

# مجله حقوقی

نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران

- ◆ زمینه‌های تاریخی حضور شرکتهای خصوصی در حقوق بین‌الملل ..... ۵  
دکتر محسن محبی
- ◆ نظریه عمل دولت در ایالات متحده امریکا و استثنای عهدنامه‌ای آن ..... ۵۷  
دکتر اسدالله نوری
- ◆ دعوی پینوشه: معجونی از حقوق و سیاست ..... ۸۵  
ترجمه محمد جواد میرفخرایی
- ◆ دادگاه جدید اروپایی حقوق بشر ..... ۱۲۹  
دکتر سید محمد قاری سید فاطمی
- ◆ تأثیر حقوق اتحادیه اروپا در تکامل مفهوم رفع تبعیض بین کارگر زن و مرد  
بر حقوق کار بریتانیا ..... ۱۴۷  
دکتر محمود براتی‌نیا
- ◆ مطالعه تطبیقی «تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر قرارداد» و راه حل  
حقوق ایران ..... ۱۶۱  
دکتر محمد حسن صادقی مقدم
- ◆ چارچوب اجرایی موافقتنامه مربوط به اجرای کنوانسیون ۱۹۸۲ سازمان ملل  
در باره حقوق دریاها ..... ۲۲۳  
ترجمه دکتر فضل‌الله موسوی
- ◆ التباس معنای مزایا و مصونیت‌ها در حقوق بین‌الملل تأملی بر تعاریف و  
مفاهیم ..... ۲۵۵  
محمود صوراسرافیل
- ◆ آثار حقوقی اعلان جنگ در اسلام و حقوق بین‌الملل معاصر ..... ۲۷۵  
محمد علی برزنونی
- ◆ کنوانسیون منع شکنجه و دیگر رفتارها یا مجازاتهای بیرحمانه، غیرانسانی یا  
ترذیلی (۱۹۸۴) ..... ۳۱۳

۲۵

۱۳۷۹

## زمینه‌های تاریخی حضور شرکتهای خصوصی در حقوق بین‌الملل\*

دکتر محسن محبی

پدیده‌ای بنام حضور شخص خصوصی در حقوق بین‌الملل، در دو  
قلمرو گسترده است: یکی حضور اشخاص حقیقی (فرد انسانی) در عرصه

---

\* این مقاله محصول جستجوهای است که برای تهیه سخنرانی در اولین کنفرانس داوری بین‌المللی در ایران انجام دادم (رک. دکتر محسن محبی، «رژیم قانون حاکم دیوان داوری در دعاوی نفتی ...»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۷-۲۸، (ویژه اولین کنفرانس بین‌المللی داوری) ۱۳۷۸، ص ۴۵ به بعد) و می‌خواستم زمینه‌های تاریخی حضور شرکتهای خارجی در عرصه حقوق بین‌الملل را بهتر بشناسم تا با اطمینان بیشتری گفته باشم که چه خلط و خبط شگفتی رخ داده است و چگونه عده‌ای می‌خواهند یک واقعه تاریخمند را که بستر حضور و فعالیت شرکتهای تجاری بزرگ در عرصه بین‌المللی بوده (و به کلی با مسأله حضور شخص حقیقی و افراد انسانی در حقوق بین‌الملل متفاوت است)، به کمک نظریه‌هایی مانند «غیرمحلّی شدن» (Delocalization) قراردادهای بین شرکتهای خصوصی خارجی و دولتها، این شرکتهای خصوصی را به زیر خیمه حقوق بین‌الملل بیاورند تا از حمایت‌ها و حفاظت‌های خاص دولتها برخوردار شوند. و از سوی دیگر، کمتر جایی برای حقوق عمومی یا منافع عمومی طرف دولتی قرارداد و حاکمیت ملی آن قائل‌اند و می‌خواهند شرکتهای عظیم چندملیتی را به قدرت‌های به مراتب بزرگتر و مقتدرتر از دولتها تبدیل نمایند. شگفت آن که طرفداران این نظر، این رابطه را یک طرفه می‌خواهند: در نوشته‌های ایشان معمولاً این شرکتهای خصوصی غربی‌اند که اگر قراردادی با کشورهای موسوم به جهان سوم بسته باشند، شایسته‌اند شانه به شانه دولت و در «صف نعال» حقوق بین‌الملل نشینند، اما همین که نوبت به شرکتهای جهان سوم می‌رسد، انواع ترفندهای حقوقی و بهانه‌ها را می‌سازند که او را به حوزه محدود حقوق خصوصی پس فرستند. باری، ذکر این مطالب در آن سخنرانی به اشاره برگزار شد و اینک تفصیل آن را در این نوشته ملاحظه می‌کنید. نویسنده از جناب آقای صور اسرافیل به خاطر بازخوانی این مقاله و نکات عالمانه‌ای که یادآوری کردند، سپاسگزار است.

حقوق بین‌الملل که موضوع حقوق بشر است، و دوم حضور اشخاص حقوقی مانند شرکتهای خصوصی خارجی که در کشورهای سرمایه‌پذیر در جهان سوم فعالیت دارند و به اعتبار قراردادهایی که با مؤسسات و سازمانهای دولتی آن کشورها بسته‌اند، می‌خواهند جایگاهی در حقوق بین‌الملل داشته باشند تا از بعضی ضمانت‌اجراهای حقوق بین‌الملل برخوردار شوند. گرچه روابط حقوقی ناشی از این قبیل قراردادها موضوعاً مشمول اصول و موازین حقوق خصوصی است اما چون طرف قرارداد، یک دستگاه دولتی کشور سرمایه‌پذیر (اغلب در جهان سوم) است، و دولت هم تابع حقوق بین‌الملل است، شرکتهای خارجی (اغلب چندملیتی‌های غربی) برای خود جایی در قلمرو حقوق بین‌الملل جستجو می‌کنند. هدف از این تلاش روشن است: یکی خارج کردن قرارداد از حوزه حقوق داخلی کشور طرف قرارداد (قانون حاکم) و دوم ایجاد نوعی صلاحیت بین‌المللی در قالب داوری، برای حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد تا از صلاحیت محاکم داخلی خارج گردد. همین دو نکته، دو پیامد مهم حضور اشخاص حقوقی (شرکتهای) در عرصه حقوق بین‌الملل است. باری، موضوع بحث ما در این نوشته، همین قلمرو دوم است و به مباحث مربوط به حضور شخص حقیقی در حقوق بین‌الملل (حقوق بشر) نمی‌پردازیم.

## ۱

### از رنسانس تا دوران معاصر

۱- تاریخ عصر جدید بشر، ذیل رنسانس شکل گرفته که خود، صدر مدرنیته در غرب است. مدرنیته یک تفکر است که ذات آن نقد موضوع

(سوژه) توسط انسان به عنوان ذات شناسنده است. چون نقد (کریستیک) مستلزم تعقل است، تفکر مدرن ذاتاً راسیونالیستی است. مدرنیته در روند تاریخمند و معنی‌داری ظهور کرده و گسترده است، به طوری که سه حوزه اقتصاد، سیاست و فرهنگ نو در دوران معاصر را شکل داده یا دست کم عمیقاً بر آنها اثر نهاده است و این اثرگذاری تا به امروز هم ادامه دارد. آخرین ثمره مدرنیته، نقد مدرنیته است که «پست مدرنیسم» نام گرفته است. «حقوق» که هم به عنوان علم و هم به عنوان فلسفه ناظر و شامل هر سه حوزه اقتصاد، سیاست و فرهنگ است، از تأثیر تفکر مدرنیته بر کنار نمانده است و مکاتب حقوق تحصلی و (پوزیتیویستی) که در برابر حقوق فطری در قرون ۱۸-۱۹ مطرح شده‌اند و حتی مکتب حقوق طبیعی نوین از جمله آثار آن است.<sup>۱</sup>

یکی از ثمرات مدرنیته، تحول عمیقی است که در مفهوم دولت و کارکرد آن رخ داده و پیامد آن کاهش نقش دولت و حضور اشخاص خصوصی (حقیقی و حقوقی) در حوزه‌های اقتصادی تجاری و از آنجا در عرصه بین‌الملل است. کمی توضیح بدهیم:

۲- در آستانهٔ رنسانس در نیمه دوم قرن ۱۵، جهان شاهد مقارنه‌ای سه ضلعی و تاریخ‌ساز بود که عنان بر عنان رنسانس که مسیر آینده فرهنگ و تمدن جدید بشری را نشانه‌گذاری می‌کرد، آن مقارنه هم زمینه تاریخ دوران معاصر را فراهم می‌ساخت. اول، در سال ۱۴۵۳ قسطنطنیه به

---

۱. دامنه تفکرات مدرن و حتی پست مدرن در حوزه حقوق را می‌توان در آثار فلاسفه‌ای مانند جان رالز و گلدینگ دید. رک.

John Rawls, *The Theory of Justice* 1999, Oxford, Mastin Golding, *The Concept of Rights, A Historical Sketch, A Bioethic Human Rights*, ed. Bandman, Boston, 1978.

نیز رک. مارتین گلدینگ، «مفهوم حق، درآمدی تاریخی»، ترجمه دکتر محمد راسخ، مجله کیان، شماره ۵، ص ۳۳.

تصرف ترکان عثمانی در آمد، دوم، در سال ۱۴۹۸ گرانادا سقوط کرد و سوم، در همان سال ۱۴۹۸ گوتنبرگ دستگاه چاپ را اختراع نمود. از بس کشف امریکا در پایان قرن ۱۵ (۱۴۹۲) مهم است، می‌توان از آن هم به عنوان یکی از عناصر تاریخ‌ساز عصر رنسانس نام برد. باری، این تحولات الگوی حکومت‌های بزرگ و امپراطوری‌ها را چنان به سرعت زیر و رو می‌کرد و حرکت تاریخ را چنان شتابی می‌بخشید که قریب ۲۰۰ سال بعد در پایان قرون وسطی جهان شاهد سقوط قدرتهای مطلقه کلیسایی و قرون وسطایی و انعقاد عهدنامه‌های وستفالی در سال ۱۶۴۸ بود. روند اصلی روابط بین‌الملل نیز بر بستر همین عهدنامه‌ها بود که شکل می‌گرفت و بعدها زمینه‌ساز حقوق بین‌الملل معاصر گردید. باید نگاهی گذرا به تاریخ بیفکنیم.

۳- همزمان با حکومت آق قویونلو در آذربایجان و آل جلایر و آل مظفر در مرکز و جنوب ایران و سایر حکومت‌های پراکنده در گوشه و کنار فلات ایران، ترکان عثمانی تازه مسلمان در سال ۱۴۵۳ قسطنطنیه را در روم شرقی فتح کردند و پرچم اسلام را بر فراز کلیسای ایسا صوفیه به اهتزاز درآوردند و این شهر را اسلامبول - «شهر اسلام» - نامیدند. در واقع آنچه را اسلام عربی با وجود سالها سلطه بر اسپانیا نتوانسته بود انجام دهد، اسلام ترکی تحقق بخشید. تنها منطقه‌ای که نسبتاً از نفوذ ترکان عثمانی مصون ماند امپراطوری اتریش و ایتالیا بود که مرکز اقتدار کلیسا به شمار می‌رفت. سپس همین مسلمانان ترک که نسب به نسل عثمان می‌بردند، از دروازه‌های شرقی وارد اروپا شدند و از طریق یونان و بلغار و مجار و آلبانی، بنادر شرق و جنوب دریای مدیترانه را در تصرف خود گرفتند و بدین‌سان عملاً راه تجارت اروپا با شرق و حتی افریقا را بستند. حضور این مسلمانان در اروپا و حوادث پیاپی آن، خواب اروپاییان و حکمرانان کلیسا را به هم

آشفت و ثبات آهنین امپراطوری کلیسا در طول قرون وسطی را متزلزل کرده بود. از این رو، هر تلاشی برای حفظ موجودیت و دفاع از کیان آن امپراطوری، بجا و قابل درک به نظر می‌رسید. اروپاییان که اینک محبوس شده بودند در جستجوی راه به دنیای بیرون بودند. تئوری کروی بودن زمین که به دنبال آرای کپرنیک - البته در خفای اصحاب کلیسا - طرفدارانی بین دریانوردان پیدا کرده بود، کمک بزرگی در جستجوی راههای دریایی می‌کرد.

۴ - در همین قرن ۱۵، کشتیهای پرتغالی راهی شمال افریقا شدند به این امید که به هند دست یابند و «گنج‌های آسیا» را که شهرت یافته بود بگشایند. این سفرهای دریایی به برکت اختراع قطب‌نما و به پشتوانه نظریه کروی بودن زمین ممکن شده بود، و چون به نیروی انگیزه‌های دینی تبشیری مسیحیت نیز (پشت گرم) بود، عزم‌های آهنین را در دل دریانوردان رقم زد و کشتیهای اقیانوس پیما به دست صنعتگران و کشتی‌سازان یکی پس از دیگری ساخته می‌شد. باری، زمینه‌های علمی و امکان این سفرهای بزرگ در راههای ناپیموده را از خیلی قبل کپرنیک (فوت در سال ۱۴۷۳) و گالیله (فوت در سال ۱۵۴۲) هموار کرده بودند. کریستف کلمب نیز در سالهای پایانی قرن ۱۵ به دنبال همین تئوری کروی بودن زمین بود که سفر دایره‌وار خود به سمت غرب را با حمایت ملکه پرتغال شروع کرد. اما در ۱۴۹۲ به جای رسیدن به نقطه شروع سفرش، یا به قولی به جای رسیدن به گنج‌های آسیا در هندوستان - شاید به علت اشتباه و نقص قطب‌نما - در جای دیگری پیاده شد که بعداً قاره امریکا نام گرفت.

اما چند سال بعد در ۱۴۹۸ گرانادای اسلامی در جنوب اسپانیا سقوط کرد و حکومت اسلامی شکست خورد و روند اسلام‌زدایی در اسپانیا شروع

شد. شگفتا که مقارن همان روزگار، گوتنبرگ آلمانی ماشین چاپ را اختراع کرد (۱۴۹۸) و مراوده علمی و توسعه دانش و فنون را آسان نمود و بدینسان زمینه مبادله علمی که در اثر سالها حضور مسلمین در اروپا انباشته شده بود، فراهم گردید.

۵- این رویدادها به اضافه حوادث تاریخی مهم که یکی پس از دیگری در طول ۵۰ سال از آخر قرن ۱۵ رخ داد، روحیه ضعیف شده اروپاییان را به سرعت تقویت می کرد. رنسانس آغاز می شد. اروپا با انبوهی از علوم که در قلمروی اسلامی اروپا بسی پیشرفته بود، به استقبال جهان نو یعنی امریکا می رفت. حدود یکصد سال بعد، اروپای تازه نفس جامه سنگین و کهنه قرون وسطی را از تن برون می کرد و لباس تازه علم و آزادی به تن می نمود. در ۱۶۴۸ اروپا شاهد عهدنامه های وستفالی و تشکیل دولتهای مستقل و مقتدر بود. توسن علم و اندیشه که از بندهای گران قرون وسطی رهیده بود، همچنان می تاخت. دانشمندان علوم طبیعی بدون نگرانی از مخالفت های کلیسا هر روز اختراع و اکتشاف تازه ای ارائه می کردند و اندیشه ورزان حوزه فلسفه نیز آسوده از تکفیرهای کشیشان سخت کیش و خشک اندیش، به نقد کلام مسیحی می پرداختند و اندیشه های نو در حوزه فلسفه و سیاست و علم می ساختند. در اواخر قرن ۱۸ همه زمینه ها برای انقلابی سیاسی تاریخ ساز فراهم بود: اروپا در ۱۷۸۹ انقلاب کبیر فرانسه را تجربه کرد. در این میان، اختراع ماشین بخار توسط وات انگلیسی به سال ۱۸۸۴ نیز سرآغازی تازه را در روند شتابنده تاریخ رقم زد. انقلاب صنعتی به راه می افتاد.

۶- گویی حوصله تاریخ در اروپا تنگ شده بود که ظرف سه قرن پس از سالهای ۱۵۰۰، اینهمه حادثه آفریده، سخنهای نو گفته و شگفتی ها

ساخته شده بود. عصر شکوفایی تمدن یونان به کنار، وقتی پیش از این، توسن تاریخ به سرزمین اروپا رسید هزاران سالی به تانی پیموده بود، ولی حالا لگام گسیخته هر سو می‌تاخت و شتاب داشت که نشانه‌های عصر جدید را برای رهروان اعصار بعدی، در راههای پیموده و ناپیموده نصب کند. گویی تاریخ هم می‌دانست که بشر آینده بی‌حوصله خواهد شد و تاوان آنهمه توقف در قرون وسطی را یکجا ظرف چند دهه خواهد گرفت. بی‌جهت نیست که دستاوردهای بشر در طول دو قرن ۱۸-۱۹ که در قرن ۲۰ تجربه شده است، با میراث بشر در طول قرون پیشین همسنگ و بلکه بیش از آن است. در قرن ۲۰ آهنگ رشد دانش و تمدن بشری شتاب بیشتری می‌گرفت به طوری که اکنون در آستانه قرن ۲۱ این گستره از علم و اندیشه و اطلاعات که پیش روی بشر گسترده و به برکت رایانه همواره حجم آن انباشته‌تر می‌شود، از ظرفیت هاضمه فکر ما انسانها بسی بیشتر است. امروزه بشر خرمی از انواع اطلاعات را اندوخته کرده که ناپخته و ناپخته مانده و به آگاهی (شعور) تبدیل نشده است. هجوم اطلاعات، فرصت تأمل و فهم نمی‌دهد.

۷- گفتیم که پس از پایان قرون وسطی، تاریخ سیاسی عصر جدید از قرن ۱۷ و با عهدنامه‌های وستفالی در ۱۶۴۸ آغاز می‌شود و حقوق و رویه دولتها نیز بر بستر همین تاریخ سیاسی است که در غرب شکل گرفته و یا به تبعیت از آن اصلاح شده و تحول یافته است. در واقع، موضوع این حقوق بین‌الملل تنظیم و تنسيق روابط بین‌المللی بین همان دولتهایی است که به دنبال عهدنامه وستفالی تشکیل شدند و سازندگان اصلی و نقش آفرینان منحصر به فرد در عرصه حقوق بین‌الملل، به شمار می‌رفتند.



شاخصه اصلی دولتها در عصر جدید داشتن قدرت مطلق و حاکمیت بلامعارض است که به همین عنوان تابعان حقوق بین‌الملل تنها موضوع آن بودند. اما تحولات ۳۰۰ سال گذشته از قرن ۱۷ به بعد، ساختار حقوق بین‌الملل سنتی را دگرگون کرده است، به طوری که به ویژه در دوران معاصر پس از تشکیل جامعه ملل و خلف آن سازمان ملل و توسعه سازمان‌های بین‌المللی، اولاً، عرصه روابط بین‌الملل از حوزه حقوق بین‌الملل رفته رفته متمایز شده، و ثانیاً، صحنه حقوق بین‌الملل فراخ‌تر شده است، به طوری که علاوه بر دولتها که به طور سنتی موضوع‌های حقوق بین‌الملل بودند، در نیمه قرن بیستم ابتدا سازمانهای بین‌المللی وارد عرصه شدند<sup>۲</sup> و سپس حتی شخص خصوصی اعم از اشخاص حقیقی و مؤسسات و شرکتهای تجاری و چندملیتی نیز در این صحنه حضور یافته و نقش آفرینی می‌کنند.<sup>۳</sup> هرچند که هنوز درباره مبانی نظری و نیز بر سر قلمرو حضور شرکتهای

---

۲. به عنوان نخستین نشانه ورود و پذیرش سازمانهای بین‌المللی در عرصه حقوق بین‌الملل، معمولاً به رأی مشورتی که دیوان بین‌المللی دادگستری به سال ۱۹۴۹ در قضیه «جبران خسارت وارده به کارمندان سازمان ملل»، صادر کرده است اشاره می‌شود. پس از این که یک کارمند سوئدی تبار سازمان ملل به نام کنت برناتدوت که به عنوان میانجی سازمان ملل به فلسطین اعزام شده بود، در سال ۱۹۴۸ در یکی از شهرک‌های جدید حومه اورشلیم کشته شد و سایر کارمندان سازمان ملل نیز مورد ضرب و جرح قرار گرفتند، این سؤال مطرح شده که آیا برای طرح دعوی در سطح بین‌المللی باید دولت متبوع آنها به حمایت سیاسی از ایشان اقدام کند یا سازمان ملل هم می‌تواند به عنوان یک شخصیت حقوقی مستقل در عرصه حقوق بین‌الملل، علیه دولت مربوط اقامه دعوی نماید. مجمع عمومی سازمان ملل این موضوع را به دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع و تقاضای نظر مشورتی کرد. دیوان طی رأی مشورتی اعلام کرد سازمان ملل دارای شخصیت بین‌المللی است و مانند دولتها که تابعان حقوق بین‌الملل هستند، می‌تواند مستقیماً به حمایت قضایی از کارمندان خود علیه دولتها طرح دعوی کند: «دیوان به این نتیجه رسیده که سازمان ملل سازمانی بین‌المللی است... که موضوع حقوق بین‌الملل می‌باشد و برخوردار از حقوق و وظایف بین‌المللی است و اهلیت آن را دارد که با طرح دعوی بین‌المللی حقوق خود را استیفا کند».

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1949, pp.179-180.

3. F. Rigaux, Transnational Corporations, in M. Bedjaoui, (ed.) International Law: Achievements and Prospects, UNESCO, 1991, p.129.

تجاری در عرصه حقوق بین‌الملل و پیامدهای آن معرکه آرا برپا است و به قول پروفیسور ریگو کلوپ حقوق بین‌الملل به اندازه کافی شلوغ شده است.<sup>۴</sup> اما واقعیت این است که آنچه روزگاری حقوق بین‌الملل نامیده می‌شد و به واقع حقوق بین‌الملل بود، امروزه بیشتر شایسته نام حقوق بین‌الملل - حقوق بین‌ملت‌ها (Law of Nations) - است.

زمینه‌های حضور شخص خصوصی - اعم از فرد انسانی و شرکتهای تجاری و چندملیتی - در صحنه بین‌المللی را باید در همین تحولات یکی دو قرن گذشته و عصر جدید جستجو کرد. به ویژه آنچه از اواخر قرن ۱۹ و اوایل قرن ۲۰ رخ داده و امروزه با روند «جهانی شدن» حول محور اقتصاد و مبادلات تجاری، اوج و موج فزاینده‌ای یافته، زمینه‌ها و ضرورت‌های گریزناپذیری برای حضور مؤثر اشخاص خصوصی در عرصه حقوق بین‌الملل پیش آورده و مسائل حقوق تازه‌ای را پیش روی ما نهاده است. این وضعیت تازه در حقوق بین‌الملل خوشبختانه تاریخنمند و تحلیل‌پذیر است. پس باید تاریخ معاصر اروپا را که بستر تحول حقوق بین‌الملل نوین است، مرور کنیم - ولو به اجمال - تا چند و چون آن روشن‌تر شود و توان سامان حقوقی آن را فراهم کرد.

۸- مشخصه سیاسی قرن ۱۷ آن بود که حکومت‌های کوچک محلی که ویژگی عصر فئودالیسم اروپایی (نظام سرواژی) است، فروریخته بود، کلونین و لوتر ظهور کرده بودند و قدرت پاپ را به چالش می‌طلبیدند. باری، امپراطوری مسیحیت در اروپا که یکپارچه تحت زعامت پاپ قرار داشت و مبتنی بر وحدت دینی و دنیایی در کلیسا بود، گسیخت و به جای

---

4. F. Rigaux, Des dieux et des héros, Revue critique de droit international privé, 1978, p.435.

این مقاله پروفیسور ریگو تحت عنوان «خدایان و قهرمانان» به فارسی ترجمه و چاپ شده است: «یک رأی داوری و دو نقد»، ترجمه دکتر مرتضی کلاتریان، انتشارات آگاه، ۱۳۷۹، تهران، ص ۱۴۳ به بعد.

اصل سلسله مراتب متمرکز، اصل جدیدی به نام «اصل تعادل» دولتهای جدید جایگزین شد.

۹- پیش از آن، ماکیاول اندیشه پردازیهایی در زمینه دولت عرضه می کرد اما سامان درستی نیافت و نتوانست «نظریه دولت مدرن» را پی افکند. کار ماکیاول در شرح و نقد وضع موجود خلاصه می شد. این توماس هابز (Thomas Habbs) انگلیسی بود که با طرح اندیشه «لویاتان» بنیان نظریه دولت مبتنی بر قرارداد و تفکیک دین و سیاست را ریخت و جان لاک و روسو و مونتسکیو هم بعداً دنبال کار او را گرفتند (اصحاب قرارداد) و طرح دولت مدرن و مبتنی بر آرای مردم (دولت لیبرال مسؤول) را ریختند. به دنبال همین افکار، در قرن ۱۸ انقلاب کییر فرانسه رخ داد (۱۷۸۹) و اصل برابری و اصل حاکمیت ملی مردم را پایه گذاشت و نطفه های حقوق بشر و حق تعیین سرنوشت و استقلال کشور بسته شد که خود مبنای حرکتهای ضداستعماری و جنبش استعمارزدایی در قرن ۲۰ بوده است. ویژگی قرن ۱۹ توسعه انقلاب صنعتی، تغییر الگوی سنتی مبادلات اقتصادی و به تبع آن تغییر الگوی روابط سیاسی و شکل گیری الگوی جدید مبادله بوده است. روشن تر بگوییم، هرچند در قرن ۱۹ روند استقلال مستعمرات جغرافیایی اسپانیا و پرتغال به آهستگی شروع می شود، اما تغییرات در جغرافیای سیاسی اروپا که به دنبال عهدنامه های وستفالی و شکست امپراطوری عثمانی شکل می گرفت از یکسو، و ادامه انقلاب صنعتی و برپایی کارخانجات جدید که محتاج مواد خام بود، از سوی دیگر، باعث شد قطب های استعماری قدیم (اسپانیا و پرتغال و ایتالیا) به دولتهای جدید اروپایی و استعمارگران جدید (انگلستان و فرانسه و سپس امریکا) منتقل شود. الگوی مبادلاتی اقتصادی جدید هم متناسب با این آرایش سیاسی

شکل گرفت: خرید مواد خام برای کارخانجات جدید از مستعمرات در ازای پول نقد و سپس برپا کردن یا حمایت از دولتهای مقتدر و توتالیتر در مستعمرات و حمایت از آنان تا بتوانند جریان این مبادله را حفظ و زنده نگه دارند و مسیر آن را ایمن سازند.

۱۰- قرن ۱۹ شاهد تحولات وسیع در حوزه سیاست و دیپلماسی است که همپای رشد حیرت‌انگیز صنعت و اقتصاد رخ داده است و از قرن ۱۸ شروع شده بود. بیش از هر زمان دیگری قبل از آن، در همین قرن ۱۹ است که اقتصاد و سیاست ذیل یکدیگر تعریف می‌شوند و به موازات هم تدبیر و اعمال می‌شوند که بعدها در قرن ۲۰ به ویژه در دوران جنگ سرد، فرهنگ هم به ذیل آن دو درآمد و به حکم سیاست و اقتصاد تدوین و ساماندهی می‌شد.<sup>۵</sup> فرهنگ استعمار نو در کشورهای متروپل پایه‌ریزی و از طریق همان نظام مبادلاتی رفته رفته به مستعمرات منتقل می‌شود. بفراخور این تحولات، مراوده سیاسی از «جنگ» (کسب قدرت) به «دیپلماسی قدرت» (مذاکره در پرتو قدرت) تغییر و در واقع اصلاح می‌شود. «امنیت» مفهوم تازه‌ای است که رفته رفته وارد دیپلماسی جدید می‌شود. امنیت و صلح اهمیت می‌یابد ولی ایجاد و حفظ آن محتاج ابزارها و مکانیسم‌های مناسب است. انواع شیوه‌های مسالمت‌آمیز حل اختلاف، گردهمایی دولتها در کنفرانس‌ها و نشست‌های سیاسی در قرن ۱۹ و اوایل قرن ۲۰ (مثلاً در کنفرانس صلح لاهه ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷)، از جمله این مکانیسم‌ها است که به نوبه خود سنتهای جدیدی را در دیپلماسی پایه‌ریزی می‌کند.

---

۵. سعید محبی، فرهیختگی در سیاست، آدینه شماره ۱۲۴ (بهمن ۱۳۷۶)، ص ۱۷.

اما جهان تازه هنوز نوپا است و برای آموختن این همه درسهای تازه می‌بایست تلاش می‌کرد. گرچه در اوایل قرن ۲۰ باز هم جهان شاهد جنگ جهانی اول یعنی دیپلماسی قدرت است، اما از بطن آن جامعه ملل با هدف تأمین و حفظ امنیت و صلح بین‌المللی در آمد (۱۹۱۹) که خلف آن سازمان ملل است که بعد از جنگ جهانی دوم تأسیس گردیده است (۱۹۴۹).

۱۱- حتی در حوزه فلسفه سیاسی، در قرون ۱۸-۱۹ رشد مستمر فلسفه‌های اومانیستی که به دنبال رهایی اندیشه و علم از دست کلیسای قرون وسطی، روز به روز گسترش می‌یافت، گشودن گنجینه‌های میراث تفکر یونان و احیای آن، فرستادن خداوند از صحنه زندگی اجتماعی و سیاسی و فردی به کلیسا و نیز توجه جدی به انسان‌گرایی (Individualism) و احترام به او به عنوان «فرد انسانی» حتی وقتی عضو جامعه نیست، نه تنها فلسفه سیاسی را جان تازه بخشید بلکه کلام مسیحی را در راه تحولی اساسی انداخت که ثمره آن را امروز در فلسفه‌های تحلیلی به ویژه کلام جدید می‌بینیم. انسان غربی ذهن و زبان تازه‌ای یافته بود. تاریخ که در عصر روشنگری گرد و غبار قرون وسطی را از خود می‌تکاند، حالا آغوش می‌گشود. جهان کهنه‌پوست می‌انداخت و مدرنیته از راه می‌رسید. کانون همه این تحولات سیاسی و فلسفی تأسیس دولت مدرن است که پشتوانه فلسفی‌اش این است که انسان، - فرد انسان - از جایگاه و ارزش مستقلی برخوردار است و باید قدر بیند و صدر نشیند، دولت و دستگاه حکومتی باید کوچک شود و از حوزه تصدی‌گری او کاسته شود، و جا را برای حضور فرد انسانی (شهروندان) و رعایت حقوق او باز کند.

۱۲- توسعه شگرف صنعت و تجارت، محصول همین تکان تمدن در عصر «روشنگری» در قرن ۱۸ است و در عین حال زمینه‌ساز تحرکهای وسیع‌تر و گسترده‌تر در قرن ۱۹ است. اختراع ماشین بخار نه تنها شتاب حیرت‌انگیزی به رشد و توسعه اتوماسیون در تولید صنعتی بخشید، بلکه صنعت حمل و نقل را نیز عمیقاً متحول نمود و همین تحول به نوبه خود مراودات تجاری و توسعه صنعتی را تسهیل و تسریع کرد. در صنعت حمل و نقل تحولاتی به بار آمد: اولاً، شبکه راه آهن از سالهای ۱۸۵۰ به طور وسیعی گسترش می‌یافت و در نتیجه به سرعت در روابط بین‌المللی مؤثر افتاد و ابزار بسط روابط مستعمرات شد. ثانیاً، دریانوردی با کشتی بخار آغاز شد و در نتیجه حمل و نقل دریایی سریع‌تر و سهل‌تر انجام می‌شد که ثمره آن را می‌توان در توسعه تحولات اقتصادی مشاهده کرد. راههای دریایی بین‌المللی که کشتی‌های بخار باعث گسترش آنها شده بودند، به امنیت و نظم نیاز می‌داشت و می‌بایست در خدمت جریان تجارت آزاد و بدون تبعیض قرار می‌گرفت تا همه ملت‌ها از آنها استفاده نمایند. بنابراین اصل «آزادی دریانوردی» به بنادر هم سرایت کرد و رفته رفته آزادی رودخانه‌ها و ترعه‌های بین‌المللی هم مطرح شد و همراه با بیمه و بانک و سایر نهادهای تجاری و حرفه‌ای و حقوقی در خدمت اقتصاد و صنعت روبه رشد قرن ۱۹ قرار می‌گرفت. در ۱۸۳۷ تمبر به عنوان ابزاری پولی برای پرداخت و دریافت انواع عوارض و حقوق دولتی راجع به حمل و نقل و بنادر و حتی اسناد تجاری و بانکی، مورد استفاده قرار می‌گرفت. تجار و بازرگانان و صنعتگران خصوصی و در کنار آنها صاحبان انواع حرف و مشاغل روز به روز قدرت و حضور مؤثرتری در عرصه سیاست و اقتصاد می‌یافتند. سازمانهای اقتصادی مانند سندیکاها و اتحادیه‌ها یک به یک برپا

می‌شد و از دل آنها نهادهای سیاسی مانند احزاب بیرون می‌آمد و عنان بر عنان نهاد دولت پیش می‌رفت. اینها همه ثمراتی بود که اصالت یافتن فرد انسانی به بار می‌آورد.

۱۳- در دنیای نیمه دوم قرن ۱۹ کشورها به هم نزدیک‌تر شدند. گسترش تمدن مادی که در کشورهای بزرگ صنعتی تقریباً همسان رشد یافته، معرف این عصر است. فشار تمدن ماشینی که اقتصاد آزاد سرمایه‌داری بر آن حکم می‌راند - و خود آن ضرورت ناشی از پیشرفت فنون به شمار می‌رفت - مجموعه‌ای از نهادهای بین‌المللی را به صحنه آورد که حقوق بین‌الملل باید روابط جدید بین آنها و نیز روابط جدید بین آنها با دولت‌ها را تنظیم می‌کرد: نهادهایی مانند اتحادیه سیستم متریک (۱۸۷۵)، اتحادیه حمایت از مالکیت صنعتی (۱۸۸۳)، اتحادیه حمایت از مالکیت ادبی و هنری (۱۸۸۴).<sup>۶</sup>

۱۴- قرن ۲۰، آغاز حقوق بین‌الملل نوین است که علاوه بر دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی و حتی اشخاص خصوصی - البته بطور محدود - نیز جزو تابعان آن شده‌اند.<sup>۷</sup> در آستانه ورود حقوق بین‌الملل به قرن ۲۰، دو کنفرانس صلح لاهه به سال ۱۸۸۹ و نیز به سال ۱۹۰۷ قبل از جنگ جهانی اول (۱۹۱۴-۱۹۱۸) برگزار شد و محصول آن چندین عهدنامه بود. تأکید بر روابط مسالمت‌آمیز و اجتناب از جنگ و نیز نهادینه کردن اسلوب داوری در «دیوان دائمی داوری»<sup>۸</sup> برای حل و فصل حقوقی اختلافات بین‌المللی که هنوز هم برپا است، از جمله مهم‌ترین دستاوردهای این عهدنامه‌ها است.

۶. کلود آلبِر کلییار، نهادهای روابط بین‌الملل، ترجمه دکتر هدایت الله فلسفی، ج ۱، ص ۸۴.

7. Akehurst, A Modern Introduction to International Law, London, 1988, chapter 6, p.89.

8. Permanent Court of Arbitration (PCA).

عهدنامه ورسای که سند پایان جنگ اول است و در ۱۹۱۹ امضا شد، در واقع جغرافیای سیاسی جدید اروپا را شکل داد. گرچه قبل از عهدنامه ورسای در اوایل قرن ۲۰، عهدنامه‌های مکزیک با امریکا و آلمان و انگلیس که در اواخر قرن ۱۹ منعقد شده بود، به اتباع خصوصی دول مذکور اجازه می‌داد با نظارت نماینده رابط دولت متبوع خود به کمیسیون‌های دعاوی مراجعه و طرح دعوی کنند.<sup>۹</sup> اما از جمله نوآوری‌های عهدنامه ورسای یکی هم این بود که شخص خصوصی را به عرصه حقوق بین‌الملل راه داد و اهلیت بین‌المللی او را - ولو به طور محدود - به رسمیت شناخت. این عهدنامه به اشخاص خصوصی (اتباع متفقین) اجازه می‌داد علیه دولتهای متحدین نزد هیأت‌های داوری مختلط که مراجع بین‌المللی به شمار می‌رفتند، مستقیماً طرح دعوی نمایند. صلاحیت این هیأت‌های داوری مختلط، رسیدگی به ادعاها و حقوق مالی همین اشخاص خصوصی علیه دولت خوانده (متحدین: آلمان، اتریش، ایتالیا) است - همان حقوق مالی که شرکت‌های خصوصی در طول سالها به برکت توسعه اقتصادی اروپا و رشد صنعتی آن به دست آورده بودند و در جریان جنگ مورد حمله و تعرض آلمان و متحدین او قرار گرفته بود.

گرچه همین اجازه شخص خصوصی برای طرح دعوی بین‌المللی علیه دولت به برکت موافقت دولتها عملی شده بود و مبنای نظری آن در نظریه کلاسیک حمایت سیاسی قرار داشت، اما همین که حقوق بین‌الملل پذیرفته بود که تعدی به حقوق مالی و قراردادی شخص خصوصی (اعم از حقیقی و حقوقی) به معنای نقض حقوق بین‌الملل نسبت به دولت متبوع او است، به معنای اهمیت یافتن و حمایت از حقوق و منافع مالی شخص خصوصی در

---

9. A H. Feller, The Mexican Claims Commissions, New York, 1935, p. 321 et seq.



حقوق بین‌الملل معاصر است - همان شخص خصوصی که روزگاری قبل از این و تا قرن ۱۷ وظیفه‌ای جز تبعیت از دولت‌ها و ستایش قدرت او نداشت، اینک حق یافته بود در عرصه بین‌الملل حضور یابد و علیه دولت متخلف طرح دعوی کند.

## ۲

### تغییر مفهوم دولت

۱۵- مفهوم دولتهای سازنده حقوق بین‌الملل از پایان قرون وسطی شروع می‌شود. اواخر قرون وسطی، دو بینش سنتی و قدیمی در مورد مشروعیت دولت عرض اندام می‌کرد: یکی بینش الهی که مبتنی بر حکومتی دینی (مسیحی) به رهبری پاپ و دوم بینش سلطنتی، مبتنی بر حکومتی که امپراتور بر فراز آن نشسته و تابع سلسله مراتب است. لکن عصر جدید که محصول تحولات سیاسی عمیق و تحریکهای اقتصادی بزرگ اروپا است، این بینشها را بر نمی‌تابید و استقبال از این طرز فکرها نمی‌کرد. جهان آماده تغییر و نیازمند تغییر و تحولی بود. سخن نو و فکر تازه می‌طلبید که طرح‌های تازه بریزد. در دوران رنسانس نظام فئودالیت و امپراطوری‌های بزرگ رفته رفته برچیده شد و سلطنت‌های فردی پایه‌گذاری شد.<sup>۱۰</sup> تغییر و تحول مفهوم دولت نیز در همین عصر جدید به حقیقت پیوست. دفتر این عصر جدید در ایتالیا گشوده شد و به کشورهای دیگر گسترش یافت، سرزمینی که پاپ، رهبر دنیوی و معنوی سریر مقدس خود را در آنجا مستقر نموده و اتحادیه مقدس

---

۱۰. کلییار، همان منبع، ص ۵۴.

(Sainte Alliance) را در ۱۴۹۵ همانجا برپا کرده بود. فروپاشی فئودالیسم اروپا هم از ایتالیا شروع شد، - یعنی از سرزمین جمهوری‌های تاجرپیشه که به هم پیوسته و اتحاد مقدس را ساختند و بساط فئودالیسم را برهم زدند.

۱۶- باری، این تحولات از قرن ۱۵ تا قرن ۱۷، باعث شد اصل «تعادل اروپایی» (equilibrate european) بین کشورهای عضو عهدنامه‌های وستفالی پایه‌ریزی شود و به جای نظام سلسله مراتب قرون وسطی مبتنی بر اصل «توازن قوی» یعنی موازنه مبتنی بر قدرت یا امپریالیسم، بنشیند. «تعادل اروپایی» بین همین کشورهای نوحاسته اروپایی برقرار می‌شد و عهدنامه‌های وستفالی روابط بین آنها را تنظیم می‌کرد، و حقوق بین‌الملل جدید را شکل می‌داد. تعدد دولتهای صاحب حاکمیت براساس «تعادل قوی» - به جای امپریالیسم مبتنی بر توازن قوی یعنی هر که قوی‌تر است، حاکم است - به وجود آمده بود.

رؤیای مسیحیت یکپارچه تحت زعامت پاپ و امپراطور و تجلی رهبری دینی و سیاسی در یک تن، از بین رفت و صورت‌بندی سیاسی عصر جدید آغاز شد.

۱۷- و اما شاکله فکری و فلسفی عصر جدید، اصلاح دینی (Reform) بود که خود از ثمرات تفکر مدرنیته است. اصلاح دینی باعث شد آن وحدت رهبری دینی و دنیایی که در پاپ جمع آمده بود، بشکند. پروتستانها و کاتولیک‌ها به جان هم افتادند و به دنبال آن، تفرقه و تجزیه‌های سرزمینی در اروپا تشدید شد. امپراطوری عثمانی هم که به نام اسلام برپا شده بود، نتوانست دوام آورد و با سقوط گرانادا در اواخر قرن ۱۵ (۱۴۹۸) درهم شکست. تا بالاخره در ۱۶۴۸- صد و پنجاه سال بعد -

مفهوم جدید دولت و مرزهای جدید را عهدنامه‌های وستفالی معلوم کرد: اروپای جدید شکل می‌گرفت.

۱۸- زمینه‌های نظری و فلسفی این تحول و تغییر در مفهوم دولت را باید در تاریخ فلسفه سیاسی جستجو کرد که تفصیل آن مجال و مقال دیگری می‌طلبد. در آن زمان (قرن ۱۷) ژان - بدن می‌گفت حاکمیت (Sovereignty) با اقتدار و قدرت یکی است و همین که پادشاهی یا صاحب قدرتی بر سرزمینی بساط قدرت را می‌گستراند و حکم می‌راند، هم حاکمیت دارد و هم مشروع شمرده می‌شود، تا دیگری از راه برسد و به نیروی تیغ آن قدرت را از آن خود کند. چیزی که در این میان مطرح نبود، اراده مردم و خواست آنها بود. تا این که در قرن ۱۸ انقلاب فرانسه رخ داد (۱۷۸۹) و مفهوم حاکمیت ملی (national sovereignty) به فرانسه: (souveraineté nationale) و حق مردم در حکومت و حاکمیت را تثبیت کرد. نحوه شکل‌گیری حکومت در مشروعیت آن نقش مهمی یافت: حاکمیت ملی از آن مردم است و دولتی مشروع است که مردم آن را انتخاب کرده باشند (دموکراسی). امروزه حقوق بین‌الملل نوین از این هم جلوتر رفته و می‌گوید شرط مشروعیت حکومتها و دولتها علاوه بر عناصر سه‌گانه سنتی مانند جمعیت، سرزمین و اقتدار، محتاج عنصر چهارمی هم هست و آن اینکه مردم آن را پذیرفته باشند و حتی برای تأمین آن «مداخله بشردوستانه» را - تحت شرایطی - نیز روا می‌دارد، مثل دخالت سازمان ملل در هائیتی برای برگرداندن آریستید به قدرت که مردم می‌خواستند.<sup>۱۱</sup>

---

11. Nicaragua v. United States, ICJ Rep., 1986, p.134.

۱۹- پس از عهدنامه‌های وستفالی (۱۶۴۸)، مهم‌ترین حادثه در اروپا، انقلاب کبیر فرانسه (۱۷۸۹) بود که با شعار اصلی آن آزادی، برابری و برادری، زمینه‌ساز «حقوق بشر» شد. پس از آن کنگره وین به سال ۱۸۱۴ تشکیل شد و یکسال طول کشید. قرن ۱۸ را قرن «شور بین‌المللی» (Consultation internationale) نام داده‌اند. در همین قرن بود که «اصل ملیت»ها مطرح شد. رشد حیرت‌انگیز صنعت و اقتصاد نیز مشخصه دیگر همین قرون ۱۸ و ۱۹ است که - چنان که گفتیم - خود باعث تحول در حقوق بین‌الملل شد. زیرا از حوزه عمل دولت کاست و بخش زیادی از آنچه را که دولت تصدی می‌کرد، شرکتها و مؤسسات تجاری عهده‌دار شدند و به دنبال آن از نیمه دوم قرن ۲۰ مسأله ورود و حضور شرکت‌های خصوصی در عرصه بین‌المللی به جد مطرح شد. از قرن ۱۹ کم کم مستعمرات اسپانیا و پرتغال سر به شورش برداشتند تا این که در اواخر قرن ۱۹ اولین کنفرانس صلح لاهه به ابتکار نیکلا، تزار روسیه، در سال ۱۸۹۹ برپا شد. در آستانه ورود به قرن ۲۰ نیز کنفرانس دوم صلح لاهه در ۱۹۰۷ برگزار شد که محصول آنها چندین فقره عهدنامه در موضوعات گوناگون بین‌المللی با تمرکز بر مسائل و مشکلات اروپا و روابط اروپا با دنیا بوده است. نهادینه شدن روش‌های مسالمت‌آمیز برای حل اختلافات بین‌المللی و به ویژه داوری بین‌المللی در قالب «دیوان دائمی داوری» محصول همین عهدنامه صلح لاهه است. این دستاورد در عالم سیاست اهمیتی بسزا یافت: دولت‌ها موافقت می‌کردند که اگر به اختلافی برخورد کردند به جای زور و جنگ، به شیوه‌ای مسالمت‌آمیز آن را حل کنند و اگر طرق دیپلماسی مانند مذاکره یا میانجیگری یا سازش نتیجه نداد و ناگزیر از «ترافع» شدند، به اسلوب داوری روی آورند.

۲۰- باری، در آستانه قرن ۲۰، «دولت» دیگر آن نهاد مقتدر و یکه تاز همه میدان‌های سیاست و اقتصاد و فرهنگ و حتی دین به‌شمار نمی‌رفت. سخن از «دولت مسؤول یا پاسخگو» و حقوق فرد و جامعه و تکلیف دولت در برابر آحاد مردم و جامعه بود. در نیمه قرن ۲۰ که سازمان ملل متحد تشکیل گردید احترام به حقوق بشر و وظیفه دولت‌ها به احترام و رعایت آن به صراحت در منشور ملل ذکر شد،<sup>۱۲</sup> و همین امر از سیطره و شیوع مفهوم دولت مقتدر به نفع شهروندان می‌کاست، و دولت‌ها را ملزم می‌کرد حقوق و آزادیهای اساسی بشر را محترم بشمرند. حالا دیگر دولت آن «خسرو» نبود که هر چه کند، «شیرین» باشد. حوزه اقتدار و «حاکمیت مطلق» دولت روز به روز به آنچه اعمال حاکمیت (*acta jure empirii*) نام گرفته بود محدود می‌شد و در بقیه کارها که دولت صرفاً مابشر انجام آنها بود، یعنی اعمال تصدی (*acta jure gestionis*)، دولت همپای شرکتها و سایر اشخاص حقوقی خصوصی می‌ایستاد و حوزه حاکمیت مطلق آن محدود می‌شد. آهنگ رشد صنعتی و اقتصادی بسیار شتابان بود. مکتبهای لیبرال و سوسیالیست جایگاه فرد و دولت را معلوم کرده بودند. شخص خصوصی نه تنها سکاندار روند روبه رشد اقتصاد (صنعت و تجارت) شده بود، بلکه بسیاری از کارهای دولت به عهده شرکتها و مؤسسات دولتی با شخصیت حقوقی مستقل از دولت حاکم، و حتی شرکتهای خصوصی محول شده بود. حالا دیگر «شخص خصوصی» - شخص حقیقی و حقوقی - در عرصه روابط بین‌المللی

---

۱۲. در ماده ۱ منشور در مورد مقاصد و اهداف ملل متحد، سخن از همکاری بین‌المللی برای تشویق احترام به حقوق بشر و آزادیهای اساسی رفته است، و در ماده ۵۵ مقرر شده ملل متحد برای ایجاد ثبات و آسایش که لازمه روابط دوستانه است، احترام جهانی و مؤثر به حقوق بشر و آزادیهای اساسی را بدون تفاوت نژاد، جنس، زبان یا مذهب تشویق می‌کند.

جایی برای خود می‌طلبید. به دنبال افول قدرتهای استعماری سنتی، نظام مبادلاتی جهان هم عوض شده بود و به جای دولتهای استعمارگر، حالا شرکتهای بزرگ و چندملیتی‌ها کار تبادل مواد خام از مستعمره به کشور متروپل و تبدیل آن به محصول صنعتی را برعهده می‌گرفتند. این تحول لوازم و پیامدهای حقوقی خود را داشت.

۲۱- از سوی دیگر، تجربه دو جنگ جهانی اول و دوم و خسارات و تلفات ناشی از آن، و هول و وحشتی که از تکرار فاجعه در دلها افتاده بود رهبران و خیرخواهان دنیا را به اندیشه واداشت. افکار و مواضع نازیها و اعتقاد آنها به برتری نژاد خود و این که روح تاریخ به معنایی که هگل می‌گفت در ملت آلمان تجلی کرده، و بی‌اعتنایی به حقوق همه افراد بشر، نشان داد مادام که همه دولتها و ملتها بر سر پاره‌ای حقوق بنیادی و ذاتی بشر توافق نکنند و به ویژه مادام که دولتها ملتزم نشوند که این حقوق بشر را صرفنظر از هرگونه وابستگی نژادی یا اعتقاد و رنگ پوست رعایت کنند، احتمال تکرار فاجعه وجود دارد. این بود که هنگام تأسیس سازمان ملل، «تشویق احترام به حقوق بشر» را به عنوان یکی از اهداف و وظایف ملل متحد در منشور ملل گنجانند که به نوبه خود دستاورد بزرگی به شمار می‌رود.

۲۲- و اما تا جایی که به اشخاص خصوصی و شرکتهای تجاری در کشورهای غربی سرمایه‌فرست که در کشورهای در حال توسعه یا سرمایه‌پذیر مشغول فعالیت بودند مربوط می‌شد، بسیار پیش می‌آمد که در اثر انقلاب و شورش مورد تعرض قرار می‌گرفتند یا اموالشان مصادره و ملی می‌شد یا طرفهای دولتی قراردادهایشان را فسخ می‌کردند یا از ترس جان مجبور می‌شدند همه اموال و دارایی که در کشور خارجی داشتند، رها کنند

و خود را نجات دهند. پیگیری و استیفای این قبیل ادعاها محتاج حمایت دیپلماتیک دولت متبوع آنها بود. البته بعض حقوقدانان در کشورهای امریکای لاتین این نظریه را مطرح کردند که دولت عهده‌دار حفظ منافع عمومی است و می‌تواند به نام حاکمیت ملی اموال بیگانگان و شرکتهای خارجی را به نفع عامه بگیرد و از ایشان سلب مالکیت نماید، همچنان که می‌تواند در صورت لزوم از اتباع خود سلب مالکیت کند، بدون این که مسؤولیت بین‌المللی برای پرداخت غرامت داشته باشد، زیرا شخص بیگانه حقی بیش از اتباع داخلی ندارد و دولت تکلیفی ندارد با خارجی‌ان رفتاری بهتر از اتباع خود نماید (تئوری کالوو).<sup>۱۳</sup> اما اینگونه نظرات افراطی که بیشتر عکس‌العملی به اجحاف بعضی از دولتهای خارجی و شرکتهای وابسته به آنها در کشورهای توسعه نیافته یا در حال توسعه بوده، چندان مورد استقبال قرار نگرفت و در برابر آن نظریه «حق مکتسب» (Acquired right) و نیز «اصل وفای به عهد» یا اجرای قرارداد (pacta sunt servanda) مطرح گردیده که امروزه کمابیش مبنای نظری استحقاق شرکتهای خارجی به دریافت غرامت در ازای سلب مالکیت از ایشان را تشکیل می‌دهند. درباره میزان غرامت نیز، حقوق بین‌الملل شاهد تحولات و نظرات گوناگونی بوده است، از نظریه غرامت کامل (شامل عدم‌النفع) که مورد اصرار و نظر کشورهای غربی سرمایه فرست به ویژه امریکا بوده تا نظریه غرامت مناسب که امروزه نظر غالب به شمار می‌رود.

---

۱۳. تئوری کالوو (Calvo theory) مأخوذ از نام یک حقوقدان آرژانتینی با همین نام است.

## پیامدهای حقوقی حضور شرکتهای تجاری در عرصه بین‌المللی

۲۳- زمینه‌های تاریخی حضور اشخاص خصوصی (حقیقی و حقوقی) در صحنه بین‌المللی را تا حدودی شناختیم و معلوم شد این پدیده به دنبال تحول در اندیشه سیاسی و به ویژه اومانیزم و لیبرالیسم سیاسی و نیز تغییر و تقلیل حقوق و وظایف دولت و محدود شدن آن به امور حاکمیتی و نیز به دنبال تغییر نظام مبادلاتی اقتصادی کشورها اتفاق افتاده است، و اینها به نوبه خود ثمره تحولی که در اندیشه‌ها و نظامهای سیاسی بعد از قرون ۱۸-۱۹ رخ داد و عبارت بود از گسترش لیبرالیسم، و روند فرو کاستن حقوق ویژه دولت که رفته رفته از خودکامگی و سایه خداوندی در روی زمین، به نگاهبان مرزها و حاکمیت ملی فرو کاسته شده است و این روند هنوز هم ادامه دارد و کار به جایی رسیده که امروزه در آستانه هزاره سوم، گاه کار دولت را در حد «نگاهبان شبگرد» (night - watch - guard) می‌دانند که باید امنیت را برقرار کند و این افراد - مردم - اند که حاکم بر سرنوشت خویش هستند و بی‌قهر و خشونت دولتها را می‌آورند و می‌برند. برای شخص آدمی نیز به صرف این که «بشر» است حقوقی شناخته شده که رعایت و اجرای آن برعهده دولتها است: «حقوق بشر».<sup>۱۴</sup>

علاوه براین، به دنبال همین تحولات بود که اشخاص حقوقی خصوصی (شرکتهای) نیز در عرصه بین‌المللی حضور مؤثری یافتند و با دولتها که بازیگران اصلی حقوق بین‌الملل‌اند، روابط حقوقی و قراردادی

۱۴. دکتر هدایت الله فلسفی، «جایگاه بشر در حقوق بین‌الملل معاصر»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۸، زمستان ۱۳۷۵، ص ۲۱۵ به بعد.



یافتند. حفظ این حقوق قراردادی شرکت‌های خارجی و تعبیه ضمانت اجرای مؤثر برای آنها از یکسو، رعایت حق حاکمیت و منافع ملی دولتی که طرف دیگر این روابط قراردادی است، از سوی دیگر از جمله مسائلی بوده که تحولاتی را در حقوق بین‌الملل درافکننده و پیامدهایی را که در بالا اشاره کردیم، به دنبال داشته است.

امروزه مؤسسات و دستگاه‌های دولتی، در قالب شرکت‌های تجاری به فعالیت‌های تجاری و اقتصادی می‌پردازند و در تصدی امور تجاری، طبعاً با بازرگانان و شرکت‌های تجاری بین‌المللی و چندملیتی، طرف انواع قراردادهای قرار می‌گیرند. در روزگار ما ابعاد این قضیه گسترده‌تر هم شده، ارتباطات وسیع‌تر شده، نظم مالی - اقتصادی جدیدی برقرار شده و مسائل پولی و مالی به مؤلفه‌های مؤثر و ثابت سیاست تبدیل شده است، دولتها به هم وابسته شده‌اند و حتی قدرت سیاسی ذیل سه عنصر سرمایه، تکنولوژی و اطلاعات تعریف و تعیین می‌شود و سخن از تجارت الکترونیک و دولت الکترونیک است و به دنبال آن سخن از جهانی شدن انسان و انسانی شدن جهان است. همین حضور گسترده مؤسسات و شرکت‌های دولتی و به عهده گرفتن وظایف تصدی دولت باعث شده وجوه حاکمیتی دولت و امتیازات ناشی از آن مانند مصونیت از تعقیب و اجرا در محاکم خارجی محدودتر شود. بالاخره، ایفا و استیفای حقوق مالی ناشی از قراردادهای منعقد شده بین شرکت‌های خارجی و مؤسسات دولتی که عمدتاً به صورت قراردادهای سرمایه‌گذاری و توسعه منابع طبیعی در کشورهای جهان سوم بوده است نیز مسائلی را در زمینه قانون حاکم بر آنها مطرح کرده است.

۲۴- از آنچه گفتیم معلوم می‌شود که حضور و فعالیت اشخاص حقوقی خصوصی و شرکتها در صحنه بین‌المللی و فعالیت‌های تجاری و

معاملات آنها با دولت، پیامدها و جنبه‌های مهمی در حقوق بین‌الملل عرضه داشته و چند پیامد حقوقی مشخص را به دنبال آورده که می‌توان به شرح زیر خلاصه کرد:

- انعقاد عهدنامه‌های مودت
- به رسمیت شناختن حق حاکمیت دولتها بر منابع طبیعی
- تحدید مصونیت دولت
- تعدیل نظریه حمایت سیاسی
- قانون حاکم بر قراردادهای شرکت‌های خصوصی فراملی (Transnational) با مؤسسات دولتی خارجی

بعضی از این پیامدها که در رویه دولتها رخ داده، موجب تحول و گسترش در حقوق بین‌الملل عرفی و عهدنامه‌ای شده است. اما بعضی دیگر که در بستر دعاوی بین‌المللی و در عرصه داوری بین‌المللی پیش آمده، باعث تحول و شفافیت مباحث حقوقی نظری به ویژه در زمینه جایگاه حقوقی شرکت‌های چندملیتی در حقوق بین‌الملل و نیز قانون حاکم بر روابط قراردادی و حقوقی آنها با دولتها شده است، که از قضا مهم‌ترین و پرگفتگوترین موضوع به شمار می‌رود و دچار افراط و تفریط‌ها و گاه مغالطه‌های بزرگ بوده است. توضیح مختصری حول این چند نکته مفید به نظر می‌رسد.

(۱) انعقاد عهدنامه‌های مودت: ایمن‌سازی فعالیت شرکت‌های خصوصی غربی در کشورهای سرمایه‌پذیر

۲۵- رواج عهدنامه‌های مودت و همکاری اقتصادی که به ویژه پس از جنگ جهانی بین کشورهای صنعتی بزرگ و کشورهای دیگر به ویژه در جهان سوم منعقد می‌شد از جمله پیامدهای فعالیت فزاینده و حضور شرکتهای بزرگ غربی در صحنه بین‌المللی است و هدف آن، از جمله، حمایت از حقوق همین شرکتهای تجاری کشورهای سرمایه فرست غربی در کشورهای سرمایه‌پذیر و تعبیه ضمانت اجرا و ایمن‌سازی محیط حقوقی برای فعالیت آنها بوده است. توضیح مطلب چنین است:

مثلاً موضوع عهدنامه‌های مودت بین امریکا و کشورهای هم پیمان او در دهه ۱۹۵۰ - از جمله عهدنامه مودت ایران و ایالات متحده امریکا<sup>۱۵</sup> که به سال ۱۹۵۵ (۱۳۳۴ شمسی) یعنی دو سه سال پس از کودتای ۲۸ مرداد ۱۳۳۲ علیه دولت ملی دکتر محمد مصدق، با دولت وقت ایران منعقد کرده - عبارت بود از برقراری روابط دیپلماتیک دوستانه و توسعه روابط اقتصادی و فرهنگی و فراهم کردن کمربندی‌های امنیتی برای امریکا و متحدین پیروز او در مناطق گوناگون دنیای پس از جنگ جهانی دوم. اما یکی از مواد این عهدنامه‌ها که در همه آنها به زبانی به تقریب یکسان آمده است ناظر به حمایت از حقوق مالی و سرمایه‌گذاری اتباع و شرکتهای خصوصی هر یک از طرفین در سرزمین طرف متعاقد دیگر (کشورهای جهان سوم) است، همراه با این تعهد که در صورت ملی شدن و سلب مالکیت از ایشان، دولت ملی‌کننده باید غرامت فوری و مناسب و مؤثر (غرامت کامل) به او بپردازد.<sup>۱۶</sup> هرچند این تعهد دوطرفه است، اما در

۱۵. عهدنامه مودت و روابط اقتصادی، کنسولی و فرهنگی بین ایران و ایالات متحده امریکا، مجموعه قوانین دادگستری سال ۱۳۳۴.

۱۶. در ماده ۴ عهدنامه مودت ایران - امریکا می‌خوانیم: «اموال اتباع و شرکتهای هر یک از طرفین معظمین متعاهدین از جمله منافع اموال از حد اعلای حمایت و امنیت دائم به نحوی که در هیچ مورد کمتر از مقررات قانون بین‌المللی نباشد در داخل قلمرو طرف متعاقد معظّم دیگر برخوردار خواهد بود. این

عمل شرکتهای امریکایی (غربی) بودند که در کشورهای جهان سوم در امریکای لاتین و آسیا و آفریقا سرمایه‌گذاری می‌کردند و در نتیجه در صورت سلب مالکیت یا نقض حقوق قراردادی‌شان از ترتیبات و حمایت عهدنامه‌های مودت برخوردار می‌شدند. در واقع در نظام اقتصادی جدیدی که به برکت این دگرگونیهای بین‌المللی برپا شده بود، حوزه وسیعی برای فعالیت شرکتهای تجاری غربی سرمایه‌فرست در صحنه بین‌المللی به وجود آمده بود و هدف عهدنامه‌های مودت ایمن‌سازی محیط اقتصادی - حقوقی فعالیت آنها در کشورهای سرمایه‌پذیر در جهان سوم بود.

#### (۲) به رسمیت شناختن حق حاکمیت دولتها بر منابع طبیعی

۲۶- به دنبال سرد شدن فضای سیاسی جهان پس از دو جنگ جهانی و برپایی جامعه ملل - سپس سازمان ملل متحد - روند استعمارزدایی و پیدایش متوالی کشورهای تازه استقلال یافته و ترغیب آنها به عضویت در سازمان ملل و پذیرفتن منشور ملل، ساختار صلح و امنیت بین‌المللی در دوران جنگ سرد شکل منسجم‌تر و سامان محکم‌تری می‌گرفت و در کنار آن شیوه‌های مسالمت آمیز حل و فصل اختلافات روز به روز توسعه می‌یافت و دیوان بین‌المللی دادگستری - رکن قضایی سازمان ملل که اساسنامه آن جزء لاینفک منشور ملل متحد است - بیش از سلف خود (دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری) مورد مراجعه قرار می‌گرفت.

---

اموال جز به منظور نفع عامه، آن هم بی‌آن که غرامت عادلانه آنها به اسرع اوقات پرداخت شود گرفته نخواهد شد. غرامت مزبور باید به وجه مؤثری قابل تحقق باشد و به نحو کامل معادل مالی خواهد بود که گرفته شده است و قبل از آن که گرفته شود یا در حین گرفتن مال قرار کافی جهت تعیین مبلغ غرامت و پرداخت آن داده خواهد شد.»

این کشورهای تازه استقلال یافته همراه با کشورهای عضو جنبش عدم تعهد که حالا عضو سازمان ملل شده بودند و در روند تصمیم‌سازی و تصمیم‌گیری سازمان ملل - به ویژه در مجمع عمومی - جایگاه و نقش مساوی داشتند، از این امکان به خوبی استفاده کردند و سکویی پیدا کرده بودند که مطالبات خود از نظام سیاسی - اقتصادی جدید بین‌المللی را که حالا ۱۰-۲۰ سالی بود که پس از جنگ دوم جهانی طعم آرامش در پناه جنگ سرد را چشیده، یک به یک مطرح و نقد کنند.<sup>۱۷</sup> از جمله این مطالبات برخورداری از حقوق اقتصادی مساوی در صحنه بین‌المللی بود که در قالب قطعنامه‌های دهه ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ مجمع عمومی در زمینه اصول همزیستی مسالمت‌آمیز و نیز در زمینه حق حاکمیت دولتها بر منابع طبیعی و پیامدهای حقوقی مهم آن یعنی حق ملی کردن این منابع متجلی شده بود.

۲۷- به یاد آوریم که استفاده از این منابع طبیعی مانند نفت و انواع معادن و منابع محتاج سرمایه‌گذاری خارجی و تکنولوژی است که هر دو در اختیار شرکتهای بزرگ خارجی و چند ملیتی است که باید امکانات خود را به کشورهای در حال توسعه یا توسعه نیافته می‌آوردند و با دولت‌های آنها قرارداد منعقد می‌نمودند. تا قبل از این تحولات، آن شرکتهای خارجی که در کشورهای در حال توسعه یا عقب‌افتاده کار می‌کردند، خود را فعال مایشاء می‌دانستند و از حمایت دولت متبوع خود نیز برخوردار بودند و اگر احیاناً دولت صاحب آن منابع، متعرض اموال و حقوق مالی یا قراردادی آنها می‌شد، یا قرارداد را نقض می‌کرد یا اموال آنها را ملی می‌کرد، باید غرامت کامل می‌پرداختند، یعنی باید صاحب مال

---

۱۷. نو - هایونگ پارک، جهان سوم به مثابه یک نظام حقوقی بین‌المللی، ترجمه دکتر محسن مجیبی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۹، بهار - تابستان ۱۳۷۰، ص ۲۹۵ به بعد.

(شرکت خارجی مربوط) را به وضعیت قبل از سلب مالکیت برگرداند - و این یعنی پشیمان کردن دولت مربوط از اعمال حق مالکیت و حاکمیت نسبت بر منابع سرزمینی و طبیعی اش. اما حالا در دهه ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ قطعنامه‌های مجمع عمومی با اکثریتی قابل توجه به تصویب رسیده بود که به موجب آنها «نظام نوین اقتصادی بین‌المللی» (New International Economic Order) ایجاد شده بود و نه تنها حق حاکمیت دولتها به رسمیت شناخته شده بود، بلکه در صورت ملی کردن - که حق آنها است - کافی است غرامت مناسب (Appropriate compensation) (و نه کامل) پردازد و حتی در یکی از این قطعنامه‌ها آمده بود که مدعی باید به مراجع داخلی کشور مربوط مراجعه نماید.<sup>۱۸</sup>

### (۳) تحدید مصونیت دولت

۲۸- در مورد روند تحدید مصونیت دولت (Sovereign immunity) از حیث تعقیب و اجرای حکم علیه دولت،<sup>۱۹</sup> امروزه، کشورهایمانند امریکا که روزگاری پیشتاز تئوری مصونیت مطلق بودند و با تکیه بر اصل تساوی حاکمیت دولتها عقیده داشتند که عمل دولت خارجی قابل تعقیب و شکایت و محاکمه در مراجع و محاکم داخلی سایر کشورها نیست و اتباع خارجی که از اعمال دولت دیگر متضرر شده‌اند، فقط از طریق حمایت دیپلماتیک دولت متبوع می‌توانند ادعای خود را در سطح بین‌المللی مطرح سازند، حالا جانبدار «مصونیت محدود دولت» می‌باشند و قوانین خود را در

---

18. See, e.g. UN General Assembly Resolution No. 1803 (XVII) 14 December 1962; Resolution No. 3201 (S-VI) on New International Economic Order of 1974; Resolution No. 3281 (XXIX) on Charter of Economic Rights and Duties of States of 1974.

19. Immunity from Jurisdiction and Execution.

همین جهت اصلاح کرده‌اند.<sup>۲۰</sup> مهم‌ترین علت روند تحدید مصونیت دولت فعالیت مؤسسات و شرکتهای دولتی است که با شرکتهای خارجی طرف قرارداد می‌باشند. گرچه هدف این قراردادها عمدتاً توسعه اقتصادی کشور است و متضمن منافع ملی مؤسسه یا شرکت دولتی مربوط است، اما جز در موارد استثنایی (مانند حق ملی کردن) دولت نمی‌تواند به استناد حاکمیت خود قرارداد منعقد با شرکت خارجی را تغییر دهد یا فسخ کند مگر این که خسارت او را بپردازند.

۲۹- بحث و تفصیل در مقوله مصونیت محدود دولت ربطی به موضوع این مقاله ندارد. همین قدر اشاره می‌کنیم که به رغم تلاشهایی که برای محدودتر کردن دامنه مصونیت‌های دولت در سطح بین‌المللی صورت می‌گیرد، کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل (ILC) در طرح کنوانسیون به نام «مصونیت‌های صلاحیتی دولتها و اموال آنها» که به سال ۱۹۹۱ تدوین کرده،<sup>۲۱</sup> همچنان به اصول بنیادی تئوری مصونیت دولت از تعقیب و اجرا در محاکم داخلی وفادار مانده و نقض این مصونیت را فقط در موارد محدودی که دولت به امور غیرحاکمیتی مبادرت می‌ورزد (اعمال تصدی) مجاز می‌داند و عدول از مصونیت دولت را با احتیاط و محافظه کارانه و در پاره‌ای موارد خاص مجاز می‌داند.<sup>۲۲</sup>

---

۲۰. در امریکا به موجب «قانون مصونیت حاکمیت خارجی» (Foreign Sovereignty Immunity Act: FSIA) که در سال ۱۹۷۶ تصویب شده، طرح دعوی علیه دولتهای خارجی در محاکم امریکا در صورتی مجاز است که عمل مورد شکایت ناشی از فعالیت‌های تجاری دولت خارجی باشد (اعمال تصدی) و نه اعمال حاکمیتی آن. علاوه براین، برای این که محکمه امریکایی صلاحیت رسیدگی به چنین دعوایی را داشته باشد، باید موضوع دعوی نوعی «پیوند سرزمینی» (Territorial connection) با امریکا داشته باشد.

21. Convention on Jurisdictional Immunity of States and their Property, Y.B ILC, 2 part I, 1991, p.44.

۲۲. چندی است محاکم امریکا ظاهراً به پیروی از انگیزه‌های سیاسی، و یا اصلاحی که در قانون FSIA انجام شده، به دعاوی علیه دولت ایران که با ادعای دست داشتن ایران در عملیات تروریستی در محاکم

#### (۴) تعدیل نظریه حمایت سیاسی

۳۰- تعدیل تئوری حمایت دیپلماتیک برای پیگیری ادعاهای اشخاص خصوصی علیه دولت خارجی که با او روابط حقوقی (قراردادی) دارد، از دیگر پیامدهای حضور اشخاص حقوقی خصوصی به ویژه شرکت‌های چندملیتی در صحنه تجارت بین‌المللی با مؤسسات دولتی خارجی است. به دنبال این تحول، شرکت خصوصی زیربط اجازه یافته مستقیماً نزد مرجع بین‌المللی - که اغلب خود دولتهای زیربط به صورت داوری موردی یا کمیسیون‌های مختلط دعاوی تشکیل می‌دهند - حضور یابد و دعاوی خود را علیه طرف دولتی قرارداد مطرح و پیگیری نماید. از جمله علل این تحول آن است که امروزه دولتها رغبتی ندارند برای پیگیری ادعاهای اتباع خود علیه دولت خارجی به حمایت دیپلماتیک متوسل شوند، و گاه مصلحت هم نمی‌دانند روابط دیپلماتیک و مصالح بزرگتر خود را با ادعای این شخص حقیقی و دعاوی آن شرکت تجاری که در یک کشور خارجی به کسب سود و درآمد مشغول بوده‌اند، پیوند زنند. زیرا در حمایت سیاسی، دولت به نمایندگی از طرف تبعه زیان‌دیده عمل نمی‌کند، بلکه مطابق قواعد حقوق بین‌الملل که در رأی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در پرونده ماوروماتیس هم آمده، همین که دولتی ادعای تبعه خود را مورد حمایت قرار دهد (espousal of claim) و علیه دولت خارجی در مراجع بین‌المللی

---

آن کشور مطرح می‌شود، رسیدگی می‌کند و احکامی با محکوم‌به کلان شامل خسارات تنبیهی (Punitive damage) علیه ایران صادر می‌نماید. این اقدام محاکم امریکا نقض آشکار اصل مصونیت دولت خارجی (ایران) از تعقیب در محاکم داخلی و حتی نقض عهدنامه مودت ایران و امریکا (۱۹۵۵) است. در ایران نیز در ۱۳۷۸ قانون اجازه طرح دعاوی مدنی علیه دولتهای خارجی که مصونیت ایران را نقض می‌کنند، تصویب شده که مبنای آن «مقابله به مثل» با رفتار امریکا است. (روزنامه رسمی شماره ۱۵۹۵۰ مورخ ۷۸/۸/۱۸). همین تحولات نیز به نوبه خود حکایت از محدودتر شدن نظریه مصونیت دولت خارجی می‌نماید.



طرح دعوی نماید، ادعا متعلق به خود دولت مدعی است.<sup>۳۳</sup> به عبارت دیگر با اعمال حمایت دیپلماتیک و طرح دعوی علیه یک دولت خارجی، دولت خواهان وارد معارضه و ترافع با دولت خارجی می‌شود، و همین معارضه است که دولتها رغبت چندانی ندارند به خاطر ادعاهای اتباع خود در گیر و دار آن شوند.

**(۵) قانون حاکم بر قراردادهای شرکتهای خصوصی فراملی (Transnational) با مؤسسات دولتی خارجی**

۳۱- در بین پیامدهایی که برای حضور شرکتهای خصوصی در عرصه بین‌المللی برشمردیم، آنچه در زمینه قانون حاکم بر قراردادهای این شرکتهای با مؤسسات خارجی مطرح شده، مهم‌ترین و پرگفتگوترین موضوع بشمار می‌رود که هنوز هم محل بحث است. خلاصه مطلب این است که مطابق قاعده‌ای در تعارض قوانین، قراردادهای منعقد شده میان شرکتهای تجاری و مؤسسات دولتی خارجی که اصطلاحاً قرارداد دولتی (State Contract) یا موافقتنامه توسعه اقتصادی (Economic Development Agreement) نامیده می‌شوند، مشمول قانون داخلی مؤسسه دولتی مربوط است، مگر اینکه طرفین بالصراحه قواعد حقوقی دیگری را به‌عنوان قانون حاکم بر روابط خود انتخاب و در قرارداد ذکر کرده باشند. اما به دنبال حضور روزافزون شرکتهای خصوصی (شرکتهای فراملی) در صحنه بین‌المللی به ویژه از دهه ۱۹۵۰ به این سو، مشاورین و سیاستگذاران آنها، نظریات تازه‌ای درباره قانون حاکم بر این قراردادها مطرح کردند که هدف از آن تعدیل و تحدید همین قاعده است.

---

23. Mavromatis Case, PCIJ Reports, Series A, No.2, 1924.

به عقیده ایشان، باتوجه به ویژگیهای موجود در قراردادهای توسعه اقتصادی، این قراردادها از شمول قانون داخلی خارج است (delocalized) و تابع حقوق بین‌الملل است و به اصطلاح «بین‌المللی شده» (internationalized) محسوب می‌شوند. قبل از توضیح بیشتر مضمون این نظریه، خوب است به بعضی زمینه‌های بروز آن به عنوان یکی از پیامدهای حضور بین‌المللی شرکتهای فراملی و نیز چارچوب حقوقی آنها اشاره کنیم.

۳۲- وقوع انقلاب صنعتی در غرب و تحولی که در ساختارهای سیاسی آن رخ داد و بویژه شروع دوران مشارکت سیاسی و به دنبال آن روند استعمارزدایی و استقلال مستعمرات، موجب تغییر در نظام مبادلات اقتصادی بین‌المللی بین کشورهای متروپل در غرب و مستعمرات آنها در گوشه و کنار دنیا گردید. به دنبال این تحولات، بخش زیادی از روابط تجاری و اقتصادی که در عصر استعمار، مستقیماً بین کشور متروپل و مستعمرات وجود داشت، برعهده شرکتهای خصوصی و نیمه خصوصی غربی قرار گرفت. این جایجایی گریزناپذیر بود؛ زیرا حفظ منافع و علائق اقتصادی و سیاسی که دولتهای استعماری در مستعمرات سابق خود داشتند از یکسو، و نیازهای این مستعمرات به غرب برای سرمایه‌گذاری و کمکهای فنی و اقتصادی به منظور توسعه و آبادانی کشور از سوی دیگر، دو ضرورتی بود که آن دو را به یکدیگر وابسته و نیازمند می‌کرد. برآوردن همین نیاز متقابل، زمینه‌ساز قراردادهایی شد که بین شرکتهای غربی متعلق به کشورهای صنعتی (کشورهای سرمایه‌فرست) و مؤسسات دولتی در کشورهای نو استقلال (سرمایه‌پذیر) پی در پی منعقد می‌گردید.

موضوع این قراردادها از اعطای امتیاز استخراج و بهره‌برداری از منابع طبیعی (مانند نفت و معادن فلزات) و انحصار بازرگانی خارجی گرفته تا

سرمایه‌گذاری مستقیم، اعطای وام و تسهیلات مالی، و بعدها قراردادهای انتقال تکنولوژی یا همکاری تجاری و امثال آنها متنوع و متفاوت بوده است. در واقع، عرصه حضور شرکتهای فراملی در سطح بین‌المللی، بر بستر روابط حقوقی ناشی از همین قراردادها گسترش یافته است.

۳۳- از نظر حقوقی، اموال و حقوق و منافع قراردادی که شرکتهای خارجی در کشور میزبان تحصیل می‌کنند، مطابق قاعده «رفتار با بیگانگان» در حقوق بین‌الملل و ضابطه «رفتار ملی» (National Treatment)، از همان حمایت‌ها و تضمین‌های حقوقی می‌توانند برخوردار شوند که اموال و حقوق اتباع داخلی دولت میزبان طبق قانون همین دولت برخوردار است. اما شرکتهای فراملی به نظام اقتصادی و نیز نظام حقوقی کشورهای میزبان اعتمادی نداشتند و خواستار حمایت و تضمین بیشتری بودند و عقیده داشتند معیار «رفتار» دولت میزبان نسبت به آنان باید منطبق با حداقل معیار عدالت (Minimum Standard of Justice) و آنچنان باشد که شایسته ملل متمدن است، - ولو این که مقتضای آن بیش از رفتاری باشد که دولت میزبان نسبت به اتباع داخلی و اموال آنها به عمل می‌آورد. به عبارت دیگر، شرکتهای فراملی، نگران وضع اموال و منافع و حقوقی خود بودند که در معرض ریسک‌های ناشی از سیاستگذاری اقتصادی و نیز ریسک اوضاع و احوال سیاسی در کشور میزبان بود، و توجه داشتند که برحسب اینکه این اموال و حقوق قراردادی را در چه کشوری و تحت چه شرایط سیاسی - اقتصادی و کدام قانون تحصیل کرده باشند یا بخواهند استیفا کنند، (قانون حاکم)، آنها را با وضعیت‌های متفاوتی مواجه می‌سازد.

در واقع مشاورین و سیاستگذاران شرکت‌های فراملی با مشاهده جریان استعمارزدایی و استقلال طلبی مستعمرات سابق و جنبش‌های آزادی‌طلبانه در کشورهای جهان سوم از یک سو، و شناسایی حاکمیت کشورها بر منابع طبیعی و معادن - که استخراج و تولید آنها موضوع قرارداد فراملی‌ها با کشورهای سرمایه‌پذیر بود - و نیز با مشاهده ملی‌کردن‌های متوالی این منابع و قراردادهای مربوط به آنها از سوی دیگر، و بالاخره با مشاهده بی‌ثباتی سیاسی و رفت و آمد دولتها و تغییر پی در پی اوضاع و احوال سیاسی - اقتصادی در کشورهای میزبان، به این نتیجه رسیدند که اگر قرار باشد حقوق و اموال آنها مطابق قاعده سنتی تعارض قوانین، مشمول قانون داخلی کشور میزبان باشد، این حقوق و اموال پیوسته در معرض تضییع و تعرض خواهد بود و نگران بودند که کشور میزبان به استناد قوانین داخلی خود یا با وضع قوانین جدید، از فراملی‌ها سلب مالکیت کند یا مفاد قرارداد آنها را تغییر دهد. زمینه اصلی طرح تئوری‌ها و نظراتی که شرکت‌های فراملی در زمینه قانون حاکم بر قراردادهای خود با کشور میزبان مطرح کرده‌اند، در همین نگرانی‌ها و بویژه پیش‌بینی ناپذیری وضعیت حقوقی اموال و منافع فراملی‌ها تحت قوانین داخلی کشور میزبان است.

۳۴- و اما مضمون اصلی این نظریات، چنانکه اشاره شد، آن است که قرارداد بین شرکت خصوصی خارجی با مؤسسه‌ای دولتی (قرارداد دولتی) از شمول قانون داخلی کشور میزبان خارج است و مشمول حقوق بین‌الملل می‌باشد، و در نتیجه این قبیل شرکت‌ها، از نوعی شخصیت و اهلیت بین‌المللی - ولو محدود - برخوردار می‌باشند. هدف از طرح این نظریات، فراهم کردن نوعی تضمین و پوشش حقوق بین‌الملل برای حفظ اموال و حقوق قراردادی شرکت‌های فراملی است تا مؤسسه دولتی طرف قرارداد

تواند به استناد قوانین داخلی خود، متعرض آنها شود یا با تصمیمات خلق الساعه و یکجانبه و احیاناً تبعیض آمیز، مفاد قرارداد را تغییر دهد. ۳۵- چون مباحثی که در زمینه قانون حاکم بر قراردادهای دولتی ارائه شده معطوف به ویژگیهای شرکتهای فراملی نیز هست، خوب است درباره جایگاه حقوقی شرکتهای فراملی - که مطابق تئوری بین‌المللی شدن قرارداد، دارای نوعی شخصیت حقوقی بین‌المللی می‌باشند - چند نکته را به اختصار یادآوری کنیم.

شرکتهای فراملی را نباید با شرکتهای تجاری در مفهوم متداول آنها یکی دانست. شرکتهای فراملی، هم به لحاظ تنوع در عملیات و امکانات مالی، تولیدی، صنعتی و فنی‌شان و هم به لحاظ حوزه جغرافیایی فعالیت و طرف‌های معاملاتی‌شان که اغلب مؤسسات دولتی خارجی می‌باشند، ویژگیهایی دارند که وجه تسمیه آنها را به «شرکت فراملی» رقم می‌زند.<sup>۲۴</sup> شرکتهای فراملی، اغلب متعلق به صاحبان سرمایه و صنعت در کشورهای غربی سرمایه فرست می‌باشند. فراملی‌ها با ادغام منابع مالی و تولیدی و توانایی‌های فنی و حرفه‌ای خود، معمولاً گروه شرکتهای مجموعه‌های بزرگ اقتصادی را تشکیل می‌دهند و از این طریق نه تنها بر جریان سرمایه و دانش فنی به کشورهای سرمایه‌پذیر در جهان سوم تسلط می‌یابند، بلکه بر جریان رقابت و تعیین قیمت‌ها در بازار بین‌المللی نیز تأثیر

---

۲۴. گاه از این شرکتهای به «شرکت چند ملیتی» (Multinational) تعبیر می‌شود. اما این تعبیر صحیح به نظر نمی‌رسد. زیرا هر شرکتی، یک تابعیت بیشتر ندارد و آن تابعیت کشور محل ثبت و مرکز اصلی اداره امور شرکت یا مرکز کنترل است، هرچند ممکن است دارای سهامداران مختلف تابعیه باشد. هر شرکت تجاری، شخصیت حقوقی خود را از قانون داخلی یک کشور، یعنی کشور محل ثبت می‌گیرد، و کشورهای دیگر این شخصیت حقوقی را به اعتبار قانون محل تشکیل، به رسمیت می‌شناسند. به هر حال، حقوق بین‌الملل شخصیت حقوقی بین‌المللی برای شرکتهای تجاری با هرگونه فعالیت و هر حوزه وسیعی از عملیات که داشته باشند، نمی‌شناسد.

می‌گذارند، و بدینسان اقتصاد بین‌المللی را تحت نفوذ خود دارند. در مورد اقتدار فراملی‌ها، کافی است اشاره شود که بیش از نیمی از تولید صنعتی در کشورهای جهان سوم در دست شرکتهای فراملی است و گاه دارایی این شرکتهای از بودجه بعضی کشورهای جهان سوم بس بیشتر است.

فراملی‌ها، با تأسیس شعبه یا نمایندگی یا تشکیل شرکتهای فرعی یا وابسته بظاهر مستقل در کشورهای مختلف، بساط امپراطوری اقتصادی خود را می‌گسترند. شرکتهای فراملی از طریق ادغام‌های متوالی و تمرکز منابع و امکانات در بین اعضای گروه شرکتهای و با بکارگیری شگردهای حقوقی و مالی، اقتدار و نفوذ وسیعی در عرصه اقتصاد بین‌الملل بدست می‌آورند و از این طریق حتی در حاکمیت اقتصادی کشور میزبان (کشورهای سرمایه‌پذیر جهان سوم) تأثیر می‌گذارند.

شرکتهای فراملی به عنوان تبعه‌ای خارجی در کشور میزبان (کشور طرف قرارداد) پذیرفته و مشغول فعالیت می‌شوند، اما در پرتو همین ویژگیها و با تأکید بر حضور گسترده خود در سطح بین‌المللی و نیز با اتکاء به همین اقتدار مالی و فنی، می‌خواهند از حوزه حاکمیت داخلی و نظام حقوقی کشور میزبان خارج و مستقل باشند؛ و اظهار می‌دارند که روابط حقوقی و قراردادی آنها با مؤسسات دولتی کشور میزبان، تابع حقوق بین‌الملل است و نه قانون داخلی آن کشور.<sup>۲۵</sup>

---

۲۵. رشد روز افزون فراملی‌ها و گسترش حوزه فعالیت و نفوذ فراوان آنها در کشورهای توسعه نیافته و در حال توسعه، جامعه بین‌المللی را که در سالهای پس از جنگ جهانی دوم، توسعه اقتصادی کشورهای جهان سوم را در دستور کار خود قرار داده بود، به اندیشه واداشت که فعالیت فراملی‌ها را قانونمند سازد و با اهداف ملل متحد در زمینه توسعه اقتصادی و اجتماعی و جریان آزاد سرمایه و دانش فنی از کشورهای صنعتی به کشورهای توسعه نیافته، همسو سازد. این بود که کنفرانس آنکتاد در سال ۱۹۶۸ کمیسیون ویژه‌ای را مأمور تهیه و تدوین «کردارنامه» (Code of Conduct) برای فراملی‌ها نمود. این کردارنامه یا رفتارنامه ضوابطی برای فعالیت فراملی‌ها وضع کرد و به‌ویژه مسؤولیت و تکلیف آنها به رعایت حاکمیت

۳۶- مهم‌ترین جنبه نظری مسأله قانون حاکم بر قراردادهای فراملی‌ها با کشور میزبان، در نحوه استدلال و تئوری‌پردازی آن است، که بهترین نمونه آن را می‌توان در رأی مرحوم پروفیسور دوپویی در دعوای شرکت نفتی تگزاکو علیه دولت لیبی مشاهده کرد. توضیح اینکه، اصولاً در مورد قانون حاکم بر قراردادهای منعقد شده بین شرکت خارجی و مؤسسات دولتی، دو حالت متصور است:

- بنابر قاعده کلی، قرارداد مشمول قانون داخلی کشور طرف قرارداد (کشور میزبان) است.

- در صورت توافق و انتخاب طرفین، قرارداد مشمول اصول کلی حقوقی یا ترکیبی از اصول کلی حقوقی و قانون داخلی کشور میزبان است.

حالت اول، مبتنی بر اصول و قواعد دیرینه تعارض قوانین است که در رأی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در پرونده وامهای برزیل و صربستان نیز بیان شده است و گفته شده قانون حاکم بر قرارداد، تابع اراده طرفین و انتخاب ایشان است، لکن هر قراردادی که بین دولت‌ها به عنوان تابعان حقوق بین‌الملل نباشد (مانند قرارداد بین شرکتی خارجی و مؤسسه‌ای دولتی)، مشمول قانون داخلی کشور خاصی است که برای تعیین آن باید به موازین حقوق بین‌الملل خصوصی رجوع کرد.<sup>۲۶</sup>

---

داخلی کشور میزبان، احترام به قوانین آن، خودداری از مداخله در امور داخلی و نیز خودداری از اعمال نفوذ بر مقامات محلی و فساد مالی و رشوه در کشور میزبان را به رسمیت شناخت. رک.

F. Rigaux. Ibid., 1995, p.130.

۲۶. «هر قراردادی که بین دولت‌ها به عنوان تابعان حقوق بین‌الملل نباشد، مبنای آن در حقوق داخلی است. این مسأله که این قانون داخلی، قانون کدام کشور است موضوع بخشی از حقوق است که امروزه حقوق بین‌الملل خصوصی یا «تئوری تعارض قوانین» نامیده می‌شود». رک.

The Serbian Loan Case, PCIJ, 41 series A. No.20 (1929).

حالت دوم، مبتنی بر اصل حاکمیت اراده (اتونومی) است که نمونه‌های آن را می‌توان در اغلب قراردادهای منعقد شده بین شرکتهای خارجی و مؤسسات دولتی مشاهده نمود که تابع اصول کلی حقوقی است. درباره اعتبار و کفایت «اصول کلی حقوقی» به عنوان قانون حاکم، نویسندگانی گفته‌اند اصول کلی حقوقی (و حتی حقوق بازرگانی یا حقوق بازرگانی فراملی – *lex mercatoria*) بعنوان یک نظام حقوقی خودگردان که ریشه در توافق طرفین (قرارداد) دارد، می‌تواند مستقلاً قانون حاکم بر قرارداد باشد.<sup>۲۷</sup>

۳۷- و اما شیوه استدلال در تئوری جدید قانون حاکم بر قرارداد دولتی که بعنوان راه حل سوم مطرح شده و می‌خواهد پیوند قرارداد را با حقوق داخلی قطع نمایند و آن را به عرصه حقوق بین‌الملل آورد، تشکیک و در عین حال استناد به همان قاعده بنیادی است که در رأی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در پرونده وام‌های صربستان و برزیل تأیید شده است (یعنی اصل حاکمیت اراده، و این که فقط قراردادهای بین دولتها تابع حقوق بین‌الملل است). به همین لحاظ است که طرفداران تئوری خروج قرارداد از

---

۲۷. این نظر را بیش از همه «جیساپ» طرح و شرح داده است و سعی نموده راه حل بینابین و متعادلی را در مورد قانون حاکم بر این نوع قراردادها ارائه دهد. وی می‌گوید این قراردادها نه مشمول قانون داخلی است و نه حقوق بین‌الملل، بلکه تابع یک نظام حقوقی سوم است که از حقوق داخلی و حقوق بین‌المللی مستقل است و بیش از هر منبع حقوقی دیگر، مبتنی بر قرارداد و شروطی است که طرفین بر آن توافق کرده‌اند، و مطابق اصل وفای به عهد، ملزم به رعایت آن می‌باشند. اشکال عمده‌ای که بر این نظر وارد است آن است که نمی‌تواند توضیح دهد این نظام حقوقی ثالث (اصول کلی حقوقی یا حقوق بازرگانی فراملی) ریشه در کجا دارد و منشأ مشروعیت و الزام آور بودن قرارداد در کجا است؟ خاستگاه اصول کلی مانند «اصل وفای به عهد» و سایر اصولی که بین همه بازرگانان مشترک است و حقوق بازرگانی فراملی (*lex mercatoria*) را می‌سازد، از مطالعه تطبیقی نظام‌های حقوق داخلی به دست می‌آید و مسلماً از خلأ سر بر نیاورده است. رک.

