

مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شماره سی و هشتم، ۱۳۸۷، صص ۴۲۶-۳۱۹، تاریخ دریافت مقاله: ۸۶/۱۰/۱، تاریخ پذیرش سند: ۸۶/۱۱/۲۰

شماره ارجاع: [2007] EWCA Civ 1374
شماره پرونده: A2/2007/0902/QBENF, A2/2007/0902(A) FC3

دادگاه استیناف (بخش مدنی)
استیناف از رأی جناب آقای قاضی گری
TLQ/06/0601

Royal Courts of Justice, Strand, London, WC2A 2LL
تاریخ: ۳۰ آذر ۱۳۸۶ (برابر با ۲۱ دسامبر ۲۰۰۷)

در محضر:

قاضی عالی انگلستان و ولز
جناب قاضی محترم لرد وال (Lord Justice Wall)
و جناب قاضی محترم لرد لارنس کالینز
(Lord Justice Lawrence-Collins)

فیما بین:

تجدیدنظرخواه: دولت جمهوری اسلامی ایران

و

تجدیدنظرخوانده: گالری برکت با مسئولیت محدود
سر سیدنی کنتریک، نورمن پالمر و دیوید اسکنل از مؤسسه ویدرز ال ال پی
(Messrs Withers LLP) از طرف تجدیدنظرخواه
فیلیپ شپرد و دیوید هربرت از مؤسسه لین و شرکاء ال ال پی (Messrs Lane &
Partners LLP) از طرف تجدیدنظرخوانده
تاریخ‌های استماع: ۱۷ و ۱۸ مهر ۱۳۸۶ برابر با ۱۰-۹ اکتبر ۲۰۰۷

حکم تأیید شده است*

لرد فیلیپس از وورث متراورس:

مقدمه

۱- در صدور تصمیم حاضر در خصوص استیناف از رأی قاضی گری مورخ ۹ فروردین ۱۳۸۶ در رسیدگی به دو مسئله مقدماتی در دعوی مطروحه از سوی تجدیدنظرخواه (ایران) برای استرداد اشیاء عتیقه‌ای که حسب ادعا جزء میراث ملی ایران می‌باشد همه اعضا مشارکت کرده‌اند. قاضی گری در خصوص آن مسائل به نفع تجدیدنظر خوانده (برکت) رأی داد. یافته‌های وی برای این ادعا تعیین‌کننده است. به علت اهمیت این مسائل او نه تنها برای ایران بلکه برای سایر کشورهایی که در صدد بازپس‌گیری اشیاء عتیقه ارزشمندی هستند که جزء میراث ملی آنان می‌باشد امکان استیناف را فراهم ساخت.

۲- حفاری‌های غیرقانونی و قاچاق اشیاء عتیقه تجارت بسیار بزرگی شده است. در سال ۱۹۷۰ امضاکنندگان کنوانسیون یونسکو در خصوص اتخاذ تدابیر لازم برای ممنوع کردن و جلوگیری از ورود و صدور و انتقال مالکیت غیرقانونی اموال فرهنگی (که در سال ۲۰۰۲ به تصویب انگلستان رسید) نه فقط هریک از کشورهای عضو را به حفاظت از اموال فرهنگی در درون مرزهای خود علیه خطرات سرقت، حفاری مخفیانه و قاچاق غیرقانونی ملزم کردند، بلکه ضرورت فعال شدن کشورهای عضو نسبت به تعهدات اخلاقی برای احترام به میراث فرهنگی همه ملت‌ها و اینکه حفاظت از میراث فرهنگی صرفاً در صورتی می‌تواند مؤثر باشد که در سطح ملی و بین‌المللی با همکاری نزدیک میان کشورهای عضو سازماندهی شود را به رسمیت شناختند. (مطالب مقدماتی ۳، ۴ و ۷ سند). در دیوانعالی ایرلند، قاضی‌القضات فیلیپ^۱ اظهار داشت که همه دنیا قبول دارند که یکی از مهمترین داراییهای ملی متعلق به مردم میراث آنان و اشیائی است که به‌منزله دروازه‌ای به تاریخ باستانی آنان است؛ و جزء ضروری حاکمیت در یک دولت مدرن، مالکیت اشیاء عتیقه مهمی است که کشف شده و مالک مشخصی ندارد:

Webb v. Ireland [1988] I.R.353 at 383.

۳- در این استیناف، ایران در صدد است مالکیت خود نسبت به اشیاء عتیقه‌ای را که حدود ۵۰۰۰ سال قدمت دارند اثبات کند. این استیناف سؤالاتی را در خصوص شناسایی یا اجرای

* این حکم توسط خانم شیلا مالکی دیزجی از انگلیسی به فارسی برگردانده شد و آقایان علیرضا ابراهیم گل و حسن قمری و خانم فاطمه نوریه تهرانی ترجمه فارسی آن را ویرایش نمودند.

1. Finlay CJ.

قوانین میراث ملی خارجی مطرح می‌سازد که در پرونده *Att-Gen of New Zealand v. Ortiz* (*CA and HL*) [1984] بی‌پاسخ مانده است. از زمان احکام دادگاه استیناف در سال ۱۹۸۲ و مجلس اعیان در سال ۱۹۸۳، انگلستان کنوانسیون ۱۹۷۰ یونسکو را تصویب کرده است. ۴- اشیاء عتیقه مرکب از هیجده کوزه، پیاله و فنجانهای حکاکی شده‌ای است که از جنس کلریت است (عتیقه‌جات). ایران مدعی است که قدمت آنها به دوره ۳۰۰۰ سال قبل از میلاد تا ۲۰۰۰ سال قبل از میلاد مسیح برمی‌گردد و از حفاری‌های اخیر در منطقه جیرفت ایران که به موجب قوانین ایران غیرمجاز و غیرقانونی بوده به دست آمده‌اند. **برکت** منشأ این اشیاء عتیقه را انکار کرده است اما به نظر می‌رسد که ادعاهای ایران برای رسیدگی به مسائل مقدماتی صحیح باشد.

۵- **برکت** صاحب یک گالری در لندن است که از طریق آن آثار هنری باستانی و عتیقات سراسر دنیا را خرید و فروش می‌کند. **برکت** عتیقات را در لندن در اختیار دارد. (**برکت**) مدعی است که آنها را از فرانسه، آلمان و سوئیس به موجب قوانینی که حق مالکیت نسبت به آنها داده است، خریداری کرده است. ایران این امر را نمی‌پذیرد. برای رسیدگی مسائل مقدماتی، ایران نمی‌تواند هیچ حق مالکیتی نسبت به این عتیقات جز تصرف آنها مطرح کند.

۶- مسائل مقدماتی که دستور رسیدگی به آنها صادر شده بود به شرح ذیل است:

(۱) آیا (ایران) به موجب مقررات قانونی ایران که در «جزئیات اصلاحی دعوی» اظهار کرده، می‌تواند اثبات کند که بنابر قانون ایران مالک (عتیقات) می‌باشد و در آن صورت، به چه ترتیب؛

و

(۲) چنانچه خواهان (ایران) بتواند اثبات کند که به موجب قوانین ایران چنین حق مالکیتی دارد آیا این دادگاه باید آن حق مالکیت را به رسمیت بشناسد و/ یا اجرا نماید.

۷- مسئله اول نشانگر این حقیقت بود که هر دو طرف متفقند که موضوع حق مالکیت اشیاء عتیقه باید طبق قانون ایران یعنی قانون محل وقوع آن هنگام تحصیل چنین حق مالکیتی تعیین شود. ادعای اولیه ایران آن بود که قوانین ایران حق مالکانه‌ای نسبت به این عتیقات به ایران اعطا کرده است که به موجب آن ایران حق تقاضای بازپس‌گیری آنها در رسیدگی‌های قضائی انگلستان را دارد. مع‌ذالک، در ادامه ادعای جایگزینی مطرح گردید که به موجب قوانین ایران، ایران «حق بلافصل تصرف» عتیقات را دارد که مبنای طرح ادعایی در انگلیس دایر بر تصرف من غیر حق یا دخالت من غیر حق در این اشیاء شده است. **برکت** به طور موفقیت‌آمیزی

هر دو ادعا را رد کرد. بنابراین، جناب قاضی «با اندکی تأسف» به اولین سؤال پاسخ منفی داد (بند ۵۹).

۸- مسئله دوم بازتاب استدلال **برکت** است دایر بر اینکه چنانچه قوانین ایران حقی به ایران در ارتباط با این عتیقات داده است چنین قانونی جزایی یا عمومی بوده و بنابراین در این قلمرو غیرقابل اجراست. همان‌طور که جناب قاضی به مسئله اول پاسخ منفی داد، ثابت شد که این موضوع نیز آکادمیک است. با وجود این، جناب قاضی آن را مختصراً مورد بررسی قرار داد. وی نتیجه‌گیری کرد که قوانین ذی‌ربط مورد استناد ایران ماهیتاً جزایی و عمومی است و در نتیجه در این کشور قابل اجرا نیست یا نمی‌تواند مستندی برای مبنای ادعای ایران به جبران باشد. این مورد نیز یک نتیجه‌گیری بود که جناب قاضی (بند ۱۰۰) «یک مورد اسف‌انگیز» توصیف کرد و اضافه کرد (احتمالاً وی از تصویب کنوانسیون یونسکو توسط انگلیس بی‌اطلاع بوده است) که پاسخ می‌تواند همانی باشد که توسط لرد دنینگ در پرونده ortiz ارائه گردید، یعنی کنوانسیون بین‌المللی مربوط به این موضوع.

۹- جناب قاضی ادله دو تن از کارشناسان را در مورد قوانین ایران استماع کرد. پروفیسور محمد طالقانی ادله ایران و آقای حمید صبی ادله **برکت** را ارائه کرد. آنان در مورد مقررات موضوعه ذی‌ربط ایران اتفاق نظر اما در مورد اثر آنها اختلاف نظر داشتند. پروفیسور طالقانی اظهار داشت که آنها نشانگر این حقیقت هستند که ایران مالک عتیقات مزبور می‌باشد. آقای صبی اظهار داشت که چنین نیست. جناب قاضی نتیجه‌گیری کرد که نظر آقای صبی بر نظر پروفیسور طالقانی مرجح است. بر این اساس وی نتیجه‌گیری کرد که ایران هیچ‌گونه حق مالکانه‌ای نسبت به این عتیقات ندارد. جناب قاضی در ادامه افزود که قوانین ایران حق بلافصل تصرف عتیقات را مقرر می‌دارد اما از آنجایی که این امر یک حق مالکانه نمی‌باشد نمی‌تواند مبنایی برای ادعای تصرف من غیرحق و مداخله غیرقانونی باشد.

۱۰- به‌موجب این استیناف ایران مدعی است که جناب قاضی اشتباهاً نتوانست به این باور برسد که ایران حق مالکانه‌ای نسبت به این عتیقات دارد که او را محق به بازپس‌گیری آنها می‌کند. به همین ترتیب ایران مدعی است که حق بلافصل تصرف عتیقات می‌تواند به‌طور مقتضی مبنای ادعای تصرف من غیرحق یا مداخله غیرقانونی در این اشیا باشد. **برکت** درصدد است که بنابر دلایلی رأی جناب قاضی مورد تأیید قرار گیرد جز آنکه تجدیدنظر خوانده به‌موجب اختطاری این یافته جناب قاضی دایر بر اینکه قوانین ایران حق بلافصل تصرف عتیقات را به ایران می‌دهد را مورد اعتراض قرار می‌دهد.

۱۱- ما پیشنهاد می‌کنیم که مسائل مطروحه در این استیناف به ترتیب ذیل بررسی شود:

الف) خواهان چه نفعی در اموال منقول را باید نشان دهد تا مبنایی برای ادعای تصرف من غیر حق در این قلمروی قضائی باشد؟
ب) ایران اساساً از چه منفعتی در این عتیقات برخوردار است؟
ج) آیا آن حق دلیلی برای اقامه دعوی تصرف من غیر حق به موجب قوانین انگلیس می‌باشد؟

چه منفعتی در اموال منقول مبنای دلیل اقامه دعوی تصرف من غیر حق به موجب قوانین انگلیس می‌باشد؟

۱۲- ادعای ایران به نحو مقرر در قانون مسئولیت مدنی (دخل و تصرف در کالا) مصوب ۱۹۷۷^۲ در مورد تصرف من غیر حق می‌باشد. بخش اول قانون مذکور مقرر می‌دارد:
«تعریف دخل و تصرف غیرقانونی در کالا»
در این قانون «دخل و تصرف غیرقانونی» یا «دخل و تصرف غیرقانونی در کالا»، به معنای موارد ذیل است:
الف) تصرف من غیر حق کالا (که غضب نیز خوانده می‌شود)؛
ب) تعدی به کالا؛
ج) غفلت تا حدی که به ایراد خسارت به کالا یا منافع ناشی از آن منجر گردد؛
د) به موجب بخش ۲، هرگونه شبه جرم تا جایی که منجر به خسارت به کالا یا منافع ناشی از آن گردد».

۱۳- بخش ۲ از قانون مذکور مقرر می‌دارد:

«خلع ید

۱- غضب کان لم یکن می‌شود.

۲- دعوی بر مبنای تصرف من غیر حق بابت فقدان یا تلف کالا است که امین در تخطی از وظایف خود نسبت به امانت‌گذار موجب آن شده است (یعنی در موردی است که در غیر این صورت تصرف من غیر حق نبوده لیکن قبل از اینکه خلع ید شود غضب بوده است)».

۱۴- این قانون امکان برخورداری از منافع مختلف در کالا را به رسمیت می‌شناسد.

بنابراین بخش ۷ مقرر می‌دارد:

2. Torts (Interference) with Goods Act 1977.

«مسئولیت مضاعف»

(۱) در این بخش «مسئولیت مضاعف» به معنای مسئولیت مضاعف متخلف که ممکن است در موارد زیر

مطرح شود:

(الف) جایی که یک یا دو یا چند حق اقامه دعوی برای مداخله متخلفانه مبتنی بر حق تصرف مطرح

باشد؛ یا

(ب) جایی که میزان خسارات دعوای دخل و تصرف غیرقانونی بر پایه حق مالکانه معادل یا شامل کل

ارزش کالا باشد، گرچه منفعت آن یکی از دو یا چند منفعت کالا باشد.

(۲) در رسیدگی‌هایی که هر یک از دو یا چند خواهان طرف باشند، جبران خسارت باید به گونه‌ای باشد

که از مسئولیت مضاعف متخلف بین آن مدعیان اجتناب شود».

۱۵- قانون مذکور «حق تصرف» یا «حق مالکانه» را تعریف نمی‌کند و به علت تداخل

بین این دو در این حیطة قانونی مشکل پدید می‌آید. اساساً حقوق کامن‌لو تمایزی بین حق تصرف و حق مالکانه قائل نیست. تصرف (وضع ید) یک مال منقول حق مالکیت نسبت به آن می‌دهد. در صورت انتقال غیرارادی تصرف برای مثال در نتیجه فقدان یا سرقت مال منقول، شخصی که بدو مال منقول را تصرف کرده بوده حق مالکیت مرجعی نسبت به متصرف بعدی دارد. متصرف بعدی حق مالکیت معتبری در مقابل کل دنیا بجز متصرف قبلی دارد. هر متصرفی می‌تواند علیه شخص ثالثی که در مال منقول مزبور دخل و تصرف کرده ادعا کند که وی حق بلافصل تصرف داشته است.

۱۶- منافع مال منقول قابل تسهیم است و این حقیقت است که تمایز بین حق مالکیت و

تصرف را مطرح می‌سازد. بنابراین، جایی که متصرف قبلی (امانت‌گذار) طبق این شرایط، وضع ید را به متصرف بعدی (امین) اعطاء می‌کند که برای امانت‌گذار منفعت رجعی در مال منقول مذکور حفظ شود، می‌توان گفت امانت‌گذار از «حق مالکانه» و امین از حق «تصرف» برخوردار است. بنابراین، دخل و تصرف غیرقانونی در مال منقول می‌تواند برای منافع دو طرف زیانبار باشد.

۱۷- دخل و تصرف غیرقانونی در مال منقول دو مبنای مختلف اقامه دعوی را مطرح

می‌کند که عمدتاً همزمان بودند. غصب که دخل و تصرف حق مالکانه خواهان بوده و تصرف من غیر حق که دخل و تصرف در حق تصرف خواهان است. چنانچه کالا در ید امین در نتیجه تخلف از وظایف خود نسبت به امانت‌گذار مفقود یا تخریب می‌شود، ادعای مقتضی، تا پیش از قانون ۱۹۷۷ باید بر مبنای غصب مطرح می‌شد و نه تصرف من غیر حق. مع‌ذالک، چنانچه ادعا را متصرف علیه شخص ثالث متخلفی مطرح سازد، ادعای مزبور یا بر مبنای غصب مطرح می‌شود

یا تصرف من غیر حق.

۱۸- شخصی که مال منقول را در ید دارد می‌تواند علیه شخصی که به‌طور غیرقانونی وی را از آن تصرف محروم کرده دعوی تصرف من غیر حق مطرح کند.

۱۹- در وضعیتی که (الف) که متصرف مال منقول است یا اینکه حق تصرف بلافصل مال منقول را دارد موافقت کند که دیگری (ب) بتواند تصرف مال مزبور را داشته باشد، اختلاف وجود دارد. آیا (ب) می‌تواند به حق قراردادی تصرف بلافصل خود به‌عنوان مبنایی برای دعوی تصرف من غیر حق علیه ج که در مال منقول به‌طور غیرقانونی دخل و تصرف کرده است استناد کند؟ چنانچه الف به‌موجب قرارداد نه صرفاً تصرف بلکه مالکیتی که از آن برخوردار است را نیز به ب انتقال داده باشد، به‌نحوی که ب هم از حق مالکانه و هم حق بلافصل تصرف برخوردار شود، وی حق اقامه دعوی تصرف من غیر حق را خواهد داشت. با وجود این، چنانچه الف حق مالکانه خود را حفظ کرده باشد، مشخص نیست که ب بتواند با اتکاء به حق قراردادی بلافصل خود برای تصرف مبنایی برای طرح دعوی تصرف من غیر حق داشته باشد. ایران مدعی است او [ب] می‌تواند؛ و برکت مدعی است او نمی‌تواند.

۲۰- ویرایش چهارم قوانین انگلیس نوشته هالزبری،^۳ جلد ۴۵ (۲) اشعار می‌دارد:

«**۵۵۹. حق تصرف و اموال.** جهت اقامه دعوی با عنوان تصرف من غیرحق، مدعی باید نشان دهد که وی یا تصرف داشته یا حق بلافصل تصرف مال منقول در زمان اقدام مورد نظر را داشته است. هریک از این دو رابطه با مال منقول، حق مالکانه لازم برای اثبات دعوی تصرف من غیرحق را تأمین می‌کند. چنانچه یکی از این دو مورد نشان داده شود، لازم نیست که خواهان مالک مال منقول باشد تا در طرح دعوی تصرف من غیرحق موفق باشد؛ در واقع، مالک مسئول تصرف من غیرحق نسبت به شخصی است که یا تصرف داشته یا حق بلافصل تصرف در زمان اقدام مالک را داشته است.

«**۵۶۰. حق قراردادی تصرف.** به‌نظر می‌رسد حق قراردادی صرف برای تصرف جهت اقامه دعوی تصرف من غیرحق کفایت می‌کند و نیازی نیست که حق تصرف خواهان ناشی از منفعت مالکانه در مال منقول باشد».

۲۱- این اظهارات در نوشته‌های کتب درسی ذی‌ربط ذیل نیز مورد تأیید قرار گرفته‌اند:

3. Halsbury's Laws of England.

(۱) Salmond, Law of Torts, 21st ed. 1996, p. 108: «هرگاه کالایی من غیرحق تصرف گردد، شخصی که هنگام تصرف من غیرحق تصرف واقعی داشته یا حق تصرف بلافصل آنها را داشته است می‌تواند طرح دعوی کند».

(۱) Winfield and Jolowicz, Tort, 17th ed. 2006, at p.762 اظهار می‌دارد که خواهان می‌تواند مدعی تصرف من غیرحق باشد چنانچه در زمان اقدام خوانده علیه وی، او حق بلافصل تصرف مال منقول را «بدون مالکیت یا تصرف واقعی» داشته باشد.

(۲) Markesinis and Deakin, Tort Law, 5th ed. 2003, at p.436: «به‌منظور امکان اقامه دعوی [تصرف من غیرحق] خواهان باید یکی از [حقوق] حق مالکیت، تصرف (وضع ید)، یا حق بلافصل تصرف را داشته باشد».

