

# مجله حقوقی بین‌المللی

نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس  
ریاست جمهوری

## فهرست مطالب

- ♦ نگاهی بر موضوع تفسیر معاهدات در رویه دیوان داوری دعاوی ایران -  
ایالات متحده ..... ۱۳  
دکتر علی قاسمی
- ♦ محدودیت‌های حقوقی شورای امنیت در اعمال تحریم‌های اقتصادی ..... ۲۹  
منصور فرخ سیری
- ♦ جنایات علیه بشریت در حقوق بین‌الملل معاصر ..... ۵۹  
ترجمه امیرساعد وکیل
- ♦ جرم‌انگاری خشونت جنسی در حقوق بین‌الملل کیفری ..... ۱۰۱  
روناک خاک
- ♦ شکلهای نامتقارن بین‌المللی شدن حقوق کیفری ..... ۱۴۷  
میشل مسه، ترجمه روح‌الدین کرد علیوند
- ♦ وضعیت حقوقی منابع نفت و گاز واقع در مرز بین کشورها ..... ۱۶۵  
دکتر جواد کاشانی
- ♦ حق بر غذا، پیش شرط تحقق سایر حقوق ..... ۲۲۱  
علیرضا ابراهیم گل
- ♦ نظارت قضائی بر تشخیص دادستان دیوان بین‌المللی کیفری ..... ۲۴۵  
دکتر حسین آقایی جنت مکان
- ♦ حقوق بشر در سرزمینهای اشغالی ..... ۲۶۵  
دکتر هاجر سیاه رستمی
- ♦ تقلب در اعتبار اسنادی تجاری، اعتبارنامه تضمینی و ضمانتنامه مستقل بانکی ..... ۲۹۱  
ترجمه دکتر ماشاء... بنانیاسری
- ♦ موافقتنامه عمومی تجارت خدمات سازمان جهانی تجارت و تجارت  
بین‌المللی خدمات حقوقی ..... ۲۹۹  
ترجمه مسعود کمالی اردکانی
- ♦ انعقاد قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی در جدیدترین کنوانسیون سازمان  
ملل متحد ..... ۳۱۳  
ترجمه میرحسین کاویار
- ♦ نمایه مقالات شماره‌های ۳۵، ۳۶، ۳۷ و ۳۸ مجله حقوقی ..... ۳۳۵
- ♦ کنوانسیون بین‌المللی حمایت از تمامی اشخاص در برابر ناپدیدسازی اجباری  
(۲۰۰۶) ..... ۳۳۹
- ♦ چکیده مقالات به انگلیسی

۳۹

پاییز - زمستان

۱۳۸۷

## نگاهی بر موضوع تفسیر معاهدات در رویه دیوان دآوری دعاوی ایران - ایالات متحده

دکتر علی قاسمی\*

### چکیده

تفسیر معاهدات از موضوعات مهم، گسترده و در عین حال کاربردی در حقوق بین‌الملل می‌باشد. آراء دیوان دآوری دعاوی ایران - ایالات متحده که بیش از ربع قرن از تأسیس آن می‌گذرد، بر زمینه‌های مختلف حقوق بین‌الملل از جمله تفسیر معاهدات تأثیر به‌سزایی گذاشته است. در نوشتار پیش‌رو، رویه دیوان در موضوع تفسیر معاهدات بحث شده است. تفاسیر دیوان از بیانیه‌های الجزایر و سایر موافقتنامه‌های بین‌المللی حین رسیدگی به دعاوی مختلف، علاوه بر ایجاد سابقه، زمینه‌ساز رویه برای دعاوی بین‌المللی در موارد مشابه بوده که در تحول حقوق بین‌الملل در موضوع تفسیر معاهدات مؤثر می‌باشد. دیوان همواره مفاد کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات به‌ویژه مواد ۳۱ و ۳۲ را ناظر بر موضوع دانسته و بیانیه‌های الجزایر را وفق آن مقررات تفسیر نموده است. از جمله اصول و قواعد استنادی دیوان، اصل «مفهوم متداول» است که براساس آن هر اصطلاح باید در سیاق خود و با توجه به هدف و موضوع معاهده تفسیر شود.

**واژگان کلیدی:** معاهده، تفسیر، دیوان دآوری ایران - آمریکا، بیانیه‌های الجزایر، حقوق بین‌الملل، کنوانسیون وین.

---

\*. عضو هیأت علمی دانشکده علوم قضائی و خدمات اداری، alighasemi2004@yahoo.com

## مقدمه

بیش از ربع قرن از تشکیل دیوان داوری دعوای ایران - ایالات متحده (دیوان داوری لاهه) می‌گذرد. در تأثیرگذاری فعالیت و آراء دیوان بر زمینه‌های مختلف حقوق بین‌الملل و حقوق داوری بین‌المللی تردیدی نمی‌توان داشت. بررسی سوابق دیوان در پرونده‌های مطروحه و آراء صادره در این خصوص بسیار مفید بوده و به غنای مباحث در این رشته کمک شایانی خواهد کرد. در این نوشته نسبتاً کوتاه سعی می‌شود به موضوع تفسیر معاهده در رویه دیوان داوری ایران - امریکا (لاهه) اشاره‌ای شود. پیش از شروع بحث، لازم است چند موضوع مقدماتی خاطرنشان گردد:

در وهله اول، دیوان داوری لاهه نهادی است بین‌المللی، این نهاد به اراده دو دولت یعنی جمهوری اسلامی ایران و ایالات متحده امریکا خلق شده است و سند مؤسس<sup>۱</sup> آن معاهده‌ای بین‌المللی است؛<sup>۲</sup> لذا دیوان داوری لاهه از هر لحاظ تابع حقوق بین‌الملل بوده و اصول و قواعد بین‌المللی بر آن حکومت دارد.<sup>۳</sup> تفاسیر دیوان از بیانیه‌های الجزایر و سایر موافقتنامه‌های بین‌المللی که در دعاوی نزد دیوان مطرح شده، علاوه بر ایجاد سابقه برای دعاوی بین‌المللی در موارد مشابه، در تحول حقوق بین‌الملل در موضوع تفسیر معاهدات مؤثر می‌باشد؛ لذا مطالعه رویه دیوان در این زمینه مفید می‌باشد. دوم، دیوان داوری برای رسیدگی و صدور حکم در موضوعات متنوعی دارای صلاحیت می‌باشد. برخی از این موضوعات به روابط تجاری در محدوده حقوق فراملی (lex mercatorida) ارتباط دارد و برخی دیگر به روابط بین‌الدولی مربوط است و در چارچوب حقوق بین‌الملل عمومی قرار می‌گیرد.<sup>۴</sup> از این رو، آراء دیوان داوری هم حاوی موضوعات متنوعی در خصوص قراردادهای تجاری است مانند تفسیر قراردادهای فورس ماژور، نقض و فسخ

۱. سند مؤسس دیوان یعنی بیانیه دولت الجزایر در خصوص حل و فصل دعاوی یکی از سه سند صادره در تاریخ ۲۹ دی ۱۳۵۹ است که مجموعاً به بیانیه‌های الجزایر معروف هستند. ماده ۱ بیانیه دولت الجزایر در خصوص حل و فصل دعاوی صراحتاً تأسیس دیوان را پیش‌بینی می‌نماید.

۲. بیانیه‌های الجزایر از دید حقوق بین‌الملل معاهدات بین‌المللی محسوب می‌گردد. این مطلب بارها مورد تأیید دیوان داوری لاهه قرار گرفته است و دیوان همواره این اسناد را وفق مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات تفسیر کرده است. دولتمندان ایران و ایالات متحده نیز در مراعاتات خود نزد دیوان این مطلب را مورد تأیید قرار داده‌اند. مراجعه کنید به آراء دیوان در پرونده‌های نامبرده در زیرنویس شماره ۷.

۳. در خصوص ماهیت بین‌المللی دیوان نوشته‌ها و منابع متعددی موجود است. به عنوان نمونه مراجعه کنید به منابع زیر:  
M.Mohebi, International Law Character of Iran-US Claims Tribunal, Kluwer (1992);  
J.R.Crook, "The Applicable Law in International Arbitration: Iran - United States Claims Tribunal" 83 AJIL (1989), p. 278.

۴. ماده ۵ بیانیه حل و فصل دعاوی اختصاص به قانون حاکم بر داوری و موضوعات و مسائل مطروحه نزد دیوان داوری لاهه دارد. متن ماده بدین شرح است: «هیأت داوری در هر مورد براساس رعایت قانون اتخاذ تصمیم خواهد کرد و مقررات حقوقی و اصول حقوق تجارت و حقوق بین‌الملل را به کار خواهد برد و در این مورد عرف بازرگانی و مفاد قرارداد و تفسیرات اوضاع و احوال را در نظر خواهد گرفت».

قرارداد، عقیم شدن قرارداد، تعیین خسارات ناشی از وقایع مذکور و موضوعات متنوع دیگر و هم مشتمل بر موضوعات مربوط به تفسیر معاهدات که به‌نحو موسع در آراء دیوان مورد بررسی و حکم قرار گرفته است. لیکن همان‌گونه که عنوان شد موضوع این نوشته به رویه دیوان درباره تفسیر معاهدات اختصاص دارد و نه قراردادهای تجاری بین‌المللی، سوم، تعداد زیاد دعاوی مطروحه نزد دیوان موجب گردیده مسائل و موضوعات متنوع به دفعات و از جوانب مختلف مورد بحث و جدل حقوقی اطراف دعوی و نهایتاً مورد حکم دیوان قرار گیرد و حجم معتناهایی از موضوعات مربوط به معاهدات بین‌المللی در رویه دیوان داوری لاهه موجود می‌باشد که منبعی غنی و پربار برای مطالعات حقوقی فراهم می‌آورد. چهارم، همان‌گونه که خاطرنشان شد، عمر دیوان اکنون به بیش از ربع قرن می‌رسد و همین امر موجب گردیده که دیوان مجال رسیدگی به همه دعاوی محوله را داشته باشد و ثمره آن یعنی صدها رأی، در دسترس دوایر و مراکز بین‌المللی قرار بگیرد. نکته آخر اینکه، قضات دیوان از میان اساتید برجسته و یا متخصصین دعاوی بین‌المللی انتخاب شده‌اند و اغلب افرادی شاخص و شناخته شده در عرصه حقوق بین‌الملل و دعاوی بین‌المللی بوده‌اند.<sup>۵</sup>

با عنایت به موارد فوق، بدیهی است که آراء دیوان داوری لاهه در سیر تحول و تطور اصول حقوقی بین‌المللی تأثیرگذار بوده است و نقش آنها در این زمینه قابل انکار نمی‌باشد. البته آراء دیوان همگی یک‌دست نمی‌باشد و این عمدتاً به دلیل عمر نسبتاً طولانی دیوان و تالی آن یعنی تغییر قضات بوده است. لیکن در مجموع دیوان سعی در حفظ تداوم و یکنواختی آراء خود داشته و در هر حال اختلاف در آراء مانعی در برابر تأثیر آن آراء در سیر تحول حقوق نیست.

## ۱- تفسیر معاهدات

### ۱-۱- صلاحیت تفسیر معاهدات

معمولاً در معاهدات بین‌المللی مرجعی برای تفسیر مفاد معاهده پیش‌بینی می‌شود. در معاهداتی که موضوع آنها تشکیل مرجع مشخص برای حل و فصل دعاوی است، عموماً همان مرجع رسیدگی، صالح به تفسیر معاهده نیز می‌باشد. در بیانیه الجزایر نیز چنین پیش‌بینی گردیده که دیوان داوری در امر تفسیر بیانیه ذی‌صلاح است. بند (۱۷) بیانیه عمومی این مطلب را چنین پیش‌بینی می‌کند:

---

۵. در بین قضات دیوان، قضات و رؤسای اسبق دیوان بین‌المللی دادگستری، مخبرین کمیسیون حقوق بین‌الملل، اساتید برجسته دانشگاههای جهان و متخصصین برجسته داوری بین‌المللی دیده می‌شود.

«چنانچه اختلافات دیگری در باره تفسیر یا نحوه اجرای هریک از مقررات این بیانیه بین طرفین بروز نماید، هریک از طرفین می‌تواند اختلاف را به هیأت داورى که براساس بیانیه حل و فصل ادعاها ... تشکیل گردیده است و رأى آن لازم‌الاجرا خواهد بود، ارجاع نماید».

بند (۳) ماده ۲ و بند (۴) ماده ۶ بیانیه حل و فصل دعاوى نیز مقررات مشابهی دارد:  
«ماده ۲ (۳) - به شرح مفاد مواد ۱۶ و ۱۷ بیانیه مورخ ۲۹ دی ۱۳۵۹ دولت الجزایر (بیانیه عمومی)، دیوان نسبت به هرگونه اختلافی در خصوص تفسیر و اجرای مقررات آن بیانیه صلاحیت خواهد داشت».<sup>۶</sup>  
ماده ۶ (۴) - کلیه موضوعات در خصوص تفسیر یا اجرای موافقتنامه حاضر (بیانیه حل و فصل دعاوى) متعاقب درخواست ایران یا ایالات متحده توسط این دیوان تصمیم‌گیری خواهد شد».

## ۲-۱- رویه دیوان در تفسیر معاهدات

در موارد متعددی دیوان داورى لاهه ناگزیر از تفسیر بیانیه‌های الجزایر و احیاناً سایر معاهدات بین‌المللی بین ایران و ایالات متحده بوده است. در این خصوص دیوان همواره مفاد کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات (کنوانسیون وین) را ناظر بر موضوع دانسته و بیانیه‌های الجزایر را وفق مقررات آن کنوانسیون و بالاخص مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون مورد تفسیر قرار داده است.<sup>۷</sup> کنوانسیون وین، در امر تفسیر معاهدات روش مبتنی بر نص و معنای

۶. ماده ۱۶ بیانیه عمومی ناظر بر مفاد مواد ۱۲-۱۵ آن بیانیه می‌باشد که در خصوص تعیین تکلیف اموال شاه می‌باشد. از آنجا که تعهدات مندرج در این مواد به‌عهد ایالات متحده می‌باشد، تحت ماده ۱۶ فقط ایران مجاز به درخواست تفسیر از دیوان می‌باشد.

ماده ۱۶ مقرر می‌دارد: «چنانچه بین طرفین اختلافی درباره اینکه آیا ایالات متحده تعهدات مندرج در مواد ۱۲-۱۵ را ایفا کرده است یا خیر، در آن صورت ایران مجاز می‌باشد اختلاف را برای داورى الزام‌آور به دیوان که وفق مفاد بیانیه حل و فصل تشکیل می‌شود ارجاع دهد. هرگاه دیوان به این نتیجه برسد که ایران در اثر قصور ایالات متحده در ایفای آن تعهدات متحمل ضرر گردیده است، آنگاه حکم مقتضی به نفع ایران صادر خواهد کرد. ایران می‌تواند آن حکم را در محاکم کلیه ملل بنابر قوانین‌شان به اجرا بگذارد».

۷. مراجعه شود به پرونده‌های زیر (برای سهولت مراجعه به مجموعه رسمی آراء دیوان، ارجاع به زبان انگلیسی می‌باشد):  
Islamic Republic of Iran and United States of America, Decision No. DEC 32-A18-FT, at 14-15 (6 Apr.1984), reprinted in 5 Iran-U.S. C.T.R. 251, 259; Islamic Republic of Iran and United States of America, Award No. ITL 63 -A15(I.G (-FT, para. 17(20 Aug.1986), reprinted in 12 Iran- U.S. C.T.R. 40, 46; Islamic Republic of Iran and United states of America, Decision No. DEC 62-A21-FT, para. 8 (4 May 1987), reprinted in 14 Iran - U.S. C.T.R. 324; Islamic Republic of Iran and United States of America, Award No.382-B1-FT, part 47(31 Aug. 1988), reprinted in 19 Iran- U.S. C.T.R.273,287; Islamic Republic of Iran and United States of America, Partial Award No. 590-A15 (IV) A24-FT, para. 73 (28 Dec.1998); Islamic Republic of Iran and United States of America, Partial Award No.597-A11-FT, part. 181 (7 Apr.2000).

عادی عبارات را در پیش گرفته است. بند (۱) ماده ۳۱ کنوانسیون وین مقرر می‌دارد: «معاهده با حسن نیت و منطق با معنای معمولی که باید به اصطلاحات آن در سیاق عبارت و در پرتو موضوع و هدف معاهده داده شود، تفسیر خواهد شد».

لازم است در مورد نتیجه‌گیری‌های دیوان در خصوص مفاهیم مندرج در این ماده بسیار مهم توضیحی داده شود. در وهله اول، سیاق عبارت (context) به چه معنی است؟ بند (۲) ماده ۳۱ کنوانسیون وین مقرر می‌دارد که سیاق معاهده عمدتاً شامل متن معاهده است که البته متن معاهده، پیش‌نویس و نیز ضمائ آن را در برمی‌گیرد. علاوه بر این، وفق بند (۲) ماده ۳۱ کنوانسیون، توافقات بعدی طرفهای معاهده نیز مشمول عنوان سیاق معاهده می‌گردد. دیوان دآوری لاهه نیز در این خصوص پیرو مقررات فوق اعلام نظر نموده است که سیاق عمدتاً همان متن کامل معاهده می‌باشد که باید در تفسیر هر بخش و هر جزء از معاهده مدنظر باشد.<sup>۸</sup>

از مواردی که اکثراً مورد اختلاف طرفین دعوی نزد دیوان بوده است معنی عبارت «موضوع و هدف» معاهده (object and purpose) می‌باشد. منظور از این عبارت چیست و کدام بخش از معاهده موضوع و هدف آن را روشن می‌سازد. دیوان در موارد متعدد به این نتیجه رسید که موضوع و هدف معاهده مهمترین بخش از سیاق معاهده می‌باشد ولی به خودی خود بخش مستقلی از معاهده نیست. در پرونده الف - ۲۸، دیوان به صریح‌ترین شکل ممکن این مطلب را بیان نمود:

«موضوع و هدف معاهده مهمترین بخش سیاق معاهده می‌باشد؛ لیکن موضوع و هدف عنصر مستقلی از سیاق نیست. موضوع و هدف معاهده را نمی‌توان منفک از الفاظ آن ملاحظه نمود بلکه جزو لاینفک متن می‌باشد؛ لذا وفق ماده ۳۱ کنوانسیون وین موضوع و هدف معاهده صرفاً برای روشن‌تر شدن متن مورد استفاده قرار می‌گیرد و نه برای اینکه از آن معنای مستقلی برخلاف متن استخراج کرد».<sup>۹</sup>

پیش از این رأی نیز دیوان در پرونده الف - ۱۷ نتیجه‌گیری مشابهی به دست داده بود:

---

۸. به‌عنوان نمونه مراجعه کنید به تصمیم شماره ۱۳۰ مورخ ۲۹ آذر ۱۳۷۹ (۱۹ دسامبر ۲۰۰۰) دیوان در پرونده الف - ۲۸ (زیرنویس ۱۴ تصمیم)، متن انگلیسی: در مجموعه آراء دیوان (انتشارات گروسیوس) جلد ۳۶.  
۹. همان، بند ۵۸ تصمیم. در این نتیجه‌گیری دیوان به منبع زیر استناد کرد:

D.J.Harris, Cases and Materials on International Law, Sweet & Maxwell, London (1998), p.814.

«موضوع و هدف معاهده مبنای مستقلى براى تفسير محسوب نمى شود بلکه در تصميم گيرى نسبت به معانى واقعى متن معاهده به عنوان عوامل کمكى و فرعى به حساب خواهد آمد».<sup>۱۰</sup>

در عين حال، همان گونه که ذيلاً ملاحظه خواهد شد، در پرونده الف - ۱ ديوان اهميت زيادى به موضوع و هدف معاهده قائل گرديد و در واقع اين عبارت مستقلاً مبنای اصلى تفسير بيانيه الجزاير قرار گرفت، ليکن در آنجا ديوان به اين نتيجه رسيد که متن بيانيه الجزاير در خصوص موضوع مورد اختلاف صراحتى نداشته و لذا ديوان ناگزير است به وسايل ديگر مراجعه کند.

در مجموع ديوان در تفسير معاهده در وهله اول نص آن را مورد نظر قرار داده است. به عنوان مثال در پرونده الف - ۲۸ که موضوع آن تعهد ايران به ترميم حساب امانى (يا حساب تضمينى) موضوع بند (۷) بيانيه عمومى بود، ديوان به استناد ماده ۳۱ کنوانسيون وين و پيرو روش تفسير براساس نص معاهده تصريح کرد از آنجا که متن ماده ۷ روشن و واضح مى باشد نيازى به توسل به وسايل ديگر تفسير ديده نمى شود. در بند (۷) بيانيه عمومى، ايران متعهد شده است که اجازه ندهد موجودى حساب امانى ديوان از مبلغ ۵۰۰ ميليون دلار کمتر باشد. در عين حال ماده ۷ صراحت دارد که موجودى اين حساب انحصاراً براى پرداخت احکام ديوان به نفع خواهانهاى امريكايى مصرف خواهد شد. در اوایل دهه ۱۹۹۰ ميلادى موجودى حساب از حداقل مزبور پائين تر آمد ولى ايران مبادرت به ترميم آن ننمود. استدلال ايران در اين خصوص اين بود که با تقليل دعاوى نزد ديوان، موجودى باقىمانده در حساب امانى براى پاسخگويى به دعاوى نزد ديوان کفايت مى کند.

ايران با استناد به متن ماده ۳۲ کنوانسيون وين استدلال مى کرد که استناد انحصارى به متن بيانيه، منجر به تفسيرى زايد و بلااستفاده خواهد گرديد؛ زيرا اگر هدف از افتتاح حساب امانى انحصاراً پرداخت مبلغ احکام به خواهانهاى امريكايى باشد و مبلغ باقىمانده در حساب براى آن هدف كافى باشد، اولاً موضوع و هدف ماده ۷ بيانيه عمومى به نحو مقتضى حاصل شده است و ثانياً هرگونه تفسير مغاير و در نتيجه الزام ايران به واريز مبالغ بيشتر به حساب امانى منجر به وضعيتى غيرضرورى و غيرمعقول خواهد شد که صراحتاً خلاف مفاد کنوانسيون وين در خصوص تفسير معاهدات مى باشد.

ليکن اکثريت ديوان با استناد به نص بيانيه عمومى، نظر ايران را نپذيرفت و حکم نمود که وفق تصريح بند (۷) آن بيانيه، تا زمانى که رئيس ديوان گواهى پايان رسيدگى به پرونده هاى

۱۰. تصميم شماره ۳۷ مورخ ۲۸ خرداد ۱۳۶۴ (۱۸ ژوئن ۱۹۸۵) ديوان در پرونده الف - ۱۷، متن انگليسى: در مجموعه آراء ديوان (انتشارات گروسيوس)، جلد ۸، صص ۲۰۰ و ۲۰۱.

دیوان و اجرای احکام را صادر نکرده است، ایران باید حساب امانی را در سطح پانصد میلیون دلار حفظ کند.

به استناد ماده ۳۱ کنوانسیون وین، دیوان حکم می‌کند که متن ماده ۷ واضح و عاری از ابهام است و لذا محلی برای تفسیر دیگری باقی نمی‌گذارد. با تفسیر مبنی بر نص معاهده بدون تردید می‌توان نتیجه گرفت که ایران متعهد است در جهت حفظ موجودی حساب امانی در حد ۵۰۰ میلیون دلار، هر زمان که بانک مرکزی الجزایر به اطلاع ایران برساند که موجودی حساب امانی کمتر از ۵۰۰ میلیون دلار می‌باشد، مبالغ لازم برای حفظ سطح مقتضی به حساب واریز کند و حساب را تا زمانی که رئیس دیوان بانک مرکزی الجزایر را از پرداخت کلیه احکام مطلع نماید، در آن سطح حفظ کند.<sup>۱۱</sup>

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، اکثریت دیوان در این پرونده بیش از حد لازم و در حد افراط به نص معاهده متوسل شده است و با این کار به هدف و موضوع معاهده اهمیت لازم نداده و تفسیری ارائه نموده که در واقع منجر به نتیجه‌ای غیرمعقول گردیده است. همان‌گونه که خاطرنشان شد در کنوانسیون وین سعی زیادی شده است که چنین وضعی پیش نیاید و تفسیر معاهده به نتیجه‌ای غیرمعقول ختم نشود. ماده ۳۲ کنوانسیون وین در این خصوص صراحت دارد که در تفسیر معاهده بنابر مفاد ماده ۳۱ (معنای عادی نص معاهده) هرگاه روند تفسیر حاکی از نتیجه‌ای آشکارا نامفهوم یا غیرمعقول باشد، لازم است به نص عمل نشده و برای ایضاح مطلب به وسایل دیگری متوسل شد. در خصوص این مورد مقررات بیانیه الجزایر صراحت دارد که موضوع و هدف افتتاح حساب امانی چیزی نیست جز تضمین پرداخت احکام دیوان و موجودی حساب امانی غیر از آن هدف مصرف دیگری نخواهد داشت. طبعاً در چنین وضعیتی اعمال انتزاعی مفاد ماده ۳۱ و الزام ایران به حفظ موجودی حساب در سطح ۵۰۰ میلیون دلار بدون اینکه منفعت عقلایی برآن الزام متصور باشد، به این معنی است که موضوع و هدف معاهده در تفسیر نص مدنظر قرار نگرفته و مضافاً تفسیر به نتیجه نامعقولی منجر شده است.

### ۳-۱- اصول و قواعد تفسیر در آراء دیوان

دیوان دآوری در دعاوی متعدد تفسیری، اصول مهمی از قواعد تفسیر معاهدات را مورد حکم قرار داده و نحوه اعمال آن اصول را تشریح نموده است. در این بخش اصول مزبور و نحوه برخورد دیوان مورد بررسی قرار می‌گیرد:

---

۱۱. تصمیم پرونده الف - ۲۸، مفاد بند (۶۹) تصمیم.



## الف - اصل تفسیر مضیق

این اصل در اولین قضیه نزد دیوان در اوایل تأسیس آن در سال ۱۳۶۰ مطرح شد. دولت جمهوری اسلامی ایران از دیوان تقاضا نمود که ضمن تفسیر مقررات بیانیه‌های الجزایر، نسبت به صلاحیت خود در خصوص دعاوی جمهوری اسلامی علیه اتباع ایالات متحده تصمیم‌گیری نماید.<sup>۱۲</sup>

بند (۱) ماده ۲ بیانیه حل و فصل دعاوی، ترتیبات خاصی در خصوص صلاحیت ذاتی دیوان پیش‌بینی می‌کند که بنابر آن دعاوی قابل طرح نزد دیوان عبارت است از دعاوی اتباع ایران و ایالات متحده علیه دولت دیگر. لیکن ایران با استناد به اصل کلی (ب) بیانیه عمومی عقیده داشت که دیوان، صلاحیت رسیدگی به دعاوی ایران علیه اتباع ایالات متحده را نیز دارا است. اصل مزبور مقرر می‌دارد: « قصد طرفین ... این است که کلیه دعاوی بین هر دولت با اتباع دولت دیگر را لغو و موجبات حل و فصل کلیه این دعاوی را از طریق یک داوری لازم‌الاجرا فراهم نمایند. » به نظر ایران لسان فراگیر این ماده و عدم وجود استثناء صریح در بیانیه حل و فصل برای طرح دعاوی علیه اتباع، به معنای آن بود که دعاوی ایران علیه اتباع ایالات متحده داخل در صلاحیت دیوان می‌باشد.

دیوان داوری در این خصوص، با تمسک به متن بیانیه حل و فصل تفسیر مضیقی از مقررات بیانیه‌های الجزایر به دست داد. به نظر دیوان، دولتین ایران و ایالات متحده در تعیین صلاحیت دیوان به دقت چارچوب و محدوده صلاحیتی آن را ترسیم نموده و اشخاص و موضوعات مشخصی را داخل در صلاحیت دیوان قرارداده و نحوه طرح دعاوی را نیز معین کرده‌اند. دیوان حکم نمود که نص صریح بند (۱) ماده ۲ بیانیه حل و فصل فقط به دعاوی اتباع علیه دولتین اشاره دارد؛ لذا دیوان حق ندارد صلاحیت شخصی خود را بیش از آنچه که طرفین مقرر داشته‌اند توسعه دهد.

لیکن دیوان در آراء بعدی خود نظر خوشی نسبت به اصل تفسیر مضیق نشان نداد. در پرونده الف - ۱ دیوان این اصل را اعمال نکرد بلکه از آن انتقاد نیز نمود. مشروح این قضیه و نظر دیوان در خصوص اصل تفسیر مضیق در صفحات بعد در شرح اصل دیگری خواهد آمد. در پرونده ب - ۱ (ادعای متقابل) نیز دیوان به پیروی از پرونده الف - ۱ اصل تفسیر مضیق را اعمال ننمود. موضوع این پرونده تفسیر بند (۲) ماده ۲ بیانیه حل و فصل دعاوی و امکان ثبت دعاوی متقابل در دعاوی بین دولتین ایران و ایالات متحده بود. بند مذکور مقرر می‌دارد که دیوان نسبت به اختلافات قراردادی ایران و ایالات متحده علیه یکدیگر صلاحیت دارد. برخلاف بند (۱) همین

۱۲. پرونده الف - ۲، جمهوری اسلامی ایران و ایالات متحده امریکا، تصمیم تفسیری مورخ ۳۰ آذر ۱۳۶۰ (۲۱ دسامبر ۱۹۸۱)، متن انگلیسی: در مجموعه آراء دیوان ( انتشارات گروسیوس )، جلد ۱.

ماده (دعاوی اتباع علیه دولتین) که صراحتاً به ثبت ادعای متقابل اشاره دارد، بند (۲) هیچ اشاره‌ای به ادعای متقابل ندارد. ایالات متحده در سال ۱۹۸۲ دعاوی متقابلی در پرونده ب-۱ مطرح کرده بود. ایران نسبت به صلاحیت دیوان به پذیرش ادعای متقابل در دعاوی دولتی اعتراض داشت. به نظر ایران از آنجا که دولتین محدودیتی برای ثبت دعوی علیه یکدیگر نداشتند، عدم ذکر ادعای متقابل در بند (۲) ماده ۲ به معنی عدم امکان ثبت ادعای متقابل در این دعاوی بود. ایران بیش از هر چیز به اصل تفسیر مضیق استناد می‌کرد و استدلال می‌کرد که در دعاوی بین‌المللی مقررات معاهده در خصوص صلاحیت مرجع رسیدگی باید به نحو مضیق تفسیر شود. دیوان استدلال ایران را نپذیرفت و تا آنجا پیش رفت که در ادامه اعتبار این اصل برای تفسیر معاهدات ابراز شک و تردید نمود.<sup>۱۳</sup>

### ب - اصل تخصیص

در پرونده الف - ۲ که در بند قبل به آن اشاره رفت و در خصوص استناد ایران به اصل کلی (ب) بیانیه عمومی، دیوان قاعده تفسیری تخصیص را نیز ناظر بر قضیه تشخیص داد. بنابراین قاعده تفسیری که هم در حقوق بین‌الملل و هم در حقوق داخلی کاربرد وسیعی دارد، در صورت ملازمت دو حکم ظاهراً متناقض در یک قانون یا سند، هرگاه دو حکم مزبور نسبت به یکدیگر حالت عام و خاص داشته باشند، حکم خاص حکم عام را تخصیص می‌دهد. این قاعده در علم اصول در فقه اسلام نیز از وسایل مهم استنباط احکام به شمار می‌رود. به نظر دیوان حکم مندرج در بند (۱) ماده ۲ بیانیه حل و فصل، قانون خاص در خصوص مورد است (lex specialis) و آنچه که در اصل کلی (ب) بیانیه عمومی آمده قانون عام است و بنابر قاعده مشهور (lex specialis derogate generali) بند (۱) ماده ۲ بیانیه حل و فصل ناظر بر قضیه خواهد بود.

به نظر اکثریت قضات دیوان، رابطه عام و خاص بین مقررات اصل کلی (ب) بیانیه عمومی و بند (۱) ماده ۲ بیانیه حل و فصل محرز بود و لذا نظارت قاعده تخصیص بر موضوع کاملاً بجا بود.

در این پرونده دیوان در متن حکم اشاره مستقیمی به کنوانسیون وین ننمود، ولی نوع مباحث و رویه بعدی دیوان حاکی از این است که آن کنوانسیون مدنظر بوده است. کما اینکه در نظر جداگانه قضات ایرانی دیوان در مخالفت با تفسیر اکثریت دیوان صراحتاً به کنوانسیون وین اشاره و استناد شده است.

---

۱۳. قرار اعدادی شماره ۸۳ در پرونده ب - ۱ (حکم مورخ ۹ سپتامبر ۲۰۰۴)، بند ۱۳۴ قرار.

### ج - اصل لزوم رعایت قصد طرفین

کشف قصد طرفین مهمترین وظیفه مرجع تصمیم‌گیری در تفسیر قراردادها و معاهدات است. همه وسایل تفسیر در خدمت این هدف می‌باشد. در پرونده مذکور در فوق (الف - ۲) که اولین قضیه در برابر دیوان بود این اصل در نظر جداگانه داوران ایرانی مطرح شد. داوران ایرانی به لزوم توجه به قصد طرفین قرارداد به جای تمسک به نص قرارداد اصرار داشتند و در این خصوص به چندین قاعده تفسیری در حقوق اسلام، حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل اشاره نمودند. اول، لزوم رعایت قصد طرفین در تفسیر قراردادها (با اشاره به قواعدی مانند «العقود تابعه للقصود» و «العبرة فی العقود للمقاصد والمعانی لا لالفاظ والمبانی»، و دستورالعمل مشابه در ماده ۱۱۵۶ قانون مدنی فرانسه). همان‌گونه که عنوان شد، طبعاً کشف قصد طرفین مهمترین وظیفه مرجع تصمیم‌گیری در تفسیر قراردادها و معاهدات است. لیکن به نظر می‌رسد که داوران ایرانی این اصل را در مقابله با نص قرار داده و نظر بر اغماض نص با کشف قصد واقعی طرفین داشتند. لیکن اکثریت دیوان این نظر را نپذیرفت و خود را مقید به نص دانست. مضافاً، داوران ایرانی عقیده داشتند که هرگاه کشف قصد واقعی طرفین غیرممکن باشد، مفاد معاهده باید با عنایت به انصاف و قانون تفسیر شود و در این راستا به ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی فرانسه استناد می‌کردند. لیکن همان‌گونه که عنوان شد، دیوان خود را مقید به نص معاهده دانسته و حاضر نشد به وسایل دیگر متوسل شود.

### د - کشف قصد طرفین در غیاب نص

در دومین قضیه در زمینه تفسیر معاهده در برابر دیوان یعنی پرونده الف - ۱، چند موضوع برای تفسیر به دیوان تقدیم شده بود که همگی به نحوی به حساب تضمینی موضوع بند (۷) بیانیه عمومی مربوط می‌شد. موضوع اول مورد اختلاف در این قضیه عبارت بود از نحوه استفاده از حساب تضمینی مقرر در بیانیه‌های الجزایر در دعاوی که به صورت مرضی‌الطرفین صلح می‌شود؛ وفق بند (۶) بیانیه عمومی، ایالات متحده متعهد بود که ظرف شش ماه از تاریخ صدور بیانیه‌های الجزایر کلیه سپرده‌های ایران نزد مؤسسات بانکی در ایالات متحده را به یک بانک مرضی‌الطرفین منتقل نماید. وفق بند (۷) بیانیه عمومی، بانک اخیر وظیفه داشت که وجوه دریافتی را تا سقف یک میلیارد دلار به حساب خاصی که برای پرداخت احکام دیوان علیه ایران افتتاح می‌شد هدایت کند و مابقی را به ایران انتقال دهد. حساب منظور در بند (۷) بیانیه عمومی به حساب تضمینی معروف است که اکنون نیز پابرجاست. طرفین در سال ۱۹۸۱ ترتیبات و توافقات خاصی برای افتتاح و نگهداری این حساب منعقد کردند. همان‌گونه که عنوان شد حساب تضمینی منظور در بند (۷) صرفاً برای پرداخت احکام صادره علیه ایران ایجاد شده بود.

اختلاف طرفین در این قضیه حول این مطلب بود که آیا در صورت مصالحه طرفین یک دعوی و ارجاع قضیه به دیوان برای صدور حکم بر مبنای توافق مرضی الطرفین، دیوان باید به بررسی سطحی صلاحیت خود بسنده کرده و در صورت اقناع براساس چنان بررسی، مصالحه را ثبت نماید (نظر ایران) و یا اینکه باید با دقت در توافق طرفین و احراز دقیق صلاحیت و نیز اطمینان از اینکه توافق حاصله با دعوی مطروحه مناسبت معقول دارد نسبت به ثبت مصالحه و صدور حکم مرضی الطرفینی اقدام کند (نظر ایالات متحده).

استدلال ایران بر این مبنا استوار بود که هرگاه طرفین اعتراضی به صلاحیت دیوان نداشته باشند، مناسبتی برای مذاقه دیوان در امر صلاحیت وجود ندارد مگر اینکه محرز شود مصالحه غیرقانونی است. به نظر ایران ماده ۳۴ قواعد آنسیترال (در خصوص مصالحه‌ها) هیچ اشاره‌ای به لزوم دقت دیوان ندارد و کارهای مقدماتی مربوط به تدوین ماده ۳۴ آنسیترال نیز حاکی از چنان بحثی نیست.

دیوان در پاسخ به این سؤال ابتدا به محدوده صلاحیتی خود اشاره کرده و دو سؤال مشخص را برای خود مطرح نمود: اول، دیوان نسبت به دامنه صلاحیت خود تا چه حد باید پیش برود؟ و دوم، آیا لزومی به بررسی معقول و منطقی بودن مصالحه نیز وجود دارد؟

در مورد سؤال اول دیوان ضمن تأکید بر اینکه دامنه صلاحیتی آن محدود است، حکم نمود که پاسخ به این سؤال به صورت «انتزاعی و مجرد» ممکن نیست؛ زیرا مقررات صلاحیتی بیانیه‌ای الجزایر بسیار پیچیده هستند و نمی‌توان بدون در نظر گرفتن شرایط و وضعیت در هر قضیه خاص یک حکم کلی صادر کرد. دیوان به ابراز این مطلب بسنده کرد که در هر مورد مسئله صلاحیت به نحو مقتضی رسیدگی خواهد شد.

در مورد سؤال دوم، دیوان خاطرنشان ساخت که هرگونه مصالحه‌ای فقط در چارچوب ماده ۳۴ قواعد آنسیترال ثبت خواهد شد و وفق آن ماده دیوان ملزم به ثبت هرگونه مصالحه‌ای به صورت حکم مرضی الطرفین نیست و به عبارت دیگر دیوان حق امتناع دارد. دیوان با اشاره به کارهای مقدماتی تدوین و قواعد آنسیترال ادامه داد که اختیار امتناع مطلق نیست و دیوان نباید نسبت به معقول بودن مصالحه به قضاوت از جانب طرفین بنشیند. تنها زمانی می‌توان به اختیار امتناع از ثبت مصالحه متوسل شد که آن مصالحه در چارچوب بیانیه‌های الجزایر مناسب به نظر نرسد.

موضوع دوم عبارت بود از نحوه تعلق بهره حاصله از حساب تضمینی. به نظر دولت ایران تمامی بهره حاصله از حساب تضمینی متعلق به ایران بود و در مقابل ایالات متحده چنین موضع‌گیری می‌کرد که بهره باید به حساب اضافه گردد؛ زیرا متعلق به حساب است. به نظر ایران سقف حساب تضمینی یک میلیارد دلار بود و ایران تعهدی به نگهداری مبالغی بالغ بر آن در

حساب مذکور ندارد. ایالات متحده استدلال می‌نمود که مبلغ یک میلیارد دلار سقف اولیه حساب است و هرگاه بهره‌ای به آن تعلق گیرد موضوع سقف مطرح نخواهد بود. استدلال دیگر ایالات متحده این بود که وفق عرف بانکی بهره به بستانکار حساب منظور می‌شود و ایران فقط زمانی نسبت به باقیمانده وجوه حساب تضمینی ذی‌حق خواهد شد که کار دیوان خاتمه یابد و رئیس دیوان گواهی لازم را صادر کند.

دیوان در این خصوص ابتدا نتیجه‌گیری نمود که بند (۷) بیانیه عمومی حاوی هیچ‌گونه مقرراتی حاکی از تعیین تکلیف بهره حساب نیست؛ لذا در غیاب نص صریح، دیوان چاره‌ای ندارد جز اینکه به وسایل دیگری متوسل گردد. دیوان سه وسیله را مشخصاً مورد توجه قرارداد: الف) قصد مشترک طرفین ب) عرف بانکداری و ج) هدف و مقصود موافقتنامه‌ها در چارچوب کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات.

در مورد الف، ایران به مذاکرات خود با ایالات متحده در اوت ۱۹۸۱ اشاره می‌کرد که طی آن دولت ایالات متحده پیشنهاد انتقال بهره حساب تضمینی به ایران را قبول کرده بود. در این خصوص دیوان خاطرنشان کرد که نمی‌توان به مذاکرات محرمانه به‌منظور حل اختلافات استناد نموده و قصد مشترک طرفین را از آن استنباط کرد، به‌ویژه آنکه پس از آن تاریخ دولت ایالات متحده بارها موضع دیگری در پیش گرفته است؛ لذا نظر دیوان بر این بود که موضوع بهره حساب تضمینی و تعلق آن هیچ‌گاه در مذاکرات طرفین به نتیجه مشخصی منجر نشد و لذا قصد مشترکی قابل استنباط نیست. دیوان از مورد ب) یعنی عرف بانکداری نیز نتیجه قابل اعتنایی کسب نکرد؛ زیرا در مسائل بانکی معمولاً طرفین با صراحت تکلیف چنین موردی را روشن می‌کنند و عرف بانکداری حاکی از قواعد روشنی در مورد شمول حق حبس ناشی از ضمان بر بهره اصل مبلغ نیست.

با توجه به مراتب فوق، دیوان به چارچوب بیانیه الجزایر روی آورد. در این خصوص دیوان به موازنه دقیقی که در بیانیه‌ها بین منافع ایران و منافع ایالات متحده پیش‌بینی شده است اهمیت زیادی قائل شد و نتیجه گرفت که در غیاب تعیین تکلیف موضوع در آن اسناد، وظیفه دیوان در حل و فصل اختلاف ایجاد می‌کند که در وصول به هرگونه راه حلی به حفظ این تعادل عنایت کافی داشته باشد، به‌نحوی که به هیچ‌یک از طرفین ارفاق خاصی نشود و تا حد ممکن وضعیت فعلی تثبیت گردد. راه حلی که دیوان با اکثریت آراء منصفانه تشخیص داد عبارت از این بود که بهره مورد بحث به محض تحقق به حساب جداگانه‌ای واریز گردد و در نهایت به همراه مازاد حساب امانی به ایران بازپرداخت شود، مگر اینکه طرفین توافق دیگری بنمایند. دیوان همچنین حکم نمود که ایران حق دارد برای ترمیم حساب تضمینی وجوه بهره را مورد استفاده قرار دهد.

از موضوعات مهم تفسیری در این تصمیم اصل تفسیر مضیق معاهدات در مواردی که حاکمیت دولتها درگیر در قضیه است می‌باشد. ایران به این قاعده تفسیری در حقوق بین‌الملل استناد نموده و استدلال می‌کرد که معاهدات در مواردی که موجبات تجدید حاکمیت دولتها را فراهم می‌کنند باید به‌نحو مضیق تفسیر شود تا چیزی بیشتر از آنکه یک دولت بدان متعهد شده است بر وی بار نگردد. دیوان قاعده تفسیر مضیق را مورد انتقاد قرار داد و با استناد به نظرات مک‌نیر (McNair)، از مراجع بنام در حقوق بین‌الملل و به‌ویژه حقوق معاهدات،<sup>۱۴</sup> ابراز نظر نمود که هر معاهده‌ای حاوی تعهداتی برای دولت است که موجب تحدید حاکمیت وی می‌گردد. به‌علاوه اعمال این اصل در واقع منجر به محدودیت حاکمیت دولت دیگر می‌شود. معذک دیوان استدلال نمود که راه‌حل ارائه شده تحدیدی بر حاکمیت ایران محسوب نمی‌شود، چه بهره حساب تضمینی در نهایت متعلق به ایران است و ایران می‌تواند از آن برای ترمیم حساب استفاده کرده و در پایان کار دیوان نیز مازاد حساب، به ایران منتقل خواهد شد.

قضات ایرانی دیوان در نظر مخالف خود عدم اعمال قاعده تفسیر مضیق را مورد انتقاد قرار دادند و با اشاره به احکام بین‌المللی مانند *قضیه مناطق آزاد* نزد دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی و نظر مشورتی در خصوص تفسیر معاهده لوزان، آن قاعده را ناظر بر موضوع تشخیص دادند. علاوه بر این، قضات ایرانی به قاعده‌ای از حقوق روم اشاره کردند که به‌موجب آن در صورت تردید در معنای یک عبارت در یک سند لازم است آن عبارت به ضرر تنظیم‌کننده سند تعبیر شود (contra proferentem).

### هـ- عدم امکان کشف قصد طرفین

ممکن است مواردی پیش آید که مرجع رسیدگی وسیله امکان کشف قصد مشترک طرفین را نداشته باشد؛ در سوابق دیوان داوری یک‌بار چنین اتفاقی افتاده است. در ۹ پرونده که دیوان یکجا به آنها رسیدگی کرد و به پرونده‌های «قید مرجع صالح» معروف هستند، طرفین بر سر معنی یک کلمه اختلاف نظر داشتند. بند (۱) ماده ۲ بیانیه حل و فصل مقرر می‌دارد که هرگاه در قراردادی صلاحیت محاکم ایران به‌نحو الزام‌آور قید شده باشد، دیوان صلاحیت رسیدگی نخواهد داشت. در این خصوص ایالات متحده ادعا می‌نمود که کلمه «الزام‌آور» (binding) به پیشنهاد آن دولت در آن بند گنجانده شد و منظور از آن این بود که اگر نظام حقوقی ایرانی نسبت به زمان عقد قرارداد دچار تغییرات اساسی شده باشد، قید صلاحیت محاکم ایران الزام‌آور نخواهد بود. ایالات متحده ادعا می‌نمود که طی مذاکرات و از طریق دولت الجزایر،

---

14. McNair, The Law of Treaties (1961), p.765.

اهمیت این کلمه را به اطلاع ایران رسانده بود. ایران این موضوع را انکار می‌کرد و چنان معنایی را برای آن کلمه به رسمیت نمی‌شناخت. دیوان داوری پس از بررسی دقیق موضوع حکم نمود که نه نص معاهده و نه موضوع و هدف آن و نه هیچ وسیله فرعی تفسیری دیگری برای روشن کردن قصد مشترک طرفین از درج این کلمه کمکی نمی‌کند. سوابق مذاکرات نیز در این مورد صراحتی ندارد. در نتیجه دیوان حکم نمود که امکان کشف قصد مشترک طرفین وجود ندارد و لذا آن کلمه را نادیده خواهد گرفت.

### و - رویه بعدی طرفین

وفق مفاد بند (۳) ماده ۳۱ کنوانسیون وین، در تفسیر معاهده توافقات بعدی طرفین و نیز رویه طرفین معاهده در اجرای آن که حاکی از نوعی توافق بر تفسیر بخشی از معاهده باشد نیز مؤثر در مقام بوده و بخشی از سیاق معاهده محسوب می‌گردد. به عبارت دیگر، در موارد ابهام در معنای مفاد معاهده عملکرد طرفین در اجرای معاهده معمولاً حاکی از برداشت آنان از مفاد آن و نشانگر قصد واقعی طرفین می‌باشد. متن ماده چنین است:

«ماده ۳۱ (۳) - موارد زیر به همراه سیاق معاهده مدنظر قرار خواهد گرفت.

(الف) هر نوع توافق بعدی بین طرفین در خصوص تفسیر معاهده یا اجرای مقررات آن؛

(ب) هرگونه رویه بعدی در اجرای معاهده که حاکی از توافق طرفین در خصوص تفسیر آن باشد؛

(ج) مقررات ذی‌ربط حقوق بین‌الملل که ناظر بر روابط طرفین معاهده باشد».

در پرونده ب - ۱ ( ادعای متقابل ) که قبلاً به آن اشاره شده است، امکان طرح دعوی متقابل از سوی دولتمین در دعاوی دولتی موضوع بند (۲) ماده ۲ بیانیه حل و فصل محل اختلاف بود. نص بیانیه الجزایر در این ماده هیچ اشاره‌ای به ادعای متقابل ندارد و وسایل دیگر تفسیر مانند سوابق مذاکرات طرفین قبل از امضای بیانیه نیز در این مورد ساکت بود. لیکن بعد از امضای بیانیه و ثبت دعاوی دولتی، هر دو دولت (ایران و ایالات متحده) در این‌گونه دعاوی اقدام به ثبت دعاوی متقابل کرده بودند. دیوان داوری لاهه در این خصوص به این نتیجه رسید که رویه بعدی طرفین یعنی ثبت دعاوی متقابل در دعاوی دولتی حاکی از تفسیر مثبت آنان از ماده مذکور می‌باشد. حکم دیوان در این خصوص به شرح زیر است:

«بررسی معنای عادی کلماتی که در بند (۲) ماده ۲ بیانیه حل و فصل به کار رفته و نیز سیاق

این ماده و موضوع و هدف آن هیچ‌یک نتیجه قاطعی در خصوص صلاحیت دیوان نسبت به دعاوی متقابل در دعاوی دولتی به دست نمی‌دهد. لیکن عملکرد بعدی طرفین به وضوح مؤید

این تفسیر است وفق بند (۲) ماده ۲ بیانیه حل و فصل دیوان داوری برای رسیدگی به دعاوی متقابل در دعاوی دولتی واجد صلاحیت می‌باشد. به نظر دیوان این عنصر برای تفسیر ماده قاطع می‌باشد».<sup>۱۵</sup>

در خصوص حکم دیوان در این پرونده لازم به ذکر است که بند (۳) ماده ۳۱ کنوانسیون وین اشاره دارد به رویه بعدی طرفین که حاکی از توافق طرفین بر تفسیر مقررات معاهده باشد. درحالی که در این پرونده به روایت حکم مذکور، ایران از ابتدا به ثبت ادعای متقابل توسط ایالات متحده اعتراض نموده بود و دیوان را واجد صلاحیت به رسیدگی به ادعای متقابل نمی‌دانست؛ لذا نتیجه‌گیری فوق دیوان چندان محکم به نظر نمی‌رسد.

## ۲- نتیجه‌گیری

در این نوشته به بخشی از رویه دیوان داوری در خصوص تفسیر معاهدات اشاره رفت. بدیهی است تفسیر معاهدات از موضوعات مهم و در عین حال گسترده حقوق بین‌الملل می‌باشد. تعداد آراء دیوان داوری لاهه در این خصوص و مسائل متعدد مطروحه در پرونده‌ها نیز شمار قابل توجهی را تشکیل می‌دهد. رویه دیوان در تفسیر معاهدات (بیانیه‌های الجزایر) مبتنی بر ضوابط و احکام مقرر در مواد ۳۱-۳۲ کنوانسیون معاهدات وین بوده است و مانند یک مرجع بین‌المللی عمل کرده است. شیوه دیوان داوری در تفسیر نیز هماهنگ با رویه داوری بین‌المللی بوده است و از این حیث به تحول رویه داوری بین‌المللی کمک رسانده است. با این همه گاه دیوان در تفسیر معاهده (بیانیه‌های الجزایر) تحت تأثیر فضای سیاسی حاکم بر روابط دولتی ایران و امریکا قرار گرفته و بدون توضیح و استدلال کافی نظر داده است. مانند نظر تفسیری دیوان در پرونده‌های نه‌گانه صلاحیتی که اعلام شده کلمه binding در بند (۱) ماده ۲ بیانیه حل و فصل ادعایی زائد است.

---

۱۵. قرار اعدادی شماره ۸۳ در پرونده ب - ۱ (حکم مورخ ۹ سپتامبر ۲۰۰۴)، بند ۱۳۴ قرار.



## محدودیت‌های حقوقی شورای امنیت در اعمال تحریم‌های اقتصادی

منصور فرخ سیری\*

### چکیده

یکی از اقداماتی که شورای امنیت به منظور حفظ و اعاده صلح و امنیت بین‌المللی براساس فصل هفتم منشور اتخاذ می‌نماید، تحریم اقتصادی می‌باشد. مسئله اساسی در رابطه با محدودیت‌های شورا در اعمال تحریم‌های اقتصادی این است که آیا اختیارات شورا را باید کاملاً بی‌حد و حصر و خارج از چارچوب موازین حقوق بین‌الملل تلقی نمود یا اینکه شورا در اعمال تحریم‌های اقتصادی با محدودیت‌هایی از حیث رعایت قواعد و مقررات بین‌المللی مواجه است؟ منطق حقوقی ایجاب می‌نماید که شورای امنیت به عنوان رکنی از یک سازمان بین‌المللی و یکی از تابعان حقوق بین‌الملل، در اتخاذ تصمیمات خود و اجرای آنها پایبند به قواعد بین‌المللی باشد؛ زیرا در غیر این صورت نمی‌توان انتظار داشت نظام امنیت جمعی خواسته‌های کشورهای برخوردار از حاکمیت را تحقق بخشد. بر این اساس شورای امنیت در اعمال تحریم‌های اقتصادی ملزم به رعایت اصول حقوق بین‌الملل عام، قواعد آمره، قواعد خاص منشور ملل متحد و قواعد حقوق بشر و حقوق بشردوستانه می‌باشد.

**واژگان کلیدی:** شورای امنیت، تحریم اقتصادی، محدودیت‌های حقوقی، حقوق بین‌الملل عام، قواعد آمره، منشور ملل متحد، حقوق بشر، حقوق بشردوستانه.

---

\*. عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد بندرعباس، دانشجوی دوره دکترای حقوق بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبائی، farokhsiri87@yahoo.com

## مقدمه

امروزه تحریم اقتصادی به عنوان ابزاری در جهت تضمین اجرای قواعد بین‌المللی و نیز حفظ و اعاده صلح و امنیت بین‌المللی اهمیت فراوانی یافته است. این اقدام از منظر حقوق بین‌الملل اساساً مشروع است، مگر آنکه هدف از آن اعمال فشار و سلطه بر سایر کشورها<sup>۱</sup> و یا مغایر با تعهدات قراردادی کشورها باشد.<sup>۲</sup>

اعمال تحریم‌های اقتصادی در مواردی هم که مشروعیت دارد منوط به رعایت قواعد بین‌المللی می‌باشد و تابعان حقوق بین‌الملل باید در اعمال تحریم‌های اقتصادی، برخی محدودیت‌های حقوقی را بپذیرند و در چارچوب آن اقدام نمایند. در تحقیق حاضر، محدودیت‌های حقوقی شورای امنیت در اعمال تحریم‌های اقتصادی در چارچوب فصل هفتم منشور مورد بررسی قرار می‌گیرد. اما پیش از آن لازم است این موضوع اساسی بررسی شود که آیا شورای امنیت در انجام وظایف خود به موجب فصل هفتم مقید به موازین حقوق بین‌الملل می‌باشد یا خیر؟ طبق یک دیدگاه، شورای امنیت در انجام وظایف ناشی از فصل هفتم منشور، هیچ‌گونه محدودیتی ندارد و تشخیص شورا مقید به حقوق بین‌الملل نمی‌باشد.<sup>۳</sup>

به عقیده این دسته از صاحب‌نظران، بند (۱) ماده ۱ منشور به نحوی تنظیم گردیده است که دست شورای امنیت را در اجرای فصل هفتم منشور کاملاً باز گذاشته و آن را محدود به موازین حقوق بین‌الملل ننموده است.

طبق بند (۱) ماده ۱ منشور یکی از اهداف ملل متحد عبارت است از:

«حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و به این منظور، اتخاذ اقدامات جمعی مؤثر برای پیشگیری و رفع تهدیدات علیه صلح و سرکوب اعمال تجاوزکارانه یا سایر موارد نقض صلح و تعدیل یا فیصله اختلافات یا وضعیت‌های بین‌المللی که ممکن است به نقض صلح بیانجامد از راه‌های مسالمت‌آمیز و مطابق با اصول عدالت و حقوق بین‌الملل».

۱. مجمع عمومی سازمان ملل متحد طی قطعنامه‌های متعددی از جمله قطعنامه‌های ۲۱۳۱ (۱۹۶۵)، ۲۶۲۵ (۱۹۷۰)، ۵۸/۱۹۸ (۲۰۰۳) و ۶۲/۱۸۳ (۲۰۰۷) فشار اقتصادی را محکوم کرده است.

۲. موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت (گات) تحریم اقتصادی از سوی اعضای سازمان تجارت جهانی را در روابط با یکدیگر ممنوع ساخته است؛ با این حال طبق ماده ۲۰ این موافقتنامه تحریم‌های اقتصادی به منظور تضمین رعایت حقوق بین‌الملل بشر مجاز می‌باشد. در این مورد مراجعه کنید به:

Cleveland. Sara. H. "Human Rights Sanctions and International Trade: A Theory of Compatibility", Journal of International Economic Law, Oxford, March 2002, vol. 5. Iss.1. pp. 133-189.

3. Kelsen. Hans, The Law of the United Nations, New York, Prager Inc., 1951, P. 294. Cited by M. Shervin Majlessi, "Economic Sanctions in the United Nations Security System: Recent Developments, in: Economic Sanctions In International Law, Edited by Laura Picchio Forlati and Linos-Alexander Sicilianos, The Center for Studies and Research in International Law and International Relations, The Hague Academy of International law, Martinus Nijhoff Publishers (2004), p. 552.

آن دسته از نویسندگانی که قایل به عدم محدودیت اختیارات شورای امنیت در اجرای وظایف ناشی از فصل هفتم منشور می‌باشند، چنین استدلال می‌کنند که بند (۱) ماده ۱ منشور شامل دو جزء است؛ جزء نخست آن به حفظ صلح و امنیت از طریق اتخاذ اقدامات جمعی مؤثر ارتباط دارد و جزء دوم به حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات مربوط می‌شود؛ از آنجایی که لزوم انطباق با اصول عدالت و حقوق بین‌الملل تنها در جزء اخیر ذکر شده است، شورای امنیت هنگامی که براساس فصل هفتم اقدام می‌نماید، به‌موجب منشور از نظر حقوقی ملزم به رعایت اصول حقوق بین‌الملل نمی‌باشد.<sup>۴</sup>

«در طی مذاکرات کنفرانس سانفرانسیسکو پیشنهاد شد، تنظیم اهداف مندرج در بند (۱) ماده ۱ به‌نحوی اصلاح گردد که (چنین) خوانده شود: «به‌منظور حفظ صلح و امنیت بین‌المللی برطبق اصول عدالت و حقوق بین‌الملل...». در صورت قبول و تصویب این اصلاحیه، شورا صریحاً ملزم می‌شد که توصیه‌ها و تصمیمات خود را در هر دو حالت فوق‌الذکر، بر اصول عدالت و حقوق بین‌الملل مبتنی سازد. اما پیشنهاد مذکور رد شد...»<sup>۵</sup>.

بر این اساس ممکن است به‌نظر برسد که شورا در احراز وجود تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی و اقدام در راستای آن، الزامی به تبعیت از حقوق بین‌الملل ندارد؛ با این وجود، علی‌رغم عدم تصریح منشور به الزام شورا مبنی بر رعایت حقوق بین‌الملل در این زمینه، در گزارشهای کنفرانس سانفرانسیسکو، حقوق بین‌الملل به‌طور ضمنی به‌عنوان مبنای هنجاری منشور ذکر شده است.<sup>۶</sup>

به‌علاوه ارکان سازمان ملل تابعان حقوق بین‌الملل محسوب می‌شوند و در ایفای وظایفشان ملزم به رعایت قواعد حقوق بین‌الملل می‌باشند.<sup>۷</sup>

«در واقع هرچند شورای امنیت یک رکن سیاسی است، اما وظایف شورا منحصرأً جنبه سیاسی ندارد و با توجه به بند (۲) ماده ۲۴ منشور که شورا را موظف نموده است طبق اهداف و اصول ملل متحد عمل نماید و نیز بند (۱) ماده ۱ منشور که تحقق صلح و امنیت بین‌المللی را در پرتو اصول عدالت و حقوق بین‌الملل قابل حصول قلمداد نموده است، شورا موظف به اعمال

4. Kennedy. F, "Libya V. United States: The International Court of Justice and the Power of Judicial Review" 33 Vancouver Journal of International Law. (1993), p. 906.

۵. شایگان، فریده، شورای امنیت سازمان ملل متحد و مفهوم صلح و امنیت بین‌المللی، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص ۲۸.

6. Schacter. Oscar "The United Nations Charter", in: Encyclopedia of Public International Law, Bernhardt, R., (Elsevier Science LTD), Vol. 5, p. 290.

7. Fitz Maurice. Sir Gerald, Namibia Case (dissenting opinion) ICJ Reports (1971), p. 294. www.un.org.

حقوق بین‌الملل می‌باشد و بنابراین شورای امنیت با وجود سرشت سیاسی خود، باید حقوق بین‌الملل را فرا راه خود قرار دهد...»<sup>۸</sup>

اغلب متخصصین حقوق بین‌الملل با قرائت ماده ۲۵ منشور به این نحو که اعضای ملل متحد برطبق این منشور موافقت می‌نمایند، تصمیمات شورای امنیت را قبول و اجراء نمایند، مخالفند. به نظر آنها اساسی‌ترین و مهمترین محدودیت شورای امنیت در ماده ۲۵ منشور ذکر گردیده است. به این معنا که تصمیمات شورای امنیت تنها در صورتی که مطابق منشور اتخاذ گردد و به عبارت دیگر، چنانچه در چارچوب صلاحیت‌های مقرر در منشور بوده و با هیچ‌یک از دیگر اصول اساسی منشور تعارض نداشته باشد، الزام‌آور خواهد بود. این امر نتیجه منطقی این قاعده است که در کلیه نظام‌های حقوقی، فعالیت‌های هر رکن نهادین، براساس قانون تعیین می‌شود.<sup>۹</sup> بنابراین طبق این دیدگاه، تصمیمات شورای امنیت نمی‌تواند عاری از هرگونه محدودیتی باشد. بر این اساس ماده ۲۵ منشور باید چنین خوانده شود:

اعضای ملل متحد موافقت می‌نمایند که تصمیمات شورای امنیت را در صورت انطباق با منشور، قبول و اجراء نمایند.<sup>۱۰</sup>

«نتیجه آنکه، منشور به ارکان سازمان ملل متحد و از جمله به شورای امنیت، اختیارات نامحدود اعطاء نکرده است. در سراسر مقررات ذی‌ربط، تلاشی مجدانه برای وضع معیارهای مشخصی که توسل به اختیارات مربوطه را مشروط نماید، به عمل آمده است»<sup>۱۱</sup>

بنابراین شورای امنیت هنگام اعمال تحریم‌های اقتصادی در چارچوب فصل هفتم منشور، ملزم به رعایت حقوق بین‌الملل می‌باشد. محدودیت‌های شورا که در تحقیق حاضر به بررسی آنها پرداخته می‌شود، شامل اصول حقوق بین‌الملل عام، قواعد آمره، مقررات خاص منشور و قواعد حقوق بشر و حقوق بشردوستانه می‌باشد.

از آنجایی که محدودیت‌های عرفی و معاهده‌ای شورای امنیت در زمینه اعمال تحریم‌های اقتصادی عمدتاً در چارچوب حقوق بین‌الملل بشر و حقوق بشردوستانه بین‌المللی جای می‌گیرند و یا در جایگاه قاعده آمره قرار دارند، در تحقیق حاضر، مباحث جداگانه‌ای به حقوق بین‌الملل عرفی و معاهده‌ای اختصاص نیافته است. ضمناً باید خاطرنشان نمود که برخی از محدودیت‌هایی که بیان

۸. شریف، محمد، بررسی دکترین نامحدود بودن صلاحیت شورای امنیت، انتشارات اطلاعات، تهران، ۱۳۷۳، ص ۱۰۱.  
9. Herdle, Kurt. "Action by the Security Council: Evolving practice Beyond Traditional Peacekeeping", in Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence; Proceedings of the Third Joint Conference held in the Hague, The Netherlands, July 13-15, 1995, (The Hague: T.M.C Asser Institute, 1996), p. 282.

۱۰. شایگان، پیشین، ص ۲۳.

۱۱. همان، ص ۲۵.

گردیده است شورای امنیت نبوده و کشورها و سایر سازمانهای بین‌المللی نیز در اعمال تحریم‌های اقتصادی، ملزم به رعایت آنها می‌باشند.

### الف - محدودیتهای شورا به موجب اصول حقوق بین‌الملل عام

این امر پذیرفته شده است که سازمان ملل متحد و ارکان آن در چارچوب نظام حقوقی بین‌المللی - و نه فراتر یا خارج از این نظام - به فعالیت می‌پردازند. در نتیجه آنها به اصول کلی حقوقی ملتزم می‌باشند.<sup>۱۲</sup> اصول کلی حقوقی طبق ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری در زمره منابع تکمیلی و فرعی محسوب می‌شوند که توسط دیوان و سایر مراجع قضائی هنگام مواجه شدن با موضوعی که مشمول معاهده خاصی نیست و قاعده عرفی مشخصی نیز در مورد آن قابل احراز نمی‌باشد، مورد استفاده قرار می‌گیرند.

برخی عقیده دارند که شورای امنیت موظف می‌باشد از حقوق بین‌الملل عام تخلف ننماید مگر آنکه منشور مشخصاً و در هر مورد خاص اجازه چنین اقدامی را به شورا داده باشد.<sup>۱۳</sup> به بیان دیگر اصول کلی حقوقی به عنوان قواعد عام تا جایی اعمال می‌گردند که مقررات منشور که قواعد خاص محسوب می‌شوند، بر آنها تخصیص وارد ننموده باشند. در واقع در این مورد قاعده تقدم خاص بر عام اجراء می‌شود.

در قضیه لاکربی، قاضی ویرامانتری اظهار داشت:

---

12. Davidson.Elias, "Legal Boundaries to UN Sanctions", The International Journal of Human Rights, vol. 7, No. 4 (winter2003), P.7.

برخی از صاحب‌نظران از جمله فاسبندر معتقدند، از آنجایی که منشور به منزله قانون اساسی نظام بین‌المللی می‌باشد، مقوله حقوق بین‌الملل عام مستقلاً در کنار منشور جایی ندارد، بلکه منشور چارچوب اساسی کلیه قواعد حقوق بین‌الملل موجود در عصر حاضر است و در عین حال بالاترین جایگاه را در سلسله مراتب قواعد حقوق بین‌الملل دارا می‌باشد؛ رک.

Fassbender.Bardo, Quis judicabit?The Security Council, Its powers and Its legal Control:Review Essay, 11European Journal of International Law(2000), pp.219-232.

البته این دیدگاه، قابل ایراد است؛ اعتقاد به قانون اساسی بودن منشور به معنای تقدم آن بر سایر قواعد حقوق بین‌الملل می‌باشد. شأن قانون اساسی، بطلان سایر مقررات مغایر با آن است، حال آنکه منشور ملل متحد مانند هر معاهده دیگری تحت حکومت عهدنامه ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات قرار دارد. (ماده ۵). براساس ماده ۶۴ همین معاهده «اگر قاعده امره جدیدی در حقوق بین‌الملل عمومی به وجود آید، هر معاهده موجود که با آن قاعده امره در تعارض باشد، باطل می‌گردد». شریف، پیشین، ص ۸۱.

13. Akande.Dapo, "The Internatioanl Court of Justice and the Security Council: Is There Room For Judicial Control of Decisions of the Political Organs of the United nations"?46 International and Comparative Law Quarterly (1997), p. 317.

«تاریخ منشور ملل متحد این دیدگاه را تأیید می‌نماید که محدودیت بارز نسبت به اختیارات گسترده شورای امنیت این است که آن اختیارات باید مطابق اصول پذیرفته شده حقوق بین‌الملل اعمال گردند».<sup>۱۴</sup>

التزام شورای امنیت به اصول حقوق بین‌الملل عام در زمینه اعمال تحریم‌های اقتصادی مستلزم رعایت سه اصل مهم می‌باشد که عبارتند از: اصل انسانی بودن، اصل ضرورت و اصل تناسب.

### ۱- اصل انسانی بودن تحریم‌های اقتصادی

اصل انسانی بودن تحریم‌های اقتصادی که به مفهوم رعایت جنبه‌های انسانی در اعمال این گونه تحریم‌هاست، یکی از اصول مهم برگرفته از حقوق بین‌الملل عام می‌باشد. نکته‌ای که لازم است مدنظر قرار گیرد این است که اصل انسانی بودن با اصل رعایت موازین حقوق بین‌الملل بشر متفاوت است، به این معنا که اصل انسانی بودن دایره وسیع‌تری دارد و بسیاری از حقوق انسانی را که در زمره حقوق بشر قرار نمی‌گیرند نیز دربرمی‌گیرد.<sup>۱۵</sup> با این وجود، اصل انسانی بودن با توجه به گستره وسیع خود، مستلزم رعایت حقوق بشر نیز می‌باشد و اعم از حقوق بشر و سایر حقوق انسانی است. اصل انسانی بودن مصادیق متعددی دارد؛ ماده ۲ کنوانسیون سوم ژنو (۱۹۴۹) در بیان حقوق اسیران جنگی، برخی از این مصادیق را ذکر کرده است که عبارتند از: آسایش فردی، بهداشت، محل مناسب زندگی، مواد خوراکی مناسب و مغذی، دسترسی به آب آشامیدنی کافی، پوشاک، مراقبت پزشکی، حق انجام مناسک مذهبی و فرصت انجام دادن فعالیت‌های فکری، آموزشی، تفریحی، ورزش و بازی. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، اصل انسانی بودن از دایره شمول گسترده‌ای برخوردار است و کلیه حقوق انسانی اعم از حقوق بشر و غیر آن را دربرمی‌گیرد.

---

14. I.C.J.Reports (1992), pp. 478 -548.

۱۵. حقوق بشر شامل آن دسته از حقوق مخصوص انسان می‌شود که برای حفظ شأن و کرامت انسان و حمایت از او به‌عنوان موجودی آزاد مورد شناسایی قرار گرفته است و مبنای آن، انسان بودن صرف‌نظر از خصوصیات و ویژگی‌های غیرذاتی او می‌باشد.

«ابتنای منطقی حقوق بشر بر کرامت و منزلت انسانی استوار است و صرفاً از این جهت بر بشر تعلق می‌گیرد و باید مورد توجه قرار گیرد که بشر است و زمان و مکان و قیدی را بر نمی‌تابد». تاموشات، کریستیان، حقوق بشر، ترجمه و نگارش از دکتر حسین شریفی طرازکوهی، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۶، صص ۳۷ و ۳۸ (به نقل از مترجم).

«نتیجه اعمال اصل انسانی بودن به عنوان یک اصل کلی حقوقی بر اقدامات غیرنظامی شورای امنیت، این است که چنین اقداماتی نباید به آن درجه از شدت باشند که انسانها را در معرض شرایط غیرانسانی حیات قرار داده و با خطر بیماری و مرگ مواجه سازند».<sup>۱۶</sup>

## ۲- اصل ضرورت

«اصل ضرورت در هر موردی که به یک مرجع عمومی اختیارات تشخیصی اعطاء شده باشد، کاربرد دارد. چنین مرجعی باید این امر را احراز نماید که اقداماتی که اعمال می کند به منظور نیل به اهداف اساسی که به خاطر آنها ایجاد گردیده، ضروری می باشند. اصل ضرورت در زمینه های متعددی کاربرد دارد که از آن جمله می توان به روابط بین المللی، حقوق بین الملل بشر و حقوق مخاصمات مسلحانه اشاره نمود. از آنجایی که سازمان ملل متحد به اصول کلی حقوق بین الملل ملتزم می باشد، شورای امنیت ملزم به رعایت اصل ضرورت (به عنوان یکی از اصول حقوق بین الملل عام) خواهد بود».<sup>۱۷</sup>

استناد به اصل ضرورت در روابط بین المللی در موارد مختلفی ممکن است انجام پذیرد. به عنوان مثال کشوری که با یک خطر شدید و قریب الوقوع مواجه می گردد و ناگزیر می شود از تعهدات بین المللی خود تخطی نماید به این دلیل که تنها شیوه حفاظت از منافع اساسی اش را در این اقدام می بیند، می تواند به اصل ضرورت استناد نماید.<sup>۱۸</sup> دیوان بین المللی دادگستری در قضیه پروژة سدهای گابچیکو- ناگیماروس تصریح می نماید:

«حالت ضرورت مبنایی شناخته شده در حقوق بین الملل عرفی است که به موجب آن، وصف متخلفانه عملی که منطبق با یک تعهد بین المللی نمی باشد، زایل می گردد».<sup>۱۹</sup>

دیوان همچنین معتقد است که این علت زایل کننده وصف متخلفانه فقط می تواند در موارد استثنائی پذیرفته شود.<sup>۲۰</sup>

---

16. Davidson, Elias, *op.cit.*, p. 10.

17. *Ibid*, p. 10.

18. Article 25 of the Draft Articles on the International Responsibility of States, International Law Commission, at <http://www.un.org/ilc/texts.htm>.

19. ICJ, Case of Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment of 25 September 1997 (summary), p. 5. at <http://www.un.org/ictj/docket/index>.

20. 1997 ICJ Reports, *Ibid*.

برخی از حقوقدانان، ضرورت را یکی از جنبه‌های تناسب محسوب نموده‌اند. به نظر آنان، تناسب در صورتی تحقق خواهد یافت که تحریم اقتصادی، اولاً ضروری باشد و ثانیاً در قبال رفتار متخلفانه طرف مقابل، واکنشی مناسب به شمار آید.<sup>۲۱</sup>

معیار ضرورت با موضوع کارآمدی تحریم نیز ارتباط دارد؛ «برای تحقق شرط ضرورت، برنامه تحریم باید به گونه‌ای طراحی شده باشد که بتوان به نحو متعارف از آن انتظار تحقق بخشیدن هدف مورد نظر را داشت. به عبارت دیگر، رفتار تحریم شونده را تغییر داده و موجب گردد که او از قواعد حقوقی تبعیت نماید».<sup>۲۲</sup>

به بیان دیگر، از آنجایی که معیار ضرورت با امکان تحقق اهداف تحریم، سنجیده می‌شود، رعایت این معیار مستلزم آن است که تحریم از کارآمدی لازم برخوردار بوده و بتواند در تغییر رفتار متخلفانه، مؤثر واقع شود.

نکته دیگر آن است که لازمه اصل حسن نیت، به عنوان یکی از اصول کلی حقوقی، رعایت اصل ضرورت می‌باشد. به عبارت دیگر اصل حسن نیت ایجاب می‌نماید، مرجع تحریم کننده، در اعمال تحریم به اقدامی فراتر از حد لازم مبادرت نوزد. بنابراین، «شورای امنیت هنگام ایفای وظایف خود از جمله زمانی که لازم می‌بیند در برابر تهدید یا نقض صلح واکنش نشان دهد، باید با حسن نیت عمل نماید، در نتیجه لازم است براساس اصل ضرورت اقدام کند».<sup>۲۳</sup>

«با پذیرش این مطلب که اصل ضرورت به عنوان یکی از اصول کلی حقوقی نسبت به اقدامات شورای امنیت قابل اعمال می‌باشد، این نتیجه حاصل می‌شود که هرگونه خدشه به حقوق بشر قابل تعلیق که منطقیاً به عنوان نتیجه این قبیل اقدامات قابل پیش بینی است، باید در جهت نیل به هدف مشروع اقدامات مزبور، ضروری تشخیص داده شود. به عنوان مثال، چنانچه ممنوعیت یا محدودیت مسافرت بین المللی افراد مقیم در کشور مورد تحریم به عنوان بخشی از اقدامات اجرایی غیرنظامی، مورد توافق قرارگیرد باید محرز شده باشد که چنین محدودیتی نسبت به حقوق شهروندان آن کشور برای نیل به هدف مشروع اقدامات مزبور، ضروری است».<sup>۲۴</sup>

21. Geiss.Robin, "Humanitarian Safeguards in Economic Sanctions Regimes:A Call for Automatic Suspension Clauses,periodic Monitoring,and follow-up Assessment of Long Term Effects" Harvard Human Rights Journal,Vol.18,Spring 2005, at www.Law.harvard, p.174.

22. Abi-Saab.George,The Concept of Sanctions in International Law,in United Nations Sanctions and International Law,Vera Gowlland Debbas, Kluwer Law International, 2001, pp. 29- 39.

23. Ibid, pp. 29-39.

24. Abi Saab. George, *op.cit.*, p. 11.



### ۳- اصل تناسب

اصل تناسب با ضرورت ارتباط دارد. گفته می‌شود که «میزان هر محدودیتی باید دقیقاً با ضرورت تناسب داشته باشد و یا متناسب با منفعت بالاتری باشد که به وسیله آن محدودیت، مورد حمایت قرار می‌گیرد».<sup>۲۵</sup>

اصل تناسب صرفاً در ارتباط با اقدامات مشروع و ضروری قابل استناد می‌باشد.<sup>۲۶</sup> بنابراین چنانچه اقدامی از نظر حقوق بین‌الملل نامشروع و متخلفانه باشد، استناد به معیار تناسب به منظور مشروع جلوه دادن آن نمی‌تواند موجه باشد؛ اقدامات متقابل و تصمیمات شورای امنیت در چارچوب فصل هفتم منشور ملل متحد از جمله اقدامات مشروعی می‌باشند که استناد به معیار تناسب در مورد آنها امکان‌پذیر است.

شورای اقتصادی و اجتماعی ملل متحد در بیان معیارها و قواعد راجع به پیشگیری مسئولانه از جرم طی قطعنامه شماره ۳۳ (سال ۱۹۹۷)، آنجا که به تخلف از اصول اشاره می‌کند، اصل تناسب را این چنین مورد تأکید قرار می‌دهد:

«هرگاه اقدامات پیشگیرانه‌ای اتخاذ شود که به اصول مندرج در بندهای (۴) و (۵) خدشه‌ای وارد نیاورد، اما حقوق بشر را تحت تأثیر قرار دهد، لازم است این اقدامات به‌طور دقیق در انطباق با قاعده حقوقی و اصل تناسب به اجراء درآیند».<sup>۲۷</sup>

«اصل تناسب مستلزم آن است که تحریم‌ها متضمن واکنشی مناسب در قبال رفتار کشور مورد تحریم باشد. به این منظور لازم است منافع حاصله از برنامه تحریم بیش از زیانهای ناشی از آن باشد».<sup>۲۸</sup>

تناسب واجد دو مفهوم درونی و بیرونی<sup>۲۹</sup> است؛ تناسب در مفهوم درونی به این معناست که تحریم با هدفی که تحریم‌کننده در ذهن دارد متناسب باشد. به بیان دیگر، تحریم تا جایی متناسب تلقی می‌شود که هدف مورد نظر را محقق سازد.<sup>۳۰</sup> از آنجایی که هدف و مقصود از

25. Chowdhury. Subrata Roy, Rule of Law in a State of Emergency: the Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency, Pinter Publishers, London, (1989), p. 102.

26. Davidson. Elias, *op.cit.*, p. 13.

27. Ecosoc. Resolution 1997/33, 21 July 1997, "Elements of Responsible Crime Prevention: Standards and Norms". Annex, 21 July 1997.

28. Geiss. Robin, *op.cit.*, p. 176.

29. Internal & External proportionality.

30. Cannizzaro. Enzo, "The Role of proportionality in the Law of International Countermeasures", European Journal of International Law (EJIL). Vol. 12, No. 5 (2001), pp. 898-920.

تحریم، یک امر ذهنی و مربوط به عنصر معنوی است، تناسب در این مفهوم به تناسب درونی موسوم گردیده است.

تناسب بیرونی به این معناست که تحریم با توجه به اهمیت منفعت حقوقی مورد حمایت، شدت نقض و آثار ناشی از نقض قاعده، متناسب محسوب گردد.<sup>۳۱</sup>

وجه تسمیه تناسب بیرونی آن است که معیارهای تعیین کننده در این مفهوم، جنبه عینی و بیرونی دارند. نکته شایان ذکر در مورد معیارهای تناسب بیرونی این است که از میان آنها، آثار عینی عمل متخلفانه جنبه کمی دارد و اهمیت منفعت حقوقی که مورد حمایت قاعده نقض شده قرار داشته و نیز شدت نقض قاعده دارای جنبه کیفی می باشد. همچنین آثار حقوقی تحریم برای زیان دیده، تحریم شونده و ثالث، یک معیار کیفی است.

طبق ماده ۵۱ طرح مواد راجع به مسئولیت دولتها، «اقدامات متقابل باید با در نظر گرفتن شدت عمل متخلفانه بین المللی و حقوق مورد بحث، با زیان وارده متناسب باشد».<sup>۳۲</sup>

کمیسیون حقوق بین الملل در این مورد ضمن تفسیر ماده ۵۱، بیان می دارد:

«با توجه به لزوم اطمینان از اینکه اتخاذ اقدامات متقابل نباید به نتایج غیرمنصفانه منجر گردد، تناسب باید نه تنها با در نظر گرفتن عنصر صرفاً کمی زیان وارده بلکه با عوامل کیفی از جمله اهمیت منفعت مورد حمایت قاعده نقض شده و شدت نقض، مورد ارزیابی قرار گیرد».<sup>۳۳</sup>

همچنین کمیسیون عبارت «حقوق مورد بحث» را دارای مفهومی موسع تلقی نموده است. به نظر کمیسیون، «این عبارت نه تنها شامل آثار عمل متخلفانه برای کشور زیان دیده می باشد، بلکه حقوق کشور مسئول را نیز شامل می شود. علاوه بر این، وضعیت سایر کشورهایی که ممکن است تحت تأثیر اقدام متقابل واقع شوند نیز باید مدنظر قرار گیرد».<sup>۳۴</sup>

همچنین دیوان بین المللی دادگستری در قضیه پروژه سدهای گابچیکو-ناگیماروس، ضمن تأکید بر این نکته که آثار یک اقدام متقابل باید با در نظر گرفتن حقوق مورد بحث، با زیان وارده متناسب باشد، تصریح می نماید:

31. Cannizaro.Enzo, *op.cit.*, pp. 898-920.

32. با توجه به اینکه تحریم اقتصادی همانند اقدام متقابل نوعی اقدام واکنشی در حقوق بین الملل محسوب می گردد، معیارهایی که از سوی کمیسیون حقوق بین الملل و سایر نهادهای بین المللی در مورد اقدامات متقابل ارائه شده است، قابل تعمیم به تحریمهای اقتصادی نیز می باشد.

33. ILC, Commentary to Article 51 of Draft Articles on State Responsibility, *op.cit.*, p. 343, para.4.

34. *Ibid*, para. 6.

«چکسلواکی با اعمال کنترل بر منابع مشترک و در نتیجه، محروم ساختن مجارستان از حقوق خود در برخورداری منصفانه و معقول از سهم منابع طبیعی رود دانوب به همراه تغییر مسیر دانوب که آثار مداومی بر محیط زیست منطقه داشته است، اصل تناسب را که در حقوق بین‌الملل لازم شمرده شده، رعایت نکرده است.....»<sup>۳۵</sup>.

در واقع، دیوان علاوه بر در نظر گرفتن آثار عینی تغییر مسیر دانوب، آثار حقوقی اقدام چکسلواکی را که موجب محرومیت مجارستان از حقوق خود در برخورداری منصفانه و معقول از منابع طبیعی دانوب گردیده، مدنظر قرار داده است.

براین اساس، چنان که کمیسیون حقوق بین‌الملل در تفسیر ماده ۵۱ طرح مواد راجع به مسئولیت دولت بیان داشته است، دیوان بین‌المللی دادگستری در این قضیه همانند دیوان داوری در قضیه خدمات هوایی، اصل تناسب را صرفاً از جنبه کمی مورد ارزیابی قرار نداده بلکه کیفیت حقوق مورد بحث را نیز به عنوان یک مسئله اساسی در نظر گرفته است.<sup>۳۶</sup>

تناسب هرگز به معنای تشابه و تساوی نیست؛ زیرا در این صورت، به عنوان مثال، نقض شدید حقوق بشر در طول اعمال تحریم اقتصادی به منظور مقابله با نقض شدید حقوق بشر در یک کشور مجاز خواهد بود که امری غیرمنطقی است.

نکته دیگر در ارتباط با اصل تناسب این است که طولانی شدن تحریم اقتصادی در شرایطی ممکن است معیار تناسب را دستخوش تغییر نماید. «ممکن است با به وجود آمدن تغییراتی در کشور مورد تحریم، اقدامی که در آغاز معمولی و متناسب بوده به یک اقدام ویرانگر و نامتناسب تبدیل گردد».<sup>۳۷</sup>

البته عکس این موضوع نیز صادق است؛ به این معنا که ممکن است تغییرات ایجاد شده، تحریمی را که ابتدائاً نامتناسب بوده است به اقدامی متناسب تبدیل نماید. همچنین این امکان وجود دارد که با تغییر شرایط در کشور مورد تحریم، تحریم‌هایی که در آغاز متناسب بوده‌اند، کارایی و تأثیرگذاری اولیه خود را از دست بدهند و به صورت اقداماتی بیش از حد ملایم درآیند.

در هر صورت، با تغییر شرایط و اوضاع و احوال، تغییر و تعدیل تحریم‌ها به منظور رعایت اصل تناسب، ضروری خواهد بود.

35. ICJ.Reports (1997), Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), *op.cit.*, p. 7.

36. ILC, Commentary to the Draft Article 51 on State Responsibility *op.cit.*, para.4.

37. Geiss.Robin, *op.cit.*, p.177.

در قضیه تحریم‌های شورای امنیت بر ضد عراق، مبنای اولیه اعمال تحریم‌ها وادار ساختن عراق به خروج از کویت و پایان دادن به اشغال آن کشور بود، اما پس از آنکه عراق نیروهای خود را از کویت خارج ساخت، هدف تحریم‌ها تغییر یافت و جلوگیری و محروم ساختن عراق از داشتن تسلیحات کشتار جمعی به عنوان هدف اصلی تحریم‌ها مطرح گردید. تحریم‌های گسترده در واکنش به تجاوز عراق به کویت متناسب بودند، اما واکنش در برابر تخلفات تسلیحاتی عراق شایسته تحریم‌های کمتری بود و می‌بایست به تحریم تسلیحاتی محدود می‌گردید.<sup>۳۸</sup>

ذکر این نکته نیز ضروری است که طولانی شدن مدت تحریم بدون بروز تغییرات اساسی در وضعیت کشور مورد تحریم، به خودی خود، تناسب را منتفی نمی‌سازد؛ زیرا هرچند تشدید تحریم‌ها بدون در نظر گرفتن اصل تناسب مجاز نمی‌باشد، اما تداوم تحریم‌ها به منظور نیل به هدف مورد نظر مجاز است. در این مورد می‌توان به توقیف ذخایر طلای آلبانی توسط انگلستان اشاره نمود؛ پس از آنکه آلبانی از اجرای رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه تنگه کورفو سر باز زد، انگلستان به مدت ۵۰ سال ذخایر طلای این کشور را توقیف نمود تا آنکه سرانجام آلبانی به اجرای رأی دیوان تن داد.<sup>۳۹</sup>

#### ب- محدودیتهای شورا به موجب قواعد آمره

این دیدگاه که شورای امنیت دست کم به قواعد آمره ملتزم می‌باشد مورد مناقشه نیست.<sup>۴۰</sup> آنچه که درباره آن اتفاق نظر وجود ندارد این است که آیا شورای امنیت منحصرأ ملزم به رعایت قواعد آمره می‌باشد؟

38. O'Connell.Mary Ellan, "Debating the Law of Sanctions", European Journal of International Law (EJIL), vol. 13. No.1(2002), p. 78.

39. Ibid, p.77.

۴۰. در مورد لزوم تبعیت سازمانهای بین‌المللی از قواعد آمره مراجعه کنید به مقاله سید قاسم زمانی، «جایگاه قاعده آمره در میان منابع حقوق بین‌الملل»، مجله حقوقی، ۱۳۷۷، شماره ۲۲، صص ۲۹۹-۳۲۵ و نیز آلکساندر ارکلش ویلی، «تأثیر قواعد آمره حقوق بین‌الملل بر تفسیر و اجرای قطعنامه‌های شورای امنیت»، ترجمه و تحقیق از دکتر سید قاسم زمانی، مجله پژوهشهای حقوقی، ۱۳۸۴، شماره ۷، صص ۵۵-۹۹. لازم به ذکر می‌باشد که نخستین سند حقوقی بین‌المللی که تعریفی از قاعده آمره ارائه نموده است، عهدنامه ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات می‌باشد. طبق ماده ۵۳ این عهدنامه «قاعده آمره حقوق بین‌الملل عام، قاعده‌ای است که از سوی جامعه بین‌المللی کشورها در کل به عنوان قاعده‌ای که تخلف از آن مجاز شمرده نشده است (تخلف ناپذیر) و تنها از طریق یک قاعده بعدی حقوق بین‌الملل عام با همان ویژگی قابل تغییر باشد، پذیرفته و به رسمیت شناخته شده است». تعریف مذکور، هرچند طبق مفاد عهدنامه، خاص همان سند است، اما در مجموع می‌توان آن را - به رغم برخی ابهامات، ایرادات و کاستیها - به عنوان یک تعریف کلی از قواعد آمره پذیرفت. رک. دکتر محمد رضا ضیائی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، انتشارات گنج دانش، چاپ بیست و چهارم، ۱۳۸۵، صص ۹۲ و ۹۳.

این عقیده که شورای امنیت فقط ملزم به رعایت قواعد آمره می‌باشد، پذیرفتنی نیست؛ زیرا این نهاد به‌عنوان یک رکن اصلی سازمان ملل متحد، باید وظایف خود را براساس اساسنامه سازمان و نیز قواعد عام حقوق بین‌الملل و قواعد آمره و همچنین معاهدات بین‌المللی انجام دهد. این نکته را نیز باید مدنظر قرار داد که قاعده آمره منبع مستقلاً محسوب نمی‌گردد بلکه وصف و ویژگی سایر منابع حقوق بین‌الملل از جمله معاهدات عام و حقوق بین‌الملل عرفی می‌باشد. به عبارت دیگر قواعد آمره از حیث منشأ تکوین و تکامل همواره به معاهدات عام و حقوق بین‌الملل عرفی متکی هستند. نتیجه‌ای که از احراز شخصیت حقوقی بین‌المللی سازمانهای بین‌المللی استنباط می‌گردد این است که این سازمانها علاوه بر آنکه باید وظایفی را بر مبنای اساسنامه خود انجام دهند، به همان ترتیب ملزم به رعایت کلیه اصول حاکم بر حقوق معاهدات، در رابطه با معاهداتی هستند که به‌عنوان یک شخصیت حقوقی بین‌المللی با دولتها و یا سایر سازمانهای بین‌المللی منعقد می‌نمایند.<sup>۴۱</sup>

دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی مشورتی ۲۰ دسامبر ۱۹۸۰ در خصوص تفسیر معاهده ۱۹۵۱ میان سازمان بهداشت جهانی و دولت مصر اشعار می‌دارد:

«سازمانهای بین‌المللی تابعان حقوق بین‌الملل می‌باشند و بر این اساس موظف به رعایت تعهدات ناشی از قواعد عام حقوق بین‌الملل، اساسنامه خود و معاهداتی که ممکن است عضو آن باشند، خواهند بود».<sup>۴۲</sup>

«قواعد آمره می‌تواند محدودیتهای شناخته شده متعددی را که نسبت به اختیارات شورای امنیت می‌توان از منشور، اصول کلی حقوق بین‌الملل و عرف استنباط نمود، تکمیل نماید».<sup>۴۳</sup>

عنوان فصل سوم طرح مواد راجع به مسئولیت دولت، نقض شدید تعهدات ناشی از قواعد آمره حقوق بین‌الملل عام می‌باشد. کمیسیون حقوق بین‌الملل در تفسیر خود اشعار می‌دارد: «آن دسته از قواعد آمره که صراحتاً پذیرفته شده و مورد شناسایی قرار گرفته‌اند، عبارتند از ممنوعیت تجاوز، ژنوسید، برده‌داری، تبعیض نژادی، جنایات بر ضد بشریت و شکنجه و حق تعیین سرنوشت».<sup>۴۴</sup> سایر مصادیقی که در تفسیر کمیسیون آمده است عبارتند از: تجارت برده و آپارتاید، ممنوعیت شکنجه طبق تعریف ماده ۱ کنوانسیون ضد شکنجه و سایر رفتارها یا

۴۱. شریف، پیشین، ص ۶۶.

42. Interpretation of The Agreement of 25 March 1951 Between The WHO and Egypt, Advisory Opinion of 20 December 1980. Summaries of judgments, Advisory opinions and Orders of the International Court of Justice. 1948-1991, United Nations, New York, 1992, p. 100.

43. Davidson. Elias, *op.cit.*, p.15.

44. ILC, Commentary to Article. 26, para. 5.

مجازات‌های وحشیانه، غیرانسانی یا موهن و قواعد اساسی حقوق بشردوستانه بین‌المللی قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه.<sup>۴۵</sup>

فهرست مذکور عمداً به صورت تمثیلی تنظیم گردیده و جنبه حصری ندارد و برای تکمیل آن باید تفسیر شماره ۲۹ کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد را نیز مدنظر قرار داد.<sup>۴۶</sup>

کمیته مزبور، به اعمال زیر به عنوان تخلف از قواعد آمره اشاره نموده است:

«سلب خودسرانه حیات، شکنجه و رفتارهای غیرانسانی و موهن یا تخطی از اصول بنیادین

محاکمه عادلانه از جمله اصل برائت».<sup>۴۷</sup>

کمیسیون حقوق بین‌الملل قواعد آمره را در ارتباط با موجبات زوال وصف متخلفانه و مشروعیت اقدامات متقابل نیز مورد اشاره قرار داده است. از آنجایی که تحریم‌های اقتصادی همانند اقدامات متقابل اعمالی واکنشی محسوب می‌شوند و برای آنکه از مشروعیت برخوردار باشند، در دارا بودن برخی از شرایط با اقدامات متقابل وجه مشترک دارند، نظر کمیسیون به تحریم‌های اقتصادی نیز قابل تعمیم می‌باشد. ضمن آنکه برخی از دیدگاه‌های کمیسیون بیانگر قواعد عرفی و یا اصول کلی حقوقی است.

طبق قسمت (د) بند (۱) ماده ۵۰ طرح مواد راجع به مسئولیت دولت، اقدامات متقابل نباید بر تعهدات ناشی از قواعد آمره، تأثیر بگذارند. چنانکه کمیسیون در تفسیر ماده ۲۶ بیان داشته است، به عنوان مثال ژنوسید توجیه‌کننده ژنوسید متقابل نیست.<sup>۴۸</sup>

بر این اساس اصولاً اتخاذ تحریم‌های اقتصادی مغایر با موازین حقوق بشر در قبال نقض حقوق بشر مجاز نخواهد بود، مگر آنکه در چارچوب اصول ضرورت و تناسب، اهمیت حقوق بشری که هدف تحریم‌های اقتصادی حمایت از آنهاست، بیش از حقوقی باشد که از رهگذر اعمال تحریم‌های اقتصادی نقض می‌شوند.

سؤالی که در اینجا مطرح می‌گردد این است که آیا ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد به تعارض میان تصمیمات شورای امنیت و قواعد آمره تسری می‌یابد یا خیر؟<sup>۴۹</sup>

45. ILC, Commentary to Article.40, paras. 3-5.

46. Clapham. Andrew, Human Rights Obligations of Non-State Actors, Oxford University press, 2006, p. 88.

47. General Comment. No. 29, Article.4: Derogations during a State of Emergency, para.11, adopted 24 JULY 2001, UN Doc.HRI/GEN/1 /Rev.6, 12 May 2003.

48. ILC. Commentary to Article.26, para. 4.

۴۹. طبق ماده ۱۰۳ منشور: «در صورت تعارض میان تعهدات اعضاء ملل متحد به موجب این منشور و تعهدات آنها طبق هر موافقتنامه بین‌المللی دیگر، تعهدات آنها به موجب منشور، مقدم خواهد بود».

در این مورد دو نکته وجود دارد؛ نخست اینکه ماده ۱۰۳ منشور صرفاً به تعهدات اعضاء سازمان ملل متحد اشاره نموده است و نه تعهدات ارکان سازمان از جمله شورای امنیت؛ آیا می‌توان گفت تعهدات ارکان سازمان به‌موجب منشور نیز بر هر معاهده بین‌المللی مقدم می‌باشد؟<sup>۵۰</sup> اولاً، به‌نظر می‌رسد که ماده ۱۰۳ در مقام بیان ارجحیت منشور بر هر معاهده دیگر در چارچوب نظام حقوقی ملل متحد می‌باشد؛ از آنجایی که روابط میان ارکان سازمان و اعضاء آن و نیز تصمیمات ارکان سازمان نسبت به دولتهای عضو و غیرعضو، باید در چارچوب این نظام حقوقی تنظیم و اجراء گردد،<sup>۵۱</sup> ماده ۱۰۳ منحصر به دولتهای عضو نبوده و سازمان ملل متحد و ارکان آن را نیز شامل می‌شود.

ثانیاً، هرچند مقررات منشور از جمله ماده ۱۰۳ در معاهده‌ای چندجانبه وضع گردیده که ارکان سازمان طرف آن معاهده نبوده‌اند، اما این امر مانع از تسری این ماده و به‌طور کلی مقررات منشور به سازمان و ارکان آن نخواهد بود.

«از حیث حقوقی سازمان موجودیتش را از سند مؤسس می‌گیرد اما طرف سند مؤسس نمی‌باشد. با این وجود، کلیه ارکان چنین سازمانی باید مقررات معاهده مؤسس را رعایت کنند. دلیل این امر را باید در موضوع این معاهده (منشور ملل متحد) یافت».<sup>۵۱</sup>

در نتیجه شورای امنیت باید منشور را بر هر معاهده بین‌المللی دیگری که اعضاء ملل متحد و یا خود سازمان طرف آن محسوب می‌شوند، مقدم دارد.

نکته دوم این است که ماده ۱۰۳ صرفاً به تعارض تعهدات قراردادی با منشور اشاره دارد و شامل تعارض تعهدات ناشی از قواعد آمره با تعهدات منطبق با منشور نمی‌شود؛ زیرا «مفهوم قاعده آمره به‌عنوان مفهومی مافوق حقوق بین‌الملل عرفی و معاهده عمل می‌کند. کمکی که ماده ۱۰۳ منشور می‌تواند در مورد تعارض میان یکی از تصمیمات شورای امنیت و یک تعهد مهم معاهداتی به شورا بنماید، نمی‌تواند به تعارض میان یک قطعنامه شورای امنیت و قاعده آمره تسری یابد. منطقی است که سازمان ملل متحد و به‌ویژه شورای امنیت به‌عنوان حافظ حقوق اساسی جامعه بین‌المللی، خود نمی‌تواند تصمیمی اتخاذ یا اقدامی به عمل آورد که با قواعد بنیادین نظم حقوقی بین‌المللی تعارض داشته باشد».<sup>۵۲</sup>

«..... روشن است منشور ملل متحد حداقل در عالم حقوق همواره در معرض تهدید بطلان از طریق ایجاد یک قاعده آمره بین‌المللی می‌باشد و در صورت تحقق این امر، تجدیدنظر

---

۵۰. شورای امنیت در ایفای مسئولیت حفظ صلح و امنیت بین‌المللی نسبت به کلیه دولتها اعم از عضو و غیرعضو می‌تواند اتخاذ تصمیم نماید.

۵۱. ضیائی بیگدلی، محمدرضا، حقوق معاهدات بین‌المللی، انتشارات گنج دانش، چاپ اول (۱۳۸۳)، ص ۱۴۷.

۵۲. شایگان، پیشین، صص ۴۰ و ۴۱.

در منشور ضروری خواهد گردید؛ زیرا وجدان جامعه بین‌المللی با پذیرش قاعده آمره مغایر با منشور ملل متحد، در واقع اراده خود را جهت تجدیدنظر در منشور ظاهر ساخته است ... به این لحاظ می‌توان گفت قاعده آمره ... مسامحتاً می‌تواند زیربنای قانون اساسی در جامعه بین‌المللی قرار گیرد و به همین دلیل منشور ملل متحد در پرتو اوامر و نواهی آن قرار می‌گیرد؛ زیرا در تحلیل نهایی معاهده‌ای بین‌المللی با ویژگی‌های خاص خود می‌باشد و نه بیشتر و در سلسله مراتب حقوقی، قاعده آمره بر آن حکومت می‌نماید.<sup>۵۳</sup>

قواعد آمره مندرج در معاهدات بین‌المللی نیز بر منشور مقدم می‌باشند و شورای امنیت نباید آنها را نقض نماید. «بنابراین علی‌رغم سیاق ماده ۱۰۳ که منشور را مافوق سایر معاهدات قرار داده است، شورای امنیت حق ندارد از آن دسته از تعهدات قراردادی که از حقوق اساسی فرد در زمان صلح و در خلال مخاصمات مسلحانه حمایت می‌کنند، تخطی نماید...» از جمله این تعهدات، قواعد آمره می‌باشند که ذی‌نفع اختیار اعراض از حقوق ناشی از آن را ندارد. نکته مهم این است که برخی از تعهدات حقوقی الزام‌آور مطلق وجود دارند که نه تنها دست دولتها بلکه دست شورای امنیت را می‌بندند.<sup>۵۴</sup> در نتیجه شورای امنیت موظف است در وضع برنامه‌های تحریم اقتصادی، قواعد آمره را در نظر گیرد و حتی این قواعد را بر مقررات منشور نیز مقدم دارد. بر این اساس، شورای امنیت، به‌عنوان مثال باید در اعمال تحریم‌های اقتصادی، حق حیات را که جزء قواعد آمره می‌باشد، رعایت نماید.

برخی از نویسندگان معتقدند که «حق حیات صرفاً از افراد در برابر سلب خودسرانه حیات از طریق اعدام، ناپدید شدن، شکنجه و امثال آن حمایت می‌نماید و به سلب حیات از طریق گرسنگی یا عدم تأمین نیازهای اساسی از قبیل غذا، امکانات اولیه بهداشتی و مراقبت پزشکی تسری نمی‌یابد».<sup>۵۵</sup> کمیته حقوق بشر با چنین برداشت مضیقی از مفهوم حق حیات موافق نیست. این کمیته در نخستین تفسیر خود در مورد ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی تصریح می‌نماید:

۵۳. شریف، پیشین، ص ۸۱.

54. Gasser. Hans-Peter, "Collective Economic Sanctions and International Humanitarian Law. An Enforcement Measure under the United Nations Charter and the Right of Civilians to Immunity: an Unavoidable Clash of Policy Goals", p. 881, at <http://www.zaorv.de/56-1996/vol56.cfm>.

55. Dinstein. Y, "The Right to Life, physical integrity and liberty" L., Henkin (ed), The International Bill of Rights, Columbia University press, New York, 1981, p. 115.



«کمیت به این موضوع توجه دارد که حق حیات غالباً به نحو مضیق مورد تفسیر قرار گرفته است. مفهوم صحیح حق ذاتی حیات در ماده ۶ را نمی‌توان به نحو مضیق تعبیر نمود و حمایت از این حق مستلزم آن است که دولتها اقدامات ایجابی اتخاذ نمایند».<sup>۵۶</sup>

براساس این دیدگاه برنامه‌های تحریم نباید مانع از دستیابی مردم به حداقل کالاها و خدمات اساسی لازم برای حیات پایدار گردد.<sup>۵۷</sup> بنابراین شورای امنیت با توجه به التزام به قواعد آمره، نباید تحریم‌های اقتصادی را به نحوی اعمال نماید که حق حیات را خدشه‌دار نماید؛ بدیهی است تحریم‌های کامل و گسترده شورا علیه کشورها، مردم را از دستیابی به غذا و دارو و سایر نیازهای اولیه محروم می‌سازد و مغایر با قاعده‌آمره احترام به حق حیات در معنای وسیعی که کمیت حقوق بشر برای آن قایل شده است، خواهد بود.

### ج- محدودیتهای شورا به موجب قواعد خاص منشور ملل متحد

#### ۱- مؤثر بودن تحریم‌های اقتصادی

مطابق بند (۱) ماده ۱ منشور ملل متحد، یکی از اهداف ملل متحد، حفظ صلح و امنیت بین‌المللی است و به این منظور باید اقدامات دسته جمعی مؤثری را برای پیشگیری و رفع تهدیدات علیه صلح و سرکوب اعمال تجاوزکارانه یا نقض صلح به عمل آورد. تحریم اقتصادی یکی از انواع اقدامات دسته جمعی می‌باشد و بر این اساس باید از کارآمدی و تأثیرگذاری لازم برخوردار باشد. چنانچه اقدامات دسته جمعی، از جمله تحریم‌های اقتصادی برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی مؤثر نباشند، نباید اعمال گردند و در صورتی که اجرای آنها آغاز شده و بی‌تأثیر تشخیص داده شده‌اند باید متوقف گردند. «با توجه به خصوصیت مندرج در بند (۱) ماده ۱، (جزء نخست آن به اقدامات قهری منطبق با فصل هفتم و جزء دوم آن به شیوه‌های مسالمت‌آمیز در چارچوب فصل ششم منشور اشاره دارد)، این استنتاج منطقی است که اقدامات قهری فقط باید در صورتی اتخاذ شود که ثابت شده باشد، شیوه‌های مسالمت‌آمیز ناکافی بوده و یا پیش‌بینی شود که ناکافی خواهند بود».<sup>۵۸</sup>

56. Human Rights Committee, The first General Comment on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, at <http://unhchr.ch/tbs/doc.nsf/para.5>.

57. *Ibid.*

58. Davidson, Elias, *op.cit.*, p.18.

«از آنجایی که جمعیت غیرنظامی غیرمسلح به احتمال فراوان قادر به تهدید صلح نمی‌باشد، بعید است اعمال تحریم‌های اقتصادی علیه آن به‌عنوان اقدامی مؤثر به‌منظور اعاده صلح تلقی گردد».<sup>۵۹</sup>

بر همین اساس، یکی از وظایف کمیته‌های تحریم شورای امنیت بررسی موضوع تأثیرگذاری و کارآمدی تحریم‌های اقتصادی می‌باشد. اعمال تحریم‌ها به‌صورت پلکانی و تشدید آنها نیز نشانگر آن است که شورای امنیت به کارآمدی و مؤثر بودن تحریم‌ها توجه خاصی دارد. همچنین در سالهای اخیر شورای امنیت با اعمال تحریم‌های هوشمند که مستقیماً علیه افراد متخلف و یا سران دولتهای خاطی به اجراء درمی‌آید، در راستای مؤثرتر ساختن تحریم‌ها گام برداشته است.

## ۲- هماهنگی در اعمال تحریم‌های اقتصادی

بند (۴) ماده ۱ منشور یکی از اهداف ملل متحد را بودن مرکزی برای هماهنگ ساختن اقدامات ملتها در دستیابی به اهداف مشترک ذکر کرده است.

اصل هماهنگی در ارتباط تحریم‌های اقتصادی از دو منظر قابل طرح می‌باشد؛ نخست از این لحاظ که یکی از شرایط موفقیت تحریم‌های اقتصادی شورای امنیت همکاری و هماهنگی کشورها در اجرای برنامه‌های تحریم می‌باشد. از این حیث، اصل هماهنگی با اصل مؤثر بودن تحریم‌های اقتصادی در ارتباط می‌باشد.

دوم اینکه «شورای امنیت باید از اقدامات گزینشی یا خودسرانه اجتناب نماید. تحریم‌هایی که در قبال تخلفات یکسان از سوی کشورها، علیه یک کشور اعمال می‌گردد و علیه کشور دیگری اعمال نمی‌شود، مغایر با شرط هماهنگی می‌باشد. همچنین تحریم‌هایی که در قبال تخلفات مشابه به‌صورت نابرابر علیه دو کشور اعمال می‌گردد، اصل هماهنگی را نقض خواهد کرد».<sup>۶۰</sup>

بر این اساس، از یک‌سو در استفاده از تحریم‌های اقتصادی، شورای امنیت باید اصل عدم تبعیض را مراعات نموده و چنانچه شرایط و وضعیت در قضایای جداگانه، مشابه بوده و اعمال تحریم اقتصادی را ایجاب نماید، به استفاده از تحریم‌های اقتصادی مشابه مبادرت ورزد. از سوی دیگر، در اجرای برنامه‌های تحریم نیز تفاوتی میان کشورها مگر براساس شرایطی که برای مؤثرتر ساختن تحریم‌ها ضروری است قایل نشود. به بیان دیگر، شدت و ملایمت

59. Ibid, p. 29.

60. Davidson, Elias, op.cit., p. 19.

تحریم‌ها صرفاً باید بر مبنای شرایط واقعی و نیز با رعایت اصل تناسب تنظیم گردد و شورا نباید در این زمینه براساس انگیزه‌ها و ملاحظات سیاسی عمل نماید.

### ۳- مواد ۳۹ و ۴۱ منشور

طبق ماده ۳۹ منشور «شورای امنیت وجود هرگونه تهدید علیه صلح، نقض صلح یا عمل تجاوز را احراز نموده و توصیه‌هایی خواهد نمود و یا تصمیم می‌گیرد چه اقداماتی را براساس مواد ۴۱ و ۴۲ به منظور حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی به عمل آورد».

به موجب ماده ۴۱ منشور «شورای امنیت می‌تواند تصمیم بگیرد چه اقداماتی که شامل استفاده از نیروی مسلح نباشد برای اجرای تصمیماتش اتخاذ نماید و می‌تواند از اعضاء ملل متحد بخواهد که به چنان اقداماتی مبادرت ورزند. این اقدامات ممکن است شامل قطع تمام یا قسمتی از روابط اقتصادی و ارتباطات راه‌آهن، دریایی، هوایی، پستی، تلگراف، رادیویی و سایر وسایل ارتباطی و قطع روابط دیپلماتیک باشد».

«چنانچه ماده ۴۱ به تنهایی در نظر گرفته شود بیانگر آن خواهد بود که شورای امنیت می‌تواند صرف‌نظر از وجود یا فقدان تهدید علیه صلح یا نقض صلح، هریک از اقدامات مذکور را در هر زمان اعمال نماید. چنین برداشتی با مفاد ماده ۳۹ منشور مغایر می‌باشد. مواد ۳۹ و ۴۱ باید در ارتباط با یکدیگر مورد توجه قرار گیرند. اقدامات مذکور در ماده ۴۱ در صورتی قابل اعمال می‌باشد که شورا وجود هرگونه تهدید علیه صلح، نقض صلح یا عمل تجاوز را که در ماده ۳۹ مقرر گردیده است، احراز نموده باشد. در واقع شورا پس از آنکه وجود هریک از وضعیت‌های مذکور در ماده ۳۹ را احراز نمود، این اختیار را دارد که از طرفهای ذی‌نفع بخواهد اقدامات موقتی را که شورا ضروری یا مطلوب تشخیص می‌دهد، به عمل آورند» (ماده ۴۰ منشور) و تصمیم بگیرد، اقداماتی را که متضمن استفاده از نیروی مسلح نباشد، برای اجرای تصمیماتش اعمال نماید (ماده ۴۱ منشور)، یا چنانچه ثابت شود اقدامات مذکور در ماده ۴۱ ناکافی می‌باشد، تصمیم به اتخاذ اقداماتی به وسیله نیروهای هوایی، دریایی یا زمینی بگیرد که برای حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی ضروری می‌باشد (ماده ۴۲ منشور).<sup>۶۱</sup>

با این وجود، شورای امنیت ملزم نمی‌باشد کلیه گزینه‌ها را به ترتیب عملی نماید. چنانکه در ماده ۴۲ منشور نیز تصریح گردیده است، «چنانچه شورا تشخیص دهد اقدامات مذکور در ماده ۴۱ کافی نیست و یا ثابت شده باشد که آن اقدامات کافی نخواهد بود... می‌تواند به اقدامات مسلحانه مبادرت ورزد».

---

61. Davidson.Elias, *op.cit.*, p. 21.

عبارت «تشخیص دهد» ناظر به این مطلب است که شورای امنیت بدون آنکه عملاً ماده ۴۱ را آزموده باشد، می‌تواند براساس ماده ۴۲ تصمیم‌گیری نماید؛ درحالی‌که عبارت «ثابت شده باشد...» به مواردی اشاره دارد که شورا ابتدا اقدامات غیرنظامی را طبق ماده ۴۱ اعمال کرده و پس از آنکه ناکارآمدی آن اقدامات در عمل به ثبوت رسیده باشد، ماده ۴۲ را اعمال نماید. بنابراین تشخیص اینکه اقدامات لازم به تدریج و در مراحل مختلف اجرا شود و یا آنکه از همان آغاز اقدام مقتضی (اعم از تحریم اقتصادی و یا اقدامات نظامی) به عمل آید با شورای امنیت خواهد بود تا براساس شرایط و اوضاع و احوال موجود، تصمیم‌گیری نماید. در واقع توالی منطقی مقرر در منشور، برگرفته از اصول ضرورت و تناسب می‌باشد، به این معنا که اولاً، اقدامات اجرایی در چارچوب فصل هفتم منشور برای حفظ یا اعاده صلح ضرورت داشته باشد و ثانیاً، این اقدامات با توجه به خصوصیات هر قضیه، متناسب باشند.

## د- محدودیتهای شورا به موجب قواعد حقوق بشر

### ۱- طرح موضوع

مخبر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل درمورد طرح مسئولیت بین‌المللی دولت در گزارش‌های سوم و چهارم خود در سال ۱۹۹۲، احترام به حقوق بشر و ارزشهای بشردوستانه را از جمله محدودیتهای اساسی بر حق توسل به اقدامات متقابل، به شمار آورده است.<sup>۶۲</sup> آیا می‌توان این محدودیتها را به پاسخ جمعی جامعه بین‌المللی از طریق شورای امنیت تسری داد؟ هرچند با توجه به مواد ۵۷ و ۵۹ طرح مواد راجع به مسئولیت دولت (۲۰۰۱)، اعمال اختیارات شورای امنیت به موجب فصل هفتم منشور، خارج از چارچوب طرح مزبور قرار دارد،<sup>۶۳</sup> با این وجود، محدودیت‌های وضع شده در مورد اقدامات متقابل دولتها، شامل اقدامات شورای امنیت نیز می‌شود.<sup>۶۴</sup> زیرا «واکنش جمعی، پیامدهای به مراتب گسترده‌تری دارد و نادیده گرفتن محدودیتهای مزبور، این اجازه را به اعضای دائم شورای امنیت خواهد داد تا با پنهان شدن در

62. UN Docs.A/CN.4/440/Add.1 and A/CN.4/444/Add.1, in: Yearbook of ILC, 1992, p. 91.

63. International Law Commission, Draft Articles on the Responsibility of States for internationally wrongful acts, (2001), Commentary to Article 57, para.1 and Article 59, para.2., Supp.No.10 (A/56/10), pp. 363 & 365. at <http://www.ilsa.org/jessup06/basicmats/>.

64. Gaja, Giorgio, Third Report on Responsibility of International Organizations, International Law Commission, A/CN.4/553, 13 May 2005, para.4. at

برای مطالعه در زمینه مسئولیت سازمانهای بین‌المللی مراجعه کنید به کتاب سیدقاسم زمانی، حقوق سازمانهای بین‌المللی (شخصیت، مسئولیت، مصونیت)، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، چاپ اول (۱۳۸۴).

پشت نقاب شخصیت حقوقی سازمان، خود را از قیودی که به موجب حقوق بین الملل عام برای اقدامات متقابل یک جانبه تعیین گردیده، رها سازند.<sup>۶۵</sup>

در این مورد کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ملل متحد تأکید نموده است: «افراد مقیم در یک کشور نباید به این دلیل که رهبرانشان قواعد مربوط به صلح و امنیت بین المللی را نقض کرده اند، از حقوق اساسی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خود محروم گردند».<sup>۶۶</sup>

همچنین مجمع عمومی سازمان ملل متحد در قطعنامه ۲۶۷۵ (۱۹۷۰) موسوم به «اصول اساسی حمایت از جمعیت های غیرنظامی در مخاصمات مسلحانه» تصریح نموده است: تعهد به احترام به حقوق بشر یک قاعده عرفی حقوق بین الملل می باشد که با تفسیر موسع و به طریق اولی به اقدامات اجرایی غیرنظامی نیز تسری می یابد.<sup>۶۷</sup>

هرچند نظرات کمیسیون حقوق بین الملل و کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ملل متحد برای شورای امنیت جنبه الزام آور ندارد، اما این نظرات حاکی از شکل گیری نوعی اجماع در مورد التزام شورای امنیت به رعایت قواعد حقوق بشر می باشد.<sup>۶۸</sup>

«ملاحظات مربوط به حقوق بشر و حقوق بشردوستانه، شورای امنیت را بر آن داشته است که به هنگام وضع مجازات های اقتصادی طبق ماده ۴۱ منشور، حتی الامکان آنها را با موازین حقوق بشر و علایق بشردوستانه منطبق نماید. برای مثال وفق بند (۲۷) قطعنامه ۸۲۰ که در ۱۷ آوریل ۱۹۹۳ به تصویب شورا رسید، این رکن تصمیم می گیرد که ارائه خدمات مالی و غیرمالی به هر شخص یا نهاد را به منظور هر کاری که در جمهوری فدرال یوگسلاوی (صربستان و مونته نگرو) صورت می گیرد، منع نماید. تنها استثنائات؛ مخابرات، خدمات پستی و خدمات حقوقی منطبق با قطعنامه ۷۵۷ (۱۹۹۲) می باشد که مورد به مورد به تأیید کمیته ایجاد شده به موجب قطعنامه ۷۲۴ (۱۹۹۱) رسیده است، و تأمین آنها ممکن است برای مقاصد بشردوستانه یا دیگر مقاصد استثنائی ضروری باشد. بند (۴) قطعنامه ۶۶۶ (۱۹۹۰) شورای امنیت اقرار آشکار آسیب پذیرتر

65. Gowlland-Debbas, Vera, "Security Council Enforcement Action and Issues of State Responsibility, 43 International and Comparative Law Quarterly (1994), p. 91.

66. UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No.8 (1997) "The Relationship Between Sanctions and Respect for Economic, Social and Cultural Rights", UN.Doc.E/C.12/1997/8.

67. G.A/Resolution 2675(xxv), 1970, "Basic Principles for the Protection of Civilian Populations in Armed Conflicts".

68. Davidson, Elias, *op.cit.*, p. 25.

غیرنظامیان عراق و کویت همچون، کودکان، مادران باردار، بیماران و غیره را مورد توجه خاص قرار داده است».<sup>۶۹</sup>

این گونه قیود استثنائی که به «شروط استثنائات (معافیت‌های) بشردوستانه»<sup>۷۰</sup> موسوم گردیده‌اند، حاکی از توجه ویژه شورای امنیت به موازین حقوق بشر در اعمال تحریم‌های اقتصادی می‌باشد.

## ۲- حدود التزام شورای امنیت به قواعد حقوق بشر در زمینه اعمال تحریم‌های اقتصادی

پس از آنکه تکلیف شورای امنیت به رعایت موازین حقوق بشر در اعمال تحریم‌های اقتصادی محرز گردید، نوبت به طرح این سؤال می‌رسد که آیا شورا در این زمینه باید کلیه انواع حقوق بشر را مراعات نماید یا آنکه التزام شورا به رعایت حقوق بشر، منحصر به حقوق اساسی بشر می‌باشد؟

برخی از حقوق‌دانان، معتقدند که شورای امنیت باید به‌هنگام اجرای وظایفش به‌موجب ماده ۴۱ منشور، از جمله در اعمال تحریم‌های اقتصادی، کلیه انواع حقوق بشر را رعایت نماید. بر این اساس، آنان مفاد قطعنامه‌های ۸۲۰ (۱۹۹۳) و ۹۹۲ (۱۹۹۵) شورا که مطابق آنها حق عبور کشتی‌های حامل کالا به یوگسلاوی سابق صرفاً بر مبنای ظن به تخلفات سابقشان سلب گردید را ناقض حق بر دادرسی عادلانه مقرر در ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی قلمداد نموده‌اند؛ زیرا اجازه داده نشد که حقوق و تکالیف مالکان این دسته از کشتی‌ها مورد رسیدگی قضائی قرار گیرد. من حیث‌المجموع، خودداری از چنین اقدامی کلیت نظام تحریم‌های اقتصادی و به‌ویژه قربانیان چنین اقداماتی را که به آنان این امکان داده نمی‌شود تا حقوق و تکالیفشان توسط یک نهاد قضائی بین‌المللی مورد بررسی قرار گیرد، تحت تأثیر قرار می‌دهد.<sup>۷۱</sup>

در واقع، این دسته از صاحب‌نظران رعایت قواعد مربوط به همه انواع حقوق بشر - اعم از اساسی و سایر انواع حقوق بشر - را در اعمال تحریم‌های اقتصادی از سوی شورای امنیت الزامی تلقی می‌نمایند.

در مقابل، دسته‌ای دیگر از صاحب‌نظران، طیفی از حقوق بشر را که به‌موجب میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، به‌عنوان حقوق «غیرقابل تعلیق»<sup>۷۲</sup> شناخته شده است و

۶۹. شایگان، پیشین، ص ۳۶.

70. Humanitarian Exemption Clauses

71. Akande.Dapo, *op.cit.*, p. 324.

72. Non-Derogable

از جمله شامل حق حیات، ممنوعیت شکنجه و رفتارهای غیرانسانی می‌گردد، در شمار قواعد آمره محسوب نموده و معتقدند که شورای امنیت ملزم به رعایت قواعد مزبور می‌باشد.<sup>۷۳</sup>

چنانچه این دیدگاه را بپذیریم که شورای امنیت صرفاً ملزم به رعایت حقوق اساسی بشر در اعمال تحریم‌های اقتصادی می‌باشد، در زمینه اعلام «وضعیت فوق‌العاده»<sup>۷۴</sup> از سوی شورا که لازمه عدول از سایر انواع حقوق بشر می‌باشد، این پرسش مطرح می‌شود که آیا تکلیف شورا در این خصوص می‌تواند همانند تکلیف دولتها باشد؟

«هنگامی که حکومتها اقدام به اعلام وضعیت فوق‌العاده می‌نمایند، تابع تکالیف مسئولانه‌ای بوده و ملزم می‌باشند آغاز وضعیت فوق‌العاده و هرگونه تغییراتی در آن و نیز خاتمه آن را به اطلاع جامعه بین‌المللی برسانند. همچنین دولتها ملزم هستند که برای اعمال وضعیت فوق‌العاده دلایل توجیهی مناسبی ارائه نمایند و نمی‌توانند برای نیل به مقاصد نامشروع به چنین وضعیتی استناد کنند. چنین مسئولیتی از آن دسته از اشخاصی که مشمول وضعیت فوق‌العاده می‌شوند، در برابر تعرض به حقوق فردی‌شان حمایت به عمل می‌آورد. درحالی‌که این مسئولیت در رابطه با شورای امنیت وجود ندارد. شورا مکلف نیست اعمال اقدامات مندرج در فصل هفتم منشور را توجیه نماید و تصمیمات آن توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد یا دیوان بین‌المللی دادگستری قابل تجدیدنظر نمی‌باشد؛ حقوق قربانیان چنین اقداماتی اعم از افراد، گروهها، مؤسسات یا دولتها توسط یک مرجع قضائی بین‌المللی مورد رسیدگی قرار نمی‌گیرد؛ جامعه بین‌المللی قواعدی را در ارتباط با حدود و طول مدت این اقدامات به‌منظور رعایت موازین حقوق بشر، وضع نکرده است. این بدان معناست که کسانی که از اقدامات شورای امنیت آسیب می‌بینند، در مقایسه با کسانی که تحت تأثیر یک وضعیت فوق‌العاده داخلی قرار می‌گیرند، از حمایت به مراتب کمتری برخوردار می‌باشند. به‌منظور جبران این فقدان مسئولیت شورای امنیت، پیشنهاد شده است که شورا و دولتهایی که با مجوز آن اقدام می‌کنند، اصولاً و تا حد امکان همه انواع حقوق بشر را رعایت نمایند».<sup>۷۵</sup>

بنابراین، حدود التزام شورای امنیت به رعایت قواعد حقوق بشر به‌هنگام اعمال تحریم‌های اقتصادی در پرتو اصول ضرورت و تناسب قابل تعیین و ارزیابی خواهد بود؛ به بیان دیگر، نقض موقت حقوق بشر در برنامه‌های تحریم اقتصادی تا جایی مجاز است که برای تحقق مسئولیت اصلی حفظ صلح و امنیت بین‌المللی لازم باشد و نیز میان حقوق نقض شده و حقوقی

73. Gill.T.D., "Legal and some Political Limitations on the Power of the UN Security Council to Exercise its Enforcement Powers Under Chapter VII" *Netherland Yearbook of International Law* (1995), pp . 33, 138.

74. State of Emergency

75. Davidson.Elias, *op.cit.*, p. 31.

که شورا در راستای مسئولیت خود در صدد تضمین رعایت آنها می‌باشد، تناسب وجود داشته باشد. البته تناسب در این مفهوم هرگز به معنای تشابه نیست، بلکه به این معناست که اهمیت حقوقی که مورد حمایت قرار می‌گیرند بیش از حقوقی باشد که از رهگذر اعمال تحریم‌های اقتصادی موقتاً نادیده گرفته می‌شوند؛ در نتیجه شورای امنیت برای مقابله با نقض‌های شدید حقوق بشر که صلح و امنیت بین‌المللی را به خطر می‌اندازد، می‌تواند به وضع آن گونه تحریم‌های اقتصادی که برخی از انواع حقوق بشر با درجه اهمیت کمتر را مورد خدشه قرار می‌دهند، مبادرت ورزد؛ به عنوان مثال، شورا می‌تواند به منظور پایان دادن به کشتار سیستماتیک و نقض فاحش و گسترده حق حیات، تحریم‌های مالی و تجاری را که متضمن نقض حق مالکیت و آزادی تجارت می‌باشد مقرر نماید؛ زیرا بدیهی است که اهمیت حق حیات بیش از حق مالکیت و آزادی تجارت است. در هر حال، اختیار شورای امنیت مبنی بر نادیده گرفتن حقوق بشر در وضع تحریم‌های اقتصادی با دو محدودیت اساسی مواجه است؛ محدودیت نخست این است که شورای امنیت نمی‌تواند از رهگذر اعمال تحریم‌های اقتصادی، حقوق اساسی بشر را نادیده گیرد.

طبق ماده ۵۰ طرح مواد راجع به مسئولیت دولت، هرگونه رفتار متقابلی که تخطی از حقوق اساسی بشر باشد، در شمار اقدامات متقابل ممنوعه قرار می‌گیرد. علی‌رغم اینکه مفهوم حقوق اساسی یا بنیادین بشر در طرح مزبور تعریف نشده است، قدر مسلم آن است که این حقوق دست کم شامل حقوق غیرقابل عدول مندرج در میثاق بین‌المللی حقوق سیاسی و مدنی می‌باشند.<sup>۷۶</sup>

محدودیت دوم این است که شورای امنیت نباید در برنامه‌های تحریم اقتصادی، قواعد حقوق بشر را به نحوی که موجب تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی گردد، نادیده گیرد؛ زیرا این اقدام با توجه به مسئولیت اصلی شورا در حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، نقض غرض و نافی فلسفه وجودی شورا می‌باشد. بنابراین، چنانچه وضعیت معیشتی مردم یک کشور به گونه‌ای باشد که اعمال تحریم‌های گسترده اقتصادی به تشدید درگیری‌ها و هجوم پناهندگان به کشورهای همسایه منجر گردد، شورای امنیت باید از برقراری چنین تحریم‌هایی خودداری نموده و به تحریم‌های محدود و هدفمند که صرفاً مقامات دولتی و یا سران گروه‌های شورشی یا تروریستی را شامل می‌شود - اکتفا نماید.

---

76. Davidson.Elias, *op.cit.*, p. 24.



## هـ - محدودیتهای شورا به موجب قواعد حقوق بشردوستانه

### ۱- طرح موضوع

برخی معتقدند که موازین حقوق بشردوستانه بین‌المللی شامل برنامه‌های تحریم اقتصادی که در خلال یک مخاصمه مسلحانه اعمال می‌گردند نیز می‌شود؛ براساس قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه، جمعیت غیرنظامی باید در قبال جنگ و آثار آن تا حد امکان مورد حمایت قرار گیرند. این امر مستلزم آن است که غیرنظامیان همواره از ضروریات زندگی من جمله غذا، آب آشامیدنی، مسکن، دارو و مراقبت پزشکی بهره‌مند باشند.<sup>۷۷</sup>

این دیدگاه مورد قبول کنفرانس بین‌المللی صلیب سرخ و هلال احمر نیز قرار گرفته است. این کنفرانس در بیست و ششمین اجلاسیه خود در سال ۱۹۹۵ تحت عنوان «آثار انسانی تحریم‌های اقتصادی» تصریح می‌نماید:

«هرگونه برنامه تحریمی که در چارچوب مخاصمات مسلحانه برقرار می‌گردد تحت حکومت حقوق بشردوستانه بین‌المللی قرار دارد که براساس آن لازم است بقا و نیازهای ضروری جمعیت غیرنظامی تأمین گردد».<sup>۷۸</sup>

همچنین مجمع عمومی سازمان ملل متحد در چندین قطعنامه از جمله قطعنامه‌های ۲۶۷۵، ۲۶۷۷ و ۳۳۱۸، قواعدی را در مورد حمایت از اشخاص در خلال مخاصمات مسلحانه بیان نموده است. مجمع در بند (۶) قطعنامه شماره ۳۳۱۸ موسوم به «اعلامیه حمایت از زنان و کودکان در وضعیت‌های فوق‌العاده و مخاصمات مسلحانه»، اعلام می‌نماید:

«زنان و کودکانی که جزء جمعیت غیرنظامی می‌باشند و در وضعیت‌های فوق‌العاده و مخاصمات مسلحانه قرار دارند ... نباید از مسکن، غذا، کمک‌های دارویی یا سایر حقوق غیرقابل انتقال به موجب مقررات اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، اعلامیه حقوق کودک یا سایر اسناد حقوق بین‌الملل محروم گردند».<sup>۷۹</sup>

77. Bossuyt. Marc, "The Adverse Consequences of Economic Sanctions on the Enjoyment of Human Rights" (Working paper), Commission of Human Rights, sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Fifty-Second Session, Item 12 of the provisional agenda, p. 32.

78. 26<sup>th</sup> International conference of the Red Cross and Red Crescent, "Humanitarian consequences of Economic Sanctions", at <http://www.icrc.org>.

79. GA. Res 3318(XXIX), 14 December 1974, "Declaration on the protection of women and Children in Emergency and Armed Conflict", paragraph 6.

بنابراین جمعیت غیرنظامی از حمایت‌های حقوق بشردوستانه در قبال تحریم‌های اقتصادی اعمال شده در زمان جنگ برخوردار می‌باشد؛ اما آیا قواعد حقوق بشردوستانه به تحریم‌های اقتصادی که در زمان صلح اعمال می‌گردند، نیز تعمیم می‌یابند؟

به نظر می‌رسد آن دسته از قواعد حقوق بشردوستانه که جنبه عرفی دارند، در برنامه‌های تحریم اقتصادی نیز قابل اعمال می‌باشند؛ برخی از حقوقدانان با استفاده از روش استدلال قیاسی و تشبیه تحریم‌های اقتصادی به عملیات نظامی از حیث آثاری که ممکن است بر افراد عادی داشته باشند، به این نتیجه رسیده‌اند که قواعد عرفی حقوق بشردوستانه از جمله اصل تشخیص (تفکیک) و ممنوعیت ایجاد قحطی و گرسنگی در برنامه‌های تحریم اقتصادی خارج از چارچوب مخصصات مسلحانه نیز کاربرد دارند.<sup>۸۰</sup>

به نظر این دسته از حقوقدانان، مفاد معاهده ژنو راجع به حمایت از اشخاص غیرنظامی در زمان جنگ (۱۲ اوت ۱۹۴۹) در رابطه با تحریم‌های اقتصادی نیز اعمال می‌گردد؛ زیرا این مقررات شامل مخصصاتی که صراحتاً به عنوان جنگ شناخته نشده‌اند نیز می‌شود. در واقع تحریم‌های اقتصادی در برخی موارد در مقایسه با عملیات نظامی جزئی و محدود اثرات به مراتب مخرب‌تر و زیانبارتری دربردارند؛ بنابراین حمایت از افراد عادی در برابر این گونه اثرات ویرانگر با استناد به موازین حقوق بشردوستانه امری ضروری است.<sup>۸۱</sup>

به عبارت دیگر حقوق بین‌الملل که کمترین صدمه‌ای به غیرنظامیان در زمان جنگ را ممنوع ساخته است، نمی‌تواند اجازه دهد که کل جمعیت یک کشور به دلیل عدم تسلیم حکومتشان به خواسته‌های جامعه بین‌المللی، صدمه ببینند و فقیرترین و ضعیف‌ترین افراد نابود شوند.<sup>۸۲</sup>

بر این اساس قواعد راجع به حمایت از افراد انسانی که در قالب دو اصل تشخیص (تفکیک) و ممنوعیت ایجاد قحطی و گرسنگی جای می‌گیرند، بر کلیه برنامه‌های تحریم اقتصادی اعم از آنکه در خلال جنگ و یا در زمان صلح اجرا گردند، قابل اعمال می‌باشند.

---

80. Köchler. Hans, "Ethical Aspects of Sanctions in International Law, The Practice of the Sanctions Policy and Human Rights", International Progress Organization(I.P.O.), Research papers, Vienna, 1994, pp.15-16. at <http://i-p-o.org/sanctp.htm>.

81. *Ibid*, p.16.

82. Clark. Ramsey, "Appeal for Action to Prohibit All Embargoes against a whole Nation", contra Los embargos sanctions, Dossier I, OSPAAAC, Madrid (1994), p.1. cited by Hans köchler, *op.cit.*, p. 15.

## ۲- اصل تفکیک

مقصود از اصل تفکیک در حقوق بین‌الملل مخاصمات مسلحانه آن است که باید میان مبارزان و غیرمبارزان تمایز به عمل آید و کسانی که در هدایت عملیات جنگی نقشی ندارند نباید هدف اقدامات مسلحانه قرار گیرند. همچنین برخی اماکن و اموال و اشیاء نباید هدف حملات نظامی واقع شوند.

«تشخیص و تفکیک مبارزان و غیرمبارزان دارای ریشه‌های عرفی بسیار کهنی می‌باشد... اصل اساسی حاکم بر موضوع این است که نه جمعیت غیرنظامی و نه افراد غیرنظامی نباید هدف حملات قرار گیرند. در مقابل، آنها نیز نباید در مخاصمات شرکت کنند. در غیر این صورت خصیصه غیرنظامی بودن خود را از دست خواهند داد. غیرنظامیانی که در مخاصمات شرکت نداشته باشند، تحت حمایت حقوق بین‌الملل قرار می‌گیرند».<sup>۸۳</sup>

ماده ۵۰ مقررات لاهه راجع به قواعد و عرف‌های جنگ‌های زمینی (۱۹۰۷) مقرر می‌دارد:

«هیچ‌گونه مجازاتی اعم از مالی و غیر آن علیه گروهی از مردم به دلیل رفتار افرادی که آن گروه نمی‌تواند مشترکاً و منفرداً مسئول اقدامات آنها قلمداد کردند اعمال نخواهد شد».

همچنین طبق مواد ۴۸ و ۴۹ پروتکل الحاقی اول، حمایت از جمعیت غیرنظامی مستلزم آن است که آنها در هر وضعیتی از مبارزان متمایز گردند. با تعمیم اصل تفکیک به برنامه‌های تحریم اقتصادی این نتیجه حاصل می‌شود که تحریم‌ها باید صرفاً دولتمردان و یا آن دسته از افرادی را که نقش مؤثری در تصمیم‌گیری‌ها دارند، از قبیل رهبران گروه‌های تروریستی یا شورشی را هدف قرار داده و به‌نحوی طراحی شوند که مردم عادی را تحت تأثیر قرار ندهند.

تحریم‌های اقتصادی محدودتر و جزئی‌تر نسبت به برنامه‌های تحریم گسترده‌تر و عاری از تمایز، ارجحیت دارند. با توجه به اثرات زیانبار تحریم‌های اقتصادی، به‌نظر می‌رسد آن دسته از تحریم‌های گسترده که نمی‌توانند میان افراد مسئول و غیرمسئول تمایز قائل گردند، باید غیرمجاز شناخته شوند.<sup>۸۴</sup>

«تحریم‌های جامع و گسترده برخلاف تحریم‌های جزئی، بنابه ماهیتشان اجازه تفکیک میان مردم عادی و دولت یا نهادهای خاص دولتی که سیاست‌هایشان می‌تواند تحت تأثیر

---

<sup>۸۳</sup> ضیائی بیگدلی، محمدرضا، حقوق جنگ (حقوق مخاصمات مسلحانه)، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، صص ۱۰۳ و ۱۲۰.

<sup>۸۴</sup> See. Reisman. W. Michael and Douglas L. Stevick, "The Applicability of International Law standards to United Nations Economic Sanctions Programmes", EJIL, vol.9/No.1/1998, pp. 86-141.

تحریم‌ها قرار گیرد را نمی‌دهند. تحریم‌های جامع، مردم عادی را به‌صورت گروگان‌هایی در دست شورای امنیت و دولت یا دولتهایی که اقدامات قهری را اجراء می‌نمایند، درمی‌آورند.<sup>۸۵</sup> بنابراین تحریم‌هایی منطبق با اصل تفکیک می‌باشند که صرفاً افراد مسئول و متخلف را تحت فشار قرار دهند. این‌گونه تحریم‌ها به تحریم‌های هوشمند<sup>۸۶</sup> موسوم گردیده‌اند و مهمترین مصداق آنها، تحریم‌های مالی می‌باشد.

### ۳- ممنوعیت ایجاد قحطی و گرسنگی

بند (۱) ماده ۵۴ پروتکل الحاقی اول به معاهدات ژنو ۱۹۴۹ مقرر می‌دارد:

«ایجاد گرسنگی برای مردم به‌عنوان یک شیوه جنگی ممنوع است».

علاوه بر این مواد ۲۱ و ۲۲ معاهده چهارم ژنو مقرراتی را در مورد ارسال مواد دارویی برای درمان مجروحین پیش‌بینی کرده و جلوگیری از این اقدام را ممنوع ساخته است. همچنین حمایت از اشیایی که برای بقاء جمعیت غیرنظامی ضروری است در ماده ۵۴ (بند ۱) پروتکل اول و ماده ۱۴ پروتکل دوم پیش‌بینی شده است.

به عقیده برخی از صاحب‌نظران، مقررات مزبور در اجرای اقدامات اقتصادی قهری شورای امنیت نیز کاربرد دارند.<sup>۸۷</sup> «به‌عنوان مثال ادامه تحریم‌های اقتصادی جامع بر ضد عراق که بخش عمده‌ای از زیرساخت اقتصادی آن بر اثر اقدامات مسلحانه منطبق با فصل هفتم منشور ملل متحد نابود شده بود، ناقض مقررات مذکور می‌باشد».<sup>۸۸</sup>

بنابراین، درحالی‌که هرگونه ایجاد گرسنگی برای مردم عادی در خلال مخاصمات مسلحانه که ممکن است در زمان کوتاهی جریان داشته باشد، ممنوع می‌باشد، این ممنوعیت را می‌توان به برنامه‌های تحریم اقتصادی که گاه سالها به طول می‌انجامد و جمعیت وسیعی از مردم یک کشور را با قحطی و گرسنگی مواجه می‌سازد، تعمیم داد.

با این وجود، به‌نظر می‌رسد اصل کلی رعایت جنبه‌های انسانی در اعمال تحریم‌های اقتصادی که از اصول حقوق بین‌الملل عام به شمار می‌آید، متضمن ممنوعیت ایجاد قحطی و گرسنگی نیز می‌باشد و بدون تعمیم قاعده اخیر از حقوق بین‌الملل مخاصمات مسلحانه به

---

85. köchler. Hans, *op.cit.*, p. 15.

86. smart sanctions

87. Köchler, Hans, *op.cit.*, p.15.

88. *Ibid*, p.15.

تحریم‌های اقتصادی نیز باید آن را از قواعد لازم‌الاجرا در برنامه‌های تحریم اقتصادی محسوب نمود.

### نتیجه‌گیری

شورای امنیت سازمان ملل متحد به‌عنوان یکی از تابعان حقوق بین‌الملل ملزم به رعایت قواعد و مقررات بین‌المللی است و حقوق بین‌الملل مبنای هنجاری منشور محسوب می‌شود. بنابراین شورای امنیت در ایفای وظایف خود در چارچوب فصل هفتم منشور - از جمله در اعمال تحریم‌های اقتصادی - با محدودیتهایی مواجه می‌باشد.

محدودیتهای حقوقی شورای امنیت در اعمال تحریم‌های اقتصادی شامل حقوق بین‌الملل عام، قواعد آمره، مقررات خاص منشور و قواعد حقوق بشر و حقوق بشردوستانه می‌باشد.

الزام شورای امنیت به رعایت مقررات منشور ناشی از ماده ۲۵ می‌باشد که تصریح می‌نماید: «اعضای ملل متحد موافقت می‌نمایند که تصمیمات شورای امنیت را به‌موجب این منشور قبول و اجرا نمایند».

«مفهوم مخالف این ماده به‌سادگی این معنی را می‌رساند که چنانچه قطعنامه‌های شورای امنیت متضمن عدول از منشور و یا نادیده گرفتن آن باشد، قابل قبول نبوده و لازم‌الاجراء محسوب نمی‌گردند».<sup>۸۹</sup>

پایبندی شورای امنیت به اصول حقوق بین‌الملل عام در اعمال تحریم‌های اقتصادی مستلزم رعایت سه اصل انسانیت (رعایت موازین انسانی)، ضرورت و تناسب می‌باشد.

همچنین شورای امنیت ملزم به رعایت قواعد آمره در زمینه اعمال تحریم‌های اقتصادی می‌باشد؛ این دسته از قواعد در جایگاهی برتر نسبت به مقررات منشور قرار دارند و حتی ماده ۱۰۳ منشور نیز نمی‌تواند برتری آنها را خدشه‌دار سازد.

یکی از مهمترین قواعد آمره‌ای که شورای امنیت باید در اعمال تحریم‌های اقتصادی آن را رعایت نماید، حق حیات می‌باشد که براساس تفسیر کمیته حقوق بشر دارای مفهومی وسیع است و شامل تأمین حداقل کالاها و خدمات ضروری و امکانات اولیه بهداشتی و مراقبت‌های پزشکی نیز می‌شود. بنابراین تحریم‌های اقتصادی جامع و گسترده که مردم را از دستیابی به این امکانات محروم می‌سازند، مغایر با قاعده آمره حق حیات می‌باشند.

---

۸۹. شریف، پیشین، ص ۱۰۶.

در رابطه با رعایت موازین حقوق بین‌الملل بشر، شورای امنیت اولاً باید همواره حقوق اساسی بشر را در برنامه‌های تحریم اقتصادی رعایت نماید و ثانیاً تحریم‌هایی را که موجب به خطر افتادن صلح و امنیت بین‌المللی می‌گردد، وضع ننماید و در صورتی که اقدام به وضع این‌گونه تحریم‌ها کرده است آنها را متوقف سازد؛ زیرا اعمال این قبیل تحریم‌ها از سوی شورای امنیت نقض غرض و مغایر با مسئولیت اصلی این شورا در حفظ صلح و امنیت بین‌المللی می‌باشد.

علی‌رغم آنکه قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی خاص زمان جنگ و مخاصمات مسلحانه می‌باشد، اما دو اصل تفکیک میان مبارزان (افراد مسئول) و غیرمبارزان (افراد غیرمسئول) و نیز ممنوعیت ایجاد قحطی و گرسنگی برای جمعیت غیرنظامی (مردم عادی) قابل تسری و تعمیم به برنامه‌های تحریم اقتصادی در زمان صلح نیز می‌باشند؛ هرچند اصل اخیر در چارچوب اصول حقوق بین‌الملل عام و به‌ویژه اصل انسانیت نیز قرار می‌گیرد.

اصل تفکیک ایجاب می‌نماید که تنها کسانی در معرض اثرات تحریم‌ها قرار گیرند که در زمره افراد مسئول و تصمیم‌گیرنده به شمار می‌آیند. بنابراین افراد عادی و غیرمسئول نباید از تحریم‌ها زیان ببینند. تحریم‌های اقتصادی هوشمند با هدف قرار دادن اشخاص مسئول، تا حدود زیادی به رعایت اصل تفکیک کمک می‌کنند.

## جنايات عليه بشریت در حقوق بين الملل معاصر\*

گرهارد ورله

مترجم: امیر ساعد وکیل\*\*

### الف - مقدمه

#### ۱- پدیده جنایات علیه بشریت

به نظر می‌رسد، جنایات علیه بشریت، جنایات توده‌واری هستند که علیه یک جمعیت غیرنظامی ارتکاب می‌یابند\*\*\* و می‌توان جدی‌ترین شکل این جنایات را کشتار گروه‌های مردمی دانست که با ژنوسید قرابت زیادی پیدا می‌کند. اما جنایات علیه بشریت، مفهومی وسیع‌تر از ژنوسید دارد. در جنایات علیه بشریت، لازم نیست که یک گروه خاص مورد هدف قرار گیرد بلکه به‌طور کلی، یک جمعیت غیرنظامی شامل گروه‌های سیاسی و غیره ممکن است موضوع این جنایات واقع شود. همچنین برخلاف جنایت ژنوسید، در جنایات علیه بشریت، قصد مرتکب به نابودی کل یا بخشی از گروه مورد نظر شرط نیست.

\*. مشخصات مأخذ مقاله به شرح ذیل است:

Gerhard Werle, Principles of International Criminal Law, the Hague: T.M.C. Asser Press, 2005, part 4, pp. 214-266.

\*\* دانشجوی مقطع دکترای حقوق بین‌الملل عمومی دانشگاه علامه طباطبائی، amirsaed\_vakil@yahoo.com [زیرنویسهایی که از این پس با علامت \* مشخص شده یادداشتهای تحقیقی مترجم است]

\*\*\* تعاریف بسیاری برای جنایات علیه بشریت پیشنهاد شده است. نخستین تعریف، دامنه محدودی را به خود اختصاص می‌دهد و تنها ناظر به صدماتی است که به حیات انسانی وارد می‌گردد، اما در تعریفی موسع، جنایات علیه بشریت به‌عنوان صدمه‌ای مهم و عمدی نسبت به شخص انسان یا نسبت به وضعیت انسانی، یعنی حقوق اساسی انسان تلقی شده‌اند. رک. اردبیلی، محمدعلی، حقوق بین‌الملل کیفری، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۳، ص ۱۷۰.