Phillip Jessup, *Transnational Law* (1956); Mc Nair, *The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, *British Yearbook of Int'l Law*, vol. 33 (1957), p. 1.



قانون داخلی و بین‌المللی شدن آن، استدلال خود را با نقد تفسیر آن رأی شروع می‌کنند<sup>۲۸</sup> و برای توجیه این که بجای قانون داخلی، حقوق بین‌الملل حاکم بر قراردادها است، به اصل حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم که در رأی مذکور نیز مورد بحث واقع شده، استناد می‌جویند و می‌گویند باتوجه به ویژگیهای این قراردادها طرفین بطور ضمنی توافق می‌کنند که قراردادشان از حکومت قانون داخلی خارج گردد و مشمول حقوق بین‌الملل باشد و همین که قرارداد «بین‌المللی شده» گردید، شرکت خصوصی طرف قرارداد نیز بعنوان طرف یک قرارداد بین‌المللی، نوعی شخصیت بین‌المللی کسب می‌کند.

پروفسور دوپویی در رأی خود در پرونده تگزاکو با اشاره به رأی پرونده وام‌های صربستان و برزیل، مطلب را اینگونه بیان کرده است:

«... از گذشته دور که احکام دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری درخصوص دعوی وام‌های صربستان و برزیل صادر شده (۱۹۲۰) تا امروز تحلیل حقوقی در این عرصه، تحت تأثیر رویه قراردادی بوده و بسیار دقیق‌تر و ظریف‌تر شده است. این تحلیل روز به روز به سمت «خارج کردن قرارداد از قانون داخلی» (Delocalization) گرایش دارد، و به عبارت بهتر سعی دارد رشته پیوند خود به خود قرارداد را با حقوق داخلی کشور خاص بگسلد، بنحوی که [امروزه] وقتی گفته می‌شود قانون داخلی کشور خاصی به‌ویژه کشور طرف قرارداد، حاکم بر قرارداد است این امر ناشی از توافق طرفین و آزادی اراده آنها است و نه امتیازی که بطور مکانیکی و خود بخود رعایت شود. امروزه اصل

---

۲۸. برای نمونه، رک. ژان - فلاوین لالیو، «یک داوری مهم میان یک دولت و دو شرکت خصوصی»، منتشره در «یک رأی داوری و دو نقد»، ترجمه دکتر مرتضی کلانتریان، انتشارات آگاه، ۱۳۷۹، ص ۱۱۵ به بعد.

آزادی اراده مفهومی به مراتب مستحکم‌تر از دهه ۱۹۲۰ دارد».<sup>۲۹</sup> (بند ۱۳ رأی)

چنانکه پیداست، پروفیسور دوپویی می‌خواهد بگوید قاعده سنتی تعارض قوانین که طبق آن قرارداد بین شرکت خصوصی و کشور خارجی تابع قانون آن کشور است، بطور خود بخود اعمال نمی‌شود بلکه ثمره آزادی اراده طرفین است که به موجب آن توافق کرده‌اند قرارداد تابع قانون کشور مذکور باشد. وی برای اثبات این نظر، به ماهیت قراردادهای موسوم به توسعه اقتصادی اشاره می‌کند و بر این باور است که وجود سه ویژگی زیر در این قراردادها حکایت از این می‌کند که طرفین با انتخاب منفی «قانون حاکم» (negative choice)، قرارداد را از حکومت قانون داخلی خارج کرده‌اند و مشمول حقوق بین‌الملل نموده‌اند:

– ذکر این که اصول کلی حقوقی حاکم بر قرارداد است، به این معنی است که نخواسته‌اند قانون حاکم، قانون داخلی باشد و آن را نفی کرده‌اند.

– ذکر این که در صورت بروز اختلاف به داوری مراجعه خواهد شد، به این معنی است که صلاحیت مراجع داخلی را کنار گذاشته‌اند و چون داوری آنها نیز نوعی داوری بین‌المللی است، مشمول حقوق بین‌الملل قرار می‌گیرد.

– ماهیت و طبیعت این نوع قراردادها ابعاد جدیدی از موافقتنامه‌های منعقد شده بین کشورها را مطرح می‌کند (قراردادهای توسعه اقتصادی) که اجرای مطمئن آنها مستلزم حکومت حقوق بین‌الملل بر آنها است تا تعادل

---

29. Texaco Case, ILR. 1979, p. 420.

قراردادی حفظ و تثبیت شود و طرف دولتی نتواند آن را یکطرفه نقض کند. (بندهای ۲۵ - ۳۰ رأی)

به نظر دوپویی، فقط معاهدات نیستند که تحت حاکمیت حقوق بین‌الملل می‌باشند، بلکه تحت پاره‌ای شرایط، قراردادهای توسعه اقتصادی که میان اشخاص خصوصی (شرکتها) و کشورهای خارجی منعقد شده نیز ممکن است تابع شاخه ویژه‌ای از حقوق بین‌الملل دانسته شود که حقوق بین‌الملل قراردادهای نام دارد (بند ۱۶ رأی). وی سپس نتیجه می‌گیرد که چون طرفین با نوعی تراضی قرارداد را مشمول حقوق بین‌الملل ساخته‌اند، شرکت خصوصی طرف قرارداد نیز اهلیت بین‌المللی ویژه‌ای کسب می‌کند که می‌تواند حقوق قراردادی خود را در سطح بین‌المللی استیفاء و اعمال کند. (بند ۳۱ رأی)<sup>۳۰</sup>

۳۸- تا اواخر دهه هفتاد که رأی معروف پروفیسور دوپویی در پرونده تگزاکو علیه دولت لیبی صادر شد (۱۹۷۷)، رویه داوری در زمینه قانون حاکم بر قراردادهای بین اشخاص خصوصی و مؤسسات دولتی خارجی از دهه ۱۹۵۰ با احتیاط پیش آمده بود، اما با رأی مرحوم دوپویی در پرونده تگزاکو، آشکارا گفته شد این نوع قراردادهای از شمول قانون داخلی خارج است و مشمول حقوق بین‌الملل است. به عنوان نمونه‌هایی از رویه داوری مقدم در مورد قانون حاکم بر قراردادهای مذکور، می‌توان به پرونده‌های زیر اشاره کرد:

---

۳۰. برای ملاحظه ترجمه فارسی رأی مرحوم دوپویی و نقد آن (موافق و مخالف) رک. دکتر مرتضی کلانتریان، همان.

در پرونده شیخ ابوظبی (۱۹۵۲) داور منفرد (لرد اسکویت) چنین نظر داد که در ابوظبی جز اراده شیخ، قانونی وجود ندارد، و نظام حقوقی آن بدوی است و بهمین لحاظ قانون ابوظبی بعنوان قانون حاکم را کنار گذاشت. در پرونده آرامکو (۱۹۵۸) علیه عربستان سعودی هم گفته شد مقررات داوری و قانون داخلی سویس (مقر داوری) بر داوری قابل اعمال نیست زیرا این برخلاف اصل مصونیت دولتها است که در دعوایی که دولتی خارجی در آن درگیر است، قانون داخلی کشور دیگری - ولو مقررات آیین دادرسی آن - اعمال شود. از این رو، داور رسیدگی کننده به موضوع، پیش نویس کنوانسیون سازمان ملل در مورد آیین داوری را اعمال کرد.<sup>۳۱</sup> در پرونده سافیر (۱۹۶۳) که شرکت نفت کانادایی سافیر علیه شرکت ملی نفت ایران طرح کرده بود، نیز داور سویسی (پروفسور کاوین) استدلال کرد که گرچه طبق ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران، قرارداد تابع محل انعقاد (ایران) است (locus regit actum) اما با توجه به ماهیت بین‌المللی قرارداد و نیز با توجه به این که طرفین به داوری رجوع کرده‌اند، اماره معتبری به دست داده‌اند که می‌خواسته‌اند حکومت قانون داخلی را کنار گذارند (گزینش منفی)، و به همین لحاظ داور مناسب نمی‌داند قانون داخلی ایران را اعمال کند، بلکه به نظر او قانون مناسب چنین قراردادی، «اصول کلی حقوقی» است.

---

۳۱. برای ملاحظه استدلال مخالف، رک. رأی داوری در پرونده B.P که در آن گوناگون لاکرگرن گفت گرچه وقتی دولتی صاحب حاکمیت طرف داوری است، اعمال قوانین ماهوی داخلی مناسب نیست اما از سوی دیگر، قصد و نیت طرفین از مراجعه به داوری آن است که به یک راه‌حل قطعی و معین برای حل اختلاف دست یابند. برای تأمین همین مقصود، رأی صادر شده باید لازم‌الاجرا باشد و برای این که رأی لازم‌الاجرا باشد باید تابع قانون محل داوری باشد تا تابعیت مشخصی پیدا کند و بتوان آن را به اجرا درآورد. لاکرگرن با همین استدلال قانون داوری کشور محل داوری (کپنهاک) را اعمال نمود.

به هر حال، خواندنی‌ترین و مهم‌ترین تحلیل‌های حقوقی در مورد قانون حاکم بر روابط حقوقی و قراردادی شرکت‌های فراملی با مؤسسات دولتی خارجی را می‌توان در مطاوی آرای داوری و نیز در نقدهایی که بر آنها نوشته شده، بویژه در آراء داوری صادره در دعاوی نفتی در دهه‌های ۱۹۶۰-۱۹۸۰ مشاهده و مطالعه کرد.<sup>۳۲</sup>

۳۹- مباحث مربوط به قانون حاکم بر قراردادهای دولتی و تئوری پردازی برای خروج قرارداد از قانون داخلی و آوردن آن به صحنه حقوق بین‌الملل در کنار عهدنامه، و نیز ادعای کسب نوعی شخصیت بین‌المللی توسط شرکت‌های فراملی، در واقع پاسخی است شتابزده که بعضی از حقوقدانان غربی خواسته‌اند به الزامات ناشی از حضور و فعالیت شرکت‌های خصوصی در عرصه بین‌المللی بدهند. اما این نظریه مورد انتقاد قرار گرفته است. پاره‌ای از این انتقادات چنین است:

{یکی از مهم‌ترین انتقادهایی که نسبت به تئوری «غیرمحلّی کردن» و «بین‌المللی کردن» قراردادهای منعقد بین شخص - دولت انجام شده، آن است که این تئوری جنبه حاکمیتی دولت را به هیچ می‌انگارد و سعی می‌کند با خارج کردن قرارداد از شمول حقوق داخلی کشور ذیربط و آوردن آن به سطح بین‌المللی، عملاً طرف خصوصی را به سطح بین‌المللی ارتقا دهد و مسؤولیت قراردادی دولت طرف قرارداد را همسنگ مسؤولیت بین‌المللی او بداند، در حالی که مسؤولیت بین‌المللی طرف دولتی قرارداد

---

۳۲. برای ملاحظه سوابق آرای داوری و بحث بیشتر در این زمینه، رک. دکتر محمدعلی موحد، «درسهایی از داوری‌های نفتی»، انتشارات یلدا، ۱۳۷۵؛ برای ملاحظه نقدها، رک. دکتر کلانتریان، همان؛ نیز رک. مقاله عالمانه پروفیسور ورهون با مشخصات زیر:

J. Verhoeven, "Arbitrage entre Etats et entreprises étrangères", 4, Revue de l'arbitrage (1985), p. 690.

فقط در برابر دولتها معنی دارد، و نه درمقابل یک شرکت خصوصی خارجی.

• از جمله دشواریهای دیگر این نظریه آن است که طرفینی و متوازن نیست زیرا فقط طرف خصوصی قرارداد (شرکتهای فراملی) است که از بین‌المللی شدن قرارداد منتفع می‌شود. در نتیجه اگر همین طرف خصوصی مرتکب نقض قرارداد شود، استناد به حقوق بین‌الملل به عنوان قانون حاکم بر قرارداد نسبت به او معنی ندارد و دولت طرف قرارداد فقط می‌تواند به اعتبار «مسئولیت قراردادی» اش، او را به محاکمه فراخواند.

• گرچه طرفداران «بین‌المللی شدن» قرارداد و کسب اهلیت بین‌المللی ناقص توسط شرکتهای فراملی، تأکید و تکرار می‌کنند که منظور آنها از «بین‌المللی شدن» قرارداد این نیست که معادل یک عهدنامه بین‌المللی شده باشد، و نیز مقصود این نیست که شرکتهای خصوصی همسنگ و همسان دولتها، در شمار تابعان حقوق بین‌الملل درآیند (رأی تگزاکو - بند ۳۱)؛ معذک همین مقدار استدلال که برای اثبات مدعای خود ارائه می‌کنند متضمن محدود کردن حقوق عمومی بویژه حق حاکمیت دولت طرف قرارداد است. توضیح اینکه ملی کردن از حقوق کشور است و مبتنی بر حق حاکمیت دولت بر اموال عمومی و منابع طبیعی کشور است که در حقوق بین‌الملل به رسمیت شناخته شده است. از طرفی، قانون حاکم بر قرارداد یک مقوله حقوق خصوصی است که از هر چیز تابع اراده طرفین و انتخاب آنها است در صورت عدم تعیین آن، نهایتاً در چارچوب قواعد حل تعارض قوانین یک کشور مشخص، تعیین می‌شود. اکنون سؤال این است که چگونه می‌توان بین حق حاکمیت دولت که یک امر حقوق عمومی است، و حق تعیین قانون حاکم بر قراردادی که طرف آن یک

شرکت خصوصی خارجی است و فی نفسه یک امر حقوق خصوصی است؛  
تلفیق و همسازی برقرار نمود؟

نمی‌توان گفت طرف دولتی، از طریق انعقاد قرارداد با یک شرکت  
خصوصی خارجی، حق حاکمیت خود را برای ملی کردن منافع طبیعی یا  
برای قانونگذاری محدود کرده یا از آن صرفنظر کرده است.

• قائل شدن نوعی شخصیت و اهلیت بین‌المللی - ولو محدود و  
ناقص - برای شرکتهای خصوصی، آنهم صرفاً به لحاظ قراردادی که با یک  
مؤسسه دولتی خارجی منعقد می‌کنند، با دشواریهای حقوقی جدی مواجه  
است. معلوم نیست منشأ این اهلیت یا شخصیت بین‌المللی برای شرکت  
خصوصی، کجا است؟ اولاً، نمی‌توان گفت شرکت خصوصی به موجب  
توافقی که خود او بخشی از آن را تشکیل می‌دهد، خود را به سطح تابعان  
حقوق بین‌الملل - ولو به صورت محدود - ارتقا داده است. ثانیاً، نظام  
بین‌المللی به دولتها اجازه نمی‌دهد که به تنهایی بتوانند شرکتی خصوصی را  
به عضویت حقوق بین‌الملل درآورند. ثالثاً، برای این که قراردادی،  
«بین‌المللی شده» به شمار آید باید بین تابعان حقوق بین‌الملل منعقد شده  
باشد در حالی که مطابق استدلالی که مرحوم دوپویی می‌کند، شرکت  
خصوصی این وصف را از خود قرارداد می‌گیرد (چنین استدلالی، متضمن  
دور، و باطل است). وانگهی، عرصه تابعان حقوق بین‌الملل، عرصه حق و  
تکلیف بین‌المللی است. حضور و عضویت در این عرصه، یا کامل است و  
یا حضوری در کار نیست، و اهلیت بین‌المللی محدود یا ناقص شرکتهای  
تجاری معنای محصلی ندارد. پروفیسور ریگو در نقد این قسمت از رأی  
مرحوم دوپویی در پرونده تگزاکو نوشته است: «هرج و مرج به اندازه  
کافی وجود دارد و دیگر نیازی نیست که کشوری بتواند کارت عضویت

در کلوپ [بین‌المللی] را به یکی از شرکای خود - شرکتهای خصوصی طرف قرارداد - بدهد و به او اجازه دهد که بعدها به محدودیت حاکمیت دولت [در ملی کردن اموال خارجی] تمسک جوید.<sup>۳۳</sup>

• همچنان که پروفیسور ریگو گفته است، طرح مفهومی به نام «قرارداد توسعه اقتصادی» و سپس قائل شدن ویژگی‌هایی برای آن به نحوی که منتهی به خروج آن از حوزه حاکمیت قانونی و اقتصادی کشور میزبان گردد، فی‌نفسه تناقضی دربر دارد، زیرا شرط توسعه اقتصادی کشور، استقلال و آزادی عمل دولت در قانونگذاری و سیاستگذاری اقتصادی برای نحوه استفاده از منابع اقتصادی و ملی است.

• حتی اگر بتوان با استدلال کافی نشان داد که قرارداد واقعاً از شمول قانون داخلی خارج است، باز هم لزوماً به این معنی نیست که مشمول حقوق بین‌الملل شده است، بلکه می‌تواند تابع اصول کلی حقوقی یا حقوق بازرگانان (موسوم به حقوق بازرگانی فراملی - *lex mercatoria*) باشد، که هیچکدام در خلأ و بالاستقلال وجود ندارند، بلکه برآیند نظام‌های حقوقی داخلی کشورهای مختلف است.<sup>۳۴</sup>

• این که گفته شده وجود «شرط تثبیت» (*stabilization clause*) در بعضی قراردادهای منعقد بین شرکتهای فراملی و مؤسسات دولتی خارجی، قرینه تراضی طرفین در کنار گذاشتن و نفی حکومت قانون داخلی است، به معنای نفی حاکمیت قانونگذاری آن دولت است، زیرا نمی‌توان پذیرفت که طرف دولتی قرارداد تعهد کرده باشد که از حق قانونگذاری خود برای همیشه صرف‌نظر کرده باشد. آثار «شرط تثبیت» و اعتبار آن، همانطور که

۳۳. فرانسوا ریگو، «خدایان و قهرمانان»، ترجمه دکتر مرتضی کلانتریان، همان مرجع، ص ۱۵۵.

34. S. Toope, *The Mixed International Arbitration*, Grotius, London (1955), p.246.



در رأی صادر شده در پرونده امین اوایل آمده، محدود است و تا جایی است که معطوف به دوره زمان مشخصی باشد و ضمناً مانع از حق حاکمیت دولت نشود.<sup>۳۵</sup>

۴۰- از مجموع استدلالات و نظراتی که برای توجیه خروج قرارداد از شمول قانون داخلی و حکومت حقوق بین‌الملل بر آن ارائه شده، برمی‌آید که منشأ این مباحث بیشتر ملاحظات سیاسی است که به‌دنبال حضور و فعالیت بین‌المللی شرکتهای فراملی غربی مطرح شده و خواسته‌اند استقلال این شرکتها را از قانون داخلی کشور میزبان از نظر حقوقی توجیه نمایند. می‌توان گفت که نظریاتی که فراملی‌های غربی و مشاورین حقوقی آنها در زمینه قانون حاکم بر قرارداد طرح کرده‌اند در واقع ترفندی حقوقی است که هدف آن دسترسی به چیزی است که در عصر استعمار جاری بود ولی از نظر سیاسی اعتبار خود را از دست داده است: یعنی استقرار حقوق و امتیازات ویژه برای شرکتهای خارجی که با دولت میزبان قرارداد امتیاز یا انحصار منعقد کرده‌اند، و نفی حاکمیت دولت میزبان بر منابع طبیعی و اقتصادی موضوع قرارداد. البته حق مالکیت و منافع قراردادی شرکتهای فراملی محترم است و باید رعایت شود و طرف دولتی قرارداد مجاز نیست آن را یکطرفه یا به‌نحو تبعیض‌آمیز نقض و فسخ کند، و حتی در صورت ملی کردن آنها باید غرامت مناسب بپردازد، اما به قول استاد فرزانه حقوق بین‌الملل، پروفیسور ریگو منتقل کردن احترام به حق مالکیت که لاک و کانت به نفع پیشه‌وران و کسبه خرده‌پا در نظام‌های گذشته

---

35. Amin Oil Case, 21 ILM, 1982, p. 1032 et seq.

پیش‌بینی کرده بودند، به غولهای نفتی (فراملی‌ها)، ساده‌اندیشی خطرناکی است.<sup>۳۶</sup>

## ۴

### نتیجه

۴۱- سمت‌گیری تحولات تاریخی که به برکت لیبرالیسم سیاسی از اواخر قرن ۱۹ در حوزه روابط سیاسی بین‌المللی شروع شده، به سوی کاهش قدرت دولت به سود مردم و نیز به سوی افزایش مشارکت عمومی بوده است، تا سهم و حق حکومت‌شوندگان (ملت‌ها) از حکومت‌کنندگان (دولتها) ستانده شود. یکی از ثمرات این تحول، تحدید و تقلیل حاکمیت مطلق حاکمان بی‌عنان به حکومت محدود و مقید دولت مسؤول، و در کنار آن احاله بخش زیادی از اعمال تصدی دولت به شرکتهای خصوصی است که خود به‌دنبال لیبرالیسم اقتصادی رشد یافته و به یکی از سازندگان اقتصاد بین‌الملل تبدیل شده بودند درواقع، احترام به حاکمیت ملی، رعایت منافع عمومی ملت، طرح و بسط اندیشه حقوق بشر، روند استعمارزدایی و استقلال مستعمرات، جنبش غیرمتعهدها، تأکید بر حق تعیین سرنوشت ملت‌ها، حق حاکمیت دولت بر منابع طبیعی، و حق ملی کردن آن به نفع عامه، همه و همه نشانه‌های گویای همین دگرگونی سیاسی و اقتصادی در جهان معاصر است؛ دگرگونی‌هایی که به نوبه خود ساختار روابط بین‌المللی را نیز متحول نموده و حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را در صدر مرام و اصول جامعه

---

۳۶. فرانسوا ریگو، همان، دکتر کلاتریان، ص ۱۷۰؛ نیز رک. هون، مأخذ پاورقی ۳۲.

جهانی نشانده است، و حقوق بین‌الملل را هم عهده‌دار تنظیم و تنسيق روابطی حقوقی کرده که بر گسترهٔ چنین روابط بین‌المللی ایجاد می‌شود.

۴۲- تا جایی که به افراد انسانی مربوط می‌شود، به برکت همین دگرگونیها، نظام «حقوق بشر» در نیمه قرن بیستم تدوین و تثبیت شد و امروزه یکی از مؤلفه‌های حقوق و روابط بین‌الملل است. گرچه همین تحولات تاریخی، بسترساز حضور شرکت‌های خصوصی در عرصه بین‌المللی نیز شده است، اما نباید این دو پدیده را مخلوط کرد. حضور و فعالیت شرکت‌های فراملی در عرصه اقتصاد بین‌المللی، واقعیتی مسلم و غیرقابل انکار است. هم دولتها و هم جامعه بین‌المللی این حضور را پذیرفته‌اند و با درک این حقیقت که بخش زیادی از توسعه اقتصادی کشورهای توسعه نیافته یا درحال توسعه به دست آنها است، سعی کرده‌اند از طریق موافقتنامه‌های دوجانبه یا چندجانبه و سایر اسناد بین‌المللی، تضمین‌های کافی برای فعالیت بین‌المللی شرکت‌های خصوصی، فراهم نمایند. گرچه تنظیم و تدوین ضوابط فعالیت آنها و روابط حقوقی که با کشور میزبان برقرار می‌سازند، به آسانی آنچه درمورد روابط قراردادی حقوق خصوصی انجام می‌شود، نیست، و به هر حال نه بدان معنی است که این شرکتها به عرصه حقوق بین‌الملل نقل مکان کنند و در کنار تابعان حقوق بین‌الملل - دولتها و سازمانهای بین‌المللی - بنشینند، یا «نفع حقوقی بین‌المللی» پیدا کنند. این قبیل افراطها، درحکم زیاده‌خواهی‌هایی است که به علت فقدان زمینه کافی و به علت گسست آن با زمینه‌های تاریخی‌اش به سامان نمی‌رسد. نه قراردادهای آنها با مؤسسات دولتی خارجی در شمار موافقتنامه‌های بین‌المللی است، نه خود آنها شخصیت بین‌المللی کسب می‌کنند. حقوق و منافی که این شرکتها بر اثر فعالیت بین‌المللی به دست

می‌آورند، بی‌گمان محترم و لازم‌الرعايه است و حقوق بین‌الملل، دولتها را مکلف نموده در رفتار با خارجیان - منجمله با شرکتهای خارجی یا فراملی‌ها - موازینی را رعایت کنند. در عمل نیز مکانیسم‌های کافی برای استیفای حقوق آنها در چارچوب موافقتنامه‌های دوجانبه یا چندجانبه فراهم آورده شده و جای نگرانی نیست. وانگهی، نقش آنها در توسعه اقتصادی کشورهای میزبان قابل انکار نیست، اما افراط‌هایی که درباره حضور شرکتهای خصوصی در عرصه حقوق بین‌الملل می‌شود، موجب شده دستاوردهای حاصل از حضور و فعالیت آنها در جهت ارتقاء و کمک به توسعه کشورهای توسعه نیافته یا در حال توسعه - به‌عنوان یکی از اهداف ملل متحد - نادیده انگاشته شود و گاه نفی شود.

۴۳- از بین پنج پیامدی که برای حضور شرکتهای خصوصی در عرصه بین‌المللی برشمردیم، چهار پیامد اول یعنی روند انعقاد عهدنامه‌های مودت - به رسمیت شناختن حاکمیت کشور بر منابع طبیعی و حق ملی کردن آن - تحدید مصونیت دولتهای خارجی - تعدیل نظریه حمایت دیپلماتیک، بر بستر روابط بین‌المللی پس از جنگ جهانی رخ داده است و به سرانگشت تدبیر کشورهای عضو ملل متحد و با استفاده از موقعیت‌ها و امکاناتی که بویژه در سالهای پس از ۱۹۵۰ و در پرتو شعار صلح و امنیت بین‌المللی فراهم شده بود، کمابیش سامان یافته است. اما پیامد پنجم یعنی مسأله قانون حاکم بر قراردادهای منعقد شده بین شرکتهای خصوصی و دولت خارجی، هنوز به سامانی نرسیده است. اصرار فراملی‌ها و سیاستگذاران و مشاورین آنها به آنچه نظریه خارج کردن قرارداد از شمول حقوق داخلی و بین‌المللی کردن آن نامیده شده، بویژه قطع ارتباط ارگانیک قرارداد با حاکمیت داخلی دولت میزبان، به‌معنای برگرداندن اوضاع به عصر استعمار

و نفی دستاوردهای حقوق بین‌الملل معاصر درباره حق حاکمیت دولت، حق تعیین سرنوشت، حاکمیت دائم بر منابع طبیعی، حقوق بشر، حق توسعه اقتصادی و اجتماعی، و فی‌الجمله برخلاف مقتضیات نظام نوین اقتصادی بین‌المللی است، و این، خود به معنای انکار تحولات تاریخی مسلم در عرصه حقوق بین‌الملل است، و بهمین لحاظ نیز به شکست انجامیده است. باری، نظریه مذکور از آنرو نیز پا نگرفت که هم پشتوانه‌ای نداشت و هم می‌خواست از جریان تاریخی که زمینه حضور شرکتهای خصوصی در عرصه بین‌المللی را رقم زده بود، فراتر رود. به عکس، جریان حقوق بشر که از قضا بر همان زمینه تاریخی رویده، به‌علت همسویی و همزمانی با تحولات تاریخی زمینه‌ساز خود، توانسته سامان یابد بطوری که امروزه با اطمینان خاطر از نظام حقوق بشر سخن می‌گوییم. در این زمینه هنوز می‌توان سخن گفت و نوشت.

این راه را نهایت، صورت کجا توان بست  
که‌اش صدهزار منزل پیش است، در برایت

## نظریه عمل دولت در ایالات متحده امریکا و استثناء عهدنامه‌ای آن\*

نوشته دکتر اسدالله نوری

### I - تعریف و تحول نظریه

نظریه عمل دولت، بدین معناست که دادگاههای محلی حق ندارند به اعتبار اعمالی که دولتهای خارجی در سرزمین خود انجام می‌دهند، رسیدگی کنند.<sup>۱</sup> این نظریه مکمل نظریه مصونیت دولتهاست<sup>۲</sup> و اغلب در دعاوی که

---

\*. مشخصات کتابشناسی مقاله عبارت است از:

Assadollah Noori, "The Act of State Doctrine in the United States and the Treaty Exception to It"

چاپ شده در:

*Liber Amicorum*, Bengt Broms, Celebrating His 70<sup>th</sup> Birthday, Finnish Branch of the International Law Association, Helsinki, 1999, pp. 329-350.

این مقاله را خانم زهرا ضیافتی صباغ به فارسی برگرداندند و سپس متن ترجمه شده را آقای دکتر اسدالله نوری بازننگری کردند.

1. Banco Nacional de Cuba v. Chase Manhattan Bank, U.S. Court of Appeals (2d Cir. 14 Aug. 1981). ILR 66 (1984), 421, at 427; Kalamazoo Spice Extraction Co. v. Provisional Military Government of Socialist Ethiopia (6th Cir. 9 Mar. 1984), ILR 86 (1991), 45, at 48.

2. Dayton v. Czechoslovak Socialist Republic and Others, (U.S.D.D.C., 19 Dec. 1986), (D.C.Cir., 8 Dec. 1987), ILR 79 (1989), 590, at 596; Rigaux & Fallon, Droit international privé, Tome II, Droit positif belge, Maison Larcier S.A. Bruxelles (1993), at nos. 823 & 1250.

طرفین آن اشخاص خصوصی هستند، مورد استناد قرار می‌گیرد. همچنین در دعاوی علیه دولتهای خارجی نیز بکار برده می‌شود.<sup>۳</sup> منشاء این نظریه را می‌توان در قضیه آندرهیل<sup>۴</sup> جستجو کرد که در آن دیوان کشور امریکا چنین اظهار داشته است:

«هر دولت حاکم ملزم به احترام به استقلال دولت حاکم دیگر است و دادگاههای یک کشور مجاز به رسیدگی قضایی اعمال دولتهای دیگر که در سرزمین خود انجام داده‌اند نمی‌باشند. جبران لطمات ناشی از چنین اعمالی باید از طریق ابزارهای موجود که در اختیار دولتها است، صورت پذیرد».<sup>۵</sup>

در قضیه مذکور یکی از اتباع امریکا بنام آندرهیل دعوایی علیه دولت انقلابی وقت ونزوئلا، که بعدها توسط دولت امریکا مورد شناسایی قرار گرفت، اقامه کرده بود که موضوع آن ایراد ضرب و جرح و حبس توسط هرناندز یکی از فرماندهان نظامی در زمان انقلاب ونزوئلا بود. باتوجه به نظریه عمل دولت، دیوان کشور امریکا حاضر نشد اعمال و اقدامات هرناندز را بررسی و رسیدگی نماید.

---

پروفسور ریگو و پروفسور فالون در این کتاب، (شماره‌های ۸۲۳ و ۱۲۵۰) گفته‌اند نظریه عمل دولت مانع از ایراد نظم عمومی در دعاوی، می‌شود زیرا مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی طرح می‌شود، درحالی‌که دکتترین عمل دولت در سطح حقوق بین‌الملل عمومی قابل استناد است و کاربرد دارد.<sup>۳</sup> درخصوص ارتباط و تفاوت‌های نظریه عمل دولت و قاعده مصونیت دولت بطور مثال نگاه کنید به:

R. Higgins, "Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity", *Netherlands Yearbook of Int'l Law*, vol. XXIX (1982), 265, at 275.

4. *Underhill v. Hernandez*, U.S. Supreme Court, 168 U.S. 250; 18 S.Ct. 83; 42 L.Ed. 2d. 456 (1897).

۵. همان، در صفحه ۲۵۲.

این نظریه دستخوش فرآیندی طولانی از محدودیت‌ها و اصلاحات شده است. اولین محدودیت به استثناء برنشتاین موسوم است،<sup>۶</sup> که به موجب آن بررسی قضایی عمل دولت که در سرزمین خود او اعمال و اجرا شده، در صورتی مجاز است که قوه مجریه [ایالات متحده] صراحتاً به دادگاه رسیدگی کننده اعلام کند اعمال نظریه عمل دولت در دعوی مطروحه در راستای مصالح سیاست خارجی ایالات متحده نیست.<sup>۷</sup>

#### الف - قضیه ساباتینو و استثناء معاهده‌ای

در قضیه ساباتینو<sup>۸</sup> که توسط دیوان کشور امریکا مورد رسیدگی قرار گرفت و یکی از چندین دعوای ناشی از انقلاب کوبا است، می‌توان تحریر نوین نظریه را یافت. در این قضیه بانک ملی کوبا برای وصول عوائد حاصل از یک محموله شکر که در هنگامی که هنوز در کوبا بود توسط دولت کاسترو مصادره شده بود، اقامه دعوی نمود. خواننده (امریکایی) دعوای متقابلی اقامه و ادعا کرد که مصادره انجام شده غیرقانونی بوده است. مسأله اساسی در این قضیه آن بود که آیا نظریه عمل دولت مانع رسیدگی دادگاههای امریکا به اعتبار حکم مصادره می‌شود یا نه. شعبه دوم

6. *Bernstein v. N.V. Nederlandsche-Amerikaansche Stoomvaart-Maatschappij*, 210 F. 2d 375 (2d Cir. 1954); ILR 20, p. 24.

7. *Provisional Military Government of Socialist Ethiopia v. Kalamazoo Spice Extraction Co.* (D.C. West. Dist. Michigan, 6 July 1982), ILR 66 (1984), 474, at 478.

از آنجا که شش قاضی رسیدگی کننده در قضیه سیتی‌بانک، *First National City Bank of New York v. Banco Nacional de Cuba*, U.S. Supreme Court, 7 June 1972, 406 U.S. 759; ILR. 66 (1984), 102 استثناء برنشتاین را مورد انتقاد قرار داده‌اند و هیچ‌یک از قضات دادگاه در دانهیل نظری مبنی بر لازم‌الرعایه بودن پیشنهاد قوه مجریه نداشتند، برخی از نویسندگان بر این عقیده‌اند که دوره استثناء برنشتاین پایان یافته است.

8. *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino et al.*, U.S. Supreme Court, 23 March 1964, ILR 35 (1967), 2.



دادگاه استیناف این مصادره را عملی تبعیض آمیز و تلافی جویانه شناخته بود که به دلیل عدم پرداخت غرامت، حقوق بین الملل را نقض نموده است.<sup>۹</sup> دیوان کشور امریکا یافته‌های دادگاههای تالی را نقض نموده و با بکار بستن نظریه عمل دولت در بخشی از رأی خود اظهار نمود:

«قوة قضاییه به بررسی اعتبار ضبط اموال [مصادره] که بوسیله یک دولت خارجی در محدوده سرزمین خودش صورت گرفته و آن دولت در زمان طرح دعوی موجودیت داشته و مورد شناسایی امریکا قرار گرفته است، نخواهد پرداخت مگر این که عهدنامه یا موافقتنامه صریحی که متضمن اصول حقوقی ناظر به مورد باشد، وجود داشته باشد؛ ولو این که ادعای مطروحه حاکی از نقض حقوق بین الملل عرفی بواسطه مصادره باشد».<sup>۱۰</sup>

از این رو، حتی در مواردی هم که مصادره‌ها ناقض حقوق بین الملل باشند دادگاههای فدرال ملزم به خودداری از رسیدگی به اعتبار عمل دولت هستند. نظر اکثریت [دیوان کشور] عمدتاً بر دو نکته مهم تأکید داشت: اول، مفهوم تفکیک قوا که دخالت قوة قضاییه در رسیدگی به اعتبار عمل دولت را منع می کند یعنی موضوعات مربوط به سیاست خارجی که

---

۹. قبل از انقلاب کوبا مالکان اموال مصادره شده توسط دولتهای خارجی، به هیچ وجه موفق به دریافت غرامت نمی شدند. خواه به دلیل مصونیت مطلق دولت مصادره کننده و یا به دلیل نظریه عمل دولت. ولی، مصادره‌های انجام شده توسط دولت انقلابی کوبا نسبت به اموال اتباع امریکا سبب شد تا برخی دادگاههای امریکا گرایشی به تعدیل قواعد مذکور داشته باشند و به عقیده خود چنان شرایط ناعادلانه‌ای را ترمیم نمایند. از این رو، نگرش دادگاههای تالی در عدم اعمال نظریه عمل دولت در قضیه ساباتینو را می توان ناشی از آن گرایش دانست. برای مطالعه در دعاوی کوبا رک.

“The Castro Government in American Courts: Sovereign Immunity And Act of State Doctrine”, Harvard Law Review, vol. 75 (1961-62), 1607.

۱۰. قضیه ساباتینو - زیرنویس شماره ۸، ص ۷.

تمشیت آن به قوه مجریه سپرده شده است. نکتهٔ دوم این بود که در بسیاری از حوزه‌های حقوق بین‌الملل هیچگونه «قانونگذاری یا اجماعی» وجود ندارد که دادگاههای فدرال را در تصمیم‌گیری هدایت کند. در این حال دیوان کشور در تلاش برای ایجاد نوعی توازن بین دو ملاحظهٔ مورد نظر اظهار داشت:

«بدیهی است هر اندازه که قانونگذاری یا اجماع در مورد مسأله‌ای خاص در حقوق بین‌الملل بیشتر باشد به همان اندازه برای قوهٔ قضاییه مناسب‌تر است که دربارهٔ آن تصمیم‌گیری نماید... این مسأله نیز مسلم است که برخی جنبه‌های حقوق بین‌الملل بیش از سایر جنبه‌ها، با هنجارهای ملی و حساسیتهای داخلی اصطکاک دارند و لذا هر قدر اهمیت پیامد موضوع مورد نظر در روابط خارجی ما کمتر باشد، طبعاً انحصار آن موضوع در دست مجاری و مراجع سیاسی کشور، کمتر توجیه‌پذیر خواهد بود [و مراجع قضایی می‌توانند به آن موضوعات رسیدگی نمایند]».<sup>۱۱</sup>

به قضیه ساباتینو در پاره‌ای از دعاوی استناد شده، تا تمهیدی برای «استثناء معاهده‌ای» بر نظریه عمل دولت بسازند.<sup>۱۲</sup> توجیه این مسأله آن است که هرگاه معاهده‌ای وجود داشته باشد که نقض آن بواسطهٔ عمل دولت خارجی ادعا شده باشد، دادگاه باید مفاد آن معاهده را به‌عنوان ابراز موضع سیاست خارجی ایالات متحده و نیز تفسیر امریکا از حقوق بین‌الملل محسوب نماید. از این رو نیازی نیست موضوع به قوهٔ مجریه ارجاع شود،

---

۱۱. همان، ص ۳۷.

12. Callejo v. Bancomer S.A. (5th Cir. 1985), 764 F. 2d 1101, 1116-18; Empresa Cubana Exportadora Inc. v. Lamborn & Co. (2d. Cir. 1981), ILR 66 (1984), 404; 652 F. 2d 231, 237.

بلکه دادگاه می‌تواند براساس مفاد خود معاهده به حل و فصل دعوی  
پپردازد.

### ب - واکنشها در قبال ساباتینو

کنگره آمریکا از تصمیم دیوان کشور ناخرسند بود، زیرا دولت  
کاسترو می‌توانست به زیان اتباع امریکایی شانه از بار مصادره‌های انجام  
شده خالی کند. از این رو در سال ۱۹۶۴ دومین اصلاحیه موسوم به هیکن  
لوپر به تصویب کنگره رسید.<sup>۱۳</sup> مفاد این اصلاحیه متضمن استثنای حقوق  
بین‌الملل بر نظریه عمل دولت بود که به موجب آن دادگاههای آمریکا از  
رسیدگی به اعتبار عمل دولت خارجی که ناقض حقوق بین‌الملل باشد،  
امتناع نخواهند کرد، مگر در صورتی که قوه مجریه ایالات متحده بر نظر  
دیگری باشد.<sup>۱۴</sup>

هشت سال بعد دیوان کشور مجدداً در قضیه فرست نشنال سیتی  
بانک به بررسی نظریه عمل دولت نشست.<sup>۱۵</sup> در این قضیه بانک ملی کوبا  
علیه سیتی بانک، طرح دعوی کرد تا وجوه اضافی را که سیتی بانک از  
محل فروش وثیقه‌ها کسب نموده بود، بازگرداند. سیتی بانک نیز دعوی

---

13. S. Jacobs and Others, "The Act of State Doctrine: A History of Judicial Limitations and Exceptions", Harvard Int'l L.J., vol. 18 (1977), 677, at 679; R.L. Scheff, "The Status of the Act of State Doctrine-Application to Litigations Arising From Confiscations of American Owned Property in Iran", Suffolk Transnational Law, vol. 4 (1979-80), 89.

14. بعد از این اصلاحیه، دادگاه ناحیه‌ای رسیدگی کننده به ساباتینو در اعاده پرونده به دادگاه نخستین چنین رأی داد که چون مصادره‌های انجام شده توسط کوبا در نقض حقوق بین‌الملل بوده نظریه عمل دولت کاربردی ندارد. رک.

S. REP. No. 1188, Part I, 88th Cong. 2d Sess. 24 reprinted in (1964) U.S. CODE CONG. & AD. NEWS 3829, 3852; 111 Cong. Rec. 13544-45 (1965); 110 Cong. Rec. 19546-60 (1964).

15. رک. زیرنویس شماره ۷.

متقابلی طرح کرد تا خسارات ناشی از مصادرهٔ اموال خود در کوبا را از محل این وجوه اضافی به‌عنوان تهاتر جبران کند.<sup>۱۶</sup> هرچند دیوان کشور با پنج رأی موافق درمقابل چهار رأی مقرر داشت که نظریه عمل دولت مانع رسیدگی به دعوای متقابل نیست، اما رأیی اکثریتی صادر نشد و در تصمیمی چندگانه هریک از قضات بطور جداگانه نظرات خود را ارائه نمودند. برخی از حقوقدانان با استناد به رأی صادره در پروندهٔ سیتی‌بانک استدلال می‌کنند که بر نظریه عمل دولت «استثنای دعوای متقابل» نیز وارد شده [و خواسته‌اند چنین استثنایی را از آن استنباط و استخراج کنند]، به‌موجب این نظر، در دعوای متقابل و تهاتر علیه دولت‌های خارجی که ناشی از دعوای طرح شده توسط ایشان در دادگاههای امریکاست، نظریهٔ عمل دولت قابل اعمال نیست. به هرصورت همانگونه که دعوی سیتی‌بانک و دعوای بعد از آن نشان می‌دهند درخصوص این که تحت چه شرایطی می‌توان به «استثنای دعوای متقابل» توسل جست،<sup>۱۷، ۱۸</sup> ابهام و تردید وجود دارد.

تلاش‌ها برای محدود کردن نظریه عمل دولت در دعوای آلفرد دانهیل،<sup>۱۹</sup> که ناشی از مصادره‌های کوبا در سال ۱۹۶۰ بود ادامه یافت. دیوان کشور امریکا با پنج رأی موافق درمقابل چهار رأی مخالف مقرر داشت که امتناع مدیران دولتی در بازپرداخت مبالغ پرداختی توسط واردکنندگان بابت محموله‌هایی که قبل از مصادره ارسال شده از مصادیق عمل دولت نیست، زیرا در این‌جا دلیلی دال بر دولتی بودن مصادره‌ها نظیر

۱۶. همان.

17. Jacobs, note 13, at 694.

18. Ibid.

19. Alfred Dunhill of London v. Republic of Cuba et al., U.S. Supreme Court, 24 May 1976, 425 U.S. at 685, ILR 66 (1984), 212.

فرمان، دستور یا مصوبه که از جانب دولت کوبا صادر شده باشد وجود ندارد تا مشخص و معلوم شود که کوبا به عنوان یک مسأله حاکمیتی تصمیم به مصادره و جوه متعلق به واردکنندگان خارجی گرفته است.<sup>۲۰</sup> علاوه بر آن چهار تن از قضات به نظر وزارت خارجه در مورد نظریه عمل دولت اشاره و اعلام داشتند:

«دامنه نظریه عمل دولت را نباید تا آنجا گسترش داد که شامل نقض و انکار تعهدات صرفاً تجاری دولت خارجی و یا یکی از سازمانهای تابعه آن نیز بشود».<sup>۲۱</sup>

## II - دعاوی ایران و استثناء معاهده‌ای نظریه عمل دولت

بعد از انقلاب اسلامی سال ۱۹۷۹ در ایران، دعاوی متعددی در دادگاههای ایالات متحده علیه ایران اقامه شد، که در آنها علاوه بر اصل مصونیت دولت نظریه عمل دولت بوسیله دولت ایران مورد استناد واقع شد.<sup>۲۲</sup> لیکن در اغلب موارد این نظریه [بوسیله محاکم] غیرقابل اعمال تشخیص داده شد و دلیل آن استثنائات فوق‌الذکر از جمله استثناء معاهده‌ای

---

20. Ibid, at 220.

21. Ibid, at 222.

22. قبل از سال ۱۹۷۹، حداقل در یک دعوی بنام *Cooly v. Weinberger*, U.S. District Court (E.D.Oklahoma, 1974), ILR 66 (1984), نظریه عمل دولت اعمال شده است. موضوع این پرونده حکمی بود که یکی از دادگاههای ایران در محکومیت یک تبعه آمریکا که در ایران مرتکب قتل همسرش شده بود، صادر کرده و نسبت به آن در محاکم آمریکا اعتراض شده بود. در این پرونده دادگاه آمریکا چنین رأی داد که رسیدگی دادگاه ایران در این قضیه براساس قوانین ایران صورت گرفته و از این رو باتوجه به نظریه عمل دولت، صرفنظر از تفاوت‌هایی که در دو کشور در زمینه مفهوم دادرسی منظم وجود دارد، باید رأی صادره در ایالات متحده به عنوان یک حکم محکومیت معتبر (عمل دولت) شناخته شود.

ILR, id, at 152.

بود.<sup>۲۳</sup> هدف این مقاله این است که از نقطه نظر حقوق بین‌الملل بررسی شود که در دعاوی مذکور استثنای معاهده‌ای نظریه عمل دولت چگونه اعمال شده است.

در دعوی امریکن اینترنشنال<sup>۲۴</sup> که علیه ایران بخاطر ملی کردن شرکت‌های بیمه توسط دولت ایران طرح شده بود، دادگاه ناحیه‌ای اظهار داشت که نظریه عمل دولت مانع از رسیدگی دادگاه به این دعوی نیست زیرا ایران، برخلاف حقوق بین‌الملل و عهدنامه مودت (ایران و امریکا - ۱۹۵۵) در تمهید برای تعیین و پرداخت غرامت کافی و فوری قصور ورزیده و زیرا «یک معاهده قابل اعمال و بی‌ابهام بین طرفین (ایران و امریکا) وجود دارد که متضمن اصول حقوق بین‌الملل است که مورد توافق طرفین واقع شده و حاکم بر موضوع تحت رسیدگی [غرامت ناشی از ملی کردن] می‌باشد».<sup>۲۵</sup>

<sup>۲۳</sup> به نظر می‌رسد که تنها قضیه بعد از سال ۱۹۷۹، دعوی بانک تجارت علیه عبدالحسین ورشوساز باشد که در آن دادگاه امریکا، با استناد به نظریه عمل دولت، به نفع یک نهاد دولتی ایران رأی صادر کرده است. در این پرونده بانک ایرانی دعوی در دادگاههای امریکا مبنی بر اتهام اختلاس علیه آقای ورشوساز به‌عنوان یکی از اتباع ایران که کارمند سابق بانک تجارت بود اقامه کرده بود. متهم در دفاع از خود سعی داشت تا خانه‌ای را که وی ادعا داشت به ناحق توسط دولت ایران مصادره شده بود به‌عنوان تهاتر درقبال هر حکمی که ممکن بود علیه او صادر شود، معرفی کند. اما دادگاه رسیدگی‌کننده از بررسی اعتبار مصادره انجام یافته توسط ایران خودداری نمود و دفاع تهاتر آقای ورشوساز را رد کرد. علاوه بر آن، رأی ورشوساز از حیث اعمال نکردن استثناء بی‌قید و شرط دعوی متقابل مشابه دعوی سیتی‌بانک دارای اهمیت است، به اغلب احتمال به این خاطر که ورشوساز به‌عنوان اقامه‌کننده دعوی متقابل یک تبعه ایرانی بود و نمی‌توانست از استثناء برنشتاین که توسط دولت پیشنهاد شده بود استفاده کند. رک.

Bank Tejarat v. Abdol Hossein Varsho-Saz et al. (D.D., Cal., 12 Oct. 1989), Iranian Assets Litigation Reporter (IALR), 18102.

**24.** American Int'l. Group Inc. et al. v. Islamic Republic of Iran and Central Insurance of Iran, (D.D.C. 10 July 1980), ILR 63 (1982), 459.

<sup>۲۵</sup> بعد از تأسیس دیوان دعاوی ایران - ایالات متحده قضیه American Int'l. Group Inc. et al. نیز از جمله دعاوی رسیدگی شده توسط این دیوان بود. دیوان ضمن اشاره به موارد دیگر صراحتاً اعلام داشت که ملی کردن شرکت‌های بیمه توسط ایران نه براساس حقوق بین‌الملل و نه در صورت قابل اعمال بودن معاهده مودت

حدود ده سال بعد از رسیدگی به قضیه امریکن اینترنشنال، مسأله استثناء معاهده‌ای که در دعوی ساباتینو آمده بود، در دعوی مک کسون<sup>۲۶</sup> مطرح شد. در این دعوی خواهانها ادعا داشتند که در پی اعمال سیاستهای قابل اسناد به دولت ایران سرمایه آنها در شرکت لبنیات پاک در ایران مصادره شده است. دادگاه اعلام داشت که دولت ایران فاقد مصونیت بوده و نظریه عمل دولت هم به خاطر شروط راجع به مصادره مندرج در عهدنامه مودت،<sup>۲۷</sup> قابل استناد و اعمال نیست.<sup>۲۸</sup> در این رأی تکیه دادگاه در وهله اول بر استثناء معاهده‌ای در دعوی ساباتینو بود و سپس به تفسیر این استثناء که شعبه ششم دادگاه استیناف در دعوی کالامازو ارائه کرده بود، استناد نمود.

## ۱- اهمیت دعوی کالامازو

غیرقانونی نبوده است زیرا: برای دیوان «دلایل کافی وجود نداشت تا نشان دهد که ملی کردن شرکتهای مذکور برای هدفی عمومی به‌عنوان بخشی از برنامه اصلاحات گسترده صورت نگرفته و یا تبعیض‌آمیز بوده است». رک.

American Int'l Group et al. v. The Islamic Republic of Iran et al., Iran-U.S. Claims Tribunal, Chamber 3, 1983, reprinted in 4 Iran-U.S. C.T.R. 96, at 105.

26. *Foremost McKesson et al v. Islamic Republic of Iran et al.*, (D.D.C., 18 Apr. 1989), IALR, 17165; *Court of Appeals (D.C.Cir., 15 June 1990)*, IALR, 19093; (D.C. Cir., 14 Apr. 1995), IALR, 23139.

۲۷. بند ۲ ماده ۴ عهدنامه مودت بین ایران و ایالات متحده مقرر می‌دارد:

«اموال و اتباع و شرکتهای هریک از طرفین معظمین متعاهدین، از جمله منافع اموال از حد اعلاى حمایت و امنیت دائم به‌نحوی که در هیچ‌مورد کمتر از مقررات قانونی بین‌المللی نباشد در داخل قلمرو طرف متعاهد معظم دیگر برخوردار خواهد بود. این اموال جز به‌منظور نفع عامه، آن هم بی‌آن که غرامت عادلانه آنها به اسرع اوقات پرداخت شود گرفته نخواهد شد. غرامت مزبور باید به وجه مؤثری قابل تحقق باشد و به‌نحو کامل معادل مالی خواهد بود که گرفته شده است و قبل از آن که گرفته شود یا درحین گرفتن مال قرار کافی جهت تعیین مبلغ غرامت و پرداخت آن داده خواهد شد.»

28. IALR, at 17165 et seq.

در قضیه کالامازو که مربوط به مصادره حقوق و منافع اتباع امریکا توسط دولت اتیوپی بود، معاهده‌ای مشابه با عهدنامه مودت ایران و ایالات متحده مطرح بود<sup>۲۹</sup> و خواهان امریکایی برای رد دفاع اتیوپی براساس نظریه عمل دولت، به آن استناد کرده بود. در ابتدا، دادگاه ناحیه‌ای<sup>۳۰</sup> با استناد و اعمال نظریه عمل دولت رأی داد که با توجه به ضابطه‌ای که در قضیه ساباتینو مقرر شده، نمی‌توان مفاد این معاهده را به‌عنوان یک «معاهده یا موافقتنامه صریح که متضمن اصول ذیربط باشد»، لحاظ نمود زیرا اصطلاحات، «فوری»، «عادلانه» و «مؤثر» در مورد غرامت مصادره اموال، مبهم هستند. به قول دادگاه مذکور:

«[این اصطلاحات] به قدری ذاتاً کلی، تردیدآمیز و در معرض تفسیرهای چندگانه هستند که در صورت فقدان مجموعه مقررات منسجم و ثابت که بتواند مفهوم آنها را روشن سازد، نمی‌توان منطقاً از دادگاه خواست که این اصطلاحات را نسبت به مجموعه‌ای از وقایع خاص بکار بندد».<sup>۳۱</sup>

۲۹. بند ۲ ماده ۸ عهدنامه مودت و روابط اقتصادی بین اتیوپی و ایالات متحده مقرر می‌دارد:

«اموال و اتباع و شرکتهای هریک از طرفین معتمدین متعاهدین، از جمله منافع اموال از حد اعلای حمایت و امنیت دائم به‌نحوی که در هیچ‌مورد کمتر از مقررات قانونی بین‌المللی نباشد در داخل قلمرو طرف متعاهد معظم دیگر برخوردار خواهد بود. این اموال جز به‌منظور نفع عامه، آن هم بی‌آن که غرامت عادلانه آنها به اسرع اوقات پرداخت شود گرفته نخواهد شد. غرامت مزبور باید به وجه مؤثری قابل تحقق باشد و به‌نحو کامل معادل مالی خواهد بود که گرفته شده است و قبل از آن که گرفته شود یا درحین گرفتن مال قرار کافی جهت تعیین مبلغ غرامت و پرداخت آن داده خواهد شد».

30. Kalamazoo, note 7.

۳۱. همان مرجع، ص ۴۸۰- یکی از صاحب‌نظران در ترجیح این نظر بر نظر مخالف دادگاه پژوهش چنین ابراز می‌دارد:

«نکته کنایه‌آمیز این است که در معنای به‌کار رفته توسط دادگاه کالامازو، که مغایر با معنای به‌کار برده شده توسط دادگاه استیناف است، این اصطلاحات بصورت نسبی سنجیده شده‌اند و این به همان صورتی است که قاضی هارلان (Harlan) در نظر خود در قضیه ساباتینو به‌کار برده است.» رک.



دادگاه رسیدگی کننده سپس ابراز داشت که برای درک معانی مبهم این اصطلاحات می‌توان با مراجعه به تعاریف موجود در شرح قانون روابط خارجی ایالات متحده (شرح دوم)،\* بخش‌های ۱۹۰-۱۸۷ (مصوب ۱۹۶۵) تاحدی این ابهام را رفع نمود. اما به نظر دادگاه مطلب این بود که شرح مزبور، در غیاب هرگونه اشاره‌ای در خصوص قابلیت اعمال آن، نمی‌تواند به‌عنوان توضیح دقیق آنچه مورد نظر دولت اتیوپی در معاهده مودت بوده است، مورد استناد واقع شود.<sup>۳۲</sup> خواهان، از این رأی پژوهشخواهی کرد و در مرحله پژوهش، وزارتخانه‌های دادگستری، خزانه‌داری و امور خارجه به همراه قانون وکلای امریکا که به‌عنوان یاور دادگاه وارد شده بودند، تقاضای لحاظ استثناء معاهده‌ای براساس قضیه ساباتینو را کردند.<sup>۳۳</sup> شعبه ششم استیناف حکم دادگاه تالی را با این استدلال که معاهده مورد نظر (عهدنامه مودت اتیوپی و امریکا) به‌واقع متضمن اصول حقوقی حاکم بر قضیه می‌باشد، نقض کرد. دادگاه ابتدا چنین تشخیص داد که، اصطلاحات غرامت «فوری»، «مؤثر»، «عادلانه» و «مناسب» و یا اصطلاحات مشابه، تقریباً در ماده مربوط به حفاظت از اموال کلیه عهدنامه‌های مودت، موسوم به «عهدنامه مودت و روابط دوستانه، اقتصادی و دریانوردی»\* که ایالات

---

D.W. Hoagland "The Act of State Doctrine: Abandon It", Denver J. Int'l. L. & Policy, vol. 14, No. 2 & 3 (1986); 317, at 321.

\*. (Restatement (second) of Foreign Relations Law of the U.S., Sections 187-190 (1965)).

۳۲. دادگاه رسیدگی کننده رأی داد که استثناء برنشتاین هم غیرقابل اعمال است زیرا قوه مجریه هیچ نظری درخصوص مرجع بودن رسیدگی ترافی ابراز نداشته است. رک. Kalamazoo, at 479.

33. Kalamazoo, note 1, at 99.

\*. FCN Treaties; (Friendship, Commercial and Navigation Treaty).

متحده با تعدادی از کشورها<sup>۳۴</sup> منعقد کرده است، آمده است. به عقیده دادگاه وسعت استعمال این اصطلاحات در عهدنامه‌های مذکور حاکی از آن است که معیار و ضابطه غرامت موردنظر، معیار حقوقی تعیین‌کننده‌ای است. سپس دادگاه با نظر تأیید و قبول به قضیه امریکن اینترنشنال، که تنها قضیه‌ای بود که در آن زمان در زمینه استثناء عهدنامه‌ای ساباتینو وجود داشت، اشاره نمود و چنین نتیجه‌گیری کرد که مسلماً رسیدگی به چنین موضوعی از نظر قوه مجریه امر سنجیده‌ای بوده و نگرانی دیوان کشور به شرح مذکور در قضیه ساباتینو از حیث مداخله دستگاه قضایی در امور سیاست خارجی در قضیه مطروحه موردی نداشته است. دادگاه استیناف سپس ادامه داد:

«علاوه بر آن، در این قضیه منافع ملی فراوانی مطرح است که باید موردتوجه قرار گیرد و آن عبارت از شناسایی و اجرای معاهداتی است که ما با کشورهای دیگر منعقد کرده‌ایم.»<sup>۳۵</sup>

۳۴. این کشورها از جمله: بلژیک، اتیوپی، فرانسه، یونان، ایران، اسرائیل، ژاپن، کره، نیکاراگوئه، عمان، پاکستان، توگو و ویتنام می‌باشند. برای متن مفاد مربوط به مصادره در معاهدات مربوطه رک. Ibid, at 52-54.

۳۵. همان، صفحه ۵۲، نگرش موجود در معاهدات FCN بازتابی از نظریه هال (Hull Doctrine) است که در حال حاضر، به عقیده بسیاری از حقوقدانان، منسوخ شده است بطور مثال:

تأجیدی که به قانون حاکم ارتباط می‌یابد، در بررسی دقیق موضوع می‌بینیم که حمایت چندانی از نظریه هال مطرح نیست. رویه جاری، اصول بارز حقوقی و تحولات در نظام مربوط به اموال ملی همگی مغایر با آن هستند. رک.

R. Dolzer, "New Foundations of the Law of Expropriation", AJIL vol. 75 (1981), 553, at 570; See also Dowson and Weston, "Prompt, Adequate and Effective: A Universal Standard of Compensation", Fordham Law Review, vol. 30 (1962), 727, at 733;

و نظر جداگانه لاگرگرن در:

INA Corporation v. Iran, 8 Iran-U.S. C.T.R. at 385.

از سوی دیگر قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد، بویژه قطعنامه شماره ۱۸۰۳، یعنی بیانیه راجع به حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی، که از «غرامت مناسب» صحبت می‌کند، نشانگر پذیرش وسیع [غرامت مناسب] در جامعه بین‌المللی است. نگاه کنید به لاگرگرن، همان؛ و رأی تاپکو

به این ترتیب رأی شعبه ششم استیناف در قضیه کالامازو کار را برای دادگاه ناحیه‌ای در قضیه مک کسون آسان کرد. دادگاه در قضیه مک کسون با اشاره به پرونده کالامازو و پرونده امریکن اینترنشنال مقرر داشت: «معاهده‌ای که اکنون بین ایران و ایالات متحده لازم‌الاجرا است»<sup>۳۶</sup> متضمن «معیار حقوقی حاکم» به معنای مذکور در رأی قضیه ساباتینو می‌باشد و بنابراین استثناء معاهده‌ای نظریه عمل دولت در اینجا قابل اعمال است.

### III - ملاحظات پیرامون استثناء معاهده‌ای

در باره ماهیت حقوقی نظریه عمل دولت عقاید گوناگونی ابراز شده است. در حالی که براساس برخی آراء اولیه<sup>۳۷</sup> این نظریه بخشی از حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود، بعضی صاحب‌نظران بر این عقیده‌اند که نظریه فوق از الزامات حقوق بین‌الملل عمومی نیست، بلکه بر مبنای نزاکت بین‌المللی استوار شده است. به عقیده برخی دیگر نظریه مذکور قاعده‌ای برتر در انتخاب قانون حاکم است که قانون مقرر را انتخاب می‌کند.<sup>۳۸</sup> باتوجه به لسان ساباتینو، تحلیل مبتنی بر تفکیک‌قوا نیز، مبنای دیگری برای این نظریه ارائه می‌دهد. مبنای تحلیلی نظریه عمل دولت هرچه باشد،

---

(Texas Overseas Petroleum Co. v. Government of the Libyan Arab Republic), ILR 51 (1979), 389; and the 1982 arbitral award in celebrated Aminoil case (The Government of the State of Kuwait and the American Independent Oil Company), 21 ILM 976 (1982)

که معیار غرامت مناسب را به کار می‌برد.

36. McKesson, note 26, at 17179.

37. The Paquete Habana, 175 U.S. 677, 708 (1900), quoted by Scheff, note 13, at 101.

38. مشکل نظریه انتخاب قانون حاکم این است که عمل دولت خارجی حتی در صورتی که مغایر با نظم عمومی ایالات متحده باشد دارای اعتبار خواهد بود.

دست کم در دعاوی علیه دولت‌های بیگانه در محاکم امریکا و از نظر صلاحیت بین‌المللی دادگاههای مذکور، پیامدهای نظریه مورد نظر به‌عنوان قانون فدرال این است که قوه قضاییه خود می‌پذیرد که «نسبت به نقش ترافیعی خود محدودیتهایی را اعمال کند».<sup>۳۹</sup> خلاصه این‌که این نظریه به‌عنوان ابزاری ضروری در جهت محدودیت و خودداری از اعمال صلاحیت قضایی گسترده دادگاههای امریکا عمل می‌کند.<sup>۴۰</sup> از این رو شایسته است که درباره استثناء عهدنامه‌ای که حیطة اعمال نظریه عمل دولت را محدود کرده و مآلاً منجر به تقویت صلاحیت، بدو، موسع محاکم امریکا می‌گردد ملاحظاتی چند به عمل آوریم تا ببینیم آیا اعمال صلاحیت بوسیله محاکم امریکا صحیح بوده است یا خیر؟

#### الف - مبانی توجیهی استثناء معاهده‌ای

انصاف مطلب این است که اگر به سیر تحول نظریه عمل دولت صرفاً از دیدگاه رویه قضایی امریکا بنگریم و توجه کنیم که تصمیمات صلاحیتی محاکم امریکا در این زمینه تا حدودی ناشی از رعایت و توجه به مفهوم ذهنی «منافع» دولت امریکا بوده است؛ بخوبی به توجیحات استثنای عهدنامه‌ای نظریه عمل دولت پی می‌بریم. باید به خاطر داشت که طی بحران

---

39. A.F. Lowenfeld, "Act of State And Department of State", *First National City Bank v. Banco Nacional de Cuba*, AJIL, vol. 66 (1972), 795.

۴۰. بسیاری از آراء متضمن نظرات حاکی از امتناع از اعمال صلاحیت هستند. به‌طور مثال، جمله «رسیدگی نخواهند کرد» (Will not sit in judgment) در ساباتینو، زیرنویس شماره ۱ - همچنین رک. *City Bank*, note 7, at 775-76; *Callejo v. Bancomer*, 764 F.2d 1101, 1113 (5 th Cir. 1985); *Ramirez-Arellano v. Weinberger*, 745 F.2d 1500, 1533-34 (D.C. Cir 1984), vacated on other grounds, 471 U.S. 1113 (1985); *Int'l Ass'n of Machinists v. OPEC*, 649 F.2d 1345, 1358-59 (9 th Cir. 1981), cert. denied. 454 U.S. 1163 (1982); *Hunt v. Mobil Oil Co.*, 550 F.2d 68, 74 (2d Cir. 1977), cert. denied 434 U.S. 984 (1977).

روابط ایران و آمریکا در سال ۱۹۷۹ که قضیه امریکن اینترنشنال در دادگاههای آمریکا تحت رسیدگی بود، بهترین راه حل موجود برای خواهانهای امریکایی مراجعه به دادگاههای آمریکا بود. زیرا با توجه به عدم حضور ایران در پرونده مربوط به سفارت آمریکا در تهران، طرح مسأله حمایت دیپلماتیک و مراجعه به دیوان بین‌المللی دادگستری، بسیار دشوار و بلکه بی حاصل بود.<sup>۴۱</sup> از این رو اعمال نظریه عمل دولت با منافع خواهانهای امریکایی سازگاری نمی داشت.

از سوی دیگر، استثنائات مختلفی که توسط دادگاهها اعمال گردیده، حاکی از اقدامات و تلاشهای دستگاه قضایی است که برای محدود کردن دامنه اعمال این نظریه انجام شده است. دیوان کشور آمریکا قبلاً در قضیه ساباتینو اعلام کرده که نظریه عمل دولت در سایر کشورها با چنین نامی وجود ندارد و از این رو قاعده‌ای از حقوق بین‌الملل نیست، هرچند دارای پیامدهای بین‌المللی می باشد.<sup>۴۲</sup> دیوان کشور در رأی اخیر خود در قضیه کرک پاتریک نیز دامنه کاربرد نظریه را تا حد قابل ملاحظه‌ای محدود کرده است.<sup>۴۳</sup> افزون بر این، برخی صاحب‌نظران نیز مخالفت خود را نسبت به این نظریه ابراز داشته و خواستار لغو آن شده‌اند.<sup>۴۴</sup>

---

۴۱. رک. رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در:

The Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Iran (United States of America v. Iran), ICJ Reports, 1980, pp. 3 et seq.

۴۲. Sabbatino, note 8, at 34 et seq., quoting Oppenheim, International Law, secs. 115 aa and Lauterpacht, 8 th ed. 1955. See, also I. Brownlie, Principles of Public International Law, 4 th Ed. (1990), at 507.

۴۳. دیوان کشور صراحتاً بین اعتبار عمل دولت خارجی و انگیزه انجام آن تفکیک قائل شده است. نظریه عمل دولت تنها هنگامی قابل اعمال است که اعتبار عمل انجام یافته توسط دولت خارجی موضوع اختلاف و رسیدگی باشد. چنانچه انگیزه انجام عمل مورد بحث باشد، مانند قضیه کرک پاتریک که در آن موضوع انتساب ارتشاء به مقامات دولت نیجریه مطرح بود، نظریه عمل دولت کاربردی ندارد. رک.

درخصوص استثناء معاهده‌ای که در قضایای امریکن اینترنشنال و مک کسون لحاظ شده بود همانگونه که قبلاً اشاره کردیم، این استثناء محدود به دعاوی ایران نیست؛ کما این که در قضیه کالامازو علیه دولت اتیوپی نیز اعمال شده است. استدلال بکار رفته در رأی صادره در دعوی دیتون که موضوع آن مصادره و علیه دولت چکسلواکی اقامه شده بود، نیز نشان‌دهنده این است که هم دادگاه ناحیه‌ای و هم دادگاه استیناف که به آن دعوی رسیدگی کرده‌اند با استثناء معاهده‌ای به نحوی که در قضایای کالامازو و امریکن اینترنشنال اعمال شده بود، موافق بوده‌اند.<sup>۴۵</sup> از این‌رو، استثناء معاهده‌ای رفته رفته در رویه قضایی ایالات متحده برای خود جا باز می‌کند.

---

W.S. Kirkpatrick & Co. Inc. v. Environmental Tectonics Corp. Int'l., 110 S. Ct. 701 (1990), case note by S.M. Morrison, "The Act of State Doctrine and the Demise of International Comity", *Indiana Int'l. & Comp. L. Rev.* 2 (1991), 311.

۴۴. D.W. Hoagland در مقام مخالفت شدید با کاربرد نظریه عمل دولت مطالبی اظهار می‌دارد، از جمله این که هنگامی که عمل یک دولت خارجی در تعارض با نظم عمومی ایالات متحده است، چرا باید دادگاهها چنین نظریه‌ای را به کار بندند، (Id. at 329). از این‌روست که پیشنهاد لغو نظریه و جایگزینی آن توسط قواعد حل تعارض و نزاکت را مطرح می‌کند. رک.

D.W. Hoagland, "The Act of State Doctrine: Abandon It", *Denver J. Int'l. L. & Policy*. vol. 14, No. 2 & 3, (1986), 317,

نیز نگاه کنید به:

Bazyler, "Abolishing the Act to State", *U. Penn. L. Rev.* 134 (1986), 325.

۴۵. دعوی مذکور به دنبال ملی کردن اموال اشخاصی که در زمان ملی کردن شهروند آن کشور بوده‌اند، علیه چکسلواکی طرح شده بود. در موافقتنامه سال ۱۹۴۶ بین ایالات متحده و چکسلواکی به عبارت «غرامت مناسب و مؤثر» اشاره شده است که این عبارت ظاهراً در مقایسه با عبارت «فوری، مناسب و کامل» در معاهده مودت ایران و ایالات متحده از صراحت کمتری برخوردار است. دادگاه نکته‌ای دال بر وجود استثناء معاهده‌ای نیافت، نه به دلیل این که عبارت «مناسب و مؤثر» قابل اجرا نبود، بلکه به این دلیل که خواهانها در زمان ملی کردن، سال ۱۹۴۵، تبعه آمریکا نبوده‌اند. رک.

Dayton v. Czechoslovak Republic, note 2, case note by M. Leigh "Foreign Sovereign Immunities Act – Act of State Doctrine-Treaty Exception", *AJIL*, vol. 82, No. 3 (1988), 585.

نظریه عمل دولت در ... ❖ ۷۳

در واقع، دعاوی مرتبط با استثناء معاهده‌ای که با عنایت به تفسیر آزاد و موسع از رویه دعوی ساباتینو مورد رسیدگی قرار گرفته‌اند بیانگر تمایل دستگاه قضایی امریکا در مواردی است که معاهده یا توافقنامه‌ای بین‌المللی بین کشور ملی‌کننده و ایالات متحده وجود داشته باشد. گفته می‌شود که هدف این تمایل در جهت تشویق و اجرای تعهدات بین‌المللی با تکیه بر تفسیری موسع‌تر از اصل وفای به عهد است. تردیدی نیست که معیار غرامت، از مسائل بحث‌انگیز و اختلافی در حقوق بین‌الملل است.<sup>۴۶</sup> اما ظاهراً نظر برخی دادگاههای امریکا چنین است که این مشکل به تنهایی نمی‌تواند مانع تفسیر آنها از معاهدات و یافتن راه‌حل مناسب در مورد مسأله غرامت باشد. آنها مفاد معاهده را به‌عنوان مبنای کار و نقطه شروع اتخاذ می‌کنند و سعی در اعتبار بخشیدن به آن دارند. ظاهراً منظور آنها این است که مفهوم قدیمی نظریه عمل دولت مربوط به دورانی است که حوزه فعالیت دولتها محدود بوده است. تحولات رویه قضایی امریکا درخصوص نظریه عمل دولت را که در دعوی کالامازو و نیز در دعوی مصادره ایران صورت گرفت، می‌توان به‌عنوان واکنش نسبت به جو متغیّر موجود در روابط اقتصادی بین‌المللی تلقی کرد که در جهت حفاظت از منافع

---

۴۶. همانگونه که شعبه ششم دادگاه استیناف در رأی قضیه کالامازو اظهار داشت: ماده ۶ قانون اساسی ایالات متحده مقرر می‌دارد که معاهدات منعقدۀ توسط دولت ایالات متحده جزء لاینفک حقوق برتر کشور محسوب می‌شود و دادگاههای امریکا نیز باید به همین صورت آن را تفسیر و اعمال کنند. رک. *kalamazoo*, 729 F.2d at 428.

«شویمر» درحالی که می‌پذیرد مقررات مربوط به حمایت از اموال در عهدنامه اتیوپی مطابق با حقوق بین‌الملل امروزی دیگر لازم‌الاجرا نیست، پیشنهاد می‌کند که ابهام موجود در معاهده نباید مانع رسیدگی توسط دادگاه شود. عامل اساسی، وجود لسان حقوقی صریح در عهدنامه نیست بلکه وجود معاهده‌ای است که مورد پذیرش دولت خارجی قرار گرفته است تا هنگام بروز تعارض بر عملکرد آن حاکم باشد. رک. E.L. Shwimmer, "A Treaty Exception to the Act of State Doctrine: A Framework For Judicial Application", *Boston U. Int'l. L.J.* vol. 4 (1986), No. 1, 201.

سرمایه‌گذاران امریکایی که در سطح بسیار گسترده‌ای درگیر پروژه‌های صنعتی و تجارتي در کشورهای دیگر هستند، رخ داده است. جالب این که، اکراه دادگاه‌های امریکایی که به دعاوی ایران رسیدگی می‌کردند در خصوص اعمال نظریه عمل دولت، با نگرش انعطاف‌ناپذیر آنها نسبت به مسأله مصونیت ایران هماهنگ بوده است. این هماهنگی را می‌توان در تأیید نظر برخی متخصصین حقوق بین‌الملل عمومی دانست که عقیده دارند این دو نظریه تا حد زیادی به یکدیگر نزدیک هستند و باید همسو با یکدیگر اعمال شوند، و کاربرد آنها باید طوری باشد که هدف پاسخگو قرار دادن کشورهای خارجی را نسبت به آن قبیل اعمالشان که اشخاص حقوق خصوصی را متضرر می‌کند، با شکست مواجه سازد.<sup>۴۷</sup>

### ب - استثناء معاهده‌ای و حقوق بین‌الملل

لیکن استثناء معاهده‌ای فقط وقتی می‌تواند مبنای موجهی برای تحول نظریه عمل دولت فراهم سازد که در بوتۀ نقد حقوق بین‌الملل عمومی تاب آورد. مسأله استثناء معاهده‌ای که حاصل آراء دادگاه‌های ایالات متحده است و اساس آن تفسیر دادگاه‌های مذکور از شرط حمایت از اموال در عهدنامه‌های مودت مربوطه است، نه تنها در ارتباط با ایران یا اتیوپی بلکه در ارتباط با سایر کشورهای که طرف عهدنامه‌های مودت با ایالات متحده هستند نیز، نهایت اهمیت را دارد. با عنایت به آراء مطروحه، اگر دولت

---

۴۷. Higgins در نظرات خود ابراز می‌دارد که دو نظریه مذکور باید هماهنگ و همسو با یکدیگر مورد استفاده قرار گیرند. رک. Higgins, note 3, at 275. همچنین رک.

M. Singer, "The Act of State of the United Kingdom: An Analysis, with Comparisons to United States Practice", AJIL, vol. 75 (1981) No. 2, 283, at 322.



هریک از کشورهای طرف این قبیل عهدنامه‌های مودت با امریکا، در برنامه‌های ملی کردن خود به نحوی اتباع امریکا را متضرر سازد باید انتظار این را داشته باشد که در دادگاههای امریکا خواننده دعوی قرار گیرد، مگر این که دولت امریکا به دادگاه رسیدگی کننده اعلام کند که نظریه عمل دولت را بکار بندد. از این رو جا دارد جنبه‌های مختلف استثناء معاهده‌ای ناشی از آراء فوق‌الذکر مورد بررسی قرار گیرد.

#### ۱- شناسایی حق اقامه دعوی خصوصی برای خواهانهای امریکایی

یکی از مسائل شایان توجه در قضایای مک کسون و امریکن اینترنشنال با توجه به تحلیل دادگاه از استثناء معاهده‌ای که براساس تفسیر موسع شرط حفاظت از اموال در عهدنامه مودت، که بیشتر حاکی از قاعده‌ای ماهوی است تا شکلی، آن است که دادگاههای مذکور حق اقامه دعوی خصوصی برای اشخاص را به‌عنوان مدعی در دادگاههای امریکا شناخته‌اند، و بنظر می‌رسد که در این کار به استثناء معاهده‌ای مندرج در قضیه ساباتینو تفسیری بسیار موسع و انتزاعی بخشیده‌اند. وقتی در عهدنامه‌ای شرط راجع به ترافع، ترتیبات ویژه‌ای برای حل و فصل دعاوی پیش‌بینی کرده است، یا وقتی که به‌موجب اصول اساسی حقوق بین‌الملل محاکم امریکا فاقد صلاحیت رسیدگی به دعوی هستند مشکل بتوان از ساباتینو این نظر را استخراج کرد که صرف وجود ضوابط حقوقی قابل اعمال بر مصادره در آن عهدنامه، به محاکم امریکا صلاحیت رسیدگی به دعوی مصادره را اعطا می‌کند. به عبارت دیگر قابل اعمال بودن نظریه عمل دولت، از جمله بخاطر فقدان مفاد صریحی از معاهده در مورد ضابطه حقوقی حاکم بر موضوع مانع صلاحیت رسیدگی دادگاههای امریکا به دعاوی

مربوط است. اما قابل اعمال نبودن این نظریه، به هر دلیلی که باشد، موجب صلاحیت دادگاههای امریکا نخواهد بود. اشکال اساسی صلاحیت گسترده دادگاههای امریکا این است که دادگاههای موردنظر این واقعیت را که صلاحیت هر کشور، به عنوان نماد حاکمیت آن کشور، بیش از آن که عالمگیر باشد اساساً سرزمینی است و نیز این که حقوق بین الملل عمومی، بی شک، محدودیتهایی بر صلاحیت هر کشور وارد می نماید را نادیده می گیرند.<sup>۴۸</sup> درست است که هر کشور در طراحی و تعبیه سازمان قضایی خود و نیز در کاربرد و استناد به قواعد حقوق بین الملل خصوصی برای اعمال صلاحیت، از حاکمیت بی چون و چرا برخوردار است، اما این سازمان و این کاربرد نباید به نحوی باشد که به تجاوز از حد و مرزهای تعیین شده توسط حقوق بین الملل عمومی بیانجامد. یکی از مسلم ترین محدودیت هایی که حقوق بین الملل عمومی مقرر داشته این است که

---

۴۸. مان (Mann) شمول گسترده صلاحیت دادگاههای امریکا را که بر نگرش نظری «منافع» بیش از عامل «عینی» ارتباط منطقی بین دعوی و کشور مقر تکیه دارد شدیداً مورد انتقاد قرار می دهد. وی می گوید صلاحیت بین المللی محاکم داخلی برای رسیدگی که از متفرعات حق دولت در تنظیم و تنسيق یعنی صلاحیت بین المللی قانونگذاری، است به اصل سرزمینی بودن، به ویژه در زمینه صلاحیت داخلی، هم چنان وفادار مانده است. تحولات روی داده در ایالات متحده از سال ۱۹۴۵ تاکنون که باعث شده نظریه صلاحیت مبتنی بر عدالت جای نظریه صلاحیت مبتنی بر قدرت را بگیرد و منجر به نرمش و انعطاف اصل سرزمینی بودن صلاحیت به مدد مفاهیمی چون عدالت، منطقی بودن و مناسب بودن دادگاه شود، در صحنه بین المللی آرایش ساختاری را عوض نکرده و از اعتبار اصل صلاحیت سرزمینی چیزی نکاسته است. (Id. at 67-8)، ر.ک.

D.W. Bowett, "Jurisdiction: Changing Patterns of Authority Over Activities and Resources", *British Yearbook of International Law* (1982), 1 et seq.; Brownlie, note 42, at 298 et seq.; See also F.A. Mann, "The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years", *Recueil Des Cours de l'Académie de Droit International* (1984) III, tome 184, 8, at 20.

مصادره، عملی است مطلقاً حاکمیتی که دادگاههای کشورهای دیگر درمورد آن هیچ‌گونه صلاحیتی ندارند.<sup>۴۹</sup>

علاوه بر آن، به نظر می‌رسد که در قضایای مک کسون و امریکن اینترنشنال، مفاد ماده ۲۱ عهدنامه موذت ایران و ایالات متحده درمورد ساز و کار<sup>۵۰</sup> حل و فصل اختلافات نادیده گرفته شده است. این ماده بویژه در بند ۲، هیچ حق خصوصی فردی برای اشخاصی که احتمالاً از عمل دولت طرف معاهده (ایران) متأثر شده‌اند جهت اقامه دعوی علیه آن دولت در دادگاههای طرف دیگر (امریکا) قائل نشده است. هر اختلاف و دعوایی درمورد تفسیر یا اعمال معاهده موردنظر، در بحث فعلی یعنی مصادره اموال

---

۴۹. بسیاری از دعاوی مطروحه در محاکم امریکا یا خارج از امریکا، مؤید ماهیت حاکمیتی ملی کردن می‌باشد. بطور مثال:

Kingdom of Greece v. Gamet, Italy, (Court of Cassation, June 1957) ILR 24 (1957), 209; Republic of Indonesia v. Van der Hass, ILR 26 (1958), 181.

همچنین رجوع کنید به آن دسته از دعاوی امریکا که دادگاهها درخصوص نظریه عمل دولت چنین اعلام داشته‌اند که ملی کردن ماهیتاً عملی است که منشأ آن اقتدار و قدرت دولت می‌باشد. از جمله دعاوی:

Alfred Dunhill, note 19, at 704; Sabbatino, note 8, at 398; American Banana Co. v. United Fruit Co. 213 U.S. 347 (1909); Hunt v. Mobil Oil Corp., 550 F.2d 68 (2d Cir.), cert. denied, 434 U.S. 984 (1977); Republic of Iraq v. First National City Bank, 353 F.2d 47 (2d Cir. 1965), cert. denied, 382 U.S. 1027 (1966); LIAMCO v. Socialist People's Libyan Arab Jamahirya, 482 F. Supp. 1175 1179 (D.D.C. 1980); D'Angelo v. Petroleos Mexicanos, 422 F. Supp. 1280; 1290 (D. Del. 1976) aff'd, 564 F. 2d 89 (3d Cir. 1977), cert. denied, 434 U.S. 1035 (1978); Occidental of Umm al Qaywayn Inc. v. Cities serv. Oil Co., 396 F. Supp. 461 (W.D.La. 1975), aff'd, 577 F. 2d 1196 (5th Cir. 1978), Cert. denied, 442 U.S. 928 (1979).

۵۰. ماده ۲۱ چنین مقرر می‌دارد:

«۱- هر یک از طرفین معظمین متعاهدین نسبت به هر اعتراضی که طرف معظم متعاهد دیگر ممکن است درمورد هر موضوعی که مؤثر در اجرای عهدنامه فعلی باشد به عمل آورد توجه دوستانه خواهد نمود و فرصت کافی برای مشاوره در آن موضوع قایل خواهد شد.  
۲- هر اختلافی بین طرفین معظمین متعاهدین درمورد تفسیر یا اجرای عهدنامه فعلی که از طریق دیپلماسی به نحو رضایت‌بخش فیصله نیابد به دیوان دادگستری بین‌المللی ارجاع خواهد شد مگر این که طرفین معظمین متعاهدین موافقت کنند که اختلاف به وسایل صلح‌جویانه دیگری حل شود.»

اتباع امریکا توسط ایران و قصور ایران در پرداخت غرامت فوری و کامل، بنابه مفاد ماده فوق‌الذکر باید به‌عنوان اختلافی بین «طرفین معظمین متعاهدین» محسوب شود و نه اختلافی بین یکی از اتباع امریکا و دولت ایران.

ماده ۲۱ بازتاب صریحی از این مطلب است که قواعد حقوق بین‌الملل و حقوق معاهدات که تنظیم‌کننده روابط بین کشورها هستند، از جمله قواعد و معاهدات مربوط به حمایت از بیگانگان و اموال آنها، عموماً توسط دولت اعمال و اجرا می‌شود. با توجه به آنچه که دیوان کشور امریکا در قضیه ساباتینو در ارتباط با ویژگی خاص حقوق بین‌الملل به‌عنوان حقوق بین کشورها ارائه کرده است، تبعه بیگانه متضرر از برنامه ملی کردن چنانچه در مرحله اول نتواند از طریق قاعده جبران خسارت در مراجع محلی به خواسته خود برسد، برای رسیدن به آن باید به مقامات اجرایی کشور خود مراجعه نماید تا به دعوای وی از طریق دیپلماسی رسیدگی شود و یا در مرجعی بین‌المللی اقامه شود.<sup>۵۱</sup> از این رو، حتی چنانچه معاهده مودت شامل احکام و معیارهای حقوقی حاکم بر مسأله مصادره باشد، اعمال آنها بعد از به بن بست رسیدن راههای دیپلماتیک، یا باید از طریق دیوان بین‌المللی دادگستری و در دعوایی که از طریق حمایت دیپلماتیک ایالات متحده مطرح می‌گردد صورت گیرد؛ و یا از طریق «شیوه‌های مسالمت‌آمیز دیگر» که احیاناً به‌منظور حل و فصل اختلافات اتخاذ می‌شود.<sup>۵۲</sup>

---

51. Sabbatino, note 8, at 39.

۵۲. «از آنجا که قواعد حقوق بین‌الملل و معاهدات موجب تعهداتی بین کشورها می‌باشد، نقض آنها مسؤولیت بین‌المللی به‌دنبال خواهد داشت که این مسؤولیت در قبال فرد نیست بلکه در قبال کشوری است که فرد [زیان‌دیده] یکی از اتباع آن می‌باشد. این کشور هنگام تقاضای غرامت، به نمایندگی از طرف فردی که متحمل خسارت شده اقدام نمی‌نماید و اثری بر حق وی مترتب نمی‌داند بلکه این دولت

لذاست که می‌توان گفت تفسیر و اعمال عهدنامه مودت ایران و امریکا توسط دادگاههای ایالات متحده ظاهراً در تناقض با مفاد صریح ماده ۲۱ معاهده و نیز قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در خصوص محدودیتهای وارد بر صلاحیت دادگاههای داخلی و حمایت دیپلماتیک از اتباع کشورها می‌باشد.

۲- آیا شرط حمایت از اموال دربرگیرنده معیارهای حقوقی حاکم می‌باشد؟  
حال خالی از فایده نیست ببینیم آیا آراء دیگری وجود دارد که روشنگر این باشند که عهدنامه مودت ایران و امریکا حاوی ضابطه و معیارهای حقوقی حاکم بر مسأله حمایت از اموال اتباع طرفین هست، یا خیر؟ درطول همین جستجو باید دید که آیا دادگاههای دیگر هنگام اعمال این ضابطه آنرا به‌عنوان یک شرط جامع و دربرگیرنده تمامی انواع مصادره و بدون نیاز به مراجعه و بررسی مآخذ دیگر برای حصول اطمینان درمورد معانی اصطلاحات بکار رفته در آن بکار برده‌اند یا خیر؟ در این زمینه رویه قضایی دیوان دعاوی ایران و ایالات متحده بسیار مفید است، زیرا برخی از آراء آن که به نفع خواهانهای امریکایی در دعاوی مصادره صادر شده است شامل تفسیر و کاربرد شرط حمایت از اموال مندرج در عهدنامه مودت است.

---

حق خود را تحت این عنوان که دولتهای دیگر باید رفتاری مطابق با حقوق بین‌الملل با شهروندان آن داشته باشد، مطرح و تعقیب می‌کند».

E. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, (1915), 18.

### الف - رویه دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحده

نگرش‌های متفاوت دیوان داوری در این خصوص، بیانگر تفاوت دیدگاه سه شعبه دیوان، هم در زمینه قلمرو شرط مذکور و هم در زمینه میزان صراحت اصطلاحات بکار رفته در آن می‌باشد. در برخی دعاوی نظیر قضیه ابراهیمی<sup>۵۳</sup> معیار غرامت مناسب به‌جای غرامت کامل مندرج در عهدنامه مودت بکار رفته است. در قضیه آموکو،<sup>۵۴</sup> هرچند دیوان صراحتاً اعلام می‌دارد که عهدنامه مودت را مدنظر قرار داده است، اما به‌نظر دیوان مواردی از سکوت در عهدنامه وجود دارد و از این‌رو به حقوق بین‌الملل عرفی تمسک می‌جوید تا در مورد:

«مفهوم اصطلاحات تعریف نشده در متن اطمینان حاصل کند و یا برای تفسیر و اجرای مندرجات [عهدنامه] مدد بجوید».<sup>۵۵</sup>

دیوان داوری در مقایسه بند ۲ ماده ۴ عهدنامه با اصل حقوق بین‌الملل که در قضیه مربوط به منافع آلمان در سیلسیای علیا<sup>۵۶</sup> و در قضیه کروزوف<sup>۵۷</sup> بیان شده است، مقرر داشت که بنظر او ضابطه غرامت مذکور

---

53. Ebrahimi et al. v. Islamic Republic of Iran et al., Award No. 560-44/46/47-3 (1994), para. 38 et seq.

54. Amoco Int'l. Finance Corporation v. The Islamic Republic of Iran, et al. Award No. 310-56-3, 14 July 1987, reprinted in 15 Iran - U.S. C.T.R. 189, (with Late Judge Virally in the majority).

55. Ibid, at 222.

56. Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Germany v. Poland, 1926, P.C.I.J. Ser. A, No. 7, Judgement of 25 May 1926.

57. Case Concerning the Factory at Chorzow, Germany v. Poland, 1928, P.C.I.J. Ser. A, No. 17 Judgement of 13 Sept 1928.

در عهدنامه مودت «فقط ناظر به مصادره مشروع و قانونی است»،<sup>۵۸</sup> و در موارد مصادره غیرمشروع و غیرقانونی باید قواعد مربوط به مسؤولیت بین‌المللی اعمال شود که «نه در عهدنامه مودت، بلکه در حقوق بین‌الملل عرفی باید آنها را یافت».<sup>۵۹</sup> از این رو براساس قضیه آموکو شرط و معیار مربوط به حمایت از اموال که در عهدنامه مودت آمده، کامل و فراگیر نیست و در مورد مصادره غیرمشروع و غیرقانونی، حاکم نمی‌باشد.