(۳) F. H. Lawson, Remedies of English Law, 2nd ed. 1980, at p. 122 «در دعوی خلع ید و تصرف من غیرحق [خواهان] باید حق مالکیت خود را اثبات کند یعنی اثبات کند که وی حق تصرف بلافصل زمین یا مال منقول را دارد».

۲۲- این مطالب بی‌قید و شرط که به‌موجب آنها حق بلافصل تصرف به‌عنوان مبنای اقامه دعوی تصرف من غیرحق کفایت می‌کند باید با دیدگاه جدید ویراستاران ویرایش نوزدهم Clerk and Lindsell, Torts (para 17-59) مقایسه گردد:

«حق خواهان باید مالکانه باشد. برای این منظور، به‌نظر می‌رسد که حق بلافصل تصرف که مالک به آن استناد می‌کند باید حقی مالکانه باشد؛ حق قراردادی صرف کافی نیست».

در حمایت از این گفته به دو رویه قضائی اشاره شده است،

Jarvis v. Williams [1955] 1 WLR 71; *International Factors v. Rodriguez* [1979] 1 QB 351.

جناب قاضی این منابع را مد نظر قرار داده و اعتقاد داشته که آنها مؤید متن مرقوم در کتاب Clerk and Lindsell است. وی در نتیجه اظهار داشت (بند ۷۱):

«به همین دلیل من معتقدم که در دعوی فعلی ایران باید ماهیت مالکانه حق تصرف خود نسبت به عتیقات را اثبات کند، همان‌طور که برای موفقیت دعوی غضب (تصرف من غیرحق) یا دخل و تصرف غیرقانونی در مال غیرمنقول نیز لازم است. به همان دلایل که پیشتر ارائه کردم این همان چیزی است که ایران قادر به انجام آن نیست».

۲۳- *Jarvis v. Williams* [1955] 1 WLR 71 مربوط به دعوای غصب بود. پترسون^۴ تعدادی وسایل حمام به خواهان - Jarvis - سفارش داد. Jarvis بنا به درخواست وی آنها را به ساختمان محل خوانده ویلیامز تحویل داد. پترسون وجهی برای کالای مزبور پرداخت نکرده و توافق کرده بود که Jarvis می‌تواند آنها را پس بگیرد. ویلیامز به Jarvis اجازه نداد که آن قطعات را جمع‌آوری کند و Jarvis علیه وی اقامه دعوی کرد. جناب قاضی معتقد بود که ادعای وی بجا بوده است. دادگاه استیناف این یافته را نقض کرد.

۲۴- لرد اورشد ام آر^۵ پس از اشاره به بخش مربوط در رأی مرحله بدوی اظهار داشت (بند ۷۴):

«من معتقدم که حق قراردادی که خواهان در مقابل پترسون برای رفتن و استرداد آن اموال منقول از کارگزار پترسون داشته است حقی است که برای قادر ساختن خواهان برای طرح دعوای غصب این اموال منقول علیه کارگزار صاحب اموال کافی است. اما با تمام احترامی که برای جناب قاضی دادگاه شهرستان قائم اینجانب نمی‌توانم آن را به‌عنوان یک فرضیه خوب قانونی بپذیرم. طبقات خاصی از اشخاص، برای مثال امانت‌داران^۶ بی‌تردید حق خاصی برای طرح دعوای مطالبه قیمت مال غصبی و خلع بد دارند، اما من فکر می‌کنم که قاعده کلی همان‌طور که در Halsbury's Laws of England, 2nd ed., vol.33 at p.62, para. 98 به‌درستی بیان شده این است که «به‌منظور طرح دعوای مطالبه قیمت مال غصبی یا خلع‌ید، شخص باید حق تصرف و حق مالکیت اموال منقول در زمان تصرف من‌غیرحق یا حبس را داشته باشد؛ و چنانچه وی هنگام تصرف من‌غیرحق ادعایی، مالکیت اموال منقول را واگذار کرده باشد، یا چنانچه هنگام تصرف من‌غیرحق ادعایی، مالکیت وی نسبت به اموال منقول با انتقال مالی که به‌موجب قانون فاکتورز^۷ ۱۸۸۹ معتبر است سلب شده باشد، نمی‌تواند در این خصوص اقامه دعوی کند».

۲۵- لرد اورشد پس از اشاره به این قضیه ادامه داد (در ۷۵):

«بی‌تردید اگرچه به عبارتی صحیح است، و یقیناً به مفهوم اصلی ابتدایی (قرون وسطایی) آن

4. Paterson.

5. Lord Evershed MR.

6. Bailees.

7. Factors Act, 1889.

هنگامی که از اموال منقول صحبت می‌شود حق تصرف بلافصل نسبت به آنها به ذهن متبادر می‌شود، با وجود این معنی اموال منقول اکنون به خوبی قابل درک است. این موضوع در قانون فروش اموال منقول مصوب ۱۸۹۳^۸ آمده است. اگرچه خواهان می‌توانست به موجب قرارداد بین خود و پترسون حقی داشته باشد که چنانچه نقض شود بتواند موضوع دعوایی بابت نقض قرارداد باشد، و اگرچه وی خود حق رفتن و تصرف آن اموال منقول را داشت اما تا زمانی که چنان کند طبق تفسیر اینجانب از این ترتیبات، در معنایی که این شرط آن طور که من فکر می‌کنم اکنون عموماً قابل درک است، وی هیچ نفع مالکانه‌ای در این اموال منقول نداشته است. لذا براساس رویه‌هایی که ذکر کردم، به نظر می‌رسد وی مبنای لازم را نداشته است که براساس آن بتواند دعوی غصب علیه خوانده را مطرح کند. بی‌تردید، وی می‌توانست علیه پترسون بابت قیمت اموال منقول یا خسارات ناشی از نقض این ترتیبات برای استرداد اموال منقول هنگامی که خوانده از تحویل آنها امتناع کرد، اقامه دعوی کند. اما من فکر می‌کنم که حقوق خواهان در ارتباط با این اموال منقول طوری نبود که وی را محق به اقامه دعوی خلع ید علیه خوانده نماید که در آن زمان تصرف اموال منقول را به‌عنوان کارگزار (نماینده) از طرف شخصی که مالکیت آن اموال با اوست برعهده داشته است».

۲۶- گروه مشاوران حقوقی ایران در طرح استدلالی خود در صدد بودند تا این قضیه را بر این مبنا که به دعوی خلع ید مربوط می‌شود. و نه دعوی تصرف من غیر حق از آن قضایا متمایز سازند. اشاره لرد اورشد به Halsbury چنین القاء می‌کند که وی چنین تمایزی را قائل نیست. *Jarvis v. Williams* پرونده‌ای است که تجزیه و تحلیل آن مشکل است. دادگاه شهرستان و دادگاه استیناف، هر دو آماده بودند تا بر این مبنا که خواهان حق قراردادی برای استرداد اموال منقول از خوانده را داشته به آن رسیدگی کنند اما ماهیت دقیق این قرارداد بیان نشده است. چنانچه تجزیه و تحلیل قراردادی مناسب باشد، ما فکر می‌کنیم که قرارداد مزبور یک قرارداد مشروط بوده که به موجب آن توافق شده بود که چنانچه خواهان تصرف اموال منقول را بازپس گیرد، وی آنها را در ادای تعهد پترسون به پرداخت برای آنها دریافت خواهد کرد. آن قراردادی نبود که به موجب آن پترسون قصد انتقال حق بلافصل خود در تصرف اموال منقول را به خواهان داشته باشد. گرچه متنی که ما از حکم لرد اورشد ذکر کردیم یقیناً مؤید ادعای برکت است هنگامی که حقایق این پرونده بررسی می‌شود ما به آن توجه نمی‌کنیم اگرچه می‌تواند به‌عنوان رویه‌ای لازم‌الاجرا برای این ادعا تلقی گردد که حق قراردادی بر تصرف بلافصل هرگز نمی‌تواند

8. Sale of Goods Act, 1893.

مبنای دعوای تصرف من غیر حق باشد.

۲۷- ایران در طرح کلی خود استدلال می‌کند که تا جایی که استدلال لرد اورشد به شبه جرم تصرف من غیر حق نیز تسری یابد، نمی‌توان از آن پیروی کرد؛ زیرا با برخی رویه‌های جدیدتر در تعارض است که ما برخی از آنها را بعداً مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۲۸- سر دیوید کایرنز^۹ هنگام صدور حکم *International Factors v. Rodriguez* 1 QB 351 [1979] گفته بود که از قضیه *Jarvis v. Williams* پیروی می‌کند. آن پرونده متضمن یک توافق حق العمل کاری بود که به موجب آن خواهانها بدهی‌های دفتری شرکتی را خریداری کرده بودند که خوانده، مدیر آن بود. این قرارداد مقرر می‌کرد که چنانچه چکی بجای پرداخت به خواهانها به شرکت پرداخت شود، باید به‌طور امانی برای خواهانها نگهداری و به آنان منتقل شود. نقض این توافق توسط خوانده باعث شد تا چهار مورد چک این چنینی در وجه حساب بانکی شرکت پرداخت شود. دعوای تصرف من غیر حق خواهان پذیرفته شد. سر دیوید رأی داد که قضیه *Jarvis v. Williams* محرز ساخت که مدعی تصرف من غیر حق باید نه تنها حق بلافصل تصرف را بلکه باید نفع مالکانه در موضوع دعوی را اثبات کند. مع‌ذالک، نفع خواهان در این چک‌ها این شرط را برآورده می‌کرد. لرد بریج^{۱۰} اظهار داشت که وی موافق است. با وجود این، لرد باکلی^{۱۱} معتقد بود که حق قراردادی خواهانها برای درخواست تحویل فوری چک‌ها به‌عنوان مبنای دعوای تصرف من غیر حق کفایت می‌کند، خواه امانت بلافصل منضم چک‌ها باشد یا خیر.

۲۹- قضیه *International Factors v. Rodriguez* مورد توجه هر سه عضو دادگاه استیناف در پرونده *MCC Proceeds v. Lehman Brothers International(Europe)* 1998 4 All ER 675 قرار گرفت. مسئله ذی‌ربط این بود که آیا حق مالکیت عنوان در گواهی‌های سهام می‌تواند مبنایی برای دعوای تصرف من غیر حق باشد. دادگاه معتقد بود که آن نمی‌تواند و اهمیتی را که به‌نظر می‌رسید سر دیوید کایرنز برای منافع مالکانه خواهان در چک‌های این پرونده قائل است را رد کرد. لرد مامری^{۱۲} این نظر را اظهار داشت که برای اتخاذ تصمیم آن امر لازم نیست. لرد فیل و هابهاوس^{۱۳} نیز با این امر موافقت کردند. لرد هابهاوس

9. Sir David Cairns.

10. Bridge LJ.

11. Buckley LJ.

12. Mummery LJ.

13. Pill and Hobhouse LJJ.

اظهار داشت (در ۷۰۰ و ۷۰۱):

«لرد باکلی در این پرونده بر مبنای عنوان حق مالکیت در حقوق کامن لو که به امین حق تصرف بلافصل را می‌دهد تصمیم‌گیری کرد... برای اینکه خواهان در دعوی تصرف من غیر حق موفق شود وی باید اثبات کند که قانوناً عنوان حق مالکیت لازم، تصرف واقعی یا حق تصرف بلافصل را داشته است. چنانچه خواهان مالک قانونی اموال منقول ذی‌ربط باشد، وی معمولاً حق خواهد داشت برای تصرف من غیر حق طرح دعوی کند حتی اگر در زمان مربوطه مال غیر منقول را در تصرف نداشته باشد اما در جایی که شخصی وجود دارد که حق مستمری برای تصرف بلافصل مال منقول مزبور دارد، وی می‌تواند حتی علیه صاحب مال منقول برای مداخله غیرقانونی در حق وی اقامه دعوی کند».

۳۰- بنا بر این به‌نحو شرح داده شده در قضیه *MCC Proceeds v. Lehman*

Brothers بین *Jarvis v. Williams* و قضیه *International Factors v. Rodriguez* تعارض وجود دارد. چنانچه صاحب مال منقول که حق بلافصل تصرف آنها را دارد، ولو آنکه آنها در تصرف شخص ثالثی باشند، به‌موجب موافقتنامه‌ای حق مالکیت خود را به صاحب جدیدی منتقل می‌کند، مالک جدید می‌تواند علیه شخصی که آن اموال در ید اوست دعوی تصرف من غیر حق اقامه کند. در جایی که مالک مال منقول با حق بلافصل تصرف آنها به‌موجب قرارداد، حق اخیر را به شخص دیگری منتقل کند به‌طوری‌که دیگر حق بلافصل تصرف نداشته باشد اما مالکیت را حفظ کند، به‌طور اصولی صحیح به‌نظر می‌رسد که منتقل‌الیه باید حق تعقیب بابت تصرف من غیر حق را داشته باشد. به‌طریق اولی چنانچه قرارداد مزبور مقرر دارد که هنگامی منتقل‌الیه وضع ید می‌کند، مالکیت به وی منتقل خواهد شد. ما ملاحظه می‌کنیم که این امر با دیدگاه‌های آکادمیک مطابقت دارد و می‌تواند با حقایق پرونده *Jarvis v. Williams* تطبیق داده شود.

۳۱- انتقال قراردادی حقوق با حقایق این پرونده بسیار فاصله دارد. قاضی بر مبنای

اهمیت برای *Jarvis v. Williams* نتیجه‌گیری کرد که خواهان در دعوی دخل و تصرف غیرقانونی باید برخی حق مالکانه مال منقول را اثبات کند و اینکه ایران نتوانست چنین کند. اکنون ما این مطلب را بررسی می‌کنیم که آیا ایران هیچ‌گونه نفعی در این عتیقات دارد و اگر دارد ماهیت چنین نفعی چیست؟

نفع ایران در عتیقات مزبور به موجب قوانین ایران

۳۲- در این زمینه میان طرفین توافق وجود داشت که قانون ذی‌ربط باید در مقررات قوانین موضوعه ایران یافت شود. جناب قاضی به‌طور مفصل به آن پرداخته و ما عین عبارات وی را که در متن حکم ایشان آورده شده است در اینجا می‌گنجانیم.

۳۳- به‌نظر می‌رسد که نقطه عزیمت مناسب در این ارتباط به آنچه که جنبش مشروطه در ایران خوانده می‌شود برگردد. در بند ۸ گزارش کارشناسی پروفیسور طالقانی آمده است:

«از دوران بسیار کهن ایران تحت حکومت مطلق سلاطین بوده است. پادشاهی ایران قلمرو پادشاه یعنی ملک وی بوده است. این چنین بوده که پادشاهان قلمروهای بیشتری را به دست آورده، قلمروهایی را واگذار کرده و بخشی از پادشاهی خود را با پادشاهان همسایه مبادله می‌کردند. آخرین نمونه اعمال چنین قدرتی در سال ۱۸۹۳ میلادی (برابر با ۱۲۷۲ شمسی) به نمایش گذاشته شد. مع‌ذالک، اندکی بعد از این تاریخ جنبش مشروطه در ایران شکل گرفت و قلمرو پادشاه، قلمرو سلطنت یا اموال حکومت شد. هنگامی که قوانین اصلی ایران در قانون مدنی ایران تدوین شد (بخش اول آن در سال ۱۹۲۸ میلادی برابر با ۱۳۰۷ شمسی تصویب شد) «اموال حکومتی» داخلی قانوناً جایگزین قلمرو پادشاه شد.»

۳۴- با فرمان سلطنتی مورخ ۵ اوت ۱۹۰۶ میلادی (برابر با ۱۴ مرداد ۱۲۸۵ شمسی) «مبانی قانون اساسی ایران» منتشر شد. این سند شامل آنچه که به‌عنوان «قوانین اساسی مورخ ۳۰ دسامبر ۱۹۰۶ (برابر با ۹ دی ۱۲۸۵)» توصیف می‌شود بوده که مشتمل بر موادی بود که به وظایف، محدودیتها و حقوق مجلس شورای ملی می‌پرداخت.

۳۵- علی‌رغم اینکه در مقطعی از زمان و به طرقتی حقوق اموالی که قبلاً در تصرف پادشاه بوده به دولت یا حکومت ایران انتقال یافته بود، این قوانین اساسی هیچ بخشی از ادعای ایران در این رسیدگی قضائی را تشکیل نمی‌دهد.

قانون مدنی

۳۶- از نظر زمانی، اولین مقررات موضوعه قانونی که ایران به آن استناد می‌کند قانون مدنی می‌باشد که به‌موجب آن در سال ۱۳۰۷ شمسی و بعد از آن قوانین عمده مدنی ایران تدوین گردید. قانون مدنی به چند بخش تقسیم می‌شود. موادی که گفته می‌شود به مسئله مالکیت عتیقات مربوط می‌شود به‌شرح ذیل است:

فصل سوم در اموالی که مالک خاص ندارد

ماده ۲۶ (اصلاحی ۱۳۷۰/۸/۲۱) ۱۴- اموال دولتی که معد است برای مصالح یا انتفاعات عمومی، مثل استحکامات و قلاع و خندق‌ها و خاکریزهای نظامی و قورخانه و اسلحه و ذخیره و سفاین جنگی و همچنین اثاثیه و ابنیه و عمارات دولتی و سیم‌های تلگرافی دولتی و موزه‌ها و کتابخانه‌های عمومی و آثار تاریخی و امثال آنها و بالجمله آنچه از اموال منقوله و غیرمنقوله که دولت به‌عنوان مصالح عمومی و منافع ملی در تحت تصرف دارد، قابل تملک خصوصی نیست و همچنین است اموالی که موافق مصالح عمومی به ایالت و ولایت یا ناحیه یا شهری اختصاص یافته باشد.

باب دوم در حقوق مختلفه که برای اشخاص نسبت به اموال حاصل می‌شود

...

فصل اول در مالکیت

ماده ۳۰- هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.

ماده ۳۱- هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد مگر به حکم قانون.

ماده ۳۵- تصرف به‌عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.

ماده ۳۶- تصرفی که ثابت شود ناشی از سبب مملک یا ناقل قانونی نبوده معتبر نخواهد

بود.

باب چهارم در اشیاء پیدا شده و حیوانات ضالّه

۱۴. اصلاحی ماده ۲۶ در تاریخ ۱۳۷۰/۸/۱۴ صورت گرفته است. (مترجم)

فصل اول در اشیاء پیدا شده

ماده ۱۶۵- هرکس در بیابان یا خرابه که خالی از سکنه بوده و مالک خاصی ندارد مالی پیدا کند می‌تواند آن را تملک کند و محتاج به تعریف نیست مگر اینکه معلوم باشد که مال عهد زمان حاضر است در این صورت در حکم سایر اشیاء پیدا شده در آبادی خواهد بود.

باب پنجم در دفینه

ماده ۱۷۳- دفینه مالی است که در زمین یا بنایی دفن شده و برحسب اتفاق و تصادف پیدا می‌شود.

ماده ۱۷۴- دفینه که مالک آن معلوم نباشد ملک کسی است که آن را پیدا کرده است.

ماده ۱۷۵- اگر کسی در ملک غیر، دفینه پیدا نماید باید به مالک اطلاع دهد، اگر مالک زمین مدعی مالکیت دفینه شد و آن را ثابت کرد، دفینه به مدعی مالکیت تعلق می‌گیرد.
ماده ۱۷۶- دفینه که در اراضی مباحه کشف شود متعلق به مستخرج آن است.

فصل دوم در ضمان قهری

مبحث اول در غصب

ماده ۳۰۸- غصب، استیلاء بر حق غیر است به نحو عدوان. اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز^{۱۵} هم در حکم غصب است.

ماده ۳۰۹- هرگاه شخصی مالک را از تصرف در مال خود مانع شود بدون آنکه خود او تسلط بر آن مال پیدا کند غاصب محسوب نمی‌شود لیکن در صورت اتلاف یا تسبیب ضامن

۱۵. در ترجمه انگلیسی عبارت بدون مجوز که در این محل در متن اصلی قانون وجود دارد، از قلم افتاده است.

خواهد بود.

ماده ۳۱۷- مالک می‌تواند عین و در صورت تلف شدن عین، مثل یا قیمت تمام یا قسمتی از مال مغضوب را از غاصب اولی یا از هریک از غاصبین بعدی که بخواهد مطالبه کند.