تاریخ از جلوه‌های تأسفبار دیگر جنایات علیه بشریت، پرده برداشته که از آن جمله برده‌سازی از طریق کار اجباری، اخراج مردم از مناطق آبا و اجدادی‌شان، زندان خودسرانه یا شکنجه مخالفان سیاسی، تجاوز جنسی گسترده به زنان بی‌دفاع، ناپدیدشدگی اجباری<sup>۱</sup> و آزار و اذیت با وضع قوانین و تدابیر تبعیض‌آمیز قابل ذکر است. جنایت آپارتاید به‌عنوان شکل نهاده شده تعدی نژادی یکی از نمونه‌های بارز است.<sup>۲</sup>

## ۲- تاریخچه جنایات علیه بشریت

جنایات علیه بشریت، نخستین بار به‌طور صریح در بند (ج) ماده ۶ منشور نورمبرگ تدوین شد. این منشور از جنایات «قتل عمد، نابودی، برده‌سازی، اخراج و سایر اقدامات غیرانسانی ارتکاب یافته علیه هر جمعیت غیرنظامی، پیش از جنگ یا در حین آن؛ یا آزار افراد به‌دلایل سیاسی، نژادی یا مذهبی، در ارتباط با هر جرمی که در صلاحیت محکمه قرار می‌گیرد، خواه نقض حقوق داخلی کشور محل وقوع محسوب شود یا خیر»، صحبت می‌کند.<sup>۳</sup>

در شرح تاریخچه جنایات علیه بشریت<sup>\*</sup> ابتدا لازم است که در مقدمه به مقررات لاهه مورخ ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ اشاره شود.<sup>۴</sup> کنوانسیون‌های لاهه، طرف‌های متخاصم را به تبعیت از «قوانین بشریت» متعهد می‌سازد. با اینکه «اندیشه جرم‌انگاری تخطی از قوانین بشریت، هنوز در محتوای شرط مارتینز<sup>۵</sup> جای نگرفته بود، واژه «جنایات علیه بشریت» در سال ۱۹۱۵ وضع شد. فرانسه، انگلستان و روسیه این عبارت را برای اشاره به قتل عام ارامنه در ترکیه به‌کار بردند.<sup>۶</sup>

1. Report of the Chilean National Commission on Truth and Reconciliation, Vols. 1 and 2 (1993), p. 136 and p. 495.

2. Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report (1998), Vol. 1, p. 94.

3. Nuremberg Charter, Art. 6 (C).S.E. Schwelb, 23 British Yearbook of International Law (1946), p. 178 and R.S.Clark, in G. Ginsburgs and V.N Kudriavtsev (eds.), The Nuremberg Trial and International Law (1990), p. 177.

\*. به قول حقوقدان سوئیسی، قدمت جنایات علیه بشریت به اندازه خود بشریت است، چرا که از روزهای نخستین تولد حقوق بین‌الملل، صاحب‌نظران به مفاهیم بنیادین بشریت که بر رفتار کشورها حاکم است، اشاره کرده‌اند. رک.

Jean Graven, Les Crimes Contre l'Humanite, 76 Recueil des Cours. 1950, p. 427.

۴. کنوانسیون دوم لاهه در مورد قوانین و عرف‌های جنگ زمینی مورخ ۲۹ ژوئن ۱۸۹۹ و کنوانسیون چهارم لاهه مربوط به قوانین و عرف‌های جنگ زمینی و پیوست آن مورخ ۱۸ اوت ۱۹۰۷.

5. A.Cassese, 11 European Journal of International Law (2000), p. 187; T.Meron, 94 American Journal of International Law (2000), p. 78.

6. Declaration of 28 May 1915, reprinted in United Nations War Crimes Commission (ed.), History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War (1948), p. 350 and D.Luban, 29 the Yale Journal of International Law (2004), pp. 85-86.



جنایات علیه بشریت در بند (ج) ماده ۵ منشور توکیو هم بیان شده،\* اما کسی در دادگاههای توکیو به این عنوان محکوم نشد. قانون شماره ۱۰ شورای کنترل هم با چند مورد تکمیلی و یک تغییر اساسی از جنایات علیه بشریت سخن می‌گفت. درحالی‌که منشور نورمبرگ و منشور توکیو، رخداد جنایات علیه بشریت را منوط به ارتباط با جنگ تجاوزکارانه یا جنایات جنگی می‌کردند، این شرط تکمیلی از قانون شماره ۱۰ شورای کنترل حذف شد.\*\*

بدین ترتیب، جنایات علیه بشریت تا قبل از آغاز جنگ جهانی دوم، مورد رسیدگی قرار نگرفت.<sup>۷</sup> البته لازم به ذکر است که دیوان عالی منطقه تحت اشغال انگلیس، مسیر مخالفی را در پیش گرفت و تعریف آن را به اقدامات خارج از اوضاع و احوال جنگ نیز تسری داد.<sup>۸</sup>

مسئولیت کیفری جنایات علیه بشریت طبق حقوق بین‌الملل عرفی، تقریباً همزمان با تدوین اصول نورمبرگ مورد تأیید قرار گرفت.<sup>۹</sup> از همین رو، این جنایت در پیش‌نویس مجموعه جرایم علیه صلح و امنیت نوع بشر مورخ ۱۹۵۴ مطرح شد و در تمام پیش‌نویس‌های بعدی کمیسیون حقوق بین‌الملل تکرار گردید.<sup>۱۰</sup>

جایگاه کیفری جنایات علیه بشریت به برکت کنوانسیون‌هایی که به روشهای جدید ارتکاب این جنایات می‌پرداختند، ارتقا یافته است اما تا دهه ۱۹۹۰ هیچ‌یک از محاکم کیفری بین‌المللی تأسیس شده پس از محاکمات نورمبرگ در این خصوص رأی صادر نکردند. با این وجود، تعقیب جنایات علیه بشریت در محاکم کامل فرو نرفت و باید محاکمه آدولف آیشمن در اسرائیل و محکومیت کلوز باربی در فرانسه را مورد توجه قرار داد. همچنین محاکماتی برای رسیدگی به جنایات علیه بشریت در هلند، آلمان شرقی و کانادا صورت گرفت. خاطرنشان می‌سازد، علی‌رغم وقوع موارد متعددی از جنایات علیه بشریت، تنها متهمین این جنایات،

\*. پس از جنگ جهانی اول، صحبت از تعقیب «جرایم علیه بشریت» بود ولی این ایده هرگز تحقق پیدا نکرد. رک. M.C.Bassiouni, Crimes against Humanity, 2<sup>nd</sup> edn (1999), p. 60.

\*\* دلیل اینکه جنایات علیه بشریت به مخاصمات مسلحانه پیوند داده می‌شد این بود که در سال ۱۹۴۳ و ۱۹۴۴ حقوقدانان دول متفق بر این عقیده بودند که نازی‌ها را به‌دلیل جنایات ارتكابی علیه آلمانها در داخل مرزهای آلمان به‌لحاظ قانونی نمی‌توان مسئول شناخت و شاید به همین خاطر است که گفته شد اساسنامه دیوان نورمبرگ، جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی را دوقلوهای به هم چسبیده تلقی کرده است. رک.

P.Osten, Der Tokioter Kriegsverbrecherprozeß und die Japanische Rechtswissenschaft (2003).

7. J.T.Brand, 28 Oregon Law Review (1949), p. 93.

8. H.Jagusch, Soddeutsche Juristenzeitung 1949, Column 620; R.Lange, Soddeutsche Juristenzeitung 1948, Column 655 and H. Meyrowitz, La repression des crimes contre l'humanité par les tribunaux allemands (1960), p. 213.

9. M. Lippman, 17 Boston College Third World Law Journal (1997), p. 171; B.van Schaack, 37 Columbia Journal of Transnational Law (1999), p. 787.

10. 1954 Draft Code, Art. 2 (II); 1991 Draft Code, Art. 21 and 1996 Draft Code, Art. 18.

جنایتکاران نازی بودند که سالها پیش دست به این اعمال زده بودند.<sup>۱۱</sup> این وضعیت، بالاخره با تشکیل دیوان‌های یوگسلاوی و رواندا تغییر کرد.

اساسنامه دیوان‌های یوگسلاوی و رواندا، ویژگی عرفی جنایات علیه بشریت را تأیید کرده است. ولی تفاوت‌های قابل توجهی میان متن مقررات مربوطه وجود دارد. البته شاید بتوان این تفاوت‌ها را با ماهیت اوضاع و احوال حاکم بر اساسنامه هر دیوان توجیه کرد. هنگامی که اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق در ماده ۵ خود اشعار می‌دارد که این جنایت باید «در یک درگیری مسلحانه با ویژگی بین‌المللی یا داخلی» رخ دهد، این اساسنامه در صدد ترسیم یک پیوند با مکان و زمان درگیری در یوگسلاوی است و نباید آن را به‌هیچ‌وجه، بیان دوباره‌ای از شرط تکمیلی منشور نورمبرگ دانست که مدتی طولانی متروک افتاده بود.<sup>۱۲</sup> در مقابل، ماده ۳ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری رواندا قایل به هیچ ارتباطی بین جنایات علیه بشریت و درگیری‌های مسلحانه نیست. اما اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری رواندا نه تنها در مورد جنایت ایداء و اذیت بلکه در مورد کلیه موارد جنایات علیه بشریت مقرر می‌کند که باید «به دلایل ملی، سیاسی، قومی، نژادی یا مذهبی» ارتکاب یافته باشند.<sup>۱۳</sup> این قید را هم نباید در حکم شرطی دید که در تعریف جنایات علیه بشریت، مؤثر فرض شود، بلکه این قید برای محدود کردن صلاحیت دیوان به آن دسته از جنایات علیه بشریت به‌کار رفته که نوعاً در رواندا به‌وقوع پیوسته است.

دو سال پس از اینکه شورای امنیت، اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری رواندا را تصویب کرد، کمیسیون حقوق بین‌الملل، پیش‌نویس مجموعه جنایات علیه صلح و امنیت نوع بشر را تهیه نمود که تعریف موسعی از جنایات علیه بشریت را دربرمی‌گرفت و نقش به‌سزایی را در مذاکرات مربوط به اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری ایفا نمود.

در طول مذاکرات رم این توافق وجود داشت که جنایات علیه بشریت باید در فهرست جنایات اصلی قرار بگیرد. با وجود این اجماع گسترده، در عمل معلوم شد که تدوین جنایات علیه بشریت، کار دشواری است. در نهایت، حاصل کار، تعریف نسبتاً دقیقی در ماده ۷ اساسنامه دیوان

11. S. Meseke, Det Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Romischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (2004), p. 44.

12. Prosecutor v. Tadic, ICTY (Appeals Chamber), judgment of 15 July 1999, pp. 249 and 251; Prosecutor v. Kunarac et al., ICTY (Appeals Chamber), judgment of 12 June 2002, p. 83 "PURELY JURISDICTIONAL PREREQUISITE." And S. Chesterman, 10 Duke Journal of Comparative and International Law (2002), pp. 307-311.

13. F. Lartanzi, in H. Fischer, C., Kress and S.R. Loder (eds.), International and National Prosecution Of Crimes under International Law-Current Development (2001), p. 491. G. Mettraux, 43 Harvard International Law Journal (2002), p. 237.

بین‌المللی کیفری از آب درآمد که از تعاریف قبلی و به‌ویژه رویه قضائی دیوان یوگسلاوی بهره می‌برد.<sup>۱۴</sup> البته لازم به‌ذکر است که این تعریف از سوی سازمانهای غیردولتی مورد انتقاد واقع شده است.\*

### ۳- منافع مورد حمایت

جنايات عليه بشریت شامل تهدید نسبت به صلح، امنیت و رفاه جهان، طی یک حمله نظام‌مند یا گسترده به حقوق بنیادین بشری یک جمعیت غیرنظامی می‌باشد. این شرایط خشونت سازمان‌یافته، ما را به تأمل بیشتر در مسئله بشریت و مسائلی از این دست<sup>۱۵</sup> در مفهوم «حداقل استاندارد قواعد موجودیت انسانی» فرامی‌خواند.<sup>۱۶</sup> پس این جنایت، نه تنها تک‌تک قربانیان را متأثر می‌سازد، بلکه جامعه بین‌المللی را در کل تحت تأثیر قرار می‌دهد. به‌علاوه، این قاعده، برخی حقوق فردی شامل حیات، سلامتی، آزادی و کرامت فرد قربانی را نیز مورد حمایت قرار می‌دهد.<sup>۱۷</sup>

### ب - شرایط وقوع جنایات علیه بشریت

جنايات عليه بشریت به‌موجب بند اول ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری تنها مشتمل بر آن دسته از جنایات فهرست شده است که «به‌عنوان بخشی از یک حمله گسترده و نظام‌مند با هدف ضدیت نسبت به هر جمعیت غیرنظامی» ارتکاب می‌یابند. این عناصر در کنار یکدیگر، شرایط تحقق این جنایت را تشکیل می‌دهد.\*\*

14. D. Robinson, 93 American Journal of International Law(1999), p. 43; D. Robinson, in F. Lattanzi and W.A.Schabas (eds.), Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court, Vol. 1 (1999), pp. 139 et seq. See also R.S. Clark, in M. Politi and G. Nesi (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court, A Challenge to impunity (2001). p. 75; D. Donat-Cattin, L'astree, Revue de Droit Penal et des Droits del'Homme (1999). p. 83.; P. Hwang, 22 Fordham International Law Journal (1998), p. 457 and M. McAuliffe de Guzman, 22 Human Rights Quarterly (2000), p. 335.

\*. آنها بیشتر تمایل داشتند تعریفی که از ناحیه کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد ارائه شده، مبنای کار قرار گیرد. طبق تعریف کمیسیون حقوق بین‌الملل، هر نوع عمل بی‌رحمانه‌ای که با هدایت دولتها و یا گروهها و سازمانها صورت گیرد، جنایت علیه بشریت تلقی می‌گردد. روشن است که علت مخالفت کشورها با این تعریف، گسترش اختیارات دادگاهها برای رسیدگی به جرایمی بود که حتی از سوی افسران جزء و یا سربازان پیاده نظام ارتکاب پیدا کرده بود. رک. جفری رابرتسون، جنایات علیه بشریت، ترجمه: گروه پژوهشی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۳، ص ۴۵۴.

15. A. Cassese, P. Gaeta and J.R.W.D.Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court, Vol. 1 (2002), p. 353.

16. H.-H.Jeschek, in F.C. Schroeder and H. Zipf (eds.), Festschrift Maurach (1972), p. 579.

17. H. Vest, 113 Zeitschrift die gesamte Strafrechtswissenschaft (2001), p. 457.

\*\*. به بیان بهتر، همان‌طور که دیوان رواندا در قضیه آکایسو طی بند ۵۷۸ رأی خود آورده است، به‌طور کلی، عناصر ضروری مشترک در بین تمامی جنایات علیه بشریت بدین قرار است: فعل مجرمانه هم به‌لحاظ ماهیت و هم از جهت ویژگی‌های خود،

## ۱- یک جمعیت غیرنظامی به عنوان هدف جنایت

جنايات عليه بشریت با هدف ضدیت با یک جمعیت غیرنظامی و اهدافی از این قبیل محقق می‌شود و اینکه صرفاً علیه یک فرد صورت پذیرد، کافی نیست. با این حال، این بدان معنا نمی‌باشد که کل جمعیت یک کشور یا کل سرزمین باید تحت تأثیر این حمله قرار گیرد. این معیار بر ماهیت جمعی این جنایت تأکید می‌کند و شامل حملات علیه افراد و اقدامات منفرد خشونت‌آمیز نمی‌شود. این جنایت ممکن است هم در حین جنگ و هم در زمان صلح روی دهد. تعریف جنايات عليه بشریت در مقایسه با جنايات جنگی، نه تنها غیرنظامیان را در برابر طرف مخالف، مورد حمایت قرار می‌دهد، به‌طور خاص، جمعیت غیرنظامی منتسب به طرف مرتکب را نیز حمایت می‌کند و تابعیت قربانی و تابعیت مرتکب، هیچ نقشی در این زمینه ایفا نمی‌کند.\*

هدف «حمله» باید یک جمعیت غیرنظامی باشد درحالی‌که هدف جنایت فردی، غیرنظامیان هستند. باید دقت لازم را در ویژگی «غیرنظامی» جمعیت و اشخاص مورد تهاجم هم در زمان جنگ و هم در زمان صلح مبذول داشت.\*\*

مهمترین دلیل برای اثبات عضویت در یک جمعیت غیرنظامی، نیاز قربانیان به حمایتی است که از بی‌دفاعی آنان در مقابل کشور، ارتش و سایر نیروهای سازماندهی شده سرچشمه

---

رفتاری غیرانسانی است، این فعل باعث رنج عظیم یا صدمه‌ای جدی به جسم یا سلامت روحی فرد می‌شود و فعل اخیر، در قالب بخشی از یک تعرض و هجمه گسترده یا سازمان یافته علیه اعضای یک جمعیت غیرنظامی صورت می‌گیرد. ابتدا شروط تحقق جنايات عليه بشریت از منظر عنصر مادی یعنی «جمعیت غیرنظامی»، «حمله گسترده یا نظام‌مند» و مفهوم «عنصر سیاست» را در شق (الف) بند دو ماده ۷ مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌دهیم و سپس از دامنه مرتکبین احتمالی و این مسئله بحث خواهیم کرد که آیا عنصر معنوی به حمله به جمعیت غیرنظامی اشاره دارد یا خیر و اگر جواب مثبت است، این امر به چه ترتیب می‌باشد.

\*. همین‌طور، حضور سربازان در میان جمعیت غیرنظامی مورد تهاجم، وصف غیرنظامی آن جمعیت را زایل نمی‌کند. رک. Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 1949. Art. 50(3); *Prosecutor v. Tadic*, ICTY (Trial Chamber), judgement of 7 May 1997, p. 638; *Prosecutor v. Jelusic*, ICTY (Trial Chamber), judgement of 14 December 1999, p. 54; *Prosecutor v. Blaskic et al.*, ICTY (Trial Chamber), judgement of 14 January 2000, p. 549; *Prosecutor v. Blaskic*, ICTY (Trial Chamber), judgement of 3 March 2000, pp. 211 and 214; *Prosecutor v. Kunarac et al.*, ICTY (Trial Chamber), judgement of 22 February 2001, p. 425; *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, ICTY (Trial Chamber), judgement of 26 February 2001, p. 180; also *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR (Trial Chamber), judgement of 2 September 1998, p. 582; *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR (Trial Chamber), judgement of 21 May 1999, p. 128.

\*\* باید توجه نمود که حقوق بشردوستانه بین‌المللی به‌طور خاص، هرکسی را که در مخاصمات شرکت ندارد یا از این پس نخواهد داشت، مورد حمایت قرار می‌دهد. بنابراین همان‌طور که از بند ۲۱۴ رأی پرونده بلاسکیچ قابل استنباط است، برای تشخیص وضعیت غیرنظامی بودن قربانیان باید موقعیتی که آنان در حین ارتکاب جنايات با آن روبه‌رو هستند، ملاک ارزیابی قرار گیرد. بدین ترتیب، وقتی سرپرست یک خانواده برای دفاع از خانواده خود، ناگزیر می‌شود که دست به اسلحه ببرد، وضعیت غیرنظامی خود را از دست نمی‌دهد.

*Prosecutor v. Kunarac et al.*, ICTY (Trial Chamber), judgement of 22 February 2001, p. 425.

می‌گیرد.<sup>۱۸</sup> عامل تعیین‌کننده و سرنوشت ساز، موقعیت رسمی فرد نظیر عضویت در نیروها یا واحدهای نظامی نیست، بلکه آنچه مهم است، نقش واقعی شخص در هنگام ارتکاب این جنایت است.<sup>۱۹</sup> بنابراین، این حمایت، مشمول آن دسته از نظامیانی که سلاح‌های خود را زمین گذاشته‌اند و دیگر در مخاصمات شرکت نمی‌کنند و دل به حمایت‌های مندرج در ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو بسته‌اند، نیز خواهد شد. همین حمایت در درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی برای سربازانی که دیگر در مخاصمات شرکت نمی‌کنند یا برای اسرای جنگی که به‌طور خاص مورد حمایت حقوق بشردوستانه بین‌المللی هستند، صادق است.<sup>۲۰</sup>

مهم نیست غیرنظامیان، تحت کنترل طرف خود یا جبهه مخالف باشند. پس اعضای کنونی یا قبلی نیروهای مسلح، به‌خصوص کسانی که مورد حمایت حقوق بشردوستانه بین‌المللی نیستند را می‌توان هدف مستقیم یک جنایت علیه بشریت دانست. این تفسیر از ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری با حقوق بین‌الملل عرفی نیز همخوانی دارد.<sup>۲۱</sup> برای تحقق جنایات علیه بشریت، در شرایطی که درگیری مسلحانه روی نداده، اعضای تشکیلات پلیس یک کشور را نمی‌توان به‌عنوان جمعیت غیرنظامی نام برد<sup>۲۲</sup> و همین وضعیت بر اعضای سازمان‌های غیردولتی که از نوعی اقتدار دوفاکتو برخوردارند، حاکم است.\*

## ۲- حمله گسترده یا نظام‌مند

### یک - حمله

عنصر «حمله»، نحوه برخوردی را بیان می‌کند که متضمن ارتکاب اقدامات خشونت‌بار

18. K. Ambos and S. Wirth, 13Criminal Law Forum (2002), p. 1.

19. Prosecutor v. Blaskic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 3 March 2000, p. 214.

20. Prosecutor v. Tadic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 7 May 1997, p. 643; Prosecutor v. Jelavic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 14 December 1999, p. 54; Prosecutor v. Kupreskic et al., ICTY (Trial Chamber), judgment of 14 January 2000; Prosecutor v. Blaskic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 3 March 2000, p. 210; Prosecutor v. Kordic and Cerkez, ICTY (Trial Chamber), judgment of 26 February 2001, p. 180.

21. Prosecutor v. Kupreskic et al., ICTY (Trial Chamber), judgment of 14 January 2000 p. 547.

22. Prosecutor v. Kayishema and Rutindana, ICTR (Trial Chamber), judgment of 21 May 1999, p. 127.

\*. وقوع جنایات علیه بشریت منوط به این نیست که کل جمعیت یک کشور، استان یا بخش مورد حمله قرار گیرند، بلکه کافی است به شمار متناسبی از افراد حمله شود. اگر تنها افراد معدودی، به‌طور نامنظم انتخاب شده باشند، برای تحقق این جنایت کفایت نمی‌کند. رک.

Prosecutor v. Kunarac et al., ICTY (Appeals Chamber), judgment of 12 June 2002, p. 90; Prosecutor v. Naletilic and Martinovic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 31 March 2003, p. 235; Prosecutor v. Bagilishema, ICTR (Trial Chamber), p. 80.

است.<sup>۲۳</sup> این رفتار باید «ارتکاب متعدد» اقدامات فهرست شده در بند اول ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری را دربرگیرد. ارتکاب متعدد، شرط کم اهمیت‌تری در مقایسه با قید «گسترده بودن» حمله است.<sup>۲۴</sup> منظور از ارتکاب متعدد، تکرار عمل مشابه یا تکرار اعمال متفاوت است و نیازی نیست که مرتکب، خود به‌طور مکرر اقدام کند. یک اقدام منفرد کشتار عمدی اگر با شرایط کلی متناسب باشد ممکن است یک جنایت علیه بشریت را تشکیل دهد. یک مثال تاریخی آشکار در این زمینه به محکومیت یک یهودی عضو گشتاپو مربوط می‌شود که در دوران رایش سوم اجرای بخشی از عملیات محروم کردن یهودیان آلمانی را از حیات فرهنگی و اقتصادی برعهده داشت. همان‌طور که سند عناصر جنایات صریحاً اظهار می‌کند: «نیازی نیست این اقدامات، یک حمله نظامی را تشکیل دهد»، باید گفت که برای تحقق جنایات علیه بشریت، رخداد یک حمله نظامی ضرورت ندارد.<sup>۲۵</sup> همچنین توسل به‌زور علیه جمعیت غیرنظامی الزامی نیست.<sup>۲۶</sup> می‌توان گفت که مفهوم «حمله»، شامل هر نوع بدرفتاری با جمعیت غیرنظامی می‌شود<sup>۲۷</sup> و می‌تواند در قالب فعل یا ترک فعل صورت گیرد.\*

## دو - ویژگی گستردگی یا نظام‌مند بودن

طبق رویه قضائی بین‌المللی تثبیت یافته که از آن جمله می‌توان به بند ۶۴۸ رأی پرونده تاجیک اشاره داشت، حمله گسترده به‌معنی تعرض علیه جمع کثیری از قربانیان است، حال آنکه یک حمله سازمان یافته تعرضی است که پیرو یک سیاست یا برنامه از پیش طراحی شده صورت می‌گیرد. در جریان مذاکرات مربوط به اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، خیلی زود این توافق حاصل شد که معیارهای «گسترده بودن» و «نظام‌مند بودن» حمله باید در تعریف این جنایت بگنجد. البته این

23. Prosecutor v. Naletilic and Martinovic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 31 March 2003, p. 233.

24. D. Robinson, 93 American Journal of International Law (1999), p. 43; H. von Hebel and D. Robinson, in R.S. Lee (ed.), The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute (1999), p. 79.

25. Prosecutor v. Kunarac et al., ICTY (Trial Chamber), judgment of 22 February 2001, p. 416.

26. Prosecutor v. Rutaganda, ICTR (Trial Chamber), judgment of 6 December 1999, p. 68 and Prosecutor v. Musema, ICTR (Trial Chamber), judgment of 27 January 2000, p. 205.

27. Prosecutor v. Kunarac et al., ICTY (Trial Chamber), judgment of 12 June 2002, p. 86; Prosecutor v. Stakic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 31 July 2003, p. 623; Prosecutor v. Semanza, ICTR (Trial Chamber), judgment of 15 May 2003, p. 327; Prosecutor v. Kajelijeli, ICTR (Trial Chamber), judgment of 1 December 2003, p. 868.

\*. چنان‌که در پرونده کامبندا متهم، علاوه بر سایر موارد، به‌دلیل خودداری از انجام وظایف خویش به‌عنوان نخست‌وزیر رواندا در محافظت از کودکان و مردم رواندا در برابر قتل‌عام‌هایی که به‌وقوع پیوست، به‌ویژه پس از اینکه انجام اقدامات فوق، شخصاً از وی خواسته شده بود، به جنایت علیه بشریت محکوم شد. رک.

Prosecutor v. Jean Kambanda, Case No. ICTR 97-23-S, 1998, pp. 39-40.

اختلاف نظر وجود داشت که این دو معیار مترادف یکدیگرند یا همدیگر را تکمیل می‌کنند. گروه «کشورهای همفکر» از این نظر دفاع می‌کردند که هریک از این دو معیار که باشند، کافی است. ولی تعداد زیادی از هیأت‌های نمایندگی حاضر در مذاکرات بر این باور بودند که این دو معیار باید با هم وجود داشته باشند تا شرایط لازم محقق گردد. در پایان، نظریه گروه کشورهای همفکر مورد قبول واقع شد ولی با این شرط که تعریف «حمله به یک جمعیت غیرنظامی» شامل عنصر سیاست مندرج در آن، در شق (الف) بند دوم ماده ۷ تصویب شود.<sup>۲۸</sup>

معیار «گسترده‌گی»، حکایت از یک عامل کمی دارد.<sup>۲۹</sup> ماهیت گسترده حمله ممکن است از شمار قربانیان احراز شود. نظریه تفسیری کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص ماده مشابه در پیش‌نویس مجموعه قواعد ۱۹۹۶ از همین عامل یاد می‌کند. رویه قضائی بین‌المللی هم همین دیدگاه را دنبال می‌کند.<sup>۳۰</sup> طبیعت گسترده حمله را می‌توان از گسترش آن به یک منطقه جغرافیایی وسیع هم ناشی دانست ولی همیشه این‌طور نیست. حتی یک اقدام منفرد، اگر تعداد زیادی از غیرنظامیان، قربانی آن شوند ممکن است یک حمله گسترده تلقی گردد.<sup>۳۱</sup>

معیار یک حمله «نظام‌مند» به «طبیعت سازمان یافته اقدامات خشونت‌بار و بعید بودن احتمال رخداد تصادفی آن» اشاره دارد.<sup>۳۲</sup> این معیار ایجاب می‌کند که اقدام انفرادی به دنبال یک برنامه یا سیاست از قبل تعیین شده صورت پذیرد. این نگرش بر نظریه تفسیری کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد معیار مشابه مطرح شده، مبتنی است. رویه قضائی دیوان‌های اختصاصی از این رویکرد صحیح پیروی کرده و همیشه بر ضرورت وجود یک برنامه یا سیاست تأکید نموده‌اند.<sup>۳۳</sup>

به موجب بند اول ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، تنها کافی است یکی از معیارهای «گسترده بودن» و «نظام‌مند بودن» وجود داشته باشد ولی در عمل، به‌طور کلی هر دو معیار لحاظ شده‌اند.<sup>۳۴</sup>

28. D. Robinson, 93 American Journal of International Law (1999), p. 43; D. Robinson, in F. Lattanzi and W.A. Schabas (eds.), Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court, Vol. 1 (1999); p. 139.

29. H. Vest, 113 Zeitschrift die gesamte Strafrechtswissenschaft (2001), p. 457.

30. Prosecutor v. Tadic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 22 February 2001, p. 428; Prosecutor v. Akayesu, ICTR (Trial Chamber), judgment of 2 September 1998, p. 580.

31. Prosecutor v. Blaskic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 3 March 2000, p. 206.

32. Prosecutor v. Kunarac et al., ICTY (Appeals Chamber), judgment of 12 June 2002, p. 94.

33. K. Ambos and S. Wirth, 13 Criminal Law Forum (2002), p. 1.

34. Prosecutor v. Blaskic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 3 March 2000, para 207; Prosecutor v. Jelencic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 14 December 1999, p. 53; Prosecutor v. Bagilishema, ICTR (Trial Chamber), judgment of 7 June 2001, p. 77.

### ۳- «عنصر سیاست»

#### یک - اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری

در هنگام مذاکرات رم، پذیرش رابطه غیرتکمیلی بودن دو شرط «گسترده بودن» و «نظام‌مند بودن»، به قیمت ارائه تعریفی از «حمله به جمعیت غیرنظامی» تمام شد. این تعریف، محتوی «عنصر سیاست» بود که هم بر حملات گسترده و هم بر حملات نظام‌مند اعمال می‌شد. شق (الف) بند دوم ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری مقرر می‌کند که حمله به یک جمعیت غیرنظامی باید «در ادامه یا پیشبرد یک سیاست کشوری یا سازمانی به‌منظور ارتکاب چنین حمله‌ای» انجام گیرد.<sup>۳۵</sup> پیش‌نویس مجموعه قواعد ۱۹۹۶ الهام بخش تکوین و شکل‌گیری «عنصر سیاست» بود. طبق این پیش‌نویس، تحریک یا حمایت از این جنایت از سوی یک دولت، سازمان یا گروه، شرط تحقق جرم بود.

تعاریف قبلی مانند بند (ج) منشور نورمبرگ بدون توجه به این عنصر به عمل آمدند چرا که در آن زمان چنین فرض می‌شد که معیارهای «جمعیت غیرنظامی» و «گسترده‌گی یا نظام‌مند بودن»، حداقلی از شروط کمی و کیفی را دارا هستند.<sup>۳۶</sup> به همین دلیل، جنایات علیه بشریتی که پیش از این مورد محاکمه قرار گرفتند، بر سیاست‌های کشور خاطی نیز مبتنی بودند.<sup>۳۷</sup> حتی اگر عنصر سیاست یا مشارکت دولت شرط نبود، وجود یک سیاست خاص، نمادی نوعی از جنایات علیه بشریت به‌شمار می‌آمد.<sup>۳۸</sup>

تحقق معیار «سیاست» مستلزم آن نیست که رسماً برای اجرایی شدن یک تصمیم، برنامه‌ریزی شود. در عوض، این واژه در مفهومی موسع به‌عنوان یک جنایت برنامه‌ریزی شده، هدفمند یا سازماندهی شده، غیر از اقدامات خشونت‌بار انفرادی خودجوش، تفسیر می‌شود. از همین‌رو دیوان یوگسلاوی در رأی تاجیک اظهار داشت:

«نیازی نیست چنین سیاستی در قالب رسمی بیان شود و می‌توان از طرقی که این اقدامات به عمل می‌آید به نتایج مورد نظر دست یافت. مخصوصاً اگر این اقدامات بر مبنای گسترده یا

35. R.S. Clark, in M. Politi and G. Nesi (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court, A challenge to impunity* (2001), p. 75 and M. Boot, *Genocide, Crimes Against Humanity. War Crimes: Nullum Crime Sine Lege* (2002), pp. 481 et seq. P. Hwang, 22 *Fordham International Law Journal* (1998), p. 457.

36. *Prosecutor v. Bagilishema*, ICTR (Trial Chamber), judgment of 7 June 2001, p. 78.

37. *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, ICTY (Trial Chamber), Judgment of 14 January 2000, pp. 551 et seq. *Prosecutor v. Blaskic*, ICTY (Trial Chamber), judgment of 2 September 1998, p. 254 and 257; *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR (Trial Chamber), judgment of 2 September 1998, p. 580; *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR (Trial Chamber), judgment of 21 May 1999, p. 124.

38. *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, ICTY (Trial Chamber), judgment of 26 February 2001, p. 181 and G. Mettraux, 43 *Harvard International Law Journal* (2002), p. 237.



نظام‌مند روی دهد که نمایانگر وجود یک سیاست در ارتکاب این اعمال است، خواه رسمیت یافته باشد یا غیررسمی باشد».<sup>۳۹</sup>

بنابراین لازم نیست که این سیاست به‌طور صریح یا واضح و دقیق بیان شود. همچنین ضرورتی ندارد که این سیاست در بین عالی‌ترین سطوح مقامات اتخاذ شده باشد.<sup>۴۰</sup> وجود عنصر سیاست را می‌توان از مجموع اوضاع و احوال استنباط کرد. وقایع عینی، خط مشی‌ها یا نوشته‌های حزبی سیاسی، اظهارات عمومی یا برنامه‌های تبلیغاتی و ایجاد ساختارهای سیاسی یا اداری از جمله دلایل محکمه‌پسند محسوب می‌شود.<sup>۴۱</sup> رکن مسئول این سیاست باید یک کشور یا یک سازمان و خلاصه موجودیتی مشخص باشد. واژه «سازمان»، گروه‌هایی از اشخاص را دربرمی‌گیرد که بر سرزمین مشخصی حکومت می‌کنند یا در هر حال می‌توانند آزادانه در آنجا حرکت کنند.<sup>۴۲</sup> ولی عنصر سرزمینی در مورد آن ضرورت ندارد. در نهایت، هر گروه از افراد را می‌توان در زمره یک سازمان درآورد، مشروط به اینکه با در اختیار داشتن تجهیزات و پرسنل خود، قابلیت ارتکاب حمله‌ای گسترده یا نظام‌مند به یک جمعیت غیرنظامی را داشته باشند. علاوه بر واحدهای شبه‌نظامی، به‌خصوص می‌توان سازمان‌های تروریستی را نیز در این ردیف جای داد.\*

این دیدگاه که اگر نتوان اعمال را به یک موجودیت کشوری<sup>۴۳</sup> منتسب کرد پس هیچ تخلفی نسبت به حقوق بشر روی نداده است، شاید درست باشد اما ایراد متقاعدکننده‌ای نیست. تهدیدات نسبت به ارزش‌های مورد حمایت حقوق بین‌الملل، به‌ویژه تهدیدات نسبت به صلح جهانی، مطمئناً ممکن است از سوی بازیگران غیردولتی یا اشخاص خصوصی سربرزند. نیاز قربانیان به حمایت منوط به طبقه‌بندی یک حمله جدی به‌عنوان نقض حقوق بشر نیست، اما به میزان و بزرگی حمله بستگی دارد. این امر ما را به این نتیجه رهنمون می‌سازد که به‌منظور طبقه‌بندی حملات ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ به مرکز تجارت جهانی پنتاگون در نیویورک به‌عنوان

39. Prosecutor v. Tadić, ICTY (Trial Chamber), judgment of 7 May 1997, p. 653.

40. Prosecutor v. Blaskić, ICTY (Trial Chamber), judgment of 3 March 2000, p. 204.

41. Prosecutory v. Blaskić, ICTY(Trial Chamber), judgment of 3 March 2000, p. 204.

42. Prosecutor v. Kupreskić et al., ICTY (Trial Chamber), judgment of 14 January 2000, p. 552; Prosecutor v. Blaskić, ICTY (Trial Chamber), judgment of 3 March 2000, p. 52; Prosecutor v. Blaskić, ICTY (Trial Chamber), judgment of 3 March 2000, p. 205.

\*. لذا در اینکه جنایات علیه بشریت ممکن است در راستای سیاست یک عامل دولتی یا غیردولتی صورت گیرد، هیچ اختلاف‌نظری وجود ندارد و این جنایات می‌توانند از جانب یک واحد سیاسی که به‌صورت دفاکتو کنترل یک قلمرو مشخص را در دست دارد اما به‌عنوان یک دولت دو‌توره مورد شناسایی قرار نگرفته است نیز ارتکاب یابد، این مسئله به‌وضوح در بند ۶۵۴ و ۶۵۵ رأی پرونده کوپرسکیچ مورد توجه واقع شده است.

43. K. Ambos and S. Wirth, 13Criminal Law Forum (2002), p. 1.

جنايات عليه بشریت، این موضوع اهمیت ندارد که آیا این اقدامات صرفاً به یک سازمان تروریستی قابل انتساب است یا باید به یک کشور یا موجودیتی مشابه کشور قابل اطلاق باشد. سیاست یک کشور یا سازمان را می‌توان از قرائنی مثل در دست گرفتن نقش رهبری در ارتکاب جنایت، پیشبرد فعالانه جنایت یا صرفاً مدارا با آن احراز نمود. در تعدادی از آراء دیوان‌های بین‌المللی کیفری، این امر تجویز شده است که صرف مدارا کردن برای تحقق جنایات عليه بشریت، کفایت می‌کند.<sup>۴۴</sup>

بالاخره این پیشنهاد بینابین مورد پذیرش قرار گرفت که از عبارت حقوق بین‌الملل عام قابل اجرا استفاده شود.\*

## دو - حقوق بین‌الملل عرفی

در حقوق عرفی، هیچ صحبتی از عنصر «سیاست» برای محدود کردن تعریف جنایات عليه بشریت وجود ندارد. دیوان یوگسلاوی در رأی کوناراک پس از تردید اولیه، بر این موضوع صحه گذاشت.<sup>۴۵</sup> ما نیز این دیدگاه را صحیح می‌دانیم چرا که از دوران محاکمات نورمبرگ

44. *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, ICTY (Trial Chamber), judgment of 14 January 2000, p. 552; *Prosecutor v. Tadic*, ICTY (Appeals Chamber), judgment 2000. p. 14; Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), UN Doc.S/1994/674.

\*. در واقع، عدم اتخاذ تدابیری برای حمایت از جمعیت مزبور و ناتوانی در تعقیب مرتکبین را می‌توان ابزار مؤثری برای اثبات سیاست ترور و نابودی برشمرد. مفهوم دیگری که از ارتباطی تنگاتنگ با مفهوم سیاست برخوردار بود و بارها همراه با آن مورد بحث قرار گرفت، ماهیت جهانی شناسایی این امر بود که باید یک رفتار خاص را به عنوان جنایت عليه بشریت تعریف کرد. کشورهای عربی بر این عقیده بودند که شرط شناسایی جهانی منجر به آن خواهد شد که بسیاری از معیارهای حقوق بشر بیگانه با یک کشور یا منطقه مشخص که از خصوصیات فرهنگی خاص خود برخوردارند، به آنها تحمیل گردد. این دیدگاه از سوی اکثر هیأت‌های نمایندگی کشورها مردود شناخته شد و پیشنهاد گردید که ضروری است کشورها به درک متقابلی از نظام‌های حقوقی و فرهنگ و تمدن یکدیگر نایل آیند. در این رابطه، نمایندگان ایران خاطر نشان ساختند این امکان وجود دارد که مردم عادی روستایی دور افتاده متوجه شوند که هنجارهای رفتاری دیرینه آنها از این پس به موجب اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، جنایتی عليه بشریت محسوب خواهد شد، درحالی که این هنجارها به موجب حقوق داخلی آنها قانونی به شمار می‌رود. به عقیده ایران و مصر چنین جرم انگاری کاملاً مغایر اصل قانونی بودن جرایم به شمار می‌رود. همچنین ایران استدلال نمود که حمایت از حقوق اساسی انسانی در اعلامیه جهانی حقوق بشر، منشور ملل متحد و دیگر اسناد متعدد حقوق بشر صورت گرفته است. از این رو، اساسنامه دیوان که یک سند بین‌المللی با قابلیت اعمال جهانی و برکنار از سلطه یک نظام قانونی و حقوقی خاص می‌باشد، تنها باید نقض آن دسته از حقوق اساسی را که اعتبار و جایگاه آنها به عنوان قواعد آمره به طور جهانی مورد پذیرش قرار گرفته و تخلف از آنها آثاری نسبت به همگان در پی دارد، مجرمانه تلقی نماید. رک. کریانگ ساک کیتی شایزری، حقوق بین‌المللی کیفری، ترجمه: بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۳، صص ۱۹۳-۱۹۲.

45. *Prosecutor v. Kunarac et al.*, ICTY (Trial Chamber), judgment of 22 February 2001, p. 432; *Prosecutor v. Kordic and Cerkec*, ICTY (Trial Chamber), judgment of 26 February 2001, p. 181. *Prosecutor v. Kmojelac*, ICTY (Trial Chamber), Judgment of 15 March 2002, p. 58; *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, ICTY (Trial Chamber), judgment of 14 January 2000, p. 551. *Prosecutor v. Galisc*, ICTY (Trial Chamber), judgment of 5 December 2003, p. 147.

تاکنون، اغلب تعاریفی که از جنایات علیه بشریت ارائه شده، فاقد عنصری به نام عنصر سیاست بوده است.

در نهایت، دیوان بین‌المللی کیفری است که تعیین خواهد کرد آیا عنصر سیاست در اساسنامه دیوان منجر به تحدید مسئولیت در مقایسه با حقوق بین‌الملل عرفی خواهد شد یا خیر. اگر عنصر سیاست به‌طور موسع تفسیر شود، اساساً چیزی بیشتر از تبیین مقتضیات مربوط به شرایط حمله‌ای گسترده یا نظام‌مند به یک جمعیت غیرنظامی نخواهد بود.

#### ۴- مرتکبین

ضرورتی دیده نمی‌شود که مرتکبین، اعضای کشور یا سازمان درگیر جنایت باشند و ممکن است مرتکبین جنایات علیه بشریت شامل همه اشخاصی باشند که برای اجرا و حمایت از سیاست آن کشور یا سازمان اقداماتی را معمول می‌نمایند.<sup>۴۶</sup>

#### ۵- عنصر معنوی

بند اول ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، مطابق حقوق بین‌الملل عرفی صریحاً مقرر می‌کند که مرتکب باید «با علم» به حمله به جمعیت غیرنظامی مبادرت ورزد. این صرفاً یک اشاره و ارجاع اعلامی و غیرتأسیسی به شرط کلی عنصر معنوی در ماده ۳۰ اساسنامه است. به‌موجب بند سوم ماده ۳۰ حمله در هر موردی به‌عنوان یک «واقعیت»، صورتی از عنصر معنوی است. از همین رو مرتکب باید آگاه باشد که حمله (گسترده یا نظام‌مند) به یک جمعیت غیرنظامی در حال انجام است و اقدام وی بخشی از این حمله می‌باشد.<sup>۴۷</sup> با این همه، ضرورتی ندارد که مرتکب از جزئیات برنامه یا سیاست کشور یا سازمان مطلع باشد.\*

طبق اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری و حقوق بین‌الملل عرفی، هیچ معیار شخصی (فاعلی) برای تحقق این جنایت مقرر نشده است. به‌ویژه در جنایات علیه بشریت لازم نیست که

46. Prosecutor v. Simic<sup>et al.</sup>, ICTY(Trial Chamber), judgment of 17 October 2003, para. 44. Prosecutor v. Semanza, ICTR (Trial Chamber), judgment of 15 May 2003, p. 329; Prosecutor v. Kamubanda, ICTR (Trial Chamber), judgment of 22 January 2004, p. 665.

47. Prosecutor v. Kunarac *et al.*, ICTY(Appeals Chamber), judgment of 12 June 2002, p. 121; D. Robinson, in F. Lartazi and W.A.Schabas (eds.) Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court, Vol. 1 (1999), p. 139.

\*. در تعریف جنایات علیه بشریت، برخلاف طرح‌های پیشنهادی اولیه که حقوق عرفی را برای استناد به انگیزه در تعریف این جنایات به شهادت می‌گرفت، هیچ اشاره‌ای به انگیزه مرتکب، نشده است. البته عدم ضرورت انگیزه به این معنا نیست که در تعقیب جنایات علیه بشریت هرگز به انگیزه توجه نمی‌شود، بلکه وجود انگیزه در متهم، ملاکی برای سنجش جرم اوست، همان‌طور که فقدان انگیزه ممکن است باعث ایجاد شک و تردید در بی‌گناهی او گردد. رک. ویلیام اشبث، مقدمه‌ای بر دیوان کیفری بین‌المللی، ترجمه: سیدباقر میرعباسی و حمیداله‌نوی نظری، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۴، ص ۵۳.

مرتکب، بدون انگیزه‌های تبعیض‌آمیز عمل کند. البته ماده ۳ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری روآندا و آرائی که در دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق براساس ماده ۵ اساسنامه صادر شده، خلاف این را مقرر می‌کنند و نیت تبعیض‌آمیز فقط برای عمل ایذاء و اذیت لازم است که طبق تعریف، یکی از اعمال انفرادی احتمالی است.<sup>۴۸</sup>

### ج - عناصر مادی جنایات علیه بشریت

تفکیک قتل و اذیت در بین جنایات علیه بشریت، امری معمول است چرا که اساس بند (ج) ماده ۶ منشور نورمبرگ را تشکیل می‌دهد. پیش‌نویس مجموعه قواعد ۱۹۹۱ در مقایسه با پیش‌نویس مجموعه قوانین ۱۹۹۶ فاقد چنین تفکیکی است و اساسنامه‌های دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق، دیوان بین‌المللی کیفری روآندا و دیوان بین‌المللی کیفری نیز به همین نحو است و هیچ تمایزی را مطرح نمی‌کنند. تفکیک قتل و اذیت از جنایات علیه بشریت را می‌توان در وهله اول با این حقیقت روشن کرد که عنصر معنوی جنایات ایذاء و اذیت، مستلزم انگیزه‌های تبعیض‌آمیز است و این انگیزه‌ها در مورد جنایات از نوع قتل ضروری نیستند.<sup>۴۹</sup>

### ۱- کشتار

قتل عمد در شق (الف) بند اول ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری گنجانده شده است. این مقرره، مبتنی بر بند (ج) ماده ۶ منشور نورمبرگ، شق (ج) بند اول ماده ۱۱ قانون شماره ۱۰ شورای کنترل، بند (ج) ماده ۵ منشور توکیو، بند (الف) ماده ۵ اساسنامه دیوان یوگسلاوی و بند (الف) ماده ۳ اساسنامه دیوان روآندا می‌باشد. در جریان مذاکرات مربوط به اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، قتل عمد به‌عنوان جنایتی دیده شد که به‌طور صریح در کلیه نظام‌های حقوقی ملی تعریف شده است.<sup>۵۰</sup> بنابر سند عناصر جنایات، عنصر مادی ایجاب می‌کند که مرتکب با رفتار خود موجب مرگ دیگری شده باشد.<sup>۵۱</sup> این امر، مترادف کشتار در ژنوسید،

48. S.Chesterman, 10 Duke Journal of Comparative and International Law (2002), p. 307.

49. A.Cassese, in A. Cassese, P. Gaeta and J.R.W.D.Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court, Vol. 1 (2002), p. 353.

50. A.Eser and H.G.Koch, 92 Zeitschrift die gesamte Strafrechtswissenschaft (1980), pp. 491; C.K.Hall, in O.Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (1999), Art.7, G.Heine and H.Vest, in G.Kirk McDonald and O.Waak-Goldman (eds.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law, Vol. 1 (2000), pp. 175; J. Hogan-Doran, 11 Leiden Journal of International Law (1998), pp. 165.

51. Prosecutor v. Akayesu, ICTR (Trial Chamber), judgment of 2 September 1998, p. 588; Prosecutor v. Rutaganda, ICTR (Trial Chamber), judgment of 6 December 1999, p.79; Prosecutor v. Muscma, ICTR (Trial Chamber), judgment of 27 January 2000, p. 214; Prosecutor v. Jelisić, ICTY (Trial Chamber),

کشتار عمدی در درگیری مسلحانه بین‌المللی برای جنایات جنگی و قتل عمد در درگیری مسلحانه غیربین‌المللی است.<sup>۵۲</sup> بنابراین، قتل عمد از تعریف مستقلاً در حقوق بین‌الملل برخوردار نیست.

از نقطه نظر شخصی (فاعلی)، برخلاف مفاد ماده ۳۰ در اینجا کافی است که مرتکب، بی‌توجه به حیات انسانی، موجب ایراد صدمه جدی به قربانی شود.<sup>۵۳</sup> پس این مفهوم، نه تنها کشتن مستقیم بلکه مواردی را نیز دربرمی‌گیرد که متهم با ایجاد شرایطی که معمولاً به مرگ فرد می‌انجامد، مسبب مرگ قربانی می‌شود.

با توجه به نسخه فرانسوی متن بند (ج) ماده ۶ منشور نورمبرگ و همچنین بند (الف) ماده ۵ اساسنامه دیوان یوگسلاوی و بند (الف) ماده ۳ اساسنامه دیوان رواندا، مدت مدیدی بود که روشن نبود آیا عنصر معنوی جنایت کشتار، مستلزم قصد قبلی است یا خیر. نظر به این سابقه، دیوان‌های کیفری بین‌المللی، ابتدا دچار مشکل بودند<sup>۵۴</sup> که با توجه به حقوق بین‌الملل عرفی، به‌طور شفاف، حدود و ثغور عنصر معنوی کشتار را تعیین کنند.<sup>۵۵</sup> اکنون رویه قضائی، علی‌رغم عبارت فرانسوی (assassinat) مسلم می‌داند که تنها واژه فرانسوی (meurtre) به‌طور صحیح، بیانگر حقوق بین‌الملل عرفی است.<sup>۵۶</sup> بدین ترتیب، ضرورتی ندارد که مرتکب با قصد قبلی عمل

---

judgment of 14 December 1999, p. 51; Prosecutor v. Kuprezkic<sup>et al.</sup>, ICTY (Trial Chamber), judgment of 14 January 2000, p. 560; Prosecutor v. Blazkic<sup>et al.</sup>, ICTY (Trial Chamber), judgment of 3 March 2000, p. 216; Prosecutor v. Kordic<sup>et al.</sup> and Cerkez, ICTY (Trial Chamber), judgment of 26 February 2001, p. 235; Prosecutor v. Krstic<sup>et al.</sup>, ICTY (Trial Chamber), judgment of 2 August 2001, p. 485; Prosecutor v. Kvočka<sup>et al.</sup>, ICTY (Trial Chamber), judgment of 2 November 2001, p. 132; Prosecutor v. Krnojelac, ICTY (Trial Chamber), judgment of 15 March 2002, p. 324.

**52.** Prosecutor v. Jelusic<sup>et al.</sup>, ICTY (Trial Chamber), judgment of 14 December 1999, p. 51; Prosecutor v. Kordic<sup>et al.</sup>, ICTY (Trial Chamber), judgment of December 1999, p. 51; Prosecutor v. Kordic<sup>et al.</sup> and Cerkez, ICTY (Trial Chamber), judgment of 26 February 2001, p. 236; Prosecutor v. Krnojelac, ICTY (Trial Chamber), judgment of 15 March 2002, p. 323.

**53.** Prosecutor v. Kuprezkic<sup>et al.</sup>, ICTY (Trial Chamber), judgment of 14 January 2000, p. 561; Prosecutor v. Musema, ICTR (Trial Chamber), judgment of 27 January 2000, p. 215; Prosecutor v. Stakic<sup>et al.</sup>, ICTY (Trial Chamber), judgment of 31 July 2003, p. 150.

**54.** J. Hogan-Doran, 11 Leiden Journal of International Law (1998), p. 165.

**55.** G. Heine and H. Vest, in G. Kirk McDonald and O. Swaak-Goldman (eds.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law, Vol. 1 (2000), p. 175.

**56.** Prosecutor v. Akayesu, ICTR (Trial Chamber), judgment of 2 September 1998, p. 588; Prosecutor v. Rutaganda, ICTR (Trial Chamber), judgment of 6 December 1999, p. 79; Prosecutor v. Musema, ICTR (Trial Chamber), judgment of 27 January 2000, p. 214; Prosecutor v. Jelusic<sup>et al.</sup>, ICTY (Trial Chamber), judgment of 27 January 2000, p. 214; Prosecutor v. Jelusic<sup>et al.</sup>, ICTY (Trial Chamber), judgment of 14 December 1999, p. 51; Prosecutor v. Blazkic<sup>et al.</sup>, ICTY (Trial Chamber), judgment of 3 March 2000, p. 216; Prosecutor v. Kordic<sup>et al.</sup> and Cerkez, ICTY (Trial Chamber), judgment of 26 February 2001, p. 235;

کرده باشد.<sup>۵۷</sup>

## ۲- نابود سازی

شق (ب) بند اول ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، ناظر بر جنایت نابودی است. این مقرره، مبتنی بر بند (ج) ماده ۶ منشور نورمبرگ، شق (ج) بند اول ماده ۱۱ قانون شماره ۱۰ شورای کنترل، بند (ج) ماده ۵ منشور توکیو، بند (ب) ماده ۵ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق و بند (ب) ماده ۳ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری رواندا می‌باشد. در جریان محاکمات نورمبرگ، نسل‌کشی ارتكابی علیه یهودیان اروپا، به‌خصوص نابودسازی، جنایت علیه بشریت محسوب شد.<sup>\*</sup>

به‌موجب شق (ب) بند دوم ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری که از جنایت ژنوسید عاریه گرفته شده است، «نابودی شامل تحمیل عمدی شرایطی بر حیات افراد مثل محرومیت از دسترسی به غذا و داروست<sup>۵۸</sup> که انهدام بخشی از یک جمعیت به حساب می‌آید». طبق سند عناصر جنایات در مقایسه با بیان شق (ب) بند دوم ماده ۷ از نقطه‌نظر عینی، نابودی مستلزم آن است که مرتکب موجب مرگ یک یا چند نفر شود. البته این دیدگاه در آغاز بحث بر سر عناصر جنایات، کاملاً مجادله برانگیز بود.<sup>۵۹</sup> به‌علاوه، مطابق سند عناصر جنایات، این کشتارها باید قسمتی از یک کشتار گسترده باشد. در این مبحث، محتوای سند عناصر جنایات، تا حد زیادی بر رویه قضائی دیوان رواندا تکیه دارد.<sup>۶۰</sup>

جنایت نابودی شامل هر موردی است که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم باعث مرگ می‌شود.<sup>۶۱</sup> فراهم آوردن موجبات مرگ به‌طور غیرمستقیم در دیوان رواندا به‌عنوان تحمیل

Prosecutor v. Krstic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 2 August 2001, p. 485; Prosecutor v. Kvočka et al., ICTY (Trial Chamber), judgment of 2 November 2001, p. 132.

57. H. Vest, 113 Zeitschrift die gesamte Strafrechtswissenschaft (2001), p. 458.

\*. در جنایات علیه بشریت در مقایسه با جنایت ژنوسید (نسل‌زدایی)، نباید هیچ گروه خاصی مورد حمله قرار گیرند بلکه برای تحقق آن، فقط کافی است به یک جمعیت غیرنظامی و از این دست حمله شود. کشتار وسیع مخالفین سیاسی یا حملات تار و مارکننده به گروههای فرهنگی، اجتماعی یا اقتصادی را نمی‌توان نسل‌زدایی تلقی کرد و از آنجا که نتیجه این حملات، نابودی است باید آنها را در زمره جنایات علیه بشریت دانست. به بیان دیگر از بند ۴۹۹ رأی دیوان یوگسلاوی در قضیه کریستیچ برمی‌آید که اثبات اعمال سیاست تبعیض‌آمیز از لحاظ سیاسی، اجتماعی یا مذهبی علیه یک گروه ضرورتی ندارد.

58. Prosecutor v. Vasiljevic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 29 November 2002, p. 227.

59. H. von Hebel and D. Robinson, in R.S. Lee (ed.), The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute (1999), p. 99.

60. W. Rockert and G. Wischel, in H. Fischer, C. Kress and S.R. Loder (eds.), International and National Prosecution of Crimes under International Law-Current Developments (2001), p. 59.

61. Prosecutor v. Akayesu, ICTR (Trial Chamber), judgment of 2 September 1998, p. 591, Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, ICTR (Trial Chamber), judgment of 21 May 1999, p. 142, Prosecutor v.

شرایطی بر حیات توصیف شده که انهدام بخشی از یک جمعیت محسوب می‌شود.<sup>۶۲</sup> دیوان رواندا از نمونه‌هایی که سبب فراهم آوردن موجبات مرگ به‌طور غیرمستقیم همچون زندانی کردن گروه زیادی از مردم به همراه محروم ساختن آنان از ضروریات<sup>۶۳</sup> یا مبتلا کردن این گروه به ویروسی مهلک در کنار ممانعت از مراقبت پزشکی یاد می‌کند.<sup>۶۴</sup> با این وجود، دیوان رواندا دریافت که ممکن است در مواردی که مرتکب، یک نفره موجب مرگ عده کمی از مردم یا حتی صرفاً یک نفر شود همچنان به‌عنوان تحمیل عمدی شرایط ناگوار حیاتی به‌حساب آید، در این حالت، تنها نکته تعیین‌کننده این است که آیا این مرگ، بخشی از یک کشتار گسترده است یا خیر.<sup>۶۵</sup>

دیوان یوگسلاوی در ابتدا به‌طور عمده این تفسیر را تأیید کرد<sup>۶۶</sup> ولی در قضیه کریستیچ، دیوان ابراز داشت که این رفتار باید موجب مرگ «بخش قابل توجهی از جمعیت به‌لحاظ عددی» گردد.<sup>۶۷</sup> دیوان یوگسلاوی، ضمن اینکه شروط حقوق عرفی جنایت نابودی را سخت‌تر کرده از این دیدگاه دفاع می‌کند که باید خود مرتکب را به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم، مسئول مرگ شمار زیادی از مردم دانست.<sup>۶۸</sup> دیوان بین‌المللی کیفری رواندا نیز اکنون موافق این دیدگاه است.<sup>۶۹</sup>

ماده ۳ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در مورد عنصر معنوی نابودی اعمال می‌شود. شق (ب) بند دوم ماده ۷ مقرر می‌کند که تحمیل شرایط مهلک باید «عمدی» باشد و این تفاوتی با شرط کلی عنصر معنوی ندارد. مرتکب باید مطلع باشد که رفتار وی بخشی از یک کشتار گسترده است.<sup>۷۰</sup> به‌علاوه این اقدام باید قسمتی از انهدام یک جمعیت «محسوب شود». واژه «محسوب شود» گاهی به‌طور شخصی به‌عنوان هدف مرتکب به‌منظور از بین بردن کل یا

Rutaganda, ICTR (Trial Chamber), judgment of 6 December 1999, p. 82; Prosecutor v. Musema, ICTR (Trial Chamber), judgment of 27 January 2000, p. 217.

62. Prosecutor v. Rutaganda, ICTR (Trial Chamber), judgment of 6 December 1999, para. 84, Prosecutor v. Musema, ICTR (Trial Chamber), judgment of 27 January 2000, p. 219.

63. D. Marcus, 97 American Journal of International Law (2003), p. 245.

64. *Ibid.*

65. Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, ICTR (Trial Chamber), judgment of 21 May 1999, p. 146.

66. Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, ICTR (Trial Chamber), judgment of 21 May 1999, p. 147.

67. Prosecutor v. Krstić, ICTY (Trial Chamber), judgment of 2 August 2001, pp. 490; Prosecutor v. Vasiljevi, ICTY (Trial Chamber), judgment of 29 November 2002, p. 216.

68. Prosecutor v. Krstić, ICTY (Trial Chamber), judgment of 2 August 2001, p. 503. G. Mettraux, 43 Harvard International Law Journal (2002), pp. 237-258.

69. E.M. Salgado, 16 Leiden Journal of International Law (2003), p. 321.

70. Prosecutor v. Ntakirutimana, ICTR (Trial Chamber), judgment of 21 February 2003 pp. 813; Prosecutor v. Semanza, ICTR (Trial Chamber), judgment of 15 May 2003, p. 340.

قسمتی از یک جمعیت تفسیر شده است.<sup>۷۱</sup> با این حال، در متن اساسنامه دیوان بین المللی کیفری مبنایی وجود ندارد که بتوان آن را با قصد و نیت مرتکب مرتبط دانست.\*

### ۳- برده سازی

در شق (ج) بند اول ماده ۷ اساسنامه دیوان بین المللی کیفری، برده سازی، یک جنایت علیه بشریت کلاسیک را تشکیل می دهد. این بیان در بند (ج) ماده ۶ منشور نورمبرگ، شق (ج) بند اول ماده ۲ قانون شماره ۱۰ شورای کنترل، بند (ج) ماده ۵ منشور توکیو، بند (ج) ماده ۵ اساسنامه دیوان بین المللی کیفری یوگسلاوی سابق و بند (ج) ماده ۳ اساسنامه دیوان بین المللی کیفری رواندا یافت می شود.

#### یک - تعریف

به علاوه اساسنامه دیوان بین المللی کیفری تصریح می کند که برده سازی شامل «اعمال این اختیار در جریان قاچاق اشخاص به ویژه زنان و کودکان» نیز می شود. سند عناصر جنایات، این تعریف را با فهرستی از چند نمونه دیگر از مظاهر برده سازی مثل خرید، فروش، قرض یا معاوضه یک یا چند نفر یا محرومیت «مشابه» از آزادی، توسعه می دهد. باید یادآوری نمود که دیوان رواندا در قضیه کوناراک اعلام داشت که صرف توانایی خرید، فروش یا به ارث بردن یک شخص یا خدمات و نیروی کار وی فی نفسه به معنی به بردگی کشاندن نیست، بلکه اینها باید در عمل ارتکاب یابد.

سند عناصر جنایات با اشاره به محرومیت «مشابه» از آزادی این نکته را مطرح می کند که این جنایت را نباید به نموده های سنتی آن نظیر «بردگی» و «تجارت برده» به همان نحوی که در معاهدات مربوطه تعریف شده است، محدود نمود.\* این مظاهر سنتی بردگی که مرتکب با

71. Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, ICTR (Trial Chamber), judgment of 21 May 1999, p. 144.

\*. برخی عنوان نابودی را شامل گروه های تروریستی که به عنوان بخشی از یک حمله گسترده یا سازمان یافته، دست به نابود کردن اشخاص به منظور اشاعه ترور و وحشت می زنند، دانسته اند. شاید بر همین مبنا خانم مری رابینسون کمیسر عالی حقوق بشر سازمان ملل متحد، حملات ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ را یک جنایت علیه بشریت تلقی می کند. رک.

A. Casasse, International Criminal Law, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 35.

\*\* بردگی و به بردگی گرفتن حتی تا اواسط قرن نوزدهم عملی مجاز بود و از نیمه قرن بیستم پس از الغای آن در کشورهای مختلف، ممنوعیت آن به اسناد بین المللی راه پیدا کرد. از آن جمله می توان به کنوانسیون تکمیلی الغای بردگی، تجارت برده و نهادهای مشابه مورخ ۱۹۵۶ اشاره داشت. برده سازی به موجب شق (ج) بند دوم ماده ۷ اساسنامه دیوان بین المللی کیفری، «اعمال هریک از اختیارات یا تمامی اختیارات ناشی از حق مالکیت بر یک شخص» است. رک.

Prosecutor v. Krstić, ICTY (Trial Chamber), judgment of 2 August 2001, p. 500; Prosecutor v. Vasiljević, ICTY (Trial Chamber), judgment of 29 November 2002, p. 227. Prosecutor v. Kayishema



قربانیان همچون «کالا»<sup>۷۲</sup> رفتار می‌کند، امروزه به‌ندرت رخ می‌دهد.<sup>۷۳</sup> به همین دلیل، واژه «برده‌سازی» به کار رفته در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری را نباید منحصر به مفهوم سنتی آن کرد، بلکه باید آن را در یک مفهوم حقوقی کاربردی تفسیر نمود که شامل نهادها و رویه‌هایی باشد که تحت عنوان رسمی بردگی قرار نمی‌گیرند.

دیوان یوگسلاوی در این سمت و سو گام برداشته است و در قضیه کوناراک، مبادرت به تبیین شرایط بردگی نموده است. مطابق آن دسته از امور موضوعی که مبنای رأی را تشکیل می‌دهند، خواندگان دو زن اسیر جوان را برای ماهها در خانه‌ای متروک نگاه می‌داشتند، به‌طور کامل، زندگی آنها را تحت کنترل خود گرفته بودند و در کنار سایر موارد، مکرراً آنها را مورد تجاوز قرار داده بودند. دیوان یوگسلاوی در این رأی، شرایطی را که به‌موجب آن می‌توان به یک رفتار، عنوان برده‌سازی را اطلاق کرد، مطرح می‌کند. شاخص‌های اساسی، موارد زیر را دربرمی‌گیرد: کنترل آزادی رفت و آمد قربانی، اقدام برخلاف اراده او و کنترل اقتصادی یا استثمار وی.<sup>۷۴</sup> دیوان اظهار نمود:

معیارهای برده‌سازی شامل کنترل و مالکیت، تحدید یا کنترل آزادی عمل، آزادی انتخاب یا آزادی رفت و آمد یک فرد و جمع‌آوری عوایدی برای مرتکب می‌شود. این کارها غالباً با تهدید یا توسل به زور یا سایر اشکال اجبار، ترس از خشونت، فریبکاری یا خلف وعده، سوءاستفاده از قدرت، آسیب‌پذیری موقعیت قربانی، دستگیری یا اسارت، تعدی روانی یا شرایط اجتماعی - اقتصادی صورت می‌گیرد. مضافاً شاخصه‌های برده‌سازی از جمله استثمار، رابطه جنسی، روسپیگری، تملک یا در اختیار گرفتن اراده یک نفر برای جبران خسارت و غیر آن برای تحقق جنایت برده‌سازی شرط نیست.<sup>۷۵</sup> انجام این کارها اولین نمونه‌هایی است که برای اعمال حق مالکیت بر یک نفر به ذهن متبادر می‌شود. مدت زمان اعمال اختیارات مرتبط با حق مالکیت، عامل دیگری است که می‌توان برای تشخیص اینکه آیا فردی به بردگی گرفته شده است یا نه

---

and Ruzindana, ICTR(Trial Chamber), judgment of 21 May 1999, p. 146, Prosecutor v. Bagilishema, ICTR (Trial Chamber), judgement of 7 June 2001, p. 89.

این عبارت از کنوانسیون منع بردگی مورخ ۲۵ سپتامبر ۱۹۴۸ عاریه گرفته شده و مشابه تعریفی است که در حقوق بین‌الملل عرفی وجود دارد. رک.

H.von Hebel and D. Robinson, in R.S. Lee (ed.), The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute(1991), p. 99.

72. Prosecutor v. Kunarac et al., ICTY (Trial Chamber), judgment of 22 February 2001 p. 539; Prosecutor v. Krnojelac, ICTY (Trial Chamber), judgment of 15 March 2002, p. 350 Prosecutor v. Kunarac et al., ICTY(Appeals Chamber), judgment of 12 June 2002, p. 124.

73. Prosecutor v. Kunarac et al., ICTY (Appeals Chamber), judgement of 12 June 2002, p. 117.

74. A.Y.Rassam, 39 Virginia Journal of International Law (1999), pp. 303-321.

75. Prosecutor v. Kunarac et al., ICTY(Trial Chamber), judgment of 22 February 2001, p. 542.

مد نظر قرار گیرد ولی با این حال، اهمیت آن در هر مورد به اعمال سایر شاخصه‌های برده‌سازی بستگی خواهد داشت». دادگاه تجدیدنظر دیوان یوگسلاوی تصریح نمود که نه مدت زمان معین و نه مخالفت قربانی، شرط مفروض دانستن بردگی نیستند.<sup>۷۶</sup> اضافه می‌شود که ماده ۳۰ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در مورد عنصر معنوی برده‌سازی اعمال می‌شود.

## دو - کار اجباری

«کار اجباری» به‌عنوان یک شکل مجزا از برده‌سازی مورد توجه اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری و سند عناصر جنایات قرار نگرفته است. با این حال، مطابق حقوق بین‌الملل عرفی اگر کار اجباری همراه با اعمال حقوق مالکیت بر شخص مورد نظر باشد، در ردیف برده‌سازی قرار می‌گیرد. در محاکمات نورمبرگ، کار اجباری، مهمترین مثال جنایت برده‌سازی بود که در منشور نورمبرگ به‌عنوان یک جنایت علیه بشریت از آن یاد شده بود. در دوران نازی و جنگ جهانی دوم، حدود هشت میلیون کارگر در رایش آلمان و سرزمین‌های اشغالی آلمان، اجباراً به کار واداشته شده بودند. دیوان نورمبرگ، خواننده‌ای به نام وُن شیراک را فقط به اتهام جنایت علیه بشریت برده‌سازی محکوم کرد. در مقابل، اغلب جنایتکاران جنگی عمده هم به دلیل تبعید افراد به قصد بردگی به‌عنوان یک جنایت جنگی و همین‌طور، به‌منظور برده‌سازی به‌عنوان یک جنایت علیه بشریت محکوم شده‌اند. در محاکمات پس از نورمبرگ، دادگاه‌های ایالات متحده هم افراد متعددی را به هر دو جنایت محکوم نموده‌اند. نکته حائز توجه، استدلال دادگاه در محاکمه میلک است.<sup>۷۷</sup> دیوان یوگسلاوی هم کار اجباری را به‌عنوان یک جنایت علیه بشریت به رسمیت شناخته و شرایط آن را تبیین نموده است.<sup>۷۸</sup>

## سه - قاچاق اشخاص

از آغاز دهه ۱۹۹۰ و پس از انحلال پیمان ورشو، تجارت زنان در اروپا تحت عنوان بردگی سفید انجام می‌شود و باندهای گسترده‌ای به این تجارت سودآور اشتغال دارند. «قاچاق

76. Prosecutor v. Kunarac *et al.*, ICTY (Trial Chamber), judgment of 22 February 2001, p. 542; Prosecutor v. Krnojelac, ICTY (Trial Chamber), judgment of 15 March 2002, p. 359; Prosecutor v. Kunarac *et al.*, ICTY (Appeals Chamber), judgment of 12 June 2002, p. 119.

77. Prosecutor v. Kunarac *et al.*, ICTY (Appeals Chamber), judgment of 12 June 2002, p. 120.

78. IMT, Judgment of 1 October 1946, in the Trial of German Major War Criminals Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg. Germany. Part 22, p. 460.

اشخاص به‌ویژه قاچاق زنان و کودکان» از جمله رویه‌های مشابه برده‌سازی هستند که زنان و کودکان را به مثابه کالا به حساب آورده و به‌عنوان منبع لذت هر کدام از قیمت معینی برخوردارند. معاهدات بین‌المللی تاکنون، تنها ناظر بر قاچاق افرادی بوده که برای روسپیگری قاچاق می‌شده‌اند.<sup>۷۹</sup> یک نمونه، کنوانسیون مربوط به جلوگیری از قاچاق اشخاص و روسپیگری، مورخ ۲۱ مارس ۱۹۵۰ است. البته معاهدات بین‌المللی اخیر، نظیر کنوانسیون حذف تمام اشکال تبعیض علیه زنان در ۱۸ دسامبر ۱۹۷۹ و کنوانسیون حقوق کودک مورخ ۲۰ نوامبر ۱۹۸۹، رابطه میان قاچاق و روسپیگری را کنار گذاشته‌اند. اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری نیز همین موضع را اتخاذ کرده است.

کنوانسیون ضد جنایات سازمان یافته فراملی مورخ ۱۵ نوامبر ۲۰۰۰ پس از تصویب اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری تدوین شد. یک پروتکل الحاقی به‌طور صریح، قاچاق زنان و کودکان را به تقنین درمی‌آورد و برای نخستین بار در حقوق معاهدات بین‌المللی، تعریفی را از قاچاق اشخاص ارائه می‌دهد.

#### چهار - اخراج یا انتقال اجباری جمعیت

شق (د) بند اول ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به مبحث اخراج یا انتقال اجباری جمعیت می‌پردازد. جنایت اخراج مبتنی بر بند (ج) ماده ۶ منشور نورمبرگ، شق (ج) بند اول ماده ۱۱ قانون شماره ۱۰ شورای کنترل، بند (ج) ماده ۵ منشور توکیو، بند (د) ماده ۵ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق و بند (د) ماده ۳ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری رواندا می‌باشد. «انتقال اجباری جمعیت» به‌عنوان یک جنایت علیه بشریت در این اسناد<sup>۸۰</sup> درج نشده است و مبتنی بر بند (ز) پیش‌نویس مجموعه قواعد ۱۹۹۶ است.

شق (د) بند دوم ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، اخراج و انتقال اجباری جمعیت را تحت عنوان «جابجایی اجباری اشخاص مربوطه با اخراج یا سایر اقدامات اجباری از منطقه‌ای که این افراد در آن به‌طور قانونی حضور دارند، بدون دلایل موجه طبق حقوق بین‌الملل» تعریف می‌کند. در هر دو مورد، عنصر مادی، انتقال اشخاص از یک سرزمین به سرزمین دیگر را ایجاب می‌کند (جابجایی اجباری). سند عناصر جنایات، حاکی از آن است که انتقال حتی یک نفر از یک سرزمین برای تحقق این جنایت کافی است.

79. Prosecutor v. Kunarac et al., ICTY(Trial Chamber), judgment of 22 February 2001, p. 542. Prosecutor v. Krnojelac, ICTY (Trial Chamber), judgment of 15 March 2002, p. 373.

80. J.Chuang. Il Harvard International Law Journal (1998), p. 64; C.K.Hall, in O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (1999), Art. 7.

تفاوت بین اخراج و انتقال اجباری جمعیت، تنها در این است که آیا افراد از یک مرز عبور داده شده‌اند یا خیر. اخراج به معنی انتقال یک یا چند نفر از سرزمین یک کشور به سرزمین کشور دیگر است.<sup>۸۱</sup> در مقابل، انتقال اجباری به معنی انتقال یک یا چند نفر از نقطه‌ای به نقطه‌ای دیگر در سرزمین یک کشور است.

انتقال اشخاص مربوطه باید از طریق اخراج یا هر اقدام اجباری دیگر صورت پذیرد. سند عناصر جنایات، تفسیری موسع از واژه «اجبار» را به کار می‌گیرد و آن را تنها شامل اجبار فیزیکی ندانسته بلکه تهدید به زور یا اعمالی چون اکراه، ترساندن از اعمال خشونت، بازداشت، اجبار روانی یا سوءاستفاده از قدرت و یا سوءاستفاده از شرایط خاص مشابه را نیز می‌توان از مفهوم اجبار افاده کرد. یک عامل مشخصه، «غیرداوطلبانه بودن» انتقال است. پس برای مثال، جابجایی جمعیت براساس معاهدات دوجانبه با شرط «انتخاب» در این حوزه نمی‌گنجد.<sup>۸۲</sup> همین‌طور، مهاجرت یک جمعیت غیرنظامی از یک سرزمین به دلیل ترس از تبعیض در تعریف جنایت اخراج و انتقال اجباری نمی‌گنجد.<sup>۸۳</sup>

در هر حال، انتقال یا اخراج افراد باید طبق حقوق بین‌الملل غیرمجاز شناخته شده باشد. به همین دلیل برای مثال، اخراج و هر اقدام قاهرانه دیگر به منظور حمایت از امنیت ملی، نظم عمومی یا بهداشت عمومی، مشمول تعریف این جنایت قرار نمی‌گیرند. تخلیه کلی یا جزیی یک منطقه در هنگام درگیری مسلحانه را هم می‌توان به منظور حمایت از غیرنظامیان مربوطه یا به جهت دلایل نظامی الزام‌آور دانست.<sup>۸۴</sup> با این حال جمعیت غیرنظامی باید فوراً پس از توقف مخاصمات به سرزمین محل سکونت خود باز گردد. در چنین مواردی، تا حد ممکن باید اطمینان داد که جمعیت غیرنظامی، شرایط مناسبی را بابت اقامت، بهداشت، امنیت و غذا در محل انتقال داده شده، خواهد داشت. لازم به ذکر است که کمک‌های بشردوستانه از سوی آژانس‌ها، توجیهی برای قانونی دانستن انتقال‌ها نیست.<sup>۸۵</sup>

این جنایت مستلزم آن است که غیرنظامیان در سرزمینی که از آن اخراج می‌شوند یا به‌طور اجباری انتقال داده می‌شوند، به لحاظ قانونی در محل قبلی اقامت پیدا کرده باشند.\* معیار

81. P.Roch, 14 Dickinson Journal of International Law (1995), p. 1.

82. Prosecutor v. Krstic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 2 August 2001, p. 521, M.C.Bassiouni, Crimes against Humanity (1999), p. 312; J.M.Henckaerts, 26 Vanderbilt Journal of Transnational Law (1993), p. 269; O. Trifftere, in D. Blumenwitz (ed.), Flucht und Vertreibung (1987), p. 259.

83. A.de Zayas, 16 Harvard International Law Journal (1975), p. 207.

84. Prosecutor v. Krstic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 2 August 2001, p. 528.

85. Prosecutor v. Krstic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 2 August 2001, p. 524.

\*. در گزارش کمیسیون ۱۹۱۹ که به موارد نقض حقوق بین‌الملل در اثنای جنگ جهانی اول می‌پرداخت نیز به مواردی از اخراج‌های غیرقانونی مانند اخراج بیش از یک میلیون ارمنی و چهارصد هزار یونانی از ترکیه و بیش از یک میلیون ترک

قانونی بودن اقامت توسط حقوق بین‌الملل بیان می‌شود. با اینکه می‌توان فرد فرد اتباع خارجی را در موارد معین از سرزمین منتقل نمود، اما نمی‌توان حکم به اخراج جمعی اتباع خارجه داد.<sup>۸۶</sup> عنصر معنوی باید ناظر بر این حقیقت باشد که قربانی به مبدأ خود باز نخواهد گشت (ماده ۳۰ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری).<sup>۸۷</sup>

### پنج - زندان

شق (ه) بند اول ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری ناظر بر «زندان یا سایر محرومیت‌های شدید از آزادی جسمانی همراه با نقض قواعد بنیادی حقوق بین‌الملل» است. این مقررہ مبتنی بر شق (ج) بند اول ماده ۲ قانون شماره ۱۰ شورای کنترل، بند (ه) ماده ۵ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق و بند (ه) ماده ۳ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری رواندا می‌باشد. سند عناصر جنایات مقرر می‌کند که مرتکب یک یا چند نفر را زندانی کرده باشد یا آنها را از آزادی رفت و آمد محروم سازد. واژه زندان، مواردی را دربرمی‌گیرد که یک شخص از نظر لغوی در فضایی بسته «محبوس باشد» و به همین دلیل از جابجایی و حرکت به مکانی دیگر بازداشته شود.<sup>۸۷</sup> موارد شناخته شده به‌عنوان محرومیت‌های شدید از آزادی جسمانی مواردی را دربرمی‌گیرد که یک نفر می‌تواند در منطقه مشخصی مثلاً داخل یک محله یا اردوگاه متمرکز رفت و آمد کند. بازداشت خانگی هم ممکن است تحت این تعریف قرار گیرد. محرومیت از آزادی برای مدتی کوتاه را نباید با توجه به ادبیات شق (ه) بند اول ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری را «شدید» دانست.

زندان زمانی یک جنایت طبق حقوق بین‌الملل است که توأم با تجاوز به «قواعد بنیادی» حقوق بین‌الملل باشد. این معیار، نخستین‌بار توسط دیوان یوگسلاوی در قضیه کوردیچ و

---

یونانی زبان توسط مقامات ترکیه و آلمان اشاره شده است. رک. حسین میر محمد صادقی، حقوق جزای بین‌الملل، تهران: نشر میزان، ۱۳۷۷، صص ۵۱-۵۲.

\*. جرم انگاری انتقال اجباری در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در رابطه با حقوق بین‌الملل عرفی، امر جدیدی نیست. رک.

Prosecutor v. Stakic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 31 July 2003, p. 683.

به‌موجب حقوق بین‌الملل عرفی، انتقال اجباری اشخاص در قلمرو همان کشور، هنوز اخراج محسوب نمی‌شود ولی شکل دیگری از یک رفتار غیرانسانی با ماهیتی مشابه است. رک.

Prosecutor v. Stakic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 31 July 2003, p. 673.

اساساً دیوان بین‌المللی کیفری در راستای حقوق بین‌الملل عرفی، انتقال اجباری اشخاص را تحت عنوان انتقال خشونت‌بار در مقامی برابر با جنایت علیه بشریت «اخراج» جای داده است.

86. Prosecutor v. Krstic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 2 August 2001, p. 523.

87. Prosecutor v. Naletilic and Martinovic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 31 March 2003, pp. 520 and 1362.

کرکز مطرح شد. به موجب حقوق بین الملل عرفی، موضوع تعیین کننده، «خودسرانه بودن» محرومیت از آزادی است. در این رأی آمده است: «واژه زندان... را باید به عنوان زندان خودسرانه دانست که همان محرومیت از آزادی فردی بدون طی نمودن فرآیند حقوقی مناسب... است».<sup>۸۸</sup> از جمله مواردی که در اینجا ایفای نقش می کنند، مقوله های متضمن محرومیت از آزادی، بدون هرگونه مبنای حقوقی و بدون توجه به قواعد اولیه دادرسی است.<sup>۸۹</sup> همچنان ماده ۳۰ اساسنامه دیوان بین المللی کیفری در مورد عنصر معنوی اعمال می شود.

### شش - شکنجه

شکنجه به عنوان یکی از جنایات علیه بشریت مشمول شق (و) بند اول ماده ۷ اساسنامه دیوان بین المللی کیفری قرار می گیرد. این مقرر مبنی بر شق (ج) بند اول ماده ۲ قانون شماره ۱۰ شورای کنترل، بند (و) ماده ۵ اساسنامه دیوان بین المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و بند (و) ماده ۳ اساسنامه دیوان بین المللی کیفری رواندا می باشد. سند عناصر جنایات علاوه بر مفاد اساسنامه چنین مقرر می کند که حتی شکنجه یک نفر با تعریف این جنایت انطباق دارد.\* به موجب این مقرر، «شکنجه به معنی ایراد عمدی درد یا رنج جسمی یا روحی بر متهمی است که در بازداشت یا تحت کنترل است، به استثناء اینکه شکنجه نباید شامل درد یا رنجی گردد که در ذات مجازاتهای قانونی یا لازمه آنهاست». این تعریف ناظر بر ادبیات کنوانسیون شکنجه و سایر رفتارها و مجازاتهای ظالمانه، غیرانسانی یا تحقیرآمیز مصوب ۱۰ دسامبر ۱۹۸۴ است. اما قایل به ارتباط روش های شکنجه با اهدافی که در این کنوانسیون قید شده، نمی باشد.\* براساس اساسنامه دیوان بین المللی کیفری، شکنجه شامل هر رفتار دردآور و حتی بدون هدف مشخص است. تفاوت دیگر اساسنامه دیوان با کنوانسیون شکنجه در این است

88. C.K.Hall, in O.Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court(1999), Art. 7.

89. Prosecutor v. Kordic and Cerkez, ICTY (Trial Chamber), judgment of 26 February 2001, p. 302; Prosecutor v. Krnojelac, ICTY (Trial Chamber), judgment of 15 March 2002, p. 110.

\*. شق (ه) بند دوم ماده ۷ اساسنامه دیوان بین المللی کیفری، تعریفی از شکنجه را به عنوان یکی از جنایات علیه بشریت در خود جای داده است. البته منع شکنجه به تدریج، ابتدا در تمدن مشرق زمین و ادیان الهی سپس در قوانین کشورهای اروپایی مورد تأکید قرار گرفته است. رک. حسین میر محمد صادقی، دادگاه کیفری بین المللی، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۳، ص ۱۱۶. \*\* یکی از نقاط ضعف این تعریف، مربوط به این مسئله می شود که هر چند تدوین کنندگان کنوانسیون، حمایت از بازداشت شدگان و تأمین حقوق انسانی محرومان از آزادی را مدنظر داشته اند و این منظور از مواد ۱۰ و ۱۱ کنوانسیون به خوبی قابل استنباط است، ولی باید اذعان کرد که شرط داشتن اتهام و در بند بودن متهمان به هیچ وجه از این تعریف برداشت نمی شود. رک. حقوق بین الملل کیفری، محمد علی اردبیلی، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۳، ص ۱۱۳.

که مباشرت فردی که براساس صلاحیت رسمی خود اقدام می‌کند، برای تحقق این جنایت لازم نیست.

بدین ترتیب، تعاریف شکنجه طبق حقوق بین‌الملل کیفری، تفاوت‌های مهمی با تعریف شکنجه در کنوانسیون شکنجه دارد و لذا اجتناب از ارائه یک تعریف مستقل از شکنجه به‌عنوان یکی از جنایات علیه بشریت، غیرممکن و گریزناپذیر است. همچنین در شکل‌گیری این تعریف، معیارها و استانداردهای حقوق بشر بین‌المللی باید تا جایی مورد توجه قرارگیرد که ملاحظات حقوق بشری قابل تطبیق با حقوق بین‌الملل کیفری باشد.<sup>۹۰</sup>

معیار عینی شکنجه به‌عنوان یک جنایت علیه بشریت عبارتست از ایراد درد یا رنج شدید جسمی یا روحی. این معیار، عنصر اصلی تعریف حقوق بشری شکنجه را هم تشکیل می‌دهد. به همین دلیل است که محاکم بین‌المللی کیفری برای نمونه به گزارشات کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد یا آراء دادگاههای بین‌المللی در خصوص ممنوعیت شکنجه توجه می‌کنند.<sup>۹۱</sup> این رویه‌ها مبین آن است که اوضاع و احوال هر فرد در مدتی که مورد سوءاستفاده بوده، باید مورد توجه و آثار آن بر جسم و روح وی مورد ارزیابی قرار گیرد. هرچند تشکیل یک فهرست کامل از اعمال شکنجه میسر نیست ولی رفتارهای زیر که ممکن است فعل مثبت یا ترک فعل باشد، تحت عنوان جرم شکنجه طبقه‌بندی می‌شوند:

کشیدن دندان، کشیدن ناخن انگشتان دست و پا، شوک الکتریکی به بخش‌های حساس بدن، دمیدن در گوش به‌نحوی که موجب پاره شدن پرده گوش شود، شکنندن استخوان‌ها، سوزاندن بخش‌هایی از بدن، اسیدپاشی به چشم یا سایر قسمت‌های حساس بدن، آویزان کردن از تیرک، نگه‌داشتن زیر آب تا جایی که علایم خفه‌شدگی نمایان شود، بستن بینی و دهان که موجب خفگی شود، پایین آوردن شدید دمای بدن با یخ سازهای قوی، استفاده از دارو (مواد روان‌گردان)، ندادن غذا و آب و ممانعت از به خواب رفتن و تجاوز جنسی.

درد یا رنج روحی شدید مثل حضور فرد در هنگام شکنجه هریک از اعضای خانواده‌اش<sup>۹۲</sup> یا صحنه‌سازی اعدام نیز با تعریف این جرم منطبق است، هرچند لازم نیست که روشهای اعمال

---

90. Prosecutor v. Krnojelac, ICTY (Trial Chamber), judgment of 15 March 2002, p. 113.

91. Prosecutor v. Kunarac et al., ICTY (Trial Chamber), judgment of 22 February 2001, p. 482, Prosecutor v. Kunarac et al., ICTY (Appeals Chamber), judgment of 12 June 2002, p. 147, Prosecutor v. Akayesu, ICTR (Trial Chamber), judgment of 2 September 1998, p. 593. Prosecutor v. Furundija, ICTY (Appeals Chamber), judgment of 21 July 2000, p. 111.

92. Prosecutor v. Mucic et al., ICTY (Trial Chamber), judgment of 16 November 1998, p. 461; Prosecutor v. Kvocka et al. ICTY (Trial Chamber), judgment of 2 November 2001, p. 142.

شکنجه منجر به ایراد صدمه همیشگی به سلامت فرد شود.<sup>۹۳</sup>

تعریف شکنجه در شق (ه) بند دوم ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، آشکارا فراتر از تعریف آن در کنوانسیون شکنجه می‌باشد. لازم نیست که این عمل توسط یک مقام عمومی یا شخصی که با ظرفیت رسمی خود عمل می‌کند انجام گرفته یا به تحریک آنها یا رضایت صریح یا ضمنی صورت پذیرفته باشد و این شرط، مغایر اساسنامه دیوان و حقوق بین‌الملل عرفی است.<sup>۹۴</sup> پس مفهوم شکنجه، اقدامات سازمان‌های غیردولتی و حتی اقدامات شخصی تک تک افراد را نیز دربرمی‌گیرد.<sup>۹۵</sup>

شکنجه شامل درد یا رنج ذاتی یا تبعی ناشی از مجازات‌های قانونی نمی‌شود. با این حال، اینکه کشوری به یک عمل مبنای قانونی دهد، نمی‌توان قایل بر آن بود که شکنجه به‌طور اتوماتیک جنبه قانونی و مشروع پیدا می‌کند بلکه عامل تعیین‌کننده، موازین حقوق بین‌الملل است.\*

به‌موجب این آراء، حداقل تا زمان تصویب اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، هدف یا انگیزه‌ای علاوه بر تحمیل درد لازم بوده است. این قید، منطبق با کنوانسیون شکنجه است. تعریف جدید شکنجه در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به تحولی اشاره دارد که ممکن است

---

93. Prosecutor v. Furundtija, ICTY (Trial Chamber), judgment of 10 December 1998, p. 267; Prosecutor v. Kvočka et al., ICTY (Trial Chamber), judgment of 2 November 2001, p. 149.

94. Prosecutor v. Kvočka et al., ICTY (Trial Chamber), judgment of 2 November 2001, p. 148.

95. Prosecutor v. Kunarac et al., ICTY (Trial Chamber), judgment of 22 February 2001, pp. 495 and 496. Prosecutor v. Kvočka et al., ICTY (Trial Chamber), judgment of 2 November 2001, p. 139; Prosecutor v. Krnojelac, ICTY (Trial Chamber), judgment of 15 March 2002, p. 187. Prosecutor v. Kunarac et al., ICTY (Appeals Chamber), judgment of 12 June 2002, p. 342.

\*. ماده ۳۰ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری ناظر بر عنصر معنوی جرم شکنجه است. شرط مندرج در شق (ه) بند دوم ماده ۷ حاکی از آن است که عمدی بودن ایراد درد، تخطی از مقررات کلی عنصر معنوی محسوب نمی‌شود. همچنین صرف قصد مرتکب شکنجه مبنی بر ایراد یا تحمیل آزار جسمی یا روحی فرد مورد نظر برای تحقق جنایت شکنجه کفایت می‌کند و حصول نتیجه برای تحقق این جرم شرط نیست. علاوه بر اینکه سند عناصر جنایات به موضوع فوق تصریح دارد، دیوان‌های بین‌المللی، شروط عینی بیشتری را ایجاد کرده‌اند که از کنوانسیون شکنجه عاریه گرفته شده است. مطابق آراء دیوان‌های رواندا و یوگسلاوی، جرم شکنجه باید برای کسب اظهارات یا اقراراتی از یک نفر یا یک شخص ثالث به‌منظور مجازات یک نفر به‌خاطر اقدامی که توسط آن فرد ارتکاب یافته یا توسط شخص ثالثی انجام گرفته یا به‌منظور تحت فشار قرار دادن یا مرعوب ساختن یک نفر یا شخص ثالث یا به هر دلیل دیگری که مبتنی بر هرگونه تبعیض است، ارتکاب یافته باشد. رک.

C.K.Hall, in O.Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (1999), Art. 7.

این دلایل به جایگاه حقوق بین‌الملل عرفی نیز دست یافته‌اند. رک.

Prosecutor v. Akayesu, ICTR (Trial Chamber), judgment of 2 September 1998, p. 594; Prosecutor v. Mucic et al., ICTY (Trial Chamber), judgment of 16 November 1998 p. 470; Prosecutor v. Kunarac et al., ICTY (Trial Chamber), judgment of 22 February 2001, p. 497; Prosecutor v. Kvočka et al., ICTY (Trial Chamber), judgment of 2 November 2001, p. 141; Prosecutor v. Krnojelac, ICTY (Trial Chamber), judgment of 15 March 2002, p. 179.



منجر به عقب‌نشینی از عناصر عینی اضافی گردد، هرچند این عناصر، تحت حقوق بین‌الملل عرفی مقرر شده باشند. در غیر این صورت، نباید آثار عملی این واگرایی‌ها را بیش از آنچه هست، تخمین زد. هدف و انگیزه مقرر در آراء تاکنون به قدری موسع در نظر گرفته شده که در قضایای اندکی می‌توان تصور کرد که آن هدف یا انگیزه وجود نداشته است. بنابراین به‌طور کلی می‌توان همان نتایجی را که از رویه قضائی دیوان یوگسلاوی کسب کردیم از اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری هم برداشت نمود.

### هفت - خشونت جنسی

ارتکاب جنایات علیه بشریت از طریق خشونت جنسی به ترتیبی که در اساسنامه دیوان آمده در منشور نورمبرگ قید نشده بود اما می‌توانست در عنوان کلی «سایر اقدامات غیرانسانی» جای گیرد. جرم تجاوز جنسی پس از اینکه صریحاً در قانون شماره ۱۰ شورای کنترل مطرح شد در اساسنامه‌های دیوان‌های بین‌المللی کیفری رواندا و یوگسلاوی به‌عنوان یک جرم مستقل مورد شناسایی قرار گرفت. با وجود این، سایر اشکال خشونت جنسی در این اسناد نام برده نشده و تنها می‌توان آنها را به‌عنوان سایر جنایات علیه بشریت یا از طریق عنوان کلی سایر اقدامات غیرانسانی برشمرد. شق (ز) بند اول ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری با دسته‌بندی جنایات خشونت جنسی، گام مهمی در تبیین و توضیح اشکال مختلف خشونت جنسی برمی‌دارد.

### ۱- تجاوز جنسی

شق (ز) بند اول ماده ۷ اولین گزاره اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری است که به جنایت علیه بشریت تجاوز جنسی می‌پردازد. این مقرر بر مبنای شق (ج) بند اول ماده ۲ قانون شماره ۱۰ شورای کنترل، بند (ز) ماده ۵ اساسنامه دیوان یوگسلاوی و بند (ز) ماده ۳ اساسنامه دیوان رواندا استوار است. هیچ تعریفی از جرم تجاوز جنسی در آغاز مذاکرات مربوط به اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری وجود نداشت، تا اینکه سند عناصر جنایات برای نخستین بار، تعریف خاصی از این رفتار بزهکارانه را مقرر نمود. عنصر مادی مستلزم تهاجم مرتکب به جسم قربانی است که باید منجر به دخول شود. از این تعریف، چنین فهمیده می‌شود که جنسیت نقشی نداشته و چه مردان و چه زنان می‌توانند قربانیان تجاوز جنسی قلمداد شوند. تجاوز جنسی فقط شامل رابطه جنسی اجباری نیست (دخول آلت مردانه در آلت زنانه). این جرم شامل رفتار جنسی مربوط به وارد کردن آلت جنسی مرتکب به سایر مدخل‌های بدن است (دخول در دهان، مهبل یا مقعد). سرانجام اینکه، وارد کردن سایر بخش‌های بدن مرتکب یا اشیاء در آلت یا سایر بخش‌های بدن زنان هم مشمول تعریف جنایت تجاوز جنسی می‌شود. تعریف این جرم مستلزم استفاده از

خشونت یا تهدید به خشونت یا زور نیز می‌شود. سند عناصر جنایات با انعکاس رویه قضائی دیوان‌های کیفری بین‌المللی تدوین یافته است.<sup>۹۶</sup> در قضیه آکایسو، دیوان رواندا تجاوز جنسی را به‌عنوان یک تهاجم جسمانی با ماهیت جنسی تعریف کرد که باید با فشار و اجبار همراه باشد<sup>۹۷</sup> و این در حالی است که دیوان یوگسلاوی در قضیه فورونزیجا تجاوز جنسی را تحت این موارد توصیف کرد:

#### ۱- دخول در یکی از مدخل‌های جسم قربانی

##### ۲- استفاده از اجبار یا فشار یا تهدید به زور علیه قربانی یا یک شخص ثالث<sup>۹۸</sup>

با این حال، دیوان یوگسلاوی در قضیه کوناراک چنین دریافت که تأکید بر عنصر اجبار، شرط خیلی محدودکننده‌ای است. از منظر دیوان، مقایسه جامعی از نظامهای ملی حقوق کیفری دنیا نشان می‌دهد که این ادبیات، کمتر بر اعمال اجبار یا استفاده از زور تأکید دارد تا اینکه آیا این اقدام، برخلاف اراده قربانی انجام گرفته یا خیر.<sup>۹۹</sup> پس عنصر دوم مجدداً تدوین یافته است.<sup>۱۰۰</sup> شعبه استیناف تاکنون تعریف مندرج در رأی قضیه کوناراک را تأیید کرده است.<sup>۱۰۱</sup> نتیجه آنکه، تأکید و تمرکز تعریف تجاوز جنسی از رفتار عینی مرتکب به اراده قربانی و مقاومت در برابر تجاوز منتقل شده است. از سند عناصر جنایات در شق (ز) بند اول ماده ۷ چنین برمی‌آید که اگر شخصی به‌دلیل صغر سن، قادر به اعلام رضایت خود به‌طور صادقانه نباشد نیز عمل ارتكابی علیه وی در حکم عمل اجباری محسوب می‌شود.

در درگیری مسلحانه‌ای که نیروهای مسلح در آن حضور دارند، حالت اجبار وجود دارد و در چنین شرایطی، این یک قاعده است که رضایت حقیقی از سوی قربانی مفروض نیست.<sup>۱۰۲</sup>

96. Prosecutor v. Kunarac et al., ICTY(Trial Chamber), judgment of 22 February 2001, pp. 485 and 497; Prosecutor v. Krnojelac, ICTY (Trial Chamber), judgment of 15 March 2002, p. 185. Prosecutor v. Krnojelac, ICTY (Trial Chamber), judgment of 15 March 2002, p. 186.

97. E.La Haye, in r.S.Lee(ed.),The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence (2001), p. 184.K.D.Askin, 93 American Journal of International Law(1999), p. 97; C.Moller, in J.Hasse, E. Moller and P.Schneider(eds.), Humanitaires Valkerrechr (2001), p. 280 and P. Viseur Sellers, in G.Kirk McDonald and O.Swaak-Goldman (eds.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law, Vol. 1(2000), p. 263.

98. Prosecutor v. Akayesu, ICTR (Trial Chamber), judgment of 2 September1998, p. 598 and 688, prosecutor v. Mucic`et al., ICTY (Trial Chamber),judgment of 16 November 1998, p. 478 and Prosecutor v. Musema,ICTR (Trial Chamber), judgment of 27 January 2000, p. 229.

99. Prosecutor v. Furundzija, ICTY (Trial Chamber), judgment of 10 December 1998, p. 185.

100. Prosecutor v. Kunarac et al., ICTY(Trial Chamber), judgment of 22 February 2001, p. 441.

101. Prosecutor v. Kunarac et al., ICTY (Trial Chamber), judgment of 22 February 2001, p. 441.

102. Prosecutor v. Kunarac et al., ICTY(Appeals Chamber), judgment of 12 June 2002, p. 128.

حتی این احتمال بیشتر است که قربانی به اسارت گرفته شود.<sup>۱۰۳</sup> چنین تفسیری، اساس آیین دادرسی دیوان بین‌المللی کیفری را تشکیل می‌دهد. ماده ۳۰ اساسنامه دیوان در مورد عنصر معنوی جرم تجاوز جنسی نیز اعمال می‌شود.

## ۲- بردگی جنسی

بردگی جنسی در اصل، نمادی خاص از بردگی است. این مسئله در سند عناصر جنایات که از معیارهای بردگی صحبت می‌کند، روشن شده است. به علاوه، مرتکب این جرم باید باعث آن شود که قربانی در اقدامات جنسی دخالت کند. مثال‌های بردگی جنسی، «ایستگاه‌های تفرج» تأسیس شده توسط ارتش ژاپن در جریان جنگ دوم جهانی<sup>۱۰۴</sup> و «اردوگاه‌های تجاوز جنسی» هستند که در طول مخاصمه یوگسلاوی تشکیل شدند.<sup>۱۰۵</sup>

## ۳- فحشای اجباری

«فحشای اجباری»، مدت مدیدی است که صریحاً توسط تعدادی از اسناد حقوق بشردوستانه بین‌المللی منع شده است. اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری برای نخستین بار، فحشای اجباری را به عنوان یک جرم مستقل علیه بشریت به رسمیت شناخته است.<sup>۱۰۶</sup> مطابق سند عناصر جنایات، تحقق عنصر مادی این جنایت مستلزم آن است که مرتکب، یک یا چند نفر را به انجام کارهای جنسی از طریق اعمال زور یا تهدید به زور یا فشار مجبور کند. مرتکب یا یک شخص دیگر باید در ارتباط با این اقدامات جنسی، منافع مالی یا غیر آن را دریافت کند و یا چنین توقعی داشته باشد.

فحشای اجباری، نوعاً با تعریف بردگی در هنگام درگیری مسلحانه مطابقت خواهد کرد. ایجاد فاحشه‌خانه‌های اجباری، اغلب برای کسب منفعت مالی به کار نمی‌آید بلکه برای «تقویت روحی» سربازان است.

103. Prosecutor v. Akayesu, ICTR (Trial Chamber), judgment of 2 September 1998, p. 688, Mucic<sup>et al.</sup>, ICTY (Trial Chamber), judgment of 16 November 1998, p. 495; Prosecutor v. Kvočka *et al.*, ICTY (Trial Chamber), judgment of 2 November 2001, p. 178.

104. Prosecutor v. Furundzija, ICTY (Trial Chamber), judgment of 10 December 1998, p. 271.

105. C.Chinkin, 95 American Journal of International Law (2001), p. 335.

106. Prosecutor v. Kunarac *et al.*, ICTY (Trial Chamber), judgment of 22 February 2001.

#### ۴- بارداری اجباری

«بارداری اجباری» به عنوان یک جنایت علیه بشریت، یکی از جنبه‌های منحصر به فرد اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری است. مطابق تعریف شق (و) بند دوم ماده ۷ اساسنامه دیوان، عنصر مادی این جنایت، حبس غیرقانونی زنی است که اجباراً باردار شده است. برای تکمیل این جرم، کافی است که مرتکب، زن زندانی را محبوس نگاه دارد، هرچند آن زن توسط دیگری باردار شده باشد. این تعریف، آشکار می‌کند که قوانین داخلی که سقط جنین را منع می‌کند مشمول موضوع قرار نمی‌گیرند. این امر، نگرانی‌هایی را که موجب دشواری بیشتر مذاکرات مربوط به بارداری اجباری شده بود، برطرف ساخت.<sup>۱۰۷</sup>

از نقطه نظر عینی، بارداری اجباری، قبل از هر چیز مستلزم آن است که عناصر مادی این جرم با قصد و علم ارتکاب یافته باشد (ماده ۳۰ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری).\*

#### ۵- عقیم‌سازی اجباری

عقیم‌سازی اجباری برای اولین بار در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به عنوان جلوه خاصی از یک جنایت علیه بشریت به فهرست درآمد. اساسنامه دیوان، محتوی هیچ تعریفی از عقیم‌سازی اجباری نیست. مطابق سند عناصر جنایات، مرتکب باید به طور دائمی حداقل یک مرد یا زن را از توان باروری خویش محروم سازد. استثنائات شامل مواردی است که به لحاظ درمان پزشکی ضرورت دارند. از مثالهای دیرینه این جنایت، اقدامات تبهکارانه عقیم‌سازی‌های اجباری دوران رایش سوم به منظور به اصطلاح «تصفیه نژادی» و آزمایشات پزشکی روی زندانیان در اردوگاههای جمعی نازی قابل ذکر است. خاطرنشان می‌سازد اقدامات موقتی برای کنترل جمعیت مشمول عنوان فوق نخواهد شد.

#### ۶- سایر اشکال خشونت جنسی

بنابر سند عناصر جنایات، مرتکب باید فعل دارای ماهیت جنسی را علیه یک یا چند نفر مرتکب شود یا باعث آن گردد که این فرد یا افراد به زور یا تهدید به زور و یا به اجبار در عملی که دارای ماهیت جنسی است، دخالت کنند. این رفتار به لحاظ فاحش بودن باید با اعمال مندرج در شق (ز) بند اول ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری قابل مقایسه باشد. سند عناصر جنایات

107. N.V.Demleitner, 18 Fordham International Law Journal (1994), p. 163.

\*. به علاوه، مرتکب باید با هدف اثرگذاری بر ترکیب قومی یک جمعیت یا انجام سایر اعمال ناقض فاحش حقوق بین‌الملل اقدام نماید. این مسئله در شق (د) بند دوم ماده ۷ اساسنامه دیوان قابل جستجو است.

بر پایه رأی دیوان رواندا در قضیه آکایسو استوار است.<sup>۱۰۸</sup> دیوان رواندا این مفهوم را در خصوص لخت کردن یک دانش‌آموز دختر و اجبار وی به اینکه به صورت عریان در برابر شمار زیادی از مردم ژیمناستیک کند، اعمال نمود.<sup>۱۰۹</sup>

#### هشت - آزار و اذیت

شق (ح) بند اول ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به جنایت علیه بشریت آزار و اذیت می‌پردازد. جرم آزار و اذیت در تمامی اسناد حقوق بین‌الملل کیفری از محاکمات نورمبرگ گرفته تاکنون، به‌ویژه در بند (ج) ماده ۶ منشور نورمبرگ، شق (ج) بند اول ماده ۲ قانون شماره ۱۰ شورای کنترل، بند (ج) ماده ۵ منشور توکیو، بند (ح) ماده ۵ اساسنامه دیوان یوگسلاوی و بند (ح) ماده ۳ اساسنامه دیوان رواندا قید شده است. با این حال هیچ‌یک از این اسناد، تعریف دقیقی از جرم آزار و اذیت را که بتوان ناشی از شق (ح) بند اول ماده ۷ در تقارن با تعریف «آزار و اذیت» و واژه «جنسیت» در شق (ز) بند دوم ماده ۷ و شق (ز) بند سوم ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، دانست، ارائه نمی‌دهد.

مذاکره‌کنندگان اساسنامه دیوان با این مشکل مواجه بودند که هیچ تعریفی از آزار و اذیت وجود نداشت.<sup>۱۱۰</sup> درحالی‌که تعریف «آزار و اذیت» بارها از حقوق پناهندگان بین‌المللی یا حقوق بشر عاریه گرفته شد، دیوان‌های کیفری بین‌المللی به‌طور صریح چنین قیاسی را رد کردند.<sup>۱۱۱</sup> تعریف آزار و اذیت در شق (ز) بند دوم ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری بر سابقه دیوان یوگسلاوی در قضیه تادیچ مبتنی است و دایره مدار ماده ۱۸ پیش‌نویس مجموعه قواعد ۱۹۹۶ است. آراء دیوان یوگسلاوی تاکنون از عهده تبیین بیشتر ویژگی‌های جرم آزار و اذیت طبق حقوق بین‌الملل عرفی برآمده‌اند.

#### ۱- عناصر مادی

عنصر مادی این جنایت، اذیت یا گروه یا جامعه قابل تشخیص است. برای مثال می‌توان به مواردی اشاره کرد که قوانینی تبعیض‌آمیز برخلاف منافع گروه‌های مشخصی وضع

108. H.von Hebel and D.Robinson in R.S.Lee(ed.)The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute (1999), p. 79; K.D. Askin, 10 Criminal Law Forum (1999), p. 33.

109. Prosecutor v. Akayesu, ICTR (Trial Chamber), judgment of 2 September 1998, p. 598.

110. Prosecutor v. Akayesu, ICTR (Trial Chamber), judgment of 2 September 1998, p. 688.

111. Prosecutor v. Tadic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 7 May 1997, p. 694; Prosecutor v. Kupczuk, ICTY (Trial Chamber), judgment of 3 March 2000, p. 219; Prosecutor v. Kordic and Cerkez, ICTY (Trial Chamber), judgment of 26 February 2001, p. 92.

می‌شوند. اما این تعریف شامل آن دسته از اعمالی هم می‌گردد که افرادی را به‌عنوان نمایندگان یک گروه هدف می‌گیرد. نوع گروه یا اجتماع در انگیزه‌های رفتار مرتکبین دخیل است. برخلاف جنایت ژنوسید، در اینجا روشن است که از بدو امر، تعیین هویت گروه مورد نظر از سوی مرتکبین جنایات علیه بشریت، جنبه‌ای تعیین‌کننده دارد.<sup>۱۱۲</sup>

مطابق تعریف شق (ز) بند دوم ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، ایداء شامل محروم ساختن عمدی و جدی یک گروه یا اجتماع از حقوق بنیادی خود است که به‌دلیل هویتی که بدان متعلق هستند، برخلاف حقوق بین‌الملل نسبت به آنها اعمال می‌گردد. این تعریف، مبتنی بر رویه قضائی دیوان یوگسلاوی به‌ویژه در پرونده تاجیک است<sup>۱۱۳</sup> و همچنین هماهنگ با مفاد ماده ۱۸ پیش‌نویس مجموعه قواعد ۱۹۹۶ است. از این شرایط می‌توان به این نتیجه رسید که واژه «حقوق بنیادین» به حقوقی اشاره دارد که برای نمونه در اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی درج شده است. در میان این حقوق بنیادی، دیوان یوگسلاوی به‌طور خاص بر حق حیات، حق تعرض‌ناپذیری جسمی و روحی و حق آزادی شخصی تأکید می‌کند.<sup>۱۱۴</sup> طبق واژه‌پردازی شق (ز) بند دوم ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری ممکن است محرومیت از حقوق یک گروه از طریق ساز و کارهای رسمی همچون تدابیر حقوقی که موجب الغای حقوق یک گروه مشخص می‌شود، در تعریف جای گیرد. با این حال تصمیمات دیوان یوگسلاوی این مطلب را تأیید می‌کند که اقدامات ایدایی ممکن است اشکال گوناگونی داشته باشد. اعمالی که حقوق بنیادی بشر را نقض می‌کند باید مشخص گردد که آیا از ماهیت جسمانی، اقتصادی یا حقوقی برخوردار هستند.<sup>۱۱۵</sup> همواره جنبه تعیین‌کننده، اعمال تبعیض‌آمیز هدفمندی است که می‌توان با توجه به حقوق تحت‌الشعاع قرار گرفته، وصف نقض صورت گرفته را تعیین نمود.<sup>۱۱۶</sup> حتی سخنان تنفرآمیز ممکن است با شرایط تحقق ایداء انطباق پیدا کند.<sup>۱۱۷</sup>

مطابق آراء دیوان یوگسلاوی دو دسته از موارد نقض را می‌توان از یکدیگر تفکیک نمود. مجموعه اول شامل رفتارهایی است که خود با حقوق بین‌الملل کیفری مرتبط هستند چرا که دربردارنده تعریف یک جنایت جنگی یا نسل‌زدایی یا شکل دیگری از جنایات علیه بشریت

112. Prosecutor v. Kuprezkic' et al., ICTY (Trial Chamber), judgment of 14 January 2000.

113. Prosecutor v. Naletilic' v. Naletilic' and Martinovic', ICTY (Trial Chamber), judgment of 31 March 2003, p. 636.

114. Prosecutor v. Tadic', ICTY (Trial Chamber), judgment of 7 May 1997.

115. Prosecutor v. Blaskic', ICTY (Trial Chamber), judgment of 7 May 1997, p. 220.

116. Prosecutor v. Tadic', ICTY (Trial Chamber), judgment of May 1997, p. 710.

117. Prosecutor v. Krnojelac, ICTY (Trial Chamber), judgment of 15 March 2002, p. 431.

هستند. دسته دوم شامل رفتارهایی است که خود در فهرست مصادیق تعاریف موجود از جنایات بین‌المللی جای نمی‌گیرند. شرط آستانه را می‌توان به‌عنوان بخشی از تلاش‌ها در جهت توسعه پویای حقوق بشر مطابق اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها توضیح داد.<sup>۱۱۸</sup> شدت، استاندارد دیگری است که در مورد هریک از جنایات علیه بشریت اعمال می‌شود. نباید محروم ساختن از حقوق را به‌عنوان یک عامل منفرد، مورد توجه قرار داد، بلکه محروم ساختن، نوعاً تظاهر به سیاست‌های تبعیض‌آمیز بوده و باید در سیاق کلی خود مورد ارزیابی واقع شود.<sup>۱۱۹</sup> فعل آزار و اذیت یا ترک فعل باید واجد تبعات تبعیض‌آمیز باشد.<sup>۱۲۰</sup>

یک مثال کلاسیک از دسته دوم اعمال آزار و اذیت، سیاست‌های ایدایی رایش سوم است که مبادرت به وضع قوانین علیه یهودیان نمود و فرمان‌ها و دستوراتی تحت رهبری او در این زمینه صادر شد. به‌عنوان مثال، قانون شهروندی رایش، فرمان می‌داد که تنها شهروندان آلمانی یا هم‌خون آنها، شهروندان رایش محسوب شده و لذا از حقوق کامل سیاسی متمتع خواهند شد. تدابیر دیگری در شکل حقوقی، یهودیان را از دسترسی به مراجع عمومی و مشاغل محروم می‌ساخت، اجازه دخالت در اموال خانوادگی آنها را می‌داد و آزادی رفت و آمد آنها را محدود می‌نمود.

معلوم نیست نقض حقوق مالکیت تا چه حدی قابل طبقه‌بندی در اقدامات ایدایی است. برای نمونه در جریان محاکمه فلیک، دادگاه چنین رأی داد که نقض حق مالکیت از طریق توقیف اجباری اموال صنعتی، یک جنایت علیه بشریت تلقی نمی‌شده است.<sup>\*</sup> اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، فقط زمانی به آزار و اذیت می‌پردازد که در ارتباط با هر عملی به استناد بند اول یا هر جنایت تحت صلاحیت دیوان ارتکاب یابد. شرط ارتباط به این

118. Prosecutor v. Nabimana et al., ICTR (Trial Chamber), judgment of 3 December 2003, p. 1070.

119. Prosecutor v. Kuprezkic et al., ICTY (Trial Chamber), judgment of 14 January 2000, p. 618.

120. Prosecutor v. Kuprezkic et al., ICTY (Trial Chamber), judgment of 14 January 2000, pp. 622 and 615.

\*. دیوان یوگسلاوی سابق طی بندهای ۶۳۰ و ۶۳۱ رأی خود در قضیه کوپرسکیچ، تخریب گسترده خانه‌های مسلمانان را نقض جدی حقوق اساسی آنها قلمداد کرده و این عمل را به دلیل اینکه براساس مبانی تبعیض‌آمیز انجام می‌شد، اذیت و آزار محسوب نمود. طبق رویه قضایی بین‌المللی نوین باید براساس نوع و شدت حمله به اموال، قایل به تمایز بود. پس انهدام بخشی از اموال، یک جنایت آزار و اذیت نمی‌شود و دلیل آن، وجود قصد تبعیض‌آمیز است. در مقابل، جنایت آزار و اذیت هنگامی مفروض است، که حملات به اموال به اندازه کافی جهت تخریب حیات اقتصادی بخشی از یک جمعیت، جدی باشد. رک.

Prosecutor v. Vasilijevic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 29 November 2002, p. 245; Prosecutor v. Stakic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 31 July 2003, p. 733.

این امر، شمول نابودی هدفمند، غارت یا مصادره اموال خصوصی حتی در دوران صلح را تأیید می‌کند. بیع اجباری، کمتر از بهای عادلانه یا سلب مالکیت بدون پرداخت غرامت را می‌توان یک جرم به حساب آورد. یک مثال، حملات نظام‌مند به اموال یهودیان و دارایی آنها در دوران نازی است.

دلیل قید شده که نگرانی‌های مربوط به مفهوم موسع جنایت آزار و اذیت را دربرگیرد.<sup>۱۲۱</sup> اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری از حقوق بین‌الملل عرفی عقب مانده چرا که جنایت آزار و اذیت همچون جنایات علیه بشریت به‌عنوان یک جرم مستقل توسعه پیدا کرده است.<sup>۱۲۲</sup>

## ۲- عنصر معنوی

از یک منظر ذهنی، آزار و اذیت مستلزم آن است که عناصر مادی این جرم با قصد و علم (ماده ۳۰ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری) ارتکاب یابد. حکم شق (ز) بند دوم ماده ۷ اساسنامه دیوان مبنی بر اینکه محرومیت از حقوق باید عمدی باشد، انحرافی از شروط کلی عنصر معنوی نیست. به‌علاوه، این جنایت باید به دلایل تبعیض‌آمیز، به‌طور خاص بر مبنای سیاسی، نژادی، ملی، قومی، فرهنگی، مذهبی و جنسیت به‌نحو مقرر در بند سوم صورت گرفته باشد که در سطح جهان طبق حقوق بین‌الملل غیرمجاز شناخته می‌شود. پس جنایت آزار و اذیت در اینجا با همه انواع دیگر جنایات علیه بشریت فرق می‌کند. مرتکب یا باید یک گروه یا اجتماع را مورد هدف قرار دهد یا به‌طور مشخص به فردی به‌دلیل عضویت او در این گروه و اجتماع حمله کند. در یکی از پرونده‌های اخیر به فردی به‌عنوان نماینده یک گروه حمله شده بود. بنابراین، همیشه در مورد مرتکب باید تبعیض علیه یک گروه یا اجتماع یا موجودیتی از این قبیل قابل تصور باشد. برای مرتکب کافی است که با یکی از انگیزه‌های فهرست شده، عمل کند.<sup>۱۲۳</sup>

## الف - دلایل سیاسی، نژادی یا مذهبی

ویژگی‌های کلاسیک جرم آزار و اذیت، شامل انگیزه‌های سیاسی، نژادی یا مذهبی مرتکب است. این خصوصیات در بند (ج) ماده ۶ اساسنامه نورمبرگ، شق (ج) بند اول ماده ۲ قانون شماره ۱۰ شورای نظارت، بند (ج) ماده ۵ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی و بند (ج) ماده ۳ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری رواندا وجود دارد. فقط بند (ج) ماده ۵ اساسنامه توکیو دلایل مذهبی را دربرنمی‌گیرد.

مرتکب به‌دلیل عقاید سیاسی قربانی، دست به اعمال تبعیض‌آمیز علیه او می‌زند.<sup>۱۲۴</sup> اگر مرتکب نسبت به قربانی مبادرت به اعمال تبعیض‌آمیز نماید، لازم نیست قربانی، عضو یک حزب یا گروه سیاسی باشد. مرتکب براساس دلایل نژادی عمل می‌کند چرا که قربانی از یک نژاد معین

121. Prosecutor v. Kuprezkic<sup>7</sup> et al., ICTY(Trial Chamber), judgment of 14 January 2000, p. 631.

122. M. Boot, in O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (1999), Art. 7.

123. Prosecutor v. Kuprezkic<sup>7</sup> et al., ICTY(Trial Chamber), judgment of 14 January 2000, p. 580.

124. Prosecutor v. Tadic<sup>7</sup>, ICTY (Trial Chamber), judgment of 7 May 1997, p. 712.



است.<sup>۱۲۵</sup> اگر مرتکب به دلیل باورهای مذهبی خاص قربانی نسبت به او قایل به تبعیض شود، براساس دلایل مذهبی عمل کرده است.<sup>۱۲۶</sup>

## ب - سایر دلایل

اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، اولین سند بین‌المللی است که دلایل تبعیض‌آمیز دیگری را دربرمی‌گیرد که فراتر از قلمرو حقوق بین‌الملل عرفی می‌رود. این دلایل شامل آزار و اذیت بر مبنای عوامل ملی، قومی و فرهنگی، دلایل جنسیتی یا دیگر دلایلی است که در سطح دنیا طبق حقوق بین‌الملل غیرمجاز شناخته شده‌اند.

اگر نسبت به قربانی به‌خاطر تابعیت یا عضویت او در یک اقلیت ملی، مبادرت به تبعیض کند، مرتکب براساس دلایل ملی عمل می‌کند.<sup>۱۲۷</sup> تبعیض براساس دلایل هویت قومی، کمی مستقل‌تر از دلایل نژادی است. واژه فرهنگی در اسناد مختلف بین‌المللی به‌کار می‌رود اما هیچ تعریف قطعی در هیچ‌یک از این اسناد وجود ندارد. این واژه باید در یک مفهوم وسیع از جمله زبان یک گروه خاص، عرفها و سنن، هنر، معماری و غیره تفسیر شود. یک مثال، اعمال تبعیض به‌دلیل یک زبان بومی خاص است. دلایل ناشی از جنسیت، مطابق تعریف حقوقی مندرج در بند سوم ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به دو جنس مؤنث و مذکر در شرایط موجود در جامعه اشاره دارد. باید توجه داشت که واژه جنسیت هم بر تفاوت‌های بیولوژیک و هم اختلافات اجتماعی ناظر است. کنوانسیون محو تمام اشکال تبعیض علیه زنان به‌عنوان مبنایی برای تفسیر در موارد تبعیض علیه زنان به‌کار می‌رود. معیار سایر دلایلی که به‌طور جهانی طبق حقوق بین‌الملل غیرمجاز شناخته شده‌اند به حقوق بین‌الملل عرفی اشاره دارد.<sup>۱۲۸</sup> و لذا فضایی را برای توسعه بیشتر حقوق بین‌الملل عرفی به‌نفع حقوق بشر باقی می‌گذارد. آزار و اذیت به دلایل جنسی (هم‌جنس‌گرایی) هنوز در این ردیف جای نمی‌گیرد، هرچند هیچ منعی طبق حقوق بین‌الملل عرفی در این زمینه وجود ندارد. دلایل دیگری مثل عوامل اجتماعی یا عناصر دارای ماهیت اقتصادی، عمداً در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به رسمیت شناخته نشده است.

125. Prosecutor v. Akayesu, ICTR (Trial Chamber), judgment of 2 September 1998, p. 583.

126. Prosecutor v. Tadić, ICTY (Trial Chamber), judgment of 7 May 1997, p. 711.

127. Ibid.

128. M.Boot and C.K. Hall, in O.Triffterer (ed), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (1999), Art. 7.

## ۹- ناپدیدشدگی اجباری

شق (ط) بند اول ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به ناپدیدشدگی اجباری به‌عنوان یکی از جنایات علیه بشریت می‌پردازد. سیاست ناپدیدسازی که به‌ویژه در امریکای لاتین شایع است یکی از جنایات علیه بشریت در کنوانسیون امریکایی ناپدیدشدگی اجباری اشخاص مورخ ۱۹۹۴ است و خیلی زود به‌عنوان یک بخش از طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل ۱۹۹۶ درآمد. با پایان یافتن مذاکرات رم، نگاه غالب این شد که ناپدیدشدگی اجباری، تاکنون فقط به محرومیت از آزادی یا یک عمل غیرانسانی پرداخته که باید به‌عنوان یک جنایت علیه بشریت مستقل قلمداد شود.<sup>۱۲۹</sup>

مطابق تعریف شق (ط) بند دوم ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، ناپدیدشدگی اجباری اشخاص به‌معنی بازداشت، توقیف یا آدم‌ربایی با مجوز، حمایت یا رضایت یک کشور یا یک سازمان بین‌المللی است که همراه با محرومیت از ارائه اطلاعات مربوط به‌شخص است. این تعریف، مبتنی بر مقدمه اعلامیه حمایت از همه اشخاص از ناپدیدشدگی اجباری است. سند عناصر جنایات، دقت بیشتری را نسبت به تعریف پیچیده این جنایت مبذول می‌دارد. روشن است که این تعریف، بین دو نوع رفتار را تفکیک می‌کند: محرومیت از آزادی و امتناع از ارائه اطلاعات. محرومیت از آزادی باید با دستور یا قبولی یک کشور یا سازمان سیاسی روی دهد. به‌علاوه، ضروری است که هیچ‌گونه اطلاعات فوری به‌محض درخواست ارائه نگردد. برای مثال، به بستگان قربانی در مورد سرنوشت و محل قربانی هیچ اطلاعی داده نمی‌شود. قصور ساده از ارائه اطلاعات حتی بدون درخواست کافی نیست. ارائه عمدی اطلاعات نادرست به‌منزله امتناع از ارائه اطلاعات محسوب می‌شود. مرتکب محرومیت از آزادی، نیازی نیست همان فردی باشد که از ارائه اطلاعات خودداری می‌کند.

نوع دوم رفتار به امتناع از ارائه فوری اطلاعات پس از آدم‌ربایی یا محروم ساختن جدی فرد از آزادی مربوط می‌شود. این رفتار همیشه مستلزم آن است که ابتدا بازجویی و تحقیقات به عمل آمده باشد. این رفتار فقط به‌شرطی به‌عنوان عنصر ناپدیدشدگی تلقی می‌شود که اطلاعات براساس دستور یک کشور یا یک سازمان بین‌المللی ارائه نگردد یا در صورتی که مرتکب به‌طور داوطلبانه در سیاست ناپدیدسازی یک کشور مشارکت می‌کند، به اختیار خود و بدون هیچ دستوری، تکالیف حقوقی موجود مبنی بر ارائه اطلاعات را نقض می‌کند، قبولی کشور یا یک سازمان سیاسی کافی نیست.

129. M.Boot, Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes: Nullum Crimen Sine Lege (2002), p. 521.

در مورد عنصر معنوی، ماده ۳۰ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری اعمال می‌شود. قصد در مورد رفتار نوع اول طبق بند دوم ماده ۳۰ اساسنامه باید به کوتاهی از ارائه اطلاعات تسری یابد. مرتکب در مورد رفتار نوع دوم باید از این حقیقت آگاه باشد که فرد قربانی که از ارائه اطلاعات مربوط به سرنوشت آن خودداری می‌شود، نخست ربوده شده یا از آزادی محروم گردیده است. علاوه بر این، مرتکب باید با قصد حذف حمایت‌های قانونی از فرد، طی یک دوره زمانی طولانی اقدام کند. این موضوع از شق (ط) بند دوم ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری ناشی می‌شود.

#### ۱۰- آپارتاید

شق (ی) بند اول ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به جنایت آپارتاید می‌پردازد.\*  
آپارتاید در چند سند بین‌المللی به عنوان یک جنایت علیه بشریت توصیف شده است. بند (ب) ماده یک کنوانسیون عدم قابلیت اجرای محدودیت‌های قانونی نسبت به جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت<sup>۱۳۱</sup> به طور صریح، اعمال غیرانسانی ناشی از سیاست آپارتاید را تحت شمول جنایات علیه بشریت قرار می‌دهد. کنوانسیون بین‌المللی منع و مجازات جنایات آپارتاید (کنوانسیون آپارتاید سازمان ملل متحد)<sup>۱۳۲</sup> مقرر می‌دارد که آپارتاید یک جنایت علیه بشریت است.\*\*

\*. واژه آپارتاید در زبان افریقایی به معنی جدایی است که سابقه آن به سیاست جداسازی نژادی و تبعیض در افریقای جنوبی پس از سال ۱۹۴۸ باز می‌گردد و مشتمل بر یکی از شش عمل زیر با قصد و نیت تبعیض‌آمیز دانسته شده است:  
۱- منع اعضای یک گروه نژادی از حق حیات و آزادی.  
۲- تحمیل شرایطی به گروه‌های نژادی به قصد نابود کردن آنها از لحاظ فیزیکی.  
۳- تصویب قوانینی به قصد بازداشتن گروه‌های نژادی از مشارکت در حیات سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی کشور.

۴- انجام اقداماتی جهت جداسازی نژادی جمعیت.  
۵- سوءاستفاده از نیروی کار گروه‌های نژادی.  
ع- اذیت و آزار گروه‌های نژادی به گونه‌ای که از حقوق و آزادی‌های اساسی محروم شوند.  
رک. میرمحمد صادقی، حسین، دادگاه کیفری بین‌المللی، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۳، ص ۱۲۲-۱۲۱.

131. H.von Hebel and D.Robinson, in R.S.Lee(ed.), The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute (1999), p. 79; D.Robinson, 93 American Journal of International Law (1999), p. 55.

132. Adopted by General Assembly Resolution 2391 (XXIII) of 26 November 1968.

\*\* طرح مجموعه قواعد ۱۹۹۱ آپارتاید را به عنوان یک جنایت مستقل در نظر می‌گیرد و طرح مجموعه قواعد ۱۹۹۶ جنایت علیه بشریت تبعیض سازمان یافته را مطرح می‌سازد. ورود این جرم به اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری با پیشنهاد افریقای جنوبی صورت گرفت. رک.

Adopted by General Assembly Resolution 3068 (XXVIII) of 30 November 1973.

چرا که رژیم آپارتاید افریقای جنوبی ساقط شده و در حال حاضر، خلق جرم مستقل جنایت علیه بشریت آپارتاید، در وهله نخست از اهمیت نمادین برخوردار است.

عنصر مادی جنایت آپارتاید در تعریف مندرج در شق (ز) بند دوم ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری تعیین شده است. در این شق مقرر شده که «اعمال غیرانسانی دارای ویژگی مشابه موارد اشاره شده در بند اول می‌باشد که در اوضاع و احوال یک رژیم نهادینه ظلم و سلطه توسط یک گروه نژادی بر گروه یا گروه‌های دیگر نژادی ارتکاب یافته است». این تعریف، در مرحله نخست، شامل کلیه رفتارهایی می‌شود که در بند اول ماده ۷ اساسنامه، طی شقوق (الف)، (ط) و (ل) قید شده است. به علاوه، اعمال غیرانسانی دارای ویژگی مشابه، آن دسته از اعمالی را دربرمی‌گیرد که به لحاظ ماهیت و شدت، مشابه موارد مندرج در بند اول ماده ۷ اساسنامه دیوان هستند. این معیار در استناد به ماده ۲ کنوانسیون آپارتاید ملل متحد قابل تفسیر است.<sup>۱۳۳</sup> موارد زیر، جلوه‌ای خاص از جنایت آپارتاید به حساب می‌آید:

«هر تدبیر تقنینی و دیگر تدابیری که به منظور پیشگیری از مشارکت یک یا چند گروه را به‌ویژه از طریق امتناع از استیفای حقوق و آزادیهای اساسی بشر آنها از جمله حق کار، حق تشکیل اتحادیه‌های تجاری، حق آموزش، حق ترک و بازگشت به وطن خود، حق تابعیت، حق آزادی رفت و آمد و اقامت، حق آزادی عقیده و حق آزادی شرکت در مجامع و انجمن‌های مسالمت‌آمیز به همراه دارد». یا «هر تدبیری شامل راهکارهای قانونی جهت تقسیم جمعیت به صف‌های نژادی با ایجاد مراکز و محلات مجزا برای اعضای یک یا چند گروه نژادی، ممنوعیت ازدواج میان اعضای گروه‌های نژادی مختلف، سلب مالکیت از اموال غیرمنقول متعلق به یک یا چند گروه نژادی یا اعضای آن».\*

در مورد عنصر معنوی، ماده ۳۰ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری اعمال می‌شود، به علاوه، مرتکب باید با قصد ایجاد یک نظام نهادین که به‌طور سیستماتیک، اقدام به ظلم و سلطه بر یک یا چند گروه نژادی می‌کند، به این جنایت دست بزند. این مطلب از شق (ز) بند دوم ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری برمی‌آید. مطابق تعریف تبعیض نژادی در کنوانسیون بین‌المللی محو تمام اشکال تبعیض نژادی مورخ ۷ مارس ۱۹۶۶ واژه گروه نژادی به‌طور موسع تفسیر شده است.

133. H.von Hebel and D.Robinson, in R.S.Lee (ed.), The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute (1999), p.79.

\*. زمانی یک رژیم نهادین ظلم و سلطه نظام‌مند وجود دارد که طبق حقوق داخلی، یک یا چند گروه نژادی بر سایر گروه‌ها غلبه داشته باشند. اولین مثال آن، قانونگذاری آپارتاید در آفریقای جنوبی بود. در جنایت آپارتاید، لازم نیست که مرتکب واجد شرایط خاصی باشد. برخلاف بند اول ماده ۴۰ طرح مجموعه قواعد ۱۹۹۱ این جرم منتسب به هدایت کننده و رهبری نیست. البته معمولاً رهبران سیاسی یا حکومتی مسئول ارتکاب این جرم قلمداد می‌شوند. جنایت آپارتاید از ارتباط نزدیکی با جنایت آزار و اذیت برخوردار است اما برخلاف جنایت آزار و اذیت، لازم نیست که رفتار حتماً به‌طور خاص مبتنی بر دلایل تبعیض‌آمیز باشد. رک.

K. Kittichaisaree, International Criminal Law (2001), p. 125.

## ۱۱- سایر اعمال غیرانسانی

شق (ل) بند اول ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به جرم انگاری سایر اعمال غیرانسانی دارای ویژگی مشابه می‌پردازد. چنین جرم کلی در همه اسناد مرتبط قبلی دیده می‌شود. در جریان مذاکرات مربوط به اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، پیشنهاد افزودن اعمالی چون تحریم اقتصادی یا تروریسم به فهرست جنایات علیه بشریت، تعداد آراء کافی را کسب نکرد و توافق شد که همچنان احصای کلیه رفتارهایی که مستحق مجازات به‌عنوان جنایات علیه بشریت هستند، میسر نیست. اساسنامه دیوان درصدد ایجاد قیودی نسبت به مفاد غیردقیق اساسنامه از طریق وضع مقرراتی دقیق‌تر در مقایسه با قواعد قبلی است.

شق (ل) بند اول ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری مقرر می‌کند که مرتکب، دیگر اعمال غیرانسانی دارای ویژگی مشابه را که موجب رنج فراوان یا صدمه جدی به سلامت جسمی یا روحی شود، انجام دهد. گفتنی است، تنها عملی که از همان درجه شدت برخوردار باشد، مشابه دیگر جنایات به حساب می‌آید. در این شرایط، سند عناصر جنایات، روشن می‌کند که رفتار باید قابل مقایسه از نظر ماهیت و شدت با دیگر اعمال فهرست شده در بند اول ماده ۷ باشد. دیوان‌های بین‌المللی کیفری همین موضع را در آخرین آراء صادره که به شق (ل) بند اول ماده ۷ اساسنامه دیوان ناظر است، اتخاذ کرده‌اند.<sup>۱۳۴</sup>

مطابق رویه قضایی، مقایسه شدت اعمال نباید به‌صورت نوعی صورت گیرد، بلکه باید همیشه<sup>۱۳۵</sup> با توجه به اوضاع و احوال هر مورد بررسی شود.<sup>۱۳۶</sup> با توجه به این موضوع به‌عنوان نقطه شروع، دیوان یوگسلاوی، تحت شرط کلی اساسنامه خود، مجموعه‌ای از اعمال را که اکنون به‌عنوان جرم مستقل تحت بند اول ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به آنها پرداخته شده، مشمول عنوان سایر اعمال غیرانسانی قرار داده که برای نمونه می‌توان به انتقال اجباری جمعیت،<sup>۱۳۷</sup> فحش‌ای اجباری و ناپدیدشدگی اجباری اشخاص اشاره نمود.<sup>۱۳۸</sup> برای مثال،

134. M.Boot, in O.Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (1999, Art. 7).

135. *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR (Trial Chamber), judgment of 21 May 1999, p. 149; *Prosecutor v. Kuprezkic et al.*, ICTY (Trial Chamber), judgment of 14 January 2000, p. 562; *Prosecutor v. Musema*, ICTR (Trial Chamber), judgment of 27 January 2000, p. 230; *Prosecutor v. Blaetkic*, ICTY (Trial Chamber), judgment of 3 March 2000, p. 239; *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, ICTY (Trial Chamber), judgment of 26 February 2001, p. 269.

136. *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR (Trial Chamber), judgment of 21 May 1999, p. 151.

137. *Prosecutor v. Kuprezkic et al.*, ICTY (Trial Chamber), judgment of 14 January 2000, p. 566; *Prosecutor v. Krstic*, ICTY (Trial Chamber), judgment of 2 August 2001, p. 523.

138. *Prosecutor v. Kuprezkic et al.*, ICTY (Trial Chamber), judgment of 14 January 2000, p. 166.

در قضیه آکایسو دیوان روآندا لخت کردن اجباری زنان توتسی را یکی از مصادیق سایر اعمال غیرانسانی برشمرده است. علاوه بر این، صدمه جسمانی جدی به عنوان یک مورد قطعی طبقه بندی می شود که همان شرط اعمال غیرانسانی در مورد آن اجرا می گردد. دیگر تخلفاتی که در این دسته جای می گیرند، انجام آزمایشات بیولوژیک، پزشکی یا علمی بر موجودات انسانی در دوران صلح است<sup>۱۳۹</sup> در این زمینه می توان به قضیه معروف به پرونده پزشکی به عنوان یکی از سوابق تاریخی توجه داشت که براساس قانون شماره ۱۰ شورای کنترل متفقین رسیدگی شد و به محکومیت شانزده پزشک انجامید.

در مورد عنصر معنوی، ماده ۳۰ اساسنامه دیوان بین المللی کیفری اعمال می شود. مقررات شق (ل) بند اول ماده ۷ اساسنامه مقرر می دارد که ایراد درد باید عمدی بوده و انحرافی از شرایط عمومی عنصر معنوی قلمداد نمی شود. شرط قصد (بند دوم ماده ۳۰) در هنگامی که مرتکب مبادرت به فعل یا ترک فعل کند، قصد ایراد صدمات جدی جسمی یا روحی داشته باشد یا حمله ای جدی به کرامت انسانی قربانی کند یا هنگامی که علم پیدا می کند که فعل یا ترک فعل وی احتمال دارد موجب صدمات جسمی یا روحی جدی یا تهاجم جدی به کرامت انسان شود، محقق می گردد.

#### د - تعدد جرایم

رفتاری که طبق ماده ۷ اساسنامه دیوان بین المللی کیفری، یک جنایت محسوب می شود، ممکن است بر تعاریف ژنوسید یا جنایات جنگی منطبق باشد. تعاریف جنایات علیه بشریت و نسل زدایی ممکن است همزمان اعمال شود. در ارتباط با جنایات علیه بشریت، ژنوسید یک قاعده خاص نیست. همین امر، اگر مرتکب قیود تحقق جنایات جنگی را محقق سازد نیز صادق است. بنابراین هر جرمی که هم در ماده ۷ و هم در ماده ۸ اساسنامه دیوان بین المللی کیفری درج شده یعنی کشتار، شکنجه، تجاوز جنسی و محرومیت از آزادی ممکن است به طور همزمان مورد توجه قرار گیرند.

اعمال مجرمانه ای که در ماهیت مرتبط هستند، ممکن است با توجه به زمان و مکان ارتکاب، مصداق هر یک از جنایات یاد شده قرار گیرند.

مطابق آراء دیوان های بین المللی کیفری، جرایم مختلفی که مصداق جنایات علیه بشریت هستند، ممکن است اصولاً به طور همزمان اعمال شوند.<sup>۱۴۰</sup> این وضعیت حقوقی، تنها در مورد جنایت آزار و اذیت متفاوت است. چنانکه اگر جنایت آزار و اذیت طی ارتکاب جنایت دیگری از

139. Prosecutor v. Blaskić, ICTY (Trial Chamber), judgment of 3 March 2000, p. 239.

140. Prosecutor v. Galic, ICTY (Trial Chamber), judgment of 5 December 2003, p. 154.

موارد جنایات علیه بشریت ارتکاب پیدا کند، آزار و اذیت در حین کشتار، شکنجه یا محرومیت از آزادی، معمولاً از منظر دیوان‌های کیفری، یک قاعده خاص محسوب می‌گردد.

#### هـ - ملاحظات نهایی مترجم

شاید نتوان به سادگی از این انتقاد عبور کرد که حقوق بین‌الملل عرفی، قایل به ارتباط تنگاتنگ جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی است و حال بر چه اساسی، اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری که مدعی است بازتابی از حقوق عرفی را ارائه می‌دهد، به جای توسعه و تکامل تدریجی، انقلاب آنی در عرف را برگزیده و رشته‌های پیوند جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی را از هم گسسته است.

واقعیت این است که عناصر نظام‌مند بودن عملیات و قصد تبعیض‌آمیز، دقت‌نظر در بنیادهای خط‌مشی‌های کشوری که به ارتکاب جنایات علیه بشریت دست می‌یازد را می‌طلبد، اما با فقدان معیار سنجش دقیق از اعمال نظام‌مند و گسترده در حقوق بین‌الملل معاصر، زمینه برخورد‌های سلیقه‌ای از سوی مقاماتی که وظیفه تعقیب مرتکبین این جنایات را بر عهده دارند، فراهم می‌آورد.<sup>۱۴۱</sup> در مقابل این دیدگاه، نظراتی مشاهده می‌شود که قایل بر اعمال انعطاف‌پذیرتر اصل قانونی بودن جرایم در حقوق بین‌الملل جزایی در مقایسه با حقوق جزای داخلی است. از این منظر، فقدان یک مقنن بین‌المللی و قانون جامعی که کلیه جرایم بین‌المللی را دربرگیرد، منبایی است برای اینکه در حقوق بین‌الملل کیفری علاوه بر قواعد موضوعه، منابع دیگری همچون عرف بین‌الملل نیز مورد توجه قرار گیرد. چنانکه گفته می‌شود در اثر تحولاتی که حقوق بین‌الملل کیفری با آن روبرو گردیده، اصل *nullum crimen sine lege* به اصل *nullum crimen sine jure* تبدیل شده است.<sup>۱۴۲</sup>

نکته دیگری که باید مورد توجه قرار داد، ضرورت ارائه تعاریف دقیق از عناصر مادی جنایات علیه بشریت است که مستلزم بررسی اصول موجود در حقوق داخلی و سایر منابع حقوق بین‌الملل است و شاید در خیلی از موارد مثل تجاوز و اخراج جمعیت، امر دشوار و پیچیده‌ای نباشد اما در مورد جرایمی چون آزار و اذیت با همین سهولت روبه‌رو نخواهیم بود.

روند موجود حقوق بین‌الملل، حکایت از آن دارد که کشورها از دو طریق درصدد محدود کردن قلمرو جنایات علیه بشریت برآمده‌اند: اول اینکه بر این مطلب اصرار می‌ورزند که جرایمی چون قتل عمد یا تجاوز جنسی تا زمانی که با عناصری چون حمله به جمعیت غیرنظامی توأم

141. S.R.Ratner and J.S.Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2001. pp. 77-78.

142. M.Ch.Bassiouni, *Individual and Collective Responsibility in International Criminal Law*, p. 137.

نباشند، وصف جنایات علیه بشریت را به خود نمی‌گیرند و دیگر آنکه برخی از موارد نقض حقوق بشر مانند توقیف مطبوعات یا تقلب در انتخابات هرچند از عناصر فوق‌الذکر برخوردار باشند، در ردیف جنایات علیه بشریت قرار نمی‌گیرند، مگر از مصادیق آزار و اذیت باشند. لذا باید قایل بر آن بود که جنایات علیه بشریت فقط موارد فاحش نقض حقوق بشر را دربرمی‌گیرد. البته نباید از یاد برد که حقوق بین‌الملل در مواردی چون شکنجه، بردگی و جنایات جنگی توجهی به شدت و میزان نظام‌مند بودن جنایات ارتكابی نداشته و بدون در نظر گرفتن این عوامل، مبادرت به جرم‌انگاری می‌کند.



## جرم‌انگاری خشونت جنسی در حقوق بین‌الملل کیفری

روناک خاک \*

### چکیده

خشونت جنسی به‌ویژه علیه صدها هزار زن و کودک در تمامی نقاط دنیا واقعیتی تلخ می‌باشد. خشونت جنسی در طول تاریخ اغلب به‌عنوان تاکتیکی جنگی برای تخریب غرور و شرافت ملی به‌کار می‌رود که نه تنها فرد قربانی بلکه کل جامعه وی را تحت تأثیر قرار داده و موجبات تخریب فرهنگ و هویت وی را فراهم می‌آورد. خشونت جنسی که اصطلاحی وسیع‌تر از تجاوز به‌عنف است مصادیق گوناگونی را تحت پوشش قرار می‌دهد و در طول تاریخ چه در عهدنامه‌های بین‌المللی مربوط به مخاصمات مسلحانه و چه در میان آراء صادره از محاکم بین‌المللی کیفری به‌ویژه دادگاه‌های کیفری یوگسلاوی سابق و رواندا طی فرآیندی به‌عنوان جنایت بین‌المللی قلمداد شده است که دارای عناوین مجرمانه متعددی می‌باشد. مقاله حاضر به بررسی جرم‌انگاری خشونت جنسی در حقوق بین‌الملل کیفری خواهد پرداخت.

**واژه‌های کلیدی:** خشونت جنسی، اسناد بین‌المللی، رضایت، جنایت علیه بشریت، جنایت جنگی، جنایت نسل‌زدایی.

---

\*. کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل، ronak\_khak@yahoo.fr

## مقدمه

با رجوع به زمان باستان دیده می‌شود که یونانیان قدیم، در گذشته تجاوز به‌عنف و اعمال خشونت جنسی علیه زنان را مورد شناسایی قرار نداده و به چالش نکشیده بودند. آنان این جنایات را به‌عنوان رفتار مورد قبول اجتماعی در قواعد جنگ در نظر گرفته بودند. زنان غنیمت مشروع و قانونی، ارزشمند به‌عنوان همسر، برده کارگر یا جایزه بودند. در طی قرون وسطی در اروپا اگر شهری در جنگ شکست می‌خورد، قواعد جنگ به سربازان اجازه می‌داد تا زنان شهر اشغال شده را مورد تجاوز قرار دهند. در آن زمان تجاوز جنسی با جرائم مربوط به مالکیت در کنار هم قرار می‌گرفت، چرا که زنان جزء مایملک پدران و همسرانشان بودند و کسی که آنان را مورد تجاوز قرار می‌داد، می‌بایست به پدر یا شوهر زن مورد تجاوز هزینه‌ای پرداخت می‌نمود.<sup>۱</sup>

با تمام این تفصیلات هنجارهایی علیه کاربرد تجاوز جنسی از مدتهای مدید نه تنها در حقوق داخلی بلکه در عرف و حقوق بین‌الملل مقرر شده‌اند. تحولات این هنجارها ردپایی خیلی پیش از سال ۵۰۰ قبل از میلاد داشته است. صاحب‌نظری همچون سیسرو<sup>۲</sup> در سال ۱۰۶ قبل از میلاد بر رعایت قواعد جنگی تأکید نموده بود.<sup>۳</sup> توتیلا د استروگوس<sup>۴</sup> که روم را در سال ۵۴۶ قبل از میلاد تصرف نمود، به سربازان خود اجازه تجاوز به زنان رومی را نداد.<sup>۵</sup>

هوگو گروسیوس<sup>۶</sup> پدر حقوق بین‌الملل (۱۶۴۵-۱۵۸۳) اعلام کرده بود مردانی که در جنگ مرتکب تجاوز به‌عنف می‌شوند می‌بایست مجازات گردند.<sup>۷</sup> رفته‌رفته با انعقاد معاهدات بین‌المللی این جنایت به‌عنوان جنایتی بین‌المللی تلقی گردید.