از طرف دیگر، برخی از آراء صادره نظیر فیلیپس<sup>۶۰</sup> حاکی از این است که بند ۲ ماده ۴ عهدنامه مودت هم در مورد مصادره‌های مشروع و هم مصادره غیرمشروع قابل اعمال است. پاره‌ای دیگر از آراء مانند سدکو<sup>۶۱</sup> و آینا<sup>۶۲</sup> هرچند ضابطه غرامت عهدنامه مودت را قابل اعمال دانسته‌اند، اما به گرایش موجود در حقوق بین‌الملل که بین مصادره موردی یا خزنده از یکسو و برنامه ملی کردن فراگیر و جامع ازسوی دیگر تفاوت قائل می‌شود استناد کرده و از این رو معیارهای مختلفی در پرداخت غرامت بکار بسته‌اند: غرامت کامل برای مورد اول و غرامت کمتر برای مورد دوم یعنی ملی کردن‌های فراگیر. زیرا:

---

58. Amoco, note 54, at 246.

59. Ibid.

60. Phillips Petroleum Company Iran v. The Islamic Republic of Iran et al. Reprinted in 21 Iran-U.S. C.T.R., 79, paras 121-122.

61. SEDCO Inc. v. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran, Chamber 3, Interlocutory Award of 27 March 1986, reprinted in 10 Iran-U.S. C.T.R., 180, at 187-88.

62. INA Corporation v. the Government of the Islamic Republic of Iran, Chamber One, (Lagergren Chairman, With Separate Opinion), 1985, 8 Iran-U.S. C.T.R., 373.

«حقوق بین‌الملل دستخوش یک بازنگری تدریجی شده است که در اثر آن ممکن است اعتبار نظری ضابطه غرامت «کامل» یا «کافی» (هنگامی که مرادف «کامل» بکار برده می‌شود) تضعیف شود».<sup>۶۳</sup>

با توجه به این نگرش‌های گوناگون، به دشواری می‌توان اظهار کرد که بند ۲ ماده ۴ متضمن «اصول حقوقی حاکم» می‌باشد، زیرا همانطور که رویه دیوان نشان می‌دهد، مفاد این ماده تنها اساس تعیین غرامت نیست، بلکه در بسیاری از دعاوی فقط به‌عنوان یکی از چند منبع تعیین‌کننده میزان غرامت است.

---

<sup>۶۳</sup> حکم قضیه آینا. برای یک تحلیل جامع درباره معیارهای مختلف تعیین غرامت که توسط دیوان دعاوی ایران - ایالات متحده بکار رفته است. رک.

A. Mouri, *The International Law of Expropriation as Reflected in the Work of the Iran-U.S. Claims Tribunal*, Martinus, Nyhoff (1994), 296 et seq.



#### IV - نتیجه گیری

درحالی که محدودیت وارده بر نظریه عمل دولت به واسطه استثناء معاهده‌ای که منجر به اعلام صلاحیت دادگاههای امریکا می‌شود، نگرانی‌های قوای مجریه و مقننه امریکا را برای رسیدگی سریع به دعاوی خواهانهای امریکایی در دادگاههای این کشور برطرف می‌کند، اما از نقطه نظر حقوق بین‌الملل عمومی مبنای استواری ندارد و قابل دفاع نیست. نخست این که، اساس چنین استثنائی، تفسیر محاکم امریکا از شرط حمایت از اموال به شرح مذکور در عهدنامه مودت ایران و امریکا است که با تصمیمات یک مرجع بین‌المللی بنام دیوان دعاوی ایران - ایالات متحده در همین مورد، معارض است. دوم این که، این استثناء به محدودیتهای مسلمی که حقوق بین‌الملل در مورد صلاحیت دادگاههای داخلی بیگانه در مورد دعاوی مصادره اعمال می‌کند، توجهی ندارد. در مرتبه سوم، قواعد حمایت دیپلماتیک از اتباع کشورها را نادیده می‌گیرد، و نهایتاً منجر به نقض یک تعهد عهدنامه‌ای صریح، نظیر بند ۲ ماده ۲۱ عهدنامه مودت ایران و ایالات متحده می‌گردد.

## دعوی پینوشه معجونی از حقوق و سیاست\*

مایکل بایرز\*\*

Michael Byers

مترجم: محمدجواد میرفخرایی

«جو بین‌المللی حاکم بر جهان، دیگر اجازه نمی‌دهد که دولتها حتی در مسائل داخلی خود، هرطور که می‌خواهند حکم برانند. با ظهور ابر کشورها و سازمانهای بین‌المللی و رونق بازار قراردادهای و معاهدات در عرصه جهانی، دامنه اقتدار دولت روز به روز تنگ‌تر شده، به طوری که امروزه تعهدات و پیمانهای جمعی دولتها در قبال یکدیگر و در برابر سازمانهای بین‌المللی، آزادی عمل مطلق را در عمل از آنها گرفته است.»

---

\*. این مقاله تحت عنوان THE LAW AND POLITICS OF THE PINOCHET CASE در شماره بهار-تابستان ۲۰۰۰ مجله حقوق تطبیقی و بین‌الملل دانشگاه دوک چاپ شده است.  
\*\*. دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه دوک و مشاور حقوقی ائتلاف سازمانهای حقوق بشر (عفو بین‌الملل، بنیاد پزشکی مراقبت از قربانیان شکنجه، بنیاد دادخواهی از قربانیان شکنجه و کانون خانواده‌های زندانیان ناپدید شده) که به عنوان ثالث در دعوی پینوشه، مطروحه در دیوان کشور انگلیس وارد شده است.

آگوستو پینوشه اوگارته، مقدمه‌ای بر جغرافیای سیاسی، ص ۱۴۷  
(۱۹۶۸) در زمان چاپ این کتاب، پینوشه در دانشگاه جنگ شیلی  
تدریس می‌کرد.

#### ۱ - مقدمه

غروب جمعه ۱۶ اکتبر ۱۹۹۸، ژنرال آگوستو پینوشه  
(General Augusto Pinochet) دیکتاتور ۸۲ ساله سابق شیلی به  
درخواست یک قاضی اسپانیایی توسط پلیس مرکزی لندن بازداشت شد و  
به این ترتیب ماجرای بحث انگیزی در برابر افکار عمومی جهانیان گشوده  
گردید که امواج آن تا مدتها حقوق بین‌الملل را در ابعاد گوناگون ماهوی و  
اجرائی آن تحت تأثیر خود قرار می‌دهد. طبع خاص دعوی پینوشه  
آمیزه‌ای از بحث‌های حقوقی در حوزه‌های گوناگون حقوق جزای  
بین‌الملل، حقوق بشر، مصونیت دولت، صلاحیت، استرداد و رابطه میان  
حقوق بین‌الملل و نظامهای حقوقی داخلی را با خود به دنبال آورد و بر همه  
مقولات یاد شده آثاری دیرپا به جا نهاد.<sup>۱</sup>

---

۱. برای تجزیه و تحلیل حقوقی پرونده پینوشه همچنین رک.

J. Craig Barker, The Future of Former Head of State Immunity after ex parte Pinochet, 48 Int'l & Comp. L. Q. 937(1999); Andrea Bianchi, Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case, 10 Eur. J.Int'l L. 237(1999); Michael Byers, Decisions of British Courts During 1999 Involving Questions of Public International Law, 70 British Yearbook of Int'l L. 277, 277-95 (1999); Christine Chinkin, In Re Pinochet, 93 Am. J. Int'l L 703 (1999); Hazel Fox, The Pinochet Case No.3, 48 Int'l & Comp. L.Q. 687(1999); Colin Warbrick, Extradition Law Aspects of Pinochet 3, 48 Int'l & Comp. L.Q. 958(1999).

درک ظرافت‌ها و دقایق این پرونده تنها از دیدگاهی حقوقی شدنی نیست. در جریان رسیدگی به این پرونده از آغاز تا پایان عوامل غیرحقوقی گوناگونی اثرگذار بودند: سیاست‌های داخلی، دیپلماسی بین‌المللی، معاملات اسلحه، شخصیت، پیشینه و نقش خاص قضات و سیاستمداران، فعالیت سازمانهای غیردولتی، شرکتهای چندملیتی و شبکه‌های فعال برون مرزی بین مقامات قضایی کشورهای مختلف، و بالاخره رسانه‌های گروهی و افکار عمومی بین‌المللی. از این رو با توجه به صف آرایی مباحث حقوقی و عوامل غیرحقوقی در برابر هم، گزاره نیست که بگوییم دعوای پینوشه دریچه‌ای استثنایی برای فهم رابطه پیچیده میان حقوق بین‌الملل و سیاست به روی اهل نظر گشود.<sup>۲</sup> با اغتنام از فرصت پیش آمده، در مقاله حاضر این مطلب را بررسی می‌کنیم که چگونه مقررات و نهادهای حقوقی موجود، گزینه‌های در اختیار قضات و سیاستمداران درگیر در این پرونده را آن‌چنان تحت الشعاع خود قرار داد که در پایان کار آن کنند که کردند.

## ۲- پرونده پینوشه در نگاهی کلی

قاضی اسپانیایی، بالتاسار گارزون (Baltasar Garzon)، پینوشه را متهم کرده بود که در دهه‌های بعد از کودتای خونین ۱۹۷۳ خود علیه

---

۲. تأکید اینجانب بر رابطه بین حقوق و سیاست در این پرونده در واقع کوششی است برای ارائه اسناد و مدارک زنده‌تر و به واقعیت نزدیک‌تری برای انجام این بحث همیشه مطرح که چگونه نظامهای حقوقی، اعم از داخلی و بین‌المللی، رفتارها و مواضع دولتمردان را تحت تأثیر خود قرار می‌دهند. برای مطالعه بیشتر درباره رابطه بین حقوق بین‌الملل و سیاست رک.

Louis Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy* (1968); Anthony Clark Arend, *Legal Rules and International Society* (1999); Judith Goldstein, Miles Kahler, Robert O. Keohane & Anne-Marie Slaughter, *Legalization and World Politics*, 54 *Int'l. Org.* 3(2000); *The Rule of Law in International Politics* (Michael Byers ed., 2000).

دولت قانونی و منتخب پرزیدنت سالوادور آلنده (Salvador Allende)، دستور شکنجه، قتل و گروگانگیری هزاران نفر از اتباع شیلی و نیز شهروندان کشورهای دیگر، از جمله انگلیس و اسپانیا را صادر کرده و یا با سکوت آگاهانه خود ارتکاب آنها را اجازه داده است. در کیفرخواست صادره ادعا شده بود که جرایم انتسابی به پینوشه بخشی از توطئه‌ای بین‌المللی برای از میان برداشتن و قتل مخالفان رژیم نظامی وی در شیلی، ایالات متحده و جاهای دیگر به شمار می‌رود.<sup>۳</sup>

برخی از این جرایم، و در رأس آنها شکنجه، دارای «عنوان مجرمانه در حقوق بین‌الملل» بوده و عاملان آنها توسط هر کشوری، قطع نظر از تابعیت مرتکب، تابعیت قربانی و یا کشور محل ارتکاب بزه، قابل تعقیب‌اند.<sup>۴</sup> از این رو، در زمان بازداشت پینوشه ظاهراً هیچ‌گونه مانعی بر سر راه استرداد و یا تعقیب وی در انگلیس به چشم نمی‌خورد.<sup>۵</sup> با این حال، وکلای پینوشه استدلال کردند که در طی دوره‌ای که بیشتر جرایم انتسابی

---

۳. از جمله جرایم ادعایی قتل شخصی بود به نام ارلاندولتیر "Orlando Letelier" در ۱۹۷۶ در واشنگتن دی.سی. که به طرح دعوی از جانب خانواده مقتول علیه جمهوری شیلی انجامید. برای اطلاع از جزئیات پرداخت خسارت از طرف دولت شیلی رک.

J.G. Merrills, International Dispute Settlement.

صص ۵۸-۵۵ (۱۹۹۸). وزارت دادگستری انگلیس به تازگی باب تحقیقات جنایی گسترده‌ای را در مورد این جرم بازگشوده است. رک.

Frederic L. Kirgis, Possible Indictment of Pinochet in the United States, ASIL-Insight (Mar. 2000).

۴. برای بحث درباره صلاحیت کیفری جهانی رک.

Michael Akehurst, Jurisdiction in International Law, 46 Brit. Y.B. Int'l L. 145(1973); Derek Bowett, Jurisdiction: Changing Patterns of Authority Over Activities and Resources, 53 Brit. Y.B. Int'l L. 1 (1982); Steven R. Ratner & Jason S. Abrams, Accountability for Human Rights Atrocities in International Law 140-41 (1997).

۵. ماده ۱۳۴ قانون عدالت کیفری مصوب ۱۹۸۸ که کنوانسیون شکنجه ۱۹۸۴ سازمان ملل متحد را به نظام قانونی انگلیس وارد کرد، بر صلاحیت جهانی دادگاههای داخلی برای پیگرد و یا استرداد متهمان به شکنجه تأکید نهاده است.

رخ داده‌اند، پینوشه به عنوان رئیس دولت شیلی در برابر صلاحیت محاکم انگلیسی و از جمله دعاوی استرداد مطروحه در آنها از مصونیت برخوردار بوده است. استدلال و کلای پینوشه، قضات دادگاه عالی و سپس مجلس لردها یا دیوان کشور انگلیس را بر سر دوراهی قرار داد تا از میان دو دیدگاه کاملاً متفاوت در حقوق بین‌الملل یکی را برگزینند.

مطابق دیدگاه سنتی، این فقط دولتها هستند که می‌توانند نقش آفرینان و تابعان حقوق بین‌الملل محسوب شوند. دولتها حاکمیت دارند و از لحاظ نظری با یکدیگر برابرند. نتیجه این که نمی‌توان دولتی را در دادگاههای کشور دیگر به محاکمه کشاند و رئیس دولت (و یا رئیس سابق دولت) نیز حق دارد که در برابر صلاحیت دادگاههای ملی کشور دیگر در دعاوی کیفری و یا حقوقی ایراد مصونیت مطلق کند.<sup>۶</sup>

تا همین اواخر، مصونیت دولت سدی تقریباً غیرقابل عبور در برابر اجرای مؤثر حقوق بشر بین‌المللی توسط دادگاههای ملی، حتی به زعم تمایل این دادگاهها برای اعمال صلاحیت خود، ایجاد کرده بود.<sup>۷</sup> از دیدگاه مفاهیم حقوق بین‌الملل که قدمت و اعتباری چند صدساله داشتند، قابل تصور نبود که بتوان زمامدار پیشین کشوری را در کشوری دیگر به پای میز محاکمه کشاند و او را از بابت نقض آشکار حقوق بشر محکوم کرد. در عین حال از آن جا که زشت‌ترین جرایم علیه حقوق بشر اغلب با

---

۶. برای مطالعه دربارهٔ دکترین سنتی مصونیت «مطلق» دولت رک.

The Prins Frederick, 2 Dods. 451, 165 Eng. Rep. 1543 (Adm. 1820); Compania Naviera Vascongada v. S.S. Cristina, [1938] App.Cas. 458, 490 (Judgment of Lord Atkin) 2 See generally Schooner Exchange v. McFadden, 11 U.S. 116 (1812).

۷. رک. برای مثال به:

Siderman de Blake v. Republic of Argentina, 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992); Nelson v. Saudi Arabia, 507 U.S. 349 (1993); A1-Adsani v. Kuwait, 107 I.L.R. 536 (1996).

عاملیت و یا دست کم با اجازه رؤسای کشور و یا دیگر مقامات عالی رتبه حکومتی رخ می‌داد، مسئولان و دست‌اندرکاران اجرای حقوق جزای بین‌الملل با پیامدهای دشواری روبرو بودند.

دیدگاه سنتی حقوق بین‌الملل از جنگ جهانی دوم به بعد دستخوش تغییرات چشمگیری شد و جای خود را به این نظر داد که در بافت سازنده جامعه بین‌المللی فقط دولتها حضور ندارند، بلکه نقش افراد، اقوام، سازمانهای درون - دولتی، سازمانهای غیردولتی و شرکتهای در تشکیل جامعه بین‌المللی نقشی غیرقابل انکار است.<sup>۸</sup> حضور فعال و مؤثر اشخاص و سازمانهای مزبور در صحنه مرادوات و گفتگوهای بین‌المللی و کسب حقوق قابل توجهی در برخی از زمینه‌ها، چون حق فرد برای شکنجه نشدن، گواه مقبولیت روزافزون این طرز فکر در جامعه بین‌المللی است.<sup>۹</sup>

---

۸. رک. برای مثال به:

Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, 1949 I.C.J. (April 11) (recognizing the international legal personality of the United Nations); U.N Secretary General, The Charter and Judgment of the Nuremberg Tribunal: History and Analysis, U.N Doc. A/CN.4/5 (1949) (describing the Charter's imposition of international legal responsibility on individuals).

اصول مندرج در حکم دادگاه نورنبرگ بعداً در قطعنامه مجمع عمومی سازمان ملل متحد سند حقوق بشر جهانی رک. A/64/Add.1 (۱۹۶۴) مورد تأیید قرار گرفت. برای بحث درباره نقش سازمانهای غیردولتی در عرصه‌های حقوق بشر جهانی رک.

Christine Chinkin, Human Rights and the Politics of Representation: Is There a Rule for International Law?, in The Rule of Law in International Politics 131 (Michael Byers ed., 2000).

۹. در ارتباط با حق شکنجه نشدن، رک.

International Covenant on Civil and Political Rights. Dec. 16, 1966, art. 7; Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, G. A. Res. 3452, U.N. GAOR, 30th Sess., U.N. Doc. A/RES/3452 (1975); Filartiga v. Penai Irala, 630 F. 2d 876 (2d Cir. 1980); Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment, U.N. GAOR, Supp. No.51, at 197, U.N. Doc. A/139/51 (1984) (entered into force June 26, 1987), reprinted in 23

دیدگاه جدید حقوق بین‌الملل پا را از این نیز فراتر گذاشته و بر این باور است که افراد می‌توانند حقوق بنیادین خود را حتی علیه دولتها و مقامات کشوری به اجرا گذارند.

این فکر ابتدا در دادگاههای نورنبرگ و توکیو که با هدف محاکمه مجرمان جنگی پس از جنگ جهانی دوم تأسیس شده بود، به روشنی پذیرفته شد.<sup>۱۰</sup> اخیراً نیز این اصل که هیچ کس از تعقیب در قبال جرایم پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل مصون نیست، به قوانین و تصمیمات دیوانهای کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و رواندا راه یافت.<sup>۱۱</sup> افزون بر این، در ژوئیه ۱۹۹۸، ۱۲۰ کشور با تصویب اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی در رم که صلاحیت رسیدگی به جرایم جنگی و جرایم علیه بشریت از جمله بزه‌های ارتكابی در زمان صلح را دارد،<sup>۱۲</sup> بر عدم

---

I.L.M. 102 (1984); see also Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law* (2d ed. 1999).

۱۰. رک. اساسنامه دیوان نظامی بین‌المللی، ۸ آگوست ۱۹۴۵ مواد ۸-۶. این اساسنامه بعداً در قطعنامه مجمع عمومی سازمان ملل متحد سند (۱۹۶۴) A/64/Add.1 تأیید شد.  
۱۱. رک.

Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, U.N.S.C. Res. 827, U.N. SCOR, 48th Sess., 3217th mtg., at art. 5, U.N. Doc. S/RES/827 (1993), amended by U.N.S.C. Res. 1166, U.N. SCOR, 53rd Sess., 3878th mtg., U.N. Doc. S/RES/1166 (1998); Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, U.N.S.C. Res. 955, U.N. SCOR, 49th Sess., 3453th mtg., at art. 3, U.N. Doc. S/RES/955 (1994); see also *Prosecutor v. Milosevic*, No. IT-99-37ii (Int'l Crim. Trib. Former Yugo., Trial Chamber, May 24, 1999); *Prosecutor v. Kambanda*, No. ICTR 97-23-5 (Int'l Crim. Trib. Rwanda, Sept. 4, 1998).

۱۲. رک.

Herman A.M. von Hebel, *Reflections on the International Criminal Court: Essays in Honour of Adrian Bos* (1999); Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (1999); Roy S. Lee, *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute* (1999).



مصونیت و قابل پیگرد بودن رؤسای کشورها در صورت ارتکاب جرایم موضوع حقوق بین‌الملل تأکید نهادند.<sup>۱۳</sup>

بنابراین مقولات حقوق بشر و حقوق جزای بین‌الملل نه دچار کمبود پشتوانه و مدارک ماهوی است و نه اساساً موضوعاتی جدید به شمار می‌روند. اعلامیه جهانی حقوق بشر که تصویب آن به سال ۱۹۴۸ برمی‌گردد ضمن برشمردن تکالیفی که دولتها و مقامات دولتی به موجب حقوق بین‌الملل در برابر افراد به عهده دارند، به ممنوعیت شکنجه تصریح کرده و این همان عنوان مجرمانه‌ای است که در سرلوحه اتهامات وارده به پینوشه دیده می‌شود. ولی گفتنی است که نه در اعلامیه یاد شده و نه در عهدنامه‌های حقوق بشری که در پی آن به تصویب رسید، هیچ‌گونه ساز و کاری برای پیگرد بین‌المللی متهمان به جرایم موضوع حقوق بین‌الملل پیش‌بینی نگردیده بود،<sup>۱۴</sup> و تا سالهای اخیر تنها چشم امید در عرصه حقوق جزای بین‌الملل به همین دادگاههای داخلی دوخته شده بود.<sup>۱۵</sup> در برخی

---

۱۳. رک. اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی، سند سازمان ملل متحد، ماده ۲۷ (از این به بعد «اساسنامه رم») گفتنی است که بین ماده‌های ۲۷ و ۹۸ این اساسنامه تناقضی به چشم می‌خورد. در حالی که در ماده ۲۷ اساسنامه آمده است که هیچ‌کس، حتی رئیس کشور، نزد این دادگاه از مصونیت برخوردار نیست، ماده ۹۸ اشعار می‌دارد که چنانچه اجرای تکلیف تحویل متهم به دادگاه مستلزم نقض تعهداتی باشد که دولت در چارچوب حقوق بین‌الملل در خصوص مصونیت دولت و یا دیپلماتیک پذیرفته است، این تکلیف ساقط می‌گردد.

۱۴. البته ساز و کارهای بالنسبه مؤثری در پاره‌ای عهدنامه‌ها از جمله

The Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, U.N. OPI/598 (Mar. 1976), the European Court of Human Rights and the Inter-American Commission and Court of Human Rights. See generally A.H. Robertson & J.G. Merrills, *Human Rights in the World* (4th ed. 1996).

وجود دارد. ولی این ساز و کارها فقط به طرح شکایت علیه دولتها مرتبط بوده و پیگرد کیفری اشخاص حقیقی را دربر نمی‌گیرد. وانگهی، کاربرد این ساز و کارها، چه از لحاظ جغرافیایی و چه از حیث خودداری بسیاری از کشورها از تصویب عهدنامه مؤسس آنها، دچار محدودیت است.

۱۵. رک.

از عهدنامه‌های حقوق بشر آمده بود که در صورت تجاوز به برخی حقوق اساسی افراد، دادگاههای ملی، صلاحیتی بین‌المللی پیدا می‌کنند و صلاحیت جهانشمول این محاکم نسبت به دست کم پاره‌ای از جرایم به عنوان اصلی از اصول حقوق بین‌الملل عرفی تلقی می‌شد.<sup>۱۶</sup> در این میان، بسیاری از کشورها اختیارات اجرایی بین‌المللی را در نظامهای حقوقی داخلی خود به اجرا گذاشته‌اند که از آن میان می‌توان از اقدام انگلیس در گنجاندن جرم شکنجه در قانون عدالت کیفری مصوب ۱۹۸۸ خود نام برد.<sup>۱۷</sup> معذک، سابقه نشان می‌دهد که بیشتر دادگاههای ملی از اعمال صلاحیت کیفری جهانی در غیر از مورد جرایم جنگی ارتكابی در طول جنگ جهانی دوم،

---

The 1949 Geneva Conventions on the Laws of War: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, opened for signature Aug. 12, 1949, 6 U.S.T. 3114, 75 U.N.T.S. 31; Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, opened for signature Aug. 12, 1949, 6 U.S.T. 3217, 75 U.N.T.S. 85; Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War, opened for signature Aug. 12, 1949, 6 U.S.T. 3316, 75 U.N.T.S. 135; Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, opened for signature Aug. 12, 1949, 6 U.S.T. 3516, U.N.T.S. 287. For further examples, see the Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery, Sept. 7, 1956, 18 U.S.T. 3201, 266 U.N.T.S. 3; Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Dec. 9, 1948; 78 U.N.T.S. 277; Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, U.N. GAOR, Supp. No.51, at 197, U.N. Doc. A/139/51 (1984) (entered into force June 26, 1987), reprinted in 23 I.L.M. 102 (1984); International Convention Against the Taking of Hostages, opened for signature Dec. 17, 1979, 1316 U.N.T.S. 205.

۱۶. رک.

Attorney General of Israel v. Eichmann, 36 I.L.R. 18 (Jm D.C. 1961), aff'd, 36 I.L.R. 227 (Isr. S. Ct. 1962); Rodley, supra note 11; Ratner & Abrams, supra note 6.

۱۷. رک. قانون عدالت کیفری ۱۹۸۸، نیز:

Fiona McKay, Universal Jurisdiction in Europe (June 30, 1999) (writing on behalf of Redress, a charity "seeking reparation for torture survivors").

اکراه داشته‌اند<sup>۱۸</sup> و از این روست که در عمل شاهدیم شمار زیادی از قربانیان جرایم و تخلفات جدی حقوق بشر در برابر رفتارهای ظالمانه دیکتاتورهای نظامی و سرسپردگان آنها چیزی جز مشتی شعار و حمایت‌های آبکی عایدشان نشده است. برای بی میلی دادگاههای ملی به کاربرد صلاحیت کیفری جهانی دلایل چندی ذکر شده است. یکی این که قضات دادگاههای داخلی عموماً اطلاعات عمیقی از حقوق بین‌الملل ندارند و لذا چندان مایل نیستند که در هنگام انشاء رأی به اصول حقوق بین‌الملل تکیه کنند. به ویژه این که در نیمه دوم قرن بیستم، نظامهای حقوقی بین‌المللی بالاخص در حوزه حقوق بشر و مقوله مصونیت و امتیازات سنتی دولتها و رؤسای آنها دستخوش دگرگونی‌های شگرفی شده است که آگاهی از همه آنها را نمی‌توان از قاضی داخلی انتظار داشت. در این میان، سیاستمداران و مقامات دولتی از پرشورترین طرفداران مفاهیم سنتی حاکمیت بوده‌اند و آنچه را که توسط حقوقدانان بین‌المللی به عنوان کاربرد مشروع قواعد جافتاده حقوق بین‌الملل خوانده می‌شود، موهن و برخوردارند می‌دانند. در نتیجه دولتها، و شاید قضات در هنگام رویارویی با این گونه موارد دو ملاحظه و مصلحت را با یکدیگر می‌سنجند و فواید و دستاوردهای محتمل به اجرا گذاشتن حقوق جزای بین‌الملل در پرونده‌ای خاص را در یک کفه و هزینه‌های مسّلمی را که اتخاذ چنین موضعی ممکن است برای

---

۱۸. دادگاههای برخی از کشورهای اروپای قاره‌ای اعمال صلاحیت کیفری جهانی را در ارتباط با جرایمی که به تازگی، برای مثال در خلال مناقشات مسلحانه در یوگسلاوی سابق ارتکاب یافته است، آغاز کرده‌اند: رک.

Fiona McKay, *Universal Jurisdiction in Europe* (June 30, 1999)

پس از برگزاری دادگاه پینوشه، در اوایل سال ۲۰۰۰ دادگاهی در سنگال علیه «حسن هابره» رئیس پیشین کشور افریقایی چاد به اتهام شکنجه کیفرخواست صادر کرد. رک.

An African Pinochet, *N.Y. Times*, Feb. 11, 2000, at A30.

جناح بندیهای سیاسی، امنیت ملی و بازرگانی کشور به بار آورد، در کفّه دیگر ترازو قرار داده و آنها را سبک و سنگین می‌کنند.

در پرونده پینوشه همه این مباحث یک جا و با هم مطرح بود، به طوری که ثقل این پرونده قدرت تخیل و استنباط بیش از بیست قاضی داخلی را که نه متخصص حقوق بین‌الملل بودند و نه آن اندازه جوان که مباحث جدید حقوق بین‌الملل و سیر تحول دیدگاههای سنتی آن را در دوره تحصیل خود در دانشکده حقوق خوانده باشند، تحت تأثیر خود قرار داد. از این گذشته، در این پرونده موضوعاتی با بار بسیار حساس سیاسی در ارتباط با روابط بین قدرتهای اروپایی و مستعمرات پیشین آنها و درستی مداخله در امور داخلی کشورهای در حال گذار از حکومت خودکامه به مردم سالار مطرح بود. با توجه به تغییرات اخیر در جغرافیای سیاسی دنیا که ضرورتها و نیازهای کم خطرتری را نسبت به آنچه که در گذشته وجود داشت، دیکته می‌کند، پرونده پینوشه منطقی بودن بازننگری در اقدامات متّخذه در دوران جنگ سرد علیه کمونیسم را به زیر سؤال می‌برد. دست آخر این که در تحلیل این پرونده نمی‌توان از عامل بسیار مهم روابط اقتصادی و سرمایه‌گذاری شرکتهای انگلیسی در شیلی و بازار پرجاذبه شیلی برای صنعت اسلحه سازی انگلیس که با طرح دعوی پینوشه شدیداً در معرض خطر قرار گرفته بود، غفلت کرد و آن را نادیده گرفت.

از این رو رسیدگی به پرونده پینوشه از دو بعد کاملاً مرتبط به یکدیگر، یکی بعد عمدتاً حقوقی و دیگری بعد عمدتاً سیاسی، ویژگی و حساسیت داشت. نخست این که در این پرونده، قاضی ناگزیر بود تا از بین دو طرز فکر ناهمگون در نظام حقوقی بین‌المللی یکی را برگزیند. در یک سو، حقوق بین‌الملل که نه قرار داشت که طبق آن رئیس دولت، فعال

میشاء بود و می‌توانست هرطور که دلخواه اوست حکم راند و تا زنده است به اصل مصونیت قضایی استناد کند. و در سوی دیگر، حقوق بین‌الملل معاصر و نوین عرض اندام می‌کرد که برای رئیس دولت در برابر شکایات و دعاوی مطروحه توسط قربانیان بی‌گناه جنایات و جرایم سنگین مصونیتی نمی‌شناخت. ثانیاً در پرونده‌ای با چنین بار سنگین سیاسی و بازتاب گسترده جهانی که باندازیها و مصلحت‌های سیاسی به آزادی پینوشه حکم می‌داد، اقتدار دولتمردان و استقلال نظر قضات انگلیسی برای به اجرا درآوردن صلاحیت کیفری جهانی خود به چالش کشیده شد. برای آشنا شدن با دو روی سکه پرونده پینوشه و درهم تنیدگی حقوق و سیاست در آن و نیز درک این واقعیت که قواعد و نهادهای حقوقی چگونه موضع‌گیریهای دولتمردان و قضات انگلیسی را در این پرونده تحت تأثیر خود قرار داد، ماجرای بازداشت و تحولات حقوقی بعدی پرونده پینوشه را به ترتیب تاریخ با هم مرور می‌کنیم.

### ۳- بازداشت

خشت اول بنای رسیدگی‌های حقوقی در پرونده پینوشه را یک قاضی اسپانیایی به نام گارزون گذاشت. او در خلال تحقیقات خود درباره جرایم دسته‌جات نظامی آرژانتینی علیه شهروندان اسپانیایی در فاصله زمانی بین سالهای ۱۹۷۶ تا ۱۹۸۳، پرونده‌ای در مورد آگوستو پینوشه رئیس جمهور وقت شیلی تنظیم کرده بود. بررسیهای گسترده وی پرده از روی اسناد و مدارکی برمی‌داشت که با توطئه‌ای با اسم رمز «عملیات کوندور» (Operation Condor) در ارتباط بود. در این عملیات، رژیم‌های آرژانتین و شیلی در زمینه شناسایی، ردیابی، شکنجه و حذف مخالفان خود در داخل

و خارج از این کشورها با یکدیگر همکاری داشتند. پس از اطلاع از حضور پینوشه در لندن از طریق رسانه‌های گروهی، گارزون با استناد به تحقیقات سابق خود، قرار بازداشت پلیس بین‌الملل («اینترپول») را برای پلیس مرکزی لندن فکس کرد و این بار برخلاف معمول که امور با تأخیر صورت می‌گیرد و دست اندرکاران آن قدر این پا و آن پا می‌کنند تا مرغ از قفس بپرد، همه چیز به سرعت انجام گرفت.<sup>۱۹</sup>

ناگفته نماند که تصویب عهدنامه اروپایی استرداد ۱۹۵۷ توسط هر دو کشور اسپانیا و انگلیس در این ماجرا به غایت کارساز بود.<sup>۲۰</sup> این عهدنامه که با حمایت شورای اروپا به تصویب رسیده است، نظام معاضدت قضایی کارآمدی را برای انتقال متهمان در بین کشورهای مختلف اروپایی پیش‌بینی کرده است. ولی قطع نظر از این بستر قانونی مساعد، از حق نباید گذشت که همکاری استثنایی و مؤثر کشورهای ذیربط و ملزم نکردن کشورهای متقاضی استرداد به ارائه ادله قوی و محمول بر صحت علیه متهم در همان ابتدای راه، بزرگترین بارقه امید برای موفقیت این پرونده بود.<sup>۲۱</sup>

---

۱۹. نمونه اخیر این وضع در مورد شخصی به نام کنراد کالیس Konrad Kalejs اتفاق افتاد. اتهام وی کشتار هزاران یهودی در لاتویا در طول جنگ جهانی دوم بود. او که هم اینک شهروند استرالیاست، پس از اخراج از ایالات متحده و کانادا وارد خاک بریتانیا می‌شود. مقامات انگلیسی پس از آگاهی از حضور وی در خاک این کشور، تحقیقات خود را در مورد اتهامات وی آغاز کردند ولی در اثنای این تحقیقات بود که کالیس از انگلیس گریخت. رک.

Vikram Dodd, War Crime Suspect Flies to Australia: Straw Admits Kalejs Should not Have Been Allowed into Britain, Guardian (London), Jan. 7, 2000 WL 2701581.

پیش از این برای بازداشت خود پینوشه هم دوبار فرصت دست داده بود، یک بار در هلند و یک بار در همین انگلیس، ولی در هر دو بار پینوشه قبل از این که مقامات قضایی اقدامی در مورد بازداشت او به عمل آورند، فرار را بر قرار ترجیح داده بود.

۲۰. اسپانیا در ۱۹۸۲ و انگلیس در ۱۹۹۱ این کنوانسیون را تصویب کرده‌اند.

۲۱. در مورد حقوق استرداد رک.

پلیس مرکزی لندن به محض دریافت قرار بازداشت اینترپول از اسپانیا، در همان ساعات آخر شب جمعه ۱۶ اکتبر ۱۹۹۸ از قاضی محلی، نیکولاس اوانس (Nicholas Evans)، تقاضای صدور قرار کرد<sup>۲۲</sup> و او هم بدون دفع الوقت قرار مقتضی صادر و پلیس هم با استفاده از این قرار، پینوشه را در همان جمعه شب بازداشت نمود.<sup>۲۳</sup>

در هفته‌ها و ماه‌های بعد از بازداشت پینوشه، سه کشور دیگر نیز به متقاضیان استرداد پیوستند: سوئیس، بلژیک و فرانسه. دریافت این تقاضاها خود گواه بر این بود که اولاً: دعوای مطروحه علیه پینوشه دعوای محکم و محکمه‌پسندی است، و ثانیاً: جرایم انتسابی به پینوشه جرایم پیش‌بینی شده در حقوق بین‌الملل است و قاضی گارزون در صدور قرار بازداشت، خودسرانه و برخلاف منطقی عمل نکرده است. در ماجرای استرداد پینوشه، فضل تقدّم را باید به همین قاضی اسپانیایی داد که با واکنش برق‌آسایی که به حضور پینوشه در لندن نشان داد این فرصت را برای هم‌تایان خود در سوئیس، بلژیک و فرانسه فراهم ساخت تا با او در تقاضای استرداد پینوشه هم‌نوایی کنند.

---

Geoff Gilbert, *Transnational Fugitive Offenders in International Law: Extradition and Other Mechanisms* (1998); M. Cherif Bassiouni, *International Extradition: United States Law and Practice* (3d. ed. 1996).

۲۲. این همان روشی است که کشورهای عضو کنوانسیون اروپایی استرداد معمولاً به آن عمل می‌کنند.  
۲۳. شایعاتی وجود دارد که پلیس مرکزی لندن قبل از دست زدن به هرگونه اقدام علیه پینوشه نخست با وزارت خارجه انگلیس مشورت کرده است. ظاهراً حقوقدان جوانی که عهده دار کشیک وزارت خارجه در آن ساعت بوده به پلیس گفته است که پینوشه از مصونیت دیپلماتیک برخوردار نیست و پلیس هم این نظر را به قاضی اوانس منتقل کرده است. در آن زمان ظاهراً مشاور حقوقی وزارت خارجه در خارج از کشور بوده است. هرچند نظر این حقوقدان جوان در پاسخ به استعلام پلیس مرکزی لندن صحیح بوده که پینوشه فاقد مصونیت دیپلماتیک است، ولی وی در بیان این نظر موضوع مصونیت دولت را نادیده گرفته بود.

#### ۴ - دادگاه عالی

پینوشه (و یا دست کم گروهی از هواخواهانش) با استخدام چند تن از سرشناس‌ترین و کلای مدافع جنایی لندن، به این بازداشت واکنش سریع نشان دادند.<sup>۲۴</sup> و کلای پینوشه بی درنگ با ثبت لایحه‌ای از دادگاه عالی تقاضا کردند که فوراً قرار بازداشت را فک و او را آزاد سازد. ایشان همچنین با طرح این ادعا که جک استرا (Jack Straw)، وزیر کشور انگلیس، با صادر نکردن دستور آزادی پینوشه اقدامی غیرقانونی انجام داده است، از دادگاه خواستند که اجازه تجدیدنظر قضایی صادر کند. هیأت مستشاران این دادگاه مرکب بود از سه قاضی به ریاست لرد بینگهام (Lord Chief Justice Bingham) که از قضا در کارنامه حرفه‌ای وی و کالت از چندین دولت خارجی در دعاوی مصونیت دولت نیز به چشم می‌خورد. ولی دو قاضی دیگر، قضاتی تقریباً جوان بودند که تا پیش از این هیچ‌گونه تماسی با موضوعات و پرونده‌های حقوق بین‌الملل نداشتند.

دادگاه قرار ۱۶ اکتبر را به لحاظ فقدان «عنوان کیفری مشابه» (Double Criminality) نقض و استدلال کرد که جرایم منتسبه به پینوشه یعنی قتل شهروندان شیلی در وضعیت مشابه یعنی قتل اتباع انگلیسی در خارج از کشور برای دادگاههای انگلیس صلاحیت ایجاد نمی‌کند. توضیح این که در قانون استرداد مجرمان انگلیس تقاضای استرداد وقتی مورد قبول واقع می‌شود که عمل ارتكابی طبق قوانین انگلیس نیز مستلزم مجازات باشد. دیری نگذشت که در پاسخ به تقاضای بعدی قاضی گارزون،

---

۲۴. حرفه و کالت در انگلیس سیستمی دو پایه دارد و به دو بخش «سولیسیتور»ها و «بریستر»ها تقسیم می‌گردد. پینوشه سولیسیتورهای دفتر حقوقی Kingsley Napely را استخدام کرد و آنها به نوبه خود بریسترهای دارالوکاله Clive Nicholls, Q. C. and Clare Montgomery, Q.C. را برای حضور در دادگاه و طرح استدلالها و مدافعات شفاهی برگزیدند.



قرار دیگری نیز در این ارتباط صادر شد. ولی این بار مهم‌ترین اتهام مبنای صدور قرار، اتهام شکنجه بود. تغییر عنوان اتهامی از قتل به شکنجه از این لحاظ مهم بود که انگلیس با تصویب قانون عدالت کیفری در سال ۱۹۸۸ صلاحیت کیفری جهانی برای رسیدگی به جرم شکنجه را در قوانین خود به رسمیت شناخته بود. هرچند وکلای مدافع پینوشه استدلال می‌کردند که دادگاههای انگلیس برای رسیدگی به جرم شکنجه که قبل از لازم‌الاجرا شدن این قانون در خارج از مرزهای انگلیس ارتکاب یافته است صلاحیت ندارند، قضات رسیدگی‌کننده حکم دادند که از لحاظ قابل مجازات بودن عمل ارتكابی زمان ارتكاب جرایم انتسابی مناط اعتبار نبوده بلکه تاریخ وصول تقاضای استرداد، تاریخ تعیین‌کننده است.

با این وصف حکم صادره بر مبنای شکنجه نیز فاقد جنبه قطعیت بود و به رغم وجود عنوان کیفری مشابه در حقوق انگلیس، قضات قرار دوم را نقض و استدلال کردند که پینوشه به عنوان رئیس سابق کشور حق دارد تا در برابر صلاحیت دادگاههای انگلیسی از همان مصونیت سنتی مطلق بهره‌مند باشد. در صدور این حکم قضات استدلالهای کلیدی در رد مصونیت قضایی پینوشه را استماع نکردند. گفتنی است که تا این مرحله، عفو بین‌الملل و دیگر سازمانهای بین‌المللی مدافع حقوق بشر هنوز در صدد ورود به دعوی برنیامده بودند. نماینده دادستانی کل که از طرف اسپانیا عمل می‌کرد، حقوقدانی به نام آلون جونز (Allun Jones) کارشناس حقوق ناظر به استرداد مجرمان بود که با مسائل مربوط به مصونیت دولت تقریباً هیچ‌گونه آشنایی نداشت. تنها طرفی که در این پرونده بر استدلالات بسیار قوی (و بعداً در مجلس لردها قاطع) علیه مصونیت احاطه داشت، وزیر کشور بود که برای این منظور سر آرتور واتز (Sir Arthur Walts)،

مشاور حقوقی سابق وزارت خارجه و نویسنده تنها رساله چاپ شده درباره مصونیت رؤسای دولتها را به خدمت گرفته بود.<sup>۲۵</sup> با این حال، در حساس‌ترین لحظه پرونده، جیمز ترنر (James Turner)، وکیل دعاوی که به نمایندگی از طرف وزارت کشور در دادگاه حضور داشت، به پا خاست و خطاب به قضات گفت که وزیر کشور مایل به موضع‌گیری در قضیه مصونیت پینوشه نیست. اگر هم تصور کنیم که تا آن لحظه دادگاه نظر دیگری داشت، با شنیدن این جمله هیچ راهی جز صدور حکم به نفع پینوشه برایش باقی نماند.

در این فاصله، عفو بین‌الملل و دیگر سازمانهای مدافع حقوق بشر از «جان موریس» (John Morris) دادستان کل انگلستان و ولز خواستند تا اجازه دهد به عنوان شاکی خصوصی در انگلیس طرح دعوی کنند. (طبق مواد ناظر به شکنجه در قانون عدالت کیفری انگلیس اخذ چنین اجازه‌ای برای طرح دعوی شاکی خصوصی لازم است).<sup>۲۶</sup> ولی وی با بیان نگرانیها و تردیدهای خود در مورد مصونیت و شمول قانون به جرایمی که قبل از نافذ شدن این قانون ارتکاب یافته‌اند، از دادن این اجازه سرباز زد.<sup>۲۷</sup>

---

۲۵. رک.

Sir Arthur Watts, *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers*, 247 *Recueil des Cours* 1994-III.

۲۶. رک.

Jamie Wilson & Amelia Gentleman, *Pinochet Wins His High Court Battle; He May be Responsible for 4,000 Deaths, But He Isn't Going to be Put on Trial Here*, *Guardian* (London), Oct. 29, 1998, available in 1998 WL 18674128; see also *Criminal Justice Act of 1988*, ch. 33, & 135 (Eng.).

۲۷. رک.

Geoffrey Bindman, *False Immunity: Whatever Hoffmann did Wrong, it is Absurd to Say Pinochet has Diplomatic Privileges; We Should Still Proceed Against Him in the New Year*, *Guardian* (London), Dec. 29, 1998, available in 1998 WL 24896659.

معجونی از حقوق و ... ❖ ۱۰۱

خودداری دولت انگلیس از اتخاذ موضعی در باب مصونیت و امتناع این دولت از فراهم ساختن امکان تعقیب خصوصی پینوشه، با موضع رسمی دولت انگلیس در مذاکرات بین‌المللی شدیداً ناسازگار بود. همین سه ماه پیش بود که دولت انگلیس در جریان کنفرانس رم به منظور تشکیل دادگاه کیفری دائمی بین‌المللی خود را متعهد ساخته بود که اجازه ندهد حتی رؤسای فعلی کشورها در برابر دادگاههای داخلی و یا بین‌المللی به چنین مصونیتی متوسل شوند. بجاست که در همین جا گفته شود که هر چند انگلیس نقشی کلیدی در مذاکرات مربوط به اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی ایفا کرده است، ولی این نقش زمانی کامل و اثرگذار می‌شود که دولت انگلیس قبل از تصویب این اساسنامه در قوانین خود بازنگری کند و اجازه ندهد رؤسای کشورها، اعم از رؤسای فعلی و سابق دولتها مثل پینوشه که به ارتکاب یکی از جرایم موضوع حقوق بین‌الملل در مظان اتهام قرار گرفته‌اند، با توسل به ایراد مصونیت از چنگال عدالت در محاکم انگلیس بگریزند. از سویی دیگر، اساسنامه رم برای صلاحیت بین‌المللی صلاحیتی «تکمیلی» قائل شده است. حسب این دیدگاه، کاربرد صلاحیت کیفری جهانی توسط دادگاههای داخلی کماکان ابزار اصلی اجرای حقوق جزای بین‌الملل محسوب می‌شود و دادگاه کیفری بین‌المللی فقط در پرونده‌های فوق‌العاده حساس و یا از نظر داخلی مشکل آفرین قبول صلاحیت می‌کند.

استنکاف وزیر کشور از اتخاذ موضعی شفاف درباره مصونیت در دادگاه عالی و مخالفت دادستان کل با به جریان افتادن تعقیب خصوصی علیه پینوشه، نشان دهنده تمایل دولت انگلیس به بازگشت پینوشه به شیلی بود. مع الوصف، در متن بیانیه رسمی جک استرا تأکید شده بود که حل این موضوع به عهده محاکم انگلیس است و نه سیاستمداران آن. بی شک در آن

زمان مشاوران حقوقی دولت این احتمال را بعید می‌دانستند که دادگاه علیه پینوشه رأی دهد، و لذا دولت انگلیس به این نتیجه رسیده بود که برای جلوگیری از ورود ضربه سیاسی به دولت تمام مسؤلیتهای صدور حکمی را که برای بسیاری از محافل از جمله اعضای عادی حزب کارگر فوق‌العاده ناخوشایند بود، به گردن قانون و سیستم قضایی انگلیس بیندازد و درواقع آنها را سپر بلای خود کند. از این رو طبیعی بود که ارجاع پرونده به تقاضای قاضی گارزون اسپانیایی به عالی‌ترین مرجع قضایی انگلیس جهت رسیدگی پژوهشی، هیچ‌گونه نگرانی و دغدغه‌ای را در دولت ایجاد نکند.

#### ۵- پینوشه (۱):\* مصونیت دولت

مجلس لردها هم عالی‌ترین مرجع قضایی و هم مجلس دوم در نظام قانونگذاری انگلیس به شمار می‌رود. ولی برای رسیدگی به دعاوی پژوهشی فقط دوازده عضو این مجلس در کمیته پژوهشهای قضایی حضور دارند. این لردها همان قضاات حرفه‌ای هستند که در بیشتر موارد، از دادگاه پژوهشی به مجلس لردها، یا همان دیوان کشور انگلیس، راه یافته‌اند. از این رو شاید تصور شود که مرجع رسیدگی پژوهشی در سرنوشت این پرونده اثر چندانی نداشته است. ولی این طور نیست و وجود چهار عامل، رسیدگی استینافی به این دعوی در دیوان کشور انگلیس را از رسیدگی‌های پژوهشی در دادگاههای عادی متمایز می‌ساخت. این چهار عامل عبارت بودند از: (۱) سوابق شخصی قضاات (۲) حضور مشاور متخصص در حقوق بین‌الملل

---

\* در این مقاله، پینوشه (۱) به اولین ملاقات مجلس لردهای انگلیس با پرونده پینوشه اشاره دارد. (موضوع رسیدگی: پژوهش خواهی وکلای پینوشه نسبت به حکم صادره از دادگاه عالی).

(۳) طول مدت اختصاص یافته برای استماع پرونده و (۴) توجه و تبلیغات بسیار زیاد رسانه‌های گروهی.

پرونده پینوشه از آن‌گونه پرونده‌هایی بود که جامعه حقوقی انگلیس در صدد بود هرچه زودتر و حتی قبل از ورود آن به دیوان کشور به آن فیصله بخشد. دلیل آن نیز روشن است. در این‌گونه پرونده‌ها شخصی بدون محاکمه در بازداشت به سر می‌برد. پرونده‌های مربوط به استرداد مجرمان معمولاً از دادگاه عالی مستقیماً به دیوان کشور ارجاع می‌گردد و دادگاه پژوهشی در این پرونده‌ها دور زده می‌شود. از سویی دیگر، شخص پینوشه نه تنها زندانی بدون محاکمه بود بلکه کسی بود که دادگاه عالی برای او مصونیت قضایی شناخته و بازداشت او در داخل و یا خارج از انگلیس جار و جنجال بزرگ سیاسی در پی داشت. در برابر موج وسیع تبلیغات و فشار رسانه‌های گروهی، مجلس لردها جلسه رسیدگی به یک پرونده پناهندگی را که در شرف آغاز بود به تأخیر انداخت و به جای آن رسیدگی به پرونده پینوشه را به طور فوق العاده در دستور کار خود قرار داد.<sup>۲۸</sup>

در رسیدگی‌های قضایی مجلس لردها چگونگی انتصاب قضات به شعب رسیدگی‌کننده خیلی قانونمند و روشن نیست، و معمولاً شاهد نوعی خودگزینی هستیم. به طوری که پرونده‌های مربوط به پناهندگان توسط جناح متفاوتی از قضات رسیدگی می‌شود که ترکیب آن با ترکیب قضات رسیدگی‌کننده به پرونده‌ای مثلاً تجاری فرق دارد. بنابراین قضات مأمور رسیدگی به دعوای پینوشه مشتمل بودند بر چند تن از قضات اصلاح

---

۲۸. گفتنی است که جلسه رسیدگی به پرونده معوقه در فوریه ۱۹۹۹ برگزار شد و لرد هوفمن به نمایندگی از اکثریت قضات رأی بسیار برجسته‌ای را به نفع یک زن پاکستانی که در صورت استرداد به پاکستان به اتهام زنا سنگسار می‌شد، صادر کرد.

طلب‌تر که در میان آنها دو تن از آگاه‌ترین و باتجربه‌ترین قضات در مباحث حقوق بین‌الملل و حقوق بشر به چشم می‌خورد.

رئیس شعبه، لرد اسلین (Lord Slynn)، سرپرست شورای اجرایی انجمن حقوق بین‌الملل و دادستان سابق دادگاه اروپا بود. وی در میان همکاران خود به چهره‌ای کمتر محافظه‌کار شهرت داشت که نظرات مخالف مهمی به نفع حقوق افراد در پرونده‌های پناهندگی و استرداد نوشته است. قاضی دیگر لرد هوفمن (Lord Hoffmann) افریقایی یهودی تبار بود که به انگلیس مهاجرت کرده و قبل از ورود به کانون و کلا به عضویت هیأت علمی آکسفورد پیوسته بود. هر چند از طرفی لرد هوفمن برجسته‌ترین عضو شعبه رسیدگی کننده محسوب می‌شد، ولی چگونگی موضع‌گیری و رأی او در هاله‌ای از ابهام قرار داشت و قابل پیش‌بینی نبود. او در مسائل حقوق بشر افکاری مترقی داشت ولی در زمینه‌های دیگر از جمله تعارض قوانین محافظه‌کار بود. ولی سوای مشرب فکری و فلسفی، مهمترین نکته در مورد لرد هوفمن مطلبی بود که کمی بعد، از پرده بیرون افتاد و آن سابقه مدیریت وی در واحد تحقیقات و آموزش عفو بین‌الملل بود. عضو دیگر این محکمه، لرد استین (Lord Steyn)، چهره‌ای افریقایی‌الاصیل بود که همانند همتای خود لرد هوفمن به خاطر باورهای سیاسی خود و تجربه فشارها و مظالم تبعیض نژادی در افریقای جنوبی، جلای وطن کرده، به عضویت کانون و کلاهی انگلیس و سپس به کسوت قضا درآمده بود. قاضی چهارم، لرد نیکولس (Lord Nicholls)، با همکاران دیگر خود از یک جهت مهم که شاید هم بر همه روشن نبود، تفاوت داشت و آن این که وی برخلاف آنها که از آکسفورد و یا کمبریج فارغ‌التحصیل شده بودند، پیشینه تحصیلی

معمولی‌تری داشت و مدرک حقوق خود را از دانشگاه لیورپول اخذ کرده بود. قاضی پنجم، لرد لوید (Lord Loyd)، چهره سرشناس محافظه‌کاری بود که در دانشگاه‌های ایتون و آکسفورد درس خوانده و به دلیل پیشینه تنها قاضی‌یی بود که به صدور حکم به نفع پینوشه تمایل آشکار داشت. علی‌الاصول، تعیین ترکیب اعضای رسیدگی‌کننده به پرونده‌ها با ارشدترین قاضی حاضر در محکمه است. ولی در عمل این کار به عهده یکی از «منشیان» مأمور خدمت در کمیته پژوهش‌های قضایی گذاشته شده است که در صورت لزوم با قضات مختلف رایزنی می‌کند. زمانی که دعوای پینوشه به دیوان کشور انگلیس آمد، قاضی ارشد، لرد براون – ویلکینسون (Lord Browne-Wilkinson) بود. این که او و یا منشی دادگاه در مورد پیامدهای احتمالی ارجاع پرونده پینوشه به شعبه رسیدگی‌کننده به پرونده پناهندگی بررسی و تأمل کافی کرده‌اند یا خیر، روشن نیست. شاید اساساً ایشان انجام این بررسی را لازم ندیده و یا این که با سبک و سنگین کردن این پیامدها همچنان به این نتیجه رسیده بودند که تصمیم اجماعی محکمه قبلی مبنی بر برخورداری پینوشه از مصونیت قطعاً مورد ابرام قرار خواهد گرفت. در هر حال لرد براون – ویلکینسون که ترجیح داده بود در ترکیب قضات رسیدگی‌کننده به پرونده پینوشه (۱) قرار نداشته باشد، در رسیدگی‌های بعدی به این پرونده که تحت ریاست وی برگزار شد ابراز نگرانی شدید کرد. این امر حکایت از آن دارد که در زمان انتصاب اعضای تشکیل‌دهنده شعبه اول، کمتر کسی انتظار صدور چنین حکمی را می‌داد.

تفاوت مهم دیگر رسیدگی در دیوان کشور با رسیدگی در دادگاه عالی، حضور فعال مشاور متخصص در حقوق بین‌الملل عمومی بود. دادستانی

کل با بهره‌گیری از تجربه‌ای که از عدم حضور یک حقوقدان بین‌المللی در مرحله قبلی کسب کرده بود، در این مرحله به پروفیسور کریستوفر گرین‌وود (Christopher Greenwood) از اساتید دانشکده اقتصاد لندن مأموریت داد تا به نمایندگی از جانب وی مبحث مصونیت دولت را در دادگاه مطرح کند. افزون بر این، دادگاه با درخواست ائتلافی از قربانیان و سازمانهای مدافع حقوق بشر از جمله عفو بین‌الملل (Amnesty International)، بنیاد پزشکی مراقبت از قربانیان شکنجه (Medical Foundation for the Care of Victims of Torture) و بنیاد دادخواهی (Redress Trust)، برای طرح استدلالهای شفاهی خود موافقت به عمل آورد، و پروفیسور یان برانلی، استاد دانشگاه آکسفورد و با تجربه‌ترین وکیل در عرصه حقوق بین‌الملل عمومی مأموریت یافت تا از جانب این گروه ائتلافی در دادگاه حاضر شود. در نتیجه، استدلالهای علیه مصونیت به روشنی و تفصیل هرچه تمام‌تر در دادگاه مجال طرح یافتند.<sup>۲۹</sup>

حضور وکیل متخصص در حقوق بین‌الملل و طرح طیف وسیعی از استدلالات، باعث شد تا جلسات استماع در دیوان کشور انگلیس از جلسات رسیدگی در دادگاه عالی به مراتب طولانی‌تر شود. شاید بتوان گفت که عامل چهارم یعنی حجم عجیب و کم سابقه اخبار و گزارشهای منتشره توسط رسانه‌های گروهی در دعوای پینوشه، خود عاملی در جهت کش پیدا کردن جلسات استماع بود. شاید قضات هم بدشان نمی‌آمد که با طولانی کردن رسیدگی، پابندی و وسواس خود را به رعایت عدالت و انصاف در این پرونده به رخ جهانیان بکشند. توجه داشته باشید که در مقطعی که

---

۲۹. سازمان دیده بان حقوق بشر در تلاش بود تا به نحو مستقل از این ائتلاف وارد دعوی شود، ولی فقط به او اجازه داده شد که استدلالهای کتبی خود را تقدیم دادگاه کند.



پروندهٔ پینوشه مطرح بود، یعنی در ماههای اکتبر و نوامبر ۱۹۹۸، بازار اخبار بین‌المللی کساد بود. افتضاح کاخ سفید و ماجرای مونیکا لوئینسکی از صدر اخبار رسانه‌ها خارج شده و استیضاح پرزیدنت کلینتون هنوز شروع نشده بود. از بمباران سودان و افغانستان توسط امریکا در آگوست چند ماه گذشته بود و موج بعدی حملات نظامی علیه عراق زودتر از دسامبر شروع نمی‌شد. بحران کوزوو هنوز به نقطهٔ اوج خود نرسیده و از مبارزات پر سر و صدای انتخاباتی در این سو و آن سوی دنیا هم خبری نبود. با کمبود خوراک تبلیغاتی در رسانه‌های گروهی دنیا در این مقطع زمانی، قضات مجلس لردها خوب می‌دانستند که با خبرسازترین ماجرای بین‌المللی سر و کار دارند و زیر ذرهٔ بین افکار عمومی جهان قرار گرفته‌اند. برای پی بردن به میزان حساسیت و تمرکز دستگاههای خبری نسبت به محاکمهٔ پینوشه همین اندازه بس که محل ورودی پارلمان انگلیس، یعنی جایی که در چند قدمی آن رسیدگی به پروندهٔ پینوشه در اتاقی کوچک و دلگیر جریان داشت، به مدت دو هفته تمام در محاصرهٔ صدها خبرنگار از سراسر جهان بود.

برای دادگاهی که از جهات گوناگون یادگاری به جا مانده از قرون گذشته است، احساس این که به یکباره در کانون توجه بی‌سابقهٔ جهان قرار گرفته است، احساسی خوشایند نبود. چرا که این ماجرا، گرد و غبار نشسته در طول دوران را از چهرهٔ این نهاد کهن سترد و پرسشهایی را دربارهٔ چگونگی انتصاب قضات این دادگاه، غریبه بودن آنها با جامعهٔ امروزی انگلیس، و توانایی ایشان برای ایفای نقش مؤثری در سازماندهی به تحول اجتماعی پس از وارد شدن کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به بدنهٔ حقوق انگلیس در ۹ نوامبر ۱۹۶۸، با خود به دنبال آورد. به این مجموعه باید این

واقعیت را نیز افزود که پروندهٔ پینوشه در روزهایی در جریان بود که با پنجاهمین سالگرد تصویب اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر در ۱۰ دسامبر ۱۹۹۸ تقارن داشت و لذا در چنین حال و فضایی نمی‌توان آمادگی سه تن از پنج تن قضات رسیدگی‌کننده را برای درنظر گرفتن و اجرای تحولات اخیر در حقوق بشر بین‌المللی و حقوق جزای بین‌الملل چندان عجیب و شگفتی‌آور دانست.

نهایتاً در ۲۵ نوامبر ۱۹۹۸، لرد نیکولس، لرد استین و لرد هوفمن حکم دادند که پینوشه در برابر صلاحیت دادگاههای انگلیسی در ارتباط با جرایم ادعایی موضوع حقوق بین‌الملل از هیچ‌گونه مصونیتی برخوردار نیست و لذا قابل استرداد است. جالب این‌که صدور این حکم از قضا با هشتاد و سومین سالروز تولد پینوشه برخورد کرد و برخلاف اردوگاه پینوشه، جبههٔ مقابل این تقارن را به عنوان کادوی تولد حقوق بشر بین‌المللی جشن گرفت. در حکم صادره تصریح شده است که بالاخره دادگاهی ملی با عزمی استوار این آمادگی را در خود احساس کرد تا در برابر مصونیت علم مخالفت برافرازد و صلاحیت کیفری جهانی خود را برای رسیدگی به موارد نقض جدی حقوق بشر پس از جنگ جهانی دوم پذیرفته و به مورد اجرا گذارد. اکثریت قضات در رأی خود که مبنایی ساده و شاید در عین حال دقیق و سخت‌گیرانه دارد، مقرر داشته‌اند که رئیس‌کشوری که آمر و یا عامل شکنجه بوده است، در هنگام ارتکاب آن به عنوان رئیس کشور عمل نمی‌کرده است. به بیان دیگر آمریت و یا عاملیت شکنجه با عنوان رئیس کشور قابل جمع نیست. لرد استین می‌نویسد:

«تحوّل حقوق بین‌الملل از جنگ جهانی دوم به بعد، مؤید این استنتاج است که قبل از وقوع کودتای ۱۹۷۳ و صد البته از آن زمان تاکنون، حقوق بین‌الملل بر فجایعی چون نسل‌کشی، شکنجه، گروگانگیری و جرایم علیه بشریت (چه در اثنای مناقشات مسلحانه و چه در زمان صلح) به عنوان جرایم بین‌المللی مستحق مجازات، مهر محکومیت زده است. در چنین شرایطی چگونه می‌توان پذیرفت که حقوق بین‌الملل ارتکاب چنان جرایم سنگینی را در شمار اقدامات لازم برای ایفای وظایف رئیس کشور قلمداد کند».

این حکم واقعه‌ای بسیار مبارک در حقوق بین‌الملل به شمار می‌رفت، چرا که حامل این پیام استثنایی برای جهانیان بود که نقض بنیادی‌ترین حقوق بشر توسط هر کس و در هر مقامی که باشد، قابل تعقیب و رسیدگی است و مقرراتی در حقوق بین‌الملل که مغایر با حقوق بشر است نمی‌تواند در برابر اجرای آنها کوچکترین مانعی بیافریند. هرچند که این برای نخستین بار بود که دادگاهی داخلی در مقام رسیدگی پژوهشی در موضوعی به این درجه از اهمیت تا این اندازه پیشروی می‌کرد، ولی از همان بدو صدور و انتشار رأی به نظر می‌رسید که این حکم به لحاظ اعتباری که از اقتدار و هیمنه قضات صادرکننده خود گرفته است، مورد عنایت و مطالعه عمیق پژوهشگران قرار گیرد و به احتمال فراوان دادگاههای سراسر جهان در پرونده‌های مشابه از آن دنباله‌روی کنند.

## ۶- وزیر کشور

پس از صدور حکم قضات دیوان کشور انگلیس علیه مصونیت، تمام نگاهها به سوی وزیر مسؤول در کابینه یعنی جک استرا برگشت: وی به عنوان وزیر کشور طبق قانون استرداد مصوب ۱۹۸۹ مکلف بود با اتخاذ تصمیمی شبه قضایی یا اجازه دهد که روند استرداد ادامه یابد و یا این که پینوشه را آزاد سازد. دولتین شیلی و ایالات متحده جک استرا را شدیداً تحت فشار قرار داده بودند تا گزینه دوم را برگزیند.<sup>۳۰</sup> ولی دست زدن به چنین اقدامی انگلیس را در عداد کشورهای ناقض حقوق بین الملل قرار می داد که حتی به تعهدات عهدنامه‌ای خود طبق کنوانسیون شکنجه و عهدنامه اروپایی مربوط به استرداد نیز پایبند نیست.<sup>۳۱</sup> وانگهی، این احتمال نیز وجود داشت که نظر وزیر کشور در محاکم انگلیس مورد تجدیدنظر قرار گیرد.<sup>۳۲</sup> از آن مهم تر، آزاد کردن پینوشه با استفاده از اختیارات خاصی که قانون برای وزیر کشور در نظر گرفته است، مقابله مستقیم جک استرا و دولت انگلیس با موج گسترده حمایت افکار عمومی جهان از رأی

---

۳۰. دولت امریکا ظاهراً از این بابت نگران بود که مبدا محاکمه پینوشه نقش و میزان واقعی دخالت و درگیری سازمان اطلاعات و جاسوسی «سیا» را در ساقط کردن حکومت قانونی سالوادور آلنده و احیاناً فجایع و جنایاتی که به دنبال آن در شیلی روی داد، بر ملا سازد.

۳۱. رک. ماده ۵ کنوانسیون مبارزه با شکنجه، و ماده ۱ کنوانسیون اروپایی مربوط به استرداد: «طرفهای متعهد ملتزم می شوند که با توجه به مواد و شرایط مندرج در این کنوانسیون، کلیه اشخاصی را که علیه ایشان از جانب مقامات صلاحیتدار طرف متقاضی به واسطه ارتکاب جرم طرح دعوی گردیده و یا جهت تحمل محکومیت و یا اجرای دستور بازداشت مورد درخواست مقامات مزبور می باشند، به یکدیگر تحویل دهند».

۳۲. در واقع، عفو بین الملل و سایر سازمانهای حقوق بشر در همان ابتدای طرح پرونده پینوشه در دادگاه عالی به امید تصمیم مساعد وزیر کشور به اقدام حقوقی مبادرت ورزیدند و خواستار دستوری بودند که بتواند از خروج پینوشه از خاک انگلیس تا تجدیدنظر در تصمیم صادره ممانعت به عمل آورد. ولی تقاضای آنها به دلیل زود هنگام بودن، رد شد. رک.

Jaime Wilson et al., Straw Rules Pinochet Extradition Can Go Ahead: You Can Hide, General, But You Can't Run, Guardian (London), Dec. 10, 1998, available in 1998 WL 24894533.

مجلس لردها تلقی می‌گردید. در چنین مقطع حساسی چگونه می‌توانست حزب حاکمی که سنگ «سیاست خارجی مبتنی بر اخلاق» را به سینه می‌زند و وفاداری به آرمانهای سوسیالیستی هنوز هم در شعارهای اعضا و طرفداران عادی آن دیده می‌شود، به اجرای اختیار هرچند قانونی خود دست زند. این بود که در ۹ دسامبر ۱۹۹۸ جک استرا، در تأیید موضعی که تا آن هنگام به دفعات ابراز داشته بود، اعلام داشت که استرداد پینوشه موضوعی قضایی است و نه سیاسی، و با این تصمیم اجازه داد تا روند رسیدگی قضایی به دعوای استرداد پینوشه همچنان پی گرفته شود.

#### ۷- پینوشه (۲) \* شائبه عدم بی طرفی

پس از صدور تصمیم جک استرا مبنی بر امکان ادامه روند استرداد، پینوشه ملزم به حضور نزد قاضی صلح شد. در آن زمان به نظر می‌رسید که از حضور پینوشه در محاکم اسپانیا گریز و گزیری نیست. در چنین شرایطی بود که وکلای پینوشه آخرین ورق خود را بازی کردند. در بین جامعه حقوقی لندن تقریباً همه می‌دانستند که همسر لرد هوفمن سابقه همکاری با عفو بین‌الملل را دارد. ولی موضوع مهم‌تری که کمتر کسی از آن خبر داشت این بود که خود لرد هوفمن نیز مدت‌ها به عنوان مدیر واحد تحقیقات و آموزش عفو بین‌الملل فعالیت داشته است. آگاهی از این ارتباطات برگ برنده‌ای برای وکلای پینوشه محسوب می‌شد، چرا که فقط چند روز پیش از برگزاری جلسات استماع در مجلس لردها، دبیرخانه عفو بین‌الملل و شماری دیگر از سازمانهای مدافع حقوق بشر و تعدادی از

---

\* در این مقاله، پینوشه (۲) به دومین ملاقات مجلس لردهای انگلیس با پرونده پینوشه اشاره دارد. (موضوع رسیدگی: ایراد جرح علیه یکی از قضات صادرکننده رأی پینوشه (۱)).

قربانیان پینوشه اجازه یافته بودند تا استدلالات شفاهی خود را به سمع دادگاه برسانند.

حق این بود که در این مقطع لرد هوفمن از روابط خود با عفو بین‌الملل پرده برمی‌داشت. زیرا با حسن شهرتی که او داشت بعید بود که در صورت ابراز این واقعیت کسی به حضور وی در بین قضات رسیدگی کننده به این پرونده ایراد گیرد. ولی وی دچار اشتباه محاسبه شد و شاید به این خیال که پوشیده نبودن ارتباط وی با عفو بین‌الملل وی را از ابراز آن بی‌نیاز می‌کند، و یا اشتهار او به عنوان قاضی نفوذناپذیر و بی‌طرف او را در برابر هرگونه جرحی مصون می‌دارد و یا شاید هم با این انگیزه که در روند رسیدگی وقفه‌ای ایجاد نکند، سکوت را بر افشای این واقعیت ترجیح داد.

وکلای پینوشه خوب می‌دانستند که برای توفیق در ایراد خود، مکلف به اثبات وجود طرفداری عملی نبوده بلکه همین اندازه که احتمال جانبداری و عدم بی‌طرفی در پرونده را ثابت کنند، کافی است. برای اثبات چنین چیزی رابطه حقوقی بین لرد هوفمن (به عنوان مدیر) و شرکت موسوم به خیریه عفو بین‌الملل (به عنوان شرکت) حساس و تعیین کننده بود. احتمال جانبداری ناشی از این رابطه به معنای این بود که رأی پینوشه (۱) مورخ ۲۵ نوامبر ۱۹۹۸ باید شکسته شود. زیرا هر متهمی، ولو این که پینوشه باشد، حق دارد از رسیدگی عادلانه با رعایت تشریفات صحیح دادرسی برخوردار گردد.

قضات مجلس لرها بر مسند قضای عالی‌ترین مرجع دادخواهی در انگلیس تکیه داده اند و تا آن زمان نشانه رفتن انگشت اتهام به سوی یکی از آنها و ایراد جرح امری بی سابقه بود، و طبعاً در قوانین و رویه‌های

موجود آیینی برای رسیدگی پژوهشی به این ایراد وجود نداشت. ولی خوشبختانه، قانون اساسی انگلیس سندی مکتوب و در بند الفاظ نیست بلکه مجموعه‌ای است از عرفها و عاداتها، آداب و سنن و مقرراتی اغلب نانوشته که به دلیل همین نانوشته بودن ذاتاً منعطف بوده و توان پاسخگویی به امور جدید و رویدادهای بی سابقه را در بطن خود می‌پروراند.<sup>۳۳</sup> قانون اساسی انگلیس همچنین ریشه در سنتی دیرین از حکومت قانون دارد؛ سنتی که همراه با بلوغ و نرمش ذاتی قانون این امکان را به قضات مجلس لردها بخشید تا خود را از بن بست برهانند و با معرفی آیینی جدید شعبه‌ای نوظهور مرکب از پنج قاضی برای استماع ایراد جرح تشکیل دهند، و با این اقدام خودگامی در جهت تعالی قانون اساسی انگلیس برداشته و باری دیگر بر این نکته تأکید گذارند که هیچ کس حتی قضات برترین مرجع قضایی انگلیس نیز قدرتی فراتر از قانون و نظام حقوقی تحت ریاست خود ندارد.

تصمیم مجلس لردها برای زایش شعبه‌ای جدید از بطن خود و استماع ایراد جرح و حکم مولود این رسیدگی مبنی بر وجود احتمال جانبداری، به این معنی بود که کلیه استدلالهای له و علیه مصونیت باید دوباره استماع گردد و تصمیم اولیه باطل و کان لم یکن است. اینک و کلای پینوشه فرصت دیگری برای طرح استدلالها و نقطه نظرهای حقوقی خود پیدا کرده بودند، با این تفاوت که این بار شنونده مدافعان آنها شعبه‌ای متشکل از هفت قاضی دیوان کشور انگلیس بود.

---

۳۳. رک.

Colin Turpin, *British Government and the Constitution* (3d ed. 1995); Rodney Brazier, *Constitutional Practice: The Foundations of British Government* (3d ed. 1999).

## ۸ - پینوشه (۳):\* مصونیت دولت و وجود عنوان مجرمانه مشابه

کمیته پژوهشهای قضایی دیوان کشور انگلیس دوازده عضو فعال دارد و گهگاه از وجود قضات بازنشسته مجلس لردها و یا دیگر قضات عالی‌رتبه قوه قضائیه برای عضویت در شعب رسیدگی کننده دعوت به عمل می‌آورد. برای رسیدگی مجدد به پرونده پینوشه شعبه‌ای مرکب از هفت قاضی تشکیل شد تا افزایش تعداد قضات در این پرونده عجیب بر وزن و اعتبار رأی صادره بیفزاید. گفتنی است که از این هفت تن، شش قاضی، قضات تمام‌وقتی بودند که در دعوای پینوشه (۱) حضور نداشتند، هرچند چهار تن از آنها در دعوای پینوشه (۲) شرکت داشتند. قاضی هفتم لرد گوف (Lord Goff) بود که تازه بازنشسته شده بود و در کارنامه او سابقه قضاوت در چندین پرونده مربوط به مصونیت دولت به چشم می‌خورد. در ارزیابی کلی چنین به نظر می‌آمد که ترکیب شعبه جدید از اعضاء شعبه پنج نفره قبلی محافظه‌کارترند. در میان «محافظه‌کاران» چهره‌هایی چون لرد گوف، لرد ساویل (Lord Saville) و لرد هوتون (Lord Hutton) دیده می‌شد که این سومی از ایرلند شمالی می‌آمد و از مخالفان سرسخت تروریسم بود.

در این مرحله با پذیرش درخواست دولت شیلی برای ورود در پرونده به عنوان ثالث، به اطراف پرونده یکی اضافه شد. فردی که از شیلی در این پرونده نمایندگی می‌کرد، لورنس کولینز (Lawrance Collins)، یکی از صاحب‌نظران برجسته انگلیس در مسائل مربوط به صلاحیت و

---

\*. در این مقاله پینوشه (۳) به سومین ملاقات مجلس لردهای انگلیس با پرونده پینوشه اشاره دارد. (موضوع رسیدگی: طرح دوباره مدافعات و کلای پینوشه مبنی بر مصونیت پینوشه در برابر دادگاههای انگلیسی).



تعارض قوانین بود.<sup>۳۴</sup> شاید بتوان گفت که افزوده شدن طرف دیگری به پرونده از یک سو و برخورداری و کلای همه اطراف پرونده از وقت بیشتر برای تحقیق و فراهم کردن استدلالهای خود، از سویی دیگر، سبب شد که جلسات استماع پینوشه (۳) سه هفته تمام به درازا کشد. پرونده پینوشه از این جهت نیز رکوردی بی سابقه در تاریخ رسیدگیهای قضایی مجلس لردها به جا گذاشت و بر غرابت‌های این پرونده افزود.

انتظارات و برداشتهای عموم از دادگاه بر شانه فکر و ذهن این هفت قاضی شدیداً سنگینی می‌کرد، و این سنگینی نه فقط به لحاظ واکنش یکپارچه مثبت افکار عمومی داخل و خارج انگلیس به حکم صادره در ۲۵ نوامبر ۱۹۹۸ بود بلکه حفظ وحدت رویه دادگاه نیز سنگینی خود را داشت. شکستن تصمیم صادره از شعبه اول در واقع به این معنی بود که قضات بدون توجه به هیچ‌گونه ضابطه و قاعده‌ای و به قول معروف «الله بختکی» رأی می‌دهند و ممکن است شعب گوناگون متشکل از قضات دادگاه واحد در پرونده‌ای واحد احکام کاملاً متفاوتی صادر کنند. آری، هر زمان که تغییرات عمده در قانون اساسی انگلیس صورت گرفته است، از جمله تفویض اختیارات به اسکاتلند و ویلز، وارد کردن کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در نظام حقوقی انگلیس و حذف عضویت موروثی در مجلس لردها (به عنوان مجلس دوم قانونگذاری)، آخرین خواسته قضات این مجلس ضرورت بازنگری در خود کمیته پژوهش‌های قضایی بوده است.<sup>۳۵</sup>

---

۳۴. رک.

Dicey and Morris on the Conflict of Laws (Lawrence Collins ed., 13th ed. 2000).

۳۵. در رابطه با تغییرات اخیر و محتمل مجلس لردها رک.

Lord Wakeham, A House for the Future: Royal Commission Report, 2000, <<http://www.Official-documents.co.uk/document/cm45/4534/contents.htm>>; John Vincent, All That Matters is What Tony Wants, 22-6 London Rev. Books 11 (Mar. 16, 2000).

قضات مجلس لردها بر این نکته نیز واقف بودند که وزیر کشور انگلیس پیش از این از اختیار قانونی خود به نفع ادامه جریان استرداد پینوشه بهره گرفته است. این اقدام دو نتیجه در برداشت. یکی این که به قضات خاطر نشان می کرد که قوه مجریه با استرداد پینوشه مخالفت اصولی ندارد و دیگری این که در حال حاضر بار اخذ تصمیم فقط به دوش دادگاه است و بس. در چنین شرایطی مسئولیت تمام آنچه که برای پینوشه اتفاق می افتاد، با قضات بود و نه با جک استرا.

از «حسن اتفاق» قضات مجلس لردها رأی خود را درست در همان روزی صادر کردند که هواپیماهای ناتو مأموریت خود را برای بمباران جمهوری فدرال یوگسلاوی آغاز کرد:

۲۴ مارس ۱۹۹۹. و به این ترتیب رأی پینوشه در زیر آتش بمباران اخبار مربوط به جنگ کوزوو رنگ باخت و گم شد.

ولی اگر این همزمانی هم نبود و رأی دادگاه در محک نقد و آزمون همه جانبه واقع می شد، باز هم دادگاه ساحت خود را از هرگونه نقد و ایرادی مصون داشته بود. به این ترتیب که هرچند اکثریتی شش نفره از قضات رأی عدم مصونیت پینوشه صادره از مرحله بدوی را ابرام کردند، ولی پنج تن از آنها در مقام تعلیل و توجیه رأی خود به مبانی و دلایلی متفاوت از آنچه که توسط قضات مرحله بدوی عنوان شده بود، توسل جستند، و به جای استوار کردن رأی خود بر حقوق بین الملل عرفی، محمل اصلی رأی را بر کنوانسیون شکنجه و قانون عدالت کیفری ۱۹۴۸ نهادند: یعنی رسیدن به نتیجه ای واحد با استفاده از مبادی و گذرگاه های متفاوت. چنین رویکردی، یعنی مقید و محدود ساختن رد مصونیت به مواردی که صلاحیت جهانی تعقیب و مجازات متهمان در عهدنامه و قانون صریحاً

پذیرفته شده است، رویکردی به واقع محافظه کارانه تر از دیدگاه اخذ شده از جانب دادگاه نخستین بود. در این میان فقط یکی از قضات، لرد میللت (Lord Millet)، به نحو مبسوطی بر حقوق بین الملل عرفی استناد جست و قاضی دیگر نیز، لرد گوف، با نوشتن نظریه مخالف به مصونیت قضایی پینوشه نزد محاکم انگلیسی رأی داد.

افزون بر این، قضات یاد شده شرط قابل مجازات بودن اتهام متناسبه در کشور محل تقاضای استرداد را مجدداً مطرح کردند. دادگاه بدوی بدون هیچ گونه مشکل ظاهری حکم داده بود که دادگاه انگلیسی باید در تاریخ وصول تقاضای استرداد نسبت به جرایم مشابه صلاحیت رسیدگی داشته باشد و در مرحله پژوهشی نیز به همین ترتیب رأی خود را انشا کرد.<sup>۳۶</sup> شعبه نخست مجلس لردها در این نکته با دادگاه بدوی موافقت کرده و راه را بر تلاشهای وکلای پینوشه برای فراتر رفتن از این مسأله در مرحله پژوهشی سریعاً بسته بود.

ولی دادستانی کل که از جانب قاضی اسپانیایی عمل می کرد، مرتکب اشتباه تاکتیکی بزرگی در مرحله رسیدگی به پرونده پینوشه (۳) شد. توضیح این که نماینده دادستان، آلون جونز، در استدلال اصلی خود، موضوع شکنجه های ارتكابی به دست و یا به دستور پینوشه تا قبل از ۱۱ سپتامبر ۱۹۷۳، یعنی تاریخ کودتای شیلی، و نیز شکنجه های ارتكابی پس از کودتا و قبل از انتصاب پینوشه به عنوان رئیس دولت شیلی را طرح کرده بود. استدلال جونز استدلالی آسان و سرراست بود. وی می گفت که حتی طبق حقوق بین الملل عرفی نیز رئیس سابق دولت نمی تواند در ارتباط با

---

۳۶. دادگاه عالی تأیید کرده بود که «در رأی دادگاه موضوعی قانونی و واجد اهمیت عمومی مطرح می باشد که عبارت است از تفسیر و تعیین دقیق گستره مصونیت رئیس سابق کشور از توقیف و استرداد در خاک انگلیس در ارتباط با اقداماتی که وی در طول دوره زمامداری مرتکب شده است».

شکنجه‌های ارتكابی قبل از رسیدن به سمت ریاست دولت از مصونیت قضایی برخوردار باشد.

وکلای پینوشه که با چنین استدلالی روبرو شده بودند، تمام تلاش خود را مصروف این کردند تا قضات را به بررسی دوباره موضوع مجاب سازند، و برای نیل به این هدف به مدت طولانی بین سپتامبر ۱۹۷۳ و وصول قرار بازداشت در اکتبر ۱۹۹۸ اشاره کردند. قضات مجلس لردها، با نادیده گرفتن چارچوب محدود این موضوع در مرحله پژوهشی، به وکلای پینوشه اجازه دادند تا استدلالهای مفصل خود را در این خصوص بیان کنند. گفتنی است که این اجازه پس از آن داده شد که دادستانی کل و واردین ثالث استدلالات اصلی خود را که همه آنها حول محور مصونیت دور می‌زد، به سمع دادگاه رسانده بودند.

بنابراین موضوعی که در ماجرای استرداد از حساسیت و اهمیت درجه اول برخوردار شده بود این بود که آیا در زمان ارتكاب بزه‌های ادعایی، دادگاههای انگلیسی واجد صلاحیت رسیدگی به اتهام شکنجه ارتكابی در خارج از انگلیس بوده‌اند یا خیر؟ رویکرد لرد براون - ویلکینسون به این موضوع را می‌توان در واقع نمایانگر موضع‌گیری شش قاضی از هفت قاضی رسیدگی‌کننده به این پرونده دانست. وی اعتقاد داشت که تنها راه تأمین صلاحیت کیفری جهانی نسبت به این گونه جرایم توافق و تراضی کشورهای ذیربط در قالب عهدنامه است و حقوق بین‌الملل عرفی، هرچند که به حد اصول و ضوابط لازم‌الرعايه حقوق بین‌الملل رسیده باشد، نمی‌تواند مجوز و مبنای چنین صلاحیتی قرار گیرد. برای درک روشن‌تر دیدگاه او از مصونیت دولت بهتر است به عبارات خود وی در این مورد نگاهی بیفکنیم، وی می‌گوید:

«تردید دارم که تا قبل از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون شکنجه، وجود جرم بین‌المللی شکنجه در حقوق بین‌الملل عرفی به تنهایی برای سلب مصونیت قضایی از سران و زمامداران کشورها که در کار سازمان دادن به شکنجه دولتی دست داشته‌اند، کافی بوده باشد. باید توجه داشت که تا قبل از کنوانسیون مزبور، نه هیچ دادگاه بین‌المللی برای مجازات عاملان شکنجه و نه هیچ‌گونه صلاحیت عامی برای جواز و یا لزوم مجازات ارتکاب چنین بزه‌ی در دادگاههای داخلی وجود داشت. پیش از آن که به برکت این کنوانسیون نوعی صلاحیت کیفری جهانی برای مجازات جرم شکنجه شکل گیرد، به واقع سخن گفتن از شکنجه به‌عنوان بزه‌ی کاملاً شناخته شده در حقوق جزای بین‌الملل، ناپخته و زود هنگام بود. به باور من کنوانسیون شکنجه حلقه مفقوده حقوق بین‌الملل عرفی را که عبارت از صلاحیت جهان شمول و با گستره بین‌المللی بود، پر کرد و در واقع خلأ عنصر قانونی تشکیل دهنده این جرم را برطرف ساخت.»

اگر به این استدلال از زاویه ارتباط بین حقوق بین‌الملل عرفی و معاهدات نگاه کنیم، نادرستی آن به روشنی دیده می‌شود، به‌ویژه این که در این استدلال به جوهره قواعد و اصول لازم‌الرعاية حقوق بین‌الملل که عبارت باشد از غلبه و برتری آنها بر سایر اصول و مقررات و برخورداری آنها از اعتبار و ارزشی همسنگ با قواعد پذیرفته شده در عهدنامه‌ها اعتنایی نشده است.<sup>۳۷</sup> نکته مهمتر در بیان نادرستی استدلال مزبور این است که

۳۷. رک.

Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, arts. 53, 64, 1155 U.N.T.S. 331 (entered into force Jan. 27, 1980). See also Lauri Hannikainen, Peremptory Norms (Jus Cogens)

قضات صادرکننده رأی با استناد یکجانبه و انحصاری خود به کنوانسیون شکنجه به عنوان محمل و مبنای صلاحیت کیفری جهانی، تمام فقرات شکنجه‌های ادعایی در قرار بازداشت به جز یک مورد را از فهرست جرایم قابل استرداد پینوشه خارج ساختند، و حتی با به کار بردن الفاظ و تعابیری که به خوبی حاکی از قصدشان بود، به وزیر کشور توصیه کردند که در تصمیم خود برای ادامه روند استرداد تجدیدنظر کند. قضات رسیدگی کننده در این مرحله، به استثنای لرد میل و احتمالاً لرد هوتون، بدون این که مستقیماً حکم بدوی مورخ ۲۵ نوامبر ۱۹۹۸ را شکسته باشند، خواست روشن خود را مبنی بر اعطای اجازه به پینوشه برای ترک لندن به مقصد شیلی بیان کردند. مع الوصف، این قضات نیز همانند وزیر کشور، مایل نبودند که جانب احتیاط را رها ساخته و برخلاف موج افکار عمومی داخلی و بین‌المللی شنا کنند و بار سنگین مسئولیت چنین تصمیمی را به تنهایی به دوش گیرند.

نام لرد هوتون را در بالا با احتیاط به کار بردم، و آن به دلیل رویدادی است که در جریان جلسات استماع رخ داد؛ رویدادی که به نوبه خود بر اهمیت خاستگاه اجتماعی و پیشینه هر یک از صحنه گردانان و نقش پردازان در ماجرای پینوشه تأکید می‌گذارد. از سابقه لرد هوتون به عنوان یک شخصیت محافظه کار سنتی برخاسته از ایرلند شمالی، چنین انتظار می‌رفت که به نفع پینوشه حکم دهد. در شروع جلسات استماع هم از چهره او بی‌حوصلگی و بی‌علاقگی به موضوع پرونده به خوبی نمایان بود. این وضع همچنان ادامه داشت تا این که در یکی از روزهای دادرسی آلون

---

in International Law (1988); Stefan Kadelbach, *Zwingendes Volkerrecht* (1992); Michael Byers, *Conceptualising the Relationship Between Jus Cogens and Erga Omnes Rules*, 66 *Nordic J. of Int'l L.* 211 (1997).

جونز که به نمایندگی از دادستانی کل در دادرسی شرکت می‌کرد، واژه «تروریسم» را به کار برد. درست در این لحظه و با شنیدن این کلمه بود که قاضی هوتون مثل کسی که به هوش آمده باشد به حالت عمودی در صندلی نشست و از سخنران خواست تا در این مورد توضیح دهد. در پاسخ جونز مطلب را این‌گونه شکافت که پینوشه و دیگر افسران نظامی همکار او کودتایی را علیه دولت مردمی و منتخب سالوادور آلنده طراحی و به اجرا درآورده و برای نیل به این هدف از اقدامات تروریستی طبق آنچه که در تقاضای رسمی استرداد بیان گردیده است، فروگذار نکرده‌اند. از این مقطع به بعد، وکلای سازمانهای حقوق بشر دست کم یقین پیدا کردند که هوتون موضع خود را تغییر داده و به اکثریت قضات مخالف با مصونیت پیوسته است. بگذریم از این که در حکم صادره اتهامات مربوط به تروریسم فی‌نفسه مبنای صلاحیت شناخته شده است.

#### ۹- ناتوانی برای حضور در دادگاه

پس از صدور حکم پینوشه (۳)، جک استرا دوباره با این معضل روبرو شد که آیا جواز ادامه روند استرداد را صادر کند یا خیر. صرف این واقعیت که وی در تاریخ ۱۴ آوریل ۱۹۹۹ بالاخره چنین کرد، خود شاهدهی است دیگر بر فشار افکار عمومی داخلی و بین‌المللی و نیز دلیلی است بر این که وی همچنان در چنبره اظهارات قبلی خود درخصوص این که پرونده پینوشه پرونده‌ای قضایی است و نه سیاسی، گرفتار بوده است.

رسیدگی به درخواست استرداد در دادگاه صلح برگزار شد. قاضی محکمه، رونالد بارتل (Ronald Bartel)، باید علاوه بر چند اتهامی که به رغم صدور حکم مورخ ۲۴ مارس ۱۹۹۹ کماکان باقی بودند، به فقرات

اتهامی جدیدی نیز که بعداً توسط قاضی گارزون اسپانیایی طرح شده بود، رسیدگی می‌کرد. عناوین جدید همگی به اتهامات شکنجه ارتكابی پس از ۱۹۸۸ مربوط بودند و حتی تفسیر مضیق قضات مجلس لردها از اصطلاح وجود عنوان کیفری مشابه نیز آن را از قابلیت طرح و رسیدگی نمی‌انداخت. در ۸ اکتبر ۱۹۹۹ قاضی حکم داد که پینوشه می‌تواند به اسپانیا مسترد شود و وی را از بابت سی و چهار اتهام شکنجه و یک اتهام تبانی برای ارتكاب شکنجه محکوم کرد. در واکنش به این حکم، دولت شیلی در ۱۴ اکتبر ۱۹۹۹ درخواست نمود که وزیر کشور آزادی پینوشه را براساس دلایل پزشکی مورد توجه خود قرار دهد. در پاسخ، استرا تیمی مرگب از چهار پزشک برجسته انگلیسی را مأمور انجام معاینات پزشکی از پینوشه کرد. نتیجه آزمایشها و معاینات پزشکی که در تاریخ ۵ ژانویه ۲۰۰۰ انجام شد این بود که پینوشه فاقد بنیه و توانایی حضور در محکمه و دفاع از اتهامات وارده به خود است. گفتنی است که این گزارش به دلیل آنچه که حفظ اسرار پزشکی نامیده شد، در اختیار مطبوعات و از آن مهم‌تر مقامات قضایی کشورهای خارجی متقاضی استرداد پینوشه قرار داده نشد، و فقط جک استرا به این اظهارنظر بسنده کرد که براساس آنچه که در گزارش پزشکی آمده است، «در نظر دارد» تا دستور آزادی پینوشه را صادر کند.

