مجلهٔ حقوقی

نشریهٔ دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران

فهرست مطالب

- **نقد و بررسی نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری راجع به تهدید یا توسل به سلاحهای هسته‌ای ۵**
  دکتر مسعود البرزی ورکی
- **بحران عراق: اکنون چه باید کرد؟ (بررسی اشغال عراق در پرتو حقوق بین‌الملل) ۸۹**
  ترجمهٔ دکتر محسن محبّی
- **نگاهی به جایگاه بیگانگان در حقوق بین‌الملل با تأکیدی بر اسناد بین‌المللی حقوق بشر ۱۱۹**
  احمدعلی قاسمی شوب
- **اجرای عدالت درباره محیط زیست بین‌المللی: حقوق و راه‌حلها ۱۷۱**
  ترجمهٔ محمد حسین زاهدین لباف
- **آماده‌سازی شاهد برای حضور در داوری تجاری بین‌المللی: راهنمای عملی برای وکیل ۱۸۷**
  ترجمهٔ محمد جواد میرفخرایی
- **ضمانت اجرای آراء داوری بین‌المللی ۲۰۱**
  دکتر مرتضی زهرایی
- **کنوانسیون مونترال: تجزیه و تحلیل برخی از جنبه‌های روزآمد و ادغام شده سیستم ورشو ۲۵۹**
  ترجمهٔ ماشاءاله بناء نیاسری
- **کنوانسیون راجع به یکپارچه‌کردن برخی مقررات حمل و نقل هوایی بین‌المللی (مونترال ۲۸ می ۱۹۹۹) ۳۱۳**
- **خلاصه مقالات به زبان انگلیسی**

۳۱
پاییز
۱۳۸۳

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران
شمارهٔ سی و یکم، ۱۳۸۳، صص ۸۷ ـ ۵

نقد و بررسی نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری راجع به تهدید یا توسل به سلاحهای هسته‌ای

دکتر مسعود البرزی ورکی*

چکیده

۱ـ مقدمه

۲ـ ملاحظات کلی

الف ـ آثار مهلک، نابود کننده و منحصر بفرد سلاح‌های هسته‌ای

ب ـ حقوق مبنی بر منع یا جواز

ج ـ ممنوعیت تهدید به هر سلاحی که کاربرد آن منع شده است

۳ـ عدم ارتباط یا غیرقابل اعمال بودن برخی منابع حقوق قراردادی

۴ـ قواعد حقوقی اعمال پذیر

الف ـ حقوق ناظر به استفاده از زور مندرج در منشور

(۱) تهدید به کاربرد سلاح‌های هسته‌ای و سیاست بازدارندگی

(۲) دیوان و تجویز نقض حقوق ناظر به رفتار جنگی در شرایط حاد دفاع از خود

*. استادیار دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره).

ب ـ حقوق اعمال پذیر در مخاصمات مسلحانه

(۱) حقوق بین‌الملل قراردادی

(۲) معاهدات خاص مربوط به سلاح‌های هسته‌ای

(۲ـ۱) لزوم تفکیک بین حق داشتن سلاح‌های هسته‌ای و حق کاربرد آنها

(۲ـ۲) نتایج و پیامدهای منفی مترتب بر نظر دیوان

(۳) حقوق بین‌الملل عرفی

(۴) اصول و قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی

(۴ـ۱) اصل تمایز یا ممنوعیت کاربرد سلاح‌های غیر هدفمند

(۴ـ۲) اصل ممنوعیت به کارگیری سلاح‌هایی که موجب درد و رنج غیرضروری یا صدمات بیش از حد می‌شوند

(۴ـ۳) شرط مارتنس

(۴ـ۴) اصل تناسب

(۵) حقوق بی‌طرفی

۵ ـ ناتوانی دیوان در اعلام عدم مشروعیت کلیه موارد توسل به سلاح‌های هسته‌ای

الف ـ چگونگی شکل‌گیری ضعیف‌ترین اکثریت ممکن

ب ـ تفاسیر و برداشت‌های مختلف از بند بحث انگیز

ج ـ وظیفه دیوان به بیان حقوق موجود

د ـ ارزیابی دلایل دیوان برای استنتاج «معلوم نیست» و توجیه بلاتکلیفی خویش

۶ـ توصیه پایانی دیوان

۷ـ نتیجه

چکیده

گرچه حقوق بین‌الملل قراردادی و یا عرفی صریحاً متضمن هیچ منع جامع و جهانی در رابطه با کاربرد سلاح‌های هسته‌ای نمی‌باشد، مع‌الوصف، امکان اعلام عدم مشروعیت توسل به این سلاح‌ها در کلیه شرایط، توسط دیوان بین‌المللی دادگستری، با توجه به دلایل و مستندات موجود در نزد آن، کاملاً فراهم بود. این مطالعه، با نگاهی انتقادی، امتناع دادگاه جهانی و یا ناتوانی آن را در چنین نتیجه‌گیری مورد بررسی قرار می‌دهد.

صرف‌نظر از برخی کاستی‌ها و یا انتقاداتی که بر دیدگاههای دیوان، در نظر مشورتی، وارد است، به نظر می‌رسد اساسی‌ترین عامل در بلاتکلیفی آن به نقش و جایگاهی بر می‌گردد که برای اصول و مقتضیات بشردوستانه بین‌المللی قائل است. در حالی‌که تردیدی در لزوم رعایت این اصول و قواعد در کلیه شرایط وجود ندارد، دیوان نمی‌تواند این احتمال را رد کند که برخی کاربردهای سلاح‌های هسته‌ای، در موارد بسیار محدود و استثنایی، ممکن است مشروع باشد حتی اگر چنین کاربردی در تغایر با اصول و مقتضیات بشردوستانه بین‌المللی قرار گیرد! اثبات بطلان چنین دیدگاهی، بر طبق حقوق بین‌الملل معاصر، (یکی) از محورهای عمده این مطالعه را تشکیل می‌دهد.

۱ـ مقدمه

سرانجام در هشتم ژوئیه ۱۹۹۶، دیوان بین‌المللی دادگستری نظر مشورتی خویش را راجع به مشروعیت یا عدم مشروعیت تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای صادر نمود.[1] ابتکار درخواست نظر مشورتی از دیوان به برخی سازمانهای غیر دولتی، فعالان صلح و نیز دولت‌های غیرهسته‌ای و

---

1. International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996 (hereinafter referred to as "Opinion").

غیرمتعهد بر می‌گردد، که طرح موضوع را در دیوان از طریق مجمع سازمان بهداشت جهانی و مجمع عمومی سازمان ملل متحد تعقیب می‌نمودند.[۲] در نتیجه، دو درخواست جداگانه، در این خصوص، از دیوان به عمل آمد.

مجمع سازمان بهداشت جهانی، در ماه می ۱۹۹۳، پاسخ این سؤال را از دیوان درخواست نمود: «*با توجه به آثار بهداشتی و زیست محیطی سلاح‌های هسته‌ای، آیا به کار گیری این سلاح‌ها، توسط یک دولت، در جنگ یا مخاصمه مسلحانه دیگر نقض تعهدات آن دولت بر طبق حقوق بین‌الملل، از جمله اساسنامه سازمان بهداشت جهانی، خواهد بود؟*».[۳]

حدود یک سال و نیم بعد، یعنی در دسامبر ۱۹۹۴، مجمع عمومی سازمان ملل متحد از دیوان تقاضا کرد تا نظر مشورتی خویش را درباره این مسأله سریعاً اعلام نماید: «*آیا تهدید یا به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای در هیچ وضعیتی بر طبق حقوق بین‌الملل مجاز است؟*[۴]».

دو دسته استدلال در ارتباط با رد یا قبول درخواست‌های مطروحه وجود داشت و، علاوه بر آن، در ماهیت مسأله نیز مواضع کاملاً متفاوتی از جانب دو گروه از دولتها اتخاذ گردید:

دولت‌های طرفدار قانونی بودن توسل به سلاح‌های هسته‌ای، صلاحیت دیوان را در اجابت هریک از تقاضاها مورد مناقشه قرار دادند و خاطرنشان ساختند که سازمان بهداشت جهانی اصولاً صلاحیت طرح و ارائه چنین درخواستی را ندارد و سؤال مجمع عمومی نیز ماهیتاً مبهم و انتزاعی است. همچنین این امکان وجود دارد که اثر معکوسی بر مذاکرات مربوط

---

2. M. Mohr, "Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Use of Nuclear Weapons under International Law: A Few Thoughts on Its Strengths and Weaknesses" , International Review of the Red Cross, No. 316, Jan. – Feb. 1997, at 92-93.

3. Resolution WHO 46/40 of 14 May 1993.

4. General Assembly Resolution 49/75 K of 15 December 1994.

به خلع سلاح هسته‌ای بر جای گذارد. اما، در مقابل، دولت‌های مخالف مشروعیت سلاح‌های هسته‌ای بر این موضع پافشاری می‌کردند که دیوان باید به هر دو سؤال پاسخ دهد؛ زیرا مسأله سلاح‌های هسته‌ای از سال ۱۹۸۳ در دستور کار و مورد بررسی سازمان بهداشت جهانی بوده است و درخواست مطروحه نیز دقیقاً در حوزه فعالیت این سازمان قرار می‌گیرد و، به علاوه، چون هر دو تقاضا سؤالات حقوقی، در چارچوب مفاد ماده ۹۶ منشور می‌باشند،[۵] مقتضی است که دیوان به آنها پاسخ دهد.[۶]

دیوان، با سیزده رأی در مقابل یک رأی، ضمن رد ایرادات راجع به عدم صلاحیت و غیرقابل رسیدگی بودن تقاضای مجمع عمومی، پیشنهادهای مطروحه مبنی بر عدم پاسخ به درخواست مجمع عمومی را مردود دانست[۷] و با یازده رأی در مقابل سه رأی، مقرر داشت که نمی‌تواند به سؤال مشابه سازمان بهداشت جهانی پاسخ دهد، زیرا موضوع به امری مربوط نمی‌شود که در چارچوب قلمرو فعالیت‌های این سازمان، آن‌گونه

---

۵. طبق این ماده، مجمع عمومی یا شورای امنیت می‌توانند دربارهٔ هر مسأله حقوقی از دیوان بین‌المللی دادگستری درخواست نظر مشورتی نمایند (بند ۱) و سایر ارکان ملل متحد و مؤسسات تخصصی نیز، در صورتی که چنین اجازه‌ای را از مجمع تحصیل کرده باشند، می‌توانند در مورد مسائل حقوقی مطروحه در حدود فعالیتشان از دیوان درخواست نظر مشورتی نمایند (بند ۲). همچنین، به موجب بند ۱ ماده ۶۵ اساسنامه دیوان، این نهاد می‌تواند نظر مشورتی خویش را درخصوص هر مسأله حقوقی، بنا به تقاضای هر مؤسسه‌ای که توسط منشور و یا طبق آن به انجام چنین درخواستی مجاز شمرده شده است، ارائه دهد.

6. See Opinion, paras. 10-18; E. David, "The Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Use of Nuclear Weapons", International Review of the Red Cross, No. 316, Jan. – Feb. 1997, at 22-23; A.V. Lowe, "Shock verdict: Nuclear war may or may not be unlawful", 55 Cambridge Law Journal 415 (1996).

7. Opinion, para. 105 (1).

قاضی ژاپنی دیوان، اُدا، از هرگونه اظهار نظری له یا علیه مسأله مطروحه امتناع می‌نماید. عقیده وی این است که، بواسطه ماهیت فوق‌العاده سیاسی و کلی سؤال مورد تقاضا، دیوان می‌بایست از اجابت بدان خودداری ورزد:

Id., Dissenting Opinion of Judge Oda, paras. 25, 44 and 51.

که در بند ۲ ماده ۹۶ منشور[۸] ضروری شمرده شده است، قرار گیرد.[۹]

برخلاف پرونده‌های ترافعی، که موضوع احراز صلاحیت دیوان از اهمیت زیادی برخوردار است، در پرونده‌های مشورتی این موضوع دارای اهمیت کمتری بوده است؛ به‌گونه‌ای که در تاریخ دیوان این اولین بار است که به تقاضای رأی مشورتی، که توسط سازمان بهداشت جهانی صورت پذیرفت، پاسخ منفی داده می‌شود. لازم به ذکر است که در زمان حیات دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی نیز تنها در یک مورد از ارائه نظر مشورتی خودداری شد؛ زیرا یکی از طرفهای اختلاف که در زمان طرح موضوع عضو جامعه ملل نیز نبود، یعنی روسیه، از حضور در دیوان امتناع کرد و دیوان نیز با این استدلال که دادن نظر مشورتی به منزله تصمیم در خصوص اختلاف طرفین است، درخواست را رد کرد.[۱۰]

در جریان رسیدگی به سؤال مطروحه، تعداد بی‌سابقه‌ای بیانیه کتبی از دولت‌ها دریافت شد و دولت‌های زیادی نیز اقدام به صدور بیانیه‌های شفاهی نمودند. این بیانیه‌ها متضمن استدلالهای مفصل له و علیه مشروعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای بود که، به ترتیب، توسط دولتهای دارای اینگونه سلاح‌ها و نزدیک‌ترین هم پیمانان آنان، از طرفی، و گروه اکثریت، از طرف دیگر، ابراز گردید.[۱۱]

دیوان، پس از بحث و بررسی طولانی و سعی وافر در اعمال محدودیت‌های هرچه ممکن در کاربرد سلاح‌های هسته‌ای، از طریق هر قاعده مربوط حقوق بین‌الملل، سرانجام سؤال مجمع عمومی را، با توجه به

---

۸. ر.ک. به زیرنویس ۵ بالا.

9. International Court of Justice, Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Opinion of 8 July 1996 (WHO), para. 20 ff.

10. See the Status of Eastern Carelia Case, PCIJ, Series B, No.5, at 27 and 29 (1923).

11. See Opinion, paras. 5 and 9.

نظرات متفاوت قضات، در چند بند جداگانه تنظیم کرده بـه رأی گذاشـت. این بندها که پاسخ مستقیم به سؤال مطروحه بوده، در واقع متضمن عبـارت رأی[۱۲] و حاصل یافته‌ها[۱۳] و تجزیه و تحلیل عمیق دیوان می‌باشد، بـه شـرح زیر است:

ـ *«در حقوق بین‌الملل عرفی و قراردادی هیچ جواز خاصی راجع بـه تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای وجود ندارد» (اتفاق آراء).*[۱۴]

ـ *«در حقوق بین‌الملل عرفی و قراردادی هیچ منع جامع و جهانی در مورد تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای، فی‌نفسه، وجود ندارد» (۱۱ رأی موافق در برابر ۳ رأی مخالف).*[۱۵]

ـ *«تهدید یا توسل به زور با استفاده از سلاح‌های هسته‌ای که مغـایر با بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد باشد و بدون رعایت کلیه الزامات ماده ۵۱ صورت پذیرد، غیرقانونی است» (اتفاق آراء).*[۱۶]

ـ *«تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای، همچنین باید بـا الزامـات حقوق بین‌الملل حاکم در مخاصمات مسلحانه، بویژه بـا الزامـات اصـول و قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللـی، و نیـز بـا تعهـدات خـاص ناشـی از معاهدات و سایر تعهداتی که صراحتاً به سلاح‌های هسته‌ای ارتباط می‌یابـد، مطابقت داشته باشد» (اتفاق آراء).*[۱۷]

ـ *«از الزامات فوق‌الذکر این طور بر می‌آید که تهدید یا توسـل بـه سلاح‌های هسته‌ای اصولاً مغـایر بـا قواعـد حقـوق بـین‌الملـل حـاکم در مخاصمات مسلحانه، و به خصوص اصول و قواعد حقوق بشردوستانه، است».*

---

12. Dispositif.

13. Findings.

14. Opinion, para. 105 (2) A.

15. Id., para. 105 (2) B.

16. Id., para. 105 (2) C.

17. Id., para. 105 (2) D.

معذلک، با توجه به وضع کنونی حقوق بین‌الملل، و عناصری از واقعیت که در دسترس آن است، دیوان نمی‌تواند بطور قطع و یقین نتیجه‌گیری نماید که آیا تهدید یا به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای در یک وضعیت حاد دفاع از خود، که بقاء دولتی در معرض خطر قرار می‌گیرد، قانونی است و یا غیر قانونی» (۷ رأی موافق در برابر ۷ رأی مخالف، با رأی تعیین کننده رئیس دیوان).[۱۸]

رأی مشورتی، در رابطه با تهدید یا به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای، به عنوان نقطه عطفی در تاریخ دیوان، اگر نه خود تاریخ،[۱۹] تلقی گردیده است. قبل از آن، تنها موردی که دادگاهی حمله توسط سلاح‌های هسته‌ای را در پرتو حقوق بین‌الملل مورد تجزیه و تحلیل قرار داده بود عبارت بود از پرونده شیمودا که رأی آن، در ۱۹۶۳، توسط دادگاه بخش توکیو صادر گردید.[۲۰]

دیوان، در این پرونده، می‌بایست مسأله بسیار حساس و مشکلی را مورد رسیدگی قرار داده و دربارهٔ آن تصمیم بگیرد که هم از نقطه نظر حقوقی، و مسائل نظری که ممکن است در این رابطه مطرح گردد، و هم از جهات سیاسی و نظامی بازتاب فوق‌العاده وسیعی را در پی می‌داشت. نایب رئیس دیوان، این سؤال حقوقی را «کشمکش عظیم بین رویه دولت‌ها و اصل حقوقی»[۲۱] تلقی می‌نماید. واقعیت نیز این است که این سلاح‌ها طی

---

18. Id., para. 105 (2) E.

19. E. David, supra note 6, at 21.

20. Decisions of the Tokyo District Court, 7 December 1963, in 8 Japanese Yearbook of International Law 212 (1964). The Judgement is reprinted in 32 International Law Reports 626 (1966). It is also summarized and analyzed in R. Falk, 'The Shimoda Case: A legal appraisal of the atomic attacks upon Hiroshima and Nagasaki", 59 American Journal of International Law 759 (1965).

21. Opinion, Dissenting Opinion of Judge Schwebel, at 1.

بیش از نیم قرن شالوده سیاست دفاعی قدرتهای عمده دنیا، در قالب رویه بازدارندگی، بوده است.

آراء مشورتی دیوان الزام‌آور نمی‌باشند،[۲۲] اما از ارزش و جایگاه حقوقی بسیار بالایی برخوردار بوده، در بیان حقوق و انعکاس حقوق بین‌الملل موجود، دارای همان اعتبار آراء صادره در موارد ترافعی می‌باشند.[۲۳] بدون تردید، هرچه رأی دیوان با اکثریت قاطع‌تری صادر گردد، معمولاً به همان نسبت از استحکام و اعتبار بیشتری برخوردار می‌باشد. رأی مشورتی دیوان در خصوص مشروعیت یا عدم مشروعیت سلاح‌های هسته‌ای با حداقل اکثریت ممکن، همراه با آراء و برداشت‌های متفاوت قضات، در اعلامیه‌ها و آراء جداگانه و مخالف آنها صادر گردیده است.

۲ـ ملاحظات کلی

الف ـ آثار مهلک، نابود کننده و منحصر بفرد سلاح‌های هسته‌ای

ویژگی منحصر بفرد سلاح‌های هسته‌ای و عواقب فوق‌العاده دهشتناک به کارگیری آنها، این نوع سلاح‌ها را به بزرگ‌ترین نگرانی جامعه بین‌المللی تبدیل کرده است. پیشرفت تکنولوژی ساخت این سلاح‌ها، امروزه خطر آثار ویرانگر ناشی از آنها را به مراتب بیش از گذشته نموده است. به موازات این تحولات کیفی و رشد سرسام‌آور فنّاوری هسته‌ای، مسابقه تسلیحاتی قدرتهای بزرگ، و در رأس آنها ایالات متحده آمریکا،

---

۲۲. مستفاد از ماده ۵۹ اساسنامه دیوان. در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری نیز خصوصیت الزامی نبودن آراء مشورتی به دفعات مورد توجه قرار گرفته است. معالوصف، استثنائاً برخی آراء مشورتی دیوان دارای آثار الزامی است. برای جزئیات بیشتر مراجعه کنید به: سید باقر میرعباسی، حقوق بین‌الملل عمومی، ج ۲، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۲، صص ۱۸۳ ـ ۱۸۰.

23. M. Shahabuddeen, Precedent in the World Court, Grotius Publications, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, at 171.

در انباشت، ذخیره‌سازی و توسعه کمی این سلاح‌ها، نابودی نوع بشر و کره حیات را، در صورت وقوع جنگی هسته‌ای، به امری محتمل تبدیل ساخته است.

دیوان، با اشاره به خصوصیت بالقوه فاجعه آمیز سلاح‌های هسته‌ای و عدم امکان مهار آثار مهلک و منهدم کننده آنها در فضا و زمان می‌گوید: «آنها این توانایی را دارند تا همه تمدن و کل اکوسیستم سیاره را از بین ببرند».[۲۴] هم‌چنین دیوان، ضمن برشمردن برخی از ویژگی‌های این سلاح‌ها، همچون رها سازی مقادیر عظیم حرارت و انرژی و نیز تشعشع پرقدرت و طولانی، طبق منابعی که در اختیار دارد، صدمات و آسیب‌های ناشی از دو ویژگی نخست سلاح‌های هسته‌ای را، در مقایسه با سلاح‌های دیگر، به مراتب بیشتر می‌داند؛ ضمن این‌که پدیدهٔ تشعشع را مختص به سلاح‌های هسته‌ای بر می‌شمارد.[۲۵]

دیوان، ویژگی‌ها و آثار منحصر بفرد سلاح‌های هسته‌ای، به شرح فوق، و بویژه «قابلیت نابود کننده، قابلیت آنها به این‌که رنج و درد وصف ناپذیر بر بشر وارد سازند، و توانایی آنها به این‌که موجب صدمه به نسل‌های آینده شوند» را از پارامترهایی می‌داند که باید، در اجرای صحیح قانون حاکم، در نظر مشورتی، مورد توجه قرار گیرد.[۲۶] از این بیان، می‌توان این‌گونه فهمید که میزان شدت و سختگیری رژیم حقوقی حاکم بر ممنوع‌سازی و یا محدود سازی سلاح‌ها، ارتباط مستقیمی با میزان خطر و آثار مخرب آنها دارد و در نتیجه، هرچه که قدرت انهدام و آثار ویرانگر و آسیب‌های ناشی از به کارگیری سلاحی بیشتر باشد، به همان نسبت امکان استفادهٔ از آن نیز باید محدودتر و حتی ممنوع گردد. اما این‌که آیا دیوان

24. Opinion, para. 35.

25. Id.

26. Id., para. 36.

چنین ضابطه‌ای را در فهم و استنباط خویش از اصول کلی حقوق بشردوستانه حاکم در مخاصمات مسلحانه اعمال می‌نماید یا نه، موضوعی است که در فرازهای بعد مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

ب ـ حقوق مبنی بر منع یا جواز

سؤال مجمع عمومی مبتنی بر این فرض است که حقوق بین‌الملل، که مسأله به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای را مورد توجه قرار می‌دهد، مجازکننده است و نه منع‌کننده. مجمع، در سؤال خویش، از دیوان نمی‌پرسد که «آیا تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای در هر وضعیتی بر طبق حقوق بین‌الملل ممنوع است»، بلکه می‌پرسد که «آیا تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای در هیچ وضعیتی بر طبق حقوق بین‌الملل مجاز است؟». آیا در حقوق بین‌الملل، سلاح‌های هسته‌ای ممنوع شده‌اند یا مجاز شمرده شده‌اند؟ به عبارت دیگر، در این حقوق باید به دنبال منع این سلاح‌ها بگردیم یا در پی یافتن جواز آنها باشیم؟

برخی دولت‌ها، دلالت نحوه سؤال مجمع را این می‌دانند که کاربرد سلاح‌های هسته‌ای نامشروع است، مگر این‌که وجود قاعده‌ای خلاف آن را به اثبات برساند. اما، استدلال دسته دیگری از دولت‌ها این است که کاربرد سلاح‌های هسته‌ای مشروع است، مگر این‌که وجود قاعده‌ای در حقوق بین‌الملل اثبات گردد که کاربرد آنها را نامشروع ساخته باشد.[۲۷] دولت‌های اخیر به نظر دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه لوتوس، مبنی بر این‌که نمی‌توان بر استقلال دولت‌ها محدودیتی را فرض نمود و نیز این‌که حقوق بین‌الملل برای دولتها آزادی عمل وسیعی را قائل شده است که جز

27. Id., para. 21.

در بعضی موارد، از طریق قاعده منع کننده، قابل تحدید نیست،[۲۸] استناد می‌نمایند.

متأسفانه، سؤال مجمع عمومی خوب طراحی نشده است و برداشت دسته اخیر از دولت‌ها را تقویت می‌نماید. از این‌رو، دیوان این سؤال را از نو قالب‌گیری کرده و به این شکل مطرح می‌نماید که آیا تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای ممنوع است یا خیر؟ زیرا، همان‌گونه که دیوان مقرر می‌دارد، حقوق بین‌الملل عرفی یا قراردادی، نه تنها در ارتباط با سلاح‌های هسته‌ای بلکه در ارتباط با هیچ سلاح دیگری، صریحاً متضمن جواز استفاده از آنها نیست و این‌که «رویه دولت‌ها حکایت از آن دارد که عدم مشروعیت به کارگیری سلاح خاصی فی‌نفسه نه از فقدان جواز بلکه، برعکس، از تدوین آن به صورت منع ناشی می‌شود».[۲۹]

به این دلیل است که دیوان، در مقام بررسی و پاسخ به سؤال، خود را موظف می‌بیند که در حقوق بین‌الملل به دنبال ممنوعیت تمام یا بعضی از موارد تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای بگردد تا احراز نماید که آیا این حقوق متضمن ممنوعیت صریحی در این خصوص می‌باشد یا نه.[۳۰] حتی پس از عدم احراز چنین منع صریحی، دیوان در بررسی و ارزیابی اصول کلی حقوق بشردوستانه بین‌المللی نیز به دنبال ممنوعیت کاربرد سلاح هسته‌ای، و نه جواز آن، می‌گردد. اما به نظر برخی از قضات دیوان، همچون قاضی بجاوی،آنچه که ممنوع نشده است ضرورتاً مجاز نمی‌باشد.[۳۱]

همانگونه که بعداً ملاحظه خواهد شد، عدم منع صریح چیزی در

---

28. PCIJ Reports, Series A, No. 10, at 18 (1927).

29. Opinion, para. 52.

30. Id., para. 53.

31. Opinion, Declaration of President Bedjaoui, paras. 10-15. See also Opinion, Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, at 13-14; Dissenting Opinion of Judge Weeramantry at 45 – 46.

معاهده یا عرف، نمی‌تواند دلیل جواز آن بوده باشد؛ زیرا اصول حقوق بشردوستانه عوامل محدود کننده قانونی را تشکیل می‌دهند. بدون تردید، همین عوامل می‌باشند که دولت‌ها را در به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای محدود ساخته‌اند؛ زیرا استفاده از این سلاح‌ها توسط قدرتهای هسته‌ای هرگز افتخاری را برای آنها به ارمغان نخواهد آورد.

ج ـ ممنوعیت تهدید به هر سلاحی که کاربرد آن منع شده است

دیوان تهدید به زور و استفاده از آن را به هم مرتبط دانسته، خاطرنشان می‌سازد هر زمان که توسل به زور ممنوع است، تهدید به استفاده از آن نیز ممنوع می‌باشد.[۳۲] دیوان تصریح می‌نماید که اگر کاربرد فرضی سلاحی الزامات حقوق بشردوستانه را تأمین ننماید، تهدید به چنین کاربردی نیز مغایر حقوق خواهد بود.[۳۳]

ظاهراً هیچ یک از قضات نظر دیوان را، در یکسان انگاری به‌کارگیری سلاح‌های ممنوعه با تهدید به چنین سلاح‌هایی، مورد تردید قرار نداده‌اند. این در حالی است که هیچ دلالت روشنی بر مبنای این نظر وجود ندارد و معلوم نیست که آیا این یک اصل کلی حقوقی است که در همه یا اغلب سیستم‌های حقوقی ملی حاکم است یا نه. آیا این نظر بدان معنا است که تهدید به نقض هر قاعده حقوق بشردوستانه بین‌المللی فی‌نفسه، همچون نقض چنین قاعده‌ای، نامشروع است؟ پاسخ مثبت به این سؤال قابل تأمل به نظر می‌رسد.

از طرف دیگر، علیرغم این واقعیت که رویه دولت‌ها از ۱۹۴۵ عدم به کارگیری واقعی سلاح‌های هسته‌ای بوده است و سیاست بازدارندگی نیز

---

32. Opinion, para. 47.

33. Id., para. 78.

مبتنی بر تهدید به چنین سلاح‌هایی است، تلقی دیوان از پذیرش این سیاست توسط دولت‌ها، در قالب استفاده از سلاح‌های هسته‌ای، قابل قبول به نظر نمی‌رسد. به بیان دیگر، در حالی که نمی‌توان منکر این واقعیت شد که جامعه بین‌المللی تا حدودی راضی به قبول سیاست بازدارندگی، از طریق تهدید به سلاح‌های هسته‌ای، بوده است، این هرگز بدان معنا نیست که در راستای این سیاست، توسل عملی به چنین سلاح‌هایی را نیز پذیرفته باشد.

به همین ترتیب، گرچه قدرتهای هسته‌ای صریحاً حق به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای‌را، در بعضی شرایط، برای خود محفوظ داشته‌اند، این هرگز بدان معنا نیست که چنین حق ادعایی توسط قاطبه کشورهای جهان نیز مورد قبول واقع شده باشد. بلکه، بالعکس، اکثریت قاطع دولت‌ها در قطعنامه‌های مکرر مجمع عمومی سازمان ملل متحد همواره بر عدم مشروعیت هرگونه به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای اصرار داشته‌اند.[۳۴]

۳ـ عدم ارتباط یا غیرقابل اعمال بودن برخی منابع حقوق قراردادی

تشخیص و بررسی قلمرویی از حقوق بین‌الملل که ممکن است متضمن ممنوعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای باشد، از مسائل حائز اهمیتی است که هرگونه پاسخی به سؤال مجمع عمومی، بدون انجام آن، میسر نمی‌باشد. از این رو، دیوان تلاش می‌نماید تا از میان مجموعه متنوع و گسترده قواعد و مقررات حقوقی بین‌المللی، قواعد مرتبط با موضوع را شناسایی و مورد بررسی قرار دهد.

مخالفان مشروعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای، بر این عقیده‌اند که این ممنوعیت را می‌توان از قواعد ناظر بر به کارگیری زور در روابط

---

34. See e.g., General Assembly Resolutions 1653 (XVI) of 24 November 1961; 2936 (XXVII) of 29 November 1972; and 47/53 of 9 December 1992.

بین‌الملل، مندرج در منشور سازمان ملل متحد؛ حقوق راجع به محیط زیست؛ قواعد و مقررات ناظر بر حقوق بشر؛ و حقوق بشردوستانه بین‌المللی یا حقوق مخاصمات مسلحانه، احراز نمود. اما دیوان برخی از منابع حقوقی مورد استناد را بی‌ارتباط با مسأله مطروحه قلمداد نمود.[۳۵] نقد و بررسی نظر دیوان، در اعلام عدم ارتباط یا غیرقابل اجرا بودن این مقررات، موضوع این مبحث را تشکیل می‌دهد.

طرفداران عدم مشروعیت کاربرد سلاح‌های هسته‌ای، توسل به این سلاح‌ها و تلفات جانی ناشی از آن را تجاوز به «حق زندگی»[۳۶] و محروم ساختن خودسرانه افراد بشر از چنین حقی، که در ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی[۳۷] تضمین شده است، قلمداد نموده‌اند. متقابلاً، این استدلال وجود داشته است که این سلاح‌ها هرگز در میثاق پیش‌بینی نشده‌اند، زیرا اصولاً هدف از میثاق اجرای آن در زمان صلح بوده است.

اما، به نظر دیوان، قواعد و مقررات مربوط به حقوق بشر، از جمله ماده ۶ میثاق که فقط سلب خودسرانه زندگی را ممنوع می‌سازد، در زمان جنگ نیز اجرا می‌شود و حق زندگی را نمی‌توان، تحت هیچ شرایطی، با اجرای ماده ۴ میثاق،[۳۸] معلق نمود. مع‌الوصف، از آنجا که کشتن یک

---

35. Opinion, para. 24 ff.

36. The "Right to life" in the light of international humanitarian law is interpreted in D. Weissbrodt and B. Andrus, "The Right to life during Armed Conflict: Disabled People's International v. United States", 29 Harvard International Law Journal 59 (1988).

37. International Covenant on Civil and Political Rights, adopted by the General Assembly on 16 December 1966, reproduced in 6 International Legal Materials 368 (1967).

بند اول ماده ۶ میثاق مقرر می‌دارد که حق زندگی از حقوق ذاتی شخص انسان است و هیچ فردی را نمی‌توان خودسرانه از چنین حقی محروم کرد. مشابه این مقرره در کنوانسیون اروپایی (ماده ۲) و نیز آمریکایی (ماده ۴) حقوق بشر وجود دارد.

۳۸. طبق این ماده، چنانچه خطری عمومی و استثنایی موجودیت ملتی را تهدید نماید، امکان اتخاذ تدابیری خارج از الزامات مقرر در میثاق، تحت شرایطی، وجود دارد. رابطه بین حقوق بشر و حقوق مخاصمات مسلحانه مورد بررسی قرار گرفته است در:

ویژگی ذاتی جنگ است، تعیین این‌که آیا وقوع سلب زندگی در یک مخاصمه مسلحانه خودسرانه بوده است یا نه، و این‌که چه چیزی به منزله سلب خودسرانه زندگی است، باید فقط با مراجعه به حقوق خاص حاکم و ضابطه‌ای در خارج از میثاق صورت پذیرد. دیوان این حق را حقوق قابل اعمال در مخاصمه مسلحانه، که به منظور تنظیم رفتار و عملیات جنگی طراحی شده است، می‌داند.[۳۹]

به این ترتیب، تنها در صورتی اقدام به کشتن در یک مخاصمه مسلحانه می‌تواند به عنوان کشتن خودسرانه، از نقطه نظر ماده ۶ میثاق، تلقی شود که چنین اقدامی مغایر با حقوق بشردوستانه باشد.[۴۰] در نتیجه، ضابطه مورد بحث باید، بویژه، در حقوق مربوط به حق توسل به جنگ[۴۱] و حقوق ناظر به رفتار جنگی[۴۲] یافت شود که، به عقیده دیوان، به منظور حکومت بر کاربرد سلاح‌ها، از جمله سلاح‌های هسته‌ای، در مخاصمات مسلحانه طراحی شده‌اند.

به نظر دیوان، میثاق تا آنجایی در زمان جنگ قابل اجرا است که تخلف از آن صریحاً مجاز شمرده نشده باشد.[۴۳] این اظهارنظر، هم از نقطه نظر ماهوی و هم از لحاظ شکلی، حائز اهمیت می‌باشد. زیرا، گرچه حق زندگی ممکن است چیزی به حقوق بشردوستانه نیفزاید، اما قواعد و مقررات دیگر مندرج در معاهدات راجع به حقوق بشر از آن چه که در

W.A Solf, "Human Rights in armed conflict: Some observations on the relationship of human rights law to the law of armed conflict", in: World in transition: Challenges to human rights, development and world order / ed. by H. H. Han, University Press of America, Washington D.C., 1979, at 41-53.

39. Opinion, para. 25.

40. Id.

41. *jus ad bellum.*

42. *Jus in bello.*

43. Id.

حقوق بشردوستانه قراردادی یا عرفی وجود دارد فراتر می‌رود. بـه عـلاوه، معاهدات مربوط به حقوق بشر از ضمانت اجرایی قـوی‌تـر و مـؤثرتری در مقایسه با معاهدات حقوق بشردوستانه، برخوردار می‌باشند.

در مورد استدلال دیگر، یعنی ممنوعیت توسل به سلاح‌های هـسته‌ای بر طبق کنوانسیون راجع به جلوگیری و مجازات جرم نسل کشی،[۴۴] دیـوان خاطرنشان می‌سازد که کاربرد این سلاح‌ها، همانند هر سـلاح غیرهـسته‌ای، در صورتی در حکم کشتار دسته جمعی و نقض کنوانسیون مربوط محسوب می‌شود که چنین کاربردی با عنصر قصد «**قصد نابودی**» نـسبت بـه یـک گروه معین، آن‌گونه که در ماده دوم کنوانسیون پـیش‌بینـی شـده اسـت، همراه باشد.[۴۵]

بعضی از دولت‌ها، با استناد به معاهدات و اسناد بین‌المللـی مختلـف، چنین استدلال کرده‌اند که بر طبق معیارهای موجود مربوط بـه حفاظـت و حمایت از محیط زیست، هر نوع کـاربرد سـلاح‌هـای هـسته‌ای نامـشروع است.[۴۶] دیوان، با اشاره به این‌که به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای می‌توانـد موجب یک فاجعه برای محیط زیست گردد، وجود تعهد کلی کشورها بـه تضمین احترام محیط زیست کشورهای دیگر و نواحی خارج از کنترل ملی را امروزه بخشی از مقررات حقوق بین‌الملل ناظر به محیط زیست می‌داند.[۴۷] اما این استدلال را که استفاده از سلاح‌های هسته‌ای، به موجب معاهدات عام یا حقوق عرفی راجع به محیط زیست، ممنوع شده است رد می‌کند و اظهـار

---

44. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, adopted by General Assembly Resolution 260 A (III) of 9 December 1984, reprinted in A. Roberts and R. Guelff (eds.), Documents on the Laws of War, Clarendon Press & Oxford University Press, New york, 1982, at 157.

45. Opinion, para. 26.

46. Id., para. 27.

47. Id., para. 29.

می‌دارد، تا آنجا که به بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ پروتکل اول ژنو راجع به مخاصمات مسلحانه بین‌المللی ۱۹۷۷[۴۸] مربوط می‌شود، این مقررات حمایت بیشتری از محیط زیست به عمل می‌آورند و متضمن «محدودیت‌های قوی برای کلیه دولت‌هایی که این مقررات را پذیرفته‌اند» می‌باشند.[۴۹] به عقیده دیوان، معاهدات مربوط به محیط زیست بر آن نبوده‌اند تا دولت‌ها را از وجود حق دفاع از خود محروم سازند، اما دولت‌ها باید ملاحظات زیست محیطی را، به هنگام ارزیابی این‌که در تعقیب اهداف نظامی مشروع چه چیزی ضروری و متناسب است، مورد توجه قرار دهند.[۵۰]

دیوان همچنین با اشاره به قطعنامه ۴۷/۳۷ مجمع عمومی،[۵۱] درخصوص حمایت از محیط زیست در زمانهای مخاصمه مسلحانه، آن را مؤید دیدگاه کلی می‌داند که در اجرای حقوق حاکم در مخاصمه مسلحانه ملاحظات زیست محیطی باید مورد توجه قرار گیرند و این‌که «نابودی محیط زیست، که به موجب ضرورت نظامی توجیه نشده و عمداً صورت پذیرد، آشکارا مغایر با حقوق بین‌الملل موجود است».[۵۲]

در نتیجه، به نظر دیوان، گرچه حقوق بین‌الملل موجود مربوط به حمایت از محیط زیست صریحاً کاربرد سلاح‌های هسته‌ای را ممنوع نمی‌سازد، در چارچوب اجرای اصول و قواعد اعمال پذیر در مخاصمات

---

48. Geneva Protocol I Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, 12 December 1977 (Protocol I), reprinted in 16 International Legal Materials 1391 (1977).

بند ۳ ماده ۳۵ پروتکل اول به کاربردن شیوه‌ها یا وسایل جنگی که هدف آنها وارد آوردن خسارات شدید، گسترده و دراز مدت بر محیط زیست طبیعی باشد و یا احتمال وجود چنین اثراتی وجود داشته باشد را ممنوع می‌سازد. ماده ۵۵ پروتکل نیز متضمن تعهد کشورها به حفاظت از محیط زیست در برابر آسیب‌هایی این‌گونه می‌باشد.

49. Opinion, para. 31.

50. Id., para. 30.

51. General Assembly Resolution 47/37 of 25 November 1992.

52. Opinion, para. 32.

مسلحانه، عوامل مهم زیست محیطی باید مورد توجه قرار گیرند.[۵۳] در حالی که زیان گسترده، دراز مدت و شدید ناشی از به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای به محیط زیست، استدلالی کلیدی به نفع منع مطلق مشروعیت چنین سلاح‌هایی است،[۵۴] دیوان دو اصل ضرورت و تناسب را در این رابطه به عنوان معیار قابل اعمال قلمداد می‌نماید.[۵۵]

این‌که آیا ارجاع دیوان به این دو اصل به محدودیت‌های کلی‌تری اشاره دارد که در بافت حقوق راجع به دفاع مشروع نهفته است و یا این‌که اصل تناسب خسارت جنبی در چارچوب حقوق بشردوستانه، مورد نظر می‌باشد، به وضوح معلوم نیست. اگر متمایل به برداشت اخیر شویم، معنای آن این است که «محیط زیست، یک هدف غیرنظامی است و حمله به یک هدف نظامی باید متوقف شود، اگر اثر آن بر محیط زیست از ارزش هدف نظامی تجاوز نماید» و در نتیجه «به صرف این واقعیت که حملات در منطقه‌ای صورت پذیرفت که سکنه انسانی کم و یا هیچ نداشت، نمی‌توان به آسانی استدلال نمود که قاعده تناسب نقض نشده است».[۵۶]

۴ـ قواعد حقوقی اعمال پذیر

دیوان ضمن رد ارتباط مستقیم برخی از منابع حقوق قراردادی مورد استناد با موضوع مطروحه، به شرح مبحث پیشین، قواعد حقوقی اعمال پذیر

53. Id., para. 33.

54. See generally P. Weiss, B. Weston, R. Falk and S. Mendlowitz, "Draft Memorial in support of the application by the World Health Organization for an advisory opinion by the International Court of Justice on the legality of the use of nuclear weapons under international law", 4 Transnational Law and Contemporary Problems 2 (1994), at 24 ff.

55. Opinion, para. 30.

56. L. Doswald – Beck, "Inernational Humanitarian Law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the legality of the threat or use of nuclear weapons", International Review of the Red Cross, No. 316, Jan. – Feb. 1997, at 52.

در این خصوص را به سه زمینه خاص یعنی مقررات منشور در مورد توسل به زور؛ حقوق مخاصمات مسلحانه؛ و هر معاهده خاص دیگری که ممکن است با موضوع ارتباط داشته باشد، محدود نمود.[۵۷] در بررسی صحیح و اعمال قواعد ناظر بر توسل به زور و حقوق مخاصمات مسلحانه، دیوان لزوم توجه به ویژگی‌های خاص و منحصر بفرد سلاح‌های هسته‌ای، همچون توان تخریبی فوق‌العادهٔ این سلاح‌ها؛ توانایی آنها در وارد کردن تلفات انسانی بی‌شمار؛ و قابلیت آنها در صدمه رساندن حتی به نسل‌های بعدی، را مورد تأکید قرار می‌دهد.[۵۸]

الف ـ حقوق ناظر به استفاده از زور مندرج در منشور

دیوان مسأله مشروعیت یا عدم مشروعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای را در پرتو مقررات منشور راجع به تهدید یا توسل به زور، از جمله بند ۴ ماده ۲ و ماده ۵۱[۵۹] مورد توجه قرار می‌دهد[۶۰] و، با اشاره به این‌که اصول و مقررات منشور درخصوص ممنوعیت تهدید یا به کارگیری زور و حق دفاع از خود به سلاح خاصی اشاره نداشته، در مورد هر نوع توسل به زور، صرفنظر از نوع سلاح به کار گرفته شده، اجرا می‌شود، خاطرنشان می‌سازد: «سلاحی که در حال حاضر، خواه به موجب معاهده و یا عرف، فی‌نفسه نامشروع می‌باشد، به دلیل کاربرد آن برای هدفی مشروع بر طبق منشور مشروع نمی‌شود».[۶۱] به این ترتیب، در اجرای مقررات مربوط به

---

57. Opinion, para. 34.

58. Id., para. 36.

۵۹. بند ۴ ماده ۲ منشور، کشورهای عضو را از تهدید یا توسل به زور علیه تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی هر کشوری منع می‌نماید و ماده ۵۱ که مکمل آن می‌باشد، حق ذاتی دفاع از خود را، خواه به صورت فردی یا دسته‌جمعی، به رسمیت می‌شناسد.

60. Opinion, para. 37 ff.

61. Id., para. 39.

دفاع مشروع و حق توسل به زور در مورد کاربرد سلاح‌های هسته‌ای، دیوان، به اتفاق آراء، به نتیجه مندرج در بند C (۲) ۱۰۵ می‌رسد.

دیوان حق توسل به زور و حق ذاتی دفاع از خود، خواه به صورت فردی و خواه به صورت دسته جمعی، طبق ماده ۵۱ منشور، را مشروط به محدودیت‌هایی می داند که برخی از آنها در خود این ماده تصریح شده‌اند و برخی دیگر درکنه مفهوم دفاع مشروع وجود دارند.[۶۲] محدودیت‌های موجود در کنه مفهوم دفاع از خود عبارتند از شرایط ضرورت و تناسب، که عرفی بودن ماهیت آنها مورد تأیید دیوان قرار گرفته است.[۶۳]

اصل تناسب در جایی اعمال می‌شود که استفاده از سلاحی مجاز بوده و هدف انتخابی نیز، در مفهوم حقوق بشردوستانه، هدفی نظامی باشد. در چنین حالتی، اگر تلفات و صدمات جنبی قابل پیش‌بینی ناشی از حمله با چنین سلاحی، در مقایسه با ارزش اهداف نظامی، بیش از حد باشد، استفاده از آن ممنوع است.[۶۴] در نتیجه، در تعیین این‌که به کارگیری سلاح مشخصی در مورد خاصی مشروع است یا نه، ضروری است که هم اصول و قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی و هم مقتضیات حق دفاع از خود مورد توجه قرار گیرد. به همین دلیل است که دیوان، گرچه اصل تناسب را فی‌نفسه مانع از به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای در مقام دفاع از خود در کلیه شرایط نمی‌داند، تأکید می‌نماید: «توسل به زوری که بر طبق حقوق

---

62. Id., para. 40.

63. Id., para. 41.

64. Doswald – Beck, supra note 56, at 44. For more details see generally B.L. Brown, "The proportionality principle in the humanitarian law of warfare: Recent efforts at codification", 10 Cornell International Law Journal, 1976, at 134 – 155. The concept of proportionality and its areas of application is also discussed by J. Delbruck, "Proportionality" in 7 Encyclopedia of Public International Law, ed. by R. Bernhardt, North – Holland Publishing Company, Amsterdam, 1984, at 396-400.

ناظر به دفاع از خود متناسب می‌باشد، به منظور مشروع بودن همچنین باید مقتضیات حقوق قابل اعمال در مخاصمه مسلحانه را، که بویژه شامل اصول و قواعد حقوق بشردوستانه می‌باشد، تأمین کند».[۶۵]

حکومت حقوق بشردوستانه بین‌المللی بر کلیه طرف‌های یک مخاصمه مسلحانه، صرفنظر از این‌که کدامیک از آنها در مقام دفاع از خود است، از دیرباز به رسمیت شناخته شده است. حداقل دو قرن است که دولت‌ها، با رویه خویش، و حقوقدانان، با آثار و نظرات خود، آن را تأیید و تصدیق نموده‌اند. تنها نکته مورد اختلاف عبارت از این بوده است که آیا، در یک مخاصمه مسلحانه، محدودیت‌هایی که در کنه حقوق ناظر به دفاع از خود، یعنی ضرورت و تناسب، در مفهوم کلی، وجود دارد، علاوه بر محدودیت‌های خاص حقوق بشردوستانه، اعمال می‌گردد یا نه.

گرچه دیوان نمی‌پذیرد که استفاده از سلاح‌های هسته‌ای هرگز نمی‌تواند یک تدبیر متناسب در دفاع از خود باشد و با یادآوری این‌که شورای امنیت از تضمینات امنیتی داده شده توسط قدرتهای هسته‌ای استقبال کرده است،[۶۶] و این دلالت بر آن دارد که نه همهٔ کاربردهای سلاح‌های هسته‌ای ناقض مقررات منشور در خصوص توسل به زور است، مع‌الوصف، رعایت اصول و قواعد حقوق بشردوستانه را، علاوه بر مقتضیات دفاع از خود، در به کارگیری سلاحی خاص، مورد تأکید قرار می‌دهد. اما به نظر می‌رسد که، در نتیجه‌گیری نهایی دیوان، این باور لحاظ نشده است؛ چه، اگر می‌شد، بند E (۲) ۱۰۵ حاصل آن نمی‌بود.

از این بیان، که حق دفاع از خود تابع مقتضیات تناسب است، می‌توان فهمید که برای تضمین تناسب، در استفاده از زور، باید درجه و

---

65. Opinion, para. 42.

66. Id., para. 45.

شدت زور و در نتیجه اسلحه و مهماتی که یک کشور ممکن است بطور قانونی مورد استفاده قرار دهد، با زور و اسلحه و امکانات طرف مقابل قابل مقایسه باشد. به علاوه، شرایط ضرورت و تناسب مستلزم این می‌باشند که نتیجه به کارگیری سلاح‌های هسته ای، در دفاع از خود، قابل پیش‌بینی باشد تا فقط حمله با شدت قابل مقایسه‌ای را تلافی نماید که با هیچ وسیله دیگری قابل خنثی کردن نیست. اما سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا شدت و حد استثنایی زور و صدماتی که از کاربرد سلاح‌های هسته‌ای ایجاد می‌شود با محدودیت‌های موجود در کنه حقوق دفاع از خود، در رابطه با تناسب سازگاری دارد.