قانون حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹

۳۷- مدت کوتاهی پس از تصویب قانون مدنی، در تاریخ ۱۲ آبان ۱۳۰۹ قانون خاصی تحت عنوان «قانون حفظ آثار ملی» تصویب شد. این قانون مقرر می‌دارد که دولت باید فهرستی از کلیه آثار ملی شناخته شده و برجسته ایران را که دارای اهمیت و ارزش تاریخی یا علمی یا هنری است تهیه کند. این قانون همچنین ثبت اموال منقول و غیرمنقول را مقرر می‌دارد. ماده ۳ صراحتاً می‌پذیرد که برخی از مواردی که در این فهرست ثبت می‌شود می‌تواند مالک خصوصی داشته باشد. مواد ۴، ۵ و ۶ به اموال غیرمنقول می‌پردازد. ماده ۷ و مواد بعدی به اموال منقول می‌پردازد. ماده ۹ مالک اموال منقول ثبت شده در فهرست آثار ملی را مکلف می‌کند که قبل از فروش چنین مالی به شخص دیگر سازمان دولتی مربوطه را مطلع سازد. براساس این ماده دولت دارای آنچه «حق شفعه» نامیده شده می‌باشد. هرکس مال ثبت شده در فهرست آثار ملی را بدون اطلاع وزارت^{۱۶} به فروش برساند مستحق مجازات نقدی به میزان کل قیمت فروش مال مذکور می‌باشد. دولت حق دارد با پرداخت قیمت به مالک جدید مال مزبور را از مالک جدید پس بگیرد.

۳۸- از میان مواد بالقوه مهمی که در قانون مصوب ۱۳۰۹ یافت می‌شود می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

ماده ۱- کلیه آثار صنعتی و ابنیه و اماکن را که تا اختتام دوره سلسله زندیه (اواخر قرن ۱۹ میلادی) در مملکت ایران احداث شده اعم از منقول و غیرمنقول با رعایت ماده ۲ قانون^{*} می‌توان جزء آثار ملی ایران محسوب داشت و در تحت حفاظت و نظارت دولت می‌باشد.

ماده ۹- هرکس مالک منقولی است که در فهرست آثار ملی ثبت شده اگر بخواهد آن را به دیگری بفروشد باید به اداره مربوطه دولتی کتباً اطلاع دهد. دولت اگر بخواهد آن مال را جزء مجموعه‌های دولتی آثار ملی قرار دهد در ابتیاع آن با شرایط متساوی بر مردم دیگر حق تقدم دارد... .

۱۶. منظور از وزارت در اینجا وزارت معارف است (مترجم).

*. در متن انگلیسی حکم اشتباهاً عبارت Observing the Article 3 of this Law (با رعایت ماده ۳ قانون) به کار برده شده است.

ماده ۱۰- هر کس اموال منقوله که مطابق این قانون از آثار ملی محسوب تواند شد برحسب تصادف و اتفاق به دست آورد اگرچه در ملک خود او باشد باید هرچه زودتر به وزارت معارف یا نمایندگان او اطلاع بدهد هرگاه مقامات مربوطه دولتی اموال مزبوره را قابل ثبت در فهرست آثار ملی دانستند نصف آن اموال به کاشف واگذار یا قیمت عادلانه آن به تصدیق اهل خبره به او داده می‌شود و نسبت به نصف دیگر دولت اختیار دارد که ضبط یا بلاعوض به کاشف واگذار کند.

ماده ۱۱- حفر اراضی و کاوش برای استخراج آثار ملی منحصراً حق دولت است

ماده ۱۳- حفاری در اراضی که مالک خصوصی دارد گذشته از اجازه دولت استرضای مالک را نیز لازم دارد... .

ماده ۱۴- در ضمن عملیات حفاری یا تجاری آنچه در یک محل و یک موسم کشف شود اگر مستقیماً توسط دولت کشف شده تماماً متعلق به دولت است و اگر دیگری کشف کرده باشد دولت تا ده فقره از اشیائی که حیثیت تاریخی و صنعتی دارد می‌تواند انتخاب و تملک و از بقیه نصف را مجاناً به کاشف واگذار و نصف دیگر را ضبط کند هرگاه کلیه اشیاء زاید بر ده فقره باشد و دولت همه را ضبط کند مخارجی را که حفرکننده متحمل شده است به او می‌پردازد

ماده ۱۵- اشیائی که از حفاری علمی کشف شود آنچه سهم دولت باشد باید در مجموعه‌ها و موزه‌های دولتی ضبط شود و فروش آنها جایز نیست و آنچه سهم کاشف باشد متعلق به خود اوست اشیائی که از حفاری تجاری حاصل شده باشد دولت از قسمتی که به خود او تعلق می‌گیرد هرچه قابل موزه باشد ضبط و بقیه را به هر نحو مقتضی بداند نقل و انتقال می‌دهد. فروش این اموال از طرف دولت به مزایده خواهد بود.

ماده ۱۶- متخلفین از ماده ۱۰ و همچنین کسانی که بدون اجازه و اطلاع دولت حفاری کنند ولو در ملک خودشان باشد و کسانی که اموال آثار ملی را به‌طور قاچاق از مملکت خارج کنند محکوم به بیست تومان الی دو هزار تومان جزای نقدی خواهند شد و اشیاء مکتشفه هم برای دولت ضبط می‌شود

ماده ۱۷- کسانی که بخواهند تجارت اشیاء عتیقه را کسب خود قرار دهند باید از دولت تحصیل اجازه کرده باشند و همچنین خارج کردن آنها از مملکت به اجازه دولت باید باشد و اگر کسی بدون اجازه دولت در صدد خارج کردن اشیائی که در فهرست آثار ملی ثبت شده برآید اشیاء مزبور ضبط دولت می‌شود

نظام‌نامه اجرایی قانون

۳۹- در ۲۸ آبان ۱۳۱۱ شمسی نظام‌نامه اجرای قانون راجع به حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹ به تصویب هیأت وزیران رسید. در واقع این نظام‌نامه به‌منظور اجرای مقررات قانون مصوب ۱۳۰۹ تنظیم شده است. اموال (عتیقات.م) منقول در فصل دوم (مواد ۱۲ تا ۱۷) مورد نظر قرار گرفته است. به شرح ذیل:

ماده ۱۷- هرکس بر حسب اتفاق، عتیقات منقولی را بیابد اگرچه در ملک خود او باشد بایستی بلافاصله به‌وسیله نزدیک‌ترین نماینده اداره معارف و در صورت نبودن آن به توسط مأمورین مالیه به وزارت معارف اطلاع دهد پس از معاینه اشیاء توسط اداره عتیقات نصف آنها و یا نصف قیمت تجارتی آنها که توسط اهل خبره تعیین خواهد شد به یابنده آن داده می‌شود. دولت مختار است نصف دیگر اشیاء را تصرف نموده یا به یابنده آن مسترد دارد.

ماده ۱۸-* حق حفر اراضی برای به دست آوردن عتیقات منحصرأ متعلق به دولت است.

۴۰- فصل سوم از این نظام‌نامه به حفاری می‌پردازد. مقررات این فصل شامل موارد ذیل می‌شود:

ماده ۲۵- در ملک خصوصی وقتی می‌توان اقدام به حفر نمود که حفر علاوه بر اجازه نامه دولت از طرف مالک زمین هم تحصیل اجازه کرده باشد...

ماده ۳۱- عتیقاتی که در ضمن حفاری قانونی تجاری و علمی در یک مکان و یک موسم حفاری یافت شده است به‌ترتیب ذیل بین دولت و حفر تقسیم خواهد شد بدو دولت از اشیاء مکتشفه می‌تواند تا ده فقره را انتخاب و تملک نماید و بعد بقیه را بالسویبه با صاحب اجازه حفر تقسیم خواهد کرد.

عتیقات غیرمنقول از تقسیم خارج خواهد بود و دولت می‌تواند آنها را تصاحب نماید. اگر عده اشیائی که یافت شده است از ده تجاوز کند* دولت به‌موجب حقی که دارد همه را برای خود بردارد. مخارجی را که حفرکننده متحمل شده است خواهد پرداخت صاحب اجازه حفر در صورتی می‌تواند سهم خود را از عتیقات مکتشفه تصاحب کند که اجرت‌المثل را که باید به مالک بدهد تأدیه نموده باشد.

ماده ۳۶- هرکس برخلاف مقررات ماده ده قانون و یا ماده هفده این نظام‌نامه اقدام

*. در متن انگلیسی حکم اشتباهاً ماده ۱۸ جزء فصل سوم نظام‌نامه مذکور ذکر شده است.
*. در متن انگلیسی حکم اشتباهاً عبارت shall not Exceed (تجاوز نکند) به کار برده شده است.

نماید یا بدون اجازه صحیح به حفاری بپردازد و یا آنکه عتیقات را به طور قاچاق صادر کند به اداء جریمه از بیست تومان الی دو هزار تومان محکوم خواهد شد و اشیاء مکتشفه را دولت توقیف و ضبط خواهد نمود.

ماده ۴۱- [مقرر می نماید که تجارت اقلام خاصی از عتیقات مجاز است یعنی می تواند خرید و فروش شود].

ماده ۴۸- اگر معاینه اداره عتیقات وجود اشیائی را که از طریق غیرمجاز به دست آمده است معلوم داشت آن اشیاء توقیف و ضبط دولت خواهد شد.

مالکین و صادرکنندگان ممکن است برطبق قانون عتیقات تعقیب شوند... .

ماده ۵۰- هر عتیقه را که به ثبت فهرست آثار ملی رسیده و برای آن اجازه صدور تقاضا شده است دولت می تواند در صورتی که آن را برای توسعه مجموعه های ملی مفید بداند به قیمتی که از طرف مالک آن اظهار شده است خریداری نماید.

در صورتی که مالک امتناع از فروش نماید اجازه خروج به او داده نخواهد شد.

ماده ۵۱- هر عتیقه که بخواهند بدون اجازه نامه صحیح از ایران خارج نمایند توقیف و ضبط دولت خواهد شد.

لایحه قانونی ۱۳۵۸

۴۱- در تاریخ ۷ اردیبهشت ۱۳۵۸^{۱۷} شمسی یک لایحه قانونی (که قدرت قانونی دارد) تصویب گردید. عنوان این لایحه به شرح ذیل است:

«لایحه قانونی راجع به جلوگیری از انجام اعمال حفاری های غیرمجاز و کاوش به قصد به دست آوردن اشیاء عتیقه و آثار تاریخی که براساس ضوابط بین المللی مدت یکصد سال یا بیشتر از تاریخ ایجاد یا ساخت آن گذشته باشد».

این لایحه مقرر می دارد:

«نظر به ضرورت حفظ ذخایر متعلق و مربوط به میراث های اسلامی و فرهنگی و لزوم حفظ و حراست این میراث ها از نقطه نظر جامعه شناسی و تحقیقات علمی و فرهنگی و تاریخی و نظر به لزوم جلوگیری از غارت و صدور آن ذخایر ارزنده به خارج از کشور که طبق مقررات مملکتی و بین المللی منع شده است ماده واحده

۱۷. تاریخ صحیح تصویب لایحه قانونی مذکور ۱۳۵۸/۲/۱۸ می باشد. (مترجم)

ذیل تصویب می‌شود:

(۱) انجام هرگونه عمل حفاری و کاوش به قصد به دست آوردن اشیاء عتیقه و آثار تاریخی مطلقاً ممنوع است و مرتکب به حبس تأدیبی از ۶ ماه تا ۳ سال و ضبط اشیاء مکشوفه و آلات و ادوات حفاری به نفع بیت‌المال محکوم می‌شود. چنانچه حفاری در اماکن تاریخی که به ثبت آثار ملی رسیده باشد انجام گیرد مرتکب به حداکثر مجازات مقرر محکوم می‌شود.

(۲) در صورتی که اشیاء مذکور در این قانون بر حسب تصادف کشف بشود، کاشف مکلف است آنها را در اسرع وقت به نزدیکترین اداره فرهنگ و آموزش عالی ارائه دهد. در این مورد هیأتی مرکب از قاضی شرع، دادستان محل و رئیس اداره فرهنگ و آموزش عالی یا نمایندگان آنها با حضور یک نفر کارشناس اهل خبره تشکیل و پس از بررسی به ترتیب زیر عمل خواهد شد:

الف- در صورتی که اشیاء مکشوفه در ملک شخصی باشد، در مورد فلزات قیمتی و جواهرات پس از توزین معادل دو برابر بهای روز ماده خام آن و در مورد سایر اشیاء نصف بهای تقویم شده به کاشف پرداخت خواهد شد.
ب- در صورتی که اشیاء مکشوفه در غیرملک شخصی به دست آید به میزان نصف حق‌الکشف مقرر در بند الف به کاشف پرداخت خواهد شد.

...

(۳) منظور از اشیاء عتیقه اشیائی است که برطبق ضوابط بین‌المللی یکصد سال یا بیشتر از تاریخ ایجاد یا ساخت آن گذشته باشد، در مورد اشیائی که قدمت آن از یکصد سال کمتر باشد پس از تأدیه خمس بهای تقویم شده آن از طرف کاشف به نفع بیت‌المال اشیاء مکشوفه به وی تعلق خواهد گرفت.

(۴) اشخاصی که اشیاء مکشوفه را برخلاف ترتیب مقرر در این قانون به‌معرض خرید و فروش بگذارند به مجازات مقرر در بند یک محکوم خواهند شد.

قانون اساسی جدید

۴۲- در همان سالی که لایحه قانونی مذکور تصویب شد قانون اساسی جدید ایران در تاریخ ۲ آبان ۱۳۵۸ شمسی تصویب شد.^{۱۸} اصول مختلف آن شامل موارد ذیل می‌شود:

۱۸. تاریخ تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ۲۴ آبان ۱۳۵۸ برابر با ۱۵ نوامبر ۱۹۷۹ صحیح می‌باشد که در ترجمه انگلیسی ۲۴ اکتبر ۱۹۷۹ قید شده است. (مترجم)

اصل ۴۵ (ثروت‌های عمومی)

انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمینهای موات یا رها شده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها، و سایر آبهای عمومی، کوهها، دره‌ها، جنگلها، نزارها، بیشه‌های طبیعی، مراتعی که حریم نیست، ارث بدون وارث و اموال مجهول‌المالک و اموال عمومی که از غاصبین مسترد می‌شود، در اختیار حکومت اسلامی است تا برطبق مصالح عامه نسبت به آنها عمل نماید. تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند.»

اصل ۴۷ (مالکیت شخصی)

مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد محترم است. ضوابط آن را قانون معین می‌کند.

اصل ۸۳ (اموالی که از میراث ملی است)

بناها و اموال دولتی که از نفایس ملی باشد قابل انتقال به غیر نیست مگر با تصویب مجلس شورای اسلامی، آن هم در صورتی که از نفایس منحصر به فرد نباشد.

۴۳- شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران در مورخ ۱۰ اسفند ۱۳۵۸ مصوبه‌ای صادر کرد که به موجب آن صدور هرگونه اشیاء عتیقه هنری از کشور ممنوع گردید.

۴۴- کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳ اردیبهشت ۱۳۷۵ شمسی در فصل ۹ به تخریب اموال تاریخی / فرهنگی می‌پردازد. سه ماده از مواد آن مورد استناد قرار می‌گیرد:

«ماده ۵۵۹- هرکس اشیاء و لوازم و همچنین مصالح و قطعات آثار فرهنگی- تاریخی را از موزه‌ها و نمایشگاهها، اماکن تاریخی و مذهبی و سایر اماکن که تحت حفاظت یا نظارت دولت است سرقت کند یا با علم به مسروقه بودن اشیاء مذکور را بخرد یا پنهان دارد در صورتی که مشمول مجازات حد سرقت نگردد علاوه بر استرداد آن به حبس از یک تا پنج سال محکوم می‌شود.

ماده ۵۶۱- هرگونه اقدام به خارج کردن اموال تاریخی- فرهنگی از کشور هرچند به خارج کردن آن نیانجامد قاچاق^{۱۹} محسوب و مرتکب علاوه بر استرداد اموال به حبس از یک تا سه سال و پرداخت جریمه معادل دو برابر قیمت اموال موضوع قاچاق محکوم می‌گردد. ...

ماده ۵۶۲- هرگونه حفاری و کاوش به قصد به دست آوردن اموال تاریخی- فرهنگی

۱۹. به نظر می‌رسد در ترجمه انگلیسی از لفظ مناسبی در ازای واژه قاچاق استفاده نشده است. (مترجم)

ممنوع بوده و مرتکب به حبس از شش ماه تا سه سال و ضبط اشیاء مکشوفه به نفع سازمان میراث فرهنگی کشور و آلات و ادوات حفاری به نفع دولت محکوم می‌شود. چنانچه حفاری در اماکن و محوطه‌های تاریخی که در فهرست آثار ملی به ثبت رسیده است، یا در بقاع متبرکه و اماکن مذهبی صورت گیرد علاوه بر ضبط اشیاء مکشوفه و آلات و ادوات حفاری مرتکب به حداکثر مجازات مقرر محکوم می‌شود.

تبصره ۱- هرکس اموال تاریخی- فرهنگی موضوع این ماده را حسب تصادف به دست آورد و طبق مقررات سازمان میراث فرهنگی کشور نسبت به تحویل آن اقدام ننماید به ضبط اموال مکشوفه محکوم می‌گردد».

...

یافته‌های قاضی در مورد مالکیت عتیقات

۴۵- پس از بررسی مقررات قانونی مختلف مورد استناد ایران، به‌ویژه استناد به لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸، جناب قاضی طبق عبارت خود وی «با تأسف» به این نتیجه رسید که ایران دلایل اثبات مالکیت عتیقات توسط خود، به‌موجب قوانین ایران، را ارائه نکرده است. وی اظهار داشت (در بند ۵۹):

« اینجانب کاملاً می‌پذیرم که ایران اقداماتی برای فهرست کردن و حفاظت از میراث ملی خود و جرم‌انگاری حفارکنندگان و صادرکنندگان غیرقانونی انجام داده است. اما مصوباتی که مورد استناد ایران قرار گرفته است در قضاوت اینجانب برای احراز مالکیت قانونی عتیقات کافی نیست. من متقاعد نشده‌ام که آن مصوبات از جهات خاصی با مالکیت دولتی سازگار است، اما حتی اگر همه آنها به‌صورت پیش‌فرض استثنای این چنین بودند از نظر من همچنان برای داشتن اثر واگذاری مالکیت به دولت، کفایت نمی‌کند».

یافته جناب قاضی در ارتباط با ادعای ایران مبنی بر حق بلافصل تصرف

۴۶- برکت قبول دارد که هرکسی که حق تصرف بلافصل را داشته باشد حق اقامه دعوی بابت تصرف من غیرحق یا شبه جرم دخل و تصرف غیرقانونی در اموال منقول را دارد مشروط بر اینکه حق تصرف باید حق مالکانه باشد. قاضی پس از بررسی منابع، ادعای برکت دایر بر اینکه حق تصرف باید حق مالکانه باشد را مورد تأیید قرار داد. وی معتقد است که ایران نتوانسته است نفع مالکانه لازم را اثبات کند، اگرچه ایران حق تصرف بلافصل این عتیقات را که حق بلافصل بوده، داشته است.

مالکیت عتیقات مزبور

۴۷- جناب قاضی اظهارات خویش را از یک موضع غیرقابل مناقشه آغاز کرد که تعیین قانون ایران یک مسئله موضوعی بود؛ و اینکه هنگام مواجهه با ادله معارض قانون خارجی، وی مجبور بود که به اثر منابع خارجی که کارشناسان به عنوان بخشی از ادله خود به منظور ارزیابی و تفسیر آن ادله و اتخاذ تصمیم بین شهادت معارض به آن استناد می کنند توجه کند:

Bumper Development Corp Ltd v. Commissioner of Police for the Metropolis
[1991] 1 WLR 1362 at 1368 - 1369.

همان طور که گفتیم جناب قاضی در این پرونده از نظریه کارشناسی پروفیسور محمد طالقانی از طرف ایران و آقای حمید صبی از طرف برکت استفاده کرده است. پروفیسور طالقانی تا قبل از مهاجرت به لندن در سال ۱۳۶۳ استاد حقوق دانشگاه تهران بوده است. وی تا سال ۱۳۷۳ در لندن به عنوان مشاور حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی ایران فعالیت می کرده است، از آن زمان به بعد وی به عنوان مشاور حقوقی ایران بوده است. آقای صبی عضو کانون وکلای ایران بوده است. وی تا سال ۱۳۵۸، زمانی که به لندن مهاجرت کرد، وکالت می کرده است. از آن زمان به بعد وی به عنوان مشاور حقوقی ایران فعالیت داشته است. هر دو کارشناس، در ارائه ادله و مدارک در خصوص حقوق ایران در محاکم انگلیس تجربه قابل توجهی دارند.