در قرون ۱۸ و ۱۹، مجموعه‌ای از معاهدات و قوانین جنگی مشتمل بر مقرراتی برای زنان تصویب گردید. قرن بیستم حاکی از تحول چشمگیر و وسیعی در حقوق بین‌الملل بشردوستانه در مورد تجاوز جنسی به زنان در زمان جنگ می‌باشد. در جنگ جهانی اول، تجاوز به‌عنف در سراسر بلژیک سلاحی برای ارباب مردم بود. توسل به تجاوز جنسی توسط سربازان

1. Mary Deutsch Schneider, "Women, War & Darfur: Implementing & Expanding Gender Violence Justice", 30 Sept. 2006, See: <http://terra.rezo.net/article497.html>.

2. Cisero

3. Derba Collins-Houser, MA, "Prosecuting Rapists in War: The Cases of Bosnia-Herzegovina & Rwanda", 24 March 2002, See: <http://www.isanet.org/noarchive/dch.html>.

4. Totila the Ostrogoth

5. M. Cherif Bassiouni, "Crimes against Humanity in International Criminal Law", Netherlands Published by Kluwer Law International, 1999, p. 346.

6. Hugo Grotius

7. Derba Collins-Houser, MA, *Ibid*.

آلمانی تحت فرماندهی قیصر ویلهلم دوم<sup>۸</sup> فراوان بود. این تجاوزات جنسی بدون هدف نبودند بلکه به عنوان سلاحی برای ایجاد رعب و وحشت مورد استفاده قرار می گرفت.<sup>۹</sup>

واقعۀ مهم دیگری که در آن تجاوز به عنف و سایر خشونت های جنسی بسیار به وقوع پیوست جنگ جهانی دوم بود. تجاوز و تعدی ژاپنی ها به کشور چین در قبل و در طی جنگ جهانی دوم از ۱۹۳۰ تا ۱۹۴۵ ادامه داشت. در طی این دوره تاریک از تاریخ مدرن، گروه های نظامی ژاپنی با شوقی غیرقابل کنترل برای تجاوز، توسعه طلبی و امپریالیسم ترغیب شده بودند. جرائم ارتكابی توسط نظامیان ژاپنی در چین و سایر نقاط آسیا بالاخره با پایان جنگ در آگوست ۱۹۴۵ خاتمه یافت. قربانیان تجاوزات و تعدی های نظامیان ژاپنی متشکل از مردمان بی گناه و صلح دوست چین، کره، فیلیپین، سایر کشورهای جنوب شرقی آسیا، ایالات متحده و خود ژاپن بوده اند.<sup>۱۰</sup>

قتل عام نانکینگ<sup>۱۱</sup> که عموماً به عنوان «تجاوز به عنف در نانکینگ» شناخته شده، جنایت جنگی مشهوری است که توسط نظامیان ژاپنی در پایتخت چین، نانکینگ و اطراف آن پس از سقوط، توسط ارتش امپراتوری ژاپن در ۱۳ دسامبر ۱۹۳۷ ارتکاب یافته است. طول مدت این جنایات به طور واضح مشخص نشده است. در طی اشغال نانکینگ، ارتش ژاپن شقاوت های بی شماری همچون تجاوز به عنف، غارت، آتش زدن و اعدام زندانیان جنگی و غیرنظامیان را مرتکب شده است.<sup>۱۲</sup>

همان گونه که گزارشگر ویژه ملل متحد درخصوص خشونت علیه زنان در گزارش سال ۱۹۹۴ خود خاطرنشان نموده است، بیش از ۲۰۰۰۰۰ زن و دختر بخشی از برنامه ژاپنی ها تحت عنوان «زنان آرامبخش»<sup>۱۳</sup> بوده اند.<sup>۱۴</sup> آنها برای اجرای برنامه های ۳ تا ۵ ساله بازداشت می شدند.<sup>۱۵</sup> تحقیقات نشان می دهد که بیشتر از نیمی از دختران و زنان در نتیجه رفتارهایی که متحمل می شدند، فوت می کردند. هریک از این زنان و دختران حداقل ۵ بار در روز مورد تجاوز

---

8. Kaiser Wilhelm II

9. B. A. Robinson, "Rape of Women during in Wars", 20 Dec 2002, See: [http:// www. religioustolerance. org/war\\_rape.htm](http://www.religioustolerance.org/war_rape.htm).

10. Ming – Hui Yao, "Basic Facts on the Nanjing Massacre & the Tokyo War Crimes", See: <http://www.cnd.org/massacre/nj.htm>.

11. Nanking

12. "Nanking Massacre, See: [http://www.en-wikipedia.org/wiki/Nanking\\_Massacre](http://www.en-wikipedia.org/wiki/Nanking_Massacre).

13. Comfort Women

14. United Nations, Commission on Human Rights, Fifty – First Session, Agenda item 11, "Compensation for Japan's World War II, war rape victims by Karen Parker, UN, Special Rapporteur of Violence against Women, 1994, See: <http://www.webcom.com/hrin/parker/c95-11.html>.

15. Martin Donohoe, "War, Rape and Genocid: Never again?", 2004, See: [www. medscape. com/viewarticles/491147](http://www.medscape.com/viewarticles/491147).

قرار می‌گرفتند. این بدان معنی است که حداقل ۱۰۰۰۰۰ تجاوز به‌عنف در روز توسط امرای ژاپنی و سربازانشان صورت می‌گرفت - ۱۰۰۰۰۰ تجاوز در روز، ۱۰۰۰۰۰ بار حداقل ۵ روز در هفته برابر با حداقل ۵۰۰۰۰۰ تجاوز به‌عنف در هفته یا دو میلیون در ماه یا ۲۴ میلیون در سال می‌باشد - حتی با در نظر گرفتن فقط ۵ سال از این برنامه، حداقل ۱۲۰ میلیون تجاوز به‌عنف وجود داشته است. این تجاوزات علیه زنان کره، فیلیپین، برمه، چین، تایوان و اندونزی صورت پذیرفته است که خود فاجعه‌ای بس عظیم است. درواقع جنگ جهانی دوم حاکی از تحول چشمگیری در حقوق بشردوستانه در مورد استفاده از تجاوز به‌عنف در جنگ و جرم‌انگاری خشونت جنسی می‌باشد. جنایات ارتكابی در طی تجاوزات به‌عنف مشهور نانکینگ بخشی از اتهامات افسران ژاپنی به‌خاطر جنایات جنگی را تشکیل می‌داد. دادگاه توکیو جایی بود که تجاوز به‌عنف به‌ویژه برای اولین بار در آراء مورد استناد قرار گرفت ولیکن در این دادگاه اعمال خشونت جنسی و تجاوز به‌عنف در سطحی نبود که به‌تنهایی مورد ادعا قرار گیرد. دادگاه و وکلای آن درحالی‌که اعتبار فراوانی برای ارائه مدارک قائل می‌شدند و بیرحمانه بودن جرم‌های ارتكابی علیه زنان در مکان‌هایی همچون نانکینگ، برنو، فیلیپین و هندوچین را شناسایی می‌کردند، اعمال خشونت جنسی را تحت چتر جنایت علیه بشریت - رفتارهای غیرانسانی - جمع کرده بودند. اما نکته جالب توجه این است که ژاپن تاکنون هیچ جبران خسارتی برای قربانیان تجاوز به‌عنف مقرر نداشته است. حدوداً ۶۰ سال از جنگ جهانی دوم می‌گذرد و این مدتی است طولانی برای تسکین زنان آرامبخش که متحمل تجاوزات جنسی گردیده‌اند. شاید هم بتوان گفت که بسیاری از آنها ممکن است دیگر در قید حیات نباشند.

یکی از وقایع بسیار مهم دیگری که موجبات تحول در نظام حقوق بین‌الملل کیفری به‌ویژه در زمینه خشونت‌های جنسی را ایجاد کرد، مخاصمات در یوگسلاوی سابق و رواندا بود. کشور فدرال یوگسلاوی ازجمله کشورهای بود که در پی فروپاشی کمونیسم در اروپای شرقی و مرکزی نه تنها دچار بحران سیاسی شد بلکه در معرض ازهم‌گسیختگی ارضی و زوال موجودیت نیز قرار گرفت. با اعلام استقلال بوسنی و هرزگوین از سوی مسلمانان بوسنی و کروات‌ها در سال ۱۹۹۲، صرب‌ها به جمعیت این دو گروه قومی<sup>۱۶</sup> حمله کردند تا از قومیت صرب حمایت نمایند.<sup>۱۷</sup> صرب‌ها، حملات گسترده‌ای را علیه مسلمانان و کروات‌ها آغاز نمودند و قصد داشتند تا این ناحیه را از مسلمانان و کروات‌ها پاکسازی نمایند. در طی حملات مذکور جنایات بسیاری از جمله جنایات خشونت جنسی اتفاق افتاد. بالاخره با بالا گرفتن آتش مخاصمات و ارتکاب سطح وسیعی از تجاوزات به‌عنف نسبت به زنان، دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق بعد از ارائه

۱۶. چند گروه قومی اصلی در یوگسلاوی سابق وجود داشتند که شامل صرب‌ها، مسلمانان، کروات‌ها و اسلوونیایی‌ها بودند.

۱۷. Kellye L. Fabian, "Proof & Consequences: An Analysis of the Tadic & Akayesu's Trials", Hein online, 49 Depaul L. Rev., 1999-2000, p. 984-987.

گزارشات موقت و پایانی کمیسیون کارشناسان ملل متحد که وضعیت در سرزمین یوگسلاوی سابق را مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار می‌داد، تأسیس گردید<sup>۱۸</sup> تا بتواند افراد را بر مبنای مسئولیت کیفری فردی محاکمه نماید. گزارش پایانی کمیسیون کارشناسان سال ۱۹۹۴ اظهار می‌داشت که «در سرتاسر مراحل مختلف مخاصمات مسلحانه در یوگسلاوی سابق، گزارشات بی‌شماری از تجاوزات به‌عنف و سایر اشکال تجاوز جنسی گسترده و سیستماتیک وجود دارد».<sup>۱۹</sup>

در سال ۱۹۹۴ با سقوط هواپیمای رئیس‌جمهوری رواندا و مرگ وی که از اعضای قوم هوتو بود درگیری عظیمی میان دو قوم هوتو و توتسی درگرفت و منجر به جنایاتی علیه غیرنظامیان از جمله خشونت‌های جنسی گردید. دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا نیز بعد از آنکه شورای امنیت گزارشات متعدد کمیسیون کارشناسان ملل متحد را مورد بررسی قرار داد، تأسیس گردید. در یکی از گزارشات کمیسیون کارشناسان، خاطرنشان شده است که «گزارشات نگران‌کننده حاکی از مواردی هستند که نشانگر آدم‌ربایی و تجاوز به‌عنف نسبت به زنان و دختران در طی مخاصمات مسلحانه در رواندا می‌باشند». کمیسیون تجاوز به‌عنف را هم به‌عنوان نقض حقوق بشردوستانه بین‌المللی و هم به‌عنوان جنایت علیه بشریت تلقی نموده است. کمیسیون خاطرنشان نمود که «موارد روشنی وجود دارد که در آنجا تجاوز به‌عنف که بدون شک موجد لطامت جدی جسمی و روحی است، تحت هدایت یک فرمانده مسئول به‌عنوان خطامشی سیستماتیک یا به‌عنوان بخشی از سیاست کلی وسیعی با قصد نابودسازی کلی یا جزئی یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی ارتکاب یافته است».<sup>۲۰</sup>

در مجموع از سال ۱۹۹۰ به این طرف، پیشرفت‌هایی صورت گرفته است و هر دو دادگاه (رواندا و یوگسلاوی سابق) اتهامات خشونت جنسی را مورد رسیدگی قرار داده‌اند. دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق برای ۱۶۲ نفر<sup>۲۱</sup> کیفرخواست صادر نموده است، ۵۸ نفر از آنها (تقریباً ۱/۳ از تعداد کل افرادی که برایشان کیفرخواست صادر شده) به خشونت جنسی متهم گردیده‌اند. تا پایان صدور احکام دیوان بین‌المللی کیفری برای رواندا (۲۰۱۰ - ۲۰۰۸)،<sup>۲۲</sup> پیش‌بینی شده است که دیوان بین ۶۵ تا ۷۰ نفر را مورد تعقیب قرار دهد که ۳۵ نفر از این افراد (در حدود نیمی از کل) به جنایت خشونت جنسی متهم خواهند شد.

18. Final Report of the Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), Annexe II, Rape & Sexual Assault: A Legal Study, S/1994/674/Add. 2, 28 December 1994.

19. Final Report of the Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 935 (1994), S/1994/1405, 9 December 1994.

20. Final Report of the Commission of Experts, *Ibid*.

21. The ICTY at a Glance/ Key Figures of ICTY Cases, See: [http:// www.un.org/icty/cases-e/fastsheets/procindex-e.htm](http://www.un.org/icty/cases-e/fastsheets/procindex-e.htm).

22. Security Council Resolution 1503 on the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia & International Criminal Tribunal for Rwanda, S/RES/1503 (2003), 28 August 2003.

در نهایت در جولای ۱۹۹۸ معاهده موسس دیوان بین‌المللی کیفری صریحاً جنایات مبتنی بر خشونت جنسی را به‌عنوان بخشی از رویه قضائی دادگاه برشمرده است.<sup>۲۳</sup> با افزایش آتش مخاصمات در سرتاسر جهان، جامعه بین‌المللی به‌ویژه نیاز به حمایت خاص از زنان در طی مخاصمات مسلحانه را به رسمیت شناخته است. وجدان جامعه بین‌المللی ممنوعیت تجاوز به‌عنف در جنگ را ایجاب می‌نماید. در واقع اصل حمایت خاص از زنان امروزه بخشی از حقوق بشردوستانه بین‌المللی است. لازم به ذکر است که مردان و کودکان بسیاری نیز وجود دارند که متحمل این‌گونه خشونت‌ها به لحاظ جنسی می‌گردند. آیا با توجه به وسعت ارتکاب خشونت جنسی در سراسر جهان اعم از زمان جنگ و زمان صلح و توجه کمتر به چنین جنایتی بس خطیر از سوی جوامع داخلی و بین‌المللی لازم به‌نظر نمی‌رسد که جرم‌انگاری این جنایت در اسناد بین‌المللی و آراء محاکم بین‌المللی کیفری و بررسی مصادیق و عناوین مجرمانه آن با دقت نظر بیشتری صورت پذیرد؟

این مقاله در نظر دارد در سه بخش جنایت خشونت جنسی، مصادیق و عناوین مجرمانه آن را مورد بحث و بررسی قرار دهد.

### بخش اول - خشونت جنسی در اسناد بین‌المللی

ارتکاب خشونت جنسی به‌ویژه علیه زنان و دختران در مخاصمات مسلحانه که همواره موجبات نقض حقوق بشردوستانه بین‌المللی را فراهم می‌آورد یکی از مباحث مورد توجه در حقوق بین‌الملل کیفری است. از این‌رو لازم به‌نظر می‌رسد که در این مقوله اسناد را از زمان صدور اعلامیه بروکسل تا تصویب اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در سه گفتار بررسی نماییم.

#### گفتار اول

#### از اعلامیه بروکسل تا اساسنامه‌های دادگاه‌های بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و رواندا

اعلامیه بروکسل<sup>۲۴</sup> ۱۸۷۴ که به تدوین حقوق جنگ در سطح بین‌المللی مبادرت ورزیده، حق زنان را نسبت به شأن و منزلت و شرافت در ماده ۳۸ تأیید نموده است: «شرافت و حقوق خانوادگی ... می‌بایست مورد احترام قرار گیرد». به‌دنبال اعلامیه مذکور، کنوانسیون‌های لاهه و از

23. Human Rights Watch Organization, "Human Rights watch Applauds Rwanda Rape Verdict", See: <http://www.hrw.org/press/98/sept/rrape/902.htm>.

24. Brussel

همه مهم‌تر کنوانسیون ۱۹۰۷ لاهه در خصوص حقوق و عرف‌های جنگ زمینی تصویب گردید. در کل کنوانسیون‌های لاهه تنها ماده ۴۶ کنوانسیون ۱۹۰۷ به‌طور مبهم و غیرمستقیم، خشونت جنسی را به‌عنوان «نقض شرافت خانوادگی» ممنوع اعلام می‌نماید.

کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ به انضمام دو پروتکل الحاقی ۱۹۷۷ که بخش‌هایی از آن به‌عنوان حقوق بین‌الملل عرفی، امروزه مخاصمات مسلحانه معاصر را نظم می‌بخشد نیز نباید از نظر دور داشته شوند. این کنوانسیون‌ها منع رفتارهای توهین‌آمیز نسبت به نظامیان آسیب‌دیده و شکست خورده، غیرنظامیان و زندانیان جنگی در طی مخاصمات مسلحانه را خاطر نشان کرده‌اند. اگرچه اسناد حقوق بین‌الملل بشردوستانه، دستورالعمل‌های مجمل و مفصلی ناظر بر رفتار با اشخاص مورد حمایت در طی مخاصمات مسلحانه ارائه می‌نمایند ولیکن به لحاظ جزئیات ارائه شده، حمایت‌ها از افراد به‌ویژه زنان در مقابل خشونت‌های جنسی به‌طرز عجیبی ناچیز و حداقل است.

از ماده ۴۲۹ کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو، تنها یک جمله از ماده ۲۷ کنوانسیون چهارم ژنو به‌طور صریح از زنان در مقابل تجاوز به‌عنف و فحشای اجباری حمایت می‌نماید و تعداد کمی از مقررات است که می‌تواند به‌عنوان ممنوعیت خشونت جنسی تفسیر شود. ماده ۲۷ کنوانسیون چهارم ژنو اشعار می‌دارد: «اشخاص مورد حمایت در هر مورد محق به احترام به شخص خود، شرافت و حقوق خانوادگی و ... می‌باشند. در هر زمان با آنان به انسانیت رفتار خواهد شد و از جمله در مقابل هرگونه عمل خشونت‌آمیز یا تهدید و در مقابل دشنام و کنجکاوی عامه حمایت خواهند گردید. زنان مخصوصاً در مقابل هرگونه تخطی به شرافت از جمله تجاوز به‌عنف، اجبار به فحشاء و هرگونه هتک ناموس حمایت خواهند شد».

بند (۱) ماده ۷۶ پروتکل اول و قسمت (هـ) بند (۲) ماده ۴ پروتکل دوم صریحاً تجاوز به‌عنف و فحشای اجباری و هرگونه هتک ناموس را ممنوع کرده‌اند.

ماده ۱۴۷ کنوانسیون چهارم ژنو و ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو به‌طور غیرمستقیم اشاراتی به خشونت جنسی دارند. ماده ۱۴۷ اشعار می‌دارد: «تخلفات عمده ... عبارتند از هریک از اعمال ذیل که بر علیه اشخاص یا اموالی که مورد حمایت این کنوانسیون می‌باشند، ارتکاب یافته باشد: آدم‌کشی عمدی، شکنجه یا رفتار خلاف انسانیت از جمله آزمایشات بیولوژیکی، ایراد دردهای شدید به‌طور عمدی یا لطمه به تمامیت جسمی یا به سلامتی، نفی بلد یا انتقال غیرقانونی ...». در ماده ۳ نیز همچون ماده ۱۴۷ اشاره‌ای به «لطمه وارده به تمامیت جسمی» دارد که خشونت‌های جنسی نیز می‌تواند شامل آن گردد.

لازم به ذکر است که هیچ‌گونه مقررات مستندی برای رفتار با زنان در هیچ‌یک از مجموعه کیفرخواست‌های محاکم جنگ جهانی دوم وجود ندارد. در فهرست ۷۳۲ صفحه‌ای از کیفرخواست‌های دادگاه نورمبرگ، تجاوز به‌عنف به زنان نه در عنوان و نه در زیرعنوان‌ها وجود نداشت. در دادگاه

توکیو «تجاوز به عنف» زیر عنوان «شرارت» قرار گرفته بود.

اسناد منطقه‌ای نیز وجود دارند که هرچند اشاره مستقیمی به خشونت جنسی نداشته‌اند، به‌طور غیرمستقیم این عمل جنایتکارانه را خاطرنشان کرده‌اند. ماده ۲ کنوانسیون بین‌المللی پیشگیری و سرکوب شکنجه مصوب ۹ دسامبر ۱۹۸۵ تصریح می‌نماید که «درد و رنج اعم از جسمی یا روحی که به‌طور عمدی به‌وسیله شکنجه با هدف بازجویی کیفری یا هر هدف دیگری به‌عنوان روشی برای تخویف و مجازات افراد و اقدام پیشگیرانه یا تنبیه به افراد وارد می‌شود».<sup>۲۵</sup> کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی ۴ نوامبر ۱۹۵۰ نیز به‌عنوان معاهده‌ای منطقه‌ای در ماده ۳ درخصوص ممنوعیت شکنجه و ماده ۴ درخصوص ممنوعیت بردگی، خشونت جنسی را به‌طور ضمنی تحت شمول خود قرار می‌دهد.<sup>۲۶</sup>

حال لازم است کنوانسیون بین‌المللی دیگری را نام برد که تنها کنوانسیونی است که به حمایت خاص از حقوق زنان پرداخته است؛ ماده ۶ کنوانسیون ناظر بر حذف کلیه اشکال تبعیض نسبت به زنان مصوب ۱۸ دسامبر ۱۹۷۹ توسط مجمع عمومی سازمان ملل «دولت‌های متعهد را به اتخاذ کلیه اقدامات مناسب از جمله مقررات قانونی برای جلوگیری از قاچاق زنان و بهره‌برداری از فحشای زنان تحت کلیه اشکال آن» ملزم نموده است.<sup>۲۷</sup>

علاوه بر اسناد بین‌المللی نامبرده، شورای امنیت به‌عنوان یکی از ارکان ملل متحد قطعنامه‌هایی را به تصویب رسانیده که در آن خشونت جنسی را به‌عنوان اقدامی حیوانی و جنایت جنگی قلمداد نموده است. «شورای امنیت در تاریخ ۱۸ دسامبر ۱۹۹۲ طی قطعنامه ۷۹۸ بازداشت سیستماتیک و از پیش تعیین‌شده زنان به‌صورت دسته‌جمعی و هتک ناموس آنان خصوصاً زنان مسلمان را محکوم و این اقدامات را حیوانی و ضدبشری توصیف کرد. در این قطعنامه خواسته شد تا هرچه زودتر کلیه بازداشتگاه‌های زنان تعطیل شوند».<sup>۲۸</sup>

قطعنامه دیگر شورای امنیت، قطعنامه ۱۳۲۵ مصوب ۳۱ اکتبر ۲۰۰۰ می‌باشد که علی‌الخصوص به تأثیر جنگ بر زنان و همکاری آنها برای حل مخاصمات و حفظ صلح توجه نموده است. در بند ۱۰ قطعنامه مذکور شورای امنیت از طرفهای مخاصمات مسلحانه دعوت به عمل می‌آورد که «اقدامات خاصی را برای حمایت از دختران و زنان در برابر خشونت‌های مبتنی بر جنسیت

25. Convention Interamericaine Pour la Prévention et le repression de la torture, See: [http://www.aidh.org/Biblio/Txt\\_sud\\_A/Conv.85](http://www.aidh.org/Biblio/Txt_sud_A/Conv.85), 9 Décembre 1985.

26. Council of Europe ,Convention for the Protection of Human Rights & Fundamental Freedoms, Council of Europe, ETSno.005, See: <http://Conventions.coe.int/Treaty/en/treaties/Html/005.htm>.

27. Covention sur l'Elimination de toutes les forms de Discrimination a l'égard des Femmes, See: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/fconvention.htm>, 18 Décembre 1979.

۲۸. سیدداوود آقایی، بررسی عملکرد شورای امنیت در حل بحران بوسنی و هرزگوین، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، شماره ۳۶، بهار ۱۳۷۶، ص ۱۱۴.



علی‌الخصوص تجاوز به‌عنف و سایر اشکال سوءاستفاده‌های جنسی در وضعیت‌های مخاصمات مسلحانه اتخاذ نمایند. شورای امنیت بر مسئولیت کلیه کشورها به پایان دادن مصونیت‌ها و تعقیب و رسیدگی به چنین مسئولیت‌هایی به‌خاطر نسل‌زدایی، جنایات علیه بشریت، جنایات جنگی از جمله جنایاتی در ارتباط با خشونت جنسی علیه زنان و دختران تأکید می‌نماید و نیاز به مستثنی کردن این جنایات از مقررات عفو را در هرجایی که واقع گردند مورد تأکید قرار می‌دهد.<sup>۲۹</sup>

به‌طور کلی اسناد حقوق بشردوستانه بین‌المللی، خشونت جنسی را بیشتر به‌عنوان هتک حرمت نسبت به شرافت شخص قلمداد می‌نمایند تا به‌عنوان خشونت علیه جسم و روح وی و شاید این انعکاسی از نگرش‌های تاریخ گذشته و بسیاری از نظام‌های کیفری داخلی باشد. هرچند کنوانسیون‌ها و پروتکل‌های مذکور، تجاوز به‌عنف را با جنایاتی نسبت به شرافت و شأن و منزلت پیوند می‌دهند ولیکن تجاوز به‌عنف و فحشای اجباری در این اسناد به‌طور مستقل مورد بررسی قرار نگرفته است. درحالی‌که عبارت‌پردازی فوق به‌طور نامناسبی مشخصه جرم را توصیف نموده و ماهیت خشونت‌آمیز جنایت را کمتر جلوه می‌دهد، مسلماً حداقل حمایت‌های بالقوه‌ای را ارائه می‌نماید. اساسنامه‌های دو دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا و قواعد ادله و دادرسی آن و همچنین اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری و قواعد ادله و دادرسی‌اش نقش بسیار مهمی را در توجه بیشتر به جنایت خشونت جنسی و به نوعی جرم‌انگاری آن ایفا نموده‌اند.

## گفتار دوم

### اساسنامه‌های دادگاه‌های بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و رواندا

دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق برای اولین بار تجاوز به‌عنف را تحت بند (ز) ماده ۵ به‌عنوان جنایت علیه بشریت مطرح نمود ولیکن تجاوز به‌عنف در میان نقض‌های شدید یا نقض حقوق و عرف‌های جنگی وجود نداشت. دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا نیز در بند (ز) ماده ۳ اساسنامه وجود تجاوز به‌عنف را به‌عنوان جنایت علیه بشریت قلمداد می‌نماید. اساسنامه‌های هر دو دادگاه تجاوز به‌عنف را ممنوع می‌نماید و این خود پیشرفتی نسبت به دادگاه‌های قبل از خود یعنی نورمبرگ و توکیو است که در اساسنامه‌هایشان صحبتی از ممنوعیت تجاوز به‌عنف ننموده‌اند. با این وجود دادگاه رواندا در اولین سال تأسیس خود، توجهی را نسبت به جنایات جنسی مبذول نداشت و از سوی دفتر دادستانی تحقیقات چندانی در خصوص جنایات مذکور صورت نگرفت. هرچند اساسنامه دادگاه صریحاً مقرر کرده بود که تجاوز به‌عنف و سایر خشونت‌های

---

29. Security Council, Resolution 1325, 31 Oct 2000(S/RES/1325), 10 (Paragraph 11), See: <http://www.peacewomen.org/un/sc/1325.html>.

جنسی مشمول جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی می‌باشند.<sup>۳۰</sup>

در اساسنامه دادگاه رواندا بی‌حرمتی نسبت به کرامت فردی، رفتارهای تحقیرآمیز، تجاوز به‌عنف، فحش‌ای اجباری و هر شکل از هتک ناموس به‌عنوان نقض فاحش ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل دوم الحاقی تلقی شده است.

هرچند اساسنامه دادگاه یوگسلاوی خشونت‌های جنسی را جنایت جنگی قلمداد نکرده است در زمان تصویب قطعنامه ۸۲۷ شورای امنیت، برخی از کشورهای عضو بر این عقیده بودند که ماده ۳ اساسنامه دیوان یوگسلاوی سابق دربرگیرنده نقض آن دسته از مقررات کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل الحاقی اول است که طبق ماده ۱ اساسنامه دیوان جزء موارد نقض جدی نیستند و به‌خصوص شامل نقض ماده ۳ در همه کنوانسیون‌های مزبور خواهد بود.

ایجاد این دو دادگاه نه تنها باعث پیشرفت‌هایی در حقوق بین‌الملل کیفری گردیده است بلکه اساسنامه هر دو دادگاه شامل قواعد دادرسی بی‌نظیری ناظر بر خشونت جنسی است که میزان حساسیت‌ها را برای قربانیان خشونت جنسی که می‌خواهند در دادگاه شهادت دهند درنظر می‌گیرد. برای افزایش شرکت قربانیان خشونت جنسی در دادرسی‌های دادگاه، مواد و قواعد آیین دادرسی و ادله<sup>۳۱</sup> مشترک هر دو دادگاه پیشرفت‌های خاصی نموده است؛ ماده ۹۶ مشترک قواعد آیین دادرسی و ادله هر دو دادگاه اساساً به ادله تجاوز جنسی اختصاص داده شده است و تصریح می‌نماید که «شهادت یک قربانی خشونت جنسی نیازی به تأیید ندارد و همچنین تصریح می‌نماید که رضایت در جایی که شرایط و اوضاع و احوال اجباری وجود دارد، مطرح نمی‌گردد و مدارک دال بر رفتارهای جنسی قبلی نیز پذیرفته نمی‌شود». ماده ۲۲ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و ماده ۲۱ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا و مواد ۹۶ و ۷۵ بند (الف)<sup>۳۲</sup> و ۷۹ قسمت (۲) بند (الف) آیین دادرسی و ادله هر دو دادگاه ناظر بر اقدامات حمایتی در طی دادرسی دادگاه برای حمایت از زندگی خصوصی، شأن و منزلت و امنیت قربانیان و شهود می‌باشد. ماده ۲۲ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و ماده ۲۱ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا و ماده ۳۳<sup>۳۳</sup> آیین دادرسی و ادله هر دو

30. Sita, Balthazar, "Gender Crimes and the International Criminal Tribunals", 2006, See: <http://www.law.gonzaga.edu/Academic+Program/law+Reviews/GonzagaJIL/Volumes/Volume10/GenderCrimes&theInternationalCriminalTribunal.asp>

۳۱. قواعد دادرسی و ادله دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در ۱۱ فوریه ۱۹۹۴ تصویب شده است و چندین بار مورد تجدیدنظر و اصلاح قرار گرفته است و آخرین بار آن در ۱۳ سپتامبر ۲۰۰۶ بوده است. قواعد دادرسی و ادله دیوان بین‌المللی کیفری برای رواندا در ۲۹ ژوئن ۱۹۹۵ تصویب شده است و چندین بار اصلاح شده است که آخرین بار ۷ جولای ۲۰۰۶ بوده است.

۳۲. ماده ۷۵ یک‌بار در ۲ جولای ۱۹۹۲ و یک‌بار در ۱۵ ژوئن ۱۹۹۵ اصلاح گردیده است.

۳۳. ماده ۳۴ در ۲ جولای ۱۹۹۹ اصلاح گردیده است.

دادگاه «اقدامات حمایتی را برای قربانیان و شهود توصیه می‌نمایند» و «مشاور و حامی را به‌ویژه برای قربانیان و شهود خشونت جنسی در اختیار می‌گذارند».

## گفتار سوم

### اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری

پیش از تأسیس دیوان بین‌المللی کیفری در طی جلسات کمیسیون مقدماتی برای تأسیس این دیوان از سال ۱۹۹۶ تا ۱۹۹۸ مباحث فراوانی در خصوص موضوعات جنسی مطرح گردید. در ابتدا مشکلات زیادی در ارتباط با جلب توافق کشورها در خصوص تعقیب و آزار بر مبنای جنسیت وجود داشت. برخی کشورها ترجیح دادند تا کلمه جنسیت تعریف نشود و برخی هیأت‌های نمایندگی اصرار داشتند که این واژه صرفاً به معنای تفاوت زن و مرد بر مبنای بیولوژیکی است. موضوع اجتناب از تعریف به سایر بخش‌های اساسنامه نیز تسری پیدا کرد. نهایتاً همه توافق کردند تا تعریفی برای واژه جنسیت در بند (۳) ماده ۷ تعیین شود که بتواند در کل اساسنامه مورد استفاده قرار گیرد. بند سوم از ماده ۷ اولین جمله‌ای است که کلمه جنسیت در آن آمده است.<sup>۳۴</sup> «جنسیت» در اساسنامه دیوان از نظر عرفی به دو جنس زن و مرد اطلاق می‌شود. این تعریف، زمینه‌ای برای شمول مقررات غیرتبعیض‌آمیز از جمله در زمینه جنسیت<sup>۳۵</sup> را فراهم گردانیده است. به علاوه جنسیت در جنایت علیه بشریت، آزار و اذیت<sup>۳۶</sup> که می‌تواند مبتنی بر جنسیت نیز باشد و بردگی<sup>۳۷</sup> که ممکن است شامل قاچاق افراد به خصوص زنان و کودکان باشد، تجلی پیدا می‌کند. اگرچه برخی مخالفت‌ها نسبت به جنایت حاملگی اجباری وجود داشت، هیچ مخالفتی در خصوص تحت شمول قرار گرفتن آن در جنایات خشونت جنسی و جنسیتی در اساسنامه بین‌المللی کیفری وجود نداشت.<sup>۳۸</sup> علی‌رغم آنکه اساسنامه‌های دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا به جنایات خشونت جنسی اشاره نکرده‌اند، اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به‌طور صریحی تعدادی از جنایات بی‌نظیر خشونت جنسی را در حقوق بین‌الملل کیفری برشمرده است. برای اولین بار تجاوز به‌عنف، بردگی جنسی، فحش‌ای اجباری، حاملگی اجباری، عقیم کردن اجباری و سایر اشکال خشونت جنسی همسنگ با آنها از نظر شدت در سندی بین‌المللی هم جنایت

۳۴. ماه‌نوش ارسنجانی، «اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی رم»، دیوان کیفری بین‌المللی و جمهوری اسلامی ایران به اهتمام اسحاق آل حبیب، تهران، مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۷۸، ص ۳۰۳.

۳۵. بند (۳) ماده ۲۱ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری.

۳۶. قسمت (ج) بند (۱) ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری.

۳۷. قسمت (ز) بند (۱) ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری.

۳۸. قسمت (و) بند (۳) ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری.

علیه بشریت و هم جنایت جنگی تلقی شده‌اند. جنایت خشونت جنسی می‌تواند امروزه تحت جنایت علیه بشریت مبتنی بر جنسیت مورد تعقیب قرار گرفته شود. سایر جنایات غیراختصاصی خشونت جنسی همچون جنایت علیه بشریت شکنجه، بردگی و سایر اعمال غیرانسانی هم می‌توانند به‌عنوان مبنایی برای تعقیب جنایات خشونت جنسی به‌کار برده شوند. جنایات جنگی مشابه نیز مشمول جنایت خشونت جنسی می‌شوند. در جایی از سند اختصاصی جرائم نیز تجاوز به‌عنف و خشونت جنسی به‌عنوان نسل‌زدایی مورد شناسایی قرار گرفته است.

همان‌گونه که گفته شد یکی از حقوق قابل اجرا در دیوان بین‌المللی کیفری، قواعد دادرسی و ادله است. در این قواعد در خصوص خشونت جنسی تصریح شده است که شهادت قربانی خشونت جنسی نیازی به تأیید ندارد و رضایت در جایی که شرایط اجباری وجود دارد مطرح نمی‌گردد و ادله دال بر رفتارهای جنسی قبلی پذیرفته نمی‌گردد. حمایت از شهود و قربانیان،<sup>۳۹</sup> شرکت آنها<sup>۴۰</sup> در دادرسی‌ها و جبران خسارات از مباحث دیگر قواعد ادله و دادرسی می‌باشد. جبران خسارت سابقاً در دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا مدنظر قرار نگرفته بود و می‌توان آن را موفقیتی بزرگ برای دیوان بین‌المللی کیفری و حقوق بین‌الملل کیفری در نظر گرفت. برای اولین بار، قربانیان می‌توانند در دادرسی‌های بین‌المللی کیفری تقاضای جبران خسارت نمایند.<sup>۴۱</sup> به‌علاوه یک صندوق امانی برای قربانیان و خانواده‌هایشان ترتیب داده شده است. دیوان اقدامات حمایتی، ترتیبات امنیتی، مشاوره و سایر کمک‌های مناسب را برای شهود قربانیان و سایر کسانی که به‌واسطه ادای شهادت در خطر می‌باشند، ارائه نموده است. مقررات جداگانه‌ای نیز ناظر بر حمایت از قربانیان و شهود وجود دارد که اقداماتی را از جمله دادرسی‌هایی با دوربین یا مجوز ارائه مدارک به طرق الکترونیکی، حمایت از امنیت و رفاه جسمی و روحی، شأن و منزلت و زندگی خصوصی قربانیان و شهود، در نظر گرفتن عواملی همچون سن، جنسیت، سلامتی و ماهیت جنایت به‌ویژه زمانی که جنایت مشتمل بر خشونت جنسی یا جنسیتی باشد را شامل می‌شود. به‌طور کلی از آنجایی که «اساسنامه دیوان»<sup>۴۲</sup> نظریات حقوقی مورد قبول اکثریت قاطع کشورهای حاضر در کنفرانس رم و همچنین کمیته ششم مجمع عمومی را منعکس می‌کند، از ارزش حقوقی قابل ملاحظه‌ای برخوردار است. در هر حال، اساسنامه رم را روی هم رفته می‌توان

39. Cour Pénal International, Protection des victimes et des témoins, See: <http://www.icc-cpi.int/vitims issues/witness protection.html>

40. Cour Pénal International, Victims et des Témoins, See: <http://www.icc-cpi.int/vitims issues.html>

41. Cour Pénal International, les Protections en faveur des victimes, See: <http://www.icc-cpi.int/vitims issues/victimreparation.html>

۴۲. تا آخرین آمار اعلام شده از سوی دیوان، ۱۰۷ کشور به عضویت اساسنامه درآمده‌اند. رک. <http://www.icc-cpi.int/asp/states parties.html>

بیان رسمی و معتبر دیدگاه‌های حقوقی جمع‌کنی در کشورهای دنیا دانست».<sup>۴۳</sup>

### بخش دوم - مصادیق خشونت جنسی

مواردی از خشونت جنسی در مخاصمات مسلحانه از تاکتیک‌های سنجیده و برنامه‌ریزی شده، رفتارهای معمول مجرمانه در موقعیت‌های جنگی و زن‌ستیزی نشأت می‌گیرد. این عوامل شامل تجاوز به‌عنف، حاملگی اجباری، بردگی جنسی، فحش‌ای اجباری، عقیم‌سازی اجباری و هر شکلی از خشونت جنسی همسنگ با آن می‌گردد که تحقیر، خفت و خواری، انقیاد، صدمات جدی جسمی و روحی را به همراه خواهد داشت که می‌بایست به‌عنوان جنایت جدی مورد شناسایی، تعقیب و مجازات قرار گیرند؛ از این رو لازم است هریک از این مصادیق را به‌طور کامل مورد بحث و بررسی قرار دهیم.

### گفتار اول تجاوز به‌عنف

اساسنامه‌های محاکم بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق و رواندا مانند سایر اسناد بین‌المللی که پیش از این ذکر شد، هیچ‌گونه تعریفی از تجاوز به‌عنف ارائه نکرده‌اند. با این وجود عناصر اختصاصی جرائم دیوان بین‌المللی کیفری، عناصر جنایت تجاوز به‌عنف را با جزئیات دقیق مشخص نموده است. این اولین بار در تاریخ حقوق بین‌الملل کیفری است که عناصر این جنایت در سند حقوقی بین‌المللی شرح داده شده است؛ ولیکن دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا تعریفی از تجاوز به‌عنف را در هشت قضیه‌ای<sup>۴۴</sup> که به آن رسیدگی کرده‌اند، مقرر داشته‌اند اما سه قضیه آکایسو (۱۹۹۸)، فورونزیجا (۱۹۹۸) و کوناراک، کواک و ووکویک (۲۰۰۲/۲۰۰۱) در تعیین مفهوم تجاوز به‌عنف پیشرو بوده‌اند.

۴۳. کریانگ ساک کیتی شیایزی، حقوق بین‌الملل کیفری، ترجمه بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، چاپ اول، تهران، نشر سمت، زمستان ۱۳۸۳، ص ۸۰.

۴۴. Akayesu Judgment (1998); Celebici Judgment (1998); Furundzija Judgment (1998); Furundzija Appeal Judgment (2000); Musema Judgment & Sentence (2000); Kunarac, Kovač and Vukovic Appeal Judgment (2002); Kunarac, Kovač and Vukovic Appeal Judgment (2001); Kvočka et al. Judgment (2004); Gacumbitsi Judgment (2001); Muhimana Judgment & Sentence (2005).

## بند اول - قضیه آکایسو<sup>۴۵</sup>

اولین قضیه‌ای که در آن دادگاه تعریفی از تجاوز به‌عنف در حقوق بین‌الملل ارائه نمود، رأی آکایسو در مقابل دادگاه بین‌المللی کیفری رواندا بود. به‌رغم اینکه دیده‌بان حقوق بشر و سایر گروه‌های حقوقی، تجاوزات به‌عنف وسیعی را در طی نسل‌زدایی خصوصاً در ناحیه آکایسو خاطرنشان کرده بود، دادگاه از ذکر اتهام خشونت جنسی در کنار سایر دوازده مورد جنایت اتهامی مذکور در کیفرخواست وی در سال ۱۹۹۶ امتناع ورزیده بود.<sup>۴۶</sup>

جامعه فمینیستی حیرت‌زده از این عمل دادگاه و دادستان با انتشار گزارشی در خصوص فوریت کمک‌رسانی روانی به قربانیان، عکس‌العمل نشان داده و شصت سازمان بین‌المللی غیردولتی از این امر حمایت کردند.<sup>۴۷</sup> «متداول‌ترین توضیح ارائه شده از سوی تئوریسین‌های فمینیست در مورد اینکه چرا تجاوز به‌عنف از نظر بین‌المللی مورد تعقیب قرار نگرفته بود به این صورت بیان گردید. اعمالی که در اصل به زنان صدمه وارد می‌کنند از سوی مردانی که خود خط‌مشی‌هایی را برای نقض حقوق زنان تعیین می‌کنند، در نظر گرفته نمی‌شود. علاوه بر این تجاوز به‌عنف و تجاوز جنسی اغلب به‌عنوان اعمال انحرافات شخصی در نظر گرفته می‌شوند نه به‌عنوان موضوع خاصی برای جلسات عمومی بین‌المللی».<sup>۴۸</sup>

به‌دنبال این جنیش و در پی شهادت‌های مکرر یکی از شهود به مدت پنج ماه دادگاه تحقیقاتی را در مورد ارتکاب جنایت تجاوز به‌عنف و مسئول شناختن آکایسو صورت داد<sup>۴۹</sup> و بالاخره دادستان با تجدیدنظر و اصلاح کیفرخواست در ژوئن ۱۹۹۷، اتهامات تجاوز به‌عنف و رفتارهای غیرانسانی را مدنظر قرار داد.

شعبه دادرسی در رأی ۲ سپتامبر ۱۹۹۸ اعلام نمود که به‌طور کلی هیچ تعریف قابل قبولی از واژه «تجاوز به‌عنف» در حقوق بین‌الملل وجود ندارد.<sup>۵۰</sup> سرانجام دادستان و وکیل سعی کردند تا توصیفی از آنچه اتفاق افتاده است را از نظر جسمی

---

۴۵. آکایسو (Akayesu) از آوریل ۱۹۹۳ تا ژوئن ۱۹۹۴ شهردار سابق ناحیه تابا (Taba) در استان گیتامارا (Gitamara) در کشور رواندا بوده است. وی (Zambia) در مورخ ۱۰ اکتبر ۱۹۹۵ در زامبیا دستگیر گردید و در ۱۰ ژانویه ۱۹۹۷ اولین کسی بود که به‌خاطر نسل‌زدایی در مقابل دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا متهم گردید.

46. Human Rights Watch Organization, Human Rights watch Applauds rwanda Rape Verdict, 2 September 1998, See: <http://www.hrw.org/english/docs/1998/09/02/Rwanda1311.htm>

47. Françoise Nduwimana, "Le Viol de Guerre: La Riposte des femmes", 1999, See: [http://www.cjf.qc.ca/research/archives/themes/textes/femmes/femm\\_nduw\\_9911.htm](http://www.cjf.qc.ca/research/archives/themes/textes/femmes/femm_nduw_9911.htm).

48. M. Cherif Bassiouni, *op.cit.*, p. 345.

49. Sita Balthazar, *Ibid.*

50. Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Judgment, Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998, Para. 688.

از این پس هرجا به رأی ۲ سپتامبر ۱۹۹۸ درخصوص آکایسو اشاره گردد از عبارت "Akayesu Judgment" استفاده خواهد شد.

ارائه نموده و آنچه که شهود تحت لغت «تجاوز به عنف» به کار می‌برند را با مدرک اثبات نمایند.<sup>۵۱</sup> از این رو شعبه، تجاوز به عنف را بدین گونه تعریف نمود: «... دخول فیزیکی با ماهیت جنسی، ارتكابی نسبت به یک شخص تحت شرایطی که اجباری هستند. دادگاه خشونت جنسی که شامل تجاوز به عنف می‌باشد را این گونه قلمداد می‌نماید که هر عملی با ماهیت جنسی که نسبت به یک شخص تحت شرایطی که اجباری است، ارتكاب می‌یابد. خشونت جنسی به دخول فیزیکی به بدن انسان محدود نمی‌شود و ممکن است شامل اعمالی گردد که دخول یا حتی تماس فیزیکی را دربر نمی‌گیرد».<sup>۵۲</sup>

این تعریف از تجاوز به عنف به دلایل متعددی دارای اهمیت است. اول، هر جایی که شرایط اجباری بتواند برقرار شود، رضایت به عنوان دفاعیه‌ای برای تجاوز جنسی طبق حقوق بین‌الملل کنار گذاشته می‌شود. شرایط اجباری لازم نیست به وسیله نمایش اجبار فیزیکی اثبات شود بلکه تهدید، ارباب، اخاذی و سایر اشکال اجبار که همراه با ترس یا استیصال باشد می‌تواند اجبار را تشکیل دهد. دوم، تعریف دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا شامل تجاوزات جنسی نسبت به هر شخصی اعم از زن، مرد یا کودک می‌گردد. سوم، این تعریف در بردارنده هرگونه دخول فیزیکی به ارگان‌های بدن حتی به وسیله شیء خارجی نیز می‌باشد. این تعریف مشتمل بر تجاوزات جنسی با اشیاء خارجی همچون یک تکه چوب نیز می‌باشد.<sup>۵۳</sup> به عبارت دیگر این جنایت ممکن است «همراه با نزدیکی و آمیزش جنسی باشد ولی این امر ضروری نیست».<sup>۵۴</sup>

از این رو همان گونه که در شهادت شاهد ک ک<sup>۵۵</sup> تشریح شده است، «داخل کردن یک تکه چوب در ارگان‌های جنسی یک زن»<sup>۵۶</sup> به صورتی که منجر به فوت وی شود، از منظر دادگاه تجاوز به عنف را تشکیل می‌دهد».<sup>۵۷</sup> دادگاه این طور قلمداد می‌نماید که «تجاوز به عنف شکلی از تجاوز است و عناصر اصلی جنایت تجاوز به عنف نمی‌تواند به توصیف مکانیکی از اشیاء و اعضای بدن محدود شود».<sup>۵۸</sup> به طور کلی دادگاه صریحاً توصیف مکانیکی از تجاوز به عنف را به همان ترتیبی که در حقوق

51. Akayesu Judgment, para. 688.

52. Akayesu Judgment, para. 598, 688.

53. Sita Balthazar, *op.cit.*

۵۴. کریانگ ساک کیتی شیایزری، پیشین، ص ۲۱۱.

55. KK

۵۶. شاید در اینجا برای برخی این سؤال مطرح شود که چرا دادگاه در اینجا تنها زنان را مورد خاطرنشان قرار داده است. درحالی که قبل از آن توضیح داده شد که در تعریف مندرج در رأی آکایسو تمامی اشخاص اعم از زن و مرد در نظر گرفته شده‌اند. به نظر می‌رسد از آنجایی که در مخاصمات مسلحانه اکثراً زنان متحمل تجاوزات به عنف می‌گردند دادگاه هم قاعده اغلب را در نظر گرفته است و تنها از واژه زنان استفاده کرده است.

57. Akayesu Judgment, para. 686.

58. Akayesu Judgment, para. 687.

داخلی آمده است رد می‌نماید. در نتیجه در این پرونده «برای ارائه تعریفی از هتک ناموس به‌عنف یک ملاک مفهومی و انتزاعی به‌کار می‌رود».<sup>۵۹</sup> به‌علاوه دادگاه «حساسیت‌های فرهنگی که به‌طور کلی شامل بحث در مورد موضوعات خصوصی است را خاطرنشان می‌نماید و بی‌رغبتی درآورد و ناتوانی شهود را برای فاش کردن جزئیات خشونت جنسی که متحمل شده‌اند، یادآوری می‌نماید».<sup>۶۰</sup> حکم شعبه دوم دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در پرونده دلالیچ<sup>۶۱</sup> و سایرین تعریف تجاوز به‌عنف ارائه شده در قضیه آکایسو را تأیید نمود.<sup>۶۲</sup>

شعبه دادرسی در قضیه موزما،<sup>۶۳</sup> از مفهوم ارائه شده در قضیه آکایسو در خصوص تجاوز به‌عنف پیروی نموده و یک‌بار دیگر اعلام می‌نماید «... ماهیت تجاوز به‌عنف شامل جزئیات خاص ارگان‌های بدن و اشیاء نمی‌گردد بلکه کلیه تجاوزاتی که به روشی جنسی تحت شرایطی اجباری اعمال می‌گردد را شامل می‌شود».<sup>۶۴</sup>

در رأی موزما مفهوم مکانیکی ارائه شده در قضیه فوروندزیجا که توصیفی جزء به جزء از ارگان‌های بدن را در ارتباط با تعریف تجاوز به‌عنف ارائه می‌دهد، رد نمود. تعریف تجاوز به‌عنف همان‌گونه که در رأی آکایسو ارائه گردیده، به‌طور صریح کلیه رفتارهای تشریح شده در تعریف تجاوز به‌عنف در رأی فوروندزیجا را دربرمی‌گیرد. از نظر تحول در مفهوم تجاوز به‌عنف در محاکم داخلی و ورود این مفهوم به اصول حقوق بین‌الملل، شعبه چنین استنباط می‌نماید که تعریف مفهومی از تجاوز به‌عنف بر تعریف مکانیکی از آن ترجیح دارد؛ تعریف مفهومی بهتر با هنجارهای مشمول عدالت کیفری مطابقت دارد.<sup>۶۵</sup> تعاریف تجاوز به‌عنف ماهیتاً به دو صورت خاص (تشریح بخش‌های بدن همان‌گونه که در قضیه فوروندزیجا تشریح شده) یا غیرخاص (بدون تعیین اعضای بدن همان‌گونه که در قضیه آکایسو تشریح شده) می‌باشد. شعبه دادرسی در قضیه موزما تعریف موسعی از تجاوز

۵۹. کریانگ ساک کیتی شیایزری، همان، ص ۲۱۱.

60. Akayesu Judgment, para, 687.

61. Delalić

قضیه سلبیچی (celebici) مربوط به چهار متهم (از مسلمانان و کروات‌های بوسنی) است که مرتکب جنایاتی علیه صرب‌های بوسنی در زندان - اردوگاه سلبیچی در شهرستان کونجیک (Konjic) در مرکز بوسنی و هرزگوین گردیده‌اند. از این چهار متهم سه نفر (Delalic, Delic, Mucic) به خشونت جنسی متهم گردیده‌اند.

۶۲. علیرضا دیهیم، درآمدی بر حقوق کیفری بین‌المللی (در پرتو اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری)، چاپ اول، تهران، مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۸۰، ص ۱۸۵.

63. Musema

موزما، مدیر سابق کارخانه چای گیزوو (Gisovu) در استان کیبوی (Kibuye) بوده است.

64. The Prosecutor v. Alfred Musema, Judgment & Sentence, Case No. ICTR-96-13-T, 27 January 2000, para. 226 (Musema Judgment & Sentence).

از این پس هرجا به رأی ۲۷ ژانویه ۲۰۰۰ درخصوص موزما اشاره گردید از عبارت "Musema Judgment & Sentence" استفاده خواهد شد.

65. Musema Judgment & Sentence, Paras, 227-228.



به‌عنف را به تعریف محدود از تجاوز به‌عنف با عدم امکان شمول سایر اشکال خشونت جنسی ترجیح می‌دهد.

## بند دوم - قضیه فوروندزیجا<sup>۶۶</sup>

در ۱۰ دسامبر ۱۹۹۸ دومین تعریف اصلی تجاوز به‌عنف در قضیه فوروندزیجا در دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق ارائه شد.

دادگاه در پرونده فوروندزیجا عوامل زیر را به‌عنوان تجاوز به‌عنف مورد قبول قرار داد:

«دخول جنسی هر چند جزئی: (الف) در دبر یا قبل شخص قربانی به‌وسیله آلت تناسلی مرتکب یا هر شیء دیگر توسط مرتکب؛ (ب) در دهان قربانی به‌وسیله آلت تناسلی مرتکب؛ (ج) با زور، ارباب و فشار علیه شخص قربانی و یا علیه شخص ثالث ...»<sup>۶۷</sup>

شعبه دادرسی «تجاوز به‌عنف را به‌عنوان خطرناک‌ترین مظهر تجاوز جنسی»<sup>۶۸</sup> قلمداد نموده است.<sup>۶۹</sup> یک اختلاف عمده در رفتار کشورها نسبت به رابطه جنسی اجباری از طریق دهان وجود دارد که برخی کشورها آن را به‌عنوان تجاوز جنسی دسته‌بندی نموده‌اند در حالی که سایرین آن را به‌عنوان تجاوز به‌عنف قلمداد کرده‌اند.<sup>۷۰</sup> شعبه در این خصوص اشعار داشته است: «... دخول اجباری از طریق دهان به‌وسیله اندام تناسلی مردانه تحقیرآمیزترین و خف‌بارترین حمله نسبت به کرامت فردی را تشکیل می‌دهد. ماهیت مجموعه قوانین حقوق بین‌المللی بشردوستانه به‌همان اندازه حقوق بشر، با حمایت از کرامت فردی هر شخصی با هر جنسیتی در ارتباط می‌باشد. اصل کلی «احترام به کرامت فردی»، بنیان اساسی و مسلماً علت وجودی حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حقوق بشر است؛ امروزه به‌طور مسلم این مطلب همان‌گونه که در کل مجموعه حقوق بین‌الملل رخنه کرده است، دارای اهمیت فوق‌العاده‌ای است. این اصل قصد دارد تا از موجود بشری در مقابل هتک حرمت نسبت به کرامت فردی حمایت نماید، اعم از اینکه چنین هتک حرمتی به‌وسیله حمله غیرقانونی به بدن یا به‌وسیله تحقیر و بی‌اعتبار کردن شرافت و حیثیت،

66. Furundzija

قضیه فوروندزیجا اولین قضیه‌ای است که در آن دادگاه تنها روی خشونت جنسی متمرکز شده است. وی فرمانده ژوکرها (Jokers)، واحد خاص شورای دفاع کروآسی (HVO) بوده است. وی مهاجم فعال و مسئول بیرحمی‌ها علیه جامعه مسلمانان در ناحیه لازوا ولی (Lasva Valley) بوده است.

67. Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgment, Case No. IT-95-17/1-T, 10 December 1998, para. 185.

از این پس هر جا به رأی مذکور در فوق اشاره گردید از عبارت "Furundzija Judgment" استفاده خواهد شد.

68. Sexual assault

69. Furundzija Judgment, para. 175.

70. Furundzija Judgment, para. 182.

عزت نفس یا سلامت روحی یک شخص تحقق یابد. این مطلب با این اصل هماهنگ است که چنین هتک حرمت جنسی بی‌نهایت خطر همچون دخول جنسی اجباری از طریق دهان می‌بایست به‌عنوان تجاوز به‌عنف دسته‌بندی گردد».<sup>۷۱</sup> نتیجتاً دخول اجباری از طریق دهان نیز تجاوز تحقیرآمیز و اهانت‌باری نسبت به کرامت فردی می‌باشد که می‌تواند مصداق تجاوز به‌عنف قرار گیرد.

در پایان، بار دیگر می‌بایست متذکر شد که با توجه به بند ۱۸۵ رأی فوروندزيجا مفهوم مکانیکی تجاوز به‌عنف فارغ از مفهوم موسع آن همان‌گونه که در رأی آکایسو ارائه گردیده است، بیشتر بر روی اینکه چه بخشی از اندام‌های بدن مرتکب بر چه بخش دیگری از اندام‌های بدن قربانی فعل انجام داده است، متمرکز شده است. در واقع مفهوم تجاوز به‌عنف ارائه گردیده در قضیه فوروندزيجا مضیق‌تر از مفهوم تجاوز به‌عنف در قضیه آکایسو است که این موضوع همان‌طور که پیشتر گفته شد در رأی مربوط به قضیه موزما مورد تأکید قرار گرفته است. به عبارت دیگر دادگاه رواندا در قضایای آکایسو و موزما و دادگاه یوگسلاوی سابق در قضیه سلیچی در تعریف تجاوز به‌عنف ملاک مفهومی را ترجیح داده‌اند. «دادگاه آکایسو انعطاف‌پذیری بیشتری در تعریف جرم مورد بحث به‌وجود آورده است. برعکس، دادگاه یوگسلاوی در پرونده فوروندزيجا رویکرد سستی را مناسب دید یعنی همان «توصیف نحوه تماس مکانیکی اشیاء و اندام‌های بدن» به‌منظور ارائه تعریف هتک ناموس به‌عنف».<sup>۷۲</sup> به‌علاوه در تعریف مذکور در رأی آکایسو تمرکز بر روی دخول است که خود تجاوز به‌عنف را از سایر اشکال خشونت جنسی که به‌همان شدت هستند، مستثنی می‌نماید. شعبه در قضیه آکایسو اندیشه شکل‌گیری تعریفی از تجاوز به‌عنف را که بر روی بخش‌های بدن متمرکز گردد، رد نمود.<sup>۷۳</sup> از طرف دیگر شاید چنین استنباط شود که مفهوم ارائه گردیده از تجاوز به‌عنف در قضیه فوروندزيجا دقیق است و مفهوم تجاوز به‌عنف شامل دخول جنسی به دبر زن یا قبل زن یا مرد به‌وسیله آلت تناسلی مردانه مرتکب باشد. هرچند در وهله اول این سه شکل از دخول جنسی ممکن است تنها اشکال عمده دخول جنسی در نظر گرفته شوند، اما این تعریف به‌نظر می‌رسد که سایر اشکال دخول جنسی را همچون دخول به قبل با زبان یا انگشتان مرتکب را مستثنی کرده است.

71. Furundzija Judgment, para. 183.

72. کریانگ ساک کیتی شیایزری، پیشین، ص ۲۱۳.

73. Akayesu, Judgment, para. 687.

## بند سوم - قضیه کوناراک، کواک و ووکویک<sup>۷۴</sup>

مفهوم ارائه شده از تجاوز به‌عنف در قضیه فوروندزیجا در آراء بعدی مورد پیروی قرار نگرفت و به‌جای آن تعریف سومی، کم و بیش مشابه با تعریف ارائه شده در قضیه فوروندزیجا، در قضیه کوناراک، کواک و ووکویک<sup>۷۵</sup> ارائه گردید.

دادگاه در قضیه کوناراک، کواک و ووکویک درخصوص تعریف تجاوز به‌عنف اشعار داشته است: «دخول جنسی هر چند جزئی: (الف) به قبل یا دبر قربانی به‌وسیله آلت تناسلی مرتکب یا هر شیء دیگر به‌کار برده شده توسط مرتکب یا (ب) به دهان قربانی به‌وسیله آلت تناسلی مرتکب، درهرجایی که چنین دخول جنسی بدون رضایت مرتکب واقع شود. رضایت برای چنین هدفی می‌بایست رضایت اعلام شده به‌طور داوطلبانه ناشی از اراده آزاد قربانی با ارزیابی شرایط محیطی باشد». در این تعریف همچون بخش اول تعریف فوروندزیجا از تجاوز به‌عنف، توصیف مکانیکی مشابهی از بخش‌های بدن و اشیاء ارائه می‌نماید. همان‌گونه که در بخش دوم تعریف تجاوز به‌عنف در قضیه فوروندزیجا بیان گردیده است، عمل دخول جنسی زمانی تجاوز به‌عنف را تشکیل می‌دهد که از طریق اجبار، زور یا توسل به زور علیه قربانی یا شخص ثالث باشد. قضات شعبه دادرسی در قضیه کوناراک، کواک و ووکویک نتیجه گرفته‌اند که «مخرج مشترک اصلی»، همان «نقض استقلال جنسی» است.<sup>۷۶</sup> در واقع چنین تعریفی به انجام عمل دخول جنسی بدون توافق یا به‌صورت غیرداوطلبانه نسبت به بخشی از بدن قربانی اشاره ننموده است.<sup>۷۷</sup> از نظر قضات مفهوم تجاوز به‌عنف همان‌گونه که در رأی فوروندزیجا مقرر گردیده، بسیار محدود است چرا که فقط بر روی اجبار یا زور متمرکز شده است. آنها استدلال کرده‌اند که فقدان رضایت در قضیه فوروندزیجا مورد یادآوری قرار گرفته است اما به اشتباه در تعریف تجاوز به‌عنف وارد نگردیده است. شعبه دادرسی، سه گروه عمده از شرایطی که برای تلقی اعمال جنسی به‌عنوان جنایت لازم است را مشخص نموده است:

---

74. Kunarac, Kovač & Vukovic.

این دومین قضیه‌ای بود که در آن تنها برخسونت جنسی متمرکز گردیده بود و اولین قضیه‌ای بود که در آن افراد به بردگی جنسی محکوم گردیده‌اند. سه متهم اعضای ارتش صربی بوسنی بودند و به‌خاطر بردگی جنسی متهم گردیدند. کوناراک فرمانده واحد شناسایی با تقریباً پانزده سرباز بود. کواک و ووکویک از فرماندهان فرعی پلیس شبه‌نظامی و رهبر شبه‌نظامیان بودند.

75. Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic Judgment, Case No. IT-96-23 and IT-96-31/1, 22 February 2001, para. 460.

از این پس هرجا بدین رأی اشاره شد از عبارت Kunarac, Kovac & Vukovic Judgment استفاده خواهد شد.

76. Kunarac, Kovač & Vukovic Judgment, para. 457.

77. Kunarac, Kovač & Vukovic Judgment, paras. 438, 440, 457-460.

۱- فعالیت جنسی که همراه با زور یا تهدید نسبت به قربانی یا شخص ثالث می‌باشد؛  
۲- فعالیت جنسی که همراه با زور یا مجموعه متنوعی از سایر شرایط خاص<sup>۷۸</sup> می‌باشد که خصوصاً قربانی را آسیب‌پذیر نموده است یا توانایی وی (مؤنث) را برای امتناع آگاهانه زایل نموده است؛

۳- فعالیت جنسی که بدون رضایت قربانی واقع گردد.<sup>۷۹</sup>  
در واقع رأی دادگاه یوگسلاوی سابق در ۲۶ ژوئن ۱۹۹۶ درخصوص قضیه کوناراک و سایرین اولین حکمی بود که تجاوز به‌عنرف را به‌عنوان یک جرم مستقل شناخت.  
علاوه بر آراء مذکور، گزارشگر ویژه گروه کاری شکل‌های معاصر بردگی، تجاوز به‌عنرف سیستماتیک، بردگی جنسی و رفتارهای شبه‌بردگی در درگیری مسلحانه، در گزارش نهایی خود اعلام داشت که تجاوز یکی از مصادیق خشونت‌های جنسی به شمار می‌آید و تعریف کاملی از تجاوز در حقوق بین‌الملل بشردوستانه وجود ندارد. مخبر ویژه بررسی تجاوزات سیستماتیک، بردگی جنسی و رفتارهای شبه‌بردگی در زمان جنگ و درگیری‌های نظامی داخلی، تجاوز را «عمل داخل کردن تحت شرایط اجبار، زور و ارباب با هر جسمی که فقط منحصر به آلت تناسلی نیست در قبل یا دبر شخص مورد تجاوز و یا داخل کردن آلت تناسلی در دهان قربانی تحت شرایط زورگویانه با ارباب و اجبار» تعریف کرده است.<sup>۸۰</sup>

کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز در گزارش خود به گزارشات متعدد مربوط به تجاوز جنسی که به‌طور سیستماتیک یا گسترده در یوگسلاوی سابق رخ داده است، اشاره کرده و خاطرنشان ساخته است که اعمال مزبور از مصادیق اشکال خشونت جنسی بوده که به‌ویژه علیه زنان واقع گردیده است؛ از این‌رو «نقض کنوانسیون مقابله با کلیه اشکال تبعیض علیه زنان» تلقی می‌گردد.<sup>۸۱</sup>

## گفتار دوم بردگی جنسی

جنایت بردگی به‌عنوان جنایت علیه بشریت در بند (ج) ماده ۶ منشور نورمبرگ، جزء (ج) بند (۱) ماده ۲ قانون شماره ۱۰ شورای کنترل متفقین، بند (ج) ماده ۵ منشور توکیو، بند (ج) ماده ۵ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق و بند (ج) ماده ۳ اساسنامه دادگاه

۷۸. شرایط خاص شامل موقعیت‌های مختلفی از جمله تزریق مواد مخدر یا فشار روانی یا بیماری‌های جسمی و روحی یا سن صغر می‌باشد.

79. Kunarac, Kovac & Vukovic Judgment, Paras. 443-456.

۸۰. دیهیم، پیشین، ص ۱۸۴.

۸۱. دیهیم، همان، ص ۱۸۳.

بین‌المللی رواندا شناسایی شده بود. با این وجود این اسناد و رویه دادگاه‌ها هیچ تعریفی از جنایت بردگی ارائه نمی‌دهند. اولین قضیه‌ای که در آن جنایت بردگی به‌عنوان جنایت علیه بشریت نام برده شد قضیه کوناراک، کوک و ووکویک می‌باشد که در ۱۲ ژوئن ۲۰۰۲ از سوی شعبه استیناف دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق صادر گردید.

جزء (ج) بند (۲) ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری بر مبنای عبارت موجود در کنوانسیون بردگی ۱۹۴۶، بردگی را این‌گونه تعریف می‌نماید: «... اعمال هر یا کلیه اختیارات ناشی از حق مالکیت بر یک شخص و شامل اعمال چنین قدرتی در جریان داد و ستد اشخاص به‌خصوص زنان و کودکان».

شاید بتوان گفت حتی تعریف بردگی در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری<sup>۸۲</sup> موبه‌مو در عناصر جرائم<sup>۸۳</sup> رونویسی شده<sup>۸۴</sup> است. نمونه‌هایی از اعمال این قدرت مالکیت در جزء (ج) بند (۱) ماده ۷ از عناصر جرائم برشمرده است که عبارتند از: «خرید و فروش، قرض دادن یا معاوضه شخص یا اشخاص مورد نظر یا به‌وسیله تحمیل محرومیت مشابهی از آزادی بر آنان» که به‌نظر می‌رسد همگی بر نوعی منفعت اقتصادی متمرکز شده‌اند. «کمیسون مقدماتی دیوان در ارتباط با جنایت علیه بشریت از نوع برده‌داری جنسی، عناصر تشکیل‌دهنده جرم را به‌همان صورتی تنظیم کرد که در مورد جنایت برده‌گیری عمل نموده بود».<sup>۸۵</sup>

«جنایاتی همچون کار اجباری<sup>۸۶</sup> از جمله کار خانگی اجباری، ازدواج اجباری<sup>۸۷</sup> و خرید و

۸۲. جزء (ج) بند (۲) ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری.

۸۳. پیرو ماده ۵ اساسنامه رم (اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری) سند عناصر اختصاصی جرائم مصوب ۲۰۰۲/۹/۹ به شماره ICC-ASP/1/3 (Part II-B) به دیوان در تفسیر و اعمال مواد ۶ و ۷ و ۸ براساس اساسنامه یاری خواهد رساند. مقررات اساسنامه (شامل ماده ۲۱ و اصول کلی مندرج در بخش ۳ اساسنامه) بر عناصر جرائم نیز قابل اعمال خواهد بود. در خصوص توضیحات تکمیلی در مورد عناصر اختصاصی جرائم و متن آن عناصر مراجعه کنید به شیت ۱، ویلیام، مقدمه‌ای بر دیوان کیفری بین‌المللی، ترجمه سیدباقر میرعباسی و حمیدالهوتی نظری، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۴، صص ۲۹ و ۲۹۵ تا ۳۲۹.

۸۴. بند (۱) از عناصر اختصاصی جرم بردگی مربوط به جزء (ج) بند (۱) ماده ۷.

۸۵. کریانگ ساک کیتی شیایزری، پیشین، ص ۲۱۴.

۸۶. کار اجباری نیز می‌تواند به‌صورت برده‌داری جنسی باشد که طی آن به‌عنوان کار اجباری افراد را وادار به ارائه «خدمات جنسی» می‌نمایند، این خدمات مشمول تعریف کار اجباری مندرج در کنوانسیون ۱۹۳۰ سازمان بین‌المللی کار راجع به کار اجباری (مقاله‌نامه شماره ۲۹) نیز خواهد بود. کنوانسیون یاد شده «کار اجباری» را چنین تعریف می‌نماید: «هرگونه بهره‌کشی از کار یا خدمت و منفعت اشخاص که با تهدید به نوعی واکنش مجازات‌گونه در صورت سرپیچی همراه بوده و شخص مزبور به اختیار خویش انجام آن کار یا ارائه آن خدمت را نپذیرفته باشد». سوءاستفاده‌های جنسی هم اغلب بخشی از فرآیند کار اجباری را تشکیل می‌دهند. (رک. کریانگ ساک کیتی شیایزری، همان، ص ۲۱۴).

۸۷. ازدواج اجباری در مخاصمات مسلحانه درواقع سرپوشی برای خشونت‌های جنسی می‌باشد. استفاده از لفظ «همسر» از سوی مرتکبین این اعمال امری کاملاً استراتژیک محسوب می‌شود؛ زیرا مرتکبین با استعمال این لفظ علاوه بر اعمال یک کنترل همه‌جانبه نسبت به همسرانشان ماهیت حقیقی اعمال خود را تحت پوشش یک رابطه زناشویی پنهان می‌کنند. به‌طور کلی هیچ‌یک از اساسنامه‌های محاکم بین‌المللی کیفری ازدواج اجباری را به‌عنوان جنایتی مستقل قلمداد نکرده‌اند و شاید آن را ذیل سایر اشکال خشونت جنسی قرار داده باشند. حتی در دادگاه ویژه سیرالئون هم که دادستان به بررسی ازدواج اجباری

فروش زنان و کودکان برای مقاصد فحشای اجباری شامل مفهوم کلی بردگی می‌شود.<sup>۸۸</sup> در جزء «ز» بند (۱) ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، بردگی جنسی به‌عنوان یک جرم مستقل آمده است اما این جرم را باید شکل خاصی از اسارت به حساب آورد که مشتمل بر شکل‌های مختلف بردگی است. گزارشگر ویژه بردگی در گزارش ۱۹۹۸ خود از اصطلاح «جنسی» به‌عنوان توصیف شکلی از بردگی استفاده کرده است و نه اینکه جرم مستقلاً را متذکر شده باشد.<sup>۸۹</sup> «لغت جنسی در بند اخیر بر نتیجه خاصی از جرم بردگی یعنی ایجاد محدودیت بر آزادی و استقلال شخص، آزادی تحرک و قدرت تصمیم‌گیری در مسائل مربوط به فعالیت‌های جنسی شخص دلالت دارد، در نتیجه بردگی جنسی دربرگیرنده وضعیت‌هایی می‌شود که در آن زنان و دختران مجبور به ازدواج شده، به خدمتکاری یا بیگاری همراه با اعمال جنسی اجباری و تجاوز جنسی توسط اسارت‌گیران درمی‌آیند».<sup>۹۰</sup>

وی بردگی جنسی را به شرح ذیل تعریف نموده است: «[بردگی جنسی] می‌بایست به‌عنوان وضعیت یا شرایط یک شخص تلقی گردد که تمامی اختیارات خود یا بخشی از آن را در ارتباط با حق مالکیت بر کسی اعمال نموده است از جمله دستیابی جنسی به شکل تجاوز به‌عنّف یا سایر اشکال خشونت جنسی. جنایت بردگی شمول یک دولت یا اقدامات دولتی را ایجاب نمی‌نماید و یک جنایت بین‌المللی را ایجاد می‌نماید اعم از اینکه به‌وسیله عمال دولتی ارتکاب یافته باشد یا اشخاص خصوصی. به‌علاوه درحالی‌که بردگی، رفتار با یک شخص را به‌عنوان اموال اقتضاء می‌نماید، واقعیت این است که یک شخص به شیوه‌ای خرید، فروش یا تجارت نمی‌نماید که ادعای بردگی را از میان ببرد».<sup>۹۱</sup>

به‌عنوان جرمی مستقل اعتقاد داشت قاضی آن را به‌عنوان بردگی جنسی قلمداد کرد. در هیچ‌یک از آراء سایر محاکم بین‌المللی کیفری نیز از آن صحبتی به میان نیامده است. تنها سند حقوق بشری که ازدواج اجباری را تعریف کرده است قطعنامه ۱۴۶۴ مجمع پارلمانی شورای اروپا می‌باشد که اظهار می‌دارد «ازدواج اجباری، ازدواج میان دو نفر است که حداقل یکی از ایشان فاقد رضایت کامل و آزادانه نسبت به این ازدواج بوده باشد».

(Parliamentary Assembly, Council of Europe, 29 e Session, "Forced Marriages and Childs Marrages, 5 Oct 2005).

برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به: زینب تقی‌دوست، «بررسی پدیده ازدواج اجباری در اسناد بین‌المللی حقوق بشر و نظام حقوقی ایران»، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق بشر، تهران، دانشگاه علامه طباطبائی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، زمستان ۱۳۸۶.

۸۸. دیهیم، پیشین، ص ۱۸۶.

89. UN Commission on Human Rights, Contemporary forms of Slavery: Systematic Rape, Sexual Slavery & Slavery – like Practices During Armed Conflict: final Report Submitted by Gay J. McDougall, Special Rapporteur, E/CN.4/sub.2/1998/13, 22 June 1998, p. 101(30).

۹۰. دیهیم، پیشین، ص ۱۸۷.

91. KNTV Dormann, "Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court", First Published, United Kingdom, Cambridge University, 2003, p. 338.

بررسی آراء محاکم نشان می‌دهد که این دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق بود که برای اولین بار در قضیه کوناراک، کواک و ووکویک، از جنایت بردگی به‌عنوان جنایت علیه بشریت یاد کرد. در این قضیه کوناراک و کواک هر دو به‌خاطر رفتارهایشان در ارتباط با زنان و کودکان و بر مبنای اتهامات کار اجباری به جنایت بردگی به‌عنوان جنایت علیه بشریت محکوم شدند.<sup>۹۲</sup> طبق اظهارات دادگاه، «زنان در مراکز حبس نگهداری می‌شدند و در آنجا در شرایط غیرقابل تحمل و غیربهداشتی زندگی می‌کردند و به کرات مورد تجاوز واقع می‌شدند، سربازان و مأموران پلیس صربی به مراکز زندان می‌آمدند، یک یا بیشتر از یک زن را انتخاب می‌کردند و به بیرون می‌بردند و مورد تجاوز قرار می‌دادند. بسیاری از زنان و دختران از جمله ۱۶ نفر از شهود به همین طریق مورد تجاوز قرار گرفته‌اند. برخی از آنان هم به بیرون از مرکز زندان برده می‌شدند تا به آپارتمان‌ها و خانه‌هایی برده شوند که در آنجا غذا می‌پختند، نظافت می‌کردند و به ساکنان که سربازان صربی بودند، خدمات‌رسانی می‌کردند و علاوه بر آن، مورد تجاوز جنسی قرار می‌گرفتند. در واقع آنها به تملک افراد درمی‌آمدند».<sup>۹۳</sup>

لازم به ذکر است که با وجود شهادت دو زنی که توسط رادومیر کواک<sup>۹۴</sup> هریک به مبلغ ۵۰۰ مارک آلمانی فروخته شده بودند، دادگاه اعلام نمود که بردگی زنان لزوماً خرید یا فروش یک انسان را ایجاب نمی‌نماید. این مفهوم وسیع‌تر از بردگی می‌تواند در قضایای آینده بردگی جنسی به‌کار برده شود. برطبق رأی شعبه دادرسی، «نشانه بردگی شامل عنصر کنترل و مالکیت، محدودیت یا کنترل آزادی فردی، آزادی انتخاب یا آزادی حرکت و اغلب به دست آوردن سود برای مجرمین می‌باشد. رضایت یا تمایل آزاد قربانی وجود ندارد و اعلام این رضایت اغلب به‌خاطر تهدید یا کاربرد زور یا سایر اشکال اجبار، ترس از خشونت، اغفال یا وعده‌های دروغین، سوءاستفاده از قدرت، موقعیت آسیب‌پذیری قربانی، حبس یا اسارت، فشار روانی یا شرایط اجتماعی و اقتصادی غیرممکن می‌باشد. به‌علاوه نشانه‌های بردگی شامل بهره‌برداری، تحمیل کار یا خدمات اجباری اغلب بدون مزد، دردهای فیزیکی، رابطه جنسی، فحشاء و خرید و فروش انسان می‌باشد ... «تملک» یا «واگذاری» فردی در مقابل پول یا سایر غرامات، لازمه بردگی نیست. اگر اعمال نامبرده انجام گیرد خود نمونه‌ای از اعمال حق مالکیت بر شخص است. طول مدت اعمال قدرت‌های مربوط به حق مالکیت عامل دیگری است که ممکن است زمانی در نظر گرفته شود که مشخص گردد که آیا فردی به بردگی گرفته شده است؛ به هر حال اهمیت

92. Julie Mertus, Judgment of Trial Chambers II in the Kunarac, Kovac and Vukovic Case, the American Society of International Law, March 2001, See: <http://www.asil.org/insights/insight65.htm>.

93. Kunarac, Kovač & Vukovic Judgment, Paras. 573-574.

94. Radomir Kovač

آن در هر قضیه مطروحه بستگی به وجود سایر نشانه‌های بردگی خواهد داشت...»<sup>۹۵</sup>

آنچه قابل توجه است این است که بخشی از رأی که در ارتباط با یافته‌های شعبه دادرسی در مورد بردگی است همواره خشونت جنسی را به بردگی مربوط نمی‌نماید و زمانی هم که اینکار را انجام می‌دهد تنها به جنایات خشونت جنسی به‌عنوان یکی از عوامل در تعیین بردگی ارجاع می‌دهد. با این حال، اولین هدف از بردگی این زنان در فوکا مورد تجاوز قرار دادن آنها بود. انجام کارهای روزمره خانه و جنایاتی که زنان متحمل می‌شدند ممکن است بیشتر به‌عنوان بردگی جنسی مورد اتهام قرار گیرد تا بردگی. به عبارت دیگر چنانچه تعقیب در چارچوب اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری انجام می‌پذیرفت، جرایم مورد ادعای دادستان دادگاه یوگسلاوی سابق در این پرونده که تحت عنوان بردگی و تجاوز به‌عنف مطرح گشته است احتمالاً تحت عنوان بردگی جنسی نیز قابل تعقیب بود ولی اساسنامه‌های محاکم بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و رواندا مبنای صریحی برای تعقیب بردگی جنسی در حقوق ارائه نمی‌نماید و بردگی جنسی می‌تواند به‌عنوان شکلی از بردگی در نظر گرفته شود؛ شعبه دادرسی درحالی‌که کلیه عوامل مربوط به ایجاد بردگی را در نظر گرفته است، بردگی را به‌عنوان جنایت علیه بشریت قلمداد نموده است.<sup>۹۶</sup>

در واقع اساسنامه‌های دادگاه‌های بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و رواندا تنها از بردگی به‌عنوان جنایت علیه بشریت نام برده‌اند درحالی‌که اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری بردگی جنسی را به‌عنوان جنایتی مستقل از جنایت بردگی در نظر گرفته است؛<sup>۹۷</sup> چرا که بدین روش جنبه مجرمانه عمل با ماهیت جنسی، جنایت بردگی را به‌طور واضح‌تری آشکار خواهد کرد. آنچه که بردگی جنسی را به‌طور منحصر به فردی وحشیانه می‌سازد تلفیقی از تحمل تجاوزات جنسی زنجیره‌ای با عدم امکان فرار و عدم آگاهی نسبت به اختتام خشونت است. به‌علاوه جنایت بردگی جنسی ممکن است شامل بیشتر از یک مرتکب به‌عنوان بخشی از قصد مشترک باشد که بردگی جنسی را یکی از فجیع‌ترین جنایات خشونت جنسی می‌سازد. در پایان لازم است که به عبارت «اعمال محرومیت مشابه از آزادی» مذکور در بند (۱) از عناصر اختصاصی جرم بردگی مربوط به شق (۲) جزء (ز) بند (۱) ماده ۷ جرائم شود. به‌نظر می‌رسد که این عبارت شامل موقعیت‌هایی نیز می‌شود که در آن زنان در واقع دارای آزادی رفت و آمد می‌باشند ولیکن از آنجایی که جای دیگری برای رفتن ندارند و برای حیاتشان نیز می‌ترسند، ناچار به ماندن در مکان‌های مشخص شده از سوی اسارت‌گیران می‌شوند

95. Kunarac, Kovač and Vukovic Judgment, para. 542.

۹۶. برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به:

Kunarac, Kovač and Vukovic Judgment, para. 542.

۹۷. جزء دوم بند (ز) پاراگراف (۱) ماده ۷، پاورقی سوم از عناصر اختصاصی جرائم (مراجعه کنید به مجموعه مقررات دیوان بین‌المللی کیفری، ترجمه غلامرضا محمد نسل، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر، بهار ۱۳۸۵، ص ۲۲۶).



و به عبارت دیگر از آزادیشان محروم می‌گردند.<sup>۹۸</sup>

با توجه به پیشرفت‌های امروزی همان‌طور که پیشتر هم مورد اشاره قرار گرفت، اشکال جدیدی از بردگی جنسی وجود دارد که هم در واقعیت و هم در اشکال حقوقی بردگی، نقض هنجارهای آمره در خصوص ممنوعیت بردگی موجود می‌باشند؛ از جمله می‌توان از ازدواج‌های موقت اجباری نام برد. «در رواندا، مردان هوتویی زنانی را که برای امنیت خود و فرزندانشان وحشت داشتند مجبور به ازدواج‌های موقتی و انجام خدمات جنسی و خانگی می‌کردند».<sup>۹۹</sup>

### گفتار سوم فحشای اجباری

فحشای اجباری در بسیاری از اسناد بین‌المللی آمده است؛ از جمله می‌توان از فحشای اجباری در ماده ۲۷ کنوانسیون چهارم ژنو ۱۹۴۹ و بند (۱) ماده ۷۶ پروتکل اول و جزء (ه) بند (۲) ماده ۴ و بند (۲) جزء (ه) پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ نام برد. این عبارت در بند ه ماده ۴ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا به‌عنوان مواردی از تخلف از ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل الحاقی دوم تحت عنوان «به فحشا واداشتن» آمده است. در اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق هیچ اشاره‌ای به این جنایت نشده است. فحشای اجباری به‌عنوان جنایت علیه بشریت تحت جزء (ز) بند (۱) ماده ۷ و به‌عنوان جنایت جنگی در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و غیربین‌المللی به ترتیب تحت شق (۲۲) از جزء (ب) بند (۲) ماده ۸ و شق (۶) از جزء (ه) بند (۲) ماده ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری و در عناصر اختصاصی جرائم مربوط به شق (۳) جزء (ز) بند (۱) ماده ۷ پیش‌بینی شده است. گزارشگر ویژه در گزارش بردگی سال ۱۹۹۸ اعلام داشت: «اصطلاح فاحشگی اجباری یا به فاحشگی واداشتن در کنوانسیون‌های بین‌المللی و بشردوستانه مورد تصریح قرار گرفته‌اند اما به‌طور صحیح درک نشده و به‌طور مداوم نیز مورد استناد قرار نگرفته‌اند».<sup>۱۰۰</sup>

از نظر وی مشخص‌ترین مواردی که ممکن است به‌عنوان فاحشگی اجباری توصیف شود مترادف با بردگی جنسی بوده و به‌طور صحیح‌تر و آسان‌تر می‌تواند تحت همین منوال مورد پیگرد قرار گیرند. این مسئله بارها مورد بحث واقع شده است که بردگی جنسی شامل بیشتر

98. United Nations, Commission on Human Rights, "Contemporary Forms of Slavery: Systematic Rape, Sexual Slavery & Slavery – like Practices During Armed Conflict, *op.cit.*, p. 10.

99. UN, Commission on Human Rights, *Ibid.*

100. UN, Commission on Human Rights, *op.cit.*, para. 101 (32).

موارد فحشای اجباری بوده است که عموماً شامل مواردی می‌شود که در آن شخصی، شخص دیگر را که وادار به اعمال جنسی نموده است تحت کنترل خود دارد. عده‌ای بر این عقیده‌اند که استفاده از «فحشای اجباری» به جای «بردگی جنسی» ممکن است موجب کوچک جلوه دادن این جرم شود؛ زیرا عنوان مزبور اعمال قبیح قانون‌شکنی و زورگویی را می‌پوشاند که خود از صفات مشخصه بردگی جنسی هستند. در حقیقت اصطلاح «فاحشگی»، ارائه خدمات جنسی به عنوان قسمتی از معاوضه (هرچند که شخص در شرایط اجبار به آن تن دردهد) را به ذهن متبادر می‌نماید. به علاوه «فاحشگی» بیانگر آن است که اعمال جنسی با رضایت قربانی شروع می‌شود تا مجرم.<sup>۱۰۱</sup>

کیتی شیایزری با قائل شدن به تمایز میان فحشای اجباری و برده‌داری جنسی اعلام می‌دارد که زنان موسوم به زنان آرامبخش که نیروهای ژاپنی در خلال جنگ جهانی دوم آنها را محبوس کرده و به برقراری رابطه جنسی با سربازان ژاپنی واداشته‌اند، مجبور به روسپیگری نشده‌اند بلکه وضعیت آنان با بردگان جنسی شباهت بیشتری داشت. آنچه که این جرم را از برده‌داری جنسی متمایز می‌سازد، نفع مالی یا امتیاز دیگری است که مرتکب جرم یا شخص ثالثی در عوض یا در ارتباط با رفتارهای جنسی مجنی‌علیه به دست آورده یا انتظار تحصیل آن را داشته است.<sup>۱۰۲</sup>

در جنایت فحشای اجباری گاهی اوقات موقعیتی به وجود می‌آید که در آن شخص برای اینکه از لطامات بعدی مصون باشد یا نیازهای اولیه خود را فراهم آورد، مجبور به تن دادن به اعمال جنسی می‌گردد. تعاریف قدیمی از فاحشگی اجباری تأکید دارد بر اینکه آن عمل، عملی زشت و قبیح «علیه شخصیت زنان» است و جنایت فحشای اجباری می‌تواند به عنوان جایگزینی بالقوه هرچند محدود برای پیگیری بی‌حرمتی‌های جنسی در مخاصمات مسلحانه مورد توجه قرار گیرد.<sup>۱۰۳</sup>

## گفتار چهارم حاملگی اجباری

جنایت حاملگی اجباری تنها در یک سند بین‌المللی پیش‌بینی شده است و آن در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در جزء (ز) بند (۱) ماده ۷ تحت عنوان جنایت علیه بشریت و شق (۲۲)

۱۰۱. دیهیم، پیشین، ص ۱۸۸.

۱۰۲. کریانگ ساک کیتی شیایزری، پیشین، ص ۲۱۵.

۱۰۳. دیهیم، پیشین، ص ۱۹۰.

از جزء (ب) بند (۲) ماده ۸ و شق (۶) از جزء (هـ) بند (۲) ماده ۸ تحت عنوان جنایت جنگی در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و غیربین‌المللی می‌باشد.

همان‌گونه که از سوی تادوز مازیوویکی<sup>۱۰۴</sup> در خصوص مخاصمه یوگسلاوی سابق خاطرنشان گردیده است، تجاوز به‌عنف برای حاملگی اجباری یکی از بدنام‌ترین مشخصه‌های جنگ داخلی بوده است. حاملگی اجباری می‌بایست جنایتی مجزا از تجاوز به‌عنف و تجاوز جنسی قلمداد شود، چرا که لطمه حاصل از آن به لحاظ کمی و کیفی متفاوت از لطمه حاصله از خشونت جنسی به‌تنهایی است. به گفته برخی از قربانیان، متجاوزان می‌خواستند قربانیان را با کودکانی از قوم مرتکبین حامله نمایند. برخی از مردمان تأکید می‌نمایند که چنین اظهاراتی انگیزه حقیقی مرتکب را خاطرنشان نمی‌نماید، بلکه بیشتر برای شرمندگی کردن قربانی به‌کار برده می‌شود.<sup>۱۰۵</sup>

موضوع یاد شده یکی از موضوعات بحث‌انگیز در کنفرانس رم بوده است؛ زیرا برخی از کشورها بیم داشتند که سیاست‌های جلوگیری از سقط جنین به‌عنوان حاملگی اجباری تعبیر گردد. در رأس این گروه از کشورها واتیکان و برخی از کشورهای عربی خلیج فارس بودند. برخلاف این کشورها، سفیر بوسنی و هرزگوین در سازمان ملل که ملت مسلمانان در جریان مخاصمات یوگسلاوی سابق قربانی چنین جنایتی شده بودند، به‌شدت از گنجانیدن این جنایت در صلاحیت دیوان دفاع می‌نمود. از این‌رو برای حل مشکل کشورهای دسته اول یک جمله توضیحی اضافه گردید که به نوعی رفع نگرانی از آنها می‌نمود.<sup>۱۰۶</sup>

جزء (و) بند (۲) ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در تعریف حاملگی اجباری مقرر می‌دارد: «حاملگی اجباری عبارت است از حبس غیرقانونی زنی که به اجبار حامله شده است. به‌منظور تأثیر نهادن بر ترکیب قومی یک جمعیت یا ارتکاب دیگر تخلفات فاحش از قواعد حقوق بین‌الملل». با این وجود تعریف مذکور نباید به‌گونه‌ای تفسیر شود که «قوانین ملی کشورها در خصوص حاملگی را تحت تأثیر قرار دهد». با این عبارت مشخص می‌شود که «ممنوعیت اجبار به حاملگی به‌عنوان جنایت علیه بشریت به‌معنای پذیرش آزادی سقط جنین در سراسر جهان نبوده است و به‌هیچ‌وجه صلاحیت کشورها را در تنظیم مقررات مربوط به کنترل زاد و ولد و سقط جنین مطابق اصول بنیادین فلسفی یا مذهبی خود محدود نمی‌سازد».<sup>۱۰۷</sup>

---

104. Tadowz Maziouwiki

105. The Prosecutor's Dilemma- Strengths and Flows of the Genocide Convention-Text, See: [http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v10n3/oh103\\_text.htm](http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v10n3/oh103_text.htm)

۱۰۶. دیهیم، پیشین، ص ۱۹۱.

۱۰۷. کریانگ ساک کیتی شیایزری، پیشین، ص ۲۱۵.

## گفتار پنجم عقیم‌سازی اجباری

«این جرم به‌خاطر آزمایشات پزشکی که به‌عنوان مجازات به‌ویژه در اردوگاه‌های کار اجباری در طول جنگ جهانی دوم علیه اسرای جنگی و مردم غیرنظامی انجام گرفت، مورد اعتراض و تقبیح واقع شده است. عقیم کردن بدون رضایت می‌تواند تعبیری باشد از نسل‌کشی وقتی که با هدفی حساب شده برای انهدام کل یا قسمتی از مردم یک گروه انجام گیرد».<sup>۱۰۸</sup>

جنایت عقیم‌سازی اجباری تنها در جزء (ز) بند (۲) ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به‌عنوان جنایت علیه بشریت و در شق (۲۲) از جزء (ب) بند (۲) ماده ۸ و شق (۶) از جزء (هـ) بند (۲) ماده ۸ به‌عنوان جنایت جنگی به ترتیب در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و غیربین‌المللی دانسته شده است. به‌علاوه در عناصر جرائم در جزء پنجم بند (ز) پاراگراف (۱) ماده ۷، عناصر مادی و معنوی این جنایت برشمرده شده است.

طبق نظر کمیسیون مقدماتی به‌نظر می‌رسد که افزودن واژه «اجباری» برای بیان کیفیت عمل مرتکب این جنایت لزومی ندارد چرا که خود عبارت «که بدون ... رضایت واقعی [مجنی علیه یا مجنی‌علیه] انجام پذیرد»<sup>۱۰۹</sup> برای این مفهوم کفایت می‌کند.

«چین در ارتباط با جنایت مذکور دارای نگرانی جدی است. این کشور برای کنترل رشد جمعیت خود، سیاست تک‌فرزندی را به‌موقع اجرا گذارده است. از این رو پیشنهاد کرد، تدابیر کنترل زاد و ولد که نباید با روش‌های عقیم‌سازی اجباری که به‌موجب اساسنامه دیوان جرم شناخته شده است یکسان انگاشته شود، روش‌هایی هستند که «اثر غیردائمی دارند»؛ نه آنچنان که در پیش‌نویس موجود عناصر تشکیل‌دهنده جرایم ذکر شده بود، صرفاً روش‌هایی که «اثر کوتاه‌مدت دارند». این پیشنهاد مورد استقبال رژیم اشغالگر قدس، یونان و مکزیک قرار گرفت. درست در مقابل این کشورها، هیأت‌های نمایندگی کانادا و آلمان هر نوع اشاره به روش‌های زاد و ولد را نامطلوب می‌دانستند. به‌نظر آنها در مفهوم لغوی و ادبی کلمه، قید چنین عباراتی، اصل جرم مورد نظر را زیر سؤال می‌برد، چرا که عقیم‌سازی همان «روش‌های کنترل زاد و ولد» است و تفاوتی با آن ندارد».<sup>۱۱۰</sup>

۱۰۸. دیهیم، پیشین، ص ۱۹۲.

۱۰۹. بند (۲) از عناصر اختصاصی جرم عقیم‌سازی اجباری مربوط به جزء (ز) بند (۱) ماده ۷.

۱۱۰. کریانگ ساک کیتی شیایزی، پیشین، صص ۲۱۶ و ۲۱۷.

بالاخره پس از توافق با افزودن عبارت «روش‌هایی که در عمل اثر غیردائمی دارند» دیوان صلاحیت رسیدگی به چنین جنایتی را پیدا نمود و آزادی عمل برای تعیین اینکه آیا روش مورد نظر برای کنترل زاد و ولد عملاً به محرومیت دائمی از قابلیت زیستی مثل منتهی می‌گردد یا خیر را به دست آورد. در این جنایت در واقع «مرتکب یک یا بیشتر از یک فرد را از قابلیت تولید مثل زیستی محروم نموده است».<sup>۱۱۱</sup>

### گفتار ششم خشونت جنسی

«خشونت جنسی طی مخاصمات مسلحانه اشکال مختلفی را به خود می‌گیرد: تجاوز به‌عنف، مجامعت جنسی اجباری یا سایر اعمال جنسی با اعضای خانواده، حاملگی اجباری، مثله کردن جنسی، تحقیر جنسی، آزمایشات پزشکی بر روی اندام‌های جنسی زنان، سقط جنین اجباری، عقیم‌سازی اجباری، فحش‌های اجباری، اجبار به ارائه خدمات جنسی به‌عنوان رشوه، اجبار به مبادلات جنسی برای بازگرداندن کودکان، قاچاق زنان، بردگی جنسی، مورد پورنوگرافی قرار گرفتن<sup>۱۱۲</sup> و ازدواج اجباری و اجبار به زندگی با دیگری اشکالی از آن هستند. در سال‌های اخیر زنان و دختران به‌وسیله چوب سوخته، چاقو و سایر اشیاء مورد تجاوز قرار می‌گیرند.<sup>۱۱۳</sup> آنها از سوی نیروهای دولتی، عوامل غیردولتی، نیروهای دوست و پلیس مسئول حمایت از آنها و نگهبانان پست بازرسی، نگهبانان زندان، سرپرستان و کارکنان اردوگاه‌های پناهندگی، غارتگران، گروه‌های غیرقانونی، سیاستمداران محلی، همسایگان و اعضای خانواده‌هایی که تهدید به مرگ شده‌اند، مورد تجاوز جنسی قرار می‌گیرند». خشونت جنسی همچون روشی برای اعمال قدرت بر قربانی و تسلط بر وی به‌کار برده شده است. هدف متجاوز، کنترل، تحقیر و خفیف نمودن قربانی

۱۱۱. بند (۱) از عناصر اختصاصی جرم عقیم‌سازی اجباری مربوط به شق پنجم جزء (ز) بند (۱) ماده ۷.

۱۱۲. درخصوص پورنوگرافی برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به:

Catherine Mackinnon, "Turning Rape into Pornography: Post Modern Genocide", "Are Women Human? And other international dialogues", U.S.A., Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

۱۱۳. برای مطالعه بیشتر در خصوص استفاده از اشیاء همچون چوب سوخته و چاقو برای تجاوز به زنان مراجعه کنید به: Radhika Coomaraswamy, Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, its Causes & Consequences, Addendum: Report of the Mission to Rwanda on the Issues of Violence against Women in Situations of Armed Conflict, U.N. ESCOR, CHR, 54th Sess, Agenda Item, (a), at 8-10, UNDoc, E/C/N.4/1998/54/Add.1 (1998).

می‌باشد. اکثریت قربانیان زنان و کودک می‌باشند.<sup>۱۱۴</sup> با این وجود، تأکید بر اینکه مردان به‌طور مساوی قربانی اعمال خشونت جنسی هستند نیز مهم می‌باشد. اشکال خاص خشونت جنسی علیه مردان شامل: تجاوز به‌عنف، عقیم‌سازی اجباری و سایر اشکال خشونت جنسی از جمله برهنگی اجباری، جلق اجباری و خشونت نسبت به اندام‌های تناسلی می‌باشد. خشونت جنسی نسبت به مردان در خانه، در جامعه و در زندان به‌وسیله مردان و زنان، در طی مخاصمات و در زمان صلح ارتکاب می‌یابد. امروزه موقعیت در ارتباط با مردانی که مورد تجاوز قرار می‌گیرند خیلی متفاوت از موقعیت‌هایی نیست که زنان در آن قربانی می‌شوند.<sup>۱۱۵</sup>

به‌طور کلی در بسیاری از اسناد بین‌المللی اشاره‌ای به خشونت‌های صورت گرفته علیه زنان از جمله خشونت‌های جنسی شده است. طبق ماده یک اعلامیه ملل متحد ناظر بر حذف خشونت علیه زنان «اصطلاح خشونت علیه زنان، تمامی اعمال خشونت‌آمیز علیه جنس زن را مشخص می‌نماید که می‌تواند موجب لطمات یا رنج‌های جسمی، جنسی و روحی گردد که عبارتند از تهدید به چنین اعمالی، اجبار یا محرومیت خودسرانه از آزادی اعم از اینکه در ملاء عام باشد یا در زندگی خصوصی». ماده ۲ همین اعلامیه مقرر می‌دارد که «خشونت علیه زنان می‌بایست به‌طور جامعی تعبیر گردد که دربرگیرنده موارد زیر باشد اما محدود به این موارد هم نگردد:

الف) خشونت جسمی، جنسی و روحی اعمال شده در بطن خانواده که عبارت از ضرب و جرح، بدرفتاری‌های جنسی وارده نسبت به کودکان اناث خانواده، خشونت‌های مرتبط با جهیزیه، تجاوز در چارچوب روابط زناشویی، مثله‌کردن‌های جنسی و سایر رفتارهای سنتی زیان‌آور نسبت به زنان، خشونت‌های غیرهمسرانه و خشونت‌های مرتبط با بهره‌برداری و سوءاستفاده از آنان می‌باشد؛

ب) خشونت جسمی، جنسی و روحی اعمال شده در بطن اجتماع که عبارت از تجاوز به‌عنف، بدرفتاری‌های جنسی، ایذاء جنسی و ایجاد ارعاب در محیط کار و در هر جای دیگر، خرید و فروش زنان به صورت قاچاق و فحش‌ای اجباری می‌باشد؛

ج) خشونت جسمی، جنسی و روحی که دولت مرتکب می‌شود و آن خشونت‌ها را در هرجا که روی دهد، مورد اغماض قرار می‌دهد».<sup>۱۱۶</sup> مانند خشونت در زندان، خشونت در طی

114. La Problématique hommes-femmes, les droits de la personne et le droit international Humanitaire, La Violence Sexuelle, See: [http://www.genderandpeacekeeping.org/resources/5\\_la\\_violence\\_sexuelle.pdf](http://www.genderandpeacekeeping.org/resources/5_la_violence_sexuelle.pdf)

115. Sandesh Siva Kumaran, "Sexual Violence against Men in Armed Conflict", *The European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 2, EJIL 2007, p. 253.

116. Amnesty International, Document Public, Index AI: AFR 54/076, "Soudan, Darfur, le Viol: une arme de guerre, La Violence Sexuelle et ses conséquences", 20 Juillet 2004, See: <http://web.amnesty.org/library/index/fraAFR540762004>.

مخاصمات مسلحانه و خشونت علیه زنان پناهنده.

اگر به زمان پیش از صدور اعلامیه ملل متحد برگردیم، می‌بینیم که نه در منشور لندن و نه در منشور توکیو جنایتی تحت عنوان خشونت جنسی فهرست نشده است. حتی اساسنامه‌های دو دادگاه بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و رواندا هم از واژه «خشونت جنسی» استفاده ننموده‌اند و به ترتیب تنها در بند (ز) ماده ۵ و بند (ز) ماده ۳ به تجاوز به‌عنف جنایت علیه بشریت اشاره نموده‌اند. به‌علاوه اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا در جزء (ه) ماده ۴ تحت عنوان نقض ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹، هتک حرمت نسبت به کرامت فردی به‌ویژه رفتارهای تحقیرآمیز و خفت‌بار، تجاوز به‌عنف، فحشای اجباری و هر شکل از هتک ناموس را شامل می‌شود. خشونت جنسی صریحاً به‌عنوان جنایت علیه بشریت<sup>۱۱۷</sup> و جنایت جنگی<sup>۱۱۸</sup> برای اولین بار در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری تدوین شده است.

در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری خشونت جنسی شامل تجاوز به‌عنف، بردگی جنسی، فحشای اجباری، حاملگی اجباری، عقیم‌سازی اجباری و سایر اشکال خشونت جنسی همسنگ با آن از نظر شدت می‌باشد. در جایی دیگر در بند (۱) از عناصر اختصاصی جرم خشونت جنسی مربوط به شق ۶ جزء (ز) بند (۱) ماده ۷ آمده است که مرتکب در خشونت جنسی «موجب درگیر شدن شخص یا اشخاص در یک یا چند عمل با ماهیت جنسی به‌وسیله زور یا به‌وسیله تهدید به استفاده از زور یا اجبار (مانند ترس از خشونت، اکراه، توقیف، فشار جسمی یا سوءاستفاده از قدرت علیه شخص یا اشخاص قربانی یا شخص ثالث یا به‌وسیله بهره‌گیری از اجبار محیطی یا عدم اهلیت شخص یا اشخاص قربانی برای اعلام رضایت واقعی شده است».

آراء صادره از محاکم بین‌المللی نیز نقش به‌سزایی در تدوین تعریفی از خشونت جنسی داشته‌اند. دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا تعریف خشونت جنسی را در قضیه آکایسو تدوین نموده است که بعدها در قضیه کوکا<sup>۱۱۹</sup> نیز مورد تأیید قرار گرفت: «دادگاه خشونت جنسی را که شامل تجاوز به‌عنف هم می‌گردد به‌عنوان عملی با ماهیت جنسی تلقی می‌نماید که نسبت به یک شخص تحت شرایطی ارتکاب یافته است که اجباری می‌باشد. خشونت جنسی محدود به دخول فیزیکی به بدن انسان نمی‌گردد و ممکن است شامل اعمالی گردد که دربرگیرنده دخول یا حتی تماس فیزیکی نمی‌باشد».<sup>۱۲۰</sup> آکایسو به لحاظ کیفری به‌خاطر «سایر اعمال غیرانسانی» به‌عنوان

۱۱۷. جزء (ز) بند (۱) ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری.

۱۱۸. شق ۲۲ جزء (ب) بند (۲) ماده ۸ و شق (۶) جزء (ه) بند (۲) ماده ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری.

۱۱۹. کوکا (Kvočka) در یوگسلاوی سابق مأمور پلیس و فرمانده اردوگاه امارسکا (Omarska) بوده است.

Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radic, Zigic and Prcać, Judgment, Case NO. IT-98-30/1-T, 2 November 2001.

120. Akayesu Judgment, paras. 598, 688.

جنایت علیه بشریت طبق بند (ب) ماده ۳ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا، به‌خاطر برهنه کردن اجباری قربانی در بیرون اداره محلی و نشان دادن وی در گل و لای»، «برهنگی اجباری و راه بردن (قربانی به حالت برهنه در ملاء عام در اداره محلی» و «برهنه کردن اجباری (سه قربانی) و اجبار زنان به انجام حرکات ورزشی به‌صورت برهنه و علنی نزدیک اداره محلی» مسئول شناخته شده است.<sup>۱۲۱</sup>

این موقعیت‌ها شامل دخول جنسی به بدن انسان و حتی تماس فیزیکی نمی‌گردند بلکه در واقع قصد از آنها تحقیر و خفیف کردن قربانی به شدیدترین صورت است. دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در قضیه فوروندزیجا هم چیزی شبیه به آنچه در قضیه آکایسو مطرح گردیده است را اعلام می‌دارد که قواعد بین‌المللی کیفری تنها تجاوز به‌عنف را مجازات نمی‌نمایند بلکه هرگونه تجاوز جنسی جدی که کمتر از حد دخول واقعی باشد را نیز مجازات می‌نمایند. به‌نظر می‌رسد که این ممنوعیت دربرگیرنده تمامی سوءاستفاده‌های جدی با ماهیت جنسی می‌باشد که نسبت به تمامیت جسمی و روحی یک شخص به‌وسیله اجبار، تهدید به زور یا ارعاب به شیوه‌ای که موجب خفیف شدن کرامت قربانی شود، ایراد می‌گردد.<sup>۱۲۲</sup>

گزارشگر ویژه در ارتباط با موقعیت‌های تجاوز به‌عنف سیستماتیک، بردگی جنسی و رفتارهای شبه بردگی در طی مخاصمات مسلحانه بین‌المللی، خشونت جنسی را به‌عنوان «هرگونه خشونت، اعم از جسمی یا روحی که به روش‌های کاملاً جنسی یا به‌خاطر اهداف جنسیتی انجام پذیرفته است، تعریف می‌نماید. خشونت جنسی هم حملات جسمی و هم حملات روحی مستقیم نسبت به خصایص جنسی یک شخص از جمله وادار کردن شخص به اینکه در ملاء عام برهنه بگردد، مثله کردن اندام‌های تناسلی شخص یا جدا کردن پستان‌های یک زن را تحت پوشش قرار می‌دهد».<sup>۱۲۳</sup>

در رأی کوکا بیان گردیده است که «... خشونت جنسی وسیع‌تر از تجاوز به‌عنف است و شامل جنایاتی به‌عنوان بردگی جنسی یا هتک ناموس می‌گردد ... خشونت جنسی همچنین نه تنها شامل جنایاتی چون مثله کردن جنسی، ازدواج اجباری و سقط جنین اجباری بلکه جنایاتی مرتبط با جنسیت که صریحاً در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به‌عنوان جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت فهرست شده است نیز می‌گردد ...».<sup>۱۲۴</sup>

121. Akayesu Judgment, para. 677.

122. Furundzija Judgment, para. 186.

123. UN, Commission on Human Rights, Contemporary forms of Slavery and Slavery-Like Practices During Armed Conflict, *op.cit.*, para. 21.

124. Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milojica Kos, Mlado Radić, Zoran Zigić and Dragoljub Preać, Judgment, ICTY, Case No. IT-98-30/1-T, 2 November 2001, para. 180.



برهنگی اجباری که شامل دخول جنسی و تماس فیزیکی نمی‌گردد و مثله کردن بخش‌هایی از بدن انسان که دارای خصایص جنسی است (برای نمونه پستان‌های یک زن یا ارگان‌های جنسی) در هیچ‌یک از جنایات مذکور در جزء (ز) بند (۱) ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری ذکر نگردیده است و می‌تواند در ذیل تعریف خشونت جنسی جای گیرد.

اگر بخواهیم به‌طور دقیق به مقایسه جنایت خشونت جنسی و جنایت تجاوز به‌عنف بپردازیم می‌بایست گفت که «کلمه تجاوز به‌عنف دارای یک مفهوم مضیق است و شمول سایر روش‌های متنوع خشونت جنسی که می‌تواند متساویاً موجب درد یا تحقیر برای قربانی گردد را نادیده می‌گیرد»<sup>۱۲۵</sup> هر دو جنایت از این حیث که در شرایط اجبارآمیز علیه شخص قربانی ارتکاب می‌یابند به هم شبیه هستند، با وجود این تجاوز به‌عنف در مقایسه با سایر خشونت‌های جنسی نیاز به تحقق «تعرض جسمانی با خصیصه جنسی» دارد که اخص از «تعرض جسمانی» به اعضای بدن دیگری است.<sup>۱۲۶</sup> «خشونت جنسی جنایتی را تحت پوشش قرار می‌دهد که مفهوم «تجاوز به‌عنف» شمول آنها را نادیده می‌گیرد و آنها جنایاتی با ماهیت جنسی هستند و می‌توانند موجبات درد یا تحقیر قربانی را فراهم آورند».<sup>۱۲۷</sup>

از این رو بر مبنای قضایای حقوقی مطروحه در محاکم بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و رواندا می‌توان چنین نتیجه گرفت که خشونت جنسی مفهوم وسیعی را تشکیل می‌دهد که شامل تمامی اشکال خشونت جنسی از جمله تجاوز به‌عنف می‌گردد.

### بخش سوم - عناوین حقوقی جنایت خشونت جنسی در حقوق بین‌الملل کیفری

خشونت جنسی طبق شرایط و شکلی که خشونت به خود می‌گیرد، تحت عناوین حقوقی متعددی نشان داده می‌شود. بسته به اوضاع و احوال، خشونت جنسی می‌تواند جزئی از جنایت علیه بشریت و جنایت نسل‌زدایی باشد و می‌توان در طی مخاصمه مسلحانه آن را مانند جنایت جنگی، نقض قوانین و عرف‌های جنگی یا نقض شدید کنوانسیون‌های ژنو قلمداد نمود. در این بخش به بررسی عناوین حقوقی جنایت خشونت جنسی می‌پردازیم.

## گفتار اول جنایت علیه بشریت

از این پس هر جا بدین رأی اشاره گردد، از عبارت "Kvočka et al. Judgment" استفاده خواهد شد.

125. Global Justice Center, Human Rights Through, *op.cit.*

۱۲۶. کریانگ ساک کیتی شیایزری، پیشین، ص ۲۱۲؛ برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به:

Musema Judgment, para. 227.

127. Global Justice Center Human Rights Through, *Ibid.*

❖ ۱۳۳ جرم‌انگاری خشونت جنسی ...

در خصوص تعریف جنایت علیه بشریت منشور دادگاه بین‌المللی برای خاور دور دقیقاً از منشور نورمبرگ نسخه‌برداری شده است. نه منشور نورمبرگ و نه منشور دادگاه بین‌المللی نظامی برای خاور دور صریحاً به تجاوز به‌عنف به‌عنوان «جنایت علیه بشریت» اشاره نکرده‌اند. به‌هرحال «جنایت علیه بشریت» مشمول این دو سند، دسته‌ای از «سایر اعمال غیرانسانی» را دربرمی‌گیرد و تجاوز به‌عنف می‌تواند بدون شک تحت این مقررات تعقیب گردد.

قانون شماره ۱۰ شورای کنترل که از سوی متحدین به‌عنوان مبنایی برای تأسیس دادگاهی جهت رسیدگی به جنایات جنگی در پی جنگ جهانی دوم مورد استناد قرار گرفته بود نیز موارد حبس، شکنجه و تجاوز به‌عنف را به فهرست جنایات علیه بشریت مذکور در منشور نورمبرگ افزود و در جزء (ج) بند (۱) ماده (۱) این جنایت را تعریف کرد.<sup>۱۲۸</sup>

ماده ۵ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق تجاوز به‌عنف و ماده ۳ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا تجاوز به‌عنف، فحش‌های اجباری و سایر اشکال هتک ناموس را تحت عنوان جنایت علیه بشریت آورده‌اند. اساسنامه دادگاه‌های بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و رواندا اولین ارجاع صریح به تجاوز به‌عنف در زمینه جنایات خشونت جنسی هستند. لازم به ذکر است که در این اساسنامه‌ها ذکر از بردگی جنسی، حاملگی اجباری و عقیم‌سازی اجباری نشده است، در اصل مفهوم جنایت علیه بشریت همان‌گونه که توسط دادگاه‌های ویژه مورد شناسایی قرار گرفته است شامل دو لایه می‌باشد. اولین لایه شامل عناصر اصلی یا لازمه‌های کلی جنایت می‌باشد که خصایص و ابعاد جنایت علیه بشریت را ارائه می‌نماید. درحالی‌که آن را فارغ از جنایات داخلی در نظر می‌گیرد و آن را از سایر جنایات بین‌المللی همچون جنایت جنگی یا نسل‌زدایی متمایز می‌نماید. اصل لازم در اینجا این است که اعمال یا رفتار مورد نظر بخشی از یک «حمله گسترده یا سیستماتیک» علیه جمعیت غیرنظامی باشد. دومین لایه، عبارت از تعریف جرائم فهرست شده می‌باشد. این دو لایه از مفهوم در اساسنامه‌های هر دو دادگاه وجود دارد. تفاوت میان این دو اساسنامه عبارت است از اینکه اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق این‌گونه مقرر می‌کند که جنایات علیه بشریت می‌بایست در «مخاصمات مسلحانه ارتکاب پیدا کند» درحالی‌که اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا مقرر می‌کند که «جنایت علیه بشریت می‌بایست در زمینه‌های ملی، سیاسی، قومی، نژادی یا مذهبی تحت صلاحیت دادگاه ارتکاب یابد».<sup>۱۲۹</sup>

۱۲۸. کریانگ ساک کیتی شیایزری، پیشین، ص ۲۱۲.

129. Guénail Mettraux, "International Crimes & the Ad hoc Tribunals", United Kingdom, Oxford Press, 2005, p. 147.

در واقع بجز پیش‌نویس قانون جرائم علیه صلح و امنیت بشری کمیسیون حقوق بین‌الملل که الزام به وجود رابطه‌ای میان مخاصمه مسلحانه و جنایات علیه بشریت را نادیده گرفته است،<sup>۱۳۰</sup> به‌هنگام تأسیس دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا حذف این ارتباط توسط شورای امنیت به‌صراحت اعلام گردید. چندی بعد این عدم ارتباط توسط شعبه استیناف دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در قرار صلاحیتی قضیه تادیچ<sup>۱۳۱</sup> مورد تأکید قرار گرفت.<sup>۱۳۲</sup>

کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۹۴ تغییراتی را در پیش‌نویس قانون جرائم علیه صلح و امنیت بشری ایجاد نمود و در مواد ۴ تا ۲۰، در جزء (ز) بند (۲) از تجاوز به‌عنف و سایر تجاوزات جدی با ماهیت جنسی و در جزء (ط) بند (۲) از سایر اعمال غیرانسانی از جمله مثله کردن جنسی و حاملگی اجباری سخن می‌گوید. کمیسیون حقوق بین‌الملل در ماده ۱۸ قانون پیش‌نویس جنایات علیه صلح و امنیت بشری بار دیگر تغییراتی ایجاد نموده و در جزء (ز) از تجاوز به‌عنف، فحش‌ای اجباری و سایر اشکال سوءاستفاده جنسی و در جزء (ک) از سایر اعمال غیرانسانی که به تمامیت جسمی و روحی، سلامتی و شأن و منزلت فردی لطمه وارد می‌نماید همچون مثله کردن و صدمه جدی جسمی صحبت می‌نماید. آنچه جالب توجه است این است که در پیش‌نویس‌های مذکور هیچ‌گاه از سایر اشکال خشونت جنسی همچون عقیم کردن اجباری و بردگی جنسی به‌صراحت سخن به میان نیامده است.<sup>۱۳۳</sup>

در نهایت با تصویب اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در سال ۱۹۹۸، تعریف «جنایت علیه بشریت» در بند (۱) ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری گنجانده شد: «هریک از اعمال ذیل<sup>۱۳۴</sup> در صورتی که به‌عنوان بخشی از یک حمله گسترده یا سازمان یافته علیه هر جمعیت غیرنظامی (با علم به آن حمله) ارتکاب یابد».

همان‌گونه که پیشتر گفته شد رابطه میان مخاصمات مسلحانه و جنایت علیه بشریت به‌صراحت در اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا و بعدها به حکم شعبه استیناف دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق حذف گردید. «به‌هنگام تدوین پیش‌نویس اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، شمار زیادی از هیأت‌های نمایندگی کشورها با استناد به حقوق بین‌الملل عرفی اظهار داشتند که ارتباط بین جنایات علیه بشریت و مخاصمه مسلحانه قابل تحقق است. در نهایت ماده ۷ به فهرست اعمالی اشاره می‌کند که می‌توانند در فقدان یک مخاصمه بین‌المللی

---

130. Guénail Mettraux, *op.cit.*, para. 150.

۱۳۱. تادیچ (Tadic) مأمور پلیس عبور و مرور در بوسنی و هرزگوین که اهل صربستان بود.  
۱۳۲. ویلیام ا. شبت، مقدمه‌ای بر دیوان کیفری بین‌المللی، ترجمه سیدباقر میرعباسی و حمید الهیوئی نظری، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۴، ص ۵۱.

133. M. Cherif Bassiouni, *op.cit.*, p. 61.

۱۳۴. برای مطالعه بیشتر درخصوص اعمال مذکور به بند (۱) ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری مراجعه نمایید.

اتفاق افتند و در عین حال جنایت علیه بشریت تلقی گردند. در واقع منظور از حمله در ماده مذکور عبارتست از: «رفتار مشتمل بر ارتکاب چندین عمل از اعمال مذکور در بند (۱) برضد جمعیت غیرنظامی که در تعقیب یا پیشبرد سیاست یک دولت و یا یک سازمان برای انجام چنین حمله‌ای صورت گرفته باشد». از جمله میتوان از خشونتهای جنسی نام برد که هم در زمان صلح و هم در زمان جنگ به وقوع می‌پیوندند.

از این رو آنچه جنایت علیه بشریت را از سایر جنایات بین‌المللی (یا یک جنایت معمولی) متمایز می‌سازد، همین شرط ارتکاب جنایت در طی «حمله گسترده یا سیستماتیک علیه جمعیت غیرنظامی» است. این شرط، شرط اصلی جنایت علیه بشریت را تشکیل می‌دهد.

دادگاه در قسمتی از رأی صادره در قضیه اردموچ مورخ ۲۹ نوامبر ۱۹۹۶ اعلام داشت که «... جنایات علیه بشریت از حد یک فرد فراتر می‌رود چرا که زمانی که فردی مورد تجاوز قرار گرفته می‌شود، بشریت مورد حمله قرار می‌گیرد ... از این رو مفهوم بشریت در اینجا قربانی است»؛<sup>۱۳۵</sup> بنابراین هریک از زنان توتسی که به‌طور مثال از سوی مردان هوتویی مورد خشونت جنسی قرار می‌گرفت چون هدف از این خشونت‌ها متأثر کردن قوم توتسی بود و این خود بخشی از یک حمله سیستماتیک و گسترده علیه غیرنظامیان توتسی بود، می‌توانست به‌عنوان جنایتی علیه بشریت قلمداد شود.

منظور از جمعیت غیرنظامی در مخاصمات مسلحانه کلیه اشخاصی است که نه عضو نیروهای مسلح باشند و نه عضو سایر مبارزان قانونی.

در دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق یکی از اولین کیفرخواست‌های صادره علیه دراگان نیکولیچ می‌باشد که در رابطه با اعمال ارتكابی در اردوگاه زندان سوسیکا<sup>۱۳۶</sup> در شرق بوسنی و هرزگوین متهم شده است. در بررسی ماده ۶۱ از قواعد دادرسی، شعبه از دادستان دعوت نمود تا کیفرخواست را برای دربرگرفتن اتهامات خشونت جنسی اصلاح نماید.<sup>۱۳۷</sup> شعبه اشعار داشت که از شهادت‌های متعدد و اظهارات شهود ارائه شده از سوی دادستان چنین برمی‌آید که زنان (و دختران) در طی حبس در اردوگاه سوسیکا موضوع تجاوز به‌عنف و سایر اشکال تجاوز جنسی قرار گرفته‌اند. دراگان نیکولیچ و سایر اشخاص مرتبط با اردوگاه مورد اتهام قرار گرفته‌اند که در برخی از تجاوزات به‌عنف حضور داشته‌اند و به‌نظر نمی‌رسد که این اتهامات صرفاً در ارتباط با موارد استثنائی باشد. از این رو به‌نظر می‌رسد که نیکولیچ از تجاوزات صورت گرفته در اردوگاه مطلع بوده

135. Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R.W.D Jones, The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary, Vol. I, First published, United Kingdom, Oxford press, 2002, p. 378.

136. Susica

۱۳۷. دادستان کیفرخواست را برای شمول اتهامات خشونت جنسی اصلاح نمود. این کیفرخواست دوباره در سال ۲۰۰۲ اصلاح گردیده و بسیاری از موارد از جمله برخی اتهامات خشونت جنسی در کیفرخواست اصلاحی دوم حذف گردید.

است. شعبه دادرسی احساس می‌کند که ممکن است به صلاح باشد که دادستان برای بررسی چنین اظهاراتی به‌طور دقیق ارزیابی نماید که آیا دراگان نیکولیچ را به تجاوز به‌عنف یا سایر اشکال خشونت جنسی به‌عنوان جنایت علیه بشریت متهم نماید یا جنایت جنگی؟<sup>۱۳۸</sup>

در مجموع قتل، نابودسازی، شکنجه، تجاوز به‌عنف، تعقیب و آزار سیاسی، نژادی یا مذهبی و سایر رفتارهای غیرانسانی اگر بخشی از یک حمله باشند در ارتباط با جنایت علیه بشریت هستند.<sup>۱۳۹</sup>

ماده ۷ حکایت دارد از اینکه مقصود از جنایات علیه بشریت در این اساسنامه هریک از اعمال مشروحه ذیل است به شرط اینکه در چارچوب یک حمله گسترده یا سازمان یافته علیه هر جمعیت غیرنظامی و با علم به آن حمله ارتکاب یابد.

گسترده‌گی یا سازمان‌یافتگی حمله از شروط جنایات علیه بشریت در آراء محاکم بین‌المللی می‌باشد. دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در رأی صادره در قضیه نیکولیچ مورخ ۲۰ اکتبر ۱۹۹۵ در میان شروط لازم برای اینکه عملی جنایت علیه بشریت قلمداد شود سازمان‌یافتگی و گسترده‌گی را برشمرده است.<sup>۱۴۰</sup> به‌علاوه همین دادگاه در تصمیم مورخ ۱۱ ژوئیه ۱۹۹۶ در قضیه کارادزیچ و ملادیچ، صادره از شعبه بدوی اعلام داشت که «خشونت‌های جنسی به‌علت سازمان‌یافتگی و شدت رنج‌های وارده بر جمعیت غیرنظامی در میان روش‌های پاکسازی قومی شایسته توجه خاصی هستند».<sup>۱۴۱</sup> در واقع این خود گواهی بر تلقی خشونت جنسی به‌عنوان جنایت علیه بشریت می‌باشد.

به‌طور کلی تجاوزات به‌عنف ارتكابی در اردوگاه‌های واقع در بوسنی و هرزگوین از جمله اردوگاه امارسکا<sup>۱۴۲</sup> عمدی، سازماندهی شده و زنجیره‌ای بوده‌اند.<sup>۱۴۳</sup>

دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا هم در رأی آکایسو اعلام داشت که مجرم شناخته شدن متهم به‌خاطر جنایت علیه بشریت مبتنی بر مستندات است که حاکی از آن است که وی شاهد تجاوزات به‌عنف نسبت به زنان توتسی در جایی بوده است که وی فرمانده آن

**138.** Michelle Jarvis, "An Emerging Gender Perspective on International Crimes", edited by Gideon Boas & William A. Schabas, "International Criminal Law Developments in the Case Law of ICTY, Netherland, published by Martinus Nijhoff Publisher, 2003, p. 178.

**139.** Antonio Cassese, International Criminal Law, United Kingdom, Oxford University Press, 2003, p. 66.

**140.** Antonio Cassese, Paola Gaeta, *op.cit.*, p. 366.

**141.** Theodor Meron, "Rape as a Crime under International Humanitarian Law", AJIL, U.S.A., The American Society of International Law, Vol. 87, 1993, p. 52.

**142.** Omarska

**143.** Catherine A. Mackinnon, "From Auschwitz to Omarska", **Are Women Human? And other international dialogues**, U.S.A., Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p. 147.

ناحیه بوده و آن عمل را تشویق می‌نموده است. دادگاه اعلام داشت که تجاوزات به‌عنف هم سازمان یافته بوده و هم در سطح وسیع به‌وقوع پیوسته است.<sup>۱۴۴</sup>

تجاوز به‌عنف به‌عنوان «جنایت علیه بشریت» مشمول ماده ۵ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق قرار گرفته است. دبیرکل در تفسیر آن اشعار می‌دارد که «جنایات علیه بشریت به اعمال غیرانسانی با ماهیت بسیار جدی اطلاق می‌شود همچون تجاوز به‌عنف که به‌عنوان بخشی از حمله گسترده یا سیستماتیک علیه هر جمعیت غیرنظامی در زمینه‌های ملی، سیاسی، قومی، نژادی یا مذهبی ارتکاب می‌یابد. در مخاصمه در سرزمین یوگسلاوی سابق چنین اعمال غیرانسانی، اشکالی تحت عناوین «پاکسازی قومی» و تجاوز به‌عنف گسترده و سیستماتیک و سایر اشکال خشونت جنسی از جمله فحش‌ای اجباری را به خود می‌گیرد».<sup>۱۴۵</sup>

در سال ۱۹۹۵ دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق کیفرخواستی علیه متهم دسکو تادیچ<sup>۱۴۶</sup> صادر نمود که شامل تجاوز به‌عنف به‌عنوان جنایت علیه بشریت بود. اتهامات از وقایع می ۱۹۹۲ منتج می‌گردید؛ زمانی که نیروهای صربی به مسلمانان بوسنی و جمعیت کروات در اپستینا پریجدور<sup>۱۴۷</sup> در بوسنی و هرزگوین حمله کردند و هزاران مسلمان و کروات را از خانه‌هایشان بیرون کردند. تادیچ در شکنجه و تجاوز به بیش از ۱۲ زندانی زن شرکت داشته است. قضیه تادیچ صریحاً مقرر داشته است که تجاوزات به‌عنف ارتکابی در طی مخاصمات، جنایت علیه بشریت هستند.<sup>۱۴۸</sup> در همان سال، شعبه بدوی در قضیه نیکولیچ<sup>۱۴۹</sup> ارزیابی نموده است که توصیف جنایات علیه بشریت برای اعمال تجاوز جنسی به‌کار برده می‌شود خصوصاً زمانی که متصف به اعمال شکنجه باشد.<sup>۱۵۰</sup>

شناخت جنایت تجاوز به‌عنف و به‌طور کلی کلیه اشکال خشونت جنسی در چارچوب تحولات اخیر و مهم در حقوق بین‌الملل به‌عنوان جنایت علیه بشریت در جهت تعیین خشونت‌های ارتکابی علیه زنان و تضمین حمایت از آنان به‌کار برده می‌شود. تجاوز به‌عنف و سایر خشونت‌های جنسی مشمول

---

144. Human Rights Watch, World Report Chapter on the Federal Republic of Yugoslavia, "Kosovo Backgrounder: Sexual Violence as International Crimes", 10 May 1999, see: [http:// www.hrw.org/backgrounder/eca/kos0510.htm](http://www.hrw.org/backgrounder/eca/kos0510.htm).

145. M. Cherif Bassiouni, *op.cit*, p. 361.

146. Dusko Tadić

147. Opstina Prijedor

148. Stop Violence Against Women (A Project by Minnesota Advocates for Human Rights), "Ad hoc International Tribunals", 15 June 2006, See: [http://www.stopvaw.org/ Ad\\_Hoc\\_ International\\_ Tribunals.html](http://www.stopvaw.org/Ad_Hoc_International_Tribunals.html)

149. Nolic

150. William Bourdon et Emmanuelle Duverger, *La Cour Penale Internationale (le Statut de Rome)*, France, Edition de Seuil, 2000, p. 51.

ماده ۷ دارای عناوین مجرمانه متعددی از جمله بردگی، شکنجه، تعقیب و آزار و سایر اعمال غیرانسانی می‌باشند.

## گفتار دوم جنایت جنگی

جنایات جنگی، جنایاتی هستند که ارتکاب آنها نقض حقوق بشردوستانه بین‌المللی ناظر بر مخاصمات مسلحانه را در پی دارد. در واقع هدف حقوق بشردوستانه همواره محدود کردن آثار مخاصمات مسلحانه بوده است. حقوق بشردوستانه بین‌المللی تمامی کشورهایی را که دارای تعهدات بین‌المللی می‌باشند، مورد خطاب قرار می‌دهد. هر کشوری از به راه انداختن جنگ به گونه‌ای که حقوق بشردوستانه بین‌المللی را نقض نماید، ممنوع شده است. تکلیف دولت‌ها به اجتناب از جنگ‌ها محدود نشده است بلکه آنها می‌بایست اطمینان حاصل نمایند که در مخاصمات، افراد تحت کنترلشان پیرو مقررات حقوق بین‌الملل بشردوستانه هستند. در واقع منشور نورمبرگ نخستین سند بین‌المللی بود که به‌نحو صریح و روشنی به ذکر مصادیق جنایت جنگی پرداخت. محاکم نورمبرگ و توکیو محاکم بین‌المللی بودند که برای اولین بار افرادی را به‌طور مستقیم طبق حقوق بین‌الملل برای جنایات جنگی مسئول شناخته بودند که ارتکاب آنها در خلال مخاصمات مسلحانه بین‌المللی صورت گرفته بود. طبق حقوق عرفی، تجاوز به‌عنف در منشور نورمبرگ به‌عنوان یک جنایت جنگی ذکر نگردیده بود. اما در دادگاه توکیو تجاوز به‌عنف به‌عنوان جنایتی جنگی برای اولین بار مورد شناسایی و تعقیب قرار گرفت.

دادگاه نظامی بین‌المللی در توکیو، برخی نظامیان ژاپنی و مأموران غیرنظامی را به‌خاطر جنایات جنگی از جمله تجاوز به‌عنف مجرم اعلام نموده بود، چرا که آنان در اجرای وظایفشان برای اطمینان حاصل کردن از اینکه زیردستانشان از حقوق بین‌الملل تبعیت می‌نمایند، اهمال کرده بودند. در این خصوص می‌توان از قضیه آد میرال تویدا<sup>۱۵۱</sup> یاد نمود که به نقض حقوق و عرف‌های جنگی به‌خاطر مورد اغماض قرار دادن سوءاستفاده‌های مختلف از جمله تجاوز به‌عنف متهم شده بود لیکن از تمامی اتهامات مبرا گشت.

پروفسور بسیونی یکی از صاحب‌نظران برجسته حقوق بشردوستانه اظهار داشته است که اعمال ... خشونت علیه حیات و بهداشت و سلامت جسمانی و روانی اشخاص از جمله قتل و رفتارهای خشونت‌آمیز مانند شکنجه، نقص عضو عمدی یا هر شکل مجازات بدنی ... و تجاوز به

---

151. Admiral Toyoda

کرامت فردی به‌ویژه رفتار موهن و تحقیرآمیز، تجاوز به‌عنف و فحشای اجباری و هرگونه اشکال رفتار غیراخلاقی ... در هر زمان و در هر مکانی غیرقانونی هستند.<sup>۱۵۲</sup> تمامی موارد فوق در بند (ب) ماده ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری ذکر شده است.

پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری نیز در جزء (الف) بند (۲) ماده ۲۲ به بیان مصادیقی از جنایت جنگی علیه تمامیت جسمی پرداخته است. این ماده هرگونه اعمال غیرانسانی علیه حیثیت یا تمامیت جسمی و روحی اشخاص مانند آزمایشات زیست‌شناختی را به‌عنوان مصادیقی از جرایم علیه تمامیت معنوی برشمرده است.<sup>۱۵۳</sup> در سال ۱۹۹۳ کمیسیون حقوق بشر ملل متحد قطعنامه‌ای را صادر نمود که در آن تجاوز به‌عنف برای اولین بار صریحاً جنایت جنگی اعلام گردید.<sup>۱۵۴</sup> تا پیش از صدور این قطعنامه هیچ سند بین‌المللی تجاوز به‌عنف را صریحاً به‌عنوان جنایتی جنگی قلمداد ننموده بود.

در سال ۱۹۹۳ دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق تعقیب جنایات جنگی را با تصویب اساسنامه دادگاه و طبق ماده ۲ و ۳ آن آغاز نمود. دادگاه بین‌المللی کیفری رواندا نیز طبق ماده ۴ اساسنامه خود دارای چنین قدرتی است. ماده ۲ اساسنامه<sup>۱۵۵</sup> دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق که تقریباً کلمه به کلمه هریک از جرائم مهم مذکور در مقررات نهایی کنوانسیونهای چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ (۵۰، ۵۱، ۱۳۰ و ۱۴۷) را منعکس می‌نماید، صلاحیت رسیدگی به نقض‌های فاحش کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ و ماده ۳ اساسنامه<sup>۱۵۶</sup> دادگاه مزبور

۱۵۲. دیپیم، پیشین، ص ۲۹۳.

۱۵۳. نظریه، شاپور «مفهوم جرم جنگی و مسئولیت کیفری مجرمان جنگی در حقوق بین‌الملل»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق بین‌الملل، دانشگاه علامه طباطبائی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، نیمسال اول ۷۸-۱۳۷۷، ص ۸۲.

154. Martin Donohoe, "War, Rape and Genocide: Never again?", 2004, See: [www.medscape.com/viewarticles/491147](http://www.medscape.com/viewarticles/491147)

۱۵۵. ماده ۲ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق: نقض فاحش کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹: این دادگاه بین‌المللی اختیار دارد اشخاصی را که دست به ارتکاب نقض‌های فاحش مفاد کنوانسیون‌های مورخ ۱۲ اوت ۱۹۴۹ ژنو زده‌اند یا دستور ارتکاب آن را داده باشند تحت تعقیب قرار دهد؛ نقض‌های مذکور عبارتند از هرکدام از اعمال مشروحه زیر که علیه اشخاص یا اموال مورد حمایت مقررات کنوانسیون مربوطه ژنو ارتکاب یابد:

(الف) کشتار عمدی؛

(ب) شکنجه یا رفتار غیرانسانی از جمله آزمایش‌های زیست‌شناختی؛

(ج) وارد کردن عمدی رنج عظیم یا صدمه جدی به سلامت یا تمامیت جسمانی؛

(د) تخریب و تصاحب گسترده اموال که ضرورت نظامی آن را توجیه نماید و به‌صورت غیرقانونی و بی‌محابا انجام شود؛

(ه) واداشتن اسیرجنگی یا شخص غیرنظامی به خدمت در صفوف قوای نیروی دشمن؛

(و) محروم نمودن عمدی اسیر جنگی یا فرد غیرنظامی از حقوق مربوط به دادرسی قانونمند و عادلانه؛

(ز) بیرون راندن یا انتقال غیرقانونی یا حبس غیرقانونی یک فرد غیرنظامی؛

(ح) به‌گروگان گرفتن غیرنظامیان.

۱۵۶. ماده ۳ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در خصوص تخلف از قوانین و عرف‌های جنگی مقرر می‌دارد: «این دادگاه بین‌المللی اختیار خواهد داشت اشخاصی را که از قوانین و عرف‌های جنگی تخلف ورزیده‌اند مورد تعقیب قرار دهد. تخلفات مزبور از جمله شامل موارد زیر است اما محدود به آنها نمی‌باشد:



صلاحیت رسیدگی به نقض حقوق و عرف‌های جنگی را به دادگاه اعطا نموده است. در مواد ۲ و ۳ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق هیچ اشاره‌ای به خشونت جنسی به عنوان نقض فاحش یا نقض حقوق و عرف‌های جنگی نشده است؛ هرچند که تفسیر این مقررات در قضایای دادگاه‌های بین‌المللی کیفری چه در یوگسلاوی سابق و چه رواندا چنین اعمالی را نیز تحت پوشش قرار می‌دهد. ریگان رالف،<sup>۱۵۷</sup> مدیر اجرایی بخش حقوق زنان سازمان دیده‌بان حقوق بشر گفته بود که «تجاوز به‌عنف، جنایت جنگی خطیری همچون سایر جنایات است. شناسایی این جنایت همواره بر روی کاغذها وجود داشته است ولی امروزه دادگاه‌های بین‌المللی بالاخره آن را عملی کرده‌اند».<sup>۱۵۸</sup> تئودور مرون، رئیس اسبق دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق نیز در سال ۱۹۹۳ اظهار داشت که «سوءاستفاده‌های وصف‌ناپذیر از هزاران زن در سرزمین‌های یوگسلاوی سابق ... جامعه بین‌المللی را دچار شوک نموده است و موجب شده تا دوباره به ممنوعیت تجاوز به‌عنف به عنوان جنایتی جنگی فکر نمایند».<sup>۱۵۹</sup>

برخلاف مقررات جنایات جنگی در اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق، بند (ه) ماده ۴ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا به اعمال خشونت جنسی از جمله تجاوز به‌عنف و فحشای اجباری در هر شکل از هتک ناموس اشاره و آن را ذیل هتک حرمت فردی دسته‌بندی نموده است. این عبارت عیناً از جزء (ه) بند (۲) ماده ۴ پروتکل دوم الحاقی ۱۹۷۷ نسخه‌برداری شده است.

اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق به‌طور تلویحی قدرت تعقیب جنایت خشونت جنسی را به عنوان جنایات جنگی به دادگاه مزبور داده است، اگرچه خشونت جنسی به عنوان روشی جنگی در طی مخاصمه بوسنی به کار رفته است، دادگاه مجبور شده بود که خشونت جنسی را به عنوان جنایت جنگی برمبنای نقض فاحش مقررات کنوانسیون‌های ژنو یا سایر نقض‌های حقوق و

---

(الف) بکارگیری سلاح‌های سمی یا سلاح‌های دیگر به انتظار تحمیل رنج غیرضروری؛  
 (ب) تخریب بی‌محابای شهرها، شهرک‌ها یا روستاها یا اقدام به ویرانگری در آنها که خارج از حد ضرورت نظامی باشند؛  
 (ج) حمله یا بمباران شهرها، روستاها، اماکن مسکونی و ابنیه بی‌دفاع با هر وسیله؛  
 (د) توقیف، تخریب یا ایراد خسارت عمدی به مؤسساتی که به مقاصد مذهبی، خیریه و آموزشی اعم از علوم و فنون اختصاص دارد یا بناهای تاریخی یا آثار علمی و هنری؛  
 (ه) چپاول اموال عمومی یا خصوصی».

157. Regan Ralph

158. Human Rights Watch Organization, "Human Rights watch Applauds Rwanda Rape Verdict", See: <http://www.hrw.org/english/docs/1998/09/02/rwanda1311.htm>.

159. Karen Engle, "Feminism & its (Dis) Contents: Criminizing wartime Rape in Bosnia & Herzegovina", American Journal of International Law, Published by the American Society of International Law, vol. 99, No. 4, 2005, p. 779.

عرف‌های جنگی تعقیب نماید.<sup>۱۶۰</sup>

در نهایت به‌هنگام تأسیس دیوان بین‌المللی کیفری، اساسنامه رم مصوب ۱۹۹۸ مانند اساسنامه‌های محاکم بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق و رواندا و پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل با استناد به دو گروه مختلف از قواعد یعنی کنوانسیون‌های ژنو بجز پروتکل‌های الحاقی (جزء الف) و (ج) بند (۲) اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری و حقوق بشردوستانه بین‌المللی (از جمله قوانین و عرف‌های جنگی) جنایات جنگی را تحت صلاحیت دیوان تعریف می‌نماید.

در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری جنایات جنگی تنها در ماده ۸ که طولانی‌ترین مقررات از میان سه مقررات مربوط به جنایات در اساسنامه (ماده ۶، ماده ۷ و ماده ۸) می‌باشد، تعریف شده است.

ماده ۸ اساسنامه مذکور (شق (۲۲) جزء (ب) بند (۲) و شق (۶) جزء (هـ) بند (۲)) تنها سند بین‌المللی است که به‌صراحت جنایات خشونت جنسی اعم از تجاوز به‌عنف، بردگی جنسی، حاملگی اجباری، عقیم‌سازی اجباری، فحش‌ای اجباری و هر شکل از خشونت جنسی همسنگ با آنها به لحاظ شدت را جزء جنایات جنگی برشمرده است اعم از اینکه در مخاصمات بین‌المللی یا در مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی ارتکاب یافته باشند.

### گفتار سوم جنایت نسل‌زدایی

نسل‌زدایی یکی از قدیمی‌ترین و وحشیانه‌ترین جنایات شناخته شده در طی قرون و اعصار است که به‌عنوان «بدترین جنایت» قلمداد شده است. همان‌گونه که گزارشگر ویژه ملل متحد در سال ۱۹۷۸<sup>۱۶۱</sup> بیان داشت «نسل‌زدایی مهم‌ترین و وخیم‌ترین جنایات علیه بشریت»<sup>۱۶۲</sup> است.

قرن بیستم به کرات شاهد نابودی دسته‌جمعی انسان‌ها بوده است. از آن جمله می‌توان کشتار ارامنه در خلال جنگ جهانی اول در فاصله سال‌های ۱۹۱۴ و ۱۹۱۶ به دست امپراتوری عثمانی، قتل‌عام یهودیان توسط آلمان نازی و کشتار میلیون‌ها نفر از کامبوجی‌ها در اواسط دهه ۱۹۷۰ توسط رژیم خمرهای سرخ نام برد. هرچند در منشور نورمبرگ یا حتی رأی دادگاه نورمبرگ اشاره خاصی به واژه نسل‌زدایی نگردیده بود ولیکن یک‌سال بعد از خلق این واژه از سوی لمکین، این اصطلاح توسط دادستان‌ها (البته نه قضات) در کیفرخواست‌های صادره در دادگاه نورمبرگ به کار برده

160. Gerhard Werle, *op.cit.*, p. 312.

161. Sita Balthazar, *op.cit.*

۱۶۲. در مفهوم کلی می‌توان گفت که نسل‌زدایی بدترین شکل از جنایات علیه بشریت است اما در مفهوم فنی جنایت نسل‌زدایی مستقل از جنایت علیه بشریت در اساسنامه‌های دادگاه‌های بین‌المللی کیفری قلمداد شده است.

شد. آنچه که امروزه تحت عنوان نسل‌زدایی تعبیر می‌شود در دادگاه نورمبرگ در کیفرخواست‌هایی علیه جنایتکاران نازی به‌دلیل «کشتار جمعی یهودیان اروپا» تحت عنوان جنایت علیه بشریت مورد رسیدگی قرار گرفت.<sup>۱۶۳</sup> علاوه بر منشور نورمبرگ، نه بند (ج) ماده ۶ منشور دادگاه بین‌المللی نظامی و نه جزء (ج) بند (۱) ماده ۳ قانون شماره ۱۰ شورای کنترل متفقین صریحاً نسل‌زدایی را به‌عنوان دسته جداگانه‌ای از این جنایات در نظر نگرفته‌اند. با این وجود عبارت‌پردازی مقررات مربوطه صریحاً نشان می‌دهد که جنایات نسل‌زدایی را شامل می‌شوند.

بالاخره شقاوت‌های ارتكابی توسط آلمان‌ها در طی جنگ جهانی دوم، وجدان بشریت را تکان داد و در سال ۱۹۴۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد نسل‌زدایی را به‌عنوان جنایتی بین‌المللی اعلام نمود و اقدام به تهیه طرح یک معاهده در خصوص نسل‌زدایی کرد که همان کنوانسیون جلوگیری و مجازات جنایت نسل‌زدایی ۱۹۴۸ می‌باشد. ممنوعیت ارتكاب جنایت نسل‌زدایی بنابر تصریح این کنوانسیون امروزه بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی تبدیل شده است و به سطح یک قاعده آمره رسیده است. تعریف نسل‌زدایی در دهه‌های بعد عیناً در اساسنامه‌های دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق (ماده ۴) و دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا (ماده ۲) و دیوان بین‌المللی کیفری (ماده ۶) تکرار شده است. از این رو دادگاه‌های مذکور و دیوان دارای قدرت تعقیب افرادی هستند که مرتکب نسل‌زدایی گردیده‌اند. جنایت خشونت جنسی نیز می‌تواند با هدف نسل‌زدایی انجام گیرد و تحت این عنوان نیز قابل تعقیب دانسته شود. این عمل باعث می‌شود که افراد و خانواده‌ها از روی ترس، محل سکونت خود را ترک کرده و در مناطق گوناگون پراکنده شوند که همه اینها با هدف از بین بردن یک گروه دارای نژاد، مذهب یا ملت خاص انجام می‌گیرد. در تعریف نسل‌زدایی مشمول کنوانسیون نسل‌زدایی ۱۹۴۸ هیچ اشاره صریحی به تجاوز به‌عنف و خشونت جنسی به‌عنوان روشی برای نسل‌زدایی یا نابودسازی یک گروه براساس جنسیت نشده است. در پیش‌نویس کنوانسیون نسل‌زدایی مورخ ۱۹۴۷ «گروه‌های نژادی، ملی، زبانی، مذهبی یا سیاسی نوع بشر»<sup>۱۶۴</sup> به‌عنوان گروه‌های در معرض نسل‌زدایی بیان شده بودند؛ درحالی‌که کنوانسیون نسل‌زدایی ۱۹۴۸ تنها «گروه‌های ملی، قومی، نژادی یا مذهبی» را برشمرده و گروه زبانی و سیاسی را حذف نموده است. به‌علاوه پیش‌نویس کنوانسیون ۱۹۴۷ به «نسل‌زدایی بیولوژیکی» اشاره نموده است که «توالد را وسیله (الف) عقیم‌سازی و یا سقط جنین اجباری یا (ب) جداسازی جنسی یا (ج) موانعی برای ازدواج؛ یک زیرپاراکراف هم که بعدها اضافه

۱۶۳. ویلیام ا. شبت، پیشین، ص ۳۸.