آن چه از بند E (۲) ۱۰۵ رأی مشورتی، درخصوص رابطه بین حقوق ناظر به دفاع از خود و حقوق بشردوستانه، استنباط می‌شود این است که، در بعضی موارد از دفاع مشروع، اصول و قواعد حقوق بشردوستانه اعمال نمی‌گردد. این نتیجه‌گیری نه تنها در تناقض آشکار با بندهای ۴۱ و ۴۲ رأی دیوان می‌باشد، که لزوم رعایت حقوق بشردوستانه را مورد تأکید قرار می‌دهند، بلکه مثل این است که گفته شود، در شرایط حاد خطر، فرد می‌تواند اجرای قواعد و اصول حقوق بشردوستانه را، به منظور مواجهه با خطر، ترک کند؛ قواعدی را که اصولاً برای رعایت در چنین وضعیت‌هایی وضع شده‌اند. بطلان این دیدگاه، توسط دیوان نورمبرگ، در پرونده‌های متعددی مورد تأکید قرار گرفته است.[۶۷] آیا باید به بیان دیوان در بندهای ۴۱ و ۴۲ رأی مشورتی تکیه کرد یا به نتیجه‌گیری آن در بند E (۲) ۱۰۵؟

در حالی که اکثریت قضات، اشاره‌ای به استنباط خویش از اصل تناسب ننموده و یا آن را اصولاً بی‌ارتباط با موضوع بحث دانسته‌اند، تنی

67. Id., Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, at 81-82.

چند از آنان،[۶۸] با تکیه بر این اصل، اظهار می‌دارند که در بعضی موارد آثار جنبی سلاح‌های هسته‌ای بیش از حد نمی‌باشد.

(۱) تهدید به کاربرد سلاح‌های هسته‌ای و سیاست بازدارندگی

دولت‌هایی که معتقدند تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای در بعضی شرایط مشروع می‌باشد، در تقویت ادعای خود، به دکترین و رویه بازدارندگی استناد می‌نمایند.[۶۹]

پس از به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای توسط ایالات متحده آمریکا، در ۱۹۴۵، این تکنولوژی به تدریج در اختیار چند کشور بزرگ قرار گرفت. از آن زمان تاکنون، توان هسته‌ای به عنوان یک وسیله بازدارنده تلقی شده است. به موجب سیاست بازدارندگی دولت‌های دارای سلاح‌های هسته‌ای یا دولت‌هایی که تحت حمایت قدرتهای هسته‌ای قرار دارند سعی می‌کنند تا از تجاوز نظامی، با اثبات این‌که چنین تجاوزی بی‌فایده خواهد بود، ممانعت به عمل آورده، به این ترتیب، به قصد استفاده از سلاح‌های هسته‌ای جنبه باور پذیری دهند.[۷۰] از نظر آنها، این سیاست بهترین شیوه برای تضمین این است که سلاح‌های هسته‌ای هرگز مورد استفاده قرار نگیرند.

دیوان با بیان این‌که حامیان دکترین بازدارندگی همیشه حق کاربرد سلاح‌های هسته‌ای را، در اعمال حق دفاع مشروع در برابر حمله‌ای نظامی که منافع حیاتی آنها را تهدید نماید، محفوظ داشته‌اند،[۷۱] به وجود و استمرار

68. See e.g. Opinion, Dissenting Opinion of Vice – President Schwebel, at 7 and Dissenting Opinion of Judge Higgins, paras. 20-21.

69. Opinion, para. 66.

70. H. Fujita, "The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the legality of nuclear weapons", International Review of the Red Cross, No. 316, Jan. – Feb. 1997, at 58 – 59.

71. Opinion, para. 66.

اعتقاد به رویه بازدارندگی در معدودی از کشورها، در بخش اعظم دوران جنگ سرد، اشاره می‌نماید.[۷۲] دیوان همچنین وجود تضاد مستمری را تصدیق می‌نماید که بین باور و اعتقاد حقوقی در حال شکل‌گیری، درخصوص عدم مشروعیت استفاده از سلاح‌های هسته‌ای، که در قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد، از جمله قطعنامه غالباً مورد استناد ۱۶۵۳،[۷۳] متجلی است، از یک طرف، و اعتقاد همچنان قوی به رویه بازدارندگی، از طرف دیگر، خودنمایی می‌نماید.[۷۴]

گرچه دیوان این استدلال را، که سیاست بازدارندگی نقش اساسی در امور امنیتی بین‌المللی ایفا نموده است، تصدیق می‌نماید اما وجود باور و اعتقاد حقوقی غالب را در این باره، با توجه به شکاف عمیق در جامعهٔ بین‌المللی در خصوص مورد، منتفی می‌داند.[۷۵] مع‌الوصف، به نظر می‌رسد که تضاد مورد بحث، در نتیجه‌گیری نهایی دیوان در عبارت دوم بند E (۲)۱۰۵ رأی مشورتی، با غلبه نظریه بازدارندگی متجلی گردیده است.

شاید سلاح‌های هسته‌ای توانسته باشند از مواجههٔ رویاروی و مستقیم بین قدرتهای بزرگ جلوگیری نموده باشند اما، بدون شک، تهدید هسته‌ای هرگز نتوانسته است از بروز منازعات بی‌شماری که در آن افراد بی‌گناه و غیر نظامیان بیشترین هزینه را پرداخته‌اند، جلوگیری نماید. در نتیجه، سیاست بازدارندگی تنها در رابطه با کشورهای دارای سلاح‌های هسته‌ای موضوعیت داشته است. مضافاً، دیری نخواهد پایید، که در صورت دسترسی آسان یا ممکن به تکنولوژی هسته‌ای، توسط کشورهای دیگر، تکیه بر

---

72. Id., para. 67.

73. General Assembly Resolution 1653 (XVI) of 24 November 1961.

74. Opinion, para. 73.

75. Id., para. 67.

سیاست‌های دفاعی براساس بازدارندگی هسته‌ای، این سیاست‌ها را زیر سؤال خواهد برد. از این رو، تنظیم معاهده‌ای برای منع کامل و جامع اکتساب، تولید، تملک، استقرار و آزمایش سلاح‌های هسته‌ای باید در رأس برنامه‌ها قرار گیرد.

(۲) دیوان و تجویز نقض حقوق ناظر به رفتار جنگی در شرایط حاد دفاع از خود

ابراز ناتوانی دیوان، در اعلام نظر درخصوص قانونی یا غیرقانونی بودن توسل به سلاح‌های هسته‌ای، از این نقطه نظر بسیار تأسف برانگیز است که تصریح به جهل بر شناسایی حق دفاع مشروع از خود بنا گردیده است. در این ابراز عقیده، که وضعیت حاد دفاع مشروع ممکن است توسل به سلاح‌های هسته‌ای را توجیه پذیر سازد، دیوان خلط شگفتی بین حق توسل به جنگ «*jus ad bellum*» و حقوق ناظر به رفتار جنگی «*jus in bello*» مرتکب می‌شود.

در حالی که قاعده بنیادین حقوق بشردوستانه این است که حقوق ناظر به رفتار جنگی باید در کلیه اوضاع و احوال بطور یکسان توسط طرفین مورد احترام قرار گیرد، فارغ از این‌که مشروع باشد و یا نه و این‌که چه طرفی در مقام دفاع از خود می‌باشد، و حتی خود دولت‌های هسته‌ای نیز که نزد دیوان ظاهر شده‌اند همگی پذیرفته‌اند، یا مورد مناقشه قرار نداده‌اند،که هر نوع تهدید یا به کارگیری قانونی سلاح‌های هسته‌ای باید با رعایت هم حقوق راجع به حق توسل به زور و هم حقوق ناظر به رفتار جنگی صورت پذیرد،[۷۶] دیوان امکان عدول از اصول و قواعد مربوط به رفتار جنگی را در بعضی موارد از دفاع مشروع منتفی نمی‌داند.

76. Id., para. 22, and Dissenting Opinion of Judge Higgins, para. 29.

در واقع، دیوان به جای پاسخ به این سؤال که در چه شرایطی استفاده از سلاح‌های هسته‌ای ممکن است با اصول کلی حقوق بشردوستانه منطبق باشد و یا اثبات این‌که، مثلاً، چنین تهدید یا استفاده‌ای ضرورتاً ناسازگار با حقوق ناظر به رفتار جنگی نیست، یکی از اصول اساسی حقوق راجع به مخاصمات مسلحانه، یعنی اصل تساوی کشورهای متخاصم از نظر حقوق جنگ،[۷۷] را مورد تردید قرار می‌دهد.

برداشتی که می‌توان از نظر اکثریت قضات دیوان، در دو بخش از بند E (۲) ۱۰۵ رأی مشورتی به عمل آورد، این است که استفاده از سلاح‌های هسته‌ای به طور ناگزیر موجب نقض حقوق ناظر به رفتار جنگی است، اما دیوان این احتمال را که ممکن است، در بعضی شرایط نامعین، حق توسل به زور، در شکل یک مورد حاد دفاع از خود، استفاده از این سلاح‌ها را توجیه‌پذیر سازد رد نمی‌کند.[۷۸] چنین دیدگاهی فوق‌العاده تأسف برانگیز است و یافته‌ای تا این حد مغایر با اساس حقوق بشردوستانه در بطن خودش تخم بی‌اعتباری را حمل می‌کند. زیرا اگر منشور اقدام دولتی را در توسل به زور در مقام دفاع از خود مشروع قلمداد کرده باشد، اما از روش‌ها و وسایل جنگی استفاده نماید که طبق حقوق مخاصمات مسلحانه مغایر با حقوق بشردوستانه باشد، عمل آن دولت غیرقانونی است. برعکس، اگر دولتی همهٔ مقررات بشردوستانه را رعایت نماید، اما توسل آن دولت به زور تجاوزکارانه باشد و یا از آن چه که می‌تواند در مقام دفاع از خود متناسب تلقی شود تجاوز نماید، اقدام آن دولت مشروع نخواهد بود.[۷۹]

---

77. Protocol I, supra note 48, Preamble and Article 96, para. 3 (C).

78. See Opinion, Dissenting Opinion of Judge Higgins, para. 29; Separate Opinion of Judge Fleischhauer.

۷۹. حتی خود دیوان نیز در قسمتهای مختلف نظر مشورتی، بویژه در قسمتهای C و D بند (۲) ۱۰۵، به شکلی این نکته را تأیید می‌نماید.

ب ـ حقوق اعمال‌پذیر در مخاصمات مسلحانه

به نظر دیوان، علاوه بر لزوم رعایت مقررات منشور درخصوص استفاده از زور، با بکارگیری سلاح‌های هسته‌ای، هرگونه «تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای، همچنین باید با الزامات حقوق بین‌الملل حاکم در مخاصمات مسلحانه، بویژه با الزامات اصول و قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی ... مطابقت داشته باشد».[۸۰]

برای احراز این‌که آیا حقوق بین‌الملل متضمن قواعد خاصی راجع به عدم مشروعیت کاربرد سلاح‌های هسته‌ای می‌باشد، دیوان ابتدا به بررسی موضوع در حقوق بین‌الملل قراردادی و آنگاه عرفی می‌پردازد و سپس درصدد برمی‌آید تا موضوع را در پرتو اصول و قواعد بشردوستانه اعمال‌پذیر در مخاصمات مسلحانه و نیز حقوق بی‌طرفی مورد مطالعه قرار دهد[۸۱] و همانطور که قبلاً اشاره شد، در این مقام به دنبال «ممنوعیت» می‌گردد تا مشخص سازد که آیا در حقوق بین‌الملل قراردادی و یا عرفی هیچ منعی راجع به کاربرد سلاح‌های هسته‌ای وجود دارد یا نه.

(۱) حقوق بین‌الملل قراردادی

طرفداران غیرقانونی بودن سلاح‌های هسته‌ای، اینگونه استدلال نموده‌اند[۸۲] که این سلاح‌ها باید همانند سلاح‌های سمی تلقی گردند که برطبق اعلامیه دوم لاهه ۱۸۹۹؛[۸۳] بند (الف) ماده ۲۳ مقررات منضم به

---

80. Opinion, para. 105 (2) D.

81. Id., para. 51.

82. Id., para. 54.

83. The Second Hague Declaration of 29 July 1899, reprinted in Roberts and Guelff (eds.), supra note 44, at 35.

کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷[۸۴] و پروتکل ژنو ۱۹۲۵،[۸۵] ممنوع اعلام گردیده‌اند. در این اسناد، به ترتیب، به کارگیری «پرتابه‌هایی که هدف انحصاری آنها عبارت است از پخش گازهای خفقان‌آور یا مضر»؛ «سم یا سلاح‌های سمی»؛ و «گازهای خفه کننده سمی یا گازهای دیگر و کلیه مایعات، مواد یا وسایل مشابه در جنگ»، صریحاً منع شده است.

دیوان، ضمن رد این استدلال که سلاح‌های هسته‌ای تا حدودی به گازهای سمی شبیه می‌باشند، مقرر می‌دارد که برطبق هیچ یک از مقررات پیش گفته نمی‌توان کاربرد سلاح‌های هسته‌ای را ممنوع قلمداد کرد.[۸۶] زیرا، مقررات منضم به کنوانسیون چهارم لاهه هیچ تعریفی از «سم یا سلاح‌های سمی» ارائه نمی‌دهند و پروتکل ژنو ۱۹۲۵ نیز معنی «مواد یا وسایل مشابه» را مشخص نمی‌سازد. به علاوه، دیوان مدعی است، رویه دولتها ثابت می‌نماید که این واژه‌ها در مفهوم متعارف خود به عنوان سلاح‌هایی هستند که «اثر اصلی یا حتی انحصاری آنها عبارت از مسموم ساختن یا خفه کردن می‌باشد».[۸۷]

دیوان همچنین می‌افزاید، روالی که تاکنون در رابطه با سلاح‌های دارای قدرت نابودی وسیع وجود داشته این بوده است که به وسیله اسناد خاصی نامشروع اعلام شوند؛ از جمله جدیدترین این اسناد عبارتند از کنوانسیون ۱۹۷۲ درخصوص سلاح‌های باکتریولوژیکی (بیولوژیکی)[۸۸] و

---

84. Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land, 18 October 1907, reprinted in Roberts and Guelff (eds.), supra note 44, at 43.

85. Geneva Protocol for the Prohibition of the Use of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare, 17 June 1925, reprinted in Roberts and Guelff (eds.), supra note 44, at 137.

86. Opinion, para. 56.

87. Id., para. 55.

88. Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction, 10 April 1972.

کنوانسیون ۱۹۹۳ پاریس در رابطه با سلاح‌های شیمیایی.[۸۹] اما «هریک از این اسناد در شرایط و به دلایل خاص خود مورد مذاکره و تصویب قرار گرفته‌اند» و «در معاهداتی که صریحاً کاربرد بعضی از سلاح‌های دارای قدرت نابودی وسیع را منع می‌نمایند، دیوان هیچ ممنوعیت خاصی راجع به توسل به سلاح‌های هسته‌ای نمی‌یابد».[۹۰] در نتیجه، با توجه به عدم ممنوعیت صریح و این‌که موضوع سلاح‌های هسته‌ای در طول مذاکرات منتهی به این اسناد هرگز مطرح نشده است، نمی‌توان به آنها به عنوان منبع ممنوعیت تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای نگریست.

ارزیابی و استدلال دیوان، در رد ملاک تحریم مقرر در بند (الف) ماده ۲۳ مقررات لاهه و پروتکل ۱۹۲۵ نسبت به سلاح‌های هسته‌ای، بدون اشکال نمی‌باشد.[۹۱] این ادعا که متون مورد بحث فقط سلاح‌هایی را ممنوع می‌سازند که «اثر اصلی، یا حتی انحصاری آنها عبارت از مسموم ساختن یا خفه کردن می‌باشد»، مبتنی بر چه مبنای قطعی است؟ اگر مبتنی بر رویه می‌باشد، آن رویه کدام است؟ با چه منطقی می‌توان پذیرفت که سلاح‌های سمی منحصراً آنهایی می‌باشند که سم پخش می‌کنند، بدون این‌که هیچ اثر زیانبار دیگری بر قربانی داشته باشند؟ آیا متصور نیست که اثر مصدوم‌سازی یک موشک سمی بیش از اثر مسموم‌سازی آن باشد؟

این‌که به کارگیری تیرها و گلوله‌های سمی تحت پوشش چنین ممنوعیتی می‌باشد، از دیرباز پذیرفته شده است؛ هرچند که سم مکانیزم مجروح کننده اصلی نیست. این واقعیت که سلاح‌های هسته‌ای منتج از رادیواکتیویته اولیه یا القاء شده دارای آثاری مشابه با آثار ناشی از سم

---

89. Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction, 13 January 1993.

90. Opinion, para. 57.

91. For more details see David, supra note 6, at 25-27.

می‌باشند، نه تنها در محافل علمی، بلکه توسط خود دولتها، به هنگام تعریف سلاح‌های هسته‌ای، مورد قبول واقع شده است. مثلاً به موجب پروتکل سوم موافقتنامه‌های ۱۹۵۴ پاریس، سلاح هسته‌ای عبارت است از:

> هر سلاحی که حاوی سوخت هسته‌ای یا ایزوتوپهای رادیواکتیو می‌باشد یا برای دارا شدن یا مورد استفاده قرار دادن چنین سوخت یا ایزوتوپ‌هایی طراحی می‌شود و، با انفجار یا تغییر هسته‌ای مهار نشدنی دیگر سوخت هسته‌ای، یا با رادیواکتیویته سوخت هسته‌ای یا ایزوتوپهای رادیواکتیو، دارای قابلیت انهدام وسیع، صدمه وسیع یا مسمومیت وسیع است.[۹۲]

از این رو، حتی اگر آثار اولیه یک سلاح هسته‌ای توأم با انفجار و حرارت باشد، مسمومیت اثر متعاقب آن می‌باشد و در نتیجه، همانند یک تیر یا گلوله سمی که گرچه اثر اولیه آن صدمه رساندن به بدن قربانی است اما به دلیل پخش سم مشمول تحریم می‌باشد، سلاح‌های هسته‌ای را نیز باید برطبق بند (الف) ماده ۲۳ مقررات لاهه ممنوع قلمداد نمود.

از طرف دیگر، تفسیر دیوان درخصوص مفاد پروتکل ژنو ۱۹۲۵، به هیچ وجه با کار مقدماتی منتهی به تصویب آن، که درخصوص مورد ساکت است، سازگار نمی‌باشد.[۹۳] مضافاً این‌که از مقایسه بین اعلامیه ۱۸۹۹ لاهه و پروتکل مورد بحث به وضوح می‌توان پی برد که متن عبارت و نیز روح حاکم بر پروتکل با تفسیر مضیق دیوان، دائر بر این‌که پروتکل فقط به سلاح‌هایی اشاره دارد که «اثر اصلی، یا حتی انحصاری، آنها عبارت از مسموم ساختن یا خفه کردن می‌باشد»، کاملاً مغایر است. زیرا پروتکل نه

---

92. Protocol III to the Paris Agreements of 23 October 1954 on Arms Control, Annex II.

93. See David, supra note 6, at 25.

تنها «گازهای خفه‌کننده، یا مسموم‌کننده یـا گازهـای دیگـر»، را ممنـوع می‌سازد، بلکه این منع شامل «کلیه مایعات، مواد یـا وسـایل مـشابه»، نیـز می‌شود. اگر دیوان ممنوعیت سـم را فقـط در چـارچوب معاهـده بررسـی نمی‌کرد، و آن را در پرتو حقوق عرفی نیز مورد توجه قرار می‌داد، در این صورت سلاح‌های هسته‌ای را از شمول سم خارج نمی‌ساخت. لازم به ذکـر است که لااقل دو تن از قضات دیوان[۹۴] سلاح‌های هسته‌ای را، از جملـه بـه خاطر این‌که یکی از آثار اصلی آنها سم است، ممنوع می‌دانند.

قبول ادعای دیوان، مبنی بر این‌که رویه دولتها سلاح‌های هسته‌ای را از قلمرو اجرای بند (الف) ماده ۲۳ مقـررات لاهـه و پروتکـل ۱۹۲۵ ژنـو خارج می‌سازد، نیز با مشکل مواجه می‌باشد. زیرا، برخلاف این ادعا، مـا بـا رویه‌ای مواجه هستیم که اجرای این اسناد را در مورد سلاح‌هـای هـسته‌ای تأیید می‌نماید: قطعنامه شماره ۱۶۵۳ سال ۱۹۶۱ مجمع عمومی سازمان ملـل متحد،[۹۵] در عباراتی خیلی کلی، مقرر می‌دارد که به کارگیری این سلاح‌هـا تحت شمول اسنادی همچون کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ لاهه و پروتکل ۱۹۲۵ ژنو قرار می‌گیرد. مجمع عمومی این قطعنامه را در هر قطعنامه بعدی، که متضمن تقبیح توسل به سلاح‌های هسته‌ای است، مکرراً یادآوری نمـوده است.[۹۶]

دیوان سلاح‌های هسته‌ای را، به دلیل این‌که دارای انفجار و حـرارت نیز می‌باشند، غیرقابل مقایسه با سلاح‌های شیمیایی می‌دانـد. بـراین اسـاس، افزوده شدن ویژگی انفجاری به یک سلاح شیمیایی آن را از عداد شیمیایی

---

94. See Opinion, Dissenting Opinions of Judge Koroma, at 11-13, and Judge Weeramantry, at 57-59.

95. See supra note 34.

96. See e.g., General Assembly Resolutions 2936 (XXVIII) of 29 November 1977 and 35/152 D of 12 December 1980.

بودن خارج می‌سازد و مستلزم قبول این مدعاست که، با افـزوده شـدن بـر قـدرت نابودکننـده سـلاحی، کـاربرد آن سـلاح از مـشروعیت بیـشتری برخوردار گردد و یا این‌که، تلفیق آثار قانونی یک سلاح با آثار غیرقانونی آن، چنین سلاحی را مشروع سازد. قاضی ویرامانتری از این استدلال دیـوان اینگونه نتیجه می‌گیرد که «اگر عملی متضمن پیامدهای هم قـانونی و هـم غیرقانونی باشد، اولی دومی را توجیه می‌کند و یا موجه می‌سـازد».[۹۷] ایـن تناقض آشکار، که بر استدلال دیوان مترتب می‌شود، با هیچ منطقی سازگار نمی‌باشد. این‌که دیوان، علیرغم علم به غیرقابل مقایسه بودن قدرت انفجار و حرارت سلاح‌های اتمی با بقیه سلاح‌ها و نیز اذعان به این امر کـه «پدیـده تشعشع رادیواکتیو مختص سلاح‌های هسته‌ای است[۹۸]»، چگونه می‌توانـد از این واقعیت‌ها در استنتاج خویش چشم بپوشد جای تأمل دارد.

(۲) معاهدات خاص مربوط به سلاح‌های هسته‌ای

دیوان، با اشاره به مذاکرات بسیار زیادی که طی دو دهه اخیـر (تـا زمان صدور رأی مشورتی) در رابطه با سلاح‌های هسته‌ای صورت پذیرفتـه است، اظهار می‌دارد که، بـرخلاف مـورد سـلاح‌هـای بـاکتریولوژیکی و شیمیایی، هیچ یک از آنها منتهی به انعقاد معاهده‌ای راجع به منع جامع ایـن سلاح‌ها نگردیده است. معالوصف، دیوان معاهدات خاصی را نام می‌برد کـه هدف آنها عبارت می‌باشد از محدود سـاختن: (الـف) اکتـساب، تولیـد و تملک سلاح‌های هسته‌ای؛ (ب) استقرار سلاح‌های هسته‌ای؛ و (ج) آزمایش سـلاح‌هـای هـسته‌ای.[۹۹] دو مـورد از ایـن کنوانـسیونها، یعنـی معاهـدات

97. Opinion, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, at 62.

98. Opinion, para. 35.

99. Id., para. 58.

تلاتللکو[100] و راروتونگا،[101] به ترتیب، راجع به ممنوعیت سلاح‌های هسته‌ای در آمریکای لاتین و منطقه عاری از سلاح هسته‌ای اقیانوس آرام جنوبی و نیز معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای،[102] با توجه به تمدید نامحدود آن در ۱۹۹۵،[103] مستقیماً و مشخصاً به مسأله توسل به سلاح‌های هسته‌ای می‌پردازند. دولتهای مجهز به سلاح‌های هسته‌ای، حق تحفظ‌هایی را نسبت به پروتکل‌های دو معاهده نخست، مبنی بر کاربرد احتمالی سلاح‌های هسته‌ای، برای خود قائل شده‌اند و به هنگام امضای معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای، در ۱۹۶۸، سه قدرت هسته‌ای تضمینات امنیتی گوناگونی را به دولتهای عضو فاقد سلاح‌های هسته‌ای، در صورتی که مورد تجاوز هسته‌ای قرار گیرند، سپرده‌اند.

این تضمینات دربرگیرندهٔ حق شرط‌هایی برای قدرتهای هسته‌ای در ارتباط با کاربرد سلاح‌های هسته‌ای در بعضی شرایط هستند. به علاوه، به هنگام تمدید این معاهده، در ۱۹۹۵، نیز پنج قدرت هسته‌ای تضمینات امنیتی مثبت و منفی در رابطه با کاربرد چنین سلاح‌هایی داده‌اند.[104] تضمینات مثبت دارای این اثر هستند که دولت‌های صاحب سلاح‌های هسته‌ای به کمک هر دولت فاقد سلاح هسته‌ای عضو، در صورتی که مورد تجاوز هسته‌ای قرار گیرد، می‌شتابند. اثر مترتب بر تضمینات منفی این

---

100. Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America, 14 February 1967 (Treaty of Tlatelolco).

101. Treaty on the South Pacific Nuclear-Weapon-Free Zone, 6 August 1985 (Treaty of Rarotonga).

102. Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT), 1 July 1968.

103. The Review and Extension Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons in 1995.

در این کنفرانس، افریقای جنوبی به عنوان چهارمین کشوری که در آستانه هسته‌ای شدن قرار دارد (یعنی بعد از هند و پاکستان و اسرائیل) شناخته شد.

104. See Opinion, para. 59.

است که دولتهای دارای سلاح هسته‌ای از این سلاح‌ها علیه دولتهای عضو فاقد سلاح هسته‌ای استفاده نخواهند کرد. این تضمین‌ها معمولاً همراه با حق شرط‌هایی می‌باشند که به موجب آنها چنانچه دولت عضو فاقد سلاح هسته‌ای متحد یک کشور هسته‌ای، درگیر در مخاصمه مسلحانه علیه دولت دیگر، گردد تضمینی وجود نخواهد داشت.

دیوان از مفاد این اسناد نتیجه‌گیری می‌نماید: (الف) تعدادی از دولتها متعهد شده‌اند از کاربرد سلاح‌های هسته‌ای در مناطقی خاص یا علیه برخی دولتهای دیگر خودداری نمایند؛ (ب) مع‌الوصف، حتی در این چارچوب، دولتهای دارای سلاح‌های هسته‌ای حق استفاده از این سلاح‌ها را در بعضی شرایط برای خود محفوظ داشته‌اند؛ و (ج) این حق تحفظ‌ها با هیچ اعتراضی از جانب دولت‌های عضو معاهدات تلاتللکو و راروتونگا یا شورای امنیت مواجه نشده است.[۱۰۵] به این ترتیب، استنباط دیوان، از عدم اعتراض دولتهای عضو این معاهدات به اعلام حق تحفظ‌هایی که توسط دولتهای مجهز به سلاح‌های هسته‌ای نسبت به پروتکل‌های این معاهدات، دایر بر کاربرد احتمالی سلاح‌های هسته‌ای، صورت پذیرفته است، این است که دولتهای نخست با رضایت خویش عملاً قائل به وجود ممنوعیتی در کاربرد این سلاح‌ها نیستند.

واقعیت این است که رضایت دولتهای برخوردار از تضمینات امنیتی و چتر حمایتی دولتهای دارای سلاح‌های هسته‌ای، مبنی بر این‌که دولتهای اخیر در بعضی شرایط بتوانند به سلاح‌های هسته‌ای متوسل شوند، رضایت مبتنی بر اکراه بوده، در شرایط برابر، هیچ دولتی راضی نمی‌شود که اعطای چنین امتیاز فوق‌العاده تبعیض‌آمیزی را بپذیرد. مضافاً این‌که، این رضایت هرگز بدان معنا نیست که این دولتها عملاً از کاربرد اینگونه سلاح‌ها توسط

---

105. Id., para. 62.

قدرتهای هسته‌ای راضی باشند. مثلاً، استرالیا، علیرغم این‌که از سال ۱۹۵۱ تحت چتر حمایتی ایالات متحده قرار دارد، کاربرد یا تهدید به سلاح‌های هسته‌ای را در کلیه شرایط نامشروع اعلام کرده است.[۱۰۶] به علاوه، این کشور کراراً اعلام داشته است که ماده ۶ معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای تعهد الزام‌آوری را به دولتهای عضو مجهز به سلاح‌های هسته‌ای تحمیل می‌نماید تا در جهت نیل به خلع سلاح هسته‌ای کامل تلاش نمایند.[۱۰۷]

(۲ـ۱) لزوم تفکیک بین حق داشتن سلاح‌های هسته‌ای و حق کاربرد آنها

دلایلی که تکیه‌گاه اصلی نتیجه‌گیری دیوان را در بند E (۲) ۱۰۵ تشکیل می‌دهد، سیاست بازدارندگی هسته‌ای است. اما به نظر می‌رسد که در این خصوص بین مسأله داشتن سلاح‌های هسته‌ای و مسأله کاربرد یا تهدید به کاربرد آنها نوعی خلط صورت گرفته است. حق قدرت‌های هسته‌ای عضو معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای، به داشتن این‌گونه سلاح‌ها، هرگز به این معنا نیست که آنها به طور طبیعی حق بکارگیری چنین سلاح‌هایی را نیز داشته باشند. حق داشتن اینگونه سلاح‌ها از آن جهت به پنج کشور هسته‌ای اعطا شده است که امکان تحصیل موافقت آنها به خلع سلاح هسته‌ای یکجانبه عملاً ناممکن بوده است.

در عدم وجود کنوانسیونی که متضمن ممنوعیت جامع تملک، تهدید و توسل به سلاح‌های هسته‌ای باشد، قبول این ادعا که داشتن سلاح‌های هسته‌ای، در حقوق قراردادی، به هر شکلی، ممنوع است دشوار است.

---

106. See T.L.H. McCormack, "A non liquet on nuclear weapons: The ICJ avoids the application of general principles of international humanitarian law", International Review of the Red Cross, No. 316, Jan.-Feb. 1997, at 82.

107. Id.

مع‌الوصف، نمی‌توان با نایب رئیس دیوان هم عقیده شد که اظهـار مـی‌دارد که کل ساختار معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای مستلزم ایـن پـیش فرض است که دولت‌های عضو کاربرد سـلاح‌هـای هـسته‌ای را، در کلیـه شرایط، ممنوع قلمداد نمی‌کنند.[۱۰۸] به عبارت دیگر، فقدان کنوانسیونی دایر بر منع جامع سلاح‌های هسته‌ای نمی‌تواند اقدام دیوان را در نادیده انگاشـتن اهمیت رژیم معاهده منع گسترش تا آنجا که به کاربرد سلاح‌های هـسته‌ای مربوط می‌شود، توجیه نماید. تمام متن و روح حاکم بر معاهده حکایـت از آن دارد که هدف نهایی آن محو تدریجی و کامل سلاح‌های هسته‌ای بـوده است و همانگونه کـه بـسیاری از دولتهـای غیرهـسته‌ای عـضو اسـتدلال می‌نمایند، حق داشتن سلاح‌های هسته‌ای برای پنج کشور تا زمـان حـصول توافق برتحریم تملک و کاربرد آنها به رسمیت شناخته شده اسـت، و ایـن هرگز بدان معنا نیست که دولت‌های هسته‌ای بتوانند ایـن سـلاح‌هـا را در عمل مورد استفاده قرار دهند.

معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای اصولاً مبتنی بر این مـصالحه است که دولت‌های غیرهسته‌ای عضو از توسعه، اکتـساب، ذخیـره‌سـازی، آزمایش و یا کاربرد سلاح‌هـای هـسته‌ای صـرفنظر نماینـد و در ازاء، بـه تکنولوژی هسته‌ای برای اهداف و مقاصد صلح‌آمیز دسترسـی پیـدا کننـد. متقابلاً، دولت‌های دارای سلاح‌های هسته‌ای نیز متعهد شده‌اند که بـا حـسن نیت برای محو ذخایر هسته‌ای خود مذاکره نمایند.[۱۰۹] ایـن تعهـد، متـضمن تعهد به نابودی کامل سلاح‌های هسته‌ای است و خـود دیـوان نیـز، ضـمن تأکید بر این هدف، خاطرنشان می‌سازد که ماده مربوطه در معاهده نه تعهد به رفتار بلکه تعهد به نیل به نتیجه کامل می‌باشد.[۱۱۰]

108. Opinion, Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel, at 3.

109. See Articles II, IV, V and VI of the Treaty, supra note 102.

110. Opinion, para. 99.

دیوان، از طرفی، به اتفاق آراء، به این نتیجه می‌رسد که یک تعهد حقوقی بین‌المللی، برای پیگیری و انعقاد مذاکراتی که به خلع سلاح هسته‌ای جامع «تحت کنترل کامل و مؤثر بین‌المللی» منتهی شود،[111] وجود دارد. به این ترتیب، دیوان دولتهای دارای سلاح‌های هسته‌ای را به تعهداتی که برای مذاکره و حصول توافق درخصوص خلع سلاح اتمی وجود دارد ملتزم می‌سازد و این‌که، نه تنها چنین مذاکراتی را با حسن نیت تعقیب نمایند بلکه همچنین مذاکرات منتهی به خلع سلاح هسته‌ای را در کلیه جنبه‌های آن به نتیجه برسانند. اما، از طرف دیگر، با بلاتکلیفی خویش، در اعلام عدم مشروعیت سلاح‌های هسته‌ای، این فکر را می‌پرورد که فقط یک معاهده خاص متضمن خلع سلاح هسته‌ای کامل می‌تواند چنین عدم قطعیتی را از بین ببرد و در نتیجه در فقد چنین سندی، شناسایی حق تملک این سلاح‌ها دلیلی بر آن است که هیچ ممنوعیت صریح و جامعی درخصوص کاربرد آنها وجود ندارد!

(۲ـ۲) نتایج و پیامدهای منفی مترتب بر نظر دیوان

در زمان صدور رأی مشورتی، ۱۸۳ کشور عضو معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای بوده‌اند[112] که از این تعداد ۱۷۸ کشور تعهد نموده‌اند که ممنوعیت کامل درخصوص تولید، تحصیل، ذخیره‌سازی، آزمایش و کاربرد سلاح‌های هسته‌ای را مورد احترام قرار دهند. در نتیجه، پیامد ناتوانی دیوان، در اعلام عدم مشروعیت سلاح‌های هسته‌ای، فقط به نفع پنج قدرت هسته‌ای، که اعضای دائم شورای امنیت را تشکیل می‌دهند، و نیز دولتهایی که به این معاهده نپیوسته‌اند، یعنی اسرائیل، هند و پاکستان تمام می‌شود.

---

111. Id., para. 105 (2) F.

۱۱۲. در حال حاضر، ۱۸۹ کشور عضو معاهده می‌باشند.

اثر تبعیض‌آمیزی که از رأی دیوان حاصل می‌شود کاملاً واضح است.

پنج قدرت هسته‌ای، به علاوه دولتهایی که از عضویت در معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای امتناع نموده‌اند، از این امتیاز برخوردار گشته‌اند تا در مقام دفاع از خود، مجاز به کاربرد سلاح‌های هسته‌ای شوند و اکثریت قاطع دولتها، صرفاً به خاطر تعهداتی که برطبق معاهده به عهده گرفته‌اند، نه تنها مجاز به چنین کاربردی نباشند، بلکه حتی حق تملک چنین سلاح‌هایی را نیز نداشته باشند.

چرا باید معدودی از دولت‌ها مجاز به کاربرد سلاح‌های هسته‌ای و یا توسعه برنامه‌های مربوط به این سلاح‌ها، با احتمال توسل به آنها در مقام دفاع از خود باشند، در حالی که ۱۷۸ کشور دیگر که به این ممنوعیت‌های قراردادی گردن نهاده‌اند، از چنین حقی محروم گردند؟ قاضی شهاب‌الدین، ضمن انتقاد از نظر دیوان، از آن چنین استنباط می‌نماید که گویی هدف و منظور اصلی معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای، نه جلوگیری از گسترش خطرناک سلاح‌های هسته‌ای، بلکه «تضمین محدود ساختن برخورداری از آنها برای اقلیتی از دولتها» بوده است![113] غفلت دیوان از روح حاکم بر معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای و اهمیت هنجاری آن، در رأی مشورتی، به هیچ وجه قابل توجیه نیست.

عدم قطعیت دیوان، در بیان حقوق بین‌الملل موجود، و این‌که آیا سلاح‌های هسته‌ای را می‌توان در دفاع از خود بکار برد یا خیر همچنین خطر تحریص دولتها برای دستیابی به این سلاح‌ها را دامن می‌زند. از تبعات منفی تصمیم دیوان، که ظاهراً تحت تأثیر دکترین بازدارندگی به نتیجه‌گیری مندرج در عبارت دوم بند E (۲) ۱۰۵ رأی مشورتی رسیده، این است که کلیه دولتهای جهان به منظور تضمین امنیت خود ناگزیر شوند که

113. Id., Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, at 29.

یا مجهز به سلاح‌های هسته‌ای شوند و یا تحت چتر حمایتی یکی از دولتهای صاحب سلاح هسته‌ای قرار گیرند، تا از این طریق بتوانند بقای خویش را در «وضعیت حاد دفاع مشروع» تضمین نمایند.

چنین پیامدی نه تنها با نص و روح معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای و اسناد ۱۹۹۵، که تمدید نامحدود آن را مقرر می‌دارد، مغایر است، بلکه با کلیه معاهدات مربوط به خلع سلاح و نیز قطعنامه‌های زیادی از مجمع عمومی، که خلع سلاح هسته‌ای کامل تحت کنترل مطلق و مؤثر بین‌المللی را مقرر می‌دارند، و حتی با بند F (۲) ۱۰۵ خود رأی مشورتی، نیز در تباین آشکار است. زیرا، مفهوم آن این است که اگر خلع سلاح کامل صورت پذیرد، در این صورت حیات یک دولت در وضعیت حاد دفاع از خود تضمین نخواهد شد! در حالی که در کلیه معاهدات مورد اشاره، عبارتی مشابه با ماده ۶ معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای وجود دارد که به موجب آن هر دولت عضو معاهده متعهد می‌گردد تا مذاکرات مربوط به تدابیر مؤثر در ارتباط با توقف مسابقه تسلیحات هسته‌ای را با حسن نیت تعقیب نماید، می‌توان به میزان اعتبار هر اظهارنظر یا اعلامی که نتیجه‌ای جز این در پی داشته باشد واقف گشت.

(۳) حقوق بین‌الملل عرفی

دیوان پس از آن‌که به این نتیجه می‌رسد که هیچ ممنوعیت قراردادی جامع و جهانی، راجع به کاربرد یا تهدید به کاربرد سلاح‌های هسته‌ای، وجود ندارد، به بررسی حقوق بین‌الملل عرفی می‌پردازد تا تعیین نماید که آیا چنین منعی می‌تواند از این منبع حقوقی ناشی شود یا نه. درخصوص محتوای حقوق عرفی، دیوان عبارتی از رأی خویش را در سال

۱۹۸۵[۱۱۴] مورد تأکید قرار می‌دهد که، برطبق آن، برای احراز عرفی شدن امری «در درجه اول می‌بایست به دنبال رویه عملی و باور و اعتقاد حقوقی دولتها گشت».[۱۱۵]

دولت‌های طرفدار عدم مشروعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای، مدعی وجود قاعده‌ای عرفی مبنی بر چنین منعی می‌باشند و برای اثبات این مدعا، به رویه مستمر عدم استفاده از این سلاح‌ها از سال ۱۹۴۵ تاکنون اشاره نموده و از آن وجود یک باور و اعتقاد حقوقی را در دولتهای دارای سلاح‌های هسته‌ای نتیجه‌گیری می‌نمایند.[۱۱۶] متقابلاً، دولت‌هایی که مدافع مشروعیت توسل به این سلاح‌ها، در بعضی شرایط، می‌باشند، در تقویت استدلال خویش، به دکترین و رویه بازدارندگی استناد می‌نمایند. به عقیده این دولت‌ها، عدم توسل به این سلاح‌ها از جنگ جهانی دوم، نه به واسطه یک عرف موجود یا در حال تکوین است، بلکه صرفاً به این دلیل است که شرایطی که چنین استفاده‌ای را توجیه‌پذیر سازد، خوشبختانه به وجود نیامده است.[۱۱۷]

دیوان، با اشاره به این واقعیت که تعدادی از این کشورها، در بخش اعظم دوران جنگ سرد، به رویه بازدارندگی وفادار مانده و همچنان این وفاداری را استمرار بخشیده‌اند، و نیز با درنظر گرفتن شکاف عمیق جامعه بین‌المللی، درخصوص این مسأله که آیا عدم استفاده از سلاح‌های هسته‌ای طی نیم قرن گذشته بیانگر باور و اعتقاد حقوقی می‌باشد یا نه، اظهار می‌دارد: «تحت این شرایط ... خود را قادر به احراز وجود یک چنین باور

---

114. Continental Shelf (Libya v. Malta) Case, ICJ Reports (1985).

115. Opinion, para. 64.

116. Id., para. 65.

117. Id., para. 66.

و اعتقاد حقوقی نمی‌یابد».[۱۱۸]

مخالفان مشروعیت سلاح‌های هسته‌ای، با استناد به یک سری قطعنامه‌های مهم مجمع عمومی، راجع به عدم مشروعیت این سلاح‌ها، که اولین آن قطعنامه شماره ۱۶۵۳ می‌باشد، بر این عقیده‌اند که این قطعنامه‌ها حکایت از وجود قاعده حقوق بین‌الملل عرفی درخصوص ممنوعیت توسل به این سلاح‌ها دارند.[۱۱۹] اما استدلال متقابل این است که قطعنامه‌های مورد بحث الزام‌آور نیستند و منعکس‌کننده هیچ قاعده عرفی نیز نمی‌باشند. مضافاً این‌که، برخی از آنها، علیرغم مخالفت بسیاری از دولتها علاوه بر کشورهای هسته‌ای، به تصویب رسیده‌اند.[۱۲۰]

دیوان، با اعلام این‌که قطعنامه‌های مجمع عمومی می‌توانند دلیلی بر «اثبات وجود یک قاعده یا ظهور یک باور و اعتقاد حقوقی» باشند،[۱۲۱] قطعنامه‌های مورد بحث را اینگونه نمی‌داند. زیرا، بعضی از آنها، با تعداد معتنابهی آراء منفی و ممتنع به تصویب رسیده‌اند و

> بنابراین، اگرچه آن قطعنامه‌ها علامت روشنی از نگرانی عمیق در رابطه با مسأله سلاح‌های هسته‌ای می‌باشند، آنها هنوز به حدی نرسیده‌اند که وجود یک باور و اعتقاد حقوقی را درخصوص عدم مشروعیت کاربرد چنین سلاح‌هایی به اثبات برسانند.[۱۲۲]

دیوان در حالی با طرح مسأله تضاد مدام بین قاعده حقوقی در حال شکل‌گیری، مبنی بر منع جامع سلاح‌های هسته‌ای، و وفاداری کماکان

---

118. Id., para. 67.
119. Id., para. 68.
120. Id.
121. Id., para. 70.
122. Id., para. 71.

پایدار تعدادی از دولتها به رویه بازدارندگی،[۱۲۳] این موضع را اتخاذ نموده است که آن قطعنامه‌ها منعکس‌کننده حقوق عرفی نیستند که خود سیاست بازدارندگی مورد تردید می‌باشد.[۱۲۴] به‌علاوه، شکی وجود ندارد که، حداقل تا آنجایی که به اکثریت قوی دولتهای جهان برمی‌گردد، این قطعنامه‌ها منعکس‌کننده توافق خاص این دولتها و بیانگر باور و اعتقاد حقوقی در رابطه با آنهاست. حال آن‌که دیوان به خاطر مخالفت چند دولت اصل تجلی چنین باور حقوقی را نیز زیر سؤال می‌برد.

لازم به یادآوری است که عدم انسجام در رویه، در روند تکاملی تبدیل یک رویه خاص به قانون مانع ایجاد می‌کند. مع‌الوصف، تشتت و ناهماهنگی به تنهایی نمی‌تواند از تجلی یک عملکرد در قالب حقوق بین‌الملل عرفی جلوگیری نماید. عواملی همچون موضوع رویه و جایگاه و تعداد دولتهای مخالف آن از جمله عوامل تعیین‌کننده در این خصوص می‌باشند. عملکرد برخی دولتها، که منافع آنها با قاعده ادعایی ارتباط دارد، در مقایسه با رویه سایرین از اهمیت بیشتری برخوردار است. مخالفت یک دولت، با یک قاعدهٔ بین‌المللی عرفی باید از زمان شکل‌گیری و نخستین مرحله تکوین آن قاعده آشکار گردد. در این صورت، دولت مزبور هیچ تعهدی در قبال قاعدهٔ مورد بحث نخواهد داشت اما، چنین مخالفتی، هیچ تأثیری در اجرای آن قاعده نسبت به دولتهای دیگر ندارد.[۱۲۵]

(۴) اصول و قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی

دیوان پس از آن‌که هیچ قاعده قراردادی یا عرفی نمی‌یابد، که به

---

123. Id., para. 73.

124. David, supra note 6, at 28.

۱۲۵. ریکا والاس، حقوق بین‌الملل، ترجمه سیدقاسم زمانی و مهناز بهراملو، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، تهران، ۱۳۸۲، صص ۱۴-۱۲.

طور خاص توسل به سلاح‌های هسته‌ای را ممنوع سازد، مسأله مشروعیت یا عدم مشروعیت این سلاح‌ها را در پرتو اصول و قواعد بشردوستانه حاکم در مخاصمات مسلحانه و حقوق بی‌طرفی مورد توجه قرار می‌دهد.[۱۲۶]

آنچه که امروزه تحت عنوان حقوق بشردوستانه بین‌المللی[۱۲۷] شناخته می‌شود، در اصل شامل دو شاخه از حقوق اعمال‌پذیر در مخاصمات مسلحانه، یعنی حقوق لاهه[۱۲۸] و حقوق ژنو،[۱۲۹] می‌باشد. حقوق لاهه، بویژه مقررات مربوط به قواعد و آداب جنگ زمینی، که حقوق و وظایف متخاصمان را در عملیات نظامی آنها تعیین می‌نماید و حق طرفین را در انتخاب روشها و وسائل صدمه به دشمن در یک مخاصمه مسلحانه بین‌المللی محدود می‌سازد، تا حدودی مبتنی بر اعلامیه ۱۸۶۸ سن پترزبورگ[۱۳۰] و نتایج کنفرانس ۱۸۷۴ بروکسل[۱۳۱] می‌باشد که بعدها، در کنفرانس‌های لاهه ۱۸۹۹[۱۳۲] و ۱۹۰۷،[۱۳۳] به صورت بزرگ‌ترین تلاش در جهت قاعده‌سازی و تدوین حقوق بین‌الملل متجلی گردیده است. حقوق ژنو، که از قربانیان جنگ حمایت به عمل می‌آورد و بر آن است تا تضمینات لازم برای پرسنل از کار افتاده نیروهای مسلح و افرادی که در جنگ شرکت ندارند

---

126. Opinion, para. 74.

۱۲۷. این اصطلاح برای اولین بار توسط جین پیکتت به کار گرفته شده است:

J. Pictet, Development and Principles of International Humanitarian Law, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1985, at 1.

128. The Hague Law.

129. The Geneva Law.

130. 1868 St. Petersburg Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 grammes Weight, reprinted in Roberts and Guelff (eds.), supra note 44, at 29.

131. The Brussels Conference of 1874.

132. The First Hague Peace Conference of 1899.

133. The Second Hague Peace Conference of 1907.

تدارک نماید، شامل کنوانسیونهای ژنو ۱۸۶۴،[۱۳۴] ۱۹۰۶،[۱۳۵] ۱۹۲۹[۱۳۶] و ۱۹۴۹[۱۳۷] می‌باشد. گرچه این دو شاخه از حقوق، در ابتدا، تا حدودی منفک از هم به رشد و توسعهٔ خود ادامه داده‌اند، اما به تدریج یک سیستم مرکب یکپارچه تشکیل دادند و مقررات پروتکل‌های ژنو ۱۹۷۷[۱۳۸] مهر تأییدی بر این وحدت است.[۱۳۹]

هرچند مسأله سلاح‌های هسته‌ای از دیرباز موضوع بحث در چارچوب نهادهای وابسته به سازمان ملل متحد و کمیسیون خلع سلاح در ژنو (که بعداً کنفرانس خلع سلاح نامیده شد) بوده است، در اقداماتی که برای توسعه و تدوین حقوق بشردوستانه، پس از پیدایش سلاح‌های هسته‌ای، صورت پذیرفته است از این مسأله به شکل معناداری اجتناب شده است. در کنفرانس ۱۹۴۹، که منجربه تصویب کنوانسیونهای چهارگانه ژنو گردید، این مسأله به طور کامل کنار نهاده شد. پیش‌نویس قواعدی که، در ۱۹۵۶، توسط کمیته بین‌المللی صلیب سرخ به منظور محدود ساختن خطرات وارده بر غیرنظامیان ارائه گردید، صرفاً به خاطر این‌که مستقیماً به مسأله سلاح‌های هسته‌ای پرداخته بود، رد شد.[۱۴۰]

---

۱۳۴. این قرارداد راجع به بهبود سرنوشت مجروحین در ارتش‌ها به هنگام اردوکشی است.

۱۳۵. این قرارداد متن تجدیدنظر شده‌ای از قرارداد پیشین ژنو است.

۱۳۶. در ۱۹۲۹، علاوه بر تجدیدنظر در قرارداد پیشین ژنو، قرارداد جدیدی نیز درخصوص رفتار با اسیران جنگی به تصویب رسید.

۱۳۷. حاصل کنفرانس دیپلماتیک ۱۹۴۹ ژنو، که به منظور توسعه و تجدیدنظر در قراردادهای قبلی ژنو منعقد گردید، چهار قرارداد، راجع به (۱) بهبود وضع مجروحین و بیماران نیروهای مسلح به هنگام اردوکشی؛ (۲) بهبود وضع مجروحین و بیماران و غریقان نیروهای مسلح در دریا؛ (۳) رفتار با اسیران جنگی؛ و (۴) **حمایت از غیرنظامیان در زمان جنگ، بود.**

۱۳۸. پروتکل اول الحاقی به کنوانسیونهای ژنو ۱۹۴۹ راجع به حمایت از قربانیان مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و پروتکل دوم الحاقی ژنو راجع به حمایت از قربانیان مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی است.

139. Opinion, para.75. See also Pictet, supra note 127, at 2.

140. The Draft Rules for the limitation of the dangers incurred by the civilian population in time of war.

در نتیجه، علیرغم این‌که اوضاع و احوال بین‌المللی و تهدیدات ناشی از سلاح‌های هسته‌ای لزوم وضع قواعدی را برای ممنوع ساختن آنها بیش از پیش ضروری می‌ساخت، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ به هنگام تهیه پیش‌نویس پروتکل‌های الحاقی، که در ۱۹۷۷ به اتفاق آراء به تصویب رسیدند، تصمیم گرفت که اصلاً به مسأله سلاح‌های هسته‌ای نپردازد.[۱۴۱]

دیوان، با اشاره به این‌که بخش اعظم مجموعه قواعد قراردادی حقوق بشردوستانه قبلاً عرفی شده‌اند،[۱۴۲] لزوم رعایت این قواعد را توسط کلیه کشورها، فارغ از این‌که عضو کنوانسیونهای مربوطه هستند یا نه، مورد تأکید قرار می‌دهد،[۱۴۳] و با ذکر رأی دیوان بین‌المللی نورمبرگ[۱۴۴] درخصوص عرفی بودن قواعد بشردوستانه مندرج در مقررات منضم به کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷ لاهه،[۱۴۵] ماهیت عرفی این کنوانسیون و مقررات منضم به آن؛ کنوانسیونهای ۱۹۴۹ ژنو؛ کنوانسیون ژنوساید ۱۹۴۸؛ و منشور دیوان نظامی بین‌المللی ۱۹۴۵[۱۴۶] را مورد تأکید قرار می‌دهد.[۱۴۷] دیوان در

---

141. For more details see Y. Sandoz, C. Swinarski and B.Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, International Committee of the Red Cross/Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987, paras.1838-1861.

142. Opinion, para. 82.

143. Id., para. 79.

144. International Military Tribunal (Nuremberg), Judgement and Sentences, Octorber 1, 1946, reprinted in 41 American Journal of International Law 172 (1947).

145. Opinion, para. 80.

146. Charter of the International Military Tribunal (Nuremberg), annexed to the Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis of 8 August 1945, reprinted in D. Schindler and J. Toman (eds.), The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and other Documents, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1973, at 689.

147. Opinion, para. 81.

این رابطه به دلایل متعددی همچون گزارش دبیرکل سازمان ملل متحد[۱۴۸] که متعاقب قطعنامه ۸۰۸ شورای امنیت[۱۴۹] تهیه شده است؛ الحاق گسترده‌ای که به این معاهدات صورت پذیرفته است؛ و این‌که شروط مربوط به حق فسخ آنها هرگز مورد استفاده قرار نگرفته است، استناد می‌نماید.[۱۵۰] در رابطه با پروتکل الحاقی اول ۱۹۷۷ ژنو نیز، دیوان آن را به هیچ وجه جایگزین قواعد عرفی عام اعمال‌پذیر در رابطه با کلیه ابزارها و شیوه‌های جنگی، از جمله سلاح‌های هسته‌ای، ندانسته، دولتها را ملزم به آن سری از قواعد پروتکل می‌داند که به هنگام تصویب بیانگر حقوق عرفی قبلاً موجود بوده‌اند.[۱۵۱]

دیوان الحاق گسترده به کنوانسیون‌های لاهه و ژنو را ناشی از شمار زیادی از قواعد بشردوستانه این اسناد می‌داند؛ قواعدی که از اهمیت اساسی در رابطه با احترام به نوع بشر و یا، به تعبیر دیوان در پرونده کانال کورفو،[۱۵۲] «ملاحظات بنیادین بشری» برخوردارند.[۱۵۳] این قواعد، که منعکس‌کننده جهانی‌ترین اصول به رسمیت شناخته شده بشردوستانه می‌باشند، «دلالت بر رفتار و کردار متعارفی دارند که از دولتها انتظار می‌رود».[۱۵۴]

دیوان قواعد بنیادین حقوق بشردوستانه را به عنوان "Intransgressible principles of international customary law"

148. Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808, UN Doc. S/25704 (1993), reprinted in 32 International Legal Materials 1159 (1993).

149. Security Council Resolution 808 of 22 February 1993.

150. Opinion, paras. 81 and 82.

151. Id., para. 84.

152. Corfu Channel Case, ICJ Reports (1949), at 22.

153. Opinion, para. 79.

154. Id., para. 82.

توصیف می‌نماید.[۱۵۵] این‌که مراد دیوان از واژه جدید«intransgressible»، که برای اولین بار وارد ادبیات حقوقی می‌شود چیست، بـه وضـوح معلـوم نیست. اما مسلماً منظور دیوان نباید صرفاً معنای تحت‌اللفظی آن، و این‌کـه این اصول نباید مورد تجاوز قرار گیرند، باشد؛ زیرا بدیهی است هر قاعده‌ای که تعهدی را تحمیل می‌نماید این چنین است. روح عبارت و نحوه بیـان آن حکایت از آن دارد که قصد دیوان از به کارگیری ایـن واژه بایـد چیـزی خیلی مهم‌تر و فراتر از صرف عدم نقض این اصول و قواعد بنیادین باشـد؛ تا به این طریق آنها را به قواعد آمره حقوق بین‌الملل،[۱۵۶] آن‌گونـه کـه در کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات[۱۵۷] تعریف شده است، نزدیـک‌تـر گرداند و یا حتی بخشی از آنها سازد. اما دیوان، با توجه به سؤال مطروحـه توسط مجمـع عمـومی، اظهـارنظر درخـصوص ماهیـت اصـول و قواعـد بشردوستانه را، از این جهت، صراحتاً غیرضـروری تـشخیص مـی‌دهـد.[۱۵۸]

از آغاز قرن بیستم و پیدایش ابزارهای جدیـد جنگـی، منـع صـریح بکارگیری بعضی سلاح‌ها، همچون موشکهای انفجاری کمتر از ۴۰۰ گـرم، گلوله‌های دام دام و گازهای سمی اجتناب‌ناپذیر شد. به‌کارگیری سلاح‌های شیمیایی و باکتریولوژیکی در ۱۹۲۵ منع شد و در ایـن اواخـر، اسـتفاده از سلاح‌هایی که اجزای غیرقابل شناسایی برجای می‌گذارند و انواع دیگری از مین‌ها، تله‌های انفجاری و سلاح‌های آتش‌زا و مین‌های زمینی ضد نفر نیز یا ممنوع و یا محدود شده‌اند. گرچه حقوق بـشردوستانه بـین‌المللـی، صـریحاً سلاح‌های هسته‌ای را ممنوع نمی‌کند اما، همان طـوری کـه دیـوان مقـرر

---

155. Id., para. 79.

156. *Jus cogens.*

157. Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, reprinted in 63 American Journal of International Law 875 (1969), Article 53.

158. Opinion, para. 83.

می‌دارد، پیدایش سلاح‌ها و ابزارهای جنگی جدید هیچگونه خدشه‌ای بر اصول و قواعد دیرین آن، که ساختار و تار و پود این حقوق را تشکیل می‌دهند، وارد نمی‌سازد.[۱۵۹]

ادعای گروه کوچکی از دولتها این است که چون اغلب اصول و قواعد بشردوستانه قبل از اختراع سلاح‌های هسته‌ای شکل گرفته‌اند و در کنفرانس‌های ۱۹۴۹ و ۱۹۷۷-۱۹۷۴ که، به ترتیب، منجربه تصویب کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و پروتکل‌های الحاقی آنها گردید، سلاح‌های هسته‌ای به طور خاص مورد بررسی قرار نگرفتند، در نتیجه، حقوق بشردوستانه در مورد این سلاح‌ها قابل اجرا نمی‌باشد.[۱۶۰] اما دیوان چنین برداشتی را مغایر با ماهیت ذاتاً بشردوستانه اصول مورد بحث دانسته، شمول این اصول و قواعد را به «کلیه اشکال جنگ و کلیه انواع سلاح‌ها، چه سلاح‌های گذشته، چه سلاح‌های کنونی و چه سلاح‌های آینده» مورد تأکید قرار می‌دهد و اظهار می‌دارد که در هیچ یک از بیانیه‌های تقدیمی به دیوان نیز آزادی توسل به سلاح‌های هسته‌ای، بدون رعایت محدودیت‌های بشردوستانه، مورد حمایت قرار نگرفته است.[۱۶۱]

موضع دیوان، درخصوص شمول اصول و مقتضیات حقوق بشردوستانه بر سلاح‌های هسته‌ای و استفاده احتمالی از آنها، کاملاً روشن است، اما سؤالی که مطرح می‌شود این است که بنیادی‌ترین این اصول و قواعد کدامند و نظر دیوان درخصوص سازگاری یا عدم انطباق توسل به سلاح‌های هسته‌ای با اصول مورد بحث چیست.

اولین اصل اساسی بشردوستانه، اصل تمایز می‌باشد که منظور آن حمایت از افراد و اهداف غیرنظامی می‌باشد و بین رزمندگان و

159. Id., paras. 76 and 86.
160. Id., para. 85.
161. Id., para. 86.

غیررزمندگان قائل به تفکیک است. به موجب این اصل، متخاصمین هرگز نباید غیرنظامیان را هدف حمله قرار دهند و، در نتیجه، نباید از سلاح‌هایی استفاده نمایند که قادر به تمیز بین اهداف غیرنظامی و نظامی نمی‌باشند. اصل دوم، عبارت از ممنوعیت وارد ساختن رنج و درد غیرضروری بر رزمندگان است و، برطبق آن، نمی‌توان از سلاح‌هایی استفاده کرد که موجب چنین صدمه یا رنج و درد بیش از حد می‌شوند و، از این رو، آزادی دولتها در انتخاب وسایل و شیوه‌های جنگی نامحدود نیست. دیوان ضمن اشاره به اصول حقوق بین‌الملل مشتق از عرفهای تثبیت شده یا اصول انسانیت و یا ندای وجدان عمومی، مندرج در شرط مارتنس،[۱۶۲] تأکید می‌نماید که حقوق بشردوستانه در همان مراحل اولیه شکل‌گیری خود بعضی انواع سلاح‌ها را، یا به خاطر آثار آنها و یا به خاطر تحمیل رنج و درد غیرضروری بر رزمندگان، ممنوع ساخته است.[۱۶۳]

در حالی که در فقد ممنوعیت صریح در حقوق عرفی یا قراردادی، درخصوص توسل به سلاح‌های هسته‌ای، دیوان هیچ تردیدی در اعمال اصول و قواعد حقوق بشردوستانه در مورد هرگونه کاربرد یا تهدید به این سلاح‌ها ندارد، این بیان دیوان چه دلالتی می‌تواند داشته باشد: «... به لحاظ ویژگی‌های منحصربفرد سلاح‌های هسته‌ای، به کارگیری چنین سلاح‌هایی در واقع به سختی با رعایت چنین مقتضیاتی سازگار به نظر می‌رسد».[۱۶۴] درست در همین نقطه است که دیوان استدلال خود را متوقف ساخته، اظهار می‌دارد که «عناصر کافی در اختیار ندارد تا آن را با قطعیت قادر به این نتیجه‌گیری سازد که به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای در هر وضعیتی لزوماً در تغایر با اصول و قواعد حقوق اعمال‌پذیر در مخاصمات مسلحانه

۱۶۲. رک. به ص ۵۷.

163. Opinion, para. 78.

164. Id., para. 95.

می‌باشد».[۱۶۵]

این بیان در واقع حکایت از آن دارد که از نظر دیوان، در فقد یک قرارداد جامع در رابطه با سلاح‌های هسته‌ای، قواعد بشردوستانه از قطعیت لازم برخوردار نیستند؛ چه، در غیر این صورت، از اجرای اصول از دیرباز به رسمیت شناخته شده حقوق بشردوستانه در مورد توسل به طبقه خاصی از سلاح‌ها قصور نمی‌ورزید. از دیوان انتظار می‌رفت تا از کنار این اصول به سادگی نگذشته، آنها را نسبت به وضعیت‌های گوناگون متضمن تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای اجرا نماید. در این صورت، بدون تردید توسل به این سلاح‌ها، در هیچ حالتی، با اصول مورد بحث سازگاری ندارد.

به نظر می‌رسد، اساسی‌ترین اشکالی که به استنتاج دیوان، در رأی مشورتی، وارد است کوتاهی آن در ارزیابی حالات مختلف استفاده از سلاح‌های هسته‌ای، از حیث انطباق یا عدم انطباق با اصول حقوق بشردوستانه، می‌باشد. از این رو، در این مبحث، مسأله به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای را در پرتو این اصول مورد بررسی قرار می‌دهیم.

(۴ـ۱) اصل تمایز یا ممنوعیت کاربرد سلاح‌های غیر هدفمند[۱۶۶]

هدف از این اصل، که به صورت قراردادی تنها در ماده ۴۸ پروتکل اول ۱۹۷۷ ژنو مشاهده می‌شود، حمایت از افراد و اموال غیرنظامی و تمایز قائل شدن بین رزمندگان و غیررزمندگان می‌باشد. دیوان، با تأکید بر این‌که «دولتها هرگز نباید غیرنظامیان را هدف حمله قرار دهند و، در نتیجه، هرگز نباید از سلاح‌هایی استفاده کنند که قادر به تمیز دادن بین اهداف غیرنظامی و نظامی نمی‌باشند»،[۱۶۷] در واقع، استفاده از سلاح‌های

165. Id.

166. Indiscriminate weapons.

167. Id., para. 78.

غیرهدفمند را با حمله عمدی به غیرنظامیان، که ممنوعیت آن عرفی است، همانند می‌شمارد و، به این ترتیب، ممنوعیت توسل به این‌گونه سلاح‌ها را نیز عرفی دانسته، به طور مطلق و فارغ از مخاصمات مسلحانه بین‌المللی یا داخلی، منع می‌کند. قاضی بجاوی، این ممنوعیت را جزء قواعد آمره حقوق بین‌الملل تلقی می‌نماید.[۱۶۸]

اما این‌که منظور دیوان از «ناتوان از تمیز دادن بین اهداف نظامی و غیرنظامی» چیست، باید با مراجعه به پروتکل مشخص گردد، که تنها ممنوعیت قراردادی حملات کورکورانه و تنها تعریف قراردادی موجود از سلاح‌های غیرهدفمند را ارائه می‌دهد. بندهای ۴ و ۵ ماده ۵۱ پروتکل، در مجموع، پنج مورد را به عنوان حملات کورکورانه یا در زمرهٔ اینگونه حملات برمی‌شمارند.

این‌که کدام یک از این ضوابط با منظور دیوان از سلاح‌های غیرهدفمند منطبق است، مستلزم ارزیابی یکایک آنها می‌باشد. ضابطه مندرج در بند ۴ (الف) معیار مناسبی برای تعیین این‌که آیا سلاح‌های هسته‌ای دارای آثاری ماهیتاً کورکورانه می‌باشند یا نه به شمار نمی‌رود. زیرا این ضابطه اصولاً ناظر به نوع حمله، و نه نوع سلاحی که به کارگرفته می‌شود، بوده، هم در رابطه با سلاح‌های اتمی و هم سلاح‌های غیراتمی قابل اعمال می‌باشد. هم‌چنین سلاح‌های اتمی، فی‌نفسه، لزوماً ناقض ضابطه مندرج در بند ۴ (ب) نمی‌باشند و بستگی به دقت سیستمی دارد که این سلاح‌ها را پرتاب، هدایت و یا مورد استفاده قرار می‌دهد. به علاوه، ضابطه مندرج در بند ۵ (الف) نیز برای تعیین ماهیت کورکورانه آثار سلاح‌های اتمی مناسب نیست. زیرا یکی از کاربردهای طراحی شده سلاحی ممکن است حمله به یک هدف نظامی دور از یک مرکز غیرنظامی باشد، حال آن‌که این ضابطه

168. Id., Declaration of President Bedjaoui, para. 21.

مستلزم قصد حمله به چندین هدف نظامی مشخص و مجزا در یک منطقه دارای سکنه غیرنظامی و تلقی از آنها به عنوان یک هدف نظامی واحد می‌باشد.

به نظر می‌رسد که سلاح‌های اتمی طبق ضوابط مندرج در بندهای ۴ (ج) و ۵ (ب) ماهیتاً غیرهدفمند هستند. طبق مفهوم حاصل از ضابطه نخست، تنها در صورتی به کارگیری سلاحی نقض اصل تمایز نمی‌باشد که آثار آن طبق مقررات پروتکل قابل کنترل و محدود ساختن باشد که، برای این منظور، باید امکان تفکیک بین غیر رزمندگان و افراد و اموال غیرنظامی، از یک سو، و رزمندگان و اهداف نظامی، از سوی دیگر، وجود داشته باشد. لذا در راستای نیل به هدف خاص مشروع تحت حقوق بشردوستانه، باید در اهداف و استفاده از سلاح‌ها انتخاب صورت پذیرد، که این خود مستلزم طرح و حد زیادی از قابلیت پیش‌بینی است. در حالی که سلاح‌های اتمی این‌گونه نبوده، حتی اگر دقیق هم هدف‌گیری شوند و به طور صحیح عمل نمایند، آثار آنها قابل کنترل نبوده، احتمال به هدر رفتن جانها و اموال بسیار زیادی وجود دارد. طبق ضابطه دوم، یعنی اصل تناسب، که موضوع یکی از مباحث آتی است، نیز سلاح‌های اتمی ذاتاً غیر هدفمند می‌باشند.

دیوان، براساس اطلاعات و داده‌های علمی وسیعی که به آن ارائه شده، سلاح‌های هسته‌ای را دارای خصوصیات ویرانگر و فاجعه آمیز منحصر بفرد تلقی می‌نماید، و آثاری را برای این نوع سلاح‌ها بر می‌شمارد که آنها را لزوماً دارای ماهیت غیر هدفمند می‌سازد.[۱۶۹] اما متأسفانه، در بند ۹۵ نظریه مشورتی، به نتیجه‌ای مغایر با یافته‌های قبلی خویش می‌رسد. چنین تناقضی حتی در همین بند نیز به شکلی به چشم می‌خورد، زیرا دیوان، از

169. Opinion, para. 35.

طرفی لزوم تبعیت رفتار جنگی را از مقتضیات دقیق و شدیدی همچون اصل ممنوعیت روش‌ها یا وسایل جنگی غیرهدفمند صراحتاً مورد تأکید قرار می‌دهد و، مع‌الوصف، خود را ناتوان از اعلام صریح تغایر توسل به سلاح‌های هسته‌ای با این اصل، در کلیه شرایط، می‌بیند. لازم به ذکر است که تنی چند از قضات دیوان نیز این سلاح‌ها را ضرورتاً دارای ماهیت غیرهدفمند نمی‌دانند،[۱۷۰] اما در مجموع به نظر می‌رسد که اکثریت قضات دیدگاهی جز این دارند.

(۴ـ۲) اصل ممنوعیت به کارگیری سلاح‌هایی که موجب رنج و درد غیرضروری یا صدمات بیش از حد می‌شوند

یکی از اصول از دیرباز پذیرفته شده حقوق بشردوستانه بین‌المللی، ممنوعیت تحمیل رنج و درد غیرلازم بر رزمندگان است. اعلامیه ۱۸۶۸ سن‌پترزبورگ، استفاده از سلاح‌هایی را «که بطور بی‌حاصل رنج و درد از کار افتادگان را تشدید نماید و یا مرگ آنان را اجتناب ناپذیر سازد» محکوم می‌نماید.[۱۷۱] مقررات منضم به کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷ لاهه نیز کاربرد «سلاح‌ها، پرتاب شونده‌ها، یا موادی را که برای ایجاد رنج و درد غیرلازم طراحی شده‌اند» صراحتاً ممنوع می‌سازد.[۱۷۲] در راستای این ممنوعیت است که این مقررات، حق متخاصمان را در انتخاب وسایل مجروح سازی دشمن نامحدود نمی‌داند.[۱۷۳] متن جدیدی از این قواعد در پروتکل اول ۱۹۷۷ ژنو وجود دارد که مقرر می‌دارد:

---

170. See e.g., id., Dissenting Opinions of Judge Higgins, para. 24, and Vice - President Schwebel, at 6-8; Separate Opinion of Judge Guillaume, para. 5.

171. St. Petersburg Declaration, supra note 130.

172. Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land, Annex to 1907 Hague Convention (IV), supra note 84, Article 23 (e).

173. Id., Article 22.

۱) حق طرفهای مخاصمه در انتخاب شیوه‌ها و وسایل جنگی در هیچ مخاصمه مسلحانه‌ای نامحدود نیست.

۲) به کارگیری سلاح‌ها، پرتاب شونده‌ها و مواد و شیوه‌های جنگی از نوعی که منجر به وارد آوردن صدمات بیش از حد و رنج و درد غیر ضروری می‌شود، ممنوع است.[۱۷۴]

دیوان، اصل ممنوعیت به کارگیری سلاح‌ها و شیوه‌هایی را که رنج و درد غیر ضروری بر رزمندگان وارد و یا صدمات بیش از حد را موجب شوند، به عنوان یکی از اصول بنیادین حقوق بشردوستانه دانسته و منظور از آن را «صدمه‌ای بیشتر از آنچه که برای نیل به اهداف نظامی مشروع اجتناب ناپذیر می‌باشد» معرفی می‌نماید.[۱۷۵] دیوان، توسل به سلاح‌های هسته‌ای را، دقیقاً طبق همان شیوه و ارزیابی که در رابطه با اصل تمایز دارد، به سختی با اصل ممنوعیت به کارگیری سلاح‌هایی که موجب رنج و درد غیر لازم می‌شوند سازگار می‌داند و، مع‌الوصف، نمی‌تواند این ممنوعیت را به طور قطع به کلیه شرایط تعمیم دهد.[۱۷۶] این در حالی است که، با توجه به پیامدهای فاجعه آمیز و آثار مهلک و ویرانگر به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای، هرگز نمی‌توان حالتی را تصور نمود که کاربرد این سلاح‌ها با قاعده منع تحمیل درد و رنج غیر ضروری قابل جمع باشد. زیرا، طبق ضابطه ارائه شده توسط خود دیوان، آسیب‌ها و رنج و درد وارده از این سلاح‌ها، در هر حال، به مراتب بیشتر از آن حدی است که «برای نیل به اهداف نظامی مشروع اجتناب ناپذیر می‌باشد».

دیوان می‌بایست قاعده مورد بحث را، به عنوان یکی از اصول مسلم

174. Protocol I, supra note 48, Article 35 (1) and (2).

175. Opinion, para. 78.

176. Id., para. 95.

حقوق بشردوستانه، که حتی توسط قدرتهای هسته‌ای در کنفرانس دیپلماتیک منتهی به تصویب پروتکل‌های ژنو مورد تأیید قرار گرفته است،[۱۷۷] بر سناریوهای مختلف کاربرد سلاح‌های اتمی عرضه نموده، آنگاه نتیجه می‌گرفت که طبق این اصل هرگونه توسل به چنین سلاح‌هایی، بواسطه تحمیل رنج و درد غیرلازم بر رزمندگان خصم یا مرگ حتمی آنها یا تشدید رنج و درد کسانی که معلول شده‌اند و یا بواسطه ایراد صدمات بیش از حد، نامشروع است.

اغلب قضات دیوان، التفات لازم به این اصل نداشته، به ارزیابی کلی پرداخته‌اند.[۱۷۸]

(۴ـ۳) شرط مارتنس[۱۷۹]

بنا به پیشنهاد نماینده روس، مارتنس، در اولین کنفرانس صلح لاهه در ۱۸۹۹، فورمولی به مقدمه کنوانسیون دوم[۱۸۰] اضافه گردید، و بعداً نیز در مقدمه کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷ گنجانده شد، که مقرر می‌دارد:

> تا زمانی که مجموعه قوانین کامل‌تری راجع به حقوق جنگ جریان یابد، طرفین معظمین قرارداد مصلحت می‌دانند تا اعلام نمایند که، درخصوص مواردی که در مقررات تصویب شده توسط آنان گنجانده نشده است، سکنه و متخاصمین تحت حمایت و حاکمیت اصول حقوق

---

177. See H.P. Gasser, International Humanitarian Law: An Introduction, Henry Dunant Institute, Haupt, 1993, at 60- 61.

178. See e.g., Opinion, Separate Opinion of Judge Fleischhauer, para. 2; Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, at 19 ff; Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, at 48. But See Dissenting Opinion of Judge Higgins, paras. 12-18 and 24.

179. Martens clause.

180. Hague Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land, 29 July 1899, reprinted in Schindler and Toman (eds.), supra note 146, at 57.

ملل، که از عرف‌های مسلم میان افراد متمدن، از قوانین انسان دوستانه، و ندای وجدان عمومی ناشی می‌شود، باقی می‌مانند.

در تدوین پروتکل‌های ۱۹۷۷ ژنو نیز این عبارت، با تغییرات و تفاوتهایی، در متن پروتکل اول (بند ۲ ماده ۱) و مقدمه پروتکل دوم، گنجانده شد و به موجب آن اگر قاعده خاصی در حقوق قراردادی وجود نداشته باشد، متخاصمین همچنان مشمول حمایت و اقتدار حقوق عرفی، اصول انسان دوستانه و ندای وجدان عمومی خواهند بود.

گفته می‌شود که در توسعه اندیشه مجرمیت جنگی، عبارت مارتنس، «که توسط جامعه بین‌المللی به عنوان بیانگر اصولی پذیرفته شده است که اساس حقوق جنگ را تشکیل می‌دهند، مبنای حقوقی برای مفهوم موسعی از مجرمیت جنگی فراهم آورده است».[۱۸۱] این شرط در معاهدات مربوط به حقوق بشردوستانه از اهمیت زیادی برخوردار است.[۱۸۲] دادگاه نظامی ایالات متحده در نورمبرگ، در ۱۹۴۸، در پرونده کروپ، این شرط را به عنوان معیاری معرفی می‌نمایند که، چنانچه مقررات صریح قراردادی مورد خاصی را پوشش ندهد، باید اجرا گردد.[۱۸۳] دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده کانال کورفو «ملاحظات بنیادین انسانیت» را مبنای رأی خویش قرار داده است.[۱۸۴] اهمیت شرط مارتنس، در رأی مشورتی مورد بحث این مقاله نیز این‌گونه مورد تأیید دیوان قرارگرفته است: «وجود

181. G.I.A.D. Draper, "The Modern Pattern of WAR Criminality", in: War Crimes in International Law (Y. Dinstein and M. Tabory, eds., 1996), at 153.

182. See S. Miyazaki, "The Martens Clause and International Humanitarian Law", in: Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet, ICRC, Geneva, 1984, at 433 - 444.

183. See Opinion, Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, at 22-23.

184. Corfu Channel Case, supra note 152.

مستمر و قابلیت اجرایی آن نباید مورد تردید واقع شود».[۱۸۵] به عقیده دیوان، این شرط «ثابت کرده است که وسیله مؤثری برای مورد توجه قرار دادن تحول سریع تکنولوژی نظامی می‌باشد».[۱۸۶]

بر همین اساس است که دیوان استمرار اجرای اصول حقوق بشردوستانه را به کلیه سلاح‌های جدید، از جمله سلاح‌های هسته‌ای، مورد تأکید قرار می‌دهد، و خاطرنشان می‌سازد که هیچ دولتی این امر را مورد مناقشه قرار نداده است. اما سؤال اساسی که دیوان از پاسخ صریح به آن می‌گریزد این است: آیا ملاحظاتی همچون اصول انسانیت و ندای وجدان عمومی، به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای را در کلیه شرایط و اوضاع و احوال ممنوع نمی‌سازد؟ مگر نه این است که بنا به تصریح خود دیوان، در فقد ممنوعیت صریح کاربرد سلاح‌های هسته‌ای در حقوق قراردادی یا عرفی، باید شرط مارتنس را اجرا نمود؟ آیا نتیجه اجرای معیارهای مندرج در آن بلاتکلیفی در اعلام مشروعیت و یا عدم مشروعیت سلاح‌های هسته‌ای است؟!

به نظر قاضی شهاب‌الدین، شرط مارتنس اقتداری را فراهم ساخته است تا اصول انسانیت و ندای وجدان عمومی به عنوان اصول حقوق بین‌الملل که باید در پرتو اوضاع و احوال در حال تغییر احراز شوند، تلقی گردند.[۱۸۷]

(۴ـ۴) اصل تناسب

یکی دیگر از اصول حقوق بشردوستانه، اصل تناسب می‌باشد که ریشه در حقوق عرفی دارد. به موجب این اصل، انجام حمله‌ای که تلفات

185. Opinion, para. 87.

186. Id., para. 78.

187. Id., Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, at 22.

جنبی مورد انتظار آن در مقایسه با ارزش هدف نظامی بیش از حد باشد، ممنوع است.[۱۸۸] این‌که دیوان هیچ اشاره مستقیمی به این اصل، به عنوان یکی از اصول حقوق بشردوستانه، نمی‌نماید جای تعجب است. مع‌الوصف، تنی چند از قضات ماهیت عرفی آن را، به شکلی، مورد تأکید قرار داده‌اند.[۱۸۹]

گرچه قاعده تناسب در منابع قراردادی حقوق بشردوستانه صریحاً ذکر نشده است، اما در مقررات زیادی از این اسناد انعکاس دارد؛ از جمله در مواد ۲۲ و ۲۳ مقررات منضم به کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷ لاهه و مواد متعددی از پروتکل اول ژنو ۱۹۷۷، بویژه در مواد ۵۱ و ۵۷ آن، که هر نوع حمله‌ای را که صدمات جانی و یا خسارات مالی ناشی از آن به غیرنظامیان، «نسبت به دستاوردهای عینی و مستقیمی که انتظار آن می‌رود زیاده ازحد باشد»، کورکورانه قلمداد یا منع می‌نماید.

همانطور که در مبحث مربوط به حقوق ناظر به استفاده از زور اشاره شد، قاعده تناسب، که مبتنی بر منع انهدام نامحدود و یا حمله به افراد و اهداف غیرنظامی است، در رابطه با سلاح‌هایی موضوعیت می‌یابد که عدم ممنوعیت توسل به آنها قطعی بوده و، به علاوه، هدفی که برای حمله انتخاب شده است نیز هدفی نظامی، در چارچوب مفهوم حقوق بشردوستانه، باشد. به این ترتیب، اگر تلفات جنبی غیرنظامی یک هدف مشروع با هدف نظامی خاص حمله نامتناسب باشد، چنین هدفی نمی‌تواند مورد حمله قرار گیرد.

وقتی در رابطه با سلاح‌های قانونی اصل تناسب لازم الرعایه است، در

---

188. F.D. Mulinen, Handbook on the Law of War for Armed Forces, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1987, at 92.

189. See Opinion, Dissenting Opinions of Vice – President Schwebel, at 6; Judge Higgins, paras. 10 and 20; and Judge Weeramantry, at 51.

رابطه با سلاح‌های هسته‌ای، که اصل مشروعیت توسل به آنها مورد مناقشه می‌باشد، این قاعده باید به طریق اولی حکم فرما باشد. به علاوه این سلاح‌ها، با آثار دهشتناکی که کاربرد آنها در نسل‌های آتی و محیط زیست آینده بشر بر جای می‌گذارد، ذاتاً کورکورانه بوده و به طور اجتناب ناپذیری منجر به چنان پیامدهای فاجعه بار و صدمات جانی و مالی بر غیر نظامیان می‌گردند که زیاده از حد بوده و به هیچ وجه با دستاورد نظامی مشخص استفاده از آنها قابل مقایسه نمی‌باشد.

قاضی هیگینز که سعی دارد تا به نوعی توسل به سلاح‌های هسته‌ای را با اصول حقوق بشردوستانه توجیه نماید، مدعی وجود چشم اندازهای خیلی محدودی می‌شود که دولت‌ها قادرند مقتضیات این حقوق را، در صورت بکارگیری سلاح‌های هسته‌ای، رعایت نمایند.[۱۹۰] اما اگر سلاح‌های هسته‌ای دارای ویژگی‌ها و آثاری می‌باشند که در وصف دیوان آمده است، معلوم نیست که چگونه استفاده از سلاحی این‌گونه می‌تواند تأمین کننده مقتضیات بشردوستانه باشد! قاضی مذکور توجه خاص خویش را معطوف به آن سری از مقررات حقوق بشردوستانه می‌سازد که رزمندگان، و نه افراد کشوری، مورد حمله قرار گیرند و درد و رنجی را که به رزمندگان تحمیل می‌شود به عنوان «غیر ضروری»[۱۹۱] و صدمات جنبی وارده بر غیرنظامیان را به عنوان «بیش از حد»،[۱۹۲] نه فقط در مفهوم مطلق بزرگی بلکه از جهت درجه تناسب آنها با اهداف عملیات نظامی و یا نفع نظامی مورد انتظار، توصیف می‌نماید.[۱۹۳]

آنچه که غالباً مورد استدلال واقع شده است این‌که، به کارگیری

---

190. Opinion, Dissenting Opinion of Judge Higgins, paras. 21 and 26.

191. Superfluous.

192. Excessive.

193. Id., para. 12 ff.

سلاح‌های هسته‌ای تاکتیکی کوچک دارای بار کم، علیه اهـداف نظـامی و دور از مراکز سکونت غیر نظامیان، ضرورتاً مغایر با اصول بـشردوستانه، از جمله اصل تناسب، نمی‌باشد.[۱۹۴]

(۵) حقوق بی‌طرفی

دولتی که در جنگ بین دول ثالث موضع بی‌طرفانه اتخاذ می‌نمایـد، دارای حق اساسی مصونیت از تعرض به قلمرو خویش و مصونیت از اعمـال طرفهای مخاصمه است. تعدادی از دولت‌ها توسل به سلاح‌های هـسته‌ای را مغایر با اصل بی‌طرفی، که جزئی از حقوق بین‌الملل عرفـی اسـت، قلمـداد نموده‌اند.[۱۹۵] اما دیوان، ضمن بررسـی اجمـالی اسـتدلال مطروحـه در ایـن خصوص، به درستی، بیان می‌دارد:

> ... تردیدی وجود ندارد که در حقوق بین‌الملل اصل بی طرفی، فارغ از محتوای آن، که از ماهیتی بنیادین همانند اصول و قواعـد بـشردوستانه برخوردار است، (بر طبق مقررات مربوطه منشور ملل متحد) نـسبت بـه کلیه مخاصمات مسلحانه بین‌المللی، صرف‌نظر از نوع سـلاح‌هـایی کـه ممکن است به کار گرفته شود، اعمال‌پذیر می‌باشد.[۱۹۶]

۵ـ ناتوانی دیوان در اعلام عدم مشروعیت کلیه موارد توسل به سلاح‌هـای هسته‌ای

موضوع مشروعیت یا عدم مشروعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای، به شکلی مبهم و بحث انگیز، در بند E (۲) ۱۰۵ تصمیم دیـوان متجلـی شـده است. در این مبحث، ضمن بیان چگونگی شکل‌گیری بند مورد بحث و فهم

194. See McCormack, supra note 106, at 85.

195. See Opinion, para. 88.

196. Id., para. 89.

و برداشت‌های مختلف از آن، به بررسی وظیفه دیوان در بیان حقوق موجود و دلایل آن در استنتاج فوق، که در واقع به مفهوم «معلوم نیست» می‌باشد، می‌پردازیم.

الف ـ چگونگی شکل‌گیری کمترین اکثریت ممکن

بند E (۲) ۱۰۵، بویژه عبارت دوم آن، مبهوت کننده و تا حدودی تصنّعی بنظر می‌رسد. در بخش نخست این بند، دیوان عدم مشروعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای را مورد تأیید قرار می‌دهد اما، در بخش دوم آن، در وضعیت حاد دفاع مشروع توسط دولتی که بقای آن در خطر می‌باشد، نمی‌داند که وضع چگونه است.

در حالی که در اعلامیه‌ها، نظرات مخالف یا جداگانه اکثر قضات دیوان، فارغ از این‌که با تمام تصمیم دیوان موافقت کرده یا علیه هریک از بندهای آن رأی داده باشند، انتقادات شدید و بی‌شماری علیه هر نوع مشروعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای یافت می‌شود، چگونه آن دیدگاه‌ها به این نظر نهایی منتج شده است جای تعجب دارد. بررسی اجمالی و دسته‌بندی مواضع قضات در رأی دادن به این بند، و دیدگاه‌های متخذه توسط یکایک آنان در نظرات و اعلامیه‌های جداگانه، می‌تواند عمق تشتت و تغییر آراء را به تصویر کشد.

از پانزده کرسی دیوان، یکی خالی است. از چهارده تن قاضی حاضر، هفت تن، که رئیس نیز جزء آنان است، به بند مورد مناقشه رأی مثبت می‌دهند، و هفت تن باقیمانده نیز رأی‌شان منفی است. به این ترتیب، این بند، با حداقل اکثریت ممکن، به تصویب می‌رسد. اگر در پی جویی چگونگی شکل‌گیری بند مورد بحث، بررسی و تحلیل خود را به اظهارات و دیدگاههای فرد فرد قضات مبتنی سازیم، نتیجه شگفت انگیز خواهد بود.

زیرا در این بررسی پی‌خواهیم برد که تأیید عدم مشرعیت، در واقع، محدود به هفت تن قاضی، که به این بند رأی منفی داده‌اند، نیست و سه قاضی گروه اکثریت نیز، که بر این عقیده‌اند که توسل یا تهدید به کاربرد سلاح‌های هسته‌ای ممنوع یا مغایر با اصل تمایز و یا نفی حقوق بشردوستانه است، در آن سهیم‌اند و، به این ترتیب، اکثریت قضات دیوان به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای را نا مشروع می‌دانند.

مثلاً، یکی از قضات که جزء اکثریت می‌باشد، در نظر جداگانه خویش، اظهار می‌دارد: «سلاح هسته‌ای، از جهات زیادی، نفی ملاحظات بشردوستانه، که شالوده حقوق حاکم در مخاصمات مسلحانه را تشکیل می‌دهد، می‌باشد ... سلاح هسته‌ای نمی‌تواند اهداف نظامی و غیرنظامی را از هم تمیز دهد».[۱۹۷] به نظر قاضی دیگری از اکثریت، «اصول اساسی حقوق بشردوستانه بین‌المللی ... مطلقاً و صراحتاً کاربرد سلاح‌های دارای قدرت نابودی وسیع، که شامل سلاح‌های هسته‌ای می‌باشد، را ممنوع می‌نماید».[۱۹۸]

حتی خود رئیس الجزایری دیوان، قاضی بجاوی، که رأی تعیین کننده وی بزرگ‌ترین فرصت تاریخی را از جامعه بین‌المللی، در ممنوع ساختن کامل سلاح‌های هسته‌ای در کلیه شرایط، گرفت، سلاح هسته‌ای را دارای ماهیت آسیب رسانی کورکورانه می‌داند که «بواسطهٔ نفس ماهیت وجودی خود حقوق بشردوستانه را، که حقوق حاکم بر بصیرت در کاربرد سلاح‌ها است، تضعیف می‌نماید».[۱۹۹] به عقیده وی بقاء یک دولت نمی‌تواند برحق بشریت به بقاء تقدم گیرد.[۲۰۰]

به این ترتیب، ملاحظه می‌گردد که ده تن از قضات در اصل عدم

---

197. Id., Separate Opinion of Judge Fleischhauer, para. 2.

198. Opinion, Declaration of Judge Herczegh, at 1.

199. Opinion, Declaration of President Bedjaoui, para, 20.

200. See Mohr, supra note 2, at 101.

مشروعیت توسل یا تهدید به کاربرد سلاح‌های هسته‌ای را به شکلی پذیرفته‌اند و، در نتیجه، بند مورد مناقشه منعکس کننده تمایل و برداشت فردی قضات نیست.

واقعیت این است که دیوان در پاسخ به سؤال مطروحه، که هرچند حقوقی است اما از ماهیت سیاسی بسیار قوی نیز برخوردار می‌باشد، با مشکلات جدی مواجه است. به نظر کندرلی، دیوان می‌دانست که گرفتن جانب هریک از دو طرف برایش گران تمام خواهد شد. لذا در ظاهر امر وضع بینابینی را اتخاذ نموده است، و آن این‌که قادر نیست مرز بین موارد مشروعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای و موارد عدم مشروعیت آن را دقیقاً ترسیم نماید. به عقیده وی، مصالحه صورت ظاهر قضیه است.[۲۰۱]

ب ـ تفاسیر و برداشت‌های مختلف از بند بحث انگیز

کلمات و عبارات به کار گرفته شده، در بند مورد بحث، در معرض تفسیرهای مختلف و متفاوت قرار گرفته است. قدرتهای هسته‌ای، همچون ایالات متحده آمریکا و انگلیس، از نظریه دیوان این استنباط را کرده‌اند که استفاده از سلاح‌های هسته‌ای می‌تواند در حقوق بین‌الملل مجاز باشد و این‌که، این نظریه، به هیچ وجه بر سیاست دفاعی آنان تأثیری نمی‌گذارد.[۲۰۲] واقعیت این است که اعلام بلاتکلیفی، توسط اکثریت دیوان، تصمیمی است که براساس آن امکان کاربرد قانونی سلاح‌های هسته‌ای در «یک وضعیت حاد دفاع از خود»، منتفی نمی‌باشد.

یکی از صاحب نظران برای رفع تناقض بین دو بخش بند مورد

---

201. L. Condorelli, "Nuclear weapons: a weighty matter for the International Court of Justice - JURA NON NOVIT CURIA?" International Review of the Red Cross, No. 316, Jan. – Feb. 1997, at 11.

202. See Mohr, supra note 2, at 101.

بحث، بخش نخست آن را اینگونه تفسیر نموده است: حتی بـدون در نظـر گرفتن بخش دوم، دیوان نمی‌خواهد بگوید که استفاده از سلاح‌های هسته‌ای در کلیه موارد مغایر با حقوق مخاصمات مسلحانه است.[۲۰۳] دیدگاه دیگری، نظریه دیوان را به طور کلی مـنعکس‌کننـده وضـعیت حقـوق مـی‌دانـد و اعلامیه‌ها و نظریات جداگانه و مخالف قضات را بیانگر تنوع آراء در جامعه حقوقی بین‌المللی برمی‌شمارد.[۲۰۴] به نظر فوجی‌تا دکترین سیاسـی ارزیـابی حقوقی موضوع را در رأی مشورتی تحت تأثیر قرار داد.[۲۰۵]

دیوان، در این عبارت از تصمیم خود، اعلام می‌دارد کـه اسـتفاده از سلاح‌های هسته‌ای علی‌الاصول مغایر با مجموعه‌ای از اصول اساسـی حقـوق بشردوستانه می‌باشد اما دلایل کافی، برای این نتیجه‌گیـری کـه اسـتفاده از چنین سلاح‌هایی در هر وضعیتی قانوناً ممنوع است، در اختیار نـدارد. زیـرا که گروه فوق‌العاده مهمی از دولتها آشکارا سیستم‌های هولناک بازدارندگی هسته‌ای ایجاد نموده‌انـد و، نـه تنهـا از مـورد توجـه قـرار دادن هرگونـه ممنوعیت قراردادی خاص امتناع ورزیده‌اند، بلکه به طور منسجم و پیگیر از شکل‌گیری و تقویت هر قاعدهٔ کلی حقوق بین‌الملل که چنـین ممنوعیـت خاصی را دربرداشته باشد جلوگیری نموده‌اند.

اما اریک دیوید می‌گوید، از آنجا که دیوان، علیـرغم اختیـاری کـه برای خودش، به عنوان یک ارگان قضایی، در بیان حقوق ادعا نموده اسـت و در آن سمت «فقط براساس حقوق اظهارنظر می‌کند»، نمی‌توانـد قلمـرو

---

203. C. Greenwood, "The Advisory Opinion on nuclear weapons and the contribution of the International Court to international hummanitarian Law", International Review of the Red Cross, No. 316, Jan. - Feb. 1997, at 74.

204. J.H. McNeill, "The International Court of Justice Advisory Opinion in the Nuclear Weapons Cases: A first appraisal", International Review of the Red Cross, No. 316, Jun.-Feb. 1997, at 105.

205. Fujita, supra note 70, at 63.

قاعدهٔ منع‌کننده را در فرضیه مورد بحث مشخص سازد، ما منطقاً می‌توانیم این نتیجه را بگیریم که تنها قاعده صحیح، عدم مشروعیت کلی سلاح‌های هسته‌ای می‌باشد. به نظر وی، دیوان در بخش نخست بند مورد بحث «حقوق را بیان می‌نماید»، اما در بخش دوم، نسبت به حقوق ادعای جهل می‌کند. بنابراین، این عبارت فاقد هرگونه دلالتی است و این تصمیم، به خودی خود، به هیچ وجه، مفید هیچ‌گونه دلالتی، نیست.[۲۰۶] به عبارت دیگر، «بند فرعی دوم نه چیزی به عدم مشروعیت کلی مورد تأیید در بند فرعی اول می‌افزاید و نه چیزی از آن می‌کاهد. آن فقط تردیدهای دیوان را برملا می‌سازد»، و «بنابراین، پس از ناامیدی لحظه‌ای اولیه، متخصصین حقوق بشردوستانه بین‌المللی ممکن است به آسانی متمایل به قبول رأی شوند».[۲۰۷]

به نظر می‌رسد که اگر واژه «generally» در عبارت نخست از بند E (۲) ۱۰۵، در معنای «کلاً» یا «به طور کلی» به کار گرفته شده باشد، در این صورت دیوان به نتیجه‌ای هماهنگ با این نظریه که استفاده از سلاح‌های هسته‌ای در هر شرایطی ممنوع است می‌رسد. اما عبارت دوم این بند حکایتی جز این دارد و آن این‌که واژه مذکور در مفهوم «قاعدتاً» یا «علی‌الاصول» به کار گرفته شده است و دیوان، که «نمی‌تواند از حق اساسی هر دولتی برای بقاء و بنابراین حق آن برای توسل به دفاع از خود، برطبق ماده ۵۱ منشور (...) چشم بپوشد»،[۲۰۸] وجود استثناء بر قاعده کلی را، در «شرایط حاد دفاع از خود که حیات و بقای دولتی در معرض خطر قرار می‌گیرد»،[۲۰۹] منتفی نمی‌داند.

---

206. David, supra note 6, at 33.

207. Id., at 34.

208. Opinion, para. 96.

209. Id., para.105 (2) E, clause 2.

فارغ از این‌که چه تفسیری از عبارت مورد بحث دیوان به عمل آید، یک امر قطعی است و آن این‌که قدرتهای هسته‌ای به خواست خود نایل آمدند. زیرا، صرف این‌که دیوان نتوانست به این تصمیم برسد که توسل به سلاح‌های هسته‌ای در هر صورت ممنوع می‌باشد، به منزله شکست کامل طرفداران عدم مشروعیت می‌باشد که به خواست خویش، در اخذ رأی دیوان مبنی بر این‌که قدرتهای هسته‌ای در هیچ شرایطی محق به استفاده از سلاح‌هایی که در اختیار دارند نمی‌باشند، نرسیدند.

ج ـ وظیفه دیوان به بیان حقوق موجود

دیوان خود را متکفل بیان حقوق موجود و عدم قانونگذاری می‌داند و اظهار می‌دارد که «تکلیفش عبارت است از پرداختن به وظیفه قضایی متعارف خود در احراز وجود یا عدم وجود اصول و قواعد حقوقی حاکم» و، در این مقام، یعنی بیان و اجرای حقوق موجود، ناگزیر می‌باید قلمرو آن را مشخص سازد و، گاهی اوقات، جهت کلی گرایش آن را ترسیم نماید.[۲۱۰] اما در تصمیم نهایی، دیوان ناتوانی خویش را در بیان این‌که چه رژیم حقوقی در مورد فعالیت خاصی به کار می‌رود؛ چه چیزی قانونی است و چه چیزی غیرقانونی؛ چه چیزی مجاز است و چه چیزی ممنوع، اعلام می‌دارد.

بعضی، عمل دیوان را در چارچوب دانش و اطلاعات حقوقی و قضایی آن، با این نتیجه‌گیری قابل توجیه نمی‌دانند.[۲۱۱] طبق این دیدگاه، دیوان وقتی در حال انجام وظیفه قضایی خویش است که دقیقاً مشخص سازد آیا رفتار خاصی مشروع است یا نامشروع، اما وقتی بالصراحه اعلام

---

210. Id., para.18.

211. See e.g., Condorelli, supra note 201, at 11.

می‌دارد که وضعیت حقوقی را در فرض معینی نمی‌داند، در واقع، در حال انجام آن وظیفه نیست.

از دیوان خواسته شده است تا یکی از دو سؤال زیر را، با توجه به استدلالهای متغایری که وجود دارد، پاسخ دهد: آیا کاربرد یا تهدید به سلاح‌های هسته‌ای در کلیه شرایط غیرقانونی است؟ آیا تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای، در بعضی شرایط استثنایی، می‌تواند مجاز باشد؟ انتظاری که، در بادی امر، از دیوان وجود دارد این است که «وضع حقوق» را بیان نماید و این‌که، کدام نظریه معتبر و کدام یک فاقد اعتبار است، کدام ایده صحیح و کدام یک مردود می‌باشد. اما دیوان ادعا می‌نماید که وضع حقوق و موضوع به‌گونه‌ای است که اجازه و امکان تصمیم‌گیری در خصوص مورد را نمی‌دهد.

این برای نخستین بار در حیات دیوان است که نسبت به مفاد قاعده‌ای در یک تئوری بالفعل و خاص ادعای جهل می‌شود. همانطور که چند تن از قضات دیوان نیز اظهار داشته‌اند، نتیجه عبارت می‌باشد از یک «non-liquet».[۲۱۲]

اریک دیوید معتقد است که ادعای اکثریت دیوان یک استدلال حقوقی را تشکیل نمی‌دهد. وی می‌گوید هر دانشجویی که در برابر ممتحنین خود اعتراف می‌نماید که محتوای این و یا آن قاعده را نمی‌داند، در واقع، به جهل خود اعتراف می‌نماید و در اقدامی این‌گونه او در مقام بیان حقوق نیست. حقوق تنها آن است که تأیید می‌شود که چنین است، و هر مسأله دیگر صرفاً یک حالت ذهنی، عاری از محتوا و به دور از واقعیت، می‌باشد.[۲۱۳] قاضی هیگنیز نیز نتیجه‌گیری بینابین نه مشروع و نه

212. See Opinion, Dissenting Opinions of Vice-President Schwebel, at 8; Shahabuddeen, at 10; and Higgins, at 1; Declaration of Judge Vereshchetin, at 1.

213. David, supra note 6, at 32-34.

نامشروع را، توسط دیوان، سزاوار انتقاد می‌داند و می‌گوید دیوان نباید خود را به کلی گویی‌ها محدود سازد.[۲۱۴]

اما، در تأیید استدلال برخی از قضات دیوان،[۲۱۵] به نظر می‌رسد که استنتاج «معلوم نیست» توسط دیوان، منافاتی با وظیفه آن در بیان حقوق موجود ندارد و، در این خصوص، باید بین صلاحیت ترافعی و صلاحیت مشورتی آن قائل به تفکیک گردید. همانطور که اشاره شد، دیوان وظیفه خود را، در پرونده حاضر احراز وجود و یا عدم وجود اصول و قواعد حقوقی اعمال‌پذیر در مورد تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای می‌داند و این، برخلاف مورد اعمال صلاحیت ترافعی و حل منازعاتی که در نزد آن مطرح شده است، لزوماً بدان معنا نیست که تصمیم قطعی درخصوص مورد اتخاذ نماید.

بر طبق این دیدگاه، در موارد مشورتی هیچ اختلافی وجود ندارد تا مورد تصمیم واقع شود. به هنگام صدور نظریه مشورتی، دیوان اساساً در موضع یک مشاور حقوقی عمومی است که موکلانش را در مورد این‌که حقوق چیست مشورت می‌دهد. در این نقش، دیوان قانوناً می‌تواند موکلانش را مشورت دهد که خلأیی در حقوق وجود دارد و یا این‌که حقوق در رابطه با نکته خاصی غیرواضح است.[۲۱۶] دیدگاه مزبور قابل دفاع به نظر می‌رسد. اما قاضی هیگینز، ضمن انتقاد از دیوان و این‌که دلیلی برای «معلوم نیست» وجود نداشته است می‌گوید:

> وظیفه قضایی دقیقاً این است که اصول دارای قابلیت اجرای کلی را برگزیند تا مفهوم آنها را بسط داده، آنها را نسبت به وضعیت‌های خاص به کار برد. این دقیقاً نقش دیوانهای بین‌المللی، چه در رسیدگی‌های

214. Opinion, Dissenting Opinion of Judge Higgins, para. 25.

215. See e.g., Declaration of Judge Vereshchetin, at 1.

216. Id.

قضایی و چه در رسیدگی‌های مشورتی، می‌باشد.[۲۱۷]

د ـ ارزیابی دلایل دیوان برای استنتاج «معلوم نیست» و توجیه بلاتکلیفی خویش

دیوان «حق بنیادین هر دولتی برای بقـاء»[۲۱۸] را عـاملی کلیـدی در توجیه ناتوانی خـویش در اتخـاذ تـصمیم راجـع بـه مـشروعیت یـا عـدم مشروعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای در «یک وضعیت حاد دفاع از خود که در آن خود بقای دولت در خطر می‌باشد»[۲۱۹] تلقی می‌نماید.

همـان‌طـور کـه قاضـی رانجـوا در نظـر جداگانـه خـویش اشـاره می‌نماید،[۲۲۰] چنین حقی، که از نظر دیوان مبنای امکان یا احتمال مشروعیت توسل به سلاح‌های اتمی را تشکیل می‌دهد، قبلاً هرگز شنیده نشده اسـت و اصطلاح جدیدی است که متأسفانه توسط دیوان تعریف نشده و قلمـرو آن مشخص نگردیده است. حق بقاء چگونه حقی اسـت کـه دیـوان، علیـرغم اذعان به این‌که سلاح‌های هسته‌ای قاعدتاً مغایر با اصـول و قواعـد حقـوق بشردوستانه می‌باشد، امکان مشروع بودن آنها را منتفی نمی‌داند؟ آیا منظور این است که دولتی در خطر باشد یا این‌که سرزمینش اشـغال و یـا تجزیـه شود؟

این تصمیم دیوان در تناقض با یافته‌های آن در مـتن نظـر مـشورتی است. تردید دیوان، پس از تصدیق این واقعیت که سلاح‌های اتمی ممکـن است موجب نابودی نوع بشر شود، در اعلام این‌که حتی لزوم بقـای یـک

217. Opinion, Dissenting Opinion of Judge Higgins, para. 32.

218. Opinion, para. 96.

219. Id., paras. 97 and 105 (2) E, clause 2.

220. Id., Separate Opinion of Judge Ranjeva, at 6.

دولت مورد تجاوز نمی‌تواند کاربرد سلاحی را توجیه نماید که ممکن است به نابودی استفاده‌کننده از آن نیز منجر شود، جای تعجب دارد. اگر حقـوق بشردوستانه منعکس‌کنندهٔ خواست دولتهاست و اگر توسل بـه سـلاح‌هـای اتمی ممکن است به ناپدید شدن کامل زندگی از سیاره منتهی شود، در این صورت تصور این‌که دولتها بتوانند قاعده‌ای را بپذیرند که هم به خودکـشی خودشان و هم به خودکشی دولتی که بر آن است تا از خود حمایت نمایـد منجر شود، بسیار دشوار است.[۲۲۱] بطلان چنین فرضیه‌ای لزوم پاسخ منفی به مسأله مطروحه در نزد دیوان، و عدم جواز توسل به سـلاح‌هـای هـسته‌ای، حتی در وضعیت حاد دفاع مشروع، را آشکارتر می‌سـازد. بـه عـلاوه، چـه تضمینی وجود دارد که توسل به این سلاح‌ها همواره یک طرفـه و توسـط دولت در مخاطره صورت پذیرد؟ آیا دولت طرف متقابل حـق نـدارد، بـه طریق اولی، از چنین مجوزی برای مقابله با یک اقدام هسته‌ای، که خطـری قطعی برای نابودی خود، کشور و مردمش می‌باشد، برخوردار گردد؟

جای شگفتی است که دیوان، با وجود اذعان بـه قـدرت ویرانگـر و نابودکننده سلاح‌های هسته‌ای، که در فضا و زمان مهار ناشدنی بـوده تـوان نابودی تمام تمدن و کل اکوسیستم را دارند، نقش کلیـدی را در اسـتدلال خود به «حق بنیادین هر دولتی برای بقاء» و بنابراین، حق آن به «توسـل به دفاع از خود (...) زمانی که بقاء آن در خطر است»، می‌دهد. در انتقـاد از یافته دیوان، قاضی شهاب‌الدین می‌گوید: «... یک دادگاه جهـانی بایـد قانوناً خود را ملزم ببیند تا به این نتیجه برسد که یک دولت حق دارد، حتی در شرایط محدود، سیاره را به نابودی کـشاند»![۲۲۲] چگونـه ممکـن اسـت حقوقی، که باید همزیستی مسالمت‌آمیز و همکاری سازنده اعضای اجتمـاع

---

221. Opinion, Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, at 34-35.

222. Id., at 34.

را ممکن سازد، عملی را مشروع گرداند که به نابودی کل آن جامعه منجر گردد؟!

اعطای حق بقاء به یک دولت، فارغ از اصول حقوق بشردوستانه و با معافیت از رعایت مقررات مربوط به رفتار جنگی، در موارد حاد دفاع مشروع، این زمینه را فراهم می‌سازد تا هر دولتی حق بقاء خویش را بهانه و پوششی برای نقض قواعد حقوق بشردوستانه قرار دهد و، به این ترتیب، بسترهای لازم برای خطرات و تهدیدات بالقوه برای کل بشریت مهیا گردد. این ادعا که تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای در «وضعیت حاد دفاع از خود»، استثنایی بر شمول و قابلیت اجرایی بی‌چون و چرای حقوق بشردوستانه می‌باشد، مردود بوده، نه تنها «دفاع از خود» بلکه «وضعیت حاد دفاع از خود» هم نمی‌تواند عدم اجرای یکسان این حقوق را توسط طرفین، در هیچ وضعیتی، توجیه نماید.

برخلاف قواعد و مقررات مربوط به حقوق بشر، که ممکن است بعضاً در شرایط اضطراری محدود و یا معلق شوند،[۲۲۳] لزوم رعایت و اجرای اصول و قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی به هیچ وجه استثناء پذیر نبوده، باید در کلیه شرایط و در مورد کلیه مخاصمات مسلحانه بین‌المللی، فارغ از منشأ یا ماهیت آن، از جمله مخاصماتی که یک طرف به دفاع مشروع استناد می‌نماید و طرف دیگر مخاصمه متجاوز است، اجرا شود.[۲۲۴] ماهیت این حقوق، که اصولاً برای اجرا در شرایط حاد و اضطراری جنگ بوجود

---

223. See generally J. Oraa, Human Rights in States of Emergency in International Law, Clarendon Press, Oxford, 1992.

224. Protocol I, supra note 48, Preamble.

حمایت و شمول قواعد و مقررات بشردوستانه در مورد مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی، در مقایسه با نوع بین‌المللی آن، محدودتر می‌باشد.

آمده است،[۲۲۵] قابلیت اجرایی یکسان آن را نسبت به قربانی و متجاوز، اقتضاء می‌نماید. اعمال حق ذاتی دفاع مشروع فردی و جمعی، به رسمیت شناخته شده توسط منشور، به هیچ وجه نمی‌تواند در تغایر با اصول بشردوستانه صورت پذیرد و برخلاف دیدگاهی که، در گذشته، گاهی درباره تقدم ضرورت بر حقوق مطرح شده است، امروزه تردیدی وجود ندارد که نمی‌توان به دلایل ضرورت، حتی در وضعیت دفاع مشروع، حقوق بشردوستانه را نادیده گرفت. این حقوق چنین استثنایی را فقط در مورد ضرورت نظامی، در چارچوب خاص خود، پیش‌بینی نموده است.[۲۲۶]

از طرف دیگر، اگر «حق بقاء» بتواند کاربرد وحشتناک‌ترین و ضدانسانی‌ترین سلاح موجود در دنیا را توجیه نماید، چرا چنین حقی نباید، به طریق اولی، در ارتباط با نقض‌های خفیف‌تر حقوق بشردوستانه به رسمیت شناخته شود؟ به عبارت دیگر، چرا تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای در «وضعیت حاد دفاع مشروع»، در حالی که خود دیوان صراحتاً توسل به چنین سلاح‌هایی را در اصل مغایر با قواعد حقوق بشردوستانه می‌داند، مجاز باشد، اما کاربرد سلاح‌های دارای آثار مخرب و نابودکننده به مراتب کمتر، همچون سلاح‌های شیمیایی و یا میکروبی، توسط دولتی که بقای آن وابسته به استفاده از آنها است، مجاز نباشد؟ این تناقضی است که رفع آن تنها با منع توسل به سلاح‌های اتمی، در کلیه شرایط، قابل حل است.

دیوان، عدم کفایت «عناصری از واقعیت که در دسترس آن

---

225. T. Meron, Human Rights in Internal Strife: Their International Protection, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, at 156; T. Meron, Human Rights and Humanitarian Law as Customary Law, Clarendon Press, Oxford, 1989, at 215.

226. See id., at 215-222; Y. Dinstein, "Military Necessity", in 3 Encyclopedia of Public International Law, ed. by R.Bernhardt, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1982, at 274-276.

می‌باشد»، و نیز آنچه که از آن تحت عنوان «وضعیت کنونی حقوق بین‌الملل من حیث المجموع» نام می‌برد، را دلیل ناتوانی خویش در نتیجه‌گیری قطعی درخصوص مشروعیت و یا عدم مشروعیت توسل به سلاح‌های اتمی ذکر می‌نماید[۲۲۷] و، در نتیجه، نه تنها در پشت عدم کفایت داده‌های واقعی و اطلاعاتی که برای آن شناخته شده است، پناه می‌گیرد، بلکه همچنین وضوحاً اعلام می‌دارد که ناتوانی‌اش در حصول نتیجه به ابهام در اطلاعات حقوقی مربوط به موضوع و، احیاناً، ضد و نقیض بودن آن برمی‌گردد.[۲۲۸]

دیوان برای توجیه بن بست خویش، در اعلام نظر قطعی، و اثبات این مدّعا که عناصری از واقعیات و اطلاعات حقوقی خاصی که در اختیارش می‌باشد از عدم قطعیت برخوردار بوده، و به علاوه حقوق بین‌الملل در وضعیت فعلی دارای ابهام و حالت بی‌ثبات می‌باشد، اظهار می‌دارد که سالیان زیادی است که بخش قابل ملاحظه‌ای از جامعه بین‌المللی به سیاست بازدارندگی وفادار مانده است. دیوان همچنین به حق شرطهایی اشاره می‌نماید که بعضی از دولتهای دارای سلاح‌های هسته‌ای به تعهداتی که، بویژه، برطبق پروتکل‌های معاهدات تلاتللکو و راروتونگا و نیز برطبق اعلامیه‌هایی که در رابطه با بسط نامحدود معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای سپرده‌اند، ضمیمه نموده و برطبق آنها حق توسل به این سلاح‌ها را، در مواردی، برای خود محفوظ داشته‌اند.[۲۲۹]

درحالی‌که معاهده منع جامع آزمایش‌های هسته‌ای[۲۳۰] و معاهده منع

---

227. Opinion, para. 97.

228. See id., paras. 95-96.

229. Id., para. 96.

230. Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty (CTBT), adopted by General Assembly Resolution 50/245 of 20 September 1997.

چون این معاهده در زمان صدور نظر مشورتی به تصویب نرسیده بود، دیوان اشاره‌ای به آن نمی‌کند.

گسترش سلاح‌های هسته‌ای و معاهدات راجع به مناطق عاری از سلاح‌های هسته‌ای[۲۳۱] و نیز قطعنامه‌های متعدد مجمع عمومی سازمان ملل متحد، از نگرانی روزافزون جامعه بین‌المللی در رابطه با تسلیحات اتمی حکایت دارند، و بسیاری از داده‌های حقوقی دلالت بر ناسازگاری این سلاح‌ها با قواعد بنیادین حقوق بشردوستانه می‌نمایند، و حتی خود رئیس دیوان تأکید می‌نماید که بقای یک دولت نمی‌تواند بر حق بشریت بر بقاء تقدم گیرد، دیوان می‌باید، در فقد یک ممنوعیت صریح، هماهنگ با استدلال قبلی‌اش، که توسل به سلاح‌های هسته‌ای را علی‌الاصول غیرمشروع می‌شمارد، به تجزیه و تحلیل شرایطی می‌پرداخت که در آن شرایط این سلاح‌ها ممکن است مورد استفاده قرار گیرند و آنگاه به اعمال اصول حقوق بشردوستانه ذیربط مبادرت می‌ورزید.

بدون شک، در ارزیابی دقیق قابلیت‌ها و آثار سلاح‌های هسته‌ای و شرایط استفاده از آنها، پاسخ به این سؤالات در کانون هرگونه تجزیه و تحلیلی قرار می‌گیرد: آیا کاربرد سلاح‌های هسته‌ای در شرایط خاص موجب وارد ساختن رنج و درد غیرلازم بر رزمندگان می‌شود؟ آیا استفاده از این سلاح‌ها علیه غیرنظامیان در شرایط خاص کورکورانه خواهد بود؟ آیا توسل به این سلاح‌ها علیه اهداف نظامی ممکن است موجب تلفات غیرمتناسب به نظامیان گردد؟ آیا به کارگیری این سلاح‌ها ممکن است موجب ورود خسارت به دولت بی‌طرف گردد؟ آیا کاربرد این سلاح‌ها با اصول انسانیت و ندای وجدان عمومی سازگاری دارد؟

اگر دیوان در مقام بررسی ماهیت حقوقی اصول بشردوستانه، که به

---

231. A nuclear- free zone is defined by General Assembly Resolution 34728 (xxx) of 11 December 1975. For more details see N. Pelzer, "Nuclear-Free Zones", in 4 Encyclopedia of Public International Law, ed. by R. Bernhardt, North- Holland Publishing Company, Amsterdam, 1982, at 38-41.

هیچ وجه با استفاده از سلاح‌های هسته‌ای قابل جمع نیست، بر می‌آمد و آنها را به عنوان اصول آمره و لازم‌الرعایه حقوق بین‌الملل تلقی می‌نمود و سپس تقدم این اصول را بر شرایط حاد دفاع از خود تبیین می‌نمود، در این صورت، نتیجه‌ای جز بلاتکلیفی حاصل می‌شد. اما پاسخ دیوان، به این‌که چرا به بررسی ماهیت حقوقی این اصول نمی‌پردازد، این است که مجمع عمومی چنین درخواستی را از آن به عمل نیاورده است.[۲۳۲]

همچنین، اگر دیوان، به جای این‌که «حق بقاء» را عاملی اساسی در توجیه ناتوانی خویش برای تصمیم درخصوص مورد اعلام نماید، استدلال خود را عمدتاً، اگر نه به طور کامل، به قواعد و مقررات خاصی که صریحاً به سلاح‌های هسته‌ای مربوط می‌باشند مبتنی می‌ساخت و یک رژیم استثنایی را تنها در رابطه با این سلاح‌ها برقرار می‌کرد، بهتر می‌بود. مع‌الوصف، به عقیده یکی از صاحب نظران متن نظریه مشورتی، بویژه بند ۹۶ آن، برای تفسیری کاملاً متفاوت با آنچه که بند E (۲) ۱۰۵ به تنهایی بر آن دلالت دارد مفتوح است. برطبق این تفسیر، «حق بقاء» به عنوان دلیلی برای توجیه اعراض از حقوق بشردوستانه در رابطه با سلاح‌های هسته‌ای، و نه به عنوان منبع حقوقی واقعی آن، می‌باشد، و بند ۱۰۴ نظر مشورتی، که در آن دیوان پاسخ خویش به سؤال مجمع عمومی را متکی بر کلیه دلایل حقوقی مطروحه در کلیه بندهای پیشین می‌داند و تأکید می‌نماید که استنباط هر یک از آنها باید در پرتو بقیه بندها صورت پذیرد، عدم ذکر این موضوع را در بند E (۲) ۱۰۵ آن جبران می‌نماید.[۲۳۳]

---

232. Opinion, para. 83.

233. Condorelli, supra note 201, at 20.

۶ـ توصیه پایانی دیوان

دیوان، در آخرین بخش از بند پایانی نظر مشورتی خویش، به اتفاق آراء، مقرر می‌دارد: «تعهدی به ادامه توأم با حسن نیت مذاکرات منتهی به خلع سلاح هسته‌ای، در کلیه ابعاد آن، و به نتیجه رساندن آنها، تحت کنترل دقیق و مؤثر بین‌المللی، وجود دارد».[۲۳۴] این یافته دیوان مبتنی بر معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای می‌باشد، که به موجب آن:

> هریک از طرفهای معاهده تعهد می‌نماید تا مذاکرات توأم با حسن نیت را درخصوص تدابیر مؤثر مربوط به توقف مسابقه تسلیحات هسته‌ای، در اسرع وقت، و خلع سلاح هسته‌ای و انعقاد معاهده‌ای راجع به خلع سلاح جامع و کامل، تحت کنترل دقیق و مؤثر بین‌المللی، ادامه دهد.[۲۳۵]

گرچه درخواست مجمع عمومی متضمن محتوای این بخش از نظر مشورتی نمی‌باشد و، به علاوه، وجود تعهد به انعقاد مذاکرات منتهی به خلع سلاح هسته‌ای در حقوق عرفی از وضع چندان مشخصی برخوردار نیست، مع‌الوصف، دیوان در مواجهه با مشکلات جدی در اجرای حقوق ناظر به استفاده از زور و مهم‌تر از همه حقوق اعمال‌پذیر در مخاصمات مسلحانه در مورد سلاح‌های هسته‌ای، اقدام به بررسی موضوع را در چارچوب وسیع‌تری ضروری تلقی می‌نماید. زیرا به عقیده دیوان در دراز مدت حقوق بین‌الملل و ثبات نظم بین‌المللی از اختلاف نظر دائم بر سر وضعیت حقوقی سلاح‌های کشنده‌ای نظیر سلاح‌های هسته‌ای لطمه می‌بینند و، در نتیجه، خلع سلاح جامع هسته‌ای ضروری‌ترین اقدامی است که باید برای پایان بخشیدن به این وضعیت صورت پذیرد.[۲۳۶]

---

234. Opinion, para.105 (2) F.

235. NPT, supra note 102, Articte VI.

236. Opinion, para. 98.

به عقیده دیوان، تعهد به مذاکره برای خلع سلاح هسته‌ای از یک تعهد صرف به نوع خاصی از رفتار فراتر رفته و تعهدی برای دستیابی به یک هدف مشخص، یعنی خلع سلاح هسته‌ای در تمام ابعاد آن، می‌باشد. دیوان نیل به این هدف را مستلزم همکاری کلیه دولتها می‌داند؛ چه، معتقد است که این تعهد مضاعف، یعنی تعهد به ادامه مذاکرات و به نتیجه رساندن آنها، شامل ۱۸۲ دولت عضو معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای و در واقع اکثریت قریب به اتفاق جامعه بین‌المللی می‌شود که در قطعنامه‌های مکرر مجمع عمومی لزوم خلع سلاح هسته‌ای را به اتفاق آراء مورد تصویب قرار داده‌اند.[۲۳۷]

حتی اولین قطعنامه مجمع عمومی در اجلاس ۱۹۴۶ لندن،[۲۳۸] که به اتفاق آراء به تصویب رسید، ایجاد کمیسیونی را پیش‌بینی می‌نماید که، از جمله، مأموریت دارد تا پیشنهادات مشخصی را برای محو تسلیحات هسته‌ای و دیگر سلاح‌های دارای قدرت نابودی وسیع ارائه نماید. دیوان با اشاره به این قطعنامه و قطعنامه‌های بی‌شمار دیگر، از جمله قطعنامه شماره ۸۰۸ سال ۱۹۵۴،[۲۳۹] که به اتفاق آراء تدوین کنوانسیونی را به منظور منع کامل کاربرد و ساخت اینگونه سلاح‌ها و تغییر کاربری سلاح‌های هسته‌ای موجود مورد تأکید قرار می‌دهد، می‌خواهد قطعیت هرچه بیشتر و غیرقابل تردید بودن تعهد مورد بحث را به تصویر کشد و آن گاه، اهمیت اصل «حسن نیت» را در ایفای این تعهد با استناد به اسناد متعدد و نیز رویه خویش مورد توجه قرار می‌دهد.[۲۴۰]

به این ترتیب، دیوان، که از اعلام صریح عدم مشروعیت توسل به

---

237. Id., paras. 99-100.

238. General Assembly Resolution 1 of 24 January 1946.

239. General Assembly Resolution 808 A (IX) of 4 November 1954.

240. Opinion, paras. 101-102.

سلاح‌های هسته‌ای، در کلیه شرایط، طفره رفته و با ضعیف‌ترین اکثریت ممکن، امکان به کارگیری این سلاح‌ها را در وضعیت حاد دفاع از خود تلویحاً منتفی نمی‌داند درصدد برمی‌آید تا این خلأ را، با تأکید زیاد بر تعهد جامعه بین‌المللی به انجام مذاکرات منتهی به خلع سلاح کامل هسته‌ای، اندکی جبران نماید. اما واقعیت این است که تخلف از ایفای این تعهد حیاتی از ضمانت اجرای لازم برخوردار نیست و تداوم روند و موانع موجود حکایت از آن دارند که انجام این تکلیف پیچیده و حساس چندان آسان و امیدوارکننده نمی‌باشد.

۷ـ نتیجه

صرف‌نظر از هرگونه تفسیری که ممکن است از نتیجه‌گیری دیوان در نظر مشورتی آن، راجع به مسأله مشروعیت یا عدم مشروعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای، به عمل می‌آید استفاده از قید «generally»، در بخش نخست بند E (۲) ۱۰۵ نظر مشورتی، دلالت بر این دارد که دیوان احتمال و یا امکان وجود استثنایی بر اصل عدم مشروعیت توسل به این سلاح‌ها را منتفی نمی‌داند و بخش دوم بند مورد بحث چنین دلالت و استنباطی را قطعی می‌سازد. مضافاً این‌که، بندهای ۹۵ تا ۹۷ نظر مشورتی کاملاً منعکس‌کننده همین نتیجه‌گیری می‌باشند. بنابراین، هرگونه برداشت دیگری از بند E مزبور، و یا این ادعا که دیوان در بخش نخست این بند توسل به سلاح‌های هسته‌ای را کاملاً غیرقانونی اعلام داشته است، مغایر با دو بخش این بند، من حیث المجموع، و نیز بندهای دیگر مذکور است.

دیوان، در بررسی روشمند و جامع خویش در آن سری از منابع حقوق قراردادی که ممکن است سؤال مطروحه توسط مجمع عمومی را پوشش دهند، به این نتیجه می‌رسد که این حقوق در حال حاضر متضمن

هیچ منع جامع و تحریم جهانی راجع به تولید، انباشت و توسل به سلاح‌های هسته‌ای نمی‌باشد. گرچه، برخلاف نظر دیوان، می‌توان ممنوعیت ضمنی این سلاح‌ها را از برخی از این معاهدات استنباط نمود اما واقعیت این است که تلاش جامعه بین‌المللی، عمدتاً در چارچوب ملل متحد، در به ثمر رساندن معاهده‌ای که به طور کامل و صریح کاربرد سلاح‌های هسته‌ای را ممنوع سازد، تاکنون بی‌نتیجه مانده است.

در قلمرو حقوق عرفی نیز نمی‌توان اعتقاد معدودی از دولتهای بسیار مهم را به رویه بازدارندگی در طی بیش از نیم قرن گذشته، و همچنین رأی منفی و مخالفت آنان را نسبت به قطعنامه‌های متعدد مجمع عمومی سازمان ملل متحد راجع به ممنوعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای، که عملاً از شکل‌گیری یک قاعده عرفی بین‌المللی در این خصوص جلوگیری به عمل آورده است، نادیده انگاشت. هرچند اصل ظهور و تجلی چنین باوری را، لااقل تا آنجایی که به بخش اعظم جامعه بین‌المللی مربوط می‌شود، نمی‌توان به خاطر مخالفت چند کشور، منکر شد.

نقش و اهمیتی که دیوان عملاً، در نظر مشورتی، برای اصول و مقتضیات حقوق بشردوستانه بین‌المللی قائل شده است قابل تأمل جدی است. حتی پس از ممنوعیت صریح منشور در مورد استفاده از زور، جز در مقام دفاع از خود، لزوم اجرا و رعایت قواعد و مقررات بشردوستانه در کلیه مخاصمات بین‌المللی، صرف‌نظر از ماهیت آنها و این‌که کدام دولت متجاوز وکدام یک قربانی تجاوز است، هرگز مورد مناقشه قرار نگرفته است. از این‌رو، دیوان می‌بایست شرایط و اوضاع و احوال استثنایی را که ممکن است تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای هماهنگ با اصول و قواعد بشردوستانه باشد تبیین و مشخص سازد. زیرا اگر کاربرد مورد نظر از سلاحی نتواند مقتضیات این اصول و قواعد را تأمین نماید، توسل به آن

قطعاً ممنوع است.

دقیقاً در این نقطه است که دو انحراف اساسی از فهم و جایگاه اصول عرفی حقوق بشردوستانه، یعنی اصل تمایز، اصل ممنوعیت رنج و درد غیر لازم، اصل تناسب، و اصل انسانیت و ندای وجدان عمومی، به وقوع می‌پیوندد: دیوان، از یک طرف، نمی‌تواند این احتمال را رد کند که استفاده خاص از سلاح‌های هسته‌ای، در وضعیت حاد دفاع از خود آنگاه که حیات دولتی در معرض خطراست، ممکن است مشروع باشد، حتی اگر چنین کاربردی در تغایر با اصول و مقتضیات بشردوستانه قرار گیرد و، از طرف دیگر، در واقع برای این اصول و الزامات، به جای نقش بازدارنده و منع‌کننده، نقش کمکی برای محدود ساختن شرایط و اوضاع و احوالی را قائل می‌شود که در آن وضعیتها ممکن است توسل به سلاح‌های هسته‌ای غیرقانونی نباشد. چون دیوان نمی‌تواند هیچ حالتی را به تصویر کشد که استفاده از سلاح‌های هسته‌ای، همزمان با رعایت مقتضیات حقوق بشردوستانه، ممکن باشد، حق دفاع از خود را، در موارد بسیار محدود و استثنایی، مجوزی برای عدول از تعهدات عرفی ناشی از حقوق بشردوستانه اعلام می‌دارد.

دیوان با اشاره به روالی که تاکنون در رابطه با سلاح‌های دارای قدرت نابودی زیاد وجود داشته است، و آن این‌که تحریم آنها همواره توسط اسناد خاصی صورت پذیرفته است، صرف قدرت نابودکنندگی سلاح‌های هسته‌ای را، که به مراتب بیشتر از سلاح‌های غیرهسته‌ای ممنوعه می‌باشد، به تنهایی برای غیرقانونی دانستن این سلاح‌ها کافی نمی‌داند. این در حالی است که در بند ۳۶ نظر مشورتی به‌گونه‌ای این معنا را القاء می‌نماید که نوعی ارتباط بین ممنوعیت یا محدودیت استفاده از یک سلاح با میزان قدرت انهدام و آثار مهلک آن وجود دارد و مهم‌تر این‌که ماده ۳۶

پروتکل اول ۱۹۷۷، طرفهای متعاهد را ملزم می‌سازد تا در هنگـام تحقیـق، توسعه، تملک و یا در اختیار گرفتن یک اسـلحه، وسـیله یـا شـیوه جدیـد جنگی تعیین نمایند که آیا کاربرد آن در برخی یا در تمـامی وضـعیت‌هـا برطبق پروتکل یا سایر قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللـی قابـل اعمـال، ممنوع است یا نه.

با توجه به این‌که در صورت وقوع هر حمله و یا مخاصـمه مـسلحانه شرایط استثنایی مخاطره‌آمیزی که تمامیت ارضی، منافع حیاتی ملی و امنیتی و یا بقای دولتی را مورد تهدید قرار دهند، همواره مـی‌توانـد تـا حـدودی وجود داشته باشد، استنتاج دیوان از این نقطه‌نظر نیز قابل ایراد است. اگر در شرایط حادی که بقای دولتی در خطر می‌باشد توسل به سلاح‌های هـسته‌ای مجاز شمرده شود آیا نباید این جواز را، به طریق اولی، در مورد توسـل بـه سلاح‌هایی به مراتب کم خطرتـر، همچـون گازهـای سـمی، سـلاح‌هـای بیولوژیکی و بقیه سلاح‌های ممنوعه کلاسیک، حتی در صورت مواجهه بـا خطرات نه چندان حاد، نیز تعمیم داد؟

امکان نتیجه‌گیری عدم مشروعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای در کلیه شرایط، توسط دیوان، با توجه به دلایل و مستندات موجود در نزد آن کاملاً فراهم بود. اما این‌که چرا نهایتاً دیوان با ضعیف‌ترین اکثریت ممکن به نتیجه‌ای بینابین می‌رسد، از جهات گوناگون قابل توجه است. یکی از استدلال‌های مطروحه در تأیید حق وتو این بوده است که، در صورت عدم شناسایی چنین حقی، امکان دارد که قدرتهای بزرگ به شیوه‌ها و ساز و کارهای دیگری برای تحقق اهداف خویش متوسل شوند. تجربیات گذشته، و بویژه حوادث اخیر در رابطه با عراق، به وضوح مهر تأییدی بر این مدعا است. شاید، از نگاهی خوش‌بینانه، نظر مشورتی مورد بحث، که بدون شک چراغ سبزی را فراروی قدرتهای هسته‌ای ترسیم می‌نماید، بتواند فقدان

ضمانت اجرایی رأی مورد انتظار را تا حدودی جبران نموده، به جایگاه و اهمیت دیوان و آراء آن آسیب و لطمه جدی وارد نسازد. گذشت زمان و روند مربوط به خلع سلاح اتمی به بسیاری از گمانه زنی‌ها در این رابطه پایان خواهد بخشید.

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران
شمارهٔ سی و یکم، ۱۳۸۳، صص ۱۱۷ ـ ۸۹

بحران عراق: اکنون چه باید کرد؟
(بررسی اشغال عراق در پرتو حقوق بین‌الملل)

واگان لوو*

ترجمه: دکتر محسن محبی

هم درباره مشروعیت اشغال عراق و هم در خصوص نپذیرفتن استفاده غیرمعقول از حق وتو در شورای امنیت، قلم‌فرسایی‌های زیادی شده است. اما عراق در عمل اشغال شد، و امریکا و انگلیس هم پیش‌نویس قطعنامه‌ای را که صریحاً مجوز اشغال عراق را می‌داد، از شورای امنیت مسترد کردند و در نتیجه دیگر موردی برای بحث و تبادل نظر درباره نپذیرفتن وتوی غیر معقول قطعنامه مذکور ـ درصورتی‌که در شورا مطرح می‌شد ـ پیش نیامد. بررسی و تحقیق درباره مشروعیت اشغال عراق درحالی‌که هنوز درگیری و جنگ در آن کشور ادامه دارد، هم بسیار دیر است و هم بسیار زود. دیر

*. این مقاله در کنفرانس بهاره شعبه انگلیسی انجمن حقوق بین‌الملل در ۱۲ آوریل ۲۰۰۲ که در دانشگاه ریدینگ برگزار شده، ارائه گردیده است و مقدمه‌ای است بر مقالات دیگری که با جزئیات بیشتری به مسائل پس از بحران عراق، پرداخته‌اند. متن آن را خیلی تغییر ندادم، مگر در جایی که در پاسخ به پاره‌ای انتقادات بعض همکارانم لازم بوده است. لطف ایشان را با عدم ذکر نامشان پاس می‌دارم. ضمناً این مقاله در «فصلنامه حقوق بین‌الملل و حقوق تطبیقی» شماره ۵۲، اکتبر ۲۰۰۳ چاپ شده است با این مشخصات:
Vaughan Lowe, The Iraq Crisis: What Now? ICLG, vol. 52, 2003, pp. 859-871.

است، زیرا ارزش عملی ندارد و زود است زیرا بررسی دقیق وضع محتاج گذشت زمان است و هنوز وقت آن نرسیده است. اما موضوع بحث ما در این نوشته موضوع نسبتاً متفاوتی است.

معمولاً و برحسب عادت، قانون را مجموعه‌ای از قواعد ثابت می‌دانیم، درصورتی‌که این قواعد صرفاً تصویری است که به صورت قانون در هر زمان خاص ارائه می‌شود و همواره ثابت نیست. در حال حاضر، پاره‌ای از قواعد و اصول بنیادی حقوق بین‌الملل نیز در حال تغییر و تحول مستمـر است. در این زمینه، به نظر می‌رسد که چهار حوزه یا قلمرو اصلی حقوق بین‌الملل بیشتر در معرض تغییر و تحول قرار گرفته است:

نخست، ساختار مفهومی بنیادی حقوق بین‌الملل به عنوان یک امر اساساً بین‌الدولی که اغلب گفته می‌شود پس از حادثه ۱۱ سپتامبر و حمله به برج‌های دوقلو در نیویورک دچار تکان و تحول شدید شده است؛ دوم، قواعد ناظر به استفاده از زور در روابط دولتها؛ سوم، رژیم حقوقی مربوط به اشغال نظامی؛ چهارم، قانون حاکم بر رفتار با نظامیان و زندانیان.

آنچه مایلم در اینجا به آن بپردازم عبارت است از نقش حقوقدانان بین‌المللی در زمان تحول و دگرگـونی در چارچوب‌های بنیـادی حقوقی. به طورکلی، در هر سیستم حقوقی، اجرای قواعد و اصول حقوقی بدون درک این‌که آیا این قواعد با اجزاء تشکیل دهندهٔ مفهوم «حق» در آن زمان همسو و هماهنگ است یا نه، مخاطره‌آمیز است. این نکته در حقوق بین‌الملل مهم‌تر و جدی‌تر است زیرا در حقوق بین‌الملل جریان منظم دعاوی و رویه قضایی محاکم وجود ندارد و در نتیجه نمی‌توان برای هدایت و نظارت بر روند تحول آن به نظرات و آراء قضات اتکاء کرد، و ناگزیر برای قضاوت و اظهارنظر درباره ادعای بوجود آمدن حقوق و تکالیف جدید در عرصه حقوق بین‌الملل، باید راه و روش دیگری یافت.

و اما در مورد قضیه عراق مسأله به طورکلی عبارت است از تلاش برای مشروعیت بخشیدن و توجیه این ادعا که حقوق بین‌الملل متحول شده و یک حق جدید یا یک قاعده حقوقی عرفی جدید برای دولتها بوجود آمده است که امروزه در حقوق بین‌الملل به معنای حقوق و اختیارات ویژه دولتها است.

دولتها می‌توانند با عمل خود در سطح بین‌المللی مثلاً از طریق شورای امنیت سازمان ملل متحد، درخصوص تحولات جدید در حقوق بین‌الملل قضاوت و اظهارنظر نمایند. نمونه این وضعیت را می‌توان در قطعنامه شماره ۷۸۸ شورای امنیت مشاهده کرد که ECOWAS* را به خاطر اقداماتی که پس از مداخله در «لیبریا» برای بازگرداندن صلح و امنیت و ثبات در آنجا به عمل آورد، ستود و ابراز خرسندی کرد. همچنین به قول بعضی دیگر ــ که البته چندان قانع‌کننده نیست ــ نمونه دیگر آن را می‌توان در قطعنامه ۱۲۴۴ شورای امنیت دید که به شیوه عطف به ماسبق، عملیات نظامی «ناتو» در کوزوو را نادیده گرفت و یا حداقل آن را محکوم نکرد.

دولتها در سطح داخلی هم ممکن است درباره تغییر و تحول در حقوق بین‌الملل اظهارنظر کنند. نمونه این شیوه، گزارش دقیق و جامعی است که «کمیته امور خارجه مجلس عوام انگلستان» درباره مشروعیت حمله نظامی در کوزوو داده است. گزارش چهارم کمیته مذکور بویژه بسیار جالب است، هم به خاطر دقتی که در بررسی مسائل حقوقی و اظهارنظر راجع به آنها اعمال کرده است و هم به لحاظ این‌که یک مسأله قانون اساسی را نیز پیش نهاده و توضیح داده که در مواردی که در موضوعات حقوق بین‌الملل بین دولت و مجلس اختلاف نظر باشد، نهایتاً چه

---

*. Economic Committee of West African States

کمیته اقتصادی کشورهای افریقای غربی.

مقامی می‌تواند نظر و موضع پادشاهی بریتانیا را اتخاذ و اعلام نماید.[1]

باری، هرگاه در آینده مسأله مشابه و قابل قیاسی پیش‌آید و ادعا شود که حقوق و وظایف جدید برای دولتها ایجاد شده، مسلماً جایگاه و ارزش چنین ادعایی در چارچوب رویه دولتها و بده و بستان‌های آنها معلوم خواهد شد و همین رویه دولتها است که به تنهایی می‌تواند ویژگی یک قانون رسمی و الزام‌آور را به چنین ادعایی ببخشد و مشروعیت آن را تأیید نماید. اما در این میان حقوقدانان هم نقش مهم و ویژه خود را دارند. گرچه حقوقدانان قدرت قانون‌سازی و وضع مقررات ندارند، اما بحث و نظرهای ایشان می‌تواند مانع از ورود دکترین‌های جدید به عرصه قواعد حقوقی شود و یا برعکس، آن را تسهیل کند. نگاهی به گزارش چهارم کمیته امور خارجه مجلس عوام انگلستان درباره کوزوو به روشنی نشان دهنده اهمیت و تأثیر مباحث دانشگاهی و تحقیقات علمی در این زمینه است. هرگاه بین نویسندگان و اهل نظر اجماع حاصل شود که یک تحول خاص در راستای منطق حقوق بین‌الملل و خط‌مشی پشتوانه آن است، طبعاً ساز و کار رویه دولتها روان‌تر و آسان‌تر به حرکت در می‌آید. و برعکس، چنانچه حقوقدانان با چنین تحولی مخالف باشند، مخالفت ایشان می‌تواند همچون دانه‌های ریزی که در چرخ‌دنده گیر می‌کند، مانع از حرکت گردد.

افزون بر این، حقوقدانان و نویسندگان می‌توانند با پیش نهادن راه و روشی که قانون باید در مسیر آن تحول یابد تا بتواند به وظایف و مسؤولیت‌های جدیدی که برعهده دارد، عمل کند چه بسا از دولتها پیشی گیرند و ایده‌هایی را مطرح نمایند که خود دولتها به آنها نپرداخته‌اند.

اما پرسش اصلی این است که حقوقدانان و اهل نظر چگونه می‌توانند

---

1. House of Commons Foreign Affairs Committee, Fourth Report, Kosovo Session 1999-2000, HC 28-1, 23 May 2000.

تشخیص دهند که این ادعاها یا پیشنهادهای جدید، خوب است و بجا یا بد است و ناروا؟ گام نخست در این راه، عبارت است از شناسایی و وارسی دقیق هر ادعا یا پیشنهاد جدیدی که در مورد پیدایش حقوق و تکالیف تازه یا تحول در حقوق بین‌الملل مطرح می‌شود.

درباره جنگ علیه تروریسم و نیز اشغال عراق گفتگوها و بحث‌های بی‌پایانی درگرفته است. لکن صرفنظر از هر فایده‌ای که ممکن است این بحثها داشته باشد، مسلماً این دو مسأله با روشنی و دقت از یکدیگر تفکیک نشده یا دست کم توضیح و استدلال روشنی درباره بازشناسی و تفکیک آن دو از هم، ارائه نگردیده است.

توضیح این‌که، عملیات نظامی امریکا در افغانستان حداقل برای خوانندگان روزنامه‌ها، ابتدا به عنوان اقدام علیه القاعده مطرح شد و صحبتی از طالبان نبود. اما بعداً به عنوان اقدام نظامی برای اجبار طالبان به تحویل اعضای القاعده معرفی شد و سپس به عنوان اقدام برای سرنگونی حکومت طالبان مطرح گردید. در سال ۲۰۰۲ نگاه‌ها به عراق برگشت. گرچه تلاش برای ربط دادن عراق به القاعده به جایی نرسید، اما این تمایل همچنان باقی ماند که عدم اطاعت و همراهی عراق با خواسته‌های امریکا و جامعه بین‌المللی، با مسأله جنگ علیه تروریسم ادغام شده و بین آن دو ارتباطی برقرار شود. این بود که ابتدا گفته می‌شد هدف نیروهای ائتلاف از تهدید به استفاده از زور در خاور میانه، ترغیب و تشویق عراق به همکاری با بازرسان بین‌المللی سازمان ملل است. بعد که عملاً به عراق حمله شد، گفته شد که هدف از استفاده عملی از زور علیه عراق، اجبار و وادار کردن آن کشور است که به تعهد خود به خلع سلاح که در جریان جنگ کویت پذیرفته بود، عمل نماید. و بالاخره ادعا شد که مقصود از این عملیات نظامی و حمله به عراق سرنگونی دولت عراق بوده است.

برای این تغییر و جابجایی در هدف، می‌توان تفسیرهای گوناگونی ارائه کرد و مثلاً گفت در حرفهایی که برای رسانه‌های عمومی زده می‌شود گاه گوینده تأکید و توجه خاصی به عبارات و کلماتی که می‌گوید ندارد و هدف او بیشتر تأکید بر پاره‌ای تفاوتهای ظریف و تقویت و تحریک مشغله ذهنی شنونده است، تا بیان دقیق و مشخص یک مطلب خاص. یا ممکن است هریک از مقامات و کشورهای مختلف نگرانی‌ها و اهداف خاص خود را از بیانات و موضع‌گیری‌هایی که در برابر رسانه‌های عمومی می‌کنند، داشته باشند. رسانه‌های عمومی هم برای تفسیر و توضیح عباراتی مانند اقدام نظامی یا حمله نظامی، با توجه به آزادی عمل فراوانی که دارند، به شیوه‌های خاص خود عمل می‌کنند. گاه نیز ممکن است در اظهاراتی که برای رسانه‌های گروهی می‌شود، روشهای کار، با هدف از آن مخلوط و اشتباه شود، مثلاً ممکن است گوینده از سرنگونی دولت به عنوان روش کار صحبت کند، ولی منظور او خلع سلاح آن دولت به عنوان هدف از این روش بوده باشد. بالاخره، خود کنشگران و دست‌اندرکاران کشورها که با رسانه‌ها سخن می‌گویند نیز گاه نظر روشنی از این‌که چرا در جریان یک بحران بین‌المللی چنین و چنان گفته‌اند یا عمل کرده‌اند، ندارند.

باری، هر توضیحی که درباره عطف توجه آرام و بی سر و صدای افکار عمومی به سیاستی که به حمله به عراق و اشغال آن کشور در سال ۲۰۰۳ منتهی شد، وجود داشته باشد، باید یک دلیل کافی برای استفاده از زور علیه عراق ارائه شود. منظور ما از دلیل، انگیزه‌های فرضی و غیرقابل توجیه از قبیل مسأله نفت یا هر انگیزه دیگر نیست. بلکه مقصود، دلیل و توجیه قانع‌کننده‌ای است که بتواند استفاده از زور علیه عراق را در شرایطی که سایر کشورها تعهدات بین‌المللی خود درباره تسلیحات نظامی را نقض می‌کنند، یا همسایگان خود را به استفاده از سلاح‌های کشتارجمعی تهدید

می‌کنند، و نیز در شرایطی که در بعض کشورها نقض عمده و وسیع حقوق بشر رخ می‌دهد و درد و رنج فراوان وجود دارد بدون این‌که با دخالت خارجی مواجه شوند؛ توضیح دهد، به نحوی که اگر آن دلیل را به یک هنجار حقوقی الزام‌آور ترجمه و تأویل کنیم، بتواند حمله نظامی و اشغال عراق را توجیه نماید. به علاوه، این دلیل باید از چنان استحکام و عمومیتی برخوردار باشد که در آینده اگر اوضاع و احوال مشابهی رخ دهد، امریکا و انگلیس یا هر کشور دیگری بتواند به آن استناد جوید و اشغال یک کشور خارجی را توجیه نماید.

گاه ممکن است دولت دست به اقداماتی بزند و مبادرت به حمله نظامی کند ولی ادعا نکند کار او از لحاظ حقوقی موجه و مجاز بوده است. مثلاً در سال ۱۹۶۷ دولت انگلستان به بهانه کاهش آلودگی دریایی ناشی از نشت نفت از تانکرهای لیبریایی که در سواحل انگلستان متوقف بودند، به آنها حمله کرد، بدون این‌که ادعا کند حق حمله داشته است. البته بعدها در سال ۱۹۶۹ این حق در «کنوانسیون بین‌المللی مربوط به مداخله در دریای آزاد در صورت تلفات ناشی از آلودگی نفتی»،* برای دولتها شناسایی و مستقر شد اما در سال ۱۹۶۷ مسلماً دولتها چنین حقی نداشتند. بریتانیا در مورد حمله به تانکرهای یاد شده موضع خود را این‌گونه بیان کرد:

> «نگرانی اصلی دولت همواره حفظ سواحل از آلودگی نفتی و نیز اتخاذ روندی که هرچه بیشتر به حصول این هدف منجر گردد، بوده است و در هیچ مرحله‌ای، نه ملاحظات حقوقی و نه ملاحظات مالی مانع از اقدام دولت در این زمینه نشده است».

---

*. International Convention relating to Intervention on the High Sea in Cases of Oil Pollution Casualties, 1969.

به این ترتیب، دولت انگلستان هرکاری را که آن زمان لازم می‌دانست انجام داد، بدون این‌که مدعی شود که قانوناً حق بمباران کردن کشتی لیبریایی را داشته است. اما اگر دولتی مدعی شد که در یک مورد خاص از حق قانونی و مشروعی برخوردار است، باید به طور مشخص آن را بیان و ذکر کند ــ همچنان که در مورد «کوزوو» چنین شد و به صورت واضح اعلام شد که در شرایط استثنایی و به منظور جلوگیری از یک فاجعه انسانی، حق مداخله نظامی در کشور دیگر وجود دارد.[۲] به هرحال، اگر دولتی ادعا کرد از چنین حقی برخوردار است بر حقوقدانان بین‌المللی است که بررسی کنند آیا چنین ادعایی واقعاً صحیح و مقبول است یا باید در برابر آن مقاومت و مخالفت شود.

به عقیده ما، نکته مهم و ضابطه اصلی برای بررسی این ادعا که حق و تکلیف جدیدی برای دولتها بوجود آمده عبارت است از پیوستگی و هماهنگی ذاتی حق و تکلیف ادعایی با نظام حقوقی موجود به نحوی که درون نظام حقوقی جای گیرد.

منظور ما از پیوستگی ذاتی حق مورد ادعا با نظام حقوقی موجود، آن نیست که آن حق مجاز و مشروع باشد، زیرا اگر مجاز و قانونی باشد که دیگر مسأله‌ای باقی نمی‌ماند. بلکه مقصود اشاره به این نکته است که تحول حقوق بین‌الملل یکنواخت و یکدست نیست، و گاه تحول در یک بخش ممکن است کندتر و عقب‌تر از سایر بخش‌های حقوق بین‌الملل باشد.

برای نمونه می‌توان به مسأله وارد شدن به آبهای سرزمینی به قصد نجات خلبانی که روی آب فرودآمده است، اشاره کرد. مسلماً وارد شدن به آبهای سرزمینی در چنین موردی، از مصادیق عبور بی‌ضرر به معنایی که

۲. این شرایط در گزارش کمیته روابط خارجی مجلس (گزارش مربوط به کوزوو) (رک. پاورقی ۱ بالا) و نیز در بعض یادداشت‌هایی که به این کمیته ارائه شده بود و در مجله «فصلنامه حقوق بین‌الملل و حقوق تطبیقی» سال ۱۹۹۹ صفحه ۹۴۳ ــ ۸۷۶ هم چاپ شده، آمده است.

در حقوق بین‌الملل مراد می‌شود، نیست. از سوی دیگر، حداقل در آبهای بین‌المللی، کمک رسانی به اشخاصی که در دریای آزاد دچار حادثه شده‌اند، نه یک حق، بلکه وظیفه است. پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل (I LC) در مورد مسؤولیت دولتها می‌گوید اقداماتی که متضمن نقض حقوق بین‌الملل است، اگر به منظور نجات اشخاصی که دچار مخمصه شده‌اند، انجام شود غیرقانونی و نامشروع محسوب نمی‌شوند. علاوه بر این، ضرورت نجات اشخاص در چنین حالتی حداقل به لحاظ اخلاقی، نزد همه جهان پذیرفته شده است. بنابراین، اگر دولتی مدعی شود حق ورود به آبهای سرزمینی به منظور نجات اشخاص را دارد، می‌توانیم بگوییم که این حق با روند اصلی حقوق، هماهنگی و پیوستگی دارد (ولو این‌که درباره تشخیص مفهوم «روند اصلی حقوقی» اختلاف نظر فراوانی وجود دارد) یعنی ادعای حق ورود به آبهای سرزمینی برای عملیات نجات و قاعده حقوقی مربوط به نجات اشخاص در دریای سرزمینی باید با عملیات نجات در دریای آزاد و نیز با قاعده مربوط به مسؤولیت بین‌المللی دولت، و با اصول اخلاقی پذیرفته شده نزد جهانیان همسو و همخوان باشد.

برعکس، مثلاً قطع آب و برق یک سفارتخانه خارجی به عنوان اجرای بخشی از مقررات تحریم، مسلماً با روند کلی و جاری اصول حقوقی همسو و هماهنگ نیست. بنابراین، در عین‌حال که ممکن است به عنوان حقوقدان با تحولات حقوق بین‌الملل در زمینه عملیات نجات در دریای سرزمینی موافق باشیم، با آنچه در مورد قطع آب و برق سفارتخانه گفتیم، مخالف هستیم.

البته، در عمل قوه محرکه حقیقی تحول در حقوق بین‌الملل در جای دیگری است و صرف هماهنگی و پیوستگی هر حق و تکلیف جدید با اصول اخلاقی یا خط مشی اصلی حقوق بین‌الملل، باعث تحول در حقوق

بین‌الملل نمی‌شود. این‌که گاه بعض قواعد حقوقی با قواعد دیگر ناهماهنگ و ناسازگار هستند البته موجب شگفتی است ــ مانند ناهماهنگی قواعد حقوقی حاکم بر عملیات نجات در دریای سرزمینی و در دریای آزاد ــ اما صرف تعجب ما از این ناسازگاری‌ها نیز باعث تغییر و تحول در حقوق بین‌الملل نمی‌شود. بلکه این خواست و علاقه به نجات زندگی انسانها است ــ و نه صرف علاقه به از بین بردن ناسازگاری قواعد حقوقی ــ که ممکن است کشوری را ترغیب کند که ادعای پیدایش حق جدیدی را مطرح نماید و مدعی شود حق ورود به دریای سرزمینی کشور دیگر را به منظور نجات انسانهای گرفتار دارد و بدینسان تحولی را در حقوق بین‌الملل در افکند. در سایر موارد هم، ممکن است علاقه و عزم دولت به استقرار و گسترش ثبات در نظام سرمایه‌گذاری خود و یا مثلاً ایجاد روشهای عملی‌تر برای تعیین محدودهٔ خارجی فلات قاره یا سایر انگیزه‌ها در کار باشد و به نوبه خود باعث تغییر و تحول در یک حوزه حقوقی خاص گردد. به طورکلی، حقوق بین‌الملل عرفی، در پاسخ به نیازهای جهان واقعیت‌ها است که متحول می‌شود، و یک سیستم انتزاعی و مجرد نیست.

هرچه کشورهایی که در عرصه بین‌المللی فعال هستند، بزرگ‌تر و قوی‌تر باشند، طبعاً تأثیر بیشتری بر تحول حقوق بین‌الملل عرفی خواهند داشت. تحولات حقوق بین‌الملل نیز، نتیجتاً، بیشتر نشان از منافع و نگرانی‌ها یا فکر و ذکر کشورهای بزرگ را بر خود دارد. در این واقعیت، ذاتاً هیچ امر قابل اعتراضی وجود ندارد. برعکس، شاید بتوان گفت که نتیجه چنین وضعی آن است که به قول دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده فلات قاره دریای شمال: «کشورهایی که (به واسطه هر موضوعی) منافع آنها به طور خاص تحت تأثیر قرار می‌گیرد» تأثیر ویژه و خاصی بر تحول حقوق بین‌الملل عرفی در همان عرصه خواهد داشت. آنچه مهم است آن است که

آنچه تحول می‌یابد، قانونی باشد که نسبت به همه اعمال و اجرا شود، و نه یک حق مخصوص برای دولت یا دولت‌هایی که آن تحول را آغاز کرده‌اند و ابتکار عمل را در دست گرفته‌اند.

این نکته را به بیان دیگری هم می‌توان گفت. در مورد انگیزه‌های مؤثر بر تحول حقوق بین‌الملل عرفی باید بین دو مطلب تفکیک قائل شد: مباحث مبتنی بر اصول پذیرفته شده اخلاقی یا سیاسی، مانند نجات زندگی اشخاص یا تسهیل فعالیت‌های دیپلماتیک مشروع و مباحثی که آشکارا یا تلویحاً مبتنی بر اهداف سیاسی منطقه‌ای یا داخلی است. در عصر ما که روزگار واقع‌بینی‌های جدّی است، گرایشی وجود دارد که مسائل اخلاقی را با مباحث سیاسی مخلوط کنند و یکی بشمارند. ممکن است نفع یک دولت در این باشد که بگوید مثلاً کوبا باید بر اساس اقتصاد آزاد اداره شود یا کانال سوئز باید از کنترل و حاکمیت مصر خارج شود. اما این‌ها بحث‌هایی سیاسی است و نه اخلاقی.

تفاوت مباحث اخلاقی و سیاسی بسیار مهم و اساسی است. مباحث اخلاقی را می‌توان در سطح جهانی و عمومی مطرح کرد، اما امور سیاسی چنین نیست. برای این‌که قانونی بودن و مشروعیت یک حق و تکلیف در سطح بین‌المللی بتواند اثبات شود و موجه باشد، تحول حقوق بین‌الملل به عنوان بستر آن حق و تکلیف، باید مبتنی بر اخلاق عمومی باشد و ریشه در آنجا داشته باشد. اما چنانچه تحول حقوق بین‌الملل برخاسته از ضرورتهای ناشی از اهداف و مقاصد داخلی کشور یا کشورهای خاصی باشد، در این صورت تحول حقوق بین‌الملل حاصل از چنین انگیزه‌هایی، یکی از ویژگیهایی است که امپریالیسم با آن شناخته می‌شود. از جمله دشواریهای اصلی بحران عراق دقیقاً همین یکی دانستن و اختلاط کردن مباحث سیاسی و اخلاقی است.

باری، ضرورت هماهنگی ماهیت هر قاعدهٔ حقوقی جدید با اصول و موازین اخلاقی و حقوقی به عنوان شرط مشروعیت و مقبولیت آن، فقط نیمی از مسأله است و نیم دیگر مسأله عبارت است از احترام به آیین و روش کار و بویژه رعایت درست قانون (due process of law). با ذکر یک مثال مطلب روشن‌تر می‌شود. قاچاق و خرید و فروش کوکایین یک جرم است و همه ما کار پلیس و دادگستری را در دستگیری و مجازات مرتکبین این جرایم ستایش و حمایت می‌کنیم. اما اگر رقبای قاچاقچیان یا سایر گروههایی که در کمین آنها نشسته‌اند، آنها را بازداشت و مجازات کنند، هرگز از کار ایشان دفاع نمی‌کنیم زیرا روش کارشان غیرقانونی بوده است. اکنون باید دید آیا امریکا و انگلیس به عنوان پلیس جهان در عراق عمل کرده‌اند، یا همان رقبا و کمین‌نشستگان‌اند که وارد معرکه شده‌اند؟ چگونه باید بین این دو تفکیک کرد و حد فاصل آن دو در کجاست؟

به نظر نگارنده، پاسخ به این پرسش در دو مفهوم فرایند کار (process) ــ به معنای رعایت عدالت در روش کار (procedural justice) و اصل رعایت درست قانون ــ و نیز در مفهوم مشروعیت (legitimacy) نهفته است. کافی نیست که قواعد حقوقی ماهوی صرفاً عادلانه باشند، بلکه باید به شیوه عادلانه نیز ساخته شده و به روش عادلانه هم اجرا شوند. قواعد حقوقی صرفاً مجموعه‌ای از دستورات و پند و اندرزها نیست، بلکه راه و رسم زندگی و شیوه ساماندهی جامعه است. قواعد حقوقی ماهوی، در واقع راه و روش‌هایی هستند برای رسیدن به اهداف خاص، و ابزارهایی‌اند برای تسهیل زندگی اجتماعی. روش‌ها و روندهای وضع و اجرای قانون، عناصر مهم نظم جامعه به شمار می‌روند و در کاهش هرچه بیشتر استفاده خودسرانه و طاقت‌فرسا از قدرت نقش اساسی دارند.

همین امر، یکی دیگر از علل نگرانی عمیق درباره حمله نظامی در عراق است. بسیاری از کسانی‌که گمان می‌کنند آنچه در عراق به دست آمده، درست است و ارزش هزینه‌هایی که در آنجا شده است، دارد، نگران این هستند که این‌ها در واقع به بهای زیرپا گذاشتن روش‌ها و روندهای وضع و اجرای قانون و نادیده گرفتن نهادهای جا افتاده بین‌المللی حاصل شده است.

تجاوز به عراق و اشغال آن کشور و اظهارات گوناگونی که دولت‌های امریکا و انگلیس به دنبال آن ابراز نمودند، حاکی از ادعای تحول و دگرگونی در مجموعه‌ای از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در مورد استفاده از زور و نیز درباره شیوه کار شورای امنیت است.

چنانکه گفتیم، حقوقدانان بین‌المللی نقش مهمی در ارزیابی این تحولات و دگرگونی‌ها از حیث هماهنگی ماهوی و شکلی آنها با مبانی و روندهای اصلی حقوق بین‌الملل دارند و برای ارائه راه‌حلهای حقوقی اصولی درباره مسائل تازه و بی‌پاسخی که در نتیجه بحران عراق مطرح شده است، نیز وظیفه اساسی برعهده دارند.

اکنون باید به تحولاتی که در چهار حوزه اصلی حقوق بین‌الملل رخ داده و پیش از این به آنها اشاره کردیم، بپردازیم و چند و چون آن را نشان دهیم.

۱ـ تحول در مبانی اصلی حقوق بین‌الملل: مسأله ۱۱ سپتامبر

اولین مسأله که گفته می‌شود تغییر در حقوق بین‌الملل سنتی را لازم آورده و قادر به پاسخ‌گویی آن نیست، عبارت است از ماجرای ۱۱ سپتامبر. می‌توان پرسید که آیا حمله ۱۱ سپتامبر به عنوان یک عملیات خشونت‌آمیز غیردولتی ولی در سطح و اندازه‌ای که گمان می‌شد در حد کارهای خاص

دولتها است، واقعاً مرزهای شیوه تجزیه و تحلیل حقوقی سنتی را در هم شکسته است؟ و آیا نیازمند بازنگری اساسی در مبانی نظری و بنیادهای مفهومی حقوق بین‌الملل هستیم؟

تا جایی‌که به اوضاع عراق مربوط می‌شود، در عراق یک دولت رسمی و شناسایی شده وجود داشت که تعهدات بین‌المللی خود را زیرپا نهاده بود و به شیوه‌ای عمل می‌کرد که صلح و امنیت بین‌المللی را به خطر انداخته بود. تا اینجای قضیه با یک اختلاف بین‌المللی معمولی مواجه هستیم و وضع خاصی وجود ندارد که برای برخورد با آن لازم باشد مبانی نظری و چارچوب مفهومی جدیدی را به‌کار گیریم یا وارد حقوق بین‌الملل کنیم.

مسأله القاعده، البته مسأله دیگری است. تحریم‌های بین‌المللی معمولاً با گرفتن گلوگاه اقتصادی کشور مورد نظر عمل می‌کند و جواب می‌دهد، اما چنین راهبردی در مورد تروریست‌های بین‌المللی به سختی قابل اجرا است، همچنان‌که سایر فشارهای هوشمندانه‌ای که می‌توان به دولتها وارد کرد، در مورد تروریست‌ها قابل استفاده نیست. اما، حملات تروریست‌ها به هرحال، پدیده تازه‌ای نیست. در افریقا، خاور میانه، امریکای لاتین، آسیا و حتی در اروپا یورش‌های تروریستی فرامرزی بی‌شماری رخ داده است. برخورد حقوق بین‌الملل با این پدیده نیز روشن است و به یکی از این صورت‌ها بوده است: الزام دولتها به این‌که اجازه ندهند سرزمین آنها به عنوان پایگاه عملیات تروریستی مورد استفاده قرار گیرد، یا اجازه عمل متقابل علیه دولتی که در انجام این وظیفه کوتاهی نموده، و یا در صورتی‌که کشور میزبان تروریست‌ها در کنترل تروریست‌ها در سرزمین خود ناتوان باشد یا مایل نباشد آنها را کنترل کند، به صورت اجازه استفاده از زور علیه آنها اعم از اینکه به عنوان دفاع مشروع باشد یا با اجازه شورای امنیت.

به این ترتیب، به نظر نگارنده روشن نیست که اساساً چه ضرورتی به تحول در بنیادهای حقوق بین‌الملل و پیشنهاد یک چارچوب نظری جدید برای پرداختن به آنچه «جنگ علیه تروریسم» نامیده شده، وجود دارد. اگر هم واقعاً چنین ضرورتی وجود داشته باشد، باید ماهیت آن به روشنی و وضوح کامل تبیین شود.

۲ـ قانونی بودن اشغال عراق

دومین موضوعی که حقوق بین‌الملل سنتی را مجبور به تحول می‌کند؛ عبارت است از تلاش برای توجیه مشروعیت و قانونی بودن اشغال عراق.

هیچ مورد قابل استدلالی وجود ندارد که امریکا و انگلیس بتوانند بگویند که در مقام دفاع مشروع عمل کرده‌اند و همچنین هیچ مورد قابل دفاعی وجود ندارد که بتوانند استدلال کنند که برای جلوگیری از یک فاجعه انسانی فراگیر و شدید، در عراق مداخله کردند و آن را اشغال نمودند. ایالات متحده امریکا ظاهراً تلاش می‌کند که نشان دهد حق دفاع مشروع پیشگیرانه خود را اعمال کرده است ــ که البته در خود این تعبیر نوعی تعارض نهفته است زیرا حمله به یک کشور و اشغال آن به عنوان دفاع پیشگیرانه، معنی ندارد.[۳] این دکترین خطرناک مسلماً هیچ پایه و مبنایی در حقوق بین‌الملل ندارد. این نکته چنان روشن است که نیازی به بحث بیشتر ندارد، هرچند در جای خود باید به درستی نقد و بررسی شود.

تنها مبنای ممکن برای توجیه حقوقی اشغال عراق عبارت است از «احیاء و تجدید» مجوز مندرج در قطعنامه ۶۸۷ شورای امنیت سازمان ملل

---

3. National Security Strategy of the United States of America, Sep. 2002 <www.comw.org/qdr/fultext/nss2002.pdf>

به کشورهای عضو ائتلاف با دولت کویت مبنی بر این‌که «از کلیه وسایل لازم برای اجرای قطعنامه شماره ۶۶۰ (سال ۱۹۹۰) و قطعنامه‌های بعدی و نیز برای بازگرداندن صلح و امنیت بین‌المللی در منطقه استفاده نمایند». استدلال شده که با توجه به قطعنامه شماره ۱۴۴۱ شورای امنیت مبنی بر این‌که عراق تعهد به خلع سلاح را که طی قطعنامه ۶۸۷ پذیرفته بود، به طور جدی نقض کرده است، بنابراین مجوز قبلی شورای امنیت بار دیگر تمدید و احیاء می‌شود. در حقیقت، انگلستان با استناد به همین قطعنامه ۱۴۴۱ و نقض قطعنامه شماره ۶۸۷ بود که ادعا می‌کند حمله به عراق مشروع و قانونی بوده است.

اعتبار و صحت استدلال بر اساس قطعنامه شماره ۶۸۷ به اندازه کافی و به تفصیل در جای دیگر مورد بحث و بررسی قرار گرفته و در اینجا ضرورتی ندارد که وارد جزئیات آن شویم. ضعف این نوع استدلال برای احیای مجوز مندرج در قطعنامه ۶۸۷ شورای امنیت در مورد اشغال کویت و برای بازگرداندن صلح و امنیت در منطقه، کاملاً مشهود و معلوم است. واقعیت این است که متن قطعنامه شماره ۱۴۴۱ هیچ‌گونه اجازه‌ای برای استفاده از زور علیه عراق را نمی‌دهد و مفاد آن هیچ اشاره‌ای ندارد که مجوزی که به کشورهای متحد کویت در سال ۱۹۹۱، اعطا شده بود، بتواند مجدداً احیا شود و تمدید گردد. به علاوه، هیچ دکترین شناخته شده و معتبری به اسم احیا و تجدید اعتبار مجوزهای قطعنامه‌های شورای امنیت سازمان ملل وجود ندارد، تا بتوان مفهوم «احیای ضمنی مجوز» را بر آن بنا کرد. متن قطعنامه‌های شورای امنیت در دست است، مانند قطعنامه شماره ۶۸۶ شورای امنیت[۴] که بیش از سایر قطعنامه‌ها مغفول مانده و نادیده گرفته

۴. رک. پاراگراف ۴ این قطعنامه که به موجب آن مجوز استفاده از زور تا زمانی که عراق برای رعایت و اجرای تعهدات آتش‌بس نیاز دارد، ادامه می‌یابد، و نه تا زمان خلع سلاح.

شده است، و نیز قطعنامه شماره ۶۸۷ شورا[۵] که بر طبق آنها اجازه استفاده از زور علیه عراق، فقط برای دوران عملیات نظامی و برای بیرون راندن عراق از کویت داده شده بود. این قطعنامه‌ها نشان می‌دهد که اگر ضرورت می‌یافت که اقدام دیگری علیه عراق صورت گیرد، تصمیم‌گیری در مورد آن بر عهده شورای امنیت بود. شورای امنیت بدون این‌که موضوع بحران عراق را کنار نهاده باشد یا نسبت به آن بی‌تفاوت شده باشد، به طور فعال و جدی در همه زمان‌های مهم و حساس درگیر قضیه بوده است. به علاوه، با رجوع به مذاکرات مربوط به قطعنامه شماره ۱۴۴۱ می‌توان به نظرات صریح کشورهای عضو شورای امنیت دست یافت. بر خلاف نظر ایالات متحده امریکا، بعض کشورها خواستار قطعنامه دومی بودند که بالصراحه و بدون ابهام اجازه استفاده از زور علیه عراق را بدهد.[۶] اما هیچ‌گاه چنین قطعنامه‌ای در شورای امنیت تصویب نشد.

به علاوه، برای این‌که استدلال مبتنی بر احیای مجوز قبلی شورای امنیت معنی پیدا کند، باید معلوم شود که مجوز مندرج در قطعنامه سال ۱۹۹۱ چه نوع محدودیت‌هایی برای کشورهای متحد کویت ــ و نه همه کشورهای عضو سازمان ملل ــ پیش‌بینی کرده است. نمی‌توان گفت و کسی هم بالصراحه چنین ادعایی نکرده، که قطعنامه شماره ۶۸۷ شورای امنیت به هریک از کشورهای عضو ائتلاف در سال ۱۹۹۱، اعم از این‌که به تنهایی عمل می‌کردند یا مشترکاً با سایر کشورها، حق هرگونه عملیات و حمله را در هر زمانی و در هر جا که خود آن کشور لازم بداند یا برای

۵. رک. پاراگراف ۴ قطعنامه مذکور که می‌گوید «شورای امنیت تضمین کند که مرزهای کویت با عراق نباید نقض شود» و نیز رک. پاراگراف ۳۴ همان قطعنامه که می‌گوید «شورای امنیت همچنان درگیر موضوع باقی می‌ماند و خود را ملزم به بازگرداندن صلح و امنیت در منطقه می‌داند.» این بیان به خوبی حاکی از آن است که فقط بر عهده شورای امنیت است که عندالاقتضاء در مورد اقدامات دیگری که می‌بایست در خصوص موضوع انجام شود، تصمیم بگیرد.

6. UN Doc S/PV 4644, 8 Nov., 2002.

هدف بازگرداندن صلح و امنیت در منطقه، مطلوب و مفید بداند (آن هم صرف نظر از این‌که منظور از «منطقه» تا کجا است) انجام دهد.

همچنین، مسلماً در بحث احیای مجوز شورای امنیت نمی‌توان گفت که هریک از کشورهای عضو ائتلاف در سال ۱۹۹۱ می‌تواند در مقام احیای مجوز شورای امنیت هر اقدامی را که برای «بازگرداندن صلح و امنیت در منطقه» مصلحت می‌داند، بدون توجه به آنچه سایر کشورهای عضو ائتلاف (مانند فرانسه، آلمان و سوریه) و نیز آنچه خود شورای امنیت مناسب و مصلحت می‌دانند، به عمل آورد. موضع دولت انگلستان در اصرار برای صدور قطعنامه جدید شورای امنیت که بالصراحه اجازه استفاده از زور علیه عراق را بدهد، کاملاً صحیح بود. ولی پیش‌نویس این قطعنامه مسترد شد و هیچ‌گاه صادر نشد، و بنابراین اشغال عراق فاقد هرگونه مشروعیت حقوقی است.

گفته می‌شود که اگر به نظر شورای امنیت قطعنامه دیگری اضافه بر قطعنامه ۱۴۴۱ لازم بوده، باید مشخصاً چنین شرطی را در قطعنامه ۱۴۴۱ ذکر می‌نمود. این سخن نکات اساسی‌تری را پیش می‌آورد. به روشنی پذیرفتنی نیست که کشوری بخواهد با یک استدلال نظری آن هم بر اساس یک استنباط مشکوک، به اقدام مهم و جدی مانند حمله نظامی علیه یک کشور دیگر مبادرت کند. نمی‌توان از سکوت قطعنامه شماره ۱۴۴۱ شورای امنیت و یا بازتاب‌های مهم قطعنامه‌های پیشین، بدون این‌که مجوز جدید و همزمان برای استفاده از زور صادر شده باشد، چنین استنباطی کرد. هیچ دادگاه داخلی و هیچ مقام داخلی در امریکا یا در انگلستان، اقدام دولت بر اساس چنین استدلال‌های سست و بی‌پایه‌ای را نخواهد پذیرفت.

به عقیده ما، اشغال عراق هیچ‌گونه توجیه حقوقی ندارد. با این وجود، می‌پذیریم که آنچه نزد شورای امنیت رخ داده است نیز دچار نقص و

کمبودهایی بوده است. یکی از دشواریهای مهم در پرداختن به بحران عراق عبارت بود از این‌که بعضی کشورهای عضو شورای امنیت مخالف بودند و بعضی کشورها هم مایل نبودند که امریکا و انگلیس اقدامات دیگری به عمل آورند. شورای امنیت طبق منشور ملل متحد از جانب کشورهای عضو سازمان ملل عمل می‌کند و مسؤولیت نخستین را در حفظ صلح و امنیت بین‌المللی برعهده دارد. اما آیا اگر شورای امنیت به بن‌بست برخورد کند، هیچ مرجع دیگری نمی‌تواند به جای آن عمل کند؟ و آیا اگر شرایطی پیش آید که نتوان در مقام توجیه استفاده از زور به دفاع مشروع متوسل شد، حق عمل کردن بدون اجازه شورای امنیت وجود ندارد؟

در «کوزوو» به این پرسش، پاسخ مثبت داده شد. الزام‌های اخلاقی اقتضا می‌کند که کشورها حق دارند نه فقط برای دفاع از خود بلکه برای نجات جان انسانها، در جایی که هیچ راه دیگری جز استفاده از زور وجود ندارد، به زور متوسل شوند. آیا می‌توان گفت در اینجا هم وضع مشابهی با وضعیت کوزوو وجود داشته است؟

این فرض که در قضیه عراق شورای امنیت با بن‌بست مواجه شده بود و قادر به عمل نبود، یک فرض حق به جانب و سوگیرانه است. از منظر دیگر، آنچه اتفاق افتاد این بود که کشورهایی که بر حمله نظامی فوری علیه عراق اصرار می‌ورزیدند، نتوانستند اکثریت اعضای شورای امنیت را ترغیب و قانع کنند که حمله به عراق بهترین راه برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی است. این‌که صرفاً امریکا و انگلیس در اقلیت قرار گرفته بودند، به این معنی نیست که سیستم شورای امنیت ناقص است یا دچار کمبود است. اگر بتوان این رویداد داخل شورای امنیت را صحیحاً نمونه‌ای از اختلاف عقیده شورا درباره اتخاذ بهترین شیوه کار در عراق دانست، آنگاه مشکل بتوان دلیلی یافت که اساساً چرا روند عادی

تصمیم‌گیری در شورا تعقیب و انجام نشده؟ و چرا امریکا و انگلیس با توجه به نظر و انتخابی که داشتند، نرفتند تا سایر اعضای شورای امنیت را به صحت نظر خود قانع نمایند و چرا برای تصویب سایر انتخاب‌ها در شورا، در صدد ساختن اکثریت آراء در شورا برنیامدند؟

همه موارد بن‌بست در شورای امنیت، به معنای اختلاف نظر ساده در مورد اتخاذ بهترین راه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی نیست. عدم اقدام و بی‌عمل ماندن شورا ممکن است ناشی از سخت‌گیری و اصرار بعض کشورها بویژه کشورهای دارای حق وتو در پیگیری منافع ملی خاص آنها باشد، یا ممکن است ناشی از فقدان نفع مشترک کشورها در مورد وضعیت بین‌المللی باشد که تحت بررسی شورای امنیت است. در واقع، فقدان نفع مشترک کشورها ممکن است حتی مانع از این شود که وضعیت بین‌المللی خاصی اساساً در دستور کار شورای امنیت قرار گیرد. در چنین مواردی، طبعاً شورای امنیت نمی‌تواند رضایتمندانه عمل کند. یا به عبارت دقیق‌تر و بهتر، در این قبیل موارد شورا یا اعضای آن از انجام وظیفه‌ای که به عنوان «مسؤولیت نخستین شورای امنیت در حفظ صلح و امنیت بین‌المللی» بر عهده دارند، باز می‌مانند.[۷] در چنین وضعیتی، چه باید کرد؟

اولین عکس‌العمل و راه حل آن است که اگر کشورهای عضو شورای امنیت نسبت به موضوعاتی که در شورا مطرح می‌شود توجه کافی مبذول ندارند و در موضع‌گیری‌های خود با حسن‌نیت، عمل و تصمیم‌گیری نکنند، اساساً نباید به عضویت شورا درآیند. البته نمی‌توان از این احتمال

---

۷. باید سخنان عزت بگویچ را به یاد آورد که در سازمان ملل گفت: «اگر جامعه بین‌المللی حاضر و آماده نیست از اصولی که به عنوان اصول و پایه‌های اصلی آن اعلام شده، دفاع کند، در این صورت اجازه دهید صریحاً به مردم بوسنی و به جهان بگوییم که وقت آن رسیده که مجموعه قواعد رفتاری جدیدی را تهیه و تدارک کند که طبق آن قدرت و زور اولین و آخرین حرف را می‌زند». به نقل از:
Jonathan Glover, Humanity. *A Moral History of 20th Century*, (London: Pimlico, 2001), 140.

غافل بود که چون کشورهای عضو شورای امنیت کمتر به شیوه مطلوب و ایده‌آل عمل می‌کنند، در نتیجه عملکرد شورا هم مختل می‌شود.

اکنون که دیگر توازن قوا در جنگ سرد وجود ندارد و قدرت‌های بزرگ نظامی محدودیتی برای عملیات خود ندارند، به عنوان یک ضرورت مبرم جا دارد بررسی شود که آیا باز هم اوضاع و احوالی وجود دارد که اقدام یکجانبه دولتها را توجیه نماید، یا همه کشورها باید در جهت همفکری و اجماع از طریق سازمان ملل تلاش نمایند؟ در حال حاضر بعض کشورها دچار این وسوسه شده‌اند که سوء عملکرد یا بی‌عمل ماندن شورای امنیت را به حساب شکست یک مکانیسم بین‌المللی (شورای امنیت) از بین سایر مکانیسم‌ها بگذارند و بگویند در چنین شرایطی اعضای جامعه بین‌المللی حق دارند برای تضمین و حفظ صلح و امنیت بین‌المللی به سایر روشها و مکانیسم‌ها متوسل شوند و بدینسان می‌خواهند توسل به زور را توجیه کنند. البته مشکل این رویکرد در آن است که منشور ملل متحد یک عهدنامه الزام‌آور است که همه کشورها ملزم به رعایت آن می‌باشند. طبق ماده ۱۰۳ منشور، تعهدات کشورها در منشور نسبت به سایر تعهدات آنها اولویت دارد و همین امر حاکی از ماهیت الزام‌آور برتر منشور ملل متحد است که کشورهای عضو سازمان ملل نمی‌توانند به آسانی آن را نقض کنند و کنار نهند.

در مواردی از قبیل آنچه اشاره کردیم، اگر اقدامات یک دولت متضمن تهـدید به استفاده از زور باشد یا عملاً به زور متوسل شود، نمی‌توان ممنوعیت آن را که در ماده ۲ (۴) منشور ملل آمده است، نادیده گرفت. همچنان‌که در چنین مواردی به آسانی نمی‌توان برای رهایی از تعهدات ناشی از منشور ملل متحد، حتی به دکترین‌هایی که در کنوانسیون وین درباره حقوق معاهدات آمده است از قبیل تعلیق تعهدات عهدنامه‌ای در

صورت نقض عمده عهدنامه از جانب دولتهای دیگر یا در صورت تغییر اوضاع و احوال و مانند آنها، توسل جست.

اگر قرار شود کشورها مجاز باشند که بدون اجازه شورای امنیت و خارج از موارد دفاع مشروع، از زور استفاده کنند، چنین اجازه‌ای باید به صورت یک تحول در نظام سازمان ملل و اصلاح منشور ملل متحد تثبیت شود. چنین تحولی در تفسیر منشور ملل، البته امر ناشناخته و مجهولی نیست. مثلاً تفسیر شرط مقرر در ماده ۲۷ دربارهٔ رأی مثبت اعضای دائمی شورای امنیت در مورد قطعنامه‌های شورا که گفته شده می‌تواند به صورت رأی ممتنع هم باشد، یک نمونه آن است.* ادعای صلاحیت مجمع عمومی سازمان ملل در مورد صلح و امنیت بین‌المللی در مواردی که قطعنامه‌ای به اتفاق آراء تصویب شود، نمونه دیگر آن است.[۸] بعضی گفته‌اند که اغماض شورای امنیت یا دستکم عدم محکومیت عملیات ناتو در کوزوو در قطعنامه ۱۲۴۴ شورای امنیت، نمونه سوم از تغییر و اصلاحی است که به صورت عملی (دوفاکتو) در نظام منشور ملل متحد رخ داده است. اما می‌توان پرسید که در مورد اشغال عراق چه تحول یا اصلاحی در منشور ملل متحد پیش آمده و چه توجیهی داشته است؟

---

*. معاهده برای همه طرفهای امضا کننده الزام‌آور است و علی‌الاصول عرف نمی‌تواند آن را اصلاح کند. با این‌همه، گاه دولتها قاعده عرفی را جایگزین قاعده عهدنامه‌ای می‌کنند. ماده ۲۷ (۳) منشور ملل متحد می‌گوید: «تصمیمات شورای امنیت در سایر مسائل با رأی مثبت هفت عضو که آراء اعضای دائم جزو آن باشد، اتخاذ می‌گردد ...» چنانکه پیداست، منظور رأی مثبت اعضای دائمی است اما مطابق عرفی که پیدا شده است مادام که رأی منفی داده نشده، رأی ممتنع هم رأی مثبت محسوب می‌شود. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نامیبیا گفته است: «امتناع یکی از اعضای دائم شورای امنیت در تصویب موضوعی که پیشنهاد شده، به منزله مخالفت آن کشور نیست زیرا برای این‌که کشوری با تصویب قطعنامه‌ای که نیاز به تصویب همه اعضا دارد مخالفت کند، باید رأی منفی بدهد و رویه شورای امنیت بعد از اصلاح ماده ۲۷ منشور در سال ۱۹۶۵ همچنان معتبر باقی مانده و مورد قبول اعضای ملل متحد می‌باشد». (ICJ Rep., 1971, p. 22) مترجم.

8. UN GA Resolution 337 (V) 3 Nov. 1950.

منشور ملل متحد، اجازه عملیات یک‌جانبه و استفاده از زور را در مقام دفاع مشروع، می‌دهد. هیچ بن‌بستی در کار شورای امنیت نمی‌تواند مانع از این حق شود. رویداد کوزوو نیز نشان دهنده حق اقدام یکجانبه در استفاده از زور به منظور جلوگیری از یک فاجعه انسانی شدید، که به طریق دیگری قابل جلوگیری نیست، می‌باشد. اما در هر دو مورد، الزامات اخلاقی و انسانی کاملاً روشن و مشهود وجود دارد: حفظ زندگی ساکنین و اتباع خود دولت یا ساکنین اتباع سایر کشورها در جایی که زندگی آنها در معرض یک تهدید جدی و فراگیر است. آیا به جز ملاحظات اخلاقی، هیچ الزام دیگری هم وجود دارد که بتواند چشم‌پوشی از محدودیت‌های مقرر در منشور ملل در مورد استفاده از زور در روابط بین‌الملل را توجیه کند؟ نگارنده هیچ نمونه‌ای از آن را سراغ ندارد. اگر عراق همچنان به تخلف و نقض تعهدات بین‌المللی خود و مخالفت با شورای امنیت ادامه می‌داد، دو شیوه عمل برای مقابله با آن وجود داشته است. اول، شورای امنیت، به عنوان رکن سازمان ملل که از جانب همه کشورهای عضو سازمان ملل عمل می‌کند، می‌توانست طبق ماده ۲۴ منشور ملل در مورد اقداماتی که باید علیه عراق انجام گیرد، تصمیم بگیرد. دوم، اگر هریک از کشورها فکر می‌کرد که این نوع اقدامات مناسب و کافی نیست و با حمله نظامی عراق ـ با توجه به معنای وسیع و منعطفی که امروزه تعبیر حمله نظامی دارد ـ مواجه می‌شد آنگاه می‌توانست در مقام دفاع مشروع طبق ماده ۵۱ منشور به استفاده از زور متوسل شود. در غیاب هرگونه مجوز صریح شورای امنیت، هیچ مبنای دیگری که بتوان حق استفاده از زور علیه عراق را بر آن استوار کرد، وجود ندارد.

برخلاف آنچه بعضی‌ها می‌گویند، اساساً قابل قبول نیست که کشوری مانند عراق می‌توانست با نقض مستمر تعهداتش، اراده و خواست

جامعه بین‌المللی را یکسره زیرپا نهد و به کلّی از آن سرپیچی کند. چنین ادعایی، خلاف واقعیت و بیان نادرستی از وضعیت موجود در عراق است. اراده جامعه بین‌المللی در این زمینه، در قالب قطعنامه شورای امنیت سازمان ملل بیان شده بود و بنابراین بر عهده همان شورا بود که از جانب جامعه بین‌المللی تصمیم بگیرد که چه اقدام دیگری باید علیه عراق انجام شود. این امری نیست که هر یک از دولتها بتواند به صورت انفرادی در مورد آن تصمیم‌گیری کند. بویژه اگر قرار باشد که شورای امنیت به حیات خود ادامه دهد و زنده بماند، دیگر استفاده «غیرمعقول و غیرمتعارف» از حق وتو یا خودداری «غیرمتعارف» از دادن اجازه استفاده از زور، قابل قبول نیست و کسی نمی‌تواند آنها را نادیده انگارد. به حساب نیاوردن رأیی که با سوء نیت داده شده یا باید داده می‌شد اما داده نشده، با مضمون اصلی منشور ملل متحد و نیز با ایده اصلی نمایندگی دادن به ارکان سازمان ملل که نمایندگی کشورها را بر عهده دارند و قدرت و اختیارات قانونی هم به آن اعطا شده است ــ اعم از قدرت اجرایی، تقنینی یا قضایی ــ ناهمخوان و ناسازگار است.

اگر کشورها می‌خواهند خود را از نظم و نظام و روش کار سازمان ملل متحد رها کنند، باید منشور را اصلاح کنند یا از آن کنار روند. اما به نظر نمی‌رسد که هیچ یک از این دو کار، پاسخ عملی یا مناسبی به مسأله باشد. یک راه‌حل جایگزین که البته کمتر ریشه‌ای و رادیکال است این است که خود شورای امنیت صراحتاً خود را از موضوع مطروحه کنار کشد، چنان‌که گویی وضعیت بحرانی بین‌المللی مربوط را از دستور کار و حوزه وظایف خود کنار گذاشته و بدینسان اجازه دهد که از طریق سایر مکانیسم‌های بین‌المللی به آن پرداخته شود.

به هرحال، اگر کسی در مورد اشغال عراق ادعای مشروعیت کند،

باید آن را به طور دقیق توضیح دهد و نه این‌که به شیوه‌ای کلی آن را صرفاً به مجوزی که در سال ۱۹۹۱ به کشورهای عضو ائتلاف با کویت برای استفاده از زور در خاورمیانه داده شده بود، مستند سازد. هرگونه ادعای معتبر در مورد مشروعیت اشغال عراق باید به سؤالاتی از قبیل آنچه در این مقاله برشمردیم، بپردازد و به آنها پاسخ دهد، مانند تصمیم متخذه در قطعنامه ۱۴۴۱ در مورد تهدید نسبت به صلح و امنیت بین‌المللی؛ احراز نقض عمده و اساسی تعهدات بین‌المللی توسط عراق؛ بن‌بست در شورای امنیت و امثال آنها که به عنوان اجزاء ضروری مسأله، مطرح است.

ممکن است در مورد قلمرو ضوابطی که برشمردیم و در مورد عراق اعمال شده، اختلاف نظر وجود داشته باشد اما داشتن ضابطه خوبی که احیاناً بد اجرا و اعمال گردیده از ضابطه بد، به مراتب بهتر است. هر استدلال و توجیهی که اختیار و مرجعیت سازمان ملل را حفظ و حمایت کند، نسبت به استدلال مبتنی بر دکترین فرساینده «دفاع مشروع پیشگیرانه» مسلماً مرجح و بهتر است. به هرحال کسانی که می‌خواهند از مشروعیت و قانونی بودن اشغال عراق دفاع نمایند، باید به موقع و در زمان مناسب موضع و ادعای خود را ثابت نمایند و به روشنی و قانع‌کننده‌تر از آنچه تا به حال گفته‌اند، آن را توجیه کنند.

۳ـ مبنای حقوقی اشغال عراق

سومین موضوع عبارت است از مبانی قانونی اختیارات و حقوق نیروهای ائتلاف در عراق. بی‌تردید، نیروهای ائتلاف به حقوق اشغالگران متخاصم در زمان جنگ که در کنوانسیون‌های ۱۹۰۷ لاهه آمده است، استناد می‌کنند. اما این حقوق شامل مواردی مانند تغییر و اصلاح ساختار حکومتی یا بهره‌برداری تجاری از منابع طبیعی کشور تحت اشغال، نمی‌شود.

از سوی دیگر، طبق اصول و موازینی که در قضیه Loizidou علیه ترکیه (۱۹۹۸) و قضیه Bankovic علیه بلژیک (۲۰۰۱) آمده است، انگلستان به عنوان کشور عضو کنوانسیون حقوق بشر اروپایی در مورد رفتاری که در مناطق تحت عملیات نظامی که در آنجا اعمال قدرت می‌کند، مسلماً مسؤولیت‌هایی بر عهده دارد. برای مثال، در صورتی‌که عراقی‌ها با مجازات مرگ مواجه باشند، نیروهای انگلیسی نمی‌توانند ایشان را به امریکا تحویل دهند.

پرسش‌های فراوان دیگری هم وجود دارد. می‌توان پرسید که آیا حمایت‌ها و تضمین‌هایی که در کنوانسیون اروپایی در مورد نحوه محاکمه و شرایط مجازات مقرر شده (مانند مواد ۶ و ۷ کنوانسیون درباره دادرسی منصفانه و اصل قانونی بودن مجازات)، در اینجا هم قابل اعمال و اجرا است؟ و آیا پاسخ به این سؤال واقعاً موکول به این است که مردم عراق در منطقه تحت کنترل نظامی انگلیس یا امریکا حضور داشته باشند و زندگی کنند؟ (اگر مردم در این مناطق نظامی زندگی می‌کنند آیا نباید کسی توجه ایشان را به این واقعیت مهم جلب نماید؟) آیا مصادره درآمد نفتی عراق برای پرداخت هزینه‌های بازسازی عراق یا برای پرداخت احکام کمیسیون غرامت سازمان ملل در عراق، مجاز است؟ آیا نیروهای ائتلاف سمت و حق مالکیتی برای فروش نفت عراق را دارند، و اگر ندارند، آیا مالکین واقعی نفت می‌توانند در محاکم خارجی طرح دعوی کنند و محموله‌های نفت عراق را توقیف نمایند؟

پرداختن به این موضوعات و اندیشیدن دقیق درباره آنها کاملاً ضروری و روشن است. آیا رابطه نیروهای ائتلاف با عراق از نوع دیگری است و باید وضعیت جدیدی را تصور کرد، مانند حالت اشغال آن کشور توسط کشورهای غیرمتخاصم؟ و اگر آری، چه کشور دیگری مصداق

چنین وضعیتی است و می‌تواند چنین ادعایی مطرح کند؟ آیا می‌توان گفت که اشغال فلسطین توسط اسرائیل نمونه دیگر این وضعیت است؟ (اشغال کشور توسط نیروهای غیرمتخاصم). صرف نظر از هر پاسخی که به این پرسش‌ها و نیز به مسأله مشروعیت اشغال عراق داده شود باید امیدوار بود که نقش اصلی و محوری برای بازگرداندن دولت (حاکمیت) ویران شده عراق، صرفاً در اختیار سازمان ملل متحد باشد. هیچ دلیلی وجود ندارد که اختلاف نظر در مورد مشروعیت حمله به عراق که در گذشته رخ داده، مانع از توافق در مورد بهترین روش کار برای آینده گردد.

۴ـ وضعیت بازداشت شدگان

چهارمین موضوع راجع به رفتار نیروهای ائتلاف با بازداشت‌شدگان است. اشغال عراق به عنوان بخشی از جنگ علیه تروریسم توصیف شده است، اما عملیات جنگی از گذشته تابع قواعدی بوده است که با قواعد معمولی حقوق کیفری که دولتها در مقام مقابله با تروریست‌ها اعمال و اجرا می‌کنند، فرق می‌کند.

کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ در مورد رفتار با اسرای جنگی مقرر می‌کند که: «اسیر جنگی باید پس از توقف عملیات خصمانه بدون تأخیر آزاد شوند و به کشور خود بازگردانده شوند».[۹] همچنین به موجب کنوانسیون‌های مذکور: «اسرای جنگی در موقع بازجویی فقط باید اسم، درجه، تاریخ تولد و شماره ردیف خود را اعلام کنند» و «هرگونه اعمال فشار بر اسرای جنگی برای اخذ اطلاعات از هر نوع که باشد، ممنوع است».[۱۰] ایالات متحده امریکا عملیات علیه تروریسم را «جنگ» نامیده

9. Geneva Convention 1949, III, art. 118.

10. ***Ibid.,*** art. 17.

است اما حاضر نیست به تعهداتی که تحت مقررات و قوانین مربوط به جنگ دارد، در مورد زندانیانی که هم اکنون در «گوانتاناموبای» در بازداشت می‌باشند، رعایت کند. همچنین امریکا حاضر نیست ایشان را به عنوان مجرمین عادی که حق دارند از رسیدگی قانونی صحیح و سایر حقوق اساسی تحت قوانین امریکا برخوردار شوند، تلقی نماید. همانطور که دادگاه استیناف امریکا در قضیه «اباسی»* اعلام کرده،[11] این‌ها زندانیانی هستند که خودسرانه در سیاه‌چالها نگهداری می‌شوند. (در امریکا اخیراً پاره‌ای مقررات برای دسترسی محدود این زندانیان به محاکم و اعتراض پیش‌بینی شده است ولی ایشان را همچنان زندانی عادی و نه اسیر جنگی تلقی می‌کند، مترجم).

ما نمی‌دانیم که چنین وضعی چه توجیهی می‌تواند داشته باشد، اما تمرکز و تأکید دولت امریکا در مورد تفسیر مضیق کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹، غافل از این واقعیت است که زندانیان نه به خاطر این‌که زندانی جنگی می‌باشند، بلکه صرفاً به لحاظ این‌که «بشر» هستند، از «تضمین‌های اساسی» که در ماده ۷۵ پروتکل دوم کنوانسیون‌های مذکور آمده است، برخوردارند.[12]

جنگ علیه تروریسم هرگز برنده‌ای نخواهد داشت و فقط می‌توان

---

*. Abassi case.

11. EWCA Civ 1598, 2002.

۱۲. جای نگرانی است که امریکا می‌خواهد تعهدات خود درباره اسرای جنگی را بازنگری کند. در کتابی که در امریکا چاپ شده گفته شده که «امریکا مفاد ماده ۴۵ پروتکل الحاقی دوم را به عنوان حقوق بین‌الملل عرفی تلقی می‌کند» [نه حقوق بین‌الملل عهدنامه‌ای الزام‌آور] و سپس ماده ۴۵ را این‌گونه خلاصه کرده «مفروض است که زندانیان جنگی کسانی‌اند که در عملیات علیه دشمن شرکت کرده‌اند». در چاپ سال ۲۰۰۰ همان کتاب، این نظر تغییر کرده و گفته شده «امریکا مفاد ماده ۴۵ را به عنوان حقوق بین‌الملل عرفی یا یک رویه قابل قبول، هرچند نه الزام‌آور، محسوب می‌نماید». (فصل ۲ کتاب)
Operational Law Handbook (JA 422) issued by judge Advocate General's School, United States Army, Charlottesville, Virginia, 1997.

آن را متوقف کرد. بسیاری از ما نگران آن هستیم که اکنون این ادعا مطرح می‌شود ــ و با سخن‌پراکنی‌ها و لفاظی‌هایی که درباره «جنگ علیه تروریسم» راه افتاده است، توجیه هم می‌شود ــ که بعض دولتهای خاص حامل یک خطر جدی و نامعلوم برای نابودی و فرسایش حقوق اساسی هستند و حکومت قانون را در خطر افکنده‌اند. اگر قرار است از این خطر رها شویم، حقوقدانان باید یک چارچوب منسجم ترسیم و ارائه کنند که در آن حقوق کسانی که اکنون در منطقه تاریک و روشن بین جرایم جدی و جرایم جنگ به مفهوم سنتی آن گرفتار و بازداشت شده‌اند، رعایت و حمایت شود.

□ □ □

«توماس ناگل» در کتاب اثرگذار خود به اسم «سنگدلی در زندگی عمومی»[۱۳] می‌نویسد که «جرایم بزرگ جدید، جرایم عمومی [دولتی]اند». وی می‌گوید مقامات رسمی به نام کشور کارهایی انجام می‌دهند که در خواب هم نمی‌بینند که بتوانند در زندگی خصوصی خود انجام دهند.[۱۴] بین اخلاق خصوصی و اخلاق عمومی فاصله افتاده است، و وظیفه حقوقدانان است که مراقب باشند این خلأ آن قدر گسترده نشود که قانون از ریشه‌های اصلی خود که اخلاق مشترک و عمومی است، جدا افتد یا حکومت‌ها در انجام امور خارجی خود چنان عمل کنند که گویی فوق قانون هستند.

---

13. Thomas Negal, Moral Questions, Cambridge University Press, 1979, 1991, p. 75.

۱۴. برای ملاحظه تحولات اخیر در این زمینه رک. کتاب «گلاور»، پاورقی ۱۰ بالا.

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران
شمارهٔ سی و یکم، ۱۳۸۳، صص ۱۶۹ ـ ۱۱۹

نگاهی به جایگاه بیگانگان در حقوق بین‌الملل با تأکیدی بر اسناد بین‌المللی حقوق بشر

احمدعلی قاسمی شوب*

الف ـ مقدمه

در گذشته، کمتر دولتی بیگانه را به عنوان یک شخصیت واجد حقوق می‌پذیرفت و اصولاً یک خارجی نمی‌توانست توقع بهره‌مندی از حقوقی را داشته باشد. به موازات پیشرفت در روابط بین‌الملل و افزایش مناسبات بین ملتها که خود موجبات برقراری ارتباط اشخاص با دولتهای خارجی را فراهم نموده است، دولتها ناگزیر به پذیرش حداقل حقوقی برای بیگانگان شده‌اند.

فلذا، «اگر در دوران کنونی هر دولت بر خود فرض می‌داند قاعده‌های راجع به روابط با بیگانگان را در سرزمین خود تنظیم کند، این پیشرفت حاصل دگرگونی‌هایی است که در قرنهای اخیر در فهم بشر دربارهٔ جامعه و حکومت و بر اثر آن در ساخت دولتها و روابط آنها با

*. کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل و مدرس دانشگاه امام حسین (ع).

یکدیگر و به طور کلی در حقوق، در جامعهٔ بین‌المللی، رخ داده است».[1]

مع‌الوصف، میزان این حقوق با توجه به وضعیتهای مختلف سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و حتی اقلیمی و جغرافیایی کشورها با یکدیگر متفاوت می‌باشد. از طرف دیگر جامعهٔ بین‌المللی نیز در ارتباط با حقوق بشر، که بیگانگان نیز جزئی از آن می‌باشند، اعلامیه‌های متعددی را صادر و کنوانسیونهای مهمی را منعقد نموده است.

هدف نوشتار حاضر آن است که با کنکاش در رویهٔ دولتها و اسناد بین‌المللی حقوق بشر، حداقل حقوق و نیز تکالیفی که برای یک بیگانه در نظر گرفته شده است را برشمرده و در توسعه و تکامل آن گامی هرچند کوچک بردارد. همچنین با توجه به ارتباط تنگاتنگ حقوق و تکالیف بیگانگان با کشور متبوع آنها و نیز حقوق و تکالیف کشور محل اقامت، این موضوعات نیز به تفصیل بررسی خواهند شد.

ب ـ مفهوم واژهٔ بیگانه

کلمات Alien، Foreign و Foreigner در زبان انگلیسی به معنای بیگانه، اجنبی و یا خارجی آمده است.

در ترمینولوژی حقوق واژه بیگانه چنین تعریف شده است: «کسی که فاقد تابعیت کشور معینی است نسبت به دولت آن کشور و افراد آن، اجنبی (بیگانه) محسوب می‌شود».[2]

فرهنگ لغت Black's در این زمینه بیان می‌دارد: «یک نفر خارجی کسی است که متعلق به ملت یا کشور دیگری است و یا تحت صلاحیت

---

۱. محمود سلجوقی، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد اول، چاپ سوم، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۱)، ص ۲۹۳.

۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، چاپ ششم، (تهران: گنج دانش، ۱۳۷۲)، ص ۱۴.

کشور دیگری قرار دارد».[۳]

بنابراین بیگانه شخصی است که خواه بـه علـت دارا بـودن تابعیـت دولت دیگر و خواه به علت نداشتن تابعیت هیچ کشوری، تبعهٔ دولتـی کـه در سرزمین آن حضور دارد نمی‌باشد.[۴]

واژهٔ بیگانه یک مفهوم کاملاً نسبی است؛ چرا که بیگانه بودن یـک فرد، وابسته به نحوهٔ ارتباط او با یک کشور خاص است. به عبـارت دیگـر نداشتن تابعیت یک کشور است که موجب بیگانه بودن می‌باشد. به عنـوان مثال شخصی که تبعهٔ دولت ایران است، چنانچه برای انجام تحقیقات علمـی و یا تحصیل به کشور فرانسه مسافرت نماید، در جامعهٔ فرانـسه بـه عنـوان بیگانه شناخته می‌شود.

چنان‌که ذکر شد، تابعیت مهم‌ترین عنصر در تعیین یک شـخص بـه عنوان بیگانه است، فلذا به علت ارتباط نزدیکی که بین نهاد حقوقی تابعیت و مفهوم بیگانه وجود دارد، جا دارد بررسـی مختـصری دربـارهٔ تابعیـت و مسائل مبتلابه آن صورت گیرد تا از این رهگذر بتوانیم به طور اصـولی بـه ماهیت واقعی شخص بیگانه پی ببریم.

ج ـ تابعیت

هرچند اتفاق نظری در مورد تعریف دقیق تابعیت بین علمای حقـوق وجود ندارد، با این‌حال می‌توان گفت که: «تابعیت عبـارت اسـت از یـک رابطهٔ سیاسی، حقوقی و معنوی که فردی را به دولتی معین مرتبط می‌سـازد و آن فرد جزء عناصر اساسی و دائمی دولت مزبور گردد».[۵]

با توجه به خصیصهٔ سیاسی تابعیت؛ یعنی ناشی شدن آن از حاکمیـت

---

3. M.A. Black, Black's Law Dictionary, 4th ed. (1968), p. 646.

۴. بهشید ارفع‌نیا، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد اول، چاپ پنجم، (تهران: بهتاب، ۱۳۸۲)، ص ۱۸۳.

۵. محمدعلی مکرمی، حقوق بین‌الملل خصوصی، (تهران: دانشکده علوم قضایی، ۱۳۶۸)، ص ۵۸.

دولتها، این دولتها هستند که تعیین می‌کنند چه اشخاصی تبعهٔ آنها هستند و یا برای داشتن تابعیت آنها چه شرایطی باید موجود باشد.[۶] اثبات وجود رابطهٔ تابعیت بین شخص و دولتی معین بر مبنای قانونگذاری همان دولت است و این قوانین اعم از قانون اساسی، قانون عادی و آیین‌نامه‌های مربوطه می‌باشند. هرچند تعیین تابعیت علی‌الاصول مربوط به قوانین داخلی یک دولت می‌شود، مع‌الوصف صلاحیت دولت در این خصوص ممکن است از طریق معاهده محدود گردد. به این معنی که یک دولت می‌تواند با توجه به شرایط و خصوصیات خاص خود، در حیطه و چارچوبی که معاهده تعیین می‌کند، تابعیتش را به بیگانگان بدهد. علاوه بر قوانین داخلی و عهدنامه‌های بین‌المللی، سایر اصول و موازین حقوق بین‌الملل از قبیل عرف بین‌المللی و اصول حقوقی عام در زمینهٔ تابعیت نیز در امر تعیین تابعیت مؤثرند و قوانین تابعیت یک کشور نباید مغایرتی با آنها داشته باشد.[۷]

هرچند تعیین اتباع هر دولت به قانونگذاری همان دولت متعلق است و دولتها در تعیین اتباع خود از آزادی برخوردارند؛ ولی این اصل رافع حق اشخاص برای داشتن تابعیت نمی‌باشد. بر این اساس مسألهٔ طرق به دست آوردن تابعیت مطرح می‌گردد که در قوانین داخلی دولتها تعیین می‌شود و مهم‌ترین آنها غیر از تولد، کسب تابعیت[۸] است که همواره به بیگانگان مربوط می‌شود و هر دولتی بنا بر شرایط و مقتضیات خود، تقاضای تابعیت را قبول و یا رد می‌نماید.

با توجه به صبغهٔ سیاسی تابعیت، دولتها معمولاً عمل خود را مشروط به شرطی نمی‌کنند که وجود آن وابسته به عمل دولتهای دیگر باشد؛ فلذا بیگانگان را به تابعیت خود می‌پذیرند با این‌که تابعیت قبلی خود را حفظ

---

۶. بهشید ارفع‌نیا، پیشین، ص ۴۰.

۷. محمود سلجوقی، پیشین، صص ۱۴۶ ـ ۱۴۳.

8. Naturalization.

نموده‌اند، که این امر منجر به پدیدهٔ تابعیت مضاعف می‌شود.

اگر داشتن تابعیت برای هر شخصی جزء ضروریات نظم بین‌المللی است، همان نظم ایجاب می‌کند که هر شخصی تنها تابعیت یک دولت را داشته باشد؛ چرا که داشتن تابعیت بیشتر علاوه بر این‌که می‌تواند موجب اصطکاک بین دولتهای متبوع شخص شود، همچنین موجب تکالیف مضاعف شخص نسبت به همهٔ تابعیت‌های او شده که چه بسا در برخی مواقع اجتماع این تکالیف دشوار باشد، با عنایت به این‌که دولتهای متبوع وی نیز نمی‌توانند از او در برابر یکدیگر حمایت سیاسی نمایند.[۹]

برای رفع مشکل تابعیت مضاعف، اقداماتی در سطح بین‌المللی صورت گرفته که از جمله آن می‌توان به کنوانسیون لاهه در مورد تعارض تابعیت مصوب ۱۲ آوریل ۱۹۳۰ اشاره کرد. بر اساس مادهٔ ۶ این کنوانسیون:

> «شخصی که بدون اراده خود دارای دو تابعیت شده است می‌تواند بدون لطمه به آزادی یک دولت و با اجازه دولتی که مایل است تابعیت آن را ترک نماید، یکی از دو تابعیت خود را از دست بدهد».[۱۰]

علی‌رغم تلاش بین‌المللی برای کاستن تابعیت مضاعف، این وضعیت تاکنون ادامه داشته و به طورکلی اسناد بین‌المللی نیز آن را می‌پذیرند.

---

۹. محمود سلجوقی، پیشین، ص ۱۴۸.

10. League of Nations, "Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws, Signed at the Hague, April 12th, 1930", Treaty Series, Vol. CLXXIX. p. 101.

ماده ۹۸۴ قانون مدنی ایران نیز این راه‌حل را پذیرفته است. چرا که می‌گوید: «زن و اولاد صغیر کسانی که برطبق این قانون تحصیل تابعیت ایران می‌نمایند تبعه دولت ایران شناخته می‌شوند ولی زن در ظرف یک سال از تاریخ صدور سند تابعیت شوهر و اولاد صغیر در ظرف یک سال از تاریخ رسیدن به سن هجده سال تمام می‌توانند اظهاریه کتبی به وزارت امور خارجه داده و تابعیت مملکت سابق شوهر و یا پدر را قبول کنند لیکن به اظهاریه اولاد اعم از ذکور و اناث باید تصدیق مذکور در ماده ۹۷۷ ضمیمه شود».

چنان‌که مادهٔ ۳ کنوانسیون مذکور اشعار می‌دارد:

«با رعایت مقررات کنوانسیون حاضر، شخص دو یا چند تابعیتی، تبعهٔ هر یک از آنها (کشورها) تلقی خواهد شد».[11]

در تعارض بین دو تابعیت،حقوق بین‌الملل وارد مقوله شناسایی یک تابعیت و رد یک تابعیت دیگر نمی‌شود. ولی در مقام حمایت دیپلماتیک (که متعاقباً بیان خواهد شد) ناچار متوسل به «تابعیت مؤثر یا عملی» می‌شود. شایان ذکر است که قاعدهٔ تابعیت مؤثر، قاعده حل تعارض است و تابعیت‌های دیگر را باطل نمی‌کند. لذا تعارضی بین مادهٔ ۳ و سایر مواد کنوانسیون مذکور وجود ندارد. ماده ۵ کنوانسیون در این زمینه مقرر می‌دارد:

«در یک کشور ثالث فردی که بیش از یک تابعیت دارد، به عنوان فرد یک تابعیتی شناخته می‌شود. کشور ثالث از میان تابعیت‌های آن شخص، یا تابعیت کشوری که او عادتاً در آن ساکن است را می‌پذیرد و یا کشوری که به نظر می‌رسد با آن نزدیک‌ترین ارتباط و علاقه را دارد».[12]

لذا، «برای تشخیص تابعیت عملی یا مؤثر، قاضی باید قراین و اوضاع و احوال را در نظر گرفته و ببیند فرد در عمل به کدام دولت بیشتر تعلق و بستگی دارد. از این لحاظ محل سکونت، زبان، تابعیت همسر شخص، گذرنامه‌ای که مورد استفاده قرار گرفته و همچنین انتخاب خود شخص (البته به عنوان یکی از عوامل تابعیت عملی و نه به عنوان تنها عامل

---

11. Ibid.

12. Ibid.

تعیین‌کننده) مورد توجه قرار می‌گیرد».[۱۳]

دولتها به موازات دارا بودن صلاحیت برای تعیین این‌که چه اشخاصی دارای تابعیت آنها هستند، همچنین صلاحیت دارند که شرایط و اشکال از دست دادن تابعیت را نیز مشخص نمایند. با عنایت به این‌که از دست دادن تابعیت در وضع حقوقی اشخاص مؤثر است، بنابراین موضوع از لحاظ حقوق بین‌الملل نیز دارای اهمیت می‌شود. روشهای مختلفی برای از دست دادن تابعیت وجود دارد که از جمله آنها ترک تابعیت، محروم‌سازی و جانشینی می‌باشد.[۱۴]

چنانچه افرادی بدون به دست آوردن تابعیت دولتی دیگر، تابعیت خود را از دست بدهند، بی‌تابعیت (Apatride) می‌شوند و امکان وقوع چنین وضعیتی برای بعضی از بیگانگان وجود دارد که خواه ناخواه بر حقوق مربوط به آنان تأثیر می‌گذارد.

از آنجایی‌که هیچ دولتی صلاحیت اعمال حمایت دیپلماتیک را در مورد اشخاص بی‌تابعیت ندارد، چنانچه این اشخاص لطمه یا خسارتی ببینند و دولت محل اقامت در جهت رفع آن اقدامی به عمل نیاورد، در عمل وسیله‌ای برای جبران در اختیار ندارند. محدودیت‌هایی که دولتها در رفتار ناشایست خود با اشخاص بدون تابعیت دارند، محدودیت‌های اخلاقی و صرفاً یک سری تکالیف کلی در برخی از اسناد بین‌المللی نظیر منشور سازمان ملل متحد در خصوص رعایت حقوق بشر و آزادیهای اساسی است.[۱۵]

---

۱۳. نجادعلی الماسی، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ اول، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲)، صص ۲۴۴ ـ ۲۴۳.

۱۴. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در دو اصل ۴۱ و ۴۲ امکان سلب تابعیت چه دربارهٔ دارندگان تابعیت اصلی ایران و چه دربارهٔ دارندگان تابعیت اکتسابی آن در دو حالت پیش‌بینی شده است.

15. S. K. Agrawala, International Law: Indian Courts and Legislature, (Bombay: N. M. Tripathi Private Ltd., 1965), p. 102.

به منظور رعایت هرچه بیشتر حقوق انسانی اشخاص بی‌تابعیت، اقداماتی در سطح بین‌المللی به وقوع پیوست تا از موجبات بی‌تابعیتی کاسته شود که به عنوان نمونه می‌توان کنوانسیون لاهه در مورد تعارض تابعیت (۱۹۳۰) و کنوانسیون کاهش بی‌تابعیتی (۱۹۶۱) را ذکر نمود. کوتاه سخن آن‌که، چون تعیین تابعیت هنوز در صلاحیت دولتهاست، لذا بی‌تابعیتی همچنان ادامه داشته و تلاشهای بین‌المللی نیز اثر محدودی داشته‌اند.[۱۶]

د ـ اقسام بیگانگان

بیگانگان را می‌توان از جوانب گوناگون طبقه‌بندی نمود که در ذیل به اختصار توضیح داده می‌شود:

۱ـ از نظر شخصیت: از این حیث بیگانگان به دو گروه اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی تقسیم می‌شوند. اشخاص حقیقی که اکثریت بیگانگان را شامل می‌شود همان انسانها هستند که حقوق و تکالیف آنها باید متناسب با شأن و مقام انسان تعیین شود.

اشخاص حقوقی که از مجموع افراد انسانی تشکیل می‌شوند که به منظور انتفاع یا هدفی دیگر با یکدیگر همکاری می‌کنند و به موجب قانون دارای شخصیتی مستقل از اشخاص تشکیل‌دهندهٔ آن می‌شوند (نظیر شرکتهای تجاری، مؤسسات بیمه و ...) نیز دارای حقوق و تکالیفی می‌باشند که بر مبنای منافع متقابل دولت پذیرنده (محل فعالیت) و صاحبان آن شرکتها و مؤسسات شکل می‌گیرد.

به طورکلی حقوق و تکالیف هر دو گروه مذکور بر اساس قوانین و مقررات دولت پذیرنده، قراردادهای میان دولتها و اشخاص و نیز اصول و

---

16. Shigeru Oda, "The Individual in International Law", Manual of Public International Law, ed. by Max Sorensen, (New York: St. Martin's Press, 1968), pp. 477- 478.

موازین حقوق بین‌الملل مشخص می‌گردد.

۲ـ از نظر مناسبات با دولت متبوع: از این نظر نیز بیگانگان به دو دسته تقسیم می‌شوند. اکثریت آنان دارای رابطهٔ عادی با دولت متبوع خود می‌باشند. لذا هیچ‌گونه خوف و هراسی در بازگشت به کشورشان نداشته و چنانچه در کشور محل اقامت لطمه یا خسارت ببینند و دولت محل اقامت در صدد جبران لطمه یا خسارت بر نیاید، می‌توانند حمایت سیاسی دولت متبوع خود را خواستار شوند. اما عدهٔ قلیلی از بیگانگان از داشتن رابطه و پیوند سیاسی و حقوقی با دولت دیگر محروم می‌باشند. در این میان برخی مانند اشخاص آپاترید با هیچ دولتی رابطهٔ سیاسی و حقوقی ندارند و چنانچه قبلاً گفته شد، در صورت ورود لطمه یا خسارت از حمایت سیاسی محرومند و بعضی دیگر مانند پناهندگان که به دلایل گوناگون سیاسی، نژادی، مذهبی و ... از کشور خود گریخته و به کشورهای خارجی پناهنده شده‌اند، عملاً رابطهٔ خود را با دولت متبوع خود قطع نموده و در صورت ورود لطمه یا خسارت، تا زمانی که امکان اذیت و آزار از سوی حکومتشان وجود داشته باشد، نمی‌توانند حمایت سیاسی دولت متبوع خود را تقاضا نمایند.

۳ـ از نظر برخورداری از مزایا و مصونیتهای ویژه: بیگانگان بر اساس برخورداری از مزایا و مصونیتهای خاص در کشور محل اقامت نیز به دو دسته تقسیم می‌شوند. یک دسته مأموران سیاسی و کنسولی دولت فرستنده هستند که دولت محل مأموریت بر اساس قواعد عرف بین‌المللی و نیز کنوانسیونهای ۱۹۶۱ و ۱۹۶۳ وین باید با آنان رفتاری ویژه و ممتاز از دیگر بیگانگان در جهت انجام وظایفشان به نحو مطلوب، داشته باشد. دستهٔ دیگر دارای موقعیت مذکور نبوده و با آنان در چارچوب قواعد کلی حقوق بین‌الملل و نیز قوانین دولت محل اقامت رفتار می‌شود که البته حقوق و

تکالیف این اشخاص نیز با توجه به وضعیتشان متفاوت است. برای مثال اشخاصی مانند کارگران که برای کار به کشور دیگر می‌روند و یا کارکنان شرکتهای تجاری و مؤسسات مالی که جهت انجام فعالیتهای اقتصادی در کشور خارجی به سر می‌برند، چون فعالیتشان با اجازهٔ دولت محل اقامت است از حقوق و تکالیف گسترده‌تری برخوردار بوده و علاوه بر مصونیت جانی، اموالشان نیز مصون از تعرض است و در مقابل، دولت محل اقامت می‌تواند آنها را به انجام تکالیفی از قبیل پرداخت مالیات و ... وادار کند. اما بیگانگانی دیگر از قبیل دانشجویان، جهانگردان، اعضای گروههای ورزشی و هنری و سایر اشخاصی که بنا به دلایلی از یک کشور عبور می‌کنند، دارای حقوق و تکالیف محدودتری هستند. بدیهی است که جان و مال آنان نیز از تعرض مصون می‌باشد ولی آنان برای مثال نمی‌توانند از نظر قانونی در سرزمین مزبور اقدام به فعالیت اقتصادی نمایند.

با توجه به طبقه‌بندی مذکور، آنچه که در مقاله حاضر مورد بررسی قرار می‌گیرد، آشنایی با حقوق و تکالیف مربوط به بیگانگان عادی و اشخاص حقیقی است و مأموران رسمی دولتهای خارجی از شمول آن خارج می‌باشند.

هـ ـ تحولات کلی مربوط به وضع حقوقی بیگانگان

در دوران باستان شخصیت حقوقی بیگانگان به‌کلی نفی می‌شد و آنان از ابتدایی‌ترین حقوق در آن جوامع محروم بودند. به عنوان مثال یک خارجی حق ازدواج در سرزمین بیگانه را نداشت، نمی‌توانست مالک اموال شود و یا حق مراجعه به دادگاه جهت جبران خساراتی که متحمل می‌شد را نداشت و به طورکلی رفتار با آنان شبیه رفتار با بردگان بوده است.[۱۷]

---

۱۷. محمود سلجوقی، پیشین، ص ۴۶.

بیگانگان فقط به دو طریق امکان ارتباط با افـراد یـک سـرزمین را داشته‌اند؛ یکی از طریق عهدنامه‌های منعقده بـین دولتهـا کـه البتـه شـعاع استفاده از آن با توجه به کمبود روابط بین‌المللی بسیار محدود بود و دیگـر از طریق مهمان‌نوازی؛ به این معنی که حمایت و مراقبت از بیگانه به عهدهٔ میزبان بوده و در حقیقت هیچ‌گونه حمایت قانونی وجود نداشت و حمایـت صرفاً جنبهٔ فردی داشت.[۱۸]

در حقوق روم، بیگانگان خارج از حد و مرز قانون محسوب می‌شدند و رومی‌ها بیشتر تمایل داشتند تا ملل اجنبی را تحت سلطهٔ امپراتوری خـود درآورند و کمتر در صدد نابودی و برانداختن آنهـا بودنـد. آنـان تـدریجاً توسط معاهدات، حقوقی برای بیگانگان قائل شدند که مـسألهٔ بـه رسـمیت شناختن مصونیت فرستادگان از جملهٔ آن حقوق بوده است.[۱۹]

در یونان باستان که از جمهوریهای مختلف تشکیل شده بـود، اهـالی هر جمهوری در جمهوری دیگر بیگانه تلقی می‌شده‌اند. مع‌الوصف بـر اثـر ازدیاد آمد و شد و داد و ستد میان جمهوریها، روابط حقوقی گوناگون میان آنها پدید آمده و بر این اساس تعیین حقوق بیگانگان در قالب معاهدات در هر جمهوری لازم بود و اشتراک زبان و فرهنگ عامل مؤثری در انعقاد این معاهدات بوده است.[۲۰]

در ایران باستان نیز وضع خارجیان همواره در اختیار پادشاهان بود و ملاحظات سیاسی تعیین‌کنندهٔ حقوق بیگانگان بوده است.[۲۱] «رنه گروسه»[۲۲]

---

۱۸. بهشید ارفع‌نیا، پیشین، صص ۶ـ۵.

۱۹. آرتور نوس بام، تاریخ مختصر حقوق بین‌الملل، ترجمهٔ احمد متین دفتری، (تهران: امیرکبیر، ۱۳۳۷)، ص ۱۶.

۲۰. محمود سلجوقی، پیشین، ص ۴۹ به نقل از: باتیفول ولاگارد، حقوق بین‌الملل خـصوصی، جلـد اول، شماره ۱۰.

۲۱. بهشید ارفع‌نیا، پیشین، ص ۱۸۸.

22. René Grousset.

مورخ شهیر فرانسوی دربارهٔ وضع بیگانگان در ایران باستان می‌گوید که باید ملت ایران را از نجیب‌ترین ملل دانست، چرا که علی‌رغم داشتن مذهبی معین، نسبت به سایر نژادها و مذاهب به دیدهٔ احترام می‌نگریستند.[۲۳]

«از ابتدای قرن ۱۹ میلادی با توسعهٔ روابط بین‌المللی تجاری، فرهنگی و غیره در اثر تکامل علم و صنعت به تدریج در اکثر قوانین حق ورود بیگانگان به کشورها، اقامت آنان و حداقل حقوقی برای آنها شناخته شد که البته در هر کشوری بنا به مقتضیات اجتماعی، اقتصادی و سیاسی، شرایط آن متفاوت است».[۲۴]

حال که پیشینهٔ تاریخی و تحولات مربوط به حقوق بیگانگان بیان شد، مقتضی است که به مبانی حقوق بیگانگان نیز بپردازیم.

و ـ مبانی حقوق بیگانگان

به طورکلی حقوق بیگانگان مبتنی بر سه اصل می‌باشد که عبارتند از مقتضیات حقوق بین‌الملل عمومی، رفتار متقابل و قوانین داخلی.[۲۵]

۱ـ مقتضیات حقوق بین‌الملل عمومی

برای تعیین حقوق بیگانگان معیارهای مختلفی در جامعهٔ بین‌المللی به‌کارگرفته می‌شوند که مهم‌ترین آنها عبارتند از رفتار ملیِ برابر و رفتار حداقل بین‌المللی.

بر اساس نظریهٔ استاندارد ملی یا رفتار ملی برابر، بیگانه به جای برخورداری از رفتار یا وضعیت ویژه، از همان حقوق و امتیازات اتباع

۲۳. محمد نصیری، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ اول، (تهران: آگاه، ۱۳۸۳)، صص ۹۷ ـ ۹۶.
۲۴. بهشید ارفع‌نیا، پیشین، ص ۱۸۸.
۲۵. محمد نصیری، پیشین، ص ۸۸ .

کشور میزبان برخوردار می‌گردد. دیدگاه رفتار ملی از مفاهیم برابری کشورها و حاکمیت سرزمینی نشأت گرفته و طرفداران این معیار می‌گویند که چون بیگانگان باید از قوانین محل اقامت اطاعت کنند و در واقع به شرایط محلی با همهٔ منافع و مضرات تسلیم شده‌اند، لذا تنها مجازند انتظار رفتار برابر با اتباع را از کشور پذیرنده داشته باشند. لازم به یادآوری است که در این دیدگاه بعضی از نابرابریها مجاز است. به عنوان مثال، ضرورتی ندارد که اتباع بیگانه از حقوق سیاسی برخوردار باشند و یا می‌توان در قوانین محدودیت‌هایی را برای استخدام در برخی مشاغل در نظر گرفت و این امر به منزلهٔ تعارض با معیار رفتار ملی برابر نیست، چرا که این امور مربوط به مصالح ملی و اعمال حاکمیت است و برابری کامل بیگانگان با اتباع ممکن است استقلال کشور را در ابعاد مختلف مخدوش سازد.[۲۶]

دیدگاه اخیر که اصولاً از سوی کشورهای آمریکای لاتین در قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم حمایت می‌شد، از سوی بعضی از کشورهای در حال توسعه و نیز دولتهای سوسیالیست اروپای شرقی حمایت گردید.[۲۷]

مخالفان این نظریه، بدون در نظر گرفتن محدودیت‌های مجاز که از طرف نظریه‌پردازان آن نیز اذعان شده است، اظهار می‌دارند که پذیرش این نظریه مستلزم دادن حقوقی به اتباع بیگانه است که دولت پذیرنده ملزم به اعطای آن نیست. به عنوان مثال می‌گویند که دولتها نمی‌توانند در زمینه‌های دفاع و امنیت ملی، امور نظامی، سیاست خارجی و یا شرکت در قوهٔ قضاییه و مقننه و نظایر آنها، همان امتیازاتی که برای اتباع خود قائل هستند را به بیگانگان نیز بدهند.[۲۸] به علاوه مخالفان می‌گویند با پذیرش این نظریه، یک کشور می‌تواند با اتباع بیگانه رفتار غیرانسانی داشته باشد و

26. Ian Brownlie, Principles of Public International Law, (Oxford University Press, 2003), p. 509. همچنین نک. رابرت بلدسو و بوسلاو بوسچک، فرهنگ حقوق بین‌الملل، ترجمه و تحقیق علیرضا پارسا، چاپ اول، (تهران: قومس، ۱۳۷۵)، ص ۱۷۷.

برای توجیه اعمال خود مدعی شود که با اتباع خود نیز به همین صورت رفتار می‌کند.[۲۹]

در پاسخ ایراد اخیر باید گفت که رفتار غیرانسانی چه با اتباع داخلی و چه با بیگانگان مغایر حقوق اساسی بشر بوده و باید اصلاح شود. بنابراین چنین رفتاری همانطور که برای بیگانگان درست و منطقی نیست، برای اتباع داخلی نیز نادرست و غیرمنطقی است و از نظر حقوق بین‌الملل بشر موجبات مسؤولیت بین‌المللی آن کشور را فراهم می‌کند.

معیار مهم دیگر در رفتار با بیگانگان، معیار رفتار حداقل بین‌المللی یا معیار حداقل استاندارد بین‌المللی است. هرچند ارائه تعریف دقیقی از رفتار حداقل بین‌المللی به راحتی ممکن نیست و حقوق بین‌الملل نیز هیچ‌گونه تعریفی در این زمینه ارائه نداده است،[۳۰] با این وصف بر اساس دکترین و رویه و عملکرد دولتها منظور از این معیار آن است که یک کشور باید در قبال بیگانه حداقل رفتار شایسته یک ملت متمدن را داشته باشد، هرچند که این رفتار بیش از آن رفتاری باشد که در مورد اتباع خود آن کشور اجرا می‌شود. با این‌که تعریفی با پذیرش جهانی از «رفتار شایسته یک ملت متمدن» نیز وجود ندارد، بر اساس این معیار، موارد خاصی باید رعایت شود، از جمله؛ تمامیت جسمانی بیگانه نباید مورد سوء رفتار قرار گرفته و اموال او نباید در معرض تضییع واقع شود. بیگانه حق آزادی اندیشه و مذهب و سایر حقوقی که برای زندگی خصوصی لازم است را دارد. هیچ بیگانه‌ای را نباید خودسرانه بازداشت یا زندانی نمود و یا در معرض سوء

---

۲۷. ربه‌کا والاس، حقوق بین‌الملل، ترجمهٔ محمد شریف، (تهران: غزال، ۱۳۷۸)، ص ۲۶۶.

۲۸. رضا فیوضی، حقوق بین‌الملل مسؤولیت بین‌المللی و نظریه حمایت سیاسی اتباع، جلد اول، چاپ اول، (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۹)، صص ۸۹ ـ ۸۸.

۲۹. ربه‌کا والاس، پیشین، صص ۲۶۷ ـ ۲۶۶.

۳۰. همان.

رفتار قضایی قرار داد. هر بیگانه‌ای ایـن حـق را دارد کـه هماننـد اتبـاع، دادخواستش در دادگاهی مستقل، با بی‌طرفی و به طور علنی رسیدگی شـود. دولت پذیرنده در همه حال باید تساوی میان اتباع و بیگانگان را در مقابـل قانون مد نظر داشته باشد و تابعیت بیگانه را خودسرانه و بـدون رضـایت او تغییر ندهد. همچنین دولت محل اقامت نباید بین اتباع دول مختلف تبعـیض قائل شود.[۳۱]

معیار حداقل استاندارد بین‌المللی، که عمدتاً توسـط دولتهـای غربـی مطرح شده است، نیز مورد انتقاد کشورهای جهان سوم واقـع شـده و ایـن دسته از کشورها معتقدند که «حداقل استاندارد بین‌المللی بهانـه و پوشـشی برای اعطای وضعیت ویژه به بیگانگان، حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی و توجیه مداخله خارجی در امور داخلی آنهاست».[۳۲]

به هرحال در سال ۱۹۵۷ که کمیـسیون حقـوق بـین‌الملـل دومـین گزارش مخبر ویژهٔ خود را در مورد مسؤولیت بین‌المللی به بحث گذاشـت، در این گزارش ماده‌ای گنجانده شده بود که در آن هم معیار رفتـار ملـی و هم معیار حداقل بین‌المللی پیشنهاد گردیده بود. به این ترتیب کـه دولتهـا موظف شده بودند که با اتباع بیگانه آن‌گونه رفتار نمایند که با اتبـاع خـود رفتار می‌کنند، مشروط بر این‌که این رفتار هیچگاه از حداقل پیش‌بینی شده در اسناد بین‌المللی موجود راجع به حداقل حقوق اساسی به رسمیت شـناخته شده و تعریف شدهٔ بشر کمتر نباشد.[۳۳]

هرچند پیشنهاد ارائه شده در آن زمان دور از دسـترس تلقـی شـد و کمیسیون از کنار آن گذشت، ولی به نظر می‌رسد که می‌توان با بهره‌گیری از آن، موضوع را از زاویهٔ دیگری نیز نگریست؛ به این صورت کـه بـرای

۳۱. رابرت بلدسو و بوسلاو بوسچک، پیشین، ص ۱۷۴.
۳۲. همان، ص ۱۷۵. همچنین نک. Brownlie, op. cit., p. 511 .
۳۳. ربه‌کا والاس، پیشین، ص ۲۶۷.

تعیین حقوق بیگانگان اصل و معیار را منشور سازمان ملل متحد، اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر، میثاقین و دیگر اسناد بین‌المللی مرتبط با حقوق افراد و ملتها قرار داد و این حقوق توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل احصاء و در قالب یک معاهدهٔ بین‌المللی درآید. بدیهی است که با رعایت حقوق مذکور، حق دولتها در اعطای امتیازات بیشتر به بیگانگان در قالب معاهدات دوجانبه، شرط ملتهای کاملهٔ‌الوداد و ... نیز محفوظ است.

۲ـ رفتار متقابل

دولتها بر اساس مصالح خود، گاهی اعطای حقوق خاصی را به بیگانگان مشروط به شرایطی می‌کنند که به آن رفتار متقابل می‌گویند.

> «اصل رفتار متقابل نمی‌تواند به صورت تکلیف برای دولت دیگری قرار بگیرد بدین معنی که یک دولت مکلف نیست هرگونه حقوقی را که دولت دیگری برای اتباع او می‌شناسد، برای اتباع آن دولت در خاک خود بشناسد زیرا اصل رفتار متقابل به هیچ عنوان ایجاد حق نمی‌نماید».[۳۴]

بنابراین، «در اینجا یک قاعدهٔ حقوقی حکم‌فرما نیست و این عمل صرفاً مصلحتی است و دولت برحسب مورد حقوقی را ... با شرط معاملهٔ متقابله به خارجی‌ها اعطا می‌نماید».[۳۵]

رفتار متقابل به سه صورت متجلّی می‌شود: رفتار متقابل سیاسی، رفتار متقابل قانونگذاری و رفتار متقابل عملی.[۳۶]

---

۳۴. بهشید ارفع‌نیا، پیشین، ص ۲۲۸.

۳۵. محمد نصیری، پیشین، ص ۹۳.

۳۶. بهشید ارفع‌نیا، پیشین، صص ۲۲۹ ـ ۲۲۸؛ محمد نصیری، پیشین، صص ۹۴ ـ ۹۳ و سید جلال‌الدین مدنی، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ دوم، (تهران: گنج دانش، ۱۳۷۲)، صص ۱۲۶ ـ ۱۲۵.

رفتار متقابل سیاسی در قالب معاهدهٔ سیاسی متجلی می‌شود. در این صورت اتباع هریک از طرفین صرفاً از حقوقی که در معاهده تصریح شده است، برخوردار می‌گردند.

رفتار متقابل قانونگذاری به این معنی است که قانون یک کشور داشتن حقی را در مورد بیگانه منوط به شناختن همان حق در نص صریحی از قانون مملکت متبوع بیگانه بداند. از آنجایی‌که حق مزبور باید تصریح شود، لذا منحصراً در روابط بین کشورهایی قابل اجراست که دارای قوانین موضوعه هستند.

منظور از رفتار متقابل عملی این است که اتباع بیگانه عملاً از بعضی حقوق طبق عرف و عادت و رویه قضایی و اداری در قلمرو دولتی برخوردار شوند و دولتهای متبوع آنها هم همین حقوق را به موجب عرف و عادت و رویهٔ قضایی و اداری برای اتباع آن دولت به مورد اجرا درآورند. ایراد این نوع رفتار متقابل از لحاظ اثبات قضیه است و بایستی مرجع صلاحیتداری وجود داشته باشد تا آن را احراز و تصدیق نماید.

۳ـ قوانین داخلی

«قوانین داخلی هر کشور در صورتی‌که حداقل حقوقی را که مطابق اصول کلی حقوق بین‌الملل برای بیگانگان پیش‌بینی شده رعایت بنمایند، می‌توانند با در نظر گرفتن سیاست عمومی کشور هر طور که بخواهند وضع اجانب را معین و مشخص نمایند».[۳۷]

پس از بیان کلیات، اینک به بررسی موضوعات ذیل که مضامین اصلی تحقیق را تشکیل می‌دهند، می‌پردازیم:

حقوق و تکالیف دولت محل اقامت بیگانه، حقوق و تکالیف

---

۳۷. عبدالله معظّمی، حقوق بین‌الملل خصوصی، (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۳۲)، ص ۶۴ .

بیگانگان در پرتو رویهٔ دولتها و اسناد بین‌المللی حقوق بشر و حقوق و تکالیف دولت متبوع بیگانه.

ز ـ حقوق و تکالیف دولت محل اقامت بیگانه

بر اساس صلاحیت سرزمینی، دولتها می‌توانند نسبت به همهٔ اشخاصی که در قلمروشان حضور دارند، اعم از تبعه یا بیگانه، اعمال اقتدار نمایند. آثار اعمال اقتدار دولتها از یک طرف حقوق و اختیاراتی است که برای آنها حادث می‌شود و از طرف دیگر تکالیف و مسؤولیتهایی را بر عهدهٔ آنها مستقر می‌سازد که در این مبحث به بررسی آنها خواهیم پرداخت.

۱ـ دولت پذیرنده و حقوق و اختیارات آن

(الف) حقوق دولت پذیرنده

اهم حقوق دولت پذیرنده یا محل اقامت عبارتند از:

(۱) پذیرش بیگانگان

معمولاً نخستین اقدام یک شخص برای حضور در کشور دیگر، تحصیل اجازهٔ ورود به آن کشور می‌باشد. فلذا ناگزیر از روبرو شدن با مأموران و کارگزاران آن کشور است.

بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی هیچ دولتی نمی‌تواند ادعا نماید اتباع وی حق ورود و اقامت در سرزمین یک دولت خارجی را دارند. مسألهٔ پذیرش بیگانگان در حوزهٔ تشخیص دولتهاست و تمامی دولتها به دلیل حاکمیت سرزمینی خود، صلاحیت عدم پذیرش بیگانگان از کل یا بخشی

از سرزمین خود را دارند،[۳۸] مگر این‌که در این خصوص موافقتنامه‌ای بین دولتها منعقد شده باشد.[۳۹]

این دیدگاه افراطی که یک دولت موظف به پذیرش همهٔ اتباع خارجی است مورد حمایت دولتها قرار نگرفته است.[۴۰] هر دولتی در مورد پذیرش بیگانگان با توجه به مصلحت خود تصمیم گرفته و حق دارد شرایطی را در مورد پذیرش آنها وضع نماید[۴۱] و معیارهای پذیرش بیگانگان یا ممانعت از ورود آنها به یک کشور فرضی، در قوانین مهاجرت آن کشور تصریح شده است.[۴۲]

هرچند دولتها حق عدم پذیرش اتباع بیگانه را دارند، اما به ندرت این حق را با قدرت تمام اعمال می‌کنند، چرا که در عمل هیچ دولتی تمایل به قطع روابط خود با دیگر کشورها را ندارد.[۴۳]

بیشتر دولتها بین بیگانگانی که قصد سکونت در آن کشور را دارند و بیگانگانی که فقط قصد سفر در آن کشور را دارند، تفاوت قائل هستند؛ بیگانگانی که قصد اقامت دارند، قبل از آن که اجازهٔ اقامت در آن کشور را داشته باشند، معمولاً کنترلهای شدیدی بر آنها اعمال می‌شود. درحالی‌که

---

38. L. Oppenheim, International Law, Edited by Sir Robert Jennigs and Sir Arthur, Ninth Edition, Vol. I. (Longman, 1992), pp. 897- 898.

39. D. J. Harris, Cases and Materials on International Law, Third Edition, (London, Sweet Maxwell, 1983), p. 404.

40. Mahesh Prasad Tandon and Rajesh Tandon, Public International Law, Nineteenth Edition, (Allahabad Law Agency, 1983), p. 239.

همچنین نک.

J. G. Starke, Introduction to International Law, Tenth Edition, (Butterworths London, 1989), p. 348.

41. Ian Brownlie, op. cit., p. 519.

42. Burdick H. Brittin, International Law for Seagoing Officers, Fifth Edition, (Naval Institute Press, Annapolis, Maryland, 1986), p. 184.

43. Shigeru Oda, op. cit., p. 481.

بیگانگانی که فقط قصد مسافرت دارند، معمولاً بر اساس مقررات روادید و تحت نظر پلیس اجازه این کار را دارند. در تمامی موارد، معمول است که یک دولت، قبل از آن‌که یک بیگانه در سرزمین آن کشور پذیرش شود، حداقل او را ملزم به داشتن گذرنامه از دولت متبوع خود و داشتن روادید از کشوری که قرار است به آن مسافرت کند، نماید.[۴۴]

گاهی اوقات روادید بر مبنای موافقتنامه بین دولتهای دوست لغو می‌گردد. این امر مبین آن است که اجازهٔ صریح یا ضمنی برای ورود به سرزمین یک دولت ضروری است.[۴۵]

به طورکلی امروزه از دید قواعد عرفی حقوق بین‌الملل در مورد پذیرش بیگانگان باید گفت که دولتها حق ندارند در شرایط عادی و صلح و آرامش از ورود اتباع یک کشور خاص به کشور خود جلوگیری کرده یا از دادن روادید به دلیل رنگ پوست یا اعتقادات مذهبی امتناع کنند و چنانچه دولتی به دلایل امنیتی، بهداشتی یا نظم عمومی ورود گروه خاصی از اتباع یک کشور را به سرزمین خود ممنوع کند، باید دلایل این خودداری را به دولت متبوع آنها اعلام نماید. اصولاً دولتها در مورد صدور روادید ورود به کشور خود بر اساس عمل متقابل رفتار می‌کنند.[۴۶]

به هرحال، بیگانه‌ای که در کشوری پذیرفته می‌شود، چنانچه شرایط دولت پذیرنده را مراعات ننماید، دولت مزبور می‌تواند وی را اخراج کند.

(۲) اخراج بیگانگان

به طورکلی اعتقاد بر این است که دولتها قدرت اخراج، تبعید و تغییر محل سکونت اتباع خارجی را دارند و این قدرت نیز مثل قدرت امتناع

44. L. Oppenheim, op. cit., p. 899.

45. Shigeru Oda, op. cit., p. 482.

۴۶. رضا فیوضی، پیشین، ص ۹۲.

از پذیرش، یکی از آثار حاکمیت سرزمینی دولت تلقی می‌شود.[۴۷]

یک دولت حق دارد چنانچه حضور بیگانه‌ای را در سرزمینش نامطلوب و مغایر با منافع و مصالح ملی خود تشخیص دهد، او را اخراج کند؛ این حق را حتی معاهداتی که تضمین‌کنندهٔ حق اقامت برای اتباع دیگر دولتهای متعاهد هستند نیز محدود نمی‌کند. هر دولتی می‌تواند بنا بر معیارهای خود شرایط اخراج را تعیین کند. دلایل اخراج اتباع بیگانه در زمان جنگ با دلایلی که در زمان صلح قابل توجیه هستند، تفاوت دارد؛ در زمان جنگ اعتقاد بر این است که یک دولت متخاصم حق اخراج کلیه اتباع دشمن در سرزمین خود را دارد، اما در زمان صلح اتباع بیگانه ممکن است فقط به خاطر رفاه یا نظم عمومی و یا به دلایل امنیتی، اعم از داخلی یا خارجی، اخراج شوند.[۴۸]

لذا، امروزه به طور مطلق یک کشور حق ندارد هر زمان که خواست بیگانه‌ای را اخراج کند و باید به مبنایی برای این‌کار استناد کند و در این اقدام محدودیت‌هایی دارد.

در موارد ماهوی، برای مثال مادهٔ ۱۳ میثاق حقوق مدنی و سیاسی اشعار می‌دارد:

> «بیگانه‌ای که قانوناً در قلمرو یک کشور طرف این میثاق باشد فقط در اجرای تصمیمی که مطابق قانون اتخاذ شده باشد ممکن است از آن کشور اخراج بشود و جز در مواردی که جهات حتمی امنیت ملی طور دیگری اقتضا نماید باید امکان داشته باشد که علیه اخراج خود به طور موجه اعتراض کند و اعتراض او نزد مقام صالح یا نزد شخص منصوب از طرف مقام صالح با حضور نماینده‌ای که به همین منظور تعیین

---

47. J. G. Starke, op. cit., p. 350.

48. Shigeru Oda, Ibid.

می‌کند رسیدگی شود».

لذا بیگانه باید اجازهٔ ارائهٔ دلایل برای دفاع از عدم اخراج خود و نیز حق استفاده از وکیل را داشته باشد و به آن رسیدگی شود.

استفاده از حق اخراج باید با حسن نیت اعمال شود نه برای یک انگیزه پنهانی. دولت اخراج‌کننده گرچه در کاربرد مفهوم نظم عمومی از حق تفسیر برخوردار است، اما این مفهوم را باید با استانداردهای حقوق بشر ارزیابی کرد.[۴۹]

اخراج بیگانه به دلایل مذهبی، نژادی و رنگ پوست مخالف قواعد حقوق بشر و عملی غیردوستانه نسبت به دولت متبوع شخص اخراج شده، محسوب می‌شود مگر درصورتی‌که ادامهٔ حضور او موجبات جریحه‌دار شدن احساسات مردم را فراهم نماید یا مخالف منافع عمومی باشد. همچنین اخراج دسته‌جمعی بیگانگان در شرایط عادی و زمان صلح و نیز اخراج بیماران و زنان باردار مخالف قواعد حقوق بین‌الملل می‌باشد.[۵۰]

عرف بین‌الملل و رویهٔ کشورها عموماً می‌پذیرد که بیگانه را می‌توان به دلایل نقض شرایط ورود، نقض شرایط اقامت، تکدی و ملاحظات سیاسی و امنیتی (نظم عمومی و ملاحظات بهداشتی) اخراج کرد.[۵۱]

اخراج یک تبعهٔ خارجی جنبهٔ مجازات ندارد بلکه یک اقدام اداری و اجرایی است که متضمن دستور ترک کشور برای تبعهٔ بیگانه است. در صورت سوء استفاده دستگاه اجرایی از اختیارات خود، دستگاه قضایی

---

49. Ian Brownlie, op. cit., p. 520.

۵۰. رضا فیوضی، پیشین، ص ۱۰۲.

51. Werner Levi, Contemporary International Law, Second Edition, (Westview Press, Boulder, San Fransisco. Oxford, 1991), p. 168.

می‌تواند مداخله نماید، اما بیگانه همیشه حق اعتراض و شکایت از تصمیم دستگاه اجرایی را در برابر دستگاه قضایی ندارد. از نظر شکلی اخراج نباید با سختی و خشونت یا آسیب غیرضروری به بیگانه انجام شود. بر اساس چنین دستوری نمی‌توان بیگانه را توقیف و بازداشت کرد مگر در مواردی که او از رفتن امتناع و یا سعی می‌کند از کنترل مقامات دولتی فرار کند. علاوه بر این، او باید فرصت کافی برای حل امور شخصی خود قبل از ترک کشور را داشته باشد و همچنین باید اجازه داشته باشد کشوری را برگزیند که می‌خواهد از آن مجوز پذیرش بگیرد.[۵۲]

اخراج اشخاصی که به واسطهٔ اقامت طولانی، دلیل ظاهری تابعیت مؤثر دولت میزبان را کسب کرده‌اند، از لحاظ قانونی صحیح نیست؛ چرا که موضوع تابعیت حق اخراج را زیر سؤال می‌برد.[۵۳] در قانون استرالیا آمده است که وقتی یک بیگانه برای سه یا چند سال در کشور اقامت داشته باشد، مشمول اخراج نخواهد بود ولو این‌که به علت ارتکاب جرم کیفری مجرم شناخته شود.[۵۴]

نکتهٔ مورد توجه این است که «عودت طبق حقوق داخلی، فرآیندی است که با اخراج تفاوت دارد. چرا که هدف آن، بیگانگانی هستند که در نقض قانون مهاجرت به آن کشور وارد شده‌اند؛ در حالی‌که اخراج را می‌توان در مورد هر بیگانه و در درجهٔ اول در مورد بیگانگانی اعمال کرد که قانوناً ساکن شده‌اند».[۵۵]

---

52. Shigeru Oda, op. cit., pp. 482- 483.

53. Ian Brownlie, Ibid.

54. Mahesh Prasad Tandon, op. cit., p. 240.

۵۵. رابرت بلدسو و بوسلاو بوسچک، پیشین، ص ۱۷۲.

(۳) استرداد مجرمان

استرداد تقاضای تحویل دادن شخص فراری توسط دولت متبوع متهم یا دولت محکوم‌کنندهٔ آن شخص از دولت محل حضور وی می‌باشد.

«هیچ دولتی تکلیف و وظیفه‌ای برای استرداد ندارد مگر بر اساس قرارداد. از سوی دیگر، هیچ قاعده‌ای در حقوق بین‌الملل نیست که دولتها را در صورت فقدان قرارداد، از استرداد مجرمین منع نماید. یعنی حقوق بین‌الملل هیچ کشوری را از استرداد مجرمین نهی نمی‌کند ولی اگر کشوری در صورت فقدان قرارداد از استرداد مجرمین امتناع کرد، مرتکب نقض هیچ قاعده‌ای نشده است».[۵۶]

فلذا در صورت فقدان قرارداد، اصولاً قبول یا رد استرداد با توجه به اصل صلاحیت سرزمینی در صلاحیت دولت طرف تقاضاست.

قبول استرداد شرایطی دارد؛ از جمله این‌که برمبنای «اصل مجرمیت دوگانه» عمل ارتکاب یافته باید بر اساس قوانین هر دو دولت جرم محسوب شود. شرط دیگر آن است که مدارک ظاهری وقوع جرم وجود داشته باشد. برای احراز این مدارک، دادگاههای دولت طرف تقاضا، استرداد را مورد بررسی قرار می‌دهند. این رسیدگی به ماهیت جرم مربوط نمی‌باشد بلکه برای اطمینان از آن است که مدارک ارائه شده مؤید دلیل ظاهری جرم باشد.[۵۷] از دیگر شرایط آن است که کشور متقاضی استرداد، فرد مسترد شده را تنها به خاطر جرم یا جرایم خاصی که موضوع تقاضای استرداد بوده محاکمه و مجازات نماید.[۵۸]

---

۵۶. مایکل اکهرست، حقوق بین‌الملل نوین، ترجمهٔ مهرداد سیّدی، چاپ اول، (تهران: دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۳)، ص ۱۴۲.

۵۷. همان، صص ۱۴۴ ـ ۱۴۳.

۵۸. پرویز صانعی، حقوق جزای عمومی، چاپ اول، (تهران: طرح نو، ۱۳۸۲)، ص ۲۰۷.

معالوصف امروزه دولتها بر اساس قوانین داخلی، معاهدات و رویهٔ بین‌المللی از قبول استرداد مجرمان سیاسی امتناع می‌ورزند. در مادهٔ ۱۴ اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر نیز در این زمینه آمده است: «۱ـ هرکس حق دارد در برابر تعقیب، شکنجه و آزار، پناهگاهی جستجو کند و در کشورهای دیگر پناه اختیار کند. ۲ـ در موردی که تعقیب واقعاً مبتنی به جرم عمومی و غیرسیاسی یا رفتارهایی مخالف با اصول و مقاصد سازمان ملل متحد باشد، نمی‌توان از این حق استفاده نمود».

چنان‌که از فحوای مادهٔ مذکور برمی‌آید، جرایم سیاسی مشمول استرداد نمی‌شوند. اما این‌که به چه جرمی، جرم سیاسی اطلاق می‌شود، باید گفت که در خصوص ماهیت آن اختلاف نظر وجود دارد؛ عده‌ای عامل جرم را مطمح نظر قرار داده و جرمی را سیاسی می‌دانند که با انگیزهٔ سیاسی صورت گرفته باشد. برخی دیگر جرمی را سیاسی قلمداد می‌کنند که هدف سیاسی داشته باشد. عده‌ای دیگر هدف و انگیزهٔ سیاسی را با هم در تعریف جرم سیاسی لحاظ کرده‌اند. کنفرانس بین‌المللی ۱۹۳۵ کپنهاک که برای یکپارچه کردن قانون جزا تشکیل شد نیز جرم سیاسی را عبارت از جرمی دانسته که علیه تشکیلات و طرز ادارهٔ حکومت ارتکاب می‌یابد.[۵۹]

به هرحال تاکنون اقدامات به عمل آمده برای تعریفی جامع و مانع از جرم سیاسی با موفقیت کامل همراه نبوده است و این مشکل هنگامی تشدید می‌شود که موضوع جرمهای مرکب[۶۰] مطرح می‌شود. این جرمها به مواردی اطلاق می‌شود که یک جرم سیاسی، جرمی عادی نظیر دزدی، قتل و یا آتش‌سوزی را به همراه داشته باشد.

در مورد جرایم مرکب، تمایل نظامهای حقوقی مدون بر پذیرش

---

۵۹. عبدالحسین علی‌آبادی، حقوق جنایی، جلد اول، چاپ دوم، (تهران: فردوسی، ۱۳۶۹)، صص ۱۰۳ ـ ۱۰۲.

60. Relative Political Crimes.

تقاضای استرداد مرتکبین این‌گونه جرایم می‌باشد که در قوانین جزایی این‌گونه کشورها منعکس شده است. همین قاعده را بسیاری از کشورهای دیگر از جمله کشورهای دارای سیستم کامن‌لا نیز پذیرفته‌اند. در ایران نیز مطابق بند ۲ از ماده ۸ قانون استرداد مجرمین، سوء قصد به حیات افراد در هیچ مورد جرم سیاسی محسوب نشده است.[۶۱]

کوتاه سخن آن‌که برای احراز ماهیت جرم، آن جرم باید مورد بررسی دقیق حقوقی قرارگیرد. این امر هم در متمایز ساختن جرم سیاسی از جرم عادی کاربرد دارد و هم در تشخیص این‌که یک جرم مرکب به طور عمده سیاسی می‌باشد یا غیرسیاسی.

به منظور آن‌که جرمی ماهیتاً سیاسی باشد، اقدام مورد نظر باید آشکار و در حمایت از یک شورش یا حرکت سیاسی باشد؛ حرکت یا شورش مزبور باید مرتبط با یک اختلاف یا کشمکش میان دو گروه یا حزب در یک کشور باشد که یکی حکومت را در دست دارد و دیگری سعی می‌کند گروه یا حزب حاکم را سرنگون سازد. جرم عادی در صورتی که شرایط و انگیزه‌های ارتکاب آن خصوصیت سیاسی غالب داشته باشد، جرم سیاسی محسوب می‌شود و عموماً اعتقاد بر این است که خسارات و آسیبهای وارده از اقدام به عمل آمده باید با انگیزه و نتایج مورد جستجو متناسب باشد.[۶۲]

بدیهی است هنگامی که جرمی سیاسی محسوب شود، این امکان برای مرتکب آن فراهم می‌آید که همانند دیگر بیگانگان عادی، با رعایت قوانین و مقررات دولت پذیرنده، در آن کشور باقی بماند.

شرط رعایت قوانین و مقررات کشور محل اقامت مبین آن است که

---

۶۱. پرویز صانعی، پیشین، صص ۲۱۵ ـ ۲۱۴.

۶۲. گرهارد فن‌گلان، درآمدی بر حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمهٔ سید داود آقایی، جلد اول، چاپ اول، (تهران: نشر میزان، ۱۳۷۸)، ص ۲۸۴.

دولت پذیرنده در زمانی که بیگانگان در سرزمینش حضور دارند، اختیاراتی نسبت به آنان داشته و می‌تواند انجام برخی امور را از آنها درخواست کند.

(ب) اختیارات دولت پذیرنده

دولتها به واسطهٔ صلاحیت سرزمینی خود می‌توانند نسبت به بیگانگانی که در سرزمینشان به سر می‌برند، برخی محدودیت‌ها را ایجاد و یا انجام بعضی امور را از آنها بخواهند.

دولت محل اقامت در برخورد با بیگانگان از اختیارات گسترده‌ای برخوردار است. لذا می‌تواند از ورود بیگانگان به بعضی از حرفه‌ها و امور تجاری جلوگیری کند مگر آن‌که بر اساس معاهده حق چنین کاری را نداشته باشد. دولت محل اقامت می‌تواند حق مالکیت یا به ارث بردن املاک و مستغلات را از آنها سلب کند یا این‌که محدودیت‌هایی را در این خصوص بر آنها تحمیل کند. همچنین دولت محل اقامت می‌تواند آنها را ملزم به ثبت اسامی خود به منظور کنترل فعالیتهایشان نماید. اگر هنگام بروز یک فاجعهٔ عمومی مثل آتش‌سوزی یا شیوع یک بیماری واگیردار، بعضی محدودیت‌های اداری وضع گردد، در آن صورت علاوه بر شهروندان می‌توان آن محدودیت‌ها را بر بیگانگان نیز اعمال کرد.[۶۳]

میان بیگانگان مقیم و مسافران عادی تفاوت وجود دارد. اتباع بیگانهٔ مقیم، به استثنای اتباعی که از حق مصونیت دیپلماتیک برخوردارند، نمی‌توانند ادعای معافیت از مالیات عادی یا عوارض گمرکی را داشته باشند. دولت حق دارد به اموال غیرمنقولی که در تملک اتباع بیگانه غیرمقیم است، در حوزهٔ قضایی خود، و اسناد و اوراق قرضهٔ اتباع بیگانه

63. L. Oppenheim, op. cit., pp. 905- 908; Burdic H. Brittin, op. cit., p. 184.

مقیم، مالیات ببندد.[۶۴]

دولت می‌تواند بیگانگان مقیم را از حقوق سیاسی خاصی که معمولاً توسط اتباع آن کشور اعمال می‌شود، محروم کند.[۶۵] به علاوه می‌تواند در صورت لزوم، به منظور حفظ امنیت و نظم عمومی در شرایطی برابر با اتباعش آنها را وادار به خدمت در پلیس محلی و سازمانهای خدمات اجتماعی محلی مشابه، مثل سازمان آتش‌نشانی نماید.[۶۶]

از آنجایی که قوانین جزایی، قوانین سرزمینی می‌باشند، لذا در مورد اعمال صلاحیت جزایی تفاوتی بین بیگانگان و اتباع یک دولت وجود ندارد. یک دولت می‌تواند اتباع بیگانه را به خاطر جرمی که علیه امنیت و استقلالش انجام داده‌اند ولو این‌که جرم در خارج از سرزمین دولت مزبور انجام شده باشد، در سرزمین خود مورد تعقیب و مجازات قرار دهد.[۶۷]

بدیهی است در مقابل حقوق و اختیاراتی که دولت محل اقامت بیگانه نسبت به بیگانگان برخوردار است، لاجرم موظف به پذیرش تکالیف و مسؤولیتهایی می‌باشد که در ذیل به بررسی آن می‌پردازیم.

۲ـ تکالیف و مسؤولیتهای دولت پذیرنده

(الف) تکالیف دولت پذیرنده اتباع بیگانه

اصولاً تکالیف دولت محل اقامت بیگانه از قواعد کلی و عمومی حقوق بشر نشأت می‌گیرد. علت برخورداری بیگانگان از پاره‌ای از حقوق

---

64. Shigeru Oda, op. cit., p. 489; J. G. Starke, op. cit., p. 349.

65. Ronald B. Kirkemo, An Introduction to International Law, (Littlefield, Adams & Co. Totowa, New Jersey, 1975), p. 31.

همچنین نک.

Hans Kelsen, Principles of International Law, (Clark. N.J: Law Book Exchange, 2003), p. 243.

66. Ian Brownlie, op. cit., p. 521; Oppenheim, op. cit., p. 907.

67. Hans Kelsen, op. cit., p. 310.

به خاطر انسان بودن آنهاست نه به خاطر بیگانه بودن آنها. پُرواضح است چنانچه دولت محل اقامت تکالیف مربوطه را رعایت نکند مسؤولیت بین‌المللی آن مشغول شده و ممکن است موجب مداخله دولت متبوع بیگانه گردد.[۶۸]

دولت محل اقامت باید به آزادی، جان و اموال اتباع بیگانه احترام بگذارد. لذا، از نظر بین‌المللی، دولت وظیفه دارد که بیگانگان را حمایت و حفاظت نموده و نباید بین اتباع دول مختلف تبعیض قائل شود، بلکه مکلّف به رفتاری دوستانه با همهٔ بیگانگان می‌باشد.[۶۹]

هر کشوری مکلف است در صورت وقوع حادثه، بیگانگانی را که در معرض خطر هستند، حفظ و حمایت نماید. اما در عمل اثبات این‌که مقامات محلی تکلیف خود را در باب حفظ و حراست بیگانه انجام نداده و یا در چنین کاری کوتاهی کرده‌اند، بسیار مشکل است. به هرحال، می‌توان بعضی از امور را ملاک تشخیص قرار داد؛ از جمله امتناع مقامات مسؤول از به‌کارگیری تدابیر احتیاطی ضروری، همکاری نیروهای انتظامی و نظامی یا کارمندان دولت در رفتار خشونت‌آمیز نسبت به بیگانگان، بی‌اعتنایی یا بیطرفی مأموران حفظ نظم عمومی نسبت به عمل خلاف قانون که شاهد آن هستند، خودداری یا سهل‌انگاری عمدی در تعقیب جرم، کوتاهی در مراقبت کافی از مجرم، امتناع از مجازات مجرم، خودداری از رسیدگی قضایی به دادخواست بیگانه و عفو عمومی شتابزده و یا عفو انفرادی عجولانه.[۷۰]

دولت محل اقامت بیگانه نمی‌تواند اتباع بیگانه را به خدمت در

---

68. D. Dilupis, International Law and the Independent State, (Essex Grower Press, 1974), p. 6.

69. Shigeru Oda, op. cit., p. 485.

۷۰. شارل روسو، حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمه محمدعلی حکمت، جلد اول، (تهران: دانشگاه تهـران، ۱۳۴۷)، صص ۲۱۵ ـ ۲۱۴.

نیروهای نظامی وادار کند و به عبارت دیگر اتباع بیگانه از هرگونه تعهد اجباری جهت خدمت در نیروهای نظامی کشور محل اقامت معاف هستند مگر آن‌که دولت متبوع آنها حاضر به لغو این معافیت باشد.[۷۱] به هرحال دولت محل اقامت می‌تواند خدمت نظامی داوطلبانه را از طرف فرد بیگانه بپذیرد، اما مجاز نیست آنها را وادار به شرکت در عملیات جنگی علیه دولت متبوعشان نماید.[۷۲]

چنانچه اتباع بیگانه تعهدات و تکالیف محلی خود از قبیل پرداخت مالیات، جریمه، بدهی و امثالهم را انجام داده باشند، حق ترک کشور محل اقامت را داشته و آن کشور نمی‌تواند مانع این امر شود. اتباع بیگانه درحال عزیمت باید اجازه داشته باشند که همانند اتباع داخلی، دارایی‌های خود را با خود ببرند.[۷۳]

حق ترک یک کشور در مادهٔ ۱۳ اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر نیز به صورت ذیل مورد توجه قرار گرفته است:

> «۱ـ هرکس حق دارد که در داخل هرکشوری آزادانه عبور و مرور کند و محل اقامت خود را انتخاب نماید. ۲ـ هرکس حق دارد هر کشوری و از جمله کشور خود را ترک کند و یا به کشور خود باز گردد».

شایان ذکر است که به طور متعارف حق یک دولت برای مداخله در امور اتباع بیگانه در خارج از قلمروش بستگی به رضایت دولت محل اقامت و دولت متبوع بیگانه دارد.[۷۴]

---

71. J. G. Starke, op. cit., pp. 349 - 350.

72. Hans Kelsen, op. cit., p. 245.

73. Shigeru Oda, Ibid.

74. Hans Kelsen, op. cit., p. 309.

بدیهی است که چنانچه دولت محل اقامت بیگانه، تکالیف مربوطه را رعایت نکند، موجبات مسؤولیت بین‌المللی خود را فراهم می‌نماید.

(ب) مسؤولیت‌های دولت پذیرنده اتباع بیگانه

به طورکلی یکی از اصول مسلم حقوق بین‌الملل این است که هر کشوری مسؤول اعمال مخالف حقوق بین‌الملل دستگاه حکومتی خود یعنی ارگانهای اجرایی، قضایی و قانونگذاری می‌باشد.[۷۵] لذا چنانچه در اثر فعل یا ترک فعل ارگانهای مذکور لطمه یا خسارت به بیگانه وارد شود موجب مسؤولیت دولت مزبور می‌شود.[۷۶]

دولت در قبال خسارات و لطمات ناشی از فعل یا ترک فعل قوهٔ مقننه مسؤول است. این اعمال ممکن است در قالب وضع قوانین مخالف حقوق بین‌الملل یا خودداری از وضع قوانینی که بر اساس حقوق بین‌الملل لازم و ضروری است و یا کوتاهی در الغای قوانین مخالف حقوق بین‌الملل باشد.[۷۷]

همانطور که اتباع یک کشور می‌توانند در مراجع قضایی به عنوان خواهان یا خوانده حضور یابند، اتباع بیگانه نیز از چنین حقی برخوردار بوده و هرگاه بر اثر تخلّف از مقررات در اجرای وظیفهٔ قضایی، حقوق بیگانگان تضییع شود به منزلهٔ استنکاف از عدالت[۷۸] تلقی و موجب مسؤولیت بین‌المللی دولت می‌شود.

استنکاف از عدالت زمانی محقق می‌شود که از دسترسی بیگانه به دادگاه ممانعت شده باشد، در پرداخت خسارت کاستی وجود داشته باشد،

---

۷۵. رضا فیوضی، پیشین، ص ۲۰۳.

۷۶. مایکل اکهرست، پیشین، ص ۱۱۸.

۷۷. شارل روسو، پیشین، صص ۲۰۷ ـ ۲۰۶.

78. Denial of Justice.

ضمانتهایی که لازمهٔ اجرای عدالت هستند ارائه نشده باشد و یا این‌که قضاوتی ناعادلانه صورت گرفته باشد.[۷۹] رویهٔ دولتها نیز حاکی از آن است که اقداماتی از قبیل اعدام یک تبعه بیگانه بدون محاکمه، کشتن بدون دلیل اتباع خارجی توسط مقامات محلی، توقیف، حبس و دستگیری غیرقانونی و نیز رفتار خشن یا ناعادلانه نسبت به آنها زیر حداقل استاندارد بین‌المللی تلقی و از مصادیق استنکاف از عدالت محسوب می‌شود.[۸۰] به علاوه چنانچه دولت محل اقامت در تعقیب و دستگیری شخصی که در حق بیگانه جرمی مرتکب شده، جدیت نشان ندهد،[۸۱] همچنین بی‌نظمی و نقص و اختلال در سازمانهای قضایی و آیین دادرسی نیز از موارد استنکاف از عدالت شمرده می‌شود.[۸۲]

تصمیمات و اقدامات قوهٔ مجریه نیز ممکن است برای دولت مسؤولیت بوجود آورد. اخذ تصمیم بر خلاف موازین حقوق بین‌الملل مانند صدور تصویبنامه‌ای که بر اساس آن حقوق بیگانه تضییع شود یا مقررات بین‌المللی نادیده انگاشته شود، موجب مسؤولیت دولت می‌گردد. به علاوه رفتار تبعیض‌آمیز و ناشایست با بیگانگان نیز از اسباب مسؤولیت می‌باشد.[۸۳] همچنین دولت مسؤول اعمال مأموران خود است مشروط بر آن که آن اعمـال قابل انتساب به دولت باشد. رویهٔ قضایی موجـود حاکی از آن است

---

79. Charles G. Fenwick, International Law, Fourth Edition, (New York, Appleton - Century – Crofts, 1965), p. 330.

80. Richard N. Swift, International Law, Current and Classic, (New York University, John Wiley & Sons, INC, 1969), p. 342.

81. Ronald B. Kirkemo, Ibid.

۸۲. محمد رضا ضیایی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ هجدهم، (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۲)، ص ۴۱۷؛ شارل روسو، پیشین، صص ۲۱۲ ـ ۲۱۰.

۸۳. شارل روسو، پیشین، ص ۳۳۱.

که دولتها حتی در مواردی که مأموران آنها پا را از اختیارات خود فراتر گذاشته یا از دستورالعملها سرپیچی کنند نیز مسؤول هستند به شرط آن‌که آنها دارای اختیارات ظاهری باشند یا از اختیارات و تسهیلات مربوطه سوءاستفاده نموده باشند.[۸۴]

بنابراین فعل ارگان یا مأمور دولت، فعل دولت است و در تخطّی مأمور از اختیارات و صلاحیتهای خود، دولت مسؤول است.

نقض یا ابطال قراردادها توسط دولت نیز یکی از موارد مهم مسؤولیت به شمار می‌رود. دولتی که خودسرانه شروط قرارداد یا امتیازنامهٔ منعقده بین خود و بیگانه را نقض می‌کند، آشکارا مقصر بوده و عملی ناروا مرتکب شده است.[۸۵] همچنین ابطال تبعیض‌آمیز یا خودسرانهٔ قرارداد نیز به علت غیرقانونی، مسؤولیت دولت باطل کننده را موجب می‌شود. اما اگر دولتی با حسن نیت قوانینی را به اجرا بگذارد یا محدودیت‌هایی را برای تجارت بوجود آورد که بدون تبعیض و به طور ضمنی قراردادی را باطل یا غیرقابل اجرا گرداند، نظر کلی و عمومی بر آن است که چنین امری موجب ایجاد مسؤولیت نمی‌شود.[۸۶]

البته نمی‌توان دولت محل اقامت را در همهٔ مواردی که به بیگانه خسارت یا لطمه وارد می‌شود، مسؤول دانست؛ از جمله هنگامی‌که خسارت وارده ناشی از رفتار تحریک‌آمیز بیگانگان باشد یا این‌که دولت محل اقامت به بیگانگان اخطار قبلی داده باشد که کشور را ترک کنند ولی بیگانگان آن را مراعات ننموده باشند. این اخطار معمولاً به هنگام جنگ یا آشوبهای داخلی به بیگانگان داده می‌شود. همچنین خسارات ناشی از عملیات نظامی و جنگی آشوبگران یا انقلابیون و یا حکومت قانونی به

۸۴. مایکل اکهرست، پیشین، ص ۱۱۹.
۸۵. گرهارد فن گلان، پیشین، ص ۲۶۱.
86. Ian Brownlie, op. cit., pp. 530 - 534.

اشخاص و اموال مورد حمایت بین‌المللی از مصادیق بارز فورس ماژور[۸۷] بوده و در نتیجه موجب مسؤولیت کشور مربوطه نمی‌شود، مشروط بر این‌که عملیات نظامی و جنگی مذکور تجاوز به مقررات بین‌المللی مربوط به جنگهای مسلحانه و اصول اساسی حقوق بشردوستانه را در پی نداشته باشد.[۸۸]

چنانچه در کشوری شورش رخ دهد و سرکوب گردد، حکومت قانونی مسؤول خسارات ناشی از اعمال شورشیان شکست خورده به بیگانگان نخواهد بود و صرفاً مسؤول اعمال گذشته مأموران خود است،[۸۹] مگر آن‌که با شورشیان صلح کند و یا آنان را مورد بخشش قرار دهد و یا از بیگانگان مراقبت لازم را به عمل نیاورد. دلیل عدم شناسایی مسؤولیت به خاطر آن است که شورشیان یا انقلابیون مأموران حکومت نبوده و اعمالشان، حداقل به طور موقت، تحت نظارت و کنترل دولت نمی‌باشد. با این حال بعضی از حقوقدانان معتقدند که جهت تأمین منافع اشخاص مورد حمایت بین‌المللی، عدل و انصاف حکم می‌کند که در این مورد مسؤولیت کشورها براساس نظریه خطر پذیرفته شود.[۹۰]

اگر انقلابیون پیروز شوند، در حقوق بین‌الملل عقیده بر آن است که در این وضعیت حکومت جدید مسؤول کلیه اعمال ارتکابی، اعم از انقلابیون و عاملین حکومت شکست خورده، در طول انقلاب خواهد بود، مشروط بر آن‌که خسارات وارده ناشی از عملیات نظامی و جنگی باشد و دلایل آن را بر اساس اصل دوام کشور و نیز معرفی انقلابیون به عنوان

---

87. Force Majeure.

۸۸. محمد رضا ضیایی بیگدلی، پیشین، صص ۴۲۱ ـ ۴۲۰.

۸۹. مستفاد از بند ۱ مادهٔ ۱۴ طرح مواد راجع به مسؤولیت بین‌المللی کشورها مصوب کمیسیون حقوق بین‌الملل در نوامبر ۲۰۰۱ (این طرح تاکنون به صورت یک معاهدهٔ بین‌المللی در نیامده است).

۹۰. محمدرضا ضیایی بیگدلی، پیشین، ص ۴۲۱.

مجریان ارادهٔ ملی از آغاز مبارزه دانستند.[۹۱] در صورتی که به نظر می‌رسد همانطور که در حالت شکست شورشیان و انقلابیون، اصولاً حکومت قانونی مسؤول خسارات وارده به بیگانگان از ناحیهٔ شورشیان نیست، در اینجا نیز نباید انقلابیون پیروز را مسؤول خساراتی که توسط عوامل رژیم گذشته که مورد قبول انقلابیون نبودند دانست، بلکه باید آنها را مسؤول اقداماتی دانست که تحت اقتدار آنها صورت گرفته است و آنها در طول انقلاب مسؤولیت آن را قبول نموده‌اند.

بر اساس قاعدهٔ کلی، از دیگر مواردی که برای دولت مسؤولیت ایجاد نمی‌شود، خسارات ناشی از اعمال افراد عادی نسبت به بیگانگان است. اما اگر اعمال افراد عادی همراه با نوعی فعل یا ترک فعل دولت باشد، سبب مسؤولیت می‌شود. فعل و ترک فعل دولت ممکن است در اشکال گوناگونی نظیر تشویق افراد عادی در حملهٔ به بیگانه، عدم اعمال مراقبت معقول جهت حمایت و حفاظت از بیگانگان، قصور آشکار در مجازات افراد، نفع بردن دولت از عمل افراد عادی یا تأیید آشکار اقدامات آنها تجلی کند.[۹۲]

همانطورکه دولت محل اقامت نسبت به بیگانگان از حقوق و تکالیفی برخوردار است بیگانگان نیز از حقوق و تکالیفی برخوردارند که در ذیل به بررسی آن می‌پردازیم.

ح ـ حقوق و تکالیف بیگانگان در پرتو رویهٔ دولتها و اسناد بین‌المللی حقوق بشر

در این مبحث به بررسی حقوق و تکالیف بیگانگان در قالب عملکرد

---

۹۱. همان، ص ۴۲۲، به استناد بند ۱ مادهٔ ۱۰ طرح مواد راجع به مسؤولیت بین‌المللی کشورها.
۹۲. مایکل اکهرست، پیشین، صص ۱۲۰ ـ ۱۱۹.

دولتها و برخی از مهم‌ترین اسناد بین‌المللی حقوق بشر می‌پردازیم.

۱ـ حقوق بیگانگان

چنان‌که قبلاً ذکر شد، اتباع بیگانه چنانچه در کشوری پذیرفته شوند، لاجرم از حداقل حقوق لازم برای بهره‌مند شدن از زندگی خصوصی برخوردار خواهند شد. هرچند که حقوق بیگانگان در قوانین داخلی دولت محل اقامت تعیین می‌شود، مع‌الوصف وظیفهٔ اعطای آنها را حقوق بین‌الملل برای دولتها به وجود آورده که در این زمینه می‌توان به عنوان نمونه به اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر اشاره کرد.

کشوری که یک بیگانه در خاک آن اقامت دارد، باید از جان و اموال او در آن سطح حمایت به عمل آورد که برای رعایت حداقل استانداردهای بین‌المللی کافی باشد و تا آنجا که به امنیت، جان و اموال افراد مربوط می‌شود، باید او را با اتباع خود در مقابل قانون برابر بداند.[۹۳]

اتباع بیگانه می‌توانند حقوق قراردادی و حقوق احوال شخصی خود را استیفاء کنند و قوانین بین‌المللی به هیچ دولتی اجازه نمی‌دهند که اتباع بیگانه را از این حقوق محروم کند. همچنین هر دولتی وظیفه دارد که رفتاری شایستهٔ مقام انسان با بیگانگان داشته باشد.[۹۴]

با مراجعه به اسناد بین‌المللی حقوق بشر نیز حقوق مذکور را در قالب مواد گوناگون مشاهده می‌کنیم. از جمله در اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر؛ حق حیات، آزادی و امنیت شخصی (ماده ۳)، رهایی از شکنجه یا رفتارهای تحقیرآمیز (ماده ۵)، حق شناخته شدن به عنوان انسان در مقابل قانون (ماده ۶)، حق برخورداری از مساوات در مقابل قانون (ماده ۷)، حق دادخواهی از

---

93. L. Oppenheim, op. cit., p. 910.

94. Shigeru Oda, op. cit., p. 483.

طریق دادگاههای صالحه (ماده ۸)، رهایی از بازداشت یا تبعید خودسرانه (ماده ۹)، حق محاکمه منصفانه و علنی (ماده ۱۰)، حق ازدواج و حمایت از خانواده (ماده ۱۶) و حق استراحت و تفریح (ماده ۲۴) تصریح شده است که مربوط به «انسان بما هو انسان» می‌باشد و خواه ناخواه اتباع بیگانه را نیز در بر می‌گیرد.

میثاقهای بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی که در واقع ساز و کار اجرایی مفاد اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر است نیز مدلول موارد مذکور در اعلامیه را در قالب مواد مختلف بیان نموده‌اند.

مواد ۶ الی ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی با تکیه به حق فرد برای زندگی یعنی حق حیات که در حقیقت بنیادی‌ترین حق انسانی است و دیگر حقوق پیش‌بینی شده در اسناد بین‌المللی حقوق بشر متوقف بر آن است، تا جایی‌که حتی در شرایط اضطراری نیز نمی‌توان آن را نقض کرد،[۹۵] به حقوق ناشی از این حق از جمله عدم اعمال شکنجه، منع مجازاتهای غیرانسانی، منع برده‌داری، منع بازداشت خودسرانه و ... اشاره دارد. حق تمتع از خدمات محاکم داوری، مساوات در مقابل قانون، عدم دخالت در زندگی خصوصی و خانوادگی و ... نیز از دیگر حقوق مورد حمایت هستند که مواد ۱۴ الی ۱۷ میثاق به آن پرداخته است.

در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز پاراگراف اول و دوم مقدمه و مواد ۱۱ و ۱۲ آن به حق حیات و موضوعات مربوطه از جمله شناسایی حیثیت ذاتی کلیهٔ اعضای خانواده بشری پرداخته‌اند.

---

۹۵. سید محمد قاری سید فاطمی، «حق حیات»، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۲ ـ ۳۱ (پاییز ـ زمستان ۱۳۷۹)، ص ۱۵۰.

در اعلامیهٔ اسلامی حقوق بشر[۹۶] مصوب ۱۹۹۰ نیز حقوق مزبور در قالب مواد مختلف بیان گردیده که از جمله آن می‌توان به مواد ۲، ۴، ۵،۱۱، ۱۵، ۱۷، ۱۸ و ۲۰ اشاره نمود. در بخشی از مادهٔ ۱۸ اعلامیهٔ مذکور آمده است:

«الف ـ هر انسانی حق دارد که نسبت به جان و دین و خانواده و ناموس و مال خویش در آسودگی زندگی کند.

ب ـ هر انسانی حق دارد که در امور زندگی خصوصی خود (مسکن، خانواده، مال و ارتباطات) استقلال داشته باشد. جاسوسی یا نظارت بر او یا مخدوش کردن حیثیت او جایز نیست و باید از شؤون او در مقابل هرگونه دخالت زورگویانه حمایت شود».

در کنوانسیونهای منطقه‌ای نظیر کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر مصوب ۱۹۶۹ نیز در قالب ماده ۴ و بند ۱ و ۲ از مادهٔ ۵ و کنوانسیون اروپایی برای حفظ حقوق بشر و آزادیهای اساسی مصوب ۱۹۵۰ در مواد ۱ الی ۴ حقوق مذکور تصریح شده است.

فلذا، اسناد بین‌المللی حقوق بشر همگی در یک نقطه که همانا احترام و تضمین حقوق بنیادین، کرامت و ارزش ذاتی انسان است مشترک می‌باشند، هرچند که مفهوم کرامت و حیثیت انسانی مفهومی است قابل تفسیر که داشتن ملاکهای دقیق‌تر و اصول شفاف‌تری را ضروری می‌نماید.[۹۷]

---

۹۶. اعلامیهٔ اسلامی حقوق بشر توسط اعضای سازمان کنفرانس اسلامی در سال ۱۹۹۰ در قاهره تنظیم گردیده و تاکنون جنبهٔ یک مقاوله‌نامهٔ لازم‌الاتباع بین‌المللی را از نظر حقوقی نیافته است. به نقل از: عالیه ارفعی و دیگران، حقوق بشر از دیدگاه مجامع بین‌المللی، چاپ اول، (تهران: دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، ۱۳۷۲)، ص ۳۴۳.

۹۷. سید محمد قاری سید فاطمی، «معاهدات حقوق بشری، فضایی متفاوت»، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۸ (سال ۱۳۸۲)، ص ۳۹.

معمولاً اتباع بیگانه از حقوق سیاسی نظیر رأی دادن، احراز پستهای دولتی یا شرکت در فعالیتهای سیاسی محروم هستند. بیگانگان مقیم از حق کارکردن محروم نیستند، لیکن ممکن است حق اشتغال در بعضی حرفه‌ها مثل ناخدا، افسر ارشد یا سرمهندسی کشتیهای تجاری را نداشته باشند. بعضی از دولتها بیگانگان را از مالکیت یا به ارث بردن اموال غیرمنقول منع می‌کنند یا این حقوق را به معاملهٔ متقابل موکول می‌کنند. بسیاری از دولتها نیز اتباع بیگانه را از دستیابی یا ثبت بعضی از اموال منقول نظیر هواپیما و کشتی به نام خود، منع می‌کنند.[۹۸]

از دیگر حقوقی که بیگانگان از آن برخوردارند، آزادی رفت و آمد است. بدین معنی که بیگانگانی که بر اساس قانون کشور محل اقامت پذیرش می‌شوند علی‌الاصول می‌توانند در آن کشور آزادانه رفت و آمد داشته و هرکجا که مایل باشند مسکن گزینند، مگر آن‌که کشور پذیرنده بنا بر ملاحظات امنیتی آمد و شد بیگانگان را به مناطق خاصی ممنوع و یا موکول به اجازهٔ مقامات رسمی کرده باشد. بدیهی است که رعایت اصل برابری با اتباع خودی در این مورد ممکن نیست، چرا که در این زمینه باید به ملاحظات هر کشوری در مسائل امنیتی و اقتصادی احترام گذارد.[۹۹]

در این زمینه علاوه بر مادهٔ ۱۳ اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر (که قبلاً ذکر شد)، در دیگر اسناد بین‌المللی حقوق بشر نیز قواعدی مقرر شده که از جملهٔ آن مادهٔ ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی است. در این ماده آمده است:

«۱ـ هرکس قانوناً در قلمرو کشوری باشد، حق عبور و مرور آزادانه و انتخاب آزادانهٔ مسکن خود را در آنجا خواهد داشت.

---

98. Shigeru Oda, Ibid.

۹۹. رضا فیوضی، پیشین، ص ۹۹.

۲ـ هرکس آزاد است هرکشوری از جمله کشور خود را ترک کند.
۳ـ حقوق مذکور در بالا تابع هیچ‌گونه محدودیتی نخواهد بود مگر محدودیتی که به موجب قانون مقرر گردیده و برای حفظ امنیت ملی، نظم عمومی، سلامت یا اخلاق عمومی یا حقوق و آزادیهای دیگران لازم بوده و با سایر حقوق شناخته شده در این میثاق سازگار باشد ...».

همچنین در بخشی از مادهٔ ۱۲ اعلامیهٔ اسلامی حقوق بشر آمده است:

«هر انسانی طبق شریعت حق انتقال و انتخاب محل اقامت خود را در داخل یا خارج کشورش دارد ...».

لذا، امروزه با تحولاتی که در زمینهٔ ارتباطات و وسائط نقلیه رخ داده، تأمین آزادی در آمد و شد به صورت یکی از نیازهای مهم زندگی در جامعهٔ بین‌المللی در آمده و هیچ کشوری نمی‌تواند مرزهای خود را به روی خارج ببندد و هرگونه محدودیت در این زمینه به منزلهٔ تهدیدی جدّی برای تفاهم و صلح جهانی به حساب می‌آید.[۱۰۰]

از دیگر حقوقی که بیگانگان از آن برخوردارند، حق آموزش و پرورش است. اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر در مواد ۲۶ و ۲۷ حق آموزش و پرورش را برای همهٔ افرد اعم از اتباع و بیگانه به رسمیت می‌شناسد.

در ماده ۱۳ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز به صورت ذیل به این حق تصریح شده است:

«۱ـ کشورهای طرف این میثاق حق هرکس را به آموزش و پرورش به رسمیت می‌شناسند. کشورهای مزبور موافقت دارند که هدف آموزش

---

۱۰۰. منوچهر طباطبایی مؤتمنی، آزادیهای عمومی و حقوق بشر، (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۰)، ص ۲۹.

و پرورش باید نمو کامل شخصیت انسانی و احساس حیثیت آن و تقویت احترام حقوق بشر و آزادیهای اساسی باشد ...».

به علاوه مادهٔ ۹ اعلامیه اسلامی حقوق بشر نیز طلب علم را فریضه دانسته و آموزش و پرورش را امر و تکلیف واجبی برعهدهٔ جامعه و دولت قلمداد نموده که باید راهها و وسایل آن را فراهم کند و متنوع بودن آن را به گونه‌ای که مصلحت جامعه ایجاب می‌کند تأمین نماید.

از دیگر موادی که در اعلامیهٔ اسلامی حقوق بشر در زمینهٔ آموزش و پرورش (تعلیم و تربیت) سخن به میان آورده می‌توان به بند «ب» مادهٔ ۷ و بند «ب» مادهٔ ۲۲ اشاره نمود.

در سایر اسناد بین‌المللی نیز می‌توان بند ۴ از مادهٔ ۱۸ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۲ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را ذکر کرد.

به علاوه اتباع بیگانه حق استفاده از سرویسهای خدمات عمومی از قبیل برق، آب، تلفن، گاز و حمل و نقل عمومی را همانند اتباع داخلی دارند، اما در سیستم خدمات درمانی و بهداشتی ممکن است استفاده از خدمات رایگان مخصوص اتباع داخلی باشد. همچنین حق مراجعهٔ بیگانگان به نمایندگی‌های سیاسی و کنسولی کشور متبوع خویش جهت بهره‌مندی از کمکهای قانونی آنها محفوظ است.[۱۰۱]

ناگفته پیداست که برخورداری از حقوق اصولاً مستلزم ایجاد تکالیف نیز می‌باشد. لذا بیگانگان نیز در قبال برخورداری از حقوق، تعهدات و تکالیفی را در کشور محل اقامت برعهده دارند که به اختصار در ذیل بیان می‌شود.

---

۱۰۱. رضا فیوضی، پیشین، ص ۱۰۰.

۲ـ تکالیف و تعهدات بیگانگان

به طورکلی فرد بیگانه با وارد شدن به یک کشور خارجی، به طور طبیعی تابع قوانین محلی می‌شود؛[۱۰۲] چرا که تحت صلاحیت سرزمینی آن کشور قرار گرفته است. لذا باید قوانین و مقررات کشور محل توقف را رعایت نماید. اتباع بیگانهٔ مقیم از عوارض گمرکی یا مالیاتهای داخلی معاف نیستند، مگر آن‌که از مصونیت دیپلماتیک برخوردار باشند.[۱۰۳] در صورت حملهٔ دشمن به کشور محل اقامت، شخص بیگانه در صورت کمک به دشمن به خاطر خیانت محاکمه می‌شود.[۱۰۴]

غالباً تبعه بیگانه ملزم به ثبت نام خود نزد مقامات اداری است و تحت همان شرایطی که اتباع داخلی دارند، ملزم به انجام وظایف شهری برای حفظ جامعه‌ای که در آن زندگی می‌کند در مقابل امراض مسری، آتش‌سوزی، فجایع طبیعی و دیگر خطراتی که ناشی از جنگ نیستند، می‌باشد. آزادی و اموال بیگانه ممکن است به طور موقت برای حفظ نظم عمومی، رفاه اجتماعی و امنیت جوامع محلی یا دولت محدود شود. اتباع بیگانهٔ مقیم در حدی که از اتهام خیانت مبرا باشند، از دولت محل اقامت پیروی می‌کنند. تبعهٔ بیگانه نباید در امور سیاسی دولت محل اقامت خود مداخله نماید و چنانچه بین دولت محل اقامت و دولت متبوعش جنگی رخ دهد، موظف است در اقدامی که به طور آشکار موجبات موفقیت دولت متبوعش می‌شود، مشارکت نکند.[۱۰۵] همچنین اتباع بیگانه باید آداب و رسوم و سنن علمی و تاریخی و مذهبی مردم کشور محل اقامت را محترم

---

102. Philip C. Jessup, A Modern Law of Nations, (Hamden Conn, Archon Books, 1968), p. 103.

103. J. G. Starke, op. cit., p. 349.

104. Rajesh Tandon, op. cit., p. 242.

105. Shigeru Oda, op. cit., p. 489.

بشمارند.[۱۰۶]

با توجه به صلاحیت سرزمینی، تبعهٔ بیگانه در قبال اعمالی که در کشور محل اقامت انجام می‌دهد، مسؤول است. لذا ممکن است به سبب جرایمی که در سرزمین دولت میزبان یا کشتیها یا هواپیماهای ثبت شده در آن کشور مرتکب شده است، مجازات گردد. اتباع بیگانه اجازه ندارند با انجام اعمالی به مناسبات دوستانه میان کشور محل اقامت و هر کشور خارجی دیگر خدشه وارد کنند. همچنین بیگانه نباید اقدام به اعمالی نماید تا کشور محل اقامت مجبور شود به خاطر نظم و امنیت عمومی او را اخراج کند. به علاوه، بیگانه نباید علیه استقلال یا امنیت کشور محل اقامت جرمی را مرتکب شود حتی اگر محل ارتکاب جرم در خارج از کشور محل اقامت باشد، در غیر این‌صورت تعقیب و مجازات خواهد شد و این حق به صورت بخشی از حق دفاع مشروع کشورها محسوب می‌گردد.[۱۰۷]

حال چنانچه حقوق بیگانگان توسط دولت محل اقامت رعایت نشود، از آنجایی‌که افراد اصولاً نمی‌توانند به طور مستقیم از حقوق بین‌الملل بهره‌مند شوند، لذا خواه ناخواه دولت متبوع شخص بیگانه در مقابل دولت محل اقامت قرار می‌گیرد و حقوق بین‌الملل، حقوقی را برای دولت متبوع شخص بیگانه در نظر گرفته که در مبحث پایانی مقاله به بررسی آن می‌پردازیم.

ط ـ دولت متبوع بیگانه و حق حمایت سیاسی

«با آن‌که فرد در حمایت از حقوقی که دارد ذی‌نفع اصلی است، به جز در مواردی خاص، مقام وی تا آن حد ارتقاء پیدا نکرده است که بتواند

---

۱۰۶. محمد صفدری، حقوق بین‌الملل عمومی، جلد دوم، (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۴۱)، ص ۲۰.
۱۰۷. گرهارد فن‌گلان، پیشین، ص ۲۱۸.

در مقابل مراجع بین‌المللی از حقوق خود دفاع کند. به همین سبب در اوضاع و احوال کنونی عالم، به جز در محدودهٔ معاهدات خاص، فرد همچنان تابعی منفعل از حقوق بین‌الملل است».[۱۰۸]

لذا چنانچه حقوق فرد در خارج از کشورش توسط دولت محل اقامت تضییع شود و یا دولت محل اقامت در جهت احقاق حقوق وی اقدام لازم به عمل نیاورد، دولت متبوع وی می‌تواند تحت عنوان «حمایت سیاسی»[۱۰۹] وارد عمل شود.

«حمایت سیاسی عبارت است از اقداماتی که یک دولت، با رعایت قواعد حقوق بین‌الملل، نزد دولت دیگر یا یک سازمان بین‌المللی به عمل می‌آورد تا خسارات مالی و جانی را که در نتیجه نقض یک قاعدهٔ حقوقی به یک تبعه حقیقی یا حقوقی او وارد شده است، جبران گردد».[۱۱۰]

گاهی اوقات یک دولت ناگزیر است در امور کشوری خارجی مداخله کند تا از اتباع خود که مقیم آن کشور هستند، حمایت به عمل آورد.[۱۱۱] به عنوان مثال تبعیض یا رفتار غیرعادلانه یا مصادره خودسرانه اموال تبعهٔ بیگانه دلیلی مشروع برای مداخله از سوی آن دولت است.[۱۱۲] پس از آن‌که دولت تبعهٔ خارجی دعوا را نزد دولت محل اقامت اقامه کرد، آن دعوا موضوع حقوق و تعهدات بین دو دولت را شکل می‌دهد که باید بر اساس اصول حقوق بین‌الملل حل و فصل شود.[۱۱۳]

---

۱۰۸. هدایت‌الله فلسفی، «جایگاه بشر در حقوق بین‌الملل معاصر»، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شمارهٔ ۱۸ (تابستان ۷۵ تا زمستان ۷۵)، ص ۲۴۹ به نقل از:

P. M. Dupuy, "L'individu et le droit international (Théorie des droits de l'homme et frondements du droit international)", Archives de Philosophie du droit, tome 32, Sirey, 1987, p. 128.

109. Protection Diplomatique.

۱۱۰. رضا فیوضی، پیشین، ص ۲۸۷.

111. P. Chandra, International Law, (Vikas Publishing House PVT. 1985), p. 68.

112. J. G. Starke, op. cit., p. 350.

113. Mahesh Prasad Tandon, op. cit., p. 242.

حقوق بین‌الملل هیچ دولتی را ملزم به حمایت از اتباع خود در خارج نمی‌داند و دولتها معمولاً از حق خود در حمایت از اتباع در خارج از کشور امتناع می‌کنند. این موضوع در حوزهٔ تشخیص دولتهاست. هرچند حق مسلّم هر دولت است که از اتباع خود در خارج از کشور که نسبت به او یا اموالش بی‌عدالتی شده است حمایت کند، اما بر اساس حقوق بین‌الملل هیچ تبعهٔ مقیم در خارج از کشور حق درخواست حمـایت از دولت متبوع خود را ندارد، هرچند شاید بر اساس حقوق داخلی چنین حقی را داشته باشد.[۱۱۴] به عبارت دیگر از نظر حقوق بین‌الملل، حق حمایت سیاسی حق دولت است نه حق اتباع آن دولت و این‌که آیا یک تبعه حق حمایت شدن از سوی دولت متبوع خود را دارد یا نه، بستگی به قوانین ملی آن دولت دارد.[۱۱۵]

حق حمایت سیاسی بسته به شرایط به چند طریق اعمال می‌گردد؛ گاهی اوقات آگاه کردن دولت محل اقامت به نفع دولت متبوع بیگانه نسبت به رفتاری که با آن تبعه می‌شود، کافی است. از این رو دولت حمایت‌کننده ممکن است با رعایت تشریفات متعدد از دولت دیگر در مورد حقایق مربوط به یک حادثهٔ خاص تحقیقات به عمل آورد یا توضیح بخواهد یا این‌که اعتراضی اقامه کند و یا این‌که درخواست کیفر متخلفین را مطرح کند و یا این‌که درخواست پرداخت خسارت به تبعهٔ مغبون خود را نماید. گاهی اوقات اَشکال قوی‌تر حمایت از قبیل مداخله مورد استفاده قرار گرفته است، گرچه مشروعیت چنین عملی در حال حاضر به شدت جای سؤال دارد.[۱۱۶]

اعمال حق حمایت سیاسی منوط به احراز شرایطی است که مهم‌ترین

114. L. Oppenheim, op. cit., p. 934.

115. Hans Kelsen, op. cit., pp. 245 - 246.

116. L. Oppenheim, op. cit., p. 935.

آنها وجود رابطهٔ حقوقی و سیاسی مؤثر بین فرد و آن دولت یعنی رابطهٔ تابعیت است. البته در مورد اتباع دولتهای تحت‌الحمایه و تحت قیمومت نیز دولت حامی و دولت اداره‌کننده که صلاحیت اعمال حاکمیت خارجی آن دولتها را برعهده دارند، می‌توانند اقدام نمایند.[۱۱۷] رویهٔ قضایی بین‌المللی نیز در این زمینه صراحت دارد که در صورت نبودن موافقتنامه‌های خاص، تنها رابطهٔ تابعیت است که به یک دولت حق حمایت سیاسی می‌دهد. در نتیجه افراد بدون تابعیت از حمایت سیاسی محروم هستند، چرا که به دلیل بی‌تابعیتی هیچ دولتی صلاحیت حمایت از آنان را ندارد.[۱۱۸]

در مورد کارکنان و مأموران سازمانهای بین‌المللی، به علت فقدان رابطهٔ تابعیت بین کارکنان و سازمانهای مربوطه، هرچند که آن سازمانها نمی‌توانند به حمایت سیاسی متوسل شوند، مع‌الوصف رویهٔ قضایی حاکی از به رسمیت شناختن حق حمایت شغلی توسط سازمانهای بین‌المللی می‌باشد. با این‌حال حق حمایت شغلی هیچ‌گونه ممانعتی را برای اعمال حق حمایت سیاسی توسط دولت متبوع آن شخص موجب نمی‌شود.[۱۱۹]

طبق رویهٔ قضایی بین‌المللی رابطهٔ تابعیت باید از آغاز یعنی از زمان ایجاد زیان و وقوع خسارت تا پایان امر یعنی تا زمان صدور حکم وجود داشته و ثابت بوده باشد. به علاوه تابعیت شخص زیان‌دیده باید غیر از تابعیت کشور مسؤول باشد. همچنین چنانچه شخص زیان‌دیده از تابعیت دولت خود منصرف شود، آن دولت نمی‌تواند حمایت سیاسی وی را برعهده گیرد. چنین وضعیتی به دو شکل بروز می‌نماید؛ انصراف صریح که در قالب جلای وطن متجلّی می‌شود و انصراف ضمنی که اعمال فرد سبب

---

۱۱۷. محمد صفدری، پیشین، ص ۱۶.

۱۱۸. محمد رضا ضیایی بیگدلی، پیشین، صص ۴۲۸ ـ ۴۲۷؛ رضا فیوضی، پیشین، ص ۲۹۷؛ شارل روسو، پیشین، صص ۱۹۰ ـ ۱۸۹. همچنین: Shigeru Oda, op. cit., pp. 471 – 472 .

۱۱۹. رضا فیوضی، پیشین، ص ۳۰۳؛ محمد رضا ضیایی بیگدلی، پیشین، صص ۴۳۱ ـ ۴۳۰.

آن می‌شود، مانند انجام خدمت سربازی در یک کشور بیگانه.[۱۲۰]

مطابق مادهٔ ۴ کنوانسیون لاهه در مورد تعارض تابعیت مورخ ۱۹۳۰، افرادی که دارای تابعیت مضاعف هستند، چنانچه تابعیت مضاعف هم متعلق به کشور خواهان باشد و هم کشور خوانده، کشور خواهان حق حمایت سیاسی علیه کشور خوانده را ندارد و این به خاطر تساوی حق حاکمیت کشورهاست و راه حلی پیشنهاد نمی‌کند. اما بعضی از آرای محاکم بین‌المللی از جمله آرای دیوان داوری لاهه بین ایران و آمریکا تا اندازه‌ای مبین آن است که چنانچه تابعیت مؤثر از آن کشور خواهان باشد، کشور مذکور می‌تواند حمایت دیپلماتیک نماید و این شاید جهش و تحولی جدید در حقوق بین‌الملل برای احقاق حقوق بشر در چند دههٔ اخیر باشد و تدریجاً این روش خود را به عنوان راه حلی جهانی نشان خواهد داد.[۱۲۱]

یکی دیگر از شرایط قبول حمایت سیاسی آن است که شخص متضرر برای مطالبهٔ خسارات وارده و احقاق حق خود قبلاً به مقامات صلاحیتدار دولت محل اقامت مراجعه کرده و نتیجه نگرفته باشد.[۱۲۲] این شرط را «توسل به مراجع داخلی»[۱۲۳] می‌نامند.

فلسفهٔ وجودی قاعدهٔ مذکور این است که به دولت محل اقامت فرصت داده شود تا در درون سیستم حقوقی خود، مشکل موجود را رفع و از این طریق حرمت حاکمیت دولتها محفوظ بماند و به علاوه، از میزان

---

۱۲۰. محمد صفدری، همان؛ محمد رضا ضیایی بیگدلی، پیشین، صص ۴۲۹ ـ ۴۲۸؛ شارل روسو، پیشین، صص ۱۹۱-۱۹۰؛ ربه‌کا والاس، پیشین، ص ۲۷۸.

۱۲۱. سید جمال سیفی، تقریرات درس مسؤولیت بین‌المللی، دوره کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علاّمه طباطبایی (ره)، ۱۳۷۸.

۱۲۲. محمد صفدری، همان؛ محمد رضا ضیایی بیگدلی، پیشین، ص ۴۲۹؛ ربه‌کا والاس، پیشین، ص ۲۸۲؛ شارل روسو، پیشین، صص ۱۹۷ ـ ۱۹۶؛ مایکل اکهرست، پیشین، ص ۱۳۵؛ رضا فیوضی، پیشین، ص ۳۸۲.

123. Local Redress = Local Remedies.

دعاوی بین‌المللی نیز تا حد امکان کاسته شود.[۱۲۴]

البته اگر در مواردی کاملاً روشن و محرز باشد که توسل به مراجع داخلی به هیچ جایی نخواهد رسید و نتیجه‌ای در پی نخواهد داشت، ضرورتی ندارد که دنبال گردد.[۱۲۵] همچنین اگر قاعده‌ای مخالف با اصل مزبور در موافقتنامهٔ مطالبهٔ خسارات صراحتاً قید شده باشد و یا هنگامی‌که به سبب فقد مرجع، توسل به مراجع داخلی عملی نباشد یا مراجع محلی طرف اطمینان و اعتماد نباشند ممکن است این شرط به اجرا در نیاید.[۱۲۶]

از دیگر شرایط قبول حمایت سیاسی «پاکدستی مدعی»[۱۲۷] است. به این معنی که اعمال و رفتار بیگانه مغایر با مقررات حقوق داخلی کشور محل اقامت و حقوق بین‌الملل نباشد. بنابراین اگر تبعهٔ یک کشور خارجی به نحوی از انحا مرتکب رفتار ناشایست نسبت به دولت محل اقامت شود (مثل شرکت در شورش و آشوب) یا عملی برخلاف مقررات حقوق بین‌الملل مرتکب شده باشد (مانند شرکت در برده‌فروشی و یا اقدام بر ضد بیطرفی کشور خارجی) و بر این اساس به او زیان یا خسارت وارد شود، نمی‌تواند متقاضی حمایت سیاسی باشد.[۱۲۸]

به‌کار افتادن سرمایه‌های خارجی در کشورهای جهان سوم و نیز اعمال نظرهای سیاسی کشورهای بزرگ در آن ممالک از راه اقتصادی و مالی موجب شد تا از قرن نوزدهم به بعد حمایت سیاسی مورد توجه دولتها قرار گیرد. نیاز بعضی از کشورهای جهان سوم به سرمایه‌های خارجی که دارای ثبات سیاسی و اجتماعی نبودند، صاحبان سرمایه و دول متبوع این

---

۱۲۴. ربه‌کا والاس، همان.

۱۲۵. مایکل اکهرست، همان؛ ربه‌کا والاس، پیشین، ص ۲۸۳.

۱۲۶. شارل روسو، پیشین، صص ۱۹۸ ـ ۱۹۷.

127. Clean Hands.

۱۲۸. شارل روسو، پیشین، ص ۱۹۸؛ محمد صفدری، همان؛ محمد رضا ضیایی بیگدلی، پیشین، ص ۴۳۰؛ رضا فیوضی، پیشین، ص ۴۰۶.

سرمایه‌داران را برانگیخت تا به بهانه وقوع شورشها و انقلابهای احتمالی و در نتیجه ضایع شدن حقوق اتباع خود مقررات عادی حقوق بین‌الملل را کافی ندانند و بر اساس قراردادهای خاص، مسؤولیت دولت محل اقامت برای جبران خسارت وارده به اتباع خود را پیش‌بینی نمایند. از آنجایی‌که دولتهای متبوع سرمایه‌داران خارجی به نام حمایت سیاسی از اتباعشان در امور داخلی آن کشورها مداخله می‌کردند، برای مقابله با این روند، کشورهای آمریکای مرکزی و جنوبی شرط انصراف از حمایت سیاسی را در قالب قوانین داخلی و نیز درج آن در قراردادهای بین‌المللی بوجود آوردند.[۱۲۹]

شرط انصراف از حمایت سیاسی که به نام ابداع‌کنندهٔ آن یعنی «کارلوس کالوُ»،[۱۳۰] حقوقدان آرژانتینی، «شرط کالوُ»[۱۳۱] نامیده می‌شود، درخواست حمایت سیاسی از سوی تبعهٔ خارجی به دولت متبوعش را ممنوع می‌سازد. این شرط تصریح می‌کند که تمامی اختلافات طرفین باید منحصراً از طریق استناد به قانون داخلی حل و فصل گردد. با تبعهٔ خارجی همانند تبعهٔ دولت طرف قرارداد (محل اقامت) رفتار می‌شود و کلیهٔ موارد اقامهٔ دعوای بین‌المللی کان لم یکن تلقی می‌گردند.[۱۳۲]

شرط کالوُ غالباً مورد انتقاد و مخالفت محاکم بین‌المللی قرار گرفته است. علت مخالفت آنها با این شرط آن است که حق حمایت سیاسی، حقی است که نه به تبعهٔ خارجی بلکه به دولتش تعلق دارد. بنابراین فردی که وارد قرارداد می‌شود نمی‌تواند از حقی که به خودش مربوط نیست،

---

۱۲۹. محمد صفدری، پیشین، صص ۱۷ ـ ۱۶.

130. Carlos Calvo.

131. Calvo Clause.

132. Georg Schwarzenberger, A Manual of International Law, (Milton, Professional Books, 1976), p. 166.

صرف نظر کند و اگر چنین شرطی در قرارداد گنجانده شود در هر صورت باید آن شرط را بی‌اعتبار تلقی کرد.[۱۳۳]

اعمال حمایت سیاسی بدون شک مبین حق مصلحتی هر دولت بوده و رویهٔ دولتها و احکام محاکم ملی و بین‌المللی ثابت کرده است که با ورود دولت به حمایت از اتباعش در صحنهٔ بین‌المللی، ماهیت آن دعوا تغییر نموده و تبدیل به دعوای یک دولت علیه دولت دیگر می‌شود. بر این اساس دولت می‌تواند حتی در صورت خودداری تبعهٔ زیان‌دیده‌اش از اقامهٔ دعوا، این حق خود را اعمال کند.[۱۳۴]

نتیجه

از نظر حقوق بین‌الملل و بالاخص حقوق بین‌الملل بشر که شاخه‌ای نسبتاً جدید از این رشته می‌باشد، همهٔ افراد بشر اعم از اتباع و بیگانگان از حقوق و آزادیهای اساسی برای زندگی برخوردارند. اسناد بین‌المللی حقوق بشر حداقل معیارها را برای سلسله‌ای از حقوق بنیادین بشر، که بیگانگان نیز جزئی از آن محسوب می‌شوند، در ابعاد مختلف اعم از اجتماعی، سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و مدنی تعیین می‌نمایند و بر این اساس مروّج معیار حقوقی مشترکی جهت احترام به کرامت و حیثیت افراد بشر هستند. تدوین این حقوق توسط سازمانهای بین‌المللی مدافع حقوق بشر و در رأس آنها سازمان ملل متحد در قالب یک معاهدهٔ بین‌المللی جامع‌الاطراف برای حمایت گسترده‌تر از حقوق بیگانگان امری ضروری می‌نماید. زیرا همانطور که سایر اقلیتها در قالب معاهدات خاص از حمایت جامعهٔ بین‌المللی برخوردارند، بیگانگان نیز به عنوان اقلیتی که از نظر توزیع

133. J. L. Brierly, The Law of Nations, Fifth Edition, (Oxford At The Clarendon Press, 1955), p. 229.

۱۳۴. گرهارد فن‌گلان، پیشین، ص ۲۴۲.

فراوانی در هر جامعهٔ ملی یافت می‌شوند، مستحق چنین توجهی می‌باشند. البته بدیهی است که فقدان چنین معاهده‌ای در حال حاضر، به منزلهٔ نادیده‌گرفتن حقوق بیگانگان در قلمرو ملی نبوده بلکه کشورها موظفند کماکان بر اساس قواعد عرفی، قوانین ملی و سایر اسناد بین‌المللی حقوق آنها را محترم بشمارند، چرا که در غیر این صورت حق کشور متبوع آنها در قالب حمایت سیاسی تجلّی یافته و چه بسا موجبات مسؤولیت بین‌المللی کشور متخلف را فراهم سازد. ناگفته پیداست که بیگانگان نیز در قبال کشور محل اقامت تکالیف و وظایفی را بر عهده دارند که در صورت عمل نکردن به آنها زمینهٔ مجازات یا اخراج خود را مهیّا می‌کنند.

کوتاه سخن آن‌که، حقوق و تکالیف کشور محل اقامت، بیگانگان و کشور متبوع آنها در تعامل با یکدیگر بوده و عمل شایسته به آنها یکی از زمینه‌هایی است که موجب تقویت هرچه بیشتر اجرای قواعد حقوق بشری و در نتیجه، استحکام صلح و امنیت جهانی می‌شود.

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران
شمارهٔ سی و یکم، ۱۳۸۳، صص ۱۸۵ ـ ۱۷۱

اجرای عدالت درباره محیط زیست بین‌المللی: حقوق و راه‌حلها

کنت مک کالیون*

مترجم: محمدحسین زاهدین لباف

از هنگام انعقاد اعلامیه جهانی حقوق بشر[1] در سال ۱۹۴۸ مواردی که به عنوان نقض حقوق اساسی بشر به رسمیت شناخته شده، توسعه چشم‌گیری پیدا کرده است. سه گروه سنتی جرایم علیه حقوق بشر در حقوق بین‌الملل عرفی ـ کشتار جمعی، جرایم جنگی و جنایات علیه بشریت

---

*. مشخصات مأخذ مقاله به شرح زیر است:

Kenneth F.McCallion, "International Environmental Justice: Rights and Remedies", Hastings International and Comparative law Review, Vol. 26, Number 3, Spring 2003, University of California, pp. 427-437.

آقای مک کالیون از اعضای دارلوکاله مک کالیون و شرکا در نیویورک و استادیار دانشکده حقوق کاردوز است. وی در تعدادی از دعاوی بین‌المللی و محیط زیستی از جمله وکالت شرکتهای بومیان آلاسکا در دعوای اکسون والدوز و چندین شرکت مدعی در دعوای فاجعه شیمیایی بوپال شرکت داشته است. آقای مک کالیون همچنین وکیل اصلی در دعوای نیروگاه برق هسته‌ای شورهام و دعوای اخیر مربوط به حقوق بشر توسط قربانیان کوره‌های آدم‌سوزی در جنگ دوم جهانی علیه بانکهای فرانسوی بوده است.

1. Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A. U.N. GAOR, 3 rd Sess., at 71, U.N. Doc. A/810 (1984).

ـ در روند توسعه خود بعضی دیگر از جرایم نظیر شکنجه، تجاوز جنسی گروهی و بیگاری کودکان را نیز دربرگرفته است.[۲]

همچنین رابطه غیرقابل انکار حقوق محیط زیست با حقوق اساسی بشر بیش از گذشته مورد پذیرش واقع شده است. هرچند اعلامیه جهانی حقوق بشر صراحتاً به حقوق محیط زیست اشاره نمی‌کند معذلک امروزه حقوق محیط زیست که با حق حیات به عنوان مهم‌ترین قاعده آمره که در فقد آن اعمال هر حق دیگری غیرممکن است، درهم آمیخته و به تدریج به رسمیت شناخته شده است.[۳] علاوه بر این، آلودگی و تخریب طبیعت و اکوسیستم‌های زمین که نه تنها حق زندگی بسیاری از نوع بشر بلکه زندگی سایر انواع موجودات را تهدید می‌کند، به راحتی قابل انکار نیست. روند رو به افزایش نابودی جنگلهای استوایی، بیابانی شدن سریع قسمتهای بزرگی از قاره افریقا و آسیا، کاهش لایه اوزون، آلودگی آبهای زیرزمینی و دیگر منابع محیط زیستی به کرات و به طور مستند گزارش شده است. حتی با این که جامعه جهانی هرچند با تأخیر، تدابیری برای ممنوعیت استفاده از گاز سی.اف.سی. و نقل و انتقال و فروش مواد شیمیایی خطرناک اتخاذ نموده است، لکن هنوز نحوه جبران خسارات عظیم وارده بر محیط زیست روشن نیست. برای نمونه در لایه بسیار حساس اوزون که زمین را در برابر اشعه‌های ماورای بنفش محافظت می‌کند، شکافی ایجاد شده که ترمیم آن از

---

۲. برای نمونه نک:

Torture Victims Protection Act of 1991, 28 U.S.C. & 1350 (1994 & Supp. 2003); Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, 28 U.S.C. & 1605 (1994 and Supp. 2003).

۳. نک:

Universal Declaration of Human Rights, supra note. 1 art. 3, at 72; International Covenant on Civil and Political Rights, opened for signature Dec. 19, 1996, art. 6(1), 999 U.N.T.S. 172, 175 (hereinafter ICCPR); American Declaration of the Rights and Duties of Man, art. 1, O.A.S. Off. Rec. OEA/Ser, 11.23/ Doc 21, rev.6 (1984) [hereinafter American Declaration].

عهده بشر خارج است. به همین نحو در حالی کـه اسـتفاده از مـاده سـمی د.د.ت. در ایالات متحده از دهه ۱۹۷۰ ممنوع گردیده، مقادیر زیادی از این ماده هنوز در چرخه غذایی وجود دارد و صادرات مداوم آن به کـشورهای کمتر توسعه یافته موجب تقویت مواد شیمیایی کـشنده در چرخـه غـذایی شده است. این امر بویژه وقتـی مـصداق مـی‌یابـد کـه میـوه‌هـا و دیگـر محصولات گیاهی که در معرض د.د.ت. و سایر مواد شـیمیایی بـه وسـیله شرکتهای امریکایی در خارج قرار گرفته، بعداً وارد ایالات متحده شده و در نتیجه یک «چرخه سمی» را ایجاد می‌کند.[۴]

بحران جهانی محیط زیست و حقوق محیط زیست

یکی از علل تأخیر حقوقدانان و دادگاهها در بـه رسـمیت شـناختن اهمیت حقوق محیط زیست به عنوان یک حق مهم بشری احتمالاً آن است که تخریب شدید محیط زیست از ناحیه منابع انسانی تقریباً جدید است. تـا زمان انقلاب صنعتی فقط سیل، زلزله، آتشفشان، قحطی و طاعون تهدیـداتی مستمر در سطح ملی محسوب می‌شدند و فعالیتهای بشر در وقوع و آثار این بلایای طبیعی نقش چندانی ایفا نمی‌کرد. در عهد قدیم حضرت نـوح بـرای حفظ موجودات زمین از انقراض در اثر توفان، کشتی ساخت امـا در عـصر حاضر این عملکرد بشر است که سبب بروز بلایای محـیط زیـستی گـشته است.[۵]

---

۴. نک:

Beth Gammie, Human Rights Implications of the Export of Banned Pesticides, 25 SETON HALL. L. REV. 558, 561 (1994); Mitchell Stachel, A Vicious Circle of Poison: New Question About American Exports of Powerful Pesticides, U.S. NEWS & WORLD REPORT, June 10, 1991, at 31.

۵. در عصر حاضر که گونه‌های بی‌شماری به سبب آلودگی محیط زیست و سایر اعمـال بـشر منقـرض شده‌اند ما برعکس قضیه کشتی نوح شاهدیم که نابودی خیلی از گونه‌ها اجباری بوده است.

هنگام تدوین قانون اساسی ایالات متحده جدال شدیدی درباره موضوعات مهم حقوق بشر که در آن موقع مطرح بود، از جمله آزادی مذهب، آزادی بیان و آزادی اجتماعات، در جریان بود. چون اعتقاد بر آن بود که در زمان استعمار امریکا حقوق بشر به شدت مورد تهدید واقع شده، رعایت این حقوق صریحاً در قانون اساسی و لایحه حقوق امریکا مورد تأکید قرار گرفت. انقلاب صنعتی تازه در اواسط قرن هفدهم روبه پیشرفت گذارد و تصور می‌گردید که هوای پاک و آب تمیز کماکان به طور نامحدود در دسترس خواهد بود. مسلماً اگر در آن زمان آب و هوای بوستون و فیلادلفیا چون امروز شدیداً آلوده بود، شاید این مسأله هم مورد توجه واضعان قانون اساسی قرار می‌گرفت. به هر حال، امریکایی‌ها تا زمان تألیف کتاب تکان‌دهنده «بهار خاموش» به وسیله راشل کارسون در سال ۱۹۶۲ از خطرات موجود برای محیط زیست بی‌اطلاع بودند.

با افزایش بحران محیط زیست در قرون نوزده و بیست نویسندگان قوانین اساسی در اطراف و اکناف جهان، تقریباً در قانون اساسی شصت کشور، ضوابط مختلفی را برای حفاظت محیط زیست یا سایر حقوق مربوط به محیط زیست درنظر گرفته‌اند.[۶] ظرف چند دهه گذشته حدود یک هزار قرارداد دو جانبه و سیصد و پنجاه قرارداد چندجانبه با هدف حمایت از محیط زیست توسط کشورهای مختلف منعقد گشته است.[۷] در واقع نمایندگان بیش از یکصد کشور حاضر در کنفرانس جهانی حقوق بشر در

---

۶. برای نمونه نک:

Fatma Zohra Ksentini, Review of Further Development in Fields with which the Sub-Commission Has Been Concerned: Human Rights and the Environment, U.N. ESCOR Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 46th Sess., at 81-89, U.N. Doc. E/CN.4/ Sub. 2/1994/9 (1994), revised by U.N. Doc. E/CN.4 / Sub. 2/1994/9/Corr.1 (1994).

۷. همان مأخذ، صفحه ۸.

وین در سال ۱۹۹۳ اعلام کردند که دفن غیرقانونی مواد سمی حق حیات را با تهدایدات جدی مواجه می‌سازد.[۸] افزون بر این، آرای صادره از محاکم قضایی بین‌المللی در چند مورد بر وظیفه عدم تخریب محیط زیست که متضمن خطرات جانی و بهداشتی است، به عنوان یک قاعده شناخته شده حقوق بین‌الملل عرفی صحه می‌گذارند.[۹] مهمترین رأی قضایی در محدوده حقوق بین‌المللی محیط زیست حکم داوری «تریل اسملتر» بود که اصل مسؤولیت بین‌المللی ناشی از فعالیتهای فرامرزی زیانبار برای محیط زیست را به رسمیت می‌شناسد.[۱۰] متعاقباً کمیسیون حقوق بشر قاره امریکا رأی داد که ساخت بزرگراه در میان جنگلهای آمازون توسط دولت برزیل به حق حیات و سلامت بومیان یانومامی* ـــ که فاقد مصونیت لازم در مقابل بسیاری از امراض وارداتی به محیط زیست خود هستند ـــ و همچنین به وسایل امرار معاش آنها لطمات جبران‌ناپذیری وارد می‌کند.[۱۱] کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد نیز دفن مقادیر زیاد زباله‌های اتمی را که زندگی ساکنین مناطق مجاور را تهدید می‌کند «اقدامی فجیع» توصیف نموده و آن را نقض حق حیات مقرر در ماده (۱)۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و

---

8. Vienna Declaration and Program of Action: Report of the World Conference on Human Rights, at 20, 24, U.N. Doc A/Conf. 157/24 (Part 1) (1993) [hereinafter Vienna Declaration].

۹. همچنین این نکته را در مقاله‌ای دیگر مطرح نموده رک:

Kenneth F. McCallion and H. Rajan Sharma, The Need for an International court of the Environment to Protect Fundamental Environmental Rights, 32 GEO. WASH.J.INT'L L. & ECON. 351, 356-57 (2000).

۱۰. Trail Smelter Case (U.S. v. Can), 3 R.I.A.A. 1905 (1938) دعاوی بعدی این حکم را تأیید کرده و به توضیح آن پرداخته‌اند.

*. Yanomami.

۱۱. برای نمونه نک:

Case 7615, Inter-Am. C.H.R., OEA/ser. L/V/II. 66, doc. 10 rev. 1(1985).

سیاسی تلقی کرده است.[۱۲] مضافاً کمیته مذکور در موردی دیگر اظهارنظر نموده که حق حاکمیت برای اجرای توسعه اقتصادی[۱۳] الزاماً با تعهدات بین‌المللی دولت در مورد حقوق بشر محدود می‌گردد.[۱۴]

علاوه براین، اهمیت رویه قضایی و آرای علمای حقوق در این‌باره به رغم اختلاف نظر در مورد سایر قواعد بین‌المللی ناظر بر محیط زیست، حاکی از آن است که وظیفه جلوگیری از تخریب شدید محیط زیست بویژه در خارج از مرزهای ملی از اعتبار حقوق بین‌الملل عرفی برخوردار شده است.[۱۵] کمیسیون حقوق بین‌الملل بی‌هیچ درنگی در سال ۱۹۷۶ چنین احراز کرد که «تخلف جدی از تعهد مهم بین‌المللی برای حفظ و حراست از محیط زیست انسان» به معنای «نقض اصول بنیادین حقوق بین‌الملل عرفی» است.[۱۶]

قواعد مشخص، الزام‌آور و جهانی حقوق بین‌الملل عرفی مانع اقداماتی است که احیاناً سبب تخریب وسیع، شدید و طولانی محیط زیست

---

12. E.H.P. v. Canada. Communication No. 67/1980, 2 Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol 20, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 (1990).

13. Vienna Declaration, supra note.8.

۱۴. رک.

Ilmari Lansman v. Finland, Communication No.511/1992, U.N. Human Rights Committee, at Para.9.4, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1992).

کمیته اظهار داشت که ماده ۲۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی فعالیتهای اقتصادی ضروری را در مقابل اثرات شدید ناشی از تخریب محیط زیست محافظت کرده و این که حمایت از محیط زیست منحصربه ابزار و وسایل سنتی مربوط به حیات نیست.

۱۵. برای نمونه نگاه کنید به: Gabcikovo-Nagymaros Project (Hung. v. Slovk.) 1997 I.C.J.7, at para. 53 (Sept.25) دیوان با استناد به رأی صادره در پرونده سلاحهای هسته‌ای (1996. I.C.J. 226, 241-242) اعلام کرد که «در حال حاضر وظیفه کلی دولتها در حصول اطمینان از احترام‌آمیز بودن اعمال و رفتار افراد تحت قلمروشان نسبت به محیط زیست دولتهای دیگر جزیی از حقوق بین‌الملل است».

16. Report of International Law Commission on the Work of its Twenty Eighth Session, Draft Articles on State Responsibility, art.19, U.N. GAOR, 31 st Sess., Supp. No.10, at 175, U.N. Doc. A/31/10 (1976); see also Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Eighth Session, U.N. GAOR, 51st Sess, Supp. No.10, at 169, U.N. Doc. A/51/10 (1996).

و در نتیجه لطمه به سلامت و حیات مردم می‌شود یا آنها را از زندگی محروم می‌سازد.[۱۷] به همین منوال با توجه به اهمیت طبیعت برای زندگی[۱۸] و با درنظر گرفتن حق حیات به عنوان مهمترین قاعده آمره که در فقد آن اعمال حقوق دیگر متصور نیست،[۱۹] اجتناب از تخریب محیط زیست که منجربه تهدید حق حیات گردد، یک هنجار اساسی در حقوق بین‌الملل عرفی محسوب می‌شود. این ممنوعیت متکی است بر حق حیات، امنیت و سلامت انسان، حقوق محیط زیست و حقوق بین‌المللی بشردوستانه و رویه روشن دولتها در تصویب قوانین داخلی. ممنوعیت مذکور هم در داخل و هم خارج از مرزهای ملی اعمال می‌گردد.

عملکرد دولتها، قراردادهای دوجانبه و چندجانبه و تصمیمات متخذه توسط دیوانهای بین‌المللی جملگی در جهت اجرا نمودن نتیجه‌گیری فوق است. در واقع مقنع‌ترین دلیل بر وجود این قاعده حقوق بین‌الملل عرفی تعداد قابل توجهی از اسناد چند جانبه است که انواع گوناگون تخریب محیط زیست را تخلف شناخته یا دولتها را به اتخاذ تدابیر عملی برای حفظ محیط زیست در موارد خاص ملزم می‌سازد.[۲۰] برای مثال ماده ۱۲ عهدنامه

17. ICCPR, supra note 3, art.1.

18. Stockholm Declaration of United Nations Conference on the Human Environment, para. 1, G.A. Res. 2997, U.N. GAOR, 27th Sess., U.N. Doc. A/Conf.48/14/Rev/1, reprinted in 11 I.L.M. 1416 (1972).

۱۹. برای نمونه نک:

Universal Declaration of Human Rights, supra note 1, art.3; ICCPR, art. 6(1), supra note 3: American Declaration. supra note 3; American Convention on Human Rights Nov.22, 1969, art. 4(1), 1144 U.N.T.S. 123 (entered into force July 18, 1978); African Charter on Human and Peoples' Rights, art. 4, June 27, 1981, 1520 U.N.T.S. 218, 247.

۲۰. برای نمونه نک:

International Convention on civil Liability for Oil Pollution Damage, Nov. 29, 1969, art. III, 26 U.S.T. 765, 767-770, 973 U.N.T.S. 4,5 (entered into force June 19, 1975, and ratified by 92 states)

(عهدنامه مقرر می‌دارد که «مالک کشتی در قبال خسارات ناشی از آلودگی نفتی مسؤول است»)؛

بازل در مورد «کنترل عبور و مرور مرزی و مصرف مـواد خطرنـاک» از اعضا می‌خواهد که پروتکلی دربـاره قـوانین مـاهوی و شـکلی نـاظر بـر مسؤولیت و غرامت ناشی از عبور و مرور مرزی مـواد خطرنـاک تهیـه و تنظیم نمایند.[۲۱] نمونه دیگر پیش‌نـویس عهدنامـه بـین‌المللـی درخـصوص مسؤولیت و جبران خسارت ناشی از حمل و نقل دریایی مـواد خطرنـاک و زیان‌آور است که ماده (۶)۱ آن مجازات سنگینی را در مـورد صـدمه بـه محیط زیست مقرر می‌کند.[۲۲]

فقدان مکانیسم‌های اجرایی بین‌المللی برای حفاظت محیط زیست

عهدنامه‌ها و بیانیه‌های مربوط به حمایت از محیط زیست که قواعـد عرفی و معیارهای ناظر بر مسؤولیت و غرامـت ناشـی از تخریـب محـیط

International Convention Relating to Intervention on the High Seas in Cases of Oil Pollution Casualties, Nov. 29, 1969, art. I, V (3)(a), 26 U.S.T. 765, 970 U.N.T.S. 211, 212, 214 (entered into force May 6, 1975); Convention on the Prevention of the Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter, Dec. 29, 1972, art. 1, 26 U.S.T. 2403, 1046 U.N.T.S. 120, 140 (entered into force Aug. 30, 1975); Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, June 21, 1993, art. 6, 7, Europ, T.S. No. 150

(این عهدنامه‌ها با گنجاندن اصل «تعهد مرتکب آلـودگی بـه پرداخـت» اعـلام مـی‌دارنـد کـه وسـیله آلوده‌کننده یا مواد زائد بابت خسارات مسؤولند)؛

Bamako Convention on the Ban of Import into Africa and the Control of Transboundary Movement and Management of Hazardous Wastes within Africa, June 29, 1991, art. 4(3)(b), 30 I.L.M. 773, 781 (signed by 22 nations of the Organization of Africa Unity).

(این عهدنامه بر مسؤولیت شدید تولیدکنندگان مواد زائد خطرناک در کشورهای عضو تأکید می‌کند).

21. Basal Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal, opened for signature Mar. 23, 1989, art. 12, 1673 U.N.T.S. 126, 139 (entered into force May 5, 1992) [hereinafter Basal Convention].

22. International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea, opened for signature Oct. 1, 1996, 35 I.L.M. 1406.

زیست را تدوین می‌کنند،[۲۳] بیانگر آن است که وظیفه عدم تخریب محیط زیست تا حدی که بر حقوق بین‌المللی بشر نظیر حق حیات، سلامت و امنیت تأثیر می‌گذارد، مورد پذیرش عامه واقع شده است. معهذا حقوق بین‌الملل فاقد ابزار کافی برای جبران اعمال زیان‌آور برای محیط زیست می‌باشد. زیرا نتیجه‌بخش بودن قواعد محیط زیست به لحاظ ماهیت جهانی آنها مستلزم همکاری بین‌المللی است، در حالی که آلوده‌کنندگان و ناقضان محیط زیست به علت ناهماهنگی موجود بین دولتها یا نهادهای منطقه‌ای اغلب موفق می‌شوند که تلاش آنها را برای اجرای قوانین محیط زیستی با مشکل مواجه سازند.

به استثنای تعداد انگشت‌شماری از عهدنامه‌های چندجانبه که نهادهایی برای نظارت بر تخلفات زیست محیطی تعیین نموده‌اند،[۲۴] هیچ

---

۲۳. نک:

Rio Declaration on Environment and Development, U.N. GAOR, 4th Sess, U.N. Doc. A/CONF.151/PC/WG.III/L.33/rev.1 (1992)

(«انسانها سزاوار زندگی بهداشتی و مفید در هماهنگی با طبیعت می‌باشند»).

Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, opened for signature Nov. 17, 1988, art. 11(1), 28 I.L.M. 156, 165 (1989)

(«هرکس باید از حق زندگی در محیط زیست سالم برخوردار باشد»).

Hague Declaration on the Environment, Mar. 11, 1989, 28 I.L.M. 1308, 1309 (Twenty-four signatories recognized "the right to live in dignity in a viable global environment"); G.A. Res. 45/94, U.N. GAOR, Sess., at 2, U.N. Doc. A/Res/45/94 (1991).

(«همه افراد حق دارند که در محیطی سالم و مرفه زندگی نمایند»).

۲۴. نک:

Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, Sept.16, 1987, 1522 U.N.T.S. 451, reprinted in 26 I.L.M. 1541; United Nations Framework Convention on Climate Change, May 9, 1992, reprinted in 31 I.L.M. 849 (entered into force March 21, 1994); Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution, Nov. 13, 1979, 34 U.S.T. 3043, 1302 U.N.T.S. 217, (entered into force March 16, 1983); Basal Convention, supra note 21; Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter, supra note 20.

محکمه قضایی با صلاحیت اجباری یا با حق نظارت یا مجوز اجرای قواعد روبه تحول حقوق بین‌المللی محیط زیست تشکیل نشده است. به همین منوال، هرچند دیوان بین‌المللی دادگستری لاهه برای رسیدگی به اختلافات محیط زیستی صلاحیت دارد، اما در عمل ظرف چهل سال گذشته هیچ دعوایی را در این زمینه، مورد حکم قرار نداده است، ضمن این که صلاحیت آن محدود به دعاوی دولتها است و افراد، شرکتها یا دیگر سازمانهای غیردولتی اهلیت طرح دعوی نزد دیوان مذکور را ندارند.[۲۵] در سالهای اخیر دیوان در پرونده گبسیکو ـ نگیماروس بین مجارستان و اسلواکی راجع به خسارات زیست محیطی ناشی از انحراف رودخانه دانوب، ترجیح داد که به جنبه محیط زیستی دعوی نپردازد و قضیه را براساس نقض عهدنامه ۱۹۷۷ بین دو کشور حل و فصل کرد.[۲۶]

در بخش مربوط به حقوق کیفری بین‌المللی، اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی (ICC) که صلاحیت آن به جرایم مهم بین‌المللی محدود است، درباره رسیدگی به دعاوی محیط زیستی ساکت است.[۲۷] اعمال صلاحیت بر جرایم محیط زیستی مستلزم اصلاح اساسنامه دادگاه است. خارج ماندن جرایم محیط زیستی از صلاحیت این دادگاه سؤال برانگیز است بویژه با درنظر گرفتن این واقعیت که پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل در باب مسؤولیت بین‌المللی دولت در ماده (د)۱۹ مقرر می‌دارد که «نقض جدی

---

۲۵. نک:

Statute of the International Court of Justice, art. 34(1), 1947 ICJ Acts & Docs. 37, 44.

(«فقط دولتها می‌توانند نزد دیوان طرف دعوی قرار گیرند»).

26. Gabcikovo- Nagymaros Project (Hung. v. Slovk.), supra note 15.

27. Rome Statute of the International Criminal Court, U.N. Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, art. 22, U.N. Doc. A/Conf. 183/9, at 21 (1998).

(«طبق اساسنامه هیچکس از نظر کیفری مسؤول نیست مگر آن که عمل مورد بحث در هنگام وقوع جرم در صلاحیت دادگاه محسوب گردد»).

تعهد بین‌المللی که برای حفظ و حراست از محیط زیست بشر واجد اهمیت حیاتی است» جرم بین‌المللی تلقی می‌گردد.[۲۸]

اقدامات ملی و منطقه‌ای برای حفاظت از محیط زیست

تلاشهای صورت گرفته برای حفظ محیط زیست بیشتر در اروپا و ایالات متحده متمرکز بوده است. دیوان عدالت اروپایی (ICJ) دادگاه حقوق بشر اروپایی و شورای اروپا قواعدی خاص محیط زیست که در مراجع محلی و منطقه‌ای قابل استناد است، وضع نموده و به مرحله اجرا گذارده‌اند. برای مثال، دیوان عدالت اروپایی در مواردی توسل به افراد و سازمانهای غیردولتی را برای اجرای آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا راجع به محیط زیست تجویز نموده است.[۲۹] دادگاه حقوق بشر اروپایی در تصمیم بدیع خود در پرونده لوپز ـ استرا در سال ۱۹۹۴ با تمسک به قواعد سنتی حقوق بشر، حمایت از محیط زیست را توسعه داد، هر چند در مجموع از تسری این رویه قضایی به پرونده‌های بعدی خودداری نموده است.[۳۰]

شورای اروپا نیز کوشش نموده که استانداردهای حمایت از حقوق محیط زیست در اروپا و در سطح بین‌المللی را هماهنگ نموده و با تدوین

---

28. Report of the International Law Commission on the Work of its Thirty-Second Session, U.N. GAOR, 35th Sess., Supp. No.10, at 1, U.N. Doc. A/35/10 (1980), Reprinted in [1980] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 5, U.N. Doc. A/CN. 4/SER.A/ 1980/Add.1 (Part 2).

۲۹. نک:

Malgosia Fitzmaurice, The Right of the Child to A Clean Environment, 23 S. ILL. U.L.J. 611, 639-40 (1999).

30. Lopez-Ostra v. Spain, App. No.16798/90, 20 Eur. H.R. Rep. 277 (1994); see also Balmer Schafroth and Others v. Switzerland, 1997 Y.B. Eur. Conv. on H.R. 316 (Eur. Ct. H.R.)

در این پرونده ادعای شکاتی که در ۵ کیلومتری نیروگاه برق اتمی فاقد استانداردهای ایمنی اروپایی زندگی می‌کردند، مبنی بر نقض مواد ۶ و ۱۳ عهدنامه اروپایی حقوق بشر پذیرفته نشد».

معاهداتی چندجانبه دولتهای عضو را ملزم سازد تا قوانین داخلی خـود را بـا استانداردهای مذکور مطابقت دهند. علاوه بر معاهده نـاظر بـر مـسؤولیت مدنی خسارات ناشی از فعـالیتهای خطرناک برای محیط زیست،[۳۱] شورا در ۴ نوامبر ۱۹۹۸ معاهده دیگری به نام معاهده حمایت از محـیط زیـست بـه وسیله قوانین کیفری را برای امضای اعضا آماده کرد. این معاهده دولتهـای عضو را موظف می‌کند تا با وضع قوانین داخلی انواع خاصی از آلـودگی و تخریب محیط زیست را قطع نظر از عمدی یا غیرعمـد بـودن آنهـا جـرم محسوب نمایند.[۳۲]

در ایالات متحده، قانون دعاوی شبه جـرم بیگانگـان[۳۳] تـا حـدودی امکان تعقیب نقض مقررات محیط زیستی در دادگاههای فـدرال را فـراهم ساخته است. همانطور که شعبه دوم دادگاه استیناف در پرونده کادیک علیه کارازیک[۳۴] یادآوری کرده حقوق بین‌الملل نیز به دولتها اجازه می‌دهد کـه راهکارهای حقوقی مناسب مانند امکان اقامه دعاوی شبه جرم به نحوی کـه در «قانون شبه جرم خارجیان»[۳۵] مقرر شده، پیش‌بینی نمایند. قانون دعـاوی شبه جرم خارجیان «دارای محدوده وسـیعی» اسـت.[۳۶] تخلـف از اصـول و قواعد جهانی، الزام‌آور و تعریف شده حقوق بین‌الملـل عرفـی، در محـاکم

---

31. Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, June 21, 1993, Europ. T.S. No.150.

32. Convention on the Protection of the Environment Through Criminal Law, Nov. 4, 1998, Europ. T.S. No. 172.

33. 28 U.S.C. § 1350 (1994).

34. 70 F.3d 232, 240 (2d Cir. 1995), reh'g denied, 74 F.3d 377 (2d Cir. 1996).

۳۵. نک همچنین به:

Iwanowa v. Ford Motor Co., 67 F. Supp. 2d, 424, 441-443 (D.N.J. 1999).

36. Kadic,74F. 3d at 388. See also, Beth Stephens, Conceptualizing violence Under International Law: Do Tort Remedies Fit the Crime? 50 ALB. L. REV. 579 (1997).

مذکور[۳۷] قابل تعقیب قضایی می‌باشند، و محاکم ایالات متحده با مراجعه بـه رویه دولتها براساس معاهدات، تصمیمات قضایی، اعلامیه‌های سازمان ملل و آرای علمای حقوق محتوی و ماهیت حقوق بـین‌المللـی عرفـی را در ایـن زمینه‌ها مشخص می کنند.[۳۸]

در محاکم ایالات متحده شاکیان با استناد به قانون دعاوی شبه جـرم خارجیان، دعواهایی درباره جرایم علیه بـشریت، کـشتار جمعـی،[۳۹] رفتـار خشن و توهین‌آمیز، تبعیض نژادی و نقض حقوق محیط زیست بشر و حـق حیات و امنیت شخصی اقامه کرده‌اند. اکنون بیش از دویست سال است که برخی تخلفات بین‌المللی به استناد قانون دعـاوی شـبه جـرم خارجیـان در محاکم قضایی قابل طرح بوده بدون این که لازم باشد ارتکاب عملی توسط دولت اثبات شود.[۴۰] برای نمونه، تخلفات از حقوق کیفری بین‌المللـی نظیـر جرایم علیه بشریت که حسب اظهار شاکیان در دعاوی محیط زیـستی، بـر گروههای بومی و سایر افراد مؤثر واقع می‌شود، بالضروره نباید به طرفیـت دولت باشد بلکه علیه شرکتها نیز می‌تواند اقامه گردد.[۴۱] معهذا قانون دعاوی شبه جرم خارجیان بی‌حد و حصر نیست و بعضی قواعـد حقـوقی همچـون اصل مرجع قضایی نامساعد یا دکترین عمـل دولـت در تعـداد زیـادی از دعاوی مبتنی بر قانون مذکور که در امریکا مطرح گردیده، مـورد اسـتناد واقع شده تا قضات فدرال متوجه و مراقب باشند کـه تمـام نیـرو و منـابع

37. Xuncax v. Gramajo, 886 F. Supp. 162, 179, 184 (D.Mass. 1995).

38. Paquete Habana, 175 U.S. 677, 700 (1900); Filartiga v. Pena-Irala, 630 F.2d 876, 882-84 (2d Cir. 1980).

۳۹. نک:

Bodner v. Banque Paribas, 114 F. Supp. 2d 117 (E.D.N.Y. 2000).

40. Kadic, 70 F. 3d at 239-40; see also Iwanowa, 67 F. Supp. 2d at 443-445 (distinguishing cases on which the UCC relies).

۴۱. نک:

Doe v. Unocal, 963 F. Supp. 880, 891-92 (C.D. Cal. 1997).

دادگاههای امریکا نباید برای تعقیب و مجازات کلیه جرایم بین‌المللی محیط زیست مصرف شود.

دادگاه بین‌المللی محیط زیست

علیرغم تلاشهای مختلف در سطح ملی و منطقه‌ای برای اجرای اصول و قواعد ناظر بر حمایت از محیط زیست، تردیدی وجود ندارد که تخریب‌کنندگان محیط زیست آزادانه و بدون احساس خطر از تعقیب مؤثر قضایی، در اکثر نقاط جهان به فعالیت مشغول بوده و فقدان ساز و کارهای بین‌المللی برای رسیدگی به دعاوی ناشی از تخلفات محیط زیستی به نحو بارزی مشهود است. در حوزه حقوق کیفری بین‌المللی، اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی[۴۲] که صلاحیت دادگاه را نسبت به جرایم مهم بین‌المللی تعیین نموده، صراحتاً متعرض جرائم محیط زیستی نشده است.

از این رو، تشکیل یک دادگاه بین‌المللی برای رسیدگی به تخلفات محیط زیستی، خلأ موجود در حمایت از محیط زیست جهانی را برطرف نموده و به ایجاد وحدت و تمرکز اطلاعات حقوقی درباره محیط زیست جهانی کمک شایانی خواهد کرد. دادگاه بین‌المللی محیط زیست نظیر دادگاه کیفری بین‌المللی می‌تواند تحت نظارت سازمان ملل متحد یا به طور مستقل تشکیل شود. پیشنهاد می‌شود که دادگاه دارای پانزده قاضی مستقل باشد که توسط دولتهای عضو انتخاب گردند. دادگاه باید صلاحیت داشته باشد که به دعاوی بین اشخاص عمومی و خصوصی (درباره خسارات محیط زیستی «در حدی که بر منافع کلی جامعه بین‌المللی اثر گذارد») «چنانچه دعوی با توصیه مدعی‌العموم مورد پذیرش رئیس دادگاه قرار گیرد»

42. Rome Statute of the International Criminal Court, U.N. Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, art. 22, U.N. Doc. A/Conf. 183/9 (1998).

رسیدگی کند، همچنین دادگاه می‌تواند رأساً مدعی‌العموم را موظف کند که به مشکلات محیط زیست بین‌المللی رسیدگی نموده و اقدام مقتضی مبذول نماید. دولتها، افراد، نهادهای منطقه‌ای، شرکتها و سازمانهای غیردولتی برای طرح دعوی نزد مدعی‌العموم اهلیت خواهند داشت.

نتیجه

مسأله تخریب گسترده یا بین‌المللی محیط زیست به تدریج به عنوان یک تخلف از حقوق بین‌الملل عرفی به رسمیت شناخته شده است. اکنون در تعدادی از عهدنامه‌های دوجانبه و چندجانبه مکانیسم‌هایی برای اجرای اصول و قواعد بین‌المللی پیش‌بینی شده و محاکم اروپا و امریکا برای جبران خسارات ناشی از فجایع محیط زیستی مؤثر بر حقوق اساسی بشر پا به عرصه گذارده‌اند. با این همه، فقدان یک مرجع بین‌المللی برای برخورد مطلوب با جرایم محیط زیستی کاملاً مشهود است. دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ) با توجه به محدود بودن صلاحیت آن به دولتهای عضو، کارآیی خوبی نداشته است. ایجاد یک دادگاه بین‌المللی، مسلماً انگیزه حمایت از محیط زیست بین‌المللی را تحکیم بخشیده و دسترسی به مکانیسم‌های کارآمد قضایی را در سطح جهانی افزایش خواهد داد.

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران
شمارهٔ سی و یکم، ۱۳۸۳، صص ۱۹۹ ـ ۱۸۷

آماده‌سازی شاهد برای حضور در داوری تجاری بین‌المللی: راهنمای عملی برای وکیل*

دیوید پی. رونی**
مترجم: محمّد جواد میرفخرایی***

۱ـ مقدمه

آماده سازی و تجهیز شاهد برای حضور و ادای شهادت نزد مراجع داوری یکی از مهمترین ارکان دفاع موفق در داوری تجاری بین‌المللی به شمار می‌رود. با این وصف جای تأسف دارد که می‌بینیم چنین رکن با اهمیتی، شاید به لحاظ روند بالقوه دشوار و کم جاذبه آن، مورد بی‌مهری و غفلت وکلای مدافع قرار گرفته و این چنین غریب افتاده است. از همین‌رو و با توجه به تمام این دلایل آماده‌سازی شاهد اغلب نقشی کلیدی و

---

*. مشخصات مأخذ این مقاله عبارتست از:
David P. Roney, Effective Witness Preparation for International Commercial Arbitration: A Practical Guide for Counsel, Journal of International Arbitration, Vol. 20, No. 5, October 2003, pp. 249-435.

**. نویسندهٔ مقاله David P. Roney عضو کانون وکلای دادگستری ایالت انتاریو، کانادا و نیز وکیل دادگستری انگلیس و ویلز می‌باشد.

***. پژوهشگر دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی.

تعیین‌کننده در سرنوشت دعوی داشته و برد و باخت پرونده را در دیوانهای داوری رقم زده است.

در این مقاله روند آماده‌سازی و تجهیز مطلوب شاهد در شش گام جهت استفاده وکلای مدافع تشریح و فهرست شده است. طبعاً این تنها راه و الگو برای رسیدن به هدف نیست ولی روندی است که هم علمی و روشمند است و هم این که کارایی و درستی آن در عمل و تجربه به اثبات رسیده است. ولی پیش از ورود به این بحث، لازم است به دو موضوع مقدماتی پرداخته شود: (الف) اخلاق و آداب حرفه‌ای آماده‌سازی شاهد و (ب) چارچوب مناسب آماده‌سازی شاهد.

۲ـ موضوعات مقدماتی

الف ـ اخلاق و آداب حرفه‌ای آماده‌سازی شاهد

در برخی از کشورهای تابع نظام حقوق نوشته، مقررات رفتار حرفه‌ای، وکلا را از ملاقات با شهود و آماده‌سازی ایشان برای ادای شهادت در دادگاههای داخلی ممنوع کرده است.[۱] در مقابل، اکثریت وکلای فعال نزد محاکم تابع حقوق عرفی («کامن‌لا») با چنین ممنوعیتی روبرو نیستند[۲]

---

۱. رک. برای مثال به ماده ۱۳ آیین رفتار حرفه‌ای کانون وکلای ژنو؛ ماده ۸ مقررات اجرای حرفهٔ وکالت و نظارت بر مسