعده وحدت موضوع (قلمرو شرط در رابطه با موضوع شرط)..... ۴۰
- گفتار دوم. اعمال این قاعده در رویه قضایی بین‌المللی..... ۴۱
- مبحث اول: قضیه شرکت نفت ایران و انگلیس..... ۴۱
- مبحث دوم. قضیه حقوق اتباع آمریکایی در مراکش..... ۴۲
- گفتار سوم. اعمال این قاعده در رویه محاکم داخلی..... ۴۴
- مبحث اول: رای دادگاه پژوهشی فرانسه..... ۴۴
- مبحث دوم: قضیه بانک لوید علیه دوریکله و دوگیارد..... ۴۴
- گفتار پنجم: اعمال این قاعده در دکتین..... ۴۷
- مبحث اول. اعمال این قاعده در طرح پیش نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل..... ۴۸
- مبحث دوم. قلمرو شرط ملت کامله‌الوداد در رابطه با اشخاص یا اشیا موضوع شرط..... ۴۸
- مبحث سوم. بررسی رویه قضایی بین‌المللی در خصوص اشخاص یا اشیا موضوع شرط..... ۴۹
- گفتار ششم. زمینه‌های اعمال شرط..... ۵۲

فصل چهارم. انواع شروط ملت کامله‌الوداد..... ۵۳

- گفتار اول. شرط ملت کامله‌الوداد مشروط..... ۵۳
- گفتار دوم. تفسیر مشروط از شرط غیرمشروط..... ۵۵
- مبحث اول. وضعیت ایالات متحده..... ۵۵
- مبحث دوم. وضعیت بریتانیا و قاره اروپا..... ۵۷
- مبحث سوم. دیدگاه جامعه ملل..... ۵۷
- مبحث چهارم وضعیت شوروی و کشورهای سوسیالیست..... ۵۸
- مبحث پنجم. دکتین..... ۵۹
- گفتار سوم. شرط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط:..... ۶۰
- مبحث اول. پیشینه شرط غیرمشروط..... ۶۰
- بند اول. اروپای غربی در دهه ۱۸۶۰..... ۶۰
- بند دوم. موافقتنامه‌های تجاری دوجانبه ایالات متحده در دهه‌های ۴۰-۱۹۳۰..... ۶۳
- مبحث دوم. شرط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط از دیدگاه اسناد موضوعه بین‌المللی..... ۶۴
- مبحث سوم. محدود کردن شرط غیرمشروط از طریق وضع شرایط و قیود..... ۶۵
- گفتار چهارم. شرط ملت کامله‌الوداد مشروط به رفتار متقابل..... ۶۶
- مبحث اول. مفهوم تقابل..... ۶۶
- مبحث دوم. شرط ملت کامله‌الوداد و رفتار متقابل در رویه دولت‌ها..... ۶۸
- مبحث سوم. شرط ملت کامله‌الوداد مشروط به رفتار متقابل در طرح پیش نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل..... ۷۰

فصل پنجم. نحوه عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد..... ۷۲

- گفتار اول. نحوه عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد مشروط به جبران..... ۷۲
- گفتار دوم. نحوه عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط..... ۷۳
- گفتار سوم. نحوه عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد مشروط به رفتار متقابل..... ۷۳
- گفتار چهارم. شرایط اعمال شرط ملت کامله‌الوداد..... ۷۳
- مبحث اول. انطباق با قوانین و مقررات دولت معطی..... ۷۳
- مبحث دوم. عدم تأثیر نحوه رفتار اعطا شده به دولت ثالث بر عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد..... ۷۸

مبحث سوم. عدم تأثیر محدودیت‌های توافق شده میان دولت معطی و ثالث بر عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد.....	۸۲
مبحث چهارم. عدم تأثیر رفتار اعطا شده به ثالث بر حسب نوع موافقتنامه دوجانبه یا چندجانبه بر عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد.....	۸۵
بند اول. گات و دولت‌های غیر عضو.....	۹۰
بند دوم. معاهدات چندجانبه دیگر و دولت‌های غیر عضو.....	۹۱
بند سوم. رویه قضایی.....	۹۳
بند چهارم. رویه دیپلماتیک.....	۹۴
بند پنجم: دیدگاه کمیسیون حقوق بین‌الملل در طرح پیش نویس.....	۹۵
مبحث پنجم. عدم تأثیر رفتار اعطا شده به ثالث مطابق رفتار ملی بر عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد.....	۹۶
مبحث ششم. عدم تأثیر توافق میان دولت معطی و ذی نفع در خصوص نوع رفتار اعطا شده بر عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد.....	۹۹
گفتار پنجم. عطف به ما سبق شدن منافع حاصل از شرط ملت کامله‌الوداد.....	۱۰۲

فصل ششم. خاتمه و تعلیق حقوق ناشی از شرط ملت کامله‌الوداد..... ۱۰۷

گفتار اول. رویه قضایی.....	۱۰۷
گفتار دوم. دکترین.....	۱۰۷
گفتار سوم. دیدگاه کمیسیون حقوق بین‌الملل.....	۱۱۰

فصل هفتم. استثنائات وارده بر عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد در حوزه‌هایی غیر از تجارت و سرمایه‌گذاری ۱۱۲

گفتار اول. تسهیل حمل و نقل مرزی.....	۱۱۲
گفتار دوم. حقوق و تسهیلات اعطا شده به دولت‌های ثالث محصور در خشکی.....	۱۱۴

جمع‌بندی : ۱۱۷

بخش دوم

رفتار ملت کامله‌الوداد در نظام تجارت جهانی ۱۱۹

فصل اول: شرط رفتاری ملت کامله‌الوداد در نظام گات ۹۴..... ۱۲۰

مقدمه.....	۱۲۰
گفتار اول. قاعده منع تبعیض و رابطه آن با اصل ملت کامله‌الوداد.....	۱۲۱
مبحث اول : قاعده منبع تبعیض و رابطه آن با اصل ملت کامله‌الوداد در گات ۹۴.....	۱۲۱
مبحث دوم. قاعده عدم تبعیض در گات ۹۴.....	۱۲۲
گفتار دوم. معضل استیفای بلاعوض.....	۱۲۴
گفتار سوم. رفتار ملت کامله‌الوداد در گات ۱۹۹۴.....	۱۲۷
مبحث اول. ماهیت تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد در ماده (۱) گات ۹۴.....	۱۲۸
مبحث دوم. معیارهای عدم تبعیض در ماده (۱) گات ۱۹۹۴.....	۱۳۰
بند اول. اعطا هر نوع مزیت یا ... در رابطه با آن چه که در ماده یک آمده است.....	۱۳۰
بند دوم. " تشابه محصولات مربوطه ".....	۱۳۳
بند سوم. فوری بودن و غیرمشروط بودن مزیت اعطایی.....	۱۳۶
گفتار چهارم. استثنائات وارده بر اصل ملت کامله‌الوداد در نظام گات ۹۴ و سازمان تجارت جهانی.....	۱۳۷
مبحث اول. استثنائات عام در گات ۱۹۹۴.....	۱۳۹
بند اول. ماهیت و عملکرد ماده ۲۰ گات ۱۹۹۴.....	۱۳۹
بند دوم. معیارهای مندرج در ماده ۲۰ گات ۱۹۹۴.....	۱۴۱

بند سوم. استثنائات خاص مندرج در ماده ۲۰ گات ۱۹۹۴.....	۱۴۲
بند چهارم. دیگر بندهای ماده ۲۰.....	۱۵۰
بند پنجم. ارکان کلی ماده ۲۰ گات ۹۴.....	۱۵۰
مبحث دوم. استثنائات امنیتی.....	۱۵۶
مبحث سوم. استثنائات ضرورت اقتصادی:.....	۱۵۹
بند اول. موافقتنامه راجع به اقدامات حفاظتی:.....	۱۶۰
بند دوم. ویژگی‌های اقدامات حفاظتی.....	۱۶۱
بند سوم. دوره زمانی اقدامات حفاظتی.....	۱۶۲
بند چهارم. اعمال غیر تبعیضی موازین حفاظتی.....	۱۶۳
بند پنجم. موازین حفاظتی موقتی.....	۱۶۵
بند ششم. شرایط استفاده از موازین حفاظتی.....	۱۶۵
مبحث چهارم. استثنا راجع به اتحادیه‌های منطقه ای.....	۱۷۱
بند اول. اتحادیه‌های گمرکی.....	۱۷۴
بند دوم. مناطق تجارت آزاد.....	۱۷۸
بند سوم. موافقتنامه‌های موقتی.....	۱۷۹
بند چهارم. موضوعات شکلی.....	۱۸۰
مبحث پنجم. استثنا توازن پرداخت ها.....	۱۸۲
مبحث ششم. استثنائات راجع به توسعه اقتصادی.....	۱۸۲
بند اول. استثنا حمایت از صنایع نوپا.....	۱۸۳
بند دوم. نظام عام ترجیحات (GSP).....	۱۸۵
۱. ترجیحات کشورهای در حال توسعه.....	۱۸۵
۲. نظام عام ترجیحات در آنکتاد.....	۱۸۵
۳. نظام عام ترجیحات در گات (۱۹۴۷).....	۱۹۲
۴. عملکرد نظام عام ترجیحات.....	۱۹۴
۵. نظام عام ترجیحات در پیش نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل ۱۹۷۸.....	۱۹۹
۶. نظام عام ترجیحات در حقوق سازمان تجارت جهانی به عنوان استثنایی بر عملکرد ملت کامله‌الوداد.....	۲۰۱
۷. ترتیبات ترجیحی میان کشورهای در حال توسعه.....	۲۰۵

فصل دوم. شرط رفتاری ملت کامله‌الوداد در نظام گاتس..... ۲۱۲

گفتار اول. شرط ملت کامله‌الوداد در نظام گاتس.....	۲۱۲
مبحث اول. ماهیت تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد در ماده (۲) گاتس.....	۲۱۲
مبحث دوم. معیارهای عدم تبعیض در ماده (۲) گاتس.....	۲۱۳
بند اول. اقدامات تحت شمول موافقتنامه گاتس.....	۲۱۳
بند دوم. تشابه خدمات یا متصدیان خدمات.....	۲۱۶
بند سوم. فوری و غیر مشروط بودن رفتار اعطایی به خدمات یا متصدیان خدمات مشابه.....	۲۱۷
گفتار دوم. استثنائات وارده بر تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد در گاتس.....	۲۱۸
مقدمه.....	۲۱۸
مبحث اول. معافیت از تعهد رفتاری مندرج در ماده ۲:۱ گاتس.....	۲۱۸
مبحث دوم. استثنائات عام در گاتس.....	۲۲۰
بند اول. استثنائات خاص مندرج در ماده ۱۴ گاتس.....	۲۲۱
بند دوم. ارکان کلی ماده ۱۴ گاتس.....	۲۲۲
مبحث سوم. استثنا امنیتی: ماده ۱۴ مکرر گاتس.....	۲۲۲

۲۲۳	مبحث چهارم. استثنا اتحادیه‌های منطقه ای:
۲۲۳	بند اول. شرط پوشش گسترده منطقه ای
۲۲۴	بند دوم. شرط "تمامی تبعیض‌های ماهوی"
۲۲۵	بند سوم. شرط "موانع بر سر راه تجارت"
۲۲۶	بند چهارم. موضوعات شکلی
۲۲۶	بند پنجم. موافقتنامه اتحادیه بازارهای کار و کارگری

فصل سوم. شرط رفتاری ملت کامل‌الوداد در موافقتنامه جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت فکری (تریپس) ۲۲۷

۲۲۷	گفتار اول: مقررہ ملت کامله الوداد در موافقت نامه تریپس
۲۲۹	گفتار دوم: استثنائات وارده بر ملت کامله الوداد در موافقت نامه تریپس
۲۳۳	گفتار سوم: استثناء بودن یا نبودن موافقت نامه های تجاری منطقه ای یا چندجانبه
۲۳۷	گفتار چهارم: غیر تبعیضی بودن ملت کامله الوداد؛ قاعده ای مطلق یا نسبی؟
۲۴۰	گفتار پنجم: قواعد اضافه بر تریپس
۲۴۲	مبحث اول. موافقت‌نامه‌های تجاری دو یا چند جانبه
	بند اول: تسری شرایط مضیق مندرج در موافقت نامه های تجاری برای طرح مجوز اجباری به تمامی اعضای سازمان تجارت
۲۴۴	جهانی
۲۴۸	بند اول. در سطح معاهدات سرمایه گذاری
۲۵۰	بند دوم. در سطح موافقت‌نامه تریپس:
۲۵۱	گفتار ششم: رویه قضایی

فصل چهارم. خروج از اصل عدم تبعیض (قاعده یا استثنا) ۲۵۳

۲۵۳	گفتار اول. دلایل موافقین ترتیبات تجارت ترجیحی
۲۵۴	گفتار دوم. دلایل مخالفین ترتیبات تجارت ترجیحی
۲۵۷	گفتار سوم. بررسی راه کارهای حفظ و تقویت قاعده عدم تبعیض

جمع بندی ۲۵۸

بخش سوم

شرط ملت کامل‌الوداد در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی ۲۶۴

فصل اول: رشد و گسترش شرط ملت کامل‌الوداد در معاهدات دوجانبه توسعه و حمایت از سرمایه‌گذاری بین‌المللی

۲۶۵	(BITS)
۲۶۵	مقدمه:
۲۶۶	گفتار اول. تعریف شرط ملت کامل‌الوداد در حوزه حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی
۲۶۸	گفتار دوم. قلمرو شرط ملت کامل‌الوداد در حوزه حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی
۲۷۰	گفتار سوم. رفتار ملت کامل‌الوداد و برابری فرصت‌های رقابتی:
۲۷۱	گفتار چهارم. موضوع استیفای بلاعوض
۲۷۲	گفتار پنجم. موضوع تعیین هویت:
۲۷۳	گفتار ششم. محتوای شرط ملت کامل‌الوداد در حوزه حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی
۲۷۳	مبحث اول. الگوی اعمال شرط به مرحله بعد از ورود سرمایه
۲۷۵	گفتار هفتم. استثنائات وارده به شرط ملت کامل‌الوداد در حوزه سرمایه‌گذاری

۲۷۵	مبحث اول. استثنائات عام.....
۲۷۵	بند اول. نظم عمومی، سلامت، اخلاقیات.....
۲۷۶	بند دوم. استثنا امنیت ملی.....
۲۷۸	مبحث دوم. استثنائات خاص مبتنی بر تقابل.....
۲۷۸	مقدمه:.....
۲۷۸	بند اول. مالیات:.....
۲۷۹	بند دوم. مالکیت فکری:.....
۲۸۱	بند سوم. اتحادیه اقتصادی منطقه ای.....
۲۸۳	بند چهارم. شناسایی متقابل.....
۲۸۵	بند پنجم. موضوعات دوجانبه دیگر:.....
۲۸۵	مبحث سوم. استثنائات خاص کشوری.....
۲۸۶	بند اول. روش گاتس:.....
۲۸۹	بند دوم. روش نفتا:.....
۲۹۰	بند سوم. رویه دولت ها.....
۲۹۱	گفتار هشتم. مناسبات متقابل میان ملت کامله الوداد با دیگر موضوعات.....
۲۹۱	مبحث اول. مناسبات متقابل میان رفتار ملی و رفتار ملت کامله الوداد.....
۲۹۵	مبحث دوم. مناسبات میان معیار ملت کامله الوداد و رفتار منصفانه و عادلانه.....
۲۹۶	مبحث سوم. مناسبات متقابل میان تجارت و سرمایه گذاری در رابطه با معیار ملت کامله الوداد.....
۲۹۷	مبحث چهارم. مناسبات میان معیار ملت کامله الوداد و حداقل استانداردهای بین المللی.....
۲۹۸	مبحث پنجم. مناسبات میان معیار ملت کامله الوداد و معیارهای عملکردی کشور میزبان.....
۲۹۸	مبحث ششم. مناسبات میان معیار ملت کامله الوداد و ضبط و مصادره اموال.....
۲۹۸	مبحث هفتم. مناسبات متقابل میان معیار ملت کامله الوداد و موضوع رقابت.....
۲۹۹	گفتار نهم. استراتژی های توسعه و معیار ملت کامله الوداد.....
۳۰۱	جمع بندی :.....

فصل دوم: رویه قضایی بین المللی در خصوص اعمال شرط ملت کامله الوداد در حوزه حقوق سرمایه گذاری بین المللی

۳۰۳	گفتار اول: اعمال شرط ملت کامله الوداد نسبت به موضوعات ماهوی.....
۳۰۳	مبحث اول: اعمال شرط نسبت به معیارهای مسوولیت.....
۳۰۴	مبحث دوم: اعمال شرط در رابطه با رفتار منصفانه و عادلانه.....
۳۰۸	مبحث سوم : اعمال شرط در رابطه با معیار غرامت.....
۳۰۸	گفتار دوم : اعمال شرط ملت کامله الوداد نسبت به موضوعات شکلی.....
۳۱۰	مبحث اول : اعمال شرط ملت کامله الوداد نسبت به روش های حل و فصل اختلافات بین المللی.....
۳۱۰	بند اول : شمول شرط به دلیل مطابقت با جامعیت نظام حل و فصل اختلاف در معاهده پایه.....
۳۱۰	۱. قضیه مافزینی.....
۳۱۵	۲. قضیه زیمنس.....
۳۲۰	۳. قضیه کاموزی.....
۳۲۰	۴. قضیه گاز طبیعی.....
۳۲۲	۵. قضیه سوئز.....
۳۲۸	۶. قضیه نشنال گرید.....
۳۴۰	بند دوم : شمول شرط نسبت به دعاوی ناشی از میزان غرامت و نه اصل مسوولیت.....
۳۴۴	مبحث دوم : عدم شمول شرط ملت کامله الوداد نسبت به روش های حل و فصل اختلافات بین المللی.....

بند اول : عدم شمول شرط نسبت به دعاوی مبتنی بر قرارداد.....	۳۴۴
۱. قضیه سالینی.....	۳۴۴
۲. قضیه ایمپرگیلو.....	۳۴۷
بند دوم : عدم شمول شرط به دلیل استثناء موضوعات محوری از عملکرد شرط.....	۳۴۷
۱. قضیه تکمد.....	۳۴۸
۲. قضیه برادران برچادر.....	۳۴۸
بند سوم : عدم شمول شرط به دلیل مغایرت عملکرد شرط با جامعیت نظام حل و فصل اختلاف در معاهده پایه.....	۳۴۹
۱. قضیه یائونگ چی تو.....	۳۴۹
۲. قضیه کنسرسیوم پالاما.....	۳۴۹
بند چهارم : عدم شمول شرط به دلیل مغایرت عملکرد شرط با چهارچوب موسع نظام حل و فصل اختلاف در معاهده پایه.....	۳۵۳
گفتار سوم: قواعد حقوقی حاکم بر تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری از رهگذر رویه قضایی بین‌المللی.....	۳۵۴
جمع بندی.....	۳۵۹
نتیجه گیری.....	۳۶۲
فهرست منابع.....	۳۷۴
الف) منابع فارسی.....	۳۷۴
ب) منابع انگلیسی.....	۳۷۴
کتاب.....	۳۷۴
مقالات (Articles).....	۳۷۵
آرا (Awards).....	۳۷۷

Abbreviations

علائم اختصاری

ACP: African Caribbean and Pacific States
AFTA: American Free Trade Agreement
ARTAA: Reciprocity Trade Agreements Act
ASEAN: Association of South East Asian Nations
BITS: Bilateral Investment Treaties
BTA: Bilateral Trade Agreements
BYIL: British Year Book of International Law
CAFTA: Central American Free Trade Agreement
CARICOM: Common Market of the Caribbean
CIMA: Chicago Interactive Marketing Association
CL: Compulsory Licence
COMESA: Common Market of the Esatern and Southern Africa
CRTA: Committee on Regional Trade Agreement
EC: European Communities
ECOWAS: Economic Community of West African States
EEC: European Economic Community
EFTA: European Free Trade Association
ESCAPE: Economic and Social Commission for Asia and the Pacific
FDI: Foreign Direct Investment
FIJL: Foreign Investment Journal Law
FTAA: Free Trade Area of the Americas
GATT: General Agreement on Tariffis and Trade
GATS: General Agreement on Trade and Services
GSP: General System of Preferences
ICSID: International Centre for Settlement of Investment Disputes
MAI: Multilateral Agreement on Investment
MERCOSUR: Mercado Comun de la Sur
MFN: Most Favoured Nation
NAFTA: North American Free Trade Agreement
NT: National Treatment
TRIPS: Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
OECD: Organisation for Economic Cooperation and Development
WAEMU: West African Economic and Monetary Union
WAMU: West African Monetary Union
YILC: Yearbook of the International Law of Commission

مقدمه

اصل منع تبعیض به عنوان یک قاعده کلی حاصل برابری دولت هاست. مطابق قطعنامه ۲۶۲۵ مجمع عمومی دولت ها می باید روابط خود در زمینه های اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و تجاری را بر طبق اصول برابری حاکمیت ها و ... برقرار سازند.^۱

شرط ملت کامله الوداد عبارت است از یک قید معاهده ای که مطابق آن دولتی در برابر دولت دیگر متعهد به اعطای مطلوب ترین رفتار در قلمرو روابط مورد توافق یکدیگر می شود.

شروط ملت کامله الوداد به عنوان تکنیک یا وسیله ای جهت افزایش برابری دولت ها و اصل منع تبعیض به کار گرفته شده است. هدف از چنین شروطی حفظ برابری اساسی میان تمامی کشورها صرف نظر از هر گونه تبعیض در تمامی زمان ها بوده است. چنین ابزاری دولت ها را در برابر تبعیض حفظ و حمایت کرده و تناسب میان منافع افراد برقرار و بی عدالتی های ناشی از نابرابری های رفتار را به برابری اصلاح می نماید. شروط ملت کامله الوداد در طول قرن ها بخشی از معاهدات اقتصادی را تشکیل داده اند. امروزه اصل عدم تبعیض اصل بنیادینی است که برای حصول به اهداف تجارت آزاد در چارچوب گات و سازمان تجارت جهانی به کار رفته است.

درج مستمر شروط ملت کامله الوداد در معاهدات سرمایه گذاری بین المللی^۲ و موافقتنامه های چندجانبه آزادی تجارت کالاها و خدمات در طول دو دهه اخیر سبب شکوفایی شرط شده و حیات مجددی به آن بخشیده است.

در پرتو تلاش برای افزایش آزادسازی تجارت، وابستگی متقابل دولت ها به یکدیگر و جهانی سازی و همچنین با توجه به گسترش سیاست در باز در حوزه سرمایه گذاری خارجی، سرنوشت این معیار بیش از پیش مهم شده است. دو نمونه از معیارهای رفتاری عدم تبعیض یعنی رفتار ملت کامله الوداد و رفتار ملی به طور معمول در معاهدات سرمایه گذاری بین المللی درج می شوند. هدف هر دوی این معیارها تضمین یکنواختی و برابری رفتار اعطا شده از طرف دولت میزبان و تعادل رقابت در بازار کشور میزبان است، تا جایی که معیار رفتاری ملت کامله الوداد تبدیل به یک اصل محوری در موافقتنامه های سرمایه گذاری بین المللی شده است. اولین هدف از شروط ملت کامله الوداد در معاهدات، این است که طرفین معاهده با یکدیگر به روشی رفتار کنند که از نظر مطلوبیت، حداقل به میزانی است که با طرف های ثالث خود در دیگر معاهدات رفتار کرده اند.

¹ General Assembly Resolutions 25th Session, 24 october 1970, www.un.org/documents/ga/res/25/ares25.htm-83K, visited on 1.9.2009.

² Bilateral investment treaties (BITs)

هر چند نمی‌توان گفت که شروط ملت کامله‌الوداد کامل‌ترین ابزار برای رسیدن به این هدف است اما تنها نهادی در میان دیگر نهادهاست که می‌تواند برای ساختن نظام اقتصادی نوین بین‌المللی به کار رود.

در حوزه معاهدات سرمایه‌گذاری جدید، شرط ملت کامله‌الوداد به همان طریقی که در حقوق تجارت پذیرفته شده است، مورد قبول قرار نگرفته است زیرا معاهدات سرمایه‌گذاری حاصل مذاکرات در حوزه‌های ماهوی مختلف است و اعمال صرف و تجربیدی شرط ملت کامله‌الوداد باعث خواهد شد تا ماهیت مذاکره‌ای معاهده به فراموشی سپرده شود. در چنین شرایطی این سوال مطرح می‌شود که آیا شرط ملت کامله‌الوداد می‌تواند جای ترتیبیاتی را که به طور خاص میان طرفین معاهده مورد پذیرش قرار گرفته است را بگیرد؟ به عبارت دیگر چنان چه اعمال صرف و تجربیدی شرط منجر به انتقال نظامی به معاهده پایه در حوزه‌ای شود که به طور خاص مورد مذاکره طرفین بوده و متمایز از ماهیت چنین معاهده‌ای است، آیا در چنین حالتی قصد طرفین معاهده، محدودیت‌هایی را بر عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد بار خواهد کرد، موضوع فوق امروزه بزرگترین چالش را در زمینه مقررات مربوط به رفتار ملت کامله‌الوداد تشکیل می‌دهد.

به طور کلی شروط ملت کامله‌الوداد به اشکال مختلفی نگارش می‌شوند، بعضی از حیث قلمرو وسیع و برخی مضیق‌اند. لذا آن چه مهم می‌نماید چگونگی تفسیر این گونه شروط است این موضوع هر چند جزئی و بی‌اهمیت می‌نماید اما در واقع موضوع بسیار مهمی است که متضمن تعیین ماهیت نقش، عملکرد، شرایط اعمال و قلمرو تعهداتی است که دولت‌ها مطابق شروط ملت کامله‌الوداد بر عهده می‌گیرند، می‌باشد.

کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۷۸ یک طرح ۳۰ ماده‌ای را تحت عنوان شروط ملت کامله‌الوداد به تصویب رساند علی‌رغم کوشش استادان‌های که کمیسیون برای تنظیم این طرح به کار برده بود، این طرح مورد قبول مجمع عمومی واقع نشد و نتوانست به یک کنوانسیون تبدیل شود. این که در سال ۱۹۷۸ کمیسیون نسبت به چه اموری تصمیم‌گیری کرد و چرا به نتیجه نرسید و این که از سال ۱۹۷۸ به این طرف چه چیزی تغییر کرده و آیا با این تغییر اوضاع و احوال می‌توان کاری در راه تدوین و توسعه قواعد حقوق بین‌الملل قابل اعمال بر این نهاد حقوقی آن جام داد، موضوعی است که چالشی دیگر در راه تنظیم قواعد قابل اعمال بر این شروط به حساب می‌آید. گروهی از دولت‌ها معتقدند که این موضوع فاقد چنین قابلیت است و آن به دلیل تنوع بیش از حد شروط و آزادی اراده دولت‌ها در تنظیم آن‌هاست و لذا نمی‌توان نقشی برای کمیسیون قائل شد و برعکس گروهی دیگر بر این نظرند که مسائل عمده مطرح حول شروط ملت کامله‌الوداد همان موضوعات حقوق بین‌الملل عمومی است و آن چگونگی تفسیر این شروط است که قابلیت به سلک درآورده شدن را دارد، که در این رساله به آن پرداخته خواهد شد. نکته قابل ذکر دیگر زمزمه بازگشایی مجدد طرح شروط ملت کامله‌الوداد در حوزه سرمایه‌گذاری بین‌المللی در کمیسیون حقوق

بین‌الملل است و کارگروهی نیز از طرف این نهاد، مسئول بررسی نقش و اثر شروط ملت کامله‌الوداد در زمینه موافقتنامه‌های مربوط به سرمایه‌گذاری بین‌المللی شده اند.¹

شروط ملت کامله‌الوداد از منظر حقوق بین‌الملل عمومی از سه جنبه قابل بررسی است: اولاً، بررسی شرط به عنوان یک مقررہ معاهده‌ای یا شرط معاهده‌ای، از این حیث به تعیین مبنا، ماهیت، قلمرو و موازین حقوقی قابل اعمال بر شروط ملت کامله‌الوداد خواهیم پرداخت. ذکر نکته‌ای در این جا لازم می‌نماید و آن این که در حقوق عرفی سخن از شرط ملت کامله‌الوداد به میان نیامده است و حقوق بین‌الملل عمومی هنوز قاعده‌ای که بتواند دولت‌ها را مجبور به درج چنین شروطی در معاهدات تجاری یا اعطای رفتار ملت کامله‌الوداد در غیاب یک تعهد معاهده‌ای بنماید، ندارد.²

ثانیاً بررسی شرط به عنوان یکی از منابع حقوق و تعهدات بین‌المللی در ساختار نظام تجارت جهانی، از این منظر ماهیت و رفتار ملت کامله‌الوداد، معیارهای تعیین رفتار ملت کامله‌الوداد و استثنائات حاکم بر رفتار ملت کامله‌الوداد در پرتو آرا صادره از پانل‌ها و نهاد استیناف سازمان تجارت جهانی مورد بحث قرار خواهد گرفت.

ثالثاً بررسی شرط از جنبه حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی و به خصوص عملکرد شرط در رابطه با نظام مربوط به حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری بین‌المللی که منجر به بروز نهادی مرکب از آراء قضایی شده است. در این حوزه به تعریف، قلمرو و محتوای شروط ملت کامله‌الوداد، استثنائات وارده بر این شروط و نیز مناسبات متقابل میان این معیار با دیگر معیارهای رفتاری اشاره خواهیم کرد.

در پایان لازم می‌دانم از استاد ارزشمند و فرزانه جناب آقای دکتر سید قاسم زمانی که با راهنمایی‌های بی‌دریغ خویش مرا یاری نمودند و نیز از جناب آقایان دکتر محمد شمسایی و دکتر فیصل عامری که با مشاورت خویش قبول زحمت فرمودند کمال امتنان و تشکر را دارم.

¹ International Law Commission, Report of the Working Group about Most-Favoured Nation Clause, Fifty-ninth Session, Geneva, 7 May-8 June and 9 July-10 August 2007, A/CN.4/L.719,p.15.

² Ustor Endre, Most Favoured Nation Clause , in Encyclopedias of public International law, vol. 8, 1985. p.412.

کلیات

۱. بیان مسأله (تشریح ابعاد و حدود مسأله و بیان جنبه‌های مجهول و مهم)

درج مستمر شرط ملت کامله‌الوداد در معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی و موافقت‌نامه‌های تجاری دو یا چندجانبه به‌عنوان معیاری که در کنار سایر استانداردهای بین‌المللی، نحوه‌ی رفتار با سرمایه‌گذاران خارجی و سرمایه‌های آن‌ها را تضمین می‌کند، سبب طرح چنین موضوعی از دیدگاه حقوق بین‌الملل عمومی شده‌است. در تحقیق پیش‌رو شرط ملت کامله‌الوداد در یک دیدگاه کلان حقوقی مورد نقد قرار گرفته‌است. به عبارت دیگر شرط به عنوان یک نهاد حقوقی بین‌المللی در تمامی حوزه‌های عملکردی آن اعم از حقوق معاهدات، حقوق سازمان تجارت جهانی، حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی و حتی جنبه‌هایی از حقوق دیپلماتیک و کنسولی بررسی می‌شود. به این نحو که ابتدا شرط به عنوان یک قید معاهده‌ای بدون درنظر گرفتن جایگاهش در متن خاص تحلیل شده و سپس شرط با توجه به جایگاهی که اخیراً در حقوق سازمان تجارت جهانی و حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی یافته‌است، بررسی می‌شود. از این روی مباحث مطروحه در سه بخش ارائه گردیده‌است:

الف- بررسی شرط به‌عنوان یک قید معاهده‌ای بدون درنظر گرفتن آن در متن خاص؛ از این منظر مبنا، ماهیت و قلمرو حقوق ناشی از شروط ملت کامله‌الوداد، موازین حقوقی حاکم بر اعمال شروط، انواع شروط ملت کامله‌الوداد، عملکرد (اثر) شروط ملت کامله‌الوداد... مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرند.

ب- بررسی شرط با توجه به جایگاهی که در متن سازمان تجارت جهانی (گات ۹۴، گاتس و تریپس) و موافقت‌نامه‌های نجاری چندجانبه یافته‌است؛ از این منظر رابطه میان شرط رفتاری ملت کامله‌الوداد در حوزه‌های تجارت کالاها و خدمات (گاتس) با قاعده منع تبعیض، معیارها و موازین حقوقی قابل اعمال بر رفتار ملت کامله‌الوداد مندرج در گات ۹۴ و گاتس، روند نظام حل و فصل اختلاف در سازمان تجارت جهانی در خصوص تفسیر رفتار ملت کامله‌الوداد، استثنائات وارده بر تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد به ویژه رابطه‌ی میان شرط رفتاری ملت کامله‌الوداد با موضوع اعطای رفتار ترجیحی به کشورهای در حال توسعه، افزایش ترتیبات ترجیحی و زیر سؤال رفتن اصل ملت کامله‌الوداد، تحلیل شده‌است.

ج. بررسی شرط با توجه به جایگاه آن در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی؛

از این منظر، به بیان تعریف و محتوای رفتار ملت کامله‌الوداد در حوزه حقوق سرمایه‌گذاری، استثنائات وارده بر رفتار ملت کامله‌الوداد در این حوزه، مناسبات متقابل میان رفتار ملت کامله‌الوداد با دیگر موضوعات نظیر رفتار منصفانه و عادلانه، رفتار متقابل و...، حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری بین‌المللی در

داوری‌های بین‌المللی، رویه قضایی دیوان‌های داوری و اصول حاکم بر تفسیر قراردادهای سرمایه‌گذاری پرداخته شده‌است.

۲. سؤال اصلی و محوری تحقیق

با توجه به این که نحوه عبارت‌پردازی در شروط ملت کامله‌الوداد بسیار متنوع است و دولت‌ها آزادند که شروط را مطابق با نیازها و منافعشان تنظیم نمایند، لذا اصلی‌ترین سؤال درباره شرط ملت کامله‌الوداد این است که چطور شروط ملت کامله‌الوداد می‌بایست تفسیر شوند؟ به عبارت دیگر، قواعد حقوقی حاکم بر تفسیر شروط ملت کامله‌الوداد چیست؟ این موضوع گرچه ظاهراً یک موضوع ریز و باریک است، اما در واقع یک موضوع بزرگی است که متضمن تعیین ماهیت و قلمرو تعهداتی است که دولت‌ها مطابق شروط ملت کامله‌الوداد بر عهده گرفته‌اند و نیز فهم و درک ما از نقش و عملکرد شروط ملت کامله‌الوداد.

۳. اهمیت تحقیق

در روابط اقتصادی معاصر، شرط ملت کامله‌الوداد تبدیل به یک عامل حساس در روابط اقتصادی میان دولت‌ها شده‌است. از دهه ۹۰ به این طرف، استمرار شروط ملت کامله‌الوداد در دو مرحله بارزتر و قابل تأمل‌تر از قبل شده است این دو مرحله عبارتند از: ۱. رشد موافقتنامه‌های دوجانبه توسعه و حمایت از سرمایه‌گذاری یا (BITs)، به نحوی که اهمیت مستمر شروط ملت کامله‌الوداد در کنار دیگر مقرراتی که حداقل استانداردهای بین‌المللی رفتار با سرمایه‌گذاران خارجی و سرمایه‌های آن‌ها را تضمین می‌نمایند، مورد تأکید قرار گرفته است، همچنین اعطا رفتار ملت کامله‌الوداد به سرمایه‌گذاری‌های خارجی قبل از ورود سرمایه و ویژگی موافقتنامه‌های تجارت آزاد است که در گذشته عمومیت نداشته است.

۲. موافقتنامه‌های چندجانبه‌ای که آزادی تجارت کالاها و خدمات و نیز طرز رفتار به یک شیوه واحد را مقرر میدارند، همراه با پیوند تنگاتنگ میان خدمات و بخش‌های سرمایه‌گذاری موضوعات جدیدی را در رابطه با اعمال شروط ملت کامله‌الوداد مطرح ساخته است. انعقاد موافقتنامه‌های تجارت آزاد و موافقتنامه‌های مشارکت اقتصادی جامع همراه با بخش‌های عمده‌ای در خصوص سرمایه‌گذاری خارجی، شروط ملت کامله‌الوداد را در روابط اقتصادی معاصر میان دولت‌ها وارد مرحله جدیدی کرده است.

۴. ضرورت تحقیق

با عنایت به مطالبی که در بیان اهمیت این تحقیق بیان شد، بازنگری نقش شروط ملت کامله‌الوداد در زمینه موافقتنامه‌های تجاری جدید و موافقتنامه‌های بین‌المللی سرمایه‌گذاری اخیر، شایسته مطالعه‌ی

حقوقی دقیق است. به خصوص با توجه به این که هیچ بررسی جامعی در سطح داخلی راجع به این موضوع آن جام نشده است و تحقیقات آن جام شده بسیار ضعیف و ناچیز بوده است.

تدوین و توسعه تدریجی قواعد حقوق بین الملل راجع به شروط ملت کامله الوداد به خصوص در موافقتنامه های مربوط به سرمایه گذاری با توجه به افزایش چشمگیر درج شروط ملت کامله الوداد در چنین موافقتنامه هایی، مستلزم نقد و بررسی است، همچنان که کمیسیون حقوق بین الملل نیز در گزارش گروه کاری راجع به طرح مجدد موضوع شروط ملت کامله الوداد به این ضرورت اذعان نموده است.

۵. سوالات تحقیق

۱. مینا، ماهیت و قلمرو شرط ملت کامله الوداد چیست؟
۲. موازین حقوقی قابل اعمال بر شرط ملت کامله الوداد کدامند؟
۳. رابطه میان شرط ملت کامله الوداد با قاعده منع تبعیض چیست و آیا شرط ملت کامله الوداد تکنیکی مناسب جهت اعتلای برابری دولت ها و ممنوعیت اعمال تبعیض بخصوص در حوزه های تجارت و سرمایه گذاری بوده است یا خیر.
۴. استثنائات وارده بر شرط ملت کامله الوداد در ساختار نظام تجارت جهانی (گات و سازمان تجارت جهانی) کدامند و آیا افزایش و گسترش طرح چنین استثنائاتی که از آن به عنوان ترتیبات ترجیحی یاد می شود، منجر به زیر سوال بردن شرط ملت کامله الوداد که مبتنی بر قاعده منع تبعیض است می شود یا خیر.
۵. دامنه و قلمرو اعمال شرط ملت کامله الوداد در زمینه موضوعات شکلی (روش های حل و فصل اختلافات) و موضوعات ماهوی در حوزه معاهدات سرمایه گذاری بین المللی تا کجاست و آیا شرط ملت کامله الوداد می تواند جای ترتیباتی را که به طور خاص میان طرفین معاهده پذیرفته شده است.
۶. آیا می توان از خلال رویه قضایی در حوزه سرمایه گذاری به قواعد مشترک در تفسیر شرط ملت کامله الوداد دست یافت؟

۶. فرضیه تحقیق

(۶-۱). فرضیه اصلی

با توجه به سوال اصلی تحقیق مبنی بر این که شروط ملت کامله الوداد چگونه باید تفسیر شوند، فرضیه اصلی این است که چون ظاهراً تفسیر شروط وظیفه مفسر است، لذا تفسیر شروط ملت کامله الوداد بستگی به این دارد که چگونه مفسر با شروط مختلف مواجه می شود. به عبارت دیگر این موضوع بستگی به

نظرات مفسر راجع به ماهیت شروط ملت کامله الوداد دارد، اما از آن جا که تفسیر معاهده نمی‌تواند در خلأ صورت گیرد، مفسر ناگزیر باید به تجربه تفاسیر شروط ملت کامله الوداد در طرح پیش نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل، متن سازمان تجارت جهانی، رویه قضایی مراجع بین‌المللی و عملکرد دولت‌ها توسل جوید. لذا تفسیر شروط ملت کامله الوداد مستلزم تحلیل مفصل توسعه‌ها و پیشرفت‌هایی است که در زمینه‌ی ماهیت، قلمرو، علت وجودی شروط ملت کامله الوداد، رویه‌ی قضایی موجود و نحوه‌ی تفسیر چنین شروطی صورت گرفته‌است.

(۶-۲). سایر فرضیه‌ها

فرضیه اول: مبنای شرط ملت کامله الوداد عبارت است از آن تعهد حقوقی که دولت معطی مطابق یک موافقتنامه بین‌المللی، متعهد به اعطا رفتار ملت کامله الوداد به دولت ذی نفع شده است.

ماهیت شرط کامله الوداد عبارت است از یک قید معاهده‌ای که بر طبق آن دولت معطی متعهد به اعطا رفتار ملت کامله الوداد به دولت ذی نفع در قلمرو روابط مورد توافق طرفین شده است.

قلمرو شرط ملت کامله الوداد: قلمرو حقوق ناشی از شروط ملت کامله الوداد محدود به موضوع شرط است. دولت ذی نفع این حقوق را تنها در رابطه با اشخاص یا اشیا تصریح شده در شرط یا تلویحاً برآمده از موضوع شرط بدست می‌آورد.

فرضیه دوم: موازین حقوقی حاکم بر اعمال شرط ملت کامله الوداد: این موازین یا قواعد عبارتند از: ۱. انطباق با قوانین و مقررات دولت معطی، بی‌تأثیری ۱. نحوه رفتار اعطا شده به دولت ثالث ۲. محدودیت‌های توافق شده میان دولت معطی و ثالث ۳. رفتار اعطا شده به ثالث برحسب نوع موافقتنامه... بر عملکرد شرط ملت کامله الوداد.

فرضیه سوم: شرط ملت کامله الوداد تکنیک یا وسیله‌ای است که جهت افزایش برابری دولت‌ها و اصل عدم تبعیض به کار گرفته شده است. به عبارت دیگر مبنای رفتار ملت کامله الوداد مبتنی بر قاعده منع تبعیض است، هرچند ممکن است در ابتدا اعمال شرط نوعی اجحاف در حق اعضا ضعیف‌تر جامعه بین‌المللی باشد، اما این به معنای رد مبنای دائمی شرط نیست. شناسایی نیازهای تجاری و توسعه‌ای کشورهای در حال توسعه، مبین این است که برای یک دوره خاص و موقتی، شرط نسبت به انواع خاصی از روابط تجاری بین‌المللی اعمال نشود.

فرضیه چهارم: عمده این استثنائات در دو حوزه اتحادیه‌های گمرکی و مناطق تجارت آزاد از یکسو و اعطا رفتار ترجیحی به کشورهای در حال توسعه خلاصه می‌شود. هرچند وجود استثنائات برای پیش برد

اهداف توسعه‌ای کشورهای در حال توسعه ضروری می‌نماید، و یا وجود آن برای افزایش تجارت و تکمیل روند آزادسازی تجارت مفید می‌نماید. اما مسلماً این ترتیبات ترجیحی با اصل ملت کامله‌الوداد در تعارض بوده و منجر به زیر سوال بردن اصل رفتار ملت کامله‌الوداد به عنوان یک قاعده و تبدیل شدن استثنائات به اصل شده است.

فرضیه پنجم: جهت رویه قضایی هنوز کاملاً مشخص و قطعی نیست، نظر ارجح آن است که دامنه استناد به شرط تا جایی است که منتهی به تغییر جامعیت نظام معاهده پایه نشود.

فرضیه ششم:

۱. اصول و قواعد مشابهی در تفسیر شروط ملت کامله‌الوداد از سوی داوران دیوان‌های بین‌المللی به کار گرفته شده است و در این بین اصل وحدت موضوع یا ejusdem generis به عنوان پیش شرط اعمال شرط ملت کامله‌الوداد همواره اعمال شده است.

۷. سوابق مربوطه

سابقه تحقیقات آن جام شده پیرامون موضوع و نتایج حاصله و نظریات علمی موجود در رابطه با مسأله:

سرآغاز تحقیقات روی این موضوع به سال ۱۹۶۷ و اصرار نمایندگان کمیته ششم حقوقی مجمع عمومی از کمیسیون حقوق بین‌الملل مبنی بر بررسی شروط ملت کامله‌الوداد به عنوان جنبه‌ای از حقوق معاهدات برمی گردد که نهایتاً پس از یک دهه در سال ۱۹۷۸ منجر به تهیه یک پیش نویس ۳۰ ماده‌ای گردید. مجمع عمومی ملل متحد به دلیل نگرانی‌هایی که وجود داشت، توجهی را به طرح مبذول نداشت اما اهمیت روزافزون شرط در موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری باعث شد تا زمزمه‌های مجدد بازگشایی چنین طرحی در دستور کار آینده کمیسیون مطرح شود. بهمین دلیل نیز کمیسیون کار گروه در جهت تعیین این موضوع که آیا کمیسیون می‌تواند نقش مفیدی در ارائه توضیح راجع به معنا و اثر شروط ملت کامله‌الوداد در حوزه موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری داشته باشد تعیین نمود و تا به این جا، کار گروه در بررسی به عمل آورده، به کمیسیون پیشنهاد کرده است که این عنوان در برنامه کاری آینده کمیسیون درج شود. از طرف دیگر نهادهایی نظیر، سازمان همکاری اقتصادی و توسعه (OECD) و انکتاد، مطالعه‌ای را راجع به شروط ملت کامله‌الوداد آغاز کرده‌اند. این نهادها در حوزه سرمایه‌گذاری متمرکز شده‌اند برای مثال سازمان همکاری اقتصادی و توسعه مذاکرات راجع به طرح یک موافقتنامه چندجانبه سرمایه‌گذاری را آغاز کرده است^۱ بیشتر تحقیقات اخیر در خارج از کشور مربوط به حوزه سرمایه‌گذاری می‌باشد و مقالات بسیار متعددی در زمینه‌ی

^۱ Multilateral Agreement of Investment (MAI)

سرمایه‌گذاری خارجی به نگرارش درآمده است، که از آن‌ها در طرح مباحث استفاده شده و در فهرست منابع مشخص شده‌اند. اما بالعکس تحقیقات آن جام شده در داخل بسیار اندک بوده و تقریباً می‌توان گفت که هیچ بررسی جامعی تاکنون صورت نگرفته است.

۸. اهداف تحقیق:

هدف از این تحقیق عبارت است از تبیین و تشریح معنا و ماهیت، قلمرو و اثر شرط ملت کامله‌الوداد در پرتو عملکرد دولت‌ها و رویه قضایی اعم از داخلی و بین‌المللی، تعیین قواعد حقوقی قابل اعمال بر شرط ملت کامله‌الوداد در پرتو طرح پیش نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل، اصول حاکم بر تفسیر شرط ملت کامله‌الوداد بخصوص در زمینه موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری، رابطه میان شرط ملت کامله‌الوداد با اصل منع تبعیض، استثنائات وارده بر شرط ملت کامله‌الوداد و زیر سؤال رفتن قاعده منع تبعیض.

هدف از این تحقیق اولاً تعیین قواعد حقوقی حاکم بر تفسیر شرط ملت کامله‌الوداد و یا به تعبیر دیگر قواعد حقوقی قابل اعمال بر عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد می‌باشد که به نوبه خود مستلزم تعیین معنا، ماهیت، قلمرو و اثر شرط ملت کامله‌الوداد در پرتو رویه دولت‌ها، رویه قضایی بین‌المللی و داخلی، نهادهای حل و فصل اختلاف در سازمان تجارت جهانی و مرجع استیناف خواهد بود.

ثانیاً، بررسی و تعیین دامنه و حدود استثنائات وارده بر تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد در ساختار نظام تجارت جهانی و شناسایی ترتیبات ترجیحی در این نظام و آرایه راه کارهایی جهت مقابله با افزایش ترتیبات ترجیحی می‌باشد.

۹. روش تحقیق و جمع‌آوری داده‌ها

نوع روش در این تحقیق توصیفی - تحلیلی است و روش تجزیه و تحلیل داده‌ها براساس مطالعه روی متون مختلف اعم از اسناد بین‌المللی، نظریات نویسندگان حقوقی، رویه و عملکرد دولت‌ها و تجزیه و تحلیل و نتیجه‌گیری از برآیند آن‌ها است.

۱۰. مشکلات و تنگناهای تحقیق

یکی از مهمترین مشکلات در این زمینه مربوط به تداخل موضوعات اقتصادی و حقوقی در یکدیگر بود و مآلاً اجتناب از ورود به مباحث فنی اقتصادی و حفظ مرز میان این دو موضوع، لذا سعی شد تا از ورود به چنین مباحثی خودداری شود و صرفاً در محدوده حقوق بین‌الملل عمومی که خود شامل مباحث حقوق بین‌الملل اقتصادی و حقوق بین‌المللی معاهدات و حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری است، پرداخته شود.

۱۱. تعریف واژگان و مفاهیم اختصاصی تحقیق

۱. تعریف شرط ملت کامله‌الوداد: منظور از شرط ملت کامله‌الوداد یک مقررہ معاهده‌ای است که مطابق آن دولت معطی تعهدی را در برابر دولت دیگر (ذی نفع) دایر به اعطا رفتار ملت کامله‌الوداد در یک قلمرو توافق شده‌ای از روابط به آن دولت یا به اشخاص یا اشیا مرتبط با آن، برعهده می‌گیرد.

۲. رفتار ملت کامله‌الوداد: رفتار ملت کامله‌الوداد رفتاری است که از طرف دولت معطی به دولت ذی نفع یا به اشخاص یا اشیا یا به نوعی با آن مرتبطند، اعطا می‌شود و نمی‌تواند کمتر از رفتاری باشد که از طرف دولت معطی به دولت ثالث یا اشخاص و یا اشیا مرتبط با آن اعطا شده است.

۳. دولت معطی: دولتی است که تعهد به رفتار ملت کامله‌الوداد را برعهده گرفته است.

۴. دولت ذی نفع: دولتی است که دولت معطی در برابر آن متعهد به اعطا رفتار ملت کامله‌الوداد شده است.

۵. دولت ثالث: دولتی است به غیر از دولتین معطی و ذی نفع. معنای دولت ثالث متفاوت از معنای دولت ثالث در کنوانسیون وین است. در مواردی که شرط ملت کامله‌الوداد در یک معاهده دوجانبه می‌آید، کنوانسیون وین می‌تواند قابل اعمال باشد زیرا دولتی است که طرف معاهده محسوب نمی‌شود. اما در معاهدات چندجانبه حاوی شرط مزبور، طرفین در برابر یکدیگر متعهد به اعطا هر رفتار مطلوبی می‌شوند که به دولت ثالث اعطا می‌کنند. در چنین مواردی الزاماً دولت ثالث خارج از معاهده نیست و می‌تواند یکی از طرفین معاهده چندجانبه باشد.

۶. شرط جبران: به معنای شرطی است که بخاطر هر نوع جبرانی میان دولت معطی و ذی نفع در یک معاهده مشمول شرط ملت کامله‌الوداد یا به هر نحو دیگری مقرر شود.

"جبران" شامل کلیه اشکال ممکنه از امتیازاتی می‌شود که دولت ذی نفع در تبادل با آن چه دولت معطی به موجب رفتار ملت کامله‌الوداد بر عهده گرفته است، موافقت نموده تا به دولت معطی اعطا کند.

۷. شرط رفتار متقابل: این نوع شرط طبقه‌ای از دسته شروط مشروط به جبران است، منتهی جبرانی از همان نوع یا مساوی همان رفتاری که دولت معطی بر طبق رفتار ملت کامله‌الوداد در برابر دولت ذی نفع برعهده گرفته است به عبارت دیگر رفتار دولت معطی در ارتباط با دولت ذی نفع برخوردار از شرط ملت کامله‌الوداد بایستی یکسان و یا مساوی با رفتاری باشد که دولت ذی نفع در برابر دولت معطی، متعهد به اعطا آن شده است.

۸. معیار رفتاری کامله‌الوداد: عبارت است از معیار رفتاری مندرج در اکثر معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی و الگوهای معاهدات سرمایه‌گذاری بسیاری از کشورها که مطابق آن رفتار اعطاء شده به سرمایه‌ها یا

سرمایه‌گذاران هر یک از کشورهای متعاهد نبایستی از رفتار اعطا شده به سرمایه‌ها یا سرمایه‌گذاران کشورهای ثالث کمتر باشد.

۹. اصل ملت کامله‌الوداد : عبارت است از قاعده‌ی بنیادین و کلاسیک حقوق بین‌الملل اقتصادی که امروزه اساس نظام تجارت جهانی را تشکیل می‌دهد و مطابق آن تمامی اعضا در برابر یکدیگر متعهد به اعطاء رفتار ملت کامله‌الوداد شده‌اند و هر گونه منفعتی که از سوی هر یک از اعضا اعطاء شود به طور خودکار شامل کلیه اعضا خواهد شد.

۱۰. معاهده پایه : عبارت است از معاهده‌ای که شرط ملت کامله‌الوداد در آن آمده است.

بخش اول

بررسی شرط ملت کامله الوداد به عنوان یک مقررہ معاہدہ‌ای و
تعیین قواعد حقوقی حاکم بر اعمال آن.

فصل اول : پیشینه شروط ملت کامله‌الوداد

گفتار اول : از پیدایش تا زمان تشکیل جامعه ملل

نطفه شروط ملت کامله‌الوداد به رفتار ملت کامله‌الودادی برمی گردد که لُردها در دوره فئودالیت از قرن ۱۱ تا قرن ۱۳، امتیازات مساوی را به تجار شهرهای خارجی مختلف اعطا کردند.^۱ این مزایا به طور یکجانبه از طرف لُردها به شهروندان خارج از سرزمین وی اعطا می‌شد و این مزایا محدود به آن‌هایی بود که قبلاً به دیگران اعطا شده بود.^۲

در دوره قرون وسطی، تجار ایتالیایی، فرانسوی و اسپانیایی شهرهای تجاری، تلاش کردند تا برای خودشان انحصاراتی در بازارهای آفریقا و مشرق زمین بدست آورند وقتی این ایده با شکست مواجه شد، آن‌ها روی آوردند به این که خودشان را از طریق تضمین فرصت‌های برابر به یکدیگر (رقبایشان)، جبران نمایند. استفاده از چنین شروط یکجانبه‌ای که از طرف قانون نویسان اروپایی در قراردادهای کاپیتولاسیون آمده بود، در همه جا گسترده شد، از امپراطوری عثمانی گرفته تا قدرتهای جنوب آسیا و چین.^۳

بعد از قرن ۱۵، مفهوم رفتار ملت کامله‌الوداد به دنبال ایده حاکمیت دولت‌ها و برابری حاکمیت‌ها توسعه پیدا کرد. با افزایش قلمروهای تجاری میان ملت‌های اروپایی، کاربرد شروط ملت کامله‌الوداد در معاهدات تجاری دوجانبه افزایش یافت.

تا این که در نیمه دوم قرن ۱۷، شروط ملت کامله‌الوداد، طرفین متعاهد را وادار ساختند به این که امتیازات موجود و غیر موجودی (آینده) را که توسط هر یک از طرفین به هر ملت دیگری اعطا می‌شد را به یکدیگر نیز اعطا نمایند.^۴

مفهوم رفتار ملت کامله‌الوداد در تاریخ جدید از سه جنبه با رفتار ملت کامله‌الوداد در دوره فئودالیت تفاوت داشت:

۱ - اولین شرط ملت کامله‌الوداد در معاهدات کتبی به ۸ نوامبر ۱۲۲۶ برمی گردد که در آن پادشاه، فردریک دوم به شهر مارسی مزایایی را اعطا نمود که قبلاً به شهروندان پیزا و جنوا اعطا کرده بود.

Hornbeck, Stanley Kuhl, "The MFN in Commercial Treaties: Its Function in Theory and in Practice and Its Relation to Tariff Policies", Bulletin of the University of Wisconsin, No. 343, Economics and Political Science Series, vol. 6, No. 2, January (1910), p. 11
2 Ibid.

3 Ustor Endre, "Most Favoured Nation clause", in Encyclopedia of Public International Law, vol. 8, 1985, p. 412

4 Yanai, Akiko, "The Function of the MFN clause in the Global Trading System" (2002). Working Paper Series 01/02 - No. 3, APEC Study/Center Institute of Developing Economics, online: <<http://www.heisummer.ch/pdf/introduction/003-Yanai-MFN-clause.Pdf>>, p. 3, visited on 7.10.2007.

۱. رفتار ملت کامله‌الوداد جدید اشاره به تبادلات میان حاکمیت‌ها می‌کند. در حالی که در قرون وسطی رفتار ملت کامله‌الوداد به طور یکجانبه از طرف لُردها آن جام می‌شد.

اولین بار "تقابل" در اعطا رفتار ملت کامله‌الوداد به یکدیگر در معاهده منعقد میان انگلستان و بورگوین در اول آگوست ۱۴۱۷، پدیدار شد.

۲. در شروط ملت کامله‌الوداد جدید، مقصود از طرف های ثالث، همه ملت‌ها است. اولین بار چنین ویژگی در معاهده منعقد میان انگلستان و شهرهای فلندرز که در ۴ آگوست ۱۴۴۶ در باربارنت امضا شد، پدیدار شد که بیان می‌کرد: تجار انگلیسی باید به خوبی و بخشندگی دیگر ملت‌هایی که از آن شهرها دیدن می‌کنند، مورد رفتار قرار گیرند.

۳. امتیازاتی که طبق شروط جدید اعطا می‌شود، فراتر از مزایایی می‌رود که در زمان حال وجود دارد و مزایای آینده را هم در برمی‌گیرد.^۱

این ویژگی نیز اولین بار در تاریخ ۱۱ آوریل ۱۶۵۴ در معاهده میان بریتانیای کبیر و سوئد پدیدار شد که مطابق آن، هر یک از شهروندان این دو کشور می‌بایست بهره‌مند از همان مزایایی باشند که در کشور مقابل به هر خارجی دیگری که در آن کشور می‌آید، تعلق گرفته و اعطا می‌شود.^۲

در اواخر قرن ۱۷ شروط ملت کامله‌الوداد در معاهدات دوجانبه با انعقاد معاهدات میان هلند و سوئد (۱۶۷۹) و انگلستان و پرتغال (۱۶۹۲) عمومیت یافت.^۳ شروط ملت کامله‌الوداد در سراسر اروپا گسترش یافت، زیرا سیاست حمایت‌گرایی که اغلب دولت‌های اروپایی سیاست‌های تجاری‌شان را بر پایه آن قرار داده بودند، به دنبال افزایش تجارت به منظور توسعه صنایع داخلی بود.^۴ لذا هر دولتی، معاهدات ترجیحی را با ملت‌های خارجی به منظور دستیابی به بازارهای خارجی، با شرایط مطلوب تری نسبت به دیگران منعقد می‌کرد.

کم کم معیاری در رویه پدید آمد به این شکل که این رفتار ترجیحی را به عنوان یک تعهد قراردادی ذکر می‌کردند، اما حاکمیت‌ها از اعمال تبعیض در آینده نگران بودند.

^۱ Murase, shinya, "Treaties on the MFN Clause", kokusaiho Gaiko zassi, (The Journal of International Law and Diplomacy), vol. 27, No. 4-5, 1974, pp. (58-9).

^۲ - ترمینولوژی در این دوره، بسیار مختلف بوده است برای مثال در معاهده میان بریتانیای کبیر و دانمارک در سال ۱۶۶۰، عبارت "مردم هر ملت خارجی" و در معاهده میان بریتانیای کبیر و اسپانیا در ۱۶۶۷ عبارت "تمامی بیگانگان دیگر" به کار برده شده است. عبارت "ملت کامله‌الوداد" اولین بار در معاهده میان دانمارک و هانسا در ۱۶۹۲ به کار رفت.

Murase, op.cit., p. 59.

^۳ Ustor Endre., op.cit., p. 412.

^۴ - نظام توازن قدرت در اواخر قرن هفدهم از عملکرد ملت کامله‌الوداد حمایت می‌کرد به این معنا که روابط میان ملت‌ها بر پایه یک نظام مبتنی بر رفتار مساوی و برابر بود.

Murase, op.cit., p. (60-1).

برای مثال اگر حاکمیت الف که قبلاً یک موافقتنامه ترجیحی را با حاکمیت ب منعقد نموده بود، به دنبال کسب منافع تجاری برمی آمد که حاکمیت ب آن را به طرف ثالث اعطا نموده بود، در این صورت حاکمیت الف این را ترجیح آمیز میدانست که منافعی که در آینده به طرف ثالث اعطا خواهد کرد به حاکمیت ب نیز تسری یابد.

هرچند ایده مرکانتی لیسم تأثیر قابل توجهی را بر توسعه شروط ملت کامله‌الوداد گذاشت، اما عامل مهم‌تر تشکیل نظام تعرفه بود.^۱ در خلال قرون وسطی نظام های فئودال، انواع گوناگونی از عوارض و مالیات‌ها را به کار گرفته بودند. زمانی که اروپا به سمت یک نظام اجتماعی مبتنی بر همزیستی مسالمت آمیز اربابان فئودال در قالب دولت های ملی پیش رفت، دولت های جدید، شروع به ادغام عوارض ملی در قالب نظام های تعرفه‌ای واحد در داخل سرزمین هایشان نمودند، زیرا تحمیل تعرفه بر واردات را یک حق حاکمیتی میدانستند و از طرفی تعرفه‌ها برای حمایت از صنعت و کسب منافع لازم بود حاکمیت‌ها می‌توانستند به طور یکجانبه تعرفه‌ها را براساس شرایط و اوضاع و احوال تغییر دهند. اما وقتی تعرفه‌ها توسط ملتی وضع می‌شد، دیگران دست به اقدام تلافی جویانه زده و نهایتاً منجر به جنگ‌های تعرفه‌ای می‌شد تا این که سرانجام دولت ها سعی کردند نرخ‌های تعرفه‌ای را از طریق موافقتنامه‌های دوجانبه کنترل کنند و لذا نمی‌توانستند یکجانبه آن را تغییر دهند. این منجر به ایجاد یک نظام تعرفه‌ای قراردادی شد، به این معنا که وقتی ملتی نرخ‌های تعرفه‌ای را مورد بازنگری قرار می‌داد، بایستی در تمام موافقتنامه‌های دیگر مربوط به نرخ‌های تعرفه‌ای نیز آن را اعمال می‌کرد.

دولت ها این نگرانی را نیز داشتند که هنگام انعقاد معاهدات متوجه امتیازات نشوند، این بود که شروط ملت کامله‌الوداد به عنوان جایگزین به کار گرفته شد که می‌توانست مانع از تکرار انعقاد معاهدات در آینده شود و به دولت های عضو این تضمین را بدهد که منافع قبلی یا امتیازات بعدی که به دولت های ثالث داده می‌شود، به آن ها نیز گسترش می‌یابد. این در زمانی بود که وظیفه شروط ملت کامله‌الوداد عمومیت دادن امتیازات بود.^۲

عبارت "ملت کامله‌الوداد" در قرن ۱۸ به معاهدات تجاری راه یافت یعنی معاهدات دوستی، تجارت و دریانوردی^۳ که به معاهدات FCN^۴ معروف بودند، این معاهدات عمدتاً و نه انحصاراً درباره فعالیت‌های اقتصادی بود منفعتی که مطابق این موافقتنامه‌ها اعطا می‌شد، عبارت بود از تسهیل فعالیت‌های اقتصادی

1 Murase, op.cit., p. (61-2).

2 United States Tariff Commission, "Reciprocity and Commercial Treaties", Washington, D.C.: Government printing office, 1919, p. 17.

3 Ustor Endre., op.cit., p.412.

4 FCN → Friendship, Commerce and Navigation.

اتباع هر یک از دو دولت در سرزمین دولت دیگر. به عبارت دیگر دولت گیرنده رفتار، مایل بود که اتباعش از لحاظ اقتصادی در مقایسه با اتباع دولت های ثالث مورد کم توجهی قرار نگیرند.^۱ به غیر از حوزه اقتصادی، معاهدات دوجانبه ای هم در رابطه با روابط دیپلماتیک و کنسولی، شروط ملت کامله الوداد را در خود جای داده اند هر چند شروط ملت کامله الوداد برای عمومی ساختن امتیازات وارد عمل شدن، اما چون در معاهدات با ملت های خاص به کار گرفته شدند، تبدیل به وسیله ای شدند برای تبعیض علیه ملت هایی که معاهدات تجاری را منعقد نکرده بودند.^۲

هر چند خارج از قلمرو اقتصادی، شروط ملت کامله الوداد به عنوان یک اصل غیر تبعیضی عمل کرده است، در جایی که روابط میان دولت ها از طریق موافقتنامه های دوجانبه تنظیم شده است، اما در جایی که روابط میان دولت ها از طریق توافقات چندجانبه تنظیم می شود، شرط ملت کامله الوداد می تواند از طریق یک مقرر غیر تبعیضی عام و کلی مطرح شود. شروط ملت کامله الوداد امروزه توانسته است از طریق درج در توافقات چندجانبه، جایگاه برتری را کسب کند.^۳

گفتار دوم. تلاش ها و اقدامات نهادهای بین المللی در جهت تدوین قواعد حاکم بر شرط ملت کامله الوداد

مبحث اول. اقدامات آن جام شده در دوره جامعه ملل:

الف. کمیته کارشناسان جامعه ملل برای تدوین و توسعه حقوق بین الملل مطالعه ای را در جهت قواعد حاکم بر شرط ملت کامله الوداد در معاهدات تجاری آن جام داد. نهایتاً در سال ۱۹۲۷ کمیته دریافت که حتی اگر تنظیم قواعد و مقررات بین المللی حاکم بر شرط از طریق یک کنوانسیون عام، مطلوب و مورد تقاضای دولت ها باشد اما به نظم درآوردن این مسائل از طریق یک کنوانسیون عام با موانع جدی روبروست.^۴ ب. کنفرانس های اقتصادی بین المللی در خلال دو جنگ جهانی و نیز کمیته اقتصادی جامعه ملل به بررسی شرط پرداختند: هرچند گزارش های این نهادها، حاکی از آن است که هیچ توافق رسمی روی این موضوع آن جام نشده است، اما بیانگر نکات ماهوی ارزشمندی است که به فهم دقیق تر مسائل می آن جامد.^۵

مبحث دوم. اقدامات آن جام شده در دوره سازمان ملل متحد:

بند اول. اقدامات آن جام شده در کمیسیون حقوق بین الملل

1 International Law Commission, Fifty-ninth Session, Report of the working Group, "Most-Favoured Nation Clause", Geneva, 7 may-8 June and 9 July- 10 August 2007, A/CN.4/L.719, 20 July 2007, Annex, p. 4.

2 Yanai, Akiko, op.cit., p. 5.

3 Ibidem.

4 Ustor Endre., op.cit., p. 415.

5 Ibidem.

در شانزدهمین جلسه کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۶۴، پیشنهادی از سوی آقای خیمنز دوآرچاگا مطرح شد مبنی بر این که در پیش نویس کنوانسیون حقوق معاهدات مقررهای نیز راجع به شرط ملت کامله‌الوداد درج شود، به نحوی که شروط ملت کامله‌الوداد را از موضوع "اثر حقوقی معاهدات بر دولت های ثالث" که در طرح کنوانسیون حقوق معاهدات وین آمده بود، استثنا و جدا سازد. زیرا عبارات کلی مقررات مربوط به دولت های ثالث می‌تواند تمایز میان مقررات راجع به تعهد به نفع دولت ثالث و عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد را از بین ببرد. اما کمیسیون تصمیم گرفت چنین نکند، بلکه شروط ملت کامله‌الوداد را به عنوان یک موضوع جداگانه، بعداً مورد مطالعه قرار دهد.^۲

در نوزدهمین جلسه کمیسیون در سال ۱۹۶۷، به دنبال اصرار نمایندگان کمیته ششم حقوقی، مبنی بر بررسی شرط ملت کامله‌الوداد به عنوان جنبه‌ای از حقوق معاهدات و تبیین جنبه‌های حقوقی آن و این که توضیح جنبه‌های حقوقی می‌تواند آنستیرال را در تنظیم قواعد تجارت بین‌المللی، کمک نماید، کمیسیون تصمیم گرفت تا موضوع شرط را در دستور کار خود قرار داده و لذا آقای "اوستر" را به عنوان گزارشگر ویژه منصوب نمود.^۳ کمیسیون از گزارشگر خواست تا بر ویژگی حقوقی شرط و قواعد حقوقی حاکم بر اعمال آن متمرکز شود، بدون این که به حوزه‌هایی خارج از حیطه وظایفش وارد شود. لذا به گزارشگر دستور داد تا از طریق مشورت با دبیر کل، کلیه سازمان ها و آژانس‌های تخصصی ذی نفعی که دارای تجربیات ویژه در خصوص اعمال حق شرط ملت کامله‌الوداد بودند، در جریان قرار گیرند.^۴

مجمع عمومی طی قطعنامه‌های (۱۹۶۸) ۲۴۰۰، (۱۹۶۹) ۲۵۰۱، (۱۹۷۱) ۲۶۳۴، (۱۹۷۲) ۲۹۲۶، (۱۹۷۱) ۲۷۸۰، مکرراً از کمیسیون درخواست می‌کرد تا به مطالعاتش روی موضوع ادامه دهد. در ۲۱ امین جلسه کمیسیون در سال ۱۹۶۹، گزارشگر اولین گزارش خود را که مشتمل بر تاریخچه‌ای از شرط ملت کامله‌الوداد تا زمان جنگ جهانی دوم بود با تکیه بر کاری که جامعه ملل راجع به حق شرط آن جام داده بود ارائه داد.^۵

کمیسیون پس از بررسی گزارش گزارشگر، از وی خواست تا بر مبنای پاسخ‌های دریافتی از سازمان ها و نهادهای ذی نفع مورد مشورت دبیر کل و سه قضیه‌ای که از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری راجع به شرط ملت کامله‌الوداد مورد بررسی قرار گرفته بود، مطالعه دیگری را آغاز نماید.^۶

^۱YILC 1946, vol. I, p. 184, 752 nd Meeting, para.2.

^۲YILC 1967, vol. II, p. 369, doc. A/6709/ Rev. 1, para. 48.

^۳YILC 1978, vol. II, part two, (NewYork: UN, 1979), at. 8, (A/CN. 4 / SER. A/ 1978/ Add.1 (part 2).

^۴YILC 1969, vol. II, p. 157, doc. A/CN. 4/213.

^۵Ibidem.

^۶YILC 1971, vol. II, (part one), p. 347, doc. A/8410/Rev. 1, para. 113.

آقای اوستر، بر مبنای تصمیمات دیوان در قضایای شرکت نفت ایران و انگلیس (۱۹۵۲)، حقوق اتباع آمریکایی در مراکش (۱۹۵۲) و آمباتیلوس (تعهد به داوری) (۱۹۵۳) و حکم داوری در آن قضیه و نیز رویه دولت ها در انعقاد معاهدات مشمول شرط ملت کامله‌الوداد و نیز تصمیمات دادگاه‌ها و محاکم داخلی دولت ها و نیز پاسخ‌های دریافتی از سوی سازمان های بین‌المللی و نهادهای تخصصی ذی نفع طرف مشورت دبیرکل، گزارش‌های خود را تدریجاً ارائه داد. گزارش‌های واصله به کمیته پیش نویس ارجاع می‌شد، تا این که نهایتاً کمیسیون در راستای قطعنامه ۳۶۹۵ مجمع عمومی طرح پیش نویس را تکمیل و تصویب نمود.

مجمع عمومی مطابق قطعنامه (۱۹۶۷) ۳۱۹۷ از کمیسیون درخواست کرد تا با توجه به نظریات دریافتی از سوی دولت های عضو، ارگان های صلاحیت دار ملل متحد و نهادهای غیر بین‌المللی ذی نفع طرح پیش نویس را در دومین بازخوانی تکمیل نماید. کمیسیون در ۲۹ امین جلسه خود در سال ۱۹۷۷، آقای نیکلاس اوشاکوف را به عنوان جانشین آقای اوستر انتخاب کرد. دومین بازخوانی در پرتو نظریات دریافتی از طرف مراجع فوق آن جام شد.

نهایتاً در ۱۵۲۳ امین جلسه کمیسیون متن نهایی تصویب و مطابق با اساسنامه کمیسیون به مجمع عمومی ارائه شد.^۱

هرچند کمیسیون مطالعات خود را، اساساً به عنوان جنبه‌ای از حقوق معاهدات دنبال نمود اما طرح پیش نویس یک مجموعه مستقلی از قواعد حقوقی را تشکیل میداد که به عنوان ضمیمه‌ای به کنوانسیون وین منعقد نشده بود. از نظر کمیسیون مواد پیش نویس قابل اعمال به انواع خاص شروط ملت کامله‌الوداد بود.

۱. قلمرو طرح

هرچند کمیسیون در پی بررسی شرط به عنوان جنبه‌ای از حقوق معاهدات بود اما نگاه آن به عملکرد شرط خیلی وسیع بود و محدود به حوزه تجارت بین‌المللی نبود و سعی کرد تا از ورود به موضوعاتی که واجد ماهیت فنی اقتصادی بودند اجتناب کند. کمیسیون با آگاهی از موضوعات مربوط به عملکرد شرط در قلمرو تجارت بین‌الملل نظیر موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت، ضرورت سرمایه گذاری ها، اعمال شرط در میان کشورهایی با نظام های اقتصادی متفاوت، اعمال شرط در برابر محدودیت‌های کمی و موضوع ضد دامپینگ و... تلاش کرد تا مرز میان حقوق و اقتصاد را حفظ کند، اما از طرف دیگر تلاش کرد تا تمامی پیشرفت های جدیدی را که دربردارنده تدوین و توسعه تدریجی قواعد مربوط به عملکرد شرط می شود را در نظر بگیرد. و

¹ Official Records of the General Assembly, Thirty-First Session, Supplement No. 10 (A/31/10), chap. II (YILC1976), vol. II (part two), pp. 4 et. Seq., doc. A/31/10, chap. II.

به همین خاطر توجه خاصی را به نیاز کشورهای در حال توسعه برای برخورداری از ترجیحات در قالب استثنائاتی که به شرط ملت کامله‌الوداد وارد می‌شود، مبذول داشت.

هرچند شروط ملت کامله‌الوداد دربردارنده حقوقی برای افراد است، اما کمیسیون ترجیح داد تا در پرتو رابطه میان طرح و حقوق عمومی معاهدات، آن را در همان محدوده و قلمرو کنوانسیون وین حقوق معاهدات بررسی کند.

همچنین کمیسیون مواجه با اشکالات ناشی از ارجاع صریح یا ضمنی به قوانین داخلی بود که می‌توانست در زمینه اجرای قواعد مربوط به شروط ملت کامله‌الوداد، منجر به اعمال قواعد حل تعارض قوانین شود. اما کمیسیون دریافت که چنین اشکالاتی ناشی از ذات موضوع بوده و چیزی از ارزش قواعد مصوب با ویژگی حقوق بین‌الملل عمومی نمی‌کاهد، لذا خود را محدود به قلمرو حقوق بین‌الملل عمومی نمود. هرچند کمیسیون اعلام کرد که مدعی یک راه حل تمام عیار برای تمامی مسائل مربوط به تفسیر و اعمال شروط ملت کامله‌الوداد نیست.

۲. شکل و شمای طرح

طرح پیش نویس به شکلی قالب ریزی شد که قابلیت تبدیل شدن به کنوانسیون را داشته باشد. از طرف دیگر به شکلی طرح ریزی شد که مجمع عمومی توصیه کرده بود. این طرح متشکل از ۳۰ ماده بود: ۸ ماده اول مربوط به موضوعاتی نظیر تعریف شرط ملت کامله‌الوداد. رفتار ملت کامله‌الوداد، قلمرو شرط، مبنای شرط پرداخته است. مواد ۹ تا ۲۲ به قواعد حاکم بر اعمال شرط پرداخته اند. مواد ۲۳ تا ۲۶ مربوط به استثنائات وارده بر شرط ملت کامله‌الوداد و مواد ۲۷ تا ۳۰ تحت عنوان مواد متفرقه مطرح شده است. به هر حال در مواد متشکله طرح هم عناصری از تدوین و هم توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل به چشم می‌خورد. و به این ترتیب طرح پیش نویس در جهت تبدیل به یک کنوانسیون به نظر مجمع عمومی رسید.

بند دوم. عکس العمل مجمع عمومی

عکس العمل کمیته ششم با اقدامی از سوی مجمع عمومی مواجه نشد. مجمع عمومی طی قطعنامه ۳۳/۱۳۹ دسامبر ۱۹۷۸ از دولت‌ها، نهادهای ملل متحد و سازمان‌های بین‌المللی ذی نفع درخواست کرد تا نظریات کتبی خود را راجع به مواد پیش نویس ارائه نمایند.

همچنین طی قطعنامه ۴۳/۴۲۹، ۹ دسامبر ۱۹۸۸، به پیچیدگی تدوین و پیشرفت تدریجی حقوق بین‌الملل در این خصوص اشاره کرد و اعلام نمود که لازم است به دولت‌ها زمان اضافی جهت مطالعه طرح

1 33/139 rd (1978) GA, <http://www.un.org/documents/ga/res/33/ares33r139...> visited in, 6.4.2009.

2 43/429 rd (1988) GA, <http://untreaty.un.org/ilc/guid/1-3.htm>. visited in, 6.4.2009.

مواد داده شود تا بتوانند وضعیت خود را معین نمایند و مجدداً تصمیم گرفت تا آن را در دستور کار موقت خود قرار داده و به ۴۶ امین جلسه خود در سال ۱۹۹۱ موکول نماید. مجمع عمومی در دسامبر ۱۹۹۱ طی قطعنامه ۴۶/۴۱۶، ضمن قدردانی از کار با ارزش کمیسیون و نظریاتی که پیرو قطعنامه قبلی، دولت های عضو، ارگان های ملل متحد و آژانس های تخصصی ذی نفع و سازمان های بین المللی ذی نفع ارائه داده بودند، تصمیم گرفت که طرح کلی مواد را به همان نحوی که در گزارش نهایی کمیسیون در سال ۱۹۷۸ ارائه گردیده بود، حفظ نموده و توجه دولت های عضو و سازمان های ذی نفع را به آن معطوف دارد.^۱

در کمیته ششم نگرانی هایی وجود داشت که دو موضوع عمده تر از بقیه بود: یکی موضوع، اتحادیه های گمرکی و مناطق تجارت آزاد بود که طرح پیش نویس آن ها را از اعمال شرط مستثنی نکرده بود. دومین موضوع نظام عام ترجیحات (GSP) بود.

این باعث شد تا هیچ گزینه ای در مجمع عمومی برای چرخش مواد پیش نویس به سوی یک کنوانسیون وجود نداشته باشد و صرفاً مواد پیش نویس به عنوان بسته ای از خطوط راهنما به حساب آید.^۲

بند سوم. طرح مجدد موضوع در کمیسیون حقوق بین الملل

در سال ۲۰۰۶ در ۵۸ امین جلسه کمیسیون کارگروه منصوب بررسی کرد که آیا شرط ملت کامله الوداد می تواند در برنامه کاری آینده کمیسیون قرار گیرد یا خیر. کمیسیون نتوانست به تصمیمی دست یازد و لذا نظرات دولت ها را جویا شد و در ۶۱ امین جلسه کمیته ششم حقوقی تردیدهایی در خصوص عاقلانه بودن درج عنوان ملت کامله الوداد مطرح گردید. کمیسیون کارگروهی را جهت بررسی این امر که آیا شرط ملت کامله الوداد می تواند در برنامه کاری آینده کمیسیون بیاید یا خیر، تشکیل داد. در گزارش بحث انگیز رئیس کارگروه به این پرداخته شده بود که در سال ۱۹۷۸ چه چیزی تصویب شد و چرا اقدام دیگری صورت نگرفت، چه چیزی از ۱۹۷۸ به این طرف تغییر کرده است و آیا چیزی وجود دارد که کمیسیون بتواند در این باره آن جام دهد.^۳

در ۲۹۲۹ امین جلسه کمیسیون در اول ژوئن ۲۰۰۷، کمیسیون حقوق بین الملل یک کارگروه به ریاست آقای دونالد مک را جهت بررسی امکان درج مجدد عنوان شروط ملت کامله الوداد در برنامه کاری آینده کمیسیون، را تعیین کرد.

144/416 rd (1991) GA, <http://untreaty.un.org/ilc/summeries/1-3.htm>. visited in, 6.4.2009.

2International law cammission Report of the working Group 2007, "Most-fauvord Nation Clause", op.cit. p. 7.

3Ibid., p.3.

4Donald M. Mc Rea

کارگروه پس از تشکیل دو جلسه در ۱۶ و ۱۷ ژوئیه ۲۰۰۷، گزارش بحث انگیزی را که توسط آقای مک را و آقای روان پیرا ارائه شده بود را بررسی کرد. پیشنهاد کارگروه این بود که کمیسیون می‌تواند نقش مفیدی را در ارائه توضیح پیرامون معنا و اثر شروط ملت کامله‌الوداد در حوزه موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری ایفا کند. و چنین کاری به مانند کار گذشته کمیسیون راجع به شروط ملت کامله‌الوداد خواهد بود. کارگروه توصیه کرد که عنوان شروط ملت کامله‌الوداد در برنامه کاری آینده کمیسیون درج شود و کارگروه دیگری جهت بررسی حول این موضوعات تشکیل شود:

۱. بازنگری جامع در خصوص عملکرد دولت‌ها و رویه قضایی دولت‌ها راجع به شروط ملت کامله‌الوداد از زمان کار کمیسیون در سال ۱۹۷۸

۲. بیان کامل و مفصلی از موضوعات ناشی از درج شروط ملت کامله‌الوداد در موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری

۳. مکاتبه با نهادهای مرتبط با شرط ملت کامله‌الوداد نظیر سازمان توسعه و همکاری اقتصادی، آنکتاد و سازمان تجارت جهانی

۴. ارائه نظریاتی راجع به الگوی شروط ملت کامله‌الوداد در پرتو مطالعات فوق.

به طور کلی اوضاع و احوالی که در زمان طرح پیش نویس وجود داشت، از ۱۹۷۸ به این طرف تغییر کرده است. اولاً، توافق نامه‌های دوجانبه زیادی که مخبر ویژه به آن تکیه داشت و می‌خواست ثابت کند رویه دولت‌ها در خصوص مقررات شرط ملت کامله‌الوداد است، جای خود را به توافقنامه‌های چندجانبه داده است. نتیجه آن این است که امروز شرط ملت کامله‌الوداد بیشتر در حوزه‌های اقتصادی متمرکز شده است. و ثانیاً گات که منبع عمده شرط ملت کامله‌الوداد است، امروزه در داخل نظام سازمان تجارت جهانی ادغام شده است. و منتهی به این امر شده است که ملت کامله‌الوداد به حوزه‌هایی فراتر از کالاها یعنی خدمات و مالکیت فکری راه یابد.

ثالثاً، نظام حل و فصل اختلاف در سازمان تجارت جهانی همراه با روند استیناف در آن، مقررات ملت کامله‌الوداد مندرج در توافقنامه‌های سازمان تجارت جهانی را تابع تفسیر آمرانه خود کرده است.

رابعاً، افزایش چشمگیر موافقتنامه‌های منطقه‌ای مربوط به تجارت آزاد و موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری که حاوی مقررات ملت کامله‌الوداد هستند، شروط ملت کامله‌الوداد را وارد مرحله جدیدی کرده است.

خامساً، توسل به حل و فصل اختلافات در موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری از طریق روش‌ها و آئین‌های مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات راجع به سرمایه‌گذاری ایکسید یا قواعد داوری آنستیرال منجر به تفسیری از مقررات ملت کامله‌الوداد در زمینه سرمایه‌گذاری شده است. این توسعه‌ها همگی دلالت بر نگرشی دارد که امروزه شروط ملت کامله‌الوداد به آن روش نگریسته می‌شوند.

با توجه به این مطالب، موضوع اصلی در نزد کمیسیون این است که چه نقشی را کمیسیون در تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل در این حوزه ایفا خواهد کرد. موضوع اصلی همان تفسیر شروط ملت کامله‌الوداد است که به نوبه خود متضمن تعیین ماهیت و قلمرو تعهداتی است که دولت‌ها مطابق شرط بر عهده گرفته‌اند و هم فهم و درک ما از نقش و عملکرد شروط ملت کامله‌الوداد و ارتباط آن با اصل عدم تبعیض در حقوق بین‌الملل عمومی است.

فصل دوم : تعریف، مبنای حقوقی و منبع شروط ملت کامله‌الوداد

گفتار اول : تعریف شرط ملت کامله‌الوداد

شرط ملت کامله‌الوداد عبارت است از یک مقررہ معاهداتی که به موجب آن دولتی متعهد به اعطا رفتار ملت کامله‌الوداد در قلمرو روابط مورد توافق طرفین می شود.

این تعریف، یک تعریف ابتدایی و یک شکل ویژه از یک شرط غیر تبعیضی است^۱ که منشأ آن به معاهدات مودت و تجارت و دریانوردی (معاهدات FCN) برمی گردد. این شرط، تنها تضمین کننده رفتاری است که به مطلوبیت و بخشندگی رفتاری است که دیگر خارجیان آن را دریافت داشته‌اند و تضمینی به اعطا رفتار ملی نمی دهد.

اتباع می‌توانند رفتاری بهتر یا بدتر از خارجیان دریافت کنند. لذا شرط ملت کامله‌الوداد را نمی‌توان یک مقررہ غیر تبعیضی جامع به حساب آورد. عبارت شرط ملت کامله‌الوداد از لحاظ حقوقی دقیق نیست. این عبارت به کلمه "ملت یا Nation" به جای "دولت یا State" اشاره می‌کند. با این وجود، کمیسیون حقوق بین‌الملل در طرح ۳۰ ماده‌ای پیش نویس خود راجع به شروط ملت کامله‌الوداد، به لحاظ سنتی و استعمال مستمر و جا افتاده این عبارت آن را به کاربرد. اما تأکید کرد که منظور از "ملت" همان "دولت" است.^۲

منظور از "شرط یا Clause" از دیدگاه کمیسیون اعم است از این که کل یک معاهده چیزی به جز یک قید کم و بیش مفصل از تعهدات ملت کامله‌الوداد نباشد و یا این که شرط تنها مقررهای از یک معاهده را شامل شود.^۳ منظور از عبارت: "مقررہ معاهده ای" یعنی یک مقررہ قراردادی. پیش نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به شروط ملت کامله‌الوداد اشاره می‌کند که شرط ملت کامله‌الوداد، یک مقررہ معاهده‌ای است. معاهده‌ای که در ماده ۲ آن را تعریف کرده است و برگردانی است از ماده ۳ کنوانسیون وین حقوق معاهدات است، یعنی، معاهده‌ای که میان دولت ها و به شکل کتبی انعقاد می‌یابد.^۴

البته، عبارت "شرط ملت کامله‌الوداد" دارای یک ویژگی کلی است به این معنا که انواع وضعیت‌های گوناگونی را که دربردارنده دیگر تابعان حقوق بین‌الملل می‌باشد را هم دربرمی گیرد. به نحوی که می‌تواند در

1 International Law Commission, "Report of the working Group about Most-Favoured Nation Clause", Fifty-ninth Session, Geneva, 7 May-8 June and 9 July- 10 August 2007, A/CN.4/L.719, p.3.
۲- برای مثال، معاهده میان بریتانیای کبیر و سوئد در سال ۱۹۵۴ مقرر می‌داشت "مردم، اتباع و ساکنان هر دو کنفدراسیون بایستی در سرزمین‌ها و قلمروی هر یک از دو کشور پادشاهی از مزایا، ارتباطات، آزادی‌ها و مصونیت‌ها به همان وسعت و بزرگی که هر خارجی دیگر در سرزمین‌های هر دو دولت از آن برخوردار است، بهره مند شوند.

Treaty of Peace and Commerce between Great Britain and Sweden, 11 April 1654, BSP 1/691.

3YILC, 1978, vol. II, Part two, p.18.

4 Ibidem.

5Ibidem.

موارد خاص تحت عنوان شروط ملت كامله‌الوداد سازمان های بين‌المللی یا شروط ملت كامله‌الوداد مناطق آزاد درآید.

گفتار دوم: تفاوت میان شرط ملت كامله‌الوداد با تعهد حقوقی به نفع دولت ثالث در کنوانسیون حقوق معاهدات

در شانزدهمین جلسه کمیسیون در سال ۱۹۶۴ پیشنهادی از طرف آقای خیمنزد و آرچاگا یکی از اعضای کمیسیون حقوق بین الملل مطرح شد مبنی بر این که در پیش نویس کنوانسیون حقوق معاهدات مقرره‌ای نیز راجع به شرط ملت كامله‌الوداد درج گردد. منظور از درج چنین مقرره‌ای این بود که رسماً شرط ملت كامله‌الوداد از موضوع اثر حقوقی معاهدات بر دولت های ثالث که در طرح کنوانسیون حقوق معاهدات وین آمده بود جدا شود.^۱ این ماده به این شرح بود: "۱. یک دولت می‌تواند حقوق یا مزایای ناشی از مقررات معاهده‌ای را که میان دولت های دیگر لازم الاجرا شده است را مطابق شرط ملت كامله‌الوداد مورد مطالبه قرار دهد، بدون این که خدش‌های به مقررات راجع به تعهد حقوقی به نفع دولت ثالث وارد آید یا تأثیری بر آن داشته باشد.

۲. وقتی مقررات معاهده اعطا کننده حقوق یا مزایا لغو یا باطل شود این مقررات دیگر بر طبق شرط ملت كامله‌الوداد قابل استناد و مطالبه از طرف ثالث نیست."^۲ در حمایت از این پیشنهاد تأکید شد که عبارات کلی و موسع مواد راجع به دولت های ثالث می‌تواند تمایز میان مقررات راجع به تعهد به نفع ثالث و عملکرد اعمال شرط ملت كامله‌الوداد را از بین ببرد. آقای آرچاگا بر این نظر بود که کمیسیون در آن زمان آمادگی درج چنین مقرره‌ای را در پیش نویس حقوق معاهدات ۶۹ نداشت.^۳ لذا دلیلی ندید که بخواهد روی آن پافشاری کند. هرچند که کمیسیون به اهمیت موضوع پی برده بود و امیدوار بود که در بازخوانی دوم طرح پیش نویس موقعیت طرح این مسأله پیدا شود اما تغییرات ساختاری مهمی که در طرح کنوانسیون ۶۹ و نیز عباراتی که از طرف کمیته پیش نویس راجع به مواد مربوط به تعهدات حقوقی به نفع ثالث آمده بود، روی داد، ضروری دیده شد که مقرره‌ای نیز در خصوص جدایی شرط ملت كامله‌الوداد از عملکرد مواد راجع به تعهد حقوقی به نفع ثالث ارائه شود.^۴ نظر کمیسیون در آن زمان این بود که این شروط می‌تواند در مواردی با مقررات راجع به تعهد حقوقی به نفع ثالث در کنوانسیون حقوق معاهدات اصطکاک پیدا کند و بنابراین لازم است تا در آینده به طور خاص و ویژه این موضوع مورد مطالعه قرار گیرد.^۵

^۱YILC 1969, vol. I, p. 184, 752 nd Meeting, para. 2.

^۲YILC 1969, vol. II, p.176, doc. A/5809, para. 21.

^۳YILC 1966, vol. II, p. 177.

^۴Ibidem.

^۵YILC 1978, vol. II, para. Two, p. 8.

به نظر آقای آرچاگا تفاوتی آشکار میان قیود تعهد به نفع ثالث و شرط ملت کامله‌الوداد وجود دارد:

۱. در شرط ملت کامله‌الوداد معاهده دومی که دربردارنده شرط است، به طور طبیعی و خود به خود اعمال می‌شود. در حالی که تعهد حقوقی به نفع ثالث معمولاً در قالب یک توافق ضمنی است.
۲. شرط ملت کامله‌الوداد به معاهدات آینده برمی‌گردد، در حالیکه تعهد حقوقی به نفع ثالث یک توافق ضمنی و جنبی راجع به یک معاهده موجود است.^۱

هیچ معیار معتبری را نمی‌توان مبنای این تمایز قرار داد. ممکن است که در یک توافق به طور ضمنی حقوقی پذیرفته شود که قرار است در یک معاهده‌ای در آینده بیاید و نیز می‌توان شرط ملت کامله‌الوداد را به گذشته ارجاع داد، بدین نحو که دولتی بتواند از منافع مقرر در یک معاهده موجود بهره‌مند شود.^۲ امکان پذیر نبودن برقراری یک تمایز شفاف میان دو مورد به این معنا است که مواد راجع به تعهد به نفع ثالث می‌تواند نسبت به شروط ملت کامله‌الوداد هم قابل اعمال باشد، مگر این که استثنائاتی در کار باشد، بدون چنین قید و شرطهایی، مواد مورد بحث (تعهد حقوقی به نفع ثالث) رویه مفیدی را که سنگ بنای تجارت جدید و توافقات گمرکی است، از بین می‌برد.

برای مثال ماده ۶۱ طرح بیان می‌کند که معاهده منعقدہ میان دو دولت تنها میان طرفین اعمال می‌شود، در حالیکه بر طبق شرط ملت کامله‌الوداد، معاهده منعقدہ میان دو دولت می‌تواند بر روابط میان یکی از آن‌ها با یک دولت ثالث نیز حاکم باشد. مطابق ماده ۶۱، دولت ثالث می‌تواند حقی را مطالبه کند که در یک معاهده‌ای آمده است که طرف آن نیست، چنان چه طرفین آن معاهده قصدشان این باشد که آن حق را اعطا کنند. اما در شرط ملت کامله‌الوداد دولتی که عضو یک معاهده نیست می‌تواند حق مقرر در آن معاهده را اعمال نماید، حتی اگر طرفین آن معاهده چنین قصدی نداشته باشند. بیشترین مشکلات در رابطه با مقررات مربوط به تعهد حقوقی به نفع ثالث که در کنوانسیون آمده، این است که اگر صریحاً آن را قابل اعمال به شروط ملت کامله‌الوداد ندانیم، حداقل می‌توان آن را به عنوان شکل غیرمشروط از چنین شروطی تفسیر نمود. کمیسیون نظرش این بود که یک دولت می‌تواند بر طبق شرط ملت کامله‌الوداد حقوق یا مزایایی را که در یک معاهده دیگر به یک دولت دیگر اعطا می‌شود را مطالبه کند، به شرطی که شرایط تحمیل شده بر آن دولت یا تعهد به جبران تحمیل شده بر آن دولت را به آن جام رسانیده باشد. کمیسیون با این گرایش غالب که در صورت سکوت، شرط به صورت غیرمشروط عمل می‌کند، مخالف بود.^۳

¹ Arechaga, Ibid . p.189.

² Arechaga, Ibidem.

³ Ibidem.

از سوی دیگر، حقوق و مزایای تسری داده شده به یک دولت بر طبق شرط ملت کامله‌الوداد می‌تواند به آسانی از سوی طرفین معاهده حاوی شرط ملت کامله‌الوداد، از بین رفته یا اصلاح شود و نه تنها به رضایت دولت منتفع از آن شرط ربطی ندارد، بلکه به مشورت با آن دولت هم نیازی نیست. به منظور اجتناب از این پیامدهای ناگوار بند یک پیشنهاد آقای آرچاگا می‌گوید که مفاد مواد مربوط به تعهد حقوقی به نفع ثالث تحت تأثیر عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد قرار نخواهد گرفت.^۱

بند دوم پیشنهاد آقا آرچاگا بیان یک قاعده ذاتی و اساسی است. مطابق این قاعده مقرراتی که دولت ثالث بر طبق عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد از آن منتفع می‌شود، می‌تواند به راحتی اصلاح یا الغا شود، بدون این که به رضایت یا اطلاع دولت ذی نفع از آن ارتباطی داشته باشد. این قاعده در قضیه حقوق اتباع آمریکایی در مراکش مطرح شد. بعضی از نویسندگان معتقدند که امکان دارد در بعضی از موارد دولتی مدعی شود که حقوق مکتسبه حاصل از شرط بعد از خاتمه معاهده هم برقرار باشد. زیرا به موجب قاعده وفای به عهد دولت‌ها می‌توانند بر یکپارچگی حقوقی که از شرط ناشی شده است توافق نمایند. اما این نتیجه‌گیری یک توافق اضافی است که بر شرط تحمیل می‌شود.^۲

دیوان در آن قضیه گفت از آن جا که هدف از شرط ملت کامله‌الوداد ابقاء یک نظام بدون تبعیض است هرگونه حقوق یا مزایایی که دولت بر طبق شرط از آن بهره‌مند می‌شود با خاتمه آن معاهده از بین می‌رود.^۳

در مخالفت با پیشنهاد آقای آرچاگا اعلام شد که به سختی می‌توان ادعا کرد که دولتی که عضو معاهده‌ای نیست بتواند از حق مقرر در آن معاهده استفاده کند بدون این که طرفین آن معاهده چنین قصدی داشته باشند یا خلاف این نظر را داشته باشند علاوه بر این وقتی دو دولت معاهده‌ای را منعقد میکنند که دربردارنده شرط است آن‌ها می‌دانند که مقررات این معاهده می‌تواند بدون رضایت دولت ذی نفع از شرط فسخ و ابطال شود این نتایج حاصل از ماهیت و طبیعت شرط ملت کامله‌الوداد است و رویه عمومی دولت‌ها نیز مؤید آن است در نتیجه نیازی به درج ماده پیشنهادی آقای آرچاگا نیست.^۴ در کل میان قیود به نفع ثالث و عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد هیچ شباهتی وجود ندارد. اثر شرط ملت کامله‌الوداد این نیست که مقررات یک معاهده قابل اعمال به دولت ثالث باشد، بلکه تنها دولتی که به شرط ملت کامله‌الوداد استناد می‌کند عضو معاهده‌ای که حقوق و مزایای استنادی را مقرر کرده نیست.^۵

¹ Ibidem.

² Arechaga, Ibid, p. 184.

³ Ibid. p. 185.

⁴ Castaneda, Ibidem.

⁵ Lona, Ibid, pp. (185-186).

کاملاً واضح است که این مواد نسبت به عملکرد شرط اعمال نخواهد شد. حقوق و تعهدات ناشی از شرط منتج از خود شرط به تنهایی است و نه از معاهده دیگر.^۱ شرط ملت کامله‌الوداد یک نهاد بسیار مهم و کاملاً عمومی است که به نفع یک دولت یا اتباع آن و گاهی اشخاص خاص عمل می‌کند.

همان طور که در کنوانسیون راجع به پناهندگان می‌بینیم، شرط همیشه ارتباط با یک قرارداد ندارد و گاهی اثر شرط وابسته به یک وضعیت دوفاکتو می‌شود، در حالیکه مبنای اثر حقوقی یک معاهده بر دولت ثالث، الحاق یا رضایت آن دولت است و یا حداقل عملکرد خاصی روی آن بخش است. مبنای حقوقی شرط ملت کامله‌الوداد دو چیز است: از یک طرف یک معاهده و از طرف دیگر یک وضعیت که الزاماً یک معاهده دیگر نیست. در نتیجه مشکل است که بخواهیم آن را در نظام حقوق معاهدات جای دهیم. لذا نهاد ملت کامله‌الوداد سزاوار بررسی جداگانه است.^۲ شرط ملت کامله‌الوداد شرطی با ماهیت متغیر است که با انعقاد معاهدات دیگر قابل تغییر است اثر حقوقی شرط ناشی از معاهده دربردارنده آن است و نه معاهدات دیگر.^۳

حقوقدانان بین‌المللی اندکی روی ماهیت ویژه ملت کامله‌الوداد اندیشه و تفکر کردند این ویژه بودن، شرط را در یک ارتباط نامعین قرار می‌دهد و یا این که شرط اثرات خاصی را بدون نیاز به تصریح دقیقی از تمایل طرفین مربوطه ایجاد می‌کند بنابراین شرط وجود دارد و پیوندهای خاص نیز با حقوق معاهدات دارد اما موضوعی نیست که مستقیماً به طرح کمیسیون حقوق معاهدات بین‌المللی مربوط باشد.^۴ لذا شرط ملت کامله‌الوداد کاملاً متفاوت از اثرات معاهده بر دولت‌های غیر عضو است.^۵ آقای آرچاگا در همین رابطه ادامه می‌دهد که مسأله مورد بحث این نیست که آیا قیود به نفع ثالث متفاوت از شروط ملت کامله‌الوداد است یا خیر؟ مسأله این است که کنوانسیونی که موضوع اول را در غالب عبارات کلی و موسع به نظم کشیده بر موضوع دوم (شرط ملت کامله‌الوداد) تأثیر دارد یا خیر؟ و این که مواد راجع به دول ثالث آشکارا قابل اعمال بر شروط ملت کامله‌الوداد نیست به این دلیل که این شروط متضمن هیچ دولت ثالثی نیست باید اثبات شود. از سوی دیگر مواد راجع به تعهد به نفع ثالث آن‌چنان قابل تفسیرند که می‌توانند شروط ملت کامله‌الوداد را هم پوشش داده و شامل شوند. مطابق مواد راجع به تعهد به نفع ثالث همیشه یک توافق جنبی لازم است طوری که دولت ثالث یک طرف توافق دوم می‌شود درست مثل شروط ملت کامله‌الوداد. به همین خاطر آنزیلوتی این دو مسأله را پشت سر هم بررسی کرده است.^۶ لذا شرط یا مربوط به معاهده‌ای است که

^۱Waldock, Ibid., p.186.

^۲Bartos, Ibid, p. 187.

^۳Simma, bronon, Ibidem.

^۴Amado, Ibidem.

^۵Elias, Ibidem.

^۶Arechaga, Ibidem.

^۷Bartos, Ibidem.

هنوز منعقد نشده است یا وضعیتی که هنوز رخ نداده است. بنابراین این مسأله ربطی به قاعده نسبی بودن معاهدات ندارد. مشکل دیگر وجود دو نوع شرط کاملاً متفاوت است. شرط ملت کامله‌الوداد، نوع خاصی از شرط است که در معاهدات خاصی ظاهر می‌شود و مهم‌تر این که در شروط ملت کامله‌الوداد محتوای معاهدات مطرح نیست معاهده تنها یک ابزار تکنیکی برای دولت‌ها است تا هر آن چه می‌خواهند در آن بگنجانند در حالی که شرط ملت کامله‌الوداد یک شرط معمولی نیست بلکه یک نظام مستقل و خود اتکا است.

لذا موضوع در قلمرو تدوین حقوق معاهدات در نمی‌آید. در یک معاهده یک طرف، طرف دیگر را بررسی می‌کند در حالیکه در شرط ذی نفع نهایی یک نهاد ناشناخته است.^۴

گفتار سوم : مبنای حقوقی شرط ملت کامله‌الوداد

شرط ملت کامله‌الوداد یک مقرر معاهداتی است که در آن یک دولت (دولت معطی) تعهدی را در برابر دولت دیگر (دولت ذی نفع) بر عهده می‌گیرد مبنی بر این که، به آن دولت یا به اشخاص یا اشیایی که با دولت مذکور دارای یک پیوند و ارتباط خاصی هستند، رفتار ملت کامله‌الوداد را در قلمرو روابط مورد توافق طرفین اعطا نماید.

رفتار ملت کامله‌الوداد، رفتاری است که نمی‌تواند از رفتار اعطا شده به دولت ثالث یا به اشخاص یا اشیایی که با دولت ثالث به نوعی مرتبط هستند، کمتر باشد.

تعهد ملت کامله‌الوداد یک تعهد بین‌المللی است یعنی تعهدی است میان دولت‌ها و تنها از طریق دولت ذی نفع است که ذی نفعان حقیقی که معمولاً اتباع، کشتی‌ها، کالاها و غیره هستند، به صورت غیر مستقیم از رفتار ملت کامله‌الوداد بهره‌مند می‌شوند. عنصر سازنده شرط تعهد به اعطا رفتار ملت کامله‌الوداد است. طریقه‌ای که این تعهد اعمال می‌شود مهم نیست، شرط می‌تواند تمامی محتوای یک معاهده را شامل شود یا تنها بخش کوچکی از آن را دربرگیرد. این که آیا یک مقرر مفروض در یک معاهده داخل در معنای شرط ملت کامله‌الوداد می‌باشد یا خیر، یک موضوع تفسیری است. بدرستی گفته شده است که هیچ چیزی به مانند شرط ملت کامله‌الوداد نیست هر معاهده‌ای نیازمند بررسی جداگانه و مستقل است.^۵

۱ - توافق بین دو طرف ایجاد حق یا تکلیف برای شخص ثالث نمی‌نماید. (Pacta Tertiis nec prosunt)

2 Verdross and Brix, Ibidem.

3 yaseen, Ibidem.

4 Amado, Ibidem.

5 MC Nair, A. D. Quoted in Schwarzenberger, "The Most-Favoured Nation Standard in British state Practice", BYIL, vol. 22, 1945, p.103.

منظور از مقررہ معاهداتی، یک مقررہ قراردادی است. شرط ملت کامله‌الوداد یک شرط یک طرفه است که بر طبق آن یک دولت در برابر دولت دیگر تعهدی را مبنی بر اعطا رفتار ملت کامله‌الوداد بر عهده می‌گیرد. امروزه چنین چیزی تقریباً یک پدیده استثنائی است، یعنی تعهد یکجانبه و این ساده‌ترین شکل شرط است که دولت معطی متعهد شود و دولت ذی نفع آن را بپذیرد.

شروط ملت کامله‌الوداد یکجانبه در نظام‌های کاپیتولاسیون پدیدار شدند و عمدتاً با الغاء آن نظام‌ها نیز ناپدید شدند. این گونه شروط ملت کامله‌الوداد یکجانبه به نفع قدرتهای پیروز در معاهدات صلح درج شدند. دلایل توجیه این گونه شروط این بود که جنگ باعث ختم معاهدات تجاری میان دولت‌های فاتح و مغلوب شده است و قدرتهای فاتح خواهان این بودند که با آن‌ها به مانند فاتحین برخورد شود، یا حداقل همانند متحدینشان و نه کمتر از آن‌ها. اما امروزه رویه معمول شرط چنین است که اطراف یک معاهده معمولاً به صورت متقابل این شرط را اعطا می‌کنند. اما در بعضی از حالات و در وضعیت‌های خاص که ناشی از طبیعت و ماهیت آن وضعیت است، یکی از طرفین متعهد در وضعیتی قرار می‌گیرد که ملزم به اعطا رفتار ملت کامله‌الوداد در یک قلمرو خاصی از روابط، به طور یکجانبه در برابر طرف دیگر می‌شود. چنین حالتی امتیاز محسوب نمی‌شود. مثلاً معاهداتی که رفتار ملت کامله‌الوداد را به کشتی‌های دولت‌های بدون ساحل اعطا می‌نمایند. در واقع، دولت بدون ساحل، در وضعیتی نیست که بتواند همین امتیاز را به دولت معطی اعطا نماید، هرچند دولت ذی نفع می‌تواند در برابر چنین اعطایی، نوع دیگری از امتیاز را به دولت معطی بدهد به این ترتیب شرط یک طرفه باقی می‌ماند. گرچه رفتار ملت کامله‌الوداد معمولاً به دولت‌های عضو یک معاهده، به طور متقابل اعطا می‌شود اما این شکل از تقابل در ساده‌ترین و غیرمشروط‌ترین نوع شرط ملت کامله‌الوداد، تنها یک امر تشریفاتی و شکلی است.

وضعیت‌های استثنایی دیگری نیز وجود دارد: برای مثال، دولت‌هایی که با جامعه اقتصادی اروپا همکاری می‌کنند به اعضا جامعه اقتصادی، رفتار ملت کامله‌الوداد را به طور یکجانبه در قالب موافقتنامه‌های خاص همکاری و تجارت اعطا نموده‌اند.^۱

معمولاً طرفین یک معاهده در برابر یکدیگر این شرط را اعمال می‌نمایند و لذا هم‌زمان در برابر هم معطی و هم ذی نفع به حساب می‌آیند. لذا، تا حدودی عبارات "معطی" و "ذی نفع"^۳ تصنعی به نظر می‌رسد. اما به هر حال این عبارات در حالاتی که رفتار ملت کامله‌الوداد ناشی از یک پیمان و تعهد انفرادی

۱- کنوانسیون یا ژنوه (ماده ۱۱)، موافقتنامه آروشا (ماده ۸)، رباط (ماده ۴، بند ۱) و تونس (بند ۱ ماده ۴)

Vignes, D., "La Clause de la Nation la plus favorisee et Sa pratique Contemporaine Recueil des Cours des Academie de droit international de la Haye", 1970 – II, Leyden, sijthoff, 1971, vol. 130, p. 324.

^۲Granting State

^۳Beneficiary State

است، مفید است. به هر حال هیچ تضمینی وجود ندارد که دولت معطی همان نوع منافع را از ذی نفع دریافت کند. اعطا رفتار ملت کامله‌الوداد، ملازمه‌ای با یک نفع بزرگ برای طرف ذی نفع ندارد، چراکه اگر دولت معطی هیچ امتیازی را به دولت ثالث در قلمرو شرط اعطا نکند، هیچ سودی در میان نخواهد بود. لذا، به درستی گفته شده است که در نبود هرگونه تعهدی در برابر دولت ثالث، شرط باقی میماند اما یک پوسته خالی است.^۱

شرط ملت کامله‌الوداد معمولاً به صورت مثبت درج می شود یعنی طرفین به یکدیگر قول رفتار ملت کامله‌الوداد را میدهند. نمونه بارز این، شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در بند ۱ ماده ۱ موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت است.

شرط می‌تواند به صورت منفی هم تنظیم شود، و آن در صورتی است که تعهد به رفتار ملت کامله‌الوداد بسوی حداقل رفتار نامطلوب باشد. برای مثال، ماده ۴ معاهده ۱۹۵۹ تجارت و دریانوردی میان چک اوسلواکی و آلمان مقرر می دارد که دول متعاهد مالیات بیشتری به نسبت دولت های ثالث نخواهند پرداخت.^۲

از لحاظ تاریخی شروط ملت کامله‌الوداد ابتدا به صورت یکجانبه ظاهر شدند اما با افزایش چندجانبه گرایی در روابط بین‌المللی، این شروط به معاهدات چندجانبه نیز راه یافتند. برای مثال شروط مندرج در موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت ۱۹۴۷^۳ و معاهده مؤسس منطقه تجارت آزاد و مؤسس اتحادیه تجارت آزاد آمریکای لاتین که در مونته ویدئو به امضا رسیدند. ماده ۱۸ کنوانسیون مونته ویدئو متضمن شرط ملت کامله‌الوداد است بدین شرح:

"هر گونه سود، نفع، امتیاز یا مزیتی که از طرف یکی از اعضا متعاهد به کالایی که در کشور دیگری تولید شده (کشور مبدأ) یا مقصد آن کالا در آن جاست، اعطا می شود، می‌بایست فوراً و بی‌قید و شرط به همان کالا که در سرزمین متعاهد دیگر تولید شده یا مقصد آن کالا در آن جاست، تسری یابد."^۴ روابط ایجاد شده بر طبق این شروط، اساساً یک طرفه است، یعنی هر طرف متعاهد می‌تواند از طرف دیگر رفتاری را مساوی با آن چه که به دولت های ثالث داده شده است، بخواهد، صرف نظر از این که دولت ثالث عضو معاهده هست یا خیر. هر چند معاهدات چندجانبه‌ای که شرط ملت کامله‌الوداد در آن ها آمده است، می‌توانند نحوه دیگری را مقرر بدارند.

¹YILC 1978, vol. II, part two, p. 19.

²United Nations, Treaty Series, vol. 374, p. 116.

³GATT, "Basic Instruments and selected Documents", vol. IV (op. cit), p.2.

⁴United Nations, "Multilateral Economic Co-operation in Latin America", vol. I, Text and Documents (United Nations Publication, Sales No. 62. II. D. 3), p. 59. (Quoted in YILC 1970, vol. II, p. 222, doc. A/CN.4/228 and 1, para. 149.)

در نظام گات هر دولت متعاقد می‌بایستی هر گونه نفع، سود یا تخفیف و تقلیل عوارض را به تمامی اطراف موافقتنامه عمومی تسری داده و اعمال نماید (ماده ۲ موافقتنامه عمومی). موافقتنامه در این زمینه حتی فراتر از شرط ملت کامله‌الوداد رفته است. هر عضوی که امتیازی را در بخش ملت کامله‌الوداد نظام گات اعطا نماید، در قبال تمامی اعضا موافقتنامه ملتزم به اعطا آن امتیاز خواهد بود. در حالی که، مطابق شرط ملت کامله‌الوداد، تمامی اعضا بر مبنای موافقتنامه مستمری که میان دولت معطی و دولت پذیرنده برقرار می‌شود، متعهد خواهند بود.^۱

بنابراین، عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد در گات با عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد دوجانبه متفاوتست. تعهد به اعطا رفتار ملت کامله‌الوداد یک تعهد الزام آور است و این الزام، عنصر سازنده شرط ملت کامله‌الوداد است. شروطی که فاقد عنصر الزام آوری هستند، خارج از تعریف شرط ملت کامله‌الوداد قرار می‌گیرند. برای مثال ماده ۱۷ گات ۱۹۴۷ موافقتنامه گات از طرف متعاقد می‌خواهد که در رابطه با ورود کالاهایی که مورد استفاده نهایی و فوری دولت هاست، برخورد یکسان و عادلانه داشته باشند.^۲ مثال دیگر بند یک ماده ۸ موافقتنامه گات ۱۹۴۷ است که مقرر می‌دارد اجرای محدودیت‌های کمی بایستی بدون تبعیض صورت گیرد.^۳ ماده ۲۳ معاهده مونته‌ویدئو نیز به همین ترتیب است.^۴

چنان چه شرط ملت کامله‌الوداد طرف ذی نفع را در برابر عدم تبعیض تضمین کند، چنین شرطی لزوماً همان منافع شرط ملت کامله‌الوداد را نخواهد داشت. برای مثال ماده ۴۷ کنوانسیون وین روابط دیپلماتیک، ماده ۷۲ کنوانسیون روابط کنسولی، ماده ۴۹ کنوانسیون مأموریت‌های خاص و ماده ۸۳ کنوانسیون وین نمایندگی دولت‌ها نزد سازمان‌های بین‌المللی جهان شمول^۵، هرچند چنین شروطی دولت‌های عضو این کنوانسیون‌ها را در برابر عدم تبعیض تضمین می‌کنند، اما هیچ حقی به اعطا رفتار ملت کامله‌الوداد به آن‌ها نمیدهند.

برای تعیین این موضوع که آیا یک مقرر معاهده‌ای در محدوده شرط ملت کامله‌الوداد قرار می‌گیرد یا خیر، تفسیر و بررسی موردی است. اصولاً شروط ملت کامله‌الوداد به طرق گوناگون و متنوعی قابل انشا هستند. "مک‌نیر" اشاره می‌کند که هرچند صحبت از شرط ملت کامله‌الوداد عرفی شده است اما اشکال بسیار متنوعی از شرط وجود دارد به نحوی که هرگونه تلاش در جهت ارائه یک تعریف عام و کلی از شرط و

1 Hawkins, H.C., "Commercial Treaties and Agreements: Principles and practice", New York, Rinehart, 1951, p. 226.

2 GATT, "Basic Instruments and selected Documents", vol. IV (op.cit), p.21. (Quoted in YILC 1970, vol. II, p. 224, doc. A/CN.4/221 and Add. 1, para. 160.)

3 Ibid, p. 21. (Quoted in YILC 1970, vol. II, pp. 223 and 224, doc. A/CN.4/228 and Add. 1, para. 160.)

4 United Nations, "Multilateral Economic Co-operation in Latin America", vol. I (op.cit), p. 60. (Quoted in YILC 1970, vol. II, p. 224, document A/CN.4/228 and Add. 1, para. 161.)

5 YILC, 1978, vol. II, p. 20.

تعیین اثرات چنین شروطی می‌بایست با احتیاط آن جام شود.^۱ ایشان ادامه می‌دهد: "هیچ چیزی به مانند شرط ملت کامله‌الوداد نیست هر معاهده‌ای بررسی جداگان‌های لازم دارد... شروط ملت کامله‌الوداد بی‌شماری وجود دارند اما تنها یک معیار برای شرط ملت کامله‌الوداد وجود دارد."^۲ در طرح پیش نویس ۱۹۷۸ کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به شرط ملت کامله‌الوداد این ملاحظات در نظر گرفته شد و در ماده ۴ پیش نویس مقرر گردید که هر قید معاهده‌ای که مطابق با رفتار ملت کامله‌الوداد باشد، یک شرط ملت کامله‌الوداد محسوب می‌شود.^۳

هرچند دولت‌ها آزاد به اعطا رفتار ملت کامله‌الوداد در تمامی زمینه‌ها هستند، اما امروزه چنین امری استثنا است و اعطا رفتار ملت کامله‌الوداد به دولت دیگر بایستی در حوزه تعریف شده‌ای از روابط مورد توافق طرفین صورت پذیرد.

هرچند تعهد به اعطا رفتار ملت کامله‌الوداد از طرف یک دولت در برابر دولت دیگر به عهده گرفته می‌شود، اما این رفتار غالباً نسبت به اشخاص یا اشیا قابل اعمال است و تنها در موارد خاصی شامل حال خود دولت‌ها نیز می‌شود. مثلاً موردی که رفتار ملت کامله‌الوداد به سفارتخانه‌ها و کنسول‌گری اعطا می‌شود. گفتیم که رفتار ملت کامله‌الوداد رفتاری است که از طرف دولت معطی به دولت ذی نفع یا اشخاص و یا اشیا می‌که به نوعی با آن دولت پیوند دارند، اعطا می‌شود. درباره این که از چه طریق و تحت چه شرایطی، اشخاص یا اشیا مربوطه از این رفتار بهره‌مند می‌شوند، کمیسیونر دانتزیگ در رأی ۱۹۲۷ خود، این گونه بیان کرده است:

"قاعده حقوقی شناخته شده‌ای در دکتترین و رویه وجود دارد، مبنی بر این که معاهدات بین‌الملل، حقوق را مستقیماً به افراد اعطا نمی‌نمایند بلکه این حقوق صرفاً به حکومت‌های آن‌ها به طور مستقیم تعلق می‌گیرد. هنگامی که دولتی به موجب یک معاهده متعهد به اعطا منافع یا حقوق خاص به افراد می‌شود، باز هم افراد بی‌واسطه و اتوماتیک این حقوق را دریافت نمی‌کنند، بلکه دولت مربوطه ملزم است که مقررات خاصی را در قوانین داخلی خود به منظور آن جام تعهداتی که در رابطه با دولت دیگر به عهده گرفته است، وضع نماید و تنها طرفی که می‌تواند در این خصوص از لحاظ قانونی اقامه دعوی نماید، دولت دیگر است و نه اتباع و اشخاص آن‌ها.

علاوه بر این، چنین دولتی نمی‌تواند مستقیماً اقدام به طرح دعوی در محاکم حقوقی کند، بلکه می‌بایست از طریق توسل به حمایت دیپلماتیک در نهادها و مراجع صلاحیت دار قضایی بین‌المللی اقامه

1 MC Nair, A. D., "The Law of Treaties", Oxford, Clarendon press, 1962, p. 273.

2 Schwarzenberger, G, "International Law and order", London, Stevens, 1971, pp. (138 – 159).

3 YILC 1978, vol. II, p. 18.

دعوی نماید. چنین چیزی قابل قیاس با تعهدی که از طرف یک دولت ثالث... که در بعضی از قوانین خاص مدنی آمده و برعهده گرفته می شود، نیست، زیرا که، معاهدات بین‌المللی، قراردادهای داخلی نیستند که دولت‌ها بتوانند تعهداتی را از طرف اشخاص مربوطه در حقوق خصوصی عهده دار شوند.

برای مثال، شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در یک معاهده تجاری، باعث نمی شود که افراد بتوانند پرداخت عوارض گمرکی خود را به این دلیل که با شرط سازگار نیست، انکار کرده و نپردازند. افراد تنها می‌توانند به این دلیل اقامه دعوی نمایند که چرا قانون گمرکات داخلی که بایستی مطابق با شروط معاهد تجاری باشد، این گونه نیست.^۱

هرچند دیوان تصمیم نماینده عالی دانتزیک را تا جایی که مربوط به نیت طرفین و ویژگی‌های خاص آن قضیه بود، وارونه ساخت، اما، در آن قسمت که در کشورهایی که معاهدات خود اجرا نیستند، حق را به نماینده عالی داد.^۲

محاکم آلمان نیز در چندین مورد، از اعمال مستقیم ماده ۳ موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت، راجع به اعمال رفتار ملی نسبت به پرداخت مالیات‌ها مطابق آئین نامه‌های داخلی خودداری کرده و آن را رد کردند، به این دلیل که این تعهد صرفاً دولت‌های عضو موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت را متعهد نموده است و افراد هیچ حقی نسبت به این ماده ندارند.^۳

اما در ایالات متحده قاعده خود اجرایی را داریم. لذا شروط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط در معاهدات ایالات متحده به اشخاص خصوصی همان سودی را می دهد که مطابق معاهده‌ای که ایالات متحده با کشور خاصی که بهترین فرصت اقتصادی را دارا بوده، به کالاها یا سرمایه‌های آن‌ها چه قبل از لازم الاجرائی این معاهده و چه بعد از آن اعطا نموده است.

اما در معاهدات تجاری و تأسیسی حاوی شروط ملت کامله‌الوداد‌هایی که بهر دلیل به چنین ترتیباتی نپیوسته اند، بایستی هر دو را طی کنند.

لذا، ایالات متحده بایستی در هر لحظه‌ای که اعطا صورت می‌گیرد، آن را به کالاها و سرمایه‌های طرف دیگر اعطا نماید، البته چنان چه رفتار ملت کامله‌الوداد از نوع غیرمشروط باشد. اعم از این که معاهده حاوی شرط مؤخر یا مقدم بر معاهده مشمول شرط باشد.

1 Jurisdiction of the Courts of Danzig case, P.C.I.J., Series B, No. 15, p. 31.

2 The Statements Quoted in the secretariat Digest (YILC 1973, vol. II, pp. 117 and 118, doc. A/CN.4/269, footnote 2).

3 Bebr, G., "Directly applicable provisions of Community Law: the development of a Community Concept", International and Comparative Law Quarterly, London, vol. 19, April 1970, p. 257.

چنان چه درموردی قانون اجرایی کنگره برای تسری نفع معاهده با دولت ثالث به دولت مدعی حقوق ملت کامله‌الوداد لازم باشد، در آن صورت بهترین پاسخ به این ادعا، قاعده خود اجرایی است.^۱

منظور از اشخاص یا اشیایی که به نوعی با دولت ذی نفع مرتبطند، کلیه اشخاص یا اشیایی است که هدف رفتار را تشکیل می‌دهند. ارائه یک تعریف انتزاعی از اشخاص یا اشیا به بروز مشکلات لاینحلی می‌آن جامد که کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز در طرح پیش نویس خود به آن واقف بود و به این نتیجه رسید که نمی‌تواند به یک تعریف کلی و قابل قبول از این دو عبارت که جامع و مانع باشد، دست یابد. به نظر کمیسیون این دو عبارت بایستی کلیه معانی حقوقی و غیر حقوقی "اشخاص و اشیا" در زبان‌های مختلف و نظام‌های حقوقی مختلف در دنیا را دربرگیرد. به ویژه واژه "اشیا" نه تنها شامل اشیا مادی بوده، بلکه فعالیت‌ها و خدمات را نیز دربرمی‌گیرد.^۲

فعالیت‌هایی نظیر تصدی به حرف و تجارت‌های خاص و ورود کشتی‌ها به بنادر نیز می‌تواند هدف رفتار ملت کامله‌الوداد را تشکیل دهد.^۳

تفاهم نامه ۱۹۳۶ میان بولیوی و آلمان مقرر می‌کند که شرط مندرج در ماده‌ی ۵ معاهده مودت میان دو کشور مراسم ازدواج کنسول‌ها را نیز دربر می‌گیرد.^۴

کمیسیون حقوق بین‌الملل اشاره‌ای به فعالیت‌ها نکرده است، زیرا این فعالیت‌ها نهایتاً به اشخاص یا اشیا برمی‌گردد و لذا نیازی به اشاره صریح ندیده است. اشخاص یا اشیا مربوطه می‌باید به نوعی با دولت ذی نفع مرتبط باشند.

پیوند خاص رابطه‌ای است میان دولت مربوطه و اشخاص یا اشیایی که بر طبق شرط مندرج در معاهده تعیین شده‌اند. شرط مندرج در معاهده میان دولت معطی و ذی نفع می‌باید اشخاص یا اشیایی را که رفتار ملت کامله‌الوداد نسبت به آن‌ها اعمال می‌شود، تعیین نمایند و این تعیین پل ارتباطی میان دولت ذی نفع و اشخاص یا اشیا مربوطه است. چنین پیوندی یا رابطه تابعیت است و یا شهروندی، مکان ثبت کشتی‌ها و هواپیماها است یا دولت مبدأ و یا دولت مقصد کالاهاست. دولت ذی نفع می‌تواند رفتار ملت کامله‌الوداد را در رابطه با اتباع، کشتی‌ها، کالاها و غیره تا حدی مطالبه نماید که دولت معطی آن منافع را به اتباع، کشتی‌ها و کالاها دولت ثالث تسری داده است. برای مثال دولت ذی نفع نمی‌تواند برای افراد مقیم در سرزمین خودخواهان منافع منافی شود که دولت معطی به اتباع دولت ثالث اعطا نموده است، هرچند اقامتگاه یک

^۱ Minn. St. Paul, "Restatement of the Law", Second, Foreign Relations Law of the United States, American Law Institute Publishers, 1965, para. 154, Reporters' Note 3.

^۲YILC 1978, vol. II, p. 22.

^۳ Reichsgesetzblatt, 1936, II, p. 216, Quoted in L. Raape, Internationales Privatrecht, Berlin, Vahlon, 1961, p. 20, Quoted in YILC 1978, vol. II, p. 22: footnote 98

پیوند خاص میان فرد و دولت ایجاد می‌کند، اما این ارتباط مانند پیوند تابعیت نیست. و اینها دو رابطه غیر مشابه و غیر قابل تبادلدند. تشابه پیوند به معنای یکسانی پیوند نیست، زیرا پیوند تابعیت میان دولت الف و اتباعش، لزوماً با پیوند تابعیت میان دولت ب و اتباعش یکی نیست. قوانین تابعیت دولت‌ها تا حد زیادی با هم متفاوت است به طوری که کل حقوق و تعهدات ناشی از قوانین تابعیت یک دولت با حقوق و تعهدات ناشی از قوانین تابعیت دولت دیگر می‌تواند کاملاً متفاوت باشد. بنابراین مقصود از همان پیوند "همان نوع پیوند" است و نه "یکسانی پیوند".^۳ دولت ذی نفع حق دارد از "رفتاری" بهره‌مند شود که از نظر مطلوبیت کمتر از رفتاری که دولت معطی به ثالث اعطا کرده است، نباشد. کمیسیون حقوق بین‌الملل بر این نظر بود که نباید از واژه "برابر" استفاده کند. حقوق‌دانانی که از واژه "یکسان" حمایت می‌کردند، معتقد بودند که "رفتار برابر" به طور خاص و ویژه‌ای به عملکرد شرط نزدیک است. شرط، ابزار اصلی "برابری رفتار" است و وسیله‌ای برای رسیدن به خط پایان که همان اعمال قاعده برابری رفتار در روابط بین‌المللی است، می‌باشد. مخالفین معتقدند که واژه "برابر" نه به شدت و استحکام واژه "یکسان" است و نه به اندازه واژه "مشابه" مبهم است. هرچند شرط ملت کامله‌الوداد دولت معطی را به اعطا رفتار مطلوب تر از آن چه به دولت ثالث اعطا نموده است، متعهد نمی‌سازد اما امکان این احتمال را نیز که دولت معطی به ذی نفع منافع بیشتری از آن چه به ثالث اعطا کرده است را عنایت کند، نیز نفی نمی‌کند به عبارت دیگر، هرچند رفتار ملت کامله‌الوداد از رفتار ترجیحی که دولت معطی به ثالث داده است، متمایز است، با رفتار ترجیحی هم که دولت ثالث به دولت ذی نفع اعطا کرده است فرق دارد. هرچند می‌توان دولت معطی را به اعطا رفتارهای ترجیحی نیز مطابق شروط ملت کامله‌الوداد دیگری ملزم کرد.

رفتاری که به دولت ذی نفع و به دولت ثالث اعطا می‌شود، الزاماً برابر نیستند. اگر دولت معطی به دولت ذی نفع رفتار ترجیحی را اعطا نماید یعنی رفتاری فراتر از آن چه به ثالث اعطا کرده است، در آن صورت چنین رفتاری مستقل از عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد اعطا شده است. بهمین دلیل عبارت "از نظر مطلوبیت کمتر از رفتار با ثالث نباشد" مناسبتر است. به نظر کمیسیون این عبارت عموماً در شروط ملت کامله‌الوداد به کار می‌رود.^۴

شروط ملت کامله‌الوداد دقیقاً شرایط عملکرد شرط را مشخص می‌کنند یعنی نوع رفتاری را که از طرف دولت معطی به دولت ثالث داده شده و می‌تواند منجر به اقامه دعوای واقعی از طرف دولت ذی نفع دایر بر اعطا رفتاری معادل با رفتار اعطا شده به ثالث شود.

^۳The same relationship

^۴Identical relationship

^۳YILC 1978, vol., II, p. 22.

⁴Ibid, p.23

دعاوی راجع به شروط ملت کامله‌الوداد زمانی می‌تواند اقامه شود که به طور واقعی منافعی که مبنای رفتار ملت کامله‌الوداد را تشکیل می‌دهد به دولت ثالث یا به اشخاص یا اشیا‌یی که به نوعی با آن مرتبطند، اعطا شده باشد البته برای شروع عملکرد شرط لازم نیست که آن رفتار واقعاً به دولت ثالث یا به اشخاص یا اشیاء مربوطه تعلق گرفته باشد بلکه، صرف وجود یا انعقاد یک موافقتنامه میان دولت معطی و ثالث کافی است تا دولت ثالث مستحق بهره‌مندی از منافع خاص رفتار شود. هینطور صرف این که دولت ثالث به منافعی که بر طبق موافقتنامه میان معطی و ثالث، از سوی معطی به او اعطا شده است، دستیابی حاصل ننموده است، دولت معطی را از تعهد خود در برابر ذی نفع شرط معاف نخواهد کرد. بنابراین هیچ دولتی مستحق بهره‌مندی از رفتار ملت کامله‌الوداد نخواهد شد مگر این که دولت معطی رفتار بر طبق یک تعهد بین‌المللی آن را پذیرفته باشد این قاعده ناشی از اصل حاکمیت دولت‌ها و آزادی عمل آن‌هاست، این آزادی شامل حق دولت‌ها به اعطای منافع خاص به بعضی از دولت‌ها و دریغ از تسری این منافع به دیگران می‌باشد. این حق به تعهد عدم تبعیض خللی وارد نمی‌سازد زیرا تعهد کلی عدم تبعیض با این مسأله نقض نشده و دولت‌های دیگر حق ندارند که چنین رفتاری را مورد مناقشه قرار داده و خواهان اعطا چنین رفتاری نسبت به خود شوند. اما اگر ثابت شود که دولت مورد بحث، یک تعهد بین‌المللی در قبال دولت معطی مبنی بر اعطا رفتار برابر داشته است، به تحقیق دولت مدعی می‌تواند چنین ادعایی را اقامه نماید. روبه دولت‌ها نیز حاکی از آن است که چنین تعهدی، به طور طبیعی، فقط از طریق یک تعهد قراردادی قابل اثبات است.^۱

همچنین میان حقوقدانان، در این که بدون وجود هرگونه تعهدی به اعطا رفتار ملت کامله‌الوداد شرطی در کار نخواهد و دولت‌ها حق ندارند که بدون وجود چنین شرطی مدعی رفتار ملت کامله‌الوداد شوند، اجماع وجود دارد.^۲

کمیته اقتصادی جامعه ملل در این باره که آیا دولت‌ها می‌توانند مدعی رفتار ملت کامله‌الوداد از یکدیگر به عنوان یک حق شوند، به بحث و بررسی پرداخت اما به جز مورد تعرفه‌های گمرکی، نتوانست به هیچ توافقی به جز این که اعلام نماید: "... اعطا رفتار ملت کامله‌الوداد بایستی یک امر طبیعی باشد..." برسد.^۳

^۱YILC 1978, p.24.

^۲ Usenko, E.T. "Formy regulirovania Sotsialist icheskiego razdelenia truda" [Forms of the regulation of the Socialist international division of Labour], Mezhdunarodnye otnoshenia [International relations], MOSCOW, 1965, p.238 (German edition, Sozialistische internationale Arbeit – Steilung und ihre rechtliche Regelung, Berlin, Staats verlag der Deutschen Demokratischen Republik, 1966, p.200; vignes (loc.cit.), p.224; Sauvignon, E., "La Clause de la Nation la plus favorisee", Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1972, p.7; Hasan, "Equality of Treat meat and Trade Discrimination in International Law", The Hague, Nij hoff, 1968, p.33.Quoted in YILC 1978 , vol . II , footnote 103

^۳ League of Nations, "Recommendations of the Economic Committee relating to tariff policy and the MFN clause", (E. 805. 1933. II.B.1), Quoted in year book... 1969, vol. II, p. 175, doc. A/CN.4/213, annex I.

هرچند اعطا رفتار ملت کامله‌الوداد در اغلب معاهدات تجاری و سرمایه‌گذاری مطرح می‌شود اما هیچ دلیلی در دست نیست که به حدّ یک قاعده عرفی در حقوق بین‌الملل رسیده باشد. نهایتاً این که علمای حقوق متفق القولند که تنها معاهدات می‌توانند مبنا و پایه رفتار ملت کامله‌الوداد قرار گیرند.^۱

هرچند شروط ملت کامله‌الوداد در اغلب موارد در قالب قیود معاهده‌ای مطرح می‌شوند اما به این معنا نیست که دعاوی را که بر پایه توافقات تجاری صورت می‌گیرد به حساب نیاوریم. هرچند در عالم واقع شروط ملت کامله‌الوداد که در یک قرارداد بین‌المللی به شکل غیر کتبی بیابند بسیار دور از ذهن به نظر می‌رسد اما به لحاظ حداقل ماهیت فرضی چنین شروطی نمی‌توان آن را نادیده گرفت. کمیسیون حقوق بین‌الملل در طرح پیش نویس خود در ماده ۳ صراحتاً اعلام می‌کند که طرح پیش نویس به شروط ملت کامله‌الوداد که در قالب غیر مکتوب شکل گرفته باشد، اعمال نخواهد شد و چنین شروطی اثر حقوقی خود را بر طبق حقوق بین‌الملل و مستقل از مواد پیش نویس خواهد داشت.

از منابع دیگری که می‌تواند سبب طرح دعاوی فوق شود، قطعنامه‌های الزام آور سازمان های بین‌المللی و اعمال حقوقی یکجانبه است که در آن به رفتار ملت کامله‌الوداد اشاره شده است.

همچنین می‌توان به تکامل تدریجی حقوق عرفی منطقه‌ای در جهت پذیرش رفتار ملت کامله‌الوداد شفاهی به عنوان یک منبع بالقوه اشاره نمود. لذا می‌توان گفت که یک دولت مستحق بهره مندی از رفتار ملت کامله‌الوداد نخواهد بود مگر این که یک تعهد بین‌المللی به اعطا چنین رفتاری از سوی دولت معطی وجود داشته باشد. عبارت تعهد بین‌المللی به منظور اجتناب از هر گونه تفسیری است که می‌خواهد تعهد ناشی از موافقتنامه‌هایی را که ویژگی بین‌المللی نداشته و میان دولت ها و اشخاص خصوصی منعقد می‌شود را استثنا کند.

گفتار چهارم : منبع رفتار ملت کامله‌الوداد

حق دولت ذی نفع نسبت به برخورداری از رفتار ملت کامله‌الوداد به شرط ملت کامله‌الوداد برمی‌گردد، به عبارت دیگر، معاهده‌ای که شرط در آن آمده است، منبع حقوق دولت ذی نفع است. آن چه مهم است این است که شرط مورد بحث می‌باید برای طرفین معاهده یعنی دولت ذی نفع و معطی لازم الاجرا شده باشد. ماده ۸ پیش نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل بیان می‌کند که حقوق دولت ذی نفع نسبت به بهره مندی از رفتار ملت کامله‌الوداد ناشی از شرط ملت کامله‌الودادی است که میان دولت معطی و دولت ذی نفع لازم الاجرا شده است.

^۱ Schwarzenberger, G. " The principles and standards of International Economic Law", Recueil des Cours de l' Academie de droit Internationale de la Haye, 1966 – 1, Leydon, Sijthoff, 1967, vol. 117, p. 74. (Quoted in yearbook of the ILC, 1978, vol. II, p.25.)

در پاسخ به این سؤال که کدام یک از دو معاهده یعنی ۱. معاهده "ثالث و معطی" و ۲. معاهده "معطی و ذی نفع"، معاهده اصلی و منبع حقوق دولت ذی نفع محسوب می‌شوند، دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه شرکت نفت ایران و انگلیس چنین گفت: "شرط ملت کامله‌الوداد اساساً یک شرط بدون محتوی و محتمل الوقوع است. چنان چه دولت معطی هیچ گونه رابطه‌ای با هیچ دولت ثالثی برقرار نکند، شرط ملت کامله‌الوداد بی‌محتوا خواهد شد. شرط زمانی محتوای خود را بدست می‌آورد که دولت معطی با ثالث اقدام به برقراری روابط نموده و امتیازات جدیدی به دولت ثالث اعطا نماید."^۱

در مخالفت با این نظر گفته شده است: "شرط ملت کامله‌الوداد تعهدی است که هدف آن واقعی است، هرچند این تعهد در زمان ایجاب، دقیقاً قابل تعیین نباشد. و قلمرو آن بر طبق معاهداتی که بعداً منعقد می‌شود قابل تغییر باشد. اما همین اندازه که قابلیت تعیین شدن را دارد، کافی است. بنابراین نقش معاهدات بعدی این نیست که منجر به ایجاد تعهدات جدید برای دولت معطی شود، بلکه صرفاً قلمرو تعهد قبلی را تغییر می‌دهد."^۲

اکثریت دیوان بر این نظر بودند که معاهده مشمول شرط، معاهده اصلی است و این معاهده است که پیوند قضایی میان دولت انگلستان که دولت ذی نفع است را با معاهده دولت ثالث برقرار می‌سازد و به دولت ذی نفع حق بهره‌مندی از آن چه را که ثالث از آن بهره‌مند شده است، اعطا می‌کند. معاهده ثالث، معاهده‌ای مستقل و مجزا از معاهده اصلی است و نمی‌تواند هیچ اثر حقوقی بر روابط میان انگلستان و ایران داشته باشد و این همان قاعده *res alios acta* یا اصل نسبی بودن معاهدات است.^۳

تصمیم دیوان تا حد زیادی به تبیین این قاعده حقوقی کمک کرد. تا قبل از تصمیم دیوان هیچ نویسنده حقوقی که عملکرد شرط را استثنایی بر اصل نسبی بودن معاهدات بداند وجود نداشت.^۴ اما امروزه در پرتو اکثریت دیوان، این قاعده حقوقی توانسته به یک قاعده اجماعی تبدیل شود.^۵

از طرف دیگر راه حل دیوان با بند ۱ ماده ۳ کنوانسیون حقوق معاهدات راجع به اثر کنوانسیون حقوق معاهدات بر موافقتنامه‌هایی که در مقوله کنوانسیون ۱۹۶۶ وارد نمی‌شوند، در تطابق می‌باشد. این نظر که معاهده دولت ثالث منبع حقوق دولت ذی نفع می‌باشد یعنی دولتی که طرف معاهده با دولت ثالث نیست، با

1 I.C.J. Pleadings, Anglo – Iranian oil Co. Case (United kingdom v. Iran), 1952, p. 533.

2 Ibid., p. 616.

3 Anglo – Iranian oil Co. Case (Preliminary Objection), Judgment of 22 July 1952, I.C.J. Reports 1952, p. 109.

4 Fauchille, D. "Traite de Droit International", Paris, Rousseau, 1926, vol. I, 3rd part, p. 359 and Oppenheim, L., "International Law: A Treatise", 8th ed. [Lauterpacht], London, Longmans, Green, 1955, vol. I, para. 522.

5 Schwarzenberger, G., "International Law as Applied by International Courts and Tribunals", 3rd ed., London, Stevens, 1957, p. 243;

Guggenheim, P., "Traite de droit international public", 2nd rev. ed., Geneva, Georg, 1967, vol. I, pp. 208 and 209; and Sauvignon, op.cit., P. 78.

قاعده فوق در تعارض است زیرا مطابق بند ۱، اعتبار حقوقی موافقتنامه هایی که در مقوله کنوانسیون حقوق معاهدات وارد نمی‌شوند، خدشه‌ای به اعتبار آن‌ها وارد نخواهد کرد.

کنفرانس ملل متحد راجع به کنوانسیون حقوق معاهدات در چهارمین جلسه خود اعلام کرد که بند ۱ ماده ۳۲ پیش نویس ۱۹۶۶ منافع دولت‌های تحت نظام ملت کامله‌الوداد را متأثر نخواهد کرد.^۱

لذا آن چه مهم است موافقتنامه میان دولت معطی و ذی نفع است، هرچند واضح است که معاهده میان دولت معطی و ثالث می‌تواند غیر مستقیم از طریق اعمال شرط ملت کامله‌الوداد، بر دولت ذی نفع اثرگذار باشد. اما هر اثر غیر مستقیمی مورد نظر نیست. صرفاً آن چه به سود دولت ذی نفع است. به هر حال، دولت ذی نفع منتفع از منافع خواهد شد که از طرف دولت معطی به ثالث اعطا شده است، اما به این دلیل که این خواسته مشترک دولت معطی و ذی نفع بوده است. توافق میان دولت معطی و ثالث، تعهداتی را در روابط دوجانبه آن‌ها ایجاد می‌کند که این تعهدات در روابط میان دولت معطی و ذی نفع ایجاد نخواهد شد. لذا موافقتنامه دولت معطی با ثالث چیزی بیش از یک پیش نیاز یا پیش شرط برای تعیین قلمرو منافی که دولت ذی نفع ادعا می‌کند، نیست.

در واقع قلمرو امتیازاتی که ذی نفع می‌تواند ادعا نماید، از طریق امتیازات واقعی و عملی که دولت معطی به ثالث می‌دهد، قابل تعیین شدن است. طرفین معاهده حاوی شرط می‌توانند قلمرو منافی را که می‌تواند از سوی دولت ذی نفع ادعا شود، محدود نمایند. این محدودیت‌ها از طریق وضع شرایط و پیش نیازها که بعداً به آن می‌پردازیم تعیین می‌شود. چنان چه شرط محدودیتی را دربرداشته باشد، دولت ذی نفع نمی‌تواند فراتر از آن چه در شرط آمده، سودی را مطالبه کند حتی اگر سود ادعایی به اندازه منافع اعطا شده به ثالث هم نباشد. لذا رفتار اعطا شده به دولت ثالث تنها در چهارچوب شروط و قیود آن امکان پذیر است.

1 Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session, Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Committee of the Whole (United Nations Publication, Sales No. E. 70. v. 6), p. 63, 14 th Plenary Meeting, para. 36.

فصل سوم : قلمرو شرط ملت کامله‌الوداد

گفتار اول : قاعده وحدت موضوع (قلمرو شرط در رابطه با موضوع شرط)

دولت ذی نفع بر طبق شرط تنها حقوقی را بدست می‌آورد که داخل در محدوده موضوع شرط است به عبارت دیگر دولت ذی نفع تنها در رابطه با اشخاص یا اشیایی که در شرط به آن تصریح شده یا تلویحاً از موضوع شرط برمی‌آید منتفع می‌شود. این موضوع تحت عنوان قاعده وحدت موضوع شناخته شده است. این قاعده حاصل اصول کلی تفسیر معاهدات است. به این معنا که دولت‌ها نمی‌توانند به فراتر از آن چه ملتزم شده‌اند، متعهد شوند این قاعده در رویه قضایی بین‌المللی و محاکم داخلی و رویه دیپلماتیک مورد تأیید قرار گرفته است. یک نویسنده حقوقی اساس حقوقی این قاعده را این گونه تشریح می‌کند: "چنانچه شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در یک معاهده تجاری میان دولت الف و ب، دولت الف را مستحق بهره‌مندی از رفتاری نماید که دولت ب به هر دولت دیگری اعطا کرده است. دولت الف نمی‌تواند از دولت ب استرداد مجرمی را بخواهد، به این دلیل که دولت ب با دولت ج موافقت نموده که مجرمینی از این نوع را به دولت ج مسترد نماید. زیرا قصد مشترک طرفین فقط این بوده که شرط تنها در رابطه با موضوعی وارد عمل می‌شود که هر دو دولت در نظر داشتند."^۲

بنابراین اساس قاعده وحدت موضوع این است که دولت ذی نفع نمی‌تواند از دولت معطی، منافعی را به غیر از نوعی که در شرط آمده است مطالبه نماید. مثلاً اگر در شرط این رفتار در برابر "ماهی" تعهد شده نمی‌تواند به "گوشت" هم تسری یابد.^۳

آن چه مهم است، موضوع شرط است که باید متعلق به یک طبقه باشد (Idem genus)، نه این که رابطه میان دولت معطی و ثالث با رابطه میان دولت معطی و ذی نفع یکسان باشد. همین طور لازم نیست که معاهده حاوی شرط الزاماً از همان طبقه منافع مورد ادعا باشد. به عبارت دیگر لازم نیست که معاهده مشمول شرط با معاهده مورد استناد، از یک نوع و دسته باشند.

هر تفسیر دیگری غیر از این به نحو جدی ارزش ملت کامله‌الوداد را مخدوش می‌سازد. اما متن معاهده مشمول شرط ملت کامله‌الوداد می‌تواند به عنوان بخشی از زمینه تفسیر که در ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق

۱- قاعده از همان نوع یا طبقه (ejusdem generis)

۲ MC Nair, op.cit., p. 287.

۳- تلاش‌هایی در جهت شناسایی و مقایسه محصولات از طریق ارائه استانداردهای یکسان برای رسیدن به این هدف، انجام شده است که کنوانسیون ۱۵ دسامبر ۱۹۵۰ بروسلی یکی از آنهاست. این کنوانسیون مؤسس یک شورای همکاری گمرکی است و کنوانسیون فهرست اسامی و علائم برای طبقه بندی کالاها از نظر تعرفه‌های گمرکی است. (۱۵ دسامبر ۱۹۵۰)

United Nations, Treaty Series, vol. 107-347, p. (129-127).

همچنین رجوع کنید به فصل دوم، معیارهای عدم تبعیض در گات ۹۴، ب. (محصولات مشابه)

معاهدات به آن اشاره شد است، بکار رود. اثر عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد این است که از طریق مقررات یک معاهده، مقررات معاهده دیگر را جذب کند. اما این عملکرد محدود به مواردی است که موضوع هر دسته از شروط مربوط به یک ماهیت مادی باشد. و آلا در بعضی از موارد می‌تواند تعهداتی را بر دولت معطی بار نماید که هرگز مدنظر نبوده است.^۱ هرچند معنای این قاعده آشکار است اما اعمال آن همیشه آسان نیست زیرا اعمال شرط متضمن قضاوت درباره موضوع شرط است.

گفتار دوم. اعمال این قاعده در رویه قضایی بین‌المللی

مبحث اول: قضیه شرکت نفت ایران و انگلیس

در قضیه شرکت نفت ایران و انگلیس دیوان گفت: "اگر دانمارک بتواند راجع به مسائل مربوط به اعمال معاهده ۱۹۳۴ خود با ایران اقامه دعوی نماید و انگلستان نتواند مسائل مربوط به اعمال آن معاهده را به دلیل برخورداری از منافع حاصل از شرط ملت کامله‌الوداد، نزد دیوان اقامه نماید، در آن صورت انگلستان در مقام ذی نفع شرط قرار داده نشده است." دیوان تنها به معاهدات ۱۸۵۷ و ۱۹۰۳ میان ایران و انگلستان که محتوی شرط ملت کامله‌الوداد است، می‌پردازد که آن معاهدات هیچ ارتباطی به صلاحیت اقامه دعوی در دیوان نداشتند. به گفته دیوان اگر دانمارک مطابق بند ۲ ماده ۳۶ اساسنامه هرگونه اختلافی راجع به قابلیت اعمال معاهده ۱۹۳۴ با ایران را، بتواند نزد دیوان اقامه نماید، بدان علت است که معاهده فوق مؤخر بر تصویب اعلامیه پذیرش صلاحیت اجباری ایران است. لذا این امر نمی‌تواند منجر به هرگونه سؤال یا اشکالی راجع به شرط ملت کامله‌الوداد شود.^۲

±YILC 1970, vol. II, p. 211, doc. A/CN.4/228, and Add. 1, para. 72.

۲ - دیوان به این نتیجه رسید که تنها زمانی صلاحیت رسیدگی خواهد داشت که اختلاف مربوط به اعمال یک معاهده یا کنوانسیون باشد که بعد از اعلامیه پذیرش صلاحیت دیوان از سوی ایران، مطابق ماده (۲) ۳۶ اساسنامه دیوان، محقق شده است. این اعلامیه در ۱۹ سپتامبر ۱۹۳۲ یعنی بعد از موافقتنامه ۱۹۰۳ و ۱۸۵۷ انگلستان تودیع شده است. با این وجود، به این قضیه در کمیسیون حقوق بین‌الملل اشاره شد به این دلیل که شروط ملت کامله‌الوداد از طریق مقایسه حقوق دولت ذی نفع مطابق موافقتنامه پایه با دولت معطی با حقوقی که دولت معطی به دولت ثالث ارائه داده بود، مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفتند.

Anglo-Iranian oil Co. case (Preliminary Objection), Judgment of 22 July 1952, I.C.J. Reports 1952, p. 110.

مبحث دوم. قضیه حقوق اتباع آمریکایی در مراکش^۱

در قضیه راجع به حقوق اتباع آمریکایی در مراکش در سال ۱۹۵۲، دعوا بر سر قلمرو صلاحیت کنسولی در منطقه فرانسوی مراکش بود و آن چه مورد سؤال بود مصونیت جسمانی شهروندان آمریکایی بود. دیوان به این نتیجه رسید که ایالات متحده بر طبق شروط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده ۱۸۳۶ با مراکش حق ندارد حقوق ناشی از صلاحیت کنسولی خود را در منطقه فرانسوی مراکش، بیش از آن چه که صراحتاً در آن موافقتنامه آمده است، اعمال کند. ایالات متحده صلاحیت کنسولی اضافی را به جهت عملکرد شروط ملت کامله‌الوداد بدست آورده است که با خاتمه دولت انگلستان به کلیه حقوق و مزایایی که ویژگی کاپیتولاسیونی دارند، مطابق معاهده ۱۹۳۷ میان فرانسه و انگلستان، به منافع حاصل از چنین شروطی پایان داده شده است. لذا، شرط ملت کامله‌الوداد نمی‌تواند مبنایی برای مصونیت فیزیکی باشد، همچنان که هیچ دولت دیگری هم نمی‌تواند نفعی از این طریق برای اتباعش جستجو کند.

رای دیوان در این قضیه به طور تلویحی حاکی از آن است که قلمرو ملت کامله‌الوداد در یک معاهده محدود به موضوعاتی است که در آن معاهده بررسی می‌شود.

مبحث سوم. قضیه آمباتیلوس

در قضیه آمباتیلوس کمیسیون داوری در رای ۱۹۵۶ خود راجع به ماده ۵ معاهده ۱۸۸۶ تجارت و دریانوردی میان انگلستان و یونان چنین گفت: "کمیسیون لزومی نمی‌بیند که تصریح نماید که شرط ملت کامله‌الوداد، ذی نفعان را مطابق قواعد عام حقوق بین‌الملل تضمین می‌کند. زیرا که اثر شرط محدود به هر گونه مزیت، نفع یا مصونیتی است که دولت متعاقد دیگر عملاً اعطا کرده یا به اتباع یا شهروندان هر دولت دیگری که بعداً اعطا می‌شود. لذا کاملاً واضح است که نمی‌تواند شامل موردی شود که هدف آن مقررات، تضمین اعطای رفتار ملت کامله‌الوداد مطابق با قواعد کلی حقوق بین‌الملل است."^۲

۱ - قضیه مراکش (فرانسه علیه ایالات متحده آمریکا)

Morocco case (France v. U.S.A), ICJ Pleadings, 1952, vol.I.

ایالات متحده خواستار معاهده صلح ۱۹۳۶ میان مراکش و ایالات متحده بود این معاهده حاوی موضوعات مختلفی من جمله دریانوردی، تجارت و صلاحیت کنسولی بود. این معاهده صراحتاً برای ایالات متحده، صلاحیت کنسولی را در کلیه اختلافات میان شهروندان ایالات متحده یا تحت‌الحمایگان این کشور مقرر می‌داشت. ایالات متحده مدعی حقوقی اضافی در خصوص صلاحیت کنسولی بر مبنای شرط ملت کامله‌الوداد در آن معاهده بود. در تمامی موارد مطروحه شهروند یا تحت‌الحمایه ایالات متحده، صرفاً خواندگان دعاوی بودند. معاهدات ثالث با مراکش که مورد استناد ایالات متحده بود، عبارت بود از، معاهده عمومی که با بریتانیای کبیر در سال ۱۸۵۶ و معاهده تجارت و دریانوردی که با اسپانیا در سال ۱۸۶۱ داشتند.

این معاهدات صلاحیت را در تمامی موارد به اتباع مربوطه که صرفاً خواندگان دعاوی بودند اعطا کرده بود. دیوان به این نتیجه رسید که ایالات متحده بر طبق شرط ملت کامله‌الوداد، صلاحیت کیفری و مدنی را در کلیه مواردی که در آن ایالات متحده، خوانده بوده است، به دست آورده است. اما چنین منافع صلاحیتی با خاتمه معاهدات مربوطه یعنی معاهدات اسپانیا و بریتانیای کبیر با مراکش ابطال شده است.

<http://www.ici-cij.Org/icj/www/idecisions/ismummeris/ifussummary520827.htm>. visited on 10.6.2008.

²The Ambatielos case (merits: obligation to arbitrate), Judgment of 19 May 1953, I.C.J. Reports 1953, p. 10.

از طرف دیگر کمیسیون رأی داد که شرط تنها می‌تواند موضوعات متعلق به همان طبقه‌ای را که شرط به آن مربوط است، دربر گیرد زمینه اعمال شرط ملت کامله‌الوداد در معاهده ۱۸۸۶ شامل موضوعات دریانوردی و تجارت می‌شد. گوناگونی مقررات تجاری و دریانوردی حاکی از آن بود که معنای داده شده به چنین عباراتی تا حدودی از روی مسامحه بوده است. برای مثال در اکثر چنین معاهداتی مقرراتی نیز راجع به توسل به محاکم وجود داشت بند ۳ ماده ۱۵ معاهده ۱۸۸۶ مقرر می‌دارد که اتباع هریک از طرفین متعاقد حق دستیابی به محاکم طرف مقابل را برای تعقیب و دفاع از حقوقش دارا خواهد بود. هرچند توسل به محاکم به تنهایی موضوعی جدا از تجارت و دریانوردی است اما وقتی در ارتباط با حمایت از حقوق تجار قرار می‌گیرد، بی‌ربط نخواهد بود. لذا حمایت از حقوق تجار نیازمند جایگاهی در میان موضوعات معاهدات تجاری و دریانوردی است و لذا توسل به محاکم تا جایی که به حمایت از حقوق تجار مربوط می‌شود، نبایستی از حوزه اعمال شرط استثنا شود.

البته این مسأله می‌باید از طریق تفسیر معقولی از معاهده که با نیت متعاهدین هم منطبق باشد، تعیین شود.^۱ پس از جمع بندی نظرات، کمیسیون داوری در رابطه با تفسیر ماده ۱۰ معاهده ۱۸۸۶ چنین گفت: "۱. معاهده ۱۹۱۱ میان انگلستان و بولیوی نمی‌تواند از طریق عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد، اثری بر معاهده ۱۸۸۶ یونان با انگلستان راجع به "اصول حقوق بین‌الملل" بگذارد. ۲. شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در ماده ۱۰ معاهده ۱۸۸۶ می‌تواند به نظام قضایی نیز تسری یابد البته تا جایی که به حمایت از حقوق تجار و دریانوردان مربوط می‌شود. ۳. هیچ یک از مقررات راجع به دادخواهی که در معاهدات مورد استناد یونان آمده، نمی‌تواند به نحوی تفسیر شود که به ذی نفعان شرط ملت کامله‌الوداد تضمینی در خصوص یک نظام عادلانه و منصفانه قضایی، متفاوت از آن چه که قانون دولت مربوطه مقرر می‌دارد، بدهد. ۴. هدف از این مقررات مطابقت با ماده ۱۵ معاهده انگلستان با یونان است و تنها مسأله‌ای که باقی می‌ماند این است که آیا ذی نفعان از مزایا و مصونیت‌هایی بیش از آن چه که در ماده ۱۵ آمده است، بهره مند خواهند شد یا خیر. ۵. ماده ۱۰ معاهده به ذی نفعان خود هیچ گونه جبرانی بر مبنای "دارا شدن ناعادلانه" بغیر از آن چه که حقوق داخلی مقرر میکند، اعطا نمی‌نماید."

... کمیسیون داوری بر این نظر بود که "دستیابی آزادانه به محاکم" که مطابق ماده ۱۵ ۱۸۸۶ به اتباع یونانی در انگلستان اعطا شده است، شامل حق دستیابی کامل به محاکم و دسترسی به همه تضمینات جبرانی شکلی که به منظور اجرای عدالت و بر پایه عدالت و بر پایه برابری با اتباع کشور وضع شده است، نیز می‌باشد."

¹ United Nations, Reports of International Arbitral Awards, vol. XII (United Nations Publication Sales No. 63, v. 3), pp. (106-107).

کمیسیون بر این نظر بود "که در هیچ یک از معاهداتی که یونان به آن استناد نموده، نفع، مزیت، یا مصونیتی بیش از آن چه که از ماده ۱۵ برمی آید، اعطا نشده است و لذا شرط مندرج در ماده ۱۰ ربطی به اختلاف فعلی ندارد."^۱

گفتار سوم. اعمال این قاعده در رویه محاکم داخلی

آراء صادره از سوی محاکم داخلی نیز بر شناسایی این قاعده حقوقی، گواهی میدهند.

مبحث اول: رای دادگاه پژوهشی فرانسه

در یک قضیه قدیمی مطروحه در دادگاه استیناف فرانسه در سال ۱۹۱۳ مسأله این بود که آیا شرایط شکلی خاصی که برای اقامه دعوا مطابق با معاهده راجع به صلاحیت و اجرای احکام میان فرانسه و سوئیس آمده بود، نسبت به اتباع آلمانی از طریق عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده تجاری ۱۸۷۱ فرانسه و آلمان قابل تسری هست یا خیر. معاهده آلمان و فرانسه، رفتار ملت کامله‌الوداد را، در زمینه روابط تجاری میان طرفین از قبیل "پذیرش و رفتار اتباع دو دولت" مقرر می داشت. تصمیم دادگاه در بخشی از آن بر این پایه قرار داشت:

"مقرراتی که منحصرأً به روابط تجاری میان فرانسه و آلمان مربوط می شود، از منظر حقوق بین‌الملل قابل بررسی است. اما آن هایی که مربوط به حقوق مدنی است، چه صراحتاً و چه ضمناً و به ویژه قواعد حاکم بر صلاحیت و آئین دادرسی قابل اعمال بهر اختلافی است که در روابط تجاری میان دو دولت حادث می شود."