۴۸- هیچ منبع قضائی یا آکادمیک در خصوص این موضوع اصلی یعنی اینکه آیا اثر قوانین ایران و به ویژه لایحه قانونی ۱۳۵۸ اعطای مالکیت عتیقات به دولت ایران می باشد، وجود نداشت. در انتخاب میان نظر کارشناسان در خصوص این موضوع و ترجیح دادن نظر آقای صبی، جناب قاضی در مورد اعتبار نظر کارشناسی، مهارت یا هر موضوع دیگری که معمولاً هنگام انتخاب بین ادله کارشناسی مد نظر قرار می گیرد، قضاوت نکرده است. وی صراحتاً اظهار داشته است که از تلاش هر دو کارشناس در معاضدت وی راضی بوده است.

۴۹- در تصمیم گیری در مورد اینکه آیا جمهوری [اسلامی ایران] به موجب قوانین ایران مالکیت دارد، توجه به این نکته حائز اهمیت است که این برچسبی نیست که قانون خارجی به این رابطه حقوقی می دهد، بلکه ماهیت آن است که ذی ربط می باشد. چنانچه حقوق اعطایی به موجب قوانین ایران معادل مالکیت در حقوق انگلیس باشد، پس حقوق انگلیس با آن نظیر مالکیت به منظور حل تعارض قوانین رفتار می کند. مسئله ای که ما با آن مواجهیم این است که آیا حقوق ایران در ارتباط با این عتیقات معادل آن است که به موجب حقوق انگلیس اهلیت اقامه

دعوی از باب تصرف من غیر حق می‌دهد.

۵۰- آنچه جناب قاضی انجام داد این بود که به قوانین بنگرد و در مورد تأثیر آن با توجه به مقایسه ادله کارشناسی با زبان و متن آن تصمیم‌گیری کند. ما پیشنهاد می‌کنیم که همان روند اتخاذ شود.

۵۱- نظر پروفیسور طالقانی این بود که عتیقات مزبور بخشی از میراث ملی را تشکیل می‌داد که اساساً پادشاه یا شاه مالک آن بوده و متعاقباً به مالکیت جمهوری [اسلامی] ایران درآمده است. وی اظهار داشت که این امر به موجب کلیه مقررات قانونی مربوط اعطاء شده است. نظر آقای صبی این بود که مالکیت عتیقات تابع مقررات صریح قانون مدنی ایران می‌باشد. این مقررات مالکیت عتیقات را به کاشف آن اعطاء می‌کند. مقررات مذکور لازم‌الاجرا بوده مگر آنکه صراحتاً به موجب مقررات قانونی بعدی تغییر کرده باشد. چنین مقرراتی وجود نداشته است.

۵۲- بحث در محضر قاضی بر تأثیر مقررات قانونی تمرکز داشت. جناب قاضی دریافت که برخی از این موارد با نظر پروفیسور طالقانی ناسازگار بود، اگرچه وی این القاء را که نظر وی بی‌طرفانه حاصل نشده است را رد کرد. او رأی داد که ایران نتوانسته است دلایل اثبات مالکیت عتیقات توسط خود، به موجب قوانین ایران، را ارائه کند. آقای فیلیپ شپرد^{۲۰} وکیل برکت دیدگاههای جناب قاضی را مورد تأیید قرار می‌دهد.

۵۳- وکیل سر سیدنی کنتریج^{۲۱} از طرف ایران لایحه‌ای تقدیم می‌کند دایر بر اینکه اثر مجموعی مقررات قانونی مربوطه ایران این است که مالکیت عتیقات مزبور را، همان‌طور که این مفهوم به موجب قوانین انگلیس فهمیده می‌شود، به ایران اعطاء می‌کند. قوانین ایران هرکس بجز حکومت ایران را از تلاش برای حفاری (به منظور به دست آوردن) عتیقات منع می‌کند. حقوق ایران هرکسی را که به‌طور غیرقانونی به حفاری (به منظور به دست آوردن) عتیقات بپردازد از حق مالکیت آنها منع می‌کند. عتیقاتی که (در اثر) حفاری توسط دولت (به دست آمده) به مالکیت دولت درمی‌آید همچنان که عتیقاتی که توسط شخص دیگری حفاری شده باشد. کسانی که حسب تصادف عتیقات را کشف کنند باید آنها را تحویل دولت دهند. اثر تمام این قوانین آن است که دولت، مالک این عتیقات می‌باشد.

۵۴- [پذیرش] این اظهارات مستلزم تجزیه و تحلیل مبسوط مقررات مربوط در قوانین ایران می‌باشد. رویکرد ما به اینها با توجه به دو اصلی که در مورد آن تفاهم وجود دارد، می‌باشد. قوانین باید تفسیر هدفمندی داشته باشد و مقررات خاص مربوط به عتیقات مقدم بر مقررات عام

20. Philip Shepherd QC.

21. Sir Sydney Kentridge QC.

می‌باشد.

قانون مدنی

۵۵- ماده ۲۶ قانون مدنی از جمله مقررات مورد استناد پروفسور طالقانی بود. جناب قاضی با ترجیح ادله آقای صبی معتقد است که اشیاء عتیقه منقول در شمول وصف «آثار تاریخی و اموال مشابه» و «در تصرف دولت برای مصالح عمومی» قرار نمی‌گیرد. به هر تقدیر، ماده ۲۶ صرفاً به اموال در تملک دولت می‌پردازد. ما این نتایج را تأیید می‌کنیم.

۵۶- جناب قاضی مشاهده کرد که از مقررات باب دوم مشخص است که قوانین ایران مالکیت خصوصی را هم به رسمیت شناخته هم به آن احترام می‌گذارد. این موضوع مورد اختلاف نبوده است. وی اظهار داشت که ماده ۳۵ موجد فرضی به نفع متصرف در خصوص مالکیت اموال می‌باشد. وی در مورد ماده ۳۶ مطلبی اظهار نداشت. به نظر ما نمی‌رسد که آن ماده مستقیماً به اینکه آیا عتیقات به ایران واگذار شده است ارتباطی داشته باشد، گرچه به سادگی با مطالب اظهار شده توسط آقای صبی دایر بر اینکه کاشف عتیقات در جریان حفاری غیرقانونی مالکیت آنها را تحصیل می‌کند، تطبیق نمی‌کند.

۵۷- در مورد اینکه این عتیقات در حکم دفینه نمی‌باشد، تفاهم وجود دارد. با وجود این جناب قاضی تأکید کرد که هم ماده ۱۶۵ و هم مواد ۱۷۶-۱۷۴ مؤید ادعای برکت هستند دایر بر اینکه قانون مدنی مقرر می‌دارد که کاشف اشیاء مالک آن می‌شود ما با آن اظهار کلی موافق می‌باشیم.

قانون حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹

۵۸- جناب قاضی اظهار داشت که مقررات این قانون با اظهار کلی پروفسور طالقانی که مالک کلیه عتیقات دولت می‌باشد ناسازگار است. ما [با این نظر] موافقیم. ماده ۹ صراحتاً به اموال منقولی می‌پردازد که به‌عنوان بخشی از میراث ملی ثبت شده است اما مالک خصوصی دارد. مواد ۱۰، ۱۴ و ۱۵ مقرر می‌کند که دولت باید اشیاء عتیقه‌ای را که حسب تصادف یا در جریان حفاری‌های مجاز پیدا یا کشف شود با کاشف سهیم شود.

۵۹- جناب قاضی اظهار داشت که این مقررات نمی‌تواند به‌عنوان اعطای حق مالکیت داراییهای منقول به دولت تفسیر شود و اینکه آنها [مقررات مزبور] با مالکیت دولت نسبت به اموال منقول ناسازگار است. این ملاحظات کلی مستلزم احراز شرایطی است.

۶۰ ماده ۱۰ شرایطی را مقرر می‌دارد که به موجب آن دولت حق مالکیت اموال منقول را داشته یا تحصیل می‌کند. ماده مزبور مقرر می‌دارد که «نصف آن اموال به کاشف واگذار یا قیمت عادلانه آن به تصدیق اهل خبره به او داده می‌شود». تلویحاً چنانچه گزینه دوم انتخاب شود دولت مالک اموال مورد بحث می‌شود (یا باقی می‌ماند). ادامه این ماده «نسبت به نصف دیگر دولت اختیار دارد که آنها را ضبط یا بلاعوض به کاشف واگذار کند». این امر به دولت اختیار می‌دهد که مالک نصف دیگر شود (یا باقی بماند). واژه‌هایی که داخل پرانتز گذاشته‌ایم نشانگر این حقیقت است که شاید استدلال شود که زبان مربوط به طور کافی دقیق نیست که تا این امکان که عتیقات هنگام کشف به دولت تعلق داشته باشند را دربرگیرد. نگاه کنید به ماده ۱۷ نظام‌نامه اجرایی ۱۳۱۱ که زبان یا شاید ترجمه مقررات مربوط کمی متفاوت است.

۶۱ به نظر ما می‌رسد ماده ۱۴، به شرح ماده ۳۱ نظام‌نامه اجرایی، سهم دولت را به دولت به‌عنوان مالک و نه صرفاً متصرف واگذار می‌کند. این امر همچنین از اشاره‌ای که ماده ۱۵ به سهم کاشف که «اموال خود وی» می‌باشد، قابل استنباط است. ماده ۱۴ به دولت حق «تصاحب» کلیه اشیائی را که مستقیماً توسط دولت کشف می‌شود را می‌دهد. شاید بدین مفهوم باشد که تا هنگام تصاحب دولت مالک آنها نیست.

۶۲ به طور خلاصه این مقررات در مورد اینکه دقیقاً چگونه و چه زمانی دولت مالک سهم خود از عتیقاتی که در حفاری‌های قانونی کشف شده می‌شود صریح نیستند. به طور کلی ما این مقررات را با ادله آقای صبی دایر بر اینکه کاشف مالک است مگر و تا زمانی که عتیقات به دولت منتقل شود سازگارتر می‌بینیم. ما این مقررات مشکل را مستقیماً ذی‌ربط تلقی نمی‌کنیم. ما با اظهار سر سیدنی دایر بر اینکه «دولت خیلی به مالکیت نزدیک می‌شد اما مشکل می‌توان درک کرد که دقیقاً چه حقوقی دارد و چه حقوقی ندارد» موافقیم. اهمیت این مقررات آن است که آنها اثر ماده ۱۶۵ را در جایی که به عتیقات مربوط است محدود می‌کند. آنها برخی از این حقوق را مطابق شرایط خود به دولت واگذار می‌کند. آنها زمینه کلیه مقررات مهم لایحه قانونی ۱۳۵۸ محسوب می‌شوند.

لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸

۶۳ جناب قاضی اظهار داشت که ادعای آقای ملک به نمایندگی از سوی ایران دایر بر این بود که لایحه قانونی ۱۳۵۸ «مقررات قانونی متقنی» است و سر سیدنی نیز همان موضع را اتخاذ کرد. وی در اوایل لایحه خود (روز اول، صفحه ۱۷) به‌وضوح شیوه‌ای که ادعای ایران را مطرح کرد تشریح نمود:

«این سؤال که آیا کسی مالک است یا خیر را با بررسی حقوقی که آن شخص دارد می‌توان مشخص کرد، برای مثال حق انتفاع انحصاری، حق واگذاری به غیر، حق اعاده تصرف. ... آنها عناصر مالکیت است و ادعای ما این است هر زبانی که در قانون ایران به کار رود - و یقیناً در قوانین ایران هیچ بندی وجود ندارد که از اصطلاحی استفاده کند دایر بر اینکه عتیقات به دولت واگذار شده است - با وجود این چنانچه حقوقی که دولت داشت و هیچ کس دیگر نداشت بررسی شود، آنچه دولت داشت همان چیزی است که ما به عنوان مالکیت تلقی کرده‌ایم».

۶۴- وی با اعمال این رویکرد نسبت به لایحه قانونی ۱۳۵۸ اظهار داشت که این لایحه جایگزین قانون مصوب ۱۳۰۹ و نظام‌نامه اجرایی ۱۳۱۱ می‌باشد. کاشف عتیقات دیگر ادعای مالکیتی نسبت به آنها نداشت. بیشترین چیزی که می‌توانست دریافت کند حق کشف بود. برای هر شخصی غیر از ایران غیرممکن بود که مالک عتیقاتی شود که لایحه قانونی به آن تسری می‌یابد.

۶۵- یافته‌های قاضی در ارتباط با لایحه قانونی ۱۳۵۸ با پذیرش ادله آقای صبی و لوایح

برکت به شرح ذیل است:

« ۵۳. ... اینجانب نتوانستم هیچ مفاد قانونی تا قبل از لایحه مصوب ۱۳۵۸ پیدا کنم که مالکیت عتیقات را به دولت واگذار کند. تا حدی که پروفیسور طالقانی مدعی است لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸ چنین اثری دارد من نمی‌توانم با وی موافق باشم. همان طوری که آقای صبی خاطرنشان می‌کند این لایحه علی‌الظاهر با هدف محدود جلوگیری از غارت آثار [تاریخی و فرهنگی] تصویب شده است. همان طور که آقای صبی می‌گوید، این قانون اساساً حداقل یک قانون کیفری می‌باشد. هیچ‌گونه اعطای صریح مالکیت عتیقات به ایران یا اظهار اینکه کلیه عتیقات به دولت واگذار می‌شود، وجود ندارد. برای من درک اینکه چگونه این مقررات «مؤید موضوع» مالکیت دولت است، مشکل می‌باشد. همان طور که آقای صبی به درستی می‌گوید تنظیم‌کننده لایحه می‌توانسته به سادگی مالکیت دولتی کلیه عتیقات را در صورتی که چنین نیتی داشته مقرر نماید. به نظر من می‌رسد که با توجه به پیشینه تاریخی وضع این لایحه، هدف آن جرم‌انگاری چپاول گسترده عتیقاتی که در آن زمان صورت می‌گرفته بوده و نه وضع مقرراتی برای مالکیت دولتی عتیقات.

۵۴. به موجب لایحه مصوب ۱۳۵۸ مالکیت صرفاً زمانی متأثر می‌شود که به موجب بند (۱) به محض محکومیت مجرم در یک دادگاه کیفری به جرم انجام حفاری یا کاوش غیرمجاز یا

❖ ۳۴۵ حکم دادگاه استیناف لندن...

در صورتی که به موجب بند (۴) اشیاء مکشوفه برای فروش یا خرید عرضه شود به نفع خزانه عمومی ضبط شود. بندهای (۱) و (۴) مثل مقررات مشابه در قانون مصوب ۱۳۰۹ صرفاً زمانی ایفای نقش می‌کند که دادگاه کیفری پس از صدور حکم به محکومیت مجازات‌هایی را اعمال کند. بند (۲) تعهد شخصی برای کاشف ایجاد می‌کند تا اموال مکشوفه را به نزدیکترین اداره فرهنگ و آموزش عالی تحویل دهد. بند (۳) نیز مالکیت را متأثر می‌کند اما صرفاً در ارتباط با اشیائی که کمتر از صد سال قدمت دارند.

۵۵. اینجانب ادله آقای صبی را دایر بر اینکه این لایحه موضوعات گسترده‌تر راجع به مالکیت عتیقات غیرمکشوفه را دربر نمی‌گیرد، می‌پذیرم. اگر چنین نبیتی وجود داشت به‌وضوح در این قانون تصریح می‌شد».

۶۶. در بررسی این یافته‌ها ما پیشنهاد می‌کنیم که کار خویش را با ملاحظه اینکه آیا به‌موجب لایحه قانونی ۱۳۵۸ امکان شناسایی شخصی غیر از ایران به‌عنوان مالک عتیقات مکشوفه وجود دارد (یا خیر) آغاز کنیم. این موضوعی است که جناب قاضی صراحتاً به آن نپرداخته است، اگرچه اظهارات نهایی وی در متنی که ما نقل قول کردیم نشان می‌دهد که وی صحت تجزیه و تحلیل آقای صبی را پذیرفته است.

۶۷. نظر آقای صبی دایر بر این بود که لایحه قانونی ۱۳۵۸ اعمال ماده ۱۶۵ قانون مدنی را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد. مالکیت عتیقات خواه به‌طور غیرقانونی حفاری شده باشد یا حسب تصادف کشف شده باشند به کاشف واگذار شده است. حفار غیرقانونی مسئولیت تحویل آنها را در رسیدگی‌های کیفری دارد اما تا آن موقع مالک باقی می‌ماند. کاشف تصادفی به‌موجب تعهد شخصی مکلف به تحویل آنها به اداره فرهنگ و آموزش عالی بود لیکن تا زمانی که چنین کند وی مالک باقی می‌ماند. ما فکر نمی‌کنیم که قبول چنین تجزیه و تحلیلی از لایحه قانونی ۱۳۵۸ ممکن باشد.

۶۸. شروع این بررسی با ماده ۳ [لایحه قانونی] می‌تواند مفید باشد. جناب قاضی تقریباً صورت مبهمی اظهار داشت که این قانون «همچنین مالکیت را تحت تأثیر قرار می‌دهد اما تنها در مورد اشیائی که قدمت آن از یکصد سال کمتر باشد». مشکل است که لحن و نگارش ماده ۳ را با این اظهار که کاشف اشیائی که قدمت آنها کمتر از یکصد سال است قبل از تأدیه خمس بهای آنها به خزانه مالک آنها می‌شود تطبیق داد، اگرچه این ماده بیان نمی‌کند که تا زمان تأدیه مزبور چه کسی مالک است.

۶۹. ماده ۲ به شخصی که حسب تصادف عتیقات را کشف می‌کند می‌پردازد. هیچ راهی

وجود ندارد که به موجب این لایحه قانونی وی بتواند از کشف خود بهره‌مند شود جز اینکه از حق کشف قانونی برخوردار شود. در وهله اول وی تعهد مثبتی برای تحویل «در اسرع وقت» آنها به نزدیکترین اداره فرهنگ و آموزش عالی دارد. وی حق در معرض فروش گذاشتن آنها را ندارد. چنانچه وی درصدد فروش آنها برآید به موجب ماده ۳۶ قانون مدنی مالکیتی به خریدار منتقل نمی‌شود. مضافاً اینکه، وی به موجب ماده ۵۵۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ مرتکب جرم کیفری شده است. عتیقات مزبور مشمول ضبط خواهد بود.

۷۰- ماده ۱ به وضع شخصی که عتیقات را در نتیجه حفاری غیرقانونی کشف می‌کند می‌پردازد. جناب قاضی دریافت که وی وضعیت بهتری از کاشف تصادفی به موجب ماده ۲ ندارد و این یافته مورد اعتراض نبوده است. به علاوه، وی به دلیل خود حفاری مرتکب جرم کیفری شده است.

۷۱- با امعان نظر به تعهدات و محدودیتهایی که برای کاشف عتیقات متصور است ما معتقد نیستیم که وی می‌تواند صحیحاً به عنوان «مالک» آنها توصیف شود. مقررات لایحه قانونی ۱۳۵۸ با ماده ۱۶۵ و مواد ۱۷۶-۱۷۳ قانون مدنی مغایرت دارد. آنها همچنین ناسخ ماده ۱۰ قانون حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹ می‌باشد. کاشف عتیقات حق تصرف آنها و انتقال حق مالکیت به شخص دیگر را ندارد. تنها حقی که وی دارد دریافت حق کشف هنگام تحویل آنها به دولت است. کاشف هیچ حق مالکیتی نسبت به عتیقات مکشوفه ندارد.

۷۲- در نتیجه‌گیری راجع به اینکه به موجب لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸ کاشف عتیقات نمی‌تواند وصف «مالک» را داشته باشد ما به دلایل فوق‌الذکر مفهوم مالکیت را از منظر انگلیسی آن مدنظر قرار داده‌ایم.

۷۳- Halsbury's Laws of England, vol.35, para. 1227 معنی ذیل را از

«مالکیت» ارائه داده است:

«مالکیت شامل حقوق بی‌شماری در مورد اموال است، برای مثال حقوق انتفاع انحصاری، تخریب، تغییر و واگذاری به غیر و حفظ و اعاده تصرف اموال از کلیه اشخاص دیگر. موجودیت آن حقوق جداگانه تلقی نشده بلکه همگی در یک حق کلی مالکیت ادغام می‌شود».

به موجب لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸ کاشف عتیقات از هیچ یک از این خصائص مالکیت برخوردار نمی‌باشد.

۷۴- ما به موضع ایران برمی‌گردیم. ایران حق تصرف بلافصل هرگونه اشیاء عتیقه

مکشوفه را دارد، زیرا کاشف مکلف است «در اسرع وقت» آنها را تحویل دهد. در اینکه بلافاصله پس از اینکه عتیقات تحویل داده می‌شود آنها اموال ایران می‌شود هیچ بحثی وجود ندارد. چنانچه آنها تحویل داده نشوند و توسط کاشف به شخص ثالثی منتقل شوند شخص ثالث هیچ حق مالکیتی پیدا نمی‌کند و عتیقات قابل «ضبط» خواهند بود.