164. Article I (I) of the First Draft of the Genocide Convention, Prepared by UN Secretariat, May 1947, UNDoc.E/ 447.

گردیده است (د) تحمیل اقداماتی به قصد جلوگیری از تولد در گروه‌ها محدود کرده است».<sup>۱۶۵</sup> شاید بتوان چنین قلمداد نمود که عبارت «ایراد عمدی صدمه جدی جسمی یا روحی» در بند (ب) ماده (۱) کنوانسیون نسل‌زدایی ۱۹۴۸ به‌طور تلویحی دربردارنده تجاوز به‌عنّف و سایر اشکال خشونت جنسی به‌عنوان ابزاری برای نسل‌زدایی باشد.

تا امروز چشمگیرترین پیشرفت‌ها درخصوص تعقیب خشونت جنسی به‌عنوان نسل‌زدایی در رویه دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا صورت گرفته است تا دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق. با این وجود در قضیه فوروندزیجا<sup>۱۶۶</sup> شعبه دادرسی دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق مستقیماً در این مورد تصمیم‌گیری نموده است و طبق اساسنامه دادگاه مذکور تجاوز به‌عنّف می‌تواند نسل‌زدایی تلقی شود.

به‌علاوه در طی استماع قاعده ۶۱ در قضیه کارادزیچ و ملادیچ،<sup>۱۶۷</sup> دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق ادله‌ای را در مورد لطمات جسمی و روحی وارده به‌عنوان نتیجه خشونت جنسی علیه زنان در بوسنی استماع نموده است. شعبه دادرسی صریحاً تأیید نموده است که وقوع تجاوز به‌عنّف سیستماتیک می‌تواند عاملی مناسب در تعیین قصد نسل‌زدایی باشد.<sup>۱۶۸</sup>

## نتیجه‌گیری

با توجه به تحقیقات صورت گرفته به‌نظر می‌رسد هدف از جرم انگاری خشونت جنسی در اسناد و آراء دادگاه‌های بین‌المللی کیفری و تأسیس محاکم بین‌المللی و به‌ویژه دیوان بین‌المللی کیفری و مجازات‌های صادره از سوی این محاکم از یک‌سو انتساب جنایت فوق به متهمان مذکور بوده باشد که می‌بایست شاهد مجازات جنایات خود باشند و از سوی دیگر برای جلوگیری و بازداشتن همیشگی کسانی بوده باشد که در آینده ممکن است به ارتکاب شرارت‌هایی از این دست برانگیخته

**165.** Article I (II) (2) of the First Draft of the Genocide Conventin, Prepared by UN Secretariat, May 1947, UNDoc.E/ 447.

**166.** Furundzija Judgment, para. 172.

**167.** Karadzic & Mladic

راتکو ملادیچ (Ratko Mladic) در طی مخاصمه میان کروات‌ها و JNA، فرمانده ارشد JNA بوده است و در ۴ اکتبر ۱۹۹۱ از سوی ریاست جمهوری به سمت ژنرال ارتقاء یافت. رادوان کارادزیچ (Radovan Karadzic) در ۲۰ دسامبر ۱۹۹۲ قبل از آنکه رئیس‌جمهور صربستان گردد، فرمانده ارشد نیروهای مسلح بوده است. وی در جولای سال ۲۰۰۸ در حومه بلگراد دستگیر شد.

**168.** Prosecutor v. Karadzic & Mladic, Review of Indictment pursuant of Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Case NO. IT-95-5-R61 & IT-95-18-R61, July 1996, para. 94.

برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به:

Michelle Jarvis, "An Emerging Gender Perspective on International Crimes", Edited by Gideon Boas & William A. Schabas, "International Criminal Law Developments in The Case Law of the ICTY", Netherland, Published by Martinus Nijhoff Publishers, Vol. 6, 2003, p. 172.

شوند، با این قصد که به آنها نشان داده شود که جامعه بین‌المللی دیگر حاضر به تحمل نقض حقوق بشر و حقوق بشردوستانه نمی‌باشد و اینکه دیگر جنایات خشونت جنسی تنها روی برگه‌ها و به‌صورت نوشته نیست بلکه محاکم بین‌المللی رسیدگی به آنها را به‌صورت عملی آغاز کرده‌اند. اما هنوز هم این خطر احساس می‌شود که رسیدگی به این جنایات به‌عنوان جنایت علیه بشریت، جنایت جنگی یا شکلی از جنایت نسل‌زدایی با جدیت‌های خاصی صورت نگیرد. علی‌رغم تلاش‌های بسیار و گام‌های بلند در اسناد بین‌المللی، محاکم بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و رواندا و اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری هنوز دسترسی کافی به عدالت برای زنان و کودکان و حتی مردانی که قربانی خشونت جنسی در مخاصمات گردیده‌اند، وجود ندارد. این‌گونه افراد بیشتر و بیشتر قربانی این‌گونه شرارت‌ها گردیده و از جوامع طرد می‌گردند، در صورتی که متجاوزان بدون مجازات باقی می‌مانند.

از این‌رو لازم است که با فرهنگ‌سازی و آموزش افراد در هریک از کشورهای سرتاسر جهان به آنها یاد داده شود که در صورت بروز چنین وقایعی از ابراز آن ابائی نداشته باشند و ملاحظات فرهنگی و مذهبی نمی‌بایست مانع از اظهار چنین اتفاقاتی گردد. به‌علاوه محاکم بین‌المللی نیز می‌بایست اقدام به اصلاح سیستم خود نموده و وکلا و دادستان‌ها را از به ستوه آوردن و تحقیر قربانیان در طی بازجویی‌ها در خصوص سابقه جنسی و وقایعی که برایشان پیش آمده است منع نمایند، چرا که تجربه نشان می‌دهد، وقتی قربانی احساس نماید که به‌طور کامل در طی فرآیند دادرسی و شهادت از وی حمایت نمی‌شود، اغلب از شهادت دادن امتناع می‌ورزد.

به‌طور کلی با توجه به تحقیقات صورت گرفته بر روی آراء محاکم بین‌المللی کیفری به‌ویژه یوگسلاوی سابق و رواندا به‌نظر می‌رسد که برخی از مصادیق خشونت جنسی به‌صورت تفصیلی مورد تعریف قرار گرفته‌اند و این خود نقش به‌سزایی در بسط مفهوم جنایت خشونت جنسی و شناسایی آن به‌عنوان جنایتی بین‌المللی تحت عناوین جنایت علیه بشریت، جنایت جنگی و جنایت نسل‌زدایی داشته است؛ لذا اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری ضمن جرم‌انگاری کلیه مصادیق خشونت جنسی (تجاوز به‌عنف، بردگی جنسی، فحشای اجباری، حاملگی اجباری، عقیم‌سازی اجباری و سایر اشکال خشونت جنسی همسنگ با آن) و شناسایی این جنایت تحت عنوان جنایات بین‌المللی، جنایت علیه بشریت (ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری) و جنایت جنگی (ماده ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری) در واقع به مصونیت‌ها برای ارتکاب خشونت جنسی پایان داده است. در خصوص تلقی جنایت خشونت جنسی به‌عنوان جنایت نسل‌زدایی هم هرچند محاکم بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و رواندا به‌طور ضمنی به آن اشاره نموده و ماده ۶ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به‌طور صریح جنایت خشونت جنسی را تحت عنوان ایراد صدمه جدی جسمی یا روحی نوعی نسل‌زدایی تلقی کرده است، اما لازم است که تلقی جنایت خشونت جنسی به‌عنوان نسل‌زدایی با جدیت و دقت بیشتری مورد

بررسی و پیگیری قرار گیرد. از سوی دیگر نقش دیوان بین‌المللی کیفری و آراء محاکم یوگسلاوی سابق و رواندا را در بررسی ارکان و عناصر مصادیق جنایت خشونت جنسی نباید نادیده انگاشت.

برای مبارزه با مصونیت‌ها برای خشونت‌های جنسی و رسیدگی به چنین جرائمی لازم است استراتژی‌ها، ابزارها و فشارهای بین‌المللی را نه تنها برای تعقیب مرتکبین و محاکمه آنها بلکه برای ایجاد نظامات حقوقی داخلی به کار ببریم که بتواند با نگاه ریزبینانه‌تری خشونت‌های جنسی را مورد بررسی قرار دهند. به طور کلی جامعه بین‌المللی در قبال رفع هرگونه خشونت جنسی یا حداقل تقلیل آن نسبت به زنان، کودکان و حتی مردان، مسئول و متعهد می‌باشند. از آن جمله می‌توان از آگاه ساختن بالاترین رده‌های نظامی و حتی غیرنظامی در چارچوب کنفرانس‌ها و نشست‌ها، استفاده از اسناد مناسب برای آموزش مفید و کارآمد، ذکر وظایف آموزش و دستورات آموزش سالانه، همکاری‌های نزدیک میان بخش‌های حقوقی، عملیاتی و آموزشی نام برد. بهتر است که آموزش به صورت ساده باشد که فهم آن برای تمامی افراد ممکن باشد و با استمرار صورت گیرد و مرور زمان موجبات فراموشی آن را فراهم نیاورد. حتی لازم است تمامی شهروندان نسبت به مصادیق مختلف خشونت جنسی و عناوین مجرمانه آن و مجازات‌های در نظر گرفته شده، آشنایی پیدا نمایند تا از این طریق نه تنها با حقوق خود آشنایی یابند بلکه از اقدام به هر عملی از این دست منصرف گردند، چرا که از عواقب آن مطلع می‌گردند.

این گونه آموزش‌ها با اصلاح قوانین داخلی برخی از کشورها که جنایات خشونت جنسی را به دیده اغماض نگریسته‌اند امکان‌پذیر است، چرا که وقتی کشوری حتی تعریفی از تجاوز به عنف در قوانین داخلی خود ندارد، چگونه می‌تواند آن را محکوم نموده و برای آن مجازات‌هایی در نظر گیرد. لازم است دولت‌ها متعهد گردند که تعریف روشن و جامعی از خشونت‌های جنسی را در قوانین خود وارد نموده و مجازات‌های آن را تعیین نمایند. جوامع می‌بایست با حمایت از قربانیان و برگزاری جلسات مشاوره روانی برای آنان امکان بازگشت به زندگی و حق کنترل دوباره زندگی را فراهم آورند. بنابراین مسئولیت جامعه بین‌المللی در پیشگیری، مقابله و رفع آثار جنایات خشونت جنسی بسیار خطیر و مهم می‌باشد.

مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری  
سال بیست و پنجم، شماره ۳۹، ۱۳۸۷، صص ۱۴۷-۱۶۳، تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۸۷/۵/۴، تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۸۷/۸/۹

## شکل‌های نامتقارن بین‌المللی شدن حقوق کیفری\*

میشل مسه\*\*

مترجم: روح‌الدین کردعلیوند\*\*\*

### چکیده

بین‌المللی شدن حقوق کیفری، حرکتی است که سرانجام آن را به‌درستی نمی‌دانیم. از این حرکت تنها شکل‌های آن را می‌شناسیم که برخی از آنها کم و بیش نامتقارن هستند. مقاله حاضر، این بی‌تقارنی را از کمترین تا بیشترین اندازه آن، بررسی می‌کند و دشواری‌های ناشی از آن جهت نظریه‌پردازی در مورد مجموع این شکلها را خاطرنشان می‌سازد.

۱- بین‌المللی شدن حقوق کیفری در پژوهش‌های فراوانی بررسی شده ولی به‌ندرت مورد تعریف قرار گرفته است. زیرا موضوع این تحقیق‌ها، هر چند بدیهی، پدیده‌ای است که آن را به‌سختی می‌توان شناخت، حرکتی<sup>۱</sup> است که نقطه آغازش را می‌دانیم اما از سرانجام آن بی‌خبریم. وانگهی، حرکت نامبرده خود را در جهت‌های بسیار متفاوت آشکار می‌کند.

در ابتدا می‌شد که حقوق کیفری را همانند هر شاخه دیگر از حقوق مدرن یا کلاسیک با عنوان‌های سه‌گانه «حاکمیت، سرزمینی و قانونی بودن» مشخص ساخت. این حقوق با دولت که تنها

\*. Michel Massé, Des figures asymétriques de l'internationalisation du droit pénal, Revue de science criminelle et du droit pénal comparé, Octobre / Décembre 2006. pp. 755- 765.

\*\* استاد دانشکده حقوق و علوم اجتماعی دانشگاه پواتیه

\*\*\* دانشجوی دکترای حقوق کیفری دانشگاه پواتیه، rouheddin.kordalivand@etv.univ-poitiers.fr

۱. رک.

M. Delmas- Marty, Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné (Seuil 2006), p. 255.

دارنده قدرت کیفردهی است شناخته می‌شد؛ دولتی که نمی‌توانست اختیارات حاکمیتی خود را در خارج از مرزهایش به اجرا درآورد. در ادامه، و بیش از پیش در بستر جهانی شدن، بین‌المللی شدن حقوق کیفری پدیدار گشت؛ اصطلاحی که تعیین‌کننده تمام آن چیزی است که حقوق کیفری را از دو پایه نخستینش یعنی حاکمیت و سرزمینی بودن،<sup>۲</sup> دور می‌کند. بنابراین می‌توان بین‌المللی شدن را بسان حرکتی دانست که با آن، حقوق کیفری مرزها را پشت سر می‌گذارد و از بند حاکمیت دولتها رهایی می‌یابد.<sup>۳</sup>

تأکید بر یک تحول تحمیل شده بر حقوق کیفری که آمادگی این‌گونه تغییرات را ندارد، (چه از طریق بین‌المللی شدن بزهکاری چه از طریق بین‌المللی شدن منابع)، امری معمول است. تعریف پیشنهاد شده بیشتر وجه دیگری از پدیده را خاطرنشان می‌کند؛ یعنی دگرگونی حقوق کیفری از طریق تعریف دوباره توانایی‌های آن و جابه‌جایی منبع حق کیفر دادن.

۲- از این گذشته آیا می‌توان باز از یک و همان رشته صحبت کرد؟ در واقع «شکل‌های» بین‌المللی شدن بسیار گوناگون‌اند. این حرکت در جهت‌های اگر نه مخالف، دست کم متفاوت آشکار می‌شود به‌طوری‌که مفهوم‌سازی آنچه زیر عنوان بین‌المللی شدن حقوق کیفری قرار می‌گیرد به صورت وابسته‌های یک موضوع تحقیق دشوار است. نزدیک شدن برخی از این شکلها به همدیگر تنش‌هایی را به دنبال دارد که وسعت آن را هنوز نمی‌شناسیم.

در راستای این نگرش است که برای روشن ساختن مشکل یاد شده و در نبود راهی برای غلبه بر آن، برخی از شکل‌های نامتقارن بین‌المللی شدن حقوق کیفری را مرکز توجه قرار می‌دهیم (یعنی شکل‌هایی که نه تنها ضد هم بلکه به‌طور عمیقی ناهمگن هستند؛ به‌گونه‌ای که در وابسته دانستن آنها به یک رشته یکسان تردید وجود دارد).<sup>۴</sup>

۳- همه شکل‌های بین‌المللی شدن این‌گونه نیستند ولی آنگاه که نامتقارن هستند تنشی با شدتی تغییرپذیر ایجاد می‌کنند. ما سعی خواهیم کرد که تنش یاد شده را با تمایز میان روندها، منابع و

---

۲. در مورد اصل قانونی بودن باید گفت که شکل قانون‌نامه (کد) هنوز پابرجاست. در واقع با کدهای کیفری موجود قوانین جدید را در خود ادغام می‌کنند (همانند افزایش سریع، مستمر و روبه رشد ماده‌های مربوط به حقوق کیفری بین‌المللی در کدهای کیفری و آیین دادرسی کیفری کشور فرانسه) یا اینکه کدهایی جدید پدیدار می‌شوند؛ در آلمان، قانون ۲۵ آوریل ۲۰۰۲ یک «کد حقوق کیفری بین‌المللی» را برای سازگار نمودن حقوق داخلی خود با اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برقرار ساخت. افزون بر این خود اساسنامه دیوان از برخی جهات به‌عنوان نخستین نمونه تدوین یک قانون‌نامه (کدیفیکاسیون) به‌نظر می‌رسد.

۳. در اینجا تعریفی که کلود لمبوا (Claude Lombois) از حقوق کیفری بین‌المللی به‌دست می‌دهد شایسته یادآوری است حقوق کیفری بین‌المللی «رشته‌ای حقوقی است که موضوع آن روابط میان حق کیفر دادن و حاکمیت دولتهاست».

۴. رک.

M. Delmas- Marty, Criminalité économique et atteinte à la dignité de la personne. VII: Les processus d'internationalisation, éd. de la Maison des sciences de l'Homme, Paris, 2001, p. 7.



هدف‌های بین‌المللی شدن نشان دهیم. خود این واژگان نیازمند توضیح، ساخته و پرداخته کردن هستند (آنها همواره مضمون‌های بسیار گوناگونی را در بردارند). به‌کارگیری آنها در اینجا دست‌کم این امتیاز را دارد که بازشناسی سه دیدگاه در مورد بین‌المللی شدن را برای ما ممکن می‌سازد. شکل‌هایی که بدین ترتیب آشکار می‌شوند کم و بیش نامتقارنند. اینک از شکل‌های با عدم تقارن کمتر به سوی شکل‌های با عدم تقارن بیشتر آغاز می‌کنیم.

### روندهای بین‌المللی شدن

۴- از آیین‌ها<sup>۵</sup> (یا فرایندهایی) آغاز می‌کنیم که بارزترین نموده‌های بین‌المللی شدن حقوق کیفری هستند، نموده‌هایی که با آنها بهتر می‌توان دید که چگونه حقوق‌های کیفری ملی کمتر از گذشته، بدون ارتباط با خارج به حیات خود ادامه می‌دهند. در اینجا شکل‌هایی را در نظر داریم که بی‌تردید متفاوت بوده ولی به‌طور کلی هم‌گرا به حساب می‌آیند؛ چرا که همه از یک حرکت ناشی شده‌اند و مرحله‌ها یا درجه‌هایی از یک پیشرفت می‌باشند. بدین خاطر در این قسمت از تحقیق، به همکاری (coopération)، هماهنگ‌سازی (harmonisation)، بازشناسی متقابل (reconnaissance mutuelle)، ادغام (intégration) و ... اشاره کوتاهی خواهیم کرد و نبود تقارن میان دو شکل بین‌المللی شدن قواعد و بین‌المللی شدن قضات را مشخص می‌سازیم.

### همکاری و ادغام

۵- همکاری، تقسیم دنیا میان دولتهای حاکم و همزیستی سیستم‌های حقوقی ملی را تأیید می‌کند. هدف همکاری ایجاد رابطه و پیام‌رسانی بین این سیستم‌هاست. از آنجایی که ایجاد رابطه بر پایه بی‌اعتمادی میان دولتها، که به‌طور طبیعی از حاکمیت هر دولت ناشی می‌شود، بنا شده است در نتیجه کنوانسیونهای بین‌المللی برای از پیش تعیین کردن موارد و شرایطی که در آنها می‌توان اعتماد کرد و همکاری را پیش‌بینی نمود، مورد مذاکره قرار می‌گیرند. با وجود پیشرفت‌های قابل توجه، ترازنامه این همکاری از لحاظ کارایی به‌طور کلی منفی است.

ادغام، برعکس به دنبال فراتر رفتن از مرزها و کاهش ناهمگرایی میان سیستم‌های ملی است. ادغام قابل درجه‌بندی است؛ نخستین شکل آن نزدیک‌سازی ساده سیستم‌ها است که به آن هماهنگ‌سازی هم گفته می‌شود. این شکل در واقع نوعی ایجاد سازگاری برای آسان کردن همکاری است. شکل دوم آن یگانه‌سازی (Unification) است که اگر دست‌کم یک دادگاه واحد

۵. رک.

Malabat.V, Les procédés de l'internationalisation du droit pénal, rapport de synthèse, dt. pénal sept. 2006, étude 17.

یکپارچگی تفسیر حقوق یکی شده را تضمین کند، با حذف تفاوتها با بالاترین درجه ادغام برابری می‌کند؛ اما عملی شدن یگانه‌سازی کامل، بسیار دشوار است؛ این کار چندان هم مطلوب نیست. خود می‌دانیم چگونه مفهوم<sup>۶</sup> حاشیه صلاحدید ملی راه خود را پیموده است.<sup>۷</sup>

ع- روشن است که میان این شکل‌های مختلف فرایندهای «تعامل»<sup>۸</sup> وجود دارد. در این زمینه می‌توان با آوردن جمله‌ای از روبرت روث (Robert Roth) جمع‌بندی کرد: «بهتر ساختن همکاری در قلمرو کیفری به‌روشنی به‌عنوان شاخصی برای هماهنگ‌سازی و حتی ادغام [کامل] حقوق کیفری و آیین دادرسی کیفری اندیشیده شده است. این کار از طریق سه مرحله کلاسیک- و در اصل پی‌درپی - صورت می‌گیرد و به تهیه یک حقوق واقعی فراملی می‌انجامد».<sup>۹</sup>

### هماهنگ سازی و بازشناسی متقابل

۷- همزیستی این دو روند در بستر اتحادیه اروپا تأمل‌های یکسانی را می‌طلبد. با این همه در ابتدا این احتمال وجود داشت که بتوان در آنها تقارن واقعی را یافت. به یاد می‌آورم که در حضور اروپایی‌هایی مصمم، گفته بودم که مفهوم شناسایی متقابل، ضعیف است. توصیف خوبی نبود، هدفم این بود که آن را در مقابل هماهنگ‌سازی قرار دهم. در واقع به راهبرد انگلیسی‌ای فکر می‌کردم که با صرفه‌جویی از بازشناسی متقابل روند هماهنگ‌سازی را ارتقاء بخشیده بود. باید یک مفهوم ساده می‌گفتم؛ این مفهوم حتی خود را بیش از حد ساده نشان داده است؛ می‌دانیم که هماهنگ‌سازی بی‌درنگ به کمک فرا خوانده شد و «همکاری به‌سوی هماهنگ‌سازی با نام

۶. Marge nationale d'appréciation: این مفهوم که در بستر حقوق اروپایی، ساخته و پرداخته شده کمیسیون و دیوان اروپایی حقوق بشر است، بر دو امر مهم دلالت می‌کند: نخست اینکه در نظم حقوقی مشترکی که در اروپا بر مبنای کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ایجاد شده است همواره تنشی از یک‌سو میان «وحدت» و «گوناگونی» رژیم‌های حقوقی و از سوی دیگر میان «اروپا گرایی» و «حاکمیت گرایی» کشورهای عضو اتحادیه اروپا وجود دارد. دوم آنکه از لحاظ فنی و در مقام اجرای تعهدات ناشی از کنوانسیون، کنترل ارگان‌های اروپایی (کمیسیون و دیوان اروپایی حقوق بشر) نقشی جانبی دارد و این دولتها هستند که برای ارزیابی شیوه اجرای تعهدات ناشی از کنوانسیون از بهترین موقعیت برخوردار هستند. لازم به یادآوری است که حقوق تضمین شده در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بر دوگونه‌اند: حقوقی که به هیچ ترتیب مشمول تخطی و محدودیت قرار نمی‌گیرند («هسته سخت» حقوق بشر) و حقوقی که امکان نقض و محدود کردن آنها وجود دارد. هرچند دولتها در انتخاب اقدام‌های مناسب برای اجرای تعهدات ناشی از کنوانسیون آزاد می‌باشند با این حال، باید «کمترین استاندارد» کنوانسیون را رعایت کنند، بدین معنی که نباید تمام بُرد هیچ حقی را از آن گرفت. (م)

۷. رک.

F. Tulkens et L. Donnay, L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanique indispensable par nature, Revue de science criminelle, 2006, p. 3.

۸. رک.

M. Delmas- Marty, Les Forces imaginantes du droit édité au Seuil: I. Le relatif et universel, 2004; II: Un pluralisme ordonné, 2006.

۹. R.Roth, *op.cit.*, p 134.

اصل بازشناسی متقابل تمایل پیدا کرد».<sup>۱۰</sup>

نهایتاً، در اینجا نیز همانند گذشته، مسئله عبارت است از تکثیر روندهای فعلی قابل استفاده، به منظور پیشروی در مسیر دلخواهی که هنوز بسیار دور می‌نماید. سیاست گام‌های کوچک، بدون هیچ ترسی و حتی در صورت لزوم برداشتن گامی به پشت سر برای برداشتن سه گام به جلو (همانند کاری که در مورد دستور بازداشت اروپایی انجام شد؛ یعنی بازگشت به تکنیک فهرست جرایم، امری که حقوق استرداد آن را از ابتدای قرن کنونی کنار گذاشته بود). اصل آن است که یک اثر «گیرودار» به سان «چرخ دنده» ایجاد شود، به این معنا که «هر مکانیسمی به‌طور اجتناب‌ناپذیری مکانیسم دیگر را فرا خواند».<sup>۱۱</sup>

### بین‌المللی شدن قواعد و بین‌المللی شدن قضات

۸- اگر باز هم میان این دو شکل، گیر و دار ایجاد می‌شود، در جهت مورد نظر نیست. در حقوقی که در نگاه نخست بر اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها بنا شده، منطقی است که قانون (کنوانسیون یا دیگر متن‌های بین‌المللی) مقدم بر قاضی باشد. اما حقوق در مبارزه با جرایم جنگی، جرایم علیه بشریت و جرم علیه صلح بدین‌گونه پیشرفت نکرد. نخست و به‌ویژه در نورمبرگ، سپس در یوگوسلاوی سابق و رواندا، اولویت به قاضی داده شد. متنی که صلاحیت قاضی را بنیان نهاد، جرایم قابل قضاوت را نیز با خود به همراه داشت. این بهایی بود که برای کارامدی پرداخت می‌شد. انتقادی که به این روش شد با گذشت زمان کم‌رنگ می‌شود و دیگر قابل استناد به دیوان بین‌المللی کیفری نیست. با این حال جای گفتن این نکته باقی است که تمام پروژه‌های<sup>۱۲</sup> تدوین قانونی - (کدیفیکاسیون) جرایم معروف به بین‌المللی با شکست روبه‌رو شد و اینکه بار دیگر هم این اساسنامه دادگاه است که کاملترین قالب تعریف جرایم را دربردارد. اما از طرفی یک تردید باقی می‌ماند؛ تا چه مدت دیگر چشم انتظار اجرایی شدن واقعی دیوان نامبرده خواهیم ماند؟ این پرسش نشان می‌دهد که قلمرو صلاحیت دادگاه تنها مسئله مورد بحث نیست بلکه این حقوق اساساً به علت بحرانهای جدی

۱۰. رک.

M.Delmas- Marty, Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques, D. 2006, chron. p. 951.

۱۱. Ibid, p. 954.

۱۲. رک.

Le projet de l'Association internationale de droit pénal, RIDP 1981, 1er semestre (texte) et 2e semestre (commentaires), et celui de la Commission du droit international de Nation Unies, Nouvelles études pénales, vol. 11, Commentaires on the International Law Commission's 1991 Draft Code of crimes against the Peace and Security of Mankind, Erès, 1993.

توسعه می‌یابد؛ بحرانهایی که امروزه در حد وسیعی موضوع رسانه‌ها هستند.

علاوه بر این، اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری راهی را برای یک تغییر جهت، اگر نگوئیم پسروی، آغاز کرده است. همان‌گونه که می‌دانیم، دیوان اولویتی که برای دادگاه نظامی بین‌المللی و دادگاههای کیفری بین‌المللی نسبت به دادگاههای ملی در نظر گرفته شده بود را برای راضی شدن به «تکمیلی بودن» دیوان کنار گذاشته است که روی هم رفته «جانبی بودن» حقوق اروپایی گنجانده شده در پیمان‌نامه ماستریخت در سال ۱۹۹۲ را یادآوری می‌کند. واپسین دهه قرن بیستم، هم زمانی برای پیشرفت قاضی کیفری بین‌المللی و هم زمانی برای وابسته کردن اعمال صلاحیت‌هایش بوده است. در نهایت، همان‌گونه که مارک هنزلن (Marc Henzelin) می‌گوید «قابل توجه‌ترین جنبه اساسنامه رم در آن است که حقوق [...] ماهوی را تا حدی برجسته نموده است که تا چندین سال پیش به سختی قابل تصور بود. پیدایش دیوان، دست کم به گونه‌ای، شایستگی این را داشت که در خارج از این چارچوب دولتها را به تدوین نوعی قوانین آرمانی حقوق بین‌المللی کیفری مجبور کند».<sup>۱۳</sup>

همچنین باید افزود که مسئله قاضی پیشرفت کمتری در بستر اروپایی دارد تا بستر جهانی (و این تناقض‌گویی چندانی نیست). کشورهای عضو اتحادیه هنوز بر سر یک دادستان اروپایی به توافق دست نیافته‌اند. بیشترین چیزی که اکنون می‌توان شاهد آن بود افزایش قدرت دادگستری اروپایی، اروپاوست،<sup>۱۴</sup> است.<sup>۱۵</sup>

۹- چه نتیجه‌ای می‌توان گرفت؟ آنچه حتمی است، اینکه مشروعیت قاضی کیفری بین‌المللی براساس شدت جرایم داخل در صلاحیتش درجه‌بندی شده است و نیز اینکه «حقوق کیفری امر تراژیک»<sup>۱۶</sup> برای آنکه عبارت استاد ژان کربنیه (Jean Carbonnier) را به کار گرفته باشیم، تنها عامل محرک در این مورد است. همه چیز هنوز به گونه‌ای اتفاق می‌افتد که گویا، مبارزه برای بی‌کیفر نماندن شبکه‌های بزهکاری سازمان یافته، که هرچه هم از آن در سمینارهای بین‌المللی گفته شود، به هیچ‌وجه قابل مقایسه با مبارزه علیه بی‌کیفری مرتکبان نسل‌کشی (ژنوسید) یا دیگر جنایات علیه بشریت نیست. مسئله دیگری که مطرح شدن آن آغاز شده، این است که دیگر نه حکومت قضات

۱۳. رک.

La Cour pénale internationale: organe supranational ou otage des États, Rev. pén. Suisse 2001, p. 221.

۱۴. Eurojust: در سال ۲۰۰۲ به منظور کمک به مراجع قضائی دولتهای عضو اتحادیه اروپا در جهت همکاری در زمینه بزهکاری‌های بزرگ فراملی برقرار شده است. اعضای این نهاد را یک دادستان، یک قاضی و یک افسر پلیس تشکیل می‌دهند که از بین خود یک نفر را برای مدت سه سال به عنوان رئیس انتخاب می‌کنند (م).

۱۵. پروژه پیمان‌نامه قانون اساسی اروپا در بردارنده این ایده بود و اکثریت را به راه‌اندازی یک «دادسرا بر مبنای اروپاوست» متعهد می‌کرد (ماده ۲۷۴، III)

۱۶. مراد استاد کربنیه از حقوق کیفری امر تراژیک آن قسمت از حقوق کیفری است که به امور مستلزم کیفر و نیز کیفر در معنای محدود آن؛ یعنی کیفر ننگ‌آور بدنی و رنج‌آور می‌پردازد (م).

(امری که در آموزه‌های حقوقی تازگی خود را از دست داده است) بلکه وجود یک قدرت قضائی لازم است تا بتوان آن را در نظم بین‌المللی بر دولتها تحمیل کرد. این مسئله به‌گونه‌ای گذرا در «فراخوان ژنو» در سال ۱۹۹۶ مورد توجه قرار گرفت. اما پرسشی که باقی می‌ماند این است که قضات بر اساس چه قانونی این چنین دولتها را مورد خطاب قرار می‌دهند؟ جواب این پرسش، با نگاه به استفاده‌ای که قضات دادگاه بین‌المللی برای یوگوسلاوی سابق از قدرت خود برای اصلاح آیین دلیل و دادرسی کرده‌اند، بار دیگر پنهان ماند. اینکه در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری اختیار اصلاح آیین دلیل و دادرسی، که شکلی از سازگاری با اوضاع و احوال است، در اختیار مجمع عمومی دولتهای عضو اساسنامه قرار گرفته (ماده ۱۱۲)، نشانگر مشکل یاد شده است. این مسئله همچنین در زمینه «اثرات متقاطع دادگاههای ملی و بین‌المللی» خود را نشان می‌دهد. در پشت تصویر آرامش بخش «خیرخواهی قضات» آقای گی.کانیو (Guy Canivet) بیان می‌کند: «این مسایل [...] پیش از هر چیز واقعی بودن یک قدرت یا یک نظم حقوقی فراملی که بر دسته‌ای از دادگاههای دولتی، وابسته یا غیروابسته به این نظم، اعمال شود را مورد سؤال قرار می‌دهد».<sup>۱۷</sup>

بی‌آنکه تا این مرحله پیش رویم و برای بازگشت دوباره به حقوق کیفری، اینک یک عدم تقارن دیگر را نشان می‌دهیم: تقدم هنجاری در حقوق داخلی و اولویت قضایی در حقوق بین‌المللی.

### منابع بین‌المللی شدن

۱۰- منابع مورد اشاره در اینجا، منابع شکلی هستند. در نگاه نخست، نه تنها روی هم انباشتگی، پراکندگی، تکه تکه شدن این منابع بلکه ساماندهی و میان برخورد آنها را می‌توان دید.<sup>۱۸</sup> شکل‌هایی که در این زمینه به‌دست می‌آید، همه متقارن نیستند ولی بیشتر آنها همگرا هستند. بدین خاطر، در مرحله نخست، به معرفی کوتاه جنبه منطقه‌ای یا گرایش جهانی این منابع می‌پردازیم. محاسن و معایب هر دو دسته از منابع و نیز تکمیلی بودن این «مکان‌های بین‌المللی شدن»<sup>۱۹</sup> با وجود بررسی‌های فراوان، با این حال، به صراحت قرن گذشته نیستند. تنشی که امروزه میان این دو شکل به‌خوبی نمایان است را در حد بیشتری نشان خواهیم داد؛ بین‌المللی شدن قراردادی (مبتنی بر کنوانسیون) و بین‌المللی شدنی که آن را اجباری می‌نامیم.

17. Revue de science criminelle, 2005, p. 799.

۱۸. رک.

M. Delmas-Marty, Les sources du droit international, p. 460.

۱۹. رک.

M. Delmas-Marty, Les Forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel, Seuil, 2004, p. 11.

## جهانی شدن و منطقه‌ای شدن

۱۱- جهانی شدن در آغاز یک‌جانبه و کمی امپریالیستی بود (هر دولتی حوزه اجرای قانون کیفری خود در قلمرو را گسترش می‌داد). سپس کنوانسیون‌های استرداد دوره دوجانبگی را با خود به‌همراه آوردند. در ادامه، کنوانسیون‌های با رسالت جهانی آمدند (سرکوب انتشار اثرهای هرزه در سال ۱۹۲۳، پول‌های تقلبی در سال ۱۹۲۹، بی‌آنکه مسئله مواد مخدر را نادیده بگیریم). منطقه‌ای شدن تنها بعدها و به‌ویژه پس از جنگ جهانی دوم در اروپا، پدیدار می‌شود. از ابتدای این دوره، درجه بین‌المللی شدن به‌صورت نسبت عکس مناسب با تعداد دولتهای درگیر آشکار شد، به‌طوری‌که سرنوشت‌سازترین پیشرفتهای میان شمار کمی از دولتهایی که نزدیکی زیادی با هم دارند به‌وجود آمد. در این باره نمونه حمایت از حقوق بشر به‌طور کامل گویاست. در گام اول بیانیه‌های یک‌جانبه آمریکایی و فرانسوی با دامنه تاریخی بزرگ اما بدون ارزش حقوقی الزام‌آور پدیدار شدند. سپس در گام دوم بیانیه جهانی ۱۹۴۸ با دامنه جغرافیایی جهانی ولی باز بدون ارزش حقوقی زیاد برقرار گشت. در گام سوم باید به سطح منطقه‌ای بازگشت تا اینکه یک متن بین‌المللی، قدرتی الزام‌آور پیدا کند (کنوانسیون اروپایی ۱۹۵۰). در گام چهارم نوبت به پیمان‌نامه‌های سازمان ملل در سال ۱۹۶۶ می‌رسد که همان ماهیت حقوقی کنوانسیون اروپایی را دارند اما بدون دادگاه...

حرکتهایی همانند در حقوق کیفری بین‌المللی و به‌ویژه در امر مبارزه با رشوه‌دهی<sup>۲۰</sup> یا پولشویی شکل گرفته است. مفهوم پولشویی در حقوق بین‌المللی مبارزه با مواد مخدر پدیدار گشت ولی مؤثرترین وسیله مبارزه با آن، یعنی کنوانسیون اروپایی ۱۹۹۰، تنها بین شمار کمی از دولتها برقرار شد، بمانند که دولتهای غیرعضو شورای اروپا به تدریج به این کنوانسیون می‌پیوندند. ۱۲- با این حال امتیازهای منطقه‌ای شدن هنوز مورد تأیید قرار نگرفته‌اند. به‌طور نمونه، در زمینه مبارزه با تروریسم، چه بسا بهتر می‌بود که پلیس اروپا به‌جای روابط با همسایگان نزدیک، روابطی با اعتماد بیشتر با هم‌تایان آمریکایی خود برقرار می‌کرد. درباره جنبه قضائی مسئله نیز گفته شد که هنوز یک قاضی کیفری اروپایی وجود ندارد. حتی در اروپا، مقایسه میان شورا و اتحادیه اروپا به‌خوبی نشان می‌دهد که، در فراسوی جنبه جغرافیایی، یکی از داده‌های مهم بین‌المللی شدن کیفری مربوط به نوع ابزار حقوقی به‌کار رفته است.

۲۰. رک.

M. Segonds. L'internationalisation de l'incrimination de la corruption (...ou le devenir répressif d'une arme économique), Dr. pén. sept. 2006, Étude 12.

## بین‌المللی شدن قراردادی و بین‌المللی شدن اجباری

۱۳- کنوانسیون بین‌المللی ایزاری است بسیار متناقض با بین‌المللی شدن حقوق کیفری. این تناقض را می‌توان در سطح اروپا مشاهده کرد، حال آنکه تنها بحث از دستیابی همگانی به روش‌های یک حاکمیت تقسیم شده یا به عبارت دقیق‌تر اعمال همگانی (یا نه، اشتراکی) اختیارات حاکمیتی برای مبارزه با جرایم حقوق همه‌گیر (عام) است. چنین مشارکتی به‌ندرت خودبه‌خود (خودجوش) است، بلکه همواره نتیجه مذاکرات توان فرساست. دولتها نسبت به این کار، از پیش، مقاومت می‌ورزند، حال چه به‌خاطر بی‌اعتمادی به دیگر دولتها و چه به دلیل ساده بی‌نیازی که ویژه حاکمان است. بی‌تردید، اتحادیه اروپا در حال تحول است؛ با این حال گذر از کنوانسیون به تصمیم - کادر<sup>۲۱</sup> به‌صورت یک پیشرفت بسیار نسبی باقی می‌ماند. مرحله دیگر که دارای قاطعیت بیشتری خواهد بود مرحله گذر از مسائل عدالت و پلیس به «نخستین ستون»<sup>۲۲</sup> پیمان‌نامه ماستریخت است.

به‌طریق اولی این تناقض در سطح جهانی نیز وجود دارد، آنگاه که حاکمیت، به‌خاطر پیگیری قضائی بالاترین مسئولان دولتی یا نظامی که به‌نام دولت یا تحت فرمانهای دولتی اقدام نموده‌اند، مهار شده یا زیر سلطه قرار می‌گیرند. به‌محض روبه‌رویی با بزهکاری سیاسی؛ بدین معنا که جرایم در راستای اجرای یک سیاست ارتکاب یافته‌اند، نباید به انتظار نشست که دولتهای مورد اتهام یا در خطر اتهام به سرکوب خود اجازه دهند. این در ماهیت کیفر است که مجبور ساز و محکوم‌کننده باشد. اگرچه خود دولتها از مجازاتهای کیفری واقعی در امان هستند ولی پیگیری قضائی نمایندگان آنها و تأثیری که در رسانه‌های همگانی ایجاد و یا جستجو می‌کند انکار کمال حاکمیت دولتها و در واقع نفی خود حاکمیت‌شان را در پی دارد.

این امر تنها در دو صورت امکان‌پذیر است: ۱) چنانچه دولت، براساس قراردادی نخستین، خود را در موقعیتی قرار داده که با خطر واقع شدن در اقلیت و یا محاکمه شدن روبه‌روست. ۲) چنانچه یک ارگان مرکزی که خود را بر دولت تحمیل می‌کند آن دولت را با اقتدار در برابر یک تصمیم قرار دهد. از انتقادهای اساسی گرفته شده به ترکیب و کارکرد شورای امنیت سازمان ملل که چشم‌پوشی کنیم، برقراری دو دادگاه بین‌المللی کیفری به‌وسیله این ارگان، بر مبنای فصل هفتم منشور، پیشرفت قابل ملاحظه‌ای بوده است. دولتها در تلاش برای ایجاد دیوان کیفری دایمی، با همکاری واقعی سازمانهای غیردولتی، به بیراهه نرفته‌اند. اما ارزش

۲۱. تصمیم - کادر (Décision - cadre) از جمله ابزارهای جدید پیش‌بینی شده در پیمان‌نامه اتحادیه اروپا برای ایجاد نزدیک‌سازی قانونی و آیین‌نامه‌ای بین کشورهای عضو اتحادیه است. این تصمیم از طرف کمیسیون و یا یک دولت عضو پیشنهاد شده و باید به اتفاق آراء به تصویب برسد (م).

۲۲. پیمان‌نامه اتحادیه اروپا دارای سه ستون است: ستون نخست بعد اشتراکی اتحادیه را شامل می‌شود. ستون دوم سیاست خارجی و امنیت مشترک، را دربردارد و ستون سوم به همکاری پلیسی و قضائی در زمینه کیفری اختصاص یافته است (م).

این نهاد جدید، بدین ترتیب کم شده است. تنها حکومت‌های قانونی به آن می‌پیوندند، حتی اگر شده فقط به منظور دفع خطرات از انحرافات فاسد باشد که علت وجودی دولت‌ها است. همه دولت‌ها هنوز بدان نپیوسته‌اند ولی شاید این از همه نگران‌کننده‌تر نباشد چرا که آنها می‌توانند تغییر عقیده دهند. بزرگترین نگرانی آن است که دولتهایی که سیاست آنها در نگاه نخست ارتکاب جرایم را در خود ادغام کرده، هیچ‌گاه به کنوانسیون رُم نپیوندند. آنگاه که جرایمی ارتکاب می‌یابد، لازم است که حقوق کیفری یا خود را تحمیل کند یا کنار رود.

۱۴- محدودیتهای بین‌المللی شدن قراردادی به روشنی در مقابل بزهکاری‌هایی نمایان می‌شود که کم و بیش، کار خود دولتهاست. مسئله مانند این است که از مرتکبان جرایم بسیار شدید بخواهیم که به سرکوب خود رضایت دهند. در این شرایط، واکنش باید فراملی باشد و نه تنها در نبود رضایت بلکه علیه انکار (اگرچه وتو باشد) و مصونیت‌خواهی دولت درگیر تحمیل شود. این امر در درون یک سازمان‌دهی منطقه‌ای، بیش از پیش با انسجام، به‌طور کامل غیرقابل تصور نیست. به‌درستی که تصور این امر در حقوق بین‌الملل عمومی دشوارتر است زیرا که در آن استفاده از اجبار نسبت به شکل‌هایی که تاکنون در گسترش این حقوق پذیرفته شده‌اند بسیار نامتعارف است.

### هدفهای بین‌المللی شدن

۱۵- در این دیدگاه نیز شکل‌های دیگری نمایان می‌شوند که بیشترین عدم تقارن را به ما نشان می‌دهند. در اینجا برخی از مهمترین آنها را بررسی می‌کنیم؛ بین‌المللی شدن برای سرکوب و بین‌المللی شدن برای حمایت از حقوق بنیادی. سپس تنها با بررسی شکل سرکوب، می‌بینیم که این شکل خود به دو شکل بین‌المللی شدن دفاعی و بین‌المللی شدن تهاجمی تقسیم می‌شود. در پایان در مورد بین‌المللی شدن تهاجمی، (که می‌توان آن را واکنشی نیز نامید) می‌بینیم که میان بین‌المللی شدن برای حمایت از بشریت و بین‌المللی شدنی که برای حمایت از بازار گسترش می‌یابد تقارنی وجود ندارد. در توضیح هر کدام از این شکل‌ها، از طریق مسائل مختلف، با بحث مشکل رابطه‌های میان حقوق کیفری و حقوق بشر روبه‌رو می‌شویم.

### بین‌المللی شدن برای سرکوب و بین‌المللی شدن برای حمایت از حقوق بنیادی

۱۶- در اینجا تفکیکی که والری مالابا (Valérie Malabat) برای آزمودن سازگاری روندهای بین‌المللی شدن و هدف دنبال شده انجام داده است را از سرمی‌گیریم. نویسندۀ نامبرده به نتیجه‌ای تناقض‌آمیز دست می‌یابد. از یک‌سو، هماهنگ‌سازی حقوق‌های کیفری برای



سرکوب بهتر هنوز امری دشوار است و چه بسا مناسب‌ترین روند نیز نباشد؛<sup>۲۳</sup> از سوی دیگر، الزام‌های کنوانسیون اروپایی حقوق بشر سرانجام در حد گسترده‌ای انتشار یافته است و هماهنگ‌سازی را امروزه به دنبال دارد که به خودی خود جستجو نمی‌شده است. برای تبیین بیشتر نویسنده نامبرده چنین ادامه می‌دهد: «در حقوق، همانند بسیاری از حوزه‌های دیگر، مطلع بودن از با هم کار کردن آسان‌تر است».

در این باره، پرسش پیچیده‌ای که آقای روبرت روث به شکل زیر بیان کرده پاسخی ماهرانه می‌خواهد: «چگونه می‌توان برخورد یا همزیستی میان منطق‌های سرکوب کیفری و حقوق بشر که در نگاه نخست حریف هم‌اند را فهمید؟». ابتدا باید پرسید این دو شکل - که یکی حق دفاع را بیان می‌کند یعنی حقوق کیفری و دیگری حق پایداری یعنی حقوق بشر - باید در درون یک رشته حقوقی، همراستا قرار داده شوند؟ دفاع و پایداری به ناگزیر نقض‌کننده هم نیستند. آنها دست کم نامتقارنند.

شکل‌های نامبرده یک ویژگی مشترک دارند؛ در هر دو یک منبع بین‌المللی حقوق، امری را بر حاکمیت دولتها تحمیل می‌کند، چه برای دیکته کردن جرایم جدید به آنها یا مجبور نمودن دولتها به همکاری و چه برای بازداشتن آنها از برخی روش‌های سرکوب. در یک رهیافت حاکمیت‌گرا نتیجه‌ها در واقع یکسانند. شدت آسیب به حاکمیت دولت براساس اینکه دولتی را وادار به سرکوب جرایم کرده یا آن را از سرکوب جرایم به دلخواه خود بازداریم لزوماً کمتر نخواهد بود. اما از دیدگاه آزادی، مسئله از پایه فرق می‌کند. قاضی که نگهبان آزادی است مخالفت اصولی با کمترین سرکوب یا سرکوبی که در حد بیشتری آزادی‌های اساسی را رعایت کند از خود نشان نمی‌دهد. بر عکس، هر حرکتی در جهت مخالف قاضی را به بررسی قانونی بودن، تحقیق درباره سلسله مراتب قواعد و مراقبت از رعایت درست آیین‌های دادرسی بین‌المللی فرا می‌خواند.

۱۷- بی‌گمان حقوق کیفری دارای دو بعد حاکمیتی و «تضمین‌گرا» (Garantiste) بوده و روشن است که حقوق کیفری بین‌المللی نباید بعد دوم آن را فراموش کند. بنابراین رسالت آن مراقبت از رعایت حقوق شخص مورد تعقیب کیفری از راه فرایندهای همکاری و بازشناسی متقابل است.<sup>۲۴</sup> مشکل واقعی اینجاست که چنانچه مصایب دستور بازداشت اروپایی را نیز باور داشته باشیم، این مسئله بیشتر مورد توجه حقوق‌های ملی (به‌طور خودجوش) قرار گرفته تا منابع بین‌المللی.<sup>۲۵</sup> آیا داشتن این بیم منطقی خواهد بود که این «کارکرد سپری [حقوق کیفری] در

23. V. Malabat, *op.cit.*

۲۴. رک.

La Régionalisation du droit pénal et la protection des droits de l'homme dans les procédures de coopération en matière pénale, RIDP 1994, Vol. 1- 2.

۲۵. رک.

فراملی بودن از بین برود؟»

برای باقی امر، بی‌گمان شایسته است که حقوق‌دانان در حد بیشتری میان بین‌المللی شدن حقوق کیفری و بین‌المللی شدن حقوق بشر تفکیک قایل شوند. بین‌المللی شدن حقوق بشر، براساس رهیافتی که ما در اینجا دنبال می‌کنیم، نباید جز در بحث منابع بین‌المللی حقوق کیفری داخلی مورد توجه قرار گیرد.

علاوه بر این، ممکن بود که رهیافت متفاوتی با آنچه بیان شد، فقط مختص اروپا بوده و با لحاظ ساختار دو قطبی قلمرو حقوقی اروپا استنباط شده باشد. این دیدگاه در حد بسیار اندکی در کتابهای کلود لُمبوا (Claude Lombois) و یا آندره هیو (André Huet) و رنه کورینگ ژولن (Renée Koering-Julien) دیده می‌شود. این آقایان ژان پرادل (Jean Pradel) و ژیر کورتن (Geert Cortens) هستند که در کتاب خود با عنوان *حقوق کیفری / اروپایی* این دیدگاه را نظام‌مند ساخته‌اند؛ بدون آنکه انسجام این امر، به‌عنوان یک رشته نوین، در تعریفی که از آن می‌دهند و یا در ساختار کتاب بدیهی آشکار شود. اما در عوض، هیچ نشانی از این رهیافت در کارهای آقای شریف بسیونی، (Cherif Bassiouni) و نه تا جایی که ما اطلاع داریم، در پژوهش‌های امریکایی یافت نمی‌شود. افزون بر این، در اثری با نام *حقوق بین‌المللی کیفری* که با همکاری آقایان آسانسیو، (H. Ascencio) دوسو، (E. Decaux) و پُلِه (A. Pellet)<sup>۲۶</sup> نوشته شده این دو مسئله با هم تطابق پیدا نمی‌کنند؛ که در نزد همکارانمان در رشته حقوق عمومی، حقوق بین‌المللی و حقوق بشر به‌درستی دو رشته متمایز هستند.

### بین‌المللی شدن دفاعی و بین‌المللی شدن تهاجمی

۱۸- بین‌المللی شدن با هدف سرکوب به نوبه خود دو شکل نامتقارن را دربرمی‌گیرد. یکی از آنها فقط دفاعی بوده، نسبت به بین‌المللی شدن بزهکاری چه از راه برداشتن مرزها و چه به‌خاطر ارتکاب یافتن در قلمرو بین‌المللی (قلمرو هوایی یا دریایی) و یا غیرملی (ایتترنت) واکنش نشان می‌دهد. در این موارد در حقوق داخلی، جرم‌انگاری صورت گرفته است. در اینجا تنها مسائل مربوط به صلاحیت و همکاری، مطرح می‌شوند که دولتها براساس آنها می‌توانند به سرکوب جرایم پردازند هر چند که این کار بسیار کم صورت می‌گیرد. گسترش همکاری تنها یک اثر بازتاب<sup>۲۷</sup> و حاشیه‌ای بر جرایم دارد.

In S. Manacorda, Judicial activisme dans le cadre de l'Espace de liberté, de justice et de sécurité de l'Union européenne, Revue de science criminelle, p. 940.

26. Droit international pénal, Pedone 2000.

۲۷. اگرچه در زمینه همکاری، کنوانسیونهای بین‌المللی به تعریف عنصرهای تشکیل‌دهنده جرایم نیز می‌پردازند، ولی پیش از هر چیز، برای مشخص کردن حوزه اجرایی این کنوانسیونها و استوار نمودن پایه‌های یک کار مشترک است.

بین‌المللی شدن بزهکاری هرچه که از آن گفته شود، تنها دلیل بین‌المللی شدن حقوق کیفری نیست. مواردی وجود دارد که در آنها تنها بحث از کارکرد ابزاری این حقوق نیست بلکه کارکرد نمادین آن در درجه نخست قرار می‌گیرد. در این موارد «جرم انگاری بین‌المللی سطح بالاتری را هدف قرار می‌دهد و توافق دولتها برای بازشناسی ارزش مورد حمایت را تأیید می‌کند. این جرم انگاری با بیان یک اخلاق (éthique)، بین‌المللی شدن امر محکوم‌سازی و نکوهش را نشان می‌دهد». در اینجا روش اقدام تنها از جنس فن حقوقی نیست بلکه سیاسی است. این روش تهاجمی، حالتی کنشی دارد و جرم انگاری اعمال جدید و یا تاکنون بی‌کیفر مانده را مورد هدف قرار می‌دهد.

در حقیقت، بسیار نادر است که ایجاد ارزش‌های اساساً جدید، هدف باشد. اعمال محکوم‌شده به گونه‌های مختلفی پیش از این، در حقوق‌های داخلی جرم‌انگاری شده‌اند، اما این جرم انگاری «اعتلای» لازم را ندارد زیرا خارجی و بین‌المللی بودن «خود داخل در ارزش حمایت شده است، و باید در جرم انگاری درج شود».<sup>۲۸</sup> بنابراین یک دگرگونی یا ابتکار در جرایم ملی لازم است بدین‌صورت که آنها را با توصیف‌های بین‌المللی پوشش می‌دهیم: بدین‌ترتیب از قتل عمد تا جنایت علیه بشریت توسط خرابکاری از راه انفجار با تروریسم یا از تقلب مالیاتی گرفته تا آسیب به منافع‌های مالی اتحادیه اروپا پوشش دوباره پیدا می‌کند. در واقع، از بین‌المللی شدن بزهکاری به بین‌المللی شدن جرم‌انگاری رسیده‌ایم. در اینجا نه تنها مرزهای زمینی بلکه «مرزهای ساختاری جرم انگاری» نیز موضوع بحث می‌باشند.

۱۹- هر دو شکل نامبرده فعال هستند. یکی از آنها دامنه بین‌المللی که حقوق‌های کیفری داخلی برای خود قایلند و همکاری بین آنها را دربرمی‌گیرد و دیگری آمال سرکوبگر حقوق کیفری بین‌المللی را. یکی عنصر بین‌المللی را به‌عنوان یک مشکل بررسی می‌کند (این همان روش حقوق بین‌الملل خصوصی است)، دیگری آن را همانند یک قاعده (این همان روش حقوق بین‌الملل عمومی است). در اینجا نبود تقارن به اندازه‌ای است که برخی از نویسندگان پیشنهاد می‌کنند در این زمینه دو رشته متفاوت تشکیل شود.<sup>۲۹</sup>

### بین‌المللی شدن برای حمایت از بشریت و بین‌المللی شدن برای حمایت از بازار

۲۰- با متمرکز کردن تحلیل بر روی جرم‌انگاری تهاجمی که سخت‌ترین قسمت تحلیل است،

28. J. Tricot in La Corruption internationale, Revue de science criminelle, 2005, p. 735.

۲۹. رک. مقاله نویسنده:

À la recherche d'un plan, peut-être même d'un titre, pour une nouvelle discipline juridique, p. 719 s, aux Études offertes à Claude Lombois, Apprendre à douter. Question de droit, question sur le droit, Pulim, 2004.

این مقاله را به پایان می‌بریم. زیرا امروزه می‌یابیم که از دیدگاه ارزش‌شناسی (axiologique)، هدف‌های بین‌المللی شدن ارزش‌های متفاوتی چون حمایت از بشریت (آنچه که پژوهشگران حقوق کیفری از مدتهای پیش پیش بدان آگاهند) و حمایت از بازار (آنچه که برای آنان تازگی بیشتری دارد) را نشانه گرفته‌اند. در این راستا باید به کارهای علمی خانم دلماس مارتی مراجعه کرد، که از حدود ده سال پیش، این تنش را شناخته و در مورد آن اندیشیده است: «در آغاز تحقیق خود به تنش میان اقتصاد و حقوق بشر اشاره کردیم که به شکل دو نیروی اصلی می‌مانند که برای بین‌المللی شدن حقوق به‌طور کلی و بین‌المللی شدن حقوق کیفری به‌طور خاص فشار می‌آورند. انتخاب دو موضوع مهم این تحقیق از اینجا ناشی می‌شود: بزهکاری اقتصادی و آسیبها به کرامت انسان. اگرچه هنوز در عمل تا رفع شدن تنش فاصله است، و از این جهت نخستین چالش یک حقوق جهانی<sup>۳۰</sup> است، میان این دو قطب، ناسازگاری نظری وجود ندارد و این دو از راه حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و نیز اصل تقسیم‌ناپذیری حقوق بشر به هم وابسته هستند».

این دو منطق، منابع تنش، با هم تناقض ندارند. براساس نظر نویسنده نامبرده اختلاف این دو را می‌توان پشت سر گذاشت «فرضیه مورد تحقیق در اینجا این است که حقوق کیفری با رسالت جهانی بُعدی اخلاقی در خود دارد که می‌تواند به برقراری تعادل میان ارزشهای تجاری و غیرتجاری، حل تعارض بین جهانی شدن اقتصادی و جهانی شدن حقوق بشر و به‌طور گسترده‌تر به تنظیم دوباره رابطه‌های قدرت میان سیاست، اقتصاد و حقوق بینجامد».<sup>۳۱</sup> این کاری است بسیار سخت زیرا «دوی سرعت» بین حقوق بشر و حقوق تجارت آغاز گردیده است. همان نویسنده تأیید می‌کند که «ناهمزمانی [این دو] نگران‌کننده است».

۲۱- خلاصه کردن مجموع این کارهای علمی غیرممکن است. ما به برخی از عنصرهای تحلیل بی‌تقارنی مورد نظر، که تنها هدف این مقاله است، بسنده می‌کنیم.

در درجه نخست باید تصریح کرد که واژه بشریت (humanité) در اینجا در معنایی کلی، برای جلب توجه به تفاوت دورنمای آن با حمایت از حقوق بشر که قبلاً در نظر گرفته شد، به کار می‌رود. ارزش حمایت شده در هر دو به‌طور اساسی یکی است و آن انسانیت است، چه به‌طور فردی و چه به‌شکل گروهی؛ حقوق حقوق بشر از هر انسان به‌طور فردی حمایت می‌کند حال آنکه سرکوب جنایات علیه بشریت (در معنای فنی کنونی آن) انسانها را به‌طور گروهی حمایت می‌کند. در میان این دو، حقوق معروف به بشر دوستانه قرار دارد که دو دورنمای پیشین

۳۰. رک.

Trois défis pour un droit mondial, coll. Essais, Seuil 1998.

31. Le droit pénal comme éthique de la mondialisation, Revue de science criminelle, 2004, p. 1.

را با هم می‌آمیزد. اما در صفحات پیشین (پاراگراف شماره ۱۶ و بعد) حقوق بشر به مانند «سپری» پنداشته شد (یک حقوق برای ایستادگی) حال آنکه در اینجا به «خنجر» تبدیل شده است. در هر کدام از این مسائل باید بر روی یک «بازگشت» واقعی دست گذاشت. مدتها حقوق بشر حقوق شخص مورد پیگرد کیفری را «آبیاری» می‌کرد ولی حالا جرم انگاری‌ها را بنا می‌نهد.<sup>۳۲</sup> این امر سبب نارضایتی در نزد برخی متخصصان را فراهم آورده است. ویلیام شاباس (W.A. Shabas)<sup>۳۳</sup> می‌نویسد: «همانند ادغام هر دو سیستمی که دارای خواستگاه‌ها و هدفهای متفاوت هستند، ادغام حقوق بین‌المللی کیفری و حقوق بین‌المللی حقوق بشر با برخی دشواری‌ها و حتی بی‌انسجامی‌هایی همراه است». وی، با این حال، اشاره می‌کند که این دو حقوق دارای خواستگاه‌ها و حوزه‌های مشترک هستند و رو در روی یک حریف قرار می‌گیرند و آن حاکمیت دولتهاست.

در درجه دوم نقش و تأثیر بازار در بین‌المللی شدن حقوق کیفری را تا حدی روشن می‌سازیم.

از لحاظ تاریخی، اقتصاد و یا بازار در مفهوم دقیق آن همواره یکی از اهرم‌های بین‌المللی شدن از جمله بین‌المللی شدن حقوق کیفری بوده است. حتی می‌توان تأیید کرد که آغازگر آن نیز بوده است. خیلی پیش از کنوانسیونهای سالهای ۱۹۲۰ که از آنها یاد شد، صلاحیتهای پلیس بین‌المللی در کنوانسیون لاهه در ۶ می ۱۸۸۲ برای تنظیم کنترل صید در دریای شمال در بیرون آبهای سرزمینی پیش‌بینی شده بود. پیشتر از آن کنوانسیون راجع به کشتیرانی در رودخانه راین (Rhine)، که پایه‌های آن از سال ۱۸۱۵ برقرار شده بود، در سال ۱۸۳۱ امضا شد و در ۱۷ اکتبر سال ۱۸۶۸ مورد بازنگری قرار گرفت، نخستین نطفه دادگاه دایمی بین‌المللی با صلاحیت کیفری به این کنوانسیون برمی‌گردد و آن کمیسیون مرکزی برای کشتیرانی در رودخانه راین است. بعدها نخستین پاسخ‌های کیفری صادر شده توسط مرجعی با توصیف فراملی در حقوق رقابت تجاری و به‌وسیله بالاترین مرجع اتحادیه اروپایی زغال سنگ و فولاد تحقق یافته است. با تأثیر برنامه مارشال، اروپا براساس مدل یک بازار مشترک ساخته شد و در نگاه نخست، همانند قانون امریکایی شرم (Sherman Act) از حقوقی ضد تراست (antitrust) برخوردار شد که مرکز اساسی آن به حالتی نیمه کیفری حمایت می‌شد. به تازگی می‌توان تأثیر مدل‌های امریکایی در شکفتن دسته جدید «جرم سازمان یافته» و رویارویی این مسئله با شکل‌گیری قلمرو قضائی اروپا

۳۲. رک.

A.Prothais, Les principes d'un droit pénal humanitaires à vocation universelle, in Mélanges offerts à J.Pradel, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Cujas 2006, p. 153.

33. Droit pénal international et droit international des droits de l'homme: faux frères, p. 165.

را یادآور شد....<sup>۳۴</sup>

به طور فنی، هدف حمایت از بازار همان اثرهایی را در پی دارد که حمایت از ارزشهای انسانی: نمایان شدن یا بین‌المللی شدن جرایم نوین (آسیب به بازی آزادانه رقابت یا آسیب به منفعت‌های مالی اتحادیه اروپا، رشوه‌دهی...؛ ارگان‌های بین‌المللی پلیس (به‌خاطر پیشسازی بازار) یا عدالت (به‌خاطر پیشگامی بشریت)، جابجایی قدرت کیفردهی که در توقیف یادر تسلط ارگان‌های بین‌المللی قرار دارد. اثرهای قابل مقایسه‌ای نیز در روابط با حقوق داخلی به‌وجود می‌آیند. حقوق اشتراکی اروپا (Droit communautaire) نیز به همان سبکی که در زمینه حمایت از بشریت رایج است، مجازات کیفری ملی را فعال می‌سازد و به همان روش مربوط به حمایت از حقوق بشر، جرم‌انگاری‌ها یا کیفرهایی را بی‌اثر می‌سازد و حتی برخی قاعده‌های آیین دادرسی را تحمیل می‌کند.<sup>۳۵</sup> این امر بدین معناست که وجود تقارن، در اینجا، اساساً جنبه ایدئولوژیک دارد.

### نتیجه‌گیری

۲۲- تلاش کردیم تا شکلهایی از بین‌المللی شدن حقوق کیفری، و نه همه آنها، را شناسایی کنیم. بین‌المللی شدن حقوق کیفری را حرکتی می‌دانیم که نقطه آغازش را می‌دانیم ولی هنوز از نقطه پایان آن ناآگاهیم. امری که خیلی‌ها پیش از ما آن را تأیید کرده‌اند، این است که حرکت نامبرده در مسیرهای چندگانه هدایت (و گاه نیز گمراه؟) می‌شود. ما در جستجوی نمایان ساختن عدم تقارن کم و بیش مطرح شده برخی از اشکال آن بودیم. این نبود تقارن کار پژوهشگرانی را بی‌نهایت پیچیده می‌کند که سعی دارند همه این شکلهای را به کمک یک رشته حقوقی، حتی اگر شده با نام حقوق کیفری بین‌المللی بررسی کنند.

«میان واقع‌گرایی حقوق بین‌المللی، مبارزه‌گری حقوق بشر و قانون‌گرایی حقوق کیفری» یافتن نشانه‌های هر کدام کاری بس دشوار است. حال، بی‌گمان شایسته است، همان‌گونه که خانم دلماس مارتی دعوت‌مان می‌کند، کمی نسبت به تفکیک علمی رشته‌های علمی کمی «نافرمان»

۳۴. رک.

Revue de science criminelle, 2000, p. 469.

۳۵. رک.

Revue de science criminelle, 2000.

S. Manacorda, Un bilan des interférences entre droit communautaire et droit pénal: neutralisation et obligation incrimination (p. 245); J.-R. Spencer et N. Padfield, L'Intégration des droits européens en droit britannique (537). J.-C. Fourgoux, l'Influence du droit communautaire sur l'existence des infractions en droit pénal économique, Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof, le Champ pénal, Dalloz, 2006, p. 421.. :

باشیم و بپذیریم که چنین واقعیتی، این اندازه تحول‌پذیر، هرگونه ترکیب حتمی را رد می‌کند. با این حال، در پیمودن این مسیر پرسش‌هایی نظری پیش می‌آید که سخت است آنها را در دراز مدت بی‌پاسخ گذاشت. این پرسش‌ها از دو گونه‌اند:

تا کی حقوق کیفری بین‌المللی شده همان حقوق کیفری باقی می‌ماند؟ آیا می‌توان یک حقوق کیفری بی‌حاکم را در نظر گرفت؟ آیا با رشته‌های حقوقی با ماهیت متفاوت سر و کار نداریم؟ اگر آری؛ می‌توان باز به نامیدن آنها با عنوانی یکسان ادامه داد؟ اگر نه؛ آیا در درون حقوق بین‌الملل حقوق بین‌المللی کیفری از ویژگی خاصی برخوردار است؛ نوعی پیشگامی، بسان یک پل بلند که بر روی آن تحول‌هایی خود را آماده سازند که قصد سرایت به مجموعه حقوق بین‌الملل را دارند؟

دولتها تا کی به‌طور کامل حاکم هستند؟ وانگهی آیا حاکمیت قابل تفاوت‌پذیری تدریجی است؟ اروه اسانسیو در پژوهشی بلند و پرمایه با عنوان حاکمیت و مسئولیت بین‌المللی<sup>۳۶</sup> تنها به یک «امر آشکار و حتمی رسیده است، افول مفهوم حاکمیت؛ نخست افول ماهوی، سپس افول شکلی». وی در ادامه می‌نویسد که باقی مسائل در حوزه فرض و گمان است.

اینک ما نیز فرضیه خود را مطرح می‌کنیم؛ آیا حق کیفر دادن، که تاکنون به‌عنوان یک قدرت (pouvoir) تحلیل می‌شد، از راه بین‌المللی شدن، در حال دگرگونی به یک تکلیف (devoir) برای دولتهای قانونی و یا دیگر ارگان‌های حقوقی نیست؟

---

36. Mélange Lombois, p. 603 et s.

## وضعیت حقوقی منابع نفت و گاز واقع در مرز بین کشورها

دکتر جواد کاشانی\*

### چکیده

یکی از جلوه‌های حاکمیت، صلاحیت انحصاری دولتها در بهره‌برداری از منابع طبیعی واقع در قلمرو آنها و به تبع آن بازداشتن دولتهای دیگر از استفاده آن منابع بدون رضایت دولت اخیر است. از جمله مهم‌ترین منابع تحت حاکمیت دولتها، مخازن نفت و گاز می‌باشد. در مواقعی که مخزن نفت یا گاز در تقاطع مرزهای دو یا چند کشور یافت می‌شود مسئله حاکمیت یا مالکیت بر آن و بهره‌برداری از مخزن گفته شده به لحاظ طبیعت فرار مواد هیدروکربنی مباحث پیچیده حقوقی را پدید می‌آورد. خصیصه این مواد به‌گونه‌ای است که چنانچه هریک از دو کشور ذی‌ربط و ذی‌نفع در مخزن، از داخل مرز خود اقدام به حفاری نماید، می‌تواند بخشی از نفت یا گاز موجود در مخزن مشترک را استخراج کند. برای مدیریت حقوقی این پدیده طبیعی، در حقوق بین‌الملل وحدت نظر وجود ندارد.

دیدگاه کلاسیک و وفادار به حاکمیت مطلق معتقد است که اگر اراده دولتی در مورد بهره‌برداری از چنین منابعی به‌موجب قواعد بین‌المللی تحدید نشده باشد، دولتها در حیازت از منابع گفته شده آزادند. ولو اینکه مواد استحصال شده از زیر زمین همسایه باشد.

دیدگاه دیگر در این زمینه معتقد است این قبیل منابع را می‌توان به‌مثابه مال مشاع بین دولتهای ذی‌ربط دانست که بهره‌برداری از آن لزوماً باید براساس همکاری دولتهای موصوف صورت پذیرد. این

---

\*. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی وکیل دادگستری، kashani.lawyer@gmail.com



مقاله در پی بررسی و توجیه قابلیت استقرار این دو دیدگاه در مدیریت حقوقی پدیده اشتراک در مخازن نفت و گاز مشترک بین کشورها می‌باشد.

**واژگان کلیدی:** حقوق بین‌الملل، منابع طبیعی مشترک، مخازن مشترک نفت و گاز، قاعده حیات، همکاری، قرارداد توسعه مشترک، قرارداد آحادسازی بین‌المللی.

## مقدمه

حاکمیت دولتها در حقوق بین‌الملل به‌رغم وجود برخی دیدگاههای بحث‌برانگیز، اصطلاح شناخته‌شده‌ای است و عمری به بلندای عمر دولت دارد. یکی از جلوه‌های این حاکمیت، صلاحیت انحصاری دولتها در بهره‌برداری از منابع طبیعی واقع در قلمرو آنها اعم از خشکی، دریایی و فضای بالای کشور و به تبع آن بازداشتن دولتهای دیگر از استفاده از آن منابع بدون رضایت دولت اخیر است. از جمله مهم‌ترین منابع تحت حاکمیت دولتها، مخازن نفت و گاز می‌باشد. هر دولتی تلاش دارد تا به بهترین شیوه ممکن از این منابع تجدیدنپذیر بهره‌برداری کرده و عواید حاصل از آن را برای توسعه و بهبود زندگی شهروندان خود به‌کار گیرد.

نفت به‌عنوان یکی از مهم‌ترین حاملهای انرژی از تاریخ کشف آن (کشف تجاری و از طریق حفاری) در ۱۵۰ سال پیش در پنسیلوانیای آمریکا تا به امروز فراز و فرودهای فراوانی داشته است. این کالای معمولی اقتصادی در کمترین زمان ممکن به یک کالای مهم و با ارزش اقتصادی تبدیل شد و به‌دلیل اثرات بی‌بدیل آن در صنعت و تامین انرژی، جنبه سیاسی یافت و دیرزمانی است که از دید سیاستمداران به‌عنوان یک کالای راهبردی و امنیتی مطرح شده است. امروزه با تکنولوژی اکتشاف و استخراج موجود، تقریباً احتمال دستیابی به محلی که با حفاری کم عمق و ساده بتوان به نفت سرشار رسید، منتفی است. در نتیجه یافتن میادین جدید نفت پر هزینه و توأم با صرف وقت زیاد صورت خواهد گرفت. این واقعیت باعث شده است برخی مسائل اختلافی در مورد میدانهای نفتی مشترک که در مرز بین دو یا بیش از دو کشور قرار می‌گیرد و پیشتر، کمتر مورد توجه بودند، از اهمیت زیادتری برخوردار شوند و بخشی از حقوق بین‌الملل نفت و گاز را به خود اختصاص دهند.

مبنا و منشأ اختلافات در این موضوع ناشی از طبیعت نفت و گاز است. این منابع برخلاف معادن جامد که به‌آسانی و براساس خطوط مرزی تعیین شده بین کشورها، قابل تقسیم می‌باشند، به‌دلیل سیال بودن، مهاجرت می‌کنند و شکل مخزن خود را می‌گیرند و با بهره‌برداری از آن توسط یک دولت ذی‌نفع در قلمرو سرزمینی خود، کل یا بخش قابل ملاحظه‌ای از مخزن که در سرزمین کشور مجاور قرار گرفته نیز بدون رضایت آن کشور مورد بهره‌برداری قرار می‌گیرد.

این عمل با توجه به اصل بنیادین احترام به حاکمیت سرزمینی، وحدت و تمامیت سرزمینی و منع مداخله می‌تواند نوعی تجاوز خاموش یا پنهان به قلمرو سرزمینی کشور دیگر تلقی شود، از سوی دیگر منع کشور شریک در منبع از بهره‌برداری از مخزن مشترک نیز به نوبه خود مغایر با همان اصول یا اصول دیگر حقوق بین‌الملل خواهد بود.

از دیدگاه برخی حقوقدانان، نفت و گاز در زیر زمین، مانند جانوران وحشی یا پرندگان می‌باشند که در ملک هرکس بروند، صاحب زمین نسبت به آن حق پیدا می‌کند و می‌تواند آن را حیات کرده و مالک آن شود؛ لذا وقتی مالکی در ملک خود حفاری می‌کند و به مخزن نفت یا گاز می‌رسد و آن را استخراج می‌کند، حقوق مالکانه نسبت به آن به دست می‌آورد ولو اینکه نفت یا گاز استحصال از مخزنی باشد که بخشی از آن در زمین مجاور قرار داشته است.

در این قبیل اختلافات، گرایش اولیه دادگاه‌های رسیدگی‌کننده به ادعای مالک زمین مجاور دایر بر اینکه بهره‌برداری همسایه از چاه نفت واقع در زمین خود موجب تخلیه مخزن نفت زیرزمینی مشترک گردیده، این بوده است که تنها راه جبران خسارات در چنین مواردی آن است که مدعی نیز تا جایی که می‌تواند با حفر چاه در زمین خود از مخزن بهره‌برداری کند و نگذارد نفت مخزن به سمت همسایه برود؛ بنابراین، از این منظر، مالکیت یا حاکمیت بر زمین لزوماً و خودبه‌خود مساوی با مالکیت بر نفت و گاز نیست.

بر پایه چنین باوری، تردیدی وجود ندارد که روابط بین کشورهای ذی‌نفع در مخزن مشترک به‌زودی به یک رقابت فرسایشی بیانجامد که صرف‌نظر از تهدید صلح و امنیت بین‌المللی، آسیب اصلی آن به میدانهای نفتی و محیط زیست وارد و باعث افزایش هزینه‌های اکتشاف و بهره‌برداری شود. ضمناً نامساوی بودن کشورها در برخورداری از امکانات فنی اکتشاف و استخراج نیز به مشکلات دامن می‌زند.

دیدگاه دیگر در این خصوص معتقد است، چنین مخازنی حکم مال مشاع و در بحث ما بین‌المللی را دارد که هیچ‌یک از شرکا نمی‌توانند بدون رضایت شریک دیگر در آن دخل و تصرف کنند.

دیدگاه اخیر، امروزه با همین توجیه یا با توجیهات دیگر، تا حدی مورد قبول قرار گرفته است و برای برون رفت از وضعیت گفته شده در چهل سال اخیر، موافقتنامه‌های دو یا چند جانبه زیادی بین دولتهایی که چنین منابعی در طول تقاطع خطوط مرزی آنها وجود دارد، منعقد شده و یا به هنگام تنظیم موافقتنامه‌های تحدید حدود مرزی به کشف احتمالی چنین منابعی اشاره شده و در هر دو مورد به اصل همکاری در بهره‌برداری مشترک و چگونگی عملی ساختن این همکاری پرداخته‌اند. مزیت این همکاری علاوه بر کمک به حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و در نظر گرفتن حقوق همه کشورهای ذی‌نفع در منبع مشترک، حداکثرسازی بهره‌برداری از منبع، صرفه‌جویی‌های اقتصادی در بخش

اکتشاف و استخراج و کاهش قیمت تمام شده نفت استحصال، حفاظت از منابع و رعایت الزامات زیست محیطی و انضباط مالی را به همراه دارد.

بر همین اساس از سال ۱۹۵۸ که اولین موافقتنامه بین‌المللی در خصوص بهره‌برداری از منابع مشترک بین عربستان و بحرین منعقد گردید، تاکنون بیش از ۱۴۰ مورد موافقتنامه بین‌المللی تنظیم شده که یا مستقیماً به همکاری در بهره‌برداری از منابع مشترک نفت و گاز اختصاص داشته یا در تحدید حدود به موضوع توجه و تصریح شده است. البته در هرکدام از این ترتیبات همکاری، شکل و قالب‌های حقوقی مختلفی با توجه به خصوصیات عمومی و فنی مخزن و روابط فی‌مابین کشورها به کار گرفته شده است.

سؤال اساسی در مورد این قبیل مخازن مشترک، آن است که آیا علی‌رغم رویه‌ای چنین گسترده بین کشورهای ذی‌نفع و با وجود مقررات حقوق بین‌الملل دریاها، آنچه از آراء مراجع قضائی و داوری بین‌المللی به دست آمده است، قطعنامه‌های مجمع عمومی ملل متحد در خصوص چگونگی بهره‌برداری از منابع طبیعی و اخذ وحدت ملاک و تنقیح مناط در مقررات بین‌المللی راجع به برخی از گونه‌های منابع جاندار مهاجر دوکاشانه‌ای و ضوابط آبراه‌های بین‌المللی، می‌توان در خصوص منابع مشترک نفت و گاز به نوعی قاعده بین‌الملل عرفی دایر بر ممنوعیت حیازت یا بهره‌برداری رقابتی و لزوم همکاری در بهره‌برداری از منابع موصوف معتقد بود؟ در صورت مثبت بودن پاسخ و امکان الزام کشورهای ذی‌نفع به همکاری، آیا چارچوب این همکاری به قدر کافی روشن است؟

## بخش نخست: کلیات

### گفتار نخست

#### تعاریف

### بند نخست: منابع مشترک نفت و گاز

مقصود از منبع، هر ظرف طبیعی است که در آن نفت و گاز یافت شود. استفاده از منبع به‌جای هریک از اصطلاحات مخزن، میدان یا حوضه نفتی به‌علت قابلیت به‌کارگیری آن به‌جای هریک از موارد سه‌گانه است. در مورد به‌کارگیری وصف مشترک برای منابع نفت و گاز در حالت طبیعی مناقشه بسیار است. هریک از اوصاف مشترک،<sup>۱</sup> عام،<sup>۲</sup> فرامرزی<sup>۳</sup> و

---

1. Shared

2. Common

3. Trans-boundary

بین‌المللی<sup>۴</sup> بعد از کلمه منابع، القاکننده معنایی ویژه است که طرفداران رژیم‌های خاص حاکم بر منابع طبیعی از آنها استفاده می‌کنند. قدر مسلم این است که common resources و shared resources مبین حق مالکیت اشتراکی دو یا چند دولت یا شخص بر منبع طبیعی می‌باشد و حاصل آن ممنوعیت تصرف غیرمالکان در آن است.

اصطلاح trans-boundary resources با قوت بیشتری و به یک اندازه، تعلق منابع به یک کشور یا همه را از ذهن دور می‌کند<sup>۵</sup> و بالاخره عبارت international resources بر بین‌المللی بودن منبع و اولویت تبعیت آن از قواعد بین‌المللی نسبت به قواعد ملی تأکید دارد. در میان اصطلاحات ارائه شده آنچه رایج‌تر است، ترکیب shared resources است.<sup>۶</sup> البته برخی از کسانی که آن را به کار برده‌اند، یادآوری اکید کرده‌اند که از آن نباید معنی تحت‌اللفظی را اراده کرد بلکه مراد از این اصطلاح یا دیگر واژگان پیش‌گفته، صرفاً بیان یک واقعیت جغرافیایی یا زمین‌شناسی است و اخذ مفهوم تعلق یا مالکیت صحیح نیست.<sup>۷</sup>

#### 4. International

۵. در ماده ۴ موافقتنامه تحدید حدود فلات قاره امریکا-مکزیک مصوب سال ۲۰۰۰ مخزن نفت یا گازی که در طول خط مرزی فلات قاره دو کشور گسترده شده باشد و از دوطرف قابل برداشت باشد منبع فرامرزی تلقی شده است. در موافقتنامه فرانسه و کانادا مصوب سال ۲۰۰۵ نیز به‌طور مکرر از منبع فرامرزی نفت و گاز سخن رفته است و در مواردی که دو دولت در مورد چنین وصفی برای یک مخزن اختلاف داشته باشند، موضوع توسط کارگروه دومیتهی و در مرحله بعد توسط کارشناس مستقل مورد رسیدگی و اعلام نظر قرار می‌گیرد.

۶. این اصطلاح در اسناد معتبر بین‌المللی بسیار بیشتر از اصطلاحات دیگر به کار رفته است که از جمله می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

-At the 1972 Stockholm Conference it proved to be impossible to include a substantive paragraph on shared resources in the UN Declaration on the Human Environment.

-General Assembly Resolution 3129 (XXVIII) of 13 December 1973 mandated the Governing Council of UNEP to formulate international standards for the conservation and harmonious exploitation of shared resources, including a system of prior information and consultation.

در رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه گابچیکو-ناگی ماروس، رودخانه دانوب به‌عنوان منبع مشترک معرفی شده است.

Case concerning the Gabchiko- Nagymaros (Hungary v. Slovakia). ICJ.Reports 1997, p. 7, para. 85.

۷. کمیسیون حقوق بین‌الملل هم در هنگام بررسی گزارش آقای یامادا (مخبر ویژه موضوع منابع طبیعی مشترک) حذف وصف shared از ترکیب natural shared resource را نپذیرفت و آن را اصطلاح جافتاده بین‌المللی دانست. برای آگاهی بیشتر از این جدال لفظی به منابع زیر مراجعه کنید:

- Jean-Pierre Bouvet "L'unité de gisement hydrocarbures et autres matières minérales" L'Harmattan (2004) Paris, p. 2.

- Nicollas Schrijver, *op. cit.*, pp. 121-122-206-208.

-Third report on shared natural resources "trans-boundary groundwater". Doc. A/CN.4/551(2005).

وضعیت حقوقی منابع نفت و گاز ... ❖ ۱۶۹

## بند دوم: منابع سیال و غیرسیال

خصیصه سیال یا متحرک بودن نفت و گاز نسبت به دیگر منابع طبیعی غیرمتحرک، رژیم حقوقی حاکم بر آن را متفاوت و دشوار می‌کند. حتی طبیعت مخازن نفت و گاز با آب و دیگر منابع به ظاهر مشابه، متفاوت است. نفت و گاز اگرچه از منابع طبیعی مهاجرند<sup>۸</sup> ولی مواقعی که به اصطلاح در تله نفتی<sup>۹</sup> گیر می‌افتند، دیگر امکان جابجایی بسیار کمتری دارند تا اینکه منفذی از یک‌سوی مخزن پیدا شود و از آن ناحیه فرار کنند. معدود نویسندگان حقوقی، سیال بودن و مهاجرت کردن نفت را خصیصه معناداری در بررسی رژیم حقوقی حاکم بر آن و سایر معادن کانی نمی‌دانند.<sup>۱۰</sup>

## بند سوم: یک کاسه سازی یا آحادسازی

هنگامی که وجود مخزن یا مخازن نفت و گاز در تقاطع مرز دو کشور یا قطعات متعلق به دو یا بیش از دو شخص یافت می‌شود یا احتمال یافت شدن آن می‌رود، برای بهره‌برداری بهینه و کم هزینه‌تر از مخزن مشترک دو دولت یا اشخاصی که در قطعات گفته شده حقوق معدنی دارند، می‌توانند و در پاره‌ای موارد مجبورند نسبت به تنظیم موافقتنامه آحادسازی یا یک‌کاسه‌سازی<sup>۱۱</sup> اقدام کنند. چنین موافقتنامه‌ای در صورتی که بین دو دولت منعقد شود، موافقتنامه آحادسازی بین‌المللی گفته می‌شود. بنا به مراتب فوق آحادسازی عبارت است از انجام عملیات مشترک و هماهنگ اکتشاف و استخراج در یک مخزن نفت یا گاز توسط مالکان حقوق در قطعات مجزا که زیر آنها چنین مخزن یا مخازن مشترکی قرار دارد.

۸. برای آگاهی از چگونگی مهاجرت نفت به صفحات ۱۰۹ تا ۱۲۳ کتاب **زمین شناسی نفت** اثر محمد رضا رضایی، چاپ دوم، انتشارات علوی، ۱۳۸۴ تهران مراجعه فرمایید.

9. Oil trap

10. Jean-Pierre Bouvet, *op.cit.*, p. 9.

۱۱. Unitization یا Unitisation در بند «ب» ماده ۲ موافقتنامه تحدید حدود فلات قاره ایران و بحرین (۱۳۵۰/۳/۲۷ شمسی و ۱۷ ژوئن ۱۹۷۱) و بند «ب» ماده ۲ موافقتنامه تحدید حدود فلات قاره ایران و قطر (۱۳۴۹/۶/۲۹ شمسی و ۲۰ سپتامبر ۱۹۶۹) تکرار شده است. اما در ترجمه اولی آمده است «...کوشش خود را به کار خواهند برد تا نسبت به هماهنگ ساختن عملیات و (یا) یک کاسه کردن آن در طرفین خط مرزی توافق حاصل کنند» و در ترجمه دومی قید شده است «...طرفین کوشش خواهند کرد که نسبت به نحوه هماهنگ ساختن عملیات و (یا) وحدت آن در دو طرف خط مرزی توافق کنند» مجموعه موافقتنامه‌های تشریفاتی ایران و سایر کشورها، اداره کل قوانین و مقررات ریاست جمهوری، جلد اول، صفحات ۱۹۶ و ۲۷۰.

## بند چهارم: توسعه اشتراکی مخازن نفت و گاز مشترک<sup>۱۲</sup>

در مواردی که مخازن نفت یا گاز مشترک در مناطقی کشف شود یا احتمال کشف آن برود و دو دولت نسبت به آن مناطق اختلافات مرزی داشته باشند، یکی از گزینه‌های مناسب برای دو کشور به‌منظور بهره‌برداری از منابع هیدروکربنی موجود در آن منطقه تا قبل از دستیابی به موافقتنامه تحدید حدود مرزی، استفاده از تأسیس موافقتنامه توسعه مشترک منطقه می‌باشد. این نوع موافقتنامه‌ها ممکن است ندرتاً در مواقعی که مرزهای دو کشور تحدید حدود شده‌اند نیز برای بهره‌برداری از برخی منابع طبیعی و از جمله هیدروکربنهای واقع در منطقه مورد نظر، منعقد شوند.

بدین ترتیب می‌توان تأسیس فوق را چنین تعریف کرد: «همکاری بین دولتها در خصوص اکتشاف و بهره‌برداری از برخی مخازن، میادین یا توده منابع غیرجاندار که در تقاطع مرز دو کشور گسترده شده‌اند یا در منطقه‌ای با ادعاهای تداخل مرزی قرار دارند».<sup>۱۳</sup>

### گفتار دوم

#### اشتراک در منابع طبیعی در نظام‌های حقوقی ملی

در کشورهای بسیط، بسته به اینکه تا چه میزان مالکیت خصوصی بر منابع نفت و گاز رواج داشته باشد، دامنه بحث متفاوت خواهد بود. به‌عنوان مثال در فرانسه یا ایران و بسیاری از کشورهای در حال توسعه که معادن نفت و گاز متعلق به دولت است چنانچه نفت و گاز در زیرزمین‌های متعلق به اشخاص کشف شود، ارزش اراضی بدون لحاظ معادن کشف شده به صاحب آن داده می‌شود و اراضی مورد نظر در اختیار دولت یا نماینده آن (معمولاً شرکت ملی نفت) قرار می‌گیرد. در این وضعیتهای همواره این امکان وجود دارد که پس از وضع ید شرکت نفت بر زمینها و تقسیم آن به بلوکهای مختلف و واگذاری آنها به پیمانکاران برای اکتشاف و بهره‌برداری به روشهای متداول در صنعت نفت، مخازنی کشف شود که بین دو بلوک قرار دارد. در این موارد هم لازم است ضوابطی وجود داشته باشد تا مسائل فی‌مابین دو عامل و پیمانکار را در خصوص مخزن مشترک کشف شده، مشخص نماید. این وضعیت در مواردی که بین مرز بلوک تحت عملیات و زمینهای مجاور آن، مخزن نفت یا گاز کشف می‌شود که از هر دو طرف جزئاً یا کلاً قابل استحصال است، نیز می‌تواند مطرح شود. متأسفانه در مقررات نفتی ایران هیچ اشاره‌ای

---

12. Joint Development Zone Agreement (JDZA)

13. R. Lagoni, International Law Association Warsaw Conference (1988) Report on Joint Development of Non-Living Resources in the Exclusive Economic Zone, p. 2.(cited in Fox Hazel, *op. cit.*, p. 44.

به موضوع نشده و معلوم نیست در صورت مواجهه با وضعیت گفته شده، موضع قانون چیست؟ از این رو لازم است در کشور ما نیز همانند کشورهای دیگر، به موضوع گفته شده، توجه شود.<sup>۱۴</sup> اما این مسئله در کشورهایی که مالکیت بر منابع نفت و گاز و فعالیتهای اکتشاف و استخراج آنها توسط بخش خصوصی به رسمیت شناخته شده است، ملموس تر می باشد. علی الاصول هر مالک حق دارد در زمین خود، اقدام به اکتشاف و بهره برداری از منابع زیرزمینی نموده یا زمین خود را برای همین منظور در اختیار اشخاص حقیقی یا حقوقی متخصص در این زمینه بگذارد. در میان این کشورها، ایالات متحده امریکا از ادبیات حقوقی غنی در مورد مخازن مشترک نفت و گاز برخوردار است و راه‌حلهای به دست آمده در آن کشور هم به میزان زیادی در زمینه بحث ما مورد تبعیت کشورهای دیگر قرار گرفته است. به واقع هر آنچه در دهه ۶۰ میلادی و بعد در مورد منابع سیال زیرزمینی مشترک جرقه‌های آن توسط علمای حقوق بین‌الملل زده شد، در دهه آخر قرن نوزدهم و دهه اول قرن بیستم در امریکا تجربه شده بود و در دهه ۵۰ تقریباً مجموعه تکامل یافته‌ای از قواعد، برای مواجهه با مسئله منابع مشترک نفت و گاز در آن کشور وجود داشت.

با عنایت به کلیات گفته شده، حال مناسب است نگاهی به تحولات قواعد حاکم بر مالکیت منابع نفت و گاز با توجه به ویژگی‌های آن داشته باشیم.

در میان کشورهای غربی دو نظریه متفاوت درباره معادن از جمله نفت وجود دارد: نظریه اول که به دنبال قانون معادن ناپلئون از سال ۱۸۱۰ در اروپا قبول عام یافت، معادن زیرزمینی را متعلق به دولت اعلام نمود و در انگلستان نیز از سال ۱۹۳۴ که قانون نفت آن کشور به تصویب رسید، اصل تعلق معدن نفت به دولت به رسمیت شناخته شد.

نظریه دوم مالکیت بر منابع معدنی را به تبع مالکیت بر زمین می‌پذیرد و ابتنای آن هم بر قاعده‌ای در حقوق رم است که به موجب آن مالک زمین در عین حال مالک قرار و فراز آن شمرده می‌شود. این نظریه از طریق انگلستان به امریکا رفته و در آن کشور رایج گردیده است. در ادامه بحث، تحولات این قاعده را بررسی می‌کنیم.

---

۱۴. طی ۱۵ سال اخیر کشورهای مختلف به موضوع توجه کرده و مقررات یکپارچه‌سازی منابع مشترک را در قانونگذاری مستقل یا در قراردادهای تنظیمی خود (قراردادهای نمونه) در نظر گرفته و روابط گروههای ذی‌نفع و ذی‌مدخل را در مخازن نفت و گاز مشترک به تفصیل مشخص کرده‌اند.

Weaver L. Jacqueline & Asmus F. David "Unitization oil and gas field around the world: A comparative and analysis of national laws and private contracts" 28 Houston journal international law. 3 spring 2006 p. 11.

### بند نخست: قاعده تبعیت<sup>۱۵</sup>

در سال ۱۸۵۹ که اولین چاه نفت در تیتوسویل پنسیلوانیای آمریکا در عمق ۶۹ فوت توسط «ادوین درک»<sup>۱۶</sup> حفر شد، اصل رایج در مالکیت معدنی در حقوق ایالات متحده عبارت بود از قاعده‌ای<sup>۱۷</sup> که بر مبنای آن هرکس مالک زمین است، مالک فضای محاذی آن در زیر و بالای آن می‌باشد.<sup>۱۸</sup> پرفسور کرییت<sup>۱۹</sup> برای بیان گستره این قاعده آن را اصل «از بهشت تا دوزخ»<sup>۲۰</sup> و برخی «از فرش تا عرش» نامیده‌اند.<sup>۲۱</sup> بر پایه این اصل، مالک زمین، مالک هر آنچه در سطح، بالا و پایین آن تا هر عمقی یا ارتفاعی که باشد، خواهد بود. خیلی زود معلوم شد که نظریه تبعیت که در معادن سخت (جامد در مقابل سیال) خوب عمل می‌کند برای مدیریت استخراج نفت نامناسب است؛ چون این معادن جامدند و به‌عنوان مثال عموماً هیچ تردیدی وجود ندارد که چه کسی مالک یک رگه طلا یا ذغال سنگ است<sup>۲۲</sup> اما نفت و گاز سیالند، این منابع می‌توانند از نقطه‌ای به نقطه دیگر در حفره‌های رسوبی جابه‌جا شوند به اصطلاح مهاجرت کنند؛ لذا خیلی دشوار است که تعیین کنیم آیا نفت و گاز تولید شده از زیر یک قطعه زمین مشخص یا قطعه زمین دیگری بوده است.

بی‌تردید پابندی و وابستگی به اصل تبعیت، با قاعده "Laissez faire" یعنی نظریه رایج اقتصادی، سیاسی و اجتماعی آن دوران که بر سیاست اعطای اجر و پاداش به افراد ساعی در رساندن منفعت نهایی به اجتماع تأکید می‌کرد، در تعارض بود؛ لذا تعجب‌انگیز نیست که نظریه تبعیت در مورد معادن سیال دیری نپاید و با «قاعده حيازت» اصلاح شود.<sup>۲۳</sup>

---

15. The ad coelum doctrine

16. Edwin Derck

17. "cujos est sdum, ejus est usque ad codum et ad inferos"

۱۸. ماده ۳۸ قانون مدنی ج.۱.ا. مصوب ۱۳۰۷: «مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است تا هر کجا بالا رود و همچنین است نسبت به زیر زمین، بالجمله مالک حق همه‌گونه تصرف در هوا و قرار را دارد مگر آنچه را قانون استثناء کرده باشد».

19. John S. Lowe "oil and gas law" Published by Thomson West. 2003 USA, p. 9.

20. "Heaven to Hell"

۲۱. به اصطلاح فقها «من التخوم الارض الی نجوم السماء» نقل از محمد علی موحد، نفت ما و مسائل حقوقی آن، ص ۲۱۳.

22. Tony Fogarassy, *op. cit.*, p. 2.

23. John S. Lowe, *op. cit.*, p. 9 and Tony Fogarassy, *op. cit.*, 3 and Bruce M. Kramer & Anderson Owen "Law of capture: An oil and gas perspective" Environmental law. Vol.35. 2005, pp. 900- 906.



## بند دوم: قاعده حيازت<sup>۲۴</sup>

قاعده حيازت،<sup>۲۵</sup> بخش جدایی‌ناپذیر حقوق نفت و گاز امريکا از زمان تکميل اولين چاه نفتی تجاری در پنسیلوانيا بوده است، البته توسعه اوليه قاعده در خلال سؤالی گسترده‌تر درباره اين مسئله که آیا نسبت به نفت و گاز در زیر زمین، علقه مالکیتی قابل تصور است یا خير و اینکه اين مواد جزء اموال یا حقوق مادی یا غيرمادی می‌باشند، مطرح شده بود. حقیقت اين بود که دو نظريه عمده درباره مالکیت بر نفت و گاز در امريکا وجود داشت، یکی نظريه مالکیت مطلق<sup>۲۶</sup> و دیگری نظريه عدم مالکیت.<sup>۲۷</sup>

مطابق نظريه اول، نفت و گاز در مخزن طبیعی خود، ملک کسی محسوب می‌شود که مالک زمین روی آن باشد. به عبارت ساده‌تر، نفت و گاز جزء زمین تلقی می‌شود. اشکال اين نظريه، همان قابلیت مهاجرت نفت و گاز و عدم کنترل آن برای مالک است. اما نظريه دوم که به «عدم مالکیت» معروف است، مالکیت زمین را در مورد مواد فرار و مهاجر فقط مشتمل بر حق انحصاری حفاری می‌داند، یعنی در صورتی که حفاری انجام شود و نفت و گاز در دهانه چاه قرار گیرد به مالکیت قطعی صاحب زمین درخواهد آمد.

در هر حال اين دیدگاهها به تصمیمات قضائی متفاوت و غيرمسلّم مهمی منتهی شد. به‌عنوان مثال در قضيه Westmoreland<sup>۲۸</sup> دادگاه اعلام کرد که مالکیت زمین ضرورتاً متضمن مالکیت بر نفت زیر آن نیست؛ بنابراین، چنانچه حفاری به یک مخزن مشترک منتهی شود، نفت استحصالی مال کسی خواهد بود که آن را تولید کرده است.

اين قبیل تصمیمات عملاً حقوق حيازت را برقرار کرد که براساس آن مالکیت بر نفت، از استخراج و تصرف عملی بر آن حاصل می‌شود. با چنین پیشینه‌ای، به‌آسانی می‌توان تصور نمود که اکتشاف نفت، یک نوع میدان رقابت بوده که در آن هیچ پیشیمانی در حفاری روی یک منبع واقع در دو طرف مرز زمین استجاری یا ملکی و تولید از آن در سریع‌ترین زمان ممکن وجود نخواهد داشت.<sup>۲۹</sup>

### 24. The Law (rule) of capture

۲۵. ماده ۱۴۰ قانون مدنی ج. ۱۱. مقرر می‌دارد: تملک حاصل می‌شود: ۱- به احیاء اراضی موات و حيازت / اشیاء مباحه؛ ۲- به وسیله عقود و تعهدات؛ ۳- به وسیله اخذ به شفعه؛ ۴- به ارث.

- ماده ۱۴۶ ق.م. : مقصود از حيازت، تصرف و وضع ید است یا مهیا کردن وسایل تصرف و استیلاء.

- ماده ۱۶۰ ق.م. : هرکس در زمین خود یا اراضی مباحه، به قصد تملک، قنات یا چاهی بکند تا به آب برسد یا چشمه جاری کند مالک آب آن می‌شود و در اراضی مباحه مادامی که به آب نرسیده تحجیر محسوب است.

### 26. Absolute ownership theory

### 27. Non ownership theory

28. Westmoreland and C. Nat. Gas Co. vs. De Witt, 130 para. 235 (1899). Bruce M. Kramer & Anderson Owen, *op. cit.*, p. 906.

29. Keith W. Blinn and other, *op. cit.*, p. 210.

قاعده حيازت به عنوان يك قاعده حقوقی، در عين حال كه غيرعادی است، معمول می باشد. در دوره های اولیه اعمال قاعده حيازت، دادگاهها گرايش زيادی به اجرای خالص آن داشتند و استفاده از هر وسيله ای را برای حيازت در ملك يا زمین اجاره ای توسط مستاجر يا مالك مجاز می دانستند و در صورت ايجاد برخی مشكلات برای همسایگان از كالبد شكافی قصد و هدف حيازت كننده به نفع اجرای قاعده خودداری می كردند،<sup>۳۰</sup> اما با گذشت زمان برای اعمال این قاعده محدودیت هایی برقرار شد.

### بند سوم: محدودیت های قاعده حيازت

همان طور كه پیش بینی می شد، قاعده حيازت با کیفیت گفته شده (خالص) از مدتها قبل در زمینه آب، رو به تعدیل می رفت و طبیعی بود در زمینه نفت و گاز نیز همین وضعیت رخ دهد، چون قاعده حيازت به طور ذاتی با مبنای عقلی خود محدود شده است. به عنوان مثال برخلاف آنچه در ابتدای عمل به قاعده حيازت توسط دادگاهها پذیرفته شده بود یعنی استفاده از ابزار و وسایل غیرطبیعی برای حداکثرسازی عملیات بازیافت نفت (مانند استفاده از آب، ايجاد انفجار و...) اکثر دادگاهها این نوع بهره برداری را مشمول حمایت های قاعده حيازت ندانستند.

همچنین در مواردی كه گازی كشف شده باشد و پس از آن مالك درب چاه خود را ببندد و همسایه با حفر چاه در ملك خود، اقدام به استحصال گازی كه گفتیم یا گازی كه برای افزایش تولید نفت به چاه تزریق شده، بکند، نمی تواند بر گاز استحصالی، اعمال مالکیت نماید و از سپر بی مسئولیتی كه قاعده حيازت در اختیار او می گذارد، استفاده كند. چون مالکیت بر هیدروکربنهاي قبلاً حيازت شده توسط فرد دیگری كه آن را تصرف می كند، (بدون اینکه مالك قبلی از آنها اعراض کرده باشد) چیزی بر پاسخ به تقاضای انرژی نمی افزاید.<sup>۳۱</sup>

در هر حال قاعده حيازت چه در سطح ایالات و چه در سطح فدرال با يك سلسله مقررات به شرح زیر تعدیل گردید.

۳۰. این حمایت تا بدانجا رسید كه این سؤال مطرح گردید كه آیا مالك می تواند برای حيازت، از وسایل غیرعادی به منظور سوق دادن نفت و گاز به سمت دهانه چاه خود استفاده كند و به اصطلاح مخزن مشترك را جارو كند. به عنوان مثال آیا استفاده از نیتروگلیسرین و ايجاد انفجار به منظور افزایش تولید پذیرفتنی است. دادگاه عالی ایندیان در خصوص اختلافی در این زمینه، ضمن صدور دستور موقت مبنی بر خودداری از استفاده از این ماده انفجاری، از اعطای حق استفاده از نیتروگلیسرین به خوانده خودداری كرد، البته نه به دلیل ممنوعیت یا ناتوانی قانونی در استفاده از آن ماده برای استحصال تئمه مخزن، بلكه بر این مبنا كه ايجاد انفجار در منطقه مسكونی، می تواند به منزله مزاحمت و آزار تلقی شود. شبیه به همین مسئله در مورد پمپ كردن گاز به مخزن مشترك برای افزایش برداشت از نفت مخزن مشترك مطرح شد ولی دادگاه عالی پنسیلوانیا درخواست خواهان را برای منع خوانده از این عمل نپذیرفت.

31. Bruce M. Kramer & Owen. L. Anderson, op, cit, p. 911. and - John S. Lowe, op. cit., pp. 11-2.

آقای «لو» این نوع محدودیت بر قاعده حيازت را تحت عنوان Escaped Hydrocarbons بررسی کرده اند. John S. Lowe, op. cit., pp. 11- 12.

## ۱- حقوق مرتبط یا به هم پیوسته<sup>۳۲</sup>

نظریه حقوق مرتبط با قضیه کلاسیک Elliff v. Texon Drilling Co. در دادگاه عالی تگزاس مطرح شد. در این قضیه به علت بی توجهی Texon در حفاری مورب و بروز انفجار برای برداشتن سنگی بزرگ در مسیر چاه، مقادیر زیادی از نفت و گاز مخزن مشترک سوخت و از بین رفت. کارشناسان شاهد، اعلام نظر کردند که مقادیری زیادی نفت و گاز از دست رفت تا محصول، زیر زمین خوانده قرار گیرد.<sup>۳۳</sup>

نظریه حقوق مرتبط پیامد قاعده حیازت است و از منطق خود تبعیت می کند. قاعده حیازت با تشویق و ترغیب توسعه منابع نفت و گاز به خاطر سودمندی عمومی در وفور انرژی، پذیرفته شده بود؛ لذا هر فعالیتی ناسازگار با آن هدف، مورد حمایت قاعده حیازت قرار نمی گیرد. همان گونه که بی مبالایی به قابلیت تولید ساختار نفتی برای تولید دیگران خسارت وارد خواهد کرد، تکنیکهای تولید مخرب و مسرفانه، مسئولیت به بار خواهد آورد. در واقع حقوق مرتبط مقرر می دارد که هر مالک معدنی در منبع مشترک، اساساً دارای حقی نسبت به شانس عادلانه برای تولید نفت و گاز از ذخایر زیر زمین متناسب با مقدار قابل برداشت از کمیتی از ذخایر که در خود دارد، می باشد.<sup>۳۴</sup>

## ۲- قواعد موضوعه حفاظتی

هیچ یک از محدودیت های گفته شده برای قاعده حیازت نتوانسته بود به طور شایسته اشکالات عملی قاعده حیازت را مرتفع کند، در نتیجه وضع مقررات حفاظتی از منابع با ارزش نفت و گاز با توجیهات زیر لازم دانسته شد؛ چرا که در صورت رقابت بی قاعده، اسراف اقتصادی

### 32. Correlative rights

این اصطلاح یعنی چیزهای گوناگون برای افراد مختلف در زمانهای متفاوت، به عنوان مثال در قضیه Stephan v. Mid-Kansas Oil & Gas Co. 254.w 290 (tex.1923) County. دادگاه عالی تگزاس این اصطلاح را صرفاً برای تشریح قاعده حفاری میان بر (افقی) به کار برد «حقوق مرتبط که دادگاه در اینجا به آن اشاره می کند، تنها یک راه جبران خودیاری است یعنی حقی برای حفاری افقی چاهها که نقشه ها را برهم خواهد زد و برداشت بین دو قطعه زمین را برابر خواهد کرد».

*Ibid*, p. 903 and Gideon Wiginton, *op. cit.*, p. 1809. and John S. Lowe, *op. cit.*, pp. 14-15

۳۳. وقتی که Elliff برای جبران خسارات وارده به خاطر از دست دادن نفت و گاز مخزن مشترک طرح دعوی کرد، خواننده، قاعده حیازت را به عنوان دفاع مطرح کرد. دادگاه با بیان نظریه حقوق مرتبط دایر بر اینکه همان طور که هر مالک، دارای حقی نسبت به سهم عادلانه و منصفانه از نفت و گاز زیر زمین خود است به همان ترتیب حق حمایت از هر کسی که از تولید از ساختار مشترک بازمانده نیز وجود دارد، این دفاع را رد کرد. در واقع Texon در حال هدر دادن هیدروکربن بود تا فروش یا استفاده از آن، لذا قاعده حیازت رفتار او را توجیه نمی کند.

34. John S. Lowe, *op. cit.*, pp. 14-5.

اجتناب‌ناپذیر است چون همسایه شما، حتی شبیه حقوق شما و انگیزه اقتصادی، مثل شما خواهد داشت، در نتیجه پس از مدتی شما و همسایگانان چاههای بیشتری از آنچه برای استحصال کارآمد و مؤثر از زمین لازم است، حفر خواهید کرد.

هر مالک، تعدادی چاه حفر خواهد کرد، او خود در مورد ضرورت حداکثرسازی منافع یا استفاده از زمینش قضاوت می‌کند. هر مالکی با عوامل اقتصادی، تحت فشار خواهد بود تا چاههای بیشتری نسبت به فعالترین همسایه حفاری کند.

این روند از نظر اقتصادی خسارت‌بار خواهد بود چون این کار خیلی پرهزینه‌تر از وقتی است که حفاری ضروری است. وقتی که این‌گونه چاهها حفاری می‌شوند، هر مالکی احساس اجبار خواهد کرد تا آنها را هرچه زودتر عملیاتی کرده و مخزن را قبل از همسایگانانش استحصال نماید. همچنین برای پوشش هزینه‌های حفاری و حداکثرسازی حاشیه سود در یک دوره کوتاه، تولید اضافی از مخزن احتمالاً منجر به آن خواهد شد که در دراز مدت، بازیافت نهایی از نفت و گاز که با تولید آرام‌تر افزایش می‌یافت، با درصد بیشتری از حد معمول کاهش یابد. گسترش طبیعی نفت و گاز به‌سوی حفره‌های آب، موجب هدر رفتن آن خواهد شد؛ چرا که بیشترین نفت و گاز «درجا» در کل ساختار مخزن باقی می‌ماند، به‌علاوه تولید اضافی نفت و گاز احتمالاً قیمت را از آنچه در ابتدای تولید برای فروش آن در نظر گرفته شده بود، پایین‌تر خواهد آورد. با کاهش قیمت، تولیدکنندگان برای پوشش هزینه‌ها، بر تولید می‌افزایند و با این سیکل معیوب، بی‌تردید استفاده‌های زاید و مسرفانه افزایش می‌یابد. نتیجه همه این اقدامات، چاههای نیمه‌کاره رها شده، سرمایه‌گذاریهای بی‌فراجم و باقی ماندن نفت در زیر زمین به‌علت سقوط ضریب بهره‌وری خواهد بود.

همان‌گونه که مشکلات اجرای بی‌قید و شرط قاعده حیازت ظاهر می‌شد، دولتهای ایالتی اقداماتی را به‌منظور توسعه حقوق حفاظت از نفت و گاز با اعمال اقتدارات انتظامی برای فرونشاندن هزینه‌های سربار قاعده حیازت آغاز کردند. این مجموعه قواعد انتظامی موجب طرح موضوعاتی مثل رعایت حریم یا فاصله برای حفر چاه و میزان استحصال در روز، هفته، ماه و سال از چاههای حفر شده، گردید. در واقع، قواعد حفاظت نفت، قاعده حیازت را با تغییر شکل آن به یک نظریه سهم عادلانه فروکاسته است.

در قضیه<sup>۳۵</sup> Wronski.v. Sun Oil Co. در سال ۱۹۷۹ شرکت نفتی Sun به‌خاطر تصرف در مال دیگری که با تجاوز از میزان تولید اجازه داده شده توسط دفتر حفاظت دولتی صورت گرفت، مسئول شناخته شد. دادگاه تجدیدنظر میشیگان، ادعای تجدیدنظرخواه را دایر بر

---

35. Ibid, p. 928.

عمل کردن طبق قاعده حیازت نپذیرفت چون شرکت Sun قانون حفاظت ایالتی را نقض کرده بود. دادگاه یادآوری کرد که توسل به قاعده حیازت با دستورات معتبر حفاظتی محدود شده است. امروزه حقوق حفاظت سنگ بنای ساختار حقوقی حاکم بر بهره‌برداری از منابع نفت و گاز در امریکا است.

آنچه به‌طور مختصر گفته شد، تاریخ فشرده رفتار کشورهای است که مالکیت خصوصی بر منابع نفت و گاز را پذیرفته‌اند و یکی از تبعات این امر نیز مسئله اشتراک در مخزن نفت و گاز و طرق مواجهه با آن، به‌خصوص مقررات حاکم بر آن می‌باشد. مسائل گفته شده در مورد مخزن مشترک نفت و گاز میان کشورها از میانه دهه ۵۰ میلادی پدیدار شد و مباحث حقوقی و فنی مختلفی را در مورد اینکه چه رژیم حقوقی باید بر بهره‌برداری از این منابع مشترک حاکم باشد، برانگیخت.

## بخش دوم

### حقوق بین‌الملل و منابع مشترک نفت و گاز

در جستجوی موضع حقوق بین‌الملل در خصوص وضعیت حقوقی حاکم بر منابع مشترک نفت و گاز، همچون هر مطالعه مشابه دیگر باید به سراغ منابع حقوق بین‌الملل رفت تا با بررسی آن منابع و عنایت به سرشت حقوق بین‌الملل معلوم شود چه قواعد حقوقی در خصوص موضوع تحت بررسی وجود دارد و میزان الزام و اجبار حاصل از آن چقدر می‌باشد.

می‌دانیم که در نظام حقوق بین‌الملل برخلاف نظام‌های حقوقی ملی هیچ اقتدار عالی که بتواند قواعد الزام‌آور جهانی وضع کند یا قوه مجریه‌ای که صاحب قدرت کامله‌ای برای اجرای قواعد بین‌المللی باشد و یا نهاد قضائی عالی که رجوع به آن به هنگام بروز اختلاف الزامی باشد، وجود ندارد. در این نظام حقوقی غیرمتمرکز، تابعان حقوق بین‌الملل، خود واضعان قواعد و ایجادکنندگان حق و تکلیف‌اند و هنوز هم اصل احترام به حاکمیت دولتها علی‌رغم همه تحولاتی که از عهدنامه وستفالی به این سو در آن رخ داده، جوهر و موتور محرک حقوق بین‌الملل می‌باشد. در نتیجه به‌سختی می‌توان کشوری را که در ساخت قواعد حقوق بین‌الملل آگاهانه و علی‌رغم داشتن اراده آزاد مشارکت ننموده، ملتزم نمود.

انحراف از چارچوبی که به تصویر کشیده شد، به‌طور استثنائی و در ادواری از تاریخ حقوق بین‌الملل و در برخی موضوعات خاص دیده شده است؛ ولی قاعده حرکت در این نظام حقوقی به کیفیتی است که گفتیم و تغییر مسیر در آن بطئی است. ازاین‌رو شناسایی قواعد لازم‌الاجرا در این نظام حقوقی ذاتاً مهم‌ترین چالشها را سبب می‌شود.

در هر حال برای جستجوی حقوق و تکالیف دولتها در برابر یکدیگر در مورد مخزن مشترکی که در مرز دو دولت یافت می‌شود، باید به سراغ منابع حقوق بین‌الملل رفت، در مورد شناسایی منابع حقوق بین‌الملل هیچ اتفاق نظری وجود ندارد، اما اکثر علمای حقوق بین‌الملل ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری<sup>۳۶</sup> را که مبنای عمل دیوان در رسیدگی به اختلافات بین دولتها و تمیز حق می‌باشد به عنوان منابع شکلی حقوق بین‌الملل شناسایی و معرفی کرده‌اند.

در اینجا بی‌راهه نیست اگر فرض کنیم مثلاً اختلافی بین دو کشور در مورد مخزن نفتی مشترک در مرزهای آن دو اعم از اینکه در آنها تحدید حدود شده یا نشده باشد، رخ داده است و باز به فرض که مشکل ارجاع اختلاف به دیوان بین‌المللی دادگستری حل شده باشد و آن نهاد قضائی بین‌المللی صلاحیت لازم را برای رسیدگی به چنین اختلاف فرضی داشته باشد. در این صورت این سؤال مطرح خواهد شد که دیوان برای رسیدگی قضائی به این اختلاف به چه معیارهایی برای صدور رأی استناد خواهد کرد و از چه ضوابطی حکم خود را استخراج کرده و بر موضوع اختلافی بار می‌کند. بی‌تردید دیوان با همه قابلیت‌هایی که خود و قضاتش دارند در یک سلسله محدودیتهای نهادی قرار دارد و ناگزیر باید به ماده گفته شده عمل نماید.

آیا دولتها در اکتشاف و بهره‌برداری از چنین مخازن مشترکی آزادند و حاکمیت همچون مالکیت بر زمین در برخی نظام‌های حقوقی ملی بدون هیچ مانع و محدودیتی برای مالک حق حیات را ولو از نفت و گاز زیر قلمرو دولت همسایه می‌دهد، یا اینکه حقوق بین‌الملل نیز همچون مقررات ملی برخی کشورها قواعدی را برای اکتشاف و بهره‌برداری از این مخازن مشترک در نظر گرفته که موجب می‌شود حقوق همسایه در مخزن محفوظ بماند.

### گفتار نخست معاهدات بین‌المللی

بررسی رویه دوجانبه دولتها در طول چهار دهه گذشته در مواجهه با منابع طبیعی مشترک ثابت کرده است که همکاری در اکتشاف و بهره‌برداری از آن منابع، مناسب‌ترین و مؤثرترین گزینه خواهد بود. همان‌طور که پیشتر گفتیم بسیاری از کشورها در هنگام انعقاد معاهدات تحدید حدود مرزهای خود به مسئله امکان وجود ساختارهای زمین‌شناسی مشترک که در آنها منابع مشترک نفت و گاز وجود داشته باشد به‌نحوی که امکان بهره‌برداری از آن، از دو سوی خط

---

36. Statute of International Court of Justice, art. 38 (June 26, 1945), available at [http:// www.un.org.yu/download/22/222-statute\\_intl\\_eng.pdf](http://www.un.org.yu/download/22/222-statute_intl_eng.pdf).

مرزی به‌طور جزئی یا کلی میسر باشد، توجه کرده‌اند و خود را ملتزم نموده‌اند در صورت مواجهه با چنین وضعی با انعقاد موافقتنامه‌های دوجانبه موثرترین روشهای بهره‌برداری از آن منابع را جستجو کنند.

در حال حاضر قراردادهای بهره‌برداری مشترک زیادی را می‌توان در مناطق بسیار متفاوتی از جهان یافت که همگی تحت شرایط معینی می‌تواند مایه‌های اولیه بروز یک قاعده عرفی بین‌المللی را نوید دهد. هم شمار رو به تزاید و هم پراکندگی جغرافیایی این موافقتنامه‌ها، هرگونه تلاش در پذیرفتن تکرار وقوع آنها را به صرف اینکه اتفاقی هستند، رد می‌کند. چهار مدل اصلی از موافقتنامه‌های دوجانبه همکاری که به‌طور اجمالی، ترتیبات همکاری بین اطراف آن بررسی خواهند شد، از ساده‌ترین به پیچیده‌ترین به شرح زیر می‌باشند.

علی‌رغم تنوعی که در موافقتنامه‌ها دیده می‌شود چند نکته در آنها قابل توجه است. از جمله اینکه دولتها از اقدام یک‌جانبه و بدون هماهنگی با همسایگان خود که در مخزن شریکند، خودداری کرده‌اند. همچنین با توجه به مختصات زمین‌شناسی و مهندسی مخزن و توانایی‌های فنی و اقتصادی خود تلاش کرده‌اند حاصل مذاکره و همکاری را در بهترین روشهای ممکن در بهره‌برداری از مخازن مشترک در قالب موافقتنامه‌های زیر بگنجانند، به‌نحوی که حتی‌الامکان حقوق دولتهای ذی‌نفع در مخزن رعایت شود.

#### **بند نخست: موافقتنامه‌های متضمن واگذاری بهره‌برداری به یک کشور**

این نمونه، منطقاً ساده‌ترین گزینه موجود است و به جهت اینکه مستلزم حداقل کار در راه همکاری دوجانبه رسمی و هماهنگی حقوقی و نهادی می‌باشد، برای دولتها جالب است. براساس این نمونه، یک دولت، بهره‌برداری از مخازن واقع در یک منطقه اختلافی را از سوی دو دولت اداره می‌کند و دولت دیگر در درآمد حاصله پس از کسر هزینه‌ها، شریک و سهیم می‌شود. برخی از اولین موافقتنامه‌های بهره‌برداری مشترک از این مدل پیروی کرده‌اند، این روش به مرور و ظاهراً به‌خاطر لطمه غیرقابل قبول به حاکمیت دولتی که حقوق حاکمه او توسط دولت دیگر اداره می‌شود، غیرقابل استفاده ماند. بسیاری از دولتها به‌ویژه هنگامی که در یک منطقه، ادعاهای اختلاف مرزی مطرح باشد، از اینکه خودشان را در چنین وضعیتی قرار دهند، رویگردان می‌باشند. این دولتها از ظهور وضعیتی که به‌طور ضمنی صلاحیت دائمی را برای دولت دیگر توجیه و فراهم می‌کند، حتی اگر صریحاً موقتی بودن وضعیت، شرط شود، وحشت دارند. نگرانی از این است که چنین پذیرش

آشکاری بتواند در آینده که مسئله تحدید حدود بین دو دولت مطرح می‌شود، سایه شک و تردید را بر قدرت و قوت ادعاهای دولتهای عامل نسبت به این مناطق بیافکند.<sup>۳۷</sup>

این نگرانی البته چندان موجه نیست ولی عملاً باعث مسدود شدن یکی از راههای همکاری دوجانبه برای بهره‌برداری از منبع مشترک شده است. به نظر می‌رسد رأی ۱۹۵۳ دیوان بین‌المللی دادگستری در اختلاف بین فرانسه و انگلستان در مورد حاکمیت بر برخی جزایر غیرمسکونی کوچک و صخره‌ها در محدوده دریایی دو کشور نمونه روشنی از بی‌وجه بودن چنین نگرانی‌هایی باشد.

البته در موافقتنامه‌های بسیار جدید شاهد اقبال از این نوع توافقات هستیم، علت این امر نیز تا حدی روشن است؛ اولاً، روابط مبتنی بر حسن همجواری و ثانیاً، ملاحظات اقتصادی و کارآمدی این روش و ثالثاً، بلوغ جامعه بین‌المللی در درک و فهم ضرورتها و رفع شدن نگرانی‌های پیش‌گفته در سایه رویه قضائی بین‌المللی، همگی باعث گردید انگلستان و نروژ در سال ۲۰۰۵ به این قبیل توافقات گرایش نشان دهند.<sup>۳۸</sup> نمونه‌های این مدل شامل موافقتنامه‌های زیر می‌باشد:

– موافقتنامه عربستان- بحرین<sup>۳۹</sup> (۱۹۵۸)

– موافقتنامه قطر- ابوظبی<sup>۴۰</sup> (۱۹۶۹)

– موافقتنامه استرالیا و اندونزی (۱۹۸۹)

معاهده اخیر یک منطقه همکاری را پیش‌بینی می‌کند که مرکب از سه ناحیه مجزا است؛ ناحیه A تحت کنترل مشترک، ناحیه B تحت صلاحیت استرالیا و ناحیه C تحت صلاحیت اندونزی. ناحیه A که تحت کنترل مشترک بود توسط شورای وزارتی و یک مقام مشترک مرکب از نمایندگان مساوی از هر دولت و سهم برابر از منابع اداره می‌شود. در نواحی B و C هر دولت حقوق حاکمیتی انحصاری خود را با اعلام و ارسال ۱۰٪ از عواید حاصل

37. David M. Ong, *op. cit.*, p. 778.

38. در موافقتنامه سال ۲۰۰۵ بین انگلستان و نروژ که با تکیه بر ۳۵ سال تجربه همکاری دو کشور در بهره‌برداری از مخازن نفت و گاز مشترک منعقد شد، تأکید گردیده است، برخی میدان‌های کوچک که بخش عمده آن در یک کشور می‌باشد تحت صلاحیت آن کشور و به‌صورت انفرادی مورد بهره‌برداری قرار گیرد و درصدی از عایدات پس از کسر هزینه‌ها به دولت شریک داده شود.

Peter D Cameron, *op. cit.*, p. 576.

39. United Nations, National Legislation and Treaties Relation to the Law of the Sea 409. UN Doc. ST/LEG/SER.B/16, UN Sales No.E/F.74.V2 (1974).

40. United Nations, National legislation and treaties relation to the law of the sea 403. UN Doc. ST/LEG/SER.B/16, UN Sales No.E/F.74.V2 (1974).



از ناحیه برای طرف دیگر حفظ می‌کند.<sup>۴۱</sup> علت درج این موافقتنامه در این طبقه‌بندی آن است که دو دولت در دو ناحیه B و C هریک به‌تنهایی و براساس مقررات قانونی خود حقوق دیگری را اعمال می‌کند و تنها درصدی از درآمد حاصله را به دولت دیگر می‌دهد.

#### **بند دوم: موافقتنامه‌های متضمن مشارکت دو کشور در بهره‌برداری از منبع مشترک**

یک گزینه شایع برای بهره‌برداری اشتراکی از مناطق مورد اختلاف متضمن یک موافقتنامه دایر بر ایجاد یک نظام مشارکت (جوینت وینچر) اجباری بین دولتهای ذی‌نفع و اتباع آنها یا سایر شرکتهای نفتی منصوب در مناطق بهره‌برداری مشترک می‌باشد. نمونه‌هایی از این موافقتنامه به شرح زیر است:

- موافقتنامه ژاپن - کره جنوبی (۱۹۷۴)
- موافقتنامه فرانسه - اسپانیا (۱۹۷۴)<sup>۴۲</sup>
- موافقتنامه تونس - لیبی (۱۹۸۸)
- یادداشت تفاهم مالزی - ویتنام<sup>۴۳</sup> (۱۹۹۲)
- موافقتنامه کلمبیا - جامائیکا (۱۹۹۳)
- بیانیه آرژانتین - انگلستان (۱۹۹۵)
- موافقتنامه نیجریه - سائوتوم و پرنسپ<sup>۴۴</sup> (۲۰۰۱)

#### **بند سوم: موافقتنامه‌های بهره‌برداری با ایجاد مقام مشترک**

سومین نمونه بهره‌برداری مشترک، پیچیده‌ترین و نهادی‌ترین گزینه است. این نمونه مستلزم بالاترین سطح همکاری نسبت به دو مدل دیگر است و نتیجتاً حاکمیت ملی را کاهش نمی‌دهد. این مدل متضمن توافقی بین دولتهای ذی‌نفع برای ایجاد یک مقام یا کمیسیون مشترک بین‌المللی با شخصیت حقوقی، اختیارات قانونی و قدرت الزام جامع برای مدیریت بهره‌برداری از منطقه تعیین شده از طرف دولتهای مذکور می‌باشد. چنین نهاد مشترکی برخلاف واحدهای نوع مشورتی و ضعیف که تحت مدیریت طرفین با موافقتنامه‌های سازنده مدل دوم

۴۱. بند (۱) و (۲) جزء «ب» ماده ۴ موافقتنامه استرالیا- اندونزی به نقل از:

Treaty on the Zone of Cooperation in an Area Between the Indonesian Province of East Timor and Northern Australia, Dec. 11, 1989, 29 I.L.M. 469.

۴۲. Convention on the Delimitation of the Continental Shelves of the Two States in the Bay of Biscay, June 29, 1974, Spain - France, reprinted in 5 New Directions in the Law of the Sea 12 (R. Churchill, M. Nordquist & S. H. Lay ed. 1977).

۴۳. <http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/regionslist.htm>.

۴۴. Sao Tome & Principe

بهره‌برداری مشترک که فوقاً تشریح شد، تشکیل می‌شوند، به‌عنوان نهادهای قوی با نظارت انحصاری و اختیار تصمیم‌سازی و کارکردهای وسیع توصیف و تشریح شده‌اند.

- موافقتنامه عربستان سعودی - سودان (۱۹۷۴)

- موافقتنامه مالزی - تایلند (۱۹۷۹-۱۹۹۰)

- موافقتنامه گینه - سنگال<sup>۴۵</sup> و پروتکل (۱۹۹۵)

### بند چهارم: موافقتنامه‌های آحادسازی

موافقتنامه‌های آحادسازی، گروهی دیگر از ترتیبات فعالیتهای نفتی در مرزهای مشترک را سامان می‌دهد که در آنها مسئله تحدید حدود مرزی قبلاً حل و فصل شده و عنوان شناخته شده و مستقلی را در مباحث توسعه میادین نفت و گاز مشترک به خود اختصاص داده است. در زیر مهم‌ترین این موافقتنامه‌ها را مرور می‌کنیم:

۱- موافقتنامه‌های انگلستان- نروژ و انگلستان- هلند

۲- موافقتنامه ونزوئلا- ترینیداد و توباگو<sup>۴۶</sup> (۲۰۰۳ و ۲۰۰۷)

۳- موافقتنامه ترکیه- سوریه ۲۰۰۴

۴- موافقتنامه فرانسه- کانادا (۲۰۰۵) بعد از چهار سال مذاکره، فرانسه و کانادا در ۱۷ می ۲۰۰۵ موافقتنامه‌ای را در مورد تحدید حدود مرزها و اکتشاف و بهره‌برداری از میادین هیدروکربنی در ۲۱ ماده و ۶ پیوست راجع به سه ایالت شرقی کانادا و جزایر سانت پیرو و میکولن<sup>۴۷</sup> امضا کردند. این موافقتنامه در نوع خود بسیار جالب و جامع می‌باشد؛ چرا که در آن به همکاری در همه صورت‌هایی که ممکن است در مرز مشترک بین دو دولت متصور باشد، اشاره شده است.

حداقل نتیجه حاصل از بررسی تعدادی از موافقتنامه‌های دوجانبه همکاری در اکتشاف و بهره‌برداری از منابع مشترک نفت و گاز که متعاقب درج گسترده شرط یافت شدن مخزن مشترک در موافقتنامه‌های تحدید حدود مرزی منعقد شده، مبین این است که دولتهای ذی‌نفع با انعقاد قراردادهای گفته شده، نشان دادند برای قاعده حیات در عرصه بین‌المللی اعتباری قائل نیستند و بهترین گزینه را در مواجهه با چنین وضعیتهایی تنظیم موافقتنامه‌های همکاری برای بهره‌برداری از منابع نفت و گاز می‌دانند.

اینکه چنین رویه نسبتاً گسترده و یک شکلی بتواند نمایانگر یک قاعده عرفی بین‌المللی مبنی بر لزوم انعقاد موافقتنامه‌های یک کاسه‌سازی بین‌المللی یا توسعه اشتراکی منابع نفت و گاز

45. <http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/regionslist.htm>

46. <http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/regionslist.htm>

47. Canadian Atlantic Provinces and Saint-Pierre & Miquelon

تلقى شود البته محتاج بررسی بیشتر است، ولی همین قدر می‌توان گفت که این رویه دولتها قادر است به یک قاعده عرفی بین‌المللی در مورد ممنوعیت حیازت بین‌المللی نایل شود (قاعده عرفی بین‌المللی منع‌کننده) چه اینکه دستیابی به قواعد عرفی سلبی، استانداردهای خفیف‌تری از قاعده عرفی ایجابی طلب می‌کند و سهل‌تر شکل می‌گیرد. مسلم نبودن ضرورت گذشت زمان برای موجودیت یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی متضمن همکاری در قالب بهره‌برداری مشترک، به‌نظر می‌رسد با اتکای به این واقعیت که هیچ نوع یا مدلی از قرارداد بهره‌برداری مشترک که در آن شرط عددی به‌تنهایی مؤثر باشد، وجود ندارد، بهبود یافته است، ولی هنوز نمی‌توان ادعا نمود که به‌عنوان قاعده عرفی استقرار یافته است. همان‌گونه که مؤسسه انگلیسی حقوق بین‌الملل و تطبیقی بررسی کرده است، «هریک از مدلهای دارای شماری از احتمالات متغیر می‌باشد که به‌نظر نمی‌رسد تاکنون به‌خاطر سیستم‌های متفاوت اقتصادی، سیاسی، سنتهای متضاد و درجاتی از حساسیت ملی، قابلیت پذیرش مسلط جهانی را به دست آورده باشند».<sup>۴۸</sup>

در هر حال بررسی رویه دوجانبه دولتها به‌عنوان نتیجه‌گیری اولیه دلالت می‌کند که قاعده حقوق بین‌الملل عرفی مستلزم همکاری ویژه با هدف و نگاه به بهره‌برداری مشترک یا آحادسازی فرامرزی یک مخزن هیدروکربن مشترک هنوز متبلور نشده است. درحالی‌که مثالهای بالا از چهار مدل موافقتنامه‌های توسعه مشترک و آحادسازی مخازن مشترک نشان می‌دهد که دولتهای ذی‌نفع دارای گزینه‌های متفاوتی می‌باشند، ولی کشورها پذیرش بهره‌برداری مشترک را راه‌حل انحصاری که توسط حقوق بین‌الملل الزامی باشد، تلقی نمی‌کنند. در نتیجه عنصر اصلی و اساسی - اعتقاد حقوقی - غیرقابل دستیابی باقی می‌ماند، هرچند فقدان آن لزوماً بر بی‌اعتباری حقوقی این مسئله دلالت نمی‌کند. در واقع، وجود یک اصل کلی همکاری دایر بر الزام به بهره‌برداری مشترک به‌عنوان جایگزینی کارآمد، به لحاظ ضعف حقوقی محل تردید نیست؛ اگرچه نتوان محتوای هنجاری آن را تعیین و مشخص نمود.<sup>۴۹</sup>

منبع دیگر حقوق بین‌الملل که ممکن است حاوی قواعدی در مورد مسئله تحت بررسی باشد معاهدات عام است که در زیر به آن می‌پردازیم.

در مورد قواعد ناظر بر بهره‌برداری از منابع مشترک نفت و گاز هیچ معاهده عام یا قانون‌سازی در سطح بین‌المللی وجود ندارد. مرتبط‌ترین معاهده عامی که به برخی وجوه مربوط به بهره‌برداری از منابع طبیعی دریایی از جمله معادن بستر و زیر بستر دریا اشاره کرده است،

48. Fox Hazel, *op. cit.*, pp. 34-5.

49. David M. Ong, *op. cit.*, p. 792.

کنوانسیون حقوق دریاها مصوب ۱۹۸۲ می‌باشد.<sup>۵۰</sup> کنوانسیون رویکردی مترقیانه نسبت به مسئله دائمی توسعه صلاحیت دولتهای ساحلی با تحمیل اصل همکاری بر دولتهایی که منافع آنها ممکن است با هم در تعارض باشد، ارائه می‌کند.

این اصل کلی همکاری در سطح منطقه‌ای در ماده ۱۲۳ وضع شده و مقرر می‌دارد: «دولتهای دارای دریای بسته یا نیمه‌بسته باید با یکدیگر در اعمال حقوق خود و در اجرای تکالیف خود همکاری نمایند».

این شرط، به تعداد زیادی از توافقنامه‌های بهره‌برداری مشترک در مناطقی که دریای نیمه‌بسته محسوب می‌شوند، مربوط است. برای نمونه می‌توان از موافقتنامه‌های تایلند - مالزی، ویتنام - مالزی، و اندونزی - استرالیا در مورد دریای جنوبی چین و دریای تی‌مور، موافقتنامه‌های آحادسازی فرامرزی هلند - انگلستان، نروژ - انگلستان مربوط به دریای شمال نام برد. نمونه‌های مشابه دیگری را می‌توان در خلیج فارس پیدا کرد.

همچنان که ماده ۸۳ کنوانسیون در مورد فلات قاره، دولتها را به همکاری برای دستیابی به توافقنامه در خصوص تحدید حدود مرزهای خود ملزم می‌کند. در عین حال دولتهای ذی‌ربط متعهد شده‌اند تلاش کنند تا مقررات عملی توافقنامه‌ها به‌عنوان یک اقدام احتیاطی در مورد کشف مخازن هیدروکربن و معدنی مشترک قبل از انعقاد موافقتنامه تحدید حدود نهایی لازم‌الاجرا شود. این ترتیبات موقتی عملی باید با روح تفاهم و همکاری تنظیم و اجرا شوند و دولتها هر کاری که لازم باشد، انجام دهند تا به هدف مورد نظر که عبارت از دستیابی به موافقتنامه نهایی حاکم بر منطقه مورد اختلاف می‌باشد، لطمه وارد نشود یا آن را به مخاطره نیندازد.<sup>۵۱</sup>

در هر حال می‌توان گفت زبان (لحن) استفاده شده در اینجا عمدتاً شبیه به توافقنامه‌های تحدید حدود مرز دریایی است که در آنها مخازن فرامرزی یافت می‌شود. چنین قیودی ابتدا برای دریای شمال مطرح شده بود، اما همان‌طور که از نظر گذشت در حال حاضر به اکثر توافقنامه‌های راجع به مناطق دریایی دیگر در اقصی نقاط جهان به‌ویژه خاورمیانه، کارائیب و پاسفیک آسیایی به‌طور کلی و جنوب شرقی آسیا به‌طور خاص گسترش یافته است. تفاوت اصلی میان این دو نوع مقررات فقط به موقعیت خاص خودشان مربوط می‌شود. البته در مورد محدوده زمانی دستیابی به توافق شاید نوعی دور و تسلسل در خلال آن اختلاف بروز کند، ولی ترتیبات موقتی اساساً بر روی موقعیتهای متضمن

۵۰. کنوانسیون حقوق دریاها در سال ۱۹۸۲ در مونته‌گوبی به امضای نمایندگان بیش از ۱۲۰ کشور رسید و به‌سرعت در مراجع قانونی آنها تصویب و سند آن نزد دبیرکل ملل متحد تودیع شد و در سال ۱۹۹۴ لازم‌الاجرا گردید، در حال حاضر و با توجه به تغییرات سال ۱۹۹۴ در بخش یازدهم کنوانسیون بیش از ۱۳۵ کشور طرف آن معاهده هستند.

<<http://www.un.org.Deptes/los/index.htm>>

51. David M. Ong, *op. cit.*, p.782.

ادعاهای اختلافی در فلات‌های قاره تمرکز می‌کند؛ درحالی‌که قیود مخزن فرامرزی وقتی نقش خود را ایفا می‌کند که یک مخزن نفتی در محل تقاطع مرزهای تحدید حدود شده، یافت شود. شروط اخیر در اکثر موافقتنامه‌های مرزی فلات قاره درج شده‌اند و ناگزیر به مذاکره برای موافقتنامه دیگر در خصوص مؤثرترین راه برای استخراج از مخزن دعوت می‌کنند.

همان‌طور که در سخنان برونلی و برخی حقوقدانان دیگر دیده می‌شود، این قیود، سنگ بنایی را برای بسیاری از موافقتنامه‌های آحادسازی مخازن فرامرزی معدنی در جهان فراهم کرده است، با این حال طبیعت دقیق ترتیبات موقتی که در بند (۳) ماده ۸۳ تصویر شده، نامشخص است. فقط هنگامی که مخازنی زیر خطوط مرزی تعیین شده قرار می‌گیرد یا در مناطقی از ادعاهای تداخل واقع می‌شود، تعهدی کلی به همکاری مطرح می‌شود که البته محتوای اصلی این شرط همکاری هم به نوبه خود نامعین است.<sup>۵۲</sup>

آنچه به نظر می‌رسد اینکه دولتهای مذاکره‌کننده چه از نظر حقوق بین‌الملل و چه از حیث مهلت و موعد دستیابی به توافق، اجبار و محدودیتی ندارند؛ بنابراین تنها وسیله موجود اثبات بی‌ثمری مذاکرات، وقتی است که به آیین‌های اجباری حل و فصل اختلاف به‌موجب بخش ۱۵ کنوانسیون حقوق دریاها مراجعه شود. این شرط، حداقل دلالت می‌کند که مذاکرات تابع یک محدوده زمانی ضمنی است؛ زیرا آیین‌های حل اختلاف اگر هیچ توافقنامه‌ای در یک مهلت زمانی معقول حاصل نشود، می‌تواند مورد استناد قرارگیرد. البته در مواردی، این امکان محدود می‌باشد، یعنی اینکه دولتها می‌توانند به‌طور مکتوب در هر زمانی که مایل به پذیرش حل و فصل اجباری برخی انواع اختلافات از جمله مسائل مربوط به تحدید حدود مرز دریایی نباشند، مراتب را اعلام کنند. مذاکرات راجع به ترتیبات موقتی باید با حسن‌نیت و به‌موجب حقوق بین‌الملل عام و ماده ۳۰۰ کنوانسیون حقوق دریاها به عمل آید. به‌طور خاص دولتهای مذاکره‌کننده متعهدند ترتیبی اتخاذ کنند که منجر به سوءاستفاده از حق در موارد اعمال حقوق، صلاحیت و آزادیهای شناخته شده طبق کنوانسیون نگردد.

تکلیف به مذاکره با حسن‌نیت به‌طور وسیعی به‌عنوان یک اصل کلی کاملاً مبنایی در حقوق بین‌الملل تصدیق شده است و منطقاً هر دولتی را از لطمه زدن غیرضروری و ناموجه به جریان مذاکره برحذر می‌دارد. مثلاً در دعاوی فلات قاره دریای شمال این ضابطه حسن‌نیت در چارچوب مذاکرات راجع به توافقنامه‌های مرزی فلات قاره با اعمال آنچه معروف به اصول منصفانه است و فرض می‌شود که در چنین توافقنامه‌هایی انعکاس یابد، تأمین شده است.

52. Rainer Lagoni. "Interim measures pending maritime delimitation agreements" 78 AJIL 1984 p. 358.

یکی دیگر از نکات قابل استفاده در کنوانسیون حقوق دریاها، ماده ۱۴۲ است؛ در این ماده قیدی در مورد وجود مخازن در محدوده صلاحیت ملی و منطقه اعماق بستر دریا (وقتی منبع مشترک بین مقام و یک کشور) وجود دارد که می‌تواند برای طرفهای ذی‌نفع در موارد مشابه (مواردی که منبع بین دو کشور مشترک است) راهنمای عمل صریح تلقی شود. برای شرح این مطلب خوب است به مواد قبل از آن توجه شود.

البته باید دانست که ماده ۱۴۲ به‌صورتی مبهم، مختص حقوق و منافع مشروع دولتهای ساحلی است، به‌خصوص در آنچه به بهره‌برداری از معادن آن‌سوی منطقه و مهار آلودگی مربوط است. فعالیتهای داخل منطقه در خصوص چنین مخازنی با در نظر گرفتن حقوق و منافع مشروع کشورهای ساحلی ذی‌ربط انجام خواهد گرفت. به‌علاوه یک سیستم پیش‌آگاهی و مشورت باید رعایت شود تا از آسیب رسیدن به این حقوق و منابع جلوگیری گردد. نهایتاً وقتی که فعالیتهایی در منطقه بتواند به استخراج منابع موجود در محدوده ملی منجر شود، رضایت قبلی دولت ساحلی ذی‌ربط باید اخذ شود. این شرط منطقاً می‌تواند نسبت به دولتهای ساحلی همسایه در وضعیت مشابه در مناطق دارای ادعاهای اختلافی فلات قاره نیز دنبال شده و تحقق یابد.

در واقع این اصول و آیین‌ها می‌توانند مبنایی را برای رژیم بهره‌برداری مشترک بین دولتهای ذی‌نفع و مقام بین‌المللی بستر دریا همانند آنچه بین دو دولت یا بیشتر حادث می‌شود، به دست دهند.

### گفتار دوم: عرف بین‌المللی

عرف بین‌المللی یکی دیگر از صورتهای بروز و جلوه قواعد حقوقی است. وقتی که رفتاری به‌طور گسترده و یکنواخت در مواجهه با یک پدیده از سوی دولتها دیده می‌شود به‌نحوی که نسبت به چنان واکنشی احساس الزام و باور حقوقی پیدا کنند، آن رفتار می‌تواند به‌عنوان یک قاعده عرفی بین‌المللی تلقی شود و متخلف از آن را می‌توان از نظر بین‌المللی مسئول دانست.

با وجود این واقعیت که عرف بین‌المللی، یکی از دو منبع اصلی و در مواردی تنها منبع حقوق بین‌الملل می‌باشد، به چند دلیل، مشکلات جدی ذاتی در راه تبیین قواعد حاکم بر این منبع وجود دارد. در هر حال بررسی اینکه آیا دولتها در عمل به بهره‌برداری اشتراکی از منابع مشترک نفت و گاز مجبور و ملزم می‌باشند یا خیر را باید با بازخوانی مراحل تحقق یک تعهد یا تکلیف حقوقی طبق حقوق بین‌الملل عرفی آغاز کرد.

تحقق قاعده عرفی، متکی به وجود رویه جاافتاده دولتی و مرتبط به آنچه که به عنصر روانی یا معنوی موسوم است، می‌باشد که به‌وسیله آن دولتها قبول می‌کنند که چنین رویه‌ای از

سوی آنها الزامی است؛ چون تکرار شرطهای قراردادی همان طور که در بسیاری از معاهدات دیده می شود به تنهایی برای تبدیل خود به خود مفاد آنها به قاعده عرفی کافی نیست و به یک عنصر ثانوی احتیاج دارد. یک نوع احساس تعهد حقوقی، تمایل به تطبیق خود با چیزی که همتراز یک تعهد حقوقی است که همان مفهوم باور حقوقی است. زیرا طبق نظر دیوان «نه تکرار و نه ویژگی عادی اعمال، کافی نیست».<sup>۵۳</sup>

برای هدف ما رویه دولتهای متأثر در مورد مخازن نفت و گاز مشترک، اهمیت بسیار زیادی دارد. آنچه از نظر آماری مهم و تعیین کننده است، نسبت بین موافقتنامه های بهره برداری مشترک و وقوع چنین مخازنی است و از قرار معلوم این سهم و نسبت، بالا است و در سالهای اخیر هم شتاب بیشتری گرفته و به تعداد آنها افزوده شده است؛ لذا می تواند این نتیجه گیری را تقویت کند که رویه یکنواخت در مواقعی که مخازن مشترک بخشی از صورت مسئله می باشد، وجود دارد.

با این همه، حتی این مبنای عددی برای فرض وجود یک تعهد عرفی مبنی بر الزام به بهره برداری مشترک در زمان اثبات وجود اعتقاد حقوقی ممکن است کفایت نکند.

متأسفانه تاکنون دیوان بین المللی دادگستری به طور روشن استانداردهای علمی و کافی اثبات دلیل را برای احراز وجود عرف که بتواند با درجه ای بالا از قطعیت مورد عمل قرار گیرد، ارائه نکرده است؛ لذا رویه دولتها به تنهایی برای احراز وجود یک قاعده حقوق بین الملل عرفی ناکافی یا خیلی مبهم به نظر می رسد. از آنجا که مسئله بهره برداری مشترک، یکنواختی گسترده تری را برای تأیید یک قاعده عرفی لازم دارد، باید نتیجه گیری شود که تعهد خاص دولتهای ذی نفع دایر بر الزام به همکاری در شکل بهره برداری مشترک، نمی تواند صرفاً از دلیل ارائه شده حاصل شود. رویه دولت در مورد بهره برداری اشتراکی از مخازن مشترک علی رغم تواتر رو به تزاید و یکنواختی ظاهری آن، به تنهایی هیچ رفتار قاعده سازی را اثبات نمی کند.