"و این که شرط ملت کامله‌الوداد تنها در صورتی قابل استناد و مآلاً قابل مطالبه است که موضوع معاهده‌ای که شرط در آن قید شده، دقیقاً همان موضوع معاهده مطلوبی باشد که مورد ادعاست."^۲

مبحث دوم: قضیه بانک لوید علیه دوریکله و دوگیارد

در این قضیه که نزد دادگاه تجارت سن اقامه شد، بانک لوید، به عنوان خواهان، ملزم بود تا هزینه‌های دادرسی را تودیع نماید. خواهان به استناد ماده ۱ معاهده ۱۸۸۲ میان انگلستان و فرانسه مدعی بود که سود حاصل از مقررات معاهده ۱۸۸۶ فرانسه و سوئیس که بر طبق آن اتباع سوئیسی حق اقامه دعوا در فرانسه را بدون نیاز به تودیع هزینه‌های دادرسی^۴ داشتند، به او نیز تسری می‌یابد.

^۱Ibid, pp. (109-110).

^۲Whiteman, M., *Digest of International Law*, Washington, D.C., U.S Government Printing Office, 1970, vol. 14, pp. (755-756).

^۳British and Foreign State Papers, 1881-1882 (London, Ridgway, 1889), vol. 73, p. 22.

^۴- تضمین هزینه دادرسی Cautio Judicatum Solvi

مطابق مقدمه معاهده ۱۸۸۲، هدف از این معاهده، تنظیم روابط تجاری میان دو کشور و وضعیت اتباع طرفین بود. ماده ۱ مقرر می داشت: "... هر یک از دول معظم متعاهد می باید به فوریت و بدون هیچ پیش شرطی، هرگونه نفع، مزیت، مصونیت یا امتیازی را که در موضوعات تجاری یا صنعتی از سوی یکی از طرفین متعاهد به هر ملت ثالثی در داخل یا خارج اروپا اعطا می شود، به طرف دیگر متعاهد نیز اعطا کند."^۱

دادگاه این ادعا را رد کرد به این دلیل که دولت عضو یک معاهده عام نظیر معاهده انگلستان و فرانسه که مربوط به تنظیم کل روابط تجاری و دریایی دو کشور می شود، نمی تواند مدعی منافع حاصله از شرط ملت کامله الودادی شود که در یک معاهده خاص نظیر معاهده فرانسه و سوئیس آمده است، زیرا که معاهده اخیر تنها به یک موضوع خاص که همان معافیت از تودیع هزینه های دادرسی است، پرداخته است.^۲

پیش نویسان شروط ملت کامله الوداد نیز با یک بلاتکلیفی مواجه بودند زیرا از یک طرف تنظیم شرط در عبارات موسع و کلی می تواند منجر به تفسیر غیر منعطف و خشک از قاعده وحدت موضوع شود و از طرف دیگر تنظیم شرط در عبارات بسیار دقیق و جزئی می تواند منجر به عدم احصا کلیه موارد شود.

گفتار چهارم. اعمال این قاعده در رویه دولت ها (رویه دیپلماتیک)

مورد اول: در ماده یک موافقتنامه تجارت میان ایالات متحده و سوئد در سال ۱۹۳۵ چنین آمده بود: "سوئد و ایالات متحده به طور غیرمشروط و نامحدود، رفتار ملت کامله الوداد را در تمامی موضوعات مربوط به تعهدات گمرکی و هرگونه تعهد ناشی از عوارض مالیاتی و نیز کلیه موضوعات راجع به قواعد، تشریفات و تعهداتی که در رابطه با ترخیص کالاها از طریق گمرکات وضع می شود و نیز در رابطه با کلیه قوانین و آئین نامه هایی که بر فروش یا استفاده از کالاهای وارداتی در کشور اثر می گذارد، به یکدیگر تسری میدهند."^۳ در سال ۱۹۴۹ درخواستی به دپارتمان ایالت نیویورک تسلیم می شود، مبنی بر این که مقام مسؤول صدور مجوز نوشیدنی های ایالت نیویورک، مجوز نوشیدنی ها را به یک شرکت وارداتی آبجوی سوئدی اعطا کند. مشاور حقوقی دپارتمان ایالت، مقررات معاهده فوق را مورد تفسیر قرار می دهد: "از آن جا که هدف از مقرر ملت کامله الوداد مندرج در موافقتنامه تجارت متقابل میان ایالات متحده و سوئد، تنها جلوگیری از تبعیض علیه واردات و صادرات از سوئد در برابر دیگر کشورهاست، لذا دپارتمان نمی تواند به مقام صادر کننده مجوز نوشیدنی های نیویورک دستور دهد که چنین مجوزی را اعطا کند. و کلیه کشورهایی که در نامه سرگشاده مورد ادعای خود یا اتباعشان توانسته اند مجوز نوشیدنی ها را از مقام صادر کننده مجوز

^۱ Ibid., pp. (23-24).

^۲ Lauterpacht, H., ed., "Annual Digest of Public International Law Cases", 1929-30, London, vol.5, 1935, case No. 252, p. 404.

^۳ League of Nations Treaty Series, vol. CLXI, p. 111.

دریافت کنند، به این دلیل بوده که معاهداتی را با ایالات متحده منعقد کرده بودند که به آن ها حقوق ملت کامله‌الوداد یا حقوق رفتار ملی را اعطا کرده بوده است.^۱

مورد دوم : در قضیه شرکت

Nyugat-Swiss Corporation Societe Anonyme Maritime et Commerciale V. state (Kingdom of the Netherlands)

در یک شرایط و اوضاع و احوال استثنائی، قابلیت اعمال این قاعده مطرح می شود مآجرا از این قرار بود که در ۱۳ آوریل ۱۹۴۱، کشتی بخار *Nyugat* که تحت پرچم مجارستان بوده است، در خارج از آبهای سرزمینی هلند در حال حرکت بوده است، که ناوشکن هلندی پس از تعقیب کشتی بخار آن را متوقف، و به سوی سورابایا، جایی که کشتی فوق در سال ۱۹۴۲ در آن غرق می شود، می برد. مالکیت کشتی از آن یک کمپانی مجاری بود که پس از آن یک شرکت سوئیسی در سال ۱۹۴۱ مالک کلیه سهام کمپانی مجاری شده بود. لذا مالکیت کشتی از آن سوئیس بود، اما همچنان تحت پرچم مجارستان که یک کشور بیطرف به حساب می آمد، قرار داشت. خواندگان مدعی بودند که در ۱۹ آوریل ۱۹۴۱ روابط دیپلماتیک میان هلند و مجارستان تیره شده، طوری که در ۱۱ آوریل ۱۹۴۱ مجارستان به عنوان متحد آلمان به یوگسلاوی حمله کرده و سپس براساس فرمان حکومتی هلند، دستور توقیف کشتی داده شده است.

خواهان ها مدعی بودند که چنین فرمانی در تعارض با معاهده مودت و تجارت که با کشور سوئیس در سال ۱۸۷۵ در برن^۲ منعقد شده است و نیز معاهده تجارت که با مجارستان در ۹ دسامبر ۱۹۲۴^۳ و بخصوص شرط ملت کامله‌الودادی که در این معاهدات آمده است، می باشد.

خواهان ها با استناد به معاهده ۱۸۲۹ مودت، دریانوردی و تجارت که با جمهوری کلمبیا منعقد شده بود و مقرر می داشت که "چنان چه در هر زمانی روابط دوستی میان طرفین گسیخته شود، اتباع هر یک از طرفین که در سرزمین دیگری اقامت دارند، از مزایای محل اقامت بهره مند خواهند بود و به تجارت خود ادامه می دهند و اموالشان توقیف نخواهد شد، تا جایی که رفتارشان مسالمت آمیز بوده و قوانین محل اقامت را نقض ننمایند"، خواهان تسری مفاد این معاهده از طریق عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهدات مذکور به کشتی بخار بودند.^۴ دادگاه مربوطه چنین رأی داد: "استناد به چنین مقرره‌ای مردود است زیرا قابل قبول نیست که قطع روابط دوستی بتواند مشابه تیرگی روابط دیپلماتیک در خلال جنگ جهانی دوم باشد. تعیین مساله پرچم در این قضیه به این دلیل بود که مجارستان علیه منافع پادشاهی هلند

1 Fisher, Legal Advisor Department of State, 3 November 1949, MS. Department of State, Quoted by Whiteman, op.cit, p. 760.

2 Netherlands, "Staatsblad Van het koninkrijk der Nederlanden", No. 137, 1873, Decree of September 1878.

3 Ibid., No. 36, 1926, Decree of 3 March 1926.

4 British and Foreign State Papers, 1829-1830, London Ridgway, 1832, p. 902.

قدم برداشته بود و با آلمان در حمله به یوگسلاوی همکاری نموده بود و این قطعاً با مقررات معاهده ۱۸۲۹ تناسبی ندارد. مالکین کشتی به اشتباه فکر می‌کردند که دادگاه نباید فرمانی را که مخالف مقررات بین‌المللی است اجرا نماید.^۱

نظراتی نیز در حمایت از این رأی وجود دارد.

"مک نیر" معتقد است که حقوق و مزایایی که از طریق ترتیبات سرزمینی و سیاسی یا یک معاهده صلح بدست می‌آید، نمی‌تواند از طریق عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد مورد مطالبه قرار گیرد... زیرا که چنین امتیازاتی تجاری نیستند، در حالی که شروط ملت کامله‌الوداد عمدتاً در رابطه با تجارت هستند.^۲ "مک نیر" اشاره به نظری می‌کند که از طرف یک پلیس قضایی در سال ۱۸۵۱ ایراد شده است. به این شرح که دعوی بر پایه شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده ۱۸۴۲ میان انگلستان و پرتغال اقامه می‌شود. پرتغال معتقد بود که مزایای اعطا شده به فرانسه و ایالات متحده که از سوی انگلستان مطابق معاهدات ۱۷۸۳ صورت گرفته بود، می‌باید به طور یکسان با آن، شامل حال پرتغال هم بشود این معاهدات بخشی از یک رشته ترتیبات کلی بود که در پایان جنگ شکل گرفته بود. پلیس قضایی چنین گفت: "... به نظر من، ماده چهارم معاهده ۱۸۴۲ نمی‌تواند قابل اعمال نسبت به ادعایی باشد که از طرف وزارت خارجه پرتغال به نیابت از سوی اتباع پرتغال مطرح گردیده است. مزایایی که به فرانسه و ایالات متحده اعطا شده است، بخشی از یک ترتیب حل و فصل سیاسی و سرزمینی از طرف بریتانیا در پایان جنگ بوده است که در واقع برخلاف میل بریتانیا بوده و نوعی اجبار در پذیرش آن وجود داشته است."^۳ و به این ترتیب، وی منکر حق اتباع پرتغالی در خشک نمودن صید ماهی روغن در سواحل نیوفاندلند شد.

گفتار پنجم: اعمال این قاعده در دکترین

هیچ نویسنده‌ای تاکنون منکر قاعده‌ی وحدت موضوع نشده است. زیرا اهداف شرط ملت کامله‌الوداد ناشی از طبیعت آن است. به طور کلی پذیرفته شده است که شرطی که حقوق ملت کامله‌الوداد را در رابطه با یک موضوع یا طبقه‌ای از یک موضوع خاص اعطا می‌کند، تنها شامل حقوقی می‌شود که در رابطه با همان موضوع یا همان طبقه از موضوع خاص از طرق مختلف اعطا شده است.^۴

1 Judgment of 6 March 1959 by The Supreme Court of the Netherlands (Nederlandse Jurisprudentie 1962), No. 2, pp. (18-19).

2 MC Nair, op.cit., p. 302.

3 Ibid., p. 303.

4 YILC 1970, vol. II, p. 2/0, doc. A/CN.4/ 228 and Add. 1, para. 68.

مبحث اول. اعمال این قاعده در طرح پیش نویس کمیسیون حقوق بین الملل

کمیسیون حقوق بین الملل در بندهای ۱ ماده ۹ و ۱۰ طرح پیش نویس، قلمرو حقوق ناشی از شرط را تعریف کرده است. مطابق بند ۱ ماده ۹ دولت ذی نفع تنها حقوقی را بدست می آورد که داخل در محدوده موضوع شرط ملت کامله الوداد است. و مطابق با بند ۱ ماده ۱۰ طرح، حقوق مکتسبه آن حقوقی است که دولت معطی به یک دولت ثالث در چارچوب موضوع شرط ملت کامله الوداد تسری داده است.

به این ترتیب حقوق دولت ذی نفع در رابطه با موضوع شرط به دو روش محدود می شود. ۱. از طریق خود شرط، هنگامی که به یک موضوع خاص اشاره می کند به جز موارد بسیار نادر، در دوره های اخیر هیچ شرطی نبوده است که محدود به قلمرو خاصی از روابط مثلاً تجارت، تشکیل اتحادیه و یا کشتیرانی نشده باشد. ۲. از طریق حقوق اعطا شده به دولت ثالث از طرف دولت معطی.^۱

مبحث دوم. قلمرو شرط ملت کامله الوداد در رابطه با اشخاص یا اشیا موضوع شرط

مطابق بند ۲ ماده ۹ و ۱۰ طرح پیش نویس کمیسیون، دولت ذی نفع حق بهره مندی از رفتار ملت کامله الوداد را تنها در رابطه با اشخاص یا اشیایی بدست می آورد که به نوعی به دولت فوق مربوط می شوند. به دو شرط: اولاً، این اشخاص یا اشیا متعلق به همان طبقه از اشخاص یا اشیایی باشند که به نوعی با دولت ثالث مرتبط بوده و از رفتار اعطا شده بهره مند شده اند و ثانیاً، رابطه میان اشخاص و اشیا بهره مند با دولت ثالث، نظیر همان رابطه ای باشد که اشخاص یا اشیای دولت ذی نفع با دولت مربوطه دارند.^۲

در مواردی که شرط در خصوص اشخاص یا اشیای منتفع از رفتار ساکت است موضوع شرط، به طور ضمنی، دسته اشخاص یا اشیا منتفع از رفتار را تعیین می کند. مثلاً اگر موضوع شرط تعهدات گمرکی، تجارت یا کشتیرانی باشد اشخاص یا اشیا منتفع می توانند وارد کنندگان کالاها، تجار یا کشتی ها باشند.^۳

بنابراین دولت ذی نفع حقوق ناشی از شرط را تنها در رابطه با اشخاص یا اشیایی که در شرط معین شده اند یا به طور تلویحی از موضوع شرط برمی آید، کسب می کند. نظیر تجار، مسافرین، مجرمین، شرکت ها، کشتی ها، هواپیماها، کالاها، منسوجات، گندم، شکر و...

همچنین پیوند میان اشخاص یا اشیا با دولت ذی نفع بایستی مشابه با پیوند میان اشخاص یا اشیا بهره مند با دولت ثالث باشد نظیر تابعیت، اقامتگاه، مقر شرکت، محل کنترل شرکت، محل تولید کالا (مبدأ)...

¹ YILC 1978, vol. II, part two, p. 30.

² Articles (9-10) Draft of the ILC 1978.

³ Introduction to the ILC Report, 1978 vol. II, p. 27.

مبحث سوم. بررسی رویه قضایی بین‌المللی در خصوص اشخاص یا اشیا موضوع شرط

قضیه اول: یک تبعه روس بنام الکساندر سربرایکوف علیه م. دولدنبرگ که او هم یک تبعه روس بوده است، دعوایی را دایر بر بطلان وصیتی که وی در آن ذی نفع بوده، اقامه می‌نماید. خواننده دعوا پس از کسب شهروندی فرانسه از طریق تابعیت اکتسابی، محکوم به پرداخت مبلغ صد هزار فرانک بابت هزینه‌های دادرسی از سوی دادگاه استیناف پاریس می‌شود. سربرایکوف از این بخش رأی تقاضای پژوهش می‌کند و مدعی می‌شود که او بر طبق مفاد موافقتنامه ۱۹۳۴ میان فرانسه و شوروی معاف از پرداخت هزینه‌های دادرسی بوده است. دادگاه تقاضای وی را مردود اعلام و بیان می‌دارد: "هرچند فرمان ۲۳ ژانویه ۱۹۳۴، اعمال موقتی موافقتنامه تجاری ۱۱ ژانویه ۱۹۳۴ منعقد میان فرانسه و شوروی را مقرر می‌دارد، اما این معاهده به قضیه حاضر قابل اعمال نیست زیرا هرچند این موافقتنامه بر پایه رفتار متقابل میان دو دولت مبنی بر دستیابی آزادانه و نامحدود اتباع روسی به محاکم فرانسوی بوده است، اما این امتیاز محدود به اتباعی می‌شود که یا تاجرنند و یا صنعتگر و این نتیجه به طور گریز ناپذیری از خود موافقتنامه به عنوان یک کل و نیز ملاحظه هر یک از مقررات موافقتنامه قابل استنباط است. موافقتنامه مذکور یک "موافقتنامه تجاری" است و مواد مختلفی هم که در آن آمده، این توصیف را تأیید می‌کند.

ماده ۹ این موافقتنامه که الکساندر سربرایکوف به آن استناد می‌کند، با این عبارت شروع می‌شود که "تجار فرانسوی و تولیدکنندگان فرانسوی اعم از حقیقی یا حقوقی نباید از رفتاری که از حیث مطلوبیت کمتر از رفتار ملت کامله‌الوداد باشد، بهره‌مند شوند. این ماده در بیان تعیین ذی نفعان مقررات مورد بحث است."^۱

۲. در قضیه دیگری دیوان سن اعلام کرد که شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده ۱۸۸۲ فرانسه و بریتانیا تنها به آن دسته از موضوعات بریتانیایی (اعم از اشخاص یا اشیا) که در فرانسه قرار دارند، قابل اعمال است. دیوان می‌گوید: "... یک تبعه بریتانیایی که در سوئیس اقامت دارد نمی‌تواند خواهان تسری منافع شرطی شود که تنها به اتباع بریتانیایی مستقر در فرانسه اعطا شده است."^۲

گفتیم که یکی از ارکان کسب حقوق ناشی از رفتار ملت کامله‌الوداد تعلق داشتن "به همان طبقه از اشخاص یا اشیا" است که به طور ضمنی منجر به مشاجراتی پیرامون قاعده راجع به "مواد یا کالاهای مشابه" می‌شود. در معاهدات تجاری مرسوم نیست که صراحتاً به منافی که در رابطه با وظایف و عوارض گمرکی، دیگر تعهدات، مواد، کالاها و غیره به دولت ذی نفع، نظیر آن چه که به دولت ثالث تعلق گرفته است، اشاره کنند.^۳ در نبود چنین تصریحی نیز، دولت ذی نفع، رفتار ملت کامله‌الوداد را تنها برای آندسته از

^۱ Secretariat Digest, YILC 1973, vol. II, p. 132, doc. A/CN.4/269, para. 40.

^۲ Ibid., pp. (145-146), doc. A/CN.4/269, para. 78.

^۳ Article I, para. 1 of the General Agreement on Tariffs and Trade.

موضوعاتی بدست می آورد که دولت ثالث از آن برخوردار شده است. کمیسیون حقوق بین الملل در هنگام تدوین پیش نویس شروط ملت کامله الوداد، با وقوف بر "پیچیدگی های این مسأله" تمایلی به کنکاش روی آن نداشت.

آقای هاوکینز، در این باره چنین می گوید: "یکی از ملاک های تشابه، مقایسه ویژگی های اصلی کالاهای مربوطه است. این ملاک مانع از طبقه بندی مواد بر پایه ویژگی های غیر اصلی می شود. چنان چه ویژگی های ذاتی محصولات، مشابه باشد، می توان آن ها را محصولات، مشابه قلمداد کرد و لذا برقراری نرخ های متفاوت تعرفه ای بر آن ها، با شرط ملت کامله الوداد در تعارض خواهد بود."^۱

۳. در دومین گزارش کاری گزارشگر راجع به شرط ملت کامله الوداد در ۱۹ ژوئن ۱۹۶۸ به ذکر یک مثال قدیمی در این خصوص اشاره شده است که ذیلأ بیان می شود: در سال ۱۹۰۴ آلمان تقلیل عوارض گمرکی را به گله های بزرگ گاوهای خال خالی کوهستان و گله های گاو قهوه ای که حداقل در منطقه ۳۰۰ متری بالای دریا و حداقل به مدت یک ماه در سال در ارتفاع ۸۰۰ متری بالای دریا به چرا پردازند، اعطا نموده بود. در قضیه گاوهای سوئیسی مسأله این بود که آیا گاوی که در ارتفاعات بالاتر است، مشابه گاوی است که در ارتفاع پایین تر قرار دارد. اعمال قاعده ویژگی های اصلی به این سؤال به سادگی پاسخ می دهد و آن این که گاوها از حیث ویژگی های اصلی همگی با هم مشابهند و لذا طبقه بندی گاوها براساس ارتفاع جایگاه، که یک ویژگی غیر اصلی به حساب می آید، تبعیض به نفع یک کشور خاص و به ضرر دیگران تلقی خواهد شد، که در قضیه مورد بحث به نفع سوئیس و به ضرر دانمارک بود. آسازمان خواربار و کشاورزی، به عنوان یک نهاد تخصصی ذی نفع که در موضوعات مربوط به تجارت حیوانات، دارای تخصصی ویژه ای است، در پاسخ خود راجع به مثالی که در گزارش کاری گزارشگر آمده است، چنین بیان می کند: "با توجه به سابقه موضوع به نظر می رسد که این تعرفه خاص از نظر تکنیکی قابل توجیه باشد زیرا که در آن زمان برنامه اصلاح ژنتیک در جنوب آلمان اجرا شد. و در حال حاضر این تعرفه خاص به شکل دیگری نگارش یافته است. اما در سال ۱۹۰۴، اصطلاحاتی نظیر سیمنتال یا قهوه ای سوئیسی به عنوان ویژگی های معتبر قانونی شناخته نشده بود..... جدای از این باید دانست که تعرفه های خاص ناروا و دیگر ویژگی های بهداشتی یا فنی معمولاً بدلالی که می تواند تبعیض آمیز تلقی شود، اعمال می شوند."^۲

^۱Hawkins, H.C., op.cit., pp.(93-94).

^۲YILC 1970, vol. II, pp. 221-222, doc. A/CN.4/ 228 and Add 1, para. 148.

^۳Ibidem

مشکلاتی که در تفسیر عبارت "محصولات مشابه" پیش می‌آید، به آسانی قابل برطرف شدن نیستند. این مسأله به خوبی هنگام تبادل نظرات در کمیته مقدماتی کنفرانس بین‌المللی استخدام و تجارت نشان داده شده است.

... ایالات متحده در این باره چنین گفت: "این عبارت تعریف دقیقی ندارد." اما به نظر نماینده انگلیس «عدم تعریف مانع از عملکرد معاهدات تجاری نخواهد بود و تا زمانی که سازمان تجارت بین‌المللی به مطالعه روی این موضوع خاص پردازد، مطابق منشور عمل خواهد شد و نمی‌توان در طول زمانی که این مطالعه آن جام می‌شود، عملکردهای دیگر را به حال تعلیق درآورد.»

نماینده استرالیا چنین گفت: "کلیه کسانی که با اداره گمرکات در ارتباط هستند، می‌دانند که چطور مسأله "محصولات مشابه" دسته بندی می‌شود. این مسأله از طریق یک نظام طبقه بندی تعرفه‌ای قابل حل است و اختلافات ناشی از آن غالباً برمی‌گردد به این که آیا این طبقه بندی درست است یا خیر. به نظر من، چنان چه مقرره‌ای در خصوص آئین رسیدگی از طریق یک سازمان وجود داشته باشد این مشکل قابل حل خواهد بود."^۱

اما کمیته اقتصادی جامعه ملل گزارشی درمورد "محصولات مشابه" داد و آن را "تشابه عملکرد دو محصول با هم" معنی نمود.

همان گونه که بیان شد، عبارت "همان رابطه" می‌باید با کمی احتیاط اعمال شود. زیرا برای مثال رابطه میان دولت الف و اتباع آن، لزوماً همان رابطه، میان دولت ب و اتباعش نیست. قوانین دولت ها با هم متفاوتند به گونه‌ای که کل حقوق و تعهدات ناشی از قوانین تابعیت یک دولت می‌تواند کاملاً متفاوت از قوانین تابعیت دولت دیگر باشد. چنین مشکلاتی در هنگام احاله به حقوق داخلی نیز می‌تواند رخ دهد. مثلاً وقتی قضیه‌ای راجع به حق بر تأسیس یک شخصیت حقوقی مطرح می‌شود، می‌تواند سبب بروز مسائل پیچیده‌ای شود، چراکه جایگاه تعریف شخصیت حقوقی و اشخاص حقوقی در قانون داخلی است. برای مثال هنگامی که معاهده‌ای رفتار مطلوبی را در رابطه با طبقه معینی از اشخاص حقوقی به دولت ثالثی اعطا می‌کند، نظیر، نوع خاصی از شرکت با مسوولیت محدود آلمانی "*beschränkter Haftung*" که برای کشورهای انگلوساکسون شناخته شده نیست، آیا انگلستان می‌تواند با استناد به شرط ملت کامله‌الوداد، همان منافع را برای نوع انگلیسی شرکت که بیشترین مشابهت را با نوع آلمانی دارد، خواستار شود یا خیر؟

¹ Jackson, J.H., "World Trade and the Law of GATT (A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade)", Indianapolis, Bobbs - Merrill, 1969, pp. (260-261).

گزارش‌های کارشناسان کمیته اقتصادی جامعه ملل به اولین گزارش گزارشگر مخصوص ضمیمه شد.

YILC 1969, vol. II, p. 175 doc. A/CN.4/2 B, Annex I.

همین طور چنان چه معاهده‌ای منافی را به شرکت‌های فرانسوی از نوع *association en participation* اعطا نماید که نزدیک به نوع *Joint Venture* (مختلط) کشورهای کامن لوست، آیا کشوری با نظام انگلوساکسون می‌تواند به استناد ملت کامله‌الوداد خواستار همان منافع برای شرکت‌هایی از نوع *Joint Venture* (مختلط) شود؟

مسئله دیگر در رابطه با تابعیت شرکت هاست که هنوز مطابق حقوق بین‌الملل تعیین نشده است. چنان چه دولتی بر طبق معاهده مؤسس چنین شرکت‌هایی، منافی را اعطا نماید، قانونی که تابعیت آن شرکت‌ها را معین می‌سازد، قانون دولت ذی نفع است. حال آیا دولت ذی نفع می‌تواند خواستار این حق برای تمامی کشورهای شود که در قانون داخلی‌اش به عنوان شرکت تابعه تعریف شده‌اند یا خیر. چنان چه به موجب قانون دولت ذی نفع، شرکتی متبوع تلقی شود که محل ثبت آن یا محل عمده تجارت آن در سرزمین دولت مورد بحث باشد یا این که آن دولت بخش عمده‌ای از سرمایه ثبت شده آن شرکت را در کنترل داشته باشد، در آن صورت، دولت معطی نمی‌تواند اعتراض کند که شرکت‌های متبوع دولت ثالث که این مزایا مطابق قانون دولت ثالث به آن‌ها اعطا شده است، تعریفی از شرکت‌های متبوع به عمل می‌آورد که بسیار مضیق‌تر از تعریف آن در قانون کشور ذی نفع است. لذا، دولت معطی نمی‌تواند منکر تسری منافع حاصله از شرط شده و مدعی شود که فقط نوع خاصی از منافع را به دولت ثالث اعطا کرده است. به‌هرحال این مشکلات ذاتی اعمال شرط بوده و چیزی از ارزش قاعده کلی تبیین‌کننده عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد که به آن اشاره گردید، نخواهد کاست.

گفتار ششم. زمینه‌های اعمال شرط

حوزه‌های مطرح در شروط ملت کامله‌الوداد بسیار گسترده و متنوعند که در ذیل به زمینه‌های غالب آن‌ها می‌پردازیم:

۱. تنظیم تجارت بین‌المللی، صادرات، واردات و تعرفه‌های گمرکی
۲. حمل و نقل به طور کلی و به ویژه حمل و نقل از طریق کشتی‌ها، هواپیماها، قطارها، وسایل موتوری و غیره
۳. استقرار اشخاص حقیقی و حقوقی خارجی، حقوق و تعهدات شخصی آن‌ها
۴. استقرار هیأت‌های دیپلماتیک و کنسولی و دیگر هیأت‌ها، مزایا و مصونیت‌های آن‌ها و رفتارشان به طور کلی (نمایندگان دیپلماتیک و هیأت‌های آن‌ها)
۵. مالکیت فکری (مالکیت صنعتی، حقوق ادبی و هنری)
۶. دادگستری اعم از (دستیابی به دادگاه‌ها و محاکم اداری در تمامی درجات صلاحیتی، شناسایی و اجرای احکام خارجی، هزینه‌های دادرسی و غیره)^۱

¹ Ustor Endre., op.cit., p. 411.

فصل چهارم. انواع شروط ملت کامله‌الوداد

گفتار اول. شرط ملت کامله‌الوداد مشروط

در قرن ۱۸ میلادی، برای اولین بار شکل مشروط شرط پدیدار شد، این نوع شرط ابتدا در معاهده مودت و تجارت میان فرانسه و ایالات متحده در فوریه ۱۷۷۸ درج گردید. در مقدمه معاهده تأکید بر اهمیت تقابل شده بود، با این عبارت که یک رابطه تجاری دائمی و عادلانه میان دو کشور بدست نخواهد آمد مگر با برابری کامل و متقابل. مطابق ماده ۲ این معاهده طرفین به صورت متقابل متعهد می‌شدند که هیچ نفع خاصی را به ملت‌های دیگر اعطا نکنند... که فوراً به طرف دیگر تسری یابد، اعم از این که چنین اعطایی مجانی بوده یا بر مبنای جبران و به طور مشروط صورت گرفته باشد.^۱ بر طبق این مقرر اگر ایالات متحده امتیازات جدیدی را به ثالث می‌داد فرانسه می‌توانست در صورت ایداع جبرانی معادل با آن چه به ثالث داده شده است، امتیازات جدید را دریافت دارد. این شرط مشروط در اثر پافشاری فرانسه درج گردید. هرچند ایده این نوع شرط به فرانسه برمی‌گردد، اما به طور خاص این شکل از شرط، به دنبال منافع سیاسی و اقتصادی ایالات متحده در یک دوره طولانی مدت، پدیدار شد.^۲

تا این زمان شرط ملت کامله‌الوداد عرفاً به گونه‌ای به کار می‌رفت که هیچ محدودیتی برای طرف دیگری که امتیازات بعداً در نتیجه اعطا ثالث به او تسری می‌یافت وجود نداشت، اما با ورود تقابل از طرف ایالات متحده شروط ملت کامله‌الوداد به دو دسته تقسیم شدند: ۱. شروط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط که منافع را مجاناً تسری میداد و ۲. شرط آمریکایی یا مشروط که جبران برابر را لازم می‌دانست. ایالات متحده تقابل را در سیاست‌های تجاری اش به منظور دستیابی به بازارهای خارجی و حفظ برابری فرصت‌ها به کار گرفت. تا قبل از ۱۹۲۳ معاهدات تجاری ایالات متحده به جز ۳ مورد بیشتر مشروط بود تا غیرمشروط البته از طرف ایالات متحده.^۳ در اواخر قرن ۱۸ بعد از این که آمریکا استقلال خود را باز یافت، قدرت‌های بزرگ اروپایی که روابط اقتصادی و سیاسی خود را بر مبنای روش‌های امپریالیستی و مرکانتیلیستی تنظیم کرده بودند، در روابط با مستعمراتشان علیه دیگر کشورها تبعیض روا می‌داشتند، زیرا برای مستعمرات خود تعرفه‌های ترجیحی قائل شده و علیه دیگر کشورها تعرفه‌های سنگین اعمال می‌نمودند. لذا ایالات متحده که دیر به سمت تجارت جهانی آمده بود و هیچ مستعمره‌ای نداشت، تنها می‌توانست بر رفتار متقابل از طریق

1 - Malloy, W.M., "Treaties, Conventions, International Acts, Protocols and Agreements between the United States of America and other Powers", 1776. 1906, Washington, D.C., United States Governments Printing Office, 1910, vol. I, p. 468.

2 Setser, V.G., "Did Americans Originate the Conditional MFN Clause?", The Journal of Modern History, Chicago, vol. v (September 1933) pp. (319-323).

3 Hyde, C.C., "International Law, Chiefly as Interpreted and Applied by the United States", 2 nd rev. ed., Boston, Little, Brown, 1947, vol. II, p. 1504.

شروط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط پافشاری کند. بهمین خاطر ایالات متحده در سال ۱۸۱۵ قانون تقابل را تصویب کرد که مطابق با آن به تعرفه‌های تبعیضی مطابق با اصل تقابل پایان می‌داد. در خلال دهه ۱۸۳۰ ایالات متحده موافقتنامه‌های تجاری دوجانبه‌ای را منعقد کرد که حاوی شروط ملت کامله‌الوداد مشروط با اغلب کشورهای آمریکای لاتین بود.

علاوه بر این، شروط ملت کامله‌الوداد مشروط تدریجاً از طرف دولت‌های اروپایی مورد پذیرش قرار گرفتند. بریتانیای کبیر قانون تقابل تعهدات را در سال ۱۸۲۳ تصویب کرد و بر طبق آن معاهدات دوجانبه‌ای منعقد کرد که رفتار ملت کامله‌الوداد مشروط را برای دولت‌های صادر کننده طرف معاهده، به‌همراه داشت. بعداً دولت فرانسه نیز سیاست تجاری خود با انگلیس را بر مبنای تقابل دنبال کرد.

وقتی بریتانیای کبیر موقعیت خود را به عنوان کارخانه تولید در جهان، تثبیت کرد، دیگر ملت‌های اروپایی برای توسعه صنایع داخلی خود شروع به تقلا کردند، زیرا مایل بودند که روی پای خود بایستند و داخل در نظام تولیدی که بریتانیا دیکته می‌کرد، نشوند. برای بیشتر ملت‌های اروپایی شرط ملت کامله‌الوداد وسیله معقولی برای حمایت در برابر آزادی ورود کالاهای خارجی به بازارهای داخلی به حساب می‌آمد.

رویه‌های تجاری ایالات متحده سریعاً شروع به اثرگذاری کرده بود و کشورهای اروپایی مشتاقانه خواهان اصل تقابل بودند و معاهدات بسیاری نیز بر پایه این اصل تصویب شد.

به این ترتیب شرط ملت کامله‌الوداد مشروط بعد از دوره ناپلئون در اروپا شایع شد و این فرم از شرط بین سالهای ۱۸۳۰ تا ۱۸۶۰ فرم غالب شروط ملت کامله‌الوداد را تشکیل میداد.^۱

این شروط حامی منافع ملی بودند. و از لحاظ نظری بر پایه برابری قرار داشت و هدف از آن‌ها برابری رفتار میان همه دولت‌ها بود. از طرف دیگر اعطای مشروط شرط، نفی مؤدبانه اعطای رفتار ملت کامله‌الوداد بود و یک پیمان تفاهم (*Pactum de Contrahendo*) را تشکیل می‌داد. زیرا دول متعاهد، متعهد می‌شدند به این که برای اعطا منافع خاص مشابه، نسبت به منافعی که قبلاً به کشورهای ثالث تسری داده بودند، به مذاکره بپردازند. هرچند این شکل از شرط امروزه منسوخ و متروک شده است اما هیچ قاعده‌ای در حقوق بین‌الملل دولت‌ها را از درج شروط مشروط در معاهداتشان ممنوع نمی‌سازد.^۲ لذا این امکان و احتمال وجود

1 Visser, L.E., "La clause de La nation La plus favorisee dans les traites de commerce", Revue de droit International et de legislation comparee, Brussels, 2 nd series, vol. IV (1902), pp. 66, 159, 270, Quoted by R.C, Snyder, "The MFN: An Analysis with particular Reference to Recent Treaty Practice and Tariffs", New York, King's Crown Press, Columbia University, 1948, p.41.

2 Ustor Endre., op.cit., p. 412.

3 Snyder, op.cit., p. 56; Level, op.cit., p.333, para. 5.

4 Ustor Endre., op.cit., p. 412.

دارد که بعضی از دولت‌ها بخواهند شروطی را در معاهداتشان بگنجانند که مشروط به جبران یا عوض هستند.

گفتار دوم. تفسیر مشروط از شرط غیرمشروط

در قرن ۱۹ و اوایل دهه‌های قرن ۲۰ دکتین و رویه بین‌المللی درمورد تفسیر شرط ملت کامله‌الودادای که صراحتاً چیزی درمورد مشروط یا غیرمشروط بودن در آن نیامده بود به دو دسته تقسیم می‌شد.^۱ این تقسیم بندی ناشی از رویه مستمر ایالات متحده در تفسیر شرط در جایی بود که مشروط یا غیرمشروط بودن شرط مورد تصریح قرار نمی‌گرفت.^۲

مبحث اول. وضعیت ایالات متحده

وضعیت ایالات متحده به زمان خرید لویزیانا یعنی معاهده ۳۰ آوریل ۱۸۰۳ برمی‌گردد که به موجب آن فرانسه لویزیانا را به ایالات متحده واگذار نمود. ماده ۸ معاهده مقرر می‌داشت که کشتی‌های فرانسوی می‌باید در بنادر لویزیانا از رفتار ملت کامله‌الوداد برخوردار شوند. بموجب این مقرر فرانسه در سال ۱۸۱۷ خواستار مزایایی شد که از سوی ایالات متحده به بریتانیای کبیر در تمامی بنادر ایالات متحده اعطا شده بود و مدعی بود که آن مزایا نیز به فرانسه در بنادر لویزیانا تسری می‌یابد. این مزایا در نتیجه قانون ۳ مارس ۱۸۱۵ کنگره اعطا شده بود. قانون کنگره کشتی‌های خارجی را از ایفای تعهدات گمرکی تبعیض آمیز در بنادر ایالات متحده بشرط معافیت کشتی‌های آمریکایی از چنین تعهداتی در بنادر آن کشورها، معاف نموده بود. این معافیت به بریتانیای کبیر اعطا شد ولی به فرانسه خیر. کشتی‌های فرانسوی همچنان عوارض گمرکی تبعیضی را می‌پرداختند. ادعای فرانسه به این دلیل رد شد که معنای شرط این نیست که فرانسه بایستی از رفتار مطلوب به عنوان یک هدیه مجانی بهره‌مند شود که به دیگر ملت‌ها براساس یک جبران کاملاً معادل با رفتار، اعطا شده است.

آقای آدامز چنین گفت: "چنان چه قرار باشد کشتی‌های فرانسوی در بنادر لویزیانا همان عوارضی را که کشتی‌های ایالات متحده در بنادر فرانسه می‌پردازند، پرداخت کنند در آن صورت بر پایه رفتار ملت کامله‌الوداد مطابق ماده مورد بحث رفتار نشده است، بلکه بر مبنایی مطلوب تر از هر ملت دیگری عمل شده است زیرا که دیگر ملت‌ها به جز انگلستان تعهدات و عوارض بالاتری را می‌پردازند و معافیت انگلستان یک هدیه مجانی نبوده، بلکه حاصل یک معامله و مبتنی بر یک قیمت عادلانه و مساوی بوده است"

^۱ Basdevant, S., "clause de la Nation La plus favorisee", in A.G. de Lapradelle and J.P. Niboyet, Repertoire de droit international, Paris, Sirey, 1929, vol. III, p. 479, para. 73.

^۲ Hyde, C.C., "Concerning the interpretation of treaties", American Journal of International Law, Washington, D.C., vol. 3, No.1 (January 1909), p. 57.

اما فرانسه نپذیرفت و ادعای خود را از طریق مکاتبات دیپلماتیک تا ۱۸۱۳ دنبال نمود. تا این که اختلاف به موجب معاهده‌ای که تفسیر ایالات متحده را پذیرفت، حل گردید.^۱

لذا نه تنها تغییر جهتی در تفسیر شروط غیرمشروط صورت گرفت، بلکه سیاست تجاری ایالات متحده و رویه معاهداتی هم از شروط غیرمشروط به مشروط تغییر یافت. در همین زمان معاهده مودت و تجارت و حقوق کنسولی ۸ دسامبر ۱۹۲۳ میان ایالات متحده و آلمان منعقد گردید. وضعیت ایالات متحده از طرف وزیر امور خارجه وقت این گونه تشریح شده است: "اشتباه فاحشی وجود دارد که باید آن را اصلاح کنم. گفته شده است که مزایای اعطا شده به آلمان بر طبق شروط ملت کامله‌الوداد معاهده حاضر، به طور اتوماتیک به قدرتهای دیگر نیز بدون نیاز به کسب منافع که معاهده آلمان به ما اعطا می‌کند، تسری می‌یابد، که اشتباه است."^۲

«ما به آلمان رفتار ملت کامله‌الوداد غیرمشروطی را اعطا نمودیم که آلمان به ما داده است. ما رفتار ملت کامله‌الوداد غیرمشروط را به قدرتهای دیگری که مایل نیستند با ما همان معاهده را داشته باشند، اعطا نمی‌کنیم. رفتار ملت کامله‌الوداد به دیگر قدرتها، تنها براساس معاهداتی که با آن‌ها داریم، اعطا خواهد شد و این معاهدات هیچ کدام رفتار ملت کامله‌الوداد غیرمشروط را دربر نمی‌گیرد. ما نمی‌توانیم معاهداتی را با کلیه قدرتها هم زمان منعقد نمائیم، اما اگر سنا تصویب کرد، ما باید بر سر معاهدات مشابه با قدرتهای دیگر مذاکره کنیم و قدرتهای دیگر رفتار ملت کامله‌الوداد غیرمشروط را بدست نخواهند آورد، مگر با ما معاهده‌ای نظیر آن چه آلمان داشت، منعقد نمایند.»^۲

ده سال بعد وزیر امور خارجه وضعیت منعطف تری را اتخاذ نمود، به این نحو که اعطای سود به یک کشور مطابق با شرط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط به منزله اعطای مجانی آن در چارچوب یک شرط ملت کامله‌الوداد مشروط است. مطابق با این تفسیر، در سال ۱۹۴۶، ایالات متحده، اعراض کنندگان از اعطای رفتار ملت کامله‌الوداد در معاهدات موجود را به دلیل اعطای ترجیحات تعرفه‌ای به محصولات فیلیپینی که پس از استقلال فیلیپین و بر مبنای تقابل رخ داده بود، مورد تعقیب قرار داد، اعم از این که اعراض کنندگان، کشورهایی بودند که شروط مندرج در معاهداتشان با ایالات متحده مشروط بود یا غیرمشروط. نتیجه تغییر در تفسیر شروط، ارائه نظامی بود که مطابق آن شروط در یک حوزه خاص (تعرفه‌ها) به شروط غیرمشروط ملت کامله‌الوداد تبدیل می‌گردیدند.

¹ Moore, J.B., "A Digest of International Law", Washington, D.C, United States Government Printing Office, 1906, vol. V, pp. 257-260.

²Whiteman, M., op.cit., p. 753.

مبحث دوم. وضعیت بریتانیا و قاره اروپا

وضعیت بریتانیا و قاره اروپا بعد از چرخش یک قرن عوض شد و این شد که امتیازات اعطا شده در برابر جبران می‌تواند بر طبق شرط ملت کامله‌الوداد مورد مطالبه قرار گیرد.

در این زمینه آقای "بدوان" چنین استدلال می‌کند: "... مبنای نظریه آمریکایی در نظام قراردادهای انگلوساکسون قرار دارد که لازم میداند برای تشکیل یک قرارداد، مزایا و منافع حاصله از آن باید متقابل باشد. اما اعمال این تئوری در این جا قابل توجیه نیست، زیرا ملتی که رفتار مساوی را به دست می‌آورد، پیشاپیش به دولت ثالث حقوقی را اعطا نموده است که الانه می‌تواند آن را مطالبه کند، به این دلیل که به طرف متعاقد دیگر خود، همان رفتار مساوی و حق دریافت همان مزایای اعطا شده به دولت ثالث را اعطا کرده است. عبارت "معادل یا برابر" به این منظور آمده است که به طرف ثالث، از طرق قراردادی، حقی را بدهد که متعهد آن طرفین متعاقد هستند و این مساوی است با این که بگوئیم شرط ملت کامله‌الوداد. و لذا مطلقاً هیچ اثری ندارد». نهایتاً از دیدگاه حقوق گمرکی، نظام آمریکایی منتهی به یک نظام تبعیضی و ترجیح آمیزی می‌شود که بر پایه منافع اعطا شده به بعضی از ملتها و مضایقه آن از دیگران قرار دارد و برای دولت هایی که تعرفه خود را اصلاح نمودند هیچ برابر یا مابه ازایی برای ارائه وجود ندارد.^۱

مبحث سوم. دیدگاه جامعه ملل

کمیته اقتصادی جامعه ملل بر پایه ملاحظات اقتصادی، به طور قوی از دیدگاه استفاده از شروط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط در موضوع گمرکات حمایت کرده است. آن چه در ذیل می‌آید، دستورالعمل‌هایی است که از سوی این نهاد در سالهای ۱۹۳۳ و ۱۹۳۶ ارائه شده است:

"شرط ملت کامله‌الوداد متضمن حق تقاضا و تعهد به اعطاء، در خصوص کاهش تمامی عوارض و مالیات‌ها و نیز اعطای کلیه مزایا از هر نوعی به ملت کامله‌الوداد است. هیچ موضوعی درباره این که آیا این کاهش‌ها و مزایا مستقلاً اعطا می‌شود یا بر حسب کنوانسیون هایی که با ثالث منعقد می‌شود، مطرح نیست»

شرط مجموعه کاملی از مزایا را اعطا می‌کند که گستره عملی و واقعی آن به گستره امتیازاتی وابسته است که به کشورهای دیگر اعطا می‌شود. همچنین شرط نوعی تضمین است به این معنا که کاملاً و به طور اتوماتیک، برابری کامل و همه جانبه رفتار را با کشوری که در آن موضوع دارای وضعیت کامله‌الوداد است، مقرر می‌دارد. لذا، با توجه به این که شرط می‌تواند چنین نتایجی را به بار آورد، حکومتی که رفتار ملت کامله‌الوداد را اعطا نموده است، ملزم است که به طرف متعاقد دیگر نیز همان مزایایی را که به دولت ثالث

^۱ Basdevant, S., op.cit., pp. 479 and 480, para. 7.

اعطا نموده، فوراً و به عنوان موضوع یک حق، بدون این که طرف دیگر مجبور به جبران باشد، اعطا کند. به عبارت دیگر شرط باید غیرمشروط باشد.

در بعضی از موارد، شروط ملت کامله‌الوداد مشروط در معاهدات درج شده‌اند و در مواردی نیز شروط ملت کامله‌الوداد موجود، به عنوان شروط مشروط تفسیر شده‌اند به این منظور که کاهش عوارضی که به یک کشور ثالث اعطا شده، در مبادله با امتیازی معادل یا برابر آن بوده است. این نظر مبتنی بر این مفهوم است که کشوری که در بعضی از جنبه‌ها، امتیازات برابر را اعطا نکرده است، حق ندارد در این جنبه‌ها، همان امتیازات را دریافت دارد، حتی اگر در جنبه‌های دیگر، امتیازات گسترده‌ای را هم اعطا کرده باشد. اما تکرار مکررات نخواهد بود که بگوئیم در توجیه آن استدلال شده است که هرچند شرط مشروطی از این نوع، برابری تعرفه‌ها را اعطا نمی‌کند اما لاقلاً، تا حدی برابری فرصت‌ها را ارائه می‌دهد، ولی به هیچ وجه، این نوع شرط اشتراکی با آن نوع از شرطی که کنفرانس اقتصادی بین‌المللی و کمیته مشورتی اقتصادی در سال ۱۹۲۳ برای امکان تصویب گسترده‌تر موضوع ارائه دادند، ندارد.

در واقع، انکار چنین شرطی، به این دلیل است که اساس شرط ملت کامله‌الوداد در نفی انواع تبعیض‌ها قرار دارد و شرط مشروط به دلیل ماهیتش نوعی تبعیض محسوب می‌شود و هیچ یک از مزایای ویژه شرط ملت کامله‌الوداد را که عبارتند از ختم مخاصمات اقتصادی، تسهیل تجارت بین‌المللی و استقرار آن بر بنیان‌های قویتر را اعطا نمی‌کند.

علاوه بر این، راه را برای اعتراض شدید کشورهای باز می‌کند که تعهدات بسیار اندکی دارند و لذا نسبت به آن‌هایی که تعهدات سنگین و متعددی دارند، از مطلوبیت کمتری برخوردار می‌شوند. و لذا به درستی گفته شده است که طرف معطی شرط مشروط، بواقع، مؤدبانه از اعطا شرط ملت کامله‌الوداد سرباز می‌زند. اهمیت واقعی شرط مشروط در آن است که این شرط نوعی پیمان تفاهم است. (*Pactum de Contrahendo*) که از طریق آن، دولت‌های عضو متعهد می‌شوند که بعداً در جهت اعطای مزایای خاص مشابه یا مرتبط با آن چه که قبلاً کشورهای ثالث اعطا نموده‌اند وارد مذاکره شوند... لذا می‌توانیم نتیجه بگیریم که اولین اصل بنیادین که در مفهوم رفتار ملت کامله‌الوداد مستمر است، این است که رفتار بایستی غیرمشروط باشد.^۱

مبحث چهارم وضعیت شوروی و کشورهای سوسیالیست

در رویه معاهدات تجاری شوروی با دیگر کشورهای سوسیالیست، شرط ملت کامله‌الوداد همیشه به شکل غیرمشروط و بلا عوض به کار برده شده است و در بسیاری از معاهدات صراحتاً به غیرمشروط بودن

^۱ YILC 1969, vol. II, pp. 175 et seq., doc. A/CN.4/ 213, annex I.

اشاره شده است اما در غیاب تصریح نیز فرض بر این است که شروط ملت کامله‌الوداد، غیرمشروط هستند زیرا که معاهدات مورد بحث دربردارنده هیچ رزروی در مورد جبران یا عوض متقابل نیستند.^۱ مطابق با رویه انگلستان: "... اصولاً شروط ملت کامله‌الوداد می‌باید به طور غیرمشروط تفسیر شوند... این شروط یک معنا بیشتر نخواهند داشت اعم از این که به عبارت "مشروط" اشاره بشود یا نشود... اما این قاعده تفسیری را نمی‌توان علیه کشوری که نوع مشروط شرط ملت کامله‌الوداد را به عنوان بخشی از سیاست‌های معاهداتی خود اتخاذ نموده است، اعمال نمود."^۲

در قضیه اتباع آمریکایی در مراکش (۱۹۵۲) نظری از سوی نماینده ایالات متحده ایراد گردید. به این مضمون: "ایالات متحده کاملاً موافق است با این که معنای شرط بایستی در پرتو قصد طرفین هنگام انعقاد معاهده تعیین شود. تنها اختلافی که هست، بر سر این است که آن‌ها شرط را مشروط تلقی می‌کنند، به این دلیل که رویه ایالات متحده در تفسیر معاهدات دیگری که تحت "اوضاع و احوال خاص" منعقد شده بوده اند، این گونه بوده است. در حالی که چنین چیزی مدنظر ایالات متحده و مراکش در زمان امضا معاهدات مورد بحث نبوده است."^۳

تا قبل از ۱۹۲۳ شرط مشروط اهداف ایالات متحده را تأمین می‌نمود و لذا تداوم یافت، زیرا که ایالات متحده یک شبکه وارد کننده عمده بود و هدف اولیه اش حمایت از سیستم صنعتی رو به رشدش بود. اما بعد از جنگ جهانی اول وضعیت تغییر کرد، طوری که دیگر شرط مشروط کافی نبود، زیرا شرط اساسی برای دستیابی موفقیت آمیز به بازارهای بین‌المللی، خاتمه تبعیض علیه محصولات آمریکایی بود و این جز از طریق تحقق شرط غیرمشروط امکان پذیر نبود. به این ترتیب رویه ایالات متحده از نوع مشروط به غیرمشروط تغییر یافت.^۴

مبحث پنجم. دکترین

انستیتوی حقوق بین‌الملل در بند ۱ قطعنامه ۱۹۳۶ تحت عنوان "اثرات شرط ملت کامله‌الوداد در موضوعات تجارت و دریانوردی" به این امر تصریح نموده است: "شرط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط است مگر تصریحی برخلاف آن شده باشد". لذا در موضوعات تجارت و دریانوردی، شرط به اتباع، کالاها و کشتی‌های

^۱ State Institute of Law of the Academy of Sciences of the Soviet Union, op.cit., p. 251.

^۲ Schwarzenberger, G., "International Law and order" (op.cit), p. 137, quoting British and Foreign State Papers, 1885-1886, London, Ridgway, 1843, vol. 77, p. 796.

^۳ Rejoinder of 26 July 1952, I.C.J. Pleadings, Morocco case (France v. United States of America), 1950, vol. II, p. 318, For a fuller reference, YILC 1970, vol. II, p. 208, doc. A/CN.4/228 and Add. 1, para. 52.

^۴ Snyder, op.cit., p.243.

کشورهای متعاهد حقی را اعطا می‌نماید بدون این که در قبال آن جبرانی لازم باشد. این نظام قابل تسری به هر دولت ثالثی است.^۱

منابع دیگری نیز هستند که این قاعده را در قالب عبارات کلی یا در کلیه زمینه‌ها قابل اعمال میدانند و آن را صرفاً به قلمرو تجارت محدود نمی‌سازند. "گوگنهایم" در این باره می‌گوید: "اگر تردیدی داشته باشیم بایستی شرط را غیرمشروط تلقی کنیم."^۲ از آن جا که محدود کردن اعمال شرط، مسوولیت آور است، نمی‌توان شرط را "تلویحاً احراز کرد، بلکه بایستی مورد تصریح قرار گیرد."^۳

"لول" می‌گوید: «شرط علی‌الاصول غیرمشروط است... گرچه متعاهدین این اختیار را دارا هستند که شرط را به طور مشروط بیان نمایند اما ماهیت مشروط ویژگی اصلی شرط نیست...»^۴

"ویگنس" می‌گوید: "... چنان چه صراحتاً بیان نشود که شرط مشروط است فرض بر این است که... بایستی غیرمشروط تلقی شود..."^۵

با توجه به آن چه مطرح شد، می‌توان نتیجه گرفت که هرچند شرط ملت کامله‌الوداد مشروط در برهه‌ای از تاریخ که منافع قدرت‌های بزرگ را تأمین می‌کرده‌است، متداول بوده و الگوی رایج استعمال شرط را تشکیل می‌داده‌است، لیکن نه مورد قبول و رویه همه قدرت‌های آن زمان بوده و نه این که با دیدگاه جامعه ملل و دکتربین منطبق بوده‌است.

گفتار سوم. شرط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط:

مبحث اول. پیشینه شرط غیرمشروط

بند اول. اروپای غربی در دهه ۱۸۶۰

هرچند شروط ملت کامله‌الوداد مشروط به عنوان یک ابزار عمده در معاهدات تجاری به کار گرفته شدند اما به این معنا نبود که شرط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط از رده خارج شده باشد. در دهه ۱۸۳۰ تا ۱۸۴۰ بریتانیای کبیر یکجانبه تعرفه‌های وضع شده بر بسیاری از کالاها را کاهش داد. بریتانیا قانون ذرت را

^۱ YILC 1969, vol. II, p. 181, doc. A/CN.4/ 2B, annex II.

^۲ Guggenheim, op.cit., p. 211.

^۳ Level, op.cit., p. 33. para. 5.

قضیه ماهیگیران ساحل آتلانتیک شمالی، ۷ سپتامبر ۱۹۱۰، نزد دیوان دائمی داوری

United Nations, Reports of International Arbitral awards, vol. XI [United Nations Publication, Sales No. 61. v. 4], p. 167.

^۴ Level, op.cit., p. 338, para. 35.

^۵ Vignes, op.cit., p. 219.

در سال ۱۹۶۴ و قوانین دریانوردی را در ۱۸۴۹ لغو کرد. این دلالت داشت بر تغییر انقلابی در سیاست بریتانیا از سیاست حمایتی به سوی سیاست آزادسازی تجارت یا لیبرالیسم اقتصادی. دولت فرانسه نیز از سیاست بریتانیا پیروی کرد.^۱ این تغییرات، تئوریهای تجاری غالب آن زمان را از سیاست حمایتی به سیاست تجارت آزاد و عادلانه تغییر داد. ^۲ تا این که در ۲۳ ژانویه ۱۸۶۰ بریتانیای کبیر و فرانسه معاهده تجاری معروف کوپدن یا "کوپدن - شوالیه"^۳ را منعقد نمودند معاهده "کوپدن - شوالیه" سرآغاز معاهدات حاوی شرط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط بود. این دو کشور تعرفه‌های گمرکی را به طور عمده‌ای کاهش دادند و ممنوعیت‌های وارداتی را فسخ و به یکدیگر وضعیت ملت کامله‌الوداد را به طور غیرمشروط اعطا نمودند.^۴ بعد از معاهده "کوپدن" موافقتنامه‌های تجاری زیادی منعقد شد که دربردارنده شرط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط بود، اما با قلمرو وسیعتری از آن چه که در آن معاهده آمده بود و این همراه با موج اندیشه آزادی بود.

برای بریتانیا دستیابی به رفتار ملت کامله‌الوداد بدون این که نیاز به احراز شرایطی باشد، ضرورت داشت چرا که این کشور قبلاً به طور یکجانبه بر مبنای سیاست تجارت آزاد تعرفه‌ها را کاهش داده بود یا به بعضی از آن‌ها پایان داده بود و لذا چیزی نبود که در برگشت بخواهد از دست بدهد. در چنین اوضاع و احوالی اگر بریتانیا معاهده تجاری همراه با شروط ملت کامله‌الوداد مشروط منعقد می‌کرد، نمی‌توانست امتیازاتی را دریافت کند که به ملت‌های دیگر اعطا شده بود. لذا چاره‌ای ندید جز این که بی‌امان بر شرط غیرمشروط در معاهده پافشاری کند.

از طرف دیگر، فرانسه نیز بخاطر پیشرفت انقلاب صنعتی بحدی از توانایی تولید رسیده بود که شدیداً نیاز به صادرات کالاهایش داشت و فرانسه نیز بالا رفتن تعرفه‌ها را مانعی بر سر راه تجارت خود می‌دید لذا کم کم لیبرالیسم را به جای سیاست حمایتی انتخاب کرد.^۵ معاهده "کوپدن - شوالیه"، اثر بزرگی بر دولت‌های اروپایی داشت. غالب این ملت‌ها سیاست‌های تجاری خودشان را متمایل به تجارت آزاد کردند. این ملت‌ها دریافتند که شرط غیرمشروط برای مشارکت در پیمان تجارت آزاد میان بریتانیای کبیر و فرانسه مفید است و تصریح کردند به این که انعقاد معاهدات تجاری حاوی شرط غیرمشروط دارای اولویت

^۱ Winham, Gilbert R., "The Evolution of International Trade Agreements", Toronto: University of Toronto Press, 1992 p. 18.

^۲ - مطابق با نظر وینهام، این معاهده ثابت کرد که موافقتنامه‌های تجاری می‌تواند وسیله موثری در جهت آزادسازی تجارت باشد.

^۳ "Cobden_Chevalier Treaty"

^۴ Winham, M., op.cit., p. 18.

^۵ Laughlin, J. Laurence and N. Parker Willis, "Reciprocity", the Barker and Taylor, 1903, p. (13-4).

است.^۱ در نتیجه شروط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط رویه عمومی در تجارت اروپا شد. در واقع نظامی متشکل از توافقات میان چندین دولت اروپایی شکل گرفت و تجارت اروپا شکوفا گردید.^۳ با این وجود، طولی نکشید که گرایش جدیدی آشکار شد.

بعد از دهه ۱۸۷۰ سیاست حمایتی در اروپا به دلیل بحران‌های اقتصادی غالب گردید. و مالیاتها نیز به منظور تأمین هزینه‌های تسلیحات، در نتیجه تحمیل نرخ‌های تعرفه‌ای بالا رفت.^۴ آنچنانکه قدرت ناسیونالیسم اقتصادی بعد از جنگ جهانی اول افزایش یافت و بحران‌های بزرگی که در ۱۹۲۹ شروع شده بود، گردبادی شد در خلاف جهت حرکت تجارت آزاد. در طی این دوران تعرفه‌های سنگین وضع شد و موانع تجاری دیگری برای حمایت از صنایع داخلی تحمیل شد. کشورهای بزرگ نظیر بریتانیا و فرانسه همراه با سرزمین‌های خود مختار و مستعمراتی شان بلوک‌های اقتصادی را ایجاد کردند و توانستند با استقرار چنین نظام رفتاری ترجیح آمیزی بر علیه دولت‌های غیر متحد تبعیض روا دارند. استقرار چنین نظامی و به دنبال آن کاهش جریان گردش پولی، زنجیره‌ای از حوادثی را تشکیل داد که منجر به کاهش عمده تجارت جهانی شد. و بحران‌های بزرگ دهه ۱۹۳۰ را عمیق‌تر و طولانی‌تر کرد. در چنین شرایطی ایالات متحده رویه خود را از بکارگیری نوع مشروط شرط به نوع غیرمشروط در معاهدات منعقد تغییر داد چرا که دیگر شروط مشروط منافع آن را تأمین نمی‌کرد.^۵ مجلس سنا نیز تغییر سیاست ایالات متحده در موضوعات تجاری از شروط مشروط به غیرمشروط را به تصویب رساند. وزیر امور خارجه در سال ۱۹۲۴ چنین توضیح می‌دهد: "نفع و هدف اصلی ایالات متحده، تضمین برابری رفتارست در حالی که شرط ملت کامله‌الوداد مشروط برآوردکننده چنین رفتاری نبوده و نمی‌تواند آن را تضمین کند. علاوه بر این، از لحاظ عملی غیر ممکن است

۱- اما لازم است اشاره کنیم که اغلب این کشورها، کشورهای محافظه کار بودند، نظیر روسیه و شروط ملت کامله‌الوداد مشروط به نفعشان بود.

Hornbeck, Stanley Kuhl, "The MFN in Commercial Treaties: Its Function in Theory and in Practice and Its Relation to Tariff Policies", Bulletin of the University of Wisconsin, No. 343, Economics and Political Science Series, vol. 6, No. 2, January 1910, p. 56.

۲- در دهه ۱۸۶۰ قدرتهای بزرگ اروپایی معاهدات تجاری حاوی شرط ملت کامله‌الوداد غیر مشروط را منعقد کردند برای مثال، ایتالیا ۲۴ معاهده، بلژیک ۱۲ معاهده، فرانسه ۱۹، اتریش هنگری ۱۴ و اتحادیه گمرکی آلمان ۱۸ معاهده منعقد نمودند.

Murase, Shinya, "Treaties on the MFN clause, kokusaiho Gaiko zasshi", (The Journal of International Law and Diplomacy), vol. 27, No. 4-5, 1974, p. 84.

در چنین شرایطی، ایالات متحده، به درج شرط ملت کامله‌الوداد مشروط ادامه داد و علت آن نظام تعرفه ایالات متحده بود (کمیسون تعرفه ایالات متحده)

United States Tariff Commission, "Reciprocity and commercial Treaties Washington", D.C.: Government Printing Office 1910, p. 19.

۳- مطابق با نظر دیوید ولز، بازرگانی اتریش، بلژیک، فرانسه، هلند، ایتالیا و بریتانیای کبیر در بین سالهای ۱۸۶۰ تا ۱۸۷۳ بیش از صد درصد رشد داشته است، درحالی که بازرگانی چنین کشورهایی با مللی که فاقد معاهدات متقابل بودند تنها ۶۰ درصد افزایش یافته بود.

Laughlin and Willis, op.cit, pp. (6 - 16).

۴- در ۱۸۷۹، چنسلر اتونون بیسمارک قانون تعرفه‌ای جدیدی را وضع کرد که به طور قابل توجهی نرخ‌های تعرفه‌ای را افزایش میداد. حرکتی که دیگر قدرتها بسرعت از آن تبعیت کردند.

Yanai, Akiko, op.cit. p. 11, Foot note. 14.

۵ Yanai, Akiko, op.cit. p. 12.

که بتوان به جبران برابر در اعمال رفتار ملت کامله‌الوداد مشروط رسید و یک امر پیچیده‌ای است. ترتیبات تجاری متقابل، راه کارهای موقتی هستند. در شرایط فعلی، توسعه تجارت خارجی ایالات متحده نیازمند تضمین برابری رفتار است که نمی‌تواند از طریق نوع مشروط شرط ملت کامله‌الوداد تحقق یابد... همان طور که انتظار داریم کشورهای خارجی از اعمال تبعیض خودداری ورزند، متقابلاً نیز این آمادگی را به اعطای چنین تعهدی در برابر دیگران خواهیم داشت.» کمیسیون تعرفه ایالات متحده این تغییر رویه را در پیش گرفت. کمیسیون بیان کرد که شرط ملت کامله‌الوداد مشروط منجر به تقابل تبعیض آمیز می‌شود، لذا کمیسیون تصویب کرد که سیاست تجاری، به یک سیاست غیر تبعیضی تبدیل شود و تقابل با شروط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط همخوانی داشته باشد این ایده بعداً در قانون ۱۹۳۴ ایالات متحده تبلور یافت.

بعد از سال ۱۹۲۳ تقریباً استفاده از شکل مشروط شرط از صحنه بین‌المللی کنار رفت. آقای "ویرالی" در بیان دلایل آن چنین می‌گوید: «... حذف عنصر اتوماتیک از شرط ملت کامله‌الوداد، آشکارا برای تضمین تقابل است و شرط را از رسیدن به هدفش باز داشته و آن را کاملاً بی‌معنی می‌سازد. چنین امری همراه با گسترش تجارت، ویژگی سیاست تجاری تمامی دولت‌ها شده است و حاکی از آن است که چرا شرط مشروط در رویه معاهداتی اخیر رها شده است.»^۳

بند دوم. موافقتنامه‌های تجاری دوجانبه ایالات متحده در دهه‌های ۴۰-۱۹۳۰

ایالات متحده در سال ۱۹۳۴ قانون موافقتنامه‌های تجاری متقابل^۱ را تصویب کرد که در آن قانون پیشنهاد شده بود که ایالات متحده به سیاست تجاری مبتنی بر آزادی تجارت باز گردد.^۲ این قانون مبتنی بود بر شکوفایی تجارت بین‌المللی که برای شکوفایی تجارت داخلی نیز ضرورت داشت.^۴ این قانون شروط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط را مورد تأیید قرار داد. اما راه بسوی آزادی تجارت آسان نبود، زیرا نه تنها کنگره عمدتاً صنعت داخلی را هدف خود قرار میداد، بلکه اجرای آن نیز توسط شخص روزولت که از ایده

^۱ Hack worth, op.cit., p. 273.

^۲ Hyde, op.cit., p. 1506, footnote 13.

^۳ Virally, M., "La principe de reciprocite en droit international contemporain", Recueil des Cours de la Haye, 1967- III, Leiden, sijthoff, 1969, vol. 122, p. 74.

^۴ Reciprocity Trade Agreements Act (RTAA)

۵- به طور کلی پذیرفته شده است که سند موافقتنامه‌های تجاری متقابل قدم اول در تاریخ قانونگذاری تعرفه ایالات متحده به حساب می‌آید که باعث به جلو افتادن چنین ایده‌ای شد.

Tasca, Henry J. "The Reciprocal Trade Policy of the US: A study in Trade Philosophy", Philadelphia: University of Pennsylvania press, 1938, p. 39.

۶- تدوین RTAA، اصلاحیه‌ای بود بر تعرفه اسموت هاولی ۱۹۳۰. اسموت هاولی عبارت بود از یک قانون نمونه که مبتنی بر تقابل نبود و جنبه مقابله به مثل داشت.

Gilligan, Michel J., "Empowering Exporters: Reciprocity Collective Action in America Trade Policy", Michigan: the University Michigan Press 1997, p. 68.

^۷ Tasca, op.cit., pp. 10-28.

پیش‌قراولان تجارت آزاد بسیار دور بود، کار را مشکل می‌ساخت.^۱ اما وزیر امور خارجه آقای "کردل هال" تأکید بسیاری بر آزادسازی تجارت و ساختن نظام تجارت جهانی ولو با زور داشت.

مطابق با قانون فوق‌الذکر ایالات متحده موافقتنامه‌های تجاری دوجانبه‌ای را با ۲۷ کشور از ۱۹۳۴ تا ۱۹۴۵ منعقد کرد.^۲ محتوای همه این موافقتنامه‌ها کاهش متقابل تعرفه‌ها و یک شرط ملت کامل‌الوداد غیرمشروط بود. البته این قانون به تقابل خاص اشاره نمی‌کرد و حتی در جایی که کاهش تعرفه‌ها و دیگر موانع تجاری از طریق مذاکرات دوجانبه مطرح بود، مبتنی بر تقابل عام بود. اما اتخاذ رفتار ملت کامل‌الوداد مشروط بر پایه اصل عدم تبعیض نظیر گات قرار نداشت، بلکه بر پایه این اعتقاد بود که حداکثر منافع را برای ایالات متحده در عوض باز کردن بازارهایش به روی ملت‌های خارجی به بار آورد. اما پیشرفت از طریق مذاکرات دوجانبه تحت این قانون بسیار کند و محدود بود. چهار سال بعد از این قانون، "تاسکا" عوامل چندی را برشمرد که مانع از عملکرد سیاست تجاری ایالات متحده بر مبنای موافقتنامه‌های تجاری متقابل شده بود: ۱. احتیاط و مراقبتی که از سوی قوه مجریه اعمال میشد. ۲. فشاری که از طرف گروه‌های طرفدار تعرفه اعمال می‌شد. ۳. ارزیابی و تحلیل‌های کشورهای خارجی قبل از انعقاد موافقتنامه‌های تجاری با ایالات متحده. ۴. نیاز به مصالحه و آشتی میان سیاست‌های تجاری کشورهای خارجی با سیاست ایالات متحده که در موارد اختلاف فاحش سیاست‌ها با هم کماکان این مذاکرات برای انعقاد موافقتنامه‌های تجاری متقابل تا پایان جنگ جهانی دوم ادامه داشت تا این که بعد از جنگ ایالات متحده تکیه بر چندجانبه‌گرایی زد.^۴

مبحث دوم. شرط ملت کامل‌الوداد غیرمشروط از دیدگاه اسناد موضوعه بین‌المللی

مطابق ماده ۱۱ طرح پیش‌نویس در این نوع از شرط دولت معطی ملزم به اعطای هر نوع منفعتی به دولت ذی‌نفع خواهد بود که داخل در حوزه شرط است و به دولت ثالث تسری داده شده است، بدون این که دولت ذی‌نفع ملزم به دادن چیزی به عنوان جبران باشد. مهم‌ترین مثال در این زمینه ماده یک موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت "گات" است که مقرر می‌دارد در رابطه با تعهدات گمرکی و دیگر تعهدات وضع شده از هر نوعی... ورود یا صدور کالاها... هر نوع منفعتی که از طرف هر یک از اعضا متعاقد به هر کالایی... از هر

۱ - ایالات متحده با قانون تعرفه اسموت هاولی ۱۹۳۰ به سوی سیاست محافظه کارانه پیش رفت و به دنبال آن نرخ‌های تعرفه را تدریجاً افزایش داد که نهایتاً منتهی به یکسری بلوکهای تبعیضی شد. برای مثال، در ۱۹۳۱، اتحادیه گمرکی آلمان - اتریش تأسیس شد که رفتار تعرفه‌ای ترجیحی را تنها به اعضا کامن ولث انگلیسی بعد از تشکیل کنفرانس اتاوا در سال ۱۹۳۲، اعطا می‌نمود.

۲ - شرکای متعاقد موافقتنامه‌های دوجانبه عبارت بودند از: آرژانتین، برزیل، اتحادیه اقتصادی بلژیک، لوکزامبورگ، کانادا، کلمبیا، کاستاریکا، کوبا، اکوادور، السالوادور، فنلاند، فرانسه، بریتانیای کبیر و ایرلند شمالی، گواتمالا، هائیتی، هندوراس، ایسلند، مکزیک، هلند، نیکاراگوآ، پرو، سوئد، سوئیس، ترکیه، اوروگوئه و ونزوئلا، به نقل از Yanai, Akiko, op.cit., footnote 20

3Tasca, op.cit., p. 97.

4 Dam, kenneth w., "The GATT-Law and International Economic Organisation", Shicago: the University of Shicago Press 1970, p.61.

کشور متعاقد دیگر اعطا می شود، بایستی فوراً و بی قید و شرط به هر کالای مشابهی در کشورهای دیگر هم اعطا شود. علاوه بر این در چند سند مهم بین المللی نیز به شروط ملت کامله الوداد غیرمشروط اشاره رفته است، من جمله اصل کلی شماره ۸ که از طرف اولین کنفرانس تجارت و توسعه UN (آنکتاد) در سال ۱۹۶۴ به تصویب رسید، ماده ۲۶ منشور حقوق و تعهدات اقتصادی دولت ها (۱۹۷۴)، سند نهایی ۱۹۷۵ کنفرانس هلسینکی راجع به همکاری و امنیت در اروپا.^۱ اما حقوق بین الملل عمومی هنوز نتوانسته است به یک قاعده الزام آوری که بتواند دولت ها را ملتزم نماید که در معاهدات تجاری شان چنین شروطی را بگنجانند یا در نبود چنین شروطی رفتار ملت کامله الوداد را به یکدیگر اعطا کنند، دست بیابد. اما به طور کلی پذیرفته شده است که در هر مورد اگر دولتی بدون دلایل موجه بخواهد پیشنهاد دولت دیگر را بر مبنای تجارت متقابل در خصوص تعهد ملت کامله الوداد انکار نماید، این یک عمل یا رفتار غیر دوستانه تلقی خواهد شد.

مبحث سوم. محدود کردن شرط غیرمشروط از طریق وضع شرایط و قیود

ماهیت شرط غیرمشروط این است که به طرفین حقوق برابر را بدهد. اما تضمینی راجع به این که طرفین از منافع مادی برابری برخوردار شوند، داده نمی شود. این امر به تنهایی دلیل حقوقی بر انکار شرط غیرمشروط نیست. برای اجتناب از چنین وضعیت هایی دولت ها اقدام به استفاده از محافظه هایی در برابر این شکل نموده اند، نظیر گنجاندن قیود، شرایط و محدودیت هایی بر شرط غیرمشروط. چنین قیودی، شرط غیرمشروط را مشروط نمی سازد، زیرا شرط غیرمشروط به این معناست که دولت ذی نفع برای قرار گرفتن در جایگاهی که دولت ثالث پیدا کرده است، لازم نیست جبران یا مابه ازایی را به دولت معطی بدهد اما می توانند آن را تابع یکسری قیود یا محدودیت هایی کنند و این به دلیل اصل حاکمیت دولت ها و آزادی قراردادهاست که مورد تأیید رویه دولت ها می باشد. برای مثال شرط به عنوان یک مقرر معاهداتی تابع خاتمه و فسخ است. در معاهدات خصوصی قیود غالباً به تعیین دوره و مدت رفتار ملت کامله الوداد می پردازند. موافقت با قیود و محدودیت ها ارتباطی با وضعیت حقوقی ثالث ندارد و تنها مربوط به این است که دولت ذی نفع آن پیش شرط را تا آن جا که ممکن است، به آن جام رسانیده باشد. مثال بارز در این زمینه، قید ملحوظ در ماده ۲ گات است که طرفین متعاقد را به اعطای امتیازات تعرفه ای به طور متقابل به عنوان پیش شرط استحقاق از حقوق مندرج در موافقتنامه گات متعهد ساخته است. قیود دیگری هم می توان هنگام الحاق به گات ذکر نمود. مثال هایی از این دست به فراوانی در گات یافت می شود که در بخش دوم مفصل به آن خواهیم پرداخت. فلسفه درج چنین قیودی، غالباً ناشی از ماهیت و اثر نامعین و زیان آور شرط ملت کامله الوداد کاملاً غیرمشروط و بدون هر گونه قید و محدودیت است. شرایط و محدودیت های دیگری که از

^۱ Ustor Endre., op.cit, p.412.

لحاظ حقوق عرفی به شرط وارد شده است، هدفش افزایش این اثر و مصالحه میان منافع مادی متعارض شرکای تجاری است.^۱ خارج از حوزه تجارت، تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد در معاهدات کنسولی و معاهدات مقر، گاهی تابع این قید می‌شود که دولت ذی نفع با کنسولهای دولت معطی همان رفتاری را داشته باشد که کنسولهایش از آن بهره مند شده‌اند.

گفتار چهارم. شرط ملت کامله‌الوداد مشروط به رفتار متقابل

مبحث اول. مفهوم تقابل

تقابل را می‌توان قاعده بنیادینی تعریف نمود که از طریق آن طرفین توازن رفتار میان خود را با اعطا حقوق و منافع و یا تعهدات یکسان و معادل به یکدیگر، حفظ می‌کنند.^۲ رابطه متقابل می‌تواند به عنوان وسیله ایجاد توازن تعریف شود به این معنا که یک طرف به طرف دیگر رفتار خاصی را اعطا و طرف دیگر رفتاری معادل آن را به او برمی‌گرداند.^۳ آقای "که اوهان" معتقد است که "تقابل دارای دو بُعد است: ۱. برابری و ۲. احتمال وقوع."^۴

آقای "بلو" معتقد است که "تقابل متضمن عملکردهایی است که مبتنی بر عکس‌العمل‌های پاداشی احتمالی از ناحیه دیگران است و این عملکردها در صورتی که عکس‌العمل‌های مورد انتظار به وقوع نپیوندد، متوقف خواهد شد."^۵

روابط متقابل، مستلزم این است که از قبل روابطی وجود داشته باشد که طرف دیگر به پاسخی متعاقب آن تشویق و تحریک شود. لذا، عملکردهای احتمالی، اجباراً به طریقی اتخاذ می‌شوند که خوب به خوب و بد به بد برمی‌گردد.^۶ این در واقع منجر به سیاست "این به آن در" می‌شود و اگر این جنبه منفی از تقابل بیش از حد به کار رود می‌تواند منتهی به یک رابطه تلافی جویانه شود.

تعادل منافع، به تحقیق با مفهوم تقابل درآمیخته شده است. اما اندازه‌گیری این تعادل در زمینه روابط بین‌المللی کار مشکلی است. علاوه بر این تعادل می‌تواند نابرابری ماهوی و بی‌عدالتی در میان دولت‌ها را به دنبال داشته باشد. زیرا تقابل مستلزم رفتار مساوی در میان شرکای نابرابر بر مبنای اصل برابری

¹ Ibid., p. 43.

² Yamamoto, souji (1988), "Functional change of Reciprocity In International Economic Law" in Takano, Yuichi (ed.), 1988. (considerable Issues in International Relations Law), Tokyo: Yuhikaku, p. 245.

³ Kuwahara, Terumichi, Int. Law Dicsionary, Tokyo: kashima syupannkai. 1975, p. 417.

⁴ Keohane, Roberto, "Reciprocity in International Relations", International Organization, vol. 40, No. 1, winter 1986, p. 5.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibid, p. 8.

⁷ Tit for tat

حاکمیت هاست. تقابل غالباً به عنوان مترادف واژه "رابطه دو طرفه"^۱ به کار می رود. اما این دو با هم متفاوتند:

۱. در روابط متقابل تنها عمل طرف دهنده رفتار ارادی است و عمل دریافت کننده اجباری است. بالعکس، رابطه دو طرفه هنگامی واقع می شود که هر دو طرف شرکت کننده به یکدیگر آزادانه هر آن چه را که مدنظرشان است، بدهند. ۲. تقابل مستلزم تعادل و تقارن میان شرکا در یک رابطه دوجانبه است، به این نحو که یک طرف می دهد و طرف دیگر باز می گرداند. از طرف دیگر، رابطه دو طرفه الزاماً مستلزم توازن میان شرکت کننده ها نیست.^۲

مطابق نظریه "اسمیت"، تقابل را می توان به دو نوع تقسیم بندی کرد: "تقابل باز و تقابل بسته".^۳ "کلاین" تقابل را به دو نوع "تهاجمی و غیر فعال"^۴ و "که اوهان" به دو نوع "تقابل عام و تقابل خاص" تقسیم بندی کرده اند.^۵

تقابل عام متضمن یک پوشش گسترده در طول یک دوره زمانی از روابط است. این نوع از تقابل (عام، باز یا غیر فعال) هیچ نیازی به پاسخ مستقیم به عمل از قبل ندارد و صرفاً طرف دریافت کننده را به بازپرداخت آن در آینده، متعهد می کند. در حالی که در نوع دوم یعنی (تقابل خاص، تهاجمی یا بسته) تأکید زیادی به تبادل هم زمان منافع و یا تعهدات معادل می شود. نوع اخیر بیشتر با روابط دوجانبه یا چندجانبه محدود سازگارست. این دو مفهوم راجع به تقابل رفتار ملت کامله الوداد را به دو نوع تقسیم می کند: ۱. تقابل خاص که رفتار ملت کامله الوداد مشروط را به دنبال دارد. و ۲. تقابل فراگیر (عام) که دکترین گات را تشکیل می دهد و از آزادی تجارت غیرتبعیضی و همه جانبه حمایت می کند و از آن به عنوان تبادل رفتار ملت کامله الوداد غیرمشروط میان دولت های عضو یاد می شود.

تفسیر تقابل، بسته به وضعیت اجتماعی و اقتصادی در طول زمان تغییر می کند و نیز با دگرگونی در روش های آزادی تجارت، قابل تغییر است.^۶

^۱Mutual relationship

^۲Kuwahara, op.cit., p.416.

^۳"Open Reciprocity-Restrictive Reciprocity", Ishikawa, Masao, "History and Function of Reciprocity In International Relations", Gaimusyo Chosageppo, vol. 28, No. 2, 1985, pp. (10-11).

^۴"Aggressive Reciprocity-Passive Reciprocity", Cline, William R., "Reciprocity": A New Approach to World Trade Policy Analyses In International Economics, Washington, D.C., Institute for International Economics, 1983, No.2, Quoted in Yanai Akiko, op.cit., p.6.

^۵"Diffuse Reciprocity-Specific Reciprocity", Yanai, Akiko, op.cit., p.6.

^۶Ibidem.

^۷Ibid., p. 7.

مبحث دوم. شرط ملت کامله‌الوداد و رفتار متقابل در رویه دولت‌ها

درج تقابل در شروط ملت کامله‌الوداد ابتدائاً در اعطای مزایا و مصونیت‌های کارکنان کنسولی و مأموریت‌های محوله به کار گرفته شد. بعد از نیمه قرن ۱۸، تقابل اصل بنیادین در تجارت بین‌المللی شد، بخصوص وقتی به شروط ملت کامله‌الوداد راه یافت. زیرا از این طریق، طرفین توازن میان رفتارهایشان را با اعطا حقوق و منافع یکسان به یکدیگر برقرار می‌ساختند.^۱

وقتی صحبت از رفتار متقابل در رابطه با شرط ملت کامله‌الوداد می‌شود، در ذهن، یک معاهده دوجانبه یا چندجانبه‌ای که طرفین در آن موافقت به اعطای رفتار ملت کامله‌الوداد نسبت به یکدیگر نموده‌اند، نقش می‌بندد. می‌توان گفت امروزه رفتار متقابل ویژگی طبیعی شرط ملت کامله‌الوداد به حساب می‌آید. شروط ملت کامله‌الوداد یکجانبه امروزه به طور استثنایی واقع می‌شوند.

برای مثال معاهده ۱۹۰۹ سوئد، به طور یکجانبه، رفتار ملت کامله‌الوداد را به آلمان و ایتالیا در خصوص استفاده از خط راه آهن ساخته شده در "گرت هارد" سوئد اعطا نمود.^۲ شروط ملت کامله‌الودادی که به طور یکجانبه اعطا می‌شود تنها می‌تواند نسبت به یک دولت محصور در خشکی اعطا شود، نظیر معاهده تجارت و دریانوردی ۱۹۵۹ آلمان و چکسلواکی که آلمان به کشتی‌ها و محموله‌های چکسلواکی اجازه ورود و خروج به بنادر آلمان و لنگر انداختن در آن‌ها را اعطا نمود.^۳

در ضمیمه (و)، بخش ۲ معاهده مؤسس جمهوری قبرس که در ۱۹۶۰ در نیکوزیا امضا شد، یک چنین تعهد یکجانبه‌ای در رابطه با شروط ملت کامله‌الودادی که در توافقات آینده اعطا می‌شود، آمده است.^۴

شروط ملت کامله‌الوداد یکجانبه همراه با تقابل، در معاهدات صلحی که نیروهای متحد و متفق در سال ۱۹۴۷ با بلغارستان،^۵ مجارستان،^۶ رومانی،^۷ فنلاند^۸ و ایتالیا منعقد نمودند، آمده است. همین شروط در ماده ۲۹ معاهده راجع به تأسیس مجدد یک اتریش دموکراتیک و مستقل نیز آمد.^۹

صرف تصریح به رفتار متقابل، شرط یکجانبه را، دو طرفه نمی‌کند مثال زیر این موضوع را روشن می‌سازد: ماده ۳۳ معاهده صلح مجارستان مقرر می‌دارد: "... دولت مجارستان... می‌باید رفتار ذیل را به هر یک از اعضای ملل متحد که متقابلاً همان رفتار در همان موضوع را به دولت مجارستان اعطا می‌کنند، اعطا

^۱ Winham, op.cit., p. 49.

^۲ Snyder, op.cit., p. 21.

^۳ United Nations, Treaty Series, vol. 374, p. 120.

^۴ YILC 1978, vol. II, part two, pp. (37-38).

^۵ United Nations, Treaty Series, vol. 41, p. 21.

^۶ Ibid., p. 135.

^۷ Ibid., vol. 42, p. 3.

^۸ Ibid., vol. 48, p. 203.

^۹ Ibid., vol. 49, p. 3.

^{۱۰} Ibid., vol. 217, p. 223.

نماید: الف) در تمام موضوعاتی که به وظایف یا تعهداتی مربوط می شود... که سازمان ملل متحد می باید رفتار ملت کامله الوداد را به طور غیرمشروط اعطا کند...^۱ معنی این شرط روشن است. هرچند سازمان ملل حق دارد، مدعی شود که اعطا رفتار ملت کامله الوداد در برابر رفتار متقابل بوده است. اما باز هم یک حق یکجانبه است و مجارستان را مستحق بهره مندی از رفتار ملت کامله الوداد نمی سازد.

هرچند شکل آمریکایی شرط ملت کامله الوداد مشروط، امروزه ناپدید شده است اما شرط ملت کامله الودادای که مشروط به رفتار متقابل شده است، هنوز وجود دارد اما زمینه اعمال این طبقه از شروط محدود به زمینه های خاصی شده است نظیر، مصونیت های کنسولی و وظایف کنسولی، موضوعات حقوق بین الملل خصوصی و موضوعاتی که غالباً در معاهدات مؤسس می آیند.

علی رغم تغییر در سیاست ایالات متحده از شرط ملت کامله الوداد مشروط به غیرمشروط در موضوعات تجاری، در رابطه با حقوق و مزایای کنسولی که در آن شرط مشروط اعمال می شد، تغییری داده نشد و این رویه همچنان ادامه یافت.^۲

مثال دیگری از این نوع، شرط مشروط به رفتار متقابلی است که در ماده ۱۴ معاهده کنسولی ۹ سپتامبر ۱۹۲۹ میان ایتالیا و ترکیه آمده است به این شرح: "کارکنان کنسولی هر یک از طرفین متعاهد می باید بر طبق رفتار متقابل در سرزمین هر یک از طرفین متعاهد بهره مند از همان مزایا و مصونیت هایی شوند که کارکنان کنسولی هر دولت ثالثی که در همان درجه و ویژگی قرار دارند، بهره مند شده اند. هیچ یک از طرفین معظم متعاهد حق ندارد، بر طبق معاهده ای که با دولت ثالث دارد، خواستار منافی به غیر از یا بیشتر از آن چه که از سوی خودش به اتباع کنسولی دولت دیگر اعطا شده است، بشود."^۳

مثال دیگر بند ۱ ماده ۳ معاهده مربوط به شرایط اقامت و دریانوردی میان انگلستان، پادشاهی سوئد و فرانسه می باشد که در ۱۶ فوریه ۱۹۵۴ در پاریس به امضا رسید. مطابق این بند: "به شرط اعمال موثر رفتار متقابل، هر یک از اتباع دول متعاهد که در سرزمین متعاهد دیگر اقامت دارد می باید در سرزمین متعاهد دیگر، تحت همان شرایطی که متعهد داخلی برای اشتغال به تجارت، صنعت و هر نوع حرفه تجاری که مختص به اتباع نشده است، داراست، قرار گیرد."^۴

همچنین کنوانسیون میان لهستان و بلغراد که در ۱۹۵۸ به امضا رسید در ماده ۴۶ خود مقرر می دارد: "هر یک از طرفین متعاهد، در برابر طرف دیگر متعهد به اعطا رفتار ملت کامله الوداد در کلیه موضوعات راجع به حقوق، مزایا، مصونیت ها و وظایف کنسولی به کارکنان کنسولی طرف دیگر است ولی هیچ یک از

1 United Nations, Treaty Series, vol. 41, p. 204.

2 YILC 1968, vol. I, p. 186, 976 th Meeting, para. 8.

3 League of Nations, Treaty Series, vol. CXXIX, p. 195.

4 United Nations, Treaty Series, vol. 228, p. 141.

متعاهدین نمی‌تواند خواستار رفتار ملت کامله‌الودادی بیشتر یا به غیر از آن چه که خودش در همان زمینه به متعاهد دیگر اعطا نموده است، شود.^۱

شرط مشروط به رفتار متقابل ساده‌ترین شکل شرط مشروط به جبران است.^۲ "پیه" در این زمینه معتقد است:

"هرچند منظور از رفتار متقابل، اشاره به همان نسخه از طرف دولت ذی نفع نیست اما به معنای تقارن کامل میان منافع طرفین است. به عبارت دیگر، منظور از رفتار متقابل، رفتار متقابل مادی است فلذا متضمن یک توازن معیاری میان دو مرجع قانونگذاری است. همان طور که "نی بوايه" می گوید: تقابل دیپلماتیک دارای سه بعد است که رأس آن در حقوق بین‌الملل و دو رأس دیگر آن در حقوق داخلی است. هرچند از لحاظ منطقی، صرف رفتار متقابل موجبات رضایت خاطر را فراهم می‌سازد اما در عمل چنین نیست. جدای از اشکالاتی که از تفسیر رفتار متقابل بوجود می‌آید، این نظام دارای معایبی است که منجر به کاهش منافع می شود دولت ذی نفع نمی‌تواند خواستار اعمال شرط شود مگر این که پیشنهاد اعطای آن مزایایی را که مورد مطالبه قرار می دهد به دولت معطی اعلام کرده باشد. معایب یکجانبه رفتار در این مرحله به این معناست که منافع متقابل حداقل از لحاظ تئوریک باید با هم یکسان باشد، هرچند در مرحله عمل و رویه این طور نیست و با هم تفاوت هایی دارند."^۳

مقصود از شروط ملت کامله‌الودادی که همراه با رفتار متقابل است، این نیست که رفتار اعطا شده به اتباع ثالث در سرزمین‌های بیگانه نظیر اتباع آن سرزمین باشد.

بلکه آن چه طراحان چنین شروطی دنبال آن بودند، نوع متفاوتی از برابری است یعنی رفتار برابری که از سوی دولت های متعاهد نسبت به اتباع یکدیگر اعطا می شود. "لول" در این باره چنین می گوید: "به نظر نمی رسد که شروط ملت کامله‌الودادی که با شرط تقابل همراه است، بتواند موجب وحدت و تسهیل در روابط بین‌المللی شود و این امر شرط را از شایستگی‌هایی که قبلاً به آن نسبت داده شده است، تهی می‌سازد."^۴

مبحث سوم. شرط ملت کامله‌الوداد مشروط به رفتار متقابل در طرح پیش نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل

کمیسیون حقوق بین‌الملل در ماده ۱۳ طرح پیش نویس خود تحت عنوان "اثر شرط ملت کامله‌الودادی که مشروط به شرط رفتار متقابل شده باشد"، این نوع از شرط را مورد شناسایی قرار داده است.

¹ Ibid., vol. 432, p. 323.

² YILC 1969, vol. II, pp. 166 and 167, doc. A/CN.4/213, para. 58.

³ Piot, op.cit., pp. (9 and 10).

⁴ Level, op.cit., p. 338, para. 37.

کمیسیون حقوق بین‌الملل به لحاظ غلبه چنین شروطی در میان شروط مشروط به جبران مقتضی دانست که ماده جداگان‌های را به آن اختصاص دهد به طور کلی، شروط ملت کامله‌الوداد به چند طریق می‌تواند مشروط به رفتار متقابل شود: ۱. از طریق درج در خود شرط ۲. از طریق مقرر دیگر در معاهده مشمول شرط ۳. از طریق یک معاهده دیگر ۴. هر نوع توافق دیگری میان دولت معطی و ذی نفع.

منظور از رفتار متقابل همان نوع و همان میزان رفتار است. برای مثال دستیابی به محاکم قضایی بدون تودیع هزینه‌های دادرسی یا اجازه تصدی آزادانه به یک نوع تجارت خاص از سوی طرفین معطی و ذی نفع.^۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل در طرح پیش نویس، به دلیل ابهامی که در استفاده از واژه "مادی" وجود داشت، از به کار بردن عبارت "رفتار متقابل مادی" خودداری کرد.^۲ چنین شرطی فاقد خصیصه اتوماتیک و قهری نظام شرط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط است، زیرا دولت ذی نفع در صورتی می‌تواند از رفتار تسری داده شده به ثالث بهره مند شود که چنین رفتاری نسبت به او در همان موضوع اعطا شده باشد و یا در آینده اعطا شود.

شرط تقابل می‌تواند منجر به اشکالات جدی در تفسیر شود، زیرا که اصولاً قواعد نظام‌های حقوقی کشورهای ذی نفع ماهیتاً با هم متفاوتند اما این ایراد ذاتی منجر به زیر سوال بردن اعتبار قاعده نخواهد شد. به همین دلیل، کمیسیون حقوق بین‌الملل در طرح پیش نویس لزومی به ورود در جزئیات بحث رفتار متقابل ندید، زیرا که در نظام‌های حقوق داخلی کشورهای مختلف تفاوت‌هایی وجود دارد که می‌تواند در مواردی تردیدهایی را برانگیزد که آیا رفتاری که به دولت ذی نفع اعطا می‌شود، می‌باید با آن چه که دولت معطی آن را اعطا می‌کند، مساوی باشد یا خیر و حل این تردیدها را به عهده خود دولت‌ها گذاشت.^۴

^۱YILC 1978, vol. II, part two, p. 39.

^۲Ibid., p.17.

^۳Batiffol, op.cit., pp. 213 and 214, No. 188.

^۴YILC 1978, Vol, II, part two, pp. (16-17).

فصل پنجم. نحوه عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد

گفتار اول. نحوه عملکرد شرط کامله‌الوداد مشروط به جبران

کمیسیون حقوق بین‌الملل در ماده ۱۲ طرح پیش نویس تحت عنوان عملکرد شرط ملت کامله‌الودادی که مشروط به جبران شده است چنین مقرر می‌دارد: "چنان چه شرط ملت کامله‌الوداد مشروط به جبران شده باشد، دولت ذی نفع حق دستیابی به رفتار ملت کامله‌الوداد را تنها به موجب اعطا جبران مورد توافق به دولت معطی به دست می‌آورد."^۱

لذا، مطابق این تعریف برای بررسی عملکرد شرط مشروط می‌باید "شرایط جبران"^۲ را بررسی کنیم همان گونه که گفتیم منسوخ شدن قالب مشروط شرط به این معناست که دولت‌ها نتوانند آن را مشروط به جبران کنند مثلاً، شرط کنند که دولت ذی نفع مزایای اقتصادی یا سیاسی خاصی را به دولت معطی بدهد، نظیر یک وام طویل‌المدت. اما این امر ممکن و شدنی است، شرایط جبران می‌تواند در خود شرط یا در معاهده‌ای که شرط در آن آمده است درج شود یا به هر نحو دیگری میان طرفین توافق شود. همین طور این شرایط می‌توانند در قالب قیود زمانی در ابتدا یا انتهای بهره‌مندی از رفتار ملت کامله‌الوداد بیایند. کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز با در نظر گرفتن امکان درج شروط مشروط، ماده‌ای را در طرح خود به این امر اختصاص داد.

این ماده، تنها فرم آمریکایی شروط مشروط را شامل نمی‌شود، بلکه شامل موارد دیگری هم که دولت‌ها به‌غیر از نفع مادی مطلوب از طرف ذی نفع آن جام کار یا خودداری از آن جام فعلی را به‌عنوان جبران خواستار می‌شوند نیز، در برمی‌گیرد.^۳

برای اعمال شرط ملت کامله‌الوداد مشروط ۳ رکن لازم است: ۱. وجود یک شرط معتبر در یک معاهده لازم‌الاجرا، ۲. اعطا رفتار از طرف دولت معطی به دولت ثالث و ۳. اعطای جبران از طرف دولت ذی نفع به دولت معطی.

لذا در مورد شروط مشروط به جبران، عملکرد شرط هنگامی است که هم رفتار مربوطه به ثالث اعطا شده باشد و هم رفتار جبرانی مورد توافق اعطا شده باشد. در صورت فقدان هر یک از این ارکان شرط به مرحله عمل در نخواهد آمد.^۴

¹ YILC 1978, vol. II, part two, p. 33.

² Conditions of compensation

³ Virally, M., "La Principe de Reciprocite en Droit International Contemporain", Recueil des Cours, de l'Academie de Droit International de Droit International de La Haye, 1967-III, Leiden, Sijthoff, 1969, vol. 122, p. 74.

⁴ Schwarzenberger, G., op.cit., p. 130.

گفتار دوم. نحوه عملکرد شرط ملت کامله الوداد غیرمشروط

چنان چه شرط ملت کامله الوداد مشروط به جبران نشده باشد در آن صورت دولت ذی نفع حق دریافت رفتار ملت کامله الوداد را به طور اتوماتیک و بلافاصله پس از اعطا رفتار مطلوب به دولت ثالث کسب می‌کند. ماده ۱۱ طرح پیش نویس کمیسیون تحت عنوان "اثر شرط ملت کامله الودادی که مشروط به جبران نشده است" مقرر داشته است: "در صورتی که شرط ملت کامله الوداد مشروط به جبران نشده باشد، دولت ذی نفع حق رفتار ملت کامله الوداد را بدون این که هیچ گونه تعهدی به اعطا جبران در برابر دولت معطی داشته باشد تحصیل می‌نماید."^۱

برای اعمال شرط ملت کامله الوداد غیرمشروط دو رکن لازم است: ۱. وجود یک شرط معتبر در یک معاهده لازم الاجرا و ۲. اعطا رفتار از طرف دولت معطی به دولت ثالث. درمورد این شرط، زمان عملکرد هنگامی است که رفتار مربوطه از سوی دولت معطی به دولت ثالث اعطا شده باشد.^۲

گفتار سوم. نحوه عملکرد شرط ملت کامله الوداد مشروط به رفتار متقابل

ماده ۱۳ طرح پیش نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل، تحت عنوان اثر "شرط ملت کامله الوداد مشروط به رفتار متقابل" چنین مقرر داشته است: "چنان چه شرط ملت کامله الودادی مشروط به رفتار متقابل شده باشد، دولت ذی نفع، حق دریافت رفتار مطلوب را تنها بر مبنای اعطای رفتار متقابل مورد توافق به دولت معطی بدست می‌آورد."

نظیر عملکرد شرط ملت کامله الوداد مشروط به جبران در این جا نیز ۳ رکن برای عملکرد شرط مشروط به رفتار متقابل لازم است: ۱. وجود یک شرط معتبر در یک معاهده لازم الاجرا. ۲. اعطا رفتار مطلوب از طرف دولت معطی به دولت ثالث و ۳. اعطای رفتار متقابل از طرف دولت ذی نفع به معطی.^۳

گفتار چهارم. شرایط اعمال شرط ملت کامله الوداد

مبحث اول. انطباق با قوانین و مقررات دولت معطی

کمیسیون حقوق بین‌الملل در ماده ۱۴ پیش نویس تحت عنوان "انطباق با مفاد و شرایط توافق شده" چنین مقرر می‌دارد: "اعمال حقوق ناشی از شرط ملت کامله الوداد، مشروط به انطباق با مفاد و شرایطی است که در معاهده حاوی شرط آمده است یا بهر نحو دیگری میان طرفین معطی و ذی نفع مورد توافق قرار گرفته است." لذا منظور از انطباق با مفاد و شرایط توافق شده، هم شرایط جبران (عوض) و به ویژه رفتار

^۱ YILC 1978, vol. II, part two, p. 39.

^۲ Ibid., p. 53.

^۳ Ibid., p. 53.

متقابل بوده و هم شرایط مربوط به اعمال حقوق ناشی از شرط ملت کامله‌الوداد را در برمی گیرد. این شرایط نه تنها شامل آن چه که در شرط ملت کامله‌الوداد آمده و اعمال آن را مشروط به دادن امتیازاتی جهت مبادله به دولت معطی نموده است می شود، بلکه شامل شرایطی هم که جهت استیفای چنین حقی مطابق قانون داخلی دولت معطی لازم است می شود.^۱ مثلاً شرایط مربوط به تحصیل مجوز برای تصدی به یک تجارت خاص. یک منبع آگاه معتبر در این زمینه معتقد است: "شرایط مربوط به اعطا نوع خاصی از رفتار مطلوب تر بر طبق اعمال شرط ملت کامله‌الوداد نباید با شکل مشروط شرط ملت کامله‌الوداد خلط شود. رفتار متقابل به معنای فرم مشروط شرط نیست. بلکه آن چه مدنظر است، شرایط مربوط به محتوای واقعی رفتار است. برای مثال ارائه گواهینامه کیفیت به عنوان پیش شرطی برای تصدی یک فرد خارجی به یک نوع تجارت خاص. اما چنین شرایطی بایستی واقعاً در جهت سود و منفعتی باشد که قرارست اعطا شود و نباید در جهتی به کار رود که تبعیض آمیز باشد."^۲ آن چه گفتیم بیانگر شرایطی است که با حسن نیت اعمال می شود و محدود به یک وضعیت خاص هم می شود. هرچند ماده ۲۲ پیش نویس به شرایطی اشاره می کند که مطابق حقوق داخلی دولت معطی تحمیل می شود اما این ماده هدفش پوشش شرایط دیگری است که میان دولت ذی نفع و معطی مورد توافق قرار گرفته است.

گفتیم که اعمال حقوق ناشی از شرط ملت کامله‌الوداد، مشروط به مطابقت با قوانین و مقررات دولت معطی است. البته، این قوانین و مقررات نباید به طریقی اعمال شود که دولت ذی نفع نسبت به دولت ثالث از منفعت کمتری برخوردار شود.

هرچند در شرط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط دولت ذی نفع حق بهره مندی از حقوق مندرج در شرط را بدون جبران دارد اما نمی توان عنصر "غیرمشروط" بودن را به حدی کش دار تفسیر کرد که منجر به معافیت کامل دولت ذی نفع از رعایت و احترام به قوانین و مقررات داخلی دولت معطی و اجرای آن ها شود، البته تا حدی که چنین تعهد و الزامی قابل پیش بینی و اعمال از سوی هر دولت دیگری باشد.

مثال ذیل به خوبی گویای نظریه ای است که در فوق بیان شده: در این قضیه، تجدید نظرخواه یک شهروند ایتالیایی بود که مطابق ماده ی ۱ فرمان حکومتی ۱۲ نوامبر محکوم به بی حقی گردیده بود. زیرا مجوز تجارتی را دریافت نکرده بود.

خواهان مدعی بود که نیازی به احراز مجوز نداشته است زیرا به موجب شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده ی ۱۹۴۶ میان فرانسه و ایتالیا می توانسته است با تکیه بر معاهده ۱۸۶۲ میان فرانسه و اسپانیا که

¹Ibid., p. 39.

²Jaenicke, op.cit., p. 499.

به اتباع اسپانیایی حق می‌داد تا در فرانسه بدون نیاز به کسب مجوز مبادرت به تجارت نمایند، اقدام به تجارت نماید

دادستان معتقد بود که معاهده میان فرانسه و اسپانیا، شهروندان اسپانیایی را از الزامات مربوط به کسب مجوز تجارتي معاف نکرده است، همچنین نامه‌ی وزیر امور خارجه فرانسه به تاریخ ۱۵ آوریل ۱۹۷۵ بیان‌گر این بود که اتباع خارجی معاف از الزامات مربوط به کسب مجوز تجارتي نیستند و رعایت آن‌ها برای دادگاه‌ها الزام‌آور است.

به همین دلیل پژوهش تجدید نظرخواه رد شد. دیوان عالی کشور گفت: "نامه‌ی وزیر امور خارجه بیان می‌کند که اعطاء حق کسب و پیشه و تجارت در فرانسه به اتباع خارجی که در پی توافقات بین‌المللی حاصل می‌شود، اتباع خارجی را بی‌نیاز از رعایت الزامات ضروری نمی‌کند یعنی کسب مجوز تجار و این امر به ویژه نسبت به اتباع ایتالیایی بر طبق موافقتنامه‌ی ۱۹۴۶ میان فرانسه و ایتالیا قابل اعمال است لذا رأی پژوهش خواسته شده بر مبنای صحیح صادر شده است و هیچ یک از مقرراتی که در پژوهش با آن‌ها اشاره شده است، نقض نگردیده است. علی‌رغم این که موافقتنامه‌های بین‌المللی تنها از سوی طرفین معاهده می‌تواند تفسیر شود اما این تفسیر مادامی که به حقوق فرانسه مربوط است، تفسیر آن در صلاحیت دولت فرانسه است که به تنهایی حق دارد معنا و قلمروی این سند دیپلماتیک را تعیین کند."

موافقتنامه‌ی میان ایتالیا و فرانسه مقرر می‌دارد که اتباع ایتالیایی حق دارند از منافع شرط ملت کامله‌الوداد بهره‌مند شوند و معاهده‌ی ۱۸۶۲ میان اسپانیا و فرانسه که پژوهش خواه به آن تکیه کرده است، می‌بایست مطابق با تفسیری که از طرف وزیر امور خارجه صورت گرفته است معنا شود که ذیلاً بیان می‌شود: مقرراتی که نسبت به اتباع خارجی قابلیت اعمال دارند تا حدودی که منتهی به نقض مقررات موافقت-نامه‌های بین‌المللی نشده باشند، نباید به محدود شدن حقوقی که معاهده به اتباع اسپانیایی داده است بینجامد. تعهد تجار اسپانیایی مبنی بر کسب مجوز ویژه‌ی تجار، بهره‌مندی از حقوق موافقتنامه را متأثر نمی‌سازد بلکه شرایط اعمال آن را تحت تأثیر قرار می‌دهد کسب مجوز تجار شرط ضروری و کافیه‌ست که می‌بایست در جایی که تبعه‌ی خارجی حق بهره‌مندی از حقوقی را که به اتباع فرانسوی اعطا شده را، به دست آورده است، برآورده گردد.^۱

در بعضی موارد صراحتاً اشاره به قوانین دولت معطی شده است و این که حقوق مورد بحث می‌بایست در انطباق با قوانین آن دولت باشد که ذیلاً به مثالی در این زمینه اشاره می‌شود: در قضیه‌ای که به‌عنوان شاهد ذکر می‌شود، متوفی یک تبعه ایتالیایی بود و زمان فوت مقیم ایالت نیویورک بود و وصیتی نکرده بود.

¹ Corneli Case, France, Court of Cassation, 2 July 1958., (Quoted in YILC 1973, vol. II, p. 139, doc. A/CN.4/269, para. 63).

تمام وارثین او نیز در ایتالیا بودند و هیچ وارثی که مقیم نیویورک باشد، نداشت. در عرض حال او آمده بود که وی هیچ بستانکاری ندارد. کنسول ایتالیا عرض حالی را به مدیر تصفیه متوفی داد. عرض حال دهنده مدعی حقی بر اداره اموال متوفی بدون دادن هیچ تضمینی شده بود و ادعای خود را مبتنی بر مقررات معاهده کنسولی ۱۸۷۸ میان ایالات متحده و ایتالیا قرار داده بود دادگاه امور حسبی ایالت نیویورک در این قضیه گفت: "مطابق با شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده با ایتالیا راجع به حقوق، امتیازات خاص، مصونیت‌ها و مزایای و سرکنسولها، قید مندرج در معاهده ۲۷ ژوئیه ۱۸۵۳ با جمهوری آرژانتین^۱ جزئی از معاهده با ایتالیا شده است".

دادگاه امور حسبی ادامه می‌دهد "که هیچ دلیلی برای چنین نتیجه‌گیری نیافته است. حق مداخله برای تعیین انطباق با قوانین ایالت نیویورک از حق کنارگذاری قوانین ایالت نیویورک متفاوت است. حق مداخله برای تعیین انطباق با قوانین، از آن مأموری است که اداره‌ی اموال و دارایی اشخاصی که در حوزه آن اقامت دارند، به او سپرده شده است. و کسی که هیچ خویشتاوند نزدیکی در حوزه‌ی این ایالت ندارد، حق بر اداره‌ی دارایی‌اش به عهده‌ی این مأموران است و قوانین ایالت لازم می‌داند که مدیر تصفیه وجه الضمانی را که از طریق سنجش بهای دارایی‌ها تعیین می‌شود، بپردازد و هیچ چیزی در مقررات معاهده‌ی ۱۸۷۸ به کنسولها، اجازه معافیت از این تعهد را اعطا نکرده است. و این معافیت تنها از طریق اقامه دعوا در ماهیت امکان پذیر است که در فرض اخیر، مدیر تصفیه هیچ شناختی از وجود بدهی‌ها ندارد... بنابراین هرچند خواهان می‌تواند راجع به ارائه تضمین معمول، دلایل خود را بیان کند، اما تصمیم‌گیری درباره آن در صلاحیت قانون محلی بوده و مدیر تصفیه عمومی هم مخالف با چنین عملکردی است."^۲

در مواردی هم رعایت و احترام به قوانین داخلی دولت معطی در قالب یک ماده‌ی جداگانه از معاهده‌ی حاوی شرط آمده است برای مثال در ماده‌ی ۶ موافقت‌نامه‌ی تجاری بلند مدت ۱۹۶۲ میان اتحاد جماهیر شوروی و امارات متحده‌ی عربی آمده است که گردش کالا میان امارات و شوروی می‌باید در انطباق با مقررات این موافقت‌نامه و قوانین صادرات و واردات و مقررات لازم‌الاجرا در این دو کشور صورت گیرد، مشروط به این که این قوانین و مقررات نسبت به همه‌ی کشورها قابل اعمال باشد.^۳ کمیسیون حقوق بین‌الملل در ماده‌ی ۲۲ پیش‌نویس در این باره مقرر کرده است: در اعمال حقوق ناشی از شرط ملت

۱- در ماده ۱۱ معاهده میان ایالات متحده آمریکا و آرژانتین چنین آمده است: در صورتی که احدی از شهروندان هر یک از دو دولت متعاهد در سرزمین‌های طرف دیگر فوت کند، بدون اینکه وصیتی کرده باشد، سر کنسول یا کنسول یار دولتی که متوفی متعلق به آن است یا در غیاب آنها نماینده سر کنسول یا کنسول یار، بایستی حق مداخله در اداره، تصرف و حل و فصل قضایی ما ترک متوفی را مطابق با قوانین کشور متبوع خود به جهت منافع طلبکاران و وراث قانونی متوفی داشته باشد.

2 In re: Logiorato's Estate, United States of America, State of New York, New York County Surrogate's Court, February 1901. Quoted in YILC 1973, vol. II, p. 149, doc. A/CN.4/269, para. 89.

3 United Nations, Treaty Series, vol. 472, p. 74.

کامله‌الوداد که مشروط به مطابقت با قوانین و مقررات دولت معطی است. این قوانین و مقررات نباید به طریقی اعمال شود که دولت ذی نفع یا اتباع یا اشخاص یا اشیائی که به نوعی با آن مرتبطند، منفعت کمتری را نسبت به دولت ثالث یا اشخاص و اشیائی که به نوعی با دولت ثالث مرتبطند، در همان رابطه ببرند. هرچند تفاسیر و رویه‌هایی که وجود دارد مربوط به شروط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط است اما به نظر می‌رسد که چنین قاعده‌ای نسبت به مواردی هم که شرط ملت کامله‌الوداد همراه با جبران است، اعمال شود بنابراین این قاعده یک قاعده‌ی عام بوده و هیچ تفاوتی میان این دو نوع شرط نیست.

این قاعده ارتباط خاصی با ماده‌ی ۴۱ کنوانسیون وین روابط دیپلماتیک،^۱ ماده ۵۵ کنوانسیون وین روابط کنسولی،^۲ ماده ۴۷ کنوانسیون مأموریت‌های خاص^۳ ماده‌ی ۷۷ کنوانسیون وین راجع به نمایندگی دولت‌ها نزد سازمان‌های دولتی^۴ که دارای ویژگی جهانی هستند، دارد. در بند ۱ کنوانسیون اول از موارد مربوطه آمده است: "۱. بدون این که هیچ خدشه‌ای به مزایا و مصونیت‌های اشخاصی که از این مزایا و مصونیت‌ها بهره‌مند می‌شوند، وارد شود، چنین اشخاصی متعهدند که به قوانین و مقررات دولت پذیرنده احترام‌گذارند. همچنین متعهدند که در امور داخلی آن دولت مداخله نکنند.

بند ۱ ماده‌ی ۴۷ کنوانسیون راجع به مأموریت‌های ویژه و کنوانسیون راجع به نمایندگی دولت‌ها نزد سازمان‌های بین‌المللی با ویژگی جهانی، متن فوق را با کمی تغییرات بیان کرده است. ریشه‌های این قاعده می‌تواند عمیق‌تر شده و نهایتاً به اصل حاکمیت و برابری دولت‌ها برسد. آشکار است که خارج از محدوده‌ی مزایای اعطا شده، قوانین و مقررات دولت پذیرنده می‌بایستی در سرزمین آن دولت رعایت شود.

هدف از شرط ملت کامله‌الوداد برقراری عدم تبعیض میان دولت ذی نفع و معطی است که می‌تواند با اعمال تبعیض آمیز قوانین و مقررات دولت معطی لغو شود لذا کمیسیون حقوق بین‌الملل معتقد است که قاعده‌ی مندرج در ماده‌ی ۲۲ طرح پیش نویس به این معنا است که تعهد انطباق با قوانین دولت معطی بایستی به عنوان یکی از شرایط اعمال شرط ملت کامله‌الوداد در نظر گرفته شود و به هر حال نمی‌تواند بدون هرگونه قید و شرطی اعمال شود لذا ماده‌ی ۲۲ بیان می‌کند که قوانین و مقررات دولت معطی نباید به نحوی باشد که رفتار اعطا شده به دولت ذی نفع نسبت به رفتار اعطا شده به دولت ثالث از مطلوبیت کمتری برخوردار گردد.

¹Ibid., vol. 500, p. 120.

²Ibid., vol. 596, pp. (303-310).

³General Assembly Resolution 2530 (XXIV), annex.

⁴Official Records of the United Nations Conference on the representation of states in their relations with international organizations, vol. II, Documents of the Conference (United Nations Publication, sales No. E. 75. v. 12), p. 221.

مبحث دوم. عدم تأثیر نحوه رفتار اعطا شده به دولت ثالث بر عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد

مزایای اعطا شده به دولت ثالث به شیوه‌ی شروط ملت کامله‌الوداد می‌تواند مشروط به رفتار متقابل یا غیرمشروط و یا هر نوع جبران دیگری باشد و این مزایا می‌تواند به طور یک جانبه نیز اعطا شود مثلاً در مقام هدیه.

چنان چه دولت معطی رفتار ملت کامله‌الوداد را در برابر ذی نفع به طور غیرمشروط پذیرفته باشد، آیا حقوقی که به دولت ثالث به طور مشروط بعداً اعطا می‌شود، به هنگام تسری به ذی نفع به نحو مشروط تسری می‌یابد یا خیر؟

رویه‌ی محاکم در این خصوص متعارض است در بعضی از موارد نتایج حاصله مخالف با ایده فوق بوده است که ذیلاً به چند نمونه اشاره می‌شود:

۱. دیوان عالی آرژانتین در سال ۱۹۱۹ تجدید نظرخواهی را که از رأی دادگاه «سنت ف» شده بود، رد کرده و اعلام داشت: «ادعای پژوهش خواه مبنی بر این که اختیارات اعطا شده به کنسول‌های انگلیسی و آلمانی به کنسولهای پادشاهی ایتالیا بر طبق شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در موافقت‌نامه منعقد شده میان ایتالیا و پادشاهی آرژانتین تسری خواهد یافت را رد کرد و اعلام کرد که حل این مسئله یک امر داخلی تلقی شده و طبق قانون فدرال باید بررسی شود آن چه مهم است این است که امتیازات اعطا شده مشروط به رفتار متقابل شده بود و لذا پژوهش‌خواه باید بتواند ثابت نماید که دولت ایتالیا چنین امتیازاتی را به کنسول‌های آرژانتین اعطا نموده و یا درصدد است که چنین امتیازاتی را اعطا نماید.»^۱

۲. در سال ۱۹۲۲ یک دادگاه آلمانی پژوهش‌خواهی یک فرانسوی را که به دلیل صدور دستور موقت مبنی بر تودیع خسارات احتمالی در دعوی که علیه یک تبعه آلمانی اقامه کرده بود را رد نمود مطابق قانون آیین دادرسی آلمان بیگانگانی که به عنوان خواهان نزد محاکم آلمانی حاضر می‌شوند می‌باید به درخواست خوانده کلیه خسارات احتمالی وارده به خوانده را تودیع نمایند. این ماده نسبت به آن دسته از بیگانگانی که دولت متبوع آن‌ها خسارات احتمالی را از اتباع آلمانی که به عنوان خواهان نزد محاکمشان حاضر می‌شوند، نمی‌گیرد اعمال نخواهد شد مطابق معاهده ورسای آلمان متعهد شد که به دولت‌های متفق و کارکنان و اتباع آن‌ها اطمینان دهد که از هر نوع حقوق یا مزایایی که به اتریش، مجارستان، بلغارستان و ترکیه یا به کارکنان و اتباع این کشورها بر طبق معاهدات یا ترتیباتی که تا قبل از اول آگوست ۱۹۱۴ وجود داشته، اعطا شده است مادامی که این معاهدات و ترتیبات لازم الاجرا هستند، به آن‌ها نیز تسری داد خواهد شد.

¹ Secretarial Digest Quoted in (YILC 1973, vol. II, p. 118, doc. A/CN. 4/269, foot note 2).

میان آلمان و بلغارستان معاهده‌ای وجود داشت که بر مبنای رفتار متقابل معافیت از تعهد به تودیع خسارات احتمالی را مقرر می‌داشت در آوریل ۱۹۲۱ دولت فرانسه به دولت آلمان طی یادداشتی اطلاع داد که بر طبق ماده ۲۹۱ معاهده ورسای خواهان آن است که مقررات معاهده میان آلمان و بلغارستان به این دولت نیز تسری یابد. ادعای فرانسه رد شد به این دلیل که نتوانست ثابت کند که در فرانسه نیز اتباع آلمانی معاف از تودیع خسارات احتمالی در دعاوی که علیه اتباع فرانسوی اقامه می‌کنند هستند مطابق با رأی دادگاه ماده ۲۹۱ معاهده ورسای آلمان را به اعطای مزایایی بیش از آن چه که به اتباع دول قبلی (بلغارستان، اتریش و ترکیه) اعطا شده است مجبور نمی‌سازد معاهده میان آلمان و بلغارستان بر مبنای رفتار متقابل بوده و چون فرانسه چنین رفتار متقابلی را اعطا نکرده لذا اتباع فرانسوی حقی بر معافیت از تودیع خسارات احتمالی ندارند.

۳. در سال ۱۹۱۷ برادران بتسو که تبعه یونان بودند مجوزهای لازم برای تصدی به فعالیت‌های تجاری در پاریس را دریافت کردند این مجوزها در سال ۱۹۲۶ اعتبار آن منقضی و از تمدید مجدد آن خودداری شد خواهان‌ها مدعی دویست هزار فرانک به عنوان خسارت از این بابت شدند ادعای آن‌ها مبتنی بود بر مقررات قانون ۱۹۲۶ که مزایای خاصی را به کسانی که مبادرت به فعالیت‌های تجاری می‌نمودند اعطا می‌نمود خواهان‌ها در حمایت از ادعای خود به معاهده ۱۹۲۶ فرانسه و یونان و شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در آن استناد نمودند مطابق معاهده‌ی ۱۹۱۰ فرانسه و دانمارک، یونان از وضعیت ملت کامله‌الوداد بهره‌مند بود مطابق ماده ۱۹ قانون ۱۹۲۶ فرانسه بیگانگان تنها از مزایایی بهره‌مند می‌شدند که مشروط به رفتار متقابل شده بود دادگاه حقوقی سن رای داد که اتباع یونانی مانند اتباع دانمارکی بهره‌مند از مزایای تجاری و صنعتی بر طبق شرط ملت کامله‌الوداد هستند معاهده میان فرانسه و دانمارک راجع به فعالیت‌های تجاری اتباع دانمارکی تصریح نموده بود که آن‌ها بهره‌مند از کلیه‌ی مزایای اعطا شده به اتباع فرانسوی در نتیجه تصویب قوانین متأخر هستند قانون ۱۹۲۶ بی‌تردید مزایایی را به دانمارکی‌هایی که مبادرت به تجارت کرده بودند اعطا نموده بود گرچه مفاد ماده ۱۹ قانون فرانسه رفتار متقابل را به عنوان یک قاعده امری و مطلق مقرر داشته بود و از سوی دیگر هیچ قانونی راجع به اموال تجاری در دانمارک وجود نداشت بنابراین قانون فرانسه می‌بایست مطابق با معاهده فرانسه و دانمارک تفسیر می‌شد لذا اتباع دانمارکی نمی‌توانستند محروم از حقوق و مزایایی به جهت تصویب قانون لاحق فرانسوی شوند دیوان چنین گفت: «معاهده منعقدہ میان ملت‌ها قراردادی است میان اشخاص خصوصی تعهد متقابلی وجود دارد مبنی بر این که این قرارداد میان طرفین

¹ “Security for Costs Treaty of Versailles Case”, Germany, Upper District Court, Frankfurt – on – the – Main, 11 December 1922 (Ibid., p. 128, doc. A/CN.4/269, paras. 24 and 25).

محترم شمرده شود و تا زمانی که این معاهده فسخ نشده یا جایگزین معاهده جدیدی که اثرات قرارداد اصلی را محدود سازد، نشده باشد، لازم الاجرا خواهد بود.^۱

دادگاه پژوهش پاریس، رای دیوان سن را نقض کرد و اعلام نمود برادران بتسو نمی‌توانند مدعی حقی بر تمدید مجوز باشند قانون ۱۹۲۶ صراحتاً نشان داد که می‌باید حق مالکیت تجاری را به صورت مضیق^۲ تفسیر کرد یعنی به عنوان حقی که تابع قانون مدنی است و بهره‌مندی خارجیان از حقوق را مشروط به رفتار متقابل با اتباع فرانسوی در خارج کرده است.

اگر به معاهده فرانسه و دانمارک با دقت نظر بیفکنیم باید گفت که اتباع دو دولت بهره‌مند از حقوق و مزایای تصریح شده تا جایی خواهند بود که آن حقوق و مزایا با قانون موجود داخلی هر دو دولت سازگار و منطبق باشد و قانون دانمارک در این رابطه حقوق خارجیان را منوط به دارا شدن مالکیت تجاری در دانمارک ننموده است.^۳

یکی از نویسندگان فرانسوی، راه حل دادگاه سن را به این دلیل موجه دانسته است: "تقابل خواه از ماده ۱۱ قانون مدنی ناشی شود یا از شرط تقابل، معتبر است. به عبارت دیگر، شرط ملت کامله‌الوداد وقتی دوجانبه باشد، نوعی تقابل مطلق است و به نظر می‌رسد که در این قضیه لزومی به تقابل مادی نباشد."^۴

اما آراء دیگری نیز هستند که نحوه رفتار اعطا شده به ثالث را در تسری منافع محصله بی‌تأثیر میدانند. از جمله این آراء، رأی یک دادگاه یونانی است. مطابق ماده ۹ معاهده ۱۹۲۷ حمایت قضایی میان سوئد و یونان: "در هیچ موردی، بر اتباع هر یک از متعاهدین که در سرزمین متعاهد دیگر قرار دارند، تعهدات گمرکی، عوارض و مالیاتهای بیشتر یا متفاوت از آن چه که بر تابعان ملت کامله‌الوداد تحمیل می‌شود، بار نخواهد شد." ماده ۱۱ در رابطه با شرکت‌های صنعتی، کشاورزی، مدنی و تجاری که مطابق با قوانین یکی از متعاهدین تشکیل شده و مقرشان در سرزمین متعاهدین است، مقرر داشته: "این شرکت‌ها از منافع و مزایای اعطا شده به شرکت‌های مشابه بر طبق شرط ملت کامله‌الوداد، منتفع خواهند شد و به ویژه این انتفاع مشروط به مشارکت مالی یا تعهد از هر نوعی و به هرگونه که نامیده شود، بیشتر یا متفاوت از آن چه بر تابعان و موضوعات ملت کامله‌الوداد تحمیل می‌شود، نخواهد بود." پژوهش‌خواه در این قضیه یک شرکت سوئیسی بود که مقر آن در ژنو قرار داشت وی مدعی معافیت از مالیات بر درآمد بود و به معاهده ۱۹۳۶ انگلستان و یونان راجع به معافیت متقابل از مالیات بر درآمد حاصل از منافع افزوده استناد می‌کرد. بر طبق این معاهده، سود افزوده به شخصی که اقامتگاهش در انگلستان قرار داشت یا به یک شخص حقوقی که مرکز

۱- تفسیر مضیق Stricto sensu

2 Betsu v. Volzenlogel, France, Civil Tribunal of the Seine, 23 December 1927; Court of Appeal of Paris (First chamber), 24 December 1928 (Ibid., p. 129, doc. A/CN.4/ 269, para. 28-30).

3 Level, op.cit., p. 338, para. 36.

آن در انگلستان قرار داشته و اداره و کنترل شرکت در آن جا صورت می‌گرفت، از مالیات بر درآمد، در یونان به شرط رفتار متقابل معاف بود. دادگاه پژوهش خواه را مستحق این معافیت مالی دانست و گفت:

"به ویژه در معاهدات اقتصادی، هدف از شرط ملت کامله‌الوداد، اجتناب از خطری است که اتباع دولت های متعاقد را می‌تواند در یک موقعیت نامطلوب در مقایسه با اتباع دیگر دولت ها در زمینه رقابت اقتصادی بین‌المللی از طریق عملکرد شرط قرار دهد. هر یک از دو دولت متعاقد به دیگری مزایایی را اعطا می‌کند که قبلاً به دولت ثالثی اعطا نموده و نیز متعهد می‌شود که مزایایی را که در آینده ممکن است به یک دولت ثالث اعطا نماید، تا زمانی که مدت معاهده منقضی نشده است، به دولت دیگر (ذی نفع) نیز اعطا کند. به شرطی که هیچ قیدی بر خلاف این در موافقتنامه نیامده باشد، چنین مزایایی به موجب خود قانون (Ipso jure) به دولت ذی نفع شرط تعلق خواهد گرفت بدون این که هیچ جبران بیشتری لازم باشد، حتی در جایی که امتیازات اعطایی به دولت ثالث یکجانبه بوده، اما مشروط به رفتار متقابل شده باشد. در واقع هدف از شرط یکی بودن موضوعات تابع شرط در هر دو دولت است، یعنی یکسانی اتباع یا سرمایه‌گذاران دولت دیگر با اتباع یا سرمایه‌گذاران کشور ثالث منتفع."

«شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده یونان و سوئد بدون قید هرگونه محدودیت یا شرایط اضافی دیگر آمده است و لذا شرکت‌های سوئیسی که در یونان مبادرت به فعالیت می‌کنند از معافیت مالی طبق همان شرایطی که شرکت‌های انگلیسی بهره مند شده‌اند، برخوردارند، حتی اگر شرکت‌های یونانی در سوئد منتفع از آن مزایایی که شرکت‌های بریتانیایی در سوئد شده‌اند، نشده باشند. لذا اعتراض به رأی... به این دلیل باید رد شود.»^۱

کمیسیون حقوق بین‌الملل در راستای تطابق با این اندیشه نو در زمینه عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد بیان می‌دارد: "چنان چه شرط ملت کامله‌الوداد مشروط به جبران نشده باشد دولت ذی نفع یا اشخاص و یا اشیایی که به نوعی با آن مرتبطند، به طور اتوماتیک از مزایایی که دولت معطی به ثالث یا اشخاص و یا اشیای مرتبط با آن، اعطا نموده است، برخوردار خواهند شد و اگر صراحتاً مشروط به جبران نشده باشد و یا در این باره سکوت کرده باشد، دولت ذی نفع نمی‌تواند مدعی رفتاری شود که دولت معطی به ثالث بر مبنای رفتار متقابل یا بر مبنای هرعوض دیگری اعطا نموده است. و لذا واضح است که دیگر شکل آمریکایی شرط ملت کامله‌الوداد مشروط کاربردی ندارد."^۲

^۱ Fiscal Exemption Case in Greece; Greece, Conseil d'Etat, 1954. Secretariat Digest (Quoted in YILC 1973, vol. II, p. 138, doc. A/CN. 4/269, paras. 58 and 59).

^۲ YILC 1978, vol. II, part two, p. 42.

اما چنان چه طرفین از آن جام تعهدات خویش در برابر یکدیگر کوتاهی کنند، طبیعت شرط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط به گونه‌ای است که به دولت معطی اجازه نمی دهد در برابر دولت ذی نفع از اعطا رفتاری مضایقه نماید که مدعی است اعطای آن رفتار به ثالث تدریجاً صورت گرفته یا بر مبنای رفتار متقابل یا هر نوع عوض دیگری صورت گرفته است. به این دلایل کمیسیون مناسب دید تا قاعده‌ای را تصویب نماید که حاکی از بی‌ارتباطی رفتار اعطا شده به ثالث در برابر جبران باشد. این قاعده در تطابق با اهداف اساسی شرط ملت کامله‌الوداد و نیز در تطابق با فرض غیرمشروط شرط ملت کامله‌الوداد است.

مبحث سوم. عدم تأثیر محدودیت‌های توافق شده میان دولت معطی و ثالث بر عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد

مطابق قاعده کلی مندرج در مواد ۳۴ و ۳۵ کنوانسیون وین ۶۹ حقوق معاهدات و نیز ماهیت خود شرط ملت کامله‌الوداد، هیچ معاهده‌ای بدون رضایت ثالث نمی‌تواند حقوق و تعهداتی را برای آن ایجاد کند و مقررات معاهده در صورتی برای ثالث ایجاد تعهد می‌کند که طرف‌های معاهده مصمم باشند که از طریق این مقررات، چنین تعهدی را ایجاد کنند و دولت ثالث نیز صریحاً و کتباً آن را بپذیرد. این توافقات می‌تواند در قالب شروط رزرو بیاید و یا به صورت تلویحی در معاهدات چندجانبه خاص پیش بینی شود.^{۱۲} این قاعده نسبت به انواع شروط اعم از غیرمشروط یا مشروط و یا هر شکل دیگری از جبران و به ویژه رفتار متقابل، قابل اعمال خواهد بود. این قاعده در بند ۲ قطعنامه انستیتوی حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۳۶ به تصویب رسید. در این بند آمده: "نظام برابری بی‌قید و شرط که از عملکرد غیرمشروط شرط ملت کامله‌الوداد نشأت می‌گیرد، متأثر از شروط کنوانسیون‌هایی (معاهدات) که مربوط به روابط با دولت‌های ثالث هستند نخواهد شد."^{۱۳}

در کمیته اقتصادی جامعه ملل نیز بحثی راجع به این مسأله درگرفت که منشأ آن به کنفرانس دیپلماتیک ژنو راجع به تهیه و تنظیم یک کنوانسیون بین‌المللی در خصوص حذف محدودیت‌ها و ممنوعیت‌ها بر واردات و صادرات کالاها برمی‌گشت. این سوال مطرح شد که آیا دولت‌هایی که عضو کنوانسیون نیستند می‌توانند از طریق توافقات دوجانبه بر پایه شرط ملت کامله‌الوداد، هر نوع مزیتی را که به طور متقابل از سوی امضا کنندگان کنوانسیون اعطا شده است رامطالبه نمایند یا خیر؟ این مسأله‌ای بود که نمی‌شد در کنفرانس به آن زود پاسخ داد. چراکه کنوانسیون نمی‌توانست بر محتوای توافقات دوجانبه و مآلاً

¹Ibidem. "Clause Reserves"

²Ibidem.

³YILC 1969, vol. II, p. 181, doc. A/CN. 4/213, annex II.

بر شرط ملت کامله‌الوداد اثری داشته باشد. لذا در کمیته اقتصادی، پیشنهاد شد که قیود کنوانسیون محدود به اطراف متعاهد شود.^۱

در بعضی از کنوانسیون‌ها شروطی درج می‌شود به این مضمون که طرفین، منافع حاصل از آن را فقط به روابط میان خود اعطا می‌کنند. بند اول ماده ۶ کنوانسیون بین‌المللی ۱۹۲۶ بروکسل راجع به متحد الشکل سازی قواعد خاص مربوط به مصونیت کشتی‌هایی که در مالکیت دولت است، مقرر می‌دارد: "مقررات این کنوانسیون در خاک هر دولت متعاهد به اجرا در خواهد آمد، مشروط به این که این منافع به دولت‌های غیر متعاهد و اتباعشان اعطا نشود و اعمال این کنوانسیون مشروط به رفتار متقابل خواهد بود."^۲

"ویگنس" در این باره چنین اشاره می‌کند: "چنین مقرره‌ای باعث می‌شود تا دولت‌های متعاهد نتوانند از تعهداتشان بر طبق شروط قبلی رها شوند یعنی رهایی از وضعیت نسبی بودن اثر معاهدات در برابر دولت‌های دیگری که به این شروط پیوسته‌اند و لذا دولت‌های عضو در موقعیت ناقضین بالقوه شرط قرار می‌گیرند."^۳

اشاره به تقابل در شرط، ضعف ذاتی آن را برطرف نمی‌کند، زیرا تعهدات غیرمشروط، نمی‌تواند بدون رضایت ذی نفعان مربوطه به شروط مشروط تغییر شکل یابد.

یک نظر حد وسط در این خصوص مربوط است به کنوانسیون بین‌المللی راجع به قواعد خاص مربوط به خطوط دریایی و وثیقه‌های دریایی که در بروکسل به تاریخ ۱۰ آوریل ۱۹۲۶ امضا شده است. ماده ۱۴ کنوانسیون چنین است: "مقررات این کنوانسیون بایستی در سرزمین هر یک از دولت‌های متعاهد در مواردی که دعوا متوجه کشتی متعلق به دولت متعاهد است، همین طور در موارد دیگری که در قوانین داخلی مقرر شده است، اعمال شود. اصل بیان شده در بند قبل، حق دولت‌های متعاهد، مبنی بر عدم اعمال مقررات این کنوانسیون بنفع اتباع یک دولت غیر متعاهد را متأثر نخواهد کرد."^۴

در بند ۴ ماده ۹۸ منشور هاوانا (۲۴ مارس ۱۹۴۸) که با هدف تأسیس یک سازمان تجارت بین‌المللی، تهیه شد، چنین آمده است: "هیچ چیزی در این منشور نباید به‌نحوی تفسیر شود که دولت عضو را وادار به اعطا رفتاری نماید که از نظر مطلوبیت معادل رفتاری است که به کشورهای عضو مطابق مقررات منشور اعطا شده است."^۵

¹ Ibid., pp. 179 and 180, doc. A/CN. 4/213, annex I.

تحت عنوان روابط میان موافقتنامه‌های دو جانبه مبتنی بر شرط ملت کامله‌الوداد و کنوانسیونهای جمعی اقتصادی

² League of Nations, Treaty Series, vol. CLXXVI, p. 209.

³ Vignes, op.cit., p. 291.

⁴ League of Nations, Treaty Series, vol. CXX, p. 209.

⁵ United Nations Conference on Trade and Employment (Havana, November 1947- March 1948), Final Act and Related Documents (United Nations Publication, Sales No. 1948. II. D. 4), p. 51.

هرچند این ماده یک "شرط تحفظ" نیست، اما به شدت مورد انتقاد قرار گرفته است. نماینده اتحاد جماهیر شوروی در شورای اقتصادی و اجتماعی چنین گفت:

"چنین مقرره‌ای مثل این خواهد بود که اجازه خروج از اصل ملت کامله‌الوداد را در روابط متقابل به کشورهای غیر عضو بدهیم و این آشکارا در تعارض با هدف توسعه تجارت جهانی است..."^۱

از نقطه نظر حقوقی صرف، بند ۴ ماده ۹۸ منشور سازمان تجارت بین‌المللی یک مقرره توخالی است زیرا تنها بیان واضح است به این معنا که منشور تعهداتی را بر اعضا در برابر غیر اعضا تحمیل نمی‌کند.

اما این ماده یک اثر تدریجی دارد و آن این که به طور غیر مستقیم اعضای منشور را تشویق می‌کند که تعهدات دوجانبه خود را بر طبق شروط ملت کامله‌الوداد در برابر دولت های غیر عضو زیر پا بگذارند. اما این مقرره سازمان تجارت بین‌المللی هرگز به اجرا در نیامد و بندرت می‌تواند مؤثر واقع شود و حتی از طریق ماده ۲۹ موافقتنامه گات نیز نمی‌تواند مؤثر افتد، زیرا بند ۱ این ماده بیان می‌کند: "دول متعاقد با تمامی قدرت بر اصول کلی حاکم بر منشور هاوانا نظارت خواهند کرد."^۲

مطابق با نظر "هاوکینز"، مقرره مندرج در ماده ۹۸ منشور هاوانا یک شرط ملت کامله‌الوداد قدیمی است که در آن به کشورهایی که عضو موافقتنامه عمومی نیستند، اجازه داده نمی‌شود که آزادانه بتوانند از آن بهره مند شوند.^۳

"لول" معتقد است: "ارزیابی اعتبار شرط تحفظاً مشکل است. زیرا شرط تحفظ، مادامی که دولت ذی نفع مدعی رفتار ملت کامله‌الوداد است، دخالتی ندارد. مشکل این است که چطور شرط، نسبت به دولتی که به آن ملحق نشده است، می‌تواند قلمرو تعهدات دولت معطی در برابر ذی نفع را کاهش دهد."^۴ این نویسندگان بین دو وضعیت قایل به تفکیک شده است:

"اگر معاهده‌ای که منافع ممتاز را اعطا می‌کند، در نتیجه یک "شرط تحفظ" باشد که مقدم بر معاهده اعطا کننده رفتار ملت کامله‌الوداد است، با توجه به این که معاهدات لزوماً باید منتشر شوند، دولت ذی نفع نمی‌تواند از تعهدات دولت معطی و شرط تحفظ بی‌خبر باشد. در چنین شرایطی دولت ذی نفع می‌تواند به طور ضمنی به "شرط تحفظ" ملحق تلقی شود اما چنان چه "شرط تحفظ" بعد از شروط ملت کامله‌الوداد مقرر شده باشد، دولت معطی که به "شرط تحفظ" نپیوسته است نمی‌تواند نتیجتاً (apos

1 Official Records of the Economic and Social Council, Seventh Session, 195 th Meeting, p. 329.

2 GATT, Basic Instruments and Selected Documents, vol. IV (Op. Cit.), p.49.

3Hawkins, op.cit, p. 85.

4"Clause Reserve"

5Level, op.cit., p. 336, para. 20.

(*teriori*) از اعمال تعهداتش مطابق با تعهدی که به دولت ذی نفع داشته است، خودداری نماید، زیرا دولت معطی در تاریخ لازم‌الاجرائی تعهدش، عضو نبوده است.^۱

این تمایز به نظر نمی‌رسد که درست باشد و این استدلال که "شرط تحفظ" مقدم بر شرط ملت کامله‌الوداد، مرجح است، مورد تأیید حقوق معاهدات نمی‌باشد. همین نویسنده در جای دیگری از عقیده خود عدول کرده و چنین می‌گوید: "همه، راه حلی را که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه شرکت نفت ایران و انگلیس در پیش گرفت می‌دانند. مبنای حقوقی رفتار ملت کامله‌الوداد در معاهده‌ای قرار دارد که چنین رفتاری از آن نشأت می‌گیرد و مزایای اعطا شده به ثالث تنها بر همین اساس نسبت به دولت ذی نفع اعمال می‌شود. نتیجتاً "شرط تحفظ" نمی‌تواند در برابر دولتی که ذی نفع شرط ملت کامله‌الوداد است، مورد استناد قرار گیرد، زیرا که حقوق ذی نفع ناشی از معاهده مشمول "شرط تحفظ" نیست."^۲

کمیسیون حقوق بین‌الملل در ماده ۱۶ طرح پیش نویس نیز همین قاعده را مدنظر داشته و چنین مقرر کرده است:

دستیابی دولت ذی نفع به حقوق ناشی از شرط ملت کامله‌الوداد، ارتباطی به موافقتنامه بین‌المللی میان دولت معطی و دولت ثالث بهره‌مندی که اعمال آن رفتار را محدود به روابط میان خودشان کرده است نخواهد داشت و به این دلیل متأثر نخواهد گردید.^۳

مبحث چهارم. عدم تأثیر رفتار اعطا شده به ثالث بر حسب نوع موافقتنامه دوجانبه یا چندجانبه بر عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد

مطابق نظر کمیسیون حقوق بین‌الملل، ضرورتی نیست که رفتاری واقعاً به دولت ذی نفع بر طبق یک معاهده رسمی یا موافقتنامه بین‌المللی اعطا شده باشد تا دولت ذی نفع بتواند بر طبق شرط ملت کامله‌الوداد از آن بهره‌مند شود. صرف پیش‌بینی رفتار مطلوب در یک موافقتنامه کافی است که عملکرد شرط را ایجاب نماید البته به شرطی که طور دیگری مقرر نشده باشد و یا طرفین به گونه‌ای دیگر موافقت نکرده باشند (طرفین معاهده حاوی شرط) لذا تحصیل حقوق از ناحیه دولت ذی نفع به صرف این که دولت معطی رفتار مطلوب را به دولت ثالث بر طبق یک موافقتنامه بین‌المللی خواه دوجانبه یا چندجانبه اعطا کرده است، مخدوش نخواهد شد. این مسأله که آیا شرط ملت کامله‌الوداد منافع ناشی از موافقتنامه‌های چندجانبه را نیز در بر می‌گیرد یا خیر، به دوران جامعه ملل برمی‌گردد. آن چه در ذیل می‌آید، گزیده‌ای است از نتایجی که در کمیته اقتصادی جامعه ملل بدست آمد: در طول کنفرانس دیپلماتیک ژنو راجع به طرح یک کنوانسیون

¹Ibid., para. 21.

²Ibidem.

³YILC 1978, vol. II, part two, p. 42.

بین‌المللی در خصوص حذف ممنوعیت‌های وارداتی و صادراتی، این سوال مطرح شد که آیا دولت‌هایی که عضو این کنوانسیون نیستند می‌توانند بر طبق موافقتنامه‌های دوجانبه حاوی شرط ملت کامله‌الوداد، مدعی مزایای حاصله از کنوانسیون شوند یا خیر. و پیشنهاد شد تا ماده‌ای نیز در این خصوص در کنوانسیون بیاید. اما بزودی مشخص شد که این مسأله قابل پاسخ در کنوانسیون نیست و نمی‌توان توافقات دوجانبه را از این طریق متأثر ساخت. کنفرانس به اهمیت زیاد این موضوع هم از بابت کار اقتصادی کلی جامعه ملل و هم از بابت انعقاد موافقتنامه‌های اقتصادی تحت نظر جامعه ملل در آینده پی برده بود. و لذا در کنفرانس اصرار ورزیده شد بر این که اگر قرار باشد، کشورهایی که ملحق به کنوانسیون‌های جمعی نشده‌اند، بتوانند بدون عهده دار شدن هیچ گونه تعهدات متقابلی، از تعهدات بر عهده گرفته شده توسط دولت‌های امضا کننده چنین کنوانسیون‌هایی بهره مند شوند، در آن صورت انعقاد کنوانسیون‌های جمعی با مانع روبرو خواهد شد.

کمیته اقتصادی جامعه ملل، نظر کنفرانس جهانی اقتصاد را که توصیه به انعقاد کنوانسیون‌های جمعی اقتصادی، با هدف اصلاح وضعیت اقتصاد جهانی و اعمال شرط ملت کامله‌الوداد در گسترده‌ترین و غیرمشروط‌ترین شکل آن را داشت، تأیید کرد. بحث دیگری که سروصدای زیادی در کمیته به راه انداخت این بود که در مواردی که کشورها نفع کمی در الحاق به کنوانسیون‌های جمعی اقتصادی دارند یا اصلاً نفعی در الحاق به کنوانسیون‌های جمعی اقتصادی ندارند، این کشورها با استناد به شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در موافقت‌های دوجانبه می‌توانند حقی را بدون داشتن تعهدات متقابل ادعا نمایند و لذا تأکید شد که تنها وسیله دفع خطر، تصویب مقرره‌ای در این کنوانسیون هاست که به موجب آن شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در توافقات تجاری دوجانبه، نتواند، کنوانسیون‌های جمعی اقتصادی را متأثر سازد. اما این هم مورد اعتراض قرار گرفت زیرا کنفرانس جهانی اقتصاد توصیه به اعمال نامحدود شرط ملت کامله‌الوداد می‌کرد و چنین شرطی به واقع با نوع جهانی و بزرگ آن در تعارض قرار می‌گرفت و بخصوص در کشورهایی که اعمال نامحدود این شرط، مبنای روابط تجاری با کشورهای خارجی بود، چنین رزروی احتمالاً منجر به سوء تفاهم شده و منتهی به یک گرایش خصمانه در خلاف جهت کار اقتصادی جامعه ملل می‌گردید. از طرف دیگر، یک دولت را نمی‌توان مجبور به قبول تعهدات مندرج در کنوانسیون‌های اقتصادی بین‌المللی کرد و تصمیم‌نهایی با خود اوست که چنین کند یا نکند و به سختی می‌توان چنین تعهداتی را از دولت‌ها، بصرف شرط ملت کامله‌الودادی که به صورت موردی (Adhoc) در معاهدات تجاری دوجانبه آمده است، انتظار داشت و درخواست نمود.

بحث‌های حول هر دو جهت به قدری پر زور بود که کمیته اقتصادی نتوانست به یک راه حل نهایی و کلی برای این مشکل پیچیده دست یابد.

اما اجماعی وجود داشت بر این که چنین رزروی تنها در بعضی از کنوانسیون های جمعی مشروع است و آن هم کنوانسیون هایی که دارای ویژگی عمومی و کلی هستند و هدفشان اصلاح روابط اقتصادی میان مردم است ولی درمورد کنوانسیون های جمعی منعقد میان کشورهای خاص و با هدف تحصیل منافع خاص قابل توجیه نیست.

چنین رزروی باید صراحتاً درج شود و نمی‌توان دولتی را که عضو کنوانسیون جمعی نبوده، از منافی که بر طبق قوانین داخلی دولت عضو کنوانسیون و یا بر طبق موافقتنامه دوجانبه میان دولت عضو با دولت ثالثی که عضو کنوانسیون جمعی نمی‌باشد، به وی تعلق می‌گیرد، محروم ساخت. نهایتاً، چنین رزروی نباید در مواردی پذیرفته شود که دولت مدعی منافع ناشی از کنوانسیون جمعی که به آن ملحق نشده است، آمادگی خود را به اعطا کامل رفتار متقابل در آن موضوع اعلام نموده باشد. کمیته اقتصادی بر این نظر تصریح داشت که کشورهایی که موافقت می‌کنند که در توافقات دوجانبه شان بر پایه ملت کامله‌الوداد، رزروی را بگنجانند که با اصول فوق منطبق است (اشاره به مفاد کنوانسیون های جمعی اقتصادی) برخلاف توصیه‌های کنفرانس جهانی اقتصاد ژنو عمل نکرده‌اند و نهایتاً به طریقی عمل نکرده‌اند که با اهداف جامعه ملل متعارض باشد.^۱

رزروهایی از این نوع در چندین معاهده اروپایی ذکر شده است:

اولین مورد، مقرره‌ای است که در یک معاهده تجاری میان اتحادیه اقتصادی بلژیک، لوکزامبورگ و سوئد که در سال ۱۹۲۹ منعقد شد، آمده است:

"شرط ملت کامله‌الوداد نمی‌تواند به منظور کسب حقوق یا مزایایی جدید از هر یک از دولت های متعاقد مورد ادعا قرار گیرد. حقوق و مزایای جدیدی که هر یک از دولت های متعاقد می‌تواند بر طبق کنوانسیون های جمعی به دولتی که عضو آن نیست اعطا نماید، مشروط به این است که کنوانسیون های مذکور تحت نظر جامعه‌ملل منعقد شده باشد یا از طرف جامعه‌ملل به ثبت رسیده باشد و برای الحاق به روی همه کشورها باز باشد. لذا منافع حاصل از حقوق و مزایای مورد بحث را در صورتی می‌توان ادعا نمود، که این حقوق و مزایا در کنوانسیون های جمعی که شرایط پیش گفته را دارا هستند، آمده باشد، یا طرفی که چنین منفعی را مطالبه می‌کند، آمادگی اعطا رفتار متقابل را داشته باشد."^۲

¹ League of Nations, "Recommendations of the Economic Committee Relating to Tariff Policy and the MFN Clause" (E.805. 1933. II. B. 1), pp. (102- 104).

² League of Nations, Treaty Series, vol. CV, p.13.

در سال ۱۹۳۳ کنفرانس جهانی پول و اقتصاد در لندن تشکیل شد. پیشنهاداتی راجع به انعقاد موافقتنامه‌ای درباره وضعیت ترجیحی ترتیبات جمعی که از اروپا آمده بود و هدف آن رقابت با آمریکائی‌ها در زمینه تجارت خارجی در بازارهای اروپایی بود مطرح شد.^۱ این پیشنهاد با مخالفت ایالات متحده روبرو شد. آقای کردل هال وزیر امور خارجه آمریکا، شرایطی را که به موجب آن ایالات متحده مایل به پذیرش استثنا ترتیبات چندجانبه از تعهدات مربوط به شرط ملت کامله‌الوداد است را برشمرد و تشریح کرد: "کلیه کشورهای شرکت کننده بر این اصل متفق القولند که قاعده برابری نباید موجب شود که کشورهایی که در کاهش نرخ‌های تعرفه‌ای یا محدودیت‌های وارداتی که در موافقت‌های جمعی آمده است، شرکت نمی‌کنند، از شمول و عمومیت منافع چنین مقرراتی بهره مند شوند با این شرایط:

۱. این ترتیبات جمعی یک حوزه تجارتي گسترده را دربرگیرد ۲. کاهش تعرفه‌ها از طریق اعمال ضرایب یکسان بر تمامی نرخ‌های تعرفه‌ای صورت گیرد ۳. این معاهدات بروی تمامی کشورها باز باشد. ۴. سود حاصل از این کاهش‌ها به تمامی کشورهایی که در واقع چنین امتیازاتی را اعطا می‌کنند تعلق گیرد. ۵. کشورهای عضو موافقتنامه جمعی در طول دوره معاهده جمعی موانع تجاری علیه واردات از کشورهایی را که عضو چنین موافقتنامه‌هایی نیستند، افزایش ندهند.^۲

اما کنفرانس لندن در نتیجه پیام مشهور روزولت، به زیر سوال رفت و بدون هیچ به‌آن‌های فرو ریخت.^۳ بعد از ۱۹۳۳ در هفتمین کنفرانس کشورهای آمریکایی در مونته ویدئو، آقای "هال" پیشنهاد خود در کنفرانس لندن را ارائه داد و منجر به تصویب توافقنامه‌ای در این خصوص شد. این موافقتنامه راجع به عدم اعمال شرط ملت کامله‌الوداد به کنوانسیون‌های اقتصادی چندجانبه خاص بود و در سال ۱۹۳۴ به روی دولت‌های عضو گشوده شد.^۴ ماده یک این موافقتنامه مقرر می‌دارد: به جز ماده دو، اطراف متعاهد در روابطشان با یکدیگر نمی‌توانند به خاطر دستیابی اعضا کنوانسیون‌های جمعی به منافع یا مزایای حاصل از این موافقتنامه‌ها، خواستار تعهدات ملت کامله‌الوداد شوند.

۱ Viner, J., "The Customs Union Issue, Studies in the Administration of International Law and Organization", No. 10, New York, Carnegie Endowment for International Peace, 1950, pp. 22 et seq.

۲ League of Nations, "Monetary and Economic Conference", Reports Approved by the Conference on 27 July 1933, and Resolutions Adopted by the Bureau and the Executive Committee (C.435.M. 220. 1933. II [Conf. M. E. 22 (1)]), p. 43.

۳ Viner, J., op.cit., p. 36.

۴ - موافقتنامه میان ایالات متحده آمریکا، اتحادیه اقتصادی بلژیک و لوکزامبورگ، کلمبیا، کوبا، یونان، گواتمالا، نیکاراگوآ و پاناما مبنی بر خودداری از مطالبه تعهدات راجع به شرط ملت کامله‌الوداد به منظور کسب مزایا یا منافع مستقر شده در کنوانسیون‌های چند جانبه اقتصادی خاص. (League of Nations, Treaty Series, vol. CLXV, p. 9).

مقصود از کنوانسیون های چندجانبه (جمعی) اقتصادی آن هایی است که قابلیت اعمال عمومی داشته و شامل یک حوزه تجاری با ابعاد وسیع و گسترده بوده و هدفشان آزادسازی و افزایش تجارت بین‌المللی یا دیگر تبادلات اقتصادی است و بروی تمامی کشورها جهت تصویب باز هستند.

مطابق ماده دو، هر یک از اعضا متعهد می‌تواند از دولتی که با آن معاهده مشمول شرط دارد، اجرای شرط را خواستار شود، بشرطی که به چنین دولتی منافع مورد ادعا را اعطا نموده باشد. علی‌رغم اظهارات وزیر امور خارجه کردل هال در سال ۱۹۳۵ در کمیسیون وزارت خارجه این موافقتنامه را نمی‌توان به گونه‌ای غیر از این که منافع حاصل از یک موافقتنامه چندجانبه از طریق تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد، می‌تواند تسری یابد، تفسیر نمود مگر این که طور دیگری مقرر شده باشد.

این وضعیت، از سوی یکی از مفسرین آمریکایی بنام "وایت من" مورد تفسیر قرار گرفت، به نظر ایشان، منظور از موافقتنامه بوضوح ایجاد یک قاعده قراردادی از طریق جلب رضایت عمومی و در صورت امکان پذیرش گسترده یک استثنا به قاعده کلی است.^۲ این تجربه شکست خورد زیرا تنها سه دولت عضو موافقتنامه شدند یعنی کوبا، یونان و ایالات متحده. هنگام امضا موافقتنامه (*ad referendum*) سفیر بلژیک معتقد بود که این یک قاعده جدیدی نیست و تنها بیان قواعد حقوق بین‌المللی است که از قبل وجود داشته است.^۳ آن چه سفیر بلژیک در سال ۱۹۳۵ بیان کرد، بعداً از سوی نخست وزیر بلژیک به عنوان یک پیشنهاد در سال ۱۹۳۸ مطرح شد. آقای "وان زیلند" در گزارشی که به درخواست دولت فرانسه و انگلیس صورت گرفت، پیشنهاد داد: "استثنائات وارده بر ملت کامله‌الوداد... که به منظور تجویز گروهی از موافقتنامه‌های بین‌المللی صورت می‌گیرد که هدفش کاهش موانع تعرفه‌ای است، به شرطی قابل قبول است که بروی تمامی کشورها باز باشد."^۴

مطابق بند ۷ قطعنامه مصوب انستیتوی حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۳۶ که در بروسل به تصویب رسید مقرر شد: "شرط ملت کامله‌الوداد حقی را اعطا نمی‌کند... چنان چه رفتار اعطا شده ناشی از مقررات کنوانسیون هایی باشد که برای امضا بروی کلیه کشورها باز است و هدف آن مقررات، تسهیل و تقویت روابط اقتصادی و تجاری بین‌المللی از طریق کاهش سیستماتیک تعهدات گمرکی است."^۵ و لذا مؤید این تئوری

1 Secretary of State Cordellhull to President Roosevelt 10 May 1935, MS. Department of State, File 710 G, Commercial Agreement/108 (YILC 1968, vol. I, p. 186, 976 th Meeting, para. 11 and foot note 4).

2Whiteman, op.cit., p. 795.

3Hackworth, op.cit., p. 293.

4 League of Nations, "Commercial Policy in the Interwar Period: International Proposals and National Policies" (ser. L.O.N.P. 1942. II.A.6), p.84.

5YILC 1969, vol. II, p. 181, doc. A/CN. 4/213, annex II.

است که شرط ملت کامله‌الوداد نباید به منافع ناشی از مقررات کنوانسیون های تجاری چندجانبه‌ای که بروی کلیه کشورها باز است، تسری یابد.

در رابطه با این تئوری، "جی سل" معتقد است که "بایستی در حوزه تجارت بین‌المللی و تعرفه‌های گمرکی، تمایزی میان معاهدات جمعی با هدف نفع خصوصی و معاهدات جمعی با هدف نفع عمومی صورت گیرد."^۱

"آن دسته از شروط ملت کامله‌الوداد که در معاهدات دوجانبه می‌آیند، منافع مقرر در معاهدات قبلی را بدست می‌آورند ولی حق برخورداری از منافع معاهدات بعدی را ندارند اما در معاهداتی که به‌رویی تمام دولت‌ها بازست، منافعتشان به راحتی از طریق الحاق به آن معاهده، قابل دستیابی است. لذا فرض بر این است که دولت‌های ملحق شده، تعهدات وضع شده از سوی معاهده را پذیرفتند و خودشان را در وضعیتی برابر با دیگران قرار داده‌اند در حالی که در شرط ملت کامله‌الوداد دولت‌ها، صرفاً مزایای معاهده چندجانبه را بدون این که در ازای آن هیچ تعهدی را پذیرفته باشند، مطالبه می‌نمایند."^۲

این تئوری با انتقادات بسیاری از سوی نویسندگانی نظیر "ای - الیکس" و "شارل روسو" مواجه شد.^۳ هرچند استدلالاتی به نفع استثنا نمودن دولت عضو یک معاهده دوجانبه از مزایای یک معاهده جمعی صورت گرفته است، اما چنین استثنایی به سختی با شرط ملت کامله‌الوداد در تطابق است و آشکارا با تضمین‌هایی که قبلاً به دولت ذی نفع شرط وعده داده شده است، در تعارض است. هرچند ظاهراً هدف از چنین عملکردی، باطل نمودن نقشه‌های خودخواهانه دولتی است که خواستار کسب مزایای تعرفه‌ای به طور مجانی است، اما آن چه غیر اخلاقی‌تر است، این است که بخواهیم شرطی را که منافع آن سابقاً طی یک قرارداد همکاری و مشارکت مورد تعهد قرار گرفته است انکار کنیم... بنابراین از دیدگاه حقوقی صرف، راه حل دوم یعنی یک رزرو صریح یا یک توافق دوستانه میان دولت‌های ذی نفع شرط صحیح‌تر است، زیرا که احترام بیشتری برای مطابقت با میل و اراده دولت‌ها که پایه حقوق موضوعه قلمداد می‌شود، قائل است.^۴

بند اول. گات و دولت‌های غیر عضو

موافقت‌نامه عمومی گات ماده‌ای نظیر بند ۴ ماده ۹۸ منشور هاوانا ندارد. سنگ‌بنای گات، شرط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط است. این موافقت‌نامه بروی کلیه دولت‌ها جهت الحاق باز گذاشته شده است. هر

^۱ ITO, N. "La Clause de la nation la plus favorisee", Paris, Les Editions Internationales, 1930, Quoted in YILC 1978, p. 4.

