

نقد اجمالي رأي شمارة 2- 35_219

ديوان داوري دعاوي ايران و
آمریکا
تئوري دارا شدن غيرعادلانه و صلاحيت

دکتر اکبر شيرازي

اشاره :

بانک بين‌المللي ايران در تاريخ دوم ژانويه 1979 (12 دي ماه 1356) چکي به مبلغ سيصد و هشتاد هزار دلار در وجه آقاي حليم فرکاش تبعه اسرائيل (رژيم اشغالگر قدس)، عهده چيس منهنن بانک صادر مي‌نمايد که پس از مراجعه دارنده چک به بانک محال عليه، برگشت مي‌شود. آقاي بنجامين آر. ايسايه تبعه آمريکا در تاريخ يازدهم ژانويه 1982 (21 دي ماه 1360) دادخواستي به خواسته مطالبه وجه چک به علاوه خسارات ديرکرد آن، عليه بانک مزبور (که بانک ملت قائم مقام آن شده است) به ديوان داوري ايران و آمريکا تقديم مي‌نمايد. دادخواست مذکور پس از رسيدگي منجر به صدور حکمي مي‌شود که ضمن مقاله‌اي از بعضي ديدگاهها و به‌نحو اجمال

مورد انتقاد آقای اکبر شیرازی قرار گرفته است.

چون به منظور بهره‌برداری بیشتر و کامل‌تر خوانندگان از مقاله مزبور، اطلاع از خلاصه جریان پرونده مطروحه در دیوان داورن و نحوه مدافعات طرفین و استدلال دیوان داوری درخصوص مورد، ضرورت دارد و رأی دیوان داوری خود حاوی اطلاعات جامعی در موارد مذکور می‌باشد و نیز به منظور آشنایی خوانندگان «مجله حقوقی» با نحوه انشای آرای در دیوان داوری ایران با آمریکا، بدو متن کامل رأی دیوان داوری و سپس مقاله مورد نظر را درج می‌نماییم. ضمناً مقاله حاضر قبلاً به زبان انگلیسی در شماره 20 ژوئیه 1984 نشریه Iranian claims که در رابطه با مسائل دیوان داوری منتشر می‌شود، به چاپ رسیده است.

پرونده شماره 219

شعبه 2

حکم شماره 35_219_2

خواهان: بنجامین آر. ایسایاه
خواننده: بانک ملت (جانشین بانک
بین‌المللی ایران)

اول - جریان رسیدگی

خواهان - آقای بنجامین آر. ایسایاه
- با ذکر اینکه در تمام مدت مربوط تبعه ایالات متحده بوده است، در تاریخ 11 ژانویه 1982 (21 دی ماه 1360) دادخواستی علیه بانک بین‌المللی ایران در دیوان داورى به ثبت رساند. مبلغ خواسته مورد مطالبه خواهان 380.000 دلار آمریکا است که شامل يك فقره چك برگشتي صادره توسط بانک بین‌المللی ایرن به‌عهدۀ چيس منهنن بانک به‌علاوة بهرة متعلقه از تاریخ 2 ژانویه 1979 (12 دی‌ماه 1357) می‌باشد.

خواننده - بانک ملت - که لایحه دفاعیه خود را در تاریخ 6 مه 1982 (16 اردیبهشت ماه 1361) به ثبت رسانده، مدعی شد که چون چك در وجه شخص دیگری که تابعیت وی

مشخص نیست صادر شده است و نه در وجه خواهان، لذا دیوان داورى صلاحیت رسیدگی به دعوی را ندارد، و علاوه بر آن خواننده دفاعیاتی در مورد ماهیت دعوی نیز عرضه نمود.

خواهان در تاریخ 26 ژوئیه 1982 (4 مردادماه 1361) نظرات خود را در مورد لایحه دفاعیه به ثبت رساند و طی آن اوضاع و احوالی را که تحت آن، چک صادر گردیده است تشریح کرد و اسناد مختلفی به دیوان تسلیم نمود حاکی از این ادعا که مبلغ مذکور در متن چک به وی تعلق دارد.

به دنبال آن، خواننده در پاسخ ثبت مورخ 20 اکتبر 1982 (28 مهرماه 1361) خود به جوابیه خواهان، به تفصیل و توضیح دفاعیاتش پرداخت.

در تاریخ 23 دسامبر 1982 (2 دی ماه 1361) خواهان اقدام به ثبت لایحه استماع نمود. جلسه استماع در تاریخ 26 ژانویه 1983 (6 بهمن ماه 1361) برگزار گردید. در این جلسه خواهان، گواهی تابعیت اکتسابی آمریکایی خود، اصل چک، و یک جلد از سوابق کارهای تجارتي خود را جهت

بررسي به ديوان داوري تسليم نمود. به علاوه خواهان، چند نسخه رونوشت نامه مورخ 22 ژانويه 1978 (2 بهمن ماه 1356) خود به آقاي حيمم فرকাশ - گيرنده چك - و دو فقره سوگندنامه مربوط به بهره و هزينه ها را در جلسه استماع تسليم كرد. خواهان طي جلسه استماع صحبت كرد و شهادت دو نفر شاهد، يعني آقاي حيمم فرকাশ اهل تل آويو، اسرائيل، و آقاي مسعود عاليخاني ساكن لندن، انگليس را ارائه داد.

دوم - واقعيات و اظهارات

ايسايه دادخواست مدعي شده است كه وي «صاحب و دارنده» چك مورخ 2 ژانويه 1979 (12 دي ماه 1356) مي باشد. وي متذكر شده است كه علت عدم پرداخت چك، مصادرة داراييها و مايملك بانك توسط دولت ايران بوده است. او اظهار داشت كه آقاي فرকাশ، گيرنده فوق الذكر (نام وي در چك اشتبهاً فراشي نوشته شده است) در معامله اي كه چك بابت آن صادر گرديده، «رابط» وي بوده است. نامبرده همچنين نسخه هاي كپي چك و يك فقره «ظهنويسي

مجزا از سند قابل انتقال» بدون تاریخ را که گویا در تاریخ 9 نوامبر 1979 (18 آبان ماه 1358) تهیه شده است، پیوست نمود. متن ظهنویسی به شرح زیر است:

ظهنویسی مجزا از سند قابل انتقال

«بدین وسیله اینجانب حیم فرکاش کلیه حقوق و منافع خود را در مورد و نسبت به چک مورخ 2 ژانویه 1979 (12 دی ماه 1356) که به نام من صادر گردیده است به بنجامین آر. ایسایاه واگذار می‌کنم. یک کپی از چک، پیوست می‌باشد و به موجب این ظهنویسی کلیه حقوق و منافع خود در مورد و نسبت به چک مزبور و عواید ناشیه از آن را به بنجامین آر. ایسایاه منتقل می‌کنم. این انتقال به منزله آن است که چک «در وجه بنجامین آر. ایسایاه» بوده و توسط اینجانب امضا شده است».

حیم فرکاش

(امضا)

ایسایاه بعداً درباره معامله ای که منجر به صدور چک شده بود توضیح داد و

اسناد و شهادتنامه‌ای تسلیم نمود که نشان می‌داد وی در تاریخ 10 ژانویه 1978 (20 دی ماه 1356) موافقتنامه‌ای با شرکت کرایش منعقد کرده که طبق آن ایسایاه در ایالات متحده و کشورهای دیگر آجگو می‌خرد و به ایران حمل می‌کرد و در آنجا به فروش می‌رساند. به موجب موافقتنامه، 25 درصد منافع این مؤسسه به ایسایاه می‌رسید. موافقتنامه توسط ایسایاه مسعود عالی‌خانی به نمایندگی از طرف شرکت کرایش امضا شده است. به علاوه ایسایاه نامه‌ای به عالی‌خانی نوشت و طی آن فرکاش را به‌عنوان نماینده خود جهت تقبل قسمتی از وظایف خویش در ایران منصوب نمود.