سازمانهای حقوق بشر و دولت بلژیک (یکی دیگر از کشورهای که علاوه بر اسپانیا دستور بازداشت پینوشه را آماده اجرا داشت) به تصمیم جک استرا در مورد عدم انتشار گزارش پزشکی اعتراض کردند. این اعتراض پذیرفته شد و دادگاه در تاریخ ۱۵ فوریه ۲۰۰۰ مقرر داشت که گزارش پزشکی پینوشه باید با رعایت جنبه سری آن در اختیار مقامات قضایی کشورهای متقاضی استرداد نیز قرار گیرد. ولی به رغم همه



تلاشهایی که ظاهراً برای مخفی نگهداشتن محتویات گزارش صورت گرفت، درز کردن آن به رسانه‌های گروهی به بیش از ۲۴ ساعت وقت نیاز نداشت. حالا دیگر روشن بود که بیماری پینوشه شایعه نیست و او واقعاً بیمار است، از بیماری شدید مغزی رنج می‌برد، حافظه‌اش به شدت آسیب‌دیده و توانایی ندارد که روند محاکمه را به خوبی پیگیری کرده و دستورات لازم را به وکیل مدافع خود بدهد. در چنین نقطه‌ای بود که استرا راهی کاملاً باز و بی‌دست انداز را در پیش رو می‌دید تا بالاخره آنچه را که از همان ابتدا قصد انجام آن را داشت، عملی کند: نقطه پایان گذاشتن بر تقاضای استرداد و پس فرستادن پینوشه به شیلی. زمانی که این اتفاق در روز ۲ مارس ۲۰۰۰ افتاد، افکار عمومی مردم جهان چنان حساسیت خود را نسبت به موضوع از دست داده بود که حتی از خیل سرسخت‌ترین مخالفان با آزادی پینوشه نیز صدای چندانی در اعتراض به آن شنیده نشد.<sup>۳۸</sup>

#### ۱۰- نتیجه: نقش قانون و نهادهای حقوقی

نگاه این مقاله به پرونده پینوشه نگاهی باز و همه‌سویه است و فرای بررسی عملکرد سنتی قضات و حقوقدانان در پرونده‌هایی از این دست، به بررسی نقش طیف وسیعی از بازیگران در این ماجرا پرداخته است. برای توفیق در انجام این کار، مقاله از این واقعیت پرده برداشته که آنچه که صحنه‌گردانان حقوقی و سیاسی را به ایفای نقش و وظیفه خود در این گونه پرونده‌های بدیع و استثنایی سوق می‌دهد، عوامل، علایق و منافع غالباً

<sup>۳۸</sup>. برای درک اهمیت پرونده پینوشه برای عظیم‌ترین سازمانهای بین‌المللی حقوق بشر رک. Amnesty International's website <http://www.amnesty.org.UK/news/pinochet/background.html> > (containing links to background information on Pinochet and the latest and archived news and reports) and Human Rights Watch's website <[http://www.hrw.org/hrw/campaigns/chile\\_98/](http://www.hrw.org/hrw/campaigns/chile_98/)> (containing news briefs and links to further dispatches).

ناسازگاری است که مرزهای آن از شوقی ساده برای «اجرای قانون» بسیار فراتر می‌رود. برای مثال، در رویارویی با دعوای پینوشه، دولت انگلیس با جاذبه‌ها و دافعه‌های آشکاری دست به گریبان بود. چرا که از یک سو خود را در برابر مواضع و شعارهای صریح خود در مورد تقویت و تثبیت حقوق جزای بین‌الملل و حمایت از حقوق بشر متعهد و مأخوذ می‌دید، و از سوی دیگر نیرویی مخفی و میلی ناپیدا این دولت را به انتخاب گزینه‌ای می‌راند که برای انگلیس هیچ‌گونه خطر و حتی بازتاب منفی سیاسی و اقتصادی، که از لوازم درگیر شدن با این‌گونه رویدادهای بحث‌انگیز است، در پی نداشته باشد.

دولت‌های شیلی و اسپانیا نیز خود را در بین همین پتک و سندان احساس می‌کردند. طبق پاره‌ای شایعه‌ها، در بین اعضای دولت شیلی کم نبودند کسانی که از بازداشت پینوشه در آن سوی مرزهای شیلی و حذف او از صحنه سیاست داخلی این کشور در ته دل خوشحال بودند. اینها همان کسانی‌اند که پیروزی ریکاردو لاگوس (Ricardo Lagos)، نامزد سوسیالیست‌ها در انتخابات ریاست جمهوری در ۱۶ ژانویه ۲۰۰۰ را معلول غیبت پینوشه از شیلی و صحنه سیاست این کشور در آن روزها می‌دانند، و بر این باورند که به برکت بازداشت لندن بود که شیلی بالاخره توانست به دوره تلخ پینوشه در تاریخ خود پایان دهد و به هر ترتیب که شده فصل او را ببندد. صراحت لهجه پرزیدنت لاگوس بلافاصله پس از انتخاب به سمت رئیس جمهوری در بیان این موضع که پینوشه دیگر از مصونیت قضایی در شیلی برخوردار نیست، یکی از دستاوردها و برکات این ماجرا برای روند توسعه سیاسی و مردم‌سالاری در شیلی است. با این حال در طول رسیدگی به این پرونده و به ویژه در اثنای جلسات استماع در پینوشه (۳)، دولت

شیلی خود را ناگزیر می‌دید تا برای مصارف داخلی خود و حفظ ظاهر هم که شده خواستار استرداد پینوشه و مدّعی حق حاکمیت و صلاحیت قضایی محاکم خود برای محاکمه او شود.

از سویی دیگر دولت اسپانیا هم از این که می‌دید رهبر پیشین یکی از مستعمرات سابق اسپانیا و کشوری که هم‌اینک با اسپانیا پیوندهای مهم فرهنگی و اقتصادی دارد، در لندن محاکمه می‌شود، دچار احساسات آشکارا ضدّ و نقیضی بود. اوج این احساسات ناهمگون را شاید بتوان در وقتی دید که اسپانیا تصمیم گرفت تا خط خود را از بلژیک و سازمانهای حقوق بشر که در تلاش برای شکستن تصمیم وزیر کشور انگلیس مبنی بر عدم انتشار گزارش پزشکی پینوشه بودند، جدا کند. با این حال، دولت اسپانیا نیز همانند انگلیس این فشار را بر گرده خود احساس می‌کرد که تقاضای استرداد پینوشه و تحقیقات مربوط به آن، روندی قضایی است و نه سیاسی.

حضور نقش پردازان دیگری، ماجرای پینوشه را از آنچه که بود پیچیده‌تر کرد. در این میان نقش اول با سازمانهای حقوق بشر بود. درگیر شدن این سازمانها در پرونده‌ای با این ابعاد و بازتاب جهانی و تلاش آنها برای به اجرا درآوردن و توسعه حقوق جزای بین‌الملل ضمن آن که کوششی آشکار در راستای تحقق رسالت آنها به شمار می‌رفت، این لطف را هم داشت که پول هنگفتی را از بابت کمکهای مردمی و حق عضویت به حساب این سازمانها سرازیر کند. سازمانهای مزبور با برخورداری از شبکه‌های گسترده جهانی متشکل از اعضای فعال و نیز با تکیه بر روابط خود با مقامات قضایی در کشورهای گوناگون نقش حساس و تعیین‌کننده‌ای در گرد آوردن ابعاد مختلف پرونده حول یک محور ایفا کردند. این سازمانها همچنین در تثبیت و جا انداختن برخی تأسیس‌های

حقوقی مؤثر در پرونده، و از همه مهمتر کنوانسیون شکنجه، سهم بسزایی داشتند. نقش دوم برعهده روزنامه نگاران و کارفرمایان آنها بود که بی‌درنگ به استثنایی بودن و جاذبه‌های این ماجرا پی بردند و آن را برای مخاطبان خود در دوره‌ای که بازار اخبار جهانی چندان هم داغ نبود، خواندنی و پرهیجان یافتند. بالاخره باید از نقش نه چندان مبارک و البته پنهان شرکتهای چندملیتی در این صحنه نام برد که با کمک به پینوشه برای تأمین حق‌الوکاله‌های دفاع از خود، کمکهای کارساز مالی شرکتهای بزرگی چون آی‌تی‌تی را در به قدرت رسیدن پینوشه در ۱۹۷۳ در خاطره‌ها تجدید کرد.<sup>۳۹</sup>

پیچیدگی‌های ناشی از حضور و دخالت نقش پردازان گوناگون در ماجرای پینوشه، درک ابعاد کامل پرونده او را با مشکل روبرو می‌سازد. این پیچیدگی‌ها از یک سو بازتاب ذی‌سهم بودن عوامل گوناگون در این ماجرا و نقش انکارناپذیر سیاست در آن و از سویی دیگر نمایانگر این است که بازداشت و توقیف پینوشه پدیده‌ای صرفاً سیاسی نبوده، بلکه در سرتاسر این ماجرا حقوق و سیاست درهم تنیده‌اند و برآیند ترکیبی این دو عنصر است که به تنگ شدن شعاع عمل برخی از نقش پردازان و باز شدن دست برخی دیگر از عوامل مؤثر در این ماجرا انجامیده است.

در حالی که اثرات محدودکننده حقوق را بیشتر می‌توان بر روی دولت‌های شیلی و انگلیس، و نیز بر قضات رسیدگی‌کننده در پینوشه (۳) مشاهده کرد، از بعد فراهم نمودن و گشودن میدان عمل، بیشترین کمک حقوق به سود قربانیان پینوشه و سازمانهای حقوق بشری بوده است که با

---

<sup>۳۹</sup> در مورد تأمین پول حق‌الوکاله‌های تیم دفاعی پینوشه برای مثال رک.

Jamie Wilson & Burhan Wazir, Pinochet Challenges Law Lord Lawyers Allege Bias in Ruling, Guardian (London), Dec. 5, 1998, available in 1998 WL 18681270.

دو هدف طرح شکایات و دادخواهی از جانب آنها و نیز توسعه و تبیین بیشتر حقوق بین‌الملل در این حوزه خاص پا به میدان گذاشتند. ثمره کامیابی این سازمانها در دفاع از قربانیان جنایات پینوشه را نمی‌توان فقط به تسلی بخشیدن و ترضیه خاطر آنها محدود دانست. بلکه توسعه حقوق بشر بین‌المللی و رشدی که به تازگی «جامعه مدنی بین‌المللی» از آن بهره برده است، نظمی بین‌المللی را به نمایش گذاشته که هرچند آهسته ولی به یقین بر حکومت قانون آغوش گشوده است. تنها در دنیایی با مقررات و سازمانهای مورد قبول اکثریت است که فضا برای شکوفا شدن تواناییهای شهروندان و گروههای مدافع حقوق بشر و نفی و به چالش کشیده شدن امتیازات ویژه حاکمیتها و سیاستهای استوار بر قدرت نظامی و اقتصادی آنها فراهم می‌گردد و می‌توان به اقتدار اخلاقی و تکامل و تثبیت آرام ولی قطعی حکومت قانون و برپایی عدالت قضایی در میان جوامع بشر دل بست. در کالبد شکافی پرونده پینوشه به دو شگفتی بزرگ برمی‌خوریم. یکی این که پینوشه همان کسی است که به عنوان رئیس کشور کنوانسیون شکنجه ۱۹۸۴ را از جانب شیلی امضا و تصویب کرده است و دیگر این که پینوشه در ۱۹۶۸ با دست خود بذر تحولاتی حقوقی را در شیلی پاشید که ثمره آن سقوط خود وی از اریکه قدرت بود. آری تیری که بر پیکر این عقاب پیر نشست است، پر خود او را در میان دارد!

## دادگاه جدید اروپایی حقوق بشر\*

دکتر سید محمد قاری سید فاطمی\*\*

### ۱- مقدمه

کنوانسیون اروپایی حقوق بشر با لازم‌الاجرا شدن پروتکل شماره ۱۱ در سال ۱۹۹۸ وارد مرحله جدیدی از حیات خود شد. با لازم‌الاجرا شدن این پروتکل سیستم دو مرحله‌ای نظارت بر حسن اجرای این کنوانسیون که عبارت بود از رسیدگی به شکایات توسط یک کمیسیون<sup>۱</sup> پیش از رسیدگی دادگاه به یک رسیدگی یک مرحله تبدیل شد. دادگاه جدید اروپایی حقوق بشر، رأساً به شکایات<sup>۲</sup> وارده علیه نقض حقوق و آزادی‌های مصرح در

---

\*. The New European Court of Human Rights.

\*\* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

1. The European Commission of Human Rights.

برای اطلاعات بیشتر راجع به این کمیسیون و وضعیت فعلی آن رک.

Merrius, J.G. and Roberston, A.H., *Human Rights in Europe, A Study of the European Convention on Human Rights*, Manchester University Press, 2001, pp. 271-295.

۲. برای اطلاعات جامع و کاربردی درباره این دادگاه جدید رک.

کنوانسیون اروپایی خواهد پرداخت. افزون بر رسیدگی بر شکایات نقض حقوق بشر، دادگاه اروپایی نظریات مشورتی (Advisory opinions) در زمینه مسائل حقوقی مرتبط با تفسیر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر صادر خواهد کرد.

این دادگاه جانشین دادگاهی شد که در سال ۱۹۵۹ تأسیس شده بود و همراه با کمیسیون اروپایی حقوق بشر به رسیدگی شکایات می‌پرداختند. گرچه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر اولین سند بین‌المللی نبود که در زمینه حقوق بشر تدوین شده بود،<sup>۳</sup> لیکن این کنوانسیون را می‌توان نخستین سند حقوق بشری دانست که نهادی قضایی را در جهت نظارت و کنترل قضایی بر حسن اجرای یک قرارداد بین‌المللی پیش‌بینی کرده است. البته واضح است که ترتیبات متخذه در حقوق داخلی بهترین و مؤثرترین ابزار برای حمایت از حقوق و آزادیهای افراد است، اما نمی‌توان انکار کرد که این ترتیبات همیشه وافی به منظور نبوده و لذا پیش‌بینی دادگاه‌ها و مراجع فراملی (البته در صورتی که به ابزاری سیاسی تبدیل نشوند) می‌توانند در تضمین و حمایت از حقوق شهروندان نقش حمایتی قابل توجهی ایفا کنند. دادگاه اروپایی حقوق بشر در طول تاریخ خود نه تنها نقش مهمی در ارتقای حقوق بشر در قاره اروپا، بلکه نقش قابل توجهی در توسعه و تحول حقوق بین‌الملل ایفا کرده است.<sup>۴</sup>

---

Leach, Philip, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Blackstone Press, London, 2001.

3. The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1951.

۴. برای اطلاع بیشتر از بحث درمورد نقش دادگاه اروپایی حقوق بشر در توسعه حقوق بین‌الملل رک.

## ۲- پروتکل شماره یازده کنوانسیون اروپایی حقوق بشر<sup>۵</sup>

توسعه تعداد اعضای کنوانسیون و بالا رفتن تعداد متقاضیان، مدت زمان رسیدگی به شکایات را روز به روز طولانی می‌نمود تا بدانجا که رسیدگی به یک شکایت حداقل مدتی در حدود ۴ تا ۵ سال طول می‌کشید.<sup>۶</sup> پرونده ابتدا برای رسیدگی‌های مقدماتی به کمیسیون اروپایی حقوق بشر ارسال و پس از طی این مرحله در صورت تأیید کمیسیون به دادگاه ارجاع می‌شد. طولانی شدن فرایند رسیدگی و زمان رسیدگی به شکایات‌ها باعث شد که پیشنهادهایی در جهت ایجاد سیستم جدیدی عرضه شود تا رسیدگی به شکایت را آسان‌تر، سهل‌الوصول‌تر و در نتیجه کوتاه‌تر نماید.

از نوامبر ۱۹۹۸ به بعد، پروتکل شماره ۱۱ لازم‌الاجرا شده و با لازم‌الاجرا شدن آن، سیستم دو مرحله‌ای سابق که متشکل از کمیسیون و دادگاه حقوق بشر بود به سیستمی یک مرحله‌ای که همانا دادگاه جدید اروپایی حقوق بشر است تغییر ساختار داد.

پروتکل شماره ۱۱ تغییرات ماهوی در مقررات کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ایجاد نکرده است. همچنین این پروتکل تغییر ماهوی در

---

J.G. Merrius (1993), *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, Manchester.

5. Protocol No.11 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Restructuring the Control Machinery thereby, Council of Europe, Doc. H (94)5, (1994) 17 EHRR 501.

6. افزون بر مدت زمان فوق به طور طبیعی شکایت باید مدت زمان طولانی را قبل از آن در کشور متبوع خود برای طی تمام مراحل رسیدگی و اطمینان از عدم حصول نتیجه در داخل کشور را پشت سر می‌گذاشت.



ملاک‌ها و معیارهای قابل رسیدگی بودن شکایت در دادگاه اروپایی حقوق بشر به وجود نیاورده است. لیکن با لازم‌الاجرا شدن این پروتکل افزون بر حذف کمیسیون اروپایی حقوق بشر، تغییرات قابل توجهی در نحوه رسیدگی به شکایات‌ها و رویه دادگاه ایجاد شد که در مباحث آتی به نحوه رسیدگی و رویه دادگاه خواهیم پرداخت.

ذکر این نکته در پایان این بحث ضروری به نظر می‌رسد که گرچه با لازم‌الاجرا شدن پروتکل شماره ۱۱ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر فرایند رسیدگی به شکایات نقض کنوانسیون آسان‌تر و کوتاه‌تر شده است، لیکن به نظر نمی‌رسد که سیستم ایجاد شده توسط این پروتکل نیز بتواند پاسخگوی نیاز روزافزون و پرونده‌های روبه‌تزايد ارجاع به دادگاه اروپایی حقوق بشر باشد. آمار پرونده‌های وارده و پرونده‌های مختومه تفاوت فاحشی را نشان می‌دهد که نمایانگر ناتوانی سیستم موجود در رسیدگی سریع و به موقع شکایات است. همین امر چهره‌های حقوقی شاخص اروپایی را در ژوئن ۲۰۰۰ در کنار هم قرار داد تا تغییرات بیشتری در سیستم رسیدگی را مورد بحث قرار دهند.<sup>۷</sup>

### ۳- قضات دادگاه جدید اروپایی حقوق بشر و نحوه انتخاب آنها

براساس ماده ۲۰ کنوانسیون تجدیدنظر یافته اروپایی حقوق بشر، تعداد قضات برابر با تعداد اعضای ملحق شده به کنوانسیون خواهد بود.<sup>۸</sup>

---

7. Leach, Philip (2001), pp. 5-6.

۸. با لازم‌الاجرا شدن پروتکل شماره ۱۱، موادی از کنوانسیون طبیعتاً مورد بازنگری و اصلاح قرار گرفته است.

قضات از میان چهره‌های موجه اخلاقی که صلاحیت علمی برای تصدی مقامات عالی‌رتبه قضایی و یا مشاوره‌ای دارند انتخاب خواهند شد (بند ۱ ماده ۲۱). قضات دادگاه براساس صلاحیت فردی عمل خواهند کرد (بند ۲ ماده ۲۱). بدان معنی که قضات نه به عنوان نماینده کشور متبوع خود بلکه مستقل از آن به امر قضا در این دادگاه خواهند پرداخت. بنابراین به تصریح بند سوم ماده ۲۱ قضات دادگاه جدید حقوق بشر در طول دوره قضاوت خود در این دادگاه نبایستی به کاری که به استقلال قضایی و یا بی‌طرفی آنها در تعارض باشد، اشتغال داشته باشند.

ماده ۲۲ کنوانسیون به نحوه انتخاب قضات می‌پردازد. براساس بند ۱ این ماده، قضات دادگاه جدید اروپایی حقوق بشر به وسیله آرای اکثریت مجمعی که تمام اعضای کنوانسیون در آن نماینده‌ای دارند انتخاب خواهند شد. کشورهای عضو هر کدام لیست سه نفره‌ای از کاندیداهای خود را به این مجمع ارائه داده و یک قاضی از این لیست انتخاب خواهد شد. نکته قابل توجه این که شرط تابعیت از شرایط حذف شده، بنابراین هر کشور عضو می‌تواند کاندیداهایی که تابعیت کشور دیگری را دارند معرفی کند. این مسأله کار را برای کشورهای بسیار کوچک اروپایی که در معرفی سه کاندیدا از کشور خود دچار مشکل بودند آسان کرده است. همچنین در این ماده جدید شرط منع انتخاب دو قاضی دارای تابعیت یک کشور حذف شده است. ماده ۲۳ کنوانسیون به مدت زمان تصدی پست قضاوت در دادگاه پرداخته و قضات دادگاه برای مدتی شش ساله انتخاب و امکان انتخاب مجدد آنها وجود دارد. قضات دادگاه اروپایی قابل عزل نیستند. امکان عزل

تنها درحالتی میسر است که دیگر قضات دادگاه به اتفاق رأی به عزل او بدهند.<sup>۹</sup>

#### ۴- سازمان دادگاه جدید اروپایی حقوق بشر

دادگاه بزرگی متشکل از همه قضات علی القاعده نمی تواند به عنوان دادگاهی واحد انجام وظیفه نماید. همچنین از آنجا که مهمترین هدف دادگاه جدید اروپایی حقوق بشر تسریع روند رسیدگی به پرونده‌ها بوده و بالطبع یک دادگاه بزرگی متشکل از کل قضات نمی تواند برآوردکننده چنین هدفی باشد، طبیعی است که این دادگاه به بخش‌ها و شعب کوچکتری تقسیم خواهد شد. البته این بدان معنی نخواهد بود که دادگاه در هیچ موردی با حضور تمام اعضا تشکیل نمی شود و یا دادگاه متشکل از کل اعضا فاقد کارکرد خاصی باشد.

ماده ۲۶ کنوانسیون تجدیدنظر شده برای دادگاه متشکل از کل اعضا (Plenary court) وظایف زیر را پیش‌بینی نموده است:

الف - انتخاب رئیس دادگاه و یک و یا دو نایب‌رئیس برای مدت ۳ سال که البته این افراد می توانند مجدداً انتخاب شوند؛

ب - تشکیل شعبی (Chambers) که برای مدت معینی به کار خود ادامه خواهند داد؛

ج - انتخاب رؤسای شعب دادگاه، که البته این رؤسا قابل انتخاب مجدد هستند؛

---

۹. ماده ۲۴ کنوانسیون.

د- تدوین قواعد حاکم بر دادرسی دادگاه؛  
ه- انتخاب مسئول دفتر دادگاه (The Registrar) یک و یا بیش از  
یک قائم مقام و معاون (Deputy Registrar) برای او.

دادگاه متشکل از همه اعضا در سال ۱۹۹۸ قواعد رسیدگی دادگاه<sup>۱۰</sup>  
را در ۱۰۴ قاعده مورد تصویب قرار داد که براساس قاعده ۱۰۴ آن این  
مقررات از اول نوامبر ۱۹۹۸ لازم‌الاجرا خواهد بود. این قواعد مسائل مهمی  
همچون نحوه کارکرد دادگاه، تشکیل شعب و کمیته‌ها، نحوه استماع  
دعاوی، مسأله رأی مشورتی، معاضدت‌های قضایی و صدور رأی و ... را  
دربردارند. می‌توان گفت این مقررات به عنوان مجموعه‌ای دقیق و نسبتاً  
جامع از نحوه شکل‌گیری دادگاه و کمیته‌ها و شعب تا صدور رأی را شامل  
می‌شود.

براساس ماده ۲۷، دادگاه دارای کمیته‌هایی متشکل از سه قاضی و  
شعبی متشکل از هفت قاضی و یک شعبه عالی (Grand Chamber) که  
متشکل از هفده قاضی از جمله رئیس دادگاه و معاونان او خواهد بود.  
پرونده‌های ارجاعی به تناسب وضعیت به یکی از شعب دادگاه ارسال و  
رئیس دادگاه ممکن است دستور رسیدگی اولیه را به یک قاضی تحقیق  
ارجاع دهد. قاضی تحقیق بنوبه خود ممکن است رأساً اقدام به اظهارنظر  
مبنی بر قابل رسیدگی بودن پرونده نموده و یا آن را به کمیته سه نفره  
ارجاع دهد. شعبه متشکل از هفت قاضی النهایه در این مورد تصمیم خواهد

---

10. Rules of Procedure of the European Court of Human Rights.

گرفت. شعبه عالی نیز بنابه تصریح ماده ۴۴ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به عنوان مرجع نهایی عمل خواهد کرد.<sup>۱۱</sup>

#### ۵- چه کسانی می‌توانند در دادگاه اقامه دعوی کنند

دادگاه جدید اروپایی حقوق بشر، همانند تشکیلات پیشین، هم به دعاوی کشورهای عضو علیه یکدیگر و هم به دعاوی افراد و سازمانهای غیردولتی علیه کشورهای عضو کنوانسیون رسیدگی خواهد کرد. براساس ماده ۳۳ کنوانسیون تجدیدنظر شده هر یک از کشورهای عضو کنوانسیون می‌تواند در مورد ادعای نقض مفاد کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و یا پروتکل‌های آن علیه کشور دیگری که عضو کنوانسیون باشد شکایت برد. در مورد پروتکل‌ها واضح است که منظور پروتکل‌هایی است لازم‌الاجرا شده بدین معنی که کشور مشتکی‌عنه نیز به آن پیوسته باشد.

ماده ۳۴ کنوانسیون دادگاه می‌تواند تقاضاهای رسیدگی از تمام اشخاص، سازمانهای غیردولتی و یا گروه‌ها و جمعیت‌هایی دریافت کند که مدعی هستند قربانی نقض حقوق و موازین پیش‌بینی شده در کنوانسیون و یا در پروتکل‌های ضمیمه آن توسط یکی از کشورهای عضو کنوانسیون هستند. در این زمینه نکته قابل توجه این است که دولتها نمی‌توانند به هیچ طریقی از اعمال حق مراجعه افراد به دادگاه ممانعت به عمل آورند.<sup>۱۲</sup>

---

۱۱. برای جزئیات نحوه رسیدگی و تشکیل شعب، نقش شعبه عالی، نقش قاضی تحقیق، نقش کمیته متشکل از سه قاضی و همچنین چگونگی تعامل این تشکیلات با هم به قواعد رسیدگی دادگاه و همچنین مواد ۴۸-۲۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مراجعه نمایید.  
۱۲. رک. ماده ۳۴ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر.

از نکات مثبت مطرح شده در ماده ۳۴ کنوانسیون این است که افراد صرفنظر از تابعیتشان حق مراجعه به دادگاه مزبور را دارند. بنابراین شهروندان غیراتباع کشورهای عضو دادگاه نیز می‌توانند نسبت به نقض حقوق مصرح در کنوانسیون توسط یکی از کشورهای عضو کنوانسیون به دادگاه شکایت برند. این چنین حقی به ویژه برای مهاجران، پناهندگان و ساکنان غیرتبعه کشورهای اروپایی به عنوان یک منبع حمایتی قابل توجه به شمار می‌آید.

#### ۶- ملاکهای پذیرش دادخواست در دادگاه<sup>۱۳</sup>

مسئله ملاکهای پذیرش دادخواست در دادگاه از جمله مسائلی است که مورد بحث و بررسی مفصلی در محافل و منابع حقوق بشر اروپایی قرار گرفته است.<sup>۱۴</sup>

مواد ۳۳ تا ۳۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نکات اساسی درباره ملاکهای پذیرش دادخواست را بیان می‌دارد. براساس ماده ۳۳ دادگاه به شکایات هر یک از کشورها در موارد نقض حقوق مصرح در کنوانسیون توسط کشوری دیگر رسیدگی خواهد کرد. بنابراین شکایات کشورهای غیرعضو کنوانسیون علیه کشورهای عضو کنوانسیون و یا شکایات

---

13. Admissibility criteria.

۱۴. از جمله رک.

Merrrius, J.G. and Roberston, AH. (2001), pp.301-303; Feid, K. (1998), A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, Sweet and Maxwell, London, pp. 19-31; Leach, Ph. (2001), pp. 9-49.

کشورهای عضو کنوانسیون علیه کشورهای غیرعضو به دادگاه اروپایی حقوق بشر ارتباطی پیدا نمی‌کند.

چنانچه در مبحث قبل دیدیم، ماده ۳۲ کنوانسیون امکان شکایات افراد و سازمانهای غیردولتی علیه کشورهای عضو مبنی بر نقض حقوق مصرح در کنوانسیون در آن کشورها را مورد رسیدگی قرار می‌دهد. نکته قابل توجه که هم در این ماده و هم در ماده ۳۵ مورد تصریح قرار گرفته، این است که دادگاه به شکایات نقض حقوق پیش‌بینی شده در کنوانسیون و یا پروتکل‌های ضمیمه آن<sup>۱۵</sup> رسیدگی می‌کند. در مباحث آتی توضیحات بیشتری را در این زمینه خواهیم داد.

ماده ۳۵ کنوانسیون به شرایط و ملاکهای پذیرش دادخواست و شکایت در دادگاه با جزئیات بیشتری می‌پردازد. براساس بند ۱ این ماده تنها در صورتی که تمام راههای موجود در نظام حقوق داخلی یک کشور طی شده باشد و قربانی نقض حقوق بشر نتوانسته باشد از طریق مراجع داخلی به احقاق حق بپردازد،<sup>۱۶</sup> دادگاه اروپایی حقوق بشر به پرونده رسیدگی خواهد کرد. این مسأله مطابق با منطق و اصول حقوق بین‌المللی است که براساس آن مراجع بین‌المللی و غیرداخلی در صورت عدم پاسخگویی و ناکارایی مراجع داخلی وارد عمل خواهند شد. به دیگر سخن، صلاحیت مراجع غیرداخلی پس از طی تمام مراحل داخلی مطرح خواهد شد. بررسی جنبه‌های مختلف این قاعده که امروزه ادعا شده به قاعده‌ای پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل تبدیل شده است، خارج از حوصله این مقاله است.

---

15. Rights set forth in the convention or the protocols thereto.

16. After all domestic remedies have been exhausted.

به طور خلاصه ماهیت این قاعده و این که آیا این قاعده شکلی و یا ماهوی است، و این که حوزه قلمرو این قاعده کدام دسته از موارد مربوط به نقض حقوق بشر باید باشد، محتوای این قاعده چیست و بالاخره تکلیف اقامه دلیل در این موضوع به عهده کیست از جمله مسائل مهم در بررسی این قاعده است.<sup>۱۷</sup>

همچنین در بند ۱ ماده ۳۵ پیش‌بینی شده است که شکایت و تسلیم دادخواست به دادگاه اروپایی حقوق بشر در طی مدت ۶ ماه پس از آخرین تصمیم در مراجع داخلی مقدور خواهد بود. طبیعی است پیش‌بینی یک دوره حداکثر ۶ ماهه به منظور جلوگیری از طرح پرونده‌ها و مواردی بوده که مدتهای طولانی از آن گذشته و در حقیقت تلاشی است در جهت محدود کردن و تقلیل موارد ارجاعی به دادگاه. واضح است با توجه به فرهنگ دادگاه‌گرایی اروپاییان، امکانات و معاضدت‌های حقوقی موجود در آن قاره و سطح آگاهی عمومی مردم نسبت به امکانات موجود و حقوق خود، در صورتی که شاکی بجد بر محق بودن خود مصر باشد، علی‌القاعده در طی مدت ۶ ماه اقدام به شکایت به دادگاه مزبور خواهد نمود. باید توجه داشت محدود کردن امکان شکایت به مدت مزبور در موارد نادری ممکن است به تضییع حقوق برخی افراد نیز منجر شود.

براساس بند ۲ ماده ۳۵ (الف) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، دادگاه به شکایات افراد و سازمانهای غیردولتی ناشناخته و فاقد نام رسیدگی نخواهد کرد. منطق حقوقی حاکم بر این ملاک و شرط هم به خوبی روشن

---

۱۷. در این زمینه رک. Amparo Sanjosé GII ترجمه دکتر ابراهیم بیگزاده؛ «مسئولیت بین‌المللی دولتها در قبال نقض حقوق بشر»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۰-۲۹، ۱۳۷۹، صص ۲۸۲-۲۶۶.



است، چرا که دادگاه یک مرجع قضایی بر حل و فصل دعاوی و رسیدگی به شکایات است و نه یک مرجع نظارتی صرف.

همچنین بند ۲ ماده ۳۵ (ب) تصریح می‌کند که دادگاه به پرونده‌هایی که قبلاً توسط این دادگاه و یا مرجع تحقیق و یا حل و فصل بین‌المللی دیگری ارائه شده و مورد بررسی قرار گرفته و حاوی اطلاعات تازه‌ای در مورد پرونده نیست رسیدگی نخواهد کرد. در حقیقت، دادگاه اصل عدم رسیدگی مجدد به قضیه محکوم‌بها را در این مورد ساری و جاری می‌داند.

به اعتقاد نگارنده بحث‌انگیزترین مورد در ارتباط با ملاکها و شرایط رسیدگی به شکایات در بند ۳ ماده ۳۵ کنوانسیون مورد تصریح قرار گرفته است. چنانچه گذشت، دادگاه تنها به شکایات مربوط به نقض حقوق پیش‌بینی شده در کنوانسیون و پروتکل‌های ضمیمه می‌تواند رسیدگی کند. این مطلب با تصریح بیشتری در این بند مورد توجه قرار گرفته است. براساس بند ۳ ماده ۳۵، دادگاه شکایات افراد و سازمانهای غیردولتی را که با مقررات و مواد کنوانسیون و پروتکل‌های آن غیرمنطبق بدانند رد خواهد نمود. دادخواست به این دلیل که برای دادگاه رسیدگی به آن در چارچوب مواد و مقررات کنوانسیون امکان ندارد، ممکن است غیرقابل طرح شناخته شود. مثال بارز آن می‌تواند مواردی مثل شکایت از نقض حقوقی غیرمصرح در کنوانسیون و پروتکل‌های ضمیمه آن باشد. و یا از موارد مصرح در پروتکل‌هایی باشد که کشور مشتکی‌عنه به آن پروتکل ملحق نشده باشد. نگاهی اجمالی به حقوق مصرح در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در این زمینه می‌تواند مفید باشد.

بخش اول کنوانسیون اروپایی حقوق بشر دوازده حق و آزادی را  
مورد توجه قرار داده است:

- ۱- حق حیات (ماده ۲)؛
- ۲- منع شکنجه و مجازات و یا رفتارهای تحقیرآمیز و غیرانسانی (ماده ۳)؛
- ۳- آزادی از بردگی (منع برده‌داری، ماده ۴)؛
- ۴- حق آزادی و امنیت شخصی (ماده ۵)؛
- ۵- حق بهره‌مندی از محاکمات منصفانه (ماده ۶)؛
- ۶- حمایت در برابر عطف به ماسبق شدن قوانین کیفری (ماده ۷)؛
- ۷- حق بهره‌مندی از احترام به زندگی خانوادگی و خصوصی، خانه و مراسلات (ماده ۸)؛
- ۸- آزادی اندیشه، مذهب (ماده ۹)؛
- ۹- آزادی بیان (ماده ۱۰)؛
- ۱۰- آزادی تجمعات و اجتماعات مسالمت‌آمیز (ماده ۱۱)؛
- ۱۱- حق و آزادی ازدواج (ماده ۱۲)؛
- ۱۲- حق بهره‌مندی از حمایت برای جبران خسارت در صورت نقض حقوق شخص (ماده ۱۳).

افزون بر حقوق مذکور، پروتکل‌های الحاقی به این کنوانسیون نیز حقوقی به کنوانسیون اضافه کرده‌اند که بالطبع برای کشورهای که به پروتکل‌های مذکور ملحق شده‌اند لازم‌الرعایه است. برای مثال در پروتکل

شماره یک<sup>۱۸</sup> حقوقی از قبیل حق بهره‌مندی مسالمت‌آمیز از اموال و یا حق آموزش و به ویژه حق والدین نسبت به آموزش فرزندان براساس باورهای مذهبی و فلسفی خود پیش‌بینی شده است. منع زندان به دلیل ناتوانی از انجام تعهدات قراردادی، آزادی تردد و انتخاب محل اقامت در پروتکل شماره چهار<sup>۱۹</sup> مقرر شده‌اند. پروتکل شماره شش<sup>۲۰</sup> به منع مجازات اعدام پرداخته است. پروتکل شماره هفت<sup>۲۱</sup> با پیش‌بینی حق بیگانگانی که به صورت قانونی مقیم کشوری هستند بر عدم اخراج مگر براساس تصمیم اتخاذ شده براساس قانون آنهم پس از طی مراحل هم‌چون امکان رسیدگی مجدد، ساز و کاری حمایتی از حقوق اقامتی بیگانگان را فراهم کرده است. این پروتکل حقوق دیگری را هم به ویژه در قلمرو حقوق کیفری برای متهمان و مجرمان پیش‌بینی نموده است. بهر روی، بیان تفصیلی و بحث پیرامون حقوق مقرر در کنوانسیون و پروتکل‌های ضمیمه آن خارج از حوصله و هدف اصلی این نوشتار است، لیکن به دلیل اهمیت این حقوق در ارتباط با پذیرش و یا رد دادخواست‌های ارجاعی به دادگاه به صورت مختصر و فهرست‌وار مورد اشاره قرار گرفت.

بسیاری از شکایات رد شده به دلیل شکایت از نقض حقوقی است که در کنوانسیون مزبور و یا یکی از پروتکل‌های ضمیمه آن پیش‌بینی نشده است. برای مثال حقوقی هم‌چون حق پناهندگی،<sup>۲۲</sup> حق

---

18. First Protocol to the European Convention for the Protection of Human Rights ... (1952).

19. Forth Protocol (1963), securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the First Protocol thereto.

20. Sixth Protocol (1983), concerning to the abolition of the death penalty.

21. Seventh Protocol to the European Convention for ... (1984).

22. Right to asylum.

مسکن،<sup>۲۳</sup> حق داشتن یک تابعیت،<sup>۲۴</sup> حق بازنشستگی،<sup>۲۵</sup> حق عدم استرداد در مورد برخی مجرمین<sup>۲۶</sup> و برخی دیگر حقوق گرچه ممکن است در دیگر اسناد بین‌المللی حقوق بشر و یا حتی سایر اسناد اروپایی حقوق بشر مثل منشور جامعه اروپایی راجع به حقوق بنیادین اجتماعی کارگران<sup>۲۷</sup> پیش‌بینی شده باشد، ولیکن به دلیل آن که در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و یا پروتکل‌های ضمیمه آن مورد شناسایی قرار نگرفته است نمی‌توانند در دادگاه اروپایی حقوق بشر مورد رسیدگی قرار گیرند.

#### ۷- نتیجه و آینده دادگاه

دادگاه جدید اروپایی حقوق بشر با هدف تسریع به رسیدگی شکایات با توانایی و قابلیتی بیشتر از سیستم رسیدگی دو مرحله‌ای قبلی تشکیل گردیده است. مسأله دقت در رسیدگی‌های قضایی نیز از دید تدوین کنندگان پروتکل شماره ۱۱ و همچنین قضات منتخب دوره اول دور نبوده است. مجموعه قواعد رسیدگی تدوین شده توسط مجمع قضات دوره اول در سال ۱۹۹۸ و اصولاً خود مواد کنوانسیون تجدیدنظر شده پس از پروتکل شماره ۱۱ نمایانگر میزان دقت و حساسیت تدوین کنندگان بوده است. تلاش در جهت نیل به سرعت بیشتر با حفظ دقت لازم در امر قضا

---

23. Right to housing.

24. Right to a nationality.

25. Right to pension.

26. Right to not be extradited.

27. Community Charter of The Fundamental Social Rights of Workers.

به‌ویژه در قلمرو حساس نقض حقوق بشر آن هم در یک مرجع فراملی بوده است.

با این همه، گفتمان حقوق بشر روز به روز در حال توسعه و تعمیق است. محدود کردن دادگاه به رسیدگی نقض حقوق مصرح در کنوانسیون، موارد بسیار دیگری از نقض حقوق بشر را که حتی مورد پذیرش خود اعضای کنوانسیون در دیگر اسناد قرار گرفته است از حیطه رسیدگی دادگاه خارج کرده است، و این بدان معنی است که دادگاه در چنین موارد و موضوعاتی نمی‌تواند به عنوان مرجعی قضایی فراملی فراگیر در زمینه حقوق بشر عمل کند.

همچنین افزایش حجم شکایات واصله به دادگاه نشان از رویکرد و اقبال هرچه بیشتر به دادگاه دارد. این افزایش حجم البته الزاماً نمایانگر افزایش نقض حقوق بشر نیست، بلکه می‌تواند نشانگر افزایش اقبال شهروندان اروپایی به مقوله حقوق بشر و همچنین توسعه آگاهیهای آنها بر امکان احقاق حق از طریق یک مرجع فراملی باشد. افزایش حجم شکایات به هر دلیل که باشد خیلی زود ضعف دادگاه جدید در رسیدگی کوتاه مدت به شکایات را نشان داده و امکان تجدیدنظر در ساختار رسیدگی را در آینده‌ای نه چندان دور به خوبی نشان می‌دهد.

در پایان جای این تأمل و سؤال به طور جدی مطرح است که آیا الگوی دادگاه اروپایی حقوق بشر می‌تواند به عنوان الگویی بین‌المللی و فراگیر و یا الگویی منطقه‌ای برای سایر نقاط جهان عمل کند. در کوتاه مدت، پاسخ منفی است. چرا که این دادگاه اروپایی حقوق بشر در تعامل تنگاتنگ با سایر ساختارهای حقوقی، فرهنگی، سیاسی اروپا در چارچوب

کشورهای نسبتاً همخوان و تا حدود زیادی هم فرهنگ تحقق پیدا کرده است. فرهنگ انقیاد به مراجع فراملی که بالطبع فراقدرت ملی خواهد بود الگویی نخواهد بود که به سادگی بتواند مورد پذیرش نظامهای سیاسی غیرمردم‌سالار قرار گیرد.

همچنین کشورگرایی که باقیمانده اندیشه‌های ملی‌گرایی (Nationalism) قرون نوزدهم و نیمه اول قرن بیستم اروپا است هنوز در بسیاری از مناطق دنیا حقوق و سیاست را تحت تأثیر شدید خود دارد. طبیعی است که اندیشه کشورگرایی با ایده تحدید حاکمیت ملی به وسیله مراجع فراملی سر سازگاری ندارد. لیکن سیر تحول تاریخ بشر، به ویژه در نیمه دوم قرن بیستم به بعد نشان داده است که جهت‌گیری حقوق و سیاست انسانی به سمت محدود کردن حاکمیت ملی به نفع تضمین حقوق شهروندی است.

## «تأثیر حقوق اتحادیه اروپا در تکامل مفهوم رفع تبعیض بین کارگر زن و مرد بر حقوق کار بریتانیا»

دکتر محمود براتی‌نیا

امروزه یکی از موضوعات مطروحه در جوامع صنعتی و کارگری مسأله فرصت اشتغال و تعیین میزان دستمزد برابر بین کارگران دارای جنس، نژاد، سن، قومیت و اعتقادات مذهبی و سیاسی متفاوت می‌باشد. این مسأله بویژه در جوامعی که مهاجرینی مرکب از رنگ‌ها و ملیت‌های مختلف و نیز ترکیبی از فرهنگ‌های گوناگون دارد، بیشتر به چشم می‌خورد. بطور مثال در ایالات متحده امریکا مسأله تبعیض بین کارگران سیاه و سفید و در جوامعی بمانند بریتانیا که دارای مردم بومی بیشتری است، تبعیض بین زن و مرد و نیز بین کاتولیک‌های بومی و پروتستان‌های مهاجر در ایالت ایرلند از آمار چشمگیری برخوردار است. بر این اساس، یکی از شرایطی که در چنین جوامعی در قراردادهای کار به کارفرمایان

تحمیل می شود، بکارگیری همه اقشار و نیز پرداخت حقوق و دستمزد برابر به کارگران شاغل، به دور از هرگونه تبعیض می باشد.

مسأله دیگری که انگیزه این نوشتار کوتاه می باشد توجه به این نکته است که امروزه مقررات مربوط به شرایط کار و رفع تبعیض بین زن و مرد از یک قانون عادی داخلی فراتر رفته و واجد یک بعد بین المللی شده است. محققینی که با حقوق بین المللی کار آشنا هستند، می دانند که عضویت دولت ها در اتحادیه های منطقه ای و اقتصادی (که دارای جغرافیای سیاسی و اقتصادی بالنسبه مشترکی می باشند) دو تعهد مهم را بر کشورهای عضو تحمیل نموده است. اول اینکه آنها را متعهد به رعایت یک سلسله تعهدات جدید در رابطه با حقوق بشر نموده است. دوم اینکه مرزهای رقابت در عرصه تولید و توزیع را برداشته و این امر را در بین واحدهای صنعتی و شرکت های تجاری از سطح ملی و داخلی به حد فراملی و بین المللی تبدیل نموده است. بارزترین نمونه های آن معاهداتی است که طی چند دهه اخیر و در نیمه دوم قرن بیستم بین کشورهای عضو موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت (GATT)،<sup>۱</sup> کشورهای اروپای غربی (EEC)،<sup>۲</sup> ایالات متحده

---

**1. General Agreement on Tariffs and Trade (1948).**

لازم به ذکر است که از سال ۱۹۹۵ این سازمان با تغییر نام به World Trade Organization (WTO) تلاش در جهت توسعه روابط تجاری بیشتری بین کشورهای عضو خود و ایفای نقش مهم تر در جامعه جهانی دارد.

**2. European Economic Community (1957).**

ذکر این نکته ضروری است که از سال ۱۹۶۷ با ادغام نهادهای EEC، ECSC، Euratom، جامعه اقتصادی اروپا به جامعه اروپا (EC) تغییر نام داد. همچنین از سال ۱۹۹۴ به دنبال روی آوردن به اهداف سیاسی و اجتماعی و تحقق «اروپای بدون مرز» نام آن به اتحادیه اروپا (EU) تبدیل گردید.



امریکا، کانادا و مکزیک (پیمان نفتا NAFTA)<sup>۳</sup>، ژاپن و چند کشور دیگر آسیای دور<sup>۴</sup> (ASEAN) منعقد گردیده‌است.

با بیان این مقدمه درک این مطلب ساده می‌شود که چگونه در دنیای کنونی حقوق کار با علمی مانند اقتصاد، سیاست، مدیریت و جامعه‌شناسی مرتبط گردیده، بطوری که آن را از یک ماهیت قراردادی و محدوده روابط خصوصی بین کارگر و کارفرما خارج گردانیده و به یک ماهیتی که ارتباط نزدیک با حفظ منافع ملی و فراملی دارد، مبدل نموده‌است. با امید آنکه این مقاله بتواند راه را برای کسب تجربه‌های موجود در راه تحقق اهداف سازمان منطقه‌ای اکو<sup>۵</sup> (ECO) و نیز شناخت عوامل مؤثر در گسترش همکاریها (همگرایی) و موانع موجود (واگرایی) هموار نماید.

### الف - تساوی در پرداخت حقوق زن و مرد در حقوق اتحادیه اروپا

تشکیل جامعه اقتصادی اروپا (EEC) در سال ۱۹۵۷ میلادی با همکاری شش کشور اروپایی پس از جنگ جهانی دوم به منظور جلوگیری از تکرار اختلاف و منازعه بر سر معادن فولاد و زغال سنگ که محور جنگ بود، صورت پذیرفت. اهداف اولیه آن نه تنها حذف تشریفات و تعرفه‌های گمرکی بلکه بر پایه رفع محدودیت درباره جابجایی کارگر، کالا، سرمایه و خدمات مندرج در معاهده رم (Treaty of Rome) استوار

3. North American Free Trade Agreement.

4. Association of South East Asian Nations.

5. گرچه عنوان بحث ما ارتباط مستقیم به مسائل امروز سازمان تازه گسترش یافته اکو (Economic Cooperation Organization) که در حال حاضر بین ایران و نه کشور همسایه آن منعقد گردیده‌است، ندارد ولیکن انتظار می‌رود که طرح بحث بتواند مقدمه‌ای در جهت شناختن سیاست‌های داخلی و خارجی اتحادیه‌های منطقه‌ای و گرفتن الگوهای مناسبی (با توجه به شرایط اجتماعی - اقتصادی و نیز بافت فرهنگی و سیاسی)، در برخورد با کارگران شاغل در واحدهای صنعتی و کشاورزی کشورهای عضو این سازمان باشد.

گردید. سپس این اهداف در معاهده دیگری بنام «قانون واحد اروپا» (SEA) <sup>6</sup> شتاب بیشتری گرفت. یکی از آشکارترین تأثیرات حاصله این معاهدات تغییر اساسی حقوقی کشورهای عضو، بویژه در زمینه حقوق کار بوده است. این امر زمانی آشکارتر می شود که دو نکته را یادآور شویم.

اول اینکه اصل ۱۱۹ در معاهده رم مقرر می دارد:

«زن کارگر استحقاق دریافت حقوق برابر در شرایط مساوی با مرد را

دارد».

لازم به ذکر است که گنجانیدن این اصل توسط دولت فرانسه که معمولاً پیشتاز در مسائل حقوق بشر بوده است، صورت پذیرفت. در واقع این اصل در این کشور به صورت شرط ضمن عقد بر کلیه قراردادهای منعقد بین کارگر و کارفرما مسلم فرض شده بود. لیکن نظر به اینکه این اصل در سایر کشورهای جامعه اروپا (EC) اعمال نمی گردید، بدیهی بود که ادامه این وضع می توانست فرصتی برای صاحبان صنایع و شرکت های رقیب در سایر کشورهای (EC)، باشد تا با کاستن از دستمزدها و امکانات رفاهی به نفع زنان کارگر و در نتیجه تولید محصولات ارزانتر، جایگاه بهتری در بازارهای جهانی بدست آورند.

نکته دیگر در این ارتباط این بود که هنگامی که دایره رقابت اقتصادی در سطح یک کشور اعمال می شد بازار عرضه و تقاضا و تعیین قیمت ها (از جمله دستمزد کارگران) به قلمرو همان کشور محدود می گردید. لیکن نظر به اینکه کشورهای عضو (EC) روز به روز در جهت تحقق بازار مشترک و واحد گام بر می داشتند، لذا نمی توان انکار نمود که

---

6. Single European Act 1986.

روابط اقتصادی با رشد و گسترش دایره رقابت، سادگی قبلی خود را از دست داده و از پیچیدگی و تنوع فراوان برخوردار می‌شد. در اینجا بود که به قول دو تن از نویسندگان غربی «در این شرایط کارگران نباید بهای تأسیس بازار بزرگتر را بپردازند بلکه آنان بایستی در مقابل عواقب تجدید ساختار روابط اقتصادی حمایت شده و مصونیت یابند».<sup>۷</sup> این بدین معنا بود که شرایط زیستی و محیط زندگی کارگران اعم از زن و مرد نباید فدای رقابت‌های اقتصادی و تحقق اهداف تجاری گردد.

در تعاقب این مطلب بود که اصل عدم تبعیض بین زن و مرد به صورت گسترده‌تری موضوع تصمیم آیین نامه‌های لازم الاجرائی گردید که به وسیله شورای وزیران اروپا به تصویب رسید. هم چنین این امر توسط آرا و احکام دیوان دادگستری اروپا (ECJ)<sup>۸</sup> مورد حمایت جدی‌تری قرار گرفت، بطوری که شامل مواردی گردید که اگرچه کار زن ظاهراً مشابه یا مساوی با کار مرد نباشد ولیکن مواردی را که ارزش مساوی نیز داشته باشد در برگیرد. نکته دوم اینکه اهداف مزبور موضوع تعهدات سنگین‌تری گردید که به موجب معاهده ماستریخت در سال ۱۹۹۴<sup>۹</sup> و نیز معاهده آمستردام<sup>۱۰</sup> در سال ۱۹۹۷، بوجود آمد. این دو معاهده رسیدن به ابعاد سیاسی و اجتماعی را به موازات اهداف اقتصادی تصریح نمود و بطور خلاصه مقرر داشت که شهروندان ۱۵ کشور عضو اتحادیه جهت جابجایی و زندگی در این کشورها نیازی به اخذ ویزا نداشته و از کلیه حقوق و

---

7. Blanpain R. & Engels C., *European Labour Law*, 3 rd ed., Netherlands: Kluwer, (1995), p. 259.

8. European Court of Justice.

۹. لازم به ذکر است همین چرخش از مسائل اقتصادی به ابعاد سیاسی - اجتماعی بود که نام جامعه اقتصادی اروپا را به اتحادیه اروپا تغییر داد.

10. The Treaty of Amsterdam.

تکالیف سایر شهروندان کشورهای میزبان برخوردار می‌باشند. از طرف دیگر، آنان نه تنها در نقل و انتقالات سرمایه، کالا، خدمات و سرویس از هر گونه محدودیت گمرکی معاف می‌باشند بلکه دولتها حق اعمال سیاستهایی نظیر تثبیت قیمتها، تحدید تولید و نیز دامپینگ<sup>۱۱</sup> (Damping) را علیه یکدیگر ندارند.

دو وظیفه دیگر نیز بر عهده کشورهای میزبان قرار گرفت. اولاً: آنان مکلف گردیدند که زمینه‌های سرمایه‌گذاری و جابجایی ثروت را مانند اتباع خود برای سایر اتباع کشورهای عضو فراهم نمایند. ثانیاً: کارگران هر یک از این کشورها حق عضویت در سندیکاهای کارگری و نیز برخورداری از کلیه امکانات و بویژه بیمه‌های اجتماعی را دارا می‌باشند. بطور خلاصه اینکه حرکت آزادانه سرمایه و نیروی انسانی و خط مشی مشترک پولی و سرمایه‌گذاری (از جمله سیاست‌های مشترک کشاورزی)، می‌بایستی با هماهنگی اهداف رفاه اجتماعی به موازات یکدیگر فضای رقابت آزاد و عادلانه را فراهم نماید.

در پایان این قسمت ذکر این نکته ضروری به نظر می‌رسد که اتحادیه اروپا دارای چهار رکن اساسی یعنی الف - پارلمان، ب - شورای وزیران، ج - کمیسیون، د - دیوان دادگستری اروپا (ECJ) می‌باشد. در این ارتباط رکن اخیرالذکر از مهم‌ترین ارکانی است که همواره در جهت تحقق رفاه اجتماعی و رفع تبعیض بین کارگران زن و مرد نقش مؤثر داشته است. احکام این نهاد قضایی بر دادگاهها و مراجع حقوقی ملی تفوق (Supremacy) دارد. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که ماهیت فراملی

---

۱۱. جهت تشویق صادرات و نیز امکان رقابت با بازارهای جهانی، معمولاً قیمت کالاهای صادراتی ارزانتر از موارد مشابه آن در بازارهای داخلی کشورهاست.

اتحادیه نه تنها با ضمانت اجرای سیاسی بلکه با ضمانت های قضایی از جمله حق تعقیب دولت های ناقض تعهدات (حتی به وسیله اتباع سایر کشورهای عضو) تضمین شده است.<sup>۱۲</sup> بنابراین ضعیفی که سایر کشورهای جهان در اجرای مصوبات حمایتی «سازمان بین المللی کار» (ILO)<sup>۱۳</sup> از لحاظ ضمانت اجرا دارند، بدین وسیله جبران شده است و تبعیت از احکام ECJ جنبه اختیاری ندارد. در واقع می توان گفت «قانونگذاری در مسائل سیاسی - اجتماعی و اقتصادی از لندن به بروکسل (مرکز شورای وزیران اتحادیه اروپا) و در مسائل قضایی ناشی از معاهدات EC به لوکزامبورگ (مرکز دیوان دادگستری اروپا) انتقال یافته و دادگاه های انگلستان را تحت الشعاع قرار داده است».<sup>۱۴</sup>

## ب - رفع تبعیض در نظام حقوق کار انگلستان

اصل عدم تبعیض در اشتغال و نیز تساوی در پرداخت برابر بین زن و مرد در کشور انگلستان که خود یکی از پیشتازان نهضت های کارگری است، با تصویب دو لایحه مهم از طریق پارلمان، زمینه حمایت های قابل

---

۱۲. در این راستا در پرونده معروفی بنام Francovich، دولت ایتالیا که قصور در تشکیل صندوق تعاون جهت پرداخت حقوق کارگران به عنوان دیون ممتازه در فرض ورشکستگی شرکت های معسر داشت محکوم به پرداخت جریمه به نفع تبعه خود گردید. این پرونده راه را برای بهره مند شدن یک تبعه از یک قرارداد بین المللی که حسب قواعد حقوق بین الملل عمومی، بین دولت های طرف قرارداد لازم الاجرا است، باز نمود. مضافاً براینکه برخلاف این قاعده حقوق بین الملل عمومی که علی الاصول تبعه حق تعقیب دولت متبوع خود را در یک مرجع بین المللی ندارد، ثابت نمود که دیوان دادگستری اروپا (ECJ) می تواند مرجع حل اختلاف بین هریک از اتباع و دولت های عضو اتحادیه اروپا گردد. شاید خالی از لطف نباشد که اشاره شود دادگاه در دعاوی بعدی (Factortame و Brasserie) پا را از این هم فراتر گذاشته و حکم به نفع اتباع سایر کشورهای عضو علیه کشور ناقض تعهدات موجود در معاهدات EC داد.

13. International Labour Organization.

14. Hepple BA. & Fredman S., Labour Law and Industrial Relations in Great Britain, (Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992), p. 200.

ملاحظه‌ای را پدید آورد.<sup>۱۵</sup> لیکن مسأله ایجاد توازن بین حفظ منافع واحدهای تجاری و تشویق به سرمایه‌گذاری (بخصوص جهت مقابله با تورم و بحرانهای اقتصادی ناشی از اقتصاد جهانی) از یک طرف، و از طرف دیگر تحمیل شرایط مساوی بین زن و مرد که قدرت تولیدی متفاوتی دارند این امر را از پیچیدگی خاصی برخوردار نموده است. مضافاً اینکه تعهدات خانوادگی از جمله تبعیت از سکونت در محل زندگی همسر، زنان کارگر را در وضعیتی قرار می‌دهد که از قدرت جابجایی او به شعبه‌های مختلف مراکز تجاری و صنعتی و یا واحدهای فروش آنان در شهرها یا کشورهای دیگر اتحادیه اروپا (EU) می‌کاهد. بعلاوه مشکلات ایام بارداری و حضانت کودکان شیرخوار موجب تحمیل شرایط حمایتی بیشتر نسبت به مردان برای کارفرمایان نموده، ضمن اینکه از قدرت تطبیق‌پذیری زنان کارگر با ساعات کار جدید، کاسته است.

کشور انگلستان در سال ۱۹۷۲ علی‌رغم تمایلات سیاسی به جامعه اقتصادی اروپا پیوست.<sup>۱۶</sup> همان طوری که می‌دانیم این کشور تنها کشوری است که در میان کشورهای عضو اتحادیه اروپا (EU) از سیستم حقوق عرفی (Common Law) تبعیت دارد. در این سیستم با تکیه بر اصل «آزادی اراده در قراردادها» از هیچ یک از قواعد حمایتی بویژه به نفع زنان کارگر خبری نبود، مگر اینکه به صورت شرط ضمن عقد موضوع توافق طرفین قرارداد واقع می‌گردید، که آن هم به لحاظ اینکه این قشر کارگری موضوع یک تصور ذهنی از جهت قدرت تولید بوده و ضمناً فاقد

---

۱۵. الف. قانون پرداخت حقوق برابر (Equal Pay Act 1970) که همزمان با ب. قانون رفع تبعیض از زن (Sex Discrimination Act 1975) به مرحله اجرا درآمد.

۱۶. کشور انگلستان به لحاظ پیوند عمیق سیاسی و اقتصادی با ایالات متحده آمریکا از یک طرف و از طرف دیگر داشتن موقعیت ممتاز با کشورهای مشترک‌المنافع، حاضر نبود که به جامعه اقتصادی اروپا بپیوندد. بویژه اینکه واگذاری امتیازات تعرفه‌ای به رقبای تجاری خود مورد تمایل انگلستان نبود.

مهارت‌های پیچیده حرفه‌ای و نیز فاقد جایگاه مهمی در اتحادیه‌ها و سندیکاهای کارگری بوده‌اند، قادر به گنجاندن شرایط حمایتی در قرارداد کار نبودند. بدیهی بود که انگلستان به تبعیت از عضویت در اتحادیه اروپا (EU)، تابع نظامی گردید که تعهدات جدیدی را با خود به همراه داشت. از جمله این تعهدات هماهنگی و تطبیق با شرایط اجتماعی و وضع زندگی کارگران در سایر کشورهای عضو جامعه اروپا (EC) بویژه آلمان و فرانسه (که از شرایط بهتری برخوردار بودند) بود. در این ارتباط دیوان دادگستری اروپا (ECJ) با صدور آرای مهمی مبتنی بر یک تفسیر باز و وسیعی از مفهوم رفع تبعیض، اقدام به بنیان تفسیر جدیدی را نمود که موجبات تحولات عظیمی را به نفع کارگران زن در انگلستان فراهم ساخت و روز به روز بر ابعاد آن در جهت وضع قواعد و قوانین حمایتی و نیز ایجاد رویه‌های قضایی گردید. نمونه بارز آن این است که علیرغم اینکه دولت انگلیس دست به وضع دو قانون فوق الذکر نمود، سن بازنشستگی را به جهت حمایت از منافع کارفرما برای کارگران مرد ۶۵ سال و برای زنان ۶۰ سال وضع نمود. دیگر اینکه پس از دوران بازنشستگی کارگران مرد را از امتیازات بهتری از جهت بهره‌مندی از حقوق پس از بازنشستگی از جمله بن‌های کارگری و اخذ کارت مجانی در استفاده از تسهیلات راه آهن برخوردار نمود. در حالی که دیوان دادگستری اروپا هر دو مورد را مخالف اصل ۱۱۹ معاهده رم دانست (دو پرونده معروف به Marshall و

(Barber)<sup>۱۷</sup> این امر منجر به اصلاحاتی توسط قانون (SDA) ۱۹۸۶ و (EPA) ۱۹۸۳<sup>۱۸</sup> گردید.

چندماه بعد در دو دعوی بسیار مهم دیگری (Jenkins و Bilka)<sup>۱۹</sup> تصمیماتی توسط دیوان اتخاذ شد که منشأ صدور احکام مهمی در دادگاههای انگلستان گردید. بطور خلاصه موضوع دعوی این بود که کارفرما به قصد استفاده بیشتر از ماشین آلات کارخانه تصمیم گرفت که ۱۰٪ بیشتر به کارگران تمام وقت پردازد تا اینکه کارگران پاره وقت را (که ۹۰٪ آنان را زنان کارگر تشکیل می‌داد) تشویق بکار به صورت تمام وقت نماید. در دعوی دوم نیز به جهت جاذبه دار نمودن کار تمام وقت کارفرما تصمیم گرفت مبلغ بیشتری هنگام بازنشستگی برای آنان در نظر بگیرد. این دو مورد از نظر دیوان بمنزله تبعیض غیرمستقیم بین زن و مرد تلقی گردید. پایه استدلال چنین بود که از آنجایی که زنان کارگر به لحاظ تعهدات خانوادگی و نظارت بیشتر به امور کودکان خود، ترجیحاً مایل به انجام کارهای پاره وقت می‌باشند لذا اختلاف در پرداخت بین کارگران تمام وقت - پاره وقت می‌تواند موجبات تبعیض و تضييع حقوق آنان را فراهم نماید. نتیجتاً اینکه این دادگاه چنین تفسیری را در حقوق داخلی کشورهای عضو (از جمله انگلیس) ایجاد نمود که هرگونه شرایط، ولو اینکه تحت عنوان دفاع از منافع اقتصادی و در جهت توجیه تولیدات بیشتر اعمال شود، اگر بطور غیرمستقیم منجر به عدم بهره‌مند شدن کارگران زن

---

17. *Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group* [1990] IRLR 240, ECJ, *Marshall v. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority* (No.1) (Case 52/84) [1988] ECR I-4367.

18. Sex Discrimination Act 1986, Equal Pay Act 1983.

19. *Bilka Kaufhaus v. Weber* (C- 17 D/84) [1986] ECR 1607; *Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*, (Case 96/80) [1981] ECR 911.



از شرایط کار مساوی با مردان گردد، خلاف اصل ۱۱۹ معاهده رم تلقی خواهد شد.

همچنین در سال ۱۹۸۶ دولت محافظه کار انگلستان در یکی از لوایح ارائه شده به پارلمان، موفق گردید قانونی را تصویب نماید که به موجب آن کارگر نیمه وقت، انصراف به موردی پیدا کند که اگر او در هفته بین ۸ تا ۱۶ ساعت کار نماید در صورتی استحقاق حق بازخرید را داشته باشد که دارای ۵ سال سابقه خدمت نزد کارفرما باشد، اما کارگرانی که بیشتر از ساعات مذکور اشتغال داشته باشند تمام وقت تلقی و با داشتن ۲ سال سابقه نزد همان کارفرما از حق بازخرید بهره مند گردند.

در راستای آرای لازم الاتباع صادره از دیوان دادگستری اروپا (ECJ) که بدانها فوقاً اشاره گردید، در یکی از پرونده‌های داخلی انگلستان که در سال ۱۹۹۵ توسط عالیترین مرجع قضایی انگلیس، یعنی کمیته قضایی مجلس اعیان (House of Lords) رأی صادر گردید که به موجب آن اختلاف مذکور تبعیضی بین زن و مرد تلقی شد و این رأی منشأ اصلاحاتی در قانون کار انگلیس از طریق تصویب حقوق کار ERA<sup>۲۰</sup> در سال ۱۹۹۶ گردید و مقرر شد که ۲ سال سابقه خدمت مبنای محاسبه برای پرداخت مبلغ بازخرید قرار گیرد.

### ج - نتیجه‌گیری از بحث

اکنون می‌توان به این نتیجه کلی دست یافت که حقوق اتحادیه اروپا بدون شک به سمت گسترش ابعاد اجتماعی و سیاسی که منشأ تغییر نام جامعه اقتصادی اروپا (با هدف صرفاً اقتصادی و تشکیل بازار واحد) به

---

20. Employment Right Act 1996.

اتحادیه اروپا شده، روز به روز تأثیر بیشتر و بهتری در جهت وضع مقررات حمایتی و ایجاد توازن در شرایط زیستی بین کارگران مرد و زن دارد. بطوری که این نظام حقوقی که در ابتدا با نظام حقوقی کشورهای عضو، از جمله انگلیس بیگانه تلقی می‌شد، امروزه به عنوان منبع حقوق کار و موجد وحدت رویه بین محاکم ملی و داخلی عمل می‌نماید.

شاید اغراق نباشد که بگوییم قاضی رشد یافته در نظام کامن‌لو (Common Law) که سابقاً چشم خود را بر ابعاد اجتماعی و سیاسی می‌بست و صرفاً در چارچوب قرارداد کار و مفاد شرایط صریح و ضمنی موجود در آن حکم می‌داد، دست به تفسیر قراردادهای از نوع مزبور در فوق می‌زند که شرایط مناسب‌تری را از لحاظ معیشتی برای قشر عظیم جامعه زنان که نیمی از سرمایه‌های انسانی و ملی هر کشوری را تشکیل می‌دهند، فراهم نماید.<sup>۲۱</sup> خلاصه اینکه با گنجاندن شروط قانونی (چه به صورت صریح و چه به صورت غیر صریح) بجای قراردادی، در قالب تفسیر از قصد مشترک طرفین، در عمل راه را در جهت وضع قوانین حمایتی تسهیل می‌نماید. بدیهی است این طرز تلقی می‌تواند به اهداف سیاسی، اقتصادی دولت بویژه در مسیر تحقق آرمان‌های آتی «ایالات متحده اروپا» که همانا یکپارچگی سیاسی - اجتماعی است، تحقق عملی بدهد. هم چنین علاوه بر تشکیل یک اقتصاد واحد و حتی پول واحد، شرایط بازار کار را از وضعیتی برخوردار گرداند که هم انگیزه‌های سرمایه‌گذاری و تشویق حضور رقابت مثبت صاحبان سرمایه و صنایع

---

۲۱. لازم به ذکر است که این قشر عظیم در بریتانیا رقمی معادل ۴۲٪ نیروی کار را تشکیل می‌دهند.

فراهم شود و هم شرایط معیشتی و زندگی کارگران اعم از زن و مرد در سطحی مساوی تعدیل گردد.<sup>۲۲</sup>

---

۲۲. بدیهی است که تحقق اهداف فوق بطوری که درهای بازار مشترک و بزرگ به روی بیش از ۳۲۰ میلیون جمعیت اروپا باز باشد، جز در سایه همکاری و تشریک مساعی دولت های عضو از جمله حفظ رقابت های سالم و عادلانه محقق نخواهد شد.

## مآخذ و منابع

1. Arnall A., The General Principles of EEC Law and Individual, (London: Frances Printer and Leicester University, 1990).
2. Bourn C., Sex Discrimination Law – A Review, (London: The Institute of Employment Rights, 1992).
3. Bourn C. & Whitmore J., Anti – Discrimination Law in Britain, 3rd ed., (London: Sweet & Maxwell, 1996).
4. Burrows N. & Prechal S., Gender Discrimination Law of the European Community, (UK: Dartmouth Publishing Company Ltd., 1990).
5. Chalmers D. & Szyzszczak E., European Union Law Volume II Towards a European Policy?, (UK: Dartmouth Publishing Company Ltd., 1998).
6. Collins L., European Community Law in the United Kingdom, 4th ed., (London: Butterworths, 1990).
7. Court G., Women in the Labour Market: Two Decades of Change and Continuity, (The institute for Employment Studies, 1995).
8. Blanpain R. & Engels C., European Labour Law, 3rd ed., (Netherlands: Kluwer, 1995).
9. Hepple BA. & Fredman S., Labour Law and Industrial Relations in Great Britain, (Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992).

## مطالعه تطبیقی «تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر قرارداد» و راه حل حقوق ایران

دکتر محمد حسن صادقی مقدم\*

### چکیده

اصل لزوم و قداست قراردادها تقریباً در همه نظامهای حقوقی و حقوق ملی کشورها مورد توجه و احترام حقوقدانان بوده است. پذیرش تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر قراردادها، استثنایی بر اصل الزامی بودن قراردادها است. تأثیر تغییرات، امکان تعدیل و تجدیدنظر در قرارداد را به طرفین یا قاضی داده و یا حق فسخ برای طرف قرارداد ایجاد می‌کند. با توجه به بروز نظریه فقهی اصل لزوم در ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران، سؤال این است که در صورت بروز حوادث غیر مترقبه، غیرقابل پیش بینی و عام و تغییر بنیادی در شرایط و اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد و در نتیجه دشواری اجرای عقد و یا ورود ضرر غیرمتعارف به یکی از طرفین، آیا امکان فسخ و یا حداقل، تجدید نظر و تعدیل برای طرفی که با دشواری و یا ضرر غیرمتعارف روبرو شده است وجود دارد؟ اگرچه به ظاهر

---

\* عضو هیأت علمی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری.

پاسخ به سؤالات فوق در حقوق کشور ما منفی است لیکن به نظر می‌رسد با تمسک به قاعده فقهی «نفی عسر و حرج» و یا قاعده «لاضرر» و نظریه «شرط ضمنی» بتوان حکم حُرَجی یا ضرری را برداشته و حق فسخ برای متعهد قائل شد و یا در مقام تفسیر اراده طرفین تنها معتقد به التزام متعهد در صورت ثبات شرایط و اوضاع و احوالی بود که در آن اوضاع و احوال عقد منعقد شده است. با توجه به پذیرش نظریه تغییر اوضاع و احوال در حقوق بعضی از کشورها و لزوم شناخت نظریه و سابقه و پیشینه موضوع، ناگزیر از مطالعه تطبیقی نظریه مذکور و نظریه‌های مشابه هستیم. لذا به اختصار نظریه‌های انتفای قرارداد و انتفای هدف قرارداد در حقوق انگلیس و نظریه‌های فورس ماژور و حادثه پیش‌بینی‌نشده در حقوق فرانسه، نظریه حادثه پیش‌بینی‌نشده در حقوق مصر، نظریه‌های مطرح در حقوق کشورهای امریکا و آلمان را بررسی و در پایان نظریه تغییر اوضاع و احوال در حقوق ایران را مطرح و ضمن ارائه راه حل حقوق ایران پیشنهاداتی عرضه خواهد شد.

## مقدمه

از نهادهای حقوقی و قضایی انتظار می‌رود با اعمال قواعد حقوقی مناسب، راه حلی اصولی و کامل برای هر قضیه‌ای که در اجتماع در حال تحول روی می‌دهد، بیابند. این راه حل باید بر پایه قواعد صحیح استوار بوده و با عدالت و روح انصاف نیز سازگار باشد. موضوع مورد بحث در این مقاله، تأثیر تغییرات در شرایط و اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد است. در این خصوص با مقایسه نظریات مختلف سعی می‌شود که راه حل مناسب آن را در حقوق ایران جستجو کنیم. چنانچه نتیجه تغییر اوضاع و احوال غیرممکن شدن اجرای قرارداد باشد، پاسخ آن براساس ماده ۲۲۹ قانون مدنی ایران روشن است اما منظور از این تحقیق بررسی میزان تأثیر تغییر اوضاع و احوال در حالتی است که به مرحله غیرممکن شدن اجرای قرارداد نرسیده و تنها موجب دشواری و یا ضرری شدن اجرای قرارداد شده باشد.

بدیهی است که اشخاص حقیقی و حقوقی باید با در نظر گرفتن اوضاع و احوال، سنجش سود و زیان، بررسی حوادث اجتماعی و سایر پیش‌بینی‌های لازم روابط حقوقی حال و آینده خود را تنظیم کنند. در روابط اقتصادی پیچیده دنیای کنونی اطلاع کافی از اوضاع و احوال و شرایط انعقاد عقد و اجرای آن ضروری است و سیستم قضایی کشورها نمی‌تواند عدم آگاهی افراد را در روابط تجاری جبران کند. با قضاوت منصفانه در خواهیم یافت که در عین پذیرش اصل آزادی قراردادهای، لزوم آگاهی طرفین قرارداد از شرایط و اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد، پیش‌بینی‌های لازم در خصوص کیفیت و شرایط اجرا و پیش‌بینی حوادث احتمالی، طرفین همیشه در روابط قراردادی خود فارغ از عدم توجه به مسائل یاد شده نیستند. اصل آزادی قرارداد برای شرایط معین قابل اعمال

است و چنانچه ارزشهای زمان عقد ثابت و پابرجا باشند، اقتضای اصل لزوم این است که طرفین به مفاد عقد و پذیرش آثار آن ملتزم باشند. به جز محدودیتهایی که به وسیله قانون تحمیل می‌شود و بعضی از آنها به اعتبار اولیه قرارداد مربوط می‌شود مانند؛ قصد و رضا، اهلیت، قواعد آمره از جمله اصول مربوط به حقوق خانواده و نظم عمومی، حالت‌های دیگری از قبیل عدم امکان اجرای قرارداد به طور عام، عدم امکان اجرا به دلایلی خارج از اراده طرفین، دشواری، غیرعملی شدن تجاری، انتفای قرارداد، انتفای هدف قرارداد و تغییر در اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد نیز ممکن است بر قرارداد عارض گردد.

در این نوشته تلاش بر این است که تأثیر تغییرات اساسی در اوضاع و احوال زمان عقد را ارزیابی نموده و چنانچه نتیجه تغییر در شرایط و اوضاع و احوال زمان عقد از قبیل شرایط اقتصادی، سیاسی، قانونی، بروز جنگ و حتی تغییرات جوی متعهد را با ضرر غیرمتعارف و خارج از انتظار مواجه سازد و یا متعهد برای اجرای تعهد با دشواری و عُسر و حرج روبرو گردد، راه‌حل معقول و منصفانه‌ای، منطبق با اصول ارائه گردد تا ضمن پایبندی طرفین به مفاد عقد، راه اجرای تعهد هموار و از ورود ضرر غیرمتعارف به یکی از طرفین یا هردوی آنها جلوگیری شود. بدیهی است چنانچه نتیجه تأثیر تغییرات، غیرممکن شدن اجرای قرارداد و مفاد تعهد باشد متعهد از انجام تعهد معاف است.

حقوق کشورهای مختلف با این پدیده، متناسب با میزان تأثیر تغییرات و میزان پایبندی آنها به اصل لزوم و قداست قراردادها برخورد کرده و راه‌حل‌هایی ارائه می‌دهند. محور اصلی بحث در این مقاله نظریه «تغییر اوضاع و احوال» است اما بی‌نیاز از طرح نظریه‌های مشابه نبوده و به



نظریه‌های دیگر نیز اشاره خواهد شد. در اعمال نظریه مذکور باید توجه داشت که نظریه مذکور مشروط به فراهم بودن موارد ذیل قابل اجراست:  
۱- قراردادی که نظریه در مورد آن اجرا می‌شود از عقود مستمر و مدت‌دار باشد.

۲- حوادث غیرمترقبه‌ای رخ داده و اوضاع و احوال زمان عقد را به طور بنیادی دگرگون سازند.

۳- حوادث استثنایی مذکور مورد انتظار طرفین نبوده و قابل پیش‌بینی نباشند.

۴- حوادث و دگرگونی‌ها موجب مشکل شدن اجرای قرارداد یا ضرری شدن آن شود نه غیرممکن شدن آن.

برای مطالعه تطبیقی، نظریه‌های «انتفای قرارداد»<sup>۱</sup> و «انتفای هدف قرارداد»<sup>۲</sup> در حقوق انگلیس، نظریه‌های «فورس مایژور»<sup>۳</sup> و «حوادث پیش‌بینی نشده»<sup>۴</sup> در حقوق فرانسه، و نظریه تغییر اوضاع و احوال در حقوق آلمان<sup>۵</sup> و نظریه‌های «غیرعملی شدن تجاری اجرای قرارداد»<sup>۶</sup> و «دشواری»<sup>۷</sup> در حقوق امریکا و بعضی از کشورهای دارای نظام حقوق «کامن لا»<sup>۸</sup> و نظریه «الحوادث الطارئه»<sup>۹</sup> در حقوق مصر از جمله

- 
1. Frustration.
  2. Frustration of Purpose.
  3. Force Majeure.
  4. L'Imprévision.
  5. Wegfall der Geschäftsgrundlage.
  6. Impracticability.
  7. Hardship.
  8. Common Law.

۹. «حادثه پیش‌بینی نشده».

نظریه‌هایی هستند که به دلیل تطبیق و یا شباهت نزدیک با نظریه «تغییر اوضاع و احوال»<sup>۱۰</sup> مطرح خواهند شد.

پس از ارائه نظریات فوق و تبیین نظریه تغییر اوضاع و احوال به راه حل آن در حقوق ایران و مبانی آن اشاره خواهد شد. به نظر می‌رسد در حقوق ایران با استفاده از قواعد فقهی «نفی عسر و حرج» و «لاضرر» و نظریه «شرط ضمنی» بتوان حکم حرجی و یا ضرری را برداشت و حق فسخ برای متعهد قائل شد.

در بررسی و تبیین نظریه‌های مختلف در کشورهای مختلف از رویه قضایی و در صورت امکان قوانین کشورهای مذکور استفاده شده‌است. منظور از کشورهای مورد بحث در این بررسی کشورهای انگلیس، امریکا، فرانسه، آلمان و بعضی از کشورهای عربی نظیر مصر است.

#### بند اول - نظریه‌های انتفای قرارداد و انتفای هدف قرارداد

علاوه بر وضعیتهایی که اجرای تعهدات قراردادی را برای یکی از طرفین یا هر دوی آنها غیرممکن یا غیرقابل اجرا می‌نمایند، مواردی نیز وجود دارد که حوادث غیرمترقبه با تغییر غیرقابل پیش‌بینی در اوضاع و احوال مانع انجام مقصود یا هدف قرارداد می‌شوند. در چنین مواردی از اصطلاح «انتفای هدف قرارداد» استفاده می‌گردد. در حقوق انگلیس با تحول در دکترین انتفای قرارداد، پیش‌آمدهای احتمالی و حوادث غیرمترقبه ممکن است موجب غیرقانونی شدن اجرای قرارداد، بی‌حاصل و بی‌ثمر شدن و منتفی شدن هدف قرارداد گردد.

---

10. Change of Circumstances.

دکترین انگلیسی انتفای قرارداد ناشی از دعوی Taylor علیه Caldwell در سال ۱۸۶۳ است که در سالهای اخیر توسعه یافته است و بعداً بدان خواهیم پرداخت. در دعوی مذکور «انتفای هدف مشترک»<sup>۱۱</sup> تحقق پیدا کرده بود.<sup>۱۲</sup> دکترین انتفای قرارداد با رأی که در سال ۱۹۰۳ در دعوی Keller علیه Henry صادر شد و مبنای نظریه «بی‌ثمر شدن قرارداد» گردید، توسعه یافت.<sup>۱۳</sup> این دعوی، معروف به دعوی تاجگذاری ادوارد هفتم پادشاه انگلیس است.

با افزایش دعاوی بر مبنای انتفای قرارداد در اثر حوادث پیش‌بینی نشده و بروز جنگ جهانی اول (۱۹۱۸-۱۹۱۴)، دادگاههای انگلیس در موارد بیشتری به دکترین مذکور استناد کرده و رأی دادند. مجلس اعیان انگلیس (House of Lords) بی‌ثمری قرارداد در اثر حادثه پیش‌بینی نشده یا به تعبیر دیگر تغییر شرایط وابسته به اجرای تعهد را دگرگونی طبیعت تعهد دانسته<sup>۱۴</sup> و معتقد است که متعهد می‌تواند بگوید: «این آن چیزی نبود که من وعده انجام آن را داده بودم».<sup>۱۵</sup> «لرد رادکلیف» در همین خصوص می‌گوید:

«شاید به عبارت ساده‌تر بتوان گفت؛ بدون تقصیر هیچ‌یک از طرفین رابطه قراردادی، به دلیل تغییرات در اوضاع و احوال، یکی از آنها ناتوان از اجرای تعهد شود و اصولاً اوضاع و احوالی که متعهد در آن باید به

---

11. Frustration of the Common Venture.

12. Cheshire and Fifoot, *Law of Contract*, London: M.D. Fumoston, 1981, p. 215.

13. Cheshire and Fifoot, op. cit., p. 515.

14. Cheshire and Fifoot, op. cit., p. 512.

15. It was not this that I promised to do.

تعهد عمل کند، متفاوت از اوضاع و احوالی باشد که به وسیله قرارداد به آن متعهد شده است، قرارداد منتفی شده است».<sup>۱۶</sup>

برای تبیین هر یک از نظریه‌های «انتفای قرارداد» و «انتفای هدف قرارداد» به بعضی از دعاوی اشاره می‌کنیم. ابتدا دعاوی مربوط به نظریه انتفای قرارداد را مطرح می‌کنیم.

#### ۱- انتفای قرارداد

##### دعوی Taylor v. Caldwell

این دعوی در سال ۱۸۶۳ تصمیم‌گیری شد. در دعوی مذکور «خوانده» متعهد شده بود که سالن موسیقی و باغی را در مدت چهارشب معین برای اجرای کنسرت در اختیار خواهان قرار دهد. بعد از انعقاد قرارداد و قبل از موعد اجرای قرارداد، سالن مذکور در اثر آتش سوزی ویران شد. استدلال قاضی دادگاه که رأی به انتفای قرارداد داد، این بود که:

«در قراردادهایی که اجرای آن به ادامه وجود شخص یا چیز معینی بستگی دارد این شرط ضمنی وجود دارد که عدم امکان اجرای ناشی از تلف آن شخص یا شیء، باعث معاف شدن از اجراست ... زیرا، بنا بر طبیعت قرارداد، روشن است که طرفین قرارداد خود را بر پایه استمرار وجود شخص یا کالای خاص، منعقد نموده‌اند».<sup>۱۷</sup>

---

16. Cheshire and Fifoot, op. cit., p. 515.

17. G.H. Treitel, *The Law of Contract*, London: Sweet & Maxwell. 1991, p. 763.

همچنین رک. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، بهنشر، ۱۳۶۸، ص ۱۱۴.

در این دعوی تلف موضوع عقد؛ یعنی سالن که موضوع عقد اجاره بود باعث انتفای قرارداد شده و صاحب سالن تعهدی در قبال ویران شدن سالن ندارد. پاسخ حقوق ایران به چنین دعوایی این است که قرارداد براساس مواد ۴۸۱ و ۴۹۶ قانون مدنی باطل می‌شود. اگرچه مواد مذکور ناظر به تلف شدن موضوع عقد اجاره در مدت اجاره است ولیکن با عدم قدرت برتسلیم عین مستأجره به مستأجر در موعد مقرر، عقد اجاره باطل می‌گردد.

## ۲- انتفای هدف قرارداد

انتفای هدف قرارداد در حقوق انگلیس، شامل عدم امکان اجرای قرارداد نمی‌گردد و به یک معنا شبیه نظریه غیرعملی بودن قراردادهای تجاری در حقوق امریکا است. به عبارت دیگر، این دو نظریه از این جهت با یکدیگر شباهت دارند که هیچ یک از آنها در جایی که اجرای قرارداد غیرممکن می‌گردد به کار نمی‌روند. هرگاه حادثه غیرمترقبه‌ای اجرای تعهد را آنچنان دشوار و سنگین نماید که متعهد، اجرای قرارداد را با آن شرایط جدید تعهد نکرده‌باشد، نظریه غیرعملی شدن تجاری قرارداد اعمال می‌گردد. در این حالت هیچگاه ادعا نشده‌است که اجرای قرارداد غیرممکن می‌گردد، بلکه اجرای واقعی قرارداد ممکن است ولیکن اجرای تعهد آنچنان شاق و دشوار می‌شود که جز با هزینه مضاعف و یا دشواری بیش از حد امکان‌پذیر نیست. از این جهت، این نظریه مشابه نظریه «دشواری»<sup>۱۸</sup> و «عسر و حرج» است. ذکر یکی از دعاوی مطروحه در حقوق انگلیس مقصود ما را روشن‌تر خواهد کرد.

---

18. Hardship.

### دعوای *Krell v. Henry*<sup>۱۹</sup>

در این دعوی، خواننده اتاقی را در مسیر تاجگذاری پادشاه اجاره کرد تا بتواند مراسم تاجگذاری را به خوبی تماشا کند. ادوارد هفتم که در آن زمان شصت سال داشت، در اثر ابتلا به بیماری آنژین موفق به حضور در مراسم نگردید و به این ترتیب مراسم تاجگذاری لغو شد. قرارداد اجاره به دلیل بیماری پادشاه منتفی گردید. این در حالی بود که اجرای قرارداد یعنی؛ تسلیم مورد اجاره به مستأجر عملاً غیرممکن نشده بود و وی می توانست در روزهای مورد بحث از محل اجاره استفاده نماید. انتفای قرارداد تنها به غیرممکن شدن فیزیکی محدود نمی شود. نکته قابل توجه در دعوای مذکور این است که مستأجر مکان مذکور را به هدف تماشای مراسم تاجگذاری اجاره کرده بود و هدف مذکور با مریضی پادشاه و لغو مراسم تاجگذاری منتفی شده و مکان مذکور فایده مورد نظر را برای وی نداشت. اجاره بهایی که مستأجر برای مکان مورد نظر قرار بود بپردازد، خیلی بیشتر از میزان معمول بود. رأی صادره براساس نظریه انتفای هدف قرارداد در حقوق انگلیس صادر شد.<sup>۲۰</sup>

از تحلیل رأی مذکور بر می آید که قرارداد منعقد شده بین موجر و مستأجر برای روزهای ۲۶ و ۲۷ ژوئن ۱۹۰۲ بود. مبلغ اجاره بها در قرارداد اجاره ۷۵ دلار تعیین گردید، بدون این که ذکری از مراسم تاجگذاری به میان آید. مستأجر ۲۵ دلار از مبلغ اجاره را پرداخت و متعهد به پرداخت ۵۰ دلار بقیه شد. با لغو مراسم تاجگذاری مستأجر از پرداخت ۵۰ دلار امتناع ورزید و در مقابل ادعای استرداد ۲۵ دلار پرداخت شده را نمود. لرد

19. J.C. Smith, *Smith and Thomas, A Case Book on Contract*, 8th. ed., London. Sweet & Maxwell, 1978, p. 411.

20. G.H. Treitel, op. cit., p. 784.

«دارلینگ»<sup>۲۱</sup> به نفع او رأی داد و در استیناف از رأی مذکور لرد «ویلیامز»<sup>۲۲</sup> اظهار نظر کرد که:

«مسأله واقعی در این دعوی این است که در اجرای حقوق انگلیس تا چه اندازه این اصل حقوق رم که در دعوی Taylor علیه Caldwell مورد استفاده واقع شد، به کار گرفته می‌شود. اصل مذکور این است که: [اگر از ماهیت قرارداد روشن شود که طرفین قرارداد از آغاز می‌دانسته‌اند که نمی‌توانند قرارداد را اجرا کنند، مگر این که هنگام اجرای قرارداد، وجود بعضی از چیزهای مشخص ادامه پیدا کند. مثلاً در صورت فقدان هرگونه شرط صریح یا ضمنی در مورد اجاره، موجر تعهد نماید که عین مستأجره تا پایان مدت اجاره وجود داشته باشد]. روشن است که اصل مذکور در حقوق انگلیس وارد شده و در دعوی مختلف مبنای تصمیم‌گیری بوده است. چنانچه وجود یک شیئی و یا هدف خاصی مبنای اساس قرارداد بوده باشد با از بین رفتن آن شیء و یا منتفی شدن هدف، الزام متعهد به انجام تعهد معقول و منطقی به نظر نمی‌رسد».

وی اضافه می‌کند:

«بنظر من اتاق برای هدف خاصی، یعنی تماشای مراسم تاجگذاری اجاره شده است. در حقیقت این قرارداد صرفاً اجاره اتاق نبوده است، بلکه اجازه استفاده از اتاق برای هدف خاصی بوده است و نه چیز دیگر. اساساً قرارداد اجاره برای مدت مذکور بوده است و با لغو تاجگذاری پادشاه، امر مذکور بیهوده و بی اثر شده است».

---

21. Lord Darling.

22. Lord Williams.

قاضی در پایان ضمن رد استیناف به عمل آمده رأی صادره راتأیید کرد.<sup>۲۳</sup>

آنچه از رأی مذکور می‌توان استنباط کرد این است که اولاً: بروز حادثه غیرمترقبه، حتی مریضی پادشاه شصت‌ساله می‌تواند در انتفای هدف قرارداد مؤثر باشد. ثانیاً: اگر با بروز حادثه‌ای هدف اولیه قرارداد منتفی شده باشد ولو اجرای قرارداد عملاً غیرممکن نشده باشد، براساس نظریه منتفی شدن هدف قرارداد، متعهد از انجام تعهد معاف می‌گردد. ثالثاً: حادثه باید اساس و بنیان عقد را دگرگون سازد و واقعاً اجرای قرارداد را بی‌اثر نماید.