^۲ Scelle, G., "Precis de droit des gens-principes et systematique". Paris, Sirey, 1934, vol. II, p. 390.

^۳ Allix, E., "Les aspects juridiques de la Clause de la nation la plus favorisee", Revue Politique et Parlementaire, Paris, vol. 143, July-September 1931, pp. 231 and 232.

^۴ Rousseau, Ch., "Principes generaux du droit international public", paris, pedone, 1944, vol. I, pp. (777 and 778).

دولتی براساس شرایطی که میان دولت وی و دول متعاقد توافق می شود، به این موافقتنامه ملحق می شود و تصمیمات اعضا متعاقد با اکثریت دو سوم آرا اتخاذ می شود.^۱ مسأله این است که آیا دولت های غیر عضو می توانند مدعی منافع حاصله از شرط ملت کامله الوداد بر طبق موافقتنامه گات شوند؟ آقای جکسون به این سؤال پاسخ مثبت داده است: "هر منفعتی که از سوی اعضا متعاقد گات به کشور دیگر اعطا می شود بایستی به تمامی اعضا متعاقد تسری یابد. بنابراین منافعی که از سوی یک عضو متعاقد به یک غیر عضو اعطا می شود، بایستی به تمامی اعضا متعاقد اعطا شود. بنابراین اثر گات فراتر از اعضا آن است. در سال ۱۹۴۷ پیشنهاداتی در جلسات ژنو، دائر بر این که منافع گات باید صرفاً به اعضا گات اعمال شود، ارائه شد. اما این پیشنهادات رد شد، زیرا باعث می شد که انگیزه ملت ها برای ورود به گات کاهش یابد."^۲

در سال ۱۹۵۵، یک گروه کاری راجع به مسائل سازمانی و عملکردی در گات، موضوع گسترش منافع موافقتنامه از راه انعقاد موافقتنامه های دوجانبه میان اعضا متعاقد با اعضای غیر متعاقد را بررسی نمود. در بحث ها اشاره شد که دولت های غیر عضو غالباً کلیه منافع حاصل از موافقتنامه را بدون این که تعهدات متقابلی را برعهده گیرند، بدست می آورند و اکثریت معتقد بودند که این موضوع به تصمیم خود دولت های عضو واگذار شود یعنی هر دولت عضوی جداگانه آن چه را که مایل است آن جام دهد.^۳ برای مثال، اتریش بعد از الحاقش به گات فوراً نرخ های تعهدات و عوارض گمرکی را به شوروی اعطا نکرد. هرچند مطابق معاهده شوروی با اتریش، رفتار ملت کامله الوداد میان طرفین برقرار بود و اعطا منافع به اتحاد جماهیر شوروی تنها بر طبق تقاضای صریح آن کشور امکان پذیر بود.

کشورهای اروپای غربی نیز معاهداتی از همین نوع با شوروی منعقد کردند اما منافع گات به طور خودکار به تولیدات شوروی قابل تسری بود.^۴

بند دوم. معاهدات چندجانبه دیگر و دولت های غیر عضو

قبل از این که ایالات متحده عضو موافقتنامه فلورانس ۱۹۵۰^۵ راجع به ورود محصولات فرهنگی، علمی و آموزشی شود، مدعی بود که مطابق شرط ملت کامله الوداد همان رفتاری که با محصولات یک عضو در سرزمین عضو دیگر می شود، با ایالات متحده نیز بشود. بنابراین دپارتمان ایالات متحده در سال ۱۹۶۳ به سفارت این کشور در رم دستور داد: "بخاطر وضعیت رقابتی نامطلوبی که صادرات تجهیزات علمی ایالات متحده به خاطر عملکرد دولت ایتالیا با آن روبرو است، سفارت به صورت غیر رسمی با مقامات خاص

1 GATT, "Basic Instruments and Selected Documents", vol. IV (op.cit), p. 51.

2 Jackson, op.cit, pp. (257 and 258).

3 GATT document L/ 327, Quoted in K. Hasan, op.cit., p. 78.

4 State Institute of Law of the Academy of Sciences of the Soviet Union, (op.cit), p. 270.

5 United Nations, Treaty Series, vol. II, p. 25.

ایتالیایی در این باره مذاکره کند. هدف از این مباحثات نبایستی دستیابی به رفتار خارج از هر گونه عوارضی برای چنین تجهیزاتی باشد، در صورتی که تجهیزات وارداتی از ایالات متحده برای فروش به تأیید نهادهای مربوطه رسیده باشد که در این جا منظور دولت ایتالیاست.^۱ "سفارت به ماده (۱) ۱۴ معاهده FCN (دوستی، تجارت و دریانوردی) با ایتالیا و ماده (۱) ۱ گات اشاره می کند که مطابق آن ها رفتار ملت کامله الوداد غیرمشروط به محصولات آمریکایی اعطا شده است، گرچه این رفتار مشروط به استثنائات خاصی شده است، اما به نظر می رسد که موافقتنامه فلورانس تحت هیچ یک از این استثنائات درآید. لذا چنان چه ایتالیا رفتار فارغ از هر گونه عوارض را در شرایط خاصی به تجهیزات علمی هر کشوری اعطا کند، بایستی همان رفتار را به واردات تجهیزات علمی از ایالات متحده نیز تسری دهد.^۲ در هنگام ارائه این موافقتنامه به کنگره جهت اجرائی شدن آن، پاسخ قوه مجریه در پاسخ به این سوال که آیا کشوری که عضو موافقتنامه نمی باشد حق دارد که از چنین رفتاری بر طبق شرط ملت کامله الوداد غیرمشروط برخوردار شود یا خیر، مثبت بود، با این استدلال که کشوری که عضو موافقتنامه نمی باشد، حق دارد که از چنین رفتاری بر طبق شرط ملت کامله الوداد غیرمشروط برخوردار شود، هرچند بعضی از اعضا موافقتنامه به این سؤال پاسخ منفی داده بودند.^۳

در جلسه اکتبر ۱۹۵۷، کارشناسان دولتی راجع به موافقتنامه ورود محصولات فرهنگی، علمی، آموزشی به نماینده فرانسه اعلام کرد:

"مقررات بند ۱ ماده ۱ تنها نسبت به موضوعات و اموالی قابل تسری است که در ضمیمه الف، ب، ج، د، و، موافقتنامه آمده است، درحالی که فرانسه معافیت از عوارض گمرکی را به چنین اموالی صرف نظر از این که این اموال در کشور مبدأ بوده یا کشور مقصد بوده، اعطا نموده است. استدلال آن ها مبتنی بود بر غیرمشروط بودن شرط ملت کامله الوداد که در موافقتنامه های تجاری که فرانسه با اغلب کشورها منعقد کرده بود، گنجانده شده بود و در رابطه با تعهداتی که در بند الف ماده ۵ موافقتنامه ذکر گردیده بود، هیچ تمایزی میان کشور مبدأ یا مقصد در رابطه با اموال فوق گذاشته نشده بود. لذا دولت فرانسه می خواهد بداند که آیا چنین تفسیری از طرف دیگر متعاهدین نیز پذیرفتنی است یا خیر.^۴

1 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation, Signed at Rome on 2 February 1948, (Ibid., vol. 79, pp. 190 and 192).

2 Whiteman, op.cit., pp. (776 and 777).

3 Whiteman, op.cit., p. 267.

4 Document UNESCO/MC/ 34/ SR. I-II, p.q, Quoted by Whiteman, op.cit., p. 763.

مطابق بند الف ماده ۶ موافقتنامه فلورانس، اعضا متعهد شدند که تا آن جا که ممکن است، تمامی تلاش‌های خود را در جهت افزایش گردش آزاد اموالی که به موافقتنامه مربوط است، با هر وسیله ای، به کار گیرند و هر گونه محدودیتی را که در این رابطه در موافقتنامه ذکر نشده است، لغو کرده و یا کاهش دهند.^۱

بند سوم. رویه قضایی

قضیه اول:

یک شرکت تجاری آسیایی (شرکت جاکارتا) در دادگاه بخش آمستردام علیه شرکت بی تی مکس آمستردام اقامه دعوا می نماید.^۲

خوانده هنگام دفاع، خواستار تودیع هزینه‌های دادرسی از ناحیه خواهان به دلیل خارجی بودن شرکت قبل از شروع دادرسی می شود. دادگاه دفاعیات خوانده را مردود اعلام کرده و بیان می کند که بر طبق اساسنامه اتحادیه هلند و اندونزی (۱۹۴۹) اتباع هر یک از شرکای اتحادیه از رفتاری که ماهیتاً مساوی رفتار با اتباع دیگران است، و نیز هر رفتار ملت کامله‌الوداد دیگری، برخوردار خواهند شد.

این ماده به اندونزیایی‌ها هم معافیت از تودیع هزینه‌های دادرسی را اعطا نموده بود، زیرا هلندی‌ها سابقاً خارجیان دیگر را از تودیع هزینه‌های دادرسی مطابق کنوانسیون لاهه راجع به آئین دادرسی در امور مدنی مورخ ۱۹۰۵ معاف نموده بودند. دادگاه ضمن رد ادعای رفتار ملت کامله‌الوداد، به این دلیل که مبنای موضوع معاهده چندجانبه مورد بحث یعنی کنوانسیون لاهه ۱۹۰۵ از همان نوعی نیست که تجدید نظر خواه به آن استناد نموده است، یعنی همان قاعده وحدت موضوع. لذا به طور ضمنی اعلام کرد که اگر شرط و معاهده چندجانبه راجع به یک موضوع باشند، تجدید نظر خواه نمی تواند منافع ذی نفع را انکار کند.

قضیه دوم: این قضیه عکس قضیه اول است.

در این قضیه تجدید نظر خواه یک شهروند آمریکایی مقیم بلژیک بود و اقرار به مدیونیت خود به دائن داشت. این شهروند به خاطر بدهی اش، به دستور رئیس دادگاه بخش "زاتفن" روانه زندان شد، به دنبال تجدیدنظرخواهی از این دستور، مدیون خواستار آزادی از زندان شد اما تقاضای وی از سوی دادگاه بخش لاهه رد شد. با تجدیدنظر خواهی از این دستور، پرونده به دادگاه پژوهشی لاهه رفت. تقاضای مدیون مبنی بر آزادی مبتنی بر دو ماده بود: ۱. ماده ۲۴ کنوانسیون راجع به آئین دادرسی در امور مدنی مورخ ۱۷ جولای ۱۹۰۵ و ۲. ماده ۳ بخش اول معاهده مودت میان هلند و ایالات متحده راجع به دوستی، تجارت و

1 United Nations, Treaty Series, vol. 131, p. 30.

2 Asia Trading Co. Ltd., v. Biltimax, Netherlands, District Court of Amsterdam, 17 october 1951. (Quoted in YILC 1973, vol. II, p. 137, doc. A/CN. 4/269, para. 55.)

۳- این ماده مقرر می دارد:

دریانوردی ۱۹۵۶^۱ تجدیدنظرخواه مدعی بهره مندی از ماده ۲۴ کنوانسیون لاهه به دلیل عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در آن شد اما دادگاه پژوهشی تقاضای وی را رد کرد به این دلیل:

"استدلال پژوهش‌خواه این است که بازداشت وی برخلاف ماده ۳ بخش اول معاهده دوستی، تجارت و دریانوردی میان هلند و ایالات متحده بوده و غیر قانونی است و این معاهده بر طبق قانون ۵ دسامبر ۱۹۵۷ هلند مورد تصویب قرار گرفته بود... این ماده، بر هر کسی لازم الاجرا است و این ماده نمی‌تواند جلوی زندانی شدن شهروند آمریکایی را بگیرد، زیرا که ماده ۷۶۸ قانون آئین دادرسی مدنی چنین مقرر داشته است. به عبارت دیگر، زندان مدنی، ربطی به حمایت از حقوقی که پادشاه هلند به شهروندان آمریکایی مطابق معاهده داده است، ندارد. علاوه بر این، از ماده ۵ معاهده، نظیر ماده ۵ پروتکل ضمیمه امضا برمی آید که یک معاهده تا جایی که به آئین دادرسی مربوط است، از شمول شرط استثناست و لذا زندان مدنی به معاهده بر نمی‌گردد و از شمول معاهده استثناست. تفسیر موسعی که پژوهش‌خواه از ماده ۳ به عمل آورده، به این ترتیب که در ایالات متحده نیز شهروند آمریکایی می‌تواند از حمایت ماده ۲۴ کنوانسیون بدون این که ایالات متحده ملحق به آن شده باشد، بهره‌مند گردد، برای این دادگاه غیر قابل قبول است."^۲

قضیه سوم: در قضیه شرکت برق یونان، صراحتاً مزایایی که مطابق معاهده چندجانبه، مقرر شده بود، توانست با ابتدای بر شرط ملت کامله‌الوداد مورد مطالبه قرار گیرد.^۳

بند چهارم. رویه دیپلماتیک

درمورد معاهدات چندجانبه باز، هیچ عرف مستمر و یکنواختی که به عنوان قاعده حقوقی قابل شناسایی باشد وجود ندارد یعنی قاعده‌ای که بتواند منافع حاصل از چنین معاهداتی را از عملکرد شروط ملت کامله‌الوداد جدا کند.

درمورد معاهدات چندجانبه بسته، منافع اعطاشده بر طبق این معاهدات نمی‌تواند از عملکرد شروط ملت کامله‌الوداد رها شود. زیرا در معاهدات باز دولت‌ها به آسانی می‌توانند آن منافع را از طریق الحاق بدست آورند. به همین دلیل منافع حاصله از این معاهدات را از عملکرد شروط ملت کامله‌الوداد معاف می‌دانند. در

حبس مدنی، به عنوان یک وسیله اجرایی یا به عنوان یک اقدام تنبیهی ساده نمی‌تواند در دادرسی‌های مدنی یا تجاری بر بیگانگانی که اتباع یکی از دولت‌های متعاقد هستند، در مواردی که قابل تحمیل شدن بر اتباع آن کشور نیست، تحمیل گردد. شرایطی که می‌تواند در یک کشور از طرف تبعه مقیم در آن کشور برای پایان دادن به حبس مدنی مورد استناد قرار گیرد، بایستی همان اثر را به نفع تبعه دولت متعاقد داشته باشد، حتی اگر چنین شرایطی در خارج از کشور محقق شده باشد.

۱- این ماده بیان می‌کند: اتباع هر یک از طرفین در سرزمین طرف‌های دیگر بایستی از هر گونه تعرضی آزاد باشند و بیشترین حمایت و امنیت را دریافت دارند. رفتار اعطایی به آنها نباید از مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به اتباع هر یک از طرف‌های متعاقد باشد. رفتار اعطا شده در این رابطه در هیچ مورد نبایستی از حیث مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به کشور ثالث، یا کمتر از آنچه که حقوق بین الملل عمومی مقرر میدارد، باشد.

۲ "Mclane V.N.V. Koninklijke Vleeswarenfabriek B. Linthorst en Lonen", Netherlands, Court of Appeal of the Hague, 4 February 1959. (Quoted in YILC 1973, vol. II, p. 142, Document A/CN.4/ 269, Para. 68.)

۳ Taxation Office v. Fulgor (Greek Electricity Company), Greece, Council of State, 28 May 1969, (Ibid, p. 148, para. 87).

معاهدات باز، کشورهای ملحق شده در موقعیتی برابر با دیگر اعضا معاهده قرار می‌گیرند، اما در مورد معاهدات بسته، امکان الحاق به آسانی مسیر نیست و لذا هیچ دلیلی وجود ندارد که چرا منافع حاصله از یک معاهده چندجانبه بسته نباید تحت عملکرد شروط ملت کامله‌الوداد درآید.

در مورد معاهدات چندجانبه بسته، مزایای اعطا شده نمی‌توانند از عملکرد شرط رها شوند. استدلالی که مطرح شده، این است که دلیل اصلی استثنا شدن منافع یک معاهده چندجانبه باز از عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد این است که دولت‌ها می‌توانند به آسانی به منافع چنین معاهداتی از طریق الحاق به آن‌ها دست یابند. به این طریق، دولت‌های ملحق شده به تعهدات ناشی از معاهده پای بند بوده و در وضعیتی برابر با یکدیگر اعضا معاهده قرار می‌گیرند، در حالی که از طریق عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد آن‌ها تنها می‌توانند منافع حاصل از معاهده چندجانبه باز را بدون این که تعهدی را برعهده گیرند، مطالبه نمایند. در حالی که در یک معاهده چندجانبه محدود احتمال الحاق آسان وجود ندارد و لذا هیچ دلیلی وجود نخواهد داشت که چرا منافع حاصل از یک معاهده چندجانبه محدود نایستی مطابق عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد حاصل شود.

مطالعات اخیر در این خصوص بیانگر این است که در حال حاضر هیچ توجیه حقوقی وجود ندارد که بگوئیم یک قاعده عرفی شکل گرفته است، در این که کنوانسیون‌های چندجانبه را از قلمرو اعمال شرط استثنا کنیم، چه از نظر عنصر مادی و چه فکری، حداقل این است که بگوئیم یک احساس غالب و پیش رونده‌ای وجود دارد مبنی بر این که به عناصری که می‌تواند منتهی به نتایج مخالف این نظر شود، وزنه بیشتری دهیم. حقوق بین‌الملل در حال حاضر، تنها راه حل حقوقی‌اش، درج یک استثنا خاص در خود شرط است.^۱

بند پنجم: دیدگاه کمیسیون حقوق بین‌الملل در طرح پیش نویس

مطابق مبانی مذکور در فوق کمیسیون حقوق بین‌الملل ماده ۱۷ را تصویب نمود مطابق این ماده رفتار اعطا شده به ثالث، به صرف این که رفتار اعطا شده به این دولت یا به اشخاص یا اشیائی که به‌نوعی با آن مرتبط هستند، در نتیجه یک موافقت‌نامه دوجانبه یا چندجانبه بوده است، عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد را متأثر نخواهد کرد.^۲

البته این را نباید این گونه تلقی کرد که همیشه برای عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد، یک توافق دو یا چندجانبه لازم است.

^۱ Sauvignon, op.cit., pp. (267 and 268).

^۲ YILC 1978, vol. II, part two, p. 44.

مبحث پنجم. عدم تأثیر رفتار اعطا شده به ثالث مطابق رفتار ملی بر عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد
این قاعده در نظر اول، بدیهی به نظر می‌رسد. به این معنا که وقتی دو دولت در برابر یکدیگر متعهد
به اعطا رفتار ملی می‌شوند (*In land parity*) یعنی (تساوی با تبعه در داخل کشور) و سپس به دیگر دولت
ها قول رفتار ملت کامله‌الوداد را میدهند، در آن صورت ذی نفعان کامله‌الوداد می‌توانند قانوناً مدعی رفتار
ملی شوند، به این دلیل که به خوبی ملت کامله‌الوداد بهره‌مند نشده‌اند.^۱

شوارتزنبرگر در خصوص رویه انگلستان راجع به رابطه میان رفتار ملی و رفتار اعطا شده بر طبق شرط
ملت کامله‌الوداد چنین می‌گوید: "معیار ملت کامله‌الوداد وظیفه عمومی کردن مزایای اعطایی مطابق رفتار
ملی به دولت ثالث را در میان ذی نفعان رفتار ملت کامله‌الوداد در همان زمینه دارد."^۲
یکی از نویسندگان آلمانی نیز همین نظر را اتخاذ کرده است:

«از آن جا که رفتار ملی دربردارنده حداکثر حقوق است و حقوق اعطایی هم تعریف شده هستند،
دولت‌ها نیز غالباً خواهان این هستند که با اتباعشان بر پایه تساوی با دیگر اتباع کشورها رفتار شود. حال اگر
رفتار ملی به ملت‌های کامله‌الوداد اعطا شود، تمامی کشورهای دیگر نیز می‌توانند با استفاده از شرط ملت
کامله‌الوداد آن را برای اتباع خود مطالبه نمایند.»^۳

در قانون فرانسه نیز صراحتاً اعطا رفتار ملی در اثر عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد مورد قبول قرار
گرفته است. وزیر امور خارجه فرانسه در سال ۱۹۲۹ فهرست کشورهای برخوردار از رفتار ملی در این کشور
را منتشر کرد.^۴

وزیر امور خارجه فرانسه اضافه کرد: "تعداد زیادی از معاهدات که بر پایه رفتار ملی بوده و برای اتباع
ملت‌های کامله‌الوداد در نظر گرفته شده بود، لازم الاجرا شده است، و لذا بیگانگانی که توانایی دستیابی به
این معاهدات را بیابند، حق دارند تا در فرانسه به مانند اتباع کشورهای فهرست شده، مورد رفتار قرار گیرند"،
نظر رسمی فرانسه راجع به این موضوع هنوز تغییر نکرده است.^۵

¹ Snyder, op.cit., pp. 11 and 12.

² Schwarzenberger, G., "The mfn standard in british state practice", op.cit., p. 119.

³ Piot, A., "Of Realism in Conventions of Establishment", Journal du Droit International 88 th year, No. 1, January – March 1961, p. 45.

⁴ Becher, K., "Das Prinzip der Meistbegünstigung und die Volkerrechtskommission der Vereinten Nationen", Deutschen Aussen Politik (East Berlin), 17 th Year, No. 4, July-August 1972, p. 774.

⁵ "Lois et Decrets", Journal Officiel de la Republique Francaise, Paris, 12-13 August 1929, 61 st year, No. 189.

همین وضعیت در رویه دادگاه های فرانسه نیز ثابت شده است. " ... دکتین حقوقی فرانسه، به طور کلی این نظر را پذیرفته که رفتار ملی نسبت به آندسته از کسانی که از طریق عملکرد شرط ملت کامله الوداد آن را ادعا و مطالبه می نمایند، قابل اعمال است."^۱

دیوان پژوهشی سن فرانسه در قضیه اسکیمایا و سوزان چنین گفته است: "هرچند اسکیمایا یک تبعه ایتالیایی است، اما می تواند قانوناً منفعت حاصل از ماده ۲ معاهده مؤسسه تجارتي ۱۹۵۱ میان فرانسه و ایتالیا را که مقرر داشته است، هریک از اتباع دول معظم متعاقد در سرزمین طرف دیگر از رفتار ملت کامله الوداد در رابطه با ... رویه تجارتي ... برخوردار است را مطالبه کند در نتیجه او حق دارد با اعتنا به مقررات ماده ۱ کنوانسیون ۱۸۶۲ میان فرانسه و اسپانیا که مقرر می دارد: "اتباع هریک از این دو کشور که در سرزمین های یکدیگر اقامت کرده و یا به آن جا مسافرت می کنند، بر پایه ای همسان با اتباع ... در رابطه با رویه تجارتي اعم از عمده فروشی یا خرده فروشی مورد رفتار قرار خواهند گرفت..."^۲ مدعی منافع حاصل از این مقرر در نتیجه عملکرد رفتار ملت کامله الوداد شود.

دیوان عالی ایالات متحده نیز فرصت بحث حول چنین موضوعی را یافته است:

"مطابق معاهده ۱۸۸۱ میان ایالات متحده و صربستان، در تمامی مواردی که مربوط به تحصیل، تصرف یا انتقال هر نوع اموال اعم از منقول و یا غیر منقول می شود، شهروندان ایالات متحده در صربستان و اتباع صربستان در ایالات متحده می باید بهره مند از حقوقی باشند که قوانین دولت های مربوطه به اتباع خودی اعطا می کنند یا این که هر یک از این دولت ها حقوق ملت کامله الوداد را به آن ها اعطا کنند. لذا اتباع فوق الذکر حق تحصیل و یا انتقال اموال فوق را خواه از طریق خرید یا فروش، هبه، معاوضه، عقد ازدواج، وصیت، ارث یا هر شیوه دیگر را خواهند داشت، بدون این که در این خصوص تابع هر نوع مالیات، عوارض گمرکی یا دیگر تعهدات بیش از آن چه که بر اتباع این دو کشور یا بر اتباع ملت کامله الوداد تحمیل می شود، باشند."^۳

دیوان عالی توضیح می دهد: "معاهده ۱۸۸۱ صراحتاً اعلام کرده است که هدف اصلی اش آزادی کامل و متقابل تجارت و دریانوردی میان دو ملت امضا کننده است، به گونه ای که شهروندان خود را به راحتی و در کمال آزادی در سرزمین دیگری حس کنند. همین طور شهروندان هر یک از دو دولت آزادند که اموال را از طرق مختلف و تحت همان شرایطی که اتباع ملت کامله الوداد دارا هستند، دریافت، تصرف و منتقل نمایند."

^۱Level, op.cit., p. 338.

^۲ "Sciama and Soussan", France, Tribunal Correctionnee de la Seine, 27 November 1962.(Quoted in YILC 1973, vol. II, p. 145, doc. A/CN.4/269, para. 77).

^۳British and Foreign State Papers, 1880-1881, London, Ridgway, 1888, vol. 72, p. 1131.

این شرط به این معناست که هر یک از دولت های امضا کننده، وسیع ترین امتیازاتی را که تاکنون اعطا نموده یا اعطا خواهد کرد را به دولت دیگری اعطا نماید. در همین رابطه، به معاهده ای اشاره شده است که ایالات متحده با آرژانتین^۱ قبل از معاهده ۱۸۸۱ با صربستان منعقد نموده بوده و نیز معاهدات یوگسلاوی با هلند و چکسلواکی. تمامی این معاهدات بی هیچ تردیدی، وسیع ترین نوع حقوق متقابل را برای اتباع دول امضا کننده به ارمغان می آورد، به نحوی که دقیقاً از حق خواهان های یوگسلاویایی که از طریق ارث اموال خویشاوندان آمریکایی خود را تحصیل نموده بودند، حمایت به عمل می آورد. لذا، مطابق معاهده ۱۸۸۱ و شرط ملت کامله الوداد مندرج در آن، خواهان های یوگسلاویایی از همان حقوقی در خصوص اموال منقول بستگانشان که از طریق ارث به تملکشان درآمده بود، برخوردار می شدند که شهروندان آمریکایی برخوردار بودند که در "آرگون" زندگی می کردند. (به عبارت دیگر با ورثه یوگسلاویایی نظیر ورثه آمریکایی برخورد می شد).^۲

این راه حل در رویه دیپلماتیک پذیرفته شده و هم در ماده ۱۸ طرح کمیسیون حقوق بین الملل ارائه شده است.

"لول" در این باره معتقد است: "در میان امتیازاتی که از سوی متعاهدین به طور متقابل به یکدیگر اعطا می شود، شرط ملت کامله الوداد از لحاظ آمری بودن به نسبت شرط رفتار ملی در حد پائین تری است."^۳ در این جا این سوال پیش می آید که آیا شرط ملت کامله الوداد دارای همان اثر شرط رفتار ملی است؟ آیا می توان هر دوی این شروط را هم زمان اعمال کرد؟ آیا نیت متعاهدین این بوده است که از طریق برقراری رابطه میان دو شرط، اثری را ایجاد کنند که غیر از اثر اولیه هر یک از دو شرط بوده است؟... حقوقدانان فرانسوی معتقدند که رفتار ملی از طریق استناد به شرط ملت کامله الوداد، قابل تسری و اعمال است.

این نظرات، پایه رویه دولت ها را تشکیل می دهد. بر همین مبنا، کمیسیون حقوق بین الملل هنگام تهیه پیش نویس دلیلی به خروج از آن ندید. از معنای عرفی شرط ملت کامله الوداد مستفاد می شود که اگر بهترین و بالاترین نفعی که به دولت ثالث تسری داده شده است، در نتیجه رفتار ملی باشد، آنوقت این رفتار، رفتاری خواهد بود که در تطابق کامل با تعهدی است که به دولت ذی نفع قول داده شده است و اگر دولتی

۱ - شرط رفتار ملی (ماده ۱۱) معاهده مودت، تجارت و دریانوردی میان ایالات متحده و کنفدراسیون آرژانتین ۱۸۵۳ مقرر میدارد: "هر آنچه را که بنوعی با تحصیل وانتقال اموال از هر نوع و یا تقسیم ترکه مرتبط است، اعم از فروش، هبه، مبادله، وصیت یا هر طریق دیگری،... شهروندان هر دو طرف متعاهد بایستی متقابلاً از همان مزایا و آزادی ها و حقوق بمانند شهروندان ملی برخوردار شوند..."

YILC 1978, Vol. II, Part Two, p. 50, Foot Note 261.

2 Kolovrat et al. v. Oregon, United States Supreme Court, 1 May 1961. Secretariat Digest (Quoted in YILC 1973, vol. II, p. 144, doc. A/CN. 4/ 269, para. 73).

3YILC 1978, vol. II, p. 50, para. 7.

4Level. op.cit., p. 338.

بخواهد اعطا قبلی رفتار مّلی و یا اعطا در آینده آن را، از شمول شرط ملت کامله‌الوداد استثنا نماید، می‌تواند چنین کند و اگر چنین استثنایی را مکتوب نکند، نتیجه آن تعهد به اعطا رفتار مّلی، به هنگام اعمال شرط ملت کامله‌الوداد خواهد بود.

کمیسیون حقوق بین‌الملل در ماده ۱۸ طرح پیش نویس تحت عنوان "عدم تأثیر رفتار اعطا شده به ثالث بر طبق رفتار مّلی بر عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد"، مقرر داشته است که رفتار اعطا شده به دولت ثالث یا به اشخاص یا اشیای مرتبط با آن، به صرف این که چنین رفتاری بر طبق رفتار مّلی اعطا شده بوده است، مانع از عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد و تسری آن به ذی نفعان شرط نخواهد گردید.^۱

مبحث ششم. عدم تأثیر توافق میان دولت معطی و ذی نفع در خصوص نوع رفتار اعطا شده بر عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد

به طور کلی هیچ امر غیر معمولی نیست که هم رفتار ملت کامله‌الوداد و هم رفتار مّلی در رابطه با یک موضوع مورد تصریح قرار گیرند. "نولد"، اشاره به ماده ۴ معاهده‌ای دارد که در سال ۱۹۴۲ میان انگلیس و پرتغال منعقد شده است، مطابق این ماده: "پرتغال متعهد می‌شود که بر اتباع پادشاهی بریتانیا، تعهدات گمرکی، مالیاتی و غیره، بیش از آن چه که بر اتباع یا ساکنان سرزمین‌های پادشاهی پرتغال در اروپا و یا دیگر ملت‌هایی که با پرتغالی‌ها متحد هستند، تحمیل می‌کند، وضع ننماید."^۲

نمونه دیگر، ماده ۶ کنوانسیون چندجانبه همکاری در دریانوردی و تجارت دریایی مورخ ۳ دسامبر ۱۹۷۱ است که در بوداپست مجارستان، میان کشورهای بلغارستان، چکسلواکی، جمهوری آلمان، مجارستان، لهستان، رومانی و اتحاد جماهیر شوروی به امضا رسید. این ماده مقرر می‌دارد: "کشتی‌هایی که پرچم کشورهای متعاهد را برافراشته‌اند، در بنادر دولت‌های مربوطه، بر مبنای رفتار متقابل، از رفتار مطلوبی که به کشتی‌های حامل پرچم مّلی که مبادرت به حمل و نقل بین‌المللی می‌نمایند، اعطا شده است، برخوردار می‌شوند، یا از مطلوب ترین رفتاری که بر مبنای رفتار متقابل به کشتی‌های دیگر کشورها در رابطه با کلیه موضوعات راجع به ورود به بندر، لنگر انداختن در بندر یا خروج از آن، استفاده از بندر برای بارگیری یا تخلیه بار، سوار کردن و پیاده نمودن مسافری و یا استفاده از خدمات دریانوردی اعطا می‌شود، برخوردار خواهند گردید."^۳

^۱YILC 1978, vol. II, Art. 18, p.

^۲ Nold, B., "La Clause de la Nation la Plus Favorisee et les Tarifs Preferentiels", Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye, 1932-I, Paris, Sirey, 1932, vol. 39, p. 27.

^۳YILC 1978, vol. II, part two, p. 51, para. 1.

در بعضی از شروط تصریح می شود که مبنای رفتار، از بین رفتار ملی و رفتار ملت کامله‌الوداد، هر کدام که مطلوب تر است، می‌باشد (ماده ۳۸ معاهده مودت، تجارت و دریانوردی میان آلمان و ایتالیا ۱۹۵۷)^۱ دبیر کل کمیسیون اقتصادی اروپا در گزارشی راجع به بودن این دو نوع رفتار (ملی و ملت کامله‌الوداد) در کنار یکدیگر اعم از این که در یک یا بیش از یک سند آمده باشد، اشعار می دارد: "به نظر نمی رسد، موضوع سازگاری این دو رفتار در کنار هم قابل طرح باشد. چرا که همیشه رفتار ملی غلبه و تفوق خواهد داشت و به هر حال این رفتار مطلوب تر است که بایستی به کشتی‌هایی که شایسته برخورداری از "رفتار ملی" و هم رفتار ملت کامله‌الوداد است، اعطا شود. چنین راه حلی قطعاً در معاهدات تجاری نظیر آن چه که میان نروژ و اتحاد جماهیر شوروی در جریان می‌باشد و شرط رفتار ملی را همراه با شرط ملت کامله‌الوداد عام برای کشتی‌های تجاری در نظر گرفته است، نیز حاکم است و لذا متساویاً، هم قابل اعمال به کنوانسیون های چندجانبه مشمول هر دو شرط رفتاری ملت کامله‌الوداد و ملی بوده و هم کنوانسیون های چندجانبه‌ای که فقط حاوی شرط ملت کامله‌الوداد بوده و در کنار آن معاهدات دوجانبه حاوی رفتار ملی وجود دارد که راجع به موضوعات تجاری و دریانوردی است."^۲

چنان چه رفتار ملی بالاتر و یا حداقل مساوی با رفتار ملت کامله‌الوداد اعطا شده به کشور خارجی باشد، چنین رفتاری متضمن رفتار ملت کامله‌الوداد نیز هست. چنین فرضی صراحتاً در پروتکلی که بخشی از معاهده تجارت و دریانوردی میان انگلستان و ترکیه در سال ۱۹۳۰ را تشکیل می دهد، آمده است: "در هر جای این معاهده که رفتار ملی آمده است، در واقع متضمن اعطا رفتار مطلوب تر به کشور خارجی نیز هست. قصد طرفین این بوده که رفتار ملی در سرزمین‌های دو دولت بالاتر یا حداقل مساوی با رفتار مطلوب تر کشور خارجی برخوردار است."^۳

اما چنان چه خارجیان از منافی بیش از آن چه که به تبعه اعطا می شود، برخوردار شوند، در آن صورت شرط ملت کامله‌الوداد بر رفتار ملی غلبه می‌یابد مثال بارز آن ماده ۸ معاهده مودت و تجارت میان انگلستان و سوئیس است، که اشعار می دارد: "در تمامی مواردی که مربوط به ورود و صدور کالا، انبار گمرک و ترانزیت کالا از سرزمین‌های این دو دولت، در رابطه با کلیه اموال تجارتی مشروع و قانونی می شود، هر دو طرف متعاهد، متعهد می‌شوند که با اتباع و شهروندان طرف دیگر در چنین مواردی، به مانند اتباع و

1 Art. 38 of the Treaty on Friendship, Commerce and Navigation between the Federal Republic of Germany and Italy of 21 November 1957 (Strupp, op.cit., p. 500).

2 E/ECE/ 270, Part II, Para. 42 (h). Quoted in YILC 1978, p. 51.

3 League of Nations, Treaty Series, vol. GVIII, p. 432.

شهروندان تبعه خود رفتار نمایند یا به مانند اتباع و شهروندان ملت کامله‌الودادی که بهره مند از منافع استثنایی شده‌اند که به اتباع این دو کشور اعطا نشده است.^۱ در همین رابطه "شوارتزبرگر" معتقد است:

"وجود دو یا چند معیار در این معاهده برای دستیابی بهتر به اهداف معاهده است. لذا همراهی شروط ملت کامله‌الوداد و رفتار ملی می‌تواند منجر به رفتاری شود که مزایای بیشتری را به اتباع متعاهدین به نسبت به آن چه که می‌توانست صرفاً از بکارگیری یکی از این دو معیار حاصل شود، اعطا کند برای مثال معافیت از تعهدات قضایی مربوط به دفاع مدنی (هزینه‌های دادرسی). در چنین مواردی قصد طرفین، اعمال هم زمان دو یا چند معیار با هم بوده است."^۲

رفتار ملت کامله‌الوداد و رفتار ملی دارای ویژگی‌های متفاوتی هستند. شرط ملت کامله‌الوداد تنها براساس رفتاری که به ثالث اعطا شده است، وارد عمل می‌شود و اگر رفتاری در کار نباشد، خالی از محتوا خواهد شد. اما رفتار ملی، یک اعطای مستقیم است که منفعتی را به دولت ذی نفع به طور مستقل، صرف نظر از اعطا یا عدم آن به ثالث می‌دهد.

اما گاهی تعهد ملت کامله‌الوداد همراه با اعطای مستقیم دیگری به غیر از رفتار ملی است. برای مثال دولت معطی متعهد می‌شود که رفتار خاصی را به دولت ذی نفع، اتباع یا کشتی‌های آن که به حد رفتار ملی نمی‌رسد، اعطا کند.

لذا یک دولت ذی نفع می‌تواند براساس یک یا بیش از یک معاهده و یا بر طبق تعهدات دیگری، مستحق بهره‌مندی از انواع گوناگون رفتارها درباره یک موضوع شود و این می‌تواند مشکلات اجرایی زیادی به بار آورد، نظیر این که:

۱. آیا دولت ذی نفع می‌تواند نوع خاصی از رفتار را در برابر رفتارهای دیگر ترجیح دهد؟ ۲. آیا دولت ذی نفع می‌تواند انواع گوناگون رفتارها را نسبت به یک موضوع مطالبه نماید؟ ۳. آیا دولت ذی نفع می‌تواند انواع رفتارها را یک جا نسبت به یک موضوع مطالبه کند؟

کمیسیون حقوق بین‌الملل هنگام تهیه پیش نویس با اشراف بر این مشکلات به این نتیجه رسید که به هر اندازه‌ای که انواع گوناگون رفتار اعم از رفتار ملت کامله‌الوداد، رفتار ملی و یا هر رفتار دیگری از طرف دولت معطی در رابطه با یک موضوع به یک دولت اعطا شود، دولت ذی نفع نه تنها می‌تواند دست به انتخاب بزند، بلکه می‌تواند، در صورت بهره‌مندی از کلیه رفتارها به طور هم زمان، آن‌ها را یک جا مطالبه نماید یا بخشی از آن‌ها را ادعا نماید.

^۱ United Kingdom, Foreign Office, "Hand book of Commercial Treaties etc. with Foreign Powers", 4 th ed., London, H.M. Stationary Office, 1931, p. 669, Quoted in YILC 1978, p.32.

^۲ Sauvignon, op.cit., p.6.

به همین دلیل کمیسیون، این مسأله را از پیش مورد قضاوت قرار نداد و آن را به رویه دولت ذی نفع واگذار نمود. ماده ۱۹ طرح تحت عنوان "عدم تأثیر توافق میان دولت معطی و ذی نفع در خصوص نوع رفتار اعطا شده نسبت به یک موضوع بر عملکرد شرط" اشعار می دارد که بهره‌مندی واقعی دولت ذی نفع از حقوق خود بر طبق شرط ملت کامله‌الوداد به هیچ روی تحت تأثیر این امر که رفتار ملّی یا هر رفتار دیگری که دولت معطی در خصوص همان موضوع توافق نموده است که به دولت ذی نفع اعطا نماید، قرار نخواهد گرفت.

بند ۲ ماده عکس بند اول است و بیان می‌کند که حق دولت ذی نفع نسبت به برخورداری از رفتار ملت کامله‌الوداد هیچ خدشه‌ای بر رفتار ملّی یا هر رفتار دیگری که از سوی دولت معطی به دولت ذی نفع در رابطه با همان موضوع اعطا شده است، وارد نمی‌سازد. وقتی دو بند با هم خوانده می‌شود، آشکار می‌شود که هر جا به دولت ذی نفع، انواع گوناگون رفتارها در رابطه با یک موضوع اعطا شده باشد، دولت ذی نفع مختارست که هر کدام از رفتارها را که مایل بود انتخاب کند یا ترکیبی از رفتارها را، در هر مورد خاص، مطالبه نماید.^۱

گفتار پنجم. عطف به ما سبق شدن منافع حاصل از شرط ملت کامله‌الوداد

علی‌الاصول شرط ملت کامله‌الوداد شامل منفعی می‌شود که به دولت ثالث چه قبل از لازم الاجرائی معاهده حاوی شرط ملت کامله‌الوداد و چه بعد از آن اعطا شده است، مگر این که طرفین معطی و ذی نفع به نحو دیگری توافق کرده باشند، علت این امر به این گونه توضیح داده شده است.

"... از آن جا که هدف از شرط این است که با دولت ذی نفع همانند دولت ثالث، رفتار شود، لذا منصفانه نخواهد بود که این برابری به وضعیت حقوقی آینده محدود شود. شرطی که هدفش صرفاً منافع آینده است "*Pro future clause*" یا شرطی که تنها هدفش منافع گذشته است، نمی‌تواند وجود داشته باشد، مگر این که صراحتاً و به طور شفاف قید شود و آلا به کلیه منافع گذشته و آینده‌ای که از طرف دولت معطی به ذی نفع، اعطا شده است، تسری خواهد یافت."^۲

رویه حقوقی دولت‌ها نیز مؤید این امر است. مثال زیر، دلیل این مدعاست: قانون خاص بلژیک راجع به مدت اجاره‌های واگذار شده به اتباع کشورهای که در طی جنگ جهانی اول با بلژیک متحد بوده یا بیطرف بوده‌اند، اشعار می‌داشت که اتباع این دولت‌ها می‌توانند در منافع این اجاره‌ها به شرط رفتار متقابل

¹YILC 1978, vol. II, part two, p. 52.

²Sauvignon, op.cit., p.21.

سهیم باشند. خواهان مدعی بود که این مزیت حقوقی درمورد اجاره وی به خاطر تابعیت فرانسوی اش و این که اتباع بلژیکی در فرانسه از چنین رفتار متقابلی بهره مند نشده اند، دریغ شده است.

دادگاه مطابق معاهده ۱۹۲۷ فرانسه و بلژیک، رأی به نفع خواهان داده و گفت اتباع هر یک از طرفین متعاقد، می‌باید در سرزمین یکدیگر از رفتار ملت کامله‌الوداد در همه مسائل مربوط به اقامت و مسکن، همانند تصدی به امور تجارتی، صنعتی و خدماتی برخوردار شوند (ماده ۱) و این مزیت شامل تصرف (مالکیت)، تحصیل و اجاره اموال منقول و غیر منقول می‌شود (ماده ۲). زیرا ماده ۳ معاهده منعقد میان بلژیک و ایتالیا مورخ ۱۱ دسامبر ۱۸۸۲ مقرر می‌دارد، که اتباع هر یک از طرفین متعاقد در سرزمین یکدیگر از حقوق کامل مدنی همپایه اتباع برخوردارند، لذا اتباع فرانسوی در رابطه با حقوق مدنی شان در بلژیک، کاملاً همپایه اتباع بلژیکی خواهند بود و نتیجتاً در قانون تعیین اجاره بها سهیم‌اند و مقدم یا مؤخر بودن معاهدات فوق بر قانون مورد بحث، هیچ تأثیری ندارد.

دولت بلژیک امیدوار بود که از طریق انعقاد معاهده ۱۹۲۷، اتباعش در فرانسه از مزایای قانون مدت اجاره‌ها و اموال تجارتی همپایه اتباع فرانسوی برخوردار شوند. لذا خواهان نیز که تبعه فرانسه بود، حق داشت، براساس این معاهده، مدعی تسری قانون مدت اجاره شود.^۱

در خصوص عطف بماسبق شدن اعمال شرط ملت کامله‌الوداد، نویسندگان متعددی از قبیل لول بر این نظرند که اتباع دولت ذی نفع برخوردار از منافی هستند که قبلاً به دولت بهره مند اعطا شده است، اما این رفتار تنها پس از تاریخ لازم الاجرائی معاهده‌ای که شرط ملت کامله‌الوداد در آن آمده است، می‌تواند اعطا شود. چنان چه شرط، مشروط به زمان اعمال مقررات معاهده منعقد با دولت بهره مند شده باشد، اتباع دولت ذی نفع دقیقاً در همان وضعیت اتباع دولت بهره مند قرار دارند و لذا حق دارند که منافع مورد بحث را که قبل از انتشار معاهده مشمول شرط نسبت به آن‌ها قابلیت اعمال یافته، مطالبه نمایند. یعنی از زمان لازم الاجرائی معاهده فی مابین دولت معطی و دولت بهره مند، می‌توانند آن منافع را ادعا کنند. لذا در این حالت، اتباع دولت ذی نفع حق اعمال عطف بماسبق معاهده را دارند.

اما حقوقدانان فرانسوی این عطف بماسبق شدن را نمی‌پذیرند. اتباع دولت ذی نفع تنها می‌توانند منافی را مطالبه کنند که به دولت بهره مند در زمان لازم الاجرائی معاهده مشمول شرط اعطا شده است. فرمول واقعی شرط اجازه عطف بماسبق شدن را به خارجانی که قبلاً بهره مند از وضعیت مطلوب شده اند، نمی‌دهد... و این منافع تنها نسبت به آینده اعمال خواهد شد... البته مطابق قاعده‌ای که حاکم بر زمان اعمال است. طرفین متعاقد می‌توانند عطف بماسبق شدن شرط را صراحتاً در معاهده قید کنند. بهره مندی

^۱ Trossy v. Dumortier, Belgium, Brussels Civilcourt (Chamber of Rent Restriction Appeals), 31 May 1928. (Quoted in YILC 1973, vol. II, pp. 129 and 130, doc. A/CN.4/269, para. 31.).

از منافع بر طبق شرط ملت کامله‌الوداد، ناشی از خود شرط است و نه معاهده حاوی آن. هرچند شرط ملت کامله‌الوداد اجازه بهره‌مندی از منافع اعطا شده به اتباع دولت بهره‌مند را می‌دهد، اما از حیث عطف به‌ماسبق شدن، دولت ذی نفع را عضو معاهده منعقد میان دولت معطی و دولت بهره‌مند، قرار نمی‌دهد.^۱

موضوع دیگر این است که آیا صرف همین که وعده اعطای حقوقی به دولت ثالث داده شد، ذی نفع مستحق بهره‌مندی از رفتار ملت کامله‌الوداد می‌شود و یا این که تنها زمانی ذی نفع بهره‌مند می‌شود که واقعاً حقوقی به ثالث اعطا شده باشد.

"مک‌نیر" با ذکر مثالی شروع می‌کند، به این شرح: "اگر دولت بریتانیا حق بهره‌مندی از شرط ملت کامله‌الوداد را به جهت انعقاد معاهده با دولت الف و معاهده‌ای که میان دولت الف و ب وجود داشته است، بدست آورد و دولت ب نیز استحقاق بهره‌مندی از رفتار خاصی را از طرف دولت الف بدست آورد، چه موقع دولت بریتانیا، حق دارد، چنین رفتاری را از دولت الف مطالبه کند؟ آیا فوراً مستحق این رفتار می‌شود و یا زمانی که دولت ب موفق به دریافت این حقوق شد؟ در پاسخ به این سؤال دو نظر وجود دارد:

نظر اول این است که دولت بریتانیا با حضور در دادگاه و دفاع از خود "*Locus Standi*" نمی‌تواند چنین رفتاری را ادعا کند، مگر این که بتواند واقعاً بهره‌مند شدن دولت ب یا اتباع آن را اثبات کند. برای مثال، دولت ب ممکن است هیچ فرد مقیمی در سرزمین دولت الف نداشته باشد که بتواند حق معافیت از مالیات بر درآمد را بدست آورد. مطابق این نظر اهمیت دولت بریتانیا کمتر از دولت ب است.

نظر دوم این است که شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده بریتانیا با دولت الف در صورتی که از حیث موضوع یکی باشد (*Pari materia*) از زمانی که معاهده لازم‌الاجرا می‌شود، صرف نظر از این که حقوقی بواقع اعطا شده باشد یا خیر، وارد عمل می‌شود.

اداره حقوقی بریتانیا نظر دوم را اتخاذ کرده است و دولت بریتانیا نیز همین نظر را پذیرفته است.^۲

همین وضعیت، در مواردی هم که انگلستان ذی نفع نبوده و دولت معطی به حساب آمده، اتخاذ شده است.^۳

در ۱۱ آوریل ۱۹۰۶، از اداره حقوقی بریتانیا راجع به حق بیگانگان نسبت به دریافت گواهینامه‌های خلبانی انگلیسی، استعلام شد که آیا این حق از سوی اتباع ملت‌های مذکور، به عنوان یک حق مطلق در نتیجه اعمال شرط ملت کامله‌الوداد، قابل مطالبه هست یا خیر و یا این حق تنها زمانی قابل مطالبه است که اتباع دولت‌هایی که برخوردار از رفتار ملی شده‌اند، قبلاً این مزیت را مطالبه و دریافت کرده باشند؟ اداره حقوقی در پاسخ به این استعلام بیان کرد: "این موضوع می‌باید بر پایه تفسیر صحیحی از شرط ملت

^۱Level, op.cit., pp. (336 and 337).

^۲Mc Nair, op.cit., pp. (278 and 279).

^۳YILC 1978, vol. II, p. 54.

کامله‌الوداد مطرح شده، صورت گیرد. اما به طور کلی حق اعطا رفتار اعم از این که آن حق به واقع اعطا شده باشد یا نشده باشد، قابل مطالبه است، از طرف دیگر در عمل، اعطا رفتار، بستگی به ساختار معاهده‌ای خواهد داشت که رفتار مبتنی بر آن شده است.^۱

"وایت من" معتقد است که این نظر محدود به رویه بریتانیا نیست. در سال ۱۹۴۳ سفیر آمریکا در سانتیاگو این نظر را اتخاذ کرد که شرط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط در موافقتنامه تجاری میان ایالات متحده و شیلی، حق ورود بدون پرداخت عوارض گمرکی را به الوارهای وارداتی از ایالات متحده که در یادداشت مبادله شده میان پرو و شیلی آمده بود، اعطا می‌کرده است. در آن یادداشت، الوارهای وارده از پرو به کشور شیلی، از پرداخت عوارض گمرکی معاف بودند، صرف نظر از این که، الوارهایی از کشور پرو یا دیگر کشورهایی که نامشان در یادداشت آمده بود، به شیلی وارد می‌شد یا خیر. لذا، شرط ملت کامله‌الوداد به نحوی تفسیر شد که این حقوق را به طور قانونی به محصولات کشورهای دیگر، صرف نظر از این که بهره مندی واقعی از چنین حقی نسبت به این محصولات صورت گرفته باشد یا نگرفته باشد، اعطا نماید.

همان طور که گفتیم، اعطا منافع به دولت ثالث، منجر به اعمال شرط ملت کامله‌الوداد می‌شود. این اعطا می‌تواند براساس انعقاد یک معاهده یا هر نوع توافق دیگری میان دولت معطی و ثالث صورت پذیرد.

چنان چه اعطا بر مبنای معاهده نباشد و بر مبنای قانون داخلی دولت معطی صورت گرفته باشد، باز هم همین اثر را خواهد داشت. "مک نیر" معتقد است که این موضوع قطعاً از طریق نحوه بیان شرط، قابل حل است. برای مثال شرط ذیل یک شرط کلی است: "اتباع هر یک از دولت های متعاهد در سرزمین های یکدیگر می‌باید با آزادی کامل، بتوانند هر گونه اموالی را بدست آورده و تملک نمایند، درست همانند اتباع هر کشور خارجی دیگری که قوانین دیگر دولت متعاهد، اجازه تحصیل و تملک اموال را به آن ها داده است."^۲

مسئله دیگر این است که آیا شرط تنها اشاره به اعطا حقوق از طریق معاهده دارد یا اعطا به هر وسیله‌ای را نیز شامل می‌شود؟ پاسخ دولت بریتانیا به این سؤال این بوده است که شرط، اعطا به هر وسیله‌ای را دربرمی‌گیرد.^۳ "نولد" معتقد است، این که منافع اعطا شده به یک کشور ثالث از حقوق داخلی دولت متعاهد دیگر ناشی می‌شود یا از توافقات میان دولت معطی با هر کشور ثالث دیگری، مهم نیست.^۴ به نظر ایشان، این قاعده، یک قاعده تثبیت شده و مطلقاً غیر قابل مناقشه است.^۵

1 Ibid., pp. (279-280).

2 Whiteman, op.cit., p. 750.

3 MC Nair, op.cit., p. 280.

4 Nold, B., "La Clause de la Nation la Plus Favorisee...", (op.cit), p. 48.

5 Ibid., Similarly, Sauvignon, op.cit., p. 22.

قطعنامه ۱۹۳۶ انستیتیوی حقوق بین‌الملل در این باره چنین می‌گوید: "شرط ملت کامله‌الوداد به دولت ذی نفع، حقوقی را اعطا می‌کند که از طرف دولت متعاقد دیگر به اتباع، کالاها و کشتی‌های هر کشور ثالثی خواه به موجب قانون داخلی و خواه به موجب معاهده اعطا شده است."^۱

به واقع پاسخ به این سؤال مستلزم تفسیر شرط است. کمیسیون حقوق بین‌الملل در ماده ۲۰ طرح پیش‌نویس در خصوص نحوه اعمال شرط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط بیان داشته است که "حق دولت ذی نفع نسبت به برخورداری از رفتار ملت کامله‌الودادی که مشروط به جبران نشده است، زمانی حاصل می‌شود که رفتار مربوطه از طرف دولت معطی به دولت ثالث یا به اشخاص یا اشیای مرتبط با آن تسری یافته باشد."^۲

هدف از این قاعده، صرفاً ارائه یکسری خطوط راهنما در مواردی است که عملکرد شرط مربوط به رفتار ملت کامله‌الوداد می‌شود که هیچ‌گونه جزئیاتی درباره عملکردش وجود ندارد. کمیسیون معتقد بود که در چنین فرضی می‌توان گفت که نیت طرفین قرار دادن دولت ذی نفع در همان وضعیت حقوقی دولت ثالث بوده است. البته این نظریه در ماده ۸ طرح کمیسیون نیز مطرح شد که مطابق آن، منبع حق ذی نفع، در معاهده یا موافقتنامه بین‌المللی است که شرط در آن قرار دارد و قاعده مطرح شده در ماده ۲۰ کمیسیون نیز آن را تضمین می‌کند.

مطابق بند ۱ ماده ۲۰، حق دولت ذی نفع بر طبق شرط ملت کامله‌الوداد، مشروط به جبران رفتاری که دولت ثالث از آن بهره‌مند شده است. نمی‌باشد چنان‌چه رفتار اعطا شده از طرف دولت معطی به ثالث در ازاء جبران صورت گرفته باشد.

لذا، چنان‌چه دولت ثالث، برخورداری از رفتار مطلوب قبل از زمان لازم‌الاجرای معاهده یا موافقتنامه بین‌المللی حاوی شرط شده باشد، دولت ذی نفع بلافاصله مستحق بهره‌مندی از رفتار اعطا شده خواهد شد. اما اگر اعطا رفتار در زمانی موخر بر معاهده ذی نفع اعطا شود، در آن صورت دولت ذی نفع بهره‌مند از رفتار اعطا شده در همان زمان مؤخر خواهد شد.

در صورتی که رفتار ملت کامله‌الوداد مشروط به جبران یا رفتار متقابل شده باشد، رکن سوم نیز برای بهره‌مندی ذی نفع لازم است و آن این است که بدواً جبران لازم یا رفتار متقابل مورد توافق به دولت معطی، داده شده باشد.^۳

بندهای ۳ و ۲ ماده ۲۰، به عملکرد موارد شروط ملت کامله‌الوداد مشروط پرداخته است.^۴

^۱YILC 1969, vol. II, p. 181 doc. A/CN.4/ 213, annex II.

^۲YILC 1978, vol. II, p. 55.

^۳Ibidem.

^۴Ibidem.

فصل ششم. خاتمه و تعلیق حقوق ناشی از شرط ملت کامله‌الوداد

ماهیت شرط این است که وقتی ثالث وضعیت ترجیحی خود را از دست داد، حق دولت ذی نفع و به دنبال آن اعطا رفتار مطلوب نیز متوقف می‌شود. در واقع زمانی که مزیت از بین می‌رود، موضوعی که قرارست تحت عملکرد شرط درآید نیز از بین می‌رود و لذا دیگر شرط اثری نخواهد داشت.^۱

گفتار اول. رویه قضایی

این موضوع در دادگاه عالی اداری فنلاند در قضیه اجرای موافقتنامه تجاری ۱۹۴۳ میان فنلاند و انگلستان مطرح شد. در این قضیه عوارض وارداتی وضع شده بر کالاهای خاصی که در موافقتنامه تجاری میان فنلاند و انگلستان آمده بود، از طریق عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد به کالاهای وارداتی از آلمان نیز تسری یافت. دادگاه اعلام کرد که بعد از اعلان جنگ انگلستان به فنلاند، شرط ملت کامله‌الوداد دیگر قابلیت اجرایی نسبت به آلمان ندارد و آلمان می‌بایست تعهدات گمرکی خود را مستقل از موافقتنامه تجاری میان فنلاند و انگلستان آن جام دهد.^۲

گفتار دوم. دکترین

انستیتوی حقوق بین‌الملل در قطعنامه ۱۹۳۶، به این موضوع تصریح کرده است: مدت زمان اعمال شرط ملت کامله‌الوداد محدود به زمان معاهداتی خواهد بود که منتهی به اجرای شرط می‌شود.^۳ در زمان تدوین کنوانسیون حقوق معاهدات، مقرره‌ای نیز راجع به این بحث از سوی "خمینز دوآرچاگا" مطرح شد، به این ترتیب که اگر مقررات معاهده‌ای، حقوق یا مزایایی را اعطا کند که از سوی طرفین فسخ و یا صرف نظر شده باشد، چنین مقرراتی دیگر قابلیت استناد نخواهد داشت.^۴

هر دو متن اشاره به موردی دارد که رفتار مطلوب اعطا شده از سوی دولت معطی به دولت ثالث در یک معاهده آمده باشد.

البته، در صورت تمایل، طرفین می‌توانند تحت شرایط خاصی، عملکرد شرط را تغییر دهند. در قضیه مراکش، ایالات متحده به این موضوع پرداخته شد، به این نحو که به علت اوضاع و احوال خاص پیش آمده، عملکرد شرط نیز دستخوش تغییر شده است. دیوان بین‌المللی دادگستری ضمن تفسیر شروط ملت

^۱snyder, op.cit., p. 37; Sibert, op.cit., pp. (225 et seq).

^۲ رأی ۱۲ مارس ۱۹۴۳ دادگاه اداری فنلاند

Secretariat Digest (YILC 1973, vol. II, p. 144, doc. A/CN.4/ 246, para. 13).

^۳YILC 1969, vol. II, p. 181, doc. A/CN.4/ 213, annex II.

^۴De Arechaga, Jimenez", YILC 1964, vol. I, p. 184, 752 nd Meeting, para, 1.

کامله‌الوداد مندرج در معاهدات میان ایالات متحده و مراکش در راستای مطابقت با هدف و ماهیت عام و کلی شروط ملت کامله‌الوداد، چنین گفت:

"دومین ادعای ایالات متحده مبتنی بر این است که شروط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهدات منعقدۀ با کشورهای نظیر مراکش، بیشتر به عنوان یک فرم شکلی مصطلح در نظر گرفته می شود تا این که بخواهد روشی برای برقراری رفتار یکسان و بدون تبعیض میان کشورهای مختلف مربوطه تلقی شود."^۱

مطابق با این نظریه، یک کشور حقوق یا مزایایی را بر طبق شرط ملت کامله‌الوداد می‌تواند مطالبه نماید که آن حقوق و مزایا در تاریخ لازم الاجرای معاهده موجود بوده و از طریق الحاق به آن به صورت بخشی از معاهده درآمده باشد و بهره مندی و اعمال آن حتی بعد از فسخ مقررات معاهده‌ای که این حقوق از آن ناشی شده است وجود خواهد داشت. از این نظر این ادعا با نیت طرفین قضیه‌ی مورد بحث انطباقی ندارد و این به طور خاص از نحوه‌ی عبارات هر دو معاهده و از الگوی کلی معاهدات که حاصل بررسی معاهدات است، بدست می‌آید. این معاهدات هدفشان رفتار ملت کامله‌الوداد است که باعث برقراری و حفظ برابری میان کلیه‌ی کشورهای مربوطه بدون هر گونه تبعیضی در تمامی زمان ها می شود.^۲

در همین رأی، دیوان گفت: «به نظر نمی رسد که معاهدات حاوی شرط ملت کامله‌الوداد با مراکش معنا و اثری به غیر از شروطی که در معاهدات دیگر آمده یا تحت حکومت قواعد حقوقی دیگری قرار دارد، داشته باشد. چنان چه مقررات اعطا کننده مصونیت مالی در معاهدات میان مراکش با دولت های ثالث فسخ شود یا به حال تعلیق درآید، دیگر چنین مقرراتی نمی‌تواند بر پایه‌ی شرط ملت کامله‌الوداد مورد استنباط قرار گیرد. به عبارت دیگر شرط ملت کامله‌الوداد تکیه گاهی نخواهد داشت.»^۳

یکی از نمونه‌های بارز تغییر کلی الگوی عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد، موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت (گات) است. ماده کلیدی این موافقتنامه، شرط ملت کامله‌الوداد عامی است که در رابطه با عوارض گمرکی و دیگر تعهدات مندرج در بند یک ماده یک آمده است.

بند ۱ ماده ۲ مقرر می دارد: "هریک از اعضای متعاهد بایستی در تجارت با اعضا متعاهد دیگر، رفتاری داشته باشد که از نظر مطلوبیت، کمتر از آن چه که در ضمیمه موافقتنامه آمده است، نباشد."^۴

مطابق با نظر آقای ج. کرزن، بند یک ماده‌ی ۲ ضمیمه (جداول حمایتی)، اهمیت بالاتری نسبت به شرط ملت کامله‌الوداد دارد... این بند از ماده‌ی ۲ یک پدیده‌ی کاملاً جدید در قانون‌گذاری تجارت بین‌المللی است.

1 I.C.J. Reports 1952, p. 176.

2 Ibid., pp. (191 and 192).

3 Ibid., pp. (204 and 205).

4 GATT, "Basic Instruments and selected Documents", vol. Iv (op.cit)P.3.

این جداول عبارتند از: فهرستی از تمامی امتیازاتی که کلیه متعاهدین در مذاکرات با شرکای تجاریشان و با بالاترین نرخ‌های تعرفه‌ای آن جام می‌دهند. تفاوت دیگر این بند با شرط ملت کامله‌الوداد در حمایتی است که علیه افزایش تعرفه مطابق جداول ارائه می‌شود. هرچند شرط سنتی و کلاسیک، رفتار ملت کامله‌الوداد غیرمشروط را تضمین می‌کند اما موافقتنامه تنها برابری رفتار را در برابر تغییرات تعرفه‌ای مقرر می‌دارد.^۱

"هاوکیوز" در این باره معتقد است که موافقتنامه‌ی عمومی، فراتر از اصل ملت کامله‌الوداد پیش رفته است. هر عضوی که امتیازاتی را دریافت می‌کند، مستقیماً به اعطای همان امتیاز در برابر تمامی اعضای متعاهد دیگر ملزم می‌شود. این متفاوت از شرطی است که در یک موافقتنامه‌ی مستمر و در حال جریان میان دولت مُعطی امتیاز و طرفی که در مذاکره با آن است، می‌آید.^۲

نویسنده دیگری بنام "سی. روسیلیون" تصویر ذیل را از عملکرد شرط ارائه می‌دهد: «... شرط می‌تواند به مانند یک قایق شناوری تصور شود که مالک خود را قادر می‌سازد تا خود را در بالاترین سطح تعهدات پذیرفته شده از طرف دولت معطی در برابر دولت های خارجی حفظ نماید، چراکه اگر این سطح پایین افتد، قایق نمی‌تواند به بالن تبدیل شود به نحوی که سطح کلی حقوق اعمال شده از طرف دولت های دیگر به دولت ذی نفع به طور مصنوعی حفظ شود.»^۳

در نظام گات همان گونه که نشان داده شد، بند یک ماده‌ی ۲ در واقع شرط شناور را به یک بالن تغییر شکل داده است. (امتیازات اعطا شده نمی‌تواند باز پس گرفته شود مگر از طریق یک آیین پیچیده، پس از مشورت با دول متعاهد، مطابق با ماده‌ی ۲۸ موافقتنامه‌ی عمومی) اما نظام خاص موافقتنامه‌ی عمومی در بر دارنده یک استثنا بر قاعده‌ی کلی عملکرد شرط است و این قاعده کلی به هیچ وجه تحت تأثیر عملکرد متفاوت شرط ملت کامله‌الوداد در موافقتنامه‌ی عمومی که وجود خود را از یک موافقتنامه‌ی خاص میان اعضای متعاهد عاریت می‌گیرد، قرار نمی‌گیرد. از این نظر، خاتمه یا تعلیق عملکرد شرط منصرف از سبب ختم یا تعلیق منافع اعطا شده به دولت ثالث است این قاعده، امری نیست. طرفین معاهده‌ی مشمول شرط مختارند که با ادامه‌ی رفتار مطلوب در پایان انقضای دوره‌ی منافع اعطا شده به ثالث موافقت نمایند و نیز می‌توانند وضعیت مطلوب را بر پایه‌ی ترتیبات خاص خود حفظ کنند.

1 Curzon, G., "Multilateral Commercial Diplomacy: The General Agreement on Tariffs and Trade it's Impact National Commercial Policies and Techniques", New York, Praeger, 1966, p. 64.

2 Howkins, op.cit., p. 226.

3 Rossillion, C., "La clause de la Nation la Plus Favorisee dans la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice", Journal du Droit International, Paris, 82 nd year, No. 1, January – March, 1955, p. 106.

مثال تاریخی چنین موردی جنگ میان ایتالیا و حبشه است که نمونه‌ای از حفظ منافع دولت ذی نفع شرط پس از انقضای دوره‌ی زمانی رفتار مطلوب اعطا شده به دولت ثالث به شمار می‌رود. مجازات‌هایی علیه ایتالیا به دنبال تقبیح جامعه‌ی ملل اعمال شد، یکی از این مجازات‌ها، تعلیق معاهدات تجاری با ایتالیا بود، منافعی که بر طبق این معاهدات اعطا شده بود، طبیعتاً می‌بایست در زمان تعلیق به کشورهای ثالث ذی نفع از شرط ملت کامله‌الوداد متوقف می‌گردید. اما این منافع همچنان بر مبنای بند ۳ ماده‌ی ۱۶ میثاق حفظ شدند. به موجب این ماده اعضای جامعه‌ی ملل موافقت کردند که متقابلاً از یکدیگر در برابر مجازات‌های اقتصادی و مالی، به منظور به حداقل رساندن زمان‌ها و نتایج آزار دهنده ترتیبات فوق، حمایت کنند.^۱

آقای روسیلیون مثال دیگری را ذکر می‌کند:

"ماده‌ی ۴۹ منشور ملل متحد تحت عنوان (همکاری متقابل در اجرای تصمیمات شورای امنیت) می‌تواند توجیه کننده‌ی درخواست دولت ذی نفع باشد. البته بعد از این که دولت ذی نفع مشورت‌هایی را با شورای امنیت مطابق ماده‌ی ۵۰ منشور آن جام داد."^۲

گفتار سوم. دیدگاه کمیسیون حقوق بین‌الملل

کمیسیون حقوق بین‌الملل در ماده‌ی ۲۱ طرح پیش نویس در این رابطه اشعار می‌دارد: "برخورداری دولت ذی نفع از رفتار ملت کامله‌الوداد زمانی خاتمه می‌یابد که رفتار اعطا شده از سوی دولت معطی به ثالث خاتمه یافته یا به حال تعلیق درآمده باشد." این بند از ماده ۲۱ نسبت به تمامی انواع شروط ملت کامله‌الوداد قابل اعمال است اعم از این که شروط مشروط به جبران شده باشد یا نشده باشد.

در مواردی که رفتاری در محدوده‌ی موضوع شرطی که از طرف دولت معطی به بیش از یک دولت ثالث اعطا شده است، قرار می‌گیرد، حق دولت ذی نفع نسبت به بهره‌مندی از آن رفتار زمانی خاتمه می‌یابد یا معلق می‌شود که این خاتمه یا تعلیق به کلیه‌ی دولت‌های ثالث تسری یافته باشد. مطابق بند ۲ ماده‌ی ۲۱ طرح، بهره‌مندی دولت ذی نفع از رفتار ملت کامله‌الودادی که مشروط به جبران شده است، زمانی خاتمه یافته یا به حال تعلیق درمی‌آید که جبران مورد توافق از طرف دولت ذی نفع خاتمه یافته یا معلق شده باشد.

مطابق بند ۳ ماده‌ی ۲۱ حق بهره‌مندی دولت ذی نفع از رفتار ملت کامله‌الودادی که مشروط به رفتار متقابل شده است، هنگامی خاتمه می‌یابد یا معلق می‌شود که رفتار متقابل مورد توافق از طرف دولت ذی نفع خاتمه یافته یا معلق شده باشد. بنابراین مطابق، بندهای ۲ و ۳ ماده‌ی ۲۱ حق دولت ذی نفع زمانی خاتمه یافته یا معلق می‌شود که دولت ذی نفع به طور دائمی یا موقتی رضایت خود را به اعطا جبران یا

¹ Sauvignon, op.cit., pp. (96 and 97).

² Ibidem.

رفتار متقابل پس بگیرد ولو این که بهره مندی و اعطا رفتار به ثالث، همچنان ادامه داشته باشد. ماده ۲۱ طرح، جامع نیست و دربردارنده تمامی موارد خاتمه یا تعلیق نظیر انقضا دوره زمانی شرط ملت کامله الوداد، توافق دولت معطی و ذی نفع بر خاتمه شرط و یا اتحاد دولت مطعی و ثالث نیست.^۱

^۱YILC 1978, vol. II, part Two, p. 57.

فصل هفتم. استثنائات وارده بر عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد در حوزه‌هایی غیر از تجارت و سرمایه‌گذاری

گفتار اول. تسهیل حمل و نقل مرزی

یکی از استثنائاتی که غالباً در معاهدات تجاری حاوی شرط ملت کامله‌الوداد می‌آید، مربوط به تعرفه‌های گمرکی است به همین خاطر موافقتنامه‌ی عمومی تعرفه و تجارت حاوی یک مقررۀ عجولانه در این رابطه است. ماده‌ی ۲۴ مقرر می‌دارد: «مقررات این موافقتنامه نباید طوری تفسیر شود که مانع از: الف. اعطای مزایا از طرف دولت عضو متعاقد به کشورهای مجاور که به خاطر تسهیل تعرفه‌های گمرکی بوده است، شود...»^۱

متن این ماده شبیه آن چیزی است که در بند ۷ قطعنامه ۱۹۳۶ انستیتوی حقوق بین‌الملل آمده است: «شرط ملت کامله‌الوداد حقی را اعطا نمی‌کند: ۱. نسبت به رفتاری که از سوی کشور متعاقد به یک دولت ثالث مجاور اعطا شده یا بعداً به منظور تسهیل تعرفه‌های گمرکی اعطا می‌شود...»^۲

استثناء تعرفه‌های گمرکی قبلاً در کمیته‌ی اقتصادی جامعه ملل نیز بحث شده بود و کمیته در نتیجه گیری خود چنین گفته بود: «در اغلب معاهدات تجاری مجوزی برای وضعیت خاص در سرحدات مرزی وجود دارد، به این نحو که تسهیلات گمرکی اعطا شده به حمل و نقل مرزی از نظام ملت کامله‌الوداد استثنا می‌شود... در هر جا که استثناء راجع به حمل و نقل مرزی ضروری باشد، این نه به دلیل تجارت بلند مدت، بلکه بخاطر ماهیت منطقه، پذیرفته شده است. و نمی‌توان به دلیل تغییر اوضاع و احوال، پهنه‌ی منطقه‌ی مرزی را که دارای نظام خاص می‌باشد، نادیده انگاشت.»^۳

به نظر می‌رسد که یک رویه عامی در معاهدات تجاری منعقدۀ میان دولت‌هایی که دارای هیچ مرز مشترکی با یکدیگر نیستند، شکل گرفته باشد، به این معنا که عملکرد ملت کامله‌الوداد را از مزایایی که به کشورهای همسایه به منظور تسهیل حمل و نقل مرزی صورت می‌گیرد، استثنا نمایند.^۴

معاهدات تجاری منعقدۀ میان کشورهای همسایه، طبقه‌ی متمایزی را تشکیل می‌دهد طوری که کشورهای مربوطه می‌توانند یک نظم و نسق واحدی راجع به حمل و نقل مرزی با همسایگان گوناگون داشته باشند یا نداشته باشند. اشنایدر معتقد است که تقریباً یک توافق عامی وجود دارد مبنی بر تجویز تجارت آزاد

¹ GATT, "Basic Instruments and Selected Documents", vol. Iv (op.cit)P.41.

² YILC 1969, vol. II, p. 181, doc. A/CN.4/ 213, annex II.

³ Ibid., pp. (178 and 179), annex I.

⁴ Basdevant, "Clause de la Nation la Plus Favorisee", op.cit., p. 476.

یا تجارت آزادتر در یک منطقه‌ی محدود مرزی و عمومی کردن این امتیاز نمی‌تواند در چهارچوب برابری رفتار درآید.^۱ همچنین "اشنایدر" از معاهده ۱۹۲۳ میان فرانسه و چکسلواکی یاد می‌کند که بر طبق آن امتیازاتی که در ۱۵ کیلومتری منطقه مرزی اعطا می‌شود، از شمول شرط ملت کامله‌الوداد استثنای شده است. چنین نظامی، منحصرأً محدود به نیازهای جمعیت منطقه مرزی بوده و یا وضعیت‌های اقتصادی خاصی که حاصل استقرار مرزبندی‌های جدید است.^۲

عبارت "حمل و نقل مرزی" می‌تواند به معنای حرکت و جابجایی اشیا یا اشخاص و یا هر دو باشد. این عبارت معمولاً در رابطه با اشخاصی است که در یک منطقه مرزی اقامت داشته و در آن منطقه تردد می‌نمایند و به جهت کار و شغل خود به منطقه مرزی طرف مقابل می‌روند. همین طور در رابطه با اشیایی که میان دو منطقه مجاور قرار گرفته است و گاهی تنها محدود به اشیایی است که در این منطقه تولید می‌شود. مقررات داخلی حمل و نقل مرزی نه تنها از حیث ماهوی با هم متفاوتند، بلکه در مورد حدود منطقه و نیز شرایط حمل و نقل میان دو منطقه مجاور که در دو طرف مرز مشترک قرار گرفته است، نیز با هم تفاوت دارند.

استثنا حمل و نقل مرزی بیشتر در قالب قیود قراردادی می‌آید. به نظر می‌رسد که این قاعده در تطابق با رویه مستمر دولت‌ها باشد. بهمین دلیل بود که کمیسیون نتوانست حتی یکی مورد پیدا کند که دولت‌ها در اساس این قاعده با هم اختلافی پیدا کرده باشند. اساس این قاعده مبتنی بر همان مبنای فلسفی شرط ملت کامله‌الوداد، بخصوص قاعده وحدت موضوع است.

آشکار است که دولت ذی نفع که مرز مشترک با دولت معطی ندارد، در وضعیتی قرار ندارد که بتواند همان رفتار را برای اتباع خود نظیر آن چه که دولت معطی به اتباع دولت ثالث مجاور خود که در منطقه‌ی مرزی اقامت دارند، اعطا کرده است، مطالبه نماید همین طور آشکار است که دولت ذی نفع غیر مجاور نمی‌تواند بر مبنای شرط ملت کامله‌الودادی که در یک معاهده‌ی تجاری آمده است، اعطای آن رفتاری را بخواهد که به خاطر حمل و نقل کالاها از طرف دولت معطی به دولت ثالث مجاور در رابطه با حمل و نقل آن دسته از کالاهایی که در منطقه‌ی مرزی تولید شده‌اند یا کالاهایی که نیازهای جمعیت سرحدات را برآورده می‌سازند، اعطا شده است.

کمیسیون حقوق بین‌الملل در ماده‌ی ۲۵ طرح پیش نویس چنین بیان کرده است: "دو دولت معطی غیر هم جوار، مستحق بهره‌مندی از رفتاری که دولت معطی به منظور تسهیل حمل و نقل مرزی به یک دولت ثالث هم جوار اعطا کرده است، نخواهند بود. دولت ذی نفع هم جوار، مستحق بهره‌مندی از رفتاری

¹ Snyder, op.cit., p. 157.

² Article 13 League of Nations, Treaty Series, vol. XLIV, p.21.

خواهد بود که کمتر از رفتار اعطا شده به یک دولت ثالث هم جوار که به منظور حمل و نقل مرزی اعطا شده است، نباشد. البته می‌بایست موضوع شرط تسهیل حمل و نقل مرزی باشد.^۱

هرچند اساس این استثنا در مواد ۹ و ۱۰ طرح پیش نویس قرار گرفته است، اما کمیسیون معتقد بود که این قاعده‌ی غیر اختلافی را جداگانه به رشته‌ی تحریر درآورد. البته باید گفت، منظور از «دولت مجاور ذی نفع»، تنها دولتی نیست که مرز خشکی مشترک با دولت معطی دارد، بلکه می‌تواند این مرز مشترک یک مرز آبی باشد در صورتی که دولت‌های مربوطه توافق کنند که حمل و نقل از طریق این مرز آبی مثل حمل و نقل از طریق مرز خشکی باشد.

گفتار دوم. حقوق و تسهیلات اعطا شده به دولت‌های ثالث محصور در خشکی

موقعیت خاص و ویژه‌ی دولت‌های محصور در خشکی در رابطه با عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد اولین بار از سوی کشور چک اوسلواکی در کنفرانس مقدماتی دولت‌های محصور در خشکی در فوریه‌ی ۱۹۵۸ مطرح شد.^۱

پیشنهاد دولت چکسلواکی چنین بود: «یکی از حقوق بنیادین دولت محصور در خشکی، دستیابی به دریاست که ناشی از اصل آزادی در دریاها و آزاد است و یک حق خاص و ویژه برای چنین دولتی که بخاطر موقعیت جغرافیایی طبیعی اش وضع شده است. طبیعتاً این حق تنها متعلق به دولت محصور در خشکی است و ماهیتاً نمی‌تواند از طرف دولت ثالث مورد ادعا قرار گیرد.»^۲

این پیشنهاد منتج به تصویب قاعده‌ای در کنفرانس ۱۹۵۸ حقوق دریاها نگردید در سال ۱۹۶۴، کنفرانس سازمان ملل راجع به تجارت و توسعه (UNCTAD)، یکسری از اصول مربوط به تجارت ترانزیت از کشورهای محصور در خشکی را به تصویب رساند. اصل هفتم می‌گوید: «تسهیلات و حقوق خاص اعطا شده به کشورهای محصور در خشکی که به جهت موقعیت خاص جغرافیایی اعطا شده است، از عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد مستثنی می‌باشند.»^۳

مقدمه کنوانسیون ۱۹۶۵ راجع به تجارت ترانزیت از کشورهای محصور در خشکی، ضمن تأکید بر اصل هفتم انکتاد در ماده ۱۰ خود چنین اشعار داشته است:

^۱YILC 1975, vol. II, p. 137, doc. A/10010/Rev. I, chap, IV, Sect. B, Article 14, paras. 9 and 10 of the Commentary.

^۲ “Official Records of the United Nations Conference on the Representation of the Sea”, vol. VII, Fifth Committee (Question of Free Access to the Sea of Land – Locked Countries) United Nations Publication Sales No. 58. v. 4, vol. VII, p. 77, doc. A/CONF.13/C.5/L.1, annex VI.

^۳ “Proceedings of the United Nations Conference on Trade and Development”, vol. 1, Final Act and Report (op.cit), p. 25

۱". دولت های متعاهد موافقت کرده‌اند که تسهیلات و حقوق خاص اعطا شده به دولت های محصور در خشکی، مطابق این کنوانسیون، از عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد استثنا شوند. دولت های محصور در خشکی که عضو این کنوانسیون نمی‌باشند، می‌توانند مدعی تسهیلات و حقوق خاص اعطا شده به دولت های محصور در خشکی مطابق این کنوانسیون شوند، بشرطی که بین دولت مزبور و دولت معطی متعاهد، معاهده حاوی شرط ملت کامله‌الوداد وجود داشته باشد.

۲. چنان چه دولت متعاهد به دولت محصور در خشکی، تسهیلات یا حقوق خاصی را بیش از آن چه که در این کنوانسیون آمده است، اعطا نماید، چنین حقوق و تسهیلاتی می‌تواند محدود به دولت محصور در خشکی شود، مگر این که چنین تسهیلات و حقوق ویژه‌ای را از دولت دیگر محصور در خشکی مضایقه نموده باشد، که در چنین حالتی، با شرط ملت کامله‌الودادای که در معاهده میان دولت معطی و دیگر دولت محصور در خشکی راجع به اعطای چنین حقوق و تسهیلاتی آمده است، در تعارض خواهد افتاد.^۱

کنفرانس سازمان ملل راجع به حقوق دریاها، این موضوع را در سطح پیشرفت های مورد بررسی قرار دارد و در متن مذاکرات غیر رسمی ماده ۱۲۶ آن تحت عنوان استثنا شرط ملت کامله‌الوداد چنین آمد:

"مقررات کنوانسیون حاضر و نیز توافقات خاص راجع به اعمال حق دستیابی به دریا و از دریا به خشکی، که حقوق و تسهیلاتی را به خاطر وضعیت جغرافیایی خاص دولت های محصور مقرر کرده اند، از اعمال شرط ملت کامله‌الوداد مستثنی هستند."^۲

کمیسیون حقوق بین‌الملل، مناسب دید تا مقرره‌ای را در این زمینه به تصویب برساند اما لازم ندید تا به مطالعه حقوق و تسهیلاتی که برای دولت های محصور در خشکی لازم است، بپردازد، یا حقوق و تسهیلاتی را که به موجب حقوق بین‌الملل عمومی مقرر شده است، تعیین نماید. توجه کمیسیون به این نکته بود که تقریباً ۱/۵ از دولت های عضو جامعه بین‌المللی از دولت های محصور در خشکی و غالب آن ها نیز از کشورهای در حال توسعه می‌باشند که بعضی از آن ها حتی از کشورهای توسعه نیافته می‌باشند.

به نظر کمیسیون، حقوق و تسهیلات اعطا شده به یک دولت محصور در خشکی به جهت دستیابی به دریا و از دریا به خشکی، نمی‌تواند بر طبق شرط ملت کامله‌الوداد، مورد استناد دولت های ساحلی دیگر قرار گیرد. (ماده ۲۶ طرح) این استثنا در جهت خدمت به منافع مشروع کشورهای محصور در خشکی است که از

1 United Nations, Treaty Series, vol. 897, p. 42.

2 Official Records of Third United Nations Conference on the Law of the Sea, vol. VIII (United Nations Publication, sales No. E. 78. v. 4), P, 22, doc. A/CONF. 62/ WP. 10.

3 Caflisch, L.C., " The Access of Land locked to the Sea " in Iranian Review of International Relations, Teheran, Nos. 5-6 (winter 1975- 76), p. 53.

نظر دستیابی به دریا در یک موقعیت ناجور قرار گرفته‌اند و این موضوع به طور کلی مورد شناسایی قرار گرفته است.

تصویب این قاعده زمینه دستیابی آزادانه به حقوق را از جانب این کشورها ممکن می‌سازد. و دولت های ساحلی مورد بحث را از تعهداتی که بر طبق شرط ملت کامله‌الوداد در قبال دولت های ساحلی دیگر دارند، معاف می‌سازد. اما کمیسیون معتقد بود که این استثنا، الزاماً نسبت به شرطی که ذی نفع آن دولت محصور در خشکی است، نباید اعمال شود. چنان چه دولتی حق رفتار ملت کامله‌الوداد را در برابر دولت ساحلی دیگر داشته باشد، این دولت می‌تواند به چنین حقی دسترسی پیدا کند، مشروط به این که رفتار اعطا شده از همان نوعی باشد که با شرایط مواد ۹ و ۱۰ طرح پیش نویس منطبق است، یعنی قاعده وحدت موضوع.

بند ۲ ماده ۲۶ پیش نویس بیان می‌کند که دولت ذی نفع محصور در خشکی حق بهره مندی از منافع شرط ملت کامله‌الوداد را داراست، البته به شرطی که موضوع شرط تسهیل دستیابی به دریا و از دریا به خشکی باشد. این بند تحدید کننده قواعدی است که در مواد ۹ و ۱۰ طرح آمده است. کمیسیون ضرورتی به این که تصریح کند آیا دولت ذی نفع محصور در خشکی الزاماً در همان منطقه دولت معطی قرار گرفته است یا در خارج از آن منطقه، ندید.

کنوانسیون ۱۹۵۸ ژنو دریاها، به جای عبارت دولت های "محصور در خشکی" عبارت "کشورهای بدون ساحل" را به کاربرد (ماده ۲) و در ماده ۳ از عبارت "کشورهایی که ساحل دریایی ندارند"، سخن گفت. به نظر کمیسیون عبارت "دولت های محصور در خشکی" بعد از کنوانسیون ۱۹۵۸ حقوق دریاها، عمومیت یافت.^۱ در کنوانسیون ۱۹۶۵ "تجارت ترانزیتی از کشورهای محصور در خشکی" نیز همین عبارت بکار رفته است.^۲ و در بند (۱) (الف) ماده ۱۲۴ کنفرانس سوم حقوق دریاها نیز از عبارت "دولت بدون ساحل" استفاده شده است.^۳ لذا، کمیسیون نیز با طیب خاطر، این عبارت را بکار برد، بدون این که خطری از بابت سوء تفاهم وجود داشته باشد.

¹ United Nations, Treaty Series, vol. 40, p. 82.

² YILC 1978, vol. II, p. 71.

³ Official Records of Third United Nations Conference on the Law of the Sea, vol. VIII (op.cit). p. 22, doc. A/CONF. 62/0.

جمع‌بندی :

شرط ملت کامله‌الوداد عبارت است از یک قید معاهده ای که مطابق آن دولتی تعهدی را در برابر دولت دیگر مبنی بر اعطا رفتار ملت کامله‌الوداد در یک قلمرو تعریف شده‌ای از روابط به عهده می‌گیرد.

مبنای حقوقی این حق تعهد بین‌المللی دولت معطی در برابر دولت ذی نفع است که خود ناشی از اصل حاکمیت اراده و آزادی عمل دولت هاست .

قلمرو رفتار ملت کامله‌الوداد از طریق رفتاری که دولت معطی به دولت ثالث یا به اشخاص یا اشیایی که با دولت ثالث دارای یک پیوند و علقه خاص بوده، اعطا نموده است، تعیین می شود. دولت ذی نفع تنها حقوقی را بدست می‌آورد که داخل در موضوع شرط است یا تلویحاً از آن بر می‌آید، اعم از این که برای خود یا برای اشخاص یا اشیاء مرتبط با خود مطالبه کند.

دستیابی به حقوق ناشی از شرط زمانی حاصل می شود که اولاً دولت معطی به دولت ثالث در محدوده موضوع شرط ، منافع را اعطا کند ثانیاً اشخاص یا اشیای ذی نفع با دولت ذی نفع دارای همان پیوند ارتباطی باشند که اشخاص و اشیا ثالث بهره مند با دولت ثالث داشته اند و ثالثاً اشخاص و اشیای ذی نفع متعلق به همان دسته و گروه اشخاص و اشیا ثالث بهره‌مند باشند . رابعاً مفاد و شرایط مورد توافق طرفین این اجازه را بدهد.

در رابطه با اثرات مربوط به شروط ملت کامله‌الوداد سه حالت متصور است:

۱. چنان چه عملکرد شرط مشروط به جبران نشده باشد، در این صورت شرط بدون نیاز به وجود هر گونه تعهدی از سوی دولت ذی نفع ، عمل خواهد کرد.

۲. چنان چه شرط مشروط به جبران شده باشد در این صورت شرط هنگامی وارد عمل خواهد شد که دولت ذی نفع تعهد جبرانی مورد توافق را به دولت معطی اعطا کرده باشد.

۳. چنان چه شرط مشروط به رفتار متقابل شده باشد، در این صورت شرط زمانی عمل می‌کند که دولت ذی نفع به دولت معطی رفتار متقابل مورد توافق را اعطا کرده باشد.

مورد دیگر شرایط راجع به اجرایی شدن حقوق ناشی از شرط ملت کامله‌الوداد می‌باشد و آن عبارت است از :

۱- مطابقت با مفاد و شرایط مقرر در معاهدات مشمول شرط یا هر توافق دیگری که میان دولت معطی یا ذی نفع حاصل شده است.

۲- مطابقت با قوانین و مقررات دولت معطی. به هر حال اعمال قوانین و مقررات داخلی نباید به گونه ای باشد که منجر به اعطای رفتاری به دولت ذی نفع شود که از نظر مطلوبیت کمتر از آن چیزی است که به دولت ثالث اعطا شده است.

اما از دیگر سو باید گفت که اجرای حقوق ناشی از شرط ، باموارد زیر ارتباطی نداشته و تحت تاثیر آن قرار نخواهد گرفت. این موضوع که :

- (الف) رفتار تسری داده شده به دولت ثالث در برابر تعهد به جبران بوده،
- (ب) رفتار تسری داده شده به دولت ثالث بر اساس یک موافقتنامه دوجانبه یا چندجانبه بوده،
- (ج) رفتار تسری داده شده به دولت ثالث به عنوان رفتار ملی اعطا شده بوده،
- (د) رفتار تسری داده شده در راستای قیود و شرایطی بوده که میان دولت معطی و دولت ثالث در اعطا منافع توافق شده است.

حقوق و منافع ناشی از شرط ملت کامله الوداد هنگامی خاتمه یافته و یا به حال تعلیق در می آید که :

- (الف) رفتار اعطا شده به دولت ثالث معلق شده یا خاتمه یابد،
- (ب) در صورتی که شرط، مشروط به جبران شده و دولت ذی نفع به جبران مذکور خاتمه داده یا آن را معلق کرده باشد و
- (ج) چنان چه شرط، مشروط به رفتار متقابل شده و دولت ذی نفع رفتار متقابل را معلق کرده یا به آن خاتمه داده باشد.

در حوزه خارج از تجارت و سرمایه گذاری ، دو استثناء بر عملکرد شرط ملت کامله الوداد وارد شده است که عبارتند از :

۱- تسهیل حمل و نقل مرزی

۲- تسهیلات اعطا شده به دولت محصور در خشکی

۱- تسهیل حمل و نقل مرزی ، مطابق با این استثناء ، دولت ذی نفع غیر همجوار مستحق بهره مندی از شرط ملت کامله الوداد در زمینه ای که دولت معطی به دولت ثالث غیر همجوار بخاطر تسهیل حمل و نقل مرزی اعطا کرده است، نخواهد شد مگر این که دولت ذی نفع همجوار بوده و موضوع شرط هم تسهیل حمل و نقل مرزی باشد.

۲- تسهیلات اعطا شده به دولت محصور در خشکی، چنین تسهیلاتی به دولت ذی نفعی که محصور در خشکی نیست تعلق نخواهد گرفت، در صورتی که چنین اعطایی به منظور دسترسی به دریا و یا از دریا به خشکی آن جام شده باشد مگر این که دولت ذی نفع محصور در خشکی بوده و موضوع هم تسهیل دسترسی به دریا و یا از دریا به خشکی باشد

بخش دوم

رفتار ملت کامله الوداد در نظام تجارت جهانی

فصل اول: شرط رفتاری ملت کامله‌الوداد در نظام گات ۹۴

مقدمه

عدم تبعیض یک مفهوم کلیدی در حقوق و سیاست‌گذاری سازمان تجارت جهانی است. دو اصل بنیادین عدم تبعیض در حقوق سازمان تجارت جهانی عبارتند از: ۱. تعهد به رفتار ملت کامله‌الوداد و ۲. تعهد به رفتار ملی^۱

به عبارت دیگر تعهد به رفتار ملت کامله‌الوداد مانع از آن می‌شود که یک کشور میان کشورهای دیگر تفاوت‌گذاری، اما تعهد به رفتار ملی مانع از آن است که یک کشور علیه کشورهای دیگر تبعیض روا دارد. تبعیض میان کشورها و نیز علیه دیگر کشورها ویژگی مهم سیاستهای تجاری محافظه کاران‌های بود که از طرف بسیاری از کشورها در زمان بحران‌های اقتصادی دهه ۱۹۳۰ اعمال شد. مورخین فعلی بر این نظرند که سیاستهای تبعیضی عامل مهمی در بحران‌های سیاسی و اقتصادی بود که منتهی به جنگ جهانی دوم شد.

تبعیض در موضوعات تجاری تخم خشم و نفرت را میان کشورها، صنعتگران تجار و کارگرانی که تبعیض علیه آن‌ها اعمال شده بود، پاشید. این رنجش، روابط بین‌المللی را مسموم ساخت و منتهی به مواجهه و مخاصمه سیاسی و اقتصادی شد. تبعیض، شعور و ادراک اقتصادی را کم کرد. اصطلاحاً گفته می‌شود بازار را به نفع کالاها و خدماتی که گران‌تر بود و یا از کیفیت پایین‌تری برخوردار بود، بد جلوه داد. نهایتاً شهروندان کشوری که علیه آن‌ها تبعیض روا شده بود بهای این تبعیض را می‌پرداختند. در نتیجه برخی از رهبران مهم سیاسی دنیا و نیز اکثر علمای رشته تجارت بین‌الملل به این نتیجه رسیدند که اصل ملت کامله‌الوداد بهترین راه انتظام تجارت بین‌الملل میان جامعه ملل است. اهمیت پایان دادن به تبعیض در متن سازمان تجارت جهانی و در مقدمه موافقتنامه سازمان تجارت جهانی به روشنی بیان شده است. در جایی که خاتمه دادن به رفتار تبعیض آمیز در روابط تجاری بین‌المللی به عنوان یکی از دو وسیله اصلی که از آن طریق اهداف سازمان تجارت جهانی قابل وصول می‌باشد، شناخته شده است.^۲

^۱ Vanden Bossche, Peter, "The Law and Policy of the World Trade Organization, Text, Cases and Materials", Maastricht University, Cambridge, University press, p. cm., 2005, Reprinted 2006 in United Kingdom of the University Press, p. 308.

^۲ Ibidem.

گفتار اول. قاعده منع تبعیض و رابطه آن با اصل ملت کامله‌الوداد

مبحث اول: قاعده منبع تبعیض و رابطه آن با اصل ملت کامله‌الوداد در گات ۹۴

اصل منع تبعیض یک قاعده کلی است که حاصل برابری دولت‌ها بوده و ذاتاً در برابری حاکمیت جای دارد.

مجمع عمومی در قطعنامه ۲۶۲۵ سال ۱۹۷۰ اعلامیه راجع به اصول حقوق بین‌الملل مربوط به روابط دوستانه و همکاری میان دولت‌ها مطابق با منشور ملل متحد را به تصویب رساند که مطابق آن دولت‌ها می‌باید روابط خود در زمینه‌های اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، فنی و تجاری را مطابق با اصول برابری حاکمیت‌ها و... برقرار سازند.

شرط ملت کامله‌الوداد از نظر کمیسیون حقوق بین‌الملل به عنوان تکنیک یا وسیله‌ای جهت افزایش برابری دولت‌ها و عدم تبعیض به کار گرفته شد.

دیوان در قضیه مراکش می‌گوید: "منظور از شرط ملت کامله‌الوداد ابقاء و حفظ برابری اساسی میان تمامی کشورها بدون هرگونه تبعیض در تمامی زمان‌ها است".^۱ کمیسیون رابطه و تعامل میان شرط ملت کامله‌الوداد و اصل منع تبعیض را مورد بررسی قرار داد به ویژه این که آیا اصل عدم تبعیض بر کلیت و عمومیت رفتار ملت کامله‌الوداد دلالت می‌کند یا خیر و آیا رفتار ملت کامله‌الوداد متضمن عدم تبعیض نیز هست؟ کمیسیون بر این نظر بود که رابطه نزدیک میان شرط و اصل عدم تبعیض نباید تفاوت‌های میان این دو را نادیده گیرد. این تفاوتها در مقررات مربوط به کنوانسیون‌های وین روابط دیپلماتیک^۲ و کنسولی^۳، کنوانسیون راجع به مأموریت‌های خاص^۴ و کنوانسیون وین راجع به نمایندگی دولت‌ها نزد سازمان‌های بین‌المللی جهان شمول^۵ به خوبی آشکار شده است. ماده ۴۷ کنوانسیون وین روابط دیپلماتیک و کنسولی و ماده ۷۲ کنوانسیون وین روابط کنسولی مقرر می‌دارد:

"۱. در اعمال مقررات کنوانسیون حاضر دولت پذیرنده نباید میان دولت‌ها تبعیض قائل شود.

¹YILC, 1958, vol. II, p. 105, doc. A/3859, chap III, sect. II, Art. 44, para. (1) of the Commentary.

²YILC, 1961, vol. II, p. 128, doc. A/4843, chap II, sect. IV, Art. 70, para. (1) of the Commentary.

³"Case Concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco" (Judgment), I.C.J. Reports 1952, p. 192.

⁴United Nations, Treaty Series, vol 500, p. 95.

⁵Ibid, vol. 596, p. 261

⁶General Assembly Resolution 2530 (XXIV) of 8 December 1969, annex.

⁷Official Records of the United Nations Conference on the Representation of States in their Relations with International Organizations, vol. II, Documents of the Conference (United Nations Publication, sales No. E. 75. v. 12), p. 207.

۲. اما در جایی که بر طبق عرف یا توافق دولت‌ها رفتار مطلوب تری از آن چه کنوانسیون مقرر نموده است اعطا شود، این تبعیض تلقی نخواهد شد.^۱ ماده ۴۹ کنوانسیون مأموریت‌های خاص و ماده ۸۳ کنوانسیون نمایندگی دولت‌ها نزد سازمان‌های بین‌المللی مقرر می‌دارد:

"۱. در اعمال مقررات کنوانسیون حاضر هیچ تبعیضی میان دولت‌ها اعمال نخواهد شد. ۲. اما در جایی که مطابق عرف یا توافق دولت‌ها، تسهیلات، مزایا و مصونیت‌هایی بیش از آن چه کنوانسیون مقرر داشته است نسبت به مأموریت‌های خاص قائل شوند این دیگر تبعیض تلقی نخواهد گردید." قاعده روشنی که در این کنوانسیون‌ها وجود دارد این است که دولت‌ها ملتزم به وظیفه‌ای شده‌اند که ناشی از اصل عدم تبعیض است. دولت‌ها هرگز آزاد به اعطا منافع خاص به دولت‌های دیگر بر مبنای یک رابطه خاص جغرافیایی اقتصادی سیاسی یا با ماهیت دیگر نیستند به عبارت دیگر اصل عدم تبعیض به عنوان یک قاعده کلی همیشه مورد استناد دولت‌ها است اما یک دولت نمی‌تواند به این دلیل که دولتی به طور خاص رفتار مطلوبی را به یک دولت ثالث اعطا نموده است، علیه آن دولت اقدام به اقامه دعوی نماید به شرطی که از رفتار غیر تبعیضی عامی که به دولت‌های دیگر هم‌تراز او اعطا شده است، بهره مند بوده است.

هرچند گفته شده است که قاعده عدم تبعیض یک قاعده کلی است که به دنبال برابری دولت‌ها می‌آید اما این قاعده کلی حداقل در زمینه شروط ملت کامله‌الوداد دارای همان اثر نیست. دولت معطی صریحاً متعهد است تا بر اساس یک قید معاهده‌ای (یعنی شرط ملت کامله‌الوداد) ادعای افزون‌طلبی دولت‌هایی را که در مقام ذی نفع قرار گرفته‌اند برآورده نماید. به محض این که قاعده کلی عدم تبعیض به درجه‌ای از پیشرفت نائل شد، طوری که برابری دقیق در رفتار دولت‌ها و اتباعشان را برقرار نمود در آن صورت شرط ملت کامله‌الوداد علت وجودی خود را در آن حوزه‌ها از دست خواهد داد.^۱

مبحث دوم. قاعده عدم تبعیض در گات ۹۴

موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت (گات) به منظور کاهش عمده تعرفه‌ها و دیگر موانع تجاری و نیز تخطئه رفتار تجاری تبعیض آمیزی که باعث تقسیم تجارت بین‌الملل به بلوک‌های اقتصادی شده بود، بوجود آمد.

گات و جانشین آن سازمان تجارت جهانی نقش‌های کلیدی را در مدیریت نظام تجارت آزاد بین‌المللی ایفا می‌کنند. عدم تبعیض اصل بنیادینی است که برای دستیابی به اهداف تجارت آزاد در چارچوب گات و سازمان تجارت جهانی به کار رفته است.^۲ این اصل به دو قسمت تقسیم شد:

^۱ YILC 1978, vol. II, part TWO, p. 12.

^۲ Yanai, Akiko, "The Function of the MFN clause in the Global Trading System", op.cit., p.14.

۱. عدم تبعیض خارجی که در ماده یک گات توضیح داده شده است.

۲. عدم تبعیض داخلی که در ماده سه گات به آن اشاره شده است.

این دو ماده مقررات کلیدی گات ۱۹۹۴ در بحث عدم تبعیض در تجارت کالاها را تشکیل می‌دهند. سازمان تجارت جهانی نیز به حفظ و ابقا اصل عدم تبعیض ادامه داده است و امروزه شروط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط نقش مهمی را در نظام تجارت آزاد چندجانبه دارا می‌باشند. به طور کلی تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد و تعهد به رفتار ملّی در گات ۱۹۹۴ و گاتس، تبعیض به دلایلی نظیر تابعیت و یا مبدأ و مقصد یک کالا (محصول) را ممنوع اعلام کرده است.^۱ اما در موارد اندکی حقوق سازمان تجارت جهانی تبعیض بر مبنایی غیر از تابعیت یا مبدأ و مقصد ملّی یک محصول را هم ممنوع ساخته است.

قابل توجه‌ترین نمونه در این زمینه ماده: (الف) ۶:۳ گات ۱۹۹۴ است که مقرر می‌دارد قوانین، مقررات، تصمیمات قضایی و قواعد اداری عامی که مربوط به تجارت است، بایستی به یک نحو یکسان و بی طرفانه و معقولی به اجرا درآید.

در این رابطه مدیرکل گات در ۱۱ نوامبر ۱۹۶۸ گفته است که الزام مقرر در این ماده اثر تحمیل کنندگی دارد، یعنی دربردارنده یک تعهد عام و کلی راجع به عدم تبعیض است.^۲

از طرف دیگر، هر چند گات یک سری از موافقتنامه‌های دوجانبه تجاری متقابل را لغو کرد، اما همچنان به نحو گریز ناپذیری خود بر پایه اصل تقابل قرار گرفته است.^۴

گرچه اغلب موافقتنامه‌های تجاری، به خصوص آن‌هایی که میان دول اروپایی منعقد می‌شدند، دربردارنده شروط ملت کامله‌الوداد مشروط بودند، اما چنین شروطی در موافقتنامه گات نیامد. علت آن هم این بود که ایالات متحده ابتکار عمل را در مذاکرات تجاری در خلال جنگ دوم جهانی و پس از آن در دست داشت.^۵

1 Vanden Bossche, Peter, op.cit., p.308.

2 GATT Director – General, L/3149, dated 11 November 1968 (Quoted in Vanden Bossche, peter, op.cit. p. 308).

۳- موافقتنامه ۱۹۴۲ میان ایالات متحده و مکزیک به عنوان الگویی برای طرح اولیه موافقتنامه گات از سوی ایالات متحده در ۱۹۴۶ ارائه شد

۴- در مقدمه موافقتنامه گات و ماده‌ی ۲۸ مکرر تأکید بر نیاز به انجام مذاکرات مبتنی بر مزایای متقابل و دو طرفه شده است که هدفش کاهش واقعی تعرفه‌ها می‌باشد. هرچند تقابل در گات تعریف نشده است، اما مدیر کل گات از آن به عنوان "تبادل یا همسانی امتیازات" یاد نموده است.

Keohane, Roberto, "Reciprocity in International Relations", International Organization, vol. 40, No.1, Winter 1986, p.8.

5 Milner, Helen v., Interests, "Institutions, and Information: Domestic Politics and International Relations", Princeton: Princeton University Press.1997, p.138.

علی رغم این که ایالات متحده از اصل عدم تبعیض دفاع می‌کرد و تقابل را در خلال این مدت، اشاعه و گسترش می‌داد، با این وجود رفتار ملت کامله‌الوداد غیرمشروط، معیار عمده و مهمی برای آزادی تجارت در گات شد.

گفتار دوم. معضل استیفای بلاعوض

اولین وظیفه رفتار ملت کامله‌الوداد غیرمشروط در یک نظام تجارتي چندجانبه، تسری منافع حاصل از موافقتنامه‌های دوجانبه به کلیه دول امضا کننده موافقتنامه عمومی است که با اکثر روابط تجاری دوجانبه در تعارض بوده و منجر به بروز مشکلات متعددی می‌شود.

مطابق موافقتنامه‌های گات، شرط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط به این معناست که هر موافقتنامه دوجانبه‌ای بایستی نسبت به دولت‌های دیگر عضو هم اعمال شود. این امر حاکی از آن است که دول امضا کننده گات می‌توانند از منافع موافقتنامه‌های دوجانبه بهره مند شوند، بدون این که هیچ نیازی به وجود یک موافقتنامه لازم الاجرا با دیگران داشته باشند.

موضوع استیفای بلاعوض ناشی از تعارض میان حوزه دو اصل گات یعنی اصل عدم تبعیض و تقابل است.^۱ اصل عدم تبعیض به نحو گریزناپذیری منجر به رفتار ملت کامله‌الوداد غیرمشروط می‌شود و لزوماً تعادل و توازن منافع را به همراه ندارد. برعکس در اصل تقابل، تعادل و توازن ویژگی اصلی آن است. مطابق اصل عدم تبعیض، امتیازاتی که از طریق شرط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط فراهم می‌گردد، متقابل نبوده، بلکه به طور یکجانبه اعطا می‌شوند. یعنی طرفی که این امتیازات را می‌دهد نمی‌تواند الزاماً انتظار چیزی را دربرگشت از طرف دیگر داشته باشد. لذا اصل عدم تبعیض در شروط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط با اصل تقابل که یک طرف به طرف دیگر امتیازی را اعطا می‌کند و طرف دیگر پاسخی معادل آن می‌دهد در تعارض است. آزادی تجارت به دنبال کسب منافع ملی به کار گرفته شد و غالباً یکجانبه نبوده بلکه به صورت متقابل و بخاطر کسب بیشترین منافع بوده است. زیرا یک ملت به این امید موانع تجاری خود را کاهش می‌دهد که پاسخی معادل آن از طرف دیگر دریافت کند. اما در نظام گات امتیازات متقابل به طور خودکار از طریق شروط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط بایستی فراگیر شود.

این تعارض با استفاده از "تقابل فراگیر" قابل حل است. زیرا اعتدال را برقرار می‌سازد.

۱ □ - مذاکرات اولیه گات در خصوص تعرفه فقط اسماً چند جانبه بود در واقع آنها به شکل دو جانبه میان دول عمده تولید کننده و دول عمده مصرف کننده بر مبنای تقابل مورد مذاکره قرار می‌گرفتند. نتایج چنین مذاکراتی نسبت به تمامی اطراف متعاهد گات بر مبنای شروط ملت کامله‌الوداد غیر مشروط اعطا می‌شد و اعمال صریح شرط ملت کامله‌الوداد غیر مشروط بنحو گریزناپذیری موجب استیفای بلاعوض می‌گردید.

Winham, Gilbert R., "The Evolution of International Trade Agreements", Toronto: University of Toronto Press. 1992, p. 53.

2 "Diffuse Reciprocity"

در "تقابل عام" چنان چه یک طرف رفتار ملت کامله‌الوداد غیرمشروط را ارائه دهد، طرف دیگر نیز با تعهد به رفتار غیرمشروط پاسخ او را می‌دهد. نوع منافع مبادله شده در شرط غیرمشروط مهم نیست. لذا وقتی روابط دوجانبه تحت سیطره نظام تجارت جهانی درمی‌آید، شرط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط می‌تواند با اصل تقابل سازگار شود. زیرا تصمیم به اعطا رفتار ملت کامله‌الوداد غیرمشروط می‌تواند موردی صورت گیرد. اما به هر حال، اعمال هم زمان رفتار ملت کامله‌الوداد و آزادی تجارت از طریق معامله متقابل مشکل است. ایالات متحده که نقش رهبر و پیشوا را در مذاکرات گات داشت، ابتدا با معضل استیفای بلاعوض کنار آمد، زیرا هزینه‌های اجرایی و الزامی بر علیه استیفای بلاعوض، بیش از منفعی بود که از اجرای سخت و دقیق آن به دست می‌آمد.^۱

اما با افزایش دولت‌های عضو، مذاکرات پیچیده‌تر شدند دولت‌هایی که بعد از مذاکرات کاهش تعرفه‌ها را مقرر داشته بودند از استیفای بلاعوض شاکی شدند. علاوه بر این، ایالات متحده نیز دیگر با استیفای بلاعوض موافق نبود زیرا با رکود اقتصادی در داخل و افول فرمانروایی اش در خارج روبرو بود. برای حل مسأله استیفای بلاعوض دو اقدام قابل تصور بود: اقدام اول، انکار و رد رفتار غیرمشروط ملت کامله‌الوداد و دومی به حداقل رساندن ارزش ملت کامله‌الوداد غیرمشروط از طریق جایگزینی آئین‌ها و روش‌های عملی در گات بود. از آن جا که اصل بنیادین عدم تبعیض قابل تغییر نبود، لذا تلاش شد تا ارزش رفتار ملت کامله‌الوداد غیرمشروط با تغییر در روش‌های عملکردی گات به حداقل رسانده شود.^۲ بعد از دور کندی (۷-۱۹۶۴)، گات در خصوص روند تصمیم‌گیری "بسته‌ای"^۳ را ارائه داد که استیفای بلاعوض‌ها را استثنا می‌نمود، نه تنها دولت‌ها را مجبور ساخت که به صورت اجماعی در ساختار مشارکت کنند، بلکه تصمیم گرفت که کل این معضل را به عنوان یک واحد مورد بررسی قرار دهد.

یکی از روش‌ها و آئین‌های جایگزین عملکرد گات، گداهای چندجانبه بود. موافقتنامه‌های چندجانبه موازین غیر تعرفه‌ای^۴ که اصطلاحاً "کُد"^۵ نامیده می‌شدند در نتیجه دور مذاکرات توکیو به تصویب رسیدند، اما جدای از موافقتنامه گات بودند.

مشارکت در این گداهای اختیاری بود و تنها نسبت به آن دسته از کشورهایی قابل اعمال بود که خواهان امضای آن‌ها بودند. اغلب کشورهای در حال توسعه از امضای گداهای خودداری کردند و هر گدی نیز یک امضا جداگانه داشت که باعث پیچیده شدن این نظام می‌شد.^۱

1 Krasner, Stephen D., "Asymmetries in Japanese – American Trade", Berkeley: the University of California Press. 1987, p.1.

2 Yanai, Akiko, op.cit., p.16.

3 "Package deal".

4 "Non – Tariff Measures" (NTBs)

5 "Codes"

این روش، به دلیل گرایش ایالات متحده اتخاذ گردید. از آن جا که ایالات متحده نمی‌توانست کل منافع ممکن الحصول خود را از طریق لیبرالیسم عدم تبعیض که مبتنی بر "تقابل فراگیر" بود، بدست آورد، لذا شروع به تأکید ورزیدن بر شیوه‌ها و روش‌های جایگزینی که مبتنی بر "تقابل خاص" بود، نمود.^۱ در چارچوب گات، ایالات متحده از به کارگیری موافقتنامه‌های چندجانبه در دور توکیو حمایت کرد و نیز از مذاکرات دوجانبه خارج از گات بهره برد. این که آیا چنین روشی با تعهدات ملت کامله‌الوداد غیرمشروط منطبق هست یا خیر، یک موضوع قابل تشکیک است.

بعد از دور توکیو، اعضا گات تأکید کردند که کُدها اثری بر رفتار ملت کامله‌الوداد غیرمشروط مندرج در ماده یک ندارند، که تلویحاً نوعی نقض مخفیانه موافقتنامه گات نیز به حساب می‌آمد. "جکسون" درباره موضوع تطابق میان کُدهای چندجانبه (موازین غیر تعرفه ای) و اصل عدم تبعیض بیان می‌کند که امضا کنندگان کُدها بایستی منافع کُدها را به غیر امضا کنندگان نیز تسری دهند. اما در واقع تنها آن دسته از امضا کنندگانی که الزامات ناشی از کُدها را بر عهده گرفته بودند از منافع کُدها بهره مند می‌شدند.^۲ "توکلائین" بیان می‌کند که هرچند معلوم نیست که این کُدها خارج از رفتار ملت کامله‌الوداد غیرمشروط هستند یا خیر، اما کُدهای موازین غیر تعرفه‌ای دورتوکیو، به صورت دو فاکتو استثنائی بر رفتار ملت کامله‌الوداد هستند.^۳

¹ Yanai, Akiko, op.cit., p.18.

² Ibidem.

³ Jackson, Jone H., "GATT Machinery and The Tokyo Round Agreements", in Cline, William R. (ed.) (1983), Trade Policy in the 1980 s, Washington, D.C.: Institute for International Economics, p. 85.

⁴ Though Cline (1982:19) Quoted in Yanai, Akiko, op.cit., p. 18.

مطابق با نظر "هافبور"، "ارب" و "استار"، این شرط مشروط است که نقش مهمی را در چارچوب
نظمی که در دور توکیو استقرار یافت، بازی می‌کند و نه مفهوم شرط غیرمشروط.^۱
در نتیجه مسیر تقابل در نظام گات و سازمان تجارت جهانی می‌تواند به یکی از دو جهت زیر میل کند:
یا بسوی چندجانبه گرایی همراه با رفتار ملت کامله‌الوداد مشروط رود، نظیر گُدهای موازین غیر
تعرفه‌ای که در دور توکیو به کار گرفته شد و یا به سوی دوجانبه گرایی هدایت شود که اجازه استثنای قائل
شدن بر تعهدات ملت کامله‌الوداد غیرمشروط را می‌دهد، نظیر موافقتنامه‌های منطقه تجارت آزاد.^۲
به طور کلی می‌توان گفت، در تمامی موافقت‌های حاوی شرط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط که حاصل
مذاکرات است، تمامی مراحل انعقاد موافقتنامه تحت شمول اصل تقابل است، اما وقتی موافقتنامه منعقد شد،
امتیازات آن به طور خودکار از طریق عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط به همه تسری می‌یابد. لذا
تعارضی که در عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط می‌بینیم غیر قابل اجتناب است.^۳

گفتار سوم. رفتار ملت کامله‌الوداد در گات ۱۹۹۴

در رابطه با هر یک از تعهدات بنیادین عدم تبعیض ابتدا به بررسی ماهیت و عناصر تشکیل دهنده این
تعهدات می‌پردازیم.

ماده (۱) گات ۱۹۹۴ تحت عنوان رفتار ملت کامله‌الوداد در بند یک خود چنین بیان می‌کند: "هر
نوع مزیت، سود، امتیاز یا مصونیتی که در رابطه با تعهدات گمرکی و تعهدات وضع شده از هر نوع دیگری که
در رابطه با صادرات یا واردات وضع می‌شود یا بر مبنای انتقال پرداخت‌های مربوط به صادرات یا واردات و
نیز در رابطه با شیوه وضع مالیات بر این گونه تعهدات و الزامات وضع شده، همچنین کلیه قواعد و تشریفات
که درخصوص صادرات و واردات و کلیه موضوعاتی که در بندهای ۲ و ۴ ماده ۳ به آن اشاره شده است، از
طرف یکی از اعضا به هر نوع کالا یا محصولی که مبدأ یا مقصد آن در کشور دیگر است، اعطا شود، بایستی
فوراً و بی‌قید و شرط به کالای مشابهی که مبدأ یا مقصد آن در سرزمین کشورهای دیگر عضو است، نیز
تسری یابد."^۴

^۱ Hafbauer, Erb and starr (1980), "The GATT Codes and the UN Conditional MFN Principle", Law and Policy in International Business, vol. 12, No. 1, p.66.

^۲ Yanai, Akiko, op.cit., p.21.

^۳ Ibid, p.19.

^۴ - ماده (۲) تا (۴) گات ۱۹۹۴، ترجیحات مستعمراتی را بررسی می‌کند و اجازه تداوم چنین ترجیحاتی را هر چند با اعمال محدودیت‌های خاصی
میدهد. این ترجیحات در زمانی که گات ۱۹۴۷ در حال مذاکره بود، مهم و مشاخره برانگیز بودند. اما امروزه این ترجیحات مستعمراتی اهمیت بسیار
کمی داشته و لذا مورد بحث قرار نخواهند گرفت.

این تعریف دقیقاً با تعریف شروط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط هماهنگ است و ترجیحات تعرفه‌ای دوجانبه را تخطئه می‌کند.^۱

علاوه بر این، مواد (۷) ۳ تحت عنوان ضوابط کمی داخلی، ماده ۵ تحت عنوان آزادی ترانزیت، ماده ۶ تحت عنوان الزامات مربوط به علامت‌گذاری ها، ماده ۸ تحت عنوان عدم تبعیض در برابر محدودیت‌های کمی اجرایی، ماده ۱۷ در رابطه با سرمایه‌گذاری های تجاری دولت، دربردارنده تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد یا رفتاری شبیه به آن هستند. همچنین ماده ۲۰ گات ۹۴ تحت عنوان مقرر "بند عام" دربردارنده تعهدی نظیر ملت کامله‌الوداد است.

ویژگی نافذ اصل ملت کامله‌الوداد در این گونه شروط، اصل عدم تبعیض در ملت کامله‌الوداد است.^۲

مبحث اول. ماهیت تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد در ماده (۱) ۱ گات ۹۴

همان طور که نهاد استیناف در قضیه "ترجیحات تعرفه‌ای - جوامع اروپایی" بیان کرده است، تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد سنگ بنای گات است و یکی از ارکان نظام سازمان تجارت جهانی است.^۳

نهاد استیناف در قضیه بخش ۲۱۱ قانون بودجه عمومی ایالات متحده چنین می‌گوید: "بیش از ۵۰ سال است که تعهد به برقراری رفتار ملت کامله‌الوداد در ماده یک گات مرکزیت یافته و هم برای این که اطمینان از موفقیت نظام مبتنی بر قواعد جهان شمول حاکم بر تجارت کالاها اساسی و ضروری شناخته شده است."^۴

ماده یک گات ۱۹۹۴ تبعیض میان مبدأ یا مقصد محصولات مشابه در کشورهای مختلف را ممنوع دانسته است.^۵

هدف اصلی تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد تضمین برابری فرصت‌ها در خصوص واردات یا صادرات نسبت به تمامی اعضا سازمان تجارت جهانی است.

^۱ - این تعهد مطابق موافقتنامه تابع استثنائاتی است، نظیر مقرره‌ای که ترتیبات ترجیحی خاص را در زمان اجرایی شدن موافقتنامه مجاز میداند. استثنا مهم دیگر مقرر ماده یک در ماده ۲۴ اتحادیه‌های گمرکی و مناطق تجارت آزاد است. استثنائات بیشتری نیز در دسترس کشورهای در حال توسعه مطابق گات / سازمان تجارت جهانی می‌باشد که در جای خود به آن خواهیم پرداخت.

Davidson and Paul J., "The Legal Framework for International Economic Singapore": Institute of Southeast Asian Studies, 1997, p.(42-3).

^۲ "EC - Tariff Preference Appellate bodies Reports": [http://www.Worldtrade.law.net/reports/wto_appellate_bodies/EC-Tariff-Preferences_\(appellate_body\).pdf](http://www.Worldtrade.law.net/reports/wto_appellate_bodies/EC-Tariff-Preferences_(appellate_body).pdf), para. 82. visited on 5.2.2008.

^۳ Ibid, para. 101.

^۴ "US - Section 211 Appropriations ACT": [http://www.Worldtrade.law.net/reports/wto_appellate_bodies/\(appellate_body\).pdf](http://www.Worldtrade.law.net/reports/wto_appellate_bodies/(appellate_body).pdf), para. 297, visited on 15.2.2009.

^۵ "Canada - Autos": [http://www.Worldtrade.law.net/reports/WTO_appellate_bodies/\(appellate_body\).pdf](http://www.Worldtrade.law.net/reports/WTO_appellate_bodies/(appellate_body).pdf), para. 84. visited on 5.2.2008.

در قضیه "موزها - جوامع اروپایی" نهاد استیناف در رابطه با تعهدات راجع به عدم تبعیض نظیر تعهد بیان شده در ماده یک چنین گفته است: "اساس تعهدات راجع به عدم تبعیض این است که با محصولات مشابه، یکسان برخورد شود، صرف نظر از مبدأ یا خاستگاه آن ها. از آن جا که هیچ اختلافی در این باره که همه موزها، یک نوع محصول به حساب می آیند، وجود ندارد، لذا مقررات راجع به عدم تبعیض نسبت به تمامی واردات موزها قابل اعمال است و این که چطور یک دولت عضو به دلایل اجرایی یا علل دیگر، واردات موز را به زیر دسته های مختلفی طبقه بندی کرده است، مهم نیست."^۱

در قضیه "موزهای ۳ - جوامع اروپایی" معیار مورد بحث، عبارت بود از نظام موزهای وارداتی به جوامع اروپایی که مطابق آن موزهای وارداتی از کشورهای آمریکای لاتین (موزهای دلاری)، از رفتاری که از نظر مطلوبیت کمتر از رفتاری بود که با موزهای وارداتی از مستعمرات اروپای سابق (موزهای ACP) شده بود، برخوردار شده بودند.

ماده (۱۱) گات نه تنها شامل تبعیضات قانونی یا دوزوره است، بلکه تبعیضات عملی یا دو فاکتو را هم در بر می گیرد.^۲

در قضیه "کانادا - ماشین ها" نهاد استیناف همانند پانل بدوی، استدلال کانادا، مبنی بر این که ماده یک نسبت به موازینی که به نظر می رسد بی طرفانه است، اعمال نمی شود را، رد کرد،^۳ زیرا موازینی که ظاهراً بی طرفانه است، می تواند فرصت بیشتری را برای تجارت به کشورهای خاصی به نسبت دیگر کشورها بدهد و بنابراین در تعارض با تعهد عدم تبعیض در ماده یک است.

اقدام مورد بحث در این قضیه، معافیت از تعهد گمرکی واردات بود که از طرف کانادا نسبت به واردات از سوی سازندگان خاصی از وسایل موتوری اعطا میشد.

ظاهراً هیچ محدودیتی بر آن دسته از وسایل موتوری که شایسته این معافیت بودند وجود نداشت، اما در عمل تنها آن دسته از سازندگان وسایل موتوری که به تنهایی اقدام به ساخت نموده بودند و شرکت های مربوطه شان، از این معافیت برخوردار شدند. در نتیجه تنها کشورهای بسیار کمی به صورت دو فاکتو از این معافیت بهره مند شدند.

^۱ "EC - Bananas III": [http://www.World trade law. net/reports/wtp appellate bodies/EC - Bananas III \(appellate body\). pdf](http://www.World trade law. net/reports/wtp appellate bodies/EC - Bananas III (appellate body). pdf), para.190. visited on 4.2.2008.

همچنین، نهاد استیناف به تعهدات عدم تبعیض که در مواد (الف) ۱۰ و ماده ۱۳ گات ۹۴ و ماده (۳) ۱ موافقتنامه واردات آمده است، اشاره می کند.

^۲ - یک اقدام، زمانی از لحاظ قانونی تبعیض آمیز است که آشکارا از خواندن متن قانون، آئین نامه یا رویه چنین چیزی برآید. چنانچه از ظاهر قانون، آئین نامه یا رویه، تبعیضی برنیاید و از طرف دیگر، در بازنگری از تمامی موضوعات راجع به اعمال اقدام، معلوم شود که عملاً یا واقعاً منجر به تبعیض شده است، در آن صورت چنین تبعیضی، تبعیض دو فاکتو خواهد بود.

^۳ Appellate body Report, "Canada - Autos", op.cit., para. 78.

پانل گات در قضیه "جامعه اقتصادی اروپا (EEC) - واردات گوشت" به این نتیجه رسید که اقدامات جامعه اقتصادی اروپا دایر بر منوط ساختن تعلیق مالیات ورود محصولات به ارائه گواهینامه صحت و سلامت با تعهد ملت کامله‌الوداد در ماده یک سازگار نیست، زیرا مطابق موازین مربوطه، تنها آژانس تصدیق‌کننده‌ای که حق داشت به محصولات وارداتی، گواهینامه صحت بدهد آژانسی بود که در ایالات متحده قرار داشت.^۱

مبحث دوم. معیارهای عدم تبعیض در ماده (۱) گات ۱۹۹۴

ماده (۱) گات ۱۹۹۴ یک معیار سه بندی را جهت انطباق اقدامات اتخاذی با ماده یک بیان داشته است:

- "الف. آیا اقدام مورد بحث، یک مزیت تجاری از نوعی که در ماده یک آمده است را اعطا می‌کند.
- ب. آیا محصولات مورد نظر، محصولات مشابهی هستند و ج. آیا مزیت مورد بحث فوراً و بدون هیچ قید و شرطی به محصولات مشابه مربوطه تسری داده شده است یا خیر."
- بند اول. اعطا هر نوع مزیت یا ... در رابطه با آن چه که در ماده یک آمده است
- تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد هرگونه سود، امتیاز، مزیت یا مصونیتی را که از سوی هر یک از اعضا به هر محصولی که مبدأ یا مقصد آن در هر کشور دیگری قرار دارد در این حوزه‌ها اعطا می‌کند:
- ۱- تعهدات گمرکی
- ۲- تعهدات از هر نوعی که بر ورود یا صدور وضع می‌شود (مثلاً جریمه‌های اضافی وارداتی یا مالیاتهای کنسولی)
- ۳- تعهداتی که به نوعی در رابطه با ورود یا صدور وضع می‌شود. مثلاً حق الزحمه‌های بازرسی گمرکی یا بازرسی کیفی.
- ۴- تعهداتی که بر نقل و انتقال بین‌المللی پرداختها جهت واردات یا صادرات کالاها وضع می‌شود.
- ۵- روش اخذ مالیات از چنین تعهداتی، مثل روش ارزیابی بها قیمت پایه که بر مبنای آن عوارض گمرکی محاسبه و اخذ می‌شود.
- ۶- کلیه قواعد و تشریفات که در رابطه با ورود و صدور وضع می‌شود.
- ۷- مالیاتهای داخلی یا دیگر تعهدات داخلی.
- ۸- قوانین، مقررات و الزاماتی که فروش داخلی، پیشنهاد فروش، خرید، حمل و نقل، توزیع یا استفاده از هر نوع محصولی را متأثر می‌سازد.

¹ "EEC – Imports of Beef": [http://www.Worldtrade.net/reports/gattpanels/EEC – Imports of Beef](http://www.Worldtrade.net/reports/gattpanels/EEC-Imports-of-Beef) (gatt panel). pdf, para. (402 and 403). visited on 4.5.2008.

به طور خلاصه تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد شامل هر گونه مزیتی است که از سوی هر دولت عضو در رابطه با:

۱- تعهدات گمرکی، دیگر تعهدات راجع به واردات و صادرات و موضوعات گمرکی دیگر اعطا می‌شود،

۲- مالیاتهای داخلی،

۳- آئین نامه‌های داخلی که فروش، توزیع و استفاده از کالاها را متأثر می‌سازد، وضع می‌شود

تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد نه تنها دارای منافعی است که به دیگر اعضا سازمان تجارت جهانی اعطا می‌شود، بلکه منافعی را هم که به دیگر کشورها من جمله کشورهای غیر عضو تعلق می‌گیرد را شامل می‌شود.

در خصوص نوع اقداماتی که تحت شمول ماده یک قرار دارد بحث‌هایی مطرح شده است. هم پانل‌ها و هم نهاد استیناف به این نتیجه رسیده‌اند که ماده (۱) گات حیطة بسیار وسیعی دارد.^۱

در قضیه "ایالات متحده - پوشاک غیر لاستیکی پا"، پانل ضمن اشاره به قضیه "ایالات متحده - پوشاک غیر لاستیکی پا" به این نتیجه رسید: "قواعد و تشریفات قابل اعمال نسبت به تعهدات (کانترویلینگ) من جمله تشریفات که مربوط به الغا و فسخ قوانین ناشی از چنین تعهداتی می‌باشند، قواعد و تشریفات هستند که به نوعی در رابطه با ورود، به نحوی که داخل در مبنای ماده (۱) قرار می‌گیرد، وضع شده‌اند."^۲

پانل در قضیه "پاداش استفاده کنندگان از عوارض گمرکی - ایالات متحده" چنین گفت:

"روند تجاری پاداش، تعهدی است که بر ورود یا در رابطه با ورود در معنای ماده یک گات وضع شده است. لذا، مواردی که از پاداش استثنا شده است، داخل در معنای سود، مزیت، امتیاز یا مصونیتی قرار می‌گیرد که در ماده یک آمده است و باید به طور غیرمشروط به تمام اطراف معاهده تسری یابد."^۳

همان طور که قبلاً بیان شد، پانل در قضیه "جامعه اقتصادی اروپا - واردات گوشت"، ماده (۱) را قابل تسری و اعمال نسبت به آن دسته از مقررات جوامع اروپایی دانست که تعلیق مالیات ورود را مشروط به ارائه گواهینامه صحت و سلامت نموده بود.

۱- سابقاً در اگوست ۱۹۴۸، اعضا متعاهد همراه با رئیس، قاعده‌ای را تصویب کردند مبنی بر اینکه مالیاتهای کنسولی تحت شمول عبارت "تعهدات از هر نوعی" در ماده ۱: I گات ۱۹۴۷ درآید. به نقل از

Vanden Bossche, Peter, op.cit., Foot notes 15.

۲ "US - MFN Foot Wear": [http://www.World trade law. net/reports/gatt panels/US - MFN foot wear \(Gatt panel\). pdf](http://www.World trade law. net/reports/gatt panels/US - MFN foot wear (Gatt panel). pdf), para. 608. visited on 11.3.2008.

۳ "US - Customs User Fee": [http://www.World trade law. net/reports/gatt panels/US - Customs user fee \(Gatt panel\). pdf](http://www.World trade law. net/reports/gatt panels/US - Customs user fee (Gatt panel). pdf), para. 122. visited on 11.3.2008.

در قضیه "جوامع اروپایی - موزهای (۳)"، جوامع اروپایی نزد نهاد استیناف مدعی شد که پانل در نتیجه گیری اش مبنی بر این که کارکرد قواعد عملی جوامع اروپایی که مجوزهای واردات را صرفاً به موزها اختصاص داده است، نقض ماده یک به حساب می‌آید، دچار اشتباه شده است. نهاد استیناف رأی پانل مبنی بر نقض ماده (۱۱) را مورد تأیید قرار داد و گفت: "پیش شرط‌های اجرایی و شکلی مربوط به کارکرد قواعد عملی برای ورود موزها از کشورهای ثالث و کشورهای غیر ACP متفاوت و به نحو عمده‌ای فراتر از آن دسته الزاماتی بوده است که برای ورود موزهای وارداتی از کشورهای ACP مقرر شده بوده است."^۱

همچنین تعریف موسعی از اصطلاح "مزیت"^۲ در ماده یک گات ۱۹۹۴ از طرف پانل گات در قضیه "ایالات متحده - پوشاک غیر لاستیکی پا" به عمل آمد...^۳ به این دلایل "کارکرد قواعد عملی" داخل در مفهوم "مزیتی" است که در ماده یک گات به آن اشاره شده است و به موزهای وارد شده از کشورهای ACP اعطا شده و از موزهای وارداتی از سوی اعضا دیگر دریغ شده است."^۴

در قضیه "کانادا - ماشین‌ها" نهاد استیناف قلمرو ماده یک را به خوبی روشن کرده است. ماده یک مقرر می‌کند که هرگونه منفعت، امتیاز، مزیت یا مصونیتی که از طرف یک دولت عضو به هر محصولی که مبدأ یا مقصد آن در کشور دیگری قرار دارد، اعطا شود، بایستی فوراً و بی‌وقید و شرط به محصولات مشابهی که مبدأ یا مقصد آن در سرزمین دولت‌های دیگر است، تسری یابد.

ماده یک تنها به بعضی از مزایایی که "در رابطه"^۵ با موضوعاتی است که داخل در معنای ماده یک است، اشاره نمی‌کند، بلکه می‌گوید "هر مزیتی" و نه این که "بعضی از محصولات" بلکه نسبت "به هر محصولی" و نه صرفاً محصولات مشابه "از بعضی از دولت‌های عضو"، بلکه نسبت به "تمامی محصولات مشابهی" که مبدأ یا مقصد آن‌ها "در تمامی دولت‌های عضو" است، باید تسری یابد.^۶

در گذشته بحث‌هایی در رابطه با قابلیت اعمال ماده یک نسبت به موازین و اقدامات حفاظتی نظیر تعهدات آنتی دامپینگ و کانترویلینگ (خریدوفروش) وجود داشت. در رابطه با اقدامات حفاظتی، "موافقتنامه راجع به اقدامات حفاظتی"^۷ آشکار ساخت که تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد به طور طبیعی نسبت به اقدامات حفاظتی هم قابل اعمال است. اما موافقتنامه تحت شرایط خاصی اجازه استفاده تبعیض آمیز از اقدامات حفاظتی را داده است.^۸

1 Appellate Body Report, EC – “Bananas III”, op.cit., para.206.

2 Advantage

3 Ibidem.

4 “With respect to”

5 Appellate Body Report, “Canada – Autos”, op.cit., para.79.

6 Agreement on Safeguards

7 Vanden Bossche, Peter, op.cit., PP (638, 9, 314).

تعهدات آنتی دامپینگ و کانترویلینگ در اصل در چارچوب قلمرو ماده یک قرار دارد. باید توجه داشت که موضوعات مربوط به صادرات دامپ شده یا یارانه ها، غالباً از کشوری به کشور دیگر متفاوتند. اما در آن جا که تمامی موضوعات مربوطه یکسان هستند، تعهدات آنتی دامپینگ و کانترویلینگ بایستی بدون تبعیض اعمال شود.^۱

در گزارش ۱۹۶۰ گروه کارشناسان راجع به تعهدات آنتی دامپینگ و کانترویلینگ چنین آمده است: "با در نظر گرفتن اصل انصاف و اصل ملت کامله‌الوداد گروه به این نتیجه رسید که در جایی که دامپینگ به همان اندازه با بیش از یک منشأ وجود دارد و در جایی که دامپینگ سبب صدمه مادی یا تهدید به ایراد صدمه مادی شود، کشور وارد کننده باید به طور طبیعی انتظار داشته باشد که تعهدات آنتی دامپینگ متساویاً نسبت به تمامی واردات دامپینگ اعمال شود."^۲

ماده (۱) در اصل، به مزایای اعطا شده مطابق موافقتنامه‌های جمعی هم اعمال می شود. برای مثال مزایای اعطا شده از طرف یک عضو به دیگر اعضا موافقتنامه راجع به هواپیمایی غیر نظامی یا موافقتنامه راجع به مناقصه عمومی بایستی با ماده (۱) گات منطبق باشد، یا لاقلاً به طور کلی، فوراً و بی‌قید و شرط به همه اعضا سازمان تجارت جهانی اعطا شود.^۳

بند دوم. "تشابه محصولات مربوطه"

دومین معیار عدم تبعیض در نظام گات ۱۹۹۴ "تشابه محصولات مربوطه" است. ماده یک مقرر می دارد، مزیت اعطا شده به محصولاتی که مبدأ یا مقصد آن در هر کشور دیگری است، می‌بایست، به محصولات مشابهی نیز که مبدأ یا مقصد آن در سرزمین‌های دیگر اعضا می‌باشد، اعطا شود. تنها میان "محصولات مشابه" است که تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد اعمال می شود و تبعیض ممنوع شده است.

لذا با محصولاتی که "مشابه" نیستند، می‌توان برخورد متفاوت داشت. عبارت "محصولات مشابه" نه تنها در ماده یک گات آمده، بلکه در موارد ۶، ۹، ۱۱، ۱۳، ۱۶، ۱۹ هم آمده است. با این وجود، مفهوم محصولات مشابه در گات ۹۴، تعریف نشده است.

مرجع استیناف در قضیه "جوامع اروپایی - آریستوز"،^۴ پس از بحث و بررسی حول مفهوم محصولات مشابه که در ماده ۳ آمده است، به این نتیجه رسید که مفهوم لغوی "مشابه"، یعنی این که محصولات مشابه، دارای تعدادی خصایص یا ویژگیهای یکسان یا مشابه با هم باشند.^۲

1 Ibid, pp. (543, 580, 314).

2 "Report of the Group of Experts on Anti – Dumping and Countervailing Duties", BISD qs / 194 at 198.

3 Vanden Bossche, Peter, op.cit., p. 314.

4 "Like products"

در قضیه "کانادا - هواپیمایی"^۳ نهاد استیناف در این باره بیان نمود که معنای لغوی "مشابه" در زبان های مختلف راه را برای مسائل تفسیری باز می کند.^۴

در رابطه با مفهوم ویژگی و خصایص یکسان سه نوع تفسیر ارائه شده است:

۱. ویژگی ها یا خصایصی که در رسیدن دو محصول به درجه تشابه مهم و اساسی هستند.

۲. ویژگی ها یا خصایص به اندازه ای باشند که بگوئیم این محصولات مشابه هستند.

۳. ویژگی ها یا خصایص مربوط به تشابه، به قضاوت گذاشته شود.^۵

از طرفی مفهوم محصولات مشابه، معانی مختلفی در متون و زبان های مختلف دارد.

در قضیه "ژاپن - مشروبات الکلی"، نهاد استیناف، تفاوت های موجود میان مقررات گوناگون موافقت نامه سازمان تجارت جهانی در حوزه مفهوم محصولات مشابه را به کمک تصور یک آکاردئون روشن ساخت. بدین شرح:

"آکاردئون تشابه"^۶ در مقررات مختلف موافقت نامه سازمان تجارت جهانی فشرده و باز می شود. پهنای این آکاردئون در هر جا، بایستی از طریق خود آن مقرر خاص که اصطلاح "تشابه" را به کار برده است، با در نظر گرفتن زمینه و شرایطی که در هر مورد، آن مقرر نسبت به آن مورد، قابلیت اعمال یافته است، تعیین شود.^۷ معنای عبارت "محصولات مشابه" در ماده یک گات در گزارش های گروه های کاری گات و پانل ها نیز مورد بررسی قرار گرفته است.^۸

در قضیه "اسپانیا - قهوه بونداده"^۹ پانل می بایست تصمیم می گرفت که آیا انواع مختلف قهوه بو ندارد، محصولات مشابه در معنای ماده یک هستند یا خیر.

اسپانیا عوارض گمرکی را بر قهوه کلمبیا و انواع دیگر آن وضع نکرده بود، در حالی که ۷٪ عوارض فوق را بر سه نوع دیگر قهوه بونداده (قهوه عربی، ربوستا و غیره) وضع کرده بود.

1 "EC - Asbestos"

2 "EC - Asbestos": [http://www.World trade law.net/reports/ WTO appellate bodies/ EC - Asbestos \(appellate body\). pdf](http://www.World trade law.net/reports/ WTO appellate bodies/ EC - Asbestos (appellate body). pdf), para. 91. visited on 11.6.2008.

3 "Canada - Air craft"

4 "Canada - Air craft": [http://www.World trade law.net/reports/ WTO appellate bodies/Canada - Air craft \(appellate body\). pdf](http://www.World trade law.net/reports/ WTO appellate bodies/Canada - Air craft (appellate body). pdf), para. 153. visited on 11.6.2008.

5 Ibid, para. 92.

6 "Accordion Of Likeness"

7 "Japan Alcoholic Beverages II": [http://www.World trade law.net/reports/ WTO appellate bodies/Japan Alcoholic Beverages II \(Appellate Body\). pdf](http://www.World trade law.net/reports/ WTO appellate bodies/Japan Alcoholic Beverages II (Appellate Body). pdf), para. 114. visited on 11.6.2008.

8 Working Party Report, "Australian Subsidy on Ammunition Sulphate", para.8 and GATT panel Report, EEC. Animal Feed Proteins, para. 4.2. Quoted in Vanden Bossche, peter, p. 315.

در قضیه اخیر، پانل بر مبنای عواملی نظیر تعدد محصولات و آیت های تعرفه ای که نرخ های گمرکی متفاوت و تعرفه های الزام آور را وضع می کرد، نتیجه گرفت که محتوای مختلف پروتئین ها و سبزیجات، منشأ حیوانی و مصنوعی محصولات پروتئینی، باعث می شود که نتوان محصولات پروتئینی مختلف را، به عنوان "محصولات مشابه" در معنای ماده ۱ و ۳ گات ۱۹۴۷ محسوب کرد.

9 "Spain - Unroasted Coffee".

برزیل که صادر کننده عمده نوعی "قهوه عربی" بود، مدعی شد که نظام تعرفه اسپانیا با ماده یک منطبق نیست.

پانل اظهار داشت، برای این که ببینیم، آیا انواع قهوه بونداده محصولات مشابهی هستند یا خیر، سه مسأله را باید مشخص کرد:

۱- ویژگی‌های محصولات مربوطه. ۲- استفاده نهایی آن محصول. ۳- نظام‌های تعرفه‌ای دیگر اعضا.

پانل چنین می‌گوید:

"همه بحث‌ها بر سر تفاوت‌های ارگانیکی ناشی از عوامل جغرافیایی، روش‌های کشاورزی، به عمل آوردن دانه‌ها و ژنتیک است.... درمورد محصولات کشاورزی که طعم و بوی محصول نهایی به دلیل یک یا چند عامل از عوامل ذکر شده فوق، متفاوت می‌شود، امر غیر معمولی نیست."

علاوه بر این، قهوه بونداده، عمدتاً و نه منحصرأ، به شکل مخلوط با انواع مختلف قهوه، فروخته می‌شود و این که منظور از استفاده نهایی از قهوه در تعبیر عامه، صرفاً نوعی نوشیدنی است می‌آید. "همین طور، هیچ یک از متعاهدین دیگر گات، رژیم تعرفه‌ای متفاوتی را نسبت به انواع قهوه بونداده، اعمال نکرده بودند. لذا پانل گفت دانه‌های قهوه بونداده که در فهرست تعرفه گمرکی اسپانیا آمده، باید به عنوان محصولات مشابه در معنای ماده یک در نظر گرفته شود."^۲

در یکی از پانل‌های سازمان تجارت جهانی در بحث راجع به "تشابه محصولات" به بررسی ذائقه مصرف‌کنندگان و عادت‌های مصرفی آن‌ها پرداخته شده است.^۳

در صحن سازمان تجارت جهانی، بحث‌های زیادی در این باره که آیا روند تولید (PPM) در تعیین معیار تشابه محصولات به کار می‌رود یا خیر، در گرفت.

و نهایتاً نتیجه گرفته شد چنان چه روند تولید، ویژگی‌های فیزیکی محصولات را تحت تأثیر قرار ندهد، PPM دخالتی در تعیین معیار تشابه ندارد.^۵

در نتیجه، محصولاتی که به یک "حالت دشوار محیطی" تولید می‌شوند، نمی‌توانند تحت برخوردی متفاوت نسبت به محصولاتی که به یک "روش منعطف و غیر خشن محیطی" تولید می‌شوند، قرار گیرند.^۸

1 "Colombian Mild", "Other Mild" "(Unwashed Arabica, Reobusta and other)"

2 "Spain – Unroasted Coffe": <http://www.Worldtrade.org/reports/gattpanels/spain-unroasted-coffee-gatt-panel.pdf>, paras. (406-409). visited on 11.7.2008.

3 Vanden Bossche, Peter, op.cit., p. 316.

4 "Process or Production Method"

5 Vanden Bossche, Peter, op.cit., pp. (354 – 9).

6 "Environmentally Unfriendly Manner"

7 "Environmentally Friendly Manner"

8 US – Tuna (Mexico), <http://www.Worldtrade.org/reports/gattpanels/US-Tuna-Mexico-gatt-panel.pdf>, para. 5.16

همچنین ماده یک به محصولاتی هم که تابع یک نظام تعرفه‌ای الزام آور نیستند، اعمال می شود.^۱ پانل در قضیه اسپانیا - قهوه بونداده به این امر تصریح و بیان می کند که ماده یک متساویاً به نظام های تعرفه‌ای الزامی و غیر الزامی اعمال می شود.^۲

بند سوم. فوری بودن و غیرمشروط بودن مزیت اعطایی

سومین معیار عدم تبعیض در نظام گات ۱۹۹۴، "فوری بودن و غیرمشروط بودن" مزیت اعطائی است. ماده یک گات مقرر می دارد، که هر نوع مزیت اعطایی از سوی هر یک از اعضای سازمان تجارت جهانی، نسبت به محصولات وارداتی از هر کشوری، بایستی فوری و بی قید و شرط به واردات دیگر اعضای سازمان تجارت جهانی هم اعطا شود.^۳

چنان چه یکی از اعضای سازمان تجارت جهانی، مزیتی را به محصولات وارداتی یک کشور بدهد، نمی تواند اعطای آن مزیت به دیگر محصولات وارداتی از کشورهای دیگر عضو سازمان تجارت جهانی را مشروط به جبران نماید.

مطابق اظهار نظر حقوقی دبیر کل گات در سال ۱۹۷۳، به هنگام الحاق مجارستان به گات "پیش شرط وجود یک قرارداد همکاری به منظور انتفاع از رفتار تعرفه‌ای خاص، متضمن یک رفتار ملت کامله الوداد مشروط بوده و لذا با موافقتنامه عمومی منطبق نیست."^۴

قضیه "اندونزی - ماشین ها"^۵ بر سر این بود که در برنامه اتومبیل فوریه ۱۹۹۶، اعطای مزایای گمرکی به بخشها و اجزاء، مشروط به این شده بود که این بخشها یا اجزا در مجموع در ساخت خودروی ملی اندونزی به کار رود. حال آنکه اعطای مزایای مالیاتی، محدود به کمپانی پایونیر شده بود که تولید کننده خودروهای ملی بود. شرط سومی نیز برای اعطا وجود داشت و آن تعقیب اهداف ماهوی محلی بود. در واقع، طبق این برنامه، منافع مالیاتی و عوارض گمرکی، مشروط به تحصیل یک ارزش ماهوی خاص برای خودرو ملی شده بود. پانل در رابطه با الزام مقرر در ماده یک یعنی اعطای فوری و بی قید و شرط مزایا گفت: "وجود چنین شرایطی با مقررات ماده یک، که می گوید، مزایای مالیاتی و گمرکی باید فوری و بی قید و شرط به محصولات وارداتی تعلق گیرد، منطبق نمی باشد."^۶

1 Vanden Bossche, Peter, op.cit., pp. (419-22).

2 GATT Panel Report, "Spain - Unroasted Coffee", op.cit., para.4.3.

۳- ماده یک همچنین مقرر می کند که هر نوع مزیت اعطا شده از سوی هر یک از اعضای سازمان تجارت جهانی، نسبت به صادرات هر کشور دیگر، بایستی فوری و بی قید و شرط به صادرات تمامی اعضا دیگر سازمان تجارت جهانی نیز اعطا شود. البته موضوع صادرات، ندرتاً با مشکل مواجه می شوند.

4 Working Party Report on the "Accession of Hungary", L / 3889, adopted on 30 July 1973, BISD 205/34, para.12.

5 "Indonesia - Autos"

6 "Indonesia - Autos": [http://www.Worldtrade.org/reports/wto/panels/ Indonesia - Autos \(panel\). pdf](http://www.Worldtrade.org/reports/wto/panels/Indonesia-Autos(panel).pdf), para. (14, 146). visited on 2.8.2008.

در قضیه "کانادا - ماشین ها"، مرجع استیناف، مفاهیم فوری و بی‌قید و شرط را مورد بحث قرار داده است:

"اقدام کانادا این بود که معافیت گمرکی را تنها به آندسته از واردات وسایل خاص موتورهای اعطا می‌کرد که از کشورهای خاصی وارد کانادا می‌شدند. وسایل موتورهای فوق، توسط تعداد محدودی از تولید کنندگان طراحی شده بودند که لازم بود، شرایط اجرایی خاصی را احراز کرده باشند. لذا، عملاً، معافیت گمرکی قابل اعمال به اعضای دیگر، به نحوی که در ماده یک گات آمده است، نبود. مزیت معافیت از تعهدات وارداتی تنها به آندسته از وسایل موتورهای که در کشورهای خاص تولید شده بود، اعطا شده، و از تولیدکنندگان همان وسایل موتورهای دیگر عضو دریغ گردیده بود، لذا این اقدام با تعهدات کانادا در ماده یک گات ۱۹۹۴ منطبق نیست."^۱

در نتیجه، مزیت اعطایی در معنای ماده یک را نمی‌توان مشروط به ویژگی‌های خاصی که یک عضو باید داشته باشد، نمود یا این که کشور مربوطه شرایط خاصی را دارا باشد و یا عمل به خصوصی را بر عهده گیرد.

در قضیه، "بلژیک - مجوز خانوادگی"^۲، اختلاف بر سر قانون بلژیک بود که معافیت از مالیات را بر محصولاتی مقرر می‌داشت که از کشورهایی که دارای یک نظام "مجوز خانوادگی"^۳ مشابه با نظام بلژیک بودند، خریداری می‌شدند. پانل در این قضیه اعلام نمود که "چنین امری، تبعیض علیه کشورهای خواهد بود که دارای چنین نظامی نبوده یا نظامشان متفاوت بوده است، چرا که معافیت اعطایی مشروط به شرایط خاص شده است."

پانل در این قضیه نتیجه گرفت که مزیت اعطایی یعنی معافیت از مالیات بی‌قید و شرط نبوده است و لذا قانون بلژیک، منطبق با تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد در ماده یک نیست.

گفتار چهارم. استثنائات وارده بر اصل ملت کامله‌الوداد در نظام گات ۹۴ و سازمان تجارت جهانی

همان طور که ملاحظه گردید مبنای نظام گات، رفتار ملت کامله‌الوداد غیرمشروط است. مطابق ماده یک گات، رفتار ملت کامله‌الوداد، فوراً و بی‌قید و شرط به محصولات طرفین متعاهد اعطا می‌شود. اصل ملت کامله‌الوداد محور اصل عدم تبعیض را در گات و سازمان تجارت جهانی تشکیل می‌دهد. مطابق موافقتنامه‌های سازمان تجارت جهانی، اعمال این اصل از حوزه محصولات هم فراتر رفته و به حوزه حمایت از

¹ Appellate Body Report, "Canada – Autos", op.cit., para.85.

² Belgium – Family Allowances: [http://www.Worldtrade.net/reports/gattpanels/Belgium – Familyallowances\(gattpanel\).pdf](http://www.Worldtrade.net/reports/gattpanels/Belgium-Familyallowances(gattpanel).pdf), para. 3. visited on 2.8.2008.

³ Family Allowance

حقوق مالکیت فکری نیز راه یافته است. ماده ۲ موافقتنامه عمومی راجع به تجارت خدمات "گاتس"، اعمال رفتار ملت کامله‌الوداد را در رابطه با هر گونه اقدامی که تحت شمول این موافقتنامه قرار می‌گیرد، مقرر داشته است.

علی رغم مرکزیت رفتار ملت کامله‌الوداد در گات، هم گات و هم سازمان تجارت جهانی، استثنائات مهمی را به رفتار ملت کامله‌الوداد وارد کرده اند.

با توجه به این که آزاد سازی تجارت و اصل رفتار ملت کامله‌الوداد غالباً با ارزش‌ها و منافع مهم اجتماعی نظیر افزایش و حمایت از بهداشت عمومی، سلامت مصرف کننده، محیط زیست، استخدام، توسعه اقتصادی و امنیت ملی می‌تواند در تعارض افتد، حقوق سازمان تجارت جهانی قواعدی را برای آشتی میان آزادی تجارت و دیگر ارزش‌ها و منافع اجتماعی مهم ارائه داده است. این قواعد در قالب طیف گسترده‌ای از استثنائات به اصول بنیادین گات مطرح شده است. که شامل ۶ طبقه اصلی می‌شود. ۱. استثنائات عام ۲. استثنائات امنیتی ۳. استثنائات ضرورت اقتصادی ۴. استثنائات اتحادیه منطقه‌ای ۵. استثنائات توسعه اقتصادی ۶. استثنائات توازن پرداخت‌ها.

این استثنائات به اعضا اجازه می‌دهند تا تحت شرایط خاصی قوانین و اقداماتی را که ارزش و منافع مهم اجتماعی را حمایت می‌کنند، اتخاذ و حفظ نمایند، حتی اگر در تعارض با قواعد ماهوی وضع شده در گات ۹۴ یا گاتس باشد. این استثنائات تحت شرایط خاصی به اعضا، اجازه می‌دهند تا اولویت را به ارزش‌ها و منافع اجتماعی خاص در برابر آزادی تجارت بدهند.

این استثنائات دو گونه اند: دسته اول، استثنائاتی که به دلیل کارکردی، اصل رفتار ملت کامله‌الوداد را نقض می‌کنند و دسته دوم آن دسته از استثنائاتی است که طبقه خاصی از طرف‌های متعاقد را از تعهدات پذیرفته شده از طرف دیگر اعضا معاف می‌نمایند یا قواعد را بنفع آن‌ها اصلاح و تعدیل می‌نمایند.

در خصوص استثنا نوع اول، ماده (۲۴) ۲۴ گات بسیار حائز اهمیت است مطابق این ماده، ایجاد منطقه تجارت آزاد و اتحادیه‌های گمرکی که به موافقتنامه‌های تجارت ترجیحی معروف است، مجاز دانسته شده است. اما با رعایت شرایط و قیودی که به آن‌ها اشاره خواهیم کرد.

در مورد نوع دوم استثنائات، موافقتنامه گات، کشورهای در حال توسعه را مجاز دانسته است تا مقررات ویژه و متمایزی را داشته باشند. آنچنانکه در ماده ۱۸ گات ملحوظ شده است.

همچنین بند ۲ ماده یک گات متضمن معافیت جامعی از رفتار ملت کامله‌الوداد در خصوص ترجیحاتی است که تحت رژیم‌های قدیمی مستعمراتی که از قبل وجود داشته و در حال حاضر از میان رفته اند، می‌باشد. که در این قسمت به بررسی آن‌ها خواهیم پرداخت.

مبحث اول. استثنائات عام در گات ۱۹۹۴

ماده ۲۰ گات تحت عنوان "استثنائات عام" بیان می‌کند:

"از آن جا که چنین اقداماتی نباید به روشی اعمال شوند که وسیله تبعیض خودسرانه یا غیرموجه را میان کشورهای که دارای شرایط یکسانی هستند، فراهم سازند یا یک محدودیت پنهانی بر تجارت بین‌المللی تحمیل نمایند، لذا، هیچ چیزی در این موافقتنامه نایستی به نحوی تفسیر شود که مانع تصویب یا اجرای اقدامی شود که الف. برای حمایت از اخلاقیات عمومی ب. حمایت از حیات انسانی، گیاهی، جانوری ضروری است... یا د. برای حفظ انطباق با قوانین یا مقرراتی که با موافقتنامه منطبق نبوده، از قبیل مقرراتی که در رابطه با اجرای گمرکات، امتیازات انحصاری بند ۴ ماده ۲ و ماده ۱۷، حمایت از حق اختراع، علائم تجارتي و نسخه‌برداری و جلوگیری از رویه‌های متقلبانه. ه. در رابطه با محصولاتی که کارگاه‌های زندان‌ها تولید می‌کنند. و. حمایت از میراث ملی هنری، تاریخی یا آثار باستانی. ز. حفاظت از منابع طبیعی تمام شدنی ضروری تلقی شود، چنان چه اقدامات فوق در پیوستگی و پیوند با محدودیت‌های وارده بر تولید یا مصرف موثر باشد."^۱

بند اول. ماهیت و عملکرد ماده ۲۰ گات ۱۹۹۴

پانل در قضیه ایالات متحده - بخش ۳۳۷ اعلام می‌کند که محور اولین جمله ماده ۲۰ این است که هیچ چیزی در این موافقتنامه نباید به نحوی تفسیر شود که جلوی اقدامات یا اجرای آن اقداماتی که شرایط بیان شده در ماده ۲۰ را دارند، بگیرد، حتی اگر با دیگر مقررات و تعهدات گات ۱۹۹۴ در تعارض باشد.^۲ ماده ۲۰ اجازه برخی استثنائات را به طور محدود و مشروط از تعهدات گات داده است. این استثنائات محدودند به

^۱- Article XX of the GATT 1994, entitled "General Exceptions", States:

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any [Member] of measures:

a. necessary to protect public morals;

b. necessary to protect human, animal or plant life or health;

c. ...

d. necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and Article XVII, the protection of patents, trade marks and copyrights, and the prevention of deceptive practices;

e. relating to the products of prison labour;

f. imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value;

g. relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption; ...

^۲ "US - Section 337": [http://www.Worldtrade.law.net/reports/gattpanels/ US - Section 337 \(gatt panel\). pdf](http://www.Worldtrade.law.net/reports/gattpanels/US-Section337(gattpanel).pdf), para. 59. visited on 2.8.2008.