علی رغم نتایج بالا این سؤال می تواند مطرح شود که آیا در مورد موضوع گفته شده، یک قاعده منطقه ای قابل اعمال حقوق بین الملل عرفی که احتمالاً بهره برداری مشترک توسط دولتهای ذی نفع در خصوص برخی دریاها و نیمه بسته را الزامی بداند، شکل گرفته است؟ همان طور که پیشتر گفتیم مناطقی که در آنها رویه دولت در مورد بهره برداری مشترک ترجیح دارد عبارتند از: دریای شمال، خلیج فارس، دریای چین شرقی، دریای چین جنوبی (ادغام کننده خلیج تایلند و تی مور) و بالاخره دریای کارائیب، همچنین بخشهای جنوبی و شرقی اقیانوس اطلس، منطقاً می تواند فرضی به نفع بهره برداری مشترک نسبت به دولتهای مربوط برقرار کند؛ به عنوان مثال

---

53. North Sea Continental Shelf Cases, 1969 I.C.J. p. 44.

در منطقه آسیا - اقیانوسیه نسبت این قبیل موافقتنامه‌ها با موافقتنامه‌های تحدید حدود قابل توجه است. (عربستان ۲ روی ۴، استرالیا ۶ روی ۷، هند ۸ روی ۱۰، اندونزی ۱۲ روی ۱۴، و تایلند ۷ روی ۸). در بطن این استدلال میزانی از صراحت یا حداقل قبول تلویحی توسط دولتهای درگیر دایر بر ضرورت همکاری با جهت‌گیری به‌سوی بهره‌برداری مشترک وجود دارد.

بی‌تردید چنین رویه‌ای وزن خاصی به ارزیابی وضعیت حقوقی یک قاعده عرفی ادعایی اعطا می‌کند. بنابراین درحالی‌که هنوز اعمال و اجرای یک تعهد مشخص بهره‌برداری مشترک را به‌طور عام نمی‌توان بر دولتها تحمیل کرد، رویه دولتها در دریای شمال، خلیج فارس یا مناطق آسیای جنوب شرقی را که طلایه‌دار موافقتنامه‌های بهره‌برداری مشترکند، می‌تواند مثبت یک استثناء باشد.

به‌ویژه در مناطقی با بیشترین نمونه‌های رویه دولت، منطقی است که یک قاعده منطقه‌ای حقوق بین‌الملل عرفی تکامل یابد تا بهره‌برداری اشتراکی را برای حل مشکل مخزن مشترک الزامی نماید. البته اینکه تا چه اندازه دولتها در این مناطق خود را قانوناً برای اعمال این راه‌حل مجبور احساس می‌کنند، آزمون نهایی چنین قاعده‌ای می‌باشد.<sup>۵۴</sup>

### گفتار سوم: رویه مراجع حل و فصل اختلافات بین‌المللی

قضایای حقوقی بین‌المللی که در مراجع حل و فصل اختلافات بین‌المللی مطرح و رسیدگی می‌شود، فرصتی است تا گروه‌هایی از برجسته‌ترین حقوقدانان بین‌المللی، با تجزیه و تحلیل قواعد حقوقی به عبارات بی‌جان و رویه‌های مبهم دولتها که ساختمان قاعده حقوقی را تشکیل داده‌اند، جان بخشند و در مواردی که عبارات به‌کار رفته یا رویه مورد استناد دوپهلو یا به‌قدر کافی واضح نیستند، صراحت دهند. در واقع اگرچه این قبیل مراجع، مجری حقوق بین‌الملل سابقاً موجود در اختلاف پیش روی خود هستند و در اساس، سازنده قواعد

---

۵۴. در مقدمه برخی از این موافقتنامه‌ها از عباراتی استفاده شده است که می‌تواند مبین نوعی احساس الزام حقوقی در تنظیم آنها تلقی شود. برخی به اشتباه تصور می‌کنند که اگر سبب و محرک خلق یک قاعده حقوقی، الزامات سیاسی یا اقتصادی یا اجتماعی باشد در درستی آن قاعده خلل وارد می‌کند؛ درحالی‌که چنین تصویری صحیح به‌نظر نمی‌رسد، چون در اکثریت قابل توجهی از قواعد حقوقی این واقعیت ساری و جاری است و حقوق متکفل به نظم کشیدن همین عناصر موثر در زندگی جمعی است.

در هر حال در مورد احراز حقوق بین‌الملل عرفی منطقه‌ای نیز گاه شاهد سخت‌گیری هستیم، به‌عنوان مثال هنگامی که یک قاعده قابل اجرای منطقه‌ای در قضیه پناهندگی مورد استناد قرار گرفت، دیوان بار اثبات دلیل انصافاً بالایی را بر دوش طرفی که مدعی وجود چنین عرفی بود، گذاشت. بنابراین طبیعی است که بار اثبات دلیل مشابهی به‌طور مسلم بر عهده هر دولتی که مدعی وجود قاعده‌ای به نفع بهره‌برداری اشتراکی از مخازن مشترک در دریای شمال، خلیج فارس، آسیای جنوب شرقی و سایر مناطق مذکور باشد، خواهد بود.



حقوقی نیستند ولی نقش آنها در زدودن گرد ابهام از قواعد گفته شده و صیقل زدن به آن و متجلی کردن قواعد، بی‌بدیل است.

تصمیمات این مراجع چه در قسمت تجزیه و تحلیل وقایع خارجی و توصیف آنها به‌عنوان موضوع بین‌المللی و احراز واقعیت برای یافتن حکم از قواعد معتبر بین‌المللی و چه در بازایی و کالبد شکافی قواعد بین‌المللی موجود و شایسته اعمال در قضیه اختلافی، نقشی مؤثر در توسعه حقوق بین‌الملل داشته و دارد و یکی از ابزارهای کارآمد نظام حقوقی بین‌المللی برای برون رفت از برخی تنگنایهای حقوقی، همانا مراجع حل و فصل اختلافات بین‌المللی و به‌ویژه در رأس آنها رکن قضائی اصلی ملل متحد، دیوان بین‌المللی دادگستری می‌باشد.

به‌نظر برخی تحلیل‌گران اقتصادی حقوق، مراجع حل و فصل اختلافات بین‌المللی، با شناسایی و به‌کارگیری عنصر کارآمدی که در قلب هر قاعده حقوقی باید وجود داشته باشد و از طریق تکنیک‌هایی که در خلق قواعد عرفی بین‌المللی صورت می‌گیرد، این اختیار و بلکه تکلیف را دارند که قاعده عرفی جدید را به جامعه بین‌المللی از طریق آراء خود معرفی کرده و موجب توسعه حقوق بین‌الملل شوند.<sup>55</sup> در هر حال اگرچه تبعیت از آراء صادره از سوی این نهادهای قضائی برای خود آنها در رسیدگی‌های بعدی الزامی نیست و هرچند آراء صادره فقط نسبت به طرفینی که در دعوی مشارکت داشته‌اند، لازم‌الاجرا می‌باشد ولی سایر دولتها به آراء این نهادهای قضائی احترام می‌گذارند و علمای حقوق نتایج آراء آنها را به‌عنوان حقوق بین‌الملل مورد بررسی و نقد قرار می‌دهند.

### بند نخست: رأی داوری در قضیه یمن – اریتره

این قضیه مربوط به اختلافی بین یمن و اریتره در مورد حاکمیت بر مناطقی در دریای سرخ و در خصوص ترتیبات بهره‌برداری نفتی و تحدید حدود مرز دریایی بین طرفین در آن دریا بود، اختلاف به هیأت داوری سه نفری ارجاع شد. دیوان داوری مذکور با نقل رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضایای فلات قاره دریای شمال مبنی بر اینکه «تحدید حدود مناطق فلات قاره می‌تواند به یک روی هم افتادگی مناطق متعلق به آنها منتهی شود. چنین وضعیتی را باید به‌عنوان یک واقعیت مفروض پذیرفت و آن را با یک موافقتنامه یا با تقسیم مساوی مناطق اختلافی و یا با موافقتنامه‌هایی برای بهره‌برداری مشترک حل کرد. راه حل اخیر به‌طور خاص هنگامی که مسئله حفاظت از یکپارچگی مخزن وجود دارد، مناسب‌تر به‌نظر می‌رسد». دیوان داوری یادآوری کرد که این وضعیت به‌طور خاص به اختلاف یمن و اریتره مرتبط است، چون دو

55. Eyal Benvenisti "Sharing trans-boundary resources: international law and optimal resource use". Cambridge University Press 2002 pp. 204-7.

کشور هریک در مقابل دیگری با منافع و روابط بالنسبه قوی ناشی از رسوم آزاد رفت و آمد ماهیگیران، تجارت گسترده، قواعد و مذهب مشترک مواجهند. این همه ایجاب می‌کند در صورتی که دو کشور، منبع نفت و گاز واحدی در محدوده مرزی خود بیابند که از هر طرف خط مرزی قابل بهره‌برداری باشد، از رویکرد بهره‌برداری مشترک تبعیت کنند. این رأی دیوان داوری اگرچه با موضوع اصلی ارجاع شده به داوری ارتباط مستقیمی نداشت ولی از این رو اهمیت یافته است که به جای توصیه به مذاکره یا همکاری برای رسیدن به نوعی توافق برای بهره‌برداری، مستقیماً به رویه معمول یعنی بهره‌برداری مشترک به عنوان یک رویکرد کاملاً جاافتاده یا در شرف پذیرش همگانی تصریح می‌کند.<sup>۵۶</sup>

### **بند دوم: قضیه فلات قاره دریای شمال ۱۹۶۹ آلمان، هلند و دانمارک**

تصمیم دیوان بین‌المللی دادگستری در قضایای فلات قاره دریای شمال در سال ۱۹۶۹ به لحاظ اینکه اصول بنیادین تحدید حدود مرز دریایی را در حقوق بین‌الملل بازگو می‌کند، واجد اهمیت بسیار است. قضایای فلات قاره دریای شمال و به خصوص نظریه جداگانه قاضی «جسپ» مبین پاسخ قضائی به مسائل تحدید حدود و تا اندازه‌ای مخازن نفتی واقع در تقاطع مرزها می‌باشند. دیوان در این قضیه به امکان دستیابی طرفین به توافقی در مورد یک رژیم صلاحیت و استفاده یا بهره‌برداری مشترک از نواحی مورد اختلاف و ادعایی یا هر بخش از آن اشاره می‌کند. قبل از بروز اختلاف، بخشی از تحدید حدود فلات قاره در عمل به موجب موافقتنامه‌هایی بین آلمان، هلند و دانمارک بر مبنای فاصله مساوی از نزدیک‌ترین نقاط به خطوط مبدأ دریای سرزمینی دولتهای مذکور انجام گرفته بود.<sup>۵۷</sup> اما نسبت به باقی‌مانده مرزها به لحاظ اختلاف در مورد روشهایی که باید اعمال می‌شد، نتوانستند به یک موافقتنامه دست یابند.<sup>۵۸</sup> علت این بود که هلند و دانمارک ادعا می‌کردند، نظر به فقدان موافقتنامه بین طرفین و نبود شرایط و اوضاع و احوال خاص، باید اصل فاصله مساوی در تحدید حدود بقیه مناطق دریایی مورد استفاده قرار گیرد.<sup>۵۹</sup>

آلمان به این ادعا پاسخ داد که روش فاصله مساوی به راه حل عادلانه و منصفانه منتهی نخواهد شد و لذا تحدید حدود باید تابع اصول منصفانه باشد. آلمان استدلال می‌کرد که این

---

56. Barbara Kwiatkowska, The Eritrea/Yemen arbitration: Landmark progress in the acquisition of territorial sovereignty and equitable maritime boundary delimitation, 32 Ocean development & international law, 2001, updated as of 25 January 2004, p. 28.

۵۷. رأی دیوان در قضیه فلات قاره دریای شمال، صص ۱۶ و ۱۷.

۵۸. همان، صص ۱۷ و ۱۸.

۵۹. همان، ص ۱۷.

اصول منصفانه سهمی عادلانه و منصفانه از فلات قاره را به نسبت طول خط ساحلی آن کشور و گستردگی به سمت نقطه مرکز دریای شمال ارائه خواهد نمود.<sup>۶۰</sup>

دیوان راه حل نهایی تحدید حدود را به عهده طرفین گذاشت و خود را به ارائه معیارهایی که طرفین باید در مذاکرات مد نظر قرار دهند از جمله «ساختار مادی و زمین شناسی و منابع طبیعی درگیر در منطقه فلات قاره» محدود کرد.<sup>۶۱</sup>

دیوان همچنین اعلام کرد که طرفین باید اختلافات خود را با توافق یا با تقسیم مساوی مناطق اختلافی یا با موافقتنامه‌های بهره‌برداری مشترک حل و فصل کنند، البته راه حل اخیر به خصوص در مواقعی که مسئله حفظ یکپارچگی مخزن وجود دارد، مناسب به نظر می‌رسد. دیوان بین‌المللی دادگستری در این قضیه یکپارچگی مخزن را به عنوان اوضاع و احوالی خاص که تجاوز مرزی را توجیه کند، مورد بررسی قرار نداد. اما رأی داد که این مسئله عامل دیگری بوده که باید در مراحل تحدید حدود در نظر گرفته شود، آن هم نه بیشتر از یک عنصر عینی و واقعی. دیوان دو معاهده منعقد اخیر را از نقطه نظر وزنشان به عنوان رویه دولت، مهم‌تر در نظر گرفت، دولتهای ذی‌نفع به طور خاصی در این دو معاهده ضوابط یک مخزن فرامرزی و منابع طبیعی مشترک در یک منطقه تحدید حدود نشده را پیش‌بینی کرده بودند.<sup>۶۲</sup> با ملاحظه این ترتیبات تصویبی دیوان در خصوص مسئله مخزن واقع در دو طرف مرز فلات قاره یادآوری کرد: «با نگاهی به غیر از دریای شمال، رویه دولتها نشان می‌دهد که چگونه با این مسئله برخورد شده است و همه آنچه لازم است به منظور اطمینان از مؤثرترین روش بهره‌برداری یا تسهیم محصولات استحصالی انجام شود، توسط دولتهای ساحلی ذی‌نفع مورد اشاره قرار گرفته است».

قاضی جساب در نظریه جداگانه خود، استقلال مربوط به مناطق فلات قاره را که دولتهای ذی‌نفع ادعاهای به یک اندازه موجه دارند، مطرح کرد. وی یادآور شد که صرف نظر از دریای شمال و توافقنامه مصب رودخانه امس،<sup>۶۳</sup> موافقتنامه‌های دیگری در خلیج فارس، در مورد مناطق مرزی که هنوز تحدید حدود نشده‌اند، برای استخراج و بهره‌برداری مشترک تنظیم شده‌اند.

بدین ترتیب وی مدعی است که اصل بهره‌برداری مشترک، می‌تواند نسبت به لزوم تنظیم موافقتنامه‌های تحدید حدود در مورد مناطق واجد اختلافات مرزی دارای مقبولیت اجرایی وسیع‌تر

۶۰. همان، صص ۲۰ تا ۲۲.

۶۱. همان، ص ۵۵.

62. Supplementary Agreement to the Treaty concerning Arrangements for Cooperation in the Ems Estuary (Ems-Dollard Treaty; 1960); May 14; 1962, Neth-FRG, 509UNTS 140 and The United Kingdom and Norway, Article 4; the Agreement of 6 October 1965.

۶۳. توافقنامه‌ای است بین آلمان غربی وقت و هلند در سال ۱۹۶۰ در مورد مخازن گازی در دهانه (مصب) رودخانه امس. این W. موافقتنامه با موافقتنامه بعدی در سال ۱۹۶۲ تکمیل شد.

Blinn and other, *op. cit.*, p.216.

باشد. استدلال مطلوب دیوان و به‌خصوص قاضی جساپ نسبت به بهره‌برداری مشترک را نمی‌توان چیزی غیر از پشتیبانی از چنین ترتیبی تفسیر کرد؛ زیرا بیان دیوان در بخش توجیهی رأی، در خصوص مسئله مورد نظر آشکارا جنبه حقوقی داشت و واقعاً در حال پاسخ دادن بود. البته ممکن است بتوان با تمسک به الفاظی مثل «کمک به شناسایی قواعد ایجاد شده توسط دولتها»<sup>۶۴</sup> که در این خصوص یک مفهوم حقوقی بالنسبه جدید را به‌عنوان بهره‌برداری مشترک ارائه می‌کند و بالاخره با تکیه بر «اصول حقوقی شناخته شده توسط دولتهای متمدن» به تبیین مسئله کمک نمود. مسائل گفته شده باعث ایجاد علاقه و گرایش برخی قضات بین‌المللی به تأکید بر همکاری در بهره‌برداری از منابع مشترک گردید که نمونه‌های آن را می‌توان در توصیه کمیسیون سازش نروژ و ایسلند و رأی دیوان دآوری یمن و اریتره در خصوص منابع مشترک نفت و گاز در منطقه فلات قاره اختلافی بین کشورهای مذکور ملاحظه کرد.

#### بند سوم: قضیه فلات قاره دریای اژه (۱۹۷۶) ترکیه و یونان

بین ترکیه و یونان در مورد فلات قاره دریای اژه اختلاف وجود دارد. ترکیه در سال ۱۹۷۴ مجوزهایی برای اکتشاف به شرکتهای نفتی اعطا کرد و اکتشاف برای نفت در بخش ترکیه‌ای دریای اژه که خارج از آبهای سرزمینی یونان قرار داشت، آغاز شد. ولی چون یونان ادعای ترکیه را نسبت به قسمتی از بستر دریا تأیید نکرد،<sup>۶۵</sup> اختلاف بین دو دولت مطرح شد. پس از مذاکرات بی‌فروجه، ترکیه نسبت به اعزام هیأت‌های علمی بیشتر به منطقه با کشتی‌های جنگی موجود برای مواجهه با هرگونه تهاجم به هیأت‌های مذکور اقدام کرد. این اقدام ترکیه، یونان را ترغیب کرد تا مسئله را در شورای امنیت مطرح کند و سپس در سال ۱۹۷۶ اختلاف را به دیوان بین‌المللی دادگستری ببرد.

یونان برای توجیه درخواست خود از دیوان دایر بر صدور قرار تأمین موقت ادعا کرد که اعطای مجوزهای اکتشاف و استخراج نفت به کشتی MTA Sismik 1 توسط ترکیه به منزله تجاوز به حقوق حاکمه انحصاری آن کشور در اکتشاف و استخراج از فلات قاره‌اش بوده و نقض حقوق یک دولت ساحلی نسبت به انحصاری بودن آگاهی از وضعیت فلات قاره‌اش، لطمه غیرقابل جبران به حساب می‌آید. به‌علاوه فعالیت‌های مورد شکایت اگر ادامه یابد، اختلاف را عمیق خواهد کرد. ترکیه در اولین واکنش، رسیدگی دیوان به موضوع را به لحاظ صلاحیتی

64. R.R Churchill & A.V.Lowe; "The Law of The Sea" 10 (2d 1988) at David M. Ong, *op. cit.*, p. 785.

65. Aegean Sea Continental Shelf Case, (Greece v. Turkey) ICJ.Rep 1976, ICJ. p. 3.

همچنین مراجعه شود به نگوین کک دین و دیگران ترجمه حسن حبیبی، جلد دوم، ص ۶۵۸.

مردود دانست، مع الوصف، در ارتباط کتبی با دفتر دیوان ادعا کرد که این قبیل فعالیتها به هیچ وجه آسیبی به حقوق موجود یونان در مناطق مورد اختلاف دو کشور محسوب نمی شود و اگر چنین تلقی شود هیچ دلیلی وجود ندارد که چرا چنین آسیب و تجاوزی نتواند جبران شود و بالاخره اینکه ترکیه هیچ قصدی دایر به استفاده از نیروی نظامی نداشته است.

این قضیه که می توانست برای اولین بار دیوان را به طور صریح و مستقیم وارد رسیدگی و اتخاذ تصمیم در مورد بهره برداری از منابع مشترک نفت و گاز نماید به لحاظ اینکه خطر آسیب غیرقابل جبران به حقوق یونان احراز نگردید و نتوانست صدور قرار تأمین را توجیه نماید، به استناد ماده ۴۱ اساسنامه دیوان رد شد و در مرحله رسیدگی ماهیتی هم دیوان به لحاظ نداشتن صلاحیت به آن رسیدگی نکرد.<sup>۶۶</sup> ولی در همین حد نیز مجموعه استدلالهای دیوان در این مورد قابل استفاده است و به نوعی حکایت از این دارد که اگر عملیات اکتشافی منجر به نصب تأسیسات می شد، احتمالاً نسبت به موضوع تصمیم دیگری اتخاذ می کرد و به طریق اولی اگر اقدامات ترکیه به مرحله بهره برداری می رسید، تصمیم دیوان حداقل در مرحله صدور دستور موقت، می توانست طور دیگری باشد.

در این قضیه، نظریه جداگانه قاضی الیاس نیز که به بهره برداری رقابتی از مخازن نفت و گاز مشترک هشدار داد، قابل توجه می باشد.<sup>۶۷</sup>

### گفتار چهارم

#### کمیسیون حقوق بین الملل و منابع طبیعی مشترک (آبهای زیرزمینی، نفت و گاز)

کمیسیون حقوق بین الملل بررسی موضوع منابع طبیعی مشترک را از سال ۲۰۰۲ آغاز کرد.<sup>۶۸</sup> کمیسیون در این بررسی با چند چالش مواجه بود<sup>۶۹</sup> اول اینکه همه منابع طبیعی مشترک

66. Agean Sea Continental Shelf Case (merit), (Greece v. Turkey) ICJ Rep, 1978.

- Thomas Walde & James Ross and etc, *op. cit.*, pp. 387-8.

- Kemak Baslar, Two facets of the Aegean sea dispute: "de lege lata" and "de lege ferenda" in collected papers, Turkey and international law, Ozan publ. Ankara 2000, pp. 9-11.

67. Separate Opinion of Judge Elias, pp. 29-30.

68. Official Records of the General Assembly, Fifty-seventh Session, Supplement No. 10 (A/57/10); chap. X.A.1, para. 518.

۶۹. در توجیه پرداختن کمیسیون به موضوع منابع طبیعی مشترک می توان گفت لزوم برقراری قواعد تنظیم کننده نحوه استفاده از منابع طبیعی فرامرزی یا مشترک امری آشکار است و پیش بینی می شود که این فشار در قرن بیست و یکم افزایش بیشتر یابد. نیاز به منابع طبیعی از یک طرف و استقلال عمل دولتهای همسایه در بهره برداری از منابع مشترک از سوی دیگر، می تواند احتمالاً به تعارض منتهی شود؛ بنابراین خیلی معقول است که جامعه بین المللی به دنبال توسعه هنجارهایی باشد که

(آبهای زیر زمینی، نفت و گاز) را در یک سند مورد بررسی قرار دهد، یا اینکه با توجه به خصوصیات هریک از منابع طبیعی سند مجزا تهیه کند. اولین مورد، بررسی توأم یا مجزای آبهای زیرزمینی محصور و نفت و گاز بود. در این خصوص حداقل دو نظر عمده از سوی هیأت‌های نمایندگی امریکا و مکزیک مطرح بود اولی معتقد به بررسی جداگانه موضوعات و دومی طرفدار بررسی توأم دو موضوع بود.<sup>۷۰</sup>

در هر حال سال ۲۰۰۳ بحث‌های کمیسیون روی تحدید حدود موضوع و تنظیم عنوان طرح متمرکز شد. نظرات مختلفی مطرح شد از جمله منابع طبیعی مشترک (آبهای زیرزمینی، نفت و گاز) یا منابع طبیعی مشترک (آبهای زیرزمینی محصور) ولی بالاخره کمیته ششم، طرح را تحت عنوان منابع طبیعی مشترک تصویب کرد و آقای یامادا براساس گزارشی که به اجلاس آگوست ۲۰۰۷ کمیسیون تقدیم کرد، اعلام نمود: پیش‌نویس طرح درباره آبهای زیرزمینی محصور برای اظهارنظر دولتها ارسال شده و تا وصول پاسخ و بررسی آن و اعمال اصلاحات احتمالی در آن و گزارش نهایی (سال ۲۰۰۸) کارهای کمیسیون در مورد موضوع متوقف خواهد ماند.<sup>۷۱</sup>

به‌منظور ارزیابی بیشتر مسئله، خوب است موضوعی را که فعلاً در دست بررسی کمیسیون می‌باشد، (منابع طبیعی مشترک) با کنوانسیون حقوق استفاده‌های غیرکشتریانی از آبراه‌های بین‌المللی مقایسه کنیم. دو موضوع یکی نیستند ولی در بسیاری از وجوه به‌هم شبیه‌اند. از آنجا که موضوع به دلایل متعدد فوق‌الذکر می‌تواند انتقادبرانگیز باشد، کمیسیون شاید به‌خاطر وسعت موضوع هنگام در نظر گرفتن شقوق مختلف منابع طبیعی مشترک با مشکلات و انتقادهای مشابه مواجه شد. در خصوص آبهای زیرزمینی، علم زمین‌شناسی آب بالنسبه جوان است و به‌سرعت در حال توسعه

---

«حداقل الزامات را برای همکاری منطقه‌ای یا دوجانبه و حداکثر محدودیت‌های حاکمیت دولت» را در بهره‌برداری از منابع طبیعی فرامرزی برقرار کند.

مفهوم منابع طبیعی مشترک تا حد زیادی در دهه ۱۹۷۰ مورد بحث قرار گرفته بود. به‌عنوان نمونه، اصطلاح گفته شده (منابع طبیعی مشترک) در قطعنامه‌های مختلف مجمع عمومی وجود داشت. با این حال همین عنوان گفته شده، در کمیسیون اختلاف برانگیز شد و بحث‌ها به راه‌حل حقوقی که به‌طور گسترده پذیرفته شود، منجر نشد. دولتها برای بهره‌برداری و توافق در مورد هنجارهایی که برای استفاده از منابع طبیعی مشترک تنظیم خواهد شد، به دلایل مختلف در تردیدند. به‌ویژه دشوار به‌نظر می‌رسید که بتوان مشکلات مختلف منطقه‌ای را در یک مفهوم واحد لحاظ نمود؛ چرا که دولتها نسبت به مقرراتی که نهایتاً حاکمیت آنها را محدود کند، دچار سوءظنند. به هر حال و علی‌رغم برخی نظرات مخالف، بررسی منابع طبیعی مشترک از دستور کار کمیسیون کنار گذاشته نشد. اگرچه برخی کشورها ترجیح می‌دادند آن را به‌کلی کنار گذارند. برای نمونه در بحث‌های کمیته ششم مجمع عمومی ملل متحد از کمیسیون حقوق بین‌الملل خواسته شد تا مفهوم اشاره شده در عنوان طرح یعنی منابع «مشترک» را روشن کند.

۷۰. آقای یامادا (آخرین گزارشگر ویژه کمیسیون در موضوع منابع طبیعی مشترک) در برنامه کاری خود، سال ۲۰۰۴ را به نهایی کردن مسئله آبهای زیرزمینی محصور و سال ۲۰۰۵ را به بررسی منابع مشترک نفت و گاز و سال ۲۰۰۶ را به دیدگاه جامع در خصوص دو موضوع اختصاص داد. وی استدلال می‌کرد که بین دو موضوع ضمن وجود مشترکات کلی از جهات مختلف (کاربرد و آثار فرامرزی آن، سطح توسعه هنجارهای حقوقی و مکان وقوع آنها) تفاوت عمده وجود دارد.

۷۱. «یامادا» علی‌رغم نظر برخی که معتقد بودند تا تعیین تکلیف قسمت اول طرح، بخش دوم آن مربوط به منابع نفت و گاز مشترک دنبال شود با تکرار استدلال‌های بالا بررسی بخش دوم را به بعد از نهایی شدن بخش اول طرح موکول کرد.

می‌باشد. از آنجا که درک کافی از وجوه فنی مربوط به آبهای زیرزمینی برای تولید سند نهایی به‌شدت مهم و حیاتی می‌باشد، اگر کار در کمیسیون کند پیش می‌رفت این سؤال می‌توانست مطرح شود که چگونه موضوعی که دانش فنی آن به‌سرعت در حال تحول است با روشهای کاری کُند کمیسیون تنظیم می‌شود. در این زمان کمیسیون به‌سرعت پیش رفت اما روشن است که این پیشرفت فقط با فشار بر روی اتمام کنوانسیون ممکن شد. در هر حال عنوان منابع طبیعی مشترک علاوه بر پیچیدگی‌های فنی، متضمن خصائص بالای سیاسی هم می‌باشد.<sup>۷۲</sup> این امر در مورد منابع نفت و گاز به‌مراتب از آبهای زیرزمینی صادق‌تر است. یامادا در سخنرانی خود در سمیناری در حاشیه کمیسیون اعلام کرد: این موضوع (آبهای زیرزمینی)، می‌تواند ملاحظات مربوط به منابع نفت و گاز را در بطن خود پنهان کند، واضح است که بین دو موضوع (آبراههای بین‌المللی در برابر آبهای زیرزمینی) تفاوت‌هایی وجود دارد، به‌عنوان مثال ترتیبات منطقه‌ای به‌مراتب کمتری در مواجهه با آبهای زیرزمینی نسبت به آبراههای بین‌المللی وجود داشته است. در هر حال کمیسیون هنوز در کشمکش استفاده یا عدم استفاده از وصف مشترک به‌دنبال منابع طبیعی است. آقای یامادا احتمالاً آگاهانه اصطلاح کاربرد وصف مشترک را انتخاب کرد و در جای لازم اصطلاح فرامرزی را جایگزین آن کرد. وی در سال ۲۰۰۴ پیشنهاد کرد که اصل استفاده منصفانه نمی‌توانسته برای پشتیبانی کمیسیون در زمینه حقوق آبهای زیرزمینی مناسب باشد. با این حال در سال بعد تصمیم گرفت یک ماده در مورد بهره‌برداری منصفانه و معقول ارائه کند که البته با استقبال کمیسیون و کمیته ششم مواجه شد.<sup>۷۳</sup>

بیشترین مخالفتها در انتقاد از مفهوم کلی منابع طبیعی مشترک به چالش کشیده شد. از این‌رو جایگزینی اصطلاح «مشترک» با «فرامرزی» احتمالاً چیز روشنی است که انجام شد حتی اگر هیچ تفاوت واقعی بین دلالت حقوقی این دو اصطلاح وجود نداشته باشد. وصف «مشترک» که برخی آن را اصطلاحی معنادارتر، صریح‌تر و تندتر از «فرامرزی» یا «بین‌المللی شده» به حساب می‌آورند می‌تواند به اصل مبهمی که ارزیابی را مورد به مورد و بی‌پایان طلب می‌کند، (تعهد به همکاری) مربوط باشد.

۷۲. استاد محترم آقای دکتر ممتاز- رئیس وقت کمیسیون حقوق بین‌الملل- در گفتگوی حضوری با نگارنده در پاییز سال ۱۳۸۴ بر مشکلاتی که گزارشگر ویژه در تهیه منابع، عملکرد دولتها و کمبود سابقه آشکار در موضوع منابع طبیعی مشترک با آنها مواجه بود، تأکید ورزیدند.

۷۳. بررسی کلی دیدگاههای مصرح در کمیته ششم در سالهای ۲۰۰۳ و ۲۰۰۴ و راهنمایی آن به کمیسیون دوپهلوی به‌نظر می‌رسد. در کلیات، دولتها از انتخاب موضوع و به‌خصوص از موضوع فرعی آبهای زیرزمینی استقبال کردند در عین حال هشدارشان را به کمیسیون تأکید کردند که هیچ‌چیزی نمی‌تواند تحت هیچ شرایطی به‌نحوی تفسیر شود که حاکمیتشان را محدود کند. پیام کمیته این بود که لازم است کاری انجام شود، اما هیچ ندایی دایر بر تمایل واقعی به رضایت به هنجارهای لازم‌الاجرای حقوقی وجود ندارد.

در خصوص تعهدات شکلی (به‌ویژه وظیفه کلی به همکاری و وظیفه ابلاغ قبل از اقدام) این نکته می‌تواند مشاهده شود که این تعهدات به‌طور خاص به اصطلاح مشترک مربوط نیستند بلکه باید مستقل از آن موجود باشند.

به هر حال آقای یامادا در گزارش سوم خود پیشنهاد قبلی‌اش را پس گرفت و علاوه بر درج اصل بهره‌برداری منصفانه در طرح خود، یک ماده هم به اینکه چه عواملی معقول و منصفانه بودن را توجیه می‌کند و باید در نظر گرفته شود، اختصاص داد. اصل استفاده منصفانه در قلب مقررات استفاده از منابع طبیعی قرار دارد که در هر مورد به‌نظر می‌رسد منحصر به فرد خواهد بود و لذا آرزوی تنظیم هنجارهایی دقیق می‌تواند به همان اندازه که مسئله محدوده آزادی دولتها حل شده است، غیرممکن محسوب شود.

با وجود همه مباحثات مطرح شده در کمیسیون، ۱۹ ماده پیشنهادی آقای یامادا در مورد آبهای زیرزمینی محصور مشترک بیش از این نیست که دولتها باید با هم همکاری کنند، قبل از اقدام یکدیگر را مطلع نمایند، به مخزن مشترک آسیب نزنند و بهره‌برداری معقول و منصفانه داشته باشند. به جهات گفته شده به‌نظر می‌رسد که هنوز هیچ قاعده جالفاً‌ای در حقوق بین‌الملل وجود ندارد و با توجه به وجوه سطح بالای فنی موضوع، اصل استفاده منصفانه به‌خوبی در متن مواد کمیسیون در مورد آبهای زیرزمینی گنجانده شده است و به احتمال بسیار زیاد در متن پیشنهادی در مورد منابع مشترک نفت و گاز هم پیش‌بینی خواهد شد.

### گفتار پنجم

#### دکترین در خصوص رژیم حقوقی حاکم بر منابع مشترک نفت و گاز

به همان ترتیب که اصل موضوع، جدید و کم سابقه است و با قلت معاهده و سابقه قضائی مرتبط مواجه است. به همان نسبت تفاسیر و توجیهات ناهمگون و پراکنده از سوی حقوقدانان ارائه شده است. نتیجتاً شناسایی حوزه اجماع در نظرات ابراز شده در موضوع و شکل‌گیری دکترین آسان نخواهد بود. ما با در نظر داشتن تنگناهای گفته شده، نظرات مطرح میان حقوقدانان را در خصوص موضوع تحقیق بررسی می‌کنیم.

#### بند نخست: طرفداران حیا‌زت بین‌المللی

برخی از حقوقدانان بین‌المللی معتقدند تا وقتی که قاعده‌ای عرفی در زمینه مورد بحث تبلور نیافته یا موافقتنامه‌ای عام یا خاص برای چگونگی بهره‌برداری از منابع مشترک در دسترس نباشد، هیچ منعی برای دولتها در حیا‌زت از منبع مشترک وجود ندارد؛ لذا موضوع را باید در دایره



اعمال مجاز و مجاز دولت دانست و در نتیجه هر دولت مجاز خواهد بود با توسل به اصل حاکمیت حتی بدون هماهنگی با دولتهای دیگر از منبع برداشت کند ولو اینکه در اثر چنین عملیاتی احتمالاً نفت واقع در قلمرو سرزمینی دولت همسایه هم استخراج شود. دیدگاه افراطی در این گروه معتقد است حتی در صورت درج شرط یافت شدن منبع مشترک در موافقتنامه‌های تحدید حدود و تعهد دو دولت به مذاکره برای دستیابی به موافقتنامه برای کارآمدترین روش بهره‌برداری از مخزن مشترک دولتهای طرف موافقتنامه می‌توانند به‌آسانی با به بن‌بست کشاندن مذاکرات به‌صورت یک‌جانبه از مخزن بهره‌برداری کنند. این گروه با توسل به محورهای زیر به‌دنبال توجیه نظر خود می‌باشند.

#### **الف- توجیه قاعده حیازت بین‌المللی با توسل به قضیه میادین مشترک ساسان/ ابوالبوکوش (ایران/ ابوظبی)**

طرفداران قاعده حیازت بین‌المللی علی‌الاصول در خصوص حاکمیت یا مالکیت بر محتویات منبع، اعتقادی به هیچ حقی برای هیچ‌کس یا دولتی پیش از استخراج محتوای مخزن قایل نیستند. طرفداران این دیدگاه کمتر توانسته‌اند نمونه‌ای عملی را در رویه دولتها نشان دهند که دلالت بر جواز چنین رفتاری در صحنه بین‌المللی داشته باشد. تنها نمونه‌ای که Bundy در مقاله خود ذکر کرده و دستمایه Voyiakis قرار گرفته تا با استناد به رأی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه Lotus به توجیه اعمال قاعده حیازت در عرصه بین‌المللی بپردازد، متأسفانه یا خوشبختانه مربوط به قضیه‌ای درباره ایران و امارات متحده عربی (ابوظبی) راجع به میدان مشترک ساسان (نام ایرانی) و ابوالبوکوش (نام اماراتی) می‌باشد.

اجمال قضیه این است که «پیش از انقلاب اسلامی در ایران، از میدان مذکور توسط ایران تقریباً روزانه ۲۰۰۰۰۰ بشکه و در طرف ابوظبی حدود ۵۰۰۰۰ بشکه نفت برداشت می‌شد. در اثنای پیروزی انقلاب و دوره اولیه استقرار آن، چند ماهی در بخش نفت ایران اختلال به‌وجود آمد و موجب قطع کامل تولید از طرف ایرانی مخزن گردید. در سال ۱۹۷۹ تولید نفت از سرگرفته شد، اما در سال ۱۹۸۰ یک‌بار دیگر به‌خاطر درگیری‌های جنگ ایران و عراق که تجهیزاتی نفتی ایران هدف اولیه هواپیماهای جنگی عراقی قرار گرفت، قطع شد. در آوریل ۱۹۸۸ هم ظاهراً به تلافی اصابت ناو ساموئل رابرتز به مین در خلیج فارس، نیروی دریایی آمریکا با انهدام سکوها و تأسیسات مستقر در میدان ساسان کار را تمام کرد و همه تولید از میدان مذکور از طرف ایران، به‌کلی قطع شد. قطع برداشت نفت توسط ایران منجر به این شد که به‌خاطر خصیصه مواد نفتی مخزن ساسان، نفت زیادی به طرف ابوظبی منتقل شود که کماکان به تولید خود از میدان ادامه می‌داد. به این ترتیب، ایران، مقادیر عمده‌ای نفت را از دست داد، حال سؤال

این است که در چنین اوضاعی آیا ابوظبی تعهد داشت که تولید خود را کاهش دهد یا خسارات عدم برداشت ایران را جبران کند؟ پاسخ به روشنی منفی بود. به دلیل اینکه برخلاف منابع آب شیرین که در مورد مفاهیم آن همچون حق دولتهای ساحلی نسبت به سهم منصفانه و متناسب از منبع و ممنوعیت از ایجاد خسارت قابل ملاحظه به حقوق سایر دولتهای ساحلی می‌توان گفت که گرایش عملی در حقوق بین‌الملل عرفی پیدا شده است، استخراج بین‌المللی از منبع نفت و گاز هنوز به‌نحو گسترده‌ای بر مبنای قاعده حیازت استوار است. این بدان معنی است که در نبود یک موافقتنامه مغایر، یک دولت یا شرکت نفتی بین‌المللی در حداکثرسازی تولید از سمت خودش در خط مرزی با وجود تدابیر دولتهای همجوار که در منبع شریکند، آزاد می‌باشد.<sup>۷۴</sup>

### ب- ابتدای قاعده حیازت بر آموزه‌های قضیه لوتوس

Voyiakis با نقل قضیه بالا و کمک از مفهوم قاعده حیازت در کلام «جان لاک» و با تجزیه و تحلیل رأی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه لوتوس دایر بر اینکه اعمال محدودیت بر استقلال اراده دولتها در حقوق بین‌الملل خلاف اصل است و تا صریحاً وجود قاعده‌ای اثبات نشود اصل بر آزادی عمل دولتهاست به این نتیجه می‌رسد که ضرورت رعایت اصل برابری دولتها در مورد بهره‌برداری از منابع طبیعی مشترک فقط محدود به احترام به «اصل برابری دولتها در فرصتها» می‌باشد و در نتیجه در صورت فقدان قاعده بین‌المللی اعم از عرفی یا قراردادی مغایر تنها گزینه موجود برای بهره‌برداری از منابع مشترک عمل به قاعده حیازت است. ارائه‌کننده نظریه بالا، در پاسخ به این سؤال که نظریه لوتوس، همان‌گونه که از دولت آغازگر بهره‌برداری به استناد اصل آزادی دولت در انتخاب گزینه‌های خود در رفتار بین‌المللی حمایت می‌کند به همان اندازه هم از آزادی عمل دولت دیگر که مایل به حفظ مخزن مشترک می‌باشد، پشتیبانی می‌کند و در این صورت به مصداق قاعده اصولی «الدلیلان اذا تعارضا، تساقطا» از اصل حاصل از قضیه «لوتوس» به نفع هیچ‌یک از طرفین در رفع تنازع نمی‌توان استفاده نمود، به نقل از Bundy برای توجیه ایده گفته شده به‌عنوان نظریه مناسب در مورد

۷۴. در مسئله گفته شده ابوظبی حتی هنگامی که در اقدام جمعی اعضای اوپک در مورد کاهش تولید، تولید نفت خود را کاهش داد (علی‌الاصول کاهش باید به یک نسبت در همه میادین توزیع شود) عمداً تصمیمی اتخاذ کرد تا میدان نفتی ابوالبوکوش از هرگونه کاهش تولید مستثنی شود. این اقدام، آشکارا مشکل انتقال نفت به سمت ابوظبی را از نظر ایران سخت‌تر و بدتر کرد، اما ایران طبق حقوق بین‌الملل هیچ مستمسکی برای اقامه دعوی علیه ابوظبی (امارات) در اختیار ندارد. - Roadman. R. Bundy "National resource development (oil and gas) and boundary disputes" in G.H. Blake (ed) The peaceful management of transboundary resources, (1999) Graham & Troman/ Nijhoff Press, p.123-4.

بهره‌برداری از منابع نفت و گاز مشترک، اقدام به مقایسه وضعیت دولتهای شریک در یک منبع مشترک آب شیرین و منبع نفت و گاز مشترک کرده و می‌گوید:

«مشکل است وضعیت دولتی را که از نظر جغرافیایی نسبت به همسایگانش در اکتشاف و بهره‌برداری از مخازن هیدروکربنی در موقعیت نامساعدتر است، مشابه وضعیت دولتهایی که در دسترسی به منابع آب شیرین خود در موضع ضعفند، دانست. بدیهی است استفاده‌کنندگان بالا دست از منبع آب شیرین که اول از منبع شروع به استفاده می‌کنند، موقعیت جغرافیایی ممتازتری نسبت به استفاده‌کنندگان پایین دست دارند، بدین ترتیب دولتهایی که دارای موقعیت ضعیف‌ترند، نیازمند برخی تدابیر حمایتی‌اند تا سهمی منصفانه از منبع را برای خود تضمین کنند. اما چنین حمایتی را نمی‌توان در حق دولتی که مالک بخش خودش از یک میدان نفتی است، روا داشت؛ زیرا دولت موصوف از حیث نظری دقیقاً همانند همسایه‌اش قادر به توسعه میدان می‌باشد».<sup>۷۵</sup>

در واقع «باندی» معتقد است که اگر نتوان شرایط برابری فرصتها را برای دولتها فراهم کرد، زمینه اعمال قاعده حیات هم فراهم نیست؛ اما اگر شرایط برقرار بود دولتی نمی‌تواند به لحاظ شکل فیزیکی مخزن یا هر بهانه دیگر، سهم بزرگتری از مخزن را طلب کند بلکه هر دو دولت در وضعیت برابر از نظر اکتشاف و بهره‌برداری قرار دارند و می‌توانند از توان خود یا دیگران برای توسعه و بهره‌برداری از مخزن مشترک از سمت خودشان استفاده کنند.

Voyiakis از مطالب بالا نتیجه می‌گیرد که «اگر نظریه برابری دولت به‌عنوان برابری فرصت شکست بخورد، نتیجه نمی‌تواند چیزی جز تشویق امور غیرعادلانه باشد، به عقیده او این امر کاملاً معقول به نظر می‌رسد که بر پایه نظریه فرصتهای برابر و توجه به کمیاب بودن کالا و تجدیدنپذیر بودن آن و آگاهی دولتهای ذی‌ربط از این واقعیت، هر دولتی که اول شروع به بهره‌برداری کند، مالک نفت استحصال می‌شود و تأمل در هر امری غیر از این و اخذ نتیجه‌ای متفاوت، منجر به تجویز سواری مجانی، به هزینه دولتهایی تمام می‌شود که وقت و منابع خود را برای توسعه مخزن اختصاص داده و به کار برده‌اند».<sup>۷۶</sup>

Voyiakis هم خود به این نکته توجه می‌دهد که غالباً نظریه فرصتهای برابر با یک پیش فرض همراه است و آن اینکه همه دولتهای ذی‌ربط به تکنولوژی لازم برای تعیین محل دقیق و قابلیت بهره‌برداری از مخزن مشترک دسترسی دارند و قادرند به‌منظور به حداکثر رساندن تولیدشان، ورود به یک میدان مبارزه حفاری رقابتی را تحمل کنند. از نظر وی بدیهی است که

75. Ibid, p. 26.

76. Emmanuel Voyiakis, "Shared oil and gas resources: does the rule of capture reflect international law"? in B.J. Paterson and M. Suleimenov (eds): (2004) Oil and Gas Law in Kazakhstan: National and International Perspectives. p. 86.

چنانچه این پیش فرض محقق نباشد، باید به دولتهای کم‌توانی که یک فرصت مساوی برای دریافت سهم به دست می‌آورند، کمک خاصی داده شود. اما محدوده و شرایط اعطای این کمک را به‌منظور رساندن دولت موصوف به سطح بازی در میدان، بحث انگیز می‌داند.

### ج- نقد دیدگاه طرفدار قاعده حیازت بین‌المللی

نظریات مؤید قاعده حیازت در عرصه بین‌المللی اگرچه طرفداران زیادی ندارد<sup>۷۷</sup> اما در بادی امر از جاذبه نیرومندی برخوردار است، علت این جاذبه ظاهری می‌تواند سادگی و سازگاری آن با طبیعت امور از یک‌سوی و تفکیک و تأثیر تحدید حدود مرزی یا عدم انجام آن از سوی دیگر و همچنین بی‌اعتنایی اولیه به نتایج اعمال بدون قید و شرط قاعده در حقوق ملی برخی کشورها و بالاخره تحیر ناشی از فقدان قاعده‌ای شفاف در تنظیم روابط دولتهای ذی‌نفع در صورت طرد قاعده حیازت باشد. اما این جاذبه نباید ما را در ارزیابی ناتوانی این نظریه در مدیریت مسائل چند وجهی منابع مشترک نفت و گاز به ساده‌انگاری دچار کند. نکات زیر در بحث گفته شده قابل توجه می‌باشد:

۱- نمونه بین‌المللی که ارائه‌کنندگان نظریه به‌عنوان شاهد مثال برای تقویت ایده خود به آن متمسک شده‌اند (قضیه ایران و امارات در مورد میدان نفتی ساسان/ابوالبوکوش)<sup>۷۸</sup>؛  
اولاً: مصداق ثانوی ندارد.

ثانیاً: در زمانی روی داد که کشور ایران در جریان انقلاب و سپس جنگ تحمیلی عراق بود و هر دلیلی اعم از اشتغال مسئولان کشور به امور مهم‌تر یا عدم تمایل به باز کردن جبهه‌های دیگر درگیری دیپلماتیک یا غیر آن با کشوری دیگر در منطقه و یا به‌دلیل ادعاهای امارات در خصوص جزایر سه‌گانه در خلیج فارس موجب گردید تا مسئولان ایرانی از تعرض به اقدامات امارات خودداری کنند.<sup>۷۸</sup>

ثالثاً: اینکه امارات در دوره بهره‌برداری خود از منبع از محدوده پیشین تجاوز نکرده بود.

۷۷. یکی از نویسندگان حقوقی تأکید می‌کند که گروهی از متخصصان و حقوقدانان در زمینه حقوق دریاها و انرژی در سومین کارگاه مربوط به بهره‌برداری و توسعه مشترک منابع هیدروکربنی دریایی در جنوب شرقی چین که در سال ۱۹۸۵ در بانکوک تشکیل شد به‌طور گسترده و به‌موجب یادداشت تفاهمی توافق کردند که در عرصه بین‌المللی قاعده حیازت وجود ندارد.

Masahiro Miyoshi, The basic concept of joint development and hydrocarbon resources on the continental shelf, 3 Int'l J. Estuarine L. Appendix 3, at. 18. (1988)

۷۸. نگارنده تلاش زیادی انجام داد تا از طریق ملاقات و مذاکره با مسئولان وزارتخانه‌های امور خارجه و نفت، حداقل اطلاعاتی از ماجرای گفته شده و واکنش مقامات و دستگاههای ذی‌ربط در این زمینه به‌دست آورد، ولی متأسفانه هیچ کمکی در روشنتر شدن موضوع از طرق گفته شده، حاصل نگردید.

رابعاً: ایران اعلام عدم تمایل به بهره‌برداری از منبع نکرده بود بلکه به لحاظ دخالت عنصری خارجی، موقتاً از بهره‌برداری از منبع مشترک از طرف مرز خود ناتوان شده بود. خامساً: «اثبات شیء نفی ماعدا» نمی‌کند یعنی آنکه عدم اعتراض ایران دلالت بر درستی رفتار امارات ندارد.

بنا به جهات گفته شده، نمونه معرفی شده نمی‌تواند مثال مناسبی برای توصیه اجرای قاعده حیازت در عرصه بین‌المللی باشد.<sup>۷۹</sup>

۲- قاعده حیازت قادر نیست همه وجوه احتمالی را که در زمینه منابع طبیعی مشترک مطرح می‌باشد، پوشش دهد. به عنوان مثال، قاعده موصوف در مواردی که بین کشورهای ذی‌نفع در منبع، تحدید حدود مرزی شده یا نشده است، به یک اندازه قابل اعمال است، ولی یقیناً الزامات ناشی از احترام به تمامیت سرزمینی و استقلال کشورها و اصل عدم تجاوز و حاکمیت کشورها بر منابع طبیعی خود و بالاخره تکالیف حاصل از رعایت سهم منصفانه و معقول از منبع مشترک و الزامات زیست محیطی، محدودیت‌های عمل دولت آغازکننده اکتشاف و بهره‌برداری است.

برای نمونه اگر فرض کنیم که تحدید حدودی در مرزهای کشورهای ذی‌نفع در یک منبع صورت گرفته و معلوم شود که فقط ۵٪ از مخزن هیدروکربنی، زیر قلمرو آبی یا خاکی کشور «الف» قرار داشته باشد و ۹۵٪ دیگر در زیر قلمرو خشکی یا آبی کشور «ب» باشد، آیا کشور «الف» می‌تواند با اعمال قاعده حیازت بدون هیچ آیین قبلی و با استفاده از توان مالی و تکنولوژیک خود یا دولتهای دیگر از مخزن مشترک حداکثر استفاده را بنماید.

بی‌گمان این اتفاق که با اعمال قاعده حیازت، مباح و ممکن الوقوع است، با ادراکات ما از حقوق و روح عدالت و نصفت که جوهر آن را تشکیل می‌دهد، منافات داشته و قابل تبعیت نیست. چنین رفتاری با الزامات ناشی از اصل حسن همجواری و همکاری در بهره‌برداری از منابع طبیعی و حفظ مخزن مشترک و جلوگیری از آسیب به محیط زیست، هماهنگی ندارد. مصیبت البته هنگامی خواهد بود که دولت «ب» نیز قاعده حیازت را اعمال کند. چنین وضعیتی بی‌تردید همه تعادل‌های موجود را به هم خواهد ریخت، و عاقبت کار به نفع هیچ‌کس نخواهد بود.

۷۹. «دیوید اونگ» تصریح می‌کند هیچ مقررہ صریحی طبق حقوق بین‌الملل که قاعده حیازت را بر همکاری بین‌المللی در بهره‌برداری از منبع مشترک مرجع بداند، وجود ندارد. هرچند حمایت دکترینی نسبت به این راه‌حل (قاعده حیازت) وجود دارد که البته ما به هیچ نمونه بین‌المللی که به‌طور صحیح به قاعده‌ای قابل اعمال متکی باشد و براساس آن رأی صادر شده باشد، دست نیافتیم. -D.M. Ong, *op. cit.*, p. 777

بی‌تردید ملاحظات صلح و امنیت بین‌المللی هم در مقابل چنین اقدامی بی‌تفاوت نخواهد بود. چه اینکه این رفتار واکنش تند دولت همسایه را برای منع دولت عامل به همراه خواهد داشت.

در مواقعی که مرزها بین دولتهای ذی‌نفع، تحدید حدود نشده است قاعده حیازت بیشتر می‌تواند آتش خصومت را شعله‌ور کند؛ چون برخلاف مواردی که مرزها مشخص شده و کشور حیازت‌کننده از قلمرو خود اقدام به بهره‌برداری می‌کند، دولت همسایه فقط می‌تواند برچسب تجاوز پنهان یا خاموش را به آن دولت بزند، ولی در مواردی که مرزها مشخص نیست، از نظر دولت همسایه کار دولت حیازت‌کننده تجاوز آشکار به قلمرو تحت حاکمیت آن دولت می‌باشد؛ چون دولت غیرعامل نسبت به سطح و زیر قلمرو آبی یا خشکی که دولت حیازت‌کننده در آن مشغول فعالیت است، ادعای حاکمیتی دارد.<sup>۸۰</sup>

۳- اصل محوری اعلام شده در رأی «دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری» در قضیه لوتوس که محدودیت‌های ناشی از الزامات حقوق بین‌الملل را نسبت به آزادی عمل دولتها استثنائی می‌داند و تا زمانی که دلیل قطعی بر تعهدی بین‌المللی وجود نداشته باشد، بر آزادی اراده دولت در انتخاب و اجرای رفتار خود تأکید دارد.

اولاً در مورد صلاحیت مراجع قضائی کشورها در رسیدگی به برخی جرایم که در کشتی متعلق به یک کشور در آبهای آزاد رخ داده، صادر شده است و مستقیماً به موضوع مورد نظر ما یعنی بهره‌برداری از منابع طبیعی مشترک مربوط نمی‌شود و لذا استفاده از آن برای غیرمورد نص باید با احتیاط بسیار صورت گیرد.

ثانیاً برداشت از رأی موصوف به کیفیت بالا، در طول ۷۰ سال اخیر، تحولات زیادی را شاهد بوده است. چه اینکه دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی خود در قضایای فلات قاره دریای شمال اعلام کرد که طرفین باید اختلافات خود را با توافق یا با تقسیم مساوی مناطق اختلافی یا با موافقتنامه‌های بهره‌برداری مشترک حل و فصل کنند، البته راه‌حل اخیر به‌خصوص در مواقعی که مسئله حفظ یکپارچگی مخزن وجود دارد، مناسب‌تر به نظر می‌رسد. دیوان در این قضیه یکپارچگی مخزن را به‌عنوان اوضاع و احوالی خاص که تجاوز مرزی را توجیه کند، مورد بررسی قرار نداد. اما رأی داد، این مسئله عامل دیگری بوده که باید در مراحل تحدید حدود در نظر گرفته شود، آن‌هم نه بیشتر از یک عنصر عینی و واقعی. دیوان در خصوص مسئله مخزن واقع در دو طرف مرز فلات قاره یادآوری کرد:

---

۸۰. نمونه‌ای از مشکلات گفته شده در روابط بین چین با ژاپن و کره شمالی و کره جنوبی و روابط ایران و کویت در مورد میدان مشترک آرش وجود دارد.

«رویه دولتها نشان می‌دهد که چگونه با این مشکل برخورد شده است و همه آنچه برای حصول اطمینان از مؤثرترین روش بهره‌برداری یا تسهیم محصولات استحصالی لازم بوده است، توسط دولتهای ساحلی ذی‌ربط مورد اشاره قرار گرفته است».

همین گرایش در رأی دیوان داوری یمن و اتیوپی دنبال شده است. این همه حکایت از آن دارد که نفس عضویت دولتها در جامعه بین‌المللی یک سلسله اصول منطقی را برای ادامه صلح‌آمیز زیست بین‌المللی بر آنها تحمیل می‌کند.

البته این سخنان به آن معنا نیست که احترام به حاکمیت، آزادی و استقلال دولتها در جامعه بین‌المللی کنونی بی‌مقدار یا کم‌مقدار شده است، بلکه با توجه به بلوغ این جامعه و کسب تجربیات در ادوار گفته شده، برخی تحولات در مفاهیم سابق ایجاد شده است که در گذشته ممکن بود طرح آنها هرگونه همگرایی بین‌المللی را در نطفه خفه کند.

مسائل مربوط به حقوق بشر، محیط زیست، حفظ کره ارض و توسعه همکاری‌های بین‌المللی برای اهداف مختلف بشری، حقوق بین‌الملل را انسانی‌تر و پاسخگوتر از گذشته نموده است؛ در نتیجه، همچون گذشته دوری جستن از تفاهات بین‌المللی که برای اداره بهتر جامعه بین‌المللی ضروری و جزئی از الزامات زیست بین‌المللی است، کارساز نیست و مصونیت نمی‌آورد.

تصویر فرضی از یک نمونه بین‌المللی تمام عیار از اعمال قاعده حیازت به درک بهتر لزوم ترک آن در عرصه بین‌المللی کمک می‌کند. اگر بنا به گفته طرفداران حیازت، شرایط برابری عده و عده و برابری فرصت فراهم باشد (که معمولاً نمی‌شود) و دولتهای ذی‌نفع بخواهند در یک منبع مشترک در مرزهای خشکی به‌طور عام و مرزهای دریایی به‌طور خاص دست به برداشت بزنند، با چه وضعیتی مواجه خواهیم شد. آیا می‌توانیم انتظار اتفاقی غیر از آنچه در سالهای پایانی قرن ۱۹ و آغازین قرن ۲۰ در امریکا روی داد، باشیم. اگر مجادلات ملی‌خواهی و برخی ادعاهای قومی و ایدئولوژیک را هم به موضوع بیافزاییم، صحنه جنگ تمام عیار برای تسلط بر منابع کمیاب و ذی‌قیمت نفت و گاز در میادین مشترک کامل می‌شود و برخلاف نظامهای ملی که دارای تمرکز و تکامل قوای عالی هستند و توانستند به‌خوبی جلوی آثار ناگوار حاصل از اعمال قاعده حیازت را با وضع مقررات مختلف بگیرند (نمونه آن ایالات متحده امریکا) در صحنه بین‌المللی که ساز و کارهای تعدیل روابط به‌آسانی و سرعت شکل نمی‌گیرد، اعمال قاعده مذکور می‌تواند موجب ستیزهای طولانی و پرهزینه شود که برخلاف سنت جاری و اهداف حقوق بین‌الملل و منشور ملل متحد در خصوص همکاری بین‌المللی خواهد بود.

۴- باید بین حاکمیت و مالکیت فرق قایل شد. از این رو این سؤال می‌تواند مطرح شود که قاعده حیازت یک تأسیس حقوقی برای کسب مالکیت است؟ یا ابزاری جهت اعمال حاکمیت؟

براساس نظریات بنیادی در حقوق بین‌الملل، تصرف به قصد اعمال حاکمیت در سرزمینی که قبلاً به تصرف در نیامده است و یا به تصرف درآمده ولی دولت متصرف صراحتاً یا با اعمالی که بر آن دلالت کند از سرزمین گفته شده، اعراض نموده باشد، برای متصرف لاحق، حق حاکمیت ایجاد می‌کند.

حیازت اما مفهومی مربوط به حقوق داخلی است که به‌عنوان یکی از طرق کسب مالکیت در قوانین کشورهای مختلف قید می‌شود و در قلمرو تحت حاکمیت هر کشور ممکن است، با تفاوت‌هایی اعمال شود. در نتیجه، اعمال قاعده حیازت موکول به آن است که بدانیم، فضای مورد بحث، تحت حاکمیت چه دولتی است و پس از آن براساس قوانین کشور حاکم اگر قاعده حیازت پیش‌بینی شده باشد، آن را اجرا کنیم. بنابر آنچه گفته شد باید بین حاکمیت و مالکیت و راه‌های تحقق و اعمال آنها تفاوت قایل شد اما در فرض مورد بحث، اگر نخواهیم به این تفاوت‌ها پایبند باشیم و بخواهیم از برخی مفاهیم حقوق داخلی در عرصه بین‌المللی هم استفاده کنیم که البته در حقوق بین‌الملل امری دقیق و درعین حال پذیرفته شده است، لازم است به محدودیت‌های آن تأسیس حقوقی در حقوق داخلی توجه کرده و نهاد گفته شده را با تاریخ تحولات آن در عرصه جغرافیایی وسیع و حساس‌تر بین‌المللی وارد نماییم.

اگر این‌گونه عمل کنیم بدیهی است که لازم است تحمیلات بسیار زیاده‌تر و انحراف بیشتر از آموزه‌های رأی دیوان دائمی در قضیه لوتوس را به دولتها بار کنیم و چنانچه بخواهیم قاعده حیازت را به‌طور خالص و طبیعی آن در نظر گرفته و اجرا کنیم، در واقع باید از آموزه‌های قطعی خود از اجرای آن در نظام‌های حقوقی ملی و تعدیلات زیادی که نسبت به آن صورت گرفته است، چشم‌پوشیم که البته هیچ‌یک موجه نیست بلکه نظر حقوق‌دانانی را تأیید می‌کند که قاعده حیازت را در عرصه بین‌المللی قابل اعمال نمی‌دانند.

۵- عملکرد دولتها در مورد انعقاد موافقتنامه‌های بهره‌برداری مشترک یا آحادسازی بین‌المللی در چهل سال اخیر، رویه‌ای نمادین و یکسان را در برخورد با موضوع منابع طبیعی سیال در میان دولتها نشان می‌دهد که در بادی امر القاکننده این باور است که دولتها بسیار زیادی که چنین مخازنی در مرزهای مشترک خود دارند از اقدام یک‌جانبه خودداری کرده و به قاعده حیازت بین‌المللی عمل نکرده‌اند و به فراخور وضع مخزن و روابط دوجانبه به‌نحوی به راه‌حل همکاری در بهره‌برداری مشترک دست یافته‌اند، البته اینکه علت دقیق چنین رویکردی چیست و آیا دولتها عامل به چنین رویه‌ای، معتقد به نوعی حاکمیت مشترک بر منبع بوده‌اند یا الزامات ناشی از حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و پرهیز از تنش‌های سیاسی و نظامی یا دستیابی هرچه سریع‌تر به منافع حاصل از بهره‌برداری از مخزن مشترک به چنین رویه‌ای روی آورده‌اند، به‌روشنی مشخص نیست. ولی قدر متیقن این است که حتی اگر به‌دلیل تنوع محتوای رویه‌های



گفته شده، نتوان با صراحت آن رفتار را در حد قاعده عرفی عام در خصوص بهره‌برداری از منابع طبیعی مشترک دانست ولی حداقل می‌توان اصول مشترک در آن موافقتنامه‌ها، مثل لزوم همکاری بین دولتهای ذی‌نفع در منبع یا تقسیم منصفانه و خودداری از آسیب زدن به مال مشترک را به‌عنوان قواعد عرفی در حال تبلور و شاید تبلور یافته دانست.

### **بند دوم: طرفداران همکاری بین‌المللی و بهره‌برداری مشترک**

در سی سال اخیر طیف گسترده‌ای از حقوقدانان که نوشته‌های آنان چشمگیرتر و گسترده‌تر از گروه رقیب است به دلایل گوناگون و با استناد به منابع مختلف اصلی و فرعی حقوق بین‌الملل معتقدند: اولاً، قاعده حیازت به‌هیچ‌وجه در عرصه بین‌المللی کاربرد ندارد و قابل پذیرش نمی‌باشد و ثانیاً، دولتهای ذی‌نفع در منبع مشترک نفت و گاز در خصوص بهره‌برداری از این منابع باید با هم مذاکره و همکاری کنند. اهم این دلایل و مستندات در قسمتهای مختلف این نوشته از زبان همین حقوقدانان بیان و مورد بررسی قرار گرفته و ما قصد تکرار آنها را نداریم. اما این نکته که ماهیت و گستره این همکاری تعهد شده چیست و تا کجاست و باید به چه نتایجی بیانجامد، محدوده‌ای است که نقطه پراکندگی نظریات این دسته از حقوقدانان می‌باشد. در میان این گروه برخی همکاری را معادل بهره‌برداری مشترک یا آحادسازی بین‌المللی مخزن مشترک معرفی می‌کنند (بسته به اینکه مرزها تحدید حدود شده یا نشده باشد) و آن را در شرف کسب موقعیت حقوق بین‌الملل عرفی عام یا حداقل منطقه‌ای می‌دانند و برخی دیگر فقط تکلیف به مذاکره و همکاری و خودداری از بهره‌برداری یک‌جانبه را بدون آنکه نوعی خاص از مشارکت در بهره‌برداری یا دستیابی به شکل خاصی از توافق مدنظر باشد واجد موقعیت حقوق عرفی بین‌المللی می‌دانند. در زیر به این مسائل می‌پردازیم.

### **۱- ماهیت و گستره اصل همکاری**

امروزه می‌توان به طیف گسترده‌ای از نویسندگان حامی وجود یک تعهد کلی برای همکاری در استخراج از منابع طبیعی مشترک یا عام استناد کرد؛<sup>۸۱</sup> اعم از اینکه این تعهد به‌طور خاص به لزوم بهره‌برداری مشترک از یک منبع مشترک منتهی شود یا کماکان مورد بحث و جدل باقی بماند. به‌عنوان یک راه‌حل برای رفع مشکلات حقوقی که از چنین مخازنی ناشی شده، مفروض است که دولتهای ذی‌ربط در آن مخازن حقوق مالکیت مشاعی دارند و منافع خود را در

۸۱. قاضی جساپ در نظریه جداگانه خود در قضیه دریای شمال به‌وجود چنین اجماعی بین علمای حقوق بین‌الملل اشاره می‌کند.

- Separate opinion of Judge Jessup in the North Sea Cases, 1969 I.C.J Rep, at 82.

آنها به نحوی محکم کرده‌اند که به این نتیجه منتهی شده است که قاعده‌ای شکلی مستلزم همکاری در رسیدن به یک توافقنامه در مورد سهامشان وجود دارد.<sup>۸۲</sup> این قاعده شکلی حداقل تا اندازه‌ای به‌طور گسترده و عملی، با درج یکنواخت شرط یافت شدن منابع معدنی در قراردادهای تحدید حدود اکثر دولتهای ذی‌نفع، که همکاری در بهره‌برداری از مخازن مشترک معادن غیرجامد را اجباری می‌کنند، تامین شده است.<sup>۸۳</sup> این امر به ظن قوی موقعیت حقوق بین‌الملل عرفی را کسب کرده است.<sup>۸۴</sup>

علی‌رغم وجود این قاعده شکلی دایر بر همکاری، ماهیت حقوق و تکالیفی که باید در قراردادهای متعاقب آن گنجانده شود، به‌دقت روشن نشده است. ولی می‌توان در خصوص ضوابط شایسته ذکر در این قبیل موافقتنامه‌ها، به موازین دکترین حقوق مرتبط در مقررات حقوق داخلی کشورهای تولیدکننده نفت و اصول حقوق بین‌الملل مربوط به منابع طبیعی مشترک همچون اصول و قواعدی که از مقررات مشابه کنوانسیون حقوق دریاها، حقوق بین‌الملل پرونده‌ای و رویه دوجانبه کشورها در منابع طبیعی به دست می‌آید، رجوع نمود. گفته شده که قابلیت اعمال حقوق بین‌المللی بر این اصول و قواعد ماهوی از وضعیت آنها به‌عنوان اصول کلی حقوقی شناخته شده توسط ملل متمدن سرچشمه گرفته و به همکاری مورد نظر در شکل و فرم بهره‌برداری اشتراکی از مخازن مشترک منتهی و در حقوق بین‌الملل مقرر شده است.<sup>۸۵</sup>

مع‌الوصف اشتباه خواهد بود که مفهوم قوی‌تر، یعنی بهره‌برداری مشترک به‌عنوان یک پیامد اجتناب‌ناپذیر قاعده شکلی لزوم همکاری، تفسیر شود. حال آنکه این قاعده، طرفین را به مذاکره با حسن‌نیت متعهد می‌کند که ضرورتاً و الزاماً بر تکلیفی برای رسیدن به نوعی معین از توافق دلالت نمی‌کند.

همان‌طور که پیشتر گفتیم در جدیدترین موافقتنامه بین قدیمی‌ترین کشورهای دارای روابط دوجانبه در بهره‌برداری اشتراکی از منابع مشترک، (انگلستان- نروژ) تصریح شده در برخی میادین کوچک که بخش عمده مخزن در یک کشور قرار دارد آن کشور منفرداً عالیه‌ای اکتشافی و بهره‌برداری را انجام دهد.<sup>۸۶</sup>

---

82. William T. Onorato "Apportionment of an international common petroleum deposit." 26 International and Comparative Law Quarterly (1977), p.327.

۸۳. برای نمونه می‌توان به عملکرد دولتهای ذی‌نفع در آسیای جنوب شرقی، خلیج فارس، اروپای غربی و شمالی (دریای شمال) کارائیب و اخیراً غرب آفریقا اشاره کرد.

84. Rainer Lagoni, *op. cit.*, p. 235.

- William T. Onorato, "Joint development of sea-bed hydrocarbon resources: An overview of precedents in the North Sea", 6 Energy 1981, pp.1311-2.

85. Masahiro Miyoshi, *op. cit.*, p. 10.

86. Peter D. Cameron. *op. cit.*, p. 575.

به نظر برخی محدوده جغرافیایی قاعده ماهوی استنادی مربوط به بهره‌برداری مشترک سؤالی را در مورد دلیل یک قاعده متکامل حقوق بین‌الملل عرفی مطرح می‌کند که عمدتاً مبتنی بر رویه دولتهای تولیدکننده نفت در دریای شمال و خلیج فارس می‌باشد. بدین ترتیب آنچه که ممکن است در یک طرف دنیا معقول و الزامی باشد، نمی‌تواند ضرورتاً به همان نحو در دیگر قسمتهای جهان با مفاهیم و باورهای حقوقی متفاوت مدنظر قرار بگیرد.<sup>۸۷</sup>

البته تعداد دقیق و تنوع جغرافیایی موافقتنامه‌های بهره‌برداری مشترک و موافقتنامه‌های آحادسازی فرامرزی منعقد شده تاکنون، نشان داده‌اند که آنچه سابقاً در برخی مناطق تنها رویه دولت بوده است، امروزه در بسیاری از مناطق دیگر دلیل می‌باشد. در واقع گرایش به بهره‌برداری اشتراکی در حال کسب زمینه واقعی و عملی است و می‌تواند در دیگر بخشهای مختلف دنیا مدنظر قرار بگیرد.<sup>۸۸</sup> سؤالی که باقی می‌ماند این است که آیا این رویه دولت، می‌تواند به منزله شناسایی عام یک تعهد حقوقی بین‌المللی تکمیل‌کننده عنصر دوم قاعده عرفی یعنی اعتقاد حقوقی تلقی شود؟ آنچه تقریباً مسلم به نظر می‌رسد این است که دولتها قاعده را آشکارا خارج از تلقی الزام حقوقی آن اعمال نکرده‌اند.<sup>۸۹</sup> برای مثال مقدمه موافقتنامه ۱۹۷۴ ژاپن و کره و موافقتنامه مالزی و تایلند ۱۹۷۹ و ۱۹۹۰ و بند (۳) و (۴) موافقتنامه ترینیداد و توباگو – ونزوئلا ۲۰۰۷ نشان می‌دهد که بهره‌برداری اشتراکی که به آن نایل شده‌اند، بهترین راه‌حل عملی در تأمین منافع دولتها در جهت حفظ روابط دوستانه بوده به دلیل آنکه قصور از همکاری به منزله نقض حقوق بین‌الملل تلقی می‌شده، است. بنابراین قواعد جاافتاده حقوق بین‌الملل عرفی برای همکاری در جهت بهره‌برداری مشترک، از یک توصیف منطقی از اصول کلی حقوقی پذیرفته شده توسط اکثریت دولتهای ذی‌نفع و اعمال شده در حقوق داخلی‌شان فراتر نمی‌رود؛ لذا مشکوک است که چنین پذیرش شکننده‌ای از این اصول کلی بتواند به این نظریه بیانجامد که یک قاعده عرفی قابل اجرا نسبت به همه دولتها در وضعیتهای مشابه ایجاد کند.

یکی از نویسندگان حقوقی معتقد است که تشویق و ترغیب دولتها، مندرج در بند (۳) ماده ۸۳ کنوانسیون حقوق دریاهای دایر بر «انعقاد ترتیبات موقتی عملی» یک طبقه‌بندی نسبتاً متکامل حقوق بین‌الملل عرفی مبنی بر رویه اخیر دولتها را نشان می‌دهد. اما همو می‌گوید که

87. Masahiro Miyoshi, *op. cit.*, p.9.

۸۸. در دریای چین و منطقه وسیع‌تر آسیای جنوب شرقی به‌ویژه شماری از این نوع توافقنامه‌ها، این استدلال را حمایت می‌کنند که دولتهای زیادی به منافع عملی کنار گذاشتن اختلافات مربوط به تحدید حدود دریایی به نفع بهره‌برداری عملی و سودمند از منابع تمسک نموده‌اند. نمونه‌هایی در دریای شمال (میدان مارخام ۱۹۹۲) و خلیج فارس (یمن ۱۹۸۸) همچون بیشتر موافقتنامه‌های اخیر در مورد کارائیب (کلمبیا – جامائیکا ۱۹۹۳ و ترینیداد و توباگو – ونزوئلا ۲۰۰۳ و ۲۰۰۷)، شرق اقیانوس اطلس (گینه – سنگال ۱۹۹۳ و ۱۹۹۵ و سائوتوم و پرنسیپ – نیجریه ۲۰۰۱) غرب اطلس (فرانسه – کانادا ۲۰۰۵) و جنوب اطلس (آرژانتین – انگلستان ۱۹۹۵) همگی بر فزونی رویه دولت در این زمینه گواهی می‌دهند.

89. *Ibid*, p. 10.

وجود قید و شرط شکلی صرف، باید از تعهد ماهوی<sup>۹۰</sup> حاصل از یک قاعده عرفی که مستلزم همکاری منتهی به بهره‌برداری اشتراکی یا آحادسازی فرامرزی خواهد شد، متمایز شود. در واقع نتیجه‌گیری مختصر وی بیشتر بر این نکته مبتنی است که «رویه جاری حقوق بین‌الملل عرفی و معاهدات چندجانبه مربوط، نمی‌تواند بیش از ارائه چارچوبی برای طرفین اختلافات مرزی دریایی به‌منظور یافتن راه‌حل توافقی دوجانبه که احتمالاً بیشتر هم از ملاحظات سیاسی تأثیر خواهد پذیرفت تا مستقیماً از ملاکهای حقوقی بین‌المللی باشد».<sup>۹۱</sup>

اما از سوی دیگر شرط و قید شکلی اولیه برای همکاری در رسیدن به گونه‌ای از توافق، اگرچه ضرورتاً توافقنامه بهره‌برداری اشتراکی نباشد، بیشتر خصلتی الزامی دارد تا اختیاری. در واقع دولتهای دارای ساحل در دریاهاى نیمه بسته مثل خلیج فارس، دریای شمال و دریای چین جنوبی ممکن است به‌زودی چنین همکاری را به‌عنوان امری الزامی محسوب کنند. این ضابطه یا الزام شکلی همچنین دولتها را ملتزم می‌کند که با حسن‌نیت و با تبادل اطلاعات و مشاوره با دیگر دولتهای ذی‌نفع درصدد تنظیم موافقتنامه درباره مخازن مشترک برآیند.

در واقع طبیعت بسیاری از مخازن، این معیارهای الزامی را که به چه نحوی دولتهای ذی‌ربط بتوانند حقوق خود را حمایت کنند و تجاوزی از آنها به همسایگانشان نرسد، معین و مجری می‌کند. بدین ترتیب همین قواعد شکلی حاکم بر مخازن مشترک می‌تواند به‌عنوان وجوه خاص یک قاعده عام‌تر حقوق بین‌الملل عرفی که مقتضی همکاری در خصوص همه انواع منابع طبیعی مشترک است، محسوب شود.<sup>۹۲</sup>

وقتی که مسئله منابع طبیعی مشترک سیال یا متحرک، همچون نفت، گاز طبیعی، ماهی و جانوران دریایی مطرح می‌شود، تعهد به اطلاع دادن و مشاوره به‌عنوان بخشی از قاعده عام لزوم همکاری با سایر دولتهای ذی‌نفع آشکار می‌گردد.

صرف‌نظر از این تعهد شکلی برای مذاکره با حسن‌نیت (یعنی در یک فضای درک و همکاری) برای رسیدن به توافقنامه‌ای راجع به ترتیبات موقتی عملی برای بهره‌برداری از یک مخزن مشترک، حقوق بین‌الملل نیز یک تعهد خودداری یا امتناع متقابل بر دولتهای ذی‌نفع تحمیل می‌کند. ماهیت و محدوده این تعهد در صفحات بعدی بررسی خواهد شد.

---

90. Substantive Obligation

91. Peter C. Reid, Petroleum Development in Areas of International Seabed Boundary Disputes: Means For Resolution, 8 OIL&GAS L.&TAX 'N REV. pp.216-6. (cited in) D.M. Ong, *op. cit.*, p.797-8.

92. Separate opinion of Judge Jessup in the North Sea Cases, 1969 ICJ Rep, at 83

## ۲- تعهد ناشی از خودداری یا امتناع متقابل

برای جلوگیری از تجاوز احتمالی هریک از دو دولت شریک در منبع مشترک نفت و گاز بدیهی‌ترین اقدام تا قبل از رسیدن به موافقتنامه نحوه بهره‌برداری از مخزن مشترک، خودداری متقابل از بهره‌برداری است که تا حدی حمایت دکترین را کسب کرده است.

ایده چنین رفتاری در کنوانسیون حقوق دریاهای مورد تأکید قرار گرفته است. این قید به این معنی تفسیر شده است که دولت‌ها متعهدند از اعمال یک‌جانبه‌ای که موجب می‌شود دولتهای دیگر به خود اجازه دهند با اعمال حق حاکمیت خود به بهره‌برداری از مخزن مشترک دست بزنند، خودداری کنند.<sup>۹۳</sup>

این تفسیر البته مشروط است به ذکر اینکه فقط اعمال یک‌جانبه که به تضییع غیرقابل ترمیم حقوق سایر دولتها منجر شود، مجاز نخواهد بود. این عقیده متکی به قضیه فلات قاره دریای اژه مطرح شده است که در آن دیوان بین‌المللی دادگستری رأی داد، فعالیت‌های اکتشافی که با نصب تأسیسات و تجهیزات همراه نبوده و به تصرف واقعی منجر نگردیده یا استفاده دیگر از منابع طبیعی مورد نظر صورت نگرفته است، نمی‌تواند صدور دستور موقت احتیاطی را توجیه کند. بدین ترتیب اگر اخذ مفهوم مخالف از توجیه و تعلیل تصمیم دیوان صحیح باشد که هست، دیوان بین فعالیت‌های اکتشافی موقتی و کارهای اکتشافی دائمی که در آن وسایل ایستگاهی به کار گرفته می‌شود، قایل به تفکیک شده و لذا تنها فعالیت اخیر می‌تواند ممنوع تلقی شده و احتمالاً صدور اقدام حمایتی موقت را توسط دیوان، توجیه کند.<sup>۹۴</sup>

براساس تصمیم دیوان در قضیه دریای اژه، عملیاتی که اجازه آن داده شده، احتمالاً فقط مربوط به اکتشاف است نه بهره‌برداری و از آنجا که حتی فعالیت‌های یک‌جانبه اکتشافی با ماهیت پایدار برخلاف حالت موقتی می‌تواند صدور قرار دستور موقت حمایتی را توجیه کند، دلالت تصمیم دیوان در قضیه دریای اژه به قیاس اولویت به آن معنی است که اگر استخراجی در واقع روی می‌داد، درخواست صدور قرار موقتی احتیاطی توسط یونان به احتمال زیاد می‌توانست پذیرفته شود؛ بنابراین در نبود یک شرط تجویزی معاهده‌ای هیچ دولتی نمی‌تواند از یک مخزن مشترک قبل از مذاکره درباره موضوع با دولت همسایه یا دولتهای ذی‌ربط بهره‌برداری فراتر از اکتشاف انجام دهد.<sup>۹۵</sup>

بدیهی است فعالیت‌هایی که چنین ضوابطی را فراهم نکنند، ممکن است به نادیده گرفتن حقوق دیگر دولتها متهم شوند و بدین ترتیب دولت عامل را در معرض یک دعوای بین‌المللی قرار

93. Rainer Lagoni "Interim measures pending maritime delimitation agreement" 78 AJIL 1984, p. 366

94. Ibid, pp. 366-7.

95. Rainer Lagoni, op. cit., p. 235.

دهد. نتیجتاً دولتهای ذی ربط مجبور می‌شوند بیشتر به واسطه موجبات عملی محض در خصوص یک مخزن مشترک همکاری کنند.<sup>۹۶</sup>

علاوه بر این، چون بهره‌برداری یک‌جانبه از یک مخزن مشترک، مستقیماً شرایط را در کل مخزن تغییر می‌دهد، هیچ دولتی به خود اجازه نمی‌دهد به‌خاطر ترس از اینکه موجب ورود خسارت غیرقابل جبران به منافع دولتهای دیگر شود، از آن بخش از مخزن واقع در طرف خودش اعم از اینکه تحدید حدود انجام شده یا نشده باشد، بهره‌برداری کند.<sup>۹۷</sup> چنین بهره‌برداری یک‌جانبه‌ای می‌تواند به موجب حقوق بین‌الملل خواه به‌عنوان تجاوز به حاکمیت یا تمامیت سرزمینی دولت متأثر یا به‌عنوان تجاوز آشکار به حق حاکمیت انحصاری بهره‌برداری از فلات قاره قابل تعقیب باشد.<sup>۹۸</sup>

یکی از عملکردهای روشن اصل تمامیت ارضی که با تمامی عملکردهای افراطی در اعمال حقوق معدنی یک دولت مقابله می‌کند ملاحظات اساسی صلح می‌باشد، صلحی که او به آن ملحق شده است. واقعیت این است که اشتغال ذهنی نسبت به اهمیت تداوم حفظ صلح، مفهوم تمامیت ارضی و حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی را در بر گرفته است. قاضی الیاس در نظریه جداگانه خود در قضیه دریای اژه گفته است: «در منطقه‌ای پرجمعیت که دو کشور صنعتی به صورت رقابتی از منابعی چون نفت که تمام شدنی است، بهره‌برداری می‌کنند، خطر تجزیه و انفجار، واقعی است»<sup>۹۹</sup> دیوان در رأی ۱۹۷۶ خود به طرفین در مورد تعهداتی که به موجب منشور بر دوش آنها گذاشته شده، تذکر می‌دهد و می‌گوید این تعهدات کاملاً جنبه امری دارند.<sup>۱۰۰</sup>

تمامیت سرزمینی که با مفهوم حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی تقویت شده، عملکرد کاملاً موجهی در حل مسئله دارد که فی‌نفسه خودکفاست. جمع این دو اصل (تمامیت سرزمینی و حاکمیت) گرایش دارد که دولتهای ذی‌نفع در منبع واحد معدنی، وارد رقابت شوند. درحالی‌که امید کسب نفعی برای طرفین وجود ندارد، چه اینکه هر برتری که یکی نسبت به دیگری کسب می‌کند قابل بی‌اثر کردن است چون به صورت خسارت به دیگری در نظر گرفته شده و در نتیجه

---

۹۶. «لاگنی» معتقد است دولتها بیش از اینکه به دلایل حقوقی ملزم به همکاری یا متعهد به خودداری از عملیات یک‌جانبه باشند به‌خاطر ملاحظات عملی مجبور به چنین کاری می‌باشند. همان منبع ص ۲۴۳. معلوم نیست هدف آقای لاگنی از بیان این نظر چیست؛ چون در مقام احراز یک قاعده عرفی انگیزه عاملان چندان اهمیتی ندارد، فقط کافی است عمل تکرار شود و با احساس نوعی الزام همراه باشد. در مورد احتراز از بهره‌برداری یک‌جانبه یا تمایل به همکاری در بهره‌برداری مشترک از منابع مشترک نفت و گاز انگیزه عمل می‌تواند اقتصادی، فنی، طبیعی و یا هرچیز دیگر باشد.

97. *Ibid*, p. 242.

98. Hazel Fox. *op. cit.*, p. 33.

99. Separate opinion of Judge Elyas, Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey) 1976 I.C.J.Rep, p. 28.

100. Aegean Sea Continental Shelf Case Greece v. Turkey (Interim Protection) 1976 ICJ.Rep, p11, para . 35.

قابل جبران خواهد بود. در هر حال رویه دولتها نشان می‌دهد که این بهره‌برداری یک‌جانبه و بدون رضایت و اجازه از مخزن مشترک سابقاً غیرقانونی تلقی می‌شده و لذا، بهره‌برداری از مخزن مشترک فقط با تنظیم موافقتنامه دوجانبه می‌توانسته آغاز شود. همه این مطالب دلالت می‌کند که یک موافقتنامه بهره‌برداری اشتراکی، جایگزینی مرجح و به ظن قوی بهترین روش اطمینان‌بخش خواهد بود که می‌تواند حمایت حقوقی مناسب از حقوق مرتبط دولتهای ذی‌نفع را در یک مخزن مشترک فراهم نماید. با این حال اگر این مسیر بحث و استدلال را تا نتیجه‌گیری منطقی آن تعقیب کنیم با یک مشکل دیگر مواجه خواهیم شد که اگر مذاکره در مورد یک توافقنامه شکست بخورد، چه اتفاقی روی خواهد داد؟

### ۳- شکست مذاکره در رسیدن به موافقتنامه همکاری

علی‌رغم همه مزیت‌هایی که در دستیابی به یک موافقتنامه همکاری برای اکتشاف و بهره‌برداری از مخازن مشترک بین کشورهای ذی‌نفع وجود دارد، این پرسش همواره مطرح است که چنانچه به هر دلیل، مذاکرات به نتیجه مطلوب نرسد، تکلیف دولت مایل به بهره‌برداری از مخزن مشترک چیست؟ آیا تا زمانی که دولت مخالف بهره‌برداری، رضایت ندهد تصرف در منبع مشترک ممنوع است؟ به عبارت دیگر آیا حقوق حاکمه دولتهای سرسخت و بی‌انعطاف مطلق است؟ به‌نحوی که بتوانند حتی با عملیات اکتشافی یک‌جانبه همانند پیشنهادهای بهره‌برداری مشترک که از سوی دولت آغازگر ارائه شده است، مخالفت کنند؟

این وضعیت در حقوق داخلی هم در مورد اموال مشترک ساری و جاری است و یک شریک نمی‌تواند بدون رضایت شریک دیگر در مال مشترک تصرف کند اما یک راه‌حل نهایی در چنین مواردی همیشه وجود دارد و آن افزایش مال مشاع و در مواردی که افزایش ناممکن باشد فروش آن و تقسیم حاصل فروش پس از کسر هزینه‌ها بین طرفین است، ضمن اینکه در حقوق داخلی همواره امکان رجوع به مرجع قضائی و الزام طرف به حضور در آن مرجع وجود دارد و در صورتی که طرف مخالف با هرگونه راه‌حل توافقی، در دادگاه حاضر نشود زمینه استفاده از قوای قهری برای اجرای رأی دادگاه وجود دارد.<sup>۱۰۱</sup>

ولی باید دانست که راه‌حل حقوق داخلی برای ورود به عرصه بین‌المللی دارای چند اشکال است:

اول اینکه در مواردی که مرزها تحدید حدود نشده‌اند، تقسیم معنای روشنی ندارد یعنی مبنایی برای تقسیم ماحصل پس از کسر هزینه‌ها وجود ندارد.

۱۰۱. به مواد ۵۸۱، ۵۸۲، ۵۸۹ و ۵۹۱ قانون مدنی ایران مراجعه شود.

دوم اینکه در خصوص منابع سیال راهحل تصرف شرکا متفاوت است. در حقوق ایران راهحل مناسب، استفاده از تأسیس تقسیم مهابیات است که معمولاً میان مالکان یا دارندگان حقوق بر آب (حقآبه) اجرا می‌شود. درحالی‌که این روش اولاً، در مورد منابع مشترک نفت و گاز که هنوز کشف نشده قابل اعمال نیست ثانیاً، در مرحله بهره‌برداری هم قابل اجرا نمی‌باشد و به فرض اینکه حصه هر دولت از منبع مشخص باشد باز هم مرجعی برای الزام دولت لجوج و سرسخت برای تن دادن به روش گفته شده در حقوق بین‌الملل وجود ندارد.

«لاگنی» به این پرسش که دولتها حق مخالفت با عملیات اکتشافی و بهره‌برداری دولت دیگر را ندارند، ظاهراً متأثر از رأی دیوان در قضیه دریای اژه، این‌گونه پاسخ داده است که «به‌نظر می‌رسد این مسئله در خصوص اکتشاف، صحیح باشد ولی در مورد بهره‌برداری از مخزن صحیح نباشد».<sup>۱۰۲</sup> چه اینکه سیال بودن محتوای منبع به پیچیده شدن موضوع دامن می‌زند. در واقع حتی هنگامی که دولتی در بهره‌برداری از مخزنی که در طرف خط مقسم متعلق به خودش قرار می‌گیرد، آزاد است باز هم استخراجش از منبع به‌سادگی می‌تواند سهم دولت دیگر را تحلیل ببرد؛<sup>۱۰۳</sup> لذا یک بار دیگر تأکید می‌شود که هرگاه بهره‌برداری یک‌جانبه از مخزن مشترک به‌طور قطعی و اجتناب‌ناپذیر بر حقوق سایر دولتهای ذی‌نفع اثر گذارد، طبق حقوق بین‌الملل ممنوع است.<sup>۱۰۴</sup>

اما آیا دولت مخالف همکاری می‌تواند فعالیت‌های یک‌جانبه اکتشافی دولت آغازگر را وتو کند؟ پاسخ به این پرسش در صورتی که بتواند اثبات کند که این فعالیت‌ها آشکارا به آن حقوق لطمه وارد خواهد کرد، مثبت است؛ البته اختیار بالقوه وتو در مورد بهره‌برداری یک‌جانبه به دولت اجازه نمی‌دهد که از وظیفه دائم خود برای مذاکره با حسن‌نیت جهت رسیدن به یک راهحل منصفانه در اختلاف چشم‌پوشد،<sup>۱۰۵</sup> اعم از اینکه مآلاً وارد بهره‌برداری بشود یا نشود.

دیدگاه فوق دقیقاً به‌واسطه تشابه با حقوق دولتهای ساحلی بر مخازن مشترک مستقر در محدوده‌های صلاحیت ملی با محدوده صلاحیت مقام در مناطق عمیق دریا، حمایت شده است. در واقع همان‌طور که در اجرای ضابطه گفته شده، رضایت قبلی دولت ساحلی ذی‌ربط در صورتی که فعالیت‌هایی در منطقه بتواند منجر به بهره‌برداری منابع واقع در صلاحیت ملی شود، ضروری است.<sup>۱۰۶</sup> هیچ دلیلی وجود ندارد که قید رضایت قبلی نتواند به واسطه تشابه با وضعیت گفته شده در خصوص صلاحیت دو یا بیش از دو دولت ذی‌نفع به‌طور قانونی اعمال شود.

102. Rainer Lagoni, *op. cit.*, p. 238. and Miyoshi, *op. cit.*, p. 13.

103. *Ibid*, p. 217.

104. David Ong, *op. cit.*, p. 800.

۱۰۵. بند (۱) ماده ۸۳ کنوانسیون حقوق دریاهای.

۱۰۶. بند (۲) ماده ۱۴۲ کنوانسیون حقوق دریاهای.



با همه اینها هنوز می‌توان پرسید که آیا حقوق حاکمه یک دولت بی‌رغبت به همکاری از آن درجه از اعتبار برخوردار است که بتواند عملاً هرگونه ترتیبات پیشنهادی را که نسبت به آن رضایت ندارد، رد کند؟ یا اینکه باید امتناع او را از مذاکره، به منزله محرومیت از سهم منصفانه‌اش از مخزن مشترک دانست؟<sup>۱۰۷</sup> این پرسش به‌ویژه مناسب مناطق با ادعاهای اختلاف مرزی است؛ زیرا حتی اگر دولتی تصمیم بگیرد به‌طور یک‌جانبه عملیات اکتشافی انجام دهد و سهم خود را از مخزن استخراج نماید، نمی‌تواند در نبود یک توافقنامه مرزی، دقیقاً تعیین کند که کجا حقوقش برای استخراج پایان می‌پذیرد؛ لذا در آن وضعیت خطر آسیب زدن به حقوق انحصاری اکتشاف و استخراج دولت دیگر مطرح می‌شود که دیوان آن را در قضیه دریای اژه شناسایی کرد.<sup>۱۰۸</sup>

بدین ترتیب می‌توانیم وضعیتی را تصور کنیم که در آن دولت آغازگر بتواند به عملیات اکتشاف یک‌جانبه استناد کند یا حتی به عملیات استخراجی بپردازد و در مقابل هر ایرادی نسبت به ممنوع بودن اعمال خود، به این پاسخ متمسک شود که با امتناع دولت لجوج برای مذاکره در مورد توافقنامه، از تعهد به خودداری از اعمال گفته شده، مبرا می‌باشد.

«لاگنی» با تحمیل خودداری متقابل بر دولتهای ذی‌نفع در زمانی که ادعاهای اختلاف مرزی مشخص باشد، پاسخ می‌دهد و می‌گوید چون چنین تعهدی مستقل از مذاکرات در مورد توافقنامه اعم از موقتی یا نهایی خواهد بود؛ لذا در صورتی که یکی از دولتها از مذاکره امتناع کند نیز می‌تواند مطرح شود.<sup>۱۰۹</sup> بنابراین خودداری متقابل به احتمال قوی به یک وتوی مؤثر در برابر دولتی که مذاکرات در مورد یک منطقه اختلافی را آغاز اما آن را رها می‌کند، منتهی می‌گردد و توفیق در هر ترتیبی برای اکتشاف مخزن مشترک را برای همه دولتهای ذی‌نفع ممتنع می‌سازد. از حیث تئوری می‌توان به این مانع با این استدلال پاسخ داد که دولت امتناع‌کننده از مذاکره با وضعیتی که ایجاد کرده، امکان مسئول قلمداد کردن دولت دیگر را به‌خاطر تجاوز به حقوق حاکمه‌اش از دست داده است.<sup>۱۱۰</sup> علی‌رغم استدلال بالا انحصاری بودن حقوق حاکمه دولت سرسخت یک مشکل را باقی می‌گذارد. در این مورد «میوشی» پیشنهاد می‌کند که شایسته است تعهد ناشی از خودداری متقابل با پیش شرط لازم برای مذاکره در مورد ترتیبات موقتی عملی موضوع بند (۳) ماده ۸۳ کنوانسیون حقوق دریاهای همراه باشد.<sup>۱۱۱</sup> «لاگنی» هم با این برداشت که تعهد به همکاری و خودداری متقابل در خصوص مناطق تحدید حدود شده و مناطق درگیر ادعاهای مرزی هریک مکمل یکدیگرند، موافق است. به این ترتیب می‌توان گفت بند (۳)

107. M. Miyoshi, *op. cit.*, p. 14.

108. Aegean Sea Continental Shelf Case Greece v. Turkey (Interim Protection) 1976 ICJ.Rep, p. 10.

109. Rainer Lagoni (1984) *op. cit.*, p. 364.

110. M. Miyoshi, *op. cit.*, p. 14.

111. *Ibid*, pp. 14-5.

ماده ۸۳ برداشت حقوقی دیگری دایر بر تشویق همکاری بین‌المللی را در چنین وضعیت‌هایی ارائه می‌کند.<sup>۱۱۲</sup>

در صورتی که بخواهیم راه‌حل دیگری برای تعیین سهم منصفانه از یک مخزن مشترک پیدا کنیم، آخرین پیشنهاد می‌تواند این باشد که دولت مخالف و سرسخت به ازای اعلام رضایت یا سکوتش در بهره‌برداری یک جانبه از مخزن یکپارچه شده غرامت دریافت کند. در این حالت علی‌رغم تعدی ظاهری دولت آغازگر، حقوق حاکمه دولتهایی که از مذاکره در مورد تحدید حدود (توأم با قید آحادسازی منابع فرامرزی) یا بهره‌برداری مشترک روی گردانند، در نظر گرفته خواهد شد.<sup>۱۱۳</sup> این راه‌حل اگرچه پیچیدگی‌های خاص خود را دارد و با توجه به فرآیندهای بین‌المللی موجود سخت می‌نماید ولی به‌عنوان آخرین راه‌کار می‌تواند متضمن رعایت حداکثری حقوق دولتهای ذی‌نفع در یک مخزن مشترک بوده و دولتهای ذی‌نفع را از بن بست مذاکرات نجات دهد؛ در این صورت البته ملاکهای تعیین و پرداخت غرامت هم به نوبه خود مشکل خواهد بود.

### نتیجه‌گیری و پیشنهاد

جهان امن آینده نیازمند تلاش‌های صادقانه همه بازیگران اصلی صحنه بین‌المللی است. این کوشش‌ها جز با پذیرش عدالت و انصاف که جان‌مایه نهفته در هر قاعده حقوقی حاکم بر روابط بین‌المللی است، تحقق نخواهد یافت. بهترین آزمون جامعه بین‌المللی برای زیست مسالمت‌آمیز از مجرای رعایت حرمت انسانها برای داشتن زندگی شرافتمندانه و برپایی شرایطی تأمین می‌شود که امکان بهره‌مندی از مواهب طبیعی به روشهای معقول، عادلانه و منصفانه فراهم شود.<sup>۱۱۴</sup>

امروزه بسیاری از صاحب‌نظران مسائل بین‌المللی تصدیق می‌کنند که یکی از کانون‌های جدی تهدید صلح و امنیت بین‌المللی، منابع طبیعی مشترک می‌باشد، این منابع در مواردی مایه حیات و قوام نوع بشر و در مواقعی موجب بهبود و ارتقای کیفیت زندگی جوامع بشری‌اند. با افزایش جمعیت و به تبع آن افزایش تقاضا، هر روز حوزه‌های تأمین نیازمندیها تنگ‌تر می‌شود و تلاش برای بقا و یا افزایش کیفیت زندگی با مراجعه به طبیعت افزایش می‌یابد و دیر یا

---

112. Rainer Lagoni (1984) p. 367.

113. David Ong, *op. cit.*, p. 801.

۱۱۴. یک بام و دوهوایی و ذبح عدالت، انصاف و حقیقت به بهانه حفظ منافع ملی ره به جایی نمی‌برد. نگاهی به مواضع سیاستمداران و حقوقدانان ترک در قضایای اختلافی بین آن کشور و سوریه و عراق در مورد آب رودهای دجله و فرات از یک سوی و ترکیه با یونان در مورد فلات قاره و منابع طبیعی بستر دریای اژه از سوی دیگر و همه چیز را برای خود خواستن و از عدالت «جان رالز» و اخلاق حکیمان گفتن و هزار و یک داستان سرهم کردن برای افزایش سهمی از منابع طبیعی در غرب کشور و در شرق کشور به هیچ ندای حق در مورد توزیع عادلانه آب توجه نکردن از مصادیق این رفتارهاست.

زود باید قواعدی را برای به حداکثر رساندن بهره‌مندی از منابع طبیعی مشترک با روشهای مبتنی بر تراضی و ناشی از انصاف و اعتدال و با رعایت الزامات زیست محیطی برقرار نمود. در غیر این صورت بی‌تردید باید شاهد نزاع‌های منطقه‌ای که می‌تواند صلح و امنیت بین‌المللی را به خطر بیاندازد، باشیم.

ما در این تحقیق با همین دیدگاه بر این نکته دقت کردیم که آیا با توجه به مقررات بحث‌برانگیز در حقوق بین‌الملل دریاهای، قطعنامه‌های مرتبط مجمع عمومی ملل متحد، آراء صادره از مراجع حل و فصل اختلافات بین‌المللی و نمونه‌هایی از رویه دوجانبه دولتهای ذی‌ربط در زمینه بهره‌برداری مشترک، اصول کلی حقوقی و همچنین نوشته‌های نویسندگان حقوقی، می‌توان نتیجه گرفت که در حال حاضر قاعده حقوق بین‌الملل عرفی دایر بر خودداری از بهره‌برداری یک‌جانبه از منابع مشترک نفت و گاز و الزام دولتها به مذاکره برای دستیابی به توافقنامه‌های بهره‌برداری اشتراکی شکل گرفته است؟

مقدمتاً گفتیم که چنین تعهدی، در نظامهای حقوقی داخلی دولتهای تولیدکننده نفت اجرا شده است و می‌تواند به‌عنوان اصل کلی شناخته شده، راهنمای مفیدی در تنظیم حقوق بین‌الملل قابل اعمال باشد.<sup>۱۱۵</sup>

محور بحث ما بر ضرورت استقرار اصل کلی لزوم همکاری بین‌المللی در مواجهه با منابع طبیعی مشترک به این نتیجه رسید که بگوییم درحال حاضر می‌توان این اصل را به‌عنوان دو قاعده ترتیبی حقوق بین‌الملل عرفی قابل اعمال در یک مخزن مشترک به شکل ذیل تنظیم مجدد نمود:

**قاعده اول:** تعهد به همکاری برای دستیابی به موافقتنامه‌ای در مورد اکتشاف و استخراج از مخازن مشترک نفت یا گاز، اگرچه ضرورتاً چنین همکاری منجر به بهره‌برداری مشترک از آن منابع نشود.

**قاعده دوم:** در صورت عدم دستیابی به چنین موافقتنامه‌ای، تعهد به خودداری یا امتناع متقابل در خصوص بهره‌برداری یک‌جانبه از مخزن.

این دو تعهد اگرچه وضعیتی را ایجاد می‌کند که باعث خلق مبنایی حقوقی برای یک رویکرد تدریجی نسبت به مخازن مشترک می‌گردد، ولی هنوز نمی‌توان گفت که بهره‌برداری مشترک فی‌نفسه و به‌طور مشخص توسط حقوق بین‌الملل لازم‌الاجرا شده است و لذا لازم است برای رسیدن به چنین مطلوبی، اقدامی که مبین اراده سیاسی دولتهای درگیر می‌باشد در مسئله ابراز شود.

---

۱۱۵. در واقع دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه بارسلونا تراکشن اعلام کرد: «در نبود عرفی مناسب و شایسته یا قاعده قراردادی، رجوع مستقیم به اصل کلی حقوقی مرتبط که از حقوق داخلی ناشی شده باشد، قابل اعمال است».

همان گونه که در بخش‌های مختلف این پژوهش ملاحظه گردید، تنظیم دقیق اصل کلی همکاری در خصوص یک مخزن مشترک کماکان ادامه دارد ولی می‌توان عناصر مؤثر مختلفی را از چارچوب کلی آن استخراج نمود که به یک سلسله تکالیف تجویزی و ممنوعیتی که ذیلاً به آن اشاره می‌کنیم، منتهی شود.

۱- فقدان قاعده‌ای به نام «حیازت بین‌المللی» در عرصه حقوق بین‌الملل، یعنی اینکه دولتهای ذی‌نفع از اکتشاف یک جانبه مخزن شامل هر بخش از آن در طرف خودشان اعم از مرز خشکی یا دریایی ممنوعند.

۲- با توجه به ممنوعیت حیازت و بهره‌برداری یک‌جانبه، فرصت برای طرح عناصر تجویزی تعهد عام و کلی فراهم می‌شود یعنی هر دولت ذی‌نفع متعهد خواهد بود که با حسن نیت در خصوص یک مخزن مشترک، به سایر دولتها آگاهی و مشورت بدهد. این تعهد هنگامی که یک توافقنامه مرزی منعقد شده باشد به ویژه در مواردی که متضمن قید «یافت شدن مخزن معدنی فرامرزی» باشد و براساس آن طرفین متعهد به اتخاذ یک سلسله اقدامات مشخص باشند، بیشتر استقرار یافته است. مع الوصف تعهد در مورد مخزن یافت شده در مناطقی که در آن ادعاهای اختلافی مرزی وجود دارد، براساس ماهیت ذاتی حقوق حاکمه دولتهای ذی‌ربط با یک ادعای حقوقی نسبت به چنین مناطقی اعمال می‌شود.

شرح و توضیح دقیق‌تر این تعهد حتی ممکن است اقتضا کند که این مشاوره‌ها بر اصل سهم منصفانه از منابع استخراجی مبتنی باشد. متمرکزترین شکل اعمال این اصل بی‌تردید توافقنامه بهره‌برداری اشتراکی خواهد بود.

۳- دولتها باید با حسن نیت و با هدف دستیابی به ترتیبات همکاری مناسب برای بهره‌برداری از منبع که همه دولتهای ذی‌نفع را در بر بگیرد، وارد مذاکره شوند، البته این مذاکرات نباید لزوماً به سوی بهره‌برداری اشتراکی هدایت شود.

علی‌الاصول دولتهای ذی‌ربط هیچ تعهدی به انعقاد چنین ترتیباتی ندارند، بلکه فقط باید به مذاکره در مورد آنها بپردازند. نتیجتاً دولتها بالضروره باید با هدف رسیدن به یک توافق مذاکره کنند، عیناً شبیه آن چیزی که در مورد تحدید حدود فلات قاره وجود دارد.

این آخرین ملاک تجویزی، بحث را به مؤثرترین وسایل بهره‌برداری از منبع مشترک باز می‌گرداند. بسیاری از توافقنامه‌های مربوط به چنین مخازنی، آحادسازی فرامرزی آنها یا بهره‌برداری اشتراکی از این مخازن را مقرر می‌کنند که قطعاً کامل‌ترین، مرجح‌ترین و تأییدشده‌ترین اقدام است. پیشنهاد این تحقیق برای کشورمان که با همسایگان خود مخازن مشترک نفت و گاز دارد و با اکثر کشورهای حاشیه جنوبی خلیج فارس موافقتنامه تحدید حدود منعقد کرده است و در

این موافقتنامه‌ها نیز به مسئله چگونگی مواجهه با میادین مشترک اشاره شده، این است که دو برنامه مشخص را در تعامل با همسایگان جنوبی دنبال کند.

اول: چون توافقنامه‌های اشاره شده، جامع نیستند و نمی‌توانند در مواقعی که مخزن مشترک وسیعی (مثل ایران و قطر) در تقاطع مرز دو کشور یافت شود، راه‌گشا باشند و به بهره‌برداری منصفانه منجر شوند؛ لذا شایسته است دولت ایران با یک دیپلماسی سنجیده و صبورانه باب گفتگو را برای تنظیم توافقنامه‌های توسعه مخازن مشترک با همسایگان بگشاید، این سیاست می‌تواند با کشور کویت هم در پیش گرفته شود؛ چون ایران و کویت هنوز موافقتنامه تحدید حدود فلات قاره امضا نکرده‌اند. دستیابی به چنین توافقاتی با توجه به اینکه دولتهای همسایه ایران به لحاظ ثروت زیاد با سهولت بیشتری می‌توانند هزینه‌های توسعه منابع مشترک را از داخل و خارج جذب کنند برای ایران یک اولویت ضروری است.

دوم: تا زمانی که موافقتنامه‌هایی برای توسعه مخازن نفت و گاز مشترک با همسایگان امضا نشده است، دولت ایران باید ثقل فعالیت‌های توسعه و اکتشاف خود را بر روی مخازن مشترک موجود و احتمالی آتی بگذارد. بی‌تردید چنین سیاست‌گذاریها و سرمایه‌گذاریهایی موجب می‌شود که همسایگان به تنظیم موافقتنامه‌های گفته شده ترغیب شوند. البته مسئله اشاره شده طی ۱۰ سال اخیر در اظهارات مقامات مسئول ایرانی مورد تأکید قرار گرفته است ولی اقدام جدی در این خصوص به عمل نیامده است. به‌عنوان نمونه در ماده ۳ لایحه برنامه پنج ساله چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مشوق‌هایی برای جلب فعالیت‌ها به سمت منابع نفت و گاز دریایی و مخازن مشترک پیش‌بینی گردید،<sup>۱۱۶</sup> ولی متأسفانه پیشنهاد دولت در لایحه فوق‌الذکر در مجلس شورای اسلامی تصویب نشد و به‌جای آن ماده ۱۴ در قانون برنامه چهارم مصوب ۱۳۸۴ تصویب گردید.<sup>۱۱۷</sup> ماده اخیر بی‌آنکه متضمن مشوقی برای تشدید فعالیت‌های توسعه‌ای در

۱۱۶. در ماده ۳ لایحه برنامه چهارم آمده بود:

«به‌منظور تنظیم روابط بین دولت و شرکت ملی نفت ایران و اعمال مالکیت دولت بر منابع نفت و گاز کشور موارد ذیل مقرر می‌گردد:

الف- مالکیت منابع نفتی ایران با دولت جمهوری اسلامی ایران است که این حق مالکیت براساس قانون نفت مصوب ۱۳۶۶ از..... ب - ..... ج - حقوق دولتی نفت که پس از استخراج و فروش به حساب بستانکار دولت (خزانهداری کل کشور) منظور می‌شود عبارتست از:

الف، ب و ج ...

تبصره ۱- بهره مالکانه نفت خام تولیدی/از میدان‌های خشکی و دریایی مشترک با کشورهای همسایه و میدانهای دریایی به ترتیب معادل ۱۰٪ و ۹۰٪ نصاب فوق خواهد بود».

۱۱۷. ماده ۱۴ - الف..... ب - به‌منظور افزایش ظرفیت تولید نفت و حفظ و ارتقای سهمیه ایران در تولید اوپک، تشویق و حمایت از جذب سرمایه‌ها و منابع خارجی در فعالیت‌های بالادستی نفت و گاز به‌ویژه در **میادین مشترک** و طرحهای اکتشافی کشور، اطمینان از حفظ و صیانت هرچه بیشتر با افزایش ضریب بازیافت از مخازن نفت و گاز کشور، انتقال و به‌کارگیری فناوریهای جدید در توسعه و بهره‌برداری از میادین نفتی و گازی و امکان استفاده از روشهای مختلف قراردادی بین‌المللی، به شرکت ملی نفت ایران اجازه داده می‌شود تا سقف تولید اضافی مندرج در بند (ج) این ماده نسبت به انعقاد قراردادهای اکتشافی و

مخازن مشترک نفت و گاز باشد، تنها نشان‌دهنده توجه نمایندگان به این مخازن بود و عملاً هم نتوانست باعث تحرک قابل ملاحظه‌ای در زمینه گفته شده گردد. جالب است که پس از گذشت نزدیک به سه سال از تحولات پیش گفته و از دست دادن فرصت‌ها، مجلس شورای اسلامی در تصویب بودجه سال ۱۳۸۷ کل کشور همان ترتیبات مقرر در ماده ۳ لایحه برنامه چهارم را از سر گرفت.<sup>۱۱۸</sup>

به نظر ما، اقدام دولت و مجلس در وضع مشوق‌های گفته شده در قانون بودجه که از نظر اصول حقوقی عمر یک‌ساله دارد، حاکی از آن است که هنوز سیاستگذاران کشور به درک درستی از حساسیت موضوع نایل نشده‌اند. حقیقت این است که زمینه‌سازی برای توفیق در سازماندهی منابع مشترک نفت و گاز ایران با کشورهای همسایه، محتاج قوانینی است که متضمن برنامه‌های ده‌ساله و بیشتر باشد و با تعیین یک سلسله موازین کلی و راهنما، دست کارگزاران نزدیک به موضوع در این زمینه باز گذاشته شود؛ در غیر این صورت باز هم شاهد فرصت‌سوزی‌های بعدی خواهیم بود. شاید اولین قدم در نشان دادن عزم جدی برای پرداختن به مسئله توسعه مخازن مشترک نفت و گاز ایجاد شرکتی با شخصیت حقوقی مستقل تحت همین نام و وابسته به وزارت نفت باشد. این اقدام سخت‌افزاری باعث تمرکز فعالیت‌ها و موضوعیت یافتن توسعه مخازن مشترک در وزارت نفت و سازمانهای ذی‌ربط خواهد شد.

---

توسعه میدانها با تأمین منابع مالی با طرف‌های خارجی یا شرکتهای صاحب صلاحیت داخلی، متناسب با شرایط هر میدان با رعایت اصول و شرایط ذیل اقدام نماید.

۱۱۸. ماده واحده بودجه ۱۳۸۷ کل کشور (روزنامه رسمی شماره ۱۸۴۶۳ مورخ ۱۳۸۶/۱۲/۲۲) مقرر می‌دارد:

۷- به‌منظور تنظیم رابطه دولت و وزارت نفت از طریق شرکتهای دولتی تابعه ذی‌ربط و اعمال حق مالکیت دولت بر منابع نفت و گاز کشور، به دولت اجازه داده می‌شود (با رعایت اصل مالکیت منابع نفتی و گازی ایران) برای سال ۱۳۷۸ نسبت به عقد قرارداد بین وزارت نفت و «وزارت نفت از طریق شرکتهای دولتی تابعه ذی‌ربط» براساس مقررات این بند اقدام نماید:

الف- وزارت نفت از طریق شرکتهای دولتی تابعه ذی‌ربط مکلف است ارزش نفت خام تولیدی از میدانهای نفتی ایران توسط آن شرکت.....

در مورد نفت خام تولیدی از میادین مشترک با کشورهای همسایه و میادین دریایی پنج واحد درصد از سهم قابل پرداخت به دولت کسر شده و برای جبران هزینه‌های تولید به سهم وزارت نفت از طریق شرکتهای دولتی تابعه ذی‌ربط اضافه می‌شود.

.....

قابل ذکر است که قانون بودجه سال ۱۳۸۷ کل کشور براساس روش جدید بودجه‌نویسی دولت تهیه و به تصویب مجلس رسید. در این ماده واحده که ۴۱ بند دارد، بند (۷) مربوط به امور نفت و گاز و پتروشیمی است و تقریباً ۵۰٪ کلمات بودجه را به خود اختصاص داده است.

عبارات به کار رفته در بودجه سال ۸۷ مبین آن است که برخلاف قوانین و بودجه‌های سنوات قبل که شرکت ملی نفت ایران مخاطب قانونگذار بود در قانون بودجه اخیر وزارت نفت مخاطب قانونگذار است و در انتهای بند مذکور هم تصریح شده است که دولت موظف است اساسنامه شرکتهای ملی نفت، گاز و پتروشیمی را براساس قانون نفت ۱۳۶۶ تهیه و برای تصویب تقدیم مجلس نماید.

## حق بر غذا: پیش شرط تحقق سایر حقوق

علیرضا ابراهیم گل\*

نقش‌ها می‌توانم زد، غم نان اگر بگذارد.

### چکیده

حق بر غذا به‌عنوان حق بنیادین هر شخص، حق بر رهایی از گرسنگی و دسترسی پایدار به غذا با کیفیت و کمیتی است که پاسخگوی نیازهای غذایی و فرهنگی او باشد. تحقق این حق با برآوردن نیازهای اولیه و اساسی انسان، زمینه تحقق سایر حقوق بشری شخص را فراهم می‌کند و از این جهت با کرامت انسانی مرتبط است. حق بر غذا به‌عنوان یکی از حقوق زیر مجموعه حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ماهیتاً و از نظر مکانیزمهای تضمین حق، مشابه حقوق مندرج در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است. از این‌رو، تحقق آن تدریجی و با اتخاذ تمامی تدابیر مناسب است. تدوین استراتژیهای ملی، قانونگذاری، اقامه‌پذیری حق بر غذا، پیشنهاد الحاق پروتکل اختیاری بر میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی که متضمن آیین شکایات فردی باشد همگی گامهایی در جهت تحقق این حق در سطح ملی و بین‌المللی است. گامهایی که برای به نصف رساندن میزان فقر تا سال ۲۰۱۵ اتخاذ شده چندان موفق نبوده، در حالی که نیمی از آن مدت نیز سپری شده است.

**واژگان کلیدی:** حق بر غذای کافی، حقوق بشر، کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، تفسیر کلی شماره ۱۲.

---

\*. دانشجوی دکترای حقوق بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی، alireza.ebrahimgol@yahoo.com

## پیش درآمد

حق بر غذا به عنوان حقی بشری از حقوقی است که در مجموعه حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی طبقه بندی می شود و لذا تعریف، مفهوم کلی، پیشینه تاریخی، محتوا و مکانیزم های تضمین آن نیز تا حد زیادی مشابه مفاهیم، محتوا و مکانیزم های اجرایی سایر حقوق مندرج در میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است. به موجب میثاق اخیر، «حق بر غذا»، حق بر رهایی از گرسنگی و دسترسی پایدار به غذا با کیفیت و کمیتی است که پاسخگوی نیازهای غذایی و فرهنگی باشد. نخستین بار به حق بر غذا در ماده ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر اشاره شد.<sup>۱</sup> پس از آن در کنوانسیونهای متعدد<sup>۲</sup> و قطعنامه های سازمانها و کنفرانسهای بین المللی<sup>۳</sup> نیز از این حق سخن گفته شد. در اهمیت این حق همین بس که نقض آن، تهدیدی به صلح و امنیت بین المللی توصیف شده است.<sup>۴</sup> با این وجود آمارهای برنامه توسعه ملل متحد حاکی از آن است که ۶۰ درصد مرگ و میر سالیانه در جهان (حدود ۳۶ میلیون نفر) مستقیم یا غیرمستقیم معلول گرسنگی یا کمبودهای غذایی<sup>۵</sup> است و بیش از ۸۴۰ میلیون نفر در سطح جهان از سوء تغذیه رنج می برند. مادرانی که با سوء تغذیه مواجهند، فرزندان را به دنیا می آورند که بیشتر مستعد بیماری و مرگ زودرس هستند. کودکان مریض و گرسنه در مدرسه نتیجه مطلوبی نمی گیرند و لذا از مهارت کافی برخوردار نمی شوند و نهایتاً درآمد کافی برای سیر کردن خویش و خانواده شان را به دست

۱. ماده ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر مقرر می دارد:

«هر کس حق دارد تا سطح زندگانی، سلامتی و رفاه خود و خانواده اش را از حیث غذا، مسکن و مراقبتهای پزشکی و خدمات لازم اجتماعی تأمین کند».

۲. در این خصوص رجوع کنید به ماده ۱۱ اعلامیه امریکایی حقوق و تعهدات فرد ۱۹۴۸، ماده ۳۴ منشور سازمان دولتهای امریکایی ۱۹۴۸، ماده (۱۲) پروتکل الحاقی بر کنوانسیونهای امریکایی حقوق بشر (پروتکل سان سالوادر) کنوانسیون افریقایی حقوق بشر و اقوام ۱۹۸۱ و پروتکل منضم به آن، مواد ۲۶ و ۵۱ کنوانسیون ژنو ۱۹۴۹ راجع به رفتار با اسرای جنگی، مواد ۲۳ و ۵۵ کنوانسیون ژنو ۱۹۴۹ راجع به حمایت از غیرنظامیان در زمان مخاصمات، مواد ۵۴، ۶۹ و ۷۰ پروتکل اول الحاقی و مواد ۱۴ و ۱۵ پروتکل دوم الحاقی بر کنوانسیونهای ژنو، ماده ۲۷ کنوانسیون حقوق کودک. همچنین به این حق در کنوانسیون ۱۹۵۱ راجع به وضعیت پناهندگان، کنوانسیون ۱۹۵۴ راجع به وضعیت اشخاص بی تابعیت، ماده (۲) کنوانسیون ۱۹۷۹ راجع به محو تمامی اشکال تبعیض علیه زنان و اساسنامه دیوان کیفری بین المللی اشاره شده است.

۳. اعلامیه ملل متحد راجع به حقوق کودک مصوب ۲۰ نوامبر ۱۹۵۹ مجمع عمومی، برنامه عمل برای تأسیس نظم نوین اقتصادی بین المللی مصوب اجلاس ویژه ششم مجمع عمومی (۱۹۷۴)، اعلامیه جهانی راجع به محو گرسنگی و سوء تغذیه مصوب نوامبر ۱۹۷۴ کنفرانس جهانی غذا، قطعنامه ۱۶۶ مورخه ۱۷ دسامبر ۱۹۸۵ مجمع عمومی، اصول و راهبردهای حاکم بر امحای مازاد کشاورزی و تعهد بین المللی راجع به امنیت غذایی مصوب شورای فائو ۱۹۷۴، اعلامیه جهانی راجع به تغذیه ۱۹۹۲، اعلامیه کپنهاگ راجع به توسعه اجتماعی ۱۹۹۵، قطعنامه سال ۱۹۹۶ اجلاس جهانی غذا، اعلامیه اهداف توسعه هزاره، قطعنامه های ۵۷/۲۲۶ مورخه ۲۶ فوریه ۲۰۰۳ و ۵۸/۱۸۶ مورخه ۱۸ مارس ۲۰۰۴ مجمع عمومی.

۴. شورای امنیت در قطعنامه ۷۹۴ مورخه ۳ دسامبر ۱۹۹۲ خویش، حجم تراژدی انسانی ناشی از مخاصمات در سومالی که با ممانعت از توزیع کمکهای بشردوستانه تشدید شده بود را تهدیدی علیه صلح و امنیت بین المللی تلقی کرد.

5. Nutritional Deficiency.



نمی‌آورند و این چنین است که چرخه فقر و بیماری و گرسنگی همچنان تداوم می‌یابد<sup>۶</sup> و بر اثر برطرف نشدن نیازهای اولیه و اساسی حیات انسانی، هیچ‌گاه زمینه تحقق سایر حقوق انسانی که لازمه رشد فکری و معنوی انسان است فراهم نمی‌آید و این کلام مؤید اهمیت و تأثیر برخی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی از جمله حق بر غذا در تحقق سایر حقوقی است که امروزه عملاً در نظام بین‌المللی حقوق بشر، اولویت یافته‌اند. تأثیر اولویتی که در اعلامیه اهداف توسعه هزاره ملل متحد متبلور شد و به‌موجب آن مقرر شد که دولتهای عضو تمام تلاش خویش را به‌کار گیرند که تا سال ۲۰۱۵ میزان فقر و گرسنگی موجود در جهان را به نصف میزان فعلی تقلیل دهند. نوشته حاضر درصدد است ضمن تعریف این حق، دامنه و محتوی و مکانیزم‌های تضمین آن را مورد مطالعه قرار دهد. از این‌رو نویسنده ابتدا به بررسی و تبیین حقوق حاکم بر موضوع پرداخته و پس از بیان جایگاه حق بر غذا در آن حقوق، آن را از حق بر رهایی از گرسنگی تمیز می‌دهد. پس از آن عناصر حق بر غذای کافی را در پرتو تفسیر کلی شماره ۱۲ کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تشریح می‌کند. پس از تبیین محتوای این حق، نویسنده به تشریح ماهیت تعهد اشخاص و نهادها در قبال آن حق و آیین تحقق آن می‌پردازد.

## ۱- حقوق حاکم: حق بر استاندارد مناسب زندگی

حق بر غذا در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی عنوان مستقلی ندارد و در بند (۱) ماده ۱۱ ذیل با عنوان «استاندارد مناسب زندگی»<sup>۷</sup> آمده است. ماده ۱۱ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مقرر می‌کند:

«کشورهای طرف این میثاق حق هرکس را به داشتن سطح زندگی کافی برای خود و خانواده‌اش شامل خوراک، پوشاک و مسکن کافی و همچنین بهبود مداوم شرایط زندگی به رسمیت می‌شناسند.

کشورهای طرف این میثاق به‌منظور تأمین این حق تدابیر مقتضی اتخاذ خواهند کرد و در این جهت به اهمیت اساسی همکاری بین‌المللی مبتنی بر رضایت آزاد اذعان دارند.

کشورهای طرف این میثاق با اذعان به حق بنیادین هرکس به رهایی و آزادی از گرسنگی، از طریق همکاری بین‌المللی تدابیر لازم از جمله برنامه‌های مشخص را به قرار ذیل اتخاذ خواهند کرد:

6. Narula. Smita, The Right to Food: Holding Global Actors Accountable Under International Law, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 44, 2006, pp. 698-99.

7. Adequate Standard of Living.

الف- بهبود روشهای تولید، حفظ و توزیع خواربار با استفاده کامل از معلومات فنی و علمی با اشاعه اصول آموزش و تغذیه و یا توسعه یا اصلاح نظام زراعی به نحوی که حداکثر توسعه مؤثر و استفاده از منابع طبیعی را تأمین نماید.

ب- تأمین و توزیع منصفانه ذخایر (منابع) خواربار جهان بر حسب نیازها با توجه به مسائل مبتلا به کشورهای صادرکننده و واردکننده غذا».

ماده حاضر یکی از کلی‌ترین مواد میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است و مسائلی را دربرمی‌گیرد که معمولاً در موضوع «توسعه» دولت بدان توجه می‌شود. آنچنان‌که از بند (۱) این ماده برمی‌آید حق بر استاندارد مناسب زندگی شامل حق بر غذا، مسکن و پوشاک است. کارهای مقدماتی تدوین ماده ۱۱ نشان می‌دهد تا پیش از هشتمین اجلاس کمیسیون حقوق بشر، در پیش‌نویسی که برای میثاق تهیه شده بود اشاره به پوشاک و غذا مورد توافق هیأت‌های نمایندگی قرار نگرفته بود و در این اجلاس بود که نماینده چین پیشنهاد داد که واژه‌های غذا و پوشاک پیش از «مسکن» اضافه گردد. استدلال چین این بود که اگرچه مسکن برای کشورهای صنعتی مهمتر است اما نیاز به غذا و پوشاک در کشورهای با اقتصاد روستایی و به‌ویژه کشورهای توسعه نیافته اولویت دارد. پیشنهاد چین مورد حمایت هیأت‌های مختلف قرار گرفت و تصویب شد. در مذاکرات بعدی، واژه «کافی» پیش از «غذا و پوشاک و مسکن» اضافه شد تا ضمن روشن ساختن متن، این ایده را منتقل کند که عناصر استاندارد زندگی باید در سطح معینی حفظ شود.<sup>۸</sup> حق بر استاندارد مناسب زندگی دربرگیرنده تمامی حقوق اقتصادی و اجتماعی است که برای یکپارچه‌سازی شخص در جامعه انسانی ضروری است. این حق با اصل حاکم بر کل نظام بین‌المللی حقوق بشر یعنی اینکه همه انسانها آزاد متولد شده و از نظر حقوق و شأن با یکدیگر برابرند و باید با یکدیگر با روحیه برادری رفتار کنند، رابطه نزدیکی دارد.

ماده ۱۱ حاضر در زمینه مورد بحث به دو هنجار مجزا اما مرتبط با یکدیگر اشاره می‌کند. یکی حق بر غذای کافی و دیگری حق بر رهایی از گرسنگی. چگونگی ارتباط این دو مفهوم مشخص نیست و کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی هم هیچ تمایزی میان آن دو قائل نمی‌شود. در عین حال برخی اعضای کمیته میان آن دو تمایز قائل شده و به‌جای آنکه آن دو را مترادف تلقی کنند حق بر رهایی از گرسنگی را زیرمجموعه حق بر غذا می‌دانند و معتقدند که حق نخست بر رهایی از قحطی یا تحقق نیازهای اساسی ضروری برای بقای فرد دلالت دارد. درحالی‌که دومی، مفهومی وسیعتر است که مستلزم سطح و نوعی از غذاست که سازگار با شرافت

8. Craven. Mathew. C.R, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, A perspective on its development, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 287-91.

انسانی باشد.<sup>۹</sup> از دلایلی که برای این تمایز مطرح شده آن است که حق نخست با واژه «بنیادین» توصیف شده است و به هیچ حق دیگری در هر دو میثاق با این وصف اشاره نشده است. در کمیته اظهار شد که منظور از کاربرد واژه «بنیادین» آن است که دولت، تعهد فوری و نه تدریجی به جلوگیری از قحطی دارد و از آنجایی که رهایی از قحطی با حق بر حیات مرتبط است باید در هر شرایطی محترم شمرده شود.<sup>۱۰</sup> از این رو عده‌ای حق بر غذای کافی را یک «استاندارد نسبی» و حق بر رهایی از گرسنگی را یک «استاندارد مطلق» می‌دانند و به همین اعتبار معتقدند که تنها حصول حق نخست است که ویژگی تدریجی دارد و همکاری بین‌المللی در آن مبتنی بر رضایت آزاد است اما حق دوم ویژگی فوری دارد و دولتها باید هر اقدامی را که برای تحقق آن لازم است اتخاذ کنند و همکاری بین‌المللی در این زمینه اجباری است.<sup>۱۱</sup>

## ۲- حق بر غذای کافی

حال که تفاوت میان حق بر رهایی از گرسنگی و حق بر غذای کافی مشخص شد، زمان آن فرا رسیده است که بر اجزای حق بر غذای کافی تمرکز کنیم. اما پیش از آن لازم است که به نکاتی در خصوص تفاسیر کلی کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و جایگاه آنها در تفسیر و اجرای قواعد مندرج در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی اشاره کنیم؛<sup>۱۲</sup> زیرا که در این بخش مکرراً به تفسیر کلی شماره ۱۲ آن کمیته در مورد حق بر غذای کافی اشاره می‌شود.

کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به‌عنوان رکن ناظر بر اجرای میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به‌منظور ایضاح تعهدات ناشی از میثاق یک سری نقطه نظر یا تفسیر کلی را ابراز کرده است. اگرچه جایگاه این تفاسیر به‌طور کلی در حقوق بین‌الملل بشر مشخص نیست؛ با وجود آن، آنها می‌توانند تحلیل‌های دقیق و سیستماتیکی باشند که از سوی رکنی صادر شده‌اند که وظیفه انحصاری تفسیر قواعد مندرج در میثاق را برعهده دارد. کمیته ابتدائاً فاقد مجوز لازم برای اتخاذ تفاسیر کلی بود، اگرچه انتظار می‌رفت که بسیاری از رویکردهای مورد استفاده کمیته حقوق بشر را به‌کار بندد. بدین منظور کمیته از شورای اقتصادی اجتماعی برای این کار درخواست مجوز کرد و شورا نیز با این امر موافقت کرد. پس از آن کمیته یک سری تفاسیر کلی متعددی را ارائه داده که از آن میان می‌توان به تفسیر شماره ۱ کمیته در مورد ماهیت سیستم گزارش‌دهی به کمیته، تفسیر کلی

۹. کمیته اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در بند (۴) تفسیر کلی شماره ۱۲ خویش این حق را به‌گونه‌ای جدایی‌ناپذیر با کرامت انسانی مرتبط می‌داند که برای استیفای سایر حقوق مندرج در منشور بین‌المللی حقوق بشر ضروری است.

10. Craven. Mathew. C.R., *op.cit*, pp. 306-307.

11. Narula. Smita, *op. cit*, pp. 792-93.

۱۲. در صفحات ۱۸-۱۹ ذیل به‌صورت مفصل‌تر به چگونگی ایجاد این کمیته و نقش آن پرداخته شده است.

شماره ۲ در مورد تدابیر مربوط به کمکهای فنی بین‌المللی و به‌ویژه در ارتباط با ماده ۲۲ میثاق، تفسیر کلی شماره ۳ در مورد ماهیت تعهدات دولتهای عضو میثاق و تفسیر کلی شماره ۱۲ در مورد حق بر غذای کافی اشاره کرد.

کمیته در تفسیر کلی شماره ۱۲ خویش عناصری را برای حق بر غذا برمی‌شمرد که از آن جمله می‌توان به کفایت، قابلیت پذیرش فرهنگی، سلامت و دسترسی اقتصادی و فیزیکی اشاره کرد. در خصوص معنای غذای «کافی»، برخی مفسران اظهار کرده‌اند که «کفایت»<sup>۱۳</sup> غذایی فراتر از آن چیزی است که برای بقا ضروری است بلکه باید در احراز آن به تأثیر نوع غذا در سلامت شخص یا توانمند کردن او برای پیگیری یک زندگی عادی و فعال توجه شود و واضح است که هر معیاری که کفایت با توجه به آن سنجیده می‌شود نیز باید تعریف شود.<sup>۱۴</sup> به‌علاوه کفایت، واجد هر دو جنبه کمی و کیفی است یعنی غذا باید هم از نظر میزان کالری و انرژی غذایی حاصله و هم از نظر مواد غذایی<sup>۱۵</sup> ضروری همچون ویتامین‌ها کافی باشد.<sup>۱۶</sup> کمیته در خصوص کفایت مقرر می‌کند:

«کفایت» بر برخی از فاکتورهایی تأکید می‌کند که باید در احراز اینکه آیا فلان غذا یا رژیم غذایی خاص قابل دسترسی تحت شرایط معین برای تحقق اهداف ماده ۱۱ میثاق مناسبترین غذا یا رژیم غذایی است یا خیر در نظر گرفته شوند... مفهوم دقیق «کفایت» به میزان زیادی با توجه به شرایط اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی، آب و هوایی و اکولوژیکی حاکم تعیین می‌شود.<sup>۱۷</sup>

همچنین منبع غذایی باید از نظر فرهنگی قابل پذیرش بوده<sup>۱۸</sup> (با فرهنگ غذایی رایج سازگار باشد) و سالم<sup>۱۹</sup> (فاقد عناصر سمی و آلوده‌کننده) باشد.

---

13. Adequacy.

14. Craven. Mathew. C.R., *op. cit.*, p. 308.

15. Eide. Asbjorn, The Human Right to adequate food and freedom from hunger, in the right to food in theory and practice, FAO, Rome, 1998, p. 3.

۱۶. کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی در تشریح عناصر حق بر غذا در این مورد تحت عنوان «نیازهای تغذیه‌ای» مقرر می‌کند که رژیم غذایی در کل باید حاوی ترکیبی از عناصر لازم برای رشد جسمی و ذهنی و فعالیت فیزیکی باشد که مطابق نیازهای فیزیولوژیکی انسانی در تمامی مراحل در سراسر چرخه حیات و طبق جنسیت و شغل است. در این خصوص رک.

The Right to Adequate Food, General Comment No. 12 (Twentieth Session 1999) Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/1999/5, 12 May 1999, para. 9.

17. The Right to Adequate Food, General Comment No. 12, *op. cit.*, para. 7.

۱۸. به اعتقاد کمیته، «قابلیت پذیرش فرهنگی» دلالت بر آن دارد که تا حد امکان باید به ارزشهای غیرتغذیه‌ای مرتبط با غذا و مصرف غذا و دغدغه‌های مصرف‌کنندگان نسبت به ماهیت منابع غذایی موجود و در دسترس توجه شود. تفسیر کلی شماره ۱۲ کمیته در خصوص حق بر غذا، بند (۱۱).

۱۹. در خصوص سلامت مواد غذایی، کمیته «عاری بودن [غذا] از مواد مضر» را از جمله شرایطی می‌داند که باید برای ایمنی غذایی مورد توجه قرار گیرند؛ همچون روشهای عمومی و خصوصی جهت پیشگیری از آلودگی مواد غذایی از طریق قلب، مدیریت نامناسب

کمیت در بند (۶) تفسیر کلی خویش در مورد حق بر غذا معتقد است:

«حق بر غذای کافی هنگامی محقق می‌شود که هر مرد و زن و کودکی به تنهایی یا با دیگران در هر زمان به غذای کافی یا ابزارهای فراهم کردن آن دسترسی اقتصادی و فیزیکی داشته باشد».

سپس کمیته در تعریف دسترسی اقتصادی و فیزیکی اظهار می‌کند:

«دسترسی اقتصادی» بر این امر دلالت دارد که هزینه‌های شخصی یا مالی خانوار در ارتباط با تحصیل غذا جهت یک رژیم مناسب باید در سطحی باشد که استیفا و بهره‌مندی از دیگر نیازهای اساسی در معرض تهدید قرار نگیرد. این نوع دسترسی بر هرگونه الگوی به دست آوردن غذا که از طریق آن اشخاص غذای خویش را فراهم می‌کنند، اعمال می‌شود و معیار بهره‌مندی از حق بر غذای کافی است. «دسترسی فیزیکی» بر این دلالت دارد که همگان از جمله اشخاص آسیب‌پذیر از نظر جسمی همچون کودکان و سالمندان و معلولان و بیماران دارای بیماری مزمن و اشخاص دارای مشکلات ذهنی باید به غذای کافی دسترسی داشته باشند. قربانیان بلایای طبیعی، اشخاصی که در مناطق مستعد بلایای طبیعی زندگی می‌کنند و دیگر گروه‌های آسیب‌پذیر نیازمند توجه خاص و گاهی اولویت در ارتباط با دسترسی به غذا هستند.<sup>۲۰</sup>

### ۳- ماهیت تعهد ناشی از حق بر غذا

پیشتر بدین اشاره شد که محتوای تعهدات و مکانیزمهای تضمین حق بر غذا تابع محتوا و مکانیزمهای تضمین حقوق مندرج در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است. از این رو لازم است که نخست ماهیت تعهدات ناشی از میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مورد بررسی قرار گیرد و سپس با توجه به آن در مورد ماهیت تعهد دولتهای عضو در مورد تحقق حق بر غذا از یک سو و حق اشخاص بر بهره‌مندی از غذای کافی از سوی دیگر سخن گفته شود.

تعهدات دولتهای عضو میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در بند (۱) ماده ۲ میثاق آمده است. بند (۱) ماده مزبور مقرر می‌کند:

---

و یا وضعیت بهداشتی محیطی بد در مراحل مختلف در سراسر زنجیره تولید مواد غذایی و همچنین شناسایی، پیشگیری و از میان بردن سمومی که به‌طور طبیعی در مواد غذایی ایجاد می‌گردند، همان، بند (۱۰).

20. The Right to Food, General Comment No. 12, *op. cit.*, para. 13.

«۱- هر کشور طرف این میثاق متعهد می‌شود به سعی و اهتمام خود و از طریق همکاری و مساعدت بین‌المللی - به‌ویژه در طرحهای اقتصادی و فنی- با استفاده از حداکثر منابع موجود به‌منظور تأمین تدریجی اعمال کامل حقوق شناخته شده در این میثاق با کلیه وسایل مقتضی به‌خصوص با اقدامات قانونگذاری اقدام نماید».

پیشتر بدین اشاره شد که یکی از تفاسیر کلی کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، تفسیر کلی شماره ۳ آن کمیته در مورد ماهیت تعهدات دولتهای عضو میثاق است. کمیته در بند (۱) این تفسیر کلی در خصوص ماده ۲ فوق‌الذکر می‌گوید:

«ماده ۲ برای درک کامل میثاق اهمیت اساسی دارد و باید بین آن و سایر مواد میثاق رابطه‌ای پویا (دینامیک) برقرار کرد. این ماده، ماهیت تعهدات قانونی دولتها به‌موجب میثاق را شرح می‌دهد».<sup>۲۱</sup>

بند (۱) ماده ۲ به «تعهد به اتخاذ اقدامات»<sup>۲۲</sup> اشاره می‌کند. نتیجه حاصل از کاربرد این عبارت آن است که دارای الزام کمتری نسبت به تضمین است همچنان‌که هیأت‌های شرکت‌کننده حاضر نشدند که عبارت «تضمین کردن»<sup>۲۳</sup> را در مورد این حقوق بپذیرند. علی‌رغم این الزام ناچیز و پذیرش این مسئله که تحقق کامل این حقوق تدریجی است، تعهد به اتخاذ اقدامات، تعهدی فوری است.<sup>۲۴</sup>

### ۳-۱- «تحقق تدریجی»

مفهوم تحقق تدریجی،<sup>۲۵</sup> رکن اصلی کل میثاق است و تعهدات دولتهای عضو حول آن می‌گردد. اکثر حقوق مندرج در میثاق تا حد زیادی به وجود و دسترسی به منابع متکی‌اند و این موضوع در مفهوم تحقق تدریجی نهفته است.

کمیته در بند (۹) تفسیر کلی شماره ۳ خویش معتقد است که کاربرد این عبارت، نشانگر شناسایی این مطلب است که تحقق کامل حقوق مندرج در میثاق در مدت زمان کوتاه ممکن

21. The Nature of State Parties Obligations (Art 2. Para. 1) General Comment No. 3, (fifth session 1990) Committee on Economic, Social and Cultural Rights, para. 1.

22. Undertake to take steps.

23. Insure.

24. Newman. Frank and Weissbrodt. David: Law, Policy and Process, Anderson Publishing Co. Cincinnati, 1996, p. 367.

25. مفهوم تحقق تدریجی (progressive realization) با توجه به مفهوم مقابل آن در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی-سیاسی یعنی اجرای فوری (prompt realization) قابل درک است.

نیست. در عین حال قید چنین مفهومی بدین معنی نیست که میثاق باید به گونه‌ای تفسیر شود که تعهدات مندرج در آن فاقد اهمیت هنجاری شود. اگرچه این مفهوم از یک سو انعطاف لازم جهت مواجه شدن با واقعیتهای جهان خارج و مشکلاتی که هر کشور در تضمین تحقق کامل این حقوق با آنها مواجه است را فراهم می‌آورد<sup>۲۶</sup> اما این مفهوم باید در پرتو هدف کلی و در واقع علت وجودی میثاق یعنی ایجاد تعهدات روشن و مشخص برای دولتهای عضو در ارتباط با تحقق کامل این حقوق مورد توجه قرار گیرد؛ لذا تعهدی فوری به حرکت سریع و مؤثر به سمت این هدف وجود دارد.

## ۲-۳- با تمامی تدابیر مناسب از جمله اتخاذ تدابیر قانونی

بند (۱) ماده ۲ دولتها را به تحقق تدریجی حقوق مندرج در میثاق با تمامی تدابیر مناسب از جمله قانونگذاری متعهد می‌داند. در پیش‌نویس میثاق که از سوی کمیسیون حقوق بشر تهیه شده بود نیز به بحث قانونگذاری اشاره شده بود. اما برخی کشورها این تعهد را رد می‌کردند. آنها استدلال می‌کردند که تصویب معاهده «متضمن چیزی بیش از ایفای تعهدات مندرج در آن خواه از طریق اقدامات قانونی، اداری، عرفی و غیره نیست و جامعه بین‌المللی نمی‌تواند فراتر از این برود». از این رو واضح است که قانونگذاری به موجب میثاق الزام‌آور نیست و این در صلاحدید خود یک دولت است که در مورد نیاز یا عدم نیاز به تصویب چنین قانونی تصمیم‌گیری کند.<sup>۲۷</sup>

امروزه در خصوص تعهدات حقوق بشری دولتها یک چارچوب تحلیلی حاوی سه نوع تعهد مطرح است شامل تعهد به رعایت،<sup>۲۸</sup> تعهد به حمایت<sup>۲۹</sup> و تعهد به ایفای<sup>۳۰</sup> حقوق بشر. میان این سه نوع تعهد نیز یک سلسله مراتب وجود دارد. بدین معنی که در سطح نخست دولتها متعهد به رعایت و احترام به منابع موجود اشخاص و آزادی آنها برای انتخاب شغل مورد علاقه خویش و استفاده مطلوب از آن منابع برای ارضای نیازهایشان هستند اما تعهدات دولتها در این سطح متوقف نمی‌شود؛ زیرا که اشخاص ثالث ممکن است در اعمال تواناییهای اشخاص برای ایفای نیازهای خویش با بهره‌مندی از منابع پیش گفته مداخله کنند؛ لذا در سطح دوم، دولتها متعهد به حمایت فعال از اشخاص در مقابل سایر اشخاص و به‌ویژه در مقابل منافع اقتصادی قویتر هستند.

۲۶. به همین دلیل است که این بند به «حداکثر منابع موجود» به عنوان حد تعهد یک دولت اشاره می‌کند. منظور اینکه وضعیت اقتصادی یک کشور است که سطح تعهدات یک دولت را در ارتباط با این حقوق تعیین می‌کند. بدین ترتیب که از ارزیابی آن وضعیت، تصویری از تواناییهای یک دولت ایجاد می‌شود و با توجه به آن، آستانه تعهدات یک دولت معین می‌گردد.

27. Newman, Frank and Weissbrodt, David, *op. cit.*, p. 368.

28. Duty to Respect.

29. Duty to Protect.

30. Duty to Fulfill.

در سطح سوم، دولت‌ها متعهد به تسهیل فرصت‌های بهره‌مندی از حقوق مندرج در میثاق و در نتیجه ایفای آنها هستند.<sup>۳۱</sup>

**در ارتباط با حق بر غذا،** نخستین سطح تعهدی فوق، تعهد به عدم مداخله دولت در دسترسی به غذای کافی است. تعهد دوم ایجاب می‌کند که دولت‌ها تضمین کنند که شرکتها یا دیگر اشخاص مانع افراد در استیفای حقشان بر دسترسی به غذای کافی نشوند. تعهد سوم، تعهدی ایجابی است که مستلزم تسهیل و ارائه غذای کافی است. ویژگی مهم تعهد اخیر آن است که با نرخ رشد فزاینده شهرنشینی و تنزل مسئولیت‌های خانوادگی و گروهی، اهمیت افزونتری می‌یابد و به عنوان مثال تعهد در قبال سالمندان و معلولان که در جوامع سنتی روستایی به عهده خانواده‌هایشان بود در فضای جدید به عهده دولت خواهد بود.<sup>۳۲</sup>

#### ۴- نقض حق بر غذا

حال که با ماهیت تعهد دولت‌ها در رابطه با حق بر غذا آشنا شدیم باید روی دیگر سکه یعنی نقض آن تعهد را نیز مورد مطالعه قرار دهیم. به اعتقاد کمیته نقض حق بر غذا به طرق مختلف رخ می‌دهند؛ یک حالت، هنگامی است که دولت عضو در تضمین بهره‌مندی از حداقل سطحی که برای رهایی از گرسنگی لازم است قصور کند. البته در تضمین اینکه چه افعال یا ترک فعل‌هایی به نقض حق بر غذا می‌انجامد باید میان عدم توانایی و عدم تمایل دولت عضو برای پیروی از میثاق تفکیک قائل شویم. در صورتی که دولتی مدعی شود محدودیت منابع موجب شده که او نتواند دسترسی به غذای کافی را برای اشخاصی که خود قادر به چنان دسترسی نیستند میسر سازد باید اثبات کند که تمامی اقدامات لازم برای استفاده از منابع موجودش را برای تحقق آن حداقل انجام داده است. حالت دوم، اعمال تبعیض در دسترسی به غذا و وسایل بهره‌مندی از آن بر اساس نژاد، رنگ، جنس، زبان، سن، مذهب، عقیده سیاسی، منشأ نژادی یا اجتماعی، ثروت، تولد یا دیگر وضعیت‌هاست. حالت سوم، نقض حق بر غذا از طریق اقدام مستقیم

31. Eide. Asbjorn, *op. cit.*, p. 4.

32. کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در بند (۱۵) تفسیر کلی خویش در مورد حق بر غذا در این مورد مقرر می‌کند: «تعهد به رعایت دسترسی موجود به غذای کافی مستلزم آن است که دولتهای عضو از هرگونه اقدامی که به جلوگیری از چنان دسترسی بینجامد احتراز کنند. تعهد به حمایت مستلزم اتخاذ تدابیری است که تضمین می‌کند اشخاص و شرکتها دیگر افراد را از دسترسی به غذای کافی محروم نمی‌کنند. تعهد به ایفا بدین معنی است که اولاً دولت عضو باید فعالانه در اقداماتی که هدف از آنها تقویت دسترسی اشخاص و بهره‌مندی از منابع و وسایل برای تضمین امرار معاش همچون امنیت غذایی باشد مشارکت کنند. ثانیاً هنگامی که شخص یا گروهی از اشخاص به دلایل خارج از کنترل ایشان، قادر به بهره‌مندی از حق خویش بر غذای کافی با وسایل موجود در اختیارشان نباشند، دولتها ملزمند که آن حق را مستقیماً تأمین کنند، تعهدی که نسبت به قربانیان بلایای طبیعی یا سایر حوادث اعمال می‌شود. پس تعهد به ایفای حقوق خود به دو تعهد به تسهیل (Duty to Facilitate) و تعهد به تأمین (Duty to Provide) تقسیم می‌شود».



