

مجله حقوقی

دفتر خدمات حقوقی بین المللی مهندسی اسلامی ایران

۱۳۷۳ - ۷۴

شماره هجدهم و نوزدهم

شماره استاندارد بین المللی ۰.۷۹۹ - ۰.۲۴۰

۴۸۶ صفحه ۸۰۰ تومان

- نابرابری دولتها در قبول و اجرای معاهده عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای
- نظام حقوقی منابع آب آبراههای بین المللی خاورمیانه ● ماهیت حقوقی
- دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده از دیدگاه حقوق بین الملل
- ابراهیم - آنتیگون و تعارض میان ضرورتها ● دادگاه بین المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق ● درآمدی بر پیش‌نویس قانون بین الملل جزا ● یادی از آرشاگا حقوق‌دان و سیاستمدار بزرگ جهان سوم ● ساخت و پرداخت احکام در دیوان بین المللی دادگستری ● آیا حقوق بین الملل عام، تنها حقوق عرفی است؟ ● دیوان بین المللی برای یوگسلاوی سابق ● مصادرۀ غیرمستقیم در حقوق بین الملل و روئیۀ دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده ● اسناد بین المللی: پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری ۱۹۱ ژوئن

(۱۹۹۱)

سید علی

۱۹۷۱.
۷/۰



مجله حقوق

دفتر خدمات حقوق بین المللی جمهوری اسلامی ایران

● نابرابری دولتها در قبول و اجرای معاهده عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای ۵	دکتر هدایت‌الله فلسفی
● نظام حقوقی منابع آب آبراههای بین‌المللی خاورمیانه ۴۱	دکتر جمشید متاز
● ماهیت حقوقی دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده از دیدگاه حقوق بین‌الملل ۸۹	دکتر محسن محبی
● ابراهیم - آنتیگون و تعارض میان ضرورتها ۱۲۵	دکتر مرتضی کلاتریان
● دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوه سابق ۱۹۱	دکتر مصطفی رحیمی
● درآمدی بر پیش‌نویس قانون بین‌الملل جزا ۲۳۹	دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی - دکتر منوچهر خزانی
● یادی از آرشاگا حقوقدان و سیاستمدار بزرگ جهان سوم ۲۸۱	دکتر ناصرعلی منصوریان
● ساخت و پرداخت احکام در دیوان بین‌المللی دادگستری ۲۹۷	محمدجواد میرفخرابی
● آیا حقوق بین‌الملل عام، تنها حقوق عرفی است؟ ۳۳۹	دکتر سید فضل‌الله موسوی
● دیوان بین‌المللی برای یوگسلاوه سابق ۳۵۳	دکتر مهرداد سیدی
● مصادره غیرمستقیم در حقوق بین‌الملل و روئیه دیوان داوری ۳۸۵	دکتر حسین پیران
● استاد بین‌المللی ۴۴۷	



مندرجات مقالات منحصرأ
نظارات نویسندهان آنها
است.

مجلة حق وق

نشرة دفتر خدمات حقوقیین بین المللی

مدیر مسئول: دکتر گودرز افتخار جهرمی
زیرنظر: هیئت تحریریه

تاریخ نشر: زمستان ۷۴
تعداد: ۳۰۰۰ جلد
همکار فنی: دفتر طرح و اجرای کتاب

دکتر هدایت‌الله فلسی



نابرابری دولتها در قبول و اجرای معاهده
عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای:

تصوّرات و واقعیّات



«نیروی افسارگسیخته اتم که بر همه
چیز جز نحود تفکر ما تأثیر گذاشته
است، جهان را به سوی فاجعه‌ای
هولناک سوق می‌دهد. اگر بشر بخواهد
از این ورطه تاریک برهد، باید
چشمان خود را باز نماید و جهان را از
دریچه‌ای دیگر نظاره کند.»

پیام اینشتین به دانشمندان ایتالیا

Einstein: «Message aux savants
Italiens», cité dans l'atome unira-t-il le
monde? par Angelopoulos A., édition
Pichon-Durand-Auzias, Paris, 1956,
p. 57.

گلیاف

الف. گامهای اولیه

«عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای»^۱ مسائله‌ای بفرنج بوده که از همان

۱. عبارت عدم گسترش (Non-prolifération) سلاح هسته‌ای، از لحاظ لفظی به معنای عدم پراکندگی سلاحهای هسته‌ای یعنی عدم افزایش شمار سلاحهای هسته‌ای است، صرفنظر از اینکه اساساً چند دولت دارنده آن سلاح هستند. اما عدم انتشار (Non-dissémination) سلاح هسته‌ای به معنای اعراض دولتهای غیر مسلح به سلاح هسته‌ای از این سلاح و تعهد دولتهای هسته‌ای به خودداری از انتقال سلاح هسته‌ای به دولتهای غیر هسته‌ای است.

Cf. Fischer G.: *La non-prolifération des armes nucléaires*, L.G.D.J., Paris, 1969, p.22.

پروفسور برنارد فلد (Bernard Feld) استاد فیزیک در دانشگاه ام. آی. تی. (M.I.T.) معتقد بوده است که برای تبیین این مفهوم باید میان گسترش عمودی و گسترش افقی سلاح هسته‌ای قائل به تفکیک شد: گسترش عمودی به معنای افزایش قدرت مخرب پنج دولت صاحب سلاح، و گسترش افقی به معنای انتقال این سلاح به دولتهای غیر هسته‌ای است. نظر فلد را یکی از پدیدآورندگان مهمه هیدروژنی بعنام هربرت یورک (Herbert York) در مصاحبه‌ای که با مجله فرانسوی اکسپرس انجام داده، تایید کرده است (Cf. *L'Express*, n° 1140, 14 an, 20 mai 1973, p. 96).

یک دیگر از صاحبینظران نیز معتقد بوده است عدم انتشار به معنای خودداری دولتهای هسته‌ای از تحويل سلاح هسته‌ای به کشورهایی است که نمی‌توانند یا نمی‌خواهند چنان سلاحی را تولید کنند و عدم گسترش به معنای افزایش نیافتن تعداد کشورهای تولیدکننده سلاح هسته‌ای است.

Cf. Venezia J.-C.: *Stratégie nucléaire et relations internationales*, Armand Colin, Paris, 1971, p. 45.

آغاز تأسیس سازمان ملل متحده مورد توجه مجمع عمومی قرار گرفته است؛ گواینکه تمہیدات و ابتكارات این سازمان همواره تحت الشعاع منافع عالی دو قدرت بزرگ هسته‌ای یعنی ایالات متحده آمریکا و اتحاد شوروی سابق قرار داشته است. ایالات متحده آمریکا برای حفظ مقام و موقعی که در این پنهان به دست آورده بود و اتحاد شوروی سابق برای آنکه در این مسابقه از رقیب خود عقب نماند و همچنین چند دولت دیگر، ابتدا طرحهایی به کمیسیون انرژی اتمی و سپس کمیسیون خلع سلاح عرضه داشتند. با این همه، علت اصلی مطرح شدن این مسأله در دهه پنجاه آن بود که اطلاعات مربوط به تکنولوژی هسته‌ای بر اثر کمکهای فنی این دو دولت به کشورهای دیگر تا آنجا گسترش پیدا کرده بود که بیم آن می‌رفت چنان اطلاعاتی در جهت مقاصد نظامی بکار گرفته شود. از این روز، ایالات متحده آمریکا و شوروی در ۱۹۵۶ و ۱۹۵۷ دیدگاههای اوّلیه خود را درباره این مسأله به تفصیل در کمیتهٔ فرعی و کمیسیون خلع سلاح سازمان ملل متحده مطرح ساختند.^۲ اتحاد شوروی که در آن زمان نگران این بود مبادا سلاحهای هسته‌ای در چارچوب برنامه‌های دفاع جمیعی غرب، در خاک آلمان فدرال استقرار یابد، پیشنهاد می‌کرد در اروپای مرکزی منطقه‌ای غیرهسته‌ای که در آن استقرار چنان سلاحهایی منوع باشد، ایجاد گردد. اما ایالات متحده آمریکا که به خوبی به مقاصد اتحاد شوروی وقوف داشت معتقد بود در این زمینه باید معاهده‌ای منعقد گردد که بنا بر آن هر یک از طرفین متعهد باشد هیچ‌گونه سلاح هسته‌ای را بی‌نظرارت خود به دیگران واگذار نکند و اگر چنان سلاحی را در اختیار ندارد، از داشتن آن خودداری بورزد. ایالات متحده آمریکا در پیشنهاد خود همچنین یادآور این نکته شده بود که طرفین آن معاهده نیز باید متعهد گرددند از این سلاحها فقط در جهت دفاع مشروع فردی و جمیع استفاده کنند.

این دو دیدگاه به خوبی نشان می‌داد که دو قدرت بزرگ هسته‌ای آن زمان، هر یک مسأله را به صورتی متفاوت با دیگری مدقّ نظر قرار داده و تجزیه و

۲. برای اطلاع از تفصیل این دیدگاهها، رک:

Les Nations Unies et le désarmement 1945-1970. Service de l'information, Nations Unies, New York, Chap. 13, pp. 261 ss.

تحلیل کرده است؛ چنانکه یکی از ایجاد مناطق غیرهسته‌ای سخن به میان می‌آورد و دیگری به انعقاد موافقنامه برای جلوگیری از انتشار سلاح هسته‌ای رغبت نشان می‌داد.

ب. پدیداری معاهده عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای

ایرلند در ۱۹۵۸ طرحی برای تصویب یک قطعنامه درباره منع گسترش سلاحهای هسته‌ای به مجمع عمومی تسلیم نمود. طرح ایرلند نخستین طرحی بود که در این زمینه به مجمع عمومی سازمان ملل متحده عرضه می‌شد. مجمع عمومی از آن پس تا زمان امضای معاهده از پای نشست و این مسأله را با جدیت دنبال کرد. با این همه، مبنای اصلی معاهده طرحهایی بود که دو دولت ایالات متحده آمریکا و اتحاد شوروی در ۱۹۶۵ (با مضماینی متفاوت با یکدیگر) و ۱۹۶۷ (با محتواهای یکسان) به مجمع عمومی عرضه داشتند.

طرح ۱۹۵۸ ایرلند در مجمع عمومی سازمان ملل اقبالی نیافت و مجمع عمومی آن را به رأی گیری نگذاشت؛ با این حال دولت ایرلند در سال بعد مجدداً از مجمع عمومی درخواست کرد که «مسأله وضع مقرراتی لازم برای جلوگیری از افزایش سلاحهای هسته‌ای» را در دستور کار چهاردهمین اجلاس خود قرار دهد. به دنبال این درخواست، ایرلند در ۲۸ اکتبر ۱۹۵۹ با تسلیم طرحی، از مجمع عمومی درخواست نمود که با تصویب قطعنامه‌ای، خطر افزایش سلاحهای هسته‌ای را تأیید کند و کمیته خلع سلاح (ده دولت) را مأمور نماید تا راههای مناسب جلوگیری از گسترش این سلاحها را بررسی کند. ایرلند در این طرح پیشنهاد کرده بود که یکی از آن راهها، انعقاد معاهده‌ای بین‌المللی است که متضمن نوعی بازرگانی و نظارت بر این سلاح باشد. به اعتقاد این دولت، دولتهاي تولیدکننده اين سلاحها باید جداً از تفویض اختیار نظارت بر این سلاح به دولتهايی که قادر سلاح هسته‌ای هستند، خودداری بورزنده و دولتهايی که قادر اين سلاح‌هاي نيز باید متعهد شوند که در صدد تهيه آن برنويانند. اتحاد شوروی به رغم نگرانیهايی که از اين مسأله داشت، از طرح ایرلند

استقبال نکرد، زیرا تنها خطری که از این لحاظ اتحاد شوروی را تهدید می‌کرد انتقال مخفیانه تأسیسات اتمی نبود بلکه استقرار علی سلاح و پایگاههای هسته‌ای در سرزمینهای متعلق به اردوگاه غرب بود. بنابراین، اتحاد شوروی، از آنجا که طرح ایرلند این مسأله را نادیده گرفته بود و به دولتهای هسته‌ای اجازه می‌داد با نظارت خود در سرزمینهای کشورهای متحده چنان تأسیساتی را بنیاد بگذارند، با آن مخالفت می‌ورزید. اما ایالات متحده برخلاف اتحاد شوروی از این طرح پشتیبانی کرد تا آنجا که سرانجام مجمع عمومی در ۲۰ نوامبر ۱۹۵۹ با ۴۸ رأی موافق و ۱۲ رأی ممتنع آن را به تصویب رساند. این طرح مضمون قطعنامه (۱۴) ۱۳۸۰ مجمع عمومی سازمان ملل متحده است.^۲

ایرلند که از تصویب این قطعنامه به شوق آمده بود، باز کوشید تا متن قطعنامه ۱۹۵۹ را مستحکم‌تر سازد؛ از این‌رو طرحی تهیه کرد که سرانجام در ۴ نوامبر ۱۹۶۱ به اتفاق آراء در مجمع عمومی به تصویب رسید.^۳ در این قطعنامه، تعهدات دولتها به صورتی دقیق‌تر به عبارت درآمده بود؛ چنانکه به موجب آن، دولتهای غیرهسته‌ای متعهد می‌شدند نه تنها از ساختن سلاح هسته‌ای خودداری بورزند بلکه به هیچ صورت در صدد برخیاری‌ند بر این قبیل سلاحها نظارت نمایند. با این حال، و برغم آنکه این قطعنامه در مجمع عمومی به اتفاق آراء به تصویب رسیده بود، مسأله انتقال سلاحهای هسته‌ای در چارچوب اتحادیه‌های دفاعی همچنان لایحل باقی مانده بود و این خود کافی بود تا امید به انعقاد معاهده‌ای در این زمینه را به یأس مبدّل سازد.

از ۱۹۶۲ به بعد کمیته خلع سلاح (هیجده دولت) تلاش کرد تا بر اساس

۲. فرانسه از جمله دولتهای بود که از دادن رأی به این قطعنامه امتناع ورزید. به اعتقاد دولت فرانسه غیرممکن می‌نمود که انتقال مواد شکاف‌بزدیر (*Matières fissiles*) یا سلاحهای هسته‌ای نظارت باشد. فرانسه معتقد بود که مشکلات واقعی مربوط به این مسأله فقط در توقف تولید مواد شکاف‌بزدیر در جهت اغراض نظامی و نظارت بر آن، توقف ساخت سلاح و تبدیل سلاحهای انبار شده به ابزار دیگر و خصوصاً نظارت بر ساخت بُردارهای (*Vecteurs*) سلاحهای هسته‌ای خلاصه می‌گردد.

بُردار: قطعه خطی جهت‌دار است. با مبدأ و انتهای یا با مبدأ، طول (اندازه)، امتداد و جهت معین می‌شود. هر کتیت فیزیکی که برای مشخص شدن کامل آن احتیاج به تعیین جهت باشد. مثل آنیرو بک بُردار است^۴ (رك. فرهنگ اصطلاحات علمی، انتشارات بنیاد فرهنگ ایران، تهران، ۱۳۴۹، صص ۱۰۴-۱۰۵).

۳. قطعنامه ۱۶۶۵.

قطعنامه یاد شده (۴ نوامبر ۱۹۶۱) زمینه‌ای مساعد برای توافق دولتها در این قلمرو فراهم آورد؛ اما موضع متقاض دولتهای هسته‌ای، خصوصاً در مورد نیروهای هسته‌ای چندجانبه که ایجاد آن در محدوده پیمان آتلانتیک شمالی پیش‌بینی شده بود، مشکلی بود که حل آن با در نظر گرفتن اصل منع افزایش سلاحهای هسته‌ای غیرممکن به نظر می‌رسید.

موضع مخالف شرق و غرب حین مباحثات نوزدهمین اجلاس مجمع عمومی سازمان ملل متحده، به رغم اعلامیه مجمع سران کشورهای عضو سازمان وحدت آفریقا که با صدور بیانیه‌ای آمادگی خود را برای امضای پیمانی در مورد عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای اعلام نموده و از تمام دولتهای صلح دوست نیز دعوت کرده بودند که به چنان پیمانی پیوندند، به طور جدی عیان گشت. به همین سبب این واقعیت آشکار شد که دستیابی به راه حلی معین جز با توافق دو ابرقدرت شرق و غرب امکان‌پذیر نیست؛ چنانکه در آن هنگام که کمیسیون خلع سلاح به دعوت اتحاد شوروی در آوریل ۱۹۶۵ تشکیل جلسه داده بود، ایالات متحده آمریکا و بریتانیای کبیر از یک طرف و اتحاد شوروی از طرف دیگر باز بر سر همان مسأله دستیابی به سلاحهای هسته‌ای در چارچوب اتحادیه‌های نظامی جدل نمودند و هیچ یک از دو گروه حاضر نشد از مخالفت با دیگری بر سر این مسأله دست بردارد، تا آنکه سرانجام دو دولت آمریکا و اتحاد شوروی رسمیاً بای به میدان گذاشتند و طرحهای خود را برای انعقاد معاهده‌ای در این قلمرو عرضه داشتند. این دو دولت در ماههای اوت و سپتامبر ۱۹۶۵، یعنی درست پس از گذشت شش سال از زمان تصویب نخستین قطعنامه مجمع عمومی در این زمینه، طرحهای خود را علنی کردند؛ شاید بدان علت که از ۱۹۶۰ تا ۱۹۶۵ دو قدرت هسته‌ای دیگر یعنی فرانسه و چین در جهان پدیدار شده بودند و از این نظر می‌توانستند رقیب آن دو دولت به شمار آیند. فرانسه و چین سلاحهای هسته‌ای خود را به ترتیب در سالهای ۱۹۶۰ و ۱۹۶۴ با موقتیت به آزمایش گذارده بودند. با این وصف، برای آنکه دیدگاههای مخالف دو دولت آمریکا و اتحاد شوروی به یکدیگر نزدیک گردد و در نتیجه طرحهایی یکسان تهیه شود، دو سال وقت صرف گردید.

یک. طرحهای اولیه ایالات متحده آمریکا و اتحاد شوروی:

در ۱۷ اوت ۱۹۶۵ نخست آمریکاییان و سپس در ۲۴ سپتامبر همان سال، اتحاد شوروی طرحهای خود را به مجمع عمومی سازمان ملل متحده عرضه داشتند.^۵ این دو طرح، با آنکه از لحاظ ماهوی یکسان می‌نمودند، از نظر شکلی با یکدیگر تفاوت داشتند. طرح اتحاد شوروی به مسأله نظارت اشاره‌ای نداشت، اما طرح ایالات متحده آمریکا از تضمین آزانس بین‌المللی انرژی اتمی یا تضمینهای بین‌المللی مشابه (ماده ۳) سخن به میان آورده بود. دیگر آنکه در طرح اتحاد شوروی به امکان فسخ معاہده در صورت بروز تهدیداتی بر ضد منافع عالی ملی (ماده ۶) اشاره شده بود، حال آنکه ایالات متحده آمریکا در صورتی فسخ معاہده را مجاز شمرده بود که حوادثی غیرمتوجه منافع طرفین معاہده را به خطر اندازد و در نتیجه اجرای آن را با مشکل رو برو سازد.

دو. طرحهای نهایی:

در ۲۴ اوت ۱۹۶۷ واشنگتن و مسکو سرانجام طرحهایی یکسان به کمیته ژنو عرضه داشتند. در هیچ یک از این دو طرح به مسأله نظارت اشاره‌ای نشده بود.^۶ پس از مذاکراتی که میان نمایندگان دو دولت انجام گرفت و کمیته در متن طرح پیشنهادی اصلاحاتی اندک بعمل آورد، آمریکا و اتحاد شوروی در ۱۸ زانویه ۱۹۶۸ طرحی مشترک به کمیته ارائه کردند.^۷ به موجب ماده ۳

5. Cf. Doc. OUN., A/5976.

۶ طرحهای این دو دولت، جز از لحاظ زبان مورد استفاده (انگلیسی و روسی)، با یکدیگر تفاوتی نداشتند. چنان‌که با توجه به مضمون یکسان این دو طرح، همه از سندی واحد سخن به میان می‌آورند. این سند مشتمل بر مقدمه‌ای طویل و هشت ماده بود. متن ماده ۳ که به «نظارت» اختصاص یافته بود، خالی گذاشته شده بود تا طرفین بتوانند بعداً توافقی کلی (*Modus Vivendi*) یکی از دو سازمان بین‌المللی اوراتوم و آزانس بین‌المللی انرژی اتمی را برای نظارت برگزینند. روسها فقط با نظارت آزانس موافق بودند و مرجع دیگری را برای این کار صالح نمی‌دانستند. برای آنکه این خلا پر شود و همجنین برای آنکه بعضی از مواد این طرح اصلاح گردد، طرفین همچنان به مذاکرات خود در ژنو ادامه دادند.

Cf. Furet M.F.: *Le désarmement nucléaire*, Paris, Pédone. 1973. p. 122.

7. ENDC/192/Rev. 1 et 193/Rev. 1.

پیشنهادی مندرج در این طرح، برای دولتهاي غيرهسته‌اي اين تعهد پيش‌بيش شده بود که در جهت استقرار نظارت بين‌المللي، به‌تهايي يا به اتفاق ساير دولتها، بر اساس مقررات اساسنامه آزانس بين‌المللي، پس از مذاكره با اين آزانس، موافقتنامه‌هايي باآن منعقد سازند.

طرح مشترك آمريكا و اتحاد شوروی مورد انتقاد شماري از دولتها، خصوصاً سوند، قرار گرفت. سوند، در مقام سخنگوی دولتهاي غيرمتعهد، مدعى بود که تعهدات مربوط به خلع سلاح -که اين طرح به آنها اشاره کرده بود- بسیار سطحي است. از آنجاکه اين انتقادات راست می‌نمود، طرح ژانويه باز اصلاح شد و دولتهاي آمريكا و شوروی با اشاره به توقف قطعی هرگونه آزمایش هسته‌اي، لزوم توقف مسابقات تسليحاتي هسته‌اي و ضرورت دعوت اداري از دولتها برای تجدیدنظر در معااهده، طرح خود را اصلاح کردند.^۸

دولتهاي آمريكا و اتحاد شوروی در ۱۱ مارس ۱۹۶۸ متن جديدي را رسمياً به كميته ژنو تسليم نمودند و كميته، بر اساس اين سند، گزارشي تهيه کرد و آن را برای بررسی نهايی به مجمع عمومي ملل متحده ارسال داشت.

كميسيون سياسي مجمع عمومي بي‌درنگ اين گزارش را بررسی کرد و در ۱۰ و ۱۲ زوئن ۱۹۶۸ مجمع عمومي با رأي مثبت ۹۵ عضو در مقابل ۴ رأي مخالف و ۲۱ رأي ممتنع آن را تصویب کرد و طی قطعنامه‌اي (۲۳۷۲/۲۲) از همه دولتها دعوت نمود طرح معااهده را امضاء و تصویب کنند. پس از آنکه اصلاحاتي دیگر به اين طرح وارد شد و در نتيجه تسهيلات زيادي برای مبادله اطلاعات علمي و كمك به توسيع صنایع هسته‌اي پيش‌بيش گردید، اين طرح سرانجام در اول زوئيه ۱۹۶۸ به صورت معااهده درآمد و بدین ترتيب برای امضای دولتهاي جهان مفتوح گذارده شد.^۹ در ۵ مارس ۱۹۷۰ اين معااهده رسمياً

۸. بر اساس پیشنهاد دولت سوند، بند جديدي در مورد توقف همه آزمایشهاي هسته‌اي به مقده‌من متن اضافه گردید. مواد ۶ (خلع سلاح) و ۸ (کنفرانس تجدیدنظر) نيز به پیشنهاد دولتهاي سوند و انگلستان اصلاح گردید.

۹. به رغم اصلاحاتي که در طرح نهايی دو دولت آمريكا و اتحاد شوروی بعمل آمد، مواد ۱ و ۲ و ۳ که مهم‌ترین مواد اين طرح بمشمار می‌آمدند، تغيير چندانی نکردن. نماینده انگلستان در كميته ۱۸، برای آنکه زمينه‌اي دیگر برای اصلاح اين مواد بوجود ببايد، اعلام کرد که متن اين دو ماده حاصل مذاکرات پیجيدة دو دولت آمريكا و شوروی است که سرانجام با ايجاد توازنی ظريف اما متزلزل ميان منافع آن دو به اين ←

بداجرا درآمد.^{۱۰}



تحلیل هدف و اهمیت معاہده

مسائل اساسی مربوط به این معاہده به طور کلی در مواد ۱ و ۲ گنجانده شده است. به موجب ماده ۱، دولتهای هسته‌ای (مجهز به سلاحهای هسته‌ای) متعهد شده‌اند از واگذاری مستقیم یا غیرمستقیم سلاحهای هسته‌ای یا ادوات انفجاری دیگر، به هر که باشد، خودداری بورزنده و به هیچ صورتی دولتهای غیرهسته‌ای (غیرمجهز به سلاحهای هسته‌ای) را در ساخت این سلاح یا سایر ادوات انفجاری هسته‌ای یا تحصیل این قبیل سلاحها و ادوات و یا نظارت بر آنها یاری نکنند. به موجب ماده ۲، دولتهای غیرهسته‌ای نیز متعهد شده‌اند از قبول انتقال مستقیم یا غیرمستقیم این سلاحها و ادوات، نظارت بر آنها و یا ساخت یا تحصیل آن سلاحها و ادوات امتیاع بورزنده و برای بدست آوردن یا دریافت آنها خواستار هیچ‌گونه کمکی نشوند.

آنچه از منطقو این دو ماده استبطاط می‌گردد آن است که دولتهای غیرهسته‌ای به اعراض از سلاح هسته‌ای ملزم شده و علاوه بر آن به حق انحصاری دولتهای قدرتمند جهان در گسترش زرآدخانه هسته‌ای، اقرار و اقتداء کرده‌اند.

به موجب این معاہده، دولتهای هسته‌ای آن دولتها بی هستند که تا پیش از اوّل زانویه ۱۹۶۷ سلاحی هسته‌ای ساخته یا منفجر کرده‌اند (بند ۳ از ماده ۹

→ صورت درآمده است و نباید با مطرح کردن مسائل جدید آن را از میان برد. نماینده دولت بزریل نیز یادآور گردید که معاہدة پیشنهادی در واقع طرح پیمانی است میان دو قدرت بزرگ که با اعطای امتیازاتی متقابل به یکدیگر پدید آمده است و به هیچ‌روی نمی‌تواند موضوع بحث دولتهای غیرهسته‌ای باشد (Cf. Doc ONU A/C.I/PV. 1560)

۱. در این تاریخ ۹۲ دولت، معاہده را به تصویب رسانده بودند. آرژانتین، استرالیا، اسرائیل، آفریقای جنوبی، الجزایر، اندونزی، بزریل، پاکستان، رژیم، شیلی و کوبا که هر یک تقریباً دولتی هسته‌ای (دارای سلاح هسته‌ای) به شمار می‌آمد، از تصویب این پیمان خودداری ورزیدند.

معاهده). از این‌رو، می‌توان معتقد بود که معاهده ۱۹۶۸ به وضعیت موجود^{۱۱} ایالات متحده آمریکا، اتحاد شوروی (سابق)، بریتانیا، فرانسه و جمهوری خلق چین حکم داده و آن را به رسمیت شناخته است.

اما در مورد تعریف سلاح هسته‌ای، با آنکه ایالات متحده آمریکا در طرح ۲۱ مارس ۱۹۶۶ خود پیش‌بینی کرده بود که در متن نهایی این معاهده تعریفی از این سلاح بعمل خواهد آمد^{۱۲}، معاهده ۱۹۶۸ از آن سخنی به میان نیاورده است. بدیهی است بی‌اعتنایی به این امر نقصی اساسی برای معاهده به‌شمار می‌آید. وانگهی، مواد ۱ و ۲ معاهده مشتمل بر مفاهیمی است که حدود آنها باید در جهت روشن شدن تعهدات دولتها معین می‌شد. به همین سبب، دولتهاي طرف معاهده ناچار بوده‌اند برای رفع ابهام از این مفاهیم، در مواردی به تفسیر دو قدرت بزرگ اقتدا کنند؛ گواینکه مذاکرات نمایندگان سنای آمریکا به هنگام تصویب این معاهده گاه، این خلاً را پر کرده است، چنانکه بر اثر این مذاکرات معلوم شده که کشتیهای پرتاب‌کننده موشک و همچنین زیردریاییهای هسته‌ای، سلاح هسته‌ای به‌شمار نمی‌آیند و به موجب مواد ۱ و ۲، سلاح هسته‌ای فقط به بمب و کلاهک (ونه بُردار) هسته‌ای اطلاق می‌گردد^{۱۳}. دیگر آنکه هیچ‌گونه تفاوتی میان سلاحهای تهاجمی و تدافعی وجود ندارد. البته، در این مورد پاره‌ای از نمایندگان سنا و بعضی صاحبنظران آمریکایی معتقد بودند اگر سیستم موشکهای ضد موشک برقرار گردد، ایالات متحده باید اصولاً مجاز باشد آن را در اختیار دیگران، خصوصاً متحده‌نش، بگذارد.

نکته دیگر آنکه، برخلاف معاهده اتم‌زایی آمریکایی لاتین، معاهده ۱۹۶۸ مانع از آن نبوده است که دولتی هسته‌ای، سلاحهای اتمی را در سرزمین کشوری غیراتمی انبار کند، به شرط آنکه دولت هسته‌ای حراست از آن سلاحها را به‌عهده گیرد و بر آنها کاملاً نظارت کند، و این خود نشان می‌دهد که میان

11. *Statu quo*

12. ENDC/152/Add. 1 et A.

13. «Non-proliferation Treaty», Hearings before the Committee on Foreign Relations, U.S. Senate, July 10, 11, 12, and 17, 1969, Government Printing Office, Washington, 1969, p. 66

مفهوم اتمزدایی و عدم گسترش سلاح هسته‌ای تفاوتی اساسی وجود دارد. دولتهای غیرهسته‌ای با امضای این معاهده تعهداتی را متنقّل شده‌اند که به هر جهت بر سیاست خارجی و نظامی آنها تأثیرگذارده و آن را تحت الشعاع خود قرار داده است؛ حال آنکه دولتهای هسته‌ای، خود را در بند هیچ‌گونه تعهدی قرار نداده و در انتقال سلاح به دیگران یا تکثیر آن محدودیتی برای خود بوجود نیاورده‌اند. به اعتقاد یکی از صاحب‌نظران آمریکایی «این دولتها حتی اگر کتبیاً متعهد می‌شوند که این قبیل سلاحها را در اختیار دیگر کشورها نگذارند، باز امکان نداشت آنها را از انجام این عمل بازداشت»^{۱۴}. آنچه از ابتدا برای این دولتها اهمیت داشت آن بود که بتوانند با دولتهایی که قادر به تولید سلاح هسته‌ای بودند به مذاکره سیاسی بپردازنند و در نتیجه مانع از آن شوند که دولتها تازه به قدرت رسیده، با حضور در جمع محدود اعضای باشگاه هسته‌ای، ثبات سیاسی ناشی از موازنۀ قدرت را در جهان ببرهم زنند.

با امضای معاهده ۱۹۶۸ نه تنها این هدف تحقق یافت که حتی، فراتر از آن، برای قدرتهای بزرگ تضمینی مؤثر در این قلمرو نیز پدید آمد؛ گواینکه با اجرای این معاهده وضعیتی نابرابر میان دولتهای امضاکننده بوجود آمده و بار دیگر کشورهای در حال توسعه را در مقابل کشورهای توسعه‌یافته قرار داده است. به اعتقاد اکثر این کشورها (توسعه‌نیافته) این وضعیت اساساً ناقص آن اصل کلی حقوق بین‌الملل است که دولتها را در قبول تعهدات بین‌المللی «برابر» به شمار آورده است. از این‌رو، به اعتقاد اینان عدم تعادل در روابط بین‌المللی در صورتی از میان خواهد رفت که برتری قدرت هسته‌ای از میان برود.

با آنکه نظر کشورهای توسعه‌نیافته از لحاظ حقوقی چراغ راست می‌نماید، با توجه به واقعیات موجود در جهان نمی‌توان منکر آن بود که در نظم نیمه‌سازمان‌یافته روابط بین‌الملل، «معاهده عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای اساساً برای آن بوجود آمده است که سیاست قدرتهای بزرگ عمل‌آور در جهت همزیستی مسالمت‌آمیز آنها سیر نماید. به همین سبب، این معاهده دولتها را به

14. Stanley Hoffmann: *Gulliver's Troubles or the Setting of American Foreign Policy*, Mac Graw-Hill, New York, 1968, pp. 134-135.

دو دسته تقسیم کرده است: یکی آن دولتها بی که فاقد این سلاح هستند، و دسته دیگر آن دولتها بی که سازنده و مولد این سلاحند و بدین اعتبار باید ضامن امنیت هسته‌ای دسته نخستین باشند»^{۱۵} و آنها را که از داشتن نیروی انسانی کارآمد و منابع لازم برای ساختن نیروگاههای اتمی محروم هستند، با گرفتن تضمینهایی لازم در جهت استفاده صلح‌آمیز از نیروی اتم مدد رسانند^{۱۶}. البته، تعهد دولتها هسته‌ای به یاری رساندن دولتها غیرهسته‌ای در جهت استفاده صلح‌آمیز از نیروی اتم، دولتها غیرهسته‌ای را کاملاً قانع نساخته است؛ چنانکه در ۱۹۷۵ این دولتها مدعی شدند دولتها هسته‌ای به انجام تعهدات خود رغبتی نشان نمی‌دهند و در این راه اهتمامی درخور ندارند. به همین سبب، این دولتها از آن پس همچنان اصرار ورزیده‌اند که همه دولتها عضو جامعه بین‌المللی باید در قلمرو معاهده‌ای عام معهده شوند سلاح هسته‌ای را وسیله تهدید یا تجاوز قرار ندهند و استفاده از آن را رسماً تحریم نمایند. پیش‌نویس این تعهدات به‌اصطلاح «سلبی»، در ۱۹۷۵ در کمیته خلع سلاح به صورت گسترده‌ای مطرح گردید و پس از آن، مجمع عمومی سازمان ملل متعدد نیز قطعنامه‌های متعددی در این زمینه به تصویب رسانید.

اما از این تلاشها هیچ ثمری عاید نگردید. با این وصف، دو دولت ایالات متحده آمریکا و اتحاد شوروی سابق، از ۱۹۷۰ (زمان به اجرا درآمدن معاهده عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای) تا ۱۹۹۰ سعی کرده‌اند که با مذاکره و عقد پیمانهایی دوجانبه، دامنه مسابقات تسليحاتی خود را به صورتی معین محدود سازند. صرف نظر از اهمیت ذاتی این اقدامات، انعقاد این قبیل معاهدات

15. Furet M-F.: *Le désarmement nucléaire*, Paris, Pédone, 1973, p. 143.

۱۶. از آنجاکه این تضمین در اعماق هیأنهای نظارت سازمان بین‌المللی امنیتی به کشورهای غیرهسته‌ای عضو پیمان عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای خلاصه می‌شد و به همین سبب امکان داشت چنان نظارتی نوشدار و بعد از مرگ سهراپ باشد (نظارت *a posteriori*)، دولتها صادرکننده تکنولوژی هسته‌ای شرق و غرب در ۱۹۷۵ برای تدوین مقرراتی مشترک در جهت جلوگیری از سوااستفاده از تکنیکهای غیرنظامی و علمی و در نتیجه ساخت سلاحهای نظامی هسته‌ای، در «باشگاه لندن» گرد هم آمدند. این گردهمایی را می‌توان نشانه‌ای از تلاش دولتها هسته‌ای برای محقق ساختن ماده ۳ معاهده عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای بهشمار آورد.

Cf. Quoc Dinh et...: *Droit international public*, L.G.D.J Paris, 1992, p. 926

فایده‌ای حقوقی نیز داشته و آن آگاه کردن کشورهای هسته‌ای دیگر از فنون و روش‌های مربوط به مهار ساختن سلاحهای اتمی بوده است.

از لحاظ سیاسی و فنی، گام مؤثری که دولتهای هسته‌ای در راه نظارت بر سلاحهای اتمی و کاهش مسابقات تسلیحاتی (رک. ماده ۶ معاہدة عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای) برداشته‌اند، عقد موافقتنامه ۱۹۸۷ واشنگتن^{۱۷} در مورد انهدام سلاحهای هسته‌ای میان‌برد و کوتاه‌برد بوده^{۱۸} که خود زمینه‌ای مساعد برای امضای موافقتنامه ۱۹۸۹ جکسون هول^{۱۹} درباره مقررات آزمایشی ناظر بر تحدید سلاحهای استراتژیکی آفندی، و پیمان ۳۱ زوئیه ۱۹۹۱ استارت (S.T.A.R.T.)^{۲۰} بوده است. به موجب موافقتنامه اخیر دو دولت آمریکا و شوروی سابق متعهد شده‌اند که تا سال ۲۰۰۰ سلاحهای هسته‌ای دوربرد آفندی خود را تا میزان ۳۰ درصد کاهش دهند.

این اقدامات و تلاشها، با آنکه هر یک به نحوی در جهت خلع سلاح عمومی و استقرار صلح سیر نموده است، مسابقات تسلیحاتی را متوقف نکرده و دولتهای جهان سوم را در این زمینه قانع نساخته است؛ زیرا آنها همچنان مدعی هستند که کشورهای هسته‌ای با استناد به هدف اصلی معاہدة عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای، کشورهای در حال توسعه را از حق دستیابی به تکنولوژی پیشرفته محروم کرده‌اند. به اعتقاد این دسته از کشورها، اصل اساسی حق تعیین

۱۷. برای اطلاع از جزئیات این معاہده رک.:

Sur S.: «Problèmes de vérification dans le traité Américano-Soviétique du 8 déc. 1987 sur l'élimination des missiles à portée intermédiaire et à plus courte portée», AFDL, 1987. pp. 69-93.

همچنین:

Fischer G.: «Elaboration et aperçu de l'accord Americano-Soviétique sur les Euromissiles», Ibidem., pp. 34-68.

۱۸. شش دولت آرژانتین، بلژیک، تائزانیا، سوئد، یونان و هند در مقام میکران اصلی طرح صلح و خلع سلاح در کنفرانس خلع سلاح ۱۶ فوریه ۱۹۸۸، درباره اهمیت این پیمان گفتند که «از میان بودن سلاحهای هسته‌ای میان‌برد را نباید واقعی عادی بهشمار آورد. زیرا این واقعه مبین مرحله نهایی مسابقات تسلیحاتی و شروع روندی جدید برای تقویت روحیه اعتماد میان دولتها برای خلع سلاح و در نتیجه استقرار صلح است». رک.:

CD/806, 16 Fév. 1988.

19. Jakson Hole

20. Strategic Arm's Reduction Talks

سرنوشت، متضمن رعایت حقوق برابر دولتها، مردم و ملل است. حق توسعه از جمله آن حقوقی است که همه دولتها در استفاده از آن مساوی فرض شده‌اند. بنابراین، از آنجا که حق دستیابی به تکنولوژی، لازمه توسعه برابر اعضای جامعه بین‌المللی است، همه دولتها باید بتوانند در محدوده نظم جدید اقتصادی بین‌المللی از آن منتفع شوند. اما آنچه از منشور ملل متحده، معاهدات مربوط به نظارت بر تسليحات هسته‌ای و قطعنامه‌های متعدد سازمان ملل متحده استباط می‌گردد آن است که حق در صلح زیستن نیز حقی است که همه دولتها، ملت‌ها و مردم باید به طور مساوی در پایداری آن بکوشند.

حق در صلح زیستن، برخلاف حق تعیین سرنوشت، هم فردی و هم اجتماعی است و بدین لحاظ هر حق دیگری را محدود می‌سازد. از این‌رو، به رغم آنچه به‌ظاهر دیده می‌شود، تنافضی میان این و آن حق وجود ندارد، هرچند تعارض منافع دولتها در بعضی موارد موجب گردد که این دو حق در مقابل یکدیگر قرار بگیرند. به عبارت دیگر، با توجه به واقعیات موجود بین‌المللی، حق در صلح زیستن شرط لازم استیفای حق توسعه است و عقد یا اصلاح پیمانهای منع یا عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای عاملی مؤثر در استقرار چنان صلحی.

۲

حق صلح و حق توسعه

پیمان عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای که شاخه‌ای از حقوق صلح است به دولتهای دارنده سلاح هسته‌ای، با شرایطی که در ماده ۱ آن پیش‌بینی شده، وضعیتی خاص اعطای کرده است. این پیمان -همچنانکه از منطق آن استباط می‌گردد- مانع گسترش عمودی سلاح هسته‌ای نشده، اما با ترتیباتی معین بر عدم گسترش افقی آن متصرکر گردیده است.

به موجب ماده ۶ این معاهده، هر یک از طرفین متعهد گردیده که

مذاکرات مربوط به توقف جدی مسابقات تسلیحاتی و مسأله خلع سلاح هسته‌ای را با حسن نیت دنبال کند. اما از آنجاکه از زمان تصویب معاہده، این مسابقات هیچگاه متوقف نشده و با شدت ادامه داشته است، دولتهاي جهان سوم که نظاره‌گر این پیمان شکنی بوده‌اند بارها تهدید کرده‌اند از این پیمان خارج خواهند شد؛ زیرا اساساً معتقد بوده‌اند که دولتهاي هسته‌ای در انتقال تکنولوژی صلحجویانه هسته‌ای به آنها عمدتاً سنتی کرده و با عرضه داشتن کمکهای فنی و انتقال مواد و تکنولوژی غیرصلحجویانه به کشورهای سورد حمایت خود (اسرائیل - آفریقای جنوبی) آشکارا ماده ۱ پیمان را زیر پا گذاشته‌اند.^{۲۱} ادعای کشورهای جهان سوم به ظاهر معقول می‌نماید، زیرا حق توسعه از جمله آن حقوقی است که منشور ملل متحده‌اند بر آن استوار گردیده و به موجب آن (بند ۳ از ماده ۱) دولتهاي جهان متعهد شده‌اند در حل مسائل مربوط به امور اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی یا به طور کلی «توسعه»، با یکدیگر همکاری کنند. منطق بند ۳ از ماده ۱ حکم می‌کند که دولتهاي جهان سوم خواستار اعمال این حق به صورتی مساوی گردد، زیرا این هدف فقط در قالب صلح واقعی و همچون شرطی لازم برای تحقق آن قابل تصور است^{۲۲}، تا آن حد که می‌توان معتقد بود «توسعه» نام دیگر صلح است.^{۲۳}

گذشته از این، میان صلح و امنیت بیوندی مستقیم وجود دارد و بدین اعتبار، صلح در مفهوم واقعی خود نباید هیچگاه ناشی از ترس (ترس از فشارهای سیاسی، بین‌المللی یا منطقه‌ای) و محصول امنیت شماری محدود از دولتهاي جهان باشد. امنیت باید برای همه به صورتی مساوی تأمین گردد و اصولاً نیاز به متولی یا متولیانی خاص ندارد، زیرا هدف از صلح، برقراری روابطی افعالی میان اعضای جامعه بین‌المللی نیست. صلح هدفی وسیع تر دارد و همان‌گونه که از روح و مفاد منشور بر می‌آید، تنها به همزیستی مسالمت آمیز

۲۱. رک. نمایندگی دائم جمهوری اسلامی ایران در آژانس بین‌المللی انرژی اتمی: نگرش کوتاه بر پیمان عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای، وین، فروردین ۱۳۷۳، ص.

22. Lachs M. «Article 1, paragraphe 1», in Cot-Pellet, «La Charte des Nations Unies», *Economica*, 1991, pp. 31-39.

23. Ibidem, loc. cit.

دولتها محدود نمی‌شود و به رغم تفاوت‌هایی که از لحاظ ساختار و بینش‌های فکری و سیاسی و اقتصاد، میان آنها وجود دارد، به معنای استقرار روابط دوستانه و همکاری دولتها با یکدیگر در قلمرو تجارت، فرهنگ و علوم و فنونی است که راه را برای رشد و توسعه عادلانه همه دولتها فراهم می‌سازد.

با توجه به آنچه گفته شد، چنین می‌نماید که دولتها در حال توسعه با تکیه بر اینکه میان صلح و توسعه رابطه‌ای نزدیک وجود دارد و استقرار صلح منوط به حل مسائل بین‌المللی مربوط به توسعه است، به این نتیجه رسیده‌اند که همه دولتها جهان، بی‌آنکه نیازی به نظارت دولتها هسته‌ای داشته باشند، باید بتوانند با استفاده از تکنولوژی هسته‌ای در راه رشد و توسعه خویش گام بردارند.

بی‌آنکه ما قصد داشته باشیم در تأیید یا رد این نظر استدلال نماییم، از خود سه سؤال می‌کنیم:

۱. آیا انرژی هسته‌ای مشکلات مربوط به توسعه را از میان برミ‌دارد، یا آنکه مسائل مربوط به آن را به صورتی دیگر جلوه‌گر می‌سازد؟
۲. آیا برای دولتها بی‌که همواره به الگوهای غربی تاخته و از استقلال فردی و جمعی دم زده و در تکاپوی تکنولوژی مناسب بوده‌اند، زیینده است که دچار تناقض‌گویی شوند و مایل باشند در راهی گام بردارند که غرب دیرزمانی است آن را طی کرده و پشت سر گذاشته است؟
۳. آیا میان خلع سلاح اتمی و امنیت بین‌المللی رابطه‌ای وجود دارد یا نه؟

۱. تکنولوژی هسته‌ای و توسعه

دولتها در حال توسعه، با استناد به ماده ۴ این معاهدۀ، معتقدند علت اصلی الحاق آنها به معاهدۀ عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای استفاده از حقی بوده که این معاهدۀ برای توسعه تحقیقات، تولید و بهره‌برداری از انرژی هسته‌ای در راه صلح بوجود آورده و همه دولتها جهان را به ایجاد زمینه‌های مساعد برای مبادله اطلاعات، وسایل و مواد لازم مربوط به نیروی اتم ملزم ساخته و در

نتیجه دولتهاي صنعتي را موظف نموده است که، با توجه به نيازهاي کشورهاي در حال توسعه، آنها را در استفاده صلح آمييز از اين نير و مدد رسانند.

صرف نظر از اينکه استفاده از اين حق – بنابر آنچه در مواد ۱ و ۲ اين معاهده آمده است – منوط به عدم گسترش سلاح هسته‌اي شده است، حتی اگر اين معاهده در حد عدم گسترش افقی سلاح هسته‌اي در نظر گرفته شود، باز نمی‌توان معتقد بود که معاهده ۱۹۶۸ ضامن منافع همه دولتهاي عضو جامعه بين المللی نیست. بنابراین، ادعای دولتهاي جهان سوم مبنی بر اينکه آنها اين معاهده را فقط به لحاظ منافع خاصی که برای آنها داشته است امضاء کرده‌اند، پذیرفته نیست؛ زیرا آنچه از ابتدا برای تحقق موضوع اين معاهده اهمیت داشته عنصر ذاتی آن یعنی تضمین منافع جمع بوده است نه عنصر ذهنی آن یعنی نیت خاصّ هر يك از امضاكنندگان معاهده.

بديهی است حق دولتها در استفاده از نير و اتم در راه صلح، حقی است مسلم و غيرقابل انتقال. اين حق در نخستين اجلاس ويزه مجمع عمومی در مورد خلع سلاح، در ۱۹۷۸، نيز به رسميّت شناخته شده است. بهموجب سند نهايی اين اجلاس، برای آنکه سلاح اتمی شیوع پیدا نکند، همه دولتها حق دارند با توجه به نيازها، اولويتها و منافع ملي خود، در جهت برپايی و اكتساب تكنولوجی هسته‌اي و استفاده از آن، حصول مواد و ابزارهاي لازم برای بهره‌برداری صلح آمييز از نير و برنامه‌ريزیهاي مربوط به آن اقدام نمايند. در كنفرانس بررسی معاهده عدم گسترش سلاحهاي هسته‌اي در ۱۹۸۰ -گروه ۷۷ (کشورهاي در حال توسعه) - نيز اعلام گردید که دولتهاي امضاكننده اين معاهده، همگي حق دارند به تناسب نيازهاي خويش از اين نير و استفاده صلح آمييز کنند و برنامه‌هاي مربوط به آن را خود طرح‌ريزي نمايند. اعضای آزادس بين المللی انژي اتمی (اعم از امضاكنندگان پیمان ۱۹۶۸ یا کشورهايی که به اين پیمان ملحق نشده بودند) نيز همچنین به اتفاق آراء در قطعنامه‌اي که در ۱۲ زوئن ۱۹۸۱ به تصویب رسانند، بر وجود چنان حقی تأکيد نمودند (قطعنامه ۲۰۴۰^{۲۴}). اما اين حق محدودیت دارد و تا آنجا محترم شمرده می‌شود

← 24. Fischer G.: «Contradiction et droit international: l'exemple de la non

که با منافع عمومی جامعه بین‌المللی سازگار باشد. مجمع عمومی در قطعنامه ۳۶/۲۷ و شورای امنیت در قطعنامه ۴۷۸، که هر دو در ۱۹۸۱ به تصویب رسیدند، صراحتاً به این نکته اشاره کرده‌اند و دولتها در حال توسعه در قلمرو مسائل مربوط به مسابقات تسلیحاتی نیز همواره بدان استناد نموده و به اولویت منافع عمومی جامعه بین‌المللی بر منافع فردی دولتها اقرار کرده‌اند. بنابراین، با آنکه حق دولتها در استفاده از امکانات رشد و توسعه از جمله حقوق اساسی جامعه بین‌المللی به‌شمار می‌آید و دولتها در استیفای آن با یکدیگر برابرند، از این نکته نباید غافل ماند که اگر اعمال چنان حقی به منافع حیاتی جامعه بین‌المللی لطمی وارد آورد و یم آن رود که رشته‌های همکاری بین‌المللی گستته شود، اعراض آزادانه هر دولت از این حق نه تنها با حقوق حاکمیت دولتها منافات نخواهد داشت که عاملی مؤثر در تقویت آن تواند بود. دولتها در حال توسعه خود نیز به هنگام اعتراض به مسابقات تسلیحاتی قدرتهای بزرگ دقیقاً از این در وارد شده و اقدامات آن دولتها را به باد انتقاد گرفته‌اند. گذشته از این، اوضاع و احوال واقعی هر دولت نیز در اعمال این حق تأثیری بسزا دارد و برخلاف آنچه تاکنون کشورهای در حال توسعه ادعای کرده‌اند، موقع اقتصادی و اجتماعی و فنی آنها با این پدیده چندان همخوانی ندارد و به صرفه آنهاست که برای نیازهای اقتصادی و فنی خود از نیروی غیرهسته‌ای استفاده نمایند و گمان نکنند انرژی هسته‌ای اکسیر حیات اقتصادی و عامل یگانه «توسعه» است. بدیهی است توصیف یکجانبه آنها از این نیرو نه تنها با عنصر ذاتی پیمان عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای سازگاری ندارد بلکه ضامن منافع درازمدت آنها نیز نخواهد بود و برخلاف آنچه اینان مدعی شده‌اند، انرژی هسته‌ای خطر جدی برای صلح و امنیت به‌شمار می‌آید؛ زیرا در عمل دیده شده است بعضی از کشورهای غیرهسته‌ای که ابتدا به بهانه استفاده صلح‌آمیز از کمکهای فنی و علمی کشورهای هسته‌ای استفاده کرده‌اند، پس از چندی آرام آرام در راه ساخت سلاحهای اتمی گام برداشته‌اند. اسرائیل، هند، پاکستان،

prolifération», in *Mélanges Charles Chaumont*, Paris, Pédone, 1984, p. 285.



آفریقای جنوبی و کره شمالی شواهدی از این مدعای هستند.^{۲۵}

۲. توسعه و تبعیض در استفاده از امکانات مربوط به تکنولوژی هسته‌ای

مسئله دیگر آنکه کشورهای در حال توسعه بارها از سیاست کشورهای هسته‌ای در اعمال تدابیر مربوط به عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای انتقاد کرده و معتقد بوده‌اند که این کشورها در عرضه اطلاعات و گسیل کمکهای فنی به دولتهای جهان راه تبعیض در پیش گرفته و برای بعضی از کشورها امکانات وسیعی در این قلمرو بوجود آورده‌اند و مهم‌تر از همه آنکه آذانس بین‌المللی ارزی هسته‌ای نیز با نقض اساسنامه خود وسیله ارسال این کمکها و اطلاعات شده است.^{۲۶}

صرف نظر از اینکه دولتهای در حال توسعه خود نیز در دومین کنفرانس برسی پیمان عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای در ۱۹۸۰ با چنان اولویت‌هایی موافقت کرده و اجازه داده‌اند کشورهای غیرهسته‌ای طرف یا غیرطرف این پیمان در محدوده ماده ۴ از امکانات بیشتری استفاده کنند،^{۲۷} بعید می‌نماید آذانس بین‌المللی ارزی اتمی از مقررات اساسنامه خود تخطی کرده باشد. به موجب ماده ۱۱ اساسنامه بنیادین آذانس، وظيفة این سازمان تلاش بی‌وقفه در راه ایجاد وسائل لازم برای استفاده صلح‌آمیز از ارزی هسته‌ای و اشتغال اساسی آن به موجب بند ب از ماده ۳ محقق ساختن اهداف و اصول ملل متحد در جهت استقرار صلح و همکاری بین‌المللی است. از این‌رو، سازمان حق دارد که با در نظر گرفتن اوضاع و احوال هر کشور و توجه به نیازهای آنها در این قلمرو، و با استناد به اهداف و اصول ملل متحد در محدوده صلح و امنیت جهانی، با هر کشور رفتاری متناسب با آن اهداف و اصول داشته باشد. به همین سبب، این سازمان هرگاه لازم دیده است، برنامه کمکهایی را که ابتدا با آن

25. J.S. Nye Jr.: «The Bulletin of the Atomic Scientists», Aug-Sep. 1982, pp. 30-32 in *Ibidem.*, p. 287.

26. GC (XXV) OR. 230, para. 24, in Fischer: op. cit., p. 288.

۲۷. از آنجاکه کشورهای طرف پیمان الزاماً به معنی کشورهای در حال توسعه نبود، کشورهای در حال توسعه که بعد از این موافقت طرفی نیستند، از نظر پیشین خود عدول کردند و در جهت خلاف آن گام برداشتند.

موافقت کرده و وسیله ارسال آنها را فراهم آورده، به حالت تعلیق درآورده است؛ چنانکه کنفرانس عمومی همین آژانس در ۲۶ سپتامبر ۱۹۸۱، با تصویب قطعنامه‌ای، برنامه کمکهای فنی به اسرائیل را به حالت تعلیق درآورد. بنابراین، بی‌آنکه بخواهیم همه اقدامات آژانس بین‌المللی انرژی اتمی را در این قلمرو توجیه کنیم، نمی‌توانیم منکر این واقعیت شویم که سختگیری این سازمان در انتخاب کشورها، نوع ابزار و آلات متناسب با نیاز کشورهای غیرهسته‌ای و شرایط انتقال اطلاعات و تکنولوژی با اساسنامه و یا به عبارت دقیق‌تر با مقررات حقوق بین‌الملل سازگاری داشته است.

۳. ضعف نظام تضمینات و مسئله توسعه

همان طور که پیش از این یادآور شدیم، نظارت بر اجرای صحیح مقررات پیمان عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای به آژانس بین‌المللی انرژی اتمی محول شده است. به موجب ماده ۳ این پیمان، آژانس فقط بر فعالیتهای هسته‌ای دولتهای غیرهسته‌ای نظارت می‌کند.

هنگام طرح این ماده در کمیته ۱۸ خلع سلاح، بعضی از کشورها نگران آن بودند که این نظارت مانع اجرای فعالیتهای صلح‌آمیز آنها و در نتیجه موجب برتری فنی قدرتهای بزرگ جهان گردد. نماینده دولت سویس در این کمیته خواستار آن شد که این ماده به صورتی تنظیم گردد که از لحاظ شرایط رقابت میان دولتهای جهان تفاوتی بوجود نیاید.^{۲۸} اما نماینده دولت انگلستان این نگرانیها را بی‌مورد دانست و اعلام کرد که دولت متتابع وی و ایالات متحده آمریکا نیز به نوبه خویش خواهند پذیرفت که این تضمیمات به فعالیتهای هسته‌ای صلح‌آمیز آنها هم تعییم یابد.^{۲۹}

28. Cf. ENDC (Eighteen-Nations Disarmament Committee), 204, in Chappuis François, «La limitation des armements en droit international public», Lausanne, 1975. p. 184.

۲۹. در این مورد، ایالات متحده آمریکا به موجب اعلامیه یکجانبه پرزیدنت جانسون در ۲ دسامبر ۱۹۶۷ پذیرفت که به محض اجرای نظام نظارتی آژانس، آن کشور برای آژانس بین‌المللی انرژی اتمی این امکان را فراهم خواهد کرد تا نظارت خود را به تمام فعالیتهای هسته‌ای ایالات متحده تمییم دهد، البته بشرط ←

به موجب بند ۱ از ماده ۳، نظارت آژانس محدود به آن مسائلی می‌گردد که در موافقنامه هر یک از دولتهای طرف معاهدہ با آژانس به آنها تصریح شده است. با این وصف، به موجب همین ماده، مضمون این نوع موافقنامه‌ها باید ازاماً^{۲۰} با نظام تأمینی آژانس سازگار بنماید.^{۲۱}

اماً غرض از پیش‌بینی این نظارتها آن بوده است که ارزی اتمی از راه اصلی خود یعنی راه صلح منحرف نگردد و به تولید سلاح اتمی یا سایر سلاحهای انفجاری هسته‌ای نینجامد.

در این ماده از نظارت آژانس بر ورود سلاحهای هسته‌ای به خاک یکی از کشورهای عضو پیمان سخنی بهمیان نیامده است. نظارت آژانس اساساً محدود به تأسیسات و جابجا‌یهایی می‌شود که به آن سازمان اعلام شده باشد. از این‌رو، کشف تأسیسات مخفی و جابجا‌یهای سرّی در حوزه کار آژانس قرار ندارد؛ گو اینکه آن جابجا‌یها و استقرار چنان تأسیساتی خود نقض پیمان بهشمار می‌آید.^{۲۲}

نظارت آژانس اصولاً متضمن بررسی طرحهای مربوط به تأسیسات هسته‌ای یا کارخانه‌ای است. در بعضی موارد، در صورتی که شورای دولتهای آژانس صرحتاً حکم نماید، آژانس می‌تواند از دولت طرف پیمان بخواهد ساخت یا بهره‌برداری از تأسیساتی را که در حوزه نظارت آژانس قرار گرفته است، متوقف سازد.

به موجب طرحی که آژانس به تصویب رسانده است، هر دولت تحت نظارت باید صورتی از مواد هسته‌ای و فهرستی از برنامه‌های جاری تأسیسات

→ آنکه نظارت آژانس، امنیت ملی آمریکا را به خطر نیندازد (Cf. ENDC/206, in *Ibidem. loc. cit*)^{۲۰}. البته، معاهده ۱۹۶۸ پیش‌بینی نکرده است که اگر یکی از دولتهای طرف معاهدہ، ظرف مهلت مقترن (۱۸۰) روز پس از به‌اجرا دادن معاهده با آژانس به عقد این نوع موافقنامه مبادرت نورزد، چه خواهد شد. اما با توجه به روح کلی پیمان می‌توان گفت که عدم انعقاد پیمان با آژانس در واقع به معنای خروج از پیمان بوده است.

۲۱ سنای ایالات متحده آمریکا به هنگام طرح پیش‌نویس پیمان ۱۹۶۸ در این مورد، این نظر را مطرح نمود: «The IAEA inspection would only be as to declared. If there were undeclared, if they were found, this would be a breach of the Treaty», Hearings, p. 52 in Chappuis, *op. cit.*, p. 185, note 241.

اتمی خود را تهیّه کند و به طور منظم یا خاص گزارشایی به آژانس عرضه نماید. آژانس نیز به نوبه خود باید به طور منظم یا به صورتی خاص از این تأسیسات دیدن کند.

بنابر آنچه در معاہدة ۱۹۶۸ پیش‌بینی شده است، آژانس فقط حق دارد بر فعالیتهای اتمی کشورهای غیراتمی عضو پیمان نظارت نماید. این نظارت در قبال کشورهای غیرهسته‌ای که به پیمان ملحق نشده‌اند فقط محدود به مواد خام یا فراورده‌های شکافتنی است که آن دولت از یکی از طرفین معاہده دریافت کرده است.

در کمیته خلع سلاح ژنو و نیز در مجمع عمومی، کشورهایی چند بر نظام نظارتی معاہدة ۱۹۶۸ تاختند و آن را به مثابه راهی هموار برای جاسوسی در امور صنعتی، عاملی در جهت تعیض تجاری و مانعی در راه امنیت اقتصادی کشورهای غیرهسته‌ای قلمداد کردند.

انتقاد این دسته از کشورها، با وجود ماده ۴ معاہده که از تشرییک مسامی همه دولتها در استفاده صلح‌آمیز اتم و منوعیت تفسیر مقررات این پیمان در جهت مخالف حقوق مسلم هر یک از آنها در توسعه تحقیقات و تولید و بهره‌برداری صلحجویانه از انرژی اتمی سخن گفته است، چندان درست نمی‌نماید. وانگهی، ماده ۱۲ اساسنامه آژانس بین‌المللی انرژی اتمی خود نیز به این نکته تصریح نموده است که هدف از نظارت آژانس بر فعالیتهای هسته‌ای دولتها، جلوگیری از انحراف آنها از راههای صلح‌آمیز استفاده از مواد، فراورده‌ها و تأسیسات هسته‌ای است که به هیچ روی نباید در جهت تحقق مقاصد نظامی مورد بهره‌برداری قرار گیرند. گذشته از این، چنانچه معلوم شود فعالیت دولتها در این قلمرو فقط به امور تحقیقاتی یا توسعه منحصر شده است، این نظارت‌ها متوقف می‌گردد. مهم‌تر از همه آنکه بازرسهای آژانس پس از مشورت با دولتهای تحت نظارت به کار گمارده می‌شوند و تعداد، مدت بازرسی و نوع نظارت آنها در حدّاً قابل ممکن تعیین می‌گردد. ضمناً همان‌طور که رئیس کمیسیون انرژی اتمی آمریکا در بخشی از سخنانش خطاب به سنا آورده است، بازرسهای آژانس فقط می‌توانند خواستار آن اطلاعاتی شوند که منفعتی

بازرگانی در برندارند. همچنین، بازرسهای آژانس حق ندارند اطلاعات به دست آورده را در اختیار مراجع غیر صالح بگذارند.^{۳۲}

بنابر آنچه گفته شد، چنین می‌نماید که نظارتهاي آژانس بین‌المللی انرژي اتمی فقط به فعالیتهای هسته‌ای دولتهاي عضو پیمان ۱۹۶۸ که دارنده سلاح هسته‌ای نیستند، محدود شده است و اين خود از دو جهت تبعیض آميز به نظر رسیده است: يکي آنکه دولتهاي صاحب سلاح طرف پیمان در حوزه اين نظارت قرار نگرفته‌اند، و ديگر آنکه چنانچه يکي از دولتهاي غيرهسته‌اي طرف پیمان وسائل و ادوات هسته‌اي در اختیار يك دولت غيرهسته‌اي غیر طرف پیمان بگذارد، مجبور نشده است از آن دولت بخواهد که نظارت آژانس را در مقابل همه فعالیتهای هسته‌ای خود بپذيرد. در اين صورت، اگر دولت دریافت‌کننده اين مواد و ابزار، به درخواست دولت ارسال‌کننده تعهدی نسبرده باشد، نظارت آژانس فقط به تحويل مواد هسته‌ای در جهت استفاده صلح آميز محدود خواهد شد. با اين وصف، کشورهای در حال توسعه همه انتقادهای خود را بر تبعیض نوع نخست متوجه کرده و از اين رهگذر خواستار تعمیم اين قبیل نظارتها به فعالیتهای هسته‌ای کلیه کشورهای عضو پیمان شده‌اند؛ حال آنکه در جهت رفع تبعیض نوع دوم، به هیچ روی خواستار آن نبوده‌اند که دولتهاي طرف پیمان در ارسال تجهیزات و مواد هسته‌ای به يك کشور غيرهسته‌اي خارج پیمان، به جلب رضایت آن دولت در پذیرش نظارتهاي آژانس متعهد گردند. اما آيا تبعیض نوع دوم نيز ناقص آن برابری نیست که همین دولتها با حرارت هرچه تمام‌تر در مواردي ديگر، يعني در آن مواردي که منافع کشورهای در حال توسعه و غير متعهدها به خطر نمی‌افتداد است، به دفاع از آن برخاسته‌اند؟!

اما دولتهاي صادرکننده تجهیزات هسته‌اي، از ابتدای دهه هفتاد با استفاده از تجارب به دست آمده برای کمک به توسعه و رفع نقصه‌های مربوط به تضمینات پیش‌بینی شده در پیمان ۱۹۶۸ و حل مسائل مربوط به خروج از اين پیمان به اقداماتی دست زده‌اند: از جمله آنکه در گردهمایی باشگاه هسته‌ای لندن با تدوین فهرستی اساسی از مواد و تجهیزات هسته‌ای صادراتی به

32. Cf. Hearings, p. 100, in ibidem, p. 187.

کشورهای غیرهسته‌ای، مواد و تجهیزات وارداتی را در حوزه نظارت آژانس بین‌المللی انرژی اتمی قرار دادند و همچنین شرایطی را برای انتقال تکنولوژی و تأسیسات حتی اس (بهره‌برداری دوباره، غنی‌سازی، تولید آب سنگین) و مواد هسته‌ای قابل استفاده برای ساخت سلاح اتمی، پیش‌بینی کردند. این مقررات همچنین شامل تأسیساتی شده است که با استفاده از تکنولوژی هسته‌ای ساخته می‌شود و یا موادی که از مواد وارداتی مشتق می‌گردد.³³ این تمدیدات همه برای آن انجام گرفته است که نظام تصمیمی پیمان ۱۹۶۸ به کشورهای خارج از پیمان تعیین یابد و بدین ترتیب یکی از جنبه‌های عدم تعیض از میان برود.

با این حال، کشورهای در حال توسعه هیچگاه این اقدامات را به جد نگرفته و با اعتقاد به اینکه قدرت‌های هسته‌ای با تشکیل گروهی خاص، از حدود ماده ۳ پا فراتر نهاده و تکنولوژی را با مواد و تجهیزات هسته‌ای یکسان فرض کرده و در نتیجه نظارت آژانس را به فعالیت‌های اقتصادی دولتهای غیرهسته‌ای تعیین داده‌اند، مدعی شده‌اند که دولتهای بزرگ سدّ راه توسعه آنها گردیده‌اند.

البته، استدلالات کشورهای در حال توسعه بیشتر مبتنی بر شکل مقررات بوده است تا ماهیّت آنها. اما همان‌طور که ماده ۲۱ حقوق معاهدات مقرر کرده است «هر معاهده باید از روی حسن نیت و بر اساس معانی متداولی که به هر واژه در سیاق خود داده می‌شود و در پرتو هدف و موضوع معاهده تفسیر گردد». دولتهای در حال توسعه از این نکته مهم غافل مانده‌اند که ماده ۳ پیمان ۱۹۶۸ باید نه تنها با توجه به منطق این ماده بلکه با در نظر گرفتن متن و مقدمه و موافقت‌نامه‌ها و اسناد دیگر یعنی کارهای مقدماتی مربوط به معاهده، اعلامیه‌های اخیر و نظام تأمینی سازمان انرژی اتمی و پیمان ۱۹۶۸، در پرتو هدف و موضوع کلی آن پیمان که همانا جلوگیری از گسترش سلاحهای هسته‌ای است، تفسیر گردد.

کشورهای در حال توسعه به جای آنکه ماده ۳ را که ماده‌ای پیچیده و مبهم است از این طریق تفسیر و تأویل نمایند، با تنزل دادن معاهده تا حدّ یک موافقت‌نامه بازرگانی هسته‌ای و اصرار بر محدودیت نظارت و نه رفع تعیض، در

33. Fischer G.: op. cit., p. 290.

دومین کنفرانس بررسی این پیمان خواستار آن شدند که شرایط معاملات هسته‌ای را شورای دولتهاي آژانس باید تعیین و تصویب کند، غافل از آنکه پیمان عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای، اعتباری نسبی دارد و مقررات آن فقط به قلمرو منافع طرفین معاهده محدود می‌گردد و به همین سبب آژانس بین‌المللی نمی‌تواند در چارچوب این پیمان، از شرایط و معیارهای ارسال تجهیزات و مواد هسته‌ای که به هیچ روی با نظام تأمینی آن سازمان مرتبط نیست، سخن بگوید و برای دولتهاي غیر عضو پیمان تکلیفی از این لحاظ معین بدارد.^{۳۴} بعلاوه، از این نکته مهم نیز غافل مانده‌اند که تقویت نظام تأمینی پیمان و همچنین آژانس به صرفه آنهاست، زیرا مانع از آن می‌شود که دولتهاي هسته‌ای با ارسال تجهیزات و مواد، در جهت گسترش افقی سلاح هسته‌ای نیز گام بردارند و بدین ترتیب امنیت جهان را دستخوش خطرات سلاح مطلق نمایند. نکته مهم در اینجاست که کشورهای هسته‌ای اصولاً در پی آن نبوده‌اند که با انعقاد این پیمان بر حقوق خود بیفزایند و دولتهاي غیر هسته‌ای را زیر بار تکالیفی سنگین خرد کنند. معاهده‌ای که بدین سان انعقاد یافته و آن دولتها (دولتهاي هسته‌ای) را از ترس گسترش عمودی سلاح و وسعت یافتن قلمرو مکانی آن در دام خود انداخته است، باید در حدّ معاهده‌ای بازگانی که موضوع آن تثبیت قیمت مواد هسته‌ای و تعیین شاخص تولید باشد، در نظر گرفته شود. آنچه در این میان مهم می‌نموده عدم گسترش سلاح هسته‌ای بوده است؛ از این‌رو، تضمینات پیمان ۱۹۶۸ در حدّ الگویی ابتدایی نه تنها در تقلیل یا خلع سلاح اتمی می‌تواند مفید باشد بلکه در استحکام پایه‌های اوّلیه صلح و استقرار آن در آینده‌ای نه‌چندان دور بسیار مؤثر خواهد بود؛ زیرا «به رغم شتاب تاریخ در قلمرو روابط بین‌الملل، مسائل سیاسی یا حقوقی و ساختارها و طبیعت روابط میان دولتها هیچ‌گاه به سرعت دگرگون نمی‌شوند»^{۳۵} و نیاز به زمان و تطوراتی اساسی و تحولاتی مبنایی دارند.

مسئله صلح و امنیت جهانی و رابطه نزدیک آن با تقلیل یا خلع سلاح

34. Cf. CCD/455, annex IV, p. 4, A/C; 1.PV. 2088, in Fischer G.: op. cit., p. 291.

35. Fischer G.: op. cit., p. 290.

نظامی که از زمان تأسیس جامعه ملل و سازمان ملل متحده بدان پرداخته شده نیز از جمله مسائلی است که راه حل‌های اساسی و قراردادی آن (ماده ۸ میثاق جامعه ملل و ماده ۲۶ منشور ملل متحده) همواره دستخوش ساختار و طبیعت روابط میان قدرتهای بزرگ و سلاحهای خطرناکی بوده که اینان به دلیل رشد شگرف و حیرت‌آور علوم و فنون بدان دست یافته و صلح و امنیت جهان را به مخاطره افکنده‌اند.

بدیهی است سازمان ملل متحده و هر نهاد وابسته به آن فقط در حدّی می‌توانند مانع مسابقهٔ تسلیحاتی و دافع این تهدیدات شوند که منشور یا اساسنامه‌های بنیادین آنها چنین امکانی را فراهم ساخته باشند؛ گو اینکه ابتکارات سازمان ملل متحده یا آژانس بین‌المللی انرژی اتمی و تشویق دولتهاي صاحب سلاح برتر به عدم گسترش عمودی وافقی این سلاحها – از هر نوع که باشد – در دگرگونی طبیعت ساختارهای قدرت آنها می‌تواند بسیار مؤثر باشد به شرط آنکه عوامل دیگر، از جمله رقابت‌های پنهان دولتهاي قدرت طلب، مانع این تحوّل نشود و جهان جولانگاه رقابت‌های خشن و افسار‌گسیخته آنها نگردد. حال، جای آن دارد که اقتدارات سازمان ملل را در چنین محدوده‌ای مورد بررسی قرار دهیم.

۳

خلع سلاح اتمی و صلح و امنیت جهانی

و محدوده اقتدارات سازمان ملل متحده

از میان موادی که منشور ملل متحده به مسأله خلع سلاح یا نظام تسلیحاتی اختصاص داده (بند ۱ از ماده ۱۱ و مواد ۲۶ و ۴۷) ماده ۲۶ از اهمیت خاصی برخوردار است. به موجب این ماده، «به منظور کمک به استقرار و حفظ

صلح و امنیت بین‌المللی، از طریق اتخاذ تدابیری جهت صرف میزانی حداقل از منابع انسانی و اقتصادی جهانی برای تسليحات، شورای امنیت مکلف است به مدد کمیته ستاد نظامی موضوع ماده ۴۷، طرحهایی برای برپایی نظام تسليحاتی به اعضای ملل متحده تسلیم کند». پیش از تأسیس سازمان ملل، میثاق جامعه ملل نیز در بند ۲ از ماده ۸ از این مقوله سخن به میان آوردہ بود، با این تفاوت که ماده ۸ میثاق به جای عبارت «نظام تسليحاتی» از عبارت «تقلیل سلاحهای نظامی» بهره گرفته بود.^{۳۶}

ماده ۲۶ منشور برخلاف آنچه ماده ۸ (بند ۱) میثاق پیش‌بینی کرده و حفظ صلح را مستلزم کاهش سلاحهای نظامی ملی دانسته و میزان کاهش را با توجه به امنیت ملی و تعهدات بین‌المللی دولتها در قلمرو عملیات نظامی مشترک معین داشته بود، در این مورد سکوت اختیار کرده است. با این حال، آنچه اهمیت دارد این است که هر دو ماده به یک صورت به رابطه میان حفظ صلح و تقلیل سلاح (ماده ۸ میثاق) یا نظام تسليحاتی (ماده ۲۶ منشور) حکم کرده‌اند.

منشور ملل متحده همچنین از وضع آیینی خاص برای تقلیل سلاح، بدان‌گونه که در بندهای ۲ و ۳ و ۴ از ماده ۸ میثاق از آن سخن گفته شده و نظامی پیچیده‌امان استوار برای آن تدارک دیده بود، طفره رفته است، شاید بدان علت که جامعه ملل با وجود داشتن چنان آیینی، در کار تقلیل سلاح توفیقی به دست نیاورده و با شکست مواجه شده بود.^{۳۷}

۳۶. بند ۲ ماده ۸ میثاق جامعه ملل: «شورای اجرایی با در نظر گرفتن موقع جغرافیایی و اوضاع و احوال خاص هر کشور، طرحهایی برای کاهش سلاحهای نظامی تهیه خواهد کرد تا دولتها بتوانند پس از بررسی آنها تصمیمات لازم را اتخاذ کنند».

۳۷. بند ۳ از ماده ۸ میثاق: «این طرحها باید هر ده سال یک بار وارسی گردد تا در صورت لزوم تغییراتی در آنها داده شود».

بند ۴ از همان ماده: «پس از آنکه دولتهای مختلف، محدودیتهای مربوط به سلاحهای نظامی را، به ترتیب یاد شده، پذیرفته و رفتن از این حدود جز با اجازه شورای اجرایی ممکن نخواهد بود».

برای اطلاع از علی عدم موفقیت جامعه ملل در این زمینه، رک:

Vaise, M.: *La Société des Nations et le désarmement*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1983. pp. 245-265

همچنین:

Rappard, W.E.: *Vues rétrospectives sur la Société des Nations*, RCADI, Vol. 71,

منشور ملل متحده باز برخلاف آنچه بندهای ۵ و ۶ از ماده ۸ میثاق مقرر داشته بودند^{۳۸}، نه از «ساخت خصوصی ابزارآلات جنگی» و نه از «تعهد به مبادله اطلاعات مربوط به برنامه‌های نظامی زمینی، دریائی و [هوایی] و کیفیت صنایعی که ممکن است برای مقاصد جنگی مورد استفاده واقع شود» گفتگو کرده است. با توجه به آنچه در منشور پیش‌بینی شده است می‌توان معتقد بود که منشور، برخلاف میثاق، به مسأله خلع سلاح یا نظام تسليحاتی چندان وقوعی نهاده و مسأله تسليحات را در درجه دوم اهمیت قرار داده و از جمله آن مسائلی دانسته است که سورای امنیت باید درباره آنها تدبیری جدی اتخاذ نماید. در این مورد، به اعتقاد بسیاری از صاحب‌نظران، منشور با فاصله گرفتن از آرمان‌گرایی حقوقی و اخلاقی میثاق جامعه ملل، بر آن بوده است تا نظامی حقوقی که با واقعیات جهان سازگار باشد، برپا دارد^{۳۹}. به همین سبب، نباید پنداشت که نظام مورد نظر منشور در مقایسه با نظام مقرر در میثاق در مرتبه‌ای فروتر قرار گرفته و مبنای برای ایجاد نظامی منسجم در قلمرو مسائل مربوط به تسليحات پیش‌بینی نکرده است. مقررات منشور در این زمینه اصولاً در هنگامی تدوین یافت که جنگ در اروپا خاتمه گرفته بود اما سنتیز با زبان همچنان ادامه داشت (۱۹۴۵ زون). به همین جهت، در آن هنگام که بمبی اتمی شهر هیروشیما را منهدم کرد (۶ اوت همان سال)، کار تدوین منشور پایان

1947 (II), pp. 111-225.

→

نیز:

Walters E.P.: *A History of the League of Nations*, Oxford University Press, 1960 pp.

217-231.

۳۸. بند ۵ از ماده ۸ میثاق جامعه ملل: «از آنجاکه ساخت مهمات و ابزارهای جنگی در کارخانه‌های خصوصی مشکلاتی پدید می‌آورد، اعضای جامعه به سورای اجرایی مأموریت می‌دهند برای جلوگیری از بروز زیانهای جبران‌نایذیر، ضمن در نظر گرفتن نیاز آن دسته از اعضاء که خود نمی‌توانند برای حفظ امنیت ملی از عهده ساخت این قبیل ابزارها و مهمات برآیند، به اقداماتی مؤثر دست بزنده».

بند ۶ از همان ماده: «اعضای جامعه موظفند تمام اطلاعات مربوط به نوع سلاحها و طرحهای نظامی زمینی و دریائی و کیفیت آن صنایعی را که ممکن است برای جنگ مورد استفاده واقع شود، بی‌پرده با یکدیگر در میان بگذارند».

39. Delmas C.: *Le desarmement, Que sais je?*, PUF, Paris, 1979, p. 37; Virally M.: *L'Organisation Mondiale*, Armand Colin, Paris, 1972, p. 436: Bagdanov O.V.: *Outlawry of War and Disarmament*, RCADI, 1971 (II), p. 24.

گرفته بود (منشور در ۲۲ اکتبر همان سال رسماً به اجرا گذارده شد). اما با وجود این امر، در همین منشور ضوابطی وجود داشت که راه را برای مبارزه با مسابقات تسلیحاتی و سلاحهای اتمی، که هم از لحاظ کیفی و هم از لحاظ کمی با سلاحهای عصر جامعه ملل متفاوت بود، هموار می‌ساخت. ماده ۲۶ منشور تا آنجا که به صلاحیت شورای امنیت مرتبط می‌گردید به اجرا در نیامد، اما چون مبشر ارتباط میان خلع سلاح و نظام تسلیحاتی با استقرار و حفظ صلح و امنیت جهان و همکاری اقتصادی و اجتماعی بود، دست سازمان ملل متعدد را در اتخاذ تدابیری نسبتاً مؤثر باز گذاشت.^{۴۰}

علت اینکه ماده ۲۶ منشور هرگز به اجرا در نیامد، تغییرات و تحولاتی بود که در اوضاع و احوال سیاسی قبل از تدوین منشور بوجود آمد و وضع را به گونه‌ای دیگر درآورد. این تغییرات و تبدیلات، نمودار صلاحیتهای شورای امنیت در قلمرو امنیت بین‌المللی از جمله صلاحیت مربوط به تدوین نظام تسلیحاتی را مختل ساخت. صلاحیتهای شورای امنیت در این زمینه ابتدا با توجه به واقعی که میان پنج عضو دائم شورا وجود داشت، و ماده ۲۳ نیز بدان اشاره کرده بود، تدوین گردید. اما تحولاتی که پس از به اجرا درآمدن منشور در جهان بوجود آمد، رشته‌های موقت این دولتها را پاره کرد و در نتیجه وضع مقررات مربوط به تسلیحات را در چارچوب ماده ۲۶ با مشکل مواجه ساخت. این ماده، با آنکه هنوز اعتبار دارد، به طریق اولی نمی‌تواند در آینده مصدق بیابد، زیرا – تا آنجا که منطق حکم می‌کند – با باقی ماندن همان علتهای سیاسی که باعث فلنج شدن این ماده بوده و مواد ۴۲ و ۴۳ و ۴۵ و ۴۶ و ۴۸ منشور را نیز در انزوا نگاه داشته است، نمی‌توان انتظار داشت که این ماده احیاء گردد و در عمل از خود آثاری به جای گذارد.^{۴۱}

۴۰. از ۲۴ اوت تا ۱۱ سپتامبر ۱۹۸۷، کنفرانسی بین‌المللی از صد و پنجاه دولت جهان در نیویورک تشکیل گردید تا رابطه میان خلع سلاح و توسعه را مورد بررسی قرار دهد.

Cf. Cot et Pellet: *La Charte des Nations Unies*, Economica, 1991, p. 483.

۴۱. در مورد علل متزווک ماندن این ماده رک:

Jimenez de Arechaga E.: *International law in the past third of a century*, RCADI, 1979, 1, pp. 117-119.

تداوم اوضاع و احوالی که مانع اجرای این ماده بود و امکان داشت که به هر تقدیر بر اعتبار سازمان ملل متّحد تأثیر بگذارد، شورای امنیت را ناگزیر ساخت در ۱۳ فوریه ۱۹۴۷ با تکیه بر قطعنامه (۱) ۴۱ مجمع عمومی (۱۴ دسامبر ۱۹۴۶) و استناد به ماده ۲۹ منشور، رکنی فرعی به نام کمیسیون خلع سلاح (سلاحهای کلاسیک) ایجاد کند و آن را مأمور نماید که در جهت تدوین نظام تسليحاتی و تقلیل سلاح اقداماتی بعمل آورد. اما مشکلات سیاسی متعددی که بر سر راه این کمیسیون و نیز کمیسیون انرژی اتمی — که مجمع آن را در ۲۴ ژانویه ۱۹۴۶ تأسیس کرد — قرار گرفته بود، سرانجام تا آنجا ادامه یافت که به حیات این دو کمیسیون خاتمه داد و مجمع را ناگزیر ساخت در ۱۹۵۲ با تصویب قطعنامه‌ای (قطعنامه (۶) ۵۰۲) و فارغ از مداخلات شورای امنیت، کمیسیونی به نام کمیسیون خلع سلاح بوجود آورد و آن را موظّف کند که در قلمرو مسائل مربوط به امور تسليحاتی (اعمّ از اتمی و متعارف) فعالیت نماید. از آن هنگام تا به حال مسئله خلع سلاح و تمامی مسائل مربوط به آن در چارچوب صلاحیتهاي مجمع عمومی مورد رسیدگی قرار گرفته است.

البته، کوتاهی شورای امنیت و وجود موانع سیاسی حاد که بر سر راه آن قرار داشته و در نتیجه شورا را از انجام وظیفه خود در این قلمرو بازداشتی است، اعتبار شورای امنیت را در محدوده صلاحیت مربوط به حفظ صلح و امنیت بین‌المللی زایل کرده و اعتماد دولتهاي جهان را نسبت به آن از میان برده است. با همه این احوال و با آنکه ماده ۲۶ هیچگاه به اجرا در نیامده است، مضمون اصلی آن که حاکی از وجود رابطه‌ای نزدیک میان استقرار و حفظ صلح بین‌المللی از یک طرف و وضع مقرراتی برای خلع سلاح از طرف دیگر بوده است — و این خود از ضابطه‌ای خبر می‌داده که بنابر آن، هدف حفظ صلح و امنیت باید از طریق اتخاذ تدابیری صورت گیرد که منابع انسانی و اقتصادی جهان در میزانی حدّاًقل مصروف گردد — مبنای اساسی اقدامات ملل متّحد در این زمینه شده است. به همین سبب، شمار زیادی از قطعنامه‌ها و اعلامیه‌های مجمع عمومی^{۴۲} صراحتاً به وجود چنان رابطه‌ای اشاره کرده و بر آن تأکید

۴۲. مثل قطعنامه (۲۴) ۱۶-۲۶۰۲ در مورد تقویت مبانی امنیت بین‌المللی.

گذاشته‌اند.

اما آنچه از تفسیر مواد ۱۱ (بند ۱)، ۲۶ و ۴۷ منشور بر می‌آید آن است که سورای امنیت وظیفه دارد از طریق پیشنهاد طرح‌هایی که به کمک کمیته ستاد نظامی مشترک تهیه شده و به اطلاع اعضای ملل متحده رسیده است، آن اصول کلی را که مجمع عمومی باید در این زمینه به تصویب برساند، تنظیم و اجرا کند. در عمل – همان‌گونه که قبل‌آنیز گفتیم – صلاحیت شورا به سبب متروک ماندن ماده ۲۶ منشور هرگز مصدق نیافت، اما مجمع عمومی با تکیه بر ماده ۱۱ (بند ۱) و با پشتکار هرچه تمام‌تر، در این قلمرو گام برداشت و تابه امروز همچنان به راه خود ادامه داده است. به همین علت و برای آنکه سازمان ملل در انجام وظیفة اصلی خود که همانا استقرار صلح و امنیت جهانی است توفیق یابد، بعضی از صاحب‌نظران پیشنهاد کرده‌اند ماده ۲۶ منشور به صورتی اصلاح گردد که سورای امنیت با نظارت مجمع عمومی مقرراتی در جهت خلع سلاح وضع کند. مبنای این فکر آن بوده است که سورای امنیت بتواند با وضع مقرراتی که مجمع به آن پیشنهاد کرده و با استناد به اقتداری که منشور در جهت استقرار صلح بدان تفویض نموده است، دولتها جهان را موظّف به رعایت مقررات خلع سلاح نماید.^{۴۳}.

صرف نظر از اینکه چنان فکری تازگی ندارد و به هنگام مذاکرات دمبارتن اُکس^{۴۴} بارها مطرح شده بوده است، پرداختن به چنین اندیشه‌ای حاکی از تحلیلهای حقوقی صرف و آرمانی مسأله اصلاح منشور است که با واقعیّات موجود و عوامل سیاسی مسلط و تحولات اوضاع و احوال بین‌المللی چندان سازگاری ندارد. به اجرا در نیامدن ماده ۲۶ خود حاکی از همین واقعیّات بوده است. از این‌رو، بمنظور رسیده که پرداختن به مضمون اصلی ماده ۲۶ و ایجاد زمینه‌های مساعد برای ایجاد تحول در عوامل سیاسی و تغییر جهت مسیر تحولات سیاسی زمان به سمت همزیستی، خود آرام چنین منظوری را

43. Clark G., Sohn L. B.: *World Peace through world law*, Harvard University Press, 1958-1960, p. 79.

44. Dumbarton Oaks

محقق خواهد ساخت. به همین دلیل، تأکید گذاردن بر رابطه میان صلح و امنیت بین‌المللی با خلع سلاح که در بسیاری از اسناد ملل متحده از آن سخن به میان آمده است و ترغیب دولتهای هسته‌ای جهان به اعراض از گسترش عمودی سلاحهای هسته‌ای و پایداری در حفظ تعهدات موجود در پیمانهای مختلفی مربوط به تعداد سلاحهای نظامی از جمله پیمان ۱۹۶۸، خود در پدیداری چنین زمینه‌هایی مؤثر تواند بود.

در اعلامیه مربوط به اصول حقوق بین‌الملل (قطعنامه ۲۵) (۲۶۲۵) آمده است که دولتهای جهان در روابط میان خود از توسل به تهدید یا استفاده از زور خودداری خواهند ورزید و با حسن نیت خواهند کوشید هرچه زودتر معاهده‌ای عام در مورد خلع سلاح منعقد سازند.

اعلامیه مربوط به تقویت مبانی امنیت بین‌المللی (قطعنامه ۲۵) (۲۷۳۴) نیز مذکور شده است که امنیت بین‌المللی مستلزم اتخاذ سیاستی مؤثر، واقع‌بینانه و جدی در قبال مسئله خلع سلاح بهویژه خلع سلاح اتمی است.

همچنین، سند نهایی دهمین اجلاس فوق العاده مجمع عمومی، امنیت جهان را با خلع سلاح مرتبط دانسته و اعلام کرده است که صلح، امنیت و توسعه اقتصادی و اجتماعی اجزاء یک کل تفکیک ناپذیرند (بندهای ۱ و ۵).

ارتباط میان استقرار نظام تسليحاتی یا خلع سلاح و برپایی امنیت بین‌المللی، هرچند که پیچیده به نظر می‌رسد اما روش و غیرقابل انکار است. به همین جهت، خلع سلاح یا نظام تسليحاتی را تابع استقرار قبلی نظام مؤثر امنیت جمعی دانستن یا بر عکس، نه تنها به حل مشکل امنیتی جهان کمک نمی‌کند بلکه آنرا به بن‌بست می‌کشاند. برای گریز از این بن‌بست یا دور فاسد، فقط یک راه حل منطقی وجود دارد و آن تلاش در راه خلع سلاح و تقویت امنیت جمعی به صورتی یکسان است؛ زیرا این دو عامل، عواملی متوازن هستند که دولتها را در راه حراست از صلح و جلوگیری از بروز خشونت یاری می‌رسانند. بنابراین، مطرح کردن این یکی و از یاد بردن آن دیگری یا بر عکس، نه تنها در حل مشکلات فعلی جهان تأثیر ندارد بلکه بر شمار آنها نیز می‌افزاید و در زندگی روزمره جامعه بین‌المللی تزلزلی شدید پدید می‌آورد. ریسمون آرون، مستفکر

نامدار فرانسوی، در خاطراتی که در واپسین دم حیات خود به نگارش درآورده گفته است:

«نیم قرن پیش در جایی نوشتم که اوضاع و احوال تاریخی جهان تماشایی شده است. اما آیا امروز نباید بگوییم مصیبت‌بار؟ از جهاتی باید بگوییم مصیبت‌بار. آری، وضع امروز جهان مصیبت‌بار شده است، زیرا امنیت مبتنی بر تهدید به بمباران اتمی شده و تنها دو راه پیش روی ما گذاشته شده است: روی آوردن به سلاحهای متعارف، یا سلاحهای اتمی. اوضاع و احوال فاجعه‌آمیز است، زیرا تمدن صنعتی، تمدن‌های کهن را در نوردیده است. با این حال، تنها در یک صورت می‌توانم از مصیبت سخن نگویم و آن را به کناری نهم و آن، زمانی است که امیدی فراتر از این مصیبت وجود داشته باشد. من امروز به چنان سرانجام روشی دل‌بسته‌ام که فراتر از افقهای سیاسی جای دارد و آن روزی است که هر منفعتی با معیار عقل سنجیده شود.»⁴⁵

● کورسوهای امید

عمر معاہدة عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای در آینده نزدیک (مارس ۱۹۹۵) به پایان می‌رسد^{۴۶}، اما مجادله دولتها در حال توسعه و دولتها بزرگ

45. Aron, Raymond: *Mémoires*, Julliard, 1983, p. 741.

۴۶. به موجب طرح ۲۴ اوت ۱۹۶۷ قرار بود مدت اعتبار معاہدة عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای محدود باشد، اما ایتالیا در مخالفت با این طرح اعتقاد داشت که معاہده باید برای مدتی محدود معتبر باشد و چنانچه با پایان گرفتن زمان اعتبار معاہده، آن سند فسخ نگردد، باز برای مدتی معادل مدت زمان اولیه تمدید گردد. ایتالیا همچنین پیشنهاد کرد که هر دولت باید پتواند با اخباری رسمی، پس از شش‌ماه، از جمع اضلاع‌گذگان معاہده خارج گردد (ENDC/200).

دولت سویس نظری دیگر داشت و معتقد بود که چون علوم هسته‌ای و نحوه استفاده از آن در قلمرو امور نظامی، سیاسی و فنی در سیر زمان متحوّل می‌گردد، صلاح آن است که معاہده برای مدتی معین اعتبار داشته باشد. با این حال، سویس اعتقاد داشت پس از سیری شدن مدت اعتبار معاہده، به صرفة دولتهاست که کنفرانسی بین‌المللی برای ارزیابی معاہده تشکیل دهدن تا چنانچه مقتضی بنماید، آن معاہده تمدید گردد. استدلال سویس در جهت توجیه این پیشنهاد آن بود که دولتها غیرهسته‌ای فقط به شرطی با تمدید اعتبار این معاہده موافقت خواهند کرد که دولتها هسته‌ای در راه تقلیل سلاحهای هسته‌ای گامهای مؤثر برداشته باشند (Cf. Chappuis,F.: op. cit., p. 196).

طرح ۱۸ ژانویه ۱۹۶۸ سرانجام با توجه به این پیشنهادها تدوین و برای تصویب نهایی عرضه گردید. مضمون طرح ۱۹۶۸ در این زمینه، در قالب ماده ۱۰ معاہده جای گرفته است.

هسته‌ای بر سر تعارض میان حق بهره‌مند شدن از صلح و حق دستیابی به تکنولوژی همچنان باقی است.

به نظر می‌رسد تنها راه خاتمه دادن به این مجادلات اقدام جدی دولتهای هسته‌ای در متوقف کردن مسابقات تسليحاتی و اعراض دولتهای در حال توسعه از تقلید از کردار آنها در ساخت و توسعه سلاح هسته‌ای باشد.

مسلم است که تحقق چنین امری با تعهد فردی و جمعی دولتها در متوقف کردن و از میان بردن سلاحهای خطرناک و نظارت بر تسليحات و نیز تکاپوی اعضای جامعه بین‌المللی در از میان بردن مسابقات تسليحاتی و توجه بیشتر به مسائل واقعی مربوط به صلح و امنیت بین‌المللی میسر می‌گردد.

در محدوده بسیار تنگ پیمان عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای، تقویت مبانی اختیارات آزادس بین‌المللی انرژی اتمی در نظارت بر استفاده از اتم در راه صلح به تناسب رشد و توسعه علوم و فنون و همکاری همه دولتها با آن آزادس و نهايتأً مذاکره میان صادرکنندگان و واردکنندگان مواد و ابزار و آلات هسته‌ای برای ایجاد تعادل در بازار مصرف صلح‌جویانه این مواد، در استحکام مبانی اولیه صلح و امنیت بین‌المللی تأثیری بسزا دارد که نباید از آن غافل ماند. تشکیل سازمان بین‌المللی انرژی اتمی و ایجاد مرکزی برای رفع توهّم از کشورهای در حال توسعه که همواره انرژی هسته‌ای را اکسیر حیات اقتصادی پنداشته‌اند و ایجاد زمینه‌های مساعد برای تشویق و ترغیب دولتهای بزرگ هسته‌ای به متوقف ساختن مسابقات تسليحاتی در چارچوب مقرراتی متناسب نیز در هموار ساختن راههای همزیستی بین‌المللی بسیار مؤثر توائد بود. اما آنچه در این میان از همه عوامل دیگر مؤثرتر می‌نماید، آن است که دولتهای عضو پیمان با اصلاح مقررات آن متعهد شوند در نظامهای ملی خود قوانینی را به تصویب خواهند رساند که به موجب آنها ساخت سلاح هسته‌ای و استفاده از آن منوع باشد و هر تلاشی در آن راه مستلزم مجازات و عقوبتهای شدید

→ به موجب بند دوم از ماده ۱۰، بیست و پنج سال پس از به اجرا درآمدن معاهده، کنفرانسی برای خواهد گردید تا تصمیم بگیرد که آیا معاهده برای مدتی نامحدود یا برای یک یا چند دوره اضافی دیگر تمدید شود. چنان تصمیمی با رأی اکثر دولتهای طرف معاهده اتخاذ خواهد گردید».

کیفری. در این صورت، هیچ دولتی نخواهد توانست برخلاف مقررات داخلی، امنیّتی هسته‌ای را از راه اصلی خود یعنی کمک به توسعه منحرف سازد و به بهانه حفظ منافع ملّی برتر، در امنیّت جهان اخلال نماید. مسلّماً مردم جهان که خود دیرزمانی است از جنگ و سوداگری مرگ به تنگ آمده‌اند، در این راه یاور و پشتیبان دولتهای خود خواهند بود.

این همان روزنه‌ای است که ریمون آرون در پایان عمر خود به آن چشم دوخته بود: حاکمیّت عقل و سلوک منطقی.

تهران - دی ماه ۱۳۷۳

دکتر جمشید ممتاز

نظام حقوقی منابع آب

آبراههای بین المللی خاورمیانه



● اشاره

آب گرچه مایه حیات است ولی همواره منشأ اختلاف نیز بوده و هست. اگر اختلاف بر سر آب در دوران گذشته در جوامع کوچک روستایی یا شهری درمی‌گرفت، اکنون کمبود آن مانع برای توسعه پایدار^۱ و بهانه‌ای برای رودررو قرار گرفتن دولتها شده است.

در خاورمیانه که رودها جریانات کم آب و فصلی هستند و مقدار آنها بستگی به نزولات آسمانی دارد، کمبود آب یکی از علل بحران در حال و آینده است و قوع جنگ برای رساندن آب به زمینهای تشنۀ چندان بعید به نظر نمی‌رسد^۲ و برخی دولتها به صراحة

۱. عبدین صالح و علی علی: «کمبود آب و توسعه پایدار»، ترجمه بهرام معلمی، *فصلنامه طبیعت و منابع (Nature and Resources)*، سال اول، شماره ۳، ۱۳۷۲ (طبیعت و منابع توسعه پایدار برای همه)، مرکز انتشارات کمیسیون ملّی یوتسلکو در ایران، ص ۴۴.

۲. «آب، گره کور بحرانهای آینده در خاورمیانه»، *روزنامه سلام*، شماره ۸۶۶، ۷۳/۳/۳، ص ۸.

آب را در مقابل صلح قرار داده‌اند.^۳

درباره جنبه‌های علمی و فنی «بحران آب» و راههای مقابله با آن بسیار گفته و نوشته‌اند. تأثیرات اقتصادی، سیاسی و بین‌المللی در دست داشتن منابع آب نیز در دهه اخیر توجه اندیشمندان را به خود جلب کرده است. اما در این میان به جنبه‌های حقوقی مسأله که اهمیت و کاربرد آن هر کس پوشیده نیست، عنايت کمتری شده است و جای خالی تحقیقی جامع که بیان‌کننده اصول حقوقی بهره‌برداری از منابع آب مشترک این منطقه باشد به چشم می‌خورد.^۴

مقاله حاضر در جهت رفع همین نقصه و تبیین تعهدات بین‌المللی دولتها در این زمینه به نگارش درآمده و چون اصل مقاله به زبان فرانسه نوشته شده است^۵، به منظور استفاده هرچه بیشتر، متن کامل آن زیر نظر مؤلف محترم توسط آقای «امیرحسین رنجبریان» به فارسی برگردانده شده است و هنگام ترجمه، برای تکمیل برخی مطالب و افزونی فایده اصل مقاله، توضیحاتی در ذیل صفحات به آن

۳. «ترکیه، تلاش برای گسترش نقش منطقه‌ای»، روزنامه همشهری، شماره ۴۰۶، ۷۳/۳/۳، ص. ۹.

۴. کم توجهی به نظام حقوقی آبراههای آسیا و بخصوص خاورمیانه در قیاس با نظام حقوقی رودهای مغرب‌زمین که مطالعات زیادی درباره آن شده، سبب گردیده برعکس این نظام را در حال گذراณ دوران کوکی بدانند که تا رسیدن به مرحله بلوغ سالها باید بگذرد (رک. ناصر فرشادگهر؛ نظام حقوقی رودهای بین‌المللی و اروندروود، انتشارات دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، ۱۳۶۷، ص ۱۵۷). البته نباید فراموش کرد که در این میان درباره اروندروود بحق تحقیقات زیادی انجام گرفته است.

۵. برای ملاحظه متن اصلی مقاله رک.:

Djamchid Momtaz: «Le Régime Juridique des Ressources en EAU Des cours d'eau Internationaux du Moyen-Orient», *Annuaire Français de Droit International*, XXXIX-1993, pp. 874-897.

اضافه شده که با علامت ستاره (*) مشخص گردیده است. گفتنی است در مقاله دو واژه «آبراه» و «رود» در یک معنا به کار گرفته شده است، هرچند که به لحاظ مفهوم حقوقی آن غاز آبراه بیشتر استفاده شده است. همچنین در مواردی که آوردن تاریخ شمسی در کنار تاریخ میلادی مفید به نظر رسیده، به ذکر آن در داخل قلاب اقدام شده است. ضمناً پانوشهای اصل مقاله، بجز در مواردی که ترجمة آنها لازم بوده، به طور کامل و با همان شماره، به زبان اصلی در زیر صفحات آمده است.

ع۷ تفاوت اصلی رود یا آبراه بین‌المللی با رودهای داخلی آن است که آنها از سرزمین بیش از یک دولت گذر می‌کنند و بر دو گونه‌اند: رودهای هم‌جوار یا مرزی که قلمرو دولت را از هم جدا می‌کنند و رودهای پیاپی یا متالی که از قلمرو چند دولت می‌گذرند.

«CF. N. Quoc Dinh, et P. Daillier, A. Pellet: «Droit international public», L. G. D. J., Paris, 3e édition, 1987, p. 1043.

کمیسیون حقوق بین‌الملل، آبراه بین‌المللی (International Watercourse) را آبراهی می‌داند که قسمتهایی از آن در قلمرو چند کشور واقع باشد.



● مقدمه

آسیای جنوب غربی موسوم به خاورمیانه، منطقه‌ای است عموماً خشک و کم آب با کوههایی مرتفع که در محدوده بین دریای اژه، بحرالمیت، درّه سند، خلیج فارس و دریای مازندران واقع شده است. ناهمخوانی بین رشته کوههایی سر به فلک کشیده و طولانی با قله‌هایی همیشه پوشیده از بیخ و برف و دشت‌های پهناور و کم‌ویش خشک داخل آن، وجه مشخصه این اقلیم است. بالطبع میزان بارندگی بر جریانهای آب این منطقه تأثیر می‌گذارد*. این جریانها معمولاً سیلاهای تند و خروشان و فرسایندهای هستند که از کوهها

* عوامل گوناگونی در میزان بارندگی دخیل است و پراکندگی قازه‌ها، وضع ناهمواریها، وجود کوهها و حتی گردش زمین بر آن اثر می‌گذارد. بخار آبی‌های اقیانوس اطلس به سمت شرق می‌آید. به دلیل گرمی هوای ابرها به شمال آفریقا نمی‌روند و به سمت اروپا می‌آیند. از برخورد هوای سرد ارتفاعات مرکزی اروپا و هوای گرم ابری، قسمت اعظم بارانها در جنوب اروپا می‌ریزد. از غرب به شرق هرچه پیشتر برویم، کشورها باران کمتری دریافت می‌کنند. سرانجام، باقیمانده این ابرها به ترکیه می‌رسند و اگر قدرت و فشاری داشته باشند، از کوههای ترکیه می‌گذرند و به کوههای غربی ایران می‌رسند (جواد صفائیزاد: مبانی جغرافیای انسانی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۱، ص ۲۷۷).

البته باید توجه داشت که کرانه‌های دریای مازندران در این میان میزان بارندگی بالایی دارند.

سرازیر می‌شوند و تغییرات ناگهانی و مهمی بر مقدار آب دارند: در بهار با ذوب شدن برفها آب فراوان است و در پایان تابستان اندک^۱

در منطقه‌ای چنین خشک که نبود آب محلی امر کشت و زرع است، منابع رودخانه‌ای در درجه اول اهمیت برای آبیاری اراضی قرار دارند.^۲ لذا آن‌گونه که از معاهدات دوچانبه بر می‌آید، نظام حقوقی آبراههایی که از دامنه کوهها سرچشم می‌گیرند و به طور معمول از سرزمین چند دولت گذرا می‌کنند و بهره‌گیری از آنها در کشاورزی اهمیت اساسی دارد، به طور خاص ناظر به استفاده‌های کشاورزی و آبیاری است. فزونی جمعیت و پیشرفت فنون موجب گردیده تا استفاده آبیاری از آبراههای جنبه‌های جدیدی بیابد که همین امر منشاء منازعات شدیدی بین دولتها بر سر تصاحب آب رودها شده است.

۱

آبیاری، اهلی اسلامی معاهدات دوچانبه

اصلی‌ترین کارکرد اقتصادی آبراههای خاورمیانه در وهله نخست آبیاری و بعد از آن تولید نیروی برق است. بجز چند استثناء، معاهدات دوچانبه لازم‌الاجراء به گونه‌های دیگر استفاده از آبراههای نپرداخته‌اند.

برخلاف اروپا و سایر مناطق معتدل که حقوق آبراههای اساساً مربوط به حق کشتیرانی است، در خاورمیانه فقط یک توافق در این خصوص وجود دارد و آن «موافقتنامه ایران و عراق درباره مقررات کشتیرانی در شط العرب (اروندرود)»^۳ است که در ۲۶ دسامبر ۱۹۷۵ [دی ماه ۱۳۵۴] در بغداد امضاء شده است. بر اساس این توافق، در تمام طول شط العرب (اروندرود) که از بهم

(1) Colbert C. REED - *Middle East Patterns* - Westview Press, 1989, pp. 41 et suiv. et *Encyclopédia Universalis*, vol. 2 1968, pp. 558-563.

(2) *Encyclopédia Universalis*, 1973, vol. 7, p. 46. Pour la superficie des terres irriguées et leur pourcentage par rapport aux terres cultivées, Cf. Organisation des Nations Unies pour l'Alimentation et l'Agriculture, *Annuaire*, vol. 44, collection statistique N° 99, 1990, p. 15.

(3) *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 1017, p. 229. |

پیوستن دجله و فرات تشکیل یافته، حق آزادی کشتیرانی برای کشتیهای تجاری به رسمیت شناخته شده است. قبل از آنکه شط العرب خود را به آغوش خلیج فارس بسپارد، خطّ القعر آن به طول ۱۰۵ کیلومتر، مرز دو همسایه را مشخص می‌کند. طبق این توافق، کشتیرانی تجاری تحت هر پرچمی آزاد است و کشتیهای جنگی دولتها دیگر طبق شروط خاص و با دعوتها دولتها را ساحلی می‌توانند به بندرهای هر یک از دو دولت وارد شوند. ایجاد «دفتر مشترک هماهنگی» نیز پیش‌بینی شده است تا مسیر قابل کشتیرانی آبراه را تعیین کند و اقدامات لازم برای تضمین اینمی دریانوردی را بعمل آورد.^۴

اما از دیگر استفاده‌های معمول از آبراهها، بهندرت در عهدنامه‌ها ذکری به میان آمده است. در مبادله‌نامه افغانستان و پاکستان به سال ۱۹۳۴، پیش‌بینی شده است که اهالی روستایی از پاکستان بتوانند از شعبه ارنواخوار که افغانستان را از پاکستان جدا می‌کند، برای حمل چوب و الوار استفاده کنند.^۵

درخصوص صید نیز بجز دو سند که مقررات مختصری را به این موضوع اختصاص داده است، مورد دیگری به نظر نمی‌رسد: یکی «کنوانسیون اتحاد جماهیر شوروی [سابق] و ترکیه برای بهره‌برداری از آبهای مرزی» است که در زانویه ۱۹۲۷ در کارس امضاء شده (ماده ۵)^۶ و مطابق آن طرفین مکلف به تضمین عبور آزاد ماهیان از میان تأسیسات احданی روی آبراهها شده‌اند؛ دیگری معاهده مرزی اتحاد جماهیر شوروی [سابق] و افغانستان است که در زانویه ۱۹۵۸ در مسکو به امضاء رسیده و طبق آن طرفین می‌توانند وفق مقررات جاری خود، تا محدوده خطوط علامتگذاری شده آبراه به صید بپردازنند (ماده ۲۲).^۷ در عین حال، مطابق آن، صید شبانه و بکارگیری مواد منفجره، ستم و روانگردن در امر صید ممنوع شده است. بجز این استثنایات، معاهدات دیگر

(4) Cf. notre précédente étude «Le statut juridique du Chatt-El-Arab dans sa perspective historique», in *Actualités juridiques et politiques en Asie*. A. Pédone, 1988, pp. 59 et suiv.

(5) Echange de notes entre le Gouvernement de l'Afghanistan d'une part et le Gouvernement de Sa Majesté dans le Royaume Uni et le Gouvernement de l'Inde d'autre part, relatif à la frontière entre l'Afghanistan et l'Inde aux environs d'Arnawai et de Dokalim. Kaboul, le 3 février 1934. Texte in *Série Législative des Nations Unies*. Textes législatifs et dispositions de Traité concernant l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation. ST/LEG/SER.B/12 1963, Traité N° 84.

(6) *Série Législative des Nations Unies*, op. cit. Traité N° 106.

(7) *Série Législative des Nations Unies*, op. cit. Traité N° 86.

→ علاوه بر موارد یاد شده، طبق ماده هشتم قرارداد ایران و شوروی راجع به انتظامات مرزی ایران و شوروی و

اصولاً ناظر بر همکاری کشورهای ساحلی برای دو منظور است: اول تقسیم آب جهت کشاورزی، و دوم احداث تأسیسات.

اول. تقسیم آبراه

در چنین منطقه‌ای خشک و کم آب، و با توجه به اینکه کشاورزی نیاز به آبی فراوان دارد، قواعدی دقیق برای استفاده از آبراهها تدوین شده است. البته روزگاری بود که این امر بدور از عدالت و فقط به سود یک طرف انجام می‌شد. نمونه آن، استاد تعیین حدود انگلستان و روسیه در سالهای ۱۸۸۵ - ۱۸۸۸ است که دولت پایین دست یعنی افغانستان را از آب کوشک در شمال چهل دختر محروم می‌کرد، تا آنکه اتحاد جماهیر شوروی [سابق] این منوعیت را به طور یکجانبه طی یادداشت منضم به توافق موافق ۱۳ ژوئن ۱۹۴۶ در مسکو ملغی کرد.^۸

در همان اوان به سال ۱۸۸۱ روسیه محدودیت جابرانه‌ای را در استفاده از نهر فیروز که سرچشمۀ آن در ایران بود، بر دولت ایران تحمیل کرد و ایران از استقرار خانوارهای جدید و افزایش سطح زیر کشت در اطراف آن منع شد.^۹ در سال ۱۸۹۵ نیز روسیه کلّ این ناحیه را به خاک خود ملحق ساخت.^{۱۰}

ترتیب تصفیه اختلافات و حوادث در مرز، وسائل شناور (قایق، بلم و...) متعلق به طرفین می‌تواند روی رودخانه سرحدی بدون مانع تا خط مرز رفت و آمد کند. این رفت و آمد فقط در اوقات روشن شبانه روز باشد انجام شود. مطابق بند ۳ همین ماده اهالی مناطق و اتباع طرفین حق دارند در آبهای سرحدی تا حدود خط مرز ماهیگیری نمایند. ماده ۱۲ این قرارداد حق آب دادن به احشام را نیز پیش‌بینی کرده است. این قرارداد در ۱۳۳۶ (۱۹۵۷) در مسکو منعقد شده است.

(8) Accord entre l'Afghanistan et l'U.R.S.S. relatif à des questions de frontière. *Recueil des Traites*, Nations Unies, vol. 31, p. 165.

(9) *British and Foreign States Papers*, vol. LXXXIII, p. 99.

(10) *British and Foreign States Papers*, vol. LXXXVI, p. 1246.

« دولت روسیه متعهد شده بود بر اساس فصل سوم عهدنامه دوستی ایران و جمهوری اشتراکی روسیه، به واسطه عدم تمایل به استفاده از ثمرة سیاست غاصبانه دولت تزاری سابق روسیه، قریه فیروزه را با اراضی مجاور آن که مطابق قرارداد ۱۸۹۳ از طرف ایران به روسیه منتقل شده بود، به ایران مسترد دارد. ولی چنین نشد و پس از مذکوره و اگذاری قسمتهایی از نواحی مرزی به ایران، طبق ماده اول موافقنامه اتحاد جماهیر شوروی سابق ایران راجع به حل مسائل مالی و مرزی به سال ۱۳۳۳ (۱۹۵۴ میلادی)، این قریه و زمینهای اطراف آن همچنان در قلمرو اتحاد جماهیر شوروی باقی ماند. »

اما صرف نظر از بکارگیری سیاست زور که از آن زمان به بعد تغییر یافت، در تمام موارد بر سر معیارهای تقسیم آب، مذاکرات فشرده و اغلب مشکلی بین طرفهای ذی نفع در گرفت. در مورد آبراههای مجاور که دسترسی آزاد طرفین به آب از جانب سرزمین خودشان تضمین مناسبی برای توازن و تساوی آنها بود، مسأله عموماً با حساسیت کمتری مطرح می‌شد، ولی در مورد آبراههای متواالی، وابستگی کشور پایین دست و خطر استفاده بیش از حد کشور بالا دست از آب اقتضا می‌کرد که، با توجه به خصوصیات هر مورد، مقررات جامع تری در نظر گرفته شود. در بسیاری موارد اهمیت منافع و تمایل به دوری جستن از درگیریهای احتمالی، طرفین را قادر به تفاهم درباره شیوه سهمیه‌بندی آب کرده است.

۱. معیارهای تقسیم

باید توجه داشت که نیاز به مشروب ساختن دشتها از آبراهها تنها عامل برای انتخاب معیار تقسیم آب نبوده است، بلکه در اغلب موارد برتری عملی یکی از طرفین یا دخیل بودن قدرتهای بزرگ در حل تعارضات تعیین‌کننده نتیجه بوده است.

الف. تقسیم مساوی:

به طور کلی، آبراههای مجاور به طور مساوی بین کشورهای هم‌جاوار تقسیم شده‌اند. ماده ۱ پروتکل ضمیمه کتوانسیون اتحاد جماهیر شوروی (سابق) و ترکیه مورخ ۸ ژانویه ۱۹۲۷، رود ارس را که بیش از ۱۰۰ کیلومتر مرز ترکیه و ارمنستان را تشکیل می‌دهد، به همین شکل تقسیم کرده است.^{۱۱} عهدنامه دولتی مورخ ۲۱ فوریه ۱۹۲۱ [اسفند ۱۲۹۹] ایران و جمهوری اتحادی اشتراکی روسیه همین شیوه را برای ادامه این آبراه برگزیده که به طول

(11) Protocole annexé à la Convention entre l'U.R.S.S. et la Turquie pour la jouissance des eaux limitrophes. Pour un résumé de ce Protocole, Cf. « Problèmes juridiques posés par l'exploitation et l'utilisation des fleuves internationaux », Rapport du Secrétaire Général, D.O.C. N.U. A/5409, 15 avril 1963, vol. 1, p. 193.

۲۵۰ کیلومتر ایران را از ارمنستان و آذربایجان جدا می‌کند.^{۱۲}* مقدمه موافقتنامه مورخ ۱۱ اوت ۱۹۵۷ [۱۳۲۶ مرداد ۱۳۵۷] ایران و شوروی [سابق] مربوط به رودهای مرزی [ارس و اترک] نیز بر آن مهر تأیید زده است.^{۱۳} این دو سند، اصل برابری حقوق طرفین را به دو آبراه مرزی دیگر یعنی اترک و سمبار نیز تسری داده است که هر یک به ترتیب ۱۰۰ و ۲۰ کیلومتر مرز بین ایران و ترکمنستان را تشکیل می‌دهند.

کنوانسیون ۲۰ فوریه ۱۹۲۶ (اسفند ۱۳۰۴) عشق‌آباد بین اتحاد جماهیر شوروی [سابق] و ایران^{**}، اصل تقسیم مساوی آب را به طور استثناء برای شش آبراه متواالی کوچک پذیرفته است که از ایران سرچشمه می‌گیرند و به بیابانهای ترکمنستان می‌ریزند.^{۱۴} نام این شش آبراه بدین قرار است: کلات‌چای، آرچینیان (ارچنگان)، مهنه، چاندر، چهچهه و لائین سو.

به همین منوال، آب چهار آبراه کوچک به نامهای بنوا، سوته، کنگیر و قورتو که از کوههای زاگرس در ایران سرچشمه می‌گیرند و به سوی دجله رهسپار می‌شوند، بر اساس موافقتنامه ۲۶ دسامبر ۱۹۷۵ [دی ماه ۱۳۵۴] بغداد بین ایران و عراق به صورت مساوی تقسیم شده است.^{۱۵}

(12) *Traité d'Amitié entre la Perse et la République Socialiste fédérative des Soviets de Russie, Recueil des Traité de la Société des Nations*, vol. IX, pp. 400 et suiv.

« به رغم آنکه موافقتنامه‌های موجود در باره بهره‌برداری از رود ارس به حق مساوی طرفین در استفاده از منابع آب تصريح کرده‌اند، ولی در عمل اجرای این حق برای ایران خالی از اشکال نبوده است. در این مورد، طرف ایرانی در سالهای پیش از فروپاشی شوروی برای استفاده مساوی از آب ارس از آن دولت خواسته بود تا دستگاههای اندازه‌گیری که به شکل برچکهای متخرک است بر روی تأسیسات رود نصب شود، اما طرف شوروی با وجود اینکه ظاهراً با این درخواست موافقت کرد، در نهایت اداره مرزبانی اجازه بازدید از تأسیسات و نصب دستگاههای مربوط را نداد (رک. اتحاد جماهیر شوروی، از سری انتشارات بررسی مسائل کشورها، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، شماره ۱۲، ۱۳۷۱، ص. ۸۳۰).

(13) Pour la traduction anglaise de ce Traité, Cf. *The Middle East Journal*, vol XIII, 1959, pp. 193 et suiv.

** نام دقیق این توافقنامه عبارت است از: «قرارداد مابین ایران و اتحاد جماهیر شوروی راجع به استفاده از رودخانه و آبهای سرحدی واقعه در امتداد سرحد، از رودخانه هریرود تا بحر خزر».

(14) Convention entre la Perse et l'U.R.S.S relative à l'utilisation commune des eaux et fleuves limitrophes. Pour un résumé de cette Convention, Cf. «Problèmes juridiques posés par l'exploitation et l'utilisation des fleuves internationaux», op. cit., p. 194.

(15) *Recueil des Traité des Nations Unies*, vol. 1017, p. 255.

ب. تقسیم کتفی:

به طور کلی، این شیوه برای تقسیم آبراههای متواالی مورد استفاده قرار گرفته، ولی استثنائاً در مورد دو رود مرزی نیز از همین شیوه پیروی شده است: تجن (هریرود) که به طول بیش از ۱۰۰ کیلومتر ترکمنستان را از ایران جدا می‌کند، و هیرمند که ۱۷ کیلومتر از آن مرز ایران و افغانستان است.

— تجن: مطابق ماده ۱ کنوانسیون عشق‌آباد، آب تجن به ده قسمت مساوی تقسیم شده که سه قسمت از آن ایران و بقیه از آن اتحاد جماهیر شوروی [سابق] است.* به طور قطع، این گونه تقسیم نشانه بارزی از سیاست توسعه ارضی بوده که پیش از این اتحاد شوروی اعمال می‌کرده است.

— هیرمند: هیرمند طولانی‌ترین رود افغانستان است که از کوههای مرتفع نزدیک کابل سرچشمه می‌گیرد و به سوی دشت‌های پهناور سیستان جاری می‌گردد. شاخه‌هایی از شعبه شرقی آن موسوم به رود پریان که در کوهک، ایران را از افغانستان جدا می‌کند، پیش از آنکه به سرانجام خود برسد و به بیانهای دو کشور فرو بریزد، دوباره به قلمرو افغانستان بازمی‌گردد**.

پس از آنکه انگلستان معاہدة ۱۸۳۷ [۱۲۱۶] پاریس را به ایران تحمیل کرد و این دولت ناگزیر از استقلال افغانستان شد، مسأله تقسیم آب هیرمند،

« دولتهای ایران و شوروی پس از امضای موافقتنامه راجع به استفاده مساوی مشترک از قسمتهای مرزی رودخانه‌های ارس و اترک برای آبیاری و تولید نیروی برق به تاریخ ۲۰ مرداد ۱۳۳۶، متنمی را نیز در اسفند همان سال درباره رود تجن به اعضاء رساندند. مطابق ماده اول این متنم: «از آنجاکه با رژیم فعلی رودخانه هیریرود (تجن) در فصل آبیاری احتیاجات طرفین تأمین نمی‌شود و از آنجاکه مقدار معتبرتابه از آب رودخانه در موقع طفیان و سیل به هدر می‌رود، طرفین بر طبق قرارداد اول اسفند ۱۳۰۴ (۲۰ فوریه ۱۹۲۶) موافقت نمودند آبی را که به هدر می‌رود به وسیله ساختمان سد مخزنی مشترک روی قطعه مرزی رودخانه مورد استفاده قرار دهند و آن را بین خود به دو قسمت مساوی تقسیم نمایند (مجموعه معاهدات دوجانبه معتبر دولت ایران تا سال ۱۳۴۹، انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۶۹، ج. ۱، ص. ۱۳۴).

** مسیر آب هیرمند پس از به هم پیوستن «از غداب» و «کچکی» در محل «قلعه‌بست» تا «بند کمال خان» به سمت جنوب غربی است ولی از آنجا راه شمال را در پیش می‌گیرد و در «کوهک» مرز ایران و افغانستان را تشکیل می‌دهد. در همان جا این رود به دو شاخه تقسیم می‌شود: «سیستان رود» که به ایران می‌آید و «پریان» که مرز دو همسایه را می‌پیماید.

روابط دو دولت را تیره کرد و بر اساس ماده ۶ معاهده، ایران دوبار ناچار به قبول داوری انگلستان در این قضیه شد.^{۱۶}

با رأی مورخ ۱۹ آوت ۱۸۷۲ [۲۸ مرداد ۱۲۵۱] سر فدریک گلداسید (Sir F. Goldsmid) مرز دو دولت به نحو روشن تری تعیین شد، هرچند که به علامتگذاری نینجامید. داور در زمانی چنان مغتنم، نظر داد که دو سوی هیرمند در بالادست کوهک متعلق به افغانستان باشد و بستر اصلی هیرمند در پایین دست کوهک به عنوان مرز شرقی سیستان ایران تعیین شود. در عین حال، داور یاد شده افغانستان را از ایجاد تأسیساتی که سبب کاهش آب مورد نیاز اراضی ایران شود، منع کرد. در نتیجه، تأسیسات و آبراههای آبیاری در سیل آسا، بستر هیرمند تغییر یافت. در نتیجه، تأسیسات و آبراههای آبیاری در چندین جای آن بدون استفاده و متروک شد و افغانستان دست به ایجاد شبکه‌های جدید آبیاری زد. این اقدام با اعتراض ایران روبرو شد که مستند به منوعیت افغانستان در رأی داوری گلداسید بود.

با احالة دوباره موضوع به داوری، سرهنگ ای. اچ. مک ماہون (A. H. Mac Mahon) در رأی مورخ ۱۰ آوریل ۱۹۰۵ [۲۱ فروردین ۱۲۸۴]، با ملاحظه اوضاع و احوال جغرافیایی و خصوصیات آبرسانی این آبراه، افغانستان را مجاز به ایجاد تأسیسات جدید دانست. اما این جواز محدود به آن شده بود که یک سوم آبدھی^{۱۷} آبراه به ایران اختصاص یابد. این مقدار که در بند کمال خان اندازه گیری می‌شد، حدود ۵۴ متر مکعب در ثانیه بود.^{۱۸}

ایران با این استدلال که تقسیم آب به داوری ارجاع نشده و موضوع خارج از صلاحیت داور بوده است، رأی را مردود دانست و از آن پس تا سالیانی

(۱۶) F. RIAZI - *L'administration internationale et l'organisation des bassins fluviaux en Asie* - thèse 3^e cycle, Université de Paris, 1972, p. 247.

« مقاد حکمیت کلیل مکماهون در جلد دوم کتاب جغرافیای مفصل ایران نوشته دکتر ریبع بدیعی صفحات ۳۳ به بعد آمده است. »

« آبدھی یادبی (débit) مقدار آبی است که در یک ثانیه از مقطع مشخص عبور نماید (مرتضی سرمد: حقوق آب، ج. ۲، ص. ۱۷۶). »

(۱۷) برای مطالعه متن آراء داوری در قضیه دلتای هیرمند رک:

Annuaire de la C.D.I., 1974, vol. II, 2^e Partie, pp. 201 et suiv.

مدید، اختلاف بین دو دولت ادامه یافت.*

با خشکسالی بی سابقه در ۱۹۷۴ [۱۳۲۶] کار بالاگرفت تا آنکه با مساعی جمیلۀ ایالات متحده، سه سال بعد هیأت فنی بیطرفی مرکب از سه کارشناس منتخب طرفین تشکیل شد.^{۱۸} هیأت در ۲۸ فوریه ۱۹۵۱ [۱۳۲۹] گزارش خود دال بر پیشنهاد ۲۲ متر مکعب آب در هر ثانیه برای ایران را ارائه کرد.^{۱۹} این مقدار بسیار کمتر از آن چیزی بود که مکماهون در رأی خود تعیین کرده و مخالفت ایران را برانگیخته بود.

سرانجام، در ۱۳ مارس ۱۹۷۳ [۱۳۵۱] معاہدة تقسیم آب هیرمند، بر اساس توصیه‌های همان هیأت، در کابل به امضاء رسید.^{۲۰} مطابق مادۀ ۲ معاہده که اشارتی صریح به گزارش هیأت مذبور دارد، افغانستان متعهد به تحويل ۲۲ متر مکعب آب در ثانیه به طور متواتر در سال نرمال آب** است. همچنین افغانستان برای اثبات حسن نیت و تحکیم روابط برادرانه با ایران، خود را ملزم کرد که ۴ متر مکعب دیگر علاوه بر مقدار مذکور به ایران بدهد. طرفین که از نوسانات شدید آبدۀ و سطح آب آگاه بودند، به بیان جزئیات شیوه تقسیم آب نیز پرداخته‌اند. طبق جدول مادۀ ۳ معاہده، حجم آب قابل تحويل به ایران

* در تاریخ ۶ بهمن ۱۳۱۷ موافقنامه‌ای برای تقسیم آب هیرمند بین ایران و افغانستان در کابل به امضاء رسید. مطابق مادۀ اول این موافقنامه دولتين ایران و افغانستان موافقت نمودند که همه ساله هر مقدار آب رودخانه هیرمند که به بند کمال خان مرسد، بعد از این بند بالمناصفة تقسیم شود. در اعلامیه مشترک پیوست به موافقنامه نیز دولت ایران اعلام کرده که یگانه منظور از این موافقنامه رعایت و آبیاری سیستان است و سیله و بهانه‌ای برای مداخله در افغانستان نیست. افغانستان نیز متقابلاً اعلام داشته است که مقصودی در تضیيق و فشار و نرسیدن آب به سیستان ندارد و به این منظور اقداماتی را که موجب نکت آب سهی ایران و ضرر رساندن به رعایت سیستان شود اجازه نخواهد داد (اسад معاہدات دوجانبه ایران با سایر دول و واحد نشر اسناد وزارت امور خارجه، ۱۳۷۰، ج ۳، ص ۴۴).

(18) «Terms of Reference of the Helmand River Delta Commission and Interpretation Statement Relative thereto, Agreed by Confreres of Afghanistan and Iran on September 7, 1950 - Texte en *Série Législative des Nations Unies*, op. cit., p. 270.

(19) *Série Législative*, op. cit., Traité N° 82.

«The Iranian - Afghan Helmand (Hirmand) River Water Treaty» (۲۰)

اسناد تصویب این معاہده در ۵ زوون ۱۹۷۷ در تهران مبادله شده است. متن این معاہده تاکنون در دیرخانه ملل متحد به ثبت نرسیده است.

** منظور از یک سال نرمال آب، مطابق بند ج مادۀ اول معاہده ایران و افغانستان راجع به آب هیرمند، عبارت از سالی است که مجموع جریان آب از اول اکتبر (۹ مهر) تا پایان سپتامبر (۸ مهر) سال بعد در موضع دستگاه آبشناسی دهراود بر روی هیرمند بالاتر از مدخل بند کجکی ۵,۶۱۷,۱۵۵ میلیون مترمکعب اندازه‌گیری و محاسبه شده باشد.

در همه ماهها یکسان نیست. این مقدار در ماههای بهمن و اسفند (فوریه) به حداقل ۱۲/۶۶ متر مکعب در هر ثانیه می‌رسد و در شهریورماه حداقل ۱/۹۸ است که زمان کمترین مقدار آبدی است و این چیزی جز تضمین حداقل میزان اختصاصی نیست. در موقع «خشکسالیهای مدهش و یا بروز حالات مجبره» (فورس مازور) که به طور مؤقت تحويل آب ناممکن باشد، طرفین باید بی‌درنگ به مذکوره پردازنده و طرحی اضطراری تهیه کنند*.

ج. تقسیم سرزمینی:

در اینجا بهتر است بین دو مورد قائل به تفکیک شویم: مورد اول جایی است که کشور بالادست استفاده انجصاری از آبراه می‌کند و دیگری هنگامی که تأمین نیازهای کشور مزبور در اولویت قرار می‌گیرد، که اغلب نیز اینچنین است. درونگر و کلته - چnar، که از ایران به سوی ترکمنستان جریان دارد، از قسم نخست به حساب می‌آیند. طبق مواد ۱۱ و ۱۲ کتوانسیون عشق‌آباد همه آب آن دو متعلق به ایران است. ماده ۳ معاهده تقسیم آب سند که در ۱۹ سپتامبر ۱۹۶۰ بین هند و پاکستان در کراچی به امضاء رسیده، نمونه دیگری از همین نوع است.^{۱۱} بر آن اساس، بهره‌گیری از جریانات غربی سند خاص پاکستان و استفاده از آب شاخه‌هایی که از شرق به سند می‌بیوندند، در اختیار هند قرار

* هیرمند که از دیرباز نامی آشنا برای ایرانیان بوده است، از ارتفاعات بابا در غرب کابل سرچشمه می‌گیرد و پهنهای آن در نقاط مختلف بین ۲۰۰ تا ۹۰۰ متر در قسمت علیا بسیار پرآب است. از رود هیرمند رشته‌های متعددی جدا می‌شود و شاخه‌های متعددی به آن می‌بیوند (عبدالحسین سعیدیان: «دانه المعرف سرزمین و مردم ایران»، ص ۹۶۵). لذت‌نامه «عهدناز هیرمند» به عنوان رودی عظیم در سیستان نام می‌برد که «هزار نهر در آن داخل شود و هزار نهر از آن خارج گردد» (چ ۵۱، ص ۳۵۸). به همین دلیل دلتای هیرمند را زمانی مصر ایران می‌گفتند. آب حیات‌بخش هیرمند در گذشته در ریاضه آب شیرین بزرگی به وسعت ۴۰۰۰ کیلومتر به نام هامون پدیدمی‌آورد که مایه شکوفایی کشاورزی و دامپروری بود. ولی دخلتهای روزافرون در بخش بالای این رود عظیم کار را به جایی رسانده که گاهی حتی نیاز ساکنان دلتا را به آب آشامیدنی تأمین نمی‌کند و تنها در سالهای پریاران استثنایی است که مازاد آب هیرمند به در ریاضه هامون می‌رسد (محمدحسن گنجی: «آب»، «دانه المعرف بزرگ اسلامی»، زیر نظر کاظم موسوی بجنوردی، ۱۳۶۷، ج ۱، ص ۷). بر اثر همین خشکسالیهای متواتی، کف دریاچه هامون بکلی خشک شده است (ربیع بدیعی: جغرافیای مفصل ایران، انتشارات اقبال، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۱۸۱).

(21) *Recueil des Traitées des Nations Unies*, vol. 419, p. 317.

گرفته است. از آنجاکه این معاهده ذکری از مقدار آب تقسیمی نکرده و به بیان برخی ترتیبات مساعد به حال طرف دیگر حذف بسته کرده است^{۲۲}، چنین گفته می شود که این آبراهها بر اساس سرزمین تقسیم شده‌اند.^{۲۳}

مواردی که بدون محرومیت کشور پایین دست، کشور بالادست در اولویت قرار می‌گیرد، به نسبت قسم نخست فراوان‌تر است. بر اساس صور تجلیسهٔ هیأت تحدید حدود ایران و عثمانی در سال ۱۹۱۴ [۱۲۹۳]^{۲۴} مازاد آبهای الوند، گنجان چم، دویرج و میمه که سرشاخه‌های این سوی دجله هستند و کشور بالادست [ایران] از آنها استفاده نمی‌کند، به سمت پایین دست و روستاهای سرزمین عثمانی سرازیر می‌شود. بند ب ماده ۲ «موافقتنامه ایران و عراق راجع به استفاده از رودخانه‌های مرزی» هم این ترتیب را تأیید کرده است. ماده ۱۳ کنوانسیون عشق‌آباد وضع مشابهی برای آب رود فیروزه برقرار ساخته است و بر این اساس هرگاه حوایج اهالی روستاهای ایرانی در علیای رود برآورده شده باشد، روستاهای ترکمنستان در پایین دست حق استفاده از آن را خواهند داشت.

مورد یرموک نیز قابل ذکر است که مهمترین چریان آب در اردن است و به طول پانزده کیلومتر مرز اردن و سوریه را تشکیل می‌دهد. آب یرموک مطابق ماده ۸ موافقتنامه دو دولت در ژوئن ۱۹۵۳ [خرداد ۱۳۳۲]^{۲۵} بر اساس اصول جغرافیایی کاملاً مشخص تقسیم شده است. سوریه حق استفاده از آبهای حوضه واقع در سرزمین خود را، آنگاه که سد المکارن به اتمام برسد، محفوظ داشته است. همچنین سوریه حق دارد از رود شاخه‌های پایین دست سد برای اراضی واقع در حوضه فروdest رود و اراضی غرب دریاچه طبریه استفاده کشاورزی بعمل آورد. اردن نیز در جای خوبیش حق بهره‌گیری از آبهای ذخیره مشترک و مرکزی المکارن در سرزمین خود را که مازاد بر نیاز سوریه باشد، خواهد داشت.

(22) G. FISHER - *La Banque internationale pour la reconstruction et le développement et l'utilisation des eaux de l'Indus*. AFD I, vol. 1960, p. 673.

(23) M. WOLFROM - *L'utilisation à des fins autres que la navigation des eaux des fleuves, lacs et canaux internationaux*. Pédone 1964, p. 106.

(24) Les procès-verbaux de cette Commission n'ont pas été publiés. Sur cette question, Cf. *Journal Officiel de la Société des Nations*, XVI, N° 2, février 1935, p. 207.

(25) *Recueil des Traitées des Nations Unies*, vol. 184, p. 25.

در این خصوص سوریه و اردن متعهد شده‌اند از سهم آب خود، که به ترتیب مذکور از یرموک دارند، به طرف ثالثی ندهند. آشکار است که منظور از این تعهد، محروم ساختن کشور پایین دست یعنی اسرائیل از بخش اعظم آب یرموک است.^{۲۶}

۲. چگونگی نظارت بر تقسیم

به طور کلی، هرگاه طرفین شیوه تقسیم آب را مشخص می‌کنند، نظارت بر تحویل و توزیع آن را به دست هیأتهای مشترکی از کارشناسان می‌سپارند. در همان حال، برای پرهیز از بروز هرگونه اختلاف، در برخی موارد ضروری است که ایستگاههایی هم برای اندازه‌گیری آب ایجاد شود.

الف. هیأتهای مشترک:

ارکان مأمور به نظارت بر جریان آب و تقسیم آن، شکل و ساختار یکتوختی ندارند. در مواردی که معاہدات دوجانبه روش تقسیم را مشخص کرده‌اند، مشکل خاصی وجود نداشته است و طرفین به‌سادگی با این مسأله کnar آمده‌اند. کتوانسیون عشق‌آباد که چهارده آبراه مرزی یا متواالی را در برمی‌گیرد، نمونه‌ای از انتخاب روشی نه چندان پیچیده است. این کتوانسیون اندازه‌گیری آب را در تمام موارد به‌طور مشترک و بنا به تقاضای یکی از طرفین، به عهده کارشناسان آنها گذارده است. در اجرای کتوانسیون کارس نیز هیأت مشترک فقط سالی دوبار تشکیل می‌شود تا آبدھی جریانها را مشخص کند. در عین حال، در صورت کاهش سطح آب، هریک از طرفین می‌تواند جلسه‌ای فوق العاده برای بررسی موضوع تقاضا کند و طرف دیگر موظف است تا پائزده روز پس از این درخواست، کارشناس خود را برای بررسی لازم گسیل دارد. در صورت غیبت یک طرف، طرف دیگر می‌تواند با در نظر داشتن اوضاع و احوال موجود، میزان آبدھی را به‌طور یکجانبه تعیین کند. همچنین هیأت مذبور

(26) Abraham M. Hirsch - Utilization of International Rivers in the Middle East -, American Journal of International Law, vol. 50, 1956, pp. 95-96.

می‌تواند به طور مستقیم و ظاییف مرتبط با مسأله توزیع آب را هم بر عهده بگیرد، بدین معنا که بر ایجاد آبراههایی برای امور کشاورزی و تجهیزات تلمبه‌زنی در کناره‌ها نظارت نماید.

در مقابل، چنانچه منافع مهمی در میان باشد، معاہدات دو جانبه تأسیس نهادهای دائمی را در نظر می‌گیرند که اختیارات زیادی دارند و کارشناسان برجسته در آن انجام وظیفه کنند. «کمیته مشترک کمیسرها» که در اجرای معاہده ۱۹۷۳ (۱۳۵۱) برای تقسیم آب هیرمند تشکیل شده، نمونه بارزی از این گونه موارد است. ماده ۷ پروتکل شماره یک منضم به این معاہده^{۲۲} اختیارات دو کمیسر منتخب طرفین را مشخص می‌کند. آنان مأمور اجرای مقررات معاہدة راجع به تقسیم آب هستند و باید به اشتراک آب را اندازه بگیرند و در نقاط پیش‌بینی شده به ایران تحویل دهند. این نقاط یکی در موضوعی است که خط سرحد رود [سیستان] را قطع می‌کند و دیگری در موضع واقع بین میله‌های مرزی ۵۱ و ۵۲ واقع شده که قرار بوده در خلال مدت سه ماه پس از لازم‌الاجراء شدن معاہده، کمیسرهای طرفین آن را تعیین کنند (ماده ۲ معاہده) اما تاکنون اقدامی در این باره صورت نگرفته است. در زمان خشکسالی، کمیسر افغان موظّف است اطلاعاتی را که کمیسر ایرانی راجع به میزان آب طلب می‌کند به آگاهی او برساند. همچنین کمیسر ایرانی اختیار خاصی برای بازرگانی دارد و می‌تواند شخصاً به وارسی و اندازه گیری آبدی در ایستگاه اندازه گیری دهراود در خاک افغانستان پردازد (ماده ۵ پروتکل). بدین ترتیب، هرگونه سوءتفاهم درباره میزان آب موجود که در گذشته منشأ اختلافات متعددی بوده است، بر طرف می‌شود. بعلاوه، برای مقابله و حل مشکلاتی از این دست، ماده ۱۰ پروتکل، تشکیل «کمیته وزیران» مرکب از نمایندگان دو طرف و تحت ریاست وزیران دو دولت را مقرر کرده است که امور بهره‌برداری آب در حیطه صلاحیت آنها قرار دارد. این مرجع بلندپایه به درخواست هریک از دو طرف تشکیل جلسه می‌دهد و صلاحیت حل و فصل هرگونه اختلاف ناشی از اجرای معاہده

(27) «Protocol Relating to the Authority and Duties of the Commissioners».

را دارد و تصمیماتش برای «کمیته مشترک» لازم‌الاتّباع است.^۰ بر اثر جنگ داخلی افغانستان اجرای معاهده و پروتکل آن به تأخیر افتاده است.^{۰۰} نمونه قابل ذکر دیگر از دسته دوم، «کمیسیون فنی مشترک دائمی» است که بنابر «موافقت‌نامه سال ۱۹۷۵ (۱۳۵۴) ایران و عراق راجع به استفاده از رودخانه‌های مرزی» از کارشناسان دو دولت به تعداد مساوی تشکیل می‌شود و از جمله وظایف آن تشخیص مقدار نیاز نواحی اطراف رودهای الوند، گنجان چم، زاب (میمه) و دویرج در خاک ایران و تعیین سهم هر یک از طرفین از آب آنهاست (مواد ۳ و ۴). جنگ ایران و عراق تشکیل این کمیسیون را که بیش از آن نیز پای به عرصه وجود نگذارد بود، به تعویق انداخته است.

* معاهده ایران و افغانستان راجع به آب هیرمند پروتکل دیگری نیز درباره حکمیت و حل اختلافات دارد که جزء لایتجزای آن خوانده شده است. مطابق ماده دوم پروتکل، در صورت بروز اختلاف در تعییر یا تطبیق مواد معاهده، چنانچه موضوع از طریق مذاکرات دیپلماتیک یا سامعی جمیله طرف ثالث حل نگردد، هریک از طرفین که ارجاع اختلاف را به حکمیت لازم بینند می‌تواند درخواست تشکیل هیأت حکمیت را به اطلاع طرف دیگر برساند. چنانچه با مذاکرات طرفین این هیأت بوجود آید و دولت به توصیه‌های آن عمل کنند، موضوع حل شده قلمداد می‌شود. ولی، در غیر این صورت، اختلاف به دیوان حکمیتی مرگب از دو حکم از اتباع دو دولت و یک رئیس دیوان به انتخاب دو حکم، و در صورت عدم توافق آن دو به انتخاب دیگر کل سازمان ملل متحده، تشکیل خواهد شد. طبق بند د ماده پنجم پروتکل رأی دیوان قطعی و لازم‌الاجراء است.

** گفتنی است از سال ۱۳۵۲ به بعد اختلاف عقیده شدیدی درباره آب هیرمند بروز نکرده است و سابقه‌ای دال برگوش هریک از طرفین نسبت به تغییر وضع موجود ملاحظه نمی‌شود (غلامرضا فخاری: اختلاف دولتین ایران و افغانستان در مورد رود هیرمند، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، ۱۳۷۱، صص ۷۶ به بعد). لذا چنین بهنظر می‌رسد که اکنون پس از پایان دوره کودتاهای مکرر، جنگ و پیروزی مبارزان افغانی، زمان برای مطالبه حقایق ایران فرا رسیده است.