این دلیل که فهرست استثنائات ماده ۲۰، یک فهرست حصری است و از طرف دیگر مشروطند زیرا تنها برای توجیه یک اقدام غیر قانونی بکار می‌روند. در نتیجه ماده ۲۰ به اعضا اجازه می‌دهد تا اقداماتی را که ارزش‌های اجتماعی مهم را افزایش یا مورد حمایت قرار می‌دهند، اتخاذ و یا آن را حفظ کنند، لذا تعجب آور نیست که ماده ۲۰ نقش عمده‌ای را در بسیاری از اختلافات گات و سازمان تجارت جهانی بازی می‌کند. یک اصل پذیرفته شده در تفسیر این است که استثنائات باید به طور مضیق تفسیر شوند. لذا ماده ۲۰ نیز بایستی به نحو مضیق تفسیر شود. اما نهاد استیناف در قضایای "ایالات متحده - گازولین" و "ایالات متحده - میگو" به این ترتیب عمل نکرد و به جای آن نوعی توازن میان قاعده کلی و استثنا برقرار کرد. نهاد استیناف در رابطه با بند (ز) ماده ۲۰ که استثنا مورد بحث بود، به این نتیجه رسید که تفسیر مضیق از استثنائات ماده ۲۰ بی‌مورد است و به جای آن از توازن میان آزادی تجارت و دیگر ارزش‌های اجتماعی حمایت کرد.^۱

پانل در قضیه «ایالات متحده - میگو» در رابطه با نوع اقداماتی که می‌تواند مطابق ماده ۲۰ توجیه شود، اعلام کرد که ماده ۲۰ نمی‌تواند اقداماتی را که نظام تجارت چندجانبه سازمان تجارت جهانی را تضعیف می‌کند توجیه نماید.^۲ و یا اقدام یک دولت عضو که دستیابی به بازار آن برای یک کالای مفروض، مشروط به اتخاذ سیاست‌های خاصی از سوی دولت عضو صادر کننده شده است.^۳ در مرحله پژوهش، استیناف، نظر پانل در خصوص قلمرو اقداماتی که مطابق ماده ۲۰ می‌تواند توجیه شود، را رد کرد و گفت، اقداماتی که کشورهای صادر کننده را ملزم می‌کنند که از سیاست‌های خاصی پیروی نمایند که از سوی کشور واردکننده تعیین می‌شود، در واقع نمونه‌ای از اقداماتی هستند که مطابق ماده ۲۰ قابل توجیه اند. اینها، معیناً و نه به طور منطقی از قلمرو ماده ۲۰ استثنا شده اند.^۴

نهاد استیناف تا به امروز معلوم نکرده است که آیا اقداماتی که از یک ارزش اجتماعی یا منفعتی خارج از صلاحیت سرزمینی دولت اتخاذ کننده اقدام، حمایت کرده یا ادعای حمایت از آن را دارند، می‌توانند مطابق ماده ۲۰ توجیه شوند یا خیر؟

هیچ محدودیت صلاحیتی مصرحی در ماده ۲۰ وجود ندارد، اما آیا یک محدودیت صلاحیتی ضمنی وجود دارد که ماده ۲۰ بتواند برای حمایت از ارزش‌های غیر اقتصادی خارج از صلاحیت سرزمینی عضو مربوطه مورد استناد قرار دهد یا خیر؟ در قضیه «ایالات متحده - میگو» که مربوط به ممنوعیت ورود

^۱ "US - Gasoline": [http://www.World trade law. net/reports/appellate bodies/ US - Gasoline \(appellate body\). pdf](http://www.World trade law. net/reports/appellate bodies/ US - Gasoline (appellate body). pdf), para. 18. visited on 20.8.2008.

^۲ Panel Report, "US - Shrimp", op.cit., para.7.44.

^۳ Ibid, para. 7.45.

^۴ "US - Shrimp": [http://www.World trade law. net/reports/wto appellate bodies/ US - Shrimp \(appellate body\). pdf](http://www.World trade law. net/reports/wto appellate bodies/ US - Shrimp (appellate body). pdf), para. 121. visited on 20.8.2008.

میگوهای قهوه‌ای، به عنوان یکی از روش‌هایی که منجر به کشته شدن ناگهانی لاک پشت‌های دریایی می‌شد بود، نهاد استیناف اشاره کرد که چون لاک پشت‌های دریایی مهاجرت می‌کنند و آبهای تحت صلاحیت ایالات متحده را در می‌نوردند، نمی‌توان قضاوت کرد که آیا یک محدودیت صلاحیتی ضمنی در ماده (ز) ۲۰ وجود دارد یا خیر و اگر هست ماهیت و قلمرو آن محدودیت چیست. تنها چیزی که می‌توان گفت این است که در اوضاع و احوال خاص قضیه مطروحه، پیوند کاملی میان مهاجرت یک جمعیت دریایی مواجه با خطر و ایالات متحده در راستای اهداف بند (ز) ماده ۲۰ وجود دارد.^۱

بند دوم. معیارهای مندرج در ماده ۲۰ گات ۱۹۹۴

ماده ۲۰ یک معیار دو بندی، را برای توجیه یک اقدام مغایر با تعهدات گات ارائه داده است. نهاد استیناف در قضیه «ایالات متحده - گازولین» در این باره بیان می‌کند که دو دسته شرط برای توجیه اقدام مغایر با گات لازم است اولاً ارکان یکی از استثنائاتی که در بندهای (الف) تا (ط) ماده ۲۰ آمده است، وجود داشته باشد و ثانیاً ارکان کلی ماده ۲۰ احراز شده باشد.^۲

در قضیه «ایالات متحده - میگو» نهاد استیناف به خوبی رابطه میان هر دو دسته از این عناصر یا مراحل را بیان کرده است لزوم طی مراحل مذکور مطابق ماده ۲۰ حاکی از آن است که این انتخاب تصادفی و از روی مسامحه نبوده است، بلکه ناشی از ساختار اصلی و منطق ماده ۲۰ است. [...] وظیفه مفسر این است که جلوی سوء استفاده از استثنائات مقرر در ماده ۲۰ را بگیرد و این بسیار مشکل است. زیرا که در همه حال این احتمال وجود دارد که مفسر، نظیر پانل در این قضیه، از همان ابتدا "استثنا خاص تهدید کننده و مخرب" را مشخص و بررسی نکرده باشد. معیارهای موجود در صدر ماده ۲۰ لزوماً از حیث قلمرو موسعند و منتهی به ممنوعیت اقدامات می‌شوند که وسیله تبعیض غیر موجه یا خود سرانه میان کشورهای را که دارای شرایط، یکسانی هستند، فراهم می‌آورد یا یک محدودیت پنهانی بر تجارت بین‌المللی وارد می‌سازد.^۳ محتوای چنین معیارهایی، به هنگام اعمال در یک قضیه خاص می‌تواند باتوجه به نوع اقدام تحت بررسی، متفاوت شود. آن چه تبعیض خودسرانه یا غیر موجه را در یک قضیه خاص تشکیل می‌دهد یا بیانگر محدودیت پنهانی بر تجارت بین‌المللی در رابطه با طبقه‌ای از اقدامات می‌باشد، لازم نیست که در رابطه با گروه یا نوع دیگری از اقدامات هم این چنین باشد. برای مثال معیار تبعیض خودسرانه در راس ماده ۲۰ در مورد اقدامی که برای حمایت از اخلاقیات عمومی ضرورت دارد و اقدامی که در رابطه با تولیدات کارگران زندانی است، فرق می‌کند.

¹ Ibid, para.133.

² Appellate Body Report, "US – Gasoline", op.cit., para. 22.

³ Appellate Body Report, "US – Shrimp", op.cit., paras. (119 – 20).

بند سوم. استثنائات خاص مندرج در ماده ۲۰ گات ۱۹۹۴

بندهای (الف) تا (ط) ماده ۲۰، دلائل خاصی را برای توجیه اقدامات مغایر با مقررات گات ۹۴ بیان می‌کنند که عبارتند از حمایت از ارزش‌های اجتماعی، اقتصادی و غیر اقتصادی نظیر حیات بشر، گیاهان و جانوران و سلامت آن‌ها، منابع طبیعی تمام‌شدنی، میراث ملی هنری، تاریخی یا آثار باستانی و اخلاق عمومی...

نهاد استیناف در قضیه «ایالات متحده - گازولین»، در خصوص عبارات بکار رفته در بندهای مختلف ماده ۲۰ بیان می‌کند که بندهای ماده ۲۰ شرایط متفاوتی را در خصوص پیوند میان اقدام مورد بحث و ارزش اجتماعی تحت تعقیب لحاظ کرده است. برخی از اقدامات برای حمایت یا افزایش حمایت اجتماعی ضروری هستند، نظیر حمایت از حیات و سلامتی انسان‌ها، جانوران و گیاهان، حال آنکه راجع به دیگر اقدامات، تنها کافی است که با ارزش اجتماعی تحت تعقیب به نوعی مرتبط باشند نظیر حفاظت از منابع طبیعی تمام‌شدنی.^۱

بند ب ماده ۲۰: اقدامات ضروری برای حمایت از حیات یا سلامتی بشر، جانوران و گیاهان

این بند یک معیار دو بندی را برای تعیین اقدامی که موقتاً مطابق این ماده موجه قلمداد می‌شود، ارائه داده است. پانل در قضیه «ایالات متحده - گازولین» بیان می‌کند که ایالات متحده به عنوان طرفی که به این ماده استناد می‌کند دو امر را بایستی ثابت کند: اولاً سیاستی که در جهت آن مبادرت به اتخاذ اقدامات مغایر شده است، داخل در ردیف سیاست‌هایی است که برای حمایت از حیات یا سلامتی انسان گیاهان و جانوران طراحی شده است و ثانیاً چنین اقداماتی برای آن جام آن اهداف لازم و ضروری بوده است.^۲

در مورد رکن اول معیار، یعنی هدف اقدام، نسبتاً اعمال آن آسان است و منجر به بروز مشکلات تفسیری عمده‌ای نمی‌شود. پانل در قضیه "تایلند - سیگار" در رابطه با این رکن چنین گفت: "از آن جا که سیگار کشیدن برای سلامت انسان‌ها یک خطر جدی است، لذا اقداماتی که برای کاهش مصرف کنندگان سیگار وضع شده است، داخل در قلمرو ماده ۲۰ قرار می‌گیرد."^۳

در قضیه "آزبستوز - جوامع اروپایی"، کانادا از نتیجه گیری پانل، تقاضای پژوهش کرد مبنی بر این که جوامع اروپایی ثابت کرده‌اند که هدف از ممنوع ساختن آزبستوز کریستال که با فرمان حکومتی به اجرا

^۱ Appellate Body Report, US – Gasoline, op.cit. paras. (17-18).

^۲ Ibid -, para. 6.20.

^۳ "Thailand – Cigarettes": http://www.worldtrade.org/WorldTradeLaw/Reports/GATT_Panels/Thailand-Cigarettes (gatt panel). pdf, para. 73, visited on 25.8.2008.

در آمده است، داخل در ردیف سیاست‌هایی است که برای حمایت از حیات و سلامتی انسان‌ها تعبیه شده است.^۱

کانادا با تفسیر پانل از رکن اول معیار مخالف نبود، بلکه با ارزیابی پانل در اعتبار و اهمیتی که به ادله علمی مطروحه نزد آن داده شده بود مخالف بود. کانادا با نتایج کارشناسان و گزارش‌های علمی آن‌ها مخالف بود. اما نهاد استیناف، پژوهش کانادا را رد کرد زیرا نتیجه‌گیری پانل را در چارچوب صلاحیددی آن یافت مبنی بر این که تولیدات سیمان کریستال خطری را بر حیات یا سلامتی بشر تحمیل می‌کند.^۲

دومین رکن معیار ماده (ب) ۲۰ "ضرورت اقدام" است که مشکل‌سازتر است. پانل در قضیه "تایلند - سیگارت" به این سوال پرداخت که آیا ممنوع کردن واردات سیگار از سوی تایلند که با ماده ۱ گات ۱۹۴۷ در تعارض است، طبق ماده (ب) ۲۰ قابل توجیه هست یا خیر. پانل اشاره کرد که این ماده صراحتاً به اعضا متعاقد اجازه داده است تا به سلامت بشر در قبال آزادی تجارت اولویت دهند. اما لازم است اقدام مربوطه "ضروری" نیز باشد. پانل چنین نتیجه‌گیری کرد که محدودیت‌های وارداتی که از سوی تایلند تحمیل شده است در صورتی ضروری خواهد بود که هیچ اقدام جایگزین دیگری را که با موافقتنامه عمومی منطبق باشد و یا کمتر در تعارض باشد، نتوان یافت چرا که تایلند به منظور دستیابی به اهداف سیاست‌های سلامتی خویش می‌توانست به طور معقول انتظار چنین کاری را داشته باشد.^۳

اهداف عمده سلامت که مدنظر تایلند بود دو جنبه داشت: ۱. تضمین کیفیت سیگارها به این نحو که مردم را در برابر محتویات مضر سیگارهای وارداتی حمایت و حفظ نماید.

۲. کاهش مصرف سیگار در تایلند که همان اعمال معیار ضرورت بود.

پانل به این موضوع پرداخت که آیا نگرانی‌های تایلند درباره کیفیت سیگارهای مصرفی در تایلند می‌تواند اقدامات وی را با موافقتنامه عمومی منطبق ساخته یا کمتر غیرمنطبق سازد و به این نتیجه رسید که کشورهای دیگر نیز مقررات آشکار، جزئی، دقیق و غیرتبغیضی دارند که به آن‌ها اجازه کنترل و به مردم حق اطلاع بر محتوای سیگارها را می‌دهد. یک مقرر غیرتبغیضی که بر مبنای رفتار ملی و در تطابق با ماده (۴) ۳ اجرا می‌شود می‌باید اجرای کامل سیگار را افشا و موادی که برای سلامتی انسان مضر است را ممنوع کند، چنین مقرره‌ای اقدام جایگزینی است که با موافقتنامه عمومی منطبق است. پانل نتیجه گرفت که تایلند می‌توانست به طور معقول انتظار اتخاذ چنین اقداماتی را به منظور مخاطب قرار دادن کیفیتی که با اهداف سیاست سلامتی انسان‌ها مرتبط بوده و دنبال می‌شود، از طریق وضع ممنوعیت بر ورود تمام

1 Panel Report, "EC – Asbestos", op.cit., para.8.194.

2 Appellate Body Report, EC – Asbestos, op.cit., para. 162.

3 GATT panel Report, "Thailand – Cigarettes", op.cit., paras. (73, 75).

سیگارها صرف نظر از محتوای آن ها داشته باشد.^۱ در رابطه با دومین هدف سیاست سلامت یعنی کاهش مصرف سیگار پانل بررسی کرد که آیا نگرانی تایلند درباره کیفیت سیگارهای مصرفی می‌تواند به طور معقول از طریق اقداماتی که با موافقت‌نامه عمومی منطبق و یا کمتر معارض بوده و در دسترس است، برآورده شود... مثلاً ممنوع کردن آگهی‌های سیگار با منشا داخلی و خارجی، طبیعتاً شرایط ماده (۴) ۳ را دارد یا... باید آن را به‌عنوان یک امر اجتناب ناپذیر و ضروری در معنای ماده (ب) ۲۰ به حساب آورد زیرا آگهی‌های اضافی خطر بالا بردن تقاضا برای سیگار را افزایش می‌دهد.^۲

نهایتاً پانل به این نتیجه رسید که اقدامات گوناگونی در تطابق باگات وجود داشت که به طور متعارف در دسترس تایلند برای کنترل کمیت و کیفیت سیگارها بوده که اگر با هم اتخاذ می‌گردید می‌توانست اهداف سیاست سلامت تایلند را برآورده سازد. لذا محدودیت وارداتی بر سیگارها در معنای ماده (ب) ۲۰ ضروری نبوده است.^۳

بنابراین، مطابق یافته پانل، اقدامی ضروری در معنای ماده (ب) ۲۰ خواهد بود که هیچ اقدام جایگزینی که با مقررات گات منطبق و یا کمتر معارض باشد وجود نداشته باشد و این که آشکارا هر دولت عضوی به طور معقول انتظار این را داشته باشد که بکار بستن اقدام جایگزین، حداقل در دستیابی به هدف سیاست تحت تعقیب موثر می‌باشد.

"پانل" در قضیه "ایالات متحده - گازولین" توضیح مهمی درباره عنصر ضرورت در ماده (ب) ۲۰ داد. آن چه مدنظر است ضرورت هدف سیاست نیست بلکه ضرورت اقدام مورد اختلاف برای رسیدن به هدف مورد نظر است.^۴ پانل در این قضیه بررسی کرد که آیا اقدامات منطبق با گات و یا کمتر معارض باگات که به طور متعارف بتواند در اختیار ایالات متحده برای پیش برد اهداف سیاست حمایتی آن از حیات یا سلامتی انسان، گیاه و حیوان وجود داشته است یا خیر.^۵

استدلال کانادا، به هنگام پژوهش خواهی در قضیه "آزبستوز - جوامع اروپایی" که راجع به اختلاف میان کانادا و جوامع اروپایی بر سر ممنوعیت فرانسوی آزبستوز و محصولات آزبستوز بود، که پانل در اعمال معیار ضرورت مطابق ماده (ب) ۲۰ گات ۹۴ اشتباه کرده است. مرجع استیناف معیار ضرورت در ماده (ب) ۲۰ را از سه جنبه مهم روشن ساخت. اولاً اعضای، سازمان تجارت جهانی این حق را دارند که سطح حمایت از سلامت یا محیط زیست را آن طور که مقتضی می‌دانند، تعیین کنند و اعضا دیگر نمی‌توانند به سطح حمایت

¹ Ibid., para. 77.

² Ibid., para. 78.

³ Ibid., para. 81.

⁴ Panel Report, "US - Gasoline", op.cit., para. 6.22.

⁵ Ibid., para. 6. 25.

انتخابی اعتراض کنند. بلکه صرفاً می‌توانند اقدام مورد بحث را برای رسیدن به سطح حمایت انتخابی «ضروری» ندانند.^۱ ثانیاً در "آزبستوز - جوامع اروپایی" مرجع استیناف معنای الزامی را که در قضایای "سیگارها - تایلند" و "گازولین - ایالات متحده" فرموله شده بود را توضیح داد به این نحو که هیچ جایگزینی برای اقدام مورد بحث که هر عضو به طور معقول می‌تواند انتظار داشته باشد که آن را به کار بندد، وجود نداشته باشد. کانادا مدعی بود که پانل در نتیجه گیری خود مبنی بر این که استفاده کنترل شده جایگزینی بوده که به طور معقول جهت ممنوع کردن ورود آزبستوزها در دسترس بوده است، اشتباه کرده است. مطابق نظر کانادا، اقدام جایگزین که به عنوان یک جایگزین متعارف در دسترس در جایی که اجرای اقدام اصلی غیر ممکن می‌شود، به کار گرفته می‌شود.

مرجع استیناف در این خصوص که آیا یک اقدام جایگزین آن طور که کانادا مدعی است، به طور معقول در دسترس بوده است یا خیر، چنین می‌گوید: "در کنار مشکل اجراء، عوامل چندی نیز باید به حساب آید. مرجع استیناف به نتایج قبلی خود راجع به معیار "ضرورت" در ماده (د) ۲۰ در "قضیه کره - موازین مختلف برگوشت" اشاره می‌کند.^۲ تفسیر نهاد استیناف در این قضیه از اصطلاح «ضرورت» مندرج در ماده (د) ۲۰ به "طیفی از درجات ضرورت" در ماده (د) ۲۰ بر می‌گردد، به نحوی که می‌توان نتیجه گرفت که این امر در مورد ماده (ب) ۲۰ نیز صادق است.

در "قضیه آزبستوز - جوامع اروپایی" نهاد استیناف در رابطه با عنصر «ضرورت» در ماده (ب) ۲۰ بیان می‌کند که در تصمیم گیری راجع به ضرورت یک اقدام، باید اهمیت ارزش اجتماعی را که توسط اقدام مورد بحث تعقیب می‌شود، همچنین قلمرویی را که اقدام جایگزین برای حمایت یا افزایش آن ارزش خواهد داشت را نیز بررسی کرد.^۳

ثالثاً به جای شرطی که در "قضیه تایلند - سیگارها" آمده بود و لازم می‌دانست که اقدام جایگزین با گات منطبق و یا کمتر معارض باشد، در قضیه "آزبستوز - جوامع اروپایی"، شرط دیگری را مطرح کرد، به این ترتیب که اقدام جایگزین نایستی نسبت به اقدام مورد بحث اثر محدود کنندگی بیشتری بر تجارت داشته باشد. به طور خلاصه، نهاد استیناف در "آزبستوز - جوامع اروپایی" درباره معیار (ب) ۲۰ چنین نظر داد: «مساله این است که آیا یک اقدام جایگزین که به همان نتیجه بینجامد و از لحاظ وضع محدودیت بر تجارت به حد ممنوعیت نرسد، وجود دارد یا خیر.»^۴

1 Panel Report, "EC - Asbestos", op.cit., para. 8. 204.

2 Appellate Body Report, "EC - Asbestos", op.cit., para. 168.

۳ - رأی داده شد که هیچ دلیلی وجود ندارد که بخواهیم عنصر ضرورت در ماده (ب) ۲۰ را، متفاوت از عنصر ضرورت در ماده (د) ۲۰ تفسیر کنیم.

۴ Appellate Body Report, "EC - Asbestos", op.cit., para. 172.

۵ Ibidem.

کانادا مدعی بود که استفاده کنترل شده از آربستوز و محصولات آربستوز، اقدام جایگزین معقولی است که ضمن این که به همان نتیجه می‌آن جامد، ممنوعیتی هم بر آربستوزها وارد نمی‌کند. لذا موضوع مورد بحث برای استیناف این بود که آیا فرانسه می‌توانست به طور معقول انتظار به کارگیری روش‌های «استفاده کنترل شده» برای رسیدن به سطح انتخابی حمایت از سلامتی را داشته باشد یا خیر. با درنگ در گوناگونی آربستوزهای مضر برای سلامتی مرجع استیناف نتیجه گرفت که فرانسه نمی‌توانسته چنین کند.^۱

همچنین مرجع استیناف در رابطه با ارزیابی ضرورت یک اقدام اشاره می‌کند که اعضا مجبور نیستند در چیدمان سیاست سلامتی خودشان، به دنبال آن نظری روند که اجماع علمی بر آن وجود دارد. لذا پانل لزومی ندید که برای رسیدن به نتیجه بر مبنای توزین کثرت ادله پیش رود.^۲

– ماده (د) ۲۰: اقدامات ضروری برای حفظ حقوق داخلی

ماده (د) ۲۰ یک معیار دو بندی را برای توجیه موقتی اقدامات مغایر با گات ارائه داده است. در قضیه "موازن مختلف بر گوشت - کره"، اختلاف بر سر تنظیم خرده فروشی محصولات گوشت وارداتی و داخلی بود.

نهاد استیناف درباره نظام دوگانه خرده روشی که به منظور حفظ انطباق با حقوق حمایت از مصرف کننده طراحی شده بود. چنین گفت: "برای این که اقدام مغایر با گات موقتاً مطابق ماده (د) ۲۰ موجه باشد، بایستی اولاً، اقدام مورد بحث برای حفظ انطباق با حقوق داخلی طراحی شده باشد، نظیر حقوق گمرکات، حقوق مصرف کنندگان یا حقوق مالکیت فکری که فی نفسه با گات مغایر است و ثانیاً اقدام مربوطه برای تضمین انطباق ضروری باشد."^۳

در رابطه با بند اول معیار ماده (د) ۲۰ یعنی "حفظ انطباق با حقوق داخلی"، پانل در قضیه "ایالات متحده - گازولین" چنین گفت: "برقراری تبعیض میان گازولین داخلی و وارداتی که در راستای روش‌های تعیین خط مبدا بوده و با ماده (۴) ۳ در تضاد می‌باشد، "حفظ انطباق با نظام خط مبدا" محسوب نشده و چنین روش‌هایی یک نظام لازم الاجرا نیستند. آن‌ها صرفاً قواعدی هستند برای تعیین خط مبدهای انفرادی و لذا از نوع اقداماتی که به ماده (د) ۲۰ مربوط می‌شوند، نیستند."^۴

در رابطه با رکن دوم معیار ماده (د) ۲۰ یعنی معیار ضرورت، نهاد استیناف در قضیه "کره - موازن مختلف بر گوشت"، چنین گفت: "برای این که اقدامی مطابق رکن دوم معیار ماده (د) ۲۰ ضروری تلقی شود، متضمن

¹Ibid., para. 174.

²Ibid., para. 178.

³ "Korea - Measures on Beef": [http://www.Worldtrade.net/reports/WTOappellatebodies/korea-MeasuresonBeef\(appellatebody\).pdf](http://www.Worldtrade.net/reports/WTOappellatebodies/korea-MeasuresonBeef(appellatebody).pdf), para. 157. visited on 12.10.2007.

⁴Panel Report, "US - Gasoline", op.cit., para.6.33.

توزین و برقراری تعادل میان عوامل مختلف در هر قضیه است، نظیر: ۱. اهمیت نسبی منافع یا ارزش‌های عمومی که قانون یا آئین نامه به منظور حمایت از آن اجرا می شود. ۲. قلمرویی که در آن اقدام مورد بحث برای حفظ انطباق با حقوق یا آئین نامه مورد بحث اعمال می شود.^۱

– ماده (ز) ۲۰: اقدامات راجع به محافظت از منابع طبیعی تمام شدنی

ماده (ز) ۲۰ اساساً مهم است زیرا همراه با ماده (ب) ۲۰ اقداماتی را که خارج از حوزه قواعد گات بوده و به منظور حمایت از محیط زیست لازم هستند، اجازه می دهد. ماده (ز) ۲۰ یک معیار سه بندی را ارائه می دهد، به این ترتیب که موضوع اقدام، اولاً بایستی مربوط به منابع طبیعی تمام شدنی باشد، ثانیاً با حفاظت از منابع طبیعی تمام شدنی ارتباط داشته باشد و ثالثاً، در محدودیت‌های وارده بر تولید یا مصرف مؤثر باشد.^۲

در رابطه با بند اول یعنی ارتباط میان اقدام با حفاظت از منابع طبیعی تمام شدنی، نهاد استیناف در قضیه «ایالات متحده – میگو» یک تفسیر موسع و انقلابی از این مفهوم ارائه داد. در این قضیه خواهان‌ها استدلال می کردند که ماده (ز) ۲۰ محدود به حفاظت از منابع طبیعی غیر زنده یا معدنی می شود به این دلیل که منابع طبیعی زنده، قابل تجدید و تکرار شدن هستند و لذا نمی توان آن‌ها را جزو منابع طبیعی تمام شدنی به حساب آورد. نهاد استیناف با این استدلال مخالفت کرد و چنین گفت: "درسی که علوم جدید زیست‌شناسی به ما می دهند این است که هرچند اصولاً موجودات زنده قابلیت تولید دوباره را دارند و به این معنا قابل تجدید شدن هستند، اما در شرایط خاصی که به دلیل فعالیت‌های انسانی این منابع رو به تمام شدن، نابودی و تهی شدن گذاشته‌اند نظیر نفت و سنگ معدن آهن و دیگر منابع غیر زنده، باید تمام شدنی محسوب شوند."^۳

نهاد استیناف بیشتر در رابطه با تفسیر مقتضی از مفهوم منابع طبیعی تمام شدنی توضیح می دهد: "عبارات بند (ز) ماده ۲۰" راجع به منابع طبیعی تمام شدنی"، بیش از ۵۰ سال است که، استادانه ساخته و پرداخته شده است. این بند بایستی در پرتو نگرانی فعلی جامعه ملتها راجع به حمایت و حفاظت از محیط زیست تفسیر شود. گرچه ماده ۲۰ در دور اروگوئه اصلاح نشد، اما مقدمه ضمیمه شده به موافقتنامه سازمان تجارت جهانی حاکی از آن است که امضا کنندگان آن موافقتنامه در ۱۹۹۴ کاملاً از اهمیت و مشروعیت حمایت از محیط زیست به عنوان یکی از هدفهای سیاست بین‌المللی و ملی آگاه بودند که نه تنها در مقدمه موافقتنامه سازمان تجارت جهانی بلکه در تمامی موافقتنامه‌های نظیر این نیز "هدف از توسعه پایدار" صراحتاً بیان شده است. از آن چه در مقدمه موافقتنامه سازمان تجارت جهانی آمده، برداشت می شود که

¹ Ibid., para. 164.

² Vanden Bossche, Peter, op.cit., p.610.

³ Appellate Body Report, "US – Shrimp", op.cit., para. 128.

مفهوم منابع طبیعی یک مفهوم ایستا نیست بلکه یک تعریف متحول شونده است. لذا این مفهوم وابسته به این است که کنوانسیون ها و اعلامیه‌های بین‌المللی جدید چه تعبیری از منابع طبیعی تمام شدنی دارند. امروزه اغلب اسناد بین‌المللی از منابع طبیعی به عنوان منابعی که شامل هم موجودات زنده و هم غیر زنده است، یاد می‌کنند.^۱

در رابطه با دومین رکن معیار (ز) ۲۰ یعنی این که یک اقدام با موضوع حفاظت از منابع طبیعی تمام شدنی ارتباط داشته باشد، پانل گات در قضیه "Canada – Herring and salmon" چنین گفت: " ماده (ز) ۲۰ بیان نمی‌کند که چطور موازین تجاری با مسأله حفاظت ارتباط می‌یابد... لذا این سوال مطرح می‌شود که آیا هر نوع رابطه‌ای با حفاظت... کافی است که یک اقدام تجاری را داخل در معنای ماده (ز) ۲۰ نماید یا این که یک ارتباط خاص لازم است." از آن جا که تمامی بندهای ماده ۲۰ به جز بند (ز) بیان می‌کند که هر اقدام مغایر با گات بایستی بخاطر رسیدن به هدف سیاست بیان شده در ماده "ضروری" یا "اساسی" باشد، به این معنا خواهد بود که بند (ز) نه تنها شامل اقداماتی است که برای حفاظت از منابع طبیعی تمام شدنی اساسی هستند. بلکه شامل طیف وسیعتری از اقدامات هم می‌شود. اما همان طور که در مقدمه ماده ۲۰ آمده است، هدف از بند (ز) در موافقت‌نامه عمومی دادن یک قلمرو وسیع به اقداماتی که در جهت اهداف سیاست تجاری به کار گرفته می‌شوند، نیست، بلکه صرفاً به منظور تضمین تعهداتی است که در موافقت‌نامه عمومی، مانع از تعقیب سیاست‌هایی می‌شود که هدفش حفاظت از منابع طبیعی تمام‌شدنی است. به این دلایل پانل نتیجه گرفت که اگر یک اقدام تجاری برای حفظ یک منبع طبیعی تمام شدنی، ضروری یا اساسی نباشد، اما هدف عمده آن حفاظت از منبع طبیعی تمام شدنی باشد، بایستی به عنوان اقدام مرتبط با حفاظت در معنای ماده (ز) ۲۰ به حساب آید.^۲

در قضیه ایالات متحده – گازولین، نهاد استیناف، تفسیر مرجع استیناف در قضیه "Canada – Herring and salmon" را در "رابطه با... حفاظت" مبنی بر این که "هدف عمده اقدام، حفاظت باشد" پذیرفت.^۳

1 Appellate Body Report, "US – Shrimp", op.cit., paras. (129, 130).

نهاد استیناف همچنین اشاره می‌کند که تاریخچه طرح، نیت طراحان گات ۱۹۴۷ را مبنی بر استثنا منابع طبیعی زنده از قلمرو اعمال بند ز ماده ۲۰ ثابت نمی‌کند. همچنین در گزارش‌های پانل گات ۱۹۴۷ در قضایای "US – Canadian Tuna" و "Canada – Herring and salmon" ماهی به عنوان یک منبع طبیعی تمام شدنی ذکر شده است.

۴ GATT Panel Report, "Canada – Herring and Salmon", paras. (4.5 – 4.6).

۳ Appellate Body Report, "US – Gasoline", op.cit., paras. (18 – 19).

نهاد استیناف اشاره می‌کند که همین تفسیر در دو گزارش اخیر پانل که تصویب نشده آمده است: ۱. گزارش پانل در قضیه ایالات متحده – ماهی تن ۲. ایالات متحده – مالیات بر اتومبیل ها.

نهاد استیناف چنین گفت "قواعد راجع به تعیین خط مبدأ عمدتاً هدفش" حفاظت از هوای پاک که یک منبع طبیعی تمام شدنی است، می‌باشد."^۱

مطابق با نظر نهاد استیناف، یک ارتباط ماهوی میان قواعد راجع به تعیین خط مبدأ^۲ و هدف سیاست جلوگیری از تخریب سطح آلودگی هوا وجود دارد. نهاد استیناف در "قضیه میگو - ایالات متحده"، بیشتر درباره مفهوم "مرتبط با" حفاظت از منابع طبیعی تمام شدنی توضیح می‌دهد. نهاد استیناف در این قضیه در رابطه با بخش ۶۰۹ حقوق عمومی، مواد ۱۶۲ - ۱۰۱ که مربوط به حمایت از لاک پشت‌های دریایی می‌شد که در تورهای ماهیگیری صید میگو گرفتار می‌شدند چنین گفت: "یک پیوند نزدیک و واقعی میان اقدام و هدف سیاست تحت تعقیب برقرار است. وسایل به کار گرفته شده، بایستی به طور معقول با پایان هدف مورد تعقیب یعنی حفاظت از منابع طبیعی تمام شدنی مرتبط باشد. به عبارت دیگر، یک اقدام نمی‌تواند گستره‌ی بی‌حد و مرزی داشته باشد."^۳

سومین بند معیار ماده (ز) ۲۰ تأثیر اقدام مورد بحث در پیوند با محدودیت‌های وارده بر تولید یا مصرف می‌باشد. نهاد استیناف در قضیه "ایالات متحده - گازولین"، در این باره چنین گفته است: "اصولاً، سومین بند معیار ماده (ز) ۲۰ مبین بیطرفی در وضع محدودیت بر محصولات وارداتی یا داخلی است. ماده (ز) ۲۰ لازم نمی‌داند که با محصولات داخلی و وارداتی یکسان برخورد شود و صرفاً لازم می‌داند که با آن‌ها به یک نحو "بی‌طرفانه" رفتار شود."^۴

نهاد استیناف ادامه می‌دهد: "چنان چه "بیطرفی" رعایت نشود، این شک باقی خواهد ماند که آیا اقدام مورد بحث ارکان بند دوم ماده (ز) ۲۰ را احراز کرده است یا خیر."^۵

نهاد استیناف در قضیه "ایالات متحده - گازولین"، با اعمال معیار بیطرفی نسبت به قواعد تعیین خط مبدأ، نتیجه گرفت، که معتقد نیست که هدف از احراز رکن سوم ماده (ز) ۲۰ تعیین معیار "اثرات تجربی" باشد. به این دلایل: "اولاً، مسأله تعیین رابطه علیت که هم در حقوق داخلی و هم حقوق بین‌المللی شناخته شده است، همیشه یک مسأله مشکل و بغرنج بوده است. ثانیاً، در زمینه حفاظت از منابع طبیعی تمام شدنی، یک دوره زمانی طولانی، شاید سال‌ها، باید سپری شود تا اثرات حاصل از اجرای یک اقدام قابل رؤیت شود. توصیف حقوقی چنین اقدامی به طور معقول ربطی به وقوع حوادث بعدی ندارد. اما معتقد نیستیم که اثرات قابل پیش بینی یک اقدام هیچ دخالتی ندارد. چنان چه در یک حالت خاص، به طور واقع‌گرایان‌های، معلوم

^۱ Appellate Body Report, "US - Gasoline", op.cit., 19.

^۲ "Baseline"

^۳ Appellate Body Report, "US - Shrimp", op.cit., para. 141.

^۴ Appellate Body Report, "US - Gasoline", op.cit., paras. (20 - 1).

^۵ GATT Panel Report, "Canada - Herring and salmon", op.cit., para. 4.7.

شد که یک اقدام خاص در هیچ حالت ممکن نمی‌تواند اهداف حفاظت را متأثر سازد و احتمال تأثیر آن بسیار ضعیف است. زیرا آن اقدام به عنوان یک مقرر حمایتی وضع نشده است. به عبارت دیگر "هدف عمده آن" حفاظت از منابع طبیعی نبوده است.^۱

در قضیه "ایالات متحده - میگو"، نهاد استیناف روش خود در بند سوم ماده (ز) ۲۰ را مورد تأیید قرار داد.^۲

بند چهارم. دیگر بندهای ماده ۲۰

در میان استثنائات دیگری که برای حمایت یا افزایش ارزش‌های غیر اقتصادی در ماده ۲۰ مقرر شده است، بند (الف) ماده ۲۰ اشاره به اقداماتی می‌کند که برای حمایت از اخلاقیات عمومی ضروری و لازم است. اعضا سازمان تجارت جهانی مختارند تا سطح لازم برای حمایت از سلامت عمومی مندرج در بند ب ماده ۲۰ را تعیین کنند.^۳ همچنین اعضا برای تعیین اخلاقیات عمومی این آزادی عمل را دارند. لذا اخلاقیات عمومی از یک عضو به عضو دیگر متفاوت می‌شود. آن چه از لحاظ اخلاقی از نظر یک عضو مورد قبول است، لزوماً مورد قبول عضو دیگر نیست. اخلاقیات عمومی می‌تواند دلیلی بر توجیه یک اقدام مغایر با گات در قبال حفظ یا اعمال ممنوعیت بر ورود محصولات که کودکان کارگر آن را تولید می‌کنند، مشروبات الکلی، انتشارات مستهجن و یا بر الماس‌های خون^۴ شود.

تفسیر به عمل آمده از اصطلاح ضرورت در بندهای (ب) و (د) ماده ۲۰ بی‌شک در مورد بند (الف) نیز صادق است. بند (ه) مربوط به اقداماتی است که برای حمایت از میراث ملی هنری، تاریخی یا آثار باستانی وضع می‌شود و به اعضا اجازه می‌دهد تا بتوانند موازین محدود کننده تجارت را بخاطر حمایت از آثار ملی، حفظ یا تصویب نمایند. بند "و" عنصر ضرورت را برای حمایت از آثار ملی لازم ندانسته است.^۵

بند پنجم. ارکان کلی ماده ۲۰ گات ۹۴

ماده ۲۰ در رابطه با ارکان کلی چنین مقرر داشته است: "اقدامات مغایر با تعهدات گات که موقتاً مطابق با یکی از بندهای ماده ۲۰ موجه می‌شوند، نباید به شکلی وضع شوند که وسیله‌ای جهت اعمال تبعیض‌های خودسرانه یا غیر موجه میان کشورهای که دارای شرایط یکسانند بشوند یا یک محدودیت پنهان و تدلیس آمیزی را بر تجارت بین‌المللی وارد آورند."

1 Appellate Body Report, "US – Gasoline", op.cit., paras. (21-2).

2 Appellate Body Report, "US – Shrimp", op.cit., para. 144.

3 Vanden Bossche, Peter, op.cit., pp. (605-6).

۴ - منظور از "الماس‌های خون" الماس‌هایی هستند که درآمد حاصل از فروش آنها صرف هزینه‌های جنگ داخلی می‌شود.

5 Ibid., pp. (604 – 7, 609, 615).

موضوع و هدف ماده ۲۰

نهاد استیناف در قضیه ایالات متحده - گازولین، موضوع و هدف ماده ۲۰ را اجتناب از سوء استفاده از اعمال موقتی اقدامات توجیه شده مطابق بندهای ماده ۲۰، ذکر می‌کند.^۱ در قضیه "ایالات متحده - میگو"، نهاد استیناف در رابطه با ارکان کلی ماده ۲۰ بیان کرد که بایستی توازنی را میان حق یک دولت عضو مبنی بر استناد به استثنائات مندرج در بندهای ماده ۲۰ و وظیفه‌ای که آن عضو در رابطه با حقوق معاهده‌ای اعضا دیگر دارد، برقرار ساخت.^۲

ارکان کلی در رأس فهرست "استثنائات عمومی" ماده ۲۰ درج شده است تا تضمین نماید که این توازن باید برقرار شود تا از سوء استفاده جلوگیری کند. نهاد استیناف در قضیه "ایالات متحده - میگو" بیان کرد که ارکان کلی ماده ۲۰، در بیان اصل حسن نیت به عنوان یک اصل کلی حقوقی و نیز یک اصل کلی حقوق بین‌الملل است که اعمال حقوق توسط دولت‌ها را کنترل می‌کند.^۳

نهاد استیناف در رابطه با تفسیر و اعمال ارکان کلی ماده ۲۰ به این نتیجه رسید که تفسیر و اعمال ارکان کلی در یک قضیه خاص، جستجویی است برای یافتن خط توازن میان حق اعضا در قبال حفظ و تصویب قانون محدود کننده تجارت و اقداماتی که ارزش‌ها یا منافع اجتماعی مشروع خاصی را تعقیب می‌کند و حق دیگر اعضا مبنی بر آزادی تجارت.

جستجو برای یافتن چنین خط توازنی از طریق اعمال شرایط کلی که در رأس ماده ۲۰ آمده است، قابل حصول است.^۴

۱. رکن اول. تبعیض خودسرانه یا غیر موجه میان کشورهای دارای شرایط یکسان:

برای این که اقدامی مطابق ماده ۲۰ توجیه شود، نباید اعمال آن مطابق با ارکان کلی ماده ۲۰ منجر به تبعیض خودسرانه یا غیر موجه میان کشورهایی شود که دارای شرایط یکسانی هستند در قضیه "ایالات متحده - گازولین" نهاد استیناف به این نتیجه رسید که تبعیض مورد بحث در رأس ماده ۲۰ لزوماً بایستی متفاوت از تبعیضی باشد که در دیگر مقررات گات ۹۴ آمده است نظیر ماده ۳ و ۱. ارکان مندرج در رأس ماده ۲۰، فی نفسه تبعیض را ممنوع نمی‌کند، بلکه تبعیض خودسرانه و غیر موجه را ممنوع می‌کند. علاوه بر این در این قضیه نهاد استیناف معنی عبارت تبعیض میان کشورهایی را که دارای شرایط یکسانند بررسی

1 Appellate Body Report, "US - Gasoline", op.cit., para. 22.

2 Appellate Body Report, "US - Shrimp", op.cit., para. 156.

3 Ibid., para. 157.

4 Ibid., para. 159.

کرد و به این نتیجه رسید که این عبارات نه تنها به تبعیض میان کشورهای صادرکننده‌ای که دارای شرایط یکسانی هستند برمی گردد، بلکه تبعیض میان کشور وارد کننده و صادر کننده‌ای را هم که دارای شرایط یکسانی هستند، دربر می‌گیرد.^۳

در قضیه "ایالات متحده - گازولین"، نهاد استیناف نتیجه گرفت که اقدام مورد بحث یک تبعیض غیر موجه بوده است زیرا تبعیض ناشی از اقدام مورد بحث "قابل پیش بینی بوده است." به عبارت دیگر این تبعیض عامدانه بوده است، بخصوص که فی نفسه غیر قابل اجتناب نبوده و از روی غفلت و سهل انگاری صورت نگرفته است.^۴ نهاد استیناف در قضیه "ایالات متحده - میگو" نتیجه گرفت، برای این که یک اقدام به روشی اعمال شود که باعث تبعیض خودسرانه یا غیر موجه میان کشورهای شود که دارای شرایط یکسان هستند، سه عنصر بایستی موجود باشد:

اولاً، اجرای اقدام منتهی به تبعیض شود. همان طور که در قضیه "ایالات متحده - گازولین" بیان شد، ماهیت و کیفیت این تبعیض متفاوت از تبعیضی است که با یکی از تعهدات بنیادین گات ۹۴ نظیر ماده ۱، ۳ یا ۱۱ در تعارض است. ثانیاً، تبعیض بایستی ماهیتاً خودسرانه یا غیر موجه باشد. ثالثاً، این تبعیض بایستی میان کشورهای رخ دهد که دارای شرایط یکسان هستند.^۵ با اعمال و تسری این معیار، تبعیض هنگامی می‌تواند نتیجه دهد که یک اقدام مشابه نسبت به کشورهای که دارای شرایط مختلف هستند، اعمال شود. وقتی اقدامی بدون در نظر گرفتن تفاوت در شرایط، میان کشورها، اعمال شود و این اقدام با یک روش غیر قابل انعطاف به اجرا درآید، میتوان گفت که تبعیض خودسرانه در معنای ارکان کلی ماده ۲۰ شکل گرفته است.^۵

در اجرای توصیه‌ها و احکام صادره در قضیه "ایالات متحده - میگو"، ایالات متحده اقدام مورد بحث را مورد اصلاح قرار داد. مالزی، به مطابقت اقدام اجرایی با حقوق سازمان تجارت جهانی، طبق ماده ۲۱۰۵ پانل، اعتراض کرد. پانل در قضیه "مالزی - ماده ۲۱۰۵) میگو - ایالات متحده" نتیجه گرفت که برخلاف اقدام اولیه ایالات متحده، اقدام اجرایی طبق ماده ۲۰ قابل توجیه بوده و لذا با سازمان تجارت جهانی قابل انطباق است. در پژوهش خواهی از این گزارش پانل، نهاد استیناف به این نتیجه رسید که اقدام بازنگری شده ایالات متحده در اجرای اختلاف، به اندازه کافی منعطفانه است، طوری که می‌تواند ارکان کلی حاکم بر ماده ۲۰ را برآورده سازد.^۶

1 Appellate Body Report, "US - Gasoline", op.cit., para. 23.

2 Ibidem.

3 Ibid., 28 - 9.

4 Appellate Body Report, "US - Shrimp", op.cit., para. 150.

5 Ibid., paras. (164, 165, 177).

6 Appellate Body Report, US Shrimp (Article 21.5-Malaysia), paras. (145-8).

نهاد استیناف در قضیه "ایالات متحده - میگو"، درباره این سوال که آیا اعمال اقدام مورد بحث "تبعیض غیر موجهی" در معنای ارکان کلی حاکم بر ماده هست یا خیر، چنین می گوید: "سه نکته را باید در نظر داشت. اولاً، کنگره ایالات متحده صراحتاً در تصویب بخش ۶۰۹، اهمیت حفظ موافقتنامه‌های بین‌المللی راجع به حمایت و حفاظت از انواع لاک پشت‌های دریایی را مورد تأکید قرار داده است. ثانیاً، حمایت و حفاظت از انواع بسیار مهاجرپذیر لاک پشت دریایی، هدف عمده اقدام می‌باشد و. مساعی مشترک و هماهنگ گروهی از کشورها که قلمرو آبی آن‌ها در برگشت لاک پشت‌های دریایی مهاجر درنوریده می شود، مورد تقاضاست. لزوم چنین تلاش‌ها و اقتضا آن‌ها در خود سازمان تجارت جهانی و نیز در تعداد مهمی از اسناد و اعلامیه‌های بین‌المللی مورد شناسایی قرار گرفته است.^۱ ثالثاً، ایالات متحده در زمینه حمایت و حفاظت از لاک پشت‌های دریایی یک موافقتنامه بین‌المللی منطقه‌ای را منعقد کرده است: تحت عنوان کنوانسیون بین کشورهای آمریکایی، وجود این کنوانسیون بشرطی که قاطعانه ثابت کند که اقدام جایگزینی که به طور معقول برای حفظ هدف سیاست مشروع اقدامش به جای توسل به یک راه حل چندجانبه و اجماعی نسبت به ممنوعیت ورود مطابق بخش ۶۰۹ قانون مربوطه در دسترس نبوده است، موجه خواهد بود. اما تاریخچه مذاکرات حکایت از آن نمی‌کند که تلاش‌های جدی از سوی ایالات متحده برای مذاکره موافقتنامه‌های مشابه با کشور یا گروهی از کشورهای دیگر آن جام شده باشد. نهایتاً این که تاریخ، حاکی از آن نیست که ایالات متحده تلاش کرده باشد تا با توسل به مکانیسم‌های بین‌المللی موجود سعی در دستیابی به مساعی مشترک جهت حمایت و حفظ لاک پشت‌های دریایی قبل از وضع ممنوعیت بر واردات بنماید.^۴

لذا همان گونه که نهاد استیناف اشاره می‌کند علت کوتاهی در انجام مذاکرات را می‌توان در توسل به یکجانبه گرایی در اعمال بخش ۶۰۹ یافت.^۵

حیطه اختیارات یک دولت عضو برای یافتن یک راه حل چندجانبه راجع به یک مشکل، قبل از آنکه بتواند آن را از طریق توسل به اقدامات یکجانبه حل کند، یکی از موضوعات عمده‌ای بود که در قضیه "ایالات متحده - میگو (ماده ۲۱۰۵ - مالزی)" مطرح شد. نهاد استیناف آشکار ساخت که به منظور احراز ارکان

۱ - نهاد استیناف اشاره به تصمیم نهاد تجارت و محیط زیست، اعلامیه ریو راجع به توسعه و محیط زیست و دستورالعمل ۲۱ و کنوانسیون حفاظت از انواع مهاجر حیوانات وحشی می‌کند.

۴ Appellate body Report, "US - Shrimp", op.cit., para. 169.

۵ Appellate body Report, "US - Shrimp", op.cit., para. 166.

۴- برای مثال، ایالات متحده هیچ تلاشی راجع به طرح موضوع مرگ و میر لاک پشت‌های دریایی، که در نتیجه صید میگو حادث شده بود در کمیته CITES (کنوانسیون تجارت بین‌المللی گونه‌های جانوران و گیاهان وحشی در معرض خطر انقراض)، به عنوان موضوعی که نیازمند عملکرد هماهنگ دولتهاست، به عمل نیاورد.

۵ Ibid, para. 172.

کلی حاکم بر ماده ۲۰، هر عضو می‌بایست تلاش‌های جدی را با حسن نیت برای مذاکره روی یک راه حل چندجانبه قبل از توسل به اقدامات یکجانبه آن جام دهد.^۱

قصور در این کار، منتهی به تبعیض غیر موجه خواهد شد. نهایتاً مرجع استیناف در قضیه "ایالات متحده - میگو" اشاره می‌کند که اعمال موازین ایالات متحده می‌تواند منجر به رفتار تبعیضی در میان کشورهای مختلفی که مایل به تصدیق هستند، شود. برای مثال، با دادن مراحل زمانی متفاوت به کشورهای مختلف جهت انطباق با شرایط ایالات متحده^۲ نهاد استیناف چنین نتیجه گرفت: "که تفاوت در طرق اعمال بخش ۶۰۹ نسبت به انواع میگو از کشورهای صادر کننده، منجر به تبعیض غیر موجه علیه کشورهای صادر کننده‌ای می‌شود که می‌بایست به منظور کسب بازار میگوی ایالات متحده گواهینامه داشته باشند، آنگونه که در معنای ارکان کلی حاکم بر ماده ۲۰ آمده است."^۳

۲. محدودیت فریبکارانه و پنهانی بر تجارت بین‌المللی

درمورد این که اقدامات و اعمال مورد بحث نباید منجر به ایجاد یک محدودیت فریبکارانه و پنهانی بر تجارت بین‌المللی شود، نهاد استیناف در قضیه "ایالات متحده - گازولین" چنین گفت: "تبعیض خودسرانه، تبعیض غیر موجه و محدودیت ریاکارانه بر تجارت بین‌المللی را می‌توان در کنار هم دید. این عبارات به نوعی با یکدیگر مترادف هستند. "محدودیت پنهانی" شامل "محدودیت غیر اعلامی" در تجارت بین‌الملل نیز می‌شود. محدودیت یا تبعیض اعلام نشده یا پنهانی در تجارت بین‌الملل معنای "محدودیت متقلبانه" را کامل نمی‌کند. به نظر ما، "محدودیت متقلبانه" شامل محدودیت‌هایی می‌شود که به بروز تبعیض خودسرانه یا غیر موجه در تجارت بین‌الملل می‌آن جامد و در قالب استثنائات فهرست شده در ماده ۲۰ اتخاذ شده است."^۴

از قضایای مطروحه در این باره نظیر "آزبستوز - جوامع اروپایی" و "ایالات متحده - میگو (ماده ۲۱۰۵ - مالزی)" می‌توان نتیجه گرفت که یک اقدام، زمانی می‌تواند محدودیت فریبکارانه تلقی شود که آشکار شود، نقشه، طرح و یا ساختار اقدام مورد بحث هیچ هدف مشروعی را دنبال نمی‌کند، بلکه در واقع به دنبال محدود کردن تجارت یعنی اهداف حمایت از سیستم بازرگانی و اقتصادی خویش می‌باشد. چنین اقدامی نمی‌تواند طبق ماده ۲۰ موجه باشد.^۵

^۱ "(Article 21.5 Malaysia)US - Shrimp": [http://www.World trade law. net/reports/wto appellate bodies/ US - Shrimp \(Article 21.5 Malaysia\) \(appellate body\). pdf, paras. \(115 - 34\).](http://www.World trade law. net/reports/wto appellate bodies/ US - Shrimp (Article 21.5 Malaysia) (appellate body). pdf, paras. (115 - 34).) visited on 20.10.2007.

^۲ Appellate body Report, "US - Shrimp", op.cit., paras. (173-5).

^۳ Ibid -, para. 176.

^۴ Appellate body Report, "US - Gasoline", op.cit., para. 25.

^۵ Panel Reports, "EC - Asbestos", op.cit., para. 5.236.

پانل اشاره می‌کند که هر چند این روش نسبت به ماده (۴) ۳ گات ۹۴. پیشرفت کرده است، اما هیچ دلیلی وجود ندارد که چرا نبایستی در دیگر موارد، تعیین اقدامی که به جهت اهداف حمایتی، ضرورت می‌یابد، قابل اعمال نباشد.

۳. قلمرو حفظ و حمایت از دیگر ارزش‌های اجتماعی

در دو اختلاف سازمان تجارت جهانی که راجع به حمایت از محیط زیست بود یعنی قضایای گازولین و میگو، اقدامات مورد بحث موقتاً مطابق بند (ز) ماده ۲۰ موجه بودند اما اعمال این اقدامات نتوانست ارکان کلی حاکم بر ماده ۲۰ را احراز کند. احساس عمومی حاکم بر گزارش‌های نهاد استیناف در این دو اختلاف، سختگیرانه بود.

به خصوص یک نظریه بسیار موسعی راجع به فعالیت‌های زیست محیطی وجود داشت مبنی بر این که قواعد سازمان تجارت جهانی منجر به تضعیف قوانین زیست محیطی ضروری می‌شود. حائز اهمیت است که نهاد استیناف با حزم و دوراندیشی بزرگ، هرچند با یک موفقیت نسبی یک بند به پایان دو گزارشش در قضایای گازولین و میگو اضافه کرده و در قالب عبارات ساده، قلمروئی را که در آن اعضا می‌توانند قوانین زیست محیطی را تصویب کنند و ماهیت محدود وضع قواعد در هر دو قضیه را توضیح داد.^۲

در قضیه "ایالات متحده - میگو" نهاد استیناف با توجه به ملاحظات زیر چنین نتیجه‌گیری کرد: "در رسیدن به این نتایج، بایستی تأکید کنیم بر آن چه که نباید در موردش تصمیمی بگیریم. ما نمی‌توانیم بگوئیم که حمایت یا حفاظت از محیط زیست هیچ اهمیتی برای اعضا سازمان تجارت جهانی ندارد که آشکارا این گونه هست. ما نمی‌توانیم بگوئیم که دولت‌هایی که عضو سازمان تجارت جهانی هستند، نمی‌توانند اقدامات مؤثری را برای گونه‌های در معرض خطر تصویب کنند، حال آن که آشکارا می‌توانند و باید هم چنین کنند." ما نمی‌توانیم تصمیم بگیریم که دولت‌های حاکم نبایستی به صورت یکجانبه، چندجانبه یا همه-جانبه (جمعی) خواه در میدان سازمان تجارت جهانی یا در میدان‌های بین‌المللی دیگر، برای حمایت از انواع در معرض خطر یا برای حمایت از محیط زیست اقدام کنند. حال آن که آشکارا آن‌ها باید چنین کنند و کرده‌اند.

آن چه بایستی راجع به آن تصمیم بگیریم این است که هرچند اقدام مورد اختلاف ایالات متحده در این پژوهش خواهی در خدمت یک هدف زیست محیطی بوده است که مطابق بند (ز) ماده ۲۰ گات ۹۴ مشروع قلمداد می‌شود، اما این اقدام از سوی ایالات متحده به طریقی اعمال شده است که موجب تبعیض خودسرانه یا غیر موجه میان اعضای سازمان تجارت جهانی شده است. به جهت تمامی دلایل خاصی که در گزارش آمد، این اقدام در قالب استثنا ماده ۲۰ در نمی‌آید و مبین استثنایی که در خدمت اهداف مشروع و شناخته شده محیط زیستی است، نمی‌باشد و در عین حال، به روشی اعمال نشده است که باعث تبعیض

1 Panel Report, "US - Shrimp (Article. 21. 5 - Malaysia)", op.cit., paras. (5. 138 - 5.144).

2 Appellate Body Report, "US - Gasoline", op.cit., paras. (29-30).

خودسرانه یا غیر موجه میان کشورهایی شود که دارای شرایط یکسانی هستند یا باعث وضع محدودیت متقابلانه بر تجارت بین‌المللی شود.

لذا همان طور که در قضیه گازولین مطرح شد اعضا سازمان تجارت جهانی در اتخاذ سیاست‌هایی که هدفش حمایت از محیط زیست است، آزادند ولی در عین حال بایستی تعهداتی را که در رابطه با رعایت حقوق دیگر اعضا موافقتنامه دارند، به آن جام برسانند.^۱

مبحث دوم. استثنائات امنیتی

حقوق سازمان تجارت جهانی استثنائاتی را در رابطه با امنیت بین‌المللی و داخلی مقرر کرده است. ماده ۲۱ گات ۹۴ تحت عنوان استثنائات امنیتی مقرر داشته است:

"هیچ چیزی در این موافقتنامه نباید به نحوی تفسیر شود که:

الف. دولت عضو را وادار به افشای اطلاعاتی نماید که مغایر با منافع امنیتی اساسی‌اش است.

ب. جلوی اتخاذ هر گونه اقدامی را که برای حمایت از منافع امنیتی اساسی‌اش لازم است، بگیرد:

۱. در رابطه با مواد شکافته‌هسته یا موادی که از آن‌ها حاصل می‌شود.

۲. در رابطه با تجارت اسلحه، مهمات و تدارکات جنگ و نیز تجارت مواد و کالاهایی که به طور مستقیم یا غیر مستقیم در تدارک امور نظامی دخالت دارند.

۳. اقداماتی که در زمان جنگ یا دیگر موارد ضروری در روابط بین‌المللی اتخاذ می‌شود.

ج. جلوی اتخاذ هر گونه اقدامی را که برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی در تطابق با تعهداتش مطابق با منشور سازمان ملل متحد اتخاذ می‌شود، بگیرد."

برخلاف ماده ۲۰، ماده ۲۱ نقش مهمی را در رویه حل و فصل اختلافات در گات ۱۹۴۷ یا سازمان تجارت جهانی ایفا نکرده است. با این وجود بی‌اهمیت هم نیست. اعضا سازمان تجارت جهانی معمولاً اقدامات محدود کننده تجارت را چه به طور یکجانبه یا چندجانبه، علیه دیگر اعضا، به عنوان وسیله‌ای برای رسیدن به امنیت ملی یا بین‌المللی و صلح اتخاذ می‌کنند. این اعضا اقدامات خود را مطابق ماده ۲۱ توجیه می‌کنند اما یک تفاوت ساختاری و تفسیری مهم میان ماده ۲۰ و ۲۱ وجود دارد.

از حیث تاریخی، امنیت ملی در روابط بین‌المللی قدمت بیشتری نسبت به منافع تجاری دارد. در سه حالت امنیت ملی قابل طرح است:

۱. جایی که محدود کردن تجارت برای حمایت و حفظ توانایی‌های تولید استراتژیک داخلی در برابر رقابت با واردات ضروری است. قضاوت درباره تواناییهای تولید به اهمیت استراتژیک آن‌ها برمی‌گردد که از

^۱ Appellate body Report, "US – Shrimp", op.cit., paras. (185, 186).

کشوری به کشور دیگر فرق می‌کند و تا حد زیادی سیاسی است. اگر تعریف موسعی از استراتژیک داشته باشیم، در آن صورت کلیه صنایعی را که در تجهیزات نظامی کاربرد دارد نظیر تولید چکمه‌های نظامی می‌تواند اهمیت استراتژیک یابد.

۲. دولت‌ها می‌توانند از ضمانت اجرای به عنوان ابزار سیاست خارجی علیه کشورهایی که حقوق بین‌الملل را نقض و یا از سیاست‌هایی پیروی کردند که نامطلوب و غیر قابل قبول بوده است، استفاده نمایند.

۳. دولت‌ها می‌توانند صادرات اسلحه یا محصولات دیگری را که کاربرد نظامی دارد به کشورهایی که با آن‌ها روابط دوستانه ندارند، ممنوع کنند.

ماده ۲۱ گات ۹۴ شامل تمامی حالات فوق‌الذکر نمی‌شود. موافقت‌نامه عمومی سازمان تجارت جهانی به قدر کافی اجازه انحراف از تعهدات گات را بخاطر حفاظت از صنایع داخلی استراتژیک داده است. اعضا سازمان تجارت جهانی می‌توانند از طریق وضع تعرفه‌های وارداتی، یارانه‌های تولیدی و مناقصه‌های دولتی، حمایت لازم را به عمل آورند.

اما یکی از مواردی که ۲۱ اقدامات مغایر با گات را موجه می‌سازد بند (الف) ماده ۲۱ است که به هر یک از اعضا اجازه می‌دهد تا از افشای اطلاعاتی که برخلاف منافع امنیتی و اساسی شان است، خودداری کنند. ماده (ب) ۲۱ به هر یک از اعضا اجازه تصویب یا حفظ اقداماتی را می‌دهد که ۱. مرتبط با مواد شکافنده هسته باشد. ۲. مرتبط با تجارت اسلحه یا مواد دیگری که مستقیم یا غیر مستقیم کاربرد نظامی دارد و ۳. در زمان جنگ یا دیگر موارد ضرورت کاربرد می‌یابد.

و نیز به نظر می‌رسد برای حمایت از منافع اساسی‌شان ضروری است. برخلاف ماده ۲۰، ماده ۲۱،

دربدارنده ارکان کلی که حاکم بر ماده ۲۰ برای جلوگیری از سوء استفاده از استثنائات است نمی‌باشد.^۱ در رابطه با این استثنائات و احراز شرایط لازم در این خصوص، مسأله‌ای که فوراً مطرح می‌شود، موجه بودن آن‌هاست. اصولاً اعضا بایستی بتوانند از اقداماتی که اعضا دیگر مطابق ماده ۲۱ اتخاذ می‌کنند، بازنگری قضایی داشته باشند. اما حد و مرز این بازنگری مشخص نشده است. به نظر می‌رسد که قلمرو بازنگری قضایی به موجب ماده (ب) ۲۱ محدود شده باشد، چرا که تعیین منفعت امنیت ملی را به تشخیص دولت مربوطه واگذار کرده است. اما لازم است که تا حدی بازنگری قضایی وجود داشته باشد. به هر حال این ماده راه سوء استفاده را بدون در نظر گرفتن هر گونه جبرانی باز گذاشته است.^۲ حداقل پانل‌ها بایستی بتوانند

^۱ Vanden Bossche, Peter, op.cit., pp. (615 – 23, 629).

^۲ “GATT Panel’s Statement in USA- Nicaragua”, in GATT activities 1986, pp. (58 – 9). Quoted in vanden Bossche, op.cit, p. 630.

بررسی کنند که آیا توضیح عضو مربوطه معقول و یا اقدام مربوطه، یک سوء استفاده آشکار بوده است یا خیر. در اندک قضایایی که در زمینه ماده ۲۱ گات ۱۹۴۷ مطرح شد، قابلیت توجیه استثنائات ماده ۲۱ و شرایط احراز آن ها، آشکار گردید. برای مثال، در شکایت چک اوسلواکی علیه محدودیت های صادراتی وضع شده از سوی ایالات متحده چنین بیان شد: "هر کشوری بایستی خودش درباره مسائل امنیتی اش قضاوت کند. به عبارت دیگر هر کشور متعهدی بایستی مراقب باشد تا قدمی را بردارد که اثر تخریبی بر موافقتنامه عمومی داشته باشد."^۱

در سال ۱۹۸۲ جامعه اقتصادی اروپا و دولت های عضو آن، همچنین کانادا و استرالیا محدودیت های تجاری را به دلایل غیر اقتصادی علیه واردات از آرژانتین به خاطر درگیری مسلحانه میان انگلستان و آرژانتین بر سر جزایر فالکلند و مالویناس اعمال کردند. در مه ۱۹۸۵، ایالات متحده یک ممنوعیت تجاری را بر نیکاراگوا تحمیل کرد.

ایالات متحده با ساندنیست های کمونیست که در آن زمان قدرت را در نیکاراگوا در دست داشتند، مخالف بود. استدلال نیکاراگوا این بود که ممنوعیت تجارت تحمیلی، با مواد ۱، ۲، ۵، ۱۱، ۱۳ و بخش ۴ گات در تعارض بوده و نمی تواند توجیه شود. اما ایالات متحده استدلال می کرد که مطابق ماده ۲۱ این حق را داشته است. نیکاراگوا تقاضای تأسیس یک پانل را داشت اما ایالات متحده مدعی بود که ماده ۲۱، تشخیص را به نظر عضو متعهد واگذار کرده است تا آن چه را که ضروری می داند برای حمایت از منافع امنیتی و اساسی اش اتخاذ کند. پانل تأسیس شد اما اعلام کرد که نمی تواند قضاوتی درباره اعتبار یا انگیزه استناد به ماده ۲۱ داشته باشد.^۲

ماده (ج) ۲۱ گات ۹۴: صلح و امنیت بین المللی

ماده (ج) ۲۱ گات ۹۴ به اعضا سازمان تجارت جهانی اجازه داده است تا اقداماتی را که مطابق منشور ملل متحد لازم است، اتخاذ نمایند. به این معنا که اعضا می توانند جدای از تعهداتشان در گات، به منظور اجرای مجازات های اقتصادی که از سوی ملل متحد وضع شده است، اقداماتی را بر علیه کشور خاطی معمول دارند. ماده ۴۱ منشور ملل متحد به شورای امنیت این اختیار را داده است که مجازات های اقتصادی را مطابق با ماده ۳۹ منشور، وضع کند و این تصمیمات مطابق با ماده ۲۵ منشور الزام آور است. لذا ماده (ج) ۲۱ به اعضا اجازه می دهد تا به تعهداتشان مطابق منشور ملل متحد احترام گذارند و به قاعده حل تعارض مندرج در ماده ۱۰۳ منشور، اولویت دهند. به نظر می رسد که موضوع توجیه ناپذیری در این جا کمتر مشکل ساز

¹ GATT/CP.3/SR.22, Corr.1.

² GATT Analytical Index (WTO, 1995), 601, 603, 604. Quoted in vanden Bossche, op.cit, p. 631.

³ GATT Panel Report, "US – Trade Measures Affecting Nicaragua", L/ 6053, 13 October 1986, para. 5.3.

این گزارش هرگز به تصویب نرسید.

باشد زیرا به نظر اعضا واگذار نشده است، مبنای خروج از گات، تعهدی مطابق با منشور ملل متحد است و لذا یک پانل می‌تواند این مسأله را بررسی کند که آیا چنین تعهدی وجود دارد یا خیر.

مبحث سوم. استثنائات ضرورت اقتصادی:

این استثنائات به اعضای سازمان تجارت جهانی اجازه می‌دهد تا در وضعیت‌هایی که موج ناگهانی واردات باعث ایراد صدمه به صنعت داخلی یا تهدید آن می‌شود، اقداماتی را اتخاذ نمایند که با گات مغایر است. امکان محدود کردن تجارت در چنین وضعیت‌هایی یک دریچه اطمینان است که همیشه وجود داشته و هنوز هم در اغلب موافقتنامه‌های تجاری از قبیل موافقتنامه سازمان تجارت جهانی وجود دارد این امر انعکاس این واقعیت سیاسی است که آزادی تجارت در صورتی که سبب ایجاد صدمه اقتصادی شدید و غیر منتظره به بخش‌های خاصی از اقتصاد یک کشور شود می‌تواند تحملش مشکل باشد. در وضعیت‌های ضرورت اقتصادی، اقدامات مغایر با گات، برمی‌گردد به اقدامات حمایت‌کننده از صنایع داخلی (اقدامات حفاظتی). اقدامات حفاظتی موقتاً رقابت وارداتی را محدود می‌سازند تا زمانی که صنایع داخلی با واقعیات اقتصادی جدید وفق داده شوند.^۱ این قبیل اقدامات ربطی به عملکردهای تجاری ناعادلانه نظیر آنتی دامپینگ و کانترویلینگ ندارد. اقدامات حفاظتی نسبت به "تجارت عادلانه" اعمال می‌شود یعنی تجارتی که مطابق با شرایط رقابت عادی و حقوق سازمان تجارت جهانی واقع می‌شود. نهاد استیناف در قضیه "آرژانتین - (جوامع اروپایی) پوشاک پا"، چنین گفت:

محدودیت‌های وارداتی حاصل از اتخاذ و اعمال اقدامات حفاظتی، بایستی به عنوان یک موضوع غیر معمول نگریسته شود و هنگام قضاوت درباره پیش شرط‌های اتخاذ چنین اقداماتی، ماهیت غیر طبیعی آن‌ها باید در نظر گرفته شود.^۲ مطابق قواعد سازمان تجارت جهانی، موازین حفاظتی موقتی و نیز موازین حفاظتی خاصی وجود دارد که می‌تواند بر واردات محصولات کشاورزی و منسوجات اعمال شود.^۳

به طور کلی، شرایط توسل به چنین موازین خاص و موقتی سخت‌تر از اعمال موازین حفاظتی عادی است. برای مثال، پروتکل الحاقی چین یک نظام حفاظتی خاص و موقتی را مقرر می‌کند که اعضا دیگر سازمان تجارت جهانی می‌توانند به منظور محدود کردن واردات از چین تا دسامبر ۲۰۱۳ به آن متوسل

^۱ Vanden Bossche, Peter, op.cit., pp. (512 – 95).

^۲ Appellate body Report, "Argentina – foot wear (EC)", op.cit., para. 94.

^۳ - ماده ۵ موافقتنامه راجع به کشاورزی، به موازین حفاظتی خاص بر واردات محصولات کشاورزی اشاره می‌کند. ماده ۶ موافقتنامه منسوجات و البسه به موازین حفاظتی موقتی بر واردات منسوجات اشاره می‌کند.

شوند.^۱ گاتس تاکنون امکان اتخاذ اقدامات حفاظتی را پیش بینی نکرده است اما ماده ۱۰ گاتس خواستار مذاکرات چندجانبه درمورد اقدامات حفاظتی در گاتس شده است.^۲

ماده ۱۹ گات ۹۴ و موافقتنامه راجع به (اقدامات حفاظتی)

ماده ۱۹ گات ۱۹۴۷ در تمام قسمت‌ها با ماده ۱۹ گات ۹۴ یکسان است. حدود ۱۵۰ اقدام حفاظتی، رسماً به اطلاع اعضا متعاهد رسانده شده بود، اما اعضا متعاهد، غالباً به موازینی غیر از موازین فوق متوسل می‌شدند، این اقدامات عبارت بودند از محدودیت‌های صادراتی اختیاری (VERs)، ترتیبات محدود کننده اختیاری (VRAs) و ترتیبات منظم بازاری (OMAs)^۳

برخلاف موازین حفاظتی، اقدامات فوق هیچ جبرانی را مقرر نمی‌کرد و می‌توانست به صورت انتخابی علیه کشورهای بزرگ صادر کننده اعمال شود.^۴ این دلیل فراوانی اقداماتی نظیر VERs, VRAs, OMAs است. موافقتنامه راجع به اقدامات حفاظتی در دور اروگوئه به مذاکره گذاشته شد زیرا لازم بود تا خط قرمزهای ماده ۱۹ گات مشخص شود تا بتوان کنترل فراگیر بر موازین حفاظتی را برقرار و موازینی را که به دنبال فرار از این کنترل هستند، حذف کرد.

موافقتنامه راجع به اقدامات حفاظتی، بخشی از ضمیمه (الف) ۱ موافقتنامه سازمان تجارت جهانی است که مقرر ۱۹ گات ۹۴ را توضیح می‌دهد، اما قواعد جدیدی را نیز بیان می‌کند.

بند اول. موافقتنامه راجع به اقدامات حفاظتی:

۱. ویژگی‌ها و شرایط مربوط به اقدامات حفاظتی (ماده ۹ تا ۵)
۲. شرایط ماهوی لازم برای اعمال یک اقدام حفاظتی (ماده ۲ و ۴) و
۳. شرایط شکلی (ملی و بین‌المللی) لازم برای اعمال یک اقدام حفاظتی (ماده ۳ و ۱۲) را بیان کرده است.

در خصوص پیوند میان مقررات موافقتنامه موازین حفاظتی و ماده ۱۹ گات ۹۴ نهاد استیناف در قضیه "کره - لبنیات"، راجع به اقدامات حفاظتی مطابق مواد ۱ و (الف) ۱۱۰۱ موافقتنامه اقدامات حفاظتی چنین

1 Vanden Bossche, Peter, op.cit., pp. (113 – 15).

۲- مطابق ماده ۱۰ گاتس، نتایج مذاکرات نایستی دیرتر از اول ژانویه ۱۹۹۸ اجرایی شود. اما روند مرده مذاکرات باعث شده است که تاکنون مکرراً، به تعویق افتد.

3 “Ministerial Conference Ministerial Declaration”, 14 November 2001, WT/MIN (01)/ DE/1, 20 November 2001, para.15.

4 VERs : Voluntry export restrictions; VRAs : Voluntry restraint arrangements; OMAs : Orderly Marketing Arrangements; Vanden Bossche, Peter, op.cit., pp. (449- 50)

5Ibid., pp. (638 – 40).

گفت: "هر اقدام حفاظتی که بعد از لازم الاجرا شدن موافقتنامه سازمان تجارت جهانی وضع می شود، بایستی با مقررات موافقتنامه اقدامات حفاظتی و ماده ۱۹ گات ۹۴ در تطابق باشد."^۱

نهاد استیناف در قضیه "آرژانتین - پوشاک پا (جوامع اروپایی)" اشاره کرد که هیچ چیزی در موافقتنامه سازمان تجارت جهانی، این نیت را که مذاکره کنندگان دور اروگوئه خواسته باشند تا الزامات و شرایط مقرر در ماده ۱۹ گات ۹۴ را در موافقتنامه راجع به اقدامات حفاظتی نیز به حساب آورند، القا نمی کند و لذا چنین الزاماتی قابلیت اعمال ندارند.^۲ این خود دلیلی است بر اهمیت خاص این پیش شرط که موج ناگهانی واردات سبب "پیشرفت های غیر قابل پیش بینی" می شود. این شرط در ماده ۱۹ گات ۹۴ نیز آمده است اما نه با آن جزئیاتی که در موافقتنامه اقدامات حفاظتی بیان شده است. با این وجود، این شرط کاملاً قابل اعمال است و ماده ۱۹ گات ۹۴ و موافقتنامه اقدامات حفاظتی هر دو در جای خود، به طور هم زمان قابل اعمال هستند.^۳

بند دوم. ویژگی های اقدامات حفاظتی

اقدامات حفاظتی، اقداماتی هستند که با مواد ۲ و ۱۱ گات ۹۴ مغایر بوده و تحت عنوان استثنا ضرورت اقتصادی که در ماده ۱۹ گات ۹۴ و موافقتنامه اقدامات حفاظتی آمده است، موجه می شوند.^۴

هدف از اقدام حفاظتی این است که یک "فضای تنفسی" به صنعت داخلی داده شود تا بتواند خود را با وضعیت جدید بازار، از طریق محدود کردن موقتی واردات، سازگار سازد. اقدامات حفاظتی نوعاً به این شکلند: ۱. تعهدات گمرکی الزام آور (مغایر با ماده (۱) ۲ گات ۹۴) یا ۲. محدودیت های کمی (مغایر با ماده ۱۱ گات ۹۴).^۵

موازن حفاظتی می توانند اشکال دیگری هم داشته باشند زیرا برخلاف آنتی دامپینگ و کانترویلینگ، محدود به انواع خاصی از اقدامات نیستند.^۶ به طور کلی ماده (۱) ۵ موافقتنامه اقدامات حفاظتی مقرر می دارد:

1 "Korea – Diary" و [http://www.World trade law. net/reports/ WTO appellate bodies/ korea – Diary \(appellate body\). pdf, para. 77,](http://www.World trade law. net/reports/ WTO appellate bodies/ korea – Diary (appellate body). pdf, para. 77,) visited on 11.2.2009.

2 Appellate body Report, "Argentina – Foot Wear (EC)", op.cit., para. 83.

بنابراین، نهاد استیناف نتیجه گیری پانل، مبنی بر اینکه شرایط ماده ۲۱ گات ۹۴ در موافقتنامه اقدامات حفاظتی منعکس نشده است و لذا به موجب شرایط موافقتنامه اخیر، منسوخ شده است را رد کرد.

۳- اما این امر پانل یا نهاد استیناف را از اعمال اقتصاد حقوقی در رابطه با دعوی نقض ماده ۲۱ که اقدام حفاظتی مورد بحث را مغایر با موافقتنامه اقدامات حفاظتی میدانست، منع نمی کند.

Vanden Bossche, Peter, op.cit., pp. (240 – 1).

4Ibid., p. 636

5Vanden Bossche, Peter, op.cit., pp. (419 – 21).

6Ibid., pp. (541 – 9).

"هر یک از اعضا بایستی اقدامات حفاظتی را تنها تا حدی که برای جلوگیری یا جبران صدمه جدی و یا برای تسهیل برقراری تعادل و سازگاری با شرایط موجود ضروری است، اعمال نماید..."

اعضا بایستی مناسبترین اقدامات را برای دستیابی به چنین اهدافی انتخاب کنند.

موافقتنامه اقدامات حفاظتی، شرایط خاصی را راجع به ۱. دوره زمانی اقدامات حفاظتی ۲. اعمال بدون تبعیض اقدامات حفاظتی ۳. اقدامات حفاظتی در قالب محدودیت‌های کمی ۴. جبرانی که به کشورهای صادر کننده متأثر از اقدام داده می شود، مقرر داشته است.

بند سوم. دوره زمانی اقدامات حفاظتی

موازین حفاظتی ماهیتاً موقتی هستند. ماده (۱) ۵ موافقتنامه راجع به اقدامات حفاظتی مقرر می دارد که موازین حفاظتی تنها می‌تواند در طی دوره زمانی که برای پیشگیری از ورود صدمه جدی به صنایع داخلی یا جبران آن صدمه و تسهیل تطبیق و سازگاری با واردات لازم است، اعمال شوند. در واقع یک اقدام حفاظتی معین نبایستی از چهار سال فراتر رود.^۱ علاوه بر این یک اقدام حفاظتی که فراتر از یکسال می رود، بایستی بتدریج آزاد شود و چنان چه فراتر از سه سال شد، طرف اعمال کننده اقدام حمایتی بایستی در نیمه دوره اقدام به بازنگری نموده تا مشخص شود که آیا اقدام حمایتی فوق شرایطی را که ذیل بیان خواهد شد دارا بوده است یا خیر؟

گسترش اقدام حفاظتی به فراتر از چهار سال با دو شرط امکان پذیر است: ۱. تداوم اقدام حفاظتی برای جلوگیری از صدمه جدی به صنعت داخلی لازم باشد. ۲. دلایلی وجود داشته باشد مبنی بر این که صنعت داخلی در حال تطبیق و سازگاری با واردات است.^۲ اما به هیچ وجه نمی‌توان دوره زمانی موازین حفاظتی را فراتر از ۸ سال برد.^۳ چنان چه ورود محصولی مشروط به اقدام حفاظتی شود نمی‌توان مجدداً آن را مشروط به چنین اقدامی برای یک دوره زمانی معادل اقدام حفاظتی قبلی کرد.^۴

۱- مطابق ماده ۶، دوره زمانی یک اقدام حفاظتی موقتی، ماکزیمم ۴ سال است.

Article 7.1 of the Agreement on Safeguards.

۲ Article 7.4 of the Agreement on Safeguards.

۳ Article 7.3 of the Agreement on Safeguards.

در نتیجه بازنگری، هریک از اعضا در صورت اقتضا بایستی اقدام حفاظتی را فسخ کرده یا نرخ آزادسازی تجارت را افزایش دهد.

4 Article 7.2 of the Agreement on Safeguards.

یک اقدام حفاظتی نمی‌تواند بسیار مضیق‌تر از آن چیزی باشد که در پایان دوره آغازین بوده است.

۵ Article 7.3 of the Agreement on Safeguards.

۶ Article 7.5 of the Agreement on Safeguards.

استثنا بر این قاعده، اجازه اعمال اقدامات حفاظتی برای یک دوره زمانی کوتاه (ماکزیمم ۱۵۰ روز) است که در ماده 7.6 موافقتنامه اقدامات حفاظتی آمده است.

یعنی مثلاً اگر یکی از اعضا یک اقدام حفاظتی را بر واردات تراکتور برای یک دوره ۸ ساله اعمال کند، نمی‌تواند هیچ اقدام حفاظتی را بر واردات تراکتور برای یک دوره ۸ ساله دیگر بعد از خاتمه اقدام اولیه اعمال کند. به این طریق موافقتنامه راجع به اقدامات حفاظتی جلوی وضعیت هایی را که در آن ویژگی موقتی اقدامات حفاظتی به دلیل اعمال مکرر چنین موازینی بر واردات یک کالا زیر پا گذاشته می‌شود، می‌گیرد. ماده ۹۰۲ موافقتنامه اقدامات حفاظتی به کشورهای عضو در حال توسعه اجازه می‌دهد تا یک اقدام حفاظتی را برای یک دوره فراتر از ده سال نیز اعمال کند کشورهای عضو در حال توسعه همچنین می‌توانند یک اقدام حفاظتی جدید هم بر همان کالا اعمال کنند.^۱

بند چهارم. اعمال غیر تبعیضی موازین حفاظتی

ماده ۲-۲ موافقتنامه راجع به اقدامات حفاظتی بیان می‌کند که موازین حفاظتی قابل اعمال به یک محصول وارداتی می‌بایست صرف نظر از منبع آن اعمال شود مطابق گات ۱۹۴۷ اختلاف نظرهای بیشماری در این باره که آیا موازین حفاظتی می‌تواند صرفاً بر پایه گزینش اعضا اعمال شود یعنی تنها علیه بعضی از کشورهای ارائه کننده خدمات و نه همه آن‌ها وجود دارد. موافقتنامه راجع به اقدامات حفاظتی به این بحثها خاتمه داد به این طریق که لازم است موازین حفاظتی بر مبنای معیار ملت کامله‌الوداد یعنی بدون تبعیض میان دول عضو ارائه دهنده خدمات اعمال شود مثلاً چنان چه صنعت کامپیوتر عضو الف در نتیجه یک موج ناگهانی از واردات لب تاپ به کشور ب صدمه ببیند عضو الف می‌تواند در برابر آن (در قالب یک سهمیه بندی بر لب تاپها)، یک اقدام حفاظتی اتخاذ کند. این اقدام نسبت به کلیه واردات لب تاپ اعمال خواهد شد. چه از کشور ب و چه از کشورهای صادر کننده دیگر. لذا علی‌الاصول اعمال موازین حفاظتی به شکل انتخابی ممنوع است.^۲ موافقتنامه راجع به اقدامات حفاظتی داخلی دو استثنا بر ممنوعیت اعمال موازین حفاظتی به شکل گزینشی وضع کرده است. این استثنائات در ماده (ب) ۲-۵ و ماده ۹:۱ موافقتنامه آمده است. ماده (ب) ۲-۵ اجازه اعمال موازین حمایتی به شکل گزینشی را در قالب سهمیه بندی‌ها می‌دهد به شرطی که در کنار شرایط دیگر بر کمیته اقدامات حفاظتی آشکار گردد که افزایش واردات از اعضا خاصی به نسبت افزایش کلی واردات آن محصول به میزان نامتناسبی جلوتر رفته است.^۳ ماده ۹:۱ موافقتنامه راجع به اقدامات حفاظتی یک استثنا را بر ممنوعیت اعمال اقدامات حفاظتی گزینشی به منظور نفع کشورهای در حال توسعه

1. Article 9.2 of the Agreement on Safeguards.

2. سوال مطرح شده این بود که آیا یک دولت عضو می‌تواند محصولات آندسته از اعضای را که شرکای آن در یک منطقه تجارت آزاد یا اتحادیه گمرکی هستند، از اعمال اقدام حفاظتی استثنا کند. در قضیه آرژانتین - پوشاک پا (کمیسیون اروپایی) نهاد استیناف رأی داد که اگر دولت عضو سازمان تجارت جهانی بعد از انجام تحقیق بر واردات از کلیه منابع، منجمله شرکایش در یک منطقه تجارت آزاد، اقدامی را وضع کرده باشد مطابق ماده ۲۰۲ موافقتنامه اقدامات حفاظتی ملزم است که چنین اقدامی را به تمامی منابع منجمله شرکایش در یک منطقه تجارت آزاد نیز اعمال کند.

Appellate body Report, "Argentina – Foot Wear (EC)", op.cit., para. 112.

3. Article 5.2 (b) of the Agreement on Safeguards.

مقرر داشته است: "موازن حفاظتی نباید علیه محصولاتی که مبدأ آن در کشورهای در حال توسعه است اعمال شود، مادامیکه سهم واردات آن محصول در کشور عضو وارد کننده بیش از ۳٪ نباشد کشورهای عضو در حال توسعه با کمتر از ۳٪ سهم وارداتی جمعاً سهم شان به بیش از ۹٪ کل واردات آن محصول نرسد.^۱

– موازن حفاظتی در قالب محدودیتهای کمی:

یک اقدام حفاظتی نمی‌تواند در قالب یک محدودیت کمی، کمیت واردات را به زیر سقف معمول واردات ظرف سه سال آخر ببرد. استثنا بر این قاعده تنها زمانی اجازه داده می‌شود که ثابت شود، سقف پایین‌تری برای جلوگیری یا جبران صدمه جدی لازم بوده است.^۲

علاوه بر این در مواردی که اقدام حفاظتی در قالب یک سهمیه بندی اختصاصی میان کشورهای ارائه کننده خدمات صورت می‌گیرد، ماده (الف) ۲-۵ موافقتنامه راجع به اقدامات حفاظتی قواعدی را برای اختصاص سهمیه بندی که مشابه قواعد ماده ۱۳ گات ۱۹۹۴ می‌باشد در نظر گرفته است.^۳

– جبرانی که به کشورهای عضو صادر کننده متأثر از اقدام حفاظتی اعطا می‌شود.

یک اقدام حفاظتی اقدامی است که تجارت عادلانه با دیگر اعضا را محدود می‌کند.^۴

یک اقدام حفاظتی توازن میان حقوق و تعهدات را به ضرر اعضا صادر کننده متأثر از آن اقدام برهم می‌زند. لذا موافقتنامه راجع به اقدامات حفاظتی مقرر می‌کند که هر عضوی که اقدام حفاظتی را اتخاذ می‌کند با اعضا صادر کننده متأثر از آن اقدام در خصوص جبران مناسب و مقتضی به نحوی که توازن میان حقوق و تعهدات برقرار شود، توافق کنند. ماده ۱-۸ موافقتنامه راجع به اقدامات حفاظتی بیان می‌کند: "دولت عضو پیشنهاد کننده اقدام حفاظتی یا دولت عضوی که در پی گسترش اقدام حمایتی است بایستی کوشش کنند تا سطح معادل ماهوی از امتیازات و دیگر تعهدات را... میان خود و اعضا صادر کننده متأثر از آن اقدام حفظ کنند.

برای رسیدن به این اهداف، اعضاء مربوطه می‌توانند بر راههای جبران اثرات منفی اقدام حفاظتی بر تجارت‌شان توافق کنند. اگر موافقتنامه جبران ظرف سی روز به نتیجه نرسد، ماده ۲:۸ مقرر می‌کند که

۱ "US – Linepipe": [http://www.World trade law. net /reports/ WTO appellate bodies/ US – Linepipe \(appellate body\). pdf, paras. \(125 – 32\), visited on 5.11.2007](http://www.World trade law. net /reports/ WTO appellate bodies/ US – Linepipe (appellate body). pdf, paras. (125 – 32), visited on 5.11.2007).

۲ Article 5.1 of the Agreement on Safeguards

۳ – اما اعضا می‌توانند از این قواعد سرپیچی کنند (ماده (ب) ۵۰۲ موافقتنامه اقدامات حفاظتی)، برخلاف ماده ۱۳ گات ۹۴، دومین جمله ماده ۵۰۱ و

ماده (الف) ۵۰۲ به سهمیه بندی‌های تعرفه‌ای اعمال نمی‌شود.

"US – Linepipe": [http://www.World trade law. net /reports/ WTO panels/ US – Linepipe \(panel\). pdf, para. 7.75](http://www.World trade law. net /reports/ WTO panels/ US – Linepipe (panel). pdf, para. 7.75)

۴ Vanden Bossche, Peter, op.cit., pp. (633-4). visited on 6.11.2007.

کشورهای صادر کننده متأثر از آن اقدام مختارند اعمال امتیازات ماهوی متقابل یا دیگر تعهدات گات ۱۹۹۴ را در تجارت با اعضاء اعمال کننده اقدام حمایتی معلق کنند.^۱

اما کشورهای صادر کننده متأثر از اقدام نمی‌توانند همیشه این حق تعلیق را اعمال کنند مطابق ماده ۸:۳ موافقتنامه راجع به اقدامات حفاظتی این حق تعلیق نبایستی ظرف سه سال اول اجرای اقدام حفاظتی، اعمال شود، چنان چه اقدام حفاظتی در نتیجه افزایش مطلق واردات اتخاذ شده و با مقررات موافقتنامه راجع به اقدامات حفاظتی منطبق باشد.

بند پنجم. موازین حفاظتی موقتی

ماده ۸ موافقتنامه راجع به اقدامات حفاظتی به اعضا اجازه می‌دهد تا اقدامات حفاظتی موقتی را در شرایط بحرانی اتخاذ نمایند. شرایط بحرانی شرایطی هستند که اگر تأخیری بیفتد، سبب ورود صدمه‌ای خواهد شد که دیگر جبران ناپذیر است. مقامات صلاحیت دار داخلی بایستی مقدماً تعیین کنند که ادله روشنی وجود دارد مبنی بر این که افزایش واردات سبب ورود صدمه جدی یا تهدید به صدمه شده است موازین موقتی می‌توانند حداکثر برای دویست روز و تنها در قالب افزایش تعرفه‌ها اعمال شوند.^۲ اگر بعد از یک بررسی کامل معلوم شود که شرایط برای اعمال اقدام حفاظتی رعایت نشده است اقدام حفاظتی بایستی باطل شود و تعهدات آن جام نشده مجدداً آن جام شود.^۳

بند ششم. شرایط استفاده از موازین حفاظتی

ماده ۱-۲ موافقتنامه راجع به اقدامات حفاظتی بیان می‌کند که هر یک از اعضا می‌تواند مبادرت به اتخاذ یک اقدام حفاظتی در برابر یک محصول وارداتی نماید به شرطی که مطابق با مقررات ذیل معتقد باشد که چنین محصولی اگر به سرزمین آن در مقادیر بالا اعم از مطلق یا نسبی وارد شود می‌تواند سبب ایراد آسیب یا تهدید به ایراد صدمه به صنعت داخلی تولید کننده محصول مشابه شود. یا مستقیماً به محصولات رقابتی لطمه وارد کند. ماده (الف) ۱: ۲۱ گات ۱۹۹۴ که همراه با موافقتنامه اقدامات حفاظتی قابل اعمال است، همان شرایط را برای موازین حفاظتی نظیر ماده ۱-۲ مقرر داشته است. علاوه بر این مقرر می‌کند که افزایش واردات می‌تواند در نتیجه پیشرفت های غیر قابل پیش‌بینی بوده و ناشی از تعهدات حاصل از جبران خسارت مطابق این موافقتنامه رخ دهد. به طور خلاصه اعضا می‌توانند موازین حفاظتی را تنها زمانی که سه شرط ذیل برآورده شود، اعمال کنند این شرایط عبارتند از:

۱ - حق تعلیق امتیازات ماهوی معادل، مشروط به اطلاع اقدام تعلیقی پیشنهادی به شورای تجارت کالاهاست و عدم رد شورا. از آنجا که شورای تجارت کالاهای تصمیمات خود را با کنسانسوس می‌گیرد لذا عدم تصویب دوفاکتو استثنا شده است.

۲ - گسترش دوره زمانی غیر ممکن است و دوره اقدامات حفاظتی موقتی بخاطر محاسبه دوره زمانی اقدام حفاظتی معین، شمارش خواهد شد.

۳ Article 6 of the Agreement on Safeguards.

۱- افزایش واردات

۲- آسیب جدی

۳- رابطه سبیب میان این دو.

۱- افزایش واردات:

مطابق ماده ۱-۲ موافقتنامه راجع به اقدامات حفاظتی، افزایش واردات می‌تواند به شکل افزایش مطلق باشد یعنی افزایش تثنی یا واحدی محصولات وارداتی و یا به شکل افزایش نسبی یعنی افزایش به نسبت تولید داخلی باشد اما معلوم نیست که تا چه اندازه و تا چه زمانی واردات بایستی افزایش یابد در قضیه "آرژانتین - پوشاک پا (جوامع اروپایی)" نهاد استیناف به پیش شرط افزایش واردات به منظور اعمال موازین حفاظتی پرداخته است: «افزایش واردات بایستی، کاملاً مربوط به زمان اخیر، کاملاً ناگهانی، کاملاً سریع و کاملاً مهم هم از لحاظ کیفیت و هم از لحاظ کمیت باشد تا سبب ورود صدمه یا تهدید به آن شود».^۱

در قضیه "ایالات متحده - محافظ‌های فولاد" نهاد استیناف تفسیر فوق را در خصوص پیش شرط افزایش واردات تأیید کرده است.^۲

لذا افزایش واردات بایستی: مربوط به زمان اخیر، ناگهانی، سریع و مهم باشد. چنان چه افزایش واردات ناگهانی، سریع و جدید نباشد نمی‌توان وضعیت ضرورت اقتصادی را توجیه کرد. علاوه بر این نرخ افزایش (مثلاً افزایش سی درصدی) و نیز مقدار افزایش (مثلاً افزایش ده هزار واحدی) بایستی در نظر گرفته شود.^۳ به علاوه چرخش واردات در طی یک دوره آزمایشی بایستی لحاظ شود.

کافی نیست که سطح واردات در شروع دوره آزمایشی را با سطح واردات در پایان دوره مقایسه کنیم تا نتیجه بگیریم که افزایش واردات در معنای موافقتنامه حمایت از صنایع داخلی واقع شده است.^۴

تحلیل چرخش‌های وارداتی در طی دوره آزمایشی، بایستی بیانگر افزایش در واردات باشد. از آن جا که افزایش واردات بایستی ناگهانی و جدید باشد، لذا نمی‌توان چرخش‌های وارداتی را در طی یک دوره آزمایشی مثلاً ۵ ساله در نظر گرفت.^۵

1 Appellate Body Report, "Argentina – Foot Wear (EC)", op.cit., para.131.

2 "US – Steel Safeguards": http://www.WTO.org/trade_law_reports/wto_appellate_bodies/US_Steel_safeguards_appellate_body.pdf, para. 346. visited on 9.10.2007.

3 Article 4.2 of the Agreement on Safeguards.

4 Appellate Body Report, "Argentina – Foot Wear (EC)", op.cit., para. 124.

5 Vanden Bossche, Peter, op.cit., p. 642.

6 Appellate Body Report, "Argentina – Foot Wear (EC)", op.cit., para. 130.

مطابق ماده: ۹:۱ گات ۹۴، افزایش واردات، بایستی در نتیجه "یک پیشرفت غیر قابل پیش بینی" و نیز اثرات ناشی از تعهدات مندرج در گات ۹۴، واقع شده باشد.

مطابق نظر کار گروه در قضیه "Fur Felt Hats – ایالات متحده" در ۱۹۵۱، تغییر در روش‌های دباغی منتج به یک پیشرفت غیر قابل پیش بینی نمی شود بلکه میزان تغییر روش، وضعیت رقابت را متأثر می‌سازد. و لذا نمی‌توان به طور متعارف انتظار داشت که چنین چیزی از طرف مقامات ایالات متحده در ۱۹۴۷ قابل پیش بینی بوده باشد.^۱ در سال ۲۰۰۰، نهاد استیناف در قضیه "گره – لبنیات" اعلام کرد که منظور از پیشرفت‌های پیش بینی نشده به معنای پیشرفت غیر منتظره است.^۲

در قضیه "محافظ‌های فولاد – ایالات متحده"، نهاد استیناف نظر داد که دولت عضو وارد کننده ای که قصد اعمال موازین حفاظتی بر واردات محصولات متعدد را دارد، تنها کافی نیست ثابت کند که پیشرفت‌های غیر قابل پیش بینی منجر به افزایش واردات طبقه گسترده‌ای از محصولات شده است که شامل محصولات خاصی هم که موازین حفاظتی بر آن اعمال می شود، می‌گردد.^۳ لذا، مطابق این نظر، مقامات صلاحیت دار ملزمند ثابت نمایند که پیشرفت‌های غیر قابل پیش بینی منجر به افزایش واردات محصولات خاصی شده است که موازین حفاظتی بر آن اعمال می شود.^۴

نهاد استیناف در قضیه گفته شده، اعلام کرد که مقامات صلاحیت دار دولت عضو وارد کننده که اقدام حفاظتی را وضع می‌کند، بایستی در گزارش منتشره‌اش با یک توضیح کافی و مدلل ثابت کند که پیشرفت‌های غیر قابل پیش بینی و اثرات امتیازات تعرفه‌ای منجر به افزایش واردات شده که خود سبب ایراد صدمه جدی یا تهدید به ایراد صدمه به تولید کنندگان داخلی مربوطه شده است.

پانل در قضیه "مذکور" در رابطه با تعیین شرایط غیر قابل پیش بینی چنین گفت: "ماهیت وقایع، به ویژه پیچیدگی آن‌ها، نیازمند این است که رابطه میان پیشرفت‌های غیر قابل پیش بینی و افزایش واردات مسبب ایراد صدمه توضیح داده شود. زمان توضیح در رابطه با پیشرفت‌های پیش بینی نشده، قلمرو و کیفیت آن عواملی هستند که می‌توانند تعیین کنند آیا توضیح، مدلل و کافی بوده است یا خیر.^۵ نهاد استیناف در این قضیه، بر این نتیجه گیری صحه گذاشت.^۶

1 Working party Report, "US- fur Felt Hats", para. 9.

2 Appellate Body Report, "Korea – Dairy", op.cit., para. 84.

3 Appellate Body Report, "US – Steel Safeguards", op.cit., para.319.

4 Ibidem.

5 Ibid., paras. (289 – 91).

6 Panel Report, "US – Steel Safeguards", op.cit., paras. (10.115).

7 Appellate Body Report, "US – Steel Safeguards", op.cit., paras. (293 – 6).

استیناف گفت که چون پانل نمی‌تواند مجدداً ادله مقام صلاحیت دار را بازنگری کند تنها توضیح مقام صلاحیت دار است که تعیین می‌کند آیا پیش شرط‌های ماهوی برای وضع اقدام حفاظتی فراهم بوده است یا خیر.^۱

۲. پیش شرط "آسیب جدی"

دومین پیش‌شرط ماهوی برای اعمال یک اقدام حفاظتی، وجود صدمه جدی یا تهدید به ایراد صدمه به صنعت داخلی تولید کننده محصولات مشابه وارداتی و یا مستقیماً به محصولات رقابتی است. ماده ۴۰۱ موافقتنامه، "صدمه جدی" را به عنوان یک خلل کلی و مهم به صنعت داخلی تعریف کرده است.^۲ "تهدید به ایراد صدمه" نیز به عنوان "آسیب جدی قریب الوقوع" تعریف شده است. نهاد استیناف اعلام کرد که آستانه معیار "آسیب جدی" بسیار بالا و دقیق است.^۳ این تعریف مضیق‌تر از تعریفی است که از معیار "صدمه مادی" در موافقتنامه آنتی دامپینگ و کانترویلینگ به عمل آمده است. ماده (ج) ۴۰۱ موافقتنامه دو معیار را برای تعریف "صنعت داخلی" در یک قضیه ارائه داده است. معیار اول مربوط به محصولات مورد بحث است و معیار دوم مربوط به تعداد و ماهیت نمایندگی‌های تولید کنندگان این محصولات است.

درمورد معیار اول، صنعت داخلی شامل تولید کنندگان محصولاتی است که "مشابه بوده یا مستقیماً با محصولات وارداتی در حال رقابت هستند." لذا اول باید محصولات داخلی مشابه یا مستقیم در حال رقابت با محصولات وارداتی را مشخص کرد.

مفاهیم "مشابه" و "مستقیم در حال رقابت" در موافقتنامه اقدامات حفاظتی تعریف نشده است و رویه قضایی مرتبطی هم در این خصوص در موافقتنامه وجود ندارد اما در گات ۹۴، رویه قضایی قابل توجهی در این خصوص وجود دارد.^۴

نهاد استیناف بیان کرد که مفهوم "محصولات مشابه" معانی مختلفی در متون مختلف دارد و این رویه قضایی است که دقیقاً کارساز است. این رویه است که تعیین می‌کند آیا محصولاتی که مشابه‌اند یا مستقیم در حال رقابتند، اساساً به معنای تصمیم‌گیری راجع به ماهیت و قلمرو پیوند رقابتی میان چنین محصولاتی

^۱ Ibid., paras. (228 – 9) and paras. (301 – 3).

^۲ Article 4.1(b) of the Agreement on Safeguards.

مفهوم "آشکارا قریب الوقوع" در قضیه "ایالات متحده - گوشت بره"، بند ۱۲۵ توضیح داده شده است. قریب الوقوع "یعنی یک صدمه جدی پیش بینی شده بر اساس وقایع و شواهد باشد." "آشکارا" یعنی یک احتمال بسیار بالایی بدهیم که تهدید در آینده خیلی نزدیک به وقوع خواهد پیوست.

^۳ "US – wheat gluten": [http://www.World trade law. net /reports/ wto appellate bodies/ US – wheat gluten \(appellate body\). pdf](http://www.World trade law. net /reports/ wto appellate bodies/ US – wheat gluten (appellate body). pdf), para. 199, visited on 7.2.2009.

^۴ Vanden Bossche, Peter, op.cit., pp. (314 – 16).

هست یا خیر. عواملی که باید در تعیین شباهت یا رقابت مستقیم بررسی شوند عبارتند از: ۱. ویژگی‌های فیزیکی محصولات ۲. استفاده نهایی محصولات ۳. عادات مصرف کنندگان و ترجیح دادن بعضی از محصولات ۴. طبقه بندی محصولات بر حسب عوارض^۱

در قضیه "ایالات متحده - گوشت بره" نهاد استیناف این موضوع را که محصولاتی که در یک خط مستمر تولید هستند، منجر به تشابه محصولات مشابه نمی شود، رد کرد.^۲ زیرا، به طور کلی، روش‌های تولیدی در تعیین تشابه محصولات دخالتی ندارد.^۳

دومین معیار مربوط به تعداد و ماهیت نمایندگی‌های تولید کنندگان محصولات مشابه یا در حال رقابت است. هدف از موافقتنامه حمایت از صنایع داخلی عبارت است از کل تولیدکنندگان داخلی یا حداقل بخش عمده‌ای از آن‌ها.

هیچ توضیحی درباره "بخش عمده ای" از تولیدکنندگان داخلی وجود ندارد. آن چه بر می‌آید این است که این موضوع بستگی به اوضاع احوال خاص هر مورد دارد و غالباً در قضایای مختلف متفاوتست.^۴ بعد از این که صنعت داخلی مشخص شد، می‌توان بررسی کرد که آیا صدمه جدی یا تهدید به ایراد صدمه وجود دارد یا خیر. ماده (الف) ۴۰۲ موافقتنامه اقدامات حفاظتی لازم میداند که از تمامی عوامل مربوطه که واجد ماهیت کیفی و عینی هستند و بر وضعیت آن صنعت تأثیر دارند، ارزیابی به عمل آید که به عوامل آسیب رسان معروفند و عبارتند از: ۱. نرخ و میزان افزایش محصول وارد شده چه به صورت مطلق و یا نسبی ۲. سهم بازار داخلی که بوسیله محصول وارداتی اشغال شده است و ۳. تغییراتی که در سطح فروش، تولید، باروری، قابلیت مصرف، منافع و مضار و به کار گیری داده شده است.^۵

این فهرست از عوامل مخل، حصری نیست و لازم است کلیه عوامل موثر بر وضعیت صنعت داخلی بررسی شود. بررسی عوامل فوق الذکر، بیان حداقل عوامل دخیل است. مقامات داخلی، یک تعهد نامحدود برای بررسی تمامی عوامل ممکنه مخل ندارند. اما اگر مقام داخلی عاملی را به غیر از عاملی که از سوی یکی از طرف های ذی نفع مطرح شده است و مرتبط هم هست، بررسی کند آن وقت باید تحقیق کرد.^۶

¹ Ibid., pp. (354 – 60).

² Appellate Body Report, "US – Lamp", op.cit., para. 90.

³ Ibid., para. 94.

⁴ – این موضوع همچنین در زمینه اقدامات آنتی دامپینگ و کانتر ویلینگ نیز رخ داده است.

Vanden Bossche, Peter, op.cit., p. 596.

⁵ Article 4.2 (a) of the Agreement on Safeguards.

⁶ Appellate Body Report, "Argentina – Foot Wear (EC)", op.cit., para. 136.

کوتاهی در بررسی عامل مربوطه، چه به طور کلی یا به طور جزئی، منجر به نقض ماده ۴،۲(a) موافقتنامه اقدامات حفاظتی خواهد شد.

^۷ Appellate Body Report, "US – Wheat Gluten", op.cit., paras. (55 – 6).

بنابراین مقامات داخلی که اقدام به اعمال موازین حفاظتی می‌نمایند، می‌بایست یک توضیح کافی و مدلل در این باره که چطور وقایع مستحدثه، نتیجه‌گیری آن‌ها، مبنی بر این که به صنعت داخلی آسیب وارد شده یا تهدید شده است را تأیید می‌کند، بدهند. برای احراز "آسیب جدی" لازم نیست که کلیه عواملی را که نشان می‌دهد صنعت داخلی تهدید شده است را بررسی کرد.^۲

در حالتی که به کارگیری و قابلیت مصرف یک صنعت رو به کاهش می‌گذارد ولو هنوز سودمند باشد، می‌توان نتیجه گرفت که "آسیب جدی" وجود دارد. علاوه بر این، ماده (ب) ۴۰۱ موافقتنامه راجع به اقدامات حفاظتی، برای تعیین "تهدید به آسیب جدی" مقرر می‌دارد که تصمیم‌گیری راجع به این امر، باید مبتنی بر وقایع باشد و نه یک ادعای صرف یا حدس و گمان و یا یک احتمال بسیار بعید.^۳

۳. پیش شرط "رابطه سببیت یا علیت"

سومین پیش شرط عمده و مهم اعمال موازین حفاظتی نسبت به واردات یک محصول پیش شرط سببیت است. مطابق ماده (ب) ۴۰۲ موافقتنامه اقدامات حفاظتی برای احراز سببیت دو امر لازم است: ۱. اثبات پیوند اتفاقی میان افزایش واردات و آسیب یا تهدید به آسیب جدی ۲. شناسایی آسیب وارده از طریق عواملی به غیر از افزایش واردات و عدم انتساب این آسیب به چنین وارداتی.^۴

در رابطه با "پیوند اتفاقی" نهاد استیناف در قضیه "گلوتن گندم - ایالات متحده" اعلام کرد که لازم نیست ثابت شود که افزایش واردات به تنهایی قادر به ایراد صدمه جدی بوده است. تمایز میان وقایعی که به موجب افزایش واردات حادث شده و وقایعی که به موجب عوامل دیگر حادث شده است، لزوماً به این معنا نیست که افزایش واردات می‌بایست به تنهایی قابلیت ایراد صدمه جدی را داشته باشد، و ایراد صدمه به سبب عوامل دیگر را باید استثنا نمود.^۵

در رابطه با "عدم انتساب" نهاد استیناف در قضیه "گوشت بره - ایالات متحده" چنین گفت: "درحالتی که چندین عامل سبب ورود صدمه‌ای به طور هم زمان می‌شوند، تصمیم‌نهایی راجع به اثرات صدمات وارده از طریق افزایش واردات، به این ترتیب است که ابتدا اثرات صدمات وارده بوسیله عوامل اتفاقی دیگر را از آن تفکیک کنیم. اما هر نتیجه‌گیری که تنها مبتنی بر ارزیابی یکی از عوامل مخل باشد یعنی، افزایش واردات، یک نتیجه‌گیری مبتنی بر یک پایه غیر معین خواهد بود، زیرا فرض را بر این می‌گیرد که

۲ Appellate Body Report, "US - Lamp", op.cit., para. 103.

این معمولاً برمی‌گردد به جنبه ماهوی بررسی عوامل آسیب رسان.

۳ Ibid., para. 144.

۴ - صدمه ماده وارده بایستی آشکارا قریب الوقوع باشد.

Vanden Bossche, Peter, op.cit., p. 645.

۵ Appellate Body Report, "US - Line Pipe", op.cit., para. 215.

۶ Appellate Body Report, "US - wheat Gluten", op.cit., para. 70.

عوامل اتفاقی دیگری در ایراد صدمه دخالت نداشته اند. عبارت "عدم انتساب" در ماده (ب) ۴۰۲ جلوی چنین فرضی را می‌گیرد و به جای آن مقرر می‌کند که مقامات صلاحیت دار به ویژه اثرات صدمات ناشی از عوامل دیگر را ارزیابی می‌کنند، به نحوی که چنین اثراتی بتواند از اثر صدمات ناشی از افزایش واردات جدا شود. به این ترتیب، تصمیم تنهایی به طور خاص بر پیوند واقعی و عمده میان علت و اثر یعنی افزایش واردات و صدمه جدی استوار است.^۱ "لذا مقامات داخلی بایستی ضمن تفکیک اثرات عوامل مخل دیگر، یک توضیح کافی و مدلل نیز درباره ماهیت و گستره اثرات عوامل دیگر بدهند.

روش‌های داخلی

موافقتنامه راجع به اقدامات حفاظتی، شرایط شکلی را که مقامات داخلی باید در وضع موازین حفاظتی رعایت کنند، بیان کرده است.^۲ ماده ۳ مقرر می‌کند که وضع یک اقدام حفاظتی تنها بعد از تحقیق و بررسی مقامات صلاحیت دار داخلی عضو مربوطه و بر طبق آئین‌هایی که از قبل محرزشده و عمومیت یافته است، امکان پذیر است.^۳ مقامات صلاحیت دار داخلی بایستی گزارش را منتشر و در آن یافته‌ها و نتایج مدلل خود را اعم از مسائل حکمی و موضوعی مربوطه بیان کنند.^۴ قصور در آن جام این وظیفه منجر به بی‌اعتباری رسمی اقدام حفاظتی خواهد شد. علاوه بر این، چنان چه در گزارش مقامات صلاحیت دار داخلی به موضوعات ماده ۲ (افزایش واردات) و یا ماده ۴ (آسیب جدی) پرداخته نشده باشد، این امر منجر به قصور در اثبات پیش شرط‌های مواد ۲ و ۴ شده و نهایتاً منتهی به نقض مواد ۲ و ۴ خواهد شد.

مبحث چهارم. استثنا راجع به اتحادیه‌های منطقه ای

استثنائات مربوط به اتحادیه‌های منطقه‌ای در ماده ۲۴ گات ۹۴ و ماده ۵ گاتس درج شده است. از اوایل دهه ۱۹۹۰ موافقتنامه‌های تجارت منطقه‌ای رو به فزونی گذاشته اند. مطابق آمار اخیر ۲۵۰۰ موافقتنامه تجارت منطقه‌ای لازم الاجرا شده است و در آینده نیز این تعداد افزایش می‌یابند.^۵ مثال‌های شناخته شده‌ای از این دست عبارتند از: جوامع اروپایی، موافقتنامه تجارت آزاد آمریکای شمالی (NAFTA)؛ اتحادیه ملت‌های جنوب شرق آسیا (ASEAN)، منطقه تجارت آزاد آمریکا (AFTA)؛^۶ بازار

۱ Appellate Body Report, "US – Lamp", op.cit., para. 179.

۲ Appellate Body Report, "US – Hot – Rolled Steel", op.cit., paras. (226 and 230).

۳ – این تعهدات شکلی در مواد ۶۰۳ و ۱۲ موافقتنامه حفاظت‌ها آمده است.

۴ – ماده ۳۰۱ موافقتنامه حفاظت‌ها، این تحقیق بایستی شامل اطلاع رسانی عمومی به همه ذی نفعان و افکار عمومی و یا دیگر طرق مقتضی که از آن طریق وارد کنندگان، صادر کنندگان و دیگر طرف‌های ذینفع بتوانند دلایل و نظرات خودشان درباره اینکه آیا اعمال یک اقدام حفاظتی به نفع عموم هست یا خیر، ارائه نمایند.

۵ www. WTO. Org, on 12 October 2003.

۶ – معاهده تجارت آزاد میان کانادا، مکزیک و ایالات متحده. North American Free Trade Agreement.

۷ American Free Trade Area

مشترک جنوب و شرق آفریقا (COMESA)، بازار مشترک جنوب (MERCOSUR)،^۲ بازار مشترک کارائیب (CARICOM)^۳ و موافقتنامه روابط اقتصادی نزدیکتر میان استرالیا و نیوزیلند.^۴ ۳۴ کشور آمریکای شمالی، جنوبی و مرکزی اخیراً مذاکره راجع به تأسیس یک منطقه تجارت آزاد متشکل از کشورهای آمریکایی FTAA^۴ را، آغاز کرده اند.

هدف از پذیرش چنین استثنایی، افزایش آزادی تجارت از طریق توسعه وحدت بیشتر روابط اقتصادی اعضا و تسهیل تجارت میان ملت‌های این مناطق است. شرط اصلی عدم رعایت رفتار دول کامله‌الوداد این است که این ترتیبات مانعی فرا راه تجارت اعضای سازمان که خارج از ترتیبات مذکور هستند با دولت‌های عضو این ترتیبات، ایجاد نکند.^۵

تا سال ۲۰۰۴، به جز دو عضو سازمان تجارت جهانی، بقیه اعضا در یک یا بیش از یکی از موافقتنامه‌های تجارت منطقه‌ای عضویت داشته اند. بخش مهمی از تجارت جهانی در قالب موافقتنامه‌های تجارت منطقه‌ای آن جام می شود.

ویژگی کلیدی موافقتنامه‌های تجارت منطقه‌ای این است که طرفین چنین موافقتنامه‌هایی پیشتر اعطا رفتار مطلوب تر به یکدیگر را در موضوعات تجاری وعده میدهند، به جای این که به دیگر شرکای تجاری شان چنین وعده‌ای دهند. اگر این شرکای تجاری از اعضای سازمان تجارت جهانی باشند، در آن صورت چنین رفتار تبعیض آمیزی با تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد که یکی از اصول بنیادین عدم تبعیض در حقوق سازمان تجارت جهانی است، مغایر خواهد بود. با این وجود، گات ۹۴ و گاتس، تحت شرایط خاص اجازه تأسیس اتحادیه‌های گمرکی یا حوزه‌های تجارت آزاد در قالب موافقتنامه‌های تجارت منطقه‌ای را داده اند. (بند ۴ ماده ۲۴)

اتحادیه (بازار مشترک جنوب) یک اتحادیه گمرکی میان کشورهای آرژانتین، برزیل، پاراگوئه و اروگوئه است که به انگیزه پشتیبانی از دموکراسی در این کشورها ایجاد شد. اما بایستی توازنی میان منافع کشورهایی که به دنبال ایجاد یک اتحادیه اقتصادی هستند و منافع کشورهایی که خارج از اتحادیه هستند، برقرار کرد.

۲- The Common Market of Eastern and Southern Africa

۲- اتحادیه گمرکی میان آرژانتین، برزیل، پاراگوئه و اروگوئه.

Mercado Comun del Sur.

۳- Common market of the caribbean

۴- Free Trade Area of the Americas.

۵- زایدل - هوهن فلدن، آیگناتس، حقوق بین‌الملل اقتصادی، زمانی، قاسم، مترجم، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش، ۱۳۸۵، چاپ چهارم، ص ۴۸.

۶- مغولستان و چین تایپه تاکنون عضو هیچ موافقتنامه تجاری منطقه‌ای نشده اند.

[http:// www. WTO. Org/english/- e/ region – e/ summary/e x Is](http://www.WTO.Org/english/-e/region-e/summary/e%20Is), 9 may 2004.

در مقدمه تفسیر ماده ۲۴ آمده است: "هدف از موافقتنامه‌های تجارت منطقه ای، تسهیل تجارت میان سرزمین‌های متشکله است و نه افزایش موانع بر تجارت با دیگر اعضا. طرفین چنین موافقتنامه‌هایی بایستی تا آن جا که امکان دارد از ایجاد اثرات منفی بر تجارت با اعضا دیگر، اجتناب نمایند." به هر حال قواعد سازمان تجارت جهانی بایستی تضمین کنند که موافقتنامه‌های تجارت منطقه‌ای بیشتر به ایجاد تجارت آن جامیده است تا بخواهد انحراف از آن باشد.

در دور دوحه، اعضای متعهد در جهت شفاف سازی و اصلاح قواعد فعلی قابل اعمال به موافقتنامه‌های تجارت بین‌المللی به مذاکره پرداختند.^۱

لذا، در مواقعی که هیچ پیشرفتی در تجارت چندجانبه و فراگیر نباشد و یا این پیشرفت کند باشد، تجارت منطقه‌ای به عنوان جانشین و جایگزینی برای تجارت جهانی به جلو می‌افتد. از طرف دیگر، چنین تلاش‌هایی سبب تشدید عدم پیشرفت در سطح چندجانبه گرایی شده و بسیاری از کشورهای فقیر دنیا، رها خواهند شد.^۲

حقوق سازمان تجارت جهانی، مزایای حاصل از اتحادیه‌های اقتصادی و آزادی تجارت را، حتی اگر متضمن تنها بخشی از اعضا باشد نیز قابل قبول دانسته است. رسیدن به درجاتی از آزادی تجارت در سطح منطقه‌ای آسان تر و پیش رونده‌تر از سطح جهانی می‌باشد. گفته می‌شود که آزادی تجارت در قالب بلوک‌های اقتصادی سریع تر رخ خواهد داد. همچنین آزادی تجارت منطقه‌ای می‌تواند سبب رشد اقتصادی منطقه شود و این به نوبه خود می‌تواند به تجارت بیشتر جهانی بینجامد. لذا وقتی تجارت میان شرکت کنندگان چنین مناطقی، جایگزین تجارت میان شرکت کنندگان و غیر شرکت کنندگان می‌شود، این سوال مطرح می‌شود که آیا موافقتنامه‌های تجارت منطقه‌ای منجر به ایجاد تجارت یا انحراف از تجارت می‌شوند. اما مطالعات اقتصادی در این خصوص نشان داده‌اند که اثرات ایجاد چنین مناطقی غالباً کمتر از اثرات سلبی و انحرافی آن است.

جدای از دلایل اقتصادی، کشورها می‌توانند بدلائل سیاسی سعی در تعمیق روابط اتحادیه اقتصادی و آزادی تجارت با بعضی از کشورها داشته باشند.

نمونه عالی این مسأله، جوامع اروپایی است که از طریق اتحادیه اقتصادی و آزادی تجارت میان اعضا، در پی ایجاد یک اتحادیه میان مردم اروپا هستند تا از وقوع مجدد جنگ جلوگیری کنند و موفق هم شده اند.

^۱ "Ministerial Conference Ministerial Declaration", adopted on 14 November 2001, WT/MIN(01)/ DEC/ 1, 20 November 2001, para. 29.

^۲ Bhagwati, J., "A Costly Pursuit of Free Trade", Financial Times, 6 March 2001, p.651.

ماده ۲۴ گات ۹۴

صدر ماده ۵ : ۲۴ گات ۹۴، مقرر می دارد که مقررات این موافقتنامه نایبستی مانع از تشکیل یک اتحادیه گمرکی، منطقه تجارت آزاد یا انعقاد موافقت نامه های موقتی که برای تأسیس اتحادیه های گمرکی یا مناطق تجارت آزاد لازم است، بشود.

در قضیه ترکیه - منسوجات، نهاد استیناف بیان کرد که مفهوم این ماده این است که مقررات گات ۹۴ نایبستی تشکیل اتحادیه گمرکی را غیر ممکن سازد. لذا، صدر ماده ۲۴ اجازه می دهد تا در شرایط خاصی، اقدامی که با مقررات دیگر گات در تعارض است، موجه شود و به عنوان دفاعی در برابر مغایرت با گات، مورد استناد قرار گیرد.^۱

مطابق ماده ۲۴ دو شرط لازم است تا اقدام مغایر با گات موجه شود:

۱. اقدام مربوطه، تمام شرایط مقرر بیان شده در حقوق سازمان تجارت جهانی را احراز کرده باشد.
 ۲. اگر اقدام مربوطه اجازه داده نشود، تشکیل اتحادیه گمرکی یا منطقه تجارت آزاد غیر ممکن شود.^۲ به عبارت دیگر تشکیل اتحادیه اقتصادی صرفاً مبتنی بر اقدام مربوطه باشد.
- نهاد استیناف در قضیه "ترکیه - منسوجات" صراحتاً به این شرایط اشاره کرده است.^۳

بند اول. اتحادیه های گمرکی

نهاد استیناف در قضیه "ترکیه - منسوجات" اشاره می کند که اولاً برای تأسیس یک اتحادیه گمرکی بایستی ثابت شود که هر دو شرط فوق الذکر به آن جام رسیده است و ثانیاً امکان ندارد که قبل از احراز شرط اول بررسی کرد که آیا شرط دوم، محرز شده است یا خیر. به عبارت دیگر اول باید تعیین کرد که آیا یک اتحادیه گمرکی وجود دارد یا خیر و سپس به شرط دوم پرداخت.^۴ اتحادیه گمرکی در ماده (الف) ۸ : ۲۴ گات ۹۴ تعریف شده است، مطابق این ماده دو معیار در تشکیل یک اتحادیه گمرکی باید رعایت شود: ۱. معیار تجارت داخلی میان اعضا متشکله اتحادیه گمرکی ۲. معیار تجارت اعضا متشکله با کشورهای ثالث. در رابطه با معیار اول، اعضا اتحادیه گمرکی می بایست به کلیه "تعهدات دیگر و مقررات محدود کننده تجارت" که مربوط به "کل تجارت ماهوی" میان اعضای تشکیل دهنده می شود، خاتمه دهند.

نهاد استیناف در قضیه "ترکیه - منسوجات" اشاره می کند که اعضا سازمان تجارت جهانی هرگز نتوانستند به توافقی بر سر تفسیر واژه "ماهوی" نائل شوند.^۵ از این رأی چنین برمی آید که "کل تجارت

1 Appellate Body Report, "Turkey – Textiles", op.cit., para. 45.

2 Ibid., para. 58.

3 Ibid., para. 59.

4 Ibid., para. 48.

ماهوی " همان کل تجارت نیست و نیز "کل تجارت ماهوی" چیزی بیش از "بخشی از تجارت" است.^۱ بایستی توجه داشت که اعضا یک اتحادیه گمرکی در صورت ضرورت می‌توانند مطابق ماده ۱۵ تا ۱۱ و ۲۰ گات ۹۴ مقررات محدود کننده خاصی از تجارت را در تجارت داخلی میان خود حفظ کنند. نهاد استیناف با پانل موافق بود در این که طبق بند اول ماده (الف) ۸ : ۲۴ باید قدری انعطاف به اعضا تشکیل دهنده یک اتحادیه گمرکی در هنگام آزاد سازی تجارت داخلی داد. اماد نهاد استیناف با قدری احتیاط اعلام می‌کند که درجه این انعطاف محدود به این امر است که تعهدات و دیگر قیود محدود کننده تجارت حذف شود.

در قضیه "آرژانتین - پوشاک پا (جوامع اروپایی)" مسأله این بود که آیا بند اول ماده (الف) ۸ : ۲۴ آرژانتین را به عنوان یکی از اعضا اتحادیه بازار مشترک جنوب از وضع اقدامات حفاظتی در برابر دیگر اعضا بازار مشترک جنوب منع می‌کند یا خیر؟ نهاد استیناف به این نتیجه رسید که این ماده اعضا را از وضع موازین حفاظتی در برابر کشورهای دیگر عضو بازار مشترک جنوب منع نمی‌کند. با توجه به اوضاع و احوال خاص این قضیه، نهاد استیناف حتی بر این نظر بود که آرژانتین لازم بوده است تا موازین حفاظتی را در برابر دیگر کشورهای بازار مشترک جنوب اعمال کند.^۳

مطابق نظر پانل در قضیه "آرژانتین - پوشاک پا (جوامع اروپایی)" می‌بایست توازنی میان قلمرو یک ارزیابی حفاظتی و قلمرو اقدامات حفاظتی برقرار نمود.^۴ لزوم توازن در قضیه "ایالات - متحده محافظ‌های فولاد" نیز مورد تأیید نهاد استیناف قرار گرفت.^۵ در این قضیه، مقام صلاحیت دار ایالات متحده، آسیب ناشی از کل واردات را ارزیابی کرد، اما بعداً موازین حفاظتی نسبت به واردات از کانادا، اسرائیل، اردن و مکزیک اعمال نشد.

لذا بند اول ماده (الف) ۸ : ۲۴ به اعضا اتحادیه گمرکی، در هنگام آزادسازی تجارت داخلی "قدری انعطاف" می‌دهد.

در رابطه با دومین معیار، یعنی معیار تجارت میان اعضا اتحادیه با کشورهای ثالث (خارج از اتحادیه)، مطابق بند دوم (الف) ۸ : ۲۴ گات ۹۴، اعضا تشکیل دهنده یک اتحادیه گمرکی ملزمند که همان تعهدات و مقررات بازرگانی ماهوی را در تجارت با کشورهای ثالث اعمال کنند. لذا اعضای تشکیل دهنده یک اتحادیه گمرکی ملزمند که یک نظام تجارت خارجی مشترک را در رابطه با تعهدات و هم دیگر مقررات بازرگانی اعمال نمایند. همان طور که نهاد استیناف در قضیه "ترکیه - منسوجات"، اشاره می‌کند، لازم نیست که هر

¹ Ibidem.

² Vanden Bossche, Peter, op.cit., p. 654.

³ Appellate Body Report, "Argentina – Foot Wear (EC)", op.cit., para. 113.

⁴ Appellate Body Report, "Argentina – Foot Wear (EC)", op.cit., paras. (113 and 8.87).

⁵ Appellate Body Report, "US – Steel Safeguards", op.cit., paras. (440 – 4).

یک از اعضا اتحادیه گمرکی همان تعهدات و مقررات بازرگانی را اعمال کند که دیگر اعضا اتحادیه در تجارت خود با کشورهای ثالث اعمال کرده اند.

بند دوم ماده (الف) ۸ : ۲۴ مقرر می دارد که تعهدات و مقررات بازرگانی ماهوی یکسانی اعمال گردد.^۱ همچنین عبارت "ماهیتاً یکسان" قدری انعطاف به اعضا تشکیل دهنده اتحادیه گمرکی در ایجاد یک سیاست بازرگانی مشترک می دهد.

اما نهاد استیناف مجدداً احتیاط کرده و این انعطاف را محدود می سازد.^۲ یک اتحادیه گمرکی مطابق ماده ۲۴ نه تنها بایستی شرایط ماده (الف) ۸ : ۲۴ را داشته باشد بلکه بایستی شرایط ماده (الف) ۵ : ۲۴ را هم داشته باشد. مطابق ماده اخیر، تعهدات و دیگر مقررات بازرگانی که بعد از تشکیل اتحادیه گمرکی اعمال می شوند، به طور کلی نباید بالاتر یا محدود کننده تر از وضع کلی تعهدات و دیگر مقررات بازرگانی باشند که قبل از تشکیل اتحادیه گمرکی اعمال می شده اند. بند دوم تفسیر ماده ۲۴ این شرط را توضیح می دهد. در رابطه با تعهدات، بند دوم مقرر می کند که ارزیابی از وضع کلی تعهدات مطابق ماده (الف) ۵ : ۲۴ ، هم قبل و هم بعد از تشکیل یک اتحادیه گمرکی اعمال می شود.^۳

همان گونه که نهاد استیناف در قضیه "ترکیه - منسوجات" اشاره می کند، مطابق گات ۱۹۴۷، نظرات متفاوتی در میان اعضا متعاهد گات راجع به این که آیا بایستی هنگام اعمال معیار ماده (الف) ۵ : ۲۴ ، نرخهای الزامی عوارض یا نرخهای اعمال شده عوارض را بررسی کرد یا خیر، وجود داشت. این موضوع در بند دوم تفسیر ماده ۲۴ که آشکارا بیان می کند که نرخ اعمال شده عوارض بایستی بکار رود، حل شده است.^۴

در رابطه با دیگر مقررات بازرگانی بند دوم تفسیر ماده ۲۴ بیان می کند که مشکل بتوان ارزیابی کرد که آیا وضع کلی مقررات بازرگانی بعد از تشکیل اتحادیه گمرکی محدود کننده تر از قبل تشکیل اتحادیه بوده است یا خیر. به ویژه بند دوم بیان می کند که ارزیابی و انبوهی مقررات بازرگانی نسبت به تعهدات و عوارض، پیچیده تر است. لذا بند دوم تفسیر ماده ۲۴ مقرر می دارد که "به منظور ارزیابی کلی از شیوع و فراوانی دیگر مقررات بازرگانی... بررسی موازین انفرادی (موردی)، آئین نامه ها، محصولات تحت شمول و جریان های تجاری تأثیرگذار می تواند لازم آید." معیار مندرج در ماده (الف) ۵ : ۲۴ در اصل یک معیار اقتصادی است

^۱ Appellate Body Report, "Turkey – Textiles", op.cit., para. 49.

نهاد استیناف با پائل در قضیه ترکیه - منسوجات موافق بود در اینکه عبارت همان تعهدات و دیگر مقررات بازرگانی ماهوی که از سوی هر یک از اعضا اتحادیه گمرکی اعمال می شود، شامل هم عناصر کمی و هم کیفی است. گرچه روی جنبه کمی بیشتر تأکید می شود.

^۴ Appellate Body Report, "Turkey – Textiles", op.cit., para. 50.

^۳ - دبیر کل سازمان تجارت جهانی، بایستی میانگین نرخهای تعرفه ای و عوارض گمرکی جمع آوری شده را مطابق با متدلوژی به کار رفته در ارزیابی تعرفه ها که در اروگوئه ارائه شد، محاسبه کند.

Para. 2 of the understanding on Article XXIV

⁴ Appellate Body Report, "Turkey – Textiles", op.cit., para. 53.

یعنی معیار قلمرو محدودیت تجارت قبل و بعد از تشکیل اتحادیه گمرکی.^۱ چنان چه در تشکیل یک اتحادیه گمرکی، عضو اتحادیه ملزم به افزایش تعهد مقرر شود (به این دلیل که عوارض اتحادیه گمرکی بالاتر از عوارض مقرر قابل اعمال قبل از تشکیل اتحادیه گمرکی بوده است)، در آن صورت مطابق ماده ۶ : ۲۴ گات ۹۴ آئین اصلاح جداول مندرج در ماده ۲۴ گات ۹۴، اعمال خواهد شد.^۲

آیین فسخ یا اصلاح امتیازات تعرفه‌ای قبلی، بایستی به منظور دستیابی متقابل به یک تعادل جبرانی رضایت بخش الزام آور شود.^۳

چنان چه کاهش در عوارض مشابه این در دیگر اعضا تشکیل دهنده اتحادیه گمرکی به اندازه‌ای نباشد که تعادل جبرانی ضروری باشد، در آن صورت اتحادیه گمرکی ملزم است که جبرانی را ارائه دهد.^۴ این جبران می‌تواند به شکل کاهش تعهدات در دیگر خطوط تعرفه‌ای باشد. چنان چه نتوان به هیچ توافقی روی تعادل جبران کننده رسید، در آن صورت اتحادیه گمرکی مختارست که امتیازات مورد بحث را اصلاح یا فسخ کند و اعضای که متأثر از این امر شده اند، می‌توانند امتیازات ماهوی معادل این را بر طبق ماده ۲۸ فسخ کنند.^۵

حال نوبت به شرط دوم می‌رسد. یعنی تشکیل اتحادیه گمرکی تنها متوقف بر اقدام مورد بحث باشد. به عبارت دیگر بدون وجود چنین اقدامی، تشکیل اتحادیه گمرکی غیر ممکن شود.

در قضیه "ترکیه - منسوجات"، اقدامات مورد اختلاف عبارت بود از محدودیت‌های کمی و مقداری که بر واردات پارچه و البسه از هند اعمال شده بود. ترکیه منکر این بود که این محدودیت‌های کمی با تعهداتش در مواد ۱۱ و ۱۳ گات ۹۴ و ماده ۲۰۴ موافقتنامه پارچه و البسه مغایر است. استدلال ترکیه این بود که این محدودیت‌های کمی مطابق ماده ۲۴ موجه هستند. زیرا بدون وضع چنین محدودیت‌های کمی بر منسوجات و البسه هندی، تشکیل اتحادیه گمرکی با جوامع اروپایی غیر ممکن خواهد شد.^۶

ترکیه همچنین مدعی بود که حتی اگر محدودیت‌های کمی را هم بر منسوجات و البسه هندی وضع نمی‌کرد، باز هم جوامع اروپایی این محصولات را از تجارت آزاد در چارچوب اتحادیه گمرکی میان جوامع اروپایی با ترکیه، استثنا کرده بودند. ترکیه معتقد بود که هدف جوامع اروپایی از این کار، جلوگیری از وضع محدودیت‌های کمی بر منسوجات و البسه هندی از طریق ورود آن‌ها به جوامع اروپایی از راه ترکیه بوده

¹ Ibid., para. 55.

² Vanden Bossche, Peter, op.cit., pp. (423-4).

³ Understanding on Article XXIV, para. 5.

^۴ - گات ۹۴، لازم نمی‌بیند که عضو منتفع از کاهش تعهدات بر مبنای تشکیل یک اتحادیه گمرکی، یک تعادل جبرانی را هم فراهم آورد.

Understanding on Article XXIV, Para 6.

⁵ Ibid., para. 5.

⁶ Appellate Body Report, "Turkey - Textiles", op.cit., para. 61.

است. صادرات پارچه و البسه ترکیه بالغ بر ۴۰٪ از کل صادرات ترکیه به جوامع اروپایی را تشکیل میداد لذا ترکیه قویاً تردیدهایی را در خصوص بند الف ماده (الف) ۸ : ۲۴ ، مطرح می‌ساخت. این که تعهدات و دیگر مقررات محدود کننده بازرگانی در رابطه با کل تجارت ماهوی میان ترکیه و جوامع اروپایی می‌تواند خاتمه یابد، در صورتی است که ۴۰ درصد از کل صادرات ترکیه به جوامع اروپایی، استثنا شود نهاد استیناف این استدلال را رد کرد و گفت: ما با پانل موافق هستیم در این که ترکیه همان محدودیت‌های کمی را که جوامع اروپایی اعمال کرده بودند را اتخاذ نکرده است. چنین اقداماتی نمی‌تواند ترکیه و جوامع اروپایی را از پیش شرط بند الف ماده (الف) ۸ : ۲۴ و نهایتاً تشکیل اتحادیه گمرکی بی‌نیاز سازد.

بند الف ماده (الف) ۸ قدری انعطاف، هرچند محدود به اعضا تشکیل دهنده اتحادیه گمرکی در آزاد کردن تجارت داخلی شان بخشیده است همان طور که پانل می‌گوید، جایگزین‌های دیگری در دسترس ترکیه و جوامع اروپایی برای جلوگیری از انحراف تجارت قرار داشته است. برای مثال، ترکیه می‌توانست قواعدی راجع به منشا منسوجات و البسه وضع کند، به نحوی که جوامع اروپایی بتوانند میان البسه و منسوجاتی که منشأ آن در ترکیه است و از دسترسی آزادانه به جوامع اروپایی از راه اتحادیه گمرکی بهره مندند و نظایر آن که منشأش در کشورهای ثالث از قبیل هند است، تمایز قائل شوند.^۲

بند دوم. مناطق تجارت آزاد

یکی دیگر از موارد خروج از اصل منع تبعیض و مغایر با گات ۹۴، ماده ۲۴ گات ۹۴ است. مطابق ماده (ب) ۸ : ۲۴ ، منطقه تجارت آزاد این گونه تعریف شده است: "یک منطقه تجارت آزاد متشکل از گروهی از سرزمین‌های گمرکی است (۲ یا بیشتر) که در آن به تعهدات و دیگر مقررات محدود کننده بازرگانی که ماهیتاً مربوط به کل تجارت میان سرزمین‌های تشکیل دهنده اتحادیه گمرکی که مبدأ کالاها در آن جاست، خاتمه می‌دهد. لذا اقدام غیر منطبق با گات هنگامی قابل توجیه است که اولاً اقدامی که مقدمه تشکیل یک منطقه تجارت آزاد است، شرایط ماده (ب) ۸ : ۲۴ ، و (ب) ۵ : ۲۴ ، را داشته باشد و ثانیاً اگر اقدام فوق مجاز نباشد، تشکیل منطقه تجارت آزاد غیر ممکن شود. (به جز موارد ضروری که مطابق مواد ۱۱، ۱۲، ۱۳، ۱۴، ۱۵، ۲۰ اجازه داده شده است)"

برخلاف تعریف اتحادیه گمرکی، منطقه تجارت آزاد تنها یک معیار برای تجارت داخلی میان اعضا تشکیل دهنده ذکر می‌کند و هیچ معیار دیگری برای تجارت اعضا اتحادیه با کشورهای ثالث ندارد.

¹Ibid., para. 61.

²Ibid., para. 62.

نهاد استیناف همچنین اشاره کرد که مطابق تصمیم ۱/۹۵ شورای اتحادیه جوامع اروپایی با ترکیه به طور خاص، امکان اعمال نظامی متشکل از منشأ گواهینامه‌ها را پیش بینی و مقرر نموده بود.

ترکیه به جای استفاده از این امکان، اقدام به وضع محدودیت‌های کمی بر واردات البسه و منسوجات هندی کرد.

معيار تجارت داخلی میان اعضاء تشكيل دهنده يك منطقه تجارت آزاد، حذف عوارض و ديگر مقررات محدود كننده بازرگانی است كه كل تجارت ماهوی میان اعضاء تشكيل دهنده را در بر می‌گیرد. این امر با معيار تجارت داخلی میان اعضاء تشكيل دهنده يك اتحادیه گمرکی يكسان است. لذا مباحثی كه در قسمت قبل راجع به اتحادیه گمرکی و رویه قضایی گفتیم، در این جا هم صادق است. منطقه تجارت آزاد مطابق ماده ۲۴، نه تنها بایستی شرایط ماده (ب) ۸ : ۲۴ را داشته باشد، بلکه لازم است شرایط مقرر در ماده (ب) ۵ : ۲۴ را هم احراز نماینداین مقرر بیان می‌کند: «در يك منطقه تجارت آزاد... تعهدات و ديگر مقررات بازرگانی مربوط به زمان تشكيل چنین منطقه ای، می‌تواند در سرزمین‌های هر يك از اعضای تشكيل دهنده منطقه در رابطه با تجارت با کشورهای ثالث یعنی کشورهایی كه عضویت در این منطقه ندارند، اعمال و حفظ شود... به شرطی كه فراتر یا محدود كننده‌تر از تعهدات و ديگر مقررات بازرگانی موجود در سرزمین‌های تشكيل دهنده منطقه قبل از تأسيس منطقه تجارت آزاد نباشد.»

احراز این شرایط نسبت به احراز شرایط اتحادیه گمرکی مطابق ماده (۴) ۵ : ۲۴ کمتر مشكل ساز است.^۱

در خصوص قید دوم یعنی اقدامی كه اگر اجازه داده نشود، تشكيل منطقه تجارت آزاد غير ممكن می‌شود، هیچ رویه قضایی در سازمان تجارت جهانی وجود ندارد.

بند سوم. موافقتنامه‌های موقتی

يکي ديگر از اقداماتی كه علی رغم مغایرت با گات مطابق ماده ۲۴ موجه است، موافقتنامه‌های موقتی مربوط به تأسيس اتحادیه‌های گمرکی و مناطق تجارت آزاد است. این موافقتنامه‌ها بایستی شرایط مقرر در دو بخش قبلی را داشته باشد.^۲ در واقع چنین چیزی، شناسایی مجدد این واقعیت است كه اتحادیه‌های گمرکی و مناطق تجارت آزاد يك شبه تأسيس نمی‌شوند با این وجود هر چند، اغلب اتحادیه‌های گمرکی و مناطق تجارت آزاد، لااقل در بخشی، مرحله به مرحله تكمیل می‌شوند، تنها تعداد بسیار کمی از آن‌ها هستند كه به صراحت به عنوان موافقتنامه‌های موقتی اشاره داشته‌اند.^۳ تعداد موافقتنامه‌های موقتی بسیار کمتر از آن چیزی است كه می‌توان انتظار داشت. ماده (۴) ۵ : ۲۴ گات ۹۴ در رابطه با موافقتنامه‌های موقتی مقرر کرده است: «هر موافقت نامه موقتی... بایستی دربردارنده طرح و جدولی برای تشكيل اتحادیه گمرکی یا منطقه تجارت آزاد در طول يك دوره زمانی متعارف باشد.»

¹ Vanden Bossche, Peter, op.cit., p. (653 – 9).

² W/REG/W/ 37, para. 47. Quoted in vanden Bossche, peter, op.cit., p. 659.

³ Understanding on Article XXIV, Para 3.

لذا تعجب آور نیست که چنین شرط مبهمی در گات ۱۹۴۷ مناقشه برانگیز شود. تفسیر ماده ۲۴ بیان می‌کند که این دوره زمانی متعارف نبایستی از ۱۰ سال فراتر رود مگر در شرایط استثنایی.^۱ لذا معلوم نیست که آیا و چطور این دوره زمانی ۱۰ ساله اعمال خواهد شد.

موافقتنامه‌های تجارت منطقه‌ای و کشورهای عضو در حال توسعه

تصمیم اعضای متعاهد گات در ۲۸ نوامبر ۱۹۷۹ راجع به اعطا رفتار مطلوب تر و متمایز، تقابل و مشارکت کاملتر کشورهای در حال توسعه به شرط توانمند سازی بر می‌گردد که در بخشی از آن چنین آمده است: ۱. علی‌رغم مقررات ماده الف موافقت نامه عمومی اعضا می‌توانند رفتار مطلوب تر و متمایز را به کشورهای در حال توسعه، و بدون این که چنین رفتاری را به دیگران اعطا کنند، بدهند.^۲

۲. مقررات بند ۱ اعمال می‌شود به: الف. ترتیبات منطقه‌ای یا جهانی لازم الاجرا میان کشورهای عضو کمتر توسعه یافته جهت کاهش یا حذف متقابل تعرفه‌ها و مطابق با معیار یا شرایطی که از سوی کنفرانس وزیران برای کاهش یا حذف موازین غیر تعرفه‌ای بر محصولاتی که از یک کشور به کشور دیگر وارد می‌شود.^۳

شرط توانمند سازی اکنون بخشی از گات ۹۴ شده است و لذا لازم الاجرا است این شرط اجازه وضع ترتیبات ترجیحی میان کشورهای عضو در حال توسعه را می‌دهد شرایط موافقتنامه‌های تجارت منطقه‌ای مطابق شرط توانمند سازی بایستی آسان تر و کلی‌تر از آن چه در ماده ۲۴ گات آمده است باشد در واقع بند ۳ شرط توانمند سازی تنها بیان می‌کند که:

«هر رفتار مطلوب تر و متمایزی بر طبق این شرط: الف. بایستی طوری طراحی شود که تجارت با کشورهای در حال توسعه را افزایش و تسهیل کند و منجر به تحمیل موانع یا ایجاد مشکلات ناروا بر تجارت با دیگر اعضا نشود.» موافقتنامه‌های تجارت منطقه‌ای مطابق شرط توانمند سازی شامل:

۱. معاهده مؤسس بازار مشترک جنوب و شرق آفریقا (COMESA)

۲. معاهده مؤسس بازار مشترک جنوب (MERCOSUR)

۳. برنامه تعرفه‌های ترجیحی عملی مشترک در منطقه تجارت آزاد ASEAN و AFTA می‌شود.

بند چهارم. موضوعات شکلی

۱ Vanden Bossche, Peter, op.cit., pp.(393 -4, 679 – 82).

۲ BISD 265/ 203.

۳- موافقتنامه‌های تجارت منطقه‌ای در داخل شرط توانمندسازی قرار می‌گیرند و توسط کمیته تجارت و توسعه بررسی می‌شوند.

اتحادیه‌های گمرکی و مناطق تجارت آزاد، همین طور موافقتنامه‌های موقتی منتهی به تأسیس چنین مناطق یا اتحادیه‌هایی مورد بازنگری سازمان تجارت جهانی قرار گرفتند تا مطابقت آن‌ها با گات ۹۴ تعیین شود. اعضای سازمان تجارت جهانی تصمیم گرفتند که برای تأسیس یک اتحادیه گمرکی یا منطقه تجارت آزاد یا انعقاد یک موافقتنامه موقتی بایستی این قصد به اطلاع شورای تجارت کالاها برسد از ۱۹۹۶ این اطلاعیه‌ها از سوی کمیته موافقتنامه‌های تجارت منطقه‌ای (CRTA)^۱ مورد بررسی قرار گرفتند گزارش‌های کمیته به شورای تجارت کالاها، به منزله توصیه به اعضاء در رابطه با مطابقت با گات تلقی می‌شود.^۲

بررسی مطابقت با گات یک تعهد بسیار پیچیده است پانل در قضیه "ترکیه - منسوجات" چنین گفت: "مطابقت با گات نیازمند بررسی جنبه‌های مختلف سیاسی، حقوقی و اقتصادی یک موافقت نامه تجارت منطقه‌ای از دیدگاه اعضاء مختلف توسط کمیته می‌باشد."^۳ اما چون رسیدن به یک کنسانسوس غیر ممکن است، کمیته تاکنون تنها یک گزارش درباره مطابقت اتحادیه گمرکی، منطقه تجارت آزاد یا موافقتنامه موقتی ارائه داده است.^۴

با این وجود گروهی بر این نظرند که با توجه به روند بازنگری سیاسی در تطابق اتحادیه‌های گمرکی، مناطق تجارت آزاد و موافقتنامه‌های موقتی با گات، پانل‌های حل و فصل اختلاف سازمان تجارت جهانی و نهاد استیناف صلاحیت تصمیم‌گیری راجع به چنین مطابقتی را ندارند. نهاد استیناف در "قضیه ترکیه - منسوجات" این نظر را رد کرده است.^۵

اتحادیه‌های گمرکی و اعضاء تشکیل دهنده مناطق تجارت آزاد بایستی به صورت دوره‌ای یعنی هر دو سال یکبار به شورای تجارت کالا، گزارش دهند.^۶ هر تغییر مهمی راجع به موافقتنامه‌های مؤسس اتحادیه‌های گمرکی یا مناطق تجارت آزاد بایستی به همان نحوی که واقع می‌شوند، گزارش شوند.^۷

۱- موافقتنامه‌های تجارت منطقه‌ای مشمول شرط توانمندسازی در کمیته تجارت و توسعه بررسی می‌شوند.

۲ Understanding on Article XXIV, Para 7.

۳- Panel Report, "Turkey - Textiles", op.cit., para. 9.52.

۴- گزارش اتحادیه گمرکی میان جمهوری چک و جمهوری اوسلوواکی WT/REG/W/37, 10 همینطور، مطابق گات ۱۹۴۷، کار گروه‌ها، مطابقت اتحادیه‌های گمرکی مناطق تجارت آزاد یا موافقتنامه‌های موقتی با گات را بررسی کردند و نتوانستند به جز در موارد بسیار اندک به یک نتیجه برسند.

۵- گرچه نهاد استیناف به این موضوع نپرداخت، اما صراحتاً به مشابه این موضوع در نتیجه گیری اش در قضیه "هند - محدودیت‌های کمی" اشاره

می‌کند. Appellate body Report, "Turkey - Textiles", op.cit., para. 60.

علاوه بر این باید به بند ۱۲، تفسیر ماده ۲۴ اشاره کرد که بیان می‌کند: مقررات مواد ۲۲ و ۲۳ گات ۹۴ به طرز استانداردهای در حل و فصل اختلافات اعمال شده و بکار رفته اند. تفسیر ماده می‌تواند در رابطه با هر موضوعی که ناشی از اعمال مقررات ۲۴ است، در رابطه با اتحادیه‌های گمرکی، مناطق تجارت آزاد یا موافقتنامه‌های موقتی منتهی به تشکیل یک اتحادیه گمرکی یا منطقه تجارت آزاد نیز مورد استناد قرار گیرد.

۶ Understanding on Article XXIV, para. 11.

۷- چنین الزامی در خصوص موافقتنامه‌های تجارت منطقه‌ای میان کشورهای عضو در حال توسعه وجود ندارد.

مبحث پنجم . استثنا توازن پرداخت ها

حقوق سازمان تجارت جهانی در مواد (ب) ۱۲ و ۱۸ گات ۹۴ و ماده ۱۲ گاتس این استثنا را بررسی کرده است. در تفسیر ماده (ب) ۱۸ گات ۹۴ مقررات راجع به توازن پرداخت ها به خوبی تشریح شده است. این قبیل استثنائات به اعضا اجازه می دهد تا اقداماتی را که مغایر با ماده ۲ و ۱۱ گات است به خاطر حفاظت از وضعیت مالی داخلی شان و حمایت از توازن پرداخت هایشان به کار ببندند. اقدامات راجع به توازن پرداخت ها، اقداماتی هستند که تجارت کالاها را محدود می کنند و می توانند به شکل محدودیت های کمی یا مشابه تعرفه باشند یعنی قیمت پایه یا اقداماتی نظیر (مالیات اضافی ورود). گفته می شود که اقدامات راجع به توازن پرداخت ها نبایستی فراتر از حد ضرورت وضع مالی خارجی عضو مربوطه رود. (در شرایط کاهش پس اندازهای پولی یا سطح پس اندازهای پولی) شرایط و الزامات مقرر برای اقدامات راجع به توازن پرداخت ها که از سوی اعضا در حال توسعه اتخاذ می شود به نسبت الزامات مقرر در این خصوص که از سوی دیگر اعضا اتخاذ می شود، منعطفانه تر است.

مبحث ششم. استثنائات راجع به توسعه اقتصادی

همان طور که در مقدمه موافقتنامه سازمان تجارت جهانی آمده است: "نیاز به طراحی تلاش های مثبتی در جهت دادن تضمین به کشورهای در حال توسعه می باشد... که سهمی را در رشد تجارت بین المللی متناسب با نیازهای توسعه ای اقتصادی شان داشته باشند."

"تلاش های مثبت" به نفع کشورهای در حال توسعه، اشکال زیادی دارد. تقریباً در تمامی موافقتنامه های سازمان تجارت جهانی، مقررات رفتاری خاص و متمایزی برای اعضا در حال توسعه جهت تسهیل ورود و ادغامشان در نظام تجارت جهانی و افزایش توسعه اقتصادی شان در نظر گرفته شده است. این مقررات بر می گردد به مقررات "رفتاری S و D" که خود به ۶ طبقه تقسیم می شود: ۱. مقرراتی که هدفش افزایش فرصت های تجاری برای کشورهای در حال توسعه است ۲. مقرراتی که اعضا سازمان تجارت جهانی بایستی منافع کشورهای عضو در حال توسعه را لحاظ و از آن محافظت کنند ۳. انعطاف تعهدات و استفاده از ابزار سیاست گذاری ۴. دوره های زمانی انتقال ۵. کمک فنی و ۶. مقررات مربوط به کشورهای توسعه نیافته

موافقتنامه سازمان تجارت جهانی، کمیته راجع به توسعه و تجارت را به منظور کمک فنی به کشورهای در حال توسعه ایجاد کرد، تا آن ها نیز بتوانند به طور کامل حقوق و تعهداتشان را مطابق

¹ "Committee on Trade and Development, Implementation of Special and Differential Treatment Provisions in WTO Agreement and Decisions", Note by the wto Secretariat. WT/COMTD/W/ 77/ Rev. 1, 21 September 2001, para.3.

موافقتنامه سازمان تجارت جهانی، تحصیل و اجرا نمایند و به طور موثر در مذاکرات تجاری شرکت کنند.^۱ تفسیر مقرر سازمان تجارت جهانی راجع به حل و فصل اختلاف، دربردارنده قواعد خاصی برای اعضا در حال توسعه به منظور کمک به این کشورها جهت مقابله با مشکلاتی که در پیش رو دارند نظیر شکایات یا دعاوی که علیه آن ها در رسیدگی به حل و فصل اختلاف در سازمان تجارت جهانی مطرح می شود، می باشد.^۲ ماده (۸) ۳۶ گات ۹۴ و شرط توانمند سازی مقرر می کند که در مذاکرات راجع به تعرفه با کشورهای توسعه یافته، کشورهای در حال توسعه، انتظار تقابل تعهدات را تا حدی دارند که با نیازهای تجاری، مالی و توسعه ای شان منطبق باشد.^۳ ماده (۱) ۳۷ گات ۹۴، کشورهای عضو توسعه یافته را به اولویت بخشیدن نسبت به کاهش و ختم موانع دستیابی به بازار و خودداری از معرفی موانع جدید بر محصولاتی که اخیراً یا به طور بالقوه به نفع صادرات کشورهای عضو در حال توسعه است، فراخوانده است.^۴

همچنین قواعد خاصی به کشورهای در حال توسعه که تعهدات آنتی دامپینگ و کنترولیوینگ را اعمال می کنند، تخصیص یافته است یا یارانه هایی که به این کشورها اعطا می شود.^۵ قواعد خاص و منعطف تری نیز به نفع کشورهای در حال توسعه ای که اقدامات حمایتی را اتخاذ می کنند وجود دارد، نظیر اتحادیه های گمرکی یا مناطق تجارت آزاد یا اتخاذ اقدامات راجع به توازن پرداخت ها.^۶ آن چه در این بین واجد اهمیت است و موضوع بحث ما را در استثنائات تشکیل می دهد یکی استثنا حمایت از صنایع نوپا است و دیگری نظام عام ترجیحات.

بند اول. استثنا حمایت از صنایع نوپا

یکی از مباحث قدیمی که برای توجیه محدودیت های تجاری به کار رفته است، بحث حمایت از صنایع نوپاست.^۷ در قران ۱۹، صنایع نوپای ایالات متحده و آلمان از رقابت با محصولات وارداتی مصون بودند. امروزه این بحث برای کشورهای در حال توسعه مهم است. کشورهای در حال توسعه می توانند در بعضی صنایع خاص منافع بالقوه ای داشته باشند اما تولید کنندگان آن ها هنوز در وضعیتی نیستند که با تولید کنندگان کشورهای توسعه یافته رقابت کنند. از طریق وضع عوارض گمرکی یا اعمال محدودیت بر واردات می توان

1 Vanden Bossche, Peter, op.cit., pp. (128 – 9 and 100 – 3 and 676).

2 Ibid., pp. (226 – 8).

این قواعد خاص (DSU) عبارتند از: ماده ۳۰۱۲ (راجع به اعمال تصمیم ۱۹۹۶) ماده ۱۰-۴ (راجع به مشورتها، ماده ۸۰۱۰ (راجع به ترکیب پانل ها)، ماده (۱۰) ۱۲ (راجع به مشورتها و زمان تهیه و ارائه ادله)، ماده (۱۱) ۱۲ (راجع به محتوای گزارش های پانل ها) ماده ۲۴ (راجع به کشورهای توسعه یافته) و ماده (۲) ۲۷ (کمک از دبیرکل سازمان تجارت جهانی)

3 Ibid., pp. (393 – 4, 676).

4 Ibid., PP(390- 677).

5 Ibid., PP(549 – 51, 586 – 7).

6 Ibid., PP(638, 639, 660 -1 668, 670).

7 Ibid., p. 26.

بحث راجع به حمایت از صنایع نوپا، اولین بار توسط الکساندر هامیلتون در ۱۹۷۱ مطرح شد.

تولید کنندگان داخلی را موقتاً حمایت کرد. در واقع به این ترتیب یک فضای تنفسی به آن ها داده می شود تا به اندازه کافی نیرومند شوند تا بتوانند با تولید کنندگان قَدَر رقابت کنند. ماده ۱۸ گات ۹۴ به کشورهای عضو در حال توسعه اجازه می دهد تا تحت شرایط خاصی، اقداماتی را اتخاذ کنند که با مقررات گات در تعارض است به این منظور که از صنایع نوپا در برابر رقابت وارداتی حمایت کنند. ماده (۲) ۱۸ گات ۹۴ تحت عنوان "کمک دولتی به توسعه اقتصادی" برای آن دسته از اعضا که نظام اقتصادی شان می تواند حداقل استانداردهای رفاهی را برآورده سازد و در مراحل اولیه توسعه هستند یعنی کشورهای در حال توسعه مقرر شده است.

بخش (الف) ماده ۱۸ یعنی ماده (۷) ۱۸ گات ۹۴ ارتباط خاصی با حمایت از صنایع نوپا دارد.^۲ مطابق با این ماده اگر یک عضو در حال توسعه بخواهد به منظور توسعه استقرار یک صنعت خاص، امتیاز تعرفه‌ای را اصلاح یا فسخ کند، می تواند چنین کند اما در عوض کشورهای عضو در حال توسعه بایستی وارد مذاکره به منظور تنظیم موافقتنامه‌ای راجع به تعدیل جبران کننده با اعضایی شوند که بواسطه فسخ یا اصلاح امتیاز تعرفه‌ای به طور عمده‌ای متأثر شده اند.^۳

چنان چه نتوانند به توافق برسند، شورای عمومی تصمیم می گیرد که آیا تعدیل جبرانی کافی بوده است یا خیر. اگر جبران را کافی دید، آن وقت عضو در حال توسعه مختار به فسخ یا اصلاح امتیاز تعرفه‌ای خواهد شد، مشروط به این که هم زمان به تعدیل جبرانی نیز ترتیب اثر دهد. اگر شورای عمومی جبران را کافی ندید، اما تلاش معقولی برای پیشنهاد جبران کافی صورت گرفته باشد، عضو در حال توسعه می تواند روند اصلاح و فسخ امتیاز را به پیش ببرد.^۴ هر عضو دیگری که متأثر از فسخ یا اصلاح می شود مختارست که امتیازات معادل این را در رابطه با کشور در حال توسعه فسخ یا اصلاح کند.^۵

مطابق گات ۱۹۴۷، شورای گات در تجویز اصلاح یا فسخ امتیازات به کشورهای در حال توسعه بدون این که نیازی به تعدیل جبرانی باشد، دستش باز بود. سهم این استثنا مطابق ماده (۷) ۱۸ تحت عنوان "توسعه اقتصادی کشورهای در حال توسعه" محدود شده است. ^۶در واقع استثنا حمایت از صنایع نوپا مطابق

^۱Article XVIII: 1 of the GATT 1994.

^۲بخش ب ماده ۱۸ یعنی ماده (۷) ۱۸ تا (۱۲) ۱۸ گات ۹۴، اشاره به استثنا توازن خاص پرداختها به نفع کشورهای در حال توسعه می کند. بخش ج ماده ۱۸ یعنی ماده ۲۱ تا ۱۳ گات ۹۴ به کشورهای عضو در حال توسعه اجازه میدهد تا برای رشد یک صنعت خاص از کمکهای دولتی استفاده کنند.

^۳ماده (۷) ۱۸ گات ۹۴

^۴ماده (ب) ۷ : ۱۸ گات ۹۴

^۵Ibidem.

^۶Vanden Bossche, Peter, op.cit., p.26.

ماده (۷) ۱۸ نمی‌تواند مورد استناد هر عضو در حال توسعه‌ای قرار گیرد مگر بعد از لازم الاجرا شدن موافقتنامه سازمان تجارت جهانی در ۱۹۹۵.^۱

بند دوم. نظام عام ترجیحات (GSP)^۲

۱. ترجیحات کشورهای در حال توسعه

مطابق با نظریه کلاسیک اقتصادی، شروط ملت کامل‌الوداد به ویژه آن‌هایی که متضمن رفتار ملی هستند، با تضمین عدم تبعیض و اعمال رفتار مساوی نسبت به محصولات وارداتی از کشورهای مختلف در امر هدایت تجارت بین‌الملل به سمت افزایش تولید مؤثرند.