۷۵- چنانچه عتیقات در جریان حفاری غیرقانونی کشف شوند خواه در تصرف کاشف باقی بمانند یا به شخص ثالث منتقل گردد، توسط ایران «ضبط» می‌شود. در ادامه می‌گوید که بجز حق کشف کاشف اتفاقی، هیچ‌کس بجز ایران هیچ حقی در ارتباط با عتیقات مکشوفه تصادفی یا در نتیجه حفاری غیرقانونی ندارد، و حقوق ایران اساساً حقوق مالکیتی است.

۷۶- **برکت** در ادعای خویش راجع به اینکه لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸ به ایران مالکیت اعطا نکرده است به‌طور موفقیت‌آمیزی در محضر جناب قاضی به چهار موضوع استناد کرد:

الف) مقررات «ضبط» [عتیقات] در ماده ۱.

ب) لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸ در حکم «شخصی»^{۲۲} است.

ج) قانونگذاران چنانچه چنین قصدی داشتند می‌توانستند به‌سادگی مقرر صریحی راجع به اعطای حق مالکیت عتیقات به ایران تصویب کنند.

د) هیچ سابقه قضائی از ایران که مدعی حقی نسبت به عتیقات در رسیدگی‌های مدنی شده باشد وجود نداشته است.

ما به ترتیب به هریک از آنها می‌پردازیم.

۷۷- واژه‌ای که ما به‌عنوان «ضبط»، در زبان فارسی اصیل، به آن اشاره کردیم می‌تواند دارای هر دو معنای «ضبط»^{۲۳} و «مصادره»^{۲۴} باشد. در ماده ۱، آن واژه هم در ارتباط با عتیقات مکشوفه و هم در رابطه با ادوات حفاری به کار می‌رود. تا جایی که به مورد دوم مربوط می‌شود این ماده صراحتاً مصادره را مقرر می‌کند زیرا آن ادوات، اموال حفاران غیرقانونی است. **برکت** استدلال کرد که با قیاس برابر همین امر در خصوص عتیقات نیز باید صادق باشد. کلمه ضبط نمی‌تواند بسته به اینکه در مورد ادوات حفاری اعمال می‌شود یا عتیقات دو معنای متفاوت داشته باشد. وی ادامه می‌دهد که ماده ۱ مصادره عتیقات را مقرر می‌دارد که به معنای ضمنی لازم آن

22. In personam.

23. Seizure.

24. Confiscation .

است که آنها در مالکیت شخصی بوده‌اند که از وی مصادره شده‌اند.
۷۸- ما این استدلال را نمی‌پذیریم. ما هیچ دلیلی نمی‌بینیم که ضبط در سیاق خود نتواند برای توصیف فعلی به کار رود که مصادره ادوات در مالکیت کاشف و وضع ید بر عتیقاتی تلقی شود که ایران نسبت به آنها حقوق مالکیتی دارد.

۷۹- تعهدات صریح ناشی از لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸ دایر بر عدم انجام حفاری‌ها و تحویل هرگونه اشیاء عتیقه مکشوفه در واقع تعهدات شخصی هستند. حق ضبط عتیقاتی که تحویل داده نشده است نیز حقی شخصی است. اما با وجود این، این حقوق به‌طور ضمنی حق مالکیت را تحت تأثیر قرار می‌دهد. برگت به این گفته که چنانچه عتیقات به‌موجب ماده ۲ تحویل داده می‌شد و حق کشف پرداخت می‌گردید عتیقات جزء اموال ایران می‌شدند، ایراد نگرفت. عتیقاتی که علناً ضبط شده نیز به ایران تعلق دارد. تنها مسئله‌ای که وجود دارد این است که ایران در چه مرحله‌ای مالکیت را تحصیل کرده است. در این مورد برگت اظهار داشت که صرفاً زمانی که عتیقات به تصرف ایران درآید و در مورد عتیقاتی که «ضبط» می‌شود، تنها پس از تکمیل فرآیند کیفری که متعاقب ضبط صورت می‌گیرد [ایران مالک می‌شود].

۸۰- ما می‌دانیم که این امر موضوعی بی‌حاصل است. با توجه به نتیجه‌گیری ما که کاشف، مالک عتیقات نبوده (و این حقیقت، که مورد تفاهم است، که مالک زمینی که این اشیاء از آن استخراج شده است هیچ ادعایی نسبت به آنها ندارد)، صرفاً دو احتمال وجود دارد. یا آنها اموال بدون مدعی^{۲۵} بوده که ایران نسبت به آن حق بلافصل تصرف داشته و لذا به محض اینکه ایران نسبت به آن وضع ید می‌کرد جزء اموال ایران می‌شد و نمی‌توانست اموال شخص دیگری تلقی شود. یا اینکه آنها حداقل از لحظه‌ای که کشف شده‌اند متعلق به ایران بوده‌اند. ما توجه داریم که گزینه قبلی تصنعی است. حقوق شخصی ایران در ارتباط با عتیقات مکشوفه آن قدر گسترده و انحصاری بوده که ایران به‌طور مقتضی مالک اموال مکشوفه قلمداد می‌شود.

۸۱- جناب قاضی (در بند ۵۳) اظهار داشت که:

«... تنظیم‌کننده لایحه می‌توانسته به‌سادگی مالکیت دولتی کلیه عتیقات را در صورتی که چنین نیتی داشته مقرر نماید. به‌نظر می‌رسد با توجه به پیشینه تاریخی تصویب این لایحه، هدف از آن جرم‌نگاری چپاول گسترده عتیقات که در آن زمان صورت می‌گرفته بوده است و نه وضع مقرراتی برای مالکیت دولتی آنها».

25. Bona vacantia.

۸۲- لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸ به‌عنوان پاسخ فوری به چپاول عتیقات که بلافاصله پس از انقلاب [اسلامی] صورت گرفت، تصویب شده است. ما اطلاعی نداریم که چه کسی پس از انقلاب در دسترس بوده تا پیش‌نویس قانون را تهیه کند و به‌نظر می‌رسد که هیچ مبنایی برای استنباط نتایج از آنچه که در لایحه قانونی نیامده به جای بررسی اثر آنچه که مقرر کرده است وجود ندارد. با توجه به مشکلات تفسیر قوانینی که قبلاً به آن اشاره کردیم، ممکن است که تهیه‌کنندگان پیش‌نویس قانون کار خود را با این فرض شروع کردند که عتیقات در مالکیت ایران بوده‌اند. به هر تقدیر، بنابه دلایل فوق‌الذکر، اثر واضح لایحه قانونی این بود که حق مالکیت عتیقات را به ایران اعطا کند. تنها سؤالی که مطرح است آن است که چه زمانی و در چه شرایطی آن مالکیت (به ایران) واگذار شده است.

۸۳- ما نمی‌دانیم که می‌توان اهمیتی برای این حقیقت قائل بود، در صورتی که این چنین باشد، که این دعوی اولین باری است که ایران در رسیدگی‌های مدنی مدعی شده است که مالک عتیقات می‌باشد. چنانچه مقامات دولتی عتیقاتی را که به‌طور غیرقانونی در ایران نگهداری می‌شود را کشف کرده باشند، هیچ‌کس به حق مالکیت دولت نسبت به این عتیقات ایرادی نمی‌گیرد.

۸۴- بنابر دلایلی که ارائه شد و بر مبنای حقایقی که در نظر گرفته‌ایم، ما به این نتیجه رسیده‌ایم که یافته جناب قاضی دایر بر اینکه ایران به‌موجب قوانین ایران ثابت نکرده که مالک عتیقاتی است که موضوع این دعوی می‌باشد، صحیح نیست. چنانچه ما به چنین نتیجه‌ای نرسیده بودیم، نتیجه‌گیری می‌کردیم که به‌موجب قوانین ایران، ایران حق بلافصل تصرف عتیقات را دارد و به‌محض تصرف (وضع ید) مالک آنها می‌شود.

آیا نفع ایران در عتیقات می‌تواند سبب اقامه دعوای تصرف من غیرحق به‌موجب حقوق انگلیس باشد؟

۸۵- این سؤال به دو مسئله تقسیم می‌شود:

الف) آیا نفع ایران در عتیقات به‌گونه‌ای است که می‌تواند سبب طرح دعوای تصرف من غیرحق باشد؟ در آن صورت

ب) با وجود این آیا ادعای ایران به‌علت آنکه بر مبنای یک قانون کیفری یا عمومی طرح شده در انگلیس قابل طرح است؟

بین این دو مسئله تداخلی وجود دارد.

۸۶- به‌موجب حقوق انگلیس مالک مال منقول که حق بلافصل تصرف آن را دارد حق

تعقیب متصرف من غیر حق را دارد. ایران اظهار می‌دارد که او هم مالکیت و هم حق بلافصل تصرف عتیقات را هنگامی که آنها در ایران بوده‌اند را داشته است. در نتیجه، به موجب اصول تعارض قوانین ما، موضوع اینکه آیا ایران مالک عتیقات می‌باشد یا خیر باید به موجب حقوق ایران به عنوان قانون محل وقوع اموال تعیین شود. نه در محضر قاضی نه در حضور ما در مورد اینکه آیا حق بلافصل تصرف نیز باید مطابق حقوق ایران بررسی شود یا خیر نیز هیچ بحثی وجود نداشته است. ما اساساً فکر می‌کنیم که پاسخ این سؤال در زمانی که حق بلافصل تصرف مطرح می‌شود به محل عتیقات بستگی دارد. بنابر حقایق این پرونده این امر به معنای آن است که حق بلافصل تصرف نیز باید به موجب قوانین ایران تعیین شود. بنابر دلایلی که ارائه کرده‌ایم دیدگاه اولیه ما این است که ایران هم از حق مالکیت و هم از حق بلافصل تصرف عتیقات به موجب حقوق ایران برخوردار است. اگر ما چنین دیدگاهی نداشته‌ایم، باید نتیجه‌گیری می‌کردیم که ایران از حق بلافصل تصرف به موجب حقوق ایران برخوردار بوده که فی‌نفسه می‌توانست به عنوان مبنایی برای طرح دعوی دخیل و تصرف غیرقانونی در این قلمرو قضائی کفایت کند. بنابراین ما به سؤال اول پاسخ مثبت دهیم.

۸۷- چنانچه ایران ادعا کرده بود که مالکیت و حق بلافصل تصرف را در نتیجه خرید عتیقات در ایران کسب کرده است، ما معتقد نیستیم که برگت به حق مالکیت ایران برای طرح دعوی دخیل و تصرف در انگلیس ایراد می‌گرفت، علی‌رغم اینکه ایران هرگز تصرف واقعی عتیقات را به دست نیاورد. مع‌هذا، برگت اظهار می‌دارد که ایران نمی‌تواند مدعی دخیل و تصرف غیرقانونی باشد؛ زیرا ایران هرگز مالکیت خود را با وضع ید بر عتیقات تکمیل نکرد. از آنجایی که ما این وضعیت را درک می‌کنیم این استدلال بر این عقیده مبتنی است که قوانین مورد استناد ایران که مبنای ادعایشان می‌باشد هم قوانین جزایی است و هم عمومی. برگت می‌پذیرد که چنانچه ایران عتیقات را متصرف می‌شد بدان وسیله می‌توانست حق مالکیتی را تحصیل کند و با طرح دعوی «موروثی»^{۲۶} آن را اجرا کند. با وجود این، همان‌طور که مشخص است برگت ادعا می‌کند آنچه که ایران درصدد انجام آن است اجرای یک قانون جزایی و عمومی خارجی است که در این کشور قابل طرح در دادگاه نمی‌باشد. این امر ما را به مسئله دوم هدایت می‌کند.

۸۸- پاسخ ایران دو وجهی است:

الف) چنانچه یک قانون خارجی به دولت خارجی حق مالکیت اموالی را که در قلمرو قضائی وی واقع است واگذار کند، آن حق مالکیت در انگلیس به رسمیت شناخته خواهد شد حتی

26. Patrimonial.

اگر آن قانون جزایی یا عمومی باشد؛

(ب) قوانین مورد استناد ایران جزایی نیست و تا جایی که عمومی است هیچ دلیلی از بابت نظم عمومی وجود ندارد که مانع اجرای آنها در این کشور شود.

۸۹- چون جناب قاضی معتقد بود که ایران نه مالکیت و نه حق بلافصل تصرف مالکانه خود را که به نظر وی برای طرح دعوی دخیل و تصرف ضروری است اثبات نکرده است، وی پرداختن به مسئله قابلیت طرح دعوی در دادگاه را لازم ندانست.

۹۰- با وجود این وی این مسئله را بر مبنای این قضیه بررسی کرد که به موجب قوانین ایران، در حالی که عتیقات همچنان در ایران بوده است، ایران حق مالکیت معتبر آنها را تحصیل کرده است. وی بر این مبنای ادامه داد که ایران درصدد اجرای مفاد قوانین ایران که به او حق مالکیت اعطا کرده است در انگلیس می‌باشد و اینکه چنانچه قانون مربوط جزایی یا عمومی باشد، این دعوی قابلیت طرح در دادگاه را ندارد. حکم وی چنین القاء می‌کند که این رویکرد مطابق امتیاز داده شده توسط ایران است. چنانچه چنین امتیازی داده شده باشد، آنها [امتیازات مزبور] دیگر بیش از این وجود ندارد.

۹۱- جناب قاضی رأی داد که لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸ (الف) یک قانون جزایی است که مقصود آن حراست از میراث ملی است؛ و (ب) نمونه از یک قانون حقوق عمومی است که دولت حق اجرای آن را ندارد. بر این اساس، وی به دومین سؤال مقدماتی پاسخ منفی داد: حتی اگر ایران به موجب قوانین ایران حق مالکیت نسبت به این اشیاء را داشته باشد، دادگاه انگلیسی آن را به رسمیت نشناخته یا اجرا نمی‌کند. جناب قاضی اضافه کرد (بند ۱۰۰) «چنانچه این جمع‌بندی تأسفانگیز است پاسخ می‌تواند همانی باشد که توسط لرد دنینگ در پرونده Ortiz ارائه گردید یعنی کنوانسیون بین‌المللی که کشورهای معینی به آن پیوسته و قوانین ضروری مطابق آن را تصویب کنند».

۹۲- استیناف ایران مبتنی بر استدلالات ذیل است: (الف) مقررات مربوط به لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸ جزایی نمی‌باشد؛ (ب) رویکرد مناسب نسبت به حقوق عمومی خارجی این است که در هر مورد بررسی شود که آیا مبنای خاصی از نظم عمومی وجود دارد که مستلزم عدم اجرای قانون مورد نظر در انگلیس باشد؛ (ج) قوانین مربوط به حفظ میراث فرهنگی تاریخی نباید به عنوان قوانین عمومی به آن منظور تلقی شود؛ (د) به هر تقدیر، چنانچه یک کشور خارجی به موجب قانون محل وقوع اموال مالک بوده و حق تصرف بلافصل داشته باشد، و اموال مزبور توسط یک شخص خصوصی قابل تملک نباشد، حق مالکیت آن باید صرف نظر از اینکه آیا آن اموال را به تصرف خود درآورده است یا خیر به رسمیت شناخته شده و اجرا شود.

۹۳- برکت نمی‌گوید که قوانین ایرانی مورد استناد ایران، نظم عمومی انگلستان را تا آن حد زیر پا می‌گذارد که نباید آنها را به رسمیت شناخت. مع‌هذا، برکت ادعا می‌کند هنگامی که ماهیت و نه شکل این رسیدگیها مورد نظر قرار می‌گیرد [مشخص می‌شود] آنچه که ایران درصدد انجام آن است اجرای قوانین ایران در این کشور است، قوانینی که هم جزایی است و هم عمومی. برکت اظهار می‌دارد که این امر در واقع یک دعوای موروثی نیست. آنچه ایران درصدد انجام آن است اعمال حاکمیت خود در این قلمرو قضائی است. این چیزی است که دادگاههای انگلیس تحمل نخواهند کرد.

۹۴- مسئله مقدماتی بر این مبنا رسیدگی شد که عتیقات در شرایط ادعایی که در جزییات ادعا آمد از ایران نشأت گرفته است. به‌منظور [تبیین] مسئله مقدماتی مزبور و در نتیجه به‌منظور [تبیین] این استیناف، باید فرض شود که (الف) عتیقات از منطقه جیرفت ایران استخراج شده است؛ (ب) آنها اخیراً حفاری شده است؛ و (ج) آنها به‌طور غیرقانونی از ایران خارج شده است. هیچ نشانه‌ای وجود نداشته و نمی‌تواند وجود داشته باشد که برکت حق مالکیت را از شخصی که به‌موجب قوانین ایران حق مالکیت داشته یا مدعی حق مالکیت بوده، اخذ کرده است.

قوانین جزایی، درآمد مالیاتی^{۲۷} و سایر قوانین عمومی

۹۵- اکنون ما دومین جنبه اصلی این استیناف را بررسی می‌کنیم. همان‌طور که گفتیم جناب قاضی به این نتیجه به‌زعم ایشان اسفانگیز رسید که حتی اگر ایران حق مالکیت را ثابت کرده بود، دادگاه انگلیسی از لحاظ مسئله مقدماتی آن حق مالکیت را به رسمیت نشناخته یا اجرا نمی‌کند؛ زیرا قانون ایرانی [مورد بحث] هم قانون «جزایی» و هم قانون «عمومی» است که در دادگاه انگلیسی قابل طرح نمی‌باشد. بنابراین، لازم است ماهیت و محدوده اصولی که وی به آن استناد کرده را مورد نظر قرار داد.

۹۶- طبق قاعده (۱) ۳ در:

Dicey, Morris and Collins, *The Conflict of Laws*, 14th ed. 2006 (“Dicey”), Para 5R-019:

«دادگاههای انگلیس برای رسیدگی به دعوای: ... اجرای مستقیم یا غیرمستقیم قانون جزایی، درآمد مالیاتی یا سایر قوانین عمومی یک کشور خارجی صلاحیت ندارند...»
۹۷- ویرایش یازدهم Dicey در سال ۱۹۸۷ (صفحه ۲۲۰) چنین می‌گوید که عدم

27. Revenue.

صلاحیت مربوط به دادگاههای محل اقامه دعوی نمی‌شود بلکه مربوط به دولت خارجی است که برای اجرای قانون خود در خارج از قلمرو خود صلاحیت بین‌المللی ندارد و اینکه مبنای این قاعده آن است که دادگاههای محل اقامه دعوی صلاحیت خود را در کمک به تلاش دولت خارجی برای اقدامی زاید بر صلاحیت خود اعمال نخواهند کرد. این دیدگاه اساساً توسط مجلس اعیان در موضوع *State of Norway's Application (Nos. 1&2)* [1990] 1 AC 723, at 808 اتخاذ شده، اما این قاعده به شکل سنتی خود به‌علت پذیرش گسترده آن در آراء قضائی حفظ شده است.

۹۸- نقطه آغاز هرگونه بحث و بررسی راجع به مسئله قابلیت اقامه دعوی در دادگاه که در این استیناف مطرح است باید در پرونده *Att-Gen of New Zealand v. Ortiz* [1984] AC 1 (CA and HL) باشد. نیوزیلند درصدد بازپس‌گیری یک مجسمه مائوری^{۲۸} بود که به‌طور غیرقانونی و برخلاف قانون اشیاء تاریخی مصوب ۱۹۶۲ نیوزیلند به این کشور صادر شده بود. آن مجسمه به‌طور قانونی توسط یک صادرکننده در نیوزیلند خریداری شده بود و نهایتاً به *George Ortiz*، کلکسیونر معروف فروخته شد که به‌منظور پرداخت باج به آدم ربایان دخترش در سازی^{۲۹} آن را در معرض فروش گذاشت. همان‌طور که نهایتاً مجلس اعیان اعلام داشت، علت عدم موفقیت این دعوی آن بود که مقررات توقیف قانون ۱۹۶۲، حسب ادعای نیوزیلند، به مفهوم انتقال مالکیت مجسمه از صادرکننده به نیوزیلند به‌محض تلاش صادرکننده برای صدور غیرقانونی آن نبوده مگر تنها و هنگامی که مجسمه واقعاً توسط مقامات نیوزیلند ضبط می‌گردید، که هرگز چنان نشد.