دولتها یا دیگر نهادهای تحت کنترل دولت همچون تعلیق یا لغو رسمی قوانین لازم برای تحقق مستمر حق بر غذا، جلوگیری از دسترسی به کمکهای غذایی بشردوستانه در مخاصمات داخلی یا دیگر وضعیتهای اضطراری، تصویب قوانین یا اتخاذ سیاستهایی که آشکارا با تعهدات از پیش موجود قانونی یک دولت در ارتباط با حق بر غذا مغایر باشد، قصور در تنظیم فعالیتهای اشخاص یا گروههایی که مانع از نقض حق بر غذای دیگران می‌شوند و قصور یک دولت در عدم توجه به تعهدات بین‌المللی‌اش در ارتباط با حق بر غذا به‌هنگام انعقاد معاهدات با دیگر دولتها یا سازمانهای بین‌المللی.<sup>۳۳</sup>

## ۵- رابطه حق بر غذا و سایر حقوق بشری

اعلامیه وین کنفرانس جهانی حقوق بشر ۱۹۹۳ مقرر می‌دارد که تمامی حقوق بشر، جهانی، غیر قابل تفکیک، مرتبط و وابسته با یکدیگرند حال در این مبحث برآنیم که رابطه حق بر غذا با برخی از حقوق بشری را مورد بررسی قرار دهیم.

### ۵-۱- حق بر غذا و حق بر عدم تبعیض

اصل عدم تبعیض یکی از اصول بنیادین حقوق بشری محسوب می‌شود که به‌موجب آن هر شخص حق دارد از تمامی حقوق و آزادیهای مقرر در اسناد بین‌المللی حقوق بشر بهره‌مند شود و هیچ‌کس نباید در بهره‌مندی از آن حقوق و آزادیها با هرگونه تبعیض از هر نوع خواه جنس، نژاد، مذهب، رنگ، زبان ... مواجه شود. در زمینه مورد بحث، حق بر عدم تبعیض، نقش مهمی در تضمین حق بر غذا برای همگان دارد و همان‌گونه که کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در بند (۱۸) تفسیر کلی شماره ۱۲ خویش اظهار می‌کند «هرگونه تبعیض در دسترسی به غذا و همچنین دسترسی به وسایل و امکانات مورد نیاز برای تأمین آن براساس نژاد، جنس، زبان، رنگ، مذهب ... به‌منظور خدشه وارد کردن یا از میان بردن استیفای برابر حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، نقض میثاق تلقی می‌شود». عموماً گروههای آسیب‌پذیر اجتماع، کارگران مهاجر، معلولان، اقلیتها، پناهندگان و افراد بومی مهمترین اشخاصی هستند که در معرض تبعیض قرار می‌گیرند. این تبعیض ممکن است راجع به امکان دسترسی به وسایل تولید همچون زمین، وام، آموزش، کار باشد.<sup>۳۴</sup>

33. The Right to Food, General Comment No. 12, *op. cit.*, paras. 17-19.

34. Vidar. Margret, The Interrelationship between the right to food and other human rights, FAO Legal Office, 2001, at pp. 2-3.

## ۲-۵- حق بر غذا و حق بر سلامت<sup>۳۵</sup>

حق بر سلامت در ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی آمده و به معنای حق هر شخص بر بهره‌مندی از بالاترین استاندارد قابل حصول سلامت یعنی وضعیت یک زندگی اجتماعی، جسمی و روحی کامل است. حق بر غذا با این حق نیز رابطه نزدیکی دارد. از یک سو شخص برای سلامت خویش نیازمند غذای کافی است و غذای «کافی» همان گونه که پیشتر گفته شد به معنای غذایی است که دارای ارزش تغذیه‌ای کافی بوده و عاری از مواد مضر باشد. از سوی دیگر یک شخص رنجور و بیمار قادر نیست که کاملاً از غذا بهره‌مند شود. سلامت، پیش شرط تحقق حق بر غذاست همچنان که سوءتغذیه به توانایی شخص بر کار و در نتیجه دسترسی او به منابع غذایی کافی تأثیر می‌گذارد.<sup>۳۶</sup>

## ۳-۵- حق بر غذا و حق بر آموزش

حق بر آموزش به شکل‌گیری کامل شخصیت انسانی و احساس کرامت او معطوف است و به خودی خود یک هنجار اساسی حقوق بشری و ابزاری لاینفک برای تحقق سایر حقوق بشری از جمله حق بر غذا است. آموزش کودکان را قادر می‌سازد که دانش و مهارت، اعتماد به نفس و توانایی انجام کار را در خویش پرورش دهند و این گونه به مشاغل با درآمد بهتر و زندگی با رفاه بیشتر دست یابند. همچنین آموزش، با اشاعه اصول تغذیه مطلوب و دانش علمی و فنی در این زمینه غذای سالمتر و کیفیت تغذیه‌ای بهتری را در اختیار اشخاص قرار می‌دهد. آموزش همچنین مقوم حکومت قانون و دموکراسی است که خود از عوامل مهم در امنیت غذایی می‌باشد. از سوی دیگر، تغذیه مطلوب برای شکل‌گیری ظرفیتهای کامل انسانی ضروری است و لذا ارائه آموزش اجباری و رایگان برای کودکانی که از سوءتغذیه رنج می‌برند هیچ نتیجه‌ای را در پی ندارد.<sup>۳۷</sup>

## ۴-۵- حق بر غذا و حق بر کار

حق بر کار یکی از مهمترین حقوق در کل سیستم حقوق بشر است و تحقق آن برای رفاه و سلامت اساسی اشخاص اهمیت بسیاری دارد. حق بر کار در اسناد حقوق بشری متعددی خواه منطقه‌ای یا بین‌المللی شناخته شده است. میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی حق بر کار را حق هر شخص بر فرصت به دست آوردن معاش تعریف می‌کند که خود

35. Right to Health.

36. Vidar. Margret, *op. cit.*, at pp. 4-5.

37. *Ibid.*, p. 6.

مشمول بر چندین حق مرتبط است همچون حق بر انتخاب آزادانه کار، حق بر شرایط عادلانه و مطلوب کار، محیط ایمن و سالم کاری، محدودیت معقول و متعارف ساعات کار، عدم تبعیض در پرداخت تحقق حق بر کار در تحقق حق بر غذا برای همگان بسیار اهمیت دارد. حق بر غذا بر دسترسی اقتصادی به غذای کافی و وسایل تأمین آن دلالت دارد. از این رو حمایت در برابر بیکاری و پرداخت مکفی در ازای کار از وسایل اصلی تأمین غذا محسوب می‌شود. از سوی دیگر اشخاص گرسنه و دچار سوء تغذیه قادر به کار نبوده و نمی‌توانند در اقتصاد کشور مشارکت کنند.<sup>۳۸</sup>

#### ۵-۵- حق بر غذا و حق بر آزادی عقیده، بیان و اطلاعات

حق بر آزادی عقیده، بیان و اطلاعات از بنیادهای سیستم آزادیهای عمومی و ستون نظم دموکراتیک است. اعمال چنین حقوقی برای پیشرفت و رفاه جامعه در کل و بهره‌مندی از دیگر حقوق و آزادیهای انسانی ضروری است. به همین ترتیب این حقوق برای ارتقای حق بر غذا نیز نقش مهمی دارند. شواهد نشان می‌دهد که کشورهای دارای دولتهای مردمسالار و مطبوعات آزاد کمتر دچار قحطی و گرسنگی می‌شوند. یکی از دلایل این امر، گزارشهای مطبوعات راجع به این موضوع و فشاری است که برای اقدام بر مقامات دولتی وارد می‌شود. همچنین این حق یکی از عناصر اصلی استقرار یک حاکمیت شفاف و پاسخگو است که امکان بررسی و نقد سیاستهای دولتی و بر ملا شدن فساد و سوء مدیریتهایی که به عدم امنیت غذایی می‌انجامد را می‌پذیرد. نهایتاً آزادی اطلاعات این امکان را برای اشخاص فراهم می‌آورد تا از مسائلی که بر امنیت غذایی تأثیر می‌گذارند همچون اطلاعات بازار یا تخصیص منابع، آگاه شده و در تصمیم‌سازی در سیاستهای امنیت غذایی سهیم شوند.<sup>۳۹</sup>

#### ۵-۶- حق بر غذا و حق بر تشکیل اجتماعات و انجمنها

حق بر تشکیل گروههایی و تأسیس انجمنها و مؤسسات از حقوقی است که در بسیاری از اسناد حقوق بشری به رسمیت شناخته شده است و اگرچه راجع به محتوای آن میان اسناد اختلاف وجود دارد اما جوهره آنها بر این دلالت دارد که هرکس حق دارد از طریق تشکیل گروههایی و تأسیس انجمنها در عرصه عمومی مشارکت کند. در این راه با هیچ محدودیتی جز موارد مندرج در ماده ۲۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر مواجه نیست. یکی از مصادیق اعمال این حقوق، حق تشکیل و پیوستن به اتحادیه‌های تجاری و تشکیل گروههایی برای ارتقا و حفاظت از منافع اجتماعی و اقتصادی است. به عنوان مثال در زمینه مورد بحث، بدون چنین حقی، هیچ‌گونه

38. Vidar. Margret, *op. cit.*, pp. 6-7.

39. *Ibid.*, pp. 12-13.

اتحادیه‌ای از کشاورزان، کارگران، مصرف‌کنندگان و دیگر اتحادیه‌ها وجود ندارد و میزان درآمد و در نتیجه دسترسی این گروه‌ها به غذای کافی به آسانی در معرض تهدید است. از سوی دیگر با وجود چنین حقی، اتحادیه‌های کارگری، کشاورزی و ... می‌توانند با تشکیل اجتماعات آرام و مسالمت‌آمیز ناراضی‌های خود را از سیاست‌های دولتی اعلام کرده یا آگاهی عمومی را نسبت به وضعیت گروه‌های آسیب‌پذیر ارتقا دهند.<sup>۴۰</sup>

## ۶- تحقق حق بر غذای کافی

پس از آشنایی اجمالی با ماهیت حق بر غذا و تعهد ناشی از آن، زمان آن فرا رسیده است که به چگونگی تحقق حق بر غذای کافی بپردازیم. تحقق این حق همچنان‌که پیشتر گفته شد تابع مکانیزم‌های اجرایی حقوق مندرج در میثاق است؛ بدین معنی که به‌موجب ماده ۲ میثاق هر دولت متعهد است بهره‌مندی از این حقوق را با استفاده از حداکثر منابع موجودش و با تمامی تدابیر مناسب تدریجاً تأمین کند. ماده ۱۱ میثاق که به حق بر غذا اشاره می‌کند باید با توجه به ماده ۲ تفسیر شود اما تدریجی بودن نهایی تأمین کامل این حقوق بدین معنی نیست که دولت‌ها هیچ تعهد فوری به تأمین حداقل برخورداری اشخاص تحت صلاحیت خویش از این حقوق ندارند. از سوی دیگر به‌دلیل آنکه عرصه اصلی اجرای حقوق بشر، عرصه حقوق داخلی است و اجرای بین‌المللی حقوق بشر، حالت تکمیلی دارد بررسی جایگاه حق بر غذا در سیستم‌های حقوقی داخلی گوناگون ضروری به‌نظر می‌رسد. در سطح بین‌المللی نیز تلاش‌های کمیسیون حقوق بشر، کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، سازمان جهانی خواربار و کشاورزی (فائو) و اجلاس جهانی غذا در تحقق این حق شایسته بررسی‌اند.

### ۱-۶- تحقق حق بر غذا در سطح ملی

تحقق حق بر غذا در سطح ملی مستلزم اتخاذ یک استراتژی ملی برای تضمین امنیت غذایی برای همگان بر مبنای اصول حقوق بشری است. استراتژیی که به اعتقاد کمیته باید به تمام مسائل در رابطه با تمامی ابعاد هر سیستم غذایی از جمله تولید، فراوری، توزیع، بازاریابی و مصرف غذای سالم و اقدامات موازی در زمینه‌های امنیت بهداشتی، آموزشی، اجتماعی، تضمین پایدارترین مدیریت و استفاده از منابع طبیعی و دیگر منابع غذایی در سطح ملی، محلی و خانوار توجه کند. در اجرای چنین استراتژیی دولت‌ها باید تصویب یک قانون چارچوب (کادر)\* را مدنظر قرار دهند. قانونی که بایستی شامل مقرراتی در مورد اهداف و مقاصد مورد نظر، مدت زمان لازم

40. Vidar. Margret. *op.cit.*, p. 13.

\*. Framework Law.

برای تحقق آن اهداف و مقاصد، وسایل و شیوه‌های تحقق آن اهداف و به‌ویژه همکاری با جامعه مدنی و بخش خصوصی، مکانیزم‌های ملی نظارتی و آیین‌های رجوع به مقامات قضائی باشد.<sup>۴۱</sup>

یکی از تدابیر مناسب برای تحقق حقوق مندرج در میثاق، قانونگذاری است. در زمینه مورد بحث نیز یکی از اقدامات دولتها، شناسایی حق بر غذا در قوانین اساسی یا عادی است. بیست کشور در قوانین اساسی خویش به حق بر غذا<sup>۴۲</sup> یا یک قاعده مرتبط<sup>۴۳</sup> اشاره کرده‌اند البته هیچ کشوری وجود ندارد که قانون خاصی را در این ارتباط وضع کرده باشد.<sup>۴۴</sup> تعداد محدودی از کشورها همچون افریقای جنوبی، اوگاندا و اکوادور در حال بررسی تصویب قوانین خاصی در مورد امنیت غذایی‌اند. همچنین برای تحقق این حق، چندین پیکار «حق بر غذا» در کشورهای مختلف از جمله برزیل، هندوستان، افریقای جنوبی و نیوزیلند انجام شده است.<sup>۴۵</sup>

مستقل از مسئله اتخاذ قوانین در سیستم حقوقی داخلی برای تحقق حق بر غذا، یکی از طرق تحقق هر حق از جمله حق بر غذا، اقامه دعوی در خصوص آن حقوق در مراجع صالح است. حال آیا چنین حقی قابلیت اقامه‌پذیری دارد یا خیر.

## ۲-۶- اقامه‌پذیری<sup>۴۶</sup> حق بر غذا

مخالفان اقامه‌پذیری حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی از جمله حق بر غذا معتقدند که برخلاف محتوای حقوق مدنی، سیاسی، حقوق اجتماعی، اقتصادی ماهیتی بسیار ذهنی دارند و این تفاوت آثار قابل توجهی را برای سیستم قضائی رسیدگی‌کننده در پی دارد. محاکم در صورت پذیرش دعوایی در مورد حقوق اجتماعی و رسیدگی به صحت آن باید به دولت دستور اکید دهند که یک‌سری اقدامات مثبت و ایجابی را انجام دهد. چنین تدابیر جبرانی قضائی اغلب مستلزم مداخله بلندمدت و قابل توجه دولت و صرف هزینه است. به دلیل ماهیت محتمل و اتفاقی این حقوق و فقدان استانداردهای عینی در این حوزه، بسیاری نگرانند که قضات به‌هنگام رسیدگی به ادعاهای مربوط به این حقوق، ارزشهای خویش را جایگزین ارزشهای قانونگذاران منتخب

41. The Right to Food, General Comment No. 12, para 21, 26, 29.

۴۲. در قوانین اساسی این کشورها، حق بر غذا به رسمیت شناخته شده است:  
هائیتی (ماده ۲۲) کوبا (ماده ۸) گواتمالا (مواد ۵۱ و ۹۹) نیگاراگوا (ماده ۶۳) کلمبیا (ماده ۴۴) اکوادور (ماده ۱۹) برزیل (ماده ۲۲۷) پاراگوئه (ماده ۵۳) اوکراین (ماده ۴۸) ایران (ماده ۳) پاکستان (ماده ۳۸) هندوستان (ماده ۴۷) بنگلادش (ماده ۱۵) سری‌لانکا (ماده ۲۷) اتیوپی (ماده ۹۰) مالاوی (ماده ۱۳) اوگاندا (ماده ۸۴) افریقای جنوبی (ماده ۲۷) کنگو (ماده ۳۴) نیجریه (ماده ۱۶).

۴۳. قاعده مرتبط یا Related Norm قاعده‌ای است که بر حق بر غذا تأثیر گذاشته یا با آن مرتبط است مثل حق حیات.  
44. Implementation of the right to food in national legislation, in The Right to Food in Theory and Practice, FAO Legal Office, Rome, 1998, pp. 40-43.

45. Narula. Smita, *op.cit.*, p. 695.

46. Justicability.

پاسخگو کنند. در این صورت، محاکم به گونه‌ای مؤثر در سیاستگذاری اجتماعی شرکت کرده و دولتها را ملزم می‌کنند تا منابع عمومی را در حوزه‌هایی که مغفول مانده‌اند به کار گیرند. احراز اینکه این منابع در چه حوزه‌هایی و با چه کیفیت و کمیتی صرف شوند مستلزم علم کامل به شرایط اقتصادی و اجتماعی جامعه و آگاهی از تصورات عموم از نیازها و ابزارهای جامعه دارد و این وظیفه‌ای است که تنها دولتها قادر به انجام آنند و خارج از صلاحیت قضات است.<sup>۴۷</sup> اما بررسی نظرات کمیته از خلال محتوای تفاسیر کلی آن حاکی از این است که آن مرجع قائل به اقامه‌پذیری این حقوق است. به اعتقاد کمیته، میثاق تعهدات الزام‌آور و قابل اجرایی را بر دولتهای عضو تحمیل می‌کنند و علی‌رغم لحن صریح بند (۱) ماده ۲ در خصوص تأمین تدریجی حقوق مندرج در میثاق و کارهای مقدماتی، بسیاری از عناصر حقوق مندرج در میثاق قابل اجرا و تحقق فوری هستند.<sup>۴۸</sup> و <sup>۴۹</sup> خوشبختانه در سطح منطقه‌ای رویه قضائی در حمایت از حق بر غذای کافی در حال شکل‌گیری است که از جمله می‌توان به قضیه Ogoni در دعوای مرکز اقدام برای حقوق اقتصادی اجتماعی علیه نجریه در کمیسیون افریقایی حقوق بشر و اقوام اشاره کرد.<sup>۵۰</sup>

### ۳-۶- تحقق حق بر غذا در سطح بین‌المللی

قوام یافتن و ارتقاء حق بر غذا به جایگاه شاخص و تلاش برای تحقق آن در سطح بین‌المللی در میان مجموعه حقوق بشری، جدا از شناسایی آن در اسناد بین‌المللی گوناگون همچون میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و تأکید بر اهمیت اساسی همکاری بین‌المللی در تحقق این حق، معلول تلاشهای نهادهایی همچون کمیسیون حقوق بشر، کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و اجلاس جهانی غذا بوده است.

47. Alston. Philip and Steiner. Henry. J, International Human Rights in Context, Law, Politics and Morals, Text and Materials, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 302.

48. Dennis. Michael and Stewart. David. P, Justicability of Economic, Social and Cultural Rights: should there be an International complaints mechanism to Adjudicate the Rights to food, water, housing and health, American Journal of International Law, Vol. 98, 2004, p. 491.

۴۹. کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در بند (۳۲) تفسیر کلی خویش راجع به حق بر غذا پس از شناسایی حق دسترسی هر شخص یا گروه قربانی نقض حق بر غذای کافی در هر دو سطح ملی و بین‌المللی به طرق جبرانی قضائی مؤثر و دیگر شیوه‌ها، در بند (۳۳) به این مطلب اشاره می‌کند که پس از ورود اسناد بین‌المللی در نظم حقوقی داخلی، دادگاهها قادرند به نقض‌های حق بر غذا با اشاره مستقیم به تعهدات ناشی از میثاق رسیدگی کنند. کارشناس مستقل منصوب کمیسیون در امر تدوین پروتکل اختیاری ملحق بر میثاق نیز در دومین گزارش خویش، حقوق مندرج در میثاق را اقامه‌پذیر خواند و تعهد حداقلی دولتها به تضمین برخورداری از محتوای اساسی هریک از حقوق مندرج در میثاق را متذکر شد.

50. The Social and Economic Rights Action Center and the center for Economic and Social Rights v. Nigeria, African Commission on Human and Peoples Rights, Comm No 155/096 (2001), www.Umn.edu/humonrts/africa/comcoses/155-96.html.

### ۱-۳-۶- همکاری و مساعدت بین‌المللی

در بند (۱) ماده ۱۱ به این مسئله اشاره شده که در تحقق حق بر «استاندارد مناسب زندگی» و یکی از عناصر آن یعنی حق بر غذا، همکاری بین‌المللی مبتنی بر رضایت آزادانه، اهمیت اساسی دارد. منظور از درج عبارت «مبتنی بر رضایت داوطلبانه» آن بوده که از ایجاد این تلقی که دولتهای دارای مازاد غذایی، مسئولیت اتوماتیک و خودبه‌خودی برای تأمین کمبودهای غذایی کشورهای فاقد منابع کافی در این زمینه دارند، احتراز شود. ماده مزبور به دو مفهوم «همکاری» و «مساعدت بین‌المللی» اشاره می‌کند. این در حالیست که هیچ تمایزی میان این دو مفهوم در میثاق، کارهای مقدماتی و رویه بعدی به‌عمل نیامده است. از ظاهر ماده این‌گونه برمی‌آید که همکاری، مفهومی موسع‌تر است و نه تنها متضمن یک تکلیف ایجابی به کمک و مساعدت است بلکه حاوی تکلیفی سلبی به عدم ایجاد مانع در تحقق این حقوق نیز می‌باشد.<sup>۵۱</sup> سؤالی که در این زمینه مطرح شده آن است که منظور از این همکاری و مساعدت چه نوع همکاری است، آیا منظور ارائه کمکهای غذایی است. تردیدی نیست که برنامه‌های کمک بلند مدت و وسیع موجب افزایش وابستگی به کمکها، نابودی تولید داخلی و تقویت نابرابریهای موجود درون دولتهای دریافت‌کننده آنها می‌شود. از همین رو تأکید کمیته بر آن بوده که همکاری بین‌المللی باید بر مساعدت و کمک به تولید، نگهداری و توزیع غذا در سطح داخلی متمرکز شود.<sup>۵۲ و ۵۳</sup> البته این گفته نافی مسئولیت دولتها برای همکاری فوری در تأمین کمکهای اضطراری غذایی همچون کمک به پناهندگان و آوارگان یا مبارزه با قحطی شدید نیست.

### ۲-۳-۶- کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

هر دو میثاق بین‌المللی حقوق مدنی - سیاسی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در اوایل سال ۱۹۷۶ لازم‌الاجرا شدند. اما نخست این کمیته حقوق بشر بود که برای نظارت بر اجرای میثاق بین‌المللی حقوق مدنی - سیاسی تأسیس شد. فعالیتها برای تأسیس رکن ناظر بر اجرای میثاق دوم در سال ۱۹۸۷، به حقیقت پیوست و این‌گونه بود که کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به‌موجب قطعنامه ۱۹۸۵/۱۷ شورای اقتصادی و

51. Craven. Mathew. C.R, *op.cit*, p. 327.

۵۲. کمیته در بند (۳۹) تفسیر کلی شماره ۱۲ خویش در خصوص کمکهای غذایی مقرر می‌کند: «کمکهای غذایی حتی‌الامکان باید به‌گونه‌ای ارائه شوند که بازارهای محلی و تولیدکنندگان داخلی را شدیداً تحت تأثیر قرار ندهند و باید به‌گونه‌ای سازماندهی شود که بازگشت آنها به خودکفایی را میسر سازد و بر نیازهای گروههای هدف مبتنی باشد. محصولات موجود در برنامه‌های کمکهای غذایی باید مطمئن و سالم بوده و از نظر فرهنگی برای جمعیت دریافت‌کننده قابل پذیرش باشند».

53. Craven. Mathew. C.R, *op. cit*, pp. 328-329.

اجتماعی تأسیس شد. این در حالی بود که در فاصله زمانی میان لازم‌الاجرا شدن میثاق تا زمان تأسیس کمیته، یک گروه کاری منصوب شورای اقتصادی اجتماعی نظارت بر اجرای میثاق و تبعیت دولتها از تعهداتشان را برعهده داشت. کمیته مرکب از ۱۸ کارشناس مستقل است که توسط شورای اقتصادی و اجتماعی برای یک دوره چهارساله انتخاب می‌شوند و فعالیتهای اصلی آن، روشن کردن محتوای هنجارهای مندرج در میثاق از طریق اتخاذ یک سری «تفاسیر کلی»<sup>۵۴</sup> بررسی گزارشهای دوره‌ای دولتها در اجرای تعهداتشان در زمینه حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و اتخاذ «نقطه نظرات نهایی»<sup>۵۵</sup> است. اما یکی از مهمترین فعالیتهای کمیته، اتخاذ یک سری تفاسیر کلی در مورد حقوق مندرج میثاق است. در این تفاسیر، کمیته سعی می‌کند ضمن تشریح و تبیین مفهوم و ماهیت یک حق، دامنه و حد آن، تعهدات صاحبان حق و تکلیف، شیوه‌های تحقق و نقض آن حق و طرق جبرانی پیش روی قربانیان نقض آن را آشکار سازد.<sup>۵۶</sup> نخستین بار کمیته حقوق بشر، رکن ناظر بر اجرای میثاق بین‌المللی حقوق مدنی-سیاسی، بود که به صدور چنین تفسیرهایی اقدام کرد. در طی دهه ۱۹۷۰ و ۱۹۸۰ به‌هنگامی که اختلافات ایدئولوژیک بسیاری از مجاری ارتباطی را مسدود کرده بود، کمیته توانست با اتخاذ تفاسیر کلی خویش، خود را به رکن قوی در درک رویه‌ای مقررات میثاق بدل کند.<sup>۵۷</sup> انتظار می‌رفت که کمیته حقوق اقتصادی اجتماعی نیز از این شیوه برای پیشبرد کارش استفاده کند. بدین منظور کمیته از شورا درخواست مجوز کرد و شورا نیز با این امر موافقت کرد. از آن پس تاکنون کمیته چندین تفسیر کلی صادر کرده که بیشتر به آنها اشاره شد.

### ۳-۳-۶- کمیسیون حقوق بشر

یکی از نهادهایی که در پیشبرد اهداف حقوق بشری ملل متحد نقش بسیار بارزی داشته، کمیسیون حقوق بشر بوده است.<sup>۵۸</sup> مهمترین نقش کمیسیون، تدوین میثاقهای بین‌المللی حقوق مدنی-سیاسی و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بود. ابتدائاً در سالهای ۱۹۴۹-۵۱ کمیسیون روی تهیه یک پیش‌نویس واحد که به هر دو دسته حقوق پردازد کار می‌کرد اما از ۱۹۵۱ تحت

54. General Comment.

55. Concluding observations.

۵۶. به‌عنوان مثال کمیته در تفسیر کلی شماره ۱۲ خویش راجع به حق بر غذا، به تشریح و تبیین حق بر غذا و عناصر آن، تعهدات ناشی از این حق و نقض آنها و تکالیف اشخاص و دولتها در تحقق آن حق و طرق جبرانی نقض آن و نقش سازمانهای بین‌المللی در تحقق این حق می‌پردازد.

57. Alston, Philip, The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, in the United Nations and Human Rights: a Critical appraisal, ed. By Philip Alston, Clarendon Press, Oxford, ..., p. 494.

۵۸. کمیسیون حقوق بشر به‌موجب قطعنامه شماره A/Res/60/251 مورخه ۳ آوریل ۲۰۰۶ اکنون جای خویش را به شورای حقوق بشر داده است.



فشار کشورهای غربی که اکثریت کمیسیون را تشکیل می‌دادند، تصمیم گرفت این دو دسته حقوق را در دو سند مجزا تدوین کند. هرچند اختلاف میان کشورها در خصوص اینکه این حقوق در یک سند واحد یا دو سند مجزی تنظیم شوند، همچنان تداوم داشت. هواداران انعقاد سند واحد معتقد بودند که حقوق بشری قابل تقسیم دقیق به دو دسته مجزا نیستند. به علاوه آنها به گونه‌ای قابل طبقه‌بندی نیستند که بتوان از آن یک سلسله مراتب ارزشی را استنباط کرد. تمامی این حقوق باید در کنار هم مورد تشویق و حمایت قرار گیرند. این دو دسته حقوق بر یکدیگر تأثیر می‌گذارند به طوری که بدون حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، حقوق مدنی-سیاسی ممکن است ماهیت اسمی داشته باشد و بدون حقوق مدنی-سیاسی هم، حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی قابل تضمین نیست. هواداران انعقاد دو سند جداگانه و مجزا معتقد بودند که حقوق مدنی-سیاسی قابل اقامه هستند و ماهیتی مطلق دارند. درحالی که حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی فاقد این ویژگی‌اند یعنی حقوق دسته نخست حقوق اشخاص علیه اقدام غیرقانونی و غیرموجه دولت هستند درحالی که حقوق دسته دوم، حقوقی هستند که دولت در ارتباط با آنها باید اقدام ایجابی به عمل آورد. واضح است که موجب اصلی اختلاف میان این دو گروه، مسئله اجرای حقوق بود و اگر قرار بود هیچ تدبیر اجرایی پیش‌بینی نشود هیچ اختلافی هم پیش نمی‌آمد.<sup>۵۹</sup> در نهایت محصول نزاع میان آن دو گروه به برتری خواست گروه دوم و تدوین دو میثاق جداگانه منجر شد. میثاق‌هایی که مکانیزم‌های اجرایی متفاوتی با یکدیگر دارند. یکی از این تفاوتها، وجود مکانیزم شکایت فردی است که به موجب پروتکل اختیاری ملحق به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی - سیاسی امکان طرح دعوی و شکایت را برای قربانیان نقض این حقوق پدید می‌آورد تا علیه دولتهای خویش طرح دعوی کنند. این مسئله نارضایتی گروهها و اشخاص معتقد به اهمیت و اولویت حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی یا حداقل تساوی جایگاه آنها با حقوق مدنی - سیاسی را نسبت به این موضوع که چرا میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی فاقد مکانیزم‌های اجرایی و نظارتی میثاق حقوق مدنی-سیاسی است برانگیخت؛ زیرا اگر تمامی حقوق بشر، جهانی،<sup>۶۰</sup> غیرقابل تفکیک،<sup>۶۱</sup> مرتبط<sup>۶۲</sup> و وابسته<sup>۶۳</sup> به یکدیگرند پس باید مکانیزم‌های اجرایی یکسانی نیز داشته باشند.<sup>۶۴</sup> این مسائل موجب شد که بحث الحاق یک پروتکل اختیاری

59. Alston, Philip and Steiner, Henry, J, *op. cit.*, p. 261.

60. Universal.

61. Indivisible.

62. Interrelated.

63. Interdependent.

۶۴. البته بررسی دقیق کارهای مقدماتی و مذاکرات تدوین و انعقاد میثاقین نشان می‌دهد که وضع مقررات متفاوت در خصوص شیوه اجرای هریک از آنها عمدی بوده و این امر همان‌طور که هواداران انعقاد پروتکل اختیاری بر میثاق حقوق اقتصادی اجتماعی می‌گویند نه صرفاً و عمدتاً محصول نزاعها و اختلافات ایدئولوژیکی بلکه ناشی از آن بوده که هیچ اتفاق نظری در مورد

به میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی که متضمن آیین شکایات فردی باشد مطرح شود، کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مطالعه راجع به انعقاد چنین پروتکلی را در سال ۱۹۹۰ آغاز کرد و پیش‌نویسی را در این مورد در سال ۱۹۹۶ به کمیسیون تسلیم کرد. پیش‌نویس سال ۱۹۹۶ کمیته در خصوص پروتکل اختیاری ملحق بر میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، یک مکانیزم رسمی رسیدگی به شکایات فردی در مورد نقض تعهدات ناشی از میثاق توسط دولت‌ها را ایجاد می‌کند. طبق این پیش‌نویس، کمیته، خود به شکایات رسیدگی می‌کند. هر شخص یا گروهی از اشخاص که مدعی است قربانی یک نقض میثاق شده است از «حق بر شکایت» برخوردار است. دولت عضو پروتکل ملزم است صلاحیت کمیته را در رسیدگی به این شکایات بپذیرد و نمی‌تواند مانع اعمال مؤثر حق بر شکایت گردد و لذا ملزم است از هرگونه تعقیب و مجازات اشخاصی که این حق را اعمال می‌کنند جلوگیری کند (ماده ۲ پیش‌نویس).

همچون پروتکل الحاقی بر میثاق بین‌المللی حقوق مدنی-سیاسی، کمیته در چارچوب پروتکل اختیاری پیشنهادی بر میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی معیارهایی برای پذیرش شکایات دارد از جمله عدم پذیرش شکایات بی‌نام و آن دسته شکایاتی که بدون اجرای قاعده در محاکم داخلی مطرح شده‌اند یا شکایتی که با مسائل حکمی - موضوعی بسیار مشابهی تحت بررسی یک مرجع بین‌المللی دیگر است (بندهای ۳-۱ ماده ۳ پیش‌نویس) به‌علاوه در صورتی که پس از اعطای یک فرصت معقول، شاکی اطلاعات لازم برای اثبات ادعاهای مندرج در شکایت خویش را ارائه نکند، شکایتش غیرقابل پذیرش اعلام می‌شود. (بند ۱ ماده ۴ پیش‌نویس) همچنین کمیته می‌تواند برای جلوگیری از ورود خسارت غیرقابل جبران، پیش از ورود به ماهیت شکایات، دستورات موقت صادر کند (ماده ۵ پیش‌نویس) دولتهای عضو پروتکل ۶ ماه فرصت دارند که به این شکایات پاسخ دهند (بند ۲ ماده ۶) در بررسی شکایات، کمیته به اطلاعاتی که شاکی یا دولت شاکی ارائه می‌دهند، اکتفا نکرده و به اطلاعات تکمیلی سایر منابع نیز توجه خواهد کرد (بند ۱ ماده ۷) در صورت احراز نقض، کمیته به دولت عضو اقدامات خاصی را برای جبران نقض و پیشگیری از وقوع مجدد آن توصیه می‌کند<sup>۶۵</sup> (بند ۱ ماده ۸ پیش‌نویس).

در سال ۲۰۰۱ کمیسیون یک کارشناس مستقل را برای مطالعه موضوع انعقاد یک پروتکل اختیاری منصوب کرد. وی پس از مطالعه پیش‌نویس سال ۱۹۹۶ کمیته و نتایج اجلاس کاری سال

---

اینکه حقوق مدنی-سیاسی و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بخشهای لاینفک یک کل واحد را تشکیل می‌دهند و لذا باید مکانیزمها اجرایی یکسان یا مشابهی نیز داشته باشند وجود نداشته است. در این خصوص رک.

Dennis and Stewart, *op. cit.*, p. 476.

65. Dennis and Stewart, *op. cit.*, p. 467-69.

۲۰۰۱ کمیسیون در خصوص انعقاد پروتکل اختیاری، گزارش اولیه خویش را در فوریه ۲۰۰۲ تسلیم کمیسیون کرد. او در این گزارش بر چند موضوع اصلی تمرکز کرد. نظیر اینکه کدامیک از حقوق مندرج در میثاق باید موضوع شکایات مطروحه در چارچوب پروتکل قلمداد گردند، مرجع رسیدگی به شکایات، معیارهای قابلیت پذیرش شکایات و طرق جبرانی برای شکایات موجود. در این گزارش او از دامنه شمول و رویکرد جامع پیش‌نویس ابراز نگرانی کرد و درخواست کرد که توسل به مکانیزم شکایات فردی به وضعیتهای نقض فاحش و جدی حقوق مندرج در میثاق محدود گردد. همچنین وی خواستار آن شد که وظیفه رسیدگی به شکایات به رکن جدیدی محول شود؛ زیرا محول کردن رسیدگی به شکایات به کمیته موجب اختلال در وظیفه اصلی او در بررسی گزارشهای دوره‌ای اجرای میثاق توسط دولتها می‌گردد. کارشناس مستقل پس از مشورتهای وسیع با دولتها، سازمانها و کارشناسان، دومین گزارش خویش را ارائه داد و در آن پیشنهاد کرد که یک گروه کاری نامحدود برای تدوین پروتکل تشکیل شود. نهایتاً کمیسیون حقوق بشر در آوریل ۲۰۰۲ یک گروه کاری را منصوب کرد تا مسئله الحاق یک پروتکل متضمن آیین شکایات فردی بر میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی - اجتماعی را مورد بررسی قرار دهند. پس از عدم موفقیت دور اول کار این گروه، کمیسیون فعالیت گروه کاری مزبور را برای دو سال دیگر تمدید کرد.<sup>۶۶</sup>

غرض از بیان اقدامات کمیسیون و کمیته در خصوص پروتکل اختیاری احتمالی بر میثاق آن بود که نشان دهد اقداماتی نیز در سطح جهانی در مسیر اقامه‌پذیری این حقوق از جمله حق بر غذا در حال انجام است که در صورت موفقیت می‌تواند نهایتاً در تحقق حق بر غذا تأثیر گذارد. اما کمیسیون در ارتباط با حق بر غذا اقدامات ویژه‌ای را انجام داده است که از آن میان می‌توان به تعیین یک گزارشگر مخصوص برای حق بر غذا در سال ۲۰۰۰ اشاره کرد تا «کاملاً به ضرورت رویکردی یکپارچه و منسجم در تشویق و ارتقای حق بر غذا» پاسخ گفته شود.<sup>۶۷</sup> کمیسیون در سال ۲۰۰۰ آقای زیگلر را به این سمت منصوب کرد. گزارشگر مخصوص هم به کمیسیون و هم به مجمع عمومی گزارش می‌دهد. او در تحقیق و بررسی مسائل و وضعیتهای و ارائه توصیه، اختیارات وسیعی دارد. او تاکنون چندین گزارش تهیه و در آن به مسائلی از جمله اقامه‌پذیری این حق، جنسیت، تجارت بین‌الملل، حقوق بین‌الملل بشر دوستانه و مأموریت‌های انجام شده در نیجر، برزیل، بنگلادش و سرزمینهای اشغالی فلسطین پرداخته است.

66. Dennis and Stewart, *Ibid*, pp. 469-71.

67. Narula. Smita. *op. cit*, p. 696.

#### ۴-۳-۶- سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد

یکی از آرانسهای تخصصی ملل متحد که در زمینه حق بر غذا فعالیتهای بسیار گسترده‌ای انجام داده و به تعبیری متولی اصلی اجرای این حق در سطح بین‌المللی قلمداد می‌شود، سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد (فائو) است. هدف فائو به‌موجب اساسنامه این سازمان «ارتقا سطح تغذیه و استاندارد زندگی ... و از این رو ... تضمین رهایی بشریت از گرسنگی است. یکی از اقدامات فائو، تشکیل اجلاس جهانی غذا<sup>۶۸</sup> در سال ۱۹۸۶ است. اجلاس مزبور یک برنامه عمل اتخاذ نموده که در آن تعهداتی را برای دولتها مقرر کرده است:

تضمین محیط اقتصادی، اجتماعی و سیاسی توانمندی که هدف از آن ایجاد بهترین شرایط برای محو فقر و صلح پایدار مبتنی بر مشارکت برابر زنان و مردان که تسهیل کننده نیل به امنیت غذایی پایدار است.

به‌کارگیری سیاست و برنامه‌ها معطوف به محو فقر و نابرابری و بهبود دسترسی اقتصادی و فیزیکی همگان در هر زمان به غذای سالم و کافی و دارای ارزش تغذیه‌ای مناسب.

تعقیب سیاستها و رویه‌های مشارکتی پایدار در زمینه‌های غذایی، کشاورزی، شیلات، جنگلداری و توسعه روستایی، سیاستهایی که با توجه به‌ویژگی چند کارکردی کشاورزی برای تحقق منابع غذایی مطمئن و کافی در سطح خانوار، ملی، منطقه‌ای و جهانی و مقابله با قحطی و بیابان‌زایی و آفات ضروری‌اند.

تلاش در جهت جلوگیری از بلایای طبیعی و وضعیتهای اضطراری محصول کار بشر و آمادگی برای برخورد با آنها.

تشویق تخصیص بهینه و استفاده از سرمایه‌گذاری عمومی و خصوصی برای تشویق منابع انسانی، غذای پایدار، کشاورزی، سیستم‌های شیلات، جنگلداری و توسعه روستایی.

اجرا، نظارت و پیگیری این برنامه عملی در تمامی سطوح در همکاری با جامعه بین‌المللی.<sup>۶۹</sup> از دیگر اقداماتی که در چارچوب فائو انجام شده است اتخاذ «راهبردهای داوطلبانه برای حمایت از تحقق تدریجی حق بر غذای کافی» در سال ۲۰۰۴ است. هدف از این راهبردها، ارائه رهنمودهای عملی به دولتها در تحقق تدریجی حق بر غذای کافی در چارچوب امنیت غذایی ملی است. این راهبردها مشتمل بر طیف وسیعی از اقدامات در سطح ملی است که از طریق آنها تلاش می‌شود محیط مساعدی پدید آید تا افراد بتوانند در عین حفظ کرامت و شأن انسانی، غذای کافی به

68. World Food Summit.

69. Implementation of the World Food Summit Plan of Action, FAO Agriculture and Economic Development Analysis Division, Economic and Social Development, in The Right to Food in Theory....., op.cit, pp. 23-28.

دست آورند و آنهایی نیز که قادر به این کار نیستند بتوانند از این حق بهره‌مند شوند. تهیه این راهبردها محصول فعالیت یک گروه کاری بین‌الدولی است که در سال ۲۰۰۲ توسط شورای فائو ایجاد شد.

### نتیجه‌گیری

شاید زمانی که روزولت رئیس‌جمهور وقت آمریکا در بحبوحه جنگ جهانی دوم به آزادی انسانها از ترس و آزادی از نیاز اشاره می‌کرد، نمی‌دانست که چه مطلب مهمی را متذکر شده است. رهایی از نیاز که بعدها یکی از تجلیات آن در قالب حق بر غذا در اعلامیه جهانی حقوق بشر و سایر اسناد بین‌المللی حقوق بشر متبلور شد یکی از آن چهار آزادی بود. حقی که تحقق آن پیش‌شرط و پیش‌زمینه تحقق سایر حقوقی است که در منظومه حقوق بین‌الملل بشر برای نیل به ایده‌آل انسان آزاد ضروری است. مادامی که انسانها از حداقل غذای کافی محروم باشند؛ دیگر حقوق از جمله حق بر آزادی اجتماعات، حق مشارکت سیاسی، حق بر شکنجه نشدن و ... برای آنها مفهومی ندارد. مادرانی که در دوران حاملگی به غذای مکفی و مغذی دسترسی ندارند فرزندان بیمار و معیوبی را به دنیا می‌آورند که خود باری بر دوش هر جامعه‌اند. کودکانی که غذای کافی دریافت نمی‌کنند رشد جسمی و روحی مطلوبی نمی‌یابند و عطش یک وعده غذای کافی و مطلوب، آنها را در معرض هر نوع سوءاستفاده‌ای قرار می‌دهد. این‌گونه است که سرنوشت فردای یک جامعه از نسلی که بر این روال پرورش یابد از اکنون روشن است. از این‌روست که حق بر غذا هم حق مسلم انسان است؛ زیرا که درپچه تحقق سایر حقوق او محسوب می‌شود.

## نظارت قضائی بر تشخیص دادستان دیوان بین‌المللی کیفری

دکتر حسین آقایی جنت مکان\*

### چکیده

دادستان دیوان بین‌المللی کیفری، در عملکرد خود مستقل است. وی وظیفه جمع‌آوری اطلاعات مربوط به جرایمی را که در صلاحیت دیوان است به عهده دارد. او همچنین، عهده‌دار بررسی اطلاعات مزبور، هدایت تحقیقات مقدماتی، انجام امر تعقیب، تهیه و تنظیم کیفرخواست و دفاع از آن در مقابل دیوان است. علاوه بر موارد فوق، دادستان حق جمع‌آوری ادله، اخذ اظهارات شهود و همچنین حق احضار و جلب متهمان را دارد. در عین حال، دادستان در انجام اقدامات فوق، باید نظر شعبه مقدماتی دیوان را جلب نماید. به این معنا، که دادستان در موارد فوق تحت کنترل و نظارت قضائی شعبه مقدماتی قرار دارد؛ یعنی تصمیمات دادستان باید به تأیید شعبه مقدماتی برسد تا جنبه اجرائی پیدا کند. به عبارت دیگر، مطابق با اساسنامه دیوان، تشخیص دادستان قاطع نیست، بلکه مشمول نظارت است.

**واژگان کلیدی:** نظارت قضائی، تشخیص، دادستان، دیوان بین‌المللی کیفری، تعقیب.

---

\*. عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه چمران اهواز، housein\_aghaei@yahoo.com

## مقدمه

دادن اختیار شروع به تحقیقات به دادستان شبیه آنچه در نظام‌های حقوق داخلی وجود دارد<sup>۱</sup> از مسائل مورد اختلاف در هنگام مذاکرات رم راجع به اساسنامه دیوان بود.<sup>۲</sup> در پیش‌نویس اولیه کمیسیون حقوق بین‌الملل هیچ اختیاری برای دادستان راجع به انجام تحقیق رأساً<sup>۳</sup> پیش‌بینی نشده بود.<sup>۴</sup> مکانیزم ماشه<sup>۵</sup> - یعنی ساز و کار آغاز شروع به رسیدگی در دیوان - تنها ارجاع شورای امنیت و دولتهای عضو بود. به این معنا، که تنها دولتهای عضو اساسنامه و نیز در برخی موارد شورای امنیت دارای حق طرح شکایت در دیوان بین‌المللی کیفری باشند.

در جریان طرح اساسنامه دیوان کشورها به دو دسته تقسیم شده بودند:<sup>۶</sup> گروه کشورهای همفکر (طرفدار اساسنامه) و نیز سازمانهای غیردولتی بین‌المللی، پیشنهادی را به کمیته مقدماتی ارائه دادند که به دادستان اجازه شروع به تحقیقات به ابتکار خود را می‌داد.<sup>۷</sup> به عبارت دیگر، آنها طرفدار نظریه دادستان مستقل بودند<sup>۸</sup> (مدل دیوان‌های ویژه).<sup>۹</sup> در نظام دیوان‌های ویژه دادستان می‌تواند رأساً و به ابتکار خویش و با استفاده از اطلاعاتی که از منابع مختلف و از جمله سازمانهای دولتی و غیردولتی منطقه‌ای و بین‌المللی به دست می‌آورد، تحقیقات خود را آغاز کند. دادستان پس از دریافت و کسب اطلاعات، به ارزیابی آنها پرداخته و نسبت به وجود دلایل کافی برای شروع به تحقیقات تصمیم‌گیری خواهد نمود. بدون اینکه در این مورد نیازی به کسب اجازه از هیچ مرجعی نظیر شورای امنیت یا شعبه دادگاه داشته باشد.<sup>۱۰</sup>

1. On the Role and Function of the Pre-trial Chamber, generally see M. Marchesiello, Proceedings before the Pre-Trial Chamber, in A. Cassese, P. Gaeta, and J. Jones (eds.), the Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary (Oxford: OUP, 2002), ii, 1231-1246.

2. Schabas A. William, An Introduction to the International Criminal Court, p. 97; See also Triffterer Otto, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Cambridge University Press, 2001, p. 360.

3. Proprio Motu

۴. گزارش کمیسیون حقوق بین‌الملل درباره کار اجلاس چهل و ششم، ۲۲ تا ۲۴ جولای ۱۹۹۴، سند A/94/10 سازمان ملل متحد، صص ۸۹ و ۹۰.

5. Trigger Mechanism

در جریان مذاکرات کنفرانس نمایندگان تام‌الاختیار رم، مسئله آغاز رسیدگی به‌عنوان مکانیزم ماشه مشهور شد.  
۶. اجتهادی، عباس، اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری و جمهوری اسلامی ایران. به اهتمام اسحاق آل حبیب. تهران، انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۸۷، ص ۲۷۵. ارسنجانی، ماهنوش، اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری و جمهوری اسلامی ایران. به اهتمام اسحاق آل حبیب. تهران، انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۸۷، ص ۲۹۴.

7. Triffterer Otto. *op.cit.*, p. 361.

۸. برای اطلاع از اسامی این کشورها مراجعه کنید به شریعت باقری، محمد جواد، حقوق کیفری بین‌المللی. تهران، انتشارات جنگل. ص ۲۰۶.

۹. منظور از دیوان‌های ویژه، دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و دیوان بین‌المللی کیفری برای رواندا می‌باشد.

10. Triffterer Otto. *op.cit.*

عملکرد گلاستون و لوئیس آربور دادستانهای دیوان‌های یوگسلاوی و رواندا که در هنگام بررسی اساسنامه رم مشغول فعالیت بودند، باعث تقویت نظریه دادستان مستقل با اختیار شروع به تحقیقات به ابتکار خود شد.

در مقابل، برخی کشورهای قدرتمند به دلیل احتمال روابط دوستانه دادستان با سازمانهای غیردولتی و قرار گرفتن وی تحت هدایت و نفوذ این گروه‌ها و اشغال جایگاه آن توسط این سازمانها، با نظریه استقلال دادستان به شدت مخالفت کردند.<sup>۱۱</sup> در جریان کنفرانس رم، ایالات متحده آمریکا اعلام کرد، پیش‌بینی اینکه یک دادستان بتواند مستقلاً در دیوان شکایتی را طرح و دنبال نماید، نه تنها باعث پیشرفت روند کار دیوان و نیز کارایی و استقلال تحقیقات نمی‌شود، بلکه انجام وظیفه اصلی دادستان که عبارت است از تحقیقات عادلانه و جامع درباره آشکارترین جرایم را نیز با مشکلاتی مواجه می‌سازد. همان‌گونه که مورتن برگسمو می‌گوید: «دادستان برای اینکه بتواند اقدامی کارآمد انجام دهد نیازمند شورای امنیت است؛ زیرا شورای امنیت دارای قوه قهرآمیزی است که دادستان فاقد آن است».<sup>۱۲</sup> این دسته عمدتاً دلایلی مبنی بر پرهیز از سیاسی کردن دیوان، اجتناب از واگذاری قدرت مطلق به افراد، افزایش تعداد شکایات از سوی سازمان‌های غیردولتی و جلب همکاری شورای امنیت و دولتها را عنوان می‌کردند.<sup>۱۳</sup> برخی دولتهای دیگر نیز استدلال می‌کردند که دادستان هرکه باشد یک شخص است و طرح شکایت از سوی یک شخص جامعه را دچار تنش می‌نماید.<sup>۱۴</sup> آنها به اظهارنظر قضات دیوان یوگسلاوی سابق در پرونده فورندزيجا (Furundzija case) اشاره کردند که اظهار نموده بودند:

«قضات دادسرا در مرحله تحقیق و تکمیل پرونده مرتکب مسامحه‌هایی شده‌اند که دیوان، اختیاری برای نظارت بر کار آنها نداشته است».

سرانجام، در نتیجه مذاکرات به عمل آمده در رم یک توافق بین‌المللی حاصل شد و ساز و کاری پذیرفته و طراحی گردید که هر دو دیدگاه قبلی را با هم آشتی و سازش داد. (نظریه اعتدالی)<sup>۱۵</sup> این راه‌حل در مقایسه با راه‌حل‌های موجود در آیین دادرسی کیفری سنتی، نوعی

۱۱. هیأت نمایندگی ایران در کنفرانس رم نیز با اعطاء چنین اختیاری به دادستان مخالفت ورزید. به نقل از شریعت باقری، پیشین، صص ۲۳۲ - ۲۰۶.

۱۲. شبث ا. ویلیام، مقدمه‌ای بر دیوان کیفری بین‌المللی، باقر میرعباسی و حمیدالطهوی نظری (مترجمان). تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۴، ص ۱۳۱.

۱۳. اجتهادی، پیشین، ص ۲۷۷.

۱۴. شریعت باقری، پیشین، ص ۲۰۶.

۱۵. برای اطلاع از نظره‌های مختلف پیرامون اختیارات دادستان دیوان مراجعه کنید به اجتهادی، پیشین، ص ۲۷۶ به بعد. همچنین مراجعه کنید به:



نوآوری محسوب شد. به این معنی، که اختیارات دادستان برای شروع به تحقیقات باید براساس اطلاعات حاصل از منابع مختلف باشد (بند (ج) مواد ۱۳ و ۱۵ اساسنامه). با این حال، این اختیار دادستان باید پیوسته تحت نظارت عالیه یک ارگان قضائی دیوان (شعبه مقدماتی)<sup>۱۶</sup> باشد. به عبارت دیگر، قضات دیوان بر شروع تحقیقات از سوی دادستان نظارت می‌کنند. به دیگر سخن، دادستان، مستقل اما تحت نظارت است. در نتیجه، تصمیم برای آغاز تحقیقات باید به تأیید شعبه مقدماتی که مرکب از سه قاضی<sup>۱۷</sup> است، برسد.<sup>۱۸</sup> در توجیه نظارت قضائی شعبه مقدماتی گفته شده که این امر به دلیل حفظ منافع جامعه بین‌المللی و حمایت از حقوق مظنونان مقرر شده است. در تحلیل نقش شعبه مقدماتی می‌توان گفت که شعبه بیشتر یک نهاد نظارتی است تا یک نهاد تحقیقاتی همانند قاضی تحقیق (juge d'instruction). راه حل اساسنامه دیوان (ICC) بیشتر مبتنی بر مدلی توافقی است.<sup>۱۹</sup> شعبه مقدماتی نه تنها یک نقش نظارتی را بعد از اینکه تحقیقات انجام شد بازی می‌کند بلکه در مرحله تحقیقات هم مداخله می‌کند. مشارکت شعبه مقدماتی در مرحله تحقیقات صرفاً محدود به صدور اجازه شروع به تحقیق نیست؛ برعکس، نقش مستمری برای شعبه مقدماتی وجود دارد که به موجب آن، شعبه مزبور قدرت صدور و وظیفه صدور دستورات و احکام جلب را که برای تحقیقات لازم است، داراست (ماده ۵۷ (۳) (الف)). شعبه مقدماتی همچنین اختیار دارد به دادستان اجازه دهد اقدامات تحقیقی خاصی را در قلمرو دولت عضو انجام دهد (ماده ۵۷ (۳) (د)). همچنین شعبه مقدماتی حق صدور حکم جلب یا احضار

Miraglia Michela, The first Decision of the ICC Pre-Trial Chamber: International Criminal Court under Construction, *Journal of International Criminal Justice* (JICJ), vol. 4, No 1, p. 2.

۱۶. تجربه پیش‌بینی نظارت از سوی یک شعبه یا قاضی مقدماتی به سایر دادگاههای بین‌المللی کیفری نظیر دادگاه ویژه لبنان که براساس موافقتنامه بین سازمان ملل متحد و دولت لبنان و براساس قطعنامه ۱۷۵۷ شورای امنیت برای رسیدگی به ترور رفیق حریری نخست وزیر سابق لبنان تشکیل شده است، نیز تسری داده شده است. در اساسنامه دادگاه ویژه لبنان (ماده ۸) نیز قاضی مقدماتی پیش‌بینی و وظیفه نظارت بر فعالیت دادستان دادگاه، به وی واگذار شده است. رک.

Cecile Aptel, Some Innovations in the Statute of the Special Tribunal for Lebanon, OUP. *Journal of International Criminal Justice* (2007). vol. 5. n. 5.

۱۷. در تاریخ ۲۳ ژوئن ۲۰۰۴، رئیس دیوان بین‌المللی کیفری تصمیم به تشکیل سه شعبه مقدماتی گرفت. رک. Decision to convene a status Conference, Situation in Democratic Republic of Congo (ICC-01/04), Pre-Trial Chamber I, 17 February 2005.

18. See, O. Fourmy, 'Powers of the Pre-Trial Chamber', in A. Cassese, P. Gaeta and J. Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2002) 1207–1230, at 1208. In general, for role and powers of the Pre-Trial Chamber, see, M. Bergsmo and J. Pejić, 'Article 15', in O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999) 359–372; M. Bergsmo and P. Krueger, 'Article 53', *Ibid.*, 701–714; F. Guariglia, 'Article 56', *ibid.*, 735–741; F. Guariglia and K. Harris, 'Article 57', *ibid.*, 743–752; A. Schlunk, 'Article 58', *Ibid.*, 753–763.

19. Zappala, Salvatore, *Human Rights in International Criminal Proceedings*. Oxford University Press, first published 2003, p. 37.

را به موجب ماده ۵۸ اساسنامه دیوان دارد. ماده ۵۳ اساسنامه به شعبه مقدماتی اختیارات وسیعی برای نظارت بر تصمیم دادستان واگذار می‌کند. به‌ویژه، بند (۳) ماده ۵۳ اساسنامه دیوان مقرر می‌دارد که تصمیم دادستان مبنی بر اینکه تحقیق یا تعقیب به اقتضای منافع عدالت نیست باید از سوی شعبه مقدماتی تأیید شود.<sup>۲۰</sup> نهایتاً شعبه مقدماتی است که جلسه رسیدگی برای استماع و تأیید اتهاماتی که دادستان قصد محاکمه براساس آنها را دارد، برگزار می‌کند (ماده ۶۱ اساسنامه). بنابراین، نظام دیوان بین‌المللی کیفری از دیوان‌های ویژه کاملاً پیچیده‌تر است؛ زیرا طبق اساسنامه دیوان مزبور، شعبه مقدماتی نقش قابل توجهی دارد. تفاوت مهم دیگری بین نظام دیوان‌های ویژه و اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری وجود دارد و آن هم زمان نظارت قضائی است. دخالت قضائی در نظام دیوان‌های موقت بعد از تأیید کیفرخواست صورت می‌گیرد درحالی‌که در دیوان، شعبه مقدماتی از همان آغاز رسیدگی مداخله می‌کند.<sup>۲۱</sup> در اساسنامه دیوان، نظارت قضائی هم در مرحله شروع به تحقیقات و هم در مرحله تأیید محتویات کیفرخواست پیش‌بینی شده است؛ برعکس، در دیوان‌های موقت، ارگانهای قضائی تنها بعد از اینکه تحقیقات انجام شد و پرونده علیه متهمان آماده شد دخالت می‌کنند. به عبارت دیگر، در دیوان یک قاضی قبلاً در مرحله تحقیقات مداخله می‌کند تا مشخص شود که آیا دلایلی مبنی بر شروع به تحقیق وجود دارد یا خیر؛ در صورتی‌که، در دیوانهای موقت این مداخله قبل از تعقیب و بعد از آنکه تحقیقات کاملاً تکمیل شده باشد صورت می‌گیرد.<sup>۲۲</sup>

عدم دخالت مقامات قضائی در مرحله تحقیقات در نظام دیوان‌های موقت به این دلیل است که شورای امنیت قبلاً در هنگام تأسیس آن دیوان‌ها نسبت به تأثیر سیاسی تحقیقات کیفری ارزیابی لازم را انجام داده است. در مورد دیوان بین‌المللی کیفری نیز هنگامی که شورای امنیت یا دولتهای عضو، وضعیتی را به دیوان ارجاع می‌دهند نیازی به مداخله مقامات قضائی و یا نظارت قضائی آنان نیست. دلیل این امر نیز این‌گونه اعلام شده است که علت کسب مجوز قضائی از شعبه مقدماتی، درحالی‌که دادستان خود رأساً تحقیقات را شروع می‌کند، تحدید اختیارات دادستان است. پیش‌بینی قاضی مقدماتی برای این است که از تصمیمات خودسرانه دادستان جلوگیری شود؛ چرا که اقدامات ناسنجیده مقامات دادستانی می‌تواند منجر به تنش در روابط بین‌المللی گردد. ولی در مواردی که دولتها اقدام به ارجاع موضوع می‌نمایند چنان شرطی پیش‌بینی نشده است. دلیل این امر، نزد تنظیم‌کنندگان اساسنامه، آشکارا این بوده است که دولتهای عضو و شورای امنیت در ارجاع پرونده به دادگاه به اهمیت اقدام خود کاملاً واقف

---

20. Zappala Salvatore, *op.cit.*, p. 36.

21. *Ibid.*

22. *Ibid.*

می‌باشند.

اختیار شعبه مقدماتی برای نظارت بر اقدامات دادستان و تشخیص برای شروع یا عدم شروع به تحقیقات به‌خاطر اطمینان دولتها از این است که به دادستان اختیار تحقیق به ابتکار خود را بدهند. این مسئله رابطه بین عدالت و سیاست را مطرح می‌کند. دولتها بیم آن دارند که تحقیقات دادستان نهایتاً روابط بین‌المللی را به‌خطر بیندازد. این ترس منجر به شناسایی اختیار شورای امنیت برای درخواست تعلیق رسیدگی‌ها شد. سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا بیم از به‌خطر افتادن روابط بین‌المللی و یا سیاسی شدن دیوان و ... تنها در مورد شروع به تحقیقات از سوی دادستان به ابتکار خود وجود دارد یا در سایر موارد مانند مداخله قضائی و نظارت عالی‌ه شعب مقدماتی نیز این ترس مصداق دارد؟

برخی نویسندگان، گسترش نظارت قضائی شعبه مقدماتی را به همه موارد، صرف‌نظر از مکانیزم ماشه مناسب می‌دانند. آنها چنین تفسیری را برای رعایت اصل تساوی رفتار با اشخاص در نزد دیوان نیز مناسب می‌دانند و توسعه اختیار نظارتی ارگانهای قضائی بر دادستان را با لزوم برقراری توازن بین مفاهیم شکلی کامن‌لا و حقوق نوشته مرتبط می‌دانند.<sup>۲۳</sup>

قبل از تشریح نقش شعبه مقدماتی دیوان لازم است به تحلیل این نقش پرداخته شود. با توجه به مجموعه مقررات اساسنامه و آیین دادرسی و ادله، دو کارکرد برای شعبه مقدماتی دیوان می‌توان قایل شد: کارکرد منفعل و کارکرد فعال.<sup>۲۴</sup> از مطالعه مقررات مربوط به نقش شعبه مقدماتی استنباط می‌گردد صرف‌نظر از مواردی که دیوان می‌تواند به ابتکار خود اقداماتی را انجام دهد، شعبه مذکور عمدتاً نقشی منفعل دارد که در زمان‌های خیلی خاص از مرحله مقدماتی وارد می‌شود و معمولاً بنا به درخواست دادستان یا متهم صورت می‌گیرد. لکن ماده ۵۷ (۳) (ج) اساسنامه، اختیارات بیشتری به شعبه مقدماتی می‌دهد که می‌تواند در جریان مرحله مقدماتی اعمال نماید و راه را برای رفتار «مداخله جویانه» (interventionist) و فعالتر آن شعبه فراتر از محدودیت‌های خاصی که به‌موجب دیگر مقررات اساسنامه مشخص شده است، هموار نماید.<sup>۲۵</sup> اختیارات شعبه مقدماتی که صریحاً به‌موجب اساسنامه مشخص شده‌اند، نشان می‌دهد که نقش شعبه مقدماتی بیشتر شبیه یک داور (umpire) است که تنها در حد خیلی محدودی به نفع تحقیق و تعقیب مداخله می‌کند.

مقاله پژوهشی حاضر به‌دنبال تشریح نقش شعبه مقدماتی دیوان بین‌المللی کیفری از مرحله شروع به تحقیق تا قبل از شروع محاکمه است.

23. Zappala Salvatore, *op.cit.*, pp. 39-40.

24. Miraglia Michela, *op.cit.*, p. 4.

25. *Ibid.*

## ۱- اخذ مجوز برای شروع به تحقیق

در اساسنامه دیوان‌های ویژه، تصمیم شروع به تحقیق منحصرأ در اختیار دادستان می‌باشد. بند (۱) ماده ۱۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و بند (۱) ماده ۱۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری برای رواندا در این زمینه مقرر می‌دارند:

«دادستان به ابتکار خویش و یا بر مبنای اطلاعات حاصله از منابع دیگر که به‌ویژه شامل دولتها و ارکان سازمان ملل و سازمانهای بین‌الدول یا غیردولتی خواهد بود، تحقیقات خویش را آغاز خواهد کرد. دادستان پس از دریافت یا کسب اطلاعات، به ارزیابی آنها پرداخته و نسبت به کفایت مبنای حقوقی برای شروع به تحقیقات، تصمیم‌گیری خواهد نمود».

در دیوان‌های ویژه، دادستان نه تنها از آزادی مطلق در تصمیم‌گیری نسبت به اقدام به شروع یا عدم شروع به تحقیقات برخوردار می‌باشد، بلکه تحقیقات وی مشمول هیچ‌گونه نظارت قضائی نیز نمی‌باشد.<sup>۲۶</sup> علت عمده آزادی عمل دادستان در خصوص تصمیم شروع به تحقیقات<sup>۲۷</sup> که همانند نظام‌های حقوق ملی است، برخلاف اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری،<sup>۲۸</sup> جلوگیری از شکایات اشخاص و طرح شکایات بی‌اساس و واهی از سوی آنان است. همان‌گونه که لوئیس آربور دادستان دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در اظهارنظری در اجلاس دسامبر ۱۹۹۷ کمیته مقدماتی اشاره می‌کند، تمایز عمده‌ای بین امر تعقیب در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل وجود دارد و آن تشخیص و صلاح‌دید بی‌قید و شرط دادستان در حقوق داخلی است. در حقوق داخلی، فرض بر این است که کلیه جرایم ولو بسیار ناچیز و کم‌اهمیت باید مورد تعقیب قرار گیرد. اما در یک دادگاه بین‌المللی، به‌ویژه دادگاهی مبتنی بر اصل صلاحیت تکمیلی «تشخیص لازم برای تعقیب، به‌طور قابل ملاحظه‌ای مهم‌تر و خطیرتر است و ضابطه و معیاری که باید برای چنین تعقیبی اعمال گردد پیچیده و تعریف نشده است. با توجه به تجربه موجود که مبتنی بر فعالیت دو دادگاه اختصاصی بین‌المللی (یوگسلاوی سابق و رواندا) تا به امروز است، باید گفت که دادستان در یک مبارزه واقعی باید از میان خیل شکایان، به‌جای پرونده‌های سبک و کم‌اهمیت پرونده‌هایی را برگزیند که شایسته دخالت بین‌المللی باشند».<sup>۲۹</sup>

26. Cassese, Antonio, International law, New York, Oxford University Press, 2003, p. 408.

۲۷. در مورد علت واگذاری انحصاری تصمیم در خصوص شروع به تحقیقات به دادستان مراجعه کنید به: کاسسه، همان، ص ۵۰۴.

۲۸. با دادن اختیارات مستقل به دادستان دیوان به این دلیل مخالفت شد که دیوان بین‌المللی کیفری، دیوان مافوق ملی نبوده و نقش دادستان را در قلمرو ملی نباید با نقش دادستان در صحنه بین‌المللی قابل مقایسه دانست؛ رک. دیهیم، علیرضا، درآمدی بر حقوق کیفری بین‌المللی، انتشارات وزارت امور خارجه، ص ۱۹.

۲۹. اظهارات لوئیس آربور خطاب به کمیته مقدماتی برای تأسیس دیوان بین‌المللی کیفری، ۸ دسامبر ۱۹۹۷، صص ۷ و ۸. به نقل از شبت، ا. ویلیام، پیشین، ص ۱۳۲.

دادستان دیوان بین‌المللی کیفری در سه حالت می‌تواند از وقوع جرایم در صلاحیت دیوان (نسل‌کشی، جنایات علیه بشریت، جنایات جنگی و تجاوز منوط به تحقق شرایط قانونی) مطلع شود و رسیدگی به آنها را آغاز نماید.

نخست، در صورتی که یک دولت وضعیتی را که در آن یک یا چند جنایت به‌نظر می‌رسد ارتکاب یافته است، به‌موجب ماده ۱۴ به دادستان ارجاع نماید؛<sup>۳۰</sup> دوم، شورای امنیت وضعیتی را که در آن یک یا چند جنایت به‌نظر می‌رسد ارتکاب یافته است، به‌موجب فصل هفتم منشور ملل متحد به دادستان ارجاع نماید و سوم، دادستان تحقیقاتی را به‌موجب ماده ۱۵ اساسنامه در مورد آن جنایت شروع نموده باشد (ماده ۱۳ اساسنامه).

علت پیش‌بینی سه حالت مختلف برای شروع به رسیدگی و عدم لزوم صدور مجوز قضائی در دو حالت اول، و لزوم صدور مجوز قضائی در حالت سوم را، این‌گونه بیان کرده‌اند: درحالتی که شورای امنیت موضوعی را به دادگاه ارجاع می‌دهد، چنین تشخیص داده است که دخالت و تصمیم شعبه مقدماتی ضرورتی ندارد؛ زیرا شورای امنیت توسط یکی از ارگانهای تابع خود بررسی‌های اولیه‌ای را در خصوص اطلاعات مربوط به احتمال ارتکاب جرایم بین‌المللی به عمل آورده است. دوم اینکه جرایمی که از سوی شورای امنیت به دیوان ارجاع داده می‌شود، متضمن تهدید و یا حتی نقض صلح می‌باشند و از اهمیت خاصی برخوردار هستند. اهمیت این‌گونه جرایم به اندازه‌ای است که لزوم ارجاع به شعبه مقدماتی را مرتفع می‌نماید. شروع به تحقیقات توسط دادستان بنابر تقاضای شورای امنیت سازمان ملل متحد، زمانی ممکن است که شورا براساس اختیارات خود به‌موجب فصل هفتم منشور ملل متحد «وضعیتی را که به‌نظر می‌رسد یک یا چند جرم مشمول صلاحیت دیوان به‌وقوع پیوسته است به دادستان ارجاع می‌دهد». بدیهی است شورای امنیت فقط وضعیت‌هایی که متضمن جرایم بسیار جدی بوده و ارتکاب آن جرایم موجب تهدید صلح یا نقض صلح باشد را به دیوان ارجاع می‌دهد.<sup>۳۱</sup>

اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری برخلاف اساسنامه دیوان‌های ویژه، بین تحقیقات اولیه (که Inquiry نامیده می‌شود) و تحقیقات مقدماتی تفاوت قایل می‌گردد. ضرورت بررسی اولیه برای شروع به تحقیقات اصلی در ماده ۱۵ اساسنامه دیوان پیش‌بینی شده است و مختص

---

۳۰. در کمیته مقدماتی اساسنامه رم در خصوص حق شکایت دولت شاکی اختلافات فراوانی وجود داشت. برخی دولتها برای اجتناب از سوءاستفاده معتقد بودند که حق شکایت باید به مجموعه‌ای از دولتها اعطا شود و نه صرفاً به یک دولت. برخی می‌گفتند فقط دولت ذی‌نفع باید چنین حقی را داشته باشد، اما در کنفرانس دیپلماتیک رم کلیه کشورها از این حق برخوردار شدند.

۳۱. شورای امنیت در ۳۰ مارس ۲۰۰۵ براساس اختیارات خود به‌موجب اساسنامه و فصل هفتم منشور ملل متحد ارتکاب جرایم در منطقه دارفور سودان را از مصادیق نقض صلح و تهدید علیه امنیت بین‌المللی دانسته و وضعیت فوق را به دیوان بین‌المللی کیفری ارجاع داد.

مواردی است که دادستان به ابتکار خود تصمیم شروع به رسیدگی می‌گیرد.<sup>۳۲</sup> منظور از بررسی اولیه، جستجو برای یافتن اطلاعات و یا جمع‌آوری ادله در خصوص جرم ادعایی است و هدف آن رسیدن به این نتیجه است که آیا مبنای معقولی برای شروع به تحقیقات وجود دارد یا خیر. منابع کسب اطلاعات دادستان در بند (۱) ماده ۱۵ اساسنامه آمده است. چنانچه دادستان رأساً اطلاعاتی را در مورد ارتکاب جنایات مشمول صلاحیت دیوان به دست آورد، می‌تواند تحقیقات خود را آغاز نماید. اگر دادستان با توجه به اطلاعاتی که به دست می‌آورد مبنای مستدلی برای تحقیق بیابد باید درخواستی را به ضمیمه کلیه اسناد و مدارک مثبت‌های که جمع‌آوری کرده است، برای گرفتن مجوز تحقیق به شعبه مقدماتی تسلیم نماید (بند (۳) ماده ۱۵). این درخواست باید به صورت کتبی باشد (ماده ۵۰ آیین دادرسی و ادله دیوان).<sup>۳۳</sup> شعبه مقدماتی درخواست دادستان را مورد بررسی قرار می‌دهد و چنانچه بعد از بررسی درخواست دادستان و اسناد و مدارک، ملاحظه کند که مبنای معقولی و موضوعی برای انجام تحقیق وجود دارد و این موضوع ظاهراً در صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری است، باید اجازه شروع به تحقیق را صادر نماید (بند (۴) ماده ۱۵).

چنانچه شعبه مقدماتی درخواست دادستان را رد نماید، وی در صورت دستیابی به دلایل یا حقایق جدید در مورد همان وضعیت جدید مجدداً می‌تواند درخواست خود را مطرح نماید (بند (۵) ماده ۱۵). ضمن اینکه دادستان می‌تواند از قرار صادره توسط شعبه مقدماتی به موجب بند (۲) ماده ۸۳ نزد شعبه تجدیدنظر، تقاضای تجدیدنظر نماید (بند (۴) ماده ۱۸). درخواست دادستان از شعبه مقدماتی مانع از انجام تحقیقات از سوی دادستان نمی‌شود، بر همین اساس، دادستان تا زمان صدور قرار شعبه مقدماتی می‌تواند استثنائاً از آن شعبه درخواست نماید تا به وی اجازه دهد اقدامات تحقیقی لازم را به منظور حفظ ادله ادامه دهد. این تقاضا مشروط بر این است که در صورت عدم انجام تحقیق، فرصت تحصیل ادله از بین برود یا این خطر وجود دارد که دستیابی به این مدارک بعداً امکان‌پذیر نباشد (بند (۶) ماده ۱۸).

## ۲- نقض تصمیم دادستان مبنی بر عدم تعقیب

همان‌گونه که گفته شد، دادستان موظف است پس از بررسی و ارزیابی اطلاعاتی که در اختیار او قرار می‌گیرد، شروع به تحقیق نماید مگر آنکه تشخیص دهد مطابق اساسنامه دیوان

32. Cassese, Antonio, *op.cit.*, p. 407.

33. دادستان دیوان بین‌المللی کیفری بعد از دریافت گزارشات متعدد از سوی اشخاص و سازمان‌های غیردولتی در خصوص ارتکاب جرایم مشمول صلاحیت دیوان در خاک جمهوری دموکراتیک کنگو، در سپتامبر ۲۰۰۳، قصد خود مبنی بر کسب اجازه از شعبه مقدماتی برای شروع تحقیقات ابتکاری خود را به اطلاع مجمع دولتهای عضو رسانید. رک.

Miraglia, Michela, *op.cit.*, p. 7.

دلایل قانع کننده‌ای برای اقدام به تحقیق وجود ندارد. در صورتی که دادستان علی‌رغم اهمیت جرم و منافع مجنی‌علیه، با توجه به معیارهای مذکور در بندهای (۱) و (۲) ماده ۵۳ اساسنامه، تشخیص دهد که به دلایل مقتضی شروع به تحقیق در راستای اجرای عدالت نیست، موظف است شعبه مقدماتی را از تصمیم خود و دلایل توجیهی آن مطلع نماید. شعبه مقدماتی بنا به درخواست دولت ارجاع‌دهنده قضیه (ماده ۱۴) و یا درخواست شورای امنیت (ماده ۱۳ ب)) می‌تواند تصمیم دادستان مبنی بر عدم تعقیب و پیگیری قضیه را مورد بررسی قرار دهد و از دادستان بخواهد که در تصمیم خود بازنگری نماید قسمت (الف) بند (۳) ماده ۵۳. بند (۲) ماده ۱۰۷ آیین دادرسی و ادله دیوان مقرر می‌دارد: «دادستان باید در اولین فرصت ممکن، بازنگری را انجام دهد».

علاوه بر موارد فوق، شعبه مقدماتی می‌تواند رأساً و براساس تشخیص خود، تصمیم اتخاذ شده از سوی دادستان مبنی بر عدم پیگیری قضیه را که براساس معیارهای مذکور در بندهای (۱) و (۲) (ج) و (ج) ماده ۵۳ صورت گرفته است، مورد بررسی قرار دهد. در صورتی که تصمیم دادستان مورد تأیید شعبه مقدماتی واقع شود، معتبر است و در غیر این صورت، دادستان باید قضیه مورد نظر را پیگیری کند (ماده ۵۳ (۳) ب)). بنابراین تشخیص دادستان قاطع نیست، بلکه مشمول نظارت قضائی می‌باشد.

در هر صورت که دادستان شروع به تحقیقات نماید، اعم از اینکه براساس کسب مجوز قضائی از شعبه مقدماتی برای شروع تحقیقات باشد یا به تقاضای شورای امنیت یا به درخواست دولتهای عضو، وی در پیشبرد یا توقف رسیدگی، اختیار دارد.

سؤالی که مطرح می‌شود این است که چنانچه دادستان در مورد بند (ج) ماده ۱۳، برای شروع به تحقیقات، مجوز قضائی کسب نماید و تحقیقات را آغاز نماید، در صورتی که پس از آغاز تحقیق تشخیص دهد که تحقیقات بیشتر باید متوقف شود به دلیل آنکه مبنای مستدل وجود ندارد، آیا می‌تواند تصمیم به عدم تعقیب موضوع بگیرد یا خیر؟

به نظر می‌رسد اساسنامه نسبت به این موضوع حکم خاصی ندارد. شاید بتوان با توجه به ماده ۵۳ قسمت (ب) بند (۳) نتیجه گرفت که در این مورد دادستان می‌تواند تعقیب را متوقف و تصمیم به عدم پیگرد بگیرد، مگر آنکه شعبه مقدماتی ادامه تحقیق و تعقیب را از وی بخواهد. ماده ۱۰۷ آیین دادرسی و ادله دیوان راجع به چگونگی نظارت شعبه مقدماتی بر تصمیم دادستان به عدم تحقیق و تعقیب موضوع می‌باشد.

### ۳- صدور دستور احضار و یا جلب توسط شعبه مقدماتی

دادستان رأساً حق احضار و یا جلب مظنونان برای انجام تحقیقات را ندارد، بلکه در هر

مرحله‌ای از تحقیقات می‌تواند از شعبه مقدماتی صدور دستور احضار یا حکم جلب را درخواست نماید.<sup>۳۴</sup> هر زمان پس از آغاز تحقیق و در صورت درخواست دادستان، شعبه مقدماتی با بررسی درخواست وی و ادله یا سایر اطلاعاتی که از سوی دادستان ارائه می‌شود، دستور بازداشت شخص را صادر خواهد کرد (ماده ۵۸ (۱)).

به‌نظر می‌رسد چنانچه شرایط مذکور در بند (۱) ماده ۵۸ اساسنامه محقق شود، دیوان باید با درخواست دادستان همراهی نماید و محلی نیز برای تفسیر سیاسی یا ایدئولوژیکی باقی نمی‌ماند.

برای صدور حکم بازداشت، شعبه مقدماتی باید موارد زیر را مدنظر داشته باشد: الف) دلایل کافی مبنی بر ارتکاب یکی از جرایم مشمول صلاحیت دیوان، از سوی شخص وجود داشته باشد؛ ب) بازداشت شخص ضروری باشد. جهات ضروری بازداشت عبارتند از: حصول اطمینان از حضور وی در محاکمه؛ حصول اطمینان از اینکه شخص مزبور مانعی در راه تحقیقات و یا رسیدگی دادگاه ایجاد نمی‌کند و یا انجام آنها را به‌خطر نمی‌اندازد؛ در صورت اقتضا، جلوگیری از ارتکاب و یا ادامه ارتکاب جرایم مشمول صلاحیت دیوان. (قسمت ب) بند (۱) ماده ۵۸) تقاضای دادستان باید شامل موارد زیر باشد:

مشخصات فردی متهم، ذکر جرایمی که ادعا می‌شود فرد مرتکب شده و در صلاحیت دیوان است، خلاصه‌ای از اوضاع و احوال منتهی به ارتکاب جرم و خلاصه دلایل توجیهی جهت انتساب جرم به مرتکب و دلایلی که دادستان بر مبنای آنها بازداشت شخص را ضروری می‌داند (بند (۲) ماده ۵۸)؛ در دستور بازداشت که از سوی شعبه مقدماتی صادر می‌شود نیز باید موارد فوق ذکر شود. البته، دادستان در هر زمان حق درخواست اصلاح دستور بازداشت از حیث کاهش یا افزایش جرایم مذکور در آن را دارد. چنانچه شعبه مقدماتی درخواست دادستان را مستند به دلایل متقن بداند، به درخواست پاسخ مثبت می‌دهد. (بند (۶) ماده ۵۸).

درخواست دیوان برای بازداشت فرد ممکن است از طریق دولتی که فرد تحت تعقیب در قلمرو آن یافت شود، صورت گیرد. در این صورت، دولت مورد درخواست باید فوراً اقدامات مربوط به بازداشت شخص تحت تعقیب را به عمل آورد (ماده ۸۹ (۱)).

اساسنامه دیوان احضار را به‌عنوان جایگزین بازداشت<sup>۳۵</sup> مطرح می‌کند، مشروط بر آنکه احضار برای اطمینان از حضور شخص نزد دیوان کافی تشخیص داده شود. تعیین اوضاع و احوال

---

۳۴. دادستان دیوان بین‌المللی کیفری اخیراً از شعبه مقدماتی دیوان، صدور حکم جلب رئیس‌جمهور سودان را به اتهام ارتکاب جنایات نسل‌کشی، جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی در منطقه دارفور سودان درخواست نمود و شعبه مقدماتی نیز با این درخواست موافقت کرد. در این خصوص مراجعه کنید به: WWW.UN.ORG

35. Summons to appear as an alternative



پرونده مبنی بر اینکه کدام اقدام را اقتضا می‌نماید، به عهده دادستان می‌باشد. بند (۷) ماده ۵۸ اساسنامه مقرر می‌دارد: «دادستان می‌تواند به‌جای درخواست صدور دستور بازداشت، از شعبه مقدماتی درخواست صدور دستور احضار شخص را بنماید. چنانچه شعبه مقدماتی مطمئن گردد که دلایل کافی مبنی بر اینکه احضار شونده، جرم مورد نظر را مرتکب شده و احضاریه نیز برای حصول اطمینان نسبت به حضور وی کافی است، دستور احضار را صادر خواهد کرد. دستور احضار حاوی مطالبی است که در مورد حکم جلب آمده است، مضاف بر اینکه زمان حضور نیز در آن قید می‌گردد (بند (۷) ماده ۵۸)».

چنانچه دلایل پرونده نشان دهد که متهم ممکن است مانع انجام تحقیقات شود یا انجام تحقیقات را به‌خطر اندازد و یا ممکن است ارتکاب جرایم را ادامه دهد، صدور حکم جلب الزامی است.<sup>۳۶</sup>

#### ۴- نظارت شعبه مقدماتی بر اقدامات دادستان در طول تحقیقات

همان‌گونه که گفته شد، تحقیقات راجع به جرایم در صلاحیت دیوان به عهده دادستان است. دادستان به‌منظور کشف حقیقت، باید کلیه تحقیقات را انجام و ادله را جمع‌آوری نماید. دادستان می‌تواند تحقیق را در قلمرو هر کشور انجام دهد مشروط بر آنکه، شعبه مقدماتی با رعایت قسمت (۱) بند (۳) ماده ۵۷ اساسنامه رم انجام تحقیق را تجویز کرده باشد (بند (۲) ماده ۵۴).

همچنین، دادستان حق انجام تحقیقات مقدماتی نظیر جمع‌آوری ادله، احضار شهود و قربانیان را نیز دارد. ضمن اینکه دادستان می‌تواند همکاری دولتها یا سازمانهای بین‌المللی را جلب نماید و موافقتنامه‌هایی را با کشورها منعقد نماید (بند (۱) ماده ۵۴) و تعهداتی مبنی بر محرمانه ماندن اطلاعات و عدم افشا آنها بنماید (ماده ۵۴ (و)).

علاوه بر موارد فوق، شعبه مقدماتی می‌تواند:

الف) در صورت درخواست دادستان، دستورها و قرارهایی را که برای تحقیق لازم است صادر نماید؛

ب) به دادستان اجازه دهد تحقیقات خاصی را در قلمرو یک کشور عضو بدون جلب همکاری آن کشور انجام دهد؛

دادستان در جهت انجام اختیارات خود در جریان یک تحقیق که عبارتند از جمع‌آوری و بررسی ادله و احضار و بازجویی از مظنونان، قربانیان و شهود، می‌تواند از هر کشور یا سازمان

36. Angelika Schlunck in Triffterer Otto, *op.cit.*, art. 58, margin No. 37.

بین‌المللی درخواست همکاری نماید. همچنین، در این زمینه موافقتنامه‌هایی ترتیب دهد تا موجبات تسهیل همکاری کشورها و سازمانهای بین‌المللی و اشخاص فراهم آید. در مورد نحوه انجام تحقیق و توانایی دادستان برای انجام این کار در هنگام تدوین اساسنامه اختلاف وجود داشت. برخی دولتها انجام تحقیق را حق انحصاری دولتها می‌دانستند و با اختیار تحقیق دادستان مخالف بودند؛ لکن در حال حاضر، دادستان به‌موجب اساسنامه می‌تواند تحقیق خاصی را در سرزمین یک دولت به عمل آورد بدون اینکه نیاز باشد قبلاً همکاری یا رضایت آن دولت را جلب کرده باشد. اما چنین تحقیقی باید با اجازه قضائی باشد؛ به این نحو که اگر بر شعبه مقدماتی مشخص شود که در موردی خاص، کشوری نمی‌تواند به درخواست همکاری پاسخ مثبت دهد، شعبه می‌تواند به دادستان اجازه دهد تا تحقیقاتی را در قلمرو یک کشور عضو و بدون جلب رضایت آن دولت انجام دهد.<sup>۳۷</sup> اساسنامه دیوان در این زمینه مقرر می‌دارد: «پس از ملاحظه نظریات کشور ذی‌نفع اگر بر شعبه مقدماتی معلوم شود که در موردی خاص و به جهت فقدان مراجع مسئول و یا فقدان هیأت حاکمه قضائی صلاحیتدار، کشوری قادر به اجابت درخواست همکاری موضوع فصل نهم اساسنامه نیست، مرجع مذکور می‌تواند مجوزی به دادستان اعطا کند تا در محدوده فصل مذکور تحقیقات خاصی را در قلمرو یک کشور و بدون جلب همکاری آن کشور انجام دهد (قسمت (و) بند (۳) ماده ۵۷ و قسمت (ب) بند (۲) ماده ۵۴)».<sup>۳۸</sup>

برخی حقوقدانان انجام چنین اختیاری را نه عملی و نه کارآمد می‌دانند.<sup>۳۹</sup> به‌طور کلی، دولتهای عضو اساسنامه ملزم هستند که در انجام تحقیق و تعقیب جرایم در صلاحیت دیوان با آن دیوان همکاری نمایند. همچنین دولتها باید ترتیبی اتخاذ نمایند که با پیش‌بینی روشهای مناسب تحقیق در قوانین خود، اشکال مختلف همکاری را فراهم نمایند (ماده ۸۸ اساسنامه). دولت فرانسه در اجرای تکلیف فوق و در جهت تسهیل همکاری با دیوان در قانون اساسی خود تغییراتی داده است. در اسپانیا، لوگزامبورگ و اکوادور نیز این نوع همکاری‌ها تسریع شده است.

## ۵- نظارت منظم جهت بازنگری در حکم آزادی یا توقیف متهم

شعبه مقدماتی موظف است دستور آزادی یا توقیف شخص را به‌طور منظم و همچنین هر زمان که دادستان و یا خود شخص تحت بازداشت، چنین درخواستی را مطرح کند، بازنگری نماید. در موقع بازنگری اگر شعبه مقدماتی متقاعد شود که حدوث اوضاع و احوال جدیدی،

۳۷. میرمحمد صادقی، حسین، دادگاه بین‌المللی کیفری، تهران، انتشارات دادگستر، ص ۲۳۹ به بعد.

۳۸. برای تحلیل و تفسیر عناصر این قسمت مراجعه کنید به: Angelika Schlunck in Triffterer Otto. *op.cit.*, art.57 and 54 margin No. 37.

۳۹. شیت. ا. ویلیام، پیشین، ص ۱۳۹.

اصلاح دستور قبلی اعم از بازداشت یا آزادی یا شرایط آن را ایجاب می‌نماید، به‌نحو مقتضی اقدام خواهد نمود (بند (۳) ماده ۶۰ اساسنامه رم). ماده مزبور شعبه مقدماتی را ملزم می‌دارد که در حکم خود راجع به آزادی یا توقیف متهم بازنگری نماید.<sup>۴۰</sup> برای بازنگری در حکم، شعبه بدوی نیازمند درخواست طرفین نیست، بلکه می‌تواند رأساً به این کار اقدام نماید. شعبه مقدماتی می‌تواند در صورتی که شرایط اقتضا نماید دستور سابق خود را تغییر دهد. برای مثال، چنانچه سلامت شخص اقتضا کند می‌تواند او را به‌صورت مشروط آزاد نماید.<sup>۴۱</sup> هیچ دوره زمانی مشخصی برای نظارت پیش‌بینی نشده است.<sup>۴۲</sup> وظیفه نظارت مستمر و بازنگری نسبت به حکم آزادی یا توقیف متهم در اساسنامه دیوان‌های موقت پیش‌بینی نشده بود. دلایل متعددی برای فقدان مقررات فوق ذکر شده است که عبارتند از: شدت جرایم ارتكابی در صلاحیت دیوان‌ها، خطرات احتمالی برای جامعه از جمله شهود و قربانیان جرم، فراری شدن متهم به‌دلیل ترس از مجازات‌های طولانی، عدم پیش‌بینی محاکمه غیابی در صورت غیبت متهم.

## ۶- نظارت شعبه مقدماتی برای جلوگیری از بازداشت غیرمعقول متهم

شعبه مقدماتی باید اطمینان حاصل نماید که شخص بازداشت شده به جهت تأخیر ناموجه دادستان، مدت غیرمعقولی را قبل از محاکمه در بازداشت نباشد. اگر چنین تأخیری رخ دهد، دیوان موظف است آزادی مطلق و یا مشروط وی را مورد بررسی قرار دهد. (بند (۴) ماده ۶۰). قیدهای مدت غیرمعقول و تأخیر ناموجه ماهیتاً یکی هستند. آنچه مدت غیرمعقول دانسته می‌شود در رابطه با اوضاع و احوال هر پرونده خواهد بود. در این مورد دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق هفت عامل مندرج در کنوانسیون حقوق بشر اروپایی را مد نظر قرار می‌دهد.<sup>۴۳</sup> اساسنامه دیوان به هرگونه بازداشت غیرمعقول اشاره نکرده است، بلکه تنها بازداشت

۴۰. دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در رأی خود مقرر داشت که: «شک معقول (که شخص مرتکب جرم گردیده است) در زمان بازداشت کافی نیست. برای اینکه بازداشت متهم قانونی باشد باید طوری مورد بازنگری قرار گیرد که شعبه بدوی اطمینان حاصل نماید که بازداشت او معقول و موجه است». در این مورد به مواد ۵ (۳) و ۵ (۴) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و مواد ۹ (۳) و ۹ (۴) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و اصل ۳۹ کنوانسیون سازمان ملل متحد برای حمایت از اشخاص بازداشت شده یا زندانی مراجعه کنید.

See, Prosecutor v. Delalic et al., Decision on Motion for Provisional Release Filed by the Accused Zejnil Delalic, case No. IT-96-21-T, 25 Sept. 1996, at, para. 24.

41. Delalic Decision, Case No. IT-96-20-T, 24 Apr. 1996, p.780.

۴۲. در پیش‌نویس اساسنامه دیوان توصیه شده بود که مدت بازنگری باید متعارف و کاملاً روشن باشد. رک. Triffterer Otto, *op.cit.*, p.778. margin 14.

۴۳. این عوامل عبارتند از: ۱- مدت واقعی بازداشت؛ ۲- طول بازداشت در رابطه با ماهیت جرم، مجازات مورد نظر و آنچه که انتظار می‌رود در صورت محکومیت مقرر شود و قوانین ملی در خصوص مدت بازداشت از احکامی که صادر می‌شود؛ ۳- آثار جسمی و روحی یا دیگر آثار بر روی شخص بازداشت شده فراتر از نتایج عادی بازداشت؛ ۴- رفتار متهم مربوط به نقش او در تأخیر رسیدگی و درخواست آزادی وی؛ ۵- مشکلات مربوط به تحقیق از پرونده، نظیر پیچیدگی آن در رابطه با حقایق یا تعداد

غیرموقوف که از ناحیه دادستان واقع شده را مدنظر قرار داده است. برخی مفسران ضابطه تأخیر غیرموجه را مورد انتقاد قرار داده‌اند و آن را مبهم و غیرصریح می‌دانند. تأخیر غیرموجه شامل تأخیر غیرعمدی نیز می‌شود.<sup>۴۴</sup>

شعبه تجدیدنظر دیوان بین‌المللی کیفری برای رواندا، تأخیر غیرموجه قابل انتساب به دادستان را باعث براءة متهم از اتهامات وارده می‌داند و رسیدگی مجدد را نیز منتفی می‌داند،<sup>۴۵</sup> هرچند اساسنامه دیوان یوگسلاوی سابق در خصوص جبران خسارت در مورد تأخیر ناموجه حکمی ندارد. اساسنامه دیوان رم، راه‌حلی مبنی بر جبران خسارت خاص (یعنی آزادی از حبس و نه توقیف دادرسی) مقرر می‌دارد که به معنای رد راه‌حل افراطی شعبه تجدیدنظر دیوان رواندا است.

## ۷- صدور اجازه تحقیق برای دادستان با وجود رسیدگی دولت مربوط

چنانچه دادستان براساس بندهای (الف) و (ج) ماده ۱۳ یا ماده ۱۵ اساسنامه تحقیقاتی را آغاز نماید، باید (این تصمیم را) به کلیه دولتهای عضو و دولتهایی که با توجه به اطلاعات موجود معمولاً بر آن جنایات اعمال صلاحیت می‌نمایند، اعلام کند. چنانچه دولت مورد نظر، به دیوان اطلاع دهد که درحال انجام تحقیقات لازم می‌باشد یا تحقیقاتی را به عمل آورده است، بنا به درخواست آن دولت، دادستان باید تحقیق از آن اشخاص را به آن دولت واگذار نماید، مگر آنکه شعبه مقدماتی بنا به درخواست دادستان اجازه تحقیق برای وی صادر کند (ماده ۱۸(۲) (۴) و (۶)). علت واگذاری تحقیقات به دولت مربوط این است که صلاحیت دیوان، صلاحیت تکمیلی است؛ به این معنا که هرگاه دولت صلاحیتدار نسبت به موضوعی در حال تحقیق است، دیوان باید تحقیقات را به آن دولت واگذار کند و مداخله ننماید (ماده ۱۷ (۱) (الف)). به‌علاوه، ماده ۱۸ اساسنامه رم پیش‌بینی کرده است که دادستان می‌تواند در صورتی که تغییر مهمی در اوضاع و احوال، براساس عدم تمایل یا عدم توانایی آن دولت بیاید در آن تصمیم تجدیدنظر نماید (ماده ۱۸ (۳)). همچنین اساسنامه پیش‌بینی کرده است که در صورت واگذاری تحقیقات به دولت صلاحیتدار، دادستان می‌تواند از آن دولت بخواهد که وی را به‌صورت دوره‌ای از پیشرفت تحقیقات مطلع گرداند (ماده ۱۸(۴)).

---

شهود یا متهم و لزوم دستیابی به ادله؛ ع- شیوه انجام تحقیقات؛ ۷- رفتار مقامات قضائی. برای اطلاع از پرونده‌های مربوط به صفحه ۷۸۰ همان منبع مراجعه شود.

۴۴. همان، ص ۷۸۰ به بعد.

۴۵. شبت، ا. ویلیام، پیشین، ص ۱۳۸.

## ۸- نقش شعبه مقدماتی دیوان در ارتباط با موارد فوق‌العاده تحقیق

چنانچه دادستان به این نتیجه برسد که انجام یک تحقیق فرصتی استثنائی<sup>۴۶</sup> را به‌منظور استماع شهادت شهود و یا اخذ شهادت‌نامه از یک شاهد و یا اخذ توضیح از وی و یا جمع‌آوری و یا بررسی ادله فراهم می‌سازد، به‌نحوی که اگر آن تحقیق صورت نگیرد، انجام آن بعداً امکان‌پذیر نخواهد بود، دادستان باید شعبه مقدماتی را از این امر مطلع سازد (بند (الف) ماده ۵۶). در این مورد و بنا به درخواست دادستان، شعبه مقدماتی دیوان، اقدامات لازم را به‌منظور اطمینان از حسن جریان تحقیق و خصوصاً حفظ حقوق متهم به عمل خواهد آورد (ماده ۵۶ (ب)). اقداماتی که دادستان می‌تواند برای حصول اطمینان از حسن جریان تحقیق به عمل آورد در بند (۲) ماده ۵۶ تصریح شده است.

چنانچه دادستان تدابیر لازم را در مورد فوق به عمل نیاورد، لکن شعبه مقدماتی اتخاذ آن تدابیر را به‌منظور حفظ ادله‌ای که در مقام دفاع و جریان محاکمه نقش اساسی و قاطعی دارد، لازم بداند، در این خصوص از دادستان توضیح خواهد خواست و چنانچه قصور دادستان را در این زمینه احراز نماید، خود اقدامات را به عمل خواهد آورد. تصمیم شعبه مقدماتی از سوی دادستان قابل تجدیدنظرخواهی خواهد بود.

ماده ۵۶ اساسنامه رم تحت عنوان «نقش شعبه مقدماتی در رابطه با فرصت استثنائی تحقیق» به دسته‌بندی نظام حقوق نوشته در خصوص «اقدامات قاطع و غیرقابل تکرار» یا «جمع‌آوری ادله مورد انتظار» و همچنین به دسته‌بندی نظام حقوق کامن‌لا مبنی بر سؤال از شاهد طرف مقابل در مورد شاهی که در هنگام محاکمه حاضر نیست (شهادت‌نامه‌ها)، اشاره دارد. فلسفه ماده ۵۶ در مورد جمع‌آوری ادله‌ای است که به لحاظ ماهیت آنها، امکان تهیه و فراهم کردن مجدد آنها در هنگام دادرسی کاملاً وجود ندارد (نظیر نبش قبر گسترده)،<sup>۴۷</sup> یا برای دستیابی به آنها نیاز است که اقدامات فوق‌العاده‌ای برای حفظ ادله به عمل آید. اتخاذ اقدامات فوق‌العاده تنها در اختیار دادستان نیست، بلکه دادگاه نیز به‌عنوان یک ارگان بی‌طرف در این امر دخالت می‌نماید.

46. Unique investigation opportunity

۴۷. در پرونده جمهوری دموکراتیک کنگو که در حال حاضر در دیوان بین‌المللی کیفری مطرح و در حال رسیدگی است، دادستان دیوان، از شعبه اول بدوی دیوان درخواست اقدامات لازم به‌موجب ماده ۵۶ را به عمل آورد. این درخواست مربوط به انجام آزمایشات پزشکی قانونی بود. رک.

Decision on the Prosecutor's request for Measures under Article 56, Situation in the Democratic Republic of Congo (ICC-01/04), Pre-Trial Chamber I, 26 April 2005.

## ۹- تأیید اتهامات مندرج در کیفرخواست

یکی از ساز و کارهای پیش‌بینی شده در اساسنامه رم، برگزاری جلسه مربوط به تأیید اتهامات<sup>۴۸</sup> از سوی شعبه مقدماتی قبل از برگزاری جلسه محاکمه است. فلسفه تأیید کیفرخواست این است که اتهامات وارده از نظر استحکام و اعتبار، علی‌الظاهر (prima facie)<sup>۴۹</sup> قابل طرح باشد.<sup>۵۰</sup> این جلسه به‌منظور تأیید اتهاماتی که دادستان رسیدگی به آنها را تقاضا کرده، تشکیل می‌شود. این شیوه را «نظام تأیید اتهامات»<sup>۵۱</sup> می‌خوانند.

شعبه مقدماتی می‌تواند این جلسه را به دو صورت برگزار کند. جلسه با حضور متهم و وکیل او و دادستان تشکیل شود یا بدون حضور متهم تشکیل شود. در صورتی که متهم به دیوان تحویل شده و یا داوطلبانه در دیوان حضور یافته است، شعبه مقدماتی موظف است جلسه‌ای به‌منظور تأیید اتهاماتی که دادستان رسیدگی به آنها را درخواست کرده، تشکیل دهد. این جلسه با حضور دادستان، متهم و وکیل وی تشکیل خواهد شد (ماده ۶۱ (۱) اساسنامه دیوان). البته، نظام تأیید اتهامات نباید منجر به محاکمه مظنون قبل از محاکمه اصلی<sup>۵۲</sup> گردد.

شعبه مقدماتی می‌تواند با رعایت شرایط بند (۲) ماده ۶۱، جلسه‌ای را بدون حضور متهم و درغیاب وی، به‌منظور تأیید اتهاماتی که دادستان رسیدگی به آنها را تقاضا کرده، تشکیل دهد و آن در مواردی است که متهم حق حضور خود را ساقط کرده باشد؛ متهم فرار کرده یا پیدا نشده و همه اقدامات لازم برای اطمینان از حضورش در دیوان و اطلاع او از اتهامات انتسابی و جلسه‌ای که به‌منظور تأیید آن اتهامات تشکیل می‌شود، صورت گرفته باشد. در این صورت، چنانچه شعبه مقدماتی این حضور را در راستای منافع عدالت بداند، وکیل به نمایندگی از طرف متهم در جلسه حاضر می‌شود (قسمتهای (الف) و (ب) بند (۲)). البته، قبل از این جلسه باید نسخه‌ای از اتهامات و ادله اثبات آنها در اختیار متهم و شعبه مقدماتی قرار گیرد (قسمت (الف) و (ب) بند (۳) ماده ۶۱). همچنین، دادستان می‌تواند اتهامات را اصلاح و یا مسترد دارد. در این صورت نیز دادستان باید متهم را نسبت به اصلاح یا استرداد اتهامات مطلع نماید (بند (۲) ۴ ماده ۶۱). شعبه مقدماتی در جلسه مربوط به تأیید اتهامات به چند صورت تصمیم‌گیری می‌کند؛ ادله دادستان را در جهت اثبات اتهامات مورد بررسی قرار می‌دهد و در صورتی که ادله جهت احراز ارتکاب جرم از ناحیه

۴۸. جلسه رسیدگی به اتهامات به‌موجب اساسنامه شبیه جلسه رسیدگی مقدماتی به‌موجب آئین دادرسی در نظام کامن‌لا است.

۴۹. قاضی مک دونالد در رأی خود در پرونده Kordic and others بیان داشت که به‌منظور تأیید کیفرخواست، علی‌الظاهر ضوابط قانونی رعایت شده است؛ به این معنی که دلایلی معتبر وجود دارد که چنانچه توسط متهم مورد خدشه واقع نشود، مبنای کافی برای محکوم کردن متهم به اتهام می‌باشد (بند ۱۱۲۳).

50. Kuniji Shibahara in Triffterer Otto. *op.cit.*, p.784 Margin 1.

51. Confirmation Hearing System

52. Trial before Trial

متهم کافی باشد، آنها را تأیید و شخص را به منظور محاکمه در خصوص اتهامات تأیید شده به شعبه بدوی اعزام و چنانچه ادله مذکور برای اثبات اتهام کفایت نکند، از تأیید اتهامات خودداری می نماید (بند (۷) ماده ۶۱).<sup>۵۳</sup> البته، شعبه مقدماتی می تواند راه حل دیگری را نیز انتخاب نماید و آن اینکه، تشکیل جلسه را به تعویق اندازد و از دادستان بخواهد ادله بیشتری ارائه و یا تحقیقات مفصل تری راجع به اتهام خاصی انجام دهد و یا اینکه با توجه به ادله ارائه شده از سوی دادستان، اصلاح اتهامات را درخواست کند (قسمتهای (الف) و بند (ج) ماده (۶۱)). حتی ممکن است قاضی تأییدکننده، طبقه بندی متفاوتی از جرایم ارائه نماید.

عدم تأیید اتهام از جانب شعبه مقدماتی مانع از درخواست مجدد دادستان برای تأیید آن اتهام نخواهد بود چنانچه دادستان به ادله جدیدی در این خصوص دست یابد. بعد از تأیید اتهامات از سوی شعبه مقدماتی و قبل از شروع محاکمه، دادستان می تواند ضمن اطلاع به متهم نسبت به اصلاح اتهامات اقدام نماید. چنانچه دادستان قصد افزایش اتهامات یا جایگزینی آنها را با اتهامات مهم تری داشته باشد، مجدداً باید جلسه ای را به منظور تأیید اتهامات تشکیل دهد. پس از شروع محاکمه، دادستان با جلب نظر شعبه مقدماتی می تواند اتهامات را مسترد دارد (بند (۹) ماده ۶۱).

پس از تأیید اتهامات از سوی شعبه مقدماتی، مطابق ماده ۶۱، هیأت رئیسه باید پرونده را جهت رسیدگی به مراحل بعدی به یک شعبه بدوی ارجاع دهد (ماده ۶۱ (۱۱)).

در آیین دادرسی دو دیوان موقت، هیچ گونه مقرراتی در خصوص برگزاری «جلسه استماع مقدماتی» پیش بینی نشده است.<sup>۵۴</sup> به نظر می رسد این ویژگی از نظام دادرسی توافعی به اساسنامه رم وارد شده است که در این نظام یکی از ضمانت های اساسی حفظ حقوق متهم است. در اساسنامه دیوان های موقت رویه مشابهی وجود دارد که به نام «بازنگری در کیفرخواست»<sup>۵۵</sup> معروف است؛ به موجب این رویه، پرونده نزد یک قاضی شعبه بدوی و نه شعبه مقدماتی ارسال می گردد.<sup>۵۶</sup> تفاوتی که در نظام تأیید اتهامات دو دیوان وجود دارد این است که در دیوان بین المللی کیفری، ابتدا حکم جلب صادر می شود و متهم دستگیر می شود و سپس بعد از دستگیری و تحویل متهم، شعبه مقدماتی اتهامات را رسیدگی می کند.<sup>۵۷</sup>

ماده ۱۹ اساسنامه دیوان بین المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق (ماده ۱۸ اساسنامه دیوان بین المللی کیفری برای رواندا) آیین نظارت بر کیفرخواست را مشخص می کند. ماده مزبور

53. Cassese Antonio, *op.cit.*, p.416; See also Rules of the Court 121- 6.

54. Schabas. A. William, *op.cit.*, p.114.

55. Review of the indictment

۵۶. مواد ۱۸ (۴) و ۱۷ (۹) اساسنامه دیوان یوگسلاوی سابق و رواندا به ترتیب.

57. Kuniji Shibahara, in Triffterer Otto. *op.cit.*, margin 4.

مقرر می‌دارد: «چنانچه قاضی متقاعد شود که پرونده‌ای وجود دارد کیفرخواست باید تأیید شود، چنانچه قاضی متقاعد نشود کیفرخواست باید رد شود».<sup>۵۸</sup> ماده ۴۷ آیین دادرسی و ادله به تفصیل رویه‌ای که برای نظارت بر کیفرخواست باید رعایت شود را مشخص می‌کند. هدف ساز و کار نظارت بر کیفرخواست این است که مشخص شود آیا دلایل کافی برای انتقال از مرحله تحقیق به محاکمه وجود دارد یا خیر؟

### نتیجه‌گیری

نظارت قضائی بر تشخیص دادستان دیوان، هرچند ممکن است به استحکام و اتقان رسیدگی‌های بین‌المللی بینجامد و اهمیت محاکمات بین‌المللی نیز بررسی دقیق آنها را اقتضا می‌نماید، لکن ممکن است موجبات اطاله دادرسی را نیز فراهم نماید. اطاله دادرسی در سطح بین‌المللی می‌تواند به تهدید صلح و امنیت بین‌المللی منجر شود. ازاین‌رو، در رسیدگی‌های بین‌المللی، باید سعی شود که نظارت و کنترل در کوتاه‌ترین زمان ممکن صورت گیرد تا فرصت ارتکاب جرایم بیشتر را از مجرمان بین‌المللی سلب نماید. یکی از علل موفقیت نهادهای تعقیب در دیوان‌های بین‌المللی کیفری موقت، عدم لزوم جلب‌نظر یک نهاد قضائی برای شروع به تحقیق و تعقیب در مورد یک وضعیت خاص بوده است؛ زیرا، براساس اساسنامه دیوان‌های موقت، دادستان دیوان برای شروع به تحقیق و تعقیب اختیارات وسیعی دارد و در عملکرد خود کاملاً مستقل است. پیش‌بینی نظارت قضائی بر تشخیص دادستان برای شروع به تحقیق و تعقیب نباید موجبات ناکارآمدی دیوان را فراهم نماید. به‌طوری‌که جامعه بین‌المللی از اجرای عدالت کیفری در خصوص بزهکاران بین‌المللی مأیوس و ناامید گردد.

---

58. On the standard to be applied by the reviewing judge, see D. Hunt, The meaning of a Prima Facie Case, for the purposes of Confirmation, in R. May *et al.*, (eds.), Essays on the ICTY Procedure and Evidence- In honour of Gabrielle Kirk McDonald (The Hague: Kluwer, 2001), at 137-149.



## حقوق بشر در سرزمینهای اشغالی

دکتر هاجر سیاه‌رستمی\*

### چکیده

یکی از موضوعات مطرح در خصوص معاهدات حقوق بشری، مسئله اجرای فراسرزمینی این معاهدات است. سؤال این است که آیا دولتها ملزم به رعایت تعهدات حقوق بشری خود در برابر اعمال نیروهای مسلحشان در جریان درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی و به خصوص اشغال نظامی هستند و در این زمینه مسئولیت دارند یا خیر؟

پاسخ نگارنده این مقاله آن است که تعهدات حقوق بشری دولتها در سرزمینهای اشغالی و زمانی که در مقام اشغالگری قرار می‌گیرند هم لازم‌الرعايه است.

برای اثبات این فرضیه، سه متغیر مورد بررسی قرار گرفته است: اول قلمرو زمانی اجرای قواعد حقوق بشر و حقوق بشردوستانه، دوم تفسیر شروط صلاحیتی معاهدات حقوق بشری از رهگذر عملکرد نهادهای جهانی و منطقه‌ای حقوق بشر و در نهایت نقش کنترل مؤثر به‌عنوان پیش شرط اجرای مقررات حقوق بشر.

نتیجه بررسی فوق این است که علی‌رغم آنکه مقررات حقوق بین‌الملل بشردوستانه برای حکومت بر وضعیتهای درگیری مسلحانه و اشغال نظامی تنظیم شده‌اند، اما اجرای مقررات حقوق بشر در این وضعیتها، حتی در سرزمینهای اشغالی، متوقف نمی‌شود و این مقررات جهانشمول خلأها و کاستی‌های حقوق بشردوستانه را برطرف می‌کند.

**واژگان کلیدی:** معاهدات حقوق بشری، گستره زمانی، صلاحیت دولتها، اجرای فراسرزمینی معاهدات، سرزمینهای اشغالی، رویه محاکم بین‌المللی، نهادهای حقوق بشری، نظریه کنترل مؤثر.

---

\*. عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی، h17e@yahoo.com

## مقدمه

یکی از موضوعات مورد نظر در حقوق بین الملل معاهدات، مسئله گستره اجرای معاهدات بین المللی است. سؤالی که در این زمینه طرح می شود این است که آیا تعهدات دولتها برطبق معاهدات بین المللی فقط در محدوده سرزمین تحت حاکمیت ملی آنها لازم الاجراست یا این تعهدات می توانند واجد آثار فراسرزمینی هم باشند. این موضوع تحت عنوان «اجرای فراسرزمینی معاهدات» مورد بحث واقع می شود.

از جمله مسائل چالش برانگیز در چارچوب موضوع اجرای فراسرزمینی معاهدات، موضوع اجرای فراسرزمینی معاهدات حقوق بشری است. سؤال این است که آیا تعهدات حقوق بشری دولتها برطبق اسناد بین المللی حقوق بشر، محدود به سرزمین ملی آنهاست یا به هر سرزمینی که دولتها در آن به اعمال صلاحیت پردازند، تسری می یابد. این سؤال به خصوص در زمینه عملکرد نیروهای مسلح دولتها در خارج از کشور خود و در جریان درگیری های مسلحانه بین المللی، اشغال نظامی و عملیات حفظ و اجرای صلح مطرح می شوند. آیا دولتها ملزم به رعایت تعهدات حقوق بشری خود در برابر اعمال نیروهای مسلحشان در وضعیتهای پیش گفته هستند یا خیر؟ این مقاله به بررسی بخشی از این سؤال، یعنی رعایت تعهدات حقوق بشری دولتها در زمان اشغال نظامی می پردازد. سؤال این است که آیا مقررات حقوق بشر در سرزمین های اشغالی لازم الرعایه است؟ به تعبیر دیگر آیا دولت اشغالگر مکلف به رعایت تعهدات حقوق بشری خود در سرزمین های اشغالی هست یا نه؟

دو مبنای برای طرح این پرسش وجود دارد. نخست اینکه در جهان مدرن امروز، دولتها این توان را دارند که با اعزام سریع و مؤثر نیروهای مسلح خود به سراسر جهان و انجام عملیات نظامی و شبه نظامی در سرزمینهای دور و نزدیک، بر بهره مندی افراد و ساکنان این سرزمینها از حقوق بشر تأثیر بگذارند. در نتیجه این سؤال مطرح می شود که آیا چنین عملکردهایی خارج از حوزه تعهدات حقوق بشری کشورهاست یا خیر؛ مبنای دوم، اشغال طولانی مدت سرزمینهای فلسطینی توسط رژیم اشغالگر قدس (از سال ۱۹۶۷ تاکنون) و اصرار این رژیم مبنی بر عدم قابلیت اجرای تعهدات حقوق بشری در سرزمینهای اشغالی فلسطین است که باعث شده موضوع حقوق بشر در سرزمینهای اشغالی، برای سالها موضوع بحث و استدلال حقوقی بین رژیم اشغالگر قدس و نهادها و محاکم حقوق بشری باشد.

این سؤال که آیا چنین عملکردهایی خارج از حوزه تعهدات حقوق بشری کشورهاست یا نه، پرسشی است که برای محاکم و ساز و کارهای بین المللی حقوق بشری هم مطرح شده است. فایده پاسخگویی به این پرسش در تعیین گستره حمایت های حقوق بشری از سکنه سرزمینهای اشغالی و امکان مراجعه به محاکم بین المللی و نهادهای نظارتی حقوق بشری در صورت نقض

تعهدات دولتها در این زمینه است که حاصل آن تقویت حمایت‌های حقوق بشری از جمعیت سرزمین اشغالی است.

در پاسخ به این پرسش دو نظریه وجود دارد: نظر اول معتقد به عدم اجرای تعهدات حقوق بشری کشورها در زمان اشغال نظامی و در سرزمین اشغالی است که علی‌الاصول دولتهای اشغالگر به‌خصوص رژیم اشغالگر قدس از آن حمایت می‌کنند و نظر دوم به لزوم اجرای تعهدات حقوق بشری در سرزمین‌های اشغالی اعتقاد دارد. فرضیه مقاله این است که علی‌الاصول تعهدات حقوق بشری دولتها در سرزمین‌های اشغالی هم لازم‌الرعايه است.

متغیرهایی که برای اثبات این فرضیه مورد بررسی قرار می‌گیرند، مشتمل بر سه مبنای حقوقی است که در تعیین قلمرو اجرای معاهدات حقوق بشری در سرزمین‌های اشغالی مؤثر هستند و عبارتند از:

نخست، قلمرو زمانی اجرای قواعد حقوق بشر و حقوق بشردوستانه؛ دوم، تفسیر شروط صلاحیتی معاهدات حقوق بشری در تعیین قلمرو اجرای آنها؛ و سوم، نقش کنترل مؤثر بر سرزمین اشغالی به‌عنوان شرط لازم برای اجرای مقررات حقوق بشر.

مسئله نخست، تحت عنوان محدودیت گستره زمانی اجرای معاهدات حقوق بشری؛ مسئله دوم، تحت عنوان نقش صلاحیت دولتها در تعیین گستره اجرای معاهدات حقوق بشری؛ و مسئله سوم، تحت عنوان نقش کنترل مؤثر در تعیین گستره اجرای معاهدات حقوق بشری مورد بحث قرار می‌گیرند. در بررسی هریک از این مبانی، پس از طرح مبنای مورد نظر، نخست دلایل مخالفت با گسترش قلمرو اجرای معاهدات حقوق بشری در زمان اشغال و سپس دلایل موجود در رد مخالفتها را بررسی خواهیم کرد.

## فصل اول

### محدودیت گستره زمانی اجرای معاهدات حقوق بشری

#### گفتار اول

#### نظریه اجرای محدود حقوق بشر

این نکته روشن است که حقوق بشردوستانه و حقوق بشر دو شاخه مجزا از حقوق بین‌الملل هستند و قلمرو اجرای آنها متفاوت است. درخصوص رابطه بین این دو شاخه حقوق بین‌الملل اختلاف‌نظرهای بسیاری وجود داشته و دارد. دیدگاه سنتی معتقد است که حقوق بشر در زمان صلح اجرا می‌شود و حقوق بشردوستانه به‌عنوان قانون خاص (Lex Specialis) در زمان جنگ اعمال و مانع اجرای حقوق بشر می‌گردد. دیدگاه دیگر و جدیدتر این است که حقوق

بشر و حقوق بشردوستانه به‌طور هم‌زمان در زمان جنگ اجرا می‌شوند. رژیم اشغالگر قدس با استناد به دیدگاه سنتی، معتقد است حقوق بشر در چارچوب روابط عادی میان حکومت، دولت، شهروندان و جمعیت داخلی ایجاد شده و قواعد آن انحصاراً در زمان صلح بین یک دولت و اتباع خود قابل اجراست. در مقابل حقوق بشردوستانه که هدف آن ایجاد تعادل بین ضرورت‌های نظامی و ملاحظات انسانی است، اختصاصاً برای وضعیت‌های درگیری مسلحانه ایجاد شده و در این وضعیت‌ها فقط حقوق بشردوستانه قابل اعمال است. در سرزمین‌های اشغالی نیز فقط مقررات حقوق بین‌الملل بشردوستانه که اختصاصاً برای وضعیت سرزمین‌های اشغالی ایجاد شده، حاکم است.

## گفتار دوم

### تحلیل نظریه اجرای محدود حقوق بشر

مخالفان استدلال رژیم اشغالگر قدس در مقابل معتقدند که حقوق بشر و حقوق بشردوستانه هر دو به‌طور هم‌زمان در سرزمین‌های اشغالی قابل اجرا می‌باشند. به‌نظر آنها شناسایی پیوند همیشگی بین «بلای جنگ» و «نقض حقوق بشر» در منشور ملل متحد<sup>۱</sup> منجر به توسعه یک پارادایم تئوریک جدید شده که دو رژیم جنگ و صلح را که تاکنون از هم جدا تلقی می‌شده در هم آمیخته است. به‌نظر این گروه، حقوق بشردوستانه جایگزین حقوق بشر در زمان جنگ نمی‌شود بلکه استثنائی بر اجرای کامل مقررات حقوق بشر است. مبنای این هر دو رشته حقوق هم کرامت انسان و لزوم حفظ و احترام آن است.

اولین کنفرانس بین‌المللی حقوق بشر که در سال ۱۹۶۸ در تهران برگزار شد، بدون توجه به ادعای رژیم اشغالگر قدس مبنی بر تفکیک حقوق صلح از حقوق جنگ، از آن رژیم خواست «هم کنوانسیون‌های ژنو و هم اعلامیه جهانی حقوق بشر را در سرزمین‌هایی که از سال ۱۹۶۷ در اشغال دارد به اجرا بگذارد».<sup>۲</sup> قطعنامه XXIII با نام «رعایت حقوق بشر در درگیری‌های مسلحانه»<sup>۳</sup> که در قالب قطعنامه (۱۹۶۸) ۲۴۴۴ مجمع عمومی تأیید و تکرار شد، از دبیرکل خواست گزارشی در مورد تدابیر لازم برای افزایش حمایت از همه افراد در زمان درگیری‌های

۱. در مقدمه منشور ملل متحد آمده است: «ما مردم ملل متحد با تصمیم به محفوظ داشتن نسل‌های آینده از بلای جنگ که دوبار در مدت یک عمر انسانی افراد بشر را دچار مصائب غیرقابل بیان نموده و با اعلام مجدد ایمان خود به حقوق اساسی بشر و به کرامت و ارزش شخصیت انسان ...».

2. Resolution 1 (Respect and Enforcement of Human Rights in the Occupied Territories), Final Act of the International Conference on Human Rights 13 May 1968, UN.Doc.A/conf.32/41.

3. Resolution XXIII (Human Rights in Armed Conflicts), *supra* note.

مسلحانه ارائه دهد. در گزارش‌هایی که دبیرکل در پی این درخواست ارائه کرد<sup>۴</sup> و در قطعنامه‌های مجمع عمومی که این گزارش را تصویب و تکرار نمودند، روشن شد که جامعه بین‌المللی تفکیک سنتی بین حقوق بشر و حقوق بشردوستانه را نمی‌پذیرد و معتقد است هر دو در زمان درگیری مسلحانه به‌طور کلی و در زمان اشغال به‌طور خاص اجرا می‌شوند. هرچند این قطعنامه‌ها از لحاظ حقوقی الزام‌آور نیستند و از ضمانت‌اجرایی برخوردار نمی‌باشند، اما از آنجا که نشان‌دهنده اعتقاد جامعه بین‌المللی به موضوع لزوم رعایت حقوق بشر در سرزمین‌های اشغالی هستند، حایز اهمیت می‌باشند.

## فصل دوم

### نقش صلاحیت دولتها در تعیین گستره اجرای معاهدات حقوق بشر

#### گفتار اول

#### نظریه صلاحیت به‌عنوان عاملی در محدود کردن گستره

#### اجرای معاهدات حقوق بشر

این نظریه مبین آن است که شروط تعیین‌کننده قلمرو اجرا در معاهدات حقوق بشری باید مضیق تفسیر شوند، به‌نحوی که فقط اشخاص حاضر در سرزمین تحت حاکمیت دول عضو و یا دیگر مناطق مشمول قوانین آنها را شامل بشود. این موضع، منطبق با اصل مندرج در ماده ۲۹ کنوانسیون حقوق معاهدات است که می‌گوید:

«یک معاهده بر هر عضو نسبت به کل سرزمین آن الزامی است، مگر اینکه قصد دیگری از

معاهده استنباط شود یا طور دیگری ثابت شود».

رژیم اشغالگر قدس معتقد است دو معاهده حقوق بشری که در آنها شرط صلاحیت نیامده، یعنی میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان، فقط بر سرزمین دولتهای عضو (یعنی افرادی که در آن سرزمین اشغالی زندگی می‌کنند) اعمال می‌شود. در مورد سایر معاهدات حقوق بشری که واجد شرط صلاحیت هستند یعنی ماده (۱) ۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، ماده ۳ کنوانسیون رفع تبعیض نژادی، ماده (۱) ۲ کنوانسیون منع شکنجه و ماده (۱) ۲ کنوانسیون حقوق کودک، صلاحیت باید تفسیر مضیق شود به‌نحوی که فقط مناطق داخل در قلمرو حاکمیت ملی را که مشمول قوانین داخلی هستند شامل شود.

---

4. UN Secretary-General, Respect for Human Rights in Armed Conflicts, UN Doc.A/7720 (1969); UN Secretary-General, Respect for Human Rights in Armed Conflicts, UN Doc.A/8052 (1970).

## گفتار دوم

### بررسی نظریه صلاحیت به عنوان عاملی در محدود کردن گستره اجرای معاهدات حقوق بشر

نظریه مطرح شده درخصوص تفسیر مضیق شرط صلاحیتی معاهدات حقوق بشر، به دلایل متعدد رد شده است. این دلایل، که در زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد عبارتند از: نخست، حقوق معاهدات با تفسیر مقررات صلاحیتی که چهار کنوانسیون از شش کنوانسیون حقوق بشری را (دو کنوانسیون فاقد شرط صلاحیتی هستند) و نیز تفسیر ماده ۲۹ کنوانسیون وین حقوق معاهدات؛ دوم، رویه محاکم و نهادهای بین‌المللی حقوق بشری؛ و سوم، رویه دیوان عالی رژیم اشغالگر قدس؛ همگی از تفسیر موسع شرط صلاحیت حمایت می‌کنند.

#### الف- در پرتو حقوق معاهدات

##### ۱- زبان مقررات صلاحیتی

چهار معاهده میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، کنوانسیون رفع تبعیض نژادی، کنوانسیون منع شکنجه و کنوانسیون حقوق کودک از واژه صلاحیت<sup>۵</sup> برای توصیف قلمرو اجرا بهره گرفته‌اند.<sup>۶</sup> دو مورد از آنها یعنی ماده ۳ کنوانسیون رفع تبعیض نژادی و ماده (۱) ۲ کنوانسیون منع شکنجه اعلام کرده‌اند که تعهدات دول عضو، سرزمینهای تحت صلاحیت آنها<sup>۷</sup> را دربرمی‌گیرد. ماده ۱ (۲) کنوانسیون حقوق کودک هم از لزوم اعمال کنوانسیون توسط دولتها بر تمام کودکانی که در صلاحیت دول متعاقد هستند سخن می‌گوید، یعنی معیار شخصی را به جای معیار سرزمینی به کار می‌برد. به این ترتیب در مورد کنوانسیون رفع تبعیض نژادی، کنوانسیون منع شکنجه و کنوانسیون حقوق کودک مشکلی وجود ندارد؛ زیرا این معاهدات اجرای خود را مشروط به صلاحیت کرده‌اند. گرچه می‌توان گفت که قلمرو اجرای کنوانسیون حقوق کودک وسیع‌تر از کنوانسیون رفع تبعیض نژادی و کنوانسیون منع شکنجه است، چون این سند همه افراد مشمول صلاحیت دول عضو را دربرمی‌گیرد.

5. Jurisdiction

۶. دو کنوانسیون میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان واجد شرط صلاحیت نیستند.

7. Territories under their jurisdiction

گرچه دو کنوانسیون میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان واجد شروط صلاحیتی نیستند، اما طبق اصل اتحاد و یکپارچگی<sup>۸</sup> که از اصل تقسیم ناپذیری<sup>۹</sup> حقوق بشر برمی‌آید می‌توان آنها را مشمول رژیم صلاحیتی حاکم بر معاهدات نظیر آنها قرار داد. کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان با کنوانسیون رفع تبعیض نژادی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با کنوانسیون حقوق کودک شباهت بسیار دارند و اگر ثابت شود که طبق حقوق بین‌الملل عرفی، معاهدات حقوق بشری بر همه سرزمین‌های تحت صلاحیت یک دولت اعمال می‌شود، در آن صورت این قاعده بر هر شش معاهده اعمال می‌گردد.

ماده (۲۱) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی می‌گوید: «دولتهای طرف این میثاق متعهد می‌شوند که حقوق شناخته شده در این میثاق را درباره کلیه افراد مقیم در قلمرو و مشمول صلاحیتشان بدون هیچ‌گونه تبعیض از حیث نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا عقاید دیگر، اصل منشأ ملی یا اجتماعی، ثروت، نسب یا سایر وضعیت‌ها رعایت کرده و تضمین کنند».

تفسیر شرط صلاحیت مندرج در این ماده اهمیت بسیار دارد و این به دلیل موقعیت خاص میثاق حقوق مدنی و سیاسی در میان اسناد حقوق بشری است. سؤال اصلی این است که با توجه به استفاده از حرف ربط «و» برای اتصال سرزمین و صلاحیت در متن ماده، آیا دو شرط ابراز شده در ماده (۲۱) یعنی- سرزمین و صلاحیت- مرتبط هستند یا منفصل؟

در صورتی که قایل به برداشت اتصالی این دو باشیم، یعنی معتقد باشیم میثاق بر افرادی اعمال می‌شود که «هم داخل در سرزمین و هم مشمول صلاحیت» دول عضو باشند در این صورت میثاق نسبت به افرادی که خارج از سرزمین دول عضو هستند اجرا نمی‌شود. اما در صورتی که قایل به برداشت انفصالی از دو شرط سرزمین و صلاحیت باشیم، میثاق بر همه افرادی که یا داخل در سرزمین و یا مشمول صلاحیت دولت عضو هستند اعمال می‌شود و این به معنای تأیید اجرای فراسرزمینی میثاق است.

برخی از حقوقدانان قایل به تفسیر مضیق این شرط هستند اما اغلب حقوقدانان تفسیر موسع را می‌پذیرند و معتقدند این دو واژه «سرزمین و صلاحیت» در ماده (۲۱) میثاق در حقیقت اتصال منفصل<sup>۱۰</sup> دارند و همه افرادی که یا در قلمرو سرزمین دول عضو یا مشمول صلاحیت آن هستند، مشمول مقررات و حمایت‌های میثاق می‌شوند. این تفسیر انفصالی مورد تأیید متن ماده ۱ پروتکل اول اختیاری هم هست که به کمپته حقوق بشر اجازه می‌دهد مکاتبات رسیده از افراد مشمول صلاحیت

---

8. Uniformity

9. Indivisibility

10. Disjunctive conjunction

دولتهای عضو را بدون توجه به ارتباط آنها با سرزمین بررسی کند. از آنجا که حق شکلی مکاتبه نمی‌تواند از حق ماهوی بهره‌مندی از حمایت طبق میثاق فراتر برود، به‌نظر عجیب می‌رسد که ماده ۱ پروتکل الحاقی را وسیع‌تر از ماده (۱) ۲ میثاق بدانیم. این تفسیر مورد تأیید کمیته حقوق بشر و دیوان بین‌المللی دادگستری هم هست که در بخش دیگر به آن خواهیم پرداخت.

نهایتاً در مورد میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در متن معاهده و در رویه کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نشانه‌هایی هست که دلالت دارند، معاهده می‌تواند مناطق فراسرزمینی مشمول صلاحیت دول عضو را شامل شود. اما با توجه به ماهیت و ویژگی‌های حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی که نیازمند وجود سطح مشخصی از کنترل بر سرزمین مورد نظر است، دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی خود در قضیه دیوار حایل آستانه بالاتری را برای اجرای میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در نظر گرفت و داشتن کنترل سرزمینی را برای اجرای این میثاق لازم تلقی کرد.

اینک با توجه به آنچه که در مورد زبان شروط صلاحیتی کنوانسیون‌های حقوق بشری گفته شد، مناسب به‌نظر می‌رسد که به تفسیر ماده ۲۹ کنوانسیون وین هم توجه کنیم.

## ۲- تفسیر ماده ۲۹ کنوانسیون وین

ماده ۲۹ کنوانسیون وین می‌گوید:

«بجز در مواردی که از معاهده یا از قراین موجود قصد دیگری استنباط شود، معاهده هر یک از طرفها را در قبال کل سرزمینش ملتزم می‌کند».

همان‌طور که گفته شد رژیم اشغالگر قدس در تأیید نظر خود مبنی بر محدود بودن قلمرو اجرای کنوانسیون‌های حقوق بشری به سرزمین ملی دول عضو، به ماده ۲۹ پیش‌گفته استناد می‌کند و معتقد است براساس این ماده معاهدات بین‌المللی اصولاً بر سرزمین ملی یک کشور اعمال می‌گردد و نه بر مناطق فراسرزمینی. نظر مخالف این است که ماده ۲۹ کنوانسیون وین به حداقل قلمرو اجرای کنوانسیون - کل سرزمین کشور - اشاره کرده و هیچ چیزی در این ماده مانع اجرای فراسرزمینی معاهدات نیست. به‌نظر می‌رسد دیدگاه دوم بیشتر قابل قبول باشد.<sup>۱۱</sup> به‌علاوه حتی اگر این فرض را بپذیریم که ماده ۲۹، معاهدات را اصولاً در قلمرو سرزمین ملی دول عضو لازم‌الاجرا می‌داند، باز هم می‌توان این فرض را در مورد معاهدات حقوق بشری به‌واسطه ماهیت خاص تعهدات مندرج در این معاهدات مورد تردید قرار داد.

11. Special rapporteur (H. Waldock), Sixth Report on the Law of Treaties, UN Doc.A/CN.4/186 and Add.1-1(1986), 1966Y.B.Int'l L.comm.51, 64-66.



## ب- در پرتو رویه بین‌المللی<sup>۱۲</sup>

### ۱- رویه نهادهای قراردادی حقوق بشر

#### ۱-۱- رویه نهادهای جهانی قراردادی حقوق بشر

منظور از نهادهای قراردادی جهانی حقوق بشر، نهادهای نظارتی هستند که در هفت کنوانسیون اصلی حقوق بشر برای نظارت بر حسن اجرای معاهده توسط دولتهای عضو و بعضاً دریافت و رسیدگی به شکایات افراد در صورت نقض این معاهدات از سوی دولتها، ایجاد شده‌اند. این نهادها شامل کمیته حقوق بشر، کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، کمیته رفع تبعیض از زنان، کمیته حقوق کودک، کمیته محو هر نوع تبعیض نژادی،<sup>۱۳</sup> کمیته مقابله با شکنجه و اخیراً کمیته حمایت از کارگران مهاجر است.

همان‌طور که گفته شد ماده (۱) ۲ میثاق حقوق مدنی و سیاسی، دولتهای عضو را ملزم می‌کند حقوق مندرج در این میثاق را برای همه افراد «داخل در سرزمین و مشمول صلاحیت خود» رعایت و تضمین کنند. کمیته حقوق بشر به‌عنوان نهاد ناظر و متولی میثاق حقوق مدنی و سیاسی، در موارد متعددی حکم به اجرای فراسرزمینی داده و اعلام کرده اعمال اقتدار دولتی بر افراد می‌تواند مشمول ماده ۱ پروتکل الحاقی به میثاق حقوق مدنی و سیاسی شود که می‌گوید: «کمیته می‌تواند مکاتبات افراد مشمول صلاحیت یک دولت عضو را که مدعی هستند قربانی تخلف آن دولت از هریک از حقوق مندرج در میثاق هستند، دریافت و بررسی کند».<sup>۱۴</sup>

آراء کمیته حقوق بشر در بررسی شکایات اتباع دول عضو گرچه لازم‌الاجرا و الزام‌آور

12. John Ceron, "Human dignity in the line of fire: the application of international human rights law during armed conflict, occupation and peace operations", *Vanderbilt Journal of transnational law*, 2006, pp.17-22.

13. Concluding observation of the committee on the elimination of racial discrimination: Israel, 19 Aug. 1994, para. 14, UN Doc. A/19/18(1994)-also Concluding observation of the committee on the elimination of racial discrimination: Israel, 30 March 1998., para. 12, UN Doc. کنوانسیون رفع تبعیض نژادی C/304/Add.45 (1998).

جالب توجه است که در نخستین نشست بررسی گزارش ادواری رژیم اشغالگر قدس در کمیته مقابله با تبعیض نژادی که در سال ۱۹۸۱ برگزار شد، اعضای کمیته در این مورد اختلاف نظر داشتند که آیا این رژیم باید در گزارش‌های خود به مسئله اجرای کنوانسیون در سرزمین‌های اشغالی هم بپردازد یا نه. دلیل اختلاف نظر این بود که برخی اعضاء احساس می‌کردند الزام رژیم مزبور به این گزارش‌دهی می‌تواند به منزله مشروعیت بخشیدن به اشغال باشد. برای اطلاع بیشتر از این مسئله مراجعه کنید به:

Report of the committee on the elimination of racial discrimination, G.A.O.R. Off. Rec., 36<sup>th</sup> Sess. Supp. No. 18 (A/36/88)(1981) 37-38.

سرانجام این نظر تفوق یافت که کنوانسیون گزارش‌دهی در مورد سرزمین‌های اشغالی را هم الزامی می‌داند. برای اطلاع بیشتر به اظهارنظر نهایی کمیته در مورد گزارشات ادواری رژیم اشغالگر قدس در سال‌های ۱۹۹۴ و ۱۹۹۸ (فوق‌الذکر) مراجعه کنید.

14. "receive and consider communications from individuals subject to its jurisdiction who claim to be victims of a violation by that state party of any of the rights set forth in the covenant".

نیستند اما اهمیت حقوقی بسیاری دارند؛ زیرا این کمیته مهم‌ترین نهاد بین‌المللی ناظر بر رعایت حقوق بشر و مسئول نظارت بر اجرای میثاق حقوق مدنی و سیاسی است.

مهم‌ترین آرائی که تاکنون کمیته در زمینه فراسرزمینی میثاق صادر کرده،<sup>۱۵</sup> آرائی است که در دو قضیه *Lopez Burgos v. Uruguay*<sup>۱۶</sup> و *Casario v. Uruguay*<sup>۱۷</sup> صادر شده‌اند. در هر دو، کمیته ادعای دولت اروگوئه مبنی بر اینکه فقط تخلفاتی که در قلمرو یک دولت عضو اتفاق می‌افتد مشمول میثاق و پروتکل الحاقی به آن می‌شود را رد کرده و می‌گوید: «اشاره ماده ۱ پروتکل الحاقی به افراد مشمول صلاحیت آن بر نتیجه‌گیری فوق تأثیری ندارد؛ زیرا این ماده نه به مکان وقوع تخلف بلکه به رابطه میان فرد و دولت درباره نقض هریک از حقوق مندرج در میثاق، در هر کجا که واقع شده باشد اشاره دارد... بی‌معناست که مسئولیت مندرج در ماده ۲ میثاق را طوری تفسیر کنیم که به یک دولت عضو اجازه ارتکاب تخلفاتی از میثاق را در سرزمین دولت دیگر بدهیم که نمی‌تواند در سرزمین خود مرتکب شود».<sup>۱۸</sup> این قضیه در اثبات اجرای فراسرزمینی معاهدات حقوق بشری اهمیت بسیار دارد.

همچنین در قضایای دیگری که به قضایای گذرنامه‌های اروگوئه‌ای<sup>۱۹</sup> معروف هستند<sup>۲۰</sup> کمیته رأی داد که امتناع مأموران کنسولی که در کنسولگری‌های یک کشور در خارج کار می‌کنند از تمدید گذرنامه‌های اتباع آن کشور که در خارج سکونت دارند، نوعی نقض مفاد میثاق است.

اخیراً کمیته حقوق بشر در نظریه کلی شماره ۳۱ خود که تحت عنوان «ماهیت تعهدات حقوقی کلی تحمیل شده بر دول عضو میثاق» به تاریخ ۲۶ می ۲۰۰۴<sup>۲۱</sup> صادر کرده، در پاراگراف (۱۰) موضع خود را مبنی بر اجرای فراسرزمینی میثاق مورد تأکید قرار داده و می‌گوید:

«۱۰- پاراگراف (۱) ماده ۲ دولتهای عضو را به رعایت و تضمین حقوق میثاق برای همه اشخاصی که ممکن است در سرزمین آنها باشند و همه افرادی که مشمول صلاحیت آنها هستند ملزم می‌کند. این به‌معنای آن است که هر دولت عضو باید حقوق مندرج در میثاق را برای هرکسی که مشمول قدرت یا تحت کنترل مؤثر آن است، حتی اگر در سرزمین آن دولت حضور

15. Oran Naftali and Yual Shany, *op.tic.*, pp.35-39.

16. *comm.R/12/52 Lopez Burgos v. Uruguay*, UN, Doc.A/36/40 (1981)176.

17. *comm.56/1979 Casario v. Uruguay*, UN.Doc.CCPR/C/OP/1(1984) 92.

18. *Burgos, op.cit.*, paras.122-123; *Casario, op.cit.*, paras.10.2-10.3.

19. *Uruguayan passports cases*

20. *comm.11/1980 Lichtenstein v. Uruguay*, UN Doc. CCPR/C/OP/2 (1990)102 (views adopted in 1993); *comm.R/13/57 Vidalmartins v. Uruguay*, U.N.Doc. Supp.No.40, A37/40(1982)157; *Comm.106/1981 Montero v. Uruguay*, U.N.Doc.CCPR/C/OP/2(1990)136 (Viewsadoptedin 1983); *comm..108/1981Varela Nunez v. Uruguay*, UN Doc.CCPR/C/19/P/108/1981(1983) 225.

21. General comment No.31(80),Nature of the general legal obligation imposed on states parties to the covenant, 26/05/2004-CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.(General comment).

نداشته باشد رعایت و تضمین کند. همان‌طور که در نظریه کلی شماره ۱۵ مصوب بیست و هفتمین نشست کمیته در سال ۱۹۸۶ آمده، بهره‌مندی از حقوق میثاق محدود به شهروندان دول عضو نیست بلکه باید برای همه افرادی که ممکن است خود را در سرزمین یا مشمول صلاحیت دولت عضو ببینند، از قبیل پناهندگان، پناهجویان، کارگران مهاجر و اشخاص دیگر، صرف‌نظر از تابعیت یا بی‌تابعیتی آنها، فراهم باشد». کمیته در ادامه نظر خود می‌گوید: «این اصل بر افرادی هم که خود را در اختیار یا تحت کنترل مؤثر نیروهای یک دولت عضو که در خارج از سرزمین آن دولت فعالیت می‌کنند ببینند، صرف‌نظر از شرایطی که تحت آن این قدرت یا کنترل مؤثر به دست آمده، نظیر نیروهایی که گروه ملی اعزامی یک دولت عضو به یک عملیات بین‌المللی حفظ صلح یا اجرای صلح را تشکیل می‌دهند اعمال می‌شود».

همان‌طور که از این نظریه برمی‌آید دیوان در تفسیر دو شرط سرزمین و صلاحیت مندرج در ماده ۲، قایل به انفصال این دو شرط است.

همچنین نظرات کمیته حقوق بشر و کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی درباره گزارش‌های ادواری دولتهای عضو درخصوص اجرای میثاقین، بر اجرای فراسرزمینی این اسناد در صورت وجود قدرت و اعمال کنترل مؤثر تأکید کرده‌اند. از جمله مهم‌ترین این نظرات، نظرانی است که کمیته‌های<sup>۲۲</sup> مزبور<sup>۲۳</sup> در پاسخ به گزارش‌های رژیم اشغالگر قدس<sup>۲۴</sup> مبنی بر اجرای میثاقین در سرزمین‌های اشغالی صادر کرده‌اند. سایر نهادهای نظارتی حقوق بشری ملل متحد یعنی کمیته محو هر نوع تبعیض نژادی،<sup>۲۵</sup> کمیته مقابله با تبعیض علیه زنان<sup>۲۶</sup> و کمیته حقوق کودک<sup>۲۷</sup> نیز در اظهارنظر در مورد گزارش‌های ادواری رژیم اشغالگر قدس، نظرانی مشابه کمیته حقوق بشر و کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ارائه کرده‌اند.<sup>۲۸</sup> بنابراین از جمع‌بندی

---

22. Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Israel, 23 May 2003, para.15, UN.Doc.E/C.12/1/Add.90 (2003).

23. Concluding observation of the Human Rights Committee: Israel, 5 Aug.2003, para.11, UN Doc.CCPR/CO/78/ISR (2003).

24. State of Israel Implementation of International Covenant on Civil and Political Rights-second periodic Report, 20 Nov. 2001, para. 8, UN.Doc.CCPR/C/ISR/2001.

۲۵. رک. زیرنویس ۱۳.

26. Concluding observations of the committee on the elimination of discrimination against women: Israel, 12 Aug.1997, para. 170, UN Doc.A/52/38/Rev.1.part.II, para. 132-183 (1997).

27. Concluding observations of the Committee on the Rights of Child, Israel, 9 Oct. 2002, para. 2, UN Doc.CRC/C/15/Add.195 (2002).

۲۸. تنها نهاد قراردادی ملل متحد که این مسئله به‌صراحت نزد آن طرح نشده، کمیته مقابله با شکنجه است. هرچند رژیم اشغالگر قدس اعلام کرده که مشکلات حقوقی در اجرای کنوانسیون منع شکنجه در سرزمین‌های اشغالی وجود دارد، اما هرگز مشروعیت کمیته مقابله با شکنجه را در دریافت اطلاعات در مورد مسائل مرتبط با کنوانسیون در سرزمین‌های اشغالی زیر سؤال نبرده است. رک.

نظر این نهادهای قراردادی که وظیفه نظارت بر رعایت کنوانسیونهای حقوق بشری را بر عهده دارند، برمی آید که دیدگاه مشترک این نهادها و به تعبیری دیدگاه ساز و کار قراردادی حقوق بشری بر لزوم رعایت و تضمین مقررات حقوق بشری در سرزمینهای اشغالی است.

## ۲-۱- نهادهای منطقه‌ای قراردادی حقوق بشر

### ۲-۱-۱- کمیسیون اروپایی حقوق بشر<sup>۲۹</sup>

مسئله قلمرو اجرای حقوق بشر در چارچوب کنوانسیون اروپایی حقوق بشر هم مطرح شده است. ماده یک این کنوانسیون می‌گوید: «طرفهای معظم متعاهد حقوق و آزادی‌های تعریف شده در بخش I این کنوانسیون را برای هر شخص مشمول صلاحیتشان تضمین می‌کنند».

رویه اولیه کمیسیون اروپایی بیشتر شبیه رهیافت کمیته حقوق بشر بود. در قضیه W.M علیه دانمارک که در آن یک شهروند آلمانی مدعی نقض حقوق بشر توسط سفیر دانمارک در برلین بود، کمیسیون رأی داد: «نمایندگان مجاز یک دولت از جمله دیپلماتها یا نمایندگان کنسولی، اشخاص یا اموال دیگر را تا حدی که بر این اشخاص یا اموال اقتدار دارند تحت صلاحیت دولت خود قرار می‌دهند. پس تا آنجا که این اشخاص یا اموال را به واسطه فعل فرد تحت تأثیر قرار می‌دهند، باعث مسئولیت دولت می‌شوند».<sup>۳۰</sup>

از جدال برانگیزترین مسائلی که در این زمینه نزد کمیسیون اروپایی مطرح شد، مسائل مربوط به وضعیت در قبرس شمالی بود.<sup>۳۱</sup> مسئله قابلیت اعمال کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بر اعمال ارتكابی توسط ترکیه در قبرس شمالی چندین بار مورد بررسی کمیسیون قرار گرفت.