چنین شروطی آشکارا صادرات کالاهای تولیدی از کشوری را که بهره‌مند از چنین نفع مشابهی هستند را تسهیل می‌کنند و واردات آن دسته از کالاهایی را که متأثر از همان عدم مطلوبیت مشابه است را افزایش می‌دهند. اکثر اقتصاددانان به سختی^۳ هنوز به این نظریه معتقد و وفادارند.^۴

در اواخر دهه پنجاه با شکست در اصلاح ایفای تعهدات مربوط به صادرات کشورهای در حال توسعه این سؤال مطرح شد که آیا لیبرالیسم نظام گات راهنمای مناسبی برای توسعه اقتصادی است؟

اغلب کشورهای در حال توسعه سیاستهای صنعتی شدنشان را از واردات کالا به صادرات محصولاتشان تبدیل کردند. کشورهای در حال توسعه بمنظور حفظ بازارهای صادراتی در کشورهای توسعه یافته خواهان گشوده شدن بازارهایشان به روی آن‌ها به صورت یکجانبه شدند.

در چنین زمانی کشورهای در حال توسعه اعمال صریح تقابل در نظام گات را مورد انتقاد قرار دادند، زیرا مشکلات زیادی را برای دولت‌هایی که در سطوح مختلف توسعه اقتصادی قرار داشتند و خواستار کسب امتیازات یکسان بودند فراهم می‌ساخت. لذا این کشورها خواستار برقراری نوعی رفتار خاص و ترجیحی و نیز اعمال استثنائاتی بر اصل تقابل بودند.^۵

۲. نظام عام ترجیحات در آنکتاد

در اولین جلسه آنکتاد در سال ۱۹۶۴ این جنبه از شرط مطرح شد که اعمال شرط ملت کامل‌الوداد نسبت به همه کشورها هر چند ممکن است برابری رسمی را به همراه داشته باشد، اما در واقع متضمن

1 Committee on Trade and Development, "Implementation of Special and Differential Treatment Provisions in WTO Agreements and Decisions", Note by the wto secretariat, addendum 4, WT/COMTD/ 77/Rev.1/ 7 February 2002.2.

2 General System of Preferences.

3 Grosso modo.

4 Ustor Endre., op.cit., p. 413.

5 Yanai, Akiko. "The Function of the MFN clause in the Global Trading System" (2002). Working paper Series 01/o2/- No. 3, APCE Study Center Institute of Developing Economies, online: <<http://www.heisummer.ch/pdf/introduction/oo3-Yanai-MFN-clause.pdf>>, p.16, 7.10.2007.

تبعیض ضمنی بر علیه اعضا ضعیف‌تر جامعه بین‌المللی نیز می‌تواند باشد. این نظر قویاً از طرف کشورهای در حال توسعه مطرح شد. آن‌ها مدعی بودند که چون نیازهای تجاری شان ماهیتاً متفاوت از نیازهای کشورهای توسعه یافته است، لذا این دو نوع رابطه اقتصادی نباید تابع قواعد یکسانی در روابط تجاری بین‌المللی قرار گیرد.^۱

در بخشی از هشتمین اصل کلی ضمیمه ۱ . ۱ . الف از توصیه نامه‌های آنکتاب که در اولین جلسه در سال ۱۹۶۴ با رأی مثبت در برابر ۱ رأی منفی و ۲۳ رأی ممتنع به تصویب رسید، آمده است که اعمال شرط ملت کامله‌الوداد در قلمرو روابط اقتصادی که شامل دولت‌هایی با توسعه اقتصادی نابرابر می‌باشد دشوار است.^۲

دبیر کل آنکتاب درباره معنای هشتمین اصل کلی چنین می‌گوید:

"فلسفه اصلی آنکتاب بر این فرض مبتنی است که نیازهای تجاری و اقتصادی کشورهای در حال توسعه، ماهیتاً با نیازهای تجاری و اقتصادی کشورهای توسعه یافته متفاوت است. در نتیجه دو نوع رابطه اقتصادی نباید موضوع یک قاعده حقوقی در روابط تجاری بین‌المللی قرار گیرد. برای اعمال شرط ملت کامله‌الوداد نسبت به همه کشورها قطع نظر از سطح توسعه کافی است که شرایط برابری رسمی در نظر گرفته شود. اما همان‌طور که بیان شد این امر متضمن تبعیض علیه اعضا ضعیف‌تر جامعه بین‌المللی است. اما به این معنا هم نخواهد بود که شرط ملت کامله‌الوداد را به کلی رد کنیم. هشتمین اصل کلی به این معناست که تجارت بین‌الملل می‌باید بر مبنای رفتار ملت کامله‌الوداد در جهت خدمت به منافع متقابل طرفین عمل کند. شناسایی نیازهای تجاری و توسعه‌ای کشورهای در حال توسعه برای یک دوره زمانی خاص، نیازمند این است که شرط ملت کامله‌الوداد نسبت به انواع خاصی از روابط تجاری بین‌المللی اعمال نشود."^۳

در گزارشی "تحت عنوان کشورهای در حال توسعه در گات" که به اولین جلسه کنفرانس ارائه گردید چنین آمده است: "هیچ اختلافی درباره نیاز به یک قاعده حقوقی در دنیای تجارت وجود ندارد. مسأله این است که آن حقوق چه ویژگی باید داشته باشد.

اگر فرض را بر این بگیریم که جهان اساساً جهانی یکنواخت است و ترکیبی از کشورهایی با توان برابر و سطوح توسعه اقتصادی یکسان و قابل مقایسه است، آنوقت این حقوق مبتنی بر اصول تقابل و عدم تبعیض

¹ Ustor Endre., op.cit., pp. (413 – 414).

² Official Records of the United Nations Conference on the Representation of States in their Relations with International Organizations, vol. II, Documents of the Conference (United Nations Publication, sales No. E. 75. v. 12), r. 221, para. 52.

³ YILC 1978, ILC Draft on Most – Favoured – Nation Clauses, vol. II, Part two, p. 54.

خواهد شد. در غیر این صورت، چنین حقوقی باید گوناگونی سطوح توسعه اقتصادی و تفاوت های نظام های اقتصادی و اجتماعی را در نظر بگیرد.^۱

با طولانی شدن و تمدید مذاکرات، رفتار ویژه و ترجیحی که در بخش چهارم موافقتنامه عمومی آمده بود، در دورکنندی (۵-۱۹۶۴) تصویب شد. ماده ۳۴، استثنائاتی را بر اصل تقابل ذکر می کند: به این نحو که کشورهای توسعه یافته نباید منتظر تقابل تعهداتی باشند که در مذاکرات تجاری نسبت به کاهش یا حذف تعرفه ها و یا دیگر موانع تجاری در برابر کشورهای کمتر توسعه یافته عضو بر عهده گرفته اند.^۲

در پاسخ به این خواسته ها و نیازها بود که اصل نظام عام ترجیحات غیر متقابل و غیر تبعیضی (GSP) در اولین جلسه آنکتاب در سال ۱۹۶۸ مورد توافق قرار گرفت.^۳

هدف اصلی آنکتاب از اقدام زود هنگام دستیابی به نظام عام ترجیحات غیر تبعیضی و غیر متقابل، نفع کشورهای در حال توسعه بود. نظریات اصلی آنکتاب در این حوزه در یادداشت تحقیقی آنکتاب بدین شرح توضیح داده شده است:

شرط ملت کامله الوداد در خصوص ارتباط میان کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه مشروط به شرایط مهمی شده است. این شرایط ناشی از اصل نظام ترجیحات غیر تبعیضی و غیر متقابل است. کشورهای توسعه یافته باید رفتار ترجیحی را در بازارهایشان نسبت به واردات کالاهای ساخته شده و نیمه ساخته شده کشورهای در حال توسعه اعمال کنند.

از این رفتار ترجیحی تنها تولید کنندگان محصولات کشورهای در حال توسعه بهره مند خواهند شد. همین طور کشورهای در حال توسعه الزامی به اعطای امتیازات معادل این به کشورهای توسعه یافته ندارند. لزوم یک نظام ترجیحی به نفع کلیه کشورهای در حال توسعه به شمار زیادی از توصیه نامه هایی بر می گردد که در اولین جلسه کنفرانس تجارت و توسعه ملل متحد به تصویب رسید. هشتمین اصل کلی بیان می کند: "کشورهای توسعه یافته باید امتیازاتی را به همه کشورهای در حال توسعه اعطا نمایند... و نباید در اعطا چنین امتیازاتی چشمداشتی داشته باشند."^۴ کنفرانس در توصیه نامه (۵) (۳) (الف)، پیشنهاد کرد تا دبیر کل سازمان، ترتیباتی را که برای تأسیس کمیته ای متشکل از نمایندگان دولتی مناسب می بیند، اتخاذ نماید... با این هدف که این ترتیبات متضمن بهترین روش برای اجرای چنین ترجیحاتی بر مبنای رفتار ملت کامله الوداد نسبت به کشورهای در حال توسعه باشد.^۵

^۱YILC, 1970, vol. II, p. 231, doc. A/CN. 4/ 228 and Add.1, para. 188.

^۲ Yanai, Akiko, Ibid, op.cit., pp. (16 – 17).

^۳ Ustor Endre., op.cit., p. 414.

^۴ Proceedings of the United Nations Conference on Trade and Development, vol. I, Final ACT and Report (United Nations Publication sales No. 64. II. B.11), p. 20.

^۵ Ibid, p. 39.

در دومین جلسه کنفرانس اصل رفتار ترجیحی نسبت به صادرات کالاهای ساخته و نیمه ساخته کشورهای در حال توسعه به اجماع مورد قبول قرار گرفت.^۱

در سال ۱۹۷۰ یک توافق غیر رسمی در سایه حمایت آنکتاد رسید. مطابق با آن هیچ کشوری نمی‌توانست حقوق ناشی از رفتار ملت کامله‌الوداد را در قبال تحصیل رفتار ترجیحی اعطا شده به کشورهای در حال توسعه که از طرف کشورهای توسعه یافته در قالب نظام عام ترجیحات صورت گرفته بود را مطالبه کند.^۲

جای آن نیست که به دلایل و ملاحظات بپردازیم که موضع گیری آنکتاد را در قبال موضوع ترجیحات نشان می‌دهد.

مسلماً، درجایی که توسعه صادرات محصولات اولیه بطئی است و صنایع داخلی درگیر محدودیت‌هایی است، رشد اقتصادی کشورهای در حال توسعه به هیچ روی نمی‌تواند مرهون توسعه صنایع صادراتی باشد. روشن است که برای تحصیل یک جای پای ثابت در بازارهای رقابتی کشورهای توسعه یافته، این کشورها نیازمند برخورداری از یک سری شرایط ترجیحی در یک دوره زمانی خاص می‌باشند.

پذیرفته شده است که در مراحل اولیه صنعتی شدن، شیوه‌های داخلی باید از یک بازار حمایت داخلی در برابر رقبای خارجی بهره‌مند باشند. چنین چتر حمایتی از طریق حمایت از صنایع نوپا در بازار داخلی بدست می‌آید.

پیشرفت صنایع صادراتی نیازمند یک بازار صادراتی حمایتی است. این امر از طریق برقراری شرایط ترجیحی دستیابی به بازار به نفع تولید کنندگان کشورهای در حال توسعه بدست می‌آید. فرض بر این است که رفتار ترجیحی نسبت به کالاهای ساخته و نیم ساخته تا زمانی که تولید کنندگان کشورهای در حال توسعه بتوانند در بازارهای جهانی رقابت کنند، ادامه خواهد داشت تا رسیدن به

¹ Ibid, second Session, I, Report and Annexes (United Nations Publication, sales No. E. 68. II. D. 14), p. 38.

مطابق با قطعنامه (۲) ۲۱:

۱- اهداف نظام عام ترجیحات غیر متقابل و غیر تبعیضی که به نفع کشورهای در حال توسعه، بخصوص موازین خاصی که به نفع کشورهای کمتر توسعه یافته هستند به قرار زیر است:

الف. افزایش درآمدهای صادراتی آنها

ب. پیشرفت صنایعشان

ج. تسریع نرخ رشد اقتصادی شان

۲. در پایان (نهاد) کمیته خاصی را راجع به ترجیحات به عنوان رکن فرعی هیأت توسعه و تجارت تأسیس می‌کند، تا بتواند کلیه کشورهای مربوطه را به شرکت در مشورت‌های ضروری قادر سازد...

"۴. درخواست می‌کنند... که هدف از این نظام، تحصیل مجوزهای لازم قانونی و ابطال و لغو واجب و ضروری دسته‌ای از مقررات ۱۹۶۹ می‌باشد که در موافقتنامه تعرفه و تجارت بیان شده است."

"۵. اشاره می‌کند به اینکه بسیاری از کشورها امیدوارند که این ترتیبات تا اوایل ۱۹۷۰ به اجرا درآید."

² Ustor Endre., op.cit., p. 414.

این مرحله شرایط دستیابی به بازارهای کشورهای در حال توسعه بر اساس شرط ملت کامله الوداد آن جام می شود. هر چند هدف آنکتابد برقراری یک نظام عام ترجیحات غیر متقابل برای همه کشورهای در حال توسعه می باشد، اما تنها شامل ترجیحات خاص یا عمودی نیست، بلکه این ترجیحات به ترتیبات ترجیحی که عملاً میان کشورهای در حال توسعه و توسعه نیافته لازم الاجرا شده است، نیز بر می گردد.

مثال بارزی از نمونه ترجیحات عمودی ترجیحاتی است، میان جامعه اقتصادی اروپا و هجده کشور آفریقایی که غالب آن ها مستعمرات فرانسه به حساب می آمدند و همین طور ترجیحات ترجیحی که میان انگلستان و کشورهای کامن ولث در حال توسعه مقرر شده است. این ترتیبات ترجیحی از دو جنبه با نظام عام ترجیحات متفاوت است.

۱. اولاً این ترتیبات، متضمن تبعیض به نفع گروهی از کشورهای در حال توسعه علیه دیگر کشورهای در حال توسعه هستند. بنابراین کشورهای در حال توسعه ثالث به طور عکس تحت تأثیر این ترتیبات قرار می گیرند.

۲. این ترتیبات متقابلند برای مثال، کشورهای اتحادیه آفریقا از شرایط ترجیحی دستیابی به بازار مشترک بهره مند می شوند و در برگشت، کشورهای بازار مشترک از دستیابی ترجیحی به بازارهای کشورهای اتحادیه آفریقا بهره مند می شوند. هرچند استثنائاتی وجود دارد.

همین طور ترتیبات ترجیحی خاصی که در ماده یک گات آمده، به نفع ترتیبات ترجیحی عمودی از اثر شرط ملت کامله الوداد کاسته است. مطابق با توصیه های آنکتابد این ترتیبات ترجیحی باید به تدریج به اجرا درآید برخلاف شرط ملت کامله الوداد که متضمن اعطای مزایای برابر به کشورهای ذی نفع در حال توسعه است.^۱

وضعیت آنکتابد در قبال موضوع ترجیحات خاص ناشی از مسائل گوناگون بود. به نظر آنکتابد وجود چنین ترتیبات ترجیحی می تواند مانعی بر سر راه تأسیس یک اقتصاد جهانی واحد باشد.

¹ "Proceedings of the United Nations Conference on Trade and Development", vol. I, Final ACT and Report (United Nations Publication, sales No. 64. II. B.11), p.20.

هشتمین اصل کلی بیان می کند که ترجیحات خاص فعلی که کشورهای در حال توسعه خاص در کشورهای توسعه یافته خاص از آن بهره مند می شوند، باید در یک دوره انتقالی انجام و مشروط به کاهش تدریجی باشند. این ترجیحات باید در زمانی که ترتیبات مؤثر بین المللی، حداقل منافع برابر را به کشورهای مربوطه که وارد عمل می شوند، اعطا می کنند، خاتمه یابند. همین موضوع مجدداً در توصیه شماره ۱ . ۲ . الف آمد. ترتیبات ترجیحی میان کشورهای در حال توسعه و توسعه یافته که متضمن تبعیض علیه دیگر کشورهای در حال توسعه است و برای حفظ و رشد درآمدهای صادراتی آنها و یا برای پیشرفت اقتصادی کشورهای کمتر توسعه یافته فعلی اساسی و لازم است، تا زمانی ادامه می یابد که موازین بین المللی مؤثر حداقل منافع برابر را به کشورهای در حال توسعه دیگر بصورت مساوی و بدون ترجیح یکی بر دیگری (Pari passu) اعطا کند و سپس لغو می شوند. این اقدامات بین المللی باید به تدریج و به طریقی که بتوانند تا قبل از پایان دهه توسعه عملی شوند ارائه گردند. Ibid, p.39.

وضعیت کشورهای در حال توسعه در بازارهای کشورهای توسعه یافته احتمالاً فشاری را بر کشورهای در حال توسعه ثالث وارد می‌آورد تا بتوانند مزایای انحصاری مشابه را در همان کشور توسعه یافته یا دیگر کشورهای توسعه یافته مطالبه نمایند.

کنوانسیون ۱۹۶۳ یا نونده، ترتیبات ترجیحی برقرار شده میان جامعه اقتصادی اروپا و هجده کشور آفریقایی را برشمرده است.

در نتیجه، کشورهای آفریقایی دیگر نظیر نیجریه، اوگاندا، تانزانیا و کنیا تشویق شدند تا به مطالبه چنین مقررات مشابهی با جامعه اقتصادی اروپا برخیزند.

علاوه بر این در کشورهای آمریکای لاتین احساسات فزاینده‌ای علیه تبعیض در بازار مشترک و خنثی سازی این ترجیحات بوجود آمد.

فراوانی ترجیحات خاص، میان دو گروه از کشورها می‌تواند در نهایت منجر به تقسیم اقتصاد جهانی به بلوکهای اقتصادی در حال رقابت شود. جدای از خطر فراوانی ترجیحات خاص، مسأله دیگر اعمال رفتار متقابل در آن هاست. مطابق این امر بعضی از کشورهای توسعه یافته تدریجاً به بازارهای کشورهای در حال توسعه دست می‌یابند.

به این دلایل آنکتاد پیشنهاد کرد که این ترجیحات به تدریج به اجرا درآید. اما در مورد کشورهای خاص بهره مند از دستیابی به ترتیبات ترجیحی که برای حفظ و رشد درآمدهای صادراتی شان اساسی بود نیز همین ترتیب در نظر گرفته شد به این دلایل، اجرای تدریجی ترجیحات خاص، مشروط به اعمال آن دسته از موازین بین‌المللی شد که حداقل منافع برابر را برای کشورهای ذی نفع در حال توسعه فراهم آورد.^۱ در قلمرو ترجیحات در دومین جلسه آنکتاد در ۱۹۶۸ طرفین متفقاً به مصالحه‌ای دست یافتند که در قطعنامه ۲۱(۲) منعکس شد. در مقدمه قطعنامه، نظام عام ترجیحات مورد تأکید قرار گرفت و از طرف دیگر وجود یک مرحله تدریجی برای اجرای ترجیحات، ضروری تلقی شد.

کمیته خاصی نیز در خصوص ترجیحاتی که از طریق قطعنامه ۲۱ مقرر شده بود به عنوان یک رکن فرعی کنفرانس توسعه و تجارت تأسیس گردید و موفق شد به نتایجی در خصوص نظام عام ترجیحات که در چهارمین جلسه ویژه در ژنو برگزار شد، نائل شود که این نتایج به تصمیم شماره ۷۵ (IV-S) کنفرانس توسعه و تجارت ضمیمه شد.^۲

^۱ UNCTAD, Research Memorandum No.33/Rev.1. pp. (19-27).

^۲ UNCTAD, Official Records of the Trade and Development Board, Fourth Special Session, Supplement No. 1 (TD/B/ 322).

بخشهایی از این سند مهم ذیلاً بیان می‌شود.

الف: کمیته خاص ترجیحات

۱- به قطعنامه (۲) ۲۱ سال ۱۹۶۸ کنفرانس توسعه و تجارت ملل متحد که در آن به اجماع به سود برقراری زود هنگام یک نظام متقابل قابل قبول از ترجیحات غیر متقابل و غیر تبعیضی که به حال کشورهای در حال توسعه مفید و سودمند باشد، توافق حاصل شد، اشاره می‌کند.

۲- موافقتنامه‌ای که اهدافش یک نظام عام غیر تبعیضی و غیر متقابل از ترجیحاتی است که به نفع کشورهای در حال توسعه است و شامل اقدامات خاصی به نفع کشورهای توسعه نیافته در میان کشورهای در حال توسعه می‌باشد و بایستی اولاً افزایش محصولات صادراتی ثانیاً افزایش صنایع و ثالثاً افزایش رشد نرخ توسعه اقتصادی کشورهای در حال توسعه را در نظر داشته باشد.

....

۹- این ترتیبات ترجیحی متقابلاً قابل قبولند و حاصل تلاش مشترکی است که از مذاکرات مفصل و طولانی میان کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه که در آنکتاد برگزار شد، بدست آمده است.

۱۰- تعیین کشورهای گیرنده ترجیحات، تا هر چه سریعتر ضمانت اجرای قانونی لازم یا هر ضمانت اجرای لازم دیگر با هدف اجرایی کردن ترتیبات ترجیحی تا سال ۱۹۷۱ مشخص شود.

ب: ترجیحات ملغی و ترتیبات خاص

۱- کمیته خاص مطابق با قطعنامه (۲) ۲۱ کنفرانس اشاره می‌کند که برای رسیدن به این هدف، در اصل، تمامی کشورهای در حال توسعه باید به عنوان ذینفع از آغاز شرکت کنند و در رابطه با مسأله ترجیحات ملغی که حل نشده باقی مانده است، توافق کنند. لذا به مذاکرات مستقیم بیشتر فی مابین طرفین نیاز خواهد بود. این مذاکرات بایستی به عنوان یک موضوع ضروری تلقی شود و دبیر کل آنکتاد در این مذاکرات به شرط توافق دولت‌ها در جهت یافتن راه حلهایی برای اجرایی کردن برنامه‌ها کمک خواهد کرد.

ج- ابزارهای حمایتی

کلیه برنامه‌های انفرادی پیشنهادی در خصوص ترجیحات، که ابزارهای حمایتی خاصی را مقرر می‌دارند بدین نحو که تا حدودی کشورهای اعطا کننده ترجیح بر تجارت و مزایای تعرفه‌ای جدیدی که ممکن است ارائه شود، کنترل داشته باشند. به عبارت دیگر کشورهای اعطا کننده ترجیح حق اعمال تغییرات در جزئیات اقدامات اجرایی و بویژه چنانچه ضرورت داشته باشد در محدود سازی یا اعراض و انصراف کلی یا جزئی از مزایای تعرفه‌ای اعطا شده را خواهند داشت. اما کشورهای اعطا کننده ترجیح اعلام می‌کنند که چنین اقداماتی استثنائی هستند و تنها بعد از بررسی کامل اتخاذ می‌شوند، تا جائیکه مقررات حقوقی این اجازه را به آنها بدهد و با در نظر گرفتن اهداف نظام عام ترجیحات و منافع عام کشورهای در حال توسعه و به ویژه منافع کشورهای کمتر توسعه یافته اتخاذ می‌گردند.

د- ذینفع‌ها

کمیته خاص اشاره به لوايح انفرادی ترجیحاتی می‌کند که کشورهای اعطا کننده ترجیح ارائه داده‌اند و وضعیت مشترک کشورهای عضو سازمان همکاری و توسعه اقتصادی که در بند ۱۳ از مقدمه سند محتوی لوايح مقدماتی کشورهای توسعه یافته به آن اشاره شده است.

به این شرح که در خصوص ذینفعان کشورهای توسعه یافته فوق بطور کلی براساس اصل خود انتخابی عمل خواهند کرد.

ه - اقدامات خاص به نفع کشورهای کمتر توسعه یافته در میان کشورهای در حال توسعه

۱- در اجرای قطعنامه (۲) ۲۱ کنفرانس، ضرورت خاص اصلاح وضعیت اقتصادی کشورهای کمتر توسعه یافته نسبت به کشورهای در حال توسعه مورد شناسایی قرار گرفته است.

آنچه مهم است، این است که چنین کشورهایی بایستی به کاملترین حد ممکن از نظام ترجیحات بهره مند شوند در این زمینه باید مقررات قطعنامه (۲) ۲۴ سال ۱۹۶۸ را به خاطر داشت.

۲- کشورهای اعطا کننده ترجیح تا آنجا که ممکن است مورد به مورد درج محصولاتی را که عمدتاً نفع صادراتی برای کشورهای کمتر توسعه یافته نسبت به کشورهای در حال توسعه دارند را بررسی خواهند کرد و تا جایی که مقتضی است کاهش تعرفه‌های بیشتر بر روی چنین محصولاتی را در نظر خواهند گرفت.

و- دوره زمانی برای نظام عام ترجیحات یک دوره ده ساله خواهد بود. بازنگری جامعی تا قبل از پایان دوره ده ساله انجام خواهد شد تا مشخص شود که آیا در پرتو اهداف قطعنامه کنفرانس (۲) ۲۱ نظام عام ترجیحات فراتر از آن دوره زمانی برود یا خیر.

ز- ترتیبات تأسیسی

۱- کمیته خاص ترجیحات می‌پذیرد که تشکیلات مناسب و مقتضی در نهاد آنکتاد جهت بررسی موضوعات مربوط به اجرای قطعنامه (۲) ۲۱ کنفرانس با در نظر گرفتن قطعنامه (۲) ۲۴ کنفرانس ایجاد شود. چنین نهادی اثرات نظام عام ترجیحات را بر صادرات و درآمدهای صادراتی، صنایع، و نرخ رشد اقتصادی کشورهای ذینفع بررسی خواهد کرد، بخصوص کشورهای کمتر توسعه یافته و در انجام این کار مسائل مربوط به سطح تولید فهرستهای استثنا شده، ابزارهای حمایتی و قوانین اصلی را در نظر خواهد گرفت.

ک - وضعیت حقوقی

۱- کمیته خاص به این نتیجه رسید که هیچ کشوری نمی‌تواند به فکر استیفای حقوقش بر طبق رفتار ملت کامله‌الوداد به جهت دستیابی کلی یا جزئی به رفتار ترجیحی ارائه شده به کشورهای در حال توسعه مطابق قطعنامه (۲) ۲۲ باشد و کشورهای عضو موافقتنامه عمومی راجع به تعرفه و تجارت می‌باید در جستجوی انصراف و اعراض از این حقوق تا حد امکان باشند.

۲- کمیته خاص اشاره به اظهارات کشورهای اعطا کننده ترجیح می‌کند که در آن وضعیت حقوقی ترجیحات تعرفه‌ای اعطا شده به کشورهای ذینفع از سوی هر یک از کشورهای اعطا کننده ترجیح بطور انفرادی تحت سیطره ملاحظات ذیل تعیین می‌شود:

مجمع عمومی به توافق اجماعی در کمیته ویژه ترجیحات توجه نمود و در مسیر استراتژی توسعه بین‌المللی در دومین دهه توسعه سازمان ملل متحد، طی قطعنامه ۲۶۲۶ (در اکتبر ۱۹۷۰) آن را مورد پذیرش قرار داد. ترتیبات راجع بر برقراری رفتار عام ترجیحی نسبت به صادرات کشورهای در حال توسعه در بازارهای کشورهای توسعه یافته در کنفرانس توسعه و تجارت ملل متحد ترسیم شده و متقابلاً از سوی کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه مورد پذیرش قرار گرفت و مقرر گردید تا کشورهای اعطا کننده ترجیح تا آن جا که ضرورت دارد به سرعت در جهت اجرای ترتیبات ترجیحی، تعیین پیش نیازهای قانونی و دیگر ضمانت اجراهای لازم پیش روند. در دومین جلسه کنفرانس، تلاشهایی در جهت اصلاحات بیشتر در خصوص چنین ترتیبات ترجیحی در پرتو اهداف قطعنامه ۲۱(۲) آن جام شد.

۳. نظام عام ترجیحات در گات (۱۹۴۷)

بخش چهارم موافقتنامه عمومی که متن اولیه آن در سال ۱۹۶۶ الحاق شد هدفش برآورده سازی نیازهای تجاری کشورهای در حال توسعه بود،^۱ اما کافی نبود. در دومین جلسه آنکتاد و در کمیته خاص ترجیحات دول عضو گات پذیرفتند که به کشورهای توسعه یافته این اختیار را بدهند که رفتار عام غیر تبعیضی مربوط به تعرفه‌های ترجیحی را برای محصولات تولید شده در کشورهای در حال توسعه معرفی و ارائه نمایند، این اختیار به شکل اعراض از حق است که در عبارات ماده ۲۵ موافقتنامه عمومی بیان شده است:

متن ماده به این شرح است:

اعضا متعاهد موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت:

هدف اصلی اعضا افزایش تجارت و درآمد صادراتی کشورهای در حال توسعه بخاطر افزایش توسعه اقتصادی آن‌ها می‌باشد. عملکرد مشترک و انفرادی برای توسعه اقتصادی بیشتر کشورهای در حال توسعه لازم و ضروری است.^۲

در دومین جلسه آنکتاد به یک توافق اجماعی در جهت تأسیس یک نظام قابل قبول و متقابل از ترجیحات عام غیر تبعیضی که به نفع کشورهای در حال توسعه باشد، دست یافته شد. و هدف از این امر افزایش درآمد صادراتی، افزایش صنعتی شدن و شتاب دادن به نرخ رشد اقتصادی چنین کشورهایی بود.

الف - اینکه تعرفه‌های ترجیحی ماهیتاً موقتی هستند.

ب - اعطای ترجیح یک تعهد الزامی نیست و به هیچ وجه نمی‌توان جلوی فسخ و الفا بعدی آن را کلاً یا جزئاً و یا کاهش بعدی تعرفه‌ها را بر مبنای ملت کامله‌الوداد گرفت، خواه یکطرفه باشد یا به دنبال اصلاحات تعرفه‌ای بین‌المللی صورت گرفته باشد.

ج - اعطای ترجیح مشروط به چشم پوشی از تعهدات بین‌المللی موجود به ویژه آنچه در موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت آمده است، می‌باشد.

۱ Year book of the ILC 1970, vol. II, p. 232, doc. A/CN. 4 / 228 and Add. 1, para. 192.

همچنین به ترتیبات متقابل و قابل قبولی که در آنکتاب در رابطه با برقراری رفتار ترجیحی تعرفه‌ای عام غیر متقابل و غیر تبعیضی در بازارهای کشورهای توسعه یافته، نسبت به محصولاتی که در کشورهای در حال توسعه تولید می‌شوند، وجود داشت، اشاره گردید.

اظهارات کشورهای توسعه یافته مبنی بر این که اعطای ترجیحات تعرفه‌ای تعهد الزامی تلقی نشده و آن‌ها ماهیتاً موقتی هستند نیز رد شد.

همچنین مقرر شد که ترتیبات ترجیحی پیشنهادی مانعی بر سر راه کاهش تعرفه‌ها بر پایه شرط ملت کامل‌الوداد نبوده، لذا:

"الف) بدون خدشه نسبت به هر مقرر دیگر از موافقتنامه عمومی، مقررات ماده یک بایستی برای یک دوره زمانی ده ساله نادیده گرفته شود، تا حدی که کشورهای توسعه یافته بتوانند مطابق با آئینی که در ذیل می‌آید رفتار ترجیحی تعرفه‌ای را به محصولاتی که در کشورهای در حال توسعه تولید می‌شود اعطا نمایند، و رفتار ترجیحی اشاره شده در مقدمه، به این کشورها و سرزمینهایشان بدون این که چنین رفتاری مشمول حال محصولات مشابه در دیگر کشورهای عضو شود، تعلق و گسترش یابد.

چنین ترتیبات ترجیحی تعرفه‌ای بایستی طوری طراحی شوند که تجارت از کشورهای در حال توسعه را تسهیل کنند و نه این که مانعی بر سر راه تجارت با دیگر اعضا متعاهد شوند.

ب) بدون این که قصد نسخه برداری از کار دیگر سازمان‌های بین‌المللی باشد، عملکرد این تصمیم مورد بازنگری قرار گیرد و قبل از انقضای دوره ده ساله و در سایه ملاحظات که در مقدمه آمد، مشخص شود که آیا این تصمیم مورد تجدید نظر قرار بگیرد یا خیر و اگر چنین است چه باید باشد.

ج) هر عضو متعاهدی که بخواهد در ترتیبات ترجیحی تعرفه‌ای که مطابق مقررات حاضر ارائه شده است اصلاحاتی را به عمل آورد باید به اعضای متعاهد، اطلاع دهد و تمامی اطلاعات مفید راجع به عملکردهایی که مطابق با تصمیم حاضر اتخاذ شده است را در اختیار آن‌ها قرار دهد.

همچنین هر عضو متعاهدی که مدعی است سود افزوده او به موجب موافقتنامه عمومی، در نتیجه ترتیبات ترجیحی، به طور ناروا مخدوش و کاسته شده است، بایستی فرصت کافی برای مشورت حول آن‌ها لحاظ شود.

هر عضو متعاهدی که ترتیب ترجیحی یا توسعه و گسترش بعدی آن ترتیب را منطبق با مقررات حاضر نمی‌بیند یا این که سود افزوده آن به موجب موافقتنامه عمومی یا گسترش بعدی ترتیب ترجیحی، به

طور ناروا کاهش یافته و مشورتها هم رضایت بخش نبوده است، باید موضوع را به نظر کلیه طرف های متعاقد برساند و آن ها توصیه هایی را که مقتضی بدانند، تنظیم نمایند.^۱

در سال ۱۹۷۱ نظام عام ترجیحات در قالب انصراف موقت از تعهدات ملت کامله الوداد غیرمشروط برای یک دوره ده ساله وارد نظام گات شد.

ادغام نظام عام ترجیحات در نظام گات، کشورهای در حال توسعه را قادر ساخت تا از ترجیحات تعرفه ای کشورهای صنعتی که مبتنی بر عدم تقابل بود، بهره مند شوند. هدف از این کار تقریب اقتصاد کشورهای در حال توسعه از طریق صدور محصولاتشان به کشورهای صنعتی بود، تا نهایتاً بتوانند در بازار جهانی رقابت کنند.^۲

۴. عملکرد نظام عام ترجیحات

علی رغم این که ترجیحات در نظام عام ترجیحات به طور ارادی و یکجانبه اعطا می شد، اما بسیاری از کشورهای صنعتی برنامه نظام عام ترجیحات را به صورت جداگانه مورد عمل و تصویب قرار دادند.

برای مثال جوامع اروپایی اجرای برنامه نظام عام ترجیحات را در سال ۱۹۷۱ شروع کرد و ایالات متحده قانون تجارت خود را در سال ۱۹۷۴ تصویب کرد.^۳

اتحاد جماهیر شوروی اولین کشوری بود که از همان ابتدای سال ۱۹۶۵ نظام یک طرفه واردات آزاد از تعرفه را برای کشورهای در حال توسعه به رسمیت شناخت. چنین رفتاری نسبت به انواع تولیدات قابل اعمال بود.

هیچگونه شرایطی نیز برای اتمام دوره یا تجدید تعهدات در نظر گرفته نشد. شوروی علاوه بر قبول ترجیحات تعرفه ای به طرح ریزی اقدامات دیگری در جهت افزایش واردات از کشورهای در حال توسعه بر طبق خطوط راهنمایی که در اعلامیه مشترک کشورهای سوسیالیست کشورهای اروپایی شرقی تشریح شده بود، ادامه داد. (سخنان نماینده اتحاد جماهیر شوروی در کمیته ویژه ترجیحات)^۴

استرالیا در سال ۱۹۶۶ نظام یک طرفه محدودتری را در پیش گرفت و مجارستان نیز در ۱۹۶۸ نظام خود را اعلام نمود. ذکر بعضی از جزئیات دستورالعمل اخیر در مورد مجارستان می تواند عملکرد برنامه عام ترجیحات را روشن سازد.

1 Decision of 25 June 1971, "GATT Basic Instruments and Selected Documents Eighteenth Supplement" (sales No: GATT 1972, pp. (24-26).

2 Yanai, Akiko, op.cit., p.17.

3 Ibidem.

4 Official Records of the Trade and Development Board, Tenth Session, Supplement No. 6A (TD/B/329/Rev.1), part two, para. 192.

مجارستان در سال ۱۹۷۱ و ۱۹۷۴ فهرست ترجیحی خود را به طیف وسیعی از تولیدات کشاورزی و صنعتی گسترش داد که به درخواست کشورهای در حال توسعه صورت گرفته بود و شامل گزینه‌هایی به نفع کشورهای کمتر توسعه یافته در بین کشورهای در حال توسعه بود.

قلمرو این کاهش‌های تعرفه‌ای برحسب فرمان حکومتی معین شد. نرخ تعرفه ترجیحی بین ۵۰٪ تا ۹۰٪ زیر نرخهای تعرفه‌ای ملت کامل‌الوداد قرار داشت و بیش از صد کالا را کاملاً از گمرک معاف می‌کرد. کشورهای ذی نفع در حال توسعه در آسیا، آفریقا و آمریکای لاتین که به طور عمده درآمد داخلی شان کمتر از مجارستان بود و علیه این کشور تبعیض روا نمی داشتند و روابط تجاری خود را با مجارستان حفظ نموده بودند و می‌توانستند دلایل موجهی برای کالاهایی که شایسته رفتار ترجیحی بودند، ارائه دهند در شمول این گروه قرار می‌گرفتند.

فرض بر این بود که مبدأ کالا در کشور ذی نفعی قرار دارد که یا در آن کشور تولید و یا ۵۰٪ ارزش آن در کشور مربوطه بدست آمده است.^۱

لذا نظام مجارستان موقتاً تنها به کشورهایی مجوز ترجیحات را داد که از اول ژانویه ۱۹۷۲ ترجیحات خاصی را (ترجیحات وارونه) به کشورهای توسعه یافته خاص تسری داده بودند.

جامعه اقتصادی اروپا برنامه ترجیحات عام را در سال ۱۹۷۱ اعلام کرد و مطابق آن اجازه ورود کالاهای ساخته شده و نیمه ساخته را از تعدادی از کشورهای در حال توسعه فارغ از عوارض گمرکی اعطا نمود. محدودیتهای سختی برای کیفیت کالاهای وارداتی وضع شد و آیتم‌های حساس خاصی نیز برای ورود کالاهایی مثل منسوجات و کفش در نظر گرفته شد. این محدودیتهای باعث شد که از نقش بخشندگی و اعطا کنندگی رفتار کاسته شود. نظام ترجیحی ایالات متحده در عنوان پنجم قانون تجارت ۱۹۷۴ آن کشور آمده است. بخش ۵۰۱ به رئیس جمهور اجازه می‌دهد که ترجیحات را گسترش دهد و بخش ۵۰۲ به تعریف کشورهای ذی نفع در حال توسعه می‌پردازد و کشورهای خاصی را استثناء میکند. بخش ۵۰۳ آن دسته از موادی را که شایسته اعطا رفتار ترجیحی است، تعیین نموده و بعضی از مواد حساس وارداتی را استثناء نموده است.

¹ GATT Documents, L/3301 and L/4106.

ابزار حمایتی مقرر بدین نحو بود که وزرای تجارت خارجی زمانی با همکاری رئیس هیأت دولت می‌توانستند در خصوص مواد و قیمت‌ها، اعمال نرخهای تعرفه‌ای مقرر در ستونهای ۱ و ۲ و ۳ را افزایش، کاهش یا معلق کنند. (ستونهای ۱ و ۲ تعرفه گمرکات، نرخهای تعرفه‌ای ترجیحی و کامله الوداد را نشان می‌دهد. (بخصوص نرخهای تعرفه‌ای مندرج در ستون ۳ نسبت به کالاهایی اعمال می‌شود که در کشورهایی تولید می‌شود که نه رفتار ترجیحی و نه رفتار ملت کامله الوداد نسبت به آنها قابل اعمال است.)

آیین نامه تفصیلی در اول ژانویه ۱۹۷۱ به اجرا درآمد. در سال ۱۹۷۴ تعداد کشورهای ذینفع افزایش یافت. نظام پوششی کالاها گسترده‌تر گردید و مقادیری از نرخهای تعرفه‌ای کاهش یافت.

² Public Law 93-918; came in to force on 3 January 1975, for text, see U.S. code congressional and Administrative News, Washington, D.C. No.13 (30 January 1975), p. 695.

بخش ۵۰۴ شامل محدودیت هایی در خصوص رفتار ترجیحی است. بخش ۵۰۵ یک محدوده زمانی ده ساله را برای رفتار فارغ از عوارض در نظر گرفته که در طول این مدت امکان تجدید نظر کامل نسبت به عملکرد کل نظام ترجیحی بعد از ۵ سال وجود دارد.

در خصوص نتایج زیان بار یا موفقیت آمیز نظام عام ترجیحات، در گزارش پنجمین جلسه ویژه هیأت توسعه و تجارت در آوریل و می ۱۹۷۳ چنین آمده است: نمایندگان کشورهای در حال توسعه اظهار می دارند که هر چند پیشرفت هایی در اجرای نظام عام ترجیحات حاصل شده است اما خود نظام به تنهایی و به اندازه کافی از حیث شرایط، از اهداف نظام دور افتاده و بنابراین اجرای آن هم بسیار ناامیدانه است... این کشورها به این نتیجه رسیدند که منافع واقعی برنامه ها هنوز به بار ننشسته است. زیرا اولاً پوشش برنامه ها از نظر عملکردی محدود است و ثانیاً محدودیت هایی بر واردات ترجیحی به طور غیر مستقیم از طریق تعیین سقف ها و اعمال موانع غیر تعرفه ای تحمیل شده است.

نمایندگان چند کشور در حال توسعه که در بین آن ها چند کشور کمتر توسعه یافته نیز بود احساس کردند که نظام عام ترجیحات، نفع بسیار کم یا حتی هیچ منفی نداشته است، زیرا کشورهای آن ها کالاهایی را تولید نکرده اند، بلکه تنها مواد اولیه و محصولات کشاورزی نیمه فرآوری شده را فراهم کرده اند، که تحت نظام عام ترجیحات در نمی آید. علاوه بر این شروط حمایتی که در برنامه ها آمده است، اجازه انحراف از نظام را در جهت محدودسازی قلمرو ترجیحات داده و با ایجاد یک عدم ثبات قابل ملاحظه، باعث ناهمگون شدن چنین ترجیحاتی شده است.^۱

منشور حقوق و تعهدات اقتصادی ۱۲ دسامبر ۱۹۷۴ نیز دربردارنده مقرراتی در خصوص مشکلات مطروحه بود که. ماده ۱۸ و ۱۹ آن در رابطه با نظام عام ترجیحات است، مطابق ماده ۱۸: "کشورهای توسعه یافته باید نظام عام ترجیحات تعرفه ای غیر تبعیضی و غیر متقابل را به کشورهای در حال توسعه در راستای تطابق با نتایج توافق شده و تصمیمات مرتبطی که در این خصوص اتخاذ شده است، گسترش داده و آن را اصلاح نمایند."

به منظور نیازهای توسعه ای و تجاری کشورهای در حال توسعه، در چارچوب سازمان های بین المللی صلاحیت دار، کشورهای توسعه یافته بایستی توجه جدی نسبت به اتخاذ اقدامات متفاوت در حوزه هایی که امکان پذیر است و اقتضای آن را دارد و به شیوه هایی که بتواند رفتار خاص و مطلوب تری را فراهم سازد، مبذول دارند. در روابط اقتصادی بین المللی، کشورهای توسعه یافته بایستی کوشش کنند تا از اقداماتی که

^۱ "Official Records of the General Assembly Twenty – Eight Session", supplement. No. 15 (A/9015/Rev.1), part one, chap. I, paras (89 and 90).

اثر منفی بر توسعه اقتصاد داخلی کشورهای در حال توسعه دارد، پرهیزند و بجای آن ترجیحات تعرفه‌ای عام و دیگر اقدامات متفاوتی را که به نفع آن‌ها توافق شده است، افزایش دهند.

ماده ۲۶: "کلیه دولت‌ها موظفند که با هم در صلح زندگی کنند و وجود یکدیگر را تحمل کنند، بدون این که به تفاوت‌های نظام‌های اقتصادی و سیاسی اجتماعی و فرهنگی یکدیگر توجه کنند و تجارت میان کشورهایی با نظام‌های اقتصادی و اجتماعی متفاوت را تسهیل نمایند. تجارت بین‌المللی نباید خدشه‌ای به ترجیحات غیر متقابل عامی که به نفع کشورهای در حال توسعه، بر مبنای سود متقابل، منافع یکسان و مبادله رفتار ملت کامله‌الوداد برقرار می‌شود، وارد سازد."

در چهارمین جلسه کنفرانس ملل متحد راجع به تجارت و توسعه که در ۱۹۷۶ در نایروبی برگزار شد، قطعنامه ۹۶(۴) «تحت عنوان مجموعه‌ای از اقدامات حمایتی متقابل و مرتبط برای گسترش و تبدیل صادرات کالاهای ساخته و نیمه ساخته از کشورهای در حال توسعه» به تصویب رسید، که هدفش تقویت و گسترش نظام عام ترجیحات بود.^۱

¹ Trade and Development Board Decision 75 (s-IV) of 13 october 1970, annex

در بخش I آن قطعنامه تحت عنوان "اصلاح دسترسی به بازارهای کشورهای توسعه یافته برای کالاهای ساخته و نیمه ساخته کشورهای در حال توسعه" چنین آمده است:

"دستیابی به بازارهای کشورهای توسعه یافته برای کالاهای ساخته و نیمه ساخته بایستی به ویژه در حوزه‌های زیر اصلاح شود:
الف) نظام عام ترجیحات:

۱- نظام ترجیحات غیر متقابل و غیر تبعیضی بایستی به نفع کشورهای در حال توسعه با در نظر گرفتن منافع آن دسته از کشورهای در حال توسعه‌ای که بهره‌مند از منافع ویژه هستند، همچنین نیاز به یافتن راه‌ها و طرقی برای حمایت از منافع شان، اصلاح شود. کشورهای اعطا کننده ترجیح بایستی در برنامه‌های مربوطه از طریق تصویب اقدامات ذیل به این هدف نائل شوند:

۱- توسعه پوششی نظام، به نحوی که قابل اعمال به محصولات صادراتی بسیاری باشد که به نفع کشورهای در حال توسعه می‌باشد، با در نظر گرفتن ضرورت‌های صادراتی کشورهای در حال توسعه و تمایلشان به داشتن چنین محصولاتی که در طرحها آمده است.

۲- ورود بدون عوارض گمرکی کالاهای ساخته و نیمه ساخته شده و افزایش معتنا به سقفها و مظنه‌های تعرفه‌ای برای چنین کالاهایی، تا جاییکه امکان پذیر است.

۳- اعمال قواعد مربوط به عملکرد آزادانه و منعطف از قواعد مربوط به اجرای طرحها تا جاییکه امکان پذیر است.

۴- ساده کردن، یکنواخت سازی، و اصلاح قواعد اولیه نظام عام ترجیحات به منظور تسهیل حداکثر بهره‌گیری از طرحها و صادرات کالاهای مندرج در آن برنامه‌ها. کشورهای اعطا کننده ترجیح که تاکنون چنین نکردند، بایستی توجه خاص به تصویب اشکال خاص و مقتضی از رفتارهای چند منشأیی در رابطه با طرحهای مربوطه مبذول دارند.

۵- جرح و تعدیل نظام عام ترجیحات، بمنظور پاسخ بهتر به نیازهای کشورهای در حال توسعه به ویژه با در نظر گرفتن منافع خاص کشورهای توسعه نیافته.

ب) کشورهای اعطا کننده ترجیح بایستی مقررات قطعنامه ۲۱(II) کنفرانس در رابطه با نظام عام ترجیحات غیر متقابل و غیر تبعیضی را اجرا کند.

ج) نظام عام ترجیحات باید فراتر از دوره موقت ده ساله رود، چرا که اجرای طرح صادرات در حال توسعه نیاز به یک دوره طولانی مدت دارد لذا، مقررات بخش سوم کمیته خاص ترجیحات که در بخش دوم جلسه چهارم تصویب شد، باید در نظر گرفته شود.

د) نظام عام ترجیحات برای کمک به نیازهای توسعه‌ای کشورهای در حال توسعه بنا شده و باید تنها به این منظور بکار رود و نه به عنوان ابزاری جهت اعمال فشارهای سیاسی یا اقتصادی یا اقدام تلافی‌جویانه علیه کشورهای در حال توسعه. به این منظور اتخاذ سیاستهایی که هدفشان منفرداً یا مشترکاً حمایت از منابع ملی و داخلی است، لازم و ضروری است."

موازن مضاعف برای افزایش انتفاع از نظام عام ترجیحات

ه) کشورهای اعطا کننده ترجیح و کشورهای ذینفع بایستی تلاشهای خود را تا آنجا که ممکن است در جهت انتفاع از طرحهای متفاوت ترجیحات عام به همراه تمامی وسایل مقتضی و لازم بکار گیرند. در همین زمینه کشورهای توسعه یافته بایستی تلاشهای خود را جهت ارائه کمک فنی به کشورهای منتفع از ترجیحات عام بویژه کشورهای کمتر توسعه یافته بکار گیرند تا اینها بتوانند حداکثر سود را از ترجیحات ببرند. از جمله اقدامات دیگر این است

قطعه‌نامه ۳۱/۱۵۹، ۲۱ دسامبر ۱۹۷۶ مجمع عمومی نیز بر قطعه‌نامه کنفرانس تجارت و توسعه صحه گذاشته و آن را تأیید کرد به این شرح:

... ۶- مجمع عمومی ضمن تأیید قطعه‌نامه (۴) ۹۶، ۱۹۶۷ کنفرانس تجارت و توسعه در رابطه با مجموعه‌ای از اقدامات حمایتی متقابل و متعامل برای گسترش و توسعه صادرات کالاهای ساخته و نیمه ساخته از کشورهای در حال توسعه، به ویژه تصمیماتی در رابطه با گسترش پوشش نظام عام ترجیحاتی بر شمار بیشتری از محصولات صادراتی که به نفع کشورهای در حال توسعه بود و نیز گسترش این نظام به فراتر از یک دوره ده ساله، از کشورهای توسعه یافته می‌خواست تا جایی که ممکن است این را سر لوحه مستمر سیاستهای تجاری شان قرار دهند.^۱

بنابراین به نظر می‌رسد که در خصوص داشتن یک نظام عام ترجیحاتی که ویژگیهای آن ذکر گردید، توافق عامی میان دولت‌ها وجود دارد که در نهادهای ملل متحد نیز به آن تصریح شده است و نیز روی این اصل که دولت‌ها خودداری می‌کنند، از این که بخواهند حقوقی را مطالبه نمایند که به کشورهای در حال توسعه بموجب شرط ملت کامله‌الوداد از طرف کشورهای توسعه یافته در حوزه رفتارهای ترجیحی اعطا شده است.^۲ لذا کشورهای عضو گات بموجب شرایط بیان شده در فوق از حقوق خود بر طبق رفتار ملت کامله‌الوداد که در ماده یک موافقتنامه عمومی آمده است، اعراض می‌نمایند.^۳

در سال ۱۹۷۱ گات تصمیم به فسخ مقررات ماده یک برای یک دوره زمانی ده ساله گرفت و به اعضای توسعه یافته اجازه داد که در برابر صادرات کشورهای در حال توسعه رفتار تعرفه‌ای ترجیح آمیز داشته باشند. در سال ۱۹۷۹ این نظام به فراتر از ده سال اول خود مطابق تصمیم اعضای متعاهد گات گسترش یافت. این تصمیم در پی مذاکرات در چارچوب دور توکیو اتخاذ گردید. لذا تصمیم ۱۹۷۱ گات یعنی اعراض از شرط ملت کامله‌الوداد برای یک دوره ده ساله، شرط ملت کامله‌الوداد را به یک شرط ملت کامله‌الوداد "توانمند" تبدیل کرد و به این ترتیب وضعیت حقوقی کاملی را به نظام عام ترجیحات در گات بخشید و محدودیت مهم

که این کمکها می‌تواند به شکل اطلاع رسانی بهتر به کشورهای ذینفع در رابطه با منافع اعطا شده و همچنین به شکل آموزش فنی به پرسنل کشورهای در حال توسعه که نظام عام ترجیحات را بررسی می‌کنند، انجام شود. علاوه بر این توصیه شد که آنکتاد با کمک نهادهای بین‌المللی مربوطه کار را در زمینه انتشار اطلاعات، افزایش تجارت و افزایش صنعتی شدن کالاهایی که تحت شمول نظام عام ترجیحات هستند، ادامه دهد. (و) مقررات فوق توسط کشورهای سوسیالیست کشورهای اروپایی شرقی در طرحهای ترجیحاتی شان با در نظر گرفتن اعلامیه مشترکی که از طرف کشورهای سوسیالیست اروپای شرقی در بخش دوم جلسه چهارم کمیته خاص ترجیحات و با توجه کامل به مقررات منشور حقوق و تعهدات اقتصادی دولتها صادر شد، اعمال می‌شوند.

"Official Records of the Trade and Development Board", Tenth Session, supplement No. 6 A (TD/B/339/Rev.1), Part two, para. 192; Proceedings of the United Nations Conference on Trade and Development, Fourth Session, vol. I and corr. 1, Report and Annexes (United Nations Publication, sales No.: E, 76, II, D10), p.10.

^۱YILC 1978, vol. II, part two, p. 64.

^۲para. (5) above excerpts from the agreed conclusions of the special committee on preferences, sect. IX: "legal status".

^۳YILC, 1975 vol. II, Part two, p.65.

و جدیدی را بر شرط ملت کامله‌الوداد وارد ساخت که بعضی از آن به سایش شرط و بعضی به انحراف و خروج از شرط یاد کرده اند.^۱ کشورهای اجرا کننده برنامه‌های ترجیحی آزادند، آن چه را که اعطا نموده اند، کلاً یا جزئاً فسخ نموده و یا آن چه را که اعطا می‌نمایند مشروط به انصراف اجباری در مواردی نمایند که در چارچوب موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت گات آمده است. همین طور منافعی که نظام عام ترجیحات به کشورهای در حال توسعه اعطا می‌کند، می‌تواند از طریق دور مذاکرات چندجانبه (نظیر دور توکیو) یا عملکرد یکجانبه بعدی دولت‌ها در آینده مخدوش شود.

از طرف دیگر، نظام عام ترجیحات بر پایه خود انتخابی قرار دارد. یعنی کشورهای معطی حق دارند که ذی نفعان در حال توسعه خود را انتخاب نمایند و گروهی دیگر را حذف نمایند. این انتخابها می‌تواند بر پایه مذاکرات با این کشورها صورت گیرد. لذا می‌توان گفت، که برنامه‌های انفرادی و داخلی نظام عام ترجیحات می‌تواند تبعیض آمیز تلقی شده و این اصل را که همانا ترجیحات غیر تبعیضی است، زیر سؤال ببرد. اما اصل خود انتخابی بخشی از نظام عام ترجیحات است و نمی‌تواند مورد سختگیری قرار گیرد. به هر حال انتظار این است که این حق خود انتخابی به نحو معقولان‌های اعمال شود.

ویژگی‌هایی که بیان شد جزئی از نظام عام ترجیحات بود که کشورهای در حال توسعه و توسعه یافته روی آن توافق کرده اند.

۵. نظام عام ترجیحات در پیش نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل ۱۹۷۸

کمیسیون حقوق بین‌الملل به هنگام تدوین پیش نویس راجع به شرط ملت کامله‌الوداد با آگاهی کامل از تفاوت میان سطوح توسعه اقتصادی دولت‌ها اشاره می‌کند که هر چند نمی‌تواند در قلمروهایی خارج از وظیفه، به بررسی موضوعات اقتصادی پرداخته و قواعدی را به سازمان تجارت بین‌المللی پیشنهاد کند، اما عملکرد شرط در قلمرو روابط اقتصادی بخصوص در مورد کشورهای در حال توسعه مشکلات جدی را بر می‌انگیزد که کمیسیون مجبور به مداخله می‌شود. کمیسیون در اولین شور بر مبنای گزارشهای ششم و هفتم گزارشگر، استثناء مربوط به عملکرد شرط در این رابطه و اهمیت آن را بررسی نمود. در شور دوم کمیسیون مجدداً در پرتو نظریات دولت‌های عضو، ارگان‌های ملل متحد، آژانسهای تخصصی و دیگر سازمان‌های بین‌دولتی و نیز بر مبنای گزارشی که گزارشگر تهیه کرده و فی المجلس آن را تقدیم کرده بود، مسأله را مورد بازنگری قرار داد.

در نتیجه بازنگری مجدد، به این نتیجه رسید که عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد در قلمرو روابط اقتصادی بخصوص با در نظر گرفتن کشورهای در حال توسعه موضوعی نیست که به سادگی در قلمرو تدوین

^۱ Ustor Endre., op.cit., p. 414.

حقوق بین‌الملل، آنگونه که در اساسنامه کمیسیون حقوق بین‌الملل برای این روند پیش بینی شده است درآید. زیرا این موضع برخلاف رویه بسیاری از دولت‌ها، رویه‌های قضایی و دکترین به آسانی قابل تشخیص نیست.

لذا کمیسیون تلاش کرد تا وارد حوزه توسعه تدریجی شده و در این راستا مواد ۲۳ و ۲۴ را تصویب کرد. ماده ۲۳ طرح پیش نویس مقرر می‌دارد که دولت ذی‌نفع حق بهره‌مندی از رفتاری را که بموجب شرط ملت کامله‌الوداد از سوی دولت معطی به دولت ثالث در حال توسعه در چارچوب برنامه عام ترجیحات اعطا شده است و با نظام عام ترجیحات که از سوی جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل یا دولت‌های عضو یک سازمان بین‌المللی صلاحیت دار که مطابق با قواعد و آیین‌های مربوطه سازمان اتخاذ شده است، منطبق باشد، نخواهد داشت. منظور کمیسیون از عبارات اخیر خود، این است که با دقت بیشتری، وضعیت موجود در اجرا و قابلیت پذیرش نظام عام ترجیحات منعکس ساخته و توجه کامل به مشارکت عملی دولت‌ها در سازمان‌های بین‌المللی یا ترتیبات بین‌المللی مرتبط با این مسأله را نشان دهد.^۱

هرچند نظام عام ترجیحات به عنوان یک نظام عام و غیر تبعیضی تصور شده است و این ترجیحات می‌بایست از سوی تمامی کشورهای توسعه یافته به تمامی کشورهای در حال توسعه بر طبق یک معیار واحد اعطا شود، اما نظام عام ترجیحات دربردارنده مجموعه‌ای از جداول و طرحهای انفرادی ملی است که در بسیاری از جنبه‌ها در تعارض با این نظام است.

کشورهای توسعه یافته بر طبق حق خود انتخابی، ترجیحات را به کشورهای در حال توسعه خاصی اعطا می‌کنند و نه همه آن‌ها. این رویه تبعیض آمیز عملی (دوفاکتو) بر مبنای ملاحظات خاصی قرار گرفته است. برای مثال سازمان توسعه و همکاری اقتصادی (OECD) حق خود به عدم اعطا رفتار ترجیحی را به دلایل اضطراری، محفوظ نگه داشته است. ایالات متحده، اعطا رفتار ترجیحی به کشورهای در حال توسعه خاصی را بر طبق معیارهای اقتصادی و سیاسی خاص، به طور یکجانبه دریغ نموده است. بعضی از کشورهای سوسیالیست اروپای شرقی، آندسته از کشورهای در حال توسعه را که در طرحهای اقتصادی شان علیه آن‌ها تبعیض روا می‌دارند یا درآمدشان بیش از سایر کشورهای در حال توسعه است، از شمول نظام عام ترجیحات خارج کرده‌اند. طرحهای انفرادی ملی در خصوص کالاها، قطع تعرفه‌ها، قواعد حمایتی (به شروط فراری دهنده معروف است)^۲ و قواعد پایه نیز با هم متفاوتند. ملاحظه می‌شود که کشورهای توسعه یافته حق خود به اصلاح این نظام را مورد شناسایی قرار داده و قائل به رزرو شده‌اند.^۳

^۱YILC 1978, op.cit., p. 65.

^۲ "Escape clauses"

^۳Ustor Endre., op.cit., p. 414.

یکی از نگرانیهای کمیته ششم حقوقی ملل متحد نسبت به طرح پیش نویس مواد راجع به شرط ملت کامله الوداد مربوط به رفتار و موضوع توسعه، به ویژه رفتار نظام عام ترجیحات بود. به نظر گروهی از دولت ها مواد پیش نویس موضوع ترجیحات عام را به اندازه کافی باز نکرده است و به نظر گروهی دیگر مواد پیش نویس در بحث راجع به نظم اقتصادی بین المللی به گمراهی کشیده شده است.^۱ بهر حال اثر نظام عام ترجیحات بیش از اثری بود که با الحاق بخش چهارم به موافقتنامه گات، حاصل شد.

هر چند هر دوی اینها دو نقطه اتکای ضروری برای کشورهای در حال توسعه بشمار می آیند، اما رفتار "خاص و متمایز" در موافقتنامه گات تابع تغییر در مفهوم تقابل است. به عبارت دیگر مفهوم "تقابل نسبی" به هنگام ارزیابی تعادل منافع، انحراف از تقابل را می پذیرد. به این معنا الحاق بخش چهارم، رفتار ملت کامله الوداد مشروط را تضعیف نمی کند. به هر حال استقرار نظام عام ترجیحات نیازمند اصلاح اصل بنیادین عدم تبعیض است.

این نظام منجر به ایجاد یک معافیت و استثنا جدیدی بر تعهدات ملت کامله الوداد شده است. با این وجود خروج از رفتار ملت کامله الوداد غیرمشروط می تواند مورد اغماض قرار گیرد، چراکه چنین نظامی می تواند به توسعه و پیشرفت کشورهای در حال توسعه بینجامد.^۲

۶. نظام عام ترجیحات در حقوق سازمان تجارت جهانی به عنوان استثنایی بر عملکرد ملت کامله الوداد مطابق گات ۱۹۹۴، تصمیم گات ۱۹۷۹ راجع به اعطا رفتار متمایز و مطلوب تر، تقابل و مشارکت بیشتر کشورهای در حال توسعه، عموماً به شرط «توانمند سازی»^۳ بر می گردد که امروزه جزء لایتجزای گات ۱۹۹۴ شده است. شرط توانمند سازی یکی از تصمیماتی بود که اعضای متعاهد گات در چارچوب معنای بند (۴)(ب) مربوط به ضمیمه (الف) الحاقی به گات ۱۹۹۴، وارد موافقتنامه سازمان تجارت جهانی کردند.^۴ این بند چنین مقرر می دارد: «علی رغم مقررات ماده ۱ موافقتنامه عمومی [اعضا] می توانند رفتار مطلوب تر و متمایز را به کشورهای در حال توسعه اعطا کنند، بدون این که لازم باشد، چنین رفتاری به دیگر اعضا اعطا شود.»^۵

1 Report of the Working group "Most – Favoured – Nation clause", ILc, Fifty – ninth Session, Geneva, 7 May – 8 June and 9 July – 10 August 2007, A/CN.4/ L.719, 20 July 2007, p.7.

۲- "Relative Reciprocity"

3 Yanai, Akiko, op.cit., p.17.

4 Enabling clause

5 Appellate body Report, "EC – Tariff Preferences", op.cit., para. 90.

- شرط توانمند سازی، از سوی اعضا متعاهد گات در دور مذاکرات چند جانبه توکیو تصویب شد. شرط توانمند سازی به دنبال تصمیم لغو نظام عام ترجیحات ۱۹۷۱ جایگزین شده و توسعه یافت.

GATT Document, L / 3545, 25 June 1971, BISD 18 S / 24

این تصمیم به نوبه خود به نتایج مورد توافق کمیته خاص ترجیحات انکداد در ۱۹۷۰، ترتیب اثر داد. که در بند ۱:۲ لحاظ گردیدند.

الف. اعطا رفتار ترجیحی به کشورهای در حال توسعه مطابق شرط توانمندسازی

بند (الف) ۲ شرط توانمند سازی بیان می‌کند که رفتار مطلوب تر و متمایز اشاره شده در بند ۱ شامل: «رفتار تعرفه‌ای ترجیحی است که از سوی کشورهای عضو توسعه یافته، به محصولاتی که مبدا آن در کشورهای عضو در حال توسعه است، مطابق با نظام عام ترجیحات اعطا می‌شود»^۱.

مرجع استیناف در قضیه "جوامع اروپایی - تعرفه‌های ترجیحی"، این قاعده را که شرط توانمند سازی به عنوان «استثنایی» بر ماده ۱:۱ گات ۹۴، عمل می‌کند، نهادینه ساخت.^۲

بند ۱ شرط توانمند سازی صراحتاً اعضا را از آن جام تعهد مندرج در ماده ۱:۱ به منظور ارائه رفتار مطلوب تر و متمایز به کشورهای در حال توسعه، معاف کرده است.^۳

شرط توانمند سازی به کشورهای عضو توسعه یافته اجازه داده است تا دسترسی آسان تر و بیشتر محصولات کشورهای در حال توسعه به بازارهایشان را به نسبت آن چه که به واردات محصولات مشابه از کشورهای توسعه یافته اعطا می‌کنند، فراهم آورند.^۴

آن چه مهم است، این است که اعضا سازمان تجارت جهانی نه تنها اجازه دارند که از ماده ۱:۱ گات تخطی کنند، بلکه تشویق به آن جام این کار نیز شده اند.^۵

لذا، شرط توانمند سازی نقش حیاتی را در افزایش تجارت به عنوان وسیله‌ای برای تحریک رشد اقتصادی و توسعه‌ای کشورهای در حال توسعه، ایفا می‌کند.

شرط توانمند سازی در صورتی می‌تواند مورد مطالبه قرار گیرد که شرایط خاص مندرج در بند ۳ و ۴ فراهم آمده باشد.

بند ۳ مقرر می‌دارد: «هر رفتار مطلوب تر و متمایزی که مطابق این شرط ارائه می‌شود، الف: بایستی طوری طراحی شده باشد که تجارت از کشورهای در حال توسعه را تسهیل کرده و افزایش دهد، نه این که منجر به افزایش موانع یا ایجاد مشکلات ناروا بر تجارت دیگر اعضا گردد».

¹ Ibidem.

^۲ - به همین دلیل، استیناف نتیجه گیری پانل را تأیید کرد.

³ "Panel Report EC – Tariff Preferences", op.cit., para. 7. 53.

جوامع اروپایی در این قضیه استدلال کردند که شرط توانمندسازی بیان می‌کند که هدف اساسی از اعطا کمک به کشورهای عضو در حال توسعه، تنها یک استثنا بر ماده ۱: ۱ گات ۹۴ نیست، بلکه در کنار ماده ۱: ۱ و در یک سطح مساوی با آن وجود دارد. نهاد استیناف با این نظر موافق نبود و اعلام کرد که شرط توانمندسازی در چارچوب موافقتنامه، به عنوان یک تلاش مثبت برای افزایش توسعه اقتصادی کشورهای عضو در حال توسعه مطرح می‌باشد و نه اینکه باعث اکراه کشورهای توسعه یافته از اتخاذ چنین موازینی به نفع کشورهای در حال توسعه مطابق با شرط توانمند سازی شود.

Appellate body Report, "EC – Tariff Preferences", op.cit., para. 95.

³ Ibid, para. 90.

⁴ Ibid, para. 106.

⁵ Ibid, para. 111.

⁶ Ibid, para. 106.

ب: نایستی مانعی بر سر راه کاهش یا حذف تعرفه‌ها و یا دیگر قیود و محدودیت‌ها بر تجارت مطابق رفتار ملت کامله‌الوداد شود.

ج. چنین رفتاری می‌بایست به نحوی طراحی و یا در صورت لزوم اصلاح شود، که پاسخ مثبتی به نیازهای تجاری، مالی و توسعه‌ای کشورهای در حال توسعه به حساب آید.

"بند ۴: شرایط شکلی مقرر برای ارائه، اصلاح و فسخ یک اقدام ترجیحی را بیان می‌کند. مطابق این بند، اعضا اعطا کننده رفتار ترجیحی به کشورهای در حال توسعه بایستی سازمان تجارت جهانی را مطلع کرده و به درخواست عضو ذی نفع، فرصت کافی برای مشورت راجع به هر مشکل یا موضوعی که ممکن است حادث شود، بدهند."

ب. رفتار تعرفه‌ای ترجیحی اضافی مطابق شرط توانمندسازی

در قضیه "جوامع اروپایی - ترجیحات تعرفه ای"، سوال مطرح این بود که آیا جوامع اروپایی می‌توانند رفتار تعرفه‌ای ترجیحی را به کشورهای در حال توسعه خاصی اعطا و از دیگران استثنا کنند؟ قانون شورای جوامع اروپایی تحت عنوان قانون نظام عام ترجیحات جوامع اروپایی به شماره ۲۵۰۱/۲۰۰۱ (مورخ ۱۰ دسامبر ۲۰۰۱)، ۵ نوع ترتیب تعرفه‌ای ترجیحی را مقرر می‌کند: ۱. ترتیبات کلی ۲. ترتیبات تشویقی خاص برای حمایت از حقوق کارگران ۳. ترتیبات تشویقی خاص برای حمایت از محیط زیست ۴. ترتیبات خاص برای کشورهای کمتر توسعه یافته ۵. ترتیبات خاص برای مبارزه با تولید و توزیع مواد مخدر

ترتیبات کلی: ترجیحات تعرفه‌ای را برای تمامی کشورهای در حال توسعه مقرر می‌کند. ترتیبات خاصی که تنها برای کشورهای کمتر توسعه یافته است، مشکلی را ایجاد نمی‌کند هر دو دسته این ترتیبات بر اساس شرط توانمندسازی موجه قلمداد می‌شوند.

بند (د) راجع به ترتیبات خاص برای کشورهای کمتر توسعه یافته چنین بیان می‌کند: «شرط توانمند سازی شامل رفتار خاصی که به کشورهای کمتر توسعه یافته در میان کشورهای در حال توسعه در رابطه با هر اقدام کلی یا خاصی که به نفع کشورهای در حال توسعه است هم می‌گردد.»

اما در رابطه با مطابقت ترتیبات تشویقی خاص برای حمایت از حقوق کارگران و محیط زیست و ترتیبات خاص مبارزه با مواد مخدر با گات ۹۴، مسائلی مطرح می‌شود.

1 OJ 2001, L 346.1. Quoted in Vanden Bossche, op.cit., p. 680.

تنها بعضی از کشورهای در حال توسعه هستند که ذی نفعان این ترتیبات به شمار می‌روند، برای مثال ترجیحات مربوط به ترتیبات تشویقی خاص برای حمایت از حقوق کارگران و حمایت از محیط زیست، محدود به آن دسته از کشورهایی می‌شود که از سوی جوامع اروپایی در تطابق با استانداردهای خاص سیاست‌های محیط زیستی یا کار و کارگری تعیین می‌شوند برای مثال ترجیحاتی که مطابق ترتیبات خاص راجع به مبارزه با تولید و توزیع مواد مخدر تنها به ۱۱ کشور امریکای لاتین و پاکستان اعطا شده است.^۱

هند در قضیه ترجیحات تعرفه ای، به عنوان خواهان از پانل درخواست کرد تا مطابقت ترتیبات مواد مخدر با سازمان تجارت جهانی و همچنین ترتیبات تشویقی خاص برای حمایت از حقوق کارگران و محیط زیست را بررسی کند. هر چند بعداً خواسته خود را محدود به ترتیبات مواد مخدر کرد و لذا نتایج بدست آمده از این اختلاف تنها مربوط به مطابقت ترتیبات مواد مخدر با سازمان تجارت جهانی می‌شود. اما روشن است که نتایج حاصل از این قضیه را می‌توان نسبت به دیگر ترتیبات خاص نیز قابل تسری دانست.

موضوع ماهوی اصلی در این قضیه این بود که آیا ترتیبات راجع به مواد مخدر با بند (الف) ۲ شرط توانمند سازی و به ویژه اصل عدم تبعیض که در پی نوشت شماره ۳ آن آمده است. منطبق می‌باشد یا خیر.^۲ پانل در این قضیه چنین گفت: "قصد آشکار مذاکره کنندگان راجع به نظام عام ترجیحات این بوده که این نظام متساویاً به تمامی کشورهای در حال توسعه اعطا شود و تمامی تفاوت‌ها در اعطا رفتار ترجیحی واحد به کشورهای در حال توسعه خاتمه یابد."^۳

از آن جا که ترتیبات راجع به مواد مخدر، ترتیبات ترجیحی واحدی را به تمامی کشورهای در حال توسعه اعطا نمی‌کرد، پانل نتیجه گرفت که ترتیبات راجع به مواد مخدر با بند (الف) ۲ شرط توانمند سازی و به ویژه اصل عدم تبعیض مندرج در پی نوشت شماره ۳ آن منطبق نیست.^۴

مطابق با دیدگاه پانل، اصطلاح «عدم تبعیض» در پی نوشت شماره ۳ لازم می‌داند که ترجیحات تعرفه‌ای یکسان به تمامی کشورهای در حال توسعه بدون هر گونه تبعیضی، مطابق با برنامه‌های نظام عام ترجیحات گسترش یابد.^۵

در مرحله پژوهش، نهاد استیناف، نتیجه گیری پانل را وارونه ساخت.^۶

۱- این کشورها عبارت بودند از بولیوی، کلمبیا، کاستاریکا، اکوادور، السالوادور، گواتمالا، هندوراس، نیکاراگوا، پاکستان، پاناما، پرو و ونزوئلا
Ibid, para. 3.

۲- شرط "عدم تبعیض" برگرفته از عبارت "ترجیحات غیر تبعیضی" در پی نوشت شماره ۳ است.

۳Panel Report, "EC – Tariff Preferences", op.cit., para. 7. 144.

۴Ibid, para. 7. 177.

۵Ibid, para. 7.161 and 7.176

۶Appellate body Report, "EC – Tariff Preferences", op.cit., para. 174.

نهاد استیناف بعد از بررسی دقیق متن و زمینه پی نوشت شماره ۳ بند (الف) ۲ شرط توانمند سازی و موضوع و هدف موافقتنامه سازمان تجارت جهانی شرط توانمندسازی، نتیجه گرفت که: «اصطلاح عدم تبعیض» در پی نوشت شماره ۳، کشورهای عضو توسعه یافته را از اعطا تعرفه‌های متفاوت به محصولاتی که مبدا آن در کشورهای مختلف ذی نفع نظام عام ترجیحات است، منع نمی‌کند، مشروط به این که چنین رفتار تعرفه‌ای متفاوتی، شرایط مقرر در شرط توانمند سازی را داشته باشد. اما در اعطا چنین رفتار تعرفه‌ای متفاوتی، کشورهای معطی ترجیح بر اساس عدم تبعیض ملزم هستند که این تضمین را بدهند که چنین رفتاری در دسترس تمامی ذی نفعان مشابه در نظام عام ترجیحات قرار گرفته است. یعنی رفتار مورد بحث پاسخگوی نیازهای تجاری، مالی و توسعه‌ای کلیه ذی نفعان نظام عام ترجیحات است.^۱

به عبارت دیگر، هر کشور عضو توسعه یافته‌ای می‌تواند رفتار تعرفه‌ای ترجیحی را به بعضی و نه همه کشورهای عضو در حال توسعه اعطا نماید، بشرطی که رفتار تعرفه‌ای ترجیحی در دسترس تمامی کشورهای عضو در حال توسعه مشابه قرار گرفته باشد.

کشورهای در حال توسعه مشابه، کشورهایی هستند که دارای نیازهای تجاری، مالی و توسعه‌ای مشابه هم هستند و رفتار تعرفه‌ای ترجیحی پاسخی به آن نیازهاست. این که آیا کشورهای عضو در حال توسعه، در وضعیت مشابهی قرار دارند یا خیر، می‌بایست بر مبنای معیارهای عینی اظهار نظر کرد. اما نهاد استیناف در قضیه اخیر به این نتیجه رسید که چنین ترتیباتی (ترتیبات راجع به مواد مخدر) منحصر به یک فهرست محصور ۱۲ نفری از دولت‌های ذی نفع است و هیچ معیاری را درباره علت تمایز میان کشورهای عضو در حال توسعه که ذی نفعان ترتیبات مواد مخدر هستند از دیگر کشورهای عضو در حال توسعه، ارائه نمی‌دهد.^۲

لذا، نهاد استیناف، نتیجه گیری پانل را با استدلال متفاوتی، تأیید کرد به این ترتیب که جوامع اروپایی نتوانستند ثابت کنند که ترتیبات راجع به مواد مخدر مطابق بند (الف) ۲ شرط توانمند سازی موجه بوده است.^۳

۷. ترتیبات ترجیحی میان کشورهای در حال توسعه

توسعه تجاری، همکاری اقتصادی و تجمیع اقتصادی کشورهای در حال توسعه، چه در داخل گروه‌های سازماندهی شده اقتصادی یا غیر آن به عنوان عناصر مهم استراتژی اقتصادی و نیز عوامل اساسی در توسعه

¹Ibid, para. 173.

²Ibid, para. (187-188).

³Ibid, para. 189.

اقتصادی کشورها در تعدادی از اسناد مهم بین‌المللی با مشارکت کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه مورد تصویب قرار گرفته است.

در این اسناد برقراری ترجیحات میان کشورهای در حال توسعه یکی از ترتیباتی است که به بهترین وجه در جهت مشارکت تجاری کشورهای در حال توسعه وضع شده است. اسناد زیر گواه تمایل کشورهای در حال توسعه به افزایش تجارت میان خودشان از طریق اعمال استثنائاتی بر شرط ملت کامله الوداد می‌باشد.

۱. هشتمین اصل کلی توصیه ۱. ۱. الف آنکتاد که در اولین جلسه کنفرانس ملل متحد راجع به تجارت و توسعه در ۱۹۶۴ به تصویب رسید، صراحتاً می‌گوید، لازم نیست کشورهای در حال توسعه رفتار ترجیحی میان خود را به کشورهای توسعه یافته تسری دهند.^۱

۲. دهمین اصل کلی بیان می‌کند که گروه‌های منطقه‌ای اقتصادی، اتحادیه‌های اقتصادی یا دیگر اشکال همکاری اقتصادی می‌باید در میان کشورهای در حال توسعه به عنوان وسیله‌ای در جهت گسترش تجارت منطقه‌ای و فرا منطقه‌ای و بین منطقه‌ای نضج گیرد.^۲

۳. توصیه نامه ۸. ۳. ۱ بیان می‌کند که قواعد حاکم بر تجارت جهانی به کشورهای در حال توسعه اجازه می‌دهد که به یکدیگر امتیازاتی اعطا نمایند و آن را به کشورهای توسعه یافته تسری ندهند.^۳

۴. آنکتاد در دومین جلسه خود در سال ۱۹۶۸ در دهلی نو بدون هیچ مخالفتی اعلامیه هماهنگی راجع به توسعه تجارت، همکاری اقتصادی و اتحادیه منطقه‌ای میان کشورهای در حال توسعه را تصویب نمود. اعلامیه (۲۳) مشتمل بر یکسری اعلامیه‌های حمایتی بود که از طرف کشورهای توسعه یافته سرمایه داری و کشورهای سوسیالیست اروپای شرقی ارائه شده بود. مطابق با اولین اعلامیه، کشورهای توسعه یافته سرمایه دار بعد از بررسی و شورهای بین‌المللی برای حمایت از ترتیبات تجاری خاص میان کشورهای در حال توسعه که با اهداف بیان شده در بالا منطبق بود، اعلام آمادگی نمودند. این حمایت می‌تواند به شکل پذیرش کاستن از تعهدات تجاری بین‌المللی موجود به نفع کشورهای در حال توسعه باشد، من جمله صرف نظر کردن از حقوقی که بر طبق رفتار ملت کامله الوداد حاصل می‌شود.^۴ مطابق با دومین اعلامیه، کشورهای سوسیالیست ضمن احساس همدردی، تلاش‌های کشورهای در حال توسعه را که در جهت گسترش تجارت و همکاری اقتصادی میان خودشان صورت می‌گرفت و نیز با توجه به اصول خاصی که راهنمای کشورهای سوسیالیست در این زمینه بود، ارج نهاده و مورد حمایت قرار دادند.^۵

1 "Proceedings of the United Nations Conference on Trade and Development", vol. I, Final Act (op. cit), p.20.

2 Ibidem.

3 Ibid, p. 42.

4 "Proceedings of the United Nations Conference on Trade and Development", vol. I, second Session, Report and Annexes (op. cit), p.53.

5 Ibidem.

در چهارمین جلسه آنکتاد در سال ۱۹۷۶ در نایروبی کنیا قطعنامه (۴)۶۲ تحت عنوان "اقدامات حمایتی کشورهای توسعه یافته و سازمان های بین المللی از برنامه همکاری اقتصادی میان کشورهای در حال توسعه" بدون هیچ رأی مخالفی به تصویب رسید.

در بخش عملی این قطعنامه آمده بود... کنفرانس ملل متحد راجع به تجارت و توسعه از کشورهای در حال توسعه و نظام ملل متحد می خواهد که در زمان درخواست، به کشورهای در حال توسعه کمک کنند و از آن ها در جهت تقویت و گسترش همکاریهای متقابل میان خود حمایت کنند. در پایان این قطعنامه آمده است:

"الف) کشورهای توسعه یافته اعم از سرمایه داری و سوسیالیست و اروپای شرقی متحد می شوند که از زمان تصویب این قطعنامه از هر نوع اقدامی که بتواند به نحو معکوس تصمیمات کشورهای در حال توسعه را که به نفع تقویت همکاریهای اقتصادی میان خودشان و گوناگونی ساختارهای تولیدی شان می باشد، متأثر سازد، اجتناب نمایند...

ج) کشورهای توسعه یافته سرمایه داری می باید به ویژه:

از ترتیبات ترجیحی میان کشورهای در حال توسعه حمایت نمایند، به ویژه آن دسته از کشورهای در حال توسعه ای که قلمروشان محدودتر است، از قبیل از طریق ارائه کمک های فنی و نیز اتخاذ موازین مقتضی در سازمان های تجاری بین المللی.^۱

۵- پروتکل مربوط به مذاکرات تجاری میان کشورهای در حال توسعه در سال ۱۹۷۱ تحت نظر گات^۲ تنظیم گردید. هدف از مذاکرات تجاری میان کشورهای در حال توسعه، گسترش دستیابی آن ها به شرایط مطلوب تر در بازارهای تجاری یکدیگر از طریق تبادل تعرفه و امتیازات تجاری بود. این پروتکل حاوی قواعدی بود که ترتیبات لازم جهت دستیابی به این هدف را، مقرر و حاکم می داشت، همین طور پروتکل حاوی یک فهرست ابتدایی از امتیازات بود. این امتیازات مطابق با پروتکل قابل اعمال به همه کشورهای در حال توسعه ای بود که عضو پروتکل بودند. پروتکل بر روی کلیه کشورهایی که مایل به اعطاء چنین امتیازاتی از طریق مذاکرات بودند و نیز الحاق کلیه کشورهای در حال توسعه باز بود.

این پروتکل در فوریه ۱۹۷۳ نسبت به هشت کشور شرکت کننده در آن لازم الاجرا شد. اعضا متعاهد گات مایل به تشویق مذاکرات تجاری میان کشورهای در حال توسعه از طریق مشارکت در این پروتکل شدند و اجازه دادند تا از مقررات بند یک ماده یک گات تا جایی که ضروری است، اعراض شود.

^۱ "Proceedings of the United Nations Conference on Trade and Development", Fourth Session, vol. I, Report and annexes (op.cit.) pp. (32-33).

^۲ GATT, "Basic Instruments and Selected Documents", Eighteenth Supplement (op. cit), p. 110.

^۳ Ibid, p. 26.

بدین نحو که رفتار ترجیحی که در پروتکل آمده نسبت به کالاهایی که در کشورهای دیگر عضو پروتکل تولید می شود، اعمال شود، بدون این که همان رفتار به کالاهای مشابهی که از دیگر کشورهای عضو گات وارد می شود تسری یابد. این تصمیم هیچ خللی به کاهش تعرفه‌ها بر طبق شرط ملت کامله‌الوداد وارد نخواهد کرد.

همکاری اقتصادی میان کشورهای در حال توسعه بر پایه مفهوم خود اتکایی جمعی و فردی قرار گرفته است. در شماری از اعلامیه‌های مربوط که در ذیل می‌آید، از آن به عنوان یک استراتژی عمده برای افزایش توسعه و ابزار مهمی برای وحدت و اشتراک مساعی نام برده شده است. از بین این تصمیمات، همکاری اقتصادی میان کشورهای در حال توسعه به عنوان حوزه بزرگی که می‌تواند این مفهوم را از قوه به فعل درآورد، اهمیت فزاینده‌ای یافته است.

این اعلامیه‌ها به ویژه شامل برنامه عملیاتی تصویب شده از سوی سومین جلسه وزیران گروه ۷۷ در مانیل^۱ (۱۹۷۶)، برنامه عملیاتی همکاری اقتصادی سران دولت های غیر متعهد در کلمبو (۱۹۷۶)^۲ و گزارش کنفرانس همکاری اقتصادی میان کشورهای در حال توسعه در مکزیکوسیتی در سال ۱۹۷۶^۳ می‌باشد.

در گزارش دبیر کل ملل متحد راجع به همکاریهای اقتصادی میان کشورهای در حال توسعه چنین آمده است: «... سه کنفرانس در مانیل، کلمبو و مکزیکوسیتی تشکیل گردید که هدف از آن دقیقاً شناخت جامعی از مجموع اهداف و سیاستگذاریهای مرتبطی بود که بتواند یک چارچوب اساسی را تشکیل دهد که در قالب آن کشورهای در حال توسعه بتوانند تقویت شوند، ابتکار عمل داشته و آینده پیش روی خود را نیز از طریق عملکردهایشان در آن چارچوب بسازند. لذا این سه کنفرانس می‌باید مراتب موفقیت از آن روندی تلقی شود که هدفش ساختن یک برنامه عملی است که بتواند کشورهای در حال توسعه را قادر سازد تا نیروی بالقوه اقتصادی شان را شکوفا سازند، ضمن این که قدرت و نیروی جمعی شان در طول مذاکرات راجع به روابط اقتصادی با کشورهای توسعه یافته تقویت می شود.»

سومین جلسه وزرای گروه هفتاد و هفت در مانیل، خطوط راهنمایی را در حوزه همکاری اقتصادی میان کشورهای در حال توسعه ترسیم کرد و تصمیم گرفت تا کنفرانس همکاری اقتصادی میان کشورهای در حال توسعه را در مکزیکوسیتی دعوت کند، تا این خطوط راهنما را ساخته و پرداخته نمایند. هم زمان کشورهای غیر متعهدی که عضو گروه هفتاد و هفت بودند در پنجمین کنفرانس سران دولت کشورهای متعهد در کلمبو برنامه‌ای را در همین خصوص تصویب کردند. گروه ۷۷ در مکزیکوسیتی تلاش کرد تا کلیه

^۱ "Proceedings of the United Nations Conference on Trade and Development", Fourth Session, vol. I, Report and Annexes, p. 118.

^۲ Ibid, A/31/197, annex III.

^۳ Ibid, A/C. 2/31/7 and Add. 1.

عناصر عمده ساخته شده در دو کنفرانس قبلی را در داخل یک سند قرار دهد. در نتیجه کنفرانس مکزیکوسیتی توانست به یک وضعیت مستحکم در گروه ۷۷ در خصوص همکاری اقتصادی میان کشورهای در حال توسعه، دست یابد.^۱

در ماده ۲ «موازن همکاری اقتصادی میان کشورهای در حال توسعه» که تحت عنوان "تجارت و موازن مرتبط" از سوی کنفرانس مکزیکوسیتی تصویب شد، چنین آمده است:

"الف) تأسیس یک نظام جهانی از ترجیحات تجاری میان کشورهای در حال توسعه.

۳. یک نظام جهانی مرکب از ترجیحات تجاری منحصر به فرد در میان کشورهای در حال توسعه باید برقرار شود که هدف از آن افزایش تولید داخلی و تجارت متقابل است."^۲

مجمع عمومی در قطعنامه‌های ۳۱۷۷ و ۳۲۴۱ و ۳۴۴۲ و ۳۱/۱۱۹ و ۳۲/۱۸۰ اصرار ورزید بر این که کشورهای توسعه یافته و سازمان های بین‌المللی از موازن همکاری اقتصادی در میان کشورهای در حال توسعه حمایت کنند. بخصوص در این رابطه باید به مواد ۲۳ و ۲۱ منشور حقوق و تعهدات اقتصادی اشاره کرد.^۳

مطابق این منشور تمامی کشورها اعم از توسعه یافته یا در حال توسعه می‌بایست به صورت انفرادی یا از طریق عضویت در سازمان های بین‌المللی صلاحیت دار، حمایت و همکاری مؤثر و لازم را در این خصوص به عمل آورند. ترجیحات اعطا شده از سوی کشورهای در حال توسعه در میان خودشان از اعمال شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهدات چندجانبه منعقد شده میان کشورهای در حال توسعه و توسعه یافته یا میان خود کشورهای در حال توسعه استثناء شده اند. مثال های زیر از جمله این موارد است: کنوانسیون لومه میان دولت‌های آفریقایی، کارائیب و پاسیفیک (ACP) و جامعه اقتصادی اروپا از طرف دیگر، موافقتنامه راجع به

¹ Ibid, A/32/312, paras. 5 and 6.

² Ibid, A/C.2/31/7, p.15.

³ General Assembly Resolution 3281 (xxIx).

ماده ۲۱: " کشورهای در حال توسعه باید تلاش کنند تا روابط تجاری دو جانبه را افزایش و توسعه دهند و برای رسیدن به این امر مطابق با مقررات موجود و مکمل و آئینهای موافقتنامه‌های بین‌المللی، چنانچه قابل اعمال باشد، ترجیحات تجاری را به کشورهای در حال توسعه دیگر بدون اینکه مجبور باشند چنین ترجیحاتی را به کشورهای توسعه یافته تسری دهند اعطا کنند، مشروط به اینکه چنین ترتیباتی مانعی بر سر راه آزادی تجارت جهانی و توسعه تجارت جهانی ایجاد نکند.

ماده ۲۳- به منظور بالا بردن توان مؤثر نیروها و منابع، کشورهای در حال توسعه بایستی همکاریهای اقتصادی شان را تقویت بخشند و تجارت متقابل را به منظور افزایش توسعه اقتصادی و اجتماعی شان ارتقا بخشند.

۴- Official Journal of the European Communities, Luxembourg, 30 January 1976, vol.19, No. L 25, p.20.

ذیلاً به چند نمونه از مقررات معاهده فوق الذکر اشاره می‌شود.

الف) کنوانسیون لومه

۲- کنوانسیون لومه میان کشورهای ACP و جامعه اقتصادی اروپا تحت عنوان همکاری تجاری چنین مقرر داشته است:

مذاکرات تجاری میان کشورهای در حال توسعه عضو کمیسیون اجتماعی و اقتصادی آسیا و اقیانوسیه (موافقتنامه بانکوک) که در ۳۱ ژوئیه ۱۹۷۵ در بانکوک امضا گردید.^۱

با توجه به پیشرفت های آن جام شده راجع به ترتیبات میان کشورهای در حال توسعه، کمیسیون حقوق بین الملل در طرح پیش نویس خود تصمیم گرفت که این جنبه از توسعه حقوق بین الملل را در ماده ۲۴ طرح خود بگنجانند. ماده ۲۴ تحت عنوان "شرط ملت کامله الوداد در رابطه با ترتیبات معین میان دولت های در حال توسعه" مقرر می دارد: "دولت ذی نفع توسعه یافته مستحق بهره مندی از هر گونه رفتار ترجیحی در یک حوزه تجاری که یک دولت معطی در حال توسعه به یک دولت در حال توسعه ثالث، مطابق با قواعد و آیین های مربوطه حاکم بر یک سازمان بین المللی صلاحیت دار که دول مربوطه عضو آن هستند، اعطا می نماید، نخواهد بود." کمیسیون حقوق بین الملل در تطابق با گرایش های آن دوره تصمیم می گیرد که تسری اعمال شرط ملت کامله الوداد را به دولت ذی نفع توسعه یافته در جایی که رفتارهای ترجیحی به یک دولت ثالث در حال توسعه از طرف دولت معطی در حال توسعه اعطا شده است، استثنا کند. قاعده فوق دو جنبه مهم دارد: اولاً محدود به رفتار ترجیحی در قلمرو تجاری است، ثانیاً اشاره به رفتار ترجیحی دولت

ترتیبات تجاری

ماده ۷

۱- دولت های ACP ملزم نیستند که در طی دوره زمانی این کنوانسیون، نسبت به واردات کالاهایی که در کمیسیون اروپایی تولید می شود، تعهداتی را بر عهده گیرند که با تعهدات بر عهده گرفته شده کمیسیون اروپایی نسبت به واردات کالاهایی که در کشورهای ACP مطابق این بخش تولید می شود، یکسان باشد و این بخاطر نیازهای توسعه ای فعلی کشورهای ACP است.

۲- (الف) کشورهای ACP در تجارت خود با کمیسیون اروپایی نباید میان اعضا تفاوت گذارند و بایستی در قبال اعضای جامعه اقتصادی اروپا رفتاری داشته باشند که از حیث مطلوبیت کمتر از رفتار ملت کامله الوداد نباشد.

(ب) رفتار ملت کامله الوداد اشاره شده در بند الف بایستی در رابطه با روابط تجاری یا اقتصادی میان دولت های ACP یا میان یک یا بیش از یکی از دولت های ACP با دیگر کشورهای در حال توسعه، اعمال شود.

TD/B/609 Add. 1 (vol.v), p. 177.

موافقتنامه بانکوک

(ب)

ماده ۱۰: در موضوعات تجاری هر گونه مزیت، نفع، امتیاز یا مصونیتی که توسط یکی از دولتهای شرکت کننده در رابطه با محصولی که مبدأ یا مقصد آن در هر کشور شرکت کننده یا هر کشور دیگری اعطا می شود، بایستی فوراً و بدون قید و شرط به محصولی که در سرزمین دیگر اعضا شرکت کننده تولید شده یا به منظور فروش به آنجا انتقال می یابد، تسری یابد.

ماده ۱۱.

مقررات ماده ۱۰ نباید در رابطه با ترجیحاتی اعمال شود که از سوی دولتهای شرکت کننده....

(ب) منحصرأ به کشورهای در حال توسعه دیگر قبل از لازم الاجرا شدن این موافقتنامه اعطا شده است...

(د) به هر کشور شرکت کننده دیگری و یا کشورهای در حال توسعه عضو کمیسیون اقتصادی و اجتماعی آسیا و اقیانوسیه (ESCAP) که با کشور شرکت کننده مبادرت به تشکیل یک گروه واحد اقتصادی (اتحادیه اقتصادی) می کنند، اعطا شده است.

ه) به هر کشور شرکت کننده دیگر و یا دیگر کشورهای در حال توسعه ای که با دولت شرکت کننده یک موافقتنامه همکاری صنعتی منعقد می کنند یا در بخشهای دیگر تولیدی در چارچوب ماده ۱۲ یک شرکت مختلط را تشکیل می دهند.

ماده ۱۲. کشورهای شرکت کننده موافقت می کنند تا ترجیحات تعرفه ای و غیر تعرفه ای خاص را که به نفع محصولات مندرج در موافقتنامه های همکاری صنعتی و شرکتهای مختلط در بخشهای دیگر تولید می باشد و یا با مشارکت دیگر کشورهای در حال توسعه که اعضا گروه مذاکرات تجاری ESCAP هستند و منحصرأ به نفع کشورهای شرکت کننده در موافقتنامه های گفته شده یا شرکتهای مختلط اعمال می شوند را بررسی نمایند.

معطی در حال توسعه، به دولت ثالث در حال توسعه می‌کند. منظور از عبارت مطابقت با قواعد و آئین‌های مربوط به یک سازمان بین‌المللی صلاحیت دار، انطباق با مقررات منشور حقوق و تعهدات اقتصادی دولت‌ها است. کمیسیون در تفسیر خود از این ماده بیان می‌کند که هنوز هیچ توافق عامی میان دولت‌ها راجع به مفاهیم در حال توسعه و توسعه یافته وجود ندارد. در سی و دومین جلسه مجمع عمومی هنگام بررسی گزارش کمیته مشارکت‌ها، مجمع با مسأله فقدان یک تعریف قابل قبول جهانی از اصطلاح کشورهای در حال توسعه روبرو بود. کمیته مشارکت‌ها در گزارش خود مقاله‌ای تحت عنوان کشورهای در حال توسعه و سطوح توسعه داشت که توسط دبیر کل کمیته برای طرح توسعه در بیستمین جلسه در سال ۱۹۷۶ تهیه شده بود و در آن آمده بود، هرچند اشاره به واژه‌هایی نظیر توسعه یافته یا در حال توسعه جنبه عرفی یافته اما گاهی تعبیری نظیر بازارهای اقتصادی در حال توسعه یا بازارهای اقتصادی توسعه یافته و یا اقتصاد طراحی شده متمرکز به کار می‌رود که در همه موارد دقیقاً به همان گروه از کشورها اطلاق نمی‌شود.^۱

بعضی از اعضای کمیسیون بر این نظر بودند که فقدان توافق روی چنین مفاهیم می‌تواند مشکلات متعددی را در رابطه با اعمال مقررات ماده ۲۴ مطرح سازد.^۲

^۱ “Official Records of the General Assembly, Thirty – Second Session”, Supplement No. 11, (A/32/11), Para (44 – 43).

^۲ ZYILC, 1978, vol. II, part two, p. 68.

فصل دوم. شرط رفتاری ملت کامله‌الوداد در نظام گاتس

گفتار اول. شرط ملت کامله‌الوداد در نظام گاتس

مبحث اول. ماهیت تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد در ماده (۲) گاتس

ماده (۲) گاتس تبعیض میان خدمات و متصدیان خدمات مشابه در کشورهای مختلف را ممنوع کرده است. لذا، در رابطه با هر اقدامی که مشمول این موافقتنامه شود، هر یک از اعضا بایستی فوراً و بی‌قید و شرط به خدمات و متصدیان خدمات هر یک از اعضا دیگر رفتاری را اعطا کند که از نظر مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به خدمات و متصدیان خدمات مشابه در کشور دیگر نباشد.^۱

هدف اصلی از چنین تعهد رفتاری، تضمین برابری فرصت‌ها برای تمامی متصدیان خدمات اعضا سازمان تجارت جهانی است.

این تعهد هم شامل تبعیضات دو فاکتو است و هم تبعیضات قانونی یا دوزوره.

نهاد استیناف در قضیه "جوامع اروپایی - موزهای (۳)" این قاعده را نهادینه ساخت.

نهاد استیناف در این قضیه با استدلال جوامع اروپایی مبنی بر این که اگر پیش نویسان گاتس می‌خواستند که ماده ۲، تبعیضات دو فاکتو را هم در بر گیرد، می‌بایست آن را صریحاً ذکر می‌کردند، مخالفت کرد.^۲

نهاد استیناف چنین گفت:

"هر چند تعهد وضع شده بر طبق ماده ۲، توصیف و تعریف نشده است، اما معنای عرفی حاصل از این مقرر این است که تبعیض دو فاکتو مستثنی نیست. علاوه بر این، چنان چه ماده ۲ قابل اعمال به تبعیضات دو فاکتو نباشد، مشکلی پیش نخواهد آمد و در واقع در چنین حالتی (تجارت خدمات) بسیار آسان تر خواهد بود به نسبت تجارت کالاها، که معیارهای تبعیض آمیزی را اختراع کنیم که هدفش طفره رفتن از هدف اصلی ماده باشد."^۳

1 Article II: 1 of the GATS

۲ - جوامع اروپایی اشاره داشتند به اینکه برخلاف ماده (۲) ۱، ماده ۱۷ گاتس راجع به تعهد به رفتار ملی، صراحتاً بیان کرده است که این تعهد هم به تبعیض قانونی و هم به تبعیض دوفاکتو قابل اعمال است.

Vanden Bossche, Peter, op.cit., pp. (368 – 9).

۳ - هر چند نهاد استیناف با این ایده که گاتس تبعیضات دو فاکتو را هم شامل می‌شود موافق بود، اما استدلال پانل را کاملاً قانع کننده نیافت. زیرا پانل ماده ۲ گاتس را در پرتو گزارش‌های تفصیلی پانل از تعهد به رفتار ملی مندرج در ماده ۳ گاتس تفسیر نموده بود. نهاد استیناف به این نتیجه رسید که ماده ۲ گاتس مربوط به رفتار ملت کامله‌الوداد است و نه رفتار ملی، لذا مقرراتی که مربوط به تعهدات رفتار ملی در گاتس و رویه پیشین گات راجع به تعهد به رفتار ملی مندرج در ماده ۳ گاتس ۱۹۹۴ میشود، لزوماً ارتباطی با تفسیر ماده ۲ گاتس ندارد. مطابق با نظر نهاد استیناف، پانل می‌توانست مبنای استدلالی محکم‌تری برای مقایسه تعهد ملت کامله‌الوداد در ماده ۲ گاتس با تعهدات ملت کامله‌الوداد در گات ۱۹۹۴ داشته باشد. نهاد استیناف به ویژه به گزارش در قضیه جامعه اقتصادی اروپا - واردات گوشت اشاره می‌کند.

در قضیه "جوامع اروپایی - موزهای (۳)" قواعد گوناگونی برای تخصیص مجوزهای واردات به موزهای مورد بحث مطرح شد. مطابق با دادخواست‌های ارائه شده، چنین قواعدی که ظاهراً بی طرفانه هم بودند، اما به نوعی میان توزیع کنندگان موزهای آمریکای لاتین و موزهای کشورهای غیر ACP به نفع توزیع کنندگان موزهای جوامع اروپایی و موزهای کشورهای ACP، تبعیض روا می داشتند.^۱

مبحث دوم. معیارهای عدم تبعیض در ماده (۲) گاتس

ماده ۲ گاتس، همانند ماده (۱) گات ۹۴، یک معیار سه بندی را جهت انطباق با تعهد مندرج در ماده (۱) ۲ گاتس ارائه داده است: به این شرح،

الف. آیا اقدام مورد بحث، اقدام تحت شمول گاتس هست یا خیر.

ب. آیا خدمات یا متصدیان خدمات مربوطه، خدمات یا متصدیان خدمات مشابه به حساب می آیند یا خیر.

ج. آیا رفتار اعطا شده به خدمات یا متصدیان خدمات یک عضو از مطلوبیت کمتری برخوردار بوده است یا خیر.

بند اول. اقدامات تحت شمول موافقتنامه گاتس

ماده ۱ گاتس بیان می کند که این موافقتنامه نسبت به اقداماتی قابل اعمال است که تجارت خدمات را متأثر می سازد. برای این که اقدامی تحت شمول گاتس قرار گیرد بایستی آن اقدام منتسب به یک دولت عضو باشد و تجارت خدمات را هم متأثر سازد.

اقدام منتسب به یک دولت عضو معنای موسعی دارد. ماده یک گاتس بیان می کند که اقدام یک دولت عضو تنها محدود به اقدامات اتخاذی از سوی حکومت یا مقامات و ارکان آن حکومت نیست، بلکه اقدامات اتخاذی از سوی حکومت‌های محلی یا منطقه‌ای و مقامات آن ها را نیز شامل است.

اقدامات اتخاذی از سوی نهادهای غیر دولتی نیز در صورتی منتسب به دولت عضو تلقی خواهد شد که این اقدامات در راستای اختیارات تفویض شده به آن ها از ناحیه مقامات حکومتی آن جام شده باشد.^۲

اقدامات اشخاص خصوصی، شرکت‌ها یا سازمان ها که در راستای اختیارات تفویض شده دولتی آن جام نشده است (اعمال حاکمیتی) و نوعی اعمال تصدی به حساب می آیند، منتسب به دولت عضو تلقی نخواهد شد.

Appellate Body, EC – Bananas III, op.cit., para. (231-233).

^۱ Vanden Bossche, Peter, op.cit., p. 319.

^۲ Article I: 3(a) of The GATS

اقدام منتسب به یک دولت عضو می‌تواند در قالب قانون، آئین نامه، تصمیم قضایی یا عملکرد اداری و یا هر شکل دیگری باشد.^۱

لذا، اقدام منتسب به یک دولت عضو در معنای ماده یک گاتس می‌تواند یک مصوبه پارلمانی بوده و یا احکام داخلی یا قواعد اتخاذ شده از طرف نهادهای تخصصی باشد.^۲

مفهوم اقدامی که تجارت خدمات را متأثر می‌سازد، در قضیه "کانادا - ماشین‌ها" به خوبی توضیح داده شده است:

اقدام مورد بحث در آن قضیه مربوط به معافیت از پرداخت عوارض ورود بود که از طرف کانادا نسبت به واردات سازندگان خاصی از وسایل موتوری اعطا شده بود.

جوامع اروپایی و ژاپن شکات پرونده بودند. آن‌ها مدعی بودند که این اقدام با ماده ۲ گاتس منطبق نیست، زیرا رفتار ویژه‌ای را به خدمات و متصدیان خدمات خاصی ارائه داده است که در مقایسه با رفتار اعطا شده به دیگر اعضا از مطلوبیت بیشتری برخوردار است.

پانل به این نتیجه رسید که معافیت از عوارض گمرکی ورود در واقع با ماده ۲ گاتس منطبق نیست.

کانادا در مقام دفاع استدلال می‌کرد که نتیجه گیری پانل در عدم انطباق اقدام مورد بحث با ماده ۲ گاتس با یافته دیگر پانل مبنی بر این که اقدام مورد بحث داخل در قلمرو ماده ۲ گاتس است، در تعارض می‌باشد.

به عبارت دیگر، مطابق ادعای کانادا، اقدام مورد بحث اقدامی نیست که تجارت خدمات را متأثر سازد.

نهاد استیناف در این قضیه بیان داشت که دو موضوع کلیدی را باید بررسی کرد تا مشخص شود که آیا یک اقدام، تجارت خدمات را متأثر ساخته است یا خیر.

موضوع اول این است که آیا تجارت خدمات در معنای ماده یک گاتس صورت گرفته است یا خیر.

و موضوع دوم، آیا اقدام مورد بحث تجارت خدمات در معنای ماده یک گاتس را متأثر ساخته است یا خیر.^۳ گاتس هیچ تعریفی را از "خدمت" ارائه نمی‌دهد. از ماده یک گاتس بر می‌آید که واژه "خدمات" شامل هر نوع خدمتی و در هر بخشی می‌شود، به استثنای خدماتی که در راستای اعمال حاکمیتی ارائه می‌شود.

^۱ Article XXVIII (a) of the GATS

^۲ - مطابق ماده یک گاتس کلیه اعضا متعهدند که تمامی اقدامات متعارف را به منظور تضمین این امر که تمامی سطوح حکومتی و نهادهای غیر حکومتی که دارای اختیارات اعمال حاکمیت هستند، تعهدات مندرج در گاتس را به انجام می‌رسانند، به کار بندند.

^۳ - مرجع استیناف نهایتاً نتیجه گیری پانل مبنی بر اینکه معافیت از عوارض وارداتی با الزامات ماده ۲ گاتس منطبق نیست را، رد کرد. اما این نقض نه به معنای تأیید عمل کانادا در جهت به تعهدش بوده است، بلکه به این دلیل بود که پانل نتوانست نتیجه گیری خود مبنی بر عدم انطباق معافیت از عوارض وارداتی با ماده ۱(۲) گاتس را اثبات نماید.

Appellate Body Report, "Canada - Autos", op.cit., paras. (182 and 184).

شود. زیرا که دسته اخیر نه بر پایه تجارت و نه بر پایه رقابت با یک یا چند متصدی خدمت ارائه می‌شوند.^۱ مثال هایی از این دست نظیر خدمات بهداشتی، پلیسی، جزایی و تحصیلات پایه می‌تواند باشد.

اما در تعداد فزاینده‌ای از سرزمین‌های دولت‌های عضو، برخی از این خدمات که از لحاظ سنتی خدماتی بودند که در راستای اعمال حاکمیتی ارائه می‌شدند، موضوع خصوصی سازی قرار گرفتند و لذا می‌توانستند در قلمرو گاتس قرار گیرند.^۲

هر چند گاتس "خدمات" را تعریف نکرده است اما ماده یک روش‌های ارائه خدمات را احصا نموده است. مطابق ماده یک، تجارت خدمات این گونه تعریف می‌شود:

"۱. ارائه خدمت از سرزمین یک عضو به سرزمین هر عضو دیگر.

۲. ارائه خدمت در سرزمین یک عضو به مصرف کننده خدمت هر عضو دیگر.

۳. ارائه خدمت متصدی خدمت یک عضو از طریق حضور تجاری اش در سرزمین هر عضو.

۴. ارائه خدمت متصدی خدمت یک عضو از طریق حضور اشخاص حقیقی یک عضو در سرزمین هر عضو دیگر."

این ۴ روش ارائه خدمات عبارتند از:

۱. روش ارائه متقابل مرزی (Cross border): برای مثال، مشاوره حقوقی که از طرف یک مشاور حقوقی در کشور الف به طرف مشاوره در کشور ب داده می‌شود.

۲. روش مصرف در خارج (Consumption abroad): برای مثال، درمان بیمارانی که از کشور ب برای درمان به پزشکی که در کشور الف است می‌آیند.

۳. روش حضور تجاری (Commercial presence): برای مثال، خدمات مالی که در کشور ب از طریق بانک کشور الف که یکی از دفاترش در کشور ب قرار دارد، ارائه می‌شود.^۳

۴. روش حضور فیزیکی (Presence of Natural): برای مثال: خدماتی که در کشور ب از طریق یک برنامه نویس رایان‌های که از کشور الف به کشور ب سفر کرده است، ارائه می‌شود.^۴

1 Article I: (3) (C) Of the GATS

۲ - اقدامات بیشمار، خدمات در بخش حمل و نقل هوایی را متأثر می‌سازند. که داخل در چهارچوب اعمال گاتس نمی‌شوند.

GATS Annex On Air Transport Services, para.2.

۳ - مطابق ماده (د) ۲۸ گاتس، حضور تجاری به معنای هر نوع استقرار حرفه یا تجارت، که می‌تواند از طریق ایجاد، تحصیل، یا ابقاء، یک شخصیت حقوقی صورت گیرد یا از طریق ایجاد یا ابقاء شعبه‌ای از شرکت مادر یا یک دفتر نمایندگی، در سرزمین یک عضو به منظور ارائه خدمت انجام شود، می‌باشد.

۴ - برآورد می‌شود که در ارائه خدمات به روش Cross border و روش حضور تجاری "Commercial Presence"، هر نماینده‌ای می‌بایست حدود ۴۰٪ از کل تجارت خدمات در دنیا را حائز باشد در روش "Consumption abroad" حدود ۲۰٪ را باید حائز باشد در روش ارائه خدمات از طریق اشخاص حقیقی این موضوع اهمیتی ندارد.

WTO Secretariat, Market Access: UNfinished Business, special studies 6 (WTO,2001), p.1050.

لذا، مفهوم "تجارت خدمات" در معنای ماده یک بسیار موسع است.

در رابطه با معنای عبارت "متأثر می‌سازد" که در ماده یک آمده است، مرجع استیناف در قضیه «جوامع اروپایی - موزهای (۳)» چنین می‌گوید: "به کار بردن اصطلاح "تأثیر" قصد پیش نویسان را دایر به اعطا یک قلمرو گسترده و وسیع به گاتس نشان می‌دهد"

معنای عرفی عبارت "متأثر می‌سازد" شامل هر اقدامی است که بر تجارت اثر می‌گذارد. این تفسیر مورد تأکید پانل های قبلی هم بوده است.

عبارت "متأثر می‌سازد" در متن ماده ۳ گات قلمروی وسیع‌تری را به گات به نسبت اصطلاحات و تعبیری نظیر "حاکم است" و یا "تنظیم می‌کند"، می‌بخشد.^۳

برای این که اقدامی تجارت خدمات را متأثر سازد، لازم نیست که آن اقدام حاکم بر ارائه خدمات بوده یا آن را تنظیم نماید. یک اقدام می‌تواند تحت شمول گاتس قرار گیرد بشرطی که تجارت خدمات را متأثر سازد، ولو این که چنین اقداماتی موضوعات دیگری را تنظیم نمایند.^۴ لذا، یک اقدام زمانی تجارت خدمات را متأثر می‌سازد که شرایطی را بر سر راه رقابت در یک خدمت ایجاد کند.

ماده ۲۸ گاتس مثال هایی از این دست را برشمرده است. این فهرست جامع نیست و شامل اقداماتی در این خصوص است:

۱. "خرید، عرضه یا استفاده از یک خدمت

۲. دستیابی به خدمات و استفاده از خدماتی که جنبه عام داشته و از طرف اعضا گات به عموم مردم ارائه می‌شود.

۳. حضور تجاری افراد یک دولت عضو برای ارائه خدمت در سرزمین عضو دیگر."

به طور خلاصه مفهوم اقداماتی که تجارت خدمات را متأثر می‌سازد، از جمیع جوانب دارای یک معنای وسیع است. نتیجتاً قلمرو اقداماتی که تحت شمول گاتس است یعنی قلمرو اقداماتی که در آن تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد اعمال می‌شود بسیار وسیع و گسترده است.

بند دوم. تشابه خدمات یا متصدیان خدمات

1 "Governing"

2 "Regulating"

3 Appellate Body Report, "EC – Bananas III", op.cit., para. 220.

4 "EC – Banana III", [http://www.Worldtrade.net/reports/WTOappellatebodies/ EC – Banana III \(panel\).pdf](http://www.Worldtrade.net/reports/WTOappellatebodies/EC-BananaIII(panel).pdf), para. 7. 285, visited on 14.2.2009.

5 Ibid., para. 7. 281.

دومین معیار عدم تبعیض در نظام گاتس، این است که آیا خدمات یا متصدیان خدمات مربوطه، "خدمات یا متصدیان خدمات مشابه" به حساب می‌آیند یا خیر. تنها میان خدمات یا متصدیان خدمات مشابه است که تعهد به رفتار ملت کامله‌الوداد اعمال و تبعیض ممنوع شده است.

اصطلاح خدمات یا متصدیان خدمات در گاتس تعریف نشده است. اما ماده یک بیان می‌کند که منظور از خدمات هر نوع خدمتی است که در هر بخشی ارائه می‌شود، به استثنای خدماتی که در جهت اعمال حاکمیتی ارائه می‌شود.

مفهوم متصدی خدمت در گاتس تعریف شده است. ماده ۲۸ مقرر می‌دارد: "متصدی خدمت هر شخصی است که خدمتی را ارائه می‌کند، اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی و یا متصدیان خدماتی که خدماتشان را از طریق یکی از اشکال حضور تجاری، نظیر یک دفتر نمایندگی ارائه می‌دهند."

تاکنون نیز در هیچ قضیه‌ای درباره معانی این اصطلاحات چیزی گفته نشده است.^۱ عوامل دیگری نیز در تعیین تشابه خدمات و متصدیان خدمات، بایستی در نظر گرفته شود، نظیر: ۱. ویژگی‌های خدمت یا متصدی خدمت. ۲. طبقه و توصیف خدمت در نظام طبقه بندی مرکزی محصولات ملل متحد (CPC).^۲ بنابراین دو متصدی خدمتی که یک خدمت یکسان را ارائه می‌دهد، لزوماً متصدیان یکسان نیستند. عواملی نظیر، وسعت شرکت‌ها، میزان دارایی آن‌ها، استفاده از تکنولوژی و ماهیت تخصصی آن‌ها همیشه باید در نظر گرفته شود.

هر چند رویه قضایی راجع به مفهوم "محصولات مشابه" در گات ۹۴، می‌تواند به عنوان یک منبع مفید و الهام بخش درآید، اما روشن است که مفاهیم خدمات یا متصدیان خدمات مشابه، می‌تواند منجر به بروز مشکلات مفهومی بیشتری شود.^۳

بند سوم. فوری و غیر مشروط بودن رفتار اعطایی به خدمات یا متصدیان خدمات مشابه
ماده ۲ گاتس، هیچ ملاکی درباره معنای مفهوم "رفتاری که از نظر مطلوبیت کمتر نباشد." ارائه نمی‌دهد.^۴

اما ماده ۱۷ راجع به "تعهد به رفتار ملّی" ملاک‌هایی را ارائه داده است. مطابق این ماده، رفتار متفاوتی که "از نظر مطلوبیت کمتر است"، آن رفتاری است که شرایط رقابت را به نفع خدمات یا متصدیان

¹ Panel Report, "EC – Bananas III", op.cit., para.7.322. and Panel Report, Canada – Autos, op.cit., para. 10.248.

در قضیه اخیر، پانل بیان کرد که تاجایی که متصدیان خدمات مربوطه، خدمات یکسانی را ارائه می‌دهند، بایستی آنها را به خاطر اهداف مورد نظر، متصدیان خدمات مشابه تلقی کرد.

²Central Product Classification

³Vanden Bossche, Peter, op.cit., pp. (368-9).

⁴Ibid, pp.(324,368-9).

یک عضو در قیاس با همان خدمت یا متصدیان خدمت عضو دیگر، تغییر دهد. مرجع استیناف در قضیه "جوامع اروپایی - موزهای ۳"، در تفسیر این ماده و به ویژه مفهوم "رفتاری که از نظر مطلوبیت کمتر است"، این قاعده را بنا نهاد. ولی نباید تصور کرد که ملاکهای ماده ۱۷ متساویاً به ماده ۲ هم قابل اعمال است.^۱

به هر حال مطابق با تصمیم نهاد استیناف، مفهوم رفتار در ماده ۲ و ماده ۱۷ گاتس را باید طوری تفسیر کرد که هم تبعیض دوفاکتو و هم دوزوره (قانونی) را در بر گیرد.^۲

گفتار دوم. استثنائات وارده بر تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد در گاتس

مقدمه

همچون گات، قاعده عدم تبعیض برای گاتس نیز یک مفهوم کلیدی به حساب آمده و اساس حقوق تجارت خدمات جهانی را تشکیل می‌دهد که تبلور آن را در دو ماده گاتس می‌بینیم:

۱. ماده ۲ گاتس، تحت عنوان تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد

۲. ماده ۱۸ تحت عنوان تعهد به رفتار ملّی

مبحث اول. معافیت از تعهد رفتاری مندرج در ماده ۲:۱ گاتس

برخلاف گات ۱۹۹۴، گاتس به اعضا اجازه داده است تا استثنائاتی را بر تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد مندرج در ماده (۲)۱ گاتس وارد سازند. با توجه به این که دولت‌ها آمادگی اجرای تعهداتشان بر طبق معیار ملت کامله‌الوداد را در حد گسترده نداشتند، بسیاری از دولت‌ها موضوع اخذ مجوزها بر اساس تقابل را مطرح کردند و تمایلی به خاتمه این ترتیبات نشان ندادند. علاوه بر این بعضی از دولت‌ها و به ویژه ایالات متحده مدعی بودند که آن‌ها دستیابی به بازار آزاد را در بسیاری از موارد اعطا نموده‌اند و اگر قرار باشد که نظام مبتنی بر معیار ملت کامله‌الوداد به اغلب موارد اعمال شود، آن‌ها وسیله نفوذ به بازارهای آزاد دولت‌هایی را که دارای نظام‌های بسته اقتصادی هستند را از دست خواهند داد. بر همین اساس، ایالات متحده مطابق بند ۲ ماده ۲ گاتس اصرار ورزید که تعهد کلی مندرج در بند ۱ را باز پس گیرد.^۳

ماده ۲:۲ مقرر می‌دارد:

¹ Appellate Body Report, "EC – Bananas III", op.cit., para.324.

² Vanden Bossche, Peter, op.cit., p. 324.

³ The International Exchange of Services and Creation of GATS, pp. (117 and 118).

"هر یک از اعضا می‌تواند اقدامی را که با بند یک در تعارض است را حفظ کند به شرطی که اقدام مربوطه جزء اقداماتی باشد که در ضمیمه راجع به استثنائات ماده ۲ آمده است و شرایط مقرر در آن را نیز داشته باشد."

به اعضا اجازه داده شد تا اقداماتی را که مشمول ضمیمه استثنائات ماده ۲ می‌باشد، تا تاریخ لازم الاجرائی موافقتنامه سازمان تجارت جهانی یعنی ژانویه ۱۹۹۵ فهرست نمایند.^۱

دوسوم اعضای سازمان تجارت جهانی، استثنائات وارده بر ملت کامله‌الوداد را فهرست کردند. این استثنائات عمدتاً حول محور حمل و نقل بخصوص حمل و نقل دریایی، ارتباطات، به ویژه ارتباطات صوتی و تصویری و خدمات مالی و تجاری بود.^۲

اعلامیه دولت عضو مبنی بر معرفی استثنائات بایستی دربردارنده نکات زیر باشد:

۱. توصیف بخش یا بخش‌هایی که قرارست معافیت در آن اعمال شود.

۲. توصیف اقدام مربوطه و این که چرا با ماده ۲ منطبق نیست.

۳. کشور یا کشورهایی که اقدام مورد بحث نسبت به آن‌ها اعمال می‌شود.

۴. تعیین دوره زمانی استثنا

۵. شرایط و اوضاع و احوال ایجاد کننده چنین استثنائاتی.

به طور کلی، استثنائات نبایستی از یک دوره ده ساله فراتر رود^۳ و تا ژانویه ۲۰۰۵ تمامی استثنائات مربوط به ماده ۲ بایستی خاتمه یابد.^۴ در این زمان تمامی استثنائاتی که برای یک دوره بیش از ۵ سال اعمال شده است بایستی بعد از گذشت ۵ سال مورد بازنگری شورای تجارت خدمات قرار گیرد. در این بازنگری شورا بررسی می‌کند که آیا شرایط ایجاد کننده نیاز به استثنا هنوز باقی است یا خیر و مجدداً تاریخی را برای بررسی مجدد تعیین می‌کند.^۵

به هر حال، چنین استثنائاتی در تاریخ معین شده در ضمیمه استثنائات خاتمه می‌یابد.^۶

۱- از اول ژانویه ۱۹۹۵، یک عضو تنها در صورتی می‌تواند اقدامی را از شمول اعمال تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد مندرج در ماده ۱ : ۲ معاف سازد که بتواند مطابق با ماده ۱۱ موافقتنامه سازمان تجارت جهانی، انصراف خود را از تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد بدست بیاورد.

Vanden Bossche, Peter, op.cit., pp. (115-17, 145-146).

۲ WTO Secretariat, "Market access: Unfinished Business", special studies 6 (WTO, 2001), at. 100.

۳ Para. 6 of the annex on Article II exemptions.

۴- بسیاری از اعضا در فهرست استثنائاتشان ذکر کردند که این معافیت‌ها نباید فراتر از یک دوره ده ساله رود. بند ۶ ضمیمه ماده ۲ معافیت‌ها می‌گوید که نباید معافیت‌ها فراتر از یک دوره ده ساله، رود و نه اینکه فراتر از یک دوره ده ساله نخواهد رفت.

۵- بند ۳ و ۴ ضمیمه ماده ۲ معافیت‌ها، اگر شورا به این نتیجه رسید که چنین شرایطی دیگر وجود ندارد. عضو مربوط متعهد می‌شود که رفتار ملت کامله‌الوداد را در رابطه با اقدامی که سابقاً استثنا نموده بود، اعطا نماید.

6 Para. 5 of the annex on Article II Exemptions.

فهرست استثنائات نباید اعضایی را که از رفتار ملت کامله‌الوداد منتفع می‌شوند را مشخص کند، بلکه فهرست استثنائات، اعضایی را که منتفع از شرایط مطلوب تر دستیابی به بازار، به نسبت دیگر اعضا هستند، مشخص می‌کند.

برای مثال، جوامع اروپایی قائل به استثنائات ذیل شدند:

۱. خدمات صوتی و تصویری (تولید و پخش برنامه‌های تلویزیونی و کارهای سینمایی)
 ۲. انتشار موارد فوق‌برای مثال شریک خارجی بایستی ۴۹٪ از سرمایه و حق رأی را در شرکت‌های ایتالیایی دارا باشد، آن هم به شرط رفتار متقابل.
 ۳. در مورد حمل و نقل از طریق راه آبی داخل خشکی، مقررات کنوانسیون مآن هاین راجع به کشتیرانی روی راین اعمال می‌شود هرچند حق فسخ تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد یک عمل یکجانبه است و مشروط به تأیید یک کمیته یا متصدی دیگری نیست، اما به هر حال بایستی محدود به یک اقدام خاص و موجود باشد، نه این که کل یک بخش یا یک اقدام غیر موجود در آینده را دربرگیرد.^۲
- به هر حال همان طور که فوقاً بیان شد، تمامی استثنائات راجع به ملت کامله‌الوداد می‌باید، مقید به زمان انقضا باشد و نباید فراتر از یک دوره ده ساله رود. لذا، چنان چه توافقات جدیدی در خصوص دستیابی به بازار میان دو کشور به مذاکره گذاشته شود مثلاً چنان چه توافقی راجع به خدمات میان ژاپن و ایالات متحده صورت گیرد، منافع حاصل از این توافقات بایستی به تمامی دولت های عضو بر طبق اصل ملت کامله‌الوداد تسری یابد. اقداماتی که در اجرا این توافق اتخاذ می‌شود، به عنوان اقدامات موجودی که سابقاً اطلاع داده شده اند، در نظر گرفته نمی‌شوند و لذا حق بر استثنا زدن نسبت به آن ها اعمال نخواهد شد.^۳

مبحث دوم. استثنائات عام در گاتس

نظیر گات ۱۹۹۴، گاتس نیز یک سری استثنائات کلی و عام را که به اعضا اجازه تخطی از تعهدات مندرج در گاتس تحت شرایط خاص را می‌دهد، برشمرده است که این استثنائات به ویژه در ماده ۱۴ بیان شده است. شباهت‌های میان ماده ۲۰ گات ۹۴ و ماده ۱۴ گاتس جالب است اما تفاوت هایی هم وجود دارد. ماده ۱۴ یک معیار دوبندی را برای توجیه یک اقدام مغایر با تعهدات گاتس ارائه داده است، که مطابق آن بایستی اولاً بررسی کرد که آیا این اقدام می‌تواند موقتاً مطابق یکی از استثنائات خاص مندرج در بندهای

¹ European Communities and their Members States, Final list of Article II (MFN) Exemptions, GATS / EL/ 31, dated 15 April 1994.

² WWW. WTO. Org/ English / tratop – e/ serv – e/ serv – Commitments – e. htm. Visited on 1 September 2004.

³ The International Exchange of Services and Creation of GATS, p.118.

(الف) تا (ه) ماده ۱۴ توجیه شود و ثانیاً اگر چنین است آیا اعمال این اقدام مطابق ارکان حاکم بر ماده ۱۴ بوده است یا خیر.

بند اول. استثنائات خاص مندرج در ماده ۱۴ گاتس

ماده ۱۴ گاتس در بندهای (الف) تا (ه)، دلایل خاصی را برای توجیه اقداماتی که با مقررات گاتس در تعارض است؛ بیان می‌کند. این دلایل عبارتند از:

۱. اخلاقیات عمومی ۲. حفظ نظم عمومی ۳. جلوگیری از رویه‌های فریبنده و متقلبانه ۴. حمایت از اشخاص خصوصی ۵. وضع و جمع‌آوری موثر و عادلانه مالیاتهای مستقیم. موارد ۲ و ۵ و ۴ تصریح نشده‌اند و از آن‌ها به عنوان مبانی احتمالی توجیه، مطابق ماده ۲۰ گات ۹۴ یاد می‌شود. در رابطه با حمایت از نظم عمومی پی نوشت شماره ۵۵ ماده (الف) ۱۴ گاتس بیان می‌کند: "استثنا نظم عمومی تنها زمانی می‌تواند مورد استناد قرار گیرد که یک تهدید واقعی و کاملاً جدی متوجه یکی از منافع اساسی جامعه شود."

بندهای (الف) و (ه) ماده ۱۴ گاتس تنها عدم مطابقت با تعهد رفتار ملی (ماده ۱۸) و یا تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد (ماده ۲) را توجیه می‌کنند در رابطه با اقداماتی که به مالیاتهای مستقیم مربوط می‌شود ماده (د) ۱۴ گاتس به اعضا اجازه می‌دهد تا اقداماتی را تصویب یا اجرا کنند که با تعهد رفتار ملی مندرج در ماده ۱۷ در تضاد است.^۱

پی نوشت شماره ۶ ماده (د) ۱۴ حاوی یک فهرست تمثیلی از تمامی اقداماتی است که هدفشان تضمین وضع یا جمع‌آوری موثر یا عادلانه مالیاتهای مستقیم است. این فهرست برای مثال شامل: ۱. اقدامات اتخاذی از سوی هر یک از اعضا که مطابق با نظام مالیاتی شان به منظور تضمین وضع یا جمع‌آوری مالیاتها در سرزمین اعضا، نسبت به افراد غیر مقیم اعمال می‌شود. ۲. اقداماتی که از سوی هر یک از اعضا مطابق نظام مالیاتی شان نسبت به اشخاص مقیم و یا غیر مقیم به منظور جلوگیری از انکار مالیاتها یا فرار از آن اتخاذ می‌شود. ماده (ه) ۱۴ گاتس به هر یک از اعضا اجازه تصویب یا اجرای اقداماتی را که با تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد در ماده ۲ مغایر هستند را می‌دهد مشروط به این که تفاوت در رفتار، در نتیجه موافقتنامه اجتناب از مالیات مضاعف یا دیگر مقررات راجع به اجتناب از مالیات مضاعف در موافقتنامه‌های بین‌المللی یا هر ترتیبی که دولت عضو را ملتزم می‌سازد، بوده باشد.

برای این که استثنائات مندرج در بندهای الف و ب و ج ماده ۱۴ موقتاً موجه شوند، بایستی برای دستیابی به هدف سیاست تعقیبی "ضروری" باشند. عنصر ضرورت در بندهای ه و د وجود ندارد و تاکنون هیچ قضیه‌ای درباره مفهوم "ضرورت" مطرح نشده است. اما می‌توان از رویه‌های قضایی مطرح شده در

۱- ماده (د) ۱۴ گاتس، پی نوشت شماره ۶

بندهای (ب) و (د) ماده ۲۰ در تفسیر عنصر ضرورت مندرج در بندهای (الف) تا (ج) ماده ۱۴ گاتس استفاده کرد.^۱

عواملی که می‌توانند در تعیین "ضرورت" موثر باشند، عبارتند از: ۱. اهمیت منافع یا ارزش‌های عمومی مورد حمایت اقدام ۲. قلمروی اقدام ۳. تأثیر آن اقدام بر تجارت.^۲

برای تعیین ضرورت یک اقدام به منظور حفظ اهداف سیاست کلان دولت مندرج در بندهای a تا c لازم است تا میان عدله اقدام و هدف سیاست کلان دولت که در جستجوی حمایت است، توازن و تعادل برقرار شود.^۳

بند دوم. ارکان کلی ماده ۱۴ گاتس

چنان چه محرز شود که اقدام مورد بحث پیش شرط‌های یکی از استثنائات خاص بندهای (الف) تا (ه) را دارد، بایستی بررسی کرد که آیا اقدام مربوطه ارکان کلی ماده ۱۴ را حائز است یا خیر. ماده ۱۴ گاتس تقریباً مشابه ارکان ماده ۲۰ گات ۹۴ است. تا به امروز هیچ قضیه‌ای درباره اعمال ارکان کلی ماده ۱۴ مطرح نشده است. لذا از تسری رویه قضایی مطرح شده در خصوص اعمال ارکان کلی ماده ۲۰ به ماده ۱۴ می‌توان درس‌های زیادی گرفت.^۴ مسلماً بر مبنای رویه قضایی ماده ۲۰ می‌توان گفت که هدف و موضوع صدر ماده ۱۴ گاتس این است که جلوی سوء استفاده از اعمال موقتی موازین موجهه را بگیرد. صدر ماده ۱۴ در رأس "فهرست استثنائات عمومی" ماده ۱۴ به جهت تضمین توازن میان حق یک دولت عضو مبنی بر استناد به موارد استثناء مطابق ماده ۱۴ و تعهد همان عضو در رابطه با حقوق معاهده‌ای دیگر اعضا و جلوگیری از سوء استفاده، وضع شده است.^۵

مبحث سوم. استثنا امنیتی: ماده ۱۴ مکرر گاتس

این ماده به اعضا اجازه داده است تا اقداماتی را که به نفع امنیت ملی یا بین‌المللی است، علی‌رغم مغایرت با تعهدات گاتس، اتخاذ یا اجرا نمایند. عبارت بکار رفته در این بند بواقع با ماده ۲۱ گات ۹۴ یکسان است. ماده ۱۴ مکرر نظیر ماده ۲۱ بی‌اهمیت نیست، معمولاً اعضای سازمان تجارت جهانی برای دستیابی به صلح و امنیت ملی یا بین‌المللی اقدامات یکجانبه یا چندجانبه‌ای را اتخاذ می‌کنند که تجارت خدمات را در برابر اعضا دیگر، متأثر می‌سازد. بر خلاف ماده ۲۱ گات ۹۴، ماده ۱۴ مکرر گاتس، پیش شرط اعلام یا اطلاع

¹ Vanden Bossche, Peter, op.cit., pp. (604 – 7, 609).

² Ibid., p. 609.

³ Ibid., pp. (604 – 7, 609, 627).

⁴ Ibid., pp. (615 – 23).

⁵ Ibid., pp. (616 – 17).

قبلی اقدام را مقرر داشته است. بند دوم ماده ۱۴ مکرر بیان می‌کند که شورای تجارت خدمات بایستی تا آن جا که ممکن است، اقداماتی را که مطابق بندهای ب و ج اتخاذ می‌شود را به اطلاع اعضا برساند.

مبحث چهارم. استثنا اتحادیه‌های منطقه ای:

ماده ۵ گاتس تحت عنوان اتحادیه اقتصادی نسخه ثانی ماده ۲۴ گات ۹۴ در تجارت خدمات است ماده ۱ : ۵ گاتس مقرر می‌دارد: «این موافقتنامه نایستی مانع از عضویت اعضا یا ورود آن‌ها به موافقتنامه‌های تجارت آزاد خدمات میان اعضا چنین موافقتنامه‌هایی شود، به شرطی که چنین موافقتنامه ای: الف. پوشش منطقه‌ای گسترده‌ای داشته باشد. ب. تمامی تبعیض‌های ماهوی در معنای ماده ۱۷ میان اعضا در بخش‌های تحت پوشش بند الف را حذف کند. به دو طریق: ۱. از طریق حذف موازین تبعیضی موجود و ۲. از طریق ممنوعیت موازین تبعیضی جدید یا بیشتر، خواه در زمان لازم الاجرا شدن این موافقتنامه و یا بر مبنای یک چارچوب زمانی متعارف، مگر موازینی که مطابق مواد ۱۱ و ۱۲ و ۱۴ و ۱۴ مکرر اجازه داده شده است.»^۱

پانل در قضیه "کانادا - ماشین‌ها" اشاره می‌کند که ماده ۵ در بیان قلمرو حقوقی اقداماتی است که مطابق با موافقتنامه‌های اقتصادی اتخاذ می‌شود و با تعهد مندرج در ماده (۲) ۲ منطبق نیست.^۲ لذا مطابق ماده ۵ گاتس اقدام غیر منطبق با گاتس در صورتی موجه می‌شود که آن اقدام مقدمه بخشی از یک موافقت نامه تجارت آزاد خدمات باشد و کلیه شرایط بیان شده در ماده (الف) ۱ : ۵ یعنی شرط پوشش منطقه‌ای گسترده و ماده (ب) ۱ : ۵ یعنی شرط تمامی تبعیض‌های ماهوی و ماده ۴ : ۵ شرط موانع تجارت را داشته باشد و چنان چه اقدام مربوطه اجازه داده نشود، اعضای سازمان تجارت جهانی حق ورود به چنین موافقتنامه‌هایی را نخواهند داشت. (ارکان کلی ماده ۱ : ۵)

بند اول. شرط پوشش گسترده منطقه ای

مطابق ماده (الف) ۱ : ۵ گاتس، یک موافقتنامه اتحادیه اقتصادی بایستی پوشش منطقه‌ای گسترده‌ای از نظر تجارت خدمات در میان اعضا موافقتنامه‌ها داشته باشد. پی نوشت این ماده، بیان می‌کند که پوشش منطقه‌ای گسترده از روی تعداد بخش‌ها، حجم تجارت و روش‌های ارائه خدمات تعیین می‌شود.^۳ پی نوشت این ماده ادامه می‌دهد که موافقتنامه اتحادیه اقتصادی نمی‌تواند منطقاً هر چهار روش ارائه خدمات را استثنا کند و به ویژه هیچ موافقتنامه اتحادیه اقتصادی نایستی منطقاً (apriori) سرمایه‌گذاری یا جنبش‌های کار

۱ - پی نوشت شماره ۱ مقرر کرده است: "این شرط با توجه به تعداد بخش‌ها، حجم تجارت متأثر شده و روش‌های ارائه خدمات، تعیین می‌شود، لذا موافقتنامه‌ها نایستی منطقاً هیچ روش ارائه خدماتی را استثنا کنند.

۴ Panel Report, "Canada - Autos", op.cit., para. 10.271.

۳ - معلوم نیست که آیا پارامترهایی که به منظور تعیین مطابقت یک موافقتنامه اتحادیه اقتصادی با ماده ۵ گاتس مورد بررسی قرار می‌گیرند، محدود به پارامترهای فهرست شده در پی نوشت هستند، یا اینکه ملاحظات دیگری نیز در میان است.

وکارگری در معنای روش‌های سوم و چهارم ارائه خدمات را استثنا کند. اعضا سازمان تجارت جهانی در خصوص این که آیا می‌توان یک یا بیش از یکی از بخش‌های خدماتی را از موافقتنامه اتحادیه اقتصادی استثنا کرد، متفق القول نیستند. اما استفاده از عبارت "تعداد بخش‌ها" در پی نوشت بند (الف) ۱، به نظر می‌رسد، حاکی از آن باشد که نایستی همه بخش‌های تحت پوشش موافقتنامه اتحادیه اقتصادی به حد (آستانه) "پوشش منطقه‌ای گسترده" برسد. اما آشکار است که تعداد استثنائات باید محدود باشد، همان طور که پانل در قضیه "ماشین‌ها - کانادا" چنین گفت: "هدف از ماده ۵ آن است که جلوی آزادی‌های جاه طلبانه در سطح منطقه‌ای گرفته شود، هرچند که هم زمان، باید تعهد ملت کامله‌الوداد را، با توسل به کمترین ترتیبات ترجیحی، از تضعیف و تخریب، نجات داد."^۱

بند دوم. شرط "تمامی تبعیض‌های ماهوی"

ماده (ب) (۱) ۵: گاتس بیان می‌کند که یک موافقتنامه اتحادیه اقتصادی بایستی به تمامی تبعیض‌های ماهوی خاتمه دهد. این ماده نمی‌گوید، فقدان یا حذف کلیه تبعیض‌ها، بلکه اشاره به نبود یا حذف تمامی تبعیض‌های ماهوی می‌کند لذا این سوال مطرح می‌شود که تا چه حد اعمال موازین تبعیضی مجاز است؟ در یک موافقتنامه اتحادیه اقتصادی، قلمرو اقدامات تبعیضی مجاز، تحت تأثیر قلمرو فهرست استثنائات مندرج در ماده (ب) (۱) ۵: خواهد بود. این فهرست، صراحتاً دربردارنده استثنائاتی است که در مواد ۱۱ و ۱۲ و ۱۴ و ۱۴ مکرر گاتس آمده است. اما معلوم نیست که این فهرست جامع و کامل است یا خیر. همچنین قلمرو اقدامات تبعیضی مجاز، تحت تأثیر معنای عرف "و / یا" در ماده (ب) (۱) ۵: که پیوند میان بندهای (۱) و (۲) را برقرار می‌سازد، قرار دارد. بعضی از اعضا معتقدند که حرف "یا" به اعضا موافقتنامه اتحادیه اقتصادی اجازه می‌دهد تا میان بندهای (۱) و (۲) یکی را انتخاب کنند یعنی میان حذف موازین تبعیضی موجود یا استفاده از یک وقفه، یکی را برگزینند. لذا هر عضو می‌تواند یکی از دو راه را انتخاب کند، یا به اضافه کردن موازین جدید در آینده خاتمه دهد و یا به محدود ساختن موازین موجود در آینده خاتمه دهد.

اعضا دیگر این تفسیر را رد کردند. استدلالشان این بود که هدف از ماده (ب) ۱ : ۵ بررسی کل تبعیضات ماهوی است. حرف "و/یا" را باید طوری تفسیر کرد که هر دو بند (۱) و (۲) قابلیت اعمال یابد. لذا

¹ Panel Report, "Canada – Autos", op.cit., para. 10. 271.

۲- ماده ۲ : ۵ گاتس بیان می‌کند که در ارزیابی مطابقت یک موافقتنامه با ماده (ب) ۱ : ۵ می‌توان، پیوند آن را با روند پیشرفته‌تر اتحادیه اقتصادی یا آزادی تجارت میان اعضا آن موافقتنامه، به حساب آورد. "پروژه پیشرفته‌تر اتحادیه اقتصادی" اشاره به پروژه اتحادیه اقتصادی دارد که در آن به نه تنها به موانع تجارت در خدمات، بلکه در کالاها نیز خاتمه داده میشود.

۳- ماده ۶ : ۵ گاتس مقرر می‌کند که متصدی خدمت کشور ثالث، از طرف اعضا موافقتنامه اتحادیه اقتصادی، بمنزله یک شخص حقوقی نگریسته می‌شود و مستحق بهره‌مندی از همان رفتاری است که در منطقه اتحادیه اقتصادی اعصا می‌شود، بشرطی که در سرزمین اعضا آن موافقتنامه، فعالیت‌های تجاری عمده‌ای داشته باشد.

بندهای (۱) و (۲)، ملاک‌های انتخاب در امر قضاوت هستند و نه به عنوان طرق انتخابی که طرفین یک موافقتنامه اتحادیه اقتصادی بتوانند آزادانه یکی از آن‌ها را برگزینند.^۱ پانل در قضیه "کانادا - ماشین‌ها" در رابطه با تعهد مندرج در ماده (ب) ۱: ۵ اشاره می‌کند که چنان چه یکی از اعضا موافقتنامه اتحادیه اقتصادی رفتار مطلوب تر را به متصدیان خدمات یک عضو اعطا و از متصدیان خدمات عضو دیگر دریغ کرد، تعهدات مندرج در ماده (ب) ۱: ۵ را نقض کرده است.^۲

مفهوم "چارچوب زمانی متعارف" در ماده (ب) ۱: ۵ به هیچ وجه در گاتس تعریف یا توضیح داده نشده است. بر مبنای ماده (ج) ۵: ۲۴ گات ۹۴ و بند ۳ تفسیر ماده ۲۴ راجع به مفهوم "طول زمانی متعارف" می‌توان گفت که منظور از چارچوب زمانی متعارف در ماده (ب) ۱: ۵ یک محدوده زمانی ده ساله است که به عنوان یک نقطه شروع کلی به کار خواهد رفت.

بند سوم. شرط "موانع بر سر راه تجارت"

ماده ۹: ۵ مقرر می‌کند که یک موافقتنامه اتحادیه اقتصادی بایستی طوری طراحی شود که تجارت میان اعضا موافقتنامه را تسهیل کند و نه این که سطح کلی موانع تجارت خدمات را در بخش‌ها و زیر بخش‌های مربوطه در مقایسه با سطح قابل اعمال قبل از انعقاد موافقتنامه، نسبت به اعضا خارج از موافقتنامه بالا ببرد. فقدان آمار دقیقی از تجارت خدمات و تفاوت‌هایی که در نظام‌های قانونگذاری اعضا وجود دارد، ارزیابی سطح موانع موثر قبل از تأسیس یک موافقتنامه اتحادیه اقتصادی را مشکل ساخته است. یکی از روش‌های ممکن برای اعمال این شرط، این است که الزام شود، یک موافقتنامه اتحادیه اقتصادی نه فقط سطح تجارت، بلکه رشد تجارت را نیز در بخش‌ها یا زیر بخش‌های مربوطه نباید کاهش دهد.^۳

موافقتنامه‌های اتحادیه اقتصادی و کشورهای عضو در حال توسعه

در خصوص موافقتنامه‌های اتحادیه اقتصادی که کشورهای در حال توسعه در آن‌ها عضویت دارند، ماده (الف) ۳: ۵ گاتس، درباره شرایط بیان شده در ماده ۱: ۵ کمی انعطاف به خرج داده است. این انعطاف بر حسب سطح توسعه کشورهای مربوطه هم به طور کل و هم به طور انفرادی در تمامی بخش‌ها و زیر بخش‌ها، اعمال می‌شود. ماده (ب) ۳: ۵ گاتس بیان می‌کند که در مورد موافقتنامه‌های اتحادیه اقتصادی که تنها کشورهای در حال توسعه در آن عضو هستند، رفتار مطلوب تر می‌تواند به اشخاص حقوقی که مالکیت یا کنترلشان در دست اشخاص حقیقی است که در این موافقتنامه‌ها عضویت دارند، اعطا شود.^۴

1 Committee on Regional Trade Agreement, Examination of the North American Free Trade Agreement, on the Meeting of 24 February 1997, WT/REG/M/4, dated 16 April 1997.

2 Panel Report, "Canada - Autos", op.cit., para. 10. 270.

۳- اگر آمار تجارت خدمات در دسترس نباشد، تغییر در حجم تجارت را می‌توان از طریق آمار فعالیت‌های اقتصادی داخلی مورد قضاوت قرار داد.

۴- ماده (ب) ۳: ۵ علیرغم ماده ۶: ۵ گاتس اعمال می‌شود.

بند چهارم. موضوعات شکلی

ماده ۷ : ۵ اعضا یک موافقتنامه اتحادیه اقتصادی را ملزم کرده است که این موافقتنامه‌ها را به اطلاع کمیته تجارت خدمات برسانند همین طور هر گونه اصلاح مهم یا توسعه موافقتنامه‌ها را^۱ به درخواست شورای تجارت خدمات، کمیته تجارت و توسعه این موافقتنامه‌ها را بررسی کرده و گزارش خود را بر مبنای مطابقت با گاتس به شورا بر می‌گردانند.^۲ سپس شورای تجارت خدمات، توصیه‌هایی را که به نظرش مناسب هستند، ارائه و پیشنهاد می‌دهد. موافقتنامه‌های اتحادیه منطقه‌ای که تاکنون برای مطابقت با گاتس به کمیته مذکور ارجاع شدند عبارتند از: معاهده الحاق استرالیا، فنلاند و سوئد به اتحادیه اروپا، موافقتنامه تجارت آزاد آمریکای شمالی^۳ و موافقتنامه تجارت و روابط اقتصادی نزدیک‌تر میان استرالیا و نیوزیلند^۴ و موافقتنامه تجارت آزاد میان شیلی و مکزیک.^۵

ماده ۵ : ۵ گاتس مقرر می‌کند که عضو یک موافقتنامه اتحادیه اقتصادی حداقل ۹۰ روز قبل از اصلاح یا فسخ یک تعهد معین که با مفاد و شرایط بیان شده در جدول گاتس مغایر است، آن را باید اطلاع دهد. در چنین وضعیتی، طرف مربوطه بایستی روش اصلاح جداول و جرح و تعدیل جبرانی را که در ماده ۲۱ گاتس آمده است، آغاز کند.^۶

بند پنجم. موافقتنامه اتحادیه بازارهای کار و کارگری

ماده ۵ مکرر تحت عنوان "موافقتنامه‌های اتحادیه بازارهای کار و کارگری" شکل خاصی از موافقتنامه‌های اتحادیه اقتصادی را که اتحاد کامل بازارهای کارگری میان اعضا چنین موافقتنامه‌هایی را مقرر می‌کند، بررسی کرده است. این موافقتنامه‌ها به اتباع طرفین، آزادی ورود به بازارهای کار و کارگری دیگر اعضا را اعطا می‌کند. معمولاً این موافقتنامه‌ها دربردارنده مقرراتی راجع به شرایط پرداخت دستمزد، دیگر شرایط استخدام و منافع اجتماعی هستند. ماده ۵ مکرر مقرر می‌کند که گاتس بایستی مانع از عضویت هر یک از اعضا سازمان تجارت جهانی در چنین موافقتنامه‌هایی شود، بشرطی که این موافقتنامه‌ها، اولاً،

۱ - ماده (الف) ۷ : ۵ و ماده (ب) ۷ : ۵ گاتس، آندسته از اعضا سازمان تجارت جهانی که عضو یک موافقتنامه اتحادیه اقتصادی هستند که در یک چارچوب زمانی به اجرا در می‌آید، بایستی متناوباً به شورای تجارت خدمات گزارش دهند.

۲ - موافقتنامه‌های تجارت منطقه‌ای مطابق شرط توانمندسازی، توسط کمیته تجارت و توسعه بررسی می‌شوند. موافقتنامه‌های تجارت منطقه‌ای میان کشورهای عضو در حال توسعه توسط شورا کنترل می‌شوند.

3S/C/M/2, paras. (9 and 10), Quoted in : Vanden Bossche, P., op.cit, p.618.

4Ibidem, S/C/M/3, Paras. (27 and 28).

5Ibidem, C/M/14, Section E.

6Ibidem, S/C/M/52, Section C.

7Vanden Bossche, Peter, op.cit., p. (666-7).

شهروندان اعضا موافقتنامه‌ها را از شرایط مربوط به اقامت و مجوزهای کاری معاف کنند و ثانیاً مراتب به اطلاع شورای تجارت خدمات رسیده باشد.^۱

فصل سوم. شرط رفتاری ملت کامله الوداد در موافقتنامه جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت فکری (تریپس)

گفتار اول: مقررہ ملت کامله الوداد در موافقت نامه تریپس

تعهد به اعطاء رفتار ملت کامله الوداد سنگ بنای نظام تجارت جهانی است. هرچند در کنوانسیون ۱۹۶۷ پاریس هیچ مقررہ ای که تعهد رفتاری ملت کامله الوداد را در رابطه با علائم تجاری یا دیگر علائم حق اختراعی مقرر کرده باشد وجود ندارد، اما تدوین کنندگان موافقت نامه تریپس تصمیم گرفتند که تعهد رفتاری ملت کامله الوداد را به حقوق ناشی از مالکیت فکری نیز تسری دهند. لذا تعهد رفتاری ملت کامله الوداد بعنوان سنگ بنای نظام تجارت جهانی، در موافقت نامه تریپس نیز دارای همان اهمیتی است که در تجارت کالاها یافته است. تعهدی که بنیادین و اساسی است. در قضیه بخش ۲۱۱ قانون "بودجه آمریکا - جوامع اروپایی"، جوامع اروپایی مدعی بودند که بخش های (ب) و (الف) ۲۱۱ با ماده ۴ موافقت نامه تریپس منطبق نیست. پانل نتیجه گرفت، از آنجا که بخش ۲۱۱ هیچ سود، نفع، مزیت یا مصونیتی را به اتباع دیگر اعضا سازمان تجارت جهانی اعطا نکرده است که آن را از اتباع کوبایی دریغ کرده باشد،^۲ لذا بخش (۲)(الف) ۲۱۱ با ماده ۴ موافقت نامه تریپس در تعارض نیست.^۳ در رابطه با بخش (ب) ۲۱۱ نیز پانل به همین نتیجه رسید. استدلال پانل مبتنی بر این بود که عبارت "تبعه طراح" در بخش ۲۱۱ شامل هر تبعه کوبایی یا غیر کوبایی خارجی که جانشین ذی نفع یک "تبعه طراح" می شود، خواهد بود. لذا بخش ۲۱۱ هیچ تبعیضی میان اتباع کوبایی با دیگر اتباع خارجی در رابطه با دعاوی راجع به علائم تجاری مریوط به دارائی های ضبط شده در کوبا نگذاشته است و هیچ اشاره ای به مالکین اولیه ی علامت تجاری در بخش ۲۱۱ نشده است.

^۱ Ibidem.

^۲ "United States-Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998", World Trade and Arbitrations Materials, vol 13, No.6, December 2001, kluwer Law International ISSN 1022-6586, p.33

^۳ Ibid., p.114

^۴ Ibidem.

اما استدلال نهاد استیناف بر عکس پانل بود . به عقیده نهاد استیناف " تبعه طراح " شامل هر تبعه خارجی غیر کوبایی است که یا جانشین ذی نفع علامت تجاری ضبط شده در کوبا بوده و یا جانشین ذی نفع تبعه کوبایی می باشد .^۱ اتباع غیر کوبایی خارجی که مالک اولیه علامت تجاری هستند تحت شمول تعریف " تبعه طراح " در نیامده و لذا تابع بخش (۲)(الف) ۲۱۱ نیستند . لذا بخش ۲۱۱ میان تبعه کوبایی و غیر کوبایی که هر دو مالک اولیه علامت تجاری مشابه با تجارتی هستند که در کوبا ضبط شده است ، تبعیض قائل شده و لذا در تعارض با ماده ۴ موافقت نامه تریپس است . نهاد استیناف در قضیه بخش ۲۱۱ قانون بودجه عمومی ایالات متحده امریکا به اهمیت حساس و مهم قواعد ملت کامله الوداد در موافقت نامه های تجاری چند جانبه و تعهد به اعطا چنین رفتاری نسبت به تمامی موضوعات راجع به مالکیت فکری که تحت حمایت موافقت نامه تریپس هستند ، تأکید کرده است .^۵

یکی از مصادیق حق مالکیت فکری حمایت از " تنوع گیاهی " است . بسیاری از موافقت نامه های بین المللی مالکیت فکری راجع به تنوع گیاهی و حقوق پرورش دهندگان گیاهان حاوی شرط رفتاری ملت کامله الوداد است . عده ای معتقدند که هرچند حمایت از ماهیت خاص (sui generis) تنوع گیاهی یک حق مالکیت فکری است اما تحت شمول موافقت نامه تریپس در نمی آید.^۳ اما با تفسیری که حقوق دانان نهاد حل اختلاف سازمان تجارت جهانی از ماده (۱) ۳ و (۴) موافقت نامه تریپس به عمل آوردند، باید گفت که شرط ملت کامله الوداد نسبت به حمایت از تنوع گیاهی نیز قابل اعمال است ، من جمله طرحی که در بردارنده حمایت از نظام خاص و منحصر به فرد تنوع گیاهی است.^۴

اصل ملت کامله الوداد در ماده ۴ موافقت نامه تریپس بیان شده است مطابق این اصل: هر گونه مزایا، منافع، امتیازات یا معافیتی که در خصوص حمایت از مالکیت فکری، یک عضو به اتباع هر کشور دیگر اعطا کند، فوراً و بی قید و شرط در مورد اتباع تمامی اعضای دیگر نیز اعمال خواهد شد.

^۱Report of the Appellate Body , "United States-Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998" , World Trade Organization , WT/DS1 76/AB/R ,2 January 2002 , paras. (297-319)
"Plant Varieties"

^۲Correa , C.M., "Sovereign and Property Rights Over Plant Genetic Resources" , FAO Background Study Paper , No . 2 , Commission on Plant Genetic Resources – First Extraordinary Session , Rome 7-11 November 1994

^۳1. "Intellectual Property Rights in Plant Varieties ". International Legal Regimes and Policy Options For National Governments For The Development Law Service FAO Legal Office ,
[http : //www.fao.org/docrep/007/y5714e 00.htm](http://www.fao.org/docrep/007/y5714e 00.htm)

به عبارت دیگر، مقرر مالت كامله الوداد در موافقت‌نامه تريپس بيان مي‌كند كه هر كشوري مي‌بايد با اتباع تمامي كشورهاي ديگر در راستاي حمايت از مالكييت فكري به طور مساوي رفتار نمايد. اما موافقت‌نامه تعريفی از اصطلاحات مزيت، نفع يا مصونيت ارائه نمي‌دهد. از طرف ديگر موافقت‌نامه استثنائاتي را بر مقرر مالت كامله الوداد بار كرده است.^۱

گفتار دوم: استثنائات وارده بر مالت كامله الوداد در موافقت‌نامه تريپس

استثنائات مربوط به اصل مالت كامله الوداد در ماده ۴ موافقت‌نامه تريپس ذكر شده است مطابق اين ماده استثنائات اصل مالت كامله الوداد شامل هر گونه مزيا، منافع، امتيازات يا معافيت‌هاي خواهد بود كه:

(الف) از موافقت‌نامه‌هاي بين‌المللي معاضدت قضايي يا اجراي قانوني با ماهيت عام كه به طور خاص به حمايت از مالكييت فكري محدود نيست، ناشي شده باشد؛

(ب) مطابق مقررات كنوانسيون برن (۱۹۷۱) يا كنوانسيون رم اعطا شده باشد؛

(ج) در خصوص حقوق اجرا كنندگان، توليد كنندگان صفحات گرامافون و مؤسسات پخش كننده كه خارج از چارچوب موافقت‌نامه حاضر، اعطا شده است؛

(د) از آن‌دسته از موافقت‌نامه‌هاي بين‌المللي مربوط به حمايت از مالكييت فكري كه قبل و بعد از لازم‌الاجرا شدن موافقت‌نامه سازمان تجارت جهاني به اجرا درآمده اند ناشي شده باشد، مشروط بر اينكه چنين موافقت‌نامه‌هايي به اطلاع "شوراي عمومي جنبه‌هاي مرتبط با تجارت حقوق مالكييت فكري" رسيده باشد و در عين حال منجر به تبعيض غير موجه بر عليه اتباع ديگر اعضا نشود.

در خصوص بند (الف) بايد گفت كه چنين موافقت‌نامه‌هايي عمدتاً در خصوص موضوعاتي نظير تحصيل مدارك، تحقيق و بررسي فعاليت‌هاي ضد رقابتي و اجراي آرا صادره مي‌باشد. بيشتر تعهداتي كه در اين موافقت‌نامه‌ها آمده بطور ضمنی يا صريح براساس اصل معامله متقابل يا رفتار متقابل بنا شده است.

^۱ Art. 4 (a), (b), (c) and (d) of the TRIPs Agreement.

در خصوص بند (ب)، بعضی از مقررات کنوانسیون برن اجازه رفتار تبعیض آمیز را داده است. برای مثال این کنوانسیون اجازه می دهد که مدت حمایت برای یک اثر خارجی کمتر از مدتی باشد که در خود کشور اصلی اعطا نشده است.

در خصوص بند ج، در سال ۱۹۹۶ معاهده مربوط به اجرا و صفحات گرامافون به تصویب رسید و به این ترتیب حقوق اجرا کنندگان و تولید کنندگان صفحات گرامافون و سازمانهای پخش کننده آن تحت نظر سازمان جهانی مالکیت فکری قرار گرفت. اما مقررات این معاهده، وارد موافقت نامه تریپس نشد و در بند ۶ ماده ۱۴ موافقت نامه مقرر گردید که هر یک از اعضا می تواند در رابطه با حقوق اعطایی مطابق بندهای قبلی، شرایط، محدودیت ها و استثنائاتی را، تا آن حد که کنوانسیون رم اجازه داده است، اعمال نماید. لذا با توجه به این بند و بند ج ماده ۴، اعمال استثنائاتی در این حوزه مجاز می باشد.

در خصوص بند (د) باید گفت که یکی از مشکلترین موضوعات در این موافقت نامه است. الفاظ این بند به نحوی تدوین شده که فاقد شفافیت لازم می باشد.