۹۹- هر سه عضو دادگاه استیناف، لرد دنینگ ام آر، آکتر و او کانر^{۳۰} این مسئله را بررسی کردند که اگر قانون ۱۹۶۲ در واقع قبل از خروج مجسمه از قلمرو نیوزیلند حق مالکیت را از صادرکننده به نیوزیلند منتقل می‌کرد وضعیت چگونه بود. لرد دنینگ اظهار داشت [1984] AC (20) که نکته مزبور از اهمیت گسترده‌ای برخوردار است و ادامه داد:

«اکثر کشورها قوانینی دارند که مانع صدور اشیاء تاریخی می‌شود مگر به‌موجب مجوز. این قانون می‌تواند ضبط خودکار آن اشیاء را در صورت صدور یا شروع به صدور را مقرر نماید. ممکن است خیلی مطلوب باشد که هر کشوری باید در این مرحله قانون کشور دیگر را در این خصوص با ممکن ساختن بازپس‌گیری چنین اشیائی و بازگرداندن آنها به موطن اصلی اجرا کند.»

28. Maori carving.

29. Sotheby.

30. Lord Denning MR, Ackner and O'Connor LJ.

اما آیا قانون چنین مجوزی می‌دهد؟»

۱۰۰- وی به نتایج ذیل (در صفحه ۲۴) رسید:

«... چنانچه کشوری دارای قانون منع صدور آثار هنری باشد و چنانچه آنها صادر شوند توقیف خودکار آنها را به نفع دولت مقرر دارد، پس آنها در مقوله «قوانین عمومی» قرار می‌گیرد که توسط دادگاههای کشوری که به آن صادر شده است یا هر کشور دیگری اجرا نخواهد شد، زیرا آن اقدامی در اعمال اقتدار حاکمیتی است که خارج از قلمرو آن کشور اجرا نخواهد شد.»

۱۰۱- نظر لرد آکتر (صفحه ۳۴) این بود که نیوزیلند درصدد اجرای یک قانون جزایی بود و وی باید این ادعا رد می‌کرده است به‌خاطر آنکه آن را «مسئله حقوق بین‌الملل عمومی» توصیف کرد. ادعا برای اجرای یک قانون جزایی خارجی بود زیرا دولت نیوزیلند درصدد استیفای حق خود برای حفظ اشیاء تاریخی در نیوزیلند از طریق مصادره آنها در صورت صدور غیرقانونی آنها بود. وی بدون اینکه به نتیجه قطعی برسد، اظهار داشت که تحت تأثیر استدلال قاضی استاتون^{۳۱} در مرحله بدوی می‌باشد که چنین مقوله باقیمانده کلی مبهمی از «حقوق عمومی» وجود ندارد. لرد اوکانر (در صفحه ۳۵) همین نظر را داشت که این قانون به‌علت اینکه یک قانون جزایی می‌باشد نمی‌تواند در انگلیس اجرا شود.

۱۰۲- در مجلس اعیان، تنها لرد برایت من^{۳۲} صحبت کرد که سایر اعضاء مجلس با او موافقت کردند. وی رأی دادگاه استیناف را به این علت که نیوزیلند حق مالکیتی نسبت به مجسمه مزبور ندارد ابرام نمود. وی اضافه کرد (در صفحه ۴۶) که تا آنجایی که به دیدگاههای فوق‌الذکر مربوط است، آنها [اظهارات] جنبی بوده و «اینجانب به جرأت فکر می‌کنم که به هر تقدیر عالیجنابان نمی‌خواهند در خصوص صحت یا عدم صحت دیدگاههای بیان شده مزبور نتیجه‌گیری کنند».

۱۰۳- مع‌ذالک وی در صفحه ۴۹ اظهارنظری می‌کند که ما به آن بر خواهیم گشت:
«وکیل [خوانده] اظهار داشت که، من مایلیم با او موافقت کنم، بازپس‌گیری اشیاء تاریخی صادر شده به طریق غیرقانونی به بهترین وجه در صورتی تأمین می‌شد که حق مالکیت آن مستقل از ضبط به دولت واگذار می‌گردید.»

31. Staughton J.

32. Lord Brightman.

حقوق جزایی

۱۰۴- لرد دنینگ ام آر در صفحه ۲۰ در پرونده *Att-Gen of New Zealand v. Ortiz* اظهار داشت: «هیچ کس هرگز در مورد اینکه محاکم ما به دعوای مطروحه از سوی حاکمیت خارجی، به صورت مستقیم یا غیرمستقیم، برای اجرای قوانین جزایی یا درآمد مالیاتی آن دولت خارجی رسیدگی نخواهند کرد تردید ندارد. ما جلسه تشکیل نمی‌دهیم تا برای کشور دیگری مالیات جمع‌آوری کرده یا برای آن مجازات اعمال کنیم».

۱۰۵- گفته می‌شود مبنای قاعده منع اجرای قوانین جزایی در این اصل نهفته است که جرائم صرفاً در کشوری که ارتکاب یافته‌اند، قابل تعقیب و مجازاتند و بر این اساس هیچ رسیدگی حتی به شکل دعوای مدنی که هدف آن اجرای، خواه مستقیم یا غیرمستقیم، مجازات مقرر شده برای چنین تخلفاتی توسط دولت باشد نباید در محاکم کشور دیگری مجاز باشد:

Huntington v. Attrill [1893] AC 150, at 156.

۱۰۶- اینکه آیا یک قانون خارجی یا ادعای مبتنی بر قانون خارجی باید جزایی توصیف شود یا خیر بستگی به قانون انگلیس دارد و نه به برچسبی که توسط نظام حقوقی خارجی به آن قانون زده می‌شود و نه به اینکه به شکل دعوای خصوصی مطرح شده باشد. دادگاه انگلیس باید ماهیت حقی که اجرای آن درخواست می‌شود را تعیین کند و اینکه آیا اجرای آن، مستقیم یا غیرمستقیم، مستلزم اجرای قانون جزایی کشور دیگری خواهد بود یا خیر:

Huntington v. Attrill [1893] AC 150, at 155; *Att-Gen of New Zealand v. Ortiz* [1984] AC 1, at 32, per Ackner LJ.

۱۰۷- مثال دادگاهی که به ماهیت دعوی توجه کرد در پرونده *Banco de Vizcaya v. Don Alfonso de Borbon y Austria* [1935] 1 KB 140 می‌باشد. پادشاه سابق اسپانیا اوراق بهادار نگهداری شده توسط بانک وست مینیستر لندن را مطالبه کرد. اوراق بهادار از ابتدا بنابه دستور شعبه مادرید به‌عنوان نماینده پادشاه نگهداری شده بود، اما هنگامی که شعبه مادرید بسته شد، پادشاه دستورالعملهایی صادر کرد دایر بر اینکه شعبه لندن بانک وست مینیستر باید اوراق بهادار را بنابه دستور بانکو د ویزکایا^{۳۳} نگهداری کند. در سال ۱۹۳۱ اموال شخصی پادشاه سابق ضبط گردید، علیه وی [به اتهام] خیانت شدید و اعمال غیرقانونی اقامه دعوی شد. بانکو د ویزکایا علیه بانک وست مینیستر در لندن دعوای تحویل اوراق بهادار را طرح کرد. در این دعوی رأی داده شد که اجرای حق بانکو د ویزکایا نسبت به اوراق بهادار به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم مستلزم اجرای قوانین جزایی جمهوری اسپانیا می‌باشد. وی ماهیتاً هرگز حقوق خود را اظهار

33. Banco de Vizcaya.

نمی‌کرد بلکه حقوق جمهوری اسپانیا را طرح می‌کرد. بدین‌سان، در پرونده *United States v. Inkley* [1989] QB 255 (CA) نیز ماهیت دعوی که موضوع یک حکم خارجی در مسائل پولی در رسیدگی مدنی برای اجرای وجه‌الضمان حضور در رسیدگی‌های کیفری بود. بنابراین قضاوت غیابی نسبت به مدعی علیه در خصوص حکم خارجی کنار گذاشته شد.

۱۰۸- در نتیجه یک قانون ممکن است به‌عنوان جزایی توصیف شود، حتی اگر جزء مجموعه قوانین کیفری دولت خارجی نباشد:

Att-Gen of New Zealand v. Ortiz [1984] AC 1, at 33, per Ackner LJ.

به جای قانون به‌طور کلی، مفاد ویژه مورد استناد باید طبقه‌بندی شود: همان منبع.

۱۰۹- همچنین این حقیقت که مفادی مندرج در یک قانون یافت می‌شود که شامل ضمانت اجراهای کیفری، نظیر جریمه یا توقیف، باشد به آن معنا نیست که خود مفاد مزبور ماهیتاً جزایی است. به‌نظر می‌رسد که این نکته در پرونده *Schemmer v. Property Resources Ltd* [1975] Ch 273 مغفول مانده است. در این قضیه که قاضی گولدینگ^{۳۴} (به‌عنوان دلیل جایگزین رأی مزبور) که رأی داد دادگاه انگلیسی، مالکیت مدیر تصفیه منصوب دادگاه ایالات متحده آمریکا برای دریافت دارایی‌های گروهی از شرکتها (که مقر آنها در باهاما بود) و به‌عنوان ابزاری برای کلاهبرداری‌های آی-او-اس^{۳۵} در دهه ۱۹۷۰ مورد سوء استفاده قرار می‌گرفتند را به رسمیت نخواهد شناخت. مبنای آن بخش از حکم آن بود که مدیر تصفیه مطابق قانون مبادله اوراق بهادار مصوب ۱۹۳۴^{۳۶} منصوب شده بود و آن قانون یک قانون جزایی بود. بنابراین مدیر تصفیه نه برای اجرای مقررات جزایی آن قانون بلکه برای حفظ و بازپس‌گیری اموال آن شرکت منصوب شده بود.

۱۱۰- در پرونده حاضر، جناب قاضی رأی داد این حقیقت که ساز و کار حفاظت از میراث آن [ایران] به‌دلیل تحصیل مالکیت دولت بود و نه به‌موجب مقررات توقیف، تمایزی بدون تفاوت (ترجیح بلا مرجح) بود. تأثیر آن یکسان بود: دولت به‌موجب فرآیند قهری قانونی که حق هر فردی را که ممکن بود در غیر این صورت مالک باشد یا مالک بماند (بند ۹۰) لغو کرده و حق مالکیت تحصیل نمود. این مجازاتها شامل حبس و مصادره نه تنها اموال فرهنگی بلکه ادوات حفاری بود و آن جنبه‌های جزایی این نتیجه‌گیری را تأیید می‌کند که قانون مزبور به‌طرز صحیحی به‌عنوان جزایی توصیف شده است (بند ۹۱).

34. Goulding J.

35. IOS.

36. US Securities Exchange Act 1934.

۱۱۱- به نظر ما، جناب قاضی از این حیث دچار اشتباه شده است. بخش عمده‌ای از لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸ که برای حفاری یا معامله غیرقانونی عتیقات جرایم کیفری با مجازات کیفری را مقرر کرده است، جزایی می‌باشد. اما این حقیقت که برخی از مقررات لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸ مجازات‌هایی را اعمال می‌کند موجب نمی‌شود که همه مقررات این لایحه جزایی شود. تغییراتی که آن قانون در ارتباط با مالکیت عتیقات ایجاد کرد جزایی یا مصادره‌ای نبود. اثر آن [مقررات] عطف به ما سبق شونده نبود. آن [مقررات] هیچ‌کس را از مالکیت عتیقاتی که قبلاً مالک بوده‌اند محروم نکرد. آن [مقررات] قانون مربوط به مالکیت عتیقاتی که هنوز کشف نشده بود را تغییر داد، با این اثر که منوط به استحقاق کاشف اتفاقی نسبت به حق کشف، همه آنها به تملک دولت درخواهد آمد. این مقررات، جزایی نبوده و ادعا در این پرونده به آن دلیل قابل رد نیست.

حقوق عمومی

۱۱۲- آن بخش از قاعده ۳ (۱) از Dicey که به «سایر قوانین عمومی» اشاره می‌کند در طبع چهارم (1927, by Berriedale Keith, Rule 54, p 224)، آمده درحالی که به‌عنوان «قوانین سیاسی» مطرح می‌شود با ذکر قضیه قوانین *Emperor of Austria v. Day and Kossuth* (1861) 3 De GF & 217 و بین حقوق مالکانه از ادعاهای مربوط به اجرای قوانین سیاسی اخذ شده است.

۱۱۳- عبارت «سایر قوانین عمومی» جایگزین اصطلاح «حقوق سیاسی» در طبع هفتم شد (1958, Dicey and Morris, ed. Dr J.H.C. Morris et al., Rule 54, p.159). (به نظر می‌رسد) این امر در پاسخ به نقد اصطلاح «قوانین سیاسی» توسط دکتر اف ای مان^{۳۷} در *Prerogative Rights of Foreign States and the Conflict of Laws* (1955) 40 Tr.Gro.Soc 25, reprinted in F.A. Mann, *Studies in International Law* (1973) p. 492 (see a p. 500), and by Parker LJ in *Regazzoni v. K.C. Sethia* (1944) *Ltd* [1956] 2 QB 490, at 524 صورت گرفته است. اصطلاح جدید «قوانین عمومی» به‌عنوان معادل «حق ویژه» مورد استفاده دکتر مان به‌کار گرفته شد. رجوع کنید به: Dicey, 7th ed. p. 162, n. 60.

۱۱۴- همان‌طور که قبلاً گفتیم در پرونده *Att-Gen of New Zealand v. Ortiz* فقط لرد دنینگ ام آر پذیرفت که نوعی از قوانین عمومی خارجی وجود دارند که دادگاه انگلیسی آنها

37. Dr F.A. Mann.

را اجرا نخواهد کرد. پس از نتیجه‌گیری که چنین قاعده‌ای وجود دارد وی ادامه داد (صفحه ۲۰-۲۱).

«اما سایر قوانین عمومی» چیست؟ اینجانب فکر می‌کنم که آنها قوانینی است که از همان نوع^{۳۸} قوانین «جزایی» یا «درآمد مالیاتی» است. پس "genus" چیست؟ یا به زبان انگلیسی مفهوم کلی که قوانین «جزایی» و «درآمد مالیاتی» و سایر قوانین مشابه را دربرمی‌گیرد چیست؟ فکر می‌کنم باید با بازگشت به طبقه‌بندی اعمال در حقوق بین‌الملل آن را دریافت. یک گروه شامل اعمالی می‌شود که توسط حاکمیت انجام می‌شود، اعمال حاکمه^{۳۹} یعنی به‌موجب اقتدار حاکمیتی آن انجام می‌شوند. دسته دیگر آن اعمالی هستند که توسط وی از باب اعمال تصدی انجام می‌شوند یعنی آن مواردی که اعتبار خود را به‌موجب عمل آنها به دست می‌آورد. اعمال این تمایز بر مشکل فعلی ما را دکتر اف ای مان ۲۸ سال پیش به‌خوبی در مقاله‌ای تحت عنوان «حقوق ویژه کشورهای خارجی و تعارض قوانین» ترسیم کرد... آن گروهی از قوانین به مشکل فعلی ما اعمال می‌شود و اجرا خواهد شد مربوط به اعمال اقتدار حاکمیتی دولت حاکم بر اموالی است که در قلمرو خود او واقع است ... اما قوانین دیگر اجرا نخواهد شد. به‌موجب حقوق بین‌الملل، هیچ دولت حاکمی، حاکمیتی و رای مرزهای خود ندارد. دادگاههای کشورهای دیگر اجازه نمی‌دهند که کشوری از این قیود فراتر رود. آنها هیچ‌یک از قوانین آن را که به معنای اعمال حاکمیت و رای حدود آن اقتدار است اجرا نخواهند کرد.

۱۱۵- نتیجه‌گیری وی آن بود که قانون منع صدور آثار هنری و توقیف خودکار به نفع دولت در صورتی که آنها صادر شوند در مقوله «قوانین عمومی» قرار می‌گیرد که توسط دادگاههای کشوری که [آن اشیا] به آنجا صادر شده‌اند اجرا نمی‌شود به‌علت آنکه آن عمل، اعمال اقتدار حاکمیتی است که خارج از قلمرو خود آن دولت اجرا نمی‌شود.

۱۱۶- سؤال مربوط به این اصل در پرونده *SpycatcherAtt-Gen (UK) v. Heinemann Publishers Australia Pty Ltd (1988) 165 CLR 30* دیوانعالی استرالیا قرار گرفت. در آن پرونده خواسته دولت انگلیس اجرای وظایف رازداری آقای پیتیر رایت، مأمور سابق اطلاعات، علیه ناشران استرالیایی بود. از لحاظ شکلی این دعوی یک دعوی حقوق خصوصی مبتنی بر ادعاهای نقض وظیفه امانتداری، و نقض تعهدات منصفانه و

38. Eiusdem generis.

39. jure imperii.

قراردادی اعتماد بود. در این قضیه رأی داده شد که دعوی قابل پذیرش نیست.
۱۱۷- اکثریت (قاضی القضاة مازون، قاضی ویلسون، دیان، داسون، توهی و گادرون)^{۴۰} رأی دادند که این دعوی به این دلیل موسع که دعوایی برای تحقق منافع حکومتی یک دولت خارجی است قابل اجرا نیست. این قاعده «به دعوای مربوط به اجرای منافع دولت حاکم خارجی که ناشی از اعمال اختیارات خاص حکومت باشد اعمال می‌شود» (صفحه ۴۲) و اصل حقوقی «دعوای مربوط به اجرای منافع حکومتی دولت خارجی» را غیرقابل اجرا ساخت (صفحه ۴۷). این دعوی باید با اشاره به ماهیت منفعتی که اجرای آن درخواست شده توصیف گردد تا شکل دعوی (صفحه ۴۶).

۱۱۸- در پرونده *President of the State of Equatorial Guinea v. Royal Bank of Scotland* [2006] UKPC 7 شورای سلطنتی (با سخنان لرد بینگهام و هافمن)^{۴۱} به صورت ضمنی دیدگاهی را در خصوص قابلیت اقامه دعوی توسط دولتهای خارجی در اعمال اقتدار حاکمیتی اظهار کردند و به نظر می‌رسد حداقل به طور آزمایشی، رویکرد دیوانعالی استرالیا در پرونده *Spycatcher*، که اعمال این قاعده بستگی دارد که آیا «منفعت اصلی و اساسی» دولت در طرح دعوی ماهیتاً حکومتی است یا خیر را مورد تأیید قرار دادند: بندهای ۲۴ و ۲۵.

۲۴- برای آن عالیجنابان به خوبی قابل استدلال به نظر می‌رسد که دعوایی که تجدیدنظرخواهان می‌گویند مایلند در رسیدگیهای انگلیسی انجام دهند، معرف اعمال اقتدار حاکمیتی، یعنی حفظ امنیت آن کشور و حاکم آن است. بازداشت و محاکمه افراد مظنون، اعمال تدابیر امنیتی، اخذ معاضدت دیپلماتیک: عناوین خسارتی ادعایی تجدیدنظرخواهان در رسیدگیهای انگلیسی می‌تواند همگی به عنوان جنبه‌هایی از اقتدار حاکمیتی تلقی شود... همان‌طور که دیوانعالی استرالیا در پرونده *Attorney-General (United Kingdom) v. Heinemann Publishers Australia Pty Ltd* (1988) 165 CLR 30, 46 داشت اعمال این قاعده به آنکه آیا «منفعت اساسی» دولت طرح‌کننده دعوی ماهیتاً حکومتی است یا (خیر) بستگی دارد...
۲۵- ... بنابراین ممکن است سؤال این نباشد که آیا این دعوی با اشاره به صدمه یا خسارت شخصی به اموال شکل گرفته است یا خیر بلکه آیا همان‌طور که دیوانعالی استرالیا اظهار داشت، «منفعت اساسی» دولت طرح‌کننده دعوی ماهیتاً حکومتی است یا خیر».

۱۱۹- پس از بررسی کامل منابع و مأخذ مذکور، این دادگاه در پرونده *Mbasogo v. Logo Ltd* [2007] 2 WLR 1062 رأی داد که قاعده (۱) Dicey ۳ به طرز صحیحی قانون را

40. Mason CJ, Wilson, Deane, Dawson, Toohey, and Gaudron JJ.

41. Lords Bingham and Hoffman.

منعکس کرده است. دادگاه اعلام کرد:

«۵۰. ... سؤال اصلی آن است که آیا در اقامه یک دعوی، خواهان عملی انجام می‌دهد که ویژگی حاکمیتی دارد یا آنکه به موجب اقتدار حاکمیتی انجام می‌دهد؛ و آیا این دعوی مستلزم اعمال یا اظهار یک حق حاکمیتی است. در آن صورت، دادگاه به این دعوی رسیدگی نکرده و آن را اجرا نخواهد کرد. از طرف دیگر، چنانچه در اقامه دعوی خواهان عملی انجام ندهد که ویژگی حاکمیتی داشته باشد یا به موجب اقتدار حاکمیتی باشد و دعوی مستلزم اعمال یا اظهار حق حاکمیتی و درصدد تحقق عمل یا اعمال حاکمیتی نباشد، دادگاه به آن رسیدگی کرده و آن را اجرا خواهد کرد. همان‌طور که مشاهده می‌کنیم، آن تمایز گسترده‌ای از این اصل بود که دادگاه در پرونده *Emperor of Austria case 3 De GF & J 217* درصدد نتیجه‌گیری از آن بود. در تصمیم‌گیری راجع به چگونگی توصیف یک دعوی، دادگاه باید البته ماهیت آن را بررسی کند و با ظواهر آن گمراه نشود؛ برای مثال نگاه کنید به پرونده:

Huntington v. Attrill [1893] AC 150.