اولین قضیه شامل دو شکایت مرتبط توسط قبرس علیه ترکیه در سالهای ۱۹۷۴ و ۱۹۷۵ نزد کمیسیون اروپایی حقوق بشر بود. کمیسیون در گزارش سال ۱۹۷۶<sup>۳۲</sup> خود در مورد هر دو شکایت اعلام کرد که وظیفه دولتهای عضو به تضمین حقوق «هر فرد مشمول صلاحیتشان» منحصر به افرادی که داخل در سرزمین ملی آنها هستند، نیست. کمیسیون به طور خاص گفت که اتباع یک دولت و نیز کشتی‌ها و هواپیماهای ثبت شده، هر کجا که باشند تا حدی مشمول صلاحیت آن دولت هستند و نمایندگان دارای مجوز یک دولت، از جمله نمایندگان دیپلماتیک و

Committee Against Torture summary Record of the public part of the 184 the meeting: Israel, 28 April 1994, para. 22 UN Doc.CAT/C/SR.184 (1994).

29. John Ceron, pp. 24-32.

30. APP.NO17392/90,15Eur.H.R.Rep.CD28, para. 1, (1993).

31. Living in denial, pp. 39-46.

32. Cyprus v.Turkey, App. 6780/74, 6950/75, 1975] Y.B.Eur.conv. H.R, 82, 112, reprinted in 62 I.L.R. (1982) 83, 86.

کنسولی و نیروهای مسلح نه تنها وقتی در خارج هستند تحت صلاحیت آن باقی می‌مانند بلکه هر شخص یا مال دیگر را تا حدی که بر آن شخص یا مال اعمال صلاحیت می‌کنند، تحت صلاحیت آن دولت درمی‌آورند. صلاحیت کمیسیون نمی‌تواند به این دلیل که ترکیه هیچ بخشی از قبرس را ضمیمه سرزمین خود نکرده و هیچ دولت نظامی یا غیرنظامی در آنجا تشکیل نداده، رد شود. نهایتاً کمیسیون رأی داد: «تا حدی که نیروهای مسلح ترکیه بر اشخاص یا اموال در قبرس اعمال کنترل می‌کنند، مشمول کنوانسیون اروپایی حقوق بشر هستند».

## ۲-۱-۲- کمیسیون امریکایی حقوق بشر<sup>۳۳</sup>

کمیسیون امریکایی حقوق بشر آستانه نسبتاً پایینی را برای اجرای فراسرزمینی نظام حقوق بشر امریکایی در نظر گرفته و صرف کنترل بر افرادی را که حقوقشان نقض شده است برای مسئول شناختن دولتها و لازم‌الاجرا بودن نظام امریکایی حقوق بشر کافی می‌داند. اعلامیه امریکایی حقوق بشر، فاقد هرگونه شرط صلاحیتی است. کنوانسیون امریکایی هم در ماده ۱ خود می‌گوید: «همه دولتهای عضو این کنوانسیون متعهد می‌شوند حقوق و آزادیهای مندرج در آن را محترم شمرده و اجرای کامل و آزادانه همه حقوق و آزادی‌ها را برای همه اشخاص موضوع صلاحیت خود بدون هیچ‌گونه تبعیض به دلایل نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقاید سیاسی یا عقاید دیگر، منشأ ملی یا اجتماعی، وضعیت اقتصادی، نسب یا دیگر شرایط اجتماعی تضمین کنند». به این ترتیب کنوانسیون امریکایی معیار صلاحیت شخصی را جایگزین صلاحیت سرزمینی می‌کند.

در قضیه *Coard et al.* علیه ایالات متحده امریکا، که به هدایت عملیات نظامی توسط امریکا در گرانادا می‌پرداخت، کمیسیون امریکایی حقوق بشر اعلام کرد: «از آنجا که حقوق فردی صرفاً به واسطه انسانیت یک شخص برای او ثابت می‌شود؛ لذا هر دولت امریکایی مکلف است حقوق حمایت شده هر شخص مشمول صلاحیت خود را رعایت کند. علی‌رغم آنکه این مقرره عمدتاً به کسانی اشاره دارد که در سرزمین یک دولت به سر می‌برند، اما گاهی در برخی شرایط می‌تواند به اعمال فراسرزمینی هم اشاره کند و آن در جایی است که شخص ذی‌ربط در سرزمین یک دولت حضور دارد اما مشمول صلاحیت دولت دیگر - معمولاً به واسطه اعمال نمایندگان آن دولت در خارج - قرار دارد. در اصل موضوع به تابعیت قربانی یا حضور او در یک قلمرو جغرافیایی خاص بر نمی‌گردد بلکه تحت شرایط خاصی به این برمی‌گردد که آیا دولت

---

33. John Ceron, *op.cit.*, pp. 22-23.

حقوق شخصی را که موضوع اقتدار و کنترل آن بوده رعایت کرده یا نه».<sup>۳۴</sup> به این ترتیب کمیسیون روشن کرد که نه تابعیت قربانی و نه مکان جغرافیایی او هیچ‌یک تعیین‌کننده نیستند و معیار داشتن «اقتدار و کنترل» بر فرد است که اهمیت دارد.

در قضیه Alejandro علیه کوبا<sup>۳۵</sup> شاکیان مدعی بودند که یک هواپیمای نظامی متعلق به نیروی هوایی کوبا دو هواپیمای سبک غیرنظامی غیرمسلح را هدف قرار داده و در نتیجه باعث مرگ چهار سرنشین این هواپیما شده است. کمیسیون امریکایی پس از بررسی مدارک رأی داد که قربانیان در نتیجه اعمال مستقیم «انجام شده توسط نمایندگان دولت کوبا در فضای هوایی بین‌المللی» جان سپرده‌اند و در نتیجه دولت کوبا مسئول است.

براساس این قضایا و برخی قضایای دیگر طرح شده نزد کمیسیون امریکایی حقوق بشر چنین استنباط می‌شود که این کمیسیون آستانه پایینی را برای اجرای فراسرزمینی مقررات حقوق بشر در نظر دارد و لذا تصور موقعیتی که در آن نقض حقوق بشر توسط نمایندگان یک دولت واجد این خصیصه نباشد بسیار دشوار می‌شود.

## ۲- رویه محاکم بین‌المللی

### ۲-۱- رویه دیوان بین‌المللی دادگستری

موضوع اجرای حقوق بشر در سرزمین‌های اشغالی مورد توجه دیوان بین‌المللی دادگستری هم قرار گرفته است.<sup>۳۶</sup> دیوان بین‌المللی دادگستری در نظر مشورتی که در قضیه «پیامدهای حقوقی ساخت دیوار در سرزمین‌های اشغالی فلسطین» در تاریخ ۹ ژوئن ۲۰۰۴ صادر کرد، موضوع اجرای مقررات حقوق بشر در سرزمین‌های اشغالی را به تفصیل مورد بررسی قرار داده، با قاطعیت به مباحثات تردیدآمیز در این خصوص پایان داد.

درباره قابلیت اجرای کنوانسیون‌های حقوق بشری در سرزمین‌های اشغالی، شرکت‌کنندگان در نظر مشورتی اختلاف نظر داشتند. دیوان نخست، در مورد رابطه حقوق بشر و حقوق بشردوستانه، به یافته خود در رأی مشورتی مربوط به مشروعیت به‌کارگیری سلاح‌های هسته‌ای در سال ۱۹۹۶ اشاره کرد که در آن به‌صراحت بر لزوم اعمال توأمان حقوق بشردوستانه و حقوق بشر در وضعیت‌های درگیری مسلحانه رأی داده و اعلام کرده بود میثاق حقوق مدنی و سیاسی در زمان درگیری مسلحانه اعمال می‌شود. سپس دیوان به بررسی این موضوع پرداخت

34. Report No.109/99, Coard v. The United States, 29 sept.1999, para. 37, available at: www. cidh. oas. annualrep/ 99eng/merits/united states 10-95/htm.

35. Alejandro v. Cuba, case 11.589, Inter-AM.C.H.R., Report No 86/99, OEA/Ser. L./ V/II. 106, doc. 3rev.[paragraph] (1999)2-Ibid, para. 37.

36. John Ceron, *op.cit.*, pp.19-20.

که آیا میثاق حقوق مدنی و سیاسی و میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در سرزمینهای اشغالی قابل اجرا هستند یا نه. دیوان درخصوص میثاق حقوق مدنی و سیاسی اعلام کرد این سند نسبت به اعمالی که توسط یک دولت «در مقام اجرای صلاحیتش در خارج از سرزمین آن» انجام می‌شود، قابل اعمال است. دیوان به‌جای تعبیر «اعمال مقامات یک دولت که بر بهره‌مندی افراد از حقوق میثاق اثر می‌گذارند» که در نظریه کمیته به‌کار رفته بود عبارت «اعمالی که در مقام اجرای صلاحیت انجام می‌شوند» را به‌کار برد. به‌نظر می‌رسد که دیوان قصد داشته ضمن عدم رد نظر کمیته در حقیقت آن را به‌صورت محدودتر و مضیق‌تری بپذیرد.

اما در خصوص میثاق حقوق، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با اشاره به اینکه ماده ۲ میثاق متضمن هیچ مقرره‌ای که قلمرو تعهدات دول عضو را محدود کند نیست، اعلام کرد که حقوق مندرج در این میثاق «اساساً سرزمینی» هستند. با این حال دیوان اعلام کرد مقررات این میثاق هم در سرزمین‌هایی که دولت عضو بر آنها حاکمیت دارد و هم در سرزمین‌هایی که دولت عضو بر آنها کنترل سرزمینی اعمال می‌کند، اجرا می‌شود. با این وصف به‌نظر می‌رسد که دیوان بین‌المللی دادگستری در نظر خود در قضیه دیوار حایل آستانه‌های متفاوتی را برای اجرای میثاقین در نظر گرفت و استانداردهای متفاوتی را برای اعمال انواع مختلف حقوق بشر اعلام کرد.

بر مبنای این توضیحات دیوان هر دو میثاق را برای رژیم اشغالگر قدس لازم‌الاجرا دانسته، اعلام کرد که «اقدام اسرائیل در ساخت دیوار حایل نافه تعهدات دولت اسرائیل براساس میثاقین بوده است». بنابراین نظر مشورتی دیوار حایل نخستین نظر دیوان بوده که در آن مفصلاً به موضوع اجرای حقوق بشر در سرزمین‌های اشغالی پرداخته است.

پس از آن، دیوان یک‌بار دیگر در رأی توافقی خود در قضیه شکایت کنگو علیه اوگاندا با عنوان «فعالیت‌های مسلحانه در سرزمین کنگو» که به تاریخ ۱۹ دسامبر ۲۰۰۵<sup>۳۷</sup> صادر شد به موضوع تعهدات حقوق بشری در سرزمین‌های اشغالی پرداخت. برای بررسی ادعای کنگو مبنی بر اینکه اوگاندا حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حقوق بشر را نقض کرده، دیوان اعلام کرد نخست «ضروری» است بررسی شود که آیا اوگاندا در بخش‌هایی از سرزمین کنگو که نیروهای آن در آن زمان در آنجا حضور داشتند اشغالگر محسوب می‌شده یا نه.<sup>۳۸</sup> دیوان پس از اینکه به این نتیجه رسید که اوگاندا در منطقه Ituri در کنگو اشغالگر بوده است، اعلام کرد که ماده ۴۳ مقررات لاهه ۱۹۰۷، دولت اوگاندا را ملزم می‌کرده که همه اقداماتی را که در توان دارد تا حد امکان برای احیاء و تضمین نظم عمومی و امنیت در منطقه اشغالی اتخاذ کند، در عین حال که

37. Armed activities on the territory of the Congo (Dem. Rep. of Congo v. Uganda), 2005 I.C.J. No.116 (Dec.19), available at: [www.cijl.org](http://www.cijl.org)-دیوان بین‌المللی دادگستری.

38. *Ibid.*, para.166.

قوانین لازم‌الاجرا در کنگو را - جز در مواردی که مطلقاً ممکن نباشد- رعایت نماید. بنابراین به‌نظر دیوان در سرزمین‌های اشغالی، چنانکه دولت اشغال شده ملزم و متعهد به کنوانسیون‌های حقوق بشری بوده است، مقررات این اسناد جزو مقررات لازم‌الاجرا در سرزمین اشغالی محسوب شوند و دولت اشغالگر طبق ماده ۴۳ مقررات لاهه که ماهیت عرفی دارد، ملزم به رعایت این مقررات در سرزمین اشغالی است. از سوی دیگر حتی اگر دولت اشغال شده ملزم به کنوانسیون‌های حقوق بشری نبوده، اما دولت اشغالگر ملزم و متعهد به کنوانسیون‌های حقوق بشری باشد باز هم دولت اشغالگر متعهد به رعایت مقررات حقوق بشری در سرزمین اشغالی خواهد بود.

دیوان سپس به بررسی این موضوع پرداخت که کدام‌یک از قواعد و اصول حقوق بشر و حقوق بشردوستانه به این قضیه ارتباط دارند. در اینجا دیوان به یافته خود در قضیه دیوار حایل ارجاع می‌دهد که «نتیجه‌گیری این بود که اسناد بین‌المللی حقوق بشر در مورد اعمال یک دولت در مقام اعمال صلاحیت در خارج از سرزمین خود به‌خصوص در سرزمین‌های اشغالی قابل اعمال هستند».<sup>۳۹</sup>

سپس نتیجه‌گیری کرد که میثاق حقوق مدنی و سیاسی، کنوانسیون حقوق کودک و پروتکل الحاقی به آن در مورد کودکان سرباز و نیز برخی از اسناد حقوق بین‌الملل بشردوستانه در این قضیه قابل اعمالند و اوگاندا برخی تعهداتی را که طبق این اسناد بر عهده داشته، نقض کرده است.<sup>۴۰</sup>

در مقایسه نظر دیوان در قضیه دیوار حایل با رأی آن در قضیه شکایت کنگو علیه اوگاندا به‌نظر می‌رسد سه پیشرفت مهم در زمینه رعایت فراسرزمینی حقوق بشر در سرزمین‌های اشغالی در رأی دوم حاصل شده است:<sup>۴۱</sup>

نخست، دیوان دو مبنای جداگانه برای اعمال حقوق بشر بر عملکرد نیروهای اوگاندا که در کنگو فعالیت می‌کردند اعلام کرد. بدین ترتیب که علاوه بر تکرار قاعده‌ای که در نظر مشورتی در قضیه دیوار حایل اعلام کرده بود و براساس آن معاهدات حقوق بشری نسبت به اعمال انجام شده توسط دولت در اعمال صلاحیت در خارج از سرزمین خود قابل اعمالند، این را هم اعلام کرد که مقررات حقوق بشری که دولت اشغال شده بدانها ملتزم بوده جزو مقررات لازم‌الاجرای سرزمین اشغالی است و دولت اشغالگر طبق ماده ۴۲ مقررات لاهه ملزم به رعایت آنهاست.

دوم، دیوان روشن کرد که معاهدات حقوق بشری می‌تواند بر عملکرد دولتها حتی در جایی که سطح کنترل دولت کمتر از سطح کنترل اشغالگر است، اعمال شود. دیوان در عین حال که دولت اوگاندا را در منطقه Ituri، اشغالگر تشخیص داد این دولت را به‌خاطر نقض‌های حقوق بشر در مناطق دیگر کنگو هم مسئول شناخت.

39. *Ibid*, para. 216.

40. *Ibid*, para. 218-219.

41. John Ceron, *op.cit.*, p.21.



سوم، دیوان اعلام کرد که استاندارد واحدی می‌تواند برای همه معاهدات حقوق بشری وجود داشته باشد. برخلاف نظر مشورتی در قضیه دیوار حایل که دیوان در آن آستانه‌های متفاوتی برای اجرای کنوانسیون‌های حقوق بشری قایل شد، در قضیه کنگو علیه اوگاندا اعلام کرد «اسناد بین‌المللی حقوق بشر در مورد اعمال انجام شده توسط یک دولت در اعمال صلاحیت در خارج از سرزمین خود به‌خصوص در سرزمین‌های اشغالی قابل اعمال هستند».<sup>۴۲</sup>

## ۲-۲- رویه محاکم حقوق بشری منطقه‌ای

### ۲-۲-۱- دیوان اروپایی حقوق بشر<sup>۴۳</sup>

در مجموع رویکرد دیوان اروپایی حقوق بشر در تفسیر این مقرر و تعیین قلمرو تعهدات دول عضو بسیار محتاط‌تر از سیستم امریکایی است و می‌کوشد از ارائه تفسیری که براساس آن کنوانسیون اروپایی بر اعمال دول عضو در هر کجای جهان قابل اعمال باشد، پرهیز کند. نگاهی به عملکرد دیوان اروپایی حقوق بشر نشان می‌دهد که این دیوان استانداردهای مختلفی را برای تعیین قلمرو اجرای کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و اعمال آن بر عملکرد فراسرزمینی دولتهای عضو اتخاذ کرده است.

دیوان اروپایی، در ابتدا درک وسیعی از صلاحیت داشت. در قضیه Drozd علیه فرانسه<sup>۴۴</sup> (سال ۱۹۹۲) خواهانها مدعی بودند که قضات فرانسه و اسپانیا که در جریان دادرسی در دادگاههای رواندا شرکت داشته‌اند، حقوق ایشان به دادرسی منصفانه طبق کنوانسیون را نقض کرده‌اند. در این قضیه دیوان اعلام کرد که واژه «صلاحیت» منحصر به سرزمین ملی طرفهای متعاقد نیست و آنها می‌توانند به‌واسطه اعمال مقاماتشان که در خارج از سرزمین خودشان منشأ اثر می‌شود، مسئول شناخته شوند.<sup>۴۵</sup> در این قضیه هرچند دیوان نهایتاً رأی به عدم قابلیت انتساب عمل به این دولتها و عدم صلاحیت خود داد اما اعلام کرد که اگر این اعمال قابل انتساب به دولتها بود، افرادی که قضات بر آنها اعمال اقتدار کرده بودند با اعمال معیار «اقتدار و کنترل» مشمول صلاحیت این دولتها می‌شدند.

مسئله قابلیت اعمال کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بر اعمال ارتكابی توسط ترکیه در قبرس شمالی، علاوه بر اینکه در کمیسیون اروپایی حقوق بشر طرح شد، نزد دیوان اروپایی هم مورد بررسی قرار گرفت.<sup>۴۶</sup> اولین مورد از این قضایا که به دیوان اروپایی ارجاع شد قضیه Loizidou بود.

42. *Ibid*, para. 216.

43. John Ceron, *op.cit.*, pp. 24-32.

44. Drozd v. France, Eur. CT.H.R. (Ser.A) no. 240 (1992).

45. *Ibid*, para. 91.

46. Oran Naftali and Yual Shany, *op.cit*, pp. 39-46.

در قضیه Loizidou علیه ترکیه<sup>۴۷</sup> که توسط یک تبعه یونانی- قبرسی مطرح شده بود، دیوان اروپایی حقوق بشر موضع خود را چنین شرح داد: «مسئولیت یک دولت متعاهد همچنین وقتی هم که در نتیجه عملیات نظامی - اعم از مشروع یا نامشروع - بر منطقه‌ای خارج از سرزمین ملی خود اعمال کنترل مؤثر کند مطرح می‌شود. تعهد به تضمین حقوق و آزادیهای مندرج در کنوانسیون در چنین منطقه‌ای ناشی از این کنترل است و تفاوتی ندارد که این کنترل مستقیماً، از طریق نیروهای مسلح، یا به‌طور غیرمستقیم از طریق یک حکومت محلی زیردست اعمال شود».<sup>۴۸</sup> نهایتاً دیوان اعلام کرد که کنوانسیون نسبت به اعمال رسمی دولت که اثرات فراسرزمینی دارند، صرف‌نظر از مکان ارتکاب آنها، اعمال می‌شود.<sup>۴۹</sup>

قابلیت اعمال کنوانسیون بر قبرس شمالی در قضیه قبرس علیه ترکیه<sup>۵۰</sup> که توسط دیوان اروپایی در سال ۲۰۰۱ به آن رسیدگی شد، مورد تأکید مجدد قرار گرفت. در این قضیه اتهاماتی علیه ترکیه توسط قبرس مطرح شد که طبق آنها ترکیه مسئول شماری از نقض‌های حقوق بشر در سرزمین قبرس شمالی است. دیوان اروپایی در رد اعتراض ترکیه به صلاحیت خود، استدلال خود را در قضیه Loizidou تکرار کرده، یک نکته مهم را به آن افزود: «با توجه به استمرار ناتوانی دولت خواهان در عمل به تعهدات خود طبق کنوانسیون در قبرس شمالی، هر تصمیم دیگر منجر به ایجاد خلأ تأسف‌آوری در سیستم حمایت حقوق بشری در سرزمین مورد بحث خواهد شد، چون مزایای تضمینات بنیادین کنوانسیون را از افراد سلب و حق آنها را به مسئول دانستن یک دولت متعاهد به‌خاطر نقض حقوق ایشان در پیشگاه دیوان نادیده می‌گیرد».<sup>۵۱</sup>

به تعبیر دیگر، کنوانسیون باید به‌گونه‌ای تفسیر شود که حمایت از افراد را - در «خلأها» یعنی در مناطقی که دیگر تحت کنترل قبرس نیستند- از طریق گسترش قلمرو تعهدات ترکیه تامین کند. این استدلال در مورد رعایت حقوق بشر در سرزمین‌های اشغالی، یعنی جایی که خلأ حمایتی مشابهی وجود دارد، قابل ارائه است.

اما دیوان اروپایی در قضیه Bankovic<sup>۵۲</sup> که در سال ۲۰۰۱ نزد آن محکمه مطرح شد موضع متفاوتی در مورد قلمرو اعمال کنوانسیون اتخاذ کرد و در واقع از تفسیر موسعی که در این باره داشت عدول نمود. موضوع این قضیه، مسئولیت دولتهای عضو ناتو به‌خاطر نقض حقوق

47. Loizidou v. Turkey, No. 310. Eur.CT.H.R. (Ser. A) (1995).

48. Ibid, para. 62.

49. Ibid.

50. Cyprus v. Turkey,[GC], no.25781/94, ECHR 2001.IV.

51. Ibid, para. 25.

52. Bankovic and others v. Belgium and 16 other contracting states (dec.)(GC),no.52207/99, ECHR 2001-XII.

شهروندان یوگسلاو، در جریان بمباران یک ایستگاه تلویزیون در بلغراد در تاریخ ۲۳ آوریل ۱۹۹۹ در میانه بحران کوزوو بود. دیوان اروپایی در این قضیه این ادعا که قربانیان مشمول صلاحیت دولتهای دخیل در حمله به یوگسلاوی بوده‌اند را رد کرد. دیوان اعلام کرد که ماده یک کنوانسیون اروپایی باید در پرتو قواعد پذیرفته شده حقوق بین‌الملل تفسیر شود که به دولتها اجازه اعمال صلاحیت را فقط در قلمرو سرزمین خودشان می‌دهد<sup>۵۳</sup> و «دیگر مبانی صلاحیت استثنائی بوده و مستلزم توجیه خاص در شرایط ویژه هر قضیه هستند»<sup>۵۴</sup>. در تشریح این موارد استثنائی دیوان می‌گوید کنوانسیون در موارد زیر بر عملکرد یک دولت در خارج از سرزمین خود اعمال می‌شود: «وقتی که یک دولت، از طریق کنترل مؤثر سرزمین ذی‌ربط و سکنه آن در خارج در نتیجه اشغال نظامی یا با رضایت، دعوت یا سکوت حکومت آن سرزمین، تمام یا بخشی از قدرت عمومی را که معمولاً توسط آن حکومت اعمال می‌شود، به اجرا بگذارد»<sup>۵۵</sup>.

نهایتاً دیوان اعلام کرد که هیچ‌یک از استانداردهای اجرای فراسرزمینی در قضیه Bankovic لازم‌الاجرا نیست.<sup>۵۶</sup> رأی دیوان اروپایی در قضیه Bankovic از بسیاری جهات ناامیدکننده بود؛ زیرا اساساً با تأکید بر محل ارتکاب تخلفات، بعضی از مؤثرترین حمایت‌های حقوق بشری موجود برای افراد در زمان جنگ را از بین برد.

به‌نظر نمی‌رسد استدلال دیوان قانع‌کننده باشد. در اصل، دیوان موضعی اتخاذ کرد که براساس آن تخلفات حقوق بشری دول عضو را هرچند که فاحش و عمدی هم بوده باشند، اگر خارج از سرزمین کشورهای عضو شورای اروپا ارتکاب یافته باشند، مشمول ممنوعیت‌های کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نمی‌داند. این موضع‌گیری فاقد توجیه اخلاقی، حقوقی و حتی عملی است.

هرچند رأی Bankovic نسبت به قضایای قبلی مطرح در دیوان اروپایی تعبیر مضیق‌تری از «صلاحیت» به عمل می‌آورد، اما اشغال سرزمینی را جزو موارد اعمال فراسرزمینی کنوانسیون دانسته، بر این اساس کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را در هر مورد که یکی از اعضای این کنوانسیون مبادرت به اشغال سرزمین دیگر-ولو غیرعضو- بنماید، لازم‌الاجرا تلقی کرده است.

با این حال رأی Bankovic معرف سختگیرانه‌ترین تعبیر دیوان از قابلیت اجرای فراسرزمینی کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است و پس از آن دیوان در آراء بعدی رهیافت منعطف‌تری در خصوص اجرای فراسرزمینی کنوانسیون اروپایی اتخاذ کرد. در قضیه Ilasco v.

---

53. Ibid, paras. 59-61.

54. Ibid, para. 61.

55. Ibid, para. 71.

56. Ibid, para. 75.

Moldavia<sup>۵۷</sup> دیوان با شکایت نقض کنوانسیون توسط مولداوی و روسیه در منطقه‌ای به نام Transdnistria واقع در مرزهای بین‌المللی مولداوی مواجه شد. مولداوی کنترل مؤثری بر این منطقه نداشت و مدعی بود که روسیه بر آنچه که در این سرزمین واقع شده کنترل غیرمستقیم دارد.<sup>۵۸</sup> دیوان باید در بررسی مسئولیت مولداوی و روسیه به این نکته توجه می‌کرد که آیا قربانیان مشمول صلاحیت این دولتها هستند یا نه. در مورد مولداوی دیوان رویه خود را در مورد مفهوم صلاحیت مورد تأکید قرار داد که «فرض این است که صلاحیت معمولاً در سراسر سرزمین یک دولت اعمال می‌شود»<sup>۵۹</sup> سپس اعلام کرد که: «این فرض در شرایط استثنائی می‌تواند محدود شود».<sup>۶۰</sup>

دیوان گفت: «حتی در صورت عدم کنترل مؤثر بر منطقه مورد نظر، مولداوی طبق ماده ۱ کنوانسیون همچنان تعهد ایجابی داشته که تدابیر دیپلماتیک، اقتصادی، قضائی و غیره را که در توان آن است و منطبق با حقوق بین‌الملل می‌باشند، اتخاذ نماید تا حقوق تضمین شده توسط کنوانسیون را برای خواهانها تضمین کند».<sup>۶۱</sup> و نتیجه‌گیری کرد که «خواهانها مشمول صلاحیت جمهوری مولداوی طبق ماده ۱ کنوانسیون هستند اما مسئولیت این دولت به‌خاطر اعمالی که موضوع شکایت هستند و در سرزمین مذکور ارتکاب یافته‌اند که دولت مولداوی هیچ کنترل مؤثری بر آنها ندارد باید در پرتو تعهدات ایجابی آن طبق کنوانسیون ارزیابی شود».<sup>۶۲</sup>

دیوان پس از بررسی عملکرد مولداوی به این نتیجه رسید که مولداوی می‌تواند طبق کنوانسیون به‌خاطر قصور در ایفای تعهدات ایجابی خود درخصوص اعمال موضوع شکایت شده که پس از می ۲۰۰۱ ارتکاب یافته‌اند مسئول باشد.<sup>۶۳</sup>

دیوان سپس به بررسی این موضوع پرداخت که آیا شاکیان مشمول صلاحیت دولت روسیه هم می‌شوند یا نه.<sup>۶۴</sup> به این منظور دیوان اعلام کرد که «دولت روسیه به‌خاطر اعمال غیرقانونی ارتكابی توسط جدایی‌طلبان (MRT) مسئول است، چون از آنان حمایت نظامی و سیاسی به عمل آورده تا رژیمی جدایی‌طلب تأسیس کنند و پرسنل نظامی آن در درگیری‌ها شرکت داشته‌اند».<sup>۶۵</sup>

57. Ilascu and others v. Moldavia and Russia [GC], No.48787/99, ECHR2004-VII. available at: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

58. *Ibid*, para. 3.

59. *Ibid*, para. 312.

60. *Ibid*.

61. *Ibid*, para. 313.

62. *Ibid*, para. 335.

63. *Ibid*, para. 352.

64. *Ibid*, para. 376.

65. *Ibid*, para. 382.

از آنجا که خواهانها، تحت بازداشت نیروهای روسیه در منطقه مورد نظر بوده‌اند اعلام کرد که خواهانها مشمول صلاحیت دولت روسیه به مفهوم مندرج در ماده ۱ کنوانسیون اروپایی هستند، هرچند در زمان وقوع حوادث هنوز کنوانسیون برای روسیه لازم‌الاجرا نبوده است.<sup>۶۶</sup> دیوان به‌خاطر مشارکت نمایندگان روسیه در اعمال مقامات MRT، آن اعمال را قابل انتساب به روسیه دانست.<sup>۶۷</sup>

تمایل دیوان اروپایی به دور شدن از نظر مضیقی که در قضیه Bankovic اعلام کرد، در قضیه Issa v. Turkey<sup>۶۸</sup> هم نمود یافت. دیوان در قضیه Issa با استناد به رأی کمیسیون اروپایی در قضیه W.M علیه دانمارک گفت «یک دولت می‌تواند به‌خاطر نقض حقوق و آزادیهای افرادی که در سرزمین دولت دیگر هستند، اما به‌خاطر عملکرد نمایندگان یک دولت - اعم از قانونی یا غیرقانونی - در آن سرزمین تحت اقتدار و کنترل این دولت قرار می‌گیرند مسئول باشد».<sup>۶۹</sup> دیوان در این قضیه حتی به استدلال کمیته حقوق بشر در قضیه Lopez استناد کرد و گفت «مسئولیت در این وضعیتها از این حقیقت ناشی می‌شود که ماده ۱ کنوانسیون نمی‌تواند طوری تفسیر شود که به یک دولت عضو، اجازه تخلفاتی از کنوانسیون را در سرزمین دولت دیگر بدهد که نمی‌تواند آنها را در سرزمین خود مرتکب شود».<sup>۷۰</sup>

در تحلیل موضع دیوان اروپایی حقوق بشر در خصوص اجرای فراسرزمینی کنوانسیون اروپایی حقوق بشر می‌توان گفت دیوان اروپایی با توسل به نظریه کنترل سرزمینی و حفظ دیدگاه منطقه‌گرایی از اجرای محدود کنوانسیون به‌عنوان یک سند منطقه‌ای حمایت می‌کند. مع‌هذا به‌نظر می‌رسد این استدلال مردود باشد. ملاحظات بسیاری وجود دارند که از اعمال تعهدات حقوق بشری منطقه‌ای بر عملکرد دولتها در خارج از مرزهای منطقه‌ای حمایت می‌کنند و مهم‌ترین آنها اصل جهانشمولی حقوق بشر است. با این وجود، حداقل یک نکته در تمامی آراء دیوان اروپایی قابل توجه است و آن اعتقاد دیوان به قرار داشتن اشغال نظامی در شمار موارد مشمول صلاحیت دولتهای عضو کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است.

## ۲-۲-۲- دیوان امریکایی حقوق بشر

دیوان امریکایی حقوق بشر تاکنون به قضیه مشابهی رسیدگی نکرده است. تنها رویه‌های مطرح در این خصوص در منطقه امریکا، به قضایای مطروحه نزد کمیسیون امریکایی حقوق بشر

---

66. Ibid, para. 384.

67. Ibid, para. 385.

68. Issa and others v. Turkey, no.31821/96, 16 November 2004.

69. Ibid, para.71.

70. Ibid.

مربوط می‌شوند، که شرح آن پیش از این گذشت.

### ج- در پرتو رویه دیوان عالی دادگستری رژیم اشغالگر قدس<sup>۷۱</sup>

رویه دیوان عالی دادگستری رژیم اشغالگر قدس در خصوص موضوع اجرای کنوانسیونهای حقوق بشری در سرزمینهای اشغالی فلسطین بسیار زیرکانه بوده است. در حقیقت عملکرد و آراء دیوان نه موضع آن رژیم را رسماً رد می‌کند و نه آن را صراحتاً تأیید می‌نماید. این زیرکی از آنجاست که دیوان در آراء متعددی که در پاسخ به شکایات سکنه سرزمینهای اشغالی از نقض حقوق بشر صادر کرده، مقررات حقوق بشر را مبنای استدلال خود قرار نداده، بلکه این آراء را بر پایه حقوق بین‌الملل بشردوستانه صادر کرده است. به‌علاوه حتی در تفسیر مقررات بشردوستانه هم، سعی کرده از توسل به بحث‌های حقوق بشری اجتناب کند.

علی‌رغم موضع دیوان عالی رژیم اشغالگر قدس مبنی بر قابل استماع بودن کلیه شکایات مربوط به سرزمینهای اشغالی، وقتی در مقام تحلیل آراء دیوان مزبور جهت کشف موضع آن در مورد حقوق بشر در سرزمینهای اشغالی برمی‌آییم، متوجه می‌شویم این دیوان با تأثر از مواضع سیاسی رژیم اشغالگر قدس هرگز در آراء خود صراحتاً به مقررات حقوق بشری استناد نمی‌کند. با توجه به موضع دیوان عالی رژیم اشغالگر قدس و به‌خصوص رویکرد رئیس این دیوان، می‌توان نتیجه گرفت که پاسخ دیوان مذکور به موضوع حقوق بشر در سرزمینهای اشغالی با پاسخ دولت آن رژیم اندکی متفاوت است. در واقع می‌توان گفت هرچند در بیشتر موضوعات حقوق بشری، حکم مستقیم به اجرای حقوق بشر به‌عنوان یک منبع حقوقی داده نمی‌شود، اما مفهوم حقوق بشر در آرائی که در بررسی شکایات سکنه سرزمینهای اشغالی صادر شده وجود دارد.

### فصل سوم

#### نقش کنترل مؤثر در تعیین گستره اجرای معاهدات حقوق بشر

##### گفتار اول

#### کنترل مؤثر به‌عنوان عاملی در محدود کردن اجرای معاهدات حقوق بشر

یکی از دلایلی که رژیم اشغالگر فلسطین به‌عنوان اشغالگر سرزمینهای فلسطین در سالهای اخیر جهت عدم رعایت حقوق بشر در سرزمینهای اشغالی به آن استناد کرده، نداشتن کنترل مؤثر بر سرزمینهای فلسطینی است.<sup>۷۲</sup> پیرو انعقاد قرارداد اسلو در سال ۱۹۹۵ میان رژیم مذکور و سازمان

71. Oran Naftali and Yual Shany, *op.cit.*, pp. 46-51.

72. Oran Naftali and Yual Shany, *op.cit.*, pp. 51-54.

آزادبخش فلسطین، آن رژیم مدعی است که کنترل مؤثر بر بخش بزرگی از سرزمین‌های اشغالی را به دولت فلسطین واگذار کرده و لذا مسئولیت اعمال انجام شده در این سرزمین‌ها را دولت فلسطین بر عهده دارد و رژیم مزبور دیگر در مورد این سرزمین‌ها مسئولیتی ندارد.

علی‌رغم شکست این توافق در سال ۲۰۰۰ و تقویت انتفاضه، رژیم اشغالگر قدس همچنان بر عدم کنترل بر این سرزمین‌ها استناد می‌کند، به‌خصوص از سال ۲۰۰۵ با اجرای طرح موسوم به خروج<sup>۷۳</sup> از نوار غزه مبنای دیگری برای استدلال خود یافته است. در ۱۲ سپتامبر ۲۰۰۵ نیروهای مسلح رژیم اشغالگر نوار غزه را پس از ۳۸ سال به‌طور کامل تخلیه کرده و اعلام کردند از این پس مسئولیت غزه با مقام فلسطینی است. اما دولت خودگردان فلسطین معتقد است از آنجا که طبق این طرح خروج سکنه غزه از منطقه تحت کنترل نیروهای آن رژیم است، نیروهای اشغالگر حق ورود به غزه را در اختیار دارند و همچنان به فعالیت نظامی خود در طول خط ساحلی غزه ادامه می‌دهند؛ می‌توان گفت نیروهای اشغالگر همه افراد و اشیایی را که به غزه وارد یا از آن خارج می‌شوند تحت کنترل دارد. بنابراین رژیم مزبور همچنان کنترل مؤثر غزه را از حیث اداری و نظامی در دست دارد و همچنین در غزه قدرت اشغالگر محسوب می‌شود.<sup>۷۴</sup>

## گفتار دوم

### بررسی نظریه کنترل مؤثر به‌عنوان عاملی جهت محدود کردن معاهدات حقوق بشر در رویه قضائی

برای اینکه قدرت اشغالگر متعهد به رعایت تعهدات حقوق بشری خود بر سرزمین اشغالی شناخته شود باید سطحی از کنترل را بر این سرزمین اشغالی اعمال کند که آن را قادر به ایفای تعهدات حقوق بشری خود کند. برای تشخیص این سطح از کنترل دو ضابطه وجود دارد: ضابطه کنترل مؤثر و ضابطه کنترل کلی.<sup>۷۵</sup>

بسیاری از نهادها و محاکم حقوق بشری در موضوع سرزمین‌های اشغالی و تعهدات حقوق بشری اشغالگر در سرزمین‌های اشغالی، به ضابطه کنترل مؤثر استناد کرده‌اند. از جمله دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه Loizidou، در شکایت قبرس علیه ترکیه، در قضایای Ilascu و همچنین Issa بر موضوع کنترل مؤثر به‌عنوان پیش شرط رعایت تعهدات

73. Disengagement

74. Yual Shany , "Far a way, so close: The legal status of Gaza after Israel's disengagement" , *Yearbook of International Humanitarian law*, vol.8, 2006.

75. ممتاز، جمشید، جزوه درس حقوق بین‌الملل جنگ (تقریرات) نیمسال اول سال تحصیلی ۸۱-۸۰، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

حقوق بشری تأکید کرد. کمیته حقوق بشر هم در نظریه کلی شماره ۳۱ خود و دیوان بین‌المللی دادگستری در قضایای دیوار حایل (۲۰۰۴) و شکایت کنگو علیه اوگاندا (۲۰۰۵) به ضابطه کنترل مؤثر اشاره کرده‌اند. دیوان عالی رژیم اشغالگر فلسطین هم در رأی خود در قضیه Tsmel v. Minister of defense داشتن کنترل مؤثر بر سرزمین اشغالی را برای مسئول دانستن قدرت اشغالگر ضروری دانست.<sup>۷۶</sup>

با تفسیر رأی دیوان عالی رژیم اشغالگر فلسطین در قضیه Tsmel می‌توان گفت مناطقی که آن رژیم اشغالگر عملاً دیگر هیچ‌گونه کنترلی بر آنها ندارد باید عموماً از حوزه مسئولیت بین‌المللی رژیم مذکور طبق کنوانسیون‌ها مستثنی شوند، حتی اگر این مناطق قانوناً تحت حاکمیت رژیم مذکور باشند. اما در مناطقی که آن رژیم واقعاً اعمال کنترل مؤثر می‌کند، علی‌رغم انتقال قدرت به دولت فلسطینی همچنان کنوانسیون‌ها اعمال می‌شوند. به‌علاوه طبق رویه محاکم و نهادهای حقوق بشری، دولتها به‌خاطر اعمال مأموران و مقامات خود که مستقیماً بر جمعیت دولت دیگر اثر می‌گذارند، مسئولند و دیگر این موضوع که کدام مناطق تحت کنترل مؤثر رژیم اشغالگر قدس هستند و کدام نه، اهمیتی ندارد.

این استدلال را رأی دیوان عالی رژیم اشغالگر قدس در قضیه Ajuri<sup>۷۷</sup> تقویت می‌کند. در این رأی که در ۳ سپتامبر ۲۰۰۳ صادر شد،<sup>۷۸</sup> دیوان عالی آن رژیم با تشویق ضمنی مقامات رژیم مذکور اظهار کرد که نوار غزه همچنان مشمول مقررات بشردوستانه کنوانسیون چهارم ژنو است که رژیم اشغالگر قدس مکلف به رعایت آن است. بنابراین رأی Ajuri، این استدلال را که حتی مناطق تحت اداره دولت فلسطینی می‌تواند از بعضی جهات تحت کنترل مؤثر رژیم اشغالگر قدس باشد، تأیید می‌کند.

نکته بعدی قلمرو تعهدات حقوق بشری دولت خودگردان فلسطین است، به‌طور کلی پذیرفته شده است که عوامل غیردولتی مثل نهضت‌های آزادی‌بخش ملی می‌توانند تعهدات بین‌المللی از جمله در حوزه حقوق بشر را بپذیرند. بنابراین، اشارات محدود قرارداد اسلو به تعهدات حقوق بشری طرفین<sup>۷۹</sup> تعهدات حقوقی معتبری را بر عهده دولت خودگردان فلسطین قرار می‌دهد.<sup>۸۰</sup> همچنین حقوق

76. H.C.J.102/82 Tsmel v. Minster of defense , 37(1), d. 65.

77. H.C.J 1015/02 Ajuri et. al. v. IDF Commander in the West Bank et. al. available at <http:// 62.90.71.124/mishpat/html/en/system/index.html>

78. برای تحلیل رأی مراجعه کنید به:

Case Review: Eyal Benvenisti, " Ajuri et. al. v. IDF Commander in the West Bank et.al.", available at: www.tau.ac.il/law/members/benvenisti/articies.

79. Interim Agreement on the West Bank and Gaza strip, 28 sep 1995, Article XIX.

80. Eyal Benvenisti, " Responsibility for the Protection of Human Rights under the Interim Israeli Palestinian Agreements", *Israeli Law Review* ,Vol.28,1994, PP.314-316.



بین‌الملل عرفی تعهدات حقوق بشری را هم بر دولتها و هم بر نهادهای غیردولتی تحمیل می‌کند.<sup>۸۱</sup>

## نتیجه‌گیری

ترتیبات ناظر بر سرزمین‌های اشغالی در حقوق بین‌الملل بشردوستانه از آغاز قرن بیستم شروع به شکل‌گیری کرد و تا اواسط این قرن تکمیل گردید؛ لذا افکار و گرایشات دولت محور و قدرت محور زمان و کمرنگ بودن حمایت از فرد به‌عنوان موضوع حقوق بین‌الملل در مقررات و قوانین حقوق بین‌الملل بشردوستانه ناظر بر اشغال مشهود است. توجه جدی جامعه بین‌المللی به حقوق بین‌الملل بشر از اواخر نیمه اول سده بیستم باعث شد برخلاف تفکر سنتی که براساس آن در زمان اشغال نظامی صرفاً حقوق بین‌الملل بشردوستانه قابلیت اجرا داشته و مقررات حقوق بشر به زمان صلح و سرزمین ملی دولتها اختصاص دارد، تفکر جدید با تأکید بر اصل جهانشمولی حقوق بشر، از لزوم رعایت حقوق بشر در همه زمانها و مکانها حمایت می‌کند. در نتیجه سرزمین‌های اشغالی و زمان اشغال نیز از این قاعده کلی مستثنی نیستند و در موقعیت اشغال هم اجرای مقررات حقوق بشر متوقف نمی‌شود. البته مقررات حقوق بین‌الملل بشردوستانه به‌عنوان قانون خاص در زمان اشغال قابل اجراست، اما اجرای این قانون خاص مانعی در راه اجرای حقوق بشر ایجاد نمی‌کند. در واقع حمایت‌های حقوق بشر نقش مکمل حمایت‌های حقوق بشردوستانه را در شرایط اشغال ایفاء می‌کنند. توجه به دو موضوع اثبات مدعای فوق را آسان‌تر می‌کند: یکی اینکه حقوق بشردوستانه برای حمایت از وضع موجود طراحی شده و در رسیدن به این هدف هم تواناست؛ اما اگر اشغال به طول بیانجامد، نظام حقوقی پیش‌بینی شده برای حکومت بر زمان اشغال در اداره وضعیت ناتوان می‌شود و هرچه اشغال بیشتر طول بکشد ضعف‌هایی که حقوق بشردوستانه ایجاد کرده بیشتر آشکار می‌شود؛ لذا حقوق بشردوستانه در اداره وضعیت‌های اشغال طولانی مدت ناتوان است.

علاوه بر این مورد، مفهوم متکامل و رو به توسعه حقوق بشر و ظهور استانداردهای جدید حقوق بشری که براساس نیازها و شرایط جدید زندگی ایجاد و تعریف می‌شوند، باعث می‌شود حقوق بین‌الملل بشردوستانه سنتی از پاسخگویی به نیازها و اداره سرزمین اشغالی ناتوان باشد. در اینجا است که حقوق بشر به‌عنوان نظام حمایت از حقوق انسانها به تکمیل حقوق بین‌الملل بشردوستانه می‌پردازد و حمایتها و تضمینات ضروری برای جمعیت محلی را تأمین می‌کند. این

---

81. Secretary –General, Report on the Minimum Humanitarian Standards, UN Doc. E/CN. 4/ 1998/87 (1998), para. 59-65; D-Shelton, "Protecting Human Rights in a Globalized World", 25 B.C. International and comparative Law Review (2002) 237, 282-286 ; Benvenisti, "Responsibility for the Protection of Human Rights under the interim Israeli Palestinian Agreements", *op.cit.*, pp. 310-311.

موضوع چنانکه دیدیم مورد تأیید رویه نهادها و محاکم بین‌المللی هم هست. البته اجرای برخی از انواع حقوق بشر در سرزمین‌های اشغالی با دشواری‌هایی همراه است. این دشواری از آنجا ناشی می‌شود که اجرای برخی از انواع حقوق بشر مثل حقوق سیاسی نیازمند شرایط صلح و ثبات است و ارائه خدمات اجتماعی که مبنای بسیاری از حقوق اقتصادی و اجتماعی می‌باشد، نیازمند تأمین مالی است. با این حال وجود مشکلات و نارسایی‌ها به معنی عدم قابلیت اعمال نیست و وظیفه اشغالگر به رعایت مقررات حقوق بشری به دلیل وجود مشکلات مرتفع نمی‌شود.

بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که گرچه حقوق بشردوستانه به عنوان مقررات خاص در وضعیت‌های درگیری و اشغال اجرا می‌شود اما نقایص آن را حقوق بشر برطرف می‌کند. نتیجه عملی این بحث آن است که علاوه بر اثبات قابلیت اعمال حقوق بشر در سرزمین‌های اشغالی، از اعمال صلاحیت نهادهای قراردادی حقوق بشر در خصوص رعایت استانداردهای قراردادی حقوق بشر در وضعیت‌های اشغال هم حمایت می‌شود. این رهیافت به نهادهای حقوق بشری این امکان را می‌دهد که به‌طور دوره‌ای عملکرد دولتهای عضو در سرزمین‌های اشغالی را بررسی کنند. گرچه هیچ‌یک از این نهادها نمی‌توانند تصمیمات لازم‌الاجرا اتخاذ کنند اما عملکرد آنها بر تصمیمات نهادهای ذی‌صلاح و افکار عمومی اثرگذار است.

مسلماً همه این ترتیبات جهت افزایش حمایت از فرد و محدود کردن تمایلات قدرت‌طلبانه دولتها و همگام با گرایش جدید حقوق بین‌الملل است که هر روز بیشتر به سمت «انسانی شدن» پیش می‌رود.

## تقلب در اعتبار اسنادی تجاری، اعتبارنامه تضمینی و ضمانتنامه مستقل بانکی\*

ژان استوفله\*\*

ترجمه: ماشاءالله بناء نیاسری\*\*\*

تقلب مفهومی است که در حوزه علم حقوق فراوان با آن سر و کار داریم. به‌طور کلی، هنگامی این اصطلاح را به کار می‌گیریم که یک قاعده حقوقی یا یک حق با سوءنیت به موقع اجرا گذاشته شود و در اثر اعمال آن قاعده حقوقی یا حق به منافع و حقوق شخص دیگر یا حقوق کل جامعه زیان برسد. در حوزه تجارت، تقلب در زمینه‌های مختلفی مطرح می‌شود. مقاله حاضر، عمدتاً موضوع تقلب را در مورد مطالبه ناحق وجه اعتبارات اسنادی و ضمانتنامه‌های عندالمطالبه مورد بحث و بررسی قرار می‌دهد. به‌طور کلی می‌توان گفت اعتبارات اسنادی و ضمانتنامه‌های مستقل حق ذی‌نفع دایر به مطالبه وجه از یک نهاد مالی و پولی همچون یک بانک را تضمین می‌نمایند. هنگامی که ذی‌نفع وجه یکی از این ابزارها را مطالبه می‌کند، برای توجیه عدم پرداخت وجه اعتبار اسنادی یا ضمانتنامه مستقل، یا جهت اعتراض به پرداختی که قبلاً صورت گرفته است، اغلب به «ایراد تقلب» استناد می‌شود. اساساً هنگامی که اخلاق و حقوق در تعارض با یکدیگر قرار می‌گیرند، حقوق به کمک اخلاق می‌شتابد و اخلاق را بر حقوق مقدم می‌دارد. درحالتی که حق مطالبه و وصول وجه نیازمند حداقل شرایط جهت احراز صحت مطالبه طلبکار ادعایی است، جای شگفتی نیست ایراد تقلب تا بدین پایه اهمیت یابد. چنین وضعیتی، یعنی امکان مطالبه وجه با حداقل شرایط جهت احراز صحت و سقم ادعا، در معاملات مشتمل بر اعتبارات اسنادی اعم از اعتبارات اسنادی تجاری و اعتبارنامه‌های تضمینی، و ضمانتنامه‌های مستقل دیده می‌شود.

\*. مشخصات مأخذ اصلی مقاله به قرار زیر است:

Jean Stoufflet, Fraud in Documentary Credit, Letter of Credit and Demand Guaranty, Dickinson Law Review, Vol. 106, Issue 1, 2001- 2002, pp. 21-28.

\*\* استاد حقوق، دانشگاه کلرمونت - فراند (فرانسه)

\*\*\* دانشجوی دوره دکترای حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی، niasari@gmail.com

ذی‌نفع چنین اعتبارنامه یا ضمانتنامه‌ای حق دارد به صرف مطالبه یا با ارائه اسنادی که با اسناد مشخص شده در قرارداد افتتاح اعتبار مطابق باشد، وجه اعتبار یا ضمانتنامه را دریافت دارد. تنها تقلب در معامله پایه یا جعل و تزویر در اسناد ارائه شده می‌تواند امتناع از پرداخت وجه به ذی‌نفع را توجیه نماید.

در معاملات مربوط به اعتبارات اسنادی و ضمانتنامه‌های مستقل چه اعمالی تقلب به‌شمار می‌رود؟ این سؤال است که از سالها پیش در نظام‌های حقوقی مختلف مطرح بوده است. فرض شناخته شده‌ای که در دعاوی قدیمی مورد اشاره قرار گرفته، موردی است که بایع (ذی‌نفع اعتبارنامه) به‌جای مبیع صحیح و سالمی که مورد سفارش خریدار بوده و در اسناد معامله مشخص شده است، کالای غیرمنطبق ارسال می‌نماید. قاعده «تقلب تمام عمل را فاسد می‌کند»<sup>۱</sup> که به‌روشنی ریشه در اخلاق دارد و برآمده از همین گونه دعاوی است، بیانگر آن است که چنین عملی متقلبانه است و ذی‌نفع که بدینسان مرتکب حيله و تقلب شده است، مستحق مطالبه وجه اعتبارنامه نمی‌باشد. این قاعده حتی در صورتی که کلیه اسناد ارائه شده ظاهراً صحیح و درست به‌نظر رسد، نیز صادق است؛ هرچند ارائه اسناد ظاهراً صحیح تنها شرط برای پرداخت وجه اعتبارنامه می‌باشد.

به‌نظر نگارنده، این مفهوم اخلاقی از تقلب که مستلزم وجود سوءنیت از سوی ذی‌نفع اعتبار است، تفسیری بسیار مضیق است و دیگر باید از آن دست شست. نگارنده می‌کوشد در بخش نخست مقاله حاضر با تعیین و تعریف عناصر متشکله تقلب این نظر را مستدل نماید. سپس در بخش دوم مقاله به آثار تقلب خواهیم پرداخت.

## اول- مفاهیم تقلب

### الف- تمایز بین تقلب در گشایش یا صدور اعتبار اسنادی و ضمانتنامه با تقلب در اجرای تعهدات اعتبارنامه یا ضمانتنامه

متخصصان این حوزه آگاهند که بعضی اعتبارات اسنادی یا ضمانتنامه‌ها خود متقلبانه هستند؛ به این معنا که از سوی اشخاص ورشکسته یا کلاهبرداری صادر می‌گردند که مدعی‌اند بانک‌های طراز اول و معتبر می‌باشند. این رفتار هرچند زشت و قابل سرزنش است، اما در عمل چندان رایج و همه‌گیر نیست. آنچه بیشتر رایج است، مطالبه متقلبانه وجه از سوی ذی‌نفع اعتبار اسنادی یا ضمانتنامه مستقل است.

### ب- تعهدنامه‌های اسنادی و تعهدنامه‌های غیراسنادی

تجزیه و تحلیل مفهوم تقلب هنگامی که بحث درخصوص ابزارهایی باشد که مطالبه وجه آن نیازمند ارائه اسناد است، از قبیل اعتبارات اسنادی تجاری و اعتبارنامه‌های تضمینی، نسبتاً آسان است. چنانچه خود اسناد ارائه شده ناقص باشد، به این معنا که فاقد شرح کامل یک یا چند مورد از موارد لازم جهت اجرای قرارداد باشد، در این صورت شبهه ارتکاب تقلب به ذهن متبادر می‌شود.<sup>۲</sup>

1. Fraus Omnia Corruptit.

۲. به‌عنوان مثال، در اعتبارنامه تجاری مسائلی همچون نوع، وصف، کمیت، کیفیت و طرز بسته‌بندی کالا ذکر می‌شود.

در مورد تعهدنامه‌های غیراسنادی، از قبیل ضمانتنامه‌های مستقل که در خصوص آن ذی‌نفع صرفاً وجه را مطالبه می‌کند، بی‌آنکه نیاز باشد اسنادی که مجوز مطالبه است ارائه دهد، تجزیه و تحلیل مفهوم تقلب بسی دشوارتر است. در این نوع تعهدنامه‌ها، ذی‌نفع ملزم نیست مبنایی برای مطالبه ذکر کند یا دلیلی برای اثبات حق مطالبه ارائه دهد. هرچند اعتبار اسنادی و ضمانتنامه مستقل از حیث ظاهر و شکل با یکدیگر متفاوتند، اما هنگامی که تقلب موضوع بحث است، تفاوت حقوقی واقعی بین آن دو وجود ندارد. در هر دو نهاد مذکور، در فرض تقلب ذی‌نفع وجهی را مطالبه می‌کند که قانوناً حق مطالبه آن را ندارد. در مورد اعتبار اسنادی، ادعای وجود مبنای مشروع جهت مطالبه وجه صریح است [چه اینکه در اسناد ارائه شده بدان تصریح شده است]. در مورد ضمانتنامه مستقل، این ادعا ضمنی است.

### ج- تعریف تقلب و قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی

در قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی هیچ اشاره‌ای به موضوع تقلب نشده است. نه عرف و عادات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (یو.سی.پی.)<sup>۳</sup> و نه قواعد متحدالشکل ضمانتنامه‌های مستقل<sup>۴</sup> که هر دو از سوی اتاق بازرگانی بین‌المللی تدوین شده، هیچ‌یک به موضوع تقلب نپرداخته‌اند. قاعده ۵-۱ عرف و عادات اعتبارنامه‌های تضمینی بین‌المللی (آی.اس.پی. ۹۸)<sup>۵</sup> موضوع تقلب را به قانون صلاحیتدار حاکم بر اعتبارنامه وانهاده است.<sup>۶</sup> توجیه آنکه چرا قواعد موصوف موضوع تقلب را به سکوت برگزار کرده‌اند، چندان دشوار نیست. درست یا غلط، تقلب از گذشته موضوعی مربوط به نظم عمومی به حساب می‌آید و این امر مانع از آن است که مرجعی صنفی همچون اتاق بازرگانی بین‌المللی به قانون‌گذاری در این باره بپردازد.

### د- کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به ضمانتنامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی

ماده ۱۹ کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به ضمانتنامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی،<sup>۷</sup> متضمن بیان مواردی است که صادرکننده ضمانتنامه (ضامن) یا اعتبارنامه تضمینی می‌تواند با استناد به ایراد تقلب از پرداخت وجه به ذی‌نفع خودداری کند.<sup>۸</sup> صادرکننده ضمانتنامه (ضامن) یا اعتبارنامه تضمینی حق دارد از پرداخت وجه به ذی‌نفع ضمانتنامه یا اعتبارنامه تضمینی امتناع کند، مشروط بر اینکه واضح باشد:

3. ICC Uniform Customs and Practices for Documentary Credits (ICC Publication No. 600).

4. ICC Uniform Rules for Demand Guaranties (ICC Publication No. 458).

5. International Stand- By Practices (ISP 98).

۶. به‌عنوان نمونه رک.

James E. Byrnes, Official Commentary, 1998, at p. 19.

۷. این کنوانسیون از تاریخ ۱ ژانویه سال ۲۰۰۰ میلادی لازم‌الاجرا شده است.

۸. واژه «تقلب» در خود کنوانسیون تعریف نشده است بلکه تفسیر این اصطلاح را در بند ۴۵ یادداشت توضیحاتی که دبیرخانه انسیترا ل براین کنوانسیون نوشته، می‌توان دید.

- ۱- یک یا چند سند از اسناد مربوط به معامله، اصل و صحیح نبوده یا مجعول می‌باشد؛
  - ۲- وجه بر مبنایی که در مطالبه‌نامه و اسناد پیوست آن ادعا شده، قابل مطالبه نباشد؛ یا
  - ۳- با توجه به نوع و هدف معامله، هیچ مبنای ممکن و قابل تصویری برای مطالبه وجه ضمانتنامه وجود نداشته باشد.
- بند (۲) ماده ۱۹ کنوانسیون مواردی چند را ذکر می‌کند که مطالبه وجه در آن موارد هیچ مبنای ممکن و قابل تصویری ندارد. این موارد عبارتند از:
- ۱- حادثه یا خطری که ضمانتنامه یا اعتبارنامه جهت حمایت ذی‌نفع در برابر آن حادثه یا خطر صادر شده، بی‌شک واقع نشده است.
  - ۲- تعهدات ناشی از معامله پایه به‌موجب رأی دادگاه یا مرجع داور باطل اعلام شده است؛
  - ۳- تعهدات ناشی از معامله پایه بدون تردید مطابق میل و رضایت ذی‌نفع اجرا شده باشد؛
  - ۴- اجرای تعهدات ناشی از معامله پایه آشکارا در اثر خطای عمدی ذی‌نفع ممتنع شده باشد؛ و
  - ۵- ذی‌نفع ضمانتنامه متقابل [یعنی صادرکننده ضمانتنامه اصلی] وجه ضمانتنامه [اصلی] را با سوءنیت پرداخته باشد.

#### هـ- رویه قضایی راجع به اعتبارنامه‌های تضمینی و ضمانتنامه‌های مستقل

در بسیاری از کشورها محاکم در مقام رسیدگی به دعاوی که متقاضی ضمانتنامه و اعتبارنامه یا صادرکننده ضمانتنامه یا اعتبارنامه با توسل به ایراد تقلب کوشیده عدم پرداخت وجه اعتبارنامه یا ضمانتنامه مستقل را توجیه کند یا به پرداختی که قبلاً صورت گرفته اعتراض نماید، تعریفی از تقلب ارائه داده‌اند. در رویه قضایی فرانسه آراء فراوانی که از حیث وقایع موضوعی مشابه فروزی است که در ماده ۱۹ کنوانسیون سازمان ملل متحد ذکر شده، به چشم می‌خورد. به هر تقدیر، غور در این رویه قضایی ثمره چندانی ندارد؛ زیرا راه‌حل‌ها و قواعدی که در این خصوص در کنوانسیون سازمان ملل متحد دیده می‌شود دقیقاً انعکاس‌دهنده رویه قضایی شناخته شده در این باره است.

#### و - تقلب در چارچوب ماده ۱۹ کنوانسیون سازمان ملل متحد

به نظر می‌رسد در کلیه فروض سابق الذکری که ماده ۱۹ کنوانسیون سازمان ملل متحد مطرح می‌کند مفهوم مشترکی از تقلب تلویحاً قابل استفاده است. در هر یک از فروض مطرح در این ماده صادرکننده ضمانتنامه یا اعتبارنامه تضمینی در صورتی می‌تواند از پرداخت وجه خودداری کند که مبنایی عینی و نوعی برای عدم پذیرش مطالبه ذی‌نفع وجود داشته باشد. به عنوان مثال، در دعوایی که یکی از مهندسان شرکت ذی‌نفع، گواهی کارکرد صحیح تجهیزات را که از سوی متقاضی صدور ضمانتنامه فروخته شده بود، امضا کرده بود ولی ذی‌نفع با وجود این وجه ضمانتنامه را مطالبه کرد،

دادگاه فرانسوی ایراد تقلب را پذیرفت.<sup>۹</sup> پر واضح است که در این مورد بین عمل ذی نفع و موجه بودن امتناع صادرکننده ضمانتنامه از پرداخت وجه الضمان ارتباط وجود دارد. به هر تقدیر، نه ماده ۱۹ کنوانسیون سازمان ملل متحد و نه آرای محاکم هیچ یک به ایراد تقلب به عنوان مجازاتی برای سوءنیت نمی نگرند و تقلب را در معنای عرفی و رایج این کلمه تفسیر نمی کنند، بلکه ایراد تقلب مبین یک واقعیت عینی و نوعی یا این احتمال قوی است که مطالبه وجه مشروع نمی باشد. این تحلیل در مواردی که ایراد تقلب در معاملات مربوط به اعتبارات اسنادی تجاری اعمال شده، نیز مورد تأیید قرار گرفته است.

### ز- رویه قضایی راجع به اعتبارات اسنادی تجاری

برای تشخیص تقلب در مورد اعتبارات اسنادی تجاری صرفاً باید به اسناد ارائه شده توجه کرد. دیوان کشور فرانسه در دعوایی رأی داده است که چنانچه ذی نفع اعتبار اسناد مرتب و منظمی ارائه دهد، باید وجه اعتبار اسنادی تجاری به او پرداخت شود، حتی اگر متقاضی اعتبار مدعی باشد تقلبی در قرارداد پایه بیع رخ داده است.<sup>۱۰</sup> در دعوای بانک نیوفیلز شلومبرگر دادگاه تالی استدلال کرد که در اعتبار اسنادی تجاری چنانچه تقلب در معامله پایه بیع وجود داشته باشد، ایراد تقلب قابل استناد است، هر چند تعهد گشاینده اعتبار مستقل از قرارداد پایه بیع است. ولی دیوان کشور فرانسه، این استدلال را نپذیرفت [و رأی مزبور را نقض کرد].

### ح- راه حل پیشنهادی

به نظر نگارنده، در زمینه اعتبارات اسنادی تجاری، اعتبارنامه های تضمینی و ضمانتنامه ها نباید تقلب را موضوعی اخلاقی به حساب آورد. بلکه تقلب در واقع یک موضوع تخصصی حقوقی است. براساس این تحلیل، فهم اینکه چرا نباید تقلب در معامله پایه بر حق مطالبه وجه از سوی ذی نفع تأثیر گذارد، دشوار به نظر می رسد. موردی را فرض کنید که متقاضی اعتبار می کوشد در حالی که ایراد تقلب استناد جوید که تقلب از سوی شخص ثالث و نه خود ذی نفع اعتبار ارتکاب یافته است. بنابر تحلیلی که نگارنده

9. C.Com., June 10, 1986, Banque Tejarat, Société / SA Pipe Line Service and Banque de Paris et des Pays- Bas, D. 1987.jur.17 note Vasseur.

همچنین رک.

C. Com., January 20, 1987, Sté Technique Electrique de l'Oise / Union Méditerranéenne de Banque et Wahda Bank, JCP. 1987. II. 20760 note J. Stoufflet.

۱۰. در این باره رک.

C.Com., July 15, 1992, Banque de Neufilze Schlumberger, Mallet / The Hong Kong and Shanghai Banking Corp., arrêt n.1366.

رأی فوق منتشر نشده است. همچنین رک.

C.Com., April 29, 1997 Société des Automobiles Peugeot / Falcon Deutschland, BNP and Others, JCP.E 1997.II.976. note J. Stoufflet.

ارائه داد، محاکم می‌توانند به فراتر از ظاهر مرتب اسناد ارائه شده نظر کنند تا تقلب در معامله پایه را کشف و آن را مستند قرار دهند. نظر مشهور نویسندگان در فرانسه حامی این استدلال است. مع الوصف، دادگاههای فرانسه به وضوح درباره این موضوع تصمیم نگرفته‌اند. برعکس، دادگاههای انگلستان تنها در صورتی تقلب را به عهده ذی‌نفع دانسته‌اند که خود ذی‌نفع مرتکب تقلب شده باشد. در دعوای امریکن اکورد، مجلس اعیان (دادگاه عالی) انگلستان رأی داد که چنانچه ذی‌نفع اسناد را با حسن نیت [و بدون اطلاع از مزورانه بودن مفاد آن] ارائه دهد، بانک گشاینده اعتبار مکلف است وجه اعتبار اسنادی را بپردازد، اگرچه یکی از کارگزاران متصدی حمل تاریخ مقدم بر تاریخ واقعی در بارنامه ذکر کرده باشد.<sup>۱۱</sup>

#### ط- دادگاهها باید تقلب را براساس ضابطه نوعی بررسی نمایند

به نظر نگارنده، دلایل قوی وجود دارد که دادگاهها در معاملات مربوط به اعتبارات اسنادی تجاری، اعتبارنامه‌های تضمینی و ضمانتنامه‌های مستقل براساس ضابطه نوعی موضوع تقلب را بررسی کنند. بدین ترتیب، لازم نخواهد بود که ثابت شود ذی‌نفع قصد فریب داشته یا اینکه با سوءنیت عمل کرده است. این دیدگاه از حیث آثار تقلب نتایجی در پی دارد.

#### دوم- آثار تقلب

##### الف- هنگامی که بانک عالم به ارتکاب تقلب است، می‌تواند از پرداخت وجه امتناع کند

چنانچه بانک مطمئن باشد تقلبی صورت گرفته است، می‌تواند از پرداخت وجه به ذی‌نفع خودداری کند. این راه حل در خصوص اعتبارات اسنادی تجاری به خوبی قابل اجرا است؛ زیرا در این مورد همین که یک یا چند سند از اسناد ارائه شده اصل و صحیح نباشد، ارتکاب تقلب را می‌توان مفروض انگاشت. چنانچه روشن باشد اسناد ارائه شده صحیح و منطبق با شروط اعتبار نیست، در این صورت وجه اعتبار قابل مطالبه نمی‌باشد. مطابق ماده ۱۹ کنوانسیون سازمان ملل متحد همین حکم در خصوص اعتبارنامه‌های تضمینی و ضمانتنامه‌های مستقل نیز اعمال می‌شود.<sup>۱۲</sup> تصمیم بانک صرفاً بر ضابطه‌ای نوعی مبتنی می‌باشد و نه بر مفاهیم سوءنیت یا رفتار فریبکارانه ذی‌نفع. مع الوصف، در خصوص بعضی اقسام اعتبارات اسنادی و در مورد رابطه بانک با متقاضی اعتبار ممکن است مسائلی مطرح گردد که نیازمند بررسی است.

11. Royal Bank of Canada v. United City Merchants, House of Lords, May 20, 1982.

دادگاه پژوهش آنورس بلژیک در رأیی که به تاریخ ۲۳ سپتامبر ۱۹۸۱ صادر نموده، همین موضع را اتخاذ کرده است. برای دیدن این رأی مراجعه کنید به:

Revue de Droit Commercial Belge, 1986, p. 369.

۱۲. چنانچه واضح و نمایان باشد: «الف) هر یک از اسناد اصل و صحیح نبوده یا مجعول یا مزور است؛ ب) وجه بر مبنایی که در مطالبه‌نامه و اسناد پیوست آن ادعا شده، قابل مطالبه نمی‌باشد... صادرکننده ضمانتنامه یا اعتبارنامه حق دارد، با رعایت حسن نیت، از پرداخت وجه به ذی‌نفع خودداری کند».



## ب- اعتبارات اسنادی تجاری که پرداخت وجه آن از طریق معامله براتی که ذی نفع صادر کرده، صورت می‌گیرد (اعتبار اسنادی قابل معامله)

اعتبار اسنادی تجاری عبارت است از تعهدی مبنی بر پرداخت مبلغی پول به ذی نفع یا قبول یا معامله (نقد کردن) براتی که از سوی او صادر می‌گردد. در فرضی که پرداخت وجه اعتبار از طریق معامله براتی که ذی نفع صادر نموده صورت می‌گیرد، چنانچه در فرجه زمانی بین تاریخ معامله برات و تاریخ سررسید برات، تقلبی کشف شود، سوالاتی مطرح می‌گردد. آیا بانک گشاینده اعتبار یا متقاضی اعتبار حق دارند پس از معامله برات توسط بانک کارگزار یا بانک معامله‌کننده (نقدکننده) در مقابل ایشان به ایراد تقلب استناد جویند؟ یکی از محاکم فرانسه رأی داده است که در این فرض، حق استناد به ایراد تقلب وجود ندارد؛ چه اینکه معامله برات اجرای تعهد اعتبار اسنادی محسوب شده، و تنزیل برات به‌شمار نمی‌رود.<sup>۱۳</sup>

## ج- اعتبارات اسنادی وعده‌دار

در مورد قسم دیگری از اعتبارات اسنادی تجاری که اعتبار اسنادی وعده‌دار نامیده می‌شود، نیز با مشکلات مشابهی مواجه هستیم. در اعتبار اسنادی وعده‌دار ذی نفع وجه اعتبار را مدتی پس از تاریخ ارائه و تسلیم اسناد دریافت می‌دارد. حال چنانچه پس از آنکه اسناد به بانک تسلیم شد، اما پیش از پرداخت وجه به ذی نفع اعتبار تقلب کشف گردید، تکلیف چیست؟ برخلاف اعتبارات اسنادی که پرداخت وجه آن از طریق معامله برات صادره از سوی ذی نفع صورت می‌گیرد (اعتبار اسنادی قابل معامله)، اجرای تعهد ناشی از اعتبار اسنادی وعده‌دار درست در تاریخی که وجه اعتبار پرداخت می‌شود، صورت می‌پذیرد نه زمانی که اسناد به بانک تسلیم می‌شود. بنابراین، دریافت اسناد توسط بانک مانع از آن نیست که در طی این فرجه زمانی (یعنی فاصله ما بین تاریخ دریافت اسناد تا تاریخ پرداخت) چنانچه تقلبی کشف گردید، متقاضی اعتبار یا گشاینده اعتبار به ایراد تقلب استناد نمایند. در این مقام، حتی در مقابل بانک تأییدکننده‌ای که وجه اعتبار اسنادی وعده‌دار را پیش از حلول اجل اعتبار پرداخته نیز استناد به ایراد تقلب ممکن است.<sup>۱۴</sup>

## د- وضعیت گشاینده اعتبار در مقابل متقاضی اعتبار

این فرض، مسئله دشواری را مطرح می‌سازد. عملاً هنگامی که متقاضی اعتبار با ارائه دلیل متقن بتواند ثابت نماید ذی نفع وجه اعتبار را احتمالاً به‌نحو متقلبانه مطالبه می‌کند یا مطالبه خواهد کرد، متقاضی اعتبار می‌تواند از دادگاه درخواست تدابیر احتیاطی نماید تا مانع از پرداخت

13. Cass.Com. October 23, 1990 Crédit du Nord / Sté Standing Meubles, Bull.Civ. 1990. IV.n. 242, JCP.G.1991. II. 21687 note Vasseur.

14. C.Com., April 7, 1987 Crédit Général / BNP, Bull.Civ.1987. IV. n. 84, JCP.G. 1987.II. 20829 note J. Stoufflet.

وجه اعتبار گردد. ماده ۲۰ کنوانسیون سازمان ملل متحد به اطراف اعتبارنامه‌های تضمینی، ضمانتنامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تجاری اجازه می‌دهد که از دادگاه درخواست صدور اقدامات تأمینی نمایند. آیا متقاضی اعتبار می‌تواند ادعا نماید که بانک باید در موردی که از ارتکاب تقلب اطلاع داشته از پرداخت وجه خودداری می‌کرده است، اما با وجود این بانک وجه اعتبار را به ذی‌نفع پرداخته است. اگر تقلب واضح و نمایان باشد، بانک حق و همچنین تکلیف دارد که از پرداخت وجه اعتبار خودداری کند. ماده ۱۹ کنوانسیون سازمان ملل متحد این موضوع را به‌سکوت برگزار نموده و راه‌حلی به‌دست نداده است. ماده مذکور صرفاً به رابطه بین صادرکننده اعتبارنامه یا ضمانتنامه و ذی‌نفع پرداخته و به رابطه بین متقاضی صدور اعتبارنامه یا ضمانتنامه و صادرکننده اعتبارنامه یا ضمانتنامه اشاره‌ای نکرده است. به‌نظر می‌رسد دادگاه‌های فرانسه تمایل دارند در فرض وجود تقلب تعهدی قطعی مبنی بر امتناع از پرداخت بر دوش بانک بگذارند. مع‌الوصف، رویه قضایی فرانسه در این زمینه مبهم است.<sup>۱۵</sup> به‌نظر نگارنده چنانچه به‌هنگام مطالبه وجه هیچ تردیدی در خصوص وقوع تقلب وجود نداشته باشد، بانک مکلف است از پرداخت وجه خودداری کند. بانک تکلیف عامی برعهده دارد مبنی بر اینکه مطابق منفعت و مصلحت مشتری خود عمل نماید.<sup>۱۶</sup>

### سوم - نتیجه‌گیری

تقلب چه مناسبتی با اعتبارات اسنادی و ضمانتنامه‌ها دارد؟ گاهی مطالبه وجه فریبکارانه است. اما آنچه در این حوزه معمولاً تقلب خوانده می‌شود، در واقع چیزی غیر از این است؛ [تقلب] مفهومی عینی و گسترده دارد. در صورتی که ذی‌نفع وجه اعتبار یا ضمانتنامه را مطالبه کند، حال آنکه نسبت به مطالبه وجه حقی ندارد، صادرکننده اعتبارنامه یا ضمانتنامه می‌تواند از پرداخت امتناع ورزد. بنابراین مسئله، مسئله وجود سوءنیت یا حيله و فریب نیست، بلکه مسئله محدود و مقید نمودن استقلال تعهد صادرکننده اعتبارنامه یا ضمانتنامه است.

15. Com., December 2, 1997, Banque IndoSuez / SA Entrepose, JCP.E 1999.758 n. 26 Obs. Gavalda et Stoufflet; CA.Colmar June 14, 1985, D.1986.inf.rap.218 Obs. Vasseur, JCP.G.1986. I. 3265 n.112 Obs. Gavalda et Stoufflet.

۱۶. به‌عنوان نمونه رک.

Nicolas de Gottrau, Le Crédit Documentaire et la Fraude, Geneva Faculty of Law, nr 719, Helbing & Lichtenhahn, 1999, p. 242.

## موافقتنامه عمومی تجارت خدمات سازمان جهانی تجارت و تجارت بین‌المللی خدمات حقوقی\*

مؤلف: اسکات گالاچر\*\*

مترجم: مسعود کمالی اردکانی\*\*\*

### مقدمه

در شرایطی که خدمات حقوقی به‌طور فزاینده‌ای نقش حیاتی و انکارناپذیری در حمایت و تسهیل روابط تجاری در اقتصاد جهانی امروز ایفا می‌کند، تعجبی ندارد، مذاکراتی که تحت نظارت سازمان جهانی تجارت<sup>۱</sup> در جریان است<sup>۲</sup> به تجارت خدمات مزبور توجه خاص نشان دهد. انجام معاملات تجاری به‌ویژه معاملاتی که دارای ابعاد فراملیتی هستند، بدون پشتوانه حقوقی ممکن نیست. همان‌گونه که مشتریان به‌دنبال فرصت‌های تجاری در اقتصاد جهانی بوده

---

\*. مقاله حاضر به‌عنوان فصلی از کتاب زیر به چاپ رسیده است:

GATS: A Legal Debate, Edited by P Satyanarayana Prasad, Hyderabad, 2007, published by Amicus Books.

\*\* Scott Gallacher

ساکن زلاندنو- ویلینگتون و مدیر گروه تجارت بین‌المللی Minter Ellison است. این شرکت به بخشهای مختلف خصوصی و دولتی در منطقه آسیا و اقیانوسیه مشاوره می‌دهد. این مقاله متن تجدیدنظر شده مقاله‌ای است که نامبرده با کمک همکارش آقای Russell Miller در اواخر سال ۲۰۰۲ با عنوان زیر ارائه نمودند:

The GATS Framework and Trade in Professional (Legal) Services.

\*\*\*. عضو هیأت علمی مؤسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی- وزارت بازرگانی، mkamali1@yahoo.com

1. World Trade Organization (WTO)

۲. مذاکرات تجاری که در حال حاضر از سوی آن دسته از کشورهای که به این سازمان تعلق دارند پیگیری می‌شود به «دستور کار توسعه‌ای دوحه» معروف است. اعضا در اواخر سال ۲۰۰۱ در چهارمین کنفرانس وزیران در دوحه قطر رسماً این دور را آغاز کردند و برنامه‌ریزی نموده‌اند تا اول ژانویه ۲۰۰۵ آن را نهایی کنند. (به بیانیه وزرای سازمان جهانی تجارت به سند شماره WT/MIN(0)/DEC/W/1 مورخ ۱۴ نوامبر ۲۰۰۱ مراجعه کنید). با این وجود پیشرفت در مذاکرات، کند و بسیار سخت شده است. ضرب‌الاجلهای مذاکرات منقضی شده و در ابتدای سال ۲۰۰۷ مذاکرات مزبور متوازن و ناپایدار شده است.

و در نتیجه تقاضای بیشتری برای استفاده از این خدمات در کشورهای مختلف مطرح می‌شود چشم‌انداز مؤسسات حقوقی در سراسر دنیا نیز بین‌المللی‌تر می‌شود؛ این تحول تازه‌ای نیست گرچه در دهه گذشته شتاب آن بیشتر شده است.<sup>۳</sup>

موافقتنامه عمومی تجارت خدمات (گاتس)<sup>۴</sup> سندی است که چارچوب مذاکرات (تجارت) خدمات در سازمان تجارت جهانی، از جمله خدمات حقوقی را ارائه می‌دهد و این چارچوب نه تنها به دنبال آزادسازی بیشتر تجارت خدمات حقوقی است، بلکه تحولات ممکن در زمینه نظام‌های مقرراتی در سطح بین‌المللی را مورد توجه قرار می‌دهد.

منافع ناشی از بازکردن اقتصاد از جمله بازار خدمات حقوقی برای کشورهایی که دارای اقتصادهای صادرات محور هستند، مشکل چندانی ایجاد نخواهد کرد. اما بازکردن اقتصاد و از جمله بازار خدمات حقوقی برای کشورهای دارای اقتصاد متمرکز بر منابع داخلی می‌تواند چالش اساسی در برداشته باشد؛ چرا که می‌تواند به عنوان چالشی بالقوه برای حاکمیت و اهداف سیاسی داخلی تلقی شود.

با توجه به این پیشینه، بحث در خصوص تجارت خدمات حقوقی به تدریج در خلال مذاکرات در جریان فعلی راجع به خدمات گسترش پیدا کرد. برای برخی کشورها مباحث به‌طور نسبی جاف‌تر است در حالی که هنوز برای بسیاری از کشورها موضوعات زیادی وجود دارد که باید مورد توجه قرار گیرد.

این مقاله بیانگر خطوط کلی وضعیت فعلی اقدامات سازمان جهانی تجارت در خصوص تجارت خدمات حقوقی است و دیدگاه‌هایی را برای مسیر پیش‌رو ارائه می‌دهد.

### موافقتنامه عمومی تجارت خدمات (گاتس)

گاتس یکی از پیامدهای اساسی مذاکرات تجاری دور اروگوئه بود. این موافقتنامه اولین مجموعه جامع از مقررات چندجانبه‌ای است که تجارت خدمات را پوشش می‌دهد و با مقرر کردن ادوار پیاپی مذاکراتی تحت نظارت سازمان جهانی تجارت، به دنبال آزادسازی تدریجی تجارت خدمات می‌باشد.<sup>۵</sup> ۴۵ کشور حاضر در این دور از جمله استرالیا و زلاندنو تعهداتی را در ارتباط با

<sup>۳</sup>. به عنوان مثال، در سال ۱۹۹۲ یک گروه کاری مشترک در استرالیا نتیجه‌گیری کرد که «اگر این حرفه در استرالیا خواهان کسب سهم بیشتری از بازار بین‌المللی خدمات حقوقی بازرگانی باشد، توسعه بیشتر توانایی بین‌المللی خدمات حقوق بازرگانی ضروری است». به این منبع مراجعه کنید:

Department Industry, Technology and Commerce (DITAC), *Services Industry Research Program Report No 2: Australian Business Law Services*, Canberra, Australia (1992).

4. General Agreement on Trade in Services (GATS)

۵. به منظور توصیف عالی و کلی از گاتس و ارتباط آن با حرفه حقوق به منبع زیر مراجعه کنید:

خدمات حقوقی پذیرفتند. به هر حال دور اروگوئه فقط نقطه آغاز ادغام کامل تجارت خدمات در چارچوب کلی قواعد تجاری سازمان جهانی تجارت بود.<sup>۶</sup>

موافقتنامه گاتس با وضعیتی که هم اکنون دارد، در حال توسعه و گسترش و ارتقای تدریجی هرچه بیشتر آزادسازی تعداد زیادی از خدمات از جمله خدمات حقوقی است و این امر روندی طولانی خواهد داشت. بجز استرالیا و زلاندنو که تعهدات بسیار زیادی را از نظر دسترسی به بازار پذیرفتند، بعد از دور اروگوئه میزان بازگشایی [بازار] که کشورها در کل نسبت به آن متعهد شدند نسبتاً پایین بوده است.

بنابراین ضروری است، انتظارات از آنچه که در خلال مذاکرات در جریان به دست خواهد آمد، واقع‌گرایانه و متوازن باشد. در واقع، دستورالعملها و رویه‌های مذاکرات تجارت خدمات که در ابتدای مذاکرات مزبور مورد تصویب قرار گرفت در میان سایر موضوعات، از جمله تأکید می‌نماید که:

«... برای یکایک کشورهای در حال توسعه عضو، انعطاف مقتضی وجود خواهد داشت... فرآیند آزادسازی باید با توجه مقتضی به اهداف سیاست‌های ملی، سطح توسعه هریک از اعضا، حجم اقتصاد آنها چه در کل و چه در بخش‌های خاص آن انجام شود. همچنین، بایستی به نیازهای عرضه‌کنندگان کوچک و متوسط خدمات، به‌ویژه کشورهای در حال توسعه توجه درخور و شایسته‌ای مبذول گردد.

... در مورد کشورهای در حال توسعه عضو، از جهت آنکه ممکن است خواستار گشودن بخش‌های کمتر، آزادسازی انواع کمتری از مبادلات و یا خواستار دسترسی تدریجی به بازارهایشان متناسب با درجه توسعه‌شان باشند، لازم است انعطاف‌پذیری و نرمش مناسبی در نظر گرفته شود».<sup>۷</sup>

## هدف و اجزاء گاتس

هدف اصلی گاتس تشویق و ارتقاء آزادسازی تدریجی تجارت خدمات به‌منظور نیل به

---

International Bar Association, *General Agreement on Trade in Services – A Handbook about the GATS for International Bar Association Member Bars*, London, England (2002).

۶. اکثر تعهدات آزادسازی در بخش مشاوره حقوق بین‌الملل و مشاوره حقوق داخلی بوده است، هرچند ۲۲ کشور در مشاوره حقوق کشور میزبان متعهد به آزادسازی شده‌اند. به منبع زیر مراجعه کنید:

World Trade Organization, *Legal Services – Background Note by the Secretariat*, S/C/W/43, dated 6 July 1998, para 57.

7. See *Guidelines and Procedures for the Negotiations on Trade in Services*, adopted by the Special Session of the WTO's Council for Trade in Services on 28 March 2001, S/L/93, dated 29 March 2001.

رشد اقتصادی همه کشورها و توسعه کشورهای در حال توسعه است.<sup>۸</sup> این موافقتنامه سعی دارد با اعمال قواعد اساسی سازمان جهانی تجارت بر تجارت خدمات، به همراه اصلاحات ضروری که حساسیت‌ها و ویژگی‌های اساسی تجارت خدمات را مدنظر قرار می‌دهد به این هدف نائل آید. همچنین گاتس برای آنکه هر کشور بتواند اهداف سیاست‌های ملی خود را طبق اولویت‌های خود پی‌گیری نماید، اختیارات بسیاری را به آنها اعطا می‌کند.

گاتس از سه بخش اساسی تشکیل شده است:

■ مفاهیم کلی، اصول و قواعدی که بر اقدامات مؤثر بر تجارت خدمات اعمال می‌شود (شامل اصل رفتار کامله‌الوداد<sup>۹</sup> و اصل رفتار ملی)<sup>۱۰</sup> و در متن موافقتنامه چارچوب آمده‌اند.

■ تعهدات خاص که فهرستی از بخش‌هایی از بازار خدمات که هر کشور عضو سازمان جهانی تجارت تعهد می‌نماید آن را در اختیار عرضه‌کنندگان خدمات خارجی قرار دهد؛

■ ضمایم موافقتنامه که اصول و قواعدی را برای برخی از بخش‌های خاص خدماتی معین می‌کند.

به‌منظور تعیین حوزه دقیق تعهدات حقوقی که هریک از اعضا دارند، ضرورت دارد همه اجزاء با همدیگر مطالعه شوند.

براساس متن موافقتنامه چارچوب، دو اصل زیر در کانون گاتس قرار دارد:

■ اصل دولت کامله‌الوداد؛

■ اصل رفتار ملی.

اصل دولت کامله‌الوداد مقرر می‌دارد که هر کشور باید با کلیه کشورهای دیگر عضو سازمان جهانی تجارت رفتاری مشابه (و نه نامطلوب‌تر) با آنچه که با هر عضو سازمان دارد، داشته باشد.<sup>۱۱</sup> به بیان دیگر، این اصل مستلزم رفتار یکسان بین همه کشورهای است و حاوی مقررات مشابهی است که به‌طور سنتی بر تجارت کالا حاکم است.<sup>۱۲</sup> با وجود این اصل دولت

---

۸. دومین بند مقدمه موافقتنامه گاتس بیان می‌دارد: « با آرزوی ایجاد چارچوبی چندجانبه در مورد اصول و قواعد تجارت خدمات به‌منظور گسترش چنین تجارتی در شرایطی توأم با شفافیت و آزادسازی تدریجی و به‌عنوان وسیله‌ای برای پیشبرد رشد اقتصادی همه طرفهای تجاری و توسعه کشورهای در حال توسعه»؛

9. Most Favoured Nation (MFN)

10. National Treatment

۱۱. بند (۱) ماده ۲ گاتس در این خصوص مقرر می‌دارد: « هر عضو در مورد هر اقدام مشمول موافقتنامه حاضر، فوراً و بدون قید و شرط رفتاری را در مورد خدمات و عرضه‌کنندگان خدمات هر عضو دیگر در پیش خواهد گرفت که از رفتار متخذه در مورد خدمات و عرضه‌کنندگان خدمات مشابه هر کشور دیگر نامطلوب‌تر نباشد».

۱۲. در این خصوص مراجعه کنید به بند (۱) ماده ۱ موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت (گات ۱۹۹۴).

کامله‌الوداد در گاتس مقید شده است؛ بدین معنی که هر کشور مجاز است در موارد ضروری اقدام مغایر با اصل کلی دولت کامله‌الوداد را حفظ نماید، به شرط اینکه آن را در قالب استثناء تعریف کند.<sup>۱۳</sup>

براساس اصل رفتارملی ضرورت دارد که میان خدمات و عرضه‌کنندگان داخلی و خارجی خدمات تبعیضی صورت نگیرد<sup>۱۴</sup> و این اصل بسیار شبیه قواعد حاکم بر تجارت کالا است.<sup>۱۵</sup> اما تفاوت اساسی در این است که اصل رفتارملی در گاتس از دو جنبه محدود شده است:

۱- برای آن دسته از بخش‌های خدماتی که در جدول تعهدات کشور مورد نظر، تعهد به آزادسازی صورت گرفته است؛

۲- برای آن شرایطی (در صورت وجود) که منضم به تعهدات مورد نظر است.

گاتس همچنین شامل تعهدات کلی در خصوص شفافیت مقررات،<sup>۱۶</sup> شناسایی متقابل شرایط مورد نیاز برای عرضه خدمات،<sup>۱۷</sup> قواعد حاکم بر انحصارها و عرضه‌کنندگان انحصاری خدمات و سایر رویه‌های تجاری محدودکننده رقابت است.<sup>۱۸</sup>

همه جنبه‌های متن چارچوب تا پایان دور اروگوئه نهایی نگردید. برخی از موضوعات، نظیر مقررات داخلی، اقدامات حفاظتی اضطراری، یارانه‌ها و خریدهای دولتی ناتمام ماند تا مذاکره‌کنندگان تجاری در ادوار بعد از دور اروگوئه آن را نهایی کنند.<sup>۱۹</sup> همانند مذاکرات خدمات، پیشرفت جدی در این حوزه‌های مذاکراتی برای اعضای سازمان جهانی تجارت بسیار دشوار است. در حقیقت برخی از کارها (در صورت انجام) در این حوزه‌های مهم در نهایت لاینحل باقی خواهند ماند.

## خدمات چیست؟

«خدمات» یک واژه عام است که مجموعه گسترده و پیچیده‌ای از صنایع تا خدمات

۱۳. در این خصوص مراجعه کنید به بند (۲) ماده ۲ گاتس و ضمیمه راجع به معافیت ماده ۲ (دولت کامله‌الوداد). در خلال دور اروگوئه آشکار شد که آزادسازی بی‌حد و حصر در برخی بخشهای خدماتی دست نیافتنی است و آن‌گونه آزادسازی که منوط به برخی معافیت‌های موقت دولت کامله‌الوداد است بهتر از آن است که هیچ‌گونه آزادسازی صورت نگیرد. در نتیجه، بیش از ۷۰ کشور در پایان دور اروگوئه فهرست معافیت ماده ۲ را دادند.

۱۴. بند (۱) ماده ۱۷ گاتس در این خصوص مقرر می‌دارد «هر عضو در بخشهایی که در جدول تعهدات ذکر شده‌اند و با رعایت قیود و شرایط مقرر در آن، رفتاری را در مورد خدمات و عرضه‌کنندگان خدمات هر عضو دیگر در خصوص همه اقدامات مؤثر بر عرضه خدمات اتخاذ خواهد کرد که از رفتار متخذه در قبال خدمات و عرضه‌کنندگان خدمات مشابه داخلی نامطلوبتر نباشد».

۱۵. در این خصوص مراجعه کنید به ماده ۳ گات ۱۹۹۴.

۱۶. در این خصوص مراجعه کنید به ماده ۳ گاتس.

۱۷. در این خصوص مراجعه کنید به ماده ۷ گاتس.

۱۸. در این خصوص مراجعه کنید به مواد ۸ و ۹ گاتس.

۱۹. در این خصوص مراجعه کنید به مواد ۶، ۱۳، ۱۰ و ۱۵ گاتس.

ساخت و ساز و خدمات کامپیوتری، از خدمات آموزشی تا خدمات زیست محیطی و خدمات مخابرات تا گردشگری و خدمات مسافرتی را دربرمی گیرد. برخلاف کالاها که هم قابل لمس و هم قابل رؤیت هستند؛ یکی از مشخصه های اصلی خدمات ناملموس بودن و غیرقابل رؤیت بودن آنها است. در واقع، گفته می شود که «خدمات آن چیزی است که قابل خریداری است اما ملموس نیست».<sup>۲۰</sup>

برای دقت بیشتر، سازمان جهانی تجارت این فعالیت های متفاوت را به دوازده بخش<sup>۲۱</sup> تقسیم کرده است. یکی از بخش های آن خدمات بازرگانی است که شامل خدمات حرفه ای است و خدمات حقوقی در زیرمجموعه این خدمات قرار می گیرد.

نظام طبقه بندی بخشی سازمان جهانی تجارت مبنای تعهدات حقوقی است که بیشتر کشورهای عضو سازمان جهانی تجارت از زمان دور اروگوئه به آن متعهد گردیده اند. برخلاف تجارت کالا، نظام هماهنگ طبقه بندی خدمات وجود ندارد و کشورها برای تعریف دامنه دقیق تعهدات حقوقی خود اختیارات گسترده ای دارند. بنابراین ضرورت دارد اعضای سازمان جهانی تجارت تلاش کنند تا حد ممکن شفافیت را در هنگام ثبت تعهدات خود تضمین نمایند تا از هرگونه اشتباه در برداشت یا سوء تفاهم اجتناب گردد.<sup>۲۲</sup>

## ۵- اهمیت خدمات

اهمیت خدمات در نظام تجارت چندجانبه در حال افزایش است که این خود بازتاب نقش محوری است که تجارت خدمات در اقتصاد جهانی ایفا می کند. در واقع، تجارت بین المللی خدمات در خلال بیست سال اخیر یا سال هایی که رشد فناوری حمل و نقل و ارتباطات، کارآیی و امکان جابه جایی خدمات را افزایش داده است، به طور چشمگیری رشد داشته است. به علاوه،

20. New Zealand Ministry of Foreign Affairs and Trade, *Questions for a Trading Nation*, Wellington, New Zealand (2002), page 14.

21. طبقه بندی دوازده گانه خدمات عبارتند از: خدمات بازرگانی (شامل خدمات حرفه ای و رایانه)، خدمات ساختمان و خدمات مهندسی مرتبط با آن، خدمات ارتباطات (پست، مخابرات و خدمات سمعی، بصری)، خدمات توزیع، خدمات آموزشی، خدمات زیست محیطی، خدمات مالی (شامل بانکداری و بیمه)، خدمات بهداشتی و اجتماعی، خدمات مسافرتی و گردشگری، خدمات تفریحی، فرهنگی و ورزشی، خدمات حمل و نقل و سایر خدماتی که در جای دیگر نامی از آن برده نشده است.

22. See, for example, the *Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments Under the General Agreement on Trade in Services (GATS)*, adopted by the WTO's Council for Trade in Services on 23 March 2001, S/L/92, para 23.

مشکل ناشی از ثبت تعهدات اشتباه و یا نامناسب مکرراً در زمینه قضایای حل اختلاف بین آمریکا و آنتیگوآ و باربودا در قالب تعهدات آمریکا در زمینه خدمات قمار و شرط بندی مورد تأکید قرار گرفته است. برای مطالعه بیشتر به منبع زیر مراجعه کنید: Appellate Body Report, *United States – Measures affecting the cross-border supply of gambling and betting services*, WT/DS285/AB/R, 7 April 2005.



انجام اصلاحات قانونی بازار محور در کشورهای پیشرفته و در حال توسعه، فرصت‌های تازه‌ای را برای مشارکت بنگاههای خارجی در بازارهایی که [پیش از این] به روی رقبای خارجی بسته بود فراهم کرده است.<sup>۲۳</sup>

### روش‌های تجارت خدمات

درحالی‌که تجارت بین‌المللی کالا متضمن جابه‌جایی فیزیکی کالا از یک کشور به کشور دیگر است، تجارت خدمات به شیوه‌های مختلف عرضه انجام می‌شود. گاتس با هدف طبقه‌بندی، عرضه تجارت خدمات از جمله خدمات حقوقی را به چهار شیوه تقسیم کرده است:

- عرضه خدمات از طریق عبور از مرز (روش اول): در زمینه خدمات حقوقی، روش اول عرضه خدمات وقتی به کار گرفته می‌شود که وکلا خدمت یا مشورت حقوقی ارائه نمایند که از طریق فاکس، پست یا پست الکترونیکی از کشور مبدأ به کشور دیگر عرضه شود؛
- جابه‌جایی مصرف‌کنندگان به کشور تولیدکننده خدمت، یعنی مصرف در خارج (روش دوم): در زمینه خدمات حقوقی، روش دوم مستلزم آن است که یک شخص از یک وکیل در خارج از کشور خدمات حقوقی دریافت نماید؛
- برقراری حضور تجاری در کشوری که خدمات عرضه می‌شود (روش سوم): در زمینه خدمات حقوقی، روش سوم مستلزم آن است که وکلا در کشور دیگر به‌طور دائمی (از طریق تأسیس شعبه) حضور پیدا کنند؛ و
- حرکت موقت اشخاص حقیقی به دیگر کشورها به‌منظور ارائه خدمات در کشور دیگر (روش چهارم): در زمینه خدمات حقوقی، روش چهارم شامل موردی می‌شود که یک وکیل برای ارائه خدمات حقوقی به کشور دیگر سفر می‌کند. این شیوه نه لزوماً ولی در اغلب موارد با روش سوم مرتبط است؛ زیرا اگر یک موسسه حقوقی در کشور دیگری دفتر تأسیس نماید، آن شخص احتمالاً برخی از کارمندان خود را در دفتر به کار خواهد گرفت. این روش برای مواردی که یک وکیل به‌طور موقت به کشور دیگری جهت ارائه خدمات حقوقی مراجعه می‌کند نیز کاربرد دارد.

---

۲۳. اکنون بخش خدماتی شامل بخش قابل ملاحظه‌ای از تجارت جهانی یعنی کمی بیش از ۲۰ درصد آن است. به‌علاوه، صادرات خدمات بازرگانی جهان با رشد متوسط سالانه حدود ۶ درصد در خلال دهه ۱۹۹۰ افزایش داشته است. به منبع زیر مراجعه کنید:

World Trade Organization, *International Trade Statistics 2001*, Geneva, Switzerland (2001), pages 2, 20.

## رشد خدمات حقوقی

در سال‌های اخیر، در نتیجه توسعه اقتصاد بین‌المللی، تجارت بین‌المللی خدمات حقوقی نیز به‌نحو چشمگیری رشد کرده است. وکلای همه کشورها، شدیداً با معاملاتی که دربردارنده صلاحیت‌های حقوقی چندگانه هستند مواجه می‌باشند.<sup>۲۴</sup>

بخشهایی همچون تغییر ساختار شرکت‌ها، خصوصی‌سازی، ادغام و تملک‌های فرامرزی، حقوق مالکیت فکری، اسناد مالی و قانون رقابت، تقاضای فزاینده‌ای برای خدمات حقوقی پیچیده‌تر و بیشتر ایجاد نموده است.<sup>۲۵</sup>

تقاضا برای خدمات وکلا که مستلزم حضور در دادگاههای خارجی است، اغلب ناشی از مشکلات موکلینی است که در مبادلات بین‌المللی شرکت دارند. همان‌طوری‌که در گزارش پیش‌زمینه<sup>۲۶</sup> دبیرخانه سازمان جهانی تجارت آمده است:

«بیشترین تقاضا برای خدمات حقوقی در زمینه حقوق بازرگانی و حقوق بین‌الملل مربوط به فعالیت‌های بازرگانی و سازمان‌های درگیر معاملات بین‌المللی است. این بازیگران نهادی در جستجوی عرضه‌کنندگان خدمات حقوقی هستند که به آنها در مورد تسلط بر فعالیت بنگاه و جایگاه فعالیت تجاری همچنین کیفیت خدماتی که بدون در نظر گرفتن مبدأ تأمین آن می‌توانند به آنها ارائه دهند، تضمین نمایند. روشن است که عرضه‌کنندگان خدمات حقوقی مقیم کشور مبدأ بنگاه (وکلا بنگاه) در مورد فعالیت تجاری مربوط به مشتری دارای برتری نسبی هستند، درحالی‌که عرضه‌کنندگان خدمات محلی در زمینه کسب و کار محلی و محیط قانونی برتری نسبی دارند».<sup>۲۷</sup>

بیشتر تجارت خدمات حقوقی از طریق عبور از مرزها (روش اول) یا از طریق عبور موقت شخص حقیقی به‌صورت یک متخصص (روش چهارم) صورت می‌گیرد. تأسیس شعب تجاری به‌وسیله مؤسسات حقوقی ذی‌صلاح در کشورهای دیگر (روش سوم) بسیار محدود بوده است، اگرچه اهمیت آن در حال افزایش است. اغلب وکلایی که در سطح بین‌المللی فعالیت می‌کنند در قالب شبکه‌ای از مؤسسات، رویه‌های داخلی کشورهای مختلف را تحت پوشش نام تجاری واحد (مانند گروه حقوقی الیسن مینتر)<sup>۲۸</sup> در یکجا جمع می‌کنند، اگرچه شرکت‌های بین‌المللی حقوقی

24. World Trade Organization, *Legal Services – Background Note by the Secretariat*, para 3.

25. *Ibid*, para 19.

26. Background paper.

27. World Trade Organization, *Legal Services – Background Note by the Secretariat*, para 23.

28. Minter Ellison Legal Group.

یکپارچه نیز در حال شکل‌گیری است.<sup>۲۹</sup>

## مشکلات و موانع

رشد تجارت خدمات حقوقی با موانع و مشکلات مهمی مواجه است. مانع اصلی این است که حرفه حقوق همواره در چارچوب‌های داخلی مرزبندی و تعیین می‌شود و بیانگر ویژگی‌های ملی حقوق در هر کشور است. حقوق ملی در قالب خانواده‌های حقوقی که حاوی اصول حقوقی مشترک و نیز در برخی مواقع دارای مشابهت‌هایی در ساختار هستند، گروه‌بندی شده‌اند. از این‌روست که شما به‌عنوان نمونه، نظام حقوقی کامن‌لا، نظام حقوقی رومی-ژرمنی، نظام حقوقی هندو و نظام حقوقی اسلامی را مشاهده می‌کنید.<sup>۳۰</sup>

با وجود این، تفاوت‌های نظام‌های حقوقی برای مشکلات و نارسایی‌های گوناگونی که حقوق‌دانان در زمینه تجارت بین‌المللی در خدمات حقوقی مکرراً با آن مواجه هستند، پاسخ رضایت‌بخشی ارائه نمی‌دهد. براساس نظرات طیف گسترده‌ای از صاحب‌نظران، مشکلات و نارسایی‌ها عبارتند از:

- ۱- محدودیت‌ها یا ممنوعیت‌های قانونی در تأسیس مؤسسات حقوقی خارجی؛
  - ۲- موانع یا محدودیت‌های موجود در سرمایه‌گذاری مشترک بین مؤسسات حقوقی داخلی و خارجی؛
  - ۳- محدودیت‌های استخدامی در مورد حقوق‌دانان محلی؛
  - ۴- محدودیت عددی (تعداد) در مورد حقوق‌دانان خارجی؛
  - ۵- محدودیت‌های غیرضروری در صدور مجوز؛
  - ۶- محدودیت یا به رسمیت نشناختن صلاحیت‌ها؛
  - ۷- نبود شفافیت در نظام‌ها و فرآیندهای مقرراتی؛
  - ۸- الزامات اقامت دائمی؛
  - ۹- الزام فارغ‌التحصیل بودن و کلاً از دانشگاه‌های داخلی؛ و
  - ۱۰- الزامات دست و پاگیر در صدور روادید.<sup>۳۱</sup>
- استرالیا با در نظر گرفتن آنچه می‌تواند به‌عنوان یک موضع مذاکره‌ای قوی تلقی شود، اصول راهنمای خاصی را با هدف از میان بردن این موانع پیشنهاد کرده است که عبارتند از:

29. World Trade Organization, *Legal Services – Background Note by the Secretariat*, para 24-29.

30. *Ibid*, para 5-10.

31. See, for example, World Trade Organization, *Legal Services – Background Note by the Secretariat*, paras. 30-68; Communication from the United States, *Legal Services*, para 5; and Communication from Australia, *Negotiating Proposal for Legal Services*, S/CSS/W/67, dated 28 March 2001, para 5.

- ۱- به رسمیت شناختن حق اعمال حقوق داخلی، حقوق بین‌الملل و در صورت واجد شرایط بودن، حقوق کشور ثالث براساس شرایط معقول و بدون تحمیل محدودیت‌های اضافی یا رویه‌های مختلف توسط کشور میزبان؛
  - ۲- به رسمیت شناختن حق مؤسسات حقوقی خارجی برای حضور تجاری در یک کشور بدون سهمیه‌بندی یا سایر محدودیت‌ها در مورد کارکنان حرفه‌ای یا سایر کارکنان، اقامت، شکل حضور تجاری یا نام تجاری براساس شرایط معقول؛
  - ۳- به رسمیت شناختن حق مؤسسات حقوقی خارجی و وکلا برای انعقاد آزادانه قراردادهای تقسیم حق الوکاله<sup>۳۲</sup> یا سایر اشکال همکاری با مؤسسات حقوقی داخلی و بین‌المللی و وکلا براساس شرایط معقول؛
  - ۴- حق وکالت در حقوق داخلی که فقط براساس دانش، توانایی و صلاحیت حرفه‌ای (بدون هیچ‌گونه شرط ملیت) اعطا خواهد شد؛
  - ۵- به رسمیت شناختن حق مؤسسه حقوقی خارجی برای استخدام وکلا و کارکنان محلی براساس شرایط معقول؛
  - ۶- به رسمیت شناختن حق تدارک و حضور در یک داوری تجاری بین‌المللی.<sup>۳۳</sup>
- استرالیا همچنین مفهوم «صدور مجوز محدود» را به‌عنوان یک جزء مهم در برآورده شدن الزامات خدمات حقوقی فراملیتی پیشنهاد نمود.<sup>۳۴</sup>

### تجارت خدمات حقوقی: تعریف موضوع

به‌منظور فراهم کردن چارچوب مذاکرات ضروری است که درک مشترکی از مصادیق واژه «خدمات حقوقی» ارائه شود؛ تاکنون به این سؤال پاسخ داده نشده است. در گاتس هیچ تعریفی از خدمات حقوقی وجود ندارد. دبیرخانه سازمان جهانی تجارت در این مورد اظهار کرده است که:

«تعریف گسترده از خدمات حقوقی شامل خدمات مشاوره و نمایندگی، همچنین کلیه فعالیت‌های مربوط به رسیدگی قضائی (قضاوت، کارمندان اداری دادگاه، دادستان، وکیل مدافع و غیره) خواهد بود. البته این جنبه دوم مطابق شق [ج] بند (۳) ماده ۱ موافقتنامه گاتس در حوزه اعمال خدمات دولتی است که در اغلب کشورها در اعمال اختیارات دولتی ارائه می‌شود و

32. Fee-sharing arrangement

33. Communication from Australia, *Negotiating Proposal for Legal Services*, para 6.

34. *Ibid*, paras 7-8. See also Communication from Australia, *Negotiating Proposal for Legal Services* – Revision, S/CSS/W/67/Suppl.1/Rev.1, dated 10 July 2001.

به نحو مؤثری از حیطه موافقتنامه مستثنی شده است. گاتس هرگونه خدمات مشاوره و نمایندگی در حوزه حقوق و آیین دادرسی را پوشش می‌دهد.<sup>۳۵</sup>

طبقه‌بندی مرکزی موقتی محصولات سازمان ملل متحد<sup>۳۶</sup> خدمات حقوقی را به چند دسته تقسیم‌بندی کرده است،<sup>۳۷</sup> اما این تقسیمات به‌طور مشخص با کشورهایی که در خلال دور اوروگوه متعهد شده‌اند مرتبط نبوده است؛ زیرا تقسیم‌بندی‌های صورت گرفته در طبقه‌بندی مذکور منعکس‌کننده تجارت واقعی خدمات حقوقی نمی‌باشد. بنابراین کشورها ترجیح می‌دهند تقسیمات زیر را در درجه‌های مختلف اتخاذ نمایند:

قانون کشور میزبان (مشاوره/نماینده)؛  
حقوق کشور مبدأ یا قانون کشور ثالث (مشاوره/نماینده)؛  
حقوق بین‌الملل (مشاوره/نماینده)؛  
خدمات مربوط به گواهی‌نامه‌ها و اسناد حقوقی؛  
سایر خدمات مشاوره و اطلاع‌رسانی.<sup>۳۸</sup>

با وجود این، تقسیم‌بندی‌های فوق در مذاکرات اخیر مورد بازنگری قرار گرفته است و روشن است که برخی از کشورها خواهان ایجاد تقسیم‌بندی‌های مؤثرتری هستند. سطح علائق کشورها در زمینه طبقه‌بندی‌ها متفاوت است. برای مثال، استرالیا ابتدائاً طرحی را ارائه کرده بود و به دنبال طبقه‌بندی بود که «صراحتاً واقعیت‌های تجاری تجارت بین‌الملل در خدمات حقوقی را منعکس کند و چارچوبی را به اعضا ارائه کند که در پذیرش تعهدات خدمات حقوقی انعطاف بیشتری داشته باشند» و دوازده زیرطبقه جدید پیشنهاد نموده است.<sup>۳۹</sup> ایالات متحده پیشنهاد کرده

---

35. World Trade Organization, *Legal Services – Background Note by the Secretariat*, para 15.

شق [ب] بند (۳) ماده ۱ گاتس مقرر می‌دارد که گاتس شامل «هر نوع خدمتی در هر بخشی به استثناء خدمات عرضه شده در اعمال اختیارات دولتی» است. شق [ج] بند (۳) ماده ۱ گاتس این عبارت را این گونه معنی می‌کند: «هر خدمتی که نه بر مبنای تجاری عرضه شود و نه در رقابت با یک یا چند عرضه‌کننده خدمت باشد».

36. Provisional Central Product Classification (CPC)

۳۷. طبقه‌بندی‌های CPC عبارتند از: خدمات نمایندگی و مشاوره حقوقی در مورد حقوق کیفری، خدمات نمایندگی و مشاوره حقوقی در رسیدگی‌های قضائی مرتبط با سایر حوزه‌های حقوق، خدمات نمایندگی و مشاوره حقوقی در رسیدگی‌های قانونی دیوانها یا هیأت‌های شبه قضائی و ...، خدمات صدور اسناد و گواهی‌های حقوقی و سایر اطلاعات حقوقی و مشاوره‌ای.

38. World Trade Organization, *Legal Services – Background Note by the Secretariat*, para 17.

۳۹. آن دوازده زیر طبقه عبارتند از: حقوق داخلی کشور مبدأ (خدمات مشاوره)، حقوق داخلی کشور مبدأ (خدمات نمایندگی)، حقوق کشور میزبان (خدمات مشاوره)، حقوق کشور میزبان (خدمات نمایندگی) در حقوق کشور ثالث (خدمات مشاوره)، حقوق کشور ثالث (خدمات نمایندگی)، حقوق بین‌الملل (خدمات مشاوره)، حقوق بین‌الملل (خدمات نمایندگی)، خدمات داوری تجارت بین‌المللی، سایر خدمات جایگزین حل اختلاف، آماده‌سازی و تأیید اسناد حقوقی و سایر خدمات مشاوره یا رایزنی حقوقی. در این خصوص به منبع زیر مراجعه کنید:

است که «نظام طبقه‌بندی باید به‌گونه‌ای درک شود که شامل ارائه خدمات مشاوره حقوقی و نمایندگی حقوقی در زمینه‌های مشاوره در معاملات تجاری، مشارکت در اداره سازمان‌های بازرگانی، خدمات داوری، میانجیگری و دیگر ضمان غیرقضائی حل و فصل اختلافات مشابه، وکالت عام و مشورت باشد».<sup>۴۰</sup> کانادا پیشنهاد کرده است که باید یک زیربخش فرعی برای «خدمات مشاوره حقوقی خارجی (خدمات مشاوره حقوقی در زمینه حقوق بین‌الملل عمومی و خارجی) وجود داشته باشد».<sup>۴۱</sup>

با وجود این، گروهی از اعضای سازمان جهانی تجارت (استرالیا، کانادا، شیلی، جامعه اروپایی، ژاپن، کره، زلاندنو، سنگاپور، سوئیس، تایوان و امریکا) متعاقباً بیانیه مشترکی را منتشر نمودند که در میان سایر موضوعات، از جمله موافقت خود را مبنی بر استفاده از اصطلاحات مشترک زیر اعلام داشتند:

خدمات مشاوره حقوقی؛

خدمات نمایندگی حقوقی؛

خدمات داوری و میانجیگری/سازش حقوقی؛

خدمات حقوقی.<sup>۴۲</sup>

بیانیه مشترک همچنین برای آن دسته از اعضای سازمان جهانی تجارت که در سطوح مختلف آزادسازی از نظر اعمال حقوق داخلی (قانون کشور میزبان)، حقوق خارجی و یا بین‌المللی هستند بیان می‌دارد که اصطلاحات زیر قابل استفاده است:

حقوق داخلی (قانون کشور میزبان)؛

حقوق خارجی؛

حقوق بین‌المللی.<sup>۴۳</sup>

براساس پیشنهادات اولیه که تاکنون ارائه و در اختیار عموم گذاشته شده است، به‌نظر

---

Communication from Australia, *Negotiating Proposal: Legal Services Classification-Supplement*, S/CSS/W/67/Supp12, S/CSC/W/32, dated 11 March 2002.

40. Communication from the United States, *Legal Services*, S/CSS/W/28, dated 18 December 2000, para. 5.

41. Communication from Canada, *Initial Negotiating Proposal on Professional Services*, S/CSS/W/52, dated 14 March 2001, para. 3.

42. See, Communication from Australia, Canada, Chile, the European Communities, Japan, Korea, New Zealand, Singapore, Switzerland, the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu, and the United States, *Joint Statement on Legal Services*, TN/S/W/37, S/CSC/W/46, dated 24 February 2005. These terms were further elaborated in the Joint Statement.

۴۳. این اصطلاحات در بیانیه مشترک بیشتر توضیح داده شده‌اند، به آدرس بالا مراجعه کنید.

می‌رسد که گویی برخی اعضای سازمان جهانی تجارت از اصطلاحات مورد توصیه در بیانیه مشترک استفاده می‌کنند. در عین حال برخی دیگر از کشورها تمایل داشتند تا از اصطلاحات قبلی که در زمان دور اروگوئه مورد استفاده بود، استفاده نمایند و یا اینکه ترکیبی از هر دو را استفاده کنند. همه این موارد مورد انتظار است به شرط آنکه کشورها در هنگام تنظیم جدول تعهدات خاص، احتیاط لازم را به‌نحو مناسب و دقیق بنمایند. مهمترین چیز برای همه اعضای سازمان جهانی تجارت آن است که وقتی تعهدات خود را ثبت می‌نمایند، نهایت دقت و شفافیت را داشته باشند.

### تعهدات خاص

همان‌طور که در بالا ذکر شد، در پایان مذاکرات دور اروگوئه حدود ۴۵ کشور در زمینه خدمات حقوقی در سطوح مختلف متعهد شدند. تقریباً همه این کشورها برای مشاوره حقوقی بین‌المللی و مشاوره حقوقی کشور خود، همچنین عده‌ای کمتر از نصف آنها برای مشاوره حقوقی کشور میزبان متعهد شدند. به‌علاوه، در بیشتر موارد تعهدات کشورها برای خدمات نمایندگی در هر یک از این حوزه‌ها به میزان قابل توجهی کمتر از خدمات مشاوره بوده است.<sup>۴۴</sup> براساس پیشنهادات اولیه که تاکنون ارائه شده و در اختیار عموم گذاشته شده است، به‌نظر می‌رسد که گویی تعهدات آزادسازی تجارت خدمات حقوقی گسترش یافته است اما نه به‌طور با ثبات و یکنواخت. برخی اعضای سازمان جهانی تجارت اعلام داشته‌اند که آمادگی بهبودهای اساسی در آزادسازی را دارند؛ درحالی‌که برخی دیگر از اعضا، بهبودهای اندک و تدریجی داشته‌اند. به همین ترتیب تعداد قابل ملاحظه‌ای از اعضای سازمان جهانی تجارت پیشنهادات اولیه خود را به‌طور عمومی منتشر ننموده‌اند و یا هیچ‌گونه پیشنهاد اولیه‌ای در مورد بخشهای مختلف ارائه نداده‌اند.

با در نظر گرفتن ماهیت در حال تکامل موافقتنامه عمومی تجارت خدمات، همچنین این واقعیت که فرآیند آزادسازی با توجه به اهداف سیاست‌گذاری ملی و با توجه به سطح توسعه و حجم اقتصاد یکایک کشورها انجام می‌شود، انتظار می‌رود که کشورها آزادسازی تدریجی در حوزه خدمات حقوقی را در پیش بگیرند. در واقع، انتظار هرچیزی غیر از این، با کارکردهای اصلی و اساسی موافقتنامه خدمات در تضاد خواهد بود. مطمئناً موضوع کلیدی و اساسی آن است که پذیرش کلیه تعهدات جدیدی که کشورها در خلال مذاکرات در جریان می‌پذیرند به‌راحتی صورت گیرد.

---

44. World Trade Organization, *Legal Services – Background Note by the Secretariat*, para 57.

## نتیجه‌گیری

گاتس در جایگاهی که فعلاً قرار دارد، نخستین گام به‌سوی ادغام کامل تجارت خدمات در چارچوب قواعد تجاری سازمان جهانی تجارت محسوب می‌شود. این موافقتنامه سکویی برای ادوار مذاکرات مداوم برای دستیابی تدریجی به سطوح بالاتر آزادسازی و رفع خلأهای چارچوب آن موافقتنامه (مثل مقررات داخلی، یارانه‌ها و غیره) که در پایان دور اروگوئه مغفول ماند، می‌باشد.

این واقعیت که برخی از قواعد گاتس نهایی نشده‌اند و جداول تعهدات خاص محدود هستند و اینکه بسیاری از کشورها هیچ‌گونه تعهد اساسی در بسیاری از بخشهای خدمات نداده‌اند بیانگر ماهیت در حال تکامل گاتس است.

در زمینه خدمات حقوقی، ماهیت در حال تکامل گاتس بیانگر آزادسازی هرچه بیشتر در پایان مذاکرات جاری (هر زمان که باشد) خواهد بود. اما این‌گونه آزادسازی به‌دلیل ماهیت متفاوت اقتصادهای اعضای سازمان جهانی تجارت، فراگیر، با ثبات یا یکنواخت نخواهد بود.

در خصوص موضوع طبقه‌بندی نیز اطمینان از اینکه تغییراتی که انجام شده بر مبنای واقعیات تجارت خدمات حقوقی است و نه به‌صورت انتزاعی، برای حرفه حقوق بسیار اهمیت دارد و بسیار مهم‌تر از آن اینکه، برای مذاکره‌کنندگان دولتی مهم است که در زمان ثبت تعهدات جدید خود نهایت دقت و شفافیت را داشته باشند.

در پایان ذکر این نکته لازم است که انتظار از دستاوردهای مذاکرات در جریان بایستی واقع‌بینانه و متوازن باشد.



مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری  
سال بیست و پنجم، شماره ۳۹، ۱۳۸۷، صص ۳۱۳-۳۳۴، تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۸۷/۶/۱۴، تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۸۷/۸/۲

## انعقاد قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی در جدیدترین کنوانسیون سازمان ملل متحد\*

**\*\* Paul Przemyslaw Polanski**

\*\*\* مترجم میرحسین کاویار

### یادداشت مترجم

در ۹ دسامبر ۲۰۰۵ به موجب قطعنامه ۶۰/۲۱ مجمع عمومی سازمان ملل (A/RES/60/21, 9 Dec 2005)، «کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی» به عنوان مهمترین سند بین‌المللی در عرصه تجارت الکترونیک به تصویب رسید. این سند، استمرار روند متحدالشکل سازی نظامهای حقوقی مختلف در این حیطه است. کنوانسیون سازمان ملل متحد در خصوص استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، هرچند نخستین تجربه آنسیترال در باب وضع مقررات متحدالشکل در سطح بین‌المللی به شمار نمی‌آید، اما حداقل در زمینه تجارت الکترونیک، بهترین ثمره سالها تلاش و پژوهش است که می‌توان در عرصه داخلی و بین‌المللی از آن بهره گرفت.

از آن جهت که کنوانسیون وین راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰)، مهمترین مرجع در باب بیع بین‌المللی است، خارج بودن قراردادهای مبتنی بر رایانه از شمول تعریف قرارداد مکتوب، می‌تواند از بعد

\*. منبع مقاله:

Paul Przemyslaw Polanski, International Electronic Contracting in the Newest UN Convention, Journal of International Commercial Law and Technology, Vol. 2, Issue 3, 2007, pp. 112-120. available at: <http://www.jiclt.com/index.php/JICLT/article/view/42/28>.

\*\* [پاول زیمیسلاو پولانسکی (Paul Przemyslaw Polanski) دارای مدرک دکترا از دانشکده حقوق و دانشکده علوم دانشگاه ملبورن استرالیا است. وی لیسانس حقوق را از دانشگاه آدام میکی ویز (Adam Mickiewicz) لهستان و لیسانس فناوری اطلاعات (IT) را از دانشگاه موناش (Monash) استرالیا اخذ کرد. وی همچنین دارای کرسی تدریس در دانشکده حقوق اروپا در دانشگاه ورشو (Warsaw) و دانشکده فناوری اطلاعات دانشگاه کارآفرینی و مدیریت لئون کزمینسکی (Leon Kozminski) ورشو لهستان است.

\*\*\*. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه مازندران، [mirhosseinkaviar@gmail.com](mailto:mirhosseinkaviar@gmail.com)

نظری منجر به خلأ عمده‌ای در اطمینان و قابل پیش‌بینی بودن قراردادهای بیع بین‌المللی باشد. قراردادهای الکترونیکی، معاملات بیع بین‌المللی را با ارائه روشهای انجام سریع و آسان امور تجاری هم تسهیل و هم پیچیده کرده‌اند؛ به‌گونه‌ای که حتی یک نفر با یک رایانه می‌تواند به رقیبی متبحر در عرصه جهانی بدل شود. مقاله حاضر، به شرح اجمالی مهمترین مفاد کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی می‌پردازد. نویسنده سعی می‌کند تا از اسناد سابق بر سند اخیر مثل کنوانسیون وین (۱۹۸۰) در تفسیر مواد کنوانسیون ۲۰۰۵ استعانت جوید.

### چکیده

مجمع عمومی سازمان ملل در ۲۳ نوامبر ۲۰۰۵، کنوانسیون جدید راجع به استفاده از ارتباطات الکترونیکی در انعقاد قراردادهای بین‌المللی تصویب کرد. هشت کشور من جمله چین و سنگاپور آن را امضا کردند اما هنوز این کنوانسیون الزام‌آور نشده است چرا که مستلزم آن است که توسط سه دولت تصویب شود. این مقاله مهمترین مفاد این معاهده را در ارتباط با قراردادهای الکترونیکی تجزیه و تحلیل می‌کند.

## ۱- مقدمه

در ۲۳ نوامبر ۲۰۰۵ مجمع عمومی سازمان ملل کنوانسیون را راجع به استفاده از ارتباطات الکترونیکی در انعقاد قراردادهای بین‌المللی تصویب کرد. از تاریخ نوامبر ۲۰۰۶، تنها هشت کشور شامل جمهوری آفریقای مرکزی، چین، لبنان، ماداگاسکار، سنگال، سیرالئون، سنگاپور و سریلانکا آن را امضا کرده‌اند؛ اگرچه هیچ‌یک از این کشورها آن را هنوز تصویب نکرده‌اند. یکی از دلایل اجتماعی تصویب کند این کنوانسیون می‌تواند عدم ارتقای بین‌المللی این سند توسط سازمان ملل متحد در بین کاربران، تجار و دولتها باشد.

این اولین کنوانسیون بین‌المللی است که به‌طور خاص برای داد و ستدهای بین‌المللی تجارت الکترونیک تنظیم شده است. معاهدات بین‌المللی دیگری از قبیل کنوانسیون شورای اروپا در مورد جرائم سایبر در نظر داشت تا اجرای قانون را نسبت به جرائم ارتكابی آن‌لاین همچون هک، هرزه‌نگاری کودکان یا گفت و شنود مستهجن تسهیل نماید (شورای اروپا ۲۳ نوامبر ۲۰۰۱). از طرف دیگر معاهدات بین‌المللی همچون کنوانسیون وین ۱۹۸۰ راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا (آنسیترا ۱۹۸۰) در عصر فاکس و تلگرام تنظیم شده‌اند که در موادشان مشهود است،<sup>۱</sup> نوشته شدند (Bianca and Bonell, 1987; Audit, 1998; Eiselen, 1999) کنوانسیون جدید، خلأ قانونی ایجاد شده در این خصوص را پر می‌کند و جانی تازه به کنوانسیون‌های بین‌المللی قدیمی مرتبط با تجارت بین‌المللی سنتی، می‌بخشد.

هدف این مقاله شرح اجمالی مهمترین مفاد کنوانسیون [اخیرالذکر] به‌ویژه مفاد مرتبط با قرارداد الکترونیکی است. روش تحقیق بر تجزیه و تحلیل تلاشهای مقدماتی دربردارنده گزارشات متعدد تهیه شده به‌وسیله کار گروه چهارم در کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد پی‌ریزی خواهد شد. نوشته کنونی، تفاسیر سابق بر این سند را هم ترسیم و هم توسعه خواهد داد. (Polanski, 8-7 June 2006; chong and chao, 2006; Connolly and Ravindra, 2006; Polanski, 2006).

بخش نخست، برخی امور اساسی پیرامون کنوانسیون شامل هدف آن، دامنه شمول و مندرجات آن را ارائه خواهد داد. بخش دوم، به تحلیل مقررات خاصی از کنوانسیون در مورد

---

۱. ماده ۱۳ کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا: «وصف کتبی از نظر مقررات این کنوانسیون، تلگرام و تلکس را شامل می‌شود». بند (۱) ماده ۲۰ همان کنوانسیون مقرر می‌دارد: «مهلتی که ایجاب‌کننده در تلگرام یا نامه برای قبول تعیین می‌کند از لحظه‌ای که تلگرام جهت مخابره تحویل می‌گردد یا از تاریخی که در نامه قید شده است یا چنانچه در نامه تاریخی قید نشده باشد از تاریخ منعکس در روی پاکت آغاز می‌گردد. مهلتی که ایجاب‌کننده برای قبول به‌وسیله تلفن یا سایر طرق مخابراتی فوری تعیین می‌نماید از زمانی آغاز می‌گردد که ایجاب توسط مخاطب وصول می‌شود». برای دیدن متن فارسی کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰؛ مراجعه کنید به مجله دفتر خدمات حقوقی و بین‌المللی، شماره نهم، پائیز و زمستان ۱۳۶۷ (مترجم).

قراردادهای الکترونیکی اختصاص خواهد یافت. در بخش سوم، تلاش خواهیم کرد تا مزایا و مضرات آن را برای تجارت جهانی الکترونیک مورد ارزیابی قرار دهیم.

## ۲- نگاهی به کنوانسیون

پیش‌نویس کنوانسیون توسط گروه کاری کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد طی بیش از شش اجلاس از سال ۲۰۰۲ طراحی شد. پیش‌نویس از تلاش‌های پیشین آنسیترال، بالأخص کنوانسیون وین راجع به بیع بین‌المللی کالا و قانون نمونه راجع به تجارت الکترونیک تأثیر گرفته است. تأثیرپذیری پیشین به‌طور خاص در پذیرش دو اصل: کارکرد یکسان (که [براساس این اصل] فرض می‌شود باید با معاملات کاغذی و معاملات الکترونیکی به‌طور یکسان برخورد شود) و [اصل] بی‌طرفی در فناوری (که [براساس این اصل] فرض می‌شود که هیچ‌یک از انواع تکنولوژی‌ها طرف توجه قانون قرار نگرفته است) مشهود است. از طرف دیگر، برخی از مواد آن مستقیماً از کنوانسیون وین رونویسی شد. اگرچه آن معاهده قواعد ماهوی برای انعقاد قرارداد وضع نکرد یا حقوق و تکالیفی برای مدیران شرکتهای تابع کنوانسیون وین راجع به بیع بین‌المللی کالا مقرر نداشت.

کنوانسیون مختصر و شامل یک مقدمه و ۲۵ ماده است، و در چهار فصل تنظیم شده است. بخش نخست دامنه شمول سند را مطرح می‌کند. بخش دوم شامل مقررات کلی، در بردارنده تعاریف اصطلاحات به‌کار رفته در کنوانسیون است. بخش سوم که مربوط به «استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی» است، مقرراتی راجع به شناسایی رسمی و قانونی ارتباطات الکترونیک، شروط استاندارد، زمان و مکان ارتباطات الکترونیکی، دعوت به معامله، به‌کارگیری سیستم خودکار برای انعقاد قرارداد، در دسترس بودن اصطلاحات قرارداد و طرز رویارویی با اشتباه پیش آمده را دربردارد. بخش آخر شامل مقررات نهایی است.

## ۲-۱- هدف کنوانسیون

هدف کنوانسیون پیشنهاد راه‌حلهای کاربردی برای موضوعات مرتبط با «استفاده از وسایل ارتباطی الکترونیکی در انعقاد قراردادهای بین‌المللی» است. قصد نویسندگان پیش‌نویس این سند نه تنها اعمال آن بر قراردادهای فی‌نفسه الکترونیکی بود بلکه همچنین بر ارتباطات ایجاد شده در طول مذاکرات یا اجرای قرارداد نیز بود (برای مثال اختاریه‌های وصول، اختاریه‌های نقص و غیره).

هدف کنوانسیون به‌طور ویژه حذف موانع قانونی تجارت الکترونیک است، من‌جمله آن موانعی که به‌موجب سایر اسناد پدید می‌آیند (آنسیترال، ۲۲-۱۱ اکتبر ۲۰۰۴). اسلوب منحصر به

فرد این کنوانسیون را می‌توان در ماده ۲۰ یافت، ماده مذکور قصد دارد موانع پیش‌روی تجارت الکترونیک را که به‌موجب سایر اسناد بین‌المللی قبل از عصر اینترنت به‌وجود آمدند، برطرف نماید. مطابق این ماده، هر زمانی کنوانسیونهای سابق قابل اعمال باشند، قراردادهای الکترونیکی به‌طور کامل به رسمیت شناخته می‌شوند.<sup>۲</sup> تنها شرط آن این است که یک شرکت آنلاین، در یکی از کشورهای متعاهد این کنوانسیون، مرکز تجارت داشته باشد.

در نتیجه قواعد کنوانسیونهای سابق از قبیل کنوانسیون وین راجع به بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ یا کنوانسیون نیویورک راجع به داوری بین‌المللی ۱۹۵۸ در مورد اختلاف ناشی از تبادل پیامهای الکترونیکی، به‌طور کامل قابل اجرا است. برای مثال، اصطلاح «نوشته» که در کنوانسیون بیع کالا ۱۹۸۰ استفاده شده، جهت پوشش دادن به مکتوب الکترونیکی تعمیم داده می‌شود و لذا قواعد مرسوم راجع به انعقاد قراردادها و حقوق و تکالیف متعاقدين اعمال می‌شود. در نتیجه شرکتهایی که مرکز تجاری آنها در یکی از کشورهای متعاهد این کنوانسیون است، این مزیت را نسبت به شرکتهای مقیم در کشورهای غیرمتعاهد دارند که آنها [یعنی شرکتهای دسته نخست] می‌توانند مطمئن باشند که قراردادهای الکترونیکی علی‌رغم شکل غیرملموس، در محاکم به رسمیت شناخته می‌شوند (Boersma, 1998).

اسلوب پذیرفته شده در این کنوانسیون، راه حل معقولی است؛ زیرا بسیار آسان‌تر معنای جدیدی به کنوانسیونهای سابق می‌دهد؛ به‌جای اینکه در مورد همه آنها مجدداً وارد بحث و گفتگو شویم. بدون تلاش برای بسط دامنه شمول کنوانسیونهای سابق، تجارت الکترونیک بین‌المللی از بسیاری چارچوبهای محدود قانونی، که یک امنیت حقوقی را تضمین نمی‌کردند، صرف‌نظر کرد. حداقل با توجه به قواعد مکتوب، تعداد زیادی عرف اینترنتی نانوشته، به‌ویژه در حیطه قرارداد آنلاین، امنیت آنلاین و مال آنلاین، وجود دارد که می‌توانند برای پر کردن خلأ قانونی ایجاد شده کمک کنند (Polanski, 5-7 June 2006). اگرچه کنوانسیون شامل مقررات دقیقی است که کشورها را مجاز می‌کند تا دامنه شمول کنوانسیون را [به میل خود و با گنجاندن

---

۲. کنوانسیون راجع به شناسائی و اجرای آراء داوری خارجی (نیویورک، ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸)؛ کنوانسیون مرور زمان در بیع بین‌المللی کالا (نیویورک، ۱۴ ژوئن ۱۹۷۴) و پروتکل آن (وین، ۱۱ آوریل ۱۹۸۰)؛ کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا (وین، ۱۱ آوریل ۱۹۸۰)؛ کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به مسئولیت متصدیان حمل و نقل در تجارت بین‌الملل (وین، ۱۹ آوریل ۱۹۹۱)؛ کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به ضمانتنامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی (نیویورک، ۱۱ دسامبر ۱۹۹۵)؛ کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به انتقال دیون پولی در تجارت بین‌الملل (نیویورک، ۱۲ دسامبر ۲۰۰۱)؛ به‌علاوه مقررات کنوانسیون [سازمان ملل متحد راجع به استفاده از ارتباطات الکترونیکی در انعقاد قراردادهای بین‌المللی] هم نسبت به کنوانسیونهای دیگر، مذکور در بالا، قابل اعمال است، اما یکی از کشورهای متعاهد به‌موجب حق شرط می‌تواند اعلام کند که متعهد به این امر نیست. کشور متعاهد می‌تواند در هر زمانی، چنین اعلامیه‌ای را طرح کند، تغییر دهد و مسترد نماید. همچنین نگاه کنید به بندهای (۳ - ۴) ماده ۲۰.

حق شرط] تغییر دهند ولی دارای ابهامات و اجمالات قانونی نیز می‌باشد که مانع اهدافش می‌شوند (Connolly and Ravindra, 2006).

## ۲-۲- دامنۀ شمول

این کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی را در قراردادهای الکترونیکی بین طرفهایی که مرکز تجارت آنها در کشورهای متفاوت با یکدیگر واقع شده باشد، تنظیم می‌کند. «ارتباط الکترونیکی» هرگونه اظهار، اعلام، تقاضا، ابلاغ، مطالبه من جمله ایجاب و قبول ایجاد شده به وسیلهٔ وسایل الکترونیکی، مغناطیسی، بصری یا وسایل مشابه در ارتباط با انعقاد یا اجرای قرارداد را دربرمی‌گیرد. کنوانسیون نه تنها نسبت به داده‌های مبادله شده در وب سایت‌های اینترنت یا ایمیل اعمال می‌شود، بلکه حتی نسبت به تکنولوژی‌های قدیمی‌تر مثل تبادل الکترونیکی داده (EDI) یا حتی تلفکس، تلکس و تلگرام تعمیم یافته است (بند «ج» ماده ۴). اصطلاح قرارداد نیز دارای مفهومی موسع است تا نه تنها قرارداد بیع یا قرارداد استخدام را شامل شود بلکه برای مثال توافقات داوری را نیز دربرگیرد. به علاوه ارتباطات پیش قراردادی و ارتباطات پس قراردادی، برای مثال اعلامیه‌های الکترونیکی ارسال شده در جریان اجرای قرارداد را شامل خواهد شد. تابعیت یا شخصیت مدیران آنلاین (مدنی یا تجاری) از بحث کنوانسیون خارج است [رک. بند (۳) ماده ۱]. به عبارت دیگر، کنوانسیون در مورد همهٔ معاملات انجام شده به صورت الکترونیکی، اعمال می‌شود مشروط بر اینکه طرفین تجاری در کشورهای متفاوت با یکدیگر واقع شده باشند.<sup>۳</sup>

کنوانسیون همواره ناظر بر قراردادهایی است که طرفین آنها در دو کشور متعاهد واقع شده باشند.<sup>۴</sup> این شیوهٔ تنظیم، از کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰) گرفته شده است در صورتی قابل اعمال است که طرفین در کشورهای متعاهد واقع شده باشند (یا رعایت قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی، منتهی به اعمال قانون یکی از کشورهای متعاهد گردد)؛ لذا، کنوانسیون جدید ناظر بر دعوایی خواهد بود که تنها یکی از طرفین، در یکی از

۳. بند (۱) ماده ۱ کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰) چنین مقرر می‌دارد: «این کنوانسیون ناظر بر قراردادهای بیع کالا بین طرفهایی است که محل تجارت آنها در کشورهای متفاوت با یکدیگر واقع شده باشد...» (م).

۴. بند (۱) ماده ۱ کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی چنین مقرر می‌دارد: «۱. این کنوانسیون بر استفاده از ارتباطات الکترونیکی در خصوص تشکیل یا اجرای قرارداد، میان اشخاصی که محل کسب آنها، در کشورهای مختلفی قرار دارد، اعمال می‌شود» متن انگلیسی این سند در پایگاه اینترنتی ذیل موجود است: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/2005Convention.pdf>.

برای ملاحظه ترجمهٔ این سند مراجعه کنید به مجلهٔ حقوقی (نشریهٔ امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری)، شمارهٔ سی و هفتم، زمستان ۱۳۸۶، صص ۴۱۸-۳۸۷ (م).

کشورهای تصویب‌کننده این کنوانسیون واقع باشد. با دقت در مواد مقدماتی، مبرهن است که مقررات کنوانسیون جدید تنها در دعاوی تجارت الکترونیک بین‌المللی استفاده خواهد شد مشروط بر اینکه قوانین کشور متعاقد نسبت به قرارداد اصلی قابل اعمال باشد (A/60/17, para.20). به عبارت دیگر، طرفین یک قرارداد الکترونیکی می‌توانند در دو کشور باشند، اما باید حداقل یکی از این کشورها، کشور متعاقد باشد یا [اگر این چنین نیست یعنی کشور متعاقد نیست] قوانین آن کشور باید به قانون کشور متعاقد دیگری اشاره [ارجاع] کند. به علاوه، هر کشور متعاقد می‌تواند اعلام کند که تنها زمانی کنوانسیون را اعمال خواهد کرد که کشورها، کشورهای متعاقد باشند یا طرفین قرارداد بر اعمال کنوانسیون توافق کرده باشند (بند (۱) ماده ۱۹).

کنوانسیون مقرر می‌دارد که باید مرکز تجارت (place of business) تمام شرکتهای آنلاین در کشورهای متفاوت با یکدیگر واقع شده باشد.<sup>۵</sup> اگرچه اصطلاح «مرکز تجارت» معانی متفاوتی در تجارت اینترنتی می‌تواند داشته باشد (Malloy September 2004) و تشخیص آن به منظور تعیین مکان انعقاد عقد، قانون حاکم و دادگاه صالح، اساسی است. کنوانسیون، مرکز تجارت را چنین تعریف می‌کند: «مکانی که در آن شخص بنگاه دائمی برای فعالیت اقتصادی تأسیس می‌کند و شامل مکان تهیه موقت کالا یا خدمات خارج از یک محل معین نمی‌شود» (بند «ح» ماده ۴). بنابراین، کنوانسیون به آدرس واقعی و عینی شخص استناد می‌کند تا به آدرس فرضی و مجازی. فرض بر این است که مرکز تجارت شخص، محل اعلام شده توسط وی است، مگر اینکه شخص دیگر، نادرست بودن آن اعلام را اثبات کند (ماده ۶). همچنین انجام معاملات سابق در یک محل یا افشای اطلاعات توسط طرفین می‌تواند اماره‌ای بر مرکز تجارت باشد. در نتیجه، کنوانسیون بر اطلاعات مکانی ارائه شده توسط هر یک از طرفین تکیه می‌کند و صراحتاً به مکانی که تجهیزات فنی در آنجا تعبیه شده یا مکانی که در آنجا می‌توان به یک سیستم اطلاعاتی دسترسی یافت، بی‌توجه است. این یک پیش‌بینی بسیار قابل توجهی است چرا که اجماع جهانی را راجع به موضوع «تأسیس مرکز تجارت تجار در محیط اینترنت» منعکس می‌کند.

اگر یکی از طرفین مرکز تجارتش را اعلام نکرده باشد، یا بیش از یک مرکز تجارت داشته باشد، قاضی یا داور با در نظر گرفتن اوضاع و احوالی که قبل از انعقاد قرارداد یا در زمان انعقاد آن بر طرفین معلوم بوده یا منظور نظر آنها قرار گرفته است، یکی از آنها که نزدیک‌ترین رابطه را با قرارداد مربوطه دارد انتخاب خواهد کرد (بند ۲ ماده ۶).<sup>۶</sup> اگرچه کنوانسیون مقرر

۵. رک. بند (۱) ماده ۱ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (م).

۶. ماده ۱۰ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰) مقرر می‌دارد: «از نظر این کنوانسیون: الف) هرگاه یکی از طرفین بیش از یک محل تجارت داشته باشد، محل تجارت وی جایی خواهد بود که با در نظر گرفتن اوضاع و احوالی که قبل از انعقاد قرارداد یا در زمان انعقاد آن بر طرفین معلوم بوده یا منظور نظر آنها قرار گرفته است نزدیکترین رابطه را با قرارداد و اجرای آن دارد؛ ب) هرگاه یکی از طرفین فاقد محل تجارت باشد، محل اقامت معمولی او ملاک خواهد بود» (م).

می‌دارد که نام دامنه یا آدرس ایمیلی که به کشور مشخصی متصل است این اماره را به وجود نمی‌آورد که شخص مورد نظر در آن کشور مرکز تجارت دارد (بند ۵ ماده ۶). نتیجه کلام آنکه، کنوانسیون در تعیین مرکز تجارت طرفین بر دو اصل اساسی مبتنی است. نخست آنکه، اهمیت ندارد خدمات رسان (Server) در کجا واقع شده است یا چه نوع نام دامنه‌ای (Domain name) استفاده می‌شود. دوم آنکه، مقدماً کنوانسیون با شرکتهای click and mortar [شرکتهایی که اینترنت را در امر تجارت به خدمت می‌گیرند] که هم به صورت سنتی و هم آنلاین فعالیت تجاری می‌کنند مرتبط است. همچنین [کنوانسیون]، کاربران آنلاین مثل پایگاه اینترنتی Amazon.com را نیز دربرمی‌گیرد زیرا آنها مرکز تجارتشان را اعلام می‌کنند. اگرچه مقررات کنوانسیون در مورد شرکتهای صرفاً مجازی، که هیچ‌گونه مؤسسه مادی و عینی ندارند و تنها در فضای اینترنت موجود هستند، اجرا نمی‌شود (Polanski 2006; A/CN. 9/608/Add.1 para.75). این مورد یکی از نقاط ضعف عمده کنوانسیون مذکور می‌باشد.

### ۳-۲- انواع معاملات مشمول [کنوانسیون]

مشابه پیشرفت‌های سابق در قلمرو حقوق تجارت بین‌الملل، کنوانسیون اخیر به تجارت الکترونیکی بین تجار (B2B) محدود شده است. نتیجتاً، مقرراتش هیچ‌گونه حقوق یا تعهداتی در مقابل مدیران شرکتهای آنلاین راجع به عقود که جهت مصارف شخصی، خانوادگی یا خانگی منعقد می‌شوند، ندارد (قسمت الف از بند ۱ ماده ۲). بنابراین قراردادهای منعقد شده بین تاجر با مصرف‌کننده (B2C) یا بین خود مصرف‌کنندگان (C2C) یا بین مصرف‌کنندگان با تاجر (C2B) از دامنه شمول این کنوانسیون مستثنی می‌شوند. دلیل استثنای مطلق قراردادهای مصرف‌کننده این است که «از مصرف‌کنندگان نمی‌توان این انتظار را داشت که به‌طور منظم ایمیل‌های خود را کنترل کنند همچنین آنها به‌سهولت قادر نیستند بین پیغام‌های تجاری به حق و صحیح با یک ایمیل ناخواسته تمیز قایل شوند» (A/CN.9/608/Add.1 para.29). این امر احتمالاً بدین دلیل است که گروهی از افراد مبتدی به‌عنوان اشخاصی که قصد خرید کالا از طریق اینترنت را دارند معمولاً با این تکنولوژی آشنایی کافی ندارند و به واسطه، اعتماد می‌کنند. کاربران کمتر آموزش‌دیده به خرید آنلاین اطمینان ندارند. استدلال طراحان پیش‌نویس این است که کاربران بیشتر متقاعد می‌شدند اگر پیش‌نویس بر این مبنا تکیه می‌کرد که سیستم‌های قانونی مدرن، حمایت انحصاری از مصرف‌کنندگان را مقرر داشته‌اند به‌گونه‌ای که این امکان برای طرفین نباشد که به‌راحتی از زیر بار تعهدات قراردادی شانه خالی کنند (Quirk and Forder, 2003; Prins, June 2003). اگرچه برخی مفسرین چنین استدلال می‌کنند که کشورها می‌توانند این



شرط را مستثنی کنند برای مثال از طریق اعلامیه‌های صادره حسب ماده ۱۹ (Chong and Chao 2006, para.45).

دامنه شمول کنوانسیون نسبت به تجارت الکترونیک حرفه‌ای بسیار وسیع است. این کنوانسیون در مورد معاملات و قراردادهای بیع بجز فروشهایی چون معاملات پایاپای قابل اعمال است. نکته قابل توجه اینکه، کنوانسیون جدید، داد و ستد خدمات و اطلاعات را نیز پوشش می‌دهد. اسناد تجاری بین‌المللی پیشین همچون کنوانسیون وین راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ - که ذکر آن گذشت - صرفاً محدود به قراردادهای بیع بود. این یک دگرگونی اساسی و نیازمند زمانی طولانی است. به موجب این کنوانسیون، سرانجام خدمات الکترونیکی بین‌المللی مورد شناسایی قانون قرار گرفتند.