در تاریخ 3 نوامبر 1978 (12 آبان ماه 1357) عالی‌خانی نامه‌ای به ایسایاه نوشت و در آن متذکر شد که سهم ایسایاه از منافع تا پایان اکتبر 1978 (9 آبان ماه 1357) بالغ بر 380.000 دلار می‌گردد و از او خواست تا نحوه پرداخت آن را تعیین کند. ایسایاه طی نامه مورخ 18 دسامبر 1978 (27 آذرماه 1357) از عالی‌خانی خواست ترتیبی بدهد که پول در

اول سال از طريق بانك به حساب فرকাশ در اسرئيل منتقل شود و به اين ترتيب به جاي سال 1978 در سال 1379 ثبت گردد. در تاريخ 4 ژانويه (14 دي ماه) فرকাশ به ايساياه نوشت كه چك را دريافت کرده و آن را به حساب گذاشته است و «تا شما نحوه انتقال اين وجوه را تعيين نماييد، آن را در حساب خود نگاهداري خواهيم كرد». در تاريخ 13 ژانويه (23 دي ماه) فرকাশ مجدداً نامه‌اي به ايساياه نوشت؛ ولي اين بار به وي اطلاع داد كه چك به علت كسر موجودي برگشته است.

خواننده دفاعيات مختلفي را مطرح ساخت؛ از جمله دفاعيات زير را عنوان نمود: ايساياه قانوناً ذي حق نيست، زيرا كه وي گيرنده چك نبوده است كه بتواند بابت آن تعقيب قانوني نمايد؛ بلا اثر بودن ظهرويسي يا واگذاري جداگانه از فرকাশ به ايساياه كه بدون تاريخ و غيرمجاز بوده است؛ عدم صلاحيت ديوان داوري تحت اين اوضاع و احوال؛ الزام قوانين ايران داير بر تأييد مجدد چك توسط صادرکننده بعد از شش ماه از تاريخ صدور و تعقيب قضايي بابت چك در

دادگاه‌های ایران؛ غیرقانونی بودن معامله اصلی و مسائل مربوط به اینکه آیا انتقال ارز خارجی مطابق بخشنامه لازم‌الاجرای بانک مرکزی، مجاز بوده است یا خیر؟

خواهان در مقام معارضه، از جمله، متذکر گردید که: دیوان داور صلاحیت دارد تا به ادعای ایسایاه - به‌عنوان صاحب ذینفع وجه چک علیه بانک که چک را برگشت داده و وجه آن را نگاه داشته است، رسیدگی کند؛ قید تجدید در مورد چک‌های برگشتی صادق نیست؛ معامله اصلی در آن موقع قانونی بوده است؛ شرایط انتقال ارز خارجی طبق بخشنامه لازم‌الاجرا احراز شده است و بانک اکنون حق ندارد خلاف این واقعیات را اظهار کند.

ضمن پیشرفت جریان دعوی طی مدافعات و در جلسه استماع، یا طرفین از ادامه بسیاری از اظهارات خودداری کردند و یا مسائل مربوط به صلاحیت، عدم ارتباط آنها را به موضوع مسجل ساخت. در نهایت امر موضوعات اصلی عبارت از این بود که آیا در مورد مالکیت موضوع ادعا استمرار تابعیت وجود داشته که دیوان داور جهت

رسیدگی به دعوی صالح باشد و آیا برای اثبات ادعای ایسایاه مبنی بر دارا شدن غیرعادلانه خوانده مدارک، قانع‌کننده می‌باشد یا خیر؟

سوم - صلاحیت

خواهان با ارائه گواهی کسب تابعیت، تابعیت آمریکایی خود را اثبات نمود. با اینکه وی اصلاً هندی بوده، در سال 1972 به تابعیت آمریکا درآمده است. بانک ملت، به جانشینی بانک بین‌المللی ایران معترف است و بنابراین به‌عنوان خواننده، جانشین بانک مزبور می‌باشد. بانک ملت یک بانک دولتی است و بدین قرار واژه «ایران» به ترتیبی که در بند 3 ماده هفت بیانیة حل و فصل دعاوی تعریف گردیده است، شامل آن می‌شود.

تنها مسأله مشکلی که در مورد صلاحیت مطرح می‌گردد، استمرار تابعیت در رابطه با ادعا است:

«برحسب مورد، «دعاوی اتباع» ایران و یا ایالات متحده عبارت از دعاوی است که مالکیت آنها از تاریخ تحقق

تا تاریخ انعقاد این موافقتنامه
مستمرأ در دست اتباع آن کشور بوده
باشد...».

تا آنجا که ادعای ایسایاه بر چک
(منظور چک برگشتی است) متکی می‌باشد، وی
با مشکلی معلوم و لاینحل مواجه است؛
زیرا چک به نام یک نفر اسرائیلی صادر
شده است. بنابراین موقعی که ادعا به علت
برگشت شدن چک به وجود آمد، صرفنظر از
اینکه وی به عنوان ذی‌نفع از چک ذی‌نفع
می‌شده یا خیر، به دلیل آنکه او در آن
موقع صاحب چک نبوده است، نمی‌توانست
دعوی را مستقیماً تعقیب نماید. ظهروییسی
جداگانه چک که بعداً از طرف فرکاش به
نام ایسایاه صورت گرفت، یعنی ظهروییسی
چک پس از به وجود آمدن ادعا. حتی اگر
ایسایاه به موقع خود صاحب چک هم شده
بود - که ظاهراً چنین کاری انجام نشده
است - شرایط بیانیه در مورد استمرار
مالکیت دعوی را تأمین نمی‌کند؛ زیرا
ایسایاه بابت ظهروییسی چک چیزی
نپرداخته و ظهروییسی به صورت جدا از چک

انجام گرفته بود.¹ لذا دیوان حاضر جهت رسیدگی به ادعای ایسایاه بابت خود چک، به عنوان اینکه وی حسب الادعا در موقع خود دارنده چک بوده است، صلاحیت ندارد. بدیهی است که ایسایاه می‌تواند است دعوی علیه شرکت کرایش به موجب معامله اصلی - یعنی سهم وی از منافع حاصله از خرید و فروش آبجو - اقامه نماید. برفرض اگر بتوان اثبات نمود که شرکت مزبور در تاریخ 19 ژانویه 1981 (29 دی ماه 1359) تحت کنترل دولت ایران بوده است، دیوان داور جهت رسیدگی به چنان دعوی صلاحیت می‌داشت؛ اما ایسایاه چنین ادعایی ندارد و در نتیجه چنان دعوی در دیوان مطرح نیست.

استدلال² ایسایاه این است که اقامه دعوی وی مبتنی بر دارا شدن غیرعادلانه بانک است؛ زیرا وجوهی به بانک داده شده که وی صاحب ذی‌نفع آن وجوه بوده و بانک جهت بهره‌برداری خود و به زیان وی وجوه

1. رجوع شود به:

Chapter II of Annex I to the Geneva Convention on Bills of Exchange of 1932 the United States Uniform Commercial Code, Sec. 3-302.

2. ایسایاه این استدلال را در دادخواست خود مطرح ساخته است؛ بلکه پس از تعویض وکیل، استدلال مزبور را ضمن مدافعاتش به میان آورده است.