۵۱. ما این تمایز را به آن شیوه گسترده انجام می‌دهیم زیرا به نظر می‌رسد که آن دلیل منطقی قاعده (۱) ۳ را در *Dicey, Morris & collins, The Conflict of Laws* بیان می‌کند. ما به این نتیجه رسیده‌ایم که قاعده (۱) ۳ با بیان اینکه دادگاه‌های انگلیسی برای پذیرش دعوی اجرای «قوانین جزایی»، درآمد مالیاتی یا سایر قوانین عمومی یک دولت خارجی صلاحیتی ندارند، به طرز صحیحی قانون را منعکس می‌کند...».

۱۲۰. اما دادگاه استیناف (بند ۵۲) اظهار داشت لازم نیست راجع به اینکه آیا معیار در حقوق انگلیس همانی است که دیوانعالی استرالیا در پرونده *Spycatcher* بیان می‌کند، اظهار نظر شود.

۱۲۱. تصمیم واقعی در پرونده *Equatorial Guinea* در دادگاه استیناف آن بود که ادعاهای دولت گینه استوایی مبتنی بر منافع مالی آن نبود بلکه برای خسارت وارده به موجب اعمال اقتدار حاکمیتی ناشی از تصمیمات اتخاذی دولت برای حفاظت از دولت و شهروندان بود. دفاع از دولت و اتباع آن نمونه‌ای عالی از نقش دولت بود و دادگاه دعاوی را که مستلزم اعمال اقتدار حاکمیتی است اجرا نمی‌کند: بندهای ۵۷، ۶۱ و ۶۷.

۱۲۲. دادگاه (بند ۶۰) پذیرفت که این پرونده مستلزم اجرای قانون عمومی نیست، اما به منظور محدود کردن آن با آن شیوه این اصل باید بسیار مضیق تفسیر شود.

حکم دادگاه استیناف لندن... ❖ ۳۶۱

۱۲۳- نتیجتاً، پرونده *Equatorial Guinea* در دادگاه تجدیدنظر در واقع پرونده‌ای نیست که مستلزم شروع به اجرای قانون عمومی خارجی باشد. گرچه دادگاه مقوله باقیمانده «سایر قوانین عمومی» را تأیید کرد اما دلیل قطعی آن است که دعوایی که مستلزم اعمال یا اظهار حق حاکمیتی باشد قابلیت رسیدگی در دادگاه را ندارد. این امر با معیار به کار برده شده توسط دیوانعالی استرالیا چندان تفاوتی ندارد و دادگاه استیناف صحت اظهار نظر شورای سلطنتی (بند ۵۰) را پذیرفت که فی‌نفسه به نظر می‌رسد که تأییدی بر معیار پیشنهادی دیوانعالی استرالیا باشد. این معیار با رویکرد کشورهای تابع حقوق نوشته چندان تفاوتی ندارد؛ بنابراین دیوان عالی فرانسه رأی به غیرمسموع بودن دعاوی جمهوری هائیتی علیه بانی داک دووالیر^{۴۲} در خصوص غارت خزانه هائیتی داد به علت آنکه دعاوی مزبور به روابط بین دولت و مأموران و اعمال اختیارات دولتی مربوط بود:

Etat d'Haiti v. Duvalier, cass. Civ, I, May 29, 1990, 1991 Clunet 137, 1991 Rev. crit. 386.

۱۲۴- اعمال رویکرد دیوانعالی استرالیا در پرونده *Robb Evans of Robb Evans & Associates v. European Bank Ltd* [2004] NSWCA 82, (2004) 61 NSWLR 75 که در آن رأی داده شد (با تمایز Ch [1975] *Schemmer v. Property Resources Ltd* [273, در بند ۱۱۰ فوق) که مدیر تصفیه منصوب کمیسیون تجارت فدرال ایالات متحده [امریکا] می‌توانست به منظور بازپس‌گیری عواید حاصل از جعل کارت اعتباری در نیوساوت ولز اقامه دعوی کند؛ در زمینه حمایت از مصرف‌کنندگان، نظام‌های تنظیم‌کننده [بازار] ممکن است در راستای یک منفعت عمومی بوده و به‌عنوان قوانین عمومی طبقه‌بندی شوند بدون اینکه یک نوع منفعت مرتبط دولتی تلقی شود؛ و در نتیجه آن رسیدگی ماهیتاً برای جبران خسارت اشخاصی طراحی شده بود که در معرض کلاهبرداری قرار گرفته بودند.

۱۲۵- بنابر منابع و مآخذ پیش روی، تنها مقوله خارج از قوانین جزایی و درآمد مالیاتی که موضوع تصمیم واقعی، برخلاف مقدمات حکم (نظرات جنبی قاضی)، می‌باشد دعوایی است که مستلزم اعمال یا اظهار حق حاکمیتی است. هیچ تصمیمی وجود ندارد که این دادگاه را مقید کند تا دریابد که آیا قاعده‌ای وجود دارد که مانع اجرای کلیه قوانین عمومی خارجی است یا خیر. معیار وضع شده دیوانعالی استرالیا نه تنها مطابق منابع و مآخذ انگلیسی از جمله در پرونده *Equatorial Guinea* در دادگاه استیناف می‌باشد، بلکه یک معیار مفید و عملی است.

۱۲۶- چه قوانینی در زمره مقوله قوانینی قرار می‌گیرند که به علت اعمال یا اظهار یک

42. Baby Doc Duvalier.

حق حاکمیتی یا تلاش برای اجرای منافع حکومتی اجرا نخواهد شد؟ همان‌طور که گفتیم لرد دنینگ ام آر در پرونده *Ortiz* پیشنهاد کرد که قوانین عمومی پیش‌بینی شده به‌موجب قاعده (۱) از همان نوع قوانین جزایی یا درآمد مالیاتی است و اینکه نوع [قانون] مربوطه باید در اعمال حکومتی یعنی اعمال انجام شده به‌موجب اقتدار حاکمیتی یافت شود و نه اعمال تصدی. این تمایزی است که ناشی از قانون مصونیت دولتهاست: برای مثال نگاه کنید به پرونده *Kuwait Airways Corp v. Iraqi Airways Co* [1995] 1 WLR 1147, 1156, per Lord Goff of Chieveley و مطالب Dicey بندهای ۱۰-۰۳۳ و ۱۰-۰۰۴. این امر با تمایزی ارتباط دارد که دیوان دادگستری اروپایی قائل شد تا تعیین کند که آیا یک دعوی، برای مقاصد کنوانسیون بروکسل و آیین‌نامه شماره یک آن کنوانسیون «از نوع مدنی و بازرگانی» است جایی که سؤال آن است که آیا دولت مزبور عملی انجام می‌دهد که از اعمال اختیارات حاکمیتی آن است یا خیر. پرونده‌های ذکر شده در Dicey بندهای ۱۱-۰۲۵.

۱۲۷- بی‌تردید یک نمونه از قوانینی که در زمره این مقوله قرار می‌گیرند قانون کنترل

تسعیر خواهد بود رجوع کنید به:

Lord Cable, deceased [1977] 1 WLR 7; and *Camdex International Ltd. v. Bank of Zambia* (No.2) [1997] CLC 714, at 724 (Simon Brown LJ) and 734 (Philips LJ).

۱۲۸- ممکن است، اما به‌هیچ‌وجه قطعی نیست، که محدودیتهای صادرات نیز در زمره این مقوله قرار گیرند. در پرونده *King of Italy v. de Medici* (1918) 34 TLR 623^{۴۳} علیه یک عضو خانواده مدیچی و علیه [شرکت] کریستی برای خواسته صدور یک قرار اعدادی^{۴۳} علیه یک عضو خانواده مدیچی و علیه [شرکت] کریستی برای منع آنها از انتشار آرشیو مدیچی بود. قرار مزبور در ارتباط با اوراقی که متعلق به دولت ایتالیا بود صادر شد اما در ارتباط با سایر اوراقی که به‌طور غیرقانونی از ایتالیا صادر شده بود رد شد. گفته شد که قانون ایتالیا صادرات آنها را منع کرده است «اما آشکار بود که این امر صرفاً تا زمانی که آنها در ایتالیا بودند قابل اعمال بود». (at 624, per Peterson J). در پرونده *Att-Gen of New Zealand v. Ortiz*، نظر لرد دنینگ ام آر (بند ۲۳) آن بود که از این جنبه، پرونده *King of Italy* موردی بود که منع صادرات اوراق خانوادگی، اعمال اقتدار حاکمیتی توسط پادشاه ایتالیا بود و در انگلیس اجرا نخواهد شد. این پرونده کاملاً گزارش نشده است و کمک زیادی نمی‌کند. ۱۲۹- در پرونده *Kingdom of Spain v. Christie, Manson & Woods Ltd*

43. Interlocutory injunction.

1120 WLR 1 [1986]، سر نیکولاس براون- ویلکینسون وی سی از رد کردن دعوایی به صدور یک [حکم اعلامی] علیه [شرکت] کریستی و مالکان [یک اثر] گویا دایر براینکه اسناد صادراتی به دست آمده برای خارج کردن نقاشی مزبور از اسپانیا جعلی بوده است، امتناع کرد. این تصمیم صرفاً بر این اعتقاد استوار بود که این امر قابل بحث است که آیا کاربرد اسناد جعلی می‌تواند اعتبار اسناد صادراتی واقعی صادره از سوی اسپانیا را بی‌اساس کند با رجوع به تصمیم متخذه در پرونده *Emperor of Austria v. Day and Kossuth* قابل تأیید است که در آن امپراطور اتریش می‌توانست علیه لوئیس کوسوت و منتشرکنندگان اقامه دعوی کند تا از بی‌ارزش کردن ارز مجارستان با چاپ پول جدید تقلبی جلوگیری کند.

۱۳۰- این پرونده‌ها احتمالاً اکنون در شمول مقررات بازپس‌گیری اشیاء فرهنگی مصوب ۱۹۹۴ قرار می‌گیرد SI 1994/501؛ (در بند ۱۶۱ ذیل مورد بحث قرار می‌گیرد)؛ زیرا اوراق (اسناد) در پرونده ایتالیا و [اثر هنری] گویا در پرونده اسپانیا، اشیاء فرهنگی ذی‌ربط (به‌نحو موصوف در ماده ۱ دستورالعمل شورا ۹۳/۷) تلقی شده و مشمول رسیدگی به‌موجب مقرر ۶ اصلاحی به‌موجب SI 1997/1997 و SI 2001/3972 می‌باشند.

دعای موروثی و فعلیت بخشیدن تصرف

۱۳۱- ادعای مطروحه این پرونده تلاشی برای اجرای محدودیتهای صادراتی نیست، بلکه اظهار حق مالکیت است. اکنون به این موضوع می‌پردازیم که آیا دعوای ایران حتی اگر بر اشیاء مزبور وضع ید نکرده باشد قابل حمایت است یا خیر.

۱۳۲- نقطه شروع قاعده تقریباً [پذیرفته شده] بین‌المللی است که حق مالکیت اموال منقول به‌موجب آن به قانون محل وقوع اموال بستگی دارد و بر این اساس: «اعتبار انتقال اموال منقول عینی و تأثیر آن بر حقوق مالکانه طرفهای مربوط و اعتبار ادعاهای دیگر اشخاص تحت حاکمیت قانون کشوری است که مال منقول هنگام انتقال در آنجا بوده است (قانون محل وقوع اموال). ... چنانچه انتقال اموال منقول عینی که به‌موجب قانون کشوری که هنگام انتقال اموال منقول در آنجا بوده معتبر و مؤثر باشد در انگلیس نیز معتبر و مؤثر است...» (Dicey, Rule 124, para 24R-001).

۱۳۳- چنانچه یک کشور خارجی به‌موجب قانون خود نسبت به مالی در قلمرو خود مالکیت تحصیل کرده باشد، جز مواردی که مستلزم تحصیل قهری آن حق مالکیت از اشخاص خصوصی باشد، اصولاً دلیلی وجود ندارد که دادگاه انگلیسی حق مالکیت آن را مطابق اصل کلی به رسمیت نشناسد.

۱۳۴- در پرونده 511, 491 AC [1955] *Government of India v. Taylor*، لرد کیث از آونهلم^{۴۴} اظهار داشت که اظهار اقتدار حاکمیتی توسط یک دولت در قلمرو دولت دیگر، که متمایز از دعوای موروثی توسط حاکمیت خارجی است، مغایر (صرف نظر از معاهده و کنوانسیون) کلیه مفاهیم حاکمیت‌های مستقل است.

۱۳۵- بنابراین در پرونده *City of Gotha v. Sotheby's*، گزارش نشده، مورخ ۹ سپتامبر ۱۹۹۸ (قاضی موسی)،^{۴۵} رأی داده شد که جمهوری فدرال آلمان حق بازپس‌گیری نقاشی Wtewael را که از ابتدا مالک بوده و در تصرف بنیاد هنری و علمی ساکس دوک کوبرگ-گوته^{۴۶} قرار داشته و اینکه غارت شده بود را دارد. حق مالکیت جمهوری فدرال ناشی از انحلال آن بنیاد، و ادعای آن، اظهار اقتدار حاکمیتی نبود. مقایسه کنید با پرونده:

Kunstsammlungen Zu Weimar v. Elicofon, 678 F 2d 1150 (2d Cir. 1982).

۱۳۶- در نتیجه، هنگامی که دولتی همچون اشخاص خصوصی مالی را مالک می‌شود، مانعی برای بازپس‌گیری آن وجود ندارد. این امر مبنای آن بخش از تصمیم در پرونده *King of Italy v. de Medici* (1918) 34 TLR 623 است که در آن رأی داده شد که در این پرونده شواهد کافی وجود دارد که بخشی از آرشیو مدیچی متعلق به دولت ایتالیا است و اینکه آن دولت حق دارد از انتقال اموال خود به شخصی که حقی نسبت به آن ندارد، جلوگیری کند و لذا قراری صادر خواهد شد.

۱۳۷- آیا در جایی که کسب مالکیت قهری بوده است وضعیت متفاوت است؟ در پرونده *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Co* [2002] 2 AC 883, 1077 لرد نیکولاس از بیرکنهد^{۴۷} اظهار داشت:

«به موجب اصول تعارض قوانین انگلیس، انتقال حق مالکیت اموال منقول عینی عموماً به قانون محل وقوع اموال بستگی دارد: قانون کشوری که مال منقول هنگام انتقال در آنجا قرار داشته است. به همین ترتیب، اعمال حکومتی که حقوق مالکانه را تحت تأثیر قرار می‌دهد توسط دادگاه انگلیسی معتبر شناخته خواهد شد، چنانچه آنها به موجب قانون کشوری که اموال هنگام اجرا شدن قانون مزبور در آن کشور قرار داشته معتبر شناخته شود».

44. Lord Keith of Avonholm.

45. Moses J.

46. Duke of Saxe-Coburg-Gotha Foundation for Art and Science.

47. Lord Nicholls of Birkenhead.

۱۳۸- همچنين لرد برايتمن در پرونده *Att-Gen of New Zealand v. Ortiz* نیز در اظهارنظر جنبي خود اعلام نمود (49 AC [1984]): «وکیل مشاور اظهار داشت و من مایلم بپذیرم که بازپس‌گیری اشیاء خارجی که به‌طور غیرقانونی صادر شده است چنانچه قرار باشد حق مالکیت آنها مستقل از ضبط به پادشاه واگذار شود، را می‌توان به بهترین وجه تضمین کرد». این مقدمات حکم استدلال ایران را تأیید می‌کند مبنی بر اینکه (الف) چنانچه قانون خارجی مالکیت را منتقل کند، پس از آن اصل قانون جزایی / قانون عمومی قابل اعمال نیست؛ و (ب) اینکه یک کشور خارجی باید به تصرف اموال فعلیت بخشد پیش شرط لازم نیست.

۱۳۹- مطابق قاعده ۱۲۸ *Dicey*، (para 25R-001):

«عمل حکومتی که هر حق مالکانه خصوصی را در شیئی منقول یا غیرمنقول تحت تأثیر قرار می‌دهد در انگلیس معتبر و مؤثر شناخته می‌شود صرفاً در صورتی که آن عمل به‌موجب قانون کشوری که شیء در آن واقع است (قانون محل وقوع اموال) و به‌هنگامی که آن عمل صورت می‌گیرد معتبر و مؤثر شناخته شود».

۱۴۰- اما همان‌طور که *Dicey* می‌گوید (para 25-012):

«اثر قاعده ۱۲۸ آن است که انتقال حق مالکیت به رسمیت شناخته خواهد شد، به‌گونه‌ای که چنانچه دولت خارجی اموال مزبور را منتقل کند حق مالکیت مالک جدید در انگلیس در مقابل مالک اصلی به رسمیت شناخته خواهد شد. اما در صورتی که مالک اصلی حفظ تصرف کند و اموال مزبور را به انگلیس آورد، وضعیت مشکل‌تر است. در چنین حالتی، مسئله شناسایی نخواهد بود بلکه اجرا است. چنانچه فرمان جزایی باشد نه دولت خارجی و نه نماینده آن نمی‌توانند حق مالکیت مبتنی بر آن فرمان را اجرا کنند، زیرا «یک قاعده بین‌المللی وجود دارد که به‌موجب آن هیچ دولتی... قوانین جزایی دولت دیگر را اجرا نخواهد کرد». اما سوالات بحث برانگیزتر وقتی مطرح می‌شود که فرمان نه جزایی است و نه مغایر نظم عمومی انگلیس... چنانچه دولت خارجی اموال مزبور را به تصرف خود درآورد، هیچ ایرادی به‌منظور حمایت از تصرف واقعی اموالی که آن دولت حق مالکیت قابل شناسایی نسبت به آنها به دست آورده است وجود ندارد».

۱۴۱- همچنین در بندهای ۲۶-۵ چنین گفته شده که چنانچه دولت خارجی دعوی موروثی داشته باشد «برای مثال، اموال انقلابیهای ناموفق یا حکومت‌های سابق، یا چنانچه آن اموالی را که به تصرف خود در آورده است مطالبه کرده یا باز پس بخواهد» (تأکید از ماست)، این مورد از موارد اجرای

حق مالکیت نیست، بلکه شناسایی بوده و دعوی اجرا خواهد شد. پرونده‌هایی که به‌عنوان منبع و مأخذ عبارات داخل گیومه ذکر شده است منبع بخش اول این نقل قول می‌باشد، یعنی اینکه دادگاه حق مالکیت دولت مزبور را نسبت به اموالی که در انگلیس توسط انقلابیها یا حکومت‌های سابق نگهداری می‌شود به رسمیت خواهد شناخت، اما آنها به این موضوع که آیا دولت خارجی باید به تصرف اموال فعلیت بخشیده باشد یا خیر نمی‌پردازند. در پرونده‌های جانشینی انقلابی / حکومتی این موضوع معمولاً مطرح نمی‌شود.

۱۴۲- بدین ترتیب در پرونده 1 *King of the Two Sicilies v. Willcox* (1850-51) 301 Sim NS در جریان یک انقلاب در سیسیل، حکومت انقلابی برای فرستادگان سیاسی خود در انگلیس وجه نقد ارسال کرد. رأی داده شد که پادشاه می‌تواند کشتی خریداری شده با پول مزبور را بازپس گیرد. شادول وی-سی^{۴۸} در صفحه (۳۳۲) اظهار داشت: به نظر من، واضحتراً از این نمی‌توان گفت که حاکمیت مستقل یک دولت در این کشور صلاحیت تعقیب حقوق شخصی خود را دارد». در دو قضیه متعاقب جنگ داخلی آمریکا، ایالات متحده توانست اموال نگهداری شده در انگلیس به نفع ایالات متحده جنوب را بازپس گیرد:

United States of America v. Prioleau (1865) 35 L.J. Ch.7; *United States of America v. Wagner* (1867) L.R.2 Ch.App.582; (1869) L.R.8 Eq 69.