#### بند دوم - فورس ماژور

این اصطلاح در حقوق فرانسه و ظاهراً اولین بار در قانون مدنی فرانسه (کد ناپلئون) به کار رفته و سپس در کشورهای دیگر همین لفظ یا ترجمه آن معمول شده است و در حقوق بین‌الملل نیز همین اصطلاح مورد استفاده و رایج است.

در فرهنگ حقوقی «بلاک» اصطلاح مذکور چنین معنا شده است:

«فورس ماژور، فرانسوی، در حقوق بیمه: نیروی فائق یا غیرقابل اجتناب. چنین شرطی در قراردادهای ساختمان برای حمایت طرفین در صورتی که بخشی از قرارداد در نتیجه عللی که خارج از کنترل طرفین است و نمی‌توان با مراقبت لازم از آن اجتناب نمود، غیرقابل اجرا باشد، به کاربرده می‌شود».<sup>۲۴</sup>

---

23. J.C. Smith, Smith and Thomas, op. cit., pp. 414-415.

24. Henry Compbell Black, M.A. *Black's Law Dictionary*, U.S.A., West Publishing, 1993, p. 330.



در فرهنگ حقوقی دیگری، اصطلاح فورس مازور چنین تعریف شده است:

«فورس مازور به وقایعی خارج از کنترل طرفین؛ مانند اغتشاش، اعتصاب، جنگ، سیل و طوفان که اجرای قرارداد را غیرممکن می‌سازد، اطلاق می‌گردد».<sup>۲۵</sup>

بعضی از حقوقدانان فرانسوی بین فورس مازور و حادثه غیرمترقبه<sup>۲۶</sup> فرق گذاشته و گفته‌اند که حادثه غیرمترقبه، حادثه‌ای درونی یعنی؛ وابسته به فعالیت متعهد و بنگاه او مانند آتش سوزی، عیب کالا، از خط خارج شدن واگن راه آهن، و در پاره‌ای از موارد اعتصاب است. در حالی که فورس مازور، حادثه‌ای بیرونی است، مانند سیل، طوفان و غیره.<sup>۲۷</sup>

در سیستم حقوقی کامن‌لا به جای کلمه فورس مازور از اصطلاح انتفای قرارداد یا عدم امکان نامبرده شده است، اگرچه این اصطلاحات از لحاظ نظری با فورس مازور متفاوتند و قلمرو وسیع تری از فورس مازور دارند، اما از نظر نتیجه کم و بیش با هم مشابهند. در سالهای اخیر اتاق بازرگانی بین‌المللی با تنظیم «قواعد آنسیترال»<sup>۲۸</sup> و ارائه رهنمودهایی درخصوص قراردادهای بین‌المللی برای طرحهای صنعتی سعی نموده است که (معاذیر) قراردادی به‌طور کلی و به ویژه فورس مازور را روشن نماید.

---

25. P.H. Collin, *English Law Dictionary*, London, Sweet & Maxwell, 1986, p. 113.

26. Cas Fortuit Fortuitous Event.

27. Puelinckx, A.H., *Frustration, Hardship, Force majeure, Imprévision...* Journal of International Arbitration, vol. 3, No. 2, 1986, p. 55.

۲۸. منظور از «قواعد داوری آنسیترال» یا «قواعد آنسیترال – UNCITRAL» قواعد داوری کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد موضوع قطعنامه شماره ۳۱/۹۸ مصوب دسامبر ۱۹۷۶ (۲۴ آذر ۱۳۵۵) مجمع عمومی سازمان ملل می‌باشد.

این اقدامات با تفاسیر مفیدی که پیرامون آنها در مجلات حقوقی به چشم می‌خورد، راهنمای خوبی برای وکلای بین‌المللی به شمار می‌آید. در این رابطه بین مفاهیم «دشواری» و «عدم امکان» تفکیک روشنی صورت پذیرفته است.

با توجه به قواعد مذکور نکات زیر قابل استخراج و ارائه است:

۱) اصطلاح «دشواری» عبارت است از تغییر در عوامل اقتصادی، پولی، حقوقی یا تکنولوژیک که موجب ورود زیانهای اقتصادی شدید به یکی از طرفین قرارداد گردد، به طوری که وی را در ایفای تعهدات قراردادی خود با مشقت زیادی مواجه سازد.

۲) قید «دشواری»<sup>۲۹</sup> باید از قید «معافیت»<sup>۳۰</sup> متمایز گردد. از رهنمود آنسیترال می‌توان استنباط کرد که در صورت تغییر اوضاع و احوال و مشکل شدن اجرای تعهد از کلمه «دشواری» استفاده می‌گردد، لیکن کلمه معافیت صرفاً در زمانی که تغییر اوضاع و احوال مانع اجرای قرارداد شود، به کار می‌رود.

با توضیحات فوق می‌توان نتیجه گرفت که در بررسی مفاهیم مربوط به معاذیر قراردادی دو وضعیت کاملاً متفاوت مورد توجه است:

۱- حوادث غیرمترقبه و در نتیجه، تغییر اوضاع و احوال که مانع از اجرای تعهد گذشته و اجرای آن را غیرممکن می‌گرداند.

۲- حوادث غیرمترقبه و در نتیجه، تغییر اوضاع و احوال که مانع از اجرای قرارداد نشده و فقط اجرای تعهد را دشوار می‌سازد.

به طور کلی می‌توان گفت که در وضعیت اول اصطلاحات «فورس ماژور» و «عدم امکان اجرا» و در وضعیت دوم «دشواری» و «عملی نبودن

---

29. Hardship Clause.

30. Exemption Clause.

اجرا» به کاربرده می‌شود.<sup>۳۱</sup> در این نوشته و براساس نظریه تغییر اوضاع و احوال، وضعیت دوم؛ یعنی دشواری و عملی نبودن اجرای قرارداد که ناشی از تغییر اوضاع و احوال باشد، مورد نظر است. روشن است که اصطلاح «تغییر در اوضاع و احوال» در موردی به کار می‌رود که بروز حوادث غیرمترقبه موجب دگرگونی و تغییر در اوضاع و احوال زمان عقد گردیده و در نتیجه آن، اجرای قرارداد مشکل و یا هدفی که از قرارداد مورد نظر بوده است، تغییر نموده و اجرای قرارداد را بیهوده می‌سازد. با این توضیح معمولاً اصطلاح یاد شده به همین معنای خاص به کار می‌رود، نه به معنای عام که فورس‌ماژور را هم در بر می‌گیرد.

با تبیین یکی از وجوه تمایز فورس‌ماژور و تغییر اوضاع و احوال ناگزیریم فقط عناصر اصلی حادثه‌ای را که منجر به تحقق فورس‌ماژور می‌گردد برشمردیم:

(۱) حادثه باید غیرقابل رفع و غیرقابل اجتناب باشد.<sup>۳۲</sup>

(۲) حادثه باید غیرقابل پیش‌بینی باشد.<sup>۳۳</sup>

(۳) حادثه باید خارجی باشد.

(۴) حادثه باید اجرای قرارداد را غیرممکن سازد.

محققین برای تشریح هر یک از بندهای مذکور به منابع زیر مراجعه

نمایند.<sup>۳۴</sup>

---

31. John A. Westberg, *Contract Excuse in International Business Transactions: Awards of the Iran-United States Claims Tribunal*, Foreign Investment Law Journal, vol.4, No.1, 1989, p. 217.

32. Inevitable Irresistible – Unavoidable.

33. Unforeseeable.

34. Dr. Sue Rayner, *A Note on Force Majeure in Islamic Law*, Arab Law Quarterly, vol. 6, June 1991, p. 302; Treitel, op. cit., p. 764.

- ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، تهران، بهنشر، ۱۳۶۸، ص ۲۱۷.

### بند سوم - نظریه «حوادث پیش‌بینی نشده»<sup>۳۵</sup> در حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه بین غیرممکن شدن اجرای تعهد؛ یعنی فورس مائور با اوضاع و احوالی که موجب به هم خوردن توازن مالی قرارداد می‌شود، فرق می‌گذارند. فورس مائور در حقوق فرانسه به واقعه‌ای غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل کنترل اطلاق می‌گردد که اجرای قرارداد را غیرممکن می‌سازد، اما نظریه حوادث پیش‌بینی نشده وقتی اعمال می‌شود که اجرای قرارداد در اثر بروز حوادث پیش‌بینی نشده و به هم خوردن تعادل و توازن قراردادی بی‌اندازه دشوار شده و از این طریق هزینه گزافی بر متعهد تحمیل می‌شود.<sup>۳۶</sup>

در حقوق فرانسه با توجه به اصل قداست معاهدات و یا اصل لزوم، اصل بر این است که قاضی حق تعدیل قرارداد و یا حکم به عدم اجرای قرارداد را جز با اجازه صریح قانون ندارد. قاضی موظف است که برابر الفاظ قرارداد حکم نماید و ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه متضمن همین معنا است. این حکم در ماده ۱۱۴۲ قانون مدنی فرانسه شدیدتر شده و متخلف از انجام تعهد به پرداخت غرامت نیز محکوم می‌گردد مگر این که برابر ماده ۱۱۴۸ همان قانون به دلیل فورس مائور و یا حادثه غیرمترقبه (کافورتویی)<sup>۳۷</sup> باشد.<sup>۳۸</sup> امروز این دو اصطلاح را به طور مترادف به کار

---

- احمد عبدالرزاق، السنهوری، الوسیط، بیروت، داراحیاء التراث، ج ۱، ص ۸۷۸، ج ۳، ص ۹۸۱.  
- سید حسین صفایی، قوه قاهره یا فورس مائور، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۳، سال ۱۳۶۴، ص ۱۱۲.

35. Théorie de L'imprévision.

36. André de Laubadère, Contrats Administratifs, L.G.D.I. 1984, p. 560.

37. Cas Fortuit.

38. A.H. Puelinckx, op. cit., p. 56.

می‌برند.<sup>۳۹</sup> لازمه به کار بردن ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی فرانسه وجود شرایط زیر است:

**اولاً:** واقعه غیرقابل کنترل باشد. از اینجا تفاوت بین فورس‌ماژور و حادثه پیش‌بینی نشده روشن می‌گردد. اگر واقعه با هزینه بیشتر و یا با تحمل ضرر در حد توانایی متعهد قابل کنترل باشد برابر ماده مذکور تعهد به حال خود باقی است اما اگر اجرای تعهد مشکل‌تر و یا پرخرج‌تر گردد در چارچوب نظریه «حادثه پیش‌بینی نشده» قرار می‌گیرد.

**ثانیاً:** واقعه باید غیرقابل پیش‌بینی باشد. این شرط به این معنا است که نوع حادثه در شرایط خاص انعقاد عقد مورد انتظار طرفین نباشد. **ثالثاً:** واقعه یک امر خارجی باشد. عدم تأمین مصالح و ملزومات توسط پیمانکار، عذر موجهی برای طرفین قرارداد نیست. چون این امور خارجی نبوده و به متعهد و مسؤولیتهای وی مربوط می‌گردد.

**رابعاً:** دلیل بروز واقعه مذکور خطای متعهد نباشد. چنانچه بروز حادثه و غیرممکن شدن اجرای قرارداد به دلیل تقصیر متعهد باشد موجب معافیت متعهد نمی‌گردد.<sup>۴۰</sup> ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی فرانسه که قرارداد را در شرایط فورس‌ماژور لغو می‌نماید از قواعد آمره نیست و متعاملین می‌توانند در قرارداد، موارد مورد توافق را فورس‌ماژور و معاف‌کننده یک طرف یا طرفین از انجام تعهد قرار دهند. این قاعده در مورد نظریه حوادث پیش‌بینی نشده نیز قابل اجرا است.<sup>۴۱</sup>

در ادامه بحث ضمن ارائه تعریفی از نظریه، به تحلیل عناصر تعریف پرداخته و رویه قضایی کشور فرانسه را در این زمینه بیان می‌کنیم.

۳۹. سید حسین صفایی، قوه قاهره یا فورس‌ماژور، همان مجله، ص ۱۱۴.

40. A.H. Puelinckx, op. cit., p. 56.

41. Ibid.

## ۱- تعریف نظریه حوادث پیش‌بینی نشده

پروفسور «لوبادر»<sup>۴۲</sup> فرانسوی نظریه حوادث پیش‌بینی نشده را چنین تعریف می‌کند:

«هنگامی که حادثی پیش‌بینی نشده و خارج از اراده متعهد توازن مالی قرارداد را به هم زند به طوری که اجرای قرارداد را با دشواری مواجه و مخارجی را بر متعهد تحمیل نماید، متعهد در حالی که موظف به اجرای تعهد خویش است، استحقاق جبران خسارت توسط متعهدله را دارد و بخشی از هزینه و خسارت وارده را خود برعهده می‌گیرد».<sup>۴۳</sup>

نکاتی درباره تعریف فوق به نظر می‌رسد:

الف - صرف‌نظر از کاربرد نظریه در قراردادهای مدنی، نویسنده فوق نظریه را در حقوق اداری مطرح کرده‌است. نظریه مزبور با توجه به تاریخچه آن از نظریات حقوق عمومی است.

ب - براساس این نظریه، اصل بر ادامه رابطه قراردادی است و متعهد موظف به ادامه انجام تعهد است و نمی‌تواند قرارداد را فسخ نماید. اثر نظریه حادثه پیش‌بینی نشده ادامه رابطه قراردادی و جبران خسارت است درحالی که اثر نظریه فورس ماژور انفساخ قرارداد است.

ج - نکته مهم در این نظریه این است که وضعیت غیرعادی و استثنایی حادث و دگرگون‌کننده تعادل قراردادی باید برطرف شود و شرایط ادامه و یا از سرگیری اجرای قرارداد را تأمین نماید. این امر با پرداخت غرامت و جبران خسارت وارده امکان‌پذیر است. در غیر

---

42. Laubadère.

43. André de Laubadère, op. cit., p. 560.

این صورت قرارداد به خودی خود فسخ می‌گردد و تحمیل ضرر بدون جبران خسارت به طرف مقابل منطقی نیست.<sup>۴۴</sup>

## ۲- تحلیل عناصر تعریف

### الف - وضعیت حادث خارج از اراده متعهد باشد

متعهد و یا سازمان و تشکیلات وی نباید نقشی در ایجاد حادثه داشته باشند. فرقی بین این که متعهد حادثه را بوجود آورده باشد و یا از به وجود آمدن آن ممانعت نکرده باشد، نیست به عنوان مثال اگر هزینه‌های اضافی ناشی از پایین آمدن کارایی نیروی کار به دلیل استفاده رقبای از روشهای جدید صنعت و تکنولوژی باشد، قصوری از جانب متعهد بوده است که نتوانسته است همراه با پیشرفت تکنولوژی کارایی نیروی کار را بالا ببرد و خودش به نحوی در پایین آمدن کارایی دخالت داشته است. طرف مقابل نیز نباید نقشی در به وجود آمدن وضعیت دگرگون کننده داشته باشد. چنانچه در حقوق فرانسه طرف مقابل در چنین قراردادهایی یک سازمان دولتی و یا یکی از ارگانهای وابسته به دولت است و خود با اعمال حاکمیت به وجود آورنده حالت مذکور باشد، در صورت استناد متعهد به نظریه اعمال حاکمیت عمومی می‌تواند ادعای جبران خسارت نماید.<sup>۴۵</sup>

### ب - حادثه پیش‌بینی نشده باشد

هیچ حادثه‌ای را نمی‌توان یافت که مطلقاً غیرقابل پیش‌بینی باشد. هر حالت یا وضعیتی که به نحوی دگرگون کننده اوضاع و احوال عقد به شمار می‌رود به طور مستقیم و یا غیرمستقیم قبلاً رخ داده است و نمی‌توان

---

44. Ibid., p. 562.

45. Ibid., p. 590.

گفت به طور کلی غیرقابل پیش‌بینی بوده است. بنابراین کافی است که حادثه و یا واقعه‌ای که رخ می‌دهد تمام محاسباتی را که طرفین به هنگام انعقاد عقد مورد نظرشان بوده است، به هم بزنند. این چیزی است که در حکم گاز شهر بوردو نیز آمده است.<sup>۴۶</sup>

### ج - وضعیت حادث توازن مالی قرارداد را به هم بزنند

در صورتی که در اثر وضعیت حادث تعادل قراردادی به هم خورده و ارزشهای عوضین که هنگام انعقاد عقد با یکدیگر برابری عرفی داشتند، دگرگون شود و یا وضعیتی فوق قراردادی مستلزم تحمیل ضرری گزاف و غیرمتعارف به متعهد به وجود آید شرایط اعمال نظریه حوادث پیش‌بینی نشده با لحاظ سایر ویژگیها به وجود آمده است. براساس نظریه حادثه پیش‌بینی نشده، این عدم تعادل حادث به حالت اولیه یعنی تعادل بین عوضین برمی‌گردد.

### د - وضعیت حادث تعهد متعهد را ساقط نمی‌کند

برخلاف آنچه در نظریه فورس مازور مطرح است، در نظریه حادثه پیش‌بینی نشده، اصل بر ادامه رابطه قراردادی و انجام تعهد است. وظیفه متعهد این است که اجرای قرارداد را ادامه دهد و نمی‌تواند به بهانه به هم خوردن تعادل و توازن قراردادی، اجرای تعهد را متوقف کند و اگر چنین کند نمی‌تواند تقاضای جبران خسارت نماید. با توجه به اعمال این نظریه در قراردادهای حقوق عمومی و تأمین منافع عامه در ادامه قرارداد؛ هدف تأمین تداوم قرارداد است. حکم قاضی به جبران خسارت بعد از دعوت به

---

۴۶. در ادامه مقاله در مورد این رأی که مبنای نظریه حادثه پیش‌بینی شده است توضیح خواهیم داد.



تجدیدنظر و اصلاح قرارداد است. اگر سازمان دولتی درخواست کننده خدمت عمومی تجدیدنظر را نپذیرد،<sup>۴۷</sup> قاضی آن گاه حکم به جبران خسارت می‌دهد و اگر خسارت جبران نشد قرارداد به خودی خود منفسخ می‌گردد.

در صدور حکم مذکور قاضی شرایط طرفین را در نظر گرفته و مجموعه سود و زیان متعهد را در طول اجرای قرارداد محاسبه می‌نماید و همان گونه که در تعریف آمده است سهمی از خسارت را متعهد متحمل می‌گردد. به هر حال تعادل و توازن از دست رفته به نحوی جبران شده و منافع طرفین مورد توجه قرار می‌گیرد.<sup>۴۸</sup>

#### ه - نظریه حادثه پیش‌بینی نشده بحران حاصله را براساس فرمولی حل

می‌کند

این بحران ممکن است به حدی باشد که متعهد را به ورطه ورشکستگی بکشانند یا حتی حالتی ضعیف‌تر از آن نیز برای متعهد به وجود آورد. نظریه حادثه پیش‌بینی نشده بحران حاصله را با فرمول ایجاد همکاری بین طرفین برای حل بحران برطرف می‌سازد. عمده این خسارت بر دوش سازمان خواهان خدمت عمومی است. با توجه به نقش دولتها و سازمانهای عمومی در ایجاد بحرانهای اقتصادی و یا کنترل حوادث مؤثر در به هم خوردن تعادل و توازن قراردادی و ضرورت ادامه خدمات عمومی و لزوم جبران خسارت وارده فرمول فوق بهترین راه حل خواهد بود. درست است

---

۴۷. حکم پنجم نوامبر ۱۹۸۲ بیانگر این نکته است که اگر شرکت اجرای قرارداد را ادامه می‌داد، استحقاق دریافت خسارت ناشی از حادثه پیش‌بینی نشده را داشت ولیکن سازمان دولتی، هیچ تعهدی در قبال شرکت جهت انعقاد یک قرارداد جدید که متضمن قیمت‌های بالاتر از قیمت‌های قرارداد اولیه می‌باشد، ندارد؛ همان، ص ۶۰۷.

48. Ibid., pp. 604-605.

که نظریه ادامه خدمات عمومی در نظریه حادثه پیش‌بینی نشده نظریه غالبی است ولی به صورت انحصاری نیست و پرداخت غرامت به متعهد می‌تواند براساس ملاحظات دیگری مانند انصاف و جبران مخارج در قراردادهای دولتی که بر دوش متعهد سنگینی می‌کند، صورت پذیرد.<sup>۴۹</sup>

### ۳- رویه دادگاههای اداری فرانسه و نظریه حادثه پیش‌بینی نشده

تا سال ۱۹۱۶ امکان تعدیل قرارداد توسط قاضی وجود نداشت و نظریه فورس‌ماژور نیز در حل مسأله به هم خوردن تعادل و توازن قرارداد کاربردی نداشت.<sup>۵۰</sup> موضوعی که منجر به پذیرش نظریه حادثه پیش‌بینی نشده گردید به قضیه گاز شهر «بوردو» مربوط می‌شد. شهردار شهر مذکور در فرانسه امتیاز تولید و توزیع گاز شهر را به مؤسسه‌ای واگذار کرد. تعیین نرخ فروش گاز به عهده شهرداری به عنوان سازمان مسؤل انجام خدمات عمومی قرار گرفت. با بروز جنگ جهانی اول بهای ذغال سنگ که ماده اولیه تولید گاز بود، افزایش یافت و مؤسسه صاحب امتیاز را با حادثه‌ای پیش‌بینی نشده مواجه ساخت و موجب ضرر وی گردید. تقاضای بالا بردن نرخ فروش گاز از طرف مؤسسه مذکور توسط شهرداری بوردو رد شد و شهرداری از پرداخت خسارت نیز امتناع ورزید. شورای دولتی فرانسه طی حکم مورخه ۱۳ مارس ۱۹۱۶ میلادی رأی به جبران خسارت مؤسسه، توسط شهرداری داد.<sup>۵۱</sup>

پذیرش نظریه «حادثه پیش‌بینی نشده» در قراردادهای اداری از رأی مذکور شروع شد و تاکنون در نظام حقوقی آن کشور همچنان معتبرمانده

---

49. Ibid., p. 563.

۵۰. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادهای تهران، بهنشر، سال ۱۳۶۸، ج ۳، ص ۱۰۸.

51. André de Laubadère, op. cit., p. 565.

است. نکات زیر علاوه بر دخالت دادن امتیازات اداره‌های دولتی در حقوق اداری که مبنای اصلی رأی گاز شهر بوردو بود، باعث گسترش نظریه مذکور در همه قراردادهای اداری گردید.

اولاً: دگرگونیهای پس از جنگ جهانی اول و تأثیر آن بر وضعیت قراردادها و همچنین کاهش ارزش پول، شورای دولتی را بر آن داشت که با پذیرش حالت‌های فوق‌العاده این نظریه را تکمیل نماید.

ثانیاً: بعد از جنگ جهانی پدیده اقتصادی دیگری تحت عنوان مداخله اقتصادی دولت‌ها و رواج اقتصاد هدایت شده بروز کرد. در نتیجه اختلالات اقتصادی و اوضاع فوق‌العاده علاوه بر این که تحت تأثیر حوادث پیش‌بینی نشده بودند، تحت تأثیر تصمیم‌گیریهای مکرر دولت‌ها و سازمان‌های دولتی نیز بودند. از این نظر تفکیک نظریه «اعمال حاکمیت عمومی» و «حادثه پیش‌بینی نشده» ضروری بود و شورای دولتی باید محدوده حادثه پیش‌بینی نشده را روشن می‌کرد.

دادگاه استیناف پاریس در دعوی سازمان برق فرانسه علیه کمپانی شل فرانسه (E.D.F.v. Shell Francaise) نظر جالبی داده است.

موضوع دعوی مذکور عبارت بود از اینکه چندین کمپانی نفتی طی قرارداد دراز مدتی با سازمان برق فرانسه (E.D.F) متعهد به تحویل سوخت به نیروگاه‌های برق شده بودند. شرط تجدید نظر در قیمت‌ها در قرارداد گنجانده شده بود که قیمت را براساس شاخص‌های نسبتاً پیچیده‌ای تنظیم می‌کرد اما به دلیل تعیین حداقل و حداکثر قیمت کارایی چندانی نداشت. قرارداد مذکور دارای شرط دشواری نیز بود که مقرر می‌داشت: «اگر قیمت سوخت به مبلغی بیش از ۶ فرانک در هر تن افزایش یابد طرفین برای بررسی تغییرات احتمالی در قرارداد با یکدیگر ملاقات خواهند نمود».

اظهار نظر دادگاه در پایان رسیدگی براساس قصد واقعی طرفین به قرار زیر بود.

«وظیفه طرفین قرارداد است که قیمت‌ها و تغییرات احتمالی آن را مشخص نموده و فرمول قبلی که دیگر قابل استفاده نیست را کنار گذاشته و فرمولی تنظیم کنند که به سازمان برق فرانسه امکان بدهد که برای انواع سوخت مورد نیاز خود بهای کمتری بپردازد و به وی امکان خدمت بدهد. در عین حال برای طرف دیگر نیز سود معقول در نظر گرفته شود».<sup>۵۲</sup>

سازمان برق فرانسه مشغول انجام یک امر عمومی است و در جهت منافع عامه گام بر می‌دارد اما در این حال دارای مشخصات تجاری و صنعتی است و قراردادهای سازمان مذکور با شرکتها یک قرارداد خصوصی محسوب می‌شود. اشاره دادگاه استیناف پاریس به انجام وظیفه سازمان برق که از نوع خدمات عمومی است باعث نخواهد شد تصمیم دادگاه استیناف را ادامه روند رویه قضایی اداری فرانسه جلوه دهد و این استدلال را موجه سازد که جوهر اصلی رأی بالا نیز تأمین منافع عمومی است و از این جهت تفاوتی بین رویه قضایی در دعاوی اداری و دعاوی خصوصی نیست. تمایل رویه قضایی فرانسه به صدور رأی در این گونه موارد نشان می‌دهد که آنچه مهم است عدم توجیه تحمیل ضرر ناروا بر یکی از طرفین قرارداد است. به هر حال ضرر غیرمتعارف باید به نحوی برطرف گردد و تحمیل آن بر یکی از آنها به بهانه عدم جواز دخالت قاضی در اراده طرفین و قرارداد که ساخته اراده طرفین است، توجیهی ندارد.

---

52. A.H. Puelinckx, op. cit., p.57.

### بند چهارم - نظریه «حوادث پیش‌بینی نشده» در حقوق مصر<sup>۵۳</sup>

نظریه حادثه پیش‌بینی نشده در حقوق مصر با اندکی تفاوت، همان نظریه حادثه پیش‌بینی نشده در حقوق اداری فرانسه است. قانون مدنی مصر مصوب سال ۱۹۴۹ میلادی در بعضی از مواد، اصل نظریه و بعضی از آثار آن را پذیرفته و محاکم مصر برابر آن مبادرت به صدور رأی کرده‌اند. ماده ۱۴۷ قانون مدنی مصر چنین مقرر می‌دارد:

«چنانچه حوادث استثنایی عام که مورد انتظار و توقع طرفین نیست، بروز نماید و بر اثر آن اجرای تعهد برای متعهد مشکل گردد، به نحوی که خسارت قابل توجهی به وی وارد نماید ولیکن اجرای تعهد را غیرممکن نسازد، قاضی می‌تواند با رعایت مصلحت طرفین و با توجه به اوضاع و احوال جدید التزام عقد را به حد معقولی تعدیل نماید».<sup>۵۴</sup>

آنچه در شرح نظریه فوق و با استنباط از ماده قانونی می‌توان گفت این است که:

اولاً: بعد از انعقاد عقد، حادثه‌ای غیرمترقبه و عام، چون زلزله، جنگ، بلایای طبیعی، بالا رفتن قیمت، امراض مسری و اعمال حاکمیت عمومی واقع که بر اثر آن اجرای تعهد مشکل می‌گردد. منظور از استثنایی بودن، غیرقابل پیش‌بینی بودن آن است و غرض از عام بودن آن است که حادثه مذکور ویژه مدیون نباشد و شامل تعداد زیادی از مردم شود. ثانیاً: حادثه مورد انتظار طرفین نبوده و علاوه بر آن غیرقابل رفع باشد.

۵۳. «الحوادث الطارئة».

۵۴. احمد عبدالرزاق، السنهوری، الوسیط، ج ۱، ص ۶۲۹.

ثالثاً: حوادث مذکور اجرای قرارداد را مشکل نماید. بنابراین غیرممکن شدن اجرای قرارداد نمی‌تواند مستند به اعمال این نظریه باشد. یکی از تفاوت‌های این نظریه و قوه قاهره در حقوق مصر همین نکته است.<sup>۵۵</sup> رابعاً: عقدی که نظریه حادثه پیش‌بینی نشده در آن اعمال می‌گردد، علاوه بر شرایط فوق باید از عقود مستمر و درازمدت باشد.

خامساً: برخلاف نظریه قوه قاهره که براساس آن اجرای تعهد منتفی و قرارداد فسخ می‌گردد، در این مورد قاضی با رعایت مصلحت طرفین و با توجه به اوضاع و احوال جدید قرارداد را تعدیل می‌نماید. به این ترتیب قاضی خسارات وارده را بین طرفین توزیع نموده و مدیون نیز مقداری از آثار حادثه را متحمل می‌گردد.

برخلاف رویه قضایی فرانسه (که نظریه حادثه پیش‌بینی نشده را تنها در حقوق عمومی پذیرفته است) در رویه قضایی مصر، نظریه مذکور در حقوق خصوصی نیز به کار گرفته شده است. رویه قضایی سابق مصر مبتنی بر قانون مدنی سابق و مانند رویه قضایی فرانسه اعمال نظریه در امور مدنی را نپذیرفته و در صورت امکان اجرای قرارداد ولو با صعوبت و دشواری، حکم به اجرای قرارداد می‌کرد.<sup>۵۶</sup> محکمه استیناف مصر درخصوص استناد به نظریه مذکور حکم معروفی دارد. قضیه از این قرار است که شخصی متعهد به وارد کردن ذرت علوفه‌ای به میزان معین و قیمت مشخص گردید. پس از وارد کردن مقداری از کالای مذکور، از وارد کردن بقیه به دلیل بالا رفتن قیمت امتناع ورزید. دادگاه در حکم خود چنین رأی داد:

«چنانچه اجرای قرارداد به طور کلی به دلیل حادثه‌ای قهری غیرممکن نشده باشد، اصل بر لزوم عقد است، زیرا عقد قانون متعاقدين است، مگر

۵۵. عاطف النقیب، نظریه العقد، منشورات العویدات، بیروت، ۱۹۸۸، ص ۳۹۴.

۵۶. احمد عبدالرزاق، السنهوری، الوسیط، ج ۱، ص ۶۳۶.

این که اجرای قرارداد مغایر عدالت و روح انصاف باشد. پس اگر هنگام اجرای قرارداد وضعیتی رخ دهد که هنگام انعقاد عقد مورد نظر متعاقبین نبوده باشد و در حقوق طرفین تأثیر قابل توجهی بگذارد، به نحوی که تعادل و توازن قراردادی را به شدت به هم بزند و اجرای قرارداد را تا حد غیرقابل انتظاری مشکل نماید، در چنین موردی حکم به اجرای عقد، ظالمانه و کمک به مدیون موافق عدالت است. نظریه حوادث غیرمترقبه که وسیله طرفین پیش‌بینی نشده باشد با نظریه حوادث قهری تفاوت دارد، زیرا نظریه حوادث قهری در جایی اجرا می‌گردد که اجرای قرارداد غیرممکن شده باشد ولی نظریه حوادث پیش‌بینی نشده در مورد غیرممکن شدن نسبی است و موجب خسارت و ضرر عمده می‌گردد. روح نظریه «دارا شدن غیر عادلانه»<sup>۵۷</sup> و نظریه «سوء استفاده از حق»<sup>۵۸</sup> در حالی که در نصوص قانونی چنین نظریاتی نیست، در نظریه حوادث پیش‌بینی نشده وجود دارد. همچنین نظریات ملاحظه حال مدیون و انتظار تا دارا شدن وی و ضرر غیرمنتظره قابل تطبیق با نظریات فوق است»<sup>۵۹</sup>.

آنچه از رأی فوق بر می‌آید این است که قاضی به عدالت و روح انصاف رأی داده و تحمیل ضرر غیرمتعارف بر یکی از طرفین را مغایر عدالت می‌داند و به همین جهت آن را قابل تطبیق بر نظریات دارا شدن غیر عادلانه و سوء استفاده از حق می‌داند. رأی مذکور توسط دیوان تمیز

---

57. Unjust Enrichment.

58. Abuse of Right.

۵۹. محکمه استیناف مصر - ۹ آوریل ۱۹۳۱؛ همان، ص ۶۳۷؛ احمد عبدالرزاق، السنهوری، مصادرالحق فی الفقه الاسلامی، ج ۶، ص ۲۳.

مصر نقض گردید و با استناد به اصل لزوم، فسخ عقود را فقط در مواردی جایز دانست که اجرای قرارداد غیرممکن شده باشد.<sup>۶۰</sup>

قانون مدنی مصر در ماده ۱۴۷ نظریه حوادث پیش‌بینی نشده را که پس از رأی شورای دولتی فرانسه در کشور مذکور رواج یافته بود، پذیرفت و با توجه به نص ماده مذکور هم اکنون در امور مدنی و اداری مورد قبول بوده و در کلیه موارد جاری است.

### بند پنجم - تغییر اوضاع و احوال در حقوق آلمان

در کشور آلمان که تحت تأثیر جنگ‌های جهانی دستخوش بیشترین تحولات بوده است، اصل قداست معاهدات مانند آنچه در کشور فرانسه و کشور ما مطرح است، متداول نیست. این امر در کشوری که قیمت غذا در رستورانها بین سفارش غذا تا ارائه صورت حساب تغییر می‌کرد، امری عادی است. از نظریه‌های مطرح در این زمینه در حقوق آلمان می‌توان به نظریات زیر اشاره کرد.

#### ۱- نظریه «اون موگلیش کایت»<sup>۶۱</sup>

این نظریه شباهت زیادی به نظریه «فورس ماژور» و یا نظریه «غیرممکن شدن اجرای قرارداد» دارد. براساس قاعده کلی که در ماده ۲۷۵ قانون مدنی آلمان آمده است اگر بعد از انعقاد عقد، اجرای قرارداد غیرممکن شود و دلیل آن چیزی غیر از تقصیر متعهد و یا کارمندان وی باشد، تعهد متعهد ساقط می‌گردد. غیرممکن شدن اجرای قرارداد می‌تواند به دلیل موانع فیزیکی و یا قانونی باشد. اجرای قرارداد بدون ورود خسارت

۶۰. احمد عبدالرزاق، السنهوری، الوسیط، ج ۲، ص ۶۳۸.

61. "Unmöglichkeit".



غیرمعقول به طرف مقابل ممکن خواهد بود ولیکن اگر اجرای قرارداد مستلزم ورود ضرر به طرف مقابل باشد، نمی‌توان حکم به اجرای قرارداد نمود. در اثر وقایع جنگ جهانی اول بعضی به دنبال استفاده از نظریه فوق در موارد غیرممکن شدن از نظر اقتصادی<sup>۶۲</sup> بودند. معتقدین به این نظریه و چنین تفسیر موسعی از آن معتقد بودند که نباید مدیون را مجبور به تلاش و فداکاریهایی نمود که هنگام انعقاد عقد تصور آن را نمی‌کرده‌است. از این جهت بین این نظریه و نظریه «غیرعملی شدن تجاری»<sup>۶۳</sup> در حقوق امریکا شباهت‌هایی وجود دارد که در ادامه مقاله به آن پرداخته خواهد شد.

آنچه از این نظریه آلمانی انتظار می‌رود و با تفسیر موسع، به دنبال استفاده از آن هستیم، این است که متعهد مجبور نیست در انجام تعهد خود بیش از آنچه هنگام انعقاد عقد به آن ملتزم شده‌است، تلاش نماید. متعهد باید در حد انتظار کوشش کرده و ضرر را در حد متعارف تحمل نماید. از نظریات دیگر مطروحه در حقوق آلمان که به نظریه تغییر اوضاع و احوال شباهت دارد، نظریه‌ای به نام «وگفال در گشفتس گروندلاگ» است.

## ۲- نظریه «وگفال در گشفتس گروندلاگ»<sup>۶۴</sup>

این نظریه از نظر مبنا شباهت زیادی به نظریه «ریوس سیک استانتی بوس»<sup>۶۵</sup> دارد. براساس نظریه مذکور در هر قراردادی یک هدف اصلی از قصد اساسی متعاملین ناشی می‌گردد و تحقق این هدف اصلی فقط در

---

62. Economic Impossibility.

63. Commercial Impracticability.

64. Wegfall der Geschäftsgrundlage (نظریه از بین رفتن اساس قرارداد).

- Konrad Zweigert, *The Effect of Supervening Events, Introduction to Comparative Law*, vol. 11, London, 1987, p. 214.

65. Rebus Sic Stantibus.

صورتی امکان دارد که اوضاع و احوال بخصوص مانند نظم اجتماعی و اقتصادی، ارزش پول، شرایط سیاسی و سایر شرایط مربوط به زمان عقد تا زمان اجرا ثابت بماند. اگرچه به تعبیر حقوقدانان آلمانی تکیه بر چنین نظریه‌ای مانند «اسکیت کردن روی یخ یک شبه است»<sup>۶۶</sup> نظریه مذکور در این گونه موارد راهگشا است. به این معنا که اگر حوادث جدیدی باعث دگرگونی کلی در اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد گردد، قاضی علاوه بر تکمیل شرایط مجاز خواهد بود بعضی از شرایط آن را تغییر دهد. فرقی نیست که اوضاع و احوال مذکور اقتصادی، اجتماعی، سیاسی باشد و یا در نتیجه حاکمیت قانونی خاص اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد تغییر یابد. این نظریه همان نظریه «عدم امکان اقتصادی»<sup>۶۷</sup> است که در بعضی از متون انگلیسی به حقوق آلمان نسبت داده شده است.<sup>۶۸</sup> نظریه مذکور با نظریه «پر کردن جاهای خالی»<sup>۶۹</sup> که هم اکنون مورد بحث حقوقدانان آلمانی است متفاوت است.

در نظریه «وگفال در گشفتن گروندلاگ» قاضی باید متعاملین را در اوضاع و احوال واقعی انعقاد قرارداد مجسم نموده و حکم کند. قاضی باید دریابد که قصد آنها از انعقاد معامله و رضایت به آن، همراه با نوعی تعادل و توازن در عوضین بوده و با بروز حادثه دگرگون کننده، رضایت مذکور مخدوش و وی باید تلاش کند که تعادل از دست رفته باز گردد. در هر حال قاضی وظیفه دارد قرارداد را در جهت کشف اراده متعاملین تفسیر نموده و برابر خواست واقعی آنها حکم کند.

66. Skating over one night's Ice, A.H. Puelinckx, op. cit., p. 60.

67. Economic Impossibility.

68. David Green, *Force Majeure Clauses and International Sale of Goods*, Australian Business Law Review, vol.8, Dec. 1980, p.384.

69. *Ergänzende Vertragsauslegung*.

با این توضیحات می‌توان نتیجه گرفت که در حقوق آلمان نیز مانند بعضی از کشورها در صورت بروز حوادث پیش‌بینی نشده و به هم خوردن تعادل قراردادی و تغییر در اوضاع و احوال اقتصادی، اجتماعی و سیاسی قاضی مجاز در تعدیل و تکمیل شرایط قرارداد است.

#### بند ششم - نظریه «دشواری»<sup>۷۰</sup>

کلمه (هاردشیپ - Hardship) در فرهنگ لغات انگلیسی به زیان دیدن یا محرومیت سخت و طاقت فرسا و یا سختی و دشواری از اوضاع و احوال معنا شده است.<sup>۷۱</sup> اصطلاح دشواری توسط راهنمای آنسیترال این گونه تعریف شده است:

«اصطلاح [دشواری] عبارت است از تغییر در عوامل اقتصادی، پولی، حقوقی یا فناوری که موجب ورود زیانهای اقتصادی شدید به یکی از طرفین قرارداد گردد، به نحوی که وی را در ایفای تعهدات قراردادی با مشقت زیادی مواجه سازد».<sup>۷۲</sup>

اتاق بازرگانی بین‌المللی<sup>۷۳</sup> در نشریه شماره ۴۲۱ خود شرط «فورس ماژور» و شرط «دشواری» را به عنوان یک متن پیشنهادی برای درج در قراردادها تنظیم کرده است. برابر متن مذکور هرگاه بروز حوادث پیش‌بینی نشده موازنه و تعادل قرارداد را به هم بزند به نحوی که اجرای قرارداد مستلزم تحمیل خسارت گزاف به یکی از طرفین قرارداد باشد،

---

70. Hardship.

71. Oxford Advanced Learner's Dictionary, p.569.

72. John. A Westberg, op.cit., p.217.

73. (ICC). International Chamber of Commerce.

دشواری تحقق یافته است. برابر همان متن، علی‌رغم شرط فورس ماژور که می‌توان به صورت شرط ارجاع به مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) در قرارداد درج کرد<sup>۷۴</sup> شرط دشواری باید به صورت شرط صریح در قرارداد گنجانده شود. بهر حال، این شرط هنوز به صورت پیشنهادی است. قراردادهای درازمدت که اجرای آن در طول سالیان متمادی تحقق می‌یابد، بیشتر در معرض تحولاتی است که آن را تحت تأثیر گذاشته و تعادل و توازن قراردادی را به هم می‌زند. موقعیتهای دشواری غالباً در زمینه‌های بین‌المللی که طرفین قرارداد از ملیتهای مختلف هستند و یا یکی از طرفین، دولت و طرف دیگر یک تبعه خارجی است، بروز می‌کند. نظر به اینکه پیش‌بینی کلیه عوامل مؤثر در قراردادهای امکان‌پذیر نیست و با توجه به تنوع حوادث و وضعیتهای دشوار، هنگام انعقاد عقد مسائلی از محاسبه طرفین خارج می‌شود.

در بررسی نظریه دشواری و یا درج شرط دشواری در قراردادهای نکات برجسته زیر قابل توجه بوده و نباید آنها را از نظر دور داشت:

اول - در قراردادهای مستمر که اجرای قرارداد طی سالیان متمادی صورت می‌پذیرد حفظ منافع طرفین ایجاب می‌کند که با مذاکره به توافق برسند، زیرا توقف عملیات اجرایی به ضرر طرفین خواهد بود. منافع درازمدت و سودهای محتمل در آینده طرفین را وادار به سازش کرده و باعث می‌شود که طرفین دعاوی را بدون مراجعه به دادگاه و با داوری و یا مذاکرات دوجانبه حل و فصل نمایند. البته این به آن معنا نیست که اختلافی رخ ندهد و حکمی در این زمینه صادر نشود. دعاوی کشور کویت

---

74. International Chamber of Commerce, Force Majeure and Hardship Provisions, Paris, 1986, No.421, p.20.

علیه «امین اوایل»<sup>۷۵</sup> و یا دعاوی مطروحه در دیوان داوری ایران - ایالات متحده امریکا از جمله این دعاوی در سالهای اخیر است.<sup>۷۶</sup>

دوم - در سیستم حقوقی کامن لا نظریه‌های حقوقی دیگری وجود دارد که به وسیله آن در موقع بروز حوادث و غیرممکن شدن اجرای قرارداد دعاوی را حل و فصل کرده و براساس آنها حکم صادر می‌کنند. در بررسی نظریه انتفای قرارداد گفته شد که صرف دشواری یا زحمت و در دسر متعهد برای اسقاط تعهد کافی نیست. در این صورت چنانچه از قبل شرطی برای افزایش قیمت در نظر گرفته شده باشد، در صورت افزایش بیش از حد قیمت می‌توان قیمت را بالا برد و افزایش قیمت به خودی خود برای انتفای قرارداد کافی نیست مگر این که تعهد اولیه را به چیزی متفاوت از آن چه طرفین به آن ملتزم شده‌اند تبدیل نماید.

نظریه دشواری قبلاً تحت عناوین دیگری در حقوق کشورها وجود داشته است اما تحت عنوان "Hardship" در دهه‌های اخیر به کار رفته است. در اثر تحولات دهه هفتاد که قیمت نفت از چهارده دلار در هر بشکه به چهل دلار در سال ۱۹۷۴ افزایش یافت شرط مذکور دارای اعتبار قابل توجهی شد.

در ژوئن ۱۹۷۰ قراردادی بین شرکت «نابال کو»<sup>۷۷</sup> و شعبه‌ای از شرکت نفتی «بریتیش پترولیوم»<sup>۷۸</sup> در استرالیا (B.P.A) برای تأمین نیازمندیهای نفتی منعقد گردید. در اثر تصمیمات سازمان کشورهای

---

75. Kuwait v. Aminoil, (1982).

76. Richard W. Bentham, Question of Hardship in Transnational Agreement, Foreign Investment in Present and a New International Economic Order, University of Fribourg Switzerland, 1987, p. 164.

77. Nabalco.

78. British Petroleum of Australia.

صادرکننده نفت «اوپک» قیمت نفت در ژانویه ۱۹۷۴ از چهارده دلار در هر بشکه به چهل دلار در ماه مارس همان سال افزایش یافت. در نتیجه قیمت نفت در حدود سیصد درصد بالا رفت و اگر شرکت مذکور قیمت نفت را بالا نمی‌برد، از این بابت خسارات قابل توجهی به شرکت تأمین‌کننده نفت وارد می‌گردید. با توجه به بخش هفت قرارداد فروشنده حق تعدیل قیمت‌ها را داشت و چنانچه بین طرفین توافق حاصل نمی‌شد، خریدار می‌توانست با ارسال یادداشتی به طرف مقابل قرارداد را فسخ نماید.<sup>۷۹</sup>

در سالهای اخیر نظر نویسندگان حقوقی و حقوقدانان بین‌المللی به این نکته معطوف گردیده است که به دلیل تحولات سریع در اوضاع و احوال بین‌المللی و تأثیر اجتناب‌ناپذیر آن بر قراردادهای تجاری، شرایطی در خصوص موقعیت‌های دشوار در قرارداد گنجانده شود. این شرط که علاوه بر شرایط معاذیر قراردادی از قبیل فورس ماژور، اعمال حاکمیت یا سایر شرایط مندرج در قراردادها است مربوط به تطبیق با شرایط جدیدی است که بر اثر تغییر اوضاع و احوال و به هم خوردن تعادل موازنه قرارداد و مشکل شدن اجرای قرارداد به وجود می‌آید.<sup>۸۰</sup>

اتاق بازرگانی بین‌المللی در نشریه شماره ۴۲۱ خود اقدام به تهیه شرط فورس ماژور و شرط دشواری کرده است. این مقررات به صورت پیشنهادی منتشر شده است.<sup>۸۱</sup>

---

79. Richard W. Bentham, op.cit., p. 166.

80. Schmitthoff, Export Trade The Law, Practice of International Trade, London, Sweet & Maxwell, 9th ed., 1990, pp. 751-753.

81. International Chamber of Commerce, Hardship Provisions, Paris, 1986, No.421, pp.18-24.

## بند هفتم - نظریه «غیر عملی شدن تجاری قرارداد»<sup>۸۲</sup>

نظریه غیر عملی شدن تجاری قرارداد به این معنا است که تأثیر بروز حوادث غیر مترقبه اجرای قرارداد را غیر ممکن نسازد، بلکه قرارداد در صورت اجرا از لحاظ بازرگانی چیزی متفاوت از آن چه طرفین در نظر گرفته‌اند، خواهد شد.<sup>۸۳</sup> هنگامی که بعد از انعقاد قرارداد اوضاع و احوال تغییر نماید و اجرای قرارداد بسیار سنگین و گران شود، اجرای قرارداد از نظر اقتصادی غیر عملی می‌گردد. نظریه مذکور نخستین بار در قانون متحدالشکل تجاری (UCC)<sup>۸۴</sup> در قسمت (2-615) درج گردید و اولین بار در بخش ۴۵۴ حقوق قراردادهای سال ۱۹۳۰ مطرح و سپس در سال ۱۹۴۳ در قانون متحدالشکل تجاری پذیرفته شد. آخرین اصلاح این قانون در سال ۱۹۵۰ بوده است.<sup>۸۵</sup>

اولین هدف از تصویب چنین قانونی این بود که برای معافیت متعهد در شرایط بروز حوادث کلی، عام و غیر مترقبه راه‌حلی ارائه شود. دومین هدف این بود که این معافیت با در نظر گرفتن اوضاع و احوال تجاری و به هم خوردن تعادل و توازن قراردادی، شامل معافیت در شرایط دشواری نیز بشود. ضابطه غیر عملی شدن تجاری عبارت است از؛ دشواری غیر متعارف، هزینه زیاد، ورود خسارت گزاف، صدمه و ضرر در راه اجرای قرارداد. جا دارد به نظر یکی از قضات امریکایی توجه کنیم:

«تعمیر مجدد کشتی ممکن است از نظر فیزیکی امکان‌پذیر باشد ولیکن

این امر با هزینه بالایی صورت می‌پذیرد و از این بابت ضرر قابل

---

82. Commercial Impracticability.

83. William W. Melryde, *Frustration of Contract*, London, Juridical Review, 1990, vol.25, p.3.

84. Uniform Commercial Code.

85. Richard W. Bentham, op.cit., p.171.

توجهی وارد می‌شود. در موضوعات تجاری به چیزی غیرممکن گفته می‌شود که عملی نباشد و چیزی غیرعملی است که تنها با هزینه زیاد و غیرمتعارف عملی شود».<sup>۸۶</sup>

با توجه به مطالب فوق نظریه غیرعملی شدن تجاری را می‌توان چنین تعریف کرد:

«اگر اوضاع و احوال تغییر یافته، اجرای قرارداد را در عین تلاش معقول تجاری، غیرممکن سازد، اجرای قرارداد از نظر تجاری غیرعملی می‌شود».<sup>۸۷</sup>

محاکم امریکا تفاسیر و برداشتهای متفاوتی از نظریه غیرعملی شدن تجاری دارند. به نحوی که در بعضی از دعاوی افزایش قیمتها را کافی برای تحقق غیرعملی شدن تجاری ندانسته‌اند و در بعضی دیگر این امر را پذیرفته‌اند. در دعوی *Louisian Power & Light* علیه *Allegheng* در سال ۱۹۸۱ افزایش قیمت در حد ۳۸ درصد قیمت اولیه *Ladlum Indus* در سال ۱۹۸۴ افزایش قیمت در حد ۵۰ درصد منافع کلی قرارداد کافی برای اعمال نظریه غیرعملی شدن تجاری تشخیص داده نشد. در دعوی *Florida Power & Light* علیه *Westinghouse Elec. Co* در سال ۱۹۸۴ افزایش قیمت در حد ۵۰ درصد منافع کلی قرارداد کافی برای اعمال نظریه غیرعملی شدن تشخیص داده نشد. هم چنین در بعضی دیگر از

---

85. John D. Wladis, The Effect of Changed Circumstances upon Contract Obligation for the Sale of Goods, Georgia Law Review, vol. 22, No.3, 1988, p.580.

87. Ibid., p.583.



دعاوی افزایش قیمت قرارداد دلیل کافی برای معافیت متعهد قلمداد نگردید.<sup>۸۸</sup>

مقایسه دو دعاوی زیر با یکدیگر نشان می‌دهد که تأثیر تغییر اوضاع و احوال اگر به حد قابل توجهی باشد که اساساً قرارداد را دگرگون و متفاوت از آن چه طرفین در نظر داشته‌اند بنماید، می‌تواند مبنایی برای پذیرش نظریه غیرعملی شدن قرارداد باشد. دعاوی اول مربوط به قرارداد ساخت ۷۸ دستگاه خانه در هشت ماه و با قیمت ۹۴۰۰۰ دلار بوده که بر اثر کمبود کارگر و بالا رفتن هزینه ۲۲ ماه به طول انجامید و مبلغ ۱۱۵۰۰۰ دلار هزینه دربرداشت. پیمانکار برای گرفتن مابه‌التفاوت به دادگاه شکایت کرد اما ادعای وی مورد قبول واقع نشد.<sup>۸۹</sup> در دعاوی دیگر بیمارستانی در سال ۱۹۱۹ به یک شرکت آب رسانی اجازه بهره‌برداری از چاه بیمارستان را داده بود به این شرط که شرکت آب‌رسانی با قیمت ثابتی آب بیمارستان را تأمین کند. در سال ۱۹۷۵ که قیمت آب ۱۸ برابر افزایش یافت شرکت آب‌رسانی طی یادداشتی لغو قرارداد را اعلام کرد. قاضی نیز از شرکت مذکور حمایت کرد. در مورد نخست افزایش هزینه کارگر در حد متعارفی بوده است اما در مورد دوم افزایش قیمت تا این حد هیچگاه مورد انتظار طرفین نبوده است به خصوص که نزدیک به ۵۰ سال از زمان انعقاد قرارداد گذشته بود.

اگرچه حکم به معافیت متعهد از انجام تعهد براساس بخش (2-615) قانون متحدالشکل تجاری هنوز برای محاکم امریکا دشوار است اما با توجه به مطالب مطروحه پیرامون دعاوی «شرکت برق و نیروی آیوا علیه

---

88. Ibid., p.588.

89. G.H. Treitel, op.cit., p.780.

شرکت اطلس»<sup>۹۰</sup> امکان صدور حکم به معافیت متعهد نیز وجود دارد. دادگاه در این پرونده آمادگی داشت که عدم قابلیت اجرای تجاری را با معیار ملایم‌تری نسبت به حقوق عرفی مطرح نماید. اگرچه تصمیم دادگاه در قضیه «آیوا» فاقد معافیت متعهد مبتنی بر نظریه عدم قابلیت اجرا بود، ولی اشاره داشت که امکان تغییر در سیاست کلی و نوع تفسیر در نحوه اجرای این ماده وجود دارد. نظر دادگاه در این زمینه به شرح زیر است:

«نظریه غیرعملی شدن تجاری یا عدم قابلیت اجرا به طور اخص تفسیر شده است... تعداد کمی از محاکم صرفاً براساس هزینه غیرمعقول و زیاد حکم به معافیت متعهد از اجرای قرارداد داده‌اند. مع‌هذا دامنه گسترده و اثرات شدید افزایش قیمت‌ها در امور تجاری در عصر حاضر، مستلزم تفسیر ملایم‌تری از بخش (2-615) قانون متحدالشکل تجاری است به ویژه در جایی که تأثیر تحولات مذکور، درآمد را از یک سطح تجاری معقول پایین‌تر می‌آورد، می‌باشد».<sup>۹۱</sup>

### بند هشتم - «نظریه تغییر اوضاع و احوال»<sup>۹۲</sup> در کشورهای دارای نظام حقوق کامن‌لا

نظریه تغییر اوضاع و احوال که ریشه در حقوق روم دارد و در قراردادهای حقوق خصوصی مورد قبول واقع گردیده، به حقوق بین‌الملل سرایت کرده است<sup>۹۳</sup> و تحت عنوان قاعده «ربوس سیک استانتی بوس»<sup>۹۴</sup>

---

90. Iowa Electric Light & Power v. Atlas Enop.

91. Ibid.

92. The Theory of Change of Circumstances.

93. Amin, S.H., The Theory of Change of Circumstances in International Trade, Lords Maritime and Commercial Law Quarterly, Nov. 1982, p. 577.

94. Rebus Sic Stantibus.

شهرت یافته است. اکنون که سالها از پذیرش تغییر اوضاع و احوال در حقوق بین‌الملل می‌گذرد، تحت تأثیر تحولات بی‌سابقه دهه‌های اخیر به همه رشته‌های حقوق اعم از حقوق خصوصی و حقوق عمومی راه یافته است.<sup>۹۵</sup> از نظر وسعت جغرافیایی نفوذ نظریه نیز می‌توان گفت که از سیستم حقوقی کشور انگلیس گرفته تا حقوق کشورهای امریکا، اروپا، خاور دور و اکثر کشورهای عربی امتداد یافته است. نظریه تغییر اوضاع و احوال به عنوان پل ارتباطی، نظریات مختلفی را که در زمینه بروز حوادث پیش‌بینی نشده و دگرگونی در شرایط در سیستم‌های مختلف مطرح شده است به هم پیوند داده و در بعضی از دعاوی تحت همین عنوان مشهور شده است.

یکی از نکات قابل بحث در طرح نظریه تغییر اوضاع و احوال بررسی این نکته است که آیا تغییر اوضاع و احوال سیاسی هم می‌تواند مبنای اعمال نظریه تغییر اوضاع و احوال باشد؟ پاسخ اجمالی به این سؤال این است که ملاک اساسی در پذیرش این نظریه، اساسی و بنیادین بودن تغییر است.

چنانچه بروز حوادث اعم از طبیعی، سیاسی در اعمال حاکمیت عمومی، باعث تغییر دگرگونی اساسی در اوضاع و احوال قرارداد گردد، می‌توان به نظریه تغییر اوضاع و احوال استناد کرد.

نمونه‌هایی از دعاوی را مطرح می‌کنیم:

---

۹۵. محمدعلی حکمت، تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر اعتبار معاهدات و قراردادهای بین‌المللی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۳، سال ۱۳۶۴، ص ۳۶.

## الف - American International Group Inc علیه دولت جمهوری

### اسلامی ایران

در تاریخ ۱۰ ژوئیه ۱۹۸۰ دادگاه اظهارنظر کرد که موضوع اقامه دعوی در ایران تحت شرایط و اوضاع و احوالی بوده که اکنون دگرگون شده و به طور اساسی تغییر کرده است. قاضی «هارت»<sup>۹۶</sup> همچنین عقیده داشت که براساس پاراگراف دوم از ماده ۴ معاهده مودت ایران و امریکا خواهان‌ها حق اقامه دعوی در دادگاههای امریکا را دارند.<sup>۹۷</sup>

در دعوی «Torncello» علیه ایالات متحده، دادگاه به دلیل زحمت و دشواری تحت تأثیر تغییر شرایط و اوضاع و احوال به لغو قرارداد اشاره کرده و متذکر شده است که در اغلب قراردادهای شرط دشواری درج گردیده است.<sup>۹۸</sup>

در ژوئن ۱۹۷۳ قراردادی بین نیروی دریایی امریکا و شرکت «Torncello» برای تأمین ملزومات و تعمیر و نگهداری شش ناو در بندر «سان دیاگو»<sup>۹۹</sup> منعقد گردید. در قسمتی از قرارداد، مبارزه و کنترل جوندگان پیش بینی شده بود. پیشنهاد شرکت حق الزحمه‌ای معادل ۵۰۰ دلار بود، در حالی که این مبلغ به میزان قابل توجهی بیش از آن چیزی بود که سایر پیشنهاد دهندگان مناقصه ارائه کرده بودند. نیروی دریایی برحسب اتفاق مواجه با هجوم موشها شد و بدون این که سراغ شرکت فوق برود با شرکتهای دیگر قرارداد منعقد کرد تا در جهت نابودی موشها اقدام کنند.

96. Hart.

97. Ibid., p. 581.

98. Major, Karl, Torncello and Changed Circumstances Rule, The Army Lawyer, London, Nov. 1990, p. 18.

99. San Diego.

شرکت Torncello به این اقدام اعتراض کرد و استدلال نمود که نیروی دریایی قرارداد را نقض کرده است و تقاضای خسارت و منافع مورد انتظار را نمود. این اعتراض توسط هیأت رسیدگی به قرارداد نیروهای مسلح رد شد و استدلال شد که فسخ ضمنی قرارداد به این علت بوده است که دولت در شرایط اضطرار و دشواری واقع شده است.<sup>۱۰۰</sup>

با وجود این دادگاه به نفع شرکت فوق رأی داد و این استدلال را که دولت می‌تواند به دلیل واقع شدن در زحمت و دشواری قرارداد را فسخ کند رد کرد. نکته مهم و اساسی این است که برای استناد به نظریه تغییر اوضاع و احوال نیاز به نوعی تغییر در اوضاع و احوال معامله یا انتظارات طرفین است و در مورد فوق چنین چیزی رخ نداده است.

دادگاههای امریکا در استناد به نظریه تغییر اوضاع و احوال هنوز در تردید به سر می‌برند و محدوده استناد به نظریه نزد آنان معلوم نیست. در دعوی شرکت "Adams Manufacturing" یکی از قضاتی که در دعوی "Torncello" اظهارنظر کرده بود بار دیگر این فرصت را پیدا کرد که در مورد اعمال نظریه تغییر اوضاع و احوال اظهارنظر کند. قاضی «دیویس» عقیده داشت که این استدلال دولت که برای به دست آوردن منبع جدیدی با قیمت ارزان‌تر و به بهانه دشواری و زحمت قرارداد را لغو کرده است، نمی‌تواند دلیلی برای استناد به نظریه باشد. اگرچه رأی "Adams" هیچ‌گاه منتشر نشد و ارزش سابقه قضایی ندارد ولیکن نظر قاضی دیویس مشعل روشنی را برای قضات برافروخت.<sup>۱۰۱</sup>

اگرچه مفسرین حقوقی در ابتدا رأی دعوی "Torncello" را به عنوان یک قاعده متحول‌کننده و انقلابی قلمداد کرده و به عنوان مجوزی بر

---

100. Ibid., p. 20.

101. Ibid., p. 23.

علیه اقدامات دولت برای فسخ قرارداد به طرف قرارداد با دولت عرضه کردند اما نظریه تغییر اوضاع و احوال توسط محاکم با استقبال مواجه شد. به عنوان نتیجه در رویه قضایی امریکا می‌توان گفت، زمانی تغییر اوضاع و احوال رخ می‌دهد که اولاً: رویدادی غیرمترقبه روی دهد. ثانیاً: اوضاع عقد را دگرگون کند و نتیجه اجرای قرارداد چیزی متفاوت از انتظارات طرفین از انعقاد عقد باشد. ثالثاً: حادثه و رویداد خارج از کنترل و پیش‌بینی متعارف باشد. در قضیه شرکت "Torncello" دولت امریکا که با اطلاع کامل از قیمت‌ها و اوضاع و احوال عقد دست به انعقاد قرارداد با شرکت فوق زده بود نتوانست به بهانه گران بودن هزینه قرارداد و یافتن متعهد دیگری برای اجرای قرارداد به این نظریه استناد کند، زیرا آن چنان حادثه دگرگون‌کننده‌ای رخ نداده بود که اوضاع و احوال قرارداد را تغییر دهد.<sup>۱۰۲</sup>

تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر قراردادهای فی‌مابین دولت ایران و امریکا از موضوعهایی است که مورد توجه دیوان دآوری ایران - ایالات متحده امریکا قرار گرفته است. براساس بند ۱ ماده ۲ بیانیه دولت جمهوری دموکراتیک و مردمی الجزایر درباره حل و فصل ادعاهای توسط دولت ایالات متحده امریکا و دولت جمهوری اسلامی ایران رسیدگی به اختلافات قراردادهایی که قید صلاحیت انحصاری دادگاههای صالحه ایران را دارد در صلاحیت محاکم ایران است. اما ایالات متحده استدلال کرد که محاکم ایران آن چنان دستخوش تغییرات بنیادی شده‌اند که نمی‌توان گفت همان محاکمی هستند که طرفین قرارداد در نظر داشته‌اند.<sup>۱۰۳</sup>

هیأت عمومی دیوان در پرونده‌های صلاحیت، استناد به نظریه تغییر اوضاع و احوال را نپذیرفت. دو تن از داوران در نظرات خود این تصمیم

102. Ibid., p. 27.

103. John. A. Westberg, op.cit., p.230.

هیأت عمومی را مورد انتقاد قرار داده و استدلال کردند که تغییر اساسی صورت گرفته در نظام حقوقی و قضایی ایران به نحوی اوضاع و احوال را دگرگون کرده است که خواهان‌های امریکایی مجبور به پذیرش صلاحیت دادگاههای ایران نیستند. قاضی هولتزن با استناد به اظهارات آقای «فیتزموریس» در مورد دعوی Fisheries Jurisdiction که در سال ۱۹۷۳ توسط دیوان بین‌المللی دادگستری رسیدگی شد، تحولات انقلابی را که منجر به تغییرات اساسی در نظام حقوقی و قضایی شده است، موجب عدم التزام به قید انتخاب دادگاه صلاحیتدار می‌داند. آقای فیتزموریس بیان داشته است:

«اگر در طول تحولات انقلابی، ماهیت دادگاه بین‌المللی به نحوی تغییر کند که دیگر آن چه مورد نظر طرفین بوده است وجود نداشته باشد، قید صلاحیت دستگاه دیگر قابل اجرا نیست».<sup>۱۰۴</sup>

داور «ماسک» نیز در نظر مخالف خود که منطبق با نظر داور «هولتزن» بود، قید محاکم ایران را با استناد به نظریه تغییر اوضاع و احوال رد کرد. در نهایت اکثریت اعضای دیوان تغییر اوضاع و احوال در شرایط قرارداد و تغییر در نظام حقوقی و قضایی ایران را برای رد صلاحیت محاکم ایران در مورد دعاوی با قید صلاحیت محاکم ایران کافی ندانستند.<sup>۱۰۵</sup>

از مجموع پرونده‌های دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده که تاکنون منتشر شده است به جز پرونده‌های با قید صلاحیت محاکم ایران فقط در چهار مورد به نظریه تغییر اوضاع و احوال استناد شده است و

---

104. Iran-United States Claims Tribunal Reports, London, 1981-1992, vol.1, p. 308.

105. Ibid., p. 312.

فقط در یکی از پرونده‌های مذکور؛ یعنی پرونده «کوئستک»<sup>۱۰۶</sup> نظریه مذکور پذیرفته شده و در سایر موارد؛ یعنی پرونده‌های «آموکو اینترنشنال فایننس»<sup>۱۰۷</sup> «فیلیپس پترولیوم»<sup>۱۰۸</sup> «موبیل اویل ایران»<sup>۱۰۹</sup> استدلال ایران مبنی بر تغییر در اوضاع و احوال سیاسی بر اثر انقلاب ایران را نپذیرفته و نتیجه‌گیری می‌شود که تغییر اوضاع و احوال منعکس در ماده ۵ بیانیه حل و فصل، صریحاً به تعیین قانون حاکم مربوط می‌شود. اینک خلاصه‌ای از پرونده کوئستک بیان می‌شود.

این پرونده جزئی از یک پروژه مدرنیزه کردن و توسعه سیستم الکترونیکی جمع‌آوری اطلاعات در ایران بوده است. این پروژه - که به «آیکس»<sup>۱۱۰</sup> معروف است - در حکم شماره ۱-۶۴-۱۸۰ مورخه ۲۷ ژوئن ۱۹۸۵ مورد رسیدگی واقع شده است. کوئستک به عنوان خواهان مدعی است که خوانده؛ یعنی وزارت دفاع ملی جمهوری اسلامی ایران قرارداد را در سال ۱۹۷۹ نقض کرده است. وزارت دفاع نیز ادعای متقابلی مطرح و مدعی است که خواهان قرارداد را نقض کرده است.

در این پرونده استدلال شده است که:

«مفهوم تغییر اوضاع و احوال که عبارت لاتینی *Rebus Sic Stantibus*

نیز به همان معنا به کار می‌رود، در شکل اساسی خود در بسیاری از نظام‌های حقوقی وارد شده، به طوری که می‌توان آن را یک اصل عام حقوقی دانست. اصل مزبور همچنین در ماده ۶۲ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین درباره قانون معاهدات منعکس گردیده و قبول عام یافته است. گرچه

---

106. Questech.

107. Amoco International Finance.

108. Phillips Petroleum.

109. Mobil Oil Iran.

110. IBEX.



می‌توان استدلال کرد که با توجه به تعاریف وسیع و محدود مفهوم مورد بحث در نظامهای حقوقی مختلف و پاره‌ای تفاوتها در کاربرد عملی آن، تعیین وجه اشتراک چنین اصل کلی حقوقی کار ساده‌ای نیست. با این حال قبول اوضاع و احوال تغییر یافته در این مورد با توجه به صراحت ماده ۵ بیانیه حل و فصل دعاوی مجاز و موجه است. این شرط نه تنها قانون قابل اجرا توسط دیوان را تعیین می‌کند، بلکه دیوان را موظف می‌سازد که در رسیدگی به کلیه دعاوی عرف معمول تجاری، شرایط قرارداد و تغییرات اوضاع و احوال را در نظر گرفته و به این طریق «تغییر اوضاع و احوال» را هم‌تراز و هم سطح «شرایط قرارداد» قرار می‌دهد. به این معنا که تغییراتی که جزء لاینفک و منتج از انقلاب ایران است باید مورد نظر قرار داده شود.<sup>۱۱۱</sup>

در نتیجه رسیدگی به پرونده، فسخ قرارداد از سوی دولت ایران با استناد به اوضاع و احوال تغییر یافته موجه قلمداد شد و به صراحت بیان شد که اصل مزبور شامل تحولات سیاسی ناشی از انقلاب ایران می‌گردد. در قسمتی از رأی آمده است که:

«تغییرات بنیادی در اوضاع و احوال سیاسی ایران در نتیجه انقلاب، طرز برخورد متفاوت دولت جدید و سیاست خارجی آن به ویژه در رابطه با ایالات متحده با پشتوانه قوی مردمی، تغییر فاحش در اهمیت قراردادهای بسیار حساس نظامی نظیر قرارداد حاضر، به ویژه آنهایی که با شرکتهای امریکایی منعقد شده بود همگی عواملی هستند که موجب آن چنان تغییری در اوضاع و احوال شدند که خواننده را ذی‌حق به فسخ

---

111. John A. Westberg, op.cit., p. 231.

قرارداد ساختند. هنگامی که وزارت دفاع تصمیم به عدم ادامه قرارداد شماره ۱۱۴ را طی نامه مورخه ۱۶ ژوئیه ۱۹۷۹ به خواهان اطلاع داد، اقدام به لغو قراردادی کرد که طرفین در صورتی که می‌دانستند چنین تغییرات بنیادی به وقوع خواهد پیوست، احتمالاً اقدام به انعقاد آن نمی‌کردند».<sup>۱۱۲</sup>

### بند نهم - نظریه تغییر اوضاع و احوال و راه‌حل حقوق ایران

#### طرح مسأله

در هر قرارداد، طرفین با در نظر گرفتن شرایط و اوضاع و احوال زمان عقد، اقتصاد قرارداد، سود و زیان، شرایط متعارف و سایر عوامل مؤثر مبادرت به انعقاد عقد می‌نمایند. در نتیجه باید به مفاد آن ملتزم باشند و به تعهدات ناشی از عقد عمل کنند. اما این که التزام به تعهدات ناشی از قرارداد، بستگی تام به بقا و ثبات شرایط و اوضاع و احوالی دارد که قرارداد در آن فضا و موقعیت منعقد شده است و یا میزان تأثیر تغییرات از نظر دشواری و یا ضرری شدن و یا غیرممکن شدن چقدر است، موضوعی است که باید به آن پرداخته شود. مقصود از طرح مسأله، تأثیر تغییر شرایط و اوضاع و احوال بر قراردادهای، بررسی میزان تأثیری است که اجرای تعهد را دشوار کرده و متعهد را در شرایط حرج و مشقت قرار داده است. از طرف دیگر تعادل و توازن اقتصادی قرارداد را به هم زده و از این بابت خسارت عمده و قابل توجهی را متوجه متعهد گردانده است. یعنی تعادل و توازنی که مبنا و اساس تراضی طرفین بوده است و از لوازم عرفی تراضی به حساب می‌آید، بهم خورده است.

---

112. Ibid., p.222.

بنابراین دو مطلب قابل طرح است:

۱- تأثیر تغییر شرایط و اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد و مشکل شدن اجرای تعهد به نحوی که اجرای قرارداد برای متعهد موجب عسر و حرج و ضرر گردد.

۲- تغییر شرایط و اوضاع و احوال زمان عقد در حالی که ثبات شرایط مذکور خود فرضی اساسی برای تراضی بوده و اکنون با تغییر اوضاع و احوال تعادل اقتصادی مفروض به هم خورده است. به عبارت دیگر آن چه به طور ضمنی به عنوان شرط پذیرفته شده بود، اکنون دگرگون شده است - گرچه این دگرگونی ممکن است متعهد را در شرایط حرج و مشقت قرار ندهد ولی به طور یقین وی را با خسارت قابل توجهی مواجه می‌سازد.

راه حل حقوق ایران در مواردی که حادثه‌ای غیرقابل کنترل و غیرقابل اجتناب و خارج از اراده متعهد، اجرای قرارداد را غیرممکن سازد روشن است. برابر مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی ایران<sup>۱۱۳</sup> اگر متعهد ثابت نماید که عدم انجام تعهد بنا به علتی خارجی و غیرقابل کنترل و اجتناب بوده است، مسئولیتی ندارد. از آنجا که قانون مدنی ایران در مورد دشواری اجرای قرارداد و یا به هم خوردن تعادل و توازن قراردادی بر اثر حوادث پیش‌بینی نشده سخنی به میان نیاورده است، به ناچار باید با استفاده از مبانی معاذیر قراردادی در حقوق مدنی و بررسی موادی از قانون که به دشواری و

---

۱۱۳. ماده ۲۲۷ ق.م. ایران مقرر می‌دارد:

«متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تأدیه خسارت می‌شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام به واسطه علت خارجی بوده است که نمی‌توان به او مربوط نمود».

- ماده ۲۲۹ ق.م. ایران مقرر می‌دارد:

«اگر متعهد به واسطه حادثه که دفع آن خارج از حیطه اقتدار او است نتواند از عهده تعهد خود برآید محکوم به تأدیه خسارت نخواهد بود».

حرج و ضرر اشاره کرده است پاسخ این سؤال روشن شود که آیا در صورت بروز حوادثی که منجر به دشواری و یا ضرری شدن اجرای تعهد می‌شود باز هم متعهد از انجام تعهد معاف می‌شود و از مسؤلیت ناشی از تأخیر مبرا است یا این که حکومت اصل لزوم در قراردادها در حقوق ایران از چنان قوت و قدرتی برخوردار است که دشواری و یا ضرری شدن اجرای قرارداد در اثر بروز حوادث پیش‌بینی نشده، از الزام ناشی از قرارداد نکاسته و راهی برای فرار متعهد متعسر و یا متضرر از دشواری و ضرر وجود ندارد.

برای بررسی موضوعهای فوق از دیدگاه حقوق ایران ناچار به بررسی قواعد لاجرح و لاضرر و نظریه شرط ضمنی هستیم.

۱- تعسر در اجرای قرارداد.

۲- ضرری شدن اجرای قرارداد.

#### ۱- تعسر در اجرای قرارداد

در این قسمت ابتدا از معنای عسر و حرج و مشقت و ضابطه آن سخن گفته و پس از آن بر مواردی از کلام فقها در استناد به قاعده نفی عسر و حرج اشاره می‌کنیم و در قسمت آخر تقریب استدلال به قاعده نفی عسر و حرج در مواردی که تغییر اوضاع و احوال در قراردادها در نتیجه بروز حادثه غیرمترقبه منجر به دشواری اجرای قرارداد شده و متعهد در مشقت و حرج قرار می‌گیرد را بیان خواهیم کرد.

## الف - مفهوم عسر و حرج

معنای لغوی عسر که در مقابل یسر است عبارت از ضیق و شدت و صعوبت است و در «مجمع البحرین» به دشواری شدید معنا شده است.<sup>۱۱۴</sup> خدای سبحان در قرآن کریم مفاهیم عسر و یسر را کنار هم و به عنوان نقیض یکدیگر آورده است. آنجا که می‌فرماید: «سیجعل الله بعد عسر یسرا»<sup>۱۱۵</sup> و یا در جای دیگر می‌فرماید: «فان مع العسر یسرا. ان مع العسر یسرا».<sup>۱۱۶</sup> معنای عسر آن چیزی است که در آن دشواری شدید باشد به حدی که به ضیق برسد. حرج نیز به معنای ضیق است و ضیق خود نقیض سعه است.<sup>۱۱۷</sup> طاقت و استطاعت نیز به معنای قدرت و اسعه است. آن چه عرف از معنای عسر و حرج می‌فهمد هر چیزی است که در غایت صعوبت و دشواری است و یا به دشواری شدید اطلاق می‌گردد. از آیات و اخبار و روایات انتفای تکلیف در موارد زیر مستفاد می‌گردد:

۱- مالایطاق

۲- مافیہ الضیق

۳- مافیہ العسر

پس می‌توان نتیجه گرفت که در آن چه مافوق طاقت بشری است و در آن ضیق و عسر و دشواری و صعوبت است، حکم، اعم از تکلیفی و وضعی منتفی است. برای روشن تر شدن زوایای بحث، مراتب تکالیف

۱۱۴. احمد نراقی، عوائدالایام، قم، مکتب بصیرتی، ۱۴۰۸ ه. ق، ص ۶۰.

۱۱۵. قرآن کریم، سوره مبارکه طلاق (۶۵)، آیه ۷.

۱۱۶. قرآن کریم، سوره مبارکه انشراح (۹۴)، آیات ۵ و ۶.

۱۱۷. ابن منظور، لسان العرب، بیروت، دار احیاء التراث، ۱۹۸۸ م، ج ۸، ص ۱۱۰.

متصور از نظر عقل را بنابر تقسیم‌بندی مرحوم نراقی می‌توان به چهار دسته زیر تقسیم کرد:

الف) تکلیفی که به حد عسر نمی‌رسد و از آن به سعه و سهولت و یسر تعبیر می‌گردد.

ب) تکلیفی که شدید و دشوار است اما به ضیق نمی‌رسد.

ج) تکلیفی که ضیق و غیرواسع است ولی به مرحله مالایطاق نمی‌رسد و از آن به حرج نیز تعبیر می‌شود.

د) تکلیف خارج از طاقت و مافوق توانایی و استطاعت.<sup>۱۱۸</sup>

بحثی در سقوط تکلیف مالایطاق نیست و با توجه به این که معمولاً تکلیف همراه با مشقت و دشواری است مورد اول از بحث ما خارج است. بنابراین آن چه باید روشن شود در مورد تکالیفی است که شدید و دشوار است و یا به حد مالایطاق نرسیده است. طرفین در هر قراردادی به نحو ضمنی پذیرفته‌اند که نتیجه قرارداد نباید خارج از طاقت و توانایی طرف دیگر باشد و الا تکلیف ساقط می‌گردد. سقوط تکلیف مالایطاق نیز عقلی است و در همه ادیان و اقوام و ملل پذیرفته شده است.<sup>۱۱۹</sup>

---

۱۱۸. احمد نراقی، همان، ص ۶۱.

۱۱۹. سیدمیرزا حسن موسوی بجنوردی، قواعد الفقهیه، نجف اشرف، مطبعة الاداب، ۱۳۸۹ ه. ق، ج ۱، ص ۱۲۱.

با بررسی آیات ۱۲۰ و روایات ۱۲۱ و دلیل عقلی ۱۲۲ می‌توان نتیجه گرفت که در دین اسلام، که دین و شریعت سهل و آسانی است، حکمی که متضمن حرج و مشقت باشد جعل نگردیده است. لسان دلیل نفی عسر و حرج، لسان عام و مطلق است و در تمامی مواردی که این وضعیت حاصل شده باشد قابل اعمال است. آن چه به موجب قاعده عسر و حرج نفی می‌شود، نفس حکم حرجی اعم از احکام تکلیفی و یا وضعی است. پس چنان چه در مجموعه احکام متعلق به افعال مکلفین یا موضوعهای خارجی، عسر و حرجی بوده باشد، مکلف موظف به انجام دادن آن نیست و در صورت عدم انجام تکلیف مسؤول نمی‌باشد. فقها بر این مطلب اتفاق نظر دارند که کلیه اوامر و نواهی صادره از جانب خداوند تنها در صورتی مأخوذ است که داخل در توانایی و طاقت مکلف باشد. این موضوع از روایت «حمزة بن طیار» نیز استنباط می‌شود که معصوم (ع) فرموده است:

---

۱۲۰. برای اثبات قاعده نفی عسر و حرج به آیه ۷۸ سوره مبارکه حج، آیه ۶ سوره مبارکه مائده، آیات ۱۸۵ و ۲۸۶ سوره مبارکه بقره استناد شده است. برابر آیات کریمه مشخص می‌گردد که خداوند - تبارک و تعالی - در دین اسلام احکام حرجی مستلزم مشقت و حرج جعل نفرموده است (بجنوردی، همان، ج ۱، ص ۲۰۹).

۱۲۱. امام علیه‌السلام در مقابل این سؤال که چگونه با انگشتی که آسیب دیده است وضو سازم؟ می‌فرماید: «این موضوع و نظایر آن از کتاب خدای عزوجل فهمیده می‌شود». خداوند می‌فرماید: «و ماجعل علیکم فی الدین من حرج، امسح علیه» (شیخ طوسی، الاستبصار، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ه. ق، ج ۱، ص ۶۳ و شیخ طوسی، خلاف، نجف، دارالکتب العلمیه، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۷). در استناد به قاعده نفی عسر و حرج روایات زیادی وجود دارد که براساس آن، خداوند احکامی را که برحسب عسر و حرج و مشقت است جعل نفرموده است و در کلیه مواردی که مکلف به ضیق و عسر و حرج می‌افتد قاعده مذکور قابل اعمال است (بجنوردی، همان، ج ۱، ص ۲۱۱).

۱۲۲. امر به تکالیفی که عسر و مشقت دربر دارد و خارج از طاقت و توانایی مکلف است، دارای قبح عقلی می‌باشد. از این رو، تحمیل آن چیزی که عسر و حرج در آن باشد، قبیح است. عسر و حرج آن چیزی است که متضمن تحمیلی خارج از وسع و توانایی فرد باشد. (احمد نراقی، همان، ص ۵۷). بنای عقلا قائم بر عدم تجویز احکام حرجی در تمام ابعاد است و شارع مقدس که خود رئیس عقلا است از سیره مسلم عقلا تخطی نمی‌فرماید. در نتیجه با توجه به امتنانی بودن رفع احکام حرجی، معنای عدم حرج در دین این است که خداوند حکمی را که موجب ضیق و مشقت بر مکلفین باشد، صادر نمی‌فرماید.

۲۱۱ ❖ مطالعه تطبیقی «تأثیر تغییر...»

«هرچیزی که مردم به آن امر شده‌اند در حد توانایی آنها است و اگر چیزی خارج از توان و طاقت آنها باشد، از عهده آنها خارج است.»<sup>۱۲۳</sup>

فقها در برخی موارد با استناد به قاعده نفی عسر و حرج حکم به رفع الزام از متعهدی که انجام تعهد برای وی، موجب مشقت و حرج است نموده‌اند. مرحوم صاحب جواهر (ره) در شرح شرایع الاسلام در مورد التزام به حفر چاهی که به خاطر صعوبت و سختی زمین، متعهد در عسر و حرج می‌افتد با استناد به همین قاعده یعنی قاعده نفی عسر و حرج، حکم حرجی را مرفوع و حکم به رفع الزام متعهد از ادامه حفر می‌نماید.<sup>۱۲۴</sup> صاحب مفتاح الکرامه در شرح قواعد علامه، مشقت و عسر را به نقل از تذکره به معنی وجود مانع در راه اجرای تعهد آورده و الزام ناشی از تعهد طرف قرارداد مبنی بر حفر چاه را برداشته است.<sup>۱۲۵</sup>

عقیده «شیخ الطائفه» در مبسوط در مورد شخصی که برای حفر چاهی اجیر شده است و در حین حفر چاه با سنگی مواجه می‌شود، الزام متعهد به انجام تعهد است. البته این در صورتی است که امکان حفر و یا حتی نقب زدن و دور زدن سنگی که در مسیر حفر چاه پیدا شده است باشد.<sup>۱۲۶</sup> به نظر می‌رسد که منظور ایشان حالتی ضعیف‌تر از عسر و حرج باشد والا اگر در اثر الزام متعهد به انجام تعهد، وی در مشقت و حرج شدید واقع شود و یا حفر چاه مستلزم به کارگیری آلات و ادوات دیگری غیر از

۱۲۳. بجنوردی، همان، ج ۱، ص ۲۱۰.

۱۲۴. محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۶ ه. ق، ج ۲۷، ص ۲۹۱.

۱۲۵. سیدمحمدجواد الحسینی العاملی، مفتاح الکرامه، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، بی تا، ج ۷، ص ۱۸۷.

۱۲۶. ابی جعفر محمدبن الحسن بن علی طوسی، المبسوط، تهران، المکتب المرتضویة، ۱۳۸۸ ه. ق، ج ۳، ص ۲۳۷؛ همچنین رک. مفتاح الکرامه، همان.



آن چه به طور معمول در این گونه موارد به کار گرفته می‌شود، باشد و یا مستلزم هزینه‌ای گزاف و غیرمتعارف است، به نظر نمی‌رسد که بتوان متعهد را ملزم به انجام تعهد کرد.

برای استناد به قاعده نفی عسر و حرج و اثبات معافیت متعهد از انجام تعهد در چنین مواردی نکات زیر قابل ذکر است:

۱- با توجه به مستندات قاعده نفی عسر و حرج، کلیه احکام و تکالیف حرجی اعم از احکام تکلیفی و احکام وضعی در صورتی که انجام آنها مستلزم حرج و مشقت شدید باشد مرفوع و مکلف مسؤولیتی در قبال انجام آنها ندارد.<sup>۱۲۷</sup> احکام عبادات، معاملات، سیاسات مشمول این حکم بوده و فرقی بین آنها نیست. بنابراین چنان چه التزام به معامله مستلزم حرج و مشقت شدید باشد، قاعده نفی عسر و حرج شامل آن می‌شود.<sup>۱۲۸</sup>

۲- ادله قاعده نفی عسر و حرج بر ادله اولیه احکام مقدم است. دین اسلام مجموعه‌ای از احکام و قوانین شرعیه است و در صورتی که خدای متعال هرگونه حکم حرجی را نفی فرماید، به آن معنا است که اصولاً هیچ گونه حکمی که مستلزم مشقت شدید و حرج باشد جعل نگردیده است. همان گونه که قاعده لاضرر مستلزم نفی هرگونه ضرر است در این جا نیز با تقیید اطلاقات و تخصیص عمومات ادله اولیه، هرگونه حرج و مشقت نفی گردیده است.<sup>۱۲۹</sup>

---

۱۲۷. علامه حلی، مختلف الشیعه، قم، مکتبه نینوی، بی تا، ج ۱، ص ۴۲۸؛ محمدبن جمال الدین مکی عاملی (شهید اول)، الذکری، بی جا، چاپ سنگی، ۱۲۷۲ ه. ق، ص ۷۷ و ۱۳۳؛ علامه بجنوردی، همان، ج ۱، ص ۲۱۴.

۱۲۸. علامه بجنوردی، همان، ص ۲۱۴.

۱۲۹. روح الله الموسوی الخمینی، کتاب البیع، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۳ ه. ش، ج ۱، ص ۳۵۴ و ج ۲، ص ۲۲۷؛ شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، تبریز، ۱۳۷۵ ه. ق، ص ۳۷۳؛ سید احمد انصاری خوانساری، جامع المدارک، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۴۰۵ ه. ق، ج ۵، ص ۲۱۰.

۳- با توجه به معانی عسر و حرج، معلوم است که هر حکمی که خارج از قدرت و طاقت و توانایی فرد نبوده ولیکن انجام آن موجب مشقت شدید و دشواری و حرج غیرمتعارف است شامل قاعده می‌شود. صاحب حدائق در معنای حرج می‌گوید:

«بنابه صحیحه محمدبن مسلم، حرج در دین اسلام منتفی است و آن امکان فعل با مشقت است».<sup>۱۳۰</sup>

۴- تشخیص شدت و ضعف تکلیف با عرف است ولیکن ملاک عسر و حرج و مشقت مکلف، وضعیت جسمی اوست. به عبارت دیگر، ضابطه حرجیت و تعسر شخصی است نه نوعی.

با توجه به دلایل فوق می‌توان به معافیت متعهدی که تعهد به ساخت جاده و یا ابنیه از قبیل پل‌های بزرگ، سد، نیروگاه و یا ساختمانی نموده باشد و به دلیل بروز جنگ و یا حوادث غیرمترقبه دیگر قیمت‌ها بالا رفته، مواد اولیه کمیاب و هزینه نیروی کار افزایش یابد و از این طریق انجام تعهد برای وی دشوار و موجب مشقت و حرج گردد، حکم کرد.

اختیاری که قانونگذار در مواد ۲۷۷ و ۶۵۲ و ۱۱۳۰ قانون مدنی و همچنین ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۶۲ به دادگاه داده است تا با در نظر گرفتن شرایط مدیون در دو ماده اول مهلت عادلانه‌ای تعیین و یا قرار اقساط قرار دهد و نیز چنان چه ادامه زوجیت موجب عسر و حرج زن گردد در ماده ۱۱۳۰ زوج را اجبار به طلاق نماید و یا طلاق دهد و یا مهلتی برای مستأجری که در عسر و حرج ناشی از تخلیه قرار می‌گیرد، همگی تحت تأثیر اعمال قاعده نفی عسر و حرج است.

۱۳۰. شیخ یوسف بحرانی، الحدائق الناضره، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۶۳ ه. ش، ج ۱۳، ص ۴۲۲.

## ۲- ضرری شدن اجرای تعهد

طرفین قبل از انعقاد قرارداد، با توجه به سنجش سود و زیان و میزان تعهد و تلاشی که باید برای انجام تعهد به عمل آورند مبادرت به انعقاد قرارداد می‌کنند و هر یک از آنها در جهت کسب سود و منفعت در سایه ادامه روابط قراردادی خود را ملتزم به مفاد عقد می‌داند. حال چنان چه بعد از انعقاد عقد در اثر بروز حوادث خارجی، تعادل و توازن مفروض به هم خورده و چهره واقعی به خود نگیرد، آیا در این صورت و با فرض تحقق ضرر امکان رهایی متضرر از الزام ناشی از قرارداد وجود دارد یا باید با تحمل ضرر هر چند گزاف و نامتعارف باشد، به تعهد خود عمل نماید. به عبارت دیگر آیا تعادل و توازن لازم برای انعقاد عقد تا زمان اجرا نیز باید استمرار یابد و یا خیار غبن تنها به نامتعادل بودن عرفی دو عوض در زمان انعقاد عقد مربوط است؟

خیار فسخ معامله ای که بین ارزشهای عوضین نابرابری و عدم تعادل غیرمتعارف وجود دارد غبن نام گرفته است ولیکن این خیار ناظر به نابرابری عرفی و گزاف بودن عقد در زمان انعقاد است<sup>۱۳۱</sup> و در مورد سرایت مبانی این نظریه به عدم تعادل طاری تردید وجود دارد. اکنون باید دید با استفاده از مبانی خیار غبن می‌توان جلو ضرر ناشی از تغییر در اوضاع و احوال زمان عقد را گرفت.

برای توجیه نظریه غبن به دو نظر زیر اشاره می‌کنیم:

الف - تخلف از شرط ضمنی.

ب - جبران ضرر ناروا.