شایان ذکر است که به دنبال سیل ویرانگر سال ۱۳۶۹، زمینه مناسبی برای همکاری ایران و افغانستان بوجود آمد و پس از آنکه دولت ایران به کمک سیلزدگان افغانی شافت، همانی از افغانستان به ایران آمد و مذاکراتی درباره استفاده مطلوب از آب هیرمند انجام شد که اقدام جدی در پی نداشت. اما واقعیتی که نباید از نظر دور داشت این است که هرگاه جنگ داخلی افغانستان پایان گیرد و افغانها «سلاحها را بر زمین گذارند و سیلها را به دست گیرند، مسلماً اوضاع به گونه‌ای دیگر خواهد بود» (محمد اسماعیل نوریان: بحران و جنگ و صلح خاورمیانه، وزارت امور خارجه، ۱۳۷۲، ص ۸۳). لذا پیشگیری از محرومیت ایران از حقایق خود و اقدامات احتمالی افغانستان در جهتی مغایر با منافع ایران و آنچه تدبیر لازم در این خصوص، ضرورتی اساسی دارد.

ب. ایستگاههای اندازه‌گیری:

به طور کلی، فراهم کردن مقدّمات استقرار تجهیزات اندازه‌گیری بر عهده هیأتهای مشترک گذارده شده است. در کتوانسیون کارس، هیأت مزبور مأمور انتخاب محل و نوع تأسیسات شده است. ماده ۱ کتوانسیون عشق آباد هم به کارشناسان طرفین مأموریّت داده است تا به نصب تأسیسات دائمی اندازه‌گیری سطح آب تعجن اقدام کنند. توافق یاد شده ایران و عراق نیز کمیسیون فنی دائمی مشترک را موظّف کرده است تا مطالعاتی در اطراف ایجاد تأسیسات لازم توسط طرفین انجام دهد و کارآیی آنها را پس از نصب تأمین کند. اما در مورد هیرمند، برخلاف روش معمول، این امر به کارشناسان واگذار نشده است، بلکه اهمیّت تقسیم آب چنان بوده که (مطابق ماده ۳ معاہده) تأسیس ایستگاههای اندازه‌گیری بر عهده هر دو دولت نهاده شده است.

دوم. احداث و بهره‌برداری از سد

به دلیل تغییر متناسب فصلها، آبراههای خاورمیانه بیش از دیگر نقاط با تغییرات ناگهانی و گسترده رو برو هستند. لذا برای تنظیم و غلبه بر جریانهای عظیم، مهار آبها و احداث سد ضرورتی تمام دارد. اقوام هیتی، ایرانیان و ترکها در روزگار خود، دانش بستن سد را به نیکوبی می‌دانستند و سدهایی به غایت استوار ساخته‌اند، چنانکه برخی سدهایی که بیش از هزار سال پیش در ناحیه وان ترکیه ساخته شده‌اند، همچنان سربا هستند و اکنون نیز از آنها استفاده می‌شود.^{۲۸}* در دوره جدید هم دولتها با بکارگیری ترتیبات قراردادی متعدد در امر احداث سد و بهره‌برداری از آن به همکاری پرداخته و در سالهای اخیر نیز به

(28) John F. KOLARS et William A. MITCHELL. «*The Euphrates River and the Southeast Anatolia Development Project*», Southern Illinois University Press, 1991, pp. 2-9.

* بند امیر نیز از جمله سدهای مهم دوران اسلامی در ایران است که در زمان عضدالدوله دیلمی بروی رود کر در فارس ساخته شد و طول آن ۱۰۶ متر است. این بند از همان زمان تا دوران ما مورد بهره‌برداری بوده است.

همکاری برای تولید نیروی برق از رودها روی آورده‌اند.

۱. سدسازی برای تنظیم و ساماندهی آبهای روان

در معاهدات دوچاره، مقرراتی درخصوص احداث سد و منظم کردن آبهای جاری به چشم می‌خورد. هدف از این مقررات، حدّاًکثر استفاده از آب و نیز مهار و مبارزه با تأثیرات زیانبار آن است.

الف. بستن سد برای ذخیره‌سازی آب:

در منطقه‌ای کوهستانی همچون خاورمیانه، زمانی که زراعت بیشترین نیاز را به آب دارد همان زمانی است که آب رودهای روبه کاهش می‌نهد. برای نظم بخشیدن به جریان آب و استمرار حدّاقل آبدی که نیازهای کشاورزان را برآورده سازد، ذخیره‌سازی آب حاصل از طغیانهای بهاری بهترین راه چاره است. از این‌رو، دولتها در انتخاب محل مناسب برای سدسازی و روش‌های استفاده مطلوب از آبهای ذخیره شده ناگزیر از همکاری با یکدیگرند.

ماده ۳ کنوانسیون عشق‌آباد نشان‌دهنده آن است که طرفین به خوبی از مزایای احداث سدّی بر روی تعجب آگاه بوده‌اند. احداث این سد در محلی نرسیده به پل خاتون، سبب جمع شدن آبهای مازاد در پشت آن می‌شود. ساخت این سد موکول به حصول توافقی خاص گردیده که تاکنون اسباب آن فراهم نشده است. در کنوانسیون کارس نیز پیش‌بینی شده است (ماده ۵) که هرگاه بالا آوردن سطح آب ضروری باشد، هر طرف می‌تواند سدهایی بدین منظور بناسند مشروط بر اینکه امکان عبور آزاد مقدار آب لازم را فراهم سازد.

ب. استقرار تأسیسات برای جلوگیری از آثار زیانبار طغیان رود:

میزان خسارت‌های طغیان آب اغلب بیش از خسارت‌هایی است که بر اثر کمبود آب به کشاورزان وارد می‌آید. برای مقابله با زیانهای مصیبت‌بار سیلاها، جمع‌آوری اطلاعات و اعمال مدیریت مناسب امری ضروری است.

— ایستگاههای اندازه‌گیری و مطالعاتی: وظیفه این دستگاهها، که ترجیحاً در خاک کشور بالادست استقرار می‌یابند، جمع آوری اطلاعات علمی و مطالعات اقلیم‌شناسی است. این اطلاعات باید بی‌درنگ به مقامات کشور پایین دست داده شود تا آنها بتوانند اقدامات پیشگیرانه را برای کاستن از زیانهای احتمالی سیل بعمل آورند. هنگامی که سیلی خروشان و بنیان‌کن در راه است، این همکاری بسیار سودمند خواهد بود.

دجله از جمله رودهایی است که طغیانهایی چنین دهشتناک دارد و حجم آب گاه تا هشتاد برابر کمترین میزان آبدی آن می‌رسد.^{۲۹} برای جلوگیری از وقوع فاجعه و محدود کردن طغیان رود که تاریخ بین‌النهرین بارها از آن نشان دارد، ترکیه خود را متعهد به همکاری با کشور پایین دست یعنی عراق دانسته است. در این زمینه، «پروتکل مربوط به تنظیم رودهای دجله و فرات و شاخه‌های آنها» که به «عهدنامه موذّت و حسن هم‌جواری عراق و ترکیه» منضم است، در تاریخ ۲۹ مارس ۱۹۴۶ در آنکارا به امضای طرفین رسیده است.^{۳۰} مقدمه این پروتکل استقرار ایستگاههای مطالعاتی دائمی در خاک ترکیه را ضروری دانسته است. در این خصوص کارشناسان عراقي خود باید به بررسیها و مساحی مقدماتی برای انجام طرحها و انتخاب محل ایستگاهها همت کنند. البته ترکیه نیز به منظور حفظ حقوق حاکمه خود، حق ترسیم نقشه‌ها و پیشبرد استقرار این تأسیسات و راهاندازی و فعالیت آنها را براي خویش محفوظ داشته است. مخارج کلیه این امور با عراق است ولی هزینه فعالیت ایستگاهها به طور مساوی به عهده هر دو طرف قرار دارد (مواد ۱ و ۳). در زمان بالا آمدن آب، روزانه مطالعات لازم انجام می‌گیرد و میزان آب با تلگرام به اطلاع مقامات عراقي رسانده می‌شود. اما در غیر این موقع، نتیجه بررسیها دوبار در ماه و آن هم با آگهی‌نامه (بولتن) به عراق ارسال می‌شود. هزینه مخابرات و مکاتبات نیز به عهده دولت عراق است (مادة ۳).

(29) John F. KOLARS - Hydro-geographic Background to the Utilization of International Rivers in the Middle East -, in *Proceedings of the 80th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, April 9-12, 1986, p. 255.

(30) *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 37, p. 280.

ماده ۷ معاہدة کراچی – که قبلًاً ذکر آن رفت – چنین امکانی را در حوضه رود سند پیش‌بینی کرده است. بر این اساس، طرفین متعهد شده‌اند در صورت تقاضای طرف دیگر و به خرج آن، ایستگاههای هواشناسی و آب‌شناشی را در خاک خود دایر کنند. با این حال، طرفین تنها مرجع ذی صلاح برای تشخیص امکان استقرار چنین تأسیساتی هستند.^{۳۱}

– ایجاد استحکامات برای تثبیت سواحل: برای آنکه از عواقب زیانبار تغییرات یکباره کاسته شود و بتوان به شکل مؤثری بر مشکلات ناشی از آن غلبه کرد، استقرار تجهیزات هشداردهنده کافی به نظر نمی‌رسد. بر پایه اطلاعات بدست آمده، بخصوص مداومت، حجم و دوره‌های مختلف طغیانها باید اقداماتی برای استحکام بخشیدن به کناره‌های رودخانه و جلوگیری از تغییر بستر آنها انجام بگیرد. در بسیاری از ترتیبات قراردادی چنین اقداماتی پیش‌بینی شده است.

مطابق ماده ۶ کنوانسیون کارس هر یک از طرفین می‌تواند برای جلوگیری از فرسایش و انهدام کناره‌های رود، سنگ چین و دیواره‌هایی بناسنده، البته مشروط بر آنکه طرف دیگر را موقع مطلع کند و در مقابل آسیبها و خطرات چنین استحکاماتی به طرف دیگر باری رساند.

با ملاحظه اهمیت منافع و تأثیرات سوء احتمالی حاصل از این گونه اقدامات، به یقین شایسته تر آن است که در این زمینه دولتها هماهنگ با یکدیگر وارد عمل شوند. معاہدة اتحاد جماهیر شوروی [سابق] و افغانستان مورخ ۱۸ زانویه ۱۹۵۸ به چنین همکاری نظر داشته است.^{۳۲} طبق ماده ۹ معاہده، مقامهای دو دولت متعاهد اقدامات لازم برای رفع موانع جریان آب را که ممکن است به جابجایی بستر آبراهها منجر شود، بهاشتراك انجام می‌دهند. همچنین در صورت صلاح‌دید مسؤولان، کرانه‌های آبراهها باید با بنای استحکامات تثبیت گردد.

در ماده ۷ معاہدة آب هیرمند نیز پیش‌بینی شده است هر نوع ابنيه فنی

(31) G. FISCHER, *op. cit.*, p. 274.

(32) – *Traité entre le Gouvernement de l'U.R.S.S. et le Gouvernement royal afghan relatif à la frontière soviéto-afghane*, *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 321, p. 167.

مشترک که احداث آن به منظور استحکام بستر رود در مواضعی که خط سرحد در بستر رود واقع گردیده لازم دیده شود، بعد از موافقت طرفین بر شرایط و مشخصات آن، احداث می‌گردد.^{۲۰} در بعضی آبراهها وضع به گونه‌ای است که لاپرواژی نامناسب یا ناکافی و یا پُری و بالاً آمدن بستر رود، علت اصلی جاری شدن سیل خواهد بود. به نظر می‌رسد حوضه رود سند از این قبیل موارد باشد، زیرا مطابق ماده ۴ معاهده کراچی، پاکستان متعهد به حفظ آمادگی و توانایی خود در زهکشی آبراهها و، در صورت درخواست هند و به خرج آن، تعریض یا عمیق‌تر کردن آبگذرهاست. معاهده ۱۹۵۸ مسکو نیز ماده ۱۲ خود را به این مهم اختصاص داده است، هرچند که رودهای مرزی افغانستان طبیعتاً با رودی چون سند متفاوتند. بر آن اساس، با تفاهم مشترک در محلهای مورد نظر طرفین، عملیات لازم انجام خواهد شد. همچنین طرفین ملتزم شده‌اند تا فاصله‌ای از کناره که خطر پر شدن و بالا آمدن یا مسدود شدن مسیر آب وجود دارد، از ریختن زباله و مواد زاید به آبراه خودداری کنند و با پاکسازی بستر آن، هرگونه مانع جریان صحیح آب را در زمان طغیان و پرآبی از میان بردارند.^{۲۱}

«در مورد آبراههای مرزی جمهوری اسلامی ایران در تاریخ هیجدهم مرداد ۱۳۶۲ قانون حفظ و تثییت کناره و بستر رودخانه‌های مرزی از تصویب مجلس شورای اسلامی گذشته است. بر اساس ماده ۱ این قانون، وزارت نیرو با همکاری دیگر دستگاههای ذی‌ربط با رعایت مفاد معاهدات و موافقنامه‌ها و پروتکلهای مرزی ایران و دول هم‌جوار، نسبت به انجام امور فنی و اجرایی اقدام می‌نماید. مطابق ماده ۴ این قانون، وزارت کشاورزی حفظ و ایجاد بوشش نباتی و غرس اشجار برای تحکیم و تثییت کناره‌ها و اجرای طرحهای حفاظت خاک و آبخیزداری را در حوضه رودخانه‌های مرزی به عهده خواهد داشت (مجموعه قوانین اولین دوره مجلس شورای اسلامی، انتشارات روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ص ۴۹۳).»

«اتحاد جماهیر شوروی [سابق]، مقررات مشابهی نیز در این زمینه با دولت ایران و آبراههای مرزی دو کشور دارد. مطابق مواد نهم و دهم قرارداد ۱۳۳۶ ایران و شوروی راجع به انتظامات مرزی، برای حفظ کرانه‌ها از خرابی و جلوگیری از تغییر مسیر، در صورتی که مصادر امور طرفین متفقاً ضروری بدانند، رودخانه‌های سرحدی کناره‌بندی خواهد شد. چنانچه مسیر رود مرزی بهطور طبیعی تغییر باید در صورت لزوم متفقاً به اصلاح مسیر اقدام می‌شود. بعلاوه، در صورت ضرورت، آبهای مرزی به خرج متساوی طرفین لاپرواژی خواهد شد (مجموعه معاهدات دوجانبه معتبر دولت ایران تا سال ۱۳۴۹، انتشارات وزارت امور خارجه، ج ۱، ص ۱۲۲).»

۲. تولید برق از نیروی آب

به رغم آنکه صدھا رود در منطقه خاورمیانه روان است و دره‌های ژرف و اختلاف سطح، موقعیت بسیار مناسبی برای احداث نیروگاههای آبی پدید آورده، تعداد این گونه تأسیسات بسیار اندک است. هم‌اکنون فقط دو عملیات بزرگ برای بهره‌برداری از آبراههای مرزی و تولید نیروی برق انجام یافته است: یکی در یرموک که سوریه و اردن به آن مشغولند، و دیگری عملیات ایران و سوریه [سابق] در رود ارس.

الف. تولید نیروی برق از یرموک:

یرموک از دامنه غربی جبل دروز سرچشمه می‌گیرد و پیش از آنکه به اردن برسد، در ده کیلومتری جنوب دریاچه طبریه، حدود ۱۵ کیلومتر از مرز سوریه و اردن را تشکیل می‌دهد و پس از آن به طور پیوسته تا حدود ۳۰ کیلومتر اردن را از فلسطین اشغالی (اسرائیل) جدا می‌کند. آبدھی یرموک تا ۵۰۰ میلیون متر مکعب در سال تخمین زده می‌شود و در عمل تنها منبع آب برای اردن به شمار می‌آید.^{۳۳} پس از تشکیل دولت اسرائیل و روی آوردن پناهندگان فلسطینی به اردن، این دولت به فکر تهیه برنامه‌ای گسترده برای استفاده از منابع آب مزبور افتاد. با کمکهای مالی سازمان ملل برای آوارگان فلسطینی در چارچوب «UNRWA» (دایرة کمکهای ملل متحدة برای آوارگان فلسطینی در خاور نزدیک) و کمکهای ایالات متحده (مشهور به اصل چهار مارشال)^{۳۴} راه انقاد توافقنامه دمشق بین سوریه و اردن در ۴ ژوئن ۱۹۵۳ هموار شد. در این توافق، طرفین احداث سدی به ارتفاع ۷۰ تا ۱۰۰ متر و طول ۱۱۵۰ متر را در المکارن پیش‌بینی کردند. از این سد، با گنجایش ۳۰۰ میلیون متر مکعب آب، برای تولید نیروی برق و آبیاری اراضی استفاده خواهد شد. هزینه تحقیقات و

(33) Joseph W. DELLA PENNA - Water in the Jordan Valley : The Potential and Limits of Law - the Palestine Yearbook of International Law, vol. V, 1989, p. 20.

(34) J.V. LOUIS - Les eaux du Jourdain -, A.F.D.I., vol. XI, 1965, pp. 831-832.

مطالعات اوّلیه و بکارگیری متخصصان برای اجرای طرحها با اردن است. سوریه نیز عبور آزاد مجریان طرح را در خاک خود تضمین کرده است و خدمات مخابراتی مورد نیاز آنان را تا اتمام کار فراهم می‌آورد (مواد ۳ و ۹). هفتاد و پنج درصد نیروی تولید شده به سوریه تعلق خواهد داشت و در عوض بخش اعظم ذخیره آب در اختیار اردن خواهد بود. این کشور پرداخت دستمزد کارکنان را تا میزان هشتاد درصد و هزینه‌های مربوط به عملیات ساخت و نصب و تجهیزات را تا میزان نود و پنج درصد تقبیل کرده است.^{۳۵} ماده ۱۰ توافقنامه، تشکیل هیأت مشترکی از کارشناسان عالیرتبه را مقرر کرده و مأموریت اوّلیه آن را نظارت بر پیشرفت کار احداث سد قرار داده است. ولی تنگدستی و دشمنی‌های آشکار اسرائیل که با حمله سال ۱۹۶۷ ساختمان نیمه کاره آن را نابود ساخت، دو مانع بزرگ بر سر راه اجرای این طرح بوده و تاکنون به سرانجام نرسیده است.^{۳۶}

در این میان، اردن همچنان بر احداث سد المکارن پای می‌فشارد^{۳۷} و اسرائیل نیز که پس از جنگ شش روزه در سال ۱۹۶۷ مناطق بیشتری از کرانه‌های سمت راست یرموك را به اشغال خود درآورده است، به اجرای این طرح علاقه نشان می‌دهد. این دولت خواهان آن است که احداث سد در چارچوب همکاری منطقه‌ای انجام شود تا بدین ترتیب جمعیت ساکن در غرب اردن نیز از ثمرات آن بی‌بهره نماند. در واقع، اسرائیل با استناد به حقوق بین‌الملل عرفی، سهمی منصفانه از یرموك را طلب می‌کند.^{۳۸}

ب. تولید نیروی برق از ارس:

پس از تصمیم به استفاده مشترک از رودهای مرزی ارس و اترک برای تأمین منابع آبیاری و تولید نیرو در ۱۱ اوت ۱۹۵۷ (۱۳۳۶ میلادی)، موافقتنامه استفاده از رودخانه‌های مرزی در تهران به امضای نمایندگان ایران و

(35) Abraham M. HIRSCH, *op. cit.*, p. 96.

(36) Jeffrey D. DILLMAN - Water Rights in the Occupied Territories, *Journal of Palestine Studies*, vol. XIX, N° 1, Autumn 1989, pp. 51-52.

(37) Joseph W. DELLA PENNA, *op. cit.*, p. 27.

(38) Lettre datée du 16 juillet 1982 du Représentant permanent d'Israël aux Nations Unies au Secrétaire Général, A/37/347 du 19 juillet 1982, p. 10.

اتحاد شوروی رسید. طبق این موافقتنامه که در مقدمه به اصل برابری حقوق طرفین در استفاده از منابع آب و نیرو تصریح می‌کند، دو طرف عهده‌دار تهیه طرح مقدماتی و مطالعات لازم در این باره شده‌اند. بر اساس مواد ۲ و ۳، سه گروه از کارشناسان منتخب طرفین موظف به تهیه گزارش توجیهی و انجام مطالعات زمین‌شناسی و تشریع و ترسیم آبهای جاری و تهیه نقشه‌های لازم شده‌اند. این گروهها باید هر سه ماه یک بار گزارش کار خود را تسلیم مقامهای ذی صلاح کنند.

مطالعات اوّلیه برای احداث تأسیسات مشترک را شوروی بر عهده گرفته است و ایران نیز با اعزام ده کارشناس به خرج خود، در این مطالعات مشارکت می‌جوید (ماده ۵). از آنجاکه حوضه رود ارس امکان بیشتری برای تأمین منابع آبیاری و پیشرفت اقتصادی داشت، اولویت اجرای طرحهای مورد نظر به این حوضه داده شد. با امضای موافقتنامه همکاری اقتصادی و فنی در ژوئیه ۱۹۶۳ [مرداد ۱۳۴۲]، طرفین به طور رسمی با اجرای برنامه بهره‌برداری از ارس توافق کردند.^{۳۹} این برنامه مشتمل بود بر احداث یک سد مخزنی در منطقه نخجوان و یک سد انحرافی در میل و مغان برای آبیاری دشت‌های همجوار. گنجایش سد نخست با ارتفاع ۲۵ - ۴۰ متر، تا ۸۰۰ میلیون متر مکعب خواهد بود که ۴۰ - ۶۰ هزار کیلووات برق در ساعت تولید می‌کند، و از سد دوم با ارتفاع ۱۰ متر باید آب ۶۵ هزار هکتار اراضی زراعی تأمین شود.^{۴۰} به موجب این موافقتنامه، هزینه‌های عملیات به طور مساوی با طرفین است که بدین منظور شوروی ۳۵ میلیون روبل به ایران اعتبار می‌دهد تا تجهیزات و اجنسان مورد نیاز را بخرد. مطابق ماده ۲ شرکتهاشی شوروی عملیات را با مشارکت شرکتهاشی ایرانی پیش می‌برند و عملیات طی ۶ تا ۷ سال به پایان خواهد رسید. برای آنکه بهره‌برداری به نحو احسن انجام شود، دو موافقتنامه مذکور توجه خاصی به ملاحظات فنی نموده و موانع سیاسی را که باعث وقفه در انجام موقفيت‌آمیز عملیات می‌شود،

(۳۹) این موافقتنامه در دیپرخانه مل متحدد به ثبت نرسیده است. همچنین تاکنون ترجمه رسمی به زبان فرانسه یا انگلیسی از این موافقتنامه، که نسخه فارسی و روسی آن از اعتبار مساوی برخوردارند، منتشر نشده است.

(۴۰) Cf. commentaire de l'Accord irano-soviétique du 11 août 1957 par Abraham M. Hirsch, in the *Middle East Journal*, vol XIII, 1959, p. 193.

از میان برداشته‌اند. در هر دو مورد، طرفین به کارکنان حق عبور آزاد از سرزمین خود را می‌دهند و تمام امکانات را برای حسن اجرای وظایف ایشان فراهم می‌آورند (ماده ۴ موافقنامه ۱۹۵۷ [۱۳۳۶] و ماده ۵ موافقنامه ۱۹۶۳ [۱۳۴۲]). در ۷ زوئیه ۱۹۷۱ [تیر ۱۳۵۰] مقررات و شرایط عبور و اقامات کارکنان مجری طرح و جابجایی اثاثیه و اموال به طور مشروح تدوین شد و بدین ترتیب طرفین به قدر وسع کوشیدند موضوع را بدور از مربزبندیهای سیاسی به پیش ببرند. این موافقنامه همانند کتوانسیون ژنو موّرخ ۹ دسامبر ۱۹۲۳ راجع به «بهره‌برداری از نیروی آب بین دولتهاي ذي نفع»^{۴۱} نشان‌دهنده تقابل دو اصل به ظاهر متضاد است: اصل حاکمیت دولت بر سرزمین خود، و مقتضیات فنی و بهره‌برداری مطلوب از نیروی آب برای تولید برق.^{۴۲}

در تاریخ ۲ دسامبر ۱۹۷۳ [۱۱ آذر ۱۳۵۲] پروتکل شرایط، مقررات و نحوه اداره و بهره‌برداری از تأسیسات موجود در رود ارس بین نمایندگان طرفین در تهران به امضاء رسید.^{۴۳} بر اساس ماده ۱ این پروتکل، تمام تأسیسات و تجهیزات در حکم اموال مشترک طرفین بوده و غیرقابل تقسیم و تقسیک است. هیأت مشترک نیز مأمور تأمین هماهنگی لازم و حل مشکلات ناشی از بهره‌برداری و اداره تأسیسات می‌باشد (ماده ۷). تسهیلات رفت و آمد و اقامات کارکنان نیز فراهم شده است (ماده ۸).

موقوفیت این اقدام مشترک موجب شد ایران و سوری دست به کار عملیات دیگری در پایین دست آبراه شوند. در تاریخ ۱۱ اکتبر ۱۹۷۷ [۱۳۵۶] توافقی بین طرفین حاصل شد تا تأسیسات تولید برق آبی از سد خدآآفرین و سد قزلقلعه‌سی احداث گردد. مذاکرات برای پیشبرد سریع امور در حال انجام است.^{۴۴}

(۴۱) *Recueil des Trattés de la Société des Nations*, vol. VII, p. 36.

(۴۲) C.A. COLLARD - Evolution et aspects actuels du régime juridique des fleuves internationaux », *Recueil des Cours de l'Académie du Droit International*, 1968 III, vol. 125, p. 403.

(۴۳) همانند موافقنامه سال ۱۳۴۲ [۲۲ زوئیه ۱۹۶۶]، این توافق نیز در دیبرخانه ملل متحده ثبت شده است.

« پس از گذشت چند سال از آن تاریخ، پروتکل نهایی همکاریهای اقتصادی بین جمهوری اسلامی ایران و اتحاد شوروی (سابق) در تاریخ ۳۰ خرداد ۱۳۵۹ به امضاء رسید و در ۱۳ تیر همان سال ماده واحده آن از تصویب شورای انقلاب گذشت. در اجلاییه مربوط، طرف شوروی جریان تهیه طرح فنی احداث مجموعه

آب‌اوهای مورد گشکش و قواعد حقوق بین‌الملل

با اضمحلال امپراتوری عثمانی و قطعه قطعه شدن سرزمینهایی که تحت حکومت واحدی بودند، حوضه‌های رودهای اردن و فرات هر یک در حاکمیت چند دولت قرار گرفتند. بسیار بدیهی است که در این منطقه خشک و کم آب، هر کس می‌خواهد آب بیشتری فراچنگ آورد. وسوسه استفاده انحصاری برای پیشبرد اقتصاد ملّی و نبود زمینه مناسب سیاسی و اعتقادی برای همکاری،

تأسیسات آبی خداافرین را به اطلاع طرف ایرانی رساند و قرار بر ادامه مذکورات کارشناسان طرفین شد. بعلاوه، طرف شوروی اطلاع داد که گزارش توجیهی اقتصادی و فتی مربوط به احداث مخزن آب در رودخانه هریروود (تعجب) در ناحیه پل خاتون را تهیه کرده است و گزارش استفاده از منابع آب رود اترک که با کمک سازمان ایرانی ذی‌ربط تهیه شده بود و همچنین ساختمان سد انحرافی رود هریروود در ناحیه دولت‌آباد در همان اجلاس به طرف ایرانی تسلیم شد. در این اجلاس، نماینده ایران برای ایجاد آبراهه انحرافی جدایگانه در رود اترک با ظرفیت عبور ۲۰ متر مکعب آب در ثانیه اعلام آمادگی کرد و موضوع استفاده مشترک از رودهای مرزی در دستور اجلاس بعدی قرار گرفت (مجموعه قوانین سال ۱۳۵۹، صص ۳۵۹ به بعد). در نهایت، پس از چند سال مذکوره در تاریخ ۱۵ آذر ۱۳۶۷ (دسامبر ۱۹۸۸) موافقنامه بین دولت جمهوری اسلامی ایران و اتحاد شوروی (سابق) راجع به همکاری در احداث بهره‌برداری تأسیسات آبی خداافرین و قیز قلمصی رودخانه مرزی ارس در مسکو به امضاء رسید. این موافقنامه در خرداد ۱۳۶۸ از تصویب مجلس شورای اسلامی گذشت. در مقدمه آن به حق مساوی طرفین نسبت به کلیه منابع آب و انرژی قسمتهای سرحدی ارس اشاره شده و بر اساس ماده ۱، تأسیسات در مالکیت مشترک ایران و شوروی بوده و به نسبت مساوی متعلق به طرفین است. اگرچه مراسم آغاز عملیات تأسیسات آبی خداافرین چند سال پیش برگزار شد ولی جز امور مقدماتی و برخی کارهای مطالعاتی و تجهیز کارگاهها، پیشرفت قابل ملاحظه‌ای در امر احداث آن حاصل نشده است. درگیر بودن دولت آذربایجان، که در عمل جانشین اتحاد شوروی در بهره‌برداری از رود ارس شده است، در مخاصمه با همسایه خود یکی از علل اصلی تأخیر در اجرای عملیات به نظر می‌رسد. درخصوص ایجاد تأسیساتی در پل خاتون بر روی هریروود نیز مذکوراتی با دولت ترکمنستان در حال انجام است که توافقاتی حاصل آمده، هرچند که فعالیت جدی آغاز نشده است.

خواهناخواه به سود کشورهای بالادست تمام می‌شود که با اقدامات یکجانبه خود به بهره‌برداری از بخشهاي واقع در سرزمین خود می‌پردازند. بالطبع اين فعاليتها که عموماً منافع کشورهای پايان دست را ناديده می‌انگارند، منجر به بروز درگيرها و برخوردهای بین دولتهای حوضه یک آبراه^{*} می‌گردد. اگرچه همه رودها خصوصيات يكسانی ندارند، ولی باید با استفاده از قواعد عمومی حقوق بین‌الملل راجع به رودخانه‌ها در زمینه استفاده‌های غيرکشتيراني، به حلّ اين منازعات همت گماشت. انجام اين مهم برعهده حقوقدانان است.

اول. بهره‌برداری از آبهای مورد اختلاف

به رغم طرحهای متعدد برای بهره‌برداری يكسان از حوضه رود اردن، که مهمترین آن طرح جانستون بوده و ایالات متحده آن را اراائه کرده است^{۴۴}، در بهره‌برداری از منابع آب اين آبراه، همواره بین دولتهای عرب و اسرائيل کشمکش بوده است. در مورد فرات نيز از سال ۱۹۶۲ به بعد، دولتهای ترکيه، سوريه و عراق بر سر تقسيم آن اختلاف داشته‌اند. از سال ۱۹۸۴ که ترکيه به منظور استفاده منطقی از فرات با بلندپروازی به فکر توسعه آنانتولي جنوب شرقی افتاد، چالشهای جدی بین دولتهای حوضه اين رود درگرفته است.

* با توجه به تعریفی که کمیسیون حقوق بین‌الملل از آبراه (Water course) کرده است، می‌توان آن را مجموعی از آبهای سطحی و زیرزمینی دانست که به دلیل ارتباط طبیعی بین آنها یک حوضه واحد را تشکیل می‌دهند و به سوی مقصدى مشترک راه می‌سپرند. بنابراین، حوضه یک آبراه، به تمامی حوضهای تفکیک‌ناپذیر و کلی است که قرار گرفتن آن در سرزمین چند دولت تأثیری بر مشخصات طبیعی واحد بودن آن ندارد.

Cf. Report of the international law commission on the work of its forty-fifth session (1993) General Assembly (A/48/10), p. 224.

به عنوان مثال، حوضه آبريز رود کارون مناطقی از استانهای چهارمحال و کهکیلویه و خوزستان را دربرمی‌گيرد ولی چون پایاب همه آنها کارون و در نهايى خلیج فارس است به عنوان حوضه آبريز کارون شناخته می‌شود.

(44) Pour la liste des 16 plans d'aménagement élaborés entre 1939 et 1964, Cf. « Water Resources of the Occupied Palestine Territory », A/AC.183, Nations Unies, New-York, 1992, p. 17.

۱. بهره‌برداری از رود اردن

رود اردن از پیوستن چهار سیلاب تشکیل شده است که از کوهستانهای لبنان سرازیر می‌شوند و ۳۶۰ کیلومتر طول دارد. این رود در پایین دست، حدود چند کیلومتر به فلسطین اشغالی (اسرائیل) داخل می‌شود و از دریاچه‌های طبریه و حلوه می‌گذرد و با خروج از دریاچه طبریه به یرمومک می‌پیوندد و آنگاه اردن و اسرائیل را از هم جدا می‌کند، سپس به اردن وارد می‌شود و سرانجام به بحرالمیت می‌ریزد. پس از جنگ ۱۹۴۷ اعراب و اسرائیل که کرانه باختری رود اردن به اشغال اسرائیل درآمد، این آبراه خط تشانه بین سرزمینهای اشغالی و اردن شد. آبدهی این آبراه همچون شاخه‌های آن اندک است و همین، علت تشدید اختلافات و حتی منازعه برای دراختیار گرفتن آب رود اردن شده است. پس از پایان نخستین جنگ جهانی، سوریه و لبنان به قیومت فرانسه، و فلسطین به قیومت انگلستان درآمدند. این دو قدرت مجموعه توافقهایی را به امضاء رساندند تا مسائل مرزی و نظام بهره‌برداری از رود اردن را سامان بخشند. نخستین بار، موافقتنامه‌ای در ۲۳ دسامبر ۱۹۲۰ در پاریس امضاء شد و انگلستان و فرانسه توافق کردند راههای استفاده مشترک از رود اردن را بررسی کنند. منظور اصلی دو طرف، استفاده‌های آبیاری و تولید نیرو از قسمت علیای رود اردن و یرمومک بود که منوط به تأمین نیازهای سرزمینهای تحت اداره فرانسه گشته بود. در ۷ مارس ۱۹۲۳ طرفین ضمن مبادله نامه راجع به ترسیم مرز میان سوریه و فلسطین، در امور شیلات و کشتیرانی دریاچه‌های حلوه و طبریه و آن قسمت از رود اردن که بین دو دریاچه واقع شده است، حقوقی برابر با ساکنان فلسطین را برای ساکنان لبنان و سوریه به رسمیت شناختند.^{۴۵} توافق سوم در ۲ فوریه ۱۹۲۶ در شهر اورشلیم حاصل آمد و طرفین بر حقوق مکتب ساکنان لبنان و سوریه، شامل اهالی مناطق دور از کناره رود، برای استفاده از آب مطابق استناد و سابقه و عرف محلی هم سخن شدند.^{۴۶}

(45) *Recueil des Traité de la Société des Nations*, vol. XXII, p. 354 et 364.

(46) *Recueil des Traité de la Société des Nations*, vol. LVI, p. 80.

با پایان قیومت انگلستان بر فلسطین، اسرائیل با طرح و دفاعی همه جانبه از قاعدة «دولت بی مسؤولیت»^{۴۷} جهدی تمام بکاربرد تا به عنوان دولت جانشین به حساب نیاید. در نبود زمینه‌ای مساعد برای همکاری دولتهای کناره رود، اسرائیل آسوده از هر تعهدی دست به کار انحراف جریان آب و بهره‌گیری از آن به نفع خود شد. تخلیه آب دریاچه طبریه با تلمبه‌زنی، اصلی ترین اقدام اسرائیل بود که دولتهای عرب به جدّ در مقابل آن واکنش نشان دادند، هرچند که موقفیت چندانی به دست نیاوردند.

الف. تلمبه‌زنی اسرائیل در دریاچه طبریه:

اریک جانستون (Eric Johnston)، فرستاده آیزنهاور رئیس جمهور آمریکا در آغاز دهه پنجاه میلادی، طرحی را ارائه کرده بود که با اجرای آن دریاچه طبریه تبدیل به مخزن آبی وسیع برای آبیاری سراسر منطقه می‌شد. بر اساس این طرح، حق اردن از این آب ۵۶ درصد و سهم اسرائیل ۳۷ درصد بود و ۷ درصد باقیمانده به سوریه تعلق می‌گرفت. اعراب با شروطی چند این طرح را در سال ۱۹۵۵ پذیرفتند ولی اسرائیل از قبول آن سر باز زد. اسرائیل که از موقعیت جغرافیایی مساعدی برخوردار است، در اجرای «طرح آبرسانی»، آب دریاچه را با تلمبه به بیابانهای ناحیه تقب هدایت می‌کند. مرحله اول این عملیات در سال ۱۹۶۴^{۴۸} و مرحله دوم در سال ۱۹۷۰ به پایان رسید و اسرائیل توانست ظرفیت تلمبه‌زنی را به ۱۱ تا ۱۶ متر مکعب آب در ثانیه برساند.^{۴۹} هم‌اکنون اسرائیل سالیانه حدود ۴۴۰ میلیون متر مکعب آب از دریاچه طبریه

(47) J.C. FERNANDEZ ROZAS - *La succession d'Etats en matière de conventions fluviales* -, in *Le régime juridique des fleuves et des lacs internationaux*, R. ZACKLIN et L. CARFLISCH (Ed.) Martinus Nijhoff Publishers, 1981, p. 158.

[قلعه «Clean slate State» یا «Table rase»، برگرفته از عبارت لاتین «Tabula rasa»، به معنای دولت بی مسؤولیت است. این نظریه، که طوفاران آن بیشتر دولتهاي تو استقلال از بنده استعمار رسته بوده‌اند، بنابر منافع ملی مطرح می‌شود و انگیزه اصلی از طرح آن می‌زد که دولت جدید از تهدیدات و مسؤولیتهاي دولت پیشین است.]

(48) Jeffrey D. DILLMAN - *Water Rights in the Occupied Territory* -, *Journal of Palestine Studies*, vol. XIX № 1, Autumn 1989, Issue 73, pp. 51-52.

(49) *Water Resources of the Occupied Palestine Territory*, op. cit., p. 14.

برداشت می‌کند^{۱۰} و با کمک ایستگاه تلمذه‌زنی طبقه در بئرالشعه مرکز ناحیه نقب، توانسته است آب را به بیابانهایی برساند که پیش از این خشک و بی‌محصول بود. با حاصلخیز شدن اراضی این ناحیه، جمع کثیری از مهاجران (يهودی) ابه آنجا کوچ کرده و سکنی گزیده‌اند.

ب. طرحهای دولتهای عربی برای تغییر جهت رود اردن:
هرچند اسرائیل به طور مستقیم از رود اردن آب برنمی‌دارد ولی تلمبه‌زنی در دریاچه به کاهش حجم آب قابل استفاده در خروجی دریاچه می‌انجامد و دولتهای عرب نیز به همین خاطر در برابر آن واکنش نشان داده‌اند. در ۲۹ فوریه ۱۹۶۰ اتحادیه عرب با تصویب قطعنامه‌ای این عمل اسرائیل را «اقدامی تجاوزکارانه» دانست و با استناد به نظریه دفاع مشروع جمعی در این خصوص، تشکیل یک گروه ویژه را اعلام کرد که مأموریت آن هماهنگی و اجرای طرحهای بهره‌برداری از رود اردن در جهت منافع اعراب است. اجلاس سران دولتهای عرب در سال ۱۹۶۴، مجموعی از طرحهای تهییه شده را از تصویب گذراند.

سوای طرح بھرہ برداری از یرموک که ذکر آن رفت، باید به طرح تغییر مسیر آبهای حصبانی به سمت لیتانی در لبنان و حفر دو آبراهه در سوریه اشاره کرد.^{۵۰} با سه بار حمله نظامی اسرائیل به عملیات مقدماتی این طرحها در سوریه در سال ۱۹۶۵، اجرای آن متوقف شد^{۵۱} و از آنجاکه ادامه کار بدون حمایت و دفاع نظامی ناممکن بود و چنین دفاعی نیز در توان اعراب نبود، در شهریور همان سال سران عرب تصمیم به توقف عملیات به طور موقت گرفتند.^{۵۲} چنین

«جان بلوک و عادل درویش در کتاب جنگهای آب، درگیریهای آینده در خاورمیانه نوشته‌اند که این روزها، رود اردن چیزی بیش از یک جویبار نیست، که در تابستان آن جویبار نیز کمایش خشک می‌شود. این رود بزرگ افسانه‌ای قربانی برداشت و مصرف بیرحمانه آب در خاورمیانه شده است برداشت آن مقدار آب از دریاچه یکی از دلایل سقوط سطح آب در بخشهای پایین رود اردن است (ک). «قسم آب راهی به سیه، صلح، مجله آب و قسمه، فصلنامه اموم، آب و ازات ندو، س، دوم، ش، ۱، پها، ۷۳، صص ۱۰۵-۱۰۶.

(50) J.V. Louis, *op. cit.*, p. 843.

(51) Dossier *Les temps Modernes*, N° 253 bis, 1967, p. 879.

(52) J. V. Louis, *op. cit.*, p. 845.

به نظر می‌رسد که تاکنون فقط اردن توانسته است طرح آبیاری حدود ۲۳ هزار هکتار از اراضی کرانه شرقی رود اردن را از طریق آبراهه القور (موسوم به کانال ملک عبدالله) به انجام رساند.^{۵۳}.

۲. بهره‌برداری از فرات

فرات که از فلات‌های مرتفع ترکیه سرچشمه می‌گیرد و از مناطقی نیمه‌بیابانی در سوریه و عراق می‌گذرد اهمیت زیادی در آبیاری مناطق اطراف مسیر خود دارد. این آبراه بیش از ۲۷۰۰ کیلومتر درازا دارد و همچون دیگر آبراههای خاورمیانه بین ماههای آذر و فروردین پر آب است و آبدی آن گاه تا ۵۰۰۰ متر مکعب در ثانیه می‌رسد، اما در ماههای شهریور، مهر و آبان پایین می‌رود و آبدی آن تا میزان ۱۵۰ متر مکعب در ثانیه کاهش می‌یابد. بنابراین، بهره‌برداری از این رود و تنظیم آبدی آن برای بیشترین استفاده ممکن، ضرورتی حیاتی است.^{۵۴} از آنجاکه کشورهای حوضه فرات، اقدامی جمعی برای بهره‌برداری از آن بعمل نیاوردند، هر یک به طور جداگانه مبادرت به احداث سد کردند. در پایین دست، دولت عراق در رمادی‌الهنديه سدی احداث کرده که به دلیل موقعیت جغرافیایی عراق، هیچ مشکلی به باز نیامده است. ولی اقدامات مشابه سوریه و ترکیه با اعتراضهای جدی دولتهای پایین دست روبرو گشته است.

الف. بهره‌برداری سوریه:

برای کشوری نیمه‌بیابانی چون سوریه، استفاده از آب فرات و توسعه بخش کشاورزی جنبه حیاتی دارد. سوریه در ۴ مه ۱۹۶۶، با امضای پروتکلی، احداث سدی را در طبقه (موسوم به الثوره) در نزدیکی مرز ترکیه به اتحاد شوروی سپرد. روسها نیز بی‌درنگ دست به کار شدند و عملیات سدسازی را در ۱۹۷۳ به پایان رسانند. با احداث این سد، آبیاری ۶۵۰ هزار هکتار از زمینهای

(53) «Une prouesse technique, l'aménagement de la vallée du Jourdain», *Le Monde* du 2 mars 1984.

(54) «Le partage des eaux de l'Euphrate», *Maghreb-Machrekh*, N° 69, juillet-août-septembre 1975. La Documentation française, p. 61.

خشک و بی حاصل می‌گشت و ۶۰ درصد از برق مورد نیاز سوریه تولید می‌شد.^{۵۵}

برای آبگیری این سد و اقدام مشابه ترکیه در آبگیری سد کبان، بیش از یک میلیارد مترمکعب آب تا مارس ۱۹۷۵ مورد نیاز بود. این دو عملیات در بالادست که به کاهش محسوس آب فرات می‌انجامید، خشم عراق را برانگیخت. در ۲۱ آوریل ۱۹۷۱ شورای اتحادیه عرب به درخواست عراق تشکیل جلسه داد و هیأت کارشناسی را مأمور بررسی موضوع کرد. این هیأت فنی در ۲۹ آوریل ۱۹۷۵ از سوریه خواست تا آبهای ذخیره شده را برای تأمین نیازهای عراق رها کند. ولی سوریه به نشانه اعتراض از این هیأت خارج شد و از پذیرش نظر آن سر باز زد.^{۵۶}

ب. بهره‌برداری ترکیه:

برنامه گستردۀ ترکیه برای بهره‌برداری از فرات که به نام اختصاری «گاپ» (Guneydogu Anadolu Projesi) (جنوب شرقی آناتولی) موسوم است، در پایین دست سد کبان متمرکز شده و از سال ۱۹۷۴ آغاز گشته است.

این برنامه شامل ارزیابی منابع آبرسانی به ناحیه‌ای با وسعت ۷۵ هزار کیلومتر مربع در جنوب شرقی ترکیه است. تخمین زده شده است که هزینه‌های این طرح تا زمان بهره‌برداری در سال ۲۰۰۵ [۱۳۸۴] به ۲۰ میلیارد دلار برسد. اجرای این طرح ۱۲ درصد به درآمد ملّی ترکیه خواهد افزود. در این طرح، احداث ۲۲ سد و ۱۹ نیروگاه پیش‌بینی شده است که بدین ترتیب ضمن آبیاری ۱/۷ میلیون هکتار زمین، سالیانه ۲۷ میلیارد کیلووات ساعت برق تولید می‌شود و بخش اعظم نیازهای ترکیه به نیروی برق بر طرف می‌گردد.

در این میان، سد عظیم آتاترک در نزدیکی اورفه، حکایتی بس متفاوت دارد. این سد با ۱۷۶ متر بلندی و ۱۹۱۴ متر درازا، دریاچه‌ای به مساحت ۸۱۷

(55) John F. KOLARS et William A. MITCHELL, *op. cit.*, p. 3.

(56) - *Le partage des eaux de l'Euphrate* -, *op. cit.*, p. 63.

کیلومتر مربع را در پشت خود بوجود می آورد.^{۵۷} به منظور آنکه هنگام آبگیری این سد، از آسیبهای احتمالی به سوریه کاسته شود، ترکیه طبق پروتکلی متعهد شده است در طی این دوره به طور میانگین ۵۰۰ متر مکعب آب در ثانیه به سمت سوریه روان کند. چنانچه در طول یک ماه ترکیه نتواند این مقدار آب را فراهم سازد، باید کمبود آن را در ماه بعدی جبران کند.^{۵۸} در ۶ دسامبر ۱۹۸۹ دولت ترکیه اعلام کرد برای آبگیری سد آتاترک، به مدت یک ماه راه بر آب فرات بسته خواهد شد.^{۵۹} این عملیات از ۱۳ ژانویه تا ۱۲ فوریه ۱۹۹۰ انجام شد و طی آن مقدار آب در بخش پایین بسیار کم شد. واکنش سوریه به این اقدام بسیار شدید بود، زیرا منطقه در معرض خشکی و کم آبی کم سابقه‌ای قرار گرفت.^{۶۰} در مقابل، ترکیه به مقررات پروتکل پیش‌گفته استناد می‌جست و معتقد بود که طی یک ماه عملیات، دست کم ۷۵۰ متر مکعب آب در ثانیه تحويل داده که در واقع به علت آب شدن برف، این مقدار تا ۱۰۰۰ متر مکعب هم رسیده است.^{۶۱}

به هر حال، اختلاف در این باره همچنان باقی است. در اجلاس کارشناسان دولتهاي عضو اتحاديه عرب در ۲۲ دسامبر ۱۹۹۲ در قاهره، مسئله کمبود آب مورد بررسی قرار گرفت. در این اجلاس اسرائیل و ترکیه متهم به «ذدی آب اعراب» شدند و به همین جهت دبیر کل اتحادیه عرب تشکیل اجلاس سران دولتهاي عرب را برای بررسی موضوع پیشنهاد کرد. در این مورد قرار شد شورای اتحادیه در اجلاس خود در مارس ۱۹۹۳ به بحث بنشيند.^{۶۲}

(۵۷) GAP Southern Anatolia Project, the General Directorate of Press and Information of the Turkish Republic, 1992.

(۵۸) Pour les dispositions relatives aux ressources en eau de ce Protocole, Cf. *Middle East Contemporary Survey*, vol. XI, 1987, p. 650.

(۵۹) Chronique des faits internationaux, R.G.D.I.P. Tome 94, 1990, p. 796.

(۶۰) Joyce R. STARR - Water Wars-, *Foreign Policy*, N° 82, Spring 1991, p. 30.

(۶۱) *Le Monde* des 14-15 janvier 1990.

(۶۲) بنابر اطلاع حاصله از دفتر نمایندگی اتحادیه عرب در پاریس

* پنجمین اجلاس کنفرانس آب در مسقط پایتخت عمان در بهار ۱۳۷۳ (آوریل ۱۹۹۴) برگزار شد. در این اجلاس که اسرائیل نیز با اعزام میانی ۲۳ نفره برای نخستین بار در آن شرکت کرد، اعلام شد که هرگونه همکاری در زمینه آب و کشاورزی بین اعراب و اسرائیل قبل از دستیابی به صلح مردود است (محمد اسماعیل نوریان: همان مأخذ، ص ۱۲۰) و این خود نشان دهنده آن است که زمینه‌های همکاری بین دشمنان قبلی و مذاکره‌کنندگان فعلی، درخصوص استفاده مشترک از منابع آب فراهم شده است. کنار ←

دوم. حقوق و تعهدات کشور بالادست

معارضه دولتهای حوضه رودهای اردن و فرات در استفاده از منابع آب این دو حوضه، برآیند اختلاف نظر بیش از حد آنها در باب حقوق و تعهداتشان است. این مسأله در بحثهای راجع به حقوق استفاده‌های غیرکشتیرانی از آبراههای بین‌المللی^{*} نیز مطرح است. در این خصوص، مشکل اینجاست که هر آبراه ویژگیهایی دارد که مقتضی توجه خاص به مسائل آن است و به همین دلیل تاکنون پی‌ریزی نظام حقوقی بدون ابهام و دربردارنده قواعد عمومی و فرائیگر می‌تر نگشته است. با این همه، از سال ۱۹۷۱ که این موضوع در دستور کار کمیسیون حقوق بین‌الملل قرار گرفته است، بررسیهای بیشتری در این مورد انجام شده و مخربان ویژه، گزارش‌های متعددی را ارائه کرده‌اند و گفتگوی زیادی بر این اساس بعمل آمده است. همین امر یافتن راه حل را آسان‌تر می‌کند، زیرا بررسی مفاهیم که کمیسیون به تبیین آن پرداخته بسیار مفید و راهگشاست. کمیسیون خود^{**} این مفاهیم را با استفاده از آراء قضایی و داوری، توافقهای متعدد دوچاره و نتیجه تحقیقات مجتمع علمی بخصوص انتیتوی حقوق بین‌الملل، فراهم آورده است. تلاش کمیسیون در این باره سازگار نمودن حقوق حاکمه دولت در بهره‌گیری از آبهای سرزمین خود و تعهد به خودداری از اعمال این حاکمیت به ضرر دولت دیگر است. حاصل این تلفیق، قاعدة «استفاده و مشارکت منصفانه و معقول»^{***} از آبراه است که در ماده ۱۵ طرح مصوب کمیسیون در سال ۱۹۹۱ مطرح گردیده است.^{۶۳} مطابق این قاعدة که نشان‌دهنده

→ گذارده شدن طرحهای بلندپروازانه ترکیه موسوم به «پروژه صلح آب» از این اجلاس شاهد دیگری بر این منعاست. این پروژه بخش برون‌مرزی طرحهای ترکیه را تشکیل می‌دهد که به موجب آن با کمک اعراب خط لوله آب از ترکیه به این مناطق کشیده می‌شد.

* The law of the non-navigational uses of international water course

** Equitable and reasonable utilization and participation

(63) Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 43^e session, 29 avril-19 juillet 1991, Assemblée Générale, Supplém. N° 10 (A/46/10) New-York 1991, pp. 167 et suiv.

عرفی کاملاً مقبول و جاافتاده است^{۶۴}، بهره‌برداری یک دولت از آبراه نباید به زیانی بیش از اندازه برای دولت دیگر بینجامد^{۶۵}. میزان و اهمیت زیانهای واردہ، معیار اصلی برای تشخیص منصفانه بودن استفاده از آبراه است.

۱. اصل استفاده منصفانه از آبراه

چنین به نظر می‌رسد که نخستین بار دیوان داوری فرانسه و اسپانیا در رأی سال ۱۹۵۷ راجع به قضیه دریاچه لانو (Lanoux) به این قاعده استناد جست. در واقع، این رأی از مرحله رسیدگی به آن اختلاف فراتر رفت و به تبیین نظریه‌ای عام در مورد حقوق و تعهدات دولتها در بهره‌گیری و مدیریت آبراهها پرداخت.^{۶۶} کمیسیون حقوق بین‌الملل از سال ۱۹۸۴ به تدوین همین اصل همت گماشته است. اصل استفاده منصفانه از آبراه مبتنی است بر توازن بین حقوق حاکمه دولت بر آبهای سرزمین خود و منافع کشور پایین دست در بهره‌گیری از این آبهای.

الف. حق حاکمیت دولت بر منابع آب خود:

حاکمیت سرزمینی دولتها بر آبراهایی که از خاک آنها گذر می‌کند تسری دارد و به همین عنوان دولتها بر منابع آب آبراهای اعمال حاکمیت می‌کنند. در عین حال، در این زمینه نمی‌توان اعمال آزادانه و نامحدود حاکمیت را هم پذیرفت^{*}، زیرا قبول نظری چنین افراطی مستلزم آن است که برای کشور

(64) *Julio A. BARRERIS - Bilan de recherches de la section de langue française du Centre d'Etude et de Recherche de l'Académie, et Robert D. HAYTON « The Present State of Research Carried out by the English-speaking Section of the Centre for Studies and Research » sur les droits et obligations des pays riverains des fleuves internationaux*, 1990, Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 38 et 67.

(65) P. BURETTE « Genèse d'un droit fluvial international général » *R.G.D.I.P.*, Tome 95/1991, p. 40.

(66) Ch. ROUSSEAU « Cours de Droit International Public », Diplôme d'Etudes Supérieures, Les Cours de droit, Paris, 1966-67, p. 239.

* ژول بادوان، حقوقدان بزرگ، نزدیک به شصت سال بیش از این، «صرف نظر از آینده و استئناتی اندک...» مسؤولیت بین‌المللی را «بنابر عقیده غالب حقوقدانان» فقط ناشی از تخلف یا نقض قاعده‌ای از حقوق بین‌الملل می‌دانست.

← Cf. J. Basdevant: «Règles générales du droit de la paix», *R. C. A. D. I.*, 1936, vol. 58,

بالا دست حقیقی انحصاری در بهره‌برداری از آبراه در حال گذر از سرزمین آن بشناسیم و شناسایی چنین حقیقی به زیان دولت پایین دست تمام خواهد شد. ایالات متحده آمریکا در اختلاف با مکزیک بر سر تقسیم آب ریوگراند در سال ۱۸۹۵ به دفاع از همین نظر برخاسته بود. البته در ۱۹۰۶ هنگام انعقاد معاهده‌ای با مکزیک، هواداران آمریکایی این نظریه موسوم به دکترین هارمون (Harmon)، از عقیده خویش دست کشیدند و از اصل محدودیت حاکمیت بر آبهای روان سرزمین خود تبعیت کردند. اما چنین به نظر می‌رسد که جایگاه اصلی برای توجیه و تشریع محدودیت حاکمیت را باید در حقوق هم‌جواری بین‌المللی^{۴۷} و با توجه به ویژگی این منبع حیات آفرین باز جست.^{۴۸} در واقع، آب را باید جدا از دیگر منابع طبیعی واقع در سرزمین یک دولت دانست؛ گویی حرکت آب نیز خود گریزی از حاکمیت مطلق دولتهاست.

البته اهمیت فزاینده آب، بخصوص در مناطق خشک و بیابانی، سبب شده است تا از دیدگاه دیگری نیز به آن نگریسته شود. از این نظرگاه، آب نیز همچون دیگر منابع طبیعی فرض می‌شود تا بتوان آن را در شمول اصل حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی درآورد^{۴۹}، ولیکن مبنای محدود بودن حاکمیت دولت بالا دست بر منابع آب، هرجه باشد، به هیچ روی بدین معنا نیست که حق ارتفاق

p. 673.

→

در آن زمان قاعده‌تا استفاده از سرزمین خودی، سبیساز مسؤولیتی برای دولتها نبود، ولی مشروعیت استفاده از سرزمین ملی که کم به سوی محدودیت هرجه بیشتر پیش رفت. در حال حاضر حق حاکمیت دولتها در فعالیت در قلمرو خود، منوط به خسارت ندیدن دیگر دولتها از آن فعالیت است. ایجاد سدهایی بزرگ یا برگردناند مسیر رودها از مواردی است که خطری قابل ملاحظه (Risque appréciable) در فراسوی مرزهای یک دولت بهار می‌آورند و هرچند که نمی‌توان این اقدامات را بالذات غیرقانونی دانست، ولی تضاد آن با حقوق و منافع دولتها منتفع از جریان آب، آشکار است. کمیسیون حقوق بین‌الملل در تدوین طرحی تحت عنوان «مسؤولیت بین‌المللی ناشی از آثار زیانبار اعمالی که حقوق بین‌الملل آن را منع نکرده است»، نظر به مسؤولیت دولتها در جبران خسارت حاصل از انجام چنین فعالیتهایی دارد.

* Le droit de voisinage international

(۶۷) I. Pop « Voisinage et bon voisinage en droit international », Pédone, 1980, pp. 66 et suiv.

(۴۸) نماینده ترکیه در کمیته ششم مجمع عمومی ملل متعدد اظهار داشت که بیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل «با واقعیات هم‌خواهی تنازع و مغایر با حقوق حاکمه دولتها بر منابع طبیعی آنهاست».

دولت پایین دست، حقی است برای جریان بی وقفه آب.^{۶۹} این مسأله در مورد آبراههای مجاور به شکلی متفاوت مطرح می‌شود. اینها جزء منافع مشترک طرفین به حساب می‌آید و نشان‌دهنده تقسیم یک منبع طبیعی بین کشورهای کناره آن است. در مورد آبراههای متواالی چنین می‌نماید که اصل استفاده منصفانه، همانا حدّ وسطی است بین حاکمیت نامحدود کشور بالادست بر آبهای خود و حق کشور پایین دست بر دریافت همه آبی که به‌طور طبیعی جریان دارد.

ب. منافع کشور پایین دست در منابع آبراههای متواالی:

مدیریت و بهره‌برداری از آبراهها، یکی از مظاهر حق حاکمیت دولتها بر منابع آب آنهاست*. به‌طور کلی، این قاعده‌ای مقبول است که دولت کناره حق دارد برای بهره‌برداری بهتر از آب آن بخش از آبراه که از سرزمینش می‌گذرد اقدامات لازم را انجام دهد، بی‌آنکه قبل‌از کشور پایین دست اجازه بخواهد. این موضوع در اختلاف فرانسه و اسپانیا در قضیه دریاچه لانو مطرح شد. این دریاچه در دامنه‌های مدیترانه‌ای پیرنه و در خاک فرانسه واقع شده است، ولی آب آن از طریق رودخانه کارول به سوی اسپانیا روان می‌گردد. فرانسه می‌خواست بخشی از آب دریاچه را به سمت دره آتلانتیک منحرف سازد و از آن برای تولید برق استفاده کند. اسپانیا که گمان می‌برد کاهش آبدی رودخانه کارول برای آبیاری اراضی آن کشور مشکل می‌افزیند، مدعی شد که فرانسه قبل از شروع عملیات می‌باشد از دولت اسپانیا اجازه می‌گرفت. دیوان داوری این ادعای اسپانیا را رد کرد. از نظر دیوان، تسلیم به این ادعای اعتقاد به کسب توافق آن دولت به منزله شناسابی «حق و توبی بی قید و شرط» برای اسپانیا و مترادف روی گرداندن فرانسه از حاکمیت سرزمینی خویش بود، بلکه تنها وظیفه فرانسه

(69) I. Pop, *op. cit.*, p. 56, note 38.

* در برخی کشورها صنایع مربوط به بهره‌برداری از رودها، بنابر اهمیت موضوع، جزء بخش دولتی نظام اقتصادی آنها قرار گرفته است، از جمله جمهوری اسلامی ایران که مطابق اصل چهل و چهارم قانون اساسی، سدها و شبکه‌های بزرگ آبرسانی را در حاکمیت عمومی و در اختیار دولت قرار داده است. بر اساس اصل چهل و پنجم، رودخانه‌ها «در اختیار حکومت اسلامی است تا طبق مصالح عامه نسبت به آنها عمل نماید».

در این خصوص آگاه کردن همسایه خود از برنامه‌های مورد نظرش بوده است. در مقابل، طبق رأی دیوان، اسپانیا می‌توانست با همیاری فرانسه به ارزیابی منافع خود بپردازد و در اجرای طرح، نظراتی دهد و از آن به سود خود استفاده کند. وانگهی، برای آنکه اسپانیا به ستیزه برنخیزد فرانسه متعهد بوده است، قبل از رجوع به داوری، برابر نیازهای همسایه خود به آب برای کشاورزی، محدودیتها را برطرف و جریان آب را تعدیل کند، زیرا بدین ترتیب در فصل آبیاری همه آب در رود کارول روان خواهد گشت. فرانسه در همان حال پیشنهاد کرده بود که برای ذخیره‌سازی آب مورد نیاز اسپانیا سدی بنا کند تا هنگام خشکسالی بکار آید.^{۷۰}

از این رو، تردیدی نیست که مقتضیات هم‌جواری، آزادی عمل دولتها را محدود می‌کند؛ آزادی که دولتها برای بهره‌برداری از سرزمین خود عموماً دارا هستند. لذا هر دولت می‌تواند تأسیساتی را روى آبراه بنا کند، مشروط بر اینکه منافع مشروع کشور پایین دست را از نظر دور ندارد.*

در نهایت، دیوان چنین نظر داد که فرانسه در این قضیه در تعهد دوگانه خود نسبت به آگاه ساختن دولت هم‌کرانه خویش و در نظر داشتن منافع آن در بهره‌برداری از دریاچه لانو کوتاهی نکرده است. به دیگر سخن، چون اسپانیا نتوانسته است ورود ضرر و زیان قابل ملاحظه‌ای را بر اثر اقدامات فرانسه به منافع خود ثابت کند، نمی‌تواند مدعی تداوم جریان طبیعی آب دریاچه به سوی سرزمین خویش باشد.^{۷۱} بنابراین، استفاده از یک آبراه تا زمانی که موجب زیان قابل ملاحظه به دیگر کشورهای هم‌کرانه با آن نشود، معقول و منصفانه است.

(70) M. BELANGER « L'utilisation des eaux des fleuves internationaux à des fins agricoles », *R.G.D.I.P.* Tome 77/1977, p. 418.

* در این قضیه، داور حقوق دو دولت را چنین در مقابل هم قرار داده است: «فرانسه می‌تواند حق خود را اعمال کند ولی نمی‌تواند منافع اسپانیا را نادیده بگیرد... اسپانیا می‌تواند رعایت حقوق و ملاحظه منافع خود را طلب کند».

Cf. C. Gaubet: «Le Droit International en quête d'une Responsabilité pour les dommages résultant d'activités qu'il n'interdit pas», *A. F. D. I.*, 1983, p. 103.

(71) A. GERVAIS - *L'Affaire du lac Lanoux* -, *A.F.D.I.* vol VI, 1960, pp. 429 et suiv.

۲. تعهد به جلوگیری از ورود زیان قابل ملاحظه به کشور پایین دست

به طور کلی، دولتها باید به گونه‌ای در محدوده صلاحیت خود فعالیت کنند که آسیبی به سرزمین دیگر دولتها نزند.^{۷۲}

انستیتوی حقوق بین‌الملل در اجلاس مادرید به سال ۱۹۱۱، محدودیتها بی چند برای حاکمیت دولت بالادست قائل شده که از آن جمله منوعیت بستن آب است، به گونه‌ای که هنگام ورود به سرزمین دولت پایین دست، آب به حدّی پایین رفته باشد که خاصیت یک آبراه و قابلیت استفاده را از دست داده باشد.^{۷۲} از نظر حقوقی زیان نیز باید به درجه‌ای از اهمیت باشد که مخلّ منافع دولتها دیگر به حساب آید. از این‌رو، دولت پایین دست باید از آثار سوء جزئی فعالیتهای همسایه خود چشم بپوشد، زیرا اینها مشکلاتی است که خواهانخواه با هم‌جواری پدید می‌آید. به همین دلیل، طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل فقط شامل «زیانهای قابل ملاحظه» است (ماده ۷). اما انتخاب معیارهایی واقعی و مطلوب برای تشخیص این میزان چندان ساده نیست. تعیین حدّی که از آن به بعد دیگر نمی‌توان ضرر را نادیده انگاشت، قدری دشوار است. با توجه به گوناگونی موارد و نبودن اصول کلی راهگشا در این خصوص، هر یک از موارد آزمون خاصی را می‌طلبد که همه خصوصیات آن را باید از نظر گذراند. برای موارد اختلافی که منظور ماست باید دو مورد را از هم جدا کرد: موردی که کاهش آب قابل استفاده در پایین دست بر اثر انحراف

* این قاعده، از دیرباز مورد احترام نظامهای بزرگ حقوقی بوده است و هم‌اکنون نیز در جامعه بین‌المللی مورد استناد قرار می‌گیرد. قواعد فقهی در این زمینه و قاعده حقوقی لاتین «*Sic utere tuo ut alterum non leadas*» مبتنی این اصل در حقوق داخلی یا بین‌المللی است که «از ملک خود چنان استفاده کن که به ملک دیگری صدمه نخورد».

(۷۲) در همین معنا رجوع کنید به ماده ۴ قطعنامه مصوب انستیتو حقوق بین‌الملل در اجلاسیه سالنیبورگ در ۱۹۶۱: «یک دولت نمی‌تواند به فعالیتها یا اسنادهایی از آبراه دست بزد که به امکان استفاده دیگر دولتها از همان آبها بد طور جدی آسیب می‌رساند. مکر انکه بخورداری این دولتها از امتیازات حق آنان را تضمین کند... همچنین غرامتی کافی برای ضرر و زانی وارد بسیار است».

جريان آب است، و موردي که سطح آبراه به سبب بهره‌برداری بیش از اندازه کشور بالادست پایین می‌آید.

الف. غیرقانونی بودن تغییر مسیر آبراه:

به طور کلی، تغییر دادن مسیر، علاوه بر منتهی شدن به مصرف همه آب و تهی گشتن یا نیمه خشک شدن آبراه، امکان تغییر بستر آبراه در خطوط مرزی را هم بوجود می‌آورد. انتیتوی حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۱۱ تغییر دادن بستر آبراه را عملی زیان آور قلمداد کرده است. سواز-هال (Suaser-Hall) نیز در درس خود در آکادمی لاهه به سال ۱۹۵۳ بر همین نظر است. به اعتقاد او ایجاد تغییر در محل جريان آب کشور پایین دست یا منحرف کردن آبراه به گونه‌ای که حوضه آبریز آن تغییر کند، عملی خلاف روابط دوستانه و حسن هم‌جواری دولتهاست.^{۷۳} همچنین تأثیر چنین تغییراتی بر محیط زیست را نمی‌توان نادیده گرفت و چنانچه این گونه اقدامات تعادل طبیعت و محیط را برهمند، مشمول حکم اصل بیست و یکم اعلامیة اجلاس ملل متعدد برای محیط زیست خواهد بود. مطابق این اصل که آن را بیان قاعده‌ای عرفی در این باره می‌دانند^{۷۴}، «دولتها در بهره‌برداری از منابع خوبیش و مطابق با سیاستهای خود حق حاکمیت دارند، اما مکلفند در محدوده صلاحیت یا مناطق تحت ناظارت خود به گونه‌ای فعالیت کنند که سبب زیان و خسارت به محیط زیست دولتها نشود». به یقین، «امروز همه در این نکته هم‌سخن‌اند که حقوق حاکمیت سرزمینی به یک دولت حق نمی‌دهد اقدام به منحرف ساختن جريانی کند که به دیگر دولتهای کناره آن آسیب وارد می‌آورد».^{۷۵}

از این رو، می‌توان این ممنوعیت را شامل تلمبه‌زنی اسرائیل از دریاچه طبریه دانست. البته اسرائیل مدعی است که تلمبه‌زنی غیر از انحراف جريان است. واقعیت نیز همین است، زیرا مسیر رود اردن تغییری نکرده است. ولی

(73) G. SAUSER-HALL « L'utilisation industrielle des fleuves internationaux », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1953, II, p. 539.

(74) A. KISS « Droit international de l'environnement », Pédone, 1989, p. 34.

(75) Cf. A. COLLARD, *op. cit.*, p. 380.

منشأً اصلی کاهش آبدھی رود اردن در محل خروج از دریاچه، چیزی جز عملیات اسرائیل نیست.

شورای امنیت در قطعنامه ۴۴۶ در ۲۲ مارس ۱۹۷۹، هیأتی را مأمور بررسی «وضعیت گروههای ساکن سرزمینهای اشغالی» کرد. این شورا در قطعنامه ۴۶۵ خود به تاریخ اوّل مارس ۱۹۸۰ از این هیأت خواست که به «تحقیق راجع به تقلیل منابع طبیعی بخصوص منابع آب بپردازد». در آن زمان این هیأت چنین گزارش داد که «در سرزمینهای اشغال شده اعراب کمبود آب محسوس است».^{۷۶} گزارشهای سازمان ملل هم مؤید ادامه این وضعیت تاکنون است و در عمل، بخش قابل ملاحظه‌ای از نیاز اسرائیل از طریق همین عملیات و برگردان مسیر رود اردن تأمین می‌شود. این مقدار حدود ۴۰۰ میلیون مترمکعب در سال است. بردن چنان حجم عظیمی از آبهای این رود، سبب شده است تا املاح باقیمانده آبها افزایش پیدا کند و در نتیجه مصارف خانگی یا آبیاری مزارع با آن با دشواریها بی رویرو شود.^{۷۷}

صرف نظر از موضوع تنظیم آبدھی، مک کافری (Mc Caffrey)، مخبر ویژه پیشین کمیسیون حقوق بین‌الملل در مسأله «حقوق استفاده‌های غیرکشتیرانی از آبراههای بین‌المللی»، بر این نظر راسخ بوده است که برای تأمین استفاده‌های گوناگون از آبراهها تضمین و اطمینان از حداقل آبدھی آبراه ضرورتی تمام دارد.^{۷۸}

شایان ذکر است مطابق اصل استفاده منصفانه، که اسرائیل با استناد به آن بخش عظیمی از آبهای یرموک را نیز طلب می‌کند،^{۷۹} توزیع آب رود اردن باید به گونه‌ای باشد که هر طرف بتواند حدّاً کثر نیازهای خود را برآورده کند. اما چنین به نظر می‌رسد که از رود اردن بدین گونه استفاده نمی‌شود. در حالی که

(76) Doc S/14268, 25 novembre 1980, Conseil de Sécurité, Doc. off. 35 année, Supplément d'octobre, novembre, décembre 1980, pp. 57 et suiv.

(77) «Souveraineté permanente sur les ressources nationales dans les territoires palestiniens et autres territoires arabes occupés», Rapport du Secrétaire Général A/39/326, 29 juin 1984, pp. 11 et 15.

(78) 5^e Rapport, Doc. A/CN.4/421/Add 2, p. 9. On a parlé à cet égard de «minimum flow Doctrine».

(79) Cf. supra, note 38.

مقامات اسرائیلی بر همه منابع آب کرانه باختری رود اردن «چنگ انداخته‌اند» و سهم اسرائیل و کسانی که به مناطق اشغالی کوچ کرده‌اند ۵۶۰ میلیون متر مکعب است، سهم فلسطینی‌ها از ۱۲۰ میلیون فراتر نمی‌رود.^{۸۰}

ب. استفاده بیش از حد کشور بالادست از آبراه:

دولت سوریه، و اخیراً دولت عراق، ترکیه را متهم کرده‌اند که از آب فرات بیش از اندازه و مغایر با منافع مشروع آن دو استفاده می‌کند. هرچند زمان ارزیابی همه عواقب خسارت‌بار اجرای طرح «گاپ» فرا نرسیده است ولی نتایج و ابعاد این برنامه جای آن را دارد که عراق و سوریه نگران کاهش آبدی فرات در پایین دست باشند و بتوانند ذخیره‌ای منظم را از ترکیه طلب کنند. ترکیه در پیمان صلح لوزان موافق ژوئیه ۱۹۲۳ متعهد شده است حقوق مکتب پیش از فروپاشی امپراتوری عثمانی را محترم بدارد. طبق ماده ۱۰۹ این معاهده «هرگاه بر اثر تعیین مرز جدید، نظم و جریان آبهای در یک کشور به فعالیتهای دولت دیگر وابسته شود یا اگر بر حسب سابقه استفاده قبل از جنگ، از آبهایی که در سرزمین یک دولت جمع و روان می‌شوند، دولت دیگر بهره گیرد و یا نیروی آبی تولید کند، باید بین دولتهای ذی نفع به گونه‌ای سازش و تفاهم برقرار شود که

(۸۰) Evolution récente de la situation économique dans les territoires palestiniens occupés. Rapport du Secrétaire Général de la CNUCED, TD-B/1221, 18 juillet 1989, p. 17.

«با اعصاب موافقنامه فلسطینی‌ها با اسرائیل در اردیبهشت ۱۳۷۳ موسوم به توافق غزه - اریحا، و همان‌گونه که از مقدمه آن برمی‌آید، کویا از مان پایان پادن بد چند دهه کشمکش فرا رسیده و دوران شناسایی متقابل حقوق قانونی و سیاسی و تحقق صلح فرایگیر و مصالحه تاریخی از راه فرایند سیاسی آغاز شده است، و کرانه باختری رود اردن و نوار غزه در طول مدت انتقالی به حاکمیت فلسطینیان درخواهد آمد.»
بنابر وعده‌های داده شده، در این مدت فلسطینی‌ها برای گسرش و توسعه اقتصادی، اداراتی چون اداره برق، اداره اراضی، بانک توسعه و از جمله سازمان آب تأسیس خواهند کرد. از این‌رو، می‌توان انتظار داشت بکی از مسائل مهمه مورد مذاکره و نوافذهای حائزی اینده، در مورد منابع آب کرانه باختری رود اردن باشد که هم اسرائیل و هم فلسطینیان محنت کشیده برای بقای خود بد آن نیاز فراوان دارند.
مطابق بند ۱ بیوست شماره ۲ توافقنامه موسوم به غزه - اریحا، برname همکاری در اداره منابع آب در کرانه باختری و نوار غزه و استفاده عادلانه هر دو طرف از منابع آبی مشترک در مرحله انتقالی و بعد از آن پیش‌بینی شده است (پایی مطالعه متن کامل پیش‌نویس توافق ساف و اسرائیل رک فصلنامه خاورمیانه، مرکز پژوهش‌های علمی و مطالعات استراتژیک خاورمیانه، س. ایل، ش. ۱، تاستان ۱۳۷۳، صص ۱۲۹ به بعد).

منافع و حقوق مکتب هر یک محفوظ و در امان بماند، مگر آنکه به شکل دیگری توافق شود»^{۸۱}. از این‌رو، سوریه و عراق که با اضمحلال قدرت عثمانی سر برآورده‌اند حق دارند با استناد به این مقرر، رعایت حقوق مکتب خود بر آبهای فرات را مطالبه کنند. پرتوکل سال ۱۹۸۷ نیز که طی آن ترکیه تأمین حدائق آبدھی را برای سوریه در هنگام آبگیری سد آناترک تعهد کرده است، مؤید همین معناست. اما از آنجا که این پرتوکل ترتیبی موقتی است، طرفین ملتزم شده‌اند در کوتاه‌ترین زمان ممکن، با همکاری عراق به توافقی برای تقسیم آب فرات دست یابند، ولی تاکنون مذاکره‌ای در این خصوص انجام نشده است. بعلاوه، موضع ترکیه و تلقی سنتی این دولت در استفاده دلوخواه از آبهای تحت حاکمیت خود، راه رسیدن به چنین توافقی را ناهموار می‌سازد.^{۸۲} به همین دلیل بود که این دولت پیش از آغاز عملیات بزرگ خود در قسمت علیای فرات، از انجام وظیفه‌ای که بخشی از حقوق بین‌الملل عام است خودداری کرد و از اطلاع موضوع و مشورت^{*} با دولتهای قسمت سفلای رود یعنی سوریه و عراق

(۸۱) *Recueil des Traités de la Société des Nations*, vol. XXVIII, p. 94

(۸۲) سنیمان دمیرل نخست وزیر (وقت) ترکیه به مناسبت افتتاح رسمی سد آناترک. در گفتگو مطبوعاتی در ۲۴ زوینه ۱۹۹۲ اعلام کرد: «دخله فرات و شاخاهای آن، آبهایی هستند که از کشور جاری می‌شود و ب مرکب عقیق دارند. ترکیه هم هر طور که مایل باشد از آیاپیش استفاده می‌کند». Keyhan International (Tehran). 26 juillet 1992.

^{*} مطابق اصل ۱۹ اعلامیه کفراس بین‌المللی محیط زیست که در بهار ۱۳۷۱ (۱۹۹۲) در ریو دو ژانیرو برگزار شد، دولتها باید امکان به خطر افتدن دولتهای دیگر را فبلأ و بموقع اطلاع دهنند. همچنین باید اطلاعات تخصصی در مورد فعالیه‌ای را که احتمالاً دارد اثارة آثار سوء و جذبی هستند و از محدوده مرزها فراتر می‌روند، در اختیار دیگر دولتها بگذارند و با آنها در اسرع وقت و با اعتماد کامل مشورت کنند. کمیسیون حقوق بین‌الملل که سرگرم تهیه طرحی راجع به «مسؤولیت بین‌المللی» از اعمالی است که حقوق بین‌الملل آن را منع نکرده باشد، ضمن نصريج به این نکته که دولتها ازادی عمل می‌فید و شرط در استفاده از سرزمین یا ناقاط تحت صلاحیت و نظارت خود ندارید، انان را متعهد به همکاری و اطلاع دادن موضوع فعالیت خود به دولتهای متنفس احتمالی دانسته است. در این جهت حتی حقیقی نیز برای چنین دولتی در نظر گرفته شده است که به ایجاد خود با دولتی که فعالیت آن به ضررش خواهد انجامید، وارد مذاکره و ارزیابی موضوع شود و بدین طریق از منافع خود دفاع کند.

Cf. Report of the international law commission on the work of its forty-fifth session, General Assembly (1993), n° 10 (A/48/10), p. 71

سالها پیش از این، برخی از حقوقدانان برای پیشگیری و پرهیز از خطرات و تاثیرات پیش‌بینی نشده از برخی فعالیتهای انسانی، همه دولتها را متعهد دانسته‌اند که پیش از آغاز آن فعالیت به همکاری و رایزنی و بررسی موضوع با دیگران بپردازند.



● نتیجه

در خاورمیانه کمبود آب چنان است که تصور آزادی کامل دولت بالادست در بهره‌گیری از منابع آب آبراهها محال می‌نماید.

از آن گذشته، معاهدات دوجانبه در این باب حکایت از حقوق بین‌الملل منطقه‌ای دارد که حقوق حاکمه دولت بالادست را محدود و جریان منظم آب را به نفع کشور پایین‌دست و رفع نیازهای آن پیش‌بینی می‌کند. با این همه، باید دانست برای مشارکتی معقول و منصفانه از منابع آب، همکاری دولتهاي کناره آبراه جز در اوضاعی آرام و بدون تنفس میسر نمی‌گردد و این همان چیزی است که نبودش در خاورمیانه از آفتات روش‌تر است.^۹

Cf. C. W. Jenks: «Liability for ultra-hazardous activities in international law», →
R.C.A.D.I., 1966, vol. 117, p. 194.

(83) P.M. DUPUY «La gestion concertée des ressources naturelles partagées : à propos du différend entre l'Argentine et le Brésil relatif au barrage d'Itaipu», A.E.D.I., vol. XXIV, 1978, pp. 881 et suiv. et Julio A. BARRERAS, *op. cit.*, pp. 49 et suiv. Cf. aussi la troisième partie du projet d'articles de la C.D.I. intitulée «mesures projetées». Art. 11 et 12.

«در خاورمیانه که آب، دستکم به اندازه‌ای مایع مهی چون نفت، اهمیت پیدا کرده ظاهراً یافتن راه حل‌های مشترک برای تقسیم عادلانه آب مورد توجه قرار گرفته است. تن دادن از دن به صلحی جدا از سایر اعراب با اسرائیل و نزدیکتر شدن دولتهاي عرب و اسرائیل و کاهش نقش ترکیه در تأثیر بر امور سیاسی منطقه، نشان از آن دارد که روند استفاده مشترک از منابع آب منطقه سمت مشخص تری خواهد گرفت.

دکتر محسن محبی



ماهیّت حقوقی

دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده

از دیدگاه حقوق بین الملل





● مقدمه

دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده (دیوان داوری) که به موجب بیانیه‌های الجزایر مورخ ۱۳۵۹/۱۰/۲۹ بوجود آمده است، در ۱۰ تیر ماه ۱۳۶۰ اولین جلسه خود را در مقر آن (لاهه) تشکیل داد. دیوان مذکور اینکه دومین دهه از حیات خود را سپری می‌کند، اوصاف دیوان داوری، از جمله سازمان و صلاحیت آن، در بیانیه‌های الجزایر به ویژه بیانیه حل و فصل دعاوی و مقررات داوری آن، که مأخذ از قواعد داوری مصوب کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل مشهور به قواعد داوری آنسیترال است، آمده است. نویسنده‌گان و حقوقدانان ایرانی نیز دیوان مذکور را اجمالاً معرفی کرده‌اند^۱، با این حال تفصیل مقال محتاج نوشته مستقلی است. اما جایگاه دیوان داوری و ماهیت حقوقی آن، دست کم از جانب حقوقدانان ایرانی، کمتر مورد بحث واقع شده است^۲. حقوقدانان خارجی هم که به مناسبتی به این مهم پرداخته‌اند، بجز

۱. دکتر گودرز افخار جهرمی؛ «دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده و عملکرد آن در قلمرو حقوق بین‌الملل»، مجله حقوقی، ش. ۱۶ و ۱۷، ۱۳۷۱، ۱۳۷۲، صص ۲۱-۴۷، دکتر عبدالغئی احمدی و استانی؛ «شرح مختصر بیانیه‌های الجزایر»، مجله حقوقی، ش. ۱، زمستان ۱۳۶۳، صص ۲۵-۳۸.
۲. تنها جایی که مسالة ماهیت حقوقی دیوان داوری بدطور نسبتاً مفصل مورد بحث واقع شده، نظر حقوقی داوران ایرانی در مخالفت با تصمیمه اکثریت در پرونده الف ۱۸ است (رک. مجله حقوقی، ش. ۶، تابستان و پاییز ۱۳۶۵، ۱۴۱، ص).

یک مورد آ، اغلب در ضمن مباحث دیگر یا به عنوان مقدمه استنتاجات خود از آن سخن گفته‌اند^۴. مقصود ما در این نوشتار آن است که نشان دهیم دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده، از نظر حقوقی، دارای هویتی بین‌المللی و متعلق به نظام حقوق بین‌الملل است. این مدعای مبتلى بر دلایلی است که در سطور آتی توضیح خواهیم داد.

نموده بحث در مورد ماهیت حقوقی دیوان داوری از جمله آن است که هرگاه معلوم شود دیوان مذکور متعلق به نظام حقوق بین‌الملل است، اولاً آراء آن جنبه بین‌المللی خواهد داشت و از حیث اجرا مشمول قواعد ناظر بر اجرای احکام بین‌المللی - به معنای بین‌الدولی - است، ثانیاً ادعاهای مطروحه نزد دیوان داوری که به دلایل ماهوی رد شوند یا حتی به عللی از قبیل فقدان سمت در دعوی، غیرقابل استماع تشخیص و مردود اعلام گردند چون به اعتبار یک ترتیبات بین‌المللی و توسط یک دیوان بین‌المللی رد شده‌اند، خصلت امر مختصمه خواهند یافت و قابل طرح مجده نخواهند بود، و ثالثاً تصمیمات دیوان در حدودی که به استناد قواعد و اصول حقوق بین‌الملل عرفی یا مدون صادر شده باشند، به عنوان یکی از منابع حقوق بین‌الملل ارزش رویه‌ای خواهند داشت^۵.

قبل از ورود به مطلب بجاست روش‌سازیم مقصود از وصف «بین‌المللی» چیست و چه شرایطی برای صدق اطلاق آن وجود دارد (قسمت اول) و سپس به بررسی این موضوع پردازیم که آیا دیوان داوری مورد نظر ما واجد آن شرط هست یا نه (قسمت دوم). در پایان نیز ایرادات و مجادلاتی را که علیه بین‌المللی بودن دیوان داوری وجود دارد، به اجمال، بررسی می‌کنیم (قسمت سوم).

3. David Caron: «The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal», *American Journal of International Law*, Vol. 84, 1990, p. 105.

۴. برای نمونه، رک. دی. ال. جونز: «دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده: حقوق خصوصی اشخاص و مسئولیت دولت»، ترجمه محسن محتری، مجله حقوقی، ش. ۷، زمستان ۱۳۶۵، ص ۵۵.

5. Charles Brower: «The Iran-United States Claims Tribunal», *Recueil des cours*, 1990, V, p. 230.

تعییر داوری بین‌المللی یا دیوان داوری بین‌المللی معمولاً^۱ در دو مفهوم بکار می‌رود: یکی در معنای اصطلاحی آن برای داوریهای تجاری بین اشخاص خصوصی یا بین اشخاص خصوصی و مؤسسات دولتی که در سطح غیرملّی و مطابق با آیین دادرسی غیرملّی انجام می‌شوند، مانند داوریهای موضوع مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی^۲ یا داوریهای مشمول مقررات مرکز حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع سایر دول (ICSID)^۳ یا داوریهای موردي (اتفاقی/ad-hoc) که مثلاً مطابق مقررات داوری آنسیترال انجام می‌شود^۴; دوم در معنای حقیقی آن و برای داوریهایی که بین دولتها صورت می‌گیرد و موضوع آنها حل و فصل اختلافات بین‌الدولی است. گاه تعییر «دیوان بین‌المللی» برای دادگاههای بین‌المللی موجود مانند دادگاه بین‌المللی دادگستری که دارای سازمان، اساسنامه حاوی مقررات رسیدگی و نظام حل و فصل قضایی معین و از قبیل تعیین شده هستند نیز بکار می‌رود، در حالی که رسیدگی نزد چنین مراجعی از مصادیق حل و فصل قضایی است نه داوری.^۵

به گمان ما اطلاق «دیوان بین‌المللی» به مراجع رسیدگی از نوع گروه اول از داوریها خالی از مسامحه نیست، زیرا داوریهای تجاری بین اشخاص خصوصی (داخلی) و حتی داوریهای بین اشخاص خصوصی و دولتها، ذاتاً به

6. Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce (ICC), ICC Publication, 1991, No. 441-2.

۷. برای ملاحظه متون انگلیسی و ترجمه فارسی کنوانسیون واشنگتن ۱۹۶۶ در مورد تشکیل مرکز مذکور، رک. مجله حقوقی، ش. ۶، ص. ۲۵۹.

۸. برای ملاحظه متون انگلیسی و ترجمه فارسی مقررات داوری آنسیترال، رک. مجله حقوقی، ش. ۳، تابستان ۱۳۶۴، ص. ۲۰۳.

۹. هرچند در زبان فارسی «دیوان» در معنای «دادگاه» نیز بکار رفته و می‌رود، مانند دیوان عالی کشور، اما بهتر است واژه «دیوان» را برای مراجع داوری که بر اساس رضایت طرفین و برای رسیدگی به اختلاف مشخصی تشکیل و پس از صدور رای منحل می‌شوند، بکار ببریم و کلمه «دادگاه» را همچنانکه تاکنون مصطلح بوده است، برای مراجع قضایی که بر اساس قانون و نه رضایت اصحاب دعوی، بهطور دائمی و باصلاحیت‌های گوناگون بوجود می‌آیند، استفاده نماییم. همین تفکیک در صحنه بین‌المللی هم مجری و معنیبر است. منظور از دیوان بین‌المللی، مرجعی است که به اراده و رضایت طرفین و با مأموریتی خاص بوجود آمده تا به اختلاف بین آنها رسیدگی کند، در حالی که مراد از دادگاه بین‌المللی مرجعی است دائمی و از قبیل تشکیل شده با قصاصی که اصحاب دعوی نقشی در انتخاب آنها نداشته‌اند، با آیین دادرسی از قبیل تصویب شده و باصلاحیتی نسبتاً وسیع که در اساسنامه آن آمده است، مانند دادگاه بین‌المللی دادگستری (CI)

یا دادگاه عدالت جامعه اروپایی

نظام حقوقی خصوصی تعلق دارند و صرف اینکه در سطحی غیرملّی یا مطابق با قواعدی غیرملّی رسیدگی می‌شوند، آنها را به سطح حقوق بین‌الملل — به معنایی که علمای حقوق از این عبارت مراد می‌کنند، یعنی تنظیم روابط حقوقی بین کشورها — ارتقا نمی‌دهد. انتقال داوریها به سطح بین‌المللی که صحنه حق و تکلیف دولتهاست، و شمول مقررات و اصول حقوق بین‌الملل به آنها، قبل از هر چیز موکول به آن است که اصحاب دعوای از تابعان حقوق بین‌الملل باشند و مهمتر آنکه دعوای موضوع داوری موضوعاً و حکماً در قلمرو حقوق بین‌الملل بگنجد. پروفسور مان در این مورد می‌نویسد:

«گرچه هرگاه پاره‌ای از جنبه‌های بین‌المللی امر به میان می‌آید، نه‌چندان غیرمعمول است و نه زیانی دارد که آن را در محاوره داوری بین‌المللی بگوییم، اما این تعبیر مصدق و معنای محضی ندارد. از نظر حقوقی، داوری تجاری بین‌المللی وجود ندارد و همچنانکه هر سیستم حقوق بین‌الملل خصوصی در واقع یک سیستم حقوق داخلی است، هر داوری هم متعلق به نظام حقوق داخلی است.»^{۱۰}

افزون بر این، نهضت بین‌المللی کردن قراردادهای بین اشخاص خصوصی و دولتها و داوریهای مربوط به آنها که با رأی معروف پروفسور دوپوئی در سال ۱۹۷۷ در پرونده داوری تاپکو آغاز شده بود^{۱۱}، با انتقادات زیادی مواجه گردید^{۱۲} و اینک رنگ باخته است، چندان که امروزه جنبش «دوباره محلّی کردن» قراردادهای مذکور و تبعاً داوریهای آنها، قوتی یافته است

10. Mann: «Lex Facit Arbitrum», in *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke* (ed. Sanders), 1976, pp. 157-159.

11. Texaco Overseas Petroleum Company v. California Asiatic Oil Company, The Government of the Libyan Arabic Republic, Award of 19 January 1977, reprinted in 53 *International Law Reporter*, 1979, p. 422.

۱۲. برای ملاحظه نمونه‌ای از انتقادات رک:

F. Rigaux: «Des dieux et des héros», 67 *Revue critique de droit international privé*, 1978, p. 435 et seq.; Bowett: «State Contract with Aliens: Compensation for Termination or Breach», *British Yearbook of International Law*, 1989, p. 54.

این مقاله اخیراً به فارسی ترجمه و چاپ شده است. رک. مجلّه حقوقی، ش ۱۶ و ۱۷، ۱۳۷۱-۷۲، ص ۳۸۱-۳۸۲.

و حامیان خود را دارد.^{۱۳} بسط سخن در این زمینه، محتاج بحث مستقلی است که مجال آن در این مقال نیست. باری، داوریهای بین اشخاص خصوصی یا اشخاص خصوصی و دولتها را می‌توان محافظه کارانه و با اندکی تسامح، حدّاً کثر به «فراملّی» (Transnational) و یا «غیرملّی» (a-national) تسمیه کرد و آنها را، در غیاب هرگونه حکم یا ترتیب حقوقی مشخص دیگری که طرفین تعیین کرده باشند، مشمول اصول کلّی حقوقی دانست. با این راه حل، مقررات مربوط به آین داوری و نیز قانون ماهوی حاکم بر موضوع دعوی از سطح ملّی خارج می‌شود، اما خود «جريان داوری» (Lex arbitri) حدّاقل از حیث نظم عمومی، مشمول مقررات کشور مقتبی می‌ماند.

با توضیحاتی که دادیم معلوم می‌شود مصدق صحیح «ديوان بين الملل» و «داوری بين الملل» همانا دیوانها و داوریهایی است که بین تابعان حقوق بین الملل تشکیل و برگزار می‌شود. اینک باید بررسی کنیم که چه ضوابطی برای تعریف و تسمیه یک مرجع داوری با وصف بین المللی و تعیین ماهیت حقوقی آن به عنوان یک مرجع بین الدّولی وجود دارد، و سپس بیینیم آیا وضع دیوان داوری ما با این ضوابط تطبیق می‌کند یا خیر.

۱

ضوابط ۵ یوأنهای بین المللی

برای درک درست هر مفهومی، چنانکه سنت است، ابتدا باید تعریفی از آن به دست داد و حدّ و رسم آن را تعیین کرد تا اوّلاً معنای محصل تغاییری که در طول بحث بکار می‌رود معلوم باشد، و ثانیاً از اختلاط آن مفهوم با دیگر مفاهیم و موضوعات قریب‌المضمون جلوگیری شده باشد. دیوان بین المللی را می‌توان

13. El-Khosheiri and Riad: «The Law Governing A New Generation of Petroleum Agreements: Changes in the Arbitration Process», 2 ICSID Review, 1986, p. 257.

چنین تعریف نمود:

مرجعی که بر اساس یک موافقتنامه بین‌المللی، که بین تابعان حقوق بین‌الملل و در سطح حقوق بین‌الملل منعقد شده است، تشکیل می‌گردد و عضو یا اعضای آن منتخب طرفین است و به وسیله همان طرفین صلاحیت یافته است که مطابق با آیین دادرسی و قانون ماهوی که ایشان تعیین کرده‌اند، به اختلاف یا اختلافات خاص بین آنها رسیدگی و به نحو الزام‌آوری تصمیم‌گیری نماید.

تحلیل و تدقیق در این تعریف، ضوابط لازم برای بین‌المللی محسوب شدن یک دیوان را به دست می‌دهد: ۱) تشکیل آن مبتنی بر عهدنامه باشد، ۲) طرفین اختلاف و مؤسسان دیوان از تابعان حقوق بین‌الملل باشند، و ۳) حقوق بین‌الملل را در ماهیّت دعوی اعمال کند. هر دیوانی که این سه شرط را به‌طور یکجا و همزمان داشته باشد، از نظر جایگاه و ماهیّت حقوقی، یک دیوان بین‌المللی محسوب می‌گردد که متعلق به نظام حقوق بین‌الملل است. به عبارت دیگر، همین که معلوم شد سپهر حقوقی درونی یک دیوان داوری یعنی سازمان و تشکیلات، صلاحیّت شخصی و موضوعی و آیین رسیدگی و نیز سپهر حقوقی بیرونی آن یعنی قانون ماهوی حاکم، مسقف و محاط با چنان مجموعه‌ای از قواعد و موازینی است که از منابع حقوق بین‌الملل به دست می‌آید، به آسانی بتوان نتیجه گرفت که آن دیوان، هم از نظر سازمانی و هم از نظر عملکرد، در قلمرو حقوق بین‌الملل تشکیل شده است و به نام حقوق بین‌الملل مبادرت به رسیدگی و صدور رأی می‌کند. چنانکه خواهیم دید، ضوابط سه گانه فوق صرفاً انتزاعی و اعتبار ذهنی نیست بلکه، علاوه بر توجیه در منطق حقوقی، مقوم و مؤید با روایة بین‌المللی نیز هست.

الف. شرط نخست: بین‌المللی بودن سند مؤسس دیوان

شرط نخست بین‌المللی بودن هر دیوان آن است که سند مؤسس آن، بین تابعان حقوق بین‌الملل تنظیم و امضاء شده باشد. دیوانی که بر اساس توافق

اشخاص حقوق خصوصی تشکیل گردد، ولو در سطحی غیر ملی تأسیس شود و عمل نماید، به نوعی ممکن است که یک نظام حقوق داخلی است و – چنانکه اشاره شد – دیوانی است که مسامحتاً می‌توان آن را «فراملنی» یا «غیر ملی» نامید. افزون بر این، هر مرجعی – غیر از دادگاههای کشوری که آشکارا جزو سازمان قضایی داخلی هستند – که به موجب قانون داخلی تشکیل شده باشد، ولو اینکه مجاز یا مأمور به رعایت قواعد حقوق بین‌الملل باشد، چون مستقل از نظام حقوق داخلی عمل نمی‌کند نمی‌تواند بین‌المللی محسوب شود و لذا تصمیمات آن «واجب وصف بین‌المللی نخواهد بود».^{۱۴}

توجهی و ضرورت شرط بین‌المللی بودن سند مؤسس برای بین‌المللی دانستن یک دیوان، چندان مشکل نیست. منطقاً هر حادثی محصول علت موجودهای است که آن را به منصة ظهور و حدوث رسانده است. مراجع قضایی داخلی به موجب قانون تأسیس می‌شوند و مشروعيت و اقتدار خود را از آن می‌گیرند. اما در صحته بین‌المللی هیچ دیوانی تشکیل نمی‌شود مگر با اراده مشترک طرفین اختلاف که، با داشتن صلاحیت و اهلیت لازم، نسبت به تأسیس آن توافق کرده و صلاحیت آن را پذیرفته باشند. تفاوت عمدہای که بین دادگاههای کشوری و دیوانهای داوری وجود دارد همین است که مشروعيت و صلاحیت محاکم داخلی موكول و متوقف بر رضایت اصحاب دعوی نیست، در حالی که اقتدار و صلاحیت هر دیوان داوری مولود و محصول توافق و رضایت طرفین اختلاف است که با بکار گرفتن اراده آزاد خود به هر نحو که مقتضی و مصلحت بدانند – البته تا مرتضی نظم عمومی – آن را سازماندهی و اداره می‌کنند. حتی اگر بتوان نمونه‌هایی از داوری اجباری را در سطح حقوق داخلی نشان داد

۱۴. پروفسور براؤنلی معتقد است ماهیت حقوقی هر دیوانی از جمله موكول به دو عامل سازمان و صلاحیت آن است. بنابراین، مراجعي که به موجب قانون داخلی تشکیل می‌شوند – مانند کمیسیون دعاوی خارجی ایالات متحده امریکا – چون مستقل از نظام حقوق داخلی کشور مربوط عمل نمی‌کنند و نیز عهدهدار حل و فصل اختلاف بین اصحاب دعوی در سطح بین‌المللی نیستند، «واجب وصف بین‌المللی نخواهد بود، زیرا از حیث منشأ تشکیل، ترکیب اعضاء، مصنوبیت از صلاحیت محلی در کشور مربوط و بالآخر از حیث صلاحیت قضایی، بین‌المللی نمی‌باشند. رک:

Ian Brownlie: *Principles of Public International Law*, 4th edition, 1990, pp. 712-713.

—مانند داوری مربوط به اختلافات ناشی از معاملات بورس اوراق بهادار^{۱۵}— در صحنه بین‌المللی، بهویژه هنگامی که طرفین اختلاف دولتها باشند، وجود رضایت و توافق قبلی شرط لازم و علت تامة ارجاع اختلاف به داوری و ایجاد دیوان مربوط است. اصولاً هیچ دولت صاحب حاکمیتی را نمی‌توان نزد دادگاه یا دیوانی در سطح بین‌المللی طرف دعوی قرار داد مگر اینکه قبل از رضایت خود را اعلام کرده باشد یا دست کم پس از طرح دعوی آن را اعلام کند. این اقتضای اصل حاکمیت دولتهاست که خود از اصول حقوق بین‌الملل بهشمار می‌رود. دادگاه دائمی دادگستری بین‌المللی، سلف دادگاه بین‌المللی دادگستری فعلی، در نظریه مشورتی خود در قضیه «وضعیت کارلیای شرقی»، این اصل حقوق بین‌الملل را چنین تأیید و بازگویی کرده است:

«این نکته بدخوبی در حقوق بین‌الملل مسلم شده است که هیچ دولتی را نمی‌توان بدون رضایت آن مجبور کرد اختلافات خود با سایر دولتها را به میانجیگری یا داوری یا سایر طرق حل و فصل مسالمت آمیز ارجاع کند». ^{۱۶}

باری، رضایت و موافقت با تأسیس هر دیوانی در سطح بین‌المللی علی القاعده طی سند مكتوبی اعلام می‌شود. از طرف دیگر، هر گاه تابعان حقوق بین‌الملل — اعم از دولتها یا سازمانهای بین‌المللی^{۱۷} — طرف چنین رضایت و توافقی باشند، سندی که برای اعلان و تسجيل اراده خود تنظیم می‌کنند، حسب

۱۵. ماده ۱۷ قانون بورس اوراق بهادار مصوب ۱۳۴۵ مقرر می‌دارد: «هیأت داوری بورس که به طور دائم تشکیل می‌گردد به اختلافات بین کارگزاران با یکدیگر و به اختلافات بین فروشنده‌گان یا خریداران با کارگزاران که از معاملات بورس ناشی گردد، رسیدگی می‌کنند...» (مجموعه قوانین دادگستری، سال ۱۳۴۵ ص ۱۲۰).

۱۶. Status of Eastern Carelia Case (Advisory Opinion), PCIJ Series B, No. 5 (1923), P. 27.

۱۷. دولتها که نقش آفرینان اصلی حقوق بین‌الملل هستند، تابعان کلاسیک حقوق بین‌الملل بهشمار می‌روند. اما دادگاه بین‌المللی دادگستری در قضیه «جبران خسارات کارمندان سازمان ملل در حین خدمت»، سازمانهای بین‌المللی را نیز واجد شخصیت بین‌المللی دانسته است، هر چند نه همانند و همسان دولتها که می‌توانند طرف حق و تکلیف در صحنه بین‌المللی قرار گیرند. رک:

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the U.N. (Advisory Opinion), ICJ Rep., 1949, p. 174.

تعريف، یک معاهده یا موافقتنامه بین‌المللی به معنی اعم خواهد بود. ماده (۱) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات (۱۹۶۹) معاهده را چنین تعریف می‌کند:

«معاهده عبارت است از یک توافق بین‌المللی که بین کشورها به صورت کتبی منعقد شده و مشمول حقوق بین‌الملل باشد، صرف نظر از عنوان خاص آن و اعم از اینکه در سندی واحد و یا در دو یا چند سند مرتبط به هم منعکس شده باشد.»^{۱۸}

موافقتنامه بین‌المللی که سند مؤسس دیوان بین‌المللی است، امکان دارد به صورت عهداً نامه‌های عمومی داوری منعقد شود، مانند قانون عمومی داوری ژنو (۱۹۲۸) اصلاح شده توسط مجمع عمومی سازمان ملل در ۱۹۴۹^{۱۹}؛ یا به صورت شرط داوری ضمن عهداً نامه‌هایی با موضوعات خاص قید شود، مانند ماده (۱۴) کنوانسیون مونترال راجع به جلوگیری از اعمال غیرقانونی علیه امنیت هوایی کشوری^{۲۰}؛ یا به صورت «قرارنامه داوری» (Compromis ad hoc) تنظیم باشد که عادتاً پس از بروز اختلاف و برای داوری‌های اتفاقی (ad hoc) تنظیم می‌گردد^{۲۱}. سند مؤسس بعضی دیوانهای بین‌المللی، از قبیل دیوان اداری سازمان ملل متحده یا دیوان اداری سازمان بین‌المللی کار که طی قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل به تصویب رسیده است، هرچند موافقتنامه بین‌المللی به معنای مصطلح فوق نیست اماً به هر حال سندی است متعلق به نظام

۱۸. «عهداً نامه وین در مورد حقوق معاهدات (۱۹۶۹)»، مجله حقوقی، ش. ۸، بهار - تابستان ۱۳۶۶، بخش اسناد بین‌المللی، ص. ۲۲۶.

19. Geneva General Act for the Pacific Settlement of International Disputes (1928) as amended in 1949, U.N. General Assembly Resolution 268A (III), 28 April 1949.
۲۰ ماده (۱۴) کنوانسیون راجع به جلوگیری از اعمال غیرقانونی علیه امنیت هوایی کشوری (۱۹۷۱) مقرر می‌دارد، هر نوع اختلاف ناشی از تفسیر یا اجرای کنوانسیون مذکور که از طریق مذاکره حل و فصل نشود، ابتدا بد داوری ارجاع می‌گردد (مجله حقوقی، ش. ۱۷ - ۱۶، ص. ۴۴۲).

۲۱. برای نمونه می‌توان از قرارنامه‌های داوری دیوانهای اتفاقی زیر نام برد:
– India and Pakistan (Rann of Kutch Case), 1968, 50 *International Law Reporter*, p. 2.
– Chile and Argentina (Beagle Channel Case), 1977, 52 *International Law Reporter*, p. 93.

حقوق بین‌الملل و از این‌رو دیوانی که بر اساس آن تشکیل می‌شود، دارای هویت قضایی مستقل است که بر اساس حقوق سازمانهای بین‌المللی و قواعد ذی‌ربط حقوق بین‌الملل عمل می‌کند.^{۲۲}

سنده مؤسس هر دیوانی، علاوه بر اینکه حامل و حاوی رضایت مشترک طرفین برای ارجاع امر به داوری است، اساس و منشأ اقتدار و مشروعیت دیوان مربوط، سازمان و تشکیلات و صلاحیت آن نیز به شمار می‌رود. اثر مهم بین‌المللی بودن چنین سنندی آن است که نه تنها آشکارا آن را از هرگونه صلاحیت و شمول حقوق داخلی منتفع و منفک می‌کند بلکه دیوان تأسیس شده را یکسره به حوزه حقوق بین‌الملل منتقل می‌سازد.

ب. شرط دوم: طرفین اختلاف و مؤسسان دیوان از تابعان حقوق بین‌الملل باشند

هرچند این شرط که مؤسسان و طرفین دیوان مربوط بایستی از تابعان حقوق بین‌الملل باشند تا آن دیوان وصف بین‌المللی بیابد نتیجه طبیعی شرط اول است – چه فقط تابعان حقوق بین‌الملل می‌توانند طرف موافقتنامه‌های بین‌المللی قرار گیرند – مع ذلك برای اینکه تعریف ارائه شده از دیوان بین‌المللی علاوه بر جامعیت در شمول، از حیث مانعیت از دخول مصادیق مشتبه تمام باشد، محتاج این شرط دوم نیز هست.

منظور از «مؤسسان دیوان»، چنانکه خود عبارت افاده می‌کند، طرفین یا اطرافی هستند که آن را تأسیس و ایجاد کرده‌اند که در واقع همان مستنائزین می‌باشند. توجیه و ضرورت این شرط از آنجا بر می‌خیزد که چون فقط تابعان حقوق بین‌الملل می‌توانند موضوع حق و تکلیف در صحنه بین‌المللی قرار گیرند، بنابراین در صورت بروز اختلاف ناشی از نقض یا عدم رعایت حق یا تکلیف

۲۲. این واقعیت که دیوان اداری سازمان ملل (U. N. Administrative Tribunal) دارای استقلال قضایی است و در قلمرو حقوق سازمانهای بین‌المللی و حقوق بین‌الملل عمل می‌کند در نظریه مشورتی ۱۹۵۴ دادگاه بین‌المللی دادگستری در قضیه زیر مورد تایید قرار گرفته است:

Effects of Awards on Compensation Made by the U.N. Administrative Tribunal (Advisory Opinion), ICJ Rep., 1954, p. 47.

بین‌المللی نیز فقط آنها دارای «فع حقوقی» در اختلاف حاصله خواهند بود؛ ضابطه‌ای که خود شرط تحقیق یک اختلاف بین‌المللی است. افزون بر توجیه منطقی این شرط، رویه بین‌المللی نیز حاکی از آن است که فقط دولتها و سایر تابعان حقوق بین‌الملل می‌توانند نزد دیوانهای بین‌المللی حاضر شوند. به عنوان مثال، ماده ۳۷ کنوانسیون مصوب کنفرانس صلح لاهه ۱۹۰۷ مقرر می‌دارد:

«هدف از داوری بین‌المللی، حل و فصل اختلافات بین دولتها،
به وسیله قضات برگزیده ایشان و بر اساس احترام به قانون است.»^{۲۳}
(تأکید افزوده شده است)

نتیجه اعمال شرط دوم – همان‌طور که گفتیم – خروج مصادیق مشتبه از تعریف دیوان بین‌المللی است. بدین‌سان، دیوانهای داوری که مطابق مقررات مرکز حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع سایر دول تشکیل می‌گردد، «بین‌المللی» به معنای مورد بحث مانیستند، زیرا درست است دیپرخانه مرکز که بر داوریهای ارجاع شده به آن نظارت دارد و تسهیلاتی برای آن فراهم می‌کند و دیوانهای مربوط دارای پوشش عهده‌مندی است اما اولاً نظارت مذکور استطلاعی است و نه استصوابی^{۲۴}؛ ثانیاً دیوانهای موضوع مقررات مرکز، توسط اصحاب دعوا بیکی از طرفین آن مؤسسه‌ای دولتی است و دولت متبع طرف خصوصی هیچ نقشی یا فع حقوقی در اختلاف مربوط ندارد، ثالثاً اختلافاتی که در صلاحیت داوریهای مرکز قرار می‌گیرد – چنانکه پیداست – از قراردادهای سرمایه‌گذاری که عادتاً از مصادیق اعمال تصدی دولتهاست ناشی می‌شود و منصرف از اختلاف بین‌المللی است که مشتمل بر نقض حق و

۲۳. همین عبارت در ماده ۱۵ کنوانسیون مصوب کنفرانس صلح لاهه ۱۸۹۹ نیز تکرار شده است. برای ملاحظه متن کنوانسیون ۱۹۰۷ لاهه رک.

Karin Oellers-Frahm & Norbert Wöhler: *Dispute Settlement in Public International Law: Texts and Materials*, Max-Planck Institute, 1984, pp. 5-16.

۲۴. مرکز حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع سایر دول که بر اساس کنوانسیون واشنگتن ۱۹۶۶ تأسیس شده است، رأساً مبادرت به انجام داوری نمی‌کند بلکه دیپرخانه آن تسهیلات لازم را برای داوریهای ارجاع شده به مرکز انجام می‌دهد (رک. ماده ۱ کنوانسیون مذکور، مجله حقوقی، ش ۲، ص ۲۷۲).

تكلیف بین‌المللی تابعان حقوق بین‌الملل است.

از سوی دیگر، دیوانهایی که طرفین مؤسس آن دولتها هستند اما صرفاً برای سهولت در امر دادرسی اجازه می‌دهند که افراد خصوصی هم نزد آنها حاضر شوند، همچنان بین‌المللی به معنای بین‌الدولی باقی می‌مانند. به عبارت بهتر، همچنانکه رویه بین‌المللی به ویژه پس از جنگ جهانی دوم حکایت می‌کند، بسیار پیش آمده است که دولتها حاکم به منظور حل و فصل اختلافات خود، دیوانهای داوری مختلطی تأسیس کرده‌اند که صلاحیت موضوعی (Ratione materiae) آنها عبارت بوده از حل و فصل اختلافات و دعاوی ناشی از نقض یک قاعدة حقوق بین‌الملل (قاعده رفتار با بیگانگان) و صدمات و خسارات واردہ به حقوق و منافع اتباع آنها توسط کشور دیگر که ناشی از انقلاب، سورش یا جنگ بوده است؛ منتها به منظور تسریع در کار و سایر ملاحظات عملی، طی سند مؤسس دیوان به اتباع خصوصی نیز اجازه داده‌اند مستقیماً دعوای خود را مطرح سازند. صرف اجازه دسترسی افراد خصوصی به چنین دیوانهایی ماهیّت حقوق بین‌الملل آنها را نه کاهش می‌دهد و نه تغییر، زیرا دولتها مربوط با استناد واستفاده از نهاد حمایت سیاسی و طی یک موافقتنامه بین‌المللی نسبت به تأسیس دیوان اقدام کرده‌اند. درست است که، همچنانکه دادگاه دائمی دادگستری بین‌المللی در «قضیه ماوروپاتیس»^{۲۵}، با اعمال حمایت سیاسی از جانب دولت مربوط دعوای تبعه به سطح بین‌المللی راه می‌یابد و متعلق به دولت حامی می‌شود، اما اهلیتی که تبعه برای حضور و دادرسی نزد یک دیوان بین‌المللی پیدا می‌کند، خود ناشی از توافق دولتين طرف دعوای است و ریشه بین‌المللی دارد. بعلاوه، دولتها در اعمال کنترل حقوقی و مالکیتی که به اعتبار حمایت سیاسی بر ادعاهای اتباع خود علیه دولتها خارجی دارند، به آنها اجازه می‌دهند دعوای خود را شخصاً مطرح کنند. به همین

۲۵. «دولت، با تصدی دعوای اتباع خود ورجوع به ابزار حمایت سیاسی با طرح دعوای قضایی از جانب ایشان، در واقع حق خود را مطالبه می‌کند تا مطمئن شود قواعد حقوق بین‌الملل نسبت به اتباع او رعایت می‌شود». رک:

Greece v. Great Britain (Mavrommatis Palestine Concessions Case), PCIJ Series A, No. 2, 1924, p. 12.

دلیل، از جمله شرایط لازم برای حضور در چنین دیوانهایی، داشتن تابعیت کشور خواهان است. در واقع، حق اعطای شده به فرد خصوصی، بیش از آنکه مربوط به حقوق ماهوی دعوی که امری بینالدولی است باشد (حقوق مسؤولیت بینالمللی دولت)، ناظر به آینین دادرسی و نحوه طرح ادعاست. در نتیجه، حتی نزد دیوانهایی که افراد خصوصی اجازه دسترسی به آن را یافته‌اند، طرفین ذیفع واقعی و صاحبان اصلی دعوی (*Domini litis*)، حسب قاعده، همچنان دولتها م مؤسس خواهند بود.^{۲۶}

ج. شرط سوم: قانون ماهوی حاکم، حقوق بینالملل باشد

این شرط مهمترین شرطی است که برای بینالمللی دانستن یک دیوان باید وجود داشته باشد. در واقع، محتوای همین شرط است که سپهر حقوقی بیرونی دیوان مربوط را می‌سازد و معلوم می‌دارد که برای حل و فصل دعواه مطروحه از چه نظام حقوقی (بینالمللی یا داخلی) تغذیه می‌شود. همچنانکه اغلب علمای حقوق بینالملل گفته‌اند، « فقط دیوانها و دادگاههایی که حقوق بینالملل را اعمال می‌کنند شایسته اطلاق دیوان و دادگاه بینالمللی هستند».^{۲۷}

۲۶. براونلی؛ همان مأخذ، ص ۵۹۳. تنها حقوقدان بینالمللی که دیوانهای مختلط را متعلق به نظام حقوق داخلی دولتین عضوی دارند آنژیلوتی حقوقدان مشهور ایتالیایی است که شهرت او بیشتر به خاطر نظرات جدائیه یا مخالفی است که هنگام عضویت در دادگاه دائمی دادگستری بینالمللی ارائه کرده است. وی می‌نویسد:

«اما در مورد دیوانهای داوری مختلطی که اخیراً به موجب معاهدات صلح ایجاد شده‌اند، باید گفت که این دیوانها ارگان قضایی مشترک دوکشور هستند و نه ارگان قضایی بینالمللی، همچنانکه این امر از صلاحیت مقارن آنها با صلاحیت دادگاههای کشوری متفقین و متحده‌نین مستفاد می‌شود (رك. معاهدة ورسای ۱۹۱۹، ماده ۳۰۴، بند ۲). مواد معاهدات مذکور که به افراد حق مراجعه به دیوان داوری مختلط را می‌دهد و قانون حاکم را معلوم می‌کند، در پرتو تصویب منظم و انتشار معاهده در فرایندی که قانون اساسی هر کشور مقرر می‌دارد، تبدیل به قواعد حقوق داخلی هر یک از کشورهای طرف معاهده شده است و قسمتی از حقوق داخلی همان کشورها را تشکیل می‌دهد که همه و همه به علت وجود یک مرجع قضایی مشترک شکل واحد به‌خود می‌گیرند».

Dionsio Anzilotti: *Cours de droit international*, vol. 1, Paris 1929, pp. 135-136.

27. C. Tomuschat: «International Courts and Tribunals», *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 1, pp. 92-93.

این شرط، ضمناً سایر ابزارهای بین‌المللی حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات از قبیل میانجیگری، سازش و تحقیق را از شمول دیوان بین‌المللی خارج می‌سازد، زیرا مراجع مذکور بدون توسل و اعمال ضوابط حقوقی مبادرت به رسیدگی و اظهارنظر می‌کنند. ضرورت و توجیه این شرط ناشی از آنجاست که اوّلاً دیوانهای داوری نوعاً ملزم به رعایت واحترام قانون هستند، مگر در مواردی که صریحاً مجاز باشند بر اساس کدخدا منشی تصمیم بگیرند؛ ثانیاً هنگامی که طرفین دعوی دو دولت حاکم یا سایر تابعان حقوق بین‌الملل هستند، نظام حقوقی دیگری که مناسب است و استعداد اعمال در ماهیّت دعوی را داشته باشد، متصوّر نیست. همچنانکه هودسن نوشته است:

«هر "دیوان بین‌المللی" که شایسته اطلاق چنین عنوانی باشد، موظّف است در محدوده قضایی مسلم و روشنی عمل کند و حقوق بین‌الملل را اعمال نماید.»^{۲۸}

مادة ۳۷ کنوانسیون مصوب کنفرانس صلح لاهه ۱۹۰۷ نیز که قبلًاً نقل کردیم، در این زمینه قابل توجه است:

«هدف از هر داوری بین‌المللی حل و فصل اختلافات بین دولتها، به وسیله قضات منتخب ایشان و بر اساس احترام به قانون (حقوق) است.»^{۲۹} (تأکید افزوده شده است)

با توجه به نوع صلاحیتی که دیوانهای موضوع کنوانسیون مذکور دارند – از جمله تفسیر عهدنامه‌ها – تردیدی باقی نمی‌ماند که منظور از عبارت «بر اساس احترام به قانون» همانا حقوق بین‌الملل است.

هرگاه طرفین، قانون ماهوی حاکم یا موازین و اصولی را که مایلند اختلاف آنها بر اساس آن حل و فصل شود در سند مؤسس دیوان یا طی سند جداگانه‌ای معلوم کرده باشند، طبعاً دیوان همان را اعمال می‌کند. چنین قانونی که به اعتبار یک موافقتنامه بین‌المللی تعیین شده است، خصلت حقوق بین‌الملل

28. Manley O. Hudson: *International Tribunal: Past and Future*, Washington, 1944, p. 99.

.۲۳. ر.ک. مأخذ پانوشت.

خواهد داشت.^{۳۰} چنانچه دیوان داوری مربوط با سکوت طرفین در مورد قانون حاکم مواجه گردد (فرضی که در عمل شاذ و نادر است) باز هم مکلف است حقوق بین‌الملل را اعمال کند. هودسن در این باره می‌نویسد:

«وظيفة دیوان داوری به اعمال حقوق بین‌الملل، ولو در غیاب اشتراط آن در سند مؤسس دیوان، همچنان وجود دارد....»^{۳۱}

دو ملاحظه در مورد قانون حاکم در دیوان بین‌المللی وجود دارد که ممکن است قابلیت اطلاق و حوزه شمول این ضابطه را مقید سازد: یکی اجازه طرفین به دیوان مربوط که به صورت کدخدا منشانه (*Ex aequo et bono*) / آنچه خوب منصفانه است) – و نه بارعایت مقررات حقوقی و قانون – تصمیم بگیرد؛ دوم مواردی که دیوان مربوط به قانون داخلی مراجعه کند. در مورد نخست، به طور کلی در داوریهای بین‌المللی اصل بر رسیدگی بر طبق مقررات حقوقی و قانون است و رسیدگی کدخدا منشانه یا دوستانه، استثناء و موکول به تجویز و توافق اصحاب دعوای است. اما در صورت چنین اجازه‌ای ماهیت بین‌المللی مرجع مربوط، به شرط دارا بودن سایر ضوابط، مخدوش نمی‌شود.^{۳۲} در واقع، همین اجازه و صلاحیتی که طرفین به دیوان مخلوق خود می‌دهند که به طور کدخدا منشی و دوستانه به اختلاف آنها رسیدگی کند ناشی از یک موافقت تامة بین‌المللی (قانون بین‌المللی) است که خود ریشه در حقوق بین‌الملل دارد. بعلاوه، دیوانی که اجازه یافته است به صورت کدخدا منشی عمل کند، در انجام این وظیفه، همچنان یک مرجع متعلق به نظام قضایی بین‌المللی باقی می‌ماند.

ایراد مقدّر دوم محتاج بسط بیشتری است. اینکه دیوانی بین‌المللی

30. C. W. Jenks: *The Process of International Adjudication*, London, 1964, p. 605 et seq.

۳۱. هودسن، همان مأخذ، ص. ۱۰۰، نیز رک:

H. Steinberger: «Judicial Settlement of International Disputes», *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 1, p. 130.

۳۲. رک. ماده (۲۸) اساسنامه دادگاه بین‌المللی دادگستری که مقرر می‌دارد: [مقررات این ماده به صلاحیت دادگاه برای اینکه بر اساس کدخدا منشی [آنچه منصفانه و خوب است] تصمیم بگیرد تأثیری نخواهد داشت، مشروط بر اینکه طرفین توافق کرده باشند]. منظور از منصفانه، معنای متعارف آن است و نه «اصف» به عنوان یک اصل کلی حقوقی.

ناگزیر شود به حقوق داخلی هم مراجعه کند دو محمل دارد: یکی اینکه طرفین چنین مأموریتی به آن داده باشند؛ دوم اینکه خود دیوان برای حل و فصل پاره‌ای موضوعات مطروحه در دعوى ناگزیر شود به حقوق داخلی توسل جوید. در مورد حالت اول، کمتر موردی را می‌توان یافت که طرفین از دیوان مربوط خواسته باشند منحصراً حقوق داخلی مشخصی را در ماهیّت دعوى اعمال کند، بلکه هرگاه در سند مؤسس دیوان به حقوق داخلی ارجاع شده همراه و در کنار حقوق بین‌الملل بوده است.^{۳۳} اما فرض دوم در موقعی تحقیق می‌یابد که دیوان بین‌المللی برای هموار کردن راه اتخاذ تصمیم در ماهیّت دعوى -دعوایی که ریشه در نقض حقوق بین‌الملل دارد و از این رو اختلافی بین‌المللی است - مجبور می‌شود ابتدا پاره‌ای موضوعات حقوقی مقدماتی را تصمیم‌گیری کند. در چنین حالتی، در واقع انجام رسیدگی و صدور رأی، متوقف بر تعیین تکلیف همان موضوعات مقدماتی است؛ مانند اینکه آیا شخص خصوصی که ادعّا می‌شود حقوق او مورد تضییع قرار گرفته و دولت متبعوی دعوای او را در قالب حمایت سیاسی به سطح بین‌المللی آورده است تابعیت آن دولت را دارد یا نه، و اگر شخص حقوقی است آیا مطابق مقررات محل تشکیل یافته است؟ آیا مالکیت چنان شخصی بر اموال مورد خسارت و ادعّا وفق قانون محل مستقر شده است؟ و بالاخره آیا قراردادی که منشأ حقوق و منافع مورد ادعّاست به درستی منعقد شده و دارای اعتبار بوده است؟ برای پاسخ دادن به این پرسش‌های حقوقی مقدماتی و اتفاقی است که دیوان بین‌المللی مربوط ناگزیر می‌شود به قانون داخلی مناسب رجوع کند و سپس یافته خود را به هنگام تصمیم‌گیری اصلی در حقّ ماهیّت دعوى - که طبق اصول حقوق بین‌الملل خواهد بود - ملحوظ یا اعمال کند. در واقع، دیوان بین‌المللی به اعتبار صلاحیّت بین‌المللی که دارد به قانون داخلی مراجعه می‌کند و در این کار انجام

۳۳. برای نمونه رک. قرارنامه داوری بین امریکا و کانادا در پرونده زیر که طی ماده ۴ کنوانسیون ۱۹۵۳ مربوط به آن مقرر شده بود: «دیوان قانون و رویه‌ای را که برای رسیدگی به موضوع مطروحه در امریکا و نیز در حقوق بین‌الملل از آن پیروی می‌شود، اعمال خواهد کرد».

U.S. v. Canada (Trial Smelter Case), 3 Reports of International Arbitral Awards, 1907, p. 1908.

مأموریت اصلی خود را که حل و فصل بین‌المللی دعوی است، در نظر دارد. باری، اینکه دیوان بین‌المللی ممکن است به حقوق داخلی مراجعه کند بی‌آنکه بر ماهیّت بین‌المللی آن خدشه‌ای وارد شود یا آن را از دست بدهد، هم مورد تأیید علمای حقوق بین‌الملل قرار گرفته است^{۲۴} و هم رویّه قضایی نمونه‌های فراوانی از آن به دست می‌دهد^{۲۵}.

چنانکه اشاره شد، نظام حقوق بین‌الملل به عنوان قانون ماهوی حاکم در دیوانهای بین‌المللی، محیط حقوقی بیرونی دیوان را ترسیم می‌کند. از این‌رو، هر دیوانی که با استاد و مراجعه به اصول، موازین و هنجارهای متبع و موجود در چنان نظامی اختلاف را رسیدگی کند و به نام حقوق بین‌الملل و در مقام اعمال صلاحیّت بین‌المللی خود رأی دهد، دارای ماهیّتی بین‌المللی است.

۳۲

تطبیق ضمایر سه گانه دیوانهای بین‌المللی بر دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده

دیوان داوری ما هر سه شرطی را که برای بین‌المللی محسوب کردن یک دیوان برشمردیم واجد است و - چنانکه خواهیم دید - سند مؤسس دیوان در شمار موافقنامه‌های بین‌المللی است، طرفین مؤسس دیوان و طرفین واقعی اختلاف نزد دیوان دو دولت ایران و ایالات متحده هستند و بالاخره دیوان داوری برای تصمیم‌گیری و حل و فصل دعاوی به اصول و موازین حقوق

۲۴. برای نمونه رک براؤنلی: همان مأخذ، صص ۳۹ به بعد؛ هودسن: همان مأخذ، صص ۱-۴. نیز رک: Simpson and Fox: *International Arbitration: Law and Practice*, 1959, p. 144; Jenks: op. cit., p. 457.

۲۵. برای نمونه رک:

The Serbian and Brazilian Loans Cases, *PCIJ Series A*, No. 20 and 21, 1929; The Anglo-Iranian Oil Company Case, *ICJ Rep.*, 1952, p. 93; The Nottebohm Case, *ICJ Rep.*, 1955, p. 4; The Trail Smelter Case, op. cit.

بین‌الملل مراجعه و استناد می‌کند.

الف. سند مؤسس دیوان داوری

دیوان داوری بر اساس بیانیه‌های الجزایر مورخ ۱۳۵۹/۱۰/۲۹ تأسیس شده است. بیانیه‌های الجزایر – مشتمل بر دو سند اصلی به نام بیانیه عمومی و بیانیه حل و فصل دعاوی و یک سند دیگر موسوم به سند تعهدات – به دنبال مذاکرات غیرمستقیم ایران و ایالات متحده که با میانجیگری دولت الجزایر انجام شده بود، توسط همین دولت اعلام شد.^{۳۶} اما نه روش مذاکرة غیرمستقیم یا وساطت دولت ثالث و نه صرف تسمیه اسناد مذکور به «بیانیه» – به جای نامه‌ای مصطلح از قبیل عهدنامه، کتوانسیون، پیمان و... – هیچ‌کدام وصف «موافقتنامه بین‌المللی» یا عهدنامه بودن را از بیانیه‌های الجزایر سلب نمی‌کند، زیرا اسناد مذکور اولًاً بین دو دولت و در صحنه بین‌المللی منعقد شده‌اند و ثانیاً مشمول حقوق بین‌الملل هستند، و بدین‌سان شرایط لازم برای عهدنامه شمرده شدن را چنانکه در ماده ۱ کتوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات آمده است، بر می‌آورند.^{۳۷}

بیانیه عمومی، همچنانکه نام آن افاده می‌کند، مشتمل بر تعهدات کلی و اصولی دولتين است و اصل کلی «ب» همین سند است که اساس تعهد دولتين به تأسیس دیوان داوری را در خود دارد:

«قصد دولتين آن است که در چهارچوب و پیرو شروط مقرر در بیانیه‌های الجزایر کلیه دعاوی بین هر دولت و اتباع دولت دیگر را ختم کنند و حل و فصل و ختم آنها را از طریق یک داوری لازم‌الاجراه فراهم نمایند.»

جزئیات و ترتیبات انجام این داوری و تشکیل دیوان، در بیانیه حل و

۳۶. ر. دکتر احمدی واستانی؛ همان مأخذ؛ دکتر افتخار جهرمی؛ همان مأخذ. برای ملاحظه متن کامل انگلیسی و فارسی بیانیه‌های الجزایر ر.ک. مجله حقوقی، ش ۱، زمستان ۱۳۶۳، بخش اسناد بین‌المللی.

۳۷. ر.ک. مأخذ پانوشت ۱۸.

فصل دعاوی آمده است که در واقع در حکم «قرارنامه داوری» دیوان است.^{۳۸} اینکه بیانیه‌های الجزایر مجموعاً «موافقتنامه بین‌المللی» است توسط خود دیوان داوری هم تأیید شده است. به عنوان مثال، دیوان داوری طبق رأی صادره در پرونده الف/۱۸، با یادآوری تصمیم قبلی خود در پرونده الف/۱، اعلام کرد: «همان طور که دیوان قبلًا در پرونده الف/۱ تصمیم گرفته است و همان طور که طرفین موافق‌اند، بیانیه‌های الجزایر عهدنامه‌ای تحت حقوق بین‌الملل را تشکیل می‌دهند که باید مطابق مواد ۲۱ و ۲۲^{۳۹} کتوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات تفسیر شوند.»

اینکه آیا بیانیه‌های الجزایر از نظر حقوق داخلی دولتین تیز عهدنامه بهشمار می‌آیند و آیا ترتیبات لازم برای انعقاد عهدنامه، چنانکه در قوانین آنها مقرر بوده، رعایت شده یا خیر از گفتشگوی ما خارج است. همین قدر اشاره می‌کنیم این بحث ثمرة عملی در حوزه حقوق بین‌الملل ندارد، زیرا نه اثری در وصف بین‌المللی بیانیه‌ها خواهد داشت و نه عدم رعایت مقررات شکلی داخلی مربوط به انعقاد عهدنامه‌ها توسط یکی از دولتین، آن را از تعهدات بین‌المللی خود معاف می‌سازد.^{۴۰} البته تا جایی که به جمهوری اسلامی ایران مربوط می‌شود، ظاهرًاً اساس اختیار قوّه مجریه برای امضای بیانیه‌ها و قبول داوری، «لایحه قانونی راجع به حل و فصل اختلافات مالی و حقوقی دولت جمهوری اسلامی ایران با دولت امریکا»^{۴۱} مصوب ۱۰/۲۴ ۱۳۵۹ بوده، و تا جایی که به ایالات متحده مربوط می‌شود، دیوان عالی کشور آن، اجازه قوّه مجریه برای انعقاد بیانیه را تأیید کرده است.^{۴۲}

۳۸. جالب است که در سراسر بیانیه حل و فصل از آن به «موافقتنامه» (Agreement) تعبیر شده است. رک. مواد ۱، ۴ و ۷ بیانیه حل و فصل دعاوی.

۳۹. ایران علیه ایالات متحده (پرونده الف/۱۸)، گزاره آراء دیوان داوری، انتشارات گروسویوس، ج. ۴، ص. ۲۵۹.

۴۰. نیز رک. اصفهانیان علیه ایران، همان مأخذ، ج. ۲، ص. ۱۶۰.

۴۱. رک. مواد ۲۷ و ۴۰ عهدنامه وین در مورد حقوق معاهدات، مأخذ پیشین.

۴۲. منتشره در روزنامه دسمی شماره ۱۰۴۶۹/۱۱/۱۴. نیز رک. بهزاد نبوی: «پاسخهایی به نقد بیانیه عمومی الجزایر»، مجله سیاست خارجی، س. ۵، ش. ۳، صص ۶۸۳-۶۸۴.

42. *Dames & Moore v. Reagan*, 453 U.S. (1981), p. 654.

ب. طرفین دیوان داوری

هرچند ظاهر عبارت بند ۱ ماده ۲ بیانیه حل و فصل دعاوی که می‌گوید «بدین وسیله یک هیأت (دیوان) داوری (هیأت رسیدگی به دعاوی ایران و ایالات متحده) به منظور اتخاذ تصمیم درباره ادعاهای اتباع ایالات متحده علیه ایران و ادعاهای اتباع ایران علیه ایالات متحده... تشکیل می‌گردد...» (تأکید افزوده شده است)، چنین افاده می‌کند که گویا یکی از طرفین واقعی دعاوی مطروحه نزد دیوان اشخاص خصوصی هستند، اما در واقع طرفین اصلی نزد دیوان داوری دولتين می‌باشند و دادن اجازه دسترسی به دیوان به اتابع خصوصی آنها صرفاً از باب تسهیل کار بوده است؛ امری که در رویه بین‌المللی فراوان تکرار شده است.^{۴۳} این نکته از آنجا بیشتر تأیید می‌شود که دعاوی کمتر از ۲۵۰,۰۰۰ دلار که اصطلاحاً «دعاوی کوچک» نامیده می‌شود باستی توسط دولتين ارائه گردد.^{۴۴} بعلاوه، دعاوی راجع به تفسیر شروط و مقررات بیانیه‌های العجزایر، توسط دولتين اقامه می‌شود، در حالی که چه بسا موضوع مورد تفسیر مستقیماً مرتبط با دعاوی اتابع باشد، مانند پرونده الف / ۱۸ که موضوع آن عبارت بود از اینکه آیا دارندگان تابعیت مضاعف ایران و امریکا نیز حق رجوع به دیوان داوری را دارند یا نه.^{۴۵}

علاوه بر این، با توجه به صلاحیت موضوعی دیوان که عبارت است از رسیدگی به دعاوی ناشی از دیون، قراردادها و سلب مالکیت – موضوعاتی که

.۴۳. براونلی: مأخذ پانوشت.

.۴۴. بند ۳ ماده ۳ بیانیه حل و فصل دعاوی مقرر می‌دارد: «ادعاهای اتابع ایالات متحده و ایران در چارچوب این بیانیه یا توسط خود متنعی و یا در مورد دعاوی کمتر از ۲۵۰,۰۰۰ دلار توسط دولت آنها به داوری ارجاع خواهد گردید».

.۴۵. نمونه قابل ذکر و جدیدتر، پرونده الف / ۲۸ است. در این پرونده، ایالات متحده متنعی است که ایران با پر نکردن حساب تضمینی دیوان تا ۵۰۰ میلیون دلار از تعهدات خود تخلف کرده است. چنانکه می‌دانیم، حساب تضمینی صرفاً برای ایفا و اجرای احکام صادره علیه ایران از جمله در دعاوی اتابع ایالات متحده افتتاح شده است و بنابراین مستفید و ذی نفع اصلی در مورد کاهش مانده آن همان اتابع امریکایی نیز هستند. اما دولت ایالات متحده – و نه اتابع آن – مبادرت به طرح دعوای تفسیری نزد دیوان نموده است. این پرونده هنوز تحت رسیدگی است.

همگی به قاعدة حقوق بین‌الملل در مورد رفتار با بیگانگان قابل تأویل است – شکی باقی نمی‌ماند که دولتین در مقام اعمال حمایت سیاسی (در قالب حمایت قضایی) از ادعاهای اتباع خود، آنها را به سطح بین‌المللی رسانده و تصدی کرده‌اند و برای رسیدگی و حلّ و فصل آنها، دیوان داوری حاضر را تأسیس نموده‌اند. طرفین اصلی، نزد دیوانی که بر اساس اعمال حمایت سیاسی دولتها تأسیس می‌شود، بی‌تردید همان دولتهای مؤسس‌اند، ولو اینکه برای پاره‌ای ملاحظات از جمله ملاحظات ناشی از کثرت و حجم زیاد دعاوی، به اتباع ذی‌ربط اجازه مراجعة مستقیم به دیوان مربوط را اعطای نمایند. اگر اتابع مذکور طرف واقعی و اصلی دعوی بودند حضور «نماینده رابط» دولتین، به‌ویژه دولت متبوع خواهان خصوصی نزد دیوان داوری، معنی نداشت.^{۴۶}.

ج. قانون حاکم در دعاوی مطروحه نزد دیوان داوری

به‌طور کلی، عبارت قانون حاکم در معنای وسیع خود دارای سه زمینه و مفهوم است: قانون ماهوی، قواعد حلّ تعارض قوانین و قانون آیین دادرسی حاکم. مقصود ما در اینجا البته همان مفهوم اول است.

طرفین طی ماده ۵ بیانیه حلّ و فصل دعاوی به‌طور نسبتاً مفصلی قانون حاکم بر دعاوی مطروحه نزد دیوان را تعیین کرده و دستورالعمل مشخصی به دیوان داده‌اند. ماده مذکور مقرر می‌دارد:

«هیأت داوری اتخاذ تصمیم درباره تمام موارد را بر اساس رعایت قوانین انجام خواهد داد و مقررات حقوقی و اصول حقوق تجارت و حقوق بین‌الملل را [که قابل اعمال تشخیص دهد] بکار خواهد برد و در این مورد کاربردهای عرف بازارگانی، مفاد قرارداد و تغییرات اوضاع و احوال را در نظر خواهد گرفت.»^{۴۷}

^{۴۶} بند ۲ ماده عباییه حلّ و فصل مقرر می‌دارد: «هریک از دولتین نماینده‌ای در محل استقرار هیأت داوری تعیین خواهد نمود تا نمایندگی آن دولت را در هیأت مزبور به عهده داشته باشد...». تأسیس «نماینده رابط» خاص دیوانهای بین‌الدولی است (ر.ک. ماده ۴۰ اساسنامه دادگاه بین‌المللی دادگستری).

^{۴۷} ترجمه فارسی ماده ۵ بیانیه حلّ و فصل دعاوی از منتهی نقل شده که به امضای طرف ایرانی رسیده است و عبارت داخل قلاب را ندارد؛ با این توضیح که بیانیه‌های الجزایر متن فارسی رسمی که به امضای هر دو ←

از آنجا که دیوان داوری مرجعی چند صلاحیتی است، ماده مذکور منابع حقوقی مختلفی را در اختیار دیوان قرار می‌دهد تا از آنها موازین و قواعد حقوقی مورد نیاز خود را حسب مورد استخراج و در دعواهای مربوط اعمال کند. اما با کمی تعقیق معلوم خواهد شد که محور اصلی و مرکز تقلیل رژیم قانون حاکم دیوان، حقوق بین‌الملل عام است و منابع حقوقی مندرج در ماده مذکور همگی به حقوق بین‌الملل بر می‌گردند. رویه دیوان نیز - چنانکه خواهیم دید - مؤید همین نظر است. توضیح این مطلب محتاج بسط سخن است. رژیم قانون حاکم در دیوان داوری که در ماده ۵ بیانیه حل و فصل آمده، به سه جزء قابل تجزیه است:

اول. بر اساس رعایت قانون.

دوم. با اعمال قواعد انتخاب قانون حاکم و اصول حقوق بازرگانی و حقوق بین‌الملل.

سوم. با در نظر گرفتن عرف تجاري ذی‌ربط، شروط قراردادی و تغییر اوضاع و احوال.

همان طور که پیداست، لسانی که برای هریک از سه قسمت فوق بکار رفته متفاوت است: «بر اساس»، «با اعمال» و «با در نظر گرفتن». هر کدام از این عبارات، بار مفهومی خاصی را حمل می‌کنند: دو جزء اول که ناظر به منابع اولیه قانون حاکم هستند نوعی الزام را با خود دارند، در حالی که مفاد جزء سوم بیش از آنکه متضمن چنان قانون ماهوی حاکم باشد که بتواند مبنای حل و فصل دعوى قرار گیرد، از ملاحظاتی سخن می‌گوید که دیوان داوری باید مورد توجه و نظر - و نه اعمال - قرار دهد. بعلاوه، محتوای دو جزء اول از منابع حقوق بین‌الملل به شمار می‌روند، در حالی که جزء سوم بیشتر مشتمل بر ملاحظات حقوق خصوصی است. نتیجه این تحلیل عبارتی و زبان‌شناختی آن است که

– طرف رسیده باشد، ندارد. ترجمۀ سلیس تر و صحیح تر ماده ۵ چنین است: «دیوان داوری حکم خود را در هر قضیه با رعایت قانون و با اعمال آن دسته از قواعد انتخاب قانون حاکم [قواعد تعارض قوانین] و اصول حقوق بازرگانی و [حقوق] بین‌الملل که مناسب تشخیص دهد، با در نظر گرفتن عرف تجاري ذی‌ربط، شروط قراردادی و تغییر اوضاع و احوال، صادر خواهد گرد» (بیز رک، دکتر افتخار چهرمی: همان مأخذ، ص ۲۵، پاپوشت ۴۶).

منطق ماده ۵ بیانیه حل و فصل عبارت است از الزام دیوان به رعایت حقوق بین الملل به عنوان منبع اولیه قانون حاکم، و در کنار آن ملاحظه و نظر افکنند به منابع ثانوی از قبیل عرف تجاری، شروط قرارداد و تغییر اوضاع و احوال. نتیجه و اثر عملی این سخن را در تحلیل مفهومی ماده ۵ خواهیم دید.

هر کدام از سه جزء ماده ۵ دارای مفهوم و معنای محصلی است، اما چنانکه توضیح خواهیم داد ملتقاتی هر سه در حقوق بین الملل است.

جزء اول - «بار عایت قانون» یا «با احترام به قانون»: این عبارت در متون حقوق بین الملل بدون سابقه نیست و هرگاه بکار رفته ناظر بر حقوق بین الملل بوده است. به عنوان مثال - همان طور که قبل انتقال کردیم - ماده ۳۷ کتوانسیون مصوب کنفرانس صلح لاهه ۱۹۰۷، همانند ماده ۱۵ کتوانسیون ۱۸۹۹ لاهه، مقرر می دارد:

«هدف از داوری بین المللی، حل و فصل اختلافات بین دولتها به وسیله قضات منتخب ایشان و بر اساس احترام به قانون است». ^{۴۸}

هموت استین برگر در داثره المعارف حقوق بین الملل عمومی می نویسد: «... همچنین است [اعمال حقوق بین الملل] هنگامی که شروط مندرج در عهدنامه ها مانند کتوانسیون های ۱۹۰۷ و ۱۸۹۹ لاهه، صرفاً مقرر می دارند که دیوان داوری بر اساس احترام به قانون تصمیم خواهد گرفت». ^{۴۹}

اثر جنبی قید عبارت مذکور آن است که دیوان داوری مجاز نیست بر اساس کخدمانشی رسیدگی کند و حکم دهد، بلکه موظف است قانون (حقوق بین الملل) را مجری دارد.^{۵۰}

.۴۸. رک. مأخذ پانوشت ۲۰.

۴۹. استین برگر: همان مأخذ، همانجا.

۵۰. قابل یادآوری است که ماده ۳۳ قواعد دیوان داوری که راجع به قانون حاکم است، در بند ۱ عیناً متن ماده ۵ بیانیه حل و فصل را تکرار نموده، اما بند ۲ آن اضافه کرده است: «دیوان داوری تنها در صورتی از سر انصاف و خیرخواهی تصمیم خواهد گرفت که طرفهای داوری بالصرایحه و کتاب اجازه چنین امری را به دیوان داده باشند»، هرچند بند اخیر رسیدگی بر اساس کخدمانشی را موقول به اجازه طرفین کرده است، اما الحق و اضافه کردن بند مذکور به رژیم قانون ماهوی دیوان خالی از اشکال نیست، زیرا در واقع نوعی اصلاح و تغییر بیانیه حل و فصل است که منحصر در اخیار دولتین متعاهدین قرار دارد و نه هیات داوران ←

جزء دوم - قسمت دوم ماده ۵ را می‌توان به دو بخش تقسیم کرد: با اعمال قواعد تعارض قوانین؛ با اعمال اصول حقوق بازرگانی و بین‌الملل. اینکه دیوان داوری ملزم شده است برای انتخاب قانون مناسب به اصول تعارض قوانین رجوع کند، بدان معنی نیست که حقوق داخلی را در ماهیّت دعوى اعمال خواهد کرد، زیرا - چنانکه قبلًا اشاره شد - چه بسا دیوان بین‌المللی ناگزیر شود برای پاره‌ای امور مقدماتی و اتفاقی از قبیل تابعیت، اعتبار قرارداد، سمت طرفین یا مرور زمان و غیره به مقررات حقوق داخلی مراجعه کند. این قبیل موضوعات اغلب به صلاحیت یا قابلیت استماع دعوى مرتبط می‌شوند و یا واقعیاتی هستند که احراز آنها به عنوان مقدمه، برای ورود در ماهیّت لازم است. به هر حال، در عمل، دیوان داوری برای یافتن قانون ماهوی حاکم جهت تعیین تکلیف ماهیّت اختلاف (و نه امور اتفاقی که بر شمردیم) کمتر به قواعد تعارض قوانین حقوق داخلی دولتین طرف دعوى، کشور مقر یا کشور ثالث استناد کرده است. در محدود پرونده‌هایی هم که دیوان داوری به قواعد حل تعارض رجوع کرده قواعد کلی تعارض قوانین (مانند قاعدة بیشترین ارتباط یا مرکز ثقل) را مورد استناد قرار داده است. به عنوان مثال، در پرونده هارنیشفسگر دیوان داوری چنین تصمیم گرفت:

«طبق اصول کلی انتخاب قانون، قانون ایالات متحده به عنوان قانونی که مهمترین ارتباط را با معامله مربوط و متعاملین داشته است، بایستی برای حکومت بر پرونده برگزیده شود.»^{۵۱}

حتی در مواردی که دیوان داوری برای یافتن قانون مناسب به حقوق داخلی مراجعه کرده است، آن را در پرتو ماهیّت بین‌المللی خود دیده و نسبت به آن تصمیم‌گیری نموده است. به عنوان مثال، در پرونده «هاوس» این مسأله مطرح بود که آیا شریک مدنی می‌تواند تمام مطالبات شرکت را از دولت خوانده

→ یا حتی نمایندگان رابط دولتین که مأموریت محدود و مشخصی دارند که هرچه باشد اصلاح و تغییر بیانیه‌ها نیست (رک. پاپوشت ۴۶). ضمناً تا به حال موردی گزارش نشده است که دیوان بر اساس ماده ۳۳ قواعد داوری خود رأی صادر کرده باشد.

^{۵۱} هارنیشفسگر علیه ایران، گواه آراء دیوان داوری، ج ۷، ص ۹۹. نیز رک. ایکانامی فرم علیه ایران، همان مأخذ، ج ۳، ص ۴۲.

ادعاء نماید، یا فقط تا میزان مشارکت خود محق در طرح دعوی است؟ خواهان امریکایی مدعی بود چون رابطه او با شریک آلمانی اش در داخل مشارکت از انواع اصیل - نماینده بوده، مالک تمام ادعای است. اما خوانده ایرانی دفاع می کرد که مطابق قانون مدنی ایران، که قانون حاکم بر مشارکت محسوب می گردد، حقوق شرکای مدنی محدود به میزان مشارکت آنهاست و مادام که سایر شرکاء اجازه و نمایندگی نداده باشند، یک شریک به تنها یعنی نمی تواند کل مطالبات مشارکت را درخواست کند و از این رو خواهان برای ادعای ۱۰۰ درصد مطالبات مشارکت فاقد «سمت» (Locus standi) است. بعلاوه، چون شریک دیگر خواهان یک شرکت آلمانی است، به فرض وجود چنین اجازه ای، دیوان داوری صلاحیت رسیدگی نخواهد داشت، زیرا صلاحیت شخصی این دیوان محدود و مقید به اتباع امریکایی است. دیوان داوری با قبول اینکه قرارداد مشارکت مشمول و محکوم به احکام قوانین ایران است، ابتدا به بررسی قانون مدنی و آراء علمای حقوق ایران در باب مشارکت پرداخت و درین آنها مأخذ و مراجع فراوانی در تأیید این سخن یافت که «کل ادعاهای مشارکت مدنی باید از طرف کلیه شرکاء مطرح شود» و احد از شرکاء نمی تواند به تنها یعنی طرح دعوی کند، مگر اینکه سایر شرکاء اجازه داده باشند. اما یافته دیوان در این زمینه فقط «نقطه عزیمت» آن بود برای حرکت به سوی حقوق بین الملل. تصمیم دیوان را در اینجا با یکدیگر می خوانیم:

«مع ذلك، أين ديوان يك ديوان بين الملل است كه به موجب عهداً
تأسيس شده و همان عهداً اشخاصي را كه تبعه ایالات متّحدة با
ایران نباشد از مراجعته بد اين ديوان منع می کند. بنابراین، هر چند
ديوان می تواند حقوق داخلی را به عنوان نقطه عزیمت برگزیند، اما
بايستی به مقررات حقوق بین الملل درباره موضوع مطروحه نیز نظر
افکند.»^{۵۲}

ديوان داوری سرانجام پذيرفت که خواهان فقط تا میزان مشارکت خود در شرکت مدنی حق طرح دعوی دارد. دیوان در یکی از تازه ترین آراء خود

۵۲. هاوس اینترنشنال اینکورپوریتد ایلید ایران، گزاره آراء دیوان داوری، ج ۹، صص ۳۲۷ - ۳۲۹.

گامی فراتر نهاده است و مراجعه به حقوق داخلی را، حتّی به عنوان نقطه عزیمت برای تعیین تکلیف مسائل مقدماتی پرونده، لازم نمی‌داند. در پرونده «سقیع عليه ایران»، تعدادی از سهام مورد ادعای خواهان، به نام اتباع ایرانی بود، اما خواهان ادعای مالکیت صوری است و همو مالک ذی نفع و واقعی (Beneficial owner) سهام مذکور بوده است. خواننده ایرانی با استناد به ماده ۴۰ قانون تجارت ایران دفاع می‌کرد که طبق قانون حاکم بر تشکیل شرکت و نقل و انتقال سهام، قانون ایران فقط کسی را مالک سهم (و طبعاً مالک ادعای) می‌داند که نام او در دفتر سهام شرکت ثبت شده باشد و هرگونه نقل و انتقال که مطابق مقررات قانون مذکور انجام نشده باشد، نسبت به اشخاص ثالث و شرکت باطل و بی اعتبار است و حقوق ایران مالکیت ذی نفع را نمی‌شناسد. دیوان داوری مسأله قانون مناسب برای مالکیت سهام را به عنوان یک امر مقدماتی، با استمداد از ماهیّت بین‌المللی خود و استناد به مأموریّتی که طبق بیانیّه‌های الجزاير و حقوق بین‌الملل دارد، چنین حل کرد:

«در اینجا بحث بر سر اعتبار یا عدم اعتبار علایق مالکانه انتفاعی تحت قوانین ایران در برابر شرکت یا اشخاص ثالث نبوده، بلکه بحث بر سر این است که آیا دولت ایران طبق حقوق بین‌الملل بابت "ضبط اموال یا سایر اقداماتی که مؤثر در حقوق مالکیت باشد" در برابر مالکان انتفاعی اموال مسؤول است یا خیر.»^{۵۳}

فارغ از اینکه آیا حقوق ایران نهاد مالک ذی نفع را به رسمیّت می‌شناسد یا نه، این گشاده‌دستی دیوان در استفاده و مراجعه به حقوق بین‌الملل حتّی برای امور حقوقی مقدماتی از قبیل مالکیت ادعای قابل انتقاد است. زیرا مadam که مدعی، مالکیت خود بر ادعای را که موضوعاً معطوف به حقوق خصوصی است و حقوق بین‌الملل پاسخی برای آن ندارد، ثابت نکرده است، سخن گفتن از مسؤولیّت بین‌المللی دولت برای مصادره حقیّ که هنوز محرز نیست، قیاسی معیّب و استدلالی ضعیف است، خصوصاً که همین دیوان داوری در پرونده‌ای دیگر و طی رویه‌ای مقدم، ماده ۴۰ قانون تجارت را برای احراز مالکیت سهام

۵۳. پرونده جیمز سقیع و ساربرین علیه ایران، بند ۲۵ رأی.

مجری و معتبر دانسته است.^{۵۴}

باری، عدم مراجعة دیوان به قواعد تعارض قوانین ملّی، خود دلیل دیگری بر صدق مدعای ماست، زیرا به عنوان یک مرجع بین‌المللی، دیوان داوری فاقد «قانون مقر» (Lex fori) است، بلکه قانون مقر آن همانا حقوق بین‌الملل (اصول کلی تعارض قوانین) است. گونار لاگرگرن اولین رئیس دیوان داوری در مقاله‌ای که پس از استعفای خود از آن مقام نوشته است، همین حقیقت را چنین بیان می‌کند:

«ما یلم اضافه کنم که چون دیوان از ویژگی یک دیوان بین‌المللی برخوردار است و مشمول حقوق بین‌الملل عمومی است، به نظام تعارض قوانین حقوق داخلی هیچ کشوری (مثلاً هلند) رجوع نمی‌کند، بلکه به جای آن اصول کلی تعارض قوانین را اعمال می‌نماید.»^{۵۵}

قسمت دوم، یعنی عبارت «با اعمال اصول حقوق بازرگانی و بین‌الملل»، بی‌کمترین شباهتی، اشاره به یکی از منابع شناخته شده حقوق بین‌الملل، یعنی اصول کلی حقوقی، دارد. دیوان داوری بیش از هر منبع دیگری، از این منبع به عنوان قانون حاکم استفاده کرده است. استقصای رویه دیوان در مواردی که اصول کلی حقوقی را به عنوان قانون حاکم اعمال کرده محتاج مجال و مقال دیگری است؛ معذک موارد و زمینه‌های اصلی که دیوان داوری از این منبع استفاده نموده به شرح زیر قابل طبقه‌بندی است:

الف. تلفیق یافته‌های تحت حقوق داخلی با اصول کلی حقوقی: گاه دیوان داوری یافته خود تحت حقوق داخلی مربوط را با استناد به اصول کلی حقوقی تأیید نموده یا آن را به اصل حقوقی ذی ربط تأویل کرده است، و بدینسان به جای اینکه مقررات حقوق داخلی را به‌طور مستقیم اعمال کند، همان اصل کلی حقوقی را مبنای تصمیم‌گیری خود قرار داده است. این وضع اغلب در

۵۴. کارلسون علیه ایران، گزاره آزاد دیوان داوری، ج ۲۶، ص ۲۰۰. برای ملاحظه نمونه دیگری از اعمال حقوق داخلی در امور مقدماتی، رک. پرونده هوشنگ و کاترین اعتضادی علیه ایران، بندهای ۲۱-۷۵ رأی (اعمال حقوق داخلی ایران در مورد حقوق مالی زوجین).

۵۵. Gunnar Lagergren: «The Iran-U.S. Claims Tribunal», 13 Dalhousie Law Journal, 1990, p. 512.

اختلافات قراردادی که موضوعاً در قلمرو حقوق خصوصی می‌گنجد، پیش آمده است. به عنوان مثال، در پرونده «پامروی علیه ایران»، خواهان پارهای صورتحسابهای پرداخت نشده را مطالبه داشت و ادعا می‌کرد که رضایت ضمنی خوانده برای انعقاد قرارداد کافی است. اما خوانده دفاع می‌کرد که مطابق قوانین ایران که قانون حاکم بر موضوع بوده قراردادی بوجود نیامده است، زیرا هیچگاه رضایت خود را اعلام نکرده است و مأخوذه اعمال و اقدامات دیگران نیست. دیوان داوری تصمیم گرفت هم تحت قوانین ایران و هم به موجب اصول کلی حقوقی هرگاه اعمال و رفتار بعدی طرف دلالت بر رضایت ضمنی او داشته باشد، قرارداد صحیحاً منعقد شده است:

«این، هم یک اصل کلی حقوقی است و هم اصلی است که مواد ۲۴۷ و ۲۴۸ قانون مدنی ایران متضمن آن است که هرگاه طرف با رفتار و اعمال خود رضایت خود را نشان داده باشد، نمی‌تواند اعتبار قراردادی را که از جانب او منعقد شده، انکار کند.»^{۵۶}

ب. جایگزین کردن حقوق داخلی حاکم با اصول کلی حقوقی: بیاری از قراردادهای موضوع دعاوی مطرحه نزد دیوان که دارای شرط قانون حاکم بوده، قانون داخلی مشخصی را تعیین کرده است. اما دیوان داوری به اعتبار خصلت بین‌المللی خود و اینکه خود را نه در برابر نظامهای حقوق ملی بلکه در برابر حقوق بین‌الملل پاسخگو می‌دانسته است، چنین قانونی را کنار گذاشته و به جای آن اصول کلی حقوقی ذی ربط را اعمال کرده است. در پرونده «گولد مارکتینگ علیه ایران»، قرارداد مربوط مقرر کرده بود قوانین ایالت کالیفرنیا حاکم بر آن خواهد بود. قرارداد به علت فورس ماؤر عقیم مانده بود و خسارات و پی‌آمدهای ناشی از آن علی القاعده می‌بايستی با مراجعه به مقررات قانون مذکور تعیین می‌شد. اما دیوان داوری قانون داخلی منتخب طرفین را کنار گذارد و با مراجعه به اصول کلی حقوقی نظر داد که در صورت فسخ قرارداد به

۵۶. آ. پامروی علیه ایران، گزاره آراء دیوان داوری، ج ۲، ص ۳۸۰. نیز رک. ایسایاه علیه بانک ملت، همان مأخذ، ص ۲۳۷. که دیوان داوری اصل حقوقی منع دارا شدن غیرعادلانه را اعمال کرد و رأی داد که نبرداختن چکهای مورد ادعای خواهان منتهی به دارا شدن بانک ملت بدطور غیرعادلانه خواهد شد. و اضافه نمود: «دلیلی ندارد که حتی اگر منحصر اقانون ایران اعمال می‌شد، نتیجه دیگری بددست می‌آمد».

علت عقیم ماندن، «مبالغ واجب الاداء تحت قرارداد با مستحب با آن بخش از قرارداد که اجرا شده، تعیین شود»^{۵۷}. در پرونده «امریکن بل اینترنشنال علیه ایران» نیز قرارداد مورد اختلاف حاوی ماده‌ای بود که قوانین ایران را حاکم بر آن دانسته بود. خواهان برای توجیه قصورهای قراردادی خود به شرط محدودیت مسؤولیت مندرج در قرارداد استناد می‌کرد. از این‌رو، موضوع مورد اختلاف از جمله تفسیر شرط محدودیت مسؤولیت مندرج در قرارداد بود که خوانده عقیده داشت باستی طبق قوانین ایران (قانون ماهوی حاکم) تفسیر و اجرا شود. دیوان داوری تصمیم گرفت «مطابق اصول کلی حقوقی شناخته شده در بسیاری از نظامهای حقوقی، شرط محدودیت مسؤولیت، به‌طور کلی در مورد یک قصور مشخص، آن هم هنگامی که آن قصور ناشی از عمل خلاف یا تقصیر عمده طرفی باشد که به آن شرط استناد می‌کند، مؤثر در مقام نیست»^{۵۸}.

ج. پوشش یافته‌های تحت قرارداد با اصول کلی حقوقی: این سخن درستی است که قرارداد، قانون طرفین است و قانون قرارداد (*Lex contractus*) اوّلین منبعی است که برای حل و فصل اختلافات قراردادی باستی مورد مراجعته قرار گیرد. این سخن بیان دیگری است از اصل آزادی و حاکمیت اراده در قراردادها، منتها حکومت این اصل و قلمرو آن خود ناشی از تجویز و تعیین قانون است. بی‌سبب نیست که مرز آزادی اراده را قانون معلوم می‌کند و مثلاً، با کنکاش در جهت معامله یا با ابزارهای نظم عمومی، قرارداد مشروع و نامشروع یا صحیح و باطل را – با اینکه هر دو محصول اراده طرفین است – از هم جدا می‌سازد.

باری، هر قراردادی محاط و مستقیم با یک سیستم حقوقی مناسب است که به عنوان نظام حقوقی بیرونی، به آن مشروعیت می‌بخشد و میزان اعتبار شروط و قیود مندرج در آن را تعیین و تفسیر می‌کند. در غیاب چنین لنگرگاه حقوقی، قرارداد با خلاصه حقوقی مواجه خواهد شد و الزام آور بودن نظام حقوقی درونی آن برای طرفین بدون ضمانت اجرا می‌ماند. اصول کلی حقوقی که می‌توان از آن به مخرج مشترک نظامهای حقوق داخلی مختلف تعبیر کرد، در

۵۷. گولد مارکتینگ علیه ایران، گزاره آراء دیوان داوری، ج. ۶، ص. ۲۷۴.

۵۸. امریکن بل اینترنشنال علیه ایران، همان مأخذ، صص ۹۰ - ۸۵.

واقع نظام حقوقی بیرونی است که برای قراردادها پوشش حقوقی مناسب تعییه می‌کند. ممکن است گفته شود «اصول کلی حقوقی» نظام حقوقی تمام و کاملی نیست و مادام که به سیستم حقوقی داخلی مشخصی متصل نشود، قادر ضمانت اجراست. این ایراد حالی از قوت نیست، اما نکته آن است که هنگامی می‌توان از یک اصل کلی حقوقی سخن گفت که قدر متیقنتی از آن در نظامهای گوناگون حقوقی وجود داشته باشد.

تعداد زیادی از دعاوی مطروحه نزد دیوان ناشی از اختلافات قراردادی بوده است. در چنین پرونده‌هایی دیوان داوری ابتدائی به مفاد و شروط قراردادی مراجعه کرده و در تعیین حقوق و تکالیف طرفین همان را ملاک قرار داده است^{۵۹}; تنها در این روند به طور مستقیم یا غیرمستقیم، صریح یا ضمنی به اصول کلی حقوقی نیز توجه داشته و شروط قراردادی را در پرتو اصول حقوقی ذی ربط مجری دانسته است. در این مورد می‌توان از رأی عالمانه ویرالی فقید در پرونده «آناکوندا علیه ایران» نام برد. در این پرونده خواهان مدعی بود که چون قرارداد فاقد شرط تعیین قانون حاکم است، لذا مفاد و شروط آن به تنها بی قانون حاکم بر روابط آنها را تشکیل می‌دهد. خواهان برای تقویت موضع خود به اصل حقوق بین‌الملل در مورد لازم‌الاجراء بودن عهود و قراردادها (*Pacta sunt servanda*) استناد می‌نمود. خوانده ایرانی استدلال می‌کرد که بنا به دلالت قواعد حل تعارض از قبیل قانون محل وقوع عقد یا قانون اقامتگاه، قانون ایران حاکم بر قرارداد است. دیوان داوری پس از بحث و تجزیه و تحلیل اصل فوق الذکر (الزوم و فای به عهد) و تأکید بر اینکه اصل یاد شده عمدتاً ناظر به عهود بین‌المللی است، یادآور شد که اصل حقوقی مذکور به تنها بی برای حکومت قرارداد بر روابط طرفین تمام و کافی نیست، زیرا حقوق قراردادها از کشوری به

۵۹. برای ملاحظه نمونه نهایی از عملکرد دیوان در دعاوی قراردادی و اصول کلی حقوقی که دیوان اعمال کرده، است، رک:

- J. Crook «Applicable Law in International Arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal Experience», *83 American Journal of International Law*, 1989, p. 276.
- G. Henessian: «General Principles of Law in the Iran-U.S. Claims Tribunal», *27 Columbia Journal of Transnational Law*, 1989, p. 306.

کشور دیگر فرق می‌کند و موازین حقوق داخلی در مورد قراردادها با آنچه در حقوق عهدهنامه‌ها وجود دارد متفاوت است. و آنگاه چنین نتیجه گرفت:

«... باید معلوم کرد که این اصل در کدام چارچوب حقوقی مورد نظر است و مآلًا به چه قواعد حقوقی ارجاع می‌دهد.... در مورد قانون حاکم بر قرارداد که به نظر طرفین آثار زیادی بر ارزش دعاوی تقابل در این پرونده دارد، دیوان نتیجه می‌گیرد که قانون ایران حاکم بر قرارداد نیست و دکترین لزوم وفای به عهد (*Pacta sunt servanda*) نیز قاعده‌ای نیست که فی نفسه برای حل و فصل موضوعات مطروحة در پرونده کافی باشد. دیوان مکلف است، با توجه به ماده ۵ بیانیه حل و فصل، ملاحظات عرف تجاری ذی‌ربط و همچنین اصول حقوق بازرگانی و بین‌الملل مربوط را ملحوظ کند.»^۶

چنانکه پیداست، دیوان داوری مفاد قرارداد را در پوشش اصول کلی حقوقی مجری و حاکم بر روابط طرفین دانسته است.

جزء سوم - با در نظر گرفتن عرف تجاری ذی‌ربط، شروط قراردادی و تغییر اوضاع و احوال: چنانکه پیش از این اشاره کردیم، این قسمت از ماده ۵ بیانیه حل و فصل منبع مستقلی برای قانون ماهوی حاکم به شمار نمی‌رود، بلکه دیوان داوری ملزم شده است که در روند تعیین قانون حاکم، ملاحظات سه‌گانه عرف تجاری، شروط قراردادی و تغییر اوضاع و احوال را ملحوظ دارد. به عبارت دیگر، دیوان داوری بایستی یافته‌های خود تحت این سه عنوان را که حسب مورد به طور موضوعی به دست می‌آورد، به دو منبع اصلی قانون حاکم که جنبه کلی و حکمی دارند - یعنی رعایت قانون و اصول کلی حقوقی - عرضه کند و با تجویز آنها، چنان یافته‌هایی را در حل و فصل دعوى اثر دهد. به عبارت دیگر، آنچه احیاناً به اعتبار این ملاحظات سه‌گانه به دست آید، مستقلًا قابل اعمال بر ماهیت دعوى نیست، بلکه محدود و مقید به منابع اصلی قانون جاکم دیوان است. به همین سبب نمی‌توان رویدای از دیوان ارائه کرد که منحصرًا بر اساس یکی از سه فقره فوق نسبت به حل و فصل ماهوی دعوى اقدام کرده باشد،

۶. آناکوندا علبد ایران، گزاره آراء دیوان داوری، ج ۱۳، صص ۲۳۱ - ۲۳۳؛ نیز رک. آموکوفاینس اینترنشمال علید ایران، همان مأخذ، ج ۱۵، ص ۲۴۲.

بلکه اگر هم به آنها اشاره‌ای کرده، آن را در پرتو اصول کلی حقوقی دیده است. در پرونده آناکوندا که در بالا بدان اشاره کردیم، دیوان داوری این‌گونه تصمیم گرفت:

«محدودیت حضانت اجراهای قراردادی از قبیل آنچه در ماده ۹ قرارداد... آمده است، اغلب در قراردادهای تجاری بین‌المللی درج می‌شود. بنابراین، برای تصمیم‌گیری در موضوعات باقیمانده پرونده، دیوان بایستی به عرف تجاری و همچنین اصول حقوق بازارگانی و حقوق بین‌الملل، چنانکه در ماده ۵ بیانیه حل و فصل آمده است، توجه خاصی مبذول دارد.»^{۶۱}

هرچند دیوان سخن از «عرف تجاری» می‌کند اما آن را به عنوان منبعی مستقل قابل اعمال نمی‌داند، بلکه بلافاصله آن را به اصول حقوق بازارگانی و حقوق بین‌الملل (اصول کلی حقوقی) تأویل و عطف می‌کند.^{۶۲}

در مورد شروط قراردادی پیش از این سخن گفتیم و دیدیم که دیوان داوری حتی یافته‌های خود تحت قرارداد را نیز به اصول کلی حقوقی پیوند می‌دهد و سپس اعمال می‌کند. تکرار نمونه‌ایی که ذکر کردیم ضرورتی ندارد، همین قدر اضافه می‌کنیم که دیوان داوری رعایت شروط قراردادی را از آنجا لازم می‌داند که موظف به «رعایت قانون» است. در پرونده «آموکو فاینس اینترنشنال علیه ایران»، دیوان داوری می‌گوید:

«اتخاذ تصمیم در دعاوی بر اساس رعایت قانون یعنی تصمیم‌گیری بر اساس احترام به قراردادهایی که صحیحاً منعقد شده و در تاریخ بروز ادعای طرفین لازم‌الاجرا بوده‌اند. رویه دیوان تاکنون همواره چنین بوده است.»^{۶۳}

رویه دیوان در مورد ملاحظه داشتن اصل تغییر اوضاع و احوال چندان غنی نیست و دو رویه مشخص که در مورد رجوع به این اصل وجود دارد،

۶۱ رأی آناکوندا، مأخذ پیشین.
۶۲ رک. فرسن تراول اینکورپوریشن علیه ایران، گزاره آراء دیوان داوری، ج ۹، ص ۳۶۷، که با این حال در آن به عرف تجاری متداول در امر خدمات فروش بليت هوایپما اشاره شده است.

۶۳ رأی آموکو فاینس، همان مأخذ.

ناهمانه‌نگ به نظر می‌رسد. در پرونده «کوئستک اینکورپوریشن علیه ایران»، دیوان داوری «تغییر اوضاع و احوال» را به عنوان یک اصل حقوق بین‌الملل مورد بحث قرار داده و آن را به صورت یک اصل کلی حقوقی که به هر حال در ماده ۵ بیانیه حل و فصل به آن تصریح شده، ملاحظه داشته است. خلاصه استدلال دیوان آن است که با توجه به این اصل، فسخ قرارداد توسط ایران موجه بوده است، زیرا با پیروزی انقلاب اسلامی در ایران، اوضاع و شرایط سیاسی در ایران عوض شده، دولت جدیدی روی کار آمده، سیاست خارجی جدیدی به ویژه درباره ایالات متحده اتخاذ شده، اهمیت قراردادهای نظامی حساس از قبیل آنچه در پرونده مذکور مطروح بوده به طور قابل توجهی دستخوش تغییر گردیده است، که همه و همه اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد را چنان تغییر داده که دولت ایران را محق در اعلام فسخ قرارداد ساخته است.^{۶۴}

از سوی دیگر، در پرونده مشهور به دعاوی کنسرسیوم نفتی، ایران از جمله استدلال می‌کرد که با توجه به پیروزی انقلاب اسلامی و تغییر اوضاع و احوال، قرارداد کنسرسیوم منفسخ و غیرقابل اجرا شده است. دیوان داوری، ضمن اینکه قبول داشت با وقوع انقلاب در ایران تغییراتی رخ داده و این تغییرات لامحale آثاری بر روابط قراردادی طرفین گذاشته است، متذکر شد که این تغییرات نمی‌تواند فی نفسه بر اعتبار قرارداد اثر بگذارد. دیوان داوری به درستی یادآوری کرده که «تغییر اوضاع و احوال که در ماده ۵ بیانیه حل و فصل آمده است، فقط یکی از عواملی است که از دیوان خواسته شده هنگام تعیین قانون حاکم ملاحظه کند، اما این امر هیچ تأثیری بر ماهیّت ادعا ندارد»^{۶۵}. بدین‌سان، برخلاف رأی کوئستک، دیوان داوری اصل تغییر اوضاع و احوال را به عنوان یک اصل مستقل اعمال نکرد، بلکه به سایر منابع قانون حاکم مراجعه نمود.^{۶۶}

^{۶۴} کوئستک اینکورپوریشن علیه ایران، گزاره آراء دیوان داوری، ج ۹، صص ۱۲۲ - ۱۲۳.

^{۶۵} موبیل اویل اینکورپوریشن علیه ایران، گزاره آراء دیوان داوری، ج ۱۶، صص ۳۹ - ۴۰.

^{۶۶} برای اطلاع بیشتر از رای دیوان در پرونده کنسرسیوم رک، دکتر محمدعلی موحد: «دعاوی کنسرسیوم در برایر دیوان داوری ایران - ایالات متحده»، مجله کانون وکلا، ش ۴ (دوره جدید)، صص ۸۱ - ۶۱. اضافه می‌کنیم که در پرونده‌های موسوم بدیرونده‌های ند کانه صلاحیتی نیز مسأله تفسیر اوضاع و احوال و اثر آن ←

نکته‌ای که در پایان این بحث شایان ذکر است آنکه دیوان داوری در دعاوی سلب مالکیت و ملّی کردن که از جمله شایع‌ترین دعاوی نزد آن بوده، هیچگاه به ضوابط و موازین حقوق داخلی مراجعت نکرده است. توضیح اینکه سلب مالکیت و ملّی کردن، اجلی مصادق اعمال حاکمیت دولت است و هرگاه دیوان داوری مرجعی غیرین‌المللی مسی بود، دولت خوانده می‌توانست به دکترین‌های مصونیت دولت یا عمل دولت (Act of State) متولّ شود، اما دیوان داوری دعاوی سلب مالکیت و ملّی کردن را در پرتو اصول و قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در زمینه مسؤولیت بین‌المللی دولت رسیدگی نموده و هنگام تعیین غرامت نیز به موازین حقوق بین‌الملل مراجعت کرده است. چون رویه دیوان در دعاوی سلب مالکیت و ملّی کردن در مقاله آفای دکتر افتخار جهرمی مورد بحث واقع شده، علاقه‌مندان را به همان مقاله ارجاع می‌دهیم.^{۶۷}

→ بر شروط قراردادی که ناظر به تعیین قانون ایران به عنوان قانون حاکم بود، مطرح شده است. این بار ایالات متحده به اصل مذکور استناد و استدلال می‌کرد که با توجه به تغییرات بنیادی که پس از پیروزی انقلاب اسلامی در نظام حقوقی و سازمان قضایی ایران رخ داده است، شروط قراردادی مذکور دیگر لازم‌اجراء (binding) نیستند و لذا دعاوی ناشی از چنین قراردادهایی در صلاحیت دیوان داوری قرار می‌گیرند و از حوزه استثنای ذیل بند ۲ ماده ۱ بیانیه حل و فصل خارج‌اند. دیوان داوری در تصمیمات متحده در ۹ یروندۀ مذکور، خود را چندان با این بحث آشنا نکرد و کوشید از کنار آن بگذرد (رک. گزارۀ آراء دیوان داوری، ج. ۱، صص ۲۳۶ به بعد). استدلال دیوان عمدتاً آن بود که واژه «لازم‌اجراء» در بند ۱ ماده ۲ بیانیه حل و فصل حشو و زائد است و با توجه به صلاحیت محدودی که دیوان دارد، شایسته نمی‌داند به این موضوع بپردازد که تغییرات حاصله در ایران چه آثاری در قابلیت اجرای شرط تعیین قانون حاکم در قراردادهای مربوط داشته است (همان مأخذ، صص ۲۴۵-۲۴۶). این استدلال دیوان، به‌ویژه از این‌حيث که خلاف قواعد تفسیر موافقنامه‌های بین‌المللی است که طبق آن، اصل بر این است که الفاظ و عبارات بکار رفته در عهتدنامه‌ها دارای معنا و مقصودی است (ماده ۳۱ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات) مورد انتقاد واقع شده است. رک:

Ted L. Stein: «*Jurisprudence and Jurists, Prudence: The Iranian Forum Clause Decisions of the Iran-U.S. Tribunal*», 78 *American Journal of International Law*, 1984, pp. 12-13.

۶۷ دکتر افتخار جهرمی: همان مأخذ.

مُحَاجَّةٌ لِّلْعَلَىٰ بِيَنِ الْمُلْلَىٰ بِوْدَنْ دِيَوَانْ دَاوَرِي

گرچه ادله‌ای که آورده‌یم برای اثبات اینکه دیوان داوری دارای ماهیتی بین‌المللی و متعلق به نظام حقوق بین‌الملل است مقنع و تمام است، مع ذلك برای تتمیم بحث و رفع شبیه، در این قسمت سه ایراد عمدہ‌ای را که برای نقض استنتاج فوق قابل تصوّر است، به نحو اجمال، بررسی می‌کنیم. این مجادلات سه گانه علیه بین‌المللی بودن دیوان داوری عبارت است از: فقدان قاعدة رجوع مقدماتی به مراجع داخلی (Exhaustion of local remedies) در بیانیه‌های الجزایر، حق دسترسی اشخاص خصوصی برای طرح دعوى نزد دیوان داوری، و نظام اجرای احکام دیوان. چنانکه در سطور آتی خواهیم دید، هیچ‌کدام از این سه جدل تاب نقد ندارند، سهل است ناقض نتیجه حاصله از تطبیق ضوابطی که برای دیوانهای بین‌المللی بر شعر دیم بر دیوان داوری نیز نمی‌باشند.

الف. قاعدة رجوع مقدماتی به مراجع داخلی

برخی از نویسنده‌گانی که در مورد دیوان داوری تحقیق کرده‌اند نوشته‌اند: «فقدان قاعدة مذکور مانع از این استدلال است که دیوان داوری صرفاً یک دیوان بین‌المللی است».^{۸۸} مطابق این قاعدة، شرط پذیرش هر دعوای بین‌المللی که موضوع آن را حقوق اتباع خصوصی دولت حامی تشکیل می‌دهد، آن است که مدعی خصوصی قبلًا به کلیه مراجع محلی دولت خوانده – اعم از قضایی و اداری – مراجعه و حق خود را مطالبه کرده ولی با امتناع و انکار مواجه شده باشد. دادگاه بین‌المللی دادگستری در «قضیة اینترهندل» این قاعدة عرفی حقوق بین‌الملل و آثار آن را چنین بیان کرده است:

^{۸۸} جونز: همان مأخذ، ص ۸۲

این قاعده که قبل از طرح دعوای بین‌المللی بایستی به مراجع داخلي مراجعه شده باشد، یک قاعده شناخته شده حقوق بین‌الملل عرفی است. دولت نمی‌تواند مبادرت به اعمال حمایت سیاسی از اتباع خود کند، حتی‌بیش از این، نمی‌تواند برای جبران خسارات به هیچ‌گونه تشریفات رسیدگی بین‌المللی مراجعه نماید، مگر اینکه تبعه او قبلاً طرق داخلي مطالبه حق را که دولت مشتکی عنه فراهم ساخته است، استیفا کرده باشد.^{۶۹}

اثر وضعی قاعده آن است که عمل دولت خوانده که مورد شکایت واقع شده از آنجا عملی خلاف حقوق بین‌الملل شناخته می‌شود که در نظام حقوق داخلي خود، ابزارها و طرق کافی برای احراق حق تبعه خارجی را فراهم نکرده است و این هنگامی معلوم می‌شود که تبعه خارجی ابزارها و طرق مذکور را استیفا کرده ولی مواجه با انکار عدالت (Denial of justice) شده باشد.

منطق قاعده مذکور آن است که قبل از طرح هر دعوايی، چه در سطح داخلي و چه در سطح بین‌المللی، باید به مشتکی عنه فرصتی داده شود که عمل خلاف خود را جبران کند. بعلاوه، شخصی که به کشوری خارجی می‌رود و در آنجا دست به فعالیت می‌زند، مفروض است که خود را به صلاحیت مراجعت و قوانین آن تسلیم کرده و بنابراین هرگاه کشور مذکور مرتكب عمل خلافی شود، قبل از هر چیز باید به مراجع داخلي آن مراجعه نماید، مگر در مواردی که عمل مورد شکایت توسط عالی ترین مقام یا مراجع آن کشور انجام شده باشد، یا پیش‌پیش معلوم باشد که نظام احراق حق در آن کشور ناکافی و بی‌فایده است. بهر حال، هرگاه با وجود طی طرق جبران خسارت که در سطح حقوق داخلي فراهم است، تبعه بیگانه با انکار و امتناع دولت مربوط مواجه گردد، دولت متبع او می‌تواند ادعای او را مورد حمایت سیاسی قرار دهد و در سطح بین‌المللی علیه دولت خاطی طرح دعوى کند. اثر وضعی و ثمرة حقوقی اين قاعده عرفی حقوق بین‌الملل همان است که در «قضية اينترهندل» آمده است: عدم استماع دعوى در سطح بین‌المللی. به عبارت ديگر، عدم رعایت قاعده فوق به دولت

69. Switzerland v. U.S. (Interhandel Case), ICJ Rep., 1959, p. 27.

خوانده دعوی حق ایراد عدم استماع دعوی می‌دهد. از تحلیل مختصری که از قاعدة استیفای حق نزد مراجع داخلی به دست دادیم، دو نتیجه حاصل می‌شود: اول اینکه قاعدة مذکور معطوف به یک امر آینین دادرسی است نه ماهوی، و دوم اینکه عدم رعایت این قاعدة به دولت خوانده دعوی حق ایراد عدم استماع دعوی می‌دهد. این دو نتیجه به هم پیوسته خود به نتیجه مستقلی منتهی می‌شود: قاعدة مذکور از جمله قواعد آمرة (*Jus cogens*) حقوق بین‌الملل نیست، بلکه چون از حقوق دادرسی دولت خوانده است، قابل عدول و اعراض است. در رویه بین‌المللی نمونه‌هایی را می‌توان نشان داد که دولتین مؤسس یک دیوان بین‌المللی، طی عهدنامه مربوط قاعدة مذکور را کنار گذارده و شرط پذیرش دعوی ندانسته‌اند. به عنوان مثال، کنوانسیون ۱۹۷۱ راجع به مسؤولیت خسارات ناشی از پرتاب اشیاء به فضا صریحاً اعمال قاعدة مذکور را استثناء کرده است.^{۷۰}

در اینکه بیانیه‌های الجزایر رعایت قاعدة مذکور را شرط استماع دعوی نمی‌داند و دولتین – بنا به پاره‌ای ملاحظات عملی خصوصاً حجم زیاد دعوی – به طور ضمنی از آن اعراض کرده‌اند، شکنی نیست. بند ۱ ماده ۲ حل و فصل دعوی در مقام تعیین صلاحیت دیوان داوری و شرایط آن از جمله مقرر می‌دارد: «... اعم از اینکه [ادعاهای و ادعاهای متقابل] در دادگاهی مطرح شده یا نشده باشد...».

این عبارت مفید این معنی است که طرح دعوی نزد دیوان مسوکول به مراجعت قبلی به محاکم داخلی دولت خوانده دعوی نیست. افزون بر این، مطابق ذیل بند ۲ ماده ۷ همان بیانیه، ادعاهای مطروحه نزد دیوان «از تاریخ طرح دعوی از صلاحیت محاکم ایران، یا امریکا، یا هر محکمه دیگر خارج خواهد بود». باری، چنانکه دیدیم، دولتها می‌توانند از استناد به این قاعدة عدول کنند.

70. Convention on Liability for Damages Caused by Launched Objects into Outer Space, 26 June 1971, 10 International Legal Materials, p. 968. See also, Feller: *The Mexican Claims Commission*, 1935, p. 326 (Art. 5 Convention with U.S.), p. 417 (Art. 6, Convention with France), p. 473 (Art. 5 Convention with Great Britain).

بدون اینکه تأثیری در خصلت بین‌المللی دیوان مربوط داشته باشد، زیرا با حذف قاعده مذکور، در واقع دولت خوانده از یکی از ایرادات آیین دادرسی خود عدول می‌کند؛ امری که خلاف حقوق بین‌الملل نیست. دیوان داوری نیز عدول ضمی دولتین از استناد به این قاعده را احراز نموده است بدون اینکه آن را مؤثر در صلاحیت بین‌المللی خود دانسته باشد. مثلاً در «پرونده آموکو فاینس»، خواهان خسارات ناشی از سلب مالکیت از حقوق قرارداد مشارکت خود با شرکت نفت را مطالبه می‌کرد. خوانده ایرانی دفاع می‌کرد که خواهان می‌باشد به کمیسیون خاصی که طبق مادهٔ واحدہ کان لمیکن کردن قراردادهای نفتی تشکیل شده است، مراجعه و دعوای خود را مطرح می‌کرد.^{۷۱} به نظر خوانده، چون کمیسیون مذکور در واقع مکانیسم و طریق‌های بوده که طبق حقوق داخلی ایران برای رسیدگی به ادعاهای خواهان و جبران خسارات او وجود داشته است، بنابراین دیوان داوری صلاحیت رسیدگی به دعوی را ندارد، یا چون خواهان به آن مکانیسم رجوع نکرده است، موضوع مشمول قاعدة رجوع به محاکم داخلی است و در نتیجه دعوای خواهان قابل استماع نیست.

دیوان داوری این استدلال را رد کرد و چنین نظر داد:

«دیوان داوری یادآوری می‌کند که ایرادات خوانده هم ناظر به صلاحیت است و هم ماهیت. تا جایی که به صلاحیت مربوط می‌شود، همچنانکه دیوان قبل از نظر داده، صلاحیت دیوان به موجب بیانیه حل و فصل دعاوی مقرر شده و مشروط به رعایت قاعدة رجوع به مراجع داخلی – چنانکه خوانده ادعا می‌کند – نیست.»^{۷۲}

۷۱. لایحه قانونی راجع به تشکیل کمیسیون خاص در مورد قراردادهای نفتی، مصوب شورای انقلاب، مندرج در روزنامه رسمی شماره ۱۰۱۸۵ ۱۳۵۸/۱۱/۲.

۷۲. آموکو فاینس، مأخذ پیشین، ص ۱۹۷. اینکه دیوان داوری ایراد خوانده را به ماهیت نیز مرتبط دانسته به این علت بوده است که نفس سلب مالکیت مورد شکایت خواهان توسط همان کمیسیون خاص انجام شده بود و خواهان مدعی بود که این سلب مالکیت از نوع غیرمشروع بوده است، و همین امر موضوع اختلاف ماهوی مطروحه نزد دیوان را تشکیل می‌داد (برای نمونه‌های دیگر از رویه دیوان در مورد قاعدة رجوع به مراجع داخلی، رک. امریکن ایترنشنال گروپ علیه ایران، گزاره آراء دیوان داوری، ج ۴، ص ۱۰۰، رکسنو و اینکورپوریشن علیه ایران، همان مأخذ، ج ۲، ص ۱۰).

ب. حق دسترسی اشخاص خصوصی به دیوان داوری

در این مورد قبلاً ضمن بحثهای دیگر اشاره کردیم و توضیح دادیم که گرچه دولتین صرفاً به منظور تسهیل در کار و به عنوان یک امر آین دادرسی به اتباع خصوصی اجازه داده‌اند دعاوی خود را نزد دیوان طرح کنند، اما این موضوع تأثیری بر خصلت بین‌المللی دیوان نمی‌گذارد، زیرا طرفین واقعی دعوا و اداره کنندگان دیوان داوری همچنان دو دولت هستند و مضافاً اینکه اشخاص خصوصی همین حق را به اعتبار اجازه و تنفیذ دولتین به دست آورده‌اند. بعلاوه، در رویه بین‌المللی نمونه‌های فراوانی می‌توان یافت که دولتین طرف اختلاف، تسهیلات مشابهی را برای طرح دعوا توسعه اتباعشان فراهم ساخته‌اند، بدون اینکه دیوان مربوط پیوند خود را با حقوق بین‌الملل از دست بدهد.

ج. نظام اجرای احکام دیوان داوری

اجمال مجادله‌ای که از نظام اجرای احکام دیوان داوری بر می‌خizد چنین است که چون ترتیبات اجرای احکام دیوان به شرحی که در بیانیه‌های الجزایر آمده است، آراء دیوان را فی‌الجمله موضوع مقررات حقوق خصوصی می‌داند، بنابراین مرجع صادرکننده چنین آرائی، نمی‌تواند متعلق به نظام حقوق بین‌الملل باشد. برای پاسخ دادن به این مطلب لازم است ابتدا ترتیبات اجرای احکام دیوان را بررسی کنیم. نظام اجرای احکام دیوان، مبتنی بر سه قاعده است که در بیانیه‌های الجزایر آمده است:

اوّل. احکام دیوان قطعی و لازم‌الاجراء است.^{۷۳}

دوم. احکام مالی صادره علیه ایران از حساب تضمینی دیوان داوری قابل پرداخت است.^{۷۴}

۷۳. بند ۱ ماده ۴ بیاند حل و فصل دعاوی: «کلیه تصمیمات و احکام دیوان داوری، نهایی و لازم‌اجراه است.»
۷۴. بند ۷ بیانیه عمومی: «کلیه منابع حساب تضمینی، منحصرأ به منظور تضمین و پرداخت ادعاهای علیه ایران، مطابق با مقررات بیانیه حل و فصل دعاوی، مصرف خواهد شد.»

سوم. احکام دیوان در محاکم داخلی هر کشور مطابق مقررات همان
کشور قابل اجراست.^{۷۵}

قاعدة اول چیزی جز تکرار یک قاعدة جاافتاده حقوق بین الملل یعنی «اعتبار امر مختومه» نیست و از این رو همانگ با حقوق بین الملل است، زیرا حتی در صورت عدم تصریح به آن باز هم وجود داشت. در واقع، قطعی و لازم الاجراء بودن احکام بین المللی فرضی است ضمنی و برخاسته از توافق و مراجعة طرفین به داوری و رضایت به اینکه دیوان مربوط دعوای آنها را به نحو الزام آوری حل و فصل کند.

قاعدة دوم رژیم اجرای احکام داوری نیز تأثیری در ماهیت بین المللی آن ندارد، بلکه به یک اعتبار مؤید آن است. درست است که مستفید از حساب تضمینی دیوان، اتباع خصوصی امریکایی نیز هستند، اماً اولاً احکام صادره به نفع دولت امریکا در دعاوی بین الدّولی نیز آن حساب قابل پرداخت است، زیرا حساب مذکور برای استیفاده مطلق دعاوی علیه ایران - اعم از اینکه از جانب اتباع امریکایی باشد یا دولت امریکا - تأسیس شده است؛ ثانیاً هرگاه بنا به علی حساب مذکور کفايت اجرای احکام صادره علیه ایران را نکند - مانند اینکه مانده آن کافی نباشد یا اساساً متوقف شود - و محکوم له خصوصی تواند حکم را در محاکم داخلی کشور ثالث اجرا کند، چاره‌ای نمی‌ماند جز اینکه دولت حامی وی ادعای او را که این بار ناشی از حکم صادره است به سطح بین المللی بیاورد. افزون بر این دو ملاحظه، چنانکه می‌دانیم، حساب تضمینی به نام بانک مرکزی الجزایر است و طرفین ترتیبات افتتاح آن دو دولت ایران و ایالات متحده - و نه اتباع امریکایی - هستند و از این رو ترتیبات حساب تضمینی دارای پوشش عهدنامه‌ای است.^{۷۶} به همین جهت محکوم به احکام صادره له اتباع امریکا مستقیماً به فدرال رزرو بانک امریکا پرداخت می‌شود و بانک مذکور طی ترتیبات داخلی و پس از کسر مبلغی، آن را

۷۵. بند ۳ ماده ۴ بیانیه حل و فصل: «احکامی که دیوان داوری علیه هر یک از دولتين صادر کند، علیه دولت مذکور در محاکم داخلی هر کشوری و مطابق مقررات همان کشور اجرا خواهد شد».

۷۶. رک. لوایح ثبت شده در پرونده ایالات متحده امریکا علیه ایران، پرونده الف ۲۸ / ۲۸، چنانکه قبل اشاره شد (پانویس ۴۵) این پرونده هنوز تحت رسیدگی است.

به محکوم‌له ذی ربط می‌پردازد. حتی کشور مقر حساب (هلند) که بانک مرکزی آن بانک خاصی را به نام بانک تسویه هلند برای اداره حساب تأسیس کرده است، با توجه به خصلت بین‌المللی وظایفی که به عهده بانک مرکزی آن به عنوان نگهدارنده حساب گذاشته شده، حساب تضمینی را مصون از صلاحیت دولتها طرف موافقتنامه مربوط دانسته است.^{۷۷} با توجه به مراتب فوق، ترتیبات حساب تضمینی دیوان داوری چیزی جز مکانیسم پرداخت و تسهیل اجرای گروه خاصی از احکام مالی دیوان داوری (احکام صادره علیه ایران) نیست و در نتیجه اجرای سایر احکام دیوان – مانند احکام صادره له ایران بهویژه احکامی که در دعاوی بین دو دولت صادر می‌شود – مشمول مقررات عمومی حقوق بین‌الملل در مورد اجرای احکام بین‌المللی باقی می‌ماند.

باید اقرار کرد هرچند قاعدة سوم نظام اجرای احکام دیوان شبہ‌انگیز است، اما اینکه صرف وجود آن در بیانیه‌های الجزایر احکام دیوان و به تبع آن خود دیوان را از حوزه حقوق بین‌الملل خارج و به قلمرو حقوق خصوصی منتقل می‌سازد نیز سخنی است گزارف. در این مورد چند نکته قابل ذکر وجود دارد. اولاً عین عبارت بند ۳ ماده ۴ بیانیه حل و فصل دعاوی مبنی بر اینکه «احکام دیوان علیه هر یک از دولتين در محاکم داخلی هر کشوری و مطابق با مقررات همان کشور اجرا خواهد شد»، عیناً در مورد آن دسته از احکام که در دعاوی واقع‌بین‌المللی صادر می‌شود – از قبیل دعاوی ناشی از تفسیر بیانیه‌های الجزایر – نیز آمده است.^{۷۸} ثانیاً درست است که دولتها می‌توانند طی عهدنامه‌فی مابین توافق کنند که احکام بین‌المللی خاصی در محاکم داخلی آنها قابل اجرا باشد – همچنانکه رویه بین‌المللی مؤید این معنی است.^{۷۹} – اما چنین توافقی برای

۷۷ رک. ماده (۳) ۱ ضمیمه یادداشت‌های متبادله بین دولت هلند و دولت امریکا، موزخ ۱۰ زوئنیه ۱۹۸۱، منتشره در گزاره آراء دیوان داوری، ج ۱، ص ۲۷.

۷۸ رک. بندهای ۱۶ و ۱۷ بیانیه عمومی.
۷۹ مثلاً رک. ماده (۹) ۳۰۴ عهدنامه ورسای ۱۹۱۹ که مقرر می‌دارد: «طرفهای متعاهد توافق می‌کنند که تصمیم دیوان مختلط را نهایی و قطعی نلّقی نمایند و آنها را نسبت به اتباع خود لازم‌الاجرا بشمارند». نیز رک. ماده (۱) ۵۵ کنواسیون حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر، با این توضیح که گرچه داوریهای موضوع کنواسیون مذکور و احکام صادره در آنها، به گمان ما، بین‌الدولی به معنای اخص کلمه نیست، مع ذلك داخلی هم محسوب نمی‌شود بلکه دارای خصلتی فرامانی است (رک. ←

کشورهای ثالث الزام آور نیست. در واقع، اثر وضعی چنین توافقی آن است که دولتین طرف عهدنامه از مصونیت خویش از حیث اجرای حکم علیه خود در محاکم داخلیشان، اعراض می‌کنند. اما حقوق مصونیت دولتها در کشورهای ثالث موكول به مقررات حقوق داخلی همان کشور است. باری، تاکنون موردی پیش نیامده است که اجرای احکام دیوان داوری نزد محاکم کشور ثالث مطرح شود تا معلوم گردد چه تفسیر و برخوردي با مقررات بیانیة الجزایر در این خصوص خواهد داشت.^{۸۰}

چنانکه از مطالب فوق برمی‌آید، هر سه مجادله و ایرادی که ممکن است علیه بین‌المللی بودن دیوان داوری اقامه شود، ناشی از ترتیبات عهدنامه‌ای بین طرفین است و همین برای رد آنها کفايت می‌کند، زیرا ترتیبات مذکور معطوف به مقررات خاصی است که دو دولت صاحب حاکمیت در سطح بین‌المللی و طی عهدنامه‌ای وضع کرده‌اند. افزون بر این، هیچ کدام از آنها با مقررات حقوق بین‌الملل عرفی ناهماهنگ نیست.

نتیجه •

در پایان این مقال، باید گفت چنانکه دیدیم، دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده یک مرجع بین‌المللی و متعلق به نظام حقوق بین‌الملل است و صدق این مدعای را بر محور سه ضابطه عام دیوانهای بین‌المللی نشان دادیم: دیوان داوری بر اساس عهدنامه تشکیل شده است، طرفین اختلاف و مؤسسان آن دو دولت متعاهد هستند، و قانون ماهوی حاکم در دعاوی مطروحة نزد دیوان مأخذ و ناشی از حقوق بین‌الملل است. دو ضابطه نخست، در واقع

ـ ماده ۲۷ کنوانسیون مذکور که حایات سیاسی دولت متبوع طرف خصوصی دعوا را در طول انجام داوری ممنوع کرده است اما در مرحله اجرای حکم آن را ممکن می‌داند.

۸۰. موردي که به طور غیرمستقیم، به اعتبار جریان داوری نزد دیوان و احکام آن پرداخته دعواهای «مارک دلال علیه بانک ملت» است که در محاکم انگلیس طرح شده بود و دادگاه، دعواهای خواهان را به این اعتبار که قبلاً طی یک داوری مبتنی بر عهدنامه و توسط دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده مورد رسیدگی و حکم واقع شده و منتهی به حکم گردیده است، رد کرد. رک:

Mark Dellal v. Bank Mellat, Reprinted in Iranian Assets Litigation Reporter, 27 September 1985, p. 11, 195, at 11, 207.

سپهر درونی دیوان را به مقررات حقوق بین‌الملل عهداً‌مای مقوَّم می‌سازد و ضابطه سوم، قلمرو بیرونی آن را به حقوق بین‌الملل عرفی متصل می‌کند. اعمال هر سه ضابطه با هم، مؤید این معنی است که دیوان داوری به عنوان یک سازمان قضایی، در بستر حقوق بین‌الملل عام عمل می‌کند. با این‌همه، در بین ضوابط سه‌گانه فوق، ضابطه سوم نقش تعیین‌کننده دارد، زیرا با برآوردن همین ضابطه است که می‌توان گفت دیوان داوری مأموریت خود در حلّ و فصل دعاوی را به نام حقوق بین‌الملل انجام می‌دهد. جا داشت برای تتمیم و تکمیل بحث، روایة دیوان در تعیین و تفسیر ماهیّت خود را نیز بررسی می‌کردیم تا معلوم شود خود او چگونه ماهیّت حقوقی و جایگاه خوبیش را رقم زده است. اما بحث مستوفاً و کافی در این مقوله محتاج مجالی فراخ است که اگر فرا چنگ آید به نوشته‌ای جداگانه در این باب اختصاص خواهیم داد.

آنتونیو کاسسے

ANTONIO CASSESE

مترجم: دکتر مرتضی کلانتریان



ابراهیم - آنتیگون

و

تعارض میان ضرورتها



* این مقاله («Abraham, Antigone et les Impératifs en conflit») از مجموعه
مقالات آنтонیو کاسسه انتخاب و ترجمه شده که عنوان و مشخصات آن از
این قرار است:

Violence et droit dans un monde divisé, Traduction de l'Italien, Giesèle
Bartoli, Presses universitaires de France, Paris 1ère éd., 1990.

ضمیماً پانو شهای نویسنده یکجا در آخر مقاله آمده است.

تقدیم به دو سریاز آلمانی که در سال ۱۹۴۴ در مارزابوتو^۱ از شرکت در قتل عام غیرنظامیان امتیاز کردند و طبق دستور فرماندهانشان تیرباران شدند^(۱).

۱. ابراهیم و آنتیگون: دونمونه اصیل

در «سفر پیدایش» آمده است که خداوند ابراهیم را فرامیخواند و به او دستور می‌دهد پرسش اسحاق^۲ را به سرزمین موریا^۳ ببرد و او را در آنجا قربانی کند. ابراهیم اطاعت می‌کند: الاغش را پالان می‌کند، اسحاق و دونفر از غلامانش را فرامیخواند، برای انجام مراسم قربانی هیزم تهیه می‌کند و به محلی که خداوند امر فرموده می‌رود. ابراهیم و همراهان بعد از سه روز طی طریق، به دامنه کوهی می‌رسند. ابراهیم به دو غلامش دستور می‌دهد همانجا منتظر بمانند، و به اسحاق هیزم لازم برای برافروختن آتش را می‌دهد تا حمل کند، و خود مشعل و کاردی به دست می‌گیرد، و هر دو به طرف محلی که تعیین شده بود به راه می‌افتدند. اسحاق از ابراهیم سؤال می‌کند که برء قربانی کجاست؟ ابراهیم جواب می‌دهد که خداوند

1. Marzabotto

2. در قرآن کریم اسماعیل (سوره صافات، آیات ۱۰۰-۱۱۰).

3. Moria

خود فراهم خواهد کرد. چون به محل تعیین شده می‌رسند ابراهیم مذبح برپا می‌کند، هیزمها را برای افروختن روی مذبح می‌گذارد، بعد دست و پای اسحاق را می‌بندد و او را برای قربانی کردن بر روی سکوی مذبح قرار می‌دهد و کارداش را به دست می‌گیرد. درست در آن لحظه است که فرشته آسمانی او را متوقف می‌کند ((حال دانستم که تو از خدا می‌ترسی، چون که پسر یگانه خود را از من دریغ نداشتی»).

این روایت سفر پیدایش است^(۲). بعضی از مفسران بر ارزش نمادین آزمایشی که خداوند از ابراهیم بعمل آورد تا از ایمان او مطمئن شود تکیه کرده‌اند. سورن کی‌برکه گارد^(۳)، نویسنده عمیق‌ترین و موشکافانه ترین تحلیلها درخصوص روایت کتاب مقدس، ابراهیم را سمبول «ایمان» می‌داند: ابراهیم مجسمه ایمان است، زیرا باطاعت از پروردگار از اخلاق (که به او حکم می‌کرد که پرسش را نکشد) به خاطر عشق مطلق به پروردگار می‌گذرد: «او به عنوان فرد خود را در رابطه مطلق بامطلق قرار می‌دهد»، زیرا «خداوند مطلقی است که خواستار عشق مطلق است»^(۴). دسته دیگری از مفسران بر «پیام مردم‌شناختی» روایت کتاب مقدس تأکید کرده‌اند: این روایت به‌نحوی نمادین معرف‌گذار از قربانی کردن انسانها به قربانی کردن حیوانات است (طبق روایت کتاب مقدس، ابراهیم وقتی که توسط فرشته الهی از کارش باز داشته شد، «قوچی را که در پشت سرش شاخهای آن به بوته‌ای بسته شده بود»، «برای قربانی»، به جای پرسش تقدیم کرد). عده‌ای دیگر نیز در این امر اشاره‌ای به آموزش نوباوگان می‌بینند. مشهورتر از همه تفسیری است که می‌گوید باید از روایت تعبیری که دقیقاً خلاف «منطق» ساده و مستقیم آن است بشود: هدف داستان ابراهیم و اسحاق رساندن این پیام است: وقتی ایمان به پروردگار واقعی ایجاد شد، کشن دیگری ممنوع است، حتی اگر خود خداوند چنین فرمانی دهد.

بی‌آنکه قصد اعراض به همه این تفاسیر درمیان باشد، باید تأکید کرد که در روایت کتاب مقدس چیزی که برای خواننده معمولی تعجب‌آور است این

است که ابراهیم با دریافت فرمان خداوند، در اجرای آن تردیدی بهخرج نمی‌دهد؛ این بیرحمانه ترین فرمانی است که می‌توان تصور کرد، خلاف تمام قوانین بشری و اخلاقی: کشتن پسر خود، «تنها پسر» خود. با این‌همه، ابراهیم از خود نمی‌پرسد که آیا این فرمان عادلانه است یا خیر، نافرمانی نمی‌کند، نسبت به خداوندی که چنین عمل مذمومی را به او تحمیل می‌کند کلمات پرخاشگرانه‌ای ادا نمی‌کند. فقط جرأت ندارد به اسحاق بگوید که قربانی مراسم اوست، و با لفاظی از پاسخ‌گفتن طفره می‌رود. البته، اگر ابراهیم آماده فرمانبرداری است، این امر به خاطر خودخواهی یا بهدلیل نفع شخصی، حتی «نجات جان خود»، نیست. بر عکس، او آماده اطاعت از خداوند است، علی‌رغم اینکه این امر مستلزم قربانی کردن عزیزترین کیم اوست. بنابراین، اطاعت او نشانه تسلیم کامل او به امر آمر مذهبی است: تسلیمی بی‌حد و مرز، به کیفیتی که در برابر تعارضی اساسی با ابتدایی ترین احساسات بشری (عشق پدری)، براین احساسات پیش می‌گیرد. علی‌رغم پیچیدگی شخصیت و ویژگی چندگانه بودن و چند‌بعدی روایت، ظاهر الفاظ معمولی روایت تورات اجازه می‌دهد که خصوصیت اصلی ابراهیم آشکار شود (لاقل دراین روایت، که طبق سنت مسیحی «قربانی کردن اسحاق» و طبق سنت یهودی «بستن دست و پای اسحاق» نامیده شده است). ابراهیم شاخص اصیل کسی است «که کورکورانه از امر آمر اطاعت می‌کند». همچنانکه می‌گویند: کسی است که یک لحظه محتوای دستور دریافتنی را محل تردید قرار نمی‌دهد^(۴).

اما شخصیت آنتیگون^۵، در حد نهایی مقابل داستان ابراهیم قرار داده شده است. دو برادر او یکدیگر را کشته‌اند: یکی، پولینیس^۶، علیه تب^۷ لشکر کشیده است؛ دیگری، اثوکل^۸ بر عکس، از شهر دفاع کرده است. کرثون^۹ پادشاه تب دستور می‌دهد که اولی دفن نشود، بهدلیل اینکه کوشش کرده است «سرزمین

5. Antigone

6. Polynice

7. Thèbes

8. Etéocle

9. Créon

پدرانش را ویران سازد»؛ علیه قدرتی طفیان کرده است که بر شهری که او در آن چشم به جهان گشود فرمان می‌راند. کرثون می‌خواهد مجازاتی مقرر دارد تا برای کسانی که در شهر «هرج و مرچ» بوجود می‌آورند و «خانه‌ها را ویران می‌سازند»، سرمشقی باشد. وظیفه او دفاع «از نظم و قوانینی است که نظم را حفظ می‌کند». آتیگون، خواهر دو مقتول، تصمیم می‌گیرد از دستور کرثون سریچی کند: برای او محبت برادری، رعایت قوانین «غیرقابل تغییر» و «ازلی» که دفن هر موجود بشری را مقرر می‌دارد، مقدم بر فرمانهای دنیوی است. در نتیجه، کرثون دستور می‌دهد آتیگون را در غاری زنده به گور سازند: در آن مکان، آتیگون لب فرو می‌بندد. این خلاصه یکی از زیباترین تراژدی‌های سوفوکل^{۱۰} است که در [نمایشنامه] آتیگون [شخصیت] کسی را نشان می‌دهد که دستورهای حکومت دنیوی را به دلیل اطاعت از الزامات انسانی تر زیر پا می‌گذارد. همچنانکه قبل اهگل در درسهایی در زمینه فلسفه تاریخ(۵) خاطرنشان کرده است، آتیگون نمونه اصلی کسی است که بین دستور صادره از جانب آنها یکی که فرمان می‌راند و احترام به ارزش‌های والاتر، راه دوم را انتخاب می‌کند و کاملاً آگاه است که باید بهای این کار را با جان خود پردازد. این تصادفی نیست که آتیگون شخصیت مادینه است(۶).

در ابتدای تراژدی، خواهرش ایسمن^{۱۱} از مشارکت در تجاوز به «قوانین فرمانروا» امتناع می‌ورزد و گوشزد می‌کند که هر دو زن هستند و «به خاطر طبیعت زنانه ناتوان از پیکار با مردان» و «مجبور به تحمل چیزهایی از این دست و چیزهای باز هم سهمگین تر از این دست از ناحیه قوی ترها». ولی آتیگون بر تصمیمش بهار تکاب «جرمی مقدس» اصرار می‌ورزد. کسی که مدام فشار را تحمل می‌کند ولی از قدرت روحی عظیم و روحیه مقاومی برخوردار است خیلی آسان تر می‌تواند در برابر عمل غیرعادلانه‌ای که به اقیانوسی از خشونت افزوده شده است قدر علم کند.

ابراهیم و آتیگون نمونه‌های اسطوره‌ای دو «پاسخ» ممکن به دستور

10. Sophocle

11. Ismène

ما فوق هستند. مذهب و شعر، در برابر قواعد و اوامر اقتدار موجود، دو عکس العمل واجد جنبه‌های متعالی و دراماتیک ارائه می‌دهند که هر دو عکس العمل انسانی هستند. مذهب و شعر راه حلی را نشان می‌دهند که توسط بشریت، در برابر وضعیت سیزه برانگیزی که پایان آن در هر دو حالت حزن انگیز است، «ابداع» شده است.

اما آیا این دو پاسخ تنها «پاسخهای» ممکن است، یا اینکه در واقعیت روزمره، انسانها راه حل‌های دیگری «ابتکار» کرده‌اند؟ آیا برای ارائه راههایی که بتوانند این معتمای شوم را حل کنند، حقوق وارد میدان شده است؟ در گیرودار آخرین جنگ جهانی فرمانهایی صادر شد که خلاف ابتدایی ترین احترام شایسته شوون بشری بود. بعد، بعضی از کسانی که این فرمانها را اجرا کرده بودند به‌هنگام پاسخگویی در برابر دادگاههای فاتحان در مقابل اعمالی که انجام داده بودند، برای تبرئه خود به دستور مقامات ما فوق استناد کردند. رأی دادگاهها چه بود؟ آیا آنها حق را به‌ابراهیم دادند (حتی اگر، برخلاف ابراهیم، کسانی که دستور ما فوق را اجرا کرده بودند برای نجات جان یا شغل خود، نه مثل مورد ابراهیم تحت تأثیر علل مذهبی واجد ارزش متعالی، این کار را کرده بودند)؟ یا اینکه حق را به‌آنتیگون دادند؟ چگونه باید درباره آنها قضاؤت شود؟ و به‌ویژه اگر در برابر دستوری قرار بگیریم (که از ناحیه مقام سیاسی یا فرماندهان صادر شده است) که آن را خلاف قواعد اخلاقی یا الزامات حقوقی والاتر تشخیص می‌دهیم، چگونه باید رفتار کنیم؟

۲. واقعیت اطاعت از دستور ما فوق در یک کشور دموکراتیک:

آزمایش‌های اس. میلگرام^{۱۲}

قبل از اینکه بینیم «حقوق» به پرسشها یی که در بالا طرح کرده‌ایم چگونه پاسخ می‌دهد، بهتر این است که به‌نحوی سریع به‌این مطلب پردازیم که در

12. Stanley Milgram

ابراهیم - آنتیگون و تعارض...

واقعیت روزمره واقعیت امور چگونه است. از این جهت، آزمایشها و مطالعات روان‌شناس امریکایی استانلی میلگرام درخصوص افراد بالغ منطقه نیوهافون (کانکتیکت)¹³ در بین سالهای ۱۹۶۰ تا ۱۹۶۳ برای ماکمک پارازشی محسوب می‌شود. میلگرام که عمیقاً متاثر از آزارها و قتل عامهایی بود که در جریان جنگ جهانی دوم از ناحیه جمع کثیری از نازی‌ها طبق دستور مافوق صورت گرفته بود مصمم گردید یک رشته آزمایشهای بسیار جدی انجام دهد تا بفهمد چه مکانیسم‌هایی افراد را وامی دارند که افراد دیگر را آزار و شکنجه دهند و تا چه پایه ما تحت تأثیر «دستورهای» مقام مافوق قرار داریم.⁽⁷⁾

تکنیک آزمایش او ساده بود: از افراد بالغ متعلق به طبقات مختلف و در سطح فرهنگی متفاوت دعوت شده بود که در آزمایشگاه روان‌شناسی دانشگاه ییل¹⁴ درخصوص مطالعه‌ای در زمینه «حافظه و کارآموزی» شرکت جویند. توضیح می‌دادند که موضوع در اصل راجع به ارزیابی آثار مجازات بر کارآموزی است. یک «محصل» (درواقع، «محصل») یک هنرپیشه بود، ولی شخصی که دعوت شده بود در آزمایش شرکت جوید از این موضوع خبر نداشت) را می‌نشاندند، دستهای او را می‌بستند و یک الکترود به میچهای او وصل می‌کردند. کار او این بود که ترکیبات لفظی را حفظ کند. کسی را که آزمایش می‌بايستی واقعاً روی او صورت گیرد و «علم» نامیده می‌شد در برابر مولد برقی که دارای دکمه‌ای بود می‌نشاندند. کار «علم» این بود که ببیند «محصل» به پرسشهای او درخصوص ترکیبات لفظی درست پاسخ می‌دهد یا خیر. برای هر پاسخ بد، «علم» بايستی یک شوک الکتریکی ایجاد کند که ابتدا از خفیف ترین دردها شروع می‌شد و رفته‌رفته افزایش می‌یافت. «مرتبی» (یکی از روان‌شناسان متصدی آزمایش)، بالباسی سفید، می‌بايستی مراقب باشد تا اگر «علم» از فشاردادن دکمه برای واردکردن شوک به «محصل» در مواردی که به سوالات او جواب نادرست داده می‌شد امتناع ورزد، به او دستور بدهد. بدیهی است ارزیابی توانایی کارآموزی «محصل» بهانه‌ای بیش نبود، زیرا هدف اصلی آزمایش این

13. New Haven (Connecticut)

14. Yale

بود که مشخص شود تا چه حد «معلم» می‌تواند وفق دستورهای «مرتبی» شکجه بدهد. آزمایشها میلگرام به نحوی گویا نشان داد که علی‌رغم درد وحشت‌ناکی که «محصل» متحمل می‌شد (درواقع وانمود می‌کرد که متهم می‌شد)، در بیش از نیمی از موارد، فرد موضوع آزمایش همچنان به افزایش شکنجه از طریق وارد کردن شوکهای الکتریکی ادامه می‌داد. همان‌گونه که میلگرام می‌گوید «نتایج این آزمایشها ما را متعجب و مبهوت ساخت.... بیشتر افراد شوکهای الکتریکی را نه به خاطر گراشدهای پرخاشگرانه نسبت به قربانی بلکه در پاسخ به احساس وظیفه نسبت به «مرتبی» وارد می‌کردند» (۸).

نتایج آزمایشها مارا دچار حیرت می‌سازد، بخصوص که این آزمایشها در کشوری دموکراتیک صورت گرفته است. چگونه می‌توان آنرا توجیه کرد؟ میلگرام و دیگر روان‌شناسان بر نقش استبدادی خانواده، مدرسه، کلیسا، ساختار کار، یعنی محیطی که فرد بالغ در آن قرار دارد و فعالیت می‌کند تأکید کرده‌اند. تمام این «واحدها» احساس مرجعیت و تعهد اطاعت از دستورهای «ما فوق» را وارد ضمیر فرد می‌کنند و وجود ان او را از هرگونه مسؤولیتی تهی می‌سازند. از همان وقت که پدر به پرسش دستور می‌دهد که بچه‌های همسن و سالش را نزنند، به‌با اعلام می‌دارد که نه تنها باید دیگران را محترم بشمارد بلکه پیام دیگری را که «پنهانی» است به‌با می‌رساند: این پیام که پسر باید از پدرش اطاعت کند. این پیام وقتی که پدر پرسش را به‌دلیل اینکه بچه‌های دیگری را زده است کنک می‌زند، باز هم قدرت بیشتری پیدا می‌کند. بنابراین، «ورود و پذیرش» ساختار واجد سلسله‌مراتب واحدهای اجتماعی ما در ضمیر ما اطاعت از دستور را، حتی وقتی که اجرای آن موجب شکنجه و آزار اشخاص ثالث می‌شود، تسهیل می‌کند. این وضعیت اجتماعی روان‌شناسخنی که سرچشمۀ آثار ناگوار در کشورهایی است که اغلب شان نیز دموکراتیک هستند، هم در ساختارهای خصوصاً استبدادی موجود در کشورهای دموکراتیک (قوای نظامی) و هم در کشورهای خودکامه (که فعلاً روزی روز تعدادشان رویه افزایش است) تشدید می‌گردد و حادتر می‌شود.

وقتی پاسخ «حقوق» مورد بررسی قرار می‌گیرد باید برای قضایت درباره

اینکه تا چه حد این «پاسخ» واقع بینانه است، و بنابراین می‌تواند واقعاً راهنمای رفتار بشری گردد، این ملاحظات اختصاری کاملاً مذ نظر باشد.

۳. تشکیلات نظامی و مسئله «افراد مادون»

در جامعه بین‌المللی، مسئله «دستور مافوق» بارها مطرح شده است، اما فقط یا تقریباً «به طور اختصاری» در قلمرو دستگاههای نظامی و در جریان جنگها بوده است: فرماندهان نظامی به افراد تحت فرمان خود دستور اجرای اعمالی را که در واقع مجرمانه بوده است داده بودند. زیرستان می‌بایستی چه بکنند؟ آنها بر سر دوراهی سهمگینی قرار می‌گرفتند: انضباط نظامی برپایه اطاعت بی‌چون و چراز دستورهای مقام مافوق استوار است. اگر زیردستی بحث و اعتراض را نسبت به دستور دریافتی آغاز کند، دیگر نهانضباطی می‌ماند نه سلسله‌مراتبی و نه دستگاه نظامی. از سوی دیگر، آیا امکان دارد که سربازی به صورت منفعل دستوری را که نه تنها خلاف ابتدایی‌ترین اصول اخلاقی بلکه همچنین خلاف قواعد حقوقی جامعه‌ای است که او بدان تعلق دارد، اجرا کند؟ بنابراین، زیردست چهار سرگردانی می‌شود: بر سر دوراهی در دنیا کی قرار می‌گیرد که بیشتر از آنجهت سهمگین و خطرناک است که اجرای دستوری که آشکارا مجرمانه بوده و از او خواسته شده می‌تواند از جانب دشمن مورد مجازات قرار گیرد.

دیسی^{۱۵}، حقوقدان انگلیسی و کارشناس بزرگ حقوق اساسی، بحق خاطرنشان کرده است که سرباز خود را باموقعيت ضد و تقييض تشویش‌آوری رو برو می‌بینند: «اگر دستور را زیر پا بگذارد ممکن است توسط دادگاه صحرا ای تیرباران شود، و اگر آن را اجرا کند ممکن است به موجب رأی محکمه یا هیأت منصفه دشمن به دار مجازات آویخته شود»(۹).

مسئله باز هم پیچیده‌تر می‌شود اگر به دستور مجرمانه شرایط دیگری هم

اضافه شود؛ مثلاً وقتی که افسری به سربازی دستور تیرباران اسیران جنگی را می‌دهد و، در برابر تردید زیردست، هفت تیر خود را بیرون می‌آورد و تهدید می‌کند که اگر اطاعت نکند او را خواهد کشت، چه باید کرد؟ به این موارد فشار جسمی و «روحی» موارد دیگری اضافه می‌شود که همانا غفلت زیردست از مسئله‌ای موضوعی است. به عنوان مثال، افسری به سربازی دستور تیرباران یک غیرنظمی دشمن را می‌دهد و، در برابر تردید زیردست، برای او توضیح می‌دهد که این غیرنظمی در عملیات جنگی علیه سربازان شرکت جسته و بنابراین مرتکب جنایت جنگی شده که برای آن طبق مقررات محاکمه شده است. اما بعد از تیرباران روشن می‌شود که افسر دروغ گفته است. آیا در چنین شرایطی می‌توان گفت که بازهم سرباز مجرم است؟

به این موارد (که ما آنها را ابداع نکرده‌ایم بلکه در عالم خارج اتفاق افتاده است) موارد دیگری اضافه می‌شود که دشواری مسئله را بازهم بیشتر می‌کند. بهتر است خیلی در این باره اصرار نورزیم. حال بینیم که حقوق چگونه «پاسخ» داده و چه شیوه‌ای را بر شیوه دیگر ترجیح داده است.

۴. حقوق «قدیم» و نخستین شکافها

طی قرون متتمادی اصل اطاعت از سلسله مراتب حاکم بود؛ همان اطاعتی که آیشمن^{۱۶} در برابر دادگاه اورشلیم در سال ۱۹۶۰ آن را «اطاعت مجسمه‌وار»^{۱۷} نامید، بیانی که تعریف مشهور یسوعیان را به خاطر انسان می‌آورد. دلیل آن بداهتی اشراقی است: طی قرنها تصور می‌شد که انضباط نظامی و اطاعت محض، ضرورت‌های ذاتی هر تشکیلات نظامی است. هنوز اسید سوزان دکترین حقوق بشر سوزاندن این اصول را آغاز نکرده و فضیلت نافرمانی را در برابر دستورهای صادر شده از بالا که خلاف حیثیت انسانی به نظر می‌رسد به عنوان اصل مطرح نساخته بود. بنابراین، طی قرنها اگر در بی مجازات مسؤولان اعمال جنایتکارانه بودند،

16. Eichmann

17. Kadavergehorsam

همیشه پای «فرماندهانی» در میان بود که دستور جنایتکارانه را داده بودند: مجریان امر در پناه سپر اصل «دستوردهنده مسؤول است»^{۱۸} در امان بودند. با خوشچینی در میان تصمیمات قضایی و عملکرد کشورها در اینجا و آنجا، در ایالات متحده امریکا نخستین شکاف را در اصل اطاعت محض می‌باییم. در دوران جنگهای داخلی (۱۸۶۰-۱۸۶۵) سروان هنری ویرتز^{۱۹}، طبیب سوئیسی که به لوئیزیانا مهاجرت کرده بود، «تحت تأثیر غلیان هیجانات» (بطوریکه بعداً خود او می‌نویسد) به ارتش کنفراسیون ایالات جنوبی می‌پوندد و در رأس اردوگاه اسیران جنگی آندرسن ویل (جورجیا)^{۲۰} قرار می‌گیرد. او در این مقام، برخلاف قواعد جنگی حاکم، چندین هزار سرباز ارتش فدرال (شمالیها) را در شرایطی غیرانسانی نگه می‌دارد و با آنها بدرفتاری می‌کند. بعضی از این اسیران شکنجه و کشته می‌شوند. وقتی امروز صور تجلیسات شهادتها بیان را که در جریان محاکمه از سوی بعضی از نجات‌یافتگان اداشد می‌خوانیم، احساس دهشت‌زای وجود یک رودلف هس^{۲۱} به ما دست می‌دهد؛ البته با این تفاوت که هس در آشویتز^{۲۲} و سایل («ظریف») تر و دستگاه طبی - اداری و نظامی مؤثرتری در اختیار داشت. بعد از جنگ، در سال ۱۸۶۵، ویرتز در برابر کمیسیون نظامی در واشنگتن حاضر شد و برای براحت خود اظهار داشت که به دستور مقامات مافوق خود اقدام کرده است: او گفت که چیزی «جز واسطه (medium)، یا بهتر گفته شود، ابزار (tool) دستهای مقامات مافوق خود نبوده است»، که در جواب او دادستان نظامی اعتراض کرد و گفت وقتی دستور غیرقانونی است مافوق و مادون هردو مقصرونند.

این قاضی مطالب خود را بدین‌گونه بیان کرد:

«من می‌دانم که وکلای متهم گفته‌اند که در تمام آنمدت او (سروان «ویرتز») طبق دستور زنزال ویندر^{۲۳} اقدام می‌کرده است. فرض کنیم که

18. Respondent superior

19. Henry Wirz

20. Andersonville (Géorgie)

21. Rudolf Hess

22. Auschwitz

23. Winder

چنین بوده است، اما افسر مأفوّق نمی‌تواند به افسر مادون دستور ارتکاب عمل خلاف قانون را بدهد. اگر زیردست چنین دستوری را اجرا کرد و عواقب آن مصیبّت‌بار بود، مأفوّق و زیردست هردو مسؤولند. ژنال ویندر نمی‌توانست به‌تهم دستور دهد که قوانین جنگی را زیر پا گذارد، همچنان‌که متهم هم بدون دستور وی نمی‌توانست چنین کاری بکند. نتیجه بدیهی است: در مواردی که این دستورها داده شده هر دو مسؤولند. محققان متهم مسؤول اعمالی است که رأساً از جانب او ارتکاب یافته است.»^(۱۰)

کمیسیون این استدلال را پذیرفت و ویرترز را به مرگ محکوم کرد. حکم توسط آنдрه جانسون^{۲۴} رئیس جمهور ایالات متحده تأیید و در ۱۱ نوامبر ۱۸۶۵ اجرا شد.

برای درک بهتر علل بروز این اولین شکاف در بنای ضرورتهای نظامی، که تا آن زمان مستحکم بود، باید یادآور شد که این محاکمه‌ای بود که فاتحان بر مغلوبیان تحمیل کرده بودند و نیز باید به طبع جنایتی که ویرترز به آن متهم بود توجه کرد. در این خصوص به نظرم بی‌فایده نخواهد بود اگر تفکیکی را که چندسال پیش ب. و. ا. رولينگ^{۲۵}، حقوقدان بلندپایه هلندی، بین دو مقوله جنایات جنگی فائل شده است یادآور شویم^(۱۱). به عقیده این حقوقدان، مقوله‌ای از جنایات «فردی» هستند، یعنی جنایاتی که حکایت از خصوصیت مجرمانه فرد می‌کند (قتل سالخوردگان و اطفال، تجاوز به زنان، غارت وغیره). مقوله دیگری از جنایات «جمعی» یا جنایات «سیستم» هستند، و آن تجاوزاتی است که از ناحیه سربازان یا افسران به تحریک یا دستور کل ساختار یا طبقه سیاسی حاکم یا به طور کلی حمایت کامل دستگاه فشار دولتی صورت می‌گیرد: کاربرد سلاحهای ممنوعه، بمبارانهای سیستماتیک تجمع غیرنظامی، بدرفتاری با اسیران جنگی در سطحی وسیع و از این قبیل. در مورد اول، عمل مجرمانه تظاهر غراییز خشن فرد است. حتی ارتشی که چنین فردی عضو آن است این عمل را هتک حیثیتی می‌داند که کل ارتش را بدنام می‌کند. به همین دلیل است که غالباً حتی دادگاههای

24. Andrew Johnson

25. B. V. A. Röling

کشوری که چنین سربازی به آن تعلق دارد، در مجازات چنین افرادی تعلل نمی‌ورزند. بر عکس، در مورد «جنایات سیستم»، عمل هر فرد، خواه ناشی از دستور و خواه حمایت شده توسط رفتار مجرمانه جمعی باشد، واقعاً مجازات نمی‌شود (البته اگر قصد مجازات در بین باشد) مگر بوسیله دشمن، و آن‌هم فقط در صورتی که دشمن در جنگ فاتح شود.

به مدد این تفکیک مهم، و در پرتوداده‌های تاریخی موجود، به نظر می‌آید که مورد سروان ویرتز یکی از جلوه‌های «جنایات سیستم» بوده باشد. دلیل اینکه کمیسیون نظامی واشنگتن از سنت و اصل «دستوردهنده مسؤول است» بریده بود، این بود که ویرتز فقط به دلیل اوضاع و احوالی – که قبلاً تشریح شد – دشمن سابق شناخته می‌شد.

برای یافتن شکاف دیگری در قاعدة سنتی، باید تا جنگ جهانی اول منتظر می‌بود. در سال ۱۹۱۵، یک تبعه انگلیس به نام فریات^{۲۶}، فرمانده کشی بازرگانی بروسلز^{۲۷} که پرچم بریتانیا را داشت، با یک زیردریایی آلمانی رویرو شد. زیردریایی به کشی بازرگانی دستور داد توقف کند و هویت خود را اطلاع دهد. فریات، به جای اطاعت از دستور، رهنمودهایی را اجرا کرد که از سوی وزارت دریاداری انگلیس به تمام کشته‌های بازرگانی که در وضعیت او ممکن بود قرار گیرند داده شده بود. او با سرعت تمام به طرف زیردریایی دشمن راند و سعی کرد با دماغه کشته خود با آن برخورد کند. زیردریایی برای احتراز از تصادم فرار کرد و بروسلز بی‌اشکال از مهلکه گریخت. اما در جریان سفر بعدی، یک کشته جنگی آلمانی بروسلز را توقیف کرد و فریات با اینکه دستور مقام مافوق خود را اجرا کرده بود، برای جنایات جنگی محاکمه و محکوم گردید (زیرا به صورت پارتیزان، یعنی جنگجوی نامنظم، اقدام کرده بود). در این مورد نیز عمل مجرمانه فرمانده انگلیسی داخل در محدوده مقوله «جنایات سیستم» می‌شد. تجاوز عمده به قواعد حقوق جنگ (که شرکت در عملیات جنگی را فقط به قوای نظامی و دسته‌هایی از جنگجویان کاملاً مشخص شده اجازه می‌داد) و این واقعیت

26. Fryatt

27. Brussels

که فریات از طرف دشمن محاکمه شد، نشان می‌دهد که چرا آلمانی‌ها اعتنایی نکردند که او طبق دستور مقامات بریتانیا رفتار کرده بود (۱۲).

بعد از جنگ، در یک سلسله محاکماتی که علیه نظامیان آلمانی در دیوان عالی لایپزیگ برپا گردید، آلمانی‌ها همین سیاست را تعقیب کردند و دستورهای خلاف قانون مقامات مافوق را مورد قبول قرار ندادند. متفقین می‌خواستند آلمانی‌های متهم به تجاوزات به حقوق جنگ را محاکمه کنند، اما اوضاع و احوال مهم سیاسی بالاخره توانست اهمیت این محاکمات را کاهش دهد، و سرانجام فقط یک دادگاه آلمانی، دقیقاً همین دیوان عالی لایپزیگ، بود که مأموریت محاکمه متهمان به آن محول شد.

بین محاکمات لایپزیگ، با اختصار تنها به ذکر آنهایی می‌پردازیم که از جهتی که مورد توجه ما در اینجاست بازتاب بیشتری داشته‌اند: محاکمه داور کاسل^{۲۸} و محاکمه للاندووری کاسل^{۲۹} (۱۳).

مبناًی هر دو دادرسی این بود که متفقین از کشتی‌های بهداری، برخلاف قوانین جنگی، استفاده‌های نظامی می‌کردند (یعنی سرباز و ساز و برگ نظامی حمل می‌کردند). وزارت دریاداری آلمان، برای پایان دادن به‌این کار، در سال ۱۹۱۷ رسم‌آفرماندهان کشتی‌های بهداری متفقین خواست که، اگر می‌خواهند آلمانی‌ها مصونیت آنها را محترم شمارند، طبق بعضی رهنمودها رفتار کنند. کشتی بهداری انگلیسی داور کاسل که از مقررات آلمانی تبعیت نکرده بود مورد حمله یک زیردریایی آلمانی قرار گرفت و غرق شد. فرمانده زیردریایی به نام کارل نیومان^{۳۰} در برابر دیوان لایپزیگ اعلام کرد که طبق دستورهای وزارت دریاداری آلمان اقدام کرده است. دیوان (به درستی) نتیجه گرفت که نیومان کاملاً حق داشته فرض کند که این دستورها قانونی است و به‌ویژه عملیاتی را که او هدایت می‌کند اقدام تلافی‌جویانه علیه انگلیسی‌هاست. دیوان اعلام کرد که نیومان را نمی‌توان به موجب مادهٔ ۴ قانون کیفر ارتضش آلمان محکوم کرد، زیرا

28. Dover Castle

29. Llandovery Castle

30. Karl Neumann

این ماده زیردستی را مستحق مجازات می‌داند که دستور خلاف قانونی را اجرا کرده یا از محدوده دستور صادرهای فراتر رفته باشد.

دیوان با بکاربردن همین قاعدة داخلی درمورد للاندوری کاسل به تیجه متفاوتی رسید. باز هم کشتی غرق شده یک کشتی بهداری انگلیسی بود، اما به طور غیرقانونی غرق شده بود، زیرا در منطقه‌ای قرار نداشت که رهنمودهای وزارت دریاداری آلمان متضمن آن بود. درواقع، فرمانده زیردریایی آلمانی به‌نام پاتزیگ³¹ پس از غرق کردن کشتی انگلیسی به سه‌نفر از افسران خود دستور داده بود که به‌سوی سه‌قایق نجاتی که انگلیسی‌ها به‌آب اندخته بودند تیراندازی کنند تا تمام آثار اژدرافکنی غیرقانونی زیردریایی آلمانی محو شود. بعد از جنگ پاتزیگ ناپدید شد، اما دو تن از افسرانش (دیتمار³² و بولدت³³) دستگیر و محاکمه شدند. بدیهی است در برابر دیوان لاپزیگ آنها ادعا کردند که طبق دستور پاتزیگ رفتار کرده‌اند، اما دیوان ادعای آنها را به‌دلیل آنکه آشکارا غیرقانونی بود، چون خلاف قوانین جنگی بود، رد کرد. بعلاوه، پاتزیگ قبل از آنکه کشتار غرق شدگان را آغاز کند، برای اینکه شاهدی باقی نماند، به‌تمام افراد زیردریایی دستور داده بود که به داخل زیردریایی بروند. علاوه‌براین، در فراید از در زدن کشتی انگلیسی، پاتزیگ افراد زیردریایی را جمع کرده و از آنها خواسته بود که در مورد غرق کردن قایقهای نجات گزارشی ندهنند، زیرا این عملی بود که « فقط او می‌باستی حساب آن را به‌خدا و وجود خود پس بدهد ». جریان واقعه را نیز در دفتر ثبت وقایع کشتی درج نکرده بود. ولی از اقبال بد [پاتزیگ] غرق شدگان یکی از سه‌قایق نجات توانستند نجات یابند و علیه او شهادت دهند. اما اهمیت این تصمیم اخیر (برای اولین بار یک دادگاه داخلی هموطنان خود را که از دستوری غیرقانونی اطاعت کرده بودند محکوم می‌کرد) به‌دو جهت کاهش یافت. یکی اینکه جرایم دیتمار و بولدت بی‌هیچ‌گونه تردیدی نمونه «جنایت فردی» بود؛ دیگر اینکه محاکمات لاپزیگ (در کل) نمی‌توانست

31. Patzig

32. Ditmar

33. Boldt

سرمشقی به حساب آید: متهمان معدودی که مقصیر شناخته شدند به جبههای کوتاه‌مدت محکوم شدند و تقریباً تمام آنها احتمالاً با همدمستی یا دست کم با اغراض مقامات آلمانی پس از محکومیت از زندانهای خود گریختند. اما این واقعیت (در مسأله مورد بحث) باقی می‌ماند که بهر تقدیر حکمی صادر شد که اصل «دستوردهنده مسؤول است» را رد کرد.

برای درک اهمیت این تصمیم، کافی است فکر کنیم که در آن دوران، قواعد قابل اعمال در نیروهای نظامی ایالات متحده و بریتانیا فقط مافوقهایی را که دستورهای مجرمانه داده بودند مجازات می‌کرد و زیرستان را از هرگونه مسؤولیتی معاف می‌داشت. بنابراین، در دو کشور متبدنی که از آنها نام بردم، ضرورتهای انضباط نظامی همچنان مقدم بود.

۵. تغییر جهتی اساسی: نورنبرگ

در گیرودار دومین جنگ جهانی قضایا به نحو چشمگیری تغییر پیدا کرد. قتل عام غیرنظامیان و اسیران جنگی، شکنجه و آزار کولی‌ها و مخالفان سیاسی به وسعتی رسیده بود که تا آن‌زمان سابقه نداشت. این «سیاستی» بود که مصراوه و با عزمی راسخ از سوی رهبران نازی (و به نحوی کمتر سازمان یافته از جانب همکاران فاشیست آنها) تعقیب می‌شد و به وسیلهٔ کل دستگاه اداری و نظامی به اجرا درمی‌آمد، همچنانکه هانس فرانک^{۳۴} یکی از شقی‌ترین جنایتکاران نازی – با سایه‌ای از احساس‌گناه – در برابر دادگاه بین‌المللی نورنبرگ گفت و متعاقب آن به دلیل مسؤولیتش در شکنجه و قتل عام هزاران تن در لهستان اشغالی محکوم به مرگ شد: «ما علیه یهودیان جنگیدیم، سالها مبارزه کردیم و به خودمان اجازه دادیم بیانیه‌های وحشتناکی صادر کنیم (از این حیث دفتر خاطرات خود من برای محکومیتم کفايت می‌کند).... هزارسال خواهد گذشت و این گناه آلمان باز هم پاک نخواهد شد» (۱۴).

34. Hans Frank

به علت وجود دستگاه اداری مؤثری که برمبنای رعایت دقیق «تعلیمات مافوق»، یعنی برپایه دستور و انضباط، استوار بود ارتکاب جنایات جمعی ممکن گردید. وجود این ماشین اداری مدرن بود که «بی اهمیت جلوه دادن جنایت» (ارندت^{۳۵}) واجراً منظم واکید غیرانسانی ترین رهنمودها را ممکن ساخت: برپایی سریع و «از هر جهت حساب شده» اردوگاههای مرگ، روانه کردن به نهایت دقیق غیرنظمایان و اسیران جنگی بهاردوگاههای کار اجباری از طریق راه آهن، قتل عام دقیق و طبق برنامه هزاران بیگناه امری بود که نه تنها دستگاه اداری و نظامی بلکه مردم نیز کورکورانه از آن اطاعت می کردند و لب به سخن نمی گشودند (خوشبختانه استثنایی وجود داشت، و بشریت باید به دلیل وجود آنها برخود بیالد). تمام رهنمودها از بالا می آمد و همه به آن استناد می کردند. این ساختار هرم‌گونه دولت خودکامه و نابودکردن منظم هرگونه هسته مقاومت سیاسی و اخلاقی بود که موجب استقرار «اصل فورر»^{۳۶} یعنی گسترش خارج از تصویر ابعاد اصل «دستوردهنده مسؤول است» گردید. جنایاتی که از رهنمودهای دیکتاتور و گروه رهبری نازی ناشی می شد، نمونه‌های بارز جلوه‌های «جنایات جمعی» یا «جنایات سیستم» بود: بدیهی است که طبع این جنایات مجازات مرتكبان را به وسیله دولتی که به آن تعلق داشتند غیرممکن می ساخت. طرف مقابل اگر در جنگ فاتح می شد، می توانست عدالت را اجرا کند.

بنابراین، متفقین لزوم اتخاذ اقدامات فوری را احساس کردند: با فراتر رفتن اعمال جنایتکارانه از محدوده‌های قدیمی جنایات سنتی (جنایات جنگی) و گذشتن از مرزهای قلمروی که سابقاً به وسیله قواعد اخلاقی و قواعد مربوط به حفظ حیثیت انسانی محافظت می شد (لااقل به لحاظ مآل‌اندیشی دیبلماتیک)، وظیفه تأسیف بار («ابداع» مقوله‌های جدید (حقوقی)) بوجود آمد: «جنایات علیه بشریت» (اذیت و آزار نژادی، مذهبی و سیاسی، نابودی اتباع غیرنظمی کشورهایی که دشمن نیستند) و «جنایات علیه صلح» (جنگ تجاوزکارانه، تهیه مقدمات جنایتکارانه برای حمله به کشورهای صلح‌جو).

³⁵. Arendt

³⁶. فورر یعنی اطاعت از رهبر، و در اینجا منظور هیتلر است.

اما این کفایت نمی‌کند: اصل فورر و قاعده‌ای که طبق آن هر دستوری باید بی‌چون و چرا اجرا شود («دستور دستور است»^{۳۷}، تکرار مکرری مشئوم) می‌توانست جان‌پناهی دست‌نیافتنی برای حفاظت هزاران دولتمرد سیاسی، اداری، نظامی و صاحب صنایعی ایجاد کند که در سطوح بسیار گوناگون، به صور مختلف اما تقریباً همیشه با تعصب، غیرانسانی ترین رهنمودهای «فورر» را اجرا کرده‌اند. پس باید این حصار درهم شکته شود. ابعاد بیش از اندازه وسیع اجرای منفعلانه رهنمودهای سیاسی سراپا چنایتکارانه، نیاز به اقدامات بنیادین از جانب متفقین داشت: اقداماتی متناسب با عظمت فاجعه‌ای که رخ داده بود. بریتانیا و امریکا باشتاب به فکر زدودن هرگونه مقرراتی در کتابهای نظامی خود افتادند که ممکن بود در محاکمات بعد از جنگ علیه آنها بکار رود. بدین ترتیب بود که ابتدا انگلیسی‌ها و بعد امریکایی‌ها در سال ۱۹۴۴ قواعد نظامی خود را تغییر دادند و به جای قاعدة «دستوردهنده مسؤول است» قاعده‌ای را قرار دادند که به موجب آن در مورد دستور غیرقانونی نه تنها کسی که دستور داده بلکه کسی هم که آن را اجرا کرده مسؤول است. ولی اقدام اساسی می‌باشد در سطح بین‌المللی صورت می‌گرفت. به همین جهت، بین سالهای ۱۹۴۳ و ۱۹۴۵ «کمیسیون ملل متحد درخصوص جنایات جنگی» مرکب از ۱۷ کشور متفق، از جمله برمبنای پیشنهادهای امریکا و شوروی، قاعدة بین‌المللی ویژه‌ای تدوین کرد. این قاعده بعداً (۱۹۴۵) تبدیل به ماده ۸ مشهور اساسنامه دادگاه نظامی بین‌المللی نورنبرگ شد که بدین شرح است:

«این موضوع که متهم طبق دستورهای دولت یا مافق خود رفتار کرده است او را از مسؤولیت مبرأ نمی‌سازد. ولی در صورتی که دادگاه معتقد باشد که ضرورت اجرای عدالت ایجاب می‌کند، می‌تواند در حد دلیلی برای تخفیف مجازات مورد توجه قرار گیرد.»

همچنانکه قابل پیش‌بینی بود در نورنبرگ، در برایر دادگاه بین‌المللی، وكلای مدافعان نازی‌ها با استناد به اصل فورر اعلام کردند که متهمان همیشه طبق

37. Befehl ist Befehl

دستورهایی که از طرف رهبر کل [پیشوا] می‌آمد رفتار می‌کردند. همان‌گونه که نلت^{۲۸} یکی از وکلای مدافعان عنوان نمود، متهمان «تنها سخنگو یا آلت فعل اراده‌ای خردکننده» بودند(۱۶). ولی دادگاه این استدلالها را رد کرد و در مورد اصل فورر اعلام داشت:

«هیتلر به تهابی نمی‌توانست جنگ تجاوز‌کارانه را هدایت کند. او در این مورد نیاز به همکاری مردان سیاسی، فرماندهان نظامی، دیبلمات‌ها و محافل مالی داشت. وقتی که این افراد بالاطلاع کامل از موضوع کمکهای خود را در اختیار او گذاشتند، جزء توطئه‌ای شدند که او چیزه بود. اگر هم آنها آلت دست او بودند، علم و اطلاع‌شان مانع می‌شود که آنها را بیگناه بشناسیم. آنها علی‌رغم اینکه از جانب دیکتاتور تعیین شده و فرمانبردار او بودند، مسؤول اعمال خود هستند. نه در حقوق بین‌الملل و نه در حقوق داخلی، روابط مافوق و مادون موجب منع مجازات نمی‌شود.»(۱۷)

دادگاه ایراد دیگری را نیز مبنی بر اینکه متهمان از دستورهای اطاعت می‌کردند که با قواعد دستگاه اداری و نظامی آلمان مطابقت داشت (به عبارت دیگر، کل نظام حقوقی آلمان تکالیفی مقرر می‌کرد و آنها دقیقاً طبق این تکالیف رفتار کرده بودند) رد کرد. در این خصوص، دادگاه مذکور شد:

«مفهوم بنیادین «اساسنامه» [دادگاه] این است که تعهدات بین‌المللی ای که بر افراد واجب است مقدم بر وظيفة اطاعت نسبت به دولتی است که اتباع آن به حساب می‌آیند. شخصی که حقوق جنگ را زیر پا گذاشته است نمی‌تواند (برای توجیه خود) به مأموریتی استناد کند که دولت او، با خروج از محدوده اختیاراتی که حقوق بین‌الملل برایش شناخته، به او محوی کرده است.»(۱۸)

به ویژه در مورد مفهوم دستور مافوق، دادگاه مقررات بسیار محکم ماده ۸ «اساسنامه» را باجهات مخففه تعديل کرد: در مواردی که زیردست «آزادی معنوی یعنی اختیار انتخاب» نداشته باشد(۱۹).

موجّه ترین تفسیری که به نظر می‌رسد این است که دادگاه، با وضع این اصل کلی، خواسته تأکید کند که قضات باید، علاوه بر دستور مافوق، دیگر اوضاع و احوال را نیز در نظر بگیرند: به عنوان مثال اجراء معنوی (فرماندهی که هفت تیر به دست، فرد زیردست را مجبور به اجرای حکمی می‌کند)، یا اشتباه موضوعی (همچنانکه در بالا اشاره شد، کشتن یک غیرنظامی از سوی سربازی که افسری با فریب دادن سرباز به او گفته که غیرنظامی طبق مقررات محاکمه و محکوم شده است).

مسئله مهم این است که دادگاه بین‌المللی در مورد تمام متهمنان، از جمله کایتل³⁹ و یودل⁴⁰ (که در مورد آنها در خصوص امر توجیه کننده یا معاف کننده به علت دستور مافوق اعلام نظر نمود)، ایرادهای وکلای مدافعان را مطلقاً رد و صریح‌آمیخته کرد که زیردست می‌باشد از اجراء دستورهای جنایتکارانه، جز در اوضاع و احوال خاص – مثل مواردی که در بالا ذکر کردیم –، امتیاز می‌ورزید.

بدین ترتیب، تصمیم دادگاه بین‌المللی نورنبرگ – که دادگاه بین‌المللی توکیو نیز از آن تبعیت کرد – یکی از والاترین نکات وجدان حقوقی جدید را نشان می‌دهد. تا آن‌زمان، افراد می‌باشند از فرمانهای قانونگذار ملی و به ویژه از دستورهای مافوقهای نظامی، حتی اگر این دستورها خلاف ابتدایی ترین قواعد اخلاقی و اصول انسانی متبلور در حقوق بین‌الملل بود، اطاعت می‌کردند. دادگاه بین‌المللی نورنبرگ نه تنها اعلام کرد که کسی نباید از دستور غیرقانونی که خلاف قوانین ملی است تبعیت کند بلکه همچنین مقرر داشت (واین در تاریخ اولین مرتبه بود) که در برابر تعارض بین قواعد بین‌المللی که حافظ ارزش‌های انسانی است و قواعد کشوری خلاف این ارزشها، هر فردی مکلف است که قوانین کشوری را زیر پا گذارد (طبعاً جز در مواردی که «انتخاب اخلاقی»، به معنومی که در بالا بیان شد، ممکن نباشد).

این یک انقلاب واقعی در قلمرو حقوقی و اخلاقی بود. ولی چه نتیجه‌ای

39. Keitel

40. Jodl

داشت؟ نظر به اینکه حکم از سوی فاتحان علیه مغلوبان صادر شده بود، اثر آن به کجا محدود می‌شد؟ چه تعداد از کشورها و ملت‌ها این مشعل را فروزان نگه داشتند، و چه تعداد بر عکس به اصول قدیمی حق حاکمیت کشورها و فداران ماندند؟

۶. تصمیمات قضات داخلی

در اینجا به احکام دادگاه امریکایی نورنبرگ (با دادگاه بین‌المللی نورنبرگ نباید اشتباه شود) که در منطقه اشغالی امریکا در فواصل سالهای ۱۹۴۹-۱۹۴۶ صادر شده است و تصمیمات دادگاه‌های کشورهای مختلف فاتح (یا تقریباً فاتح) در جنگ مثل انگلستان، فرانسه، هلند، نروژ، ایتالیا و همچنین تصمیمات بعضی از کشورهای اروپای شرقی (مثل شوروی و لهستان) اجمالاً نگاهی می‌اندازیم. فوراً متوجه می‌شویم که اصول ایجاد شده توسط دادگاه بین‌المللی در نورنبرگ نه تنها نادیده گرفته نشده بلکه مورد تأیید قرار گرفته و گسترش یافته است. در مجموع، قضات به‌وضوح تأیید کردن‌که مادون مکلف به امتناع از اجرای دستور خلاف قانون است، و اجرای چنین دستوری قابل توجیه نیست مگر در صورتی که به زور به رعایت آن مجبور شده باشد (یا دچار اشتباه شده باشد). اما قضات در عین تکیه بر «عقل سليم»^{۳۱}، یعنی تأیید مسؤولیت مادون، بین دو برداشت متفاوت در نوسان بودند. برای ارزیابی این مسؤولیت در بعضی موارد، به دنبال ضابطه «عینی» جنبه آشکارا جنایت‌آمیز دستور مافق بودند. در مواردی دیگر، ضابطه «ذهنی» را ترجیح می‌دادند و می‌گفتند که مادون گاهکار است چون از جنبه جنایت‌آمیز بودن دستور مافق آگاه بوده یا می‌باشی آگاه باشد. اما این نوسانها اثر چندانی نداشت و از اعتبار اصل بنیادین چیزی کم نکرد. با توجه به موارد زیادی که موجود است ماقبل به آنها بی که به نظر مهمتر جلوه کرده اشاره می‌کنیم.

از بین محاکماتی که در دادگاه امریکایی نورنبرگ جریان یافت، محاکمه «Einsatzgruppen» را انتخاب کرده‌ایم. این محاکمه مربوط به «گروههای عملیاتی» است که از سوی دو واحد از تبهکارترین سازمانهای نازی، یعنی «بخش امنیتی»⁴² و «پلیس امنیتی»⁴³، در سال ۱۹۴۱ ایجاد شد و در سرزمینهایی که به‌وسیله ارتش آلمان اشغال شده بود وظیفه دوگانه‌ای به‌عهده داشت: کار پلیس را انجام می‌داد (از جمله در مبارزه با پارتیزان‌ها)، و یهودیان و کولی‌ها و سایر مخالفان سیاسی را از میان برミ داشت. افراد گروه مذکور بخصوص در اجرای این وظیفه اخیر است که شهرت شومی کسب کردند. در برابر دادگاه نورنبرگ، متهمان (جملگی از اعضای «گروهها») گستاخی را به جایی رساندند که به «(دستور مافوق) استناد کردند.

دادگاه اعلام کرد برای آنکه سیستم نظامی مؤثر داشته باشد باید بی‌تردد انصباط در آن حاکم باشد، و انصباط نیاز به‌این دارد که سرباز همیشه تکلیف اطاعت از مافوق را رعایت کند. اما این اطاعت نباید کورکورانه باشد:

«این یک اشتباه رایج است که گمان می‌کنند سرباز باید از هر دستوری که مافوقش می‌دهد اطاعت کند. یک مثال بسیار ساده می‌تواند نشان دهد که چنین نظریه‌ای چگونه می‌تواند به نتایج فوق العاده نامعقولی بینجامد. اگر از هر نظامی خواسته شود که بی‌چون و چرا از هر دستوری صرف نظر از ماهیت آن اطاعت کند، یک گروهبان می‌تواند به سرجوخه‌ای دستور دهد سوانی را بکشد، سروان می‌تواند به گروهبانی دستور دهد بسوی سروان تیراندازی کند، سروان می‌تواند به سوانی دستور دهد که سرهنگ را بکشد، و در تمام این موارد کسی که دستور را اجرا می‌کند بیگناه اعلام شود. این قضیه خود گویاست و نیازی به تفسیر ندارد.... اطاعت یک سرباز اطاعت یک آدم آهنه نیست. سرباز انسانی است که با تعقل عمل می‌کند. او مانند مکانیسم یک ماشین عمل نمی‌کند و از او انتظار ندارند که به چنین شیوه‌ای رفتار کند.» (۲۰)

42. Sicherheitsdienst

43. Sicherheitspolizei

ما در اینجا فقط مورد مربوط به «سرفرماندهی» را ذکر می‌کنیم. بین متهمان افسران عالیرتبه آلمانی وجود داشتند که به جهات گوناگونی به جنایات جنگی، جنایات علیه بشریت یا علیه صلح متهم بودند: فرماندهی عملیات جنایتکارانه را به عهده داشتند، یا نحو فعالانه در آماده کردن و سازمان دادن این نازی را اجرا یا منتقل می‌کردند. از جمله اعترافات متهمان این بود که هیتلر از ۱۹۳۸ به بعد فرمانده کل قوای نظامی بود و بنابراین دستورهای او می‌بايستی از سوی زیرستانش، و در درجه اول عالیرتبه ترین فرماندهان نظامی که متهمان از زمرة آنها بودند، اطاعت شود. از جمله این دستورهای هیتلر یا همکاران نزدیک او، رهنمود ۱۹۴۱ درخصوص اعدام بدون محاکمه کمیسراهای سیاسی سوری بود: دستور وحشتناک «ریش قرمزی»^{۴۴} که از سوی کایتل (در همان سال ۱۹۴۱) صادر شده بود که طبق آن بايستی پارتیزانها و غیرنظامیان دشمن را که در برابر هجوم ارتتش هیتلری مقاومت می‌کردند بدون محاکمه به قتل برسانند. متهمان به فرمان متعاقب آن به همان تاریخ ۱۹۴۱ اشاره کردند که هیتلر صادر نموده ولی کایتل آن را امضاء کرده بود: فرمان معروف به «شب و مه»^{۴۵} درخصوص اعدام بدون محاکمه «غیرنظامیان غیرآلمانی» متهم به عملیات مجرمانه علیه قوای اشغالگر آلمانی، دستور سال ۱۹۴۲ هیتلر درخصوص اعدام بدون محاکمه «کوماندوها»^{۴۶} خرابکار وغیره.

دادگاه ایرادهای وکلای مدافع را رد کرد، البته بعداً به این واقعیت که بعضی از متهمان (از جمله فلد مارشال ویلهلم فن لیپ)^{۴۷} کوشش کرده بودند با دستورهای هیتلر مخالفت کنند یا در موادی اجرای آن را به تأخیر اندازند یا از شدت آن بکاهند، توجه کرده بود. در زمینه احترام به اصول، دادگاه بسیار سخت‌گیر بود و حتی اصول دیگری نیز برآنچه وجود داشت افزوده بود. به نظر دادگاه پوچ و مسخره بود که تمام گناهان به گردن هیتلر انداخته شود، و اعلام کرد

44. Barberousse

45. Nacht und Nebel

46. Wilhem von Leeb

که دستورها و رهنمودهایی که وکلای مدافع به آنها اشاره می‌کنند خلاف حقوق بین‌الملل است (که از جمله تکلیف می‌کند در مورد غیرنظامیانی که متهم به عملیات مجرمانه علیه قوای اشغالگر می‌شوند همیشه باید محاکمه‌ای صورت گیرد). دادگاه در ادامه استدلالش چنین اعلام داشته بود:

«حقوق بین‌الملل عمومی باید اولویت داشته باشد و، در صورت تعارض، باید بر حقوق ملی یا دستورهای داده شده از سوی مقامات دولتی ترجیح داده شود. بنابراین، رهنمودی که هدفش تجاوز به قواعد جزایی حقوق بین‌الملل عمومی باشد باطل است و برای کسی که در اجرای دستوری این قواعد را زیر پا می‌گذارد هیچ‌گونه چتر حمایتی ایجاد نمی‌کند....»

البته، متهمان دستورهایی را که آشکارا جنایتکارانه بوده دریافت کرده و در وضعیت دشواری قرار داده شده بودند، ولی اطاعت بنده‌وار آنها از این دستورها، بی‌آنکه تهدیدی واقعی در بین باشد و فقط به صرف اینکه مبادا خطیری برایشان ایجاد کند یا مجازاتی در پی داشته باشد، نمی‌توانست موجب معافیتشان شود. برای اثبات حالت اضطرار یا اجبار در مواجهه با یک خطر، باید چنان اوضاع و احوالی باشد که شخص معقولی احساس کند در معرض خطر جسمی فوری قرار دارد که اجازه نمی‌دهد راه صحیح اجتناب از ارتکاب عمل نامشروع را انتخاب کند. در مورد حاضر نشان داده نشده که چنین وضعیتی وجود داشته است (۲۱).

دادگاه سپس در تأیید نظریه خود اعلام داشت که نه تنها ماده ۴۷ قانون کیفر ارتش آلمان اطاعت از دستور غیرقانونی را مستوجب مجازات می‌دانست بلکه حتی در سال ۱۹۴۰ این قاعده در جهت تشدید تکلیف مادون در عدم اجرای دستور جنایتکارانه تغییر یافته بود. بازی تقدیر را بینید: در ۲۸ مه ۱۹۴۴، گوبیلز (وزیر تبلیغات) در [روزنامه] فولکیشر بئوباختر^{۴۷} درخصوص وظایف نظامی نوشت: «در هیچ قانون نظامی پیش‌بینی نشده است که در صورت ارتکاب جنایتی کشیف، سرباز مرتكب آن به دلیل آنکه مسؤولیت را به گردن موفق خود

47. Völkischer Beobachter

می‌اندازد مجازات نشود، به ویژه وقتی که دستور مافوق در تضاد آشکار با هرگونه اصل اخلاقی بشری و عرف بین‌المللی جنگ باشد» (گوبلز این کلمات را برای این نوشتہ بود که کشتن خلبانان متفقین را توسط جمعیتی آلمانی توجیه و این نظریه را رد کند که خلبانان حق داشتند به خاطر آنکه نظامی بودند، استناد کنند از دستوری که در مورد حمله به آلمانی‌ها به آنها داده شده بود اطاعت کرده‌اند) (۲۲).

قضیه پلوس^{۴۸} نیز مشهور است. این محاکمه هم توسط یک دادگاه نظامی انگلیسی که محل اجلاس آن هامبورگ (منطقه اشغالی انگلیسی‌ها) بود صورت گرفت: اوضاع واحوال مشابه اوضاع واحوال للاندووری کاسل بود. پلوس یک کشتی تجاری یونانی بود که در اجاره انگلیس قرار داشت. کشتی مذکور توسط زیردریایی آلمانی که فرماندهی آن با سروان Eck بود به وسیله موشک مورد حمله قرار گرفت.

کشتی فوراً غرق نشد، به همین جهت بعضی از کارکنان آن موفق شدند خود را به قایق نجات و تخته پاره‌های کشتی بیاوزند. زیردریایی روی آب آمد و به سوی غرق شدگان تیراندازی کرد و بسیاری را کشت. در دادگاه، افسران زیردریایی عنوان کردند که مسؤول نیستند زیرا به دستور سروان Eck رفتار کرده بودند. دادستان دادگاه انگلیسی این ادعا را به شرح زیر رد کرد:

«تردیدی نیست که هیچ ملوان یا سربازی نمی‌تواند کتابخانه حقوق بین‌الملل را با خود حمل کند یا در اسرع وقت با استادی از این رشته حقوق وقت ملاقات بگذارد تا بتواند به او بگوید این یا آن دستور مشروع است یا نه. اگر در این حالت (حالی که باید مطمئن شد آیا دستور تیراندازی به سوی غرق شدگان که در بین امواج دست و پا می‌زنند مشروع است) مسئله مربوط به قضیه‌ای بود که نیاز به بررسی عمیق مسائل بین‌المللی داشت، بی تردید می‌توانید اطمینان خاطر داشته باشید که متهمان مسؤول اعمالی نیستند که به آن متهم‌اند. ولی آیا به نظر شما بدیهی نمی‌آید که اگر پیروی از دستور Eck متضمن کشتن افراد بی‌دفاعی بود که در حال

غرق شدن بودند، مسأله دستور غیرمشروع در بین بوده است؟ آیا به نظر شما بدیهی نمی‌آید آنها که در این کشtar شرکت کردند دیگر نمی‌توانند در پشت اطاعت از دستور مافوق برای تبری از این تقصیر سنگر بگیرند؟» (۲۳)

دادگاه این استدلال را پذیرفت و پنج متهم را محکوم کرد.
این نگاه اجمالی به تصمیمات صادره بعد از جنگ نشان می‌دهد در تمام کشورهایی که در آنها محاکماتی علیه جنایتکاران نازی انجام شد، قصاصات اصل مسئولیت افراد مادون را پذیرفته‌اند. بايد اضافه کنیم که متعاقباً کشورهای مختلفی که برای خود دستورالعملهای نظامی (مجموعه قواعد الزام آور برای افراد نظامی) تدوین کردند یا دستورالعملهای موجود خود را مورد تجدیدنظر قرار دادند، آشکارا مسأله دستور مافوق را حل کردند و تمام رهنمودهای رویه قضایی گذشته را در آنها گنجانیدند. دستورالعملهای نظامی انگلیس و امریکا هر دو مورد تجدیدنظر قرار گرفتند: اولی در ۱۹۵۸ و دومی در ۱۹۵۶. به این دو می‌توان دستورالعملهای نظامی آلمان فدرال (۱۹۶۱)، سوئیس (۱۹۶۳)، اتریش (۱۹۶۵) و هلند (۱۹۷۴) را اضافه کرد. از دستورالعملهای نظامی سایر کشورها، یا به دلیل اینکه قانونی در زمینه جنگ یا دستورالعمل نظامی ندارند و یا به جهت آنکه ما نتوانستیم اطلاعاتی درباره آنها کسب کنیم، نمی‌توانیم چیزی بگوییم.

۷. یک مورد جدید: قضیه ستوان کالی^{۴۹}

در سالهای بعد از جنگ جهانی دوم دادگاهها، قوانین و دستورالعملهای نظامی یکصدا (یا تقریباً یکصدا) نظریه آلمانی اطاعت کورکورانه از دستور مافوق را مردود اعلام کردند. اما این قصاصات (و قانونگذاران) به کشورهای فاتح تعلق داشتند – این امر می‌تواند محل ایراد باشد – و نظامیان و رهبران کشورهای مغلوب را محاکمه می‌کردند. این سؤال پیش می‌آید که اصول «حقوق بین‌الملل

49. Calley

جدید»)، ایجاد شده بین سالهای ۱۹۴۵ و ۱۹۵۰، متعاقباً تا چه میزان حتی برای کشورهای فاتح الزام آور شد؟ این سؤال بجایی است. مخصوصاً همه بخوبی توجه دارند دادگاههایی که به آنها اشاره کردیم، به جنایات عمدہ‌ای که متفقین مرتكب شده بودند رسیدگی نکردند (بمبارانهای شهرهای آلمانی و ژاپنی بی‌آنکه تبعیضی بین هدفهای نظامی و غیرنظامی قائل شوند، کاربرد سلاح اتمی).

وقتی که به دستورالعملهای نظامی کشورهای مختلفی اشاره کردیم که از ۱۹۵۰ به بعد ایجاد شد یا مورد تجدیدنظر قرار گرفت تقریباً جوابی به این سؤال داده‌ایم. اما یک مورد خاص وجود دارد که مربوط به یکی از ابرقدرتها می‌شود و نشان می‌دهد، لااقل برای افکار عمومی و برای بخشی از دستگاههای دولتی این ابرقدرت، اصول نورنبرگ نمرده است: مقصود ما قضیه کالی است. وقایع برهمنگان معلوم است: در جریان جنگ ویتنام، در ۱۶ مه ۱۹۶۸، ستوان ویلیام کالی در رأس یک گروه از نظامیان امریکایی وارد می‌لای^{۵۰} بخشی از روستای سون می^{۵۱} در ویتنام جنوبی می‌شود و حدود ۱۰۰ غیرنظامی را به قتل می‌رساند. اجازه داده نمی‌شود که خبر این کشتار پخش شود. بعداً رونالد ریدنهور^{۵۲} یک سرباز جسوس امریکایی که تصادفاً به وسیله کسانی که در «عملیات» شرکت کرده بودند از ماجرا مطلع شده بود، احساس کرد که وظیفه دارد وزارت دفاع امریکا را از قضیه آگاه سازد تا تحقیقی در اطراف آن صورت گیرد. کمی بعد از این تاریخ، یک روزنامه‌نگار امریکایی به نام سیمور هرش^{۵۳} که از کشتار آگاه شده بود به تحقیق در اطراف قضیه پرداخت و دیری نگذشت که تمام روزنامه‌ها از ماجراهی می‌لای پرده برداشتند. نیروهای نظامی امریکایی تصمیم گرفتند ستوان کالی و بعضی از افراد زیردست و همچنین فرمانده او سروان مدینا^{۵۴} را در دادگاه نظامی محاکمه کنند. افراد زیردست ستوان کالی فوراً تبرئه شدند. در جریان دادرسی، ستوان کالی از جمله اظهار داشت که طبق دستور سروان مدینا رفتار کرده است:

50. My Lai

51. Son My

52. Ronald Ridenhour

53. Seymour H. Hersh

54. Medina

سروان مذکور به او دستور داده بود هر کسی را که در روستا باید دشمن تلقی کند، یعنی «مردم را نابود کند». مدینا منکر دادن چنین دستوری شد. در پاسخ به پرسش او از مدینا که آیا بایستی زنان و کودکان را هم کشت، مدینا گفته بود که نسبت به زنان و کودکان باید به عقل سليم رجوع کند؛ اگر در جنگ شرکت کرده یا در هر صورت در فکر اضرار به نظامیان امریکایی بودند این امر مجاز بود. واقعیت هرچه بود دادگاه نظامی، با پیروی از اصول مهم نورنبرگ، ستوان کالی را مقصّر شناخت و او را به حبس ابد محکوم کرد (۲۴).

کالی از حکم استیناف خواست. دادگاه تجدید نظر نظامی و دادگاه استیناف نظامی حکم صادره را تأیید کردند، هرچند بعد از استیناف حکم به بیست سال حبس جنایی تقلیل یافت. تصمیم دادگاه دومی بهویژه جالب است. وکلای مدافع کالی به حکم دادگاه بدوى نظامی از این جهت ایراد گرفته بودند که چرا برای ارزیابی مسؤولیت یک نظامی که دستور را اجرا کرده است، ضابطه‌ای را ملاک قرار داده که طبق آن باید اطمینان حاصل شود که آیا «(انسانی) واجد عقل سليم و برخوردار از ذکاؤت متعارف» درک خواهد کرد که دستور غیر مشروع است؟ به عقیده وکلای کالی، این ضابطه به ضرر نظامیانی که استعداد عقلاتی چندانی ندارند یا بی تجربه هستند تمام خواهد شد. به همین دلیل پیشنهاد کردند ضابطه‌ای ملاک قرار گیرد که طبق آن دستور وقتی غیر مشروع است که به نظر فردی که از حد اعلای ذکاؤت فکری برخوردار است چنین بیاید. آنها در تأیید استدلهایشان گفتند که کالی از لحاظ عقلاتی در سطح بالای نبوده و متوجه نشده دستوری که در مورد کشتن افراد غیرنظامی ویتنامی به او داده شده خلاف قواعد حقوقی حاکم است. اما اکثریت اعضای دادگاه این استدلال را رد کردند. دادرسی که نظریه اکثریت را جمع بندی کرد گفت که حتی اگر این ضابطه پذیرفته می‌شد باز هم نتیجه فرق نمی‌کرد: حتی یک نظامی در پایین ترین سطح عقلاتی و عاری از هرگونه اطلاعات حقوقی و نظامی می‌تواند تشخیص دهد که کشتن زنان و کودکان بی دفاع خلاف ابتدایی ترین اصول حقوق جنگ است.

بنابراین، قضات امریکایی از بینش‌های والای نورنبرگ پیروی کردند. اما این واقعیت که رئیس جمهور نیکسون بی درنگ دستور داد که به جای

زندانی کردن کالی او را در خانه اش تحت نظر قرار دهنده تا دادرسی مراحل بعدی طی شود و اینکه متعاقباً - بعد از چندین استیناف و تقلیل حبس - خود رئیس جمهور او را خلاف اصولی که در حوزه اقتدار سیاسی آن دوران قرار داشت مورد عفو قرار داد، تغییری در اصل مطلب که قضات حکم درستی صادر کرده بودند، نمی دهد. باید اضافه شود که احکام صادره در قضیه کالی بیشتر از این جهت مهم است که این کشتار به وضوح متنضم خصوصیت جنایتکارانه جمعی یا منظمی بود که در بالا به آن اشاره شد (امری که سبب شد ارتش امریکا سعی کند بر «واقعه» سرپوش بگذارد). همه می دانند (به این مطلب یک ژنرال صاحب نظر امریکایی به نام تلفورت تایلور^{۵۵} اشاره کرده است) که ایالات متحده، در ابعادی وسیع، سیاست «سرکوبگرانه ای» را اعمال می کرد که حاصل آن اعمالی بود که کالی به علت ار نکاب اعمالی مشابه آن بحق محکوم گردید. از دلایل متعددی که در این زمینه وجود دارد، بدلیلی اشاره می کنیم که اقدام کانون وکلای نیویورک به طور غیر مستقیم برای ما فراهم ساخته است: وقتی این کانون از نیکسون تقاضا کرد یک «کمیسیون ملی» برگزیند تا این اطمینان بوجود آید که در آینده کشتاری مثل کشتار می لای رخ نخواهد داد، یکی از مشاوران رئیس جمهور از جانب او به تقاضا پاسخ منفی داد. مشاور مذکور گفت اگر با چنین تقاضای موافقت شود، اولاً افکار عمومی امریکا به دو بخش تقسیم خواهد شد، ثانیاً چنین تقاضایی موجب خواهد شد که «قواعد مربوط به طرز اداره جنگ» در خصوص «عملیات امریکایی در جنگ هندوچین» که جزء اسرار نظامی است و باید هم جزء اسرار نظامی باقی بماند، افشا شود. همچنانکه بحق ژنرال تایلور در مورد این دو مبنی توجیه گفته است، دستورها و فرمانهایی که باید رعایت صحیح قواعد جنگی را تضمین کند، وقتی مؤثر خواهد بود که نظامیان آنها را بدانند و بفهمند. و این امر البته با حفظ اسرار نظامی مانع الجمیع است که به گفته رئیس جمهور باید این دستورها و فرمانها را بپوشاند (۲۵).

کشتار می لای که معرف بخشی از «جنایت سیستم» محسوب می شود،

به علت آنکه کالی از سوی دادگاه کشوری که به آن تعلق دارد محاکمه و محکوم می شود اهمیت بیشتری پیدا می کند. این مطلب نیز شایان ذکر است که بسیاری از نظامیان امریکایی از شرکت در این نوع عملیات جنگی، دقیقاً بدلیل اینکه تصور می کردند اگر در آن شرکت کنند ممکن است درگیر اقدامات جنایتکارانه شوند، خودداری کردند. کافی است یادآوری شود که از جمله سروان نیروی هوایی دانالد داوсон^{۵۶} چون حاضر نشده بود دستور بمباران کامبوج را به وسیله ب-۵۲ در ۵ ژوئن ۱۹۷۳ اجرا کند (او اعلام کرده بود که اخلاقاً مخالف بمباران کامبوج بعد از اعضای موافقتماهای صلح پاریس درخصوص ویتمام است)، دستگیر و زندانی شد. ناگفته نماند که داوсон در ۱۹۷۴ «معترض وجدانی» شناخته شد و از زندان آزاد گردید.

۸. نتیجه رویه قضایی بعد از جنگ

از این تجزیه و تحلیل اجمالی چه نتیجه‌ای می‌توان گرفت؟ آسان‌ترین راه – همان راهی که بعضی از حقوقدانان رفتند – این است که گفته شود بعد از جنگ جهانی دوم، بر اثر خشم عمیقی که در افکار عمومی کشورهای فاتح به علت عظمت فاجعه‌ای که رخ داده بود ایجاد شد، محاکماتی در این کشورها به جریان افتاد که نتیجه مستقیم آن از لحاظ حقوقی برقراری قاعده‌ای کلی بود، یعنی قاعده‌ای که برای همه کشورها ایجاد تکلیف می‌کند. به موجب این قاعده، افراد مادون وقتی دستورهای آشکارا جنایتکارانه را اجرا می‌کنند، یعنی دستورهایی را که خلاف قواعد اساسی حقوق بین‌الملل است، مثل افراد مافوق خود مسؤول هستند.

به این قاعده به دقت توجه کنیم و بینیم آیا این قاعده واقعاً بیش از حد متعارف «متوقع» و درنتیجه غیرواقع‌بینانه نیست؟ از زیردست توقع داشتن که در برابر دستور غیرمشروع مقام مافوق ایستادگی کند – یعنی نه تنها از او خواسته شود که نسبت به این دستور داوری کند بلکه اقدامی (عدم اطاعت) نیز بکند که ممکن

56. Donald Dawson

است برایش بسیار گران تمام شود – به نظر می‌رسد با توجه به واقعیت ساختارهای نظامی، زیاده طلبی است. مسائل انسانی قضیه را از یاد نبریم؛ آیا فرد زیردست مکلف است شغل، منافع و حتی شاید زندگی خود را برای اینکه از دستور غیر مشروعی اطاعت نکند فدا سازد؟ چنین کاری آیا به آنجا منتهی نمی‌شود که سربازان خود را قهرمان فرض کنند؟

«جوایی» که حقوق بهاین سؤال می‌دهد به نظر ما کمتر از آنچه در بادی امر ممکن است جلوه کند، غیرواقع‌بینانه است: در حقیقت، قاعدهٔ مربوط به دستور مافوق باید به قاعدهٔ مربوط به اجبار جسمی و روحی و قاعدهٔ مربوط به اشتباہ موضوعی پیوند داده شود. اگر افسری اسلحه به دست مرآ مجبور کند که یک اسیر جنگی را تیرباران کنم، من جوابگوی آن نخواهم بود، زیرا در این حالت دستور غیر مشروع همراه با اجبار روحی است: برای من دیگر «امکان انتخاب اخلاقی» که دادگاه بین‌المللی نورنبرگ از آن حرف می‌زد وجود ندارد و دیگر کسی نمی‌تواند از من بخواهد که زندگیم را برای عدم اجرای یک دستور غیرعادلانه فدا کنم. بطوریکه می‌بینیم، حقوق بهاین مسأله که انسانها همین هستند که هستند توجه دارد و کسی را که ناگزیر شده بین زندگی خود و زندگی دیگری یکی را انتخاب کند و زندگی خود را انتخاب کرده است، مجازات نمی‌کند. حقوق انسانها را ملزم نمی‌سازد که مثل شهدا، قدیسان یا قهرمانان رفتار کنند، ولی می‌تواند بخواهد که کسی خطر محاکمه در دادگاه نظامی، به زندان افتادن، و از دست دادن شغل را به خاطر عدم اجرای یک دستور آشکارا جناحتکارانه پذیرد.

قواعد مورد بحث دگرگونی بسیار مهمی در جامعهٔ جهانی ایجاد کرد. در اصل انضباط نظامی خللی وارد شد. الزامات حقوق بین‌الملل موفق شد به درون ساختار نظامی کشورها نفوذ کند و سربازان را ناگزیر سازد از دستورهایی که به آنها داده می‌شود، اگر این دستورها با حقوق بین‌الملل یا حقوق داخلی «منطبق» با حقوق بین‌الملل مخالف باشد، اطاعت نکنند. بدین ترتیب در زره حاکمیت دولت، و آن‌هم در یکی از حساس‌ترین نقاط آن، پارگی و شکافی بوجود آمد: یعنی در رابطهٔ سلسلهٔ مراتب در سیستم نظامی. پس، لااقل در این منطقه – ولی همچنانکه گفته شد، در «قلب» دولت – ارزشهای انسانی و مترقی مُهر

تاییدخورده و قواعد بین‌المللی گوناگون موفق شده‌اند بر «نفوذناپذیری» ستی دستگاههای نظامی در برابر هرگونه فشار خارجی غلبه کنند. و این خود پیشرفتی بسیار مهم است.

با این‌همه، چیزی ما را متغیر می‌سازد. این امر آنقدرها به دلیل تضاد موجود بین این گام عظیم به جلو به طرف مدنیت از یک سو و ساختار ستی و بسته‌ای که هنوز بسیاری از کشورها دارند از سوی دیگر نیست. وضعیت دیگری است که ما را به تفکر وا می‌دارد. نگاهی به تمام تصمیمات و به تمام دستورالعملهای نظامی سابق‌الذکر بیندازیم. یک چیز فوراً نظر ما را جلب می‌کند. تمام این تصمیمات و این دستورالعملها به کشورهای غربی و کشورهای اروپای شرقی تعلق دارد و جهان سوم، به علیٰ بسیار بدیهی، در آن سهمی ندارد: بخش عظیمی از کشورهای افریقا و آسیا که در حال حاضر - لاقل از حیث تعداد - ستون فقرات جامعه بین‌المللی را تشکیل می‌دهند، بلا فاصله بعد از جنگ جهانی دوم هنوز مستقل نبودند و بنا براین نمی‌توانستند در تصمیم‌گیریها شرکت داشته باشند. کشورهای امریکای لاتین، به دلیل یک رشته حوادث تاریخی، امکان نیافتند (یا نخواستند) محاکماتی علیه جنایتکاران جنگی برپا دارند. همین‌که مجموعه‌های تصمیمات و دستورالعملهای نظامی مختلف این کشورها بسته شود دیگر به هیچ‌وجه چیزی درباره رفتار این کشورها نمی‌توان گفت. آیا با فقدان اعلامات و موضع‌گیریهای صریح جهان سوم، می‌توان گفت که کشورهای جهان سوم هم خودشان را در چارچوب این قاعدة کلی بین‌المللی مکلف می‌دانند؟ به عبارت دیگر، این ضربه عمیقی که بر اثر جنایات جنگ جهانی دوم بر وجودان تمام انسانهای کشورهای غربی فرود آمده و آنها را وادر ساخته است که رسم‌آمیز تتعهد کنند که دیگر هرگز اجازه تکرار رفتار شقاوت‌آمیز مشابهی را ندهند و در نتیجه پناهگاه راحت «دستور مافوق» را درهم بشکند، آیا باد این ضربه بهره‌بران جهان سوم هم خورد است؟

بطوریکه ملاحظه می‌شود، اینجا مسأله یک مسأله فتی و حقوقی نیست بلکه یک مسأله اساسی مطرح است. دوباره آن را از دیدگاه دیگری مطرح می‌کنیم: آیا می‌توان گفت که کشورهای درحال توسعه نیز از سواس «اصل

مطلق انضباط نظامی» رهایی یافته‌اند؟ آیا به جایی رسیده‌اند که این «مداخله» بین المللی در جهان بسته کشورها را، که عبارت از انکار اهمیت دستور مافوق است، پذیرند؟ بر سر دوراهی انتخاب بین حاکمیت دولت و ارزش‌های بین المللی و انسانی، آیا آنها شق دوم را برگزیده‌اند؟

انبوهی از دلایل – که می‌توان آنها را از لابلای مباحثاتی که در موارد متعدد در ۱۹۴۸ در نیویورک، در ۱۹۴۹ در زنو و بعد در ۱۹۷۷-۱۹۷۴ مجدداً در زنو، در چارچوب سازمانهای بین المللی یا کنفرانس‌های دیپلماتیک جریان یافته است بیرون کشید – وجود دارد که متأسفانه کفه را به نفع پاسخ منفی پایین می‌برد. نگاهی به این دلایل بیندازیم.

۹. بحران: جهان سوم حق عدم اطاعت از دستورهای جنایتکارانه را قبول ندارد.

الف. مذاکرات درخصوص کنوانسیون راجع به کشتار جمعی:

نخستین موقعیتی که برای دولتها پیش آمد تا نظر خود را درخصوص قاعده جدید بیان کنند، به هنگام تدوین کنوانسیون راجع به کشتار جمعی بود که از سوی ملل متحده در ۱۹۴۸ مطرح شد (۲۷). در یک «کمیته اختصاصی» که از سوی شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل متحده ایجاد شده بود و مأموریت تدوین متن اولیه کنوانسیون را به عهده داشت، نماینده شوروی پیشنهاد درج قاعده‌ای را کرد که از متن پیشنهادی دیرخانه سازمان ملل متحده اقتباس شده بود («حکم قانون یا فرمان مافوق در سلسله مراتب موجب برائت نیست»). بین نمایندگان حاضر، تنها نماینده لهستان بود که بی‌قيد و شرط با پیشنهاد شوروی موافق بود. نماینده چین (چین ملی) و ونزوئلا رسماً با آن مخالفت کردند. علت اصلی مخالفت نماینده ونزوئلا این بود که:

«این اصل (مربوط به دستور مافوق) ثبات سازمانهای دولتی را به مخاطره می‌اندازد. منشور دادگاه نظامی نورنبرگ این اصل را در مورد جنایات جنگی پیش‌بینی کرده و پذیرفته بود. پذیرش این اصل برای دوران صلح به معنی دعوت قوای نظامی به نافرمانی است، درحالی که قوای نظامی

مجموعه‌ای غیرسیاسی است که مکلف به اطاعت بی‌چون و
چراست.» (۲۸)

بعضی از این نمی‌کنیم که استدلالی برپایه تفکیک زمان صلح از زمان جنگ استدلالی کاملاً نادرست است - حقوقدانی چندسال بعد آن را نشان داده است (۲۹) -، زیرا اگر دوران تنشی باشد که طی آن خصوصیت استثنایی زمان ممکن است در محدوده ضرورت، انضباط نظامی را توجیه کند، این دوران دقیقاً دوران جنگ است. در زمان صلح، «بر عکس هیچ‌گونه توجیهی برای قربانی کردن حاکمیت حقوقی در مذبح انضباط نظامی وجود ندارد». جز این مسئله آنچه در دخالت نمایندگی و نزوئلاً جالب توجه به نظر می‌رسد این است که یک کشور جهان سوم برای نخستین بار تشویشها و تردیدهایی را که اصل مذکور در زمینه ثبات نهادهای کشوری ممکن است بوجود آورد ابراز می‌دارد. بطوریکه خواهیم دید، انگیزه‌هایی از این قبیل موجب می‌شود که اغلب کشورهای در حال توسعه با این اصل مخالفت کنند.

در هر صورت، پیشنهاد شوروی ابتدا در کمیته و بعد در مجمع سازمان عمومی ملل متحده، به دلیل افزودن یک رشته ایرادهای حاشیه‌ای از طرف کشورهای مختلف غربی (که در صفحه اول آنها ایالات متحده امریکا قرار داشت) به ایرادهای کلی و اصولی کشورهای امریکای لاتین، رد شد. کشورهای غربی به عنوان مثال مدعی بودند که قاعدة پیشنهادی بسیار «شدید» است و زمان برای زیر سؤال بردن دستور مافوق مساعد نیست، واینکه احتمال دارد درج قاعدة مانع بر سر تصویب کنوانسیون از سوی بعضی از کشورها ایجاد کند، و از این قبیل بهانه‌ها. روشن است که در اغلب کشورها، بهویژه در کشورهای امریکای لاتین و در بعضی از کشورهای غربی، رغبت و تمایل سیاسی چندانی برای قبول اصلی نبود که در واقع از سوی غربیها (به اضافه شوروی) در چند سال قبل پیشنهاد شده بود. کنوانسیون جدید مربوط به کشتار جمعی، که از جنبه‌های متعدد بسیار حائز اهمیت است (اما از پاره‌ای جهات بسیار مبهم و ناکافی است)، بدین‌کیفیت با فقدان یکی از پایه‌های اساسی آن بوجود آمد: چون عملیات کشتار جمعی معمولاً

توسط مقامات حاکمه یا به اجازه یا با همدستی آنها صورت می‌گیرد، بنابراین برای اعمال اصل «مافوق مسؤول است» عرصهٔ بسیار مناسبی بوجود می‌آورد.

بدین ترتیب، مفسران بر سر دوراهی مهمی قرار گرفتند: با توجه به فقدان قاعده‌ای خاص درخصوص دستور مافوق، آیا ممکن بود (اگر اوضاع و احوال اجازه می‌داد) به قاعده‌ای کلی استاد کرد که طبق نظر حقوقدانان مختلف بلافضله بعد از جنگ جهانی دوم در جامعهٔ جهانی ایجاد شده بود؟ یا اینکه بر عکس یا مستی ره پیشنهاد شوروی را چنین تعبیر کرد که بخش اعظم کشورهای حاضر در نیویورک مایل بودند در زمینهٔ کشتار جمعی مسؤولیت افراد زیردست از بین برده شود؟ مسأله بی‌راحل باقی مانده است.

ب. مذاکرات در مورد تعجیدنظر در حقوق جنگ:

همچنانکه در بالا گفته شد، آنچه در سال ۱۹۴۸ در نیویورک پیش آمد در سال ۱۹۴۹ در زنو، وقتی که چهار کنوانسیون مشهور راجع به قربانیان جنگ مورد بحث قرار گرفت و به تصویب رسید، و در سالهای ۱۹۷۷-۱۹۷۴ بازهم در زنو، وقتی که تصویب دو پروتکل الحاقی به کنوانسیون مذکور پیش آمد، تکرار شد. مهمترین این فرصتها به نظرم فرصت دومی باشد: اولاً به زمان ما نزدیکتر است، ثانیاً کشورهای غیرغربي بسیاری در تدوین این دو پروتکل شرکت داشته‌اند. بنابراین، در اینجا چارچوب روشن‌تری از تلقی کشورها یا گروههای متفاوت کشورها و انگیزه‌های سیاسی - دیپلماتیک آنها در دست است. حال، بیایم نگاه دقیق‌تری به کنفرانس ۱۹۷۷-۱۹۷۴ بین‌داشیم (۳۰).

در اینجا نیز کنفرانس مواجه با پیشنهاد مشخصی بود که هدفش درج قاعده‌ای درخصوص دستور مافوق در اولین پروتکل الحاقی (راجع به مناقشات نظامی بین کشورها یا بین کشورها و نهضتهای آزادی بخش ملی) بود. اما پیشنهاد از ناحیهٔ کشوری نبود بلکه از سوی کمیتهٔ بین‌المللی صلیب‌سرخ عنوان شده بود که مقدمات تشکیل کنفرانس را فراهم و متون اولیه‌ای را که می‌بایستی نسبت به آن نظرخواهی شود تهیه کرده بود. قاعده‌ای که کمیتهٔ بین‌المللی نوشته بود (مادة ۷۷) بسیار عقلابی تهیه شده و مسأله دستور مافوق را در چارچوب موضوع

اطاعت نظامی از سلسله مراتب قرار داده بود. این قاعده به کیفیت زیر انشاء شده بود:

۱. هیچ کس را بعلت عدم اطاعت از دستور دولت یا مقام مافوق خود، وقتی که اجرای این دستور جرم سنگینی نسبت به مقررات کنوانسیون‌ها یا پروتکل حاضر باشد، نمی‌توان مجازات کرد.