مزبور را نگاه داشته است. وي مي‌گويد كه اين چك، يك چك معمولي نبوده است كه در صورت برگشت خوردن، موجب بروز ادعا عليه صادرکننده چك - خواه بابت چك و خواه بابت بدهي اصلي - بشود؛ بلکه چك مزبور يك چك بانكي بوده كه توسط شركت كرايش خريداري شده و صادرکننده آن سلف بانك ملت بوده است. بنابراین در صورت برگشت چك (كه در مورد چكهاي بانكي بسيار نادر است) و ضبط وجوه توسط بانك، صاحب ذينفع وجوه مي‌تواند عليه بانك به علت دارا شدن غيرعادلانه اقامه دعوي نمايد. با اينكه چنين ادعائي تازگي دارد، در صورت اثبات، ديوان داوري با نظر خواهان موافق است كه اين دعوي به علت اينكه قبل از صدور بيانيه الجزاير به وجود آمده و از آن به بعد مستمراً به خواهان تعلق داشته است، ديوان صلاحيت رسيدگي به آن را دارد.

بنابراين ديوان داوري براي عقیده است كه جهت رسيدگي به ادعاي ناشي از دارا شدن غيرعادلانه صلاحيت دارد.

چهارم - ماهيت دعوي

خواهان مداركي ارائه داد كه ثابت مي‌كرد چك مورد بحث در تاريخ 2 ژانويه 1979 (12 دي ماه 1357) توسط بانك بين‌المللي صادر شده و در تاريخ 10 ژانويه 1979 (20 دي ماه 1357) به علت كسر موجودي، چيس منهن بانك از پرداخت آن خودداري کرده بود. شهادت شاهد در جلسه استماع حاكي از اين بود كه به تصور استقرار مجدد تسهيلات اعتباري بانك بين‌المللي نزد چيس، چك را مدتي در چيس منهن گذاشتند و مقامات بانك بين‌المللي در تهران، در مورد پرداخت قريبالوقوع چك بارها به آقاي عاليخاني اطمینان خاطر دارند.

خواهان مداركي به صورت نامه‌هاي مبادله شده بين خود و آقاي عاليخاني و آقاي فرকাশ و نيز شهادت اين دو نفر را در جلسه استماع ارائه داد دال بر اينكه چك از محل 25 درصد منافع سهم ايساياه از واردات آبجو تا پايان اكتوبر 1978 (9 آبان ماه 1357) خريداري شده و طبق درخواست ايساياه قابل واريز به حسابي تحت نام فرকাশ بود.

خواهان اظهار می‌دارد که خواننده به زیان خواهان، غیرعادلانه دارا شده است؛ زیرا خواننده وجوه را از شرکت کرایش بابت پرداخت بدهی آن شرکت به خواهان دریافت کرده، ولی هرگز وجوه مزبور را به خواهان یا کس دیگری پرداخت نکرده است. خواهان مدعی است که ضبط وجوه از طرف بانک، نامشروع بوده و صاحب ذی‌نفع آن - یعنی آقای ایسایاه - حق دارد که وجوه مزبور به وی بازگردانده شود.

نظریه‌های مربوط به بازگردانی، مانند دارا شدن غیرعادلانه و بلاجهت³ در قوانین اغلب ملل یافت می‌شود.⁴ در قوانین ایران، مواد 301 و 303 قانون مدنی به شرح زیر مقرر می‌دارد:

«مادة 301، کسی که عمداً یا اشتبهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت‌کند، ملزم است آن را به مالک تسلیم کند.

مادة 304، کسی که مالی را من غیرحق دریافت کرده است، ضامن عین و

3. Enrichissement Sans Cause.

4. رجوع شود به:

J. Dawson, Unjust Enrichment: A Comparative Analysis (1951).

منافع آن است اعم از اینکه به عدم استحقاق خود عالم باشد یا جاهل».

در حقوق بین‌الملل دارا شدن غیرعادلانه یکی از عناصر مهم مسؤلیت دولت است.⁵ هر چند که دیوان داوران از وجود تصمیمات قضایی دایر بر مسؤل شناختن بانک صادرکننده چک بانکی برگشتی به دلیل دارا شدن غیرعادلانه، در قبال صاحب ذینفع چک اطلاع ندارد، چنین چیزی به هیچ وجه حیرت‌آور نیست؛ زیرا چک‌های بانکی به ندرت برگشت می‌شوند. در هر صورت دیوان داوران معتقد است که شرط انصاف نیست چنین بانکی از زیر بار مسؤلیت در قبال صاحب ذینفع وجوه موضوع چک برگشتی مورد بحث فرار کند و بانک، وجوهی را نگاه دارد که نسبت به آنها هیچ حقی ندارد.

با اینکه می‌توان استدلال کرد چون عملی که موجب دارا شدن غیرعادلانه گردیده — لاقلاً بعضاً — در ایران انجام شده و دارا شدن غیرعادلانه در ایران صورت

5. رجوع شود به:

Whitnan, Digest of International Law 1035-36;

Schwarzenberger, International Law 577-79 (3rd. ed).

گرفته است،⁶ لذا باید قانون ایران در مورد این ادعا به مرحله اجرا گذاشته شود، در عین حال می‌توان این طور هم استدلال نمود که با توجه به اینکه چک برگشتی به‌عهدۀ بانکی در نیویورک صادر گردیده و قسمت اعظم معامله اصلی در خارج از ایران انجام گرفته است، اعمال قوانین ایران، به‌نحوی غیرضروری محدودکننده می‌باشد.

مادة 5 بیانیة حل و فصل دعاوي در این مورد قدرت انعطاف زیادی جهت دیوان داورى قائل است. مادة مزبور مقرر می‌دارد:

«مادة 5، دیوان داورى، اتخاذ تصمیم درباره تمام موارد را براساس رعایت قانون انجام خواهد داد و مقررات حقوقی و اصول حقوق تجارت و حقوق بین‌الملل را به کار خواهد برد و در این مورد کاربردهای عرف بازرگانی، مفاد قرارداد و تغییر اوضاع و احوال را در نظر خواهد گرفت».

6. See Batiffol and Lagarde, *Traité de Droit International Privé*, No. 561 (6e ed); Dicey and Morris, *Conflict of Law*, Rule 170 (1980).

طبق قاعده مزبور، دست دیوان داوری در اعمال اصول کلی حقوق در موردی نظیر پرونده حاضر باز است؛ هرچند دلیلی وجود ندارد که با اعمال قوانین ایران، نتیجه متفاوتی حاصل شود.

با اینکه بانک در جریان مدافعات کتبی، دفاعیه‌های زیادی را به میان کشید، سرانجام دفاعیه بانک مزبور در مقابل دارا شدن غیرعادلانه بر پایه این ادعا قرار داشت که ایسایاه به هنگام برگشت چک، صاحب ذینفع و جوه موضوع چک نبوده و به منظور احراز صلاحیت دیوان داوری جهت رسیدگی به دعوی، حقوق مربوط به جوه بعداً به وی انتقال داده شده است. بانک به نظریه دارار شدن غیرعادلانه فی حد ذاته ایرادی نگرفت؛ بلکه نسبت به استحقاق ایسایاه با استناد به تئوری مزبور ایراد داشت. بانک ملت در تأیید دفاعیه خود هیچ مدرکی ارائه نداد. بانک به اعتبار شهادت خواهان و دو نفر شهود وی و سندیت مدارک مستند او اعتراض کرد؛ اما هیچ مدارکی از خود ابراز ن نمود. در واقع

بانك تلويحاً گفت كه مدارك ارئه شده خواهان ساختگي بوده تا دعوي، يك دعوي آمريكايي جلوه داده شود؛ در حالي كه در حقيقت، طرف اصلي حق يا فرকাশ بوده است يا عاليخاني. بانك متذكر گرد يد كه عاليخاني روي كاغذهاي ماركدار شركتهاي مختلف نوشته و حق نداشته است كه از طرف شركت كرايش يا ايسايه قرارداد ببندد. عاليخاني جواب داد كه وي در آن موقع از طرف شركت كرايش كه يكي از شركتهاي متعلق به خانواده او بود، وكالت داشته كه امضا نمايد و نبايد به اينكه وي از كاغذهاي ماركدار شركتهاي مختلف استفاده کرده است، اهميتي داده شود. وي گفت كه كليۀ كاغذهاي او از جمله وكالتنامه، در ايران مانده است و او ديگر به كاغذهاي مزبور دسترسي ندارد.

خواننده به ظهروني سي جداگانه چك توسط فرকাশ اشاره مي كند و آن را دال بر اين مي خواند كه خواهان حقوق خود را فقط پس از برگشت شدن چك تحصيل کرده است. خواهان در جلسه استماع اظهار داشت كه به منظور روشن شدن حقوق خواهان در قضيه، ظهروني سي مدتها بعد از برگشت چك

توسط چیس منهنن درخواست شده بود. به هر حال این قبیل ظهننویسی توسط گیرنده چک به معنی صرفنظر کردن از این سؤال که صاحب ذینفع وجه چک چه کسی است، محسوب نمی‌گردد.

دیوان داوری خاطرنشان می‌سازد که خواننده به جز ابراز سوءظن هیچگونه مدرکی در تأیید دفاعیه خود ارائه نداد. ظاهراً شرکتهای متعلق به خانوانده عالیخانی از جمله شرکتهایی بوده که از طرف جمهوری اسلامی ایران صادره شده‌اند و بنابراین گویا خواننده به اسناد دسترسی دارد.

دیوان داوری کپی مدارک زیر را در اختیار دارد:

الف - موافقتنامه مورخ 10 ژانویه 1978 (20 دی ماه 1356) بین شرکت کرایش و ایسایاه جهت خرید آبجو در خارج و فروش آن در ایران. طبق این موافقتنامه سهم ایسایاه از منافع 25 درصد است.

ب - موافقتنامه مورخ 22 ژانویه 1978 (2 بهمن ماه 1356) که طبق آن فرکاش به‌عنوان نماینده ایسایاه جهت توسعه و

مدیریت تجارت آبجو در ایران منصوب شده است.

ج - نامه مورخ 3 نوامبر 1978 (12) آبان ماه 1357) عالیخانی که طبق آن شخص اخیر به ایسایاه اطلاع داده که سهم وی از منافع تا پایان اکتبر (9 آبان ماه) 380.000 دلار است.

د - نامه مورخ 18 دسامبر 1978 (27) آذرماه 1357) ایسایاه به عالیخانی دایر بر تقاضای ارسال پول در اسرع وقت ممکنه بعد از اول سال به حساب حییم فرکاش در اسرائیل.

ه - نامه مورخ 4 ژانویه 1979 (14) دی ماه 1357) به ایسایاه که ضمن آن نامبرده به شخص اخیر اطلاع داده که چکی حاوی مبلغ سهم ایسایاه از منافع، از بانک بین‌المللی ایرانی خریداری شده و طبق دستورالعمل به حییم فرکاش داده شده است.

و - نامه مورخ 4 ژانویه 1979 (14) دی ماه 1357) فرکاش به ایسایاه که طی آن به وی اطلاع داده که پول را وصول کرده است و تا دریافت دستورالعمل از ایسایاه آن را در حساب خود نگاه می‌دارد.

این مدارك كه با شهادت معتبر در جریان استماع مورد تأیید قرار گرفته است، يك دعواي بديهي را به وجود مي‌آورد حاكي از اينكه وجه چك متعلق به ايساياه بوده و ادعاي وي در مورد پول از تاريخ برگشت چك معتبر بوده است. با فقدان مدارك معارض، مدارك مزبور قاطع مي‌باشد. در مورد طرح دفاعيه براساس ممنوع بودن فروش آبجو در ايران، ديوان داوري متذکر مي‌شود كه فروش آبجو در آن موقع در ايران قانوني بوده است.

راجع به تخلف ادعائي از مفاد بخشنامه بانك مركزي در مورد ارز خارجي، ديوان داوري خاطر نشان مي‌سازد كه بانك ملت نه مدعي شده و نه اثبات کرده كه بانك مركزي به موجب بخشنامه از تأیید ارز خارجي واجبالادايي كه بانك ملت مطالبه نموده امتناع کرده است. به علاوه خواننده در مدافعة خود توضيح داده كه علت برگشت چك فقط آن بوده است كه چيس مهنن بانك تسهيلات اعتباري را كه قبلاً در اختيار بانك ملت قرار داده بود ناگهان لغو کرده و كوششهاي بانك جهت برقراري مجدد تسهيلات اعتباري نزد چيس

مذهنتن بانك با ناكامي مواجهه شده و نتيجتاً چك، پرداخت نگرديده است. اين توضيح با اين ادعا كه بانك مركزي براي كنترل ارز خارجي، مانع پرداخت در اين مورد شده است، منافات دارد. به هر صورت مقررات ارزي ارتباطي به ادعاي مربوط به دارا شدن غيرعادلانه ندارد.

بنابراين ديوان داوري معتقد است كه خواننده - بانك ملت - مبلغ 380.000 دلار آقاي ايساياه را بناحق از تاريخ 10 ژانويه 1979 (20 دي ماه 1357) ضبط کرده است و ايساياه استحقاق دريافت گراممتي به مبلغ مزبور را دارد.

پنجم - بهره

حكم بهره يقيناً مجاز و منوط به نظر ديوان داوري است. در اين مورد دليلي در دست نيست كه بانك بين المللي ايران يا جانشين آن بانك ملت، عامداً خواهان را از دسترسي به پولش محروم کرده باشد. برعكس مدارك نشان ميدهد كه بانك كوششهاي بي نتيجه اي به عمل آورده است كه مجدداً تسهيلات اعتباري خود نزد چيس مذهنتن بانك را برقرار ساخته و بدین

وسيله بتواند چك را پرداخت نمايد. با توجه به اوضاع و احوال خاص اين پرونده، ديوان داوري از دادن حكم به بهره امتناع مي‌كند.

هزینه‌ها

هر يك از طرفين مسؤول پرداخت هزینه‌هاي داوري مربوط به خود مي‌باشد.

حكم

حكم ديوان داوري به شرح زير است: خوانده - بانك ملت - متعهد است كه مبلغ 380.000 دلار آمريكا به خواهان - بنجامين آر. ايسايه - بپردازد. اين تعهد بايد از حساب تأميني كه طبق بند 7 بيانيه مورخ 19 ژانويه 1981 (29 دي ماه 1359) دولت دموكراتيك و مردمی الجزاير افتتاح گردیده است، پرداخت شود.

هر يك از طرفين اين ادعا هزینه‌هاي داوري مربوط به خود را تقبل خواهد كرد. بدین وسيله اين حكم جهت اطلاع به كارگزار امني به رياست ديوان داوري تسليم مي‌گردد.

لاهه ،

مورخ 30 مارس 1983 برابر با 10 فروردین ماه
1362

1- مواضع اساسي خواهان در رابطه با صلاحیت دیوان

– خواهان در دادخواست خود که به تاریخ 1360/10/21 تسلیم دیوان کرده بحثی راجع به صلاحیت دیوان ننموده بلکه خود را مالک و دارنده چک معرفی و درخواست رسیدگی کرده است.

– خواهان در یادداشتی که تحت عنوان «اطلاعات تکمیلی در تأیید ادعا و پاسخگویی به لایحه دفاعیه خواننده» در تاریخ 1361/5/4 ثبت کرده نسبت به مسأله مختلفیه صلاحیت دادگاه صراحتاً بحثی ننموده است. فقط با پیوست نمودن مکاتبات شخصی با افراد معین، سعی کرده دادگاه را قانع سازد که وجه چک متعلق به وی بوده است.

نهایتاً خواهان در یادداشت جلسه استماع که در تاریخ 1361/10/2 به ثبت رسانده اعلام داشته که حق اقامه دعوی را دارد؛ چون آقای فرکاش- دارنده چک – نماینده او بوده است. و سپس این بحث را با مطالب مربوط به تئوری دارا شدن غیرعادلانه که برای اولین بار مطرح کرده، توأم نموده است. این بحث مهم

آمیخته چهار صفحه‌ای با این جمله پایان
می‌یابد:

« از آنجایی که دارای مدعی‌علیه به
نحو غیرعادلانه و به ضرر مدعی اضافه شده
است، لذا مدعی‌علیه مسؤول استرداد [آن]
به مدعی می‌باشد».

2- مواضع اساسی خواننده در عدم صلاحیت دیوان

– خواننده اعلام نموده که وجه چک
وسیله یک ایرانی برای ارسال به بانک
اسرائیل و در وجه آقای فرکاش تبعه
اسرائیل به بانک بین‌المللی ایران داده
شده و بانک مذکور چک را در وجه آقای
فرکاش تبعه اسرائیل صادر کرده است که
در بانک اسرائیل پرداخت گردد.

– باور خواننده این بود که آقای
ایسایاه خواهان آمریکایی نیز ابتدائاً
همین اعتقاد را داشته است؛ چون به موجب
یک ورقه بدون تاریخ و جداگانه، اصل و
وجه چک را از آقای فرکاش خریداری نموده
است. آنچه که مطابق اسناد موجود در
پرونده محرز و غیرقابل تردید است، تعلق

چك و وجه آن به آقای فرکاش تبعه اسرائیل است.

– خواننده اعلام کرده است در صورتی که وجه چك متعلق به خواهان بوده چه لزومی داشته است که خواهان به موجب سند عادی پیوست دادخواست، اصل چك و وجه آن را از آقای فرکاش دارنده واقعی چك انتقال بگیرد؟

– خواننده اعلام نموده است اولاً در لایحه‌ای که برای جلسه رسیدگی نهایی تقدیم می‌شود، خیلی دیر است که خواهان بتواند به کلی پایه و اساس ادعای خود را تغییر دهد؛ یعنی به جای مطالبه وجه چك به استناد اصل چك و ورقه برگشتی چك، درخواست رسیدگی به استناد تئوری دارا شدن غیرعادلانه را بنماید و اصل چك را ندیده بگیرد. ثانیاً استناد به تئوری دارا شدن غیرعادلانه وقتی مجاز است که راه دیگری برای احقاق حق وجود نداشته باشد. خواهان با استناد به اصل چك و اقداماتی که منجر به برگشت چك شده و ورقه عادی انتقال اصل چك و وجه آن به خود، درهای تئوری دارا شدن غیرعادلانه را به روی خود بسته است. ثالثاً موضوع

تئوري دارا شدن غيرعادلا نه به ماهيت دعوي مربوط ميشود نه به صلاحيت دادگاه . پس از بيان مواضع طرفين، اكنون به بررسي و تجزيه و تحليل رأي صادره ميپردازيم .

3- نقابي دروغين بر چهره حقيقت (ورود تبعة اسرائيل به ديوان با نقاب تبعة آمريكا)

اينكه در وراي اين حقيقت محرز و مسلم كه وجه چك متعلق به فرকাশ تبعة اسرائيل بوده (به متن چك و نامي كه روي چك نوشته شده است مراجعه شود)، ببينيم كه دادگاه چه توجيهي براي اينكه فرকাশ اسرائيلي را به جاي ايسايه آمريكايي بنشانند، داشته است؟ دادگاه تحت عنوان «واقعيات و اظهارات» در رأي چنين ميگويد:

«... در معامله اي كه چك بابت آن صادر گرديده، «رابط» وي [ايسايه] بوده است و نامبرده نسخه هاي كپي چك و يك فقره «ظهنويسي مجزا از

سند قابل انتقال⁷ بدون تاریخ را
که گویا در تاریخ 9 نوامبر 1979
(18 آبان ماه 1358) تهیه شده،
پیوست نمود...».

در رابطه با بیان فوق این نکته
قابل توجه است که چرا دادگاه عنوان
«واقعیات» را از «اظهارات» تفکیک
نموده است؟ به علاوه، اینکه دادگاه تحت
این عنوان می‌گوید «رابطه‌ی بوده است»،
آیا این یک بیان واقع است که دادگاه به
آن رسیده، یا اینکه نقل یکی از اظهارات
خواهان است؟ اگر یک واقع است که دادگاه
به آن رسیده، چرا دلیل رسیدن به این
واقع ذکر نشده است؟ و اگر یکی از
اظهارات خواهان است، چرا در بخش
واقعیات ذکر شده است؟ در حالی که
می‌دانیم همیشه واقعیات، مدار حکم
دادگاه را تشکیل می‌دهند. راستی دادگاه
به کدام واقع و برطبق چه شواهد و دلایلی
رسیده است؟ آیا دادگاه این جمله را که
در متن چک نوشته شده «چک در وجه فرکاش

7. منظور سند انتقال چک می‌باشد که به نظر دادگاه در
واقع نوعی ظهنویسی چک است که روی ورقه جدا - و نه در
ظهر چک - نوشته شده است.

و در اسرائیل پرداخت شود»، به صورت «در وجه ایسایاه تبعه آمریکا پرداخت گردد» قرائت نموده است؟ معلوم است که دادگاه به «واقع» دست نیافته و شاید از همین رهگذر نیز بوده که عنوان «واقعیات و اظهارات» را با هم درآمیخته است تا بیاناتش جنبه چندگانگی پیدا نماید.

جالب است که دادگاه در بیان فوق برای ورقه بدون تاریخ خواهان نیز تاریخی مطابق با 9 نوامبر 1979 در نظر گرفته که معلوم نیست این بیان برچه اساسی استوار است. با اینکه خواهان، خود نخواسته و یا نتوانسته است تاریخی ذیل ورقه تسلیمی خود به دادگاه بگذارد، چطور شده که دادگاه با جمله مبهم «... گویا در تاریخ...» آنها تحت عنوان بیان واقعیات، به فکر تعیین تاریخی برای ورقه خواهان بوده است؟

در جای دیگر تحت همین عنوان دادگاه می‌گوید: «ایسایاه بعداً درباره معامله‌ای که منجر به صدور چک شده بود توضیح داد و اسناد و شهادت‌نامه‌ای تسلیم نمود...». و سپس به استناد همین بین نتیجه می‌گیرد

که وجه چك صادر شده در وجه فرکاش متعلق به ایسایاه بوده است.

شهود چه کسانی و اسناد از چه قبیل بودند؟ شهود، آقایان فرکاش و مسعود عالیخانی بودند که به حکایت اسناد و مدارکی که منتسب به آنان بوده و وسیله خواهان به دادگاه تسلیم گردیده، ذینفع بودن آنان در دعوی يك واقعیت مسلم است.

لذا مطابق اصول مسلم قضایی اظهارات آنان از هر سنخی که باشد، نمی‌تواند منطقاً مثبت ادعا و پایه و اساس اصلی صدور رأی باشد. آقاي فرکاش از همان ابتدا با امضای رویه انتقال چك، ذینفع بودن خود در ایجاد صلاحیت برای این دیوان را به اثبات رسانده بود؛ چرا که در غیر این صورت می‌بایست شخصاً با ارائه چك به مقامات قضایی صالح، به تعقیب دعوی خود بپردازد. اینکه شاهد بایستی تمام حقایق را بگوید و غیر از حقیقت چیزی نگوید، در مورد افراد ذینفع در دعوی هم صادق است. محاکم و دیوان‌های داور که خود پایه‌گذار و حافظ اصول قضایی هستند، نبایستی در کاربرد عملی این اصول و موازین تا این حد ایجاد شك

و تردید نمایند. شهود چشم و گوش سازمان‌های قضایی هستند و مراجع قضایی در حل معضلات حقوقی و به هنگام تنگناها از اظهارات شهود که مفروض است بدون شائبه ایراد می‌گردد، استفاده می‌نمایند. ولی در این پرونده به طوری که اسناد و مدارک کتبی و متن دادخواست خواهان حکایت دارد، چکی از طرف بانک بین‌المللی ایران در تهران و در وجه فرکاش اسرائیلی و قابل پرداخت در تل‌آویز صادر شده و بعداً این چک به موجب سند عادی بدون تاریخ به ایسایاه انتقال یافته است؛ در حالی که شهود در جلسه دادگاه عکس این مطلب را بیان داشتند⁸ و اظهارات کتبی خود را فراموش نمودند.

آیا این همان شهادتی است که اصل معروف «تمام حقیقت را گفتن و چیزی غیر از حقیقت نگفتن» در آن رعایت شده است؟ اسناد و مدارک کتبی و کلیه شواهد و امارت منعکس در پرونده، خلاف این را نشان می‌دهند و قاعدتاً نیز دیوان نبایستی برای چنین شهادت‌هایی وزنی قائل

8. شهود در جلسه دیوان اظهار داشتند: وجه چک مورد اختلاف، متعلق به ایسایاه آمریکایی بوده است.

می‌شد. دیوان در ارزیابی نهایی دعوی بایستی به مندرجات صریح متن چک و متن سند عادی دایر به انتقال وجه چک، توجه می‌نمود نه به اظهارات تلقینی و شفاهی افراد ذینفع در دعوی، آنهم هنگامی که این اظهارات با اسناد و مدارک مستند دعوی مبیانت دارد. وظیفه سنگین دادرس و داور در تمیز حق از باطل است، که انجام آن موکول به تشخیص راه و روش صحیح و عادلانه ارزیابی دلایل می‌باشد. فرض جامعه این است که دادرسان و داوران وجدان بیدار جامعه هستند و لذا بر آنان فرض است که پاسدار حرمت اصول و موازین حقوقی باشند.

4- تلاشی کوتاه، نافرجام و گمراه‌کننده

دادگاه در قسمت سوم بحث صلاحیت چنین می‌گوید:

«تنها مسأله مشکلی که در مورد صلاحیت مطرح می‌گردد استمرار تابعیت در رابطه با ادعا است».

و سپس نتیجه می‌گیرد که خواهان از این حیث با مشکلی معلوم و لاینحل مواجه است؛ چون موقعی که چک برگشت شده، وی صاحب چک نبوده است. و آنگاه چنین ادامه می‌دهد:

«... دیوان حاضر جهت رسیدگی به ادعای ایسایاه بابت خود چک، به‌عنوان اینکه وی حسب‌الادعا در موقع خود⁹ دارنده چک بوده است، صلاحیت ندارد».

وقتی که شخص این جملات را می‌خواند ابتدا گمان می‌کند که تعبیری شگفت‌انگیز به رسیدگی نداشته است؛ ولی چند سطر پایین‌تر با تعبیر شگفت‌انگیز مواجه می‌شود و متوجه می‌گردد که دیوان مغلوب و مجذوب تئوری دارا شدن غیرعادلانه و در غیرموضع‌له شده است. چرا تلاش دادگاه کوتاه، نافرجام و گمراه‌کننده است؟ کوتاه و نافرجام بدین سبب است که به ابعاد دفاع خواننده توجهی نشده است. خواننده صحبت از استقرار و استمرار دعوی

9. holder in due course متن فارسی رأی که به امضای داوران رسیده همان است که در متن آمده، ولی عبارت مذکور به معنای دارنده با حسن نیت است.

داشته است؛ ولی دادگاه فقط به استمرار توجه کرده و از همین مقدار توجه خود نیز نتیجه‌ای منطقی نگرفته و دنباله‌مطلب را رها ساخته و به دام پرفریب تئوری دارا شدن غیرعادلانه اسیر آمده است. و از این جهت گمراه‌کننده است که خواننده صریحاً بارها و بارها تأکید نموده که دیوان داوری یک دادگاه خاص است که برای رسیدگی به ادعای اتباع ایرانی و آمریکایی به وجود آمده و آقای فرکاش، دارنده و ذی‌نفع چک مورد بحث، یک اسرائیلی است، و در همین جا خواننده تأکید کرده که در اثر صدور و برگشت چک اصولاً هیچ حقی برای ایسایاه آمریکایی به وجود نیامده است؛ لذا دیوان داوری ایران و آمریکا که یک مرجع اختصاصی است، صلاحیت رسیدگی به دعوی را ندارد. حال این مسأله مطرح است که چرا دادگاه استدلال خود را نه از «استقرار» که از «استمرار» آغاز نموده است؟ دادگاه گرچه ناخودآگاه در لحظه‌ای از ظرف زمان قبول کرده که دارنده چک، فرکاش بوده و لذا عملاً از خود سلب صلاحیت نموده، ولی بلافاصله در دام عبارت دارا شدن

غیرعادلانه اسیر آمده و استقرار را نیز فراموش کرده است.

اینکه چرا دادگاه از استقرار حق اقامه دعوی شروع نکرده در رأی بلاجواب مانده است. به طور کلی و در این پرونده به ویژه استقرار حق از استمرار آن مهمتر و مقدم بر آن می‌باشد و خواننده به استناد همین خلأ، مکرر در مکرر اعلام نموده است که خواهان، فقط حق مراجعه به این دادگاه را ندارد. ولی دادگاه به جای توجه به استقرار حق اقامه دعوی، از استمرار آن صحبت نموده است. این همان جذبه گمراه‌کننده قضیه می‌باشد. وقتی که خواهان، آمریکایی است ولی دارنده و ذینفع واقعی و اولیه دعوی، اسرائیلی، مسلم است که حق اقامه دعوی برای ایسایاه آمریکایی به وجود نیامده که استقرار یا استمراری داشته باشد. در واقع دادگاه می‌گوید که چند برگ کاغذ شخصی و اظهارات تلفنی دو نفر که هر یک به نوعی در دعوی ذینفع بوده‌اند و مؤدای شهادت آنها نیز به خوبی نمایانگر این مطلب بوده و هست، بیش از اصل چک که سند اصلی و مورد قبول طرفین می‌باشد، ارزش و

اعتبار دارد! این است که می‌گوییم دادگاه در استدلال خود گمراه بوده است.

5 - چاره اندیشی بدون سبب برای خواهان

دادگاه پس از توجه نافرجام به عدم استمرار دعوی و اعلام عملی عدم صلاحیت خود به شرحی که گذشت فقط در روی کاغذ، بلافاصله طی چند سطر که باور کردنی هم به نظر نمی‌رسد، برای موجه جلوه دادن دعوی خواهان چاره اندیشی می‌کند و چنین می‌گوید:

«بدیهی است که ایسایاه می‌توانست دعوایی علیه شرکت کرایش به موجب معامله اصلی، یعنی سهام وی از منافع حاصله از خرید و فروش آبجو، اقامه نماید. بر فرض اگر بتوان اثبات نمود که شرکت مزبور در تاریخ 19 ژانویه 1981 (29 دی ماه 1359) تحت کنترل دولت ایران بوده است، دیوان دآوری جهت رسیدگی به چنان دعوایی صلاحیت می‌داشت. اما ایسایاه چنین ادعایی ندارد...».

داد گاه مهم‌ترین سند مورد استناد طرفین یعنی عین چك و بودن اسم آقای فرکاش بر روی آن را مورد تجزیه و تحلیل قرار نداده و معلوم نکرده است که برطبق چه دلیل و حتی قرینه‌ای، بودن نام فرکاش را در روی چك و اینکه چك فقط در وجه وی صادر شده، ندیده می‌گیرد و چطور در مورد مطالبی که به اعتقاد خودش حتی مورد درخواست طرفین نبوده است، به تجزیه و تحلیل می‌پردازد؛ آنهم به این صورت که «... شرکت مذکور در تاریخ 19 ژانویه تحت کنترل دولت ایران بوده است...».

حتی معمول نیست که دولت ایران از وجود چنین شرکتی اطلاع دارد یا خیر، تا چه رسد به مسأله کنترل این شرکت!

6- دارا شدن غیرعادلانه

دادگاه پس از اینکه به چاره‌اندیشی بدون سبب خود خاتمه می‌دهد، بلافاصله وارد بحث در مهم‌ترین و حساس‌ترین نقطه نظرات خود می‌گردد و استدلال ماهوی خود را که پایه و اساس صدور حکم بر آن مبتنی است، تحت همان عنوان قبلی یعنی صلاحیت، مطرح می‌سازد و طوری وانمود

می‌کند که این بحث اصلاً مهم و سازنده نیست؛ چون زحمت این‌که حتی یک عنوان فرعی و یا شماره فرعی به آن بدهد را نیز بر خود هموار نمی‌نماید و حال آن‌که برای مطالب بسیار جزیی، عناوین مشخص در نظر گرفته است. باری دادگاه با این عبارات که فقط به ماهیت قضیه مربوط می‌شود، موضوع صلاحیت خود را حل نموده است:

«استدلال ایسایاه این است که اقامة دعوای وی مبتنی بر دارا شدن غیرعادلانه بانک است. زیرا وجوهی به بانک داده شده که وی صاحب ذینفع آن وجوه بوده و بانک جهت بهره‌برداری خود و به زیان وی وجوه مزبور را نگاه داشته است».

یک سؤال ابتدایی و بسیار ساده این است که آیا تئوری دارا شدن غیرعادلانه به ماهیت دعوی مربوط می‌شود، یا به صلاحیت دادگاه؟ آیا بر فرض که دارایی بانک به زیان آقای فرکاش اسرائیلی افزایش یافته باشد، این امر دیوان داور را برای رسیدگی به دعوی یک تبعه

اسرائیلی علیه يك بانك ایرانی، صالح میگرداند؟ اصولاً چرا دادگاه موضوع تئوری دارا شدن غیرعادلانه را به جای اینکه در بخش مربوط به خود یعنی قسمت چهارم و «ماهیت دعوی» مطرح سازد، آن را در بخش راجع به صلاحیت مطرح نموده است؟ پاسخ از نظر ما ساده و روشن است: چون دادگاه با ملحوظ داشتن عدم استمرار دعوی، منطقیاً میبایست اعتقاد به عدم صلاحیت پیدا نموده و به دنبال همین اعتقاد و مستمر نبودن دعوی برطبق بند 2 ماده 7 بیانیه حل و فصل¹⁰ میبایستی رأی به عدم صلاحیت

10. ماده 7 بیانیه حل و فصل:

«به منظور اجرای این قرارداد:

1. «تبعه» ایران و یا ایالات متحده بدین معنی است: (الف) شخص حقیقی که شهروند ایران و یا ایالات متحده می باشد.

(ب) شرکت و یا شخص حقوقی دیگری که طبق قوانین ایران و یا ایالات متحده و یا هر یک از ایالات و نواحی آن، ناحیه کلمبیا و یا مشترک المنافع پرتوریکو تشکیل یافته باشد؛ مشروط بر اینکه اشخاص حقیقی تبعه آن کشور مجتمعاً به صورت مستقیم و یا غیرمستقیم در چنین شرکت یا شخصیت حقوقی سهمی معادل 50 درصد و یا بیشتر از سرمایه آن را داشته باشد.

2. «ادعاهای اتباع» ایران و ایالات متحده برحسب

مورد عبارت است از ادعاهایی که از تاریخ به وجود آمدن ادعا تا تاریخ رسمیت یافتن این بیانیه مستمراً در اختیار اتباع آن کشور بوده اند، شامل ادعاهایی که به طور غیرمستقیم، از طریق مالکیت سرمایه و یا سایر

دادگاه صادر می‌کند و در صورتی که دادگاه همین جا به موضوع عدم استقرار حق اقامه دعوی برای خواهان آمریکایی به جای تبعه اسرائیلی نیز کمترین توجهی نمی‌نمود، دیگر جای هیچ شک و شبهه‌ای باقی نمی‌ماند که دادگاه به طور قطع و یقین می‌بایستی به استناد بند 1 ماده 7 بیانیه حل و فصل¹¹ ناظر به بند 2 همان

علاقه مالی- در مورد اشخاص حقوقی - در مالکیت این اشخاص بوده‌اند؛ مشروط بر اینکه منافع مالکیت چنین اتباعی، مجتمعاً در زمان اقامه ادعا برای کنترل شرکت یا شخص حقوقی دیگر در حد لازم بوده و علاوه بر آن مشروط بر اینکه شرکت و یا شخص حقوقی، خود در چارچوب این بیانیه حق اقامه دعوی نداشته باشد.

ادعاهایی که به هیأت داوری ارجاع می‌شود، از تاریخ طرح ادعا نزد هیأت داوری، خارج از صلاحیت قضایی دادگاههای ایران و ایالات متحده یا هر دادگاه دیگر خواهد بود.

3. «ایران» یعنی دولت ایران و یا هر نوع سازمان سیاسی فرعی ایران و هر نوع مؤسسه، واحد تشکیلاتی که به وسیله دولت ایران و یا سازمانهای سیاسی فرعی آن کنترل می‌شود.

4. «ایالات متحده» یعنی دولت ایالات متحده و یا هر نوع سازمان سیاسی فرعی ایالات متحده و هر نوع مؤسسه، واحد و تشکیلاتی که به وسیله دولت ایالات متحده و یا سازمانهای سیاسی فرعی آن کنترل می‌شود».

11. ماده 7 بیانیه حل و فصل:

«به منظور اجرای این قرارداد:

1. «تبعیه» ایران و یا ایالات متحده بدین معنی است:

(الف) شخص حقیقی که شهروند ایران و یا ایالات متحده می‌باشد.

ماده، قرار عدم صلاحیت صادر می‌نمود تا دادگاهی که مطابق قانون صالح است،

(ب) شرکت و یا شخص حقوقی دیگری که طبق قوانین ایران و یا ایالات متحده و یا هر یک از ایالات و نواحی آن، ناحیه کلمبیا و یا مشترک‌المنافع پرتوریکو تشکیل یافته باشد؛ مشروط بر اینکه اشخاص حقیقی تبعه آن کشور مجتمعاً به صورت مستقیم و یا غیرمستقیم در چنین شرکت یا شخصیت حقوقی سهمی معادل 50 درصد و یا بیشتر از سرمایه آن را داشته باشد.

2. «ادعاهای اتباع» ایران و ایالات متحده برحسب مورد عبارت است از ادعاهایی که از تاریخ به وجود آمدن ادعا تا تاریخ رسمیت یافتن این بیانیه مستمراً در اختیار اتباع آن کشور بوده‌اند، شامل ادعاهایی که به طور غیرمستقیم، از طریق مالکیت سرمایه و یا سایر علایق مالی- در مورد اشخاص حقوقی - در مالکیت این اشخاص بوده‌اند؛ مشروط بر اینکه منافع مالکیت چنین اتباعی، مجتمعاً در زمان اقامه ادعا برای کنترل شرکت یا شخص حقوقی دیگر در حد لازم بوده و علاوه بر آن مشروط بر اینکه شرکت و یا شخص حقوقی، خود در چارچوب این بیانیه حق اقامه دعوی نداشته باشد.