نکته دیگر اینکه در بند (د) ماده ۴ موافقت نامه عبارت "ناشی شده از" به کار رفته است. این عبارت به این معناست که منافع و امتیازات استثنا شده براساس موافقت نامه های مذکور، احصا شده و مذکور نمی باشند و در طول زمان دستخوش تغییر بواسطه تغییر در موافقت نامه ها قرار می گیرند.

مطابق این بند، کشورها ملزم نیستند که مزایا، منافع یا مصونیت های ناشی از موافقت نامه های بین المللی مرتبط با حمایت از حقوق مالکیت فکری را به دیگر اعضا سازمان تجارت جهانی تسری دهند به ۴ شرط: ۱. موافقت نامه های بین المللی فوق الذکر بایستی قبل از لازم الاجرائی موافقت نامه سازمان تجارت جهانی، لازم الاجرا شده باشد؛ ۲. موضوع موافقت نامه ها، حمایت از مالکیت فکری باشد^۲. ۳. این موافقت نامه ها به اطلاع

^۱ Art. 4 (d) of the TRIPs Agreement.

^۲ Ibid.

شورای تریپس رسیده باشد^۱. چنین موافقت‌نامه‌هایی نایستی منجر به تبعیض خود سرانه یا غیر موجه بر علیه اتباع دیگر کشورها شود.^۲

این مقررہ تمامی موافقت‌نامه‌های مرتبط با حمایت از مالکیت فکری را که در زمان تشکیل سازمان تجارت جهانی موجود بوده اند را از شمول مقررات ملت کامله الوداد استثنا کرده است اما موافقت‌نامه در زمینه رفتار با موافقت‌نامه‌هایی که بعد از تشکیل سازمان تجارت جهانی به وجود آمده اند، سکوت کرده است. بنابراین موافقت‌نامه تجارت آزاد آمریکای شمالی (نفتا) که در ۱۹۹۲ امضا شد و در زمان تشکیل سازمان تجارت جهانی، شکل گرفته بود از تعهدات ملت کامله الوداد موافقت‌نامه تریپس معاف شد. در پی آن اعلامیه "نفتا – ایالات متحده"^۳ بیان کرد که ماده (۷) ۱۷۰۹ نفتا معاف از تعهدات ملت کامله الوداد مندرج در موافقت‌نامه تریپس است.^۴ اما در این خصوص که آیا نفتا یک موافقت‌نامه مرتبط با حمایت از مالکیت فکری هست یا خیر، باید گفت که هر چند نفتا یک موافقت‌نامه منطقه‌ای است که هدفش افزایش تجارت و سرمایه گذاری است اما شامل مقرراتی نیز در زمینه حمایت از مالکیت فکری می‌باشد؛^۵ بنوعی که می‌تواند برخوردار از معافیت مندرج در ماده (هـ) ۴ موافقت‌نامه تریپس شود.

در خلال دور مذاکرات اروگوئه، جامعه اروپا (EC) خواستار استثنا موافقت‌نامه‌های تجارت دو جانبه و منطقه‌ای از اعمال قاعده ملت کامله الوداد شدند.

دکترین خاتمه حقوق مالیکت فکری، امروزه مورد حمایت اتحادیه اروپاست. مطابق این دکترین چنانچه کالایی با رضایت دارنده حق در بازار یکی از کشورهای عضو اتحادیه عرضه گردد، دیگر کشورهای عضو اتحادیه نیز می‌توانند بدون هیچ مشکلی آن کالا را در بین خود مبادله نمایند ولی چنین رفتاری نباید مورد

^۱ Ibid.

^۲ Ibid.

^۳ US – NAFTA Notification

^۴ Notification under Art. 4 (d) of the TRIPs Agreement, United States, IP/N/4/USA/1, February 29, 1996.

^۵ Preamble to NAFTA.

استفاده و انتفاع کشورهای غیر عضو قرار گیرد یعنی کشورهای غیر عضو بدون رضایت دارنده حق نمی توانند اقدام به مبادله این کالا در بین خود کنند.^۱

جامعه اروپا پیشنهاد کرد که اقدامات و موازین راجع به حمایت از حقوق مالکیت فکری مندرج در موافقتنامه‌های حوزه تجارت آزاد و اتحادیه‌های گمرکی که مطابق ماده ۲۴ گات به امضای دولت‌ها می‌رسد، قابل تسری به دولت‌های خارج از این موافقتنامه‌ها نخواهد بود.^۲ پیشنهاد دیگری نیز در همین رابطه از سوی ایالات متحده مطرح گردید به این ترتیب که چنانچه موافقتنامه‌های فوق الذکر بروی الحاق دیگر اعضا موافقتنامه تریپس باز باشد، در آن صورت مزایا، منافع یا مصونیت‌هایی که مازاد بر موافقتنامه تریپس باشند، از شمول قاعده ملت کامله الوداد مستثنی می‌شوند.^۳ این پیشنهاد در متن اجرایی بروکسل (۱۹۹۰)^۴ نیز درج گردید. متن بروکسل مقرر می‌داشت چنانچه تعهدات مندرج در یک موافقتنامه بین‌المللی مازاد بر الزامات مندرج در طرح موافقتنامه تریپس باشد، چنین تعهداتی از شمول قاعده ملت کامله الوداد مستثنی خواهند بود، بشرطی که کشور امضا کننده موافقتنامه بین‌المللی آماده تسری چنین نفع، سود، مزیت یا مصونیتی به اتباع هر کشور دیگری که با حسن نیت خواستار ورود به چنین تعهداتی است، باشد.^۵ اما متن پیش نویس دانکل و موافقتنامه نهایی تریپس، این مقرر را محدود کرده و مقرر داشته اند که موافقتنامه‌های موجود در زمان تشکیل سازمان تجارت جهانی از اعمال قاعده ملت کامله الوداد معاف هستند. اتحادیه اروپا در همین راستا موافقتنامه تأسیس جامعه اروپا و موافقتنامه تأسیس منطقه اقتصادی اروپایی را به اطلاع شورای جنبه‌های مرتبط با تجارت حقوق مالکیت فکری رسانده است. مضافاً اینکه اعلام کرده نه تنها قوانین و مقررات موجود را بعنوان استثنا بر اصل ملت کامله الوداد در نظر گرفته، بلکه رویه

^۱ دفتر نمایندگی تام الاختیار جمهوری اسلامی ایران، جنبه‌های تجاری حمایت از مالکیت فکری، خبرنامه، شماره ۴۵، سال هفتم، فروردین ماه ۱۳۸۲
<http://www.ir.tr.gov.ir/pages/NewsLetter-Details.Asp?id=q>

^۲ Communication from the European Communities, Draft Agreement on TRIPS, MTN. GNG.NG11/W/68, March 29, 1990.

^۳ Communication from the United States, Draft Agreement on TRIPS, MTN. CNG.NG11/W/70, May 29, 1990.

^۴ UNCTAD – ICTSD, Resource Book on TRIPS and Development (Cambridge University Press, New York, 2005), P. 71.

^۵ Art. 4 (d) of the Brussels Draft Ministerial Text, 1990.

^۶ Dunkel Draft Text

های قضایی که در این خصوص مورد استفاده قرار گرفته و همچنین قوانین و مقرراتی که هنوز مورد تصویب قرار نگرفته و در آینده ممکن است مصوب گردند را نیز شامل می شود.

گفتار سوم: استثناء بودن یا نبودن موافقت نامه های تجاری منطقه ای یا چندجانبه

موافقت نامه گات، استثنائاتی را به اصل ملت کامله الوداد وارد ساخته است. یکی از مهمترین این استثنائات تشکیل موافقت نامه های منطقه ای برای دستیابی ترجیحی به بازارهای کشورهای عضو مطابق ماده ۲۴ گات می باشد. اما چنین معادلی در موافقت نامه تریپس وجود ندارد. حال این سوال مطرح می شود که آیا استثنائاتی که در ماده ۲۴ گات وجود دارد، در موافقت نامه تریپس وجود ندارد؟ برای پاسخ به این سؤال نگاهی به زمینه کلی موافقت نامه تریپس و ارتباط و پیوند آن با گات می افکنیم.

تریپس یک موافقت نامه تجاری چند جانبه است و لذا بخش لایتنجری از موافقت نامه سازمان تجارت جهانی به شمار می رود.^۱ پانل در قضیه «هند – امتیاز» نظر داد که "موافقت نامه تریپس بخش لایتنجری نظام تجارت جهانی است که حاصل نیم قرن تجربه در گات ۱۹۴۷ است." پانل در این قضیه با دادخواستی روبرو بود که ایالات متحده درباره فقدان حمایت از امتیاز نسبت به تولیدات شیمیایی، کشاورزی و دارویی در هند یا طرقی جهت طرح دادخواست های امتیاز در خصوص تولیدات شیمیایی، کشاورزی و دارویی و یا مجوز قانونی برای اعطا حقوق انحصاری بازار (EMR) نسبت به چنین تولیداتی مطرح کرده بود.

پانل رای داد که موافقت نامه تریپس یکی از موافقت نامه های تجاری چند جانبه در موافقت نامه سازمان تجارت جهانی است و بایستی مطابق رویه قضایی گات ۱۹۴۷ تفسیر شود مگر اینکه تصریحی برخلاف آن وجود داشته باشد.^۲ پانل استدلال کرد که موافقت نامه تریپس بعنوان بخشی از توازن کلی امتیازات در دور اروگونه مورد مذاکرات قرار گرفت و لذا اصولی که بر تفسیر دیگر بخش های موافقت نامه سازمان تجارت

^۱ WTO Panel Report, "India – Patent Protection for Pharmaceutical and Chemical Products (India – Patent)", WT/DS 50/R, adopted September 5, 1997, para, 5.19.

^۲ "India – Patent."

^۳ Ibid.

^۴ EMR → Exclusive Marketing Rights

^۵ Ibid.

جهانی حاکم است، در تفسیر موافقت‌نامه تریپس هم جاری است.^۱ پانل نتیجه گرفت که اصل "حمایت از انتظارات مشروع و قانونی اعضا در خصوص شرایط رقابت" نسبت به تریپس هم قابل اعمال است.^۲ علاوه بر این ماده ۱۶ موافقت‌نامه سازمان تجارت جهانی بیان می‌کند که "به جز مواردی که به نحو دیگری در این موافقت‌نامه یا موافقت‌نامه‌های تجاری چند جانبه مقرر شده است، سازمان تجارت جهانی را بایستی در پرتو تصمیمات، روش‌ها و رویه‌های عرفی اعضا متعاهد ۱۹۴۷ و نهادهای تأسیس شده در چارچوب گات ۱۹۴۷ هدایت کرده و به پیش برد."

ماده (۱) ۱۶ پیوندی میان گات و تریپس برقرار کرده و اصول بنیادین گات را به موافقت‌نامه تریپس تسری داده است. اگر این ماده را در کنار تحلیل پانل قرار دهیم، آشکار می‌شود که به جز در مواردی که یک مفهوم خاص آشکارا نسبت به یک موافقت‌نامه تجاری چند جانبه اعمال نمی‌شود، بایستی مفاهیم بنیادین گات را در همه جا قابل اعمال دانست. "استثنا به اصل ملت کامله الوداد از طریق امضا موافقت‌نامه‌هایی مطابق ماده ۲۴ یکی از مفاهیم بنیادین گات محسوب می‌شود، که در تریپس هم قابل اعمال می‌باشد مگر اینکه موافقت‌نامه تریپس صراحتاً بیان کند که "استثنا به اصل ملت کامله الوداد از طریق امضا موافقت‌نامه‌هایی مطابق ماده ۲۴" امکان‌پذیر نیست. لذا تا وقتی که چنین تصریحی وجود ندارد، این مفهوم را باید نسبت به موافقت‌نامه تریپس هم قابل اعمال دانست.

ماده (د) ۴ موافقت‌نامه تریپس، آندسته از موافقت‌نامه‌های تجاری را که قبل از تشکیل سازمان تجارت جهانی بوجود آمده بودند، از شمول تعهد ملت کامله الوداد در موافقت‌نامه تریپس استثنا کرده است. اما موافقت‌نامه در این باره که آیا موافقت‌نامه‌هایی که بعد از تشکیل سازمان امضا می‌شوند، از اعمال مقرر ملت کامله الوداد مندرج در ماده ۴ استثنا هستند یا خیر، ساکت است. به عبارت دیگر تریپس موافقت‌نامه‌های امضا شده بعد از تشکیل سازمان را از شمول تعهدات ملت کامله الوداد استثنا نکرده است. در نبود چنین تصریحی، بایستی

^۱ Ibid.

^۲ Ibid., para. 5. 20.

^۳ Ibid., para 5.21.

^۴ These bilateral agreements have to be in accordance with Art. XXIV of GATT.

مقررات راجع به حقوق مالکیت فکری ترجیحی را که یک کشور در حال توسعه در یک موافقت‌نامه تجاری با یک کشور توسعه یافته، مورد مذاکره قرار می‌دهند، استثنایی بر قاعده ملت کامله الوداد به حساب آورد.^۱

موافقت‌نامه‌های تجارت چند جانبه منعقد از سوی کشورها مطابق با ماده ۲۴ تنها در رابطه با کالاها نیست. و فور چنین موافقت‌نامه‌هایی که در سایه حمایت ماده ۲۴ منعقد میشوند، امروزه فراتر از کالاها رفته و بسیاری از حوزه‌های دیگر نظیر کار، محیط زیست و مهم تر از همه حقوق مالکیت فکری را هم شامل شده است.

حال نگاهی داریم به بعضی از این موافقت‌نامه ها، نظیر موافقت‌نامه‌های تجارت میان "ایالات متحده و اردن"^۲؛ "مراکش و ایالات متحده"^۳ و "جمهوری دومینیکن و کفتا و ایالات متحده".^۴ ماده (۱) موافقت‌نامه اردن و ایالات متحده بیان می‌کند "طرفین این موافقت‌نامه، مطابق ماده ۲۴ گات ۹۴ و ماده ۵ گاتس، یک منطقه تجاری آزاد را تأسیس می‌کنند."

ماده (۱) موافقت‌نامه مراکش و ایالات متحده نیز در بردارنده چنین مضمونی است. این مواد بیانگر این است که چنین موافقت‌نامه‌هایی براساس "استثنا اصل عدم تبعیض" مندرج در ماده ۲۴ گات ایجاد شده اند. ماده (۱) این دو موافقت‌نامه بیان کرده که حوزه تجارت آزاد میان "ایالات متحده و اردن" یا "مراکش و ایالات متحده" مطابق با تمامی مقررات مندرج در موافقت‌نامه تشکیل شده است. به عبارت دیگر تمامی مقررات راجع به حقوق مالکیت فکری که میان ایالات متحده و اردن موافقت شده است، بعنوان استثنایی بر اصل ملت کامله الوداد به حساب می‌آید. استدلال مختوسعه یافته این است که ماده ۲۴ گات تنها در تجارت کالاها موثر است و ربطی به حق مالکیت فکری ندارد و لذا چنین استثنائاتی در تریپس نمی‌تواند مطرح باشد. در نتیجه موافقت نامه های تجاری آزاد که حاوی قواعد اضافه بر تریپس هستند، تحت شمول ملت کامله الوداد بوده و به عنوان حداقل معیاری جدید در مذاکرات تجاری آینده سازمان تجارت جهانی به حساب خواهند آمد.^۵ اگر ماده ۲۴ فقط مختص کالاها باشد، در آن صورت چنین موافقت‌نامه‌هایی بایستی تنها در تجارت

^۱ US – Jordan BTA

^۲ US – Morocco BTA

^۳ US – CAFTA – Dominican BTA

^۴ Drahos, Peter, "Expanding international P.'s empire: The role of FTAs" (2003), available at www.grain.org visited on 12/8/2009

کالاها باشند و نه در حوزه‌های دیگر منجمله حوزه مالکیت فکری. در حالی که چنین موافقت‌نامه‌هایی که در ظل ماده ۲۴ گات شکل گرفته اند دربردارنده مقررات راجع به مالکیت فکری می‌باشند.

در پاسخ به این استدلال می‌توان گفت که چنین موافقت‌نامه‌هایی از سوی کشورهای امضا می‌شود که دارای حق اعمال حاکمیت نسبت به امضا هر موافقت‌نامه‌ای هستند، البته تا جایی که چنین توافقاتی برخلاف اصول پذیرفته شده و هنجارهای حقوق بین الملل نظیر قاعده آمره نباشند، مضافاً که آنها با مقرراتی موافقت می‌کنند که دقیق تر و سخت گیرانه تر از مقررات موافقت‌نامه تریپس است و موافقت‌نامه تریپس کشورها را تنها به اجرای حداقل معیارهای مالکیت فکری ملزم کرده است. لذا کشورها آزادند تا فراتر از این معیارها روند. اما ماده ۲۴ گات شرطی را بر کشورهای امضا کننده چنین موافقت‌نامه‌هایی تحمیل کرده است و آن اینکه چنین موافقت‌نامه‌هایی بایستی شرایط مقرر در ماده ۲۴ را دارا باشد. لذا حقوق حاکمیتی دو کشور عضو سازمان که به یک موافقت‌نامه تجاری می‌پیوندند، معین شده است. چنین تعیینی ریشه در تعهداتشان به عنوان اعضای سازمان تجارت جهانی دارد.

اینکه آیا چنین موافقت‌نامه‌هایی می‌تواند شامل قواعدی راجع به مالکیت فکری باشد یا خیر، موضوعی است که هیچ سابقه‌ای در پانل‌های سازمان و یا نهاد استیناف ندارد. اگر پاسخ به این سوال منفی باشد، در آن صورت بسیاری از موافقت‌نامه‌هایی که به اطلاع سازمان رسیده اند، با ماده ۲۴ منطبق نیستند و اگر پاسخ مثبت باشد، تمامی مقررات مندرج در یک موافقت‌نامه منجمله مقررات راجع به حق مالکیت فکری بایستی به عنوان استثنایی بر ملت کامله الوداد به حساب آید و گر نه منجر به بروز نتایج غیر معقول خواهد شد.

وقتی کشورهای امضا کننده چنین موافقت‌نامه‌هایی، آن را به اطلاع سازمان می‌رسانند، در واقع کل موافقت‌نامه و نه بخشی از آن را به اطلاع می‌رسانند. هنگام بررسی انطباق موافقت‌نامه با ماده ۲۴، کل موافقت‌نامه بررسی خواهد شد و نه بخش یا بخش‌هایی از آن. ماده (۱) ۳۱ کنوانسیون وین حقوق معاهدات بیان می‌کند که "یک معاهده بایستی در پرتو موضوع و هدفش تفسیر شود." موضوع و هدف معاهده در اینجا، ایجاد یک حوزه تجارت آزاد منطبق با ماده ۲۴ گات است. زمینه کلی موافقت‌نامه این است که موافقت‌نامه بعنوان استثنایی بر اصل عدم تبعیض واقع شده است و لذا تمامی مقررات این موافقت‌نامه بایستی بر طبق همان اصل "استثنا وارده بر اصل عدم تبعیض" تفسیر و به اطلاع رسانده شود. از نظر قانونی

نیز نامعقول خواهد بود، چنانچه بگوئیم در یک موافقت‌نامه‌ای که منشأش را به اصل "استثنا بر عدم تبعیض" مدیون است، تنها مقررات خاصی وجود دارد که شامل این استثناست و میامر مقررات راجع به حق مالکیت فکری را در بر نمی‌گیرد.

لذا هر چند معادل ماده ۲۴ صراحتاً در موافقت‌نامه تریپس نیامده است، اما یک اصل غیر تبعیضی از نوع ماده ۲۴ وجود دارد که به موافقت‌نامه تریپس هم تسری می‌یابد. این تفسیر واجد توجیه حقوقی برای حضور مقررات راجع به مالکیت فکری در موافقت‌نامه‌ای است که زیر سایه حمایتی ماده ۲۴ گات امضا می‌شود. چنین تفسیری به تمامی مقررات موافقت‌نامه تریپس همزمان با هم ترتیب اثر می‌دهد. (ماده ۴ و ماده ۳۱) حال چنانچه کشور در حال توسعه رفتار اعطا شده به کشور توسعه یافته بر طبق موافقت‌نامه تجاری میان طرفین (توسعه یافته و در حال توسعه) را به کشور ثالث اعطا نکند، برخلاف روش حقوقی سازمان عمل نکرده است. زیرا رفتار اعطا شده، استثنایی بر اصل ملت کامله الوداد است و بنابراین دعوی ج علیه حقوق داخلی کشور در حال توسعه در طرح مجوز اجباری، مسموع نخواهد بود.

گفتار چهارم: غیر تبعیضی بودن ملت کامله الوداد؛ قاعده ای مطلق یا نسبی؟

اصل ملت کامله الوداد به معنای عدم تبعیض میان کشورها نیست زیرا استثنائاتی بر قاعده عدم تبعیض وارد شده است و یکی از این استثنائات مهم "شرط توانمند سازی" است. پانل در قضیه "جوامع اروپایی - نظام عام ترجیحات" نتیجه گرفت که "شرط توانمند سازی" ابزاری مهم در گات و سازمان تجارت جهانی بوده که رفتار مطلوبتر و ویژه‌ای را برای کشورهای در حال توسعه فراهم می‌آورد.^۱

شرط توانمندسازی به کشورهای توسعه یافته در سازمان اجازه می‌دهد تا ترجیحات تعرفه‌ای را به کشورهای در حال توسعه بعنوان یک رفتار متفاوت و ویژه مطابق نظام عام ترجیحات (GSP) اعطا نمایند. موضوع مورد بحث در این قضیه این بود که آیا این ترجیحات بایستی به همه کشورهای در حال توسعه تسری یابد یا اینکه کشورهای توسعه یافته می‌توانند میان کشورهای در حال توسعه تفاوت گذارند؟ پانل نظر داد که شرط

^۱ "Enabling Clause";

^۲ WTO Panel Report EC – GSP, above in fn. 28, para. 7. 61.

توانمندسازی استثنایی بر قاعده ملت کامله الوداد است.^۱ و کشورهای توسعه یافته مجاز نیستند که میان کشورهای در حال توسعه در خصوص تسری ترجیحات تعرفه‌ای برطبق نظام عام ترجیحات تفاوت گذارند، مگر برای یک دوره زمانی آزمایشی^۲

استدلال پانل مبتنی بر تفسیر عبارت "عدم تبعیض"^۳ بود که در پی نوشت شماره ۳ شرط توانمندسازی آمده بود.^۴ تفسیر پانل از "عدم تبعیض" مطلق بود به این معنا که یک کشور توسعه یافته بایستی تعرفه‌های ترجیحی را مطابق برنامه GSP به تمامی کشورهای در حال توسعه اعطا کند و نمی‌تواند میان آنها تفاوت گذارد.^۵ اما نهاد استیناف، این نتیجه‌گیری را واژگون ساخت. مطابق نهاد استیناف، "عدم تبعیض" به این معنا نیست که کشورهای توسعه یافته تعرفه‌های ترجیحی یکسانی را به تمامی کشورهای در حال توسعه اعطا کنند.^۶ کشورهای توسعه یافته نمی‌توانند میان کشورهایی که دارای وضعیت مشابه هستند تفاوت گذارند و لیکن می‌توانند میان کشورهای در حال توسعه‌ای که دارای وضعیت مشابه نیستند یعنی دارای سطوح متفاوت توسعه‌ای، مالی و تجاری هستند، تفاوت گذارند.^۷

"شرط توانمندسازی به طور خاص به کشورهای توسعه یافته اجازه داده است تا رفتار مطلوب‌تر و ویژه‌ای را در قبال کشورهای در حال توسعه داشته باشند، هر چند مقررات ماده (۱) ۱ گات چنین اجازه‌ای را نمی‌دهد."^۸

اما حضور شرط ملت کامله الوداد در ماده ۱ گات به این معنا نیست که کشورهای در حال توسعه‌ای که دارای وضعیت مشابه نیستند، مورد تبعیض به خاطر شرط توانمندسازی قرار گیرند.

^۱ Ibid., paras 7. 31 – 7. 39

^۲ Ibid., paras 7. 43 – 7. 44, 7.148.

^۳ - پی نوشت شماره ۳ بند الف-۲ شرط توانمندسازی به لغو تصمیم ۱۹۷۱ برنامه GSP اشاره می‌کند که مطابق آن اخذ مجوز بدوی برای پیگیری برنامه راجع به نظام ترجیحات تعرفه‌ای عام لازم است.

^۴ "Non Discriminatory"

^۵ WTO Panel Report, above fn. 28, paras 7.125 – 7. 161.

^۶ WTO Appellate Body Report, European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences Developing Countries (EC-GSP), WT/DS 246/AB/R, adopted April 7, 2004, para. 156

^۷ Ibid., paras 159 – 162.

^۸ Appellate Body Report, EC – GSP, above fn. 49, para. 166.

هر چند شرط توانمند سازی در موافقت‌نامه تریپس وجود ندارد. اما اهمیت این موضوع در روشی است که نهاد استیناف به آن رسیده است و آن اینکه شرط ملت کامله الوداد متضمن این نیست که تمامی کشورهای در حال توسعه صرف‌نظر از وضعیتشان بعنوان یک گروه همانند و متجانس در نظر گرفته شوند. این رأی توضیح مهمی راجع به مفهوم "عدم تبعیض" داد. مفهومی که در قلب مقررات ملت کامله الوداد قرار دارد. رفتار متفاوت میان کشورهای که دارای وضعیت مشابه نیستند، به این معنا نیست که اصل "عدم تبعیض" به کنار گذاشته شود. بنابراین چنانچه کشور در حال توسعه دلایل موضوعی طرح مجوز اجباری را تنها در برابر مالکین امتیاز کشور توسعه یافته محدود کند و نه در برابر مالکین امتیاز دیگر کشورها منجمله کشور ثالث، این تبعیض تلقی نخواهد شد، چنانچه کشور در حال توسعه، توسعه یافته و کشور ثالث در یک وضعیت مشابه قرار نداشته باشند. کشور توسعه یافته به خاطر تجارت دو جانبه‌ای که با کشور در حال توسعه دارد، در یک وضعیت غیر مشابه در قیاس با کشور ثالث یا هر کشور دیگر عضو سازمان قرار دارد که فاقد چنین موافقت‌نامه‌ای با کشور در حال توسعه است. لذا کشور در حال توسعه ملزم به اعطا رفتاری که به کشور توسعه یافته داده است، به کشور ثالث یا هر کشور دیگر عضو سازمان که با آن دارای همان نوع معاهده‌ای که با کشور توسعه یافته دارد، نیست، نمی‌باشد.

شرط ملت کامله الوداد مندرج در موافقت‌نامه تریپس را نمی‌توان طوری تفسیر کرد که کشور در حال توسعه متعهد به اعطا رفتاری مساوی و برابر به تمامی کشورها، بدون در نظر گرفتن پیوند و رابطه‌ای که سایر کشورها با آن داشته اند، باشد. نقض اصل ملت کامله الوداد زمانی واقع خواهد شد که کشور ثالث با کشور در حال توسعه دارای یک موافقت‌نامه تجاری مشابه موافقت‌نامه کشور در حال توسعه با توسعه یافته باشد و کشور در حال توسعه همان رفتار را به کشور د تسری ندهد. در چنین حالتی کشورهای توسعه یافته و د که دارای وضعیت مشابه نسبت به کشور در حال توسعه هستند، باید متساویاً مورد رفتار قرار گیرند.

البته این به معنای انکار اهمیت مقرر ملت کامله الوداد نیست که بی شک محور اصلی نظام تجارت چند جانبه است. هدف این است که در برابر یک تفسیر موسع از قاعده ملت کامله الوداد بایستیم و نه در برابر خود قاعده ملت کامله الوداد (فی نفسه).

چنانچه شرط ملت کامله الوداد بعنوان یک اصل "یکسان ساز"^۱ تفسیر شود، موجب خواهد شد که یک کشور در حال توسعه علیرغم منفعتش نتواند به یک موافقتنامه تجاری بپیوندد زیرا نگران از اعطا همان مقررات دقیق و سخت در برابر تمامی کشورهای دیگر است، یا اینکه ممکن است یک کشور در حال توسعه مایل به پذیرش الزامات دقیق و سخت در یک موافقتنامه تجاری با یک کشور باشد، اما مایل به چنین پذیرشی در برابر دیگر کشورها نباشد. کشورهای در حال توسعه‌ای که ملحق به موافقتنامه‌های تجاری با کشورهای توسعه یافته میشوند، معمولاً به منظور دستیابی ترجیحی به بازارهای کشورهای توسعه یافته در ازای حمایت دقیق تر و مطلوبتر از سرمایه گذاری‌های کشورهای توسعه یافته در سرزمین هایشان، چنین می‌کنند. یکی از اشکال حمایت بهتر می‌تواند پذیرش شرایط دقیق تر حمایتی در خصوص حق مالکیت فکری باشد، نظیر محدود کردن دلایل موضوعی طرح مجوز اجباری. پذیرش چنین شرایطی که در ازای دستیابی بهتر به بازار صورت می‌گیرد، گران تمام می‌شود و لذا عادلانه نخواهد بود که کشور در حال توسعه هزینه گزافی را بپردازد (اعمال قواعد حق مالکیت فکری دقیق نسبت به سایر کشورها)، در حالی که هیچ نفع متقابلی نظیر دستیابی بهینه به بازار آن کشورها را نداشته باشد، که همان وضعیت استیفای بلاعوض است.

لذا مهم است که قاعده ملت کامله الوداد به هنگام اعمال آن تعیین و توصیف شود. اعمال ملت کامله الوداد نامعین، حق حاکمیت کشورها دایر بر توسعه سیاست‌های ملی مطابق با اولویت‌های تعیین شده شان را زیر سوال خواهد برد.

گفتار پنجم: قواعد اضافه بر تریپس

بسیاری از موافقتنامه‌های تجاری دو جانبه‌ای که کشورهای در حال توسعه امضا می‌کنند حاوی قواعد راجع به مالکیت فکری می‌باشد که نسبت به معیارهای اتخاذ شده در موافقتنامه تریپس دقیق تر و سخت گیرانه تر است که از آن به عنوان "مقررات اضافه بر تریپس" یاد می‌شود.

بحث اصلی ما در اینجا این است که آیا شرط ملت کامله الوداد مندرج در موافقتنامه تریپس، کشورهای در حال توسعه عضو موافقتنامه‌های دو جانبه حاوی قواعد "اضافه بر تریپس" را ملزم به تسری چنین قواعدی

^۱ "Equalising Principle"

به دیگر کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی می‌کند یا خیر؟ برای پاسخ به این سؤال ابتدا به بررسی قاعده ملت کامله الوداد در موافقت‌نامه تریپس و تأثیر متقابل قاعده ملت کامله الوداد مندرج در موافقت‌نامه تریپس و معاهدات سرمایه‌گذاری دو جانبه و موافقت‌نامه‌های تجاری دو جانبه در یکدیگر پرداخته و سپس به طور خاص به این موضوع که آیا "مقررات اضافه بر تریپسی" که از سوی کشورهای در حال توسعه در موافقت‌نامه‌های تجارت دو جانبه یا معاهدات سرمایه‌گذاری دو جانبه درج می‌شود، می‌تواند امضا کنندگان چنین موافقت‌نامه‌هایی را ملزم به تسری چنین تعهداتی به دیگر کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی از طریق مقرر ملت کامله الوداد مندرج در موافقت‌نامه تریپس نماید یا خیر، می‌پردازیم.

گسترده‌گی شبکه موافقت‌نامه‌های تجارت دو جانبه و معاهدات سرمایه‌گذاری دو جانبه در نظام حمایت از مالکیت فکری منجر به ظهور معیارهایی شده است که فراتر از معیارهای مندرج در موافقت‌نامه تریپس به حساب آمده که از آن تحت عنوان "اضافه بر تریپس" یاد می‌شود. "اضافه بر تریپس" اساساً به وسایل و طرقی اطلاق می‌شود که موجد قواعد حقوق مالکیت فکری می‌شود که فراتر از قواعد مندرج در موافقت‌نامه تریپس است.^۱ برای مثال، چنانچه موافقت‌نامه تجارت دو جانبه‌ای حاوی قاعده‌ای باشد که مطابق آن حمایت از حق مالکیت فکری برای ظرف زمانی ۲۵ سال مقرر شده باشد، در آن صورت چنین حمایتی بیش از مدت زمان ۲۰ سالی می‌شود که در موافقت‌نامه تریپس در نظر گرفته شده است^۲ و بنابراین قاعده مندرج در چنین موافقت‌نامه‌ای از نظر مدت زمان حمایت از حق مالکیت فکری یک قاعده "اضافه بر تریپس" به حساب می‌آید. همین‌طور چنانچه یک موافقت‌نامه تجارت دو جانبه، دلایل موضوعی طرح مجوز اجباری از سوی کشورها را محدود کند، در آن صورت، فراتر از انعطاف پیش‌بینی شده در موافقت‌نامه تریپس پیش‌رفته است که در آن دلایل موضوعی طرح مجوز اجباری نامحدود است و بنابراین یک قاعده "اضافه بر تریپس" محسوب می‌شود. در اینجا به بررسی ویژگی "اضافه بر تریپس" بعضی از موافقت‌نامه‌های تجارت چند جانبه

^۱ Peter Drahos, "Bilateralism in Intellectual Property", a paper prepared for Oxfam, www.oxfam.org.uk (visited on January 1, 2007).

^۲ Art. 33 of the TRIPs Agreement.

^۳ Rabhash, Ranjan, "Bilateralism MFN and TRIPS: exploring possibilities of alternative interpretation", International Trade Law and Regulations, Vol. B, NO. 4 2007, p. 6.

و معاهدات سرمایه گذاری چند جانبه خاص و تأثیر آن بر تعهدات ملت کامله الوداد کشورهای عضو آنها می‌پردازیم:

مبحث اول. موافقت‌نامه‌های تجاری دو یا چند جانبه

در دوره اخیر، شاهد یک جهش ناگهانی در گسترش موافقت‌نامه‌های تجارت دو یا چند جانبه هستیم.^۱ اغلب موافقت‌نامه‌های تجارت دو یا چند جانبه‌ای که میان کشورهای در حال توسعه و توسعه نیافته امضا می‌شود، دارای سه ویژگی محوری می‌باشد: ۱. هدف از چنین موافقت‌نامه‌هایی افزایش آزاد سازی تجارت از طریق کاهش موانع تعرفه‌ای و غیر تعرفه‌ای کشورهای است که عضو چنین موافقت‌نامه‌هایی هستند.

۲. اغلب موافقت‌نامه‌های تجارت دو یا چند جانبه دربردارنده قواعدی هستند که فراتر از قواعد مندرج در سازمان تجارت جهانی می‌باشد. بسیاری از موافقت‌نامه‌های تجارت چند جانبه حاوی موضوعات غیر تجاری نظیر رقابت، سرمایه گذاری، محیط زیست، کار و غیره هستند.

۳. اغلب موافقت‌نامه‌های تجارت دو یا چند جانبه حاوی قواعد اضافی و دقیق تر در خصوص موضوعات مشمول سازمان تجارت جهانی منجمله حقوق مالکیت فکری هستند. برای مثال موافقت‌نامه تجارت اردن و ایالات متحده دربردارنده قواعد و مقررات استاندانه‌ای در خصوص حق مالکیت فکری می‌باشد. که "اضافه بر تریپس" هستند، نظیر محدود کردن کاربرد طرح مجوز اجباری^۲ (استفاده از مجوز بدون نیاز به اجازه مالک حق) به وضعیت‌های خاصی که مبتنی بر رویه‌های ضد رقابتی، ضرورت ملی یا دیگر اشکال اضطراری و پروانه‌های غیر کاری می‌باشد.^۳ چنین مقرره‌ای یک قاعده ("اضافه بر تریپس") است، زیرا ماده ۳۱ موافقت‌نامه تریپس کاربرد مجوز بدون نیاز به اجازه مالک حق را به شرط انجام شرایط خاصی در تمامی

^۱ - از ۱۹۴۸ تا ۱۹۹۴ گات ۱۲۴ اطلاعیه از موافقت‌نامه‌های تجارت منطقه‌ای دریافت کرد. اما از ۱۹۹۵ به بعد، سازمان تاکنون ۱۳۰ اطلاعیه از موافقت‌نامه‌های منطقه‌ای اعم از تجاری یا خدمات دریافت کرده است.

www. wto. org (visited on January 20, 2007).

^۲ Compulsory Licence (CL)

مجوز قهری یکی از شناخته شده ترین موارد انعطاف در موافقت‌نامه تریپس است که به کشورها اجازه رویارویی با معضلات راجع به سلامت عمومی را می‌دهد.

^۳ Art. 4 (20) (a), (b) and (c) of the US – Jordan FTA.

وضعیت‌ها مجاز دانسته است. برخی از این شرایط عبارتند از: غیر انحصاری بودن استفاده^۱، غیر قابل واگذاری بودن استفاده^۲ و پرداخت جبران کافی از سوی مالک حق^۳ و...^۴

سوال این است که آیا چنین مقرراتی "اضافه بر تریپس" منجر به ایجاد حقوقی برای کشورهای عضو چنین موافقت‌نامه‌هایی هستند در برابر کشورهای غیر عضو خواهد شد یا خیر؟

چنانچه یک کشور توسعه یافته و یک کشور در حال توسعه عضو یک موافقت‌نامه تجارت دو جانبه بوده و هر دو عضو سازمان تجارت جهانی هم باشند و موافقت‌نامه تجاری فی مابین آنها حاوی یک اقدام "اضافه بر تریپس" باشد، برای مثال محدود کردن دلایل موضوعی طرح مجوز اجباری، به این معنا که مجوز اجباری تنها براساس مبانی و دلایل خاص مفروض در موافقت‌نامه بتواند مطرح شود و نه به هر دلیل دیگری و این دلایل عبارت باشند از ضرورت ملی یا وضعیت‌های حاد اضطراری. حال اگر مطابق حقوق داخلی کشور در حال توسعه، مجوز اجباری می‌تواند به هر دلیلی مطرح شود، بشرطی که شرایط مقرر در ماده ۳۱ موافقت‌نامه تریپس احراز شده باشد و حقوق داخلی کشور در حال توسعه در زمان امضا موافقت‌نامه به وجود آمده باشد. در این صورت کشور در حال توسعه بعد از امضا موافقت‌نامه دو راه پیش رو خواهد داشت: راه اول این است که حقوق راجع به مجوز اجباری خود را کاملاً تغییر دهد به این معنا که طرح مجوز اجباری را تنها در صورت ضرورت ملی یا اضطرار اجازه دهد یا اینکه حقوق داخلی مجوز اجباری خود را با استثنا زدن به آندسته از مجوزهای اجباری که بر علیه مالکین امتیاز کشور توسعه یافته مطرح میشود اصلاح کند. به عبارت دیگر مطابق حقوق داخلی کشور در حال توسعه، نهادهای حکومتی ب می‌توانند مجوز اجباری را به هر دلیلی که مناسب تشخیص می‌دهند، مطرح نمایند به جز در برابر مالکین امتیاز کشور توسعه یافته که تنها در موارد ضرورت ملی یا اضطرار می‌تواند مطرح شود.

حال اگر کشور در حال توسعه راه دوم را برگزیند، آیا شرط ملت کامله الوداد مندرج در موافقت‌نامه تریپس کشور در حال توسعه را از طرح مجوز اجباری تحت هر عنوانی به غیر از آنچه در یک موافقت‌نامه تجارت

^۱ Art. 31 (d) of the TRIPs Agreement.

^۲ Art. 31 (e) of the TRIPs Agreement.

^۳ Art. 31 (h) of the TRIPs Agreement

^۴ For other conditions see Art. 31 of the TRIPs Agreement.

دوجانبه آمده است، در برابر مالکین امتیاز کشورهای دیگر عضو سازمان تجارت جهانی محدود می‌کند، یا اینکه شرایط مضیق برای طرح مجوز اجباری از سوی کشور در حال توسعه محدود به مالکین امتیاز کشور توسعه یافته می‌شود؛ پاسخ به این سوال را در قالب دو بند زیر بررسی می‌کنیم:

بند اول: تسری شرایط مضیق مندرج در موافقت‌نامه های تجاری برای طرح مجوز اجباری به تمامی اعضای سازمان تجارت جهانی

در این وضعیت کشور در حال توسعه حقوق داخلی مجوز اجباری خود را اصلاح می‌کند به این ترتیب که مجوز اجباری را تنها در موارد ضرورت ملی یا اضطرار اجازه می‌دهد. مطابق تعهد ملت کامله الوداد مندرج در موافقت‌نامه ترپس کشور در حال توسعه باید رفتار اعطا شده به کشور توسعه یافته را به تمامی کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی هم تسری دهد. کشور در حال توسعه از طریق تضییق دلایل موضوعی طرح مجوز اجباری بر علیه مالکین امتیاز کشور توسعه یافته مزیتی را که مرتبط با یک حق مالکیت فکری است به کشور توسعه یافته اعطا می‌کند که مطابق قاعده ملت کامله الوداد بایستی به کشور ثالث نیز تسری یابد. بنابراین هر گاه کشور در حال توسعه بخواهد از قید طرح مجوز اجباری بر علیه مالکین امتیاز هر کشور دیگر عضو سازمان تجارت جهانی استفاده کند، تنها در صورتی می‌توان چنین کند که ضرورت ملی یا اضطرار آن را ایجاب و توجیه نماید. لذا وضعیت‌های دیگر نظیر افزایش بیش از حد قیمت‌ها نمی‌تواند سبب طرح مجوز اجباری بر علیه مالک امتیاز کشور توسعه یافته که کشور در حال توسعه با آن یک موافقت‌نامه تجاری دارد یا هر مالک امتیاز دیگری از سایر کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی شود. چنین محدودیتی بر کشور در حال توسعه در طرح مجوز اجباری وجود دارد هر چند دلایل موضوعی طرح مجوز اجباری در موافقت‌نامه ترپس به شرط احراز شرایط مقرر در ماده ۳۱ نامحدود است. مطابق نظر پروفیسور پیتز دراهوس اثر موسع ملت کامله الوداد عبارت است از برقراری تعادل در اعطای منافع و مطلوبیت‌ها میان تمامی کشورهایی که اصل ملت کامله الوداد نسبت به آنها اعمال می‌شود.^۱ همین نکته از سوی پروفیسور کارلوس کورا نیز مورد اشاره قرار گرفته است: چنانچه کشوری شرایط مطلوب تری را به اعضای یک موافقت‌نامه تجاری منطقه‌ای

^۱ Drahos, op. cit, p. 12.

که بعد از تشکیل سازمان تجارت جهانی تأسیس شده است اعطا کند چنین شرایطی فوراً و بی هیچ قید و شرطی به تمامی کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی تسری می‌یابد.^۱

بند دوم: محدود کردن دلایل موضوعی طرح مجوز اجباری علیه مالکین امتیاز کشور خاص در این وضعیت کشور در حال توسعه می‌تواند بعد از امضاء موافقت‌نامه حقوق داخلی خود را از طریق استثناء قائل شدن بر مجوزهای اجباری که بر علیه مالکین امتیاز کشور توسعه یافته مطرح می‌شود، اصلاح کند. بنابراین کشور در حال توسعه حقوق داخلی خود را در راستای ترتیب اثر دادن به تغییر رابطه با کشور توسعه یافته اصلاح می‌کند. به عبارت دیگر کشور در حال توسعه اصل ملت کامله الوداد را مطابق تفسیری که در بالا مطرح شد به کشور ثالث یا هر کشور دیگر عضو سازمان تجارت جهانی تسری نمی‌دهد.

در چنین حالتی آیا قانون طرح مجوز اجباری کشور در حال توسعه منطبق با تعهدات سازمان تجارت جهانی هست یا خیر؟ به عبارت دیگر اگر کشور در حال توسعه مجوز اجباری را به امتیازی که به تبعه هر کشور دیگری تعلق دارد بر مبنایی غیر از ضرورت ملی یا اضطرار اعطا کند آیا این کشور می‌تواند بر علیه کشور در حال توسعه در هیأت حل و فصل اختلاف (DSB) سازمان تجارت جهانی تحت عنوان نقض ماده ۴ موافقت‌نامه تریپس طرح دعوا کند؟

اگر تفسیری را که در بند اول بیان شد بپذیریم. کشور ثالث می‌تواند طرح دعوا کند و کشور در حال توسعه نمی‌تواند استناد به معافیت از تعهد ملت کامله الوداد مفروض در ماده (د) ۴ موافقت‌نامه تریپس کند زیرا موافقت‌نامه بعد از معاهده سازمان تجارت جهانی امضا شده است. به عبارت دیگر کشور در حال توسعه اجازه طرح مجوز اجباری بر علیه تمامی مالکین امتیاز کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی را تنها در وضعیت‌های ضرورت ملی یا اضطراری می‌تواند بدهد.

اما چنین تفسیری با دیگر مقررات موافقت‌نامه تریپس در تعارض است. چنین تفسیری حقی را که کشور در حال توسعه مطابق موافقت‌نامه تریپس بدست آورده است، زایل می‌سازد، به خصوص که چنین تفسیری ماده

^۱ Carlos Correa, "Bilateral – Investment Agreements: Agents of New Global Standards for the Protection of Intellectual Property Rights?", (GRAIN, August 2004) www.grain.org (visited on January 5, 2007).

^۲ DSB → Dispute Settlement Body

۴ موافقت‌نامه تریپس را در تعارض با ماده ۳۱ موافقت‌نامه قرار می‌دهد به این نحو که کشور در حال توسعه حق طرح مجوز اجباری تحت هر عنوانی را دارد بدون اینکه بتواند به طور ارادی از حقوق خود صرف‌نظر کند. چنین تفسیری ماده ۳۱ موافقت‌نامه تریپس را در آستانه سقوط قرار می‌دهد. چنین تفسیری در تعارض با اصل پذیرفته شده در تفسیر معاهدات است که مقرر میدارد کلیه مقررات یک معاهده بایستی هماهنگ با هم تفسیر شوند بنحوی که به تمامی مقررات معاهده ترتیب اثر داده شود و هیچ یک از آنها عبث و بیهوده نماند.^۱

تعارض دیگر چنین تفسیری در بُعد بهداشت و سلامت عمومی موافقت‌نامه تریپس است. چنانچه کشور در حال توسعه ملزم به تسرّی همان مقررات به دیگر کشورها بر طبق ماده ۴ موافقت‌نامه شود، در آن صورت قدرت مانور و انعطاف کشور در حال توسعه در استفاده از مقرراتی شبیه مجوز اجباری برای حفظ اهداف سلامت عمومی کاهش خواهد یافت (مجوز اجباری وسیله موثری برای کشورهای در حال توسعه جهت قابل دسترس کردن یک داورى درمانی به قیمت تولید شده می‌باشد). اعلامیه دوحه راجع به تریپس و سلامت عمومی تأکید کرد که کشورها می‌توانند در موافقت‌نامه تریپس برای رفع حوائج سلامت عمومی شان از انعطاف و قدرت مانور (نظیر طرح مجوز اجباری) برخوردار باشند^۲ و مجوز اجباری را تحت هر عنوانی مطرح کنند.^۳ محدود کردن چنین انعطافی از طریق اعمال رسمی و خشک قاعده ملت کامله الوداد، کارآیی اعلامیه دوحه را کاهش خواهد داد. و قابل توجیه نخواهد بود که کشور در حال توسعه و یا دیگر کشورهای در حال توسعه را از منافع اعلامیه دوحه به موجب اعمال خشک و رسمی قاعده ملت کامله الوداد محروم کرد. و به این ترتیب توانایی کشورهای در حال توسعه در قبال بسط استراتژی‌های ملی و سیاست‌های ملی به هنگام مقابله با مشکلات سلامت عمومی را به طور ناروا مختل نمود.

^۱ WTO Appellate Body Report, Korea – Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products Dairy (Korea – Dairy), WT/DS98/AB/R, adopted December 14, 1999, para, 81. This was also reaffirmed in WTO Panel Report, European Communities – Condition for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries (EC – GSP), WT/DS246/R, adopted December 1, 2003, para.7.167.

^۲ Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health, WT/MIN (01) DEC/2, adopted on November 14, 2001 (Doha Declaration).

^۳ Para. 5 (b) of the Doha Declaration

علاوه بر این، کشور در حال توسعه با امضا موافقت‌نامه با کشور توسعه یافته از حقوق خود در موافقت‌نامه تریپس (حق طرح مجوز اجباری تحت هر عنوانی) در برابر کشور توسعه یافته صرفنظر می‌کند ولی از حقوق خود در برابر دیگر کشورهای عضو سازمان صرفنظر نمی‌کند. اما اگر کشور در حال توسعه از حق خود در موافقت‌نامه تریپس مبنی بر طرح مجوز اجباری تحت هر عنوانی در برابر همه کشورها صرفنظر کند، بایستی از طریق اصلاح حقوق داخلی خود اقدام کند.

تفسیر موسع از شرط ملت کامله الوداد منجر به قطع رابطه موافقت‌نامه تریپس با کشور در حال توسعه خواهد شد و موافقت‌نامه تریپس جایگاه خود را حداقل در طرح مجوز اجباری به هر دلیلی از دست خواهد داد. نتیجه جالب توجه دیگر ترکیب رفتار ملت کامله الوداد با موافقت‌نامه‌های تجارت چند جانبه، گسترش حداقل معیارهای حمایت از حق مالکیت فکری نسبت به آنچه در موافقت‌نامه تریپس آمده است، می‌باشد یا همانطور که پروفسور دراهوس می‌گوید "سرعت بخشیدن به ایجاد حداقل معیارهای جدید مالکیت فکری نسبت به آنچه که به هر نحو دیگری اتفاق خواهد افتاد."^۱

اما انتقاداتی به این استدلال وارد است به این ترتیب که هیچ سلسله مراتبی در حقوق بین الملل وجود ندارد که بتواند موافقت‌نامه تریپس را مافوق موافقت‌نامه تجارت امضا شده کشور در حال توسعه قرار دهد: کشور در حال توسعه در مقام اعمال حق حاکمیت، می‌تواند معاهدات جدیدی را که حقوق موجود و مفروض او در دیگر موافقت‌نامه‌های بین‌المللی نظیر موافقت‌نامه تریپس را محدود می‌سازد، منعقد نماید.

چنانچه کشور در حال توسعه حقوق داخلی خود را اصلاح کند بنحوی که مجوز اجباری بر علیه تمامی مالکین امتیاز اعم از داخلی یا خارجی، در موارد ضرورت ملی یا اضطرار قابل طرح باشد، می‌توان گفت که کشور در حال توسعه خود را در طرح دلایل موضوعی مجوز اجباری محدود ساخته است. بنابراین کشور در حال توسعه در مقام اعمال حاکمیت، به طور ارادی فضای سیاست گذاری خود را از طریق انتخاب یک سیاست آگاهانه که همان محدود کردن دلایل موضوعی طرح مجوز اجباری است، محدود ساخته است. اما اگر کشور در حال توسعه حقوق داخلی خود را از طریق استثنا قائل شدن برای مالکین امتیاز کشور توسعه یافته اصلاح کند و حق قبلی خود مبنی بر طرح مجوز اجباری بر علیه دیگر مالکین امتیاز را محفوظ نگه

^۱ Above fn. 17, P. B.

دارد، در آن صورت قصد کشور در حال توسعه تنها محدود کردن حقوق مجوز اجباری برای مالکین امتیاز کشور توسعه یافته بوده است و کشور در حال توسعه فضای سیاست گذاری خود را تنها در برابر کشور توسعه یافته و نه هر کشور دیگری محدود کرده است. اعمال خشک و غیر منعطف قاعده ملت کامله الوداد منجر به نتایجی خواهد شد که هرگز مد نظر کشور در حال توسعه نبوده است.

مبحث دوم. در معاهدات سرمایه گذاری دو جانبه (BITS)

در سال‌های اخیر، شاهد یک جهش ناگهانی در رشد و گسترش معاهدات سرمایه گذاری بخصوص میان کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه هستیم. معاهدات سرمایه گذاری به طور مستقیم به حق مالکیت فکری مربوط نمی‌شوند، اما شامل مقرراتی از حق مالکیت فکری در تعریف و بیان سرمایه گذاری هستند. تعامل میان معاهدات سرمایه گذاری، ملت کامله الوداد و تریپس در دو بخش ارائه می‌شود: ۱. در سطح معاهدات سرمایه گذاری ۲. در سطح موافقت‌نامه تریپس.

بند اول. در سطح معاهدات سرمایه گذاری

در این بخش نگاهی داریم به رابطه میان دو یا چند معاهده سرمایه گذاری که حاوی مقررات راجع به حق مالکیت فکری به عنوان بخشی از تعریف سرمایه گذاری هستند. موضوع اصلی این است که آیا قاعده ملت کامله الوداد در یک معاهده سرمایه گذاری به یک کشور اجازه می‌دهد تا منتفع از یک مقررره مندرج در یک معاهده سرمایه گذاری دیگر شود. چنان چه یک کشور توسعه یافته و کشور در حال توسعه یک معاهده سرمایه گذاری امضا کنند که دربردارنده قاعده ملت کامله الوداد است و حق مالکیت فکری بخشی از توصیف سرمایه گذاری است. از طرف دیگر معاهده سرمایه گذاری میان کشور در حال توسعه و کشور ثالث حاوی مقرره‌ای در خصوص عدم اعمال مصادره (سلب مالکیت) نسبت به موضوعات مرتبط با طرح مجوز اجباری باشد. و معادل چنین مقرره‌ای در معاهده سرمایه گذاری میان کشور توسعه یافته و ب وجود نداشته باشد. حال کشور در حال توسعه دعوای طرح مجوز اجباری را بر علیه مالک امتیاز داروی کشور ثالث که امتیاز دارو را به یک قسمت بسیار گزافی در کشور در حال توسعه بفروش رسانده است، اقامه می‌کند. چنانچه اختلاف حاصله میان مالک امتیاز داروی کشور ثالث (سرمایه گذار) و دولت کشور در حال توسعه بر سر پرداخت جبران کافی باشد، آیا سرمایه گذار می‌تواند تحت عنوان مصادره غیر قانونی سرمایه علیه کشور در حال

توسعه اقامه دعوا کند. کشور در حال توسعه دفاع می‌کند که مالک امتیاز نمی‌تواند چنین کند، زیرا مطابق معاهده سرمایه‌گذاری، سلب مالکیت نسبت به موضوعات مرتبط با مجوز اجباری اعمال نخواهد شد. اما کشور ثالث با اتکا بر معاهده سرمایه‌گذاری توسعه یافته و ب و اعمال شرط ملت کامله الوداد می‌تواند مدعی شود که چون چنین مقرره‌ای در معاهده میان توسعه یافته و ب وجود ندارد، لذا همین رفتار باید نسبت به او هم اعمال شود و آلا مقرر ملت کامله الوداد مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری میان کشور در حال توسعه و کشور ثالث نقض خواهد شد.

آیا کشور ثالث می‌تواند از مقرر ملت کامله الوداد جهت انتخاب و گزینش مقرر مندرج معاهده سرمایه‌گذاری دیگری که کشور در حال توسعه امضا کرده است، استفاده کند؟ سه نظر وجود دارد: نظر اول، سرمایه‌گذار کشور ثالث نمی‌تواند از مقرر ملت کامله الوداد برای گزینش مقررهای دیگر در معاهده‌ای دیگر جهت رد و الغای مقرر صریحی که کشور ثالث با کشور خوانده (ب) امضا کرده است، استفاده کند. کشور در حال توسعه با چنین تصریحی قصد خود را از عدم تسری قید مصادره به موضوعات مرتبط با مجوز اجباری در برابر مالکین امتیاز کشور ثالث و محدود کردن طرح مجوز اجباری، آشکار ساخته است.

نظر دوم، همانطور که در معاهده سرمایه‌گذاری کشور توسعه یافته آمده است، می‌توان چنین گزینشی داشت، زیرا کشور در حال توسعه انتظار جذب سرمایه‌گذاری بیشتر از کشور توسعه یافته دارد و این امر از طریق دادن این حق و اختیار به کشور توسعه یافته که بتواند در خصوص موضوعات مرتبط با مجوز اجباری، به قید مصادره استناد کند، صورت گرفته است و لذا یک معامله بهتر به حساب می‌آید.

نظر سوم، از آنجا که نمی‌توان انتظار همان نوع سرمایه‌گذاری را از کشور ثالث داشت، لذا چنین نفعی به کشور ثالث تسری نمی‌یابد. رویه قضایی در این خصوص بسیار مشتت است. در بعضی موارد اجازه داده شده است که کشور ثالث بتواند دست به خرید معاهده‌ای بزند و از طریق اعمال شرط ملت کامله الوداد مقررهای را از معاهده سرمایه‌گذاری دیگری که کشور در حال توسعه امضا کرده است و بنظرش مناسب‌ترین است، انتخاب کند.

معاهدات سرمایه‌گذاری مختلف حاوی مقررات گوناگون هستند و لذا اینکه چطور یک معاهده سرمایه‌گذاری در یک اختلاف تفسیر می‌شود، بستگی به مقررات عملی در آن معاهده خواهد داشت. یک مقرر ملت کامله

الوداد معین در یک معاهده سرمایه گذاری متفاوت از یک مقررہ ملت کاملہ الوداد نامعین تفسیر خواهد شد.^۱ برای مثال، مقررہ ملت کاملہ الودادی کہ در یک معاهده سرمایه گذاری صراحتاً بیان می کند کہ نسبت بہ بخش های خاصی اعمال نخواهد شد (ملت کاملہ الوداد معین) متفاوت از مقررہ ملت کاملہ الوداد در معاهده سرمایه گذاری است کہ بیان می کند مقررہ ملت کاملہ الوداد نسبت بہ ہمہ بخش های کشور میزبان اعمال می شود (ملت کاملہ الوداد نامعین)

بند دوم. در سطح موافقت نامه تریپس:

فرض کنید کہ یک معاهده سرمایه گذاری میان توسعه یافته و ب کہ هر دو عضو سازمان تجارت جهانی هستند وجود داشته باشد و در تعریف سرمایه گذاری از حق مالکیت فکری نیز سخن گفته شده باشد و معاهده سرمایه گذاری در ذیل قید مصادره بیان کند کہ مجوز اجباری در مواردی طرح می شود کہ ضرورت ملی یا اضطرار وجود داشته باشد کہ خارج از محدوده مصادره است. بہ عبارت دیگر چنانچه طرح مجوز اجباری از سوی کشور در حال توسعه بہ دلایلی غیر از ضرورت ملی یا اضطرار نظیر افزایش قیمت یا موثر نبودن امتیازات مطرح شود، برابر با مصادره خواهد بود.

بہ این معنا کہ کشور در حال توسعه مجوز اجباری را بر علیہ مالکین امتیاز کشور توسعه یافته تنها در موارد ضرورت ملی یا وضعیت های حاد اضطراری مطرح خواهد کرد. حال اگر کشور ثالث هیچ معاهده ای با کشور در حال توسعه نداشته باشد و کشور در حال توسعه بخواهد طرح مجوز اجباری را علیہ مالک امتیاز ج در خصوص افزایش قیمت مطرح کند، آیا ج می تواند مجوز اجباری مطرح شده از سوی ب را رد کند، با این

استدلال کہ شرط ملت کاملہ الوداد مندرج در مادہ ۴ موافقت نامه تریپس نقض خواهد شد؟ کشور ثالث می تواند استدلال کند کہ بر طبق شرط ملت کاملہ الوداد مندرج در موافقت نامه تریپس، کشور در حال توسعه باید همان قواعد مجوز اجباری را کہ بہ کشور توسعه یافته در معاهده سرمایه گذاری با آن اعطا کرده است، بہ او ہم بدهد. کشور در حال توسعه نمی تواند بگوید کہ معاهده اش با کشور توسعه یافته بر مبنای مادہ ۲۴ گات بوده کہ از شمول مقررہ ملت کاملہ الوداد استثناء می باشد.

^۱ Most Favoured Nation Treatment, IIA Issue Paper Series (UNCTAD, New York and Geneva, 1999).

معاهده کشور در حال توسعه با یک کشور توسعه یافته یک معاهده سرمایه گذاری دو جانبه است که هیچ ارتباطی با موافقتنامه سازمان تجارت جهانی ندارد. اما کشور در حال توسعه می‌تواند استدلال کند که کشور توسعه یافته در وضعیتی متفاوت از کشور ثالث قرار گرفته است و لذا اعمال رفتار متفاوت امکانپذیر است. بهر حال بهترین راه حل برای کشورهای در حال توسعه‌ای که به معاهدات سرمایه گذاری دو جانبه می‌پیوندند این است که قاعده ملت کامله الوداد را توصیف و تشریح نمایند تا حقوقشان بر طبق موافقتنامه‌های بین‌المللی ضایع نگردد.

لذا در پاسخ به سوال مطرح شده در ابتدای گفتار فوق باید گفت که چنین تفسیری از قاعده ملت کامله الوداد موجه نیست، زیرا موافقتنامه تریپس تحت سیطره اصول بنیادین گات قرارداد و یکی از این اصول "استثنا وارده بر اصل عدم تبعیض از طریق امضای موافقتنامه‌های تجاری دو جانبه" می‌باشد که منطبق با نظام حقوقی سازمان تجارت جهانی است. مقررات اضافه بر تریپس در موافقتنامه‌های دو جانبه استثنایی بر ملت کامله الوداد هستند همینطور شرط ملت کامله الوداد مندرج در معاهدات سرمایه گذاری نبایستی به نحوی تفسیر شود که به یک کشور اجازه داده شود تا در پی انتخاب مقررات مطلوبتر و مناسبتر مالکیت فکری از میان دیگر موافقتنامه‌های سرمایه گذاری باشد که کشور میزبان امضا کرده است.

گفتار ششم: رویه قضایی

در قضیه تکمد علیه مکزیک^۱ رأی داده شد، که برای اعمال یک مقررہ خاص از یک معاهده سرمایه گذاری مهمترین عنصر "بعد زمانی" است که یک موضوع محوری به حساب می‌آید. و در قلب معاهده قرار دارد. دو کشوری که یک معاهده سرمایه گذاری را منعقد می‌کنند، موضوعات محوری را همواره مد نظرشان داشته که قابل خدشه دار شدن از طریق اعمال قاعده ملت کامله الوداد نیست. به هر حال دیوان خواست طرفین (کشورهای عضو معاهده سرمایه گذاری) را ملاک عمل قرار خواهد داد. این رأی امکان خرید معاهده‌ای را محدود کرد. اهمیت این قضیه نسبت به قضایای دیگر در این است که قاعده ملحوظ در این رأی مربوط به یک نوع موضوع ماهوی است. و موضوع حق مالکیت فکری نیز یک موضوع ماهوی است. لذا این قاعده این

^۱ TECMED v Mexico, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, May 29, 2003; (2004) 43 I.L.M. 133.

^۲Time Dimension

امید را می‌دهد که اصل ملت کامله الوداد نمی‌تواند مقررات ماهوی مختلف مرتبط با حق مالکیت فکری در معاهدات سرمایه‌گذاری مختلف را یکسان سازی کند. در مثال فرضی ما، مالک امتیاز کشور ثالث نمی‌تواند برای اعمال قید مصادره نسبت به موضوع مجوز اجباری، از طریق استناد به شرط ملت کامله الوداد، اقدام کند. هر چند به طور قطع نمی‌توان گفت که چطور یک اختلاف در آینده حل و فصل خواهد شد. اما بهرحال استدلالات محکمی به نفع محدود کردن اعمال جهانی قاعده ملت کامله الوداد وجود دارد.

منابع
پارس پروانه

فصل چهارم. خروج از اصل عدم تبعیض (قاعده یا استثنا)

علی رغم اهمیت فراگیر اصل عدم تبعیض در تجارت بین‌الملل و مرکزیت رفتار ملت کامله‌الوداد در گات و گذشت ۵ دهه از تأسیس گات، امروزه تمایل جهانی به سمت تشکیل موافقتنامه‌های تجارت آزاد دوجانبه و منطقه‌ای و یا مناطق تجارت آزاد رو به فزونی نهاده است. همچنین افزایش اتحادیه‌های گمرکی، بازارهای مشترک، ترجیحات تجاری و انواع مختلف و بی‌پایان روابط تجاری که به ظرف اسپاگتی معروف شده است، به نقطه‌ای رسیده که رفتار ملت کامله‌الوداد را به یک رفتار استثنایی مبدل ساخته است. به نحوی که بهتر است از عبارت "دولت با کمترین مطلوبیت" به جای "ملت کامله‌الوداد" استفاده کرد.^۱ این امر منجر به طرح یک سوال بسیار مهم شده است: این که آیا افزایش استثنائات و گسترش و توسعه آن‌ها می‌تواند منجر به زیر سؤال بردن قاعده کلی منع تبعیض و یا عملکرد اصل شروط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط شود؟

ابتدا به بیان ادله گروهی می‌پردازیم که معتقدند افزایش استثنائات نه تنها قاعده کلی عدم تبعیض را زیر سوال نمی‌برد، بلکه به روند آزادسازی تجارت در آینده کمک می‌کند و سپس ادله مخالفین چنین ترتیباتی را بیان خواهیم کرد.

گفتار اول. دلایل موافقین ترتیبات تجارت ترجیحی

۱. تمایل گروهی از دولت‌ها مبنی بر توسعه کامل روابط تجاری در ابعادی گسترده‌تر و عمیق‌تر از آن چه در مقیاس جهانی قابل وصول است.
۲. به تجربه ثابت شده است که موافقتنامه‌های مربوط به این گونه ترتیبات می‌توانند در نقش محرک‌هایی در برابر توسعه محتاطانه‌تر نظام تجارت جهانی عمل کنند.
۳. از این حوزه‌ها، نه به عنوان استثنائاتی بر شروط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط، بلکه به عنوان جایگزینی برای افزایش آزادی تجارت و مکمل روند آزادسازی تجارت جدای از روند سازمان تجارت جهانی یاد کرده‌اند.

۴. انگیزه‌های سیاسی یا سیاست‌گذاری خارجی در ایجاد ترتیبات منطقه‌ای می‌تواند دربردارنده ابعاد مثبتی باشد، نظیر حمایت از اصلاحات اقتصادی، ثبات، فقرزدایی و مبارزه با فساد. نمونه بارز این قضیه اتحادیه اروپاست که در اصل برای ایجاد صلح، ثبات و امنیت در منطقه تشکیل شد. اما زمانی که کشورها از

۱- ساترلند، پیتر، افول اصل عدم تبعیض، خبرنامه رویدادها و تحولات سازمان تجارت جهانی، شماره ۶۶.

www. Irtr. ir / news letter / 73 / 14. htm, p.1. visited on 7.1.2009.

پشت نقاب آن به عنوان بخشی از این اتحادیه گمرکی وارد عرصه شده و اقدام به تجارت کردند، تلویحاً اهداف دیگری نیز پیدا کرد.^۱

۵. امروزه روند ترجیحات غیر متقابل برای کشورهای در حال توسعه به عنوان بخشی از مالکیت کشورهای در حال توسعه درآمده است.

۶. ارزش بازرگانی بسیاری از شرکت‌ها در کشورهای فقیر، تلاش برای یافتن سهم کوچکی از بازار در جهان پیچیده اقتصادی است. چنین شرکت‌هایی برای این که بتوانند شانس خود را امتحان کنند نیازمند تبعیض مثبت هستند.

بنابراین به نفع آن هاست که درگیر ظرف اسپاگتی ترتیبات ترجیحی تجاری شوند تا حداقل مزیت‌های رقابتی ناشی از ترجیحات را جذب کنند.

۶. گروه‌های کوچک کشورهای در حال توسعه ممکن است از آزادسازی تجارت منطقه‌ای به عنوان ابزاری برای جذب مزایای رقابتی واقعی استفاده کنند. مرکوسور (MERCOSUR) نمونه واقعی آن است.^۲

۷. چنین انحرافات از اصل ملت کامل‌الوداد غیرمشروط را، تحت عنوان بازگشت به آزادسازی تجارت "متقابل" توجیه می‌کنند. چنین انحرافات را نباید محکوم یا تقبیح کرد، زیرا به منزله سنگ بنایی برای شتاب بخشیدن به آزادی تجارت هستند و بعضی دیگر نیز، مانند نظام عام ترجیحات می‌تواند سبب افزایش صادرات از کشورهای در حال توسعه شود.^۳

۸. شرکت در ترتیبات تجاری ترجیحی موجب آزادسازی تجارت در جبهه‌های تجاری شده و باعث ایجاد سیاست‌های نوآورانه‌ای در حوزه‌های مقررات سرمایه‌گذاری و بازار می‌شود.

۹. بالدوین اشاره می‌کند در خود گات نیز از انحراف و خروج از اصل ملت کامل‌الوداد پیش بینی شده است، اما تمامی انحرافات که در پی چنین انتظامی طراحی شده اند، به دنبال تضمین آن هدف اولیه و عمده است که همان آزادی تجارت است تا اعطا ترجیح.^۴

گفتار دوم. دلایل مخالفین ترتیبات تجارت ترجیحی

آن چه مسلم است، این است که ترتیبات تجارت ترجیحی در تعارض با اساس موافقتنامه گات که همان اصل ملت کامل‌الوداد، است قرار گرفته است. این گونه ترتیبات به عنوان یک "بد ضروری" به خدمت

۱- همان منبع، ص ۴

۲- همان منبع، ص ۵

۳ Yanai, Akiko, op.cit., p. 21.

۴ Baldwin, Richard E. (2000), "Regulatory Protectionism, Developing Nations and A Two – Tier World Trade System", at <http://www.unige.ch/~baldwin/papers/tbt-Baldwin-brookings.pdf>, p. 23. visited on 3.2.2008.

گرفته شد، اما امروزه این گونه ترتیبات به حد انفجار رسیده است، به نحوی که اصل رفتار ملت کامله‌الوداد را زیر سؤال برده است. و این موضوع به شدت در آینده سازمان جهانی تجارت تأثیر خواهد گذاشت. و ساختار نظام تجارت چندجانبه را در معرض خطر قرار خواهد داد.

این حوزه ها، ماهیتاً متقابل و ترجیح آمیز هستند و در عین حال به طور بالقوه منجر به تضعیف عملکرد شروط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط می‌شوند. حمایت گرایی در سطح ملی در مقابل منافع آتی مذاکرات چندجانبه قرار گرفته و بر آن غلبه می‌کند و منجر به کاهش روابط تجاری با شرکای تجاری شده و سازمان جهانی را به مسیر غلط می‌اندازد.

در واقع سازمان جهانی تجارتی که امروز حاکم بر نظام تجاری جهان شده، از ایده اولیه طراحان گات فاصله گرفته است. در حالی که ماده ۲۴ گات به عنوان استثنای اصل ملت کامله‌الوداد در نظر گرفته شد و قرار بود به طور استثنایی و در مواقع خاص به کار گرفته شود، به شدت استعمال آن افزایش یافته و در حال حاضر به حال انفجار نزدیک شده است. نمونه بسیار روشن این ادعا، اتحادیه اروپاست که تنها با ۹ کشور طرف تجاری خود براساس قاعده ملت کامله‌الوداد تجارت می‌کند.

مسأله دیگر این است که علی رغم شرایط و مقرراتی که برای ایجاد منطقه تجارت آزاد و اتحادیه‌های گمرکی در ماده ۲۴ مقرر شده است، این نظامات و قوانین در عمل بسیار ضعیف پیاده شده است.

با توجه به آمار منتشره در این خصوص تا سال ۲۰۰۷ تعداد موافقتنامه‌های ترتیبات ترجیحی به ۳۰۰ مورد رسیده است که از این تعداد فقط در یک مورد (موافقتنامه اتحادیه گمرکی میان جمهوری چکسلواکی) است که مرحله بررسی و مطابقت آن با ماده ۲۴ آن جام و نهایی شده است و بقیه علی رغم عدم چنین بررسی و مطابقتی در حال اجرا هستند.^۱

موضوع دیگر، این است که اخیراً در نسلهای جدید ترتیبات ترجیحی توجه کمتری به کاهش تعرفه‌ها شده و در عوض توجه بیشتری به موضوعات و اهداف غیر تجاری شده است، نظیر حمایت از محیط زیست و نیروی کار و حتی محدودیت بر کنترل سرمایه در ازای اعطای ترجیحات و این نگرانی جدی وجود دارد که چنین درخواست‌هایی نه تنها به الگوی عمومی توافقات ترجیحی بدل گردد که منجر به تغییر در سازمان تجارت جهانی نیز بشود.

در دور دوحه بسیاری از کشورهای در حال توسعه که از دسترسی ترجیحی به نظام عام ترجیحات برخوردار بودند، در این که چنین ترتیبات ترجیحی بتواند موجب تقویت و نه تضعیف آزادسازی تجارت

۱- پیتر ساترلند، منبع پیشین، صفحه ۱۸

چندجانبه شود، تردید کردند چرا که تعداد زیاد و غیر قابل کنترل ترتیبات ترجیحی می‌تواند موجب منافع گروهی شود و نمی‌توان آزادسازی فراگیر و چندجانبه را از آن بدست آورد.^۱

مسأله دیگر خطاهایی است که از رفتار ویژه و متفاوت برای کشورهای در حال توسعه، ایجاد شده است. در واقع مطابق گات، فلسفه رفتار ویژه با چنین کشورهایی ۲ امر است: ۱. حمایت از صنایع کشورهای فقیر به طوری که از آن‌ها نتوان انتظار امتیازات متقابل تجاری داشت. ۲. امتیازات متقابل تجاری از سوی کشورهای در حال توسعه، آن قدر نمی‌ارزد، چرا که بازار ناچیزی دارند.

درحالی که فرض دوم امروزه برای بسیاری از کشورهای در حال توسعه معتبر نیست. زیرا بسیاری از کشورهای در حال توسعه در حال حاضر از سرانه تولید ناخالص داخلی بهتری به نسبت برخی کشورهای عضو سازمان همکاری اقتصادی و توسعه برخوردار شده‌اند.

در خصوص فرض اول نیز به تجربه ثابت شده است که اتخاذ سیاست‌های درون گرایانه و خود کفایی برای کشورهای در حال توسعه مضر است و نظریه حمایت از صنایع نوزاد باید به دقت و نه بدون هدف مورد استفاده قرار گیرد.

دسترسی موثر به بازارهای کشورهای توسعه یافته با اتخاذ سیاست‌های حمایتی کشورهای در حال توسعه شکست خورده است. زیرا بخاطر تعرفه‌های صنعتی بالا و هزینه‌های اقتصادی وضع شده از سوی چنین کشورهایی، صادرات آن‌ها در قیاس با کشورهای پیشرفته به طور فزاینده‌ای تحت فشار قرار می‌گیرد. در همین رابطه، تردیدهایی دیگری نیز در خصوص اعمال نظام عام ترجیحات مطرح است: ۱. ترجیحات اعطایی عملاً غیر متقابل نبوده‌اند. ۲. کشورهای توسعه یافته میان کشورهای بهره‌مند از نظام عام ترجیحات از طریق به کارگیری شرایط تبعیض آمیز و اعمال شرایط تجاری تفاوت گذاشته‌اند. ۳. بی‌ثباتی منافع ناشی از ترجیحات اعطایی ۴. اندک بودن سهمیه‌های تعرفه‌ای ۵. قواعد سخت گیرانه مبدأ ۶. استثنا کلیه محصولات کشاورزی.^۲

۷. بالا رفتن و افزایش محتوای داخلی محصولات: معمولاً به دلیل پائین بودن محتوای داخلی محصولات کشورهای در حال توسعه یا توسعه نیافته، این تغییر به ضرر این کشورها تمام شده است. چراکه بخش‌های صنعتی آن‌ها محدود به فعالیت‌های ساده مونتاژ بوده است.

در عمل ثابت شده است که نظام عمومی ترجیحات منافع اندکی را نصیب کشورهای در حال توسعه کرده است.

۱- همان منبع، صفحه ۲۰

۲- همان منبع، صفحه ۲۱

کشورهای در حال توسعه‌ای که از داخل طرحهای ترجیحی کشورهای توسعه یافته خارج شده‌اند تا اندازه زیادی اقدام به بازگشایی بازارهای خود کرده‌اند.

گفتار سوم. بررسی راه کارهای حفظ و تقویت قاعده عدم تبعیض

از آن چه گفتیم می‌توان نتیجه گرفت، که اولاً این واقعیت وجود دارد که با تعداد زیادی از ترتیبات ترجیحی تجاری در دنیا روبرو هستیم و ثانیاً می‌بایست بر نگرانی‌های موجود و خطرانی که فرا روی سازمان تجارت جهانی و بالمآل عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد است، تمرکز کنیم و ثالثاً به دنبال راهکارهایی جهت غلبه بر این خطرات باشیم.

در مباحث قبلی خطرات پیش روی ساختار تجارت جهانی را برشمردیم و اینک به راه کارهای مبارزه با این خطرات می‌پردازیم:

۱. از آن جا که رفتار ویژه و متفاوت مطابق قواعد سازمان تجارت جهانی مجاز دانسته شده است، اعضای سازمان تجارت جهانی بایستی اولاً به صورت محتاطان‌های با منافع و حقوق گمرکی دستیابی ترجیحی به بازار که به آن‌ها اعطا می‌شود برخورد نمایند و ثالثاً با توجه به این که نواقص نهادی و ظرفیتی در کشورهای در حال توسعه، باعث می‌شود تا اجرای قواعد، شکل دوره‌های زمانی به خود بگیرد و زمان بیشتری برای ایجاد اصلاحات مقرراتی و نهادی و بازگشایی بازار لازم آید، و به همان نسبت منافع ناشی از آزادسازی تجاری به تعویق افتد، از طریق تأمین منابع مالی خارجی، توسط سازمان‌های کمک رسان به برنامه‌های کمک به تعدیل کشورهای در حال توسعه، راه را برای اصلاحات هموار ساخت.

۲. اگر بپذیریم که چندان نمی‌توان از شیوع موافقتنامه‌های ترتیبات ترجیحی جلوگیری کرد، باید دولت‌ها را متوجه کنیم که قبل از ابتکار هر اقدام تبعیض آمیز جدیدی، به آسیمی که به نظام تجارت جهانی وارد می‌آورند بیندیشند و به خصوص در مواردی که توسل به چنین اقداماتی از روی انگیزه‌های غیر تجاری یا مقابله به مثل صورت می‌گیرد. خویشنداری خود را حفظ کنند.

۳. اگر نتوان ترتیبات ترجیحی قدیمی را کنار گذاشت و ایجاد ترتیبات ترجیحی جدید را هم ممنوع ساخت، آن وقت چاره ظرف اسپاگتی آن است که به آن‌ها به طور غیر مستقیم از طریق کاهش تعرفه‌های ملت کامله‌الوداد و اقدامات غیر تعرفه‌ای در مذاکرات تجاری چندجانبه حمله کرد.

دور دوحه توانست کشورهای توسعه یافته سازمان را متعهد سازد تا تاریخی را که در آن همگی تعرفه‌های خود را صفر کنند، تعیین کنند اما از طرف دیگر همچنان که ترتیبات ترجیحی در بلند مدت ضرورت صفر شدن تعرفه‌های ملت کامله‌الوداد را افزایش می‌دهند اما به دلیل ماهیت تبعیض آمیزی که به همراه دارند بر انگیزه‌های خودداری از آن می‌افزایند.

۴. رویکرد دیگری که به ترتیبات ترجیحی آسیب کمتری می‌زند، تبیین شفاف ماده ۲۴ گات و سازماندهی بستر اجرای مفاد آن است.

که روی میز مذاکرات دوحه نیز قرار گرفت. به این ترتیب که از طریق بررسی سیاست تجاری تک تک ترتیبات ترجیحی تجاری در کمیته موافقتنامه‌های ترتیبات ترجیحی موجبات شفافیت و امکان بازنگری و انتقاد از آن‌ها را فراهم ساخت.

به هر حال، هرچند نمی‌توان ترتیبات تجارت ترجیحی را به سادگی به عنوان آسان‌ترین راه کنار گذاشت، لذا همه‌اعضایی که نگرانی و دغدغه حمایت از نظام تجارت جهانی را دارند، باید با دقت روندهای جاری را ارزیابی کنند و به دنبال راه حل آن باشند و هدف، ایجاد درگیری فعال، سازنده، متمرکز و هدفمند میان دولت‌ها در سطح مذاکرات جهانی باشد تا نهایتاً مسیر آینده مشخص شود.

جمع بندی

حقوق سازمان تجارت جهانی مبتنی بر دو اصل عمده است: ۱. تعهد رفتاری ملت کامله الوداد و ۲. تعهد به

اعطای رفتار ملی

به عبارت ساده، تعهد به رفتار ملت کامله الوداد، کشورها را از تبعیض میان کشورهای دیگر منع کرده و تعهد

به رفتار ملی، کشورها را از تبعیض علیه دیگر کشورها ممنوع کرده است. مقررره کلیدی گات ۹۴ و گاتس که

به بررسی تعهد رفتاری ملت کامله الوداد پرداخته‌اند، عبارتند از: ماده یک گات و ماده ۲ گاتس

هدف اصلی تعهد رفتاری ملت کامله الوداد مندرج در ماده یک گات ۹۴ عبارت است از تضمین فرصت برابر

جهت ورود از تمامی کشورها و صدور به تمامی کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی.

برای تعیین این که آیا تعهد رفتار ملت کامله الوداد مندرج در ماده (۱) گات ۹۴ نقض شده است یا خیر، سه

امر باید احراز شود:

۱. آیا اقدام مورد بحث، نوعی مزیت تجاری، در معنای ماده (۱) گات به حساب می‌آید یا خیر؟

۲. آیا محصولات مورد بحث، محصولات مشابه هستند یا خیر؟

۳. آیا مزیت مورد بحث، فوراً و بدون هیچ قید و شرطی به تمامی محصولات مشابه اعطا شده است یا خیر؟

در گاتس نیز، همچون گات ۹۴، هدف عمده از تعهد رفتاری ملت کامله الوداد مندرج در ماده ۲ عبارت است از تضمین برابری فرصت ها در بخش خدمات و متصدیان خدمات کلیه کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی.

در این جا نیز، برای تعیین این که آیا اقدام مورد بحث تعهد رفتاری ملت کامله الوداد مندرج در ماده (۱) ۲ گاتس را نقض کرده است یا خیر، سه امر بایستی احراز شود:

۱. آیا اقدام مورد بحث تجارت خدمات را متأثر ساخته است یا خیر؟
 ۲. آیا خدمات یا متصدیان خدمات مربوطه، خدمات یا متصدیان خدمات مشابه هستند یا خیر؟
 ۳. آیا رفتار اعطا شده به خدمات یا متصدیان خدمات یک دولت عضو، از نظر مطلوبیت نسبت به رفتارهای مشابه اعطا شده کمتر بوده است یا خیر؟
- منظور از تشابه محصولات، تعیین ماهیت و قلمرو پیوند رقابتی میان محصولات است چندی از عوامل دخیل در تعیین تشابه که از خلال آرا پانل ها و نهاد استیناف استخراج شده است، عبارتند از:
۱. ویژگی های محصولات، خدمات یا متصدیان خدمات
 ۲. طبقه بندی محصولات، خدمات یا متصدیان خدمات
 ۳. عادات و اولویت های مصرف کنندگان
 ۴. کاربرد نهایی محصولات

آزاد سازی تجارت و اصول عدم تبعیض و قواعد راجع به دستیابی به بازار غالباً با ارزش ها و منافع اجتماعی مهم دیگر نظیر افزایش و حمایت از سلامت عمومی، سلامت مصرف کننده، محیط زیست، استخدام، توسعه اقتصادی و امنیت ملی در تعارض می افتد.

حقوق سازمان تجارت جهانی قواعدی را برای سازش میان آزاد سازی تجارت با دیگر ارزش ها و منافع اجتماعی مهم مقرر کرده است که در قالب طیف گسترده ای از استثنائات به اصول بنیادین سازمان تجارت جهانی مدون شده است. که مشتمل بر ۶ طبقه عمده می باشد.

۱. استثنائات عمومی ماده ۲۰ گات ۹۴، ماده ۱۴ گاتس

۲. استثنائات امنیتی ماده ۲۱ گات ۹۴ و ماده ۱۴ مکرر گاتس

۳. استثنائات اقتصادی ماده ۱۹ گات ۹۴ و موافقتنامه اقدامات حفاظتی

۴. استثنائات اتحادیه اقتصادی ماده ۲۴ گات ۹۴ و ماده ۵ گاتس

۵. استثنائات توازن پرداخت ها ماده ۱۲ و (ب) ۱۸ گات ۹۴ و ماده ۱۲ گاتس و

۶. استثنائات توسعه اقتصادی

این استثنائات به اعضا اجازه می‌دهند تا تحت شرایط خاص، قوانین و اقداماتی را که منافع و دیگر ارزش های اجتماعی مهمشان را حمایت می کنند، اتخاذ و حفظ نمایند، حتی اگر چنین قوانین و اقداماتی در تعارض با اصول ماهوی وضع شده بر طبق گات ۹۴ یا گاتس باشد چنین استثنائاتی به اعضا اجازه می‌دهند تا تحت شرایط خاصی اولویت را به منافع و ارزش های اجتماعی خاص بدهند.

مهمترین این استثنائات، استثنائاتی هستند که آزادی تجارت را با دیگر ارزش ها و منافع اجتماعی آشتی می‌دهند یعنی استثنائات عمومی که در ماده ۲۰ گات ۹۴ و ماده ۱۴ گاتس درج شده اند.

هر چند ماده ۲۰ استثنائاتی را بر قواعد و اصول بنیادین گات وارد کرده است، اما نهاد استیناف، تفسیر

مضیقی از ماده ۲۰ به عمل نیاورده است و بالعکس پافشاری کرده است بر این که بایستی توازنی میان

آزادسازی تجارت و دیگر ارزش های اجتماعی اشاره شده در ماده ۲۰ صورت گیرد. نهاد استیناف مکرراً تأکید

کرده است که اعضا سازمان تجارت جهانی مختارند که سیاست ها و اقداماتی را که هدفشان حمایت یا

افزایش دیگر ارزش های اجتماعی نظیر سلامت عمومی یا محیط زیست است را اتخاذ نمی کند و در عین

حال، تعهداتشان را به آن جام رسانده و حقوق دیگر اعضا را مطابق موافقتنامه سازمان تجارت جهانی محترم

شمارند. اقدامات تعارض با گات، در صورت احراز شرایط مقرر در ماده ۲۰ موجه قلمداد خواهد شد.

ماده ۱۴ گاتس نیز یک معیار دو بندی برای توجیه اقدام معارض با تعهدات گاتس، ارائه داده است علاوه بر

استثنائات کلی مندرج در ماده ۲۰ گات ۹۴ و ماده ۱۴ گاتس، گات ۹۴ در ماده ۲۱ و گاتس در ماده ۱۴

مکرر استثنائاتی را در رابطه با امنیت بین المللی و داخلی مقرر کرده اند. اعضا سازمان چه به طور یکجانبه و چه چندجانبه می توانند اقدامات محدود کننده تجاری را بر علیه دیگر اعضا به عنوان وسیله ای برای رسیدن به امنیت ملی یا بین المللی اتخاذ نمایند. اعضای اتخاذ کننده چنین اقداماتی به دنبال توجیه اقداماتشان مطابق ماده ۲۱ گات ۹۴ یا ماده ۱۴ مکرر گاتس هستند.

استثنائات ضرورت اقتصادی عمدتاً در ماده ۱۹ گات ۹۴ و موافقتنامه اقدامات حفاظتی آمده است و به اعضا اجازه می دهد تا در جایی که ورود ناگهانی واردات سبب آسیب جدی به صنعت داخلی یا تهدید به صدمه می شود، اقداماتی را اتخاذ کنند که به نحوی با حقوق سازمان جهانی تجارت در تعارض است. از این اقدامات معارض تحت عنوان "اقدامات حفاظتی" یاد می شود. اقدامات حفاظتی به طور موقت واردات را محدود می کنند تا به صنایع داخلی مرتبط فرصتی برای انطباق ساختاری با واقعیت های اقتصادی جدید داده شود اقدامات حفاظتی نوعاً از تعهدات گمرکی اعم از الزامی یا محدودیت های کمی شکل می گیرد. موازین حفاظتی بایستی از حیث زمانی محدود شود و به یک روش غیر تبعیضی اعمال شود علاوه بر این، عضو اعمال کننده اقدام حفاظتی بایستی به دنبال جبران خسارت اعضای دیگری باشد که از اقدام متأثر شده اند. البته همان طور که ملاحظه شد توسل به چنین اقداماتی تنها براساس احراز شرایط مقرر در مواد فوق امکانپذیر است.

استثنائات اتحادیه منطقه ای: به این قبیل استثنائات به اعضا اجازه اتخاذ اقدامات غیر منطبق با سازمان تجارت جهانی را در زمینه تعقیب اتحادیه های اقتصادی منطقه ای داده است. استثنائات اتحادیه منطقه ای در ماده ۲۴ گات ۹۴ و ماده ۵ گاتس بیان شده است. حقوق سازمان تجارت جهانی مزایای اتحادیه اقتصادی و آزادسازی تجارت را ولو این که متضمن نفع بعضی از اعضا باشد مورد شناسایی قرار داده است.

استثنائات "توازن پرداخت ها" در ماده ۱۲ و (ب) ۱۸ گات ۹۴ و ماده ۱۲ گاتس بیان شده اند. این استثنائات به اعضا اجازه می دهند تا اقداماتی را که در تعارض با ماده ۲ و ۱۱ گات است را به منظور حفظ وضعیت مالی خارجی شان و حمایت از توازن پرداخت هایشان، اتخاذ نمایند. استثنائات توسعه اقتصادی بنفع

کشورهای در حال توسعه مقرر شده است. تقریباً کلیه موافقتنامه های سازمان تجارت جهانی مقررات رفتاری متمایز و خاصی را برای اعضا در حال توسعه به منظور تسهیل یکپارچگی شان در نظام تجارت جهانی از جمله مقررات رفتاری D و S و افزایش توسعه اقتصادی شان در نظر گرفته اند. استثنا نظام عام ترجیحات مطابق شرط توانمند سازی است.

شرط توانمند سازی مطابق شرایط خاصی، به اعضا توسعه یافته اجازه داده است تا رفتار تعرفه ای ترجیحی را به واردات کشورهای در حال توسعه اعطا کنند. شرط توانمند سازی، براساس شرایط خاصی، به اعضا در حال توسعه اجازه داده است تا رفتار تعرفه ای ترجیحی را به بعضی از کشورهای در حال توسعه و نه همه اعطا کنند.

موافقتنامه ترپس به کشورهای در حال توسعه در اعمال مقررات راجع به حق مالکیت فکری قدرت مانور و انعطاف پذیری بخشیده است. اما موافقتنامه های تجاری دوجانبه و معاهدات سرمایه گذاری دوجانبه که شرایط اضافه بر ترپس را به کشورهای در حال توسعه تحمیل می کنند، منجر به خنثی سازی بسیاری از مقررات ملایم تر و نرمتر مندرج در موافقتنامه ترپس، از طریق اعمال شرط ملت کامله الوداد شده اند. همان طور که ملاحظه شد، چنین موافقتنامه هایی نمی توانند منافعی را که به کشورهای در حال توسعه، مطابق موافقتنامه ترپس اضافه می شود بی اعتبار سازند.

اصل "استثنا به ملت کامله الوداد بر طبق موافقتنامه هایی که به موجب ماده ۲۴ گات منعقد میشوند" به موافقتنامه ترپس هم تسری می یابد. بی شک شرط ملت کامله الوداد سنگ بنای بسیاری از موافقتنامه های اقتصادی بین المللی است. اما بحث اصلی ما بر سر تفسیر موسع از اصل ملت کامله الوداد است که منتهی به وضعیت هایی می شود که هرگز مدنظر متعاهدین نبوده است. شرط ملت کامله الوداد چه در ترپس و چه در موافقتنامه های تجاری یا معاهدات سرمایه گذاری نمی تواند به نحوی اعمال شود که جای خواسته دولت های عضو را بگیرد و فضای سیاست گذاری کشورهای در حال توسعه را از طریق ممنوع کردن سیاست-

های داخلی مربوط به حق مالکیت فکری نظیر موضوع مجوز اجباری که منطبق با منافع و اولویت های ملی
شان است، محدود کند.

مقررات "اضافه بر تریپس" استثنایی بر قاعده ملت کامله الوداد هستند. همین طور شرط ملت کامله الوداد
مندرج در موافقتنامه های سرمایه گذاری دوجانبه را نمی توان به نحوی تفسیر کرد که به یک کشور اجازه
داده شود تا به دنبال انتخاب مقررات مطلوب و مناسب راجع به حق مالکیت فکری از میان دیگر موافقتنامه
های سرمایه گذاری که کشور میزبان امضا کرده است، باشد.

بخش سوم

شرط ملت کامله الوداد در حقوق سرمایه گذاری بین المللی

فصل اول: رشد و گسترش شرط ملت کامله‌الوداد در معاهدات دوجانبه توسعه و حمایت از سرمایه‌گذاری بین‌المللی (BITS)

مقدمه:

در دهه ۱۹۵۰ با انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی به ویژه موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری رفتار ملت کامله‌الوداد عمومیت یافت. موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری و منطقه‌ای در دهه‌های گذشته رو به فزونی گذاشتند و توافقات جدیدی نیز در شرف مذاکره هستند.

یکی از مقررات محوری موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی مربوط به شرط ملت کامله‌الوداد است. این معیار قلب چندجانبه گرایی است.^۱ شروط ملت کامله‌الوداد ابزاری مهم برای آزادسازی تجارت در حوزه سرمایه‌گذاری هستند.

امروزه رفتار ملت کامله‌الوداد رکن محوری سیاست تجاری کشورها را تشکیل می‌دهد.^۲

معیار ملت کامله‌الوداد به این معناست که کشور میزبان بایستی به سرمایه‌گذاران خارجی رفتاری را اعطا نماید که از حیث مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به سرمایه‌گذاران هر کشور خارجی دیگر در موارد مشابه نباشد.

شروط ملت کامله‌الوداد در موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری تضمین می‌کنند که رفتار فراهم آمده در یک معاهده از نظر مطلوبیت کمتر از رفتاری که طرفین در معاهدات دیگر داخل در حوزه‌های شرط فراهم آورده اند، نمی‌باشد.

به عبارت دیگر معیار ملت کامله‌الوداد به دنبال جلوگیری از تبعیض علیه سرمایه‌گذاران کشورهای خارجی بنا به دلایل تابعیتی است.^۳

علاوه بر این سرمایه‌گذاران تمامی اعضا یک موافقتنامه از شرط ملت کامله‌الوداد یک عضو برخوردار می‌شوند یعنی در شرایط مشابه حق برخورداری از رفتاری را می‌یابند که از نظر مطلوبیت کمتر از آن چه که نزدیکترین عضو یا با نفوذترین شرکای تجاری به مذاکره در آن خصوص پرداخته اند، نمی‌باشد و به این ترتیب جلوی انحرافات اقتصادی که ناشی از آزادی انتخاب بیش از اندازه کشورهاست گرفته می‌شود: آزادی رفتار در اجرای معاهدات، اعمال قانونگذاری یا اداری کشور و نیز آزادی ناشی از رویه کشورها

^۱ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), "Most – Favoured – Nation Treatment" (1999) UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNDOC. UNCTAD/ ITE/ II T/LO (vol.III), p.3.

^۲ Organisation for Economic Co - operation and Development (OECD), "Most – Favoured Nation Treatment in International Law" (2004). Working Papers on International Investment Number 2004/2, p.2.

^۳ UNCTAD, op.cit. p.3.

^۴ OECD, op.cit. p.2.

معیار ملت کامله‌الوداد هم در تجارت و هم در سرمایه‌گذاری به کار می‌رود اما از آن جا که معیار ملت کامله‌الوداد تنها نسبت به موازین و اقدامات در حوزه‌های خارجی قابل اعمال است، لذا برعکس تجارت، احتمال بیشتری وجود دارد که علیه سرمایه‌گذاران خارجی تبعیض روا داشته شود.^۱

گفتار اول. تعریف شرط ملت کامله‌الوداد در حوزه حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی

رفتار ملت کامله‌الوداد در موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری به این معناست که رفتار اعطا شده به سرمایه‌گذار یک عضو یا سرمایه‌وی در کشور طرف دیگر کمتر از رفتاری که در رابطه با همان موضوع به سرمایه‌گذار ثالث یا سرمایه‌وی در آن کشور اعطا شده است، نباشد.^۲ هرچند متن شرط، زمینه، موضوع و هدف معاهده مشمول شرط در زمان تفسیر شرط، گستره عملکرد آن را مشخص می‌سازد اما به هر حال، شرط ملت کامله‌الوداد یک سند چندجانبه برتر (par excellence) از منافی است که به سرمایه‌گذاران خارجی و سرمایه‌گذاری‌های آن‌ها اعطا می‌شود.

هر چند معیار ملت کامله‌الوداد یک معیار رفتاری است که به نظر گروهی با اصل برابری دولت‌ها پیوند خورده است اما نظر غالب این است که تعهد به رفتار ملت کامله‌الوداد تنها زمانی به وجود می‌آید که در قالب یک معاهده خلق شود.^۴ در نبود چنین تعهد معاهده‌ای امکان تبعیض میان ملت‌های خارجی در امور اقتصادی وجود خواهد داشت.

برانداز شروط ملت کامله‌الوداد در موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری تصویر واحد و هماهنگی را نشان نمی‌دهد در واقع شروط ملت کامله‌الوداد جهان شمول در معاهدات سرمایه‌گذاری کاملاً مختلفند. بعضی از شروط ملت کامله‌الوداد مضیقند و بعضی دیگر بسیار موسعند. علاوه بر این، زمینه‌های شروط نیز بسیار متنوع است همین‌طور موضوع و هدف معاهداتی که دربردارنده این شروطند. اصولاً می‌توان میان انواع مختلف شروط ملت کامله‌الوداد تفاوت گذاشت:

^۱ UNCTAD, op.cit. p.3.

^۲ ماده ۵ طرح پیش نویس مواد راجع به شروط ملت کامله‌الوداد ۱۹۷۸

YILC, 1978, vol. II, Part two, p.21

^۳ - بویژه، نظریات بعضی از کشورهای سوسیالیست که راجع به طرح پیش نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل شرط ملت کامله‌الوداد در ۲۸ امین جلسه در بخش "نظرات دولت‌های عضو، نهادهای ملل متحد، آژانس‌های تخصصی و دیگر سازمانهای بین‌حکومتی ایراد شده است.

Ibid, p. 162 ff.

^۴ - ماده ۷ طرح پیش نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل

Ibid, p. 24 ff.

و نیز

Oppenheim's International Law, cited by R. Jennings and A. Watts, vol. I, Harlow, 1996, p.1364 f.

تمایز میان شروط یک جانبه یا متقابل، شروط مشروط یا غیرمشروط، محدود یا غیرمحدود (محدود به سرزمین، زمان یا قلمرو موضوعی).^۱

معیار ملت کامله‌الوداد معمولاً همراه، با استثنائاتی در حوزه‌های تجارت، سرمایه‌گذاری، تبادلات ارزی، مالکیت فکری، مصونیت‌های دیپلماتیک و شناسایی احکام خارجی به کار می‌رود تا آن جا که به موضوعات سرمایه‌گذاری مربوط است شروط ملت کامله‌الوداد همان ساختار اصلی را داراست یعنی چنین شروطی معمولاً متقابلند به این معنا که همه طرف‌های متعاقد به آن ملتزمند، غیرمشروطند و نسبت به همه موضوعات سرمایه‌گذاری قابل اعمالند اما به این معنا نخواهد بود که چنین شروطی در غالب عبارات یکسان به کار روند.^۲

اغلب موافقتنامه‌ها به هنگام تعریف معیار ملت کامله‌الوداد اشاره به رفتاری دارند که «از حیث مطلوبیت کمتر نباشد.» برای مثال ماده ۲ موافقتنامه عمومی راجع به تجارت خدمات (GATS)، ماده ۱۰ بند ۷ معاهده منشور انرژی و ماده ۱۱۰۳ موافقتنامه تجارت آزاد آمریکای شمالی (NAFTA) هرچند همین عبارت را به کار برده‌اند اما رفتار را چنین توصیف می‌کنند:

که تنها در «اوضاع و احوال مشابه و یکسان» چنین رفتاری اعمال می‌شود.^۳

فرمول به کار رفته در الگوی معاهداتی سرمایه‌گذاری کانادا و ایالات متحده صراحتاً بیان می‌کند که این حق تنها در شرایط یکسان و مشابه اعمال می‌شود. برای مثال، موافقتنامه‌های تجارت آزاد شیلی با ایالات متحده و سنگاپور با ایالات متحده که در سال ۲۰۰۳ منعقد شده است. ماده (۳) ۱۰ موافقتنامه تجارت آزاد میان شیلی و ایالات متحده در خصوص رفتار ملت کامله‌الوداد چنین مقرر می‌دارد:

«(۱) هریک از اعضا متعاقد بایستی به سرمایه‌گذاران اعضا دیگر رفتاری را اعطا کند که از نظر مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده «در شرایط مشابه» به سرمایه‌گذاران هر دولت غیر عضو دیگر نباشد.

(۲) هر دولت عضو بایستی به سرمایه‌گذاری‌های مشمول این موافقتنامه رفتاری را اعطا کند که از نظر مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده «در شرایط مشابه» به سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران دولت‌های غیر عضو... نباشد.»

همچنین موافقتنامه تجارت آزاد میان کانادا و شیلی نیز از این تعبیر استفاده کرده است.

1- UCTAD (1999), op.cit. p. 5.

2- Ibid.

3 Ibid, pp. (5-6).

4 <http://www.ustr.gov/new/fta/chile. Htm>. visited in 16.10.2007.

این موافقتنامه در اول ژانویه ۲۰۰۴ لازم الاجرا شد.

5 <http://www.ustr.gov/new/fta/singapore/ final – htm>. visited in 16.10.2007.

این موافقتنامه در اول ژانویه ۲۰۰۴ لازم الاجرا شد.

6 OECD, op.cit. p.4.

ماده (ز-۳) مقرر می دارد: «هر دولت عضو بایستی به سرمایه‌گذاران عضو دیگر رفتاری را اعطا کند که از نظر مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده «در شرایط مشابه» به سرمایه‌گذاران هر دولت غیر عضوی که به نوعی مرتبط با تأسیس، تحصیل، گسترش، مدیریت، اقدام، فعالیت و یا هر نوع انتقال سرمایه در سرزمینش می شود، نباشد.»

بالعکس در دیگر الگوهای معاهداتی راجع به سرمایه‌گذاری به ویژه الگوی اروپایی هیچ اشاره‌ای به زمینه مشابه رفتار و شرایط مشابه نشده است.^۲

متن این موافقتنامه‌ها یکسان است و منظور از «شرایط مشابه» که تحت آن شرایط رفتار اعطا می شود ارائه یک مبنای مقایسه‌ای است. رویه قضایی مربوط به شروط ملت کامله‌الوداد در رابطه با مبنای مختلف مقایسه‌ای، بر طبقه بندی انواع صناعی که تحت تأثیر رفتار ملت کامله‌الوداد واقع می‌شوند و یا بر طبقه بندی انواع معاهداتی که رفتار ملت کامله‌الوداد را مقرر می‌دارند قرار گرفته است و لذا ارتباط میان این مبنای با موافقتنامه‌های فوق الذکر بسیار کم و محدود است.^۳

گفتار دوم. قلمرو شرط ملت کامله‌الوداد در حوزه حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی

قلمرو معیار ملت کامله‌الوداد بسیار وسیع است این معیار به طور بالقوه نسبت به انواع فعالیت‌های سرمایه‌گذاری از مقولات مختلف نظیر موضوعات اجتماعی و کارگری، مالیات و حفظ محیط زیست قابل اعمال است.

این فعالیت‌ها می‌تواند شامل استقرار، حفظ، عملکرد، بهره‌برداری، فروش یا تصفیه و انحلال سرمایه‌گذاری باشد.

در رابطه با اعمال شرط ملت کامله‌الوداد به مرحله پذیرش و استقرار سرمایه‌گذاری، تعهدات بین‌المللی ملت کامله‌الوداد کمتر مداخله دارند. هر چند جنبش خاصی در جهت گسترش قاعده به این مرحله ایجاد شده است. چنین گستره و پوشش جامعی باعث می شود تا سرمایه‌گذاران بهتر تضمین شوند، علی رغم تغییر در فعالیت‌های مرتبط با سرمایه‌گذاری در طول حیات سرمایه‌گذاری و یا گسترش فعالیت‌های مرتبط با آن. فرمول به کار گرفته شده در موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری کانادا و ایالات متحده، فعالیت‌های مختلف تحت شمول شرط را فهرست کرده است. علاوه بر این معیار ملت کامله‌الوداد می‌تواند در رابطه با هر قانون مرتبط با سرمایه‌گذاری نیز مورد استناد قرار گیرد.

¹Ibid, p.5.

²Ibidem.

³Ibidem.

برای مثال ماده ۱۱۰۳ نفتا و موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد شده میان آلمان، سوئیس و انگلستان. بالعکس معاهده منشور انرژی و موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری ایالات متحده معیار ملت کامله‌الوداد را تنها به سرمایه‌گذاری‌ها اعطا کرده است.^۱

روش دیگری که در الگوی معاهداتی فرانسه به کار رفته، این است که معیار ملت کامله‌الوداد به سرمایه‌گذاران اعطا شده است. هیچ دلیلی وجود ندارد که بگوییم هدف از عبارت پردازی‌های مختلف این بوده است که طرفین موافقتنامه‌ها می‌خواسته‌اند که شروط ملت کامله‌الوداد را در قلمروهای متفاوتی اعمال کنند. هرچند عبارت پردازی‌های خاصی به کار رفته است اما هیچ تغییری در رکن معیار ملت کامله‌الوداد ایجاد نشده است، یعنی ویژگی غیر تبعیضی آن در میان سرمایه‌گذاران خارجی که در یک کشور میزبان سرمایه‌گذاری می‌کنند. همچنین راجع به فعالیت‌های سرمایه‌گذاری تحت پوشش معیار ملت کامله‌الوداد اختلافاتی وجود دارد. به طور کلی پوشش فعالیت‌های تحت شمول رفتار بسیار گسترده است. نفتا واژه‌های استقرار، تحصیل، توسعه، مدیریت، رفتار، فعالیت، فروش یا دیگر طرق انتقال سرمایه را بکار برده است. معاهده منشور انرژی تمامی فعالیت‌های مرتبط با سرمایه‌گذاری من جمله مدیریت، استقرار، کاربرد، بهره‌برداری، یا انتقال اموال را نام برده است. الگوی معاهداتی فرانسوی به «فعالیت‌های مرتبط با سرمایه‌گذاری» اشاره کرده است.^۲

گاتس، معیار ملت کامله‌الوداد را در رابطه با هر اقدامی که تحت پوشش این موافقتنامه در می‌آید قابل اعمال دانسته است. صرف نظر از نحوه عبارت پردازی هدف از چنین عباراتی این است که تمامی فعالیت‌های سرمایه‌گذاری تا حد ممکن تحت پوشش قرار گیرد. اما تمامی رفتارهایی که از طرف کشور میزبان به سرمایه‌گذاران خارجی اعطا می‌شود داخل در قلمرو ملت کامله‌الوداد قرار نمی‌گیرد. برای این که رفتاری تحت پوشش ملت کامله‌الوداد درآید بایستی آن رفتار، رفتار عامی باشد که معمولاً به سرمایه‌گذاران کشورهای خارجی اعطا می‌شود. بنابراین اگر کشور میزبان مزایا و یا مشوق‌های خاصی را به یک سرمایه‌گذار، انفراداً، مطابق با قرارداد سرمایه‌گذاری میان خود با سرمایه‌گذار اعطا کند (که به معاملات on-off معروفند)، هیچ تعهدی بر طبق شرط ملت کامله‌الوداد وجود نخواهد داشت که آن رفتار را متساویاً به سرمایه‌گذاران خارجی دیگر هم اعطا نماید، زیرا کشور میزبان نمی‌تواند مجبور به انعقاد قرارداد سرمایه‌گذاری

1 UNCTAD (1998 b). Bilateral Investment Treaties in the Mid 1990s (New York and Geneva: United Nations), United Nations Publication, sales no. E.98.

2 UNCTAD (1999), op.cit. p.6.

3 Scope and Definition (New York and Geneva: United Nations), United Nations Publication, sales NO. E. 99 II. D.9.

4 UNCTAD (1999), op.cit., p.6.

شود.^۱ آزادی قراردادهای بر معیار ملت کامله‌الوداد رجحان دارد. در صورتی که این رفتار انفرادی تبدیل به رویه عمومی کشور میزبان شود (برای مثال اگر مشوقی مطابق برنامه کمک‌های عمومی اعطا شود آیا معیار ملت کامله‌الوداد قابل اعمال خواهد بود؟) تصمیم‌گیری راجع به این که در چه زمانی رفتار عمومی حاصل از تکرار رویه‌های انفرادی ایجاد می‌شود بسیار مشکل است. از نظر معیار ملت کامله‌الوداد تمامی سرمایه‌گذاران خارجی بایستی متساویاً مورد رفتار قرار گیرند، زیرا از دیدگاه عملی، مزیت یا مشوق خاص تنها می‌تواند به طور انفرادی به یک سرمایه‌گذار اعطا شود. علاوه بر این معیار ملت کامله‌الوداد به این معناست که سرمایه‌گذاران خارجی صرف نظر از انسجام فعالیت در کشور میزبان متساویاً مورد رفتار قرار گیرند.^۲

رفتار متفاوت در مقابل سرمایه‌گذاران کشورهای خارجی زمانی قابل توجیه است که در وضعیت‌های واقعاً متفاوتی قرار گرفته باشد. الگوی معاهداتی ایالات متحده و نفتا شامل مقررۀ صریحی در این رابطه است که مطابق با آن معیار ملت کامله‌الوداد تنها نسبت به سرمایه‌گذاران و سرمایه‌هایی قابل اعمال است که یا در وضعیت مشابهی قرار دارند (الگوی معاهداتی ایالات متحده). و یا در شرایط و اوضاع و احوال مشابه قرار گرفته‌اند ماده ۱۱۰۳ نفتا. بنابراین معیار ملت کامله‌الوداد لزوماً کشور میزبان را از اعطاء رفتارهای متفاوت در بخش‌های مختلف فعالیت‌های اقتصادی یا از تفاوت گذاشتن میان سرمایه‌گذاری‌هایی با ابعاد مختلف نهی نمی‌کند.^۳ بدین ترتیب، معیار ملت کامله‌الوداد فی نفسه نقض نخواهد شد، چنان چه کشور میزبان کمک‌های خود را تنها به سرمایه‌هایی اعطا کند که واجد تکنولوژی برتر صنعتی هستند و سرمایه‌گذاری خارجی در دیگر حوزه‌ها را از شمول این کمک‌ها استثنا کند. در این صورت مطابق شرط ملت کامله‌الوداد سرمایه‌گذار بزرگ خارجی حق ندارد مدعی دریافت کمک‌های دولتی شود که مطابق «برنامه کمک به سرمایه‌گذاری‌های کوچک یا متوسط» طرح ریزی شده است، هرچند چنین رفتار متفاوتی می‌تواند منجر به تبعیض دو فاکتو شود. البته در صورتی که هدف از تفاوت قائل شدن، استثنا کردن سرمایه‌گذاران یک تابعیت خاص از منافع برنامه باشد.^۴

گفتار سوم. رفتار ملت کامله‌الوداد و برابری فرصت‌های رقابتی:

سرمایه‌گذاران خارجی به دنبال تضمین کافی بر این هستند که تبعیضی وجود نداشته باشد تا آن‌ها را در یک رقابت مخرب قرار دهد. این تبعیض شامل وضعیت‌هایی است که در آن کشورهای خارجی رقیب

1 Ibid, pp.(6-7).

2 Ibid, p.7.

3 Ibidem.

4 Ibidem.

از رفتار مطلوب تر برخوردار می‌شوند. بنابراین معیار ملت کامله‌الوداد کمک می‌کند تا برابری فرصت‌های رقابتی میان سرمایه‌گذاران کشورهای مختلف خارجی برقرار شود. معیار ملت کامله‌الوداد مانع از تحریف رقابت میان سرمایه‌گذاران بر مبنای ملاحظات تابعیتی می‌شود. از آن جا که سرمایه‌گذاران خارجی کشورهای مختلف نقش مهمی را در کشور میزبان بازی می‌کنند لذا معیار ملت کامله‌الوداد هم با اهمیت‌تر می‌شود. هرچند شرط عدم تبعیض می‌تواند در نظام حقوق داخلی کشور میزبان وجود داشته باشد (برای مثال به عنوان یک اصل قانون اساسی) اما کافی نخواهد بود که به سرمایه‌گذاران خارجی همان درجه از اطمینان و آرامش را ببخشد که یک تعهد حقوق بین‌الملل اعطا می‌کند.

مثلاً مقرر ملت کامله‌الودادی که بر طبق یک عمل حقوقی یک جانبه وارد قانون داخلی شده است.^۱ تنها از طریق یک تعهد بین‌المللی است که سرمایه‌گذاران می‌توانند مطمئن شوند که کشور میزبان نمی‌تواند به آسانی سعی در تغییر شکل تبعیض میان سرمایه‌گذاران گذارد.

گفتار چهارم. موضوع استیفای بلاعوض

علی رغم حمایتی که معیار ملت کامله‌الوداد از سرمایه‌گذاری به عمل می‌آورد، هم زمان، کشورها را نیز در رابطه با توافقات سرمایه‌گذاریشان در آینده محدود می‌سازد، زیرا معیار ملت کامله‌الوداد کشور متعاهد را وادار می‌سازد که به شرکای معاهده‌ای خود هر منفعتی را که به هر کشور دیگری در یک موافقت نامه سرمایه‌گذاری دیگر در آینده اعطا می‌کند تسری دهد.

این می‌تواند سبب وضعیتی شود که اصطلاحاً وضعیت استیفای بلاعوض نامیده می‌شود. برای مثال چنان چه کشور الف حقوق خاصی را بر طبق موافقت نامه میان کشورهای الف و ج به ج اعطا کند که به کشور ب در موافقت نامه مقدم حاوی شرط ملت کامله‌الوداد اعطا نکرده است، کشور ب می‌تواند مدعی حقوق اضافی شود که به کشور ج اعطا شده است. بنابراین توازن قراردادی اولیه میان الف و ب برهم می‌خورد. زیرا شرط ملت کامله‌الوداد تعهدات بیشتری را بر کشور الف تحمیل کرده است بدون این که تعهدات دیگری بر کشور ب بار کند.

برای جبران این عدم توازن بالقوه، تعدادی از کشورها دست به یک ابتکار تفسیری زده‌اند و شرط ملت کامله‌الوداد را تلویحاً نوعی تعهد از طرف کشور ذی نفع به حساب آورده اند،^۲ که با عملکرد خود نوعی مذاکره مجدد بر توافق اولیه را ارائه می‌دهد، تا جایی که توازن قراردادی میان دو طرف قرارداد اولیه برقرار شود. این

^۱ Ibid, pp. (8-9).

^۲ Ibid, pp.(9-10).

در واقع همان شرط ملت کامله‌الوداد مشروط است. یعنی رفتار ملت کامله‌الوداد به شرط تقابل خاص و صریح اعطا خواهد شد. کشورهای دیگری نیز با این تفسیر مخالفت کرده اند. استدلال آن ها این است که در چنین حالتی شرط ملت کامله‌الوداد از اثر اتوماتیک خود محروم شده و اساساً غیرفعال خواهد شد.

در دهه ۱۹۲۰، تفسیر غیرمشروط از شرط عموماً مورد قبول بود. با تکیه بر این تفسیر و پیش رو قرار دادن موضوع استیفای بلاعوض، تقابل را در یک معنای کلی تر و انتزاعی تر تفسیر می‌کنند: تعهد کشوری به رفتار ملت کامله‌الوداد که تعهد متقابلی به همان اثر در برابرش، برعهده گرفته می‌شود. چنین رفتار ملت کامله‌الودادی اطمینان بخش و تضمین کننده خواهد بود. هر چند آن رفتاری که در عمل پیاده می‌شود می‌تواند به دیگر تعهدات معاهده‌ای طرفین نیز مربوط شود. البته، این در صورتی است که دلیل آشکاری مبنی بر این که نیت طرفین این بوده است که توافقشان تحت شمول صریح تقابل باشد وجود نداشته باشد. مشکلات عملی و واقعی استیفای بلاعوض مورد به مورد فرق می‌کند. همچنین این موضوع در رابطه با معاهدات دوجانبه و چندجانبه اشکال مختلفی به خود می‌گیرد. در معاهدات چندجانبه این موضوع کمتر قابل قبول است، زیرا میزان استیفای بلاعوض به طور بالقوه بسیار بالاست. علاوه بر این، از آن جا که در چنین معاهداتی حجم تعهدات ماهوی بسیار مختلف و متنوع است، لذا استیفای بلاعوض شکننده تر است.

به طور خلاصه شدت و اهمیت استیفای بلاعوض به گستره و قلمروئی که چنین وضعیت‌های نامتناسب و نامتقارنی را ایجاد کرده است، مربوط است.

این که آیا استیفای بلاعوض با توسعه اقتصادی ارتباط خاص دارد یا خیر، باید گفت: بله، مادامی که استراتژی‌های توسعه‌ای بسیاری از کشورهای در حال توسعه بر پایه سیاست مداخله انتخابی قرار گرفته باشد. به این معنا که در این کشورها، سرمایه‌گذارانی متمتع می‌شوند که بتوانند مشارکت های عمده‌ای در توسعه اقتصادی آن ها داشته باشند.^۱

گفتار پنجم. موضوع تعیین هویت:

وجود نظام های یکپارچه بین‌المللی تولید، تعیین تابعیت شرکت را پیچیده‌تر ساخته است.^۲ یک شرکت خارجی وابسته به شرکت دیگر تنها به شرطی مطابق شرط ملت کامله‌الوداد حق دارد، که بتواند ثابت کند که شرکت مادر در کشوری قرار دارد، که آن کشور چنین تعهدی را بر عهده گرفته است. موضوع هویت

¹ Ibidem.

² United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) World Investment Report 1993: Transnational Corporations and Integrated International Production (New York and Geneva: United Nations), United Nation Publication, sales NO. E. 93. ILA.14, 1993 pp. (188 -190).

شرکت چیز جدیدی نیست. اما وجود اشکال جدید تولید یکپارچه و مدیریت آن ها و تصمیماتی که در میان بخش‌های گوناگون شرکت اتخاذ می شود به طور فزاینده‌ای شکل تعیین هویت شرکت مادر را پیچیده‌تر ساخته است. رابطه میان واحدهای مختلف یک شرکت فراملی دیگر همان الگوی سنتی تبعیت و اطاعت نیست. علاوه بر این اگر واحدهای مستقل در کشورهای مختلف اداره شوند و یا در کشورهای مختلف ادغام شوند، بخصوص اگر سهام داران آن ها دارای تابعیت‌های مختلف باشند یا بر طبق ترتیبات قراردادی با یکدیگر ارتباط داشته باشند، مشکل است که بخواهیم تابعیت را عملاً به یک شرکت وابسته خاص نسبت دهیم. همین طور در یک شرکت با مسئولیت محدود تعیین تابعیت بنگاه وابسته مشکل است زیرا مشخص نیست که تابعیت کدام یک از شرکاء را ملاک عمل قرار دهیم.^۱ حتی اگر تابعیت یک شرکت سرمایه‌گذاری معلوم هم باشد، مالکین شرکت الزاماً تابعیت کشوری را که شرکت سرمایه‌گذار در آن قرار دارد نخواهند داشت. این باعث می شود که سرمایه‌گذار به طور غیرمستقیم از تعهد ملت کامله‌الوداد در معاهده‌ای بهره مند شود که آن معاهده به طور مستقیم قابل اعمال نبوده است. برای مثال اگر فولکس واگن مکزیکو در کلمبیا سرمایه‌گذاری کند، هم سرمایه‌گذار مکزیکی و هم شریک آلمانی شرکت به طور غیر مستقیم منتفع از تعهدات ملت کامله‌الودادی خواهند شد که به نفع فولکس واگن مکزیکو وجود دارد.

چنین وضعیت هایی می‌تواند بیشتر هم بشود. با افزایش رو به رشد شرکت‌های تحت کنترل خارجی، سرمایه‌گذاران گسترده و پراکنده می‌شوند، اعم از این که آن ها سرمایه‌گذارانی باشند که شرکت‌های مادر و مرکزی را تأسیس کردند یا سرمایه‌گذارانی که در انتهای پل سرمایه گذاری ها در کل استراتژی سرمایه‌گذاری یک شرکت فراملی وارد عمل می‌شوند.^۲

گفتار ششم. محتوای شرط ملت کامله‌الوداد در حوزه حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی

مبحث اول. الگوی اعمال شرط به مرحله بعد از ورود سرمایه

گرچه شروط ملت کامله‌الوداد از حیث شرایط ساختاری و ماهیتی دارای تشابهات بنیادی هستند، اما در یک حوزه مهم، متفاوت از هم میشوند و آن حوزه این است که آیا شروط ملت کامله‌الوداد تنها بعد از ورود سرمایه اعمال می‌شوند یا شامل مرحله قبل از ورود سرمایه نیز می‌شوند.

1 Reich, Robert, "The Work of Nations: Preparing ourselves for 21st Century Capitalism" (New York: vintage books) 1991, p.29.

2 "World Investment Report 1998: Trends and Determinants" (New York and Geneva: United Nation, United Nations Publication, sale No. E 98.II.D.5

غالب موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری دربردارنده مقررات الزام آوری در خصوص پذیرش سرمایه خارجی هستند، به این معنا که تعهد به اعمال شرط ملت کامل‌الوداد تنها بعد از استقرار سرمایه‌گذاری وجود دارد.

در رابطه با اعمال ملت کامل‌الوداد به مرحله قبل از استقرار سرمایه‌گذاری، متعاهدین معمولاً به دنبال ایجاد شرایط مطلوب تر برای سرمایه‌گذاران خارجی هستند و سرمایه‌گذاری‌ها را مطابق با قوانین داخلی‌شان می‌پذیرند.^۱ معاهدات دیگری نیز صراحتاً شرط ملت کامل‌الوداد را تنها به مرحله بعد از ورود سرمایه، محدود کرده‌اند. برای مثال ماده (۷) ۱۰ معاهده منشور انرژی چنین مقرر داشته است:

«هریک از طرفین متعاهد بایستی با سرمایه‌های سرمایه‌گذاران دیگر اطراف متعاهد و فعالیت‌های مرتبط با آن نظیر مدیریت، استقرار، به کارگیری، بهره‌برداری یا انتقال سرمایه، رفتاری را داشته باشد که از حیث مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به سرمایه‌های سرمایه‌گذاران دولت متعاهد دیگر یا هر دولت ثالث دیگر و فعالیت‌های مرتبط با آن‌ها نظیر مدیریت، استقرار، به کارگیری، بهره‌برداری یا انتقال سرمایه نباشد.»^۲

با این وجود، اطراف متعاهد می‌توانند رفتار ملت کامل‌الوداد را به مرحله پیش از تأسیس نیز مطابق با یک معاهده تکمیلی دیگر تسری دهند.^۳

مبحث دوم. الگوی اعمال شرط ملت کامل‌الوداد به مرحله قبل و بعد از ورود سرمایه

برعکس الگوی اول این الگو اعمال معیار ملت کامل‌الوداد را در هر دو مرحله استقرار سرمایه و متعاقب آن مقرر داشته است. اکثر موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری ایالات متحده و بعضی از معاهدات اخیر کانادا این شیوه را پذیرفته‌اند.^۴

ماده ۱۱۰۳ نفتا نیز به دنبال این الگوست.

این ماده مقرر می‌دارد:

«۱. هر یک از طرفین متعاهد، بایستی به سرمایه‌گذاران هر طرف دیگر رفتاری را اعطا نماید که از نظر مطلوبیت کمتر از رفتاری که در شرایط مشابه به سرمایه‌گذاران طرف دیگر یا سرمایه‌گذاران غیر عضو در رابطه با استقرار، تحصیل، گسترش، مدیریت، رفتار، اقدام، فروش یا هر نوع انتقال سرمایه اعطا شده است، نباشد.

1 "Admission and Establishment" (NewYork and Geneva: United Nations), United Nations Publications, sales No. E. 99. II. D. 10.

2UNCTAD (1999), op.cit., p.14.

3www. Encharter.org.

4OECD, op.cit., p.4.

۲. هر یک از طرفین متعاهد بایستی به سرمایه‌های سرمایه‌گذاران طرف دیگر رفتاری را اعطا نماید که کمتر از رفتاری که در اوضاع و احوال مشابه به سرمایه‌های سرمایه‌گذاران طرف دیگر یا غیر عضو در رابطه با استقرار، تحصیل، گسترش، مدیریت، اقدام، رفتار، فروش یا هر نوع انتقال سرمایه‌ها اعطا شده است، نباشد.» شروط دیگری نظیر این در ماده ۲ پروتکل مستعمرات بازار مشترک جنوب و در اصول سرمایه‌گذاری غیر الزامی اپکا آمده است.

این امر حاکی از آن است که در صحن جهانی، اعمال رفتار غیر تبعیض آمیز در جهت دستیابی به بازار، یک موضوع مهم و رو به رشد است.

گفتار هفتم. استثنائات وارده به شرط ملت کامله‌الوداد در حوزه سرمایه‌گذاری.

بسیاری از شروط ملت کامله‌الوداد در معاهدات سرمایه‌گذاری دربردارنده محدودیت‌ها و استثنائاتی هستند و حوزه‌های خاصی را از اعمال شرط استثنا می‌کنند. چنین حوزه‌هایی می‌تواند شامل اتحادیه‌های اقتصادی منطقه‌ای، موضوعات مالیاتی، مناقصه‌های عمومی و وام‌های دولتی شود چنانچه این استثنائات به صراحت مطرح شوند، می‌توانند عاملی در تصمیم‌گیری راجع به موضوعات دیگری شوند که شمول آن‌ها در قلمرو شرط ملت کامله‌الوداد محل اختلاف است.^۲

این استثنائات به دو دسته عام و خاص تقسیم می‌شوند:

مبحث اول. استثنائات عام

موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری دربردارنده استثنائاتی هستند که ماهیت عام دارند و به طور خاص به شروط ملت کامله‌الوداد محدود نمی‌شوند.

بند اول. نظم عمومی، سلامت، اخلاقیات

اغلب موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری به اعضا متعاهد اجازه تخطی از معیار ملت کامله‌الوداد را در مواردی که برای حفظ نظم عمومی یا سلامت عمومی و یا اخلاق حسنه، لازم است را می‌دهند. با این وجود، تشخیص مواردی که تبعیض میان سرمایه‌گذاران خارجی را برای حفظ نظم عمومی لازم میدانند، دشوار است. اما در جایی که سرمایه‌گذار خارجی به شکل سازمان یافته از حقوق بشر تخطی کند، چنین پاسخی لازم می‌آید. بخصوص اگر چنین پاسخی براساس قطعنامه یک سازمان بین‌المللی مقرر شده باشد.

¹UNCTAD(1999), op.cit., p.15.

²OECD, op.cit., p. 5.

³UNCTAD (1998b), op.cit., No.E. 98. II.D.8.

از طرف دیگر استثناء نظم عمومی می‌تواند جایگزینی برای استثناء «امنیت ملی» هم به حساب آید. برای مثال ماده ۵۶ معاهده تأسیس جوامع اروپایی اشاره به سیاست عمومی، امنیت و سلامت نموده است در این موارد، تبعیض به دلایل ملیتی موجه قلمداد شده است.^۱

ماده ۱۴ گاتس نیز دربردارنده استثنائی در خصوص حمایت از اخلاق عمومی و حفظ نظم عمومی است. همچنین استثناء دیگری هم در رابطه با حفظ حیات گیاهان، جانوران و انسان یا سلامتی آن‌ها در مواقع ضروری مقرر شده است.

این استثناء در رابطه با حفظ قوانین و مقررات داخلی که با مقررات گاتس در تعارض نیستند، به ویژه قوانین و مقررات امنیتی، نیز قابل اعمال است.^۲

برخلاف اغلب موافقتنامه‌های دوجانبه، استثنائات گاتس به طور کلی مربوط به موافقتنامه می‌شود، اما چنین استثنائاتی نباید به شیوه‌ای اعمال شود که موجبات تبعیض‌های ناروا و خودسرانه و غیر موجه را میان کشورهایی که دارای شرایط مشابه هستند، فراهم آورد یا منجر به بروز یک محدودیت غیر واقعی و تدلیس آمیز بر تجارت خدمات شود.

گد سازمان همکاری اقتصادی و توسعه راجع به آزادی حرکت سرمایه‌ها به اعضا اجازه می‌دهد تا هر اقدامی را که برای حفظ نظم عمومی یا حمایت از سلامت عمومی، اخلاق و امنیت لازم است را اتخاذ نمایند.^۳ علاوه بر این، معاهده منشور انرژی دربردارنده استثنائاتی درخصوص نظم عمومی و حمایت از حیات انسانی، گیاهی و جانوری است.

در رابطه با نظم عمومی مطابق بند ۳(ج) ماده ۲۴، هر عضو متعهد می‌تواند هر اقدامی را که ضروری میدانند، اتخاذ کند، به جز اقداماتی که تعهدات معاهده‌ای راجع به سلب مالکیت و ضرر و زیان‌های ناشی از جنگ و آشوبهای داخلی را متأثر می‌سازد.

در رابطه با حمایت از حیات انسانی، گیاهی، جانوری یا سلامت آن‌ها هر عضو متعهد می‌تواند هر اقدامی را به عمل آورد، بشرطی که این اقدام منجر به تحمیل یک محدودیت تغییر شکل داده شده و مزورانه بر فعالیت اقتصادی در بخش انرژی نشود یا باعث ایجاد تبعیض غیرموجه و خودسرانه میان اطراف متعهد یا سرمایه‌گذاران یا دیگر اشخاص ذی نفع طرف‌های متعهد نگردد (ماده ۲۴، بند (ب) ۲)^۴

بند دوم. استثناء امنیت ملی

1 UNCTAD (1999), op.cit., p. 5.

2 Ibid, p.16.

3 Ibidem.

4 Ibidem.

اغلب موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری دربردارنده استثنا امنیت ملی نیستند. اما به نظر می‌رسد که اعضا متعهد، حداقل بتوانند هر اقدامی را که شورای امنیت سازمان ملل اجازه داده است، به عمل آورند ماده ۱۴ گاتس، نمونه بارزی از استثنا امنیت ملی است.

«هیچ چیزی در این موافقتنامه نباید به نحوی تفسیر شود که ...

ب) مانع از اقداماتی شود که هر دولت عضو برای حمایت از منافع ملی و اساسی خود ضروری تشخیص داده است. این اقدامات می‌تواند شامل موارد ذیل باشد:

۱. اقدامات راجع به مواد شکافته یا ترکیب کننده هسته‌های اتمی یا موادی که از آن استخراج می‌شود.

۲. اقداماتی که در زمان جنگ یا موارد اضطراری در روابط بین‌المللی اتخاذ می‌شود یا

ج) مانع از اقدامات هر دولت عضو که در راستای تعهداتی که در منشور UN برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی اتخاذ شده است، بشود.»

بنابراین هیچ چیزی در گاتس مانع از عملکرد یک عضو در راستای حمایت از منافع ملی خود یا تعهداتی که بر طبق منشور ملل متحد برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی دارد، نخواهد شد.

ماده ۳ کد سازمان همکاری اقتصادی و توسعه راجع به آزادی حرکت سرمایه‌ها به اعضا اجازه داده است تا اقداماتی را که برای حمایت از منافع ملی و اساسی شان ضروری می‌دانند یا اقداماتی را که برای آن جام تعهداتشان در راستای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی ضروری میدانند، اتخاذ نمایند.^۱

ماده ۲۴ معاهده منشور انرژی حاوی مقرره مشابهی در همین زمینه است اما در همین جا یک دولت عضو نمی‌تواند تعهدات معاهده‌ای خود در خصوص سلب مالکیت و حمایت از آشوب‌های داخلی را لغو کند.

نفتا نیز در ماده ۲۱۰۲ خود به استثنا امنیت ملی اشاره کرده است این مقررات به اعضا متعهد قدرت صلاحیددی وسیعی را در تصمیم‌گیری راجع به استثنائات شروط ملت کامله‌الوداد بخشیده است. این استثنائات به شروط موجهه یا شروط خود قضاوتی معروفند، به ویژه این مقررات برای عضوی که در حالت جنگ واقعی است، لازم‌الرعايه نخواهد بود. تنها کافی است که هر دولت عضو به این نتیجه برسد که منافع ملی اش تهدید شده است.^۲

¹ Ibid, p.17.

² Ibidem.

مبحث دوم. استثنائات خاص مبتنی بر تقابل

مقدمه:

علاوه بر استثنائات عام که فوقاً بیان گردید، تعدادی استثنا صلاحیددی خاص معاهده‌ای نیز وجود دارد که نه تنها هر نوع تبعیضی را دربر می‌گیرد، بلکه خروج از معیار ملت کامله‌الوداد در آینده را هم اجازه می‌دهد. چنین استثنائاتی به ویژه در رابطه با مناقصه عمومی، وام‌های دولتی، یارانه‌ها، موافقتنامه‌های بیمه و مالکیت فکری مطرح می‌شود. اکثر موافقتنامه‌های دوجانبه حاوی استثنائات بسیار کمی در رابطه با معیار ملت کامله‌الوداد هستند ولی اکثر آن‌ها واجد استثناء مالیاتی هستند و بسیاری از آن‌ها نسبت به موافقتنامه‌های ریو استثنا زده‌اند اما شرایط و استثنائات به احتمال زیاد در زمانی که اعضای یک موافقتنامه افزایش می‌یابد، فزونی می‌یابد.

عنصر مشترکی که در بسیاری از موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری یافت می‌شود عبارت است از استثنائاتی که بر مبنای تقابل درج می‌شوند که به طور خاص حاکم بر مقررات ملت کامله‌الوداد هستند. در این قسمت سعی بر تحلیل غالب‌ترین این استثنائات می‌شود:

بند اول. مالیات:

تمامی موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری که به موضوعات مالیاتی پرداخته‌اند حاوی استثنائاتی بر شرط ملت کامله‌الوداد هستند، به این معنا که هیچ یک از اعضا متعهد مجبور نیست به شرکای معاهده‌ای خود هر نوع مزیت یا منفعتی را که به کشور ثالث و سرمایه‌گذارانش بر طبق یک موافقتنامه دوجانبه به منظور اجتناب از اخذ مالیات مضاعف اعطا نموده است، تسری دهد.

زیرا در معاهدات اخیر، اعضا متعهد حق خود مبنی بر وضع مالیات علیه سرمایه‌گذاران دیگر اعضا متعهد را محدود ساخته‌اند، به این معنا که اعضا متعهد جزئاً از حق خود نسبت به وضع مالیات بر سرمایه‌گذاری که در سرزمین آن‌ها مستقر شده‌اند به منظور اجتناب از مالیات مضاعف، صرف نظر نموده‌اند. چنین امری معمولاً بر مبنای تقابل رخ می‌دهد. هر عضو متعهد می‌تواند از حقوق مالیاتی خود تنها به شرطی صرف نظر کند که عضو متعهد دیگر نیز همان تعهد را بر عهده گیرد. بنابراین تسری چنین انصراف یکجانبه‌ای به کشورهای ثالث از طریق معیار ملت کامله‌الوداد، به ویژه در موضوعاتی که بار مالی دارد، قابل قبول نیست.^۱

برای مثال ماده ۳ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان شیلی و مالزی مقرر می‌دارد:

¹ UNCTAD (1999), op.cit., p. 18.

"رفتار ملت کامله‌الوداد در این معاهده نباید طوری تفسیر شود که اعضا متعاهد را مجبور سازد که به سرمایه‌گذاران دیگر اعضا متعاهد، منافع، ترجیحات یا مزایایی را تسری دهند که...

ب) بر طبق یک کنوانسیون بین‌المللی یا موافقتنامه بین‌المللی که عمدتاً یا کلاً راجع به وضع مالیات بوده و یا هر قانون داخلی که کلاً یا جزئاً به مالیات مربوط است، اعطا شده باشد."

ماده ۴ الگوی معاهداتی سرمایه‌گذاری هلند که به بررسی رفتار مالیاتی پرداخته است، در بخش دوم خود استثنائاتی را بر تعهدات راجع به رفتار ملت کامله‌الوداد وارد کرده است:

ماده ۴ مقرر می‌دارد: «در رابطه با مالیات‌ها، دستمزدها یا تعهدات گمرکی و تخفیف‌های مالیاتی و معافیت‌ها، هر عضو متعاهد بایستی نسبت به اتباع هر عضو متعاهد دیگر که در سرزمین آن مبادرت به فعالیت اقتصادی می‌کنند، رفتاری را اعطا نماید که از نظر مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به اتباع خودش یا هر دولت ثالث دیگری که در همان شرایط قرار دارند نباشد. هر کدام از رفتارها که مطلوب تر بود اعمال می‌شود. اما منافع مالیاتی خاصی که بنا به یکی از دلایل ذیل اعطا می‌شود، نباید به حساب آورده شود:

الف) به دلیل وجود موافقتنامه اجتناب از مالیات مضاعف

ب) به دلیل مشارکت دولت عضو در یک اتحادیه گمرکی، اتحادیه اقتصادی یا نهادهای مشابه

۳) بر مبنای تقابل با یک دولت ثالث»

مطابق بند ۱ ماده ۴۱ موافقتنامه میان کشورهای حوزه افتا و سنگاپور، هیچ حق یا تعهدی در رابطه با موازین مالیاتی مطابق این بخش ایجاد یا تحمیل نخواهد شد، به استثنای آن چه که در این موافقتنامه مقرر شده است.

مطابق بند ۲، ماده ۴۰ بایستی نسبت به موازین مالیاتی که تابع تخطی از رفتار ملی است و برای وضع موثر و عادلانه و یا جمع‌آوری مالیات‌های مستقیم ضروری است، اعمال شود.

مطابق بند ۳، اگر یک دولت عضو، منافع خاصی را براساس موافقتنامه اجتناب از مالیات مضاعف، به سرمایه‌گذاران و سرمایه‌های هر دولتی اعطا کند، مجبور نیست که آن منافع را به سرمایه‌گذاران و سرمایه‌های دیگر دولت‌های عضو نیز تسری دهد.^۱

بند دوم. مالکیت فکری:

اغلب موافقتنامه‌های دو جانبه سرمایه‌گذاری به طور کامل شرط ملت کامله‌الوداد را در رابطه با مالکیت فکری اعمال کرده‌اند. اما این معاهدات تنها دربردارنده تعهدات الزام آور بعد از مرحله تأسیس و

¹ UNCTAD (1998 b), op.cit., p. 58.

استقرار هستند. این الگویی است که در معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه به کار می‌رود و غیر از الگوهای آمریکایی و اخیر کانادایی است که در آن تعهدات الزام‌آور به مرحله قبل از استقرار سرمایه نیز تعلق می‌گیرد. تعهد به رفتار ملت کامله‌الوداد تنها زمانی ایجاد می‌شود که حقوقی اعطا شده باشد. لذا کشور میزبان می‌تواند دستیابی به حق مالکیت فکری را مشروط به ایفای الزامات خاصی نماید. از قبیل این الزام که سرمایه‌گذاران میزبان هم از سطح حمایت مشابهی در کشور متبوع سرمایه‌گذار خارجی برخوردار شوند. علاوه بر این، بعضی از کنوانسیون‌های بین‌المللی که به موضوع حمایت از حقوق مالکیت فکری پرداخته‌اند، نظیر کنوانسیون برن (۱۹۱۰)^۱ و کنوانسیون رم (۱۹۶۴)^۲ صراحتاً به اعضا متعاهد اجازه انحراف از معیار ملت کامله‌الوداد را در رابطه با تحصیل و محتوای حقوق خاص مالکیت فکری داده‌اند. یعنی نسخه‌برداری، مطابق این کنوانسیون‌ها رفتاری که از سوی یک دولت به اتباع دولت عضو دیگر اعطا می‌شود، عکس‌العمل رفتاری است که در کشور دیگر اعطا شده است. ماده ۴ موافقتنامه تریپس سازمان تجارت جهانی بر این قاعده تأکید دارد: «در رابطه با حمایت از مالکیت فکری هر نوع سود، نفع، مزیت یا مصونیتی که از طرف یک عضو به اتباع کشور دیگر اعطا می‌شود، بایستی فوراً و بدون هر قید و شرطی به اتباع دیگر عضو نیز تسری یابد.» اما آن دسته از منافع، مزیت‌ها یا مصونیت‌هایی که مطابق با مقررات کنوانسیون برن ۱۹۷۱ یا کنوانسیون رم اعطا شده‌اند، معاف از این تعهد هستند، زیرا رفتار اعطا شده ناشی از رفتار ملی نبوده است، بلکه ناشی از رفتاری بوده که در کشور دیگر اعطا شده است. بنابراین سرمایه‌گذار خارجی می‌تواند حقوق مالکیت فکری مشمول در کنوانسیون‌های برن و کنوانسیون رم را تحصیل یا از آن‌ها بهره‌برداری کند، تنها به شرطی که سرمایه‌گذاران کشور میزبان در برگشت از همان حقوق در کشور مربوط برخوردار شده باشند.^۳ موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری منطقه‌ای اخیر که به مرحله قبل از استقرار سرمایه پرداخته‌اند استثنایی را در این رابطه قید نموده‌اند.

بند ۵ ماده ۱۱۰۸ نفتا مقرر می‌دارد: «مواد ۱۱۰۲ و ۱۱۰۳ نسبت به اقداماتی که استثنائی بر تعهدات مندرج در ماده (۳) ۱۷ (مالکیت فکری - رفتار ملی) بوده یا نوعی انحراف از آن تعهدات به حساب می‌آید، اعمال نمی‌شود».

^۱ United Nations (1980 a). "Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of September, 1886", United Nations Treaty Series, vol. 1161, pp. (3-73).

^۲ United Nations (1964). "International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broad casting Organizations, Done at Rome on 26 October 1961", United Nations Treaty Series, vol. 496, pp. (43 - 96).

^۳ UNCTAD (1999 c). THE TRIPS Agreement and Developing Countries (NewYork and Geneva: United Nations), United Nations Publication sales No.96. II. D. 1 o.

بند ۱۰ ماده ۱۰ معاهده منشور انرژی مقرر می دارد: « علی رغم دیگر مقررات این معاهده، رفتار توصیف شده در بندهای ۳ و ۷ نبایستی درمورد حمایت از مالکیت فکری اعمال شود، بلکه چنین رفتاری بایستی در تطابق و تعامل با مقررات موافقتنامه‌های بین‌المللی که برای حمایت از حقوق مالکیت فکری مقرر شده‌اند و اعضاء متعاهد مذکور در آن‌ها عضویت دارند، معین شود.»

اما تا آن جا که به نفتا مربوط است، استثناء از رفتار ملت کامله‌الوداد محدود به تقابل نشده است. بند ۵ ماده ۱۱۰۸ نفتا استثناء از رفتار ملت کامله‌الوداد را در رابطه با حقوق مالکیت فکری به طور کلی اجازه داده است.

بند سوم. اتحادیه اقتصادی منطقه ای

موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری در کشورهایی که عضو یک سازمان اقتصادی منطقه‌ای هستند (REIO)،^۱ معمولاً دربردارنده شرطی است که به شرط ریو معروف است. مطابق با این شرط، اعضا ریو از تعهد به اعطا ملت کامله‌الوداد نسبت به دولت‌های غیر عضو معاف هستند. هدف از این شرط این است که به اعضاء ریو اجازه داده شود تا از طریق آزادسازی سرمایه‌گذاری در داخل سرزمین‌های شان، در فضایی سریع‌تر نسبت به موافقتنامه‌هایی که با غیر اعضا منعقد می‌کنند، به پیش روند. برای مثال، ماده ۳ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان شیلی و مالزی مقرر داشته است: «رفتار ملت کامله‌الوداد در این معاهده نبایستی به نحوی تفسیر شود که هر عضو متعاهد را مجبور به اعطاء ترجیح یا مزیتی به سرمایه‌گذاران دیگر اعضا متعاهد نماید که به دلیل عضویت آن در یک اتحادیه گمرکی، منطقه آزاد تجاری، بازار مشترک، اتحادیه پولی یا هر کنوانسیون بین‌المللی مشابه دیگر یا دیگر اشکال همکاری منطقه‌ای موجود یا غیرموجودی که در آینده به عضویت آن درمی آید به کشورهای ثالث اعطا کرده است.»^۲

الگوی ۱۹۹۸ معاهداتی سرمایه‌گذاری آلمان در ماده (۳) خود به این نکته اشاره می‌کند: «چنین رفتاری نباید نسبت به مزایایی گسترش یابد که هر دولت متعاهد به سرمایه‌گذاران دولت‌های ثالث بر پایه عضویت یا مشارکت با آن‌ها در قالب یک اتحادیه اقتصادی یا گمرکی، بازار مشترک یا موافقتنامه تجارت آزاد اعطا کرده است.»^۳

الگوی معاهداتی سرمایه‌گذاری هلند نیز به طور کلی استثناء زیر را بر تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد مقرر داشته است. مطابق ماده ۳: «چنان چه هر یک از اعضا متعاهد، منافع خاصی را به اتباع دولت‌های ثالث براساس موافقتنامه‌های تأسیس اتحادیه‌های گمرکی، اتحادیه‌های اقتصادی، اتحادیه‌های پولی یا نهادهای

^۱Regional Economic Integration Organization.

^۲UNCTAD (1998 b), op.cit., p.58.

^۳OECD, op.cit., p. 5.

مشابه و یا بر مبنای موافقتنامه‌های موقتی نسبت به چنین اتحادیه‌ها یا نهادهایی اعطا نماید، نایبستی مجبور به اعطا همان منافع به دیگر اتباع اعضا متعاهد شود.^۱

در همین رابطه ماده ۴۰ موافقتنامه میان کشورهای حوزه افتا و سنگاپور مقرر می دارد، «چنان چه هر یک از اعضا متعاهد، رفتار مطلوب تر را به سرمایه‌گذاران هر دولت دیگر یا سرمایه‌گذاری های آن ها بر طبق موافقتنامه آزاد تجاری، اتحادیه‌های گمرکی یا موافقتنامه‌های مشابهی که آزادی معتنا به سرمایه‌گذاری ها را مقرر می دارد، اعطا کند نایبستی مجبور به اعطا چنین رفتاری به سرمایه‌گذاران دیگر اعضا یا سرمایه‌گذاری های آن ها باشد. اما اگر طرف دیگر درخواست کند، فرصت کافی برای مذاکره حول منافع اعطایی داده خواهد شد...»^۲. بدون وجود چنین شرطی، شرط ملت کامله‌الوداد می‌توانست اعضاء ریو را به طور یک جانبه وادار به اعطاء مزایای ناشی از عضویت در ریو به سرمایه‌گذاران کشورهای غیر عضو کند.

چنین تعهدی می‌تواند سبب بروز وضعیت‌های پیچیده‌ای شود، بنا به دلایل ذیل:

۱. آزادسازی سرمایه در ریو معمولاً مبتنی بر وجود قواعد عام و مشترک است. تمامی اعضاء تعهدات یکسانی را بر عهده می‌گیرند. یک دولت غیر عضو بر طبق شرط ملت کامله‌الوداد می‌تواند منتفع از تمامی مزایای حاصل از آزادسازی سرمایه در داخل شود، بدون این که متقابلاً تابع تعهدات ناشی از عضویت در ریو باشد و لذا موجب یک وضعیت استیفای بلاعوض می‌شود.

۲. مفهوم اتحاد در یک ریو، ماهیتاً از روش‌های آزادسازی سرمایه که عموماً در موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی به کار می‌رود متفاوت است. مطابق با موافقتنامه‌های اخیر، آزادسازی سرمایه مبتنی بر معیار عدم تبعیض است. یعنی سرمایه‌گذاران خارجی نایبستی بهره‌مند از رفتاری شوند که از نظر مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به سرمایه‌گذاران داخلی و دیگر سرمایه‌گذاران خارجی است. بالعکس، آزادسازی سرمایه در ریو می‌تواند منتهی به حذف تمامی موانع غیرموجه بر سر راه سرمایه‌گذاری شود، اعم از تبعیضی یا غیر تبعیضی، (نظیر اتحادیه اروپا). بدون وجود قید استثناء بر معیار ملت کامله‌الوداد، چنین حقوقی از طریق ریو به غیر اعضا بر طبق اعمال یک جانبه اعطاء خواهد شد.

۳. در یک ریو هیچ دولت عضوی نمی‌تواند به طور انفرادی بر مبنای عملکرد اختیاری، تصمیم‌گیری نماید. برای مثال، در اتحادیه اروپا هر یک از دولت‌های عضو منفرداً صلاحیت خود در آزادسازی سرمایه‌گذاری داخلی را به اتحادیه واگذار کرده است. توسعه‌ی ضمنی چنین صلاحیتی به روابط خارجی ریو از طریق شرط ملت کامله‌الوداد، مشمول اساسنامه ریو نخواهد شد.

¹Ibid, p. 6.

²Ibidem.

۴. کشورهای ثالث ممکن است خارج از چارچوب اساسنامه ریو باشند و مشارکتی در روند تصمیم‌گیریهای داخلی که منتج به آزادسازی سرمایه‌هایی شود نداشته باشند. همین‌طور نسبت به آراء صادره از دیوان ریو ملتزم نخواهند بود. نظیر، دیوان دادگستری اروپایی. علاوه بر این در بودجه ریو نیز سهمی نداشته باشند.^۱

از طرف دیگر شروط ریو معمولاً منتهی به انصراف کامل و بی‌قید و شرط، از شروط ملت کامل‌الوداد می‌شوند برای مثال ماده (۴) ۵ گاتس، دولت‌های عضو ریو را از افزایش سطح کلی موانع سرمایه‌گذاری بر سر راه غیر عضوها، در جایی که دولت‌های عضو ریو دست به تصویب اقدامات جدیدی در راستای آزادسازی سرمایه‌ها می‌زنند، منع کرده است.

علاوه بر این وقتی سرمایه‌گذار خارجی در یک کشور عضو سرمایه‌گذاری می‌کند معمولاً می‌تواند مدعی همان رفتاری شود که سرمایه‌گذاران دولت‌های عضو ریو از آن برخوردارند (یعنی به مانند یک سرمایه‌گذار داخلی نگریسته شود). در این مورد، شرط ریو نسبت به مقررات راجع به حمایت از سرمایه‌گذاری، به ویژه، مقررات راجع به سلب مالکیت و حل و فصل اختلاف اعمال نمی‌شود. اثرات عملی ریو اصولاً محدود به موضوعات دسترسی به بازار است. اثر دیگر شرط ریو آن است که به اعضا ریو اجازه می‌دهد تا سرمایه‌گذاران خارجی بیرون از منطقه را در خصوص صنایعی که به روی سرمایه‌گذاری درون منطقه‌ای باز است، محدود نمایند.^۲

بند چهارم. شناسایی متقابل

ترتیبات شناسایی متقابل ویژگی عمومی تسهیل و فراهم‌سازی متقابل خدمات در خارج، به ویژه از طریق شرکت‌های تجاری است. در این موافقتنامه‌ها، متعاهدین می‌پذیرند که شرایط و الزامات قانونی مقرر در خصوص فراهم‌سازی یک خدمت خاص در یک کشور متعاقد (شریک) همان الزامات و شرایط قانونی داخلی متصدی خدمت باشد. لذا سرمایه‌گذاران خارجی می‌توانند خدمات خود را در کشور میزبان بدون نیاز به کسب مجوزهای داخلی ارائه دهند، مشروط به این که، معادل این مجوزها را سابقاً از کشور متبوع خودشان دریافت کرده باشند. صنایعی که غالباً بروی ترتیبات شناسایی متقابل باز هستند، عبارتند از خدمات حرفه‌ای و خدمات مالی نظیر خدمات (بانکی و بیمه).

¹ Karl, Joachim (1996). "Multilateral Investment Agreements and Regional Economic Integration Transnational Corporations", 5, 2 (August), pp. (19- 50).

² UNCTAD (1999), op.cit., p. 22.

بعضی از موافقتنامه‌های بین‌المللی هر چند حاوی مقررات ماهوی جدیدی نیست، اما از طریق ارائه روش‌های اعمال هماهنگ، دستیابی به حقوق مالکیت فکری را تسهیل نموده است.

در میان اغلب این موافقتنامه‌ها، معاهداتی هستند که مربوط به همکاری در زمینه موضوعات ثبتی می‌باشند، نظیر معاهده واشنگتن (۱۹۷۰)^۱، کنوانسیون ثبت اروپایی (۵ اکتبر ۱۹۷۳) و کنوانسیون استراسبورگ، راجع به طبقه‌بندی بین‌المللی اختراعات (۲۴ مارس ۱۹۷۱)^۲

لذا، همان‌طور که کشورهای ثالث نمی‌توانند ملزم به این قواعد تلقی شوند، همان‌گونه نیز نمی‌توانند مدعی بهره‌مندی یک طرفه از روش‌های متحدالشکل موجود در آن‌ها شوند.

یک شرط ملت کامله‌الوداد غیرمشروط می‌تواند عضو ترتیب شناسایی متقابل را وادار سازد تا نظامات مربوط به یک خدمت ویژه در یک کشور ثالث را مورد شناسایی قرار دهد، هر چند موافقتنامه شناسایی در این رابطه وجود نداشته باشد.

کشور ثالث باید ثابت کند که نظامات داخلی اش با نظامات کشوری که ترتیب شناسایی را منعقد نموده است، یکسان یا حداقل معادل آن است. اما این تردید همچنان باقی است که آیا می‌توان به قید ملت کامله‌الوداد استناد کرد؟

ترتیبات شناسایی متقابل همان‌طور که از نامش بر می‌آید اشاره به تعهد متقابل دارد. این مفهوم یادآور تسری یک طرفه منافع حاصل از ترتیب شناسایی به کشورهای ثالث است.

علاوه بر این، پیش شرط ترتیب شناسایی آنست که معیارهای عام و ویژه‌ای که طرفین بر آن توافق کرده‌اند قبل از اعطاء، به اجرا درآید. برای مثال، اخذ مجوز

از آن‌جا که کشورهای ثالث مجبور به پیوستن به این معیارها نیستند، هیچ پیش شرط بنیادینی هم برای اعمال ترتیب شناسایی نسبت به آن‌ها گذارده نشده است.

علی‌رغم اهمیت عملی و قابل ملاحظه شناسایی متقابل، تنها ماده ۷ گاتس مقرر صریحی را در خصوص ترتیبات شناسایی وضع نموده است. اما نباید تصور کرد که ترتیب شناسایی متقابل صرفاً استثنائی بر شرط ملت کامله‌الوداد است، بلکه ترتیب شناسایی متقابل باعث تشویق کشورها به پیوستن به چنین موافقتنامه‌هایی می‌شود تا در خصوص معاهدات مشابه با دیگر دولت‌ها مذاکره نمایند. به این معنا که از یک طرف گاتس به بررسی معیار ملت کامله‌الوداد در قبال اعمال نسبت به ترتیبات شناسایی متقابل نپرداخته است و از طرف دیگر گاتس به آسانی اجازه تخطی از معیار ملت کامله‌الوداد و استثنا قائل شدن بر ملت

1 United Nations (1980 b). "Patent Cooperation Treaty, Done at Washington June 19, 1970" United Nations Treaty Series, vol. 1160, pp. (232-482).

2 United Nations (1980 c). "Strasbourg Agreement concerning the International Patent Classification of March 24, 1974", United Nations Treaty Series, vol. 1160, pp. (488 – 522).

کامله‌الوداد را نمی‌دهد و تنها یک قدم به جلو گذاشته و تشویق به چندجانبه سازی تدریجی ترتیبات شناسایی متقابل از طریق برگزاری دوره‌های مذاکراتی دوجانبه نموده است (بند دو ماده ۲ گاتس).^۱

بند پنجم. موضوعات دوجانبه دیگر:

در حوزه سرمایه‌گذاری، موضوعات چندی وجود دارد که معمولاً مبنای دوجانبه دارند و لذا نمی‌توان از طریق معیار ملت کامله‌الوداد آن را چندجانبه کرد. مثال هایی از این دست، عبارتند از: موافقتنامه‌های حمل و نقل دوجانبه که حاوی مقرراتی راجع به فرود آمدن هواپیماها یا ورود کشتی‌ها به اسکله و ترتیبات ماهیگیری است. تمامی اینها بر مبنای مفهوم تقابل است.

هر چند چنین موضوعاتی با مسائل راجع به سرمایه‌گذاری ارتباط دارند، اما موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری هنوز صراحتاً به چنین موضوعاتی نپرداخته‌اند. شاید به این دلیل که پیوند چنین موضوعاتی با فعالیت‌های سرمایه‌گذاری ضعیف است. اما، در مذاکرات سازمان همکاری اقتصادی و توسعه راجع به طرح یک موافقتنامه چندجانبه سرمایه‌گذاری (MAI) نیاز به طرح استثنائاتی در این رابطه مورد بحث قرار گرفته است.^۳

مبحث سوم. استثنائات خاص کشوری^۴

بعضی از معاهدات به متعاهدین حق می‌دهند تا در رابطه با هر اقدام، یا فعالیتی که به معاهده مربوط است، استثنائاتی را بر قلمرو معیار ملت کامله‌الوداد وارد سازند، بشرطی که استثنا مورد نظر در جدول خاص کشوری آمده باشد.

موافقتنامه‌های منعقد شده میان کانادا و ایالات متحده از اوایل دهه ۹۰ رویه فهرست کردن استثنائات "کشوری" یا تعیین موارد رزرو به رفتار ملت کامله‌الوداد و یا معیارهای دیگر نظیر معیارهای غیر منطبق با شرط ملت کامله‌الوداد را در پیش گرفته‌اند و آن را در قالب ضmann جداگانه‌ای به موافقتنامه درج نموده‌اند. برای مثال ماده ۱۵۰۱۲ موافقتنامه تجارت آزاد میان سنگاپور و ایالات متحده راجع به (موازين غير منطبق با شرط ملت کامله‌الوداد) چنین مقرر داشته است:

"۱. مواد ۱۵۰۴ (رفتار ملی و رفتار ملت کامله‌الوداد)... نسبت به موارد زیر اعمال نمی‌شود:

الف) هر معیار غیرمنطبق با رفتار ملت کامله‌الوداد که توسط هر یک از طرفین در سطح مرکزی، منطقه‌ای و یا محلی حکومت به نحوی که در جدول ضمیمه ۸ آمده است، حفظ شود.

1 UNCTAD (1999), op.cit. و p.23.

2 Multilateral Agreement on Investment .

3 Organisation for Economic Co – operation and Development (OECD). "The MAI Negotiating Text (as of 24 April 1998)", <http://www/oecd.org/daf/cm/s/negtext.Htm>. visited in 13.7.2008.

4 Country- Specific Exceptions

ب) تداوم و یا افزایش تمدیدات معیارهای غیرمنطبق با رفتار ملت کامله‌الوداد که در بند الف به آن اشاره شد.

ج) اصلاح هر معیار غیر منطبق با رفتار ملت کامله‌الوداد که در بند الف به آن اشاره شد، به نحوی که اصلاحیه جدید منجر به کاهش انطباق معیار غیر منطبق با مواد ۱۵۰۴، ۱۵۰۸ و ۱۵۰۹ نشود.

۲. مواد ۱۵۰۴ و... نسبت به معیارهای غیر منطبقی که هر دولت عضو در رابطه با بخش‌های اصلی و بخش‌های فرعی یا فعالیت‌هایی که در جدول ضمیمه ۸ ب آمده است، تصویب کرده یا ابقا می‌نماید، اعمال نخواهد شد.