۲. این امر که متهمی طبق دستور دولت یا مافوق خود رفتار کرده است، اگر ثابت شود که با توجه به اوضاع و احوال حاکم می‌باشند عقلآمیخته می‌بوده که در ارتکاب جرم سنگینی نسبت به کنوانسیون‌ها یا پروتکل حاضر شرکت می‌کند و اینکه برایش ممکن بوده که با دستور صادره مخالفت کند، او را از مسؤولیت جزایی مبرأ نمی‌سازد.

البته، قاعده به این اکتفا می‌کرد که مفهوم دستور مافوق را فقط در زمینه «جرائم سنگین» تضمین کند و آن را به جرم‌های «عادی» سرایت ندهد. بی‌تردید، این یک محدودیت در خور انتقادی بود و علت‌ش این بود که اگر حفظ نمی‌شد کشورهای زیادی ممکن بود از قبول قاعده امتناع ورزند. قاعده، با وجود این خلاعه‌عمدی، بسیار خوب تنظیم شده بود زیرا – همان‌گونه که گفتیم – قضایای مقدماتی منطقی (نظریه دستور مافوق)، یعنی حق و تکلیف زیردست در امتناع از اطاعت، را با عباراتی روشن مطرح می‌کرد. مطلبی که همیشه «غیر صریح» بود حالا به «صورت صریح» مطرح شده بود. ولی دقیقاً همین مقدمه‌ای که بخش جدایی‌ناپذیر دکترین موربدیث بود موجب برانگیختن مخالفت کشورهای بسیاری شد که برای آنها انضباط نظامی، و در نتیجه وظیفه سرباز در اطاعت بی‌چون و چرا از دستورها، یکی از پایه‌های اساسی بقای کشور به حساب می‌آمد. پیشنهاد کمیته جهانی صلیب سرخ پس از مباحثات طولانی و شدید ردد شد. بهتر است نگاهی اجمالی به پیشنهادهای دولتها بیندازیم. برای ساده کردن مسئله، از بررسی پیشنهادهای غیر اساسی (به دلیل آنکه دارای جنبه افرادی بوده یا بازتاب ناچیزی بین سایر نماینده‌گهای داشته است) و پیشنهادهای بینایین خودداری می‌شود. به طور خلاصه دو مقوله پیشنهاد عنوان شد.

گروهی از کشورها از ماده ۷۷ جانبداری و در چند مورد نیز تغییراتی (در

ابراهیم - آتیگون و تعارض ...

جهت گسترش قلمرو آن) پیشنهاد کردند. این کشورها عبارت بودند از کشورهای غربی (استرالیا، فنلاند، ایالات متحده، بلژیک، نروژ، کانادا، هلند، سوئد، فرانسه، ژاپن، ایرلند)، واتیکان، بعضی از کشورهای سوسیالیستی (لهستان، اوکراین، یوگسلاوی، کوبا، جمهوری سوسیالیستی ویتنام)، همچنین کشورهای کوچک جهان سوم (تونس، فیلیپین، مکزیک).

در این گروه، ایالات متحده مصمم ترین کشور طرفدار ماده ۷۷ بود. در سال ۱۹۷۶ این کشور حتی اصلاحیه‌های مختلفی در جهت اصلاح این ماده، از جمله قابل اعمال بودن قاعده علاوه بر «تجاوزات سنگین» نسبت به «جنایات عادی»، پیشنهاد کرد؛ پیشنهاد بسیار مهمی که راه فرار ممکن را می‌بست و به قاعده انسجام بیشتری می‌بخشید. بطوریکه ملاحظه می‌شود، در سال ۱۹۷۶ ایالات متحده رفتارش را تغییر داده و بدل به مصمم ترین مدافعان اصل «عقل سليم» شده بود.

گروه کشورهای کاملًا مخالف ماده پیشنهادی از کشورهای عربی (سوریه، لیبی، عمان، امارات عربی، کویت، یمن) و بعضی از کشورهای در حال توسعه (هندوستان، غنا، جمهوری کره) تشکیل شده بود. به طور خلاصه، این کشورها با تردید و نگرانی بسیاری (به درجات متفاوت و در سطوح مختلف) دست به گریبان بودند و علت آن به ویژه ترس از این بود که مبادا عدم اطاعت از دستور جنبه قانونی پیدا کند. این احساس به نحو گویایی از ناحیه نمایندگان سوریه و هندوستان بیان شد. نماینده کشور اخیر به ویژه اعلام کرد:

«ماده ۷۷ افراد زیردست را تشویق می‌کند تا دستورهایی را که خلاف مقررات کتوانسیون‌های ژنو و پروتکل اول تشخیص می‌دهند اجرا نکند. می‌توان فرض کرد که در بعضی موارد دولتها یا افسران مافوق آگاهانه مقررات پروتکل اول را زیر پا بگذارند. در چنین مواردی توقع داشتن از یک سرباز ساده که از اجرای دستور امتناع ورزد توقع بیجاوی است، و در هر صورت هرگونه مقرراتی که وضع شود غیرعملی خواهد بود.» (۳۱)

همچنانکه در بالا گفته شد، تضاد بین دو گروه به نفع کشورهای گروه دوم خاتمه یافت، بدان جهت که بعضی از کشورهای گروه اول (مثل ایالات متحده)،

به دلیل اینکه کوشش‌های مکرری که برای اصلاح ماده ۷۷ بعمل آمده بود آن را کمرنگ‌تر و ناقص‌تر کرده بود، ترجیح دادند علیه آن رأی دهند، زیرا فکر می‌کردند اگر اصلاً قاعده‌ای وجود نداشته باشد خیلی بهتر از این است که قاعده بدی وجود داشته باشد؛ بهویژه که از نظر آنها پروتکل در هر صورت لطمہ‌ای به قاعده کلی نمی‌توانست وارد کند، همان قاعده‌ای که در بالا به آن اشاره شد که بعد از جنگ جهانی دوم ایجاد گردید. چگونه باید نتیجه را ارزیابی کرد؟ بی‌تردید، موقیت از آن حاکمیت دولت و انصباط نظامی شد، با توجه به اینکه دومی یکی از پایه‌های مهم اولی است. کشورهایی که برند شدن کشورهایی بودند که می‌ترسیدند «مختار» بودن افراد زیردست خمیرمایه شومی برای انهدام سازمان ماشین نظامی آنها باشد.

بیکن^{۵۷} در سال ۱۶۲۱ نوشت: «مناطق متروک و منزوی همچنانکه در مکان وجود دارند در زمان هم وجود دارند» (۳۲). از دوران جنگ سرد تا کنون اصول مهمی که ظرف سالهای ۱۹۴۵ و ۱۹۴۷ بوجود آمدند «منزوی» باقی ماندند. و این در حالی است که در همان دوران ما شاهد شکوفایی اصولی دیگر درست در جهت «حقوق نورنبرگ» بوده‌ایم، اصول مبتنی بر «دکترین حقوق بشر» از این مقوله‌اند. این دکترین مفهوم (سرچشم‌گرفته از حقوق طبیعی) «حیثیت انسانی» را تبدیل به قواعد موضوعه کرده است؛ مفهومی که مبنای «مسئول شمردن» افراد زیردست است. اما اگر دقیق‌تر به مسأله نظر شود، معلوم می‌گردد که قبول حقوق بشر از سوی جهان سوم نیز نه تنها به صورت تدریجی بوده بلکه با اکراه، خودداری، مخالفت، و غالباً علی‌رغم میل باطنی صورت گرفته است. ضرورتهای سیاسی - نظامی این کشورها، نیاز به وجود ساختاری متمرکز و قوی - نیازی که از جمله تاریخ اخیرشان بر آنها تحمیل کرده است -، اطاعت از ایدئولوژی‌های خودکامه، همچنین نفوذناپذیری زائد از حد آنها در برابر ارزش‌هایی که در درازمدت سلامت‌بخش بودنشان حتی برای جوامع عقب‌مانده آشکار خواهد شد، همه و همه توجیه کننده دشمنی کشورهای درحال توسعه نسبت به هرگونه

57. Bacon

رخنه‌ای است که امکان دارد در انضباط نظامی آنها بوجود آید. فاصله موجود بین دو فرضیه (از یک سو قبول اصل مسؤولیت افراد زیردست در کشورهای غربی و کشورهای سوسیالیستی، و از سوی دیگر حاکمیت اصل «ما فوق مسؤول است» در کشورهای جهان سوم) و نیز شکاف موجود در سایر موضوعات بین کشورهای هرگروه، می‌تواند یک بدین را به این نتیجه گیری برساند که ما به طرف یک جامعه بین‌المللی «با دو شتاب» پیش می‌رویم.

۱۰. دکترین دستور مافوق در آرژانتین، نیمه‌راه دیکتاتوری و دموکراسی

تأیید مطالب گفته شده در بالا را در وقایعی که اخیراً در آرژانتین اتفاق افتاد می‌توانیم مشاهده کنیم. باید در مورد این وقایع و عکس‌العملهای مقامات آرژانتینی بیشتر بحث کنیم، زیرا مربوط به حادثه بسیار «آموزنده»‌ای است و گرایش‌های اخیر کشورهای درحال توسعه را بخوبی نمایان می‌سازد.

همان‌گونه که همه می‌دانند، بین سالهای ۱۹۷۶ و ۱۹۸۳، چهار «گروه نظامی» قدرت را در این کشور امریکای لاتین در دست داشتند و دیکتاتوری بی‌رحمانه‌ای بوجود آورده بودند. یکی از وحشیانه‌ترین شیوه‌هایی که از سوی سه گروه نظامی اولیه (بین سالهای ۱۹۷۶ و ۱۹۸۰) برای مبارزه علیه «تروریسم» مورد استفاده قرار می‌گرفت، ایجاد نیروهای نظامی «مخفي» بود که کارش «ناپذید کردن قهری» اشخاصی بود که مشکوک بودند به گروههای سیاسی مخالف نظامیان تعلق دارند یا با آنها در ارتباط هستند. در دورانی که این فعالیتها سرکوبگرانه بسیار شدید بود (بین سالهای ۱۹۷۶ و ۱۹۷۹) جمعاً ۸۹۶۰ تن «ناپذید» شدند (طبق آماری که از سوی کمیسیون ایجاد شده از طرف آلفونسین^{۵۸} داده شد. ریاست این کمیسیون با نویسنده بزرگ ارنستو ساباتو^{۵۹} بود). ۳۶۵ اردوگاه شکنجه و بازداشت وجود داشت. طبق گزارش کمیسیون ساباتو، شمار افرادی که در سطوح مختلف متهم به شرکت در عملیات مخفی

58. Alfonsín

59. Ernesto Sábato

بودند (توقیف، شکنجه، «ناپدیدکردن») افرادی که مشکوک به مبارزه با رژیم بودند) ۱۳۰۰ تن بود؛ تقریباً همه آنها بهارتش و پلیس تعلق داشتند.

ولی اگر بدیهی است که نظام سرکوبگرانه مخفی ایجاد شده در آرژانتین بین سالهای ۱۹۷۶ و ۱۹۸۰ ناشی از مقاصد سیاسی و رهنمودهایی بود که از طرف سرفرماندهی نظامی داده می‌شد، این امر نیز واقعیت دارد که اجرای مورد بهمورد این رهنمودها از سوی افسران زیردست صورت می‌گرفت؛ از سرهنگ گرفته تا سرباز ساده. بنابراین، حکومت دموکراتیکی که در رأس آن آلفونسین قرار داشت، برای اعمال عدالت، می‌بایستی این افراد را هم علاوه بر اعضای گروه نظامی به کیفر برساند. چه چیز مانع این کار بود؟ قبل از هر چیز یک رشته موانع حقوقی وجود داشت. بهتر است این موانع را بررسی کنیم.

قانون حاکم آرژانتین در دوران دیکتاتوری هرگونه مسؤولیت ارتکاب جنایاتی را که احتمالاً در اجرای دستوری صورت می‌گیرد به عهده دستوردهنده می‌گذارد. این مطلبی است که بند ۵ ماده ۳۴ قانون جزای آرژانتین پیش‌بینی کرده است. ماده ۱۴ قانون کیفر ارش مجدداً این امر را تأیید و فقط اضافه می‌کند که فرد مادون «وقتی که از اجرای دستور فراتر می‌رود» به عنوان شریک جرم، مسؤول است. بطوریکه ملاحظه می‌شود، این قواعد توجیهی به پیشرفت اخلاقی زمان حاضر ندارد، بهویژه هیچ‌گونه توجیهی به اصول مهم اعلام شده در لندن در سال ۱۹۴۵ (به موجب موافقتنامه بین‌المللی به منظور ایجاد دادگاه نظامی بین‌المللی برای محاکمه سران جنایتکار نازی) و تأیید شده در نورنبرگ در سال ۱۹۴۶ ندارد؛ قانون آرژانتین بین اطاعت کورکورانه از مقام مافوق یا رعایت «آزادی معنوی، اختیار انتخاب» (و در نتیجه رعایت حیثیت شخصیت بشری)، راه حل اولی را پذیرفته است.

این وضعیت حقوقی‌ای بود که آلفونسین با آن روبرو شد. چه می‌بایستی بکند؟ قانون را اجرا کند، یعنی تمام نظامیان درجات میانه و پایین را که مرتکب آن‌همه جنایات وحشتناک شده بودند بی‌مجازات بگذارد، یا به منظور اعمال عدالت قانون را کلّاً تغییر دهد؟

در جریان مبارزات انتخاباتی، آلفونسین بر سر ضرورت تفکیک سه مقوله

ابراهیم - آنتیگون و تعارض...

مسئولیت پافشاری کرده بود: مسئولیت آنهایی که دستور اجرای شیوه‌های سرکوبگرانه را داده بودند، مسئولیت آنهایی که فقط دستور را اجرا کرده بودند، و مسئولیت آنهایی که در اجرای این دستور از حد مقرر فراتر رفته بودند. آلفونسین طرفدار این بود که تنها متهمنان مقوله اول و سوم می‌باشند مجازات شوند (و حساب کرده بود که حدود صد افسر از درجات مختلف ممکن بود به محاکمه کشیده شوند). بعد از رسیدن به قدرت، آلفونسین به برنامه خود وفادار ماند، هرچند ناگزیر به قبول واقعیات شد: امور پیچیده‌تر از آن بود که او تصور می‌کرد، زیرا بعد از چندسال دعوی علیه ۴۰۰ افسر طرح گردید. بالاین وضعیت چگونه رویرو شد؟

اقدام آلفونسین طی دو مرحله صورت می‌گیرد. در مرحله اول قانون ۲۳۰۴۹ مورخ ۱۴ فوریه ۱۹۸۴ را که تغییراتی در قانون کیفر ارتضی داده بود به تصویب می‌رساند. یکی از این تغییرات ایجاد «امارهای» در ماده ۱۱ قانون است: باید فرض بر این قرار گیرد که فرد نظامی، که بدون دارا بودن اقتدار تصمیم‌گیری دستوری را اجرا می‌کند و در محدوده دستور دریافتی باقی می‌ماند، ممکن است نسبت به مشروعیت این دستور دچار «اشتباه» شده باشد. بدین نحو، بالهای از بعضی اصول تدوین شده بعد از نورنبرگ، در صدد این بودند که مقررات قانونی آرژانتین را «باب روز» کنند. طبق این اصول، یک فرد زیردست اگر دستوری را که «آشکارا» جنایتکارانه یا غیرمشروع است اجرا کند همیشه مسؤول است. اما در آرژانتین، تحت فشار مقامات نظامی، رسماً مقرر می‌کردند که افراد زیردست باید مبزا از مسئولیت محسوب شوند، زیرا باید چنین فرض شود که آنها در مورد خصوصیت جنایتکارانه بودن دستورهای دریافتی دچار «اشتباه» شده‌اند. تا اینجا تغییر سال ۱۹۸۴ کاری جز تأیید قوانین گذشته نکرده است و این در جهت خواسته‌های نظامیان است. اما این تغییر نکته بسیار مهمی را اضافه کرده است: اگر اعمال ارتکابی در اجرای دستور «وحشتناک» یا «شنیع» بود، «اماره اشتباه» نظامی زیردست از بین می‌رفت. تا براین، افراد نظامی درجات بینایین یا پایین برای ارتکاب آزار و شکنجه و قتل مسؤول بودند و بایستی عدالت کیفری درباره آنها اعمال شود.

این قانون در بین نظامیان نارضایتی عظیمی ایجاد کرد. خطرات زیادی که دموکراسی متزلزل آرژانتین را تهدید می کرد موجب شد که وزیر دفاع عقبنشیتی کند: در ۲۴ آوریل ۱۹۸۶ او یک سلسله رهنمود برای قضاتی که وظیفه دادستان را در «شورای عالی قوای نظامی» به عهده داشتند صادر کرد. به موجب این رهنمودها او از جمله راه هرگونه اقدام کیفری علیه افسران رده میانی و افسران رده پایین را که به ارتکاب اعمال جنایتکارانه متهم بودند، جز در مواردی که مجریان از دستورهای مافوق فراتر رفته بودند، سد می کرد. یکی از قصاصات دادگاه استیناف فدرال به عنوان اعتراض به این رهنمودها استعفا کرد، که البته این امر هیچ تغییری در وضعیت ایجاد نکرد. آلفونسین در ۲۶ دسامبر ۱۹۸۶ برای خاتمه دادن به تعداد زیادی از محاکمات، قانونی از تصویب گذراند. به موجب این قانون، جز در یک مورد (مادة ۵)، هرگونه تعقیب قضایی برای جنایات ارتکابی قبل از ۱۰ دسامبر ۱۹۸۳ در ارتباط با «مبازه علیه تروریسم» باید در ظرف ۶۰ روز از تاریخ اجرای این قانون بعمل آید. اما نظامیان باز هم راضی نبودند. پس از تهدید به کودتا، آلفونسین در آوریل ۱۹۸۷ به آخرین اقدام متول شد: در ژوئن ۱۹۸۷ قانون «اطاعت قانونی» (۳۳) را به تصویب پارلمان رسانید.

حال، به بررسی این قانون که موجب برانگیختن انتقاد افکار عمومی و در عین حال باعث فرونشاندن خشم نظامیان شده است پردازیم. در ابتدا باید بگوییم که این قانون نسبت به گذشته معتبر است و به منزله نوعی عفو عمومی است. این مطلبی است که نباید دست کم گرفته شود: زیرا اگر محتواهای بسیار واپس گرای این قانون – که درباره آن بحث خواهد شد – برای آینده نیز معتبر باشد، بی تردید عقبگردی کاملاً منفي در تاریخ سراسر نشیب و فراز و دشوار محکومیت جرایم سنگین علیه بشریت به حساب خواهد آمد. بینیم قانون مذکور چه مقرر کرده است؟ این قانون نظامیان را، از ژنرال دوستاره گرفته تا سرباز ساده، برای ارتکاب جنایاتی که در سالهای سیاه دیکتاتوری در آرژانتین مرتكب شده بودند عفو می کند. تنها ژنرالهای رده های بالا، که قبلاً محکوم شده بودند، مستوجب مجازات بودند. جمعاً ۲۵۰ افسر آرژانتینی، که علیه آنها شکایتی درحال رسیدگی بود یا در انتظار محکمه بودند، به استناد قانون جدید آزاد شدند. در بین این افراد، ژنرال ابراهیم - آتشیگون و تعارض...

رامون جی. کامپس⁶⁰ رئیس پلیس بوئنوس آیرس در زمان دیکتاتوری قرار داشت که در مرحله اول رسیدگی به بیست سال حبس محکوم شده بود، یا سرگرد سابق ارتش ارنستو باریرو⁶¹ و ستوان یکم آلفredo آستیس⁶² – که حتی متعاقباً به درجه سروانی ارتقا یافت – یا یازده نظامی دیگر که جملگی مثل او متهم بودند و همگی در «مدرسه مکانیک دریانوردی»، که در بین تمام محله‌ای مخفی بازداشت و شکجه جایی بود که تنفراً و ترین جنایات در آنجا صورت می‌گرفت، مرتکب جنایاتی شده بودند.

حال، دقیق تر به این قانون نگاه کنیم و بینیم آلفونسین چگونه آن را توجیه کرده است. ماده ۱ می‌گوید که «فرض براین است، بدون قبول دلیل خلاف آن»، که کلیه افسران ارشد، افسران رده‌های پایین‌تر، درجه‌داران و سربازان قوای نظامی، نیروهای امنیتی، شهربانی، کارکنان زندانها به علت ارتکاب جنایات در دوران دیکتاتوری مستوجب مجازات نیستند، زیرا «این اشخاص دستورهای داده شده را بی‌آنکه توانایی یا امکان بررسی آنها را داشته باشند یا بتوانند با آن مخالفت کنند یا در برابر آن مقاومت به خرج دهنده اجرا می‌کردن؛ بنابراین فرض می‌شود که در حالت اضطرار بوده‌اند».

ماده ۶ قانون، برای آنکه به معافیت کیفری اعطایی به نظامیان تصريح کرده و هرگونه شک و تردیدی را در این مورد از بین برده باشد، تأکید می‌کند که ماده ۱۱ قانون ۲۳۰۴۹ سال ۱۹۸۴ در مورد این نظامیان قابل اعمال نیست (قاعده‌ای که – همچنانکه قبلًاً گفته شد – بعد از ایجاد اماره‌ای در مورد افراد زیردست، جرایم «وحشتناک» و «شنیع» را از محدوده این اماره خارج می‌کرد). بدین ترتیب، بدون هرگونه تأثیر راهی که به معافیت نظامیان از مجازات منتهی می‌گردید پیموده شد. اماره مطلق به نفع نظامیان، که شامل محاکمات در جریان هم می‌شود («در هر مرحله‌ای که باشد» ماده ۳)، فقط چند استثناء می‌پذیرد: تعjaوز به عنف، فریب دادن صغیر، بازداشت صغیر یا جعل اوراق هویت آنها، یا

60. Ramon J. Camps

61. Ernesto Barreiro

62. Alfredo Astiz

تملک اموال غیرمنقول از طریق ارعاب و خدعا (ماده ۲).

حال، به اختصار نشان می‌دهیم که آلفونسین، در پیامی که از طریق آن قانون را برای تصویب دوشاخته پارلمان ارسال کرد، چگونه کوشید این قانون را توجیه کند. در این پیام، سه فرضیه معین را می‌توانیم تشخیص دهیم. اولین فرضیه این است: «علی‌رغم نقاط ضعفی که منجر به ایجاد ابهام حاضر در مورد چارچوب حقوقی بررسی مجدد پدیده خرابکاری شده است، تردیدی نیست که جامعه نمی‌تواند برای همیشه گرفتار این مناقشات باشد. از یک سو این امر مانع بر سر راه اصلاحات عمیق ساختار نیروهای نظامی و امنیتی ایجاد می‌کند، و از سوی دیگر مانع حصول صلح و وحدت ملی می‌شود، که بدون آنها دموکراسی قوام و دوام نخواهد یافت». تردیدی وجود ندارد که در اینجا علت سیاسی اساسی قانون مطرح است: یعنی فقط از طریق عفو کامل نظامیان روند تحکیم دموکراسی می‌تواند به جریان بیفتد.

بعد در این پیام ریاست جمهوری دونکته مطرح می‌شود که پیوند نزدیکی با مسأله «دستور مافق» دارد. آلفونسین ابتدا یادآوری می‌کند نظام سرکوبگرانهای که در سال ۱۹۷۶ ایجاد شد در کل برپایه آموزش نظامیان برطبق اسلوب مستبدانه اطاعت کورکورانه از مافق استوار بود. نتیجه چنین اطاعتی نوعی «قالب‌بندی فکری» نظامیانی بود که اقدام فرماندهی نداشتند. آلفونسین، در ادامه استدلال پر اعوجاجش، می‌گوید که این «قالب‌بندی فکری» «از طریق آموزشی صورت می‌گرفت که هدف آن انکار خصوصیت بشری دشمن و تأکید بر ضرورت کاربرد شیوه‌هایی بود که بتواند چنان فضای اخلاقی‌ای ایجاد کند که در آن امتناع از قبول این خصوصیت برای دشمن معادل اتحاد با او فرض شود». بنابراین، گناه باید به گردن رهبران نظامی انداخته شود: «آنها با تحمیل قاعده هدف وسیله را توجیه می‌کند، از خود کامه‌ترین عقاید به سود خود بهره‌برداری کردن. در چنین شرایطی، افراد زیردست وادر به اجرای دستورهایی شدند که معمولاً در وضعی نبودند که مبنای حقوقی و اخلاقی آنها را ارزیابی کنند. برنامه کار برپایه عدم امکان بررسی مجدد دستورهای مافق، در چارچوب اطاعت کورکورانه‌ای که تفسیر ماده ۵۱۴ قانون کیفر ارتش اجازه می‌داد، استوار بود».

بدین ترتیب، آلفونسین در جستجوی علل اطاعت کورکرانه است و آن را در شرایط سیاسی، اجتماعی و نظامی دیکتاتوری می‌باید. او نظامیان رده‌های پایین را در پرتو جویی که در این دوران حاکم بود از مسؤولیت مبرأ می‌کند: آنها به کیفیتی آموزش یافته و تحت تأثیر قرار داده شده بودند که متوجه نبودند چه اندازه کارهایی که انجام می‌دهند غیرانسانی است.

بعد از این دو مین استدلال، آلفونسین فرضیه سومی را پیش می‌کشد که توجیه حقوقی واقعی قانون پیشنهادی است نه توجیه سیاسی آن. به طور خلاصه او می‌گوید که باید پایه‌های اخلاقی «(دکترین دستور مافوق)» مورد تجدیدنظر قرار گیرد و از دیدگاه تازه‌ای که شخصیت بشری را محترم شمارد فرمول بنده شود: «این امر اهمیت اساسی دارد که ابهام قاعده (جزایی آرژانتین، یعنی ماده ۵۱۴ مذکور در فوق) به‌نحوی برطرف شود که به‌وضوح دربرگیرنده اصلی باشد که وفق آن اطاعت از مافوق نمی‌تواند ارتکاب جناحت علیه بشریت را توجیه کند». تا اینجا جز تمجید از این تصمیم درخور ستایش سرشار از آینده‌نگری کاری نمی‌توان کرد: «اما – آلفونسین ادامه می‌دهد و ما به نقطه حساس می‌رسیم – اصول و قواعد یک کشور قانونی مقرر می‌دارند که باید مفهوم اطاعتی را که در نظام دموکراتیکی حاکم است که حیثیت شخصیت بشری را محترم می‌شمارد به حساب آورد، بلکه باید به آن مفهومی از اطاعت توجه کرد که بدختانه در دورانی که این اعمال (جناحتکارانه) ارتکاب یافته بود حاکم بوده است. برپایه این مفهوم اخیر از اطاعت است که باید بین آنها بی که برای طرح نقشه پلید عملیاتی که در بالا تشریع شد دستور داده‌اند و آنها بی که بر عکس مسؤولیتی جز اجرای این دستورها نداشتند، تفاوت قائل شد». بعد از این مقدمه، آلفونسین بین آنها بی که «حق تصمیم‌گیری» داشتند و آنها بی که «تحت حاکمیت نظامی بودند که خواستار اطاعت مطلق از رهنماوهای بود که از بالا می‌آمد»، تفکیک روشنی برقرار می‌کند. افراد گروه اول باید مجازات شوند، در حالی که افراد گروه دوم را نمی‌توان به دادرسی فراخواند.

تعلیل آلفونسین در دفاع از قانون، به کیفیتی که اجمالاً بیان شد، ارتباطی به محدوده بحث ما ندارد. ملاحظاتی که مبتنی بر ضرورتهای سیاسی بود کاملاً

قابل درک است: بین «بخشنش» ۲۵۰ جنایتکار از یک سو و خطر جنگ داخلی از سوی دیگر (که نتیجه آن مرگ دموکراسی آرژانتین بود)، بدیهی است که انتخاب راه اول اقل ضررین بود. اما آنچه کاملاً غیرقابل قبول است توجیه تفکیک - مسؤولیت بهدلیل جنایات ارتکابی به دستور مقام مافوق - بین افسران در رأس سلسله مراتب از یک سو و تمام «زیردستان» (از ژنرال دوستاره تا سرباز ساده) از سوی دیگر، برپایه این استدلال است: در کشوری که قانون حاکم است اصول دموکراسی عطف بمسابق نمی شود. در حقیقت، آلفونسین تأیید می کند که اصول حقوقی قانونی بودن جرم و مجازات (۳۴) (که بهموجب آنها هیچ کس را جز در محدوده ای که قواعدی پیش بینی کرده که در لحظه ای که جنایت اتفاق افتاده معتبر بوده است نمی توان مجازات نمود) مانع می شود که اصول جدید دموکراسی - از جمله آنهایی که به دستور مافوق مربوط می شود - در مورد نظامیان آرژانتینی اعمال گردد. این تأیید به دو مانع برخورد می کند. اولاً استدلالی که آلفونسین امروز عنوان می کند، در نورنبرگ در سال ۱۹۴۶ توسط دادگاه نظامی بین المللی بحق مردود اعلام شده است: به نظر دادگاه مذکور این دو اصل پندهایی اخلاقی هستند که باید در برابر الزام اخلاقی بی مجازات نگذاشتند جنایات هولناک عقب نشینی کنند. ثانیاً - همچنانکه قبل گفته شد - در همان زمانی که این جنایات اتفاق افتاده بود، یعنی بین سالهای ۱۹۷۶ و ۱۹۸۰، بخش عظیمی از جامعه جهانی براین اعتقاد بود که حقوق بین الملل فرد زیردست را، وقتی که خصوصیت جنایتکارانه دستور داده شده آشکار بوده است، از مسؤولیت ارتکاب جرم مبررا نمی دارد. بنابراین، آلفونسین حقوق حاکم بر آرژانتین در دوران دیکتاتوری را، هم بر مفاهیم دموکراسی که دولت او ایجاد کرده بود و هم بر اصول اساسی بین المللی ترجیح داده بود. این یک موضع ملی گرا، محافظه کار، خلاف مهمترین اصول مدنیت حقوقی جدید و نیز مخالف اصول بنیادین نظام دموکراتیکی است که در سال ۱۹۸۳ در آرژانتین ایجاد شده است. احساس تلغی ما از عدم اجرای عدالت در آرژانتین موجب می شود حداقل این درس را بیاموزیم؛ وقتی که ضرورتهای آمره سیاست ایجاب می کند که عدالت فدای مصالح عالیه مملکتی شود، لااقل باید از ابداع توجیه های حقوقی «من درآوردم» اجتناب گردد. این

توجیه‌ها به عوض اینکه انگیزه‌های سیاسی را تقویت کند، همچنانکه در این مورد صادق است، می‌تواند به برداشتهای خطرناکی منجر شود. این حقوقدانها هستند – یا هر فردی که علاوه‌مند به ارزش‌های پیشرفت و تمدن باشد – که باید این برداشتها و توجیه‌ها را روشن سازند و تمام آثار و عواقب نامیمون آن را تشان دهند.

قانون «اطاعت قانونی» در ۱۱ژوئن ۱۹۸۷ از سوی یکی از قضات فدرال مورون^{۶۳} (یکی از حومه‌های بوئوس آیرس) به نام خوان راموس پادیلا^{۶۴} مورد اعتراض قرار گرفت. اعتراض این قاضی به قانون مذکور بدین جهت بود که آن را به دلیل اینکه برابری شهروندان را در برابر قانون زیرپا می‌گذاشت، خلاف قانون اساسی می‌دانست. اما نظریه بسیار شجاعانه‌ او، که فقط قابل اعمال نسبت به پنج نظامی ای بود که متهم به زیرپا گذاشتن حقوق بشر در بیمارستان مورون بودند، مثل نظریه قضاوت دادگاه فدرال باهیا - بلانکا^{۶۵} درخصوص عدم مطابقت قانون با قانون اساسی نتیجه چندانی نداشت: دیوان عالی در ۲۳ژوئن احراز کرد که قانون مذکور وفق قانون اساسی است. بدین ترتیب قضیه خاتمه یافت (۳۵).

چگونه می‌توان با ارنستو ساباتو هم‌عقیده نبود که به خبرنگار لوموند در ۲۶ژوئن ۱۹۸۷ گفته بود: «برای من بسیار اندوه‌بار است که این طور از اصول مهم اخلاقی صرف نظر شود. نتیجه آن چنین امر نامتعارفی است که کسی را به خاطر سرقت یک کیف دستی به زندان بیندازند اما کسی را که شکنجه داده است آزاد بگذارند» (۳۶).

۱۱. نتیجه گیری

حال، وضعیت را ارزیابی کنیم و بینیم چگونه حقوق بین‌الملل – یعنی جمیع دولتها و دادگاههایی که از سوی آنها تأسیس شده است – مسئله‌ای را که

63. Morón

64. Juan Ramos Padilla

65. Bahía-Blanca

ابراهیم و آنتیگون در جهان اساطیر در برابر ش قرار گرفته بودند، و در واقعیت میلیونها انسان قبل از جنگ جهانی دوم در جریان این جنگ و بعد از آن در مقابلش قرار گرفتند، حل کرده است؛ البته اگر حل کرده باشد.

در صفحات گذشته نشان داده شد که پس از تحولات عظیم ناشی از جنگ جهانی دوم کم در جامعه جهانی این اعتقاد شیوع یافت که وظیفه اطاعت از مافق، در آنجایی که مسأله ارزش‌های اساسی مثل احترام به حیات و حیثیت شخصیت انسانی در میان باشد، دیگر نمی‌تواند موجب برائت نظامیان از جنایاتی شود که مرتکب شده‌اند. اما وقتی دقیق‌تر به مسأله پرداختیم متوجه شدیم که بخش مهمی از جامعه جهانی در روند تحقق این اصل دخالت نداشته است. بعداً این کشورها (در کل، یعنی جهان سوم) فرست یافتد که نظریات خود را بیان دارند؛ در واقع، نه به صورت مستقیم درخصوص قاعده بین‌الملل عمومی (با این فرض که بوجود آمده باشد) بلکه درخصوص ضرورت مکتوب بودن اصولی درخصوص موضوعات محدودی که این قاعده باید در بر داشته باشد.

بر عهده حقوقدانان – شارحان و مفسران – است که معلوم دارند آیا رفتار کشورهای درحال توسعه گواه براین است که این قاعده عمومی واقعاً تحقق یافته است. آنها هستند که می‌توانند بگویند این قاعده ابتدا بوجود آمد ولی بعداً عیب و ایرادی در آن کشف گردید، یا اینکه به علت دشمنی بخش عظیمی از کشورها تضعیف شد، یا اینکه قاعده عمومی همچنان مستحکم و منسجم باقی‌مانده است، یا اینکه اعمال آن نسبت به پاره‌ای از قضایای مشخص – لاقل در مورد بعضی از کشورها – محل تردید است. حال، بهتر است جنبه اساسی رفتاری که چندین بار، هم از سوی کشورهای «ستی» و هم از جانب کشورهای درحال توسعه اتخاذ شده است نشان داده شود. به طور خلاصه، بعد از جنگ دوم جهانی (على رغم «مقاآمتهایی») که – همچنانکه در بالا در مورد آزمایش‌های میلگرام دیدیم – در کشورهای دموکراتیک وجود دارد که در آنها هم اطاعت از مافق به همان اندازه ریشه‌دار است که در کشورهای استبدادی) دولتها فاتح موفق شدند اصل مهمی را مقرر دارند: اصلی که طبق آن سرباز نباید مثل یک خودکار اطاعت کند بلکه می‌تواند و باید دستورهای نامشروع را مورد اعتراض

قرار دهد: دولتهای فاتح اصل دیگری نیز بوجود آوردند که با توجه به اهمیتش باید برآن نیز تأکید شود: سرباز نه تنها باید از دستورهایی اطاعت نکند که با قواعد حقوقی کشورش در تضاد است بلکه باید – وقتی که تمام بافت قاعده‌ساز کشورش فاسد شده باشد – حتی از دستورهایی اطاعت نکند که با الزامات «خارجی» کشورش، یعنی با الزامات ناشی از ارزش‌های انسانی مندرج در قواعد بین‌المللی، تضاد دارد. بنابراین، با توجه به واقعیت روانی اجتماعی موجود در داخل کشورها – حتی کشورهای دموکراتیک – حقوق بین‌الملل موفق شد گام بلندی بردارد. بدین نحو (باید براین مطلب تأکید شود) حقوق بین‌الملل موفق شد خود را به سطح سنتهای عمدۀ مذهبی و فلسفی گذشته و مهمترین جریانهای اخلاقی معاصر ارتقا دهد (۳۷). علی‌رغم پاره‌ای تزلزلها و تردیدها، تقریباً تمام کشورهای غربی و سوسیالیستی به این اصول وفادار ماندند. بر عکس، کشورهایی که تازه به استقلال رسیده‌اند یا درگیر مسائل مربوط به عقب‌ماندگی و عدم توسعه هستند (مثل آرژانتین که در بالا وضعیت آن مورد بررسی قرار گرفت) غالباً مسیر دیگری را تعقیب می‌کنند: این کشورها که مسحور و منقاد الزامات نظامی و امنیتی هستند، از قبول فکر امتناع سرباز از اجرای دستور مافوق خودداری می‌کنند. بدین ترتیب، این کشورها استقلال قضاؤت فرد، احساس مسؤولیت شخصی او و احساس احترام او به ارزش‌های والا را در مذبح اطاعت از مافوق قربانی می‌کنند. برای آنها آنتیگون هرگز وجود نداشته است.

اصول ایجاد شده در نورنبرگ – یکی از باشکوه‌ترین لحظات طی طریق به طرف مدنیت حقوقی و وقوف به حیثیت بشری – در خطر این است که به بیراهه کشانده شود. آیا باید صبر کرد تا درهای ساختار خودکامه بیشتر کشورهای امریکای لاتین، آسیا و افریقا که برپایه قدرت نظامی و وفاداری سربازان از فرماندهان نظامی استوار است، به تدریج بر روی اصول دموکراسی باز شود؟ احتمال دارد که این فرایند سالهای سال طول بکشد. این بر عهده افکار عمومی است که از هم‌اکنون بر بخش‌های فهمیده‌تر جهان سوم فشار وارد کند تا به آنان بقولاند که خودکامگی و سرکوبگری ورقهایی است در نهایت همیشه بازنشده: آزادی، بر عکس – علی‌رغم آنچه ژان ژاک روسو در گفتگو درخصوص مشاعم

مساوات نوشت - «آزادی مثل این غذاهای مقوی و لذیذ و یا این مشروبات مغذی است که سرنشتهای محکم را تقویت می‌کند ولی طبایع ضعیف و متزلزل را که مستعد پذیرش آن نیستند نابود می‌سازد» (۳۸) - در همه جا و همه حال ورق برنده است. و شاید حقوقدانها، و همین طور دیلمات‌ها، در اجلاس‌های بین‌المللی مختلف موفق شوند فرمول‌های متناسبی پیدا کنند که بتواند بدگمانی کشورهای درحال توسعه را کاهش دهد. اما این فرمول‌ها نباید به اساس اصولی تجاوز کند که آنتیگون به بهای پرداخت زندگی خود بدلیل عدم اطاعت از دستور کرئون پرچمدار آن بود.

پی‌نوشتها

(۱). در سال ۱۹۴۴ سربازان آلمانی به دستور سرهنگ والتر ردر (Walter Reder) ساکنان دهکدهٔ ایتالیایی مارزابوتو (در ایالت بولونی Bologne) را در مقام انتقامجویی نسبت به عملیات پاریزان‌ها قتل عام کردند. اغلب قربانیان این قتل عام (۱۸۳۶ تن) زن و کودک بودند. طبق اظهارات شهود عینی، دو سرباز آلمانی از شرکت در این کشتار غیرنظامیان امتناع کردند و به خاطر این کار به دستور ردر تیرباران شدند.

(۲) «سفر پیدایش»، باب بیست و دوم، آیات ۱۲-۱.

(3) S. Kierkegaard: *Crainte et tremblement* (1843), dans *Oeuvres complètes*, vol. 5, Ed. de l'Orante, Paris, 1972, p. 161 et 163.

می‌دانیم که فیلسوف دانمارکی سه موضع را در «مراحل راه‌زنگی» تشخیص می‌دهد: موضع زیباشناسی (ارائه شده در اغاگر، که نمونهٔ خاص آن «دون‌زوان» موتسارت است)، موضع اخلاقی (بناشده بر محور کار و وفاداری، که نمایندهٔ آن قاضی ویلهلم است)، و موضع دینی (که تبلور آن در شخصیت ابراهیم است) که از دو موضع دیگر فراتر می‌رود (دوموضع اول در *Ou bien... ou bien* سال ۱۸۴۳ و مرحلهٔ مذهبی در *Crainte et tremblement* در همان سال توصیف شده است).

در *Crainte et tremblement*، کیمیر که گارد تابلوی روان‌شناختی عمیقی از حالات روحی ابراهیم و بهویژه از تنهایی و نگرانی او در آزمایش وحشت‌آک درخواستی خداوند ترسیم می‌کند. به‌نظر او

ابراهیم همچنانکه خداوند از او خواسته است رفتار می‌کند، زیرا «محال را باور کرد. اگر تردید پیدا کرده بود، به نحو دیگری رفتار می‌کرد (...)، کارد را در قلب خود فرو می‌کرد» (همان مأخذ، ص ۱۱۶). از نظر فیلسوف دانمارکی، «هیچ قربانی اگر خداوند فرمان دهد سنگین نیست» (ص ۱۱۷)، زیرا باید «از ایمان ارزش مطلق» ساخت (ص ۱۲۴). کی بیر که گارد سپس نشان می‌دهد بهچه نحو حوزه مذهب و ایمان، از حوزه اخلاق فراتر می‌رود. برخلاف «قهرمان تراژدی»، که احساسات شخصی را فدای مصالح عمومی می‌کند (که آگاممنون Agamemnon را باید انسان می‌آورد، که دخترش ایفی ژنی Iphigénie را برای دفاع از کشور قربانی می‌کند) و بنا بر این تنها نمی‌ماند زیرا «ملت» پشتیبان اوست، «شهسوار ایمان» – که در ابراهیم تبلور یافته – آماده است هم احساسات شخصی (مثل احساسات پدری) و هم ظایف اخلاقی خود (مثل وظیفه نکشن دیگری) را فدا کند، بدون اینکه در عملی که انجام می‌دهد کسی پشتیبانش باشد. «او (ابراهیم) به منظور نجات ملتی، دفاع از کشوری یا فرونشاندن آتش خشم خدايان اقدام نمی‌کند (...). در زندگی ابراهیم، اخلاق تعییری والاتر از این ندارد: پدر باید پرسش را دوست بدارد (...). پس چرا ابراهیم چنان کاری می‌کند؟ به خاطر عشق به خداوند، و همین طور به نحوی عیناً مشایه، به خاطر عشق به خود. به خاطر عشق به خداوند زیرا خداوند این آزمایش ایمان را به او فرمان داده است، و به خاطر عشق به خود برای ارائه این دلیل» (ص ۱۵۱).

برای مطالعه بهترین تلخیص (*Crainte et tremblement*) (که مثل هر تلخیصی نمی‌تواند زیبایی کامل اصل را انتقال دهد)، رک. به:

P.Gardiner: *Kierkegaard*. Oxford, University Press, 1988, pp. 54-64.

(۴) من نظریاتی را که در متون انگلیسی و ایتالیایی مقاله‌ام آورده بودم متعاقب انتقاداتی که توسط S. Caruso (*Intellettuali e mondi possibili. Itinerari e problemi de pensiero politico moderno e contemporaneo*, Firenze, CUSL, 1989, p. 517-529) و نیز J.Weiler (The Patriarch Abraham. Law and Violence in the Modern Age, dans *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für W. Maihofer*, Frankfurt/ Main, V. Klostermann, 1988, p. 603 s. عنوان شد، تغییر دادم. اما، با وجود تجدیدنظر در نظریاتم و دقیقت رشان دادن آنها نمی‌توانم تقاضیری را که بهتریب از ناجیه کاروزو و ولر عنوان شده است پذیرم، زیرا به عقیده من این دو بناتق بر روایت تورات پیرایه می‌بندند و مقاهم و ارزشهای را که در آن وجود ندارد وارد آن می‌کنند. از دیدگاه مفسر اولی، این روایت بیان‌کننده عبارات عرفانی و مذهبی است که کانت بعدها به عنوان «امر مطلق» آن را تعریف کرده است. اما ولر به نوبه خود نتیجه می‌گیرد که «ابراهیم Lord of Justicee» را باور دارد. به خاطر این اعتقاد، او مصمم است چیزی را که عزیزتر از حیات است قربانی کند. درست دست و پای اسحاق ما این درس را فرمی گیریم. در اینجا ابراهیم به ما می‌آموزد که در تعقیب یک آرمان، شخص باید آماده باشد حتی عزیزترین چیزش را فدا کند» (ص ۶۱۴).

(5) G.W.F. Hegel: *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte* (1840), mit einer Einleitung herausgegeben von F.Brunstäd, Pl. Reclam, Leipzig, s.d., p. 77.

(۶) در مورد آنتیگون رجوع شود به:

M.Yourcenar: *Antigone ou le choix, dans Feux*, Paris, Gallimard, 1974, p. 76 s.

J. Lacan: *Le Séminaire, Livre VII. L'Ethique de la Psychanalyse*, Paris, Ed. Seuil, 1986, p. 290 s; G. Raimbault et C. Eliacheff: *Les Indomptables*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1989, chap. IV.

(7) S. Milgram: *Obedience to Authority*, New Haven, Yale Univ. Press, 1974.

(8) S. Milgram: Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority, in *Human Relations*, vol. 18, 1965, p. 75.

(9) A. V. Dicey: *Introduction to the Study of the Constitution*, 10^e éd., London, Macmillan, 1959, p. 303.

(10) La décision dans l'affaire Wirz est reproduite dans L. Friedman: *The Law of War*, I (Random House), New York, 1972, p. 783 s. Le passage cité par moi est à la p. 796.

(11) B.V.A. Röling: The Significance of the Laws of War, in *Current Problems of International Law* (sous la direction de A. Cassese), Milano, Giuffré, 1975, p. 137-139.

(12) Sur l'affaire du Brussels, voir J.W. Garner: *International Law and the World War*, I, London, Longmans & Green, 1920, p. 407-413.

(13) Pour la traduction anglaise du texte des deux arrêts, voir *American Journal of International Law*, vol. 16, 1922, respectivement p. 704-708 et 708-724.

(14) *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg 14 novembre 1945-1^{er} octobre 1946*, Nuremberg, 1974, vol. 1, p. 261.

(15) H. Arendt: *Eichmann in Jerusalem: a Report on the Banality of Evil*, London, Penguin Books, 1976, p. 253 s.

(16) *Trial of the Major War Criminals*, vol. 18, p. 6.

(17) *Procès des grands criminels*, cit. p. 237-238.

(18) Ibid., p. 235.

(19) Ibid., p. 236.

(20) Voir *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, vol. 15 (1948), London, 1953, p. 656-668.

(21) Voir L. Friedman: *The Law of War*, vol. II, p. 1421 s. (le passage que j'ai cité est à la p. 1431).

(22) Voir *Trial of the Major War Criminals*, vol. 5, p. 418.

(23) *Law Reports of Trials of War Criminals*, selected and prepared by the UN War Crimes Commission (1947-1949), vol. I, V, p. 34.

(24) Pour le texte des déclarations du *Military Judge*, voir L. Friedman: *The Law of War*, vol. II, p. 1703 s., 1274 s. La décision de la Court of Military Appeals est reproduite dans *International Lawyer*, 8 (1974), p. 523 s. Sur le massacre de My Lai, ainsi que sur les règles de droit applicables, voir R.A. Falk: *Son My: War Crimes and Individual Responsibility*, in *Toledo Law Review*, 1971, p. 21-41.

(25) T. Taylor, in L. Friedman: *The Law of War*, vol. I, p. XXIV.

(26) *International Herald Tribune*, 2-3 February 1974.

(27) Voir Ad Hoc Committee on Genocide, *Summary Records*, UN doc. E/AC.25/SR. 18, Voir aussi general Assembly, *Official Records*, 3rd Session, part I, VIth Committee, p. 302-314.

(28) UN doc. E/AC. 25/SR. 28 (19 mai 1948), p. 9.

(29) Y. Dinstein: *The Defense of «Obedience to Superior Orders» in International Law*, Leyden, Sijthoff, 1965, p. 219.

(30) Voir Diplomatic Conference on Humanitarian Law, *Official Records*, vol. IX, p. 27 s.

(31) *Official Records*, vol. IX, p. 143 (doc. CDDH/I/SR. 52, § 38).

(32) F. Bacon: *Novum Organum*, 1, 78.

(۳۳) برای اطلاع از ترجمه انگلیسی این قانون رجوع کنید به:

Human Rights Law Journal, vol. 8, 1987, p. 477. Sur la loi, voir J. Kokott, *Völkerrechtliche Beurteilung des argentinischen Gesetzes Nr. 23521 über die Gehorsampflicht*, dans *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 47, 1987, p. 506-536; A.M. Garro and H. Dahl: Legal Accountability for Human Rights Violations in Argentina: One Step Forward and Two Steps Backward, dans *Human Rights Law Journal*, vol. 8, 1987, p. 283 s.

(۳۴) Nullum crimen sien lege, nulla poena sine lege (۳۴)

(35) Voir la traduction anglaise de cet arrêt dans *Human Rights Law Journal*, vol. 8, 1987, p. 441-471.

(36) *Le Monde*, 27 juin 1987, p. 5 ("Les militaires coupables de violations des droits de l'homme sont libérés").

(۳۷) در مورد این ستّها و جریانها، رجوع شود به:

E. Fromm: *On Disobedience and other Essays*, London, Routledge & Kegan Paul, 1984, p. 1-8.

فروم از جمله دو اسطوره بزرگ عدم اطاعت را تشریح می‌کند: عدم اطاعت آدم و حوتا که از بهشت اخراج می‌شوند، و پرورمه (اولی مریبوط به ادیان الهی و دومی راجع به افسانه‌های ارباب انواع. پرورمه برخلاف امر زئوس آتش را در اختیار انسان گذاشت و به غضب زئوس گرفتار شد).

(38) J.-J. Rousseau: *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, (1755), Paris, Gallimard, 1965, p. 19.



اریک داوید

ERIC DAVID

مترجم: دکتر مصطفی رحیمی



دادگاه بین‌المللی کیفری

برای

یوگسلاوه سابق



* David, Eric: «Le tribunal international pénal pour l'ex-yougoslavie», in *Revue belge de droit international*, vol. XXV, 1992 n° 2 pp. 565-598.

۱. آیا می‌توان تاریخهای ۲۲ فوریه و ۲۵ مه ۱۹۹۳ را که در آنها شورای امنیت به ترتیب تصمیمهای ذیل را گرفت، دو روز تاریخی نامید؟
به موجب این تصمیمهای مقرر شد از یک سو «دادگاهی بین‌المللی تشکیل شود تا به اتهام کسانی که در خاک یوگسلاوی سابق مسؤول نقض عده حقوق بین‌الملل بشردوستانه از ابتدای ۱۹۹۱ قلمداد می‌شوند، رسیدگی کند»، و از سوی دیگر اساسنامه این دادگاه مورد تصویب قرار گیرد. هر رویدادی، بنابر تعريف، «تاریخی» محسوب می‌شود و هر کس درباره اینکه فلان رویداد «تاریخی» تراز رویداد دیگر است، نظر خاص خود را دارد. این نکته باقی می‌ماند که از نظر یک حقوقدان بین‌المللی این دو قطعنامه رویدادی مهم، هرچند با تأخیر، در تاریخ حقوق بین‌الملل تلقی می‌گردد، زیرا طی ۴۵ سال گذشته برای نخستین بار است که جامعه بین‌المللی در اوضاع و احوال کاملاً متفاوتی به تشکیل یک دادگاه بین‌المللی کیفری می‌پردازد.

۲. علل تأسیس این دادگاه آشکار است: جنگهای داخلی و بین‌المللی که پس از اعلام استقلال اسلوونی (در ۲۶ ژوئن ۱۹۹۱)، کرواسی (در ۱۸ اکتبر ۱۹۹۱) و بوسنی - هرزه گوین (در ۳ یا ۶ مارس ۱۹۹۲) موجب متلاشی شدن

یوگسلاوی گردید و به افکار عمومی مردم اروپا نشان داد فجایعی را که فکر می‌کردند زمان آن دیگر در این قاره بسر آمده یا تنها خاص مناطق بسیار دورافتاده جهان است، اینک در قاره آنها جریان دارد. این فجایع، مصلحان را آنچنان متاثر ساخت که خواستار تأسیس یک دادگاه بین‌المللی کیفری شدند. اگر قتل عامی در آسیا یا افریقا یا امریکای لاتین انجام می‌گرفت، در بهترین حالات، شایسته آن بود که سازمان ملل آن را رسماً محکوم کند، اما اینکه آدمیان در مرزهای گاهواره تمدن اروپایی به جان هم بینتند مانع از آن می‌شد که وجود انواعی بیدار به محکومیتی نمادین (سمبلیک) قناعت کنند.

اعتقاد به اینکه با تدوین قواعدی نوین، قواعد و مقررات موجود مورد احترام بیشتری قرار می‌گیرد، گرچه کمی ساده‌لوحانه است ولی گذشته از هر چیز، مانعی در اعتقاد بدان هم به نظر نمی‌رسد. این قواعد تمام دولتها (ونه تنها دول متخاصم) را مجبور می‌کند که رأساً جرایم ارتکابی و مباشران آنها را مجازات کنند. طبق این برداشت، افکار عمومی، حکومتها را وادار کرده است که اگر به دخالت نظامی نمی‌پردازند لااقل به تشکیل دادگاهی رضایت دهند.

این تصمیم غافلگیرانه نبود، زیرا متعاقب قطعنامه شماره ۷۸۰ مصوب ۶ اکتبر ۱۹۹۲ شورای امنیت صورت گرفت، که طی آن کمیسیونی از کارشناسان مأمور شد تا «درباره نقض عدمة حقوق بین‌الملل بشردوستانه» که در «یوگسلاوی سابق صورت گرفته است» گزارشی تهیه کند.

۳. مسلماً هنگامی که سخن از دادگاه بین‌المللی کیفری به میان می‌آید مقایسه با کوششها یی که سابقاً در این باره صورت گرفته و دادگاهها یی که پیش از آن تأسیس شده است مبادر به ذهن می‌شود:

اول. دادگاه ویژه پیش‌بینی شده بعد از جنگ جهانی اول، به موجب ماده ۲۲۷ معاهده ورسای مورخ ۲۲ زوئن ۱۹۱۹، برای رسیدگی به «اتهام ویلهلم دوم از خاندان هوهنزولن، امپراتور پیشین آلمان، مبنی بر نقض عدمة قواعد اخلاقی بین‌المللی و مقام مقدس معاهدات».

دوم. دیوان کیفری بین‌المللی (که از این پس آن را «دیوان کیفری سال ۱۹۳۷» می‌نامیم) که به دنبال کنوانسیون ژنو مورخ ۱۶ نوامبر ۱۹۳۷ به منظور

پیشگیری و مجازات تروریسم ایجاد شد و مجوز آن، کنوانسیون دیگری بود که در همان روز به امضاء رسید (که از این پس آن را «کنوانسیون سال ۱۹۳۷» می‌نامیم) و هدف از تشکیل آن «رسیدگی به اتهام کشانی بود که مرتكب یکی از جرایم مذکور در کنوانسیون پیشگیری و مجازات تروریسم می‌شدند» (ماده ۱). سوم. دادگاههای نظامی بین‌المللی نورنبرگ و توکیو.

همان گونه که می‌دانیم دو دادگاه نخست، بر عکس دادگاههای سوم، هیچگاه تشکیل نشد، زیرا از یک سو دولت هلند از استرداد ویلهلم دوم به قدر تهای متفق خودداری کرد، و از سوی دیگر کنوانسیون ژنو ۱۹۳۷ راجع به تروریسم فقط در شور اوّل به تصویب رسید ولی هیچگاه به اجرا در نیامد. با این همه، در مورد تمام این دادگاهها یک وجه مشترک وجود دارد و آن علت تکوین آنهاست، یعنی رویدادهایی که به ویژه برای افکار عمومی غرب تکان‌دهنده و دردناک بوده است: جنگ جهانی اوّل که به انعقاد عهدنامه و رسای انجامید، سوءقصد ۹ اکتبر ۱۹۳۴ در مارسی^۱ که موجب تصویب کنوانسیون ۱۹۳۷ ژنو گردید، جنگ جهانی دوم که سبب تشکیل دادگاههای نورنبرگ و توکیو شد، و سرانجام مناقشه یوگسلاوی که به تشکیل دادگاه مورد بحث ما در این نوشتار منتهی گشت.

اما اگر مطالعه مقایسه‌ای خود را به دادگاههایی که واقعاً تشکیل شد محدود کنیم، می‌بینیم که زمینه تشکیل دادگاههای نورنبرگ و توکیو و دادگاه مورد بحث، کاملاً متفاوت است: در ۱۹۴۵ دو دادگاه اوّل را فاتحان جنگ جهانی دوم تأسیس کردند تا کسانی را که اسیر آنان بودند محاکمه کنند، در حالی که امروز مقامی که حکم به تأسیس دادگاه داده مرجعی بین‌المللی یعنی شورای امنیت سازمان ملل متحد است که نسبت به مناقشات یوگسلاوی، امروزه بیشتر شخص ثالث محسوب می‌گردد، حتی اگر هر روز در آن درگیرتر شود؛ و اما در مورد متهمان آینده باید گفت که همگی آزاد هستند.

با این همه، بررسی اساسنامه دادگاه کنوی در مقایسه با اساسنامه‌های

۱. در این تاریخ یک نفر از اهالی صربستان در مارسی فرانسه، الکساندر اوّل پادشاه یوگسلاوی و وزیر امور خارجه فرانسه را ترور کرد.

دادگامهای معروف مقدم بر آن، بهویژه دادگامهای نورنبرگ و توکیو و تعلیل دقیق آنچه اساسی است، جالب توجه خواهد بود. البته طرح یا حلّ تمام مسائل حقوقی که اساسنامه مطرح می‌کند، مستلزم نوشتن کتابی است.

به طریق اولی، در اینجا مسائل پیچیده تجزیه یوگلاوی و دولتها ری که در نتیجه آن بوجود آمده‌اند، مطرح نخواهد شد.

۴. در صفحات آینده، مسائل زیر به اختصار و به طور فشرده بررسی

خواهد شد:

— مبنای حقوقی تأسیس دادگاه (بخش اول)

— صلاحیت دادگاه (بخش دوم)

— سازمان و تشکیلات نهادی دادگاه (بخش سوم)

— آیین دادرسی معمول در دادگاه (بخش چهارم)

— وسائل دفاعی متهم (بخش پنجم)

— مجازاتها (بخش ششم)

— آینده دادگاه (بخش هفتم)



مبناهی حقوقی تأسیس دادگاه

۵. دادگاه، ارگانی فرعی از شورای امنیت است که به موجب ماده ۲۹ منشور ملل متحده تأسیس یافته است. بنابراین، جای تعجب نخواهد بود که اعضای دادگاه از امتیازها و مصونیت‌های پیش‌بینی شده در کنوانسیون ۱۳ فوریه ۱۹۳۶ ملل متحده برخوردار باشند و هزینه‌های دادگاه از بودجه عادی سازمان مذکور تأمین شود (مواد ۳۰ و ۳۲).

تأسیس این دادگاه به دنبال آنگذای یک تصمیم نهادی، و نه بر اساس کنوانسیونی بین‌المللی، یادآور نحوه تشکیل دادگاه توکیو است. دادگاه اخیر نیز نه به موجب عهدنامه بلکه بر اثر تصمیمی یکجانبه، یعنی «اعلامیه ویژه»

فرماندهی عالی نیروهای متفقین در خاور دور، تشکیل شد که منشأ آن تسلیم شدن ژاپن در تاریخ ۲ سپتامبر ۱۹۴۵ و کنفرانس ۲۶ دسامبر ۱۹۴۵ مسکو بود.

مزیت آیین و روش تأسیس نهادی دادگاه این است که مرجع تشکیل شده می‌تواند بی‌درنگ شروع به کار کند، بی‌آنکه مقید به محدودیتها، الزاماً و تشریفات مربوط به تأسیس دادگاه به موجب کنوانسیون‌های سنتی باشد (یعنی مشکلات مربوط به تشریفات برگزاری کنفرانس دیلماتیک، گندی جریان آن و فقدان احتمالی موارد تصویبها یا الحقها و غیره از سوی شرکت‌کنندگان).

۶. البته این امر مانع از آن نیست که اختیار شورای امنیت برای تأسیس چنین ارگانی، با توجه به صلاحیتها یکی که منشور ملل متحده برای آن تعیین کرده است، مورد سؤال قرار گیرد. یکی از حقوقدانان در این باره چنین نظر می‌دهد: «این اختیار، با توجه به وظایف و اختیارات شورا، آن‌گونه که مواد ۲۴ تا ۲۶ منشور ملل متحده تعیین کرده است، آشکارا خارج از حد است.»

با این همه، به نظر نمی‌رسد که با توجه به مورد خاص مناقشات یوگلاوه بتوان در این صلاحیت تردید کرد، زیرا مناقشات مذکور به گونه‌ای عینی به حفظ صلح و امنیت بین‌المللی لطمه می‌زند و با توجه به اینکه در موقعیتی قرار داریم که قربانیان درگیریها (اعمّ از کشته‌شدن‌گان و مجروحان و پناهندگان) سر به صدها هزار تن می‌زنند و با عنایت به اینکه درگیریهای داخلی تبدیل به مناقشات بین‌المللی می‌گردد، به عقیده ما شورای امنیت حق دارد برای توجیه تأسیس دادگاه، به فصل هفتم منشور ملل متحده استناد کند و بنابراین دبیرکل محق است که آن را شکلی از اقدام قهرآمیز بداند.

در این شرایط و با توجه به اینکه دادگاه به موجب تصمیم شورای امنیت تأسیس یافته است، کلیه دولتها موظفند — مطابق با اثر حقوقی که باید بنابر ماده ۲۵ منشور به تصمیمات شورای امنیت نسبت داد — اساسنامه و آثار حقوقی ناشی از آن را بپذیرند.

بنابراین، هر دولت عضو سازمان ملل باید با دادگاه همکاری قضایی لازم، از جمله در صورت اقتضا تسلیم اشخاص مورد تعقیب، را معمول دارد. از

این مقدمه این نتیجه حاصل می‌گردد که در مورد خاص فاجعه یوگسلاوی، اگر دولتی استرداد متهم را موكول به شرایط مختلفی کند که در حقوق داخلی آن پیش‌بینی شده است، این شرایط مانع از تسلیم متهم - به شرط تقاضای دادگاه - نخواهد شد. خصوصیت مطلق الزام به تحويل متهم مورد نظر، از تفوق حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی و نیز از عدم پیش‌بینی قید و شرطی در اساسنامه دادگاه در رابطه با حقوق داخلی کشوری که از آن تقاضای استرداد شده است، ناشی می‌گردد. این امر برخلاف آن چیزی است که در بسیاری از کتوانسیون‌های حقوق کیفری بین‌المللی در مورد استرداد پیش‌بینی شده است.

۷. به نظر می‌رسد که هیچ مانع از اجرای مستقیم اساسنامه دادگاه، در نظام حقوقی داخلی دول عضو سازمان ملل نیست، اماً دولتها بی که حقوق بین‌الملل را بدون تشریفات پذیرش، قبول می‌کنند بی‌شک باید در قوانین عادی یا قوانین اساسی موازینی را مجرأ دارند که به موجب آن اساسنامه دادگاه، آثار حقوقی خود را بدون برخورد با اشکال خاصی در سرزمین آنان پذید آورد.
در بلژیک، با توجه به ماده ۲۵ مکرر قانون اساسی^۲، قاعده‌تاً باید مقامات ذی‌ربط بتوانند الزامهای ناشی از اساسنامه دادگاه را مجرأ دارند، اماً لازم است اساسنامه مذکور در روزنامه رسمی آن کشور منتشر شود تا در مورد اتباع بلژیک نیز لازم‌الرعايه باشد.

در مورد سرزمین یوگسلاوی، گزارش دبیر کل سازمان ملل متعدد جای هیچ‌گونه تردیدی در قابلیت اجرای مستقیم جرایم حقوق بین‌الملل بشرط‌ستانه قراردادی و عرفی مندرج در اساسنامه در این سرزمین باقی نمی‌گذارد. این قابلیت اجرا احتمالاً امری است آشکار.

۲. ماده ۲۵ قانون اساسی بلژیک به شرح زیر است:

«ممکن است اعمال اختیارات معینیتی را به موجب معاہده، یا برحسب قانون، به نهادهای حقوق بین‌الملل عمومی واکذار کرد».

الف. صلاحیت ذاتی دادگاه*

۸. همچنانکه گذشت، دادگاه بدین منظور تأسیس شده است تا «به اتهام کسانی که از ابتدای ۱۹۹۱ در خاک یوگسلاوی سابق مسؤول تقض عدمة حقوق بین الملل بشردوستانه قلمداد می‌شوند رسیدگی کند» (ماده ۱).

«قض عدمة حقوق بین الملل بشردوستانه» که در این ماده مورد نظر قرار گرفته و موضوع صلاحیت ذاتی دادگاه است، شامل جرایمی است که رویه مرفته جزء جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت هستند. با این همه، آنجا که سخن از جرایم به میان می‌آید، این فرض در آن مستتر است که حقوقی وجود دارد که تقض بعضی از قواعد و مقررات آن جرم تلقی شده است. بنابراین، جا دارد پیش از بررسی محتوای جرایم، حقوقی را که دادگاه باید مجرما دارد، مشخص کنیم.

۱. حقوق قابل اجرا در دادگاه:

۹. وظیفه دادگاه رسیدگی به جرایمی است که در چارچوب مخاصمات مسلحانه ارتکاب یافته است. بنابراین، باید قواعدی که مخصوصاً برای چنین موقعیتها بی پیش‌بینی شده است، یعنی حقوق مخاصمات مسلحانه را اجرا کند. در این حقوق، دادگاه باید قواعدی را مجرما دارد که طرفین ذی‌نفع را دربر می‌گیرد.

این حقوق فقط در حالتی کاملاً به اجرا درمی‌آید که جنگ مسلحانه بین‌المللی در گرفته باشد و فقط هنگامی بخشی از آن اجرا می‌شود که جنگ جنبه داخلی داشته باشد. در نتیجه، باید ابتدا این مسئله روشن شود که ماهیّت مناقشاتی که در خاک یوگسلاوی و یوگسلاوی سابق درگرفته است و همچنان ادامه دارد، چیست، تا بعد از آن بدانیم آیا دادگاه باید کلیه حقوق مخاصمات

* Ratione materiae

مسلسلانه را اجرا کند یا فقط بخشی از آن را.

همین که این مسأله حل شد، و با توجه به تابعان جدید حقوق بین‌الملل که بر روی خرابه‌های یوگسلاوی سابق بوجود آمده‌اند، باید بینیم حقوقی که دادگاه باید اجرا کند تا چه میزان این تابعان جدید حقوق را به هم پیوند می‌دهد.

اول. ماهیت مخاصمات مسلحانه:

۱۰. مناقشاتی که از ۱۹۹۱ یوگسلاوی را متلاشی کرده است، گاه داخلی بوده و گاه بین‌المللی. داخلی از آن جهت که نیروهای اسلوونی و کروات را در مقابل ارتش ملی یوگسلاوی قرار می‌داده است پیش از اینکه حکومت بلگراد این تجزیه‌ها و آثار آن را، هرچند به طور ضمنی، به رسمیت بشناسد. مناقشات باز هم داخلی بوده از آن جهت که حکومت سارایوو را فقط در مقابل چریکهای صرب و کروات بوسنی - هرزه‌گوین قرار می‌داده است. با وجود این، مناقشات مذکور هنگامی جنبه بین‌المللی یافت که نیروهای یک دولت تجزیه شده در مقابل دولت اصلی یا در مقابل دولت تجزیه شده دیگری قرار گرفتند، یا اینکه مناقشات داخلی موضوع دخالت‌های خارجی واقع شد.

بی‌آنکه وارد جزئیات این مسأله بشویم که ممکن است کار را به بررسیهای طولانی - هم در رویدادها و هم در مسائل حقوقی - بکشاند، به ذکر همین نکته اکتفا می‌کنیم که حتی مناقشه‌ای واحد ممکن است در آغاز داخلی باشد و بعداً بین‌المللی گردد. چنین است که در مورد تجزیه یک کشور، مناقشه‌ای که دولت را در مقابل بخش تجزیه شده قرار می‌دهد، تا هنگامی که یکی از شرایط زیر حاصل نشده است، مسلماً مناقشه‌ای داخلی است:

— دولت، تجزیه را به رسمیت بشناسد؛

— دولت، نیروی متخصص را به رسمیت بشناسد؛

— مناقشه موضوع دخالت‌های اساسی و جدی خارجی قرار گیرد؛

— شورای امنیت، خصیصه بین‌المللی مناقشه را به رسمیت بشناسد.

در مورد مناقشات یوگسلاوی می‌توان مثلاً عناصر واقعی زیر را ذکر کرد:

— مجلس فدرال یوگسلاوی با تصویب قانون اساسی جدید خود در ۲۷

آوریل ۱۹۹۲ «جمهوری فدرال یوگسلاوی» را که منحصراً از جمهوریهای صرب و مونته‌نگرو تشکیل شده است، بوجود آورد و به طور ضمنی تجزیه اسلوونی و کرواسی و بوسنی - هرزه‌گوین و مقدونیه را به رسمیت شناخت، هرچند که دولت جدید به رسمیت شناختن جمهوریهای جدید را موكول به حل چند مسأله باقیمانده کرد.

— شورای امنیت در ۱۳ زوئیه ۱۹۹۲ با تأیید اینکه کلیه طرفها در بوسنی - هرزه‌گوین «موظفند خود را با تعهدات ناشی از حقوق بین‌الملل بشردوستانه بهویژه با کتوانسیون‌های ۱۲ اوت ۱۹۴۹ ژنو تطبیق دهند»، به طور ضمنی این موضوع را به رسمیت شناخت که مناقشه‌ای که در این سرزمین در جریان است جنبه بین‌المللی دارد، زیرا کتوانسیون‌های ژنو فقط هنگامی اجرا می‌گردد که «مخاخصه مسلحانه میان دو یا چند عضو مستقل و آزاد متعاهد واقع شود» (ماده ۲ مشترک بین کتوانسیون‌ها).

اینها فقط نمونه‌هایی است که نشان می‌دهد اگر دادگاه بخواهد با صراحة عمل کند و به تصدیقهای کلی و موجز اکتفا نورزد، باید برای هر جرمی که در دادگاه مطرح می‌شود دقیقاً ببیند در چه تاریخی اتفاق افتاده است تا بتواند مشخص کند در آن زمان ماهیت مناقشه چه بوده - داخلی بوده است یا بین‌المللی - و در نتیجه چه قانونی باید به اجرا درآید. آیا تمام حقوق مخاصمات مسلحانه یا فقط بخشی از آن باید اجرا شود؟

این بررسی بهویژه در مورد إسناد «جناحت جنگی» ضرورت دارد، لیکن در عوض خواهیم دید که در مورد جناحت علیه بشریت، مسأله حائز آن درجه از اهمیت نیست.

کمیسیون کارشناسانی که بنا به تقاضای شورای امنیت از طرف دبیر کل تعیین گردیده است تا درباره موارد نقض کتوانسیون‌های ژنو و حقوق بین‌الملل بشردوستانه که در یوگسلاوی تحقیق یافته گزارش تهیه کند، زحمت رسیدگی به این همه ظرایف را به خود نداده است. کمیسیون مذکور پس از احراز کثرت معیارها و متغیرهایی که باید برای توصیف مناقشه‌های گوناگون مورد توجه قرار گیرد، گره کوری را که از او خواسته بودند با دست باز کند، با یک ضربه

شمیر پاره می‌کند؛ یعنی به طور خلاصه نتیجه می‌گیرد که «مجموع حقوق مخاصمات مسلحانه» در مورد «مجموع مخاصمات مسلحانه یوگسلاوی» قابل اجراست. کمیسیون در این مورد چنین می‌نویسد:

«با این همه، کمیسیون معتقد است با توجه به طبیعت و پیچیدگی مخاصمات مسلحانه مورد بحث و با توجه به کثرت توافقنامه‌هایی که طرفهای درگیر درباره مسائل بشردوستانه بین خود منعقد کرده‌اند، مسلم است که قواعد قابل اعمال در مورد مخاصمات مسلحانه بین‌المللی را می‌توان در مورد مجموع مخاصمات مسلحانه‌ای که در خاک یوگسلاوی سابق جریان یافته است، مجرراً دانست.»

آنچه را حقوق در قلمرو دقت از دست می‌دهد، در عالم بشریت بازمی‌یابد. کمیسیون با پرهیز از ورود در ریزه‌کاریها، دست کم این شایستگی را داشت که با ملایم ساختن شرایط اعمال حقوق بشردوستانه، در پیشرفت آن بکوشد.

دوم. حقوق پیونددهنده دولتهاي ذي نفع:

۱۱. اعمالي که دادگاه باید مورد رسیدگي قرار دهد، گاه در یوگسلاوی وقوع یافته است و گاه در قلمرو یک یا چند دولتی که از تجزیه جمهوری فدرال یوگسلاوی بوجود آمده‌اند. این دولتها عبارتند از: جمهوری فدرال یوگسلاوی (صربستان و مونته‌نگرو)، اسلوونی، کرواسی، بوسنی - هرزه‌گوین و مقدونیه (فرض ارتکاب جرم در سرزمین اخیر فعلاً منتفی است، زیرا تاکنون مقدونیه موقق شده است از مناقشه برکنار بماند).

۱۲. هنگامی که جرم در سرزمین یوگسلاوی به وقوع پیوسته باشد، مسلمًاً تابع مجموعه قواعدی است که یوگسلاوی را به هم پیوند می‌دهد. در مورد حاضر، این کشور با چندین ابزار و سند حقوقی بشردوستانه مرتبط می‌گردد: کنوانسیون راجع به پیشگیری و مجازات جنایت «کشتار دسته‌جمعی» مصوب ۹ دسامبر ۱۹۴۸ (که در اینجا از آن به نام «کنوانسیون ژنوسید» یاد می‌کنیم)، کنوانسیون لاهه ۱۴ مه ۱۹۵۴ راجع به حمایت از اموال فرهنگی (که

در اینجا از آن به نام «کتوانسیون ۱۹۵۴» یاد می‌کنیم)، چهار کتوانسیون ۱۲ اوت ۱۹۴۹ ژنو راجع به حمایت از قربانیان جنگ (که از این پس آنها را «کتوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو» می‌نامیم)، دو پروتکل مصوب ۸ زوئن ۱۹۷۷ ملحق به کتوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو (که از این پس آنها را «پروتکل‌های الحاقی» می‌نامیم) و کتوانسیون ۱۰ آوریل ۱۹۸۱ سازمان ملل درباره تحریم یا تحدید کاربرد برخی از سلاحهای کلاسیک دارای آثار جراحت‌آور شدید یا آثاری که متوجه اشخاص غیرنظمی نیز می‌گردد (که از این پس آن را «کتوانسیون ۱۹۸۱ سازمان ملل» می‌نامیم).

هنگامی که جرم در سرزمین جمهوری فدرال یوگسلاوی ارتکاب می‌یابد نیز همین مستندات به اجرا گذارده می‌شود، زیرا این دولت جدید در تاریخ ۲۷ آوریل ۱۹۹۲ تأکید کرده است که «استمرار» دولت سابق یوگسلاوی را تضمین می‌کند و «کلیه تعهداتی را که آن دولت در قلمرو بین‌المللی به عهده گرفته است دقیقاً رعایت خواهد کرد» [در بیانیه مذکور فعل جمله به صیغه مستقبل و قطعی است، ولی آن را باید شرطی تلقی کرد].

۱۳. هنگامی که این اعمال و جرایم در خاک یکی دیگر از جمهوریهای جدید به وقوع می‌بیونند، می‌توان گفت همواره همان قاعده را باید اجرا کرد، زیرا در اینجا قواعد مقرر در کتوانسیون ۲۳ اوت ۱۹۷۸ وین راجع به جانشینی دولتها در خصوص معاهدات حاکم است که بند الف ماده ۳۴ آن، اصل استمرار را در صورت تجزیه دولتها مقرر می‌دارد.

با این همه، باید در نظر داشت که اگر این کتوانسیون در تاریخ ۲۸ آوریل ۱۹۸۰ مورد تصویب یوگسلاوی قرار گرفته، هنوز قدرت اجرایی نیافته و این ادعای که بند الف ماده ۳۴ آن، قاعده‌ای مرسوم و معمول است، چندان مسلم نیست، مخصوصاً وقتی که امور مقدماتی تصویب کتوانسیون و بحثهای فوق العاده شدیدی را که هنگام تصویب آن روی داد، در نظر آوریم.

در عمل، اسلوونی و کرواسی و بوسنی - هرزه‌گوین با «اعلامیه جانشینی»، طرفهای متعاهد کتوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو و پروتکل‌های الحاقی آن قرار گرفتند (به ترتیب در تاریخهای ۲۶ مارس، ۱۱ مه و ۳۱ دسامبر ۱۹۹۲)

و همچنانکه در مجله بین‌المللی صلیب سرخ، که این اعلامیه‌ها در آن درج گردیده، آمده است اعلامیه‌های مزبور «بر طبق رویه بین‌المللی» تا روز استقلال این جمهوریها (به ترتیب ۲۵ زوئن و ۱۸ اکتبر ۱۹۹۱ و ۶ مارس ۱۹۹۲) عطف بمسابق می‌گردد. باری، این «رویه» دقیقاً همان است که در ماده ۲۲ کنوانسیون ۱۹۷۸ وین در مورد دولتها بیان که از اصل «لوح نانوشته» استفاده می‌کنند* مقرر شده است. این معنی به خوبی نشان می‌دهد که برخلاف بند ۱ ماده ۳۴ در مورد جمهوریهای جدید مسأله استمرار و جانشینی خودبخودی مطرح نیست. اینان فقط در مواردی از نظر حقوقی به یوگسلاوی پیوند می‌یابند که خود العاق به آن را اعلام کنند (نتیجه حاصل از زمان قبول) یا خود را جانشین آن بدانند (نتیجه حاصل از زمان ایجاد یعنی از بدء استقلال دولت جانشین شونده).

۱۴. بنابراین، وقتی دادگاه در مقام آن است که این یا آن قاعدة بین‌المللی را در مورد متهمنی اعمال کند، باید در هر مورد تحقیق نماید که آیا در لحظه ارتکاب جرم، قاعدة مذکور در سرزمینی که این جرم در آن ارتکاب یافته است، با توجه به مسائل جانشینی دولتها اعمال می‌گردد یا خیر.

یادآوری کنیم که در بسیاری از موارد، مسلماً این امر بیشتر مسائلی نظری است تا عملی، زیرا قواعدی که دادگاه باید اعمال کند غالباً قواعدی کاملاً ابتدایی درخصوص اعمال آدمی است؛ قواعدی که نقض آنها در حقوق کیفری تمام دولتها، و از جمله سرزمین مورد نظر، جرم شناخته شده است. بنابراین، احتمالاً کمتر موردی است که دادگاه با فقدان قاعدة مواجه گردد. این امر از آن نظر حتی تر می‌نماید که دولتها جدید با نشان دادن تمایل خود براینکه به منزله دولت شناخته شوند و جزو جامعه بین‌المللی باشند، به طور ضمنی اساس قواعد مرسوم را که جرایم پیش‌بینی شده در اساسنامه دادگاه بر آن پایه بنا شده است، پذیرفته‌اند. و چنین است به طریق اولی از همان زمانی که این دولتها وارد سازمان ملل شده و بنابراین نه فقط حقوق مندرج در منشور ملل متحده، بلکه قواعد گسترده‌ای را نیز که از آن ناشی می‌گردد، قبول کرده‌اند.

* یعنی تعهدی قبلی برایشان بار نیست.

۲. محتوای جرایم:

۱۵. ما برای تسهیل امر، جرایم مورد نظر را به جرایم مربوط به جنایات جنگی و جرایم مربوط به جنایات علیه بشریت به معنای وسیع آن تقسیم می‌کنیم.

اول. جنایات جنگی:

۱۶. مواد ۲ و ۱۳ اساسنامه، دادگاه را مکلف می‌سازد که متهمان به «نقض عده مقررات کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ زنو» و نیز «نقض قوانین و مقررات یا آداب و رسوم جنگ» را مجازات کند. این اعمال معمولاً «جنایات جنگی» توصیف می‌شوند.

حقوق مخاصمات مسلحانه، مجازات نقض مقررات مذکور را به اعمالی که در چارچوب مناقشة مسلحانه بین‌المللی روی داده باشد، محدود می‌کند. نقض چند قاعده‌ای که مخصوصاً در یک مناقشة مسلحانه غیربین‌المللی صورت می‌گیرد هیچگاه صریحاً جزو جرایم بین‌المللی قرار نگرفته است (ماده ۳ مشترک بین چهار کنوانسیون ۱۹۴۹ زنو، ماده ۱۹ کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه و دو پروتکل العاقی این کنوانسیون مصوب ۱۹۷۷).

شاید ادعای شود که جرایم مندرج در شروط پایانی کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ زنو و نیز کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه (رجوع به شماره ۲۰ همین مقاله) به ترتیب حاکم بر ماده ۳ مشترک و ماده ۱۹ مذکور هستند، ولی این استدلال مخالف این واقعیت است که دو پروتکل العاقی که قواعد مندرج در این دو ماده را تکرار و تکمیل می‌کنند، شامل هیچ‌گونه مقرراتی در خصوص جرم شناختن نقض مقررات پروتکل نیستند. سکوت پروتکل دوم در این باره این نظر را تأیید می‌کند که در اندیشه دولتهاي متعاهد کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ زنو و کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه، مقررات جزایی این کنوانسیون‌ها در مورد مقررات جزئی حاکم بر مناقشات داخلی قابل اعمال نیست، و گرنه معلوم نیست چرا در دو پروتکل به آن مجدداً اشاره نکرده‌اند. بی‌شك، این نظر تنها یک فرض ساده است که از سکوت دو پروتکل استباط می‌شود.

۱۷. اگر مجازاتهای پیش‌بینی شده برای موارد نقض حقوق مخاصمات

مسلحانه، به اعمال ارتکابی در یک مناقشه مسلحانه بین‌المللی محدود می‌گردد، بنابراین دادگاه نمی‌تواند کسی را که در جنگی به معنای اخّص کلمه مرتکب جنایت شده است تعقیب یا مجازات کند، مگر آنکه جنایت در مرحله «بین‌المللی» مناقشه ارتکاب یافته باشد.

بنابراین، دادگاه باید احراز کند که آیا در زمان وقوع جرم، بر اساس

دیدگاه‌های پیش‌گفته، مناقشه مورد بحث مناقشه بین‌المللی بوده است یا نه

(رجوع به شماره ۱۰ همین مقاله).

با این همه، بی‌شک مسأله تا حدودی جنبه «آکادمیک» خود را حفظ

می‌کند، زیرا به فرض اینکه جنایت جنگی به سبب خصوصیت داخلی مناقشه،

از نظر صوری «جنایت جنگی» نباشد، لیکن بدان لحاظ که علیه افراد غیرنظامی

ارتکاب یافته است، به احتمال زیاد غالباً در حکم جنایت علیه بشرط شناخته

می‌شود (رجوع به بند ۲۳).

۱۸. جرایم که دادگاه بدانهار سیدگی می‌کنده چهار دسته تقسیم می‌شوند:

دسته اول جرایم هستند که در ماده ۲۰ اساسنامه پیش‌بینی شده و

عبارتند از: «جرائم عمدّه‌ای که در کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو پیش‌بینی

شده‌اند». این ماده تقریباً کلمه به کلمه هر یک از جرایم مهم مذکور در مقررات

نهایی چهار کنوانسیون ۱۹۴۹ ژنو را دربردارد (مواد ۵۰، ۵۱، ۱۳۰ و ۱۴۷).

۱۹. دسته دوم، به موجب ماده ۳ اساسنامه، عبارت است از «نقض قوانین

و مقررات یا آداب و رسوم جنگ». تحت این توصیف، چهار جرم کلاسیک

حقوق کیفری بین‌المللی، یک جرم جدید و تعدادی جرائم نامشخص وجود

دارند که ما آنها را جداگانه بررسی می‌کنیم:

۲۰- جرایم کلاسیک عبارتند از:

اول. «تخرب بی‌دلیل شهرها و روستاهای ایجاد ویرانی‌ها یی که توجیه

نظامی ندارد» (ماده ۳- ب).

این جرم در واقع تکرار ماده ۶- ب اساسنامه دادگاه نظامی بین‌المللی

نورنبرگ است.

دوم. «حمله به شهرها و روستاهای مسکن و ساختمانهای بی دفاع، یا بمباران آنها، به هر وسیله که باشد (ماده ۳-ج). این جرم تکرار همان معنویت صرّحی است که در ماده ۲۵ مقررات الحاقی به چهارمین کنوانسیون ۱۸ اکتبر ۱۹۰۷ لاهه درباره قوانین و آداب و رسوم جنگ زمینی (که از این پس آن را «مقررات لاهه» می نامیم) آمده است و از نظر صوری شامل هیچ جرم تازه‌ای نیست.^۳ با این همه، جرم پیش‌بینی شده در اساسنامه مورد بحث تا حدّ زیادی با جرم مذکور در دو جزء الف و د بند ۴ ماده ۸۵ پروتکل الحاقی مصوب ۱۹۷۷ منطبق است.^۴

سوم. مصادره، تخریب یا وارد کردن خسارت عمدى به بناهای خاص مذهبی یا بناهای خیریه یا فرهنگی یا خاص مقاصد هنری، علمی یا بناهای تاریخی یا آثار هنری و آثاری که جنبه علمی دارند (ماده ۳-ب).

این جرم که متن آن به ماده ۲۷ مقررات لاهه^۵ بسیار نزدیک است کم و بیش با جرم مذکور در ماده ۲۸ کنوانسیون لاهه مصوب ۱۹۵۴ مطابقت دارد^۶، اما از مقررات بند ۴ ماده ۸۵ پروتکل الحاقی موسّع تر است، زیرا مقررات ماده ۸۵ فقط حمله به اموال فرهنگی را «که به موجب مقرراتی ویرثه تحت حمایت خاصی قرار دارند» جرم می‌شناسد.

چهارم. غارت اموال عمومی یا خصوصی (ماده ۳-ه).

این متن، تکرار جرم دیگری است که در بند ب ماده ۶ اساسنامه دادگاه

۳. ماده ۲۵: «حمله به شهرها و روستاهای مسکن یا ساختمانهای بی دفاع یا بمباران آنها، به هر وسیله‌ای که باشد، من نوع است».

۴. بند ۳ ماده ۸۵: «عملی زیر در حکم جرایم مهیم مذکور در پروتکل حاضر محسوب می‌گردد:
الف. حمله به مجتمع غیرنظمی یا افراد غیرنظمی؛
(...)

د. حمله به محله‌ای بی دفاع یا نواحی غیرنظمی؛
(...)

۵. ماده ۲۷: «در محاصره‌ها و بمبارانها باید تمام اقدامات لازم صورت گیرد تا حتی المقدور بناهای خاص اجرای مراسم مذهبی یا بناهای وقف مقاصد هنری و علمی و مؤسسه‌های خیریه و نیز بناهای تاریخی و محل تجمع بیماران یا مجروه‌حان آسی نبیند، به شرط آنکه محله‌ای مذکور ضمیماً برای مقاصد نظامی اختصاص نیافتد باشد».

۶. ماده ۲۸ دولتهای متعاهد را ملزم می‌کند: «کسانی را که مرتکب جرایم مندرج در این کنوانسیون شوند با دستور ارتکاب آنها را بدهد» مجازات کنند

نظامی بین‌المللی نورنبرگ آمده است.

بنابراین، می‌بینیم که چهار جرم مذکور از نظر ماهیت با جرایم حقوق کیفری بین‌المللی موضوعه مطابقت دارد.

۲.۲۱ - جرم جدید مذکور در ماده ۳ - الف اساسنامه دادگاه مورد بحث عبارت است از «بکار بردن سلاحهای سمتی یا سایر سلاحهایی که به منظور ایجاد درد و رنجهای بیهوده ساخته شده‌اند». این جرم با ممنوعیتهای مذکور در اسناد زیر مطابقت دارد:

— از طرفی، با پروتکل ژنو مصوب ۱۷ زوئن ۱۹۲۵ درباره منع کاربرد گازهای خفه کننده یا سمتی یا مشابه آنها و سلاحهای میکروبی در جنگ، و نیز با مقررات کنوانسیون پاریس مورخ ۱۳ ژانویه ۱۹۹۳ درباره منع سلاحهای شیمیایی.

— از طرف دیگر، با بعضی از مقررات مربوط به سلاحهایی که باعث دردهای بیهوده می‌شوند (بند ۴ مقدمه اعلامیه سن پترزبورگ مورخ ۱۸۶۸ به منظور منع کاربرد بعضی از گلوله‌های پرتابی در زمان جنگ، ماده ۲۲ - ه مقررات لاهه مصوب ۱۹۰۷، بند ۳ ماده ۳۵ پروتکل اوّل الحاقی، بند ۳ مقدمه کنوانسیون سازمان ملل مصوب ۱۹۸۱ و بند ۲ ماده ۶ پروتکل دوم همین کنوانسیون).

با این همه، نقض این ممنوعیتها هیچگاه جرم شناخته نشده بود. فقط بند ۲ - ج ماده ۲۲ پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری که کمیسیون حقوق بین‌الملل تدوین کرده بود، «کاربرد سلاحهای ممنوع» را جرم شناخته بود، اما این متن قوت اجرایی نیافت و نیز صراحتاً به کاربرد «سلاحهایی که موجب درد و رنجهای بیهوده می‌شوند» مربوط نمی‌گردد.

جرائم شناختن مورد مذکور در حقوق بین‌الملل موضوعه زاده تصادف نیست: به هنگام کنفرانس دیپلماتیک ژنو (۱۹۷۷ - ۱۹۷۴) که به تدوین پروتکل الحاقی به کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو پرداخت، بسیاری از دولتها از پیشنهادی حمایت کردند که در آن کاربرد سلاحهایی که به موجب قوانین موضوعه ممنوع شناخته شده‌اند جرم بزرگی تلقی می‌شد. اما این پیشنهاد مورد

تصویب قرار نگرفت، زیرا برای تصویب شدن آن دو سوم آراء لازم بود و پیشنهاد مذکور یک رأی کم آورد.

بنابراین، باید «جنبه مترقب» اساسنامه دادگاه مورد بحث را پذیرفت، زیرا دبیرکل سازمان ملل رسیدگی به اعمالی را در صلاحیت دادگاه دانسته که هیچگاه در حقوق کیفری بین‌المللی جرم شناخته نشده بوده است.

از طرفی، جای این پرسش باقی است که آیا کمیسیون مأمور تدوین متن مذکور متوجه این معنی بوده است که با این کار خود در بنای حقوق بین‌الملل بشردوستانه سنگ عظیمی نصب می‌کند یا نه؟ مفسر اساسنامه حق دارد در آن تردید کند، زیرا به نظر می‌رسد خواسته‌اند حقوقی را که دادگاه اعمال می‌کند به حقوقی عرفی محدود سازند که طبق قاعدة «هیچ عملی جرم نیست مگر به موجب قانون»^۷ قابل اعتراض نباشد. گزارش دبیرکل بدین شرح است:

«به عقیده دبیرکل، اعمال اصل «هیچ عملی جرم نیست مگر به حکم قانون» اقتضا دارد که دادگاه بین‌المللی قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه را که بدون کوچکترین تردیدی جزئی از حقوق عرفی است اعمال نماید.» (تأکید از ماست)

باید گفت اگر قاعده‌ای یافت شود که جنبه عرفی آن محل تردید باشد، همانا جرم دانستن کاربرد سلاحهای سُنی یا سلاحهایی است که موجب درد و رنجهای بیهوده می‌شوند، زیرا پیش از آن هیچ‌گونه سابقه عهدنامه‌ای یا قضایی در این باره یافت نمی‌شود، بلکه بر عکس پانزده سال پیش بعضی از دولتها پیشنهادی را که موضوع آن منع کاربرد این سلاحها بود، رد کرده‌اند! و این برای حقوق کیفری بین‌المللی مغتنم است که در پرتو اساسنامه مورد بحث از طریق پیش‌بینی این جرم و مجازات که قبلًا فاقد آن بوده است، غنی می‌گردد.

این مسأله باقی می‌ماند که اعمال این کیفر در مورد اعمالی که پیش از تصویب اساسنامه مذکور از طرف شورای امنیت روی داده است، به سبب عطف

۷. «هیچ عملی جرم نیست و هیچ مجازاتی مقرر نمی‌شود مگر به حکم قانون»، یک قاعدة حقوق بین‌الملل است که به‌ویژه ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۱۵ منشور ملل متحد راجع به حقوق مدنی و سیاسی، آن را به رسمیت شناخته است.

بمابینی نشدن قوانین جزایی ممکن است اشکالهایی ایجاد کند، مگر اینکه گفته شود اعمال ارتکابی «به موجب اصول کلی حقوق که مورد قبول تمام ملتهاست» در زمان ارتکاب نیز جرم بوده‌اند (بند ۲ ماده ۱۵ میثاق حقوق مدنی و سیاسی). این حکم بهویژه در مورد یوگسلاوی صادق است، زیرا به هنگام بحث درباره جرایم مهم مندرج در نخستین پروتکل، به پیشنهاد مبنی بر جرم شناختن کاربرد سلاحهای منوعه رأی موافق داده بوده است.

۳.۲۲- جرایم نامشخص از این واقعیت ناشی می‌شود که ماده ۳ مقرر می‌دارد: «موارد تضليل قوانین و مقررات یا آداب و رسوم جنگ» که دادگاه حق دارد مرتكبان آنها را مجازات کند، «بی‌آنکه محدود به آنها باشد، شامل جرایم زیر است: [در اینجا سیاهه جرایمی که پیشتر نقل شد آورده شده است]» (تأکید از ماست).

سایر جرایمی که دادگاه می‌تواند به آنها رسیدگی کند کدامها هستند؟ این مورد به عنوان «جنایتهای جنگی» منحصر به دیگر «جرائم عمدی» ای است که سیاهه آنها در ماده ۸۵ نخستین پروتکل الحاقی آمده و در ماده ۳ اساسنامه مورد بحث قید نشده است، به این شرح: حمله بی‌هدف، حمله به ساختمنهای حاوی نیروهای [مواد]^{۱۰} خطرناک، حمله به اشخاصی که توان جنگیدن ندارند و غیره.

آیا این بدان معناست که تضليل سایر حقوق مخاصمات مسلحانه در هیچ موردی «جنایت جنگی» محسوب نمی‌شود؟ پاسخ مثبت به این پرسش در قلمروی که باید از افراط در مژده طلبی یا بحثهای دانشگاهی دوری جست، بی‌شک مبالغه‌آمیز است. بر این اساس بود که دادگاه نظامی بین‌المللی نورنبرگ تضليل «قواعد لاهه» را جرایم جنگی شناخت، در حالی که در هیچ جای این قواعد به جرم بودن آنها اشاره‌ای نشده بود! حال آنکه عملکرد گذشته، این راه حل را توجیه می‌کرده است.

^{۱۰} تصور می‌رود در بکارگیری این کلمه (forces) در متن اصلی اشتباہی روی داده باشد.

دوم. جنایات علیه بشریت

۲۳. دو دسته آخر جرایم شامل «کشتار دسته جمعی» یا ژنو سید و «جنایات علیه بشریت» است که صراحتاً ذکر شده است.
بر عکس جنایات جنگی (مذکور در شماره های ۱۶ و ۱۷ همین مقاله)، در حقوق بین الملل عمومی معاصر کشتار دسته جمعی و جنایات علیه بشریت با وقوع یک مناقشه مسلحانه مربوط نشده است، چه این مناقشه بین المللی باشد یا نباشد. با این همه، ماده ۵ اساسنامه این همه دور نمی رود و دایرۀ اعمال جنایتهای ضد بشری را به اعمالی که «در جریان یک مناقشه مسلحانه» روی داده است، محدود می سازد، لیکن تصریح می کند که این مناقشه ممکن است «جهنّه بین المللی یا داخلی» داشته باشد.

در مورد یوگسلاوی، محدود کردن مجازات جنایتهای ضد بشری به متن و جو مناقشه مسلحانه نباید بتواند چندان مانع اعمال مجازات از طرف دادگاه شود، زیرا بیشتر اعمالی که در مقابل دادگاه مطرح می گردد احتمالاً به مناسب مناقشات مسلحانه یا در چارچوب آن وقوع یافته است.

تا آنجا که به «کشتار دسته جمعی» مربوط است (ماده ۴)، اساسنامه جرم را به وجود متن و جوی خاص مشروط نمی کند و این منطبق با کتوانسیون کشتار دسته جمعی ۱۹۴۸ است^{۴۰} که آن را، صرف نظر از متن و جوی که در آن کشتار دسته جمعی وقوع یافته است، جرم می شناسد.

از این موضوع نتیجه می شود که بعضی رفتارها، به این جهت که در چارچوب مخاصمه مسلحانه بین المللی ارتکاب نیافتداند و بنا بر این نمی توان آنها را در حکم جرایم جنگی به معنای مضيق آن تلقی کرد، ممکن است در عین حال - اگر منطبق با یکی از این توصیفها نیز باشند - جزو کشتار دسته جمعی یا جرایم علیه بشریت قرار گیرند. در شماره ۲۹ این مقاله خواهیم دید که همیشه چنین نیست.

^{۴۰} برای مطالعه بیشتر در زمینه این کتوانسیون رک. دکتر محمدعلی اردبیلی: «کشتار جمعی»، مجله حقوقی، ش ۱۱، پاییز-زمستان ۱۳۶۸، صص ۳۲-۷۱.

اکنون این دو جرم را با ورود بیشتر در جزئیات آنها بررسی می‌کنیم.

۲۴. «کشتار دسته‌جمعی» سومین دسته از جرایم پیش‌بینی شده در ماده ۴ اساسنامه دادگاه مورد بحث را تشکیل می‌دهد. این ماده تقریباً تکرار کلمه به کلمه عبارتی است که در مواد ۲ و ۳ کنوانسیون راجع به پیشگیری و مجازات جنایت کشتار دسته‌جمعی ۹ دسامبر ۱۹۴۸ آمده است.

۲۵. سرانجام، چهارمین دسته از جرایم مذکور در ماده ۵ اساسنامه شامل «جنایات علیه بشریت» است^۱ که «ضد جمعیتهای غیرنظمی، از هر قبیل، ارتکاب یافته باشد». این جرایم از یک سو عبارتند از شکنجه اشخاص به علل سیاسی، نژادی و مذهبی، و از سوی دیگر «قتل با سبق تصمیم»، «کشتار دسته‌جمعی»، «برده‌داری»، «تبغید»، «حبس»، «شکنجه»، «هتك ناموس» و «دیگر اعمال ضد بشری».

این ماده، مقررات بندج ماده ۶ اساسنامه دادگاه نظامی بین‌المللی نورنبرگ را که عبارات آن کم و بیش تکرار بندج ماده ۵ اساسنامه دادگاه نظامی بین‌المللی توکیو است، با تغییرات جزئی لازم، نقل کرده است. در اینجا حبس و شکنجه و هتك ناموس که در اساسنامه دادگاه‌های نورنبرگ و توکیو تصریح نشده بود، افزوده شده است.

این مقررات ذکر چند نکته را ضروری می‌نماید:

۲۶- ۱- ماده ۵ اساسنامه مورد بحث، دامنه مفهوم «جنایت ضد بشری» را تا حد زیادی بسط می‌دهد، اما این امر در مسیر تحولی حقوقی صورت گرفته است.

در دادگاه نورنبرگ، اگر نه از متن بندج ماده ۶ اساسنامه آن، دست کم از کیفرخواست چنین برミ آمد که وجه مشخصه جنایات ضد بشری مورد نظر با توجه به هدف سیاسی، نژادی یا مذهبی آنها مشخص می‌گردد. بندهای ۱۰ و ۱۱ ماده ۲ پیش‌نویس قانون جنایات علیه صلح و امنیت بشری که کمیسیون حقوق

* برای کسب اطلاعات بیشتر در این خصوص رک. دکتر رضا نوری‌ها: «انسانیت و جرایم علیه آن»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۱۲-۱۱، ۷۱-پاییز ۷۱-تابستان ۷۲، صص ۲۰۱-۲۲۰، دکتر محنتعلی اردبیلی: «جنایات جنگ و جنایات علیه بشریت»، (ترجمه و تلخیص)، مجله حقوقی، ش ۷، زمستان ۱۳۶۵، صص ۲۰۷-۲۵۴.

بین‌الملل در ۱۹۵۴ آن را تدوین نموده و نیز بند ۴ ماده ۱۲ گزارش گزارشگر ویژه کمیسیون مذکور در ۱۹۸۶ در ادامه همین معنی است.

طرحی که کمیسیون حقوق بین‌الملل در ۱۹۹۱ تهیه کرده به جای «جنایت ضدبشری»، جرم «نقض عده یا نظام یافته [با برنامه] حقوق بشر» را عنوان نموده است. این مفهوم شامل «قتل عمدی»، «شکنجه»، «برده‌داری»، «اذیت و آزار به علل اجتماعی، سیاسی، نژادی،...» و «تبیید دسته‌جمعی» می‌گردد. در این مورد، ضابطه انگیزه‌های جرم محدود به «اذیت و آزار» است. جز تبعید، تمام جرایم باید یا دامنه‌دار و وسیع باشند یا نظام یافته و با برنامه بنابراین، در این مورد می‌توان از بسط دامنه جرم سخن گفت.

اساسنامه مورد بحث از این نظر در مسیر یاد شده چند گام به پیش رفته است که رشتهدی از اعمال را جرم می‌شناسد که نه دامنه‌دار و عمدۀ‌اند و نه نظام یافته، و نیز فاقد انگیزه‌های سیاسی و نژادی و مذهبی هستند و این انگیزه را فقط در مورد «اذیت و آزار» حفظ کرده‌اند.

علاوه بر این معنی، اساسنامه مذکور در این مسیر است که در مورد جرایم دیگر نیز هرگونه مرزی را میان جنایات ضدبشری و جرم‌های ذیل از میان بر می‌دارد:

— جنایات جنگی مربوط که در چارچوب یک مناقشه مسلحه به وسیله اعضای یکی از طرفهای درگیر بر ضد اعضای طرف دیگر صورت گرفته است.

— جرایم مربوط در حقوق عمومی.

— بی‌شک، برخی از صاحب‌نظران در اینجا ایراد خواهند گرفت که سطح جرم پایین آمده و اعمال نفرت‌انگیز وسیع با جرایم برآکنده حقوق عمومی در یک ردیف قرار گرفته است. اما این پرسش را نیز می‌توان مطرح ساخت که آیا این موضوع برای قربانی منفرد فلان جرم، که درد و رنج وارد بر او با توصیف جرم مزبور بستگی ندارد، فرق زیادی می‌کند؟ و آیا هنگامی که جنایت علیه بشریت مشمول مروز زمان نمی‌شود، حتی با وضع بهتری مواجه نیستیم؟

۲.۲۷— بسط دادن دامنة جرایم منحصر به اینها نیست: بعضی از اعمال

که در ماده ۵ اساسنامه جرم شناخته شده‌اند، مانند حبس و اخراج، به موجب حقوق داخلی مستوجب مجازاتهای کیفری یا اداری شناخته شده‌اند. در حالی که در اینجا جرایم ضدبشری توصیف گردیده‌اند!

در این مورد، به سبب نبودن ضابطه برای تمیز یکی از دیگری، سرانجام در تشخیص نوع جرایم کار به اختلاط و اغتشاش می‌کشد. بر دادگاه است که با روئیه قضایی خود برای امکان تشخیص این اعمال از رفتارهای قانونی، با تکیه به متن و فضایی که اعمال مورد نظر در آن ارتکاب یافته است، به تدوین ضابطه و معیار بپردازد.

۲۸ - در مورد ماده ۵ اساسنامه مورد بحث، سخن از «اذیت و آزار به علل سیاسی، نزادی و مذهبی» است (تأکید از ماست)، در حالی که بندج ماده ۶ اساسنامه دادگاه نظامی بین‌المللی نورنبرگ «اذیت و آزار به علل سیاسی، نزادی یا مذهبی» را جرم می‌شناسد و بندج ماده ۵ اساسنامه دادگاه نظامی بین‌المللی توکیو «اذیت و آزار به علل سیاسی یا نزادی» را (باز هم تأکید از ماست). جای این پرسش است که آیا این موارد سهو قلم است یا قصد مصّرح برای محدود کردن اذیت و آزار به مواردی که این سه انگیزه در کار باشد؟ بی‌شك، سهوی در کار بوده است زیرا در تفسیر طرح اساسنامه که از طرف دیروکل سازمان ملل تدوین شده است می‌خوانیم:

«جنایات علیه بشریت عبارتند از اعمال غیربشری بسیار عمد... که به علل ملی، سیاسی، قومی، نزادی یا مذهبی... ارتکاب یافته‌اند.»
(تأکید از ماست)

بنابراین، وجود حتی یکی از این انگیزه‌ها کافی است تا جرم ماده ۵ تحقیق یابد.

۲۹ - نویسندگان اساسنامه مورد بحث، به سبب دقّت آشکار در تعریف جرایم با اقتباس از عبارتهای مربوط به حقوق کیفری بین‌المللی موضوعه (بندهای ۲۰، ۲۴ و ۲۵ پیشین)، گاهی با تضییقات غیرمنتظره‌ای رو برو شده‌اند.

چنین است که با محدود کردن «جنایات علیه بشریت» به جرایمی که «برضد مردم غیرنظمی، از هر قبیل که باشد» صورت گیرد، ماده ۵ از بندج ماده ۶ و بندج ماده ۵ اساسنامه دادگاههای نورنبرگ و توکیو الهام گرفته است که تحت عنوان جنایات علیه بشریت، اعمال ارتکابی «علیه هرگونه مردم غیرنظمی» را جرم تلقی می کرده اند. در آن زمان محدود ساختن قلمرو اعمال جرم هیچ گونه نتیجه عملی نداشت، زیرا همین اعمال اگر علیه نظامیان دشمن صورت گرفته بود عنوان «جنایات جنگی» را داشت (بند ب ماده ۶ اساسنامه دادگاه نورنبرگ و بند ب ماده ۵ اساسنامه دادگاه توکیو).

باری، اگر این محدودیت مفهومی، در چارچوب مناقشه‌ای که منحصراً بین‌المللی بوده است، در مورد اعمال حقوق کیفری بین‌المللی هیچ گونه عیب و نقصی ایجاد نکند، در مقابل، در چارچوب مناقشات مسلح‌حانه داخلی چه بسا دادرس دادگاه را با جرایم مواجه کند که جنایت جنگی به معنی اخص نیستند، زیرا مناقشه جنبه بین‌المللی ندارد (شماره ۱۶ همین مقاله). و نیز جزو جنایات علیه بشریت نیز محظوظ نمی شوند، زیرا نه علیه غیرنظمیان بلکه علیه نظامیان ارتکاب یافته‌اند.

این فرض به هیچ‌وجه جنبه نظری ندارد: فرض کنیم در مرحله داخلی یکی از مناقشات بیوگسلاوی نیروهای نظامی یک طرف اعضای نیروی نظامی طرف مقابل را قتل عام کند، در حالی که آنها تسليم شده‌اند و اسیر به حساب می‌آیند. در این حال، از نظر صوری نه «جنایت جنگی» ارتکاب یافته (زیرا مناقشه بین‌المللی نبوده است) و نه «جنایت علیه بشریت» (زیرا قربانیان حادثه غیرنظمی نبوده‌اند) تا دادگاه بتواند به آنها رسیدگی کند! اگر دادگاه بخواهد هیچ جنایت مهمی را در این حد بی‌کیفر نگذارد، چاره‌ای ندارد جز اینکه یا توصیف جرم را توسعه دهد و آن را بین‌المللی تلقی کند و یا آنکه دایرة شامل جنایات جنگی را گسترش دهد و بگوید که این عنوان مجرمانه، مخاصمات مسلح‌حانه غیر بین‌المللی را نیز دربر می‌گیرد. راه حل اخیر را نباید متنقی دانست. در جهت موافقت با این استدلال از جمله می‌توان به برخی از دلایلی که در این مقاله به آنها اشاره شد (بند سوم شماره ۱۶ این مقاله) استناد کرد و یا، به عنوان سابقه امر،

به برخی استدلالهای حقوقی متهوّرانه دادگاه نورنبرگ (شماره ۲۲ این مقاله) و نیز به آراء کمیسیون کارشناسان مأمور تشخیص و گزارش موارد نقض حقوق بشردوستانه در یوگسلاوی (شماره ۱۰) توسل جست.

۵.۳۰- جرم «پاکسازی قومی» در سیاهه جرایم یاد شده نیامده است، اتا هم بدین لحاظ که نوعی «طرد و اخراج» یا «اذیت و آزار به علل سیاسی، نژادی و مذهبی» است در دایره شمول جنایت علیه بشریت قرار می‌گیرد، هم مشمول تعریف «سایر اعمال غیرانسانی» می‌گردد و هم بدین جهت که مجمع عمومی سازمان ملل «پاکسازی قومی» را «صورتی از کشتار دسته‌جمعی» اعلام کرده است، جرم کشتار دسته‌جمعی تلقی می‌شود.

۳. ملاحظات درباره صلاحیت دادگاه از نظر نوع جرایم:

۳۱. صلاحیت دادگاه از نظر نوع جرایم به وضوح هدف آن است که مبتنی بر حقوق کیفری بین‌المللی موضوعه که در سرزمین یوگسلاوی سابق قابل اجراست، باشد (شماره ۲۱ همین مقاله).

مسئلّاً این صلاحیت، وسیع‌تر از صلاحیتی است که برای دیوان کیفری ۱۹۳۷ مقرر شده و محدود به اعمال تروریستی بود. در مقابل، اگر با صلاحیت دادگاههای نظامی بین‌المللی نورنبرگ و توکیو مقایسه شود در عین حال، هم وسیع‌تر است و هم محدود‌تر.

وسیع‌تر است، چون جنایات جنگی مورد نظر در اساسنامه مورد بحث نه فقط محدود به نقض عدمة حقوق زنو، بلکه تا حد نقض عدمة حقوق مندرج در کنوانسیون لا‌هه که در اساسنامه دادگاههای نورنبرگ و توکیو پیش‌بینی نشده بود نیز گسترش می‌یابد. بعلاوه، دامنه این صلاحیت وسیع‌تر از موردی است که در ماده ۸۵ اوّلین پروتکل الحاقی به جرم شناختن پاره‌ای از موارد نقض حقوق لا‌هه پیش‌بینی شده است. چون سیاهه جرایم عدمة مذکور در ماده ۲۳ اساسنامه حاضر را باید تمثیلی دانست، زیرا شامل مواردی نیز می‌شود که در ماده ۸۵ نیامده است (شماره‌های ۲۱ و ۲۲ مقاله حاضر).

صلاحیت دادگاه کنونی وسیع‌تر است، زیرا علاوه بر جنایات علیه

بشرطیت به معنای اخص (ماده ۵)، شامل کشتار دسته جمعی (ماده ۴) که تحت این عنوان در اساسنامه دادگاههای نورنبرگ و توکیو قید نشده بود ولی در واقع مشمول مقررات مربوط به جنایات علیه بشرطیت محسوب می‌شد نیز می‌گردد. با وجود این، صلاحیت مورد بحث دادگاه، محدودتر از صلاحیت دادگاه نورنبرگ (بند الف ماده ۶) و دادگاه توکیو (بند الف ماده ۵) است، از این لحاظ که تا حد جنایات علیه صلح گسترش نمی‌یابد.

ب. صلاحیت دادگاه از نظر اشخاص [صلاحیت شخصی]*

۳۲. صلاحیت شخصی محدود به اشخاص حقیقی است که مباشر، معاون، شریک و محرك جنایات مذکور بوده‌اند (مواد ۶ و ۷). اساسنامه برای تعقیب کیفری اشخاص حقوقی – چه دولتی و چه غیردولتی – مقرراتی وضع نکرده و یا حتی امکان اعلام گروهها یا سازمانهایی به عنوان مجرم را، مانند آنچه در اساسنامه دادگاه نورنبرگ (ماده ۱۰) پیش‌بینی شده بود، برای دادگاه پیش‌بینی نکرده است.

۳۳. جنایات جنگی مأموران زیردست موجب سلب مسؤولیت کیفری یا انضباطی مقامهای مافوق آنان نمی‌شود، به شرط آنکه اینان بدانند چنین اعمالی در شرف ارتکاب است و اقدام لازم برای جلوگیری از آن انجام ندهند (بند ۳ ماده ۷). این قاعده پیش از این نیز در نخستین پرونکل الحقی (بند ۲ ماده ۸۶) قید شده بود. از این مقدمه چنین نتیجه گرفته می‌شود که یک جنایت جنگی را که توسط مأموری صورت می‌گیرد می‌توان کلاً^۸ یا جزئاً^۹ به مافوق وی نسبت داد، همچنانکه از اساسنامه و احکام دادگاههای نورنبرگ (ماده ۶) و توکیو (ماده ۵) و از سوابق امر مانند پرونده‌های یاماشیتا^{۱۰}، لیست^{۱۱}، میر^{۱۲} و فن‌لیب^{۱۳} استنباط می‌شود.

* Ratione personae

8. Yamashita, Manila, U.S. Mil. Comm., 7 Dec. 1945, A.D., 1946, 257.

9. List, Nuremberg, U.S. Mil. Trib., 19 Febr. 1948, A.D., 1948, 652.

10. Meyer, Aurich, Can. Mil. Crt., 28 Dec. 1945, A.D., 1946, 332-333.

11. Von Leeb, Nuremberg, U.S. Mil. Trib., 28 Oct. 1948, A.D., 1948, 387.

ج. صلاحیت دادگاه از نظر محل و زمان ارتکاب جرم^۰

۳۴. صلاحیت دادگاه از نظر محل و زمان ارتکاب جرم محدود به اعمالی است که در سرزمین یوگسلاوی سابق «در فاصله زمانی اول ژانویه ۱۹۹۱ و تاریخی که شورای امنیت پس از استقرار صلح تعیین خواهد کرد» ارتکاب یافته و می‌باید (ماده ۸ قطعنامه ۸۲۷ شورای امنیت، مورخ ۲۵ مه ۱۹۹۳، بند ۲).

دادگاه مورد بحث بر عکس دیوان کیفری ۱۹۳۷ و مانند دادگاههای نورنبرگ و توکیو، دادگاهی است زاده اوضاعی خاص و باید پس از وقایعی که موجب ایجاد آن شده است، باقی بماند. گفتنی است بند ۲ قطعنامه ۸۲۷ شورای امنیت (که حکم به تأسیس دادگاه داده است) عبارت بند ۲ قطعنامه ۸۰۸ را (که اصل ایجاد دادگاه را پذیرفته است) تکرار می‌کند، اما با تغییری که حاکی از محدودیت قلمرو دادگاه است، یعنی مقرراتی دارد که دادگاه «منحصرآبا هدف رسیدگی به اتهام اشخاص... الى آخر» تشکیل می‌باید (تأکید از ماست) (مقایسه شود با متن نخستین قطعنامه ۸۰۸، بند ۱۱ این مقاله).

از نظر جغرافیایی صلاحیت دادگاه محدودتر از صلاحیت دادگاه نورنبرگ است که می‌بایستی «به انها مجرمان جنگی که جرایم ارتکابی آنها منحصر به محدوده جغرافیایی خاصی نبود» رسیدگی می‌کرد (ماده ۱ موافقتنامه لندن مورخ ۸ اوت ۱۹۴۵). اما علت این تفاوت از طرفی مربوط به خصوصیت جهانی جنگ دوم است و از طرف دیگر مربوط به خصوصیت محدود بودن مناقشه صرب، کروات، مسلمان به سرزمین یوگسلاوی. برای صلاحیت دادگاه توکیو و دادگاه پیش‌بینی شده در کنوانسیون ۱۹۳۷ محدودیت جغرافیایی وجود نداشته است.

۳۵. در مورد تعدد صلاحیت مراجع رسیدگی، دادگاه باید حق تقدّم مراجع محلی را در حدّی که این مراجع می‌توانند اعمال مورد نظر را شناسایی

کنند، رعایت نماید. اما اگر دادگاه مورد بحث از آنها بخواهد از رسیدگی خودداری ورزند، مراجع محلی باید به اعتبار صلاحیت دادگاه مذکور قرار عدم صلاحیت خود را صادر کنند (ماده ۹). این نکته در اساسنامه دادگاههای نورنبرگ و توکیو به صراحة پیش‌بینی نشده بود. این امر در مورد دیوان کیفری ۱۹۳۷ مصدق ندارد، زیرا صلاحیت دیوان مذکور، برخلاف دادگاههای دیگر، انتخابی بود. یعنی هر دولت متعاهدی «اختیار داشت به جای رسیدگی در مراجع قضایی خود، پرونده متهم را به دیوان کیفری مذکور احواله دهد» (بند ۱ ماده ۲) (تأکید از ماست). از این نظر، کنوانسیون ۱۹۳۷ بیش از هر مورد دیگری بر حاکمیّت دولتها تأکید داشته است.

۳۴

سازمان و تشکیلات نهادی دادگاه

۳۶. دادگاهی که مقر آن در شهر لاهه خواهد بود^{۱۲} (ماده ۳) از یازده قاضی تشکیل می‌شود (مواد ۱۱ و ۱۲). دیوان کیفری ۱۹۳۷ می‌بایستی از پنج قاضی اصلی و پنج قاضی علی‌البدل تشکیل می‌یافتد که از طرف دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی، به موجب صورتی که در آن هر دولت دو داوطلب معزّفی می‌کرد، انتخاب می‌شدند (مواد ۶ و ۷). در دادگاه نورنبرگ چهار قاضی اصلی و چهار نفر به عنوان علی‌البدل از طرف چهار قدرت امضاکننده موافقنامه ۱۹۴۵ (فرانسه، انگلستان، شوروی، امریکا) انتخاب می‌شدند (ماده ۲ اساسنامه دادگاه نورنبرگ)، در حالی که در توکیو دادگاه می‌بایستی از شش تا یازده عضوی تشکیل گردد که فرمانده عالی قوای متفقین آنها را از روی فهرست نامهایی که دولتهای امضاکننده قرارداد تسلیم ژاپن به اضافه دولتهای هند و فیلیپین تنظیم می‌کردند، انتخاب می‌نمود (ماده ۲ منشور دادگاه نظامی

۱۲. مقر دیوان کیفری ۱۹۳۷ نیز می‌بایستی در لاهه باشد (ماده ۴ کنوانسیون ۱۹۳۷).

بین‌المللی).^{۱۳}

۳۷. داوطلبان شغل دادرسی در دادگاه، از طرف مجمع عمومی سازمان ملل از روی فهرستی که حدّاًکثر شامل اسامی سی و سه نفر است انتخاب می‌شوند. این فهرست را شورای امنیت از روی فهرست دیگری تنظیم می‌کند که دولتهای عضو (هر دولت می‌تواند دو نفر با ملیّتهای مختلف را معرفی کند) تهیه کرده‌اند (ماده ۱۳). این نظام بانظامی که برای انتخاب اعضای دیوان بین‌المللی دادگستری پیش‌بینی شده است تفاوت دارد. به‌ویژه در شورای امنیت و مجمع عمومی سازمان ملل، رأی‌گیری مضاعف وجود ندارد (مواد ۴ تا ۱۴ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری).

۳۸. یازده قاضی دادگاه بین دو شعبه تقسیم می‌شوند. دو دادگاه بدروی هر یک از سه قاضی، و یک دادگاه تجدیدنظر از پنج قاضی تشکیل می‌گردد (مواد ۱۱ و ۱۲). در واقع، برای هر فرد محکوم یا برای دادستان (به شرح آنی) این امکان پیش‌بینی شده است که از تصمیمات دادگاه بدروی درخواست تجدیدنظر کنند، اما این درخواست به شرطی پذیرفته می‌شود که تصمیم بدروی ناشی از اشتباهی موضوعی باشد که موجب امحای عدالت گردیده است (ماده ۲۵). حق تجدیدنظر محدودتر از حق است که در حقوق داخلی مقرر شده است. در حقوق داخلی، جز در موارد استثنایی پیش‌بینی شده در قانون، حق تجدیدنظر در مورد هر تصمیمی که به زیان درخواست‌کننده اتخاذ شده باشد، شناخته شده است. با وجود این، حق مذکور موضع‌تر از حق درخواست رسیدگی فرجامی است، بدین بیان که دادگاه تجدیدنظر حق رسیدگی به ماهیت دعوا را دارد، در حالی که دیوان کشور بلژیک اصولاً، جز در مورد نقض قوانین، حق رسیدگی دیگری ندارد. بعلاوه، دادگاه تجدیدنظر با داشتن حق تأیید، فسخ یا اصلاح تصمیم نخستین، به ماهیت دعوا خاتمه می‌دهد (بند ۲ ماده ۲۵).

۱۳. سرانجام، یازده قاضی انتخاب شدند که هر یک تابعیت یکی از کشورهایی را که در جنگ با ژاپن شرکت داشتند دارا بودند: استرالیا، کانادا، چین، انگلستان، فرانسه، هند، هلند، زلاندنو، فیلیپین، امریکا و شوروی.

۳۹. تأسیس دادگاه دو مرحله‌ای یا دو درجه‌ای از نظر رسیدگی، در مقایسه با دادگاه نورنبرگ که در آن تصمیمها «قطعی و غیرقابل تجدیدنظر» بوده است (ماده ۲۶ اساسنامه دادگاه نورنبرگ)، تأسیس جدیدی به شمار می‌رود. در مورد دادگاه توکیو فقط پیش‌بینی شده بود که فرمانده کل نیروهای متفقین می‌تواند مجازات را تخفیف دهد (ماده ۱۷ اساسنامه). در مورد دیوان کیفری ۱۹۴۷، تجدیدنظر از احکام محکومیت فقط برای موارد تعیین شده در آییننامه‌ای که دیوان می‌باشد آن را تصویب می‌کرد، مقرر شده بود (ماده ۴۲). با این همه، تأسیس دادگاه دو مرحله‌ای در حقوق بین‌الملل بی‌سابقه نیست. اگر در دیوان بین‌المللی دادگستری یا در دیوان اروپایی یا امریکایی حقوق بشر یا در دیوان دادگستری جوامع اروپایی چنین تأسیسی وجود ندارد، این مراجع برای بعضی اصحاب دعوا و در بعضی شرایط خود دادگاه تجدیدنظر محسوب می‌شوند: بدین‌گونه است نقش و وظیفه دیوان بین‌المللی دادگستری در مورد تصمیم‌های دادگاه‌های اداری سازمان ملل متعدد و سازمان بین‌المللی کار، دیوانهای استراسبورگ و سن‌خوزه به ترتیب برای گزارش‌های کمیسیون‌های اروپایی و امریکایی حقوق بشر، و دیوان لوكزامبورگ برای تصمیم‌های دادگاه بدوى. همچنین باید یادآوری کنیم که هفت‌تین کنوانسیون ۱۹۰۷ لاهه امکان درخواست تجدیدنظر از تصمیم دادگاه‌های ملی را در دیوان بین‌المللی دادگستری پیش‌بینی کرده بود، اما این امر هیچگاه تحقق نیافت، زیرا کنوانسیون هرچند به امضای ۲۳ دولت رسید لیکن فقط یک ایزار و سند الحقی به دست آورد و در عوض هرگز به تصویب نهایی نرسید.

۴۰. همچنین یک دادستان در معیت دادگاه انجام وظیفه می‌کند که از طرف شورای امنیت تعیین می‌گردد (ماده ۱۶) و نیز دادگاه، دیرخانه‌ای خواهد داشت که اعضای آن را دبیر کل سازمان ملل تعیین می‌کند (ماده ۱۷). در معیت دادگاه‌های نورنبرگ و توکیو نیز یک دادسرای بین‌المللی وجود داشت که اعضای آن را به ترتیب امضاكنندگان موافقت‌نامه ۸ آوت ۱۹۴۵ (ماده ۱۴ اساسنامه دادگاه نورنبرگ) و هر یک از دولتها بی‌که با زاین وارد جنگ شده بودند (بند ب ماده ۸ منشور دادگاه توکیو) تعیین می‌کردند.

این حال «نظر می دهد که آیا تعقیب متهم ضروری است یا نه» (بند ۱ ماده ۱۸). این معنی همان نظام قدیمی مناسبت داشتن آغاز تعقیب کیفری^{۴۴} است. در مورد دیوان کیفری ۱۹۳۷، دیدیم که امر ارجاع به دیوان منحصراً منوط به اراده دولت مربوط بود (شماره ۱۲۵ این مقاله)، اما همین که امر به دیوان ارجاع می شد، دیوان مذکور می توانست اجازه دهد که شخص زیان دیده از جرم به عنوان مدعی خصوصی طرح دعوی کند (بند ۲ ماده ۲۶).

۴۵. در آنچه مربوط به بازداشت متهم و حضور او در دادگاه است، تمام دولتهای عضو سازمان ملل متحد «موظفند» در مورد شناسایی و جستجوی اشخاص، تهیه دلایل، ارسال مدارک و بهویژه بازداشت و تحويل کسانی که دادستان برای آنها قرار بازداشت یا برگ جلب صادر کرده است، با دادگاه همکاری کنند (ماده ۲۹).

با توجه به اینکه مقر دادگاه در لاهه است، کشور هلند نزوماً باید وظایف خاص مربوط به تحويل گرفتن و نگهداری متهم را عهده دار شود. این تعهدات مربوط به کشور میزبان در کنوانسیون ۱۹۳۷ (بند ۲ ماده ۳۱) پیش بینی شده است.

۴۶. جلسات دادرسی علنی است جز در موردی که دادگاه محاکمه را غیرعلنی اعلام کند (بند ۴ ماده ۲۰ و ماده ۲۲). ماده ۲۱ تمام تضمینهای پیش بینی شده در بندهای ۱ تا ۳ ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ را در مورد متهمان تأیید می کند از قبیل اصل برائت، رعایت حق دفاع، حق برخورداری از محاکمه منصفانه وغیره.

۴۷. همچنانکه در دادگاه نورنبرگ (بند ب ماده ۲۴) و دادگاه توکیو (بند ب ماده ۱۵) مقرر شده بود، دادگاه از متهم سؤال می کند آیا خود را گناهکار می داند یا نه (بند ۳ ماده ۲۰). این نظام که معمولاً خاص کشورهای «کامن لا» است – و در مورد دیوان کیفری ۱۹۳۷ پیش بینی نشده بود – مخصوصاً موجب کوتاهی مدت دادرسی می گردد: اگر متهم بپذیرد که «مقصر» است، دیگر درباره

^{۴۴} برای اطلاع بیشتر در این زمینه رک. دکتر منوچهر خزانی: «سیستم قانونی بودن و سیستم موقعیت داشتن تعقیب کیفری»، نشریه دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، دوره دوم، ش. ۲، ۱۳۶۵، صص ۶۹-۸۵.

اعمال او و قابلیت انتساب آنها به وی بحث نمی‌شود، بلکه فقط در مورد کیفیات مخففه که موجب کم شدن مجازات است تصمیم گرفته می‌شود. یعنی فقط شخص متهم به عنوان یک انسان است که مورد محاکمه قرار می‌گیرد.

اگر متهم خود را «مقصر» نداند، ابتدا به دلایل اتهام رسیدگی می‌شود. در اینجا سخن از آعمال متهم است نه از شخص او، و اگر دلایل معتبر شناخته شد، مانند مورد قبلی عمل می‌شود، یعنی به کیفیات مخففه رسیدگی می‌کنند.

۴۸. به موجب بند ۴ ماده ۲۱ هر متهمی حق دارد:

(...)

ج. در دادرسی حاضر شود و خود از خویش دفاع کند.»

در گزارش دیرکل سازمان ملل متحده آمده است که این امر (ماخوذ از بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶) رسیدگی غیابی را متفقی می‌سازد. به عقیده ما این تفسیر موجب می‌شود که به متن مراجعه کنیم: این حقیقت که متهم حق دارد در دادگاه حاضر باشد، منافی با آن نیست که دادگاه غیاباً رسیدگی کند، مشروط بر آنکه متهم امکان آن را داشته باشد که از حق حضور در دادگاه استفاده نماید. اگر پذیریم که حق متهم مبنی بر حضور در دادگاه مانع از رسیدگی غیابی می‌گردد، این امر را نیز پذیرفته‌ایم که متهم با خودداری از حضور در دادگاه می‌تواند نهایتاً مانع انجام دادرسی شود. این تفسیر منتهی به «نتیجه‌ای آشکارا بی معنی و نابخردانه» می‌گردد (ماده ۳۲ کنوانتسیون وین درباره حقوق معاهدات) و بنابراین باید مردود شناخته شود، هم به دلیل بی معنی بودن آن^{۱۵} و هم به دلیل تأثیر مفیدی که باید ماده ۱ اساسنامه دارا باشد که دادگاه را مأمور می‌کند «درباره اشخاص مسؤول، رسیدگی و اظهارنظر نماید» (شماره ۱۸ این مقاله).

وانگهی، شایان توجه است که بلژیک و فرانسه دو عضو امضاکننده میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ هستند بی‌آنکه درباره بند ۳ - ماده ۱۴ آئین دادرسی خود، مبنی بر تجویز صدور رأی غیابی به موجب حقوق داخلی،

۱۵. «هر تفسیری که منتهی به بی معنی بودن متن شود باید مردود شناخته شود». رک. حقوق افراد یا اصل قانون طبیعی اثر واتل (Vattel) و آثار متعدد دیگر در این زمینه.

شرطی کرده باشند.

فقط یک دولت – یعنی ایتالیا – تصریح کرده که مقررات بند ۳ - د ماده ۱۴ «با مقررات جاری ایتالیا مربوط به حضور متهم در دادرسی منطبق بوده است».

وانگهی، این اعلامیه که به منزله «حق شرط» تلقی نمی‌گردد با هیچ اعتراضی روبرو نشده است.

بنابراین، مبالغه است اگر بگوییم که بند ۳ - د ماده ۱۴ میثاق، هرگونه رسیدگی غیابی را متنقی می‌سازد و می‌توان نتیجه گرفت که بند ۴ - د ماده ۲۱ مشابه اساسنامه باید متنضمّن همین معنی باشد؛ یعنی اینکه حق حضور متهم در دادگاه مانع رسیدگی غیابی نیست، مسلماً بدان شرط که وی در وضعي باشد که بتواند در محاکمه خود شرکت کند.

در واقع، باید یادآوری کرد که در بلژیک یا فرانسه مقررات متقابلى وجود دارد که به متهمی که درباره وی رأی غیابی صادر گردیده حق داده شده است که محکومیت را بی اثر کند و خواستار دادرسی جدیدی با حضور خود او شود.

چنین مقرراتی در اساسنامه دادگاه پیش‌بینی نشده است؛ بنابراین رسیدگی غیابی در مورد متهم جایز نیست، مگر آنکه متهم مطمئناً از تعقیب خود مطلع باشد. اگر این شرط عملی شده باشد و متهم از حق حضور خود در دادگاه استفاده نکند، در این حال دادگاه می‌تواند – و دادرسان باید این معنی را احراز کنند – که با توجه به آنچه در سطور گذشته گفته شد، حکم غیابی صادر نمایند. در مقابل، بند ۴ - د ماده ۲۱ دادگاه را منع کرده است درباره متهمی که از دادرسی مطلع نیست یا نمی‌تواند به عللی خارج از اراده او در دادگاه شرکت جوید، غیاباً رسیدگی کند.

۴۹. با این همه، صدور رأی غیابی با دو اشکال ظریف حقوقی دیگر مواجه می‌شود که باید رفع گردد.

– فقدان هرگونه مقرراتی در اساسنامه دادگاه که صدور چنین رأیی را تجویز نماید؛ در حالی که یک دادگاه هیچگاه نمی‌تواند صلاحیتی جز آنچه

صریحاً به آن تفویض شده است اعمال کند. نیز این نکته شایان توجه است که در اساسنامه دادگاههای نظامی بین‌المللی نورنبرگ (ماده ۱۲) و توکیو (بندج ماده ۱۲) صریحاً پیش‌بینی شده است که نسبت به متهمان غایب نیز می‌توان رسیدگی کرد، اما در مورد دیوان کیفری ۱۹۳۷ هیچ‌گونه تصریحی وجود ندارد.
— غیرقابل اجرا بودن بعضی از مقررات در غیاب متهم؛ مثلاً عدم امکان اینکه از متهم سؤال شود آیا اتهام را قبول دارد یا نه.

با وجود این، در جهت مخالف این معنی، می‌توان به امکان صدور رأی غایبی به اصل اعطای اثر مفید به ماده ۱ اساسنامه استناد کرد (شماره ۴۸ این مقاله). بعلاوه، باید در نظر داشت که اجرای عدالت نباید با فرار متهم و خودداری او از استفاده از حقوقی که برایش شناخته شده است، متوقف گردد.
بدین‌گونه، در حقوق انگلستان نیز با اینکه از متهم سؤال می‌شود آیا اتهام را قبول دارد یا نه، پذیرفته شده که «ممکن است متهم در دادرسی غایبی هم مورد محاکمه و حکم قرار گیرد».

۵۰. به نظر می‌رسد در پشت تفسیر بخش بند ۴ - د ماده ۲۱ مبنی بر ممکن نبودن رسیدگی غایبی، توجه به اشکال مهمتری وجود داشته باشد. دادستان دستور جمع آوری دلایل را صادر می‌کند اما حق انتشار آنها را ندارد و نمی‌تواند تا زمانی که به حضور متهم در دادرسی مطمئن نشده است، هیچ‌گونه تعقیبی عمل آورد. با توجه به این نکته، متهمی که نمی‌داند در مورد او به جمع آوری دلایل و تحقیق پرداخته‌اند، در اینکه در خاک دولتش بماند که چندان تمایلی به تحويل او به دادگاه ندارد، مراقبت چندانی نشان نمی‌دهد و در نتیجه می‌توان او را در سفر به کشوری که متمایل به همکاری با دادگاه است، آسان‌تر دستگیر کرد.

اگر این برداشت درست باشد، تا حدی جنبه نظری دارد: آیا می‌توان تصوّر کرد که دادگاه بتواند دستور تعقیب و برگ جلب بین‌المللی صادر کند و مثلاً آن را در اختیار پلیس جنایی بین‌المللی (انترپل) بگذارد و با این تصوّر که ممکن است بعضی دولتها نسبت به متهمان نظر مساعدی داشته باشند، از مراجعة مستقیم به دولتها خودداری ورزد؟

از نظر عملی، تحقّق این امر دشوار به نظر می‌رسد و به طور کلّی جای تردید است متّهم مدّتی مدید از پرونده‌ای که علیه او تشکیل شده بی‌خبر بماند. در این صورت، آیا بهتر نیست که در هر حال برگ جلب متّهم صادر گردد و تحت تعقیب قرار گیرد، و حتّی اگر در جلسه دادگاه حضور نیابد و دادگاه اتهام را محرز بداند او را غیاباً محکوم کند؟ آیا این محکومیت نمادین (سمبیلیک)، هم برای جامعه بین‌المللی و هم برای قربانیان عمل متّهم، بهتر نیست؟

در این حال، شخص محکوم نه تنها مجبور است در کشوری که در آن پناه گرفته است بماند – و چه با شورای امنیت برای این کشور به سبب عدم همکاری با دادگاه مجازاتی تعیین کند – بلکه همیشه دچار این خطر هست که سیاست حکومت حامی او تعییر کند یا اصولاً حکومت عوض شود و نسبت به درخواستهای دادگاه مبنی بر تحويل او به دادگاه پاسخ مثبت بدهد.

یک مسأله دیگر باقی می‌ماند: با توجه به فقدان مقرّراتی در اساسنامه دادگاه مبنی بر تجویز صدور رأی غایبی، در این نکته که آیا دادگاه دارای چنین اختیاری هست یا نه، تردید بسیار وجود دارد.

۵

وسایل دفاعی متّهم

۵۱. مسلّماً متّهم می‌تواند برای مقابله با اتهام خود به تمام وسایل عملی و حقوقی مجاز متّوسل شود. با این همه، بعضی از وسایل دفاعی از او سلب شده یا محدود گردیده است.

بدین‌گونه، همان‌طور که در دادگاه نورنبرگ (به موجب مادّة ۷) و در دادگاه توکیو (به موجب مادّة ۶) مقرّر شده بود، عنوان رسمي متّهم از قبیل رئیس دولت یا رئیس حکومت یا کارمند عالی‌رتبه مانع از تعقیب نمی‌گردد و از کیفیات مخفّفه نیز به شمار نمی‌رود (بند ۲ مادّة ۷). به عبارت دیگر، اساسنامه دادگاه مصونیت قضایی ناشی از سنت حقوقی برای رهبران (حکمرانان) بیگانه

را منتفی دانسته است.

همچنین در اینجا نیز مانند دادگاه نورنبرگ (به موجب ماده ۸) و دادگاه توکیو (به موجب ماده ۶) امر و دستور مافوق عمل مأمور را توجیه نمی‌کند و حدّاًکثر، چنانچه عدالت اقتضا نماید، ممکن است موجب تخفیف مجازات گردد (بند ۴ ماده ۷).

و سرانجام، به موجب قاعدة «هیچ کس برای یک عمل دوبار محکوم نمی‌شود» یک دادگاه ملی نمی‌تواند کسی را که در دادگاه مورد نظر ما به علت ارتکاب همان عمل مورد محاکمه قرار گرفته است تعقیب کند. اما این قاعدة مانع نمی‌شود دادگاه کنونی کسی را که به سبب ارتکاب همان عمل در کشوری مورد محاکمه قرار گرفته است تعقیب کند، در صورتی که عمل او در دادگاه کشور مذکور جرم عمومی شناخته شده یا اگر مورد شبیه موارد امتناع از رسیدگی باشد (ماده ۱۰). خصوصیت یکجانبه بودن استثناء موجب می‌گردد که متهم نتواند برای فرار از مجازات به محاکمات ملی و رسیدگیهای داخلی یک کشور، که کاملاً جنبه صوری دارد، متولّ شود. به همین دلایل، در حقوق بلویک قاعدة «هیچ کس برای یک عمل دوبار محاکمه نمی‌شود» در موردی که متهم در کشور خارجی محاکمه شده است إعمال می‌گردد، مگر آنکه آعمال مذکور در زمان جنگ ارتکاب یافته باشد.



هیچ کس برای یک عمل دوبار محاکمه نمی‌شود

۵۲. اساسنامه دادگاه، با الهام از تحول کنونی جامعه بین‌المللی که تعاییل به لغو مجازات اعدام دارد، بحق تنها کیفرهای زندان را پیش‌بینی می‌کند (بندهای ۱ و ۲ ماده ۲۴)^{۱۶}. از این نظر، اساسنامه دادگاه محدود‌کننده‌تر از

۱۶. از سال ۱۹۷۱ تأکید‌کرده است که «هدف مطلوب»، «الفای کامل»، مجازات اعدام است. همچنین رجوع شود به پروتکل شماره ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر موزخ ۲۸ آوریل ۱۹۸۴ و دومین پروتکل اختیاری راجع به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، موزخ ۱۵ دسامبر ۱۹۸۹.

اساستانمه‌های دادگاه نورنبرگ (مواد ۲۷ و ۲۸) و دادگاه توکیو (ماده ۱۶) است که به آنها اجازه می‌داد مجازات اعدام یا «هرگونه کیفری را که دادگاه عادلانه بداند» إعمال نمایند. همچنین محدودکننده‌تر از کنوانسیون ۱۹۳۷ است که پذیرفته بود دیوان کیفری، مجازاتی را که در حقوق دولتی که از دیوان تقاضای رسیدگی کرده یا دولتی که عمل در خاک آن به وقوع پیوسته است، مقرر می‌دارد و اگر قوانین مختلف و موازی وجود داشته باشند، دادگاه مکلف است «قانونی را که شامل مجازات کمتر است» إعمال کند (ماده ۲۱).

اساستانمه نه کیفر نقدی تعیین کرده است و نه مجازات جایگزین. حتی هزینه و مخارج دادرسی به عهده محکوم نیست. لازم است یادآوری شود که هزینه دادگاه از محل بودجه عادی سازمان ملل تأمین می‌گردد (ماده ۳۲).

۵۳. درباره دامنه مجازات زندان، اساسنامه پیش‌بینی کرده است که باید به جدول عمومی مجازاتهای زندان معمول در دادگاههای یوگسلاوی سابق مراجعه کرد (بند ۱ ماده ۲۴). بنابراین، مجازاتهای کیفری حقوق داخلی در مورد جرایم بین‌المللی إعمال می‌گردد. این تصمیمی عاقلانه است زیرا قاعدة «هیچ عملی جرم نیست مگر آنکه کیفری قانونی برای آن تعیین شده باشد» نقض نمی‌شود، از آن‌رو که مجازاتهای همانهایی هستند که حقوق معمول در کشوری که جرم در آن ارتکاب یافته است، پیش‌بینی می‌کند.

کنوانسیون ۱۹۳۷ نیز نظامی تقریباً مشابه پیش‌بینی کرده بود (شماره ۵۲ این مقاله).

ما نمی‌دانیم که آیا حقوق کیفری قابل اجرا در یوگسلاوی یا در جمهوریهای جدید، مخصوصاً برای جرایم مندرج در اساسنامه، مجازاتی تعیین کرده است یا نه. در صورتی که مجازاتی تعیین نکرده باشد، می‌توان به محض اینکه مجازاتی برای جرایم منطبق با آنها در حقوق عمومی تعیین گردید، آنها را در دادگاه إعمال نمود. این تصمیمی است که بسیاری از دولتها باید که با مسئله تعقیب جنایتکاران جنگی مواجه بودند و قانون مجازات آنها به ویژه برای جنایات جنگی، مجازاتی تعیین نکرده بود، آن را پذیرفتند. استدلال این بود که این جنایتها منطبق با نوع جرایم حقوق عمومی است و در نتیجه می‌توان عاملان آن

را، تا هنگامی که حقوق جنگ آن جنایات را مجاز نشمرده است، محکوم کرد.
۵۴ در قلمرو مدنی، دادگاه «می‌تواند به استرداد کلیه اموال و منابعی که
محکومان از راههای غیرقانونی تحصیل کرده‌اند به صاحبان آنها رأی دهد» (بند
۳ ماده ۲۴). اگر این موضوع تصریح هم نشده بود، به عقیده ما، مسلماً این
«استرداد» مانند هرگونه رفع خسارت مدنی متضمن قاعدة «اعادة کامل اموال به
صاحب آن» بود که این قاعده نیز شامل دو قاعدة زیر است: «جبران خسارتی که
مستقیماً معلوم عمل مشتکی عنه است» و «جبران عدم التفع». اگر این نکات در
مورد خطاهای مدنی صادق باشد، به طریق اولی باید در مورد خطاهای کیفری
نیز ملاک قرار گیرد.

اما این موضوع ما را با این مسأله مواجه می‌کند که بدانیم آیا در قلمرو
«خطا»‌ی پیش‌بینی شده در حقوق داخلی قرار داریم یا در قلمرو «عمل
غیرمشروع» حقوق بین‌الملل؟ مورد ما به معنای اخص نه این است و نه آن: نه
حقوق یوگسلاوی درباره مسؤولیت مجراست چون دادگاه مورد بحث به
مجازاتهای حقوق بین‌الملل حکم می‌دهد (شماره ۸ این مقاله)، و نه طبق حقوق
ستی مربوط به مسؤولیت بین‌المللی است، زیرا «عمل غیرمشروع» در شرایط
کنونی محدود به «رفتاری است که به موجب حقوق بین‌الملل به دولتها نسبت
داده می‌شود» (ماده ۳ پیش‌نویس مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به
مسؤولیت دولتها) (تأکید از ماست)، در حالی که در شرایط مورد بحث، ما فقط با
اعمالی که به افراد منتبه می‌گردد، سروکار داریم.

با وجود این، باید گفت با توجه به حقوقی که دادگاه مورد بحث مجرماً
می‌دارد، باید حقوق بین‌الملل برحق مربوط به جبران خسارت حاکم باشد، اما
چون این حقوق درباره جبران خسارت ناشی از اعمالی که به موجب حقوق
بین‌الملل غیرمشروع شمرده شده و عامل آن افرادند، مطلب قابل توجهی
ندارد^{۱۷} بی‌شك باید از طریق قیاس و تمثیل^{۱۸} اصل اعاده کامل مال به صاحبیش

۱۷ خارج از دایره بعضی از نظامهای قراردادی مسؤولیت «عینی» و محدودیت جبران خسارت، رجوع کنید به
کنوانسیون ورشو مصوب ۱۹۳۹ اکبر^{۱۹} درباره مسؤولیت حمل و نقل هواپی و ادوات تابعه، کنوانسیون
پاریس مصوب ۱۹۶۰^{۲۰} درباره مسؤولیت مدنی در زمینه انرژی هسته‌ای، کنوانسیون تكمیلی
بروکسل موزخ ۳۱ ژانویه ۱۹۶۳^{۲۱}، کنوانسیون بروکسل مصوب ۱۹ نوامبر ۱۹۷۶^{۲۲} وغیره.

را که حقوق بین‌الملل برای دولتها پیش‌بینی کرده و در دعواهای بسیار مشهور کارخانه خورزو یادآوری گردیده است، اعمال نمود. رأی صادره در پرونده مذکور در ۱۳ سپتامبر ۱۹۲۸ حاکی است:

«... جبران خسارت باید حتی الامکان کلیه آثار عمل نامشروع را جبران کند و وضعی را که به احتمال قریب به یقین در صورت عدم وقوع بزه وجود می‌داشت برقرار دارد. باید وضع عیناً به حال اول برگردد، و در صورت عدم امکان باید مبلغی برابر با ارزش اعاده وضع پرداخته شود. اگر خسارتی وارد شده باید جبران گردد و زیان واردهای که اعاده وضع به حال اول یا مبلغی را که جانشین آن شده، تأمین نکرده است، باید جبران شود...»

جنایت پیش‌بینی شده در حقوق بین‌الملل که عامل آن فردی از افراد باشد و عليه فرد دیگر صورت گیرد، یا عمل غیرمشروعی که دولتی به زیان یکی از افراد مرتکب شود، در هر دو مورد مجنی عليه یک فرد است و خسارتی که واقعاً به او وارد آمده باید «طبق معیار منظور شده برای جبران خسارت» ترمیم گردد. (این عین عبارتی است که دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی درباره جبران اعمال غیرمشروع دولت بکار برده است).

۵۵. همانند دادگاههای نورنبرگ و توکیو، اساسنامه مورد بحث نیز حق زیان دیده از جرم را برای اینکه به عنوان مدعی خصوصی در دادگاه طرح دعوی کند پیش‌بینی نکرده است؛ بنابراین فرض طرح دعواهای ترمیم نیز منتفی است. با وجود این، چون دادگاه می‌تواند حکم به اعاده وضع به حال اول به سود مجنی عليهم (بزه‌دیدگان) بدهد (بند ۳ ماده ۲۴)، منطقی خواهد بود که اینسان مجاز باشند حقوق خود را برآورد کنند و آن را به دادستان تسلیم نمایند و حتی به عنوان «گواه» مستقیماً به دادگاه بدهند (استماع اظهارات گواهان به ویژه از بنده ۲۱ و ماده ۲۲ استنباط می‌گردد).

کنوانسیون ۱۹۳۷ به مدعیان خصوصی اجازه می‌داد هنگامی که دیوان کیفری باید درباره خسارات و زیانها رأی بدهد، در جلسات شرکت کنند (بند ۲ ماده ۲۶).

۵۶. تا آنجا که مربوط به اجرای مجازات است، هنوز زندان بین‌المللی وجود ندارد! بنابراین، به عهده دولتهاست که به شورای امنیت اعلام دارند حاضرند محاکومان را بذیرند و به عهده دادگاه است که از میان دولتها مذکور دولتی را که زندانی کردن محاکوم را تضمین کند، برگزینند (ماده ۲۷). این ترتیب تقریباً نظریه مقررات کنوانسیون ۱۹۳۷ است (ماده ۴۰).

این همکاری دولتها با دادگاه مسأله مخارج و هزینه‌های مربوط که دولتها پرداخت آن را به عهده می‌گیرند و نیز مسأله مسؤولیت اعمال غیرمشروعی را که بهویژه دولتها تعهدکننده اجرای مجازات ممکن است مرتکب شوند، مطرح می‌سازد. این دو نکته را جداگانه بررسی می‌کنیم.

۵۷- چه مقامی هزینه‌های بازداشت، نگهداری و جابجا‌یابی متهم و اجرای مجازات را به عهده می‌گیرد؟ آیا این مخارج جزء «هزینه‌ها»ی دادگاه پیش‌بینی شده در ماده ۳۲ اساسنامه آن است (شماره ۱۵ این مقاله)، یا به عهده دولتها بی‌است که منحصراً موضوع مربوط به آنهاست؟

به عقیده ما اگر عملیات حفظ صلح، جز در موارد استثنایی، مربوط به بودجه عادی سازمان ملل باشد (با توجه به گزارش کمیته ویژه اعمال حفظ صلح موافق ۴ زوئن ۱۹۹۲) در این مورد نیز چنین است؛ دولتها بی‌که با دادگاه همکاری می‌کنند باید تأدیه مخارجی را که متحمل شده‌اند از سازمان ملل بخواهند. وانگهی، هیچ چیز مانع از آن نیست که سازمان ملل بتواند در دادگاه علیه دولتی نیز که در اعمال مجرمانه موضوع حکم محکومیت به نوعی مشارکت داشته است، برای گرفتن هزینه‌های متحمله اقدام به طرح دعوی نماید.

۵۸- مسائل ناشی از اجرای مجازاتها به عهده کیست؟ آیا دولت در عمل به عنوان عامل سازمان ملل اقدام می‌کند؟ اگر دولت مرتکب نقض حقوق بین‌الملل - از هر نوعی که باشد - بشود، آیا مسؤولیت متوجه اوست یا متوجه سازمان ملل؟

جادارد در این مورد بحث بسیار گسترش داده شود، اما در اینجا به همین اندازه اکتفا می‌کنیم که در فرض کلاسیک مسؤولیت برای عمل دیگری، کمیسیون حقوق بین‌الملل مسؤولیت اتحاصاری یک دولت را برای عملی که از

نظر بین‌المللی غیرمشروع است و دولت دیگری مرتکب آن شده، نمی‌پذیرد مگر آنکه دولت دوم تابع «قدرت اداری یا کنترل» دولت اول باشد (طرح مواد مربوط به مسؤولیت دولتها، بند ۱ ماده ۲۸)، یعنی در مورد تحت‌الحمایگی یا وضع دولت فدرال یا اشغال دولت خارجی. در موارد دیگر، دولتی که مرتکب عمل غیرمشروع شده دارای مسؤولیت ویژه است.

در مورد حاضر، اساسنامه دادگاه فقط پیش‌بینی کرده است:
«اجرای کیفر زندان تابع قواعد داخلی دولت مربوط است تحت نظارت دادگاه بین‌المللی.» (ماده ۲۷)

به نظر نمی‌رسد دولتی که مجازات را اجرا می‌کند به منزله عامل اجرای سازمان ملل محسوب گردد، حتی اگر حبس شخص محکوم «تحت نظارت دادگاه» باشد (ماده ۲۷). در نتیجه، دولت مذکور دارای مسؤولیت حقوقی متمایز از مسؤولیت سازمان ملل است و در مورد اعمال غیرمشروعی که ممکن است مرتکب شود دارای مسؤولیت جداگانه‌ای خواهد بود. دولت شبیه نماینده وکیل است که در حقوق مدنی «نه تنها در مورد تقلب، بلکه در مورد خطاهایی که ضمن انجام امور مرتکب می‌شود نیز پاسخگوست» (ماده ۱۹۹۲ قانون مدنی بلژیک). به گونه‌ای مشابه در حقوق جامعه ملل سابق، هر دولت نماینده سازمان ملل ممکن بود از طرف دولت دیگر عضو، به منظور حل هرگونه اختلاف در خصوص تفسیر یا اجرای نمایندگی، به دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی فراخوانده شود.

با این همه، این مسؤولیت ویژه دولت باید مسؤولیت سازمان ملل را برای آعمال منتبه به دادگاه، مثلاً به سبب عدم نظارت کافی در حبس محکوم، منتفی سازد.

۵۹. باید متوجه بود بر عکس آنچه معمولاً در کنوانسیون‌های راجع به معاهدت قضایی متقابل در مورد احالة تعقیب کیفری، اجرای احکام خارجی یا نقل و انتقال زندانیان پیش‌بینی می‌گردد و در آنها قانون دولتی که از آن تقاضا به عمل آمده است جانشین قانون دولت تقاضاکننده می‌شود، قانون دولتی که

محکوم را می‌پذیرد در مورد کیفر زندان وی اجرانمی‌گردد و، همچنانکه دیدیم، این عمل «زیر نظارت دادگاه بین‌المللی» خواهد بود (ماده ۲۷). بدین ترتیب، عفو یا تخفیف مجازات محکومان که به موجب قانون دولت محل اجرای مجازات إعمال می‌گردد، به محکوم دادگاه بین‌المللی تسری نمی‌یابد، مگر با اجازه رئیس دادگاه پس از مشاوره با دادرسان (ماده ۲۸).

این قاعده، در صورتی که دادگاه عمر محدودی داشته باشد و کسانی محکوم به زندان ابد یا مجازاتهای بلندمدت باشند، مسائلی ایجاد می‌کند... البته مشروط بر آنکه آراء محکومیتی صادر بشود...



آینده دادگاه

۶۰. عمر دادگاه اصولاً طولانی نیست. بدگویان عقیده دارند این دادگاه حتی برای ادامه کار نیز تأسیس نشده است، زیرا ظاهر امر نشان می‌دهد که امکان صدور رأی غیابی را ندارد (رك. شماره‌های ۴۸ تا ۵۰ همین مقاله). در هر حال، اینها اهمیتی ندارد. حتی اگر کار این دادگاه محدود به شروع تحقیقات قضایی باشد، باز هم پس از دادگاههای نورنبرگ و توکیو «دومین» مرجع بزرگ دادرسی کیفری محسوب می‌گردد و وجودش مؤید یکپارچگی فراینده جامعه بین‌المللی است که رنه ژان دوبوئی درباره آن چنین نوشت: «نوعی موازات میان فرایند سازمان این جامعه و فرایند قدرت یافتن امر قضایی شدن وجود دارد».^{۱۸}

بی‌شك، این دادگاه مانند دادگاههای داخلی به جرایمی که ارتکاب می‌یابد و ارتکاب خواهد یافت پایان نمی‌دهد، ولی می‌توان امیدوار بود در پایان بخشیدن به رسایی که بی‌کیفر ماندن عاملان جرایم به دنبال خواهد

18. R. J. Dupuy: *In Présentation synthétique de la justice internationale, Cours de l'Institut des Hautes Etudes Internationales*, Paris, 1965.

داشت، هرچند کم و مختصر، سهیم باشد.

۱۶. عدم مجازات مباشران این قبیل جرایم بیشتر یک واقعیت است تا یک جبر حقوقی. از مدنّها پیش دولتها متعهد شده‌اند جنایاتی را که دادگاه کنونی باید مورد رسیدگی قرار دهد، مجازات کنند (شماره ۲ این مقاله)، اما هر کس می‌داند که رعایت این تعهد کاملاً جنبه ظاهری داشته است.

شاید تأسیس این دادگاه دولتها را به وظایف خود مبنی بر «رعایت و صدور دستور رعایت» حقوق بین‌الملل بشردوستانه آگاه سازد و با تجویز اعزام متهمن به دادگاه، کوشش آنها را در این زمینه تسهیل کند بی‌آنکه این دولتها را وارد خود نقش اجرای عدالت بین‌المللی را عهده‌دار شوند، زیرا آشکارا پیداست که خود را در وضعی نمی‌یابند که رأساً چنین امری را متقبل گردند.

از این نظر، تأسیس این دادگاه تا حدی اعتراضی است حاکی از شکست صلاحیت جهانی؛ صلاحیتی که برای دولتها در مواردی که مسأله جرایمی در میان باشد، بیشتر دولتی و کمتر فردی شناخته شده است. دادسراهای فلان دولت بیشتر مایلند مرتكب جرم هوایی‌ماربایی را، هرچند در آن سوی دنیا اتفاق افتاده باشد، تعقیب کنند تا اینکه فلان شکنجه گر یا فلان فرمانده عالی نظامی را که در کشور مجاور با موافقت حکومتش در شکنجه یا کشتار دهها، صدها یا هزارها انسان مشارکت داشته است، تحت تعقیب قرار دهند!

با وجود این، قربانیان جرایم از لحاظ مدنی گاهی در بعضی از کشورهای غیرذی‌فعع به توفیق‌هایی دست می‌یابند. از لحاظ کیفری نیز ایسان شروع به اقدامهایی برای متقاعد کردن دادسراهای منظور رسیدگی به جرایم مذکور کرده‌اند. شکایتها بایی که به تازگی از طرف پناهندگان بوسنیایی به طرفیت عده‌ای از مسؤولان اردوگاههای صرب مبنی بر اعمال شکنجه و ارتکاب جنایت جنگی و جنایات علیه بشریت تسلیم مقامات قضایی فرانسه گردیده شاهد این مدعای است. اگر در نخستین وهله این شکایات موجب شگفتی شود، از نظر حقوقی چه بسا به محکومیت کیفری منجر گردد، همچنانکه آن را در زمینه‌ای کلّی‌تر در حقوق بلژیک مورد تأیید قرار داده‌ایم.

۱۷. از این دیدگاه، یوغسلاوی سابق تنها دولتی در جهان نیست که در

آن ابتدایی‌ترین حقوق فرد بشری شدیداً و در مقیاسی وسیع نقض شده است. بنابراین، تأسیس دادگاه کنوی را باید مرحله‌ای به سوی تأسیس یک دیوان کیفری بین‌المللی [دائمی] دانست. می‌دانیم که در ۱۹۸۹ مجمع عمومی سازمان ملل به کمیسیون حقوق بین‌الملل مأموریت داده است که طرحی در این زمینه تنظیم کند.

اگر تجربه حاضر با توفیق رویرو شود شاید بتوان، به جای عبور از راه بی‌پایان تدوین کنوانسیون بین‌المللی، اساسنامه کنوی دادگاه را در جهت تأسیس دادگاهی جهانی و دائمی، با توجه به اصلاحاتی که کمیسیون حقوق بین‌الملل در آن می‌کند، تغییر داد. برای این کار کافی است شورای امنیت همان اراده سیاسی را که برای تأسیس دادگاه حاضر معمول داشته، در این مورد نیز معمول دارد.

« دائمی کردن » دادگاه از طرف شورای امنیت، ایجاد اشکال فنی خاصی نخواهد کرد؛ یک تصمیم نهادی سازمان ملل – یک قطعنامه مجمع عمومی سازمان ملل – کافی بود تا حدود ۴۵ سال پیش « دادگاه اداری سازمان ملل » تأسیس شود، و این دادگاه همواره در کمال سلامت بسر می‌برد!



دکتر علی حسین نجفی ابرند آبادی

دکتر منوچهر خزانی

درآمدی بر پیش‌نویس

قانون بین‌الملل جزا



● مقدمه

پیشرفتهای به دست آمده در قلمرو علمی، صنعتی و فنی در سده حاضر به ویژه پس از پایان جنگ دوم جهانی، به تدریج موجب تحول جامعه جهانی، ارزشها و امیدهای انسانها شده است. توسعه صوتی - تصویری رسانه‌های گروهی و نیز رشد شبتابنده حمل و نقل بهنوبه خود ارتباط میان کشورها و شهروندان آنها را آسان و سریع نموده، بطوریکه امروزه سخن از «دهکده کوچک جهانی» به میان آورده می‌شود. ارزش‌های بشری استقرار یافته از یک سو، و ظهور ارزش‌های جدید مشترک بین‌المللی که به برگت پیشرفتها امکان رشد یافته است از سوی دیگر، سبب گردیده تا سرنوشت همه کشورها و اصولاً نوع بشر بهم گره بخورد.

بی‌تردد، یکی از ارزش‌های مشترک صلح، آرامش و امنیت و بهره‌های ناشی از آن در جامعه جهانی است. برای کلیه شهروندان جهان، از هر نژاد و مذهب و ملیتی که باشند، برخورداری از یک زندگی توأم با آرامش و امنیت که شرط اوّلیه بقای آنها و نیز تحقق پیشرفتهای علمی و صنعتی است، ارزشی حیاتی محسوب می‌گردد. لیکن تجارت تلغی تاریخی، از جمله مخاصمات

ملحانه جهانی نیمة اول سده بیستم و بهویژه ادامه در گیریهای ملحانه محلی و منطقه‌ای در چند دهه اخیر که دامنه آن به زمان حاضر نیز کشیده شده، صلح را به رویا و هدفی دست‌نیافتنی برای بشریت تبدیل کرده است.

پاسداری از ارزش‌های مشترک بشری قبل از هر چیز مستلزم وضع قواعد و مقررات لازم‌الاجراي بین‌المللی و سپس کوشش در جهت هموار کردن زمینه رعایت آنها تو سط همه ملتها و دولتهاست. نظام حقوقی بین‌المللی باید به ضرورت تهیه و تنظیم این قواعد، ساختارهای مربوط، استراتژی‌ها و وسائلی که قادر به تأمین، حفظ و حمایت از جامعه جهانی باشد و به موازات تحوّل نیازهای آن، خود نیز بتواند متحول گردد، توجه نماید. در چنین فضایی، حقوق بین‌الملل جزا به عنوان شاخه‌ای از حقوق بین‌الملل، به نوبه خود می‌کوشد تا با برخورداری از روشها و ابزارهای شایسته، همسو و هماهنگ با اهداف جهانی یعنی پیشگیری از جرایم بین‌المللی در پاسداری از منافع عام جامعه بین‌المللی و اصلاح بزهکاران گام بردارد.^۱

با پایان یافتن جنگ اول جهانی، حقوقدانان فرصت را برای از سرگیری فکر احیاء و تجدید ابتکارها و طرحهای گذشته در زمینه تدوین مقررات^۲ بین‌المللی کیفری مغتتم شمردند. با تأسیس انجمن بین‌المللی حقوق جزا در ۱۹۲۴ و عضویت علمای مشهور حقوق جزای کشورها در آن، کوششها و مطالعات تخصصی بین‌المللی در زمینه تدوین مقررات کیفری جهانی، نظم و تمرکز خاصی به خود گرفت. بند ۳ ماده ۱ اساسنامه انجمن، «هموار کردن راه توسعه علمی - نظری حقوق بین‌الملل جزا به منظور رسیدن به هدف برقراری یک حقوق جزای جهانی» را از قلمروهای اصلی فعالیت آن بر شمرده است. در همین جهت آقای پلا^۳، صاحب نظر رومانیایی حقوق جزا، از طرف انجمن مأمور شد تا پیش‌نویس یک قانون جزای جهانی را تهیه و ارائه کند. این پیش‌نویس در ۱۹۳۵ منتشر گردید.

1. Bassiouni, Chérif: «Le droit pénal international: son histoire, son objet, son contenu», in *Revue internationale de droit pénal*, 1981, p. 42.

2. Codification

3. V.V. Pella

پس از پایان جنگ دوم جهانی، نیاز شدید کشورها و ملت‌های آسیب‌دیده از دو جنگ جهانی به صلح و امنیت و تضمین تداوم آن در آینده، انجمن بین‌المللی حقوق جزا بر آن داشت تا مطالعات خود را در زمینه تدوین قانون بین‌الملل جزا و نیز اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری از سر گیرد^۴. آقای شریف بسیونی، رئیس کنونی انجمن، در مقام نماینده انجمن بین‌المللی حقوق جزا مأموریت یافت تا مجدداً در دو زمینه یاد شده به مطالعه و تحقیق بپردازد و گزارش نهایی آن را تقدیم کند. وی پس از مطالعات زیاد بین سالهای ۱۹۷۷ و ۱۹۷۹ طرح نسبتاً مفصل خود را پیرامون قانون بین‌الملل جزا^۵ تکمیل و به نام انجمن در ژوئیه ۱۹۷۹ به سازمان ملل متحده تسلیم نمود.^۶

همان طور که پلاوسکی، استاد سابق دانشگاه لیل فرانسه، می‌نویسد: «جرایم بین‌المللی اصول و ارزش‌های والای انسانی، یعنی ارزش‌های را که لازمه بقا و موجودیت صلح میان افراد بشر در جامعه بین‌المللی است، به نابودی می‌کشاند. زندگی در جامعه بین‌المللی جز با همکاری دولتها در زمینه مبارزه با پدیده‌های مجرمانه و مهار آنها در سطح جهانی امکان‌پذیر نیست».^۷.

پاسداری و حمایت از نظم عمومی جامعه بین‌المللی، هدف حقوق بین‌الملل جزا و نیز مضمون اصلی اندیشه‌ها و علت غایی کوشش‌های حقوق‌دانان، فیلسوفان، مصلحان اجتماعی و دولتمردان، به ویژه از یک سده پیش به‌این سو، بوده است.

انجمن صلح^۸ ایالات متحده امریکا از ۱۸۷۲ به فکر ایجاد نهادها و

۴. درخصوص مطالعات و فعالیتهای انجمن در این دوزمینه رک. مجله بین‌الملل حقوق جزا، سالهای ۱۹۶۴ و ۱۹۷۴

۵. برای اطلاع از پیش‌نویس قانون بین‌الملل جزا تهیه شده به‌وسیله آقای بسیونی رک: Bassiouni, Ch.: *International criminal law, a draft of international Criminal Code*, Sijthoff and Noardhoff, the Netherlands, 1980.

۶. گفتنی است که آقای بسیونی برای دادگاه بین‌المللی کیفری نیز اساسنامه‌ای تهیه و منتشر کرده است. برای ملاحظه آن رک:

Bassiouni, Ch.: «Draft statue, international criminal tribunal», in *Nouvelles Etudes Pénale*s, No. 9, 1992.

7. Plawski, Stanislaw: «Rapport Particulier sur les crimes internationaux et le droit pénal interne», in *Revue internationale de droit pénal*, 1er et 2e trimestres, 1989.

8. Peace Society

مراجع بین‌المللی حقوقی افتاد و با الهام از طرح داوید دادلی فیلد^۹ در ۱۸۶۶ تحت عنوان «خطوط کلی یک قانون بین‌الملل»^{۱۰}، پیشنهاد کرد تا از حقوق‌دانان، دولتمردان و انسان‌دوسitan به‌منظور تهیه یک قانون بین‌الملل دعوت شود. برگزاری مسابقه‌ای در ۱۸۷۵ برای تهیه طرح ایجاد یک مرجع و یک قانون بین‌الملل به‌ابتکار یک سناتور اسپانیایی به نام آرتورو دو مارکوارتو^{۱۱} در اجرای اندیشه اتحادیه بین‌المجالس در همین راستا بود.^{۱۲}

هرچند این قبیل ابتکارها برای تدوین قانون بین‌الملل جزا و تأسیس یک مرجع بین‌المللی کیفری به‌بارانتشت، لیکن به‌عنوان تجربه‌های تاریخی و پیشگام، اذهان حقوق‌دانان، دولتمردان و سازمانهای بین‌المللی را به‌خود جلب نمود.

به موازات مطالعات انجمن و تحقیقات سایر شخصیت‌های علمی^{۱۳} و تا حدی تحت تأثیر فعالیت آنها، سازمانهای بین‌المللی نیز به‌نوبه خود برای حفظ ارزش‌های جامعه بشری و به‌منظور نشان دادن واکنش در قبال جنایتها بی‌یک که به‌ویژه در طول جنگ دوم جهانی علیه انسانها و ملت‌های بیگناه ارتكاب یافته بود، در صدد تدوین و استقرار مقررات و نهادهای بین‌المللی برآمدند تا شاید از این رهگذر صلح و امنیت بشری تضمین گردد و از تعریضات جدید مصون بماند. سازمان ملل متحد که خود پس از پایان جنگ دوم جهانی در ۲۶ زوئن ۱۹۴۵ برای پاسداری از صلح و امنیت در جهان و نیز استقرار همکاری اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی میان ملت‌ها تأسیس شد، با توجه به تجربه‌های تلخ این جنگ و با عنایت به مجموع مقررات ۱۸ اوت ۱۹۴۵ لندن که توسط چهار قدرت فاتح جنگ دوم جهانی تدوین شده بود و به «اسان‌نامه دادگاه نورنبرگ» شهرت یافت، کوشش‌های خود را مستقلأً در جهت تهیه و تدوین قانون بین‌الملل

9. David Duddley Field

10. Outlines of an international code

11. Arturo de Marcoartu

12. Cf. Bouzat, P.: «Introduction», *Revue internationale de droit pénal*, 1981, pp. 7 - 8.

۱۳. گفتنی است که شخصیت‌های حقوق‌دان سوئدی نیز به‌نوبه خود طرحی برای «قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری» تهیه و منتشر کرده‌اند.

جزا و قانون تشکیل دادگاه بین‌المللی کیفری آغاز کرد. مجمع عمومی سازمان ملل از همان اوایل دهه ۱۹۵۰ به کمیسیون حقوق بین‌الملل^{۱۴} مأموریت داد تا مطالعه پیرامون تدوین این دو طرح را آغاز کند. کمیسیون پس از حدود سه سال مطالعه و نظرخواهی، موقق به تهیه طرح «اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری» و نیز طرح «قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری»^{۱۵} گردید که هنوز هم بحث و تبادل نظر پیرامون آنها به عنوان دو سند رسمی در خود کمیسیون، در مجمع عمومی، در سطح دولتهای عضو سازمان ملل متحده و نیز در مجتمع و محافل علمی - دانشگاهی ادامه دارد.

موضوع نوشتار حاضر که به بررسی پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری اختصاص یافته به دو مبحث تقسیم شده است: در مبحث نخست که جنبه تاریخی دارد، فرایند تهیه پیش‌نویس این قانون و در مبحث دوم که از جنبه تحلیلی برخوردار است، متن پیش‌نویس قانون مذبور مورد مطالعه قرار خواهد گرفت. مطالعه موضوع این نوشتار از آن جهت واجد اهمیت است که گزارشها، مباحثات، تحقیقات و مطالعات وسیع در زمینه تهیه و تدوین قانون بین‌الملل جزا طی حدود نیم قرن، در آثار و تأثیفات حقوقی کشور ما بازتاب چندانی نداشته و این در حالی است که منافع و مصالح «ملی - حقوقی - علمی» ما نیز ایجاب می‌کند تا به مسائل حقوقی جهانی، خصوصاً به مسأله «قانون بین‌الملل جزا» توجه عمیق و جدی مبذول گردد.

۱۴. در اجرای قطعنامه (II) ۱۷۴ مجمع عمومی، کمیسیون حقوق بین‌الملل در ۲۱ نوامبر ۱۹۴۷ تأسیس شد. مقر دائمی آن در ژنو است. تعداد اعضای کمیسیون در چهل و پنجمین اجلاس آن که از ۳ مه تا ۲۴ ژوئیه ۱۹۹۳ تشکیل شد، سی و چهار حقوقدان از کشورهای بیرونی، اردن، ایتالیا، آرژانتین، مراکش، انگلستان، برباد، استرالیا، سریلانکا، ایسلند، مالی، ترکیه، سودان، قبرس، اوگاندا، سیرالئون، اندونزی، الجزایر، جمهوری چک، گابن، فرانسه، هند، ماداگاسکار، جامائیکا، ایالات متحده آمریکا، چین، مکزیک، سنگال، آلمان، شیلی، فدراسیون روسیه، کواتالملا، رائین و بلغارستان بود. رئیس کمیسیون حقوق بین‌الملل از ماه مه ۱۹۹۴ آقای ولادلن استپانوویچ ورشچتین (Vladlen Stepanovich Vereshchetin) حقوقدان روسی است.

Draft Code of crimes against the Peace and security of mankind / Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.^{۱۵}

گفتنی است که عنوان فوق‌الذکر را در فارسی «طرح مجموعه مقررات مربوط به جرایم ضد صلح و امنیت بشری» نیز ذکر کرده‌اند. رک. فلسفی، دکتر هدایت‌الله: «شورای امنیت و صلح جهانی»، مجله تحقیقات حقوقی، ش. ۸، ۱۳۶۹، ص. ۸۰.

کنفرانس روز سه شنبه ۷/۲/۱۳۷۲ آقای رِنالد اُتنف^{۱۶}، دیرکل انجمن بین‌المللی حقوق جزا، پیرامون «پیش‌نویس موقّت قانون بین‌الملل جزا»^{۱۷} در دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ما را بر آن داشت تا این موضوع را، آن طور که در کمیسیون حقوق بین‌الملل و در مجتمع علمی بررسی شده و می‌شود، مورد تحقیق و مطالعه تفصیلی قرار دهیم تا شاید زمینه مطالعات عمیق‌تر حقوق‌دانان کشور و نیز پژوهش‌های وسیع‌تر پژوهشگران و دانشجویان حقوق را فراهم سازد.

۱) مبحث

فرایند قاریخی قدیمی پیش‌نویس قانون جرایم علیله صلح و امنیت پسری و مجازات آنها

پس از خاتمه جنگ دوم جهانی و تأسیس سازمان ملل متحد، کار «قانون‌نویسی» در زمینه حقوق بین‌الملل جزا به منظور تدوین یک سیاست جنابی بین‌المللی منظم و سنجیده آغاز گردید. این سازمان از یک سو با اعتقاد به این واقعیت که کل بشریت اعضای یک خانواده‌اند، و از سوی دیگر به عنوان پاسدار صلح و امنیت بین‌المللی، از همان ۱۹۴۶ بر آن شد تا اسباب و ابزارهای حقوقی بین‌المللی مناسب را برای تحقق چنین هدف والایی فراهم سازد. نخستین کوشش‌های سازمان، با عنایت به وقایع دو جنگ اخیر جهانی، به بررسی و تعیین انواع جرایم بین‌المللی و مقررات مربوط به آن منحصر گردید (گفتار نخست)، لیکن به تدریج مسألة ضمانت اجرای کیفری این‌گونه جرایم و مجازات عاملان آنها نیز مورد توجه قرار گرفت (گفتار دوم).

16. Reynald Ottenhof

17. Projet de Code Pénal International (C.P.I.)/ Draft of Internatinal Penal Code (I.P.C.)

گفتار نخست

تاریخچه تدوین و تصویب موقّت پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیّت بشری

مجمع عمومی سازمان ملل در نخستین اجلاس با تصویب قطعنامه (۱) در ۱۱ دسامبر ۱۹۴۶، تلاشهای خود را برای تدوین قانون بین‌الملل جزاً ایجاد یک دادگاه بین‌المللی کیفری آغاز کرد و به «کمیته تدوین حقوق بین‌الملل»^{۱۸} مأموریت داد تا جرایم علیه صلح و امنیّت بشری را در قالب یک پیش‌نویس به صورت کلّی تنظیم و انشاء کند. سازمان ملل متّحد در نوامبر ۱۹۴۷ «کمیسیون حقوق بین‌الملل» را جانشین کمیته تدوین حقوق بین‌الملل نمود و مجمع عمومی طی قطعنامه‌ای در ۲۱ نوامبر ۱۹۴۷ کمیسیون جدید‌التأسیس را مأمور کرد تا:

الف. اصول حقوق بین‌الملل را که در اساسنامه دادگاه نورنبرگ و احکام آن دادگاه مندرج است استخراج و تدوین کند؛

ب. پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیّت بشری را با توجه به مفاد بند الف و اصول مندرج در آن تهیه و تنظیم نماید.

کمیسیون حقوق بین‌الملل در ۱۹۴۹ بدؤاً یک کمیته فرعی و یک گزارشگر ویژه به نام ژان اسپیروپولوس^{۱۹} را مأمور تهیّه پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیّت بشری کرد. اسپیروپولوس نخستین گزارش خود را در این خصوص در ۱۹۵۰ تقدیم داشت. مجمع عمومی سپس مأموریت تهیّه پیش‌نویس اساسنامه‌ای برای تأسیس دادگاه بین‌المللی کیفری را به گزارشگر ویژه دیگری به نام ریکاردو آلفارو^{۲۰} محول نمود که او نیز نخستین نتایج

18. The committee on the codification of international law

19. Jean Spiropulos

20. Ricardo Alfaro

مطالعات خود را در این زمینه در مارس ۱۹۵۰ به کمیسیون حقوق بین‌الملل تسليم کرد. ریکاردو در گزارش خود مستدلاً تأکید می‌کند که قانون جزای ماهوی بین‌المللی و اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری لازم و ملزم یکدیگرند. لیکن برخلاف منطق سیاست قانون نویسی و قانونگذاری، عملًا شکاف و فاصله‌ای بین این دو طرح قانونی بوجود آمد، زیرا کار تهیه طرح قانون بین‌الملل جزا و همزمان با آن، تهیه طرح قانون تأسیس دادگاه بین‌المللی کیفری هر کدام به طور جداگانه بین دو گروه تقسیم شده بود، در حالی که با وجود ارتباط نزدیک بین این دو قانون، می‌باید یکجا و توسط یک گروه تهیه می‌شد.^{۲۱}

پیش‌نویس دوم و تجدیدنظر شده قانون بین‌الملل جزا در آوریل ۱۹۵۱ توسط اسپیر و پولوس به کمیسیون حقوق بین‌الملل ارائه گردید، ولی ناکامی این پیش‌نویس در به‌دست دادن تعریفی از جرم «تجاوز»، علی‌رغم این اعتقاد که باید به عنوان نخستین و مهم‌ترین جرم در میان جرایم بین‌المللی در قانون پیش‌بینی شود، سبب شد که علاوه بر دو گزارشگر ویژه که مشغول تهیه پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری و پیش‌نویس اساسنامه ایجاد دادگاه بین‌المللی کیفری بودند، گروه مستقل دیگری نیز به‌منظور تهیه و ارائه تعریفی از «تجاوز» در قانون مذکور تعیین گردد.

به‌این ترتیب، کار تهیه قانون بین‌الملل جزا، تهیه اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری و ارائه تعریف جرم «تجاوز» همزمان با هم شروع شد. مجمع عمومی در ۱۹۵۱ کمیته ویژه‌ای برای تدوین اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری تشکیل داد. این کمیته در اوت ۱۹۵۱ پیش‌نویس اساسنامه را تکمیل و جهت بررسی و اظهار نظر برای کلیه دولتها عضو‌سازمان ملل ارسال نمود. پاسخها و دیدگاه‌های اعلام شده نشان داد که بسیاری از دولتها هنوز تمايلی ندارند تا از بخشی از حاکمیت ملی خود به نفع صلاحیت دادگاه بین‌المللی کیفری چشم‌پوشی کنند. برخی از دولتها مخالف پیش‌نویس اساسنامه دادگاه نیز پیشنهاد کردند کمیته دیگری برای بررسی امکان تأسیس چنین

۲۱. در همان سال به گزارشگر دومی به نام Emil Sandström نیز مأموریت داده شد تا به اتفاق آلفارو درخصوص طرح ایجاد یک دادگاه بین‌المللی کیفری مطالعات بیشتری انجام دهد.

دادگاهی، براساس کلیه نظرات دریافتی از دولتهاي عضو، تأسیس گردد. کمیته ویژه در اوت ۱۹۵۳، با تجدیدنظر در پیش‌نویس اساسنامه تهیه شده در ۱۹۵۱، به کار خود پایان بخشید. از جمله اصلاحات بعمل آمده در آن پیش‌نویس، تعديل خصیصة اجباری بودن صلاحیت دادگاه برای دولتها بود. پیش‌نویس مذکور در ۱۹۵۴ بدنهستین اجلاس مجمع عمومی تقدیم گردید، ولی مجمع عمومی در ۴ دسامبر همان سال تصمیم گرفت که چون پیش‌نویس اساسنامه حاوی مسائلی است که با آنچه در تعریف جرم «تجاوز» بیان شده و خواهد شد ارتباطی نزدیک دارد، لذا بدوأً به بررسی پیش‌نویس قانون بین‌الملل جزا، که همزمان توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل تقدیم مجمع عمومی شده بود، پردازد. پیش‌نویس اخیرالذکر، یعنی پیش‌نویس ۱۹۵۴ قانون بین‌الملل جزا، شامل ۵ ماده بدانضم فهرستی مرکب از دوازده جرم بین‌المللی مستقل از هم بود. در ماده ۲ پیش‌نویس که به تجاوز اختصاص داشت، تعریفی از این جرم ارائه نشده بود، و آن هم به‌این دلیل بود که کمیته ویژه تا آن زمان هنوز نتیجه مطالعات خود را در قالب یک تعریف مشخص از تجاوز ارائه نکرده بود.

از آنجاکه بررسی اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری به‌اتمام کار بررسی پیش‌نویس قانون بین‌الملل جزا، و بررسی پیش‌نویس قانون اخیرالذکر نیز به‌ارائه گزارش کمیته ویژه مأمور تعریف تجاوز منوط گردیده بود، لذا بررسی پیش‌نویس ۱۹۵۳ اساسنامه و نیز پیش‌نویس ۱۹۵۴ قانون بین‌الملل جزا تا ارائه تعریف نهایی تجاوز به تعویق افتاد.

پس از حدود بیست سال، بالآخره کمیته چهارمی که مأمور تدوین تعریف تجاوز بود، کار خود را تکمیل و ارائه نمود و مجمع عمومی به‌موجب قطعنامه ۳۳۱۴ مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۷۴ به‌اتفاق آراء تعریف جرم تجاوز را پذیرفت. در این قطعنامه دولتهاي عضو، تجاوز را یک جرم سیاسی تلقی نمودند نه یک جرم عادی. این طرز فکر در منشور سازمان ملل متحده نیز راه یافته است. به‌موجب منشور، تعیین اینکه عمل ارتکابی تهدید علیه صلح است یا خیر و نیز تعیین ضمانت اجرای مربوط، در محدوده اختیارات شورای امنیت قرار دارد. مجمع عمومی تا ۱۹۷۸ بررسی پیش‌نویس قانون بین‌الملل جزا و

اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری را مسکوت گذاشت، سپس تنها بررسی پیش‌نویس قانون بین‌الملل جزا را در دستور کار ششمین کمیته قرار داد، بدون اینکه به پیش‌نویس اساسنامه دادگاه اشاره‌ای کرده باشد.

کمیسیون حقوق بین‌الملل در ۱۹۸۱ مجدداً پیش‌نویس ۱۹۵۴ قانون بین‌الملل جزا راجع به جرایم علیه صلح و امنیت بشری را مورد بررسی قرار داد. در ۱۹۸۲ گزارشگر جدید کمیسیون حقوق بین‌الملل، دودو تیام^{۲۲} از کشور سنگال، نخستین گزارش خود را در مورد پیش‌نویس قانون مزبور که حاوی کلیاتی درباره حقوق بین‌الملل جزا، مسؤولیت دولت و اشاراتی چند در مورد مفاد احتمالی آن قانون بود تهیه کرد.

متون پی‌درپی پیش‌نویس ۱۹۵۴ قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری تا آخرین پیش‌نویس آن، یعنی پیش‌نویس ۱۹۹۱، از نظر ماهوی مشابه یکدیگر بودند. کمیسیون حقوق بین‌الملل از سی و چهارمین جلسه در ۱۹۸۲ تا چهل و سومین آن در ۱۹۹۱ نه گزارش ویژه از دودو تیام دریافت کرد. طی این جلسات، کمیسیون تصمیماتی مقدماتی در مورد مضمون صلاحیت شخصی و صلاحیت ذاتی اتخاذ و در آخرین جلسه خود چندین ماده از پیش‌نویس قانون را نیز تصویب نمود.^{۲۳}

تاریخچه تهیه طرح قانون بین‌الملل جزا و نیز پیش‌نویس اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری^{۲۴} نشان‌دهنده این است که کار سازمان ملل در این زمینه کُند و ناهمانگ و بدون بازدهی مطلوب بوده و طرحهای اساسنامه دادگاه

22. Doudou Thiam

۲۳. به عنوان مثال: ماده ۱۹ (کشتار دست‌محموعی - ژتساید)، ماده ۲۰ (تبییض نژادی - آپارتاید)، ماده ۲۱ (نقض بایرانمه یا وسیع حقوق بشر)، ماده ۲۶ (خدمات عمدمی شدید به محیط زیست).

Cf. Bassiouni, Ch.: «The History of the Draft Code of crimes Against the Peace and Security of Mankind», in *Nouvelles Etudes Pénales*, Ed. Erès, Toulouse, No. 11, p. 1 et s.

گفتنی است که کمیسیون حقوق بین‌الملل سراججام در تاریخ ۲۲ زوئیه ۱۹۹۴ پیش‌نویس اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی را در ۶۰ ماده به تصویب رساند و بهمجمع عمومی توصیه کرد کنفرانسی بین‌المللی مشتمل از نمایندگان تمام‌الاختیار کشورها را بدمنظور بررسی پیش‌نویس مزبور و انعقاد یک معاهده برای ایجاد دادگاه کیفری بین‌المللی برگزار کند. مجمع عمومی قاعده‌تاً باید به هنگام برگزاری پنجاه‌مین اجلاس خود در اکتبر ۱۹۹۵، در خصوص تشکیل کنفرانس مذکور نیز اتخاذ تصمیم نماید.

و قانون بین‌الملل جزا – آن هم تنها درخصوص پاره‌ای جرایم مهم بین‌المللی – فقط به طور موقّت به تصویب کمیسیون حقوق بین‌الملل، یعنی مرجع تهیه کننده آنها، و مجمع عمومی سازمان ملل متحد، یعنی مرجع بین‌المللی سفارش دهنده و بررسی کننده آنها، رسیده است.

متن پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری، پس از بررسی تاریخچه تهیه طرح مجازات این جرایم (گفتار دوم)، در مبحث دوم مطالعه خواهد شد.

گفتار دوم

تاریخچه تدوین نوع و میزان مجازات جرایم علیه صلح و امنیت بشری (پیش‌نویس ماده Z)

کمیسیون حقوق بین‌الملل، در چهل و سومین جلسه، نهمین گزارش آقای دودو تیبیام، گزارشگر ویژه، را مورد بررسی قرار داد. این گزارش مشتمل بر دو بخش بود: بخش نخست حاوی مجازاتهای قابل اعمال نسبت به جرایم علیه صلح و امنیت بشری، و بخش دوم متضمن پیشنهادی بود مبنی بر عملی ساختن جدی فکر ایجاد یک دادگاه بین‌المللی و یا نهادی دیگر به عنوان مرجع کیفری واجد خصوصیات بین‌المللی.

بخش نخست، همان طرح ماده Z و پیش‌بینی آن در قانون بین‌الملل جزاست. متن طرح ماده Z به‌این شرح است:

«هر متهمی که به‌علت ارتکاب یکی از جرایم مندرج در این قانون مجرم شناخته شود به‌حبس ابد محکوم خواهد شد.

در صورت وجود کیفیات مخفّفه، متهم پس از ثبوت مجرمیت وی، به‌حبس از ۱۰ تا ۲۰ سال محکوم خواهد شد.

[علاوه، متهم ممکن است به‌ضبط کل یا بخشی از اموال مسروقه یا

درآمدی بر پیش‌نویس...]

اموالی که به طور نامشروع تملک کرده محکوم شود. دادگاه در مورد اختصاص چنین اموالی به یک سازمان بشردوستانه، تصمیم خواهد گرفت[۲۴].

تهیه کننده گزارش، با استناد به اصل قانونی بودن مجازاتها، معتقد بود که مجازات جرایم بین‌المللی باید در طرح مؤقت قانون بین‌الملل جزا پیش‌بینی شود، که انجام چنین کاری، با توجه به اختلاف نظامهای حقوقی و یا تفاوت روشهای موجود کیفری^{۲۵} در سطح جهان، طبعاً بلا اشکال نخواهد بود.

الف. اختلاف نظامهای حقوقی

در این زمینه مشکل آن است که در حقوق ملّی هر کشور، وجود طرز تفکر واحد اخلاقی و فلسفی، به برقراری یک نظام واحد کیفری قابل اعمال نسبت به تمام جرایم می‌انجامد؛ در صورتی که در حقوق بین‌الملل با وجود اختلاف عقیده فلسفی - سیاسی، پذیرش نظامی واحد امکان‌پذیر نیست و تفاوت و ناهمگونی مجازاتها و ضمانت اجراءها در کشورهای مختلف حتی برای جرایم واحد گواه این امر است. برای مثال، کیفر اعدام و مجازاتهای ترهیبی دیگر مثلاً قطع اعضای بدن از جمله کیفرهایی است که در حقوق جزای داخلی پاره‌ای کشورها برای جرایم شدید و خطرناک پیش‌بینی گردیده است. در حالی که اعدام مورد پذیرش بعضی قانونگذاران قرار گرفته و به اجرانیز گذاشته می‌شود، تعدادی از کشورها آن را مطلقاً از «ززادخانه مجازاتهای» خود حذف کرده‌اند.^{۲۶} همچنین، مجازاتهایی چون قطع اعضای بدن، امروزه تنها در معبدودی

۲۵. در این زمینه و درخصوص مطالبی که در گفتار حاضر راجع به جنبه‌های مختلف پیش‌نویس ماده Z آورده شده‌است، رک.:

*Report of the International law Commission on the work of its forty - third session,
29th April - 19th July 1991, United Nations.*

۲۶. در این خصوص رک. خزانی، دکتر منوچهر: «مجازات اعدام براساس کنفرانس بین‌المللی سیراکیز»، مجله تحقیقات حقوقی، ش. ۸، ۱۳۶۹، صص ۱۰۵ و بعد؛ و نیز رک.:

- *La peine de mort dans le monde d'aujour d'hui, Revue Internationale de droit pénal*, 1987, Nos. 3 - 4.

← - Cario, R.: (*Sous la direction de*), *La peine de mort au seuil du troisième*

از قوانین جزایی موجود در جهان پیش‌بینی شده است و یا عملأً به اجرا گذاشته می‌شود. با توجه به این مسائل، در نظر گرفتن یک نظام واحد کیفری که جنبه بین‌المللی داشته باشد و مورد قبول همه دولتها هم قرار گیرد، بی‌نهایت دشوار خواهد بود.

ب. تفاوت در روش‌های کیفری موجود

در این چارچوب، اعضای کمیسیون طی مباحثت و مذاکرات مفصل سعی کرده‌اند برای سه موضوع زیر راه حل‌هایی بیابند:

آیا باید برای جرایم علیه صلح و امنیت بشری، صرف نظر از نوع و شدت آنها، مجازات واحدی انتخاب و پیش‌بینی نمود، یا اینکه به پیروی از حقوق جزای داخلی کشورها باید، بر حسب شدت و ضعف جرایم، مجازات‌های متعددی تعیین کرد؟

پس از بررسی موارد فوق، سؤالی که مطرح می‌شود راجع به نوع ضمانات اجرای کیفری قابل اعمال نسبت به جرایم علیه صلح و امنیت بشری است. آیا این ضمانات اجرا باید اعدام باشد یا از نوع سالب آزادی یا مجازات‌های نقدی یا دیگر ضمانات اجراهای مقرر و معمول در حقوق داخلی کشورها؟

۱. در خصوص اینکه آیا مجازات‌ها در قانون بین‌الملل جزا پیش‌بینی شود یا اینکه به قانون داخلی هر کشور احواله گردد، اعضای کمیسیون حقوق بین‌الملل با نظر گزارشگر مبنی بر اینکه مجازات‌ها باید در متن قانون بین‌الملل جزا پیش‌بینی شود موافق بودند، زیرا به این ترتیب قانون بین‌الملل جزا در قالب معاهده‌ای بین‌المللی مورد تصویب قرار گرفته و راه بر معاایب و تنگناهای ناشی از اختلاف نظامهای کیفری داخلی بسته خواهد شد. اما بدلیل ناسازگاری این

millénaire, Ed. Erès, Toulouse, France, 1993.



گفتنی است که برابر آمارهای موجود در زوئن ۱۹۹۳، جمماً هفتاد و یک کشور قانوناً و یا عملأً مجازات مرگ را از «رزادخانه کیفری» خود زدوده‌اند و شانزده کشور این کیفر را فقط در مورد جرائم عادی (Ordinary crimes) لغو کرده‌اند. رک:

Prokosch, E.: «The Death Penalty; List of abolitionist and retentionist countries», in *International Review of Penal Law*, Nos. 3 - 4, 1992 bis, pp. 1535 - 1540.

راه حل با اصل «هیچ مجازاتی بدون قانون وجود ندارد»، برخی از اعضای کمیسیون حقوق بین‌الملل، برخلاف این نظریه، احالة مجازاتها را به حقوق داخلی مرجع می‌دانستند، زیرا تعیین مجازات در قانون بین‌الملل جزا از الحقیقی بسیاری از کشورها به معاهده بین‌المللی، با این استدلال که باید قانون داخلی خود را تغییر دهنده، جلوگیری می‌کند. البته، امکان دارد که چنین طرحی مورد استقبال دولتها واقع نشود.

۲. آن دسته از اعضای کمیسیون حقوق بین‌الملل که طرفدار درج مجازاتها در قانون بین‌الملل جزا بودند، در مورد مجازات واحد برای تمام جرایم یا تعیین مجازاتی جداگانه برای هر جرم بدوقروه با دو طرز تفکر تقسیم شدند: بعضی معتقد به برقراری مجازاتهای مستقل و مجزا بر حسب انواع جرایم مربوط بودند؛ و برخی دیگر مجازات واحدی را پیشنهاد کردند با در نظر گرفتن حداقل و حدّاً کثراً و کیفیات مخفّفه‌ای که در اختیار قاضی گذارده می‌شود.

طرفداران طرز فکر نخست، به ماهیّت و طبع هر یک از جرایم توجه کرده و گفته‌اند جرایمی چون کشتار دسته‌جمعی، تجاوز یا آپارتاید نمی‌تواند مشمول همان مجازاتی قرار گیرد که جرم قاچاق مواد مخدّر یا جرم مزدورگیری؛ بنابراین هرچند همگی جرایم مندرج در قانون مستوجب کیفرهای شدیدند، لیکن باید بر حسب ماهیّت هر یک از آنها مجازاتهای متفاوتی را اعمال نمود. شدت مجازاتها باید بر حسب ماهیّت جرم و اوضاع و احوال ارتکاب آن تعیین گردد. نباید دست قاضی در این مسأله به طور نامحدود باز گذاشته شود، بلکه باید مجازات خاص هر جرم با تعیین حدّاًقل و حدّاًکثراً برای آن پیش‌بینی گردد.

طرفداران فکر دوم، یعنی کسانی که مجازات واحد با حدّاًقل و حدّاًکثراً همراه با کیفیات مخفّفه را پیشنهاد می‌کردند، به درجه «شدّت» کلیّه جرایم علیه صلح و امنیت بشری اشاره کرده و گفته‌اند: معیاری که برای انتخاب این جرایم و گنجاندن آنها در پیش‌نویس مورد توجه واقع شده‌است، «بسیار مهم و شدید بودن» همه جرایم مزبور بوده است. به عبارت دیگر، جرایم علیه صلح و امنیت بشری، خطرناک‌ترین و شدیدترین جرایم از میان خطرناک‌ترین جرایم موجود

است. اگرچه از نظر درجه اهمیت و خطرناکی، می‌توان بین خود این جرایم نیز قائل به تفاوت و تفکیک شد و به عنوان مثال تجاوز یا کشتار دسته‌جمعی را از سایر جرایم علیه صلح و امنیت بشری شدیدتر و مهم‌تر تلقی کرد و بنابراین گفت که عدالت و انصاف اقتضا می‌کند که هر یک از این جرایم، بنابر درجه شدت و مسؤولیت مباشر آن باید مجازات شود، لیکن چون این راه حل، یعنی تعیین درجه اهمیت و شدت هر جرم و سپس تعیین مجازات مناسب برای هر یک از آنها به بحثهای طولانی و پایان‌ناپذیری منجر خواهد شد، لذا می‌توان تشخیص تفاوت میان جرایم علیه صلح و امنیت بشری را در عمل به قاضی دادگاه محول کرد، بدین معنی که مجازات واحدی برای همه آنها همراه با حداقل و حدّاًکثر قابل تغییر پیش‌بینی می‌شود و این قاضی است که، با توجه به درجه اهمیت و شدت جرایم مزبور، میزان مجازات هر یک را در حکم خود تعیین خواهد کرد.

کمیسیون در عمل و با رعایت واقع‌بینی، انتخاب دیگری جز قبول اصل «مجازات واحد و مشترک» برای همه جرایم علیه صلح و امنیت بشری، به‌شرحی که آمد، نداشت و بدین ترتیب پیشنهاد گروه دوم را پذیرفت.

۳. اما موضوع نوع مجازات قابل إعمال نسبت به عاملان جرایم پیش‌بینی شده در قانون بین‌الملل جزا بحثی بود که در میان اعضای کمیسیون حقوق بین‌الملل مطرح شد. راه حل پیشنهادی گزارشگر ویژه در این مورد در طرح ماده Z منعکس گردیده که به‌شرح زیر مورد بررسی اعضای کمیسیون قرار گرفته است:

۱-۳. مجازات اعدام:

کمیسیون حقوق بین‌الملل با تعیین مجازات اعدام در قانون بین‌الملل جزا نظر موافق ندارد. اعتقاد اعضای کمیسیون در تأیید نظر گزارشگر ویژه بر این بود که کمیسیون نباید در قبال گرایشی که امروزه در جهان - چنانکه در بحث اختلاف نظام حقوقی کشورها ملاحظه شد - در جهت لغو این مجازات وجود دارد، موضع مخالفی اتخاذ کند. لغو مجازات اعدام می‌بین پیشرفت اخلاقی جامعه

بشری است که باید در تقویت آن کوشید. مجازات اعدام اقدامی عبث است زیرا در واقع هیچ کس حق ندارد فردی را از حیات محروم سازد. براساس همین عقاید بود که این مجازات دیری است از قوانین کیفری داخلی بعضی کشورها حذف شده است. دولتها باید مجازات اعدام را از قوانین خود بیرون رانده اند، تلاش کرده اند کیفر جایگزینی برای آن در نظر بگیرند. مراجع بین‌المللی متعددی در سطح جهانی، و نیز انجمنهای مختلفی در سطح ملی، به لغو قانونی مجازات اعدام یا لغو عملی آن یا تعدیل آن با پیش‌بینی مجازات دیگر حکم داده اند که درین آنها دو میان پروتکل اختیاری مربوط به میناقبین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی دقیقاً شاهدبارزی برای مدعای است. قطعنامه ۱۲۸/۴۴ مجمع عمومی، معاهده اروپایی پاسداری و حمایت از حقوق بشر و آزادیهای اساسی و پروتکل معاهده آمریکایی حقوق بشر نیز بر لغو مجازات اعدام تأکید بسیار گذارد. بعضی اعضای کمیسیون معتقد بودند که دولتهای ذی نفع باید در انتخاب مجازات اعدام آزاد گذاشته شوند. عدم قبول اعدام در حدّیک مجازات در قانون بین‌الملل جزا، پذیرش و تصویب این قانون را در سطح جهانی به مخاطره خواهد انداخت، زیرا هنوز کشورهایی هستند که در قوانین ملی خود مجازات اعدام را پیش‌بینی کرده و به‌اجرا می‌گذارند.

۲ - ۳. حبس دائم:

بعضی اعضای کمیسیون از پیش‌بینی مجازات حبس دائم در قانون بین‌الملل جزا طرفداری می‌کردند و خصوصاً آن را جایگزین مناسبی برای کیفر مرگ می‌دانستند، کما اینکه آن دسته از کشورهایی که مجازات اعدام را از قانون جزا خود حذف نموده اند، حبس دائم را جایگزین آن کرده اند. حبس دائم تنها مجازاتی است که می‌تواند لغو مجازات اعدام را برای قانونگذار قابل توجیه و قبول سازد، ضمن اینکه واجد این مزیت است که، برخلاف اعدام، در موارد اشتباه قضائی، جبران پذیر خواهد بود.علاوه، تعیین چنین مجازاتی در قانون بین‌الملل جزا از مخالفت طرفداران اعدام نسبت به طرح قانون جزا می‌کاهد و آنها را به انصراف تدریجی از این مجازات در حقوق داخلی تشویق می‌کند.

بالاخره اعضای کمیسیون متذکر شده‌اند که جامعه بین‌المللی، خصوصاً در مورد اثر بازدارنده مجازات مرتكبان این نوع جرایم خشونت‌آمیز، بر هدف پیشگیری از ارتکاب مجدد جرایم مزبور و نیز بر پاسداری از حقوق بشر و آزادیهای اساسی تأکید دارد و براساس همین فلسفه بود که کنوانسیون راجع به عدم شمول مرور زمان نسبت به جرایم جنگی و جرایم علیه بشریت (قطعنامه ۲۳) (۲۳۹۱) مجمع عمومی)، اعلامیه در مورد پناهندگی سرزمینی^{۲۷} (ماده اول قطعنامه (۲۴) (۲۳۱۲) مجمع عمومی) و قطعنامه (۲۸) (۲۵) مجمع عمومی مربوط به اصول همکاری بین‌المللی راجع به تجسس، بازداشت، استرداد و مجازات مجرمان جرایم جنگی و جرایم علیه بشریت^{۲۸}، از این طرز تفکر پیروی کرده است. به‌نظر بعضی اعضاء، حتی بعد از گذشت سالهای متعدد حبس، مشکل بتوان از آزادی محکومان جرایم تجاوز، کشتار دسته‌جمعی یا سایر جرایم اینچنین وخیم و یا حتی آزادی یک قاجاقچی عمدۀ مواد مخدر سخن گفت. آزاد کردن این قبیل افراد غیرقابل تصور است، بنابراین مجازات نه تنها با جرم بلکه باید با درجه شدت و وحامت عمل ارتکابی منطبق و بهر نحو ممکن بازدارنده باشد. دیکتاتورهایی که پس از شکست، دوباره بهزندگی عادی بر می‌گردند، پیوسته به‌از سرگیری رفتارهای مجرمانه گذشته خود گرایش دارند و اگر این تمايل شخصی آنها نباشد، تشویق و تحریک همدستان و هواخواهان قدیمی، آنان را قادر به‌این کار خواهد کرد.

بعضی دیگر از اعضای کمیسیون نسبت به‌حبس دائم، نظری مقید ابراز کرده‌اند. اینان معتقد بودند که بسیاری از قانونگذاران داخلی این نوع مجازات را از نظام حقوقی خود حذف کرده و آن را با بعضی اصول اساسی حقوق بشر مغایر دانسته‌اند. به‌نظر برخی از آنان، مقصود از مجازات اجرای عدالت است نه مکافات کورکورانه عمل. با گذشت زمان، از وقتی که مجرم دست از ارتکاب

۲۷. L'Asile territoriale. درخصوص تعریف و تفاوت میان پناهندگی سرزمینی و پناهندگی دیپلماتیک، رگ. فلسفی، دکتر هدایت‌الله: «روشهای اجرای مقررات حقوق بین‌الملل»، مجله تحقیقات حقوقی، ش. ۱۳-۱۴، ۱۳۷۲، پاپوشت ش. ۲۸.

۲۸. در مورد این جرایم رک. فرانسیون، راک: «جنایات جنگ و جنایات علیه بشریت»، ترجمه دکتر محمدعلی اردبیلی، مجله حقوقی، ش. ۷، سال ۱۳۶۵، صص ۲۰۷ و بعد.

مجدّد یک عمل خطرناک برمی‌دارد، انتقام عمومی نیز باید تخفیف یابد. اعمال مجازات حبس دائم نسبت به یک شخص کهنسال بدون اینکه تخفیف در آینده برای او منصور باشد، موجب اعتلای و جدان بشری نخواهد شد و بسیارند کشورهایی که در جهت گذشت یا عفو و تعدیل حبس دائم (مثلًا از طریق پیش‌بینی عفو یا آزادی مشروط برای محکوم به حبس ابد) گام برداشته و مقرراتی در مورد آن وضع کرده‌اند.

۳-۲. حبس موقت:

بسیاری از اعضای کمیسیون حقوق بین‌الملل معتقد بودند که کار تعیین مجازات حدّاًکثر و حدّاقل باید در حوزه اختیار قضات قرار گیرد تا مدت حبس بر حسب اهمیّت و کیفیّات هر عمل مجرمانه تعیین گردد و نیز حدّاًکثر حبس ۲۵، ۳۰ و ۴۰ سال و حدّاقل آن ۱۰، ۱۴ و ۱۵ سال باید پیش‌بینی شود.

به اعتقاد بعضی از اعضا حکم صادره باید غیرقابل تجدیدنظر بوده و زندانی قبل از تحمل همه مجازات حق درخواست آزادی را نداشته باشد. در مقابل، برخی دیگر بر این نظر بودند که محکوم علیه بتواند، به علت حسن رفتار در زندان، از تخفیف مجازات یا آزادی مشروط استفاده کند. یکی از اعضا پیشنهاد کرد که یک «شورای بین‌المللی»^{۲۹} برای بررسی درخواستهای عفو و بخشدگی و آزادی مشروط و مراقبتی ایجاد شود. به نظر وی تقاضای آزادی مشروط وقتی باید قابل طرح و رسیدگی باشد که محکوم علیه حدّاقل دو سوم از مجازات خود را تحمل کرده باشد.

اما در مورد حبس موقت چند تن از اعضا مسائلی را درباره بند ۲ طرح ماده پیشنهادی گزارشگر، یعنی پیش‌نویس ماده Z، گوشزد نمودند. ایشان ضمن پذیرش امکان فردی کردن و تعدیل مجازات پیشنهادی در این بند، بر باز بودن دست دادگاه برای درنظر گرفتن و اعمال کیفیّات مخفّفه یا مشدّده در تعیین و صدور حکم مناسب، تأکید گذارده و به وزیره از عواملی چون شخصیّت مرتکب جرم، اوضاع و احوال موجود در زمان ارتکاب بزه، درجه و خامت ناشی از

ارتکاب آن و تمايز بین مرتكبان اصلی یا افرادی که سهم مهتی در ارتکاب جرم داشته‌اند (شريك یا معاون) و نیز اشخاصی که مأمور بوده و تحت امر مافق عمل کرده‌اند، در عداد عوامل مهم برای تعیین مجازات مناسب از جانب قاضی یاد کرده‌اند.

برخی از اعضا یادآور شدند که در بین کیفیات مشدّده، عدم رعایت قطعنامه‌های شورای امنیت، رفتار ناشایست متهم، سبق تصمیم، طرح ریزی قبلی نقشه مجرمانه و اجرای آن مطابق روش خاص، مثلاً در یک طرح مجرمانه کشتار دسته‌جمعی، و از بین کیفیات مخففة، اقدام یا شروع به جرم ساده یا عدم مسؤولیت کیفری نسبی متهم باید در هنگام تعیین کیفر مورد ملاحظه قرار داده شود.

به نظر بعضی از اعضا، از لحاظ لفظی، کلمه «حبس» که توسط گزارشگر در بندهای ۱ و ۲ ماده پیشنهادی عنوان گردیده، مبهم توصیف شده‌است، زیرا در حقوق داخلی بسیاری از کشورها آشکال مختلف حبس مثل حبس جنایی و حبس ساده وجود دارد. لذا به نظر آنها بهتر این بوده است عبارتی «بی طرف تر» از نظر معنا و مفهوم، مانند «مجازات سالب آزادی»، بکار برده شود.

۴ - ۳. ضبط اموال:

عده‌ای از اعضای کمیسیون حقوق بین‌الملل، نظرات خود را بر موضوع بند ۳ پیش‌نویس ماده ۲۰ ارائه شده توسط گزارشگر، یعنی توقيف و ضبط اموال مسروقه، متمرکز نموده‌اند.

برخی از این اعضا چنین گمان کرده‌اند که منظور از این بند تبیین مجازات نیست بلکه غرض از آن تدبیری است ساده برای استرداد بدون ترهیب؛ از این رو باید معلوم شود که توقيف و ضبط اموال به مقوله استرداد اختصاص دارد یا به مقوله مجازات.

۰.۳. بند ۳ طرح مقرر می‌دارد: «علاوه، متهم ممکن است به ضبط کل یا بخشی از اموال مسروقه یا اموالی که به طور نامشروع تملک کرده محکوم شود. دادگاه در مورد اختصاص چنین اموالی به یک سازمان بشردوستانه، تصمیم خواهد گرفت.»

این بند از نظر انشای فعلی آن و نیز از این نظر که ضبط به عنوان استرداد تلقی شود، اشکالات زیادی را بوجود می‌آورد که اعضا به آنها اشاره کرده‌اند: اولاً، عبارت «اموالی که به طور نامشروع تملک کرده» ظاهرًاً متضمن «اموال مسروقه» نیز هست و از این لحاظ، قید اخیر غیر ضروری و بسیار فایده می‌نماید.

ثانیاً، منافع حاصله از اموالی که به طور نامشروع تملک کرده است نیز قاعده‌تاً باید توقیف و ضبط شود.

ثالثاً، معلوم نیست چرا ضبط معکن است فقط شامل بخشی از این قبیل اموال گردد. دلیلی که در این خصوص اقامه شده به همیچ و جه متقاعد کننده نیست، زیرا همان‌طور که خود مجرم نمی‌تواند از این اموال برخوردار شود، همسر و وراث او نیز نباید بتوانند از چنین اموالی که از راه نامشروع تحصیل شده است، استفاده کنند.

رابعاً، انتقال اموال به یک سازمان بشردوستانه هرچند که فکر بسیار قابل تحسینی است اما براساس کدام اصل، دادگاه باید اموال مورد نظر را به آن سازمان اختصاص دهد؟ اموال مسروقه باید به صاحبان قانونی آن مسترد گردد. فقط در موارد بسیار استثنایی که مالک قانونی اموال مسروقه فوت شده و وارثی هم از خود به‌جا نگذاشته باشد، مسئله واگذاری آنها به میان می‌آید.

بعضی از اعضای کمیسیون پیشنهاد کردند که طرح مادهٔ می‌باید ضبط اموال را یا به عنوان مجازات تکمیلی، یعنی به منزلهٔ مجازات پیش‌بینی شده‌ای در قانون که اجرای آن در اختیار دادگاه خواهد بود، یا به عنوان مجازات ثبیعی، که در این صورت مجازات اخیر خود بخود به کیفر اصلی یعنی حبس اضافه می‌گردد، پیش‌بینی کند. این اعضا چنین تصور می‌کردند که مجازات ضبط، بر حسب مورد، می‌توانسته است یکی از این دو جنبه را به خود بگیرد: مواردی که این مجازات نسبت به آنها خود بخود اعلام می‌شود (مثلاً ضبط اشیائی که در ارتکاب جرم در دستِ رسیدگی مورد استفاده واقع شده است، ضبط وسائل تولید و حمل مواد مخدر، ضبط عایدات حاصل از فعالیتهای مجرمانه، ضبط اموال و سودهایی که به طور نامشروع به مناسبت فعالیت مجرمانه تحصیل شده

است)؛ و موارد دیگری که ضبط اموال در قبال آنها جنبه اختیاری خواهد داشت. پیشنهادهای زیادی توسط اعضای کمیسیون حقوق بین‌الملل درباره سرنوشت اموال – چه در موردی که اموال تملک شده به صورت غیرقانونی که ضبط هم شده و مالک قانونی یا صاحب حق ندارد، چه در موردی که ضبط اموال به عنوان مجازات اعمال شده – ابراز گردیده است. در این زمینه گفته شده که این اموال ممکن است در وهله نخست به ترمیم و جبران ضرر و زیان وارده به مجنی علیهم این قبیل جرایم یا به دولت خسارات دیده اختصاص داده شود. بعضی دیگر، با ائکا به نظر گزارشگر ویژه، معتقد بودند که این اموال به یک سازمان انسان‌دوستانه مثل کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، یونیسف، یک سازمان بین‌المللی مبارزه علیه قاچاق بین‌المللی مواد مخدر و... داده شود.

برخی از اعضا پیشنهاد کردند که این اموال به صندوقی که هزینه عملیات حفظ صلح سازمان ملل متحده را تأمین می‌کند یا به صندوقی که در اختیار دیپر کل این سازمان قرار دارد و هدفش کمک به دولتها بی‌است که توان مالی مراجعته بدیوان دادگستری بین‌المللی را ندارند، سپرده شود. پیشنهاد دیگر این بود که اگر در استرداد این قبیل اموال به صاحبان قانونی آن، به جهاتی توفیقی حاصل نشود، در اختیار دولت قرار داده شود تا آن را صرف امور موردنظر خود بنماید. در مورد اموال ضبط شده به مناسبت قاچاق یک ماده مخدر، پیشنهاد شد که این قبیل اموال در اختیار مراکز ترک اعتیاد معتادان گذاشته شود، یا به دولتی که متهم را محاکمه می‌کند، یا به دولتی که مأمور اجرای حکم دادگاه خواهد شد و یا به ضابط دادگاه کیفری بین‌المللی سپرده شود.

۵- ۳. سایر مجازاتهای:

بعضی از اعضای کمیسیون حقوق بین‌الملل پیشنهاد کردند که مجازاتهای حبس و مصادره اموال که از سوی گزارشگر ویژه پیشنهاد شده است، باید با مجازاتهای دیگری تکمیل گردد. با توجه به خصوصیت جرایم مورد نظر، یادآوری شده است که کیفرهای پیش‌بینی شده هم ترهیبی باشد، یعنی مجرم را متحمل رنج و مشقت بدنی کند، و هم ترذیلی، یعنی از لحاظ حیثیت معنوی و

اجتماعی برای مجرم تحقیرکننده و موهن باشد.

دشوار خواهد بود که با مباشر چنین جرایمی به نحو ملائم‌تری نسبت به مباشر یک جرم حقوق عمومی یا یک جرم سیاسی کلاسیک رفتار شود. بدین‌سان، یکی از اعضای کمیسیون پیشنهاد کرد که کیفرهای تبعی محرومیت مطلق و سلب حقوق مدنی نیز در طرح قانون پیش‌بینی شود. اعضای دیگر، جریمه وکارهای عمومی و عام‌المنفعه را پیشنهاد کردند. درخصوص جریمه، یکی از اعضای دادآوری کرد که جریمه درواقع شکلی از ضبط است. و اما در مورد خدمات عمومی و عام‌المنفعه، بعضی اعضا معتقد بودند که باید این موضوع را با اختیاط زیادی مطرح کرد، زیرا تعیین مرز میان مجازات‌های پیشنهادی خدمات عمومی و عام‌المنفعه و اعمال شاقه دشوار است و از همه مهم‌تر، اعمال شاقه به موجب کتوانسیون‌های خاص در زمینه حقوق بشر منع شده است.

گزارشگر ویژه، با توجه به آراء و عقاید اعضای کمیسیون حقوق بین‌الملل درخصوص مجازات‌های قابل اعمال، وجود تشثیت آراء میان آنها را احراز و چنین نتیجه‌گیری می‌کند:

به عقیده بعضی، تعیین مجازات‌ها در صلاحیت حقوق داخلی است و کمیسیون این مورد را باید کلاً کنار گذارد. گزارشگر ویژه با این نظر موافق نیست. به عقیده او کمیسیون کاملاً می‌تواند برای اجرای مجازات‌ها و حتی مجازات‌های معین پیشنهادهایی بنماید، بدون اینکه در مورد اولویت و حق تقدم دولتها به عنوان آخرین مرجع صلاحیت‌دار در تصمیم‌گیری، اصرار ورزد. کنار گذاردن مجازات‌های قابل اعمال، سبب ایجاد انتقاداتی به نویسنده‌گان طرح ۱۹۵۴ قانون بین‌الملل جزا خواهد شد مبنی بر اینکه در مقررات مربوط به جرایم علیه صلح و امنیت بشری، علی‌رغم قاعدة «هیچ مجازاتی بدون قانون وجود ندارد»، ضمانت اجرایی تعیین نشده است.

با توجه به واکنش ابراز شده نسبت به طرح ماده راجع به مجازات‌های قابل اعمال، گزارشگر ویژه وجود اختلاف نظر در این مورد را محرز دانسته است. برخی از اعضای کمیسیون چنین وانمود می‌کنند که حسب تحولات حقوق بین‌الملل، مجازات اعدام به دلایل اخلاقی، فلسفی و قراردادی دیگر متوقف و

لغو شده است و حتی بعضی از آنها مجازات حبس ابد را نیز مردود می‌دانند. لیکن باید گفت که گزارشگر این طرز فکر را خیلی مبالغه‌آمیز می‌داند. باید از نظر دور داشت که جرایم مورد نظر در طرح قانون بین‌الملل جزا از اهمیت خاصی برخوردار بوده و به یک نظام اجرایی استثنایی نیازمند است، چنانکه کمیسیون^۱ این جرایم را مشمول مرور زمان ندانسته است. به نظر او اگر در بین مجازات‌ها، اعدام حذف شود، باید در طرح ماده Z حداقل حبس ابد حفظ و پیش‌بینی گردد.

در مورد کیفیات مشدّده، به نظر گزارشگر ویژه، به یک دلیل ساده از این مورد باید منصرف شد و آن این است که، با توجه به ماهیّت شدید و خطرناک این قبیل جرایم، بدشواری می‌توان پذیرفت که کیفیات مشدّده دیگری بتواند برای آنها وجود داشته و متصور باشد.

در خصوص مجازات‌ها، دلیل پیش‌بینی یک قاعدة کلی قابلِ إعمال نسبت به تمام جرایم مندرج در قانون توسط گزارشگر آن بوده است که به نظر وی تمام جرایم شدت و خطرناکی یکسانی دارند و بنابراین می‌توان آنها را در یک ردیف قرار داد. لیکن این قاعدة، آن اندازه هم که به نظر می‌رسد غیرقابلِ انعطاف نیست، زیرا با توجه به پذیرش کیفیات مخفّفه، قاضی همواره می‌تواند با توصل به این کیفیات کیفر را تعدیل و «فردی» کند، یعنی آن را با درجه اهمیّت و خطرناکی جرم ارتکابی و مسؤولیّت عامل آن منطبق سازد.

در مورد مصادره اموال، گزارشگر قبول دارد که فرمول پیشنهادی در متن پیش‌نویس ماده Z کاملاً متقاعدکننده نیست و شاید بهتر باشد که مصادره کلی اموال پیش‌بینی شود؛ بعلاوه، از مصادره اموال به منزله جبران ضرر و زیان که به مدعی خصوصی مربوط می‌گردد و او باید آن را درخواست نماید، انصراف حاصل شود.

با توجه به عقاید و نظریّات مختلف اعضای کمیسیون حقوق بین‌الملل، گزارشگر ویژه یعنی آقای دودو تبیام دو متن جدید برای طرح ماده Z به شرح زیر انشاء و پیشنهاد نموده است:

● متن اول:

«هرکس که به وسیله ارتکاب یکی از جرایم پیش‌بینی شده در این قانون مقصّر شناخته شود، به [حبس جنایی ابد]^{۳۱} حبس جنایی غیرقابل تغییر از ۱۵ تا ۳۵ سال – و در صورت تشخیص دادگاه با جمع با مجازات یا مجازاتهای زیر – محکوم خواهد شد:

۱. انجام کارهای عمومی و عام المنفعه،
۲. توقيف و ضبط کلّی یا جزئی اموال،
۳. محرومیت از تمام یا بخشی از حقوق مدنی و سیاسی.»

● متن دوم:

۱. دادگاه می‌تواند یکی از مجازاتهای زیر را در حکم خود تعیین و إعمال نماید:

- [الف. حبس جنایی ابد]^{۳۲}
- ب. حبس جنایی غیرقابل تغییر از ۱۰ تا ۳۵ سال.
۲. بعلاوه دادگاه می‌تواند به مجازاتهای زیر حکم دهد:
 - الف. انجام کارهای عمومی و عام المنفعه،
 - ب. توقيف و ضبط کلّی یا جزئی اموال،
 - ج. محرومیت از تمام یا بخشی از حقوق مدنی و سیاسی.»

بدین ترتیب، ملاحظه می‌شود که مسئله مجازاتهای قابل إعمال نسبت به مرتكبان جرایم بین‌المللی مندرج در متن پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری نیز هنوز در قالب یک «طرح» در کمیسیون حقوق بین‌الملل و مجمع عمومی در دست بررسی است.

۳۱. گزارشگر ویژه با در قلّب قرار دادن «حبس جنایی ابد» درواقع این مجازات را نیز، برای انتخاب احتمالی کمیسیون، در دو متن پیش‌نویس آورده است تا آنها بتوانند آن را یا بهمای حبس مؤقت و یا همراه با آن بر ضد جرایم علیه صلح و امنیت بشری برگزینند. گزارشگر ویژه بدین‌وسیله خواسته است که اعضای کمیسیون به‌هنگام شور و تصمیم‌گیری پی‌رامون مجازات یا مجازاتهای جرایم مزبور، امکان انتخاب حبس جنایی ابد را نیز داشته باشند.

۳۲. رک. توضیحات پاپوشت پیشین.

۷ مبحث

تحلیل هنن پیش نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری

تدوین متن طرح قانون بین‌الملل جزا، گامی مهم در تدوین مقررات و «قانون نویسی» برای حقوق بین‌الملل جزا محسوب می‌گردد. زیرا حقوق بین‌الملل برای مبارزه و مقابله با بزهکاری بین‌المللی قانونمند، توانمند و مسلح می‌شود و نظم حقوقی بین‌المللی نیز بمانند نظم حقوقی ملی کشورها ضمانت اجرای کیفری می‌یابد و بدین ترتیب سیاست جنایی بین‌المللی برای تحقق اهداف و رسالت‌های اولیه خود، که حمایت و پاسداری از نظم حقوقی بین‌المللی در رأس آنها قرار دارد، به ابزارهای اساسی کیفری مجهز می‌گردد.

قانون نویسی و «قانونگذاری» کیفری در سطح سازمان ملل متحد، به عنوان یک مرجع رسمی جهانی، به اندازه قدمت خود این سازمان سابقه دارد. بنابراین، اندیشه مصون کردن نظم حقوقی، سیاسی و اجتماعی جهانی از طریق ایجاد و اعمال یک نظام بین‌المللی کیفری مدون و منسجم جزو نخستین مطالعات و اقدامهای مجمع عمومی سازمان ملل متحد بوده است. حاصل این قبیل مطالعات، مذاکرات و فعالیتها در زمینه حقوق بین‌الملل جزا قبل از هر چیز، تدوین و تصویب موقت پیش‌نویس «قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری»^{۳۳} است که در مبحث حاضر ابتدا به بررسی ساختار و جنبه‌های شکلی آن (گفتار نخست) و سپس به تحلیل خود متن و پیش‌نویس، یعنی در واقع محتوا و مواد آن (گفتار دوم) پرداخته خواهد شد.

۳۳. برای ملاحظه متن انگلیسی این پیش‌نویس و برگردان فارسی آن رک. «بخش اسناد بین‌المللی» همین شماره مجله حقوق.

گفتار نخست

ساختار پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری

متن پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری مشتمل است بر بیست و شش ماده که در دو بخش انشاء و تدوین شده است.

بخش نخست فاقد عنوان است و مواد ۱ تا ۱۴ را در بر می‌گیرد. در این بخش، اصول کلی و عمومی حقوق بین‌الملل جزا یا اصول حقوق جزای عمومی بین‌الملل طی مواد مذبور آمده است و به همین جهت شاید انتخاب عنوان «کلیات» برای آن مناسب باشد. بخش نخست خود به دو فصل تقسیم می‌گردد. در فصل نخست تحت عنوان «تعریف و توصیف» که شامل مواد ۱ و ۲ قانون می‌شود، درواقع به تعریف جرم بین‌المللی و استقلال این تعریف نسبت به تعریف جرم در حقوق داخلی می‌پردازد. فصل دوم با عنوان «اصول کلی» شامل مواد ۳ تا ۱۴ است که به طور خاص اصول کیفری راهبردی حقوق بین‌الملل جزا از قبل مسؤولیت و مجازات ارتکاب جرم، تکلیف به محکمه یا استرداد مجرم، عدم شمول مرور زمان، اعتبار امر قضاوت شده، عطف بمسابق نشدن قانون، علل رافع مسؤولیت، کیفیات مخفقه و... را احصاء و انشاء کرده است.

بخش دوم، برخلاف بخش نخست، دارای عنوان است لیکن مواد ۱۵ تا ۲۶ مندرج در آن بعانند بخش نخست فصل‌بندی نشده است. عنوان بخش دوم «جرائم علیه صلح و امنیت بشری» است. همان‌گونه که از این عنوان بر می‌آید، بخش دوم ضمن احصاء بعضی از مصادیق جرایم بین‌المللی، درواقع منبع حقوق جزای اختصاصی بین‌الملل را تشکیل می‌دهد. دوازده ماده بخش دوم، دوازده جرم بین‌المللی شامل تجاوز (ماده ۱۵)، تهدید به تجاوز (ماده ۱۶)، مداخله (ماده ۱۷)، سلطه استعمارگرانه، سایر آشکال استیلای خارجی (ماده ۱۸)، کشتار دسته‌جمعی (ماده ۱۹)، آپارتاید (ماده ۲۰)، نقض با برنامه یا وسیع

حقوق بشر (ماده ۲۱)، جرایم جنگی فوق العاده مهم (ماده ۲۲)، استخدام، بکارگیری، تأمین مالی و آموزش مزدوران (ماده ۲۳)، تروریسم بین المللی (ماده ۲۴)، قاچاق مواد مخدر (ماده ۲۵) و صدمات عمدی و شدید به محیط زیست (ماده ۲۶) را احصاء و تعریف می کند. پاره ای از این عنوانین مجرمانه دارای مصادب متنوع هستند که در ذیل ماده مربوطه ذکر و تعریف شده اند. به عنوان نمونه، قتل عمد، شکنجه، کارهای اجباری و آعمال شاقه، بردهداری، تبعید یا انتقال اجباری اقوام مختلف و... از جرایم موضوع ماده ۲۱ هستند که تحت عنوان کلی «نقض با برنامه یا وسیع حقوق بشر» احصاء شده اند.

بدین ترتیب، کمیسیون حقوق بین الملل سعی کرده است تا به نظر خود جرایم را که برای صلح و امنیت جامعه بشری «خطرناک ترین» بوده است، برشمرد.^{۳۴} می توان گفت که جرایم پیش بینی شده در مواد ۱۵ تا ۲۶ متن این پیش نویس در واقع محدود به جرایمی است که در عنوان آن، یعنی «جرائم علیه صلح و امنیت بشری»، مد نظر بوده و اساس و فلسفه تدوین و وضع چنین قانونی را تشکیل می دهد. زیرا نویسندهای که برای نخستین بار در سالهای ۱۹۴۷ تا ۱۹۵۴ مأمور تدوین قانون جرایم بین المللی شدند، می باشند که مجموع عمومی مطالعات خود را محدود به چارچوب مأموریتی می کردند که مجمع عمومی سازمان ملل متحده در این خصوص به آنها محول کرده بود. موضوع این مأموریت تهییه و تدوین پیش نویس «قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری» براساس ماده ۶ میثاق (اساسنامه) دادگاه نظامی بین المللی (نورنبرگ) الحاقی

۳۴. شاید بهمین جهت باشد که پاره ای از نویسندهای ایرانی «Les crimes internationaux» را «جنایات بین المللی» ترجمه کرده اند. حال آنکه می دانیم چه در زبان انگلیسی، چه در زبان فرانسه و چه حتی در زبان پارسی، «crime» و «جنایت» غالباً به معنای و به معنای «جرم» نیز مورد استفاده قرار می گیرد، مگر در متنون تخصصی جزایی و زبان متخصصان کیفری که می خواهند جنایات (crime) و جنحة (délit) و خلاف (contravention) را از هم تفکیک کنند. از سوی دیگر، در میان جرایمی که در طرح قانونی مورد بررسی آمده است، نمی توانیم همه آنها را - از نظر درجه خطرناکی - به طور یکسان جنایت، که در حقوق جزایی داخلی شدیدترین نوع جرم است، تلقی کنیم. بهره حالت چه خوب است که نویسندهای پیش نویس قانون بین الملل جزا و کمیسیون حقوق بین الملل در بررسیهای بعدی خود به این مهم نیز پردازنند و تفکیک لازم را - همان طور که کمیسیون در ماده ۱۹ پیش نویس مواد مربوط به مسؤولیت دولت، جنایت بین المللی و جنحة بین المللی و مصادیق آنها را از هم تفکیک کرده است - با بکار بردن عنوانها و تعاریف تخصصی جرایم جنایی و جنحهای انجام دهند.

به موافقت‌امامه ۱۹۴۵ اوت لندن بود؛ یعنی نویسنده‌گان مزبور می‌باشند محتوای ماده ۶ را که قلمرو و نوع جرایم بین‌المللی قابل تعقیب در دادگاه نورنبرگ را مشخص و تعریف می‌کرد، وارد بخش اختصاصی پیش‌نویس قانون در دست تهیه می‌نمودند: جرایم علیه صلح^{۳۵}، جرایم جنگی^{۳۶}، جرایم علیه بشریت^{۳۷} و توطنه^{۳۸} به منظور ارتکاب یکی از این سه نوع جرایم. درواقع، دنیاگیر پس از جنگ دوم جهانی به شدت از اعمال فجیعی که در طول این جنگ به نام دفاع از یک ایدئولوژی خاص و برتری یک نژاد، یک زبان و یک فرهنگ خاص و با اعتقاد راسخ به تفوق بی‌چون و چرا آن ایدئولوژی نسبت به سایر ایدئولوژی‌ها، علیه «بشریت»، «صلح» و «امنیت» جهانی در کشورهای اشغال شده و مغلوب به‌وقوع پیوسته بود متأثر گردیده و بنابراین تعایل جامعه بشری به‌اینکه قبل از هر چیز به‌خود در مقابل تکرار چنین اعمالی در آینده مصونیت بخشند، تعایلی کاملاً طبیعی به‌نظر می‌رسید.

این استدلال تا اندازه‌ای علت محدود بودن موضوع مأموریت کمیسیون حقوق بین‌الملل و در نتیجه انحصار جرایم بین‌المللی به تنها «جرایم علیه صلح و امنیت بشری» را در سالهای اولیه پس از جنگ توجیه می‌کند. لیکن سوالی که باقی می‌ماند این است که چرا تحولات مختلف دهه‌های اخیر در جامعه جهانی و ظهور ارزش‌های جدید، در بازیبینی‌ها و بررسیهای مجدد کمیسیون حقوق بین‌الملل و مجمع عمومی سازمان ملل متحد برای وضع جرایم جدید و توسعه دامنه طرح قانون بین‌الملل جزا مورد توجه قرار نگرفته است؟ چرا بخش حقوق جزای اختصاصی طرح مزبور پس از گذشت حدود نیم قرن کماکان محدود به‌همان جرایمی است که در اوایل کار و در دوره ۱۹۴۷ - ۱۹۵۴ در آن بخش تعیین و پیش‌بینی شده است؟

لاقل دو دلیل برای این موضوع ارائه شده است. نخستین دلیل در فلسفه وضع و رسالت قانون بین‌الملل جزا نهفته است: رسالت قانون مزبور، قبل از هر

35. Crimes against Peace

36. War crimes

37. Crimes against Humanity

38. Conspiracy

چیز، احصاء و تعریف مهم‌ترین یعنی «خطرناک‌ترین» اعمال مجرمانه برای جامعه بشری است، و این اعمال همانهایی هستند که در طرح کنونی منعکس و مندرج است. دومین دلیل که قابل تأمل‌تر است و از جنبه عملی امر «قانونگذاری بین‌المللی کیفری» ناشی می‌شود، اجتناب از بهدرازا کشیده شدن زمان تدوین قانون، به لحاظ مذاکرات و بحثهای جدید در کمیسیون حقوق بین‌الملل، در میان دولتها م مختلف جهان و در مجمع عمومی سازمان ملل متحد پیرامون وضع جرایم جدید است. بدیگر سخن، هدف به توافق رسیدن هرچه سریع‌تر کشورها پیرامون طرح مزبور به منظور نهایی کردن متن قانون بین‌الملل جزاست، و بدیهی است که هرچه بر سیاهه جرایم افزوده شود، به همان میزان اختلاف نظر میان کشورها درخصوص طرح قانون مزبور نیز بیشتر و پیچیده‌تر می‌گردد و بدین ترتیب شاید برای عبور از مرحله طرح قانون و رسیدن به مرحله تصویب نهایی و اجرای «قانون بین‌الملل جزا» نیم قرن دیگر باید به انتظار نشت‌ا به عبارت دیگر، هر اندازه دولتها از نظر درجه توسعه سیاسی، حقوقی، اجتماعی و اقتصادی از یکدیگر دور باشند، نزدیک شدن دیدگاههای آنها سخت‌تر و راه رسیدن به توافق در این مورد ناهموار‌تر خواهد بود.

در هر حال، در معاہدات بین‌المللی موجود، بیست و چهار جرم بین‌المللی احصاء شده‌اند که از نظر تعداد دو برابر جرایم پیش‌بینی شده در طرح قانون بین‌الملل جزا هستند. این جرایم عبارتند از:

تجاوز^{۳۹}، جرایم جنگی^{۴۰}، کاربرد غیرقانونی تسلیحات^{۴۱} (به عنوان یک جرم جنگی)، کشتار دسته‌جمعی^{۴۲}، جرایم علیه بشریت^{۴۳}، تبعیض نژادی و آپارتايد^{۴۴}، برده‌داری و جرایم وابسته^{۴۵}، شکنجه^{۴۶} (به عنوان یک جرم

39. Aggression

40. War crimes

41. Unlawful uses of weapons

42. Genocide

43. Crimes against Humanity

44. Racial discrimination and apartheid

45. Slavery and related crimes

46. Torture

جنگی)، آزمایش‌های غیرقانونی بر روی انسان^{۴۷} (به عنوان یک جرم جنگی)، راهزنی دریایی^{۴۸}، هواپیماربایی^{۴۹}، جرایم علیه امنیت «حمل و نقل دریایی بین‌المللی»^{۵۰}، تهدید و کاربرد زور علیه اشخاصی که از نظر بین‌المللی مورد حمایت‌اند^{۵۱}، گروگانگیری افراد غیرنظمی^{۵۲}، جرایم مربوط به مواد مخدر^{۵۳}، خرید و فروش بین‌المللی نشریات مستهجن^{۵۴}، تخریب و یا غارت ذخایر ملی^{۵۵} (در زمان جنگ و بعضی در شرایط صلح)، حفاظت از محیط زیست^{۵۶} (بعضی جوانب مربوط به آن)، سرقت مواد هسته‌ای^{۵۷}، استفاده غیرقانونی از پُست^{۵۸}، «ستکاری و دخالت در کابلهای زیردریایی^{۵۹}، مزدورگیری^{۶۰}، تقلب^{۶۱} و جعل^{۶۲} (اسناد و مدارک).

همان‌طور که در فهرست بالا ملاحظه می‌شود، بارهای از این بیست و چهار نوع جرم در متن طرح قانون «جرائم علیه صلح و امنیت بشری» نیز به عنوان جرم بین‌المللی پیش‌بینی شده‌اند مانند تجاوز، جرایم جنگی، کشتار دسته جمعی، آپارتايد و در عوض، بعضی از اعمالی که در متن طرح مورد بحث به عنوان جرم احصاء و تعریف شده، در معاهدات بین‌المللی موجود به عنوان جرم بین‌المللی پیش‌بینی نشده‌اند مانند مداخله (مادة ۱۷)، سلطه استعمارگرانه (مادة ۱۸) و

47. Unlawful human experimentation

48. Piracy

49. Aircraft hijacking

50. Crimes against the safety of international maritime navigation

51. Threat and use of force against internationally protected persons

52. Taking of civilian hostages

53. Drug offenses

54. International traffic in obscene publications

55. Destruction and/or the theft of national treasures

56. Environmental protection

57. Theft of nuclear materials

58. Unlawful use of mails

59. Interference with submarine cables

60. Mercenarism

61. Falseifying

62. Counterfeiting

بدین ترتیب، در طرح قانون بین‌الملل جزا از جرایم جدیدی نام برده شده است که، بر طبق عرف یا کنوانسیون‌های بین‌المللی موجود، جرم بین‌المللی محسوب نمی‌شوند و بدین سان طرح مزبور، در صورت تصویب نهایی، مکتل عرف و کنوانسیون‌های بین‌المللی راجع به جرایم بین‌المللی خواهد بود. نویسنده‌گان طرح قانون بین‌الملل جزا و به‌ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل در بازیبینی‌های جدید خود می‌توانند، با توسعه دامنه موضوع پیش‌نویس قانون بین‌الملل جزا، قلمرو آن را نسبت به اعمال مجرمانه بین‌المللی پیش‌بینی شده در کنوانسیون‌های بین‌المللی تسری دهند و آنها را نیز در بخش اختصاصی طرح مزبور وارد سازند و امید داشته باشند که با مخالفت خاص کشورها مواجه نخواهند شد، زیرا اغلب کشورها با پذیرفتن آن معاہدات، این قبیل اعمال را نیز از پیش به عنوان «جرائم بین‌المللی» پذیرفته‌اند. علاوه بر این، امروزه بیشتر قانونگذاران داخلی کشورها، به‌هنگام تجدیدنظر در قوانین کیفری داخلی خود، به‌این سوگرایش پیدا کرده‌اند که جرایمی را که تاکنون منحصرآ در کنوانسیون‌های بین‌المللی یا در همین طرح قانون بین‌الملل جزا تعیین و تعریف شده‌اند، به‌فهرست عناوین مجرمانه شناخته شده در نظام کیفری خود بیفزایند، زیرا که امروزه شخص انسان، در مقام عضوی از خانواده بشریت و نه به عنوان شهروند یک کشور خاص، مورد توجه قانونگذاران مختلف قرار می‌گیرد و بنابراین لطمه به حقوق و آزادیهای اساسی وی تحت این عنوان نیز جرم تلقی می‌شود. اصلاحاتی که اخیراً در بخش مربوط به جرایم علیه اشخاص در قوانین جزایی کشورهای متحول و بوبای جهان آغاز شده جلوه‌ای از همین طرز تفکر است.

به عنوان مثال، قانونگذار کانادایی با تصویب قانون شماره ۷-۱۹۸۷ — که هم‌اکنون بخشی از قانون جزای کانادا^{۶۳} را تشکیل می‌دهد — بزه‌های جدیدی در ماده ۷(۳۷۶) این قانون تحت عنوان «جرائم جنگی» و «جرائم علیه بشریت» با تعاریف نزدیک به تعاریف مندرج در طرح قانون بین‌الملل جزای کمیسیون حقوق بین‌الملل پیش‌بینی کرده است^{۶۴}: همچنین، قانونگذار فرانسوی

63. Canadian Criminal Code (C.C.C.)

۶۴ برای اطلاعات بیشتر رک:



در قانون جزای جدید فرانسه (مصوب ۲۲ زوئیه ۱۹۹۲ و لازم الاجراء از اول مارس ۱۹۹۴)، طی مواد ۱-۲۱۱ و بعد آن، در بخش مربوط به جنایات و جنحه‌های علیه اشخاص، جرایم علیه بشریت را با عنایت به تعاریف آنها در کنوانسیون‌های بین‌المللی و طرح قانون بین‌الملل جزا احصاء و پیش‌بینی کرده است.^{۶۵}

با ظهر چنین گرایشی در قانونگذاریهای کیفری داخلی، می‌توان از یک سو سخن از جهانی شدن تدریجی اصول ناشی از اساسنامه، جریان و آیین رسیدگی دادگاه نوربرگ و نهود برگزاری محاکمات^{۶۶} آن به میان آورد، و از سوی دیگر امیدوار بود که آن دسته از دولتهایی که تاکنون نسبت به اهمیت، وجاهت و لزوم تصویب یک قانون بین‌الملل جزا موضع بدینانه‌ای اتخاذ کرده بودند، از این پس تغییر نگرش دهند و با برخوردي سازنده نسبت به موضوع، در جهت پذیرش و تصویب ایزار کیفری سیاست جنایی بین‌المللی کوشش نمایند و با گرد آمدن به حول محور و اصل ضرورت وجود یک قانون بین‌الملل جزا، برای حفظ و پاسداری از نظم حقوقی بین‌المللی که مورد پذیرش بیشتر کشورها و دولتهاست اختلاف نظرهای فنی، فرهنگی، فکری و سیاسی میان خود را به هنگام بحث و مذاکره پیرامون محتوای این قانون کنار گذارند و یا آن را به حداقل برسانند.

Joffe, Alain: «les crimes contre l'humanité dans le Code Criminel Canadien». in → Rev. inter. de criminologie et de police technique, No. 4, 1993, pp. 438 - 455.

^{۶۵} برای اطلاعات بیشتر رک:

Tulkens, (Françoise): «Le mouvement de réforme des codes et le nouveau Code pénal Français», in Archives de Politique Criminelle, No. 17, 1995, pp. 27 et s.

^{۶۶} برای اطلاع بیشتر در این مورد رک. رخشنانی، نگار: تأثیر محاکمات نوربرگ در تحولات حقوق بین‌الملل کیفری، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی تهران، واحد مرکز، ۱۳۷۲؛ فیوضی، دکتر رضا: «دادگاه نظامی نوربرگ پس از چهل سال»، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۹، ۳۶۷، صص ۱۳۳ و بعد.

گفتار دوم

ماهیّت پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری

عنوان پیش‌نویس «قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری» خود گویای آن است که اولاً دامنه، ماهیّت و تعداد جرایمی که در این قانون آمده است - همان‌گونه که قبلًاً اشاره شد - از یک سو به جرایم علیه صلح و از سوی دیگر به جرایم علیه بشریت محدود می‌شود، و ثانیاً در این قانون صرفاً دوازده جرم بین‌المللی، تعاریف و اصول عمومی حاکم بر آنها مطرح شده و بنابراین مجازات یا مجازاتهای هر جرم، آن‌طور که در قوانین جزایی داخلی معمول است، در مواد مربوط پیش‌بینی نشده است. نویسنده‌گان متن، در ماده ۳ تحت عنوان «مسئولیت و مجازات» با قید «... و مستوجب مجازات است»، درواقع اصل مجازات و تنبیه مباشان این قبیل جرایم را پذیرفته‌اند، لیکن وقتی در بخش دوم پیش‌نویس به تعریف جرایم می‌پردازند، نوع و میزان مجازات یا مجازاتهای هر یک از جرایم را تعیین نمی‌کنند و موضوع را به صورت نقطه‌چین و داخل پرانتز، به بعد وامي گذارند. بدین ترتیب، طرح بحث جرایم و تعیین انواع آنها بدون طرح همزمان بحث ضمانت اجرای (مجازات) هر یک از آنها از نظر نوع، تعداد و میزان از ویژگیهای متن پیش‌نویس است که شاید دلیل عدمه آن و مسکوت گذاشتن نوع و میزان مجازات هر یک از جرایم بین‌المللی در متن مذبور، دامن نزدن بیشتر به اختلاف نظرهای موجود و ایجاد مخالفتهای جدید از ناحیه دولتها پیرامون امر قانونگذاری بین‌المللی کیفری بوده باشد.

ماده ۱، زیر عنوان «تعریف»، از جرم یا جرایم بین‌المللی نام نمی‌برد بلکه از اصطلاح «جرایم [حقوق بین‌الملل]» استفاده می‌کند. ابهام این ماده بیشتر ناشی از این است که چرا حقوق بین‌الملل داخل قلّاب گذاشته شده است. آیا این خود، از آغاز کار، دلیلی بر وجود تردید و عدم اطمینان نزد نویسنده‌گان متن

مزبور و کمیسیون حقوق بین‌الملل پیرامون مفهوم جرم بین‌المللی نیست؟⁶⁷ زیرا از نظر حقوق بین‌الملل و کنوانسیون‌های موجود تاکنون بیست و چهار نوع جرم بین‌المللی وضع شده است که تنها پاره‌ای از آنها در طرح قانون مورد توجه کمیسیون قرار گرفته و بعضی از جرایم دیگر برای نخستین بار در آن پیش‌بینی می‌شوند. بنابراین، بهتر می‌بود که نویسنده‌گان متن تعریف صریح‌تری از جرم در ماده ۱ بدست می‌دادند. از سوی دیگر، با آنکه نویسنده‌گان مزبور در تعریف از جرم به « فعل و ترک فعل » در مواد ۲ و ۵ اشاره می‌کنند، لیکن در سایر مواد فقط به «أعمال» اشاره دارند. شاید از نظر آنها اعمال اعم است از عمل مثبت یا عمل منفی.

اصل قانونی بودن جرایم، بهجای اینکه در همان یکی دو ماده نخست بیان شود، در بند ۱ ماده ۱۰ تحت عنوان «عطاف بمسابق نشدن»، که خود از اصل قانونی بودن نتیجه گرفته می‌شود، آورده شده است. با عنایت به اهمیت حیاتی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در دفاع و حمایت از حقوق و آزادی‌های افراد، اختصاص یک اصل مستقل و صریح به‌این موضوع در همان چند ماده نخست متن پیش‌نویس ضروری است.

در ماده ۸ پیش‌نویس تحت عنوان «تضمينهای قضایی»، تدابیر و تضمينهای لازم برای یک رسیدگی عادلانه پیش‌بینی شده است. قسمت اخیر صدر این ماده، اصل برائت را که یکی از تضمينهای مهم قانونی برای افراد و به‌ویژه متهمان در مقابل عدالت کیفری است به‌رسمیت می‌شناسد. در بند (ه) همین ماده حق دفاع برای متهم و استفاده از وکیل صراحتاً پیش‌بینی شده است. ماده ۱۴ صراحتاً به کیفیات مخففه اشاره می‌کند و چنین مقرر می‌دارد که دادگاه به‌هنگام تعیین مجازات، عنداللزوم، کیفیات مخففه را مورد ملاحظه قرار خواهد داد. بدین ترتیب، اصول عمومی حقوق جزای موضوعه در مواد مختلف متن پیش‌نویس مذکور نویسنده‌گان آن قرار داشته است.

ماده ۶ صلاحیت جهانی را برای تعقیب، تحقیق و محاکمه فرد متهم

67. Ottenhof, R.: «An overview of the draft code», in *Nouvelles Etudes Pénales*, Ed. Erès, No. 11, 1993, p. 30.

بهار تکاب یکی از جرایم این قانون پذیرفته و آن را برای دولتی که چنین متهمی در سرزمین او دستگیر می شود یک تکلیف دانسته است، مگراینکه تقاضای استرداد متهم مطرح شود. بدیهی است صلاحیت دادگاه بین‌المللی کیفری که کمیسیون حقوق بین‌الملل در صدد ایجاد آن است برای رسیدگی به چنین جرایمی یک اصل است. به همین جهت، در صورت تقاضای استرداد مجرم در شرایطی، دولت مزبور باید وی را مسترد کند.

اهمیت جرایم مندرج در متن پیش‌نویس، از آن جهت که مصالح و منافع کلّ بشریت و جامعه بشری را در معرض مخاطره قرار می‌دهد، ایجاب می‌کند که هر زمان عامل این جرایم به دام افتاد، قابل تعقیب باشد. از این روست که ماده ۷ صراحتاً این قبیل بزه‌ها را مشمول مرور زمان نمی‌داند، و بدین ترتیب مرتكبان آنها همواره قابل دستگیری، تعقیب، محاکمه و مجازات هستند. براساس همین تفکر است که پس از گذشت حدود نیم قرن از پایان جنگ دوم جهانی، هنوز متهمان بهار تکاب جرایم علیه بشریت در طول این جنگ — به ویژه افسران نازی^{۶۸} — بعد از شناسایی توسط کشورهای ذی نفع مثل فرانسه یا اسرائیل مسترد، تعقیب، محاکمه و مجازات می‌شوند.

کاربرد قیدهایی چون «متضمن شدّ و خطر چندانی نیست» (بند ۳ ماده ۱۵)، «شدّت آنها در حدّ اقدامات مذکور در بندهای اخیر» (قسمت ز بند ۴ ماده ۱۵) و یا «فوق العاده مهم و خطرناک» (در عنوان و در متن ماده ۲۲) در تعریف جرایم و صفاتی مجرمانه ابهام ایجاد می‌کند و عامل ذهنیت را به‌هنگام ارزیابی و رسیدگی به جرایم، جایگزین عامل عینیت، یعنی رعایت اصل قانونی بودن جرایم در حقوق جزا، می‌نماید.

مواد ۸ و ۹ عمدتاً پیرامون مسائل شکلی هستند و — همان‌طور که در بالا آمد — موضوع‌شان تضمین تحقیقات و محاکمات قانونی و عادلانه برای متهمان

^{۶۸} بمعنوان مثال، دولت فرانسه، کلاوس باربی (Claus Barbie) افسر آلمانی را که به‌هنگام اشغال فرانسه در دوران جنگ دوم جهانی به‌وسیله ارتش آلمان نازی، عامل سرکوب یهودیان و مبارزان فرانسوی در شهر لیون (واقع در مرکز فرانسه) بود، پس از گذشت حدود نیم قرن، در یکی از کشورهای آمریکای جنوبی شناسایی و پس از استرداد وی، اورا محاکمه و در ارتباط با جرایم علیه بشریت در اوایل سالهای ۱۹۹۰ در این کشور محکوم به حبس ابد نمود. باربی بمقلت ابتلا به بیماری سرطان در زندان درگذشت.

بهارتکاب جرایم بین‌المللی است.

جرائم پیش‌بینی شده متن طرح را می‌توان به سه گروه تقسیم کرد: گروه نخست شامل چهار جرم است که می‌توان آنها را «اعمال خصم‌انه علیه سایر دولتها» تلقی کرد: تجاوز «ماده ۱۵)، تهدید به تجاوز (ماده ۱۶)، مداخله (ماده ۱۷) و سلطه استعمارگرانه و سایر اشکال استیلای خارجی (ماده ۱۸). گروه دوم که آن نیز شامل چهار جرم می‌باشد، عمدتاً جرایمی هستند که علیه «اصول و بنیادهای حقوق بشر» ارتکاب می‌یابند: کشتار دسته‌جمعی (ماده ۱۹)، آپارتايد (ماده ۲۰)، نقض با برنامه یا وسیع حقوق بشر (ماده ۲۱) و جرایم جنگی فوق العاده مهم (ماده ۲۲). و بالاخره گروه سوم شامل جرایم «متفرقه» می‌گردد که نمی‌توان آنها را تحت یک عنوان خاص گردان آورد زیرا ترتیب آنها منطقی و مشخص نیست: استخدام، بکارگیری، تأمین مالی و آموزش مزدوران (ماده ۲۳)، تروریسم بین‌المللی (ماده ۲۴)، قاچاق مواد مخدر (ماده ۲۵) و صدمات عمدی و شدید به محیط زیست (ماده ۲۶).

تروریسم یک دولت علیه دولت دیگر در واقع نوعی «مداخله» محسوب می‌گردد که ممکن است به درگیری مسلح‌انه بین دو دولت یا جنگ داخلی منجر شود؛ بنابراین شاید مناسب‌تر می‌بود که این عنوان پس از جرم «مداخله» آورده می‌شد یا در متن ماده مریوط به‌این جرم جای می‌گرفت. مزدورگیری را نیز شاید بتوان جزء جرایم گروه نخست گنجاند، زیرا به‌نوعی می‌تواند در حکم تهدید به تجاوز یا مداخله و یا تجاوز باشد. آیا ایراد لطمہ به محیط زیست، نوعی نقض حقوق بشر نیست؟ آیا نمی‌توان آن را در کنار جرایم گروه دوم آورد؟ و اما در مورد قاچاق مواد مخدر باید گفت که مبارزه با آن، یعنی در واقع مبارزه علیه قاچاقچیان، امروزه مستلزم تأمین و استفاده از امکانات مادی و انسانی وسیعی است، زیرا شبکه‌های سازمان یافته قاچاق مواد مخدر، با توجه به سود کلان ناشی از فعالیتهای نامشروع خود، از دستیازی به‌هرگونه امکانات جنگی و مقاومت مسلح‌انه در مقابل نیروهای انتظامی و رسمی رویگردان نیستند و از این روست که ریشه کن کردن این قبیل شبکه‌ها دولتها بی مانند کلمبیا (و یا در پاره‌ای موارد ایران) را بدجنگ تمام عیار با آنها ناگزیر می‌سازد. بنابراین،

قاجاق بین‌المللی مواد مخدر، در واقع دولتها را در مقابل تشکیلات سازمان یافته تبهکارانهای قرار می‌دهد که برای ادامه فعالیت‌های خود تا مرحله نفی و براندازی ساختار رسمی و دولتی نیز پیش می‌روند. حال، با توجه به‌این وضع، آیا نمی‌توان سخن از «نظمامی شدن» مبارزه علیه «تجارت ملی و بین‌المللی نامشروع و غیرقانونی» مواد مخدر به‌میان آورد؟

در مورد مباحثان جرایم علیه صلح و امنیت بشری، می‌توان گفت که معیار و سیاق بکار برده شده در متن پیش‌نویس برای تعریف جرایم غالباً مسؤولیت کیفری را به‌چند گروه مباشر محدود می‌کند^{۶۹}: جرایم موضوع مواد ۲۱، ۲۵، ۲۲ و ۲۶ تنها توسط افراد عادی ممکن است ارتکاب یابند؛ جرایم تعریف شده در مواد ۱۵، ۱۶، ۱۷، ۱۹ و ۲۰ باید توسط یک «رهبر یا سازمان دهنده» به‌وقوع بیرون‌دنند؛ و بالاخره جرایم پیش‌بینی شده در مواد ۲۳ و ۲۴ را فقط «عامل یا نماینده» یک دولت می‌تواند ارتکب شود.

از آنجا که متن پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری عمده‌تاً به‌وسیله متخصصان حقوق جزا تدوین شده است، بنابراین جای تعجب نیست که این متن در تعریف خود از جرایم، از یافته‌ها و آورده‌های علوم رفتاری به‌ویژه روان‌شناسی و علوم جنایی – وبالاخص جرم‌شناسی و مجنی‌علیه‌شناسی – بهره کافی نبرده باشد.^{۷۰} تعریف جرم به‌طور انتزاعی و صرفاً با ارجاع به‌نوع «اعمال» مجرمانه – یعنی روش و کار نویسنده‌گان قوانین جزایی سده نوزدهم تحت تأثیر مکاتب کلاسیک^{۷۱} – دیگر مطلوب نیست. باید خصوصیات رفتاری و شخصیتی مباشر جرم را نیز در تعریف آن مورد توجه قرار داد. شناخت ما در مورد بزهکاری بین‌المللی یا فراملی و یا در مورد شخصیت بزهکاران بین‌المللی بسیار محدود است. در این خصوص، راجع به‌مرتکبان جرایم کشتار دسته‌جمعی یا تروریسم یا آپارتايد و... چه می‌دانیم؟ در بسیاری

69. Cf. Wise, Ed.: «The structure of the draft code», in *Nouvelles Etudes Pénales*, No. 11, 1993, p. 40.

70. Cf. Ottenhof, R.: «An overview of the draft code», op. cit., p. 29.

۷۱. در این مورد رک. پرادرل، زان: تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه دکتر علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، انتشارات دانشگاه شهید بهشنسی، تهران، ۱۳۷۲.

از جرایم، روابط ویژه میان مباشر جرم و قربانی وی (مجنی‌علیه) قبل از ارتکاب جرم و در لحظه و نیز در مدت ارتکاب جرم بسیار مهم است و بنابراین ضروری است که از آورده‌ها و یافته‌های مجنی‌علیه‌شناسی برای حمایت بیشتر از حقوق بزه‌دیدگان و درک بهتر مکانیسم «گذار از اندیشه مجرمانه به عمل مجرمانه» در بازبینی‌های بعدی متن طرح، بهویژه در تعریف جرایم مختلف، استفاده شود تا متن نهایی قانون بین‌الملل جزا از نظر روش تهییه و ماهیت مواد آن با توجه به آخرین دستاوردها و شناختهای علمی پیامون بزه‌کاران، بزه‌کاران، بزه‌دیدگان و عدالت‌کیفری تدارک شده باشد. و تنها بدین ترتیب است که این قانون بین‌الملل جزا، به عنوان ابزار اصلی سیاست جنایی بین‌المللی، قادر خواهد بود در مقابل بزه‌کاران بین‌المللی فردا از کارایی مطلوب و روز آمد برخوردار باشد.

● نتیجه

با آنکه متن قانون بین‌الملل جزا هنوز پای خود را از حد یک پیش‌نویس و طرح فراتر نگذاشته است، مع‌هذا باید در همین حد نیز از آن به عنوان یک «دستاورد تاریخی بین‌المللی» نام برد، زیرا علی‌رغم پیشرفت سریع کشورها و تحول تمدن بشری در همه زمینه‌ها و نزدیک شدن دولتها و ملتها به یکدیگر در سایه رشد سریع وسائل ارتباط جمیعی و وسائل حمل و نقل بین‌المللی. درگیریهای مسلحه محلی و منطقه‌ای – همراه با جنایات هولناکی که علیه مردم غیرنظمی و بیگناه و محیط زیست ارتکاب می‌یابد – کما کان ادامه دارد و صلح و امنیت و آرامش را برای بشریت به صورت یک رویا در آورده است.

در چنین شرایط بین‌المللی، نهایی کردن پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری، تصویب و بالاخره اجرای مؤثر قانون بین‌الملل جزا بیش از همیشه ضروری و فوری می‌نماید. کشورهای عضو سازمان ملل متحده باید از سیاسی کردن امر «قانون‌گذاری بین‌المللی کیفری» – چه در مقام تدوین قواعد و مقررات ماهوی کیفری (قانون بین‌الملل جزا) و چه در مقام تنظیم قواعد و مقررات شکلی کیفری (دادگاه بین‌المللی کیفری و آیین دادرسی کیفری حاکم بر

آن) – بهویژه پس از فروپاشی نظام جهانی دو قطبی، پرهیز کنند و در داخل کمیسیون حقوق بین‌الملل و نیز در مجمع عمومی به گرایش فتی - حقوقی اجازه رشد و شکوفایی دهند. همان‌طور که یک دولت یا حکومت مبتنی بر قانون و حقوق، نزد افکار عمومی داخلی خود از مشروعیت و وجاهت بیشتری بهره‌مند است، یک جامعه جهانی قانونمند و قانونگرا نیز بی تردید در نزد افکار عمومی جهانی مشروعیت بیشتری خواهد داشت و زمینه رشد، خلاقیت و تحقق آرمانهای بشری را هموار تر خواهد ساخت. کمیسیون حقوق بین‌الملل باید، علاوه بر تخصص و تجربه اعضای خود، از دانش حقوقی و تجربه سیاسی حقوقدانان، انجمنهای علمی، دولتمردان و دیبلمات‌های مصلح غیرعضو نیز به منظور غنی تر کردن و شتاب بخشیدن به کار خویش در زمینه قانون‌نویسی و تدوین مقررات کیفری بهره ببرد و بدین ترتیب همواره «خون تازه» به شریانهای خود تزریق کند.^{۷۲} آقای رنالد اتنف در این خصوص بحق می‌گوید که: «نهایتاً برای گذار از رویا و رسیدن به واقعیت، دنیای دانش و سیاست هر دو به خلق اثر و انجام مبارزه واحده فرا خوانده شده‌اند».

۷۲ گفتندی است که از ۲۵ نا ۲۹ مارس ۱۹۹۲، طی گردهمایی که در کورمایور (Courmayeur) – ایتالیا – زیر نظر انجمن بین‌المللی حقوق کیفری به منظور استفاده از دیدگاههای فتی- حقوقی دانشمندان حقوق بین‌الملل جزا برگزار شد، چند تن از اعضای کمیسیون حقوق بین‌الملل به اتفاق برخی از نمایندگان انجمن مزبور – از جمله آقای رنالد اتنف – سعی کردند تا پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری را از جهات مختلف مورد بررسی و نقد قرار دهند. آقای اتنف گزارش همین گردهمایی را در ۱۳۷۲/۲ به صورت کفرانسی، در دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی ارائه داد.

دکتر ناصر علی منصوریان



یادی از

آرشاگا

حقوقدان و سیاستمدار بزرگ جهان سوم





اگر سازمان ملل متحده تحت تأثیر تحوّلات جدید روابط بین‌المللی و به منظور توسعه و تکامل هرچه بیشتر حقوق بین‌الملل، دهه ۱۹۹۰ را دهه حقوق بین‌الملل نامگذاری کرده است اما، به عنوان تقارنی گریزناپذیر و تأسیف‌بار، این واپسین دهه قرن بیستم هنوز به نیمه راه نرسیده شاهد فقدان برجسته‌ترین حقوق‌دانان بین‌المللی بوده است.

پس از آنکه در آستانه این دهه، به سال ۱۹۸۹، میشل ویرالی^۱ و هانری باتیفول^۲ فوت کردند، از سال ۱۹۹۰ تاکنون جامعه جهانی حقوق‌دانان و چهره‌های بزرگ دیگری چون کلود آلبر کلییار^۳، مارک آنسل، رنه داوید^۴، پل

۱. برای آشنایی با احوال و افکار ویرالی (Michel Virally) رک. دکتر ناصرعلی منصوریان: «یاد استاد میشل ویرالی، حقوق‌دان بین‌المللی و فیلسوف حقوق»، مجله حقوقی، ش ۱۱، پاییز - زمستان ۱۳۶۸، ص ۹۷ - ۱۲۴.

۲. هانری باتیفول (Henri Batiffol) استاد حقوق بین‌الملل خصوصی دانشگاه پاریس در ۲۰ نوامبر ۱۹۷۹ درگذشت. وی صاحب کتاب مفصل دو جلدی در حقوق بین‌الملل خصوصی است که اولین و مهمترین مرجع متخصصان این رشته در اروپا بشمار می‌رود. برای آگاهی بیشتر از شرح حال او رک:

M. Ancel: «In Memorial Henri Batiffol (1905 - 1989)», in *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 42, No. 2, Avril - Juin 1990, pp. 457 - 458.

3. Claude - Albert Colliard

۴. مارک آنسل (Marc Ancel) و رنه داوید (René David) هر دو از استادان بزرگ فرانسوی حقوق تطبیقی ←

روتر^۵، رونالد گراوسون^۶، برتولد گلدمان^۷، مانفرد لاکس^۸، شارل روسو^۹، محمد علی حکمت، خیمنز دو آرشاگا^{۱۰}، خوزه ماریا رودا^{۱۱}، و بالاخره تاراسوف، آگو و باستید^{۱۲} را یکی پس از دیگری از دست داد.

کلیپار که استاد دانشگاه سورین و رئیس افتخاری دانشکده حقوق گرونوبل بود، تا هنگام مرگ در ژانویه ۱۹۹۱، آینه نیم قرن تعویلات حقوق بین الملل در اروپا به شمار می‌رفت. کتاب اصلی استاد کلیپار به فارسی برگردان شده است.^{۱۳}.

پل روتر که سالیان طولانی در دانشگاه پاریس حقوق بین الملل عمومی تدریس می‌کرد، صاحب کتابهای متعدد در حقوق بین الملل و روابط دیپلماتیک است. وی در ۱۹ آوریل ۱۹۹۰ فوت کرد.

رونالد هاری گراوسون، استاد معروف حقوق بین الملل خصوصی در کینگز کالج لندن بود که در پنجم ژانویه ۱۹۹۱ درگذشت.^{۱۴}

برتولد گلدمان، استاد حقوق بین الملل خصوصی و رئیس سابق دانشگاه

– بودند. آسل مؤسس مرکز حقوق تطبیقی پاریس (خیابان سن گیوم) محسوب می‌گردد. او در سال ۱۹۹۰ فوت کرد. برای آشنایی بیشتر با شرح حال او رک:

X. Blanc - Jouvan, A. Tunc, R. Badinter: «Marc Ancel (1902 - 1990)», in R. I. D. C., Vol. 42, No. 4, Oct. - Déc. 1990, pp. 1093 - 1103.

رنه داوید، استاد بزرگ حقوق تطبیقی که در ۲۶ مه ۱۹۹۰ درگذشت آثار ارزشمندی در حقوق تطبیقی و داوری تجاری از خود به جا گذاشته است. کتاب اصلی رنه داوید به فارسی ترجمه شده است. رک. نظامهای بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه دکتر عزت‌الله عراقی، دکتر حسین صفائی و دکتر محمد آشوری، مرکز نشر دانشگاهی، تهران، ۱۳۶۴.

5. Paul Reuter

6. Ronald Harry Graveson

7. B. Goldman

8. M. Lachs

9. Charles Rousseau

10. Eduardo Jeménez de Aréchaga

11. José María Ruda

12. Nikolai Konstantinovitch Tarassov, Roberto Ago, Suzanne Bastid

۱۳. رک. نهادهای روابط بین الملل، ترجمه و تحقیق از دکتر هدایت‌الله فلسفی، مجلد اول، تهران، نشر نو، ۱۳۶۸ – مجلد دوم، نشر فاخته، ۱۳۷۱.

۱۴. برای آگاهی بیشتر از شرح حال او رک:

J. G. Collier: «In Memory of Professor Ronald Harry Graveson», in British Yearbook of International Law, Vol. LXI, 1990, pp. IX - X.

پاریس دارای آثار متعددی در زمینه حقوق شرکتهای چند ملیتی است. او در سال ۱۹۹۳ فوت نمود.

مانفرد لاکس، استاد لهستانی حقوق بین‌الملل و قاضی دیوان بین‌المللی دادگستری که در طرفداری از اندیشه‌های حقوقی جهان سوم شهرت داشت، در ۱۴ ژانویه ۱۹۹۳ در لاهه درگذشت.

شارل روسو، استاد بزرگ حقوق بین‌الملل عمومی که همزمان با سالیان دراز تدریس در دانشگاه سورین صاحب امتیاز و مدیر مجله حقوق بین‌الملل عمومی منتشره در پاریس بود، پس از ندو و یک سال زندگی پربار در ۱۴ فوریه ۱۹۹۳ دارفانی را وداع گفت.^{۱۵}

دکتر محمدعلی حکمت، استاد سابق دانشکده حقوق دانشگاه تهران و مترجم کتاب حقوق بین‌الملل عمومی شارل روسو (انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۷) در ۳۱ اردیبهشت ۱۳۷۲ در پاریس درگذشت.^{۱۶}

خوزه ماریا رودا، استاد آرژانتینی حقوق بین‌الملل و قاضی و رئیس سابق دیوان بین‌المللی دادگستری، تقریباً سه سال (۱۹۹۱ - ۱۹۹۳) ریاست دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده در لاهه را عهده‌دار بود. وی در هفتم ژوئیه ۱۹۹۴ در اسپانیا فوت کرد.

نیکولای کنستانتینوویچ تاراسف که از ۱۹۸۵ قاضی دیوان بین‌المللی دادگستری بود در ۲۸ سپتامبر ۱۹۹۴ در لاهه درگذشت. وی از جمله سیاستمداران باسابقه روس و در زمرة حقوق‌دانان بزرگ جهان سوسياليسم بهشمار می‌رفت. بین سالهای ۱۹۵۶ تا ۱۹۶۱ تاراسف، کنسول شوروی آن زمان در تهران بوده است.

اخیراً نیز، در ماههای فوریه و مارس ۱۹۹۵ (زمستان ۱۳۷۳)، دو تن دیگر از حقوق‌دانان بزرگ بین‌المللی، به ترتیب قاضی آگو و پروفسور سوزان باستید، دارفانی را وداع گفتند.^{۱۷}

۱۵. رک. مجله تحقیقات حقوقی، ش. ۱۴ - ۱۳، از پاییز ۱۳۷۲ تا تابستان ۱۳۷۳، صص ۵۱۹ - ۵۲۱.

۱۶. رک. عمان، صص ۵۲۲ - ۵۲۴.

۱۷. روپرتو آگو حقوق‌دان معروف ایتالیایی، استاد دانشگاه رم، عضو و سپس رئیس کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متعدد بود. بعنوان عضو انتستیتو حقوق بین‌الملل از چهار سال پیش به ریاست آن برگزیده ←

بین حقوقدانان مزبور، قاضی ادواردو خیمنز دو آرشاگا که اخیراً در چهارم آوریل ۱۹۹۴ به طور ناگهانی در یک حادثه اتومبیل جان باخت، از اهمیت فوق العاده‌ای برخوردار بود. آگاهی از زندگی و اندیشه‌های او و درس گرفتن از ویژگیهای انسانی‌اش برای حقوقدانان و رجال جامعه کنونی بین‌المللی بس ضرورت دارد.

۱

زندگی

ادواردو خیمنز دو آرشاگا در هشتم ژوئن ۱۹۱۸ در شهر مونته‌ویدئو (اروگوئه) متولد شد. در دانشکده حقوق دانشگاه جمهوری (اروگوئه) تحصیلات عالی حقوق را طی کرد و به سال ۱۹۴۲ در بیست و چهار سالگی دکترای حقوق گرفت. او چهار سال بعد به عنوان استاد حقوق بین‌الملل، کارشن را در دانشگاه مونته‌ویدئو شروع کرد و مدت بیست و سه سال در همان دانشگاه تدریس نمود. در این زمان هشت سال عضو کمیسیون حقوق بین‌الملل ملل مشدد بود (۱۹۶۱ - ۱۹۶۹) و ریاست پانزدهمین اجلاسیه آن را بر عهده داشت. آرشاگا در آن سالها تحلیلهای حقوقی ارزشمندی از خود برجای گذاشت. همچنین، طی سالهای ۱۹۶۶ - ۱۹۶۹ مشاور حقوقی دولت اسپانیا در دعوای بارسلونا تراکشن نزد دیوان بین‌المللی دادگستری بود و در سال ۱۹۶۹

→ شده بود. برای آگاهی از زندگینامه، آثار و افکار او رک:

Le droit international à l'heure de sa codification—Etude en l'honneur de Roberto Ago, vol. I, Milano—Dott. A. Giuffrè Editore, 1987. pp. XI - XIX, 1-47.

خانم سوزان باستید حقوقدان مشهور فرانسوی، استاد دانشگاه پاریس، عضو انسستیتو حقوق بین‌الملل و انسستیتو فرانسه و رئیس افتخاری جامعه فرانسوی حقوق بین‌الملل بود. شهرت او در ابتدای بدخاطر پدرش زول بادوان (L. Basdevant) قاضی و رئیس دیوان بین‌المللی دادگستری بود. در مورد سوزان باستید رک:

P.M. Eisemann: «Suzanne BASTID (1906 - 1995)» in *Clunet* N°2, avril-mai-juin 1995, pp. 263-265.

نمايندگى اروگونه را در كنفرانس ملل متّحد راجع به حقوق معاهدات (وين) به عهده داشت. در همین دوران يك بار مقام وزارت كشور اروگونه را پذيرفت. سال ۱۹۶۸ بود و مقارن با بحران ارزشها در نسل جوان. تظاهرات دانشجویی که در پاریس، بروکسل و جاهای ديگر شروع شده بود در موته ويدئو نيز چهره نمود و گسترش پيدا کرد. پروفسور آرشاگا که به اميد پياده کردن آرمانهاي ملّي و انساني خود و تحکيم اخلاق سياسي در مملکت مسؤوليت وزارت را پذيرفته بود، وقتی در برابر دانشجويانی قرار گرفت که اصول و ارزشهاي را که خود به آنان آموخته بود بر فراز سنگرهایشان فرياد می کشيدند، خویشن را صادق تر و شرافتمدتر از آن دید که در برابر شان مقاومت کند و دستور سركوبی دهد. لاجرم از وزارت استعفا کرد.

در ۱۹۷۰ به قضاوت در ديوان بين المللی دادگستری برگزیده شد. پس از شش سال به مقام رياست ديوان رسيد که تا سال ۱۹۷۹ عهده دار آن بود. پس از آن هم صلاحитеای علمی و عملی اش سبب گردید بارها به همکاری با آن ديوان فرا خوانده شود، زیرا متعاقباً به عنوان قاضی موردی در دعوای فلات قاره (تونس عليه جمهوری عربي لیبی) و دعوای فلات قاره (جمهوری عربي لیبی عليه مالت) و در سال اخير به عنوان مشاور حقوقی دولت بحرین در دعوای «تحديد مرز دریایی و مسائل سرزمینی بين قطر و بحرین» تعیین گردید، و براي آخرین بار در مارس ۱۹۹۴ در برابر ديوان همچون همیشه روشن و دقیق خطابه ایراد کرد. علاوه بر آن، به رياست دو داوری مهم بين المللی، اولی در دعوای ریبنو واریور^{۱۸} (۱۹۸۸ - ۱۹۹۰) و زلاندو و فرانسه و دومی در دعوای تحديد مناطق دریایی^{۱۹} (۱۹۸۹ - ۱۹۹۲) بين دولتين فرانسه و کانادا، منصوب شد.

قاضی آرشاگا به مقام رياست دادگاه اداری بانک جهانی و عضویت هيأت علمی آکادمی حقوق بين الملل لاهه و عضویت انتیتو حقوق بين الملل

18. Rainbow Warrior

19. La délimitation des zones maritimes

نیز رسید^{۲۰} و در سال ۱۹۷۸ مдал علمی مانلی او هودسن را از طرف جامعه امریکایی حقوق بین‌الملل دریافت کرد.

استاد آرشاگا علاوه بر زبان مادری (اسپانیایی) به زبانهای فرانسه و انگلیسی نیز مسلط بود و آثار متعددی در زمینه‌های مختلف حقوق بین‌الملل و نظام حقوقی - سیاسی سازمان ملل متعدد از خود به جای گذاشت. از نخستین آثار گرفته چون «حل و فصل اختلافات بین‌المللی توسط سورای امنیت» به زبان فرانسه در سال ۱۹۵۴^{۲۱}، تا آثار لاحق او چون «حقوق بین‌الملل در ثلث اخیر قرن» که در سال ۱۹۷۸ به عنوان درس عام حقوق بین‌الملل عمومی به زبان انگلیسی در آکادمی حقوق بین‌الملل لاهه ارائه داد^{۲۲}، همگی نمونه‌هایی از دانش ژرف، دقّت، صراحت و لطافت درک حقوقی او محسوب می‌شوند.

دوران قضاویت و ریاست خیمنز دو آرشاگا در دیوان بین‌المللی دادگستری از جمله پربارترین سالها در کارنامه این عالی‌ترین مرجع قضایی دنیا به شمار می‌رود. با کوششهای فکری و تحت ریاست او بود که متن اصلاحی آییننامه داخلی دیوان در سال ۱۹۷۸ به تصویب نهایی رسید؛ متنی که همواره به عنوان یک «میراث غنی» دوره ریاست او یاد می‌شود.^{۲۳}

از هفتاد و شش سال حیات ادواردو خیمنز دو آرشاگا میرانهای غنی

۲۰. گزارشهای آرشاگا به انتیتو حقوق بین‌الملل در خصوص «داوری بین دولتها و شرکتهای خارجی» غالباً محل رجوع حقوقدانان و داوران بین‌المللی است. از جمله رک:

Institute of International Law, Yearbook, Vol. 68, Tome I, Session of St. Jacques de Campostelle, 1989, pp. 31 - 39, 52 - 55.

21. E. Jiménez de Aréchaga: «Le traitement des différends internationaux par le Conseil de Sécurité,» in *R. C. A. D. I.*, Vol. 85, 1954, pp. 1 - 105.

22. E. Jiménez de Aréchaga: «International Law in the Past Third of a Century», General Course of Academy of International Law of the Hague, in *R. C. A. D. I.*, Vol. 159, 1978/I, pp 1 - 343.

۲۳. در این خصوص به خطابه بزرگداشت قاضی آرشاگا که توسط قاضی محمد بجاوی (M. Bedjaoui) ریاست کنونی دیوان بین‌المللی دادگستری در روز اول ژوئیه ۱۹۹۴ در دیوان بین‌المللی دادگستری ایراد شد، مراجعه شود. متن خطابه مذبور که هنوز رسمی انتشار نیافرته است، متعاقباً در مجموعه آراء دیوان بین‌المللی دادگستری سال ۱۹۹۴ بهمایه جزئی از اسناد دیوان در دعوای «تحدید مرز دریانی و مسائل سرزمینی بین قطر و بحرین» که آرشاگا در زمان فوت مشاور حقوقی آن بود، منتشر خواهد شد.

حقوقی دیگر نیز به جای مانده است^{۲۴}؛ میراث نوشتہ‌هایی که در آنها اندیشه‌های حق طلبانه و عدالتخواهانه یک حقوقدان جهان سوم بهزیباترین و رساترین وجهی تجلی پیدا کرده‌اند.

بدیهی است زندگی انسان و اندیشه‌هایش از یکدیگر تفکیک ناپذیرند. رستگاران جهان همان‌گونه زندگی می‌کنند که می‌اندیشنند و همان‌گونه می‌اندیشنند که زندگی می‌کنند. این است که شناخت اندیشه‌های استاد آرشاگی به همان اندازه زندگی او اهمیت دارد.

۳

اندیشه‌ها

با مطالعه مهم‌ترین آثار استاد آرشاگی می‌توان خطوط کلی اندیشه‌های حقوقی او و هدف نهایی تلاش‌های فکریش را در دو عنوان زیر تلغیص کرد:

- اول. تأمین صلح و امنیت بین‌المللی.
- دوم. تحقق عدالت جهانی.

اول. تأمین صلح و امنیت بین‌المللی

با مطالعه نخستین درسی که استاد آرشاگی به سال ۱۹۵۴ در آکادمی حقوق بین‌الملل لاهه راجع به «حل و فصل اختلافات بین‌المللی توسط شورای امنیت» ارائه کرد، خطوط اساسی اعتقاد او را به لزوم تأمین صلح و امنیت

۲۴. برای آگاهی بیشتر از شرح حال ادواردو خیمنز دو آرشاگا، رک:

- *Annuaire de la Cour Internationale de Justice*, 1985 – 1986, pp. 40 - 41.

- R. C. A. D. I., Vol. 159, 1978/I, pp. 6 - 7.

- *The International Who's Who*, 57th. Edition, Europa Publications Limited, 1993 - 1994.

در صفحه ۷۷۳ مأخذ اخیر می‌خوانیم که آرشاگا در سال ۱۹۴۳ با مارتا فریرا ازدواج کرده و صاحب سه برادر و دختر است.

بین‌المللی و نقشی که شورای امنیت لازم است در این خصوص ایفا کند می‌توان درک نمود؛ اعتقادی که در نوشه‌های لاحق او با تحلیلهای مشابه اما گسترده‌تر تکرار شده است.

به عقیده او مبنای صلاحیت شورای امنیت «نخستین بند ماده اول منشور است که سنگ زیربنای رژیم حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات توسط سازمان ملل متحده محسوب می‌شود و نتیجتاً به وسیله شورای امنیت است که این رژیم پیاده می‌گردد».^{۲۵}

در چارچوب انجام وظایف شورای امنیت و مجمع عمومی سازمان ملل متحده، آرشاگا خواستار آن است که:

«سازمان ملل متحده باید حمایت بالسویه‌ای علیه تجاوز اعمال نماید، اعم از اینکه این تجاوز توسط کشورهای بزرگ صورت گیرد یا کشورهای کوچک. بنابراین، دو قانون وجود ندارد: یکی برای بزرگها و دیگری برای کوچکها». ^{۲۶}

آرشاگا با اشاره به تجربه دخالت سازمان ملل در کره نهایتاً نتیجه می‌گیرد:

«با متوقف کردن متجاوز در کره، شورای امنیت سازمان ملل متحده به وجه کاملی به هدف اساسی اش نائل شد، اینکه نباید پیروزی نظامی بدست آورد بلکه باید تجاوز را سرکوب و معدهم کرد». ^{۲۷}

وقتی استاد آرشاگا در سال ۱۹۶۴ موضوع «حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات و امنیت جمعی بین‌المللی» را در چارچوب عملکرد سازمان کشورهای آمریکایی مطرح و در آکادمی حقوق بین‌الملل لاهه تدریس می‌کند، باز هم اعتقادش را به ایجاد تحول در مکانیسم جهانی صلح به صراحت نشان می‌دهد:

.۲۵. رک. مجموعه دروس آکادمی حقوق بین‌الملل لاهه، سابق الذکر (پانوشت شماره ۲۱)، ص ۱۲.

.۲۶. همان، ص ۹۹.

.۲۷. همان، ص ۱۰۰.

«درست است که ضعف شورای امنیت ایجاد کرد که در سیستم منشور ابزاری برای جبران کمبودها و حالت انفعالی آن رکن پیدا شود و بهمین جهت نیز مرکز نقل سازمان ملل متّحد با قطعنامه اتحاد برای تأمین صلح، از شورای امنیت بهمجمع عمومی و تبعاً بدپیرکل انتقال یافت، اما نباید از این تحوّل تشکیلاتی که محققان با تصویب قطعنامه‌های متوالی مجمع عمومی و قبول اکثریت بسیار وسیع اعضا انجام گرفته است، چنین نتیجه گرفت که این گونه جایگزینی قدرت می‌تواند به نفع سازمانهای منطقه‌ای و به زیان صلاحیت نظام جهانی سازمان ملل متّحد تمام شود؛ نظامی که خود مکانیسم یکپارچه‌ای را بوجود آورده است.»^{۲۸}

سرانجام، آرشاگا پس از نقل نظرات آن دسته از حقوق‌دانان قاره آمریکا که استقلال مطلق تصمیم‌گیریهای منطقه‌ای سازمان کشورهای آمریکایی را در زمینه صلح بین‌المللی توجیه و تأیید می‌کردند، در برابر شان موضع می‌گیرد و می‌گوید:

«چنین تزی نه فقط اشتباه بلکه بس خط‌ناک است، لذا باید توجه کرد که براساس سیستم منشور ملل متّحد، سازمان کشورهای آمریکایی نمی‌تواند به یک دولت عضو مجاز حقوقی دهد که اعمال زور کند، بی‌آنکه اجازه‌ای از سازمان ملل متّحد وجود داشته باشد. تدبیر اعمال فشار، در صورت اتخاذ، فقط به شرطی قابل توجیه‌اند که دولت مسؤول تصویب کننده، خود به آنها مشروعيت داده باشد.»^{۲۹}

تحلیلها و تلاش‌های فکری استاد آرشاگا راجع به تأمین صلح و امنیت بین‌المللی بر مبنای اعتقادی است که بدلزوم تحقق عدالت جهانی به عنوان هدفی انسانی دارد. این است که با حفظ چهره سیاسی و دانشگاهی، لباس قضاوت می‌پوشد و قلمش نیز رنگ و ساختار بیانی قضایی به خود می‌گیرد.

28. E. Jiménez de Aréchaga: «La coordination des systèmes de l'ONU et l'Organisation des Etats Américains pour le règlement pacifique des différends et la sécurité collective.» in R. C. A. D. I., Vol. III, 1964/I, p. 495.

.۴۹۹. ۲۹ همان، ص

دوم. تحقیق عدالت جهانی

استعفای آرشاگا در سال ۱۹۶۸ از مقام وزارت کشور اروگونه و امتناع او از سرکوبی تظاهرات دانشجویان، بهترین شکل گویای روح عدالتخواهی است. او مسؤولیت سیاسی پذیرفته بود تا عدالت اجتماعی را در کشورش محقق کند، نه آنکه در برابر تظاهرات اصلاح طلبانه کسانی که شعارهای مطلوب خود او را فریاد می‌کشیدند، بایستد. نه سال قضاوت در دیوان بین‌المللی دادگستری و بموازات آن، تلاش‌های فکریش در آموختن^{۳۰} اصول عدالت بین‌المللی، ثبات وی را نسبت به همان اعتقاد اولیه‌اش نشان می‌دهد.

او در مقام تفسیر ماده ۹۲ منشور ملل متحده، پس از آنکه تعویلات دیوان بین‌المللی دادگستری را در سالهای اخیر - بهویژه در آنچه به کاربرد گسترده عرف بین‌المللی مربوط می‌شد - مورد بحث قرار می‌دهد، درباره وظيفة دیوان، به اعتبار مضمون آراء خود آن، چنین می‌گوید:

«دیوان باید اصول منصفانه را به عنوان جزو اتفاقاً ناپذیر حقوق بین‌الملل پیاده کند و همه ملاحظاتی را که درست و سزاوار می‌شمارد دقیقاً مدنظر قرار دهد تا به نتیجه‌ای منصفانه برسد.»^{۳۱}

آرشاگا، هنگامی که بدیاد چهارمین قرن تولد هوگو گروسیوس و برای گرامیداشت خاطره او بدیارد سخن می‌پردازد، بیش از همه به جایگاه مفهوم عدالت در کلام گروسیوس تکیه می‌کند و می‌گوید:

«نخستین رگه تفکر گروسیوس و فلسفه حقوقی او باور عمیقش به اولویت جهان‌شمول عدالت است [...] در شرح حال او گفته شده است

۳۰. آرشاگا اعتقاد دارد که مراجع و مراکز علمی و حقوقی، محل بروز و ظهور محصول فکری و جایگاه حضور کسانی است که سابقاً آموخته و برای کار و ارائه دانش خود آمده‌اند نه برای کسب آن. در این مورد رک: U.N. Gilberto Amado Memorial - The Amendments to the Rules of Procedure of the I. C. J., Lecture delivered on 15 June 1972 by E. Jiménez Aréchaga, September 1972, p. IV.