ادعاهایی که به هیأت داوری ارجاع می‌شود، از تاریخ طرح ادعا نزد هیأت داوری، خارج از صلاحیت قضایی دادگاههای ایران و ایالات متحده یا هر دادگاه دیگر خواهد بود.

3. «ایران» یعنی دولت ایران و یا هر نوع سازمان سیاسی فرعی ایران و هر نوع مؤسسه، واحد تشکیلاتی که به وسیله دولت ایران و یا سازمانهای سیاسی فرعی آن کنترل می‌شود.

4. «ایالات متحده» یعنی دولت ایالات متحده و یا هر نوع سازمان سیاسی فرعی ایالات متحده و هر نوع مؤسسه، واحد و تشکیلاتی که به وسیله دولت ایالات متحده و یا سازمانهای سیاسی فرعی آن کنترل می‌شود».

تئوري دارا شدن غيرعادلانه را مورد
امعان نظر قرار دهد.¹²

در اينجا بايستي توجه شود در صورتي
که ديوان، وجوه پرداخت شده به بانک
بين المللي ايران را از بابت خريد چک
بانکي مورد اختلاف، متعلق به ايسايه
فرض نموده باشد، در واقع اين فرض خلاف
محتويات دادخواست و اظهارات صريح
خواهان و متن چک مورد اختلاف است (به
بندهاي 3 و 4 فوق مراجعه فرماييد) و
لذا مي توان صريحاً اعلام داشت که چنين
فرضي (فرض تعلق وجه به ايسايه) پايه و
اساس حقيقي ندارد.

به هر حال دادگاه با پي مودن راه
ناصواب و طرح تئوري دارا شدن غيرعادلانه
در بخش مربوط به صلاحيت، از مسير صحيح و
اصولي يك دادرس منطقي و منطبق با
موازين قضايي خارج مي شود و خود را از
جهت رسيدگي به دعاوي ناشي از تئوري

12. دعوي مبتني بر تئوري دارا شدن غيرعادلانه به طوري
که کم و بیش در کليه سيستم هاي حقيقي به خصوص حقوق
انگليس و آمريکا به رسميت شناخته شده يك دعوي فرعي
است و با موجود بودن ساير جهات اقامه دعوي، استناد به
اين اصل جايز نيست. بررسي اين اصل نيازمند مجال ديگري
است.

مذکور، صالح اعلام می‌کند و با نگاشتن جمله‌ای به شرح زیر، مهمترین بخش قضیه مطروحه را به ساده‌ترین وجهی حل می‌نماید، و سپس برای موجه جلوه دادن رأی، طی مباحث طولانی و زائد در چندین صفحه به تئوری دارا شدن غیرعادلانه برمی‌گردد. آن جمله این است:

«... دیوان داوری بر این عقیده است که جهت رسیدگی به ادعای ناشی از دارا شدن غیرعادلانه صلاحیت دارد».

دادگاه مسأله صلاحیت خود را با تکیه بر اصلی که هیچ ارتباطی با موضوع صلاحیت ندارد، بلکه امری ماهوی است، حل کرده و تقریباً حکم قضیه را صادر نموده است. مباحث طولانی بعدی در رأی زائد است، زیرا خواننده خود قبول و تکرار نموده بود که پول را دریافت داشته و ذمه او بدهکار است. مباحث طولانی برای رسیدن به همین نتیجه است! این است که می‌توان گفت دادگاه به نوعی انحراف از دادرسی منطبق با موازین قضایی دچار شده است.

کوتاه سخن آنکه در مورد جمله فوق که دادگاه در خصوص احراز صلاحیت خود نوشته این ملاحظات درخور توجه است:

الف - احراز صلاحیت دیوان برای رسیدگی (یا جهت رسیدگی) به دعوی دارا شدن غیرعادلانه، فی‌نفسه موجب صلاحیت دیوان در مانحن فیه نمی‌شود و وصف تبعه آمریکایی به فرکاش اسرائیلی نمی‌دهد. خواهان قبل از اینکه کوچکترین بحثی راجع به سایر مباحث مطروحه بشود، بایستی ابتدائاً و مقدم بر هر موضوعی، اهدایت قانونی اقامة دعوی را مطابق بندهای 1 و 2 ماده 7 بیانیه حل و فصل به اثبات برساند (به پانویس 4 و 5 مراجعه کنید).

ب - خواهان طی دادخواست تقدیمی که در کلیه نظامهای حقوقی دنیا اساس کار و مهمترین سندی است که به دادگاه تقدیم می‌شود، هیچ اشاره‌ای به دارا شدن غیرعادلانه ننموده است؛ برعکس با ابراز سند انتقال چک به خود، صراحتاً اعلام داشته که چک مربوط به فرکاش اسرائیلی را خریداری کرده و به خود انتقال داده است.

پ - خوانده هیچگاه منکر طلب دارنده چک نبوده و همیشه در حد توانایی خود سعی داشته که وجه چک را پرداخت کند و به همین دلیل بوده که بهره، مورد حکم واقع نشده است، و از طرفی همیشه معادل طلب دارنده چک، وجوه نقد در حساب مربوطه وجود داشته و نگهداری می شده و چک مذکور با رعایت مقررات قانونی، قابل پرداخت بوده و خواهان نیز همواره می توانسته است با مراجعه به مراجع قانونی ذیصلاح، پول خود را وصول نماید. لذا در ماهیت دعوی نیز تئوری دارا شدن غیرعادلانه در اینجا قابل استناد نبوده است.

ت - اصولاً دعوایی تحت عنوان دارا شدن غیرعادلانه در موعد مقرر مطرح نشده است که دادگاه خود را صالح به رسیدگی به این دعوی بداند.

ث - مهمتر از همه اینکه چگونه تئوری دارا شدن غیرعادلانه باعث صلاحیت یک دیوان غیر صالح می شود؟ مثلاً اگر یک تبعه بلژیکی با یک تبعه هلندی فرضاً در کاربرد تئوری دارا شدن غیرعادلانه اختلاف پیدا کنند، چگونه می توان گفت که دادگاه

آمریکایی صلاحیت رسیدگی به موضوع را پیدا می‌نماید؟ آیا اینکه یک دانشمند آمریکایی نظر جالبی در رابطه با مسائل تئوری دارا شدن غیرعادلانه ابراز داشته، منطقی است که بگوییم پس دادگاه آمریکایی صلاحیت پیدا نموده است؟

در صورتی که به فرض، دارای فرکاش اسرائیلی، یعنی دارنده و ذینفع واقعی چک مورد اختلاف، به سود بانک ایرانی تقلیل یافته باشد (که اینطور نشده است)، این امر چطور مقررات بیانیة حل و فصل را عوض می‌کند و به دیوان داور ایرانی و آمریکا صلاحیت رسیدگی به ادعای تبعه اسرائیل را می‌بخشد؟

تئوری دارا شدن غیرعادلانه فقط به ماهیت دعوی مربوط می‌شود نه به صلاحیت دادگاه و متأسفانه معلوم و مشخص نیست که چرا دادگاه با استفاده از این تئوری، هم موضوع صلاحیت خود را حل نموده است و هم ماهیت دعوی را. گرچه اگر این رأی درباره ماهیت دعوی از یک مرجع صالح (فی‌المثل محاکم ایران یا آمریکا) به استناد تئوری دارا شدن غیرعادلانه صادر شده بود، به تعبیری بسیاری ضعیف و نادر

و غير اصولي قابل اغماض بود؛ زیرا با باز بودن ساير ابواب اقامة دعوي از جمله وجود رابطه قراردادي، باب تئوري دارا شدن غيرعادلانه مسدود است. ولي اين رأي در مورد احراز صلاحيت دادگاه به هيچ وجه و طبق هيچ اصلي قابل توجيه نمي‌باشد و به گمان ما يك اشتباه بين قضايي است.