۳. هیچ دولت عضوی نمی‌تواند بر طبق معیار غیر منطبقی که بعد از لازم الاجرا شدن این موافقتنامه تصویب شده و تحت شمول جدول ضمیمه ب نیز قرار گرفته است، سرمایه‌گذار طرف دیگر را به دلایل تابعیتی مجبور به فروش و یا هر نوع انتقال و جابجایی سرمایه بنماید.

۴. ماده ۱۵۰۴ نسبت به موازینی که استثنائی بر تعهدات مندرج در ماده ۱۶۰۱۰۳ (مقررات عام) هستند یا موازینی که به نوعی تخطی و تجاوز از تعهدات مذکور به حساب می‌آیند و صراحتاً در آن ماده مقرر شده اند، اعمال نمی‌شود.

۵. مواد ۱۵۰۴ و ۱۵۰۹ نسبت به: الف) مناقصه عمومی ب) یارانه‌ها یا کمک‌هایی که از سوی هر یک از طرفین نظیر وام‌های حمایتی حکومتی، ضمانت نامه‌ها و بیمه ارائه می‌شود، اعمال نمی‌شوند.^۱

بند اول. روش گاتس:

ماده ۲ گاتس در رابطه با موازین تحت شمول موافقتنامه بیان می‌دارد: «هر یک از اعضا بایستی فوری و بی‌قید و شرط به خدمات و متصدیان خدمت هر عضو دیگر رفتاری را اعطا نماید که از حیث مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به خدمات و متصدیان خدمات مشابه نباشد.» اما مطابق با بند ۲، هریک از اعضا می‌تواند معیاری را که با بند ۱ منطبق نیست، حفظ کند، به شرطی که چنین معیاری اولاً فهرست شده باشد و ثانیاً شرایط ملحوظ در ضمیمه موافقتنامه را احراز کرده باشد.

ضمیمه موافقتنامه مقرر داشته که استثنا ملت کامله‌الوداد بایستی فراتر از یک دوره ده ساله رود. علاوه بر این، این استثنائات مشروط به بازنگری در دوره‌های مذاکراتی بعدی شده است.

ماده ۱۳ گاتس در رابطه با اعمال شرط ملت کامله‌الوداد به مناقصه عمومی قائل به استثنا شده است.

به علاوه، اعمال ملت کامله‌الوداد نسبت به بخش حمل و نقل دریایی تا دور بعدی مذاکرات به تعویق

افتاده است.^۱

^۱ OECD, op.cit., p.7.

لذا گاتس به کشورهای عضو اجازه می دهد تا هر استثنائی را که قابل مذاکره است، به شرط وارد سازند. در نتیجه کشورهای عضو مجبور نیستند اثبات نمایند که در یک وضعیت استثنائی که درخور اعمال موازین استثنائی بوده است، نظیر، تهدید امنیت ملی یا خطر بهداشت و سلامت عمومی از اعمال شرط خودداری کرده اند. همین طور حق خود را محدود به رزرو زدن به دسته های خاصی از موافقتنامه ها نکنند. تنها محدودیتی که وجود دارد، این است که استثنائات فوق پس از لازم الاجرا شدن گاتس قابل اجرا خواهد بود.

همچنین تداوم استثنائات تابع مذاکرات در دوره های بعدی شده است. لذا کشورهای عضو حداقل قلمرو استثنائات را در زمان لازم الاجرا شدن موافقتنامه می دانند و مطمئن هستند که هیچ استثناء دیگری را نمی توان در آینده وارد کرد. با توجه به گسترده بودن قلمرو گاتس، روش آن در خصوص اعمال استثنائات قابل توجیه است.

قلمرو گاتس به طور کلی شامل هر اقدامی است که تجارت خدمات را متأثر سازد. از قبیل خدمتی که از طریق «حضور تجاری» ارائه می شود، یعنی سرمایه گذاری مستقیم خارجی (FDI) ^۲ به همین ترتیب قلمرو شرط ملت کامله الوداد نیز به این ترتیب گسترده می شود. کشورهای عضو نمی توانند همیشه به کامل ترین وجه ممکن، شرط را اعمال کنند. علاوه بر این گاتس فی نفسه بر حمایت از سرمایه گذاری، به ترتیبی که در موافقتنامه های دوجانبه و منطقه ای آمده است، متمرکز نشده است.^۳

بعضی از اعضاء سازمان تجارت جهانی مقررات ماهوی مندرج در معاهدات سرمایه گذاری دوجانبه ایشان را که متضمن استثنا از تعهدات رفتاری ملت کامله الوداد در گاتس هستند را فهرست کردند. به این منظور که سطح برتر رفتار در چنین موافقتنامه هایی در قیاس با تعهدات گاتس مورد حمایت قرار گیرد.^۴ اما،

^۱ World Trade Organization (WTO). "Decision on Maritime Services" (Geneva: WTO) Document s/L/24, 3 July 1996.

این تصمیم در ۲۸ ژوئن ۱۹۹۶ از سوی شورای تجارت خدمات اتخاذ گردید.

^۲ Foreign Direct Investment .

^۳ UNCTAD (1999), op.cit., pp. (24 – 25).

^۴ - کاستاریکا به همه بخش ها رزرو زده است، بدین شرح که کلیه اقداماتی را که بر اساس معاهدات دو جانبه راجع به افزایش و حمایت از سرمایه گذاری اعطا شده است و هدف از آنها تشویق سرمایه گذاری های کشورهای خاص از روش های ترجیحی و اولویت بخشی است را، از شمول موافقتنامه استثنا کرده است. اردن اطلاع داد که "موازینی که موجب تسری رفتار ملت کامله الوداد می شوند، تابع معاهدات سرمایه گذاری دو جانبه هستند." کویت معافیت از رفتار ملت کامله الوداد را به موافقتنامه های چند جانبه راجع به افزایش و حمایت از سرمایه گذاری تسری داد و اعلام کرد که "موازینی که برای افزایش و حمایت از سرمایه گذاریها اعمال میشود، در تطابق با موافقتنامه های چند جانبه، دو جانبه و دیگر تعهداتی است که دولت کویت در آنها عضویت دارد."

لهستان اطلاع داد که "مقررات راجع به حضور تجاری" مندرج در موافقتنامه های افزایش و حمایت از سرمایه گذاری خارجی، فراتر از محدودیت های مندرج در جدول تعهدات خاص لهستان است.

ترینیداد و توباگو، تمامی معاهدات سرمایه گذاری دو جانبه و معاهدات حمایتی موجود و آینده را با حق شفعه خریداری کرده است.

ایالات متحده معافیت از رفتار ملت کامله الوداد را برای ورود به معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری و ابقا تعهدات راجع به جابجایی نیروها و پرسنل را قید کرده است.

ماده (۱) ۵ گاتس (اتحادیه اقتصادی) هیچ یک از اعضا را از ورود به موافقتنامه آزادی تجارت خدمات منع نمی‌کند، به شرطی که چنین موافقتنامه‌ای شرایط بیان شده در بند ۱ آن ماده را داشته باشد. ماده (۶) ۵ گاتس مقرر می‌کند که متصدی خدمات یک دولت عضو، یک شخص حقوقی است که مطابق با قانون دولت عضو موافقتنامه‌ای که شرایط مندرج در بند ۱ را دارد تشکیل می‌شود و لذا حق برخورداری از رفتار اعطا شده مطابق این موافقتنامه را دارد، مشروط به این که شخص حقوقی فعالیت‌های بازاریابی معتناهی را در سرزمین اعضا چنین موافقتنامه‌ای داشته باشد.

مثال هایی از رفتار اعطا شده به سرمایه گذاری های سرمایه‌گذاران ثالث که مطابق با این مقررات اعطا شده است در ماده ۱۱۰۱ و ۱۱۳۹ نفتا، مواد ۴۳ تا ۴۸ معاهده اتحادیه اروپا و ضمیمه "ز" طرح تفاهم نامه اتحادیه اروپا و ایالات متحده آمریکا راجع به معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه (۲۲ سپتامبر ۲۰۰۳) به چشم می‌خورد.^۱

بعضی از موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه میان ایالات متحده و کانادا محدودیت هایی را به شروط ملت کامله‌الوداد وارد ساخته‌اند و مطابق آن شرکاء خود در معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری ها را از

اروگونه اطلاع داد که هر معیار غیر منطبق با ماده ۲، یعنی مقررات راجع به افزایش و حمایت از سرمایه‌گذاری‌های دو جانبه‌ای که سرمایه‌گذاران را در برابر آزادی عضو متعاهد دیگر مبنی بر انتقال عمده سرمایه و یا هر مقدار دیگری از سرمایه محافظت و تضمین می‌کند و نیز سرمایه‌گذاران را در برابر خطرات تجاری که سرمایه‌گذاری با آن مواجه است، حفظ و تضمین می‌نمایند را، ایفا می‌نماید.

سنگاپور نیز استثنائات رفتار ملت کامله‌الوداد در رابطه با رفتارهای ترجیحی ناشی از موافقتنامه‌های تضمینات سرمایه‌گذاری را فهرست نموده است. علاوه بر این، کانادا، شیلی و لهستان خواستار استثنائاتی در رابطه با معیارهای دادرسی در معاهدات سرمایه‌گذاری شان شده اند.

استثنا شیلی در خصوص معیارهای مربوط به تأسیس روش‌های حل و فصل اختلاف مندرج در معاهدات دو جانبه موجود یا آینده راجع به حمایت از سرمایه‌گذاری در اصل نسبت به همه کشورها قابل اعمال است.

کانادا و لهستان اطلاع داده‌اند که آنها "داوری اجباری میان سرمایه‌گذار با دولت را در اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری که راجع به متصدیان خدمات کشورهایی مطرح می‌شود که کانادا با لهستان با آنها موافقتنامه‌هایی دارند که چنین روشی را مقرر نموده است، می‌پذیرند.

یکی دیگر از استثنائات کشوری وارده به ماده ۲ گاتس، رفتارهای ترجیح آمیزی است که در موافقتنامه‌های منطقه‌ای یا محلی به آن اشاره شده است. بلغارستان استثنا از رفتار ملت کامله‌الوداد در تمامی موافقتنامه‌های دوجانبه موجود و آینده راجع به ارائه خدمات حقوقی از طریق استقرار حضور در آن کشور را اطلاع داد.

تایلند این استثنا را برای مقررات سرمایه‌گذاری در معاهده دو جانبه روابط اقتصادی و دوستی با ایالات متحده و ونزوئلا برای موافقتنامه‌های دو جانبه مربوط به خدمات مرتبط با نفت، قائل شده است.

در رابطه با موافقتنامه‌های منطقه ای، کاستاریکا، السالوادور، گواتمالا، هندوراس، نیکاراگوئه، پاناما، و ونزوئلا چنین استثنائی را در رابطه با ترجیحاتی که مطابق با معاهده عمومی اتحادیه اقتصادی امریکایی مرکزی اعطا شده است را اعلام داشتند.

ساحل عاج این استثنا را در مورد ترجیحاتی که به شرکت‌های بیمه بر اساس موافقتنامه CIMA اعطا شده و نیز ترجیحاتی که به ارائه دهندگان خدمات مالی بر اساس موافقتنامه WAEMU اعطا شده است را اعمال کرده است.

قبرس نیز این استثنا را برای دستیابی به بازار شرکت‌هایی که مبتنی بر موافقتنامه اتحادیه اروپا با کشورهای EFTA است، اعلام نموده است.

۱۲ عضو اتحادیه اروپا برای تمامی موافقتنامه‌های موجود و آینده‌ای که اروپا و حوزه مدیریتانه منعقد کنند؛ فنلاند، ایسلند، نروژ و سوئد در رابطه با تمامی معیارهایی که هدفشان افزایش همکاری با کشورهای نوردیک است، قائل به رزرو شدند.

پاکستان برای اعطا رفتار مطلوبتر به نهادهای مالی که برای مالی اسلامی تأسیس شده است با سنگال برای ترجیحات اعطا شده به متصدیان خدمات مالی و بیمه که مبتنی بر موافقتنامه‌های ECOWAS و WAMU و WAEMU است و آفریقای جنوبی این استثنا را برای کنترل جا به جایی اشخاص که مبتنی بر موافقتنامه CMA است، قائل شده است و امارات متحده عربی برای اعطا رفتار ترجیحی به متصدیان خدماتی که اساس آن بر عضویت شورای همکاری خلیج فارس است، این استثنا را اعمال کرده است.

^۱ OECD, op.cit., p.8.

شمول منافع اعطا شده براساس موافقتنامه‌های چندجانبه یا مذاکراتی نظیر گات - دور اروگوئه، اعم از الحاق یا عدم الحاق به آن، خارج کرده و استثنا نموده اند.

عبارت استثنا گات اولین بار در ماده (ب) (۲) ۱۲ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان لهستان و ایالات متحده در ۱۹۹۰ پدیدار شد.^۱

مثال دیگر، ماده ز(۸) موافقتنامه کانادا و شیلی است که مقرر می‌دارد "شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در بخش سرمایه‌گذاری آن موافقتنامه نسبت به هر معیاری که استثنائی بر تعهدات موافقتنامه تریپس یا به نوعی تخطی از آن تعهدات به حساب می‌آید، اعمال نمی‌شود."^۲

بند دوم. روش نفتا:

بند یک ماده ۱۱۰۸ نفتا مشابه گاتس، استثنا زدن به شرط ملت کامله‌الوداد را مجاز دانسته است. بنابراین شرط ملت کامله‌الوداد نسبت به موازین غیر منطبق با شرط ملت کامله‌الوداد در سطح فدرال، ایالت یا حکومت محلی اعمال نمی‌شود. علاوه بر این، به کشورهای عضو اجازه می‌دهد تا بتوانند موازین غیر منطبق جدیدی را در آینده تصویب نمایند. چنین تجویزی مختص بخشهای فرعی یا فعالیت‌هایی می‌شود که قبلاً در یک جدول خاص بیان شده باشد. بند ۳ ماده ۱۱۰۸ نفتا به کشورها اجازه می‌دهد تا هر نوع اقدام تبعیضی را در آینده علیه سرمایه‌گذاران خارجی در بخش‌ها یا فعالیت‌هایی که بدین منظور طراحی شده اند، اتخاذ نمایند.

مطابق بند ۴ ماده ۱۱۰۸ نفتا تنها محدودیتی که وجود دارد، این است که تحت هیچ شرایطی یک عضو متعاقد نمی‌تواند سرمایه‌گذار عضو دیگر را بدلائل تابعیتی مجبور به فروش یا هر نوع انتقال سرمایه که در زمان لازم الاجرا شدن اقدام وجود داشته است، بگرداند.

علاوه بر این نفتا دربردارنده استثنائاتی راجع به مناقصه عمومی و یارانه‌هایی است که از طرف هر یک از اعضا یا کشور سرمایه پذیر نظیر وام‌های حمایت کننده دولتی، ضمانت نامه‌ها و بیمه اعطا می‌شود.

همچنین بند ۵ و ۶ ماده ۱۱۰۸ حاوی استثنائاتی در رابطه با حقوق مالکیت فکری و دیگر موافقتنامه‌های بین‌المللی که اعضا متعاقد در جداول خود بیان کرده اند، می‌باشد.

روش نفتا مبتنی بر این ملاحظه است که امکان دارد در آینده نیاز به درج استثنائی برای اقدامات احتمالی وجود داشته باشد که دقیقاً در زمان حاضر قابل پیش بینی نبوده است. برای مثال هر یک از اعضا

¹ Kenneth J. Vandeveld, "US Bilateral Investment Agreements", the second wave, Michigan Journal of International Law, summer 1993, p.15.

² OECD, op.cit., p.8.

می‌تواند اعطاء یارانه‌ها را محدود به سرمایه‌گذاری‌هایی نماید که یا تحت کنترل در داخل هستند یا محدود به سرمایه‌گذاری‌هایی کند که باعث افزایش و رونق فعالیت‌های اقتصادی خاصی در داخل می‌شود.^۱

علاوه بر این، معیارهایی در ضمایم یک و دو و چهار نفتا فهرست شده‌اند و به طور خاص به استثنائات راجع به رفتار ملت کامله‌الوداد اختصاص یافته‌اند. یعنی رفتاری که مطابق با تمامی موافقتنامه‌های بین‌المللی چندجانبه یا دوجانبه قبلی اعطا شده است و یا رفتاری که مطابق با چنین موافقتنامه‌هایی در آینده و تنها در رابطه با بخشهای خاص اعطا می‌شود.^۲

همچنین نفتا و فصل مربوط به سرمایه‌گذاری نفتا نیز، تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد را در حوزه‌های دیگری، نظیر مالیات^۳ و خدمات مالی^۴ محدود کرده‌اند.

از این قبیل محدودیت‌ها در موافقتنامه‌های تجارت آزاد میان ایالات متحده و سنگاپور و ایالات متحده با شیلی به چشم می‌خورد و اخیراً نیز در موافقتنامه تجارت آزاد میان ایالات متحده و استرالیا آمده است.^۵ هم روش نفتا و هم به کشورهای در حال توسعه اجازه داده است که استثنائاتی را بر شرط ملت کامله‌الوداد به منظور اهداف توسعه‌ای خود وارد سازند. کشورها می‌توانند آن دسته از صنایعی را که تمایل به اعمال سیاست مداخله انتخابی و برخورداری سرمایه‌گذاران خارجی یک تابعیت خاص دارند، مشخص کنند.

بند سوم. رویه دولت‌ها

رویه فعلی دولت‌ها در خصوص استفاده از معیار ملت کامله‌الوداد در موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری به طور خلاصه چنین است:

۱. اغلب موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری معیار ملت کامله‌الوداد غیرمشرط را در مرحله پس از ورود سرمایه پذیرفته‌اند.

۲. بعضی از موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری، به ویژه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری کانادا و ایالات متحده و بعضی از موافقتنامه‌های منطقه‌ای معیار ملت کامله‌الوداد را در مرحله قبل و بعد از ورود سرمایه برگزیده‌اند.

۱ UNCTAD (1999), op.cit., pp. (5-26).

۲ - این استثنائات بویژه نسبت به: الف) موافقتنامه‌های بین‌المللی که قبل از لازم‌الاجرا شدن نفتا لازم‌الاجرا شدند یا قبل از لازم‌الاجرای نفتا امضا شدند. ب) موافقتنامه‌های بین‌المللی که بعد از لازم‌الاجرای نفتا الزام آور شدند یا آنهایی که بعد از تاریخ لازم‌الاجرای نفتا در حوزه‌های هواپیمایی، ماهیگیری، موضوعات دریانوردی، شبکه‌های مخابراتی و حمل و نقل خدمات (به غیر از معیارهایی که تحت پوشش فصل مخابراتی نفتا است یا معیارهایی که برای تولید، فروش یا پروانه (مجوز) برنامه‌های رادیویی و تلویزیونی است) امضا شدند.

۳- ماده ۲۱۰۳ نفتا (به جز آنچه که در این ماده بیان شد، هیچ چیزی در این موافقتنامه نسبت به معیارها و موازن مالیاتی اعمال نخواهد شد).

۴- ماده (۳) ۱۱۰۱ نفتا (این فصل نسبت به موازینی که از سوی یک عضو اتخاذ شده است، یا حفظ و ابقا شده است، تا حدی که این موازن تحت شمول فصل ۱۴ (خدمات مالی) هستند، اعمال نخواهد شد).

۵ OECD, op.cit., p.8.

۳. استثنائات گوناگونی به معیار ملت کامله‌الوداد وارد شده‌اند که قابل دسته بندی به استثنائات عام که مبتنی بر سیاست کلان دولت یا امنیت ملی است و استثنائات خاص که مبتنی بر تقابل و استثنائات خاص کشوری است، می‌باشد.^۱

گفتار هشتم. مناسبات متقابل میان ملت کامله‌الوداد با دیگر موضوعات

مبحث اول. مناسبات متقابل میان رفتار ملی و رفتار ملت کامله‌الوداد

پیوندی قوی میان رفتار ملت کامله‌الوداد و رفتار ملی وجود دارد.^۲

رفتار ملی به این معناست که سرمایه‌گذاران خارجی نبایستی از رفتاری برخوردار شوند که از نظر مطلوبیت کمتر از رفتاری است که با سرمایه‌گذاران داخلی در کشور میزبان می‌شود. رفتار ملت کامله‌الوداد به تنهایی برای حذف تبعیض علیه سرمایه‌گذاران خارجی کافی نیست.

لذا رفتار ملت کامله‌الوداد در کنار رفتار ملی تکمیل می‌شود تا بتواند فضای غیر تبعیضی کاملتری را تضمین کند. کشور میزبان می‌تواند سرمایه‌گذاری‌های داخلی‌اش را از طریق تضمین رفتار بهتر و فضای ترجیحی‌تر در بازار داخلی، بهره‌مند سازد. در یک حالت افراطی کشور میزبان می‌تواند منکر حقوق سرمایه‌گذاران خارجی شود، البته به شرطی که غیر تبعیض‌آمیز باشد، زیرا معیار ملت کامله‌الوداد نقض نمی‌شود. در واقع ترکیب این دو معیار و میزان استثنائات وارده به این دو معیار است که تعیین‌کننده وضعیت حقوقی کشور میزبان برای جذب سرمایه‌گذاران خارجی است.

استثنائات وارده به رفتار ملی بیش از استثنائات وارده به ملت کامله‌الوداد است، زیرا برای کشورها داشتن برخورد مساوی با سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی، به نسبت برخورد مساوی با سرمایه‌گذاران کشورهای مختلف مشکل‌تر است. علاوه بر این، در وضعیت‌های خاص اعمال رفتار ترجیحی به نفع سرمایه‌گذاران داخلی قابل توجیه است.

هرچند معیار ملت کامله‌الوداد و معیار رفتار متقابل (NT)^۳ دو مفهوم حقوقی متمایز هستند اما در برخی از وضعیت‌ها این دو درهم تلاقی می‌کنند. برای مثال اگر کشور الف، رفتار ملت کامله‌الوداد را به سرمایه‌گذاران کشور ب و رفتار متقابل را به سرمایه‌گذاران کشور ج اعطا کند، به نظر می‌رسد، سرمایه‌گذاران کشور ب بتوانند از طریق شرط ملت کامله‌الوداد رفتار متقابل را مطالبه کنند. اما اگر کشور الف صراحتاً رفتار

^۱ UNCTAD (1999), op.cit., p. 26.

^۲ UNCTAD (1999 C), National Treatment (NewYork and Geneva: United Nations), United Nations Publication, p. 10.

^۳ National Treatment.

متقابل را در برابر کشور ب استثنا کند، در این صورت رفتار ملت کامله‌الوداد با رفتار متقابل یکسان نخواهد بود.

مسئله دیگر در این رابطه این است که کدام یک از این دو رفتار غالب خواهد بود، در جایی که سرمایه‌گذار خارجی می‌تواند هم رفتار متقابل و هم رفتار ملت کامله‌الوداد را مطالبه نماید.

بعضی از موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری حاوی قاعده صریحی در این خصوص هستند، بدین نحو که به سرمایه‌گذاران حق بهره‌مندی از رفتار مطلوب تر در هر دو معیار را می‌دهند. نظیر بند ۳ ماده ۱۰ معاهده منشور انرژی^۱

در ماده ۳ الگوی معاهداتی هلند، تعهد به رفتار ملت کامله‌الوداد با استانداردهای رفتاری دیگر یعنی رفتار ملی (هرکدام که مطلوب تر بود) ترکیب شده است. ماده (۲) رفتار غیر تبعیضی را به این نحو بیان می‌کند:

"۲. هر دولت متعهد بایستی رفتاری را داشته باشد که از نظر مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به سرمایه‌های اتباع خودش یا هر دولت ثالث دیگری نباشد. هر کدام از رفتارها که مطلوب تر بودند اعمال می‌شوند."^۲

ماده ۳ معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه میان آلبانی و انگلستان مقرر می‌دارد:

"۱- هیچ یک از دولت‌های متعهد بایستی در سرزمینش با سرمایه‌گذاری‌ها یا عواید حاصله از سرمایه‌گذاری‌های اتباع یا شرکت‌های هر دولت متعهد دیگر رفتاری را داشته باشد که از نظر مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به سرمایه‌گذاری‌ها یا عواید حاصله از سرمایه‌گذاری اتباع یا شرکت‌های خودشان یا هر دولت ثالث دیگری باشد.

۲- هیچ یک از دولت‌های متعهد بایستی در سرزمین خود با اتباع یا شرکت‌های هر دولت متعهد دیگر در خصوص مدیریت، استقرار، بکارگیری، بهره‌برداری یا انتقال سرمایه‌هایشان رفتاری را داشته باشد که از نظر مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به اتباع یا شرکت‌های خودشان یا هر دولت ثالثی باشد.

۳- برای این که جای شکی باقی نماند تأکید می‌شود که رفتار مقرر شده در بند یک و دو فوق بایستی نسبت به مقررات ۱ تا ۱۱ این موافقتنامه اعمال شود. یعنی تمامی مقررات این موافقتنامه به جز شروط نهایی."^۳

^۱ UNCTAD (1999), op.cit., pp. (30-32).

^۲ OECD, op.cit., p.6.

^۳ OECD, op.cit., p.4.

مثال دیگر ماده (۱) ۳ و (۲) ۳ الگوی معاهده‌ای ۱۹۹۸ آلمان است که تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد را با تعهد رفتار ملی ترکیب کرده است بدین شرح: "۱. هیچ دولت متعاهدی نباید با سرمایه‌های متعلق به سرمایه‌گذاران دولت متعاهد دیگر یا تحت کنترل سرمایه‌گذاران متعاهد دیگر که داخل در سرزمینش قرار گرفته است، رفتاری را داشته باشد که از نظر مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به سرمایه‌گذاری‌های متعلق به سرمایه‌گذاران خودش یا سرمایه‌گذاران هر دولت ثالثی می‌باشد.

۲- هیچ دولت متعاهدی نباید در سرزمینش، اتباع یا شرکت‌های هر دولت متعاهد دیگر را در رابطه با مدیریت، حفظ استقرار، استفاده، بهره‌برداری یا انتقال سرمایه‌هایشان از رفتاری بهره‌مند نماید که در مقایسه با رفتار اعطا شده به اتباع یا شرکت‌های خودش یا اتباع یا شرکت‌های ثالث، مطلوبیت کمتری برخوردار می‌باشد."

در موافقتنامه تجارت آزاد میان سنگاپور و ایالات متحده رفتار ملی و رفتار ملت کامله‌الوداد بخشی از یک ماده هستند ماده ۴۰۱۵ تحت عنوان رفتار ملی و رفتار ملت کامله‌الوداد مقرر می‌دارد:

"۳... هر عضو متعاهد بایستی به سرمایه‌گذاران هر عضو متعاهد دیگر رفتاری را اعطا کند که از نظر مطلوبیت در شرایط یکسان کمتر از رفتار اعطا شده به سرمایه‌گذاران هر دولت غیر عضوی که به نوعی مرتبط با استقرار، تحصیل، گسترش، مدیریت، اقدام، فعالیت، فروش و یا هر نوع انتقال سرمایه در سرزمینش می‌شود، نباشد.

هر عضو متعاهد بایستی به سرمایه‌های تحت شمول این موافقتنامه رفتاری را اعطا کند که از نظر مطلوبیت در شرایط مشابه، کمتر از رفتار اعطا شده به سرمایه‌های سرمایه‌گذاران هر دولت غیر عضو... نباشد. رفتار اعطا شده مطابق این بند رفتار ملت کامله‌الوداد است.

۴. هر عضو متعاهد بایستی به سرمایه‌گذاران هر عضو متعاهد دیگر و سرمایه‌های آن‌ها از بین رفتار ملی و ملت کامله‌الوداد هر کدام را که بهتر بود اعطا کند."

آن چه گفته شد در جاییست که اعمال هر یک از این دو معیار منتهی به نتایج متفاوتی شود، مثلاً معیار متقابل سرمایه‌گذاران خارجی را قادر می‌سازد تا صد در صد مالکیت شرکت‌های وابسته و فرعی‌شان را در کشور میزبان بدست آورند. در حالی که ممکن است بر طبق معیار ملت کامله‌الوداد محدودیت‌هایی را بر سر مالکیت داشته باشند. مسائلی از این دست تاکنون در عرصه حقوق بین‌الملل بررسی نشده است، به دو علت: اولاً تشخیص این که کدام یک از دو معیار متقابل و ملت کامله‌الوداد منتهی به رفتار مطلوب تر می‌شود دشوار است. برای مثال، در رابطه با حل و فصل اختلاف معیار متقابل سرمایه‌گذار خارجی می‌تواند

¹ OECD, op.cit., pp. (5-6).

² Ibid, p.7.

دعوی خود را بر علیه دولت میزبان نزد محاکم داخلی دولت میزبان بترتیبی که سرمایه‌گذار داخلی از آن برخوردار است، مطرح سازد در حالی که معیار ملت کامله‌الوداد به سرمایه‌گذار خارجی اجازه انتخاب یک مرجع بین‌المللی نظیر داوری بین‌المللی را هم می‌دهد.

حال کدام یک از این دو نوع راه حل و فصل اختلاف مطلوب تر است؟ ثانیاً برای چنین ارزیابی چه معیاری را باید بکار برد؟ آیا این معیار یک معیار عینی است یا یک قضاوت ذهنی؟

در همین مثال اخیر این سرمایه‌گذار است که تعیین می‌کند کدام روش را برگزیند یا نظر دولت میزبان است که چه تصمیمی بگیرد؟

علاوه بر این آیا لازم است ارزیابی در این خصوص به صورت انفرادی (موردی) آن جام شود یا به طور کلی؟

مثلاً در همین مورد اخیر با اعمال معیار رفتار متقابل، سرمایه‌گذار خارجی با یک قدرت انتخابگر وسیع‌تری از طرق اقامه دعوا به نسبت نظام داوری بین‌المللی در دسترس روبروست. آیا با این وجود سرمایه‌گذار می‌تواند راه دوم را برگزیند یعنی (معیار ملت کامله‌الوداد) را به این دلیل که در وضعیت فعلی دادگاه‌های داخلی بدرستی عمل نمی‌کنند. (مثلاً در حالت آشوب‌های سیاسی).^۱

موضوع دیگر این است که فرمول «هر کدام که مطلوب تر است» به سرمایه‌گذاران اجازه می‌دهد تا استراتژی «برداشتن و انتخاب»^۲ را دنبال کنند.

هرچند معیار رفتار متقابل در بعضی از جنبه‌های خاص مربوط به فعالیت‌های سرمایه‌گذاری می‌تواند بهتر باشد اما سرمایه‌گذاران می‌توانند معیار ملت کامله‌الوداد را برگزینند (مثلاً در یک حالت استثنائی که ملت کامله‌الوداد بهتر از رفتار متقابل است و به تبعیض وارونه معروف است). علی‌رغم اهمیت کلی معیار رفتار متقابل در یک حوزه سیاست‌گذاری خاص، تنها شرط ملت کامله‌الوداد اعمال می‌شود و معیار رفتار متقابل الزاماً کاربردی ندارد. برای مثال، گاهی کشور میزبان مشوق‌های خاصی را جهت تحریک سرمایه‌گذاران خارجی اعطا می‌کند. در چنین مواردی سرمایه‌گذاران داخلی نمی‌توانند آن مزایا را بدست آورند. لذا، معیار رفتار متقابل بی‌فایده است.

از طرف دیگر معیار ملت کامله‌الوداد نمی‌تواند حمایت کاملی را از سرمایه‌گذاران خارجی در برابر تبعیضات اجتماعی به عمل آورد، زیرا شرط ملت کامله‌الوداد تنها قابل اعمال به برنامه‌های تشویقی عامی

^۱ UNCTAD (1999), op.cit., pp.(30-32).

^۲ Pick – and – Choose .

^۳ Reverse Discrimination .

است که برای یک صنعت خاص به عنوان یک کل طراحی شده است و لذا معیار ملت کامله‌الوداد در رابطه با معاملات off – on که در آن کشور میزبان مشوقی را بنا به مورد اعطا می‌کند، کاربردی ندارد.^۱

آیا سرمایه‌گذاران خارجی می‌توانند تصمیم بگیرند که از طریق اعمال معیار رفتار متقابل با آن‌ها به منزله سرمایه‌گذار داخلی رفتار شود یا از طریق اعمال معیار ملت کامله‌الوداد، به منزله یک شرکت خارجی رفتار شود. به عبارت دیگر آیا سرمایه‌گذاران حقی به امتزاج این دو معیار دارند؟

مشکلی که باقی می‌ماند این است که چطور در تمامی فعالیت‌های سرمایه‌گذاری بررسی کنیم که کدام یک از دو معیار رفتار متقابل و ملت کامله‌الوداد مطلوب‌تر است. به علاوه اولویت یک رفتار خاص در طول زمان با تغییر در چارچوب حقوقی سرمایه‌گذاری کشور میزبان قابل تغییر است. مسئله آخر این که آیا معیار ملت کامله‌الوداد به تنهایی در کشوری که یکی از صنایعش به کلی درید سرمایه‌گذاران خارجی است، کفایت می‌کند؟ هرچند در این جا نیازی به وجود رفتار متقابل نیست، به این دلیل که تنها معیارها و برنامه‌های دولتی قابل اعمال به این صنعت است، اما با این وجود معیار رفتار متقابل برای تمامی قوانین و مقرراتی که ماهیت عام و کلی دارند مهم است.

مبحث دوم. مناسبات میان معیار ملت کامله‌الوداد و رفتار منصفانه و عادلانه

معیار ملت کامله‌الوداد و رفتار عادلانه و منصفانه می‌تواند در قالب عبارات یکسانی درج شود به نحوی که سرمایه‌گذاری در مرحله پس از استقرار سرمایه را دربرگیرد. هرچند غالباً ملت کامله‌الوداد و رفتار منصفانه و عادلانه منتهی به نتیجه حقوقی یکسانی می‌شوند، اما یکی نیستند.^۲

در الگوی معاهداتی هلند راجع به سرمایه‌گذاری، تعهد به رفتار ملت کامله‌الوداد با استانداردهای رفتاری دیگر یعنی رفتار ملی، رفتار منصفانه و عادلانه و حمایت و امنیت کامل ممزوج شده است.

ماده (۱) ۳ چنین مقرر داشته است:

"(۱) هر یک از دولت‌های متعاقد بایستی رفتار منصفانه و عادلانه را نسبت به سرمایه‌گذاری‌های اتباع متعاقد دیگر تضمین نماید و نبایستی با موازین تبعیضی و نا معقول، فعالیت، موجودیت، مدیریت، استفاده، بهره‌برداری یا انتقال سرمایه‌ها را مختل سازد."

همچنین حمایت و امنیت فیزیکی کاملی را نیز از چنین سرمایه‌گذاری‌هایی به عمل آورده است.^۳

^۱ Ibidem.

^۲ UNCTAD (1999 d), Fair and Equitable Treatment (New York and Geneva: United Nations), United Nations Publication (forth coming), p.5.

^۳ OECD, op.cit., pp. (3-4).

مبحث سوم. مناسبات متقابل میان تجارت و سرمایه‌گذاری در رابطه با معیار ملت کامله‌الوداد

هرچند معیار ملت کامله‌الوداد هم در حوزه تجارت و هم سرمایه‌گذاری اعمال می‌شود، اما قلمرو اعمال آن در هر یک از این حوزه‌ها متفاوتست. در حوزه تجارت معیار ملت کامله‌الوداد تنها به اقداماتی در سطح خارجی، به ویژه تعرفه‌ها اعمال می‌شود. اما در سرمایه‌گذاری معیار ملت کامله‌الوداد نسبت به رفتار سرمایه‌گذارانی قابل اعمال است که به داخل سرزمین وارد شده و اقدام به سرمایه‌گذاری کرده‌اند. هر چند بعضی از موافقتنامه‌ها اعمال معیار ملت کامله‌الوداد را به مرحله قبل از ورود سرمایه نیز گسترش داده‌اند.

امروزه جایگاه بخش عمده‌ای از تجارت بین‌الملل در میان شرکت‌های فراملی است. علاوه بر این، سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی نیز می‌تواند سبب ایجاد جریان‌ات تجاری جدیدی شود و موازین تجاری نیز می‌تواند جریان‌ات سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی را متأثر سازد.^۱

با رشد فعالیت‌های سرمایه‌گذاری و تأسیس شبکه‌های سرتاسری و یکپارچه تولید، وابستگی متقابل تجارت و سیاست‌های سرمایه‌گذاری قوی‌تر از قبل شده است.^۲ واحدهای مختلف یک شرکت فراملی، دیگر واحدهای شبه مستقل نیستند، بلکه تمایل به پیوند و ارتباط بسیار نزدیک از طریق کانالهای تکنولوژی و تجارت و تولیدات گوناگون دارند.^۳

سوال این است که آیا تعهد به اعطا رفتار ملت کامله‌الوداد در موضوعات سرمایه‌گذاری خود به خود به حوزه تجارت نیز قابل تسری است؟

معیار ملت کامله‌الوداد قلمرو وسیعی دارد و شامل حفظ و بقا و استفاده از سرمایه هم می‌شود. روابط تجاری در یک شرکت فراملی نیز بخشی از این فعالیت هاست. هم تجارت و هم سرمایه‌گذاری در معیار ملت کامله‌الوداد به دنبال این هستند که از دستیابی ترجیحی به بازار در کشور میزبان اجتناب شود. لذا معیار ملت کامله‌الوداد در رابطه با موضوعات سرمایه‌گذاری می‌تواند کشورها را از تبعیض علیه سرمایه‌گذاران خارجی در رابطه با فعالیت‌های تجاری شان بازدارد. در نتیجه انعقاد یک موافقتنامه تجاری - ترجیحی با یک کشور نمی‌تواند منجر به تبعیض شود، زیرا هر سرمایه‌گذاری می‌تواند اصولاً از آن منتفع شود.

مشکل جایی است که میان شرکتهای فراملی در حال رقابت تجارت درون شرکتی گسترده‌ای وجود داشته باشد. در این جا شرکت مادر که مثلاً در کشور الف قرار دارد و شرکت‌های خارجی وابسته به طور یکجانبه بهره مند از رفتار ملت کامله‌الوداد می‌شوند. این باعث یک تبعیض دو فاکتو می‌شود. اما چنین رفتار

1 UNCTAD (1999 E), "Investment Related Trade Measures" (NewYork and Geneva: United Nation, United Nations Publication Sales No. E. 98.11.D.15.

2 UNCTAD (1996 b), World Investment Report 1996: "Trade and International Policy Arrangements" (NewYork and Geneva: United Nation), United Nations Publication, sales No. E. 96. 11. A.14.

3 UNCTAD (1993), World Investment Report 1993: "Transnational Corporations and Integrated International Production", sales, No. E. 93. II. A.14.

ترجیحی تا جایی که مشمول استثنائات معیار رفتاری ملت کامله‌الوداد در سازمان تجارت جهانی می‌شود، شامل حال شرط ملت کامله‌الوداد مرتبط با سرمایه‌گذاری نیز خواهد شد.

از طرف دیگر آیا معیار ملت کامله‌الوداد در حوزه تجارت، خود به خود به حوزه سرمایه‌گذاری هم تسری می‌یابد؟ به عبارت دیگر آیا سرمایه‌گذاری می‌تواند به عنوان یکی از طرق آن جام تجارت تلقی شود؟ اصولاً، تجارت و سرمایه‌گذاری دو روش مهم و عمده در فراهم سازی و ارائه بازار خارجی به شمار می‌روند. همان طور که گاتس نشان داد، تجارت در خدمات مستلزم حضور تجاری در کشور میزبان است. لذا اگر یک موافقتنامه بین‌المللی دربردارنده تعریف موسعی از تجارت باشد، در آن صورت معیار ملت کامله‌الوداد در تجارت شامل معیار ملت کامله‌الوداد در سرمایه‌گذاری نیز خواهد شد.^۱

مبحث چهارم. مناسبات میان معیار ملت کامله‌الوداد و حداقل استانداردهای بین‌المللی

دکترین حقوقی میان معیار ملت کامله‌الوداد و حداقل معیارهای بین‌المللی که بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی است، تمایز قائل است.

حداقل معیارهای بین‌المللی، رفتاری را که منتهی به تجاوز، سوء برداشت یا غفلت عامدانه از وظیفه شود و یا منتهی به ناکارآمدی عملکرد دولت‌ها شود، به نحوی که هر فرد معقول و متعارفی به راحتی این ناکارآمدی را تشخیص دهد، منع کرده است (قضیه ایالات متحده علیه مکزیک)^۲

موافقتنامه‌های حمایت از سرمایه‌گذاری معمولاً با ارجاع به این معیارها، عملکردهای خودسرانه و نامعقول را ممنوع می‌کنند.

تبعیض به دلایل تابعیتی، نمی‌تواند نقض این معیارها به حساب آید، زیرا می‌توان دلایل معتبری یافت که چرا یک کشور رفتار ترجیحی را به سرمایه‌گذاران دارای یک تابعیت خاص می‌دهد. لذا معیار ملت کامله‌الوداد می‌تواند ماهیتاً وضعیت سرمایه‌گذاران خارجی را که به نحو دیگری در حقوق بین‌الملل عرفی منعکس شده است را اصلاح کند.

همچنین معیار ملت کامله‌الوداد به عنوان یک معیار معاهده محور (مبتنی بر معاهده) می‌تواند تعهد الزام آوری را ایجاد کند که حداقل استانداردهای بین‌المللی مورد اختلاف موجود قادر به چنین کاری نیستند.^۳

^۱ UNCTAD (1999), op.cit., p.34.

^۲ "United States – Mexican General Claims Commission", United Nations Reports of International Arbitral Awards, 1926, vol. 4. pp. (61-62).

^۳ UNCTAD (1999), op.cit., p.35.

مبحث پنجم. مناسبات میان معیار ملت کامله‌الوداد و معیارهای عملکردی کشور میزبان

به غیر از استراتژیهای توسعه‌ای - انفرادی کشورهای میزبان، گاهی این کشورها شرایط عملکردی خاصی را بر سرمایه‌گذاران تحمیل می‌کنند؛ نظیر، پیش شرط‌های ماهوی محلی یا انتقال تکنولوژی. اغلب موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری، مقررات صریحی در این خصوص ندارند اما این معیارها مشمول قاعده ملت کامله‌الوداد هستند، زیرا مربوط به عملکرد، فعالیت و حفظ و ابقا سرمایه‌گذاری می‌شوند. لذا کشور میزبان نمی‌تواند الزامات متفاوتی را بر سرمایه‌گذاران خارجی با تابعیت‌های مختلف وضع کند. این ممنوعیت در موافقتنامه‌های تریمس که تنها در رابطه با معیار رفتار متقابل و محدودیت‌های کمی تعهداتی را بر اعضا تحمیل نموده است، یافت می‌شود.^۱

مبحث ششم. مناسبات میان معیار ملت کامله‌الوداد و ضبط و مصادره اموال

اهمیت معیار ملت کامله‌الوداد در حوزه سلب مالکیت و مصادره سرمایه‌ها و لزوم حمایت از سرمایه‌گذاری در برابر آشوبها و نزاع‌های داخلی، ضبط و توقیف اموال که به دلیل مخاصمات مسلحانه، حالت ضرورت، انقلاب، شورش‌های داخلی یا دیگر حوادث مشابه بر سرمایه‌گذار خارجی که در کشور میزبان سرمایه‌گذاری کرده است، وارد می‌شود، قابل ملاحظه است.

هر گونه سلب مالکیتی می‌بایست بدون تبعیض آن جام شود. در رابطه با موضوع حمایت، چنان چه کشور میزبان تصمیم به پرداخت غرامت در برابر زیان‌های وارده بگیرد، مرتکب تبعیض نخواهد شد، در این صورت چنین رفتاری با معیار ملت کامله‌الوداد منطبق است. در الگوی معاهداتی ۱۹۹۸ آلمان راجع به سرمایه‌گذاری، مقرر ملت کامله‌الوداد دیگری نیز آمده است که صرفاً مربوط به حمایت و امنیت کامل سرمایه‌گذاری‌ها و سلب مالکیت می‌شود که این موضوعات در ماده ۴ بررسی شده است.

ماده ۴ مقرر می‌دارد: "سرمایه‌گذاران هر یک از اعضای متعهد بایستی بهره‌مند از رفتار ملت کامله‌الوداد در سرزمین دولت متعهد دیگر در رابطه با موضوعات مقرر در این ماده شوند."^۲

مبحث هفتم. مناسبات متقابل میان معیار ملت کامله‌الوداد و موضوع رقابت

فهم معیار ملت کامله‌الوداد در رابطه با قوانین رقابتی به ویژه قواعد آنتی تراست مهم است.^۳ نبود یک سیاست رقابتی مؤثر باعث می‌شود تا اولین سرمایه‌گذار خارجی که وارد کشور میزبان می‌شود یک وضعیت انحصاری را بدست آورد.

¹ Ibid, p.33.

² Ibid, pp. (33 – 34).

³ UNCTAD (1997), World Investment Report 1997: Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy (New York and Geneva United Nations), United Nations Publication, sales No. E. 98.II. D. 5.

تعهد رفتاری ملت کامله‌الوداد هیچ کمکی به او در برابر رقبای بعدیش که سعی در شکستن انحصار دارند، نمی‌کند.

همچنین اگر سرمایه‌گذار خارجی در برابر رقابت ناعادلانه میان شرکت‌های خارجی دیگر حمایت نشده باشد، معیار ملت کامله‌الوداد در مرحله بعد از استقرار سرمایه‌گذاری می‌تواند تضعیف شود، زیرا تنها قوانین رقابتی می‌تواند پاسخی به این موارد باشد تا یک رقابت متعادل و متوازن میان سرمایه‌گذاران خارجی که در بازار کشور میزبان فعالیت می‌کنند برقرار شود.

گفتار نهم. استراتژی‌های توسعه و معیار ملت کامله‌الوداد

کشورهای میزبان می‌توانند پذیرش و استقرار سرمایه‌گذاری را محدود یا حتی سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی را در صنایع خاصی ممنوع کنند. هدف اصلی از چنین کاری افزایش توانایی‌های بومی، به ویژه توسعه تکنولوژیکی کشور میزبان است. محدودیت‌های وارده بر ورود سرمایه خارجی معمولاً نسبت به صنایع یا فعالیت‌های خاصی اعمال می‌شود و تفاوت میان سرمایه‌گذاران کشورهای مختلف به دلیل تابعیت خاص سرمایه‌گذار خارجی در قلمرو محدودیت‌ها جایز نیست.

از آن جا که هدف از چنین محدودیت‌هایی حمایت از سرمایه‌گذاری‌های داخلی در برابر رقابت خارجی به طور کلی است، موانع ورودی بایستی متساویا نسبت به همه سرمایه‌گذاران خارجی اعمال شود تا مؤثر افتد. لذا دستیابی به بازار بر مبنای عدم تبعیض نفی می‌شود و لازمه آن استثنا قائل شدن بر معیار رفتار متقابل است و نه معیار ملت کامله‌الوداد.

در گذشته و با گستره محدودتری در حال، سیاست داخلی کشورهای در حال توسعه در خصوص سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی به طور چشمگیری متنوع‌تر شده است.

از یک سو سیاست‌های در باز هیچ تلاشی را در جهت مداخله در جریان سرمایه‌گذاری بین‌المللی یا رفتار سرمایه‌گذاران آن جام نمی‌دهد. در این موارد کشور میزبان می‌تواند مشوق‌های خاصی را جهت سرمایه‌گذاری در فعالیت‌های اقتصادی خاص ارائه دهد، زیرا به دنبال جذب سرمایه‌های سرمایه‌گذارانی است که برای ترفیع اقتصاد داخلی و تعمیق شالوده تکنولوژیکی کشور میزبان سودمند است.

استثنای وارده بر معیار ملت کامله‌الوداد که مبتنی بر تابعیت خارجی سرمایه‌گذاران است با استراتژی دولت میزبان که معتقد است بهترین روش توسعه اقتصادی کشور برقراری و حفظ روابط اقتصادی خاص با یک یا چند کشور خاص است (که به استراتژی انتخاب شرکاء معروف است) منطبق و هماهنگ است. لذا کشورهای مزبور دستیابی به بازار یا دیگر مزایای خاص را تنها به سرمایه‌گذاران چنین کشورهایی اعطا می‌کنند. این استراتژی به این معناست که یک یا چند کشور که دارای منافع استراتژیک هستند از میان

سایر شرکاء بالقوه شناسایی شوند. اعطاء همان شرایط به سرمایه‌گذاران کشورهای دیگر باعث تضعیف استراتژی مشارکت می‌شود. کشور میزبان منافع نسبی حاصله و مرحله توسعه‌ای خود را با منافع شریک در یک صف قرار می‌دهد. آن چه معلوم نیست این است که چرا دستیابی به سرمایه‌گذاری دسته‌ای از سرمایه‌گذاران مطلوب تر از دستیابی به دسته دیگری از سرمایه‌گذاران است، در جایی که اهداف مهم توسعه برآورده شده است. به نظر می‌رسد که استراتژی‌هایی از این نوع مبتنی بر تمایز میان سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی است و نه تمایز میان سرمایه‌گذاران خارجی. لذا کشورهای میزبان می‌توانند استراتژی‌های توسعه‌ای خود را بدون تبعیض میان سرمایه‌گذاران کشورهای مختلف خارجی دنبال کنند.^۱

از طرف دیگر سیاست‌های بسیار محدودکننده‌ای که بر سرمایه‌گذاری خارجی محدودیت‌های زیادی را تحمیل می‌کند. مسئله این نیست که کدام یک از این دو روش توسعه اقتصادی را افزایش می‌دهد، بلکه آن چه مدنظر است، این است که آیا معیار ملت کامله‌الوداد نقش ویژه‌ای را در کشورهای در حال توسعه دارد یا خیر؟^۲ کشورهایی که سیاست لیبرال را در برابر سرمایه‌گذاران خارجی تعقیب می‌کنند، بر این باورند که سرمایه‌گذاری خارجی یکی از طرق افزایش تولید و رقابت محلی است.

معیار ملت کامله‌الوداد جزء ذاتی سیاست‌های توسعه‌ای کشورهای در حال توسعه است. بنابراین سیاست دربار به این معناست که هیچ محدودیت یا تبعیضی میان سرمایه‌گذاران خارجی به دلایل تابعیتی وجود نداشته باشد. از طرف دیگر استراتژی‌های مداخله انتخابی وجود دارد. کشورهایی که به دنبال این استراتژی‌ها هستند سرمایه‌گذاران خارجی را به طرف فعالیت‌هایی می‌رانند که برای توسعه اقتصادی‌شان اهمیت ویژه دارند^۳ چنین سیاست‌هایی در افزایش و تعمیق روند توسعه صنعتی سهم ویژه‌ای دارند، لازمه این روش شناسایی فعالیت‌هایی است که در آن یک کشور می‌تواند به طور معقولانه‌ای امید دستیابی به منافع نسبی و افزایش تولید در چنین حوزه‌هایی را داشته باشد.^۴

۱- چنین استثنائاتی می‌تواند سبب شود تا «کشورهای قربانی» به مقابله به مثل دست زنند، بویژه از طریق ترک کشور میزبان. از آنجا که سرمایه‌گذاران خارجی، امروزه متعلق به شرکت‌هایی هستند که روز به روز بر تعدادشان افزوده میشود و نیز شاهد افزایش رو به رشد کشورهایی هستیم که شرکت هایشان وارد عمل شده اند، لذا، چنین مقابله به مثلی می‌تواند منجر به نتایج اقتصادی معکوس و سوء شود.

۲ UNCTAD (1999 f), Foreign Direct Investment and Development (NewYork and Geneva: United Nations, United Nations Publication, sales No. E. 95.II.D. 15.

۳ Agosin Manuel R. and Francisco J. Prieto (1993), "Trade and Foreign Direct Investment Policies: Pieces of a new strategic approach to development?" Transnational corporations, 2002 (August), pp. (63 – 86).

۴- این به دو طریق قابل انجام است:

(۱) از طریق کنترل بر ورود سرمایه‌گذاران، در جایی که حمایت از توسعه تکنولوژیکی بومی لازم است.
(۲) از طریق ارائه مشوق‌های خاص بر سرمایه‌گذار خارجی در بخش‌هایی که مشارکت خارجی مورد تقاضاست.
در این حالت، هدف هدایت تخصیص منابع و امکانات سرمایه‌گذاران خارجی در کشور میزبان و تحریک سرمایه‌گذاران به استقرار فعالیت‌های پیچیده‌تر از قبل در کشورهای میزبان است. علاوه بر این چنین سیاستی می‌تواند الزامات و پیش شرط‌های اجرایی خاصی را به کار گیرد تا توسعه اقتصادی را در جنبه‌های خاص، به پیش ببرد.

جمع بندی :

دیر زمانی است که رفتار ملت کامله‌الوداد تبدیل به یک معیار محور و پایه در روابط اقتصادی بین‌المللی شده است. بایستی تأکید کرد که معیار ملت کامله‌الوداد در قلب چندجانبه گرایی قرار گرفته است و اصل محوری در موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی شده است. با این وجود، این معیار انعطاف پذیر است و کشورها می‌توانند سیاست‌های خودشان را در رابطه با موضوع رفتار سرمایه‌گذار خارجی قبل و بعد از ورود سرمایه و هم از طریق وارد کردن استثنائات و رزروها به معیار ملت کامله‌الوداد دنبال کنند. هرچند اعمال شرط در حوزه‌ی سرمایه‌گذاری بین‌المللی اوج بیشتری به نسبت تجارت بین‌المللی گرفته است، اما رفتار ملت کامله‌الوداد در کنار رفتار ملی به عنوان یکی از معیارهای مهم رفتاری برای سرمایه‌گذاران یا سرمایه‌گذاری‌های آن‌ها مورد پذیرش قرار گرفته است.

علی‌رغم شیوع شروط ملت کامله‌الوداد در معاهدات سرمایه‌گذاری چنین شروطی دارای معنای جهان شمول نیستند. در واقع فرمول و نحوه اعمال شروط ملت کامله‌الوداد در معاهدات سرمایه‌گذاری به طور گسترده‌ای مختلف و متنوع شده است.

معیار ملت کامله‌الوداد به طور گسترده‌ای به کار می‌رود و استثنائات و رزروهایی به آن زده می‌شود. برای تعیین محتوای شرط دو انتخاب مطرح است:

۱. آیا ملت کامله‌الوداد تنها به رفتار پس از ورود سرمایه محدود است یا شامل هر دو مرحله قبل و بعد از ورود سرمایه نیز می‌شود؟

۲. آیا در هر یک از دو مورد فوق می‌توان استثنائاتی را به شرط ملت کامله‌الوداد وارد ساخت؟ در پاسخ به موضوع اول باید گفت که این موضوع اولاً وابسته به این است که آیا یک کشور میان رفتار قبل از ورود با بعد از ورود سرمایه تفاوت می‌گذارد یا خیر.

و در مرحله دوم باید دید که آیا اوضاع و احوال غالب یا سیاست‌های مهم داخلی، دخالتی در رفتار سرمایه‌گذاران کشورهای مختلف به روش‌های گوناگون دارد یا خیر. در رابطه با استثنائات سه طبقه عمده قابل تشخیص است:

طبقه اول، شامل استثنائات عام و کلی است که مبتنی بر سیاست کلان دولت یا امنیت ملی است. این استثنائات فی‌نفسه رفتار ملت کامله‌الوداد را هدف قرار نمی‌دهد، بلکه غیر مستقیم حوزه اعمال آن را محدود می‌سازد.

طبقه دوم، تنها استثنائات را در رابطه با طیف محدودی از بخش‌ها یا موضوعات توافق شده میان اعضای متعاهد اجازه می‌دهد (به ویژه مالیات، مالکیت فکری، شناسایی متقابل، حمل و نقل، ریو (REIO))^۱ سومین طبقه، آزادی بیشتری را به اعضا داده است و اصولاً استثنائات را به انتخاب آن‌ها واگذار نموده است، مشروط بر این که استثناء مربوطه در فهرست جداول خاص کشوری آمده باشد. مثلاً، در رابطه با کمک‌های مالی باید توجه داشت که به مرور که کشورهای میزبان به اقتصاد جهانی می‌پیوندند، ممکن است در مواردی نیاز به استفاده از استثنائات خاص رفتار ملت کامله‌الوداد پیدا کنند، حتی اگر چنین استثنائاتی الزاماً ملهم از ملاحظات توسعه‌ای آن‌ها هم نباشد. بخصوص تعدادی از استثنائات خاص متقابل پذیرفته شده است.

برای مثال هر چه قدر کشوری موافقتنامه‌های دوجانبه شبکه مالیاتی مضاعف خود را گسترش دهد، با موضوع استثنائات رفتار ملت کامله‌الوداد بیشتر مواجه می‌شود.

ترتیبات شناسایی متقابل نیز حوزه دیگری است که از طریق گسترش یک طرفه منافع ترتیبات به کشورهای ثالث، منجر به تضعیف رفتار ملت کامله‌الوداد شده است. نهایتاً این که کشورها به طور فزاینده‌ای توسل به استثنائات رفتاری ملت کامله‌الوداد را از طریق شروط ریو دنبال می‌کنند.^۱ اما اشاره به راه‌های گوناگون برای محدود کردن رفتار ملت کامله‌الوداد به معنای حمایت از آن‌ها نیست، بلکه به این معنا است که اگر کشوری واقعاً می‌خواهد این استثنائات را به کار ببرد، به ارزیابی خود او موکول است. البته، تنها در زمینه شرایط خاص آن استثنا. استثنائات رفتاری ملت کامله‌الوداد تنها در موارد استثنائی و به جهت اهداف توسعه قابل توجیه هستند.

وجود ارتباطات قوی میان ملت کامله‌الوداد و دیگر مفاهیم مرتبط با سرمایه‌گذاری نظیر مشوق‌های سرمایه‌گذاری، سیاست‌های رقابتی و تجاری، حداقل معیارهای رفتاری و... اهمیت معیار ملت کامله‌الوداد را مورد تأکید قرار داده است و منجر به اعمال آن نسبت به طیف وسیعی از موضوعات فوق شده است.

^۱ - درباره آخرین مورد استثنا یعنی ریو، این سؤال مطرح می‌شود که در چه مرحله‌ای از اتحادیه استثنا بر ملت کامله‌الوداد توجیه پذیر است؟ یکی از روش‌ها این است که استثنا زمانی قابل توجیه است که اتحادیه موردنظر در یک منطقه از لحاظ کیفی متفاوت از اتحادیه‌ای باشد که تنها بر معیار عدم تبعیض مبتنی است. لذا ریو می‌تواند به مرحله‌ای برسد که در آن دولت‌های عضو متعهد شوند تا تمامی موانع احتمالی بر سر راه سرمایه‌گذاری را از میان بردارند، صرفنظر از اینکه این موانع تبعیضی هستند یا خیر. مادامی که اعضا ریو معیار عدم تبعیض را در میان خود می‌پذیرند، توجیه استثنائات ملت کامله‌الوداد در رابطه با غیر اعضا مشکلتر می‌شود.

فصل دوم: رویه قضایی بین‌المللی در خصوص اعمال شرط ملت کامله‌الوداد در حوزه حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی

گفتار اول: اعمال شرط ملت کامله‌الوداد نسبت به موضوعات ماهوی

در زمینه سرمایه‌گذاری خارجی نوعاً شرط رفتاری ملت کامله‌الوداد برمی‌گردد به این که چگونه یک دولت با اشخاص و کالاهای خارجی به هنگام ورود به داخل سرزمینش و بعد از آن برخورد می‌کند. از نقطه نظر موضوعی، به این معناست که چگونه دولت میزبان با سرمایه‌گذاری خارجی و یا سرمایه‌گذاری‌های آن‌ها پس از آن جام سرمایه‌گذاری رفتار می‌کند. این موضوع زمانی حادث می‌شود که میان دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی اختلافی بوجود آید. موضوع ارزیابی عملکرد شرط رفتاری ملت کامله‌الوداد معمولاً در دیوان‌های داوری مورد بررسی قرار گرفته است که می‌توان آن‌ها را در سه دسته طبقه‌بندی کرد:

مبحث اول: اعمال شرط نسبت به معیارهای مسوولیت

قضیه "سری لانکا علیه AAPL": این دعوا بر طبق شرط داوری ایکسید مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری انگلستان و سری لانکا (۱۹۸۰) اقامه شد و ناشی از جبران خسارتی بود که بخاطر زیان وارده به سرمایه‌گذاری خواهان در نتیجه عملکرد شورشیان در جنگ‌های داخلی سری لانکا وارد شده بود. ماده ۳ معاهده مذکور حاوی شرط رفتاری ملت کامله‌الوداد بود و مطابق آن خواهان مدعی اعمال معیارهای مسوولیت مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری ۱۹۸۱ سوئد و سری لانکا شده بود.

دیوان درخواست خواهان را رد کرد به این دلیل که بر دیوان ثابت نشده است که معاهده سری لانکا و سوئد دربردارنده قواعدی است که مطلوب تر از آن چیزی است که در معاهده سری لانکا و انگلستان آمده است و لذا ماده ۳ معاهده اخیر نمی‌تواند در قضیه حاضر قابل استناد باشد. در قضیه "آرژانتین علیه CMS"^۱، خواهان با استناد به شرط رفتاری ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری ۱۹۹۱ ایالات متحده و آرژانتین، خواستار اعمال معیارهای مسوولیت مندرج در دیگر معاهدات سرمایه‌گذاری آرژانتین شده بود^۲، به این دلیل که معاهدات سرمایه‌گذاری آرژانتین دربردارنده هیچ استثنایی برخلاف معاهده سرمایه‌گذاری آرژانتین و ایالات متحده نبودند.^۳ دیوان این درخواست را هم رد کرد زیرا متقاعد نشد که شرط بتواند نقشی را در این قضیه بازی کند.^۴

^۱ AAPL v Sri Lanka, ICSID CaseNo. Arb/87/3, Award of 27 June 1990, ICSID Reports, vol 4, at. 246ff

^۲ Ibid, para. 54.

^۳ Cms Gas Transmission Co v Argentina, ICSID Case No. Arb/01/8, Award of 20 April 2005, <<http://www.Worldban.org/icsid>>, 30.6.2009.

^۴ Ibid para. 343.

^۵ Ibid, para. 377.

مبحث دوم: اعمال شرط در رابطه با رفتار منصفانه و عادلانه

رابطه میان اصل عدم تبعیض و معیارهای رفتار منصفانه و عادلانه یک رابطه سلسله مراتبی نیست. معیار رفتار منصفانه، معیار مافوقی نیست که بتواند معیارهای رفتاری دیگر از قبیل معیارهای عدم تبعیض را شامل شود.^۱ معیار رفتار منصفانه، معیار شایعتری در زمینه سرمایه‌گذاری خارجی به نسبت دیگر معیارهای عدم تبعیض و بخصوص معیار ملت کامله‌الوداد است و لذا مورد توجه و استفاده بیشتر خواهان‌ها قرار گرفته است. اما در دهه اخیر، وضعیت تغییر کرده و اغلب اسناد و معاهدات بین‌المللی جدید مربوط به سرمایه‌گذار به معیار رفتاری ملت کامله‌الوداد روی آورده اند لذا امروزه این معیار رفتاری در حقوق تجارت بین‌المللی و حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی بیش از گذشته شایع شده است. و این خود ناشی از اهمیت رو به افزایش سرمایه‌گذاری‌های خارجی در روند تجمیع اقتصاد جهانی، رشد مکمل تجارت و سرمایه‌گذاری در کنار هم، تغییر الگوی جغرافیایی جریان‌های سرمایه‌گذاری خارجی، افزایش رقابت میان دولت‌ها بر سر جذب سرمایه‌های خارجی و نیاز سرمایه‌گذاری‌های خارجی به افزایش ارتباط و شفافیت در چارچوب حقوق بین‌الملل می‌باشد.

با توجه این که رفتار ملت کامله‌الوداد کاملاً با تغییرات سریعی که در بسیاری از کشورهای در حال توسعه رخ داده است و آزادسازی تدریجی تجارت که این کشورها در پیش گرفته اند، ارتباط دارد، موضوع اعمال معیار ملت کامله‌الوداد نسبت به موضوعات ماهوی رفتار بخصوص معیار رفتار منصفانه و عادلانه می‌تواند مطرح شود.^۲

برای اولین بار این موضوع در دو قضیه نفتا مطرح شد:

در قضیه "پاپ و تالبوت علیه کانادا"، هیچ یک از طرفین به ماده ۱۱۰۳ نفتا که در بیان معیار رفتار ملت کامله‌الوداد بود، استناد نکرد. خواهان تنها به ماده ۱۱۰۵^۳ استناد می‌کرد که اشاره به رفتار منطبق با حقوق بین‌الملل از قبیل رفتار منصفانه و عادلانه و حمایت و امنیت کامل سرمایه‌ها داشت.^۴ دیوان به تفسیر ماده

1 Vasciannie, S., "The Fair and Equitable Treatment Standard International Investment Law and Practice", 70 BYIL 99 (1999), at (132 – 8), (147 – 9).

2 Acconci, Pia, Most – Favoured – Nation Treatment, the Oxford Hand book of International Investment Law, Oxford University Press Inc., NewYork © P Much linski, Fortino, Cshruer, 2008, p. 402.

۳ - ماده ۱۱۰۵ نفتا تحت عنوان حداقل معیار رفتاری چنین مقرر می‌دارد:

۱. هر یک از طرفین بایستی به سرمایه‌های سرمایه‌گذاران طرف دیگر رفتاری را اعطا کند که منطبق با رفتار منصفانه و عادلانه و حمایت و امنیت کامل از سرمایه هاست.

۲. بدون اینکه خدشه‌ای به بند ۱ وارد شود، هر یک از طرفین بایستی به سرمایه‌گذار و سرمایه‌های سرمایه‌گذاران طرف دیگر رفتار غیر تبعیضی را که در رابطه با اقداماتی که منجر به ایراد صدمه به سرمایه‌گذاری‌های انجام شده در سرزمینش به دلیل مخاصمات مسلحانه یا آشوب‌های داخلی می‌شود اعطا کند.

4 Pope & Talbot Inc. v Canada Arbitral Tribunal under Chapter 11 of the NAFTA Agreement, Award on the Merits of Phase 2 of 10 April 2001, paras, 105 ff. (This Award is available on the website: <[http:// www.naftaclaims.com](http://www.naftaclaims.com)>), 4.7.2009.

۱۱۰۵ در کنار عبارات به کار رفته در دیگر معاهدات سرمایه‌گذاری پرداخت. ^۱ دیوان به این نتیجه رسید که اعضا نفتاً معمولاً رفتار منصفانه را به طور یکسان به تبعه و سرمایه‌گذار خارجی اعطا کردند. لذا دیوان این ادعا را که ماده ۱۱۰۵ تنها شامل سوء رفتار شدید می‌شود، رد کرد. ^۲

مطابق با نظر دیوان، هر رفتار غیر منصفانه ای مطابق ماده ۱۱۰۵ موافقتنامه نفتاً به این تصمیم نه تنها به دلیل زمینه، موضوع و هدف نفتاً رسیداً بلکه یک دلیل عملکردی هم داشت. ^۳ دیوان تأکید کرد که به جای توسل به ماده ۱۱۰۵، سرمایه‌گذاران می‌توانند به اصل انصاف از طریق رفتار ملی و شروط ملت کامله‌الوداد مقرر مواد ۱۱۰۲ و ۱۱۰۳ موافقتنامه نفتاً دست یابند. دیوان خاطر نشان کرد که نمی‌خواهد چنین نیتی را که آشکارا منتهی به یک نتیجه نامعقول و بی معنی می‌شود به اعضا نفتاً نسبت دهد. ^۴ نهایتاً دیوان از نقطه نظر موضوعی نتیجه گرفت که ماده ۱۱۰۵ نفتاً نقض شده است.

در رأی خسارات، دیوان این تصمیم را در راستای یادداشت تفسیری الزام آور کمیسیون تجارت آزاد نفتاً از ماده ۱۱۰۵ یافت و آن را مورد تأیید قرار داد.

دیوان به بررسی نقض‌های احتمالی مواد ۱۱۰۲ و ۱۱۰۳ نفتاً پرداخت زیرا بند ۳ یادداشت تفسیری مقرر می‌کرد که نقض ماده ۱۱۰۵، به طور خودکار ناشی از نقض مقرر دیگر موافقتنامه نفتاً یا یک موافقتنامه بین‌المللی دیگر نبوده است. لذا، دیوان در رأی خسارات به این نتیجه رسید "... که لزومی به بررسی موضوعات راجع به مواد ۱۱۰۲ یا ۱۱۰۳ نمی‌باشد..." ^۵

در "قضیه ADF علیه ایالات متحده آمریکا"، دعوائی به استناد بر ماده ۱۱۰۳ موافقتنامه نفتاً اقامه شد خواهان مدعی بود که ایالات متحده آمریکا این ماده را نقض کرده است زیرا از اعطا رفتاری که مطابق معیارهای رفتاری مندرج در دو معاهده سرمایه‌گذاری دیگر ایالات متحده بوده و مطلوب تر از معیار حداقل رفتاری که حقوق بین‌الملل عرفی مقرر می‌دارد بوده، خودداری ورزیده است ^۶ دیوان این دعوا را رد کرد. البته دیوان تعبیر سرمایه‌گذار از رفتار منصفانه و عادلانه در دو معاهده سرمایه‌گذاری ایالات متحده ^۷ را مورد

¹ Ibid, para. 115.

² Ibid, para. 108.

³ Ibid, in particular paras. (115-16).

⁴ Ibid, para. 117

⁵ Ibid, para. 118.

⁶ Pope & Talbot Inc. v Canada, Award on Damages of 31 May 2002, para 66. This Award, like the one on the Merits, available at: <<http://naftaclaims.com/disputes - canada/disputes - canada - pope. htm>>, 15.6.2009.

⁷ ADF v The United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1, Award of 9 January 2003, paras. (75-80)

⁸ Ibid, paras. (193 – 6).

بررسی قرار داد و اعتراض خواننده به صلاحیت را مورد تأیید قرار داد.^۱ خواننده معتقد بود که مطابق ماده (الف) (۷) ۱۱۰۸ نفتا، ماده ۱۱۰۳ نمی‌تواند شامل مناقصه دولتی شود.^۲

در قضیه "لوچتی علیه پرو"، دعوا بر سر چگونگی اعمال معیارهای رفتاری ملت کامله‌الوداد، منصفانه و عادلانه و ملی بود. خواهان معتقد بود که پرو تمامی تعهدات رفتاری مقرر در معاهده سرمایه‌گذاری شیلی و پرو (۲۰۰۰) را نقض کرده است.^۳ لیکن دیوان به بررسی این موضوعات به دلیل عدم احراز صلاحیت نپرداخت. اما در "قضیه MTD علیه شیلی"، دیوان درخواست خواهان، دایر به تسری شروط رفتاری مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری "۱۹۹۴ شیلی و کروات" و "۱۹۹۳ دانمارک و شیلی"، از طریق عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد مقرر در معاهده سرمایه‌گذاری "۱۹۹۲ شیلی و مالزی" را پذیرفت^۴ در نتیجه، دیوان برای تعهد منصفانه و عادلانه مقرر در معاهده سرمایه‌گذاری شیلی و مالزی یک حوزه گسترده عملکردی را در نظر گرفت.^۵

بخصوص دیوان تصمیم گرفت که چنین تعهدی شامل تعهد به اعطا مجوزها از زمان پذیرش سرمایه‌گذاری و آن جام تعهدات قراردادی، بهمان نحوی که معاهده سرمایه‌گذاری شیلی و کروات و معاهده دانمارک و شیلی مقرر داشته است، نیز می‌باشد.

تلاش موفقیت آمیز دیگری که در راستای پیوند میان معیار رفتار منصفانه و عادلانه با شرط ملت کامله‌الوداد صورت گرفت مربوط به قضیه "بایندیر علیه پاکستان" است.^۶ معاهده ۱۹۹۵ ترکیه و پاکستان، معاهده پایه بود و صراحتاً شامل شرط رفتاری منصفانه و عادلانه نبود. خواهان مدعی بهره مندی از چنین رفتاری از طریق شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در این معاهده بود. علی‌رغم اعتراضات پاکستان دیوان آن را پذیرفت و صلاحیت خود را احراز کرد. و به این نتیجه رسید که دیگر معاهدات سرمایه‌گذاری منعقد از سوی پاکستان حاوی ارجاع صریح به شرط رفتاری منصفانه و عادلانه است.^۷ خواهان معتقد بود که شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری ترکیه و پاکستان صریحاً نقض شده است^۸ این دعوا بر سر پیشنهاد مناقصه

¹ Ibid, paras. (104-7).

² Ibid, para. 196.

³ Lucchetti SA and Lucchetti Peru, SA v Peru, ICSID No. ARB/03/4, Award of 7 February 2005. This award is available on the ICSID website (<<http://www.Worlbank.org/icsid>>). Para. 23, 5.8.2009.

⁴ MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award of 21 May 2004. This award is available on the ICSID website (<<http://www.Worlbank.org/icsid>>), 10.8.2009.

⁵ Ibid, paras (100 – 4, 197 ff).

⁶ Ibid, para. 204.

⁷ Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AŞ v Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction of 14 November 2005. This decision is available on the ICSID website (<<http://www.Worlbank.org/icsid>>), 5.8.2009.

⁸ Ibid, paras. (230 -1).

⁹ Ibid, paras. (210 – 219).

به نفع پیمان‌کاران داخلی بود که پاکستان مدعی بود آن‌ها را جایگزین بایندیر برای اتمام سرمایه‌گذاری کرده است.^۱

قضیه "تلنور علیه مجارستان"، تلاش ناموفقی در جهت رسیدن به این نتیجه بود خواهان نتوانست با تکیه بر شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده پایه "۱۹۹۱ نیروژ و مجارستان"، رضایت به داوری ایکسید را برای اختلافاتی به غیر از آن چه که در این معاهده آمده بود را بدست آورد. صلاحیت ایکسید تنها ناظر بر اختلافات ناشی از سلب مالکیت بود، در حالی که دعوای تلنور مربوط به نقض تعهد دولت خوانده مبنی بر ارائه رفتار منصفانه و عادلانه بود که در معاهده پایه توصیف شده بود.

خواهان مدعی بود که شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده پایه به عنوان یک "پیوند شکلی" به او حق می‌دهد تا از روش گسترده تر حل و فصل اختلافات مندرج در دیگر معاهدات سرمایه‌گذاری که مجارستان با دولت دیگر داشته است^۲ بهره مند شود.

در مقابل مجارستان چنین ادعایی را رد می‌کرد و اشاره داشت که شرط ملت کامله‌الوداد محدود به حقوق ماهوی است و صلاحیت دیوان به ماورا آن چه که در معاهده سرمایه‌گذاری نیروژ و مجارستان آمده است، تسری نمی‌یابد.^۳

دیوان ضمن اشاره به قضایای "زیمنس"، "مافزینی"، "گاز طبیعی" و "سوئز" که در آن تفسیر موسع شرط ملت کامله‌الوداد پذیرفته شده بود و نیز قضایای "پلاما" و "سالینی" که در آن تفسیر مضیق شرط مورد قبول واقع شده بود، به این نتیجه می‌رسد که با توجه به فقدان عبارت پردازی روشن در رابطه با نیت طرفین، روش دیوان پلاما را برگزیده و مطلقاً به قصد آشکار و مصرح طرفین متعاهد استناد نماید.^۴

دیوان برای توجیه تصمیم خود اشاره به ماده ۳۱ کنوانسیون وین ۶۹ معاهدات می‌کند،^۵ این که اثر تفسیر موسع این خواهد بود که دولت میزبان در معرض خطر خرید معاهده ای سرمایه‌گذار قرار گیرد^۶ و موجب بی ثباتی و عدم قطعیت تعهدات شود.^۷ این که آن چه باید اعمال شود تنها اصل مطلق حمایت از یک سرمایه‌گذار که طرف معاهده سرمایه‌گذاری نیست نمی‌باشد بلکه آن چه مهم است قصد طرفین متعاهد است. وظیفه دیوان تفسیر معاهده سرمایه‌گذاری است.^۸ از آن جا که معاهده پایه، داوری را محدود به دعوای

1 Ibid, paras. (208 – 10).

2 Telenor Mobile Communications As v Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Award of 22 June 2006. <<http://www.Worldbank.org/icsid>>, 14.11.2008.

3 Ibid, paras. (20, 41 and 52).

4 Ibid, paras. (20 and 56).

5 Ibid, paras. (90 – 1).

6 Ibid, para. 92.

7 Ibid, para. 93.

8 Ibid, para. 94.

9 Ibid, para. 95.

مربوط به سلب مالکیت کرده است^۱ دیوان صلاحیت بر دعاوی به غیر از مورد اخیر، نظیر آن چه "تلنور" مدعی نقض آن است یعنی ارائه رفتار منصفانه و عادلانه را رد می‌کند.^۲

مبحث سوم : اعمال شرط در رابطه با معیار غرامت

شرط رفتاری ملت کامله‌الوداد در زمینه معیار غرامت به هنگام سلب مالکیت نیز مورد استناد قرار گرفته است. در قضیه "CME علیه جمهوری چک"^۳، مطابق معاهده پایه (هلند و جمهوری چک) میزان غرامت بر اساس ارزش واقعی سرمایه زیان دیده تعیین گردیده بود. خواهان با استناد به شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در بند (۵) ۳ معاهده فوق مدعی اعمال معیار غرامت مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری میان جمهوری چک با ایالات متحده شده بود که در آن میزان غرامت بر اساس ارزش عادلانه بازاری سرمایه صادره شده در زمان سلب مالکیت تعیین می‌شد. دیوان با تکیه بر شرط ملت کامله‌الوداد رای داد که میزان غرامت بایستی با ارزش عادلانه بازاری سرمایه برابر باشد. به عبارت دیگر ارزش واقعی را باید طوری تفسیر کرد که از ارزش عادلانه بازاری کمتر نباشد.^۴

گفتار دوم : اعمال شرط ملت کامله‌الوداد نسبت به موضوعات شکلی

رشد و پیشرفت تفسیر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری در داوری میان دولت و سرمایه‌گذار منجر به ایجاد نهاد حقوقی جدیدی در دل رویه قضایی شده است که به تعریف صلاحیت دیوان های بین‌المللی در اختلافات مربوط به معاهدات سرمایه‌گذاری می‌پردازد.^۵

به مرور که رویه قضایی رشد می‌کند و به بلوغ می‌رسد، سرمایه‌گذاران و دولت ها بیش از پیش روی به مقررات آشکارتر و صریح‌تر در موضوعات صلاحیتی می‌آورند، نظیر قاعده تمایز میان دعاوی قراردادی و معاهده‌ای. اما حتی اگر تعداد تصمیمات داوری راجع به صلاحیت در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری افزایش یابد، باز هم معدود حوزه‌های پیچیده‌ای وجود دارد که امکان رسیدن به یک اجماع حقوقی در آن وجود ندارد. تأثیر شرط ملت کامله‌الوداد بر روش‌های حل و فصل اختلاف در معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه مثال بارزی در این خصوص است. معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری جدید عموماً به سرمایه‌گذاران حق می‌دهند تا دعاوی مربوط به سرمایه‌گذاری خود علیه دولت میزبان را به داوری ببرند. امروزه هزاران معاهده

¹ Ibid, paras. (97, 100).

² Ibid, para. 102.

³ - CMEv. Czech Republic, Final Award, 14 March 2003, 9 ICSID Reports 264.

⁴ - Ibid, para.500

⁵ Freyer, Dana H. And Herlihy, David, Most – Favoured Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How “Favoured” is “Most Favoured”? ICSID Review, FIJL 58(2005)., p. 60.

⁶ Ibidem.

سرمایه‌گذاری دوجانبه مقرر کرده‌اند که سرمایه‌گذاران اختلافات راجع به سرمایه‌گذاریشان را به یک نهاد بی‌طرف نظیر مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری (ایکسید)^۱ جهت داوری ارجاع نمایند. اغلب معاهدات مربوط به سرمایه‌گذاری حاوی شرط ملت کامله‌الوداد است که به سرمایه‌گذاران حق می‌دهد تا از رفتاری که از نظر مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به سرمایه‌گذاران دولت میزبان یا هر دولت ثالث دیگری نمی‌باشد، بهره‌مند شوند. در این بخش بررسی خواهیم کرد که چگونه شروط ملت کامله‌الوداد با مقررات حل و فصل اختلاف در معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه تعامل و تداخل می‌کنند.

در رابطه با اعمال مقررات مطلوب تر حل و فصل اختلاف مندرج در معاهده ثالث فروض چندی متصور است: فرض اول، زمانی است که معاهده اصلی هیچ مقرره‌ای در خصوص حل و فصل اختلاف ندارد. در این حالت آیا ذی نفع شرط می‌تواند از حق دستیابی به داوری بین‌المللی مندرج در معاهده ثالث بهره‌مند شود؟ فرض دوم، چنان چه معاهده پایه حاوی مقرره حل و فصل اختلاف هست اما هیچ حق انتخابی را برای سرمایه‌گذار درباره نوع داوری به ویژه داوری سازمان یافته‌ای نظیر ایکسید قائل نشده است. آیا در چنین حالتی ذی نفع شرط می‌تواند از مقرره گسترده و کلی حل و فصل اختلاف که در معاهده ثالث آمده است بهره‌مند شود؟ فرض سوم: چنان چه معاهده پایه، داوری بین‌المللی را تنها برای تعیین مبلغ غرامت سلب مالکیت مقرر داشته باشد و نه برای اصل مسئولیت دولت میزبان^۲ و فرض چهارم، وقتی معاهده پایه شرایط خاصی را برای شروع به رسیدگی نزد داوری بین‌المللی مقرر کرده باشد، برای مثال طی یک دوره زمانی که در خلال آن طرفین دعوا سعی در رسیدن به یک توافق قبل از دست زدن به هر گونه عکس العمل دیگری می‌نمایند.^۳ که بین ۳ تا ۶ ماه در معاهدات مختلف متغیر است یا طی تمامی مراحل توسل به دادگاه‌های داخلی. آیا در چنین حالتی ذی نفع شرط می‌تواند از شرایط مطلوب تری که قبل از رجوع به داوری بین‌المللی در معاهده ثالث آمده است بهره‌مند شود؟

به عبارت دیگر آیا شرط ملت کامله‌الوداد به روش‌های حل و فصل اختلاف و مسائل صلاحیتی قابل اعمال است؟ رویه دیوان‌های بین‌المللی در خصوص این که چطور روش حل و فصل اختلاف در یک معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه خاص در مواجهه با شرط ملت کامله‌الوداد عمل می‌کند به دو بخش تقسیم می‌شود.

۱ - ایکسید بر طبق کنوانسیون راجع به حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری میان دولت‌ها و اتباع دولت‌های دیگر که به کنوانسیون واشنگتن معروف است، ایجاد شد.

تخمین زده می‌شود که در بیش از ۱۵۰۰ معاهده سرمایه‌گذاری، نهاد داوری ایکسید مورد پذیرش قرار گرفته است.

Symposium, Invoking state Responsibility in the Twenty – first Century, 96 AJIL 798,P. (812-813).

۲ - برای مثال در بسیاری از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری چین نظیر ماده ۹ معاهده آلمان و چین که در ۱ دسامبر ۲۰۰۳ امضا شده است یا ماده ۱۰ معاهده چین و هلند که در ۱ اگوست ۲۰۰۴ امضا شده است.

۳ - “Cooling off”

4 Gaillard, Emmanuel, “International Arbitration Law: Establishing Jurisdiction Through a Most – Favored – Nation Clause”, NYLJ, June 2, 2005, <http://www.nylj.com>, at.2, 5.3.2008.

یک بخش شروط ملت کامله‌الوداد را نسبت به روش‌های حل و فصل اختلافات قابل اعمال می‌داند و بخش دیگر شمول شرط را مورد انکار قرار داده است.^۱

ابتدا به بررسی بخشی می‌پردازیم که شمول شرط را مورد پذیرش قرار داده است.

مبحث اول : اعمال شرط ملت کامله‌الوداد نسبت به روش‌های حل و فصل اختلافات بین‌المللی

بند اول : شمول شرط به دلیل مطابقت با جامعیت نظام حل و فصل اختلاف در معاهده پایه

تصمیمات اخیر دیوان‌های ایکسید، موضوعات فوق‌الذکر را مورد مذاقه قرار داده است. بدو این قضایا را مورد بررسی قرار خواهیم داد و سپس به تشریح اصول حاکم بر تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی در پرتو این آراء خواهیم پرداخت.

۱. قضیه مافزینی

در این قضیه دیوان باید احراز می‌کرد که آیا شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری اسپانیا و شیلی می‌تواند برای احراز صلاحیت دیوان ایکسید به کار رود، بدون این که پیش شرط مندرج در معاهده پایه جهت رجوع به داوری محرز شده باشد.^۲

ماده ۱۰ معاهده سرمایه‌گذاری آرژانتین - اسپانیا مقرر می‌داشت که خواهان می‌بایست بدو، اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری خود را به محاکم اسپانیا واگذار کند و چنان چه ظرف ۱۸ ماه از زمان طرح اختلاف در محاکم داخلی اسپانیا تصمیمی اتخاذ نشود، در آن صورت سرمایه‌گذار مجاز است که به داوری ایکسید رجوع کند. این مقررهِ کاملاً متفاوت از روند حل و فصل اختلافی بود که در معاهده سرمایه‌گذاری اسپانیا - شیلی آمده بود و هیچ پیش شرطی را مبنی بر توسل به محاکم داخلی قبل از شروع به داوری تحمیل نمی‌کرد.

معاهده سرمایه‌گذاری شیلی - اسپانیا به سرمایه‌گذار حق میداد بعد از گذشت ۶ ماه از زمان مذاکره به داوری برود، بدون این که هیچ پیش شرطی را برای رفتن به محاکم داخلی میزبان لازم بداند.

^۱Emmilio Augustin Maffezini: v. Kingdom of Spain, ICSID No. ABR/97/7, Decision on Jurisdiction of January 25, 2000 (hereinafter maffezini in 16 ICSID Rev. – FILJ 212 (2001), available at <http://www.worldbank.org/icsid/cases/Emilio> – Decision on Jurisdiction pdf; Siemens A.G. v. Argentine Republic, ICSID Cass No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction of August 3, 2004 (hereinafter siemens), available at <http://www.asil.org/ilib/siemens-Argentina.pdf>; Camuzzi Int'l S.A. v. Argentine Republic, ICSID case No. ARB/03/7, Decision on Jurisdiction of June 10, 2005 (in Spanish) (hereinafter camuzzi). Available at <http://www.asil.org/pdfs/cvajd050614.pdf>. Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision on Jurisdiction of June 17, 2005 (hereinafter gas natural), available at: [http://ita.law.uvic.ca/documents/gas natural SDG – Decision on Preliminary Questions on Jurisdiction. Pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/gas%20natural%20SDG%20Decision%20on%20Preliminary%20Questions%20on%20Jurisdiction.pdf). visited on 10.5.2007.

^۲ این دعوا ناشی از سرمایه‌گذاری یک شهروند آرژانتینی در پی یک قرارداد سرمایه‌گذاری راجع به تولید و پخش محصولات شیمیایی در منطقه گالیسیای اسپانیا بود. خواهان مدعی بود که رفتار مقامات اسپانیایی منجر به نقض معاهده سرمایه‌گذاری ۱۹۹۱ آرژانتین - اسپانیا شده است.

مافرینی می‌پذیرفت که اختلافش را نزد محاکم اسپانیایی به نحوی که در ماده ۱۰ معاهده سرمایه‌گذاری اسپانیا - آرژانتین آمده است، اقامه نکرده است، اما مدعی بود که ماده ۱۰ بر طبق شرط ملت کامله‌الوداد معاهده پایه مغلوبه شده است. و لذا شرط ملت کامله‌الوداد به او اجازه می‌دهد تا به روش‌های مطلوب تر حل و فصل اختلاف که در معاهده سرمایه‌گذاری اسپانیا - شیلی آمده است، توسل جوید. شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در ماده ۴ معاهده سرمایه‌گذاری اسپانیا - آرژانتین به این ترتیب بود:

«در کلیه موضوعات مربوط به این موافقتنامه، این رفتار ناپستی از نظر مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده‌ای باشد که از سوی هر یک از طرفین به سرمایه‌گذاری‌های صورت گرفته در سرزمینشان اعطا شده است».

اسپانیا در رابطه با اثر شرط ملت کامله‌الوداد به دو دلیل استناد می‌کرد:

(۱) معاهدات اسپانیا با کشورهای ثالثی نظیر شیلی محدود به کشورهای امضا کننده و اتباعشان بوده است و لذا نمی‌تواند مورد استناد خواهان آرژانتینی قرار گیرد.^۱

(۲) عبارت «موضوعات» در شرط ملت کامله‌الوداد تنها شامل موضوعات راجع به حمایت ماهوی از سرمایه‌گذاری می‌شود و موضوعات صلاحیتی یا شکلی را در بر نمی‌گیرد.^۲

دیوان به بررسی اعمال اصل وحدت موضوع می‌پردازد و می‌بیند که آیا مقررات راجع به حل و فصل اختلافات مشمول در معاهده ثالث می‌تواند از طریق شرط رفتاری ملت کامله‌الوداد مندرج در موافقتنامه پایه مورد استناد قرار گیرد و آیا چنین مقرراتی تحت پوشش شرط در خواهند آمد یا خیر. دیوان با اشاره به رای دیوان دآوری آمباتیلوس بیان می‌کند که در آن قضیه «اجرای عدالت» به شرط رعایت اصل وحدت موضوع تحت شمول شرط ملت کامله‌الوداد قرار گرفت و این امر از طریق احراز قصد واقعی طرفین و یا تفسیر معقول از معاهده امکان پذیر است.^۳

± res inter alios acta

2 Maffezini, Decision on jurisdiction, op.cit., para.4.

اسپانیا در درجه دوم استدلال می‌کرد که چون هدف از شرط ملت کامله‌الوداد حذف تبعیض است، خواهان بایستی بدو ثابت کند که اختلافش را نزد محاکم اسپانیا مطرح کرده است و محاکم اسپانیایی در مقایسه با دیوان ایکسید با مطلوبیت کمتری عمل کرده اند.

Ibid, para.42.

۳- تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری عبارتند از: ۱- قضیه حقوق اتباع آمریکایی در مراکش، (دیوان گفت که عبارات کلی شرط ملت کامله‌الوداد اشاره به لطف و بخشش دارد، چه در تجارت باشد و چه در هر جای دیگر و به ذی نفع حق می‌دهد تا صلاحیت کنسولی را بر مبنای معاهدات امضا شده با دولت‌های ثالث مورد مطالبه قرار دهد. 1952 ICJ.Reports,at.176

تصمیم دیگری که در این باره واجد ارزش است، تصمیم کمیسیون دآوری در قضیه آمباتیلوس است که در آن دیوان دآوری این گونه نتیجه گرفت «اقامه دعوی و دادخواهی، تا آنجا که به حمایت از حقوق تجار مربوط می‌شود الزاماً، ناپستی از زمینه اعمال شرط استثنا شود چراکه شرط دربردارنده کلیه موضوعات راجع به تجارت و دریانوردی است».

Un: Reports of International Awards, vol. XII, p.106 v.

معاهده پایه صرفاً اشاره به «کلیه موضوعات» تحت پوشش موافقتنامه می‌کرد لذا دیوان باید احراز می‌کرد که آیا عدم اشاره به ترتیبات حل و فصل اختلافات ناشی از قصد طرفین بوده و یا می‌تواند به طور معقولی از رفتار طرفین با سرمایه‌گذاران خارجی استنباط شود؟

دیوان در این باره می‌گوید:

«اگر چنین موضوعاتی از طریق عملکرد شرط، از رفتار مطلوب تری که در معاهده ثالث آمده است، بهره‌مند شود، چنین رفتاری به موجب معاهده اصلی قابل تسری به ذی‌نفع خواهد بود.»
"چنانچه معاهده ثالث اشاره به موضوعی نماید که در معاهده اصلی بررسی نشده است آن موضوع محدود به طرفین امضاکننده است و لذا قابل تسری به ذی‌نفع شرط نخواهد بود."¹
دیوان ادامه می‌دهد: "موضوع عمده دوم این است که آیا مقررات راجع به حل و فصل اختلاف مندرج در یک معاهده ثالث می‌تواند به طور معقولی در رابطه با رفتار منصفانه و عادلانه، از طریق اعمال شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری اسپانیا - آرژانتین مورد استناد قرار گیرد؟"²
به نظر دیوان، ترتیبات حل و فصل اختلاف امروزه به نحو‌گریز ناپذیری با موضوع حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی مرتبط هستند.³ زیرا با مساله حمایت از حقوق تجار در معاهدات تجاری ارتباط دارند. صلاحیت کنسولی در گذشته نظیر دیگر اشکال صلاحیت فرا سرزمینی برای حمایت از حقوق تجار اساسی بود و صرفاً شامل طرق شکلی نبود، بلکه ترتیباتی را هم که برای حمایت بهتر از حقوق چنین اشخاصی در خارج از کشور معین شده بود را نیز در برمی‌گرفت.⁴
لذا، چنین ترتیباتی حتی اگر دقیقاً بخشی از جنبه ماهوی تجارت و سیاست سرمایه‌گذاری در معاهدات تجار و دریانوردی نباشد، اما برای حمایت مکفی از حقوق کسانی که مستحق آن هستند، لازم و ضروری است.

داوری بین‌المللی و دیگر ترتیبات حل و فصل اختلاف جایگزین رویه‌های قدیمی و غالباً ناصواب گذشته شده است. اما پیشرفت‌های نوین امروزی برای حمایت از حقوقی که با معاهدات مربوط پیوند دارند لازم و ضروری است. این پیشرفت‌ها با جنبه‌های مادی رفتار اعطا شده، پیوند نزدیک دارند.⁵

¹ Ibidem.

² Ibid. para. 46.

³ Ibid. para. 54.

⁴ OECD, "Most Favored – Nation Treatment in International Investment Law" (2004), op.cit., p.13.

⁵ Maffezini, Decision ..., op.cit., para.55.

دیوان در این قضیه گفت: "اگر معاهده ثالث دربردارنده مقرراتی راجع به حل و فصل اختلافات باشد که برای حمایت از حقوق سرمایه‌گذار و منافعش، مطلوب تر از آن چیزی است که در معاهده اصلی آمده است، چنین مقرراتی به ذی نفع شرط قابل تسری است، زیرا کاملاً با اصل وحدت موضوع موافق است." دیوان در پرتو گرایش مثبت اسپانیا در رجوع مستقیم به داوری و متن شروط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری اسپانیا به این نتیجه رسید.

دیوان مافزینی سعی داشت تا محدودیت‌هایی را بر این قاعده وضع کند.^۱ دیوان در این باره گفت: «اولاً، معاهده ثالث بایستی مربوط به همان موضوع معاهده اصلی باشد یعنی حمایت از سرمایه‌گذارهای خارجی یا افزایش تجارت. این چیزی بیش از تأیید حقوق بین‌الملل موجود نیست. آن چه مورد مناقشه است، ملاحظات مربوط به سیاست کلان دولت است که «محدودیت‌های مهمی» را بر استفاده از شروط ملت کامله‌الوداد در زمینه حل و فصل اختلاف بر جا می‌گذارد.»^۲ دیوان چنین می‌گوید: "... به عنوان یک اصل، ذی نفع شرط نبایستی بتواند ملاحظات مربوط به سیاست کلان دولت را که طرفین متعاقد به عنوان شرایط بنیادین پذیرش موافقتنامه مدنظر داشته‌اند، زیر پاگذارد، بخصوص اگر ذی نفع یک سرمایه‌گذار خصوصی باشد."^۳

دیوان به بعضی از مصادیق راجع به سیاست کلان دولت اشاره می‌کند، نظیر پیش شرط طی مراحل رجوع به محاکم داخلی یا پیش شرط «انتخاب بر سر چند راه»^۴.

دیوان ۲ استثناء دیگر را نیز اضافه می‌کند: اولاً اگر موافقتنامه اصلی یک نهاد داوری خاص نظیر ایکسید را مقرر بدارد، این انتخاب نمی‌تواند با استناد به شرط تغییر کند، زیرا اختلاف به یک نظام ویژه داوری ارجاع شده است. و دیگر این که اگر طرفین معاهده اصلی بر یک نظام سازمان یافته عالی داوری که قواعد آئین رسیدگی دقیقی را در خود دارد نظیر نفتا توافق کرده باشند، دیگر شرط ملت کامله‌الوداد تفوق و غلبه نخواهد داشت.^۵ زیرا چنین مقررات خاصی دقیقاً انعکاس خواسته طرفین متعاقد است. چنان چه طرفین در خصوص ترتیبات حل و فصل اختلاف توافق کرده باشند که در مراجعه به محاکم داخلی یا داوری بین‌المللی مخیر باشند، به محض این که انتخاب نهایی و برگشت ناپذیر شد، دیگر نمی‌توان با استناد به شرط

۱- اصل وحدت موضوع بیان می‌کند که شرط ملت کامله‌الوداد تنها نسبت به موضوعاتی قابل اعمال است که متعلق به همان طبقه‌ای است که در معاهده حاوی شرط آمده است. لذا مطابق این اصل، یک شرط ملت کامله‌الوداد مطرح در یک معاهده سرمایه‌گذاری تنها می‌تواند به مقررات مندرج در دیگر معاهدات سرمایه‌گذاری استناد کند. Ibid, para.56

2 Ibidem.

3 Ibid, paras. (56 – 62).

4 OECD, op.cit., p.13.

۵ - تحت عنوان (Fork in the road) معروف است. مطابق با این پیش شرط، یک سرمایه‌گذار زمانی که انتخاب کرد تا اختلاف خود را نزد محاکم دولت میزبان ببرد، نمی‌تواند همان اختلاف را همزمان به داوری بین‌المللی احاله دهد

6 Maffezini, Decision..., op.cit., para.63.

ملت کامله‌الوداد آن را به کنار گذاشت. واضح و مبرهن است که می‌بایست در هر مورد تمایزی را میان گسترش مشروع حقوق و منافع از طریق اعمال شرط ملت کامله‌الوداد از یک طرف و «خرید معاهده‌ای» که نقش ویران‌گری را همراه با اهداف سیاسی در جهت تضعیف مقررات خاص معاهده‌ای دارد، از طرف دیگر، برقرار ساخت. با اعمال معیار حقوقی جدید دیوان سعی کرد تا بفهمد که آیا اسپانیا در رجوع اختلافات مربوط به دولت با سرمایه‌گذار به محاکم داخلی اش، سیاست کلان دولت محکمی را داشته است یا خیر.

دیوان با بررسی تقریباً ۲۵ معاهده سرمایه‌گذاری که میان اسپانیا و دیگر ملل، لازم الاجرا شده بود، شروع کرد. این بررسی نشان داد که رویه غالب در اسپانیا، رجوع به داوری را بعد از گذشت ۶ ماه تلاش برای رسیدن به یک راه حل دوستانه اجازه می‌دهد.^۳

لذا دیوان با بررسی در زمینه مذاکرات مربوط به زمان انعقاد معاهده، ترتیبات حقوقی دیگر و رویه بعدی طرفین چنین نتیجه‌گیری کرد که پیش شرط لزوم طی مراحل توسل به محاکم داخلی در معاهده سرمایه‌گذاری آرژانتین - اسپانیا یکی از موضوعات اساسی و مهم سیاست کلان دولت به حساب نمی‌آید.

بنابراین، دیوان، صلاحیت مرکز ایکسید و صلاحیتش بر این دعوا را مورد تأیید قرار داد.^۴ اما مرزهای دقیق رأی مافزینی معلوم نیست؛ به ویژه مشخص نیست که چطور دیوان به فهرست استثنای دست یافته است و یا چه استثنائات دیگری می‌تواند وجود داشته باشد و چطور استدلال دیوان به شروط ملت کامله‌الوداد که از لحاظ عبارت پردازی بسیار مضیق و ظریفند، قابل اعمال است.

در همین رابطه یکی از نویسندگان حقوقی معتقد است که توجیه چنین استثنائاتی که در قضیه مافزینی آمده است، بیفایده است به عبارت دیگر این استثنائات هیچ توجیهی ندارد.

علاوه بر این، چنین توجیهاتی فاقد هرگونه اثر حقوقی در تفسیر معاهده است زیرا معقولانه نیست که یک طرف بخواهد شرط ملت کامله‌الوداد را تفسیر کند و متعاقباً قلمرو آن شرط را براساس محدودیت‌های

1 Shopping Treaty.

2 OECD, op.cit., p.14.

3 Maffezini, Decision..., op.cit., para. 58.

4 Ibid, para. 64.

۵- در تصمیم صلاحیتی دیگری از سوی دیوان ایکسید، استثنا پنجمی به قاعده مافزینی وارد شد. به این ترتیب که مسائل خاصی وجود دارد که به جهت اهمیتشان، محور و اساس موضوعاتی را تشکیل می‌دهند که بایستی آنها را به عنوان موضوعاتی که به طور خاص مورد مذاکره طرفین قرار گرفته‌اند فرض کرد و لذا نمی‌توان با اعمال اصل مندرج در شرط ملت کامله‌الوداد خدشه‌ای به آنها وارد ساخت. در این قضیه دیوان رأی داد که بعد زمانی اعمال مقررات ماهوی معاهده یکی از موضوعات محوری و اساسی است. لذا، شرط ملت کامله‌الوداد نمی‌تواند معاهده اصلی (پایه) را عطف به ما سبق کند.

Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican states, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2. Award, may 24, 2003 para, 69, available at [http://www. World banR. Org/icsid/cases/laudo – 051903% 20 – English. pdf](http://www.Worldbank.org/icsid/cases/laudo-051903%20-English.pdf). visited on 12.8.2008.

تصور شده‌ای که صراحتاً توسط طرفین قید نشده است، محدود و مضیق سازد.^۱ در واقع چنین تفسیری از معاهده بیهوده خواهد بود.

۲. قضیه زیمنس^۲

در این قضیه خواهان آلمانی موفق شد تا بر شرطی که در معاهده سرمایه‌گذاری آلمان - آرژانتین آمده بود و مقرر می‌داشت که بدو اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری به دادگاه‌های آرژانتین ظرف ۱۸ ماه قبل از مراجعه به داوری ایکسید، احاله شود، غلبه یابد.

در این قضیه زیمنس می‌پذیرفت که اختلافات سرمایه‌گذاری را نزد دادگاه‌های آرژانتین اقامه نکرده است، اما به شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در ماده ۳ معاهده سرمایه‌گذاری آلمان - آرژانتین استناد می‌کرد که مقرر می‌داشت:

"(۱) هیچ یک از طرفین متعاهد نبایستی در سرزمین خود به سرمایه‌گذاری‌های آن جام شده توسط اتباع یا شرکت‌های متعاهد دیگر یا با مشارکت اتباع یا شرکت‌های متعاهد دیگر، رفتاری را اعطا کند که از نظر مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به سرمایه‌گذاری‌های اتباع یا شرکت‌های هر دولت ثالثی است.

(۲) هیچ یک از طرفین متعاهد نبایستی با اتباع یا شرکت‌های عضو دیگر در رابطه با فعالیت مرتبط با سرمایه‌گذاری در سرزمینش رفتاری را داشته باشد که از نظر مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به اتباع یا شرکت‌های داخلی و یا شرکت‌ها یا اتباع هر دولت ثالثی می‌باشد."^۳

خواهان استدلال می‌کرد که ماده ۳ به او حق می‌دهد تا روشهای مطلوب تر حل و فصل اختلاف در دیگر معاهدات سرمایه‌گذاری آرژانتین نظیر معاهده سرمایه‌گذاری آرژانتین - شیلی که لازم نمی‌داند سرمایه‌گذاران اختلافشان را نزد محاکم داخلی اقامه نمایند، بهره مند شود. آرژانتین ضمن مخالفت با صلاحیت دیوان، استدلالاتی را در خصوص قلمرو شرط ملت کامله‌الوداد مطرح می‌ساخت: اولاً، هر شرط ملت کامله‌الودادی می‌بایست در متن خودش بررسی شود، امکان ندارد که علی‌الظاهر بتوان تعیین کرد که آیا یک شرط خاص در یک معاهده بین‌المللی تابع اعمال شرط ملت کامله‌الوداد در معاهده دیگری با همان ماهیت و طبیعت هست یا خیر. در واقع باید دید که بر چه مبانی طرفین در هر قضیه موافقت کرده اند.^۴

¹ Gaillard, op.cit., p.3.

² Siemens, Decision on Jurisdiction, Footnote. P.307. chris Newmark & Edward Poulton, Most Favoured Nation Clause: Is the Siemens v. Argentina Decision the high-water mark?, Mealeys International Law Arp., Rep., Jan. 2005, p.39. visited on 30.6.2008.

این دعوا ناشی از قراردادی بود که میان یکی از زیمنس‌های فرعی و دولت آرژانتین جهت کنترل مهاجرت و سیستم تشخیص هویت، لازم‌الاجرا شده بود. این قرارداد ۶ ساله بود و در ۶ اکتبر ۱۹۹۸ به امضا طرفین رسیده بود. در ۱۸ می ۲۰۰۱، آرژانتین بر طبق حکم شماره ۶۶۹، قرارداد را خاتمه داد که این حکم خود مبتنی بر قانون ضرورت شماره ۲۵۰۳۴۴ بود.

³ Freyer, Dana, ..., op.cit., pp. (68-69).

⁴ Siemens, Decision on Jurisdiction, op.cit., para. 33.

ثانیاً، آرژانتین مدعی بود که شرط ملت کامله‌الوداد در معاهده سرمایه‌گذاری اسپانیا - آرژانتین که اشاره به کلیه موضوعات تابع موافقتنامه می‌کرد، ماهیتاً متفاوت از این مورد است و موسعتر از ماده ۳ معاهده سرمایه‌گذاری آرژانتین - آلمان است. با استناد به اصول وحدت موضوع (از همان نوع) و نسبی بودن معاهده (قراردادهای که خوانده در آن‌ها دخالت ندارد علیه وی مسموع نیست)، آرژانتین مدعی بود که مقررات معاهده سرمایه‌گذاری آرژانتین - شیلی نمی‌تواند برای سرمایه‌گذاران آلمانی حقوقی را ایجاد کند.^۱

آرژانتین استدلالات خود را با ابتنا بر مباحث متنی یعنی نحوه عبارت پردازی شرط ملت کامله‌الوداد و نیز جایگاه شرط در کل معاهده به پیش برد. به ویژه، استدلالش این بود که مفهوم بهترین رفتار تنها شامل حمایت‌های ماهوی از سرمایه‌گذار است و به روش‌های حل و فصل اختلاف تسری نمی‌یابد.

آرژانتین با استناد به معاهدات سرمایه‌گذاری آلمان - آرژانتین و دیگر معاهدات سرمایه‌گذاری که با گُره و انگلستان منعقد کرده بود و صراحتاً در آن اشاره خاص به مقررات حل و فصل اختلاف در چارچوب شرط ملت کامله‌الوداد شده بود، مخالف بود.

و لذا مدعی بود که عدم درج صریح حل و فصل اختلافات در ماده ۳ معاهده سرمایه‌گذاری آرژانتین - آلمان ما را وادار می‌کند به این که قائل شویم شرط ملت کامله‌الوداد به روش‌های حل و فصل اختلاف تسری نمی‌یابد.

هر چه پیش‌تر می‌رفت، آرژانتین بیشتر اصرار می‌ورزید. زیرا اثر استدلال زیمنس این بود که فراتر از عبارت صریح (کتبی) و روش‌های حل و فصل اختلاف که در ماده ۱۰ معاهده سرمایه‌گذاری آرژانتین - آلمان مورد مذاکره قرار گرفته بود، برود.

لذا، مطابق با تحلیل متنی، عبارت ماده ۳ معاهده اصلی یعنی رسیدگی بدوی محاکم داخلی به اختلافات، نقشی بوده است که طرفین متعاقد برای دادگاه هایشان فرض کرده و خواسته بودند که بدین نحو صلاحیت دادگاه‌های خود را ولو برای یک دوره زمانی معین حفظ و مستقر نمایند.^۲

به نظر آرژانتین، تفسیر خواهان از ماده (۲) ۱۰ منجر به تهی ساختن این ماده از معنی می‌گردد و چنین نتیجه‌ای سازگار با اصول کلی پذیرفته شده تفسیر معاهده به ویژه اصول کنوانسیون وین حقوق معاهدات نیست.^۳

¹Id. para.34.

²Id. para. 59.

³Ibidem.

علاوه بر این، آرژانتین معتقد بود که دیوان مافزینی در تفسیر تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری در قضایای آمبا تیلوس و کمپانی نفت ایران و انگلیس دچار اشتباه شده است و به نحو بارزی در تحلیل اصل وحدت موضوع (از همان نوع) کوتاهی کرده است.

از نظر خواننده رأی مافزینی نظم در تحلیل را وارونه نموده است و با جابه جا کردن قاعده و استثنا، اولویت را به روش‌های حل و فصل اختلافاتی داده است که نسبت به اصول اساسی حقوق بین‌الملل، صورت خاص دارند.^۲

نهایتاً آرژانتین استدلال می‌کرد که اگر حتی رأی مافزینی را هم قابل اعمال بداینم، دیوان ملزم است تعیین کند که آیا کوتاهی در تصریح به شمول روش‌های حل و فصل اختلاف در چارچوب شرط ملت کامله‌الوداد، از قصد طرفین نشأت گرفته است یا خیر و آیا تسری شرط ملت کامله‌الوداد به روش‌های حل و فصل اختلاف می‌تواند از رویه طرفین در رفتارشان با سرمایه‌گذاری‌های خارجی و سرمایه‌گذاری‌های خودشان استنباط شود یا خیر.^۳

به عقیده آرژانتین چنین قصد و نیتی قابل استنباط نیست.

زیمنس استدلال می‌کرد که اگر معاهده سرمایه‌گذاری آلمان - آرژانتین را با حسن نیت تفسیر کنیم، منتج به این می‌شود که شرط ملت کامله‌الوداد تمامی موضوعات تحت پوشش این معاهده را در بر گیرد، به جز آن‌هایی که صراحتاً استثنا شده‌اند. روش‌های حل و فصل اختلافات و نیز داوری بین‌المللی جزئی از تضمیناتی است که برای افزایش حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی، اعطا شده است. درمورد اصل وحدت موضوع، زیمنس معتقد بود، که این اصل تنها به این معناست که شرط ملت کامله‌الوداد و شرطی که در معاهده ثالث به آن تکیه شده است، هر دو مرتبط با صلاحیت باشند و موضوع هر دو معاهده نیز یکی باشد.^۴ برگردیم به رویه آرژانتین در دیگر معاهدات سرمایه‌گذاری؛

زیمنس قاطعانه استدلال می‌کرد که شروط ملت کامله‌الوداد در قالب عبارات موسع به نگارش درآمده‌اند و این تبدیل به یک مسأله عرفی در تمامی معاهدات سرمایه‌گذاری امضا شده از سوی آرژانتین شده است. بررسی معاهدات سرمایه‌گذاری آرژانتین نشانگر آن است که هیچ استمرار و تداومی در رابطه با انقضای مواعد یا الزامات دیگری نظیر مراجعه قبلی به محاکم داخلی وجود ندارد. لذا، دیوان با بهره‌گیری از خطوط راهنمای رأی مافزینی هیچ دلیل و مستند متقنی را که نشان دهد سیاست کلان دولت آرژانتین

1Id, para. (53 -54).

2Id, para.55.

3Siemens, Decision on jurisdiction, op.cit., para 52.

4Id, para.60.

5Id, para.69.

جلوی اعمال روش‌های حل و فصل اختلاف را گرفته است، نیافت^۱ و اعتراض آرژانتین رد شد. دیوان نتیجه گرفت که خواهان می‌تواند با استناد به شرط ملت کامله‌الوداد، منافع حاصله از روش‌های مطلوب تر حل و فصل اختلاف را که به سرمایه‌گذاران شیلیایی در معاهده سرمایه‌گذاری شیلی - آرژانتین اعطا شده است، مطالبه کند. در نتیجه زیمنس ملزم نخواهد بود که اختلاف خود را نزد محاکم آرژانتین اقامه نماید.

دیوان زیمنس با یک تحلیل زمینه‌ای از معاهده آغاز می‌کند:

"بایستی هدف معاهده را در پرتو عنوان و مقدمه معاهده، در نظر گرفت. هدف این معاهده حمایت و ارتقا سرمایه‌گذاری هاست. مقدمه معاهده، بیانگر آنست که طرفین توافق کرده‌اند تا از طریق مقررات این معاهده به منظور خود که فراهم سازی شرایط مطلوب برای سرمایه‌گذاری اتباع یا شرکت‌های هر یک از دو دولت در سرزمین دولت دیگر است، نائل شوند... نیت طرفین آشکار است و آن ایجاد شرایط مطلوب برای سرمایه‌گذاری و برانگیختن ابتکار بخش خصوصی است.^۲ دیوان سپس متن مقرر ملت کامله‌الوداد در ماده ۳ معاهده را تحلیل می‌کند که مطابق آن حمایت ملت کامله‌الوداد به سرمایه‌گذاری‌ها و فعالیت‌های مرتبط با آن‌ها همراه با فهرستی از استثنائات صریح تسری می‌یابد.^۳

دیوان با توجه به این یافته‌ها:

"۱. عبارت «رفتار» نه قابل توصیف و نه قابل تعیین است، مگر از طریق عبارت «از نظر مطلوبیت کمتر».

۲. عبارت «فعالیت‌ها» یک عبارت عام و کلی است و این عبارت بقدری وسیع است که می‌توان روش حل و فصل اختلاف را نیز شامل آن دانست.

۳. برشمردن استثنائات و تصریح به آن‌ها تأییدی است بر کلیت معنای «فعالیت‌های رفتاری».^۴

دیوان با ابتدا بر زمینه معاهده و موضوع و هدف آن و بیان ساده و واضح عبارت‌ها، نتیجه گرفت که شرط ملت کامله‌الوداد نمی‌تواند صرفاً محدود به بهره‌برداری و مدیریت سرمایه‌گذاری‌ها شود به نحوی که با حمایت از سرمایه‌گذاری‌ها از طریق داوری بین‌المللی در تعارض باشد.^۵

تصمیم دیوان به خاطر نتیجه کلی آن ارزشمند است، زیرا معاهده سرمایه‌گذاری آرژانتین - آلمان نظیر بسیاری از معاهدات حمایت از سرمایه‌گذاری‌ها، یک ویژگی متمایز دارد و آن این که روش‌های خاص حل و فصل اختلاف را که به طور طبیعی بروی سرمایه‌گذاران باز نبوده است، شامل شرط دانسته است.

۱- زیمنس همچنین استدلال می‌کرد که توسل به دادگاه‌های آرژانتین بیهوده است. زیرا هیچ تصمیمی ظرف ۱ ماه آماده و ارائه نشد و دیوان‌های بین‌المللی عم انطباق با شروطی که ظرف زمانی معینی را مقرر می‌کنند به عنوان مانعی بر سر راه صلاحیتشان نمی‌پذیرند. (Id, para, (71-72)

۲ Id, para.81.

۳ Id, para.82.

۴ Id, para, 85.

۵ Id, para, 86.

دستیابی به این روش ها، بخشی از حمایتی است که مطابق معاهده ارائه می شود. این جزئی از رفتار سرمایه‌گذاران خارجی و سرمایه‌گذاری هایشان و منافع ممکن الحصول است.^۱

با این تفاسیر، دیوان ضمن تأیید یافته‌های دیوان مافزینی، ادامه می دهد که هیچ تفاوت مهمی میان عبارت شرط ملت کامله‌الوداد مضیق در معاهده سرمایه‌گذاری آرژانتین - آلمان^۲ و عبارت «کلیه موضوعات تابع این موافقتنامه» که در معاهده پایه رأی مافزینی به کار رفته بود، وجود ندارد.^۳

به نظر می رسد رأی زیمنس از یک طرف باعث گسترش حقوق موجود شده است چرا که شرط ملت کامله‌الوداد در قضیه زیمنس از حیث عبارت پردازی مضیق‌تر از عبارت شرط در قضیه مافزینی بود. دیوان اعتراض آرژانتین مبنی بر این که جنبه‌های منفی ترتیبات حل و فصل اختلافات مندرج در معاهده شیلی و آرژانتین با اعمال شرط وارد عمل می شود را رد کرد و گفت که شرط تنها مربوط به رفتارهای مطلوب می شود^۴ و شامل رفتارهای نامطلوب نمی شود این تصمیم از این حیث قابل انتقاد به نظر می رسد زیرا به خواهان اجازه داد تا منافع دلخواه و مطلوب در معاهده شیلی و آرژانتین را بر چینه بدون این که توازن متقابلی با منافع مندرج در آن معاهده برقرار شده باشد.^۵

و از طرف دیگر، منجر به تضییق رأی مافزینی شده است. زیرا استثنائات بیشتری را به حوزه موضوعات حساس اقتصادی یا سیاست‌های خارجی افزوده است.^۶

دیوان با رأی مافزینی در این قسمت که ذی نفع شرط ملت کامله‌الوداد نمی‌تواند ملاحظات سیاست کلان دولت را نادیده بگیرد که به قضاوت طرفین معاهده، واجد جنبه اساسی و حیاتی برای توافقشان است، موافق است.^۷ اما دیوان زیمنس برای رسیدن به این استثنائات، بار اثبات را بر دوش دولت میزبان قرار داد و آرژانتین را ملزم ساخت تا مشخص نماید که چنین الزامی مکرراً در معاهدات مشابه لازم الاجرا در آرژانتین اعمال شده است، تا بتواند مبنای استناد به استثنا سیاست کلان دولت را اثبات کند.^۸ از آن جا که هیچ استمرار و تکراری در دیگر معاهدات سرمایه‌گذاری آرژانتین وجود نداشت، لذا دولت آرژانتین نتوانست ثابت کند که رسیدگی نزد محاکم ملّی یکی از موضوعات «حساس» سیاست خارجی اقتصادی بوده و اساس رضایت آن دولت را به داوری مقرر در معاهده سرمایه‌گذاری آرژانتین - آلمان تشکیل می‌داده است، به ویژه

¹ Id, para, 102.

² Treaty on the Promotion and Reciprocal..., Argentina Germany (1911), op.cit., art. 3.

³ Simens, Decision on Jurisdiction, op.cit., Footnote.p.307.

⁴ Id, para.120.

⁵ Fietta,S., "Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?", 8 Intl ALR131 (2005), at 135.

⁶ Id, para, 105.

⁷ Id, para.109.

⁸ Id, para.105.

این که دیوان استدلال خواننده را مبنی بر این که رجوع بدوی به محاکم داخلی متضمن طی تمامی مراحل دادخواهی داخلی است، رد کرد.^۱

تصمیمات مافزینی و زیمنس هیچ حمایت جامعی را بدست نیاورد. این دو تصمیم حاکی از آن بود که موضوع قابلیت اعمال شروط ملت کامله‌الوداد نسبت به ترتیبات حل و فصل اختلاف، بخشی از حمایتی به حساب می‌آید که به ذی نفع شرط اعطا شده است.

۳. قضیه کاموزی

در این قضیه خواننده اعتراضی به خواهان در استناد به شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده پایه یعنی معاهده سرمایه‌گذاری ۱۹۹۰ میان آرژانتین و اتحادیه اقتصادی بلژیک - لوکزامبورگ^۲ به منظور بهره‌مندی از ترتیبات حل و فصل اختلافات مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری ۱۹۹۱ آرژانتین و ایالات متحده نداشت به همین دلیل دیوان لازم نبود در خصوص ارتباط شرط با موضوع تصمیمی اتخاذ کند.

در این قضیه مسئله این بود که آیا خواهان می‌تواند شرط ملت کامله‌الوداد را برای اجتناب از پیش شرط «۱۸ ماه نزد محاکم داخلی» که در معاهده پایه آمده بود به کار بندد.

در این قضیه کاموزی اختلاف را نزد محاکم داخلی مطرح کرده بود اما بی نتیجه مانده بود لذا احتمالاً پیش شرط مورد نظر حاصل شده بود.^۴

خواهان در این قضیه معتقد بود که معاهده سرمایه‌گذاری میان آرژانتین و ایالات متحده هیچ پیش شرطی را برای رجوع به داوری ایکسید در نظر نگرفته است. لذا حق دارد از رفتار مطلوب تر اعطا شده به سرمایه‌گذاران آمریکایی بهره‌مند شود.

دیوان نیز به پیروی از قضایای زیمنس و مافزینی اعلام کرد که شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در ماده ۴ معاهده که مورد استناد کاموزی بود، قابل اعمال به قضیه اخیر است...

به عبارت دیگر، خواهان می‌تواند مستقیماً به داوری برود بدون این که نیازی به گذشت ۱۸ ماه انتظار که در معاهده آرژانتین - لوکزامبورگ آمده است، داشته باشد.^۵

۴. قضیه گاز طبیعی^۱

1 Exhaustion of Local Remedies, Id, para (104-9).

2 Camuzzi, Decision on Jurisdiction, op.cit., Foot note, p.307.

۳ - ماده (۱) ۴ مقرر میکند: "در کلیه موضوعاتی که تحت شمول این موافقتنامه است، سرمایه‌گذاران هر یک از اعضا متعهد حق دارند تا از رفتار ملت کامله‌الوداد در سرزمین عضو دیگر بهره‌مند شوند. و در هیچ مورد نبایستی این رفتار کمتر از رفتار شناخته شده در حقوق بین‌الملل باشد.

Agreement on the Encouragement and Reciprocal of Investments, Argentina Belgium - Luxemburg, June 28, 1990, art, 4(1).

4 Acconci, Pia, Most-Favoured Nation Treatment, The Oxford Hand Book of International Investment Law, Oxford University press Inc., New York Pmuchlinski, Fortio, Cshruer, 2008, p.391.

5 Camuzzi, Decision..., op.cit., para. 34III.

موضوع صلاحیتی ظریف در گاز طبیعی این بود که آیا خواهان می‌تواند با عبور از ظرف زمانی ۱۸ ماهه توسل به محاکم داخلی که در ماده (۸) ۱۰ معاهده آرژانتین و اسپانیا آمده بود، از طریق استناد به شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در ماده ۴ آن معاهده، به دیگر مقررات لازم الاجرای معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری آرژانتین^۲ دست یابد و خود را از این قید برهاند. دیوان گاز طبیعی به همان نتیجه قضیه مافزینی رسید و بیان نمود که خواهان حق دارد به مقرر حل و فصل اختلاف در معاهده سرمایه‌گذاری آرژانتین با ایالات متحده از طریق استناد به ماده (۲) ۴ معاهده سرمایه‌گذاری میان آرژانتین - اسپانیا توسل جوید.^۳ دیوان نکات کلی‌تری را در رابطه با شروط ملت کامله‌الوداد و روشهای حل و فصل اختلاف در معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه‌ای که می‌توانند در موارد آتی مورد استناد قرار گیرند بیان می‌کند. گاز طبیعی یکایک تصمیمات دیوان در قضایای مافزینی، زیمنس و سالینی را بررسی و از مجموع بحثهای میان طرفین راجع به قلمرو شرط ملت کامله‌الوداد در معاهده آرژانتین - اسپانیا دیوان به این نتیجه می‌رسد که موضوع مهم و حساس این است که آیا مقررات حل و فصل اختلاف مربوط به معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه بخشی از مجموعه حمایت‌های اعطایی به سرمایه‌گذاران خارجی در کشورهای میزبان را تشکیل می‌دهد یا خیر؟ دیوان اولاً با ملاحظه تاریخچه کنوانسیون ایکسید که نهاد داوری بین‌المللی را ایجاد کرد. ثانیاً با توجه به این که یکی از عناصر حیاتی و شاید مهمترین عنصر در معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه میان کشورهای در حال توسعه و توسعه یافته (در مواردی میان کشورهای در حال توسعه با هم)، مقرر راجع به استقلال داوری بین‌المللی از اختلافات میان سرمایه‌گذاران و کشورهای میزبان است.

نتیجه می‌گیرد که اختلافات ناشی از جریان سرمایه‌گذاری‌ها نباید تابع تأخیرات (اطاله دادرسی)، فشارهای سیاسی و قضاوت محاکم داخلی قرار گیرد. متقابلاً دورنمای داوری بین‌المللی به نحوی طراحی شده است که به کشورهای میزبان اجازه‌هایی از فشارهای سیاسی نهادهای حکومتی دولت متبوع سرمایه‌گذار را بدهد. اکثر معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه تمامی موارد اخیر برای اختلافات میان دولت و سرمایه‌گذار در یک داوری بین‌المللی مستقل را مقرر نموده‌اند، خواه مطابق با کنوانسیون ایکسید یا قواعد «تسهیل کننده الحاقی به ایکسید»^۴ یا قواعد داوری آنستیرال یا ترتیبات موازی. چنین مقرراتی از نظر

۱ Gas Neutral, Decision on Jurisdiction, op.cit., Foot note, p.307.

۲- نظیر معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری آرژانتین با ایالات متحده که سرمایه‌گذاران را ملزم به رجوع به دادگاههای داخلی قبل از شروع به داوری نمی‌کند.

۳ Gas Neutral, Decision, on Jurisdiction, op.cit., para.31.

۴- شورای اداری مرکز ایکسید، قواعد تسهیل کننده الحاقی به ایکسید را تصویب کرده است که مطابق آن به دبیر کل ایکسید اجازه داده شده است تا به دسته جاتی از پرونده‌هایی که میان دولت‌ها و اتباع دیگر دولت‌هایی که خارج از قلمرو کنوانسیون ایکسید هستند رسیدگی کند.

ICSID Additional Facility Rules, [http://209, 85, 229, 132 / search?q = cachei JH \(1\) mvZQaO. J: icsid. World bank. Org/ ICSID/...](http://209, 85, 229, 132 / search?q = cachei JH (1) mvZQaO. J: icsid. World bank. Org/ ICSID/...) visited on 15.1.2009.

بین‌المللی چه از طرف مخالفین و چه از طرف موافقین، برای نظام حمایت از سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی اساسی تلقی می‌شود. زیرا هدفش ایجاد توازن میان منافع متعارض طرفین به منظور افزایش و حمایت از سرمایه‌گذاری هاست.^۱ مقررہ راجع به داوری بین‌المللی میان دولت و سرمایه‌گذار، در معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه یک انگیزه ماهوی مهم دارد و آن حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی است. دستیابی به چنین داوری به شرط توسل به محاکم داخلی و گذشت ۱۸ ماه از آن از نظر مطلوبیت حمایت کمتری را به نسبت توسل به داوری بلافاصله بعد از انقضا دوره مذاکره به عمل می‌آورد. لذا خواهان حق دارد به مقررہ حل و فصل اختلاف در معاهده سرمایه‌گذاری آرژانتین با ایالات متحده مطابق ماده (۲) ۴ معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه میان اسپانیا و آرژانتین استناد جوید.^۲

دیوان این موضوع را که پیش شرط مندرج در معاهده پایه، مطابق حقوق بین‌الملل، متضمن طی «تمامی مراحل رجوع به محاکم داخلی» دولت میزبان است را رد کرد.^۳ دیوان اعتراض آرژانتین را مبنی بر این که رجوع مستقیم به داوری بر خلاف سیاست کلان آرژانتین بوده است، رد کرد و گفت که هیچ سیاست کلانی در بین نبوده است.^۴ هر چند در دیوان‌های ایکسید رویه قضایی جزء ادله استنادی محسوب نمی‌شود اما دیوان حاضر برای اثبات نتیجه‌گیری خود به آراء مافزینی و زیمنس اشاره می‌کند.^۵

۵. قضیه سوئز

در این قضیه دیوان به تفسیر شرط رفتاری ملت کامله‌الوداد مندرج در دو معاهده آرژانتین و ایالات متحده و معاهده آرژانتین و انگلستان پرداخت. هر دوی این شرکت‌ها یعنی (AGBAR) و (AWG) مواجه با این پیش شرط بودند که قبل از مراجعه به داوری بایستی ظرف ۱۸ ماه از حدوث اختلاف به محاکمه داخلی مراجعه کرده باشند.

لذا خواهان‌ها، با استناد به شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهدات آرژانتین و انگلستان و آرژانتین با اسپانیا، به دنبال استفاده از روش مطلوب تر حل و فصل اختلاف در دیگر معاهدات سرمایه‌گذاری آرژانتین بخصوص معاهده سرمایه‌گذاری فرانسه و آرژانتین بودند که به دیگر سهام‌داران شرکت نظیر سوئز و یونیورسال ویوندی اعطا شده بود و می‌توانستند بعد از گذشت ۶ ماه به داوری رجوع کنند بدون این که

¹ Id, para. 29.

² Id, para. 31.

³ Id, para. 30.

⁴ Id, para. 27.

⁵ Id, para. 41.

⁶ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Jurisdiction, 3 August 2000. <http://www.Worldbank.Org/icsid>.

ضرورتی به رجوع مقدماتی به محاکم داخلی داشته باشند. عبارت شرط ملت کامله‌الوداد در معاهده سرمایه‌گذاری آرژانتین و انگلستان که مورد استفاده AWG بود، کمی متفاوت از عبارت شرط ملت کامله‌الوداد در معاهده سرمایه‌گذاری اسپانیا و آرژانتین بود.

در معاهده اسپانیا و آرژانتین دیوان با شرطی مواجه بود که صراحتاً به کلیه موضوعات تحت شمول معاهده اشاره می‌کرد لذا دیوان به راحتی نتیجه گرفت که حل و فصل اختلاف موضوعی است که تحت پوشش معاهده اسپانیا و آرژانتین قرار می‌گیرد و دیوان تنها باید بررسی می‌کرد که آیا مطلوب ترین رفتار، در این خصوص اعمال شده است یا خیر. لیکن در معاهده آرژانتین و انگلستان، دیوان مواجه با شرط ملت کامله‌الودادی بود که در این باره سکوت اختیار کرده بود یعنی در این باره که شرط به کلیه موضوعات معاهده قابل اعمال هست یا خیر، صراحتی وجود نداشت.^۱

ماده ۳ معاهده آرژانتین و انگلستان چنین مقرر می‌داشت:

"رفتار ملی و مقررات ملت کامله‌الوداد

۱. هیچ یک از طرفین متعاهد نبایستی در سرزمین خود، سرمایه‌گذاری‌های آن جام شده یا عواید سرمایه‌گذاران طرف دیگر متعاهد را از رفتاری که از حیث مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به سرمایه‌گذاری‌ها یا عواید سرمایه‌گذاران خود یا هر دولت ثالثی است، بهره‌مند سازد.

۲. هیچ یک از طرفین متعاهد نبایستی در سرزمین خود، سرمایه‌گذاران دیگر طرف متعاهد را، در رابطه با مدیریت، حفظ، کاربری، بهره‌برداری یا انتقال سرمایه‌ها از رفتاری بهره‌مند سازد که از نظر مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به سرمایه‌گذاران خود یا هر دولت ثالثی می‌باشد."

ماده ۷ معاهده آرژانتین و انگلستان نظیر معاهده آرژانتین و اسپانیا دربردارنده فهرستی از موضوعات بود که از شمول رفتار ملت کامله‌الوداد استثنا شده بودند که در میان آن‌ها حل و فصل اختلاف وجود نداشت مطابق بند ۲ ماده ۳ معاهده آرژانتین و انگلستان، حق توسل به داور بین‌المللی به نحو بسیار زیادی مرتبط با موضوع مدیریت، حفظ، کاربری، بهره‌برداری و نقل و انتقال سرمایه‌ها می‌باشد و به ویژه با موضوع حفظ و بقا و حمایت از سرمایه‌گذاری در ارتباط است.

علی‌رغم تفاوت در عبارات شروط ملت کامله‌الوداد در دو معاهده دیوان به این نتیجه رسید که تفسیر هر دو معاهده به یک نتیجه می‌آن جامد. معاهده انگلستان و آرژانتین نظیر معاهده اسپانیا و آرژانتین هیچ تعریفی از واژه "رفتار" ارائه نداده‌اند و لذا این واژه در هر دو معاهده، یک تفسیر دارد که عبارت است از

¹ Ibid., p.2.

حقوق و مزایای اعطا شده و تعهدات تحمیل شده از سوی یک طرف متعاقد بر سرمایه گذاری های آن جام شده از سوی سرمایه گذاران تحت شمول معاهده.^۱

آرژانتین به دلایل مختلف با این تفسیر مخالف بود، اولاً به این علت که شروط ملت کامله الوداد مندرج در ماده ۴ معاهده اسپانیا و آرژانتین و ماده ۳ معاهده آرژانتین و انگلستان شامل حل و فصل اختلاف نمی شود. دیوان در حمایت از استدلال نتوانست به هیچ مستند و مدرکی در متون این دو معاهده یا در جای دیگری نائل شود. بلکه برعکس، متن هر دو معاهده خلاف این استدلال را می رساند. بند ۳ ماده ۴ معاهده آرژانتین و اسپانیا و ماده ۷ معاهده انگلستان و آرژانتین دربردارنده فهرستی معین از موضوعاتی بود که دولت های متعاقد به طور خاص از قلمرو شرط ملت کامله الوداد استثنا کرده بودند که حل و فصل اختلاف شامل آن نبود.

از طرف دیگر آرژانتین نتوانست ثابت کند که عناوین استثنا شده به نوعی با موضوع حل و فصل اختلاف به طور غیر مستقیم ارتباط داشته اند. بنابراین باعث شد تا این تفسیر که شرط ملت کامله الوداد شامل حل و فصل اختلاف نمی شود تقویت شود.

تاریخچه صورتجلسه مذاکرات مربوط به معاهده اسپانیا و آرژانتین نیز حاکی از آن بود که دولت های متعاقد می خواستند که موضوعات خاصی را استثنا کنند. از آن جا که حل و فصل اختلاف در میان موضوعات استثنا شده نبود، می بایست تفسیر کنیم که حل و فصل اختلاف داخل در عبارت "همه موضوعات" که در بند ۲ آمده است، می شود. همین استدلال در خصوص معاهده آرژانتین و انگلستان نیز که در آن موضوعات خاصی از شمول شرط ملت کامله الوداد خارج شده اند و ذکر از حل و فصل اختلاف در آن به میان نیامده است، قابل اعمال است.

علاوه بر این، معاهدات بعدی انگلستان آشکار می سازد که دولت انگلستان حل و فصل اختلاف را از شمول شرط ملت کامله الوداد استثناء نکرده است. در معاهدات سرمایه گذاری انگلستان از ۱۹۹۳ به بعد، بند سومی به دو بند قبلی اضافه شده است برای مثال معاهداتی که با هندوراس، آلبانی و ونزوئلا منعقد شده اند، به این ترتیب که: "برای اجتناب از هر گونه تردیدی تأکید می شود که رفتار مقرر در بندهای ۱ و ۲ فوق بایستی نسبت به مقررات ۱ تا ۱۱ موافقتنامه اعمال شود".

از عبارت فوق مستفاد می شود که منظور از این بند جدید شفاف سازی آن چیزی است که از قبل در نیت دولت انگلستان به هنگام مذاکرات راجع به این معاهدات وجود داشته است. یعنی این که شرط ملت کامله الوداد شامل همه موارد می شود (یعنی مواد ۱ تا ۱۱ معاهده).

¹Suez,... , op.cit., para. 57.

بعد از تجزیه و تحلیل مقررات ماهوی معاهدات مورد بحث، دیوان به این نتیجه رسید که هیچ بنایی برای تمایز میان موضوعات مربوط به حل و فصل اختلاف از دیگر موضوعات مشمول در یک معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه وجود ندارد.

از دیدگاه افزایش سرمایه‌گذاری‌ها و حمایت از آن، هدف هر دو دولت اسپانیا و آرژانتین و انگلستان در معاهدات مربوطه این بوده است که حل و فصل اختلاف به اندازه دیگر موضوعات مشمول در معاهده مهم و حساس است و جزو لاینفک نظام حمایت از سرمایه‌گذاری است که دولت‌های حاکم بر آن توافق کرده‌اند.

ثانیاً خواننده معتقد بود که دیوان بایستی اصل وحدت موضوع را در تفسیر معاهدات اعمال کند و به این ترتیب موضوعات مربوط به حل و فصل اختلاف را از شمول شرط ملت کامله‌الوداد استثناء کند. زیرا طبقه "حل و فصل اختلاف" از همان طبقه موضوعات اشاره شده در شرط نیست. دیوان به این نتیجه رسید که هیچ دلیلی برای اعمال اصل وحدت موضوع برای حصول به این نتیجه نمی‌بیند. زیرا طبقه موضوع حل و فصل اختلاف از همان نوع موضوعات مورد خطاب در شرط نیست.

ثالثاً آرژانتین استدلال می‌کرد که دیوان می‌بایست شروط ملت کامله‌الوداد را به طور مضیق تفسیر کند. زیرا چنین روشی مطابق اصل نسبی بودن معاهده (توافق طرفین شامل اشخاص ثالث نمی‌شود) محدود شده است. به عبارت دیگر اثرات یک معاهده محدود به طرفین آن است. دیوان این استدلال را نیز نپذیرفت. معاهدات مورد بحث متضمن تعهدات متقابل آرژانتین و اسپانیا از سویی و آرژانتین و انگلستان مبنی بر رفتار متقابل با اتباع یکدیگر به اندازه رفتاری که با اتباع دولت‌های ثالث دارند، از سوی دیگر می‌باشد. اصل نسبی بودن معاهده قابل اعمال در این جا نیست و به جای آن مقررات مربوط به برابری رفتار در معاهده آرژانتین و اسپانیا و آرژانتین و انگلستان مطرح است.

رابعاً به نظر خواننده دیوان بایستی از مقررۀ ملت کامله‌الوداد تفسیر مضیق به عمل آورد. دیوان هیچ قاعده‌ای را در این خصوص نیافت و به هیچ دلیلی برای تفسیر شرط رفتاری ملت کامله‌الوداد به نحوی متمایز از شرط ملت کامله‌الوداد در دو معاهده دیگر نرسید.^۱

دیوان همچنین اشاره به موضع منعطفانه آرژانتین در احراز صلاحیت دیوان دآوری از طریق شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی می‌کند، به خصوص موضع آرژانتین در قضیه "Continental Casualty علیه آرژانتین".^۲ آرژانتین به صلاحیت دیوان از طریق اعمال شرط رفتاری

¹ Ibid., paras. (58 – 62).

² Continental Casualty Co v. Argentina , ICSID Case No.ARB/03/9, Decision on Jurisdiction of 22 February 2006. <http://www.investmentclaims.com>, 30.6.2009.

ملت کامله‌الوداد مقرر در معاهده پایه (معاهده ۱۹۹۱ سرمایه‌گذاری میان ایالات متحده و آرژانتین) اعتراض داشت. خواهان در ماهیت اختلاف به شرط ملت کامله‌الوداد فوق استناد می‌کرد به جای این که بخواهد از شرط فوق برای بهره‌برداری از مقررات حل و فصل مطلوب تر اختلاف در معاهده دیگر استفاده کند.^۱ دیوان اعتراض خوانده به صلاحیت خود را مردود اعلام کرد.^۲

دیوان با اعمال روش تفسیر معمول و متعارف از واژگان، به این نتیجه رسید که معنای معمول و متعارف ماده ۴ معاهده اسپانیا و آرژانتین آن است که موضوعات مربوط به حل و فصل اختلاف شامل عبارت "تمامی موضوعات" می‌شود و لذا خواهان (AGBAR) می‌تواند از مزایای رفتار مطلوب تر مقرر در معاهده فرانسه و آرژانتین در رابطه با حل و فصل اختلاف بهره‌مند شود. به همین ترتیب، درمورد معاهده آرژانتین و انگلستان نیز، مقررات راجع به حل و فصل اختلاف با موضوع مدیریت، حفظ، استفاده، بهره‌برداری و نقل و انتقال سرمایه‌گذاری در ارتباط است و لذا شرکت AWG نیز می‌تواند از مزایای رفتار مطلوب تر مقرر در معاهده آرژانتین و فرانسه بهره‌مند شود. دیوان از نتایجی که در آراء قبلی دیوان‌های ایکسید به دست آمده بود حمایت زیادی را به عمل آورد به ویژه رأی مافزینی علیه اسپانیا که در آن دیوان به این نتیجه رسید که چنانچه معاهده ثالث دربردارنده مقرراتی باشد که از نظر حمایت از حقوق و منافع سرمایه‌گذاران مطلوب تر از معاهده پایه است، در آن صورت چنین مقرراتی به ذی‌نفع شرط ملت کامله‌الوداد تسری می‌یابد زیرا کاملاً با اصل وحدت موضوع منطبق است. قضایای دیگری نیز مطرح شده بودند که استدلال‌ات آرژانتین را رد می‌کرد که مطابق آن‌ها شرط ملت کامله‌الوداد به خواهان‌ها اجازه می‌داد تا از مزایای رفتار مطلوب تر مقررات مربوط به حل و فصل اختلاف بهره‌مند شوند. من جمله رأی زیمنس علیه آرژانتین و قضیه شرکت شیلی علیه MTD.^۳ در مخالفت با این آراء، خوانده به استدلال‌ات شفاهی در قضیه کنسرسیوم پلاما علیه جمهوری بلغارستان اشاره کرد که در آن قضیه خواهان که یک شرکت قبرسی بود به دنبال احراز صلاحیت دیوان ایکسید بر مبنای معاهده منشور انرژی و معاهده سرمایه‌گذاری میان قبرس و بلغارستان بود. دیوان صلاحیت ایکسید را بر طبق معاهده منشور انرژی مورد تأکید قرار داده بود. این معاهده دربردارنده نظام حل و فصل اختلاف بین‌المللی بسیار محدود بود. این معاهده تنها برای سلب مالکیت و مطالبه غرامت، داوری آنسیترال را می‌پذیرفت و هیچ اشاره‌ای به داوری ایکسید نمی‌کرد اما از آن جا که متضمن شرط ملت کامله‌الوداد بود و دیگر معاهدات منعقد از سوی بلغارستان داوری ایکسید را مقرر می‌داشت، خواهان استناد می‌کرد که از طریق شرط ملت کامله‌الوداد می‌تواند به نظام حل و فصل اختلاف ایکسید که در دیگر معاهدات

¹ Id, para. 56.

² Id. Para. 94.

³ Ibid., para. 63.

آمده است توسل جوید. هرچند دیوان این استدلال را نپذیرفت و به این نتیجه رسید که مطابق معاهده قبرس و بلغارستان، ایکسید فاقد صلاحیت است.^۱ دیوان با بررسی مستندات رأی پلاما به این نتیجه رسید که آن رأی متمایز از قضیه فعلی است: اولاً، به این دلیل که شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده اسپانیا - آرژانتین بسیار موسّع‌تر از شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده قبرس - بلغارستان در قضیه پلاما بوده است.

معاهده اسپانیا و آرژانتین بیان می‌کند که در "تمامی موضوعات تحت شمول این موافقتنامه... رفتار اعطا شده نبایستی از نظر مطلوبیت کمتر از رفتاری باشد که از سوی هر یک از طرفین نسبت به سرمایه‌گذاری‌های آن جام شده در سرزمینشان اعطا شده است." به کار بردن عبارت "تمامی موضوعات" همراه با فهرستی از استثنائات محصور و معین که فاقد عنوان حل و فصل اختلاف است، جای هیچ تردیدی را باقی نمی‌گذارد که حل و فصل اختلاف تحت شمول شرط ملت کامله‌الوداد قرار می‌گیرد. به همین ترتیب شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده آرژانتین - انگلستان نیز صراحتاً موضوعاتی را که شامل می‌شود احصاء نموده است (یعنی مدیریت، حفظ و حمایت، کاربری، بهره‌برداری یا انتقال سرمایه‌ها) که از نظر احصاء موارد وضوح بیشتری نسبت به تعیین موارد در قضیه پلاما دارد.

ثانیاً و مهم‌تر این که دیوان پلاما به دنبال کشف نیت واقعی دولت‌های متعاهد بود. مذاکرات بعدی میان بلغارستان و قبرس نشان می‌داد که هر دو دولت خواهان این نبودند که مقرر مملت کامله‌الوداد به مقررات حل و فصل اختلاف در معاهدات سرمایه‌گذاری دیگر تسری یابد و این کاملاً هماهنگ با زمان انعقاد معاهده بود. بلغارستان دارای یک نظام کمونیستی بود که همواره در پی معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه سودآور با حداقل حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی و همچنین مقررات حل و فصل اختلاف بین‌المللی بسیار محدود و مضیق بود. در حالی که در قضیه اخیر چنین قصدی احراز نمی‌شود. در این قضیه استنباطی که می‌توان از رفتار بعدی انگلستان در مذاکرات راجع به معاهدات سرمایه‌گذاری داشت و قبلاً بیان شد، دقیقاً برخلاف قضیه پلاما است.

ثالثاً به عنوان یک عامل متمایز کننده‌تر می‌توان به اثر مقرر مملت کامله‌الوداد در قضیه پلاما اشاره کرد. در قضیه پلاما خواهان سعی داشت تا مقررات حل و فصل اختلاف قابل اعمال در معاهده بلغارستان - قبرس را به طور کامل^۲ جایگزین نظام حل و فصل اختلاف در یک معاهده دیگر کند دیوان بدون آنکه بخواهد تعیین کند که آیا شرط ملت کامله‌الوداد می‌تواند به چنین نتیجه‌ای بینجامد یا خیر، صرفاً اثر افراطی شرط ملت کامله‌الوداد بسیار مضیق را استثنا می‌کند یعنی حذف مرحله مقدماتی در دستیابی به نظام

^۱Ibid., para. 64.

^۲in toto

داوری بین‌المللی که در هر دو معاهده مربوطه آمده است.^۱ دیوان پلاما در استدلال‌ات خود بیان می‌کند که موافقتنامه بایستی واضح و بدون ابهام باشد بخصوص در جائیکه به متن دیگری ارجاع می‌دهد لذا مقررات حل و فصل اختلاف نظیر دیگر مقررات معاهده تابع تفسیر می‌شود نه بیشتر و نه کمتر (نه بسیار مضیق و نه بسیار موسّع).

دیوان پس از مخاطب قرار دادن این امر که اختلاف بایستی ظرف ۱۸ ماه از حدوث آن به محاکم داخلی ارائه شود و می‌توان آن را یک پیش شرط جدی و مهم نامید به این نتیجه رسید که این دیوان معتقد به دیوانی است که سعی در بی طرف جلوه دادن چنین مقرره‌ای داشته باشد یعنی آن چه از دیدگاه عملکردی مهم‌تر است و شاید که با این تفسیر رأی دیوان در قضیه مافزینی قابل درک باشد.^۲

با توجه به آن چه گفته شد دیوان به این نتیجه رسید که شرکت AGBAR با استناد به ماده ۴ معاهده اسپانیا - آرژانتین و شرکت AWG با استناد به ماده ۳ معاهده آرژانتین و انگلستان می‌توانند رفتار مطلوب تر ارائه شده در معاهده فرانسه - آرژانتین را مورد مطالبه قرار دهند و لذا دعوای خود را بدون نیاز به طی مراحل داخلی آرژانتین به داوری بین‌المللی ببرند.

۶. قضیه نشنال گرید^۳

در این قضیه خواهان با استناد به شرط ملت کامله‌الوداد مقرر در ماده (۲) ۳ معاهده آرژانتین - انگلستان به دنبال استفاده از روش مطلوب تر حل و فصل اختلاف مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری آرژانتین - ایالات متحده بود. ماده (۱) ۸ معاهده آرژانتین - انگلستان به خواهان اجازه می‌داد تا در صورتی که محاکم خوانده نتوانند ظرف ۱۸ ماه از اقامه دعوا تصمیم نهایی را بگیرند، به داوری بین‌المللی مراجعه کند. خواهان به این نتیجه رسیده بود که لزومی به طرح دعوا نزد دادگاه‌های آرژانتین ندارد زیرا معاهده اخیر این مرحله را لازم ندانسته است و ماده (۲) ۳ معاهده آرژانتین به سرمایه‌گذاران انگلیسی این اجازه را داده است تا به نظام مطلوب تر حل و فصل اختلاف در معاهده ایالات متحده و آرژانتین توسل جویند. به نظر خواهان اولاً لزوم طرح دعوا در دادگاه‌های داخلی یک مرحله شکلی بوده که منتهی به ناکارآمدی و بی عدالتی در حل و فصل اختلاف شده و بنابراین منجر به مخدوش شدن موضوع و هدف معاهده می‌شود.^۴

وضعیت خوانده:

¹ Ibid., para. 65.

² Ibid., para. (66-67).

³ - نشنال گرید یک شرکت انرژی انگلیسی بود که اقدام به سرمایه‌گذاری در بخش خصوصی سازی انرژی برق آرژانتین کرده بود و مدعی بود که به دنبال بحرانهای مالی این کشور دچار زیان شده است.

⁴ National Grid v. Argentine, Award on Jurisdiction, 20 June 2006, [http://ita.law.uvic.ca/documents/National Grid - Jurisdiction - En. Pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/National%20Grid%20-%20Jurisdiction%20-%20En.%20Pdf). visited on 10.4.2009.

خوانده معتقد بود که شرط ملت کامله‌الوداد شامل نظام حل و فصل مطلوب تر اختلاف نمی شود. مطابق با این نظر شرط ملت کامله‌الوداد تابع اصل وحدت موضوع است که کمیسیون حقوق بین الملل در قالب این عبارات به آن تصریح کرده است: "دولت ذی نفع نمی‌تواند حقوقی به غیر از موضوع شرط و بیرون از قلمرو شرط را مطالبه کند." این اصل در قضیه آمباتیلوس هم اعمال شد، کمیسیون رأی داد که شرط ملت کامله‌الوداد تنها می‌تواند موضوعات متعلق به همان طبقه از موضوعی که شرط به آن مربوط است را جذب کند لذا تفسیر خواهان از شرط ملت کامله‌الوداد باعث بیهوده شدن الزامی می شود که مطابق آن اختلاف باید بدو نزد دادگاه های داخلی اقامه شود.^۱ خوانده سپس به اظهارات نماینده انگلستان در قضیه شرکت نفت ایران - انگلیس اشاره می کند:

"انگلستان معتقد است که یک متن حقوقی بایستی مطابق با معنا و مفهوم نسبت داده شده به هر واژه در متن تفسیر شود. این اصل می‌بایست به هنگام تفسیر متن یک معاهده به طور کلی اعمال شود."^۲ سومین استدلال خوانده این بود که از متن معاهده کاملاً آشکار است که طرفین نمی‌خواستند حل و فصل اختلاف داخل در قلمرو شرط ملت کامله‌الوداد شود زیرا ماده (۲) ۳ معاهده رفتار ملت کامله‌الوداد را در رابطه با موضوعات مدیریت، حفظ، کاربری، بهره برداری یا انتقال سرمایه‌ها مقرر داشته است و متن این ماده متفاوت از متن شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده اسپانیا - آرژانتین است که مورد استناد مافزینی بود.

متن شرط در معاهده مطروحه به روشنی مفاد شروط ملت کامله‌الوداد که در قضایای آمباتیلوس و مافزینی مورد تفسیر قرار گرفتند نیست. در قضایای اخیر موضوع شرط مربوط به مسائل تجارت و دریانوردی بود.^۳

کمیسیون داوری در آمباتیلوس و دیوان داوری در مافزینی به این نتیجه رسیدند که موافقتنامه مربوطه صراحتاً اشاره به حل و فصل اختلاف نمی کند. و لذا ضروری دانستند تا قصد و نیت طرفین را احراز کنند. خوانده اشاره می‌کرد که در قضیه مافزینی دیوان داوری اذعان داشت که اگر دیوان وضعیت سرمایه‌گذار را بپذیرد، چنین تفسیری از شرط، راه را بر تفاسیر موسّع از شروط ملت کامله‌الوداد در داوری‌های دیگر باز نخواهد کرد.^۴

¹ Ambatielos (Greece v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), Award (6 March 1956) XII R. I. A. A. 91, 107.

² Anglo – Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Preliminary Objection (22 July 1952), [1952] ICJ Reports 93, 105.

³ National Grid v. Argentine Republic, op.cit., p. 14.

⁴ Ibid.

خوانده معتقد بود که تفسیر وی از شرط و نیز تحلیل وی از رأی مافزینی مورد تأیید رأی صلاحیتی دیوان در قضیه سالیانی و ایتال استرید علیه اردن قرار گرفته است در آن قضیه دیوان به این نتیجه رسیده بود که اوضاع و احوال آن قضیه متفاوت از مافزینی بوده است. ماده ۳ معاهده ایتالیا و اردن دربردارنده هیچ قیدی در خصوص تسری قلمرو شرط ملت کامله‌الوداد به ترتیبات حل و فصل اختلاف نیست، علاوه بر این خواهان‌ها هیچ چیزی را در این باره که نیت مشترک طرفین تسری شرط به ترتیبات حل و فصل اختلاف بوده است، ارائه ندادند.^۱

خوانده دریافت که دیوان در این قضیه با همان وضعیت دیوان داوری در سالیانی مواجه است. همین طور متن شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده مطروحه، متفاوت از متن شروط ملت کامله‌الوداد در دیگر معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه‌ای است که از سوی انگلستان امضا شده است (نظیر معاهده دوجانبه انگلستان و آلبانی که صراحتاً حل و فصل اختلاف را داخل در قلمرو شرط ملت کامله‌الوداد دانسته است). لذا راهکار خواهان، دیوان را به بیراهه خواهد کشاند. خوانده قبول داشت که موضوعات مربوط به اجرای عدالت از شمول معاهده و مآلاً از شمول شرط ملت کامله‌الوداد استثنا شده اند.

اما توجه دیوان را به دو مسأله جلب می‌کند: ۱. به اهداف واقعی ماده ۸ معاهده، یعنی این که به دادگاه‌های آرژانتین این فرصت داده شود تا حقوق بین الملل را اجرا و به آن جام رسانند و ۲. به نظر خوانده یک بی حرمتی و اهانت به حقوق بین الملل عمومی خواهد بود، چنان چه دیوان بین‌المللی بخواهد یک اصل تفسیری را برای رسیدن به نتیجه‌ای که متفاوت از نیت طرفین معاهده است، اعمال کند. در طی جلسات دادرسی نیز، آرژانتین تأکید خاصی بر اهمیت نیت طرفین روی تفسیر شرط ملت کامله‌الوداد داشت. خوانده معتقد بود که طرفین معاهده هیچ توجهی نسبت به اعمال شرط ملت کامله‌الوداد بر موضوع حل و فصل اختلاف نداشتند و اگر متن شرط در این معاهده را با متن نظیر آن در معاهده آلبانی و انگلستان مقایسه کنیم، این مسأله آشکار خواهد شد.

خوانده سپس اشاره به تصمیمات دیوان‌ها در قضایای سالیانی و پلاما می‌کند. در قضیه سالیانی دیوان داوری بعد از مقایسه معاهده اسپانیا و آرژانتین با معاهده اردن و ایتالیا نتیجه گرفت که اوضاع و احوال آن قضیه متفاوت بوده و در واقع ماده ۳ معاهده اسپانیا و آرژانتین و معاهده ایتالیا و اردن هیچ مقرره‌ای در خصوص گسترش قلمرو اعمال شروط ملت کامله‌الوداد به ترتیبات حل و فصل اختلاف نداشتند و ماده ۳

1 Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction (29 November 2004), 20 ICSID Rev. – FILJ 148 (2005), para.118.

2 Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Albania for the Promotion and Protection of Investments, dated 30 March 1994, Exhibit C – 157.

تمامی حقوق یا موضوعاتی را که تحت شمول این موافقتنامه است، دربرنمی گیرد و خواهان ها نیز هیچ چیزی را در این باره که نیت مشترک طرفین این بوده که شرط ملت کامله الوداد نسبت به ترتیبات حل و فصل اختلاف اعمال شود، ارائه نداده اند.^۱

در قضیه پلاما نیز تأکید بر موضوع و هدف معاهده، الزام طرفین مبنی بر تصریح نیت خود به شمول شرط ملت کامله الوداد نسبت به مقررات حل و فصل اختلاف به صورت آشکار و بدون ابهام، استقلال ترتیبات حل و فصل اختلاف و ایراد در توسل به مقررات حل و فصل اختلاف مندرج در یک معاهده سرمایه گذاری دیگر که در زمینه ای متفاوت از معاهده مورد نظر تنظیم شده است، گردید.

خواننده سپس اشاره به انتقاد شدید دیوان پلاما از رأی مافیزی می کند، به ویژه در رابطه با اظهاراتی که راجع به هماهنگی نظام های حل و فصل اختلاف از طریق شروط ملت کامله الوداد بیان شده بود: "دیوان حاضر (پلاما) نمی تواند پی ببرد که چطور هماهنگی مقررات حل و فصل اختلاف از طریق استناد به شرط ملت کامله الوداد قابل حصول است، بلکه این "سبد رفتار"^۲ و "قدرت سازگاری خود مقرر ملت کامله الوداد" در رابطه با مقررات حل و فصل اختلاف است که تعیین کننده است و می تواند سرمایه گذار را در انتخاب و گزینش مقررات مربوطه به معاهدات سرمایه گذاری گوناگون، مخیر نماید. دولت میزبانی که با این امر موافق نباشد، با تعداد زیادی از مقررات حل و فصل اختلاف مقدم و مؤخر در معاهدات سرمایه گذاری گوناگون مواجه شده و دچار یک وضعیت هرج و مرج باری می شود که واقعاً با نظام هماهنگ سازی در تعارض است و نمی توان از آن به عنوان نیت طرفین متعاهد نام برد."^۳

همچنین خواننده، انتقاد دیوان پلاما از رأی دیوان زیمنس را به عنوان دلیلی بر خطرات ناشی از روش مافیزی، یادآوری می کند.^۴

و در کلام آخر، خواننده از دیوان می خواهد که به نیت طرفین معاهده احترام گذاشته شود.

وضعیت خواهان:

خواهان در پاسخ به ایرادات خواننده، استدلال می کند که هرچند متن معاهده عبارت موثقی است که مبین نیت متقابل طرفین است، اما مقرر ملت کامله الوداد بسیار وسیع است به نحوی که هم شامل "سرمایه گذاری ها" و هم "سرمایه گذاران" می شود. و از این نتیجه می گیرد که عبارت "حفظ" هم شامل محافظت و هم حمایت و هم تداوم سرمایه ها می شود و توسل به حل و فصل اختلاف ویژگی طبیعی و لازمه

¹ Transcript Form the Hearing on Jurisdiction, English Version pp. (18 – 19) (quoting Salini, op.cit., para.118).

² *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB /03/24, Decision on Jurisdiction (8 February 2005), 20 ICSID Rev. FILJ 262 (2005), pp. (20-21).

³ Basket of treatment

⁴ Id., pp. (23 – 24).

⁵ Id., para. 226.