لیکن تعدادی از قراردادهای تجارت الکترونیکی تجار با تجار (B2B) مشمول کنوانسیون نیست مثلاً کنوانسیون در مورد خدمات مالی الکترونیکی و اوراق تجاری قابل انتقال بین‌المللی از قبیل برات اعمال نمی‌شود. قراردادهایی که عموماً مستثنی شده‌اند عبارتند از معاملات راجع به تعدیل نرخ ارز، معاملات ارز خارجی، معاملات بین بانکی یا استفاده از دلالتان برای خرید سهام. برای نمونه استفاده از ارتباطات الکترونیکی راجع به تجارت در بازار بورس تعدیل نشده بین یک سرمایه‌گذار خصوصی با دلالتش مشمول مقررات کنوانسیون می‌شود، درحالی‌که سرمایه‌گذاری مستقیم آنلاین راجع به یک برات تنظیم شده خارجی مشمول کنوانسیون نیست (A/CN.9/608/Add.1, para. 36). باعث تأسف است که این سند چنین حوزه‌های مهم تجارت الکترونیک را استثناء کرده است، در حقیقت عرصه‌هایی وجود دارد که مقررات بین‌المللی را ایجاب می‌کند.

به علاوه، کنوانسیون قواعد بسیار انعطاف‌پذیری را مقرر می‌دارد که کشورها و کارآفرینان را مجاز می‌کند تا مواد آن را تغییر دهند. کشورها می‌توانند به‌طور مجزا انواع دیگری از قراردادهای الکترونیکی (بند ۲ ماده ۱۹)، برای نمونه قراردادهای ایجاد یا انتقال حقوق مال غیرمنقول را استثناء کنند. همچنین شرکتها می‌توانند مانع اجرای این کنوانسیون شوند یا از مقرراتش عدول کنند و یا مفهوم موادش را تغییر دهند (ماده ۳) بجز مقررات آمرانه کنوانسیون مانند امضای الکترونیکی.

### ۳- جنبه‌های برگزیده قرارداد الکترونیکی

کنوانسیون به سؤالات مهم به وجود آمده پیرامون قراردادهای الکترونیکی پاسخ می‌دهد از قبیل اینکه آیا قراردادهای اینترنتی معتبر هستند؟ آیا وب سایت باید به‌عنوان یک ایجاب الزام‌آور تلقی گردد یا خیر؟ و آثار بروز خطا [در ورود داده‌ها] چیست؟ این اصول تا اندازه‌ای بدیع

هستند به طوری که اسناد بین‌المللی سابق، این موضوعات را مورد بحث قرار نداده بودند. از طرف دیگر، برخی مقررات کنوانسیون از قانون نمونه [آنسیترال] درباره تجارت الکترونیک<sup>۷</sup> تأثیر پذیرفته است؛ لذا نیازمند یک تجزیه و تحلیل ژرف نیست.

### ۳-۱- شناسایی حقوقی قرارداد الکترونیکی

طبق بند (۲) ماده ۸، هیچ ماده‌ای در این کنوانسیون، طرفین را ملزم نمی‌نماید تا از ارتباطات الکترونیکی استفاده کرده و یا آن را بپذیرد، اما موافقت شخص مبنی بر انجام یا استفاده از این کنوانسیون، می‌تواند از رفتار او، استنباط شود؛ برای مثال، دادن کارت تجاری همراه با آدرس ایمیل تجاری [جهت انتشار] به جراید یا در دسترس قراردادن یک وبسایت برای سفارش دادن (A/CN.9/608/Add.2para.4).

گفته می‌شود از اساسی‌ترین مواد این معاهده، مواد ۸ (۱) و ۱۲ هستند، که بر یکی از اصول مسلم حقوق تجارت بین‌الملل صحه می‌گذارند [به موجب این اصل مسلم] قرارداد یا ارتباط در هر قالب مشخصی قابل ایجاد یا اثبات است: «اعتبار یا قابلیت اجرایی ارتباط یا قرارداد، تنها به این دلیل که به شکل ارتباط الکترونیکی مبادله شده است، نباید مورد انکار قرار گیرد» (بند ۱ ماده ۸ و بند ۱ ماده ۹).<sup>۸</sup> مضاف بر اینکه، کنوانسیون مواد جداگانه‌ای دارد که صریحاً قرارداد منعقد به وسیله یک سیستم رایانه‌ای<sup>۹</sup> و شخص حقیقی، یا به وسیله روابط متقابل سیستم‌های پیام خودکار را به رسمیت می‌شناسند. نفوذ یا اعتبار چنین قراردادهایی صرفاً به این دلیل که هیچ شخص حقیقی در اعمال شخصی انجام شده به وسیله سیستم‌های پیغام‌رسان خودکار یا در [انعقاد] قراردادهای منتج دخالتی نداشته است، انکار نخواهد شد. بنابراین، با قراردادهای الکترونیکی منعقد از طریق پایگاه‌های اینترنتی مرتبط یا پیغام‌های تبادل الکترونیکی داده (EDI) شبیه

7. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment, U.N. GAOR, 6<sup>th</sup> Comm, A/51/628 (1996).

۸. ماده ۷ قانون متحدالشکل معاملات الکترونیکی ایالات متحده (UETA) نیز چنین مقرر می‌دارد: «الف) یک مدرک یا امضا نباید صرفاً به این دلیل که به شکل الکترونیکی صادر یا زده شده، از نظر حقوقی بی‌اعتبار یا اجرا نشدنی شناخته شود؛ (ب) قرارداد نباید صرفاً به این دلیل که در انعقاد آن از مدرک الکترونیکی استفاده شده، از نظر حقوقی بی‌اعتبار یا غیرقابل اجرا شناخته شود.

ماده ۵ قانون نمونه آنسیترال درباره تجارت الکترونیکی نیز چنین بیان می‌کند: داده پیام صرفاً نباید به دلیل شکل الکترونیکی آن، فاقد اثر حقوقی، بی‌اعتبار یا غیرقابل اجرا شناخته شود».

به نقل از: کریستینا هولتمارک رامبرگ، دستورالعمل تجارت الکترونیکی و تشکیل قرارداد در چشم‌اندازی تطبیقی، ترجمه مصطفی‌السان، فصلنامه الهیات و حقوق، سال ششم، تابستان ۱۳۸۵، شماره ۲۰، ص ۱۶۴ (م).

۹. سیستم رایانه‌ای (Computer System) هر نوع دستگاه یا مجموعه‌ای از دستگاه‌های متصل سخت افزاری — نرم افزاری است که از طریق اجرای برنامه‌های پردازش خودکار «داده پیام» عمل می‌کند. (بند «و» ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷) (م).

قراردادهای کاغذی [سنتی] برخورد می‌شود. به علاوه، معاملات منعقدۀ توسط واسطه‌ها نیز به‌طور کامل در حقوق بین‌الملل به رسمیت شناخته شده‌اند (Weitzenboeck, 2001).

لیکن نباید چنین پنداشت که مواد این کنوانسیون، قراردادهای الکترونیکی را به‌طور مطلق معتبر می‌دانند زیرا ممکن است دلیلی وجود داشته باشد که موجب بی‌اعتباری مبادله الکترونیکی شود (A/CN.9/546, para.41). به‌ویژه، هدف کنوانسیون این نیست که شروط استاندارد مقرر در سیستم‌های قانونی ملی را کنار گذارد. ماده ۹ محدودیتهایی نسبت به کارکرد یکسان نوشته الکترونیکی، امضای الکترونیکی<sup>۱۰</sup> و مبدع<sup>۱۱</sup> به موجب قوانین ملی مبتنی بر قانون نمونه [آنسیترال] درباره تجارت الکترونیک (۱۹۹۶) تعیین می‌کند.

لازمۀ نوشته شمردن یک مبادله الکترونیکی این است که اطلاعات مندرج در آن قابل دسترس باشد به‌گونه‌ای که امکان رجوع بعدی نیز وجود داشته باشد.<sup>۱۲</sup> بنابراین اگر عبارات یک قرارداد الکترونیکی قابلیت دوباره چاپ کردن و خواندن را داشته باشد، به‌عنوان یک نوشته قلمداد می‌شود. اطلاعات ارائه شده در قالب نوشته، وابسته به استفاده از امضا نیست و بنابراین [این اطلاعات] در پائین‌ترین سطح سلسله مراتب یک قالب الکترونیکی قرار دارند.

از سوی دیگر شرط امضا در صورتی تأمین می‌گردد که روش مورد استفاده، [هویت] طرف را مشخص کند، قصد وی را اعلام کند و در تشخیص هدف وی [از ایجاد یا ابلاغ داده پیام با لحاظ تمام قراین] استنادپذیر باشد (یا در واقع اثبات شده است که شروط فوق‌الذکر اجرا شده‌اند). روش امضاهای الکترونیکی [در کنوانسیون] با قانون نمونه آنسیترال اندکی تفاوت دارد در حقیقت امضا [در کنوانسیون] بیشتر بر قصد تأکید می‌کند تا بر اثبات قصد (A/60/17, para.61) کنوانسیون خیلی کلی و نسبت به فن‌آوری بی‌طرف است و مسلماً انواع مختلفی از امضاهای الکترونیکی از قبیل امضاهای رمزدار متقارن و غیرمتقارن، زیست سنجی، رمزدار، امضاهای مبتنی بر شماره شناسایی (Pin) یا دکمه‌های Ok را دربرمی‌گیرد. از طرف دیگر، اگر هویت امضاکننده محرز باشد، [نمی‌توان به] معیار قابل اعتماد بودن امضا (همان قدر که قابل

---

۱۰. امضای الکترونیکی (Electronic Signature) عبارت از هر نوع علامت منضم شده یا به‌نحو منطقی متصل شده به «داده پیام» است که برای شناسایی امضاکننده «داده پیام» مورد استفاده قرار می‌گیرد (بند «ی» ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک) (م).

۱۱. بند «د» ماده ۴ کنوانسیون، مبدع (Originator) را چنین تعریف می‌کند: «شخصی است که ارتباط الکترونیکی، به‌وسیله یا از طرف او، قبل از ذخیره، اگر وجود داشته باشد، ارسال یا تولید می‌شود، اما شامل شخصی که در جریان ارتباط الکترونیکی به‌عنوان واسطه عمل می‌کند، نخواهد شد؛ بند «ب» ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک نیز مبدع را چنین تعریف می‌کند: «مبدع منشأ اصلی «داده پیام» است که «داده پیام» به‌وسیله او یا از طرف او تولید یا ارسال می‌شود اما شامل شخصی که در خصوص «داده پیام» به‌عنوان واسطه عمل می‌کند نخواهد شد» (م).

۱۲. ماده ۶ قانون آنسیترال درباره تجارت الکترونیک مقرر می‌دارد: «۱. در هر مورد که قانون، مکتوب بودن اطلاعات را لازم می‌شمارد، داده پیام نیز کفایت خواهد کرد، مشروط بر اینکه اطلاعات موجود در آن را بتوان، تا حدی که وافی به مقصود باشد بازایی نمود...» به نقل از: کریستینا هولتمارک رامبرگ، پیشین، ص ۱۶۵ (م).

اعتماد باشد) برای بی‌اعتبار کردن کل قرارداد استناد کرد (A/60/17, para.65). لیکن این پیش‌بینی ممکن است موجب سلب اعتماد تجار شود زیرا اعتبار قانونی یک امضای الکترونیکی به موجب قانون ملی حاکم، تعیین می‌شود و نه کنوانسیون (A/CN.9/608/Add.2, para.28). هدف کنوانسیون، صرفاً رفع موانع برای استفاده از امضاهای الکترونیکی است. احتمالاً بحث برانگیزترین موضوع [در کنوانسیون]، مسئله اسناد الکترونیکی اصلی است، چنانکه غالباً نظام‌های حقوقی خواستار ارائه سند در چنین قالبی هستند. نظر به اینکه کنوانسیون، اسناد قابل انتقال را پوشش نمی‌دهد، مقررات راجع به اصالت اسناد تجاری از قبیل بیمه‌نامه و گواهی کیفیت یا کمیت ارتباط پیدا می‌کند. لازمه اصالت این است که تمامیت اطلاعات،<sup>۱۳</sup> از زمانی که به صورت نهایی برای اولین بار تولید می‌شوند، به طور قابل اعتمادی تضمین شود و [سپس] اطلاعات قابلیت نمایش برای اشخاص متقاضی را داشته باشد. تمامیت اطلاعات در صورتی تضمین می‌شود که صرف‌نظر از هر تغییری که در جریان طبیعی انتقال الکترونیکی داده‌ها بروز می‌کند، اطلاعات کامل و بدون تغییر باقی بمانند. ضابطه تضمین [تمامیت اطلاعات] با توجه به هدف تولید اطلاعات و همه اوضاع و احوال ذی‌ربط برآورد می‌شود. علی‌رغم این حقیقت که چنین شیوه تنظیمی، معیاری با حداقل الزام برای کارکرد یکسان یک سند اصلی، برقرار می‌کند بسیار مبهم است چرا که آن مفهوم اصیل بودن را به یک روش تصدیق ارتباط می‌دهد (A/CN.9/608/Add.2, para. 41). احتمال می‌رود که اعمال این شرط کنوانسیون در عمل دشوار باشد.

## ۳-۲- مشکلات ایجاب الکترونیکی

یکی از مسائل بحث‌برانگیز و غیرقابل پیش‌بینی، در عرصه تجارت الکترونیک، طرز عمل یک وب سایت به عنوان یک ایجاب الزام‌آور یا دعوت به معامله غیرالزام‌آور است. طبقه‌بندی صحیح [داده‌ها] می‌تواند آثار جدی برای یک تاجر آنلاین - که به وسیله اظهاراتش در یک وب سایت متعهد تشخیص داده می‌شود - داشته باشد (Quirk and Forder 2003). بدیهی است که در ارتباط با اشکال دیگر مبادلات الکترونیکی مثل تبادل الکترونیکی داده‌ها (EDI) نیز مشکلاتی وجود دارد، اما این مشکلات در تجارت اینترنتی مشهودتر است. بنابراین، تنها مورد اخیرالذکر [تجارت اینترنتی] در تحلیل ذیل استفاده می‌شود.

۱۳. تمامیت داده پیام (Integrity) عبارت است از موجودیت کامل و بدون تغییر «داده پیام». اعمال ناشی از تصدی سیستم از قبیل ارسال، ذخیره یا نمایش اطلاعات که به طور معمول انجام می‌شود خدشه‌ای به تمامیت «داده پیام» وارد نمی‌کند (بند «ه» ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک (م)).

ماده ۱۱ فرض ذیل را با در نظر گرفتن وضعیت سیستم‌های سفارش‌دهنده متقابل شامل می‌شود. «پیشنهاد انعقاد قرارداد از طریق یک یا چند ارتباط الکترونیکی که مخاطب آن، شخص یا اشخاص معین نبوده‌اند، بلکه عموماً برای اشخاصی که از سیستم‌های اطلاعاتی استفاده می‌کنند، قابل دسترس بوده، شامل پیشنهادهایی که متضمن سفارش غیرالزام‌آور از طریق سیستم‌های رایانه‌ای مذکور می‌شود، دعوت به ایجاب تلقی می‌شود مگر آنکه آشکارا بر این امر دلالت کند که شخصی که پیشنهادات را مطرح کرده، در صورتی ملتزم به ایجاب خواهد بود که قبول شود».

این مقاله پیشنهاد می‌کند که به‌عنوان یک قاعده عملی، فروشندگان اینترنتی باید به‌عنوان ارائه‌دهندگان اظهارات غیرالزام‌آور جهت انعقاد توافقات قراردادی تلقی شوند. لیکن، دو شرط وجود دارد. نخست، آنها نباید شخص یا اشخاص معینی را برای مبادلات الکترونیکی مورد خطاب قرار دهند. دوم، آنها نباید آشکارا قصد ملزم شدن خود را در صورت قبول طرف مقابل اعلام نمایند.

راجع به شرط نخست، واضح است که توسط اکثر وبسایت‌ها اجرا می‌شود. با این وجود، موردی که وبسایت، شخص معینی را مورد خطاب قرار می‌دهد نادر است. این [مورد نادر] هم تنها در جایی صورت می‌گیرد که یک وبسایت خاص، جهت تشخیص هویت کاربران از کوکی‌ها استفاده می‌کند. اما حتی در آن صورت وضعیت خیلی مبهم است. به‌علاوه همه وبسایت‌های ساکن در این طبقه‌بندی قرار می‌گیرند در حقیقت به‌موجب تعریف، هدف آنها تعامل با یکدیگر نیست.

با این وجود تعداد کثیری از وبسایت‌های آنلاین متعامل و مدرن (برای مثال فروشگاه‌های الکترونیکی) شرط نخست را می‌توانند اجرا کنند. بحث شده است که پیش‌نویسان در اعلام اینکه بسیاری از وبسایت‌ها نیازمند ثبت نام قبلی هستند، قصور ورزیدند. بعد از اینکه مشتری وارد [فضای] چنین سیستم سفارش‌دهنده متقابلی شد، همواره پیشنهاد دقیقاً خطاب به او ارائه می‌شود.

ولو اینکه یک پیشنهاد خطاب به شخص معینی ارائه شده باشد، باید شرط دوم اجرا شود، یعنی باید به‌وضوح کاشف از قصد طرف، برای ملزم شدن در صورت قبول [طرف مقابل] باشد. چنین قصدی از طریق مقیاس‌های گوناگون مثل [کلیک بر] دکمه‌ها یا توصیفات محصول می‌تواند به‌وجود آید. عرف نشان می‌دهد که اکثر وبسایت‌های پیشرفته، بالأخص آنهایی که تکنولوژی کارت خرید (shopping cart) را به خدمت گرفته‌اند، معمولاً یک توصیف شفاف از مراحل لازم برای انعقاد قرارداد تهیه می‌کنند (این رویه در ماده ۱۰ دستورالعمل تجارت

الکترونیکی نیز اشاره شده است).<sup>۱۴</sup> چنین آثار مرئی، دلیل محکمی از قصد شفاف بایع است. به وضوح، مفاد ماده ۱۱ خیلی مساعد نیست. این ماده، این واقعیت را در نظر نمی‌گیرد که ثبت نام کردن - که تقریباً همه وبسایت‌های تجاری پیشرفته آن را شرط لازم می‌دانند - می‌تواند «یک ارتباط خطاب به شخص معین» قلمداد شود. به علاوه، حتی اینکه چه چیزی دعوت به معامله را تشکیل می‌دهد و چگونه آن [دعوت به معامله] از یک ایجاب تمیز داده شود، معین نشده است. سرانجام، ماده اصطلاح در هم و بر هم «درخواست‌های سفارش غیرالزام‌آور» را به جای [اصطلاح] «سیستم پیغام خودکار» - که [اصطلاح اخیر] در قسمت دیگر متن [کنوانسیون] به کار رفته است - استفاده می‌کند، که [این امر] ممکن است در آینده منجر به مشکلات غیرضروری در تفسیر [مفاد ماده] شود.

بنابراین، به عنوان یک قاعده عملی، وبسایت‌ها باید «دعوت به معامله» قلمداد شوند، مگر اینکه آنها خواستار ثبت نام قبلی [توسط مشتری] باشند. در چنین صورتی طرف باید بررسی کند که آیا پیشنهاد شفاف و قطعی است. اگر این چنین است، پیشنهاد از لحظه ثبت نام موفق [مشتری] باید به عنوان یک ایجاب تلقی شود.

### ۳-۳- زمان و مکان انعقاد قرارداد

کنوانسیون فاقد یک ماده ویژه، راجع به زمان و مکان انعقاد قرارداد است؛ زیرا چنین مقرره‌ای با حقوق حاکم بر انعقاد قراردادهای خاص می‌تواند در تناقض باشد. این روش، نشان‌دهنده یک ابهام است زیرا زمان و مکان انعقاد قرارداد باید توسط قانون ملی حاکم - که به موجب قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی کشور مقر دادگاه احراز می‌شود - تعیین گردد. به همین صورت، اثر یک ارتباط ناخوانا و خصوصیت الزام‌آور بودن آن به موجب قوانین ملی تعیین می‌شود (A/CN.9/608/Add.2, para.48). اگرچه، کنوانسیون موادی راجع به زمان و مکان مخابره و وصول مکاتبه الکترونیکی دارد، که برخی راهنمایی‌ها را در این زمینه ارائه می‌دهد. این مواد تا حد زیادی بر قانون نمونه [آنسیترال] درباره تجارت الکترونیکی مبتنی هستند.<sup>۱۵</sup>

۱۴. ماده ۱۰ دستورالعمل تجارت الکترونیکی مقرر می‌دارد: «اطلاعاتی که باید ارائه شود:

۱. علاوه بر اطلاعاتی که به موجب حقوق اتحادیه اروپا ارائه آن الزامی شناخته شده، دولتهای عضو باید تضمین دهند که جز در صورت توافق معایر بین طرفین عقد، البته نه مصرف‌کنندگان، حداقل، اطلاعات زیر از سوی سرویس‌دهنده به‌طور شفاف، کامل و بدون ابهام و قبل از اینکه متقاضی خدمات سفارش خود را تقدیم دارد، ارائه شود:

الف) مراحل مختلف فنی لازم برای انعقاد قرارداد؛

ب) اعلام بایگانی یا عدم بایگانی مدارک انعقاد قرارداد از سوی سرویس‌دهنده و ذکر قابل بازیافت بودن این مدارک؛

ج) روشهای فنی تشخیص و تصحیح اشتباهات، قبل از نهایی شدن سفارش؛

د) زبانهای پیشنهاد شده برای تشکیل قرارداد «(م)».

۱۵. ماده ۱۵ قانون نمونه آنسیترال درباره تجارت الکترونیکی مقرر می‌دارد:

به‌عنوان یک اصل عملی، مرکز امور تجاری، مکانی را که اطلاعات، مخابره یا وصول می‌شوند، تعیین می‌کند ( بند «۳» ماده ۱۰)، حتی اگر سیستم اطلاعاتی پشتیبانی‌کننده، در مکانی دیگر [غیر از مرکز امور تجاری] واقع باشد. در حقیقت پیشتر بحث شد که فرض بر این است که مرکز امور تجاری در مکان اعلام شده توسط تاجر قرار دارد (ماده ۶).<sup>۱۶</sup> این ماده اصل بی‌اعتباری مکان سیستم‌های اطلاعاتی را منعکس می‌کند. لیکن، هنوز مسئله مکان در زمینه پیام‌های الکترونیکی ارسال شده یا وصول شده توسط شرکتهای مجازی حل نشده است. از طرف دیگر، زمان مخابره زمانی است که پیام، سیستم رایانه‌ای<sup>۱۷</sup> یک مبدع<sup>۱۸</sup> را ترک می‌کند (بند «۱» ماده ۱۰). در جایی که، مکاتبه الکترونیکی از طریق سیستم اطلاعاتی<sup>۱۹</sup> همسان مبادله می‌شود، زمان مخابره عبارت است از زمان وصول.

زمان وصول، هنگامی است که مخاطب<sup>۲۰</sup> در یک نشانی الکترونیکی که توسط او

[ماده ۱۵: زمان و مکان ارسال مخابره و دریافت داده پیام]

۱. در صورت عدم توافق معایر بین فرستنده و گیرنده، مخابره داده پیام زمانی انجام می‌شود که به یک سیستم اطلاعاتی خارج از دسترس شخص فرستنده یا شخصی که داده پیام را به نمایندگی از وی ارسال می‌دارد، وارد شود.

۲. در صورت عدم توافق معایر بین فرستنده و گیرنده زمان وصول داده پیام به شرح زیر تعیین می‌شود:

(الف) اگر مخاطب، سیستم اطلاعاتی را برای وصول داده پیام طراحی نموده باشد، وصول زمانی است که: یک. داده پیام به سیستم اطلاعاتی طراحی شده وارد شود؛ دو. اگر داده پیام به آن بخش از سیستم اطلاعاتی گیرنده (مخاطب) که جزء سیستم اطلاعاتی طراحی شده نیست، فرستاده شود، وصول زمانی است که مخاطب به آن دست یابد.

(ب) اگر مخاطب، سیستم اطلاعاتی طراحی شده (برای این منظور) نداشته باشد، وصول با ورود داده پیام به سیستم اطلاعاتی (عمومی) وی تحقق می‌یابد.

۳. بند «۲» در صورتی که محل وقوع سیستم اطلاعاتی، متفاوت با محلی باشد که در آنجا به‌موجب بند «۴» فرض می‌شود که داده پیام وصول شده، اعمال می‌گردد.

۴. در صورت فقدان توافق معایر بین فرستنده و گیرنده، فرض می‌شود که داده پیام از محلی ارسال شده که مرکز امور تجاری فرستنده آنجاست، در اجرای این بند:

(الف) اگر فرستنده یا گیرنده بیش از یک مرکز تجارت (کسب) داشته باشد، محلی که نزدیک‌ترین ارتباط را با معامله مورد بحث دارد یا موقعی که اساساً معامله‌ای انجام نشده، محلی که عمده‌ترین مرکز تجارت شخص در آنجا قرار دارد، [ملاک قرار می‌گیرد].

(ب) اگر فرستنده یا گیرنده، مرکز امور تجاری نداشته باشد، اقامتگاه عرفی او ملاک قرار می‌گیرد. (م)

۱۶. رک. بند ۲-۲ از همین مقاله (م).

۱۷. رک. پاورقی شماره ۹ (م).

۱۸. رک. پاورقی شماره ۱۱ (م).

۱۹. بند «و» ماده ۴ کنوانسیون، سیستم اطلاعاتی (Information system) را چنین تعریف می‌کند: «سیستم اطلاعاتی عبارت است از سیستمی برای تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش داده پیام»؛ همچنین بند «ز» ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک مقرر می‌دارد: سیستم اطلاعاتی سیستمی برای تولید (ابداً)، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش «داده پیام» است (م).

۲۰. بند «ه» ماده ۴ کنوانسیون، مخاطب (Addressee) را چنین تعریف می‌کند: «شخصی است که ایجادکننده، قصد دارد وی ارتباط الکترونیکی را دریافت کند، اما شامل شخصی که در جریان ارتباط الکترونیکی به‌عنوان واسطه عمل می‌کند، نخواهد شد»؛ بند «ج» ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک نیز تعریف مخاطب را این‌گونه بیان می‌دارد: مخاطب شخصی است که مبدع قصد دارد وی «داده پیام» را دریافت کند، اما شامل شخصی که در ارتباط با «داده پیام» به‌عنوان واسطه عمل می‌کند نخواهد شد (م).

طراحی شده، [ به داده پیام] دست یابد. پیام هنگامی قابل دستیابی فرض می‌شود که به نشانی الکترونیکی طراحی شده مخاطب واصل شود. نشانی الکترونیکی صحیح، واجد اهمیت است؛ زیرا اگر پیام به نشانی دیگر مخاطب، ارسال شود، زمان وصول هنگامی است که مخاطب مطلع شود پیام، ارسال شده و می‌توان به آن دست یافت.<sup>۲۱</sup> ماده سابق‌الذکر [بند «۱» ماده ۱۰] استفاده مرسوم از ضد هکرها [سیستمهای امنیتی برای حفاظت در مقابل ورود غیرقانونی به شبکه محلی (Local Area Network) متصل به اینترنت] را به رسمیت می‌شناسد، که ممکن است مانع از وصول مکاتبه به مخاطب شوند. به علاوه، ماده [مذکور] در تقابل با یک عرف تجاری حرکت می‌کند که به موجب آن «فرض می‌شود پیام‌های کدگذاری شده معینی واصل شده‌اند حتی قبل از اینکه توسط مخاطب مورد استفاده قرار گیرند یا برای مخاطب قابل درک شوند» (A/CN.9/608/Add.2, para. 54). ولیکن به‌طور کلی، این ماده با تجارت الکترونیکی مبتنی بر email و EDI انطباق بیشتری دارد. تشخیص زمان [وصول] در عرصه تجارت اینترنتی ممکن است چنین ساده نباشد، زیرا معمولاً چنین اطلاعاتی توسط یک سیستم اطلاعاتی ثبت و ضبط می‌شود.

#### ۳-۴- اشتباه الکترونیکی

یکی از دشوارترین مسائل مطروحه در ادبیات حقوقی قراردادهای الکترونیکی، مسئله معامله اشتباهی است. از آنجایی که ارتباط الکترونیکی از طریق وسایل از پیش تنظیم شده یا بین وسایل از پیش تنظیم شده، به صورت سریع و در فاصله‌ای دور از یکدیگر انجام می‌شود مشاهده و رفع [اشتباهات] دشوار است. کنوانسیون مقرراتی راجع به آثار اشتباه قراردادی به شرح ذیل تنظیم کرده است:

«ماده ۱۴- در مواردی که شخص حقیقی، خطایی در ارتباط الکترونیکی انجام می‌دهد که با سیستم پیام خودکار طرف دیگر مبادله می‌شود و سیستم پیام خودکار به آن شخص، فرصت تصحیح خطا را نمی‌دهد، آن شخص یا شخصی که از طرف او این کار انجام شده، حق دارد تا از آن بخش از ارتباط الکترونیکی که خطا در آن رخ داده، اعلام انصراف نماید، مشروط بر آن‌که:

---

۲۱. بند «۲» ماده ۱۰ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «زمان وصول ارتباط الکترونیکی هنگامی است که ارتباط الکترونیکی، توسط مخاطب در آدرس الکترونیکی که توسط او طراحی شده، قابل دسترسی است. زمان وصول ارتباط الکترونیکی در دیگر آدرس الکترونیکی مخاطب، هنگامی است که توسط او در آن آدرس قابل دسترسی است و مخاطب آگاه می‌شود که ارتباط الکترونیکی به آدرس او ارسال شده است. چنین فرض می‌شود که ارتباط الکترونیکی توسط مخاطب، هنگامی که به آدرس الکترونیکی او می‌رسد، قابل دسترسی است» (م).



الف)... شخص یا کسی که از طرف او اقدام می‌کند، در اولین فرصت، پس از آگاهی از خطا به اطلاع طرف دیگر برساند که خطایی در ارتباط الکترونیکی، از ناحیه او صورت گرفته است؛ و  
ب)... شخص یا کسی که از سوی او اقدام می‌کند، از کالاها یا خدمات در فرض تسلیم آنها از طرف دیگر، نفع مادی یا ارزشی قابل توجهی نبرده یا تحصیل نکرده باشد».

نخست، معاملات الکترونیکی اشتباهی به معاملات منعقد از طریق وبسایت‌های متعامل محدود شده است. این بدین معناست که وبسایت‌های غیرمتعامل یا راکد، ایمیل، گپ اینترنتی (Chat) یا تبادل الکترونیکی داده (EDI) استثناء شده‌اند. چنین دیدگاهی منطقی است زیرا خطر واقعی اشتباه کردن، وبسایت‌هایی را دربرمی‌گیرد که انعقاد فوری قرارداد را مجاز می‌دانند. اگرچه تکنولوژی‌هایی مثل تبادل الکترونیکی داده (EDI) نیز به‌طور خودکار، در قراردادهای رایانه‌ای می‌توانند دچار اشتباه شود.

دوم، اشتباه الکترونیکی صرفاً توسط شخص ایجاد می‌شود. از این عبارت به‌وضوح می‌توان دریافت که اشتباهات ایجاد شده توسط وسایل از پیش برنامه‌ریزی شده نمی‌توانند بدین طریق اصلاح شوند.

سوم، این مقررات صرفاً امتیازاتی برای خریداران و اشخاص ماهر ایجاد می‌کند تا فروشندگان و تجار حرفه‌ای. به عبارت دیگر، مدیران شرکتها نمی‌توانند برای توجیه اینکه در ایفای قرارداد فاقد قصد بوده‌اند، به این مقررات استناد کنند. این مسئله، بسیار مبهم است زیرا اکثر مثالهای مشهور اشتباهات الکترونیکی – مثل فروش تلویزیون به یک دهم قیمت عرضه شده توسط رقبا (Out-Law.com 21 May 2004) – فروشنده را دربرمی‌گیرد تا خریدار.

چهارم، دو شرط برای اعمال این حق لازم است. شخص باید فوراً طرف دیگر را آگاه کند. لیکن، شرط دوم برای اعمال حق استرداد بدین معناست که شخص از معامله منتفع نشده باشد برای مثال دانلود یک قطعه نرم افزار از یک وبسایت و سپس سعی برای بازگرداندن آن. همچنین ماده باید تأکید کند که هیچ محدودیت زمانی – که مبین ابهامی قانونی باشد – برای اعمال حق استرداد وضع نشده است.

ماده مربوط به ورود اطلاعات غلط، [ماده ۱۴]، بسیار بحث‌برانگیز شد. منتقدان استدلال می‌کنند که چنین مقرره‌ای می‌تواند با اصول مسلم حقوق قراردادها – که بیشتر برای معاملات مشتری مناسب است – در تعارض باشد. همچنین آن [ماده] مشکلات جدی برای محاکم ایجاد می‌کند، زیرا تنها ادله [اثبات‌کننده] اشتباه، اظهارات شخص ذی‌نفع – که دچار اشتباه شده است – می‌باشد. در مقابل چنین استدلال می‌کنند که نوع اشتباه در ارتباط الکترونیکی مشخص می‌شود، بنابراین اقتضا می‌کند متناسب با نوع ارتباط الکترونیکی با اشتباه برخورد شود، به گونه‌ای که

قاعده متحدالشکل مناسبی، با نظر به قوانین ملی متفاوت و احتمالاً متعارض فراهم آورد و اینکه به هیچ وجه مشکلات مربوط به ادله اثبات دعوی را - که همواره در فضای [ ادله ] کاغذی وجود دارند - تشدید ننماید زیرا محاکم مجبور می شوند تمام اوضاع و احوال قضیه را - به هر نوع که باشد - بررسی کنند. نظر گروه اخیر، قویتر است، لیکن احتمالاً بحث و نزاع [پیرامون این موضوع] ادامه خواهد داشت.

به طور خلاصه، کنوانسیون این مسئله که چه کسی باید خطر بروز اشتباه در یک ارتباط الکترونیکی را بر دوش بکشد، تنظیم می کند. اگرچه، صرفاً آثار و نتایج اشتباه را پیش بینی می کند.<sup>۲۲</sup> کنوانسیون، مدیران شرکتهای آنلاین را مجبور نمی کند تا شیوه های تشخیص و اصلاح اشتباه را نشان دهند، علی رغم این حقیقت که عرف های تجاری فراوانی در این باره پدیدار شده اند (Polanski 6-8 June 2005). پیش نویسان احساس کردند که پیش بینی مرور زمان با «ماهیت توانا سازی» کنوانسیون منافات دارد. در نتیجه مدیران شرکتهای آنلاین باید به عرف های مسلم تجاری در این زمینه - که جهت تشخیص و اصلاح اشتباهات استفاده می شوند - استناد کنند.

### ۵-۳- تفسیر کنوانسیون

طبق ماده ۵، در تفسیر مقررات کنوانسیون باید به خصیصه بین المللی آن و نیز ضرورت

---

۲۲. بند «۲» ماده ۱۱ دستورالعمل تجارت الکترونیکی چنین مقرر می دارد: «سرویس دهنده باید وسایل فنی لازم و قابل استفاده را به گونه ای فراهم سازد که شخص مرتبط با وی بتواند قبل از سفارش دادن، خطاها را شناسایی و اصلاح نماید». بخش (۲) ۱۰ دستورالعمل نیز در مورد آثار تغییر یا اشتباه مقرر می دارد: «اگر به هنگام نقل و انتقال مدرک الکترونیکی میان طرفین معامله، تغییر یا خطایی در آن روی دهد، قواعد زیر اجرا خواهد شد:

۱. اگر طرفین بر شیوه مطمئنی برای کشف تغییرات یا خطاها تراضی نموده باشند و یکی از آنها طبق شیوه مذکور عمل نموده و طرف دیگر چنین نکند. در این صورت، اگر شخص اخیر با کشف تغییرات یا خطاها، منطبق با آن عمل نماید، ممکن است از آثار تغییر یا خطا در مدارک الکترونیکی مصون بماند.

۲. در یک معامله اتوماتیک که در آن شخص انسانی دخالت دارد، ممکن است آثار مدرک الکترونیکی که ناشی از خطای شخص حقیقی به هنگام معامله با نماینده الکترونیکی طرف مقابل باشد، شامل شخص مذکور نشود، مشروط به اینکه نماینده الکترونیکی فرصتی را برای اجتناب یا تصحیح خطاها از ناحیه آن شخص فراهم نسازد و زمانی که شخص حقیقی بر وجود خطا آگاهی یابد: الف) بلافاصله طرف مقابل را از وجود خطا و اینکه قصد التزام به محتوای مدرک الکترونیکی واصله را ندارد، آگاه سازد.

ب) راهنماییهای طرف مقابل را به طور معمول رعایت کرده، بر حسب تعلیمات طرف مقابل، مورد معامله را - در صورتی که دریافت داشته - به او مسترد دارد یا به دلیل خطاهایی که در مدرک الکترونیکی روی داده، مطابق با دستور طرف مقابل، آن را نابود سازد.

ج) اگر عوض را از طرف مقابل دریافت داشته، از آن منتفع نشود.

۱. اگر هیچ کدام از بندهای «۱» و «۲» اجرا نگردد، آثار تغییر یا اشتباه با تمسک به قوانین دیگر، از جمله مقررات مربوط به اشتباه و در صورتی که قراردادی در بین باشد، براساس آن تعیین می گردد.

۲. توافق خصوصی مغایر با بندهای «۲» و «۳» مورد قبول نیست. به نقل از: کریستینا هولتمارک رامبرگ، پیشین، صص ۱۸۴-۱۸۵ (م).

ایجاد هماهنگی [در اجرای آن] و رعایت حسن نیت در تجارت بین الملل توجه شود. از طرف دیگر، خلأهای ایجاد شده [مسائل مربوط به موضوعات تحت حاکمیت کنوانسیون که تکلیف آنها صراحتاً در کنوانسیون تعیین نشده] مطابق اصول کلی ای که کنوانسیون مبتنی بر آن است حل و فصل خواهند شد؛ اصولی از قبیل کارکرد یکسان و بی طرفی در فناوری، صراحتاً در مقدمه مورد اشاره قرار گرفته اند. تنها در صورت فقدان این گونه اصول، باید حسب قانون داخلی حاکم [قواعد حقوق بین الملل خصوصی] حل و فصل شوند.

این شیوه تفسیر کنوانسیون، نشانگر خصیصه استقلال آن است. کنوانسیون مطابق با اصولی که مبتنی بر آن است تفسیر خواهد شد به منظور اجتناب از اعمال مقررات حقوق بین الملل عمومی راجع به تفسیر معاهدات (مواد ۳۳-۳۱ کنوانسیون معاهدات وین) که برای اعمال نسبت به [مقررات حقوق خصوصی نامناسب هستند (A/CN.9/608/Add.1 para.64)]. صرفاً هنگامی که معلوم شود اعمال چنین اصولی غیرممکن است، کنوانسیون به قانون ملی کشور مربوطه متوسل می شود.

اگرچه خصیصه استقلال کنوانسیون، به صورت نامناسبی از عدم شناسایی صریح خصیصه الزام آور بودن عرفهای مرتبط با انعقاد قرارداد، مذکور در ماده ۹ کنوانسیون بیع کالا وین<sup>۲۳</sup> تأثیر پذیرفته است (Bianca and Bonell 1987). درک اینکه چرا کارشناسان آنسیترال [کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل] اهمیت عرفهای تجاری را در عرصه تجارت الکترونیک تشخیص نمی دهند، محال است. این امر علی رغم وجود این حقیقت است که پیش نویسبان با تعدادی از عرفهای تجاری آشنایی داشتند (از قبیل تشخیص زمان وصول پیامهای کددار ویژه). چنین دیدگاهی [یعنی نادیده گرفتن عرفهای تجاری] به شدت ناقص است. گو اینکه احتمال می رود کارآمدترین و مؤثرترین منابع عرفی در عرصه تجارت جهانی الکترونیک را به رسمیت نشناسد.

#### ۴- ارزیابی کنوانسیون

مسلماً کنوانسیون جدید مهم ترین پیشرفت بین المللی در عرصه حقوق تجارت الکترونیک است، که می تواند پیش بینی های بیشتری را برای تجارت بین الملل به همراه بیاورد. مهمترین امتیاز کنوانسیون جدید این است که اصطلاحات کنوانسیونهای پیشین راجع به تأثیر

۲۳. ماده ۹ کنوانسیون بیع کالا وین مقرر می دارد:

«۱. طرفین ملتزم به هرگونه عرف و عادت مورد توافق و رویه معمول به فیما بین می باشند.

۲. فرض بر این است که طرفین عرف و عادت را که نسبت به آن وقوف داشته اند یا می باید وقوف می داشتند و آن عرف و عادت در تجارت بین الملل کاملاً شناخته شده و طرفین قراردادهای مشابه در آن نوع تجارت خاص، به طور منظم آن را رعایت می کنند، به نحو ضمنی بر قرارداد فیما بین یا انعقاد آن حاکم ساخته اند، مگر در مواردی که خلاف آن ثابت شود» (م).

تکنولوژی‌های دیجیتالی را، مدرنیزه کرد. مقدماً در ارتباط با انعقاد قراردادهای الکترونیکی، کنوانسیون اثر قانونی ارتباطات الکترونیکی و قراردادهای آنلاین را به رسمیت می‌شناسد، تا حدی که به آنها همان اعتبار قراردادهای کاغذی را می‌بخشد.

امتیاز دیگر کنوانسیون دامنه شمول وسیع آن است درحقیقت قلمروکنوانسیون فراتر از بیع کالا است و تجارت الکترونیکی خدمات و اطلاعات را [نیز] دربرمی‌گیرد. هیچ‌یک از معاهدات پیشین چنین دامنه شمول وسیعی نداشتند. به‌علاوه، کنوانسیون جدید بسیاری از اصول معتبر از قبیل بی‌طرفی در فناوری، کارکرد یکسان و یا بی‌اهمیت بودن مکان استقرار سیستم‌های اطلاعاتی را نیز به رسمیت می‌شناسد.

معاهده با معتبر شناختن معاملات اینترنتی، [در واقع] اطمینان نسبت به قراردادهای الکترونیکی را توسعه داد. می‌توان چنین استدلال کرد که کنوانسیون اهمیت خاصی به سیستم‌های پیام خودکار از قبیل بازارهای آنلاین، مغازه‌های الکترونیکی متعامل یا EDI می‌دهد. همچنین کنوانسیون با تصریح شروط لازم برای شناسایی نوشته الکترونیکی، امضای الکترونیکی و نسخه اصلی الکترونیکی، موانع پیش روی تجارت الکترونیک را برطرف می‌کند.

با تنظیم مقررات مربوط به ورود اطلاعات غلط [در فضای الکترونیکی]، پیش‌بینی‌پذیری معاملات تجاری الکترونیکی بیشتر توسعه می‌یابد. به‌علاوه، کنوانسیون با ایجاد یک اماره نسبت به خصیصه غیرالزام‌آور بودن کاتالوگ‌های اینترنتی، اطمینان قانونی نسبت به قراردادهای آنلاین را افزایش می‌دهد. سرانجام، یک تعریف مفید از مرکز امور تجاری طرفین ارائه می‌دهد و [همچنین] زمان و مکان ارتباط الکترونیکی را مشخص می‌کند.

لیکن، معاهده جدید نقایصی هم دارد. عرفهای مرسوم قراردادی اغلب مبهم و غیرواضح هستند و استنباط و به‌کاربردن آنها برای یک تاجر آنلاین غیرحرفه‌ای می‌تواند دشوار باشد. برای نمونه، ماده ۸ راجع به شناسایی حقوقی ارتباطات الکترونیکی و ماده ۹ راجع به الزامات مربوط به شکل قرارداد ممکن است بد تفسیر شوند [یعنی به این صورت که مواد مذکور، استفاده از] تمام تکنولوژی‌های معمول را جهت انعقاد قرارداد اجازه می‌دهند. متأسفانه، قوانین ملی برخلاف کنوانسیون به‌طور قاطع بیان نمی‌کنند که آیا یک ارتباط الکترونیکی فی‌نفسه معتبر است یا خیر.

به‌علاوه این کنوانسیون، سند خیلی بدیعی نیست، در حقیقت بسیاری از مقررات مندرج در اسناد سابق را تکرار می‌کند و در مورد بسیاری از موضوعات ماهوی که قانونگذاران ملی آنها را مسکوت رها کرده‌اند، بحث نمی‌کند. مثلاً ماده ۱۰ قواعد دقیقی راجع به زمان و مکان ارتباطات الکترونیکی دارد اما هیچ قاعده‌ای راجع به زمان و مکان انعقاد قرارداد وضع نمی‌کند.

در مجموع، با داشتن دایره شمول وسیع‌تری نسبت به کنوانسیونهای تجاری سنتی، کنوانسیون فعلی عرصه‌های اساسی تجارت الکترونیک از قبیل معامله تاجر با مصرف‌کننده یا

معاملات مالی را استثناء می‌کند، این در حالی است که تنظیم مقررات متحدالشکل بین‌المللی برای ترویج بانکداری آنلاین و سرمایه‌گذاری‌های واسطه‌ای اینترنتی، حقیقتاً ضروری است. به‌علاوه، کنوانسیون شامل حال شرکت‌های صرفاً مجازی که مرکز امور تجاری ندارند، نمی‌شود و بنابراین یکی از ارکان کلیدی تجارت الکترونیکی بین‌المللی مدرن را به رسمیت نمی‌شناسد.

انعطاف‌پذیری قراردادهای الکترونیکی، با عدم شناسایی عرف‌های تجاری الکترونیکی — که در [عرصه] تجارت الکترونیک بالأخص امنیت آنلاین و قرارداد آنلاین پدیدار شده‌اند — به‌صورت جدی تضعیف می‌شود. در واقع، پیش‌نویسان به‌وضوح رنجش خود را نسبت به [اعمال] قانون مورد عمل تجار انجمن اینترنت اعلام کرده‌اند. این امر در ماده ۷ راجع به الزامات مربوط به اطلاعات<sup>۲۴</sup> و ماده ۱۳ راجع به دسترسی بودن شروط قرارداد<sup>۲۵</sup> مشهود است که نه تنها زاید هستند بلکه حتی بدون ضرورت، تفسیر عبارت «اصل حاکمیت قانون» را به قوانین ملی محدود می‌کنند. چنین دیدگاهی امیدوارانه‌ترین منابع عرف را نادیده می‌گیرد و به‌نظر نمی‌رسد ارزش‌های انجمن اینترنت را — که با عرف و عادات خود محفوظ است — به حساب آورد.

در خاتمه، سازمان ملل متحد در پی بردن به ارزش مشاوره عمومی با انجمن اینترنت کوتاهی کرد. تنها کشورها و سازمان‌های بین‌المللی ذی‌نفع برای شرکت در تهیه پیش‌نویس کنوانسیون دعوت شدند و از جلسات کار گروه چهارم [کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل] به‌هیچ‌وجه استفاده نشد. این حقیقت که کاربران اینترنت نتوانستند در فرآیند تهیه پیش‌نویس مشارکت کنند و نظرات خود را در پایگاه اینترنتی کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل<sup>۲۶</sup> بیان کنند برخلاف روح و اصول اساسی انجمن اینترنت است که از طریق مشارکت نامحدود اطلاعات توسعه می‌یابد. برای تنظیم مقررات جهانی اینترنت حداقل باید با کاربران مشورت می‌شد.

علی‌رغم نقایص آن، کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای الکترونیکی، یک گام اساسی، در زمینه مقررات تجارت الکترونیک بین‌المللی به جلو می‌پیماید. کنوانسیون باید اعتماد و اطمینان بیشتری را نسبت به معاملات بین‌المللی در عرصه تجارت الکترونیک فراهم کند. به‌علاوه، می‌تواند به‌عنوان یک مبنای مفید

۲۴. ماده ۷ کنوانسیون: «مواد این کنوانسیون تأثیری بر اعمال هر قاعده حقوقی که طرفین را ملزم می‌نماید تا هویت، محل کسب یا دیگر اطلاعات خویش را افشا و اعلان کنند و یا آنها را از آثار حقوقی اظهارات نادرست، ناقص یا خلاف واقع در آن زمینه معاف می‌کند، نخواهد داشت» (م).

۲۵. ماده ۱۳ کنوانسیون: «این کنوانسیون، تأثیری بر اعمال هر قاعده حقوقی که احياناً هریک از طرفین را ملزم نماید که تمام یا برخی از شروط قرارداد را از طریق تبادل ارتباط الکترونیکی، مورد مذاکره قرار دهد و دربردارنده شروط قراردادی با اوصاف خاص هستند در دسترس طرف دیگر قرار دهد یا هر قاعده حقوقی که یکی از طرفین را از آثار حقوقی عدم انجام چنین کاری، معاف می‌کند، نخواهد داشت» (م).

26. <http://www.uncitral.org>.

برای قانونگذاران ملی جهت ساده کردن و متنوع‌تر کردن قوانین داخلی حاکم بر تجارت الکترونیک استفاده شود. بنابراین به مصلحت همه کشورهاست که به‌منظور ایجاد اطمینان و امکان پیش‌بینی در عرصه تجارت اینترنتی مدرن، این کنوانسیون را بدون حق شرط تصویب کنند.

## نمایه مقالات شماره‌های ۳۵، ۳۶، ۳۷ و ۳۸ مجله حقوقی

### فهرست مطالب مجله حقوقی شماره ۳۵ (پاییز - زمستان ۱۳۸۵)

- ۹ رویه داوری بین‌المللی درباره غرامت (دعای نفتی)، دکتر محسن محبی
- ۷۱ موازین بین‌المللی حقوق بشر و بازداشت محکومین مالی در ایران، دکتر سید قاسم زمانی
- ۸۹ صلاحیت قضائی و صلاحیت داوری، دکتر محمدتقی عابدی
- ۱۴۷ سیر تحول حقوق مؤلف در جامعه بین‌المللی، دکتر محسن قاسمی
- ۱۹۵ پیامدهای الحاق ج.ا.ا به دیوان بین‌المللی کیفری، دکتر همایون فلاحیان
- ۲۲۵ قبض و بسط مفهومی حق تعیین سرنوشت در حقوق بین‌الملل، دکتر علی امیدی
- ۲۵۱ مسئله مشروعیت توسل به‌زور علیه عراق توسط ایالات متحده امریکا، ترجمه دکتر هادی وحید
- ۲۶۷ دفاع « ضرورت » در گفتمان حقوقی بین‌المللی مداخله بشردوستانه و مبارزه با تروریسم،  
ترجمه علیرضا ابراهیم‌گل
- ۳۰۵ ماهیت حقوقی ویژه و منحصر به فرد اعتبارات اسنادی: منشأ اعتبارات اسنادی و منابع آن،  
ترجمه ماشاء... بناء نیاسری
- آینده قراردادهای الکترونیکی در عرصه بیع بین‌الملل خلأها و گریزهای ذاتی کنوانسیون
- ۳۴۷ سازمان ملل متحد راجع به بیع بین‌المللی کالا، ترجمه مصطفی‌السان و زینب کنعانی
- ۳۹۵ نمایه موضوعی مجله حقوقی شماره ۱ تا ۳۴، ابوالفضل اصغری
- ملاحظات نسبت به کنوانسیون ۱۷ ژانویه ۲۰۰۵ سازمان ملل متحد راجع به مصونیت قضائی
- ۴۳۱ دولتها و اموالشان، ترجمه دکتر حسین خزاعی
- ۴۳۷ کنوانسیون ۱۷ ژانویه ۲۰۰۵ سازمان ملل متحد راجع به مصونیت قضائی دولتها و اموالشان  
خلاصه مقالات به زبان انگلیسی یا فرانسه

### فهرست مطالب مجله حقوقی شماره ۳۶ (بهار - تابستان ۱۳۸۶)

عناصر جنایت ژنوسید در رأی ۲۶ فوریه ۲۰۰۷ دیوان بین‌المللی دادگستری و رویه دادگاههای ویژه بین‌المللی کیفری، دکتر ستار عزیزی	۹
مفهوم «آزار» منتهی به پناهندگی در رویه قضائی کشورهای پناهنده‌پذیر، دکتر فاطمه کیهانلو	۳۵
شورای امنیت و تعهدات دولتها برای مقابله با تروریسم، شهرام زر نشان	۵۷
تحول حق تعیین سرنوشت در چارچوب ملل متحد، مهناز اخوان خرازیان	۹۵
بررسی قانون ضد تروریسم انگلیس، مهدی حاتمی و محمود حاجی‌زاده	۱۴۳
استانداردها و آیین‌های جرح داوران، ترجمه علیرضا ابراهیم‌گل	۱۶۹
«عرف و پذیرش آن در حقوق بازرگانی فراملی»، ترجمه دکتر حمیدرضا علومی یزدی	۲۰۱
مطالعه تطبیقی در مورد قاعده ثقل و معیار آن در حقوق اعتبارات اسنادی، ترجمه ماشاء... بناء نیاسری	۲۴۳
مرکز منطقه‌ای داوری تهران در یک نگاه، دکتر مشکان مشکور	۳۲۳
قواعد داوری مرکز منطقه‌ای داوری تهران	۳۲۹
خلاصه مقالات به زبان انگلیسی	

### فهرست مطالب مجله حقوقی شماره ۳۷ (پاییز - زمستان ۱۳۸۶)

قلمرو زمانی صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری، جواد طهماسبی	۱۱
اسناد بین‌المللی حقوق بشر از دیدگاه اسلام، ترجمه دکتر فضل ... موسوی	۴۷
موازن و مرزهای مداخله بشردوستانه در رویه شورای امنیت، زینب رشیدی‌نژاد	۶۳
آراء مربوط به ایرادات مقدماتی صادره از دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده‌های مشروعیت توسل به زور، ترجمه دکتر علی قاسمی	۱۰۳
بررسی برخی از روشهای آموزش حقوق بشر، فریبا نواب دانشمند	۱۲۹
شروط ثبات در معاملات نفتی بین‌المللی، ترجمه مصطفی السان - علی رضائی	۱۶۹
ابعاد شهادت در رسیدگی‌های کیفری بین‌المللی، علیرضا ابراهیم‌گل	۱۹۳
اگزستانسیالیسم در عراق: قطعنامه شماره ۱۴۸۳ شورای امنیت و حقوق اشغال نظامی، ترجمه حمیدرضا جاویدزاده	۲۱۵
مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی قراردادهای بیع متقابل و جایگاه قانونی آن، دکتر محمدرضا صابر	۲۴۳
دیوان بین‌المللی کیفری و میانکنش‌های حقوق داخلی و بین‌المللی، ترجمه روح‌الدین کرد علیوند	۲۹۷



- تأملی بر حکم دادگاه استیناف شهر لاهه (مورخ ۹ می ۲۰۰۷) در مورد معاونت در کاربرد  
 ۳۱۳ سلاحهای شیمیایی توسط عراق، دکتر سیدقاسم زمانی
- حکم دادگاه استیناف شهر لاهه درخصوص مصدومین سلاحهای شیمیایی، متن انگلیسی  
 ۳۲۷
- کنوناسیون ۲۰۰۵ سازمان ملل درباره استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی  
 ۳۸۷

### فهرست مطالب مجله حقوقی شماره ۳۸ (بهار - تابستان ۱۳۸۷)

- ۱۱ استقلال کوزوو: بررسی مشروعیت جدایی یک‌جانبه در حقوق بین‌الملل، دکتر ستار عزیزی
- ۴۷ رویه دیوان اروپایی در ارتباط با مصونیت دولتها از اقدامات اجرایی، ترجمه امیرساعد وکیل
- ۹۱ مسئولیت بین‌المللی نقض حقوق اسیران جنگی ایرانی در عراق، علی داعی
- ۱۲۳ سوانح احوال «شارل دو ویشر»: زندگی یک حقوقدان نمونه، ترجمه دکتر محسن محبی
- ۱۴۱ جامعه بین‌المللی و مقابله با نقض حقوق بشردوستانه در بحران دارفور، عطیه باباخانی
- ۱۸۵ نظم عمومی در حقوق اروپا، ترجمه فیض الله جعفری
- تعهدات خریدار در بیع بین‌المللی، مطالعه‌ای تحلیلی در رویه قضائی کنوانسیون  
 ۱۹۹ بیع بین‌المللی کالا، ترجمه دکتر ماشاءالله بنانیاسری
- ۳۳۳ التزام بین‌المللی دولت به رعایت حقوق بشر: مقید به مکان؟ سیدضیاءالدین مدنی
- قواعد ضروری جهت اعتبار تعاملات (تراکشهای) الکترونیکی در عرصه جهانی،  
 ۲۶۱ ترجمه مصطفی بختیاروند
- ۲۸۵ مقابله با تروریسم هسته‌ای: یک پاسخ معاهداتی، ترجمه محمدرضا مهماندار
- ۳۱۹ حکم استیناف دادگاه لندن در پرونده دولت جمهوری اسلامی ایران علیه گالری برکت
- ۴۲۷ کنوانسیون بین‌المللی سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای
- چکیده مقالات به زبان انگلیسی

## کنوانسیون بین‌المللی حمایت از تمامی اشخاص در برابر ناپدیدسازی اجباری (۲۰۰۶)\*

### مقدمه

دولتهای عضو این کنوانسیون، با توجه به تعهد کشورها براساس منشور سازمان ملل متحد نسبت به ارتقا احترام جهانی به حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین و رعایت آنها، نظر به اعلامیه جهانی حقوق بشر، با یادآوری میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و سایر اسناد بین‌المللی مربوطه در زمینه حقوق بشر، حقوق بشردوستانه و حقوق بین‌الملل کیفری و نیز با یادآوری اعلامیه حمایت از تمامی اشخاص در برابر ناپدیدسازی اجباری مصوب ۱۸ دسامبر ۱۹۹۲ طی قطعنامه ۴۷/۱۳۳ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، با آگاهی از خطر جدی ناپدیدسازی اجباری که جنایت محسوب شده و، تحت شرایط خاصی در حقوق بین‌الملل به جنایت علیه بشریت تعبیر می‌شود، با هدف جلوگیری از وقوع ناپدیدسازی اجباری و مبارزه با بی‌کیفری برای ارتکاب جنایت ناپدیدسازی اجباری، با توجه به حق هر شخص مبنی بر عدم ناپدیدشدگی اجباری، حق برخورداری قربانیان از عدالت و جبران خسارت، با تأیید حق هر قربانی نسبت به آگاهی از واقعیت درباره شرایط شخص ناپدیدشده اجباری و سرنوشت وی و حق جستجو، دریافت و ارسال اطلاعات در این خصوص، نسبت به موارد ذیل توافق کرده‌اند:

---

\*. متن انگلیسی این سند از سایت [www.ohchr.org/english/law/disappearance.convention.htm](http://www.ohchr.org/english/law/disappearance.convention.htm) برگرفته شده و توسط خانم مؤگان عطار کارشناس ارشد حقوق بشر از دانشگاه علامه طباطبائی به فارسی برگردانده شده است.

## بخش اول

### ماده ۱

۱- هیچکس نباید در معرض ناپدیدسازی اجباری قرار گیرد.

۲- هیچ موقعیت استثنائی، اعم از حالت جنگ یا تهدید به جنگ، بی‌ثباتی سیاسی داخلی یا هر وضعیت اضطراری عمومی دیگری نمی‌تواند توجیهی برای ارتکاب ناپدیدسازی اجباری باشد.

### ماده ۲

از نظر این کنوانسیون منظور از «ناپدیدسازی اجباری» توقیف، بازداشت، آدم‌ربایی یا هر شکل دیگر محرومیت از آزادی به‌وسیله مأموران دولت یا اشخاص یا گروه‌های اشخاص است که با مجوز، حمایت یا اطلاع دولت، انجام می‌شود و سپس با خودداری از ارائه اطلاعات در خصوص محرومیت از آزادی یا با کتمان سرنوشت یا مکان شخص ناپدیدشده، وی را خارج از حمایت قانون قرار می‌دهد.

### ماده ۳

هریک از دولتهای عضو باید اقدامات مناسب برای تحقیق درباره اعمال تعریف شده در ماده ۲ که از سوی اشخاص یا گروه‌های اشخاص بدون اجازه، حمایت یا اطلاع دولت انجام می‌شود، به عمل آورد و اشخاص مسئول را محاکمه کند.

### ماده ۴

هریک از دولتهای عضو باید جهت تضمین جرم انگاری ناپدیدسازی اجباری و تصویب آن در قوانین کیفری خود اقدامات لازم را انجام دهد.

### ماده ۵

اعمال گسترده یا سازمان یافته ناپدیدسازی اجباری، طبق تعریف حقوق بین‌الملل قابل اعمال، جنایت علیه بشریت به شمار می‌رود و باید همان پیامدهای ذی‌ربط در حقوق بین‌الملل قابل اعمال را داشته باشد.

## ماده ۶

۱- هر کشور عضو باید اقدامات لازم درخصوص مسئولیت کیفری را حداقل نسبت به افراد ذیل انجام دهد:

الف) هر شخصی که مرتکب ناپدیدسازی اجباری شود، دستور آن را صادر نماید، درخواست یا تحریک به ارتکاب یا شروع به انجام آن نماید، معاون یا شریک در ناپدیدسازی اجباری است؛

ب) مقام مافوقی که:

اول) می‌دانسته، یا آگاهانه نسبت به اطلاعاتی که آشکارا حاکی از ارتکاب ناپدیدسازی اجباری یا شروع به آن توسط زیردستانی که تحت اختیار و کنترل مؤثر وی می‌باشد، بی‌توجهی نماید؛

دوم) در زمینه فعالیت‌های مربوط به جنایت ناپدیدسازی اجباری، مسئولیت و کنترل مؤثر داشته باشد؛

سوم) در انجام کلیه اقدامات لازم و منطقی در حوزه تحت صلاحیت خود جهت پیشگیری یا سرکوب اعمال ناپدیدسازی اجباری یا ارجاع موضوع به مقامات ذی‌صلاح برای تحقیق و پیگیری قانونی کوتاهی نماید؛

پ) بند (ب) این ماده، مانع از اعمال ضوابط عالی در خصوص مسئولیت قابل اعمال براساس حقوق بین‌الملل مربوطه در مورد یک فرمانده نظامی یا شخصی که به‌شیوه مؤثری به عنوان یک فرمانده نظامی عمل می‌کند، نمی‌باشد.

۲- هیچ فرمان یا دستورالعملی ازجانب هیچ مقام دولتی، غیرنظامی، نظامی یا مقامات دیگر، برای توجیه ارتکاب جنایت ناپدیدسازی اجباری قابل استناد نیست.

## ماده ۷

۱- هریک از دولتهای عضو باید جنایت ناپدیدسازی اجباری را با تعیین مجازاتهای مناسبی که نشانگر حداکثر جدیت آن باشد، قابل مجازات نماید.

۲- هر کشور طرف می‌تواند شرایط زیر را به‌وجود آورد:

الف) کیفیات مخففه، به‌ویژه برای اشخاصی که در ارتکاب ناپدیدسازی اجباری درگیر بوده‌اند، اما به‌شیوه مؤثری در زنده تحویل دادن شخص ناپدیدشده یا روشن ساختن موارد ناپدیدسازی اجباری یا شناسایی مرتکبین آن همکاری نموده‌اند؛

ب) کیفیات مشدده، به‌ویژه در صورت مرگ فرد ناپدیدشده؛ یا اعمال ناپدیدسازی اجباری نسبت به زنان حامله، کودکان، معلولین یا سایر اشخاص به‌ویژه آسیب‌پذیر با رعایت سایر آیین‌های دادرسی کیفری.

## ماده ۸

### با رعایت ماده ۵،

۱- کشور عضوی که قاعده مرور زمان را در مورد ناپدیدسازی اجباری اجرا می‌کند، باید اقدامات لازم را برای تضمین این امر به عمل آورد که دوره مرور زمان در آیین دادرسی کیفری باید:

الف) طولانی مدت و متناسب با جدیت فراوان این جرم باشد؛

ب) از لحظه‌ای شروع شود که جرم ناپدیدسازی اجباری متوقف می‌شود و ماهیت مستمر آن در نظر گرفته شود.

۲- هر دولت عضو باید حقوق قربانیان ناپدیدسازی اجباری را طی دوره مرور زمان با جبران خسارت مؤثر تضمین نماید.

## ماده ۹

۱- هر دولت عضو باید اقدامات لازم به‌منظور اثبات صلاحیت خود برای رسیدگی به جرم ناپدیدسازی اجباری را انجام دهد:

الف) هنگامی که این جرم در سرزمین تحت حاکمیت وی یا عرشه کشتی یا هواپیمای ثبت شده به نام آن کشور رخ دهد؛

ب) هنگامی که متهم از اتباع آن کشور باشد؛

پ) هنگامی که شخص ناپدیدشده از اتباع آن کشور باشد و کشور مورد نظر اعمال صلاحیت خویش را مناسب تشخیص دهد.

۲- همچنین هر دولت عضو موظف است اقدامات لازم نسبت به ایجاد صلاحیت خود در موردی که متهم در قسمتی از سرزمین تحت حاکمیت وی می‌باشد، اعمال نماید مگر اینکه مطابق با تعهدات خود متهم را مسترد کرده یا به کشوری دیگر یا یک دادگاه بین‌المللی کیفری که صلاحیت آن را به رسمیت شناخته است، تحویل داده باشد.

۳- این کنوانسیون مانع از اجرای هیچ آیین دادرسی کیفری دیگری که براساس قانون داخلی اعمال می‌شود، نمی‌گردد.

## ماده ۱۰

۱- هر دولت عضوی که شخص مظنون به ارتکاب جرم ناپدیدسازی اجباری در سرزمین آن حضور دارد پس از بررسی اطلاعات موجود و اطمینان از وجود دلایل قانع کننده باید او را بازداشت یا مبادرت به انجام سایر تمهیدات قانونی لازم نماید به شیوه‌ای که حضور او را تضمین نماید. این بازداشت یا اقدامات قانونی دیگر باید براساس شرایط پیش‌بینی شده در قانون دولت عضو و صرفاً برای مدتی و به گونه‌ای باشد که برای تضمین حضور وی در مراحل رسیدگیهای کیفری، مربوط به تحویل یا استرداد ضروری می‌باشد.

۲- دولت عضوی که تمهیدات مذکور در بند (۱) این ماده را انجام داده است، باید فوراً اقدام به بازجویی یا انجام تحقیقات مقدماتی به منظور احراز حقایق نماید، این کشور باید به کشورهای مذکور در بند (۱) ماده ۹، اقداماتی را که براساس بند (۱) این ماده انجام داده است، از جمله بازداشت و دلایل موجب بازداشت، و یافته‌های بازجویی‌ها یا تحقیقات اولیه خود را اطلاع دهد و اعلام کند آیا قصد اعمال صلاحیت خود را دارد یا خیر.

۳- هر شخص بازداشت شده براساس بند (۱) این ماده می‌تواند فوراً با نزدیک‌ترین نماینده مناسب کشوری که تبعه آن است، یا، اگر بی‌تابعیت است، با نماینده کشوری که معمولاً در آن سکونت دارد، تماس بگیرد.

## ماده ۱۱

۱- دولت عضوی که فرد متهم به ارتکاب جرم ناپدیدسازی اجباری در سرزمین تحت صلاحیت آن پیدا شده است، در صورتی که مطابق تعهدات بین‌المللی خود، فرد را مسترد یا تسلیم دولتی دیگر یا یک دادگاه بین‌المللی ننماید، باید پرونده را جهت تعقیب به مقامات صلاحیت‌دار خود تحویل دهد.

۲- این مسئولان باید به همان روش رسیدگی به هر جرم عادی با ماهیت جدی براساس قانون آن کشور تصمیم‌گیری نمایند. در موارد مذکور در بند (۲) ماده ۹، معیارهای ادله مورد نیاز برای پیگیری و محاکمه به هیچ وجه نباید سخت‌گیری کمتری نسبت به موارد نام برده در بند (۱) ماده ۹ داشته باشد.

۳- رفتار عادلانه در تمام مراحل دادرسی نسبت به هر شخصی که در ارتباط با جرم ناپدیدسازی اجباری علیه او اقامه دعوی شده است، باید تضمین گردد. هر شخصی که برای جرم ناپدیدسازی اجباری محاکمه می‌شود باید از دادرسی عادلانه در برابر یک دادگاه یا دیوان ذی‌صلاح، مستقل و بی‌طرف که براساس قانون تشکیل شده باشد، برخوردار گردد.

## ماده ۱۲

۱- هر دولت عضو باید تضمین نماید هر فردی که ادعا کند شخصی در معرض ناپدیدسازی اجباری قرار گرفته است، حق گزارش وقایع را به مقامات ذیصلاح داشته باشد، و این مقامات باید بی‌درنگ و بدون جانبداری به اتهامات رسیدگی، و در صورت لزوم، بدون تأخیر اقدام به تحقیق کامل و بی‌طرفانه نمایند. در صورت نیاز باید اقدامات مناسبی جهت تضمین حمایت از شاکی، شهود، اقوام شخص ناپدیدشده و وکلای مدافع آنان، همچون سایر اشخاص شرکت‌کننده در تحقیقات، در برابر هرگونه بدرفتاری یا تهدید به‌عنوان عواقب این شکایت یا ارائه هرگونه سند و مدرک یا ادای شهادت به عمل آید.

۲- هرجایی که دلایل منطقی برای باور اینکه شخصی در معرض ناپدیدسازی اجباری قرار گرفته است موجود باشد، مقامات مذکور در بند (۱) این ماده، حتی اگر هیچ شکایت رسمی صورت نگرفته باشد، باید اقدام به انجام تحقیق نمایند.

۳- هر کشور عضوی باید تضمین کند که مقامات مذکور در بند (۱) این ماده:

الف) اختیارات و منابع لازم برای انجام مؤثر تحقیقات، از جمله دسترسی به اسناد و سایر اطلاعات مربوط به تحقیقات خود را دارند؛

ب) به هر مکانی که فرد در آنجا بازداشت می‌باشد، یا هر مکان دیگری که مدارک مستدلی مبنی بر بودن شخص ناپدیدشده در آنجا باشد، و جهت احاطه فوری بر موضوع با حکم قبلی از یک مقام قضائی، در صورت لزوم، دسترسی داشته باشد.

۴- هر دولت عضو برای پیشگیری از اقداماتی که اجرای تحقیقات را به تعویق می‌اندازد باید تمهیدات لازم را مهیا نماید و به‌ویژه اطمینان حاصل کند که اشخاص مظنون به ارتکاب جرم ناپدیدسازی اجباری در موقعیتی نباشند که رویه تحقیق را با اعمال فشار، تهدید یا انتقام‌جویی از شاکی، شهود، اقوام شخص ناپدیدشده یا وکلای مدافع آنان، یا اشخاص شرکت‌کننده در تحقیقات تحت تأثیر قرار دهند.

## ماده ۱۳

۱- با هدف استرداد بین دولتهای عضو، جرم ناپدیدسازی اجباری را نباید به‌عنوان جرمی سیاسی یا جرمی در ارتباط با جرم سیاسی یا به‌عنوان جرمی برآمده از انگیزه‌های سیاسی به شمار آورد. از این‌رو، تقاضای استرداد مرتکب چنین جرمی نباید تنها به این دلایل رد شود.

۲- جرم ناپدیدسازی اجباری باید پیش از لازم‌الاجرا شدن این کنوانسیون در تمام معاهدات موجود بین کشورهای در باب استرداد، به‌عنوان جرمی قابل استرداد تلقی شود.

۳- دولتهای عضو تعهد می کنند جرم ناپدیدسازی اجباری را در تمام معاهدات آتی میان خود در باب استرداد، به عنوان جرمی قابل استرداد به شمار آورند.

۴- اگر دولت عضوی که استرداد را موکول به وجود معاهده کرده است تقاضای استرداد از دولت عضوی دریافت کند که با آن معاهده استرداد ندارد، می تواند این کنوانسیون را به عنوان مبنای قانونی مورد نیاز برای استرداد در زمینه جرم ناپدیدسازی اجباری به شمار آورد.

۵- دولتهای عضوی که استرداد را موکول به وجود معاهده نکرده اند، باید جرم ناپدیدسازی اجباری را به عنوان جرمی قابل استرداد بین خودشان به رسمیت بشناسند.

۶- استرداد در همه موارد باید مشروط به شرایطی باشد که در قانون کشور طرف تقاضای استرداد یا در معاهدات عملی استرداد، به ویژه شامل، شرایط مربوط به حداقل مجازات لازم برای استرداد و دلایلی که براساس آنها کشور طرف تقاضای استرداد می تواند تقاضای استرداد را رد یا موکول به شرایط خاصی نماید، باشد.

۷- اگر کشور طرف تقاضای استرداد دلایل قاطعی نسبت به اینکه تقاضای استرداد به منظور تعقیب یا مجازات شخص براساس جنسیت، نژاد، دین، ملیت، خواستگاه قومی، عقاید سیاسی، یا عضویت شخص در گروه اجتماعی خاصی، یا با هدف آسیب رساندن به آن شخص بنابر هریک از دلایل فوق الذکر صورت گرفته است، هیچ مطلبی در این کنوانسیون نباید به عنوان اجبار به استرداد تعبیر شود.

#### ماده ۱۴

۱- دولتهای عضو باید، حداکثر معاضدت حقوقی دو جانبه در رابطه با آیین دادرسی کیفری در زمینه جرم ناپدیدسازی اجباری را در اختیار یکدیگر قرار دهند؛ از جمله تهیه تمام مدارک و شواهدی که در اختیار دارند و برای رسیدگی ضروری می باشد.

۲- این معاضدت های حقوقی دو جانبه باید تابع شرایط پیش بینی شده در قانون داخلی کشور طرف تقاضا یا در معاهدات عملی راجع به معاضدت های حقوقی دو جانبه باشد، از جمله، به ویژه، شرایط مربوط به دلایلی که براساس آنها کشور طرف تقاضای استرداد ممکن است از اعطای معاضدت حقوقی دو جانبه امتناع کند یا آن را موکول به شرایطی نماید.

#### ماده ۱۵

دولتهای عضو باید با یکدیگر همکاری نموده و به منظور کمک به قربانیان ناپدیدسازی اجباری، در جستجوی اشخاص ناپدید شده، یافتن و آزاد کردن ایشان، و در صورت مرگ، در نبش



قبر اجساد و شناسایی و بازگرداندن بقایای ایشان، بیشترین میزان معاضدت‌های حقوقی را در اختیار یکدیگر قرار دهند.

#### ماده ۱۶

۱- هیچ دولت عضوی نباید شخصی را از کشور خود اخراج کرده و به کشور دیگری که دلایل قطعی مبنی بر ناپدید نمودن وی در آنجا وجود دارد، بازگرداند، تسلیم یا مسترد نماید.  
۲- به منظور تعیین وجود چنین دلایلی، مقامات ذیصلاح باید کلیه ملاحظات مربوطه، از جمله، وجود نمونه مستمری از موارد نقض فاحش، آشکار یا گسترده حقوق بشر یا موارد نقض شدید حقوق بین‌الملل بشردوستانه را در نظر بگیرند.

#### ماده ۱۷

۱- هیچ کس نباید در بازداشت مخفی نگهداری شود.  
۲- بدون تأثیر بر سایر تعهدات بین‌المللی دولتهای عضو در زمینه محرومیت از آزادی، هر یک از اعضا متعهد می‌شود که در وضع قوانین خود:  
الف) شرایطی را که براساس آنها ممکن است دستور محرومیت از آزادی صادر شود، تعیین نماید؛

ب) مقامات ذیصلاح برای صدور دستور محرومیت از آزادی را، مشخص کند؛  
پ) نگهداری شخص محروم از آزادی را منحصرأ در اماکنی که به‌طور رسمی برای محرومیت از آزادی تعبیه شده و تحت نظارت می‌باشد، تضمین نماید؛  
ت) تضمین کند هر شخص محروم شده از آزادی باید مجاز به برقراری ارتباط و ملاقات با خانواده، وکیل، یا هر شخص دیگری به انتخاب خود مشروط به شرایط تعیین شده در قانون، باشد. یا اگر خارجی است بتواند با مقامات کنسولی کشور خود، براساس حقوق بین‌الملل قابل اعمال تماس بگیرد؛

ث) دسترسی مقامات و نهادهای ذیصلاح و مجاز قانونی را به محل نگهداری محرومین از آزادی را تضمین نماید که در صورت لزوم می‌تواند با اجازه قبلی مقام قضائی نیز باشد؛  
ج) حق هر شخصی با نفع مشروع، مانند نزدیکان شخص محروم از آزادی، نمایندگان و وکلای آنان را، در موردی که شخص محروم از آزادی یا متهم به ناپدیدسازی اجباری، به‌دلیل محرومیت از آزادی قادر به اعمال حق خود نیست، نسبت به پیگیری پرونده نزد دادگاه جهت اتخاذ تصمیم بدون فوت وقت درباره قانونی بودن محرومیت فرد از آزادی و صدور دستور آزادی در صورت غیرقانونی بودن محرومیت از آزادی را تحت هر شرایطی تضمین نماید.

۳- هر دولت عضو باید گردآوری و نگهداری از یک یا چند دفتر ثبت رسمی اسامی را که جدیدترین اطلاعات و یا سوابق اشخاص محروم از آزادی در آن ثبت شده است را تضمین نماید که در صورت تقاضا باید فوراً در دسترس و اختیار هر مقام قضائی یا سایر مقامات ذی صلاح یا مؤسسات مجاز براساس قانون کشور مربوطه یا هر سند حقوقی بین‌المللی در این خصوص که کشور مذکور عضو آن باشد، قرار گیرد؛ و اطلاعات مذکور در آن حداقل باید شامل موارد ذیل باشد:

- (الف) مشخصات شخص محروم از آزادی؛
- (ب) تاریخ، زمان و مکانی که شخص مورد نظر از آزادی محروم شده و مشخصات مقامی که این شخص را از آزادی محروم کرده است؛
- (پ) مقامی که دستور محرومیت از آزادی را صادر کرده و دلایل محرومیت از آزادی؛
- (ت) مقام مسئول برای نظارت بر محرومیت از آزادی؛
- (ث) مکان محرومیت از آزادی، تاریخ و زمان ورود به این مکان و مقام مسئول مکان محرومیت از آزادی؛
- (ج) مسائل مربوط به وضعیت سلامتی شخص محروم از آزادی؛
- (چ) در صورت فوت شخص طی دوران محرومیت از آزادی، شرایط و علت مرگ و محل بقایای وی؛
- (ح) تاریخ و زمان آزادی یا انتقال شخص به مکان بازداشت دیگری، مقصد و مقام مسئول انتقال.

## ماده ۱۸

۱- پیرو مواد ۱۹ و ۲۰، هر کشور عضو باید دسترسی هر ذی‌نفع قانونی مانند اقوام شخص محروم از آزادی، نمایندگان یا وکیل مدافع آنان را حداقل به اطلاعات ذیل، تضمین نماید:

- (الف) مقامی که دستور محرومیت از آزادی را صادر کرده است؛
- (ب) تاریخ، زمان و مکان محرومیت شخص از آزادی و ورود وی به مکان محرومیت از آزادی؛
- (پ) مقام مسئول نظارت بر جریان محرومیت از آزادی؛
- (ت) مکان شخص محروم از آزادی، از جمله، مقصد انتقال و مقام مسئول انتقال در صورت انتقال به محل دیگر محرومیت از آزادی؛
- (ث) تاریخ، زمان و مکان آزادی؛

ج) عوامل مربوط به وضعیت سلامت شخص محروم از آزادی؛  
چ) در صورت مرگ در دوران محرومیت از آزادی، شرایط و علل مرگ و محل نگهداری بقایای فرد.

۲- در صورت ضرورت باید اقدامات مناسبی برای حمایت از اشخاص مذکور در بند (۱) این ماده، و نیز اشخاص شرکت کننده در تحقیقات در برابر هرگونه بدرفتاری، ارباب یا مجازات در نتیجه جستجوی اطلاعات مربوط به شخص محروم از آزادی انجام شود.

#### ماده ۱۹

۱- اطلاعات شخصی، از جمله اطلاعات پزشکی و ژنتیکی که در چارچوب جستجو برای شخص ناپدیدشده جمع آوری و یا منتقل می شود، نباید برای اهداف دیگری جز جستجوی شخص ناپدیدشده به کار رود یا در اختیار دیگران گذاشته شود. این امر خللی در استفاده از چنین اطلاعاتی در جریان دادرسی کیفری مربوط به جرم ناپدیدسازی اجباری یا اعمال حق اخذ غرامت ایجاد نخواهد کرد.

۲- جمع آوری، رسیدگی، استفاده و ذخیره کردن اطلاعات شخصی، از جمله داده های پزشکی و ژنتیکی، نباید به حقوق بشر، آزادی های بنیادین یا کرامت انسانی افراد تجاوز نموده یا باعث نقض آنها شود.

#### ماده ۲۰

۱- فقط در جایی می توان حق دسترسی به اطلاعات مذکور در ماده ۱۸ را محدود نمود که شخص مورد حمایت قانون بوده و محرومیت او از آزادی تحت کنترل قضائی باشد، به طور استثنائی، و در موارد بسیار ضروری در صورت پیش بینی قانون، به گونه ای که انتقال اطلاعات تأثیر نامطلوبی بر حریم خصوصی یا امنیت فردی شخص داشته باشد و رسیدگی کیفری را به تعویق بیندازد، و یا بنا به دلایل مشابه دیگری که مطابق قانون، و حقوق بین الملل قابل اعمال و اهداف این کنوانسیون باشد. در هیچ موردی نباید محدودیتی نسبت به حق دسترسی به اطلاعات در ماده ۱۸ ایجاد شود که بتواند منجر به رفتار تعریف شده در ماده ۲ یا رفتاری ناقض بند (۱) ماده ۱۷، شود.

۲- دولتهای عضو، با رعایت مفهوم قانونی بودن محرومیت شخص از آزادی، باید حق اشخاص مذکور در بند (۱) ماده ۱۸ را، نسبت به جبران خسارت مؤثر و فوری آنان به عنوان وسیله ای جهت دستیابی بدون تأخیر به اطلاعات اشاره شده در بند (۱) ماده ۱۸ تضمین نمایند. حق جبران خسارت را در هیچ شرایطی نمی توان به حال تعلیق درآورد یا محدود نمود.

## ماده ۲۱

هر دولت عضو باید اقدامات لازم برای تضمین آزادی اشخاص محروم از آزادی به شیوه‌ای قابل اعتماد که موید صحت آزادی آنان باشد را، انجام دهد. همچنین باید اقدامات لازم برای سلامت جسمانی این اشخاص و توانایی آنان برای اعمال کامل حقوق خود در زمان آزادی را، بدون ایجاد خلل در تعهدات این اشخاص به موجب قانون ملی تضمین نماید.

## ماده ۲۲

هر دولت عضو با توجه به ماده ۶ باید اقدامات لازم برای پیشگیری از اعمال ذیل و تحمیل مجازات به دلیل ارتکاب این اعمال به عمل آورد:

الف) تأخیر یا ممانعت از جبران خسارت مذکور در بند (۲) (ج) ماده ۱۷، و بند (۲) ماده ۳۰؛

ب) کوتاهی در ثبت محرومیت از آزادی افراد، یا ثبت اطلاعاتی که مقام اداری مسئول برای ثبت رسمی اسامی، می‌دانسته یا باید بداند که ناموثق و غیردقیق هستند؛

ج) خودداری از تهیه اطلاعات درباره محرومیت از آزادی یک شخص، یا ارائه اطلاعات نادرست، حتی در صورتی که مراحل قانونی برای ارائه چنین اطلاعاتی طی شده باشد.

## ماده ۲۳

۱- هر دولت عضو باید با توجه به مفاد این کنوانسیون اطلاعات و آموزش‌های لازم را به ضابطین اجرای قانون، اعم از نظامی یا غیرنظامی، پرسنل پزشکی، مقامات دولتی و سایر اشخاصی که ممکن است در بازداشت یا رفتار با هر شخص محروم از آزادی دخالت داشته باشند، تعلیم دهد، تا بتواند:

الف) از دخالت این کارکنان در ناپدیدسازی اجباری جلوگیری نماید،

ب) بر اهمیت پیشگیری و انجام تحقیقات در ارتباط با ناپدیدسازی‌های اجباری تأکید نماید،

پ) نیاز فوری به حل موارد ناپدیدسازی اجباری را به رسمیت شناخته، تضمین نماید.

۲- هر دولت عضو باید تضمین نماید که صدور فرامین و دستورالعمل‌هایی که ناپدیدسازی اجباری را تجویز، تأیید یا تشویق می‌کنند، ممنوع می‌باشد. همچنین عدم مجازات شخصی که از اجرای چنین دستوراتی امتناع می‌کند نیز از سوی کشور مزبور باید تضمین شود.

۳- هر دولت عضو کنوانسیون اقدامات ضروری برای تضمین این امر را اتخاذ خواهند کرد تا اشخاص مذکور در بند (۱) این ماده که دلیلی بر وقوع یا طراحی ناپدیدسازی اجباری در موردی خاص در اختیار دارند بتوانند این موضوع را به مقامات مافوق، و یا در صورت لزوم به مراجع ذیصلاح یا نهادهایی که مسئول بررسی قضیه یا مقابله (جبران) با آن هستند گزارش دهند.

## ماده ۲۴

- ۱- در راستای اهداف این کنوانسیون، منظور از «قربانی» شخص ناپدیدشده و هر فردی است که در نتیجه ناپدیدسازی اجباری، به طور مستقیم متحمل رنج شدیدی می شود.
- ۲- هر قربانی حق آگاهی از حقیقت در مورد شرایط ناپدیدسازی اجباری، جریان رسیدگی و نتایج تحقیقات و سرنوشت شخص ناپدیدشده را دارد. هریک از اعضا باید اقدامات لازم در این زمینه را انجام دهد.
- ۳- هر دولت عضو ملزم است کلیه اقدامات مقتضی را به منظور جستجوی شخص ناپدیدشده، یافتن مکان نگهداری و آزادی وی، و در صورت مرگ، پیدا کردن محل جسد، احترام به آن و باز گرداندن بقایای آن، انجام دهد.
- ۴- هر دولت عضو باید در نظام قضائی خود، حق اخذ غرامت و خسارت فوری، عادلانه و کافی را برای قربانیان ناپدیدسازی اجباری تضمین نماید.
- ۵- حق اخذ غرامت در بند (۴) این ماده، شامل خسارت های مادی و معنوی بوده و در صورت اقتضا سایر اشکال غرامت مانند موارد ذیل را نیز دربرمی گیرد:
  - الف) اعاده وضع به حالت سابق،
  - ب) ترمیم و بازپروری؛
  - ج) جلب رضایت، از جمله اعاده حیثیت و آبرو؛
  - د) تضمیناتی دال بر عدم تکرار.
- ۶- هر دولت عضو علاوه بر تعهد نسبت به ادامه تحقیقات تا روشن شدن سرنوشت شخص ناپدیدشده، باید اقدامات مناسبی باتوجه به وضعیت حقوقی ناپدیدشدگانی که سرنوشت آنها روشن نشده است و وضعیت حقوقی نزدیکان آنان، در مواردی نظیر رفاه اجتماعی، مسائل مالی، حقوق خانواده و حقوق مالکیت انجام دهد.
- ۷- هر کشور عضو باید حق تشکیل و مشارکت آزادانه در سازمانها و انجمن هایی را که مبادرت به بررسی شرایط ناپدیدشدگان اجباری و سرنوشت آنها، و کمک به قربانیان ناپدیدسازی اجباری می کند، تضمین نماید.

## ماده ۲۵

۱- هر دولت عضو باید تمهیدات لازمی را برای پیشگیری و مجازات در قوانین کیفری خود ایجاد نماید:

(الف) انتقال غیرقانونی کودکانی که در معرض ناپدیدسازی اجباری قرار دارند، کودکانی که پدر، مادر یا سرپرست قانونی آنان در معرض ناپدیدسازی اجباری قرار دارند یا کودکانی که در دوران اسارت مادر خود در معرض ناپدیدسازی اجباری، به دنیا می‌آیند؛  
(ب) جعل، کتمان یا از بین بردن اسنادی که حاکی از هویت واقعی کودکانی است که در قسمت (الف) این بند به آنان اشاره شد.

۲- هر دولت عضو ملزم به انجام اقداماتی به منظور جستجو و شناسایی کودکان مذکور در بند (۱) (الف) این ماده و بازگرداندن آنها نزد خانواده‌های اصلی خود، مطابق روال قانونی و موافقتنامه‌های بین‌المللی حاکم می‌باشد.

۳- دولتهای عضو باید در جستجو، شناسایی و یافتن مکان کودکان مذکور در بند (۱) (الف) این ماده، به یکدیگر کمک کنند.

۴- با توجه به نیاز حمایت از بالاترین منافع کودکان مذکور در بند (۱) (الف) این ماده، و نیز حق آنان به حفظ، یا تعیین دوباره مشخصات خود، از جمله ملیت، نام و روابط خانوادگی آنان همانگونه که در قانون به رسمیت شناخته شده است، دولتهای عضو که نظام فرزندخواندگی یا اشکال دیگر اسکان کودکان را می‌پذیرند باید آیین دادرسی قانونی جهت بازخوانی یا بررسی فرآیند فرزندخواندگی یا اسکان کودکان و در صورت لزوم، لغو فرزندخواندگی یا اسکان کودکان ناشی از ناپدیدسازی اجباری را داشته باشند.

۵- در همه موارد، و به‌ویژه در کلیه مطالب مربوط به این ماده، موضوع اصلی باید بالاترین منافع کودک باشد و کودکی که توانایی شکل‌دهی به عقاید خود را دارد، باید حق ابراز آزادانه آنها را نیز داشته باشد. دیدگاههای کودک باید براساس سن و رشد او ارزشگذاری شود.

## بخش دوم

## ماده ۲۶

۱- کمیته ناپدیدسازی اجباری (که از این پس «کمیته» خوانده می‌شود)، به‌منظور اجرای وظایف پیش‌بینی شده در این کنوانسیون تأسیس می‌شود. کمیته از ۱۰ کارشناس با بالاترین شخصیت اخلاقی که در زمینه حقوق بشر صالح شناخته شده باشند تشکیل می‌شود که باید با تکیه بر توانایی شخصی خود و با استقلال و بی‌طرفی خدمت نمایند. اعضای کمیته باید از سوی

دولتهای عضو براساس توزیع جغرافیائی منصفانه انتخاب شوند. اشخاص مناسب با توجه به کارآمدی شرکت کنندگان در کار کمیته، باید از افرادی با تجربه حقوقی مرتبط با رعایت تعادل جنسیتی باشند.

۲- اعضای کمیته باید با رأی مخفی از فهرست اشخاص پیشنهادی دولتهای عضو از میان اتباع خود در نشست دو سالانه، دولتهای عضو که از سوی دبیرکل سازمان ملل متحد به همین منظور برگزار می گردد، انتخاب شوند. این نشست ها، با حضور دو سوم دولتهای عضو به حد نصاب می رسد، و اشخاصی که بیشترین تعداد آراء نمایندگان کشورهای رأی دهنده حاضر در نشست را به دست آورند، عضو کمیته خواهند شد.

۳- انتخابات اولیه باید تا شش ماه پس از تاریخ لازم الاجرا شدن این کنوانسیون برگزار گردد. چهار ماه پیش از تاریخ هر انتخابات، دبیرکل سازمان ملل طی نامه ای از دولتهای عضو دعوت می کند که نامزدهای پیشنهادی خود را در عرض سه ماه معرفی کنند. دبیرکل باید فهرستی از اسامی پیشنهادی به ترتیب حروف الفبا، که نشانگر کشور پیشنهاددهنده هر کاندیدا نیز باشد، تهیه و در اختیار تمامی دولتهای عضو قرار دهد.

۴- اعضای کمیته برای یک دوره چهار ساله انتخاب می شوند و یکبار مجاز به انتخاب مجدد خواهند بود. با این وجود، دوره پنج نفر از اعضا منتخب درانتخابات اول پس از دو سال به پایان می رسد؛ که بلافاصله پس از انتخابات اول، اسامی پنج عضو باید به قید قرعه از سوی رئیس نشست مذکور در بند (۲) این ماده، تعیین شود.

۵- اگر عضوی از اعضای کمیته فوت کند یا استعفا دهد یا به هر دلیلی نتواند وظایف خود را در کمیته انجام دهد، دولت عضوی که وی را معرفی کرده است، باید براساس معیارهای تعیین شده در بند (۱) این ماده، نامزد دیگری را از میان اتباع خود جهت خدمت تا پایان همان دوره مشروط به تأیید اکثریت دولتهای عضو، معرفی نماید. چنین تأییدی مفروض است مگر اینکه طی شش هفته از اطلاع دولتهای عضو نسبت به چنین جایگزینی از سوی دبیرکل سازمان ملل، با مخالفت نیمی از دولتهای عضو یا بیشتر مواجه شود.

۶- کمیته باید آیین دادرسی ویژه خود را تعیین نماید.

۷- دبیرکل سازمان ملل متحد باید وسایل، کارکنان و تسهیلات مورد نیاز کمیته را به منظور اجرای مؤثر وظایف خود، فراهم نماید. نخستین نشست کمیته را دبیرکل سازمان ملل برگزار خواهد کرد.

۸- اعضای کمیته از تسهیلات، مزایا و مصونیت های کارشناسان مأمور سازمان ملل متحد، همان طور که در قسمتهای مربوط به کنوانسیون مزایا و مصونیت های سازمان ملل متحد وضع شده، برخوردار می شوند.

۹- هر دولت عضو باید با کمیته همکاری و به اعضای آن در اجرای مأموریت آنان، تا حدی که اصول کمیته را پذیرفته است، کمک نماید.

## ماده ۲۷

کنفرانسی از دولتهای عضو، حداقل چهار سال و حداکثر شش سال پس از لازم الاجرا شدن این کنوانسیون برای ارزیابی عملکرد کمیته براساس رویه مذکور در بند (۲) ماده ۴۴، تشکیل خواهد شد. این کنفرانس در خصوص اینکه آیا تفویض نظارت بر این کنوانسیون - فارغ از هر احتمالی- به نهاد دیگری براساس دستورالعملهای معین شده در مواد ۲۸ تا ۳۶ مناسب است یا خیر، تصمیم می گیرد.

## ماده ۲۸

۱- کمیته در چارچوب صلاحیتهای اعطا شده از سوی این کنوانسیون، با تمام ارگانها، دفاتر و صندوقها و آژانسهای تخصصی سازمان ملل متحد، نهادهای معاهدهای بر مبنای اسناد بین المللی، رویه های خاص سازمان ملل متحد و سازمانها یا نهادهای بین دولتی منطقه ای مربوطه، و نیز کلیه مؤسسات، آژانسها یا دفاتر دولتی که در رابطه با حمایت از کلیه افراد در برابر ناپدیدسازی اجباری فعالیت می کنند، همکاری خواهد نمود.

۲- کمیته همزمان با ایفای وظایفش، به مشورت با سایر نهادهای معاهده ای که براساس اسناد بین المللی در زمینه حقوق بشر ایجاد شده اند، به ویژه کمیته حقوق بشر که توسط میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی تشکیل شده است، به منظور تضمین تداوم نظارتها و توصیه های مربوطه آنها، می پردازد.

## ماده ۲۹

۱- هریک از دولتهای عضو ظرف مدت دو سال پس از لازم الاجرا شدن این کنوانسیون نسبت به کشور مربوطه باید گزارشی در خصوص اقدامات انجام شده در زمینه تأثیر تعهدات خود براساس این کنوانسیون، از طریق دبیرکل سازمان ملل متحد به کمیته تسلیم کند.

۲- دبیرکل سازمان ملل متحد باید این گزارش را در اختیار کلیه دولتهای عضو قرار دهد.

۳- کمیته همه گزارشها را بررسی خواهد کرد و تفاسیر، مشاهدات و توصیه های خود را آن طور که مناسب می داند منتشر، خواهد کرد. این تفاسیر، مشاهدات و توصیه ها در اختیار دولت ذی ربط گذاشته خواهد شد، که می تواند بنا به ابتکار خود یا تقاضای کمیته به آنها پاسخ دهد.



۴- کمیته می‌تواند از دولتهای عضو بخواهد که اطلاعات تکمیلی درباره اجرای این کنوانسیون ارائه دهند.

## ماده ۳۰

۱- درخواست جستجو و یافتن شخص ناپدیدشده ممکن است به‌عنوان موضوعی اضطراری، از سوی نزدیکان شخص ناپدیدشده یا نمایندگان قانونی آنان، وکلای مدافع، یا هر شخص مآذون از جانب ایشان و یا هر ذی‌نفع قانونی، تسلیم کمیته شود.

۲- اگر کمیته معتقد باشد که درخواست اضطراری متعاقب بند (۱) این ماده:

الف) آشکارا بی‌پایه و اساس نیست؛

ب) سوءاستفاده از حق تسلیم چنین تقاضایی نیست؛

پ) پیشتر چنانکه باید به نهادهای ذی‌صلاح کشور مربوطه، مانند مقامات مسئول رسیدگی و انجام تحقیقات، در صورت وجود چنین امکانی، مراجعه کرده است؛

ت) منافاتی با مفاد این کنوانسیون ندارد؛ و

ث) موضوع مشابهی با ماهیت مشابه در حال رسیدگی یا حل و فصل نزد مرجع

بین‌المللی دیگری نیست.

کمیته باید از کشور مربوطه بخواهد اطلاعاتی درباره وضعیت شخص مورد نظر، در محدوده زمانی تعیین شده از سوی کمیته، ارائه دهد.

۳- در پرتو اطلاعات ارائه شده از سوی کشور مربوطه براساس بند (۲) این ماده، کمیته می‌تواند توصیه‌هایی را به کشور ذی‌ربط منتقل نماید. از جمله درخواستی مبنی بر انجام کلیه اقدامات لازم شامل اقدامات موقتی به‌منظور اسکان و حمایت از فرد مورد نظر براساس این کنوانسیون، و ارائه اطلاعات به کمیته در محدوده زمانی مشخص راجع به اقدامات انجام شده یا در حال انجام نسبت به وضعیت اضطراری از سوی دولت عضو. کمیته باید توصیه‌های خود و اطلاعات ارائه شده از سوی کشور مزبور را به‌محض دسترسی به آنها به شخص درخواست‌کننده اقدام فوری، اطلاع دهد.

۴- کمیته باید به تلاش‌های خود جهت کار با کشور ذی‌ربط تا وقتی که سرنوشت شخص مورد نظر معلوم نشده است ادامه دهد. شخص متقاضی باید در جریان ما وقع قرار داده شود.

## ماده ۳۱

۱- دولتهای عضو می‌توانند در زمان تصویب این کنوانسیون یا هر زمان دیگری پس از آن صلاحیت کمیته را نسبت به دریافت مکاتبات از جانب یا به عهده افراد در قلمرو تحت صلاحیت خود که ادعا می‌کنند قربانی نقض تمهیدات این کنوانسیون از سوی دولت خود می‌باشند، را به رسمیت بشناسند. کمیته مجاز به پذیرش مکاتبات مربوط به دولت عضوی که چنین اعلامیه‌ای صادر نکرده است نمی‌باشد.

۲- کمیته درخواست را قابل پذیرش نمی‌داند در صورتی که:

الف) درخواست بی‌نام باشد؛

ب) درخواست مغایر مفاد این کنوانسیون یا شامل سوءاستفاده از حق ارائه چنین

درخواستی باشد؛

ج) چنین موضوعی با ماهیت مشابه در حال رسیدگی یا حل و فصل نزد مرجع بین‌المللی

دیگری باشد. یا،

د) تمام راههای مؤثر داخلی و قابل دسترسی تا انتها طی نشده باشد. این قاعده

در صورتی که درخواست رسیدگی به‌طور غیرمنطقی طولانی شود، اجرا نخواهد شد.

۳- اگر کمیته احراز نماید که درخواست مورد نظر با شرایط تعیین شده در بند (۲) این

ماده مطابقت ندارد، باید آن را به کشور مربوطه ارائه دهد، و از وی بخواهد که مشاهدات و

تفسیر خود را در محدوده زمانی مقرر از سوی کمیته، ارائه نماید.

۴- کمیته می‌تواند هر زمان پس از دریافت درخواست و پیش از اتخاذ تصمیم راجع به

آن، درخواستی مبنی بر انجام موقت اقداماتی از سوی کشور مربوطه جهت جلوگیری از ورود

صدمه احتمالی غیرقابل جبران به قربانیان نقض مورد ادعا به کشور مربوطه ارائه نماید. اعمال

صلاحیت مذکور از جانب کمیته به معنای اتخاذ تصمیم در خصوص پذیرش درخواست یا ارزیابی

آن نمی‌باشد.

۵- کمیته باید به منظور بررسی درخواستها براساس این ماده نشست‌های غیرعلنی برگزار

کند و پاسخ‌های ارائه شده از جانب دولت مزبور را به نویسنده درخواست اطلاع دهد. هنگامی که

کمیته تصمیم به اتمام رسیدگی بگیرد، باید دیدگاه‌های خود را به دولت ذی‌ربط و نویسنده

درخواست ابلاغ کند.

## ماده ۳۲

هریک از اعضای این کنوانسیون می‌تواند در هر زمانی اعلام نماید که صلاحیت کمیته

را نسبت به دریافت و بررسی مکاتباتی که بر آنها دولت عضوی مدعی عدم اجرای تعهدات این

کنوانسیون از جانب دولت عضو دیگر باشد به رسمیت می‌شناسند. کمیته مجاز به پذیرش مکاتبات مربوط به دولت عضوی که چنین اعلامیه‌ای صادر نکرده است نمی‌باشد همچنان که نباید مکاتبات کشور طرفی را که چنین اعلامیه‌ای صادر نکرده، دریافت کند.

### ماده ۳۳

۱- اگر کمیته اطلاعات موثقی دایر بر نقض جدی مفاد این کنوانسیون توسط دولت عضوی دریافت کند می‌تواند پس از مشورت با دولت مربوطه، از یک یا چند نفر از اعضا خود درخواست بازدید و ارائه گزارش فوری نماید.

۲- کمیته دولت مورد نظر را به‌طور کتبی از قصد انجام بازدید با معرفی اعضای هیات اعزامی و هدف بازدید مطلع خواهد نمود. دولت مربوطه باید طی زمان معقولی به کمیته پاسخ دهد.

۳- کمیته می‌تواند، به‌محض دریافت درخواست مستدلی از دولت مربوطه، بازدید خود را لغو کند یا آن را به تعویق بیندازد.

۴- در صورت موافقت دولت مربوطه با انجام بازدید، کمیته و دولت مورد نظر راجع به جهات بازدید با یکدیگر مذاکره خواهند نمود، و دولت مربوطه تمام تسهیلات مورد نیاز کمیته را برای انجام بازدید موفق فراهم خواهد کرد.

۵- کمیته مشاهدات و توصیه‌های خود را، پس از بازدید به دولت مورد نظر ابلاغ خواهد کرد.

### ماده ۳۴

اگر کمیته اطلاعاتی دریافت کند که اعمال گسترده و سازمان‌یافته ناپدیدسازی اجباری در قلمرو حاکمیت یکی از دولتهای عضو را آشکار سازد، می‌تواند پس از اخذ کلیه اطلاعات مربوط به وضعیت مزبور از کشور مورد بحث، فوراً موضوع را از طریق دبیرکل سازمان ملل متحد، در معرض توجه مجمع عمومی سازمان ملل متحد، قرار دهد.

### ماده ۳۵

۱- کمیته تنها در قبال ناپدیدسازی‌های اجباری که پس از لازم‌الاجرا شدن این کنوانسیون شروع شده باشد، صلاحیت دارد.

۲- اگر کشوری پس از لازم‌الاجرا شدن این کنوانسیون به عضویت آن درآید، تعهدات آن دولت در برابر کمیته صرفاً در قبال ناپدیدسازی‌های اجباری است که پس از لازم‌الاجرا شدن این کنوانسیون نسبت به دولت مربوطه شروع شده باشد.

### ماده ۳۶

۱- کمیته باید سالیانه گزارش عملکرد خود را براساس این کنوانسیون، به دولتهای عضو و مجمع عمومی سازمان ملل متحد ارائه نماید.

۲- پیش از انتشار نظرات کمیته درباره یک دولت عضو در گزارش سالانه، به دولت مربوطه اطلاع و فرصت معقولی برای پاسخگویی داده خواهد شد. دولت مورد نظر می‌تواند درخواست انتشار تفاسیر یا نظرات خود را در گزارش مزبور بنماید.

## بخش سوم

### ماده ۳۷

هیچ مطلبی در این کنوانسیون به‌گونه‌ای تعبیر نخواهد شد که لطمه‌ای به سایر مقررات از جمله موارد ذیل که می‌تواند منشأ حمایت بیشتری از اشخاص در برابر ناپدیدسازی اجباری باشد وارد نماید:

(الف) قوانین دولتهای عضو؛

(ب) حقوق بین‌الملل لازم‌الاجرا در آن کشورها.

### ماده ۳۸

۱- این کنوانسیون برای امضای تمامی دولتهای عضو سازمان ملل متحد مفتوح است.

۲- این کنوانسیون برای تصویب کلیه دولتهای عضو سازمان ملل متحد آماده است. اسناد تصویب نزد دبیرکل سازمان ملل متحد تودیع خواهد شد.

۳- این کنوانسیون برای الحاق هریک از دولتهای عضو سازمان ملل متحد باز خواهد بود. الحاق با سپردن سند الحاق نزد دبیرکل سازمان ملل متحد انجام می‌پذیرد.

### ماده ۳۹

۱- این کنوانسیون سی روز پس از تودیع بیستمین سند تصویب یا الحاق، نزد دبیرکل سازمان ملل متحد لازم‌الاجرا خواهد شد.

۲- این کنوانسیون نسبت به هر کشوری که پس از تودیع بیستمین سند تصویب یا الحاق، آن را تصویب می‌کند یا به آن ملحق می‌شود، سی روز پس از تودیع سند تصویب یا الحاق آن کشور لازم‌الاجرا خواهد شد.

#### ماده ۴۰

دبیرکل سازمان ملل متحد مراتب ذیل را به کلیه دولتهای عضو سازمان ملل متحد و نیز تمامی کشورهایی که این سند را امضا کرده یا به آن ملحق شده‌اند، اطلاع خواهد داد:  
(الف) موارد امضا، تصویب و الحاق براساس ماده ۳۸؛  
(ب) تاریخ الزام‌آور شدن این کنوانسیون براساس ماده ۳۹.

#### ماده ۴۱

مفاد این کنوانسیون بدون هیچ محدودیت یا استثنائی در تمام بخش‌های کشورهای فدرال اعمال خواهد شد.

#### ماده ۴۲

۱- هر اختلافی بین دو یا چند عضو درخصوص تفسیر یا اجرای این کنوانسیون که از طریق مذاکره یا شیوه‌هایی که به‌صراحت در این کنوانسیون پیش‌بینی شده است رفع نگردد، بنابه درخواست هریک از آنها به داوری ارجاع داده خواهد شد. اگر شش ماه پس از تاریخ درخواست داوری، طرفهای مربوطه قادر به توافق درباره سازمان داوری نباشند، هریک از آنها می‌تواند مطابق اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری درخواست ارجاع اختلاف به دیوان را بنماید.

۲- هر دولتی می‌تواند، زمان امضا یا تصویب این کنوانسیون یا الحاق به آن، عدم الزام خود را در برابر بند (۱) این ماده اعلام کند. سایر دولتهای عضو نیز خود را در برابر بند (۱) این ماده نسبت به دولت عضوی که چنین اعلامیه‌ای صادر نموده ملزم نمی‌دانند.  
۳- هر دولت عضوی که مطابق مفاد بند (۲) این ماده چنین اعلامیه‌ای صادر نموده باشد، می‌تواند هر زمانی با اعلام به دبیرکل سازمان ملل متحد، اعلامیه خود را پس بگیرد.

#### ماده ۴۳

این کنوانسیون به قواعد بین‌المللی حقوق بشر دوستانه، از جمله تعهدات طرفهای منعقدکننده کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو مورخ ۱۲ اوت ۱۹۴۹ و پروتکل‌های الحاقی آن مورخ

ژوئن ۱۹۷۷، یا دستیابی به هر فرصتی که براساس آن هریک از دولتهای عضو، به کمیته بین‌المللی صلیب سرخ اجازه می‌دهد از اماکن بازداشتی که مطابق قواعد حقوق بشردوستانه نمی‌باشد بازدید نمایند، هیچ خللی وارد نمی‌سازد.

#### ماده ۴۴

۱- هریک از دولتهای عضو این کنوانسیون می‌تواند اصلاح این کنوانسیون را پیشنهاد نماید و متن اصلاحیه را به دبیرکل سازمان ملل متحد بپردازد. دبیرکل پیشنهاد اصلاحی را برای سایر دولتهای عضو این کنوانسیون ارسال و از آنها درخواست می‌کند نظر خود را نسبت به برگزاری سمیناری به‌منظور بررسی و رأی‌گیری در مورد پیشنهاد مذکور به وی اعلام نمایند. چنانچه حداقل یک سوم آنها طی چهار ماه از تاریخ ارسال طرح مذکور به ایشان، موافق برگزاری این سمینار باشند، دبیرکل سمیناری را تحت نظارت سازمان ملل متحد برگزار خواهد کرد.

۲- اصلاحاتی که از سوی اکثریت دو سوم دولتهای عضو حاضر و شرکت‌کنندگان در رأی‌گیری تصویب می‌شود، توسط دبیرکل سازمان ملل متحد برای پذیرش دولتهای عضو، به ایشان ارائه خواهد شد.

۳- اصلاحات مصوب براساس بند (۱) این ماده زمانی لازم‌الاجرا خواهد شد که اکثریت دو سوم دولتهای عضو این کنوانسیون مطابق با قوانین اساسی خود آن را پذیرفته باشند.

۴- با لازم‌الاجرا شدن اصلاحات، دولتهای عضو که اصلاحات مذکور را پذیرفته‌اند، ملزم به رعایت آن می‌باشند، و سایر دولتهای عضو کماکان به مفاد کنوانسیون و اصلاحات قبلی آن پایبند خواهند بود.

#### ماده ۴۵

۱- این کنوانسیون که متون عربی، چینی، انگلیسی، فرانسوی، روسی و اسپانیایی آن از اعتباری یکسان برخوردارند، نزد دبیرکل سازمان ملل متحد تودیع خواهد شد.

۲- دبیرکل سازمان ملل متحد رونوشت تأیید شده این کنوانسیون را برای کلیه دولتهای مذکور در ماده ۳۸ ارسال خواهد نمود.

## **International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance**

### **Preamble**

*The States Parties to this Convention,*

*Considering* the obligation of States under the Charter of the United Nations to promote universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms, *Having regard* to the Universal Declaration of Human Rights, *Recalling* the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the other relevant international instruments in the fields of human rights, humanitarian law and international criminal law, *Also recalling* the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance adopted by the General Assembly of the United Nations in its resolution 47/133 of 18 December 1992, *Aware* of the extreme seriousness of enforced disappearance, which constitutes a crime and, in certain circumstances defined in international law, a crime against humanity, *Determined* to prevent enforced disappearances and to combat impunity for the crime of enforced disappearance, *Considering* the right of any person not to be subjected to enforced disappearance, the right of victims to justice and to reparation, *Affirming* the right of any victim to know the truth about the circumstances of an enforced disappearance and the fate of the disappeared person, and the right to freedom to seek, receive and impart information to this end, *Have agreed* on the following articles:

### **Part I**

#### **Article 1**

1. No one shall be subjected to enforced disappearance.
2. No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification for enforced disappearance.

## **Article 2**

For the purposes of this Convention, “enforced disappearance” is considered to be the arrest, detention, abduction or any other form of deprivation of liberty by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State, followed by a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or by concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person, which place such a person outside the protection of the law.

## **Article 3**

Each State Party shall take appropriate measures to investigate acts defined in article 2 committed by persons or groups of persons acting without the authorization, support or acquiescence of the State and to bring those responsible to justice.

## **Article 4**

Each State Party shall take the necessary measures to ensure that enforced disappearance constitutes an offence under its criminal law.

## **Article 5**

The widespread or systematic practice of enforced disappearance constitutes a crime against humanity as defined in applicable international law and shall attract the consequences provided for under such applicable international law.

## **Article 6**

1. Each State Party shall take the necessary measures to hold criminally responsible at least:



(a) Any person who commits, orders, solicits or induces the commission of, attempts to commit, is an accomplice to or participates in an enforced disappearance;

(b) A superior who:

(i) Knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that subordinates under his or her effective authority and control were committing or about to commit a crime of enforced disappearance;

(ii) Exercised effective responsibility for and control over activities which were concerned with the crime of enforced disappearance; and

(iii) Failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress the commission of an enforced disappearance or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution;

(c) Subparagraph (b) above is without prejudice to the higher standards of responsibility applicable under relevant international law to a military commander or to a person effectively acting as a military commander.

2. No order or instruction from any public authority, civilian, military or other, may be invoked to justify an offence of enforced disappearance.

## **Article 7**

1. Each State Party shall make the offence of enforced disappearance punishable by appropriate penalties which take into account its extreme seriousness.

2. Each State Party may establish:

(a) Mitigating circumstances, in particular for persons who, having been implicated in the commission of an enforced disappearance, effectively contribute to bringing the disappeared person forward alive or make it possible to clarify cases of enforced disappearance or to identify the perpetrators of an enforced disappearance;

(b) Without prejudice to other criminal procedures, aggravating circumstances, in particular in the event of the death of the disappeared person or the commission of an enforced disappearance in respect of pregnant women, minors, persons with disabilities or other particularly vulnerable persons.

## **Article 8**

Without prejudice to article 5,

1. A State Party which applies a statute of limitations in respect of enforced disappearance shall take the necessary measures to ensure that the term of limitation for criminal proceedings:

(a) Is of long duration and is proportionate to the extreme seriousness of this offence;

(b) Commences from the moment when the offence of enforced disappearance ceases, taking into account its continuous nature.

2. Each State Party shall guarantee the right of victims of enforced disappearance to an effective remedy during the term of limitation.

## **Article 9**

1. Each State Party shall take the necessary measures to establish its competence to exercise jurisdiction over the offence of enforced disappearance:

(a) When the offence is committed in any territory under its jurisdiction or on board a ship or aircraft registered in that State;

(b) When the alleged offender is one of its nationals;

(c) When the disappeared person is one of its nationals and the State Party considers it appropriate.

2. Each State Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its competence to exercise jurisdiction over the offence of enforced disappearance when the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction, unless it extradites or surrenders him or her to another

State in accordance with its international obligations or surrenders him or her to an international criminal tribunal whose jurisdiction it has recognized.

3. This Convention does not exclude any additional criminal jurisdiction exercised in accordance with national law.

#### **Article 10**

1. Upon being satisfied, after an examination of the information available to it, that the circumstances so warrant, any State Party in whose territory a person suspected of having committed an offence of enforced disappearance is present shall take him or her into custody or take such other legal measures as are necessary to ensure his or her presence. The custody and other legal measures shall be as provided for in the law of that State Party but may be maintained only for such time as is necessary to ensure the person's presence at criminal, surrender or extradition proceedings.

2. A State Party which has taken the measures referred to in paragraph 1 of this article shall immediately carry out a preliminary inquiry or investigations to establish the facts. It shall notify the States Parties referred to in article 9, paragraph 1, of the measures it has taken in pursuance of paragraph 1 of this article, including detention and the circumstances warranting detention, and of the findings of its preliminary inquiry or its investigations, indicating whether it intends to exercise its jurisdiction.

3. Any person in custody pursuant to paragraph 1 of this article may communicate immediately with the nearest appropriate representative of the State of which he or she is a national, or, if he or she is a stateless person, with the representative of the State where he or she usually resides.

#### **Article 11**

1. The State Party in the territory under whose jurisdiction a person alleged to have committed an offence of enforced disappearance is found shall, if it does not extradite that person or surrender him or her to another

State in accordance with its international obligations or surrender him or her to an international criminal tribunal whose jurisdiction it has recognized, submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution.

2. These authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any ordinary offence of a serious nature under the law of that State Party. In the cases referred to in article 9, paragraph 2, the standards of evidence required for prosecution and conviction shall in no way be less stringent than those which apply in the cases referred to in article 9, paragraph 1.

3. Any person against whom proceedings are brought in connection with an offence of enforced disappearance shall be guaranteed fair treatment at all stages of the proceedings. Any person tried for an offence of enforced disappearance shall benefit from a fair trial before a competent, independent and impartial court or tribunal established by law.

## **Article 12**

1. Each State Party shall ensure that any individual who alleges that a person has been subjected to enforced disappearance has the right to report the facts to the competent authorities, which shall examine the allegation promptly and impartially and, where necessary, undertake without delay a thorough and impartial investigation. Appropriate steps shall be taken, where necessary, to ensure that the complainant, witnesses, relatives of the disappeared person and their defence counsel, as well as persons participating in the investigation, are protected against all ill-treatment or intimidation as a consequence of the complaint or any evidence given.

2. Where there are reasonable grounds for believing that a person has been subjected to enforced disappearance, the authorities referred to in paragraph 1 of this article shall undertake an investigation, even if there has been no formal complaint.

3. Each State Party shall ensure that the authorities referred to in paragraph 1 of this article:

(a) Have the necessary powers and resources to conduct the investigation effectively, including access to the documentation and other information relevant to their investigation;

(b) Have access, if necessary with the prior authorization of a judicial authority, which shall rule promptly on the matter, to any place of detention or any other place where there are reasonable grounds to believe that the disappeared person may be present.

4. Each State Party shall take the necessary measures to prevent and sanction acts that hinder the conduct of an investigation. It shall ensure in particular that persons suspected of having committed an offence of enforced disappearance are not in a position to influence the progress of an investigation by means of pressure or acts of intimidation or reprisal aimed at the complainant, witnesses, relatives of the disappeared person or their defence counsel, or at persons participating in the investigation.

### **Article 13**

1. For the purposes of extradition between States Parties, the offence of enforced disappearance shall not be regarded as a political offence or as an offence connected with a political offence or as an offence inspired by political motives. Accordingly, a request for extradition based on such an offence may not be refused on these grounds alone.

2. The offence of enforced disappearance shall be deemed to be included as an extraditable offence in any extradition treaty existing between States Parties before the entry into force of this Convention.

3. States Parties undertake to include the offence of enforced disappearance as an extraditable offence in any extradition treaty subsequently to be concluded between them.

4. If a State Party which makes extradition conditional on the existence of a treaty receives a request for extradition from another State Party with which it has no extradition treaty, it may consider this Convention as the necessary legal basis for extradition in respect of the offence of enforced disappearance.

5. States Parties which do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall recognize the offence of enforced disappearance as an extraditable offence between themselves.

6. Extradition shall, in all cases, be subject to the conditions provided for by the law of the requested State Party or by applicable extradition treaties, including, in particular, conditions relating to the minimum penalty requirement for extradition and the grounds upon which the requested State Party may refuse extradition or make it subject to certain conditions.

7. Nothing in this Convention shall be interpreted as imposing an obligation to extradite if the requested State Party has substantial grounds for believing that the request has been made for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of that person's sex, race, religion, nationality, ethnic origin, political opinions or membership of a particular social group, or that compliance with the request would cause harm to that person for any one of these reasons.

#### **Article 14**

1. States Parties shall afford one another the greatest measure of mutual legal assistance in connection with criminal proceedings brought in respect of an offence of enforced disappearance, including the supply of all evidence at their disposal that is necessary for the proceedings.

2. Such mutual legal assistance shall be subject to the conditions provided for by the domestic law of the requested State Party or by applicable treaties on mutual legal assistance, including, in particular, the conditions in

relation to the grounds upon which the requested State Party may refuse to grant mutual legal assistance or may make it subject to conditions.

#### **Article 15**

States Parties shall cooperate with each other and shall afford one another the greatest measure of mutual assistance with a view to assisting victims of enforced disappearance, and in searching for, locating and releasing disappeared persons and, in the event of death, in exhuming and identifying them and returning their remains.

#### **Article 16**

1. No State Party shall expel, return (“refouler”), surrender or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he or she would be in danger of being subjected to enforced disappearance.

2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations, including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights or of serious violations of international humanitarian law.

#### **Article 17**

1. No one shall be held in secret detention.

2. Without prejudice to other international obligations of the State Party with regard to the deprivation of liberty, each State Party shall, in its legislation:

(a) Establish the conditions under which orders of deprivation of liberty may be given;

(b) Indicate those authorities authorized to order the deprivation of liberty;

(c) Guarantee that any person deprived of liberty shall be held solely in officially recognized and supervised places of deprivation of liberty;

(d) Guarantee that any person deprived of liberty shall be authorized to communicate with and be visited by his or her family, counsel or any other person of his or her choice, subject only to the conditions established by law, or, if he or she is a foreigner, to communicate with his or her consular authorities, in accordance with applicable international law;

(e) Guarantee access by the competent and legally authorized authorities and institutions to the places where persons are deprived of liberty, if necessary with prior authorization from a judicial authority;

(f) Guarantee that any person deprived of liberty or, in the case of a suspected enforced disappearance, since the person deprived of liberty is not able to exercise this right, any persons with a legitimate interest, such as relatives of the person deprived of liberty, their representatives or their counsel, shall, in all circumstances, be entitled to take proceedings before a court, in order that the court may decide without delay on the lawfulness of the deprivation of liberty and order the person's release if such deprivation of liberty is not lawful.

3. Each State Party shall assure the compilation and maintenance of one or more up-to-date official registers and/or records of persons deprived of liberty, which shall be made promptly available, upon request, to any judicial or other competent authority or institution authorized for that purpose by the law of the State Party concerned or any relevant international legal instrument to which the State concerned is a party. The information contained therein shall include, as a minimum:

(a) The identity of the person deprived of liberty;

(b) The date, time and place where the person was deprived of liberty and the identity of the authority that deprived the person of liberty;

(c) The authority that ordered the deprivation of liberty and the grounds for the deprivation of liberty;



- (d) The authority responsible for supervising the deprivation of liberty;
- (e) The place of deprivation of liberty, the date and time of admission to the place of deprivation of liberty and the authority responsible for the place of deprivation of liberty;
- (f) Elements relating to the state of health of the person deprived of liberty;
- (g) In the event of death during the deprivation of liberty, the circumstances and cause of death and the destination of the remains;
- (h) The date and time of release or transfer to another place of detention, the destination and the authority responsible for the transfer.

#### **Article 18**

1. Subject to articles 19 and 20, each State Party shall guarantee to any person with a legitimate interest in this information, such as relatives of the person deprived of liberty, their representatives or their counsel, access to at least the following information:

- (a) The authority that ordered the deprivation of liberty;
- (b) The date, time and place where the person was deprived of liberty and admitted to the place of deprivation of liberty;
- (c) The authority responsible for supervising the deprivation of liberty;
- (d) The whereabouts of the person deprived of liberty, including, in the event of a transfer to another place of deprivation of liberty, the destination and the authority responsible for the transfer;
- (e) The date, time and place of release;
- (f) Elements relating to the state of health of the person deprived of liberty;
- (g) In the event of death during the deprivation of liberty, the circumstances and cause of death and the destination of the remains.

2. Appropriate measures shall be taken, where necessary, to protect the persons referred to in paragraph 1 of this article, as well as persons

participating in the investigation, from any ill-treatment, intimidation or sanction as a result of the search for information concerning a person deprived of liberty.

#### **Article 19**

1. Personal information, including medical and genetic data, which is collected and/or transmitted within the framework of the search for a disappeared person shall not be used or made available for purposes other than the search for the disappeared person. This is without prejudice to the use of such information in criminal proceedings relating to an offence of enforced disappearance or the exercise of the right to obtain reparation.

2. The collection, processing, use and storage of personal information, including medical and genetic data, shall not infringe or have the effect of infringing the human rights, fundamental freedoms or human dignity of an individual.

#### **Article 20**

1. Only where a person is under the protection of the law and the deprivation of liberty is subject to judicial control may the right to information referred to in article 18 be restricted, on an exceptional basis, where strictly necessary and where provided for by law, and if the transmission of the information would adversely affect the privacy or safety of the person, hinder a criminal investigation, or for other equivalent reasons in accordance with the law, and in conformity with applicable international law and with the objectives of this Convention. In no case shall there be restrictions on the right to information referred to in article 18 that could constitute conduct defined in article 2 or be in violation of article 17, paragraph 1.

2. Without prejudice to consideration of the lawfulness of the deprivation of a person's liberty, States Parties shall guarantee to the persons

referred to in article 18, paragraph 1, the right to a prompt and effective judicial remedy as a means of obtaining without delay the information referred to in article 18, paragraph 1. This right to a remedy may not be suspended or restricted in any circumstances.

#### **Article 21**

Each State Party shall take the necessary measures to ensure that persons deprived of liberty are released in a manner permitting reliable verification that they have actually been released. Each State Party shall also take the necessary measures to assure the physical integrity of such persons and their ability to exercise fully their rights at the time of release, without prejudice to any obligations to which such persons may be subject under national law.

#### **Article 22**

Without prejudice to article 6, each State Party shall take the necessary measures to prevent and impose sanctions for the following conduct:

(a) Delaying or obstructing the remedies referred to in article 17, paragraph 2 (f), and article 20, paragraph 2;

(b) Failure to record the deprivation of liberty of any person, or the recording of any information which the official responsible for the official register knew or should have known to be inaccurate;

(c) Refusal to provide information on the deprivation of liberty of a person, or the provision of inaccurate information, even though the legal requirements for providing such information have been met.

#### **Article 23**

1. Each State Party shall ensure that the training of law enforcement personnel, civil or military, medical personnel, public officials and other persons who may be involved in the custody or treatment of any person

deprived of liberty includes the necessary education and information regarding the relevant provisions of this Convention, in order to:

(a) Prevent the involvement of such officials in enforced disappearances;

(b) Emphasize the importance of prevention and investigations in relation to enforced disappearances;

(c) Ensure that the urgent need to resolve cases of enforced disappearance is recognized.

2. Each State Party shall ensure that orders or instructions prescribing, authorizing or encouraging enforced disappearance are prohibited. Each State Party shall guarantee that a person who refuses to obey such an order will not be punished.

3. Each State Party shall take the necessary measures to ensure that the persons referred to in paragraph 1 of this article who have reason to believe that an enforced disappearance has occurred or is planned report the matter to their superiors and, where necessary, to the appropriate authorities or bodies vested with powers of review or remedy.

## **Article 24**

1. For the purposes of this Convention, “victim” means the disappeared person and any individual who has suffered harm as the direct result of an enforced disappearance.

2. Each victim has the right to know the truth regarding the circumstances of the enforced disappearance, the progress and results of the investigation and the fate of the disappeared person. Each State Party shall take appropriate measures in this regard.

3. Each State Party shall take all appropriate measures to search for, locate and release disappeared persons and, in the event of death, to locate, respect and return their remains.

4. Each State Party shall ensure in its legal system that the victims of

enforced disappearance have the right to obtain reparation and prompt, fair and adequate compensation.

5. The right to obtain reparation referred to in paragraph 4 of this article covers material and moral damages and, where appropriate, other forms of reparation such as:

- (a) Restitution;
- (b) Rehabilitation;
- (c) Satisfaction, including restoration of dignity and reputation;
- (d) Guarantees of non-repetition.

6. Without prejudice to the obligation to continue the investigation until the fate of the disappeared person has been clarified, each State Party shall take the appropriate steps with regard to the legal situation of disappeared persons whose fate has not been clarified and that of their relatives, in fields such as social welfare, financial matters, family law and property rights.

7. Each State Party shall guarantee the right to form and participate freely in organizations and associations concerned with attempting to establish the circumstances of enforced disappearances and the fate of disappeared persons, and to assist victims of enforced disappearance.

## **Article 25**

1. Each State Party shall take the necessary measures to prevent and punish under its criminal law:

(a) The wrongful removal of children who are subjected to enforced disappearance, children whose father, mother or legal guardian is subjected to enforced disappearance or children born during the captivity of a mother subjected to enforced disappearance;

(b) The falsification, concealment or destruction of documents attesting to the true identity of the children referred to in subparagraph (a) above.

## **29 ❖ Enforced Disappearance Convention**

2. Each State Party shall take the necessary measures to search for and identify the children referred to in paragraph 1 (a) of this article and to return them to their families of origin, in accordance with legal procedures and applicable international agreements.

3. States Parties shall assist one another in searching for, identifying and locating the children referred to in paragraph 1 (a) of this article.

4. Given the need to protect the best interests of the children referred to in paragraph 1 (a) of this article and their right to preserve, or to have reestablished, their identity, including their nationality, name and family relations as recognized by law, States Parties which recognize a system of adoption or other form of placement of children shall have legal procedures in place to review the adoption or placement procedure, and, where appropriate, to annul any adoption or placement of children that originated in an enforced disappearance.

5. In all cases, and in particular in all matters relating to this article, the best interests of the child shall be a primary consideration, and a child who is capable of forming his or her own views shall have the right to express those views freely, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

## **Part II**

### **Article 26**

1. A Committee on Enforced Disappearances (hereinafter referred to as “the Committee”) shall be established to carry out the functions provided for under this Convention. The Committee shall consist of ten experts of high moral character and recognized competence in the field of human rights, who shall serve in their personal capacity and be independent and impartial. The members of the Committee shall be elected by the States Parties according to equitable geographical distribution. Due account shall be taken of the usefulness of the participation in the work of the Committee

of persons having relevant legal experience and of balanced gender representation.

2. The members of the Committee shall be elected by secret ballot from a list of persons nominated by States Parties from among their nationals, at biennial meetings of the States Parties convened by the Secretary-General of the United Nations for this purpose. At those meetings, for which two thirds of the States Parties shall constitute a quorum, the persons elected to the Committee shall be those who obtain the largest number of votes and an absolute majority of the votes of the representatives of States Parties present and voting.

3. The initial election shall be held no later than six months after the date of entry into force of this Convention. Four months before the date of each election, the Secretary-General of the United Nations shall address a letter to the States Parties inviting them to submit nominations within three months. The Secretary-General shall prepare a list in alphabetical order of all persons thus nominated, indicating the State Party which nominated each candidate, and shall submit this list to all States Parties.

4. The members of the Committee shall be elected for a term of four years. They shall be eligible for re-election once. However, the term of five of the members elected at the first election shall expire at the end of two years; immediately after the first election, the names of these five members shall be chosen by lot by the chairman of the meeting referred to in paragraph 2 of this article.

5. If a member of the Committee dies or resigns or for any other reason can no longer perform his or her Committee duties, the State Party which nominated him or her shall, in accordance with the criteria set out in paragraph 1 of this article, appoint another candidate from among its nationals to serve out his or her term, subject to the approval of the majority of the States Parties. Such approval shall be considered to have been obtained unless half or more of the States Parties respond negatively within

six weeks of having been informed by the Secretary-General of the United Nations of the proposed appointment.

6. The Committee shall establish its own rules of procedure.

7. The Secretary-General of the United Nations shall provide the Committee with the necessary means, staff and facilities for the effective performance of its functions. The Secretary-General of the United Nations shall convene the initial meeting of the Committee.

8. The members of the Committee shall be entitled to the facilities, privileges and immunities of experts on mission for the United Nations, as laid down in the relevant sections of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations.

9. Each State Party shall cooperate with the Committee and assist its members in the fulfilment of their mandate, to the extent of the Committee's functions that the State Party has accepted.

#### **Article 27**

A Conference of the States Parties will take place at the earliest four years and at the latest six years following the entry into force of this Convention to evaluate the functioning of the Committee and to decide, in accordance with the procedure described in article 44, paragraph 2, whether it is appropriate to transfer to another body — without excluding any possibility — the monitoring of this Convention, in accordance with the functions defined in articles 28 to 36.

#### **Article 28**

1. In the framework of the competencies granted by this Convention, the Committee shall cooperate with all relevant organs, offices and specialized agencies and funds of the United Nations, with the treaty bodies instituted by international instruments, with the special procedures of the United Nations and with the relevant regional intergovernmental organizations or bodies, as well



as with all relevant State institutions, agencies or offices working towards the protection of all persons against enforced disappearances.

2. As it discharges its mandate, the Committee shall consult other treaty bodies instituted by relevant international human rights instruments, in particular the Human Rights Committee instituted by the International Covenant on Civil and Political Rights, with a view to ensuring the consistency of their respective observations and recommendations.

#### **Article 29**

1. Each State Party shall submit to the Committee, through the Secretary-General of the United Nations, a report on the measures taken to give effect to its obligations under this Convention, within two years after the entry into force of this Convention for the State Party concerned.

2. The Secretary-General of the United Nations shall make this report available to all States Parties.

3. Each report shall be considered by the Committee, which shall issue such comments, observations or recommendations as it may deem appropriate. The comments, observations or recommendations shall be communicated to the State Party concerned, which may respond to them, on its own initiative or at the request of the Committee.

4. The Committee may also request States Parties to provide additional information on the implementation of this Convention.

#### **Article 30**

1. A request that a disappeared person should be sought and found may be submitted to the Committee, as a matter of urgency, by relatives of the disappeared person or their legal representatives, their counsel or any person authorized by them, as well as by any other person having a legitimate interest.

2. If the Committee considers that a request for urgent action submitted in pursuance of paragraph 1 of this article:

#### **33 ❖ Enforced Disappearance Convention**

- (a) Is not manifestly unfounded;
- (b) Does not constitute an abuse of the right of submission of such requests;
- (c) Has already been duly presented to the competent bodies of the State Party concerned, such as those authorized to undertake investigations, where such a possibility exists;
- (d) Is not incompatible with the provisions of this Convention; and
- (e) The same matter is not being examined under another procedure of international investigation or settlement of the same nature; it shall request the State Party concerned to provide it with information on the situation of the persons sought, within a time limit set by the Committee.

3. In the light of the information provided by the State Party concerned in accordance with paragraph 2 of this article, the Committee may transmit recommendations to the State Party, including a request that the State Party should take all the necessary measures, including interim measures, to locate and protect the person concerned in accordance with this Convention and to inform the Committee, within a specified period of time, of measures taken, taking into account the urgency of the situation. The Committee shall inform the person submitting the urgent action request of its recommendations and of the information provided to it by the State as it becomes available.

4. The Committee shall continue its efforts to work with the State Party concerned for as long as the fate of the person sought remains unresolved. The person presenting the request shall be kept informed.

### **Article 31**

1. A State Party may at the time of ratification of this Convention or at any time afterwards declare that it recognizes the competence of the Committee to receive and consider communications from or on behalf of individuals subject to its jurisdiction claiming to be victims of a violation by this State Party of provisions of this Convention. The Committee shall not

admit any communication concerning a State Party which has not made such a declaration.

2. The Committee shall consider a communication inadmissible where:

(a) The communication is anonymous;

(b) The communication constitutes an abuse of the right of submission of such communications or is incompatible with the provisions of this Convention;

(c) The same matter is being examined under another procedure of international investigation or settlement of the same nature; or where

(d) All effective available domestic remedies have not been exhausted.

This rule shall not apply where the application of the remedies is unreasonably prolonged.

3. If the Committee considers that the communication meets the requirements set out in paragraph 2 of this article, it shall transmit the communication to the State Party concerned, requesting it to provide observations and comments within a time limit set by the Committee.

4. At any time after the receipt of a communication and before a determination on the merits has been reached, the Committee may transmit to the State Party concerned for its urgent consideration a request that the State Party will take such interim measures as may be necessary to avoid possible irreparable damage to the victims of the alleged violation. Where the Committee exercises its discretion, this does not imply a determination on admissibility or on the merits of the communication.

5. The Committee shall hold closed meetings when examining communications under the present article. It shall inform the author of communication of the responses provided by the State Party concerned. When the Committee decides to finalize the procedure, it shall communicate its views to the State Party and to the author of the communication.

### **Article 32**

A State Party to this Convention may at any time declare that it recognizes the competence of the Committee to receive and consider communications in which a State Party claims that another State Party is not fulfilling its obligations under this Convention. The Committee shall not receive communications concerning a State Party which has not made such a declaration, nor communications from a State Party which has not made such a declaration.

### **Article 33**

1. If the Committee receives reliable information indicating that a State Party is seriously violating the provisions of this Convention, it may, after consultation with the State Party concerned, request one or more of its members to undertake a visit and report back to it without delay.

2. The Committee shall notify the State Party concerned, in writing, of its intention to organize a visit, indicating the composition of the delegation and the purpose of the visit. The State Party shall answer the Committee within a reasonable time.

3. Upon a substantiated request by the State Party, the Committee may decide to postpone or cancel its visit.

4. If the State Party agrees to the visit, the Committee and the State Party concerned shall work together to define the modalities of the visit and the State Party shall provide the Committee with all the facilities needed for the successful completion of the visit.

5. Following its visit, the Committee shall communicate to the State Party concerned its observations and recommendations.

### **Article 34**

If the Committee receives information which appears to it to contain wellfounded indications that enforced disappearance is being practised on a

widespread or systematic basis in the territory under the jurisdiction of a State Party, it may, after seeking from the State Party concerned all relevant information on the situation, urgently bring the matter to the attention of the General Assembly of the United Nations, through the Secretary-General of the United Nations.

#### **Article 35**

1. The Committee shall have competence solely in respect of enforced disappearances which commenced after the entry into force of this Convention.

2. If a State becomes a party to this Convention after its entry into force, the obligations of that State vis-à-vis the Committee shall relate only to enforced disappearances which commenced after the entry into force of this Convention for the State concerned.

#### **Article 36**

1. The Committee shall submit an annual report on its activities under this Convention to the States Parties and to the General Assembly of the United Nations.

2. Before an observation on a State Party is published in the annual report, the State Party concerned shall be informed in advance and shall be given reasonable time to answer. This State Party may request the publication of its comments or observations in the report.

### **Part III**

#### **Article 37**

Nothing in this Convention shall affect any provisions which are more conducive to the protection of all persons from enforced disappearance and which may be contained in:

(a) The law of a State Party;

(b) International law in force for that State.

### **Article 38**

1. This Convention is open for signature by all Member States of the United Nations.

2. This Convention is subject to ratification by all Member States of the United Nations. Instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

3. This Convention is open to accession by all Member States of the United Nations. Accession shall be effected by the deposit of an instrument of accession with the Secretary-General.

### **Article 39**

1. This Convention shall enter into force on the thirtieth day after the date of deposit with the Secretary-General of the United Nations of the twentieth instrument of ratification or accession.

2. For each State ratifying or acceding to this Convention after the deposit of the twentieth instrument of ratification or accession, this Convention shall enter into force on the thirtieth day after the date of the deposit of that State's instrument of ratification or accession.

### **Article 40**

The Secretary-General of the United Nations shall notify all States Members of the United Nations and all States which have signed or acceded to this Convention of the following:

(a) Signatures, ratifications and accessions under article 38;

(b) The date of entry into force of this Convention under article 39.

#### **Article 41**

The provisions of this Convention shall apply to all parts of federal State without any limitations or exceptions.

#### **Article 42**

1. Any dispute between two or more States Parties concerning the interpretation or application of this Convention which cannot be settled through negotiation or by the procedures expressly provided for in this Convention shall, at the request of one of them, be submitted to arbitration. If within six months from the date of the request for arbitration the Parties are unable to agree on the organization of the arbitration, any one of those Parties may refer the dispute to the International Court of Justice by request in conformity with the Statute of the Court.

2. A State may, at the time of signature or ratification of this Convention or accession thereto, declare that it does not consider itself bound by paragraph 1 of this article. The other States Parties shall not be bound by paragraph 1 of this article with respect to any State Party having made such a declaration.

3. Any State Party having made a declaration in accordance with the provisions of paragraph 2 of this article may at any time withdraw this declaration by notification to the Secretary-General of the United Nations.

#### **Article 43**

This Convention is without prejudice to the provisions of international humanitarian law, including the obligations of the High Contracting Parties to the four Geneva Conventions of 12 August 1949 and the two Additional Protocols thereto of 8 June 1977, or to the opportunity available to any State Party to authorize the International Committee of the Red Cross to visit places of detention in situations not covered by international humanitarian law.

#### **Article 44**

1. Any State Party to this Convention may propose an amendment and file it with the Secretary-General of the United Nations. The Secretary General shall thereupon communicate the proposed amendment to the States Parties to this Convention with a request that they indicate whether they favour a conference of States Parties for the purpose of considering and voting upon the proposal. In the event that within four months from the date of such communication at least one third of the States Parties favour such a conference, the Secretary-General shall convene the conference under the auspices of the United Nations.

2. Any amendment adopted by a majority of two thirds of the States Parties present and voting at the conference shall be submitted by the Secretary-General of the United Nations to all the States Parties for acceptance.

3. An amendment adopted in accordance with paragraph 1 of this article shall enter into force when two thirds of the States Parties to this Convention have accepted it in accordance with their respective constitutional processes.

4. When amendments enter into force, they shall be binding on those States Parties which have accepted them, other States Parties still being bound by the provisions of this Convention and any earlier amendment which they have accepted.

#### **Article 45**

1. This Convention, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic, shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

2. The Secretary-General of the United Nations shall transmit certified copies of this Convention to all States referred to in article 38.



## **Interpretation of Treaties in the Practice of Iran-US Claims Tribunal**

**Ali Ghasemi**

**Persian text pp. 13-27**

### **Abstract**

The interpretation of treaties have important, wide-spread and explicated affects in international law. The awards of Iran-US Claims Tribunal, with more than a quarter of century in operation since 1982 have profoundly affected the different fields of international law, including the interpretation of treaties. The present article deals with the Tribunal's practice in the subject of interpretation of treaties. The Tribunal's interpretation of Algerian Declarations and other international agreements, in addition to creating good and reliable precedents, have some effects on the development of international law in the subject of interpretation of treaties. The Tribunal always applies the 1969 Vienna Convention of the Law of Treaties, in particular Articles 31 and 32, and has interpreted Algerian Declarations in conformity with the above provisions. One of the principles and rules invoked by the Tribunal is the principle of prevailing concept under which each word must be interpreted in its own context and with regard to the object and purpose of a treaty.

**Key Words:** Treaty, Interpretation, Tribunal, Algerian Declarations, Vienna Convention, Claims, International Law.

## **Legal Limitations of the UN Security Council in the Imposition of Economic Sanctions**

**Mansour Farokhsiri**

**Persian text pp. 29-58**

### **Abstract**

Economic Sanction is one of the measures taken by the Security Council in order to maintain and restore international peace and security under chapter VII of the UN Charter. The basic issue regarding the Security Council's limitations in imposition of economic sanctions is that whether the council's powers are entirely unlimited and beyond rules of International Law or the Council is faced with some limitations in respect of observing international rules and provisions. Legal logic requires that the Security Council as an organ of an international organization which is a subject of international law is bound by international rules when making decisions and enforcing them, otherwise one can not expect that the collective security system will meet sovereign states' goals. Thus, the Security Council when imposing economic sanctions is obliged to respect principles of general international law, *jus cogens*, specific rules of the UN Charter and international human rights law and international humanitarian law.

**Key words:** Security Council, Economic Sanctions, Legal Limitations, General International Law, *jus cogens*, UN Charter, International Human Rights Law, International Humanitarian Law.

## **Criminalizing of Sexual Violence in International Criminal Law**

**Ronak Khak**

**Persian text pp. 101-146**

### **Abstract**

Sexual violence specially against hundreds of thousands of the women and children throughout the world is a bitter fact. The sexual violence is often used as a war tactic to destroy the national pride and dignity during the history that affects not only victim but also his society which leads to destruction of their culture and identity.

The sexual violence is a term wider than rape, covers different cases and has been considered in the international treaties related to armed conflicts as well as judgments of the International Criminal Tribunals like former Yugoslavia and Rwanda Tribunals during a process as an international crime which has several criminal subjects.

**Keywords:** Sexual violence, International documents, Consent, Crime against Humanity, War Crime, Genocide Crime.

## **Legal Status of the Oil and Gas Deposits Across National Frontiers**

**Javad Kashani**

**Persian text pp. 165-219**

### **Abstract**

A crucial manifestation of sovereignty is the exclusive right of a state to exploit its natural resources in its national territories and their appurtenances and prevents other states from using such resources without its prior consent. The fugacious and emigrating nature of hydrocarbon brings to the fore the legal and in the meantime perplex question of the sovereignty or ownership and exploitation of oil and gas deposits across national frontiers. The specific feature of this material can be demonstrated by the fact that if either of the interested neighboring country starts drilling well in its border side of the joint deposit it can exploit gas and oil from the said common deposit. This raises another major question: how can this situation be legally managed? Under international law, there is no unique answer to this. On the one hand, there is the classic view which by laying emphasis on the principle of absolute sovereignty holds the view that in the absence of any treaty (be it general or specific) or a customary rule of international law on the exploitation of such deposits, states would have the option of making use of that part of the area which lies in their territory even if it might lead to the exploitation of the resources of the neighboring state. There is on the other hand, another different point of view which sees a joint deposit across frontiers as a common property and for its exploitation recommends a cooperation approach between the interested states. Models for efficient management of the common resources are discussed in this article.

**Key words:** International law, Shared natural resources, Common oil and gas deposit, The Law of Capture, Cooperation, Joint development agreement, International unitization agreement.

## **Right to Food, A Prerequisite for Realization of other Rights**

**Alireza Ebrahimgol**

**Persian text pp. 221-243**

### **Abstract**

Right to food as a fundamental right of every individual is the right to be free from hunger and sustainable availability of food with a quality and quantity which will meet one's cultural and food needs. Fulfillment of this right allows for fulfillment of other human rights and hence this is related to human dignity. This right as a sub-category of economic, social and cultural rights is similar to rights enshrined in International Covenant for Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) by nature and fulfillment mechanisms. Thus, it would be realized progressively and through adopting all appropriate measures. Developing national strategies, legislation, justiceability of right to food, suggestion for an optional protocol to ICESCR which contains an individual complaint procedure, are all steps for fulfilling this right in national and international levels. Until now, these steps have not been successful in halving poverty while half of this period has gone yet.

**Keywords:** Right to adequate food, Human Rights, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 12.

## **Judicial Survey on Discretion of the Prosecutor of the International Criminal Court**

**Hossein Aghaei Janatmakan**

**Persian text pp. 245-263**

### **Abstract**

The prosecutor of the International Criminal Court acts independently in carrying out his/her functions. S/he is responsible for investigation and prosecution of crimes within the jurisdiction of the court. If the prosecutor concludes that there is a reasonable basis to proceed with an investigation, s/he shall submit to the Pre-Trial Chamber a request for authorization of an investigation, together with any supporting material collected. If the Pre-Trial Chamber, upon examination of the request and the supporting material, considers that there is a reasonable basis to proceed with an investigation, and that the case appears to fall within the jurisdiction of the Court, it shall authorize the commencement of the investigation. Functions and powers of the Pre-Trial Chamber provided for in the statute of the ICC gives the Pre-Trial Chamber the authority for permanent Survey on the prosecutor's functions and powers.

**Keywords:** Survey, Prosecutor, Discretion, International Criminal Court, Pre-trial Chamber, Investigation.

## Human Rights in Occupied Territories

Hajar Siahrostami

Persian text pp. 265-290

### Abstract

The extraterritorial application of the human rights conventions is one of the key discussions in application of human rights conventions. The question is that whether the states are obliged to respect their human rights obligations when their armed forces involve in international armed conflicts and military occupations. The author believes that the human rights regulations are applicable in occupied territories.

The article considers three factors for proving this theory: first, the *ratione temporis* of the international humanitarian law and human rights law, second the interpretation of jurisdictional clauses of human rights conventions and the third, the role of effective control as a prerequisite for application of human rights regulations.

The final outcome is that although the humanitarian law regulations governs the situations in armed conflicts and military occupations, the human rights regulations do not cease to apply in those situations, even in occupied territories, and they cover the failures of humanitarian law in such situations.

**Keywords:** Human Rights Conventions, military occupation, occupied territories, International Humanitarian Law, effective control.