31. E. Jiménez de Aréchaga: «Commentaire d'Article 92 (Chapter XIV)», in J. P. Cot et A. Pellet, *la Charte des Nations Unies*, 2a édition, Economica, Paris, 1990, p.1262.

که: عدالت برای وی عالی‌ترین فضیلت و حتی می‌توان گفت
دربرگیرنده همه فضایل بود.^{۳۲}

او در هدف حقوق نیز ایجاد تحول و تغییر به منظور نیل به عدالت را
می‌بیند:

«حقوق به عنوان روندی که اجازه می‌دهد یک تغییر منظم به نتیجه
برسد، توصیف شده است. اگر ایجاد تغییر و تحول در چارچوب روند
منسجم حقوق ممکن نگردد، شورش و آنارشیسم نتیجه اجتناب ناپذیر
آن خواهد بود.»^{۳۳}

آرشاگا در راستای جستجوی تحقق عدالت جهانی جای مهندی برای
مسئله مسؤولیت بین‌المللی دولتها قائل است. او ضمن درس عام «حقوق
بین‌الملل عمومی» در آکادمی لاهه^{۳۴} و همچنین طی مقاله‌ای تحت عنوان
«مسئولیت بین‌المللی دولتها»^{۳۵}، بسیاری از موضوعات مورد بحث و شایان
توجه مسؤولیت بین‌المللی دولت را - که ذیلاً تلخیص می‌شود - تجزیه و تحلیل
می‌کند و به آنها پاسخ می‌گوید:

۱. استاد آرشاگا اعتقاد دارد که عناصر اصلی تحقق مسؤولیت بین‌المللی
دولت، یکی ترک یک تعهد حقوقی بین‌المللی است و دیگری انتساب این عمل
بدولت.^{۳۶}

۲. او در ارتباط با احراز مسؤولیت تئوری خطای^{۳۷} را، جز در موارد

32. T. M. C. Asser Institut, *International Law and the Grotian Heritage*, The Hague,
1983, p. 4.

آرشاگا در پانوشت همان صفحه، در آنچه بعنوان حال گروسویوس مربوط می‌شود به مأخذ زیر ارجاع
می‌دهد:

Knight: *The Life and Works of Hugo Grotius*, London, 1925, p. 11.

۳۳. همان مقاله، ص ۱۷.

۳۴. رک. مجموعه دروس آکادمی حقوق بین‌الملل لاهه، سابق الذکر (پانوشت شماره ۲۲)، صص ۲۱۳ - ۲۶۷.
35. E. Jiménez de Aréchaga et Attila Tanzi: «La responsabilité internationale
des Etats», in *Droit International - Bilan et Perspectives*, M. b'djaoui, T. 2,
UNESCO, 1991, pp. 367 - 403.

۳۶. رک. مقاله احیر الذکر، ص ۳۶۸.

37. La faute

استثنایی، نمی‌پذیرد اما عقیده دارد:

«نفی توری خطا در حقوق بین‌الملل نباید این نتیجه را الفا کند که مسؤولیت بین‌المللی باید صرفاً مبتنی بر "توجه زیان"^{۳۸} باشد. غیر منطقی خواهد بود که نفی توری خطا را به عنوان یکی از عناصر تحقیق مسؤولیت، به معنای قبول اصل "توجه زیان" به شمار آوریم.»^{۳۹}

بنابراین، آرشاگا اعمال تئوری «توجه زیان» را در صورت وجود ترتیبات عهده‌نامه‌ای و در مورد تحقیق زیانهای خارق العاده و خطرناک می‌پذیرد.^{۴۰}

۳. ادواردو خیمنز دو آرشاگا، دولت را در صورت ارتکاب عمل غیر مشروع به لحاظ بین‌المللی مسؤول و مأمور به جبران خسارت می‌داند؛ مع‌هذا استثنایاتی نیز بر این نوع مسؤولیت قائل است که اهم آنها عبارتند از: رضایت زیان دیده، دفاع مشروع، قاعدة حالت اضطراری^{۴۱} و فورس مازور.^{۴۲}

□

قاضی بجاوی، رئیس کنونی دیوان بین‌المللی دادگستری، در تاریخ اول ژوئیه ۱۹۹۴ طی خطابه‌ای که به منظور گرامیداشت قاضی ادواردو خیمنز دو آرشاگا ایجاد کرد، این گونه نتیجه گیری نمود:

«اگر قرار باشد خصال او را تنها در دو واژه توصیف کنیم، آنچه از ویژگیهای او به‌خاطرم خواهد رسید، "садگی" و "تیکویی" است؛ و اگر قرار باشد با دو کلمه نیز زندگی شغلی وی را ارزشیابی نماییم (و من خویشتن را برای چنین کاری کوچک می‌بینم)، آنچه به درست ترین وجه توصیف‌کننده او خواهد بود، دو واژه "لیاقت" و "تواضع" است.»

38. Le risque

.۳۹ همان مقاله، ص ۳۷۲.

.۴۰ برای مطالعه کامل استدلالات اورک. همان مقاله، صص ۳۷۲ - ۳۷۵.

41. l'état de nécessité

.۴۲ رک. همان مقاله، صص ۳۷۸ - ۳۷۵.

و بالاخره، فقدان استاد آرشاگا جای خالی استاد میشل ویرالی را، که پنج سال پیش او نیز به طور ناگهانی دنیا را وداع گفت، تداعی می‌کند و ما را به وسوسه مقایسه می‌کشاند: اگر میشل ویرالی به موازات احاطه گسترده‌اش بر حقوق بین‌الملل معاصر و اندیشه سیاسی غرب، نشان داده بود که اندیشه‌های حقوقی جهان سوم را نیز شناخته است و به حمایت از کشورهای توسعه‌نیافته گرایش دارد، ادواردو خیمنز دو آرشاگا، همزمان با غوطه‌وری در اندیشه‌های حقوقی جهان سوم که در آن می‌زیست، به خوبی نشان داده بود که بهمان اندازه بر داشت حقوق بین‌الملل معاصر و تفکرات سیاسی «غرب» مسلط است.

فهرست مهمترین آثار آرشاگا*

- Reconocimiento de Gobiernos, Montevideo, 1946.
- Introducción al Derecho Montevideo, 1948.
- Voting and Handling of Disputes in the Security Council, New York, 1951.
- «Le traitement des différends internationaux par le Conseil de Sécurité», Recueil des cours, Academy of International Law, The Hague 1954.
- «La estipulación en favor de terceros Estados en el Derecho Internacional», Montevideo, 1955.
- «Treaty stipulations in favor of third States», American Journal of International Law, April 1956.
- «La legítima defensa individual en la Carta de las Naciones Unidas». Estudio en homenaje a Barcia Trelles, Santiago de Compostela, 1958.
- Derecho Constitucional de las Naciones Unidas, Madrid, 1958.
- Curso de Derecho Internacional Público, Vol. I, Teoría General and Vol. II, Los Estados y su dominio, Montevideo, 1959 and 1961.

* مأخذ فهرست آثار آرشاگا:

E. Jiménez de Aréchaga: «International Law in the Past Third of a Century», General Course of Academy of International Law of the Hague, R. C. A. D. I., Vol 159, 1978/I, p. 343.

- «International Rules Governing Use of Waters from International Watercourses», Interamerican Law Review, 1960, Vol. 2, No. 2.
- «L'Arbitrage entre des Etats et des sociétés privées étrangères», Etudes en l'honneur de Gilbert Gidel, Paris, 1961.
- «Fundamento del deber de compensar las nacionalizaciones de propiedades extranjeras», Anuario Uruguayo de Derecho Internacional, 1962.
- «Los acontecimientos de octubre de 1962 y el Derecho Internacional», Anuario Uruguayo de Derecho Internacional, 1963.
- «La Coordination des systèmes de l'ONU et de l'Organisation des Etats Américains pour le règlement pacifique des différends et la sécurité collective», Recueil des cours, Academy of International Law, The Hague, 1964.
- «Una alarmante tentativa de ampliación del amparo diplomático: la protección judicial del accionista», Anuario Uruguayo de Derecho Internacional, 1965.
- Chapter on «International Responsibility», in Manual of Public International Law, ed. M. Sørensen, London, 1968.
- «Judges ad hoc in Advisory Proceedings», Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1971.
- «International Responsibility of States for Acts of the Judiciary», Essays in honour of Philip C. Jessup, 1972.
- «The Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice», American Journal of International Law, 1973.
- «The Participation of International Organizations in Advisory Proceedings before the International Court of Justice», Il processo internazionale. Studi in onore di Gaetano Morelli, 1975.

محمد بجاوى

MOHAMMED BEDJAOUI

مترجم: محمد جواد میر فخرایی



«ساخت و پرداخت» احکام

در

دیوان بین المللی دادگستری



* محمد بجاوی، دکتر در حقوق و دیپلمه انتیتوی مطالعات سیاسی از دانشگاه گرونوبل فرانسه و قاضی دیوان بین‌المللی دادگستری از ۱۹۸۲ (که از تاریخ فوریه ۱۹۹۴ به مدت سه سال به ریاست دیوان برگزیده شده است)، رئیس شعبه رسیدگی‌کننده به دعوای مرزی بورکینافاسو علیه جمهوری مالی، وزیر دادگستری الجزایر (۱۹۶۴ – ۱۹۷۰)، سفیر الجزایر در فرانسه (۱۹۷۰ – ۱۹۷۹)، نماینده دائم الجزایر در یونسکو (۱۹۷۹ – ۱۹۷۱)، سفیر و نماینده دائم الجزایر در مقر سازمان ملل متحده در نیویورک (۱۹۷۲ – ۱۹۸۲) و عضو کمیسیون حقوق بین‌الملل (۱۹۸۵ – ۱۹۸۲) است. مقاله حاضر در سالامه حقوق بین‌الملل دانشگاه پیس (نیویورک، ۱۹۹۱، صفحات ۲۹ تا ۶۱) چاپ شده است.

● مقدمه

وظایف قاضی در دیوان بین‌المللی دادگستری را می‌توان در چهار فعل خلاصه کرد: خواندن، گوش دادن، شور دقیق کردن و بالاخره تصمیم گرفتن. همان‌طور که می‌بینید، این حرفه چندان هم پیچیده نیست و تازه توضیح درباره مرموترین فعل از افعال یاد شده یعنی شور دقیق کردن، به سادگی آن خواهد افزود. ولی اینکه صفت «دقیق» را فقط به یکی از چهار وظیفه قاضی اختصاص دادیم، نباید خواننده را دچار این شباهه سازد که سه وظیفة دیگر قاضی مستلزم تأمل و دقّت کمتری است. برخلاف چنین تصوّری، در دوره طولانی تکامل احکام ترافعی (یا آراء مشورتی دیوان) از مرحله جنبینی تا تولّد، هیچ مرحله‌ای بدون مراقبت و دقّت آگاهانه طی شدنی نبوده، و مرحله پایانی ساخت و پرداخت رأی فقط به ملاحظات موشکافانه مضاعفی نیازمند بوده است. بنابراین، پیش از توضیح درباره مراحل گوناگون یک شور، ناگزیر باید درآمدی هرچند مفصل در باب دادرسیهای ترافعی آورده شود. در این زمینه باید در مورد انبوه اوراق و مدارک توضیحاتی آورده شود. این اسناد و مدارک که در جریان دادرسی در آمادگاه پرونده ابانته می‌شوند تا سرانجام برای

پالایش و عیارسنجی بهمک رسیدگیهای دقیق قضی زده شوند، اوراق و اسنادی هستند که از منابع گوناگون به دست آمده و به تدریج جای خود را در پرونده باز کرده‌اند.

۱

هرحله نخست: طرح ۵۴۶۰۹

مرحله نخست مشتمل است بر طرح دعاوی ترافعی از طریق دادن دادخواست توسط یک دولت علیه دولت یا دولتهای دیگر و یا ثبت «موافقتنامه‌ای خاص» منعقده بین دو یا چند دولت به منظور اشتغال دیوان به رسیدگی به اختلاف فی مابین. قرینه این سند در پرونده‌های مشورتی مطروحه در دیوان، یادداشتی است مشهور به «تقاضا» که با تقدیم آن برخی ارکان سازمان ملل متحد یا سازمانهای بین‌المللی (که اکثر آنهاهای تخصصی هستند)، نظر مشورتی دیوان را درباره موضوعات حقوقی جویا می‌شوند. برای اینکه این مقاله بیش از آنچه هست مفصل نشود، در مورد رسیدگیهای مشورتی دیوان به ذکر دو نکته بسته می‌گردد. یکی اینکه جز چند مورد انگشت شمار، و مشخصاً پرونده نامیبیا (۱۹۷۰ - ۱۹۷۱) و پرونده صحرای غربی (۱۹۷۴ - ۱۹۷۵)، در رسیدگیهای مشورتی حجم اوراق و مدارک ثبت شده به سنگینی دعاوی ترافعی نیست؛ و دیگر اینکه، گذشته از تفاوت‌هایی که بین دعاوی ترافعی و رسیدگیهای مشورتی در جریان طرح کتبی و شفاهی اذاعهای فی مابین وجود دارد، مرحله شور در هر دوی آنها از الگوی یکسانی پیروی می‌کند.

شاید لازم باشد در مورد مفهوم اصطلاح «موافقتنامه خاص» در دعاوی ترافعی توضیحی داده شود. این سند که در فرانسه به «Compromis» (موافقتنامه ارجاع امر به محاکم قضایی) شهرت یافته است، در واقع معاهده‌ای است که بین دولتهای ذی ربط منعقد می‌شود و، به لحاظ داشتن این طبع، باید طبق منشور سازمان ملل متحد در دیرخانه سازمان به ثبت برسد تا، در هنگام نیاز، در دیوان

قابل استناد باشد^۱. به موجب این معاهده، دولتهای امضاکننده توافق می‌کنند تا اختلاف حقوقی خود را به دیوان ارجاع دهند. این قرارداد خاص شباخت نزدیکی دارد بانوعی موافقتنامه داوری، با این تفاوت مهم که در چنان قراردادی طرفهای ذیربط، جز در مواردی که تصریح به خلاف آن کرده باشند، خود را به پذیرش راه حلی متعهد ساخته‌اند که کاملاً بر قواعد حقوق بین‌الملل استوار بوده و منابع آن در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به‌این ترتیب احصاء شده است: عهدهنامه‌ها یا رسوم بین‌المللی، اصول عمومی حقوقی و در صورت لزوم تصمیمات قضایی و عقاید علمای برجسته حقوق^۲. امضاکنندگان این قرارداد ممکن است از دو دولت بیشتر باشند، مثل مورد دعاوی فلات قاره دریای شمال^۳ که به موجب پروتکلی سه‌جانبه بین دانمارک، جمهوری فدرال آلمان و هلند به دیوان ارجاع شد. این پروتکل عملاً دو قرارداد مشابه داوری را که بین آلمان و هر یک از همسایگان آن در حاشیه دریای شمال امضا شده بود، یکی ساخت.

از زمان طرح این دعاوی مشهور، اقامه دعوى از طریق موافقتنامه خاص به صورت رایج‌ترین روش رجوع اختلافات به دیوان در آمده است تا به برکت

۱. ماده ۱۰۲ منشور ملل متحده صریحاً مقرر می‌دارد:

(۱) هر معاهده و قرارداد بین‌المللی که پس از لازم‌الاجرا شدن منشور حاضر توسط هر یک از اعضای سازمان ملل متحدد انعقاد یابد، باید هرچه زودتر نزد دیپرخانه ثبت و توسط آن منتشر گردد.

(۲) طرفهای معاهده و یا قراردادهای بین‌المللی بی‌ی که طبق حکم بند ۱ این ماده ثبت نشده است، نمی‌توانند به‌آن معاهده و یا قرارداد نزد هیچ یک از ارگانهای سازمان ملل متحدد استناد کنند.

۲. ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری اشعار می‌دارد:

(۱) دیوان بین‌المللی دادگستری که ماموریت دارد اختلافات مرجعیه را طبق اصول حقوق بین‌الملل حل و فصل نماید، موازین زیر را اجرا خواهد کرد:

الف) عهدهنامه‌های بین‌المللی را عتم از عمومی و خصوصی که به موجب آن قواعدی معین شده است که طرفین اختلاف آنها را به‌رسمیت شناخته‌اند؛

ب) عرف بین‌المللی را به‌منزله دلیل وجود یک رویه کلی که به‌مثایه یک قانون پذیرفته شده است؛

ج) اصول عمومی حقوقی را که مقبول ملل متمدن است؛

(۲) احکام قضایی و عقاید برجسته‌ترین علمای ملل مختلف را به‌منزله وسائل فرعی برای تعیین قواعد حقوقی، با رعایت حکم ماده ۵۹.

(۳) مقررات این ماده، به‌حق دیوان بین‌المللی دادگستری برای صدور حکم بر طبق اصول انصاف و احسان، در صورت تقاضای طرفین، خدمه‌ای وارد نمی‌آورد.

3. North Sea Continental Shelf Cases

این تحول دلپذیر، کارنامه ناموفق نظام قضایی بین‌المللی در پیش‌بینی مادهٔ اختیاری^۴ در اساسنامهٔ دیوان، که در ابتدای قصد ترغیب دولتها به پذیرش صلاحیت اجباری دیوان از قبل برای رسیدگی به کلیه اختلافات قضایی و یا اختلافات دارای اوصاف و ویژگیهای خاص تعییه گردیده بود، تا اندازه‌ای جبران شود.^۵ برکسی پوشیده نیست که این سیستم تاکنون توانسته است انتظاراتی را که از آن می‌رفته برآورده سازد و خود با اختلافات بسیاری در مورد صلاحیت دیوان انجامیده است، و حال آنکه اگر مبنای ارجاع یک اختلاف به دیوان موافقتنامهٔ خاص باشد، طبعاً اعتراضی در پی نخواهد بود.

استادی که چرخ رسیدگی دیوان را به گردش در می‌آورند، اعمّ از اینکه این اسناد صورت یک دادخواست داشته باشد یا موافقتنامهٔ خاص داوری و یا تقاضایی برای نظر مشورتی دیوان، در یک ویژگی با یکدیگر مشترکند و آن ایجاز و اختصار آنهاست. سند یادشده‌اگر دادخواست باشد، غالباً حاوی فقرات و عنایین اقدامات مورد شکایت است و ذیل آن از دیوان تقاضا می‌گردد تا آن اقدامات را محکوم و خوانده را به اعاده وضع به حال سابق و یا جبران خسارات وارد ملزم سازد. در چنین حالتی، دیوان دولت طرح کننده شکایت را «خواهان» و دولتی را که علیه آن شکایت طرح شده است، «خوانده» می‌نامد. ولی چنانچه نیروی محركه دیوان برای رسیدگی، موافقتنامهٔ خاصی باشد و رابطه خواهان-خوانده در کار نباشد، از دولتها ذی‌ربط صرفاً به طرفهای قضیه تعبیر می‌گردد. در این حالت، طرفهای قضیه شرحی از وقایع یا مسائل مورد اختلاف را به محضر دیوان تسلیم می‌دارند که با همین متن^۶ حدود صلاحیت دیوان نیز

4. Optional Clause

۵. به موجب بند دوم مادهٔ ۳۶ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری؛ «دولتها امضاکننده این اساسنامه می‌توانند در هر زمان اعلام دارند که قضاوت اجباری دیوان بین‌المللی دادگستری را نسبت به تمام اختلافاتی که جنبه قضایی داشته و مربوط به موضوعات ذیل باشد، در مقابل هر دولت دیگری که این تعهد را متقبل گردد، به خودی خود و بدون قرارداد خاصی قبول می‌کنند:

- الف) تفسیر یک معاهده؛
- ب) هر مسأله‌ای که موضوع حقوق بین‌الملل باشد؛
- ج) حقیقت هر امری که در صورت ثبوت، نقض یک تعهد بین‌المللی محسوب گردد؛
- د) نوع و میزان غرامتی که باید برای نقض تعهدی بین‌المللی پرداخت شود.»

تعیین و تحدید می‌گردد. گذشته از نوع و عنوان این سند، به هریک از آنها ممکن است اوراق و اسناد مهتی ضمیمه شده باشد که این وضع را بدویژه در اختلافاتی که عمدتاً به تفسیر یک معاهده مربوط می‌گردد، مشاهده می‌کنیم.



مرحله دوم: تبادل لوایح

الف. مسائل مقدماتی

مرحله دوم در ارائه متون و مستندات، بهدادرسی کتبی و تبادل لوایح شهرت دارد. در این بخش از مقاله، برای رعایت اختصار درباره تقاضا از دیوان جهت اعلام اقدامات تأمینی موقعی سخنی نمی‌گوییم و بروز این مورد را، با اذعان به اهمیت آن، منتفی تلقی می‌کنیم.

هنگامی که جریان دادرسی با ثبت یک دادخواست آغاز می‌شود، خوانده غالباً با ایراد به صلاحیت دیوان که بیشتر اوقات با اعتراض به پذیرش دادخواست همراه است، به آن پاسخ می‌دهد.^۶ دیوان در رویارویی با ایراد صلاحیتی خوانده و در اجرای حکم بند ۳۶ ماده ۱۳۶۰ اساسنامه خود، بررسیهای ماهوی پرونده را به حال تعلیق در خواهد آورد^۷ و انحصاراً به موضوع صلاحیتی خود و حسب مورد قابلیت پذیرش دادخواست خواهد پرداخت.^۸ این مرحله در واقع

۶ در دعوای مطروحه توسط نیکاراگوئه علیه کاستاریکا در ۱۹۸۴، خوانده از همان ابتدا صلاحیت دیوان را پذیرفت. این امر از این جهت ویژگی دارد که برای نخستین بار در ۲۸ سال گذشته خواندهای از همان ابتدای دادرسی تمکن خود را از صلاحیت دیوان برای حل و فصل قضایی اختلاف مطروحه اعلام داشته بود.

۷ بند ۳ ماده ۷۹ قواعد دادرسی دیوان بین‌المللی دادگستری مقرر می‌دارد:
«به محض وصول ایراد مقدماتی به دیپرخانه، رسیدگی ماهوی به حال تعلیق در خواهد آمد و دیوان یا رئیس آن، چنانچه دیوان در حال تشکیل نباشد، مهلت طرف دیگر را برای ثبت نظرات و مدافعت کتبی خود تعیین خواهد کرد. در این لایحه ادلماهی که قرار است تقدیم گردد، ذکر شده و اسناد مثبته پیوست آن خواهد بود».

۸ بند ۶ ماده ۳۶ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری اشعار می‌دارد:
«در صورت اختلاف راجع به صلاحیت دیوان، حکم دیوان قاطع است».

به مثابه رسیدگی به پرونده‌ای است در بطن پرونده دیگر و لذا مانند رسیدگیهای ماهوی باید کلیه مراحل اعم از کتبی و شفاهی، ترافعی یا مشورتی را پشت سر گذارد و به حکمی درباره صلاحیت و احیاناً قابل استماع بودن دعوی منتهی گردد. چنانچه دیوان در این مرحله به نفع خواهان رأی دهد، رسیدگیهای ماهوی از سر گرفته خواهد شد.

رسیدگی درباره موضوعات صلاحیتی دقیقاً تابع همان تشریفات رسیدگیهای ماهوی است. در این زمینه، تنها نکته گفتنی این است که چون مسائل شکلی و صلاحیتی عمدتاً محدود به بحثهای حکمی و قانونی است و جز در موارد بسیار نادر با اختلافات موضوعی نمی‌پردازند، لذا حجم اوراق و مدارک رد و بدل شده در آنها به نحو چشمگیری کمتر است و معمولاً به متون و نصوص لازم مربوط به صلاحیت دیوان محدود می‌گردد. بدیهی است اگر ایراد به قابلیت استماع پرونده ضمیمه ایرادات صلاحیتی شده باشد، طرح این ایراد غالباً بحثهای ماهوی را به دنبال دارد و در نتیجه ممکن است به حجم پیوستها اضافه گردد.

ب. در ماهیّت

پس از بیان معتبرضه وار توضیحات فوق درباره مسائل مقدماتی و شکلی، بحث درباره تبادل لوایح در ماهیّت دعوی را دنبال می‌کنیم. طرح یک دعوی با ثبت تقاضایی یکجانبه برای رسیدگی، طبعی ترافعی به جریان پرونده آغاز می‌بخشد. این جریان با یک حمله حقوقی از جانب تقاضادهنده آغاز می‌گردد. در این تقاضا که در قالب یک «لایحه»^۹ تنظیم شده است، عرضحال دهنده بهیان ادعاهای مندرجہ در تقاضای خود می‌پردازد. جریان دادرسی با دفاع خوانده در «لایحه معارض»^{۱۰} خود که در رد ادعاهای مطروحه نوشته شده است، ادامه می‌یابد.

9. Memorial

10. Counter - Memorial

دور دوم تبادل لوایح، معمولاً در صورت تقاضای طرفین و با دستور دیوان آغاز می‌گردد. در این دور، خواهان با ثبت «جوایه»^{۱۱} خود می‌کوشد تا استدلالها و اظهارات خوانده در لایحه معارض را رد کند و خوانده نیز در واکنش نسبت به آن، «باز دفاع»^{۱۲} خود را به ثبت می‌رساند. روند مزبور هرچند گهگاه به کندی دادرسی می‌انجامد، ولی از این جهت مفید است که مسیر پرونده را هموار می‌کند تا ارائه‌های جنگی طرفین میدان لازم را برای مانور درآوردگاه جلسات رسیدگی شناختی در اختیار داشته باشند. با طی این مرحله است که ادعاهای استدلالهای منظّم و موجّه جبهه مقابله خود را نشان می‌دهند و چه بسا که با برداشته شدن نقاب از چهره آنها و فرو نشستن گرد و خاک نبرد کتبی طرفین، از مواضع و خاکریزهای ظاهرآ فتح نشدنی آنها چیزی جز ویرانه‌ای برجای نمانده باشد.

برخلاف این حالت، وجه امتیاز دعاوی که با ثبت موافقتنامه خاص داوری نزد دیوان به جریان می‌افتد، تقارن و توازن سیر آنهاست. گفتنی است که در این گونه پرونده‌ها هر یک از طرفین خواهان رسیدگی به دعوی است و این روست که باید طبق قواعد دیوان تذکاریه خود را ظرف مهلت تعیین شده توسط دیوان که در یک روز برای هر دو طرف منقضی می‌گردد، به ثبت رساند. لوایح بعدی معارض نیز به نحو همزمان ثبت خواهند شد، چراکه باز هر یک از طرفین خوانده دعوی قلمداد می‌شود.^{۱۳} پس، در این گونه پرونده‌ها معمولاً چهار لایحه نزد دیوان ثبت می‌شود، ضمن اینکه ممکن است در صورت طرح اختلاف واحدی با ثبت یک تقاضا برای آغاز رسیدگی، شمار لوایح تقدیمی از دو لایحه تجاوز نکند. دور سوم تبادل لوایح در دعاوی

11. Reply

12. Rejoinder

۱۳. ماده ۴۶ قواعد دیوان مقرر می‌دارد:

- (۱) در پرونده‌ای که از طریق اعلان یک قرارداد خاص آغاز شده است، تعداد و ترتیب لوایح تابع مواد قرارداد مزبور است مگر آنکه دیوان، پس از استماع نظرات طرفین، به گونه‌ای دیگر مقرر دارد.
- (۲) در صورت سکوت قرارداد مزبور در این خصوص و چنانچه طرفین نسبت به تعداد و ترتیب لوایح توافق بعدی نکرده باشند، هر یک ظرف ضرب‌الاجل واحدی لایحه و جوابیه خود را ثبت خواهند کرد. ثبت لوایح معارض فقط در صورتی امکان دارد که دیوان ضرورت آن را احراز نماید.

مطروحه توسط موافقنامه خاص داوری، اختیاری است و طرفین می توانند با کسب اجازه از دیوان برای ثبت جوابیه، تعداد لوایح رد و بدل شده را به شش برسانند.

بدیهی است همزمانی تبادل لوایح معاکسی هم دارد، زیرا در این حالت هر یک از طرفین به جای اتخاذ یک موضع روشن تهاجمی یا تدافعی، باید پایه های استدلالهای خود را در تاریکی محض بنا نهاد و در واقع در آن واحد، سعی کند با حدس زدن مواضع طرف مقابل و پیش بینی چگونگی پاتک وی، آرایش مناسبی به خود بگیرد. از این روست که بخش عده ای از این گونه لوایح قطور ناگزیر به طرح فرضیات و حدسیاتی اختصاص دارد که ذکر آنها در متن لایحه ظاهراً بی دلیل است جز نگرانی از اینکه امکان دارد طرف مقابل نیز به آن توصل جوید. در نتیجه، خواننده چنین لوایحی به دفعات از خود می برسد که اگر پرونده با ثبت دادخواستی به جریان افتاده بود و طرفین نسبت به از دادن هر فرصت تهاجمی کمتر نگرانی می داشتند، آیا پاره ای از استدلالها و یا ادعاهایی که با آب و تاب فراوانی هم درباره آنها بحث شده است، اساساً جایی در لایحه پیدا می کرد؟ این نگرانی هین تنظیم لوایح معارض به اوج خود می رسد، زیرا در این زمان است که هر یک از طرفین پس از خواندن لایحه طرف مقابل، به نقاط ضعف و قابل نفوذ در ستون دفاعی حریف و نیز سیاست های موجود در مواضع خود پی برد این دلیل باشد که هر یک از آنها پس از رو شدن لایحه معارض طرف، همچنان لازم می بیند تا در مورد پاره ای مسائل به گونه ای دیگر در جوابیه خود بحث کند. از جنبه آماری، گفتنی است از هر ده پرونده ای که به این نحو یعنی با ثبت موافقنامه خاص تاکنون به دیوان بین المللی دادگستری ارجاع گردیده، هشت پرونده به سه دور تبادل لوایح کشیده شده است که در پاره ای از آنها تبادل لوایح طولانی در خود موافقنامه پیش بینی شده بود. اجازه بدھید کمی از بحث اصلی منحرف شویم و فرضی را بررسی کنیم که در موافقنامه ای خاص، مهلتی که معمولاً شش ماه است، برای ثبت هر یک از لوایح اصلی و معارض طرفین منظور شده باشد. پیش بینی چنین مهلتی در قرارداد، تلقی واقعی دولتهای ذی ربط از حل و فصل اختلافات خود از مجرای

قضایی را روشن می‌سازد. زیرا حتی اگر بپذیریم که احتیاط و اینمنی ایجاب می‌کند هر قرارداد خاصی از قراردادهای سابق بر خود الهام بگیرد و اقتباس شود، باز هم نمی‌توان انکار کرد که پیش‌بینی سه دور تبادل لوایح در این‌گونه مواقف قسمتامه‌های خاص نه تنها کاشف از شتاب طرفین برای سامان بخشدیدن به اختلاف خود نیست بلکه شاید بتوان گفت یکی از جاذبه‌های اصلی طرفین به‌سوی حل و فصل قضایی اختلاف بر مبنای چنین مواقف قسمتامه‌هایی، روند کند و آرام آن و دادن این امکان به طرفین است که تا هر زمان مایلند حل مشکل دیرینه و آزاردهنده‌فی مایین خود را بنابر ملاحظاتی به تأخیر اندازنند. درست است که بهره‌گیری از این امکان حقی است کاملاً مشروع، ولی انصاف هم حکم می‌کند که مسئولیت این کندی و سنگینی را به گردن دیوان نیندازیم.

واژه «سنگین» در اینجا واقعاً مصدق دارد. در پرونده «بارسلونا تراکشن»^{۱۴}، هرچند شهرت این پرونده برای مدتی است که دیوان صرف رسیدگی به آن کرد و نه حجم استناد و اوراق ثبت شده در آن دعوی، با این حال جالب است بدانیم که وزن کل پرونده به ۲۵ کیلوگرم بالغ شد و طرفین جمعاً با احتساب پیوستها ۶۷۷۶ صفحه مبالغه کردند. حتی در پرونده‌های عادی نیز وزن مستندات، هرچند به چنان ارقام عجیبی نمی‌رسد، بسیار زیاد است. باید گفت پرونده بارسلونا تراکشن به هیچ وجه یک استثناء نبوده و برای مثال در دعوای فلات قاره بین تونس و لیبی و پرونده «خلیج مین»^{۱۵} بین کانادا و ایالات متحده امریکا نزدیک بود رکورد بارسلونا تراکشن از لحاظ وزن و حجم پرونده شکسته شود، ولی در هر حال این پرونده‌ها از این جنبه رکورد دعاوی افریقای جنوب غربی را پشت سر گذارند. افزون بر این، حتی در دعوای فی مایین نیکاراگوئه و ایالات متحده، که یکی از طرفین پس از مرحله صلاحیتی خود را از دادرسی کنار کشید، باز هم وزن لوایح متبدله با این رقمهای فاصله چندانی ندارد.

ناگفته پیداست سنگینی لا یحه لزوماً به معنای وزن و اعتبار استدلالهای

14. Barcelona Traction Case

15. Gulf of Maine Case

مندرج در آن نیست، زیرا حداقل دو سوم این وزن را پیوستها و ضمایمی تشکیل می‌دهند که در واقع برای اثبات ادعاهای مطروحه در لواح طرفین ثبت شده‌اند. بدیهی است هر اندازه ادعا سنت و بی‌ارزش باشد، به‌دلیل اثباتی بیشتری نیازمند است و هر قدر هم که معتبر و مستحکم باشد، مستندات و ادله کتبی بیشتری علی‌الاصول در دسترس است. در هر کدام از این دو شق، کلیه پیوستها باید تکثیر شوند. فلسفه این تکلیف احترام به ضوابط بسیار موجه قواعد دادرسی دیوان است که به‌منظور حصول اطمینان از اصالت کلیه اسناد و ادله کتبی تنظیم شده است. برای مثال، اگر از سندی که در حال حاضر در دسترس نیست نقل قولی صورت گیرد، کل سند باید بعداً نزد دییرخانه دیوان تودیع گردد. پیوستهای ارائه شده توسط طرفین بسیار ناهمگونند و در آنها از نقل عین نصوص قانونی گرفته تا فتوکپی‌ها و یا رونوشتاهای اسناد تاریخی، به‌زبان اصلی و یا ترجمه آنها به‌زبان رسمی دیوان یعنی انگلیسی و فرانسه، یافت می‌شود صحّت رونوشتاهای ارائه شده در کلیه پیوستها باید یکایک به‌تأیید نماینده طرف ثبت‌کننده برسد، ولی رویه این است که نماینده مزبور این اسناد را یکجا گواهی می‌کند. در مورد فتوکپی اسناد قدیمی و تاریخی، قضات دیوان بیشتر مایلند به‌جای این تأیید، متن بازنویسی شده و خواناتری از این اسناد را در اختیار داشته باشند و وقت خود را برای کشف رمز خطوط غیرخوانا که از هر کسی نیز ساخته نیست، صرف نکنند.

به‌طور کلی، چنانچه طرف مقابل به‌پیوست ارائه شده – مثلاً ترجمه یک سند اداری از دوره امپراتوری عثمانی – اعتراض نکند، دیوان دلیلی بر رد آن نمی‌بیند. البته، اگر این سند مرتبط با اصل دعوى باشد دیوان با احتیاط بیشتری عمل خواهد کرد، ولی در واقع ضمایمی که احياناً درنتیجه یک پرونده دخیل و مؤثر هستند، بسیار نادرند. مع ذلک، طرفین دعوى در این باره نیز با پیروی از روش محاطانه خود در مورد ارائه استدلالها هرچه را که ممکن است کوچکترین ارتباطی با اصل پرونده داشته باشد، ضمیمه می‌کنند. در نتیجه، دیوان از یک سو مواجه است با ادعاهای فراوانی که احراز بی‌پایگی برخی از آنها به‌دقت زیادی نیاز ندارد، و از سوی دیگر با انبوه پیوستهایی که برای تبیین و تأیید همان

ادعاهای سنت به ثبت رسیده است. بداین روش نمی‌توان خرده گرفت، زیرا در پرونده‌های عادی کوشش طرفین بر این است که بهر نحو ممکن در دل قضاط دیوان راهی پیدا کنند و استدلالهای خود را به سمع پاره‌ای از این پائزده قاضی برسانند، و این یعنی اینکه هر استدلالی از پائزده شانس و امکان برای مقبول واقع شدن برخوردار است. حجم و وزن پیوستها حتی بعد از صدور حکم نیز مشکلی است بزرگ، زیرا از نظر آین داوری دیوان همه چیز باید در مجموعه‌های چاپی دیوان از ادعاهای و دفاعیات طرفین طبع و منتشر گردد و صرف هزینه‌های بسیار برای جاودانه ساختن اسنادی که دیوان در پی ریزی دلایل و مبانی رأی خود اصلاً به آنها وقعي تنهاده است، عبث و بیهوده خواهد بود. از این رو بود که دیوان برای نخستین بار در دعوای بارسلونا تراکشن به دییرخانه اجازه داد تا فقط برگزیده‌ای از مهم‌ترین پیوستهای پرونده را به چاپ رساند، و تازه با بکارگیری این روش نیز مجموعه مذبور نتوانست از ده جلد قطور کمتر گردد. گزینش پیوستهای مهم یقیناً کاری است پر مسؤولیت؛ مع‌هذا این روش در پرونده‌های مشهوری مثل دعاوی صحرای غربی و خلیج مین نیز اعمال شده است.

در این زمینه نقشه‌های زمین، چارتاهای دریابی و سایر اسناد مصوّر از قبیل طرحها و نمودارها شایان یادآوری خاص هستند. روشن است که این گونه نقشه‌ها و طرحهای جغرافیایی به فضای بیشتری از قطعه متعارف صفحات معمولی نیاز دارد و چاپ آنها مستلزم دقّت خاصّی است و ترجیحاً باید به صورت رنگی باشد. به دلیل همین مشکلات استثنایی است که طرفین پرونده، خود گهگاه لازم می‌بینند این اسناد را در پوشیده‌های جداگانه‌ای تقدیم دارند و دییرخانه در مرحله بعدی چاپ ترتیبی فراهم می‌کند که اهم این اسناد در پوشیده‌ای خاص و یا در پاکتی جداگانه منضم به یکی از مجلّدات چاپی دیوان حاوی ادعاهای و دفاعیات طرفین ارائه گردد. همان‌طور که ملاحظه می‌شود، این روش راه حلی است بسیار پرهزینه ولی در عین حال لازم.

در سالهای اخیر، با توجه به ارجاع پرونده‌های بسیاری درباره تحدید حدود دریابی و یا سرحدات زمینی، دیوان بین‌المللی دادگستری در مقام

حل و فصل اختلافات مربوط به حاکمیت سرزمینی برآمده و بداین منظور نقشه‌برداری جایگاه ویژه‌ای نزد دیوان پیدا کرده است. در جلسات استماع دیوان — که بعثت بعدی ما خواهد بود — اتاق دادگاه غالباً شاهد بمنایش درآمدن نقشه‌هایی به کمک تخته سیاه و یا پروژکتور توسط وکلا و کارشناسان طرفین بوده است. از سوی دیگر، در این گونه پرونده‌ها دیوان غالباً ضروری دیده است که یک نقشه‌بردار یا نقشه‌کش آبهای فوق الارضی استخدام کند تا دیوان را در دستیابی به مسائل فنی پرونده و ازانه یافته‌های خود در قالب اصطلاحات روشن علمی یاری بخشد.

با ذکر دو نکته مهم توضیحات خود درباره مرحله تبادل لوایح را پایان می‌دهیم.

اولاً، کلیه این مدارک انبوه که به یکی از دو زبان رسمی دیوان ثبت شده است، باید توسط دبیرخانه به زبان دیگر برگردانده شود تا برابری قضات از حیث زبان کاری مورد گزینش آنها رعایت شده باشد. انجام این مهم به دقت فوق العاده‌ای نیاز دارد و حتی با رعایت فوریت نیز بسیار وقت‌گیر است. از این روزت که در پایان مرحله تبادل لوایح، این مترجمان دیوان هستند که بیش از هر کس دیگر تمام ظرایف و دقایق پرونده را بر سر انگشتان تدبیر خود احساس می‌کنند.

ثانیاً، در پایان این راه است که قاضی دیوان غربت یک خواننده دست تنها را تجربه می‌کند. پس از اینکه این خوارک سنگین به خوراکی سبک و سهل الهضم تبدیل شد، دیگر کسی نیست که به متصرف امر «قضا» لقمه لقمه «غذا» دهد. در اینجا از منشیان حقوقی دیوان عالی کشور امریکا و یا از حقوقدانان جوانی که مثل دادگاه اروپایی لوکزامبورگ هر لحظه در خدمت قاضی قرار دارند، خبری نیست و قاضی باید «تکلیف خانه» خویش را خود در تنها بی مطلق انجام دهد و این بار را خود به منزل نهایی برساند. قاضی است و ابزارهایی که در اختیار دارد برای خواندن، سره را از ناسره جدا کردن و عصاره کشی از انبوه مدارکی که در پیش رو دارد؛ ابزارهایی چون حافظه‌اش، یادداشت‌هایش، قلمهای علامتگذاریش، کارت‌هایش، بایگانی‌اش و امروزه — البته

اگر زحمت یادگیری آن را به خود داده باشد—منابع و اطلاعات بیکرانِ متمرکز در کامپیوٽِ شخصی اش.

۳

هر حمله سوم: رسیدگی شفاهی

اینک در آغاز مرحله رسیدگی شفاهی قرار داریم که سومین مرحله در روند ارائه ادله و استناد است. هیجان « فعلی دیگر » نزدیک است و این بار این خواننده صبور باید در نقش شنونده‌ای دقیق به اظهارات و بیانات طرفین گوش فرا دهد. « شنیدن » دومین فعلی است که یک قاضی باید صرف کند.

ناگفته نماند که صحبت کردن و گوش دادن پیش از این مقطع نیز، البته به طور غیر رسمی، به پرونده راه یافته است. هیچ یک از قضات دیوان بین‌المللی دادگستری، هرچقدر هم که در ساعات مطالعه خود گوش‌گیر و ارزواطلب باشند، نمی‌توانند برای همیشه در رابطه خود بینند و به تنها بی حکم قضیه را بیابند. از این روست که خیلی پیش از شنیدن اظهارات طرفین در جلسات رسیدگی، هر قاضی به نظرات همکارانش گوش سپرده است. البته، در این مرحله برای این شنیدن الزامی در بین نیست و هر قاضی آزاد است تا عقایدش را برای خودش حفظ کند و تلاشی هم برای آگاهی از نظرات همکارانش بعمل نیاورد. در این میان، برخی اعتقاد دارند که آراء شخصی آنها باید بدور از نفوذ هرگونه عاملی شکل گیرد؛ اینها قضاتی هستند که تا پیش از نخستین مباحثات خصوصی رسمی دیوان، دیگران را کمتر از دیدگاههای خود نسبت به پرونده باخبر می‌سازند. ولی بعضی دیگر از قضات دیوان ترجیح می‌دهند تا در مقاطع مختلف تبادل لوایح، در معرض نظرات همکاران خود قرار گیرند و در شرایطی به جلسات استماع قدم گذارند که از واکنش احتمالی سایر قضات دیوان نسبت به اثر این یا آن استدلال کم‌وپیش آگاهی داشته باشند.

قدرت مسلم این است که هیچ یک از اعضای دیوان بدون توشه‌ای مناسب

به جلسات استماع وارد نمی‌شود. کولهباری از برداشت‌های حاصل از مطالعات شخصی قاضی و استتباطاتی که بهین رایزنی با همکارانش یافته است، رهآورد او به‌این جلسات خواهد بود. اکنون فصل شنیدن فرارسیده است؛ فصلی که احتمالاً از دو تا شش هفته به طول می‌انجامد و در هر روز آن یک یا حتی دو جلسه برای جبران ماقایض و یا رعایت ضرب‌الاجلهای قطعی تعیین شده توسط دیوان، برگزار می‌شود. در پرونده‌های استثنایی، جلسات رسیدگی حتی از این هم طولانی‌تر شده است. معمولاً بین هر دور و نیز بین نوبتها تعیین شده برای صحبت هر یک از طرفین، دو یا سه روز تنفس اعلام می‌گردد تا وكلای طرفین بتوانند در این فرصت استدلالهای معارض خود را آماده کنند.

ناگفته بیداشت که تقارن و توازن که از ویژگیهای تبادل لواجع در صورت طرح دعوى از طریق ثبت موافقنامه خاص است، با طبع رسیدگیهای شفاهی سازگار نیست و دلیل آن نیز خیلی ساده است. اگر قرار باشد وكلای طرفین در آن واحد نعمه‌های مخالف خود را سر دهند، شنوندگان آنها چگونه می‌توانند مروارید را از خَرَف جدا سازند و به ظرایف و گوشه‌های نعمات آنها بپرسند؟ پس، چاره‌ای نیست جزو اینکه یکی از طرفین اول بخواند و مثلًا در نقش خواهان ظاهر شود و دیگری در قالب خوانده درآید و برای جبران اینکه دیرتر به روی صحنه رفته است، اجازه یابد که حرف آخر را بزند. بدیهی است در این‌گونه موارد تقدّم و تأخیر سخن گفتن در دادگاه مسأله‌ای است ظریف که با حسن نیت طرفین معمولاً بدون مشکل چندانی حل شدنی است.

استماع اظهارات طرفین کار بسیار رسمی‌تری است تا گوش دادن به صحبت‌های یک همکار، چراکه آنچه بین همکاران صورت می‌گیرد از مقوله گفت و شنود است: یکی هم شنونده است و هم گوینده. ولی دیوان با اصحاب دعوى و یا طرفهای پرونده وارد گفت و شنود نمی‌شود؛ در طول جلسات رسیدگی یا به‌اظهارات آنها گوش می‌سپارد و یا از زبان رئیس خود با آنها سخن می‌گوید تا اطلاعات و یا توضیحات بیشتری کسب کند. هر یک از قضات نیز حق دارد پس از اطلاع دادن به‌رئیس، سؤالات خود را با طرفین مطرح سازد و رئیس نیز به‌طریق اولی می‌تواند پرسش‌هایی از آنها بعمل آورد؛ ولی در بیشتر

اوقاتی که جلسات رسیدگی تشکیل است، هیأت قضاط **مهر سکوت** بر لب می‌زند و مانند هیأت منصفه‌ای دقیق به استدلالهای طرفین گوش فرا می‌دهد تا عیار و ارزش اظهارات آنها را محک بزند. در تمام این لحظات در بستر سکوت و انفعال قضاط دیوان بین‌المللی دادگستری، **فعالیت ذهنی سازنده‌ای** در جریان است.

امان از تحمل بار سنگین استماع سخنرانیهای طولانی و ملال آور این جلسات و حسرت قضاط دیوان برای لحظه‌ای تمدد اعصاب و جابجا شدن در روی صندلی خود از ترس اینکه میادا حتی خشخش ردای ابریشمین آنها سکوت دیوان را بشکند و موجب حواس پرتی داورانی گردد که به تعبیر جاودانه «پاسکال»، «مولیر» و «لافونتن» چون گربه‌های مجسمه‌ای در یک ردیف کنار یکدیگر چیده شده‌اند. ولی چه جای افسوس که وظيفة ما اجرای عدالت است و عدالت باید نخست در حق سخنوران ماهری اجرا شود که، گذشته از اشتهر حقوقی و برخورداری از مراتب علمی عموماً همسنگ با قضاط دیوان، از این هنر نیز برخوردارند که شنوندگان هم‌صنف خویش را شیفتنه و مجدوب تحلیلهای دقیق و مهارت خود در شیوه‌های سخنوری سازند. اعضای خاموش و سراپا گوش این هیأت، به عنوان کارشناسان برجسته حقوقی، غالباً به خاطر شکیابی وافرشان مورد ستایش قرار می‌گیرند و حتی در کسالت‌آورترین مرحله نیز که به طرح واقعیات پیچیده و ظریف پرونده اختصاص دارد، از داعیه معنوی خود برای گشودن نقاط کور پرونده و بیرون کشیدن حاق مطلب از میان تمام حشو و زوايد آمیخته به آن دست بردار نیستند؛ وظیفه‌ای که اگر خستگی و تعب ناشی از انجام آن امان دهد، خود لذتی مفرّح خواهد بود.

دریغمان می‌آید که از این فرصت برای طرح چند نکته درباره انتخاب وکلا بهره نگیریم. به اعتقاد ما تعلق افراد به یک حوزه نسبتاً محدودتر اساساً نمی‌تواند و نباید از شایستگیهای آنها برای حضور در این دیوان بکاهد. آیا این درست است که در یک جهان پنج میلیارد نفری تنها چند حقوقدان فرصت حضور مکرر در دیوان بین‌المللی دادگستری را بیابند و دیگران محروم بمانند؟ بله، این کاملاً طبیعی است دولتی که در پرونده‌ای طرفیت دارد، فردی از اتباع

خود را برای حضور در دیوان به عنوان نماینده انتخاب کند. ولی در سایر موارد دیده می شود که این دولتها غالباً در صورتی بهبهره گیری از خدمات حقوقدانان و کلای خارجی روی خوش نشان می دهند که آنها تابعیت یکی از کشورهای فرانسه، امریکا، انگلیس، ایتالیا، بلژیک و یا اسپانیا را داشته باشند. به همین جهت، این احساس ایجاد شده که دیوان^۹ شهر منوعه ای است که در آن بدروغی همه، با استثنای چند چهره سرشناس، بسته است. دبیرخانه دیوان مرتبآ نامه هایی را دریافت می کند از حقوقدانانی که از تشریفات و شرایط ورود به آن جویا شده اند، و این در حالی است که برای حضور در دیوان هیچ مانع و رادعی بر سر راه نیست. جالب اینکه حتی داشتن تحصیلات حقوقی نیز برای کسی که در برابر دیوان عهده دار دفاع از پرونده ای می شود، شرط نیست و گزینش وکیل فقط به نظر دولتها طرف دعوا بستگی دارد و بس. این نکته قابل درک است که در پرونده های مهم، دولتها به دنبال «مرد میدان» باشند و به استخدام حقوقدانان بین المللی برجسته ای روی آورند که از حضورهای قبلی خود در صحنه دیوان تجربیاتی گرانها اندوخته اند و انتظار می رود با کوله بار تجربه خویش بتوانند راحت تر و مؤثر تر حرفا های خود را به سمع دیوان برسانند. ولی افسوس که بهای سنگین این گونه گزینشها یکی هم قربانی کردن استعدادهای جوان ملی است که سرنوشتی ندارند جز گمنامی و فراموش شدن در زیر سایه نامهای پرآوازه. ناگفته نماند که محدودیت زبانهای رسمی دیوان به انگلیسی و فرانسه هرچند می تواند سدی در راه ورود حقوقدانان جوان و گمنام به صحنه دیوان بین المللی دادگستری باشد ولی این مشکل حل شدنی است.

در این زمینه خوب است بدانیم که بهترین سخنرانیهای انجام شده در دیوان از زبان وکلایی جاری شده است که شجاعت این را داشته اند تا در ورطه استدللهای غیر ضروری غرق نشوند. ولی همیشه این طور نبوده و نیست و شاهد این مدعای اینکه در ۱۹۷۸ بالاخره دیوان پس از تحمل یک دوره طولانی برای شنیدن سخنرانیهای منفصل و پر پیچ و خم وکلای طرفین، آن هم درباره نکات کم اهمیت، مواد زیر را به قواعد دادرسی خود افزود:

۶۰ ماده

۱. اظهارات شفاهی مطروحه از جانب هر یک از طرفین باید، در حدودی که برای بیان کافی ادعاهای آن طرف در جلسه استماع ضروری است، حتی‌امکان موجز و مختصر باشد. لذا اظهارات مزبور باید درخصوص مسائلی باشد که هنوز مورد اختلاف طرفین است و نباید بهمباحث کلی مندرج در لوایح و یا صرفاً تکرار واقعیات و استدلالهای مذکور در آنها پردازد.

۶۱ ماده

۱. دیوان می‌تواند در هر زمان، قبل و یا در اثنای جلسه استماع، هر نکته یا مسأله‌ای را که مایل است بیشتر مورد بحث طرفین قرار گیرد و

یا از نظر دیوان استدلالهای مطروحه در مورد آن کافی است، اعلام کند.

۲. دیوان می‌تواند حین جلسه استماع از نمایندگان، مشاوران و وکلای

طرفین سوالاتی کند و از ایشان توضیح بخواهد.

۳. هر یک از قضات نیز از حق طرح سوال برخوردار است، ولی قبل از

اعمال این حق، باید قصد خود را به رئیس که حسب ماده ۴۵ اساسنامه

دیوان مسؤول اداره جلسات استماع است، ابراز دارد.

۴. نمایندگان، مشاوران و وکلای طرفین می‌توانند به سوالات مطروحه

فوراً و یا ظرف مهلت تعیین شده توسط رئیس، پاسخ دهند.

بحث ظریفی که پیش می‌آید این است که حکم مواد یاد شده را چگونه می‌توان با این اصل اولیه و اساسی که هر یک از طرفین باید در انتخاب و تعقیب خطّ مشی حقوقی خود در پرونده آزاد باشد و بتواند کلیه استدلالهای خود را طرح کند، جمع نمود. ابراز این مطلب که شنیده‌های دیوان راجع به یک موضوع خاص به حدّ کفايت و احياناً اثبات رسیده است، خود مسؤولیتی است بس حساس. از این مهم‌تر، چنانچه دیوان با علامات و قرایین خیلی روشنی نکات مهم و ذی‌ربط پرونده را از دیدگاه خود ابراز دارد، این برداشت ممکن است ایجاد گردد که دیوان متمایل به مواضع طرفی است که در آن زمینه با او اشتراک نظر بیشتری دارد و تالی فاسد چنین وضعی، زمانی آشکار می‌شود که احیاناً

پس از پایان جلسات شور قضاط، یافته‌ها و ارزیابیهای اوّلیه دیوان از پرونده در معرض تردید قرار گیرد. لذا جای شگفتی ندارد که دیوان تاکنون هرگز از این اختیار خود برای بستن با پ بحث و گفتگو درباره مسائلی که به زعم دیوان درباره آن به حدّ کفايت سخن گفته شده، استفاده نکرده است.

ولی سایر مفاد ماده ۶۱ کاربرد مفیدی داشته است و به دیوان و یا یکایک اعضای آن امکان داده تا توضیحاتی را از طرفین در مورد نکاتی که به تشخیص آنها مهم است و یا درخصوص مسائلی که احساس می‌کنند وکیل از ورود به آنها طفره می‌رود، جویا شوند، و کم نیست مواردی که سؤال طرح شده از جانب یکی از از قضاط دیوان در کشف نقطه ضعف و ضربه‌پذیر در مواضع استدلالی یکی از طرفین، از تخطه‌های معمول و کالتی طرف مقابل کارسازتر بوده است. از سوی دیگر، طرح سؤال واحد توسط دیوان از هر دو طرف پرونده، غالباً مفید این فایده بوده است که تمام ابعاد یک اختلاف را روشن کرده و یا طرفین را به این باور سوق داده که آن اندازه هم که در ابتدا تصوّر می‌کرده‌اند، مواضع آنها از یکدیگر فاصله نداشته است.

جلسات استماع دیوان در هر نوبت معمولاً سه ساعت طول می‌کشد و در نیمه راه فقط یک بار، آن هم پس از استمزاج رئیس دیوان با سخنران، به‌منتظر تنفس تعطیل می‌شود تا وقفه‌های مکرر، سخنران را از موضوعات اصلی مورد بحث خود که تا آن هنگام با آب و تاب فراوان و استفاده از شیوه‌های سخنوری در مورد آنها داد سخن داده است، پرت نسازد. این تنفس بموقع برای قاضی آرامش‌بخش و لازم است ولی کافی نیست، چراکه ظرف همین حدود پانزده دقیقه نیز دیوان بیکار نیست و سؤالاتی را که مایل به طرح آن در ادامه جلسه رسیدگی است تعیین و تنظیم می‌کند. در طول این دقایق، اعضای دیوان در حالی که ظاهراً براحتی دور یک میز مستطیل شکل نشسته‌اند، سنگینی نگاه هشداردهنده و یا پُرمز و راز رؤسای سابق دیوان را بر روی خود احساس می‌کنند که تصاویرشان، آویخته بر محمل سرخ، زینت‌بخش اتاقی است که محل رفت و آمد قضاط به «تالار بزرگ عدالت» است. اگر رهبران سیاسی جهان فرصت صحنه و ناهار را به‌مجالی برای گفت و شنودهای خطیر خود بدل

کرده‌اند، دادگستری بین‌المللی نیز از مدت‌ها پیش از زنگ استراحت خود برای نوشیدن یک قهوه، استفاده کاری کرده است.

برای اینکه کلّی‌گویی نکرده باشیم، اجازه دهید نمونه‌ای بیاوریم از مشکلی که در گذشته نه چندان دور از نظر دادگاه مبنی بر کفایت استدلال‌های شفاهی در مورد موضوع خاصی پدیدار شد. مسأله مربوط می‌شود به دعوای فلات قاره بین تونس و لیبی که از طریق موافقت‌نامه خاص به دیوان ارجاع گردید. در این پرونده، طرفین با داشتن برداشت‌های متفاوتی از دکترین تکامل یافته در روایة قضایی بین‌المللی درباره امتداد طبیعی فلات قاره سرزمینی به داخل وزیر دریا، در سراسر مراحل تبادل لوایح تلاش کرده بودند تا استدلال‌هایی را بر مبنای زمین‌شناسی و سیر تحولات طبقات تحت‌الارضی، که خود بر مجموعه پژوهشی از تحقیقات گسترده‌فنی درباره چگونگی شکل‌گیری حوضه مدیترانه استوار بود، ارائه دهند. ولی جالب این است که با مطالعه دقیق رأی صادره در این پرونده روشن می‌شود که دیوان تمامی این استدلال‌ها را (که حتی یک بار خواندن آنها نیز کاری دشوار است) ناوارد و یا نافی یکدیگر تشخیص داده و لذا رأی خود را، فارغ از این‌گونه بحث‌های ظریف علمی، صرفاً بر اساس ملکهای حقوقی صادر نموده است.

با این حال، آیا در همین پرونده دیوان می‌توانسته است در اثنای جلسه رسیدگی به طرفین بگوید: «بحث‌های زمین‌شناسی و فنی موقوف؟! شاید اگر دیوان تا آن زمان کاملاً به حقیقت پی برده بود، پاسخ به‌این پرسش می‌توانست ثابت باشد. ولی واقع قضیه این است که تا وقتی اظهارات طرفین کاملاً اصغر نشده است، دیوان چگونه می‌تواند به قطع و یقین قضایی دست یافته باشد. از این روست که استماع طرفین نقشی بسیار مهم دارد و آن عبارت است از پاشیدن بذر تردید و تولید شک‌فلسفی و زدودن تمام تصدیقات بلا تصوّر از ذهن قاضی قبل از اینکه او به‌اجرای وظیفه نهایی خود یعنی اعلام حکم قضیه عمل کند.

گزارش کامل هر یک از جلسات استماع ظرف فقط چند ساعت پس از ختم آن جلسه منتشر می‌شود و پس از یکی دو روز ترجمه آن نیز آماده خواهد بود. بنابراین، فعل «خواندن» حتی در گرماگرم «شنیدن» نیز همچنان باید صرف

شود. تازه خدا نکند رشتہ بحث و استدلال طرفین در جلسه رسیدگی از دست قاضی ظاهرآ خسته‌ای که با چشمانی پایین افتاده سرگرم شنیدن اظهارات طرفین است، بدر رفته باشد. اگر چنین شود، قاضی باید به توان همان شب خواب را بر خود حرام کند و با دقّت هرچه بیشتر بیانات سخنرانی را که آن روز صبح طنین صدایش را کمی متقدعاً کننده تر یافته بود، از نظر بگذراند. از آنجه گفته شد می‌توان به جرأت چنین نتیجه گرفت که رأی اخیرالصدور دادگاه بژوهشی برلین مبنی بر اینکه قاضی مدام که به خُرُش نیفتاده، خواب نیست، ربطی به هیأت قضات دیوان لاهه ندارد و ایشان همیشه بیدارند.

حتی با پایان گرفتن مطالعه تمام سوابق و صور تجلیسات دادگاه، باز هم نمی‌توان کار خواندن قضات را تمام شده دانست، زیرا هر یک از این اسناد، مطالعه صفحاتی دیگر را ایجاب می‌کند. به مجرد اعلام ختم رسیدگیهای شفاهی، رئیس دیوان قضات را فرا می‌خواند تا هر یک فهرستی از موضوعات مورداً خلاف را که تصمیم‌گیری درباره آنها ضروری است، ارائه دهنده و تاریخی قطعی برای ثبت «یادداشت‌های کتبی» خود که می‌تواند خطوط عنوان شده در آن فهرست را دنبال نماید، تعیین کنند. ولی فراموش نکنید که نوشن با خواندن ملازمه دارد و در نتیجه بار دیگر دادرسان دیوان با انبوی از نوشهای روبرو هستند که مرحله چهارم و پایانی را در روند تدارک اسناد و مدارک برای ورود آنها به شور تشکیل می‌دهد.

۴

هر خلاصه چهارم: آهادگی برای شور

در خلال دو تا چهار هفتاهی که قضات برای تنظیم «یادداشت‌های کتبی» خود سپری می‌کنند، مجبور به قطع ارتباط با همکارانشان نیستند. در هلند، که همه چیز بـاستثنای تابستان زودتر از موعد طبیعی خود فرا می‌رسد، امروزه فرصت چای روزانه که معمولاً ساعت ۳ بعد از ظهر است، مجالی است پیشرس

و زودهنگام برای قضات دیوان دادگستری «لاهه» تا موقع صرف چای با یکدیگر به طور غیررسمی رایزنی کنند. معمولاً پس از صرف چای، آنان که مایلند، به اتاق استراحت طبقه اول ساختمان همکار خود می‌روند و در آنجا هم بیسکوئیت و تبادل نظری! سپس هر کس به اتاق خود بر می‌گردد و یا همچنان در اتاق همکارش یا در راه روی دیوان با او به گفت و شنود ادامه می‌دهد. در سرتاسر این لحظات، قاضی یا آنکه از این خوش‌بینی گذراست که توانسته با استدلالهای خود همکار یا همکاران دیگر را نسبت به مسئله مورد اختلاف مجاب سازد و یا اندیشناک از اینکه توانسته در مواردی آن طور که باید و شاید بحث و استدلال کند. می‌توان گفت فرصت چای در دیوان بین‌المللی دادگستری مانند آنچه در شورای امنیت دیده می‌شود، به معادگاهی تبدیل شده است که هر چند رفت و آمد به آن اجباری نیست، ولی مشتریان پروپرقرص و گهگاه خود را دارد و کسانی که از بیرون دیوان گاهی در آنجا آفتابی می‌شوند؛ زمانی بازار بعنهای آن داغ و پرشور است و زمانی دیگر در کسادی و سکوت بسر می‌برد. اکنون زمان آن فرارسیده است که قاضی برای نوشتن آستینها را بالا بزند و فعلی دیگر را به صورت اول شخص مفرد صرف کند. لحظه، لحظه رو برو شدن با واقعیت است؛ لحظه‌ای که خود از بطن چند هفته متولد شده است. برای یک قاضی در طول مراحل دادرسی هیچ لحظه‌ای حساس‌تر از این نیست که او خود را در برابر این تکلیف می‌بیند که اکنون باید ماحصل نظرات خود درباره ادعاهای و استدلالهای معارض طرفین و راه حل پیشنهادی خود برای رفع ماده اختلاف را به روی کاغذ بیاورد. اگر به مخاطر داشته باشد، قبل از گفته بودیم که در این دیوان کسی به تنایی حکم نمی‌دهد، ولی آنچه قاضی در اجرای این تکلیف در قالب یادداشت‌های کتبی خود به رشتة تحریر در می‌آورد، در واقع حکم کوچکی است صادره از ناحیه شخص وی که در عین کوچکی در نهایت ابعادی بزرگ و هم‌جانبه به خود خواهد گرفت.

ممکن است تصور شود که قضات پس از تنظیم یادداشت‌های خود، به سبک و سیاق سیاستمداران، آنها را بین خود مبادله می‌کنند. ولی این طور نیست. زیرا مبادله این یادداشت‌ها مخالف با اصل محترمانه بودن نام نویسنده آن

است تا نفوذ و اثر ناشی از مطالعه یک یادداشت خاص بهارزش و اعتبار ذاتی آن محدود گردد و نام و شهرت نویسنده در آن مدخلیتی نداشته باشد. لذا روایه این است که یادداشت‌های مزبور برای مدیر دفتر دیوان ارسال می‌گردد تا وی آنها را همراه با ترجمه شان و بدون افشاری نام نویسنده و فقط با گذاشتن یک شماره لاتین بر روی آن، بین سایر قضاط دیوان توزیع کند. ولی به قول معروف «سبک نگارش متن، معرف نویسنده آن است» و این آین شاید چیزی جز یک احتیاط عبث نباشد.

۵ شور

با آنچه گفته شد، بر مقدمه طولانی این مقاله نقطه پایان می‌نهیم. اکنون که قاضی از دیدگاههای همکارانش آگاه شده و از فرصت تفکر درباره آنها برخوردار گشته است، دیوان بالاخره می‌تواند وارد شور شود. برای انجام این مهم، دیوان تمام دقایق و ظرایف مستتر در واژه «شور» را رعایت می‌کند. ماده ۵ قطعنامه دیوان درباره آین دادرسی داخلی خود می‌گوید:

۱. پس از اینکه قضاط از مجال کافی برای مطالعه یادداشت‌های کتبی بهره‌مند شدن، جلسه شور دیگری برگزار می‌گردد. کلیه قضاط باید حسب دعوت رئیس دیوان که علی القاعده به ترتیب عکس ارشدیت صورت می‌گیرد، نظرات خود را اعلام کنند. در این جلسه هر یک از قضاط می‌تواند نسبت به بیانات قاضی دیگر اظهارنظر نماید و یا از وی توضیحات بیشتری را درخواست کند.

۲. در انتای این جلسه شور، هر یک از قضاط می‌تواند مسائلهای جدید و یا متنی بازنگری شده از مسأله قبلًا مطرح را در اختیار اعضای دیگر دیوان قرار دهد.

۳. در صورت تقاضای هر یک از قضاط، رئیس از دیوان خواهد خواست تا نسبت به رأی گیری راجع به هر یک از موضوعات طرح شده تصمیم گیرد.»

برای یکایک قضاط دیوان بین‌المللی دادگستری، فرصت گوش دادن به نظرات و سوال از همکاران پرشوری که با داشتن مسؤولیتی مشابه با آنها در مکاتب کاملاً متفاوتی آموزش دیده‌اند و ممکن است دید و برداشت آنها از موضوعات با یکدیگر بسیار فرق کند و هر یک اولویت‌های خاص خود را داشته باشد، همیشه مغتنم و هیجان‌انگیز بوده است. و آن هنگام هم که نوبت صحبت به خود شخص می‌رسد، بیان نظرات شخصی و روپروردشان با پرسش‌های همکاران هیجان خاص خود را دارد، هرچند ممکن است این سوالات گهگاه به سمت شدن و شاید فروپاشی یافته‌ها و نظراتی منتهی شود که تا پیش از آن قاضی برای آنها مبانی استوار و پایه‌های غیرمتزلزلی قائل بوده است.

آنچه در این مرحله شاهد آنیم «به‌نوعی» یک بحث و جدل ترافعی جدید است در میان خود اعضای دیوان. چرا «به‌نوعی»؟ برای اینکه نباید تصور کرد در کوران این محااجه و مناظره قضایی، قضاط به نفع این یا آن طرف موضع می‌گیرند و از یکی دفاع یا بدیگری حمله می‌کنند. اصلاً این طور نیست. آنچه در این برهه خاص محل بحث و گفتگوست، عمدتاً اعتبار و درستی برداشت هر یک از قضاط از کل پرونده است نه وجاحت ادعاهای هر یک از طرفین.

در اواخر این مرحله که ممکن است چهار یا پنج روز طول بکشد و هر روز هم دیوان صبح و بعد از ظهر جلسه داشته باشد، تمایل اکثریت چهره خود را از لابلای بحث و جدل‌های انجام شده پدیدار می‌سازد و در پایان، این رئیس دیوان است که طبق قواعد دیوان با اشراف و آگاهی از نظر غالب قضاط، استنباطات و یافته‌های خود را از پرونده بیان می‌کند. آنگاه دیوان کمیته‌ای را از میان خود برای تهیه پیش‌نویس حکم دیوان برخواهد گزید و این کمیته بی‌درنگ برای تهیه برنامه کار خود تشکیل جلسه می‌دهد. کمیته مزبور با بهره‌گیری از کمک فنی دیرخانه دیوان باید: او لاً اطمینان باید که دو متن پیش‌نویس، یعنی متون انگلیسی و فرانسه، همگام با یکدیگر پیش می‌روند، ثانیاً پیش‌نویس شرحی از سابقه پرونده را که باید مقدم بر دلایل رأی آورده شود، تنظیم نماید و ثالثاً صحت کلیه واقعیتات، تاریخها و یا نقل قول‌های ذکر شده را کنترل و تأیید کند، بی‌آنکه انجام این کارها توسط کمیته مزبور قضاط را از

مسئولیت خود در قبال تمام مندرجات متن نهایی حکم معاف سازد. با توجه به آنچه گفته شد، حضور مدیر دفتر دیوان یا معاون او همراه با کارکنان ارشد مسؤول انجام وظایف فنی یادشده در تمام جلسات کمیته پیش‌نویس امری طبیعی است و این افاده‌ند که باید تا لحظه صدور متن نهایی حکم، کلیه تغییرات و دگرگوئیهای آن را از نزدیک زیر نظر داشته باشند.

در طول مدت تعیین شده توسط دیوان برای ارائه پیش‌نویس اولیه حکم، که بسته به حجم و میزان کار از سه تا شش هفته متغیر خواهد بود، کمیته تهیه پیش‌نویس ملزم به پیروی از روش و قاعدة خاصی نیست و فقط به منظور صرفه‌جویی در وقت، معمولاً با در نظر گرفتن ملاحظات مختلفی و از جمله میزان علاقه ابرازی توسط هر یک از اعضای کمیته نسبت به جنبه‌های خاصی از پرونده، کار در میان آنها تقسیم می‌شود.

تالی فاسد چنین روشی یکدست نبودن متن در حال تنظیم است. برای رفع این مشکل، اعضای کمیته تهیه پیش‌نویس ناگزیرند تحت فشارهای وارد از طرف همکاران خود به نوعی سازش تن در دهنده که آن هم با کمی «بده بستان»، که خمیرمایه اصلی تهیه پیش‌نویس یک تصمیم قضایی است، دست یافتنی است. مشکل دیگر، که کم نیز اتفاق نمی‌افتد، سبک نگارش و انشای حکم است. چگونه می‌توان شیوه انشای یک قاضی را که طرفدار ساده‌نویسی، ایجاز و حتی امساك در استفاده از لفظ است، با اسلوب نگارش آکنده از صناعات و تعقیدات لفظی و اطناب‌گرایانه قاضی دیگری که ممکن است متن خود را به زبان دیگر دیوان نیز نوشته باشد، با یکدیگر به نوعی درهم آمیخت که یکپارچه و یکدست نشان دهد. این مشکلی است که حل آن، هم زیرکی می‌خواهد و هم سلیقه ادبی، به ویژه از جانب دبیرخانه دیوان که باید برای حفظ یکنواختی متون، ترجمه‌هایی را ارائه دهد که ضمن اینکه به منزله متون اصلی است، از شیوه عبارت‌پردازی و نگارشی که شاید از ویژگیهای منحصر به فرد زبان دیگر است، چندان دور نیفتد و به آن وفادار بماند.

حتی این مشکل نیز به تدریج و به برکت صافیهای متعددی که پیش‌نویس حکم ناگزیر باید از آنها عبور کند، حل شدنی است. افزون بر این،

به لطف تجربیات حاصل از کار در دیوان، هر یک از قضاط با داشتن مختصر انعطاف و نرمی از سبک و سیاق مألف دیوان در نگارش احکام خود رنگ می‌گیرد و این خود کمکی است به کاستن از این دوگانگیها. بهره عملی آنچه گفته شد، شاید روشن کردن ذهن برخی از منتقدانی باشد که، در مقام نقد و تحلیل احکام دیوان و سبک نگارش آنها، ظاهراً به این تصور نادرست افتاده‌اند که احکام دیوان دفعتاً واحده از یک قلم تراوش کرده است.

برای گریز از تمام این مشکلات، بدیهی است که تنظیم پیش‌نویس مقدماتی حکم می‌توانست به شخص واحدی واگذار شود. ولی در عمل کمتر شاهد چنین حالتی هستیم، زیرا یکدستی و همگونی متن هراندازه مطلوب باشد، نباید از نظر دور داشت که به دست آوردن تأیید سایر همکاران در کمیته تهیه پیش‌نویس یقیناً برای شخص واحد مشکلات بیشتری بیار خواهد آورد تا اینکه جمع همکاران تأیید آن یک نفر را تحصیل نمایند.

آنچه به عنوان پیش‌نویس مقدماتی حکم به این ترتیب و با پشت سر گذاردن کوره‌راههای سختی در دو زبان برای توزیع بین همه اعضای دیوان چهره می‌نمایاند، فقط نشان‌دهنده خطوط استدلالی کمیته تهیه کننده آن و حاوی پیش‌نویس بخش نهایی حکم به اعتبار برداشتهای کمیته از تصمیمات آتی کل دیوان است و بس. این پیش‌نویس مقدماتی نخستین متن از سه متنی است که یکی بعد از دیگری باید تنظیم و ارائه گردد و برای سهولت در غلط‌گیری و اصلاح، خطوط آن با دو فاصله تایپ و هر خط شماره گذاری می‌شود. از طرف دیگر، به پیروی از روش دیوان در مورد تمام پیش‌نویسها و حتی متن نهایی حکم که نهایتاً در مجموعه گزارش‌های دیوان چاپ می‌شود، این پیش‌نویس نیز در صفحات رویروی هم تنظیم می‌گردد؛ یعنی متن نوشته شده به یکی از زبانهای دیوان در یک صفحه و متن به زبان دیگر درست در صفحه مقابل آن چاپ می‌شود تا بتوان صحت و مطابقت متن را در هر مقطعی به آسانی کنترل نمود، ضمن اینکه در واقع همین که دیوان حق طبع و انتشار متون خود را تا زمان انتشار متن رسمی حکم برای خود محفوظ نگه می‌دارد، گویای صحت و تطابق این دو متن است که نمی‌تواند از دیدگاه دیوان در مورد گزینش الزامي یکی از

آن دو به عنوان سند اصیل و مرجع، خدشدار گردد.

به محض اینکه پیش‌نویس مقدماتی حکم در اختیار اعضای دیوان قرار گرفت، از یکایک آنها – اعم از اینکه به گروه اکثریت و یا اقلیت بالقوه تعلق داشته باشند – دعوت می‌گردد تا در فرصت کوتاهی که داده می‌شود، با ارائه پیشنهادی کتبی، در تنقیح و اصلاح متن مزبور مشارکت کنند. این درواقع همان فرصتی است که هر قاضی در انتظارش بوده تا با بهره‌گیری از آن اثری از خود در تنظیم حکم به جا گذارد. البته، ممکن است همه قضاط ما میل نباشند بللا فاصله مداخله خود را در متن آشکار سازند و جهت این عقب‌نشینی مقطوعی می‌تواند این باشد که این قضاط یا از پیش‌نویس اوّلیه نسبتاً راضی هستند، یا از تواناییهای خود به عنوان نویسنده‌گان متن برداشتهای متفاوتی دارند، یا فرصت را برای معارضه با متن پیشنهادی مناسب نمی‌بینند و یا اینکه اساساً خود را در زمرة مخالفان پیش‌نویس می‌دانند. از سوی دیگر، بعضی از مخالفان احتمالی حکم نیز ممکن است عقیده داشته باشند که هنوز ریشه در آب است و ایشان می‌توانند با طرح پیشنهادهایی توفیق یابند تا حکم بار دیگر، و این بار هماهنگ‌تر با موضع آنها، بازنویسی شود تا شاید آنها بتوانند در پایان به آن رأی موافق دهند و یا حتی نظر کسانی را که تازه بهاردوی مقابله گرویده‌اند به سوی خود متمایل سازند.

از این مرحله به بعد را پیش‌بینی می‌کنیم و به زبان ساده‌ای ارائه می‌دهیم. در وهله نخست پیش‌بینی می‌گردد تا بین قضاط دیوان در هنگام تهیئة پیش‌نویس حکم انشعاب نظری بروز کند و هنوز خیلی زود است که از مخالفت آنها با یکدیگر سخن به میان آید. به بیان دیگر، از لابلای مذاکرات و مباحثات جلسات شور، خط و یا خطوط فکری اقلیت خود را نشان می‌دهد. این خطوط قطعی و غیرقابل برگشت نیستند و اساساً تا زمان صدور رأی نهایی که هنوز فاصله زیادی با آن داریم، هیچ یک از قضاط دیوان مأمور به موضع خاص و مشخصی نیست. از سوی دیگر، مسائل تحت بررسی و مبانی حکمی موجود در استدلالهای کمیته تنظیم پیش‌نویس بسیار پیچیده و غامض‌اند. پیش‌نویس اوّلیه حکم هر اندازه بتواند موافقت هر یک از قضاط را به سوی خود جلب کند،

بالمال متنی قطعی نیست و دستخوش تغییرات و دگرگونیهایی هرچند جزئی خواهد گردید. افزون بر این، حتی آن قاضی که با یافته‌ها و نتایج حکم مخالف است ممکن است بحق در مورد درستی و اعتبار مستندات و دلایل حکم که امکان دارد نهایتاً به عنوان روایة قضایی لازم الالباع در خصوص اصول حساس و مهمی در بخش‌های وسیعی از حقوق بین‌الملل اثرگذار باشد، احساس نگرانی کند. احتمال فراوان دارد که قاضی با سه چهارم استدلالهای کمیته تهیه پیش‌نویس حکم موافق باشد و روانیست که صرف مخالفت او با یک چهارم باقیمانده دلایل مزبور، حق و درواقع تکلیف قاضی را برای بهبود بخشیدن و ارتقای سطح حکم از بین ببرد. بدیهی است انتخاب لحظه مناسب برای طرح پیشنهادهای اصلاحی کاملاً به نظر قاضی بستگی خواهد داشت و مؤثرترین زمان برای آن پیشتر همان فرست اول و در مرحله ارائه اصلاحات کتبی است.

برای اینکه هر یک از قضاالت دیوان بتوانند در شور اول پیش‌نویس حکم شرکتی فعال و آگاهانه داشته باشند، دیرخانه کلیه اصلاحات اساسی واصله را به زبان کاری هر یک از آنها در اختیارشان قرار می‌دهد. در همین زمان کمیته تهیه پیش‌نویس حکم نیز سرگرم بررسی این اصلاحات و نیز تصحیحات پیشنهادی در سبک نگارش متن است و از این رهگذر در جریان شلیکهای اخطاردهنده‌ای قرار می‌گیرد که از نبردی قریب الوقوع در صحنه رأی‌گیری خبر می‌دهد. از این‌روست که عمدۀ نگرانی و وظیفة کمیته‌های مأمور تهیه پیش‌نویس حکم این است که حدّاً کثر رأی ممکن را در تأیید و حمایت دلایل و مبانی اصلی حکم دست و پا کنند.

برای دستیابی به این هدف، بخش اعظم اصلاحات دریافتی مورد قبول قرار می‌گیرد و برخی دیگر، بدون اینکه عیناً در متن آورده شوند، تغییراتی را در پیش‌نویس موجب می‌گردند و پاره‌ای نیز به دلیل ناسازگاری با خط استدلالی تعقیب شده در حکم رد می‌شوند تا بالاخره کمیته تهیه پیش‌نویس، اقتدار و صاحب اختیاری خود نسبت به متن در این مرحله را برخ بکشد و معلوم سازد که هنوز متن بعدیوان تعلق نیافته است. در مواردی نیز که کمیته ترجیح دهد رأساً تصمیمی نگیرد و یا اصلاح پیشنهادی از چنان اهمیتی برخوردار باشد که

استدلال جدیدی را به پیش‌نویس حکم وارد سازد، کمیته آن را داخل پرانتز منعکس می‌کند.



پیش‌نویس مقدماتی

پیش‌نویسهای مقدماتی عمر بسیار کوتاهی دارند. به مجرد اینکه کمیته تهیه پیش‌نویس به بررسیها و مطالعات خود پایان داد، بی‌درنگ پیش‌نویس جدیدی را برای بررسی در «شور اول» صادر می‌کند. در این متن شانوی، هر خطی که از پیش‌نویس مقدماتی فاصله گرفته، برای وضوح و جلب توجه بیشتر با علامتی در حاشیه متن مشخص شده است.

بما می‌توان این ترتیب، قضات دیوان به نخستین جلسه محترمانه خود برای «شور اول» پیش‌نویس حکم قدم می‌گذارند. برای عبور آسان از این مرحله، کمیته تهیه پیش‌نویس معمولاً^۱ به یکی از اعضای خود مأموریت می‌دهد تا باز اصلی توضیح و در صورت لزوم دفاع از پیش‌نویس را بهدوش کشد. این شخص معمولاً^۲ رئیس دیوان نیست چراکه وی، حسب سمت، می‌باشد بعنای جلسه را اداره و هدایت کند. طبیعی است که سخنگوی کمیته تهیه پیش‌نویس گهگاه با دیگر اعضای کمیته ملاقات می‌کند تا بتواند اطلاعات بیشتری را در اختیار دیوان قرار دهد. در طول این جلسه، او در کنار این پیش‌نویس مجموعه‌ای از یادداشت‌هایی را در دسترس دارد که می‌تواند او را در تشریح و توجیه نحوه عمل کمیته نسبت به یک اصلاحیه خاص یاری رساند.

آینین کار در شور اول بسیار دقیق است. بما می‌توان ترتیب که بخش نخست متن، شامل «واقعیات» بروندۀ، صفحه به صفحه و بدون اینکه با صدای بلند قرائت گردد، مگر اینکه خلاف آن تقاضا شود، بررسی و تصویب می‌گردد. گفتنی است که در این مرحله دیگر کمیته تهیه پیش‌نویس حرف آخر را درباره متن نمی‌زند و متن به تدریج از آن دیوان می‌شود. ولی به محض آغاز بحث

درباره نخستین بند دلایل حکم، تشریفات کار دگرگون می‌شود. از این به بعد، منشی اول دیوان هر بند را با صدای بلند و به زبان کاری رئیس دیوان قرائت می‌کند و بلا فاصله همان بند توسط یکی دیگر از کارمندان دیوان به زبان دیگر دیوان خوانده می‌شود. آنگاه سخنگوی کمیته تهیه پیش‌نویس توضیحات لازم را اداء می‌کند و سپس هر یک از قضاط می‌توانند در صورت تقاضا نظراتشان را درباره متن پیشنهادی اعلام دارند، دلیل رد پیشنهاد اصلاحی خود را جویا شوند، اصلاح جدیدی را پیشنهاد و یا همان اصلاح قبلی را مجدداً طرح کنند، به ایجاز و اختصار متن انتقاد وارد آورند، از دیوان تقاضا کنند تا نسبت به نکته‌ای که به‌زعم آنها مورد کم توجهی قرار گرفته است تأکید پیشتری صورت گیرد، به سیک نگارش و املاء و علامتگذاری متن اعتراض کنند، پیشنهاد نمایند که انشای متن ملایم‌تر و یا شدیدتر گردد، برابری و مطابقت متن در دو زبان رسمی دیوان را مورد تردید قرار دهند و یا حتی از کمیته تهیه پیش‌نویس به‌خاطر ارائه متنی قابل تحسین – با وجود همه این مسائل – تقدیر نمایند.

بنابراین، طیف مداخلات و اثرگذاری‌های قضاط، که هر یک هم به‌نوبه خود مفید است، می‌تواند از افزودن فقط یک ویرگول تا مهم‌ترین اصلاحات ماهوی در متن متفاوت و متغیر باشد. ولی در هر پیش‌نویس حکم آنچه عمدتاً مابه الاختلاف قضاط است، دیدگاه‌های نظری آنها نسبت به مسائل است؛ اختلافاتی که دامنه آنها امکان دارد تا جایی گسترش یابد که حتی به‌از سرگیری جلسات شور منجر شود. در این‌گونه موارد، کمیته تهیه پیش‌نویس به‌راستی نمی‌داند آیا اکثربیت قضاطی که حول محور نتایج حکم گرد آمده و در مورد آنها اتفاق نظر دارند، می‌توانند در مورد دلایل و مستدات آن به توافق و وحدت بررسند یا خیر. زیرا باید فراموش کرد که اعضای کمیته تهیه پیش‌نویس با تمام تقدیمی که برای انعکاس و ابراز موضع اکثربیت قضاط به استنبط از یادداشت‌های شخصی خویش و یا نظرات آنها در جلسات شور داشته‌اند، ولی در تنظیم متن خود اول‌اً از هیچ‌گونه روش و دستورالعمل خاصی پیروی نکرده و ثانیاً برداشت‌ها و تحلیلهای خود از جلسات شور را مبنای نگارش متن پیش‌نویس حکم قرار داده‌اند.

در برخورد با این گونه بُنستها، رئیس دیوان می‌تواند دو راه را برگزیند: یا تصمیم می‌گیرد که عجالتاً موضوع مورد اختلاف را از دستور خارج کند و شور اوّل را با بحث درباره بند بعدی ادامه دهد (که در این صورت کمیته تهیه پیش‌نویس، متن بینایی‌نی را برای تقریب طرفهای اختلاف پیشنهاد می‌کند) و یا اینکه جلسه را موقتاً تعطیل کند تا طرفداران نظرات مخالف فرصت یابند قبل از آغاز مجدد شور اوّل به توافقی نائل شوند. آنچه در این مرحله از شور اوّل از حساست ویژه‌ای برخوردار است، توافق نسبت به متنه است که بتواند بیشترین تعداد آراء موافق را به خود جلب کند بدون آنکه دچار کمبود و ضعف استدلالی شده و یا عکس بر ترکیبی از دلایل مختلفی استوار باشد که از نظر هر یک از قضات تلقیقی است از دلایل قابل قبول و آنچه قابل پذیرش نیست.

در ظرافت و حساست این کار نباید مبالغه کرد. واقع مطلب این است که اگر برای بدست آوردن رأی بیشتر، بکوشید همه را راضی کنید، در پایان می‌بینید نه تنها هیچ کس را راضی نکرده‌اید بلکه اکثریتان هم از بین رفته است. تلاش برای تحصیل اکثریت بیشتر تا نقطه‌ای مفید است و فراتر از آن نقطه، بیهوده و بی‌نمر. از سوی دیگر، اگر می‌خواهید رأی صادره اثری از خود بر جا گذارد و رویه قضایی دیوان را تحکیم بخشد، باید تا صعود به آن نقطه از کوشش باز نایستید و به یاد داشته باشید که آراء دیوان بین‌المللی دادگستری هر اندازه به وحدت و اجماع قضات عضو آن نزدیکتر باشد، جهان اعتبار و ارزش بیشتری برای آن قائل خواهد بود. با این حال، نباید فراموش کرد که وظیفه بی‌چون و چرا و نخست قاضی آن است که با هرگونه سازشی که با درک ذاتی او از عدالت و مرزهای شناخته شده برای آن کوچکترین ناسازگاری دارد، مخالفت ورزد، و این تکلیفی است که نمی‌تواند و نباید در پای مصلحت نزدیک شدن بیشتر به اتفاق آراء قربانی شود.

شور اوّل بدانین ترتیب ادامه می‌یابد تا اینکه دیوان بالاخره به پیش‌نویس بند اصلی و قاطع حکم می‌رسد که طبعاً بررسی آن به دقت بیشتری نیازمند است. ولی در این مرحله هیچ‌گونه رأی‌گیری بعمل نمی‌آید. به خاطر داشته باشید که دیوان در طول شور اوّل خود مانند جلسات شور صبح و بعد از ظهر تشکیل

جلسه داده است (این شور برای پرونده‌های مهم و یا دعاوی غیرمهنّتی که منجر به حکمی برجسته و اساسی می‌گردد، حدود یک هفته طول خواهد کشید). دو منشی اول کمیته تهیه پیش‌نویس، کلیه تغییرات واردہ بر متن را یادداشت کرده‌اند. در پایان شور اول برای رئیس دیوان فقط دو کار باقی مانده است: یکی اینکه پرسد کدامیک از قضاط دیوان قصد دارند نظر جدالگانه‌ای را به حکم ضعیمه کنند، و دیگر اینکه برای ثبت آن نظر مهلتی تعیین نماید. قضاتی که مایلند نظر مستقل ثبت کنند، ملزم نیستند اعلام دارند که نظر آنها با نظر اکثریت موافق است یا مخالف، و جهت آن این است که هنوز رأی‌گیری بعمل نیامده و امکان دارد نویسنده بالقوّة یک نظر هنوز واقعاً نداند که جبهه نهایی او در رأی‌گیری چه خواهد بود. از یک سو تا قبل از شور دوم متن حکم تغییرات دیگری را در خود خواهد پذیرفت، و از سوی دیگر احتمال دارد بخش قاطع و اصلی حکم خود به بندهایی تقسیم شود که او بتواند به برخی از آنها رأی موافق دهد.

در شور دوم که به فاصله یک هفته تا ده روز از پایان شور اول تشکیل می‌شود، کمیته تهیه پیش‌نویس متن تنقیح و اصلاح شده‌ای را که تغییرات انجام شده در آن با خطوط موّب در حاشیه مشخص گردیده است، ارائه می‌دهد. در این روزها سه کار به‌طور همزمان در جریان بوده است. اولاً، کمیته تهیه پیش‌نویس در جلساتی با شرکت مدیر دفتر و منشیان او به تهیه متن اصلاحی همت گماشته و سعی کرده است تا متن جامع الاطراف و روشنی را ارائه دهد. ثانیاً، قضاتی که قصد داشته‌اند نظر مستقلی به حکم ضعیمه کنند، سرگرم آماده ساختن پیش‌نویس نظر خود بوده‌اند. در این پیش‌نویس، قضاط مزبور نباید به تجدید بحث درباره جنبه‌هایی از پرونده پردازنده در پیش‌نویس حکم دیوان به عنوان مسائل نامربوط کنار گذاشته شده‌اند. ولی اگر قضاط این توصیه را نادیده گرفتند، کمیته تهیه پیش‌نویس می‌تواند به محض دریافت نسخه‌ای از نظر آنها، با افزودن یک بند دیگر به حکم، دلیل دیوان را برای نبرداختن به آن جنبه ذکر کند. امکان استفاده از چنین روشی باعث شده است که قضاط در پیش‌نویس نظر مستقل خود کمتر به طرح چنین جنبه‌هایی روی آورند.

ثالثاً، همزمان با این تحولات، بخش زبان دبیرخانه دیوان تمام تلاش خود را برای به پایان رساندن ترجمه نظرات قضات بکار خواهد برد تا این متون که به خاطر دربر داشتن اطلاعات مهم از اهمیت خاصی برخوردارند، قبل از تشکیل جلسات شور دوم به زبان کاری هر یک از قضات در اختیار آنها قرار گیرد. ولی مفصل بودن برخی از این نظرات، ترجمه موقع آنها را با دشواری روپرور می سازد. نباید فراموش کرد که متون مذبور متونی قضایی هستند که به قصد انتشار در سطح وسیعی انشاء شده‌اند و در نتیجه برگردان آنها به زبانی دیگر مستلزم سعی و دقّت فراوانی است.

معمول‌آ روند حرکت شور دوم مطلوب است و تازه اگر کمیته تهیه پیش‌نویس از شور اول رهنمودهای مشخص و روشنی را بهار معان برده باشد، شتاب حرکت شور دوم سریع‌تر نیز خواهد بود؛ رهنمودهایی که کلید موقّیت این کمیته برای ارائه متنی قطعی و نهایی محسوب می‌شود. در شور دوم، متن با صدای بلند قرائت نمی‌گردد و نظرات قضات، برخلاف شور اول که برای هر بند استعلام می‌شود، صفحه به صفحه درخواست می‌گردد. در این مرحله، غالباً این نظرات پیشنهادهایی هستند برای اصلاح روش و سبک نگارشی متن، و کم اتفاق می‌افتد قاضی در این مرحله تقاضا کند که تأکید لفظی از جایی برداشته شود و یا تعییری ماهوی در متن وارد گردد. با این حال، کمیته تهیه پیش‌نویس گهگاه اعلام می‌دارد که در پاسخ به بند معیتی از یک نظر مستقل، اصلاحیه‌ای نهایی را پیشنهاد می‌کند. این اصلاحیه ممکن است شامل تصحیح و یا حذف یک بند شود و یا حتی به کنار گذاشته شدن کلّ نظر مذبور بهویژه در هنگامی بینجامد که با برآورده شدن هدف اصلی قاضی، ثبت آن نظر موضوعیت خود را از دست داده باشد.



رأي‌گیری

هنگامی که دیوان به بند اصلی و قاطع حکم می‌رسد، این قسمت با صدای بلند به هر دو زبان قرائت می‌شود و در این لحظه دیوان رأی می‌گیرد. لحظه تصمیم فرا رسیده است. آراء قضات شفاهاً اعلام می‌شود. امتناع از دادن رأی پذیرفته نیست و رأی هر قاضی نسبت به هر مسأله باید فقط با یک «آری» یا «خیر» ابراز گردد. می‌توان حدس زد که سادگی و بی‌پیرایگی این قاعده گهگاه مشکلاتی را به‌ویژه برای قضاتی که در استدلالهای آنها مضامین و تعاویری منحصر به‌فرد وجود دارد، ایجاد می‌کند. برای مثال، قاضی ممکن است بگوید که نمی‌تواند صرفاً با «آری» یا «خیر» به‌یک بند از قسمت اصلی و مؤثر حکم به‌نحوی که توسط کمیته تهیه پیش‌نویس ارائه شده است، پاسخ دهد. لذا برای اینکه او بتواند در رأی‌گیری شرکت کند، ضروری است مسأله مورد اختلاف به‌دو بخش تقسیم شود تا او بتواند به‌یک جنبه «آری» رأی دهد و به‌جنبه دیگر «خیر».

پس از پایان رأی‌گیری، از نویسنده‌گان نظرات دعوت می‌شود تا تغییراتی را که مایلند در متن نظر خود وارد سازند، تشریح و اعلام نمایند برای نظر خود چه عنوانی قائلند: آیا نظرشان را صرفاً «مستقل» یا به عبارت دیگر موافق تلقّی می‌کنند یا «مخالف»؟ پاسخ دادن به‌این پرسش در صورتی که قاضی به‌بخشی از بند اصلی حکم «موافق» رأی داده و به‌بخش دیگر «مخالف»، دشوار است. دیوان آنگاه تصمیم می‌گیرد که کدامیک از مton (یعنی متن انگلیسی یا فرانسه) سندیت خواهد داشت. متن مزبور غالباً همان متّی است که به‌زبان کاری رئیس دیوان است، ولی این تصمیم، متن دیگر را که از همان ابتداء به‌طور همزمان با متن اول با دقّت و ظرافت فراوان به‌زبان دیگر دیوان تهیّه شده است،

در حدّ یک ترجمهٔ صرف تنزّل نخواهد داد. فقط ضرورت دستیابی به اطمینان و قطع حقوقی است که بند ۲ مادهٔ ۳۹ اساسنامهٔ دیوان این گزینش را الزامی و اجتناب‌ناپذیر ساخته است. در مورد نظرات موافق یا مخالف وضع به گونه‌ای دیگر است. در این مورد، متنی که به زبانی غیر از زبان کاری نویسندهٔ تهیه شده است، مشخصاً به عنوان «ترجمه» اعلام می‌گردد و از این رو دیوان در این مورد مسؤولیت مستقیمی ندارد و انجام آن کاملاً به عهدهٔ دبیرخانه است.

مطلوب دیگری که باید در مورد آن اخذ تصمیم شود، تاریخ قرائت عمومی حکم است که با توجه به زمان مورد نیاز برای آماده کردن نسخهٔ رسمیٰ حکم دیوان که نظرات موافق و مخالف نیز جزو لاینفک آن است، تعیین می‌گردد. در تنظیم این نسخه به جای روش تایپ با دو فاصله که تاکنون مورد استفاده بود، تایپ با یک فاصله انجام می‌شود تا راه العاق و افزودن به متن بسته گردد. در انتخاب این تاریخ همچنین اخطار ارسالی برای طرفهای پروندهٔ جهت اعزام نمایندهٔ خود به جلسه، مورد توجه قرار می‌گیرد. اهمیت این جلسه با يادآوري اين نكته بيشتر معلوم می‌گردد که تاریخ صدور حکم، تاریخ قرائت عمومی آن است نه تاریخ رأی‌گیری در مورد آن.

۸ حکم

دیوان بالاخره از صرف فعل «تصمیم گرفتن» فراغت یافته است. اکنون زمان آن فرا رسیده است تا دبیرخانه متن حکم و نظرات قضات را در صدها صفحهٔ تکثیر و چاپ کند و همزمان با آن دبیر اول دیوان که مسؤول روابط عمومی است، شرح مختصری را برای درج در اعلامیه هزاران نسخه‌ای دیوان که قرار است جهت چاپ در مطبوعات و آگاهی عموم پخش گردد، تنظیم نماید. اکنون حکم دیوان بین‌المللی دادگستری را در پیش رو داریم؛ حکمی که پس از پشت سر گذاشتن یک روند طولانی تغییر و تحولاتی فراوان صادر شده

و ممکن است با وجود تمام کوششی که در تدوین و تنقیح آن بکار رفته، به واسطه سهیم بودن پائزده قاضی در تنظیم آن تا اندازه‌ای ناهمگون و نامتجانس باشد. مع ذلک هرکس که آراء این دیوان را مطالعه می‌کند، در سرتاسر آن خط و رشته‌ای شاخص و هدایت‌کننده از دلایل و مبانی حکم را مشاهده می‌نماید که در کمتر جایی دچار انقطاع و گسیختگی شده است. امتداد واستمرار این رشته در بستر رأی، انعکاسی است از این واقعیت که جمع پائزده نفری قضات دیوان—علی‌رغم همه اختلافاتی که با یکدیگر دارند و هر کدام از کشوری آمده‌اند و هریک سوابق تحصیلی، تجربیات حرفای و دیدگاه‌های فلسفی خاص خود را دارند—در یک چیز با یکدیگر مشترکند و آن وحدت نظر آنهاست درباره اصول جهان‌شمول حقوق بین‌الملل نوین و تلقی واحد آنها از کاربرد آن اصول؛ وجه اشتراکی که به هیچ وجه امری جزئی و پیش‌پافتاده نیست. با این حال، نمی‌توان انکار کرد که در برخی از احکام دیوان عباراتی یافت می‌شود که از بس پیچیده و تابدار هستند این سؤال را برای خواننده مطرح می‌سازند که چرا دیوان مفهومی نسبتاً ساده را در قالب چنان الفاظ و تعبیر تعقید‌آمیزی بیان کرده و یا اینکه چرا دیوان از مسیر خود انحراف جسته و به بررسی فرضی پرداخته است که ظاهراً هیچ یک از طرفهای پرونده استداناً متعرض آن نشده‌اند؟ چرا در حکم صادره به برخی از جنبه‌های پرونده فقط چند سطر اختصاص یافته در حالی که به ابعاد دیگر آن، که مهم‌تر هم نبوده‌اند، به تفصیل و در چند صفحه پرداخته شده است؟ برخی از شارحان و منتقدان احکام دیوان با بر Sherman این موارد صرفاً خواسته‌اند تا میزان اعتبار و شایستگی ظاهری متن را مورد انتقاد قرار دهند. برای مثال، چند سال پیش یک حقوقدان امریکایی طی مقاله‌ای از آنچه او پیجیدگی بیش از حد احکام دیوان خواننده است، انتقاد نموده و برای اثبات نظر خود بندی از یکی از احکام دیوان را برگزیده و آن را در قالب الفاظ روش و ساده‌ای که به اعتقد او می‌باشند دیوان نیز آنها را بکار برده باشد، «ترجمه کرده است». ولی به جرأت می‌توان گفت که نویسنده مزبور با این کار فقط ناتوانی خود را از درک مفهوم موردنظر دیوان ثابت کرده است و بس.

حکم دیوان بین‌المللی دادگستری را نمی‌توان مانند یک رأی داور منفرد و یا یک رساله دکتری کاملاً متوازن تعبیر و تفسیر کرد. این دیوان را نه گزارشگری است و نه مشاوری و نه قصد استخدام چنین افرادی را دارد. کار دیوان حوزه‌ای است و هر یک از احکام آن محصول فعالیتی گروهی. لذا نباید شگفت آور باشد که دیوان برای اطمینان از مقبولیت متن نزد کلیه کسانی که به آن رأی موافق می‌دهند، گهگاه از ظرافتهای لفظی و یا تعبیر و مضامین بسیار دقیق استمداد جوید.

دلایل احکام دیوان صرفاً بزرگترین مخرج مشترک آراء و نظرات قضات به شمار می‌رود. اگر قرار بود این مخرج مشترک از آنچه هست بیشتر و بزرگتر باشد، نتیجه این می‌شود که از مرزی که فراتر از آن دستیابی به بیشترین تعداد آراء مثبت دیگر امکان پذیر نبود، تجاوز کند. به همین دلیل، خواننده‌ای که حکم را ابتدا باسکن مطالعه می‌کند، شاید احساس نماید که پاره‌ای نکات در رأی مسکوت مانده‌اند و این می‌تواند احساس خود قضات نیز باشد.

از این روست که نظرات موافق و حتی مخالف قضات که به حکم دیوان پیوست می‌باشدند، جزئی از آن را تشکیل می‌دهند و از آن جداشدنی نیستند. به برکت همین نظرات و در روشنایی پرتو آنها به مبانی و دلایل حکم دیوان است که دریافت اصل و حقّ تصمیم قضایی و دستیابی به حدود کلی اثر و نقش آن در رویه قضایی بین‌المللی امکان پذیر می‌گردد.

بررسی و شور درباره پیش‌نویس‌های آراء گهگاه بسیار طولانی است و حکم صادره نیز به پیروی از آنها مفصل از آب درآمده است. کوتاه‌ترین جلسات شور در گذشته‌های خیلی دور بدرو پرونده «شرکت نفت ایران و انگلیس»^{۱۶} و احکام مربوط به اقدام مؤقتی در قضیه «حقّ پناهندگی»^{۱۷} اختصاص داشته است. در این اواخر، دیوان طی کوتاه‌ترین جلسات شور با صدور دستور موّرخ ۱۰ ژانویه ۱۹۸۶ یک سلسله اقدامات مؤقتی را در دعوای مرزی بین بورکینافاسو و جمهوری مالی اعلام کرد. طولانی‌ترین جلسات شور در تاریخ

16. Anglo - Iranian Oil Company Case

17. Haya de La Torre Case

دیوان مربوط می‌شود به پرونده «تنگه کورفو»^{۱۸}. جالب اینکه حکم صادره در این پرونده، برخلاف مدت شور آن، کوتاه‌ترین حکم در طول عمر دیوان است. رکورد طول مدت شور و حجم حکم هر دو در اختیار «دعوای مربوط به فعالیتهای نظامی و شبکه نظامی علیه نیکاراگوئه»^{۱۹} است که در آن بغیر از مرحله شور که طولانی‌ترین مدت را در تاریخ رسیدگیهای قضایی به خود اختصاص داده است، حکم صادره نیز مفصل‌ترین حکم دیوان تاکنون به شمار می‌رود. این حکم در نسخه چاپی به ۱۱۰۰ صفحه، مشتمل بر رأی و نظرات قضات به هر دو زبان رسمی دادگاه، بالغ می‌گردد.

۹

انتشار حکم

اکنون قضات دیوان به آخرین منزل در سفر طولانی خود رسیده‌اند. در طول این سفر همه اهل این کاروان خوانده‌اند، شنیده‌اند، نوشته‌اند، شور کرده‌اند و در پایان تصمیم گرفته‌اند. حکم به تصویب رسیده و تاریخ قرائت نهایی آن تعیین شده است. در این گیرودار، دییرخانه دیوان نهایت سعی خود را بکار برده است که تا رسیدن روز موعود، علاوه بر نسخه‌های رسمی رأی، چندصد نسخه دیگر را نیز آماده سازد تا به این ترتیب پاسخی گفته باشد به خیل گزارشگران حقوقی، قضات و حقوقدانانی که در انتظار دسترسی به نسخه چاپی حکم دیوان بی‌صبرانه روزشماری کرده‌اند. باید توجه داشت که نسخه چاپی مزبور در واقع چاپ دوم حکم صادره از دیوان است. رأی باید به محض بیرون آمدن از «تور» در دسترس باشد و برای این منظور دستگاهی لازم است که حکم را در سریع ترین زمان ممکن در اختیار خوانندگان آن قرار دهد.

در جریان رسیدگی به پرونده، دیوان باید بین دو مصلحت را با یکدیگر

18. Corfu Strait Case

19. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua

جمع نماید. یکی اینکه از بروز تأخیرهای غیروجه جلوگیری کند و دیگر اینکه به عواملی چون استهال معمول طرفین پرونده، زمان موردنیاز قضاط برای اشراف و احاطه بر دقایق پرونده و از همه مهم‌تر دقّت موشکافانه در هنگام مصالحه‌های قضایی توجه لازم مبذول دارد. بی‌سبب نیست که یکی از معانی واژه شور^{۲۰} در زبان انگلیسی، تأمل و دقّت بدون شتاب است که با هرگونه عجله و شتابی منافات دارد.

ولی در این مقطع خاص دیگر نیاز به بررسی و تأمل بیش از اندازه وجود ندارد و آنچه مطرح است انتشار نتایج یک کار پایان‌یافته است. لذا برخلاف کیفیّت شور، برای پایان بخشیدن هرچه زودتر به حالت بلا تکلیفی حاکم بر پرونده و مُراعنی بودن دعوی که خود یقیناً از جلوه‌های بی‌عدالتی است، در این مرحله سرعت نه تنها مطلوب بلکه لازم است. آنچه سرعت عمل در این وهله را مطلوب‌تر می‌سازد توجه به این واقعیّت است که حتّی در سیستم دادرسی کاملاً بسته و حفاظت شده دیوان بین‌المللی دادگستری نیز احتمال «نشت» و بهیرون درز کردن مسائل پرونده منتفی نیست و این بر عهده دیرخانه دیوان است تا در این زمان حساس و ظریف، اقدامات خود را با نهايّت دقّت و با إعمال حدّاًکثر تدبیر حفاظتی داخلی دنبال کند. دیرخانه همچنین باید ترتیبات برگزاری جلسه عمومی برای قرائت علنی حکم را فراهم سازد.

برای اطمینان از شرکت حضار سرشناس در این جلسه، دیرخانه دیوان علاوه بر دعوت از نمایندگان طرفین، دعوتنامه‌هایی را از طریق روابط عمومی خود برای نمایندگان سیاسی مستقر در لاهه و آزادس‌های خبری بین‌المللی ارسال می‌دارد و با صدور اطلاعیه‌ای تاریخ جلسه را اعلام می‌کند. بلافاصله پس از پایان قرائت حکم نیز اطلاعیه دیگری همراه با شرح اجمالی پرونده – که فوقاً از آن یاد شده – صادر می‌شود.

حکم را رئیس دیوان با صدای بلند قرائت می‌کند. در این لحظات همکاران او آرام و خاموش در کنارش بر مستند قضا نشسته و شاید در این اندیشه‌اند که نقش آنها در این صحنه نهايّی اگر فقط حالت نمایشی و سیاهی

لشکر نداشته باشد، یقیناً در حدّ یک بازیگر درجه دوم تنزل یافته است. آنها شاید در این فکرند که شور، سالب آزادی آنها بوده است. قضاط حاضر در جلسه امروز در طول مدت رسیدگی به بروندۀ نه تنها از بخش اعظم آزادی بیان خود در ارتباط با جهان خارج دست شتله‌اند بلکه به موازات آن از آزادی سکوت اختیار کردن در برابر دیگر همگنان خود نیز چشم پوشیده‌اند. حتی هستند قضاتی که در طول مدت شور احساس می‌کرده‌اند در پشت دیواره‌های بلند «کاخ صلح» محبوسند و حالی شبیه اسقفهای مأمور گزینش پاپ اعظم را دارند که بداین منظور در جلسه‌ای کاملاً سری به شور پرداخته‌اند و جهانی، بی‌آنکه بداند در پشت این پرده چه می‌گذرد، مشتاقانه در انتظار است تا هر لحظه با بیرون آمدن دود سفید از دودکش کاخ واتیکان پاپ دار شدن خود را جشن بگیرد. برای این قضات، شور به مثابه محاکومیتی بوده که آزادی از بند آن لحظه‌ای است که رئیس دیوان واپسین کلمه از بند آخر قسمت اصلی حکم رادر این جلسه پرشکوه عمومی بر زبان جاری می‌سازد. با وجود این، حتی برای همین قضات نیز بریدن از پرونده‌ای که تا چند لحظه پیش با آنها یکی بوده و اکون به تاریخ پیوسته است و آنها که باید فقط دقایقی پس از بلند شدن از مستند قضا، به نشانه فراغ دادرس ردای مخصوص خود را از تن درآورند و آن را به پیشکار دیوان بسپارند، حزن انگیز و حتی حسرت‌بار است. آنها تا این لحظه بی‌آنکه خود بدانند، شاد بوده‌اند. شور، گذشته از هر چیز، کاری بس عظیم بوده که برای مدت‌ها تمام وجود ایشان را به خود مشغول داشته و افکارشان را تحت سیطره، نفوذ و تاخت و تاز خود درآورده است و انقطاع از تمام این کیفیّات به یقین عوارض نامطلوبِ ترک را به جا خواهد گذاشت. این است که در شور رگه‌هایی از یک عادت ثانویّه ترک ناپذیر وجود دارد و آن حفظ جنبه محramانه شور است که بریدن از آن، مثل جدا شدن از همه عادات خوب، سخت و دردناک است. اساسنامه دیوان نیز در بیان این مطلب پرده‌پوشی نکرده است و در بند ۳ ماده ۵۴ خود آشکارا می‌گوید: «جلسات شور دیوان به طور محramانه برگزار خواهد شد و محramانه خواهد ماند.»

این صفحات از اسرار جلسات شور دیوان پرده برداشته است. اگر بخت با این صفحات به آن اندازه یار باشد تا مخاطبان اهل و نخبه خود را بیابد، به یقین همین خوانندگان^۱ حرمت محترمانه بودن آنها را پاس خواهند داشت. خواننده این مقاله به فراست می‌داند که نویسنده فقط چشمان او را برای نگریستن به این صفحات اهل و محروم یافته و او را برگزیده است. پس، او نیز باید دست رد بر سینه نامحرم زند و از ظن خود نه، که از دریچه چشم نویسنده، یار وی شود و با او به تماشگه راز آید.

گریگوری تانکین

GRIGORY TUNKIN

مترجم: دکتر سید فضل الله موسوی



آیا

حقوق بین الملل عام،
تنها حقوق عرفی است؟



پروفسور گریگوری تانکین، سرپرست سابق گروه حقوق بین‌الملل دانشکده حقوق دانشگاه دولتی مسکو و عضو شورای نویسندهای مجله اروپایی حقوق بین‌الملل بود. وی در اوت ۱۹۹۳، درست کمی پس از ارائه این مقاله به مجله اروپایی حقوق بین‌الملل، چشم از جهان فروبست. هیأت تحریریه بر آن شد که برای بزرگداشت متواضعانه یاد وی این مقاله را منتشر کند.

مقاله حاضر تحت عنوان «Is General International Law» از نشریه *European Journal of Customary Law Only?* (Vol. 4, No. 4, 1993, pp. 534-541) *International Law*

انتخاب و ترجمه شده است.

۱. ملاحظات مقدماتی

آیا حقوق بین‌الملل عام، تنها حقوق عرفی است؟ در بادی امر چنین به‌نظر می‌رسد که این مسأله صرفاً یک مطلب نظری است، در حالی که چنین جهش‌های عظیمی که در زمینه حقوق بین‌الملل در قرن بیستم روی داد، هرچند باعث خشنودی است، ولی پاسخگوی نیازهای جامعه بین‌المللی به مقررات قانونی نبوده است. اعلام دهه نود توسط مجمع عمومی سازمان ملل به عنوان دهه حقوق بین‌الملل، گواه بر این است که جامعه بین‌المللی به نیاز فوری خود برای توسعه همه‌جانبه حقوق بین‌الملل و ضرورت گام برداشتن در جهت کارایی افزون‌تر آن آگاهی دارد، و همین امر بیش از هر چیز دیگر بسط بیشتر حقوق بین‌الملل عام را، که پایه اصلی کل سیستم حقوق بین‌الملل است، به دنبال داشته است. سؤال این است که آیا باستی برای توسعه حقوق بین‌الملل عام فقط به عرف تکیه کرد، یا اینکه دستیابی به این هدف از طریق معاہدات چندجانبه نیز امکان‌پذیر است؟

مسأله مهم‌ دیگر این است که آیا باید در راستای تلاش برای ایجاد یک نظم نوین جهانی بر مبنای قواعد حقوقی، امکان پذیرش یک معاہده بین‌المللی

را به عنوان نوعی قانون اساسی جامعه بین‌المللی متفقی دانست؟ امید است که باز شدن این دو مسأله به خوبی بتواند اهمیت عملی و سیاسی فراوان این بحث را منعکس سازد.^۱

۲. نظریه غالب

چند قرن پیش که برای نخستین بار علم حقوق بین‌الملل پدیدار گردید، واضح بود که حقوق بین‌الملل عام، که آن زمان در حقوق بین‌الملل اروپایی خلاصه می‌شد، فقط مبتنی بر حقوق عرفی است. در آن زمان حتی یک معاهده بین‌المللی که کلیه کشورهای اروپایی را دربر گرفته و یا با چنین قصدی تنظیم شده باشد، وجود نداشت و معاهدات فقط مقررات بین‌المللی خاصی را ایجاد می‌کردند. در این زمینه «واتل» می‌نویسد:

«همین که روشن شد یک معاهده فقط برای طرفهای آن الزام آور است، نتیجه گرفته می‌شود که حقوق بین‌الملل معاهده‌ای، حقوقی عام و جهانی نیست بلکه حقوقی محدود و خاص است.»^۲

این نظر که اکنون نیز نظری غالب است، این نتیجه ضروری را به دنبال دارد که معاهدات بین‌المللی فقط موجد قواعدی خاص هستند. حقوق بین‌الملل عام فقط حقوق عرفی است و قواعد و مقررات ناشی از یک معاهده، حتی اگر کلیه کشورهای جهان هم عضو آن باشند، برای برخورداری از اعتبار قواعد حقوق بین‌الملل عام، نیازمند اجماع همه کشورهای مذبور است. به عبارت دیگر، مقررات یک معاهده برای اینکه در زمرة قواعد حقوق بین‌الملل عام شناخته شوند باید به قواعد عرفی تبدیل گردد.

این نظر توسط بیشتر علمای حقوق بین‌الملل پذیرفته شده است. به عنوان نمونه، «باکستر» در سخنرانی خود در آکادمی لاهه تحت عنوان

۱. من تا اندازه‌ای این مسأله را در مقاله «سیاست، حقوق و قدرت در نظام روابط بین کشورها» مورد بررسی قرار داده‌ام (235، 1989). (219 RdC).

2. E. Vattel: *Law of Nations* (1960), 24.

«معاهدات و عرف» عبارت «حقوق بین‌الملل عام» را بکار نمی‌برد.^۳ «براونلی» نیز از «حقوق بین‌الملل عرفی (یا عام)» صحبت می‌کند^۴، که از آن یکی نبودن معاهده و حقوق بین‌الملل عام مستفاد می‌گردد.^۵

3. Baxter: «Treaties and Custom», 129 RdC (1970), 33.

4. Brownlie: «Problems Concerning the Unity of International Law», in A. Giuffré (ed.), *International Law in the Time of its Codification, Essays in Honour of Roberto Ago* (1987), Vol. I, 154

۵ پروفسور سوزان باستید معتقد است که «معاهده می‌تواند قاعدة عرفی را تغییر دهد و از سوی دیگر مبنای برای ایجاد قاعده‌ای عرفی باشد». رک:

S. Bastid: *Les traités dans la vie internationale: conclusion et effets* (1985).

در همین راستا پروفسور باس می‌نویسد: « نوعی از روتین دولتها که باید در زمینه عرف بادآوری گردد روتین معاهده‌ای است. در واقع، روتین معاهده‌ای در ایجاد عرف به‌عنوان اثربازار است، همان‌گونه که در ماده ۲۴ کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات مقرر گردیده است: هیچ یک از ترتیبات مقرر در مواد ۳۷، ۳۸، ۳۹ مانع از آن نیست که قاعدة مندرج در یک معاهده، که به عنوان یک قاعدة عرفی حقوق بین‌الملل شناخته شده است، برای کشور ثالثی الزام آور گردد». رک:

N. Boss: *A Methodology of International Law* (1984), 67.

به نظر جیولیانو: «قواعد حقوق بین‌الملل یا عام و عرفی‌اند و یا خاص و معاهده‌ای». رک:

N. Giuliano: *Diritto Internazionale* (1974), 235.

پروفسور دیز دو ولاسکو بر این باور است که «عمل‌اکل حقوق بین‌الملل عام، مشکل از قواعد عرفی اصول کلی حقوق است» و دیگر آنکه «حقوق بین‌الملل قراردادی جهان‌شمول نیست». رک:

M. Diez de Velasco: *Instituciones de derecho internacional publico* (1985), 84.

پروفسور کاریلو سالدو بر نقش معاهدات چندجانبه عام «بعنوان مناسب‌ترین ابزار توسعه و تدوین حقوق بین‌الملل» تأکید می‌کنارد. رک:

J. A. Carillo Salcedo: *El derecho internacional en un mundo en cambio* (1984), 108.

وی در همین حال خاطرنشان می‌کند که: «عدم وجود نهاد قانونگذاری بلعث می‌شود که قواعد حقوق بین‌الملل اساساً دارای طبیعت عرفی باشند» (ص ۱۰۵).

بعضی از نویسنده‌گان غربی این دیدگاه قدیمی را که حقوق بین‌الملل عام فقط حقوق عرفی است، تا حدودی کنار نهاده‌اند. برای مثال، کلسن در سال ۱۹۵۲ این‌گونه نوشت: «اصطلاح حقوق بین‌الملل عام به آن دسته از قواعد حقوق بین‌الملل خاص معزف دسته‌ای دیگر از قواعد حقوق بین‌الملل است که تنها برای کشورهای خاصی اعتبار دارند. حقوق بین‌الملل عام به عنوان واقعیتی عینی، حقوق عرفی است، به لحاظ اینکه معاهدات در اصل برای کشورهای عضو آنها الزام‌آورند، و معاهده‌ای را نمی‌توان یافت که توسط کلیة کشورهای جهان منعقد شده باشد یا اینکه همه آنها به آن متهمد باشند. بنابراین، فقط حقوق بین‌الملل عرفی است که حقوق بین‌الملل عام را تشکیل می‌دهد نه حقوق بین‌الملل عام معاهده‌ای». رک:

H. Kelsen: *Principles of International Law* (1952), 188.

عبارت «به عنوان واقعیتی عینی» به این معنی است که کلسن این مطلب را نفی نمی‌کند که قواعد حقوق بین‌الملل عام ممکن است خصلت معاهده‌ای داشته باشند، اما در عین حال می‌گوید که در عالم واقع هیچ معاهده‌ای وجود ندارد که کلیة کشورهای جهان عضو آن باشند. لاتر پاخت در هشتادمین جاپ کتاب اوینهایم با بیان این مطلب گامی جلوتر نهاد: «حقوق بین‌الملل جهانی هنگامی تولد می‌یابد که کلیة ←

متأسفانه، همان طور که انتظار می‌رفت، دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در ثبیت و ریشه‌دار شدن این نظر سهم داشته است. دیوان در قضاوت تاریخی خود در مورد قضیه نیکاراگوئه چنین اظهار نظر می‌کند:

«صرف توافق دو کشور در مورد درج قاعدة خاصی در یک معاهده، جهت الزام آور بودن آن برای طرفین کفايت می‌کند؛ ولی در مورد حقوق بین‌الملل عرفی نظر مشترک طرفین نسبت به محظوا یا مفاد آنچه به عنوان یک قاعدة پذیرفته‌اند، کافی نیست و دیوان باید قطع پیدا کند که وجود آن قاعدة به عنوان قاعدة حقوقی حاکم بین کشورها در عمل نیز مورد تأیید واقع شده است یا خیر.»^۶

نظرات مشابه دیگری را نیز می‌توان در آراء دیگر دیوان یافت.^۷

در واقع، نظر غالب در این زمینه به این نتیجه رهنمون می‌گردد که دو رشته یا دو مجموعه حقوق بین‌الملل مجزاً و اقاً مستقل وجود دارد: یکی

→ اعضا خانواده ملتها، یا عملاً تمامی آنها، عضو چنین معاهداتی شوند... بسیاری از معاهدات قانون‌ساز منعقده، دربردارنده حقوق بین‌الملل عام هستند، زیرا اکثریت کشورها، از جمله قدرت‌های پیشرو، عضویت آن معاهدات را پذیرفت‌اند. رک.

L. Oppenheim, H. Lauterpacht (ed.): *International Law* (1955), 28.

به این ترتیب، لایریاخت وجود قواعد قراردادی را در حقوق بین‌الملل عام تصدیق کرده است، ولی این نظر هرچند گامی به جلو محسوب می‌شد اما کافی نبود. فردروس نیز تغییر عده‌ای را در دیدگاه خویش پذیرفت. وی در چاپ ۱۹۵۹ کتاب خود از منشور سازمان ملل متعدد به عنوان معاهده یاد کرد و در نتیجه آن را در زمرة حقوق بین‌الملل خاص طبقه‌بندی نمود. رک.

A. Verdross: *Völkerrecht* (1959), 555.

ولی در ۱۹۷۳ همین حقوقدان در مورد منشور می‌گوید: «شاید بتوان منشور را به عنوان قانون اساسی جهانی قلمداد کرد، زیرا این سند چنین قابلیتی را دارد که تقریباً جهانی گردد»، رک.

A. Verdross: *Die Quellen des universellen Völkerrechts* (1973), 21.

خیمنز دو آرشاگی خاطرنشان کرده است که: «... تقابل با تفکیک بین حقوق بین‌الملل معاهداتی و حقوق بین‌الملل عرفی امری نیست که بتوان آن را به طور قطعی و جزم روشن یا اعمال نمود، زیرا قاعدة مندرج در یک معاهده ممکن است فی نفسه یک قلعده حقوق عرفی باشد یا بشود. به این ترتیب، تفکیک و مرزبندی قطعی بین این دو، به نحوی که برای هر یک از آنها محدوده خاص و غیرقابل نفوذی را قائل شویم، کاری نادرست است»، رک.

Jimenes de Arechaga: «International Law in the Past Third of a Century», 159 RdC (1978), 13.

۶ قضیه مربوط به اقدامات نظامی و شبکه نظامی در نیکاراگوئه و علیه آن کشور، گزارش‌های IC (۱۹۸۶)، بند ۱۸۳.

۷ به عنوان مثال رک: قضایای فلات قازة دریای شمال، گزارش‌های IC (۱۹۶۹)، بند ۷۰.

حقوق عرفی و دیگری حقوق معاہده‌ای. حقوق بین‌الملل عام به وسیله معاہدات بین‌المللی و حقوق بین‌الملل معاہده‌ای نیز از طریق عرف تغییر و تحول پذیر نیست؛ و این دیدگاهی است که با واقعیت‌های کنونی حقوق بین‌الملل در تعارض آشکار است.

۳. معاہدات چندجانبیه عام

با ظهور معاہدات چندجانبیه عام به عنوان نوع جدیدی از معاہدات چندجانبی، ارتباط بین حقوق بین‌الملل عام، حقوق بین‌الملل عرفی و حقوق بین‌الملل معاہده‌ای چهره بدیع و تازه‌ای به خود گرفته است.

امروزه برخی از معاہدات چندجانبی به خاطر ضرورت حل مشکلات جهانی به صورت یک سند قانونی شبه بین‌المللی درآمده‌اند.

آن‌گونه که از مذاکرات انجام شده در جریان تنظیم و تدوین مواد حقوق معاہدات در سالهای ۱۹۶۲ تا ۱۹۶۶ بر می‌آید، در آن زمان کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل به وجود مفهوم جدید و مهمی در حقوق معاہدات بی‌برده بود که در ابتدا ماهیت آن شناخته و روشن نبود.

در اوّلین گزارش مخبر ویژه این کمیسیون یعنی والدوك^{*} که در سال ۱۹۶۲ منتشر شد، عبارت «معاهده چندجانبیه عام» وجود نداشت. اما به نظر وی باید در این زمینه کاری صورت می‌گرفت و لذا وی پیشنهاد کرد که معاہدات چندجانبی به دو دسته تقسیم شوند: یکی آن دسته از معاہدات که فقط به معنوی از کشورها مربوط می‌شوند، و دسته دوم آنها یی که متناسب منافع کلیّة کشورهای جهان هستند. وی در خلال مباحثات، برای دسته نخست عنوان «معاهدات چندجانبی محدود»^{**} و برای دسته دوم «معاهدات چندجانبی گسترده»^{***} را پیشنهاد کرد.[†]

* Waldock

** Plurilateral Treaties

*** Multilateral Treaties

.ILC Yearbook (1962), 77. آرجوی کنید به

عبارت «معاهده چندجانبه عام» در جریان مذاکرات مطرح نشد و به این صورت پیش‌نویس ماده به کمیته تهیه پیش‌نویس ارجاع گردید. عبارت مذکور برای نخستین بار در گزارش کمیته تهیه پیش‌نویس به کمیسیون حقوق بین‌الملل دیده می‌شود. دقیقاً به خاطر ندارم که در کمیته پیش‌نویس چه کسی این عبارت را پیشنهاد کرد اما احتمالاً پیشنهاد‌دهنده باستی خود شخص والدوك بوده باشد. متن پیشنهادی کمیته تهیه پیش‌نویس از این قرار بود:

«منظور از "معاهده چندجانبه عام" معاهده چندجانبه‌ای است که مربوط به قواعد عام حقوق بین‌الملل بوده و یا موضوعاتی را دربر دارد که مورد علاقه و حمایت کلیه کشورهاست.^۹

متن مذکور عیناً مورد تصویب قرار گرفت و در پیش‌نویس موادی که جهت اظهار نظر دولتها ارسال شد، منعکس گردید. دولتهای ایالات متحده آمریکا و انگلستان پس از بررسی پیش‌نویس ارسالی کمیسیون، مخالفت خویش را نسبت به این ماده اعلام نمودند و نتیجتاً این مطلب از پیش‌نویس نهایی حذف گردید.^{۱۰}

گفتنی است که موضوع اصلی مربوط به رابطه بین حقوق بین‌الملل عرفی و حقوق بین‌الملل معاهده‌ای در این کمیسیون تحت الشعاع یک جنگ سرد سیاسی قرار گرفت. متن پیش‌نویس نخست چنین مقرر می‌داشت:

«هر کشوری می‌تواند به عضویت یک معاهده چندجانبه عام درآید مگر اینکه در خود معاهده و یا در قواعد موضوعی کسی از سازمانهای بین‌المللی طریقه دیگری پیش‌بینی شده باشد.»^{۱۱}

اما در آن زمان قدرتهای غربی خصوصاً ایالات متحده آمریکا با شرکت آلمان شرقی، جمهوری خلق کره و جمهوری دموکراتیک ویتنام در چنین معاهداتی شدیداً مخالف بودند.

9. ILC Yearbook (1962), 239.

۱۰. برای مطالعه جزئیات بیشتر رک:

G. Tunkin: *Theory of International Law* (1974), 137 - 142.

11. ILC Yearbook (1962), II, 167 - 168.

بنابراین، عنوان معاہدات چندجانبیه عام نتوانست در کنوانسیون حقوق معاہدات ۱۹۶۹ جایی برای خود باز کند، در حالی که منظور اصلی از کل روند تدوین و توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل این بود که با بهره‌گیری از ابزار معاہدات چندجانبیه عام که توافقی ایجاد وحدت، توسعه و تغییر حقوق بین‌الملل عام را در خود داشت، به این هدف دست یابد. قاضی «روبرتو آگو»^{۱۲} که یکی از هاداران جدی تدوین حقوق بین‌الملل است، سالها قبل به درستی اظهار داشت که تدوین چیزی نیست جز «تدوین حقوق بین‌الملل عام».^{۱۳} اینجانب در طول عضویت خود در کمیسیون حقوق بین‌الملل از ۱۹۵۷ تا ۱۹۶۷ هرگز به یاد ندارم که اعضای کمیسیون کمترین تردیدی در این مورد کرده باشند که مأموریت ما تهییه پیش‌نویس موادی است که قرار است بخشی از حقوق بین‌الملل عام را تشکیل دهد و از این‌روست که کمیسیون عناوین «حقوق بین‌الملل عام» و «حقوق بین‌الملل عرفی» را هرگز در یک معنا و به طور مترادف بکار نبرد.

در پی تدوین و توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل، شماری از معاہدات چندجانبیه عام به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل عام درآمده‌اند و یا بزوی درخواهند آمد.^{۱۴} به عنوان مثال، پیمان ۱۹۲۸ بریان - کلوگ^{*} را در نظر بگیرید که منع توسل به زور محور اصلی آن بود. این قاعده حق دولتها برای دستیازی به جنگ را، که برای قرنها در حقوق بین‌الملل وجود داشت، لغو کرد و قبل از جنگ جهانی دوم به عنوان یک قاعده حقوق بین‌الملل عام درآمد. این دگرگونی

12. R. Ago: «La Codification du droit international et les problèmes de sa réalisation», *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim* (1968), 97.

۱۳. این نظر برای نخستین بار در سال ۱۹۵۸ توسط اینجانب اپراز شد. رک:

«40 Years of Coexistence and International Law», *Soviet Yearbook of International Law* (1958), 19.

بعد این نظر در دیگر نوشته‌هایم بسط یافت. همچنین رک:

N. Ulyanova: *Obshie mnogostoronne dogovory v sovremennykh mejdunarodnykh otnosheniyach* (معاهدات چندجانبیه عام در روابط بین‌الملل معاصر)، ۱۹۸۱.

در آن زمان طرح چنین نظری بیشتر به یک پیشگویی شبیه بود، تا اینکه بعداً به‌وسیله روش‌کشورها مورد تایید قرار گرفت.

* Briand-Kellog

تاریخی در حقوق بین‌الملل عام مرهون یک معاہدة بین‌المللی است. نمونه بارز دیگر، منشور سازمان ملل متحده است که با اعلان ممنوعیت استفاده از زور و تهدید در روابط بین کشورها و نیز نوآوریهای دیگر، از پیمان بریان - کلوگ بسیار فراتر رفت. اصول منشور همان مبانی اساسی حقوق بین‌الملل عام معاصر است، کما اینکه بیانیه ۱۹۷۰ اصول حقوق بین‌الملل راجع به روابط دولتی و همکاری میان کشورها در چارچوب اصول منشور ملل متحده نیز اشعار می‌دارد: «اصول منشور ملل متحده که در این بیانیه گنجانیده شده‌اند، اصول اساسی حقوق بین‌الملل را تشکیل می‌دهند.....»

از نمونه‌های مناسب دیگر می‌توان از کنوانسیون وین ۱۹۶۱ در مورد روابط دیپلماتیک و کنوانسیون وین ۱۹۶۹ در مورد حقوق معاہدات نام برد. اینجانب به عنوان عضوی از اعضای کمیسیون حقوق بین‌الملل در تنظیم پیش‌نویس مواد این کنوانسیون‌ها شرکت داشتم و به خاطر دارم که در آن مقطع هیچگاه از نوآوری در قواعد موجود حقوقی، که به جهت تغییر اوضاع و احوال ضروری می‌نمود، ابیای نداشتیم و گواه این مدعای نیز این است که در هر یک از دو کنوانسیون مذکور این نوآوریها به چشم می‌خورد و همین امر باعث شده که گرچه تا به حال کلیه کشورها به عضویت این دو کنوانسیون در نیامده‌اند ولی قواعد آنها به عنوان قواعد حقوق بین‌الملل عام مورد توجه قرار گرفته است.^{۱۴}.

در اینجا این پرسشن مطرح می‌گردد که چگونه ممکن است مقررات بعضی از این معاہدات چندجانبه عام برای کشورهای غیر عضو الزام‌آور گردد؟ اوّلاً چنین معاہداتی امکان شرکت کلیه کشورها را پیش‌بینی کرده‌اند؛ ثانیاً گرچه کلیه کشورها عضو این معاہدات نیستند اماً مقررات آنها ممکن است به واسطه عرف برای کشورهای غیر عضو لازم‌الاتّباع شناخته شود. کنوانسیون وین ۱۹۶۹ در این زمینه چنین مقرر می‌دارد:

«هیچ‌یک از ترتیبات مقرر در مواد ۲۴ تا ۳۷ مانع از آن نیست که

۱۴. مفید خواهد بود که برای مثال بینیم کشورهایی که عضو دو کنوانسیون وین ۱۹۶۱ در مورد روابط دیپلماتیک و کنوانسیون وین ۱۹۶۹ در مورد حقوق معاہدات نیستند آیا مقررات آنها را به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل عام، برای خود الزام‌آور می‌شمارند یا نه.

قاعدة مندرج در یک معاهده، که به عنوان یک قاعدة عرفی حقوق بین‌الملل شناخته شده است، برای کشور ثالثی الزام آور شود» (ماده ۳۸).

گرچه عبارت «شناخته شده است» که در کنفرانس وین اضافه گردیده تا حدودی ابهام‌برانگیز است، اما مفهوم کلی این ماده به اندازه کافی روشن است و آن اینکه مقررات یک معاهده ممکن است به واسطه عرف برای کشورهای غیرعضو الزام آور شود.

۴. قواعد مختلط در حقوق بین‌الملل عام

چنانچه مبنای الزام آور بودن مقررات یک معاهده برای کشورهای غیرعضو آن عرف باشد، وضعیت چگونه خواهد بود؟ پاسخ این است که قواعد مذبور برای کشورهای طرف معاهده مبنای قراردادی دارند، در حالی که برای کشورهای ثالث از ماهیت عرفی برخوردارند. اینجانب مذکوراً قبل، برای این گونه قواعد عنوان «قواعد مختلط» یا قواعد معاهده‌ای - عرفی را پیشنهاد کردم^{۱۵}.

طرفداران نظریه‌ای که حقوق بین‌الملل عام را فقط حقوق عرفی می‌داند، بعضاً در تأیید آن به مطلوبیت و فایده عملی این دیدگاه از نظر ثبات در حقوق بین‌الملل اشاره و استدلال می‌کنند که معاهدات بین‌المللی می‌توانند توسط کشورها فسخ شوند، در حالی که قواعد عرفی تنها ممکن است به واسطه رویه کشورها، که به عنوان قانون پذیرفته شده است، مورد اصلاح قرار گیرند. البته در این بیان فقط بخشی از حقیقت نهفته است، زیرا این واقعیت را باید از نظر دور داشت که قواعد عرفی ممکن است توسط معاهدات مورد اصلاح قرار گیرند یا ابطال شوند. از طرف دیگر، در تعداد فزاينده‌ای از معاهدات بین‌المللی

: ۱۵ رجوع کنید به:

G. Tunkin: Voprosy teorii međunarodnogo prava (1962), 110 and G. Tunkin: Droit international public. Problèmes théoriques (1965), 93.

این مطلب در منبع اخیر با این عبارات ترجمه و بیان شده است: «می‌توان گفت که این قواعد مشتمل‌اند بر قواعد مختلط، یعنی قواعدی که می‌توانند همزمان جنبه عرفی و قراردادی داشته باشند».

عام، مقررات مربوط به فسخ پیش‌بینی نشده است. ماده ۵۶ کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات مقرر می‌دارد:

«معاهده‌ای که در آن ماده‌ای مربوط به فسخ وجود ندارد و ابطال یا کناره گیری از آن پیش‌بینی نشده است، قابل ابطال یا کناره گیری نیست
مگر آنکه:

(الف) قصد طرفهای معاهده مبنی بر پذیرش امکان ابطال یا خروج از معاهده احراز گردد؛ یا

(ب) ماهیت معاهده به گونه‌ای باشد که بتوان حق رد یا خروج را از آن استبطاط کرد.»

اگر معاهدات مربوط به محدودیت تسلیحاتی را کنار گذاریم، معاهدات چندجانبه عامی که در دهه‌های اخیر منعقد شده‌اند، در بردارنده هیچ ماده‌ای در مورد خاتمه، ابطال یا کناره گیری از معاهده نیستند و از نظر داشتن ثبات و اقام می‌توان آنها را هم سطح قواعد عرفی دانست.

بعضی از نویسندهای معتقدند که قواعد معاهده‌ای خشک و بدون انعطاف‌پذیری که قواعد عرفی انعطاف‌پذیرند. این مطلب فقط تا حدودی درست است، زیرا اگر به موجب یک قاعدة حقوق بین‌الملل، اصلاح معاهده‌ای توسط روبه‌بعدی در محدوده‌ای خاص پذیرفته گردد، چنین ایرادی به قواعد معاهده‌ای عملاً منتفی خواهد بود.

در موضوع مورد بحث عقاید مختلف است. خود اینجانب در سال ۱۹۶۲ نظرم را به این ترتیب بیان کرده بودم:

«مواردی که یک معاهده به واسطه عرف تغییر می‌یابد نسبتاً نادر است،
زیرا علی‌الاصول در معاهدات، مقرراتی برای ابطال و اصلاح آنها پیش‌بینی می‌گردد. اماً چنین تغییر و اصلاحی از طریق توافق کلیه کشورهای طرف معاهده قانوناً امکان‌پذیر است.»^{۱۶}

اکنون نیز پس از گذشت چندین سال تنها بخشی از نظر سابق خود را

16. G. Tunkin: *Questions of Theory of International Law* (1962), 111. French ed *Droit international public, Problèmes théoriques* (1965), 94.

اصلاح کرده و می‌گوییم: «مواردی که مقررات یک معاهده—به‌ویژه معاہدات دوجانبه—به‌واسطه عملکرد بعدی کشورها تغییر می‌یابند، بسیار زیادند». این مسأله مورد بررسی کامل کمیسیون حقوق بین‌الملل قرار گرفت و نتیجتاً کمیسیون مادهٔ زیر را تصویب کرد:

«معاهده ممکن است بر اثر عملکرد بعدی اعضای خود در مقام اجرای آن که کاشف از توافق آنها برای تغییر موادٰ معاهده باشد، مورد تغییر قرار گیرد.»^{۱۷}

وجود دو نکتهٔ مفید اینجانب را به پشتیبانی از پیش‌نویس مادهٔ بالا ترغیب کرد: اولاً هر نوع رویه‌ای نمی‌تواند مقررات یک معاهده را تغییر دهد، و ثانیاً تنها عملکرد بعدی که توسط کلیهٔ طرفهای معاهده پذیرفته شده باشد می‌تواند مقررات آن را تغییر دهد؛ و به عبارت دیگر وحدت رویهٔ کشورهای عضو معاهده باید احراز گردد.^{۱۸}

شاید بتوان گفت که کمیسیون با طرح چنین پیشنهاد فراگیر و تندی تا جایی پیش رفت که کنفرانس را به هراس انداخت، بطوریکه در کنفرانس مربوط به حقوق معاهدات پیش‌نویس مذکور پذیرفته نشد و همین امر، یعنی مسکوت گذاردن این مشکل در کنوانسیون وین، بی‌شك باعث تأسف است. همان‌گونه که قبل‌بیان گردید، موارد تغییر در مقررات یک معاهده از طریق رویهٔ بعدی اعضاء، که همان تغییر توسط عرف است، نادر نیست و هیچ‌کس آن را غیرقانونی تلقی نمی‌کند. از سوی دیگر، وجود یک قاعدة حقوق بین‌الملل مبنی بر جواز هرگونه تغییر در مقررات یک معاهده یا مستحسن و مطلوب بودن چنین قاعدة نامحدودی، محل تردید است.^{۱۹}

17. ILC Yearbook (1966), 236.

۱۸. کمیسیون در تفسیرهای خود از این ماده چنین اظهار نمود: «در تنظیم قلعدهٔ مبیور، کمیسیون قصد ابراز این نکته را داشته است که رویهٔ بعدی کشورها، ولو اینکه همهٔ آنها بطور فعال در شکل‌گیری آن سهمی نداشته باشند، بایستی آنچنان باشد که توافق کلی کشورها در آن مورد را نشان دهد».

۱۹. نظر کاپوتورتی که می‌گوید «به موجب یک قلعدهٔ عمومی، معاهده ممکن است به‌وسیلهٔ رویهٔ بعدی اعضای آن اصلاح گردد»، نمی‌تواند بطور درست پذیرفته شود. رک:

← F. Capotorti: «Sul valore della prassi applicativa dei trattati secondo la Convention

در عین حال، نباید این وجه از حقیقت را از نظر دور داشت که قواعد معاهده‌ای روشن‌تر و دقیق‌تر از قواعد عرفی هستند و این بزرگ‌ترین امتیاز آنها نسبت به قواعد عرفی است.

۵. ملاحظات نهایی

آنچه از بحث‌های انجام شده نتیجه گرفته می‌شود این است که گرچه نظریه غالب و رایج مورد بحث هنوز عمیقاً در افکار علمای حقوق بین‌الملل ریشه دارد، ولی زمینه‌ها و دلایل کافی برای بررسی مجدد و دوباره‌نگری به موضوع ارتباط بین حقوق بین‌الملل عام، حقوق بین‌الملل عرفی و حقوق بین‌الملل معاهده‌ای به‌چشم می‌خورد.

اینجانب معتقدم که علمای حقوق بین‌الملل یا استی این مطلب را پذیرنده که حقوق بین‌الملل عام مجموعه‌ای است که در شکل‌گیری آن قواعد عرفی و معاهده‌ای حقوق بین‌الملل هر دو اثرگذار بوده‌اند. چنین برداشتی در دو زمینه بازتاب دارد:

۱. تدوین و توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل، که امروزه عموماً متاثر از معاهدات است، جایگاه مناسب و شایسته خود را کسب می‌کند؛
۲. منشور ملل متحده که سند اساسی و عدمة حقوق بین‌الملل عام معاصر است، بر اساس دکترین حقوق بین‌الملل به عنوان قانون اساسی جامعه بین‌المللی پذیرفته خواهد شد و این دستاورده اهمیت شایانی برای آینده بشریت دارد.

de Vienna», *Essays in Honour of R. Ago*, *supra* note 4, at 206

همان‌گونه که پروفسور روسواشاره می‌کند، گرچه «عرف ممکن است یک معاهده را باطل کند یا تغییر دهد، اما نبایستی این مفهوم به طور افراطی و مطلق پذیرفته شود». ر.ک.:

Ch. Rousseau: *Droit international public* (1970), 344.



کریستوفر گرین وود

CHRISTOPHER GREENWOOD

مترجم: دکتر مهرداد سیدی



دیوان بین المللی

برای

یوگسلاوی سابق



* مقاله حاضر با عنوان «The International Tribunal for former Yugoslavia» در نشریه *International Affairs* (جلد ۶۹، ش. ۴، اکتبر ۱۹۹۳، صن ۶۴۱-۶۰۵) به چاپ رسیده است.

● اشاره

شورای امنیت سازمان ملل متحد، طبق قطعنامه شماره ۸۲۷ مورخ ۲۵ مه ۱۹۹۳ به منظور تعقیب و مجازات جنایات جنگی، جنایات علیه بشریت، و نسلکشی (ژنوساید) در یوگسلاوی سابق از آغاز سال ۱۹۹۱، به ایجاد دیوان کیفری بین‌المللی اقدام کرد. این دیوان نخستین جلسه استماع عمومی خود را روز هشتم نوامبر ۱۹۹۴ (مطابق ۱۷ آبان ۱۳۷۳) در شهر لاهه و در پناه آرامش و امنیتی که گاردهای سازمان ملل و تدابیر شدید امنیتی برای محافظت از قضات و سایر شرکتکنندگان بوجود آورده بودند، تشکیل داد.

طبق گزارش واصله از شهر لاهه، جلسه مذبور با حضور سه قاضی از نیجریه، فرانسه و کاستاریکا در پی صدور نخستین قرار بازداشت علیه فرمانده صرب یک اردوگاه زندانیان بوسنیایی به اتهام قساوت در

یوگسلاوی سابق، برگزار شد. گرچه در جایگاه متهمان کسی حضور نداشت ولی ریچارد گولدستون^۱ دادستان دادگاه مزبور در نطق افتتاحیه خود اظهار داشت: «این دادگاه نخستین تلاش سازمان ملل برای اعمال حقوق بین‌الملل بشردوستانه است. در پی محاکمه رهبران نازی در نورنبرگ توسعه قدرتهای پیروز در جنگ جهانی دوم، جامعه بین‌المللی تصوّر می‌کرد دوره جدیدی آغاز شده است که در آن حقوق بشری همه انسانها در تمام کشورهای جهان مورد احترام قرار خواهد گرفت، ولی چنین نشد». او همچنین گفت: در پنج دهه گذشته، جهان شاهد جدی ترین موارد نقض حقوق بشر بوده است. کسانی که مسؤول این جنایات هستند اغلب از محاکمه و تنبیه توسط محاکم ملی گریخته‌اند». در این دیوان پنجه، محل برای استقرار نمایندگان رسانه‌ها، دیپلمات‌ها و سایرین اختصاص یافته بود. نخستین دستور کار دیوان، احراز صلاحیت رسیدگی به جنایات دوسان تادیک^۲ صرب بوسنیایی بود، که فردی بسیار بدنام است. وی متهم به قتل، شکنجه، پاکسازی قومی و تجاوز دسته‌جمعی است و اکنون در آلمان تحت بازداشت بسر می‌برد. دولت آلمان وعده داده است که وی را تحویل دیوان خواهد داد. یک دادگاه بوسنیایی قبلًا او را متهم به ارتکاب نسل‌کشی (ژنو‌ساید)، قتل و ضرب و شتم شدید کرده است.

گلدستون گفت که اظهارات شهود گویای

1. R. Goldstone

2. Dusan Tadic

مشارکت مستقیم تادیک در جنایات منطقه «پری جادر» در بوسنی در سال ۱۹۹۲ است.
تسادیک سی و هشت ساله، در تهیه فهرستهایی از مسلمانان که کشته می‌شدند دست داشته و در برنامه اخراج اجباری افراد غیرصرب مشارکت نموده است. تادیک و گروه تحت فرمان او افراد غیرصرب را، که حتی مسلح نبوده‌اند، به‌طور صحرایی اعدام می‌کرده‌اند. او به‌شکل مستقیم در امر انتقال زندانیان به‌سه اردوگاه کار اجباری صرب‌ها در پری جادر مشارکت داشته است. گلدستون همچنین به‌بیانیه مأمور تحقیق ایالات متحده «مایکل کیگان»، در خصوص جنایات جنگ استناد کرد که در آن به‌پاره‌ای از اعمال فجیع تادیک و همکاران وی، که مبتنی بر اظهارات شهود است، اشاره شده است.

دراگان نیکولیچ^۳ فرمانده اردوگاه بدنام صرب‌ها برای مسلمانان بوسنی نیز نخستین متهمی بود که یک دیوان جنایات جنگی پس از جنگ جهانی دوم رسمیاً علیه او اقدام به‌صدر کیفرخواست کرد. وی متهم به‌ارتکاب جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت در زمان فرماندهی اش بر اردوگاه دهشت آور سویسیکا^۴ است. این اردوگاه توسط صرب‌های بوسنیایی در آوریل ۱۹۹۲ پس از تصرف شهر ولاسینیکا^۵ در بوسنی تأسیس شد.

در مقاله‌ای که از نظرتان می‌گذرد کریستوف گرین‌وود به بررسی مبانی حقوقی

3. Dragan Nikolic

4. Susica

5. Vlasenica

دیوان کیفری بین‌المللی مورد اشاره پرداخته است. این مقاله براساس گزارشی که در ژوئن ۱۹۹۳ راجع به جنایات جنگی در یوگسلاوی سابق به سینیار منعقده در «چاتهام هاوس» ارائه شده بود، تهیه گردیده است.

مجلة حقوقى

تصمیم شورای امنیت سازمان ملل متحده برای تأسیس یک دیوان^{*} بین‌المللی جهت تعقیب افرادی که در مظان ارتکاب جرایم جدی علیه حقوق بشر بین‌المللی در یوگسلاوی سابق قرار دارند، فصل جدیدی را در برابر شورای امنیت و نیز جامعه بین‌المللی گشوده است. از زمان محاکمات نورنبرگ و توکیو این نخستین باری است که یک دیوان کیفری بین‌المللی برای محاکمه متهمان به نقض حقوق بین‌الملل تشکیل می‌شود؛ با این تفاوت که دیوانهای بین‌المللی نظامی در نورنبرگ و توکیو توسط دولتهای پیروز در جنگ جهانی دوم تشکیل شده بودند، ولی این دیوان مرجعی است که شورای امنیت سازمان ملل آن را در مقام اجرای مسؤولیت خود برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی به نمایندگی از طرف کل جامعه بین‌المللی تأسیس کرده است. این دیوان در عین حال که یکی از ارکان سازمان ملل متحده و مقر آن نیز لاهه است، از دیوان بین‌المللی دادگستری کاملاً مجزاً و مستقل می‌باشد.^۱

«کلمه «دیوان» در اینجا، مطابق معمول در زبان فارسی از واژه «tribunal» ترجمه شده و در متون مشابه برای این مرجع قضایی کیفری کلمه «دادگاه» نیز استعمال شده است.

۱. دیوان بین‌المللی دادگستری صلاحیت رسیدگی به اتهامات علیه افراد را ندارد. مع‌هذا، دیوان در حال حاضر مشغول رسیدگی به شکایت بوسنی و هرزگوین علیه جمهوری فدرال یوگسلاوی (صربستان و مونته‌نگرو) تحت عنوان «قضیة اجرای کتوانسیون جلوگیری و مجازات نسل‌کشی» است. در زمان نگارش مقاله حاضر (اوت ۱۹۹۳)، دیوان بین‌المللی دادگستری رسیدگی به دو مین درخواست بوسنی و هرزگوین جهت اتخاذ تدابیر مؤقت علیه صربستان و مونته‌نگرو را در برنامه کار خود داشت.

موقعیتهای این دیوان در انجام مطلوب وظایف خود، در گرو رعایت دقیق موافق قانونی است. در این میان سه اصل حائز اهمیت بسیار است. اولاً، مبنای حقوقی تأسیس دیوان بایستی معقول و متناسب باشد. ثانیاً، اصل قانونی بودن جرم باید بدقت از جانب دیوان رعایت گردد. ثالثاً، محاکمات طبق مقررات و ضوابط نوین آیین دادرسی که از زمان برگزاری محاکمات نورنبرگ و توکیو دستخوش تحولات فراوانی گردیده است، انجام شود. هدف از مقاله حاضر بررسی کاربرد اصول فوق الذکر در تأسیس دیوان یوگسلاوی سابق است.

زمینه‌های قطعنامه ۸۲۷ شورای امنیت

تصمیم‌گیری در مورد تأسیس دیوان جدید، اقدامی منطقی از سوی شورای امنیت سازمان ملل متّحد به شمار می‌رود. گزارش‌های واصله، از رویدادهای وحشیانه و فجیع در یوگسلاوی سابق و بوسنی و هرزگوین خبر می‌داد.^۲ درست است که در جریان هر جنگ و کشمکشی به مواردی از خشونت و ظلم برمی‌خوریم، ولی در این مورد شدت آدمکشیها، تجاوز به عنف، پاکسازی قومی و اعمال وحشت‌انگیز دیگر که در این منطقه در حال وقوع بود، به اندازه‌ای ددمنشانه و هولناک بود که اتخاذ تدابیر بین‌المللی برای بمحاکمه کشاندن مسؤولان این جنایات را کاملاً اجتناب ناپذیر می‌ساخت.^۳ با توجه به این زمینه‌ها، مسأله نقض حقوق بشر بین‌المللی در یوگسلاوی سابق برای مذتها در کانون توجه شورای امنیت قرار گرفته بود، تا اینکه شورا با تصویب قطعنامه ۷۶۴ در ۱۳ زوئیه ۱۹۹۲ لزوم رعایت حقوق بشر بین‌المللی را بهمه طرفهای درگیر در یوگسلاوی سابق گوشزد و تأکید کرد که هر کس مرتکب نقض حقوق مذبور شود و یا دستور ارتکاب این جنایات را صادر کند، شخصاً مسؤول خواهد بود. در قطعنامه ۷۷۱ مورخ ۱۳ اوت ۱۹۹۲، شورای امنیت بار

۲. رجوع کنید به گزارش آقای مازوویکی (Mazowiecki) به کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل متّحد، سند شماره E/CN.4/993/50

3. F. Hampson: *The case for a war crimes tribunal*, David Davies Memorial Institute Occasional Paper, No. 3 (1993) T. Meron: «The case for war crimes trials in Yugoslavia», *Foreign Affairs* 73, 3, Summer 1993, p. 122.

دیگر نقض حقوق بشر در یوگسلاوی سابق به ویژه پاکسازی قومی را بهشت محاکوم کرد. در این قطعنامه، شورای امنیت طبق فصل هفتم منشور ملل متحد با صدور تصمیم الزام‌آوری، کلیه نیروهای نظامی درگیر در بوسنی هرزگوین را به گردن نهادن به مفاد این قطعنامه فراخواند تا شورا ناگزیر از اتخاذ تدابیر شدیدتری نگردد. این قطعنامه همچنین از کلیه دولتها و سازمانهای بین‌المللی بشردوستانه خواسته بود تا اطلاعات موقّت خود درباره موارد نقض حقوق بشر بین‌المللی را جمع آوری نمایند.

نخستین گام شورای امنیت برای عملی ساختن خواستهای خود در جهت رعایت حقوق بشر بین‌المللی در اکتبر ۱۹۹۲ و با تصویب قطعنامه ۷۸۰ برداشته شد. به موجب این قطعنامه از دبیر کل سازمان ملل خواسته شد که کمیسیون بی‌طرفی مرکب از کارشناسان جهت بررسی و تحلیل اطلاعات مورد تقاضا در قطعنامه پیشین و نیز هرگونه اطلاعات ذی‌ربط دیگر، تشکیل دهد. دبیر کل سازمان ملل به منظور اجرای این نظر، کمیسیون پنج نفره‌ای به ریاست پروفسور فریتس کالس‌هوون^{*} هلندی تشکیل داد.^۵ این کمیسیون در فوریه ۱۹۹۳ گزارش موقّت خود را تقدیم کرد^۶، و متعاقب آن شورای امنیت طی قطعنامه ۸۰۸ موافقت خود را با ایده تشکیل یک دیوان بین‌المللی برای تعقیب متهمان بدارتکاب جنایات جنگی و نیز برخی جرایم دیگر که در یوگسلاوی سابق به‌موقع پیوسته بود، اعلام داشت. پس از چندی دبیر کل سازمان ملل مستعد گزارشی درباره تأسیس این دیوان بین‌المللی ارائه کرد.^۷ این گزارش در ۲۵ مه ۱۹۹۳ مورد بحث اعضای شورای امنیت قرار گرفت و سرانجام قطعنامه شماره ۸۲۷ به‌منظور تأسیس دیوان و تدوین پیش‌نویس اساسنامه پیشنهادی توسط دبیر کل، تصویب گردید.

* Kalshoven

۴. اعضای دیگر کمیسیون مزبور عبارت بودند از پروفسور شریف بیرونی Ch. Bassiouni (مصر)، سرهنگ ویلیام فرنریک W. Fenrick (کانادا)، قاضی کیبا ام بای K. Mbaye (سنگال) و پروفسور تورکل اویسال T. Opsahl (نروژ).

۵. این گزارش در (10 Feb. 1993) UN Doc S/25277 مندرج است.

۶. این گزارش در (3 May 1993) UN Doc S/25704 آمده است.

تجاوزات صورت گرفته به حقوق بشر در یوگسلاوی سابق بقدرتی وحشت‌انگیز و دارای ابعاد گسترده است که کمتر کسی را می‌توان یافت که با به محکمه کشاندن مسؤولان این جنایات موافق نباشد. اگر قرار باشد اصل شخصی بودن مسؤولیت کیفری آن هم در صورت ارتکاب جنایات جنگی و جرایم علیه بشریت فقط در یک مورد اجرا گردد، باید گفت که وضعیت موجود در یوگسلاوی سابق بهترین میدان اعمال این اصل است. در عین حال، مصلحت نیست که اجرای حقوق بشر بین‌المللی بر عهده خود طرفهای درگیر گذاشته شود و لذا ضروری است که یک دیوان بین‌المللی به مسئله رسیدگی کند. ممکن است گفته شود که به جای تشکیل یک دیوان خاص برای رسیدگی به این جرایم، بهتر است این کار توسط یک دادگاه ثابت کیفری بین‌المللی انجام گردد. ولی در حال حاضر نه چنین دادگاه ثابتی وجود خارجی دارد و نه اینکه پیشنهاد کمیسیون حقوق بین‌الملل برای ایجاد یک دادگاه کیفری بین‌المللی، که تا حدودی از وضعیت بحرانی موجود در یوگسلاوی سابق نشأت گرفته است^۷، به این زودی می‌تواند جامه عمل به خود بپوشد. این است که راه اندازی یک دیوان ویژه برای انجام این مأموریت بهترین راه کار موجود تشخیص داده شد.

مع هذا، چند ملاحظة تردیدآمیز در مورد اقدام شورای امنیت مطرح است. اوّلًا، شورای امنیت این دیوان را به عنوان یکی از سلسله تدابیر خود برای بازگشت صلح و امنیت بین‌المللی به یوگسلاوی سابق تأسیس کرده و در مقدمه قطعنامه ۸۲۷ اعتقاد خود را به نقش مؤثر این دیوان در تحقّق این هدف بیان داشته است. ولی باید به یاد داشت که قطعنامه ۸۲۷ زمانی به تصویب رسید که جهان بی‌صبرانه در انتظار شنیدن خبر قاطعانه‌تری از عزم جامعه جهانی در خاتمه بخشیدن به کشمکش در بوسنی (یا حدّاًقل تغییر دادن جریان آن) بسر می‌برد و در چنان شرایطی انتشار خبر تأسیس این دیوان، اقدام بسیار محدودی بود که بیشتر از آنکه اراده جامعه بین‌المللی را در اتخاذ مواضع اصولی نشان دهد، ظاهراً حاکی از ناتوانی آن در انجام اقدامات بنیادی‌تر است. بعلاوه، اینکه

۷. گزارش اصلاحی گروه کار مربوط به تهیه نویس اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، سند شماره .UN Doc. A/CN. 4/L. 490, add. ۱ (۱۹ July 1993)

دیوان بتواند بر مناقشة جاری اثر جدی بگذارد، لااقل تا وقتی که کاملاً فعال نشده و نتوانسته در برابر مجرمان عرض اندام کند، مورد تردید است.

ثانیاً، چنانچه موقّیت مذاکرات صلح منوط به شناسایی و پذیرش همان رهبرانی باشد که بیش از همه در مظان آتهام هستند، این خطر جدی وجود دارد که جامعه بین‌المللی از پافشاری برای تعقیب مجرمان دست بردارد.^۸

بالاخره اینکه دیوان با موانع عملی بسیاری روپرورست، زیرا بدون بازداشت متهمان، دیوان نمی‌تواند وظیفه خود را انجام دهد که آن نیز بهویژه در مورد دستگیری مظنونان و متهمان اصلی کاری است دشوار. مسأله جمع‌آوری ادله و مدارک اتهامیه نیز گرچه به‌آن سختی که برخی ادعای می‌کنند نیست، ولی به‌هر حال مشکلات خود را دارد.

شاید به‌خاطر ناتوانی جامعه بین‌المللی در فرونشاندن آتش جنگ و کینه در بوسنی است که تصمیم مربوط به تأسیس یک دیوان بین‌المللی جهت محاکمه جنایتکاران جنگی تا این اندازه مهم نشان داده شده است. ولی باید توجه داشت که بالا بردن انتظارات مردم دنیا این خطر را دارد که چنانچه کار دیوان با شکست روپرور شود، بداعتبار شورای امنیت و نیز حقوق بشر بین‌المللی لطمات سنگینی وارد خواهد شد.

اکنون که شورای امنیت چنین دیوانی را تأسیس کرده است، دیگر هیچ‌گونه عقب‌نشینی از این موضع به مصلحت نیست و دیوان باید، قطع نظر از هرگونه تردید در منطقی بودن این تصمیم، کار خود را آغاز کند. در این مورد پروفسور مرون می‌گوید: «همان اندازه که موقّیت دیوان یوغسلاوی حالت بازدارنده دارد، شکست این دیوان در انجام رسالت خود هرگونه بازدارنگی را در آینده از بین خواهد برد».^۹

8. R. Higgins: «The new United Nation and the former Yugoslavia», *International Affairs* 69, 3, July 1993, pp 480 - 82.

9. Meron: «The case for war crimes trials», p. 127.

رویه گذشته در خصوص نقض حقوق بشر بین‌المللی

اصطلاح «حقوق بشر بین‌المللی» در مفاهیم گوناگونی مورد استفاده قرار گرفته است. در قطعنامه ۱۸۲۷ این اصطلاح به صورت عام بکار رفته و شامل سه حوزه مختلف از حقوق بین‌الملل است: حقوق جنگ یا مناقشات مسلحانه، جنایات علیه بشریت، و نسل کشی (زنوساید). نخستین موضع از این طبقه‌بندی، مدتهاست که شناخته شده و جا افتاده است. امروزه بخش عمده قوانین جنگ در قراردادهای بین‌المللی تدوین شده است و مهم‌ترین آنها عبارتند از «کتوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو»^{۱۰}، دو «پروتکل الحاقی» آن سوی خود^{۱۱}، و نیز «مقتررات جنگ زمینی ضمیمه کتوانسیون چهارم لاهه مورخ ۱۹۰۷»^{۱۲}. همه کشورهای جهان در واقع عضویت کتوانسیون‌های ۱۹۴۹ را در اختیار دارند. شمار اعضای کتوانسیون چهارم لاهه کمتر است ولی مقتررات آن عموماً به عنوان قواعد الزام آور حقوق بین‌الملل عرفی پذیرفته شده است.^{۱۳} «پروتکل‌های الحاقی» بیشتر بحث‌انگیز بوده‌اند ولی در عین حال بسیاری از مقتررات آن عموماً به عنوان بیان عرف مرسوم تلقی می‌شود و در جریان بحران خلیج فارس در ارتباط با کویت مورد استفاده متعددین قرار گرفت.^{۱۴} مفهوم مسؤولیت کیفری شخص به خاطر نقض قوانین جنگ (جنایات جنگی) نیز کاملاً روشن و جا افتاده است و با اینکه تا قبل از پایان محاکمات نورنبرگ و توکیو

۱۰. چهار کتوانسیون مزبور به ترتیب مربوط به حمایت از افراد زخمی و بیمار در جنگ زمینی، افراد زخمی و بیمار و کشتی شکسته در دریا، اسیران و غیر نظامیان است. برای متن آنها می‌توان به منبع زیر مراجعه کرد:

A. Roberts and R. Guelff: *Documents on the laws of war*, 2nd edn (Oxford: Oxford University Press, 1989), pp. 169 - 337.

۱۱. پروتکل الحاقی اول مربوط است به کشمکشهای مسلحانه بین‌المللی و پروتکل دوم در خصوص کشمکشهای داخلی دول عضو است. برای متن آنها می‌توان به منبع فوق الذکر مراجعه کرد.

۱۲. همان، صص ۴۳ - ۵۹.

۱۳. Nuremberg Judgement, Cmd 6964, p. 65.

۱۴. C. Greenwood: «The customary law status of the Protocols», In A. Delissen and G. Tanja, eds., *Humanitarian law of armed conflict: challenges ahead* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1991), p. 93.

رویه قضایی ثابتی در این مورد وجود نداشت، ولی در رویه دولتها امکان تعقیب افراد به خاطر جنایات جنگی حتی قبل از جنگ جهانی اول شناخته شده بود.^{۱۵} جنایات علیه بشریت، که به تعریف دیرکل سازمان ملل متعدد عبارت است از «ارتكاب اعمال غیرانسانی بسیار فجیع از قبیل کشتار عمدى، شکنجه و تجاوز به عنف به عنوان بخشی از تهاجم گستردۀ و یا سازمان یافته علیه افراد غیرنظمی به دلایل ملی، سیاسی، قومی، نژادی یا مذهبی»^{۱۶} در کل تحول تازه‌ای محسوب می‌شود. تازمان پایان جنگ جهانی دوم، تعقیب افراد به خاطر جنایات علیه بشریت سابقه نداشت و برخی در آن تاریخ نیز مفهوم مزبور کاملاً روش و شناخته شده بود، تردید کرده‌اند.^{۱۷} ولی به هر حال تردیدی نیست که در زمان بروز بحران در یوگسلاوی، مفهوم جنایات علیه بشریت به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی محسوب می‌شده است. نسل‌کشی یا «زنوساید» که خود موضوع یک سند خاص به نام کنوانسیون ۱۹۴۸ نسل‌کشی قرار گرفته است، در جریان محاکمات پس از جنگ جهانی دوم به عنوان جرمی مستقل مورد توجه واقع نشد ولی در عین حال از جدّی ترین مصادیق جنایات علیه بشریت محسوب می‌گردید.

در اساسنامه دیوانهای نورنبرگ و توکیو سه نوع اتهام پیش‌بینی شده بود: جنایات علیه صلح، جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت. موضوع اتهام اول مربوط می‌شد به راه اندازی جنگ تجاوز کارانه، صرف نظر از شیوه‌های مورد استفاده؛ ولی اتهامات دوم و سوم مربوط بود به نحوه رفتار با افراد و اموال در

15. H - H. Jeschek: «War crimes», in R. Bernhardt, ed., *Encyclopedia of public international law*, vol. IV (Amsterdam: North Holland 1982), p. 294, See also *Report of the War Crimes Inquiry*, Cm 744 (1989) the Hetherington Reporter), ch.6.

16. UN Doc S/25704 (3 May 1993), para. 48.

۱۷. بهمین جهت، در گزارش هترینگتون توصیه شده بود که دولت‌انگلستان اقدام به تصویب قوانین خاصی جهت محاکمه جنایات جنگی در خلال جنگ جهانی دوم بنماید، ولی اشاره‌ای به جنایات علیه بشریت وجود نداشت چون می‌خواستند اطمینان حاصل کنند که قوانین اثر به گذشته نداشته باشد.

رجوع گنید به:

C. Greenwood: «The War Crimes Act 1991», in H. Fox and M. Meyer eds., *Effecting compliance* (London: British Institute of International and Comparative Law, 1993), p. 215.

جريان و در ارتباط با جنگ. در دستورالعمل شماره ۱۰ شورای کنترل، که به موجب آن چهار دولت متفقی حاکم بر امور آلمان به دولت آمریکا اجازه محاکمه عده‌ای از افسران و مقامات عالیرتبه آلمانی را پس از جریان محاکمات اصلی نورنبرگ دادند، مقررات مشابهی پیش‌بینی شده بود.

مسئله جنایات علیه صلح در ارتباط با بحران یوگسلاوی اصولاً مطرح نشده است. جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت همواره دارای مرزهای مشترکی بوده‌اند. علی‌رغم این عقیده رایج که جنایات جنگی فقط اعمال انجام شده در گرم‌گرم جنگ و یا به‌منظور پیشبرد اهداف نظامی را در بر می‌گیرد، این مفهوم گسترده‌گی بیشتری دارد و به هرگونه نقض جدی قوانین جنگی که با عنصر معنوی لازم ارتکاب یافته باشد، تسری می‌یابد. هر عملی که ناقض قوانین جنگ باشد، جنایت جنگی است خواه در حین عملیات جنگی ارتکاب شده باشد یا خیر. بدین ترتیب، کشنده افراد غیرنظامی در اراضی اشغالی به عنوان بخشی از سیاست نابودسازی نژادی یا اختناق سیاسی در جنگ جهانی دوم، دارای دو عنوان کیفری یعنی هم جنایت جنگی (به‌خاطر نقض قوانین جنگی مربوط به اراضی اشغالی) و هم جنایت علیه بشریت محسوب شد.^{۱۸} از زمان لازم‌الاجرا شدن کتوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو جنایات جنگی خود به دو دسته تقسیم شده‌اند، بدین ترتیب که برخی از موارد نقض کتوانسیون‌های مزبور و پروتکل الحاقی اول، به عنوان «نقض جدی» این مقررات محسوب و تابع نظام خاصی گردیده است^{۱۹}؛ ضمن اینکه سایر موارد نقض کتوانسیون‌ها و پروتکل ضمیمه آن و تجاوزات دیگر به قوانین جنگ نیز، به عنوان جنایات جنگی—البته تحت نظام متفاوتی—کما کان قابل تعقیب و محاکمه‌اند.

۱۸. رجوع کنید به ماده ۶(ب) و ۶(ج) از اساسنامه نورنبرگ. در خصوص نمونه‌های جدیدی از فصول مشترک بین طبقات جنایات مزبور، رجوع کنید به رأی زیر:

French Conseil d'Etat in *Barbie* 78, *International Law Reports* 124.

۱۹. رجوع کنید به ماده ۴۹ تا ۵۱ کتوانسیون اول، ماده ۵۰-۵۲ کتوانسیون دوم؛ ماده ۱۲۹-۱۳۱ کتوانسیون سوم، ماده ۱۴۶-۱۴۸ کتوانسیون چهارم. همین روش در ماده ۸۵ پروتکل اول الحاقی به‌چشم می‌خورد.

مبنای حقوقی تأسیس دیوان یوگسلاوی سابق

در گزارش کالس هون آمده است که همه کشورها به طور انفرادی صلاحیت محاکمة جنایات جنگی را دارند و لذا می توانند در صورت تمايل، همان طور که در محاکمات نورنبرگ اتفاق افتاد، «صلاحیتها یشان را در یکجا ترکیب کنند... و این صلاحیت متمرکز را به دیوانی بین المللی واگذارند».^{۲۰} گزارش مذبور همچنین فرض را بر این گذاشته که همین امر درخصوص جنایات علیه بشریت و نسل کشی صدق می کند، که شاید چنین فرضی اندکی عجولانه صورت گرفته است.^{۲۱} زیرا در حالی که برای تأیید صلاحیت جهانی جهت رسیدگی به جنایات جنگی، منابع و ادله فراوانی در دسترس است، موضوع صلاحیت در جنایات علیه بشریت (گرچه در نورنبرگ تابع صلاحیت جهانی دانسته شد) باین روشنی نیست و ماده ۶ کنوانسیون نسل کشی نیز فقط به اعمال صلاحیت توسط کشور محل وقوع جنایت و یا «توسط دیوان کیفری بین المللی که دول عضو کنوانسیون صلاحیت آن را پذیرفته‌اند» اشاره دارد.

ولی در مانحن فیه، دبیرکل سازمان ملل متحده معتقد بود که ایجاد یک دیوان بین المللی مبتنی بر معاهده بسیار وقت‌گیر است و بیم آن می‌رود که دولتها متخاصل اساساً از عضویت در چنین معاهده‌ای استنکاف ورزند. از این‌رو، وی پیشنهاد کرد که شورای امنیت با استفاده از اختیاراتی که فصل هفتم منشور ملل متحده باین شورا داده است، برای اتخاذ تدابیر لازم جهت اعاده صلح و امنیت بین المللی رأساً به تأسیس دیوانی اقدام کند. همان‌طور که قبل از گفته شد، پیش از این نیز شورای امنیت طی قطعنامه‌های ۷۷۱ و ۷۸۰ اعلام کرده بود که فجایع ارتکاب یافته در جریان کشمکش‌های یوگسلاوی سابق به طور کلی و در بوسنی به طور اخص، تهدیدی برای صلح و امنیت بین المللی به‌شمار می‌رود و در این راستا بود که چندی بعد شورا با گذراندن قطعنامه ۸۲۷ برای

20. UN Doc. S/25274 (10 Feb. 1993), paras 72 - 3

21. Higgins: «The new United Nations», pp. 481 - 2.

اعادة صلح و امنیت بین المللی به منطقه، به تأسیس این دیوان تصمیم گرفت. این تصمیم بی تردید تصمیمی بدیع و بی سابقه است، چراکه در گذشته هیچگاه شورای امنیت برای اعادة صلح و امنیت بین المللی تصمیم به تأسیس یک نهاد قضایی جهت محاکمه افراد نگرفته بود. ولی در عین حال اقدام شورای امنیت اقدامی است قانونی و در چارچوب اختیارات شورا به شرح مندرج در فصل هفتم منشور ملل متحده. شکنی نیست که شعله ور تر شدن جنگ در بوسنی و شدّت وحشیگری در أعمال انتقامجویانه، عاملی برای طولانی و گستردگی تر شدن دامنه جنگ و در نتیجه تهدیدی برای صلح بین المللی است.^{۲۲} بعلاوه، شورای امنیت در گذشته نیز بر پایی نهادی با مأموریت بلندمدت را اقدامی ضروری برای اعادة صلح دانسته است. این نهاد، کمیسیون جبران خسارات جنگی کویت است که به موجب قطعنامه ۶۸۷ متعاقب بحران خلیج فارس تشکیل شد.^{*} شورای امنیت با بهره‌گیری از اختیارات خود به موجب فصل هفتم منشور، توانست این دیوان را سریع‌تر از روشهای دیگر تأسیس کند، ضمن اینکه به لحاظ الزام آور بودن تصمیمات شورا برای همه دول عضو سازمان طبق ماده ۲۵ منشور ملل متحده، کلیه دولتها از جمله دولتها جانشین یوگسلاوی، از نظر حقوقی مکلفند صلاحیت دیوان را بدرسمیت شناسند و با آن به نحو مقرر در اساسنامه دیوان همکاری کنند.^{۲۳}

۲۲. وضعیت موجود در بوسنی گویای نادرستی این تئوری است که حقوق بشر بین المللی از طریق وارد ساختن و تزریق پاره‌ای رفتارهای انسانی بدینحوه انجام جنگ، باعث طولانی شدن کشمکشها می‌گردد.
* برای اطلاع بیشتر در زمینه کار این کمیسیون رک. دکتر مجتبی کزازی: «معزفی و بررسی مقدماتی کمیسیون غرامت سازمان ملل متحده»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، ش ۱۷ - ۱۶، سال ۷۲ - ۷۳، صص ۱۰۵ - ۱۴۸.

۲۳. بوسنی، کرواسی، اسلوونی و مقدونیه بعنوان اعضای سازمان ملل آشکارا ملزم به رعایت این تکلیف هستند. وضعیت جمهوری فدرال یوگسلاوی (صریستان و مونته‌نگرو) اندکی مبهم است. جمهوری مزبور متفقی است که جانشین و تداوم جمهوری سوسیالیستی فدرال یوگسلاوی است ولی این اتفاق توسط جامعه بین المللی رد شده است و به آن کشور اطلاع داده شده که بایستی برای اعضاً خود در سازمان ملل تقاضای جدیدی ارائه بدهد و نمی‌تواند کرسی دولت یوگسلاوی سابق را بگیرد (در این زمینه رجوع کنید به قطعنامه ۷۷۷ موزخ ۱۹ سپتامبر ۱۹۹۲ شورای امنیت). در زمان نگارش این مقاله، جمهوری یوگسلاوی بمحضیت سازمان پذیرفته نشده بود و تابع ماده ۲۵ نبود. مع‌هذا، ماده ۲ (۶) منشور ملل متحده مقرر می‌دارد که سازمان ملل متحده اطمینان حاصل خواهد کرد که دول غیرعضو این سازمان مطابق «با اصول منشور ملل متحده به شرح مندرج در ماده ۲، تا حدودی که برای حفظ صلح و امنیت بین المللی ضروری است، عمل کننده» این ماده به قدر کافی گستردگی داشت که شامل وضعیت حاضر شود.

با این حال، استناد به فصل هفتم منشور به عنوان مبنای تأسیس این دیوان خالی از اشکال هم نیست. دبیرکل سازمان ملل متحده، پس از تأکید بر اینکه دیوان فارغ از ملاحظات سیاسی عمل خواهد کرد، اضافه می‌کند: «با وجود این، به عنوان یک اقدام اجرایی مطابق با فصل هفتم منشور، طول عمر این دیوان بین‌المللی بداعادة صلح و امنیت بین‌المللی در قلمرو یوگسلاوی سابق و تصمیمات شورای امنیت در این زمینه بستگی خواهد داشت».^{۲۴} معنای دقیق این بیان کاملاً روشن نیست، ولی آنچه به طور روشن از آن مستفاد می‌گردد این است که امکان دارد در آینده شورای امنیت مجبور گردد بین تداوم کار دیوان و یا برچیدن آن برای دادن امتیازی جهت دستیابی به صلح، یکی را برگزیند. در صورت رویارویی با چنین وضعی، شورای امنیت از این اختیار برخوردار است که راجع به انحلال و یا محدود کردن فعالیت دیوان برای اعاده صلح و امنیت بین‌المللی تصمیم‌گیری نماید.^{۲۵}

در پایان این بخش باید یادآور شد که دیوان یوگسلاوی سابق، هرچند مشروعیت وجودی خود را از فصل هفتم منشور ملل متحده کسب کرده است، با این حال برخی از وزیرگیهای گویای اعمال صلاحیت مشترک از سوی همه دول عضو سازمان نیز در آن به چشم می‌خورد. برای مثال، دبیرکل سازمان ملل متحده در بیانیه خود تأکید کرده است: «این دیوان باید آن دسته از قواعد حقوق بشر بین‌المللی را به‌اجرا گذارد که بسی تردید جزئی از حقوق بین‌المللی عرفی محسوب می‌شوند تا به‌این ترتیب مشکل عدم العاق برخی دول به کنوانسیون‌های خاصی مطرح نشود».^{۲۶}

از این روست که اساسنامه دیوان نیز بر کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ که اکثر قریب به اتفاق کشورهای جهان عضو آنها هستند، تأکید دارد و به پروتکلهای

24. UN Doc. S/25704 (3 May 1993), para. 28.

25. H. Fox: «An international tribunal for war crimes: can the United Nations succeed where Nuremberg failed?», *The World Today* 49: 10 Oct. 1993. See also the statement by New Zealand following the adoption of Resolution 827. S/PV. 3217, (25 May 1993), p. 27.

26. UN Doc. S/25704 (3 May 1993), para. 34.

الحاقی آنها که مورد پذیرش عام جامعه جهانی قرار نگرفته است، اشاره صریح نمی‌کند.

مبنای حقوقی تأسیس دیوان یوگسلاوی سابق

در گزارش کالس‌هون و نیز در بیانیه دبیر کل سازمان ملل متحد، بر اهمیت کاربرد مقررات قانونی شناخته شده و لازم‌الاجراء در زمان ارتکاب جنایات تأکید شده است. قوانین مربوط به جنگ بیش از قوانین دیگر از این وصف برخوردارند، زیرا جمهوری فدرال سوسیالیستی یوگسلاوی سابق عضو کنوانسیون ۱۹۴۹ و نیز پروتکل الحاقی موّرخ ۱۹۷۷ بود و دولتها لاحق آن نیز جانشین تعهدات ناشی از این معاہدات اند.^{۲۷} گذشته از این اصل^{۲۸} بوسنی، کرواسی و اسلوونی خود اعلام کرده‌اند که جانشین تعهدات ناشی از این کنوانسیون‌ها و پروتکل‌های مربوط به آنها هستند.^{۲۹} طرفهای درگیر در کشمکش‌های گوناگون نیز با انعقاد قراردادهای متعدد، التزام خود را به رعایت تمامی یا قسمتی از این کنوانسیون‌ها و پروتکل‌ها اعلام داشته‌اند، که از این میان قراردادهای ۲۷ نوامبر ۱۹۹۱ و ۲۲ مه ۱۹۹۲ به ترتیب درباره کشمکش در کرواسی و بوسنی از اهمیت ویژه‌ای برخوردارند.

تنها مشکل در این است که پروتکل الحاقی اول و کنوانسیون‌های ۱۹۴۹، به استثنای ماده سوم آنها، فقط ناظر به کشمکش‌های مسلحانه بین‌الملی هستند و نبردهای مسلحانه در داخل خاک یک کشور، تابع مقررات بسیار محدود ماده سوم کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ و احیاناً پروتکل الحاقی دوم است. بعلاوه، مقررات مربوط به نقض جدی در کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ موارد مذکور در ماده سوم را شامل نمی‌شود، ضمن اینکه پروتکل الحاقی دوم نیز اصلاً متعارض این موضوع نشده است.

۲۷. ماده ۳۴ کنوانسیون وین درباره جانشینی دولتها در خصوص معاہدات، ۱۹۷۸ علی‌الاصول بیان‌گذنده حقوق عرفی در این زمینه تلقی می‌شود.

۲۸. اعلامیه بوسنی موّرخ ۳۱ دسامبر ۱۹۹۲ در نشریه صلب سرخ (۱۹۹۳، ص ۱۸۲) آمده است. اعلامیه کرواسی موّرخ ۱۱ مه ۱۹۹۲ در همان منبع صفحه ۳۱۱ و اعلامیه اسلوونی موّرخ ۲۶ مارس ۱۹۹۲ در همان منبع صفحه ۳۰۹ مشاهده می‌شود.

از طرف دیگر، بخش عمده مقررات حقوق عرفی جنگ تنها ناظر بر کشمکش‌های مسلحانه بین‌المللی است و لذا اینکه آیا اقدام خاصی جنایت جنگی تلقی می‌شود یا خیر، بستگی دارد به اینکه اولًا آیا در جریان یک نبرد مسلح‌انه رخ داده است یا نه و ثانیاً آیا نبرد مزبور طبع بین‌المللی داشته است یا داخلی.

در مورد کشمکش‌های متعددی که از اوایل سقوط و تجزیه یوگسلاوی در سال ۱۹۹۱ رخ داده است، تصمیم‌گیری درباره ماهیت داخلی یا بین‌المللی آنها اصلًا کار ساده‌ای نیست. چنانچه جمهوریهای اعلام استقلال کرده یوگسلاوی، موجودیت خود را به عنوان کشورهای مستقل تثبیت کرده بودند، در آن حالت جنگ بین آنها و بقایای ارتش فدرال یوگسلاوی آشکارا دارای ماهیت بین‌المللی می‌بود. ولی متأسفانه، برای مثال در خصوص کرواسی تاریخ دقیق تولد آن به عنوان یک کشور معلوم نیست، زیرا اعلام استقلال کرواسی شش ماه پیش از شناسایی آن توسط چند کشور صورت گرفت. یکی از صاحب‌نظران برجسته، در مورد دوره قبل از پذیرفته شدن به عنوان یک کشور می‌گوید: «کشمکش مسلح‌انه بین یک یا چند دولت عضو دولت فدرال با دولت مرکزی، باید جنگ به مفهوم حقوق بین‌الملل محسوب شود، هرچند که طبق قانون اساسی دول فدرال، جنگ بین دول عضو آن و نیز بین دول عضو و دولت مرکزی غیر قانونی شناخته شود و طبق قانون اساسی توسل به اسلحه توسط دول عضو شورش به حساب آید».^{۲۹} گرچه این نظر به هیچ وجه مورد قبول همه علمای حقوق نیست ولی در خصوص یوگسلاوی سابق بمنظور صادق است، زیرا قانون اساسی یوگسلاوی، برای هر یک از شش جمهوری خود، حاکمیت شناخته بود. مسئله غامض‌تر عبارت است از تعیین ماهیت کشمکش‌های بین حکومت کرواسی و اقلیت صرب در داخل آن، و نیز مخاصمات سه‌جانبه بین دولت بوسنی و کروات‌ها و صرب‌های داخل بوسنی. این کشمکشها از یک سو دارای بسیاری از ویژگیهای مخاصمات داخلی است، و از سوی دیگر پیوندهای

29. Lauterpacht, ed., *Oppenheim's international law*, 7th edn., vol. II (London: Longmans, 1952), p. 204.

آشکاری بین دو جامعه صرب و دولت بلگراد و نیز بین جامعه کروات‌های بوسنی و دولت کرواسی به‌چشم می‌خورد.

در گزارش کالس‌هون نتیجه‌گیری شده بود که «ماهیّت و پیچیدگی این مخاصمات و نیز مجموعه توافات بین طرفهای درگیر درباره ملاحظات بشردوستانه، توجیه کننده این دیدگاه است که باید قوانین حاکم بر جنگهای مسلح‌حانه بین المللی نسبت به همه درگیریهای نظامی در قلمرو یوگسلاوی سابق بکار رود».^{۳۰} این نتیجه‌گیری ممکن است به عنوان یک تحلیل کلی از وضعیت موجود در یوگسلاوی سابق درست باشد ولی صحّت آن در رسیدگیهای کفری جداً محل تردید است، زیرا در این مورد اثبات مجرمیّت متهم از بابت جرم انتسابی، بمنوع و ماهیّت زد و خورده بستگی دارد که وی در آن شرکت داشته است (حتّی اگر به لحاظ اتهام دیگری هم مجرم شناخته شود). برای نمونه، کشتار بیمارستان وکوار^{*} در کرواسی (که در گزارش کالس‌هون به تفصیل به آن اشاره شده) ظاهراً روز ۲۰ یا ۲۱ نوامبر ۱۹۹۱ رخ داده است، یعنی چند ماه پس از اعلام استقلال کرواسی، ولی پیش از شناسایی آن تو سط حتّی یک دولت دیگر، و چندین روز قبل از انعقاد قرارداد بین حکومت فدرال یوگسلاوی و حکومت صربستان و کرواسی جهت رعایت کتوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو و پروتکل اول الحاقی آنها.^{۳۱} اگر در این ارتباط، شخصی به اتهام نقض موارد جدی کتوانسیون‌های اول، سوم یا چهارم ژنو مورد تعقیب قرار گیرد، بخصوص اگر این شخص عضو نیروهای شبّه نظامی صرب‌های کرواسی و یا حتّی از اعضای ارتش فدرال یوگسلاوی و نیروهای صرب باشد، به احتمال زیاد سعی خواهد کرد استدلال کند که این درگیری جنبه بین المللی نداشته است.

بدون اینکه بخواهیم بگوییم ممکن نیست دیوان، در صورت رسیدگی، به همان نتیجه‌گیری کمیسیون کالس‌هون نائل گردد، بر این اعتقادیم که حصول چنین نتیجه‌های جز با استماع بحثهای طولانی درخصوص مسأله فوق الذکر

30. UN Doc. S/25274 (10 Feb. 1993), para. 45.

* Vukovar

۳۱. توافق ۲۷ نوامبر ۱۹۹۱ بمطور خلاصه در مأخذ زیر ذکر شده است:

International Review of the Red Cross, 1991, p. 610.

میسور نیست. با توجه به اینکه کشتار افراد بستری در بیمارستان اقدامی آشکارا مغایر با حقوق بین الملل است حتی اگر در جریان کشمکش‌های داخلی رخ داده باشد (چون ناقص ماده ۳ کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ و نیز تحت برخی شرایط، جزء چنایات علیه بشریت محسوب می‌شود)، لذا اقتضا می‌کرد که صلاحیت دیوان آنقدر گسترده باشد که از بلا تعقیب ماندن چنین اعمالی صرفاً به خاطر ماهیت کشمکش جلوگیری کند. از این رو، اساسنامه دیوان که توسط دبیر کل سازمان ملل متحده پیشنهاد گردیده و به عنوان ضمیمه قطعنامه ۸۲۷ به تصویب شورای امنیت رسیده است، برای پاسخگویی به نیاز فوق، صلاحیت دیوان را شامل چهار دسته جداگانه از جرایم دانسته تا به این ترتیب خواست دبیر کل تأمین گردد مبنی بر اینکه «دیوان بایستی قواعد حقوق بشر بین المللی را که بی تردید بخشی از حقوق عرفی محسوب می‌شوند، اعمال نماید».

نخستین دسته جرایم مشمول صلاحیت دیوان در ماده ۲۰ اساسنامه احصاء شده است. به موجب این ماده، دیوان صلاحیت دارد به موارد زیر از تقضی جدی کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ زن که علیه افراد یا اموال تحت پوشش حمایتی کنوانسیون‌های مذبور ارتکاب یافته است، رسیدگی نماید:

«(الف) کشتار عمدى؛

(ب) شکنجه یا رفتار غیرانسانی، از جمله انجام آزمایش‌های بیولوژیکی؛

(ج) ایراد عمدى صدمات یا لطمات شدید به بدن یا سلامت افراد؛

(د) تخریب و مصادره اموال بدون ضرورت از جنبه نظامی و به صورت غیرقانونی و خودسرانه؛

(ه) واداشتن اسیران جنگی یا غیرنظمیان به خدمت در نیروهای دشمن؛

(و) محروم کردن اسیران جنگی یا غیرنظمیان از حق برخورداری از محاکمه منصفانه و قانونی؛

(ز) اخراج یا انتقال و یا بازداشت غیرقانونی غیرنظمیان؛

(ح) گروگانگیری افراد غیرنظمی.»

متن این ماده که تقریباً به صورت کامل از ماده ۱۳۰ کنوانسیون سوم

(درباره اسیران جنگی) و ماده ۱۴۷ کنوانسیون چهارم (درباره غیرنظمامیان) اخذ شده است، با همه گستردنی و اطلاقی که دارد، فقط شامل اعمالی می‌شود که در حین کشمکش مسلحه بین‌المللی رخ داده باشد و آن هم مشروط بر اثبات اینکه متهم به یکی از طرفین نبرد وابستگی داشته و معنی‌علیه نیز از افراد تحت پوشش حمایتی این کنوانسیون بوده، یعنی یا اسیر جنگی باشد و یا غیرنظمامی یافت شده در اراضی اشغالی و یا تحت کنترل دشمن.^{۳۲} قید ذیل این ماده نمی‌تواند در برخی از موارد به آسانی اعمال گردد. برای مثال، فرض کنید که متهم و قربانی هر دو دارای یک تابعیت بوده‌اند و نبردهای منطقه‌ای نیز بین گروههای قومی در داخل جمهوری واحد جریان داشته است.

ماده سوم اساسنامه دیوان یوگسلاوی گروه دیگری از برهه‌های مشمول صلاحیت این دیوان را که متنضمّن نقض قوانین و عرف جنگ هستند بر شمرده است:

«این گونه جرایم، بدون قصد انحصار، مشتمل اند بر:

- (الف) کاربرد جنگ افزارهای شیمیایی و یا هرگونه سلاح دیگری که برای ایجاد خدمات غیرضروری طراحی شده باشد؛
- (ب) تخریب عمدى شهرها، شهرکها یا روستاهای یا هرگونه ویران‌سازی که از جنبه نظامی قابل توجیه نباشد؛
- (ج) حمله یا بمباران علیه شهرها، روستاهای، مراکز سکونت و ساختمانهای بی دفاع بهر نوعی از انجاع؛
- (د) تصرف، تخریب و یا خدمات عمدى به‌ابنیه مذهبی، خیریه، آموزشی، هنری، علمی، و آثار تاریخی، علمی و هنری؛
- (ه) غارت اموال عمومی و خصوصی.»

در واقع، الهام‌بخش این ماده مقررات متعددی است از کنوانسیون لاهه برای جنگهای زمینی مصوب سال ۱۹۰۷ که مذهابت به عنوان بیان‌کننده حقوق بین‌الملل عرفی شناخته شده‌اند. ولی اطلاق صدر ماده و تصریح به‌اینکه ذکر این موارد جنبه حصری ندارد، دایرة شمول ماده ۳ از اساسنامه دیوان یوگسلاوی را

.۳۲. ماده ۴ کنوانسیون چهارم.

بسیار گسترده‌تر از آنچه ظاهر آن افاده می‌کند، خواهد ساخت؛ زیرا می‌توان استدلال کرد که موارد مذکور در ماده جنبه تمثیلی دارد و مصاديق نقض قوانین و عرف جنگ به فقرات مصّرّحه در این ماده محدود نمی‌شود. در این زمینه، بهویژه باید به مباحثات و استدلالهای عنوان شده در جریان تصویب قطعنامه ۸۲۷ شورای امنیت توجه کرد. در آن مقطع، برخی از کشورهای عضو عقیده داشتند که ماده ۳ اساسنامه دیوان در برگیرنده نقض آن دسته از مقررات کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل الحاقی اول آنها که طبق ماده ۱ اساسنامه دیوان جزء موارد نقض جدی نیستند، وبخصوص شامل نقض ماده ۳ در همه کنوانسیون‌های معتبر، خواهد بود.^{۳۳} این تفسیر، اگر صحیح باشد^{۳۴}، بهویژه از این نظر مهم است که چنانچه دیوان در مقام رسیدگی آتی جنبه خاصی از کشمکش‌های یوگسلاوی را به عنوان جنگ داخلی تلقی نماید تا بین‌المللی، و احراز کند که در اساسنامه دیوان توافقی برای اجرای بقیة کنوانسیون‌های ژنو نسبت به آنها مطروحه صورت نگرفته است، آنگاه باز هم ماده ۳ مشترک در کنوانسیون‌های ژنو قابلِ إعمال خواهد بود. براساس این تفسیر موضع، موارد نقض پروتکل‌های الحاقی ۱۹۷۷ نیز طبق ماده ۳ اساسنامه دیوان قابل تعقیب خواهد بود.

طبق ماده ۴ اساسنامه دیوان یوگسلاوی، این دیوان صلاحیت دارد به‌جرائم نسل‌کشی (بزه‌های مرتبط با آن یعنی تبانی، تحریک، شروع به جرم و معاونت در ارتکاب آن) رسیدگی کند. ماده ۴(۲) که عیناً از کنوانسیون ژنو ساید مأخذ است، مقرر می‌دارد:

«نسل‌کشی عبارت است از هر یک از اعمال زیر که به‌قصد از بین بردن تعامی یا بخشی از یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی ارتکاب یابد:

(الف) کشتار اعضای گروه؛

(ب) ایراد صدمات جدی جسمانی و یا روانی به اعضای گروه؛

۳۳. در این زمینه به سخنرانی نماینده ایالات متحده مندرج در سند 3217 S/PV. موزخ ۲۵ مه ۱۹۹۳ صفحه ۱۵ مراجعه شود. سخنرانی هیات فرانسوی (صفحة ۱۱) و انگلیسی (صفحة ۱۹) نیز در همین راستاست.

۳۴. برخی مفسران تodicid دارند که نقض ماده ۳ در همه کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو، جنایت جنگی است.

(ج) تحمیل عمدی شرایطی از زندگی به گروه به قصد از بین بردن تعامی یا بخشی از آن؛

(د) إعمال تدبیری بدقصد جلوگیری از توالد و تناسل در درون گروه؛

(هـ) انتقال اجباری فرزندان یک گروه به گروه دیگر.»

بدین ترتیب، ملاحظه می‌گردد که این ماده ضمن اینکه اعمال تشکیل دهنده عنصر مادی جرم نسل‌کشی را به کشتار افراد محدود نکرده، ولی تحقیق جرم را منوط با احراز سوئیت خاص دانسته است.

بالاخره اینکه ماده ۵ اساسنامه دیوان، صلاحیت رسیدگی به جنایات علیه بشریت را به آن تفویض می‌کند. به موجب ماده مزبور این جرایم عبارتند از:

«جنایات زیر که در جریان نبردهای مسلحانه داخلی یا بین‌المللی،
علیه مردم غیرنظمی ارتکاب یافته باشد:

(الف) قتل؛

(ب) قلع و قمع؛

(ج) بردگشی؛

(د) اخراج؛

(هـ) حبس؛

(و) شکنجه؛

(ز) تجاوز جنسی؛

(ح) ایذاء بنا به دلایل سیاسی، نژادی و مذهبی؛

(ط) سایر اعمال غیر انسانی.»

این تعریف، از دستورالعمل شماره ده «شورای کنترل»* اخذ شده است که متن آن از ماده ۶ (ج) اساسنامه دادگاه نورنبرگ اطلاق بیشتری دارد و از مشترکات فراوانی با مفاد ماده ۳ کتوانسیون‌های ژنو برخوردار است. با استناد به این ماده، اعمال ظالمانه و خشونت‌آمیز علیه افراد غیرنظمی در جریان درگیریهای داخلی نیز قابل تعقیب است. بعلاوه، برای اثبات مجرمیت متهم، احراز وابستگی مجنی علیه به طرف متخاصل شرط نیست. با این حال، باید

* منظoz شورای ناسیس شده توسط متفقین، پس از جنگ جهانی دوم است.

توجه داشت که به صرف غیرنظمی بودن قربانی، عمل ارتکابی عنوان جنایت علیه بشریت را پیدا نمی‌کند، بلکه این عمل باستی علیه مردم غیرنظمی ارتکاب یافته باشد. دیگر کل سازمان ملل متعدد در گزارش خود برای روشن شدن این شرط اظهار داشته است که این قبیل اعمال باید دارای ماهیتی بسیار سنگین باشد و «به عنوان بخشی از یک تهاجم گسترده و سازمان یافته به دلایل ملی، سیاسی، قومی، نژادی یا مذهبی علیه جمعیت غیرنظمی ارتکاب یابد»^{۳۵} با این وصف، ملاحظه می‌گردد که دامنه شمول ماده ۱۵ از مواد^۱ و یا^۲ اساسنامه دیوان یوگسلاوی – که قبلاً در مورد آنها بحث شد – محدودتر است.

همان‌گونه که در جریان محاکمات پس از جنگ جهانی دوم ملاحظه شد، چهار گروه یاد شده از جرایم مشمول صلاحیت دیوان یوگسلاوی سابق دارای فصول مشترک زیادی هستند. برای نمونه، عنوان تجاوز به عنف فقط ذیل جنایات علیه بشریت منصوص شده و از آن به عنوان یکی از موارد نقض جدی کنوانسیون‌های ژنو نام برده نشده است. با این حال، تردیدی نیست که چنانچه مجنّع علیها فردی باشد از افراد تحت پوشش حمایتی کنوانسیون‌های مزبور (مثل زنان اسیر جنگی و یا زنان غیرنظمی گرفتار در دست دشمن)، همین تجاوز مشمول بند مربوطه از ماده ۲ اساسنامه دیوان («ایراد عمدی خدمات یا لطمات شدید به بدن یا سلامت افراد») نیز خواهد بود.^{۳۶} تجاوز به زنان از طرف دیگر نقض آشکار مقررات دیگری از کنوانسیون‌های ژنو، مثل ماده ۲۷ (۲) از کنوانسیون چهارم، محسوب می‌شود که به موجب آن زنان غیرنظمی تحت پوشش کنوانسیون باید در مقابل هتك ناموس، فاحشگی اجباری و یا سایر متأفات عفت حمایت شوند. به این ترتیب، عمل واحد دارای عناوین متعدد کیفری است و طبق ماده ۳ اساسنامه دیوان نیز قابل تعقیب است.

اگر هر یک از شقوق و عناوین اخیرالذکر بنای تعقیب متهم به عنوان تجاوز جنسی قرار گیرد، نتیجه رضایت‌بخش‌تر خواهد بود تا تعقیب متهم به عنوان

35. UN Doc. S/25704 (3 May 1993), para. 47.

۳۶. این نکته مطابق با نظر کمیته بین‌المللی صلیب سرخ است. در این مورد رجوع کنید به: T.Meron: «Rape as a war crime», *American Journal of International Law* 87, 3, July 1993, p. 424.

جنایت علیه بشریت. زیرا طبق ماده ۵ مجرمیت متهم منوط به این است که ثابت شود عمل تجاوز بدزنان به عنوان بخشی از یک تهاجم گسترده و سازمان یافته علیه جمعیت غیرنظمی صورت یافته باشد. گرچه دلایلی بر تأیید این احتمال وجود دارد، ولی سنگین‌تر کردن بار اثبات دعوی برای تعقیب چنین متهمانی همیشه منطقی نیست. باید توجه داشت که اگر از حربه تجاوز بدزنان به صورتی منظم و سازمان یافته به قصد نابود کردن یک گروه قومی یا مذهبی استفاده شده باشد، این عمل می‌تواند از مصادیق نسل‌کشی نیز محسوب شود، هرچند بعد است که بدون در دست بودن ادله و مدارکی دال بر ارتکاب اعمال غیرانسانی دیگر، صرف اتهام تجاوز به عنف بتواند مبنای تعقیب به عنوان ژنوسايد قرار گیرد. پاکسازی قومی نیز عنوانی است در برگیرنده اعمال مجرمانه‌ای که هر چهار دسته از صلاحیتهاي دیوان ناظر بر آن است: کشتار، شکنجه و اخراج افراد تحت حمایت کتوانسیون‌ها (از ماده ۲)، غارت اموال خصوصی (از ماده ۳)؛ بیشتر اعمالی که ژنوسايد محسوب می‌شوند (از ماده ۴)؛ و اکثر قریب به اتفاق اعمال مشمول تعریف جنایات علیه بشریت (از ماده ۵).

گرچه کاربرد برخی از مقررات اساسنامه مورد بحث در مورد کشمکش‌های یوگسلاوی سابق خالی از اشکال نیست، ولی مواد ۲ تا ۱۵ اساسنامه دیوان از جایگاه مستحکمی در حقوق بین‌الملل برخوردارند و متن آنها در غالب موارد عیناً از قراردادهای بین‌المللی مورد اجرا که کاشف حقوق بین‌الملل عرفی‌اند، اقتباس شده است. این مواد را باید مکمل یکدیگر شناخت. اگر این طور باشد، کشتار افراد بستری در بیمارستان مشمول عناوین متعدد کیفری می‌شود و به عنوان نقض جدی تحت ماده ۲ و نیز نقض قوانین جنگ طبق ماده ۳ و یا جنایت علیه بشریت وفق ماده ۵ قابل تعقیب است و متهمی که عامداً در چنین کشتاری شرکت کرده باشد نمی‌تواند صرفاً به استناد اینکه اوضاع و احوال محیط بر زمان وقوع کشتار دارای ماهیت داخلی بوده است، از زیر بار مسؤولیت بگیرد.

در اینجا به چند نکته دیگر درخصوص قوانین ماهوی حاکم بر دیوان اشاره مختصری می‌گردد. طبق ماده ۶ اساسنامه دیوان یوگسلاوی، صلاحیت

این دیوان فقط نسبت به اشخاص طبیعی است و محاکمه سازمانها یا اشخاص حقوقی که در محاکمات نورنبرگ رخ داد، در اینجا تکرار نخواهد شد. طبق ماده ۷(۲) اساسنامه دیوان یوگسلاوی، وضعیت متهم به عنوان رئیس کشور یا یک مقام عالیرتبه، نمی‌تواند رافع مسؤولیت کیفری و یا حتی تخفیف مجازات او شود. ماده ۷(۳) اساسنامه بر اصلی تأکید دارد که در جریان چندین محاکمه پس از جنگ جهانی دوم مطرح شد.^{۳۷}

این ماده برای فرمانده و مقام آمر از بابت جنایاتی که افراد تحت امر وی به دستور او مرتکب شده‌اند و یا از ارتکاب آنها به وسیله آن افراد آگاه بوده است و یا می‌توانسته آگاه باشد ولی با این حال از اتخاذ تدابیر لازم و معقول برای پیشگیری از آنها خودداری کرده، مسؤولیت کیفری شناخته است. اساسنامه دیوان، با پیروی از محاکمات نورنبرگ، استناد متهم به ایجاد امر مافق را نپذیرفته و طی ماده ۷(۴) مقرر داشته که دفاع متهم به‌ینکه مجری اوامر و دستورهای مافق خود بوده است، رافع مسؤولیت وی نیست و احياناً فقط می‌تواند از کیفیّات مخفّفة مجازات به حساب آید. گفتنی است که در این زمینه، متن اساسنامه دیوان از گزارش کالس هون محاکم‌تر است، زیرا در گزارش مذبور آمده بود: «این واقعیّت که فردی در اجرای دستور دولت متبع یا مافق خود اقدام به کاری کرده است، باعث معاویّت وی از مسؤولیّت طبق حقوق بین‌الملل نمی‌شود، به شرط آنکه متهم از نظر اخلاقی مخیّر بوده باشد».^{۳۸}

قوانين شکلی

اسسنامه دیوان، بحق دست دیوان را به‌طور قابل توجهی در تنظیم آین دادرسی خود بازگذارده است.^{۳۹} مع هذا، در این اساسنامه مقررات خاصی برای تضمین برخورداری متهم از یک محاکمه منصفانه طبق معیارهای نوین

37. Yamashita 13 Annual Digest, 255 and 269.

38. UN Doc. S/25274 (10 Feb. 1993), para. 54.

۳۹. در اینجا فرصت بررسی سازمان و تشکیلات دیوان یوگسلاوی نیست. در این زمینه رجوع کنید به: Fox: «An international tribunal».

بین‌المللی پیش‌بینی شده است، از جمله اینکه برگزاری محاکمات غایابی مردود شناخته شده است؛ زیرا تحت چنان شرایطی نه تنها رعایت انصاف در حق متهم کاری است بس دشوار، بلکه کلّ دادرسی نیز بدون حضور متهم بی‌اثر بوده و نمایشی توخالی خواهد بود. جلسات دادرسی با حضور متهم و توسط یکی از شعب که از سه قاضی ترکیب شده است، انجام می‌گیرد. حضور هیأت منصفه در این محاکمات پیش‌بینی نشده است. طبق ماده ۲۰ اساسنامه، شعب دیوان مکلفند محاکمات را «منصفانه و سریع» با رعایت کامل حقوق متهم و نیز با توجه خاص به حفاظت و حمایت از قربانیان و شهود انجام دهند.^{۴۰}

دیگر کلّ سازمان ملل متحده تأکید کرده است که: «این دیوان بین‌المللی باید کاملاً معیارهای شناخته شده بین‌المللی را درخصوص حقوق متهمان در کلیّه مراحل دادرسی رعایت کند».^{۴۱} به این منظور، ماده ۲۱ اساسنامه دیوان ضوابط و تضمینات مندرج در ماده ۱۴ مبنای بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مورخ ۱۹۶۶ را در خود جای داده است که اهم آنها عبارتند از: اصل برائت، حق دسترسی به امکانات کافی جهت تدارک دفاع، حق احضار شهود و سؤال از شهود معارض و عدم امکان اجبار افراد به اداء شهادت علیه خود.

دیوان مجاز به صدور حکم اعدام نیست و این محدودیتی است که امکان دارد بعثت‌هایی را از جانب بسیاری از کشورهایی که مجازات اعدام را برای جرایم مهم ارتکاب یافته در زمان جنگ پذیرفته‌اند، به دنبال آورد. در مقام صدور حکم محکومیت بezندان نیز دیوان باید به رویه کلّی صدور احکام زندان در محاکم یوگسلاوی سابق توجه کند.^{۴۲} محکومیت بezندان در خارج از قلمرو یوگسلاوی سابق و در کشورهایی که آماده ارائه تسهیلات مربوط بezندانهای خود هستند طی خواهد شد: در واقع، هیچ‌گونه تأسیسات بازداشتی به سبک زندان «اشپاندو»^{*} پیش‌بینی نشده است. دیوان همچنین می‌تواند حکم

۴۰. این امر بخصوص در صورتی مهم است که موارد متعدد مربوط به تجاوز و حمله جنسی به محاکمه کشیده شود، زیرا تجربیات داخلی کشورهای اند می‌دهد که این موارد برای قربانیان آنها چقدر دهشت‌آور است.

41. UN Doc. S/25704 (13 May 1993), para. 106.

۴۲. ماده ۲۴ اساسنامه دیوان.

* زندان مشقین برای محکومان دادگاه نورنبرگ. اشپاندو، شهری در نزدیکی برلین (آلمان) است و پس از ←

به استرداد اموال و عواید آن به مالکان قانونی آنها بدهد.^{۴۳}

قسمتی از مقررات مهم اساسنامه که به مسائل ماهوی و شکلی ربط پیدا می‌کند، در زمینه رابطهٔ بین دیوان و محاکم داخلی است. مادهٔ ۹ اساسنامه دیوان مقرر می‌دارد که دیوان و محاکم داخلی دارای صلاحیتهای متوازی و همزمان هستند ولی اولویت و تقدّم با صلاحیت دیوان است و دیوان می‌تواند از محاکم داخلی بخواهد که از این صلاحیت تمکن کنند و متهم را در اختیار آن قرار دهد. طبق مادهٔ ۲۹ اساسنامه، کشور محل رسیدگی نیز بایستی با این درخواست موافقت کند. شواهدی در دست است که برخی از کشورها مایل به رعایت این الزام نیستند. به خاطر وجود صلاحیتهای متعدد و همزمان، مادهٔ ۱۰ اساسنامه بحق مقرر داشته است که هیچ کس رانمی‌توان به خاطر جرم واحد دوبار محاکمه کرد. مع هذا، حکم این ماده در یک مورد مهم، مقید و مشروط گردیده است و آن اینکه گرچه احکام صادره از دیوان اعتبار امر مختوم را خواهد داشت و مانع از دادرسی مجدد توسط محکمة داخلی خواهد شد، ولی چنانچه اتهام واردہ طبق قوانین ذی‌ربط داخلی « فقط جرم عادی » محسوب شود، و یا دادرسی در دادگاه داخلی با رعایت استقلال و بی‌طرفی صورت نگیرد و هدف آن صرفاً مصونیت بخشیدن به متهم در برابر مسؤولیت کیفری بین‌المللی او باشد و یا مرحله تعقیب به صورت صحیح انجام نگرفته باشد، « محاکمه توسط محاکم داخلی مانع از دادرسی بعدی توسط دیوان نخواهد بود ». ^{۴۴} از آنجا که احتمال بسیاری وجود داشت دولت یوگسلاوی سابق بکوشد از سیستم محاکم داخلی خود جهت ایجاد مصونیت برای حامیان خویش در مقابل صلاحیت دیوان جدید استفاده کند، پیش‌بینی این ماده، صرف نظر از مشکلات اجرایی آن، ضروری بود.

عمدهٔ مطلب این است که این تضمینات شکلی بتوانند در عمل بکار

→ اشغال آلمان توسط متفقین در قسمت مربوط به منطقه اشغالی بریتانیا قرار گرفت. جمعی از محکومان دیوان محاکمات جنایات جنگی، از جمله رودولف هس که از رهبران آلمان نازی بود، در زندان معروف این شهر نگهداری می‌شدند. رودولف هس چند سال پیش در همین زندان به طرز مشکوکی خودکشی کرد و زندان مزبور تعطیل شد.

۴۳. ماده ۲۴ (۳).

۴۴. ماده ۱۰ (۲) (ب).

گرفته شوند. در این خصوص، اساسنامه دیوان تلاش وافری برای رعایت معیارهای شناخته شده جدید بین‌المللی برای تحقق دادرسی عادلانه انجام داده است و دیرکل سازمان ملل متعدد نیز از طریق تکرار مفاد ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در اساسنامه دیوان، به جای تنظیم ماده جدیدی برای رعایت تشریفات صحیح دادرسی، کوشیده است تا مقررات شکلی دیوان نیز، همانند قواعد ماهوی حاکم بر آن، از پایه‌های محکمی در حقوق بین‌الملل موجود برخوردار باشند.

● نتیجه

در ابتدای این مقاله گفته شد که موقّیت دیوان بین‌المللی برای محاکمه جنایتکاران جنگی در یوگسلاوی سابق به رعایت سه شرط بستگی دارد: (۱) مبنای تأسیس آن از لحاظ حقوقی صحیح و معتبر باشد، (۲) در محاکمات آن از اصل عطف بعاسبق نشدن قانون کاملاً پیروی شود، و (۳) دادرسیهای آن با رعایت معیارهای جدید دادرسی عادلانه صورت گیرد. تا آنجا که می‌توان در این مرحله ابتدایی قضاوت کرد، به نظر می‌رسد که دیوان شرایط سه گانه فوق الذکر را برآورده ساخته است. به این معنی که از نظر شرط نخست، فصل هفتم منشور ملل متعدد به عنوان مبنای جدیدی برای تأسیس یک دیوان کیفری مورد استفاده قرار گرفته است که هرچند مشکلات خاص خود را دارد، ولی تأسیس این دیوان می‌تواند به عنوان اقدامی در جهت اجرای مشروع اختیارات شورای امنیت طبق فصل هفتم منشور نیز توجیه گردد. شرط دوم به این نحو برآورده شده است که مواد ۲ تا ۴ اساسنامه دیوان بی‌تردید و آشکارا به حقوق بین‌الملل موجود درخصوص کشمکشهای مسلحانه، نسل‌کشی و جنایات علیه بشریت مبتکی است و لذا این ایراد که به قانون اثر قهقهایی داده شده، وارد نیست. شرط سوم نیز با عنایت به مواد ۲۰ و ۲۱ اساسنامه که تضمینات کافی را برای برخورداری متهم از محاکمه منصفانه پیش‌بینی کرده است، تأمین می‌گردد.

ممکن است بعضی بگویند که رعایت این همه ملاحظات و اختیاطهای

قانونی در مورد کسانی که با ددمنشی مرتکب چنین جنایات و حشیانه‌ای شده‌اند (حتی اگر یک‌دهم گزارش‌های واصله از یوگلاوی سابق هم صحیح باشد) و همه حقوق انسانی را از قربانیان خود دریغ کرده‌اند، چه ضرورتی دارد. ولی با وجود وسوسه آمیز بودن این نظر، شورای امنیت بحق آن رارد کرده است، زیرا اکنون که این دیوان به عنوان یک نهاد قضایی بین‌المللی پا به عرصه وجود گذاشته است، باید به گفته دیر کل سازمان ملل متعدد از اصل قانونی بودن جرم و مجازات پیروی کند و هیچ کس را به خاطر قوانینی که در زمان ارتکاب اعمال اتهامیه وجود نداشته است، محکوم نسازد و علاوه بر آن در مرحله دادرسی نیز معیارهای بین‌المللی محاکمه عادلانه را رعایت کند. دادرسی قضایی بدون رعایت این اصول، دادرسی قضایی واقعی نیست و حاصلی جز بی‌اعتباری و هتك حرمت دادرسی قضایی بین‌المللی بیار نخواهد آورد. اگر قرار است جنایات جنگی در مرجعی بین‌المللی مورد رسیدگی قرار گیرد، این کار بایستی مطابق با معیارهای محاکمه صحیح انجام پذیرد و با متهمان به عنوان یساغیان حقوق بین‌الملل رفتار نشود.

نویسنده هنوز تردید دارد که جامعه بین‌المللی بتواند کاری را که شروع کرده است به پایان رساند، زیرا این دیوان به احتمال زیاد با محدودیت منابع و امکانات مواجه خواهد بود و ملاحظات سیاسی بر کار آن سایه خواهد افکند. برای اینکه اینچنین نشود و دیوان رسالت خود را به نحو کارا و مؤثری انجام دهد، باید بتواند متهمان اصلی را بازداشت کند نه اینکه مشتبی افراد سطح پایین را به محاکمه بکشاند.

رویدادهای مربوط به عراق نشان می‌دهد که تحقق این موارد در عمل چقدر دشوار است و جز با دخالت گسترده خارجی در یوگسلاوی سابق، که در حال حاضر بعید به نظر می‌رسد، شدنی نیست. با این حال، دادستان دیوان می‌تواند از طریق صدور حکم بازداشت عمومی و اطلاع دادن به دولتهای جهان که قصد دارد افراد مندرج در حکم بازداشت را محاکمه نماید، حداقل نگذارد که مسافت این افراد به خارج از قلمرو کشورهای خود به راحتی و بی‌خطر صورت گیرد. عامل دیگری که برای فعالیت مؤثر دیوان ضرورت دارد، جمع‌آوری دقیق

ادله و مدارک برای محاکمه افراد است. در اینجا این خطر وجود دارد که افکار عمومی جهان نتواند درک کند که قسمت عمدۀ مطالب جمع آوری شده توسط روزنامه‌نگاران، اگرچه اهمیّت دارد، ولی ممکن است به عنوان ادله اثبات دعوی کافی و حتی قابل پذیرش نباشد. پروفسور مرون هشدار داده است که «بین گزارش‌های هرچند معتبر از وقایع و ادله اثبات مجرمیّت فرد، دنیابی تفاوت هست»^{۴۵}. دست‌اندرکاران رسانه‌های گروهی و آنهایی که در کار انکاس اخبار مربوط به این محاکمات فعالیت دارند، باید به این نکته توجه کنند که تبلیغات بیش از حد، ممکن است به طرح این ایراد منجر گردد که چون اصل برائت مخدوش گردیده، متهم نمی‌تواند در چنین شرایطی از یک محاکمه منصفانه برخوردار شود.

45. Meron: «The case for war crimes trials», p. 126.

دکتر حسین پیران



مصادره غیرمستقیم در حقوق بین الملل،
و

رویه دیوان داوری دعاوی
ایران - ایالات متحده





● مقدمه

در رسیدگی به دعاوی مربوط به ضبط اموال بیگانگان در مراجع بین‌المللی (و یا داخلی)، قدم نخست معمولاً تصمیم‌گیری راجع به این مطلب است که آیا اصولاً ضبط اموال ادعایی به‌وقوع پیوسته است یا خیر.^۱ به عبارت دیگر، قاضی یا داور پیش از تصمیم‌گیری درباره موضوع استحقاق خسارت و ارزیابی آن می‌باشد تحقیق ضبط اموال را بررسی و در مورد آن حکم صادر کند.

در مواردی که ضبط اموال به موجب قانون یا مقررات مشابه تحقق یافته باشد، مشکل خاصی در این خصوص بوجود نمی‌آید؛ منتها موارد زیادی اتفاق می‌افتد که ادعای ضبط اموال تقدیم مرجع قضایی یا داوری می‌گردد ولی طرف دیگر – که طبیعتاً همیشه دولت است – منکر ضبط اموال مورد ادعای است. در این

۱. در برخی از دعاوی بین‌المللی که موضوع با تافق طرفین (compromis) به مرجع قضایی یا داوری تسلیم می‌گردد این مرحله، به لحاظ تافق طرفین در اصل ضبط اموال، بروز نمی‌کند و وظیفه مرجع رسیدگی عمده‌تاً تعیین خسارت است. به طور مثال، رجوع کنید به دعاوی زیر:

- Norwegian Shipowners Claims, Norway v. The United States (1922) Permanent Court of International Arbitration, I RIAA (1948), p. 30.
- Arbitration between the Government of the State of Kuwait and the American Independent Oil Company (AMINOIL), Award of 24 March 1982, 21 ILM (1982), p. 967.

موارد، قانون یا مقرراتی مبنی بر ضبط اموال مورد بحث وجود ندارد و طرف خصوصی هنوز رسماً مالک اموال محسوب می‌شود؛ با این‌همه وی ادعا می‌کند که از اموال خود محروم گردیده و دولت مسؤول محرومیت است. در این حالت، نخستین وظیفه مرجع رسیدگی‌کننده تعیین تحقیق ضبط اموال است که این مهم نیز در موارد زیادی به آسانی قابل تشخیص نخواهد بود.

اکثر دعاوی که توسط اشخاص آمریکایی در زمینه ضبط اموال به دیوان داوری ایران - ایالات متحده تقدیم گردیده از این نوع است. در این‌گونه دعاوی، خواهانهای آمریکایی اکثراً ادعا می‌کنند که علی‌رغم فقدان مقررات خاص مبنی بر ضبط اموال آنها و با وجود اینکه اموال مورد ادعا هنوز رسماً به نام آنهاست، از اموال خود محروم شده‌اند و دولت ایران مسؤول چنان محرومیتی بوده و لذا باید خارات وارده را پردازد.

دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده از این لحاظ در موقعیت ویژه‌ای قرار دارد. موضوع مصادره غیرمستقیم قبل از ایجاد این دیوان غالباً در دادگاههای داخلی و یا کمیسیون‌های دعاوی^۲ مطرح می‌گردید و کمتر مرجع بین‌المللی یافت می‌شد که در این زمینه تصمیم‌گیری کرده باشد. نظری به نوشه‌ها و تحقیقات مهم و در عین حال قلیلی که در این زمینه وجود دارد، نشان می‌دهد که سوابق و رویه‌های بحث شده، با یکی دو استثناء، منحصر به تصمیمات دادگاههای داخلی و یا کمیسیون‌های دعاوی است.^۳ لذا این دیوان

۲. منظور کمیسیون‌های دعاوی است که پس از حل و فصل یکجا (lump sum) بین دو دولت، توسط دولت متبوع اشخاص مدنی تشکیل می‌گردد و پس از رسیدگی به ادعاهای وجه حاصله از حل و فصل را بین اتباع ذی حق تقسیم می‌کند. معروف‌ترین این کمیسیون‌ها، «کمیسیون حل و فصل دعاوی خارجی» ایالات متحده (Foreign Claims Settlements Commission) است که در سال ۱۹۴۹ ایجاد گردید (U.S.C., 1621-1627). این کمیسیون هم‌اکنون در حال رسیدگی به پرونده‌های حاصل از حل و فصل یکجا دعاوی معروف به زیر ۲۵۰،۰۰۰ لر است که در تاریخ اول تیر ۱۳۶۹ ماده ۴ الجزایر بین دولتین جمهوری اسلامی ایران و ایالات متحده حل و فصل شد و بر اساس بند ۴ ماده ۳ موافقتنامه امضا شده، این دعاوی به کمیسیون فوق ارجاع گردید (حکم مرضی‌الظرفین شماره ۴۸۳ موزاخ اول تیر ۱۳۶۹) (متن انگلیسی منتشره در جلد ۲۵ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویوس، ص ۳۲۷).

۳. بعنوان مثال، رجوع کنید به مقالات زیر:

- B. H. Weston: «Constructive taking under international law: a foray into the problem of creeping expropriation», 16 *Virginia Journal of International Law* (1975-76), pp. 103-175.

نخستین مرجع بین‌المللی است که دعاوی فراوانی در این مقوله را مورد رسیدگی و حکم قرار داده و از این جهت منبع مهمی برای مطالعه موضوع فراهم آورده است. جا دارد قبل از تجزیه و تحلیل آراء دیوان در این زمینه، به چند مطلب مقدماتی به‌طور خلاصه اشاره شود.

۱

قیمت‌نیوکلئری

«مصادره غیرمستقیم» اصطلاحی است که برای این مورد از ضبط اموال انتخاب شده است. برای این موضوع در حقوق بین‌الملل اصطلاح خاصی جا نیافتاده است^۴. در زبان فارسی معمولاً اصطلاح «ضبط اموال» (و گاهی سلب مالکیت) در برابر «expropriation» و ملی کردن در برابر «nationalization» و مصادره در برابر «confiscation» بکار رفته است؛ ولی نه در زبانهای اروپایی و نه در زبان فارسی این اصطلاحات استاندارد نیست و معنای واحدی را افاده نمی‌کند. با این‌همه، غالباً دیده می‌شود که اصطلاح ضبط اموال (expropriation) به عنوان اصطلاح عام در این رشته بکار می‌رود. به همین منوال، در انگلیسی اصطلاح «indirect expropriation» برای ضبط اموالی که مستقیماً و با قانون یا مقررات مشابه بعمل نیامده باشد (موضوع مقاله حاضر) بکار می‌رود. لذا هرچند اصطلاح «ضبط اموال به‌نحو غیرمستقیم» برای موضوع بحث ما مناسب‌تر به نظر می‌رسد، ولی طولانی بودن و مشکل کاربرد مکرر آن در این‌گونه بحثها باعث گردید تا اصطلاح «مصادره غیرمستقیم» ترجیح داده شود.

در زبان انگلیسی علاوه بر «indirect expropriation» چندین اصطلاح

→ – G. C. Christie: «What constitutes a taking of property under international law», 38 *British Yearbook of International Law* (1962), pp. 307-338.

۴. رجوع کنید به:

I. Brownlie: *Principles of Public International Law*, 4th ed., Clarendon Press, Oxford (1990), p. 531

دیگر برای این مورد از ضبط اموال بکار رفته است که عمدۀ ترین آنها عبارتند از: «creeping expropriation»^۵ (مصادره خرزنده)، «constructive taking»^۶ (مصادره ضمنی) و «disguised expropriation»^۷ (مصادره پنهانی). این اصطلاحات از این جهت که حاکی از سوءنیت دولت است و فرض رابر برنامه‌ریزی دولت در محروم‌سازی شخص بیگانه از اموال خود قرار داده، قابل ایراد است. هرچند ممکن است این عنصر در مواردی وجود داشته باشد، ولی امری کلّی و مفروض نیست. از این‌رو، اصطلاح «مصادره غیرمستقیم» بی‌طرفی لازم رانیز در خود دارد و دارای جامعیت است.

۲۳

تعریف

از مصادره غیرمستقیم هیچ‌گونه تعریف مشخصی وجود ندارد و ارائه چنین تعریفی اصولاً دشوار به نظر می‌رسد. هر گونه محرومیت از اموال که ناشی از قوانین و مقررات مشخص و در رابطه مستقیم با مال مورد بحث نیاشد، می‌تواند به نحوی ذیل این تعریف جای گیرد.علاوه، احتمال بروز موقعیتهاي بسیار متفاوت و پیچیده، و گوناگونی و بی‌شماری امکان دخالت دولت در حقوق مالی اشخاص، بر دشواری ارائه تعریفی مشخص برای این مقوله افزوده است. در موردی نیز که ادعای مصادره غیرمستقیم در برابر مرجعی مطرح می‌گردد، با توجه به انکار دولت نسبت به ضبط اموال، پیش از اینکه قاضی یا داور در رابطه با وقوع محرومیت از مال تصمیمی اتخاذ نماید، مشخص نیست که ضبط اموال و محرومیتی وجود داشته است یا خیر. لذا هر مصادره

^۵ وستون: مأخذ پانوشت ۳

^۶ همان، همچنین، رجوع کنید به حکم دیوان بین‌المللی دادگستری در دعوای بین ایتالیا و ایالات متحده، Case Concerning Electronica Sigula S. P. A. (ELSI) حکم موخر ۲۰ زوئیه ۱۹۸۹، گزارش آراء دیوان بین‌المللی دادگستری (۱۹۸۹)، ص ۵۷.

^۷ وستون: مأخذ پانوشت ۲. این اصطلاح به عنوان مثال، در مباحث شفاهی پرونده «ELSI» بکار رفته است.

غیرمستقیم می‌تواند تعریف خاص خود را داشته باشد.

با وجود این، نویسنده‌گان این رشته سعی کرده‌اند تا حدّ ممکن تعریفی از این مقوله به دست دهند. در سالهای اخیر موضوع در عهداً نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری نیز مورد توجه قرار گرفته و در آنها سعی شده است که ضبط اموال به نحو غیرمستقیم نیز تحت پوشش قرار گیرد و برای آن تعریفی ارائه گردد.

ماده ۱۰-۳-الف کنوانسیون پیشنهادی هاروارد که در سال ۱۹۶۱ توسط دو تن از استادان دانشگاه هاروارد آمریکا تنظیم گردیده تعریف زیر را پیشنهاد کرده است:

«ضبط اموال نه تنها شامل اقدامات مستقیم در ضبط مال است، بلکه هرگونه دخالت غیرمعقول در بهره‌مندی، برخورداری و یا واگذاری مال که منجر به محرومیت مالک از بهره‌مندی، برخورداری و یا واگذاری مال خود در طی مدت معقولی پس از آغاز دخالت گردد، نیز مشمول تعریف ضبط اموال است.»^۸

البته، در شرح این ماده پروفسور «سون» و پروفسور «باکستر» مشکلات تحدید موضوع را می‌پذیرند و پیشنهاد می‌کنند که «دادرسان باید در این مورد از آزادی عمل و صلاح‌دید زیادی برخوردار باشند».^۹

تا چندی پیش عهداً نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری کمتر به مصادر غیرمستقیم اشاره می‌کردند، ولی اخیراً در این گونه عهداً نامه‌ها موضوع به تفصیل

: رجوع کنید به

55 *American Journal of International Law* (1961), p. 553

متن اصلی ماده پیشنهادی به شرح زیر است:

«A taking of property includes not only an outright taking of property, but also any such unreasonable interference with the use, enjoyment or disposal of property as to justify an interference that the owner will not be able to use, enjoy or dispose of the property within a reasonable time after the inception of such interference.»

: همان، ص ۵۵۹

«[C]onsiderable latitude has been left to the adjudicator of the claim.»

طرح شده است.^{۱۰} به طور مثال، بند ۱ ماده ۳ از عهدنامه سرمایه‌گذاری بین ایالات متحده آمریکا و مصر تعریف ضبط اموال را به موارد زیر نیز تعمیم می‌دهد:

«هرگونه اقدامات مستقیم یا غیرمستقیم (به طور مثال وضع مالیات، فروش اجباری جزء و یا کل سرمایه‌گذاری، محرومیت جزئی یا کامل از مدیریت، کنترل و یا ارزش اقتصادی سرمایه‌گذاری) که اثر آنها به منزله ضبط اموال باشد.»^{۱۱}

موضوع مصادره غیرمستقیم در قراردادهای بیمه سرمایه‌گذاری با جزئیات بیشتری مطرح گردیده است. بند ۱۳ ماده ۱ قرارداد اوپیک (OPIC) (شرکت بیمه سرمایه‌گذاری ایالات متحده) و مواد مشابه در قراردادهای نمونه آلمان و انگلستان دامنه اقدامات مصادره‌آمیز دولت را وسعت زیادی بخشیده است. در متن طولانی بند ۱۳ ماده ۱ قرارداد اوپیک سعی شده است انواع دخالت‌های دولت تا حد ممکن پوشش داده شود.^{۱۲} به همین ترتیب، قرارداد نمونه آلمان هرگونه اقدامات دولت در جهت از بین بردن ارزش اقتصادی

۱۰. تا دهه ۱۹۷۰ معمولاً موضوعات مربوط به سرمایه‌گذاری به همراه موضوعات دیگری چون روابط تجاری، کنسولی و دریانوردی در عهدنامه‌های دوجانبه مطرح می‌گردید. به همین دلیل این‌گونه عهدنامه‌ها به عهدنامه‌های مودت و یا عهدنامه‌های مودت - بازارگانی - دریانوردی (Friendship - Commerce) (Navigation) یا «FCN» معروف بودند. از اواخر دهه ۱۹۷۰ موضوع سرمایه‌گذاری به طور مستقل در عهدنامه‌های دوجانبه گنجانده می‌شود. این‌گونه عهدنامه‌ها به عهدنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری، (Bilateral Investment Treaties) شهرت دارند. لذا عهدنامه‌های جدید به موضوعات مربوط به ضبط اموال با جزئیات بیشتری می‌پردازند.

۱۱. عهدنامه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری بین دولت مصر و دولت ایالات متحده، مورخ ۲۹ سپتامبر ۱۹۸۲ (21 *International Legal Materials* (1982), p. 926).

۱۲. عهدنامه جدیدتر مابین ایالات متحده و آرژانتین به همین ترتیب پیش‌بینی می‌کند که: «Investments shall not be expropriated or nationalized either directly or indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalization except for a public....» (31 *International Legal Materials* (1992), p. 128).

این عهدنامه که در تاریخ ۱۴ نوامبر ۱۹۹۱ به امضاء رسید از این نظر نیز جالب توجه است که دولت آرژانتین پس از افزون بر یک قرن وفاداری به دکترین کالوو (Calvo) تن به امضای چنین عهدنامه‌ای داده و از صلاحیت قضایی خود در موضوعات مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی چشم‌پوشی کرده است.

V. R. Koven: «Expropriation and the jurisprudence of OPIC», 22 *Harvard International Law Journal* (1981), p. 321.

سرمایه‌گذاری را در حکم مصادره می‌داند و آن را تحت پوشش بیمه قرار می‌دهد.^{۱۳}

با مطالعه نمونه‌های فوق، روشن است که آنچه به عنوان تعریف در این اسناد ارائه می‌گردد، بیشتر جنبه تمثیلی دارد و لذا نمی‌تواند جامع و مانع باشد. با در نظر گرفتن دشواری تعریف و تحدید این موضوع که فوقاً به آن اشاره شد، و با عنايت به نظرات بحث شده، شاید بتوان تعریف زیر را برای مصادره غیرمستقیم پیشنهاد کرد، هرچند کامل بودن آن مورد ادعا نیست:

مصادره غیرمستقیم عبارت است از هر گونه دخالت عمدى و غیرمعقول دولت نسبت به مال مشخص، بهنحوی که بتوان نتیجه گیری کرد مالک مال برای همیشه از بهره‌مندی، برخورداری و حق و اگذاری مال خود محروم گردیده است.



چایگاه مصادره غیرمستقیم

در حقوق بین‌الملل

اینکه اصولاً مصادره غیرمستقیم در چارچوب حقوق بین‌الملل قابل بحث

۱۳. ماده مورد بحث، این اقدامات را چنین می‌پنداشد:

«[Actions by which] such a large part of the commercial value of the enterprise, the establishment or the plant is transferred or destroyed so as to make it impossible to continue the operation of the enterprise, the establishment or the plant in the long run without economic loss and consequently the participation or the capital involved must be deemed as lost or the claim resulting from the participation, the claim resulting from the participation-like credit or the claim relating to the profit wholly or in part cannot be recovered or enforced» (R. Dolzer: «Indirect expropriation of alien property», *I ICSID Review of Foreign Investment Law Journal* (1986), p. 56).

است یا خیر، خود موضوعی مورد اختلاف نیست. برخی نویسنده‌گان شک کرده‌اند که در چارچوب حقوق بین‌الملل معیارهای مشخصی برای ضبط اموال به‌نحو غیرمستقیم و در غیاب قانون و یا مقرراتی که برای ضبط اموال مشخصی وضع شده باشد، وجود دارد. برای مثال، «دومان» در مقاله خود چنین می‌گوید:

«ملی کردن اموال به‌طرق غیرمستقیم کمبودها و ناتوانیهای ابزار حقوق بین‌الملل را آشکار ساخته است. مالیاتهای هنگفت، دخالت در اداره شرکتها و اخراج مدیران منتخب سهامداران از جمله نمونه‌های مصادر غیرمستقیم است که حقوق بین‌الملل دفاعی در برابر آن اقدامات در دست ندارد.»^{۱۴}

انجمن حقوق آمریکا^{۱۵} نیز به وجود این مشکل اذعان دارد:

«حقوق بین‌الملل معیارهای شناخته‌شده‌ای برای تشخیص اینکه در غیاب اعمال مستقیم در ضبط اموال چه اعمال دیگری می‌تواند به عنوان ضبط اموال بیگانگان تلقی شود، ندارد.»^{۱۶}

ولی اکثر نویسنده‌گان، به‌ویژه متأخران، اظهار عقیده کرده‌اند که دخالتی‌ای دولت در حقوق مالی بیگانگان منحصر به ضبط اموال به‌نحو مستقیم نیست و اقدامات دولت که نتیجه آن محرومیت بیگانه از اموال خود باشد نیز همانند ضبط اموال به‌نحو مستقیم می‌تواند مسؤولیت دولت را به دنبال داشته باشد.^{۱۷}

14. N. Doman: «Post-War nationalizations of foreign property in Europe», *48 Columbia Law Review* (1948), p. 1129.

15. American Law Institute

16. *Restatement of the Law, Second, Foreign Relations Law of the United States* (1965), Part IV, *Responsibility of States for Injuries to Aliens*, Comments to Section 192, pp. 572-573.

۱۷. رجوع کنید به:

– G. C. Christie: op. cit., (note 3), p. 309: «Interference with an alien's property may amount to expropriation even when no explicit attempt is made to affect the legal title to the property and even though the respondent State may specially disclaim any such intention».

– I. Seidl-Hohenveldern: «Aliens, Property», *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 8, North Holland Publications, Amsterdam (1985), p. 21: «The international law concerning the protection of alien property applies also to cases

همان‌گونه که ملاحظه خواهد شد، دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده در دعاوی مربوط به مصادره غیرمستقیم، بدون هیچ‌گونه بحث و یا شک و تردیدی، نظر اخیر را پذیرفته و بر آن اساس آراء خود را صادر نموده است.



سوابق و روایه‌های مشهور

همان‌گونه که قبل‌گفته شد، بحث مصادره غیرمستقیم کمتر در دعاوی بین‌المللی مطرح گردیده و لذا سوابق زیادی در این زمینه وجود ندارد. در دو دعاوی بین‌المللی بسیار مشهور در اوایل قرن حاضر، جنبه‌هایی از این موضوع دیده می‌شود. این دو دعوا عبارتند از: قضیه کارخانه «خورزو» و قضیه کشتی داران نروژی. البته، در هر دو مورد موضوع حقوق تبعی و حدود اقدامات

where the economic use of such property has been so seriously impaired by measures adopted or tolerated by the host State to deprive the owner of effective use of his property».

نویسنده‌گان دیگری نیز نظرات مشابهی ارائه کرده‌اند، از جمله:

- R. Dolzer: «Expropriation», *ibid*, p. 217.
- M. Domke: «Foreign nationalizations, some aspects of contemporary law», 55 *American Journal of International Law* (1961), p. 589.
- G. White: *Nationalization of Foreign Property*, Steven & Sons Ltd., London (1961), p. 44.
- B. A. Wortley: *Expropriation in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge (1959), pp. 45-50.
- M. Akehurst: *A Modern Introduction to International Law*, 6th ed., Allen & Unwin Publications, London (1986), pp. 95-96.
- B. H. Weston: op. cit., (note 3)

دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده، در پرونده سولا تایلز (*Sola Tiles*) به حق دولتها در حقوق بین‌الملل به مصادره اموال به نحو غیرمستقیم اشاره کرده است: «طبق روایه و مراجع دیگر، این مطلب کاملاً پذیرفته شده است که به موجب حقوق بین‌الملل، دولتها حق دارند اموال را از طریق دخالت در استفاده از آنها یا برخورداری از منافع آنها ضبط کنند، بطوریکه منجر به محرومیت از حقوق اساسی هالکانه گردد» (دعاوی سولا تایلز علیه دولت جمهوری اسلامی ایران، حکم شماره ۲۹۸۳۱۷-۱، موزخ ۲ اردیبهشت ۱۳۶۶، بند ۲۹ حکم) (متن انگلیسی منتشره در جلد ۱۴ گزارش آراء دیوان، انتشارات گرسیوس، ص ۲۲۳).

دولت مورد بحث بود و هیچ‌کدام از این دو دعوی معمولاً^{۱۸} از این دید بحث نمی‌کردند. در قضیه کارخانه خورزو دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی چنین نظر داد که دولت لهستان با ضبط کارخانه مورد بحث و ماشین آلات آن، در حقیقت حقوق قراردادی و مالکیت صنعتی آن را نیز ضبط نموده، هرچند دولت لهستان ادعا می‌کرد که چنین قصدی نداشته است.^{۱۹} در قضیه کشتی داران نروژی نیز وضعیت مشابهی وجود داشت و دیوان دائمی داوری بین‌المللی اعلام نمود که دولت ایالات متحده آمریکا با ضبط کشتی‌های نیمه‌تمام، در حقیقت قراردادهای مربوط را نیز ضبط کرده است، هرچند که دولت آمریکا منکر آن بود.^{۲۰} موضوع نزدیک‌تر به این مورد، قضیه اسکار چین است.^{۲۱} موضوع این دعوی از این قرار بود که دولت بلژیک در دهه ۱۹۲۰ در جهت رفع مشکلات اقتصادی مستعمره خود کنگو، اقدام به اعطای سوبیسید به یک شرکت حمل و نقل دولتی در آن مستعمره نمود. این اقدام باعث شد که شرکت رقیب در همان صنعت، که متعلق به یک تبعه انگلیس بنام اسکار چین بود، ورشکست و از صحنه رقابت خارج شود. دولت انگلستان قضیه را در دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی مطرح ساخت و مدعی شد که عمل دولت بلژیک در حکم مصادره اموال تبعه مورد بحث بوده و دولت بلژیک از این بابت، بر اساس حقوق بین‌الملل و همچنین عهدنامه‌های فی‌مابین، مسؤول است. دیوان دائمی دادگستری، با رد این ادعا، عمل دولت بلژیک را مصادره اموال تلقی نکرد. این حکم از چند نظر پراهمیت است. اول اینکه دیوان به قصد دولت بلژیک توجه نمود و نظر داد که عمل دولت بلژیک نه با قصد محرومیت فرد بیگانه بلکه به منظور رفع مشکلات اقتصادی مستعمره انجام گرفته و در این میان فرد بیگانه متضرر شده است. دوم اینکه چون عمل دولت بلژیک تنها علت محرومیت فرد بیگانه بود،

۱۸. قضیه کارخانه خورزو (Case Concerning the Factory at Chorzów)، آلمان علیه لهستان، حکم شماره ۷، موزخ ۲۵ مه ۱۹۲۶، گزارش آراء دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی، سری الف، شماره ۱۷، ص ۵۴۰.

۱۹. قضیه کشتی داران نروژی (Norwegian Shipowners Claims)، نروژ علیه ایالات متحده، حکم موزخ ۳۰ زوئن ۱۹۲۱، گزارش آراء داوری بین‌المللی، ج ۱ (۱۹۲۲)، ص ۳۰۷.

۲۰. قضیه اسکار چین، (Oscar Chinn)، انگلستان علیه بلژیک، حکم موزخ ۱۲ دسامبر ۱۹۲۴، گزارش آراء دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی، سری الف / ب، شماره ۶۳، ص ۶۵.

باید توجه داشت که اعمال دولتها را در صحنه اقتصادی، هرچند به محرومیت بیگانگان از اموال خود منجر گردد، نمی‌توان به آسانی مصادره اموال تلقی نمود. سوم اینکه ایجاد یا اعطای انحصار توسط دولتها، اگر منجر به ضرر بیگانگان گردد، فقط در صورتی مصادره اموال تلقی می‌شود که هدف از آن صرفًا محروم کردن بیگانه از اموال خود باشد.

در میان تصمیمات کمیسیون‌های دعاوی، که رویه بین‌المللی محسوب نمی‌شوند، اکثرًا می‌توان وضعیت مشابهی را ملاحظه کرد.^{۲۱}

۵

رویه دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده

الف. مقدمه

همان‌گونه که قبلاً توضیح داده شد، در حقیقت اکثر دعاوی مربوط به ضبط اموال در دیوان در زمرة دعاوی ضبط اموال به نحو غیرمستقیم است. جهت روشن شدن علت این امر لازم است راجع به اقدامات جمهوری اسلامی ایران و سیاستهای اقتصادی بلافاصله بعد از انقلاب توضیح مختصری داده شود.

در سال ۱۳۵۸ سیستم بانکی، شرکتهای بیمه و مؤسسات اعتباری، و بخشی از صنایع به طور مستقیم و با وضع قوانین خاص ملی اعلام شدند. بانکها با قانون مورخ ۱۷ خرداد ۱۳۵۸ ملی شدند.^{۲۲} قانون ملی شدن شرکتهای بیمه و مؤسسات اعتباری در تاریخ ۴ تیر ۱۳۵۸ به تصویب رسید.^{۲۳} صنعت نفت در

.۲۱. رجوع کنید به مقاله پروفسور گریستی (پانوشت شماره ۳)، ص ۳۱۸.

.۲۲. قانون ملی شدن بانکها، منتشره در روزنامه رسمی شماره ۱۰۰۱۲ مورخ ۱۷ تیر ۱۳۵۸.

.۲۳. قانون ملی شدن شرکتهای بیمه و مؤسسات اعتباری، منتشره در روزنامه رسمی شماره ۱۰۲۶۴ مورخ ۱ خرداد ۱۳۵۹.

ایران قبلاً در سال ۱۳۲۹ ملی شده بود^{۲۴}; لذا شورای انقلاب در تاریخ ۱۸ دی ۱۳۵۸ ماده واحدهای به تصویب رساند که بر اساس آن کمیسیون ویژه‌ای مأمور بررسی کلیه قراردادهای نفتی منعقده بعد از قانون ملی شدن صنعت نفت گردید تا قراردادهایی را که خلاف آن قانون تشخیص دهد کان لم یکن اعلام نماید. با این ترتیب، تقریباً کلیه قراردادهای نفتی با شرکتهای خارجی (و برخی قراردادها که مستقیماً نفتی محسوب نمی‌شوند مانند مشارکت مجتمع پتروشیمی خارک، موضوع پرونده معروف به «خمکو» در دیوان داوری) کان لم یکن اعلام گردید. از آنجاکه قانون خاصی جهت ملی کردن در این بخش وجود نداشت، در حقیقت دعاوی مطروحه توسط شرکتهای نفتی آمریکایی مبنی بر ضبط اموال در برابر دیوان داوری در چارچوب مصادره غیرمستقیم قابل مطالعه است و نتیجه گیریهای دیوان داوری نیز این وضعیت را تأیید می‌کند.^{۲۵} در صنایع، «قانون حفاظت و توسعه صنایع ایران»^{۲۶} صنایع خاصی را مستقیماً ملی اعلام نمود. در عین حال، قانون مقرر داشت که صنایع دیگر در صورت تحقق شرایط خاصی به مالکیت دولت درخواهند آمد. بعلاوه، با توجه به وضعیت کارخانجات و شرکتها و اینکه مدیران آنها اکثراً وظایف خود را راه کرده بودند، دولت به نصب مدیران موقت برای آن کارخانجات و شرکتها اقدام نمود.^{۲۷} موضوع نصب مدیران موقت خود از مبانی مهم ادعاهای مصادره غیرمستقیم در

۲۴. قانون ملی شدن صنعت نفت در ایران، مصوب ۲۹ اسفند ۱۳۲۹، منتشره در روزنامه رسمی مورخ ۱۲ اسفند ۱۳۳۰.

۲۵. بهطور مثال، رجوع کنید به حکم دیوان داوری دعاوی ایران- ایالات متحده در پرونده خمکو؛ دعاوی شرکت آموکو اینترنشنال علیه دولت جمهوری اسلامی ایران و سایرین؛ حکم جزئی شماره ۳۱۰۵۶۳ مورخ ۲۳ تیر ۱۳۶۶ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۱۵ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویوس، ص ۱۸۹).

۲۶. مصوب ۲۵ تیر ۱۳۵۸، منتشره در روزنامه رسمی شماره ۱۰۰۳۱ مورخ ۹ مرداد ۱۳۵۸. بند الف قانون مقرر می‌دارد که صنایع نور، کشتنی‌سازی، هواپیماسازی و اتومبیل‌سازی ملی شوند. بند ب قانون نیز اموال افراد مشخصی را مصادره می‌کند. ولی بندج شرایط خاصی را مقرر می‌دارد تا در صورت تحقق آن شرایط، کارخانجات و مؤسسات مشمول به مالکیت دولت درآیند. این بند از قانون از مبانی عمدۀ ادعاهای مصادره غیرمستقیم توسط خواهانهای آمریکایی در دیوان داوری است.

۲۷. لایحه قانونی مربوط به تعیین مدیر یا مدیران موقت برای سرپرستی واحدهای تولیدی و صنعتی و تجاری و کشاورزی و خدماتی، اعم از بخش عمومی و خصوصی، مصوب ۲۶ خرداد ۱۳۵۸، منتشره در روزنامه رسمی شماره ۱۰۰۱۲ مورخ ۱۷ تیر ۱۳۵۸. این قانون جایگزین تصویب‌نامه قانونی شماره ۲۳۲۶ مورخ ۲۹ فروردین ۱۳۵۸ شورای انقلاب اسلامی گردید.

دیوان داوری بود که به آنها اشاره خواهد شد. ادعاهای دیگری نیز در دیوان داوری مطرح گردید که با قوانین فوق ارتباطی نداشت و مبنای ادعاهای عبارت بود از دخالت ارگانهای دولتی در اموال مورد بحث.

با عنایت به اینکه اکثر ادعاهای مربوط به ملی کردن بانکها از طریق مذاکره حل و فصل شد و فقط دو ادعا در رابطه با ملی شدن صنعت ییمه در دیوان مطرح و رسیدگی گردید^{۲۸}، بخش اعظم دعاوی مربوط به ضبط اموال در دیوان با موضوع حاضر ارتباط دارد و در این چارچوب قابل مطالعه است.

ب. انتساب عمل به دولت

یکی از گامهای مقدماتی در رسیدگی به ادعاهای مصادره غیرمستقیم، موضوع انتساب عمل به دولت است. انتساب عمل مورد شکایت به دولت از عناصر مهم مسؤولیت دولت در حقوق بین الملل است و بیشک بار اثبات این امر به دوش طرفی است که مدعی چنین انتسابی است. در این رابطه، مدعی باید ثابت کند که عمل مورد شکایت که بنا به ادعا منجر به محرومیت وی گردیده، قابل انتساب به دولت است. عدم اثبات این ارتباط منجر به رد دعوی می شود. دیوان داوری در کلیه آراء خود این موضوع مهم را مذکور قرار داده و آن را شرط اولیه پیشرفت ادعاهای مصادره غیرمستقیم دانسته است^{۲۹}. به طور مثال، در پرونده «اوتبس» دیوان این شرط را به نحو زیر بیان نمود:

«برای آنکه اوتبس در ادعاهای خود در دیوان حاکم شناخته شود، باید ابتدا ثابت کند که در حقوق مالکانه وی به اندازه‌ای مداخله شده که در استفاده از آن حقوق یا بهره‌مندی از منافع آن تأثیر اساسی گذاشته و وی در اثر این دخالت متحمل زیان شده است و ثانیاً اینکه مداخله

۲۸. این دو دعوی عبارتند از:

- (۱) دعوای شرکت امریکن اینترنشنال گروپ (American International Group) علیه دولت جمهوری اسلامی ایران و بیمه مرکزی ایران، حکم شماره ۹۳۰۰-۳ موزخ ۲۸ آذر ۱۳۶۲ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۲ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروپسیوس، ص ۹۶).
- (۲) دعوای آیناکورپوریشن (INA Corporation) علیه دولت جمهوری اسلامی ایران، حکم شماره ۱۸۶۱-۱۴۰۰ موزخ ۲۱ مرداد ۱۳۶۴ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۸ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروپسیوس، ص ۳۷۳).

قابل انتساب به دولت ایران است.... بنابراین، دیوان باید دخالت‌های مورد شکایت اوتیس را بررسی و تعیین کند که آیا هیچ یک از این مداخلات یا تمامی آنها قابل انتساب به دولت ایران هست یا خیر».^{۲۹}

به همین ترتیب، در پرونده «پترولین» دیوان چنین نتیجه گرفت که هرچند خواهان از اموال خود محروم گردیده ولی نتوانسته مدارکی ارائه دهد که این محرومیت قابل استناد به دولت است.^{۳۰}

اول. اعمال مناسب به ارگانهای دولت:

معمولًاً اعمالی که انتساب آنها به دولت مورد بحث است از ارگانهای مختلف دولت سرزده است. در این رابطه مقرراتی در حقوق بین‌الملل وجود دارد که چگونگی انتساب اعمال ارگانها به دولت را تنظیم می‌کند. نکته اصلی در این مقررات تشخیص بین اعمال خصوصی و عمومی (یا دولتی) است. به طور خلاصه سه اصل مهم در این زمینه شاخص است:

۱. دعوای شرکت اوتیس (OIL) علیه دولت جمهوری اسلامی ایران و بانک ملت، رأی شماره ۲۰۴۲۸۲۲ موزخ ۹ اردیبهشت ۱۳۶۶، ص ۱۵ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۱۴ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویوس، ص ۲۸۳).

همچنین رجوع کنید به حکم دیوان در دعوای آرتور یانگ (Arthur Young) علیه جمهوری اسلامی ایران و سایرین، حکم شماره ۳۳۸۴۸۴-۱ آذر ۱۳۶۶ موزخ ۱۰ آذر ۱۳۶۶، بند ۴۷ حکم (متن انگلیسی منتشره در جلد ۱۷ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویوس، ص ۲۴۵).

۲. دعوای پترولین اینک (Petrolane Inc.) علیه ایران، حکم شماره ۵۱۸۱۳۱۲ موزخ ۲۴ مرداد ۱۳۷۱، بند ۸۳ حکم:

«دیوان بر مبنای ادله مزبور مستقاعد شده است که ایستمن در مارس یا آوریل ۱۹۸۰ کنترل تجهیزات، دفاتر و داراییهای ثابت خود در اهواز را از دست داد. لیکن نظر دیوان این است که ادله و مدارک موجود کافی نیست ثابت کند که از دست رفتن کنترل قابل انتساب به دولت ایران است».

همچنین، رجوع کنید به حکم دیوان در دعوای ورنی رادنی پوئن (Vernie Rodney Pointon) علیه دولت جمهوری اسلامی ایران، حکم شماره ۵۱۶۳۲۲-۱ موزخ ۱۳۷۰، بند ۳۰ حکم:

«خواهانها برای ایفای تکلیف خود در اثبات دعوای باید... ثابت کنند که... سلب مالکیت یا سایر اقدامات مؤثر در حدود مالکانه آنان، که قابل انتساب به دولت ایران باشد، به وقوع پیوسته است».

کمیسیون دعاوی خارجی ایالات متحده در رسیدگی به دعوای ایران (رک، پانوشت ۲) از نظر مشاهی پیروی کرده است. در پرونده شماره IR-1942-1R نزد کمیسیون، به طور مثال، کمیسیون چنین نظر داده است که به ادعای ضبط اموال در صورتی ترتیب اثر داده می‌شود که: «دلایل مثبته وجود داشته باشد مبنی بر اینکه فرد یا افراد و یا واحدی که تحت نظر دولت ایران عمل می‌کنند مال را در اختیار گرفته‌اند» (تصمیم پیشنهادی شماره IR-0001-A موزخ ۱۹۹۲ آوریل ۱۹۹۲، در دعوای Gregory R. Vaughn علیه ایران، ص ۶).

متن تصمیم منتشر نشده است).

- (۱) اعمال نمایندگان و یا ارگانهای دولت، منتبه به دولت است؛
- (۲) اعمال خصوصی از جمله اعمال افراد، گروهها، انجمنها، شورشها ناموفق و مجرمان عادی قابل انتساب به دولت نیست؛
- (۳) در صورتی که دولت از انجام وظایف خود در جلوگیری از اعمال خصوصی که باعث وارد آمدن ضرر به اموال بیگانگان می‌گردد امتناع ورزد و یا در انجام وظایف خود مسامحه نماید، این عمل یا ترک عمل می‌تواند موجب مسؤولیت دولت گردد.^{۳۱}

دیوان داوری در ادعاهای مصادره غیرمستقیم که خواهانهای آمریکایی علیه دولت ایران مطرح می‌کردند و در بررسی اعمال ارگانهای ایرانی و انتساب اعمال آنها به دولت مواجه با وضع خاصی بود. گروهی از ارگانهای آنها در ضبط اموال خواهانها مورد ادعا بود، ارگانهای کلاسیک دولتی مثل وزارتخاره‌ها، ارتش و پلیس بودند که در انتساب اقدامات آنها به دولت مشکل خاصی وجود نداشت. گروه دیگر، نهادهای تأسیس یافته بعد از انقلاب در ایران

۳۱. در این رابطه رجوع کنید به مأخذ زیر:

- I. Brownlie: *Systems of the Law of Nations, State Responsibility*, Part I, Clarendon Press, Oxford (1983), p. 132.
- Judge Ago's third report to the International Law Commission on State Responsibility, U.N. Doc. ACC. 4/246 & Add 1-3 (1971), reprinted in *International Law Commission Year Book* (1977), p. 199.
- G. A. Christenson: «The doctrine of attributability in State responsibility», in: R. B. Lillich (ed.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, University Press of Virginia, Charlottesville (1983), p. 326.
- Hackworth: *Digest of International Law*, Vol. 5, Government Printing Office, Washington D. C. (1943), pp. 471-472.

در رابطه با بند سوم (مسؤولیت دولت از بابت قصور در انجام وظایف خود و ورود خسارت به بیگانگان) دیوان داوری در پرونده «امانوئل تو» ضمن اشاره به تصمیم کمیسیون دعاوی مکزیک- ایالات متحده در پرونده کنندی (۱۹۴ RIAA, 1927, p. 194) چنین نظر داد:

«خواهان استدلال می‌کند که خوانده در حفاظت از اموال وی در توللاک کالیفرنیا از تعریض و گزند امریکاییان ضد ایرانی، کوتاهی کرده است.... مسؤولیت فقط رمانی حادث می‌شود که حمایت پلیس از یک حداقل میزان منطقی، کمتر باشد... بهطور معمول، میزان حمایت پلیس از اتباع خارجی، چنانچه کمتر از حد حمایت از اتباع آن دولت باشد، نامعقول محسوب می‌شود.» (دعاوی امانوئل تو علیه ایالات متحده آمریکا، حکم شماره ۴۶۰-۸۸۰ دی ۱۳۶۸، بند ۲۲ حکم) (متن انگلیسی منتشره در جلد ۲۳ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویوس، ص ۳۷۸).

بودند و قیاس آنها با نهادهای دولتی در سایر کشورها دشوار یا بعضاً غیرممکن بود و لذا وضعیت حقوقی آنها و ارتباطشان با دولت بررسیهای دقیقی را می‌طلبید. نهادهایی مانند کمیته‌های انقلاب اسلامی، سپاه پاسداران انقلاب اسلامی، بنیاد مستضعفان و شوراهای اسلامی کارگری در زمرة این گروه بودند. در این‌گونه دعاوی، دولت ایران اعمال این نهادها را قابل انتساب به خود نمی‌دانست و مسؤولیت اعمال آنها را نمی‌پذیرفت. لذا دیوان وضعیت حقوقی هر کدام از این نهادها را در پرونده‌های مختلف رسیدگی نمود و در نتیجه، جز در مورد شوراهای کارگری، اعمال آنها را به دولت منتبث دانست و یا آن نهادها را واحد تحت کنترل دولت ایران طبق تعریف مندرج در بند ۳ ماده ۷ بیانیه الجزایر تشخیص داد.

وضعیت شوراهای کارگری در پرونده «شرینگ» مطرح گردید. خواهان در این پرونده مدعی بود که اموال متعلق به شرکت فرعی ایرانی وی با اعمال شورای کارگری آن شرکت ضبط شده است. دیوان در این رابطه ابتدا اعلام نمود که جهت انتساب اعمال شورای کارگری به دولت، باید ثابت گردد که «شورای کارگران در واقع از طرف دولت ایران یا یکی از سازمانها یا واحدهای آن عمل کرده باشد و در انتخاب اعضای شورا... اعمال نفوذی از طرف دولت شده یا دستور العمل یا توصیه‌هایی به شورا صادر شده یا شورا به موجب دستور یک مقام دولتی عمل کرده باشد».^{۲۲}

سپس، دیوان در رابطه با وضعیت شوراهای کارگری چنین اعلام نمود: «قوانين و مقررات مربوط به ایجاد شوراهای کارکنان مشخص نمی‌سازند که قرار بود شوراهای وظایفی غیر از منافع کارگران در مقابل مدیریت شرکتها و مؤسسات و همکاری با مدیریت به عهده گیرند. اینکه تشکیل شوراهای ابتکار دولت صورت گرفت، به این مفهوم نیست که قرار بود شوراهای به عنوان بخشی از دستگاههای دولت عمل

۲۲. دعوای شرکت شرینگ (Schering) علیه جمهوری اسلامی ایران، حکم شماره ۱۲۲-۳۸۳ موزخ فروردین ۱۳۶۳، ص ۱۳ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۵ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویوس، ص ۳۷۰).

با توجه به این نتیجه گیری و از آنجا که دلیلی مبنی بر تأثیر یا اعمال نفوذ دولت در شورای کارگری وجود نداشت، دیوان مسؤولیتی برای دولت ایران از بابت اعمال شورای کارگری قائل نگردید و ادعای ضبط اموال در این پرونده رد شد. دیوان در مورد سازمانهای متعلق به دولت که دارای شخصیت حقوقی مستقل هستند نیز استدلال مشابهی کرده است. به طور مثال، در پرونده معروف به «I. T. P. C.»، خواهان ادعا می‌کرد که بانک تجارت ساختمان متعلق به وی را ضبط نموده و از آنجا که بانک به دولت تعلق دارد، دولت ایران مسؤول است. دیوان این ادعا را رد کرد و چنین نظر داد که هرچند بانک به دولت ایران تعلق دارد، در عین حال دارای شخصیت حقوقی مستقل است و دخالت دولت در امور بانک منحصر به سیاستهای اساسی است نه امور روزمره، و لذا نمی‌توان از بابت اعمال بانک مسؤولیتی برای دولت ایران متصوّر گردید.^{۳۴}

در رابطه با سپاه پاسداران و کمیته‌های انقلاب اسلامی، با توجه به وضعیت نظامی و انتظامی آنها، دیوان اقدامات آنها را منتبه به دولت دانست. در پرونده‌های ویلیام پریرا^{۳۵} و سولا تایلر^{۳۶} چنین حکم داده شد که کمیته انقلاب اسلامی و سپاه پاسداران ارگانهای دولتی هستند و اعمال آنها قابل انتساب به دولت است. دیوان همچنین در پرونده هایت ایترنشنال، بنیاد مستضعفان را واحد تحت کنترل دولت ایران شناخت.^{۳۷}

۳۳. همان‌جا.

^{۳۴} دعوای شرکت ایترنشنال تکنیکال پروداکتس (International Technical Products Corporation) علیه دولت جمهوری اسلامی ایران، نیروی هوایی جمهوری اسلامی ایران و وزارت دفاع ملی ایران، حکم شماره ۱۹۶۳۰۲۳ موزخ ۶ آبان ۱۳۶۴، ص ۵۲ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۹ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسیوس، ص ۲۰۶).

^{۳۵} دعوای ویلیام پریرا (William Pereira) علیه ایران، حکم شماره ۱۱۶-۱-۳ موزخ ۲۸ اسفند ۱۳۶۲، ص ۴۰ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۴۰۵ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسیوس، ص ۲۲۶).

^{۳۶} دعوای سولا تایلر اینک (Sola Tiles Inc.) علیه ایران، حکم شماره ۲۹۸۳۱۲-۱ موزخ ۲ اردیبهشت ۱۳۶۶، بند ۴۰ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۱۴ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسیوس، ص ۲۲۳).

^{۳۷} دعوای شرکت هایت ایترنشنال (Hyatt International Corporation) علیه ایران، قرار اعدادی شماره ۵۴-۱۳۶۴-۱ موزخ ۲۶ شهریور ۱۳۶۴، ص ۳۰ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۹ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسیوس، صحن ۸۸-۹۵).

در اینجا لازم است درباره وضعیت قوای مقتنه و قضائیه و اعمال آنها نیز بحث شود. از آنجا که از دید حقوق بین‌الملل مسؤولیت بین‌المللی متوجه مجموعه یک دولت است و تقسیمات داخلی و تفکیک قوانینی تواند بهانه‌ای برای شانه خالی کردن از مسؤولیت باشد، اعمال قوای مقتنه و قضائیه که منجر به ورود خسارت به بیگانگان گردد، ممکن است در شرایطی برای دولت مسؤولیت بین‌المللی ایجاد نماید.^{۲۸}

اعمال قوّه مقتنه در وضع قوانین خاص و یا امتیاع از وضع قوانین که منجر به ورود خسارت به بیگانگان شود می‌تواند در شرایطی مسؤولیت بین‌المللی دولت را موجب گردد. در مورد قوّه قضائیه، معمولاً مسؤولیت دولت در رابطه با مواردی چون عدم اجرای عدالت در مورد بیگانه، صدور احکام خلاف اصول

۳. رجوع کنید به منابع زیر:

– ماده ۶ پیشنهادی کمیسیون حقوق بین‌الملل که چنین پیش‌بینی می‌کند:

حقوق بین‌الملل عمل ارگان یک دولت را به عنوان عمل آن دولت تلقی می‌نماید و در این مورد فرقی نیست که آن ارگان متعلق به قوه مؤسس، مقتنه، مجریه، قضائیه یا قوه دیگری بوده باشد، و یا اینکه وظایف آن ارگان مشخصه داخلی یا بین‌المللی داشته باشد و همچنین فرقی نیست که ارگان مزبور در سازمان بندی دولت دارای موقعیتی عالی یا تبعی باشد، (گزارش کمیسیون حقوق بین‌الملل در موضوع مسؤولیت دولتها [پاپوشتها ۳۱، مأخذ دوم]، ص ۳۶)، متن اصلی:

«The conduct of an organ of the State shall be considered as an act of that State under international law, whether that organ belongs to the constituent, legislative, executive, judicial or other power, whether its functions are of an international or an internal character, and whether it holds a superior or a subordinate position in the organization of the State.»

– G. A. Christenson (مأخذ سوم پاپوشت ۳۱)، ص ۳۲۱.

– I. Brownlie (مأخذ اول پاپوشت ۳۱)، ص ۴۴۹.

– تصمیم شماره ۱۳۶ موزخ ۲۵ زون ۱۹۵۲ کمیسیون حل و فصل اختلافات ایتالیا - فرانسه (نقل شده در حکم دیوان داوری در پرونده اویل فیلد) که طبق آن کمیسیون چنین نظر داد:

«حکم صادره از یک مرجع قضائی عمل یک ارگان دولت است، به همان ترتیب که قانون مصوب مقام مقتنه عمل دولت است و یا تصمیم مقام اجرایی، عدم رعایت یک قاعدة بین‌المللی از جانب یک دادگاه برای کل سیستم، که دادگاه یکی از ارگانهای آن است، مسؤولیت بین‌المللی ایجاد می‌کند» متن اصلی:

«La sentence rendue par l'autorité judiciaire est une émanation d'un organe de l'Etat tout comme la loi promulgée par l'autorité législative, ou la décision prise par l'autorité exécutive. La non-observance d'une règle internationale, de la part d'un tribunal, crée la responsabilité internationale de la collectivité dont le tribunal est un organe.»

مأخذ: جلد ۱۳ مجموعه Reports of International Arbitral Awards، ص ۴۳۸.

مسلم حقوق بین‌الملل و یا تعهدات بین‌المللی دولت مطرح می‌شود. ولی احکام دادگاهها که موجب محرومیت بیگانه از اموال خود گردد نیز می‌تواند در شرایطی برای دولت از نظر بین‌المللی مسؤولیت آور باشد. بدیهی است هر محرومیتی که در نتیجه حکم دادگاه باشد، برای دولت مسؤولیت‌زا نیست.

در رویه دیوان داوری تاکنون فقط یک حکم مرتبط با این موضوع وجود دارد و آن، حکم دیوان در پرونده اویل فیلد است.^{۳۹} در این پرونده، خواهان (یک شرکت آمریکایی) تعدادی تجهیزات ضد فوران نفت به شرکت «آسکو» اجاره داده و طبق ادعای طرف ایرانی در موعد مقرر از بازگرداندن آنها امتناع ورزیده بود. بنا به اظهار طرف ایرانی، دلیل باز نگرداندن تجهیزات، حکم دادگاه محل بود که صریحاً بازگرداندن آنها را منع می‌کرد. در این رابطه دیوان ابتدا اعلام کرد:

«این مطلب در حقوق بین‌الملل کاملاً پذیرفته شده که تصمیم دادگاهی مبنی بر محروم ساختن فردی از استفاده و منافع اموالش می‌تواند در حکم مصادره چنین مالی تلقی شود و چنین عملی قابل انتساب به دولت متبع آن دادگاه می‌باشد.»^{۴۰}

سپس دیوان در رابطه با اعمال این قاعده به دعواهای مطروحه چنین حکم

داد:

«مدخله در استفاده از سه دستگاه جلوگیری از فوران، به واسطه دستور دادگاه اهواز، در حکم ضبط این دستگاههاست. نماینده شرکت نفت صریحاً اظهار داشت که به واسطه دستور دادگاه اهواز از ادامه پرداخت وجه یا اعاده دستگاهها منع بوده است. نماینده دولت (ایران) به این مطلب اعتراض نکرد. دستور دادگاه صرفاً اثر موقت نداشته، بلکه بطوریکه نگه داشتن دائمی دستگاهها توسط شرکت نفت مدلل می‌سازد، در حکم محرومیت دائمی از استفاده از آنها بود. در این اوضاع و احوال، و با در نظر گرفتن عدم امکان خواهان به اعتراض به

۳۹. دعوای شرکت اویل فیلد (Oil Field) علیه جمهوری اسلامی ایران و شرکت ملی نفت ایران، حکم شماره ۱۳۶۵ مهر ۱۶ مورخ ۲۵۸۴۳-۱ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۱۲ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویوس، ص ۳۰۸).

۴۰. همان، بند ۴۲ حکم.

دستور دادگاه در ایران، ضبط سه دستگاه جلوگیری از فوران که دولت مسؤول آن است واقع شده است.^{۴۱}

هرچند در اعلام این مطلب که احکام دادگاهها مبنی بر محرومیت بیگانگان از اموالشان می‌تواند موجب مسؤولیت دولت از بابت ضبط اموال گردد اشکالی بدنظر نمی‌رسد، ولی اعمال این قاعده براین پرونده معقول نمی‌نماید. در رسیدگی به واقعیات این پرونده، دیوان نتیجه گیری خود را فقط به ظاهر حکم دادگاه اهواز مبتنی ساخته و رأی دیوان این موضوع را که آیا حکم مذبور قابل اعتراض بوده یا خیر و آیا خواهان اقدامی در این رابطه بعمل آورده است، مسکوت گذارده و هیچ‌گونه توضیحی درخصوص آن نداده است. دیوان همچنین در مورد این مسأله که آیا حکم دادگاه اهواز موجه و عادلانه بوده یا خیر بررسی نکرده است. معنای قاعدة مورد استناد دیوان این نبوده و مسؤول شناختن دولت از بابت عمل دادگاه در چنین شرایطی از لحاظ حقوقی قابل دفاع نیست.

دوم. **بيانیة الجزایر** و موضوع انتساب اعمال سازمانهای دولتی به دولت:

بند ۳ ماده ۷ بیانیه حل و فصل دعاوی چنین مقرر می‌دارد:

«ایران یعنی دولت ایران یا هر نوع سازمان سیاسی فرعی ایران و هر نوع مؤسسه، واحد و تشکیلاتی که به وسیله دولت ایران یا سازمانهای سیاسی فرعی آن کنترل می‌شود.»^{۴۲}

ظاهر ماده چنین می‌نماید که بیانیة الجزایر برای انتساب أعمال سازمانهای دولتی به دولت، مفهوم وسیع تری از حقوق بین‌الملل در نظر گرفته است. برخی از وکلای آمریکایی نیز در دعاوی خود در دیوان داوری همین تفسیر را از بیانیه ارائه داده و چنین ادعا کرده‌اند که هرگونه دخالت در حقوق

۴۱. همان، بند ۴۳ حکم.

۴۲. نام کامل بیانیه حل و فصل عبارت است از: «بیانیه دولت جمهوری دموکراتیک و مردمی الجزایر درباره حل و فصل اختلافات توسط دولت ایالات متحده آمریکا و دولت جمهوری اسلامی ایران». متن فارسی بیانیه در شماره اول مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی (صفحات ۲۵۷ به بعد) چاپ شده است.

مالی خواهانها، نه تنها از جانب دولت بلکه از جانب سازمانها و واحدهای فرعی دولتی، به ترتیب پیش‌بینی شده در مادهٔ یاد شده، برای دولت مسؤولیت آور است.^{۴۳} به طور مثال، در پروندهٔ فلکسی وان^{۴۴} طرف آمریکایی بحث مشابهی مطرح ساخت. جریان پروندهٔ از این قرار است که شرکت فلکسی وان قبل از انقلاب مقادیری وسایل و تجهیزات حمل و نقل دریایی به دو شرکت ایرانی بهنامهای «استارلاین» و «ایران اکسپرس» اجاره داده بود. فلکسی وان ادعای می‌کرد که شرکتهای مذکور از اواسط سال ۱۹۸۷ از پرداخت اجاره‌ها خودداری نمودند و به این دلیل شرکت مذکور از حقوق قراردادی و تجهیزات خود محروم گردیده است و از آنجاکه دو شرکت ایرانی تحت کنترل دولت ایران قرار دارند، باید حقوق مزبور مصادره شده تلقی و خسارت واردہ توسط دولت ایران جبران گردد. خواهان با تفسیر بند ۳ مادهٔ ۷ بیانیه به نحوی که اشاره شد، حتی از دو شرکت ایرانی (استارلاین و ایران اکسپرس) به عنوان خوانده نامی نبرد و فقط دولت ایران را خوانده دعوی قرار داد. دیوان پس از بررسی پرونده، این برداشت را رد کرد و چنین حکم داد که دولت فقط در صورتی مسؤول اعمال یا تعهدات اشخاص دیگر از جمله شرکتها و سازمانهای دولتی با شخصیت حقوقی مستقل است که آن اعمال مشخصاً به دولت قابل انتساب باشد. صرف اینکه واحدی تحت کنترل دولت قرار دارد به این معنی نیست که دولت خودبخود مسؤول اعمال آن واحد است. در این زمینه دیوان اظهار داشت:

«دیوان در پروندهٔ تیپتس^{۴۵} اعلام کرد که به دست گرفتن کنترل اموال توسط دولت، خودبخود و بلافاصله این نتیجه گیری را که دولت آن

۴۳. این تفسیر اشتباه را برخی نویسنده‌گان نیز ارائه داده‌اند. به طور مثال، رجوع کنید به کتاب رحمت‌الله‌خان، استاد حقوق بین‌الملل در دانشگاه دهلی.

R. Khan: *The Iran-United States Claims Tribunal, Controversies, Cases and Contributions*, Martinus Nijhoff Publications, Amsterdam (1990), p. 182.

۴۴. دعوای فلکسی وان (Flexi Van) علیه دولت جمهوری اسلامی ایران، حکم شماره ۱۳۶۵-۳۶۱۰۲ موزخ ۲۲ مهر ۱۳۶۵ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۱۲ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروپسیوس، ص ۳۲۵).

۴۵. دعوای تیپتس، ابت، مک‌کارتی، استراتن (Tippets, Abbott, McCarthy, Stratton) علیه دولت جمهوری اسلامی ایران و مهندسین مشاور تامز آفا (TAMS-AFFA)، حکم شماره ۱۴۱۷۵-۲ تیر ۱۳۶۳ (نسخه فارسی موزخ ۲۲ تیر ۱۳۶۳) (متن انگلیسی منتشره در جلد ۶ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروپسیوس، ص ۲۱۹).

اموال را ضبط کرده و بنابراین طبق حقوق بین‌الملل ملزم به پرداخت غرامت است، توجیه نمی‌کند. در پرونده حاضر، اموالی که خواهان باید مداخله دولت در آنها را اثبات کند تا ادعایش دایر بر سلب مالکیت به نتیجه برسد، حقوق فلکی و نسبت به قراردادهای اجاره است. صرف این واقعیت که دولت از طریق بنیاد^{۴۶}، استارلاین را کنترل نموده، سلب مالکیت از حقوق خواهان نسبت به قراردادهای اجاره با استارلاین را شامل نمی‌گردد. فقط در موردی که در خود حقوق قراردادی مداخله‌ای صورت گرفته باشد، می‌توان گفت که از حقوق قراردادی خواهان سلب مالکیت شده است و شرط اساسی چنین اظهار نظری این است که چنین مداخله‌ای قابل انتساب به دولت باشد.^{۴۷}

لذا بند ۳ ماده ۷ بیانیه‌های حل و فصل دعاوی (و بند ۴ ماده ۷ که همان تعریف را برای دولت ایالات متحده آمریکا ارائه می‌دهد) ارتباطی به موضوع انتساب اعمال واحدهای تحت کنترل به دولت ندارد. این ماده فقط ناظر بر صلاحیت دیوان و اهلیت اقامه دعوی در دیوان داوری است و پس از این مرحله، قواعد انتساب مسؤولیت به دولت همان است که در حقوق بین‌الملل پیش‌بینی شده و بیانیه الجزایر ترتیب خاص و بدیعی در این خصوص تعییه نکرده است.^{۴۸}.

ج. قصد دولت به ضبط اموال

از جمله مباحثی که معمولاً در رابطه با مصادره غیرمستقیم مطرح می‌گردد، موضوع قصد دولت به ضبط اموال است. سؤال این است که آیا در

۴۶. منظور بنیاد مستضعفان است. همان‌گونه که در صفحات قبل ذکر شد، دیوان در حکم هایت، بنیاد مستضعفان را واحد تحت کنترل دولت ایران شناخت.

۴۷. حکم فلکی و ان (ماخذ بانوشت^{۴۴}، ص ۲۱ (متن انگلیسی، ص ۳۴۸).

۴۸. بند ۳ ماده ۷ در مرحله پرداخت محکوم به احکام دیوان که به نفع طرفهای امریکایی صادر شده باشد نیز نقش مهمی دارد. بر اساس ماده ۷ بیانیه کلی، دولت ایران موافقت نموده است که احکام دیوان علیه ایران و به نفع طرفهای امریکایی از محل وجودی که ایران در اختیار دیوان قرار داده است، پرداخت گردد. بنابر تعریف «ایران» در بند ۳ ماده ۷ بیانیه حل و فصل، احکام صادره علیه سازمانها و واحدهای تحت کنترل دولت نیز همانند احکام صادره علیه دولت از محل حساب مذکور پرداخت می‌شود.

جریان اثبات مسؤولیت دولت از بابت مصادره غیرمستقیم، قصد آن دولت به ضبط مال مورد بحث نقشی دارد یا خیر؟ به نظر می‌رسد که باید دونوع قصد را در این زمینه از یکدیگر تفکیک و مطالعه نمود؛ یکی قصد به ضبط اموال به طرق غیرمستقیم، و دیگری قصد در اعمال و دخالتها در مال مورد بحث که مجموعه آنها مصادره غیرمستقیم تلقی خواهد شد.

در مورد اول، قصد دولت نباید نقشی داشته باشد. چراکه اولاً علت وجودی هر دعوای مبنی بر مصادره غیرمستقیم انکار دولت به مصادره ادعایی است، و ثانیاً اگر اقدامات دولت به محرومیت مالک از مال خود منجر گردد، نتیجه ضبط اموال است و اینکه دولت قصد ضبط مال موضوع دعوای را داشته است یا خیر، مؤثر در مقام نیست.

ولی در مورد دوم، موضوع متفاوت است. اگر اصل را بر این بگذاریم که اعمال دولت که نتیجه آنها محرومیت مالک مال است می‌تواند ضبط اموال تلقی گردد و قواعد ضبط اموال بر آن جاری شود، منطقی است که برای قصد دولت در آن اعمال اهمیت قائل شویم و عقیده داشته باشیم که دولت باید در آن اعمال (که مجموعه آنها ضبط اموال تلقی خواهد شد) قصد داشته باشد. نادیده گرفتن عنصر قصد در این مورد به این نتیجه غیرمعقول منجر خواهد گردید که دولت نه تنها بدون قصد در ضبط اموال، بلکه بدون قصد در اعمالی که مجموعه آنها ضبط اموال تلقی خواهد شد، مسؤول شناخته شود. به عبارت دیگر، تنها معیار محرومیت مالک مال در قلمرو یک دولت است و قصد دولت در هیچ مرحله‌ای دخیل نیست.^{۴۹}

در این رابطه، دیوان داوری در چند رأی موضوع قصد دولت را مورد بررسی قرار داده است و تمایز فوق را می‌توان در آن آراء مشاهده کرد. دیوان به قصد در ضبط اموال، اهمیتی نداده و نقشی برای آن در تحقیق مصادره غیرمستقیم و مسؤولیت دولت قائل نشده است. به طور مثال، در پرونده

^{۴۹} بدیهی است این به آن معنی نیست که اگر دولت به طور غیرعمد باعث ورود خسارت به اموال گردد، مالک مال مستحق جبران خسارت نیست. منظور این است که چنان ادعایی تحت تئوری ضبط اموال مطرح نمی‌گردد.

استارت، دیوان چنین حکم داد:

«در حقوق بین‌الملل پذیرفته شده است که اقدامات یک دولت در حقوق مالکانه ممکن است تا حدّی مداخله‌آمیز باشد و آن حقوق را طوری بی‌فایده نماید که می‌باشد آن را سلب شده تلقی نمود، هرچند دولت آن را سلب شده اعلام نکرده و مالکیّت مال رسماً به نام مالک اصلی باقی باشد.»^{۵۰}

همین نظر در پرونده دیگری با صراحت بیشتر تکرار شد:

«قصد دولت اهمیّت کمتری از آثار اقدامات دولت بر صاحب مال داشته و شکل کنترل یا دخل و تصرّف از واقعیّت اثر آن کنترل و مداخله حائز اهمیّت کمتری می‌باشد.»^{۵۱}

ولی در خصوص قصد دولت در أعمال و اقداماتی که مجموعه آنها مصادره غیرمستقیم تلقی می‌شود، دیوان به قصد دولت اهمیّت داده است. به عنوان مثال، در پرونده سی - لند، دیوان چنین اعلام نمود:

«احراز سلب مالکیّت، حدّاًقل مستلزم آن است که دیوان داوری متقادع شود که دولت تعتمدّاً در عملیات سی - لند مداخله کرده و سی - لند در اثر آن مداخلات از استفاده و انتفاع از سرمایه‌گذاری خود محروم شده باشد.»^{۵۲}

جريان پرونده از این قرار بود که شرکت آمریکایی سی - لند قبل از انقلاب مجوزی جهت ساخت و اداره یک ترمینال باربری در یکی از بنادر ایران کسب کرده بود. در این پرونده، سی - لند ادعّا می‌کرد که در جریان انقلاب فعالیتهای آن شرکت با مشکل روپرو گردیده بود و مقامات و پرسنل بندر هیچ‌گونه همکاری با آن شرکت نمی‌کردند. بنا به ادعّای سی - لند، این وضعیّت

۵۰. دعوای شرکت استارت هاوینگ (Starrett Housing Corporation) و دیگران علیه دولت جمهوری اسلامی ایران، قرار اعدادی شماره ۳۲-۲۴-۱ موزخ ۲۸ آذر ۱۳۶۲ (نسخه فارسی موزخ ۲۵ بهمن ۱۳۶۲)، ص ۴۷ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۴ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویوس، ص ۱۵۶).

۵۱. حکم تامر آقا (ماخذ پاپوشت ۴۵)، ص ۱۱ (متن انگلیسی، ص ۲۲۵).

۵۲. دعوای سی - لند (Sea-Land) علیه ایران، حکم شماره ۱۳۵-۳۳-۱ موزخ اول تیر ۱۳۶۳ (نسخه فارسی موزخ ۳۰ مرداد ۱۳۶۳)، ص ۲۵ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۶ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویوس، ص ۱۶۶).

باعت گردید که این شرکت از حقوق خود در استفاده از تسهیلات بندری محروم گردد و مسؤول این محرومیت دولت ایران بود. دیوان پس از بررسی ادعاها به این نتیجه رسید که اوضاع مورد اشاره سی - لند در جریان وقایع انقلاب عادی بوده و هیچ نشانه‌ای در دست نیست که مقامات دولتی عمدتاً در فعالیتهای این شرکت اخلال ایجاد کرده باشند. با توجه به این سابقه بود که دیوان جمله اشاره شده در فوق را در حکم خود آورد.

لذا از نتیجه گیری دیوان در این پرونده روشن است که دیوان قصد دولت در اعمال و دخالتهاش در حقوق مالی بیگانگان را از شرایط مهم تحقق مصادره غیرمستقیم می‌داند. اگر نتیجه چنان اعمال و دخالتهای عمدی، محرومیت بیگانه و ضبط اموال وی تلقی گردد، دیگر اینکه آیا دولت قصد ضبط اموال (در معنی اصطلاحی کلمه) را داشته است یا خیر اهمیتی ندارد. این معنی در پرونده دیگری نیز توسط دیوان به نحوی بیان شد. در پرونده امریکن بل، خواهان ادعا می‌کرد که وجوده موجود در حساب بانکی وی توسط دولت ایران ضبط گردیده و تلاش او برای آزادسازی وجوده به جایی نرسیده است. دیوان پس از بررسی واقعیات پرونده به این نتیجه رسید که خواهان از اموال خود محروم شده و این محرومیت قابل استناد به دولت ایران است. در این رابطه، دیوان بدین ترتیب حکم داد:

«در مواردی مانند مورد حاضر، که هم منظور و هم اثر اقدامات منجر به محرومیت کامل شخص از استفاده از وجوده خود بدون تحصیل رضایت داوطلبانه وی گردد، ناگزیر باید نظر داد که طبق هر قانون حاکمی، اعم از بین المللی یا داخلی، باید غرامت گرفتن یا مصادره پرداخت شود.»^{۵۳}

با توجه به مراتب فوق، می‌توان گفت که در رویه دیوان داوری، عنصر قصد در نتیجه گیری اینکه آیا مصادره غیرمستقیم به وقوع پیوسته است یا خیر،

۵۳. دعوای امریکن بل اینترنشنال (American Bell International) علیه ایران، حکم شماره ۲۵۵.۴۸۳ موزخ ۲۸ شهریور ۱۳۶۵ (نسخه فارسی موزخ ۱۸ دی ۱۳۶۵)، ص ۷۳، بند ۱۵۰ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۱۲ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویوس، ص ۲۱۴).

نقش مهمی دارد، هرچند اگر ثابت گردد که دخالت‌های عمدی دولت در اموال بیگانه مدعی ضبط اموال به درجه‌ای بوده که بتوان به طور معقول نتیجه گرفت وی از اموال خود محروم گردیده است، قصد اوّلیه یا بعدی به ضبط اموال (در معنی اصطلاحی آن) را می‌توان نادیده گرفت.

گفتنی است برخی از نویسنده‌گان که در این مورد مطالعه کرده‌اند، آراء دیوان در موضوع قصد دولت در مصادره غیرمستقیم به‌ویژه آراء دیوان در پرونده‌های سی - لند و «تامز آفا» (به شرح نقل شده در فوق) را متناقض تشخیص داده‌اند.^{۵۴} هرچند ممکن است ظاهر نتیجه گیریهای دیوان در این پرونده چنان استنتاجی را توجیه کند ولی - همان‌گونه که توضیح داده شد - قصد در ضبط اموال و قصد در دخالت‌هایی که منجر به ضبط اموال می‌گردد، از یکدیگر قابل تفکیک‌اند. لذا نتیجه گیری دیوان در پرونده تامز آفا مبنی بر اینکه قصد دولت در برابر آثار اعمال وی از اهمیت کمتری برخوردار می‌باشد، در اشاره به قصد اوّلیه به «ضبط اموال» است، و آنچه که دیوان در پرونده سی - لند اعلام می‌کند (الزوم حضور عمد در عمل دولت جهت تحقیق مصادره غیرمستقیم) مربوط می‌شود به اعمال و دخالت‌های دولت که احتمالاً به تحقیق مصادره غیرمستقیم منجر می‌گردد.

د. اقدامات و دخالت‌های دولت که به مصادره غیرمستقیم منجر می‌شود

در خصوص اینکه چه نوع اعمال دولت نسبت به مال خاصی می‌تواند به مصادره غیرمستقیم منجر شود، دیوان داوری به‌وضوح و مکرراً نظر داده است که محرومیت واقعی و دائمی مالک مال در نتیجه اعمال دولت باید ثابت گردد. هرچند، همان‌گونه که در ابتدای این مقاله عنوان شد، اعمال و دخالت‌های دولت که ممکن است به مصادره غیرمستقیم منجر گردد گوناگون و متنوع بوده و قابل

^{۵۴} رجوع کنید:

M. Pellonpaa, M. Fitzmaurice: «Taking of property in the practice of the Iran-United States Claims Tribunal», 19 Netherlands Year Book of International Law (1988), pp. 80-85.

تحدید نیست، با این‌همه عناوین آعمالی که غالباً به دولت نسبت داده می‌شود شامل موارد زیر است:

۱. ضبط عین مال؛
۲. معامله اجباری؛
۳. امتیاع از استرداد مال؛
۴. تعییل مدیر یا مدیران جهت اداره مال؛
۵. محدودیت در صدور اموال یا انتقال پول به خارج از کشور؛
۶. تقلیل قیمت مال بر اثر مقررات موضوعه دولت.

۱. ضبط عین مال:

صرف تصریف مال بدون قصد مصادره هیچگاه دلیل بر مصادره غیرمستقیم و مسؤولیت دولت نیست. غالباً دیده شده است که دولتها بنابر ضرورتهای مختلف اموال خصوصی را برای مدتی در اختیار گرفته و از آن استفاده کرده‌اند. آنچه در این رابطه اهمیت دارد رفتار بعدی دولت با چنین مالی است که در مواردی از مصادره غیرمستقیم حکایت می‌کند. دیوان داوری به‌طور مثال در پرونده تامز آفا این وضعیت را به نحو زیر بیان کرد:

«در حالی که به‌دست گرفتن کنترل اموال توسط دولت خودبخود و بلاfaciale این نتیجه گیری را که دولت آن اموال را ضبط کرده، و بنابراین طبق حقوق بین‌الملل ملزم به پرداخت غرامت است توجیه نمی‌کند، مع‌هذا هرگاه رویدادها نشان دهد که مالک از حقوق اساسی مالکیت محروم شده و ظاهراً محرومیت امری صرفاً گذرا نبوده، این‌چنین نتیجه گیری قابل توجیه است.»^{۵۵}

لذا دیوان فقط زمانی حکم به مصادره غیرمستقیم صادر می‌کند که قانع شده باشد ضبط مال اقدامی مؤقت نیست و مالک مال واقعاً از مال خود و یا از برخورداری از آن محروم شده است. البته، در موارد زیادی، دیوان در حصول به این اقناع سخت‌گیری خاصی نکرده است. به‌طور مثال، در پرونده کامپیوتر

.۵۵ حکم تامز آفا (مأخذ پانوشت ۴۵)، ص ۱۱ (متن انگلیسی، ص ۲۲۵).

ساینس، خواهان آمریکایی مدعی بود که وسائل و مبلغمان دفتری متعلق به شرکت فرعی ایرانی وی در تهران، بر اثر ورود پاسداران به دفتر و ممانعت آنان از ورود پرسنل شرکت به دفتر، مصادره شده است. دیوان این ادعا را پذیرفت و حکم داد که وسائل و مبلغمان فوق مصادره شده و خواهان مستحق دریافت خسارت است. دلیل دیوان برای این نتیجه گیری فقط شهادتnameای بود که خود خواهان تقدیم داشته و در آن ماجرا را شرح داده بود. دیوان در حصول به این نتیجه و در رابطه با شهادتname ارائه شده چنین نظر داد:

«خواهان سوگندنامهای از ذیحساب وقت «سی. اس. سی. اس. آی.» (شرکت فرعی شرکت خواهان) در ایران تسلیم نموده که ضمن آن نامبرده شهادت داده که وی در آوریل ۱۹۷۹ هنگامی که نمایندگان کمیته انقلاب وارد شرکت شده و به کارکنان دستور دادند که محل را ترک کنند و چیزی را از دفتر خارج نسازند در دفتر «سی. اس. سی. اس. آی.» در تهران حضور داشته است. این مدرک مورد ایراد واقع نشده و دیوان متقادع شده است که «سی. اس. سی. اس. آی.» بدین ترتیب از استفاده از اثناء و وسائل اداری، و سپس از دسترسی به آنها ممنوع شده است.»^{۵۶}

مشابه این وضعیت در پرونده دیمز اندمور وجود داشت که دیوان در این مورد حکم زیر را صادر کرد:

«تصرف یکجانبه اموال و منع استفاده از آن توسط مالکان ذی حق می‌تواند، حتی بدون تصویب‌نامه رسمی در خصوص مالکیت اموال،

۵۶ دعوای شرکت کامپیوتر ساینس (Computer Science Corporation) علیه دولت جمهوری اسلامی ایران وغیره، حکم شماره ۲۲۱۵۵-۱ فروردین ۱۳۶۵، ص ۶۱ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۱۰ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروپوس، ص ۲۲۹). همان‌گونه که عنوان شد، دیوان در موارد زیادی، از جمله در این پرونده، برای حصول اطمینان از محرومیت دائم بیگانه پس از ضبط اوقیه مال وی، سختگیری لازم را به خرج نداده است. در مورد حکم دیوان در این پرونده به طور مثال، علاوه بر اینکه تکه بر شهادتname خود خواهان به عنوان تنها مدرک اثبات ادعا قابل توجیه نیست، دیوان تاریخ ضبط اموال را ماه آوریل ۱۹۷۹ (فروردین ۱۳۵۸) تعیین می‌کند که حدود دو ماه پس از پیروزی انقلاب اسلامی است. بدیهی است برای دولت ایران امکان بررسی ادعاهای متدرج در شهادتname تقدیمی و ارائه دلایل معارض، با توجه به دوره مورد نظر، قابل تصور نیست. علاوه، ضبط وسائل کهنه دفتری چیزی نیست که دولت بهره‌های از آن بجوید و اگر هم دخالتی وجود داشته است می‌بایست برای مدت کوتاهی بوده باشد.

۲. معاملات اجباری:

اجبار بیگانه به انتقال مال خود یا فروش آن به کمتر از قیمت واقعی مال ممکن است مصادره غیرمستقیم تلقی شود. وستون، استاد آمریکایی حقوق بین الملل، در این مورد نوشتند است:

«در صورتی که مال متعلق به بیگانه بدون رضایت وی به کمتر از قیمت واقعی آن معامله گردد، این عمل می‌تواند علاً محرومیت تلقی شده و مسؤولیت به پرداخت خسارت را موجب گردد.»^{۵۸}

پروفسور کریستی نیز چنین نظر داده است:

«اجبار بیگانه توسط دولت به فروش مال خود به دولت یا شخص ثالث به کمتر از قیمت واقعی آن، می‌تواند مبنایی برای ادعای خسارت باشد.»^{۵۹}

بدیهی است اجبار بیگانه به فروش مال خود باید به نحو مستقیم باشد؛ لذا خوف متصوّر توسط مالک مال و معامله به غین بر اثر چنان خوفی، باعث مسؤولیت دولت نمی‌گردد. مثال مناسب این وضعیت فروش مال توسط بیگانه از ترس ضبط احتمالی مال به وسیله دولت است. چنانچه بیگانه فقط به تصوّر اینکه اگر مال خود را زودتر نفروشد ممکن است آن مال توسط دولت ضبط گردد مال را به قیمت ارزان‌تری معامله کند، بعداً نمی‌تواند ادعایی علیه دولت

۵۷. دعوای شرکت دیمز اند مور (*Dames and Moore*) علیه دولت جمهوری اسلامی ایران، سازمان انرژی اتمی ایران و سایرین، حکم شماره ۹۷۵۴.۳ موزخ ۳۰ آذر ۱۳۶۲، ص ۱۸ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۴ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویوس، ص ۲۲۲).

همچنین، رجوع کنید به حکم دیوان در دعوای ویلیام پریرا (پانوشت ۳۵)، ص ۴۱ (متن انگلیسی، ص ۲۲۶ و ۲۲۷) و حکم دیوان در دعوای لوتاراد و ماویس دیلی (*Leonard and Mavis Daley*) علیه جمهوری اسلامی ایران، حکم شماره ۳۶۰-۱۰۵۱۴.۱ فروردین ۱۳۶۷، بندهای ۲۰ و ۳۵ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۱۸ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویوس، ص ۲۲۲).

B. H. Weston.^{۵۸} (پانوشت ۳)، ص ۱۴۸.

G. C. Christie.^{۵۹} همانجا، ص ۳۲۹ و ۳۳۸.

طرح و تقاضای خسارت کند.^{۶۰} زیرا در این صورت معامله شبیه معامله اضطراری خواهد بود که در اکثر سیستم‌های حقوقی معتبر است.^{۶۱}

در دیوان داوری، اکثراً این مطلب در چارچوب دیگری یعنی تحت عنوان خروج اتباع ایالات متحده از ایران در اوایل سال ۱۳۵۷ مطرح گردیده است. بیشتر این افراد که دعواهایی در دیوان مطرح ساخته بودند ادعای می‌کردند، با توجه به شرایط موجود در آن برده و لزوم خروج فوری از ایران، مجبور شده‌اند اموال خود را به قیمت‌های بسیار نازلی بفروشند و لذا دولت ایران از این بابت مسؤول است و باید خسارات واردہ را جبران نماید. با توجه به حل و فصل یک کاسه این‌گونه دعاوی توسط دولتین^{۶۲}، این‌گونه ادعاهای در دیوان به جایی نرسید و کمیسیون حل و فصل دعاوی خارجی ایالات متحده مأمور رسیدگی به این قبیل دعاوی شد. در آرائی که کمیسیون تاکنون صادر کرده این‌گونه ادعاهای اکثراً رد شده است.^{۶۳}

البته، در یک مورد، دیوان داوری به موضوع معامله اجباری و مسؤولیت دولت از این بابت پرداخته و حکمی صادر کرده است. در پرونده امریکن بل، خواهان (شرکت امریکن بل) قبل از خروج از ایران وجوهی در یکی از بانکهای ایرانی بابت حل و فصل امور خود نگه داشته بود. پس از اداء منظور، شرکت بل از نماینده خود در ایران درخواست مابقی وجوه را می‌کند. در عوض، شرکت مخابرات ایران (طرف قرارداد با آن شرکت و خوانده دعوی نزد دیوان) خواستار واریز وجوه به حساب خود می‌شود. بنابر قول نماینده شرکت بل در ایران، شرکت مخابرات به او اطلاع داده بود که عدم احبابت درخواست، عواقب

۶۰ B. H. Weston, پانویس.

۶۱ ماده ۲۰۶ قانون مدنی ایران، بهطور مثال، مقرر می‌دارد: «اگر کسی در نتیجه اضطرار اقدام به معامله کند مکره محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود».

قابل ذکر است که در حقوق بعضی کشورها مانند انگلستان دادگاهها می‌توانند معامله اضطراری را با استفاده از قاعدة انصاف غیرنافذ اعلام نمایند. بهطور مثال رجوع کنید به مأخذ زیر:

W. T. Major: *The Law of Contract*, 5th ed., McDonald & Evans, Plymouth (1981), pp. 122-123.

۶۲ رک. پانویس.

۶۳ بهطور مثال، رجوع کنید به تصمیم پیشنهادی شماره IR-0028 مورخ ۱۸ آوریل ۱۹۹۲، در دعوای Algars Skindlers علیه ایران، ص. ۷. متن تصمیم منتشر نشده است.

شخصی برای وی خواهد داشت و در هر حال مانع از دسترسی شرکت مخابرات به وجود نخواهد شد. لذا نماینده مذکور اقدام به انتقال وجوده به حساب شرکت مخابرات نموده بود. دیوان در این مورد چنین نظر داد که واقعیات پرونده به نحوی است که می‌توان مصادره وجوده را محقق دانست:

«در مواردی مانند مورد حاضر که هم منظور و هم اثر اقدامات منجر به محرومیت کامل شخص از استفاده از وجود خود بدون تحصیل رضایت داوطلبانه وی گردد، ناگزیر باید نظر داد که طبق هر قانون حاکمی، اعم از بین المللی یا داخلی، باید غرامت گرفتن یا مصادره پرداخت شود مگر اینکه دلیل روشنی برای این ضبط وجود داشته باشد.»^{۶۴}

موضوع معامله اجباری در پرونده «I. T. P. C.»^{۶۵} نیز مطرح شد؛ منتهای در این پرونده دیوان چنین نتیجه گیری کرد که تا تاریخ ۲۹ دی ۱۳۵۹ (۱۹۸۱) مصادره‌ای صورت نگرفته است و لذا موضوع رسیدگی نشد.^{۶۶}

۳. امتناع از بازگرداندن اموال:

اگر مالی موقتاً در اختیار دولت یا سازمان دولتی باشد (به طور مثال تحت اجاره) و در زمان لازم بدون دلیل موجّه از بازگرداندن آن خودداری بعمل آید، تحقیق مصادره غیرمستقیم قابل تصور است. اینکه چه مدتی از تاریخ امتناع باید گذشته باشد تا بتوان نتیجه گیری کرد که مال به طور غیرمستقیم مصادره شده است، بستگی به اوضاع و احوال هر قضیه دارد.

در دیوان داوری، این موضوع در پرونده «اویل فیلد» مطرح گردید و همان‌گونه که قبلًا بحث شد، دیوان چنین نتیجه گیری کرد که خودداری شرکت ملّی نفت ایران (به جانشینی شرکت «آسکو») از بازگرداندن سه دستگاه ضدّ فوران نفت اجاره‌ای، به صاحب آنها در حکم مصادره آن وسایل بوده و خواهان از این بابت مستحق دریافت خسارت است.

^{۶۴} پرونده امریکن بل (پانوشت ۵۳)، بند ۱۵۰ حکم (متن انگلیسی، ص ۲۱۴).

^{۶۵} پرونده «ITPC»، پانوشت ۳۴.

^{۶۶} در رابطه با اهمیت این تاریخ رجوع کنید به بحث تاریخ مصادره در همین مقاله.

در پرونده یونایتد پینتینگ نیز خواهان ادعا می‌کرد وسایل و تجهیزات وی که پس از اتمام کار در ایران در اختیار شرکت ملی نفت ایران بود، علی‌رغم درخواست او به وی بازگردانده نشد و از این بابت مدعی بود که آن تجهیزات مصادره شده است. دیوان داوری دعوی مصادره را به دلیل عدم اثبات دخالت دولت در عدم استرداد تجهیزات به خواهان، رد کرد ولی شرکت ملی نفت ایران را مسؤول خسارات واردہ به خواهان در نتیجه عدم استرداد اموال مورد بحث دانست.^{۶۷}

همچنین، در پرونده ب- ۱ (ادعای ۴) دیوان داوری در رابطه با نگهداری و امتناع از استرداد اموال متعلق به دولت ایران توسط دولت ایالات متحده چنین نظر داد که عمل دولت اخیرالذکر می‌تواند ضبط اموال تلقی گردد:

«در تاریخ صدور این حکم جزئی، تصمیم متذبذه سال ۱۹۸۱ ریاست جمهوری ایالات متحده دایر بر غیرقابل صدور بودن اقلام دفاعی به ایران، لغو نشده و کماکان مانع استرداد اقلام متعلق به ایران است. بنابراین، اگرچه ایالات متحده هیچگاه اعلام نکرده است که قصد تصاحب این اموال را دارد و هیچگاه بدون اجازه ایران در صدد انتقال آنها به دیگری برنیامده است، ایران در نتیجه رفتار ایالات متحده، از اموال خود به طور کامل محروم شده است. چنین محرومیتی بدون تردید برای ایران پی‌آمدیابی به دنبال خواهد داشت که از سلب مالکیت ناشی می‌شود.»^{۶۸}

۴. نصب مدیر یا مدیران و مصادره غیرمستقیم:
از موارد عمدہ‌ای که خواهانهای آمریکایی در دیوان داوری بر آن مبنای ادعاهای خود بابت مصادره غیرمستقیم را مطرح کرده‌اند، موضوع محرومیت از حق اداره شرکتهای خود در ایران است.

۶۷ دعوای یونایتد پینتینگ (United Painting) علیه جمهوری اسلامی ایران، حکم شماره ۴۵۸۱۱۲۸۶.۳ موزخ ۲۹ آذر ۱۳۶۸ (نسخه فارسی موزخ ۴ اسفند ۱۳۶۸)، بند ۶۰ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۲۳ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویوس، ص ۳۵۱).

۶۸ دعوای جمهوری اسلامی ایران علیه ایالات متحده امریکا، حکم جزئی شماره: دیوان عمومی - ب- ۲۸۲-۱ موزخ ۹ شهریور ۱۳۶۷، بند ۲۰ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۱۹ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویوس، ص ۲۷۳).

وضعیت بحرانی امور تجاری و صنعتی در ایران در نیمة دوم سال ۱۳۵۷ و خروج اتباع آمریکایی از ایران، باعث گردید که شرکتها و پروژه‌های بسیاری بی‌سرپرست بمانند و رها شوند. دولت ایران پس از انقلاب، جهت جلوگیری از سقوط کامل پروژه‌های صنعتی و انحلال شرکتهای بی‌سرپرست — که علاوه بر عواقب مالی منجر به بیکاری هزاران تن از کارکنان این شرکتها و پروژه‌ها می‌شد — دست به اقدامات اضطراری زد. از جمله این اقدامات وضع قانون تعیین مدیران موقّت برای سرپرستی واحدهای تولیدی و صنعتی و کشاورزی و خدماتی بود که در تاریخ ۲۶/۳/۱۳۵۸ به تصویب شورای انقلاب رسید.^{۶۹} ماده ۱ این قانون به روشنی هدف از وضع قانون را نصب مدیر برای واحدهایی که مدیران قبلی آنها مناصب خود را رها کرده‌اند و دسترسی به آنان ممکن نیست، بیان داشته است و ادامه می‌دهد که مدیران جدید فقط جهت جلوگیری از تعطیل واحدهای مشمول قانون نصب می‌گردند:

«ماده ۱. در مورد واحدهای تولیدی و صنعتی و تجاری و کشاورزی و خدماتی اعم از بخش عمومی و خصوصی من جمله شرکتها و مؤسّسات صنعتی و معدنی و کشاورزی، پیمانکاری، مهندسی مشاور، مؤسّسات و شرکتهای ساختمانی و تأسیساتی، مجتمعهای مسکونی، مؤسّسات حمل و نقل، مؤسّسات تخلیه و بارگیری در بنادر که مدیران و یا صاحبان آنها واحدهای مزبور و یا کارگاه خود را رها کرده و یا کار را متوقف نموده و یا به هر علت دسترسی به آنها می‌ترسی و نیز با به تقاضای صاحبان یا مدیران واحدهای مذکور، هر یک از وزارت‌خانه‌ها، مؤسّسات یا شرکتهای دولتی که به نحوی با واحد مزبور طرف معامله و یا در ارتباط باشند و یا موضوع فعالیت واحد مربوط به آن وزارت‌خانه، مؤسّسه و یا شرکت دولتی باشد، می‌توانند به منظور جلوگیری از تعطیل واحدهای نامبرده با اطلاع وزارت کار و امور اجتماعی یک یا چند نفر را به سمت مدیر یا هیأت مدیره و یا اعضای ناظر جهت اداره و با نظارت بر اداره امور واحدهای مزبور تعیین نمایند.

تبصرة ۱. چنانچه مدیران مسؤول یا صاحبان واحدهای نامبرده در بالا در محل تصدی خود حضور دارند ولی به تشخیص وزارت‌خانه،

مؤسسه و یا شرکتهای دولتی مربوط یا وزارت کار و امور اجتماعی قادر به اداره امور واحد مزبور یا کار در کارگاه نیستند، با موافقت هیأت وزیران مشمول ماده ۱ این قانون می‌باشند.»

دستیازی به چنین اقداماتی توسط دولتها در وضعیت‌های بحرانی، پدیده جدیدی نیست. شاید کشوری نباشد که چنین وضعی را تجربه نکرده و به چنین اقداماتی متولّ نشده باشد. اینکه در موقع اضطراری، دولتها از اختیارات وسیع تری جهت سروسامان دادن به اوضاع اقتصادی کشور برخوردارند، محل تردید نیست.^{۷۰} پروفسور کریستی در مقاله پیش‌گفته^{۷۱}، با مطالعه روایة کمیسیون حل و فصل دعاوی خارجی ایالات متحده در زمینه اقدامات مشابه در کشورهای اروپای شرقی پس از جنگ دوم جهانی، به این نتیجه می‌رسد که این‌گونه اقدامات، مصادره غیرمستقیم تلقی نمی‌گردد.^{۷۲} پروفسور وستون، با مطالعه وسیع تری در این زمینه به همان نتیجه می‌رسد:

«با توجه به اینکه تصمیمات بین‌المللی، به معنی اخص، در این زمینه یافت نمی‌شود، چاره‌ای جز مراجعه به احکام دادگاههای داخلی نیست. چهار دعوا در دهه ۱۹۳۰ در دادگاههای هلند مورد رسیدگی قرار گرفته‌اند که هر کدام ناشی از نصب مدیر دولتی برای شرکتهای خصوصی در سرزمینهای تحت کنترل آلمان نازی است.... علی‌رغم اختلافات... چنین به نظر می‌رسد که اداره اموال خصوصی توسط مقامات دولتی را به تهایی عملی که مالک را مستحق دریافت خسارت نماید، نمی‌دانند.... این نتیجه گیری به‌نظر می‌رسد که در تنها پرونده دیگری که آن هم مربوط به اداره اموال خصوصی توسط مقامات آلمان نازی است، تأیید شده باشد.»^{۷۳}

وی پس از بررسی پرونده اخیر، دوباره همان نتیجه گیری را تکرار می‌کند:

- .۷۰. بمطور مثال، رجوع کنید به حکم دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه اسکار چین (بانوشت ۲۰).
.۷۱. رک. بانوشت ۲.
.۷۲. همانجا، صص ۳۱۸، ۳۲۷ و ۳۲۸.
.۷۳. همانجا، صص ۱۵۵ و ۱۵۶.

«مجدداً چاره‌ای جز این نیست که نتیجه‌گیری کنیم اداره اموال خصوصی توسط دولت به‌تهابی نمی‌تواند عملی مستحق پرداخت خسارت تلقی گردد، زیرا چنان عملی یک سربستی موقت است و به‌خودی خود منجر به مصادره غیرمستقیم نمی‌شود.»^{۷۴}

دیوان داوری لاهه در پرونده‌های زیادی، جهت تشخیص اینکه آیا تعیین مدیران دولتی توسط ایران برای شرکتهای خصوصی که اتباع ایالات متّحده در آنها علایقی داشته‌اند مصادره غیرمستقیم شرکت یا آن علایق تلقی می‌گردد یا خیر، قانون تعیین مدیران موقت را بررسی کرده است. نخستین پرونده از این نوع، دعوای استارت بود. موضوع این دعوی از این قرار بود که شرکت خواهان، از طریق شرکت فرعی ایرانی خود، قراردادی با بانک عمران جهت ساخت مجموعه‌های ساختمانی در تهران منعقد ساخته بود. در زمان فعالیت پروژه ساختمانی، خواهان حدود ۱۵۰ تبعه ایالات متّحده به عنوان ناظر یا مدیر پروژه در ایران داشت. در اواخر پاییز ۱۳۵۷ تقریباً تمامی این افراد بر اثر اوضاع انقلابی، ایران را ترک کردند. پس از پیروزی انقلاب، دولت جدید برای جلوگیری از سقوط پروژه و بیکار شدن کارگران آن، مدیر موقتی برای شرکت فرعی ایرانی که مسؤول پروژه بود تعیین کرد. تاریخ انتصاب مدیر موقت ۱۰ بهمن ۱۳۵۸ بود. این انتصاب بر مبنای قانون تعیین مدیران موقت - که فوقاً به آن اشاره شد - به عمل آمده بود. همان‌گونه که قبل‌از ذکر گردید، قانون در ماده ۱ خود، هدف از تعیین مدیران موقت برای واحدهای تحت پوشش را بیان داشته است و در ماده ۲ نحوه تعیین مدیران موقت را چنین مشخص می‌سازد:

«تعیین مدیر یا هیأت مدیره و اعضای ناظر با حکم اداری از طرف وزارت مربوط بعمل می‌آید و پس از ثبت مراتب در اداره ثبت شرکتها و مالکیت صنعتی، در روزنامه رسمی و روزنامه کثیرالانتشاری که جهت درج آگهی‌های هر واحد تعیین شده است منتشر می‌گردد. با صدور حکم مذکور جهت مدیر یا هیأت مدیره و ابلاغ مراتب به واحد مربوط، از مدیران و متصدّیان قبلی در مورد اداره امور آن واحد سلب

صلاحیت می‌گردد.»

ماده ۳ قانون مزبور، حدود اختیارات مدیران دولتی را تعیین می‌کند:

«مدیر یا هیأت مدیره، بدون حق تفویض نمایندگی، از هر حیث قائم مقام قانونی مدیران اصلی واحدها و شرکتها و مؤسسات مذکور در ماده ۱ بوده و دارای کلیه اختیارات لازم جهت اداره امور جاری و عادی می‌باشد و بدون اینکه احتیاج به تحصیل اجازه مخصوص از مدیران یا صاحبان واحدهای مربوط داشته باشد حق خواهد داشت به نحوی که متضمن صلاح و صرفه واحد مربوط و موافق با اصول و معیارهای جمهوری اسلامی باشد کلیه امور عادی و جاری آن واحد را اداره کرده و به نمایندگی آن واحد در حدود اختیارات مزبور اقدام نماید.»

در پرونده استارت، خواهان ادعایی کرد که حوادث و اعمال قابل استناد به دولت ایران از جمله تقلیل نیروی کار پروژه، اعتصابات، توقف سیستم بانکی کشور، مسدود شدن حسابهای بانکی خواهان، آزار و اذیت پرسنل آن شرکت و بالاتر از همه تعیین مدیر توسط دولت خواهان را از علایق خود در پروژه مورد بحث محروم ساخته و دولت ایران مسؤول این محرومیت است.

دیوان داوری، با بررسی ادعای مصادره غیر مستقیم در این پرونده، ابتدا کلیه مبانی مورد استناد خواهان بجز تعیین مدیر دولتی را رد کرد:

«دلیلی برای تردید وجود ندارد که حوادث قبل از ژانویه ۱۹۸۰ ایران که خواهانها به آن اشاره می‌کنند امکانات ایشان را برای پیشرفت کار ساختمانی با موانع جدی مواجه و نهایتاً پروژه را فلنج نمود. اما سرمایه‌گذاران در ایران مانند سرمایه‌گذاران در کلیه کشورهای خارجی باید این ریسک را قبول کنند که ممکن است با اعتصاب، تعطیل کار، اختلال، تغییر نظام اقتصادی و سیاسی و حتی با انقلاب رویرو شوند. تحقیق هیچ یک از این مخاطرات لزوماً به این معنا نیست که حقوق مالکانهای را که از این رویدادها متاثر شده، بتوان گرفته شده تلقی کرد. از نظر حقوق بین‌الملل چنین انقلابی استحقاق جبران

ولی در مورد تعیین مدیر موقّت دولتی برای شرکت فرعی ایرانی خواهان، دیوان این عمل را به عنوان اقدامی که خواهان را از کنترل حقوق مالی اش محروم کرده است تلقی نمود و نتیجه گرفت که اموال و حقوق مالی خواهان توسط دولت ایران به طور غیرمستقیم مصادره شده است. با توجه به واقعیات پرونده و اصول و رویه‌های حقوقی در این زمینه، استدلال و نتیجه‌گیری دیوان قانع‌کننده نیست. استنتاج دیوان در این حکم با رویه‌های موجود در تعارض است و حتی با استدلالهای دیوان در جهت ردّ سایر مبانی مورد استناد خواهان در این پرونده همسوی ندارد. دیوان در این مورد چنین نتیجه‌گیری می‌کند:

«مع‌هذا باید بدخاطر داشت که پذیرش کنترل مال توسط دولت، خودبخود و بی‌درنگ این نتیجه‌گیری را که دولت آن مال را گرفته و بنابراین باید طبق حقوق بین‌الملل غرامت بپردازد، نمی‌کند. در مورد حاضر نمی‌توان نادیده گرفت که از استارت تقاضا شده بود که کار پروژه را از سر گیرد. دولت ایران استدلال می‌کند که استارت می‌توانست مدیرانی از هر کشور دیگری غیر از آمریکا تعیین کند، ولی از جهات دیگر مدارک نشان نمی‌دهد که به استارت تحت چه شرایطی اجازه داده می‌شد که ساختمان پروژه را از سر گیرد. تکمیل پروژه بستگی به وجود عده‌زیادی سرپرستان ساختمانی و پیمانکاران فرعی آمریکایی داشت که می‌باشد جانشینانی برای آنها تعیین می‌شد و حق انتخاب مدیر و سرپرست و پیمانکار فرعی یک عنصر اساسی حق مدیریت هر پروژه‌ای است. بعلاوه، با در نظر گرفتن مفاد لایحه تکمیل ساختمان^{۷۶}، مسلم بود که استارت فقط طبق شرایط آن لایحه که متضمن تضییقات وسیعی در حق صاحبان قبلی در اداره پروژه بود می‌توانست کار را از نو شروع کند. در واقع، نحوه انشای لایحه مذکور ظاهرآن شان می‌دهد که حق اداره چنین پروژه‌هایی نهايتأ در اختیار وزارت مسکن و بانک مسکن قرار می‌گیرد. وبالاخره، اينکه

۷۵. قرار اعدادی در پرونده استارت (پیوشت ۵۰)، ص ۴۹ (متن انگلیسی، ص ۱۵۶).

۷۶. اشاره به قانون دیگری که انحصاراً به پروژه‌های ساختمانی نیمه‌ تمام مربوط می‌شد.

در مدارک ارائه شده در این پرونده نکته‌ای دال بر اینکه تقلیل ارزش حقوقی سهام و قراردادی استارت در اثر انتساب مدیران دولتی جبران خارت خواهد شد وجود ندارد.^{۷۷}

این بند از تصمیم دیوان نشان می‌دهد که تنها مبانی مورد نظر دیوان در نتیجه‌گیری مصادره غیرمستقیم عبارت است از اینکه بعد از انقلاب، کار در ایران برای اتباع ایالات متحده ممکن نبود و استارت فقط در چارچوب لایحه تکمیل پروژه‌های ساختمانی می‌توانست کار را از سر بگیرد.

در رابطه با مشکلات اتباع آمریکایی برای کار کردن در ایران، دیوان خود در این حکم چنین استدلال کرده است که دولت ایران از بابت انقلاب و آثار آن نسبت به بیگانگان مسؤولیتی ندارد:

«تحقیق هیچ‌یک از این مخاطرات لزوماً به این معنا نیست که حقوق مالکانه‌ای را که از این رویدادها متأثر شده، بتوان گرفته شده تلقی کرد. از نظر حقوق بین‌الملل، چنین انقلابی استحقاق جبران خارت به سرمایه‌گذاران نمی‌دهد.^{۷۸}

به این ترتیب، دیوان این امر را که بر اثر انقلاب در ایران اشخاص خاصی دیگر نمی‌توانند در ایران زندگی کنند، یک ریسک تجاری تلقی می‌کند که از آن بابت مسؤولیتی برای دولت ایران قابل تصور نیست. در رابطه با محدودیت‌های ایجاد شده برای خواهان در جهت اداره اموال خود نیز دیوان آن محدودیت‌ها را به‌خودی خود مصادره تلقی نمی‌کند و مشخص است که این محدودیت‌ها برای مدت معینی ایجاد گردیده بود. مع ذلك، دیوان به مبنای دیگری توسل می‌جوید و چنین نتیجه‌گیری می‌کند که چون دولت ایران در تاریخ ۱۰ بهمن ۱۳۵۸ مدیر موقّتی برای شرکت شاه گلی (شرکت فرعی ایرانی استارت) نصب نمود، لذا از آن تاریخ حقوق مالی خواهان باید ضبط شده تلقی گردد.

با توجه به مباحث فوق و با عنایت به سوابق و رویه‌های موجود و نوشت‌های حقوقدانان، استدلال و نتیجه‌گیری دیوان در این جهت که نصب مدیر

۷۷. قرار اعدادی در پرونده استارت (پانویس ۵۰)، ص ۴۸ (متن انگلیسی، ص ۱۵۵).

۷۸. همانجا، ص ۴۹ (متن انگلیسی، ص ۱۵۶).

موقّت توسط دولت در موقع بحران اقتصادی و اجتماعی و زمانی که مدیران اصلی مناسب خود را رها ساخته‌اند، مصادره غیر مستقیم تلقی می‌گردد چنان قانع‌کننده به نظر نمی‌رسد و از نظر حقوقی قابل دفاع نیست.

متأسفانه این خطّ تصمیم‌گیری در دیوان داوری ادامه یافته و تصمیمات مشابه زیادی در این راستا اتخاذ گردیده است. در پرونده سدکو^{۷۹} شعبه سوم دیوان به نتیجه مشابهی رسید. موضوع دعوی از این قرار بود که شرکت آمریکایی سدکو که در حفاری نفت فعال بود، از طریق شرکت فرعی پاناما بی خود مالک پنجاه درصد سهام شرکت ایرانی «سدیران» بود. در جریان جنبش‌های مردمی در سال ۱۳۵۷ مدیران و پرسنل آمریکایی سدیران ایران را ترک کردند و در فعالیت شرکت سدیران اختلال ایجاد شد. با توجه به این وضعیت، دولت ایران پس از انقلاب و در تاریخ اول آذر ۱۳۵۸ سه مدیر موقّت برای شرکت سدیران تعیین نمود. ادعای خواهان در این پرونده این بود که دولت ایران با این عمل علایق وی در شرکت سدیران را مصادره کرده است و لذا باید خسارت واردہ به خواهان را پردازد. خواندگان این موضوع را که شرکت سدیران به تملک دولت درآمده است، انکار نمی‌کردن، متنها عقیده داشتند که این انتقال مالکیت در اجرای بندج ماده ۱ قانون حفاظت و توسعه صنایع ایران بوده است.^{۸۰} بندج قانون ناظر به مواردی است که بدھی واحدهای مشمول قانون به بانکها از داراییهای آن واحدهای افزون باشد که در نتیجه چنان واحدهایی، با عنایت به اینکه دولت به واسطه ملی کردن بانکها مالک آنهاست، به مالکیت دولت درمی‌آیند. استدلال خواندگان در این پرونده این بود که إعمال قانون حفاظت و توسعه به شرکت سدیران نمی‌تواند مصادره تلقی گردد. شرکت سدیران به واسطه بدھیهای مازاد بر داراییهای خود به بانکها به تملک دولت درآمده بود و این عمل نمی‌تواند مصادره تلقی شود. مع ذلک، دیوان داوری با بررسی واقعیات پرونده و استدلالهای طرفین به این نتیجه رسید که شرکت

۷۹. دعوای شرکت سدکو (Sedco) علیه شرکت ملی نفت ایران و سایرین، قرار اعدادی شماره ۱۲۹.۳-۵۵.۷۹ موزخ آبان ۱۳۶۳ (متن انگلیسی منتشره در حلّ ۹ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویوس، ص ۲۴۸).

۸۰. رک. یانوشت ۲۶.

سدیران توست دولت ایران مصادره شده است:

«همچنین، این اصل نیز در حقوق بین الملل پذیرفته شده که دولت مسؤول زیانهای اقتصادی که نتیجه مقررات صادقاته در محدوده اختیارات پذیرفته شده حکومتی دولت است، نمی باشد.... مع هذا، هنگامی که عملی، مثل مورد اجرای بندج، منجر به انتقال تمام و کمال مالکیت می شود و نه صرفاً ورود یک زیان اقتصادی به طور اتفاقی، باید فرض کرد که سلب مالکیت واقع گردیده است.... در پرونده حاضر، خواندگان تصدیق دارند و در واقع مؤکداً استدلال می کنند که اجرای بندج منجر به انتقال سهام سدکو در سدیران، به ایران گردید. از این نظر، علایق مالی سدکو بهوضوح مصادره گردیده است.»^{۸۱}

پس از این، دیوان داوری با اینکه اعمال بندج قانون حفاظت و توسعه را مبنای ضبط شرکت سدیران دانسته بود، در تعیین تاریخ تحقیق آن به موضوع تعیین مدیران موقّت برای شرکت توسل جست:

«خواهان استدلال می نماید که گرچه خواندگان معتبرند که دولت ایران سدیران را علی الظاهر طبق قانون حفاظت و توسعه صنایع... در اختیار گرفته است، با این حال سدکو تاریخ سلب مالکیت را مقدم تر می داند، چه تاریخ احکام نصب مدیران موقّت سدیران اواخر نوامبر ۱۹۷۹ است. دیوان داوری قبول دارد که ۲۲ نوامبر ۱۹۷۹ (اول آذر ۱۳۵۸) علایق مالی سدکو در سدیران، توست دولت ایران مصادره شده بوده است.»^{۸۲}

دیوان همچنین متذکر گردید:

«هنگامی که، مانند مورد حاضر، بدست گرفتن کنترل با نصب مدیران موقّت بهروشی منجر به مصادره تمام و کمال مالکیت می شود، به ظن قوی تاریخ انتساب را باید تاریخ مصادره فرض کرد.»^{۸۳}

استدلال و نتیجه گیری دیوان در رابطه با تحقیق مصادره در این دعوی،

.۸۱ قرار صادره در پرونده سدکو (بانوشت ۷۹)، ص ۳۹ (متن انگلیسی، ص ۲۷۵).

.۸۲ همانجا، ص ۴۱ (متن انگلیسی، ص ۲۷۶).

.۸۳ همانجا، ص ۴۴ (متن انگلیسی، ص ۲۷۸).

عجبیب و تا حدودی مغشوش به نظر می‌رسد. دیوان در رابطه با تحقیق مصادره به این نتیجه رسیده بود که با اعمال بندج قانون حفاظت و توسعه در تاریخ ۱۱ مرداد ۱۳۵۹، دولت ایران شرکت سدیران را ضبط کرده است. با این همه، و با وجود اینکه دیوان قبل دارد ضبط مال در آن تاریخ به وقوع پیوسته است، تاریخ مصادره عطف بمقابل می‌شود و زمان تعیین مدیران دولتی یعنی ۱ آذر ۱۳۵۸ به عنوان تاریخ مصادره تعیین می‌گردد. این نتیجه گیری، علاوه بر اینکه منطقی به نظر نمی‌رسد، با قاعدة پذیرفته شده مبنی بر اینکه در مصادره غیرمستقیم تاریخ تحقیق مصادره زمانی است که دخالت‌های دولت در اموال به محرومیت کامل مال می‌انجامد و نه زمان شروع آن دخالتها، در تضاد است.^{۸۴} این گونه نتیجه گیری دیوان این سؤال را مطرح می‌سازد که اگر تعیین مدیران موقت در آذر ۱۳۵۸ مصادره شرکت سدیران تلقی می‌گردد و دولت ایران از آن تاریخ باید خسارت بپردازد، چه دلیلی وجود داشت که دیوان موضوع بندج و اعمال آن به شرکت سدیران را بررسی کند و آن را مبنای نتیجه گیری خود در موضوع مصادره قرار دهد؟ لیکن اگر اعمال بندج به نظر دیوان باعث مصادره شرکت سدیران شده بود (که در این وضعیت در حقیقت مصادره به شکل مستقیم در می‌آید چرا که مالکیت رسمی به دولت انتقال یافته است)، منطقاً تاریخ اعمال آن بند به شرکت سدیران و انتقال مالکیت باید به عنوان تاریخ مصادره تلقی گردد.

همان گونه که قبلاً بحث شد، در دست گرفتن کنترل یک شرکت توسط دولت به تنایی نمی‌تواند مصادره آن شرکت تلقی گردد. این عمل فقط می‌تواند نقطه شروع یک سری دخالتها باشد که در صورت استمرار و به همراه دخالت‌های دیگر، یا بعضاً به تنایی، به مرحله‌ای می‌رسد که می‌توان مالک را محروم از مال خود و مال را مصادره شده تلقی کرد. زمان این مرحله آخر، تاریخ مصادره است. تعیین زمان نخستین دخالت به عنوان تاریخ مصادره نمی‌تواند هیچ‌گونه توجیهی داشته باشد.

۸۴. رجوع کنید به بحث تاریخ مصادره در همین مقاله.

در پرونده معروف به تامز آفای^{۸۵} خواهان که یک مشارکت مهندسی مشاور آمریکایی بود با یک مؤسسه مشابه ایرانی (مهندسين مشاور آفا) ^{۸۶} جهت اجرای پروژه فرودگاه بین‌المللی تهران شریک شده و مشارکت تامز آفا را بوجود آورده بودند. بر اثر انقلاب اسلامی، مدیران ایرانی و خارجی مشارکت ایران را ترک کردند؛ لذا دولت ایران در مرداد ۱۳۵۸ مدیر موقتی برای مشارکت آفا تعیین کرد تا امور روزمره آن را بچرخاند و از تعطیلی آن منعنت بعمل آورد. از آنجاکه پروژه فرودگاه تهران فعال نبود، مشارکت تامز آفا کار خاصی نداشت و أعمال مدیر موقت منحصر به اداره امور روزانه مشارکت بود.^{۸۷} مدیر موقت در این زمینه با مدیران قبلی مشارکت همکاری لازم را بعمل می‌آورد تا آنجا که در اوایل انتصاب خود طلبهای مشارکت را وصول نمود و به نماینده تامز که به تهران آمده بود مساعدت کرد تا مجوّزهای لازم جهت ارسال وجوده به آمریکا را کسب نماید. مع ذلک، حوادث آبان ۱۳۵۸ در تهران باعث گردید که مکاتبات بین تامز آفا و تامز قطع گردد. خواهان در این پرونده مدعی بود که دولت ایران با دخالت در امور مشارکت و بی‌اطلاع نگه داشتن تامز از امور آن، عملًا مشارکت را مصادره کرده و باید خسارت وارد را که معادل نصف ارزش مشارکت است، بپردازد. دیوان ادعای خواهان را پذیرفت و نتیجه گرفت که مشارکت توسط دولت ایران مصادره شده است. مبنای این نتیجه گیری در حکم چندان مشخص نیست، ولی به نظر می‌رسد که در هنگام صدور رأی، موضوع تعیین مدیر موقت و قطع مکاتبات بین تامز آفا و تامز در ذهن دیوان بوده باشد. تاریخ مصادره ^۹ اسفند ۱۳۵۸ تعیین شده است بی‌آنکه اهمیت این تاریخ توضیح داده شود. با این‌همه، دیوان تاریخ نصب مدیر موقت را تاریخ مصادره تلقی نمی‌کند، چرا که به نظر دیوان همکاری مدیر موقت با مدیریت سابق تا آبان ۱۳۵۸ مانع از این است که زمان نصب وی به عنوان تاریخ مصادره تعیین گردد. با عنایت به اینکه حکم دیوان عاری از استدلال و توضیح در مورد مبنای آن است، اظهارنظر راجع

۸۵. دعوای تامز آفا (پابوشت ۴۵).

۸۶. از زمرة شرکای مشارکت آفا، عبدالعزیز فرمانفرما نیان بود که اموال وی پیرو لیست ضمیمه قانون حفاظت و توسعه صنایع ایران مصادره شده بود.

۸۷. حکم تامز آفا (پابوشت ۴۵)، ص ۹ (متن انگلیسی، ص ۲۵۸).

به آن دشوار می‌نماید؛ با وجود این در حکم صادره چنین آمده است:

«محروم کردن از اموال یا گرفتن آن می‌تواند طبق حقوق بین‌الملل از طریق مداخله دولت در استفاده از مال یا بهره‌مند شدن از مزایای آن صورت گیرد، حتی وقتی که این عمل تأثیری در مالکیت قانونی آن مال نداشته باشد. در حالی که بدست گرفتن کنترل مال توسط دولت، خودبخود و بلافاصله این نتیجه گیری را که دولت آن اموال را ضبط کرده و بنابراین طبق حقوق بین‌الملل ملزم به پرداخت غرامت است، توجیه نمی‌کند. مع‌هذا، هرگاه رویدادها نشان دهد که مالک از حقوق اساسی مالکیت محروم شده و ظاهراً محرومیت امری صرفاً گذرا نبوده، اینچنین نتیجه گیری قابل توجیه است. قصد دولت اهمیت کنترل از آثار اقدامات دولت بر صاحب مال داشته و شکل کنترل یا دخل و تصریف از واقعیت اثر آن کنترل و مداخله حایز اهمیت‌کنترلی می‌باشد.»^{۸۸}

به همین ترتیب، در پرونده فلپس داج^{۸۹} انتقال مدیریت به دولت به عنوان مصادره غیرمستقیم تلقی گردید. البته، در مورد این دعوی، انتقال مدیریت با اعمال قانونی که پانزده سال قبل از انقلاب به تصویب رسیده بعمل آمده بود، موضوع دعوی از این قرار است که شرکت آمریکایی فلپس داج دارای علایقی در شرکت ایرانی «سیکاب» بود که در تولید سیم و کابل فعالیت می‌کرد. شرکت فلپس داج به لحاظ این علایق سه نماینده در هیأت مدیره سیکاب داشت. پس از انقلاب، دولت ایران از طریق «هیأت حمایت صنعتی» مدیریت سیکاب را به بانک صنعت و معدن و سازمان صنایع ملی ایران منتقل ساخت. این انتقال که در تاریخ ۲۴ آبان ۱۳۵۹ صورت گرفت، با توشیل به «قانون حمایت از صنایع و جلوگیری از تعطیل کارخانجات در کشور» مصوب ۱۳۴۳ بعمل آمد.^{۹۰} علت این انتقال و توشیل به قانون فوق این بود که شرکت سیکاب

.۸۸. همان‌جا، صص ۱۱-۱۰ (متن انگلیسی، صص ۲۲۵-۲۲۶).

.۸۹. دعوای فلپس داج (Phelps Dodge) علیه دولت جمهوری اسلامی ایران، حکم شماره ۲۱۷-۹۹-۲ موزخ ۲۸ اسفند ۱۳۶۴ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۱۰ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویوس، ص ۱۲۱).

.۹۰. قانون حمایت از صنایع و جلوگیری از تعطیل کارخانجات در کشور، منتشره در روزنامه رسمی شماره ۵۶۸۴ موزخ ۶ شهریور ۱۳۴۳.

مقادیر هنگفتی به بانکها مفروض بود و بدون حمایت دولت، ورشکسته و تعطیل می‌شد. دیوان داوری در این مورد نیز مانند موارد دیگر چنین تلقیه گیری کرد که چون در تاریخ ۲۴ آبان ۱۳۵۹ مدیریت شرکت سیکاب تحت کنترل واحدهای دولتی ایرانی درآمده بود، از آن تاریخ می‌توان شرکت سیکاب را مصادره شده تلقی نمود.^{۹۱}

البته، در چند پرونده، دیوان تعیین مدیر یا مدیران مؤقت برای شرکتهاي خصوصی را مصادره غیرمستقیم آن شرکتها تلقی نکرده است. به عنوان مثال، در پرونده آسانور اوتیس^{۹۲} دولت ایران برای مدت محدودی یک نفر را به عنوان ناظر مالی برای شرکت اوتیس تعیین کرده بود. خواهان در این پرونده این عمل را دخالت منجر به مصادره تلقی نموده و خواستار دریافت خسارت از این بابت بود. لیکن دیوان داوری چنین حکم داد که چون دلیلی در دست نیست که ناظر تعیین شده دخالتی در امور شرکت کرده باشد (عمدتاً به خاطر اینکه در دوره مربوط شرکت فعالیت خاصی نداشته است) ادعای مصادره غیرمستقیم بر اثر تعیین ناظر موجه نیست، ولذا این جنبه از دعوی رد شد.^{۹۳}

در پرونده موتورو لا^{۹۴} نیز تعیین مدیر مؤقت دولتی برای شرکت فرعی شرکت خواهان در ایران مصادره غیرمستقیم تلقی نگردید. حکم دیوان در این پرونده از اهمیت خاصی برخوردار است، زیرا تعیین مدیر برای شرکت مورد بحث و درجه دخالت دولت در آن شرکت کمتر از پرونده‌های دیگری که مصادره غیرمستقیم تلقی شده بودند، نیست. در این پرونده، شرکت آمریکایی موتورو لا جهت فروش و نصب محصولات خود که وسایل مخابراتی و الکترونیک بود، یک شرکت فرعی در ایران به نام میلکوم^{۹۵} تأسیس کرده بود.

۹۱. حکم فلیپ داج (بانوشت ۸۹)، ص ۲۱ (متن انگلیسی، ص ۱۲۹).

۹۲. دعوای شرکت اوتیس (Otis) علیه ایران، حکم شماره ۳۰۴-۲۸۴ موزخ ۷ شهریور ۱۳۶۶ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۱۴ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویوس، ص ۲۸۳).

۹۳. همانجا، صص ۲۳-۱۵ (متن انگلیسی صص ۳۰۰-۲۹۳).

۹۴. دعوای موتورو لا (Motorola) علیه شرکت هوابیمایی ملی ایران و دولت جمهوری اسلامی ایران، حکم شماره ۳۷۳-۴۸۱-۷ موزخ ۷ تیر ۱۳۶۷ (نسخه فارسی موزخ ۸ شهریور ۱۳۶۷) (متن انگلیسی منتشره در جلد ۱۹ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویوس، ص ۷۲).

95. Milcom Communication and Electronics Ltd.

اداره میلکوم در دست یکی از اتباع ایران بود و عده‌ای مدیر غیرایرانی نیز در شرکت مشغول به کار بودند. در اواخر پاییز ۱۳۵۷ کارکنان خارجی میلکوم ایران را ترک کردند ولی شرکت به فعالیت خود ادامه داد. در اوخر سال ۱۳۵۷ مأموران انتظامی ایران وارد دفاتر میلکوم می‌شوند و سپس مدیر ایرانی شرکت بازداشت می‌گردد. در تاریخ ۱۳۵۸ اردیبهشت به استناد مصوّبۀ قانونی مربوط به نصب مدیران مؤقت برای سرپرستی واحدهای تولیدی و صنعتی، و با حکمی از دادستان کلّ انقلاب جمهوری اسلامی ایران، یک نفر به سرپرستی میلکوم منصوب می‌گردد. شرکت موتورو لا، ضمن اعتراض به این انتصاب، از ارسال لوازم یدکی و کمکهای دیگر مورد نیاز شرکت خودداری و تقاضا می‌کند که مدیر قبلی به سمت خود بازگردد. در تاریخ ۲۴ شهریور ۱۳۵۸ سرپرست دولتی میلکوم طی تلکسی به موتورو لا اطلاع می‌دهد که دولت کنترل کامل امور میلکوم را در دست گرفته و وزارت بازرگانی نیز ایشان را در مدیریت آن شرکت ابقاء نموده است. ولی در تاریخ ۲۸ شهریور ۱۳۵۸ وزارت بازرگانی در پاسخ به پیشنهاد فروش میلکوم که موتورو لا قبلًاً ارائه کرده بود، به اطلاع موتورو لا می‌رساند که دولت ایران و وزارت بازرگانی مایل به انتقال مالکیت شرکت میلکوم نیستند و از شرکت موتورو لا می‌خواهد مدیر مورد نظر خود را برای میلکوم انتخاب کند.

ادعای خواهان در این پرونده این بود که دولت ایران با نصب سرپرست برای میلکوم در اردیبهشت ۱۳۵۸ عملًاً آن شرکت را مصادره کرده است و ابقاء بعدی سرپرست و قصور مستمر در ارسال اطلاعات جاری به خواهان درباره امور جاری میلکوم این نتیجه را محکم تر می‌کند. ولی شعبه سوم دیوان داوری به ریاست مرحوم پروفسور ویرالی با این نظر خواهان موافقت نکرد و چنین حکم داد که واقعیّات امر نشان نمی‌دهد نظر دولت ایران در تعیین سرپرست برای میلکوم کنترل دائم آن شرکت بوده است. دیوان به این موضوع اهمیّت داد که از خواهان خواسته شده بود مدیری برای میلکوم تعیین کند و خواهان به این دلیل که نمی‌تواند مدیر غیرایرانی به ایران اعزام نماید در این مورد اقدامی نکرده

این حکم از زمرة محدود احکامی است که دیوان در آنها به ماهیت موقّت تعیین مدیر توسط دولت در شرایط خاص جامعه توجه داشته و، برخلاف احکام زیادی که صرف تعیین مدیر موقّت توسط دولت را مصادره غیرمستقیم تلقّی نموده‌اند، این عمل دولت را با واقع‌بینی لازم بررسی کرده است. نتیجه گیری دیوان در این پرونده با سوابق قبلی و نظرات پیش‌گفته حقوقدانان در این رشته اनطباق دارد. ولذا از ارزش حقوقی لازم برخوردار است.

۵. محدودیتهای دولتی برای صدور اموال یا خروج پول:

این حق مسلم هر دولت است که در صدور کالاهای خاص و یا خروج پول از کشور محدودیتها بی اعمال نماید. این حق دولت، بهویژه در موقع بحران اقتصادی و شرایط اضطراری در کشور، مورد قبول همه است. پروفسور کریستی در مقاله معروف خود تصمیمات کمیسیون دعاوی خارجی ایالات متحده را بررسی نموده و چنین می‌گوید:

«کمیسیون در رسیدگی به ادعاهای علیه چکسلواکی در تصمیمات زیادی چنین نظر داد که دخالت‌های خاصی، هرچند شدید، مصادره تلقّی نمی‌شود. لذا کمیسیون نظر داده است که امتناع از صدور پروانه برای خارج کردن جواهرات و یا عدم اجازه انتقال پول به خارج از کشور، در حقوق بین‌الملل مصادره اموال تلقّی نمی‌شود.»^{۷۷}

پروفسور کریستی سپس خود چنین نتیجه گیری می‌کند:

«امتناع از دادن اجازه برای انتقال سود عملیاتی یا سایر وجوه به

۹۶. نتیجه‌گیریهای دیوان در این رابطه در بندهای ۴۵-۵۸ حکم آمده است. در پرونده «ایستمن کداک» نیز شعبه سوم دیوان نتیجه گیری مشابهی نمود و با توجه به ماهیت موقّت انتساب مدیر توسط دولت، این اقدام را مصادره تلقّی نکرد (دعوای Eastman Kodak Company et al. علیه دولت ایران و سایرین، حکم شماره ۱۲۳۸۴-۳۲۹-۲۲۷-۳ موزخ ۲۰ آبان ۱۳۶۶ - نسخه فارسی موزخ ۲ بهمن ۱۳۶۶ -، بند ۴۲) (متن انگلیسی منتشره در جلد ۱۷ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویوس، ص ۱۵۳).

.۷۷. (بانوشت ۳)، ص ۳۱۸ G. C. Christie.

خارج از کشور به خودی خود منجر به مصادره اموال نمی‌گردد.^{۹۸}

رویه دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده در این زمینه چندان متفاوت نیست. در رابطه با صدور کالا مانند وسایل حرفه‌ای و یا شخصی، دیوان نظر داده است تنها زمانی که صدور کالای مورد ادعا درخواست شده و سازمان دولتی مربوط بدون علت موجه از دادن مجوز صدور خودداری کرده باشد، می‌توان دولت را مسؤول خسارات واردہ دانست. به طور مثال، در پرونده هیوستن^{۹۹} خواهان که قبل از انقلاب در یک پروژه خط لوله با شرکت ملی نفت ایران همکاری داشت، مدعی بود که بعد از انقلاب کمیته انقلاب اسلامی محل اجازه نداده است وی تجهیزات خود را نقل مکان دهد و یا از ایران صادر کند. دیوان داوری در حکم خود ضمن رد ادعا چنین اعلام نمود:

«هیوستن ادعا می‌کند که بعد از نوامبر ۱۹۷۹ کمیته‌های انقلاب اهواز و علی‌آباد هر دو مانع شدنند که بقیه وسایل حمل و خارج شود.... طبق قرارداد گچساران، هیوستن ملزم بود برای صدور وسایل به خارج یا فروش وسایل وارداتی طبق آن قرارداد اقدام کند. حتی اگر در سایر قراردادها چنین اقدامی صراحتاً الزامی نمی‌بود، باز هم هیوستن باید اثبات کند که برای خارج کردن وسایل، کلیه اقدامات معقول را معمول داشته تا بتواند از عهده اثبات این امر برآید که زیانهای متهمه توسط وی معلول فعل یا ترك فعل ایران بوده و ناشی از قصور خود وی نبوده است.»^{۱۰۰}

دیوان داوری همچنین اعلام نمود:

«هیوستن اظهار می‌دارد که وضع موجود، هم در اهواز و هم در علی‌آباد بعد از نوامبر ۱۹۷۹ تغییر کرد. بنابراین، برای اثبات چنین ادعا، هیوستن الزاماً باید مدارکی در مورد حوادثی که رخ داده و موجب چنین تغییر وضعیتی شده به دیوان ارائه دهد. ولی خواهان

.۹۸ همانجا، ص ۳۲۷.

.۹۹ دعوای هیوستن کانترکتینگ (Houston Contracting) علیه شرکت ملی نفت ایران، شرکت ملی گاز ایران و جمهوری اسلامی ایران، حکم شماره ۳۷۸۱۷۲۳-۳۱ تیر ۱۳۶۷ موزخ ۹ آذر ۱۳۶۷ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۲۰ گزارش آراء دیوان، انتشارات گرسیوس، ص ۴).

.۱۰۰ همانجا، بند ۴۶۷ حکم.

چندان مدارک مستقیمی از تغییر اوضاع و احوال در نوامبر ۱۹۷۹ یا بعد از آن ارائه نداده است. هیوستن اظهار می دارد که موانعی در صدور وسایل او ایجاد شد، ولی هیچ مدرک مستقیمی در مورد کوشش‌های بی‌نتیجه خود برای صدور مابقی وسایل ارائه نداده است. گرچه آقای اصفهانیان در شهادتنامه خود اظهار داشته است که هیوستن کماکان بعد از نوامبر ۱۹۷۹ به درخواست اجازه صدور وسایل ادامه داد ولی کمیته اهواز این درخواستها را رد می کرد، مع هذا مدرکی حاکی از اقدام به خارج کردن وسایل از محوطه انبار اهواز که پاسداران انقلاب مانع از آن شده باشند یا مدرکی حاکی از مخالفت با درخواست صدور وسایل ارائه نشده است. به همین نحو، مدرکی حاکی از اینکه اجازه صدور برخی از وسایل داده شده، ولی اجازه صدور بقیه وسایل داده نشده باشد و یا حتی مدرکی حاکی از اعتراض هیوستن در آن زمان، وجود ندارد.... دیوان مشکل خواهان را در اثبات یک امر منفی، یعنی عدم اعطای اجازه صدور لازم، درک می کند، اماً به هر حال بار اثبات ضبط یا مداخله ادعایی در حقوق مالکانه بر عهده هیوستن است و دیوان مدرک کافی در دست ندارد که بر اساس آن نظر دهد که هیوستن کلیه اقدامات لازم را برای صدور مابقی وسایل خود معمول داشته ولی اعمال دولت ایران مانع وی می شده.^{۱۰۱}

لذا از نظر دیوان، زمانی می توان دولت را از بابت محدودیت در صدور کالای متعلق به بیگانه به خارج از کشور مسؤول دانست که او لاکالا قابل صدور باشد^{۱۰۲}، و ثانیاً خواهان باید ثابت کند که کلیه اقدامات قانونی و ممکن را جهت صدور کالای خود بعمل آورده است و تنها علت عدم موفقیت وی خودداری غیرموجّه و تبعیض آمیز دولت در اعطای مجوز لازم بوده است. فقط با جمع این شرایط است که می توان دولت را مسؤول ممانعت از صدور کالای متعلق به بیگانه دانست. بدیهی است شرایط دیگر مسؤولیت از بابت مصادره غیرمستقیم مانند استناد عمل به دولت یا محرومیت دائم صاحب مال بر اثر اقدام دولت در ممانعت از صدور کالا نیز باید فراهم باشد.

۱۰۱. همانجا، بندهای ۴۶۸ و ۴۶۹ حکم.

۱۰۲. اشاره به «جازه صدور» معنایی جز این نمی تواند داشته باشد.

در پرونده «C. F. P. S.»^{۱۰۳} نیز نتیجه گیریهای مشابهی بعمل آمد. در این پرونده شرکت «C. F. P. S.» که شرکت فرعی شرکت آمریکایی «S. S. C.» بود، در دهه ۱۹۷۰ در ایران مشغول به کار بود. این شرکت در پرونده حاضر ادعا می‌کرد که پس از انقلاب، علی‌رغم تلاش زیاد و براثر افعال یا ترک افعال دولت ایران یا سازمانهای تابعه دولت ایران، موفق نشده است وسائل و تجهیزات خود را از ایران خارج سازد. بنظر خواهان، وضعیت از مصادیق مصادره غیرمستقیم بوده است و دولت ایران می‌بایست خسارates واردہ به خواهان را پردازد. دیوان در بررسی ادعا به این نتیجه رسید که در مورد بخشی از وسائل، خواهان هیچ‌گونه درخواستی مبنی بر صدور آنها نکرده است. لذا این بخش از دعوی به همین دلیل رد شد. در رابطه با قسمت دیگری از وسائل که خواهان تقاضای صدور برای آن بعمل آورده بود، دیوان چنین حکم داد که هرچند ممانعت از صدور وسائل موجّه نبود، این امر به خودی خود دلیل بر این نیست که فرض شود آن وسائل مصادره شده‌اند، زیرا اگرچه بر اثر دخالت خواندگان، «C. F. P. S.» قادر به صدور وسائل خود نبود، با این حال ناتوانی در صدور کالا با محرومیت از مال یکی نیست و خواهان هنوز در کنترل مال خود بود و به طور مثال، می‌توانست آن وسائل را در داخل ایران بفروشد.^{۱۰۴}

در رابطه با انتقال پول به خارج از کشور و احتمال مسؤولیت برای دولت بر اثر محدودیتهای تحمیلی در این مورد، دیوان داوری راه مشابهی رفته است. لذا شرط نخست این است که انتقال پول قانوناً مانع نداشته باشد؛ دوم اینکه خواهان باید – مانند مورد خارج کردن کالا از کشور – ثابت کند که از مراجع صالح انتقال پول به خارج از کشور را درخواست نموده و کلیه اقدامات لازم را در این رابطه بعمل آورده و تنها علت عدم موقّیت، امتناع غیرموجّه دولت بوده است. در چندین پرونده در دیوان داوری، خواهانهای آمریکایی مدعی بودند

۱۰۳. دعوای سی. اف. پی. اس. و سایزموگراف سرویس کورپوریشن (Seismographic Services Corporation and C. F. P. S.) علیه ایران، حکم شماره ۴۲۰.۴۴۲.۳ مورخ ۱۱ فروردین ۱۳۶۸ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۲۲ کنگره ارش آراء دیوان، انتشارات گرسیوس، ص ۳).

۱۰۴. همان‌جا، بندهای ۲۰۱.۲۹۹. همچنین رجوع کنید به بندهای ۹۰ و ۹۷ حکم دیوان در پرونده پترولین (بالوشت ۳۰).

که پس از انقلاب و به دلیل مقررات و محدودیتهای ارزی ایران، بانکها به تقاضاهای آنان مبنی بر انتقال سپرده‌های متعلقه ترتیب اثر نداده‌اند. به‌نظر این‌گونه خواهانها، چنین عملی در حکم مصادره غیرمستقیم آن وجوده توسط دولت ایران بوده است و لذا دولت ایران باید خسارات واردہ را بپردازد. دیوان داوری در مجموع به این‌گونه ادعاهای وقعی نهاده است، بهویژه در شرایطی که سپرده‌های مورد ادعا هنوز بهنام این‌گونه خواهانها در بانکها موجود است.

در پرونده‌هود^{۱۰۵} خواهان، شرکت هود، مدّعی بود که علی‌رغم تقاضا از بانک مربوط برای انتقال وجوده متعلق به آن شرکت به خارج از ایران، بانک مرکزی، بر اساس مقررات ارزی ایران، از اعطای مجوز لازم خودداری ورزیده است. این عمل بانک مرکزی و مقررات ارزی ایران، بنا به ادعای شرکت هود، در حکم مصادره غیرمستقیم سپرده مورد ادعا بوده و لذا دولت ایران مسؤول پرداخت خسارات واردہ است.

دیوان داوری در رسیدگی به این ادعا ابتدا مقررات ارزی ایران و مطابقت آنها با تعهدات بین‌المللی ایران بهویژه مقررات صندوق بین‌المللی پول را بررسی کرد. بر اساس مقررات اساسنامه صندوق بین‌المللی پول، دولتهاي عضو مجازند که تا حدود زیادی در انتقال سرمایه از کشور محدودیت ایجاد کنند. این محدودیت می‌تواند شامل درآمدهای ناشی از سرمایه‌گذاری در سهام و درآمدهای مشابه باشد. آنچه شرکت هود در صدد انتقال آن به خارج بود ناشی از چنان درآمدهایی بود و لذا امتناع بانک مرکزی ایران از صدور مجوز برای چنان انتقالی مشروع بود و با تعهدات بین‌المللی ایران در صندوق بین‌المللی پول هیچ‌گونه تضادی نداشت و در نتیجه دولت ایران مسئولیتی از این بابت متحمل نمی‌گردد. با توجه به این مراتب، ادعای مصادره غیرمستقیم بر اساس خودداری بانک مرکزی از صدور مجوز انتقال پول به خارج از ایران، در این پرونده رد شد. در پرونده‌های مشابه دیگر، دیوان داوری اکثراً سعی کرده است که با این جزئیات خود را در بحث تطبیق عمل بانکها در امتناع از انتقال پول به خارج با

۱۰۵. دعوای هود کورپوریشن (Hood Corporation) علیه ایران، حکم شماره ۳-۱۰۰-۱۱۲۱۰۰ تبر ۲۲ تیر ۱۳۶۳ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۷ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویوس، ص ۳۰).

تعهدات بین‌المللی دولت ایران وارد نکند. ولی در همه این پرونده‌ها دیوان داوری این موضع را داشته که بار اثبات دعوی به عهده خواهان است و در موقع تردید، موضوع به نفع دولت تفسیر شده است.^{۱۰۶}

این موضع دیوان داوری مطابق با رویه‌های بین‌المللی و نوشته‌های حقوق‌دانان در این رشته است. دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه قرضه‌های صربستان و برباد^{۱۰۷} صریحاً اعلام نمود:

«این اصل عموماً پذیرفته شده است که دولتها حق به تنظیم سیاست پولی خود هستند.»^{۱۰۸}

مان، نویسنده آلمانی‌الاصل، در کتاب وزین خود به نام جنبه حقوقی پول این اصل را چنین توضیح می‌دهد:

«پول همانند تعرفه‌های تجاری، مالیات و یا پذیرش بیگانگان به داخل کشور، از زمرة موضوعاتی است که باید اصولاً تحت صلاحیت داخلی دولتها فرض گردد (بند ۷ ماده ۲ منشور ملل متحده). لذا جز در موارد استثنایی، مانند حکومت اصول عرفی حقوق بین‌الملل یا معاهدات ذی‌ربط، قانونگذار داخلی مجاز است پول رایج کشورش را انتخاب و توصیف کند... محدودیتهای ارزی وضع نماید و یا اقدامات دیگر مؤثر در روابط پولی بعمل آورد. حقوق بین‌الملل عرفی معمولاً مانع صلاحیت قانونگذار داخلی در چنین مواردی نمی‌شود و این گونه اقدامات را به عنوان عمل خلاف بین‌المللی که دولت از بابت‌شان مسؤول

۱۰۶. به طور مثال، رجوع کنید به احکام زیر:

- حکم دیوان در پرونده شرینگ (پانوشت ۳۲).

- دعوای علی اصغر علیه جمهوری اسلامی ایران، حکم شماره ۴۷۵-۱۱۴۹۱-۱ موزخ ۲۳ اسفند ۱۳۶۸، بندهای ۱۷-۱۹ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۲۴ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویس، ص ۳۲۸).

- دعوای رابرت آر. شات (Robert R. Schott) علیه جمهوری اسلامی ایران و سایرین، حکم شماره ۴۷۴-۲۶۸۱ موزخ ۲۳ اسفند ۱۳۶۸، بندهای ۴۵-۵۰ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۲۴ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویس، ص ۲۰۳).

۱۰۷ قضیه قرضه‌های صربستان (Serbian Loans Case)، فرانسه علیه دولت صرب-کرواسی، حکم شماره ۱۴ موزخ ۱۲ زوئیه ۱۹۲۹، گزارش آراء دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی، سری الف، شماره ۲۰.

۱۰۸ همانجا، ص ۶۹.

باشد، تلقی نمی‌کند.»^{۱۰۹}

وی همچنین در رابطه با امتناع دولت از اجازه انتقال پول به خارج چنین می‌نویسد:

«از آنجا که محدودیتهای ارزی در جهت حفظ منابع ارزی کشور وضع می‌شود، یصرف امتناع از اجازه انتقال وجهه به خارج از کشور نمی‌تواند به عنوان سوءاستفاده از قدرت به نحو غیرعادلانه و غیرمنصفانه تلقی گردد.»^{۱۱۰}

ورتلی نویسنده انگلیسی نیز در همین راستا چنین می‌نویسد:

«کنترل‌های ارزی و پولی، آنجاکه به عنوان حریبهای دفاعی در جهت حفظ پول ملّی وضع می‌گردد، به مثابه وضع مالیات است و باید با آن به همان ترتیب برخورد شود. لذا گرچه چنان اقدامی می‌تواند به مقدار قابل ملاحظه‌ای ضررهای غیرمستقیم بسیار آورد، در صورتی که با حسن نیت بعمل آمده باشد، از نظر حقوق بین‌الملل غیرمشروع نخواهد بود.»^{۱۱۱}

به این ترتیب، همان‌گونه که دیوان داوری نیز تأیید کرده است، در غیاب تعهد بین‌المللی صریح، دولتها حق دارند در صورت لزوم محدودیتهای پولی و ارزی وضع کنند و چنین عملی موجب مسؤولیت بین‌المللی برای دولت نخواهد بود. بدیهی است در صورتی که دولت مقررات ارزی را با سوءنیت و صرف‌آبه قصد ضبط اموال شخص بیگانه وضع کرده باشد، وضعیت متفاوت خواهد بود و ممکن است دولت از بابت مصادره غیرمستقیم مسؤول شناخته شود.

۶. تقلیل قیمت مال بر اثر مقررات وضع شده توسط دولت:
اگر مقررات عمومی موضوعه توسط دولت باعث شود که قیمت اموال

109. F. A. Mann: *The Legal Aspect of Money*, 4th ed., Clarendon Press, Oxford (1982), p. 465.

۱۱۰. همان، ص. ۴۸۱.

111. B. A. Wortley: *Expropriation in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge (1959), p. 49.

شخص خصوصی به مقدار قابل ملاحظه‌ای سقوط کند و یا شخص قادر به فروش مال خود نباشد، این سؤال پیش می‌آید که آیا می‌توان آن شخص را عاملًّا محروم از مال خود تلقی کرد و دولت را از این بابت مسؤول شناخت؟ در این رابطه نظر اکثرب است که اگر مال مورد بحث عملًّا در اختیار مالک و قابل استفاده برای وی باشد، نمی‌توان او را محروم از مال خود تلقی کرد و مقررات وضع شده توسط دولت، هرچند آثار منفی شدیدی در حقوق مالکیت داشته باشد، باعث مسؤولیت دولت از بابت مصادره غیرمستقیم نمی‌گردد. ورتلی در این باره چنین نوشتند است:

«بدون پرداختن به اینکه چه راههای حقوقی پیش پای بیگانگانی که مواجه با آثار تغییرات در قانون محلی شده‌اند وجود دارد، در صورتی که این تغییرات واقعاً از آنان سلب مالکیت نکرده باشد بلکه فقط ارزش مایملک و یا انتظارات آنان برای منفعت عموم تقلیل یافته باشد، این تغییرات با فرض اینکه توأم با حسن نیت و در جهت منفعت عموم است مصادره اموال تلقی نمی‌شود، زیرا مالک هنوز اختیار مال خود را در دست دارد و این‌گونه ضررها مانند ضرر بر اثر پرداخت مالیات خواهد بود.»^{۱۱۲}

نویسنده دیگر انگلیسی، مایکل ایکرست، نظرات مشابهی دارد:
«اعمالی که باعث تقلیل ارزش مال می‌گردد ولی مالک را از استفاده از مال خود محروم نمی‌سازد... از نظر حقوق بین‌الملل مجاز است بدشرط اینکه با انگیزه نامناسبی صورت نگرفته باشد.»^{۱۱۳}

در دهه اخیر، حکم دادگاه حقوق بشر اروپا در قضیه «Sporrong and Lonnroth» از جمله آرائی است که با موضوع مورد بحث ارتباط نزدیکی دارد.^{۱۱۴} جریان این دعوا از این قرار است که شهرداری شهر استکلهم دو قطعه

۱۱۲. همان، ص ۵۰.

113. M. Akehurst: *A Modern Introduction to International Law*, 6th ed., Allen & Unwin Publications, London (1986), p. 95.

۱۱۴. دعوای Sporrong and Lonnroth علیه دولت سوئد، دادگاه حقوق بشر اروپا، حکم موافق ۲۳ سپتامبر ۱۹۸۲ منتشره در گزارش آراء دادگاه، سری الف، شماره ۵۲

مستغلات در این شهر را در طرح درازمدت خود برای تصاحب قرار داده و هرگونه ساختمان یا تعمیرات در این قطعات را منوع اعلام کرده بود. اثر طبیعی این عمل این بود که ارزش مستغلات مزبور به مقدار قابل ملاحظه‌ای کاهش یافته و فروش آنها بسیار دشوار شده بود. مالکان مستغلات مزبور در دعواهای مطروحه علیه دولت سوئد در دادگاه حقوق بشر اروپا ادعای کردند که این عمل شهرداری در حکم مصادرۀ عملی قطعات مورد بحث بوده و دولت سوئد مسؤول پرداخت خسارت واردۀ است. دادگاه این نظر را نپذیرفت و اعلام کرد که عمل شهرداری استکهم مصادرۀ غیر مستقیم محسوب نمی‌شود:

«به‌نظر دادگاه کلیۀ آثاری که از آن شکایت می‌شود... ناشی از کاهش امکان فروش املاک مورد بحث است. این آثار به واسطه محدودیت‌های وضع شده بر حق مالکیت که حق مزبور را متزلزل ساخته و همچنین به واسطه آثار آن محدودیت‌ها در ارزش آن قطعات ایجاد شده است. معن‌هذا، با آنکه حق مورد بحث مقداری از ماهیت خود را از دست داده ولی بکلی از بین نرفته است. آثار اقدامات ذی‌ربط به گونه‌ای نیست که بتوان آنها را به محرومیت از تصرف تشبیه کرد. دادگاه در این رابطه متنذکر می‌گردد که صاحبان دعوی می‌توانستند کماکان از مستغلات خود استفاده کنند و با اینکه فروش مستغلات در استکهم به‌خاطر مجوّزه‌های تصاحب توسط شهرداری و منوعیت ساختمان مشکل‌تر شده امّا امکان فروش همچنان باقی مانده بود.»^{۱۱۵}

همان‌گونه که فوقاً اشاره شد، دیوان داوری در پرونده سدکو نظریه تقریباً مشابهی را اعلام نمود:

«همچنین این اصل نیز در حقوق بین‌الملل پذیرفته شده که دولت مسؤول زیانهای اقتصادی که در نتیجه مقررات صادقانه در محدوده اختیارات پذیرفته شده حکومتی دولت است نمی‌باشد.»^{۱۱۶}

در دعواهی مطروحه در دیوان داوری، بحث تقلیل بهای اموال و مسؤولیت دولت از این بابت بیشتر در دعواهی زیر ۲۵۰,۰۰۰ دلار و توسط

۱۱۵. همان‌جا، بند ۶۳ حکم.

۱۱۶. حکم پرونده سدکو (پابوشت ۷۹)، ص ۳۹ (متن انگلیسی، ص ۲۷۵).

خواهانهای آمریکایی در این‌گونه دعاوی مطرح می‌شد. همان‌گونه که در بحث راجع به معاملات اجباری ذکر شد، این‌گونه خواهانها اکثراً ادعا می‌کردند که در جریان خروج از ایران طی انقلاب اسلامی و با توجه به اوضاع آن زمان، مجبور بودند اموال خود را به قیمتهای بسیار نازلی بفروشند، و به ادعای آنها دولت ایران مسؤول خروج شتابزده آنها بوده و لذا باید خسارات واردہ از این بابت را پیدا کرد. با توجه به ردّ اکثر این‌گونه دعاوی توسط دیوان در صلاحیت، و متعاقباً حلّ و فصل یکجای آنها توسط دولتین، موضوع به تفصیل توسط دیوان تحت بررسی قرار نگرفت. کمیسیون دعاوی خارجی ایالات متحده نیز که متعاقب حلّ و فصل آن دعاوی مأمور تصمیم‌گیری راجع به آنها شد، به این‌گونه دعاوی ترتیب اثر نداد^{۱۱۷}

لذا در شرایط عادی، اعمال دولت که باعث کاهش ارزش مال متعلق به بیگانه می‌شود، در حکم مصادره اموال نبوده و از این بابت مسؤولیتی متوجه دولت نیست.

ه. تاریخ مصادره

در موضوع مصادره غیرمستقیم، تعیین تاریخ دقیق محرومیت کامل مالک مال از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. در ضبط اموال به نحو مستقیم، تاریخ محرومیت مالک مال مشخص است، لیکن مصادره غیرمستقیم پدیده‌ای است که در طول مدت زمان غیرمشخصی به تدریج تکامل می‌یابد و سرانجام به محرومیت کامل مالک مال می‌انجامد؛ لذا قاضی یا داور در مقام رسیدگی به دعوای مصادره غیرمستقیم باید به‌طور مشخص تاریخ محرومیت کامل را تعیین کند. اهمیت این تاریخ واضح است. جهت تعیین میزان خسارت واردہ به مالک مال ارزیابی مال مورد مصادره باید در این تاریخ صورت گیرد و بهره متعلقه نیز معمولاً از این تاریخ محاسبه می‌گردد. تغییرات در تاریخ مصادره می‌تواند آثاری قاطع در این مورد داشته باشد و میزان خسارت قابل پرداخت را

۱۱۷. رک. پانویس ۶۳

تا حدّ چشمگیری کم یا زیاد کند.

پس از اینکه قاضی یا داور تحقیق مصادره غیرمستقیم و محرومیت مالک مال را تأیید نمود، این سؤال اساسی مطرح می‌شود که آیا تاریخ مصادره زمانی است که دولت شروع به دخالت در مال مصادره شده می‌کند، یا اینکه این تاریخ زمانی است که آن دخالتها به حدّی می‌رسد که می‌توان مالک مال را به‌طور کامل محروم از مال خود دانست و مال را مصادره شده تلقی نمود؟ در این مورد نویسنده‌گان این رشتہ توافق دارند که تاریخ اخیر، یعنی زمانی که دخالت‌های دولت به مرحله‌ای می‌رسد که می‌توان به‌طور معقول نتیجه‌گیری کرد که مالک از مال خود کاملاً محروم شده است، باید به عنوان تاریخ مصادره در نظر گرفته شود نه تاریخ آغاز دخالتها. به طور مثال، پروفسور کریستی در این مورد چنین اظهار نظر کرده است:

«تاریخ مصادره نباید به زمانی عطف گردد که مال برای نخستین بار ضبط شده است بلکه این تاریخ باید زمانی باشد که مشخصاً بتوان نتیجه‌گیری کرد که از آن تاریخ دیگر مالک مال به‌طور معقول نمی‌توانسته انتظار بازگشت مال خود را داشته باشد.»^{۱۱۸}

دیوان داوری در این مورد اکثراً موضع مشابهی اتخاذ کرده است. در پرونده «I. T. P. C.» دیوان صریحاً اعلام نمود:

«ادعای گرفتن در روز گرفتن ایجاد می‌شود. اما وقتی که سلب مالکیت ادعایی از طریق یک رشتہ مداخلات در استفاده از ملک انجام می‌شود، تخلّفی که اسباب دعوی را تشکیل می‌دهد در روزی به وقوع می‌پیوندد که مداخله کم و بیش به محرومیت قطعی از ملک منتهی شود و نه در تاریخ شروع رویدادها.»^{۱۱۹}

.۱۱۸ G. C. Christie (بانوشت ۳)، ص ۲۲۷.

.۱۱۹ حکم دیوان در پرونده «ITPC» (بانوشت ۳۴)، ص ۵۵ (متن انگلیسی، ص ۲۴). همچنین رجوع کنید به حکم دیوان در دعوای رضا مالک علیه دولت جمهوری اسلامی ایران، شماره ۱۹۳۴-۵۳۴ موزخ ۲۰ مرداد ۱۳۷۱، بند ۱۴.

همان‌گونه که پیشتر بحث شد، در پرونده سدکو دیوان با استدلال غریبی از این قاعدة جا افتاده بیرون نکرد، ولی بیشتر احکام دیوان از نظر مشهور و روتی دیوان در پرونده «ITPC» دنبال‌مروری نموده‌اند.

در پرونده معروف به خمکو^{۱۲۰} نیز نتیجه‌گیری دیوان به همین ترتیب بود. دعوى خواهان در این پرونده ناشی از عمل دولت ایران در کان لم یکن اعلام کردن قرارداد بین شرکت فرعی سویسی شرکت خواهان و شرکت ملی پتروشیمی ایران بود. همان‌گونه که پیشتر توضیح داده شد، شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران در تاریخ ۱۸ دی ۱۳۵۸ ماده واحده‌ای به تصویب رساند که بر اساس آن کمیسیون ویژه‌ای مأمور گردید کلیه قراردادهای نفتی منعقده بعد از تاریخ ملی شدن صنعت نفت ایران را بررسی کند و در صورتی که هر یک از آنها مغایر با ملی شدن صنعت نفت تشخیص داده شد، کان لم یکن اعلام گردد. در مورد قرارداد موضوع این پرونده، تصمیم کمیسیون ویژه مبنی بر کان لم یکن تلقی کردن آن، در تاریخ ۳ دی ۱۳۵۹ به طرف دیگر اعلام شده بود. خواهان در این پرونده ادعایی کرد که مصادره حقوق قراردادی وی بسیار قبل از تاریخهای فوق تحقیق یافته بود، زیرا در تاریخ ۲۷ تیر ۱۳۵۸ طرف ایرانی (شريك ايراني: شركت پتروشيمي) وی را مطلع ساخت که عملیات مشارکت فی‌ما بين را به تهایی به عهده گرفته است و کلیه حقوق و تعهدات موجود تحت قراردادهای مربوط، به وی (شريك ايراني) منتقل خواهد شد. لذا بنابر نظر خواهان، تاریخ واقعی مصادره حدائق زئینه ۱۳۵۸ بود. دیوان داوری این نظر را نپذیرفت و تعیین زمان اولين دخالتها به عنوان تاریخ مصادره را موجه ندانست.^{۱۲۱}

در بحث تاریخ مصادره در چارچوب صلاحیت دیوان داوری، گفتنی است که بر اساس مقررات بیانیه الجزایر، دیوان داوری فقط به دعاوی می‌تواند رسیدگی کند که موضوع آنها در تاریخ ۲۹ دی ۱۳۵۹ (تاریخ امضای بیانیه‌های الجزایر) پابرجا بوده باشد. لذا هرگونه مصادره‌ای می‌باشد تا این تاریخ تحقیق

۱۲۰. دعوى شركت آموکواينترنشنال فاينس كوريوريشن عليه دولت جمهوری اسلامی ایران، شرکت ملی نفت ایران، شرکت ملی پتروشیمی ایران و شرکت شیمیایی خارک، حکم شماره ۳۱۰-۵۶-۳ مورخ ۲۴ تیر ۱۳۶۶ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۱۵ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویوس، ص ۱۸۹).

۱۲۱. البته، در بحث ارزیابی در این پرونده، دیوان چنین نظر داد که دخالت‌های دولت در حقوق قراردادی خواهان قبل از تاریخ تعیین شده، در صورتی که قابل توجیه نباشد، می‌تواند در ارزیابی مال مصادره شده مؤثر باشد.

یافته باشد تا دیوان بتواند صلاحیت خود را در رسیدگی به آن اعمال نماید. به این ترتیب، در صورتی که دخالت‌های دولت در اموال – هرچند ظاهراً در جهت محرومیت مالک مال – تا تاریخ ۲۹ دی ۱۳۵۹ به حدّی نرسد که نشان دهنده محرومیت کامل مالک باشد، دیوان حکم به مصادره نخواهد داد. حتی اگر مشخص باشد که بعد از این تاریخ مالک به طور کامل محروم و مال مصادره شده است، دیوان نمی‌تواند به وقایع بعد از تاریخ امصاری بیانیه استناد کند و حکم به مصادره در آن تاریخ یا زمانی قبل از آن تاریخ بدهد.

دیوان داوری در پرونده فورمومست^{۱۲۲} این وضعیت را به صراحت روشن ساخت و چنین نتیجه گرفت که هرچند دخالت‌های دولت ایران در حقوق مالی خواهان مهم و جدّی بوده است، ولی این دخالتها در تاریخ ۲۹ دی ۱۳۵۹ به حدّی نرسیده بود که آن حقوق مالی را بتوان مصادره شده تلقی کرد.^{۱۲۳} به این علت دعوی مصادره اموال در این پرونده رد شد.



فُتْيَّةٌ

همان‌گونه که در ابتدای مقاله عنوان شد، دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده آمریکا نخستین مرجع بین‌المللی است که موضوع مصادره غیر مستقیم را به نحو سیستماتیک و طی آراء متعددی مورد بررسی و حکم قرار

۱۲۲. دعوای فورمومست (Foremost) علیه ایران، حکم شماره ۱۳۶۵/۲۲۰-۳۷/۲۳۱-۱ موخر ۲۱ فروردین ۱۳۶۵ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۱۰ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویس، ص ۲۲۸).

۱۲۳. همان‌جا، ص ۳۰ (متن انگلیسی، ص ۴۷). همچنین، رجوع کنید به حکم دیوان در پرونده نورالله آرمانفر (نورمن گبای) علیه جمهوری اسلامی ایران، شماره ۱۳۷۰-۵۱۵.۷۷۱ موخر ۱۹ تیر ۱۳۷۰، بند ۱۷: «دیوان داوری نتیجه می‌گیرد که خواهان تنوانته است ثابت کند که ادعاهای اوی بابت مصادره اموالش توسط خوانده در تاریخ بیانیه‌های الجزایر یعنی ۲۹ دی ۱۳۵۹ (۱۹ زانویه ۱۹۸۱) پابرجا بوده است؛ و حکم دیوان در پرونده Jonathan Ainsworth علیه جمهوری اسلامی ایران و سایرین، شماره ۳۵۰-۴۵۴-۳ موخر ۱۰ اسفند ۱۳۶۶ (نسخه فارسی موخر ۱۷ اسفند ۱۳۶۶)، بند ۱۷ (متن انگلیسی منتشره در جلد ۱۸ گزارش آراء دیوان، انتشارات گروسویس، ص ۹۲).

داده و از این لحاظ به عنوان مرجع بسیار مهمی برای مطالعه موضوع درآمده است.

در مواردی، دیوان کوشیده است برخوردي عملی و واقع‌بینانه با موضوع داشته باشد. به طور مثال، در موضوع انتساب اعمال ارگانهای دولتی به دولت، این برخورد تا حدود زیادی محتاطانه بهوضوح دیده می‌شود و می‌توان گفت که دیوان در این کار توفيق فراوانی نیز داشته است. بهویژه در بررسی وضعیت حقوقی نهادهایی که بعد از انقلاب در ایران ایجاد شدند و استناد اعمال آنها به دولت، دیوان داوری تا حدود زیادی با واقع‌بینی عمل کرده است.

با این همه، در موارد مهمی نیز این واقع‌بینی به‌چشم نمی‌خورد و به نتایجی منجر شده است که از نظر حقوقی به‌آسانی قابل دفاع نیست. از موارد مهم در این مقوله موضوع تعیین مدیران دولتی برای واحدهایی است که مدیران آنها مناصب خود را رها کرده بودند. دیوان داوری در اکثر آراء خود به‌این اقدام اضطراری دولت ایران بیش از اندازه بها داده است. هرچند حق اداره مال از حقوق اساسی هر مالک است، ولی با توجه به شرایط و اوضاع واحوال موجود در ایران در دوره‌ای که دولت اقدام به نصب مدیران موقّت برای واحدهای بسیاری نمود، و با توجه به محدودرات دولت که چنان اقدامات اضطراری را لازم گردانید، احکام دیوان در پرونده‌های زیادی مبنی بر اینکه به مجرد نصب مدیر موقّت برای یک واحد، آن واحد را می‌توان مصادره شده تلقی نمود، برخوردي توأم با مسامحه و آسان‌نگری نسبت به موضوع است. در اوضاع واحوال بعد از انقلاب در ایران، هیچ‌کدام از شرکتها و کارخانجاتی که برای آنها مدیر موقّت نصب شده بود، در وضعیت مالی خوبی بسر نمی‌بردند و ضبط آنها برای دولت ایران سودی نداشت. عمدتاً تنها انگیزه دولت در تعیین مدیران موقّت ملاحظات اجتماعی از قبیل جلوگیری از تعطیل واحدهای تولیدی و یا ورشکستگی آنها و بیکار شدن کارگرانشان بود. در بسیاری موارد، پس از دوره کوتاهی، مدیران قبلی دعوت به مراجعت شدند^{۱۲۴} و در برخی موارد نیز مدیران دولتی در حفظ

۱۲۴. به طور مثال، رجوع کنید به پرونده موتورولا و پرونده استارت در صفحات پیشین همین مقاله.

منافع واحد تحت کنترل خود بهتر از مدیران قبلی عمل کردند.^{۱۲۵} دیوان داوری، هرچند در تئوری طرفدار این قاعده است که دولتها در موقع بحرانهای اجتماعی و اقتصادی از اختیارات وسیع تری برای تنظیم روابط اقتصادی در جامعه برخوردارند^{۱۲۶}، با این همه در عمل به نحو دیگری برخورد می‌کند و به نتایج غیرواقع‌بینانه و از نظر حقوقی غیرموجّهی می‌رسد. لذا می‌توان چنین نتیجه گرفت که دیوان داوری در رسیدگی به موضوع مصادره غیرمستقیم، در موارد مهمی دچار آسان‌نگری به موضوع شده است و رویه ایجاد شده موافق با رویه‌های گذشته و نظرات علمای این رشته نیست. در عین حال، با توجه به تعداد احکام دیوان در این موضوع و قلت رویه بین‌المللی در این زمینه، تأثیر و نفوذ رویه قضایی دیوان در آینده غیرقابل انکار است.

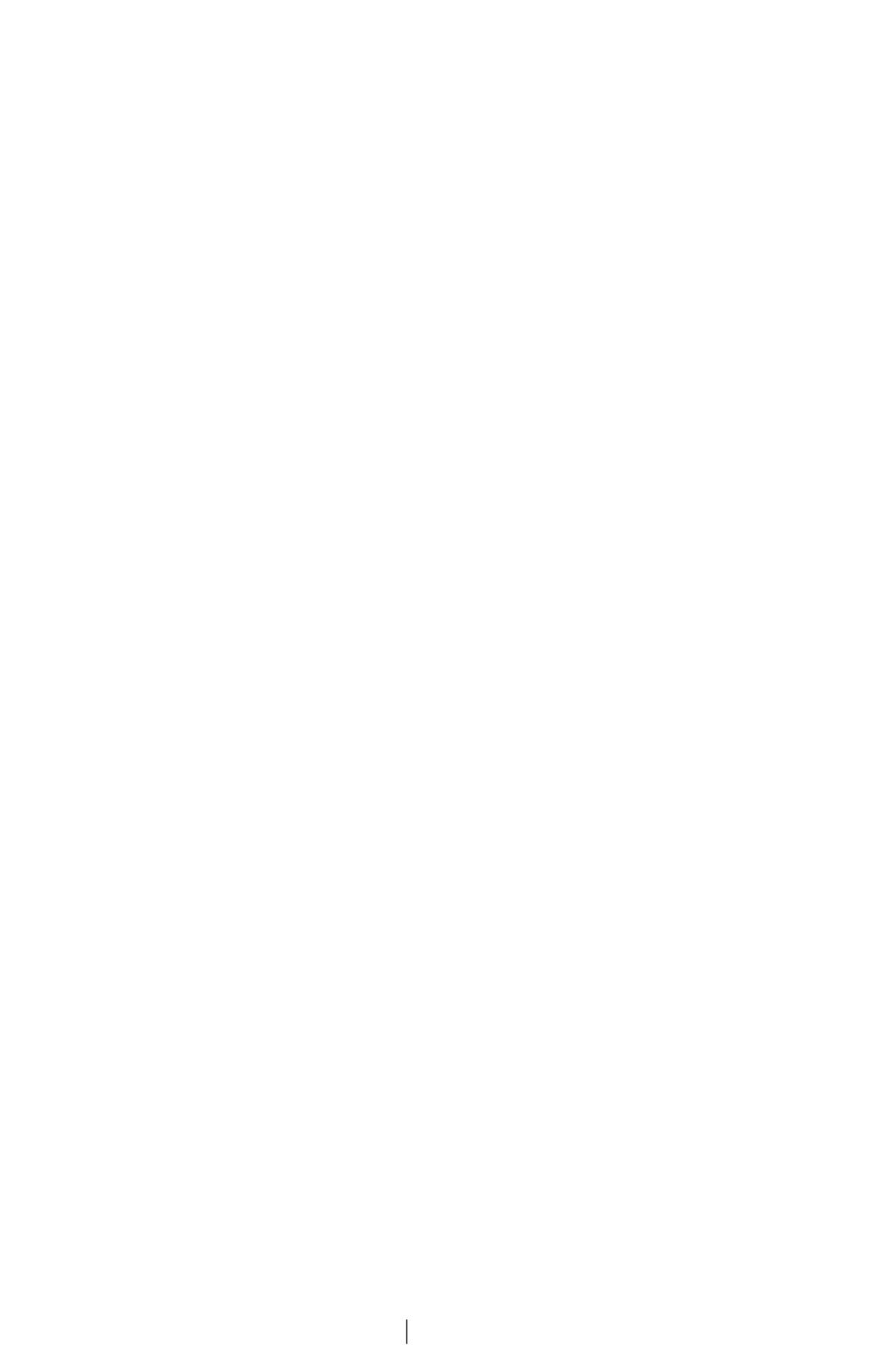
. ۱۲۵. به طور مثال، رجوع کنید به پرونده نامز آفا در صفحات پیشین همین مقاله.

. ۱۲۶. به طور مثال، رجوع کنید به آراء دیوان در پرونده‌های استارت و سی - لند در صفحات پیشین همین مقاله.



اسناد بین المللی







پیش نویس قانون جرایم

علیه صلح و امنیت بشری

۱۹۹۱ زوئیه ۱۹





● اشاره

مسئله تدوین حقوق بین‌الملل کیفری،
یعنی نظام حقوقی که قادر باشد نظم عمومی
بین‌المللی را در مقابل بزهکاران تضمین
نماید، از اواسط سده نوزدهم در محافل
دانشگاهی و انجمنهای علمی مطرح بوده است.
فعالیتهای اتحادیه بین‌المللی حقوق کیفری و
سپس اقدامهای جانشین آن، یعنی انجمن
بین‌المللی حقوق کیفری که در قالب تدوین و
ارائه طرحهای مختلف راجع به «قانون
بین‌الملل جزا» و «اساسنامه دادگاه بین‌المللی
کیفری» انجام شده و می‌شود، گامهای اولیه
مهنی در این مورد محسوب می‌گردد.

وقوع دو جنگ جهانی اول و دوم به‌فاصله
کمتر از بیست سال، قبل از هر چیز، بیان‌کننده
آن بود که نظم عمومی بین‌المللی، یعنی صلح و
امنیت در جامعه بشری، شدیداً آسیب‌پذیر
است و بنابراین باید با تجهیز جامعه جهانی
به‌بازارهای بین‌المللی قانونی سرکوبگرانه،

پیشگیرانه و بازدارنده، یعنی در واقع تهیه و تدوین سیاست جنایی بین‌المللی، نظم جهانی را از تعریضات و جرایم بین‌المللی جدید مصون داشت. بدین ترتیب، به موازات مطالعات و پیشنهادهای دانشمندان حقوق جزا و مصلحان اجتماعی و انجمنهای علمی، محافل رسمی بین‌المللی نیز فعالیتهای خود را در قلمرو ابزارمند و قانونمند کردن حمایت کیفری از صلح و امنیت جهانی آغاز کردند.

از نخستین تجربه‌ها و سندهای بین‌المللی عمده در زمینه محاکمه و مجازات بژهکاران بین‌المللی، اساسنامه‌های دادگاه نورنبرگ و دادگاه توکیو هستند که مأمور رسیدگی به جرایم جنگی و جرایم علیه بشریت، که در دوران جنگ دوم در اروپا و خاور دور ارتکاب یافته بود، شدند. سازمان ملل متحده، بلافاصله پس از تشکیل، با استفاده از تجربه محاکمات و احکام دادگاههای بین‌المللی نورنبرگ و توکیو فعالیت خود را در قلمرو تدوین حقوق بین‌الملل جزا آغاز نمود. مجمع عمومی سازمان ملل متحده، ابتدا این وظیفه را در دسامبر ۱۹۴۶ به «کمیته تدوین حقوق بین‌الملل» محوّل کرد؛ سپس به موجب قطعنامه‌ای کمیسیون حقوق بین‌الملل را که در نوامبر ۱۹۴۷ جانشین کمیته مزبور شده بود، مأمور کرد تا فعالیتهای کمیته را در دو قلمرو تدوین «قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری» از یک سو و «اساسنامه تشکیل دادگاه بین‌المللی کیفری» از سوی دیگر فعال تر کند و آن را ادامه دهد.

بدین ترتیب، با ایجاد سازمان ملل متحده

اول‌کار «قانون‌نویسی» و تدوین قواعد و مقررات کیفری در سطح بین‌المللی به صورت رسمی آغاز و وارد مرحله عملی و فعالی گردید، و ثانیاً کلیه کشورهای عضو سازمان مزبور در این کار سهیم شدند. این خود همزمان نقطه قوت و ضعف در قلمرو تدوین قواعد و مقررات حقوق بین‌الملل کیفری محسوب می‌شود؛ نقطه قوت، از آن جهت که آن دسته از قواعد و مقررات کیفری که از این طریق به تصویب کلیه اعضای سازمان ملل متعدد – یعنی درواقع کل جامعه بشری – بررسد، از حمایت همه آنها در عمل و اجرا برخوردار خواهد بود و بنابراین احتمال محاکمه و مجازات واقعی و مؤثر بزهکاران بین‌المللی نیز قوی خواهد شد؛ نقطه ضعف، از آن جهت که تفاوت‌های موجود در نظامهای سیاسی – عقیدتی حاکم بر کشورهای عضو سازمان ملل متعدد و تفاوت دیدگاه آنها در مسائل مختلف جهانی، موجب می‌شود تا تصویب قواعد و مقررات مزبور، یعنی درواقع تحقیق‌اجماع پیرامون مفاد قانون بین‌الملل جزا و اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری، با مشکلات زیادی روبرو گردد. همین موضوع سبب شده است تا کار تدوین پیش‌نویس‌های مربوط به قواعد و مقررات کیفری حقوق بین‌الملل عمومی در کمیسیون حقوق بین‌الملل به کنّدی پیش‌رود و باگذشت نیم قرن از مأموریت کمیسیون مزبور در این قلمرو، پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیّت بشری در دو هزار و دویست و چهل و یکمین اجلاس آن در ۱۹ ژوئیه ۱۹۹۱ به‌طور «موقت» به تصویب اعضای آن برسد.

این پیش‌نویس دارای بیست و شش ماده و مشتمل بر دو بخش است: بخش نخست شامل چهارده ماده است که در واقع اصول کلی «حقوق بین‌الملل جزای عمومی» را احصاء و تعریف می‌کند؛ بخش دوم شامل دوازده ماده است که به احصاء انواع جرایم موضوع این پیش‌نویس و تعریف هر یک از آنها می‌پردازد. این مواد، در واقع محتوای «حقوق بین‌الملل جزای اختصاصی» را تشكیل می‌دهند. بدین ترتیب، جرایم پیش‌بینی شده در این پیش‌نویس محدود به چارچوب مأموریتی است که مجمع عمومی در فردادی تأسیس سازمان ملل متعدد به کمیسیون حقوق بین‌الملل داده است؛ یعنی تدوین «جرایم علیه صلح جهانی و امنیت بشری» با الهام از اساسنامه، آیین دادرس، محاکمات، احکام و تجربه‌های قضایی دادگاه‌های بین‌المللی نورنبرگ و توکیو. در این پیش‌نویس، مجازات‌هایی از جرایم — بهانه‌آنچه در قوانین جزایی داخلي معمول است — در ماده مربوط تعیین و پیش‌بینی نشده است بلکه گزارشگر ویژه آقای دودو تیبیام، طی پیش‌نویس مجرایی موسوم به «پیش‌نویس ماده ۲۷»، مجازات یا مجازات‌های این قبیل جرایم را مشخص کرده است، زیرا طرح همزمان بعثت مجازات یا مجازات‌ها با بحث پیرامون تعیین و تعریف خود «جرایم علیه صلح و امنیت بشری» سبب می‌شد که مأموریت کمیسیون، به لحاظ تشیت شدید آراء اعضای کمیسیون حقوق بین‌الملل که نایاندگان دولتهای عضو سازمان ملل متعدد و در واقع معترف دیدگاه‌های دولتهای متیوع خود

راجع به نوع و میزان مجازاتها هستند، کار تدوین و تنظیم خود پیش‌نویس جرایم مزبور را بیش از این طولانی و عملأً غیرممکن سازد. اگرچه پیش‌نویس مذکور به صورت موقّت در کمیسیون حقوق بین‌الملل به تصویب رسیده است، لیکن باید گفت که با توجه به فضای سیاسی بین‌المللی بعد از جنگ جهانی دوم، این خود گام مهمی در جهت قانون‌نویسی و «قانونگذاری بین‌المللی کیفری» محسوب می‌شود و امید می‌رود با پایان گرفتن جنگ سرد و تتعديل تنشیهای بین‌المللی و آغاز فضای جدید سیاسی بین‌المللی، سازمان ملل متعدد و دولتهاي عضو آن با توافق و انگيزه بيشتری فرایند تدوین قواعد و مقررات ماهوي و شکلي بین‌المللی کیفری را كه تضمين‌کننده «نظم عمومي بین‌المللی» است، فعال‌تر و پوياتر سازند.

مجلة حقوقی با انتشار متن انگلیسی پیش‌نویس مذکور به همراه ترجمه فارسی آن، امیدوار است گامی در جهت آشنایی هرچه بیشتر علاقمندان مطالعه در این زمینه و دست‌اندرکاران امور کیفری برداشته باشد.

مجلة حقوقی



بخش نخست

فصل نخست: تعریف و توصیف

ماده ۱

تعریف

جرائم (حقوق بین‌الملل) که در این قانون تعریف شده‌اند، جرائم علیه
صلح و امنیت بشری محسوب می‌شوند.

ماده ۲

توصیف

توصیف هر فعل یا ترک فعل به عنوان جرم علیه صلح و امنیت بشری
ربطی به حقوق داخلی ندارد. قابل مجازات بودن یا نبودن یک فعل یا ترک فعل
در حقوق داخلی، تأثیری بر این توصیف ندارد.

فصل دوم: اصول کلی

۳ ماده

مسئولیت و مجازات

۱. هر کس مرتکب جرمی علیه صلح و امنیت بشری گردد، مسؤول آن و مستوجب مجازات است.
۲. هر کس در ارتکاب یک جرم علیه صلح و امنیت بشری، معاونت و همکاری یا وسائل انجام آن را تهیه و تدارک کند، یا برای ارتکاب چنین جرمی تبانی و یا مستقیماً آن را ترغیب و تشویق نماید، مسؤول و مستوجب مجازات است.
۳. هر کس مرتکب عملی شود که به منزله شروع به ارتکاب یک جرم علیه صلح و امنیت بشری (پیش‌بینی شده در مواد...) باشد، تحت این عنوان مسؤول و مستوجب مجازات است. مراد از شروع به جرم، هرگونه شروع به ارتکاب جرمی است که فقط به واسطه شرایط خارجی که اراده فاعل در آن مدخلیت نداشت، عقیم و یا متعلق مانده باشد.

۴ ماده

انگیزه‌ها

انگیزه‌های غیرمرتبط با تعریف جرم که ممکن است متهم به آنها استناد کند، در مسئولیت ناشی از ارتکاب یک جرم علیه صلح و امنیت بشری تأثیری ندارد.

۵ ماده

مسئولیت دولتها

تعقیب یک متهم به ارتکاب جرم علیه صلح و امنیت بشری، دولت را از

مسئولیت خود در حقوق بین‌الملل از بابت هر فعل یا ترک فعل قابل انتساب به آن، معاف نمی‌سازد.

۶ ماده

* تکلیف به محاکمه یا استرداد*

۱. هر دولتی که فرد مظلوم بدارتکاب جرم علیه صلح و امنیت بشری در سرزمین آن یافت شود، مکلف به محاکمه یا استرداد است.
۲. اگر چندین دولت متقاضی استرداد باشند، تقاضای دولتی که جرم در سرزمین آن ارتکاب یافته است، مورد توجه خاص قرار خواهد گرفت.
۳. مفاد بندهای ۱ و ۲ به معنای پذیرش تأسیس و صلاحیت یک دادگاه جنایی بین‌المللی نیست.

۷ ماده

عدم شمول مرور زمان

جرائم علیه صلح و امنیت بشری مشمول مرور زمان نمی‌گردد.

۸ ماده

تضمينهای قضایی

هر فرد متهم بدارتکاب جرم علیه صلح و امنیت بشری، بدون هیچ گونه تبعیضی، حق بهره‌مندی از حداقل تضمینهای حکمی و موضوعی شناخته شده برای شخص انسانی را دارد است. بالاخص متهم حق دارد تا آن زمان که مجرمیت اوی اثبات نگردیده است، از اصل برانت برخوردار باشد و نیز حق دارد:

(الف) در جریان رسیدگی به اتهام واردہ بدوی، از محاکمه‌ای عادلانه و علنى توسط دادگاه صالح، مستقل و بی طرف که برابر قانون یا معاهده تشکیل گردیده است، برخوردار باشد؛

* این ماده در صورت ایجاد یک دادگاه کیفری بین‌المللی مورد تجدیدنظر قرار خواهد گرفت.

- (ب) نوع و علت اتهام وارد، بلا فاصله و با ذکر جزئیات به زبان قابل فهم برای او، بهوی اطلاع داده شود؛
- (ج) برای تهیّه دفاعیّه خود و مشورت با وکیل منتخبش، وقت و امکانات لازم در اختیار داشته باشد؛
- (د) محاکمه اش بدون تأخیر غیر موجّه انجام گیرد؛
- (ه) در جلسات محاکمه، حضور داشته باشد و شخصاً یا به وسیله وکیل برگزیده اش از خود دفاع کند؛ و اگر وکیل ندارد، از حقّ خود در انتخاب وکیل مطلع گردد و اگر امکانات مالی برای پرداخت حقّ الوکاله ندارد، برای وی وکیل تسخیری تعیین شود؛
- (و) از شهودی که عليه او شهادت می‌دهند رأساً یا مع الواسطه تحقیقات بعمل آورد و بخواهد که شهود او نیز، با همان شرایط گواهانی که عليه او گواهی داده‌اند، در جلسه حاضر شوند و بهادره شهادت پردازنند؛
- (ز) در صورتی که زبان استفاده شده در دادرسی را نمی‌داند یا نمی‌تواند به‌آن زبان صحبت کند، از کمک رایگان یک مترجم استفاده نماید؛
- (ح) برای شهادت عليه خود یا اقرار به مجرمیّت خود، تحت فشار قرار نگیرد.

۹ ماده

منع تعقیب مجدد

۱. هیچ کس را نمی‌توان به علت ارتکاب یک جرم پیش‌بینی شده در این قانون که به‌سبب آن قبلًا با حکم قطعی یک دادگاه جنایی بین‌المللی^{*} محکوم یا تبرئه شده است، دوباره محاکمه یا مجازات کرد.
۲. با حفظ اعتبار بندهای ۳، ۴ و ۱۵ این ماده، هیچ کس را نمی‌توان برای یک جرم پیش‌بینی شده در این قانون به لحاظ عملی که به‌سبب آن قبلًا با حکم قطعی یک دادگاه داخلی محکوم یا تبرئه شده است، تعقیب یا مجازات کرد،

* رج. بند ۳ ماده ۶

مشروط بر اینکه در صورت محاکمه، کیفر اجرا شده یا در حال اجرا باشد.

۳. علی‌رغم مفاد بند ۲، دادگاه جنایی بین‌المللی یا دادگاه داخلی می‌تواند فردی را برای یکی از جرایم پیش‌بینی شده در این قانون محاکمه و مجازات کند، به شرط آنکه عملی که به عنوان یک جرم عادی موضوع محاکمه و حکم قرار گرفته است مشمول یکی از عناوین مجرمانه پیش‌بینی شده در این قانون باشد.

۴. علی‌رغم مفاد بند ۲، دادگاه داخلی یک دولت دیگر می‌تواند فردی را به سبب ارتکاب یکی از جرایم پیش‌بینی شده در این قانون محاکمه و مجازات کند، مشروط بر اینکه:

(الف) عمل مجرمانه موضوع حکم قبلی، در سرزمین آن دولت واقع شده؛ یا

(ب) آن دولت زیان‌دیده اصلی از جرم باشد.

۵. در صورت ثبوت مجرمیت به موجب این قانون، دادگاه به هنگام انشای حکم، مجازاتی را که قبلًا به واسطه محاکمه قبلی برای همان عمل تعیین و اجرا شده است، از آن کسر خواهد کرد.

۱۰ ماده

عطف بمقاصق نشدن

۱. هیچ کس را نمی‌توان به موجب این قانون، برای اعمالی که قبل از لازم الاجراء شدن آن مرتكب شده است، محکوم کرد.

۲. چنانچه عمل شخصی در زمان ارتکاب، به موجب حقوق بین‌الملل یا مقررات داخلی حاکم در چارچوب حقوق بین‌الملل، عنوان مجرمانه داشته باشد، این ماده به هیچ وجه مانع محاکمه و مجازات وی نخواهد گردید.

۱۱ ماده

امر آمر قانونی یا دستورهای مافوق

اینکه فرد متهم به ارتکاب جرم علیه صلح و امنیت بشری، در اجرای

دستور یک دولت یا مقام مافوق اقدام به آن کرده است، او را از مسؤولیت کیفری مبزا نمی‌سازد، به شرط آنکه تحت آن اوضاع و احوال، امکان سرپیچی از آن دستور برای وی وجود داشته باشد.

۱۲ ماده

مسؤلیت مافوق

اینکه جرم علیه صلح و امنیت بشری به وسیله مأمور مادون ارتکاب یافته است، مقامات مافوق را از مسؤولیت مبزا نمی‌سازد، به شرط آنکه این مقامات آگاهی داشته و یا براساس اطلاعاتی بتوانند در آن اوضاع و احوال نتیجه گیری کنند که مأمور مذبور در حال ارتکاب و یا در صدد ارتکاب این جرم بوده است ولی از هرگونه اقدام ممکن در حدود توانایی خود برای جلوگیری از وقوع جرم یا سرکوب آن خودداری ورزیده باشند.

۱۳ ماده

موقعیت رسمی و مسؤولیت

سمت رسمی مباشر جرم علیه صلح و امنیت بشری، و خصوصاً اینکه شخص به عنوان رئیس کشور یا دولت عمل کرده باشد، مرتكب را از مسؤولیت کیفری معاف نمی‌کند.

۱۴ ماده

علل رافع مسؤولیت و کیفیات مخففه

۱. دادگاه صالح در مورد پذیرش علل رافع مسؤولیت بر اساس اصول کلی حقوق و با در نظر گرفتن ماهیت هر جرم تصمیم خواهد گرفت.
۲. دادگاه به نگام صدور حکم، در صورت اقتضا، کیفیات مخففه را مورد توجه قرار خواهد داد.

بخش دوم

جرائم علیه صلح و امنیت بشری

ماده ۱۵

تجاوز

۱. هر کس به عنوان رهبر یا سازماندهنده، عمل تجاوزکارانه‌ای را برنامه‌ریزی، ارتکاب و یا امر نماید، پس از ثبوت مجرمیت، (به...) محاکوم خواهد شد.

۲. تجاوز عبارت است از استفاده یک کشور از نیروی نظامی علیه حاکمیت، تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی کشور دیگر و یا هر شیوه دیگری که با منشور سازمان ملل متحد سازگار نباشد.

۳. مبادرت یک کشور به استفاده از نیروی نظامی، برخلاف منشور، خود دلیلی کافی بر وقوع تجاوز به شمار می‌آید، هرچند ممکن است شورای امنیت در چارچوب منشور اعمال ارتکابی را، با توجه به سایر اوضاع و احوال مرتبط و از جمله اینکه اعمال مزبور یا آثار آنها متضمن شدت و خطر چندانی نیستند، تجاوز محسوب ننماید.

۴. هر یک از اعمال زیر، صرف نظر از اینکه اعلام جنگ شده یا نشده باشد و با توجه دقیق به بندهای ۲ و ۳، تجاوز به شمار می‌آید:

(الف) یورش یا حمله نظامی توسط کشوری به سرزمین کشور دیگر یا هر نوع اشغال نظامی که ناشی از چنین یورش یا حمله‌ای باشد، ولو به طور مؤقت، یا هر نوع انضمام سرزمین کشور دیگر یا بخشی از آن به خاک خود با تسلی بهزور؛

(ب) بمباران خاک کشوری دیگر به وسیله نیروهای مسلح یک کشور، یا استفاده از هر نوع اسلحه علیه سرزمین کشوری دیگر؛

(ج) محاصره دریایی بنادر یا سواحل یک کشور به وسیله نیروهای مسلح کشوری دیگر؛

- (د) حمله نظامی یک کشور علیه نیروهای زمینی، دریایی یا هوایی، یا ناوگان دریایی و هوایی غیرنظامی کشوری دیگر؛
- (ه) استفاده یک کشور از نیروی نظامی اعزامی خود برخلاف شرایط بیش‌بینی شده در موافقتنامه منعقده با کشور میزبان و یا هر نوع ادامه حضور این نیروها در آن سرزمین پس از منقضی شدن موافقتنامه مذبور؛
- (و) اجازه یک کشور به کشوری دیگر مبنی بر اینکه از خاکی که در اختیار آن قرار داده است، برای تجاوز علیه کشور ثالثی استفاده کند؛
- (ز) اعماق ستون یا گروههای مسلح، نیروهای نامنظم یا مزدوران توسط، یا از طرف یک کشور که علیه کشور دیگر دست به اعمال مسلحانه‌ای بزند که شدت آنها در حد اقدامات مذکور در بندهای اخیر باشد یا اینکه به نحو عمد و اساسی در چنین اعمالی درگیر و داخل شوند؛
- (ح) هرگونه اعمال دیگری که به تشخیص شورای امنیت مطابق مقررات منشور اعمال تجاوزکارانه تلقی شود.
- [۵. هرگونه تصمیم شورای امنیت در مورد تحقیق عمل تجاوزکارانه برای دادگاههای داخلی لازم الاتّباع است.]
۶. مفاد این ماده به هیچ وجه نباید به گونه‌ای تفسیر شود که دامنه منشور، از جمله مقررات راجع به موارد مشروعیت استفاده از زور، گسترش یا کاهش یابد.
۷. مفاد این ماده به هیچ وجه نباید به حق ملتها در تعیین سرنوشت خود و کسب آزادی و استقلالی که به زور از آنها سلب شده است، آن گونه که این حقوق از منشور مستفاد می‌شود و اعلامیه مربوط به اصول حقوق بین‌الملل در قلمرو روابط دولستانه و همکاری میان دولتها بر اساس منشور ملل متعدد به آنها تصریح دارد، بالاخص حق ملت‌هایی که زیر بار رژیمهای استعماری یا نژادپرستانه و یا سایر اشکال سلطه بیگانه قرار داشته‌اند و همچنین حق آنان برای مبارزه به منظور کسب استقلال و آزادی و جلب و دریافت حمایت، بر اساس اصول منشور و اعلامیه یادشده، لطمی‌ای وارد آورد.

۱۶ ماده

تهدید به تجاوز

۱. هر کس به عنوان رهبر یا سازمان دهنده، تهدید به تجاوز کند یا دستور آن را صادر نماید، پس از ثبوت مجرمیت، (به...) محکوم خواهد شد.
۲. تهدید به تجاوز شامل بیانیه‌ها، اعلامیه‌ها، قدرت‌نماییها یا هرگونه اقدامات دیگری می‌شود که برای دولت یک کشور این اعتقاد را موجّه‌اً بوجود آورد که به طور جدی تجاوزی علیه آن کشور تدارک دیده شده است.

۱۷ ماده

مداخله

۱. هر کس به عنوان رهبر یا سازمان دهنده، مرتکب عمل مداخله در امور داخلی یا خارجی یک کشور شود یا دستور ارتکاب آن را بدهد، پس از ثبوت مجرمیت، (به...) محکوم خواهد شد.
۲. مداخله در امور داخلی یا خارجی یک کشور، مشتمل است بر تحریک فعالیتهای (مسلحانه) براندازی یا تروریستی، سازماندهی، کمک‌رسانی و یا تأمین مالی این فعالیتها، یا تدارک تسلیحات برای انجام آنها بطوریکه در نتیجه این فعالیتها، اجرای آزادانه حقوق حاکمیت کشور دیگر (جداً) مختل گردد.
۳. مفاد این ماده به هیچ وجه نباید به حق ملتها در تعیین سرنوشت خود، آن طور که در منشور سازمان ملل متحده شناخته شده است، لطمه وارد آورد.

۱۸ ماده

سلطه استعمارگرانه و سایر آشکال استیلای خارجی

هر کس به عنوان رهبر یا سازمان دهنده، برخلاف حق ملتها در تعیین سرنوشت خود آن طور که در منشور ملل متحده شناخته شده است، از طریق زور

سلطه استعماری را بر آنها ثبیت نماید و یا تداوم بخشد، یا دستور ثبیت و یا تداوم چنین سلطه و یا سایر انواع استیلای دولتهاي خارجي را صادر کند، پس از ثبوت مجرميّت، (به...) محکوم خواهد شد.

۱۹ ماده

کشتار دسته جمعی (نوسايد)

۱. هر کس مرتكب کشتار دسته جمعی شود یا بهارتكاب آن فرمان دهد، در صورت ثبوت مجرميّت، (به...) محکوم خواهد شد.
۲. کشتار دسته جمعی عبارت است از یکی از اعمال زیر که به قصد نابودی تمام یا بخشی از یک گروه ملّی، قومی، نژادی یا مذهبی ارتکاب می یابد:

(الف) کشتار اعضای گروه:

- (ب) ایراد صدمات شدید جسمانی یا روانی بداعضای گروه؛
- (ج) قرار دادن عامدانه گروه تحت آنچنان شرایط زیستی که به منظور نابودی عملی تمام یا بخشی از آن طرّاحی گردیده باشد؛
- (د) تحمیل شرایطی بهمنظور جلوگیری از زاد و ولد در داخل گروه؛
- (ه) انتقال اجباری کودکان یک گروه به گروه دیگر.

۲۰ ماده

تبییض نژادی (آپارتاید)

۱. هر کس به عنوان رهبر یا سازماندهنده، مرتكب جرم آپارتاید شود یا دستور ارتکاب آن را بدهد، در صورت ثبوت مجرميّت، (به...) محکوم خواهد شد.
۲. آپارتاید مشتمل است بر یکی از اعمال زیر که بر اساس سیاستها و عملکردهای تبعیض آمیز و جداسازی نژادی و به منظور استقرار یا تداوم سلطه یک گروه نژادی بر گروه نژادی دیگر و سرکوبی منظم این گروه، ارتکاب می یابد:

- (الف) امتیاع از پذیرفتن حق حیات و آزادی شخصی برای عضو یا اعضای یک گروه نژادی؛
- (ب) تحمیل عامدانه وضعیت خاصی از زندگی به یک گروه نژادی که به منظور نابودی عملی تمام یا بخشی از آن گروه طراحی شده است؛
- (ج) اتخاذ تدابیر قانونی یا اقدامات دیگر با هدف جلوگیری از مشارکت یک گروه نژادی در زندگی سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی کشور و نیز ایجاد عامدانه شرایطی که رشد و شکوفایی آن گروه را با مانع رو برو می سازد؛
- (د) هرگونه اقدام از جمله اقدامات تقنینی با هدف جداسازی جمعیت در قطبهای نژادی، بهویژه از طریق ایجاد محله‌هایی خاص و جدا برای اعضای یک گروه، منوعیت ازدواج بین آحاد گروههای نژادی مختلف و یا مصادره اموال غیرمنقول متعلق به یک گروه نژادی یا اعضای آن؛
- (ه) بهره‌کشی از کار اعضای یک گروه نژادی، بهویژه از طریق کار اجباری؛
- (و) سرکوبی سازمانها و اشخاص مخالف با آپارتايد از طریق محروم کردن آنها از آزادیها و حقوق اساسی شان.

۲۱ ماده

نقض با برنامه یا وسیع حقوق بشر

هر کس مرتکب یکی از اعمال ناقض حقوق بشر به شرح زیر گردد یا دستور ارتکاب آن را بدهد، پس از ثبوت مجرمیت، (به...) محکوم خواهد شد:

- قتل عمدى
- شکنجه
- تحمیل بردگی، بندگی یا کار اجباری به افراد یا نگاه داشتن آنها تحت چنین شرایطی
- سرکوب مردم به دلایل اجتماعی، سیاسی، نژادی، مذهبی یا فرهنگی به صورت منظم یا در مقیاس وسیع؛ یا

— تبعید یا انتقال اجباری مردم.

۲۲ ماده

جرائم جنگی فوق العاده مهم

۱. هر کس مرتکب یک جرم جنگی فوق العاده مهم گردد یا دستور ارتکاب آن را بدهد، پس از ثبوت مجرمیت، (به...) محکوم خواهد شد.
۲. در این قانون، منظور از جرم جنگی فوق العاده مهم، نقض فوق العاده خطرناک اصول و قواعد حقوق بین الملل حاکم بر مخاصمات مسلحانه است که هر یک از آعمال مشروح زیر را دربر می‌گیرد:
 - (الف) اعمال غیرانسانی، بی‌رحمانه یا وحشیانه علیه حیات، حیثیت یا تمامیت جسمانی یا روانی اشخاص (به ویژه کشتار عمدى، شکنجه، قطع اعضای بدن، آزمایش‌های زیست‌شناختی، گروگانگیری، مجبور کردن شخص تحت حمایت به خدمت در نیروهای دشمن، تأخیر ناموجه در استرداد اسیران جنگی پس از توقف مخاصمات جدی، تبعید یا انتقال افراد غیرنظمی و مجازاتهای دسته جمعی):
 - (ب) اسکان مهاجران خودی در سرزمین اشغالی و تغییر دادن بافت جمعیتی آن؛
 - (ج) استفاده از سلاحهای غیرقانونی؛
 - (د) کاربرد روشها یا جنگ‌افزارهایی که ضایعات بالفعل یا بالقوه گسترده، درازمدت و شدیدی بر محیط زیست طبیعی به جا خواهند گذاشت؛
 - (ه) انهدام گسترده اموال و تأسیسات غیرنظمی؛
 - (و) حملات عمدى به اموالی که از ارزش مذهبی، تاریخی یا فرهنگی استثنایی برخوردارند.

۲۳ ماده

استخدام، بکارگیری، تأمین مالی و آموزش مزدوران

۱. هر کس به عنوان عامل یا نماینده یک دولت، مرتکب یکی از اعمال

زیر گردد یا دستور ارتکاب یکی از آنها را بدهد، پس از ثبوت مجرمیت، (به...) محکوم خواهد شد:

— استخدام، بکارگیری، تأمین مالی یا آموزش مزدوران به منظور انجام اقدامهایی علیه کشوری دیگر یا مخالفت با اعمال مشروع حق مسلم ملتها برای تعیین سرنوشت خود، بدان‌گونه که در حقوق بین‌الملل به رسمیت شناخته شده است.

۲. «مزدور» بهر کسی اطلاق می‌شود که:

(الف) در داخل یا خارج از کشور برای جنگیدن در یک نبرد مسلح باشد؛

(ب) شرکت او در نبرد مسلح، عمدتاً ناشی از انگیزه‌ها و منافع شخصی بوده و توسط یکی از طرفهای درگیر و یا از جانب او، وعده پرداخت دستمزد بسیار بیشتری از میزان دستمزد پرداختی یا قابل پرداخت به جنگجویان هم ردیف و هم وظيفة وی در نیروهای مسلح طرف دیگر، به‌وی داده شده باشد؛
(ج) تبعه یا مقیم سرزمین تحت کنترل یکی از طرفهای درگیر در مخاصمه باشد؛

(د) عضو نیروهای مسلح یکی از طرفهای درگیر در مخاصمه باشد؛
(ه) از طرف کشور غیر مختص‌الصی، به عنوان عضو نیروهای مسلح آن کشور، برای انجام مأموریت رسمی اعزام نشده باشد.

۳. «مزدور» همچنین به کسی اطلاق می‌گردد که تحت هر شرایط دیگری:
(الف) در داخل یا خارج از کشور به منظور خاص شرکت در یک عمل هماهنگ شده قهرآمیز با اهداف زیر اجیر شده باشد:
یک. واژگون کردن یک دولت یا متزلزل ساختن نظم قانون
اساسی یک کشور؛ یا

دو. لطمہ زدن به تمامیت ارضی یک کشور؛
(ب) اساساً به انگیزه کسب نفع شخصی در چنین عملیاتی شرکت جسته و با وعده پرداخت یا دریافت دستمزد به انجام آن ترغیب شده باشد؛
(ج) تبعه یا مقیم کشور مورد حمله باشد؛

- (د) از طرف دولتی برای انجام مأموریت رسمی اعزام نشده باشد؛
(ه) عضو نیروهای مسلح دولتی که عملیات در خاک آن واقع شده است،
نباشد.

۲۴ ماده

تزوییمه بین المللی

هر کس به عنوان عامل یا نماینده یک دولت، مرتكب یکی از اعمال مشروح زیر گردد یا دستور ارتکاب آن را بدهد، پس از ثبوت مجرمیت، (به...) محکوم خواهد شد:

— عهدهدار شدن، سازمان دادن، کمک کردن، تأمین مالی، ترغیب یا نادیده گرفتن ارتکاب اعمالی علیه کشوری دیگر با هدف از بین بردن اشخاص یا اموال، بطوریکه در نتیجه اعمال مذبور جوّ و حشت میان شخصیتهای مملکتی، گروهها و یا عامّه مردم ایجاد گردد.

۲۵ ماده

قاچاق مواد مخدر

۱. هر کس مرتكب یکی از اعمال زیر گردد یا دستور ارتکاب آن را بدهد، پس از ثبوت مجرمیت، (به...) محکوم خواهد شد:

— عهدهدار شدن، سازمان دادن، تسهیل، تأمین مالی یا ترغیب افراد به قاچاق مواد مخدر در مقیاس وسیع، اعم از اینکه در قلمرو یک کشور یا خارج از آن باشد.

۲. در بند ۱، تسهیل یا ترغیب قاچاق مواد مخدر مشتمل است بر تحصیل، نگهداری، تبدیل یا انتقال اموال حاصله از ارتکاب جرم موضوع این ماده، با علم به منشأ این اموال، بهمنظور اخفاء یا تغییر منشأ واقعی نامشروع آنها ۳. مراد از قاچاق مواد مخدر هرگونه تولید، ساخت، عصاره کشی، تهیه، عرضه، در معرض فروش قرار دادن، توزیع، فروش، تحویل تحت هر شرایطی،

دلالی، ارسال، ترازیت، حمل و نقل، واردات یا صادرات هر ماده مخدر یا روانگردان برخلاف قوانین داخلی یا مقررات بین‌المللی است.

۲۶ ماده

صدمات عمدی و شدید به محیط زیست

هر کس عامدآً موجب ورود صدمات و ضایعات گسترده، درازمدّت و شدید به محیط زیست طبیعی گردد یا ایراد چنین صدماتی را دستور دهد، پس از ثبوت مجرمیّت، (به...) محاکوم خواهد شد.

the general public shall, on conviction thereof, be sentenced (to ...).

Article 25

Illicit traffic in narcotic drugs

- 1. An individual who commits or orders the commission of any of the following acts:**
 - **undertaking, organizing, facilitating, financing or encouraging illicit traffic in narcotic drugs on a large scale, whether within the confines of a State or in a transboundary context shall, on conviction thereof, be sentenced (to ...).**
- 2. For the purposes of paragraph 1, facilitating or encouraging illicit traffic in narcotic drugs includes the acquisition, holding, conversion or transfer of property by an individual who knows that such property is derived from the crime described in this article in order to conceal or disguise the illicit origin of the property.**
- 3. Illicit traffic in narcotic drugs means any production, manufacture, extraction, preparation, offering, offering for sale, distribution, sale, delivery on any terms whatsoever, brokerage, dispatch, dispatch in transit, transport, importation or exportation of any narcotic drug or any psychotropic substance contrary to internal or international law.**

Article 26

Wilful and severe damage to the environment

An individual who wilfully causes or orders the causing of widespread, long-term and severe damage to the natural environment shall, on conviction thereof, be sentenced (to ...).

2. A mercenary is any individual who:
- (a) is specially recruited locally or abroad in order to fight in an armed conflict;
 - (b) is motivated to take part in the hostilities essentially by the desire for private gain and, in fact, is promised, by or on behalf of a party to the conflict, material compensation substantially in excess of that promised or paid to combatants of similar rank and functions in the armed forces of that party;
 - (c) is neither a national of a party to the conflict nor a resident of territory controlled by a party to the conflict;
 - (d) is not a member of the armed forces of a party to the conflict; and
 - (e) has not been sent by a State which is not a party to the conflict on official duty as a member of its armed forces.
3. A mercenary is also any individual who, in any other situation:
- (a) is specially recruited locally or abroad for the purpose of participating in a concerted act of violence aimed at:
 - (i) overthrowing a Government or otherwise undermining the constitutional order of a State; or
 - (ii) undermining the territorial integrity of a State;
 - (b) is motivated to take part therein essentially by the desire for significant private gain and is prompted by the promise or payment of material compensation;
 - (c) is neither a national nor a resident of the State against which such an act is directed;
 - (d) has not been sent by a State on official duty; and
 - (e) is not a member of the armed forces of the State in whose territory the act is undertaken.

Article 24

International terrorism

An individual who as an agent or representative of a State commits or orders the commission of any of the following acts:

undertaking, organizing, assisting, financing, encouraging or tolerating acts against another State directed at persons or property and of such a nature as to create a state of terror in the minds of public figures, groups of persons or

forced labour

persecution on social, political, racial, religious or cultural grounds in a systematic manner or on a mass scale; or

deportation of forcible transfer of population shall, on conviction thereof, be sentenced (to ...).

Article 22

Exceptionally serious war crimes

1. An individual who commits or orders the commission of an exceptionally serious war crime shall, on conviction thereof, be sentenced (to ...).

2. For the purposes of this Code, an exceptionally serious war crime is an exceptionally serious violation of principles and rules of international law applicable in armed conflict consisting of any of the following acts:

(a) acts of inhumanity, cruelty or barbarity directed against the life, dignity or physical or mental integrity of persons (in particular wilful killing, torture, mutilation, biological experiments, taking of hostages, compelling a protected person to serve in the forces of a hostile Power, unjustifiable delay in the repatriation of prisoners of war after the cessation of active hostilities, deportation or transfer of the civilian population and collective punishment);

(b) establishment of settlers in an occupied territory and changes to the demographic composition of an occupied territory;

(c) use of unlawful weapons;

(d) employing methods or means of warfare which are intended or may be expected to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment;

(e) large-scale destruction of civilian property;

(f) wilful attacks on property of exceptional religious, historical or cultural value.

Article 23

Recruitment, use, financing and training of mercenaries

1. An individual who as an agent or representative of a State commits or orders the commission of any of the following acts:

recruitment, use, financing or training of mercenaries for activities directed against another State or for the purpose of opposing the legitimate exercise of the inalienable right of peoples to self-determination as recognized under international law shall, on conviction thereof, be sentenced (to ...).

- (c) forcibly transferring children of the group to another group.

Article 20

Apartheid

1. An individual who as leader or organizer commits or orders the commission of the crime of *apartheid* shall, on conviction thereof, be sentenced (to ...).

2. *Apartheid* consists of any of the following acts based on policies and practices of racial segregation and discrimination committed for the purpose of establishing or maintaining domination by one racial group over any other racial group and systematically oppressing it:

(a) denial to a member of members of a racial group of the right to life and liberty of person;

(b) deliberate imposition on a racial group of living conditions calculated to cause its physical destruction in whole or in part;

(c) any legislative measures and other measures calculated to prevent a racial group from participating in the political, social, economic and cultural life of the country and the deliberate creation of conditions preventing the full development of such a group;

(d) any measures, including legislative measures, designed to divide the population along racial lines, in particular by the creation of separate reserves and ghettos for the members of a racial group, the prohibition of marriages among members of various racial groups or the expropriation of landed property belonging to a racial group or to members thereof;

(e) exploitation of the labour of the members of a racial group, in particular by submitting them to forced labour;

(f) persecution of organizations and persons, by depriving them of fundamental rights and freedoms, because they oppose *apartheid*.

Article 21

Systematic or mass violations of human rights

An individual who commits or orders the commission of any of the following violations of human rights:

- murder
- torture
- establishing or maintaining over persons a status of slavery, servitude or

2. Threat of aggression consists of declarations, communications, demonstrations of force or any other measures which would give good reason to the Government of a State to believe that aggression is being seriously contemplated against that State.

Article 17

Intervention

1. An individual who as leader or organizer commits or orders the commission of an act of intervention in the internal or external affairs of a State shall, on conviction thereof, be sentenced (to ...).

2. Intervention in the internal or external affairs of a State consists of fomenting (armed) subversive or terrorist activities or by organizing, assisting or financing such activities, or supplying arms for the purpose of such activities, thereby (seriously) undermining the free exercise by that State of its sovereign rights.

3. Nothing in this article shall in any way prejudice the right of peoples to self-determination as enshrined in the Charter of the United Nations.

Article 18

Colonial domination and other forms of alien domination

An individual who as leader or organizer establishes or maintains by force or orders the establishment or maintenance by force of colonial domination or any other form of alien domination contrary to the right of peoples to self-determination as enshrined in the Charter of the United Nations shall, on conviction thereof, be sentenced (to ...).

Article 19

Genocide

1. An individual who commits or orders the commission of an act of genocide shall, on conviction thereof, be sentenced (to ...).

2. Genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial or religious group as such:

- (a) killing members of the group;
- (b) causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (c) deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) imposing measures intended to prevent births within the group;

- (b) bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State;
- (c) the blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State;
- (d) an attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State;
- (e) the use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement, or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement;
- (f) the action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State;
- (g) the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein;
- (h) any other acts determined by the Security Council as constituting acts of aggression under the provisions of the Charter;

[5. Any determination by the Security Council as to the existence of an act of aggression is binding on national courts.]

6. Nothing in this article shall be interpreted as in any way enlarging or diminishing the scope of the Charter of the United Nations including its provisions concerning cases in which the use of force is lawful.
7. Nothing in this article could in any way prejudice the right to self-determination, freedom and independence, as derived from the Charter, of peoples forcibly deprived of that right and referred to in the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, particularly peoples under colonial and racist regimes or other forms of alien domination; nor the right of these peoples to struggle to that end and to seek and receive support, in accordance with the principles of the Charter and in conformity with the above-mentioned Declaration.

Article 16

Threat of aggression

1. An individual who as leader or organizer commits or orders the commission of a threat of aggression shall, on conviction thereof, be sentenced (to ...).

Article 13

Official position and responsibility

The official position of an individual who commits a crime against the peace and security of mankind, and particularly the fact that he acts as head of State or Government, does not relieve him of criminal responsibility.

Article 14

Defences and extenuating circumstances

1. The competent court shall determine the admissibility of defences under the general principles of law, in the light of the character of each crime.
2. In passing sentence, the court shall, where appropriate, take into account extenuating circumstances.

PART II

CRIMES AGAINST THE PEACE AND SECURITY OF MANKIND

Article 15

Aggression

1. An individual who as leader or organizer plans, commits or orders the commission of an act of aggression shall, on conviction thereof, be sentenced (to ...).
2. Aggression is the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations.
3. The first use of armed force by a State in contravention of the Charter shall constitute *prima facie* evidence of an act of aggression, although the Security Council may, in conformity with the Charter, conclude that a determination that an act of aggression has been committed would not be justified in the light of other relevant circumstances, including the fact that the acts concerned or their consequences are not of sufficient gravity.
4. Any of the following acts, regardless of a declaration of war, constitutes an act of aggression, due regard being paid to paragraphs 2 and 3:
 - (a) the invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof;

punished by an international criminal court or by a national court for a crime under this Code if the act which was the subject of a trial and judgment as an ordinary crime corresponds to one of the crimes characterized in this Code.

4. Notwithstanding the provisions of paragraph 2, an individual may be tried and punished by a national court of another State for a crime under this Code:

(a) if the act which was the subject of the previous judgment took place in the territory of that State; or

(b) if that State has been the main victim of the crime.

5. In the case of a subsequent conviction under this Code, the court, in passing sentence, shall deduct any penalty imposed and implemented as a result of a previous conviction for the same act.

Article 10

Non-retroactivity

1. No one shall be convicted under this Code for acts committed before its entry into force.

2. Nothing in this article shall preclude the trial and punishment of anyone for any act which, at the time when it was committed, was criminal in accordance with international law or domestic law applicable in conformity with international law.

Article 11

Order of a Government or a superior

The fact that an individual charged with a crime against the peace and security of mankind acted pursuant to an order of a Government or a superior does not relieve him of criminal responsibility if, in the circumstances at the time, it was possible for him not to comply with that order.

Article 12

Responsibility of the superior

The fact that a crime against the peace and security of mankind was committed by a subordinate does not relieve his superiors of criminal responsibility, if they knew or had information enabling them to conclude, in the circumstances at the time, that the subordinate was committing or was going to commit such a crime and if they did not take all feasible measures within their power to prevent or repress the crime.

Article 8

Judicial guarantees

An individual charged with a crime against the peace and security of mankind shall be entitled without discrimination to the minimum guarantees due to all human beings with regard to the law and the facts. In particular, he shall have the right to be presumed innocent until proved guilty and have the rights:

- (a) in the determination of any charge against him, to have a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal duly established by law or by treaty;
- (b) to be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him;
- (c) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing;
- (d) to be tried without undue delay;
- (e) to be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him and without payment by him in any case if he does not have sufficient means to pay for it;
- (f) to examine, or have examined, the witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;
- (g) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court;
- (h) not to be compelled to testify against himself or to confess guilt.

Article 9

Non bis in idem

1. No one shall be tried or punished for a crime under this Code for which he has already been finally convicted or acquitted by an international criminal court.
2. Subject to paragraphs 3, 4 and 5, no one shall be tried or punished for a crime under this Code in respect of an act for which he has already been finally convicted or acquitted by a national court, provided that, if a punishment was imposed, it has been enforced or is in the process of being enforced.
3. Notwithstanding the provisions of paragraph 2, an individual may be tried and

2. An individual who aids, abets or provides the means for the commission of a crime against the peace and security of mankind or conspires in or directly incites the commission of such a crime is responsible therefor and is liable to punishment.
3. An individual who commits an act constituting an attempt to commit a crime against the peace and security of mankind (as set out in arts ...) is responsible therefor and is liable to punishment. Attempt means any commencement of execution of a crime that failed or was halted only because of circumstances independent of the perpetrator's intention.

Article 4

Motives

Responsibility for a crime against the peace and security of mankind is not affected by any motives invoked by the accused which are not covered by the definition of the crime.

Article 5

Responsibility of States

Prosecution of an individual for a crime against the peace and security of mankind does not relieve a State of any responsibility under international law for an act or omission attributable to it.

Article 6

Obligation to try to extradite

1. A State in whose territory an individual alleged to have committed a crime against the peace and security of mankind is present shall either try or extradite him.
2. If extradition is requested by several States, special consideration shall be given to the request of the State in whose territory the crime was committed.
3. The provisions of paragraphs 1 and 2 do not prejudge the establishment and the jurisdiction of an international criminal court.

Article 7

Non-applicability of statutory limitations

No statutory limitation shall apply to crimes against the peace and security of mankind.

PART I

CHAPTER 1. DEFINITION AND CHARACTERIZATION

Article 1

Definition

The crimes (under international law) defined in this Code constitute crimes against the peace and security of mankind.

Article 2

Characterization

The characterization of an act or omission as a crime against the peace and security of mankind is independent of internal law. The fact that an act or omission is or is not punishable under internal law does not affect this characterization.

CHAPTER 2. GENERAL PRINCIPLES

Article 3

Responsibility and punishment

1. An individual who commits a crime against the peace and security of mankind is responsible therefor and is liable to punishment.



**INTERNATIONAL LAW
COMMISION REPORT ON THE
DRAFT CODE OF CRIMES AGAINST
THE PEACE AND
SECURITY OF MANKIND**

19 July 1991



LAW REVIEW

Bureau for International Legal Services

Vol. 18 - 19

1994 - 95

President and Director-in-charge:

— **Dr. G. Eftekhar Djahromi**

Editor-in-charge:

— **M. Mohebbi**

Supervised by:

— **Editorial Board.**

LAW REVIEW

Bureau for International Legal Services

Vol. 18 - 19

1994 - 95

ISSN 1024-0799

Publication:

Bureau for International Legal Services

No. 140, Forsat St. Taleghani Ave. Tehran - Iran
Tel. (21) 8825071. - 5, 8824176

نشریه
دفتر خدمات حقوق بین المللی جمهوری اسلامی ایران
تهران خیابان طالقانی، نیش شمالی فرست. شماره: ۱۴۰. تلفن: ۸۸۲۵۰۷۱