---

۱۳۱. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، تهران، بهنشر، ۱۳۶۸، ج ۳، ص ۸۷.

## الف - تخلف از شرط ضمنی

برخلاف کسانی که خیار غبن را نتیجه عیب اراده می‌دانند، طرفداران این نظریه آن را نتیجه حکومت اراده می‌دانند. اراده‌ای سالم و بی‌عیب است که با آگاهی از برابری عوضین به معامله رضایت دهد. پس اگر شک شود که در معامله از این برابری خبری نبوده است، نشانه عدم رضایت به معامله با شرایط مذکور است و چنین معامله‌ای مشمول آیه شریفه «ان تکون تجارة عن تراض»<sup>۱۳۲</sup> نیست. این استدلال کسانی است که غبن را نتیجه عیب اراده می‌دانند.<sup>۱۳۳</sup> قانون مدنی با انتخاب راه حل فسخ به این نظریه توجهی نداشته است. حق فسخ، اختیار به هم زدن معامله صحیح و نافذ است و عیب اراده عقد را باطل و یا غیرنافذ می‌کند. شرط به کارگیری «نظریه تغییر اوضاع و احوال بر مبنای شرط ضمنی» این است که علاوه بر غیرقابل پیش‌بینی بودن حوادث و خارج از کنترل و عام بودن حادثه، قصد مشترک طرفین به شرایط ضمنی مورد پذیرش عرف، تعلق گرفته باشد. به عبارت دیگر عرف بر این حقیقت صحه می‌گذارد که انعقاد یک قرارداد به طور متعارف متضمن پذیرش ضمنی شرایط و اوضاع و احوالی است که هنگام انعقاد عقد، هر معامله‌کننده عاقلی به آن توجه می‌کند و نه اموری که انگیزه یا انگیزه‌های یکی از طرفین را تشکیل می‌دهد.

اگرچه نمی‌توان به این شرط عرفی در معاملات و انتظار متعارف متعاملین در نوعی تعادل بین آن چه به دست می‌آورند و آن چه از دست می‌دهند بی‌توجه بود و لکن با توجه به وجود راه حل دیگر در حقوق مدنی؛ یعنی اعمال قاعده لاضرر ترجیح این نظر یعنی جبران ضرر ناروا موجه به نظر می‌رسد.

۱۳۲. آیه ۲۹، سوره مبارکه نساء.

۱۳۳. ناصر کاتوزیان، همان، ج ۵، ص ۲۳۴.

آن چه از مواد قانون مدنی و پشتوانه این مواد؛ یعنی فقه برمی آید لزوم جبران ضرر ناشی از نامتعادل بودن دو عوض و جمع بین حق طرفین عقد است. لازمه جبران ضرر مذکور وجود حق فسخ معامله برای متضرر است که خیار غبن نام دارد.<sup>۱۳۴</sup> به اعتبار گفته فقها «خیار غبن» ویژه عدم تعادل و نابرابری عوضین هنگام عقد است و هیچ یک از آنها «غبن حادث» را نپذیرفته است.<sup>۱۳۵</sup>

توجه به نکات زیر راه را برای رسیدن به هدف، روشن تر می سازد. اولاً: ضرر زاییده تغییر و تحول در اوضاع و احوال است که عقد در آن شرایط منعقد شده است. بروز حوادث خارجی و غیرمترقبه و عام باعث ترقی یا تنزل ناگهانی قیمتها شده و اگر در چنین شرایطی حکم به الزام متعاقدين به انجام تعهد نماییم، ضرری فاحش و گزاف بر یکی از طرفین وارد می شود. میزان در ضرر و یا عسر و حرجی که از این ناحیه به متعهد وارد می شود، عرف است.

ثانیاً: این نظریه بیشتر در مورد قراردادهای مستمر و قراردادهایی که بین شرایط انعقاد تا ظرف اجرای آن فاصله زمانی قابل توجهی باشد، مطرح می شود.

ثالثاً: تغییر عمده و قابل توجه در اوضاع و احوال اقتصادی، تجاری، اجتماعی، حتی سیاسی به وجود می آید، به نحوی که به طور بنیادی اوضاع را دگرگون کرده باشد.

---

۱۳۴. ماده ۴۱۶ ق.م. ایران مقرر می دارد: «هریک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد بعد از علم به غبن می تواند معامله را فسخ کند».

۱۳۵. شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۳، ص ۴۲؛ شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۲۳۶.

رابعاً: در قراردادهای درازمدت، بایستی مجموع سود و زیان در جریان اجرای قرارداد مورد توجه باشد.<sup>۱۳۶</sup> در حقیقت باید ضرری تحقق یافته باشد.

قانون مدنی ایران غبن فاحش و عدم تعادل بین عوضین را موجب خیار فسخ می‌داند، اما در مورد ضرر ناشی از بروز حوادث غیرمترقبه سخنی به میان نیاورده است. آن چه از نظر قانونگذار مهم بوده است، لزوم جبران ضرر ناروا است. عرف، تحمیل ضرر ناروا بر یکی از متعاملین را تحمل نمی‌کند و به دنبال جبران آن است. ضرر مورد بحث نیز ضرری غیرمعارف و گزاف و شکننده است به نحوی که تحمل آن به وسیله متعهد، وی را دچار مشقت و دشواری شدید می‌نماید. هر یک از مبانی خیار غبن را که مورد توجه قرار دهیم به هر حال ضرر ناشی از بروز حوادث غیرمترقبه منفی است. به ویژه جبران ضرر ناروا که مبنای آن قاعده لاضرر است و در بین نویسندگان حقوق مدنی بیشتر مورد توجه بوده است.<sup>۱۳۷</sup> به عقیده بعضی از آنها ملاک قاعده لاضرر در موردی که رویدادی نامنتظره تعادل قراردادی را برهم می‌زند، وجود دارد و قاعده مذکور گنجایش نفی هر ضرر ناروا (حتی در موردی که تغییر اوضاع و احوال تعادل و توازن قراردادی را به هم می‌زند) را نیز دارد.<sup>۱۳۸</sup>

نتیجه این که عرف تحمیل ضرر غیرمعارف و خارج از انتظار متعاقدين را منطقی ندانسته و جبران آن را می‌طلبد. اگر بنا باشد که ضرر گزاف و غیرمعارف جبران شده و بر متعهد تحمیل نگردد، چاره‌ای جز برداشتن حکمی که موجب ضرر است، نمی‌باشد و نمی‌توان ضرر را به هر

۱۳۶. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۹۸.

۱۳۷. سیدحسن امامی، حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۳ ه. ش، ج ۱، ص ۴۹۷.

۱۳۸. ناصر کاتوزیان، همان، ص ۱۰۱.

نحو ممکن جبران نمود. به نظر می‌رسد که با استناد به قاعده لاضرر که مبنای خیار غبن است، بتوان غبن حادث ناشی از تغییر اوضاع و احوال را دلیلی بر عدم التزام به عقد ضرری دانست و قائل به حق فسخ برای متعهد متضرر شد زیرا:

الف: قاعده لاضرر هرگونه ضرر ناروا را نفی کرده و حکم الزام ناشی از قرارداد که منشأ ضرر مذکور است برداشته می‌شود، خواه این ضرر ناشی از عمل به احکام تکلیفی باشد و خواه از احکام وضعی نشأت گرفته باشد.

ب: چنانچه در اثر تغییر در اوضاع و احوال قرارداد و در نتیجه افزایش هزینه انجام تعهد، ضرری غیرمتعارف متوجه یکی از طرفین شود، در ناروا بودن چنین ضرری نباید تردید کرد. عرف نیز تحمیل ضرر مذکور را بر متعهد روا نمی‌دارد.

ج: در بروز این ضرر، اراده متعهد دخالتی نداشته و انتساب ضرر به متعهد و یا متعهده و یا شخص ثالث موجه نیست.

د: چنانچه اجرای قرارداد به طور موقت دچار دشواری گردد، قاضی به تعلیق اجرای قرارداد حکم کرده و با دادن مهلت مناسب زمینه را برای اجرای قرارداد فراهم می‌سازد.

ه: چنانچه اجرای قرارداد در اثر تغییر اوضاع و احوال دچار دشواری شده و یا دشواری موقتی نباشد حسب مورد قرارداد منحل و یا حق فسخ ایجاد می‌شود.

اگر مقدمات فوق را بپذیریم، استناد به قاعده لاضرر برای جبران ضرر ناشی از بروز حوادث پیش بینی نشده امکان‌پذیر و قابل قبول است.

در مجموعه مقررات مختلف اعم از آیین‌نامه تعدیل در شرایط عمومی پیمان مصوب سال ۱۳۵۳ که در سال ۱۳۵۹ نیز مورد تجدیدنظر واقع شده است و همچنین تعدیل اجاره بها مستند به ماده ۴ قانون مالک و مستأجر سال ۵۶ و تعیین حداقل مزد کارگران با توجه به درصد تورم سالانه مندرج در ماده ۴۱ قانون کار مصوب سال ۱۳۶۹ که نوعی تعدیل در تعیین میزان مزد است، مواردی یافت می‌شود که قانونگذار قراردادهای لازم‌الاجرا را در شرایطی مورد تجدیدنظر و تعدیل قرار می‌دهد.

#### نتیجه‌گیری و پیشنهاد

با توجه به استدلال فوق در پذیرش نظریه تغییر اوضاع و احوال در حقوق ایران و لزوم یافتن راه‌حلی برای بروز شرایط دشواری و همچنین ضروری شدن اجرای قرارداد به نحوی که اجرای قرارداد برای متعهد موجب عسر و حرج و ضرر نامتعارف شود و عدم وجود راه‌حل روشن و مشخص و تنها با کمک گرفتن از مبانی نظریاتی همچون «قاعده نفی عسر و حرج» و قاعده فقهی «لاضرر» پیشنهادات زیر ارائه می‌شود:

۱- به کلیه حقوقدانان و وکلا توصیه می‌شود شرط دشواری منتشره از طرف «اتاق بین‌المللی بازرگانی ICC» را در قراردادها به ویژه در قراردادهای بین‌المللی در نظر داشته و در قرارداد درج نمایند.

۲- در تنظیم قراردادها به شرایط فورس ماژور توجه داشته و آن چه محتمل‌الوقوع است و ممکن است در روابط قراردادی تأثیر بگذارد، را پیش‌بینی نمایند.



۳- جامعه محترم قضات تا تصویب قانون مبنی بر پذیرش نظریه «تغییر اوضاع و احوال»، بنابه دلایل زیر می‌توانند با استفاده از منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نمایند؛

الف: موضوع تغییر و تحول سریع اقتصادی که سالهای اخیر دارای مصادیق زیادی بوده و موجبات دگرگونی و تغییر در شرایط و اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد را فراهم نموده است و در نتیجه تعادل و توازن قراردادی به هم خورده و موجب دشواری اجرای تعهد و تحمیل هزینه گزاف بر متعهد گردیده است از مسائل مورد ابتلای محاکم است.

ب: قوانین موجود کشور متعرض نظریه تغییر اوضاع و احوال نگردیده و در خصوص دشواری اجرای تعهد و یا تغییرات بنیادی اوضاع و احوال راه‌حلی ندارد.

ج: برابر مفاد اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران قاضی موظف است در موارد سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم هر دعوی را صادر نماید. لذا محاکم می‌توانند در مواقع بروز حوادث پیش‌بینی نشده و دشواری اجرای قرارداد و به هم خوردن تعادل و توازن اقتصادی قرارداد و با در نظر گرفتن همه شرایط، با تمسک به قواعد فقهی نفی عسر و حرج و لاضرر، الزام ناشی از قرارداد را برداشته و حکم به فسخ قرارداد نمایند.

۴- به قوه مقننه و به ویژه کمیسیون قضایی مجلس شورای اسلامی پیشنهاد می‌گردد برای رفع مشکلات ذکر شده، ماده و یا موادی را که متضمن ارائه راه‌حل به محاکم در مواقع بروز حوادث دشوارکننده اجرای

تعهد باشد، به تصویب برسانند. متن ماده پیشنهادی می‌تواند به شرح زیر باشد:

«چنان چه به دلیل بروز حادثه‌ای غیرقابل پیش‌بینی، غیرقابل دفع و غیرقابل اجتناب و خارج از اراده متعهد، تعادل و توازن قراردادی به هم خورده و اجرای تعهد برای متعهد دشوار گردیده و یا به علت هزینه گزاف دچار عسر و حرج گردد، متعهد مجاز به فسخ قرارداد خواهد بود.»

## چارچوب اجرایی موافقتنامه مربوط به اجرای کنوانسیون ۱۹۸۲ سازمان ملل درباره حقوق دریاها

آنیک دو مارفی - مانتانو

**Annick de Marffy - Mantuano\***

مترجم: دکتر سید فضل‌الله موسوی\*\*

### مقدمه مترجم

مقاله‌ای که در پی خواهد آمد، درخصوص چارچوب اجرایی موافقتنامه مربوط به اجرای کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاهاست. وجود مفهوم «میراث مشترک بشریت» که در فصل یازدهم کنوانسیون انعکاس یافت، سبب گردید که کشورهای صنعتی و پیشرفته غربی با آن به مخالفت برخیزند و لذا بعضاً یا آن را امضا نکردند و یا برخی امضا نموده ولی تصویب نکردند. به هر حال نوع بینش آنها نسبت به کنوانسیون و عملکرد جداگانه آنها درخصوص بهره‌برداری از منابع اعماق دریاها که

---

\*. مسؤول ارشد امور حقوق دریاها‌ی سازمان ملل متحد. نظرات مطروحه در این مقاله صرفاً دیدگاه نویسنده است و ضرورتاً منعکس کننده دیدگاه سازمان ملل نیست.  
\*\*. دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

بیشتر مبتنی بر کنوانسیونهای ۱۹۵۸ ژنو بود یکی از زمینه‌های مهمی بود که باعث گردید تصویب و لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون حدود ۱۲ سال به تعویق افتد. از سوی دیگر، با افزایش تعداد کشورهای متعاقد غیرصنعتی، به طوری که در ژوئیه ۱۹۹۳ به ۵۵ عضو رسیدند و در ۱۶ نوامبر ۱۹۹۳، شصتین کشور، کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها را تصویب نمود،<sup>۱</sup> زمینه برای لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون فراهم گردید. روشن بود که فصل یازدهم کنوانسیون نمی‌توانست آن طوری که باید منافع گسترده کشورهای صنعتی را در زمینه بستر اعماق دریاها تأمین کند. بنابراین، کشورهای اخیر به تلاش‌های بین‌المللی خود برای یافتن راه‌حلی خاص شدت بخشیدند. به‌هرحال با انجام شیوه‌ای خاص، یعنی تصویب قطعنامه مجمع عمومی که یک موافقتنامه اجرایی ضمیمه آن بود و به‌عنوان جزئی از کنوانسیون محسوب می‌گردید، زمینه افزایش آهنگ تصویب کنوانسیون توسط برخی کشورهای خاص (صنعتی) فراهم گردید. در واقع محتوای این موافقتنامه به گونه‌ای تغییر مقررات فصل یازدهم را در جهت منافع کشورهای صنعتی و پیشرفته غربی به‌همراه داشت. با اندک تأملی به تاریخ تصویب یا الحاق برخی از کشورهای ذینفع از این حیث، به قطعیت فرض مزبور واقف می‌شویم.

به‌نظر می‌رسد، لازم بود کشورهای پیشرفته غربی برای این که بتوانند منافع خود را حفظ کرده و در ضمن اعمال خود را در چارچوب مقررات بین‌المللی<sup>۲</sup> درست جلوه دهند، مشکل موجود را به‌صورتی ویژه و در عین حال منطقی حل نمایند. بدین لحاظ بود که قطعنامه مورخ ۲۸ ژوئیه ۱۹۹۴ مجمع عمومی و موافقتنامه منضم به آن تصویب گردید.<sup>۳</sup> در قطعنامه مجمع عمومی و نیز موافقتنامه اجرایی ضمیمه آن

۱. طبق ماده ۳۰۸ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها، دوازده ماه پس از تصویب شصتین کشور، کنوانسیون لازم‌الاجرا می‌شود.

۲. در اینجا منظور کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاهاست که در آن تاریخ توسط بسیاری از کشورها امضا گردیده بود.

۳. GA Res. 48/263 (July 28, 1994), 33 ILM 1309 (1994).

ذکر شده است: «با ابتکار دبیرکل سازمان ملل در سال ۱۹۹۰، تلاشهایی از جانب وی شروع شد که هدفش تشویق مذاکره به منظور حصول مشارکت جهانی درخصوص کنوانسیون و رایزنی‌های غیررسمی ایشان بین دول ذی‌ربط بود». لازم به توضیح است هرچند که در ظاهر، حل مسأله به تلاشها و مذاکرات غیررسمی دبیرکل نسبت داده شده اما، قطعاً نقش پشت صحنه کشورهای غربی که زمینه حل موضوع را از طریق قطعنامه و نیز موافقتنامه منضم به آن فراهم آوردند، نمی‌توان نادیده گرفت (کاری که اصلاً در ارتباط با تصویب یک کنوانسیون سابقه نداشت). با چنین کاری فصل مورد اختلاف یعنی فصل یازدهم به گونه‌ای تغییر یافت که منافع کشورهای غربی و پیشرفته در زمینه اکتشاف و بهره‌برداری از ذخایر بستر اعماق دریاها و کف اقیانوس‌ها و زیر بستر آنها تأمین گردید. البته برای انجام چنین تحولی، در کنار تلاشهای دبیرکل و کشورهای توسعه یافته می‌توان به زمینه‌های زیر نیز اشاره کرد:

تغییرات گسترده در نقشه سیاسی جهان که در نتیجه فروپاشی شوروی سابق صورت گرفت و اثرات گسترده سیاسی، نظامی و اقتصادی همراه آن، وضعیت مصیبت‌بار کشورهای درحال توسعه و عدم توانایی ایستادگی آنها در برابر کشورهای قدرتمند، تغییر عمده و خاص شرایط اقتصادی نسبت به سال ۱۹۸۲ و تمایل به قبول بازارهای آزاد، افزایش تعداد کشورهای متعهد کنوانسیون در بین کشورهای غیرصنعتی و سرانجام ایجاد نظام خاصی که در قطعنامه دوم کنفرانس درارتباط با حقوق سرمایه‌گذاران پیشگام ثبت شده، بوجود آمده بود.

در نهایت لازم به ذکر است، در موافقتنامه ۱۹۹۴ که شامل یک مقدمه، ۱۰ ماده و یک ضمیمه است، تغییراتی درخصوص فصل یازدهم کنوانسیون ۱۹۸۲ درباره حقوق دریاها مطرح شده که در این مقاله به شکل خاصی توضیح داده می‌شود. این موافقتنامه جزء لاینفک کنوانسیون ۱۹۸۲ است و در صورت مغایرت با مقررات کنوانسیون، مقررات موافقتنامه حاکم و معتبر خواهد بود. این تغییرات از جمله

در زمینه هزینه‌های دول عضو، کارگزار اقتصادی، نظام تصمیم‌گیری، کنفرانس تجدیدنظر، انتقال فن‌آوری، خط‌مشی تولید، کمک اقتصادی، شرایط مالی قراردادها و کمیته مالی می‌باشد که چگونگی آن در بخش ضمیمه موافقتنامه آمده است. مفاد موافقتنامه بلحاظ ماهوی در این مقاله مورد بحث و بررسی قرار نگرفته و لازم است طی کار تحقیقی دیگری به‌طور مبسوط مورد بررسی قرار گیرد. مقاله ترجمه شده که پیش از لازم‌الاجرا شدن موافقتنامه و بعد از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون به رشته تحریر درآمده، بیشتر به بررسی عوامل مختلف ایجاد چنین موافقتنامه‌ای، چارچوب اجرایی آن و چگونگی پیوستن کشورها به موافقتنامه و کنوانسیون و نیز کیفیت لازم‌الاجرا شدن آنها پرداخته است.

این نکته نیز قابل ذکر است که مقاله حاضر وضعیت التزام به کنوانسیون و موافقتنامه را تا سال ۱۹۹۵ مطرح کرده و لذا به خوانندگان محترم توصیه می‌شود تا برای دسترسی به آخرین اطلاعات مربوط به وضعیت امضا، تصویب، تأیید رسمی و الحاق کشورها، به بولتن حقوق دریاها یا سایت کامپیوتری سازمان ملل ([www.UN.org](http://www.UN.org)) مراجعه فرمایند. براساس اطلاعات موجود تا تاریخ ۳۱ مه ۲۰۰۱، تعداد ۱۵۸ کشور یا نهاد، کنوانسیون را امضا کرده‌اند، تعداد ۱۳۵ کشور آن را تصویب یا تأیید رسمی کرده، به آن ملحق شده یا از طریق جانشینی تصویب کرده‌اند. تعداد ۷۹ کشور موافقتنامه مذکور را امضا کرده‌اند و ۹۹ کشور آن را تصویب، تأیید رسمی، امضای قطعی یا از طریق روش ساده به آن ملتزم شده‌اند.

## و اینک متن مقاله\*

۱۶ نوامبر ۱۹۹۴ نه تنها در تاریخ حقوق دریاها بلکه در تکامل و توسعه حقوق بین الملل به عنوان رخدادی جدید و مهم تلقی می گردد. در این تاریخ کنوانسیون ۱۹۸۲ سازمان ملل درباره حقوق دریاها (بعد از این «کنوانسیون» نامیده می شود) که گسترده ترین سندی است که تاکنون مورد مذاکره قرار گرفته، لازم الاجرا گردید.

این تاریخ همچنین به عنوان «لازم الاجرا شدن موقتی» موافقتنامه ای در مورد اجرای فصل یازدهم کنوانسیون ۱۰ دسامبر ۱۹۸۲ سازمان ملل متحد درباره حقوق دریاها (بعد از این «موافقتنامه» نامیده می شود) که در تاریخ ۲۸ ژوئیه ۱۹۹۴، از طریق قطعنامه مجمع عمومی سازمان ملل<sup>۴</sup> پذیرفته شد اهمیت داشته و راه را برای مشارکت گسترده جهانی در «کنوانسیون» باز می کند. چگونگی مذاکره در مورد این موافقتنامه و نیز محتوا و اثر حقوقی آن نسبت به «کنوانسیون»، چارچوبی را که برای ایجاد مقررات حقوق بین الملل تنظیم شده بود به گونه خاصی تغییر داد و بار دیگر حقوق دریاها به طور کلی در صف مقدم توسعه حقوق بین الملل قرار گرفت.

موافقتنامه حدود چهار سال از طریق مشورتهای غیررسمی<sup>۵</sup> که توسط دبیرکل سازمان ملل انجام گردید، مورد مذاکره قرار گرفت تا «عیوب و نواقص» پاره ای از مقررات فصل یازدهم کنوانسیون و ضمائم سه و چهار<sup>۶</sup>

\*. این مقاله از منبع زیر انتخاب و ترجمه شده است:

The American Journal of International Law, 1995, vol. 89, pp. 814-824.

4. GA Res. 48/263 (July 28, 1994), 33 ILM 1309 (1994).

5. See Jean - Pierre Levy, *Les Bons Offices du Secrétaire Général des Nations Unies en Faveur de l'universalité de La Convention Sur Le Droit de la Mer: La Préparation de l'Accord du 28 Juillet 1994*, 94 REVUE GÉNÉRALE DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC 871 (1994).

6. بیانیه ای را که توسط کشور بلژیک در زمان امضای کنوانسیون و نیز بیانیه های مشابهی را که توسط بیشتر کشورهای اروپایی از جمله جامعه اقتصادی اروپا صادر شد، ملاحظه کنید:

❖ ۲۲۷ چارچوب اجرایی موافقتنامه ...

آن را که مربوط به نظام بستر دریا بود و مانع تصویب یا الحاق کشورهای عمده صنعتی به کنوانسیون شده بود برطرف نماید. منطقه‌ای که فاقد هرگونه استفاده اقتصادی قابل پیش‌بینی بود، کل کنوانسیون را که «ارائه دهنده تلاشی برای ایجاد وحدتی واقعی است» و توسط کشورها و استفاده‌کنندگان به‌عنوان «نمادی از همکاری بین‌المللی در روند انعقاد معاهدات»<sup>۷</sup> تلقی می‌شود؛ مدت بیش از یک دهه در بند نگهداشته بود.

متأسفانه، این سند جامع (کنوانسیون) به‌طور مکرر توسط رسانه‌های گروهی و ارباب جراید تنها به‌عنوان مقررات مربوط به بستر اعماق دریاها معرفی شده است. درحالی‌که، همانگونه که دبیرکل سازمان ملل متحد اشاره کرده، «کنوانسیون»، «مناطق مشخصی از حاکمیت و صلاحیت را نیز برای کشورهای ساحلی ملحوظ می‌دارد، حاوی مقرراتی برای دریاهای آزاد است، حقوق و تکالیفی برای دولت‌ها درارتباط با کشتیرانی وضع می‌کند و سرانجام مقرراتی برای حفاظت از محیط‌زیست دریایی و عملیات تحقیقات دریایی پیش‌بینی کرده است».<sup>۸</sup> تلاش برای مشارکت گسترده جهانی ضروری می‌نمود؛ این ضرورت نه‌تنها از حیث اجتناب از تکیه بر کنوانسیون قابل‌اعمال نسبت به گروه محدودی از کشورهای عضو که

---

STATUS OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA, UN SALES NO. E.85.V.5 (1985).

۷. بیانیه‌ای که توسط «برناردو زولتا» (Bernardo Zuleta)، معاون پیشین دبیرکل برای حقوق دریاها صادر شد ملاحظه کنید:

THE LAW OF THE SEA: OFFICIAL TEXT OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA WITH ANNEXES AND INDEX, AT XIX, UN SALES NO. E. 83.V.5 (1983).

۸. سخنانی را که توسط پطروس‌غالی، دبیرکل سازمان ملل در اجلاس افتتاحیه مقام بین‌المللی بستر دریا ایراد گردید، ملاحظه کنید:

UN Press Release No. SG/SM/5483, SEA/1451 (Nov. 16, 1994).



نماینده منافع عمده دریایی نبودند، بلکه همچنین برای جلوگیری از تضعیف مقرراتی که به عنوان حقوق عرفی بین‌المللی شناخته می‌شوند و معمولاً به طور کامل مورد احترام مقررات داخلی کشورها نیستند، لازم می‌نمود. با مندرج شدن حقوق مربوط به دریاها در کنوانسیون مکتوب، دولت‌ها دیگر مجبور نخواهند بود که درخصوص بی‌نظمی‌ها و ابهامات قواعد عرفی مناقشه کنند.

با بررسی و تحقیق کمیته بستر دریا برای بهره‌برداری‌های صلح‌جویانه فراسوی قلمرو ملی در دهه ۶۰، تجدیدنظر در حقوق دریاها شروع گردید.<sup>۹</sup> این امر به نوبه خود به برگزاری سومین کنفرانس سازمان ملل در مورد حقوق دریاها (که در این مقاله «کنفرانس» نامیده می‌شود) منجر شد. در سال ۱۹۹۰ هنگامی که ضرورت تحقیق درباره یافتن راه‌حلی برای اعمال [مقررات] درخصوص این منطقه از بستر اعماق و کف اقیانوس‌ها مجدداً مطرح گردید، دور جدیدی از مذاکرات آغاز شد. عوامل متعددی محرک این شور و مشورت بودند که در بادی امر به عنوان چارچوب بحث‌های اولیه و سپس به لحاظ مذاکره در مورد [ایجاد] «موافقتنامه» ایفای نقش کردند. از جمله این عوامل می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

۱- تغییرات گسترده در نقشه سیاسی [جهان] که به دنبال فروپاشی اتحاد جماهیر شوروی صورت گرفت، اثرات سیاسی، نظامی و اقتصادی گسترده‌ای به همراه داشت. این وضعیت جدید محرک افکار جدیدی درباره یافتن راهی برای مقابله با مشکلات خاصی درخصوص امور دریاها، بویژه

---

9. See Annick de Marffy, *The Pardo Declaration and the Six Years of the Sea-Bed Committee*, IN A HAND BOOK ON THE NEW LAW OF THE SEA 141 (René-Jean Dupuy & Daniel Vignes eds., 1991).

جنبه‌های نظامی و استراتژیک بود که با پایان یافتن جنگ سرد مقدراری از اهمیت خود را ازدست داده بود.

۲- بسیاری از کشورهای درحال توسعه که خویش را در وضعیت نامطلوب و مصیبت بار می‌دیدند، زمینه ایستادگی در برابر کشورهای قدرتمندتر را ازدست داده بودند. کشورهای موسوم به گروه ۷۷ که از طریق روند استعمارزدایی سر بلند کرده و به‌عنوان نیروی مهم بازدارنده در سالهای بعد از استقلال مطرح بودند، از این که بتوانند در قالب یک گروه، هرگونه نفوذ مهمی را اعمال کنند، ناتوان بودند. در نتیجه، تغییر فصل یازده و ضمایم مربوط به آن میسر گردیده بود.

۳- عوامل و شرایط اقتصادی، از زمان مذاکره درمورد کنوانسیون به‌گونه‌ای خاص تغییر کرده بود. بویژه درمیان کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه تمایل به سوی قبول بازارهای آزاد به‌عنوان کلیدی برای موفقیت‌های اقتصادی در حال شدت یافتن بود. مضافاً این که مدت زمان ده سال کافی بود تا نشان دهد که فرضیه‌های اقتصادی بر مبنای بسیاری از مقررات فصل یازده کنوانسیون، نادرست بوده است. روشن شدن چنین مطلبی که پیشتر در اواخر دهه ۸۰ به‌وقوع پیوسته بود با تغییرات مهم سیاسی و اقتصادی در دهه ۹۰، آشکارتر گردید.

۴- افزایش تعداد کشورهای غیرصنعتی متعاهد، از ۴۵ عضو در سال ۱۹۹۰ به ۵۱ عضو در دسامبر ۱۹۹۱ و ۵۵ عضو در ژوئیه ۱۹۹۳ (به‌جز ایسلند و یوگسلاوی سابق)، لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون را یک قدم نزدیکتر کرده بود. این قضیه نه تنها باعث نگرانی کشورهای توسعه‌یافته گردید بلکه نگرانی کشورهای درحال توسعه‌ای را که به امید دستیابی سریع به نتایج بهره‌برداری از بستر اعماق دریا به کنوانسیون متعهد شده بودند نیز

برانگیخت. چرا که آنها آماده پرداخت هزینه‌های مؤسسات ایجاد شده به موجب کنوانسیون نبودند.<sup>۱۰</sup>

۵- نظام انتقالی در قطعنامه دوم کنفرانس ایجاد گردید که به حقوق سرمایه‌گذاران پیشگام ثبت شده برای اکتشاف بستر اعماق دریا تحت نظارت کمیسیون مقدماتی برای مقام بین‌المللی بستر اعماق دریا و نیز دیوان بین‌المللی حقوق دریاها مربوط می‌شد. اگرچه این قضیه به شیوه‌ای عملی پیش رفته و حتی در برخی موارد خلاف مقررات حقوقی بوده،<sup>۱۱</sup> اما این نظام سبب تقویت و تحقق اهداف «کنوانسیون» گشته است، بویژه از لحاظ شرکت ۶ کشور در کمیسیون مقدماتی (چین، هند، فرانسه، ژاپن، کره و فدراسیون روسیه) و گروهی از کشورها (بلغارستان، کوبا، جمهوری فدرال چک و اسلواکی، لهستان و فدراسیون روسیه) که نمایندگی عمده قدرتهای دریایی و نیمی از جمعیت جهان را تشکیل می‌دادند.

بنابراین، برای انجام روندی که حاصل آن از میان برداشتن کلیه موانع و در نتیجه حفظ مقررات دیگر «کنوانسیون» بود، مرحله‌ای [جدید] آغاز گردید تا توازن معقولی بین منافع ساحلی و دریایی (دریای آزاد) ایجاد نماید. حتی قبل از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون، این توازن، مسأله سازگاری و تطابق با وسعت و محدوده اعمال صلاحیت قضایی و حاکمیت ملی را

---

10. Remarks of Ambassador José Luis Jesús of Cape Verde, President of the Preparatory Commission, at the Qatar International Law Conference, 1994, at 29 (transcript on file with author).

۱۱. در خلال ۱۱ سال کار کمیسیون مقدماتی تفاهم‌نامه‌هایی مورد قبول واقع گردید تا راه ایجاد یک نظام فراملی برای بستر دریا را تحت قطعنامه دوم کنفرانس هموار سازد. ملاحظه کنید:

UNITED NATIONS, LAW OF THE SEA BULLETIN, Special Issue No. III, Sept. 1991 [hereinafter LOS BULL].

بر مبنای آن مقررات که البته بیشتر در جهت منافع جامعه بین‌المللی بود، به‌طور قابل ملاحظه‌ای ترغیب کرده بود.

یک عامل و محرک سیاسی ضروری بود؛ تنها ساز و کاری که بایستی اعمال می‌شد تا ایالات متحده امریکا را - که نمی‌توانست چارچوب کمیسیون مقدماتی را که هرگز در مذاکراتش شرکت نکرده بود قبول کند - به همکاری و مساعدت جلب نماید. به نظر رسید استفاده از مساعی جمیله دبیرکل در چارچوب مشورت‌های غیررسمی، مناسب‌ترین ابزار برای شرکت ایالات متحده باشد.

اولین اقدام در مذاکرات مزبور که در ژوئیه ۱۹۹۰ آغاز گردید، شناسایی موضوع‌های مهم و کلیدی مطرح شده توسط نماینده انگلستان بود.<sup>۱۲</sup> این موضوع‌ها را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد:

اول آنهایی که ماهیت اقتصادی داشتند، نظیر محدودیت تولید، صندوق جبران خسارت و مقررات مالی قرارداد. این امر نه چندان ضروری بود و نه چندان عاقلانه که با توجه به تأخیر قابل انتظار در بهره‌برداری از بستر اعماق دریا و عدم اطمینان از شرایط اقتصادی و فن‌آوری، پیش از اصول کلی مورد بررسی قرار گیرند. چنین مشکلی در مذاکرات مربوط به کنوانسیون غیرقابل اجتناب بود.

دومین دسته از موضوع‌ها مربوط به ماهیت سازمانی بود که به رهیافتی یکپارچه نیاز داشت، زیرا این موضوع‌ها جنبه‌های مشترک داشته و به یکدیگر مربوط بودند و شامل هزینه‌های پرداختی توسط طرفهای معاهده، روند تصمیم‌گیری، شرایط برگزاری کنفرانس مجدد و سرانجام ترکیب و

---

12. David Anderson, *Efforts to Ensure Universal Participation in the United Nations Convention on the Law of the Sea*, 42 INT'L & COMP. L. Q. 657(1993).

اختیارات کمیته مالی بود. این مسائل باید در ابتدا حل و فصل گشته و تکلیف آنها روشن می‌گردید. دولتها به دلیل ترس از ایجاد یک غول اداری، مایل بودند که سازمانی مطابق با کارهای محدود آن، ایجاد کنند. در اواخر سال ۱۹۹۱ هیأت‌های نمایندگی به میزان مشکلاتی که در پیش رو داشتند اعتراف کردند. اما ایالات متحده امریکا به همراه دیگر کشورهای صنعتی علاقمند بود موضوعهایی را مورد فیصله قرار دهد که در سندی معروف به «کتاب سبز»<sup>۱۳</sup> در سال ۱۹۸۱ به کنفرانس ارائه داده بود. موضوعات مطروحه در آن زمان مانع از امضای کنوانسیون توسط امریکا گردیده بود.<sup>۱۴</sup>

آقای پطروس غالی، دبیرکل سازمان ملل، در آغاز سال ۱۹۹۳ توسط هیأت‌های نمایندگی کشورهای در حال توسعه که معتقد بودند تعداد نمایندگان آنها در مشاوره‌ها «غیر هم سطح، نامساوی، و نامتوازن»<sup>۱۵</sup> است تحت فشار قرار گرفت تا زمینه مشورتها را برای شرکت کنندگان بیشتری جهت دستیابی به اجماعی گسترده‌تر، فراهم نماید. در آن زمان، مشورتها نه تنها محتوی بلکه شکل راه‌حل نهایی را هم مدنظر قرار داد. راه‌حل مربوط در خلال اجلاس دوم تا ششم اوت ۱۹۹۳، یافت گردید و آن هنگامی بود که «متن موافقتنامه» که صفحه اول آن با تصویر یک

---

۱۳. گروهی از متخصصین در ژانویه ۱۹۹۴ توسط کمیته عمومی کمیسیون مقدماتی گردهم آمدند و به این نتیجه نایل شدند که تا قبل از دهه ۲۰۱۰ - ۲۰۰۱ هیچ فرآورده تجاری تولید نخواهد شد. ملاحظه کنید: UN Doc. LOS/PCN/BUR/R.32 (1994).

14. See Bernard H. Oxman, *The 1994 Agreement and the Convention, in Law of the Sea Forum: The 1994 Agreement on Implementation of the Seabed Provisions of the Convention on the Law of the Sea*, 88 AJIL, 687 (1994).

15. Observations of Ambassador Lenox Ballah of Trinidad and Tobago, at the Qatar International Law Conference, *Supra* note 7, at 24.

کشتی تزیین شده و از این رو آن را «کشتی نامه» می‌نامیدند،<sup>۱۶</sup> بین هیأت‌های نمایندگی توزیع گردید. در نتیجه روند کلی جهت پیمودن راه مذاکره هموار گردید.

متن «کشتی نامه»<sup>\*</sup> که [در واقع] چارچوب اجرایی یک موافقتنامه بود، بر مقررات خاصی از فصل یازدهم کنوانسیون تکیه داشت، و در حالی که دیگر مقررات و مواد را دست‌نخورده به حال خود وامی‌گذارد، اولین تلاش در جهت یک کاسه کردن مقررات در سندی واحد بود. پس از تجدیدنظری که در ماه‌های فوریه و آوریل ۱۹۹۴ انجام گرفت، توافق بر سر آخرین جرح و تعدیلهای در جریان دور نهایی مذاکرات به عمل آمد که بین ۳۱ ماه مه تا ۳ ژوئن ۱۹۹۴ برگزار گردید. در ۲۸ ژوئیه ۱۹۹۴، قطعنامه‌ای شامل «موافقتنامه»، در آغاز چهل و هشتمین اجلاس مجمع عمومی مورد قبول واقع شد.<sup>۱۷</sup> نتیجه چنین مذاکره‌ی سابقه‌ای، ایجاد موافقتنامه‌ای غیر معمول بود که سه ویژگی داشت: اول این که قطعنامه‌ای توسط مجمع عمومی پذیرفته شد که وسیله‌ای برای پذیرش موافقتنامه اصلی بود. دوم چارچوب اجرایی که در متن موافقتنامه درج گردیده است و سوم مقرراتی ماهوی که در ضمیمه «موافقتنامه» جای داده شده است<sup>۱۸</sup> (که در این مقاله مورد بحث قرار نمی‌گیرد).

۱۶. برای دیدن متن کشتی‌نامه (Boat Paper) ملاحظه کنید:

The annex to Gerard J. Mangone, *Negotiations on the 1982 LOSC Given Extra Urgency by the 60th Ratification*, 9 INT'L J. MARINE & COASTAL L. 57 (1994).

\*. Boat Paper.

17. See LOS BULL., Special Issue No. IV, Nov. 1994, at 8-9.

۱۸. برای تجزیه و تحلیل مختصر محتوای اساسی «ضمیمه موافقتنامه» ملاحظه کنید:

Moritaka Hayashi, UNCLOS Part XI Agreement, with Particular Reference to the Status of Registered Pioneer Investors,

موافقتنامه مذکور منعکس کننده مشکلات مربوط به یافتن راه‌حلی در زمان نسبتاً کوتاه، برای تکمیل کار پیچیده و غامض تغییر قسمتی از یک کنوانسیون در حکم قانون است که از این لحاظ مسبوق به سابقه‌ای نبود. این مشکلات به میزانی گسترده، ناشی از نفوذ بیش از حد سیاست در حقوق بین‌الملل است؛ نفوذ و تأثیری که بیش از همیشه در دنیایی که با سرعت در حال تغییر است، وجود دارد و خطر بی‌ثباتی و سست و شکننده کردن روابط میان ملتها را به بار می‌آورد.

برخی از اصول اساسی که [در این رابطه] می‌بایستی پذیرفته می‌شد عبارت بودند از: نخست، تاحد امکان تغییر در کنوانسیون به صورت جزئی انجام پذیرد. دوم، حفظ برخی از اصول که فصل یازده کنوانسیون بر آنها پایه‌گذاری شده است، به‌ویژه اصل میراث مشترک بشریت. سوم، برای دولتهایی که قبلاً نسبت به کنوانسیون ملتزم بوده‌اند، تسهیلاتی برای اعلام رضایتشان نسبت به التزام به موافقتنامه فراهم آورده شود.

چهار ویژگی اصلی، این موافقتنامه را متمایز می‌سازد:

۱- اثر حقوقی پذیرش قطعنامه‌ای که دربردارنده این موافقتنامه

است؛

۲- آیین‌های اجرایی متنوعی ممکن است برای اظهار رضایت به

التزام [نسبت به موافقتنامه] مورد استفاده قرار گیرد. این آیین‌ها [در واقع]

برای پاسخگویی به تفاوت‌های موجود در قوانین اساسی [کشورها]

طرح‌ریزی شده‌اند؛

---

مقاله‌ای که به کنفرانس بین‌المللی در خصوص سیاست معدنی بستر اعماق دریا ارائه گردید (که در تاریخ ۵ تا ۷ سپتامبر ۱۹۹۴ در سئول برگزار گردید) (این مقاله نزد نویسنده موجود است).

۳- آیینی ویژه برای لازم‌الاجرا گردیدن «موافقتنامه» که با شرایط لازم‌الاجرا شدن «کنوانسیون» تفاوت دارد؛ و

۴- سرانجام غیرمعمول‌ترین ویژگی، اجرای موقت «موافقتنامه» است.

#### ۱- اثر حقوقی پذیرش «قطعنامه»

بسیاری از هیأت‌های نمایندگی نسبت به شیوه اجرایی پذیرش موافقتنامه و نیز چگونگی اعتبار آن - از طریق قطعنامه مجمع عمومی - که به متن موافقتنامه ویژگی قطعی بخشیده است، اعتراض کردند. ماده ۱۰ کنوانسیون حقوق معاهدات وین<sup>۱۹</sup> مقرر می‌دارد که دولت‌های شرکت‌کننده در تنظیم یک موافقتنامه، در مورد شیوه اعتبار بخشیدن به آن، به هر صورتی که مایل هستند، آزاد می‌باشند. به هر حال [باید متذکر شد که] این موافقتنامه از طریق مذاکرات غیررسمی تنظیم شده بود. بسیاری از هیأت‌های نمایندگی چنین جلسه‌ای را به عنوان نشست نمایندگان برای اتخاذ تصمیم در مورد چگونگی اجرای کارهای مربوط به پذیرش و اعتبار بخشیدن به یک موافقتنامه تلقی نمی‌کردند. فقدان مبنایی برای نمایندگی با صلاحیت اتخاذ تصمیم در خصوص مشورتهای انجام شده، مناسب بودن مجمع عمومی برای انجام این دو امر (پذیرش موافقتنامه و اعتبار بخشیدن به آن)، را با شک و تردید روبرو ساخت، بویژه در مواردی که دولت‌ها مایل بودند علیه «قطعنامه» رأی مخالف دهند.<sup>۲۰</sup> افزون بر این، در حالی که برخی دولت‌ها در پذیرش «موافقتنامه» شرکت نکردند یا نتوانستند شرکت کنند، چگونه متن

۱۹. مفتوح برای امضا از تاریخ ۲۳ ماه مه ۱۹۶۹، 1155 UNTS 331.

۲۰. هیچ دولتی علیه موافقتنامه، رأی نداد ولی ۷ دولت رأی ممتنع دادند که عبارت بودند از کلمبیا، نیکاراگوئه، پاناما، پرو، فدراسیون روسیه، تایلند و ونزوئلا.



موردنظر می‌تواند معتبر باشد؟ در واقع ۵۶ کشور در پذیرش قطعنامه شرکت نداشتند که از آنها ۲۱ کشور از طرفهای «کنوانسیون» بودند.<sup>۲۱</sup> برخی دیگر از کشورها نیز مانند «واتیکان»،\* «کری باتی» (کریباس)،\*\* «نائورو»،\*\*\* «سویس»، «تونگا»\*\*\*\* و «توالو»\*\*\*\*\* به این علت که عضو سازمان ملل نبودند یا جزء اعضای ناظر بودند، نمی‌توانستند در رأی‌گیری شرکت کنند. علاوه بر این، برخی نهادها که به موجب ماده ۳۰۵ استحقاق عضویت در «کنوانسیون» را داشتند، نظیر «جزایر کوک»،\*\*\*\*\* «نیوئه»\*\*\*\*\* و جامعه اروپا، به علت این که عضو [سازمان ملل] نبودند، نتوانستند [در رأی‌گیری] شرکت نمایند. اگرچه امضا به منظور اعتبار بخشیدن به موافقتنامه، مطرح گردید ولی، «موافقتنامه» با عمل مجمع عمومی و آثار حقوقی خاص همراه چنین پذیرشی، مورد قبول واقع شده بود.

از تاریخ پذیرش موافقتنامه در ۲۸ ژوئیه ۱۹۹۴ به موجب بند ۱ ماده ۴ آن، هرگونه اظهار رضایت دولتها مبنی بر التزام به «کنوانسیون» همچنین رضایت نسبت به التزام به «موافقتنامه» تلقی شده است. در زمان نگارش

21. See LOS BULL., Special Issue No. IV, Nov. 1994 at 7.

نماینده اسرائیل بنام «شابتای روزن» (Shabtai Rosenne) در بیانیه‌ای در هفتاد و هشتمین اجلاس مجمع عمومی، در ۶ دسامبر ۱۹۹۴ تحت شماره ۳۵ «حقوق دریاها» اعلام کرد: «نماینده اسرائیل بنا به دلایل خارج از اختیار (هنگامی که موافقتنامه مورد پذیرش واقع شد) در اجلاس مجمع عمومی سازمان ملل حاضر نبوده است». ملاحظه کنید: UN Doc. A/49/PV. 78 (1994).

\*. Holy See.

\*\* . Kiribati.

\*\*\* . Nauru.

\*\*\*\* . Tonga.

\*\*\*\*\* . Tuvalu.

\*\*\*\*\* . Cook Islands.

\*\*\*\*\* . Niue.

[این مقاله]، چهارده کشور که رضایت خود را مبنی بر التزام به «کنوانسیون» اظهار کرده بودند در همان زمان نیز به «موافقتنامه» ملتزم شدند. برخی از کشورها نظیر استرالیا، اتریش، یونان، هندوستان، ایتالیا و آلمان در همان زمانی که «موافقتنامه» را تصویب کردند به «کنوانسیون» ملحق شده یا آن را تصویب کردند. کشورهای دیگر نظیر بولیوی، موریس (موریس) \* و سنگاپور که نسبت به پذیرش موافقتنامه اعلام رضایت کرده بودند، اما هرگز آن را امضا نکردند، به هنگامی که اسناد تصویب خود را نسبت به «کنوانسیون» تسلیم مقام امین کردند نسبت به «موافقتنامه» ملتزم شدند. در نتیجه، به موجب بند ۱ ماده ۴، بولیوی، موریس و سنگاپور با تصویب «کنوانسیون» به «موافقتنامه» نیز ملحق شدند. تصویب «کنوانسیون» توسط «لبنان» و «سیرالئون» نیز همین نتیجه را دربر داشت؛ هرچند که آنها هرگز رضایت خود را نه نسبت به پذیرش «قطعنامه» و نه امضای «موافقتنامه» اظهار نکرده بودند. «جزایر کوک» که «موافقتنامه» را امضا نکرده بود با تصویب «کنوانسیون» به «موافقتنامه» ملحق شد.

«کرواسی» و «جمهوری مقدونیه یوگسلاوی سابق» درگیر مسأله غامض جانشینی دولت‌ها در مورد معاهدات بودند. اعمال قواعد عرفی حقوق بین‌الملل در ارتباط با جانشینی دولت‌ها بگونه مضیق، جانشینی کرواسی و مقدونیه را نسبت به یوگسلاوی تنها در ارتباط با کنوانسیون اجازه می‌داد. به هر حال از تاریخ پذیرش «موافقتنامه» قصد مذاکره کنندگان به وضوح این بود که بین موافقتنامه و کنوانسیون ارتباط برقرار گردیده و اطمینان یابند که «موافقتنامه» از تاریخ لازم‌الاجرا شدن «کنوانسیون» دارای اثر حقوقی خواهد شد. اما به لحاظ پیچیدگی «موافقتنامه» و ارتباط آن با

---

\*. Mauritius.

«کنوانسیون»، این مسأله که آیا دولتها از مفهوم تعهداتشان کاملاً آگاه‌اند یا نه، مشخص نبود. به آن میزانی که اسناد حقوقی بیشتر و بیشتر پیچیده می‌شوند، آیین‌هایی که به وسیله آنها دولتها رضایتشان را مبنی بر التزام اظهار می‌دارند نیز بایستی مجدداً مورد بررسی قرار گیرد تا اطمینان حاصل شود که دولتها برای درک افتراقهای جزئی و دقیق اسناد مربوط از آمادگی بیشتری برخوردار هستند.<sup>۲۲</sup>

اثر غیرمستقیم دیگر پذیرش «موافقتنامه» - که احتمالاً ناشی از ضعف در تنظیم پیش‌نویس آن است - در ماده ۳ منعکس گردیده که به دوره مفتوح بودن موافقتنامه برای امضا می‌پردازد. این دوره، از زمان افتتاح «موافقتنامه» برای امضا - که رویه‌ای معمول در انعقاد معاهدات است - آغاز نمی‌شود بلکه، از زمان پذیرش [موافقتنامه] آغاز می‌گردد. به موجب ماده ۳، دبیرکل به عنوان امین «موافقتنامه» می‌بایست ۲۸ ژوئیه را به عنوان تاریخی که «موافقتنامه» منعقد شده ثبت نماید، نه ۲۹ ژوئیه که موافقتنامه برای امضا افتتاح شده است. این تغییر رویه بی‌سابقه در بین برخی از وزرای خارجه سردرگمی‌هایی را ایجاد نمود که هنوز به ۲۹ ژوئیه به عنوان تاریخ انعقاد «موافقتنامه» اشاره می‌کنند.

علاوه بر این، تاریخ پذیرش به عنوان نقطه‌ای برای شروع دوره دوازده ماهه‌ای به کار می‌رود که در خلال آن دولتهای عضو باید تصمیم بگیرند که هرآینه از شیوه ساده مندرج در ماده ۵ استفاده کنند.

---

۲۲. به لحاظ سرعت در تحولات حقوق دریاها بسیاری از کشورها خصوصاً کشورهای در حال توسعه خود را چندان آماده پذیرش موضعی نیافتند که توسط سیاستمداران، حقوقدانان و دیپلماتهایشان تا حدودی به صورتی اجمالی تدوین شده بود. ملاحظه کنید مقاله ذیل که به کنفرانس حقوق بین‌الملل قطر ارائه گردید، صص ۸-۷ (به پاورقی شماره ۱۰ رجوع شود).

Jean-François Pulvenis, *New Problems Arising from the Entry into Force of the 1982 Convention on the Law of the Sea: Some Observations on the Situation of Developing Countries.*

و سرانجام مهمترین اثر پذیرش «قطعنامه» این است که به دولتها حق اجرای موقت «موافقتنامه» اعطا گردیده است، مگر این که آنها ترتیب دیگری مقرر دارند. این حق ایجاد گردید تا دولتهایی که هنوز به «کنوانسیون» ملتزم نشده‌اند، قادر باشند به‌عنوان اعضای موقت در [فعالیت] مقام بین‌المللی بستر اعماق دریا شرکت نموده و همزمان درخصوص تصویب «کنوانسیون» یا الحاق به آن اقدام کنند.

از لحاظ آثار حقوقی آتی قطعنامه، یک رأی‌گیری کتبی درخواست شد تا دولتهایی که به قطعنامه رأی مثبت داده و بعداً عضو موقت مقام بین‌المللی محسوب خواهند شد، مشخص گردند. در ۲۸ ژوئیه ۱۹۹۴، یکصد و بیست و یک (۱۲۱) دولت به قطعنامه رأی دادند. از این تعداد، ۴۳ دولت عضو «کنوانسیون» بودند که خود به خود به موجب ماده ۱۵۶ «کنوانسیون» عضو مقام بین‌المللی محسوب می‌شدند. ۷۵ دولت غیر عضو که رأی مثبت دادند، مشروط بر این که به صورت مکتوب به امین معاهده اطلاع نداده باشند که آنها «موافقتنامه» را به صورت موقت اجرا نخواهند کرد، واجد شرایط عضویت موقت در مقام بین‌المللی بودند. کشورهای بلغارستان، ایران، اردن، رومانی، عربستان سعودی و اسلونی تا تاریخ ۱۶ نوامبر ۱۹۹۴، یعنی مهلت تعیین شده در ماده ۷، [رسماً] عدم قبول خود را درخصوص اجرای موقت [موافقتنامه]، به مقام امین اطلاع داده بودند.

در تجدیدنظر موافقتنامه موسوم به کشتی‌نامه\* در آوریل ۱۹۹۳، مسأله تصدیق اعتبار «موافقتنامه» از طریق پذیرش «قطعنامه» به کنار گذارده شد. در عوض عمل امضا به‌عنوان یکی از ابزار اظهار رضایت دولتها مبنی بر التزام معرفی گردید.

---

\*. Boat Paper.

## ۲- شیوه‌های ابراز رضایت به التزام

بند ۳ ماده ۴، راههای مختلفی را جهت ابراز رضایت دولتها به التزام به «موافقتنامه» شرح می‌دهد. برای پاسخ به نیازهای مختلف دولتها در این خصوص، چهار شیوه به آنها پیشنهاد شده است: اظهار رضایت ممکن است با امضای قطعی، امضای منوط به تصویب، امضای منوط به روش ساده که به موجب ماده ۳۱۳ «کنوانسیون» مقرر شده و سرانجام از طریق الحاق انجام پذیرد.

به موجب روش اول - که در شق اول بند ۳ ماده ۴ مقرر گردیده است - دو کشور عضو به مقام امین اطلاع دادند که امضای آنها قطعی است. بدین معنی که آنها رضایت خود را نسبت به التزام به «موافقتنامه» اعلام می‌دارند. کشور «بلیز»<sup>\*</sup> که «موافقتنامه» را در ۲۱ اکتبر ۱۹۹۴ امضا کرد، یادداشتی را به امضای وزیر امور خارجه اش مبنی بر تأیید قطعی بودن امضا ارسال نمود. یادداشت «کنیا» [در این خصوص] که «موافقتنامه» را در ۲۹ ژوئیه امضا نمود، در ۸ نوامبر ۱۹۹۴ دریافت گردید.

معمول‌ترین شیوه التزام دولتها به یک معاهده، امضای منوط به تصویب است. تا ۲۸ ژوئیه ۱۹۹۵ که آخرین مهلت امضا بود ۷۹ کشور «موافقتنامه» را امضا کردند، که از آنها ۴۶ کشور امضای خود را به موجب شق دوم بند ۳ ماده ۴، منوط به تصویب کردند.<sup>۲۳</sup>

کشور «سریلانکا» که عضو «کنوانسیون» بود در ۲۹ ژوئیه ۱۹۹۴، طی یادداشتی اعلام نمود که این کشور «موافقتنامه» را به موجب شق سوم بند ۳ ماده ۴، که اعمال روشی ساده است و در ماده ۵ مقرر گردیده، امضا

---

\*. Belize.

۲۳. آخرین وضعیت موجود «موافقتنامه» در «بخش امور اقیانوسها و حقوق دریای سازمان ملل» (UN Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea) موجود است.

می‌کند. در ۲۵ اکتبر، کشور «نیجریه» همان منظور را در «اختیار نامه‌ای» که امضای [قبلی] را تأیید می‌کرد، بیان داشت. این دو یادداشت مسأله تفسیری مهمی را مطرح می‌کند: ۱- آیا برای کشور «سریلانکا» و «نیجریه» به عنوان دولتهای عضو «کنوانسیون» ضرورت دارد که چنین یادداشتی را ارسال دارند؟ ۲- آیا قصد مذاکره کنندگان این نبوده که دولتهای عضو امضاکننده «موافقتنامه» را دوازده ماه پس از تاریخ پذیرش آن راضی به التزام به «موافقتنامه» تلقی کنند؟ به موجب «موافقتنامه» به نظر می‌رسد، اطلاعیه تنها هنگامی لازم است که دولتها مایل نباشند از روش ساده استفاده کنند. پانزده کشور عضو شامل برزیل، کامرون، کیپ‌ورد\* (دماغه سبز)، قبرس، مصر، فیجی، اندونزی، مالت، میکرونزییا،\*\* فیلیپین، سنگال، سودان، تانزانیا، تونس و اروگوئه چنین یادداشتی را به مقام امین ارسال کردند تا مشخص نمایند که امضای آنها بمنزله تصویب است.

به نظر می‌رسد چنین تفسیری با قصد مذاکره کنندگان درمورد تسهیل ابراز رضایت دولتهای عضو مبنی بر التزام به «موافقتنامه» بیشتر مطابقت دارد. شق سوم بند ۳ ماده ۴ برای این مقرر و تنظیم شده است تا آن دولتهایی را که برای آنها روش «ساده» در نظر گرفته شده است، مجزا نماید. افزون بر این، شق سوم مستلزم ارائه هیچگونه یادداشتی نیست. این شق مشمول «آیین مذکور در ماده ۵» است که به روشنی مقرر می‌دارد: دولتها راضی به التزام نسبت به «موافقتنامه» تلقی خواهند شد مگر این که قصد خلاف آن را اظهار نمایند. استفاده از یادداشت (اطلاع‌دادن) برای قصد مخالف بدین معنی است که، سکوت دولتها یکسال بعد از پذیرش

---

\*. Cape Verde.

\*\*\*. Micronesia.

موافقتنامه یعنی ۲۸ ژوئیه ۱۹۹۵ باید به عنوان رضایت ضمنی نسبت به التزام به «موافقتنامه» تفسیر شود. دوره یکساله مذکور برای این مقرر شده بود تا دولت‌های مهلتی برای تأمل راجع به وضعیت خود در برابر «موافقتنامه‌ای» داشته باشند که به طور قابل ملاحظه‌ای [مفاد] «کنوانسیون» را که قبلاً نسبت به آن ملتزم بوده‌اند، تغییر خواهد داد. تفاسیر دیگر منجر به بی‌اثر نمودن ماده ۵ و مفهوم رضایت ضمنی مندرج در آن می‌گردد. برخی از دولت‌های عضو، «موافقتنامه» را زودتر امضا نکردند، زیرا می‌خواستند ملاحظه نمایند آیا کشورهای صنعتی که درخواست تجدید نظر در مورد فصل یازدهم کنوانسیون داشتند، تعهد خود را از حیث عضو شدن با حسن نیت انجام می‌دهند یا نه؟

روش الحاق که در شق چهارم بند ۳ ماده ۴ مقرر گردیده تنها بعد از انقضای زمان امضا اعمال می‌شود.

### ۳- به اجرا در آمدن «موافقتنامه»

مرحله تصویب با آلمان و استرالیا شروع شد که بعد از امضای «موافقتنامه» در ۲۹ ژوئیه، به موجب بند ۲ ماده ۴ در همان زمان که «کنوانسیون» را تصویب کرده یا به آن ملحق شدند، [موافقتنامه] را نیز تصویب نمودند. به هر حال «موافقتنامه» از لحاظ تعداد تصویب یا الحاق‌های مورد نیاز برای لازم‌الاجرا شدن آن با «کنوانسیون» تفاوت دارد. «موافقتنامه» همچنین شرایط اضافی دیگری را مقرر می‌دارد که مانع از لازم‌الاجرا شدن آن می‌گردد، مگر این که توسط کشورهای که منافع حیاتی آنها از آن تأثیر می‌پذیرد، مورد تصویب قرار گیرد.

ماده ۶ برای لازم‌الاجرا شدن «موافقتنامه» رضایت ۴۰ کشور را لازم می‌شمارد که از آن میان هفت کشور باید جزء آنهايي باشند که در شق اول بند ۱ قطعنامه شماره ۲ کنفرانس آمده و از این هفت کشور حداقل پنج کشور از کشورهای توسعه‌یافته باشند. قطعنامه شماره ۲، دولتهایی را که استحقاق سرمایه‌گذار پیشگام بودن را دارند، معرفی می‌کند. برخی از کشورها نظیر فرانسه، هند، ژاپن و فدراسیون روسیه که در بند فرعی ۱ از شق اول بند ۱ قطعنامه شماره ۲ نامشان آمده است، به‌عنوان سرمایه‌گذاران پیشگام ثبت‌نام می‌شوند. دیگر کشورها که در بند فرعی ۲ نامشان مندرج است، نظیر بلژیک، کانادا، آلمان، ایتالیا، هلند، انگلستان و ایالات متحده، گروه سرمایه‌گذاران بالقوه را تشکیل می‌دهند. آنها هم‌اکنون<sup>۲۴</sup> ممکن است به‌موجب «موافقتنامه» - براساس قسمت اول بند ۶ ضمیمه «موافقتنامه» - که به‌صورت موقت لازم‌الاجرا است، قراردادهای مربوط به اکتشاف را منعقد نمایند. سرانجام، بند فرعی ۳ مربوط به کشورهای درحال توسعه است که برخی از آنها نظیر چین، کوبا، کره، مجاز شناخته شده‌اند تا تقاضای خود را مبنی بر ثبت‌نام به‌عنوان سرمایه‌گذاران پیشگام، به‌موجب شرایط «بیانیه مربوط به مورد اجرای قطعنامه شماره ۲» تقدیم نمایند.<sup>۲۵</sup> بر مبنای همین بیانیه، حکومت‌های سوسیالیست کشورهای بلغارستان، کوبا، جمهوری فدرال چک و اسلواکی، لهستان و فدراسیون روسیه درخواستی برای ثبت «سازمان مشترک بین اقیانوسی» به‌عنوان سرمایه‌گذار پیشگام ارائه کردند. این درخواست در سال ۱۹۹۱ ارائه شد. بنابراین هفت کشور از چهارده

۲۴. لازم به ذکر است که کلمه «هم‌اکنون» اشاره به زمان نگارش مقاله دارد نه این زمان که خوانندگان محترم مقاله را مطالعه می‌فرمایند. در آن تاریخ موافقتنامه لازم‌الاجرا نشده بود ولی به‌صورت موقت لازم‌الاجرا بود - مترجم.

25. UN Doc. LOS/PCN/L. 41/Rev. 1 (1991), reprinted in LOS BULL., Special Issue No. III, Sept. 1991, at 236.



کشور صنعتی و دو کشور از چهار کشور در حال توسعه که در بالا ذکر شد باید مشمول چهل کشوری باشند که برای لازم‌الاجرا شدن «موافقتنامه» ضروری است تا شرایط لازم که در ماده ۶ بیان گردیده است، تحقق یابد. به هر حال باید در نظر داشت که اشاره به «حداقل پنج کشور توسعه‌یافته» بدین معنی است که حداقل پنج کشور صنعتی - نه محدود به پنج کشور - باید وجود داشته باشند تا شرط هفت کشور تأمین گردد.

سی و هشت کشور تا ۲۹ ژوئیه ۱۹۹۵ رضایت خود را مبنی بر التزام به موافقتنامه اظهار داشتند. کرواسی و مقدونیه جمهوری یوگسلاوی سابق که «موافقتنامه» را امضا نکرده و یا نسبت به پذیرش «قطعنامه» ابراز رضایت نکرده بودند به موجب بند ۱ ماده ۴، در نتیجه جانشینی‌شان در ارتباط با «کنوانسیون» ملتزم به «موافقتنامه» گردیدند. کشورهای بولیوی، لبنان، موریس،\* سیرالئون و سنگاپور در نتیجه تصویب «کنوانسیون» به «موافقتنامه» ملتزم گردیدند. کشور آلمان «موافقتنامه» را تصویب و همزمان به «کنوانسیون» ملحق گردید و استرالیا، اتریش، یونان، هند و ایتالیا هر دو سند را تصویب کردند. جزایر کوک\*\* همان گونه که در بالا ذکر شد «موافقتنامه» را امضا نکرد لکن، با تصویب «کنوانسیون» به آن ملحق شد. کشورهای بلیز\*\*\* و کنیا به عنوان اعضای «کنوانسیون» از روش امضای قطعی مندرج در شق اول بند ۳ ماده ۴ استفاده کردند. قبرس، فیجی، سنگال، سیشل،\*\*\*\* اسلوانیا و پاراگوئه که قبل از پذیرش «موافقتنامه» از اعضای «کنوانسیون» بودند، تصویب «موافقتنامه» را انتخاب نموده و از

---

\*. Mauritius.

\*\* Cook Islands.

\*\*\* Belize.

\*\*\*\* Ceychelles.

روش ساده مندرج در ماده ۵ استفاده نکردند. در ۲۹ ژوئیه ۱۹۹۵، یعنی دوازده ماه پس از تاریخ پذیرش «موافقتنامه»، شانزده کشور عضو کنوانسیون که «موافقتنامه» را امضا کرده بودند ترجیح دادند که برطبق ماده ۵ به آن ملتزم شوند. این کشورها عبارت بودند از: باهاما، باربادوس، ساحل عاج،\* گرانادا، گینه، ایسلند، جامائیکا، نامیبیا، نیجریه، توگو، ترینیداد و توباگو، سریلانکا، اوگاندا، یوگسلاوی، زامبیا و زیمبابوه. در هر صورت شرط دیگری که در ماده ۶ مقرر گردیده، هنوز تحقق نیافته است. تا تاریخ نگارش این مقاله، تنها آلمان، هند و ایتالیا، از بین هفت کشوری که برای لازم الاجرا شدن موافقتنامه لازم است رضایت خود را مبنی بر التزام به آن ابراز دارند، چنین کرده‌اند.

#### ۴- اصلی‌ترین ویژگی: اجرای موقت

[موضوع] اجرای موقت که در ماده ۲۵ کنوانسیون وین درباره حقوق معاهدات<sup>۲۶</sup> به آن اشاره شده، به دلایل سیاسی جهت تسهیل مشارکت گسترده در «موافقتنامه» مطرح گردیده است. برای یک «معاهده» که به تنظیم نظام بستر اعماق دریا<sup>۲۷</sup> می‌پردازد مفهوم جدیدی وجود نداشت زیرا، مطالب مربوط قبلاً به وسیله کمیته بستر دریا مورد بحث و بررسی قرار گرفته بود. به هر حال چنین موافقتنامه‌ای در رابطه با یک معاهده در حکم قانون، غیرمعمول بود. برغم مشکلات فزاینده سندی پیچیده و غامض که از پیش تنظیم یافته، (اجرای موقت) مناسبترین سازوکار برای تشویق کشورهای عمده صنعتی به شرکت در مراحل اولیه کار مقام

\*. Côte d'Ivoire.

۲۶. به پاورقی شماره ۱۹ رجوع شود.

27. UN Doc. A/AC. 138/88 (1973).

[بین‌المللی] قبل از التزام آنان نسبت به «کنوانسیون» بود. چنین شیوه‌ای جهت محقق ساختن هدف جهان‌شمولی بودن آن نسبت به تعداد کثیری از دولتها تسری یافت.

یکصد و بیست و سه (۱۲۳) دولت تا ۲۹ ژوئیه ۱۹۹۵، از طریق پذیرش «قطعنامه»، امضای «موافقتنامه» و تصویب، الحاق یا جانشین‌شدن نسبت به «کنوانسیون» اجرای موقت موافقتنامه را پذیرفته بودند. ماده ۷ «موافقتنامه» - ضمن برشمردن گروههایی از دولتها که استحقاق اجرای موقت [موافقتنامه] را دارند - هیچ اشاره‌ای به چگونگی رضایت دولتهایی که التزام به «موافقتنامه» را اظهار می‌دارند، نمی‌کند. البته بهتر بود که تنظیم‌کنندگان پیش‌نویس، این گروه را نیز [در بین سایر گروهها] می‌گنجانند. به هر حال بدیهی است هیچ شکمی وجود ندارد که اگر دولتی رضایت خود را مبنی بر التزام به «موافقتنامه» اعلام کرده، ملتزم به کلیه مقررات آن می‌باشد. تفسیر خلاف این، به وجود حق شرط خواهد انجامید که به وسیله ماده ۳۰۹ «کنوانسیون» و با ارجاع بند ۲ ماده ۲ «موافقتنامه» به ماده ۳۰۹ ممنوع اعلام گردیده است. در اجلاس افتتاحیه مقام [بین‌المللی] در ۱۶ نوامبر ۱۹۹۴ از یکصد و سی و هفت (۱۳۷) کشور - اعم از اعضا در صورتی که طرف کنوانسیون بودند یا اعضای موقت در صورتی که استحقاق اجرای موقت موافقتنامه را داشتند - برای شرکت دعوت به عمل آمد.<sup>۲۸</sup> در بخش سوم اولین اجلاس مقام [بین‌المللی] یکصد و چهل و سه (۱۴۳) عضو برای شرکت دعوت شدند.

چهار دسته از دولتها، استحقاق اجرای موقت «موافقتنامه» را به موجب بند ۱ ماده ۷ دارا هستند:

---

28. See LOS BULL., Special Issue No. IV, Nov. 1994, at 47.

اولین دسته شامل آن گروه از دولتهایی است که نسبت به پذیرش «قطعنامه» اعلام رضایت کردند. معذک، به علت آثار حقوقی مهمی مشابه آثار ناشی از تصویب یا الحاق که به همراه اجرای موقت وجود دارد، به دولتها اختیار داده شد تا از طریق اعلام کتبی به مقام امین [کنوانسیون] — مبنی بر این که مایل به اجرای موقت نبوده یا نسبت به چنین اجرایی تنها بر مبنای امضای بعدی یا اعلام کتبی اظهار رضایت خواهند کرد — از آن آثار اجتناب نمایند. کشورهای فرانسه، ژاپن، ایتالیا، لهستان و اتحادیه اروپا از شیوه اخیر تبعیت نمودند. امکان اعلام و اطلاع بعدی برای برآورده ساختن برخی شرایط قوانین اساسی کشورها مطرح گردید؛ بنابراین، رضایت دولتها به طور رسمی ابراز خواهد شد و نه صرفاً براساس پذیرش قطعنامه‌ای که برخی آن را به عنوان راه حقوقی مناسب برای اعتبار بخشیدن به «موافقتنامه» به رسمیت شناخته‌اند. شش کشور بلغارستان، ایران، اردن، رومانی، عربستان سعودی و اسلونی که تنها نسبت به پذیرش قطعنامه اعلام رضایت کردند، قبل از ۱۶ نوامبر ۱۹۹۴ به [مقام] امین [کنوانسیون] اعلام نمودند که آنها اجرای موقت «موافقتنامه» را نمی‌پذیرند. بیشتر کشورهای صنعتی نظیر بلژیک، فرانسه، آلمان، ایتالیا، ژاپن، انگلستان و ایالات متحده آمریکا رضایت خود را به پذیرش «موافقتنامه» که در روز بعد امضا کردند، اعلام داشتند.

دسته دوم شامل کشورهایی است که هیچ اثر حقوقی برای قطعنامه‌های مجمع عمومی قایل نیستند، در رأی‌گیری برای «قطعنامه» غایب بودند یا عضو سازمان ملل نبودند؛ آنها استحقاق اجرای موقت «موافقتنامه» را به وسیله امضای آن می‌یابند. تا تاریخ ۲۹ ژوئیه ۱۹۹۵، بورکینافاسو، موریتانی، سوازیلند و سویس این شیوه را انتخاب کرده بودند.

نتیجتاً آنها بر مبنای [اجرای] موقت، جزء اعضای مقام [بین‌المللی] شدند. برخی از دولتهایی که اعضای کنوانسیون هستند و خود به خود جزء اعضای مقام [بین‌المللی] می‌باشند، نظیر برزیل، کامرون، قبرس، مکزیک و اروگوئه، به [مقام] امین [کنوانسیون] اعلام نمودند که آنها مایل به عضویت موافقتنامه به شکل موقت نیستند. این وضعیت، ضعیف بودن ویژگی اعضای «کنوانسیون» را نشان می‌دهد که به نظر می‌رسد هیچ امتیاز خاصی را دربر ندارد: «مفهوم طرف [معاهده] به واسطه مفتوح بودن انجام مذاکرات برای همه دولتها و [نیز] حاکم بودن قاعده وفاق عام\* کاملاً تضعیف شده است».<sup>۲۹</sup>

قبول اجرای موقت یک معاهده بین‌المللی شبیه عمل تصویب است. از این رو، مقام وزارت امور خارجه یک کشور درگیر انعقاد یک موافقتنامه بین‌المللی می‌شود.<sup>۳۰</sup> به علت این آثار مهم حقوقی، دبیرکل [سازمان ملل]، به عنوان [مقام] امین «موافقتنامه»، تصمیم گرفت که در قالب تذکر [مقام] امین در خصوص شرایط نهایی منتشره برای دولتها، نظر آنها را به شق‌های اول و دوم بند ۱ ماده ۷ جلب کند. کلیه دولتها، به شکل مطلوبی از آثاری که به همراه اجرای موقت «موافقتنامه» بود، آگاه شدند.<sup>۳۱</sup>

دو اعلام [کتبی] که به امضای وزرای امور خارجه مربوط نرسیده بود، بایستی پس فرستاده می‌شد. به هر حال اعلام‌هایی که از اجرای موقت امتناع می‌ورزیدند در هنگام امضا توسط نمایندگان هیأت‌های دائمی مأمور در سازمان ملل، پذیرفته شدند.

\*. Consensus.

29. See Pulvenis, at 26. (به پاورقی شماره ۲۲ رجوع شود)

30. See Jonathan I. Charney, *U.S. Provisional Application of the 1994 Deep Seabed Agreement, in Law of the Sea Forum*, at 705. (به پاورقی شماره ۱۴ رجوع شود)

31. UN Doc. C.N.224. 1994 TREATIES-2 (depository notification).

❖ ۲۴۹ چارچوب اجرایی موافقتنامه ...

دسته سوم شامل دولتهایی می‌شود که یادداشتی مبنی بر اعلام رضایت برای اجرای موقت ارائه می‌دهند. [این] یادداشت ساده بازمانده فلسفه‌ای است که متن پیش‌نویس [موسوم به] کشتی‌نامه بر آن متکی است که به موجب آن پذیرش «قطعنامه» روشی اجرایی برای اعتبار بخشیدن به «موافقتنامه» می‌باشد. بعد از طرح [موضوع] امضا، یادداشت ساده [مذکور] برای سازگاری با رهیافت حقوقی‌تری که توسط «موافقتنامه» در نظر گرفته شده، باید حذف می‌شد. به هر حال، چنین امکانی دو بار مورد استفاده قرار گرفته است. مورد اول فدراسیون روسیه بود که از رأی دادن به «قطعنامه» امتناع ورزید و موافقتنامه را امضا نکرد ولی به وسیله یادداشتی که در تاریخ ۱۱ ژانویه ۱۹۹۵ دریافت شد اجرای موقت موافقتنامه را مطابق شق سوم بند ۱ ماده ۷ به [مقام] امین اطلاع داد. مورد دوم جزایر سلیمان\* بود که از این شیوه استفاده کرد تا عدم شرکت خود را در رأی دادن به «قطعنامه» تصحیح کند. این کشور اشتباهاً به لحاظ نپرداختن سهمیه خود از بودجه سازمان ملل، از رأی دادن محروم شده بود. افزوده شدن فدراسیون روسیه و جزایر سلیمان به عنوان اعضای موقت، تعداد کل دولتها و نهادها را در مقام [بین‌المللی] به ۱۴۳ عضو رسانید. این عضویت برای فدراسیون روسیه به معنی جایگاهی تضمین شده در شورای مقام [بین‌المللی] نیز بود. تنها گروه چهارم از کشورها استحقاق می‌یابند که از طریق الحاق، «موافقتنامه» را به طور موقت اجرا کنند. این گروه از کشورها نه رضایت خود را مبنی بر پذیرش «موافقتنامه» اعلام کردند و نه آن را امضا نمودند. به طور معمول چنین شیوه‌ای بعد از انقضای زمان امضا انجام می‌پذیرد. جزایر کوک به موجب «موافقتنامه» از چنین امکانی استفاده کرد، زیرا

---

\*. Solomon Islands.

به‌عنوان کشوری که عضو سازمان ملل نیست نمی‌توانست در پذیرش «قطعنامه» شرکت نماید.

اگرچه اجرای موقت در ماده ۷ مقرر نگردیده است اما، امکان استفاده از آن برای کشورهای که از طریق شرکت، تصویب یا الحاق به «کنوانسیون» به «موافقتنامه» ملتزم شده‌اند، وجود دارد. تفسیری مغایر با تفسیر فوق سبب تضعیف روح «موافقتنامه» - از حیث تشویق مشارکت کشورها به‌ویژه کشورهای صنعتی در مراحل اولیه کارکرد ارگانهای مقام [بین‌المللی] - خواهد بود.

با این وصف، استفاده از شیوه اجرای موقت «موافقتنامه»، مشکلاتی را از جهت سیاسی و حقوقی ایجاد کرده است. از لحاظ سیاسی، برخی از کشورهای عضو واهمه دارند که این راه‌حل مربوط به دوران گذار ممکن است اقدام کشورهای صنعتی را در روند ملتزم شدن به تأخیر اندازد. آنها صدور اعلامیه‌های «حسن نیت»<sup>\*</sup> را ترجیح می‌دهند.

از لحاظ حقوقی بعضی از قوانین اساسی کشورها، آنها را از ملتزم شدن به معاهداتی که بر مبنای [اجرای] موقت استوار هستند، باز می‌دارد. در ۱۶ نوامبر ۱۹۹۴ علاوه بر کشورهای که رضایت خود را مبنی بر قبول «قطعنامه» اعلام کرده اما، خطاب به مقام امین اعلام داشتند که «موافقتنامه» را به‌صورت موقت اجرا نمی‌کنند، از سوی کشورهای دیگری که «موافقتنامه» را امضا کرده بودند نیز یادداشتهای مشابهی به ثبت رسیده است. آنها شامل کشورهای دانمارک، ایرلند، مراکش، لهستان، پرتغال، اسپانیا، سوئد و همچنین تعداد کمی از طرفهای کنوانسیون شامل برزیل، کامرون، قبرس، مکزیک و اروگوئه بودند. عدم قبول گروه دوم از

---

\*. bona fide.

کشورها (مبنی بر پذیرش موقتی) عواقب جدی تری به دنبال دارد، زیرا آنها همچنان به عنوان طرفهای کنوانسیون بدون تغییرات [انجام شده بموجب موافقتنامه] باقی می‌مانند و بنابراین به نظام بستر اعماق دریا مندرج در فصل یازدهم «کنوانسیون» ملتزم خواهند بود. این وضعیت که نظام حقوقی دوگانه‌ای را ایجاد می‌کند، مطمئناً هرگز در عمل انجام یافتنی نیست، زیرا کشورها با اعلام رضایت نسبت به پذیرش «موافقتنامه»، از جهت سیاسی قبول خود را نسبت به موافقتنامه نشان داده‌اند.

علاوه بر این برخی ناسازگاری‌های نگارشی بین قسمت‌های اجرایی «موافقتنامه» و ضمیمه آن وجود دارد. برای مثال ارتباط بین اجرای موقت آن گونه که در ماده ۷ بیان گردیده و عضویت موقت به موجب بند ۱۲ قسمت اول ضمیمه، به طور صریح مشخص نگردیده است. [پیش‌نویس موسوم به] «کشتی‌نامه» تنها عضویت موقت را مطرح نموده و قاعده‌ای کلی برای اجرای موقت ایجاد نکرده است. در تجدیدنظر انجام شده در نوامبر ۱۹۹۳، ماده ۷ بنا به دلایل حقوقی مطرح گردید تا رضایت کشورهای را که نمی‌توانستند در خصوص قبول یک جنبه خاص، بدون بیانی روشن از قاعده کلی، التزام موقت را بپذیرند، جلب نماید.

کشورها یا نهادهایی که «موافقتنامه» برای آنها لازم‌الاجرا نیست به دو شرط ممکن است به طور موقت به عنوان اعضای مقام [بین‌المللی] به شرکت خود ادامه دهند. اول این که اگر «موافقتنامه» قبل از ۱۶ نوامبر ۱۹۹۶ لازم‌الاجرا گردد، این کشورها می‌توانند با اطلاع به مقام امین تا ۱۶ نوامبر ۱۹۹۶ یا تا زمانی که [موافقتنامه] به همراه «کنوانسیون» برای چنین اعضای لازم‌الاجرا می‌گردد به شرکتشان ادامه دهند. تنها شورای مقام



[بین‌المللی] مجاز به افزایش این مدت خواهد بود.\* دوم این که اگر «موافقتنامه» بعد از ۱۵ نوامبر ۱۹۹۶ لازم‌الاجرا گردد،\*\* «شورای» [مقام بین‌المللی] بنابه درخواست کشورهای مذکور می‌تواند عضویت موقت در مقام [بین‌المللی] را تا ۱۶ نوامبر ۱۹۹۸ و نه بیشتر به آنها اعطا نماید. به موجب بند ۳ ماده ۷ موافقتنامه، اگر آن پیش از ۱۶ نوامبر ۱۹۹۸ به موجب ماده ۶ لازم‌الاجرا نگردیده باشد، مهلت اجرای موقت [به هر حال] در ۱۶ نوامبر ۱۹۹۸ پایان خواهد یافت.

### نکات پایانی

اگر اکثریت کشورهای صنعتی در چهار سال آینده، به عضویت «کنوانسیون» و «موافقتنامه» در نیایند،\*\*\* همزیستی نظامی دوگانه، تهدیدی واقعی را به دنبال خواهد داشت. در هر صورت مطابق با مقررات «موافقتنامه» رویه‌ای بوجود خواهد آمد که [اجرای] نظام مندرج در فصل یازدهم «کنوانسیون» را برای کشورها غیرممکن خواهد ساخت. بنابراین نتایج زیر قابل انتظار خواهد بود:

۱- موافقتنامه نظر کلیه کشورهای صنعتی را مبنی بر جلوگیری از اجرای کنوانسیون نظام بستر اعماق دریا، تأمین خواهد کرد.

---

\*. بعد از نگارش این مقاله شورای مذکور تمدید مهلت عضویت تعدادی از اعضا را تأیید کرد. تعداد هشت دولت شامل بنگلادش، بلاروس، کانادا، قطر، سوئیس، اوکراین، امارات متحده عربی و ایالات متحده آمریکا که هنوز نه عضو «کنوانسیون» و نه عضو «موافقتنامه» بودند، جزء اعضای موقت مقام [بین‌المللی] تا ۱۶ نوامبر ۱۹۹۸ باقی ماندند - مترجم.

\*\*. «موافقتنامه» در ۱۶ نوامبر ۱۹۹۶ لازم‌الاجرا گردید - مترجم.

\*\*\*. همان گونه که پیشتر ذکر شد این مقاله در سال ۱۹۹۵ نگارش یافته و بنابراین نویسنده باتوجه به ضوابط و مقررات اجرایی کنوانسیون و موافقتنامه پیش‌بینی‌هایی را ارائه داده است - مترجم.

۲- نظام قابل اعمال برای سرمایه‌گذاران پیشگام که به‌طور مناسب و عملی در کمیسیون مقدماتی توسعه یافته بود در مقام [بین‌المللی] به توسعه خود ادامه خواهد داد؛

۳- بنابراین، نظام اخیر (دومی) از مشارکت دیگر کشورهای صنعتی متعلق به گروه سرمایه‌گذاران بالقوه نظیر ایالات متحده آمریکا که از طریق «موافقتنامه» به‌طور قانونی قادر به اکتشاف بستر اعماق دریا می‌شوند، سود خواهد جست.

## التباس معنای مزایا و مصونیت‌ها در حقوق بین‌الملل تأملی بر تعاریف و مفاهیم

محمود صوراسرافیل\*

مزایا و مصونیت‌ها مبحثی است که در حقوق و شاخه‌های آن، چه حقوق خصوصی و چه حقوق عمومی بدان پرداخته شده‌است، و بخصوص در حقوق بین‌الملل عمومی و شاخه‌ای از آن یعنی حقوق دیپلماتیک و کنسولی، تحول بحث‌انگیزی یافته‌است. اهمیت این مبحث بدان جهت است که در قبال اصلی مستقر قاعده‌ای استثنایی به وجود می‌آورد. حال با توجه به این واقعیت که در علم حقوق کمتر اصلی می‌توان یافت که استثناپذیر نباشد، در تحلیل نهایی، بررسی مزایا و مصونیت‌ها، در مقابل آنچه حقوق مشترک و عام نام گرفته، بررسی تعاریف و مفاهیم و بسیاری مسائل استثنایی قرار دارد. وانگهی معنی و مفهومی که از این دو اصطلاح بر می‌آید خود بر همین کیفیت دلالت دارد: برخورد اصل و استثنا.

---

\*. پژوهشگر دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران.

بررسی مزایا و مصونیت‌ها در حقوق بین‌الملل دامنه‌ای وسیع دارد. از آنجا که ما قصد نداریم به مسائل و مشکلات حقوقی این مبحث پردازیم و غرضمان فقط بررسی وجوه اشتراک و افتراق این دو مفهوم است ابتداء به ریشه‌یابی این دو مفهوم و تعاریفی که از آنها به عمل آمده می‌پردازیم و سپس از منزلت آنها در شاخه‌های حقوق سخن خواهیم گفت و آنگاه تلاش خواهیم کرد که حد و حدود این تعاریف را در حقوق بین‌الملل معین بداریم.<sup>۱</sup>

#### ۱- ریشه‌یابی تعاریف و مفاهیم مزایا و مصونیت‌ها

مزیت (و جمع آن مزایا) و مصونیت که در زبان فارسی متداول است و بعضی محافل، به خصوص محافل سیاسی، و حتی بعضی لایه‌های اجتماع با آن کم و بیش آشنایی دارند، ترجمه دو اصطلاح متعلق به خانواده زبانه‌های لاتین است:

– *privilegium* و *privilege* به ترتیب در زبانه‌های فرانسوی و انگلیسی  
– کم و بیش در دیگر زبانه‌های خانواده لاتین با همین املا – از کلمه لاتین *privilegium* گرفته شده‌است.

---

۱. مبحث مزایا و مصونیت‌ها در حقوق بین‌الملل مبحث گسترده‌ای است و «تأملی بر تعاریف و مفاهیم» طبعاً گام اول. این که این مقوله از کدام جنبه شکلی است و مربوط به آیین دادرسی (و دادرسی بین‌المللی) و از کدام جنبه ماهوی گفتارهایی نیستند که در مقاله سی‌چهل صفحه‌ای بتوان حق مطلب را به درستی ادا کرد. این که «مصونیت از اعمال صلاحیت» چیست؟ چه اشخاص و نهادهایی، همچون دولت و سازمانهای بین‌الملل، ... و چه اعمال و فعالیت‌هایی مشمول مصونیت قرار می‌گیرند، مصونیت اجرایی در چه شرایطی قابل اعمال است و ... مباحثی است که به مقالات و گفتارهای بعد و آگذار و در حال حاضر به همان بررسی تعاریف و مفاهیم بسنده می‌شود.

مقوله مزایا و مصونیت‌ها در دیگر رشته‌ها و شاخه‌های علم حقوق استثناهایی است که وجوه مشترکی با همین مقوله‌ها در حقوق بین‌الملل و بخصوص حقوق دیپلماتیک و کنسولی عرضه می‌دارند. این است که بررسی این مقوله‌ها در دیگر رشته‌های حقوق غیر از حقوق بین‌الملل کار مناسبی است.

در زبان لاتین کلمه *privilegium* خود از دو جزء ترکیب یافته است:

*privus* به معنای شخص و *Lex* به معنای قانون. از جمع این دو جزء «قانونی راجع به شخص» مستفاد می‌گردد:<sup>۲</sup> قانونی که شخصی را نسبت به افراد عادی در وضع ممتاز و برتری قرار می‌دهد.

– مصونیت ترجمه کلمه *immunité* در زبان فرانسوی، *immunity* در زبان انگلیسی و دیگر زبانهای خانواده لاتین کم و بیش با همین املا است.<sup>۳</sup>

در زبان لاتین، این کلمه دو جزء در بر دارد: *in* پیشوند نفی و *mūnūs* به معنای تکلیف و وظیفه، خدمت و تعهد و امثال آن، که «در حقوق مبین معافیت یا برائت از قید مسؤولیت [است]».<sup>۴</sup>

در قیاس تعاریف و مفاهیم با یکدیگر، در بعضی لغتنامه‌ها و دانشنامه‌ها این دو مفهوم چنان به یکدیگر آمیخته‌اند که تفکیک یکی از دیگری کاری بس دشوار به نظر می‌رسد؛ جز این که به فراخور هر رشته و شاخه‌ای تطبیق و سازشی مفهومی به عمل آید: در حقوق خصوصی حاکم بر روابط اشخاص با یکدیگر، و در حقوق عمومی حاکم بر روابط دولت و افراد، از مصونیتی همچون مصونیت پارلمانی و مصونیت قضایی سخن گفته می‌شود، اما در حقوق بین‌الملل عمومی که حاکم است بر روابط دو یا چند دولت، استقلال و حاکمیت دولتها و همچنین برابری آنها اقتضاء داشته است

2. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1987, p. 42; *Shorter Oxford Dictionary*, II, 1983, p. 164.

۳. ذکر معانی از لغت نامه‌ها، بی در نظر گرفتن ترتیبی است که در همان مآخذ رعایت شده است: GAFFIOT, *Dictionnaire Latin – Français*, 1934, p. 1003. CASSEL's *Latino – English, English – Latin Dictionary*, 1968, p. 383.

4. *Encyc. Britannica*, 1972, vol. 12, p. 2A.

که هر دولت در قبال دولت دیگر در قبال مسائلی معین از مداخله مصون و امان بماند از این رو برای آن که بهتر به گستره و دیگر جنبه‌های این مباحث در حقوق بین‌الملل پی برد، نظری اجمالی به وضع این مقوله در دیگر رشته‌ها و شاخه‌های علم حقوق مناسب بلکه مفید به نظر می‌رسد.

## ۲- تعاریف و مفاهیم در رشته‌ها و شاخه‌های علم حقوق

در بسیاری لغت‌نامه‌ها و دانشنامه‌ها تعریفی نیست که یکی از این دو مفهوم را به جای دیگری به کار نبرده باشد: مزیت را به جای مصونیت، و بر عکس مصونیت را به جای مزیت، چنانکه از بسیاری جهات، نه از جمیع جهات، دو مقوله را کم و بیش می‌توان دو روی یک سکه پنداشت. علت این در هم‌امیختگی را شاید بتوان آن دانست که هرچند در مقوله مصونیت، عنصر مفهومی معافیت جزء لازم ریشه لغت است، در مفهوم مزیت این عنصر نیز بنحوی وارد شده‌است: این که مزیت قانونی است راجع به شخص، شاید بدان سبب است که بر اثر این قانون معافیتی هم در حق منتفع از مزایا مقرر شود. با توجه به این که عنصر مفهومی واحد بین هر دو مقوله مشترک به نظر می‌رسد، در هم‌امیختگی این مفاهیم و تعاریف قابل توجیه به نظر می‌رسد. شاهد این مدعا آن است که در بعضی دانشنامه‌ها، تعریفی از مصونیت داده‌اند که درست از حیث عبارت و جمله‌بندی همان تعریف مزیت در ریشه لاتین است.

براساس تعریف مجمل و گویای مزیت از طرفی و مصونیت از طرف دیگر، این دو مفهوم در رشته‌ها و شاخه‌های دیگر علم حقوق تابع مشخصات همان رشته و شاخه، و از جمله نقش دولت و در نتیجه حاکمیت در معنای هر یک از آنها است.

## الف - در حقوق خصوصی

در حقوق خصوصی که نظامی است حاکم بر روابط افراد در اجتماع و دولت نقشی مستقیم در آن ندارد، تعریف مزیت به قانونی راجع به شخص و امتیازی که این قانون در حق او مقرر می‌دارد معنای وسیعی به این مفهوم می‌دهد. در این معنی، حق طلبکار به قیمت فروش اموال بدهکار مزیتی است که مبحث «دیون ممتازه»<sup>۵</sup> و مبحث «مستثنیات دین»<sup>۶</sup> در باب اجرای احکام و درباب رهن به طلبکار و مرتهن می‌دهد. در مبحث رهن، بنا بر ماده ۷۸۰ قانون مدنی، حق مرتهن (رهن گیرنده که همان بستانکار باشد) نسبت به قیمت فروش اموال رهن (رهن دهنده که همان بدهکار باشد)، در نوع خود مزیتی است که به بستانکار تعلق می‌گیرد.<sup>۷</sup> همچنین ماده ۶۵ قانون اجرای احکام اعلام می‌دارد که «اموال زیر برای اجرای احکام توقیف نمی‌شود» و بدین ترتیب با توجه به نوع و کیفیت بعضی اموال مزیتی به نفع بدهکار مقرر داشته است.

## ب - در حقوق عمومی و حقوق جزا

برخلاف آنچه در بخش مربوط به حقوق خصوصی به اجمال شرح داده شد، در این بخش و تحت این عنوان، دولت و حاکمیت دولت نقشی

---

۵. دیون ممتازه شامل است بر «مطالبات بی‌وثیقه بستانکار که به حکم قانون گونه‌ای حق تقدم در وصول طلب خود بر سایر بستانکاران داشته‌باشد»، جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط، جلد سوم، ۱۳۷۸، شماره ۷۴۰۸، ص ۱۹۹۶.

۶. مستثنیات دین: «اموالی که برابر قانون در هنگام اجرای حکم یا سند رسمی مشمول مقررات اجرا نبوده و توقیف نمی‌شود و به ضرر مالک به فروش نمی‌رسد». جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، شماره ۵۱۵۸، ص ۶۴۷.

۷. طبق ماده ۷۸۰ قانون مدنی: «برای استیفای طلب خود از قیمت رهن، مرتهن بر هر طلبکار دیگر رجحان خواهد داشت». مشابه این ماده، ماده ۲۰۷۳ قانون مدنی فرانسه Code civil است که امتیاز بستانکاری را مشخص می‌سازد که وثیقه مال منقولی گرفته باشد.

اساسی برعهده دارند. برحسب تقسیم بندی علم حقوق به دو رشته عمومی و خصوصی، حقوق عمومی مجموع قواعدی است که در حقوق داخلی، حاکم بر روابط فرد و دولت و در حقوق بین الملل حاکم بر روابط دولتی با دولت دیگر. در اینجا یادآوری چند نکته که بر سراسر این گفتار سایه افکننده، ضروری است:

۱- مزایا و مصونیتها به شخص یا اشخاص و نهادهایی تعلق می گیرد که وظایف و تکالیفی رسمی بر عهده دارند، و بی شک دولت در رأس این نهادها است.

۲- اشخاص برخوردار از مزایا و مصونیتها به شرطی می توانند آزادانه و فارغ از هر نوع مداخله وظایف و تکالیف مربوط را به انجام رسانند که از هرگونه فشار و سختگیری به خصوص رفتار پلیسی در امان بمانند: در حقوق داخلی از طرف دولت متبوعشان، و در حقوق بین الملل از اعمال صلاحیت دولت دیگر و لاقبل در حد اعمال مربوط به حاکمیت.<sup>۸</sup>

۳- برخوردار از مزایا و مصونیتها استثنایی است بر اصل نظام حقوق مشترک و عام<sup>۹</sup> و برابری عامه مردم نسبت به قانون.

در عنوان این بخش حقوق جزا در کنار حقوق عمومی جای گرفته، ولی ممکن است به اعتبار نظری دیگر، حقوق جزا در عداد رشته های حقوق خصوصی جای داشته باشد. این که حقوق جزا در عداد شاخه های حقوق خصوصی یا حقوق عمومی قرار بگیرد، بحثی است که ربطی به این گفتار ندارد. در تقسیم بندی علم حقوق به دو رشته، در این بخش مزایا و مصونیتها

---

۸. مصونیت از اعمال صلاحیت دولتی نسبت به دولت دیگر همان مقوله ای است که در زبانهای خارجی Immunity from Jurisdiction / Immunité de juridiction نامیده می شود.

۹. نظام حقوق مشترک یا عام Droit commun نظامی است که علی الاصول بر تمام دعاوی و امور جاری است مگر این که نظامی خاص به نحوی دیگر مقرر کرده باشد.



در رشته‌ای بررسی شده‌اند که با حاکمیت دولت سر و کار دارند، و حقوق جزا هم از جمله این رشته‌ها است.<sup>۱۰</sup>

### ۳- تعاریف و مفاهیم در حقوق بین‌الملل عمومی

در شرحی که خواهد آمد، مزایا و مصونیتها از دو جنبه بررسی می‌شوند: نظری کلی بر تعاریف و مفاهیم، و نظری جزئی بر حالاتی خاص. در بررسی نظری کلی، سیری اجمالی در مآخذ به عمل خواهد آمد و از حد کلیات فراتر نخواهد رفت. در بررسی نظری بر حالاتی خاص مصونیت‌های دولت و دیپلماتیک مورد توجه قرار گرفته‌است.

#### الف - نظری کلی بر تعاریف و مفاهیم

در بیان واقعیتی مسلم، در بسیاری لغت نامه‌ها و دانشنامه‌ها (آنسیکلوپدی‌ها)، مزیت مترادف و معادل «حق» دانسته شده‌است، زیرا مزیت قانونی است راجع به شخص، و در نتیجه بر اثر این قانون حقی هم به شخص اعطا می‌شود. این تعاریف در معانی کم و بیش یکسانی بکار رفته‌اند، و شاید هم بتوان گفت از یکدیگر گشته برداری کرده‌اند، چنانکه در وهله نخست این طور به نظر می‌رسد که تلاش برای جستجوی تعریفی جامع ثمری در بر ندارد.

یکی از این مراجع، مزیت (privilège) را چنین تعریف کرده: «حق و امتیازی خاص<sup>۱۱</sup> که به شخص یا طبقه‌ای از اشخاص تعلق می‌گیرد و آنان

---

۱۰. این که حقوق جزا شاخه‌ای حدفاصل حقوق عمومی و حقوق خصوصی است و این حقوق تا چه حد وابسته به حاکمیت است، رک.

Frédéric DESPORTES, Francis GUNEHÉC, *Le Nouveau Droit Pénal Général*, Tome 1, 1999, p. 18 et 19.

11. avantages particuliers.

را مجاز می‌دارد بدون توجه به امتیازات مشترک و عام از آن برخوردار شوند.<sup>۱۲</sup> مهم‌تر از همه آنکه این مراجع در تعریف مزیت تلویحاً به مصونیت هم متمایل شده‌اند؛ مصونیتی که در همین لغت‌نامه، این‌طور معنا شده‌است: «معافیت از خدمت و وظیفه، امتیازی<sup>۱۳</sup> که قانون به بعضی از اشخاص اعطا کرده است»،<sup>۱۴</sup> همان‌طور که دیده می‌شود این تعریف متقابلاً احاله‌ای هم به «مزیت» داده است. «معافیت از خدمت و وظیفه» تعریف اصلی مصونیت است که تعریف اصلی مزیت را نیز در بر گرفته است یعنی «امتیازی که قانون برای بعضی طبقات قائل شده‌است». بدین ترتیب، می‌توان نتیجه گرفت که احاله‌ی مزیت و مصونیت به یکدیگر از این دریچه قابل درک و بررسی به نظر می‌رسد.

همین عبارات و در کنار آن، رابطه مزیت و مصونیت را در تعاریف لغت‌نامه‌های دیگر می‌توان یافت. در یکی از آنها «مزیت را حق، امتیاز یا مصونیتی که به شخص یا دسته و طبقه‌ای از اشخاص اعطا می‌شود یا از آن بهره‌مند می‌شوند» دانسته و بلافاصله، همچون تعاریف دیگر، می‌افزاید «بیش از حد امتیازاتی که قانون مشترک و عام نصیب دیگران می‌نماید».<sup>۱۵</sup> اگر در همین لغت‌نامه‌ها به مدخل «مصونیت» (immunité)<sup>۱۶</sup> مراجعه کنیم، در تعریف آن به جامعیتی بر می‌خوریم که مقوله‌ی مزیت را نیز در بر دارد. در مدخل «حقوق»،<sup>۱۷</sup> مصونیت «معافیت از خدمت، تعهد، تکلیف و

---

12. Le ROBERT, *Dic. Alphabétique et Analogique de la Langue Française*, par PAUL ROBERT, T.3, 1981, p. 615.

13. prérogative.

۱۴. لو روبر، همان لغت‌نامه، ص ۶۷۰.

15. *The Shorter Oxford English Dictionary II*, 1983, p. 1674.

16. Immunity.

17. law.

وظیفه؛ معافیت از پرداخت مالیات و براءت از اعمال صلاحیت» برداشت شده که با تعریف اصلی اش سازگار به نظر می‌رسد. ناسازگاری از آنجا آغاز می‌شود که جزء کلامی «مزیتی که به شخص یا دسته و صنفی از اشخاص اعطا شده» جزء کلامی تعریف اصلی مزیت است که در مقوله مصونیت وارد شده است. در نتیجه، تعریف و مفهوم مصونیت از آنچنان قوتی برخوردار شده که مقوله مزیت را در خود جذب کرده و در عداد امتیازات دیگر قرار داده است. در تعاریف دیگر، همین التباس معنا وجود دارد.

در لغتنامه‌ای، مزیت «حق یا مصونیتی که به منزله نفعی خاص،<sup>۱۸</sup> امتیاز یا نظری مساعد<sup>۱۹</sup> اعطا شده باشد»<sup>۲۰</sup> تعریف شده است. اما در همین لغتنامه مقوله مصونیت چنین تعریف شده است: «معافیت یا براءت از بار مسئولیت، تکلیف، (قبول) منصب و مقام، مالیات و عوارض، محکومیت، خدمت، بخصوص وقتی قانون به شخصی یا دسته و صنفی از اشخاص اعطا کند»<sup>۲۱</sup> هرگاه قرار باشد که مصونیت را بر رسته و صنف خاص معمول دارند، «معافیت اعطا شده به رسته و صنفی خاص از اشخاص و کاهش بار مسئولیت یا تکالیف و ناشی از برقراری نوعی رابطه با دیگران» مصونیتی می‌دهد که مصادیق مشهور آن: مصونیت پارلمانی و مصونیت قضایی به شمار می‌روند.<sup>۲۲</sup>

---

18. particular benefit.

19. favor.

20. Webster's Third Dictionary, Vol. II, 1971, p.1805.

21. Ibid, p. 1130.

۲۲. در این گفتار با دو مصونیت پارلمانی و قضایی مورد بررسی قرار نگرفته‌اند.

### وحدت مبحث یا تفکیک مبحث

برای آن که بهتر دانسته شود که مزایا و مصونیتها هر یک منفک از دیگری است یا هر دو مبحثی واحد، تعاریف دیگری را از نظر می گذرانیم.

همانطور که دیدیم بعضی مراجع مزیت را «امتیاز»<sup>۲۳</sup> برتری،<sup>۲۴</sup> حق یا قدرتی بیش از آن میزانی که<sup>۲۵</sup> حقوق مشترک<sup>۲۶</sup> به نفع دیگران فراهم می آورد و یا بیش از آنچه به رسمیت شناخته است<sup>۲۷</sup> دانسته، و سپس این مفهوم را در دو معنی وسیع و محدود مورد توجه قرار داده اند. چنانکه، «در معنایی وسیع، این کلمه در غالب اوقات بر مجموع امتیازاتی اطلاق شده که دولت محل مأموریت و میزبان<sup>۲۸</sup> باید در حق مأموران دیپلماتیک و کنسولها برقرار کند، و به تناسب آن امتیازات مصونیتهایی برای آنها به وجود آورد». در این برداشت، تعرض ناپذیری<sup>۲۹</sup> یکی از این مصونیتها است. تعرض ناپذیری «مزیتی است اساسی و بنیاد مزیتهای دیگر که یا نتیجه منطقی همان مزیت اساسی است یا فروعی وابسته به آن».<sup>۳۰</sup> تعریف بی پیرایه اول نسبت به تعریف اصلی مزیت، - قانونی راجع به شخص -، موجه به نظر می رسد: کلمه «دیگران» همان اشخاص تلقی می شوند که صفت دیپلماتیک بر آنها اطلاق نشده است. در تعریف دیگر که مفهوم مزیت را در معنایی وسیعتر مورد توجه قرار داده است، مفهوم مصونیت را

23. Prérrogative.

24. avantage.

25. droit ou pouvoir supérieur.

26. droit commun.

27. *Dictionnaire de la Terminologie du Droit International*, p. 426.

۲۸. همانجا.

29. inviolabilité / inviolability.

30. Paul Fauchille, *Traité de droit international public*, 1926, vol.1, Partie 3, p. 63.

نیز در بر می‌گیرد. به ظاهر، امتیازات مورد نظر هم متضمن مزیت‌اند، و هم شامل مصونیت. از این دو تعریف چه بر می‌آید؟ آیا دو مفهوم مزایا و مصونیتها که در بسیاری اسناد و آثار و تألیفات ملتبس شده‌اند، هریک اصالت خود را حفظ می‌کند و یا این که هر دو را می‌توان مفهوم واحدی به شمار آورد و به اصطلاح هر دو را پشت و روی یک سکه دانست؟<sup>۳۱</sup>

در معنایی دقیق‌تر، اصطلاح مزیت، وقتی صحبت از «مزایا و مصونیتها» به میان می‌آید، در برگیرنده «امتیازاتی است که به سازمان ملل متحد، نمایندگان اعضا و کارکنان این سازمان (ماده ۱۰۵ منشور)،<sup>۳۲</sup> قضات دیوان دادگستری بین‌المللی، کارگزاران، مشاوران و وکلای طرفین اختلاف (ماده ۱۹<sup>۳۳</sup> و ۴۲<sup>۳۴</sup> اساسنامه)، مأموران دیپلماتیک و کنسولها تعلق می‌گیرند».<sup>۳۵</sup>

همانگونه که دیده می‌شود «حق، مصونیت یا نفعی است<sup>۳۶</sup> که شخص را بیش از امتیازاتی که به دیگران تعلق می‌گیرد برخوردار می‌کند

---

۳۱. نک. ص ۲۵۸.

۳۲. ماده ۱۰۵ منشور ملل متحد: ۱- سازمان در خاک هریک از اعضای خود از مزایا و مصونیتهایی که برای رسیدن به مقاصدش ضروری است برخوردار خواهد بود.

۳۳. نمایندگان اعضای ملل متحد و مأموران سازمان نیز به همین نحو از مزایا و مصونیتهای لازم برای این که بتوانند وظایفشان را که مربوط به سازمان است مستقلاً انجام دهند، برخوردار خواهند بود.

ماده ۱۹ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری: «اعضای دیوان در اجرای وظایف خود دارای مزایا و مصونیتهای دیپلماتیک خواهند بود».

۳۴. ماده ۴۲ اساسنامه دیوان: «نمایندگان، مشاوران و وکلای طرفین در محضر دیوان دارای مزایا و مصونیتهایی خواهند بود که برای انجام آزادانه وظایف آنان لازم است».

۳۵. همان مأخذ، ص ۴۷۷.

۳۶. وجود کلمه نفع در این تعریف بظاهر با هدف اصلی مزایا و مصونیت که در مقدمه کنوانسیون وین سال ۱۹۶۱ روابط دیپلماتیک اعلام شده، سازگار نیست. در مقدمه این کنوانسیون چنین آمده: «هدف مزایا و مصونیتهای مذکور منتفع ساختن افراد نیست، بلکه تأمین انجام مؤثر و وظایف هیأت‌های دیپلماتیک در سمت نمایندگان دولتهاست». مسلم این که مصونیتی که در حق شخصی مقرر می‌دارند، متضمن این است که او را مورد حمایت قرار دهند تا بتواند وظایف مربوط را در شرایط مناسبی انجام رساند.

«، و این در واقع تعریف مزایایی است که در بطن آن مفهوم مصونیت جای گرفته است.<sup>۳۷</sup> این مصونیت که بر «معافیت از هر مسؤولیت طبیعی یا عادی دلالت دارد»،<sup>۳۸</sup> تعریفی مجمل و فقط ناظر بر مسؤولیت عرضه می‌دارد که در منظری وسیع‌تر «معافیت از تعهد، خدمت، تکلیف، مسؤولیت مالیاتی، (مصونیت از) اعمال صلاحیت، ...»<sup>۳۹</sup> قلمداد می‌شود. مصادیقی که برای این تعریف عرضه شده است بیش از همه با مصونیت از اعمال صلاحیت سر و کار دارد: سفیری که به جرم تخلف از مقررات رانندگی تحت تعقیب قرار می‌گیرد، به مسؤولیت دیپلماتیک<sup>۴۰</sup> متوسل می‌شود.

در بررسی این دو مفهوم در رابطه یکی با دیگری، این برداشت مفهومی مصونیت را «مزیتی خاص»<sup>۴۱</sup> می‌داند، به طوری که مزایا معنایی «عام» عرضه می‌دارد و نسبت به آن مصونیت معنایی «خاص» بدین ترتیب، این مفهوم یعنی مزایا «امتیازاتی را شامل است بجز مصونیت‌هایی که، برحسب مورد، عرف و عملکرد دولتها را مشخص می‌کنند و در نتیجه یا مزایای مأموران دیپلماتیک را مستند قرار می‌دهند و یا مقتضیات وظیفه‌ای را که باید انجام پذیرد».<sup>۴۲</sup>

---

37. *Random House Dictionary of the English Language*, 1987, par. 1, p. 1541.

۳۸. راندم هاوس، همان لغتنامه، پاراگراف ۴، ص ۹۵۸.

۳۹. همانجا، پاراگراف ۵.

۴۰. همان پاراگراف.

41. *Special privilege*, *ibid.*, par. 7.

۴۲. از صفحه ۱۲ تا اینجا به مقیاسی وسیع از منبع ذیل الهام گرفته شده:

*Dictionnaire de la Terminologie du Droit International.*, pp. 320-322, 476-477.

غرض آن است که هر دیپلمات هم به اعتبار شأن و منزلت شخصی دارای امتیازات اجتماعی است، و هم از جهت وظیفه و منصبی که عهده‌دار آن است و باید در انجام آن از بعضی تسهیلات و امتیازات برخوردار باشد.

با این حال چنین بر می آید که استنباط مزایا در معنایی دقیق فقط مصونیت‌هایی را در بر می‌گیرد که در تقسیم‌بندی منابع حقوق بین‌الملل، طبق ماده ۳۸/۱ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری از منابع قراردادی (عهدنامه) همچون منشور ملل متحد و جزء لاینفک آن اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری<sup>۴۳</sup> نشأت می‌گیرند و به عکس مصونیت‌هایی را که از منبعی غیر قراردادی همچون عرف<sup>۴۴</sup> بر می‌آیند نمی‌توان در مقوله مزایا گنجانده، آن‌هم عرفی که نسبت به عهدنامه از دقت کمتری برخوردار است، و این خود، لااقل بنا بر باور لغتنامه یاد شده، وجه تفکیکی است بین مزایا و مصونیت‌ها.

در ارجاع مزایا به مصونیت‌ها، مصونیت «مزیتی است که شخصی را به دلالت حیثیت و وصفی که خاص خود اوست، از ادای تکلیف و الزامی معاف می‌دارد، تکلیف و الزامی که دیگران از قید آن رها نتوانند شد؛ امتیازاتی که در حق شخصی (به خصوص خارجی) به رسمیت شناخته می‌شود و او را از شمول نظام حقوقی مشترک معاف می‌دارد.» (به طور مثال، معافیت‌های پارلمانی، معافیت رئیس‌جمهور کشور فرانسه طبق قانون اساسی کشور فرانسه سال ۱۹۵۸، مواد ۲۶ و ۶۸).<sup>۴۵</sup>

معافیت از ادای تکلیف و الزام به تبعیت از قانون، تعریف اصلی مصونیت است که طبعاً در تعاریف دیگر باید وجود داشته باشد، بدین

---

۴۳. ماده ۳۸ اساسنامه دیوان که رسالت دارد اختلافاتی را که به وی رجوع می‌شود، طبق حقوق بین‌الملل حل و فصل نماید، منابع ذیل را اعمال می‌کند:

۱- پیمانهای عام یا خاص که رسماً قواعدی وضع کنند که دولتهای طرف اختلاف به رسمیت شناخته‌اند.

۴۴. ماده ۳۸ اساسنامه دیوان:

۲- عرف بین‌الملل بمنزله دلیل معمول عامی در حکم قاعده‌ای حقوقی.

۴۵. CORNU، همان لغتنامه، ص ۴۰۷.

ترتیب: «معافیت از شمول تکالیف و حقوق مشترک در نظام بین‌المللی شامل محدودیتهایی است بر اعمال صلاحیت قضایی و اقدامات دولتها و استثناهایی بر کاربرد قوانین آنان، آن‌هم تا حدی که حقوق بین‌الملل و عهدنامه‌ها مجاز دانسته‌اند، نسبت به دولتی خارجی، مأموران دیپلماتیک و کنسولها، قوای نظامی، کشتی‌های دولتی،»<sup>۴۶</sup>.

در هریک از این دو تعریف که در حد کلی بیان شده، نوعی «معافیت از ادای تکلیف و الزام» که در واقع معافیتی است از «شمول حقوق مشترک» و استثنایی بر صلاحیت داخلی دولتی نسبت به دولت دیگر، مصادیقی جزئی‌تر و دقیق‌تر وجود دارند: در رابطه با دیپلماسی از طرفی، مصونیت‌های دیپلماتیک، از طرف دیگر، مصونیت دولت.

#### ب - نگرشی بر حالاتی خاص

آنچه در بخش ۲ آمد، از حد کلیات تعاریف و مفاهیم درباب مزایا و مصونیتها فراتر نرفته و مصادیقی هم عرضه نشده‌است، در این بخش، نگرشی اجمالی به حالاتی خاص که بخصوص با حیات دیپلماتیک و دولتها سر و کار دارد مورد توجه قرار داده شده‌است.

مزایای دیپلماتیک - امتیازاتی است که حقوق بین‌الملل مأموران دیپلماتیک را از آن بهره‌مند می‌سازد تا بتوانند وظایفشان را آزادانه و فارغ از هرگونه مداخله انجام دهند، و یا برای این که نسبت به آنان شرط ادب و

---

۴۶. فرهنگ ترمینولوژی حقوق بین‌الملل، ص ۴۷۶.



نزاكت رعایت شود، و برحسب کاربردی که دولت‌ها از این کلمه (مزایا) به عمل می‌آورند، مصونیت‌ها را در بر می‌گیرند یا از آن تمییز داده می‌شوند.<sup>۴۷</sup> به طور مثال، قبل از ۱۹۶۱، سال امضای کنوانسیون روابط دیپلماتیک در وین، معافیت گمرکی مزیتی بر مبنای نزاكت بین‌المللی به شمار می‌رفت: هیچ دولتی مجبور نبود نسبت به اثاثیه و سایر اشیاء وارداتی دیپلمات‌های دولت دیگر معافیت گمرکی برقرار کند، مگر به شرط عمل متقابل. از سال ۱۹۶۱ به بعد، اصل نزاكت بین‌المللی و شرط عمل متقابل دیگر ملاک عمل قرار نمی‌گیرد، و در نتیجه بنا بر ماده ۳۶ کنوانسیون، هر دولت طبق قوانین و مقررات اداری که وضع می‌کند، معافیت‌های گمرکی برای دیپلمات‌های خارجی معمول می‌دارد. بدین ترتیب، در سال ۱۹۶۱، کاربردی از کلمه مزیت به عمل آوردند که به صورت مصونیت گمرکی درآمده‌است.

مصونیت‌های دیپلماتیک - تعریفی که از این مصونیت‌ها در دست است، چندان اختلافی نسبت به تعریف مزایای دیپلماتیک عرضه نمی‌کند. با این حال، نظر بر این قرار گرفته‌است که عین تعریف آورده شود: «مجموع امتیازاتی که حقوق بین‌الملل اعضای هیأت‌های دیپلماتیک، بعضی اشخاص وابسته به این هیأت‌ها، و به موجب بعضی عهدنامه‌ها، بعضی مأموران رسمی بین‌المللی را از آن برخوردار کرده، و آنان را از قلمرو قضایی صلاحیت دادگاه‌ها و اعمال و اقدامات مقامات محلی، کاربرد بعضی قوانین کشوری که در آن به سر می‌برند، رها می‌سازد».<sup>۴۸</sup> همانطور که در بررسی مزایای

---

۴۷. اقتباس از همان لغتنامه، ص ۴۷۷.

48. Lapradelle – Niboyet, *Répertoire V<sup>o</sup> agent diplomatique n°6*.

دیپلماتیک خاطرنشان شده، در بررسی مصونیت‌های دیپلماتیک وجود امکان شرایط مناسب در انجام دادن وظایف، علت وجودی اصلی است: «برای انجام دادن وظایفشان و در طول مدت این وظایف، مأموران دیپلماتیک از امتیازات و مزایایی برخوردارند که مصونیت‌های دیپلماتیک نام گرفته‌اند و اصلی‌ترین آنها عبارتند از: تعرض ناپذیری، مصونیت از اعمال صلاحیت، معافیت از بعضی مالیاتها و الزامات مالی دیگر».<sup>۴۹</sup>

در سال ۱۹۲۹، طرح علمی «مؤسسه حقوق بین‌الملل» مصونیت اماکن سفارتخانه‌ها را بر این مصونیتها افزود و بدین ترتیب در مجموع شش مصونیت به دست آمد و بر این اساس مصونیتها از مزایا تفکیک گردید. از تفکیک این دو مفهوم، «در معنایی دقیق، معافیت از قید اقدامات و اعمال مقامات محلی» که در تعریف مصونیت‌های دیپلماتیک ذکر آن رفت، ضابطه‌ای به دست می‌آید که مصونیتها را از بعضی مزایا تفکیک می‌کند: بنا بر آنچه در فرهنگ حقوق بین‌الملل آمده است، مصونیتها مشمول صلاحیت مقامات محلی قرار نمی‌گیرند، ولی بعضی مزایا از قید این صلاحیت خارج نمی‌شوند، از اینجاست که اصطلاح: مزایا و مصونیتها به صورتی با یکدیگر مرتبط شده و در بسیاری از اسناد، تألیفات و مدارک به کاربرده شده‌اند تا به صراحت فهمانده شود که مفهوم مزایا جدا از مفهوم مصونیتهاست. مطلوب آن است که اصطلاح: مصونیت‌های دیپلماتیک جز درباره معافیت‌هایی که در فهرست لاپرادل - نیبوآیه و در طرح علمی مؤسسه حقوق بین‌الملل جمع‌آوری شده مزایای دیگری را در بر نگیرند.<sup>۵۰</sup>

۴۹. لغتنامه ترمینولوژی، همان صفحه.

50. Règlement de I.D.I sur les immunités diplomatiques, *Annuaire* 1929, II, p.307 et 308.

در همین زمینه، «امتیازاتی که مأموران دیپلماتیک و کنسولی را برخوردار می‌سازد و در نظر دارد استقلال و آزادی آنان را در برابر مقامات محلی تأمین کند»،<sup>۵۱</sup> تعریف دیگری است که همان مصونیت را به پیش می‌کشد: تعرض ناپذیری شخصی و اموال او، مصونیت اماکن هیأت دیپلماتیک، حق مأمور به حفظ رمز و راز دیپلماتیک، معافیت از صلاحیت مدنی، جزایی و اداری (دولت میزبان)، مزایای مالیاتی.

**مصونیت دولت - در بین تعاریفی که از مصونیت در شاخه‌های علم حقوق به عمل آمده، تعریفی در حقوق بین‌الملل عمومی عرضه می‌شود که مهمترین و پرتلاطم‌ترین آنهاست: مصونیت از اعمال صلاحیت. به موجب این مصونیت «دولتها را نمی‌توان برخلاف اراده و میل آنها تحت صلاحیت دولت ثالث قرار داد».**<sup>۵۲</sup>

این تعریف تعریفی است مجمل و گویا، ولی بعضی لغت‌نامه‌ها، تعریف کاملتری به دست داده‌اند و مصونیت از اعمال صلاحیت را در محدوده وسیعتری تعریف کرده‌اند: «دولت خارجی را نه می‌توان در دادگاه ملی به محاکمه کشاند (مصونیت از اعمال صلاحیت)<sup>۵۳</sup> و نه می‌توان دارایی‌های آن را در معرض تدابیر اجرایی قرار داد (مصونیت اجرایی)».<sup>۵۴</sup> این مصونیت یکی دیگر از «محدودیت‌هایی است که حقوق بین‌الملل عمومی

۵۱. CORNU، همان لغت‌نامه، ص ۴۰۷.

۵۲. Le ROBERT، همان لغت‌نامه، ص ۶۱۵.

۵۳. در اصطلاح «مصونیت از اعمال صلاحیت» لفظ صلاحیت ترجمه فرانسوی Jurisdiction و انگلیسی Jurisdiction است. کلمه‌ای است مشتق از کلمه لاتین Jurisdictio که خود دو جزء دارد: dicere & jus یعنی اعلام حق، و در معنایی محدود صلاحیت دادگاه است که بگوید حق به جانب کیست. راجع به مفاهیم دیگر این کلمه رجوع شود به: CURNU، لغت‌نامه حقوقی.

۵۴. CORNU، همان لغت‌نامه، ص ۴۰۷.

بر صلاحیت دولتی وارد می‌کند و کم و بیش بطور کامل دولتهای خارجی، اعضای هیأت‌های دیپلماتیک، کنسولها را...» از قید این صلاحیت خارج می‌سازد.<sup>۵۵</sup>

### نتیجه‌گیری

– در تعریف اصلی دو اصطلاح مزایا و مصونیتها، هریک معنی و مفهومی خاص به خود دارد، یکی قانونی است راجع به شخص، دومی معافیت از ادای تکالیف و وظایف و در واقع نوعی عدم مسؤولیت.

در سراسر این گفتار، بدین نکته پی‌برده شد که این دو مفهوم از بسیاری جهات، و نه از همه جهات، اگر نگوییم متحد دست کم هم‌میختگی فشرده‌ای به وجود آورده‌اند.

– با این حال، در بسیاری از اسناد و نوشته‌ها، اعم از عهدنامه بین‌المللی و آثار و تألیفات، این دو اصطلاح به صورت مفاهیمی مرتبط با یکدیگر آورده شده‌اند و ارجاع به آن اسناد از نظر کثرت موارد کاری بس دشوار می‌نماید.

– (Ph. CAHIER) فیلیپ کیه،<sup>۵۶</sup> استاد دانشگاه ژنو در تألیفی تحت عنوان «حقوق دیپلماتیک معاصر» چنین گفته‌است:

«تعریف دقیقی از اصطلاح «مزایا»<sup>۵۷</sup> و «مصونیتها»<sup>۵۸</sup> در دست نیست. دکتربین و رویه قضایی این دو اصطلاح را فارغ از هرگونه قید و بندی با یکدیگر آمیخته و هریک را به جای دیگری به کار برده‌اند». با

۵۵. رجوع شود به: Immunité de Jurisdiction در فرهنگ ترمینولوژی حقوق بین‌الملل، ص ۳۳۱.

56. Philippe CAHIER, *Droit Diplomatique Contemporain*, Genève, Droz, 1964, p. 183-184.

57. privilèges.

58. Immunités.

این وصف، به عقیده نویسنده مذکور، بسیار کوشیده‌اند که وجه تمایزی بین این دو مفهوم بیابند. «هامر شولد مزایا را در سمت و سوی حیثیت و اعتبار<sup>۵۹</sup> قرار داده و مصونیت را در سمت و سوی تضمین<sup>۶۰</sup>». و مؤلفان دیگری وجه تمییز این دو مفهوم را دقیقتر و بی‌ابهام‌تر بیان کرده‌اند.

به عقیده پرنو (Perrenoud)<sup>۶۲</sup> مصونیت در «حالتی است که شخص تابع قاعده حقوق داخلی و ضمانت اجرای آن نباشد، و مزایا در حالتی است که قاعده‌ای خاص حقوق داخلی، به جای قاعده معمولی قرار گیرد». و در پایان این مبحث، وی می‌افزاید: «روا نیست بیش از این در این قبیل مسائل تأمل کرد، مسلم این که تحقیق در تفکیک مزایا و مصونیتها هیچ نتیجه‌ای عملی در بر ندارد». از دیدگاه نویسنده، تفکیک نظری بین دو مفهوم در واقع مفهوم وحدت مبحث را پیش کشیده است.

مؤلفی دیگر را عقیده بر این است که دو واژه «مزایا» و «مصونیتها» را نمی‌توان به جای یکدیگر استفاده کرد، و در دفاع از این عقیده بیان می‌دارد: «به طور کلی، مزایا به برخی از معافیت‌های ماهوی قوانین و کشور میزبان دیپلمات اشاره دارد (مانند مقررات مربوط به مالیات یا تأمین اجتماعی)، در حالی که مصونیت هیچ‌گونه معافیتی از قوانین ماهوی نیست، بلکه از نظر شکلی نوعی حمایت در قبال روند اجرایی کشور میزبان به وجود می‌آورد». به عنوان مثال، دیپلمات از اطاعت قوانین کشور میزبان، وظیفه‌ی ادای دین و رعایت قوانین بیمه و مالیاتی کشور

---

59. Prestige.

60. Garantie.

61. A. Hammarskjold, "Les immunités des personnes investies de fonctions internationales". *RCADI*, 1939, II, p. 157.

62. G. Perrenoud, *Régime des privilèges et immunités des missions diplomatiques étrangères et des organismes internationaux en Suisse*, Lausanne, 1949, p.21.

میزبان معاف نیست، ولی اگر این مقررات را نقض کند، مقامات اجرایی کشور میزبان نمی‌توانند وی را دستگیر کرده و در محاکم ذیصلاح محاکمه کنند. پس از چند توضیح، نویسنده مذکور به این نتیجه می‌رسد که «اما وحدت رویه‌ای درخصوص تفکیک مزایا از مصونیتها وجود ندارد و به همین دلیل آنها را بیشتر به صورت مترادف با یکدیگر به کار می‌برند».<sup>۶۳</sup>

– حاصل کلام آنکه مزیت قانونی است راجع به شخص، مصونیت معافیتی است از ادای تکلیف و وظیفه. اما اینکه تا چه حد این دو مفهوم در یکدیگر آمیخته‌اند، نظر ما این است که پاسخ به این پرسش‌ها را در مقدمه کنوانسیون وین سال ۱۹۶۱ راجع به روابط دیپلماتیک بیابیم:

«هدف این مزایا و مصونیتها بهره‌مند ساختن افراد نیست بلکه تأمین انجام مؤثر وظایف هیأت‌های دیپلماتیک در سمت نمایندگان دولتهاست».

---

۶۳. مسعود طارم سری، «تقدی بر: مصونیت دیپلماتیک، اصول، عملکردها و مسائل»، مجله سیاست خارجی، فصلنامه دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی شماره ۲ و ۳ سال ششم، تابستان و پاییز ۱۳۷۱، صص ۲۸۴-۲۸۳.

Grant V. Mc CLANAHN, *Diplomatic immunity, Principles, Practices, Problems*, New York: St. Martin's Press, 1989, XVII 283 17.

## آثار حقوقی اعلان جنگ در اسلام و حقوق بین‌الملل معاصر

محمد علی برزنونی \*

### مقدمه

حقوق بین‌الملل عمومی مجموعه قواعد و اصول الزام‌آوری است که ناظر بر روابط بین کشورها و حاکم بر آن است و در گذر تاریخ با توجه به معاهدات، عرف، آرای قضایی، آثار و نوشته‌های حقوقدانان، تصمیمات سازمان‌های بین‌المللی، اصول اخلاقی از قبیل انصاف و عدالت و نیز با توجه به حقوق داخلی کشورها تدوین یافته است. این نکته شایان ذکر است که مجموعه مقررات، قواعد و نهادهایی که در حال حاضر حقوق بین‌الملل عمومی را به وجود آورده و در روابط بین ملتها به عنوان ملاک و معیار تلقی می‌شود، به طور عمده و اساسی از فرهنگ و سنن مسیحیت در مغرب

---

\*. عضو هیأت علمی دانشگاه امام حسین (ع)، تهران.

زمین ریشه گرفته است<sup>۱</sup> و کشورهای اسلامی دخالتی مستقیم در تدوین آنها نداشته‌اند اما با این حال آنها را محترم شمرده و از آن تبعیت می‌کنند که خود ریشه در اصول دیگری در حقوق اسلامی دارد. البته برخی از محققان معتقدند نباید تأثیر حقوق اسلامی را در آثار نویسندگان اولیه حقوق بین‌الملل در قرون ۱۵ و ۱۶ نادیده گرفت. چنان که شریف‌الدین پیرزاده، می‌نویسد: «حلقه گمشده بین حقوق رم و حقوق جدید (بین قرون پنجم تا پانزدهم) را باید در حقوق اسلامی جستجو کرد و آثار این حقوق را بر نویسندگان مسیحی بررسی نمود»<sup>۲</sup>.

جنگ یکی از رخدادهایی است که در روابط بین کشورهای بسیار مؤثر است و حقوق جنگ به عنوان زیرمجموعه حقوق بین‌الملل عمومی مطرح و مورد اقبال جهانی قرار گرفته است. گو این که عملاً پایبندی چندانی به الزامات و قواعد آن به چشم نمی‌خورد.

جنگ از نظر حقوقی مجموعه عملیات و اقدامات قهرآمیز و مسلحانه است که در چارچوب مناسبات کشورهای روی می‌دهد و موجب اجرای قواعد خاصی در کل مناسبات آنها با یکدیگر و همچنین با کشورهای ثالث می‌شود.<sup>۳</sup> جنگ در اصل ممکن است به دنبال اعلان یا از طریق اعلام یک دولت مبنی بر درگیر بودن با دولت دیگر یا به طرز ساده متعاقب انجام اقدامات خصمانه مبتنی بر زور علیه دولت دیگر آغاز شود.<sup>۴</sup> اما به طور کلی گویاترین نشانه آغاز یک جنگ صدور و ابلاغ اعلامیه‌های

۱. حمیدرضا ملک محمدی نوری، مفاهیم تعلیق مخاصمات و حالت نه جنگ و نه صلح در حقوق

بین‌الملل، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی وزارت امور خارجه، تهران، چاپ اول ۱۳۷۲ ه. ش، ص ۴.

۲. هوشنگ مقتدر، حقوق بین‌الملل عمومی، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی وزارت امور خارجه، تهران، چاپ اول ۱۳۷۲ ه. ش، ص ۱۴.

۳. حقوق جنگ، دکتر محمدرضا ضیایی بیگدلی، ص ۴۵.

۴. رک. مفاهیم تعلیق مخاصمات و حالت نه جنگ و نه صلح، همان، ص ۴.



رسمی و صریح توسط طرفین درگیری است. جنگ با اعلان آن از سوی متخاصمان آغاز می‌شود. اعلان رسمی در گذشته از لوازم اصلی جنگ محسوب می‌شد اما امروزه در جهان کنونی با پیچیدگی‌هایی که در روابط بین کشورها وجود دارد، اعلان جنگ یا (Declaration of war) تقریباً جنبه صوری و تشریفاتی به خود گرفته است.

در اسلام رویه اعلان جنگ از ابتدا وجود داشته است. «انذار» یا «اولتیماتوم و دعوت» در عموم جنگ‌های اسلامی به چشم می‌خورد. دلایل قرآنی و حدیثی و قرائن تاریخی بسیاری بر این امر شهادت می‌دهند. در فقه اسلامی شرط آغاز جهاد «انذار و ابلاغ دعوت اسلامی» ذکر شده است. به دنبال وقوع یک جنگ با اعلان آن، روابط طرفین درگیر و نیز کشورهای دیگر تحت‌الشعاع قرار می‌گیرد و «حالت جنگ» رخ می‌نماید. در نتیجه آثار حقوقی دیگری در پی آن بروز می‌نماید.

### سیر تاریخی اعلان جنگ و گشایش درگیری

رویه اعلان رسمی و صریح در آغاز یک جنگ از دیرباز در روابط بین‌الملل مطرح بوده و از قدمت بسیاری برخوردار است. در تفکر سنتی حقوق بین‌الملل، اصل مهمی درباره آغاز جنگ وجود داشته و آن «لزوم ابلاغ رسمی و صریح گشایش مخاصمات» است.

در عهد عتیق، جنگها با تشریفات خاص و آیین‌های مذهبی ویژه همراه بوده است. در قرون وسطی که اوج حاکمیت دین دولتی مسیحی بر مقدرات جوامع محسوب می‌شود، صدور اعلامیه جنگی یکی از شرایط و اجزای مهم و جدایی‌ناپذیر آغاز جنگ گردید. این شرط به منظور تشخیص اقدامات جنگی از حملات خائنانه و فریبکارانه بود که در آن دوران به

شدت محکوم می‌شد. در ابتدای دوران معاصر هم اعلان جنگ همچنان مطرح بود.

دانشمندان حقوق بین‌الملل کلاسیک، اعلان جنگ را برای رسمی شدن مخاصمات الزامی دانسته‌اند. آنها معتقدند جنگ باید همراه با اعلان جنگ باشد. در نوشته‌های «گروسیوس» اعلان جنگ از طریق بیان رسمی و صریح به عنوان یکی از شرایط آغاز جنگ قانونی ضروری دانسته شده است. هدف وی از بیان این قاعده، علاوه بر جلوگیری از حملات ناگهانی و بدون اعلان و اخطار قبلی یک دولت علیه دولت دیگر، آن بود که از دید وی باید جنگ با اختیار و تصمیم صریح و قاطع حادث شود. او جنگها را به دو نوع تقسیم کرده بود:

۱- جنگهای اعلام شده که به نظر او قانونی محسوب می‌شدند.

۲- جنگهای اعلام نشده که ضرورتاً غیرقانونی تلقی نمی‌شدند.

«اگوستین» نیز در تئوری «جنگ عادلانه» خود، ضرورت اعلان جنگ را بیان کرده و یکی از متغیرها را اعلان رسمی بالاترین مقامات کشور می‌داند. او جنگهایی را که فاقد اخطار یا اعلان رسمی باشند، غیرعادلانه می‌نامد.

ضرورت اعلان جنگ هرچند نزد حقوقدانان کلاسیک مطرح بود ولی در مکتب انگلوساکسونها وضع به گونه دیگری بود. انگلوساکسونها مدتهای مدید معتقد بودند این عمل کاملاً تشریفاتی و اختیاری است و می‌توان در عمل از آن طفره رفت. صاحب‌نظران انگلوساکسون در تأیید عقیده خود، دو دلیل اقامه کرده‌اند. اولاً؛ با اعلان تشریفاتی جنگ، عامل غافلگیری دشمن موضوعیت خود را از دست می‌دهد و موجب تضعیف خویشتن می‌شود زیرا امکان حملات غافلگیرانه از

دست می‌رود. ثانیاً؛ آغاز مخاصمات همان قدر که با یک اعلامیه صریح و تعیین تاریخ رسمی اعلان جنگ روشن می‌شود، با اولین هجوم نیز آشکار می‌گردد.<sup>۵</sup>

در عمل این اصل کمتر مورد رعایت قرار گرفته است. «گرامتون ویلسون» نویسنده امریکایی معتقد است تقریباً از ۱۴۰ جنگ واقع شده بین سالهای ۱۷۰۰ تا ۱۹۰۷ فقط نزدیک به ده تای آنها با اعلان قبلی همراه بوده است.<sup>۶</sup> گویا کشورها به دلیل رعایت اصل غافلگیری از اعلان جنگ خودداری می‌کنند.

در جنگ جهانی اول یک نوع بازگشت به اصل رعایت دستورات و مقررات قراردادی مشاهده شد. ژاپن که قبلاً بدون اطلاع قبلی در ۲۵ ژوئیه ۱۸۹۴ به چین و در ۹ فوریه ۱۹۰۴ به روسیه حمله کرده بود، این بار در ۲۳ اوت ۱۹۱۴ رسماً به آلمان اعلان جنگ داد. اما از آن زمان به بعد در این امر مجدداً تزلزل حادث شد و ژاپن دو نوبت دیگر، در ۱۸ سپتامبر ۱۹۳۱ و ۷ ژوئیه ۱۹۳۷ بدون اطلاع قبلی چین را مورد حمله قرار داد. ایتالیا نیز در ۱۳ اکتبر ۱۹۳۵ به اتیوپی و در ۷ آوریل ۱۹۳۹ بدون اعلان قبلی به آلبانی حمله کرد.<sup>۷</sup>

در جنگ جهانی اول مسأله اعلان جنگ در مجموع رعایت شد، ولی بعد از آن در موارد متعددی این مسأله با امتناع دولتها از قبول مخاصمات و درگیری‌های گسترده به عنوان عمل جنگی، مسأله اعلان جنگ یا نقض شد یا لوث گردید.

---

۵. رک. حقوق مخاصمات مسلحانه، شارل روسو، ترجمه دکتر سیدعلی هنجنی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ج ۱، تهران، چاپ اول، تابستان ۱۳۶۹ ه. ش، ص ۴۰-۳۹.

۶. همان، ص ۴۰.

۷. همان، ص ۴۰ و ۴۴.

در جنگ جهانی دوم التزام به اعلان جنگ عموماً به وسیله ملل متحده رعایت شد اما توسط دول محور مورد ملاحظه واقع نشد. برای نمونه آلمان بدون اطلاع قبلی در ۳۱ اوت ۱۹۳۹ به لهستان و در ۲۲ ژوئن ۱۹۴۱ به اتحاد جماهیر شوروی سابق حمله ور شد.<sup>۸</sup> در بررسی تاریخ نظامی جنگ جهانی دوم نیز این نکته به دست می‌آید که در اکثر مواردی که اعلان رسمی جنگ صادر شده، ملاحظات سیاسی و بین‌المللی مورد نظر بوده است یا هنگامی صورت گرفته که دیگر فواید عدم اعلان رسمی جنگ مثل تأثیر عامل غافلگیری نظامی مطرح نبوده است.

جنگهای جدید مانند جنگ اسرائیل و اعراب در سال ۱۹۶۷ و نیز حمله عراق در ۲۲ سپتامبر ۱۹۸۰ به جمهوری اسلامی ایران و نیز حمله این کشور به کویت در سال ۱۹۸۹ از جمله جنگهایی بودند که بدون اعلان قبلی واقع شد.

در اسلام نیز اعلان جنگ وجود داشته و دارد که مستلزم انجام تشریفات خاصی بوده که اهم آن انذار، دعوت و اخطار است. در این باره سخن خواهیم گفت.

### لزوم اعلان جنگ و گشایش درگیری

اصل مهم در شروع جنگ «لزوم اعلان رسمی گشایش درگیری» است. در حقوق موضوعه نیز به این ضرورت تصریح شده است. کنوانسیونهای لاهه اخطار قبلی و روشن را چه به شکل اعلان جنگ یا به شکل یک اولتیماتوم قبل از آغاز مخاصمه شرط کرده است.<sup>۹</sup> کنوانسیون

۸. همان، ص ۴۴.

۹. The Encyclopedia Americana, International Edition, Complete in Thirty Volumes, First Published in 1829, 1995, vol. 28, p. 326.

سوم لاهه مورخ ۱۸ اکتبر ۱۹۰۷ در ماده ۱ خود آغاز درگیری را موکول به یک اخطار قبلی و صریح نموده و استناد آن به مقررات عرفی دوران گذشته است. به موجب مقررات این کنوانسیون، جنگ با اعلامیه رسمی که از لحاظ حقوقی نیز بی‌درنگ اعتبار می‌یابد، به اجرا درمی‌آید. اعلان جنگ باید مبتنی بر دلایلی قابل قبول باشد و به اطلاع سایر کشورها نیز برسد تا کشورهای بی‌طرف موضع خود را اتخاذ و اعلام نمایند.

حقوق بین‌الملل لزوم اخطار قبلی و صریح در گشایش درگیری را که از آن به «اصل علانیت» نیز می‌توان تعبیر کرد، محترم شمرده است. از جنگ جهانی اول به بعد، دولتها رویه اعلان رسمی جنگ را کنار گذاشتند. علل زیر می‌تواند در این خصوص مطرح باشد:

۱- از نظر حقوقی «حالت جنگ» معادل وضعیت «حالت صلح» نیست. جنگ جز در مورد دفاع از خود، طبق میثاق جامعه ملل، پیمان بریان کلوگ، احکام صادره پس از محاکمات نورنبرگ و منشور ملل متحد غیرقانونی قلمداد شده است. اگر جنگی واقع گردد، دیگر الگوی سنتی حقوق بی‌طرفی و جنگ مطرح نیست. زیرا از نظر حقوقی و طبق اسناد فوق چنین جنگی میان تمامی اعضای جامعه بین‌المللی از یک طرف و دولت یا دولتهایی که به طور غیرقانونی مبادرت به جنگ نموده‌اند، از طرف دیگر خواهد بود.

۲- ممکن است دولتهایی تمایل داشته باشند جنگی برپا سازند یا وارد نبردی شوند، ولی سیاست تبلیغی آنها بر این ادعا باشد که طرفدار صلح‌اند و در راه تحکیم آن می‌کوشند. بدین ترتیب به منظور ارائه تصویری صلح طلب از خویش به جهانیان، دولتها معمولاً رویه عدم اعلان رسمی جنگ را، حتی وقتی که عمیقاً درگیر آن شده‌اند، در پیش می‌گیرند.

۳- با در نظر گرفتن تولید و انباشت سلاحهای هسته‌ای و منازعه میان قدرتهای بزرگ، جنگ آشکار به شکل کلاسیک و مرسوم آن دگرگون شده است. لذا اعلان جنگ هم شکل دیگری به خود گرفته است.

۴- پیشرفتهای شگرف تکنولوژیک در عرصه صنایع نظامی، استراتژیهای را به میان می‌آورد که بدون در نظر گرفتن عامل غافلگیری بسیار کم تأثیر خواهند بود و لزوم اعلان جنگ مخالف عامل غافلگیری است.

۵- تمایل دولتها به اجتناب از مقتضیات بعضاً پیچیده قوانین داخلی در اعلان جنگ از دیگر عللی است که موجب می‌شود رسماً اعلان جنگ صورت نگیرد.<sup>۱۰</sup>

این نکته نیز شایان توجه است که اعلان جنگ به عنوان تنها عامل تعیین کننده شروع جنگ و درگیری نیست. عدم اعلان رسمی جنگ به معنی عدم وجود جنگ نیست، بلکه حالت جنگ عینیت دارد و می‌تواند بالفعل محقق شود بدون این که اعلان جنگی صورت گرفته باشد. به همین روی «حالت جنگ» بنفسه قابل بررسی است. دلایل عدم کفایت اعلان جنگ به عنوان عامل تعیین کننده آغاز درگیری می‌تواند به قرار زیر باشد:

۱- در قانون اساسی اکثریت کشورها اعلان جنگ و صلح به یکی از دو قوه مقننه یا مجریه سپرده شده است. در نتیجه به خاطر عدم توافق و تراضی دو قوه در این خصوص،<sup>۱۱</sup> باعث شده است تا اغلب جنگها بدون

۱۰. رک. مفاهیم تعلیق مخاصمات و حالت نه جنگ و نه صلح، همان، ص ۷-۸.

۱۱. معمولاً اعلان رسمی جنگ در کشورها به عهده قوه مقننه یا مجریه است. اما مباحث پشتیبانی جنگ، فرماندهی، بودجه، نیروی انسانی و بسیاری مسائل دیگر، موجب می‌شود که توافق قطعی برای اعلان رسمی جنگ صورت نگیرد، در نتیجه، جنگ بدون اعلان رسمی یکی از قوا درمی‌گیرد و حالت جنگ ایجاد می‌شود. در این صورت قوای کشور در مقابل عمل انجام شده قرار می‌گیرند و به اصطلاح توافق عملی صورت خواهد گرفت.

اعلان رسمی صورت پذیرد. برای نمونه، در امریکا اعلان رسمی جنگ به عهده قوه مقننه و مجلس است اما فرماندهی جنگ با قوه مجریه و دولت است.

۲- دولتها معتقدند ماده ۱ کنوانسیون سوم لاهه که اعلان جنگ را شرط آغاز درگیری دانسته، ناشی از برخورد با واقعه‌ای خاص است و آن، عدم رضایت همگانی از حمله بدون اخطار اژدرافکنهای ژاپنی به ناوهای جنگی روسیه در سال ۱۹۰۴ است و این واقعه خاص را نمی‌توان تعمیم داد. اعلان جنگ شرط لازم همه جنگها نمی‌تواند باشد.

۳- اعلان جنگ ضرورت ندارد صریح باشد بلکه می‌تواند ضمنی باشد. در نتیجه حمله به یک کشور به معنی اعلان جنگ تلقی می‌شود.

۴- بسیاری از دولتها با این تصمیم که در جنگهایی خاص دخالت و مشارکت نمایند، اعلان جنگ کرده‌اند ولی هرگز وارد جنگ نشدند. در بعضی موارد هم با هدف مشارکت در مخاصمات، اعلان جنگ به کشور یا کشورهای خاص کرده‌اند و در آن شرکت هم جسته‌اند، ولی به علت عدم مشارکت همه جانبه و یا عدم استفاده از نیروی مؤثر و کافی به عنوان متخاصم شناخته نشده‌اند.

۵- مسأله اعلان جنگ به واسطه نیاز به پاسخ سریع در قبال تسلیحات مخرب امروزی، اهمیت سابق خود را از دست داده است.

۶- این سؤال نیز مطرح است که آیا عدم پذیرش یک جانبه حالت جنگی می‌تواند دلیلی قاطع بر عدم وجود جنگ باشد؟

۷- و آخرین نکته این که با پذیرش میثاق جامعه ملل که در ماده ۱۰ آن توسل به زور محدود شده بود و نیز تصریح مجدد آن در پیمان بریان کلوگ در ۱۹۲۸ که در آن، نه تنها توسل به جنگ تجاوزکارانه،

بلکه تمام انواع جنگها به عنوان وسیله‌ای برای حل اختلافات بین‌المللی یا ابزار سیاست ملی تقبیح شده بود و نیز ماده ۲ بند ۴ منشور سازمان ملل متحد که تهدید و توسل به زور را ممنوع اعلام می‌کرد، دولتها دیگر تمایل به اعلان رسمی جنگ ندارند.<sup>۱۲</sup>

در حقوق بین‌الملل معاصر اعلان جنگ دیگر یک مؤلفه اساسی برای آغاز جنگ و تحقق آثار آن محسوب نمی‌شود. گرچه طرفین کنوانسیون سوم ۱۹۰۷ لاهه، هنوز از نظر حقوقی ملزم‌اند که برای آغاز جنگ از پیش اعلان رسمی و صریح نمایند، ولی رویه دولتها نشان از منسوخ شدن این قاعده و ترک آن دارد و در عین حال، بیانگر این است که وظیفه دولتها در اعلان جنگ به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی جهان شمول تثبیت نشده است.<sup>۱۳</sup> براین اساس، در قطعنامه ۳۳۱۴ در دسامبر ۱۹۷۴ مجمع عمومی سازمان ملل متحد که به «قطعنامه تعریف تجاوز» مشهور است، می‌بینیم که در ماده ۳ خود شرط اعلان جنگ را حذف می‌کند. در ابتدای این ماده آمده است: «هر یک از اقدامات زیر بدون توجه به اعلان جنگ، طبق مفاد ماده ۲ کیفیت اقدام تجاوزکارانه خواهد یافت...».<sup>۱۴</sup> یعنی کیفیت تجاوزکارانه یک اقدام وابسته و منوط به اعلان جنگ نیست.

### راههای آغاز جنگ در حقوق بین‌الملل

سه راه کلی برای آغاز جنگ وجود دارد:

- 
۱۲. رک. جنگ و صلح از دیدگاه حقوق و روابط بین‌الملل، محمود مسائلی و عالیه ارفعی، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی وزارت امور خارجه، تهران، چاپ دوم ۱۳۷۳ ه. ش، ص ۷-۱۱.
۱۳. رک. مفاهیم تعلیق مخاصمات و حالت نه جنگ و نه صلح، همان، ص ۱۰.
۱۴. رک. مفهوم تجاوز در حقوق بین‌الملل، نسرین مصفا و دیگران، مرکز مطالعات عالی بین‌المللی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۶۵ ه. ش، ص ۸-۱۳۷.



۱- اعلان جنگ غیرمشروط با اثر فوری: این اعلان در کنوانسیون سوم لاهه ۱۹۰۷ تصریح شده و متضمن هیچ گونه قید و شرطی نیست. یعنی کشوری که قصد جنگیدن با کشوری دیگر دارد، باید طی یک اعلامیه رسمی مراتب را به کشور متقابل ابلاغ نماید. اعلان جنگ علی‌الاصول باید مستدل باشد، اگرچه دلیل آن نادرست باشد. بلافاصله بعد از اعلان جنگ غیرمشروط «حالت جنگ» حاصل می‌شود. از سوی دیگر، طبق ماده ۲ کنوانسیون فوق، باید اعلان جنگ به دولتهای بی طرف نیز اطلاع داده شود.

۲- اعلان جنگ مشروط: این نوع اعلان جنگ متضمن شرط یا شروطی خاص است که به آن «اولتیماتوم» «Ultimatum»، یا اتمام حجت نیز می‌گویند. اولتیماتوم به طرق زیر متجلی می‌شود:

الف: به شکل اعلان جنگ مشروط

ب: به شکل اعلان جنگ توأم با تهدید و همراه با یک اخطار مؤجل که این نوع اولتیماتوم، گاهی صورتهای ناگواری به خود می‌گیرد.<sup>۱۵</sup>

اولتیماتوم را می‌توان اخطاری رسمی دانست که با عباراتی قاطع، روشن و آمرانه نوشته شده و برای دولت مقابل ارسال می‌گردد و طی آن، درخواستها به اطلاع او رسانده می‌شود. اگر کشور مقابل در مهلت داده شده که غالباً کوتاه است، شرایط مندرج در اولتیماتوم را با انجام یا خودداری از انجام کاری تحقق بخشد، موضوع پایان یافته تلقی می‌گردد. در غیر این صورت، با عدم اجابت درخواستها و پایان مهلت اولتیماتوم، به خودی خود میان دو کشور، «حالت جنگ» برقرار می‌گردد.<sup>۱۶</sup> براین اساس اولتیماتوم

۱۵. رک. حقوق مخاصمات مسلحانه، همان، ج ۱، ص ۴۲.

۱۶. این تعریف با استفاده از کتب زیر نوشته شده است: حقوق مخاصمات مسلحانه، همان، ج ۱، ص ۴۲؛ مفاهیم تعلیق مخاصمات و حالت نه جنگ و نه صلح در حقوق بین‌الملل، همان، ص ۶ و حقوق جنگ، دکتر محمدرضا ضیایی بیگدلی، ص ۸۵.

یک عمل مختلط و دوگانه است. از یک طرف اخطار است و از طرف دیگر اطلاع و اعلان قبلی برای جنگ، و در اغلب اوقات نیز یک روند تحولی به سوی درگیری و مخاصمه تلقی می‌شود.

۳- مقابله با عملیات جنگی: همانطور که قبلاً آوردیم، در حال حاضر رویه اعلان جنگ بین دولت‌ها متروک شده است. در عمل جنگ‌های بسیاری بدون اعلان قبلی صورت گرفته، در حالی که قانوناً جنگ جریان داشته و عینی بوده است. اگر کشوری اقدام به تجاوز علیه کشوری دیگر نماید یا در حال آماده سازی قوا و تهیه ساز و برگ نظامی و نقل و انتقالات نیروهای خود در مرزها باشد و از جانب آن کشور احساس خطر شود، آمادگی و سپس مقابله الزامی است. ماده ۵۱ منشور ملل متحد که دفاع از خود را مشروع شمرده است و نیز «جنگ بازدارنده» که در حقوق بین‌الملل مشروع شمرده شده است، برای این طریق آغاز جنگ اشاره دارد.

### راههای آغاز جنگ در اسلام

در فقه و حقوق اسلامی راههای آغاز جنگ سه گونه است:

- ۱- اعلان جنگ و نبرد
  - ۲- مقابله با اعمال جنگ طلبانه دشمن
  - ۳- انذار نهایی یا ابلاغ دعوت اسلامی
- در اسلام هیچ جنگی بدون اعلان قبلی صورت نمی‌گیرد و چنان چه خواهد آمد، آغاز هر جنگی در اسلام مستلزم تشریفات ویژه‌ای است که اهم آن انذار و اخطار است.

## ۱- نبذ و اعلان جنگ

در صورتی که بین یک کشور اسلامی و غیرمسلمانان پیمانی منعقد شده باشد و کشور متعاقد در اجرای قرارداد خود کوتاهی کند و مرتکب خیانت شود «منابذه» تحقق می‌یابد. بدین معنی که به خائن انذار داده می‌شود که مسلمانان پیمان را لغو شده می‌شمارند و این نوعی اعلان جنگ است.<sup>۱۷</sup>

منابذه نوعی از انذار است که شرح آن خواهد آمد. فرق اساسی بین منابذه و انذار این است که منابذه تنها زمانی محقق می‌شود که پیمان قبلی بین مسلمانان و غیرمسلمانان وجود داشته و مسلمین قصد داشته باشند به علل یا دلایلی پیمان منعقد شده را قبل از اتمام مدت نقض کنند. آیه ۵۸ سوره انفال فرمان می‌دهد «و اما تخافن من قوم خیائنة فانبذ الیهم علی سواء ان الله لا یحب الخائنین».

از آیه فوق حداقل ۴ حکم استفاده می‌شود:

- ۱- معاهده و مهاده با غیرمسلمانان به خاطر مصلحت جایز است.
- ۲- وفای به عهد در صورتی که نشانه‌های خیانت مشاهده نشود واجب است.
- ۳- نبذ عهد از کسی که انتظار مکر و فریب از او می‌رود جایز است.
- ۴- غیرمسلمانان را باید از نبذ آگاه کرد تا بر مسلمین خرده نگینند که برغم هم پیمان بودن با آنان، جنگ صورت گرفته است.

---

۱۷. رک. قواعد الاحکام فی مسائل الحلال والحرام، علامه حلی، چاپ شده در سلسله البیابیع الفقهیه، علی اصغر مروارید، مؤسسه فقه الشیعه، الدار الاسلامیه، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۱۰ هـ. ق، ۱۹۹۰ م، جلد ۹، ص ۲۶۴.

بنابراین اگر بین مسلمانان و گروهی از دشمنان پیمانی منعقد بود و امارات و قرائنی دال بر خیانت آنان ظاهر شد، جایز است که پیمان طرفین از سوی ولیّ امر مسلمین نقض و به طرف مقابل اعلام شود. این عمل در اسلام «نبذ عهد» یا «منابذه» نام دارد. در منابذه مسلمانان ملتزم می‌شوند که عملیات جنگی را شروع نکنند، مگر بعد از دادن مهلت معقولی که حداقل سه روز است. این مهلت برای این است که دشمن به فرماندهان و سربازان خود ابلاغ کند که عهد بین آنها و مسلمانان پایان پذیرفته است.<sup>۱۸</sup>

در صورتی که مسلمانان نبذ عهد کرده باشند و مدت مقرر پایان پذیرفته باشد، بمنزله اعلان جنگ تلقی خواهد شد. نبذ عهد معمولاً با کشورهایایی که تحت عنوان «دار عهد»، «دار هدنه»، «دار موادعه» و «دار حیات» قرار می‌گیرند صورت می‌پذیرد. اگر این کشورها مرتکب کاری شوند که از آن بوی خیانت به مشام برسد، کشور اسلامی مجاز است «نبذ عهد» نماید و به آنها اعلام کند که پیمان ملغی شده است. اما اگر کشور هم‌پیمان مفاد پیمان‌نامه را محترم شمرد و بر پیمان یا بی‌طرفی خود باقی ماند، بر کشور اسلامی است که تا پایان مدت قرارداد به آن وفا نماید و پس از انقضا، تمدید آن توسط ولیّ بلامانع است. چه، اصل عام وفای به عهد و پیمان برگرفته از قرآن «ووفوا بالعقود» یا سنت نبوی که فرمود «وفاء لا غدر فيه» بر این امر تکیه و تأکید دارد.

---

۱۸. رک. احکام الحرب و السلام فی دولة الاسلام، احسان هندی، دارالنمیر للطباعة والنشر والتوزیع، دمشق، الطبعة الاولى، ۱۴۱۳ هـ. ق، ۱۹۹۳ م، ص ۱۵۲، به نقل از المیسوط، محمد بن احمد السرخسی، دارالمعرفة للطباعة و النشر، بیروت، الطبعة الثانية، بی تا، ج ۱۰، ص ۵؛ البدایع، ج ۷، ص ۱۰۹.

## ۲- مقابله با اعمال جنگ طلبانه دشمن

اگر بین کشور اسلامی و دشمن «حالت جنگ» قائم باشد یا از سوی دشمن اقدام به جنگ شود، هجوم بر آنان و اقدامات جنگی علیه دشمن جایز است و از آنجا که دشمن خود سبب برافروختن آتش جنگ شده است به انذار و اعلان جنگ نیاز نیست.<sup>۱۹</sup>

در تاریخ اسلام و سیره پیامبر عظیم الشأن اسلام (ص) شواهدی از این نمونه وجود دارد:

الف) پیامبر بعد از غزوة احزاب، بنی قریظه را به واسطه همدستی عنی آنان با قریش و اقدام علیه مسلمانان محاصره کرد. روایت شده که فرمود «لایصلین احد الظهر - و فی روایة العصر - الافی بنی قریظه».<sup>۲۰</sup>

ب) پیامبر روز فتح مکه، قریش را انذار نداد، چرا که قریش نسبت به پیمان صلح حدیبیه وفا نکرد و آن را زیر پا گذاشت و با قبایلی از بادیه نشینان عرب علیه اسلام هم پیمان شد.

ج) هجوم مسلمانان بر اهل خیبر و ابنی<sup>۲۱</sup> و نیز بنی مصطلق بدون انذار قبلی بود، چرا که بین آنان حالت جنگ برقرار بود.

اگر دشمن مستقیماً اقدام به عملیات جنگی و تجاوز کارانه علیه مسلمین کرده باشد یا در حال آماده سازی نظامی باشد، به شکلی که احساس تجاوز و خطر علیه کشور اسلامی شود، دیگر انذار، اخطار و اعلان جنگ

---

۱۹. رک. آثار الحرب فی الفقه الاسلامی، و هبة الزحیلی، دارالفکر، دمشق، الطبعة الرابعة، ۱۴۱۲ هـ. ق، ۱۹۹۲ م، ص ۱۴۹، به نقل از شرح السیر الکبیر، محمد بن الحسن الشیبانی، شرح السرخسی، تحقیق صلاح الدین المنجد، معهد المخطوطات العربیة، القاهرة، ۱۹۵۸ م، ج ۴، ص ۸؛ نیز رک. الاحکام السلطانیة و الولايات الدینیة، ابوالحسن الماوردی، مراجعة محمد فهمی السرجانی، المكتبة التوفیقیة، القاهرة، ۱۹۷۸ م، ص ۳۵.

۲۰. شرح المسلم، ابو زکریا یحیی بن شرف النووی، مطبعة السنة المحمدیة، القاهرة، بی تا، ج ۱۲، ص ۹۷.

۲۱. قریه ای در موته است. رک. معجم البلدان، یاقوت حموی، ج ۱، ص ۹۹.

مفهومی نخواهد داشت. در صورتی که کشوری اقدام به جنگ نماید، عنوان «دارحرب» بر او اطلاق می‌شود.

### ۳- انذار نهایی یا ابلاغ دعوت اسلامی

یکی دیگر از راههای شروع جنگ در اسلام، اتمام حجت یا به عبارتی اولتیماتوم است. مخاطب اسلام همه مردم‌اند و باید همه مردم پیام این دین خاتم را بشنوند. پس اسلام دعوت خود را ابلاغ می‌کند و در ابلاغ دعوت، دشمن را بین «اسلام آوردن» یا «پیمان بستن» یا «کارزار» مخیر می‌کند. اصولاً دعوت اسلامی نوعی اولتیماتوم است که قبل از اعلان جنگ مطرح می‌شود.<sup>۲۲</sup>

در کنفرانس ۱۹۰۷ لاهه به این مورد تصریح شده است. در انذار و اولتیماتوم شرط است که مدت معینی مهلت داده شود. البته مهلت باید به گونه‌ای باشد که حالت صوری به خود نگیرد. چه، مهلت می‌تواند آنقدر اندک باشد که ظاهراً وصف ناگهانی بودن آن از بین نرود ولی در عین حال از اصل غافلگیری هم استفاده شود. این نوع مهلت دادن صوری است. برای نمونه، در جنگ جهانی دوم در سال ۱۹۴۱ ایتالیا به یونان مهلت بسیار اندکی داد.

از دیدگاه حقوق اسلامی «اگر دشمن مهلت خواست برای تأمل در دعوت اسلامی مدت معینی به آنان مهلت داده می‌شود و طی این مدت شخص آگاهی از مسلمانان با آنان به گفتگو می‌نشیند».<sup>۲۳</sup>

۲۲. آثار الحرب فی الفقه الاسلامی، همان، ص ۱۵۱.

۲۳. رک. الکافی فی الفقه، ابوالصلاح تقی‌الدین بن نجم‌الدین عبدالله الحلبي، چاپ شده در سلسله الینابیع الفقهیه، علی اصغر مروارید، مؤسسه فقه الشیعه، الدار الاسلامیه، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۱۰ هـ. ق، ۱۹۹۰ م، ج ۹، ص ۳۷.

این نوع از انذار و ابلاغ دعوت اسلامی، معمولاً نسبت به کشورهای است که تحت عنوان «دار کفر» یا «دار شرک» قرار دارند. اگر به معنای عام دعوت توجه کنیم، همه کشورهای غیراسلامی و عموم غیر مسلمانان مشمول دعوت اسلامی خواهند بود. اما اگر منظور دعوت خاص باشد که نوعی اتمام حجت (اولتیماتوم) است، طبیعی است صرفاً کشورهای را دربر خواهد گرفت که عهد و پیمانی با کشور اسلامی ندارند یا مدت عهد و پیمان با آنها به سر آمده است. پس از انذار و اعلان جنگ، ممکن است کشوری که به آن انذار و اعلان شده است با بستن پیمان، تحت عنوان دار عهد، دار هدنه یا دار موادعه قرار گیرد و تنها در صورتی که کشور مورد نظر به کارزار تن در دهد عنوان «دار حرب» خواهد داشت که مقررات خاص خود را دارد و در جای خود به تفصیل آمده است.

عنصر مفاجا و هجوم ناگهانی و اصل غافلگیری یکی از عوامل مهم پیروزی در میادین نظامی قلمداد می‌شود، اما اسلام آن را ممنوع کرده است تا از ایجاد خسارت‌های غیر انسانی حتی در صفوف دشمن حتی‌الامکان جلوگیری به عمل آید و جنگ فریب کارانه نباشد. چه، در اسلام سود نظامی در میدان جنگ غایت بنفسه نیست. اهدافی مثل کشورگشایی، فتح و سود مادی اصولاً جایی ندارد. غایت در اسلام، گشودن راه دعوت اسلامی است و اگر این غایت و هدف بدون خونریزی تحقق یابد و خون انسانهای مسلمان و غیرمسلمان ریخته نشود، با جوهر اسلام هماهنگی بیشتر دارد. به همین خاطر، اسلام اجازه شیبخون نداده است. در اسلام «جهاد فی سبیل الله» مشروع است. قید مهم «فی سبیل الله» هم هدف جهاد و هم ماهیت آن را روشن می‌سازد. هدف اسلام فتح قلوب و اقناع عقول آدمیان است. به همین منظور، دعوت و هدایت با استفاده از اسلوبهای خاص و روشهای عقلانی،

شرط اول و ضروری جهاد فی سبیل الله دانسته شده است. با نگاهی دقیق تر درمی یابیم که اصولاً این جهاد «الدعوة الی الله» است نه چیز دیگر که در جای خود بدان پرداخته شده است.

### دلایل قرآنی انذار

در قرآن کریم آیات متعددی پیرامون دعوت و تبلیغ وجود دارد. به عبارتی می توان کلیه آیاتی را که در زمینه فریضه مهم و حیاتی امر به معروف و نهی از منکر آمده است، در این زمینه نیز وارد دانست. چه، دعوت به اسلام و احکام الهی از بزرگترین معروفهاست که امر به آن شده است و کفر و شرک از جمله بزرگترین منکرهاست که از آن نهی گردیده است. به نمونه هایی از آیات شریف اشاره اجمالی خواهیم داشت.

۱- «ادع الی سبیل ربک بالحکمة و الموعظة الحسنة و جادلهم بالتی هی احسن ان ربک هو اعلم بمن ضل عن سبیله و هو اعلم بالمهتدین».<sup>۲۴</sup> مردم را با حکمت و پند نیکو به دین حق دعوت کن و با آنها به نیکوترین وجه بحث کن. خداوند گمراهان و هدایت شوندگان را بهتر از شما می شناسد. این آیه حکمت و موعظه حسنه و جدال احسن را معیار دعوت دانسته و یکی از آیاتی است که در آن روح صلح، سعه صدر، تسامح و تساهل بوضوح نمودار است. صاحب «کنزالعرفان» منظور از حکمت را قرآن دانسته و جدل را دلیل عقلی شمرده است.<sup>۲۵</sup> «ابوالفتوح رازی» حکمت را سخن درست و موعظه حسنه را پند نیکو دانسته است.<sup>۲۶</sup>

۲۴. قرآن کریم، سوره نحل، آیه ۱۲۵.

۲۵. کنزالعرفان، جمال الدین مقداد بن عبدالله السوری، تهران، مرتضوی، ۱۳۴۳ ه. ش، ج ۱، ص ۳۹۲.

۲۶. تفسیر ابوالفتوح رازی، جمال الدین ابوالفتوح رازی، تصحیح و حواشی میرزا ابوالحسن شعرانی، تهران، اسلامیة، ۱۳۵۲ ه. ش، ج ۷، ص ۱۶۰.



مفسران این آیه را به وجوب دعوت کفار به سوی دین، قبل از محاربه با آنان تفسیر کرده‌اند و ذیل تفسیر آن به آیه ۱۳۴ سوره طه نیز استناد نموده‌اند.<sup>۲۷</sup> استنباط صاحب «تفسیر شاهی» از این آیه، وجوب دعوت به ایمان و رفع شبهه از مخالفان پیش از مقاتله با ایشان برای اتمام حجت است.<sup>۲۸</sup>

۲- «و ما کنا معذبین حتی نبعث رسولا».<sup>۲۹</sup> ما ملتی را عذاب و عقوبت نمی‌کنیم مگر آن که قبلاً به وسیله پیامبران خود احکام را به آنها ابلاغ کنیم.

تاریخ ادیان نشان داده است که خدای سبحان هیچ قومی را پیش از ارسال پیامبر بر آنان عذاب نکرده است، بلکه پس از ارسال رسل و ارائه پیام الهی از سوی پیامبر و بی‌مهری و عدم قبول از سوی مردم و حتی بعضاً تمسخر و درخواست عقوبت، اقدام به فرستادن عذاب بر آن قوم می‌کند. جنگ نیز نوعی عذاب و عقوبت دنیوی است، لذا اقدام به آن بدون انذار دشمن جایز نیست.

۳- «کنتم خیر امة اخرجت للناس تامرون بالمعروف و تنهون عن المنکر و تومنون بالله و لو امن اهل الکتاب لکان خیرا لهم منهم المومنون و اکثرهم الفاسقون».<sup>۳۰</sup> شما نیکوترین امتی هستید که برای مردم قیام کردند و مردم را به نیکوکاری و اداری و از بدکاری باز می‌دارند و به خدا ایمان می‌آورند. اگر اهل کتاب ایمان می‌آوردند برای آنان بهتر بود. برخی از آنان مؤمن و بیشتر آنها فاسق و بدکارند.

۲۷. کنزالعرفان، همان، ج ۱، ص ۳۹۲.

۲۸. تفسیر شاهی، ابوالفتح الحسینی الجرجانی، تبریز، کتابفروشی سروش، ۱۳۸۰ هـ. ق، ج ۲، ص ۹۱.

۲۹. قرآن کریم، سوره اسراء، آیه ۱۵.

۳۰. قرآن کریم، سوره آل عمران، آیه ۱۱۰.

با توجه به واژه «اخرجت للناس» که در آیه شریف آمده است، این مطلب استنباط می‌شود که مسلمانان بهترین امتی هستند که به نفع مردم و نه علیه آنان به دعوت و هدایتگری می‌پردازند.

سایر آیاتی که در خصوص امر به معروف و نهی از منکر آمده است، در این فراز قابل ذکر است. برای نمونه، آیه ۱۰۴ سوره آل عمران که فرمان می‌دهد باید عده‌ای از شما مردم را به خیر دعوت کنند و امر به کارهای خیر و نهی از اعمال زشت نمایند. نیز آیه ۴۱ سوره حج که از جمله صفات متمکنان در زمین را که از سوی خداوند مدد می‌شوند، اقامه نماز، ایتای زکات و امر به معروف و نهی از منکر می‌شمارد. دولت اسلامی نیز بر این مهم باید اقدام کند با شرایطی خاص که در جای خود آمده است.

### دلایل روایی انذار

در سنت شریف معصوم (ع) علاوه بر نامه‌ها و وصایای فراوان که گوشه‌ای از آن گفته خواهد شد، در افعال و اقوال آنان هم بر عدم جواز حمله به دشمن و نیز بر وجوب انذار قبل از آغاز جنگ و اعطای اختیارات معروف تأکید شده است و امتناع از پذیرش دعوت به اسلام را شرط جایز بودن کارزار می‌شمارد. به نمونه‌هایی از این احادیث اجمالاً اشاره می‌کنیم:

۱- عن النبی (ص): «لا تقاتل الکفار الا بعد الدعاء».<sup>۳۱</sup> با کافران کارزار نکن مگر بعد از دعوت کردن.

۲- عن ابی عبدالله (ع): «قال امیرالمومنین (ع) فلما و جهنی رسول الله الی الیمن قال یا علی لا تقاتل احدا حتی تدعوه الی الاسلام و ایم الله لان یرهدی الله

۳۱. رک. مستدرک، حاکم نیشابوری، ص ۲۴۷.

عز و جل علی یدیک رجلا خیر لک مما طلعت علیه الشمس و غربت».<sup>۳۲</sup> امام صادق (ع) به نقل از امیرمؤمنان علی (ع) می‌فرماید: وقتی که رسول خدا مرا به یمن فرستاد، فرمود یا علی با هیچ کس کارزار مکن تا وقتی که او را به اسلام دعوت کرده باشی. سوگند به خدا اگر به وسیله تو، خدای عزوجل یک تن را هدایت به حق کند، برای تو از آن چه که خورشید بر آن طلوع و غروب می‌کند بهتر است.

۳- در وصایای رسول گرامی اسلام (ص) به فرماندهان سپاهشان ثبت شده است که به آنان می‌فرمود: «إذا لقیتم عدوک من المشرکین فادعهم الی ثلاث خصال او خلال فایتھن اجابوک الیھا فاقبل منهم و کف عنهم: ادعهم الی الاسلام فان اجابوک فاقبل منهم و کف عنهم فان ابوا فلهم الجزیة فان اجابوک فاقبل منهم و کف عنهم فان ابوا فاستعن بالله و قاتلهم».<sup>۳۳</sup> وقتی با دشمنان خود از مشرکان روبرو شدی آنان را به سه امر دعوت کن. هر کدام را پذیرفتند، قبول کن و از آنان دست بکش. آنان را به اسلام دعوت کن. اگر اجابت کردند قبول کن و دست بکش. اگر از قبول اسلام خودداری کردند از آنان جزیه بخواه. اگر پذیرفتند قبول کن و دست بکش و اگر باز امتناع کردند، از خدا استعانت بجوی و با آنان کارزار کن.

---

۳۲. رک. فروع الکافی، محمدبن یعقوب کلینی، تحقیق محمد جواد الفقیه، تصحیح یوسف البقاعی، دار الاضواء للطباعة والنشر والتوزیع، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۱۳ هـ. ق، ج ۵، ص ۳۶؛ ضمناً حدیثی شبیه به این مضمون در وسایل الشیعه، محمدبن حسن حر عاملی، تهران، اسلامیة، ۱۳۸۸ هـ. ق، ج ۱۱، ص ۳۰ هست.

۳۳. احمد و مسلم و ابو داوود و ترمذی و نسائی و ابن ماجه و سلیمان بن بریده این حدیث را روایت کرده‌اند؛ ضمناً نصی شبیه این حدیث در بدایة المجتهد و نهایة المقتصد، ابن رشد القرطبی، مطبعة الاستقامة، ۱۳۷۱ هـ. ق، ص ۴۴۹ هست؛ رک. شرح المسلم، همان، ج ۱۲، ص ۳۷؛ جامع الترمذی، ابوعیسی محمد بن عیسی السلمی ترمذی، شرح تحفة الاحوذی، دهلی، ۱۳۰۰ هـ. ق، ج ۲، ص ۴۰۱؛ بخاری این حدیث را روایت نکرده است.

۴- در روایت دیگری آمده است که پیامبر فرمود: «ادعهم الى الاسلام فيكونون منا و ان ابوا الى البقاء على دينهم و سلطانهم ... لهم الجزية فان رضوا فاجعل لهم ذمة الله و ذمة نبيه و كف قتالهم و ان ابو الجزية فاستعن بالله و قاتلهم».<sup>۳۴</sup> آنان را به اسلام دعوت کن تا از ما شوند و اگر امتناع کردند و بقای بر دین و حاکمیت خود را خواستار شدند ... جزیه بر آنان است. اگر راضی شدند عهد خدا و پیغمبر را برایشان قرار بده و از کارزار با آنها دست بکش و اگر از جزیه امتناع کردند از خداوند استعانت بجوی و با آنان بجنگ.

۵- نیز رسول خدا (ص) در روز غزوة خیبر خطاب به امیرمؤمنان علی (ع) فرمود: آنان را به اسلام دعوت کن. به خدا سوگند اگر یک تن به دست تو هدایت شود برای تو از چهارپایانی که زر سرخ بار دارند بهتر است.<sup>۳۵</sup>

۶- پیامبر در وصیتی فرمود: «تالفوا الناس و تانوا بهم و لا تغبروا عليهم حتى تدعوهم، فما على الارض من اهل بيت من مدر و لا و بر الا ان تاتوني بهم مسلمين احب الى من ان تاتوني بابنائهم و نسائهم و تقتلوا رجالهم».<sup>۳۶</sup> با مردم انس بگیرید و الفت جوید و بر آنان بردبار باشید و بر آنان هجوم نبرید، مگر این که آنان را دعوت نمایید. اگر آنچه خانواده روی زمین است از شهر و بیابان، به عنوان مسلمان نزد من آورید، پیش من محبوب تر است از این که فرزندان و زنانشان را اسیر نزد من آورید و مردانشان را بکشید.

۳۴. رک. احکام الحرب و السلام فی دولة الاسلام، همان، ص ۱۴۹.

۳۵. رک. فتح الباری بشرح صحیح البخاری، ابن حجرالعسقلانی، المطبعة البهیة، المصر، ۱۳۵۲ هـ. ق، ج ۶، ص ۱۰۹؛ نیز نیل الاوطار شرح منتهی الاخبار، محمد بن علی بن محمد الشوکانی، مطبعة مصطفى البابی الحلبي، ۱۳۷۲ هـ. ق، ج ۷، ص ۲۳۳.

۳۶. رک. احکام الحرب و السلام فی دولة الاسلام، همان، ص ۱۵۰؛ به نقل از النظم الاسلامیه، دکتر جمعی صالح، ص ۵۱۴.

۷- از وصیتی که رسول مکرم به معاذبن جبل دارد حتی این نکته به دست می‌آید که برای این که دشمن بتواند یکی از اختیارات سه گانه را انتخاب کند، فرصتی اضافه به آنها داده می‌شود. وقتی پیامبر، معاذ را به یمن فرستاد فرمود: «و لا تقاتلوهم حتی تدعوهم فان ابوا فلا تقاتلوهم حتی یبدووکم فان بدووکم فلا تقاتلوهم حتی یقتلوا منکم قتیلا ثم اروهم ذلک القتل و قولوا لهم هل الی خیر من هذا سبیل فلئن یهدی الله علی یدیک رجلا واحدا خیر مما طلعت علیه الشمس و غربت».<sup>۳۷</sup> با آنان کارزار مکن مگر آن که آنها را دعوت نمایی. اگر ابا کردند اقدام به جنگ نکن تا آنان آغازگر باشند. اگر ابتدا به جنگ کردند شما اقدام نکنید تا یک تن از شما را بکشند. سپس آن کشته را به آنان نشان داده و بگویید آیا راهی بهتر از این (جنگ و کشتار) هست؟ اگر توسط تو یک تن را خدا هدایت کند برای تو از آنچه که خورشید بر آن طلوع و غروب می‌کند بهتر است.

۸- پس از رسول خدا (ص)، امیرمؤمنان (ع) نیز به قتال دشمنان ابتدا نکرد مگر این که آنها را به حق دعوت نمود و این سیره رسول خدا است. او نیز در واقعه جمل و نهروان و صفین ابتدا به جنگ نکرد. به لشگریانش قبل از نبرد صفین فرمود: «لا تقاتلوهم حتی یبدووکم فانکم بحمدالله علی حجة و ترککم ایاهم حتی یبدووکم حجة اخری لکم علیهم».<sup>۳۸</sup> با آنان مجنگید مگر به جنگ شما دست یازند، چرا که - سپاس خدا را - حجت با شماست و رهاکردنشان تا دست به پیکار گشایند حجتی دیگر برای شما بر آنهاست.

۳۷. رک. المبسوط، همان، ج ۱۰، ص ۳۱.

۳۸. رک. نهج البلاغه، وصیت ۱۴.

۹- امام (علی) فرمود: با احدی پیکار نمی‌شود مگر این که به اسلام دعوت شود.<sup>۳۹</sup>

از همه احادیث فوق و نیز سنت شریف معصومین (ع) لزوم دعوت دشمن به اسلام قبل از آغاز جنگ به دست می‌آید. تا جایی که حتی احادیث بسیاری، آغاز به جنگ بعد از دعوت را نیز نهی می‌کند تا آغاز نبرد از سوی دشمن باشد نه از طرف اردوی مسلمانان. درخصوص کیفیت آن بعد سخن خواهیم گفت.

#### شواهد تاریخی برای انذار

عبدالله بن عباس روایت کرده است که «ما قاتل رسول الله قوما قط الا دعاهم».<sup>۴۰</sup> هرگز رسول خدا با گروهی کارزار نکرد مگر این که آنان را دعوت نمود. ابویوسف نیز در «الخراج» آورده است «لم یقاتل رسول الله قوما قط فیما بلغنی حتی یدعوهم الی الله و رسوله».<sup>۴۱</sup> در اخباری که به من رسیده هرگز رسول خدا با گروهی کارزار نکرده است مگر این که آنان را به خدا و رسول او دعوت می‌کرد.

پس از رحلت رسول خدا، حاکمان جامعه اسلامی به وصایا و احادیث شریف آن حضرت در باب جهاد، خصوصاً از حیث انذار دشمن و اعطای اختیارات سه گانه معروف، جامه عمل پوشاندند. مشهور است که سلمان فارسی در جنگ با اهل مدائن، خطاب به مسلمانان گفت: دست نگهدارید تا آنان را به آنچه رسول خدا (ص) فرمان داده دعوت نمایم. سپس سلمان به طرف مدائنی‌ها آمد و گفت: یا اسلام یا معاهده یا قتال.

۳۹. رک. فصل الخطاب، ص ۶۵۸.

۴۰. احمد و حاکم و بیهقی و ابویعلی و طبرانی روایت کرده‌اند. رک. بیهقی، ج ۹، ص ۱۰۷.

۴۱. احکام الحرب و السلام فی دولة الاسلام، همان، ص ۱۵۰، به نقل از الخراج ابویوسف، ص ۳۰۷.

گفتند: نه اسلام نه جزیه فقط کارزار. سلمان انذار و تخییرات را سه بار تکرار کرد و آنان فقط کارزار را پذیرا شدند. در این وقت سلمان به سپاهیانش گفت: به نام خدا به کارزارشان برخیزید.<sup>۴۲</sup> نیز در روایت ترمذی است که سلمان و سپاهیانش وقتی که به گروهی از ایرانیان رسیدند، سلمان به سپاهیانش گفت: مرا بگذارید تا آنها را دعوت کنم هم چنان که از رسول خدا شنیدم. نزدیک آنان آمد و گفت: من مردی فارس از شمایم و گروه اعراب مرا اطاعت می کنند. اگر اسلام آوردید مثل ما خواهید بود ... و اگر جز دین خود را نپذیرفتید شما را رها می کنم اما جزیه دهید و خاضع شوید.<sup>۴۳</sup>

در تاریخ آورده اند که شکایتی از اهالی سمرقند علیه قتیبۀ بن مسلم فرمانده سپاهیان مسلمان به عمر بن عبدالعزیز رسید و در آن از ظلم قتیبه و خیانت او آمده بود، چرا که قتیبه سرزمین آنان را بدون مخیر کردن آنها در امور سه گانه فتح کرده بود. عمر بن عبدالعزیز به والی خود در سمرقند به نام سلیمان بن ابی السری نامه ای نوشت و ماجرای شکایت را بازگفت و آورد که چون نوشته من به تو رسید قاضی در این باب حکم بدهد، اگر به نفع اهالی سمرقند حکم داد اعراب مسلمان از شهر خارج شوند و به محلی که قبل از غلبه قتیبه بر سمرقند بودند، بازگردند، گفته اند قاضی جمیع بن حاضر باجی که فهمید قبل از انذار و تخییر به کارزار اقدام شده است، به نفع اهالی سمرقند حکم داد و سپاهیان مسلمان را به خروج از شهر فرمان داد. سپس خیارات سه گانه را برای آنها فرستاد آنها معاهده و جزیه را

---

۴۲. احکام الحرب و السلام فی دولة الاسلام، همان، ص ۱۵۰، به نقل از شریعة الله و شریعة الانسان، علی علی منصور، ص ۵۶.