در هریک از این تصمیمات رأی داده شد که حکومتی که جایگزین یک حکومت دوفاکتو می‌شود وارث اموال آن شده و مالک تلقی می‌شود. همچنین در پرونده *USSR v. Belaiew* 21 TLR 42 (1975) پذیرفته شد که اسنادی که از ابتدا به نفع حکومت سلطنتی روسیه و بعداً به نفع حکومت موقت روسیه در لندن نگهداری شده است، جزء اموال حکومت شوروی شده و شوروی حق بازپس‌گیری آنها از خواننده که، عضو کمیته حکومتی روسیه که در سال ۱۹۱۶ توسط حکومت سلطنتی روسیه برای اخذ کمک از خارج تشکیل شد را دارد.

۱۴۳- مع‌ذالک، کمی تردید وجود دارد که چنانچه دولت خارجی درصدد مصادره یا ضبط اموال خصوصی باشد، حق مالکیت دولت تنها در صورتی در انگلیس به رسمیت شناخته می‌شود که آن دولت به تصرف اموال فعلیت بخشیده باشد.

۱۴۴- در پرونده *Luther v. Sagor* [1921] 3 KB 532، مقامات شوروی الوارهای مزبور را به تصرف خود درآورده بودند و در پرونده *Princess Paley Olga v. Weisz* [1929] 1 KB 718 آنها آثار هنری را به تصرف خود درآورده بودند. این منابع و مأخذ همانهایی است که

48. Shadwell v-c.

لرد تمپلمن^{۴۹} در پرونده *Williams & Humbert Ltd v. W & H Trade Marks (Jersey)* [1986] AC 368, 431 به آن اشاره می‌کرد، هنگامی که وی گفت: «این منابع و مأخذ نشانگر این اصل است که دادگاه انگلیس قانون تصرف قهری دولت خارجی را به رسمیت خواهد شناخت و تغییر حق مالکیت اموالی که تحت کنترل دولت خارجی درآمده و نتایج آن تغییر حق مالکیت را به رسمیت خواهد شناخت».

۱۴۵- دکتر مان در *Prerogative Rights of Foreign States and the Conflict of*

Laws, in Studies in International Law (1973) 492 at 503-504 اظهار داشت:

«روسیه شوروی جواهرات شاهزاده پالی اولگا را مصادره کرده است. آنها در روسیه واقع است و طبق قانون روسیه حق مالکیت منتقل شده است. با وجود این، فرض کنیم که آنها در تصرف شاهزاده است که موفق می‌شود آنها را با خود به انگلیس آورد. چنانچه دولت روسیه دعوی دخل و تصرف غیرقانونی در اینجا مطرح کند، باید رد شود، زیرا هدف واقعی آن اجرای حقوق ویژه دولت خواهان است. از طرف دیگر، چنانچه دولت روسیه جواهرات را در روسیه تصرف کرده و آنها از وی ربوده شده بود، در آن صورت دعوی علیه سارق باید موفق باشد حتی اگر سارق صاحب اصلی (ابتدایی) بوده است؛ به آن دلیل که حق دولت روسیه قبلاً و به هنگامی که آنها را تصرف کرده تکمیل شده است، و این دعوی نه به منظور اجرای مصادره، بلکه برای اجرای سبب دعوایی که بعداً و صرف نظر از مصادره مطرح گردیده اقامه شده است».

۱۴۶- لرد دنینگ ام آر این تجزیه و تحلیل را در پرونده *Att-Gen of New Zealand v. Ortiz*

در صفحه ۲۳ اتخاذ کرد. اما برای بررسی دیدگاه مخالف نگاه کنید به:

Wolf, Private International Law, 2nd ed 1950, at 526-527.

۱۴۷- ضرورت اینکه دولت خارجی قبل از اینکه بتواند ادعایی را در پرونده‌های مربوط به

اعمال حقوق حاکمیتی اثبات کند، باید متصرف شده باشد در پرونده *Brokaw v. Seatrain UK Ltd [1971] 2 QB 476* توضیح داده شده که در آن رأی داده شد ایالات متحده آمریکا نمی‌توانست کالاهایی را که پیرو یک اخطار مالیاتی مالکیت آن را مدعی شده بود و توسط اشخاصی که حسب ادعا بدهی مالیاتی دارند با یک کشتی ثبت شده آمریکایی حمل می‌شد، مطالبه کند. اخطار مالیاتی فوراً واجد اثر می‌گردد به نحوی که اشخاصی که چنین اموال منقولی را در ید داشتند قانوناً مکلف به تحویل اموال منقول می‌شدند. این ادعا قابل پیگیری نبود زیرا تلاشی بود در اجرای غیرمستقیم یک ادعای درآمد مالیاتی. اما لرد دنینگ ام آر (صفحه ۴۸۳) اظهار داشت:

49. Lord Templeman.

«چنانچه حکومت ایالات متحده این اموال منقول را در تصرف واقعی خود گرفته بود، یعنی در انباری در بالتیمور، یا شاید توسط ناخدای کشتی به یک مأمور حکومت ایالات متحده امریکا واگذار شده بود، برای قادر ساختن آنها برای مطالبه اموال منقول کفایت می‌کرد. اما در اینجا چیزی از این نوع وجود ندارد. حکومت ایالات متحده امریکا صرفاً به این اخطار مالیاتی که به صاحبان کشتی داده شده استناد می‌کند این از نظر من برای فعلیت بخشیدن تصرف کفایت نمی‌کند».

۱۴۸- متعاقباً، تمایز بین این دو نوع قضایا یعنی، آنهایی که دولت خارجی قادر خواهد بود تا اموال خود را در انگلیس مطالبه کند، حتی اگر به تصرف خود در آنها فعلیت نبخشیده باشد و آن قضایایی که دولت مزبور نمی‌تواند آن را مطالبه کند مگر آنکه به تصرف خود در آن اموال فعلیت بخشیده باشد به شیوه‌ای بستگی دارد که به‌موجب آن مالکیت را کسب کرده است. چنانچه آن [دولت خارجی] حق مالکیت را به‌موجب قانون عمومی با مصادره یا فرآیند قهری از مالک قبلی کسب کرده باشد، در آن صورت قادر نخواهد بود که اموال را در انگلیس از مالک قبلی یا جانشینان وی در حق مالکیت مطالبه کند مگر آنکه آنها را متصرف بوده باشد. چنانچه آن [دولت خارجی] آن اموال را به تصرف خود درآورده باشد برخورد با ادعای وی منوط به شناسایی خواهد بود؛ چنانچه آن دولت خارجی متصرف نبوده باشد درصدد خواهد بود تا اقتدار حاکمیتی خود را اعمال کند.

۱۴۹- اما در این رسیدگی‌ها ایران ادعایی را مبتنی بر کسب (مالکیت) قهری از مالکان خصوصی مطرح نمی‌کند. [ایران] ادعایی را مطرح می‌کند مبتنی بر حق مالکیت عتیقاتی که بخشی از میراث ملی ایران را تشکیل می‌دهد، حق مالکیتی که تقریباً ۳۰ سال پیش به‌موجب قانون اعطاء شده است. این یک ادعای موروثی است و نه ادعایی برای اجرای قانون عمومی یا اظهار حقوق حاکمیتی. ما فکر نمی‌کنیم که این امر در زمره مواردی باشد که شناسایی حق مالکیت یا حق تصرف به‌موجب قانون خارجی بستگی داشته باشد به اینکه آن کشور متصرف شده باشد یا خیر.

۱۵۰- در ایالت متحده [امریکا] حقوق موروثی دولت خارجی در چارچوب رسیدگی‌های کیفری به رسمیت شناخته شده است، حتی اگر آن دولت هرگز تصرف نداشته باشد. در پرونده *United States v. Schultz*, 333 F 3d 393 (2d Cir.2003)، شولتز، فروشنده موفق آثار هنری در شهر نیویورک، به تباری برای دریافت اموال مسروقه [یعنی] عتیقات مصری که به طریق بین ایالتی و بازرگانی خارجی حمل و نقل شده بودند، محکوم گردید. جرم ماهوی واقعی

نقض قانون اموال مسروقه ملی^{۵۰} بود. دادگاه استیناف بخش ۲ رأی داد که تأثیر قانون موروثی مصر دایر بر اینکه کلیه عتیقات مکشوفه در مصر پس از سال ۱۹۸۳ از اموال حکومت مصر تلقی می‌شود، مالکیت عتیقات توسط حکومت مصر را در پی داشته است و آن «مالکیت» توسط ایالت متحده [امریکا] برای تعقیب به‌موجب آن قانون به رسمیت شناخته شد. مقایسه کنید با پرونده *R v. Tokeley-Parry* [1999] Crim LR 578 (همچنین پرونده نقل و انتقال عتیقات مسروقه مصری: محکومیت به‌موجب قانون سرقت مصوب سال ۱۹۶۸ در ارتباط با درب به سرقت رفته از معبد هتپکا).^{۵۱}

نظم عمومی

۱۵۱- چنانچه ما از این نظر که این قضیه، ادعایی برای اجرای قانون عمومی خارجی نمی‌باشد اشتباه می‌کنیم، در آن صورت به این مسئله نمی‌پردازیم که این امر باید به‌وسیله هر اصل کلی دیگری استثناء شود دایر بر اینکه این کشور به دعوایی که هدف از آن اجرای قانون عمومی کشور دیگری باشد رسیدگی نخواهد کرد.

۱۵۲- قاضی استاتون در مرحله بدوی در پرونده *Att-Gen of New Zealand v. Ortiz* [1982] QB 349, 371-372 اظهار داشت:

«چنانچه این معیار، معیار نظم عمومی باشد که در این پرونده خاص به قانون خارجی مورد نظر قابل اعمال است، قضاوت من آن است که دلایلی وجود دارد که چرا دادگاههای انگلیس باید ماده ۱۲ از قانون اشیاء تاریخی مصوب ۱۹۶۲ نیوزیلند^{۵۲} را اجرا کنند. نزاکت ایجاب می‌کند که ما باید میراث ملی کشورهای دیگر را درحالی‌که در قلمرو خود آنهاست با شناسایی و اجرای قوانین آنها که بر حق مالکیت اموال تأثیر می‌گذارد، محترم شماریم. امید به عمل متقابل دلیل دیگر نظم عمومی است که همان نتیجه را در پی دارد».

۱۵۳- لرد آکتر پذیرفت که چنانچه معیار مزبور از نوع نظم عمومی باشد، دلیلی وجود ندارد که چرا دادگاههای انگلیس نباید قانون نیوزیلند را اجرا کنند: [1984] AC at 34.

۱۵۴- به اعتقاد ما، دلایل متقنی از اصول کلی وجود دارد که چرا ادعای دولتی برای بازپس‌گیری عتیقاتی که بخشی از میراث ملی آن را تشکیل می‌دهد و در غیر این صورت مطابق

50. National Stolen Property Act.

51. Hetepka.

52. Historic Articles Act 1962.

مقتضیات حقوق بین‌الملل خصوصی است نباید با اصل کلی مورد استناد برکت کنار گذاشته شود. برعکس به نظر ما یقیناً عدم پذیرش چنین ادعاهایی مغایر نظم عمومی است. مؤسسه حقوق بین‌الملل در رسیدگی به دعاوی اجرای قانون عمومی توصیه به مقداری انعطاف‌پذیری کرده است (به‌ویژه در صورتی که این امر به دلیل موضوع دعوی و ضرورت‌های همکاری بین‌المللی یا منافع دولتهای ذی‌ربط موجه باشد: Ann, 1977, vo1- 57-II, p.328) و انجمن حقوق بین‌الملل: Dicey, para 5-040, n.80.

۱۵۵- درک بین‌المللی دایر بر آن است که دولتها باید یکدیگر را در پیشگیری از انتقال غیرقانونی اشیاء فرهنگی از جمله عتیقات معاضدت کنند. تعدادی اسناد بین‌المللی وجود دارد که بخشی از هدف آن پیشگیری از معامله غیرقانونی اموالی است که بخشی از میراث فرهنگی دولتهاست، اگرچه هنوز مسئله اجرایی شدن آنها باقی است. انگلیس طرف برخی از آنها می‌باشد.

۱۵۶- در تاریخ اول اوت ۲۰۰۲، انگلیس کنوانسیون یونسکو در خصوص اتخاذ تدابیر لازم برای ممنوع کردن و جلوگیری از ورود و صدور و انتقال مالکیت غیرقانونی اموال فرهنگی ۱۹۷۰^{۵۳} را تصویب کرد که از اول نوامبر ۲۰۰۲ قوت قانونی یافت. بیش از ۱۰۰ دولت این کنوانسیون را تصویب کرده‌اند از جمله ایران که در سال ۱۹۷۵ (۱۳۵۳) آن را تصویب کرد. کنوانسیون مزبور در ایالات متحده آمریکا از طریق قانون اجرای اموال فرهنگی مصوب ۱۹۸۳^{۵۴} اجرا شد.

۱۵۷- به‌موجب ماده ۲ طرفهای [عضو کنوانسیون] می‌پذیرند که ورود، صدور و انتقال غیرقانونی مالکیت اموال فرهنگی یکی از علل اساسی فقر میراث فرهنگی کشورهای مبدأ این اموال است و همکاری بین‌المللی به‌منزله یکی از مؤثرترین ابزارهای حمایت از اموال فرهنگی هر کشور می‌باشد و طرفهای (کنوانسیون) متعهد می‌شوند تا با ابزارهای در اختیار خود با چنین رویه‌هایی برخورد کنند. در ماده ۳ ورود، صدور یا انتقال مالکیت اموال فرهنگی که برخلاف تدابیر متخذ دولتهای عضو کنوانسیون حاضر صورت گیرد، غیرقانونی است.

۱۵۸- به‌موجب ماده ۱۳: «دولتهای عضو کنوانسیون حاضر به‌علاوه در قالب قوانین هر کشوری متعهد می‌شوند؛

(الف) با کلیه وسایل متناسب، از انتقال مالکیت اموال فرهنگی که موجب تسهیل ورود یا صدور غیرقانونی این اموال می‌گردد، جلوگیری کنند.

53. UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import/ Export and Transfer of Ownership of Cultural Property of 1970.

54. Cultural Property Implementation Act of 1983.

(ب) تضمین کنند که دستگاههای صلاحیتدار آنها به منظور تسهیل استرداد اموال فرهنگی که به طور غیرقانونی صادر شده‌اند، به مالک واقعی آنها در کوتاهترین مدت همکاری نمایند؛

...

(د) به علاوه، حق غیرقابل انکار هر کشور متعاقد این کنوانسیون را مبنی بر طبقه‌بندی و اعلام انتقال ناپذیر بودن بعضی اموال فرهنگی که بدین ترتیب نباید صادر شوند، را به رسمیت بشناسند، و در صورتی که این گونه اموال صادر شده باشند، استرداد آن را به کشور ذی‌علاقه تسهیل کنند.

۱۵۹- تعهدات وضع شده به موجب این کنوانسیون ماهیتاً خیلی کلی است و تعهد بند (د) ماده ۱۳ با عبارت «در قالب قوانین هر کشور» رقیق شده است. اگرچه این کنوانسیون به تصویب حکومت انگلیس رسیده است اما هیچ قانونی برای اجرای آن وضع نشده است، علی‌الظاهر به علت اینکه دولت معتقد است که قوانین فعلی برای قادر ساختن انگلیس به رعایت تعهدات خود به موجب این کنوانسیون کفایت می‌کند. قانون (جرائم) معامله اشیاء فرهنگی مصوب ۲۰۰۳^{۵۵} به توصیه‌های مندرج در گزارش هیأت مشورتی وزراء در خصوص تجارت غیرقانونی^{۵۶} منتشره در دسامبر ۲۰۰۰ قوت قانونی بخشید. اثر این قانون تعیین جرائم کیفری در مورد معامله اشیاء فرهنگی که به طور غیرقانونی (پس از قوت قانونی یافتن قانون مذکور در دسامبر ۲۰۰۳) از یک محل باستان‌شناسی منتقل (جابجا) شده‌اند، می‌باشد: بخشهای (۱) و (۲) و بندهای ۲، ۴، ۵ بخش ۲. این امر که آیا حفاری در انگلیس صورت گرفته است یا جای دیگری، یا آیا جرم مزبور به موجب قانون بخشی از انگلیس یا به موجب قانون هر کشور دیگری ارتکاب یافته است اهمیت چندانی ندارد: بخش (۳) ۲.

۱۶۰- دستورالعمل ۹۳/۷ شورا در خصوص «بازگرداندن اشیاء فرهنگی که به طور غیرقانونی از قلمرو دولت عضو خارج شده‌اند» با اثر (قانونی) از ۲ مارس ۱۹۹۴ به موجب آیین‌نامه بازپس‌گیری اشیاء فرهنگی مصوب ۱۹۹۴، SI 1994/ 501، اصلاح شده به موجب SI 1997/1719 and SI 2001/3972، وارد حقوق انگلیس شد. دولت عضو حق دارد علیه متصرف یا در غیاب وی [علیه] دارنده برای بازپس‌گیری اشیاء فرهنگی که به طور غیرقانونی از قلمرو او خارج شده است اقدامه دعوی نماید: Regulation 3(1). دادگاه می‌تواند دستور دهد که دولت عضو متقاضی خسارت پرداخت کند: Regulation 7(1).

55. Dealing in Cultural Objects (Offences) Act 2003.

56. (ITAP) Ministerial Advisory Panel on Illicit Trade.

۱۶۱- کنوانسیون یونیدروا^{۵۷} راجع به اشیاء فرهنگی مسروقه یا صادر شده به طور غیرقانونی در ژوئن ۱۹۹۵ امضاء شد. کنوانسیون مذکور در سال ۱۹۹۸ به اجرا درآمد هنگامی که پنج سندی که لازم بود تصویب شود تودیع شده بود. به موجب کنوانسیون یونیدروا شیء فرهنگی که به طور غیرقانونی حفاری شده است یا به طور قانونی حفاری شده اما به طور غیرقانونی نگهداری می شود مسروقه تلقی می گردد: ماده (۲) ۳. دولت متعاقد می تواند از دادگاه دولت متعاقد دیگر دستور بازگرداندن شیء فرهنگی که به طور غیرقانونی از قلمرو کشور متقاضی را درخواست نماید: ماده (۱) ۵. مقرراتی برای پرداخت خسارت به خریداران بی تقصیر وضع شده است: مواد ۴ و (۱) ۶. کنوانسیون مذکور به تصویب ایران رسیده و در دسامبر ۲۰۰۵ (دی ماه ۱۳۸۴) برای او لازم الاجرا شد. اما توسط بسیاری از کشورهای بالقوه واردکننده [این اشیاء] تصویب نشده و گزارش ITAP مندرج در فوق عدم تصویب توسط انگلیس را توصیه می کند.

۱۶۲- همچنین یک طرح مشترک المنافع برای حمایت از میراث فرهنگی مادی وجود دارد که پیرو پیشنهادات حکومت نیوزیلند پس از شکست ادعای آن [کشور] در پرونده *Ortiz*، در مورس در نوامبر ۱۹۹۳ تصویب گردید. آن طرح مبتنی بر شناسایی متقابل ممنوعیتهای صادراتی است، اما منجر به اقدام عملی نگردیده است: رجوع کنید به *O'Keefe* (1995) 44 ICLQ 147.

۱۶۳- هیچ یک از این اسناد به طور مستقیم نتیجه این استیناف (پژوهشخواهی) را تحت تأثیر قرار نمی دهد، اما آنها نشان دهنده پذیرش بین المللی مطلوبیت حمایت از میراث ملی است. امتناع از شناسایی حق مالکیت دولت خارجی نسبت به عتیقات، که به موجب قانون آن [دولت] اعطا شده است مگر آنکه به تصرف چنین دولتی درآمد باشد، در اکثر موارد به رسمیت شناختن هر ادعایی توسط چنین دولتی برای بازپس گیری عتیقاتی که به طور غیرقانونی به این کشور صادر شده را غیرممکن می سازد.

نتیجه گیری

۱۶۴- بنابه دلایل فوق الاشاره، ما لوایح **برکت** را دایر برآنکه ادعای ایران باید رد شود به علت آنکه ایران هرگز متصرف این عتیقات نبوده یا بنابه این دلیل که ادعای ایران در واقع تلاشی برای اجرای قانون جزایی یا عمومی است را رد می کنیم.

۱۶۵- این استیناف مجاز است. به اولین مسئله مقدماتی باید پاسخ داده شود: «بلی به موجب مقررات قوانین ایران و به ویژه لایحه قانونی ۱۳۵۸» و به مسئله مقدماتی دوم باید پاسخ داده شود «بلی».

57. Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects.