مدیریت و بهره برداری از یک سرمایه‌گذاری است. خواهان اشاره به بند اضافی می‌کند که به طور منظم در معاهدات سرمایه‌گذاری انگلستان از بعد از ۱۹۹۳ به مقرر ملت کامله‌الوداد اضافه شده است و آن این که "برای اجتناب از هر گونه تردیدی، رفتار مقرر در بندهای ۱ و ۲ فوق بایستی نسبت به مقررات مواد ۱ تا ۱۱ این موافقتنامه اعمال شود.^۱ مطابق این بند تمامی موضوعات مشمول موافقتنامه تحت پوشش شرط ملت کامله‌الوداد قرار می‌گیرد از قبیل ترتیبات حل و فصل اختلاف. به نظر خواهان، طرفین معاهده‌ای که خواهان محدود کردن قلمرو آن هستند می‌باید آن را صریحاً و بدون ابهام آن جام دهند. چنانکه ماده ۷ صراحتاً هر گونه نفع رفتاری، ترجیح یا مزیتی را که ناشی از اتحادیه‌های گمرکی، اتحادیه‌های منطقه‌ای اقتصادی یا هر موافقتنامه مشابهی بخصوص موافقتنامه‌های دوجانبه فهرست شده مربوط به امتیازات مالی، قانون داخلی، موافقتنامه‌های بین‌المللی، ترتیبات بین‌المللی کلی یا عمده راجع به مالیات باشد را از شمول شرط ملت کامله‌الوداد استثنا کرده است.^۲

خواهان نتیجه می‌گیرد که منظور از شرط ملت کامله‌الوداد این است که شرط به کل معاهده اعمال شود و با اعمال اصل وحدت موضوع، شرط ملت کامله‌الوداد به موضوعات مرتبط با روش حل و فصل اختلاف ناشی از معاهده نیز اعمال می‌شود.^۳

خواهان در پاسخ به ایراد خوانده مبنی بر این که، شرط ملت کامله‌الوداد دارای یک ماهیت استثنایی است، زیرا اعمال اصل نسبی بودن معاهده را محدود می‌کند، بیان می‌کند که شرط ملت کامله‌الوداد به تنهایی یک نسبی بودن معاهده نیست و هیچ قاعده خاص تفسیری برای شروط ملت کامله‌الوداد وجود ندارد. یعنی شرط ملت کامله‌الوداد بایستی مثل هر شرط دیگری در معاهده در پرتو موضوع و هدف معاهده تفسیر شود.

موضوع و هدف معاهدات این چنینی همانا افزایش سرمایه‌گذاری و حمایت از آن است. همان طور که دیوان در قضیه SGS، علیه فیلیپین گفت: "این امری است کاملاً مشروع است و قانونی، که در تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری، تردیدها را برطرف کنیم، به نحوی که حمایت از سرمایه‌گذاری‌های را مطلوبیت ببخشیم."^۴

مطابق استدلال خواهان اگر تفسیر شود که حل و فصل اختلاف از شمول شرط ملت کامله‌الوداد استثناست، در آن صورت، هدف معاهده با شکست مواجه می‌شود، به عبارت دیگر، مقررات حل و فصل

1 Claimant's Counter – Memorial on Jurisdiction, para 176(referring to the UK – Honduras BIT, UK – Albania BIT and UK – Venezuela BIT). See Exhibits C – 157 to C – 159, Art. 3(3) of the BITs listed

2 National Grid..., op.cit., p.18.

3 National Grid..., op.cit., p.19.

4 Societe Generale de Sureillance S.A. (SGS) v. Republic of the Philippines, ICSID Case NO. ARB /02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (29 January 2004), 8 ICSID Rep. 518(2005), para. 116.

اختلاف مرتبط با رفتاری است که به یک سرمایه‌گذار خارجی داده می‌شود. خواهان در حمایت از نظر خود به رویه قضایی استناد می‌کند.

در قضیه آمباتیلوس، کمیسیون داوری رأی داد که "حمایت از حقوق تجار به طور طبیعی جایی را در بین موضوعاتی که در معاهدات راجع به تجارت و دریانوردی بررسی می‌شود، باز کرده است."

همین طور در قضیه مافزینی دیوان داوری به این نتیجه رسید که موضوعات راجع به حل و فصل اختلاف در معاهدات سرمایه‌گذاری به طور گریزناپذیری با موضوع حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی ارتباط دارد، همان طور که با حمایت از حقوق تجار در معاهدات بازرگانی مرتبط است.^۱ لذا داوری بین‌المللی و دیگر ترتیبات حل و فصل اختلاف به طور نزدیکی با جنبه‌های مادی رفتار اعطا شده پیوند خورده‌اند.^۲

دیوان داوری در قضیه زیمنس نیز به نتیجه مشابهی رسید و دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه حقوق اتباع ایالات متحده در مراکش اعلام نمود که شروط ملت کامله‌الوداد می‌تواند به مقررات راجع به موضوعات صلاحیتی نیز گسترش یابد.^۳

به نظر خواهان، قضیه سالینی ارتباطی با قضیه فعلی ندارد به این دلیل:

۱. دیوان داوری در سالینی، نگرانی‌هایی را که مدعی بود در بخش‌های متعدد در رابطه با راه حل اتخاذی در قضیه مافزینی باید مورد تصریح قرار می‌گرفتند و این که چه کسی باید این نگرانی‌ها را مطرح می‌کرد، بررسی نکرده است.^۴

۲. دیوان داوری در قضیه سالینی بیان کرد که اوضاع و احوال این قضیه متفاوت از مافزینی است و تصمیم وی بر اساس عبارت خاص مندرج در شرط ملت کامله‌الوداد معاهده سرمایه‌گذاری اردن - ایتالیا بوده است.

۳. دیوان در قضیه سالینی به این موضوع پرداخت که آیا شرط ملت کامله‌الوداد در جایی که معاهده صریحاً حل و فصل اختلافات را از داوری استثنا کرده است، می‌تواند طوری به کار رود که صلاحیت داوری را بر اختلافات قراردادی نیز بگستراند؟ در واقع، به نظر خواهان دیوان هیچ نیازی به تعیین قلمرو شرط ملت کامله‌الوداد نداشته است زیرا که صریحاً این حق از رفتار ملت کامله‌الوداد استثنا شده بود.^۵

¹ Maffezini, para. 54.

² Id., para. 55.

³ Rights of Nationals of the United States of America in Morocco, Judgment (27 August 1952), (1952), ICJ Reports. (176, 192).

⁴ Salini, op.cit, para. 115.

⁵ Claimant's Counter – Memorial on Jurisdiction, para. 207.

خواهان نتیجه می‌گیرد که رأی سالیانی نمی‌تواند به عنوان یک پیشنهاد کلی در همه جا مورد استناد قرار گیرد.^۱

به نظر خواهان باید دید که آیا سیاست عمومی آرژانتین اقامه دعوا در محاکم داخلی را قبل از شروع به داوری لازم می‌داند یا خیر؟ خواهان اعلام می‌کند که از ۵۷ معاهده سرمایه‌گذاری آرژانتین، ۱۰ مورد اقامه دعوای قبلی را لازم دانسته‌اند. از ۴۱ معاهده منعقد شده از اکتبر ۹۲ به این طرف، تنها یک مورد لازم دانسته و از ۲۱ مورد معاهده منعقد شده از سپتامبر ۹۴ به بعد فاقد این الزام است. لذا نتیجه می‌گیرد که نظیر قضیه مافیزی، آرژانتین از این سیاست خود عدول کرده است.

خواهان اشاره به قضیه زیمنس می‌کند که در آن دیوان داوری عدم تداوم قید فوق در معاهدات سرمایه‌گذاری را بمعنی خروج آن از شمول سیاست خارجی یا اقتصادی آرژانتین دانسته است.^۲ لذا شرط ملت کامله‌الوداد مقرر در ماده ۳ معاهده شامل مقررات حل و فصل اختلاف شده و هر تفسیری برخلاف این، منتهی به یک تبعیض آشکار میان خواهان‌های انگلیسی و دیگر خواهان‌های خارجی که بر علیه آرژانتین در داوری‌های بین‌المللی مطرح می‌شود، گردیده و هدف شرط را که همان اجتناب از تبعیض است را زایل می‌سازد.^۳

از دیدگاه خواهان ظرف زمانی ۱۸ ماه یک موضوع مشکلی است که منجر به ناکارآمدی و بی‌عدالتی در احقاق حق می‌شود و لذا موضوع و هدف معاهده را با شکست مواجه می‌سازد. اقامه دعوا کار عبثی است زیرا اختلاف ظرف ۱۸ ماه حل نشده است و مالیات‌های دادگاه گزاف بوده است. همین‌طور جداول دستمزدهای وکلا و هزینه‌های دادرسی در آرژانتین بسیار بالا بوده است.

خواهان توجه دیوان را به رویه داوری در مواردی که اعمال دقیق و خشک مقررات شکلی معاهده منجر به ناکارآمدی و بی‌عدالتی شده و یا عبث و بیهوده بوده است، جلب نموده که در چنین مواردی دیوان‌ها، اعمال آن‌ها را ضرورتی ندانسته‌اند.^۴ و از آن جا که رسیدگی به روشی غیر از این منتهی به ناکارآمدی و بی‌عدالتی می‌شود، خواهان حق دارد که این موضوعات را بعد از گذشت زمان ناچیزی از مراجعه به دادگاه به دیوان آنسیترال ببرد، به جای این که در خصوص اتخاذ رأی روی موضوعات مورد اختلاف ۱۸ ماه زمان صرف کند.^۵

¹ Ibid., para. 208.

² Ibid., para. (211-212).

³ Ibid., para. 213.

⁴ Ibid., para. (220-222).

⁵ Ibid., para. 223.

خواهان اشاره می کند که آرژانتین به قضیه گاز طبیعی علیه آرژانتین که متعاقب پلاما، مطرح شده اشاره‌ای ننموده است. که در آن دیوان داوری گفت: "به نظر می رسد وقتی طرف های دولتی یک معاهده سرمایه گذاری یا طرفین یک موافقتنامه سرمایه گذاری خاص اختلافات مستحده را به روشی متفاوت از روش حل و فصل اختلافات مقرر شده در معاهده یا موافقتنامه فی ما بین حل می کنند، به این معناست که مقررات ملت کامله الوداد مندرج در معاهدات سرمایه گذاری قابل اعمال به حل و فصل اختلافات است."^۱

به عقیده خواهان تحول واقعی که معاهدات سرمایه گذاری با خود آورده اند، حمایت از حقوق ماهوی سرمایه گذار نیست که این امر به طور گسترده‌ای در حقوق بین الملل عمومی مورد پذیرش قرار گرفته است، بلکه دستیابی مستقیم به یک دیوان مستقل و به دستور سرمایه گذار است. این یک بخش خاص از حمایت اعطا شده در معاهدات سرمایه گذاری است و تفکیک آن از حقوق ماهوی که دیوان به دنبال حمایت از آن است، یک تمایز غلط است.^۲

در قضیه سالینی خواهان به دنبال این بود که دعوای قراردادی خود را از طریق شرط ملت کامله الوداد، مطابق یک معاهده دوجانبه دیگر اقامه نماید، در حالی که معاهده میان ایتالیا و اردن به طور خاص مقرر می کرد که چنین دعوای مطابق آئین پیش بینی شده در موافقتنامه سرمایه گذاری باید اقامه شود.

در قضیه پلاما، خواهان به دنبال این بود که از طریق شرط ملت کامله الوداد قلمرو مادی آن چه را که به داوری ارجاع می شد، شامل همه چیز کرده و... دستیابی به داوری ایکسید را معامله کند، در حالی که مطابق معاهده سرمایه گذاری مورد بحث تنها موضوعی که می توانست به داوری برود، موضوع مصادره و تعیین غرامت بر طبق قواعد آنسیترا ل بود.^۳ علاوه بر این در قضیه پلاما، مذاکراتی حول اصلاح معاهده میان طرف های دولتی معاهده مطرح شده بود و ناموفق مانده بود. دیوان به این نتیجه رسید که چون طرف های متعاقد به این موضوع نظر داشتند و آن را رد کرده اند، لذا هیچ قصدی هم بر تسری شروط مربوطه به ترتیبات حل و فصل اختلاف نداشته اند.^۴

در نهایت خواهان نتیجه می گیرد که در قضیه حاضر هیچ اختلافی راجع به دستیابی به دیوان ایکسید بدون رضایت قبلی وجود ندارد، لیکن این رضایت قبلاً داده شده و قید حل و فصل اختلاف قبلاً تمامی اختلافات را پوشش داده است.^۵

ملاحظات دیوان

¹ Transcript, p. 132 (Citing para. 49 of Gas Natural SDG, v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction (17 June 2005, available at <http://www.asil.org/Pdfs/GasNat.v.Argentina.Pdf>). visited in 25.10.2007.

² Ibid., p. 141.

³ Ibid., p. 149.

⁴ Ibid., p. 150.

⁵ Ibid.

دیوان برای تعیین قصد طرفین از متن شرط، از ماده ۳۱ کنوانسیون وین شروع می کند. تا آن جا که به نیت متعاهدین مربوط می شود، روش کنوانسیون وین و دیوان بین‌المللی دادگستری این است که آن چه قصد طرفین را تعیین می کند، همانی است که در متن معاهده به آن تصریح شده است و این بهترین راهنما برای احراز نیت مشترک متعاهدین است.^۱

کنوانسیون قاعده متفاوتی را برای تفسیر شروط مختلف ندارد این قاعده تفسیری (ماده ۳۱ کنوانسیون معاهدات) به طور یکسان به کل مقررات معاهده قابل اعمال است، اعم از این که شروط مربوط به حل و فصل اختلاف باشند یا نباشند.

ماده ۳ معاهده: "تحت عنوان رفتار ملی و مقررات ملت کامله‌الوداد مقرر می دارد:

(۱) هیچ یک از طرف های متعاهد نبایستی در سرزمین خود، سرمایه گذاری ها یا درآمدهای سرمایه‌گذاران و یا شرکت‌های طرف دیگر را از رفتاری بهره مند نماید که از حیث مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به سرمایه‌گذاران، شرکت‌های داخلی یا هر دولت دیگری باشد.

(۲) هیچ یک از طرف های متعاهد نبایستی در سرزمین خود، سرمایه‌گذاران یا شرکت‌های طرف دیگر را در رابطه با مدیریت، حفظ و ابقاء، کاربری، بهره برداری یا انتقال سرمایه‌ها از رفتاری بهره مند نماید که از نظر مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به سرمایه‌گذاران خود یا هر دولت ثالث دیگری می‌باشد"

دیوان ملاحظه می کند که شرط ملت کامله‌الوداد صراحتاً به حل و فصل اختلاف یا به هر معیار رفتاری دیگری که برای این موضوع به طور خاص در معاهده مقرر شده است، بر نمی گردد. از طرف دیگر، ذکر از حل و فصل اختلاف در میان استثنائات شرط آورده نشده است. از دیدگاه تفسیری، ذکر یک عنوان خاص، دیگر عناوین را خارج می کند.^۲

مروری بر شروط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری منعقد از سوی اسپانیا، دیوان را در قضیه مافزینی، به این نتیجه رساند که شروط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهدات دیگر فاقد اشاره به "تمامی موضوعات تابع این موافقتنامه" بوده اند.^۳ و صرفاً مقرر کرده بودند که این رفتار "بایستی تابع شرط باشد" بدون این که جزئیات بیشتری را ارائه بدهند. دیوان به این نتیجه می رسد که چنین فرمولی بسیار مضیق است. در قضیه آمباتیلوس کمیسیون داوری لازم بود تعیین کند که آیا اقامه دعوا نزد محاکم داخلی

¹ Brownlie, L., Principles of Public International Law (9 th ed 2003), p. 602.

² Expressio unis et exclusio alterius quoting in Ustor Endre., 8 Encyclopedia of Public International Law, 1985, pp. (411-415).

³ Maffezini, op.cit., para. 60.

تحت شمول شرط قرار می‌گیرد یا خیر. کمیسیون بعد از بررسی نیت طرفین متعاقد دریافت که تجارت و دریانوردی طرفین در تمامی جنبه‌ها می‌باید تحت شمول شرط ملت کامله‌الوداد قرار گیرد.^۱

در قضیه سالینی شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری ایتالیا و اردن هیچ اشاره‌ای به "کلیه حقوق یا موضوعات تابع این موافقتنامه" نمی‌کرد.^۲

موضوع مطرح نزد دیوان این بود که آیا اشاره تنها به "مطلوب ترین رفتار" بدون اشاره به همه موضوعات مشمول در معاهده، پیش شرطهای شکلی حل و فصل اختلاف را از قلمرو اعمال شرط ملت کامله‌الوداد استثنا می‌کند یا خیر.

برای پاسخ دادن به این سؤال دیوان رویه بعدی طرفین معاهده و محتوای مادی و واقعی رفتار را در زمینه حمایت اعطا شده به سرمایه‌گذاران در معاهدات سرمایه‌گذاری بررسی کرد.

در رویه معاهداتی انگلستان، از سال ۱۹۹۱ به این طرف شرط ملت کامله‌الوداد در الگوی معاهداتی انگلستان بند سومی را به شروط ملت کامله‌الوداد اضافه کرده بود به این ترتیب که "برای اجتناب از هر گونه تردیدی، شرط ملت کامله‌الوداد به مواد ۱ تا ۱۱ معاهده تسری می‌یابد" و لذا شامل موضوعات حل و فصل اختلاف هم می‌شود. این بند اضافی تلویحاً می‌رساند که معنای شرط در معاهدات قبلی نیز چنین بوده است.^۳ از طرف دیگر، بعد از رأی صلاحیتی زیمنس، آرژانتین و پاناما یادداشت‌های دیپلماتیک را رد و بدل کردند که همراه با یک اعلامیه تفسیری از شرط ملت کامله‌الوداد در معاهده سرمایه‌گذاری ۱۹۹۶ بود به این مضمون که شرط به ترتیبات حل و فصل اختلاف تسری نمی‌یابد و این قصد همیشگی طرفین بوده است.^۴

در حالی که در هیچ زمانی، چنین دلیلی به دیوان ارائه نشد و نیز هیچ دلیلی مبنی بر این که آرژانتین چنین تفسیر شکلی از شرط ملت کامله‌الوداد را در بیش از ۵۰ معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه منعقد با دیگر دولت‌ها اتخاذ نموده باشد، دریافت ننمود، در حالی که از رویه معاهداتی انگلستان امکان چنین نتیجه‌گیری وجود دارد که هم زمان با انعقاد معاهده مورد بحث نیز هست.

لذا می‌توان گفت که شرط ملت کامله‌الوداد به حل و فصل اختلاف تسری می‌یابد، در حالی که چنین نتیجه‌گیری را نمی‌توان از وضعیت آرژانتین داشت بنابراین مرور رویه معاهداتی طرف‌های دولتی در رابطه با

¹ Ambatielos, op.cit., pp. (107-91).

² Salini, op.cit., para. (117-119).

³ - رویه انگلستان، منجمله عبارت "برای اجتناب از هر گونه تردیدی" در بند ۳ شرط ملت کامله‌الوداد بنظر نمی‌رسد که مستمر و مداوم بوده است. معاهده سرمایه‌گذاری با هندوراس دربردارنده چنین بندی است در حالی که معاهده با ونزوئلا فاقد چنین بندی است.

⁴ Transcript, op.cit., pp. (136-137).

نیت مشترک طرفین به بن بست می رسد. لذا دیوان به این موضوع پرداخت که آیا واژه "رفتار" می تواند به نظام های حل و فصل اختلاف تسری یابد یا خیر؟

دیوان در بررسی این امر که آیا اعمال قوانین داخلی مربوط به احقاق حق، یعنی طی مراحل توسل به دادگاه های داخلی، بایستی در دسترس تجار خارجی باشد یا خیر، به رأی کمیسیون دآوری در قضیه آمباتیلوس اشاره می کند:

"چنان چه اقامه دعوی به تنهایی نگریسته شود، موضوعی است جدا از موضوع تجارت و دریانوردی. اما الزاماً چنین نخواهد بود، اگر در رابطه با حمایت از حقوق تجار به آن نگریسته شود. حمایت از حقوق تجار جای خود را در میان موضوعاتی که در معاهدات تجاری و دریانوردی بررسی می شود، باز کرده است. لذا با توجه به این که اقامه دعوا الزاماً مرتبط با حمایت از این حقوق است، و شرط نیز شامل تمامی موضوعات راجع به بازرگانی و دریانوردی می شود، نبایستی از اعمال شرط ملت کامله الوداد استثنا شود. این مسأله می بایست صرفاً در پرتو نیت طرفین معاهده تعیین شود، همان طور که از تفسیر متعارف معاهده نیز قابل استنتاج است."^۲

دیوان در قضیه حقوق اتباع امریکایی در مراکش به این نتیجه رسید که مطابق شرط ملت کامله الوداد، ایالات متحده حق استناد به مقررات دیگر معاهدات مربوط به نظام کاپیتولاسیونی را داراست.^۳

در قضیه مافزینی دیوان به این نتیجه رسید که شرط ملت کامله الوداد مندرج در معاهده سرمایه گذاری اسپانیا و آرژانتین به سرمایه گذار آرژانتینی اجازه داده است تا از نظام های حل و فصل اختلاف مندرج در دیگر معاهدات منعقد از سوی اسپانیا که مطلوب تر است منتفع شود.

"... دلایل موجهی وجود دارد که نشان می دهد حل و فصل اختلافات بین المللی امروزه به طور اجتناب ناپذیری با حمایت از سرمایه گذاران خارجی مرتبط است، تا جایی که به حمایت از حقوق تجار در معاهدات تجاری مربوط می شود.

.... دیوان بین المللی و دیگر ترتیبات حل و فصل اختلاف به هر حال برای حمایت از حقوق مشمول در معاهدات مربوطه، اساسی و ضروری هستند و به طور نزدیکی با جنبه های مادی رفتار اعطا شده پیوند دارند..."^۴

از ملاحظات فوق می توان نتیجه گرفت که چنان چه معاهده ثالث، دربردارنده مقرراتی برای حل و فصل اختلاف باشد که برای حمایت از حقوق سرمایه گذار و منافعش مطلوب تر از معاهده پایه است، چنین

1 National Grid, op.cit., p. 26.

2 Ambatielos, op.cit., p.107.

3 Rights of Nationals of the United States in Morocco, op.cit., p.190.

4 Maffezini, op.cit., paras. (54 – 56).

مقرراتی به ذی نفع شرط تسری می‌یابد زیرا کاملاً با اصل وحدت موضوع منطبق است. کمیسیون دآوری در آمباتیلوس، دیوان بین‌المللی دادگستری و دیوان دآوری در قضیه مافزینی همگی موافق بودند در این که موضوع حل و فصل اختلاف بخشی از رفتار حمایت از سرمایه‌گذاران را تشکیل می‌دهد.

دیوان در قضیه گاز طبیعی در این باره چنین می‌گوید:

"شرط دآوری بین‌المللی میان دولت و سرمایه‌گذار در معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی یک انگیزه مهم محسوب و مستلزم حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی است. همین طور، دستیابی به دآوری بین‌المللی بعد از رجوع به محاکم داخلی و انقضا ۱۸ ماه از زمان مراجعه و عدم اتخاذ تصمیم نهایی، از لحاظ حمایت، مطلوبیت کمتری به نسبت دستیابی مستقیم و بلافاصله به دآوری بعد از انقضا مذاکره راجع به اختلاف خواهد داشت."^۱ دیوان سپس به وضعیت شروط در دو قضیه پلاما و سالینی و تفاوت آن با قضیه حاضر می‌پردازد: در قضیه سالینی، خواهان به دنبال شمول شرط دآوری نسبت به حل و فصل اختلافات پیش آمده بود که در معاهده پایه پیش بینی نشده بود. در قضیه پلاما، شرط رجوع به دآوری ایکسید در معاهده پایه نیامده بود. لیکن در قضیه فوق، طرفین با اعمال قواعد دآوری آنسیترا موافق بودند و این امر قابل اجتناب بود زیرا آرژانتین از ۱۹۹۴ به این طرف از درج این قید در معاهدات سرمایه‌گذاری صرف‌نظر کرده بود.

دیوان اخیر با نگرانی دیوان در قضیه مافزینی موافق بود که نباید شرط ملت کامله الوداد به طور نامتناسبی گسترش یابد. کاملاً آشکار است که بعضی از خواهان ها سعی دارند که قلمرو شرط را به ماورا محدودیت‌های مقرر شده بگسترانند. برای مثال، خواهان در قضیه پلاما سعی داشت تا رضایت رجوع به دآوری ایکسید را خلق کند، به این دلیل که هیچ قیدی در خصوص استثنا این مورد از عملکرد شرط ملت کامله الوداد در قضیه مافزینی نیامده بود.^۲

اما قضایایی نظیر پلاما، نمی‌توانند شروط ملت کامله الوداد را از معنا یا هدف مشروعش در یک قضیه خاص ممنوع و محروم سازند.

شرط عنصر مهمی برای تضمین سرمایه‌گذاران خارجی مبنی بر خورداری از رفتاری برابر با دیگر سرمایه‌گذاران خارجی و داخلی است.

دیوان به این نتیجه می‌رسد که خواننده در همان زمینه‌ای به دآوری برای حل و فصل اختلافات رضایت داده است که خواهان از آن به عنوان "رفتار" تحت شمول شرط ملت کامله الوداد معاهده نام برده

¹ Gas Natural, op.cit., para. 31.

² Maffezini, op.cit., para. 63.

است. لذا این امکان برای سرمایه‌گذاران انگلیسی در آرژانتین فراهم شده است که بدون توسل بدوی به محاکم آرژانتینی به داوری توسل جویند، به نحوی که در معاهده ایالات متحده با آرژانتین آمده است.^۱ در این قضیه دیوان به بررسی نظریه خواهان مبنی بر این که اقامه دعوا نزد محاکم داخلی یک موضوع صرفاً شکلی بوده که منتهی به ناکارآمدی در رسیدگیها و بی عدالتی می شود و موضوع و هدف معاهده را با شکست مواجه می‌سازد نپرداخت.^۲

بند دوم: شمول شرط نسبت به دعاوی ناشی از میزان غرامت و نه اصل مسئولیت

در قضیه رزاینوست علیه روسیه فدراتیو^۳ اختلافات طرفین بر سر این بود که آیا مقررات ملت کامله‌الوداد مندرج در مواد (۲) و (۱) ۳ معاهده انگلستان و شوروی می‌تواند سبب طرح دعاوی سلب مالکیت مطابق ماده ۸ معاهده دانمارک و روسیه نزد مرجع داوری شود؟ به عبارت دیگر آیا می‌توان با استناد به شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در ماده ۳ معاهده سرمایه‌گذاری انگلستان و شوروی، صلاحیت مرجع داوری را مطابق معاهده سرمایه‌گذاری دانمارک و روسیه احراز کرد؟

ماده ۸ معاهده دانمارک - روسیه تحت عنوان "اختلافات میان سرمایه‌گذار طرف متعاقد با دیگر طرف متعاقد" چنین مقرر می‌داشت:

"۱. هر گونه اختلافی که میان سرمایه‌گذار یکی از طرف های متعاقد با دیگر طرف های متعاقد در رابطه با سرمایه‌گذاری رخ دهد، بایستی تابع مذاکرات میان طرفین اختلاف باشد.

۲. چنان چه اختلاف حادث شده ظرف ۶ ماه از تاریخ اعلام کتبی دعوا نتواند حل و فصل شود، سرمایه‌گذار باید بتواند دعاوی خود را: الف) به یک داور منفرد یا یک دیوان داوری ad hoc که مطابق قواعد داوری آنسیترال تأسیس می شود یا ب) انسیتوی داوری اتاق بازرگانی در استکهلم ارجاع نماید."

در این قضیه هیچ اختلافی میان طرفین وجود نداشت و دیوان موافق بود که صلاحیت بر موضوعاتی نظیر این که سرمایه در معرض خطر است و عمل دولت میزبان سلب مالکیت محسوب می شود یا خیر و آیا مطابق معاهده سرمایه‌گذاری عمل دولت میزبان قانونی هست یا خیر، خواهد داشت. مطابق ماده ۳ معاهده "انگلستان و اتحاد جماهیر شوروی": ۱. هیچ یک از طرفین متعاقد نبایستی در سرزمین خود، سرمایه‌گذاری ها یا عواید حاصله از سرمایه‌گذاری های طرف دیگر را از رفتاری بهره مند نماید که از نظر مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به سرمایه‌گذاری ها یا عواید سرمایه‌گذاران کشورهای ثالث می‌باشد.

¹ National Grid. op.cit., p.29.

² Ibid.

³ RosInvest v. Russian Federation Award on Jurisdiction october 2007, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, <http://ita.law.uvic.ca/RosInvest-Jurisdiction>, visited on 11.2.2009.

۲. هیچ یک از طرفین متعاقد نباید در سرزمین خود سرمایه‌گذاران طرف دیگر را در رابطه با مدیریت، حمایت، کاربری، بهره‌برداری یا انتقال سرمایه‌هایشان از رفتاری برخوردار نمایند که از رفتار اعطا شده به سرمایه‌گذاران هر دولت ثالثی کمتر باشد.^۱

همان طور که ملاحظه می‌شود بند ۱، سرمایه‌گذاری‌ها را بررسی می‌کند و بند ۲ سرمایه‌گذاران را. هر دو بند حمایت ملت کامله‌الوداد را با عبارت پردازی‌های مشابه ولی با یک قلمرو متفاوت، مقرر نموده‌اند. بنابراین، دیوان آن‌ها را جداگانه بررسی می‌کند:

بند ۱ ماده ۳، حمایت ملت کامله‌الوداد را به سرمایه‌گذاری‌ها اعطا کرده است به این ترتیب که نباید از رفتاری که کمتر از رفتار اعطا شده به هر دولت ثالثی است، بهره‌مند شوند.^۱

سؤال این است که آیا می‌توان واژه رفتار را شامل حمایت از طریق شرط ارجاع به داوری دانست؟ دیوان درمی‌یابد که بخاطر اهداف این رأی مجبور نیست به این سوال کلی پاسخ دهد، اما تنها به این سؤال فرعی می‌پردازد که آیا شرط داوری شامل سلب مالکیت هم می‌شود یا خیر. به نظر دیوان، اولاً، این که در حوزه سرمایه‌گذاری سلب مالکیت در واقع یک رفتار از ناحیه دولت میزبان محسوب می‌شود، هیچ تردیدی نیست. ثانیاً، اگر قرار باشد حمایت از طریق شرط رجوع به داوری، سلب مالکیت را در برگیرد، این یکی از جنبه‌های مرتبط با رفتار محسوب می‌شود. در صورتی که سلب مالکیت تنها نزد دادگاه‌های داخلی دولت میزبان اقامه شود، مستقیماً اثری بر سرمایه‌گذاری نخواهد گذاشت و به حقوق شکلی سرمایه‌گذار مربوط خواهد شد که بند ۲ ماده ۳ قاعده مجزایی در این خصوص دارد. بنابراین دیوان بدون ورود به سوال کلی مطروحه که آیا شرط ملت کامله‌الوداد می‌تواند برای توسل به شرط داوری مندرج در یک معاهده دیگر به کار رود نتیجه می‌گیرد که با توجه به عبارت پردازی خاص ماده (۱) ۳ معاهده انگلیس و روسیه و هدف خاص داوری در آن معاهده، عبارت موسع ماده ۱ معاهده دانمارک و روسیه در رابطه با سلب مالکیت قابل اعمال نیست.^۲

سپس دیوان بررسی کرد که آیا مطابق بند ۲ ماده ۳ صلاحیت دارد یا خیر؟ این مقرر حمایت ملت کامله‌الوداد از سرمایه‌گذاران را با عباراتی متفاوت با بند ۱، اعطا نموده است، یعنی در رابطه با "مدیریت، حفظ، کاربری، بهره‌برداری یا انتقال سرمایه‌ها". واژه‌های "استفاده و بهره‌برداری" در بند ۲، دیوان را به نتایج متفاوتی از بند ۱ می‌رساند. لذا نمی‌توان تردید کرد که مصادره، مانع استفاده و بهره‌برداری سرمایه‌گذار شده و لذا رجوع به داوری بخشی از حمایت مرتبط با سرمایه‌گذار را تشکیل می‌دهد.^۳

¹Ibid., paras. (124-128).

²Ibid., para. 129.

³Ibid. para. 130.

انتخاب‌های شکلی متعدد در قیاس با یک انتخاب به هنگام به چالش کشیدن موضوع ممانعت از استفاده و بهره برداری نزد محاکم داخلی دولت میزبان، دارای اهمیت بزرگ و واضحی است.

آیا این نتیجه گیری در پرتو نتیجه گیری قبلی دیوان مبنی بر این که ماده ۸ معاهده سرمایه‌گذاری روسیه - انگلستان، صراحتاً صلاحیت دیوان را محدود کرده و هیچ صلاحیتی در رابطه با مصادره اعطا نکرده است، بایستی تغییر کند یا خیر؟

از نظر دیوان، این طور نیست. هرچند در واقع امر، شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در ماده ۳، قلمرو ماده ۸ را گسترده‌تر کرده است و در تعارض با آن محدودیت است، اما ویژگی و هدف شرط ملت کامله‌الوداد مذکور این بوده است که حمایت نمی‌تواند از طریق انتقال حمایت اعطا شده در یک معاهده دیگر، توسعه یابد.

و اگر چنین چیزی در زمینه حمایت ماهوی پذیرفته شود، دلیلی وجود ندارد که در زمینه شروط شکلی نظیر شروط داوری هم پذیرفته شود.

از طرف دیگر، می‌توان گفت که اگر شرط نسبت به حمایت ماهوی قابل اعمال باشد، به طریق اولی نسبت به حمایت شکلی هم قابل اعمال است. اما دیوان بیان می‌کند که این استدلال دوم نمی‌تواند قطعی باشد. زیرا همان طور که قبلاً بیان شد شرط داوری حداقل در زمینه سلب مالکیت دارای همان ارزش حمایتی ماهوی است که از طریق مقرراتی نظیر ماده ۵ معاهده قابل حصول است. در پرتو این ملاحظات دیوان نتیجه می‌گیرد که بر مبنای شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در ماده (۲) ۳ معاهده سرمایه‌گذاری روسیه و دانمارک و نیز ماده ۸ معاهده سرمایه‌گذاری دانمارک و روسیه، بر آن چه که مطابق ماده ۸ معاهده سرمایه‌گذاری روسیه و انگلستان اعطا شده است، صلاحیت رسیدگی دارد و لذا این صلاحیت به موضوعاتی نظیر این که آیا عملکرد خوانده مصادره تلقی می‌شود یا خیر و آیا عملکرد وی معتبر و قانونی بوده است یا نه، تسری می‌یابد.^۱

ماده ۷ معاهده سرمایه‌گذاری نیز تفسیر فوق را تأیید می‌کند به این نحو: ماده ۷ تحت عنوان "استثنائات" بیان می‌کند که "مقررات ماده ۳ و ۴ این موافقتنامه نباید به نحوی تفسیر شود که یک طرف متعاقد را وادار سازد تا به سرمایه‌گذاران طرف دیگر هر گونه نفع، ترجیح یا مزیتی را که ناشی از: الف) هر گونه اتحادیه گمرکی موجود یا غیر موجود، سازمان همکاری اقتصادی متقابل یا هر موافقتنامه بین‌المللی مشابه اعم از دو یا چندجانبه، صرف نظر از عضویت یا عدم عضویت اعضا متعاقد دیگر،

¹Ibid., paras. (131-134).

ب) هر موافقتنامه بین‌المللی یا ترتیبی که در رابطه با کل یا بخش عمده‌ای از مالیات یا هر نوع قانون داخلی که به نحو کلی یا عمده‌ای به مالیات مربوط می‌شود، اعطا نماید".

ماده ۷ صراحتاً حمایت ملت کامله‌الوداد را در رابطه با زمینه‌های ذکر شده در بندهای الف و ب ماده ۷ استثنا نموده است.

هرچند می‌توان گفت که تعهدات چندجانبه مذکور در بند الف ماده ۷ کاملاً از لحاظ ویژگی متفاوت هستند و استثنائات آشکاری به حساب می‌آیند و علت وجودی آن‌ها این است که دولت‌های منعقدکننده معاهدات سرمایه‌گذاری نتوانند منافع ترتیبات چندجانبه بین‌المللی را بدون الحاق به آن‌ها بدست آورند، اما استثنا مندرج در بند ۲ دارای چنین پس زمینه آشکاری نیست. این بند حاکی از آن است که دولت‌ها، هنگام انعقاد معاهده، نمی‌خواسته‌اند که شروط ملت کامله‌الوداد نسبت به موضوعات مالیاتی اعمال شود. بنابراین نیاز به توضیح بیشتری نیست. مالیات موضوع بسیار مهمی برای یک سرمایه‌گذار است و لذا مسأله رجوع به داوری که منجر به حمایت از سرمایه‌گذار می‌شود اختلافی است که با دولت میزبان پیش آمده و با محاکم داخلی آن در ارتباط است. اگر به عبارت پردازی مضیق ماده ۸ با دقت نگاه شود، مطمئناً می‌توان گفت که طرفین داوری را فراموش کرده بودند، چرا که در زمان تهیه پیش نویس ماده ۷ طرفین توافق کرده بودند که شروط ملت کامله‌الوداد نباید نسبت به داوری اعمال شود.^۱

در غیر این صورت بسیار آسان بود که طرفین بندی را در این خصوص به ماده ۷ اضافه می‌کردند، در حالی که این کار صورت نگرفت. به نظر دیوان این خود تأکیدی است بر این که شروط ملت کامله‌الوداد در ماده ۳ نسبت به داوری در دیگر معاهدات قابل اعمال نیست.

دیوان به آرا و تصمیمات دیگر دیوان‌های ایکسید در رابطه با شروط ملت کامله‌الوداد و داوری در معاهدات دیگر اشاره می‌کند، از قبیل:

- رای دیوان ایکسید در قضیه "تلنور علیه مجارستان"، ۱۲ سپتامبر ۲۰۰۶،
- "سوئز و ویوندی علیه آرژانتین"، رأی صلاحیتی ایکسید در ۳ آگوست ۲۰۰۶، "نشال گرید علیه آرژانتین"، تصمیم صلاحیتی داوری آنسیترا ۲۰ ژوئن ۲۰۰۶،
- "سوئز و اینتر آگواس علیه آرژانتین"، تصمیم صلاحیتی ۱۶ مه ۲۰۰۶،
- "پلاما علیه بلغارستان"، رأی صلاحیتی ایکسید در ۸ فوریه ۲۰۰۵،
- "زیمنس علیه آرژانتین"، رای صلاحیتی ایکسید در ۳ آگوست ۲۰۰۴،
- "سالینی علیه اردن"، رای صلاحیتی ایکسید در ۲۳ ژوئیه ۲۰۰۱،

¹Ibid, para. (135-139).

"مافزینی علیه اسپانیا"، رای صلاحیتی ایکسید در ۲۵ ژانویه ۲۰۰۰،

"گاز طبیعی SDG علیه آرژانتین"، رای صلاحیتی ایکسید در ۱۷ ژوئن ۲۰۰۵،

بعد از بررسی این آراء دیوان دریافت که هیچ لزومی به وارد شدن در جزئیات بحث‌های راجع به این تصمیمات نیست.

دیوان با نتیجه گیری طرفین در این که نتایج مختلفی را می‌توان از تصمیمات دیوان ها گرفت و این بستگی دارد به این که چگونه مفسر عبارات گوناگون را هم در رابطه با شروط داوری و هم شروط ملت کامله‌الوداد ارزیابی و تفسیر می کند، موافق بود. اما از آن جا که وظیفه اصلی دیوان اتخاذ تصمیم در خصوص قضیه مطروحه نزد آن است و نه ارائه‌ی بحث‌های مکفی راجع به قابلیت اعمال شروط ملت کامله‌الوداد به مقررات حل و فصل اختلاف، اشاره می کند که ترکیب عبارات مندرج در مواد ۳ و ۷ معاهده روسیه و دانمارک با عبارات مشابه آن در دیگر معاهدات که در تصمیمات دیوان ها مطرح بودند، یکسان نیست. بنابراین، این عبارات بایستی توسط طرفین تفسیر شوند و لذا تصمیمات دیگر تغییری در تفسیر فوق ایجاد نخواهد کرد.

نهایتاً دیوان به این نتیجه می رسد که بر مبنای شروط ملت کامله‌الوداد مندرج در ماده (۲) ۳ معاهده روسیه و انگلستان و نیز ماده ۸ معاهده دانمارک و روسیه صلاحیت رسیدگی به حوزه‌ای فراتر از قلمرو ماده ۸ معاهده انگلستان و شوروی را خواهد داشت و لذا شرط شامل این موضوع که آیا عملکرد خوانده سلب مالکیت تلقی می شود یا نه و آیا معتبر و قانونی بوده است یا خیر را، دربر می گیرد.^۱

مبحث دوم : عدم شمول شرط ملت کامله‌الوداد نسبت به روش‌های حل و فصل اختلافات بین‌المللی

بند اول : عدم شمول شرط نسبت به دعاوی مبتنی بر قرارداد

۱. قضیه سالینی^۲

خواهان ها در این قضیه به دنبال این بودند که دعاوی ناشی از قرارداد را نزد دیوان ایکسید اقامه کنند، بدون این که مطابق قرارداد قبلی دعاوی خود را براساس قواعد حل و فصل اختلاف در نظام قضایی اردن اقامه کرده باشند.

¹ Ibid., paras (136-139).

² *Salini Costruttori Decision on Jurisdiction*, Agreement on the Promotion and Protection of Investments Italy – Jordan July 21, 1996, in 7 International Centre for Settlement of Investment Disputes, Investment Promotion and Protection Treaties (releas 2004 -2, June 2004).

این دعوا ناشی از ساخت سدی در کرامه اردن بود. خواهانهای ایتالیایی دعاوی خود را براساس معاهده سرمایه‌گذاری میان اردن و ایتالیا مطرح کردند

قرارداد سرمایه‌گذاری میان طرفین مقرر می‌داشت که اختلافات قراردادی بایستی از طریق مذاکرات دوستانه حل و فصل شود و در صورت لزوم، با توسل به محاکم داخلی یا نهاد داوری داخلی، دنبال شود. ماده (۲) ۹ معاهده سرمایه‌گذاری میان ایتالیا - اردن بیان می‌داشت: "در جایی که سرمایه‌گذار و نهاد اعضا متعاقد، یک موافقتنامه سرمایه‌گذاری را بنا می‌نهند، آئین رسیدگی پیش‌بینی شده در چنین موافقتنامه‌ای بایستی اعمال و اجرا شود.

"اردن" معتقد بود که چون موافقتنامه سرمایه‌گذاری با مجوز والی اردنی (یک نهاد اردنی محسوب می‌شود) لازم‌الاجرا شده است، لذا طرق قراردادی مربوط به اقامه دعوا محدود به روش‌های حل و فصل اختلاف در معاهده سرمایه‌گذاری است.

خواهان‌ها مدعی بودند که شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری اردن - ایتالیا به آن‌ها حق می‌دهد تا با استناد به ترتیبات حل و فصل مطلوب‌تر اختلاف که در دیگر معاهدات امضا شده اردن، آمده است، خواستار رفتار مطلوب‌تر شوند.

شرط ملت کامله‌الوداد در ماده ۳ معاهده سرمایه‌گذاری اردن - ایتالیا بیان می‌کند:

"هر یک از طرفین متعاقد بایستی با سرمایه‌گذاری‌های آن جام شده در داخل سرزمینش و درآمد افزوده آن‌ها، رفتاری را داشته باشد که از نظر مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به سرمایه‌گذاری‌های اتباع خودشان یا سرمایه‌گذاران کشورهای ثالث و درآمد افزوده آن‌ها، نباشد."

از نظر خواهان‌ها معاهدات سرمایه‌گذاری که اردن امضا کرده بود از قبیل معاهدات سرمایه‌گذاری با ایالات متحده و انگلستان که لازم‌الاجرا شده بودند، به سرمایه‌گذاران حق می‌داد تا هر گونه اختلافی را که ناشی از قراردادهای ساخت و ساز است را به ایکسید ارجاع نمایند، علی‌رغم ماده (۲) ۹ معاهده سرمایه‌گذاری ایتالیا - اردن و بدون این که نیازی به اقامه دعوا نزد محاکم داخلی اردن، مطابق با روش حل و فصل اختلافات داخلی در اردن باشد.

اردن نیز متقابلاً با همان استدلالاتی که آرژانتین در قضیه زیمنس مطرح کرده بود، آغاز کرد: "اولاً، شرط ملت کامله‌الوداد نمی‌تواند نسبت به تعهدات شکلی اعمال شود، ثانیاً رأی مافزینی نباید تکرار شود، ثالثاً، حتی اگر رأی مافزینی قابل اعمال باشد، ملاحظات مربوط به سیاست کلان دولت، اعمال شرط ملت کامله‌الوداد را استثنا می‌کند و رابعاً، شرط ملت کامله‌الوداد نمی‌تواند انتخاب صریح روش حل و فصل اختلاف را که در ماده (۲) ۹ معاهده سرمایه‌گذاری مربوطه آمده است، را به کنار گذارد."^۱

۱- اردن نیز معتقد بود که معاهدات ثالث مورد استناد خواهانها بواقع به سرمایه‌گذاران آمریکایی یا انگلیسی اجازه می‌دهند تا دعاوی قراردادی خود را نزد دیوانهای ایکسید مطرح سازند.

Salini Costruttori Decision on Jurisdiction, op.cit., para.103.

دیوان در این قضیه ضمن بر شمردن نگرانی‌های خود در رابطه با راه حلی که در قضیه مافزینی به کار گرفته شد، چنین می گوید:

"نگرانی دیوان از این است که نکند محافظ کاریها و احتیاط کاریهای نویسندگان رأی، منجر به ایجاد مشکلاتی در عمل شود و موجبات سلب اطمینان و اعتماد را فراهم آورد و خطر «خرید معاهده‌ای» را بالا ببرد."^۱

دیوان بیان می کند که معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه حاوی مقررات گوناگونی در این باره هستند. بعضی از این معاهدات صراحتاً مقرر داشته‌اند که رفتار ملت کامله‌الوداد نسبت به مقررات راجع به حل و فصل اختلاف قابل تسری است. در معاهدات دیگر، هر چند شرط ملت کامله‌الوداد حاوی چنین مقرره‌ای نیست اما اشاره به «تمامی حقوق» یا «همه موضوعات» مشمول در موافقتنامه می‌کند.^۲

دیوان سالینی اشاره می کند که اوضاع و احوال این قضیه متفاوت از اوضاع و احوال قضیه مافزینی و آمباتیلوس است^۳ زیرا در این قضایا شروط ملت کامله‌الوداد اشاره به «کلیه حقوق» یا «کلیه موضوعاتی» که در معاهده آمده است، می‌کند.^۴

دیوان استدلال می کند که ماده ۳ معاهده سرمایه‌گذاری میان ایتالیا و اردن شامل هیچ مقرره‌ای که قلمرو اعمال آن به حل و فصل اختلاف تسری یابد، نمی‌باشد. به عبارت دیگر "این معاهده «تمامی حقوق» یا «تمامی موضوعات» تحت شمول این معاهده را مورد خطاب قرار نداده است.

علاوه بر این که، خواهان ها هم هیچ چیزی را درباره قصد مشترک طرفین مبنی بر این که شرط ملت کامله‌الوداد نسبت به طرق حل و فصل اختلافات هم اعمال می شود، ارائه نکرده بودند.^۵

دیوان سالینی به این نتیجه رسید که روش‌های خاص حل و فصل اختلاف در معاهده سرمایه‌گذاری قصد دیگری را نشان می دهد: «کاملاً برعکس، قصد مطرح در ماده (۲) ۹ معاهده سرمایه‌گذاری، اختلافات قراردادی میان سرمایه‌گذار و نهاد دولتی را از صلاحیت دیوان ایکسید استثنا کرده و چنین اختلافاتی بایستی مطابق با روش‌های مذکور در موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری حل و فصل شود.^۶

¹ Id, para.115.

² Emmanuel Gaillard, op.cit., at.3.

^۳ - دلیل استناد یونان به شرط ملت کامله‌الوداد نه به خاطر اعمال ترتیبات مربوط به حل و فصل اختلاف بلکه به خاطر اعمال مقررات ماهوی مندرج در معاهدات انگلستان با کشورهای دیگر بود که با اتباعشان بر طبق «عدالت»، «حق»، «انصاف» رفتار شده بود و این راه حل نمی‌تواند در اینجا به کار آید.

* Salini costruttori, op.cit., paras.117-118

^۵ Id. para. 118.

^۶ - مطابق ماده (۲) ۹ معاهده ایتالیا - اردن: "در جایی که سرمایه‌گذار و یکی از واحدهای دولتی یکی از طرفین متعاقد یک موافقتنامه سرمایه‌گذاری را منعقد کنند، آئین رسیدگی پیش بینی شده در چنین موافقتنامه‌ای باید اجرا شود."

برخلاف زیمنس، دیوان سالینی بار اثبات را بر عهده خواهان قرار داد تا موضوعات راجع به رویه معاهداتی دولت میزبان را ثابت کند.

به نظر می رسد که این جز طبیعی ترین یافته‌های دیوان بود که «خواهان‌ها» هیچ اشاره‌ای به رویه‌های قضایی اردن و ایتالیا که دلالت بر حمایت از دعاویشان بکنند، نکردند.^۱ و لذا از این موضوع دیوان نتیجه می‌گیرد که ماده ۳ معاهده سرمایه‌گذاری، مادامی که به روش‌های حل و فصل اختلاف مربوط می شود، قابل اعمال نیست.^۲ در نتیجه، دیوان سالینی صلاحیت خود را بر اختلافات قراردادی میان خواهان و مقام والی اردن محدود ساخت.

۲. قضیه ایمپرگیلو

موضوع تسری شرط نسبت به دعاوی مبتنی بر قرارداد در قضیه "ایمپرگیلو علیه پاکستان" نیز مطرح شد.^۳ خواهان با استناد به شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده ۱۹۹۷ ایتالیا و پاکستان، خواهان اعمال صلاحیت ایکسید بر دعوا مطابق با دیگر معاهدات سرمایه‌گذاری بود که پاکستان با کشورهای دیگر نظیر معاهده ۱۹۹۵ سوئیس و پاکستان منعقد نموده بود.^۴ از نقطه نظر موضوعی، مطابق شرط، نقض قرارداد میان دولت متعاهد و سرمایه‌گذار دیگر دولت متعاهد، منجر به نقض معاهده میان دو دولت می شود. لذا معیارهای مربوط به حمایت و حل و فصل اختلافات مندرج در معاهده می‌تواند به دعاوی ناشی از نقض قرارداد هم تسری یابد.

خواننده معتقد بود که معنای این ادعا یعنی ورود به معاهده ایتالیا و پاکستان که بسیار فراتر از آن چیزی است که عرفاً از عبارات آن معاهده مستفاد می شود. علاوه بر این رأی صادره در قضیه "SGS علیه پاکستان" نیز محدودیت‌هایی را بر شرط تحمیل نموده است.^۵

لذا دیوان^۶ به این نتیجه رسید که قراردادهای مورد بحث با نهاد توسعه آب و نیروی پاکستان (WAPDA) که نهادی جدا و متمایز از دولت پاکستان بوده منعقد شده بودند و حتی به فرض که پاکستان از طریق شرط مندرج در معاهده سوئیس و پاکستان بتواند بر تعهدات قراردادی صلاحیت یابد، باز هم شامل این مورد نخواهد شد زیرا این قراردادهای هنوز لازم الاجرا نشده بودند.^۷

بند دوم : عدم شمول شرط به دلیل استثناء موضوعات محوری از عملکرد شرط.

1 Salini costruttori,..., op.cit., para.118.

2 Id. para. 119.

3 Contract – Based Claims

4 *Impregilo SpA v Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction of 22 April 2005. <<http://www.Worldbank.org/icsid>>, 10.8.2009.

5 Ibid, paras. (192, 230 -1).

6- Ibid, para.(96, 222).

7 Ibid, para. 223.

۱. قضیه تکمد

در این قضیه خواهان صراحتاً با اشاره به رای مافزینی و با استناد به شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری ۱۹۹۵ اسپانیا و مکزیك خواستار رفتار مطلوب تر مقرر در معاهده سرمایه‌گذاری ۱۹۹۸ اتریش و مکزیك شده بود.^۱

دیوان این درخواست را رد کرد به این دلیل که چنین درخواستی به «نظام حمایت ماهوی» مربوط می‌شود و نه موضوعات دادرسی و صلاحیتی.^۲

به نظر دیوان شرط ملت کامله‌الوداد هیچ نقشی در این جا ندارد زیرا نکته عمده و مهم مربوط به «موضوعات محوری» است که به طور خاص مورد مذاکره طرفین بوده است.^۳

دیوان ضمن بررسی ماده (۵) و (۴) ۲ ضمیمه موافقتنامه مکزیك و اسپانیا که مربوط به حل و فصل اختلاف بود به این نتیجه رسید:

«... این مواد دربردارنده الزاماتی در خصوص قابلیت پذیرش ماهوی دعاوی سرمایه‌گذار خارجی است، یعنی دستیابی به نظام حمایت ماهوی که مدنظر موافقتنامه است. نتیجتاً چنین قیود و شرایطی، الزاماً بخشی از محور اساسی مذاکرات اعضا متعاهد را تشکیل می‌دهد و در نبود چنین الزاماتی یا (بدون اجرای چنین شرایطی) این موافقتنامه اجرائی نخواهد شد. لذا، چنین مقرراتی در نظر دیوان داوری، خارج از قلمرو شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در ماده (۱) ۸ موافقتنامه است.»^۴

به طور کلی موضوعات محوری موافقتنامه خارج از عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در آن موافقتنامه است. این که آیا موضوع قرارداد مشمول موضوعات محوری می‌شود یا خیر موضوعی است که دیوان داوری آن را به طریقی غیر از توسل به شرط ملت کامله‌الوداد حل خواهد کرد.^۵

۲. قضیه برادران برچادر

در این قضیه دیوان داوری مستقر در انستیتوی داوری استکهلم صلاحیت خود را در رسیدگی به اختلاف حادث شده مابین دو تاجر بلژیکی و جمهوری فدراتیو روسیه که براساس معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه میان روسیه و بلژیک اقامه شده بود، رد کرد.

1 Tecnicas Medioambientales Tecmed v Mexico, ICSID Case No. Arb (AF)/00/2, Award of 29 May 2003 (<<http://www.Worldbank.org/icsid>>).para. 69, 2.8.2008.

این دعوا ناشی از کوتاهی دولت مکزیك در اخذ مجدد مجوز از سرمایه‌گذار اسپانیایی برای زباله‌های خطرناک تکمد در ایالات سونورا بود.

2 Ibidem.

3 Ibid, paras. (69,74).

4 Ibid. p. 24, para.74.

5 Dolzer and Myers, "After Tecmed : Most – Favoured – Nation Clauses in Investment Protection Agreements", 19 ICSID Rev-FILJ 49(2004), at.58.

در آوریل ۲۰۰۶، دیوان تصمیم گرفت که معاهده سرمایه‌گذاری دوره شوروی سابق حاوی یک قید بسیار مضیق در خصوص حل و فصل اختلافات است و تنها در اختلافات مربوط به میزان خسارت‌هایی که به دنبال مصادره یا ملی شدن اتفاق می‌افتد، رجوع به داوری مجاز است، لذا سرمایه‌گذاران بلژیکی نمی‌توانند شرط رجوع به داوری را به دیگر موارد نقض‌های حمایتی مندرج در معاهده بگسترانند. (نظیر رفتار منصفانه و عادلانه، مصادره و غیره) و با استناد به شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده بلژیک و روسیه، قواعد حل و فصل مطلوب تر اختلاف در معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه اخیر را که توسط روسیه امضا شده و در آن قلمرو گسترده تری به دیوان داوری برای نقض‌های معاهده‌ای داده است را مطالبه کنند.

با اکثریت ۲ به ۱ دیوان استناد به شروط ملت کامله‌الوداد را رد کرد. هرچند متن کامل رأی داوری و مستندات آن منتشر نگردید.^۱

بند سوم : عدم شمول شرط به دلیل مغایرت عملکرد شرط با جامعیت نظام حل و فصل اختلاف در معاهده پایه

۱. قضیه یائونگ چی ئو

در قضیه "یائونگ چی ئو"، موضوع بر سر احراز صلاحیت دیوان داوری ایکسید از طریق عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در موافقتنامه ۱۹۸۷ حمایت و افزایش سرمایه‌گذاری ها در چارچوب اتحادیه جنوب شرق آسیا (آسه‌ان) بود. این دعوا ناشی از موافقتنامه ساختاری مربوط به حوزه سرمایه‌گذاری آسه‌ان در ۱۹۹۸ بود، که حاوی یک شرط ملت کامله‌الوداد موسع بود. خواهان با استناد به شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در موافقتنامه ساختاری آسه‌ان، خواستار خلق رضایت به داوری ایکسید مقرر در معاهده ۱۹۹۸ میانمار و فیلیپین شده بود.^۲ دیوان این ادعا را مردود اعلام کرده و گفت، این دو موافقتنامه به نهادهای متفاوتی اشاره می‌کنند و لذا صلاحیت دیوان داوری بر موضوعاتی را که در معاهدات سرمایه‌گذاری میانمار آمده بود، رد کرد.^۳

در نتیجه دیوان صلاحیت ناشی از عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در موافقتنامه آسه‌ان را نپذیرفت.

۲. قضیه کنسرسیوم پلاما

¹ Investment Treaty News (ITN)..., op.cit., pp.(1-2).

² *Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd v. Myanmar*, ASEAN ID Case No. ARB/01/1, Award of 31 March 2003, 42 ILM 540 (2003).

³ Ibid, para. 83.

⁴ Ibidem.

در قضیه "کنسرسیوم پلاما علیه جمهوری بلغارستان" از دیوان خواسته شد تا تصمیم بگیرد که آیا سرمایه‌گذار می‌تواند بر مقرر حل و فصل اختلافی که در معاهده ثالث آمده و داوری ایکسید را تعیین کرده است، تکیه بزند و داوری ad hoc را که در معاهده پایه آمده است، مورد انکار قرار دهد یا خیر.

خواهان مدعی دو مبنای صلاحیتی برای دیوان ایکسید بود:

(۱) بخش پنجم معاهده منشور انرژی^۲ (۲) معاهده سرمایه‌گذاری میان قبرس و بلغارستان ۱۹۸۷.^۳

مشکلی که در رابطه با مبنای دوم صلاحیتی خواهان وجود داشت این بود که رضایت بلغارستان به داوری مطابق با ماده ۴ معاهده سرمایه‌گذاری قبرس - بلغارستان محدود به داوری ad hoc آنستیرال شده بود و از طرف دیگر محدود به اختلافاتی بود که در رابطه با میزان غرامت یک سرمایه‌گذار مطرح می‌شد، آن هم بعد از این که اصل دعوای غرامت از طریق روش‌های حقوقی و اداری بلغارستان مورد رسیدگی قرار می‌گرفت. درخواست خواهان از نهاد داوری این بود که راجع به اصل غرامت اقدام به اتخاذ تصمیم نماید، هر چند معاهده سرمایه‌گذاری بلغارستان - قبرس از نظر شکلی تنها به داوری خاص آنستیرال محدود شده بود و خواهان نیز از دادگاه بلغارستان درخواست نکرده بود تا راجع به دعوای مورد اختلاف رأی دهد.

با وجود موانع صلاحیتی، خواهان با استناد به ماده ۳ مقرر در معاهده سرمایه‌گذاری قبرس - بلغارستان که مقرر می‌داشت: "هریک از طرفین متعهد بایستی با سرمایه‌گذاری‌های آن جام شده توسط سرمایه‌گذاران هر عضو متعهد دیگر در سرزمینش رفتاری را داشته باشد که از نظر مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران کشورهای ثالث نباشد." و با اتکا بر رأی مافزینی، معتقد بود که قلمرو شرط ملت کامله‌الوداد قابل تسری به انواع رفتارهاست؛ از قبیل حل و فصل اختلاف و بدین ترتیب مقررات حل و فصل اختلاف در دیگر معاهدات سرمایه‌گذاری بلغارستان نظیر معاهده سرمایه‌گذاری بلغارستان - فنلاند که داوری ایکسید را برای طیف گسترده‌ای از اختلافات سرمایه‌گذاری مقرر می‌نمود، از طریق عملکرد ملت کامله‌الوداد شامل معاهده سرمایه‌گذاری قبرس - بلغارستان هم خواهد شد.

¹ Id. para. 21.

دعوای کنسرسیوم پلاما ناشی از خرید یک سرمایه‌گذار قبرسی از یک شرکت بلغاری بنام نوا پلاما بود که مالک یک پالایشگاه نفتی در بلغارستان بود. خواهان مدعی بود که در سالهای پس از سرمایه‌گذاری، دولت بلغارستان و دیگر مقامات عمومی در بلغارستان، عاقدانه مشکلاتی را برای نوا پلاما ایجاد کرده‌اند و بطور نامقوعول و غیر متعارفی اتخاذ موازین صواب را به تأخیر انداخته و مورد انکار قرار داده‌اند و لذا باعث وارد آمدن خسارت‌های مادی به فعالیت پالایشگاه شده‌اند.

^۴ European Energy Charter Treaty, dec.17, 1994, reprinted in 33 I.L.M 360 (1995).

^۳ - دیوان کنسرسیوم پلاما، صلاحیتش را مطابق با منشور انرژی اروپا (ECT) مور تأیید قرار داد. بحث راجع به این ماده، محدود به یافته‌های دیوان در معاهده سرمایه‌گذاری قبرس - بلغارستان راجع به شرط ملت کامله‌الوداد شده بود.

در نتیجه خواهان اصرار داشت که رضایت بلغارستان به صلاحیت دیوان ایکسید در معاهده سرمایه‌گذاری فنلاند - بلغارستان مورد استناد سرمایه‌گذاران قبرسی از طریق اعمال شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده قبرس - بلغارستان قرار گیرد.^۱

همچون قضیه سالینی، چنین درخواستی، جاه طلبانه‌تر از آن چیزی بود که دیوان های زیمنس یا مافزینی تأیید و امضا نموده بودند.

جدای از کنار گذاشتن مانع موقتی بر سر راه ایکسید (گذشت ۱۸ ماه انتظار) خواهان به دنبال ورود به معاهده اصلی یعنی صلاحیت ایکسید در رسیدگی به اختلافات بود که کاملاً از متن معاهده غایب بود دیوان گفت: "یک مسأله آن است که به رفتار مقرر شده در یک معاهده، رفتار مطلوب تری را که در جای دیگری آمده است، بیافزائیم. مسأله دیگر آن است که بیائیم یک روش خاص رسیدگی را که مورد مذاکره طرفین قرار گرفته است با یک نظام کاملاً متفاوت جایگزین کنیم."^۲

دیوان ادامه می دهد: "در هیچ یک از قضایای مطروحه رأی داده نشد که مقررات حل و فصل اختلاف در معاهده اصلی از طریق عملکرد مقرر ملت کامله‌الوداد در معاهده اصلی به طور کامل (in toto) جای خود را به مقررات حل و فصل اختلافی که در معاهده دیگر آمده است، بدهد."^۳

دیوان به این نتیجه رسید که مقرر ملت کامله‌الوداد در معاهده سرمایه‌گذاری بلغارستان - قبرس نمی‌تواند طوری تفسیر شود که به منزله رضایت به ارجاع اختلاف به داوری ایکسید تلقی شود. برای رسیدن به این نتیجه، دیوان به فراوانی معاهدات سرمایه‌گذاری در سال‌های اخیر اشاره می‌کند. در خصوص لزوم توافق طرفین بر صلاحیت ایکسید، دیوان چنین می‌گوید: "این یک اصل شناخته شده در حقوق بین‌الملل و هم در حقوق داخلی است که یک توافق بایستی آشکار و بدون ابهام باشد." در این قضیه که مبتنی بر عبارات معاهده سرمایه‌گذاری بلغارستان - قبرس و مذاکرات میان طرفین متعاقد بود، دیوان را به این نتیجه رساند که شرط ملت کامله‌الوداد مورد بحث نتوانسته به این آستانه دست یابد.

منطق و استدلال پایه‌ای دیوان در این تصمیم ۲ چیز است:

(۱) داوری یکی از موضوعات قرارداد است (۲) درمورد معاهده سرمایه‌گذاری قبرس - بلغارستان، بلغارستان رضایتش را به داوری به شرایطی محدود کرده است که به طور خاص میان قبرس و بلغارستان مورد مذاکره قرار گرفته بوده است (۳) زمانی که یک معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه یا چندجانبه به همراه مقررات خاص حل و فصل اختلاف منعقد می‌شود، دولت‌ها نمی‌توانند چنین مقرراتی را در آینده ترک کنند

^۱ *Plama Consortium*, ..., op.cit., para. (79-99).

^۲ Ibid, para, 209.

^۳ Ibid, para, 210.

^۴ Ibid, para, 184.

و از طریق اعمال مقرر ملت کامله‌الوداد با مقررات حل و فصل اختلاف دیگری جایگزین کنند، مگر این که دولت‌ها صراحتاً با آن موافقت کرده باشند.^۱

لذا دیوان پلاما نتوانست به همان نتیجه مافزینی برسد که مطابق با آن، در مواردی که مدعی به دنبال جایی روش‌های رسیدگی به حل و فصل اختلاف معاهده اصلی با یک نظام کاملاً متفاوت است، این اجازه را دارد. دیوان پلاما عامدانه از فرض دیگری شروع می‌کند:

"دیوان‌های مافزینی و زیمنس، سکوت یا ابهام را، فرصتی برای گنجاندن مقررات حل و فصل اختلاف در قلمرو شرط ملت کامله‌الوداد تفسیر کرده اند. ولی وقتی شرط ملت کامله‌الوداد راجع به موضوع حل و فصل اختلاف ساکت است، نمی‌توان گفت که مقررات حل و فصل اختلاف بایستی گنجانیده شود."^۲

هر چند مبنای معیار «ملاحظات سیاست عمومی»^۳ در قضیه مافزینی معلوم نشد، اما استثنائات بالقوه‌ای درباره قاعده ملهم از رأی مافزینی وجود دارد که از گستره بیش از حد آن قاعده می‌کاهد.^۴

به نظر دیوان، آن چه قضیه مافزینی را توجیه پذیر می‌سازد اوضاع و احوال استثنائی خاص آن قضیه است.

دیوان با اشاره به اوضاع و احوال زمان انعقاد معاهده و رژیم کمونیستی بلغارستان در آن زمان که به دنبال محدود کردن حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی بود، به این نتیجه رسید که طرفین متعاهد خواهان تسری مقررات حل و فصل اختلاف از طریق شرط ملت کامله‌الوداد نبودند. توافق دولت مبنی بر ارجاع اختلافاتش به داوری بایستی آشکار و بدون ابهام باشد. بهمین ترتیب نیز اندراج یک نظام حل و فصل اختلاف در معاهده اصلی از طریق احاله به دیگر روش‌های حل و فصل اختلاف نیز باید آشکار و بدون ابهام باشد.

دیوان به این نتیجه رسید که چنین قصد و نیتی را در شرایط و اوضاع و احوال کنونی نمی‌تواند احراز کند و لذا نمی‌تواند شرط ملت کامله‌الوداد را طوری تفسیر کند که به منزله رضایت طرفین مبنی بر ارجاع اختلافشان به داوری ایکسید تلقی شود.^۵ کنسرسیوم پلاما، به دنبال ارائه قاعده جدیدی درباره عملکرد شروط ملت کامله‌الوداد در زمینه حل و فصل اختلاف میان دولت با سرمایه‌گذار بود.

مطابق با نظر دیوان، اصلی که استثنائات متعدد بر آن بار شود، دیگر یک اصل نیست، بلکه باید آن را چند اصل مختلف همراه با یک استثنا به حساب آورد. مقرر ملت کامله‌الوداد در معاهده اصلی (پایه) نمی‌تواند با رجوع به مقررات حل و فصل اختلاف اعم از کلی و یا جزئی که در معاهده دیگری آمده است، جایگزین شود، مگر این که مقرر ملت کامله‌الوداد معاهده اصلی، هیچ شکی را باقی نگذارد که طرفین

¹ Ibid, para, 212.

² Ibid, para, 203.

³ Public Policy Considerations

⁴ Ibid, para, 221.

⁵ Gaillard, Emmanuel, op.cit., at. 3.

متعاهد قصدشان این بوده که چنین شود.^۱ دیوان در این باره بیان می‌کند که یک وقت به رفتار مقرر شده در یک معاهده رفتار مطلوب تر در جای دیگر را اضافه می‌کنیم و زمانی می‌خواهیم آئین دادرسی مورد توافق طرفین را با یک نظام کاملاً متفاوت عوض کنیم مورد اخیر مردود است و قضیه مافزینی نمی‌تواند پایه ای برای تحلیل این قضیه باشد و منجر به هرج و مرج شده و مخالف با وحدت و هماهنگ سازی است.

دیوان پلاما نتوانست هیچ قاعده و ملاکی را برای تصمیم گیری راجع به این که چه موقع می‌توان گفت که عبارت مقرر ملت کامله‌الوداد به حدّ «بدون هیچ تردیدی»^۲ رسیده است نیافت، به غیر از مثال بدون مناقشه الگوی معاهداتی انگلستان در خصوص سرمایه‌گذاری که صراحتاً اعلام کرده که شرط ملت کامله‌الوداد قابل تسری به حل و فصل اختلافات نیز هست،^۳ دیوان پلاما هیچ نظری را در خصوص فرمول مورد بحث در قضیه مافزینی یعنی عبارت «بدون تردید» ابراز نکرد.

بند چهارم: عدم شمول شرط به دلیل مغایرت عملکرد شرط با چهارچوب موسع نظام حل و فصل اختلاف در معاهده پایه

مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری ها (ایکسید) در ۸ دسامبر ۲۰۰۸، در قضیه وینترشال اعمال شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری میان آلمان و آرژانتین نسبت به ترتیبات مربوط به حل و فصل اختلافات را رد کرد. مطابق ماده ۳ بخش‌های ۱ و ۲ معاهده سرمایه‌گذاری آلمان - آرژانتین، طرفین از اعطا رفتاری که از حیث مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده نسبت به سرمایه‌گذاران کشورهای دیگر باشد، ممنوع شده بودند. بخش‌های ۳ و ۴ معاهده منافع اعطا شده به اتحادیه‌های اقتصادی و موافقتنامه‌های مالیاتی را از شمول این قاعده استثنا نموده بود. ماده ۴ که به بررسی مصادره و حمایت و امنیت کامل سرمایه‌ها پرداخته بود، صراحتاً سرمایه‌گذاران را از رفتار ملت کامله‌الوداد در رابطه با موضوعات تحت شمول این ماده بهره‌مند ساخته بود و ماده ۱۰ تحت عنوان داوری میان سرمایه‌گذار و دولت، مقرر نموده بود که یک سرمایه‌گذار تنها زمانی می‌تواند به ایکسید مراجعه کند که از زمان طرح دعوا در محاکم داخلی ۱۸ ماه سپری شده باشد، و دادگاه نتوانسته باشد در خلال این مدت تصمیم قانع‌کننده و رضایت بخشی را در ماهیت اختلاف اتخاذ کند. اساس استدلال دیوان در این قضیه این

۱ - دیوان پلاما بعد از صدور رأی نظر داد که این دیوان با نتیجه پایانی رأی مافزینی کمتر از طرقی که دیوان برای رسیدن به آن نتیجه طی کرده است. مخالف است گرچه دیوان پلاما، پیش شرط‌های رجوع به داوری یعنی مراجعه بعدی به دادگاه‌های داخلی در معاهده سرمایه‌گذاری آرژانتین - اسپانیا را از منظر عملی "غیرعادی" و "مهمل" توصیف می‌کند. اما آشکار است که چنین شرایط استثنائی نباید به عنوان یک اصل کلی راهنما برای دیوان‌های بنی‌المللی دیگر، در مواردی که فاقد چنین شرایط استثنائی است به کار گرفته شود.

Ibid, para. (223-244).
"No Doubt"

۳ - ماده (۳) الگو معاهداتی انگلستان (BIT) صراحتاً بیان می‌کند: "برای اجتناب از هر گونه تردیدی رفتار ملت کامله‌الوداد نسبت به مواد ۱ تا ۱۱ معاهده، منجمله مقررات حل و فصل اختلاف مندرج در ماده ۸ باید اعمال شود."

Ibid, para, 204.

بود که ماده ۱۰، بخش لا یتجزایی از رضایت دولت آرژانتین به صلاحیت دیوان ایکسید است و به نظر نمی رسد که واژه "رفتار" در شرط ملت کامله الوداد، بتواند در قالب یک مقرر عام و فراگیر، نسبت به تمامی موضوعات مقرر شده در معاهده سرمایه گذاری فوق تسری یابد، زیرا این ماده استفاده از این واژه را تنها به حقوق ماهوی مقرر در آن ماده محدود کرده است.

لذا دیوان نتیجه گرفت که واژه "رفتار" در ماده ۳ شامل مقرر حل و فصل اختلاف نمی شود. دیوان گفت، که حتی اگر شرط ملت کامله الوداد در اصل شامل مقرر حل و فصل اختلاف هم بشود (یکی از استثنائاتی که از سوی دیوان در رأی مافزینی علیه اسپانیا مطرح شد)، شرط ملت کامله الوداد نمی تواند برای ارجاع اختلاف به یک نظام داوری متفاوت و مغایر در یک معاهده دیگر به کار رود. دیوان وینترشال به این نتیجه رسید که معاهده میان آرژانتین و ایالات متحده که خواهان به آن استناد می کند، یک نظام داوری متفاوت و مغایر با معاهده میان آرژانتین و آلمان را ارائه می دهد، زیرا در آن معاهده، خواهان از همان ابتدا می تواند میان محاکم داخلی و مراجع مختلف داوری بین المللی یکی را برگزیند.^۱

گفتار سوم: قواعد حقوقی حاکم بر تفسیر معاهدات سرمایه گذاری از رهگذر رویه قضایی بین المللی

از آن چه گفته شد می توان قواعد حقوقی زیر را به عنوان قواعد حاکم بر تفسیر معاهدات سرمایه گذاری از خلال رویه قضایی استخراج کرد:

قواعد بنیادین تفسیر معاهده چارچوبی را برای اعمال شروط ملت کامله الوداد در داوری میان دولت و سرمایه گذار مقرر کرده اند، بدین شرح:

(۱) محتوای رفتار در هر مورد خاص بایستی از طریق معنای واقعی عبارت شرط ملت کامله الوداد مورد بحث، تعریف شود.

قضایای مطروحه نشان داد که موضوع قابلیت اعمال شرط ملت کامله الوداد نسبت به ترتیبات حل و فصل اختلاف عمدتاً از طریق مفاد شرط احراز گردیده است. اگر شرط ملت کامله الوداد صراحتاً محدودیت هایی را مقرر، بدارد این محدودیت ها لازم الاتباعند. برای مثال، ماده (۲) ۱۱۰۳ نفتا رفتار مطلوب تر را در رابطه با استقرار، تحصیل، گسترش، مدیریت و... سرمایه مقرر داشته است و چون از حل و فصل اختلافات در این ماده ذکری به میان نیامده است، در نتیجه از قلمرو شرط استثنا شده است.^۲

1 Perkams, Markus, "Arbitration – Germany, Tribunal Questions Scope of Most – Favoured – Nation Clauses", 26 February 2009, <http://www.international law office. Com/News letters/detail. aspx? = g = 8606b 1ed – e 274 – 4f ...>, p. 1. visited on 24.2.2009.

2 – Gaillard, Emmanuel, op.cit., at. 3.

همین طور شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در ماده ۵ طرح پیش نویس الگوی موافقتنامه‌های راجع به مناطق تجارت آزاد ایالات متحده مورخ نوامبر ۲۰۰۳، که در قالب عباراتی نظیر آن چه فوقاً بیان شد، نگارش یافته است، در پی نوشت شماره ۱۳ راجع به قصد طرفین متعاهد صراحتاً بیان می‌دارد: «طرفین، تصمیم اخیر دیوان داوری در قضیه مافزینی را یک تفسیر موسع و غیر معمول از شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در موافقتنامه آرژانتین - اسپانیا می‌دانند... بلکه برعکس، ماده مربوط به شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در این موافقتنامه صراحتاً قلمروش محدود به موضوعاتی در رابطه با استقرار، تحصیل، مدیریت... و هر گونه نقل و انتقال سرمایه بوده است.

طرفین بدین وسیله قصد خود را از قلمرو شرط آشکار می‌سازند که شرط شامل طرق حل و فصل اختلاف نخواهد شد... و لذا نمی‌توان موافقتنامه حاضر را طوری تفسیر کرد که به نتیجه نامعقول مشابه قضیه مافزینی بینجامد.^۱

زمانی که طرفین صراحتاً حل و فصل اختلاف را در قلمرو شرط می‌گنجانند چنین نیتی باید لازم الاتباع تلقی شود.

برای مثال، شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در ماده (۲) ۳ الگو معاهداتی سرمایه‌گذاری انگلستان مقرر می‌دارد: «برای اجتناب از هر گونه شک و تردیدی، رفتار مقرر شده در بندهای یک و دو فوق بایستی نسبت به مقررات ۱ تا ۱۱ این موافقتنامه اعمال شود و بدین ترتیب صراحتاً ترتیبات حل و فصل اختلاف را که در ماده ۸ معاهده آمده است را شامل شرط دانسته است.^۲

با توجه به این که شروط به انحاء مختلف نگارش می‌شوند، به همین دلیل تفسیر آن‌ها با هم نیز فرق می‌کند اما اشکالاتی بر این تفاسیر متنی وارد است. زیرا این تفاسیر مبتنی بر متن معلوم نمی‌کنند که چطور قابل قبول است که برای مثال به خواهان اجازه دهیم تا از مدت زمان ۱۸ ماه که در یک معاهده برای توسل به محاکم داخلی بدون این که قید مذکور باطل و ملغی الاثر شده باشد، عبور کند. در واقع پاسخ به این مسأله، ما را به سوی «تحلیل اثرات» یا به عبارت دیگر «تفسیر مبتنی بر موضوع و هدف» هدایت میکند. یعنی بینیم هدف از توسل به شرط ملت کامله‌الوداد در هر یک از این موارد چیست؟

در قضیه مافزینی، زیمنس، کاموزی و گاز طبیعی، محاکم، به شروط ملت کامله‌الوداد ترتیب اثر دادند تا بر پیش شرطهای بدوی پذیرش غلبه کنند.

¹ Ibidem.

² Ibidem.

اعمال شرط ملت کامله‌الوداد در چنین مواردی، بواقع قلمرو معاهده مورد توافق طرفین را در خصوص صلاحیت دیوان تغییر نمی دهد یا به نحوی منجر به ایجاد رضایتی که قبلاً نبوده است، نمی شود بلکه صرفاً زمان رضایت دولت میزبان را به داوری ایکسید متأثر می سازد و اجازه می دهد تا دیوان ها، دعاوی را استماع نمایند که بعداً واجد صلاحیت می شوند.

۲) نظیر هر مقررہ معاهده‌ای دیگر، شرط ملت کامله‌الوداد نیز باید با حسن نیت و مطابق با معنای عرفی داده شده به عبارات معاهده در متن و سیاق عبارات و در پرتو موضوع و هدف معاهده تفسیر شود^۱ به عبارت دیگر، متن شرط بایستی مطابق با اصول تفسیر معاهده که در ماده ۳۱ کنوانسیون وین معاهدات آمده است، تفسیر شود. بنابراین وظیفه اصلی دیوان ها فهم معنای معمولی شرط در زمینه و پرتو موضوع و هدف معاهده است.^۲

زمینه شرط ملت کامله‌الوداد، باقیمانده مواد معاهده اصلی است که شرط در آن مندرج است. برای مثال، اگر معاهده اصلی دربردارنده روش‌های حل و فصل اختلاف باشد، می توان گفت که روش‌های مذکور به طور خاص میان دولت میزبان و دولت سرمایه‌گذار مورد مذاکره قرار گرفته اند. در این حالت، بایستی شرط ملت کامله‌الوداد را در زمینه روش‌های حل و فصل اختلاف در معاهده اصلی در نظر گرفت. نمی توان به طور معقول استنباط کرد که طرفین متعاهد خواستشان این بوده است که چنین روش‌هایی از طریق ترکیب شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده اصلی با بعضی روش‌های حل و فصل اختلاف در یک معاهده سرمایه‌گذاری دیگر که میان دولت میزبان و ملت ثالث منعقد شده است، به کنار گذاشته شود.^۳

علاوه بر این، عموماً پذیرفته شده است که هدف از شرط ملت کامله‌الوداد این است که جلوی تبعیض علیه اتباع کشورهای مختلف گرفته شود و لذا به برابری رفتار صرف نظر از تابعیت، نایل شود. معاهدات سرمایه‌گذاری معمولاً هدفشان را در عنوانشان یا مقدمه ذکر می کنند.

نوعاً بیان می شود که هدف از انعقاد چنین معاهداتی افزایش سرمایه گذاری ها و حمایت از سرمایه گذاری هایی است که در سرزمین هر یک از اعضا توسط اتباع عضو متعاهد دیگر آن جام می شود. با اعمال اصل «موضوع و هدف معاهده» در موارد مبهم، شروط ملت کامله‌الوداد و معاهدات دربردارنده آن ها باید به روشی تفسیر شوند که حمایت از سرمایه گذاری ها افزایش یابد. از قبیل از طریق تجویز ورود روش‌های مطلوب تر حل و فصل اختلاف به معاهده اصلی به وسیله شرط ملت کامله‌الوداد.

1 Vienna Convention on the Law of Treaties, may 22. 1969, art. 31. 115 U.N.T.S. 331.

2 *National Grid v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, op.cit., para.82.

3 Freyer, Danna, ..., op.cit., p. 62.

۳) طرق تکمیلی تفسیر (ماده ۳۲ کنوانسیون وین معاهدات) بندرت مورد مراجعه دیوان ها قرار گرفته است با این وجود دیوان در قضیه پلاما به کارهای مقدماتی^۱ مراجعه کرد، دیوان بیان کرد که مذاکرات مستقیم میان طرفین یک معاهده‌ای که در صدد انعقاد یک معاهده جدید هستند، به طور غیرمستقیم برای کشف معنای معاهده اصلی، بجا و مناسب است.^۲

۴) شرط ملت کامله‌الوداد بایستی به عنوان یکی از موضوعات سیاست کلان دولت به اجرا درآید، چرا که هدف از شرط، افزایش منافع تجارت متقابل و روابط سرمایه‌گذاری است.^۳ به عبارت دیگر شرط ملت کامله‌الوداد می‌باید مبتنی بر ملاحظات مربوط به سیاست کلان دولت باشد. چنین ملاحظاتی با محدودیتهای مهمی که به تضییق قلمرو شرط می‌آن جامد، ارتباط تنگاتنگ دارد.

۵) استثنائات وارده بر سیاست کلان دولت: از مجموع آراء صادره از دیوان های ایکسید به ویژه دیوان مافزینی و تکمد می‌توان ۵ مورد را احصاء کرد:

الف. چنان چه رضایت به داوری مشروط به طی تمامی مراحل توسل به محاکم داخلی شده باشد،

ب. چنان چه معاهده سرمایه‌گذاری در بردارنده قید «انتخاب از بین چند راه» باشد،

ج. چنان چه معاهده فوق نهاد داوری خاصی را مقرر داشته باشد،

د. چنان چه طرفین متعاقد بر یک نهاد سازمان یافته برتر که حاوی قواعد آئین دادرسی دقیقی است، نظیر نقطا توافق کرده باشند، شرط ملت کامله‌الوداد نسبت به روشهای حل و فصل اختلافات اعمال نخواهد شد.^۴

استثنائاتی که در قضیه مافزینی مورد شناسایی قرار گرفتند، کمتر مناقشه انگیز بودند. این استثنائات را می‌باید به عنوان استثنائاتی که به طور منطقی حاصل نیت طرفین در معاهده اصلی است، و به عنوان یک فهرست خاص از رزروهای وارده به «سیاست کلان» که دیوان آن را احصاء نموده است، در نظر گرفت. اما آن چه که رأی نتوانست بیان کند دو چیز بود: اولاً مبنای استثنائات و ثانیاً انحصاری بودن یا نبودن استثنائات.

دیوان تکمد مورد دیگری را به این فهرست افزود و آن این که موضوعات محوری خاص مورد توافق طرفین موافقتنامه از عملکرد شرط استثناء است. که تحت عنوان «تکمد به علاوه مافزینی» معروف است.^۵

¹ Travaux partaire.

² Plama V. Bulgaria, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, 721,20 ICSID Review-FILJ 2005, 262, para.191.

³ Rudolf dozler & Terry myers, "After Tecmed: Most – Favored – Nation Clauses in Investment Protection Agreements", 19 ICSID Review - FILJ 49, 49(2004).

⁴ Acconci, Pia, op.cit.,p.390.

⁵ " Addendum to Maffezini." , Ibid, p. 391.

اما باید توجه داشت که پذیرش گسترده چنین اصولی نمی‌تواند آن‌ها را از تنش به هنگامی که یکی از این اصول با دیگری معارضه می‌کند، مصون بدارد. برای مثال، می‌توان گفت شرط ملت کامله‌الوداد موسعی که نه صراحتاً حل و فصل اختلاف را استثنا کرده و نه داخل کرده است، به این معنا است که شرط ملت کامله‌الوداد بدون محدودیت نسبت به کل رفتار سرمایه‌گذاری قابل اعمال است و نه تنها شامل حمایت‌های سنتی بر علیه رفتار ناعادلانه، مصادره بدون غرامت و نظایر آن می‌شود، بلکه شامل روش‌های حل و فصل اختلاف هم می‌شود. این معنای عرفی شرط ملت کامله‌الوداد است ولی از طرف دیگر باید توجه داشت که هر شرطی را بایست در زمینه معاهده و در پرتو موضوع و هدف تفسیر کرد.

۶) قصد طرفین درجائی که شرط در غالب عبارات و مفاد کلی نگارش یافته و طرفین معاهده نه صراحتاً روش‌های حل و فصل اختلاف را استثنا کرده باشند و نه صراحتاً قصد خود را به شمول این روش‌ها در حمایتی که به ذی نفعان اعطا می‌شود ابراز نموده باشند، در چنین وضعیت‌هایی، قصد طرفین متعاهد را می‌توان طوری تفسیر کرد که شامل طیف وسیعی از حقوقی که به سرمایه‌گذاران کشور ثالث اعطا شده است، بشود از قبیل حل و فصل موثر و بی طرفانه اختلافات راجع به سرمایه‌گذاری از طریق رجوع به داوری بین‌المللی به جای مراجعه صرف به نهادهای قضایی دولت میزبان.^۱

دیوان‌های مافزینی، زیمنس و کاموزی فقدان اشاره صریح به حل و فصل اختلافات در شرط ملت کامله‌الوداد را مبنایی برای این نتیجه‌گیری که روش‌های حل و فصل اختلاف در مفهوم رفتار ملت کامله‌الوداد تابع محدودیت‌های خاصی می‌شود در نظر گرفتند.

بالعکس، دیوان‌های پلاما و سالینی، ابهام موجود در عبارت شروط ملت کامله‌الوداد را به طور مضیق تفسیر کردند و روش‌های حل و فصل اختلاف را از قلمرو اعمال شرط ملت کامله‌الوداد استثنا کردند، مگر این که شرط ملت کامله‌الوداد در معاهده اصلی هیچ تردیدی را باقی نگذارد که طرفین متعاهد می‌خواسته‌اند آن‌ها را بگنجانند.^۲

۷) تعیین موضوع شرط مسئله‌ای بود که دیوان‌های مافزینی و سایر دیوان‌ها با آن دست به گریبان بودند. اصل وحدت موضوع، همواره به عنوان پیش شرط عملکرد شرط در رویه قضایی بین‌المللی به کار گرفته شده است. مطابق با این اصل شرط ملت کامله‌الوداد می‌تواند رفتار مطلوب‌تر در معاهدات دیگر را تنها

۱ Gaillard, Emmanuel, op.cit. at. 3.

۲- درسی که میتوان از این قضایا گرفت، این است که سرمایه‌گذاران بایستی علقه نزدیکی با آنچه در مفاد معاهدات سرمایه‌گذاری منعقد می‌ان دولتهایشان آمده است، داشته باشند.

بعضی از دولتها در هنگام تهیه و تنظیم معاهدات سرمایه‌گذاری صراحت بیشتری داشته اند. بویژه راجع به اینکه آیا شروط ملت کامله‌الوداد به ترتیبات حل و فصل اختلاف تسری می‌یابد یا خیر. برای مثال متن موافقتنامه تجارت آزاد آمریکایی مرکزی (CAFTA) (۲۸ ژانویه ۲۰۰۴) صراحتاً در تاربخچه مذاکرات خود اشاره می‌کند که شرط ملت کامله‌الوداد روش‌های حل و فصل اختلاف را دربر نمی‌گیرد.

در رابطه با همان موضوع، همان طبقه یا همان دسته از موضوعات معاهدات دیگر جذب نماید. هر چند اعمال چنین اصلی همیشه ساده نیست و لیکن مواد ۹ و ۱۰ طرح پیش نویس راجع به شرط ملت کامله‌الوداد می‌تواند راهنمای مفیدی برای داوران باشد. برای مثال، ذکر عبارت "در اوضاع و احوال مشابه" که در توصیف عملکرد شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در اغلب معاهدات سرمایه‌گذاری به کار رفته است، برای تعیین احراز اصل وحدت موضوع مهم است.

مطابق روش تحلیل متن، اصل وحدت موضوع تنها حقوق داخل در موضوع شرط و نیز تنها موضوعات متعلق به همان طبقه از موضوع شرط را تحت شمول عملکرد شرط قرار می‌دهد و الا خیر، مگر این که هیچ شکی باقی نماند که طرفین متعاقد قصدشان تسری شرط بوده است. حال آنکه مطابق روش تحلیلی مبتنی بر موضوع و هدف، شرط بایستی در پرتو موضوع و هدف معاهده که همانا افزایش و حمایت از سرمایه‌گذاریهاست تفسیر شود و لذا چنان چه معاهده ثالث در بردارنده مقرراتی برای حل و فصل اختلاف باشد که مطلوب تر از معاهده پایه است به ذی نفع شرط تسری خواهد یافت.

به هر حال تفسیر و اعمال یک شرط ملت کامله‌الوداد خاص بایستی بر پایه متن مقرر و مطابق با قواعد عام تفسیر که در کنوانسیون وین آمده است، صورت گیرد و در غیر این صورت تعهداتی بر دولت متعهد تحمیل خواهد شد که هرگز مدنظر نبوده است.^۱

۸) رویه قضایی: این اصل در چهارچوب قانونی ایکسید اعمال نمی‌شود. همان طور که دیوان‌های بعد از مافزینی از رویه این دیوان تبعیت نکرده‌اند با این حال هریک از این دیوان‌ها هنگام تصمیم‌گیری در ماهیت موضوعات به آراء صادره از محاکم قبلی به عنوان دلیلی بر نتیجه‌گیری خود استناد می‌کردند.

جمع بندی

همان طور که ملاحظه شده رویه دیوان‌های بین‌المللی در خصوص این که چطور روش حل و فصل اختلاف در یک معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه خاص در مواجهه با شرط ملت کامله‌الوداد عمل می‌کند به دو بخش تقسیم می‌شود. یک بخش شروط ملت کامله‌الوداد را نسبت به روش‌های حل و فصل اختلافات قابل اعمال می‌داند و بخش دیگر شمول شرط را مورد انکار قرار داده است.

اصولاً در جایی که شروط ملت کامله‌الوداد صراحتاً ترتیبات حل و فصل اختلاف را داخل در قلمرو خود کرده یا از قلمرو خود صریحاً خارج کرده‌اند، تردیدی وجود ندارد و مطابق آن عمل خواهد شد. برای مثال ماده ۳(۳) الگوی معاهداتی انگلستان بیان می‌کند که برای اجتناب از هرگونه تردیدی رفتار ملت کامله‌الوداد مقرر شده در بندهای ۱ و ۲ فوق بایستی نسبت به مقررات ۱ تا ۱۱ این موافقتنامه هم اعمال شود. از قبیل

^۱ OECD, op.cit., p.15.

روش‌های حل و فصل اختلاف مندرج در ماده ۸ الگوی معاهداتی انگلستان. در مواردی که طرفین متعاقد صراحتاً بیان کرده‌اند که شرط ملت کامله‌الوداد به حل و فصل اختلاف تسری می‌یابد هیچ نیازی نیست که بخواهیم قصدشان را بررسی کنیم. عبارت معاهده آشکار است و باید به آن ترتیب اثر داد.

عکس این سناریو هم صحیح است وقتی طرفین صراحتاً ترتیبات حل و فصل اختلاف را از قلمرو شرط ملت کامله‌الوداد استثنا می‌کنند که از طریق درج کتبی آن در معاهده اصلی یا از طریق یک یادداشت تفسیری مشترک می‌تواند باشد. برای مثال در فصل ۱۱ موافقتنامه تجارت آزاد آمریکای شمالی (NAFTA) به این موضوع از طریق یک یادداشت تفسیری تصریح شده است.

مشکل جایی است که نحوه عبارت پردازی شرط ملت کامله‌الوداد بسیار کلی است و جای هر گونه بحث راجع به تفاسیر صلاحیتی باز است. بخصوص که معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری راجع به این که آیا رفتار ملت کامله‌الوداد تنها قواعد ماهیتی حمایت از سرمایه‌گذاری‌ها را در بر می‌گیرد (نظیر تضمینات مربوط به رفتار عادلانه و حمایت در برابر سلب مالکیت بدون پرداخت غرامت) یا به حمایت‌های دیگری نظیر حل و فصل اختلاف نیز تسری می‌یابد، سکوت کرده‌اند.^۱

پاسخ قطعی هنوز وجود ندارد. به طور کلی می‌توان گفت که در صورتی ترتیبات حل و فصل اختلاف یک حق ماهوی به حساب می‌آیند و قابل تسری به ذی نفع شرط می‌باشند، زمانی مطرح می‌شود که اولاً شرط به طور موسّع و کلی تنظیم شده باشد، ثانیاً طرفین متعاقد صراحتاً روشهای حل و فصل اختلاف را از شمول شرط استثنا نکرده باشند.

ثالثاً طرفین قصدشان را از شمول چنین روشهایی در چارچوب حمایتی که به ذی نفعان شرط اعطا شده است آشکار نکرده باشند. در چنین حالاتی قصد طرفین متعاقد را می‌توان طوری تفسیر کرد که تمامی طیف حقوق اعطا شده به سرمایه‌گذاران کشور ثالث را در برگیرد.^۲ در چنین حالتی، هیچ دلیل قانع‌کننده‌ای وجود نخواهد داشت که بخواهیم میان حقوق ماهوی و شکلی تمایز قائل شویم و از منظر تفسیر معاهدات قابل توجیه نیست که چرا شرط ملت کامله‌الوداد موسعی که اشاره به واژه «رفتار» به طور عام می‌کند، بایستی تنها به موضوعات ماهوی تسری یابد و نه شکلی^۳ در خصوص شمول شرط نسبت به موضوعات شکلی

± Freyer, Dana H. And Herlihy, David, op.cit., pp. (59-60).

برای مثال ماده ۳ الگوی معاهداتی ۱۹۹۸ آلمان بیان می‌کند:

۱- هیچ یک از طرفین متعاقد نبایستی به سرمایه‌گذاری‌های انجام شده در داخل سرزمینش که توسط سرمایه‌گذاران دولت متعاقد دیگر صورت گرفته است (اعم از مالکیت یا کنترل سرمایه) از رفتاری بهره‌مند سازد که از رفتار اعطا شده به سرمایه‌گذاران خودش یا هر دولت ثالثی کمتر باشد.

۲- هیچ یک از طرفین متعاقد نبایستی دولت متعاقد دیگر را تا آنجا که به فعالیت‌های مرتبط با سرمایه‌گذاری در سرزمینشان مربوط می‌شود از رفتاری بهره‌مند سازد که از نظر مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به سرمایه‌گذاران خودش یا هر دولت ثالثی می‌باشد.

‡ Gaillard, op.cit., p.3.

‡ Dolzer, Rudolf and Schruer, op.cit, p.255.

یا صلاحیتی باید گفت که چنان چه شرط منتهی به تغییر جامعیت نظام معاهده پایه شود نظیر «قضیه پلاما» در آن صورت شرط عمل نخواهد کرد و ترتیبات مربوط (حل و فصل اختلاف) از شمول شرط مستثناست ولی چنان چه شرط باجامعیت نظام معاهده پایه سازگار بوده و تنها در حدود و ثغور و گستره و جزئیات با معاهده پایه در تعارض باشد نظیر قضایای زیمنس، مافزینی و ... شرط وارد عمل شده و ترتیبات مربوطه تحت سیطره عملکرد شرط خواهد بود. آراء صادره اخیر از دیوان ایکسید این نظر را تأکید می‌کند. هر چند هنوز اجماعی وجود ندارد، چه از نظر نتیجه پایانی و چه از نظر روش تحلیلی. اما به نظر می‌رسد که این آراء نه تنها تحت تأثیر عبارت پردازی مندرج در متن معاهده مربوطه (تحلیل متنی) قرار داشته‌اند، بلکه تحت تأثیر و نفوذ هدفی که خواهان در استناد به شرط به دنبال آن بوده است (تحلیل اثرات) نیز قرار داشته‌اند.^۱

[±] Freyer, Dana H., op.cit., pp. (61-62).

نتیجه گیری

شرط رفتاری ملت کامله الوداد نه تنها در بردارنده حقوق و تعهداتی برای دولت های طرف معاهده اصلی است ، بلکه شامل حقوق و تعهداتی برای دیگر دولت های متعاهد و یا اعضا متعاهد دیگر معاهدات بین المللی نیز می باشد. لذا، شرط رفتاری ملت کامله الوداد نه تنها به عنوان یک قید معاهده ای بلکه به عنوان منبعی از تعهدات بین المللی به حساب می آید، تعهدات بین المللی جدیدی که محتوایشان نمی تواند به طور کامل قابل پیش بینی و شناسایی در زمان انعقاد معاهده پایه باشد زیرا چنین محتوایی وابسته به دیگر معاهدات بین المللی و یا معاهداتی است که بعداً منعقد می شود.^۱

شرط ملت کامله الوداد عبارت است از یک مقرره معاهده ای که مطابق آن دولتی توافق می کند تا به شریک معاهده ای دیگر خود رفتاری را اعطا کند که از حیث مطلوبیت کمتر از رفتار اعطا شده به شریک دیگر یا دولت های ثالث نباشد.

این تعریف ابتدائی ترین نوع شرط غیر تبعیضی است که منشأ آن به معاهدات مودت و تجارت و دریانوردی برمی گردد که به معاهدات دوستی ، تجارت و دریانوردی معروف بودند.

مطابق این تعریف شرط تنها تضمین کننده رفتاری می باشد که به خوبی رفتاری است که خارجیان دیگر آن را دریافت کرده اند و تضمینی به اعطا رفتار ملی نمی دهد. اتباع یک دولت می توانند رفتاری بهتر یا بدتر از خارجیان دریافت کنند. لذا شرط ملت کامله الوداد یک مقرره غیر تبعیضی جامع نیست. این نوع معاهدات عمدتاً در رابطه با فعالیت های اقتصادی بود منفعتی که مطابق این موافقتنامه ها اعطا می شد، عبارت بود از تسهیل فعالیت های اقتصادی اتباع هر یک از دو دولت در سرزمین دولت دیگر، در واقع علت اعطا رفتار ملت کامله الوداد اقتصادی بود یعنی گیرنده رفتار ملت کامله الوداد خواهان این بود که اتباعش از لحاظ اقتصادی در مقایسه با اتباع دولت های ثالث مورد کم توجهی قرار نگیرند چنین رفتاری مبنایی در نظریه برابری دولت ها نداشت.

از طرف دیگر رفتار ملت کامله الوداد تنها محدود به قلمرو اقتصادی نمی شود. معاهدات دوجانبه ای در زمینه روابط دیپلماتیک و کنسولی، تضمیناتی نظیر ملت کامله الوداد را هم در خصوص قابلیت حفظ و بقا تعهدات دیپلماتیک و کنسولی و هم در خصوص مزایای اعطا شده به پرسنل دیپلماتیک در خود جای داده اند.

¹ Acconci, Pia, op.cit, p. 402.

لذا، در جایی که روابط دیپلماتیک و کنسولی مطابق کنوانسیونهای چندجانبه حاوی این گونه حقوق تنظیم می شود، نیازی به موافقتنامه‌های دوجانبه برای اجتناب از تبعیض از طریق درج شرط ملت کامله الوداد وجود ندارد.

بنابراین، خارج از قلمرو اقتصادی، شرط ملت کامله الوداد به عنوان یک اصل غیر تبعیضی در شرایطی که روابط میان دولت ها از طریق موافقتنامه‌های دوجانبه تنظیم می شود، عمل خواهد کرد. اما در جایی که روابط از طریق موافقتنامه‌های چندجانبه تنظیم می شود، چنین شروطی کمتر کاربرد دارند و شرط ملت کامله الوداد می‌تواند از طریق یک مقرر غیر تبعیضی عام مطرح شود. شروط ملت کامله الوداد با درج در موافقتنامه‌های چندجانبه جایگاه برتری را در قلمرو حقوق اقتصادی یافتند. این امر حاکی از هدف اقتصادی شرط ملت کامله الوداد است. موضوعی که نتوانسته از طریق یک مقرر غیر تبعیضی عام به کنار گذاشته شود.

در حوزه اقتصادی در قرون ۱۹ و اوایل قرن ۲۰ شرط ملت کامله الوداد غالباً به صورت مشروط اعطا می‌شد. یک دولت رفتار ملت کامله الوداد را به شرط تبادل منفعتی که از طرف دولت دیگر مقرر شده بود، دریافت می‌نمود. به عبارت دیگر، برای اعطا رفتار ملت کامله الوداد لازم بود در ازای آن چیزی پرداخت می‌شد، که به شرط ملت کامله الوداد مشروط مشهور بود. اعطای رفتار ملت کامله الوداد مشروط با یک درک بزرگتری روبرو شد و آن این بود که اعطا رفتار ملت کامله الوداد به صورت غیرمشروط منافع اقتصادی بیشتری را برای دولت معطی به بار خواهد آورد و لذا افول یافت. به همین دلیل شرط ملت کامله الوداد مشروط امروزه اهمیت کمی یافته است.

شرط ملت کامله الوداد غیرمشروط مبنای نظام گات است. ماده یک گات مقرر می دارد که رفتار ملت کامله الوداد نسبت به کالاهای طرفین متعاقد گات فوراً و بی قید و شرط اعطا می شود. اصل ملت کامله الوداد محور اصل عدم تبعیض در گات است و این امر در سازمان تجارت جهانی نیز برقرار است. در موافقتنامه‌های سازمان تجارت جهانی اعمال رفتار ملت کامله الوداد به حوزه‌هایی فراتر از حوزه کالاها راه یافته و حوزه خدمات و حمایت از حقوق مالکیت فکری را هم دربر گرفته است. ماده ۲ موافقتنامه عمومی راجع به تجارت خدمات (گاتس) اعمال رفتار ملت کامله الوداد را در رابطه با هر گونه اقدامی که تحت شمول این موافقتنامه است مقرر داشته است. علی رغم مرکزیت رفتار ملت کامله الوداد در گات، گات و سازمان تجارت جهانی استثنائات مهمی را به رفتار ملت کامله الوداد وارد کرده اند. عمده ترین استثنائات در رابطه با موافقتنامه‌های منطقه‌ای و اتحادیه‌های گمرکی و مناطق تجارت آزاد است که مطابق آن، ترجیحاتی به

اعضای چنین موافقتنامه‌هایی اعطا شده و لذا رفتار ملت کامله الودادی که در گات مقرر شده است، ارائه نمی‌شود.

مطابق ماده ۲۴ گات این منافع به اعضا متعاهد گات یا سازمان تجارت جهانی تسری نمی‌یابد. استمرار رفتار ملت کامله الوداد در حقوق سازمان تجارت جهانی همراه با روند حل و فصل اختلافات در آن، به این معناست که نظام تجارت جهانی اقتضای این را دارد که رفتار ملت کامله الوداد را به یک طریق سازگار و یکسان تفسیر کند.

از طرف دیگر شروط ملت کامله الوداد با درج در موافقتنامه‌های تجارت منطقه‌ای زندگی دوباره یافته و با درج در موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه به شکوفایی رسیده است.

کمیسیون حقوق بین‌الملل پروژه چند ساله‌ای را به منظور فراهم‌آوری مجموعه‌ای از مواد و تهیه یک پیش‌نویس از چنین شروطی در دست داشت. ایده اولیه برای این کار به زمینه کار کمیسیون در حقوق معاهدات برمی‌گشت. در آن زمان پیشنهاد شد که مقرره‌ای در طرح مواد پیش‌نویس راجع به حقوق معاهدات مبنی بر استثنا عملکرد حقوق معاهدات نسبت به شروط ملت کامله الوداد بیاید. اما این پیشنهاد رد شد و قرار شد که کمیسیون موضوع شروط ملت کامله الوداد را به عنوان یک نهاد حقوقی و موضوعی جدا و نه به عنوان موضوعی از حقوق معاهدات در آینده مورد مطالعه قرار دهد، هر چند در مقدمه طرح پیش‌نویس قرار بر این شد که این مواد در پرتو کنوانسیون حقوق معاهدات تفسیر شوند. کمیسیون خود را در قلمرو اعمال کنوانسیون وین و حقوق بین‌الملل عمومی محدود ساخت و ذکری از حقوق و تعهدات افراد به میان نیاورد هر چند شروط ملت کامله الوداد حاوی حقوقی برای بهره‌مندی افراد است و معتقد بود که مشکلات اجرایی نمی‌تواند از ارزش تصویب قواعدی با ویژگی حقوق بین‌الملل عمومی بکاهد.

در این طرح، کمیسیون بر اهمیت نقش تعهد رفتاری ملت کامله الوداد در قلمرو تجارت بین‌الملل تأکید ورزید. اما به طور خاص مطالعاتش را بر آن قلمرو محدود نکرد و به جای آن اعمال شرط را در بسیاری از قلمروهای دیگر نیز روشن و مکشوف ساخت. ولی سعی کرد تا از ورود به موضوعاتی که واجد ماهیت فنی اقتصادی بودند، اجتناب کند.

کار کمیسیون مبتنی بر تجزیه و تحلیل رویه دولت‌ها در انعقاد معاهدات مشمول شروط ملت کامله الوداد در حوزه‌های مختلف و تصمیمات دیوان در قضایای انگلیس و شرکت نفت ایران، حقوق اتباع آمریکایی در مراکش، آمباتیلوس و تصمیمات دادگاه‌های داخلی بود.

طرح سی ماده‌ای کمیسیون حاوی موضوعاتی نظیر تعریف شرط و رفتار ملت کامله الوداد (ماده ۴ و ۵)، مبنای قراردادی رفتار ملت کامله الوداد (ماده ۷)، قلمرو رفتار ملت کامله الوداد (ماده ۸ و ۹ و ۱۰)، اثر

شروط ملت کامله الوداد مشروط و غیرمشروط و مشروط به رفتار متقابل (مواد ۱۱ و ۱۲ و ۱۳)، منبع رفتار (مواد ۱۴ تا ۱۹)، زمان عملکرد حقوق ناشی از شرط (ماده ۲۰)، خاتمه یا تعلیق شرط (ماده ۲۱)، رابطه میان شرط با نظام عام ترجیحات غیر متقابل (ماده ۲۳ و ۲۴)، موارد خاص و استثنایی حمل و نقل مرزی و حقوق ترانزیتی دولت های محصور در خشکی (مواد ۲۵ و ۲۶) بود. کمیسیون تحلیل کلی و عامی را از شرط ملت کامله الوداد به عمل آورد. علی رغم تصویب پیش نویس در سال ۱۹۷۸، مجمع عمومی هیچ عکس العملی را در خصوص طرح پیش نویس مواد اتخاذ نکرد. علت آن نگرانی هایی بود که در کمیته ششم وجود داشت. اما دو موضوع عمده تر از بقیه بود: ۱. موضوع اتحادیه های گمرکی و مناطق تجارت آزاد: به این معنا که مواد پیش نویس اتحادیه های گمرکی و مناطق تجارت آزاد را استثنا نکرده بود و این برای اعضای جامعه اقتصادی اروپا که نمی خواستند منافعشان بر طبق معاهده رم به دولت هایی که عضو جامعه اقتصادی اروپا (EEC) نبودند، تسری یابد سخت بود و لذا خواستار استثنا اتحادیه های گمرکی و مناطق تجارت آزاد از طرح پیش نویس بودند. کشورهای در حال توسعه ای هم که وارد موافقتنامه های تجارت آزاد شده بودند، همین نگرانی ها را داشتند.

۲. رفتار ملت کامله الوداد و موضوع توسعه، به ویژه نظام عام ترجیحات غیر متقابل (GSP) در این بین گروهی معتقد بودند که مواد پیش نویس موضوع ترجیحات را به نفع کشورهای در حال توسعه به اندازه کافی باز نکرده است و به نظر گروهی دیگر مواد پیش نویس در بحث راجع به نظم نوین اقتصاد بین المللی به گمراهی کشیده شده است.

به هر حال، کمیسیون تحلیل کلی و عامی را از شروط ملت کامله الوداد به عمل آورد و اصولی را به عنوان اصول کلی حاکم بر شروط ملت کامله الوداد مطرح ساخت که این اصول در بسیاری از قضایای داوری و قضایی به هنگام تفسیر شروط ملت کامله الوداد به کار گرفته شد.

جمع بندی این نظرات همراه با نگرانی های دیگر به این معنا بود که هیچ گزینه ای در مجمع عمومی برای چرخش مواد پیش نویس بسوی یک کنوانسیون وجود نداشت و طرح پیش نویس صرفاً به منزله خطوط راهنمایی برای دولت ها در تفسیر معاهدات حاوی شروط ملت کامله الوداد به حساب می آمد. اما از سال ۱۹۷۸ اوضاع و احوال و شرایط به طور عمده ای تغییر یافت.

اولاً، موافقتنامه های دوجانبه بسیاری که مخبر ویژه کمیسیون بر آن تکیه داشت و می خواست ثابت کند که رویه دولت ها را در خصوص رفتار ملت کامله الوداد تشکیل می دهد، جای خود را به موافقتنامه های چندجانبه اقتصادی داده است و در این حوزه متمرکز شده است.

ثانیاً، گات که منبع عمده و مهم رفتار ملت کامله الوداد است، امروزه در داخل نظام سازمان تجارت جهانی حل شده است و باعث شده تا شروط ملت کامله الوداد به حوزه‌هایی فراتر از کالاها یعنی خدمات و مالکیت فکری نیز راه یابد.

ثالثاً، نظام حل و فصل اختلافات در سازمان تجارت جهانی همراه با روند مرجع استیناف در آن، این فرصت را بدست داده است که مقررات راجع به رفتار ملت کامله الوداد تابع تفسیر آمرانه نظام فوق شود. رابعاً، افزایش چشمگیر موافقتنامه‌های دوجانبه و منطقه‌ای مربوط به تجارت آزاد و موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری حاوی شروط ملت کامله الوداد.

خامساً، توسل به نظام حل و فصل اختلاف در موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری از طریق توسل به روش‌های مرکز حل و فصل اختلافات راجع به سرمایه‌گذاری بین‌المللی (ایکسید) یا قواعد داوری آنسیترال، منجر به یک روند تفسیری خاص از مقررات ملت کامله الوداد در زمینه سرمایه‌گذاری شده است. این پیشرفت‌ها ما را به نگرشی دلالت می‌کند که امروزه شروط ملت کامله الوداد به آن روش نگریسته می‌شوند. لذا می‌توان گفت که یک نهاد جدیدی که حاصل رویه دولت هاست شکل گرفته، که در ارزیابی، عملکرد و نحوه اعمال شروط ملت کامله الوداد مطرح می‌شود.

مبنای طرح پیش نویس ۱۹۷۸ به طور عمده‌ای مبتنی بر منشور حقوق و تعهدات اقتصادی دولت‌ها به خصوص در بحث راجع به اعطا رفتار ترجیحی به کشورهای در حال توسعه بود. در حالی که امروزه اعطا رفتار ترجیحی به کشورهای در حال توسعه در زمینه تجارت در چارچوب نظام سازمان تجارت جهانی و به ویژه دور توسعه دوحه جایگاه خاصی یافته است.

در زمینه موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری از حیث ماهیت و قلمرو، مقررات ملت کامله الوداد به طور ویژه‌ای جلو افتاده‌اند. قلمرو اعطا شده به مقررات ملت کامله الوداد در موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری و روشهای متفاوتی که در دیوان‌های مختلف مربوط به حل و فصل اختلافات راجع به سرمایه‌گذاری، به کار گرفته شده است، این مسأله را مطرح کرده است که چه چیزی بزرگترین چالش را در رابطه با مقررات ملت کامله الوداد تشکیل می‌دهد و این چیزی به جز نهادی که حاصل رویه قضایی است، نخواهد بود که در آن زمان در دسترس کمیسیون نبود.

امروزه در صحنه جهانی، آزادی اقتصادی و وحدت اقتصادی شرط ملت کامله الوداد را به عنوان یک عامل حساس در روابط اقتصادی بین‌المللی میان اعضا جامعه بین‌المللی مطرح کرده است. امروزه، استمرار شرط ملت کامله الوداد در دو مرحله قابل تأمل است:

مرحله اول رشد موافقتنامه‌های توسعه و حمایت از سرمایه‌گذاری (BITs): اهمیت مستمر شرط ملت کامله‌الوداد در کنار دیگر مقرراتی که حداقل استانداردهای بین‌المللی رفتار با سرمایه‌گذاران خارجی و سرمایه‌های آن‌ها را تضمین می‌کند، مورد تأکید قرار گرفته است.

بررسی و مطالعه‌ی ویژگی‌ها و خصایص شروط رفتاری ملت کامله‌الوداد مقرر در معاهدات سرمایه‌گذاری بیانگر ویژگی غیرمشروط، متقابل و غیر قطعی این گونه شروط است. بسیاری از معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی دوجانبه دارای چهارچوب ساختاری مشابهی هستند.

مرحله دوم، ضرورت تجارت و موافقتنامه‌های راجع به مشارکت اقتصادی جامع که آزادی تجارت در کالاها و خدمات و نیز طرز رفتار در سرمایه‌گذاری به یک شیوه واحد را مقرر می‌دارد، همراه با پیوند تنگاتنگ میان خدمات و بخش‌های سرمایه‌گذاری که موضوعات جدیدی را در رابطه با اعمال شروط ملت کامله‌الوداد مطرح ساخته است. اعطا رفتار ملت کامله‌الوداد نسبت به سرمایه‌گذاری‌ها حتی نسبت به مرحله قبل از تشکیل سرمایه‌گذاری، ویژگی موافقتنامه‌های تجارت آزاد است که در موافقتنامه‌های حمایت و توسعه سرمایه‌گذاری در گذشته عمومیت نداشته است که در آن موافقتنامه‌ها رفتار ملت کامله‌الوداد محدود به مرحله بعد از تشکیل سرمایه‌گذاری می‌شد. انعقاد موافقتنامه‌های تجارت آزاد و موافقتنامه‌های مشارکت اقتصادی جامع همراه با بخش‌های عمده‌ای راجع به سرمایه‌گذاری خارجی مرحله جدیدی را در اهمیت شروط ملت کامله‌الوداد در روابط اقتصادی معاصر میان دولت‌ها جلوه گر ساخته است.

مطالعه رویه دولت‌ها در خصوص مقررات راجع به رفتار ملت کامله‌الوداد در معاهدات هیچ تردیدی را باقی نگذاشته و نوری را پراکنده ساخته، بر راهی که شرط در آن عمل می‌کند و چشم اندازهای جدیدی را در برابر شروط ملت کامله‌الوداد گشوده است. امروزه دولت‌ها گرایش به سوی انعقاد موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری و تجارت دارند نظیر موافقتنامه‌های تجارت و سرمایه‌گذاری ترجیحی، موافقتنامه‌های حوزه تجارت آزاد و موافقتنامه‌های ساختاری تجارت و سرمایه‌گذاری که هدفشان به طور عمده آزادسازی جریان‌های سرمایه‌گذاری خارجی است. چنین گرایشی به نظر می‌رسد با تفسیر بسیار مضیق دیوان پلاما از «قصد طرفین» و محدود کردن حوزه عملکرد معیار رفتاری ملت کامله‌الوداد در تعارض باشد.

روش اتخاذی در دیوان "پلاما" و بعد "تلنور" با گرایش‌های فعلی در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری و جهتی که معیار رفتاری ملت کامله‌الوداد را به عنوان منبع حقوق بین‌الملل معرفی می‌کند، کاملاً در تعارض است. در قضیه مافیزی، دیوان بعد از بررسی رویه معاهداتی اسپانیا نتیجه گرفت که خواهان می‌تواند از شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده استفاده کرده و از تعهد به اقامه دعوی نزد محاکم داخلی کشور میزبان معاف شود.

رای مافزینی امکان این که قلمرو شروط ملت کامله‌الوداد بتواند به طور موسعی در آینده گسترش یابد را هموار ساخت.

مطابق این رای شروط ملت کامله‌الوداد قابلیت این را یافت که تبدیل به یک مقرر فوق معاهده‌ای شود، به این معنا که به دولت های ذی نفع اجازه دهد تا به سادگی از میان منافع که دولت های ثالث از طرف های متعاقد دیگر دریافت می‌کنند، منافع را برچینند و انتخاب نمایند که از آن به عنوان "خرید معاهده ای" یاد می شود. اعضا دیوان در قضیه مافزینی با مشکلات بالقوه‌ای روبرو بودند، از قبیل مواجهه با استثنائاتی راجع به محدود سازی قلمرو شرط، اصلی که استثنائات بر آن مبتنی شده بود و منحصر بودن یا نبودن استثنائات.

عملکرد معیار رفتاری ملت کامله‌الوداد چه به عنوان یک شرط معاهده ای و چه به عنوان یکی از منابع حقوق بین‌الملل بر این پیش فرض مبتنی است که اصل وحدت موضوع احراز شود. این پیش فرض در حوزه سرمایه‌گذاری منجر به بروز موضوعات مناقشه برانگیز شده است. هر چند این اصل در قضایای مافزینی و سوئز به خوبی بحث شد اما هنوز ناکافی است.

پیش نویس ۱۹۷۸ خطوط راهنمایی را در این زمینه ارائه داده است به این ترتیب که مطابق ماده ۹ طرح، دولت ذی نفع مطابق شروط ملت کامله‌الوداد تنها حقوقی را بدست می‌آورد که داخل در موضوع شرط است، اما تعیین موضوع شرط، مسأله‌ای بود که دیوان مافزینی و سایر دیوان ها با آن روبرو بودند.

مطابق روش تحلیل متن، اصل وحدت موضوع تنها حقوق داخل در موضوع شرط و نیز تنها موضوعات متعلق به همان طبقه از موضوع شرط را تحت شمول عملکرد شرط قرار می دهد و الا خیر، مگر این که هیچ شکی باقی نماند که طرفین متعاقد قصدشان تسری شرط بوده است. حال آنکه مطابق روش تحلیلی مبتنی بر موضوع و هدف، شرط بایستی در پرتو موضوع و هدف معاهده که همانا افزایش و حمایت از سرمایه گذاریهاست تفسیر شود و لذا چنان چه معاهده ثالث در بردارنده مقرراتی برای حل و فصل اختلاف باشد که مطلوب تر از معاهده پایه است به ذی نفع شرط تسری خواهد یافت. روش اخیر با گرایش اخیر دولت ها در این حوزه سازگارتر به نظر می رسد.

به طور کلی دولت ها هیچ تمایلی به گسترش قلمرو شرط نسبت به ترتیبات حل و فصل اختلاف ندارند. به هر حال دولت هایی که نمی‌خواهند تابع عملکرد گسترده شرط قرار گیرند، بایستی در طول مذاکرات احتیاط‌های لازم را مبذول دارند و نقش فعالی را ایفا کنند، به نحوی که شروط، منطبق با نیازها و منافعشان باشد این امر منجر به پدید آمدن یک رویه بین‌المللی جدید شده است نظیر مذاکرات راجع به موافقتنامه حوزه تجارت آزاد آمریکای مرکزی (۲۰۰۴) که در بخشی از تاریخچه مذاکره، رفتار ملت

کامله‌الوداد صراحتاً به قلمرو موضوعات مرتبط با تأسیس، تحصیل، گسترش، مدیریت، عملکرد و فروش یا نقل و انتقال سرمایه‌گذاری‌ها محدود شده است. لذا طرفین صریحاً قصد و نیت خود را مبنی بر این که شرط ملت کامله‌الوداد نظام‌های بین‌المللی حل و فصل اختلاف را که در بخش (ج) این فصل آمده است، دربرنمی‌گیرد را ابراز داشته‌اند و نیز بسیاری از موافقتنامه‌های مناطق تجارت آزاد اخیر و موافقتنامه‌های ساختاری سرمایه‌گذاری و تجارت که ایالات متحده آمریکا منعقد کرده است نظیر طرح کنوانسیون ۱۹۵۹ Abs- shwcroos راجع به سرمایه‌گذاری در خارج، طرح کنوانسیون سازمان همکاری اقتصادی و توسعه ۱۹۶۷ راجع به حمایت از اموال خارجی، در بردارنده شرط رفتاری ملت کامله‌الوداد نیست.^۱ لذا نمی‌توان به طور متعارف به نتیجه‌ای شبیه با قضیه مافزینی رسید. در چنین مواردی قصد طرفین کاملاً آشکار و غیر قابل مناقشه است. مذاکره‌کنندگان در معاهدات نیز به دنبال شفاف سازی از طریق قید مراتب در تاریخچه و مقدمه معاهده و یا عبارت پردازی در متن معاهده و یا از طریق درج استثنائات به صورت خاص و معین هستند.

قضیه مافزینی باعث شد که دولت‌ها سعی کنند تا استادانه از نتایج موسع شروط ملت کامله‌الوداد فرار کنند. نظیر تمایز میان مقررات شکلی و ماهوی، استثنا شرط ملت کامله‌الوداد از نظام حل و فصل اختلاف و محدود کردن شروط ملت کامله‌الوداد به منافع خاصی که به موافقتنامه‌های گوناگون راه یافته‌اند.

بر این مبنا بسیار زود هنگام است که بخواهیم به طور قطعی اظهارنظر کنیم که رویه قضایی بسوی اعمال شرط ملت کامله‌الوداد پیش رفته است. یک نظر آن است که دیوان‌ها اجازه استناد به شرط را در مواردی که منتهی به تغییر نظام معاهده پایه شود را نمی‌دهند به عبارت دیگر شرط ملت کامله‌الوداد تا حدی اعمال می‌شود که مقرر معاهده ثالث، با چهارچوب مذاکره شده طرفین معاهده پایه سازگار باشد و تنها در جزئیات خارج از چارچوب معاهده پایه درآید و به هر حال با چهارچوب موسع معاهده پایه در انطباق باشد.

نظر دیگر که به دنبال تفسیر لغوی و تجریدی از شرط ملت کامله‌الوداد است، عملکرد شرط را در تمامی حوزه‌ها صرف نظر از هر گونه مقایسه یا قضاوت بر مبنای سازگاری می‌پذیرد، مطابق با این نظر تنها اصل وحدت موضوع ملاک عمل خواهد بود یعنی تشابه موضوع دو معاهده که همان حمایت از سرمایه‌گذاری‌ها است.^۲

^۱CfGA van Hecke, *Le Project de Convention de le-C.D.E. Surla Protection des Biens Etrangers*, RGDIIP (1964), at. 641 ff.

^۲ Dolzer, Rudolf and Schreuer christoph, *Standards of Portection, Principles of International Investment Law*, Oxford Univercity press Inc, NewYork © P Mchlinisk, Fortino, schruer, 2008, p.191.

موضوع دیگر، ارتباط شرط با دیگر معیارهای رفتاری در موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری نظیر رفتار منصفانه و عادلانه می‌باشد. بعضی از دیوان‌های سرمایه‌گذاری پذیرفته‌اند که رفتار منصفانه و عادلانه را می‌توان از طریق عملکرد شروط ملت کامله‌الوداد با مراجعه به دیگر معاهدات سرمایه‌گذاری مشخص کرد، نظیر دیوان نفتا در قضیه شرکت پاپ و تالبوت علیه کانادا. ولی این که چه چیزی رفتار منصفانه و عادلانه را تشکیل می‌دهد، مسأله‌ای است که منجر به یک سردرگمی در قلمرو شروط ملت کامله‌الوداد شده است.

بررسی استدلال دیوان‌ها و متدولوژی آن‌ها در خصوص قلمرو مقررات ملت کامله‌الوداد نسبت به موضوعات ماهوی به ویژه رفتار منصفانه و عادلانه حاکی از آن است که قاعده ملت کامله‌الوداد حق انتفاع از تضمینات ماهوی مندرج در معاهدات ثالث را به خواهان‌ها اعطا نموده است، هر چند دیوان‌ها به طور جزئی وارد بحث محدودیت‌ها و استثنائات وارده بر اعمال قاعده ملت کامله‌الوداد نشده‌اند.

به هر حال مشکل اصلی این است که دولت‌ها نمی‌توانند از قبل مطمئن باشند که چطور شروط ملت کامله‌الوداد جدید تفسیر می‌شوند. لذا از همان نگاه اول معلوم است که مشکل، مسأله تفسیر معاهدات است. شروط ملت کامله‌الوداد در موافقتنامه‌های گوناگون به اشکال مختلفی نگارش می‌شوند بعضی از حیث قلمرو وسیع و بعضی مضیق‌اند. بعضی رفتار ملت کامله‌الوداد را محدود به همان "اوضاع و احوال" دانسته‌اند و بعضی خیر. لذا وظیفه مفسر این است که قلمرو دقیق شرط مورد بحث را تعیین کند.

اما همین مسأله از زاویه دیگری اساسی‌تر جلوه می‌کند و آن این که تفسیر معاهده نمی‌تواند در خلأ صورت گیرد. این که چطور یک مفسر با شرط ملت کامله‌الوداد مواجه می‌شود بستگی به نظرات مفسر راجع به ماهیت شروط ملت کامله‌الوداد دارد. اگر هدف از شروط ملت کامله‌الوداد را افزایش عدم تبعیض و یکنواخت سازی بگیریم، در آن صورت مفسری که دنبال روچنین هدفی است نه تنها خرید معاهده‌ای را اجازه می‌دهد که تشویق هم می‌کند. بسیاری از داوران به دنبال تسری قلمرو مشروط ملت کامله‌الوداد هستند. به نظر این گروه هیچ دلیلی وجود ندارد که در جایی که عبارت متن معاهده ابهام دارد، مقرر ملت کامله‌الوداد را کم و بیش مضیق تفسیر کرد. به عبارت دیگر شروط ملت کامله‌الوداد به تمامی جنبه‌های حمایت از سرمایه‌گذاری تحت شمول معاهده از قبیل در دسترس بودن کلیه طرق حل و فصل اختلاف می‌تواند اعمال شود.¹ برعکس، مفسری که هدف از شرط ملت کامله‌الوداد را رقابت مبتنی بر برابری فرصت‌ها می‌بیند، به این معنا که شرط را به عنوان یک هدف اقتصادی می‌بیند، ممکن است قائل به تمایز میان مقررات شکلی و ماهوی در تفسیر شروط ملت کامله‌الوداد شود. تجربه تفاسیر صورت گرفته از شروط ملت

1. Weiler, Todd, *Dissenting opinion in Berschader case*, Quoted in Ziegler, Andreas, *The Practical Consequences of MFN Provision in BITs*, [http://www.swiss-invest-forum.ch/dowa/oads/Presentation %207 %20 March %20, 2008/Ziegler % Amdreas %20-%20 Presentation. PPT](http://www.swiss-invest-forum.ch/dowa/oads/Presentation%207%20March%20,2008/Ziegler%20-%20Presentation.PPT), p.10.

کامله‌الوداد در سازمان تجارت جهانی و حوزه‌های دیگر می‌تواند راهنمای مفیدی در تفسیر شروط ملت کامله‌الوداد در زمینه موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری باشد.

آن چه که هم اکنون نسبت به اوضاع و احوال زمان طرح تغییر کرده است، ظهور نهادی مرکب از عملکرد دولت‌ها و رویه قضایی است که سابقاً وجود نداشته است و نیز در رابطه با اعمال مقررات ملت کامله‌الوداد در موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری، نیاز به شفاف‌سازی و توسعه تدریجی حقوق در این حوزه را مطرح کرده است.

از دیدگاه گروهی که مخالف کار کمیسیون در این زمینه هستند، برای بررسی نگرانی‌هایی که مربوط به طرح پیش نویس می‌شود نهادهایی وجود دارند، به این نحو که تا جایی که موضوع مربوط به نظام عام ترجیحات و نیز موضوع گسترده‌تر توسعه می‌شود، در متن سازمان تجارت جهانی و دور توسعه دوحه مورد بررسی قرار می‌گیرند.

و تا جایی که مربوط به اتحادیه‌های گمرکی و مناطق تجارت آزاد است، باز در چارچوب موافقتنامه‌های سازمان تجارت جهانی قابل بررسی است. لذا بعد از زمان طرح پیش نویس، کمیسیون حقوق بین‌الملل دلیلی ندید که بخواهد مسأله تدوین یا توسعه تدریجی حقوق را در رابطه با نظامی که در چارچوب ماده ۲۴ گات و تصمیمات پانل‌های سازمان تجارت جهانی و مرجع استیناف اتخاذ می‌شود، دنبال کند.

موضوعی که امروزه در رابطه با شروط ملت کامله‌الوداد مطرح شده است، متفاوت از موضوعاتی است که موجب خلق پیش نویس ۱۹۷۸ شده است. این موضوع به ویژه در زمینه موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری مطرح شده است. اما می‌تواند به حوزه‌های دیگری هم راه یابد.

موضوع اصلی این است که آیا کمیسیون حقوق بین‌الملل به عنوان نهاد قانونگذار جامعه بین‌المللی می‌تواند در خصوص تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل در این حوزه کاری آن جام دهد یا خیر.

به نظر نمی‌رسد که این موضوع آن قدر تکنیکی و مضیق باشد که تنها در محدوده بعضی از نهادهای خاص بگنجد. مسائل اصلی درباره شروط ملت کامله‌الوداد موضوعات حقوق بین‌الملل عمومی هستند یعنی این که چطور شروط ملت کامله‌الوداد تفسیر می‌شوند. این موضوع ظاهراً یک موضوع ریز و جزئی است، اما در واقع موضوع بزرگی است که متضمن تعیین ماهیت و قلمرو تعهداتی هم که دولت‌ها مطابق شروط ملت کامله‌الوداد بر عهده گرفته‌اند، خواهد بود و نیز متضمن درک و فهم ما از نقش و عملکرد شروط ملت کامله‌الوداد و ارتباط آن با اصل عدم تبعیض در حقوق بین‌الملل است.

اما نظرات مخالفی هم در این زمینه ارائه شده است: گروهی از دولت ها معتقدند که شروط ملت کامله‌الوداد بسیار متنوعند و به راحتی نمی‌توان آن ها را دسته بندی کرد. دولت ها توانایی این را دارند که شروطی را با زیرکی بگنجانند که به نحوی با نیازهایشان تناسب دارد و لذا هیچ نیازی به بررسی کلی و عام روی این موضوع ندارند. مشکلاتی که در عمل بوجود می‌آید می‌تواند مورد به مورد بررسی شود و لذا آن چه مقتضی است این است که به رویه قضایی اجازه دهیم تا نسبت به تفسیر شروط ملت کامله‌الوداد اقدام و آن را توسعه بخشد کاری که تاکنون آن جام شده است و لذا نمی‌توان نقشی را برای کمیسیون در این تحلیل‌ها قائل شد.

برعکس گروهی که از کار کمیسیون در این حوزه حمایت می‌کنند، معتقدند که کمیسیون می‌تواند در این حوزه به ارائه خطوط راهنمای آمران‌های در تفسیر شروط ملت کامله‌الوداد دست یابد. و این امر نیازمند تحلیل‌های مفصل و طاقت فرسا از توسعه‌ها و پیشرفت‌هایی است که در خصوص ماهیت، قلمرو و علت وجودی شروط ملت کامله‌الوداد، رویه قضایی موجود در حوزه‌های گوناگون معاصر، گوناگونی و کاربردهای شروط ملت کامله‌الوداد در رویه معاصر و این که چطور شروط ملت کامله‌الوداد تفسیر می‌شوند و چطور باید تفسیر شوند، می‌باشد.

لذا نتیجه کار کمیسیون حقوق بین الملل در آینده می‌تواند در قالب یک طرح پیش نویس با ارائه خطوط راهنمایی درمورد تفسیر شروط ملت کامله‌الوداد یا یک سری از مَدلهای پیشرفته شروط ملت کامله‌الوداد یا طبقه بندی شروط ملت کامله‌الوداد همراه با نظریاتی درمورد تفسیر آن ها باشد.

هر نتیجه‌ای که حاصل آید می‌تواند دولت ها را در مذاکراتشان بر سر موافقتنامه‌های حاوی شروط ملت کامله‌الوداد هدایت کند و نیز برای داورانی که می‌خواهند موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری را تفسیر کنند چراغ راهنمایی خواهد بود. تفسیر شروط ملت کامله‌الوداد موضوعی است که به نیازهای دولت ها پاسخ می‌دهد. امروزه رویه دولت ها به طور مؤثری توسعه یافته است به گونه‌ای که می‌توان موضوع توسعه تدریجی و احتمالاً تدوین حقوق بین الملل را در این حوزه مطرح نمود. عنوانی که دارای قلمرو تعریف شده است و قرار است در دوره ۵ ساله آینده تکمیل شود. و این سرآغاز کاری است که در کمیسیون حقوق بین الملل به ریاست آقای دونالد مک را و همراهان وی در کار گروه منصوب از طرف کمیسیون شروع شده است و تا به این جا به این نتیجه رسیده است که کمیسیون خواهد توانست نقش مفیدی در ارائه توضیح نسبت به معنا و اثر شروط ملت کامله‌الوداد در حوزه موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری ایفا نماید و لذا در قالب پیشنهاد و توصیه به کمیسیون، خواهان درج عنوان شروط ملت کامله‌الوداد در برنامه کاری آینده کمیسیون شده است.

¹ Quin Quennium.

به هر حال، به نظر نمی‌رسد که توافق عامی نسبت به برقراری رفتار کاملاً برابر در تمامی جنبه‌های مختلف روابط اقتصادی و بین‌المللی و یا حداقل در روابط تجاری، هدف دولت‌هایی باشد که می‌خواهند حقوق حاکمیتی خودشان را در قلمرو گمرکات، تعرفه‌ها و بسیاری از حوزه‌های دیگر که میانشان تفاوت‌های دیرینه‌ای از نظر ساختارهای اقتصادی وجود دارد، حفظ کنند. این خود به تنهایی از دیدگاه نظری، نظام عامی را که در آن رفتار اعطا شده از سوی هر یک از دولت‌ها، متفاوت باشد را نفی نمی‌کند، اما هر دولتی می‌باید با دیگر دولت‌ها و اتباعشان، شرکت‌ها، کشتی‌ها و محصولات آن‌ها، متساویاً رفتار نماید. با این حال، این ایده هنوز در عمل نتوانسته است پیاده شود. در عوض، یک ابزار قدیمی است که مستمراً در این رابطه به خدمت گرفته شده است و آن عبارت است از شرط ملت کامله الوداد که از طرف دولت‌ها و بنابر اراده و خواستشان در معاهدات منعقد درج می‌شود. این وسیله دولت‌ها را در برابر تبعیض حفظ و حمایت می‌کند شرط می‌تواند تناسب میان منافع افراد برقرار کرده و حتی بی‌عدالتی‌های ذاتی ناشی از نابرابری رفتار را به برابری اصلاح کند. گرچه این دارو، یک درمان همیشگی نیست، اما تنها نهادی در میان دیگر نهادهاست که می‌تواند برای ساختن بهتر نظم اقتصادی بین‌المللی به کار رود. سخن یکی از کارشناسان جامعه ملل چه بحق است، آن‌جا که می‌گوید "... به نظر نمی‌رسد که ملت‌ها بتوانند راه‌گزینی از استفاده از شرط داشته باشند.^۱

¹ Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law, "The Most - Favoured - Nation Clause", Report adopted by the Committee at its Third Session, held in March - April 1927, LON. Doc. C. a205. M. 79. 1927. V., cited in Encyclopedia of Public International Law, op.cit., p. 416.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- 1- دفتر نمایندگی تام‌الاختیار جمهوری اسلامی ایران، جنبه‌های تجاری حمایت از حقوق مالکیت فکری، خبرنامه، شماره ۴۵، سال هفتم، فروردین ماه ۱۳۸۲. http://www.irtr.gov.ir/pages/newsletter_Details.asp?id=9
- ۲- زایدل، هوهن فلدن، آیگناتس، "حقوق بین‌الملل اقتصادی"، زمانی، قاسم، مترجم، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۵، چاپ چهارم.
- ۳- ساترلند، پیتر، "افول اصل عدم تبعیض"، خبرنامه رویدادها و تحولات سازمان تجارت جهانی، شماره ۶۶. [www.Irtrtr.ir/news letter/ 73/ 14.htm](http://www.Irtrtr.ir/news%20letter/73/14.htm), Visited in 2009/1/7

ب) منابع انگلیسی

کتاب

- 4- Acconci, Pia, *Most – "Favoured – Nation treatment"*, The Oxford Hand Book of International Investment Law, Oxford University Press Inc., NewYork © P Much linski, Fortino, Cshruer, 2008, p. 402.
- 5- Agosin, Manuel R. and Francisco J. Prieto, *"Trade and foreign direct investment policies: pieces of a new strategic approach to development?"*, Transnational Corporations, 2, 2 (August). 1993.
- 6- Baldwin, Richard E.(2000), *"Regulatory Protectionism, Developing Nations and a Two-tier World Trade System"*, at [http://www. Unige.ch ~ Baldwin /papers/tbt](http://www.unige.ch/~Baldwin/papers/tbt) – Baldwin – brookings. Pdf, Visited in 3.2.2008.
- 7- Bebr, G., *"Directly applicable provisions of Community law: The Development of a Community Concept"*, International and Comparative Law Quarterly, London, Vol. 19, April 1970
- 8- Caflisch, L.C., *"The access of land-locked states to the sea"* in *Iranian Review of International Relations*, Teheran, Nos 5-6 (winter 1975-76).
- 9- Curzon, G., *"Multilateral Commercial Diplomacy": The General Agreement on Tariffs and its Impact on National Commercial Policies and Techniques*, NewYork, Praeger, 1966
- 10- Dam, Kenneth w., *"The GATT – Law and Int. Economic Organization"*, Shicago: the University of shicago Press(1970), Session, Supplement No.1 (TD/B/322).
- 11- Davidson and Paul J., *"The Legal Framework for International Economic Singapore: Institue of Southeast Asian Studies"*, 1997.
- 12- Gilligan, Michael J, *"Empowering Exporters: Reciprocity Collective Action in American Trade Policy"*, Michigan/The university Michigan Press, 1997.
- 13- Hasan, K., *"Equality of Treatment and Trade Discrimination in international Law"*, The Hague, Nijhoff, 1968.

- 14- Hudec, Robert E., *"Developing Countries in the GATT Legal System"*, Hampshire: GOWU Publishing Company, 1987.
- 15- Hyde, C.C., *"International Law, Chiefly as Interpreted and Applied by the United States"*, 2nd rev. ed., Boston, Little, Brown, 1947, vol.II.
- 16- Jackson, John H. (1983), *"GATT Machinery and The Tokyo Round Agreement"*, in Cline, William R. (ed.), *Trade Policy in the 1980 s*, Washington, D.C: Institute for Int. Economics, 1983.
- 17- Jackson, J.H., *"World Trade and the Law of GATT (A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade)"*, Indiana polis, Bobbs Merrill, 1969.
- 18- Karl, Joachim, *"Multilateral investment agreements and regional economic integration"*, *Transnational Corporations*, 5, 2(August), 1996
- 19- Kasahara, shigehisa, *"UNCTAD: Past, Present and Furure"* in yamazawa, Ippei (ed.) (2001), *Gaisetsu no sin Hatten Senryaku (New Development, Strategy of UNCTAD, IDE Topic Report No. 41*, Chiba: Institute of Developing Economies, 2001.
- 20- Krasner, Stephan D., *"Asymmetries in Japanese – American Trade"*, Berkeley: The University of California Press, 1987.
- 21- MC Nair, A.D., *"The Law of Treaties"*, Oxford, Clarendon Press, 1962
- 23- Milner, Helen V., *"Interests, Institutions, and Information": Domestic Politics and Int. Relations.*, Princeton: Int. University Press 1997.
- 23- Oppenheim, L., *"International Law": A Treatise*, 8th ed. [Lautherpacht], London, Longmans, Green, 1955, No. I
- 24- Reich, Robert. *"The Work of Nations: Preparing Ourselves for 21st Century Capitalism"* (NewYork: Vintage Books), 1991.
- 25- Schwarzenberger, G., *"International Law US Applied by International Courts and Tribunals"*, 3rd ed., London, Stevens, 1957.
- 26- Schwarzenberger, G., *"International Law and Order"*, London, Stevens, 1971
- 27- Vanden Bossche, Peter, *"The Law and Policy of the World Trade Organization, Text, Cases and Materials"*, Maastricht University, Cambridge, University press, p. cm., 2005, Reprinted 2006 in United Kingdom of the University Press.
- 28- Viner, J., *"The Customs Union Issue, Studies in the administration of international law and organization"*, No.10, NewYork, Carnegie Endowment for International Peace, 1950
- 29- Whiteman, M., *"Digest of International Law"*, Washington, D.C., U.S. Government Printing office, vol. 14, 1970.
- 30- Winham. Gilbert R., *"The Evolution of Int. Trade Agreements"*, Toronto: University of Toronto Press, 1992.

مقالات (Articles)

- 31- Correa, Carlos, *"Bilateral Investment Agreements: Agents of New Global Standards for the Protection of Intellectual Property Rights?"*, (GRAIN, August 2004) www.grain.org (visited on January 5, 2007).
- 32- Dolzer, Rudolf and Myers Terry, *"After Tecmed: Most – Favored- Nation Clauses in Investment Protection Agreements"* 19 ICSID Rev. – FILJ 49 (2004).

- 33- Dolzer, Rudolf and Schreuer, christoph, "*Principles of International Investment Law*", Oxford [UK]; NewYork: Oxford University Press, 2008.
- 34- Drahos, Peter, "expanding Int. P.S Empire: The Role of FTAS "(2003), available at www.grain.org.
- 35- Fietta, S, "*Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution under Bilateral Investment Treaties*": a Turning Point?', 8 Intl ALR131 (2005).
- 36- Fitzmaurice, Sir Gerald, "*The law and Procedure of the International Court Justice*", 1951-4: Points of Substantive Law, part II, The British year book of International Law, 1955-56, London, 1957, Vol. 32.
- 37- Fryer, Dana H. and Herlihy: David,"Most – Favored - Nation Treatment and Dispute settlement in Investment Arbitration: Just How "Favored "is "Most – Favored"?" ICSID Review, FIJL 58(2005)
- 38- Gaillard, Emmanuel, "*Establishing Jurisdiction Through a Most – Favoured – Nation clause*", NewYork Law Journal, Volume 233 – No. 105.
- 39- Hafbauer, Erb and Star (1980), "*The GATT Codes and The Unconditional MFN Principle*", Law and Policy in International Business, vol.12, No.I .
- 40- Kenneth J. Van develde, "*US Bilateral Investment Agreements*", The Second Wave, Michigan Journal of International Law, Summer 1993.
- 41- Keohane, Robert O., "*Reciprocity in Int. Relations*", Int. organization, Vol. 40, No. 1, winter, 1986.
- 42- Level, P., "Clause de la Nation la Plus favorisee", Encyclopedia Dalloz - Droit Enter national, Paris .Dalloz, Vol I., 1968
- 43- Newmark Chris & Edward Poulton, "*Most favoured nation clause: is the siemens v. argentina decision the high-water mark?*", mealeys International law Arp., Rep., jan. 2005, 30.6.2008.
- 43- Organization for Economic Co – operation and Development (OECD). "*Most-Favoured – Nation Treatment in International Investment Law*" (2004). Working Papers on International Investment Number 2004/2.
- 44- Perkams, Markus, "*Arbitration – Germany, Tribunal Questions Scope of Most Favoured Nation Clauses*", International Law office of <http://www.international law office.com/New Sletters/detail. Aspx?g = 8606bled – e 274 – 4f ...> , 24.2.2009
- 45- Rabhash , Ranjan , " Bilateralism MFN and TRIPS : exploring possibilities of alternative interpretation ", International Trade Law and Regulations , Vol .B , NO.4 2007
- 46- Schwarzenberger, G., "*The Principles and Standards of International Economic Law*", Recueil des Cours de l' Academic de droit international de la Haye, 1966-1, Leyden, Sijthoff, vol. 117, 1967.
- 47- Schwarzenberger, G., "*The Most – favoured – nation standard in British state practice*", The British yearbook of International Law, , London, vol.22, 1945.
- 48- Ustor, Endre., "*Most – Favoured – Nation – Clause*, in: Encyclopedia of Public International Law", vol. 8, 1945.
- 49- Vascoammoe. S, '*The Fair amd Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice*' ,70 BYIL 99 (1999).
- 50- Yanai, Akiko. "*The Function of the MFN clause in the Global Trading System*" (2002). Working Pager Series 01/02 – No. 3, APEC Study/Center Institute of Developing Economies,

online: <<http://www.heisummer.ch/pdf/introduction/003 - yanai - MFN - clause. Pdf>>, 7.10.2007.

51- Zigler, Andreas, “*The Practical Consequences of MFN provision in BITs*”, [http://www.Swiss invest forum. Ch/downloads/presentations % 207 % 20 March % 20 2008/ Ziegler % 20 Andreas % 20 - % 20 presentation. PPT](http://www.Swiss%20invest%20forum.ch/downloads/presentations%20March%202008/Ziegler%20Andreas%20-%20presentation.Ppt), 10.3.2009.

(Awards) ١,٦

52- *AAPL v Sri Lanka*, ICSID CaseNo. Arb/87/3, Award of 27 June 1990, ICSID Reports, vol.4.

53- *ADF v The United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/01, Award of 9 January 2003.

54- *Anglo – Iranian Oil Co. Case (Preliminary objection)*, Judgement of 22 July 1952 (I.C.J. Reports 1952).

55- *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction of 14 November 2005. This decision is available on the ICSID website (<<http://www.worldbank.org/icsid>>), 5.8.2009.

56- *Camuzzi Int` l S.A.V. Argentine Republic*, ICSID case No. ARB /03/7, Decision on Jurisdiction of June 10, 2005 (in spanish) (hereinafter camuzzi). Available at [http://www.asil /org/pdfs/levajd 050614.Pdf](http://www.asil.org/pdfs/levajd050614.Pdf), 10.5.2007.

57- *Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (Judgement)*. I.C.J. Reports 1952

58- *CMS Gas Transmission Co v Argentina*, ICSID Case No. Arb/01/8, Award of 20 April 2005, <[http ://ww.worldban.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid)>, 30.6.2009

59- *Continental Casualty Co v. Argentina*, ISCD Case No.ARB/03/9, Decision on Jurisdiction of 22 February 2006. <http://www.investmentclaims.com>>, 30.6.2009.

60- *Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain* (ICSID No. Apr/97/7), Decision on Jurisdiction of 25 January 2000 and Award of the Tribunal of 13 November 2000. <http://www.worldbank.org/icsid/cases>, 10.5.2007.

61- *Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/10. Decision on jurisdiction of june 17, 2005 (hereinafter gas natural), available at: [http://ita. Law.uvic.ca/documents/gas natural SDG – Decision on Preliminary Questions on jurisdiction. Pdf](http://ita.Law.uvic.ca/documents/gas%20natural%20SDG%20-%20Decision%20on%20Preliminary%20Questions%20on%20jurisdiction.Pdf). visited in 2007/5/10.

62- *Imperegilo SpA v Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction of 22 April 2005. <<http://www.worldbank.org/icsid>>, 10.8.2009

63- *India_Patent Protection for Pharmaceutical and Chemical Products (India_Patent)*, WTO Panel Report, WT/DS 50/R, adopted September 5, 1997.

64- *Lucchetti SA and Lucchetti Peru, SA v Peru*, ICSID No. ARB/03/4, Award of 7 February 2005. This award is available on th ICSID website (<<http://www.worldbank.org/icsid>>), 5.8.2009.

65- *National Grid V. Argentine Republic*, Award on Jurisdiction, 20 June 2006, [http://ita.law.uvic –Ca/documents/National GRID – Jurisdiction – En. Pdf](http://ita.law.uvic-Ca/documents/National%20GRID%20-%20Jurisdiction%20-%20En.Pdf), 2.4.2009.

- 66- *Plama V. Bulgaria*, Decision on jurisdiction & February 2005, 721, 20 ICSID Review-FILJ 2005, 262.
- 67- *Pope & Talbot Inc. v Canada*, Arbitral Tribunal under Chapter 11 of the NAFTA Agreement, Award on the Merits of Phase 2 of 10 April 2001, paras, 105 ff. (this award is available on the website: <<http://www.naftaclaims.com>>), 4.7.2009.
- 68- *Pope & Talbot Inc. v Canada*, Award on Damages of 31 May 2002, para 66. This Award, like the one on the Merits, available at: <<http://naftaclaims.com/disputes - canada/disputes - canada - pope. htm>>, 15.6.2009.
- 69- *RosInvest V. Russian Federation*, Award on Jurisdiction October 2007, <http://ita. Law. uric. Ca/RosInvest – Jurisdiction>, 11.2.2009.
- 70- *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction of August 3. 2004 (hereinafter *Siemens*), available at <http://www.asil. Org/ilib/ siemens – Argentina. Pdf>, 10.5.2007.
- 71- *Societe General de Surveillance S.A. (SGS) V. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on objections to Jurisdiction (29 January 2004), 8 ICSID Rep. 518 (2005).
- 72- *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. V. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/19), <http://ita.law.uvic.Ca/documents/Suez vivendi AwG juri>, 10.2.2009.
- 73- *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. V. United Mexican States* [ICSID Case No. ARB (AF)/00/2] <http://www.world bank. Org/icsid/cases/laudo – o51903 % 20 – English. Pdf>, 2.8.2008.
- 74- *Telenor Mobile Communications As v Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Award of 22 June 2006. <<http://www.worldbank. org/icsid>>, 14.11.2008
- 75- *The Ambatielos Case (merits: obligation to arbitrate)*, Judgment of 19 May 1953, I.C.J. Reports 1953.
- 76- *Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd v. Myanmar*, ASEAN ID Case No. ARB/01/1, Award of 31 March 2003, 42 ILM 540 (2003).

• اسناد و گزارشها (Documents and Records) :

- 77- Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law, “*The Most – favoured – nation Clause, Report adopted by the Committee at its third session*”, held in March – April 1927, LON DOC. C.205
- 78- “*Decision of 25 June 1971*”, GATT, Basic Instruments and Selected Documents, Eighteenth Supplement (Sales No: GATT/1972-1)
- 79- “*Draft text of CAFTA*”: <http://www.Ustr. Gov/releases/2003/12/03 – 82. Pdf>, 16.5.2009.
- 80- *GATT, Basic Instruments and Selected Documents*, Vol. IV (Sales. No. GATT/169-1)
- 81- “*League of Nations, Commercial Policy in the Interwar Period: International Proposals and National*” (ser. L. O. N. P. 1992 II. A. 6)
- 82- “*Official Records of the General Assembly*”, Thirty – first Session, Supplement No. 10 (A/31/10), chap. II
- 83- “*Official Records of the General Assembly*”, Thirty – Second Session, Supplement No. 10 (A/32/10)

- 84- *“Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea”*, Vol. VIII (United Nations Publications Sales No. E.78. V.4), doc. A/CONF.62/WP. 10
- 85- *“Official Records of the Trade and Development Board”*, Tenth session, Supplement No. 6A (TD/B/329/Rev.1), part two.
- 86- *“Official Records of the United Nations Conference on the Law of the Sea”*, Vol. VII, fifth Committee (Question of Free Access to the sea of Land – Loc Red Countries) (United Nations Publication, Sales No. 58 4 40 Vol. VII), doc. A/CONF. 13/C.5/L.1, annex VI.
- 87- *“Official Records of the United Nations Conference on the Representation of States in their Relations with International Organizations”*, Vol. II, Documents of the Conference (United Nations Publication, Sales No. E. 75.V.12).
- 88- *“Official Records of the General Assembly”*, Twenty – eighth Session, Supplement No. 15 (A/qo 15/ Rev.1), part one, chap. I.
- 89- Organization for Economic Co – operation and Development (OECD), *“The MAI Negotiating Text (as of 24 April (1998))”*, <http://www.oecd.org/daf/cm/mai/negtext.htm>, 13.7.2008.
- 90-*“Proceeding of the United Nations Conference on Trade and Development”*, Vol. I, Final ACT and Report (United Nations Publication, Sales No. 64. II. B. 11).
- 91-*“Proceedings of the United Nations Conference on Trade and Development”*, Fourth Session, Vol. I and corr.1 Report and Annexes (United Nations Publication, sales No.: E. 76. II. D. 10).
- 92- United Nation (1999b). *“Admission and Establishment”* (NewYork and Geneva: United Nations), United Nations Publication, Sales No. E. 99. II. D. 10.
- 93- United Nation (1999f). *“Foreign Direct Investment and Development”* (NewYork) and Geneva: United Nations), United Publication, Sales No. E. 98.11.D.15.
- 94- United Nation (1999e). *“Investment – Related Trade Measures”* (NewYork and Geneva: United Nations), United Nations Publication, Sales No. E.99.11.D12.
- 95- United Nation (1999 a). *“Scope and Definition”* (NewYork and Geneva: United Nations), United Nations Publication, Sales No. E. 98. II.D.9.
- 96- *United Nations, “Reports of International Arbitral Awards”*, Vol. XII (United Nations Publication, Sales No. 63. V.3)
- 97- *“United Nation Secretariat for the International Law of Commission”*, *Digest of decisions of national Courts relating to the most – favoured – nation Clause*, A/CN. 4/269, 29 March 1973
- 98- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). *“World Investment Report 1993: Transnational Corporations and Integrated International Production”* (NewYork and Geneva: United Nations), United Nations Publication, Sales No. E. 93.11A.14, 1993.
- 99- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). *“World Investment Report 1996: Investment, Trade and International Policy Arrangements”* (NewYork and Geneva: United Nations), United Nations Publication sales No. E.96. II.A.14, 1996B.

- 100- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). *“Most – Favoured – Nation Treatment”* UNCTAD Series on issues in international investment agreements. UN Doc. UNCTAD/ITE/IIIE/10 (vol.III), 1999.
- 101- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). *“World Investment Report 1997: Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy”* (New York and Geneva: United Nations), United Nations Publication, Sales No. E.97. II.D.10, 1997.
- 102- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). *“World Investment Report 1998: Trends and Determinants”* (New York and Geneva: United Nations), United Nations Publication, sales No. E.98. II.D.5, 1998a.
- 103- *“United Nations Conference on Trade and Employment”* (Havana, November 1947 – March 1948), Final ACT and Related Documents (United Nations Publication, Sales No. 1948. II.D.4)
- 104- United Nations, *“International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, Done at Rome on 26 October 1961”*, United Nations Treaty Series, vol. 496, 1964.
- 105- United Nations, *“Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of September 9, 1886”*, United Nations Treaty Series, vol. 1161, 1980a.
- 106- United Nations, *“Multilateral Economic Co – operation in Latin America”*, Vol.I, Text and Documents
- 107- United Nations, *“International Investment Instruments: A Compendium”*. vol. I, II and III (New York and Geneva: United Nations), United Nations Publication, Sales No. E. 96. II.A.9, 10, 11. 1996a
- 108- United Nations, *“The TRIPS Agreement and Developing Countries”* (New York and Geneva: United Nations), United Nations Publication, sales No. 96.II.D.10, 1996C.
- 109- United Nations, *“Bilateral Investment in the Mid – 1990s”* (New York and Geneva: United Nations), United Nations Publication, Sales No. E. 98. II. D. 8, 1998b.
- 110- World Trade organization (WTO). *“Decision on Maritime Services”* (Geneva: WTO), document S/L/24, 3 July 1996.
- 111- *year book of the International Law Commission, 1958, Vol. II*
- 112- *year book of the International Law Commission, 1961, Vol II*
- 113- *year book of the International Law Commission, 1964, Vol. I*
- 114- *year book of the International Law Commission, 1966, Vol. II*
- 115- *year book of the International Law Commission, 1967, Vol. II*
- 116- *year book of the International Law Commission, 1968, Vol. II*
- 117- *year book of the International Law Commission, 1969, Vol. II*
- 118- *year book of the International Law Commission, 1970, Vol. II*
- 119- *year book of the International Law Commission, 1971, Vol. II*
- 120- *year book of the International Law Commission, 1972, Vol. II*
- 121- *year book of the International Law Commission, 1973, Vol. II*
- 122- *year book of the International Law Commission, 1974, Vol. II*

- 123- year book of the International Law Commission, 1975, Vol. II
124- year book of the International Law Commission, 1976, Vol. II. , part one
125- year book of the International Law Commission, 1977, Vol. II. , part two
126- year book of the International Law Commission, 1978, Vol. II, part one
127- year book of the International Law Commission, 1978, Vol. II, part two

منابع
پایان
پژوه

Abstract

A Most-Favored Nation Clause is a provision in a treaty under which a state agree to accord to the other contracting partner treatment that is no less favorable than which it accords to other or third states.

A Most-Favored Nation treatment clause is not only a treaty clause, but also a source of international obligations other than those included in the basic treaty whose contents can not be totally foreseen when the basic treaty is concluded.

In any case, the functioning of the MFN treatment presupposes that the ejusdem generis principle is satisfied. This fact has given rise to controversial issues within investment cases and the panels of the WTO.

In the contemporary economic relations among states, MFN clause continues to be a critical factor in international economic relations among member states. The continuing relevance of the MFN clause could be viewed in two phases: In the first phase, the growth of bilateral investment promotion and protection agreements (BITs) in 1990s with the inclusion of MFN clause which ensured international minimum standards of treatment for foreign investors and their investments has been resulted to the MFN explosion.

In the second phase, the emergence of free trade agreements and comprehensive economic. Partnership agreements which provide for the liberalization of trade in goods and services have been MFN a new lease of life.

A review of the role of the MFN clause in the context of these new economic agreements merits closer study from a legal perspective.

The fundamental question about MFN clauses is how should MFN clauses be interpreted while this may appear to be a narrow question, in reality it is a broad question involving the nature and context of obligations undertaken by states under the ambit of an MFN clause, role and function of MFN clause and of their relationship to the principle of non-discrimination in international law and exceptions to the application of the clause and is whether anything with the progressive development of international law and its codification can usefully do.

In this study first, the MFN clause has been analyzed as an especial institution irrespective in the context (as a treaty provision) and identification of rules governed on the MFN clauses.

second, the MFN clause being dealt with context of the WTO and in the context of international investment law, the purpose of this study, is to provide guidance to states in their negotiation of agreements with MFN clause and to arbitrators interpreting agreements by an exhaustive analysis of the development of the nature scope and underlying rationale for MFN clauses the existing MFN jurisprudence in the various contemporary areas, variety and uses of MFN clauses in contemporary practice and how MFN clauses have been interpreted and how they should be interpreted.

Also some clues to determine whether the justum generis principle is met can be deduced from the awards of the ICSID tribunals.

the results of this study shows that progressive development and possibly codifications specially in the field of international investment law seems to be more probable.

Keywords: Most-Favored Nation Clause, Most-Favored Nation Treatment, Most-Favored Nation Treatment Standard, Most-Favored Nation Principle, Granting State, Beneficiary State, Basic Treaty, Reciprocity Treatment, TRIPS, GATS, GATT1994, Dispute Settlement of International Investment, WTO