۴۳. احکام الحرب و السلام فی دولة الاسلام، همان، ص ۱۵۰، به نقل از الجهاد طریق النصر، عبدالله غوشه، ص ۱۱۸.

قبول کردند.<sup>۴۴</sup> بعضی می‌گویند آنها راضی شدند که به وضع سابق بمانند  
چرا که عدالت اسلامی را احساس کرده بودند.<sup>۴۵</sup>

### آرای دانشمندان در انذار

جمیع فقیهان بر تقدم دعوت و انذار قبل از آغاز درگیری تأکید کرده‌اند. به طور کلی در خصوص ابلاغ دعوت اسلامی و انذار قبل از آغاز درگیری سه نظر عمده در فقه اسلامی وجود دارد:

۱- واجب است قبل از کارزار، دعوت اسلامی صورت بگیرد. چه قبلاً به دشمن رسیده باشد و چه نرسیده باشد. ظاهراً این رأی از مالک، هادویه و زیدیه رسیده است. دلیل آنان آیه ۱۶ سوره فتح است که در آن آمده است: «ستدعون الی قوم اولی باس شدید تقاتلونهم او یسلمون». «او» در این آیه به معنای اختیار و انتخاب است و اطلاق نیز دارد. یعنی شامل حال دعوت‌شدگان قبل نیز می‌شود.

۲- دعوت واجب نیست بلکه استحباب دارد.

۳- دعوت برای آنهایی که اسلام به آنها نرسیده واجب است. اما اگر اسلام انتشار عمومی پیدا کرد و مردم دعوت اسلامی را شناختند، در این صورت استحباب تأکید برای دعوت و انذار است اما واجب نیست. جمهور علمای اهل سنت و اباضیه بر این رأی قائلند.<sup>۴۶</sup> ابن منذر می‌گوید:

---

۴۴. حادثه سمرقند را بلاذری در «فتوح البلدان»، البلاذری، دار النشر للجامعین، بیروت، ۱۹۵۷ م. و ابن‌اثیر در «کامل» خود آورده است؛ نیز رک. تاریخ طبری، ج ۶، ص ۵۶۷.

۴۵. رک. احکام الحرب و السلام فی دولة الاسلام، همان، ص ۱-۱۵۰، به نقل از فقه السنة، ج ۲، ص ۷-۶۴۶.

۴۶. رک. شرح السیر الکبیر، همان، ص ۸-۵۷؛ المبسوط، همان، ج ۱۰، ص ۶-۳۰؛ الفتاوی الهندیة، جماعة من علماء الهند، المطبعة الامیریة، القاهرة، ۱۳۱۰ هـ. ق، ج ۲، ص ۱۹۲؛ البحر المحیط، ابو عبدالله محمد بن یوسف بن علی الاندلسی (ابوحیان)، مطبعة السعادة، مصر، ۱۳۳۸ هـ. ق، ج ۲، ص ۲۰۱؛ الام،



این قول اکثر اهل علم است و احادیث صحیح بر معنای آن دلالت می‌کند.<sup>۴۷</sup>

شیعه امامیه نیز به رأی سوم قائل است. برخی از فقهای شیعی تعبیر «لایجوز القتال الا بعد الدعاء» یا «انما یجوز بعد الدعاء» آورده‌اند. شیخ طوسی در «النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی»،<sup>۴۸</sup> «الخلاف»<sup>۴۹</sup> و نیز در «المبسوط فی الفقه الامامیه»،<sup>۵۰</sup> قاضی ابن براج طرابلسی در «المهذب»،<sup>۵۱</sup> راوندی در «فقه القرآن»،<sup>۵۲</sup> ابن ادريس حلی در «السرائر»،<sup>۵۳</sup> علامه حلی در «قواعد الاحکام فی مسائل الحلال و الحرام»<sup>۵۴</sup> و نیز در «ارشاد الاذهان»،<sup>۵۵</sup> شهید اول در «الدروس الشرعیة»<sup>۵۶</sup> و فاضل مقداد در «کنزالعرفان»<sup>۵۷</sup> از آن

---

محمدبن ادريس الشافعی، مطبعة بولاق، القاهرة، ۱۳۲۱ هـ. ق، ج ۴، ص ۱۵۷؛ مغنی المحتاج الی شرح

المنهاج، محمد الشربینی الخطیب، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ۱۳۵۲ هـ. ق، ۱۹۳۳ م، ج ۴، ص ۲۲۱؛ المغنی، ابن قدامة الحنبلي، تحقیق محمود عبدالوهاب فايد، مكتبة القاهرة، ۱۳۸۹ هـ. ق، ۱۹۶۹ م، ج ۸، ص ۳۶۱؛ الانتفاع لطالب الانتفاع، ابوالنجا موسی بن احمد الحجاوی الحنبلي، مكتبة انصار السنة المحمدية، القاهرة، بی تا، ق ۹۶؛ كشف القناع، منصوربن ادريس البهوتي، مطبعة انصار السنة المحمدية، القاهرة، طبعه الثانية، ۱۳۶۶ هـ. ق، ۱۹۴۷ م، ج ۳۰، ص ۳۱؛ شرح النیل و شفاء العلیل، محمد بن يوسف اطفیش، المطبعة السلفية، القاهرة، ۱۳۴۳ هـ. ق، ج ۱۰، ص ۴۱۷؛ و نیز احکام اهل الذمة، ابن قیم جوزية، تحقیق صبحی الصالح، مطبعة جامعة دمشق، ۱۹۶۱ م، ص ۵.

۴۷. رک. احکام الحرب و السلام فی دولة الاسلام، همان، ص ۱۵۱.

۴۸. النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، شیخ طوسی، چاپ شده در سلسله النبايع الفقهيه، علی اصغر مرواريد، مؤسسة فقه الشیعة، الدار الاسلامیة، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۱۰ هـ. ق، ۱۹۹۰ م، ج ۹، ص ۵۱.

۴۹. الخلاف، همو، سلسله النبايع، ج ۳۱، ص ۱۰.

۵۰. المبسوط فی الفقه الامامیة، همو، سلسله النبايع، ج ۳۱، ص ۸۱.

۵۱. المهذب، قاضی عبدالعزيزبن البراج الطرابلسی، سلسله النبايع، ج ۹، ص ۸۵.

۵۲. فقه القرآن، سعیدبن عبدالله بن الحسين بن هبة الله بن الحسن الراوندی، سلسله النبايع، ج ۹، ص ۱۱۳.

۵۳. السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، ابو منصور محمد بن ادريس محمد العجلي الحلی، سلسله النبايع، ج ۹، ص ۱۷۷.

۵۴. قواعد الاحکام فی مسائل الحلال و الحرام، علامه حلی، سلسله النبايع، ج ۹، ص ۲۴۶.

۵۵. ارشاد الاذهان، علامه حلی، سلسله النبايع، ج ۳۱، ص ۱۹۲.

۵۶. الدروس الشرعیة، محمدبن جمالالدين مکی العاملي (شهيد اول)، سلسله النبايع، ج ۳۱، ص ۲۲۳.

۵۷. کنزالعرفان، همان، ج ۱، ص ۳۹۲.

آثار حقوقی اعلان جنگ در ... ❖ ۳۰۱

جمله‌اند. برخی دیگر از فقهای اهل بیت (ع) تعبیر «لا یبدا القتال الا بعد الدعاء» یا قریب به این مضمون دارند. مثل شیخ طوسی در «الجمل و العقود»<sup>۵۸</sup> و نیز «الاقتصاد الهادی الی الرشاد»<sup>۵۹</sup> ابن حمزه طوسی در «الوسیلة الی نیل الفضیلة»<sup>۶۰</sup> محقق حلی در «شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام»<sup>۶۱</sup> و نیز «المختصر النافع»<sup>۶۲</sup> و شیخ محمد حسن نجفی در «جواهر الکلام»<sup>۶۳</sup> که معتقدند ابتدا به جنگ نمی‌شود مگر بعد از دعوت به اسلام. شهید اول در «اللمعة الدمشقیة»<sup>۶۴</sup> تعبیر به وجوب کارزار، بعد از دعوت و امتناع دشمن دارد و ابوالصلاح حلبی در «الکافی فی الفقه»<sup>۶۵</sup> تعبیر به «فلیقدم الدعوة الیه» می‌کند. ابن سعید هذلی در «الجامع للشرائع»<sup>۶۶</sup> تعبیر به «لا قتال حتی یدعوه» دارد و علامه حلی در «تلخیص المرام فی معرفة الاحکام»<sup>۶۷</sup> عبارت «یحرم القتال دون الدعاء» را آورده است و همو در «تبصرة المتعلمین فی احکام الدین»<sup>۶۸</sup> عبارت «انما یحاربون بعد الدعاء» به کار برده است. نظام‌الدین صهرشتی در «اصباح الشیعة بمصباح الشریعة»<sup>۶۹</sup>

۵۸. الجمل و العقود، شیخ طوسی، سلسله الینابیع، ج ۹، ص ۶۱.  
 ۵۹. الاقتصاد الهادی الی الرشاد، شیخ طوسی، سلسله الینابیع، ج ۳۱، ص ۴.  
 ۶۰. الوسیلة الی نیل الفضیلة، عمادالدین ابوجعفر محمد بن علی بن حمزه الطوسی، سلسله الینابیع، ج ۹، ص ۱۶۰.  
 ۶۱. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، محقق حلی، سلسله الینابیع، ج ۹، ص ۲۰۳.  
 ۶۲. المختصر النافع، محقق حلی، سلسله الینابیع، ج ۹، ص ۲۲۷.  
 ۶۳. جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، شیخ محمد حسن نجفی، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۵ ه. ش، ج ۲۱، ص ۵۱.  
 ۶۴. اللمعة الدمشقیة، شهید اول، سلسله الینابیع، ج ۹، ص ۲۷۳.  
 ۶۵. الکافی فی الفقه، همان، ص ۳۲.  
 ۶۶. الجامع للشرائع، ابو زکریا یحیی بن احمد بن یحیی بن الحسن بن سعید الهذلی، سلسله الینابیع، ج ۹، ص ۲۳۵.  
 ۶۷. تلخیص المرام فی معرفة الاحکام، علامه حلی، سلسله الینابیع، ج ۳۱، ص ۲۰۳.  
 ۶۸. تبصرة المتعلمین فی احکام الدین، همو، سلسله الینابیع، ج ۳۱، ص ۱۸۶.  
 ۶۹. اصباح الشیعة بمصباح الشریعة، نظام‌الدین ابوالحسن سلمان بن الحسن بن سلیمان الصهرشتی، سلسله الینابیع، ج ۹، ص ۱۶۹.

در بحث از کیفیت جهاد، مقدم داشتن اعدار و انذار قبل از جنگ را برشمرده و لازم دانسته است. از میان فقها ابن زهره حلبی در «غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع»<sup>۷۰</sup> و نیز ابوالحسن حلبی در «اشارة السبق الی معرفة الحق»<sup>۷۱</sup> عبارت «ینبغی تقدیم الانذار» را آورده‌اند که گویا استحباب را می‌رساند.

نکته مهم این که عموم فقهای بزرگوار تکرار دعوت و تلطیف در بیان آن را مورد اشاره قرار داده و تأکید کرده‌اند. برای نمونه، در «الکافی فی الفقه» می‌خوانیم: «و باید در دعوت کوشش کند و به بیان لطیف درآید و خود و صاحبان بصیرت از اصحابش دعوت را تکرار نمایند».<sup>۷۲</sup> از سوی دیگر بسیاری از فقیهان بر این نکته مهمتر پای فشرده‌اند که حتی بعد از انذار و اعدار، نباید آغاز جنگ از سوی مسلمانان باشد. بلکه به خاطر تحقق اتمام حجت و بسته شدن راه هرگونه عذر برای غیرمسلمانان، سپاه اسلام باید ابتدا به جنگ نکند تا غیرمسلمانان آغازگر جنگ باشند. برای نمونه، ابن زهره حلبی در «الغنیة» آورده است: «بعد از اعدار و انذار و کوشش در دعوت شایسته است که از جنگ خودداری شود تا دشمن آغازگر آن باشد و حجت بر او تمام شود».<sup>۷۳</sup>

از لحاظ دعوت به اسلام، غیر مسلمانان به دو گروه عمده تقسیم می‌شدند: «یک دسته غیرمسلمانانی که دعوت اسلامی به آنها رسیده ولی بدان وقعی ننهاده و از قبول آن سرباز زده بودند. در چنین موارد فرمانده

---

۷۰. الغنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع، حمزة بن علی بن زهره الحسینی الاسحاقی الحلبی، سلسلة الینابیع، ج ۹، ص ۱۵۱-۲.

۷۱. اشارة السبق الی معرفة الحق، علاءالدین ابوالحسن علی بن ابی الفضل الحسن بن ابی المجد الحلبی، سلسلة الینابیع، ج ۹، ص ۱۹۵.

۷۲. الکافی فی الفقه، همان، ص ۳۲.

۷۳. الغنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع، همان، ص ۱۵۲ و ۱۵۱.

سپاه اسلام حق داشت بدون تجدید دعوت رسمی و اخطار قبلی با آنها به جنگ پردازد. البته شواهد تاریخی نشان می‌دهد که در عمل، معمولاً از این روش کمتر استفاده می‌شد. دسته دوم غیرمسلمانانی بودند که دعوت به آنها نرسیده بود. حمله به آنها قبل از عرضه کردن دعوت ممنوع است. در هر دو مورد مسلمانان فقط در صورتی جنگ را آغاز می‌کردند که دعوت‌شدگان دعوت اسلام را با سلاح پاسخ می‌گفتند. اگر دعوت را نمی‌پذیرفتند و دست به مخاصمه هم نمی‌زدند، عهدنامه منعقد می‌شد.<sup>۷۴</sup>

به هر حال، همانطور که از عبارات فقهای گرانقدر روشن می‌شود، تکرار دعوت حتی برای کسانی که قبلاً دعوت به آنها رسیده است استحباب تأکیدی دارد. ضمن این که در صورت عدم قبول دعوت، به هر حال شروع جنگ معمولاً از سوی مسلمانان نیست بلکه آغازگر دشمنانند. از سوی دیگر، بر مهلت دادن چنان چه در برخی از احادیث آمده تأکید تام رفته است تا دشمن بتواند پیرامون دعوت و پیام دین الهی تأمل و اندیشه کند.

### کیفیت انذار

ظاهراً در حقوق بین‌الملل آمده است که انذار باید کتبی باشد<sup>۷۵</sup> اما در حقوق اسلامی انواع دیگر انذار نیز وجود دارد. در تاریخ اسلام مواردی از دعوت سران ممالک غیراسلامی به اسلام از طریق مکاتبات رسمی یا نماینده ویژه یا بیان واضح و صریح به چشم می‌خورد. خصوصاً در زمان

---

۷۴. رک. اسلام و حقوق بین‌الملل عمومی، احمد رشید، ترجمه سید حسین سیدی، دانشگاه تهران، ۱۳۵۳ ه. ش، ص ۱۵۴-۱۵۲.

۷۵. رک. آثار الحرب فی الفقه الاسلامی، همان، ص ۱۵۹.

پیامبر اکرم که نمایندگان با نامه‌هایی حاوی دعوت به دیانت خاتم از سوی پیامبر به کشورهای مختلف فرستاده شدند.

با توجه به تنوع وسایل ارتباطی در جهان کنونی، نمی‌توان به یک یا دو وسیله خاص برای انذار و اولتیماتوم اکتفا کرد. بلکه اصولاً این امر تابع تطورات عرف بین‌المللی در ارتباطات بین کشورهاست. در «جواهر الکلام» آمده است: «و الظاهر الاکتفاء ببلوغها الی رئیسهم مشافهة او مراسلة او مکاتبة و الاولی اعتبار بلوغها الی کل مقاتل منهم».<sup>۷۶</sup> ظاهر این است که رسیدن دعوت و انذار به صورت شفاهی یا ارسال نماینده یا بطور کتبی به رئیس یک کشور کفایت می‌کند، گرچه اولی این است که باید دعوت به همه افراد کشور برسد. از سوی دیگر «هدایت و دعوت نیز صرفاً کلمات رسمی تقلیدی نیست تا مجاهدان قبل از آغاز درگیری برای برائت ذمه خود بگویند، بلکه این دعوت، دعوتی حقیقی و مستند به همه اسلوبها و اصول و افکاری است که از آنها حجت بر حق و راه هدایت دریافت می‌شود و این امر با عناصر حقیقی پیامبری و رسالت می‌خواند که بایستی برای پاسخگویی بر همه شبهات وارد در این مجال آمادگی لازم داشته باشد. آن هم با سخنانی پاک و نیکو و اسلوبی حکیمانه و عقلایی و قلبی گشاده و مهربان که به جای حقد و کینه، لبریز از محبت و صفا باشد و روحی که پیامبرگونه باشد نه روح سلطه‌جویی و استبداد».<sup>۷۷</sup>

ضمناً چنان چه در ماده ۲ معاهده سوم ۱۹۰۷ تصریح شده است اعلان جنگ باید به دولتهای بی طرف ابلاغ شود.<sup>۷۸</sup> این کشورها را در حقوق

۷۶. جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، همان، ج ۲۱، ص ۵۳.

۷۷. الاسلام و منطق القوة، محمدحسین فضل الله، ص ۲۰۸.

۷۸. حقوق مخاصمات مسلحانه، شارل روسو، همان، ج ۱، ص ۴۱.

اسلامی می‌توان با اندکی مسامحه «دار حیات» نامید که در جای خود بدان خواهیم پرداخت و تفاوت‌های این دو را بر خواهیم شمرد.

### تارکین انذار

در حقوق بین‌الملل برای ترک انذار یا اخطار قبل از اعلان جنگ مجازات خاصی مشاهده نمی‌شود. نهایت آن است که دولت عملی خلاف حقوق بین‌الملل مرتکب شده است. برخی حقوق بین‌الملل را حتی فاقد جنبه حقوقی دانسته و آن را صرفاً قواعدی اخلاقی رایج بین دولتها می‌دانند. برای نمونه «آستین» نویسنده انگلیسی قرن ۱۹ به سبب تعریفی که از حقوق ارائه می‌دهد، یعنی فرامینی که از سوی مقام حاکمه مافوق صادر می‌شود و دارای ضمانت اجرا می‌باشد، حقوق بین‌الملل را فاقد جنبه حقوقی دانسته و آن را قواعد اخلاقی و عقاید و احساسات رایج بین دولتها توصیف می‌کند.<sup>۷۹</sup> در حقوق بین‌الملل ضمانت اجرای قوی و قدرت بالاتری که بتواند قواعد و مبادی آن را مورد حمایت جدی قرار دهد وجود ندارد. به‌علاوه، حقوق بین‌الملل در تطبیق احکام و مقررات خود با وضع کشورها، ضعف‌های زیادی دارد. از سوی دیگر، «در جامعه بین‌الملل وظایف سه‌گانه قانونگذاری، حل و فصل اختلافات و اجرای قواعد متمرکز نیست».<sup>۸۰</sup> نقیصه‌های فوق و دیگر نقایصی که در جای خود بدان پرداخته شده است، این حقوق را مورد ابهام قرار می‌دهد.<sup>۸۱</sup>

۷۹. حقوق بین‌الملل عمومی، همان، ص ۴.

۸۰. همان، ص ۵.

۸۱. امروزه شواهد و رفتار دولتها حاکی از آن است که حقوق بین‌الملل را قواعد الزام‌آور تلقی می‌کنند و در مکاتبات خود به معاهدات و آرای دادگاهها و آثار نویسندگان استناد می‌نمایند و کوشش دارند که سیاستشان برخلاف حقوق بین‌الملل نباشد. قواعد حقوق بین‌المللی را منکر نمی‌شوند بلکه سعی در توجیه رفتار خود با استناد به برخی از اصول دیگر حقوق بین‌الملل دارند.

اما در اسلام فقه و حقوق به عنوان دستوالعمل زندگی جایگاه خاصی دارد. احکام و مقررات عملی عمومی و خصوصی محترم و مرعی است. منبع احترام نیز ناشی از سیطره و هیمنه عقیده اسلامی بر نفوس مسلمانان است. در یک دیندار مسلمان، دافع ذاتی برای عدم مخالف با حقوق و مقررات وجود دارد. ضمن این که فرد مخالف، از عواقب اخروی مخالفت در هراس است، از تعقیب دنیوی نیز در امان نیست. فقها تارکین انذار را آثم و گنهکار شمرده‌اند.

### اعلان جنگ با کیست؟

اعلامیه رسمی جنگ و اولتیماتوم از سوی مقام مملکتی صلاحیتدار هر کشور صادر می‌شود. تعیین صلاحیت اعلان جنگ برای مقامات مملکتی، با حقوق عمومی داخلی یا به عبارت دیگر قانون اساسی هر کشور است. عمدتاً در مورد اقدامات جنگی و اعلانهای رسمی، قوه مقننه با قوه مجریه شریک و سهیم است. در سال ۱۹۳۹ با تفسیر قابل بحثی که از قانون اساسی فرانسه به عمل آمد، تصویب اعتبارات نظامی به وسیله پارلمان بمنزله تأیید اعلان جنگ در نظر گرفته شد.<sup>۸۲</sup> در ایران اسلامی طبق اصل ۱۱۰ قانون اساسی که وظایف و اختیارات رهبر را طی ۱۱ بند عنوان می‌کند، فرماندهی کل نیروهای مسلح و نیز اعلان جنگ و صلح و بسیج نیروها را به عهده ولی فقیه و مقام معظم رهبری گذارده است.

اصولاً در حقوق اسلامی، امام و رهبر مسلمین و به طور کلی حاکم دولت اسلامی برای جنگ یا صلح صلاحیت دارد. ولی امر بالاترین فرمانده سپاهیان مسلمان است و همو اعلان کننده جنگ یا صلح است که به

۸۲. حقوق مخاصمات مسلحانه، همان، ج ۱، ص ۴۲.

مقتضای مصلحت امت و با مشورت خبرگان ملت اقدام می‌کند. ولی امر به عنوان جانشین صاحب شرع در حفظ دین و سیاست دینی است. حمایت کیان امت اسلام و نگهداری از حریم کشور و حفظ مرزها با نیرو و قدرت دفاعی از موارد مهم سیاست نظامی دولت اسلامی است. مسؤول اعلان جنگ ولی امر مسلمین است و احدی از مسلمانان نمی‌تواند با رغبت و میل خود با غیر مسلمانان وارد جنگ شود بلکه باید اجازه ولی امر باشد تا ارتباطات کشور اسلامی با غیرمسلمانان طبق نظام مشخص و راه درست و مسیر هدایت شده و مطمئنی جریان یابد. «طبری» در خلال حدیث غزوه بدر آورده است که «و قد امر رسول الله (ص) الا یحملوا حتی یامرهم».<sup>۸۳</sup> بنابراین برای سپاهی مسلمان حق جنگیدن نیست مادامی که رهبر فرمان به شروع نداده است. فقهای اهل سنت به این حق برای امام تصریح کرده‌اند. ابن قدامه آورده است «امر جهاد موکول به امام و اجتهاد اوست و رعیت را اطاعت او الزامی است». گو این که در این باب بین شیعه و سنی تفاوت نظر وجود دارد و شیعه تلقی عام اهل سنت از امام را بر نمی‌تابد.

فقهای شیعی در بحث انذار، داعی را امام (ع) یا منصوب از جانب امام دانسته‌اند. شیخ طوسی در «الجمل و العقود»،<sup>۸۴</sup> ابویعلی حمزه سلار در «المراسم العلویة»،<sup>۸۵</sup> قاضی ابن براج طرابلسی در «المهذب»،<sup>۸۶</sup> ابن زهره حلبی در «غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع»،<sup>۸۷</sup> محقق حلی

۸۳. تاریخ الرسل والملوک، الطبری، دارالمعارف، القاهرة، ۱۹۶۰ م، ج ۲، ص ۴۴۶؛ المغنی، همان، ج ۸، ص ۳۵۲؛ نیز رک. شرح السیر الکبیر، همان، ج ۱۰، ص ۳۷۲؛ الاقناع، همان، ق ۹۴. ب؛ لباب اللباب، ابو عبدالله بن راشد، المطبعة التونسیة، تونس، ۱۳۴۶ هـ. ق، ص ۷۰؛ مغنی المحتاج الی شرح المنهاج، همان، ج ۴، ص ۲۲۰.

۸۴. الجمل و العقود، همان، ص ۶۲.

۸۵. المراسم العلویة، ابویعلی حمزه بن عبدالعزیز الدیلمی (سلار دیلمی)، سلسله النبیایع، ج ۹، ص ۶۸.

۸۶. المهذب، همان، ص ۱۰۱.

۸۷. الغنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع، همان، ص ۱۵۲.



در «شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام»<sup>۸۸</sup> و نیز در «المختصر النافع»<sup>۸۹</sup> ابن سعید هذلی در «الجامع للشرائع»<sup>۹۰</sup> علامه حلی در «قواعد الاحکام فی مسائل الحلال و الحرام»<sup>۹۱</sup> و نیز «تبصرة المتعلمین فی احکام الدین»<sup>۹۲</sup> و «ارشاد الاذهان»<sup>۹۳</sup> و «تلخیص المرام فی معرفة الاحکام»<sup>۹۴</sup> و شهید اول در «الدروس الشرعية»<sup>۹۵</sup> از آن جمله‌اند. صاحب جواهر آورده است: «در هر حال در «النافع» و «التحریر» و «التذکرة» و «التبصرة» و «الارشاد» و «القواعد» و «الدروس» و «الروضة» آمده است که دعوت کننده امام (ع) یا منصوب از جانب او می باشد که چه بسا مراد وجوب باشد»<sup>۹۶</sup>.

شیخ طوسی در کتابهای دیگر خود «النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی»<sup>۹۷</sup> و نیز در «الاقتصاد الهادی الی الرشاد»<sup>۹۸</sup> و «المبسوط فی الفقه الامامیة»<sup>۹۹</sup> و نیز ابن ادریس حلی در «السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی»<sup>۱۰۰</sup> عبارت «ینبغی ان یکون الداعی هو الامام او من نصبه» آورده‌اند که اشعار به ندب و استحباب دارد.

- 
۸۸. شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، همان، ص ۲۰۳.  
 ۸۹. المختصر النافع، همان، ص ۲۲۷.  
 ۹۰. الجامع للشرائع، همان، ص ۲۳۵.  
 ۹۱. قواعد الاحکام فی مسائل الحلال والحرام، همان، ص ۲۴۶.  
 ۹۲. تبصرة المتعلمین فی احکام الدین، همان، ص ۱۸۶.  
 ۹۳. الارشاد الاذهان، همان، ص ۱۹۲.  
 ۹۴. تلخیص المرام فی معرفة الاحکام، همان، ص ۲۰۳.  
 ۹۵. الدروس الشرعية، همان، ص ۲۲۳.  
 ۹۶. جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، همان، ج ۲۱، ص ۵۲.  
 ۹۷. النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، همان، ص ۵۱.  
 ۹۸. الاقتصاد الهادی الی الرشاد، همان، ص ۴.  
 ۹۹. المبسوط فی الفقه الامامیة، همان، ص ۸۱.  
 ۱۰۰. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، همان، ص ۱۷۷.

با توجه به مراتب فوق روشن است که دعوت، نبذ، انذار نهایی و اعلان جنگ، وظیفه امام المسلمین است.

### آثار حقوقی اعلان جنگ

به دنبال وقوع یک جنگ یا اعلان آن، معمولاً حالت جنگ خود به خود و بلافاصله بعد از آن حاصل می‌شود و سرزمینی که به آن اعلان جنگ شده و درگیری آغاز شده است، عنوان «دار حرب» می‌گیرد. حالت جنگی و مشخص شدن دار حرب مهمترین اثری است که بر روابط طرفین مخاصمه حاکم می‌گردد و آن را تحت الشعاع قرار می‌دهد و سایر آثار ناشی از برقراری این حالت است. درخصوص این آثار در فرصت دیگری به تفصیل سخن خواهیم گفت.

اجمالاً مهمترین آثار به شرح زیر است:

- ۱- ممنوعیت مناسبات تجاری با دشمن.
- ۲- فسخ قراردادهای دوجانبه بین کشور اسلامی و دشمن.
- ۳- مشخص شدن کشورهای بی طرف که در حقوق اسلامی می‌توان آنها را دار حیات عنوان داد.
- ۴- به تعلیق درآمدن روابط سیاسی و دیپلماتیک با دشمن.
- ۵- به شمار آمدن اموال عمومی دشمن به عنوان غنیمت جنگی.

### خاتمه

از مجموعه متون اسلامی چنین برمی‌آید که به هر حال جهاد متضمن شروطی خاص است که باید تحقق یابد و از آن جمله؛ وجوب انذار دشمن قبل از کارزار یا به عبارت دیگر اتمام حجت (اولتیماتوم) و سپس اعلان

جنگ است. در حقوق اسلامی به طور کلی جنگ جایز نیست مگر این که قبل از آن دعوت اسلامی صورت گرفته باشد و مهلتی نیز برای تحقیق، بررسی و مطالعه پیرامون دعوت به دشمن داده شود.<sup>۱۰۱</sup>

در طبیعت دعوت اسلامی ابهام، کُلفَت و تیرگی عقلانی وجود ندارد بلکه این دعوت از شفافیت خاصی برخوردار است. مقتضای دعوت این است که همه غیرمسلمانان آن را بشنوند و بفهمند و آزادانه بیندیشند و مختارانه آن را انتخاب نمایند. حتی به عبارتی معنای «جهاد فی سبیل الله» نیز «الدعوة الی الله» است. دعوت و هدایت هدف اصلی دیانت شریف است. دعوت و هدایت نیز صرفاً کلمات رسمی تقلیدی تکراری نیست بلکه دعوتی حقیقی و مبتنی بر روحی پیامبرگونه، سخنانی پاک و متین، روشی حکیمانه و اسلوبی عقلانی و رویی گشاده و مسالمت آمیز است. در پرتو دعوت آمادگی‌های بسیاری لازم است. اقامه براهین و استدلالات عقلانی و ارائه محاسن و نیکوییهای اسلام، پاسخ‌گویی به شبهات و سؤالات وارد از سوی دیگران از آن جمله است. آیه ۱۲۵ سوره نحل حکمت و موعظه حسنه و جدال احسن را معیار دعوت به حق و هدایتگری دانسته است و تحقیق آن است که پیامبر بزرگوار نیز مردم را به قدر استعدادشان دعوت می‌کرد و می‌فرمود: «امرنا معاشر الانبیاء ان نکلم الناس علی قدر عقولهم».<sup>۱۰۲</sup>

در حدیثی که از امام سجاد (ع) روایت شده است صفات «تائب، عابد، حامد، سائح، راکع، ساجد، آمر بالمعروف، ناهی عن المنکر و حافظ لحدود الله» برای کسانی که به جهاد روی می‌آورند برشمرده است.<sup>۱۰۳</sup> مرور صفات فوق خود گویای خیلی چیزهاست. دعوت کننده باید کسی باشد که

۱۰۱. الکافی فی الفقه، همان، ص ۳۲.

۱۰۲. کنزالعرفان، همان، ج ۱، ص ۳۹۲.

۱۰۳. وسائل الشیعه، محمد بن حسن حر عاملی، تهران، اسلامیه، ۱۳۸۸ ه. ق، ج ۱۱، ص ۳۴.

خود به محتوای دعوت دینی عامل باشد. یا معصوم باشد یا منصوب از جانب معصوم باشد. اگر نصب خاصی باشد که سخنی نبوده و نیست در نصب عام که عموم فقهای بزرگوار را در دوره غیبت شامل می‌شود، طبق بسیاری از احادیث باید به فقیه مبسوط الید رجوع کرد. بحث مفصل در این باره و نیز صفات و شرایط و ویژگیهای الزامی برای چنین فقیهی در کتب خاص خود آمده است.<sup>۱۰۴</sup>

با توجه به این مطلب در حقوق اسلامی، انذار، دعوت و اخطار و به بیان دیگر، اعلان جنگ از اختیارات ولی امر مسلمین است و اوست که باید این وظیفه مهم را برعهده بگیرد و به هدایت عمومی «ناس» اقدام کند و آنان را به راه صواب و نهج حق دعوت نماید.

---

۱۰۴. برای نمونه رک. ولایت فقیه یا حکومت اسلامی، امام خمینی؛ البیع، امام خمینی؛ دراساء فی ولایة الفقیه، چهار جلد، آیه الله منتظری و بسیاری کتب دیگر. شایان ذکر است که در جهاد دفاعی نیاز به اذن امام نیست بلکه وجوب آن عقلی است. بحث ما در جهاد ابتدایی است.

## کنوانسیون منع شکنجه و دیگر رفتارها یا مجازاتهای بیرحمانه، غیرانسانی یا ترذیلی (۱۹۸۴)

کشورهای عضو این کنوانسیون،  
با عنایت به این که مطابق اصول مصرّحه در منشور ملل متحد،  
شناسایی حقوق مساوی و غیرقابل واگذاری برای کلیه اعضای جامعه  
بشریت زیربنای آزادی، عدالت و صلح در جهان است،  
با قبول این که حقوق مزبور از کرامت ذاتی انسان سرچشمه  
می‌گیرد،

با در نظر گرفتن تکلیفی که کشورها براساس منشور، به ویژه ماده ۵۵  
آن، به منظور ارتقای احترام همه‌جانبه به حقوق بشر و آزادی‌های اساسی و  
نیز رعایت آنها به عهده گرفته‌اند،

باتوجه به ماده ۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۷ میثاق بین‌المللی  
حقوق مدنی و سیاسی، در خصوص ممنوعیت اعمال شکنجه یا رفتارها و  
مجازات‌های بیرحمانه، غیرانسانی یا ترذیلی نسبت به افراد،

همچنین با در نظر داشتن اعلامیه حمایت از قربانیان شکنجه و دیگر رفتارها یا مجازات‌های بیرحمانه، غیر انسانی یا ترذیلی که در تاریخ نهم دسامبر ۱۹۷۵ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسیده است، با عزم به کارا تر ساختن تلاش‌های معمول در جهت از میان برداشتن شکنجه و دیگر رفتارها یا مجازات‌های بیرحمانه، غیر انسانی یا ترذیلی در سراسر دنیا، مراتب زیر را مورد توافق قرار داده‌اند:

## بخش یک

### ماده ۱

۱. در این کنوانسیون واژه «شکنجه» عبارت است از ایراد عمدی هرگونه درد و یا رنج شدید بدنی یا روحی به یک شخص از جانب مأمور رسمی دولت و یا کسی که در سمتی رسمی عمل می‌کند، و یا به تحریک و یا اجازه و یا سکوت او به منظور اخذ اطلاعات و یا اقرار از شخص و یا شخص ثالث، مجازات وی از بابت عملی که وی و یا شخص ثالث مرتکب شده و یا مظنون به ارتکاب آن است، ارباب و یا اجبار او و یا شخص ثالث و یا به هر دلیلی که مبتنی بر هرگونه تبعیض باشد. درد و یا رنجی که از مجازات‌های قانونی ناشی می‌شود و یا جزء لاینفک و یا لازمه آنهاست، از شمول این تعریف خارج است.

۲. مفاد این ماده به گستره شمول اسناد بین‌المللی یا قوانین داخلی که به نوعی متضمن مقررات عام‌الشمول‌تری باشد، هیچ‌گونه خدشه‌ای وارد نمی‌کند.

## ماده ۲

۱. هر کشور عضو مکلف است کلیه تدابیر مؤثر تقنینی، اداری، قضایی و غیر آن را برای پیشگیری از شکنجه در سرتاسر قلمروی تحت صلاحیت خود اتخاذ کند.
۲. هیچ گونه شرایط استثنایی مثل حالت جنگ یا تهدید به آن، ناآرامی‌های سیاسی داخلی، یا هرگونه وضعیت فوق‌العاده عمومی نمی‌تواند به‌عنوان دستاویزی برای توجیه شکنجه مورد استناد قرار گیرد.
۳. دستور افسر و یا مقام دولتی مافوق نمی‌تواند مستمسکی برای توجیه شکنجه قرار گیرد.

## ماده ۳

۱. چنانچه دلایل متقنی درمورد تحت شکنجه قرار گرفتن شخص وجود داشته باشد، هیچ کشور عضوی نباید به اخراج، برگرداندن و یا استرداد وی مبادرت ورزد.
۲. به‌منظور احراز وجود این‌گونه دلایل، مقامات صلاحیتدار عندالافتضا کلیه ملاحظات مربوطه از جمله وجود یک الگوی رفتاری ثابت از نقض فاحش، آشکار یا گسترده حقوق بشر در کشور مربوطه را در نظر می‌گیرند.

## ماده ۴

۱. هر کشور عضو مراقبت به عمل خواهد آورد تا کلیه اشکال شکنجه در قانون جزای آن کشور عنوان مجرمانه داشته باشد. شروع به ارتکاب شکنجه و معاونت یا مشارکت در آن نیز تابع همین حکم است.
۲. هر کشور عضو با تعیین مجازات‌های متناسب با طبع سنگین این جرایم، ارتکاب این گونه بزه‌ها را قابل مجازات اعلام خواهد کرد.

## ماده ۵

۱. هر کشور عضو تدابیر لازم را برای احراز صلاحیت قضایی خود در مورد جرایم موضوع ماده ۴ در موارد زیر اتخاذ خواهد کرد:
  - الف - در صورتی که جرایم مزبور در هر نقطه از قلمرو تحت صلاحیت آن یا در کشتی یا هواپیمای ثبت شده نزد آن کشور ارتکاب یافته باشد،
  - ب - در صورتی که متهم تبعه آن کشور باشد،
  - ج - چنانچه قربانی دارای تابعیت آن کشور باشد، مشروط بر این که آن کشور مقتضی بداند.
۲. همچنین هر کشور عضو تدابیر لازم را برای احراز صلاحیت خود نسبت به این گونه جرایم در مواردی که متهم در قلمرو قضایی وی حضور دارد [ولی] آن کشور مطابق ماده ۸ وی را به هیچ‌یک از کشورهای مذکور در بند ۱ این ماده مسترد نمی‌کند، اتخاذ خواهد نمود.



۳. این کنوانسیون نافی هیچ‌گونه صلاحیت کیفری موجود در قوانین داخلی نیست.

## ماده ۶

۱. هر کشور عضو کنوانسیون که شخص متهم به ارتکاب یکی از جرایم اشاره شده در ماده ۴، در سرزمین آن حضور دارد، پس از بررسی اطلاعات در دسترس و احراز ضرورت با توجه به اوضاع و احوال موجود، او را بازداشت یا اقدامات قانونی دیگری را برای تأمین حضور متهم [در دادگاه] اتخاذ می‌نماید. بازداشت و اقدامات قانونی دیگر طبق قانون کشور عضو صورت خواهد گرفت، ولی ادامه آنها فقط تا زمانی امکان‌پذیر است که برای طرح هرگونه دعوی کیفری یا استرداد لازم باشد.

۲. کشور مزبور فوراً تحقیقات مقدماتی را در مورد واقعیات امر انجام می‌دهد.

۳. به شخص تحت بازداشت مطابق بند اول این ماده کمک خواهد شد تا فوراً با نزدیکترین نماینده مربوطه از کشور متبوع خود، یا در صورت بدون تابعیت بودن، با نماینده کشور اقامتگاه معمولی خود، تماس برقرار کند.

۴. هر کشوری که در اجرای این ماده شخص را بازداشت نموده است، فوراً مراتب بازداشت متهم و شرایطی که بازداشت وی را ایجاب کرده است، به کشورهای اشاره شده در بند اول ماده ۵ اطلاع خواهد داد. کشوری که تحقیقات مقدماتی پیش‌بینی شده در بند ۲ این ماده را انجام

می‌دهد، یافته‌های خود را فوراً به کشورهای مزبور گزارش و قصد خود را برای اعمال یا عدم اعمال صلاحیت نسبت به متهم اعلام می‌نماید.

## ماده ۷

۱. کشور عضوی که در قلمرو قضایی آن شخص متهم به ارتکاب یکی از جرایم مذکور در ماده ۴ یافت شده است، در صورت عدم استرداد وی، در موارد پیش‌بینی شده در ماده ۵ پرونده را جهت تعقیب به مقامات صلاحیتدار متبوعه تسلیم می‌دارد.

۲. مقامات صلاحیتدار مزبور تصمیم خود را مطابق همان آیین پیش‌بینی شده در قوانین آن کشور برای رسیدگی به بزه‌های عادی دارای ماهیت سنگین اتخاذ می‌نمایند. در موارد مندرج در بند ۲ ماده ۵، معیارهای ادله اثبات لازم برای تعقیب و محکومیت به هیچ‌وجه از آنچه که نسبت به موارد مذکور در بند ۱ ماده ۵ اعمال می‌گردد، خفیف‌تر نخواهد بود.

۳. شخصی که به لحاظ ارتکاب هریک از جرایم مندرج در ماده ۴ تحت تعقیب قرار گرفته است، در کلیه مراحل رسیدگی از رفتاری منصفانه برخوردار خواهد بود.

## ماده ۸

۱. جرایم مذکور در ماده ۴ در عداد جرایم قابل استرداد در معاهدات استرداد موجود بین کشورهای عضو قلمداد می‌شوند. کشورهای عضو متعهد

می‌شوند تا این‌گونه جرایم را به‌عنوان جرایم قابل استرداد در هر معاهده استردادی که در آینده بین خود منعقد می‌کنند، بگنجانند.

۲. چنانچه کشور عضوی که در آن استرداد مشروط به وجود معاهده است، تقاضای استرداد را از عضو دیگری دریافت کند که با آن معاهده استرداد ندارد، می‌تواند کنوانسیون حاضر را به‌عنوان مبنای قانونی استرداد در مورد جرایم مورد بحث تلقی نماید. استرداد مشروط به رعایت سایر شرایط پیش‌بینی شده در قانون کشور مورد تقاضا خواهد بود.

۳. کشورهای عضوی که استرداد را مشروط به وجود معاهده استرداد نمی‌دانند، جرایم مورد بحث را با رعایت شرایط مقرر در قانون کشور مورد تقاضا، به‌عنوان جرایم قابل استرداد بین خود خواهند شناخت.

۴. به‌منظور استرداد بین کشورهای عضو این کنوانسیون، و احراز صلاحیت آنها برابر مفاد بند ۱ ماده ۵، جرایم موضوع این معاهده نه‌تنها در محل وقوع آنها بلکه در سرزمین کشورهای متقاضی استرداد نیز ارتکاب یافته تلقی می‌شوند.

## ماده ۹

۱. کشورهای عضو در خصوص رسیدگی کیفری مطروحه در مورد جرایم مندرج در ماده ۴ از جمله در زمینه ارائه کلیه اسنادی که نزد آنان بوده و برای رسیدگی لازم می‌باشد، نهایت مساعدت را با یکدیگر به‌عمل خواهند آورد.

۲. کشورهای عضو تعهدات موضوع بند ۱ این ماده را در چارچوب معاهدات منعقدہ موجود درخصوص معاضدت قضایی به اجرا درخواهند آورد.

### ماده ۱۰

۱. هر کشور عضو کنوانسیون مراقبت به عمل خواهد آورد تا آموزش و اطلاعات مربوط به ممنوعیت شکنجه به طور کامل در برنامه آموزشی نیروهای مجری قانون، اعم از نظامی یا غیرنظامی، کارکنان پزشکی، مأموران دولتی و اشخاص دیگر که ممکن است دست‌اندرکار بازداشت، بازجویی یا برخورد با فرد دستگیر و بازداشت شده یا زندانی باشند، گنجانده شود.

۲. هر کشور عضو، ممنوعیت مزبور را در مقررات و یا دستورالعمل‌های صادره در ارتباط با وظایف و مسؤولیت‌های هریک از اشخاص مزبور، درج خواهد کرد.

### ماده ۱۱

به منظور پیشگیری از وقوع هرگونه شکنجه، هر کشور عضو کنوانسیون مقررات بازجویی، دستورالعمل‌ها، شیوه‌ها و عملکردها و همچنین آیین بازداشت و رفتار با اشخاصی را که به نحوی در یکی از حوزه‌های تحت صلاحیت قضایی آن دستگیر، بازداشت یا زندانی شده‌اند، مورد بازبینی منظم قرار خواهد داد.

## ماده ۱۲

هر کشور عضو کنوانسیون مراقبت به عمل خواهد آورد تا مقامات صلاحیتدار آن، در صورت وجود دلایل معقول بر وقوع شکنجه در هر حوزه تحت صلاحیت قضایی آن، به تحقیقات سریع و بیطرفانه مبادرت ورزند.

## ماده ۱۳

هر کشور عضو مراقبت به عمل خواهد آورد تا هر شخصی که مدعی شکنجه شدن است بتواند شکایت خود را در حوزه قضایی آن به مراجع صلاحیتدار تسلیم نماید و به این شکایت فوراً و بیطرفانه توسط مراجع مزبور رسیدگی گردد.

ترتیبات حمایتی اتخاذ خواهد شد تا شاکی و شهود به دلیل طرح شکایت و یا ادای شهادت مورد بد رفتاری یا تهدید قرار نگیرند.

## ماده ۱۴

۱. هر کشور عضو در چارچوب قوانین خود مراقبت به عمل خواهد آورد تا لطمه وارده به قربانی شکنجه جبران گردد و وی از حق قابل اجرا برای دریافت خسارت کافی و منصفانه، از جمله امکانات اعاده کامل به وضع سابق برخوردار شود. در صورت مرگ قربانی در نتیجه شکنجه، افراد تحت تکفل او مستحق دریافت خسارت خواهند بود.

۲. مفاد این ماده به هیچ وجه به حق جبران خسارت موجود در قوانین داخلی برای قربانی یا دیگر اشخاص خدشه‌ای وارد نمی‌کند.

### ماده ۱۵

هریک از کشورهای عضو مراقبت به عمل خواهد آورد تا اظهاراتی که قطعاً حاصل از شکنجه‌اند در هیچ رسیدگی قانونی به‌عنوان دلیل مورد استناد قرار نگیرد مگر علیه شخص متهم به ارتکاب شکنجه به‌عنوان دلیل بر بیان چنان اظهاراتی [تحت شکنجه].

### ماده ۱۶

۱. هر کشور عضو تعهد می‌نماید تا در سرزمین‌های تحت صلاحیت قضایی خود از ارتکاب انواع دیگر اقدامات بیرحمانه و غیرانسانی و یا رفتارها و مجازات‌های ترذیلی اخف از شکنجه موضوع ماده ۱ توسط و یا به تحریک یا با رضایت یا سکوت مأموران رسمی و یا اشخاصی که در چنین سمتی عمل می‌کنند، پیشگیری به عمل آورد. به‌ویژه، تعهدات مندرج در مواد ۱۱، ۱۰، ۱۲ و ۱۳ با جایگزین ساختن اشارات انجام شده در مواد مزبور با سایر اشکال اقدامات بیرحمانه و غیرانسانی و رفتارها و مجازات‌های ترذیلی مجرا خواهد بود.

۲. مفاد این کنوانسیون به هیچ وجه به مقررات مندرج در قوانین داخلی و یا اسناد بین‌المللی دیگر در ارتباط با ممنوعیت مجازات‌ها و یا

رفتارهای بیرحمانه، غیرانسانی یا ترذیلی و یا مقررات ناظر به استرداد و یا اخراج خدشه‌ای وارد نمی‌کند.

## بخش دو

### ماده ۱۷

۱. به منظور انجام وظایف آتی‌الذکر در این کنوانسیون کمیته‌ای به نام کمیته ضد شکنجه (از این به بعد «کمیته») تشکیل خواهد شد. این کمیته از ده نفر کارشناس مستقل که به داشتن اخلاق عالیۀ انسانی و شایستگی علمی در زمینه حقوق بشر اشتها دارند، تشکیل می‌شود. کارشناسان مزبور توسط کشورهای عضو و با رعایت توزیع منصفانه جغرافیایی و سودمندی حضور چند چهره دارای تجربیات حقوقی انتخاب می‌شوند.

۲. اعضای کمیته از میان فهرست نامزدها با رأی مخفی کشورهای عضو برگزیده می‌گردند. هر کشور عضو می‌تواند یک نفر از اتباع خود را نامزد این سمت کند. کشورهای عضو اثرات مثبت نامزد کردن اعضای کمیته حقوق بشر موضوع میثاق بین‌المللی حقوق سیاسی و مدنی را که مایل به خدمت در کمیته ضد شکنجه می‌باشند، مدنظر قرار خواهند داد.

۳. انتخاب اعضای کمیته در جلسه دوسالانۀ کشورهای عضو که به دعوت دبیرکل سازمان ملل متحد تشکیل می‌شود، صورت خواهد گرفت. در جلسات مزبور، که رسمیت آنها منوط به حضور دو سوم از کشورهای عضو است، برای عضویت در کمیته کسب بیشترین رأی از اکثریت مطلق آرای نمایندگان کشورهای عضو حاضر در رأی‌گیری لازم است.

۴. انتخابات اول حداکثر ظرف شش ماه پس از قابل اجرا شدن این کنوانسیون برگزار می‌گردد. حداقل چهار ماه قبل از تاریخ هر انتخابات، دبیرکل سازمان ملل متحد کتباً از کشورهای عضو دعوت خواهد کرد تا اسامی نامزدهای خود را ظرف سه ماه تسلیم نمایند. دبیرکل فهرست الفبایی نامزدها را با ذکر کشورهای عضو معرفی کننده تهیه و به کشورهای عضو ارسال خواهد کرد.

۵. اعضای کمیته برای مدت چهار سال انتخاب می‌گردند و انتخاب دوباره آنها در صورت نامزدی مجدد بلامانع است. مع‌الوصف، پس از دو سال دوره نمایندگی پنج نفر از اعضای منتخب در انتخابات اول خاتمه می‌یابد، اسامی این افراد بلافاصله پس از انتخابات از طریق قرعه به وسیله رئیس جلسه مذکور در بند سوم این ماده، اعلام خواهد شد.

۶. در صورت فوت، استعفا و یا ناتوانی یکی از اعضا به هر علت ممکن از ایفای وظایف خود، کشور عضو نامزد کننده او، مشروط به تصویب اکثریت کشورهای عضو، کارشناس دیگری را از میان اتباع خود برای باقیمانده دوره خدمت او در کمیته منصوب می‌کند. عدم ابراز پاسخ منفی از جانب نصف و یا بیشتر از نصف کشورهای عضو ظرف شش هفته پس از اطلاع از انتصاب پیشنهادی توسط دبیرکل سازمان ملل متحد، حمل بر موافقت آنها می‌گردد.

۷. مسؤولیت مخارج اعضای کمیته حین اجرای وظایف مربوطه برعهده کشورهای عضو است.



## ماده ۱۸

۱. کمیته مأموران خود را برای مدت دو سال برمی‌گزیند و انتخاب مجدد آنها بلامانع است.
۲. آیین رسیدگی کمیته توسط خود آن تدوین می‌گردد ولی در مقررات مزبور باید از جمله پیش‌بینی گردد که:
  - الف - برای رسمیت جلسات حضورش عضو لازم است،
  - ب - تصمیمات کمیته با رأی اکثریت اعضای حاضر اتخاذ می‌گردد.
۳. دبیرکل سازمان ملل متحد نیروی انسانی و امکانات لازم را برای اجرای مؤثر وظایف کمیته به شرح مندرج در این کنوانسیون تأمین می‌نماید.
۴. دبیرکل سازمان ملل متحد جلسه نخست کمیته را منعقد خواهد کرد. جلسات بعدی کمیته در زمان‌های تعیین شده در آیین کار کمیته برگزار خواهد شد.
۵. کشورهای عضو عهده‌دار مخارج مربوط به برگزاری جلسات کشورهای عضو و کمیته، از جمله بازپرداخت هزینه‌های متحمل شده توسط سازمان ملل وفق بند ۳ این ماده، درمورد مخارج پرسنلی و سایر امکانات خواهند بود.

## ماده ۱۹

۱. ظرف یکسال پس از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون درمورد هر کشور عضو، کشورهای عضو گزارش اقدامات خود در جهت ایفای تعهدات موضوع این کنوانسیون را از طریق دبیرکل سازمان ملل متحد به کمیته ارائه خواهند داد. پس از آن، کشورهای عضو گزارشهای تکمیلی درمورد تدابیر جدید متخذه و نیز گزارشهای درخواست شده از طرف کمیته را هر چهار سال یکبار تسلیم می‌نمایند.

۲. دبیرکل سازمان ملل متحد گزارش‌های واصله را برای کلیه کشورهای عضو ارسال خواهد کرد.

۳. کلیه گزارش‌ها توسط کمیته بررسی می‌گردد و کمیته در صورت صلاحدید نظرات کلی درمورد آن ابراز و آنها را به کشور عضو ذیربط ارسال می‌نماید. کشور عضو مزبور می‌تواند دیدگاه‌های خود را در پاسخ به کمیته اعلام دارد.

۴. کمیته می‌تواند رأساً درمورد درج نقطه نظرات خود طبق بند ۳ این ماده و نیز پاسخ واصله از کشور مربوطه، در گزارش سالانه موضوع ماده ۲۴ اخذ تصمیم کند. در صورت درخواست کشور مورد بحث، کمیته همچنین می‌تواند یک نسخه از گزارش تسلیمی طبق بند یک این ماده را نیز در گزارش مزبور بگنجاند.

## ماده ۲۰

۱. چنانچه کمیته با دریافت اطلاعات موثقی به وجود قراین متقنی از اعمال منظم شکنجه در قلمروی کشور عضو دست یابد، از کشور مزبور دعوت می کند تا در بررسی اطلاعات واصله با کمیته همکاری و نقطه نظرات خود را در این رابطه ارائه کند.
۲. با در نظر گرفتن نقطه نظرهای ارائه شده توسط عضو مورد بحث و نیز سایر اطلاعات در دسترس، کمیته می تواند در صورت احراز ضرورت به یک یا چند نفر از اعضای خود برای انجام تحقیقات محرمانه و تهیه گزارشی فوری مأموریت دهد.
۳. در صورت انجام تحقیقات موضوع بند ۲ این ماده، کمیته همکاری کشور عضو مربوطه را جلب خواهد کرد و با موافقت کشور مزبور، می تواند برای انجام تحقیقات از قلمروی آن نیز دیدار کند.
۴. پس از بررسی یافته های عضو یا اعضای کمیته که طبق بند ۲ این ماده تسلیم شده است، کمیته آنها را به همراه دیدگاه ها یا پیشنهادهایی که مناسب با شرایط مزبور تشخیص می دهد، به عضو مربوطه منعکس می کند.
۵. کلیه اقدامات کمیته به شرح مندرج در بندهای ۱ تا ۴ این ماده محرمانه بوده و در کلیه مراحل آن کمیته همکاری کشور عضو را جلب خواهد کرد. پس از تکمیل اقدامات مربوط به تحقیقات موضوع بند ۲ کمیته می تواند پس از رایزنی با کشور عضو مربوطه نسبت به درج خلاصه ای از نتایج حاصله از اقدامات خود در گزارش سالانه موضوع ماده ۲۴ تصمیم گیری به عمل آورد.

## ماده ۲۱

۱. کشور عضو کنوانسیون می‌تواند هر زمان با رعایت مفاد این ماده اعلام دارد که صلاحیت کمیته را برای دریافت و رسیدگی به گزارش‌های حاکی از ادعای یک کشور عضو در مورد عدم اجرای تعهدات موضوع این کنوانسیون از جانب عضو دیگر به رسمیت می‌شناسد. دریافت گزارش‌های مزبور و رسیدگی به آنها وفق آیین مندرج در این ماده فقط در صورتی امکان‌پذیر است که عضو تسلیم‌کننده آن طی اعلامیه‌ای صلاحیت کمیته را نسبت به خود به رسمیت شناخته باشد. چنانچه گزارش واصله در خصوص کشور عضوی باشد که این اعلامیه را تسلیم نکرده باشد، کمیته به آن رسیدگی نخواهد کرد. گزارش‌های دریافتی موضوع این ماده با رعایت آیین زیر رسیدگی خواهد شد:

الف - چنانچه یکی از کشورهای عضو ملاحظه کند که عضو دیگر به مقررات این کنوانسیون ترتیب اثر نمی‌دهد، می‌تواند مراتب را کتباً به اطلاع آن کشور عضو برساند. کشور دریافت‌کننده ظرف سه ماه پس از دریافت این مکاتبه با ارسال توضیح یا هرگونه شرح مکتوب موضوع را برای کشور فرستنده روشن می‌نماید. این پاسخ باید در حد امکان و ارتباط، متضمن اشاره به مقررات داخلی و راه‌های جبرانی بالقوه یا قطعی باشد.

ب - چنانچه ظرف مدت شش ماه پس از وصول مکاتبه اولیه به کشور دریافت‌کننده، موضوع در حد رضایت دو کشور عضو فیصله نیابد هر یک از آنها محق خواهد بود که موضوع را با ارسال یادداشتی برای کمیته و کشور دیگر، به کمیته ارجاع دهد.

ج - کمیته تنها در صورتی به موضوع ارجاعی در حدود این ماده رسیدگی می کند که احراز نماید کلیه طرق و مراجع داخلی با رعایت اصول پذیرفته شده حقوق بین الملل مورد مراجعه قرار گرفته و استقصاء گردیده اند. در مواردی که اجرای راه حل های جبرانی به طور نامعقولی به طول انجامد و یا نیل به یک جبران مؤثر برای قربانی نقض این کنوانسیون بعید به نظر آید، این بند رعایت نخواهد شد.

د- جلسات کمیته در زمان رسیدگی به گزارش های موضوع این ماده محرمانه خواهد بود.

ه - با رعایت مفاد بند فرعی (ج)، و به منظور دستیابی به راه حلی دوستانه بر مبنای احترام به تعهدات موضوع این کنوانسیون، کمیته نهایت همکاری را با کشورهای عضو به عمل خواهد آورد. به این منظور کمیته می تواند در صورت اقتضا به تشکیل یک هیأت سازش مبادرت ورزد.

و - کمیته می تواند در ارتباط با مسأله ارجاع شده برابر این ماده، از کشورهای عضو مربوطه، به شرح مذکور در بند فرعی (ب) بخواهد تا اطلاعات لازم را ارائه کنند.

ز - کشورهای عضو مذکور در بند فرعی (ب)، حق دارند هنگام رسیدگی به موضوع در کمیته نماینده داشته و لوایح خود را به صورت کتبی یا شفاهی ارائه نمایند.

ح - کمیته ظرف مدت دوازده ماه پس از تاریخ دریافت یادداشت موضوع بند فرعی (ب) گزارش خود را ارائه می کند:

یک - در صورت نیل به راه حل مطابق مفاد مذکور در بند فرعی (ه)، کمیته در گزارش خود به شرح کوتاهی از وقایع و راه حل به دست آمده بسنده خواهد کرد؛

دو - در صورت عدم نیل به راه حل مطابق مفاد مذکور در بند فرعی (ه)، کمیته به شرح کوتاهی از وقایع اکتفا خواهد کرد. لوایح مکتوب و سابقه استدلالات شفاهی کشورهای عضو مربوطه ضمیمه گزارش خواهد شد. در هر حال، گزارش تهیه شده برای آگاهی کشورهای عضو مربوطه ارسال خواهد شد.

۲. مقررات این ماده با صدور اعلامیه مندرج در بند ۱ این ماده از جانب پنج کشور از اعضای این کنوانسیون لازم الاجرا می گردد. اعلامیه های مزبور به وسیله کشورهای عضو نزد دبیر کل سازمان ملل متحد تودیع خواهد شد و او رونوشتی از آنها را برای سایر کشورهای عضو ارسال می کند. این اعلامیه در هر زمان با اطلاع به دبیر کل قابل رجوع می باشد. مع هذا این رجوع مانع از ادامه رسیدگی به هر مسأله ای که قبل از آن طبق این ماده آغاز گردیده، نخواهد شد. پس از دریافت یادداشت رجوع توسط دبیر کل، هیچ گونه گزارش دیگری مطابق این ماده از هیچ دولت عضوی پذیرفته نمی شود مگر این که کشور عضو مورد بحث اعلامیه جدیدی داده باشد.

## ماده ۲۲

۱. هر کشور عضو این کنوانسیون می تواند در هر زمان به موجب این ماده اعلام کند که صلاحیت کمیته را برای دریافت و رسیدگی به

گزارش‌های افراد مشمول صلاحیت قضایی خود و یا گزارش‌های تهیه شده از جانب افرادی که مدعی هستند قربانی نقض مقررات این کنوانسیون از جانب یک کشور عضو می‌باشند، به رسمیت می‌شناسد. گزارش مربوط به کشوری که هنوز چنین اعلامیه‌ای را نداده است، توسط کمیته تحویل گرفته نخواهد شد.

۲. کمیته هرگونه گزارش بی‌نام تسلیمی طبق این ماده و یا گزارشی را که به تشخیص وی با سوءاستفاده از حق تقدیم چنین گزارش‌هایی ارائه شده و یا با مقررات این کنوانسیون ناسازگار است، نخواهد پذیرفت.

۳. با رعایت مفاد بند ۲، کمیته هرگونه گزارش‌های تسلیمی موضوع ماده حاضر را به آگاهی کشور عضوی که اعلامیه موضوع بند یک را صادر نموده و در مظان نقض مقررات این کنوانسیون قرار دارد، خواهد رساند. کشور دریافت‌کننده ظرف شش ماه توضیحات و یا نظرات کتبی خود را برای روشن شدن موضوع و احیاناً اقدامات جبرانی انجام شده توسط آن کشور به کمیته تسلیم خواهد کرد.

۴. کمیته در پرتو کلیه اطلاعات دریافتی از فرد یا به نمایندگی از سوی وی و یا از طرف کشور عضو مربوطه، به گزارش‌های واصله طبق این ماده رسیدگی خواهد کرد.

۵. کمیته فقط در صورتی به گزارش افراد برابر این ماده رسیدگی خواهد کرد که احراز نماید:

الف - همان موضوع به موجب آیین تحقیق یا سازش بین‌المللی

دیگری مورد رسیدگی قرار نگرفته و یا تحت رسیدگی نمی‌باشد؛

ب - فرد مورد نظر به کلیه طرق و مراجع داخلی موجود متوسل شده

باشد. چنانچه اعمال راه‌حلهای جبرانی با تأخیر نامعقولی روبرو گردد

و یا ترمیم مؤثر لطمات وارده به قربانی تجاوز به این کنوانسیون بعید به نظر آید، این قاعده اجرا نخواهد شد.  
۶. جلسات کمیته در هنگام رسیدگی به گزارش‌های موضوع این ماده، محرمانه خواهد بود.

۷. کمیته دیدگاه‌های خود را برای دولت عضو مربوطه و فرد گزارش‌کننده ارسال می‌کند.

۸. مقررات این ماده با صدور اعلامیه موضوع بند ۱ این ماده از جانب پنج کشور از اعضای این کنوانسیون لازم‌الاجرا می‌گردد. اعلامیه‌های مزبور توسط کشورهای عضو نزد دبیرکل سازمان ملل متحد سپرده خواهد شد و او تصویر آنها را برای سایر کشورهای عضو ارسال می‌دارد. این اعلامیه با اطلاع به دبیرکل در هر زمان قابل رجوع می‌باشد، و این رجوع به روند رسیدگی به موضوع قبلاً گزارش شده طبق این ماده خدشه‌ای وارد نمی‌نماید. پس از وصول اطلاعیه رجوع به دبیرکل هیچ گزارش دیگری از فرد و یا از جانب وی طبق این ماده دریافت نخواهد شد مگر این که کشور عضو مزبور اعلامیه جدیدی تسلیم کرده باشد.

## ماده ۲۳

اعضای کمیته و هیأت‌های سازش ویژه‌ای که به موجب بند ۱ (ه) ماده ۲۱ منصوب می‌شوند، از همان امکانات، امتیازات و مصونیت‌های کارشناسان مأمور سازمان ملل متحد به شرح مندرج در مواد مربوطه در کنوانسیون امتیازات و مصونیت‌های سازمان ملل متحد برخوردار خواهند بود.



## ماده ۲۴

کمیته، گزارش سالانه‌ای از فعالیتهای خود براساس این کنوانسیون را به کشورهای عضو و مجمع عمومی سازمان ملل متحد تسلیم می‌نماید.

## بخش سه

## ماده ۲۵

۱. این کنوانسیون برای امضای کلیه کشورهای مفتوح است.
۲. [عضویت در] این کنوانسیون مشروط به تصویب آن است. اسناد تصویب نزد دبیرکل سازمان ملل متحد تودیع خواهد شد.

## ماده ۲۶

این کنوانسیون برای الحاق همه کشورهای به آن مفتوح است. الحاق با سپردن سند الحاق نزد دبیرکل سازمان ملل متحد صورت خواهد گرفت.

## ماده ۲۷

۱. این کنوانسیون در روز سی ام پس از تودیع بیستمین سند تصویب یا الحاق نزد دبیرکل سازمان ملل متحد اعتبار خواهد یافت.
۲. زمان لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون برای کشورهایی که پس از سپرده شدن بیستمین سند تصویب یا الحاق، آن را تصویب کرده یا به آن

ملحق می‌شوند، روز سی‌ام پس از تاریخ تودیع سند تصویب یا الحاق توسط خود آن کشور خواهد بود.

## ماده ۲۸

۱. هر کشور می‌تواند هنگام امضا یا تصویب کنوانسیون یا الحاق به آن اعلام دارد که صلاحیت کمیتهٔ پیش‌بینی شده در ماده ۲۰ را به رسمیت نمی‌شناسد.
۲. هر کشور عضوی که برابر بند ۱ این ماده شرطی قائل شده باشد، می‌تواند هر زمان با آگاه ساختن دبیرکل سازمان ملل متحد از آن شرط رجوع کند.

## ماده ۲۹

۱. هر کشور عضو می‌تواند اصلاحیه‌ای به این کنوانسیون پیشنهاد و آن را نزد دبیرکل سازمان ملل متحد ثبت نماید. دبیرکل اصلاحیهٔ پیشنهادی را برای کشورهای عضو ارسال و از آنها درخواست می‌کند چنانچه با تشکیل کنفرانس کشورهای عضو جهت بررسی و رأی‌گیری در مورد پیشنهاد مطروحه موافق هستند، مراتب را به وی اطلاع دهند. چنانچه ظرف چهارماه از تاریخ چنین اعلامی دست کم یک سوم کشورهای عضو با برگزاری چنین کنفرانسی موافق باشند، دبیرکل کنفرانس را تحت نظارت سازمان ملل متحد منعقد خواهد کرد. هرگونه اصلاحیه‌ای که با رأی

اکثریت کشورهای عضو حاضر در کنفرانس به تصویب رسد، توسط دبیرکل جهت اعلام قبولی به همه کشورهای عضو تسلیم می‌گردد.

۲. اصلاحیه مصوب برابر بند ۱ این ماده زمانی قابلیت اجرا می‌یابد که دو سوم کشورهای عضو این کنوانسیون پذیرش آن اصلاحیه را برابر مقررات قانون اساسی خود به اطلاع دبیرکل سازمان ملل متحد برسانند.

۳. با قابل اجرا شدن اصلاحات پیشنهادی، رعایت آنها برای اعضای که آنها را پذیرفته‌اند الزام‌آور خواهد بود و سایر کشورهای عضو فقط مکلف به رعایت مقررات این کنوانسیون و هرگونه اصلاحات پذیرفته شده قبلی از جانب خود هستند.

## ماده ۳۰

۱. هرگونه اختلاف ناشی از تفسیر یا اجرای این کنوانسیون بین دو یا چند کشور عضو که از طریق مذاکره قابل حل و فصل نباشد، به درخواست یکی از آنها به داوری ارجاع خواهد شد. چنانچه اطراف اختلاف نتوانند ظرف شش ماه از تاریخ درخواست داوری در مورد تشکیل نهاد داوری توافق کنند، هر یک از آنها می‌تواند اختلاف را با تسلیم تقاضایی وفق مقررات مندرج در اساسنامه دیوان به دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع دهد.

۲. هر کشور عضو می‌تواند هنگام امضا یا تصویب یا الحاق به این کنوانسیون اعلام نماید که خود را متعهد به مقررات بند ۱ این ماده نمی‌داند. سایر کشورهای عضو مأخوذ به رعایت بند ۱ این ماده در مقابل کشوری که چنین شرطی کرده باشد، نیستند.

۳. هر کشور عضوی که مطابق بند ۲ این ماده شرطی قائل شده باشد، می‌تواند هر زمان با آگاه ساختن دبیرکل سازمان ملل متحد از آن شرط رجوع کند.

### ماده ۳۱

۱. کشورهای عضو می‌توانند با اطلاع کتبی به دبیرکل سازمان ملل متحد از عضویت در این کنوانسیون کناره‌گیری نمایند. این کناره‌گیری یک سال پس از وصول اطلاعیه مزبور به دبیرکل قطعیت می‌یابد.

۲. این کناره‌گیری کشور عضو را از انجام تعهدات مندرج در این کنوانسیون در ارتباط با هرگونه فعل یا ترک فعل واقعه قبل از تاریخ قطعیت کناره‌گیری بری‌الذمه ننموده و به هیچ وجه به ادامه رسیدگی به مسأله‌ای که پیش از قطعیت کناره‌گیری تحت بررسی کمیته بوده است، خدشه‌ای وارد نخواهد کرد.

۳. پس از قطعی شدن کناره‌گیری کشور عضو، کمیته رسیدگی هیچ موضوع جدیدی را در ارتباط با آن کشور آغاز نخواهد نمود.

### ماده ۳۲

دبیرکل سازمان ملل متحد مراتب زیر را به آگاهی همه کشورهای عضو سازمان ملل متحد و کلیه کشورهایی که این کنوانسیون را امضا کرده یا به آن ملحق شده‌اند، خواهد رساند:

الف - امضات، تصویبات و الحاقات موضوع مواد ۲۵ و ۲۶؛

ب - تاریخ لازم‌الاجرا شدن این کنوانسیون برابر ماده ۲۷ و تاریخ لازم‌الاجرا شدن هرگونه اصلاحیه انجام شده به استناد ماده ۲۹؛

ج - کناره‌گیری از عضویت موضوع ماده ۳۱.

### ماده ۳۳

۱. این کنوانسیون که متون عربی، چینی، انگلیسی، فرانسوی، روسی و اسپانیایی آن از سندیت و اعتبار واحدی برخوردار است، نزد دبیرکل سازمان ملل متحد تودیع خواهد شد.

۲. دبیرکل سازمان ملل متحد رونوشت مصدق این کنوانسیون را برای همه کشورها ارسال می‌کند.

**CONVENTION AGAINST TORTURE AND OTHER  
CRUEL, INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR  
PUNISHMENT (1984)**

*The States Parties to this Convention,*

*Considering* that, in accordance with the principles proclaimed in the Charter of the United Nations, recognition of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world,

*Recognizing* that those rights derive from the inherent dignity of the human person,

*Considering* the obligation of States under the Charter, in particular Article 55, to promote universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms,

*Having regard* to article 5 of the Universal Declaration of Human Rights and article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights, both of which provide that no one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment,

*Having regard also to the Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adopted by the General Assembly on 9 December 1975,*

*Desiring to make more effective the struggle against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment throughout the world,*

*Have agreed as follows:*

## **PART I**

### **Article 1**

1. For the purposes of this Convention, the term “torture” means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an

official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.

2. This article is without prejudice to any international instrument or national legislation which does or may contain provisions of wider application.

### **Article 2**

1. Each State Party shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction.

2. No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture.

3. An order from a superior officer or a public authority may not be invoked as a justification of torture.

### **Article 3**

1. No State Party shall expel, return (“*refouler*”) or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture.



2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights.

#### **Article 4**

1. Each State Party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to an attempt to commit torture and to an act by any person which constitutes complicity or participation in torture.

2. Each State Party shall make these offences punishable by appropriate penalties which take into account their grave nature.

#### **Article 5**

1. Each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences referred to in article 4 in the following cases:

- (a) when the offences are committed in any territory under its jurisdiction or on board a ship or aircraft registered in that State;
- (b) when the alleged offender is a national of that State;

(c) when the victim is a national of that State if that State considers it appropriate.

2. Each State Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over such offences in cases where the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction and it does not extradite him pursuant to article 8 to any of the States mentioned in paragraph 1 of this article.

3. This Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with internal law.

#### **Article 6**

1. Upon being satisfied, after an examination of information available to it, that the circumstances so warrant, any State Party in whose territory a person alleged to have committed any offence referred to in article 4 is present shall take him into custody or take other legal measures to ensure his presence. The custody and other legal measures shall be as provided in the law of that State but may be continued only for such time as is necessary to enable any criminal or extradition proceedings to be instituted.

2. Such State shall immediately make a preliminary inquiry into the facts.

3. Any person in custody pursuant to paragraph 1 of this article shall be assisted in communicating immediately with the nearest appropriate representative of the State of which he is a national, or, if he is a stateless person, with the representative of the State where he usually resides.

4. When a State, pursuant to this article, has taken a person into custody, it shall immediately notify the States referred to in article 5, paragraph 1, of the fact that such person is in custody and of the circumstances which warrant his detention. The State which makes the preliminary inquiry contemplated in paragraph 2 of this article shall promptly report its findings to the said States and shall indicate whether it intends to exercise jurisdiction.

#### **Article 7**

1. The State Party in the territory under whose jurisdiction a person alleged to have committed any offence referred to in article 4 is found shall in the cases contemplated in article 5, if it does not extradite him, submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution.

2. These authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any ordinary offence of a serious nature under the law of that State. In the cases referred to in article 5, paragraph 2, the standards of evidence required for prosecution and conviction shall in no way be less stringent than those which apply in the cases referred to in article 5, paragraph 1.

3. Any person regarding whom proceedings are brought in connection with any of the offences referred to in article 4 shall be guaranteed fair treatment at all stages of the proceedings.

#### **Article 8**

1. The offences referred to in article 4 shall be deemed to be included as extraditable offences in any extradition treaty existing between States Parties. States Parties undertake to include such offences as extraditable offences in every extradition treaty to be concluded between them.

2. If a State Party which makes extradition conditional on the existence of a treaty receives a request for extradition from another State Party with which it has no extradition treaty, it may consider this Convention as the legal basis for extradition in respect of such offences. Extradition shall be subject to the other conditions provided by the law of the requested State.

3. States Parties which do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall recognize such offences as extraditable offences between themselves subject to the conditions provided by the law of the requested State.

4. Such offences shall be treated, for the purpose of extradition between States Parties, as if they had been committed not only in the place in which they occurred but also in the territories of the States required to establish their jurisdiction in accordance with article 5, paragraph 1.

#### **Article 9**

1. States Parties shall afford one another the greatest measure of assistance in connection with criminal proceedings brought in respect of any of the offences referred to in article 4, including the supply of all evidence at their disposal necessary for the proceedings.

2. States Parties shall carry out their obligations under paragraph 1 of this article in conformity with any treaties on mutual judicial assistance that may exist between them.

#### **Article 10**

1. Each State Party shall ensure that education and information regarding the prohibition against torture are fully

included in the training of law enforcement personnel, civil or military, medical personnel, public officials and other persons who may be involved in the custody, interrogation or treatment of any individual subjected to any form of arrest, detention or imprisonment.

2. Each State Party shall include this prohibition in the rules or instructions issued in regard to the duties and functions of any such persons.

#### **Article 11**

Each State Party shall keep under systematic review interrogation rules, instructions, methods and practices as well as arrangements for the custody and treatment of persons subjected to any form of arrest, detention or imprisonment in any territory under its jurisdiction, with a view to preventing any cases of torture.

#### **Article 12**

Each State Party shall ensure that its competent authorities proceed to a prompt and impartial investigation, wherever there

is reasonable ground to believe that an act of torture has been committed in any territory under its jurisdiction.

### **Article 13**

Each State Party shall ensure that any individual who alleges he has been subjected to torture in any territory under its jurisdiction has the right to complain to, and to have his case promptly and impartially examined by, its competent authorities. Steps shall be taken to ensure that the complainant and witnesses are protected against all ill-treatment or intimidation as a consequence of his complaint or any evidence given.

### **Article 14**

1. Each State Party shall ensure in its legal system that the victim of an act of torture obtains redress and has an enforceable right to fair and adequate compensation, including the means for as full rehabilitation as possible. In the event of the death of the victim as a result of an act of torture, his dependants shall be entitled to compensation.

2. Nothing in this article shall affect any right of the victim or other persons to compensation which may exist under national law.

### **Article 15**

Each State Party shall ensure that any statement which is established to have been made as a result of torture shall not be invoked as evidence in any proceedings, except against a person accused of torture as evidence that the statement was made.

### **Article 16**

1. Each State Party shall undertake to prevent in any territory under its jurisdiction other acts of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment which do not amount to torture as defined in article 1, when such acts are committed by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. In particular, the obligations contained in articles 10, 11, 12 and 13 shall apply with the substitution for references to torture of references to other forms of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

2. The provisions of this Convention are without prejudice to the provisions of any other international instrument or national law which prohibits cruel, inhuman or degrading treatment or punishment or which relates to extradition or expulsion.



## PART II

### Article 17

1. There shall be established a Committee against Torture (hereinafter referred to as the Committee) which shall carry out the functions hereinafter provided. The Committee shall consist of ten experts of high moral standing and recognized competence in the field of human rights, who shall serve in their personal capacity. The experts shall be elected by the States Parties, consideration being given to equitable geographical distribution and to the usefulness of the participation of some persons having legal experience.

2. The members of the Committee shall be elected by secret ballot from a list of persons nominated by States Parties. Each State Party may nominate one person from among its own nationals. States Parties shall bear in mind the usefulness of nominating persons who are also members of the Human Rights Committee established under the International Covenant on Civil and Political Rights and who are willing to serve on the Committee against Torture.

3. Elections of the members of the Committee shall be held at biennial meetings of States Parties convened by the Secretary-General of the United Nations. At those meetings, for

which two thirds of the States Parties shall constitute a quorum, the persons elected to the Committee shall be those who obtain the largest number of votes and an absolute majority of the votes of the representatives of States Parties present and voting.

4. The initial election shall be held no later than six months after the date of the entry into force of this Convention. At least four months before the date of each election, the Secretary-General of the United Nations shall address a letter to the States Parties inviting them to submit their nominations within three months. The Secretary-General shall prepare a list in alphabetical order of all persons thus nominated, indicating the States Parties which have nominated them, and shall submit it to the States Parties.

5. The members of the Committee shall be elected for a term of four years. They shall be eligible for re-election if renominated. However, the term of five of the members elected at the first election shall expire at the end of two years; immediately after the first election the names of these five members shall be chosen by lot by the chairman of the meeting referred to in paragraph 3 of this article.

6. If a member of the Committee dies or resigns or for any other cause can no longer perform his Committee duties, the State Party which nominated him shall appoint another expert

from among its nationals to serve for the remainder of his term, subject to the approval of the majority of the States Parties. The approval shall be considered given unless half or more of the States Parties respond negatively within six weeks after having been informed by the Secretary-General of the United Nations of the proposed appointment.

7. States Parties shall be responsible for the expenses of the members of the Committee while they are in performance of Committee duties.

#### **Article 18**

1. The Committee shall elect its officers for a term of two years. They may be re-elected.

2. The Committee shall establish its own rules of procedure, but these rules shall provide, *inter alia*, that:

- (a) six members shall constitute a quorum;
- (b) decisions of the Committee shall be made by a majority vote of the members present.

3. The Secretary-General of the United Nations shall provide the necessary staff and facilities for the effective performance of the functions of the Committee under this Convention.

4. The Secretary-General of the United Nations shall convene the initial meeting of the Committee. After its initial meeting, the Committee shall meet at such times as shall be provided in its rules of procedure.

5. The States Parties shall be responsible for expenses incurred in connection with the holding of meetings of the States Parties and of the Committee, including reimbursement to the United Nations for any expenses, such as the cost of staff and facilities, incurred by the United Nations pursuant to paragraph 3 of this article.

#### **Article 19**

1. The States Parties shall submit to the Committee, through the Secretary-General of the United Nations, reports on the measures they have taken to give effect to their undertakings under this Convention, within one year after the entry into force of the Convention for the State Party concerned. Thereafter the States Parties shall submit supplementary reports every four years on any new measures taken and such other reports as the Committee may request.

2. The Secretary-General of the United Nations shall transmit the reports to all States Parties.

3. Each report shall be considered by the Committee which may make such general comments on the report as it may consider appropriate and shall forward these to the State Party concerned. That State Party may respond with any observations it chooses to the Committee.

4. The Committee may, at its discretion, decide to include any comments made by it in accordance with paragraph 3 of this article, together with the observations thereon received from the State Party concerned, in its annual report made in accordance with article 24. If so requested by the State Party concerned, the Committee may also include a copy of the report submitted under paragraph 1 of this article.

## **Article 20**

1. If the Committee receives reliable information which appears to it to contain well-founded indications that torture is being systematically practised in the territory of a State Party, the Committee shall invite that State Party to co-operate in the examination of the information and to this end to submit observations with regard to the information concerned.

2. Taking into account any observations which may have been submitted by the State Party concerned, as well as any other relevant information available to it, the Committee may, if it decides that this is warranted, designate one or more of its members to make a confidential inquiry and to report to the Committee urgently.

3. If an inquiry is made in accordance with paragraph 2 of this article, the Committee shall seek the co-operation of the State Party concerned. In agreement with that State Party, such an inquiry may include a visit to its territory.

4. After examining the findings of its member or members submitted in accordance with paragraph 2 of this article, the Committee shall transmit these findings to the State Party concerned together with any comments or suggestions which seem appropriate in view of the situation.

5. All the proceedings of the Committee referred to in paragraphs 1 to 4 of this article shall be confidential, and at all stages of the proceedings the co-operation of the State Party shall be sought. After such proceedings have been completed with regard to an inquiry made in accordance with paragraph 2, the Committee may, after consultations with the State Party concerned, decide to include a summary account of the results of

the proceedings in its annual report made in accordance with article 24.

### **Article 21**

1. A State Party to this Convention may at any time declare under this article that it recognizes the competence of the Committee to receive and consider communications to the effect that a State Party claims that another State Party is not fulfilling its obligations under this Convention. Such communications may be received and considered according to the procedures laid down in this article only if submitted by a State Party which has made a declaration recognizing in regard to itself the competence of the Committee. No communication shall be dealt with by the Committee under this article if it concerns a State Party which has not made such a declaration. Communications received under this article shall be dealt with in accordance with the following procedure:

- (a) if a State Party considers that another State Party is not giving effect to the provisions of this Convention, it may, by written communication, bring the matter to the attention of that State Party. Within three months after the receipt of the communication the receiving State shall afford the State which sent the communication an

explanation or any other statement in writing clarifying the matter, which should include, to the extent possible and pertinent, reference to domestic procedures and remedies taken, pending or available in the matter;

(b) if the matter is not adjusted to the satisfaction of both States Parties concerned within six months after the receipt by the receiving State of the initial communication, either State shall have the right to refer the matter to the Committee, by notice given to the Committee and to the other State;

(c) the Committee shall deal with a matter referred to it under this article only after it has ascertained that all domestic remedies have been invoked and exhausted in the matter, in conformity with the generally recognized principles of international law. This shall not be the rule where the application of the remedies is unreasonably prolonged or is unlikely to bring effective relief to the person who is the victim of the violation of this Convention;

(d) the Committee shall hold closed meetings when examining communications under this article;

(e) subject to the provisions of subparagraph ( c), the Committee shall make available its good offices to the



States Parties concerned with a view to a friendly solution of the matter on the basis of respect for the obligations provided for in this Convention. For this purpose, the Committee may, when appropriate, set up an *ad hoc* conciliation commission;

(f) in any matter referred to it under this article, the Committee may call upon the States Parties concerned, referred to in subparagraph (b), to supply any relevant information;

(g) the States Parties concerned, referred to in subparagraph (b) shall have the right to be represented when the matter is being considered by the Committee and to make submissions orally and/or in writing;

(h) the Committee shall, within twelve months after the date of receipt of notice under subparagraph (b), submit a report:

(i) if a solution within the terms of subparagraph (e) is reached, the Committee shall confine its report to a brief statement of the facts and of the solution reached;

(ii) if a solution within the terms of subparagraph (e) is not reached the Committee shall confine its report to a brief statement of the facts; the written submissions and record

of the oral submissions made by the States Parties concerned shall be attached to the report.

In every matter, the report shall be communicated to the States Parties concerned.

2. The provisions of this article shall come into force when five States Parties to this Convention have made declarations under paragraph 1 of this article. Such declarations shall be deposited by the States Parties with the Secretary-General of the United Nations, who shall transmit copies thereof to the other States Parties. A declaration may be withdrawn at any time by notification to the Secretary-General. Such a withdrawal shall not prejudice the consideration of any matter which is the subject of a communication already transmitted under this article; no further communication by any State Party shall be received under this article after the notification of withdrawal of the declaration has been received by the Secretary-General, unless the State Party concerned has made a new declaration.

## **Article 22**

1. A State Party to this Convention may at any time declare under this article that it recognizes the competence of the Committee to receive and consider communications from or on behalf of individuals subject to its jurisdiction who claim to be

victims of a violation by a State Party of the provisions of the Convention. No communication shall be received by the Committee if it concerns a State Party which has not made such a declaration.

2. The Committee shall consider inadmissible any communication under this article which is anonymous or which it considers to be an abuse of the right of submission of such communications or to be incompatible with the provisions of this Convention.

3. Subject to the provisions of paragraph 2, the Committee shall bring any communications submitted to it under this article to the attention of the State Party to this Convention which has made a declaration under paragraph 1 and is alleged to be violating any provisions of the Convention. Within six months, the receiving State shall submit to the Committee written explanations or statements clarifying the matter and the remedy, if any, that may have been taken by that State.

4. The Committee shall consider communications received under this article in the light of all information made available to it by or on behalf of the individual and by the State Party concerned.

5. The Committee shall not consider any communications from an individual under this article unless it has ascertained that:

- (a) the same matter has not been, and is not being, examined under another procedure of international investigation or settlement;
- (b) the individual has exhausted all available domestic remedies; this shall not be the rule where the application of the remedies is unreasonably prolonged or is unlikely to bring effective relief to the person who is the victim of the violation of this Convention.

6. The Committee shall hold closed meetings when examining communications under this article.

7. The Committee shall forward its views to the State Party concerned and to the individual.

8. The provisions of this article shall come into force when five States Parties to this Convention have made declarations under paragraph 1 of this article. Such declarations shall be deposited by the States Parties with the Secretary-General of the United Nations, who shall transmit copies thereof to the other States Parties. A declaration may be withdrawn at any time by notification to the Secretary-General. Such a withdrawal shall

not prejudice the consideration of any matter which is the subject of a communication already transmitted under this article; no further communication by or on behalf of an individual shall be received under this article after the notification of withdrawal of the declaration has been received by the Secretary-General, unless the State Party has made a new declaration.

#### **Article 23**

The members of the Committee and of the *ad hoc*, conciliation commissions which may be appointed under article 21, paragraph 1 (e), shall be entitled to the facilities, privileges and immunities of experts on mission for the United Nations as laid down in the relevant sections of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations.

#### **Article 24**

The Committee shall submit an annual report on its activities under this Convention to the States Parties and to the General Assembly of the United Nations.

### *PART III*

### **Article 25**

1. This Convention is open for signature by all States.
2. This Convention is subject to ratification. Instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

### **Article 26**

This Convention is open to accession by all States. Accession shall be effected by the deposit of an instrument of accession with the Secretary-General of the United Nations.

### **Article 27**

1. This Convention shall enter into force on the thirtieth day after the date of the deposit with the Secretary-General of the United Nations of the twentieth instrument of ratification or accession.
2. For each State ratifying this Convention or acceding to it after the deposit of the twentieth instrument of ratification or accession, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after the date of the deposit of its own instrument of ratification or accession.

## **Article 28**

1. Each State may, at the time of signature or ratification of this Convention or accession thereto, declare that it does not recognize the competence of the Committee provided for in article 20.

2. Any State Party having made a reservation in accordance with paragraph 1 of this article may, at any time, withdraw this reservation by notification to the Secretary-General of the United Nations.

## **Article 29**

1. Any State Party to this Convention may propose an amendment and file it with the Secretary-General of the United Nations. The Secretary-General shall thereupon communicate the proposed amendment to the States Parties with a request that they notify him whether they favour a conference of States Parties for the purpose of considering and voting upon the proposal. In the event that within four months from the date of such communication at least one third of the States Parties favours such a conference, the Secretary-General shall convene the conference under the auspices of the United Nations. Any amendment adopted by a majority of the States Parties present

and voting at the conference shall be submitted by the Secretary-General to all the States Parties for acceptance.

2. An amendment adopted in accordance with paragraph 1 of this article shall enter into force when two thirds of the States Parties to this Convention have notified the Secretary-General of the United Nations that they have accepted it in accordance with their respective constitutional processes.

3. When amendments enter into force, they shall be binding on those States Parties which have accepted them, other States Parties still being bound by the provisions of this Convention and any earlier amendments which they have accepted.

### **Article 30**

1. Any dispute between two or more States Parties concerning the interpretation or application of this Convention which cannot be settled through negotiation shall, at the request of one of them, be submitted to arbitration. If within six months from the date of the request for arbitration the Parties are unable to agree on the organization of the arbitration, any one of those Parties may refer the dispute to the International Court of Justice by request in conformity with the Statute of the Court.

2. Each State may, at the time of signature or ratification of this Convention or accession thereto, declare that it does not



consider itself bound by paragraph 1 of this article. The other States Parties shall not be bound by paragraph 1 of this article with respect to any State Party having made such a reservation.

3. Any State Party having made a reservation in accordance with paragraph 2 of this article may at any time withdraw this reservation by notification to the Secretary-General of the United Nations.

### **Article 31**

1. A State Party may denounce this Convention by written notification to the Secretary-General of the United Nations. Denunciation becomes effective one year after the date of receipt of the notification by the Secretary-General.

2. Such a denunciation shall not have the effect of releasing the State Party from its obligations under this Convention in regard to any act or omission which occurs prior to the date at which the denunciation becomes effective, nor shall denunciation prejudice in any way the continued consideration of any matter which is already under consideration by the Committee prior to the date at which the denunciation becomes effective.

3. Following the date at which the denunciation of a State Party becomes effective, the Committee shall not commence consideration of any new matter regarding that State.

### **Article 32**

The Secretary-General of the United Nations shall inform all States Members of the United Nations and all States which have signed this Convention or acceded to it of the following:

- (a) signatures, ratifications and accessions under articles 25 and 26;
- (b) the date of entry into force of this Convention under article 27 and the date of the entry into force of any amendments under article 29;
- (c) denunciations under article 31.

### **Article 33**

1. This Convention, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic, shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

2. The Secretary-General of the United Nations shall transmit certified copies of this Convention to all States.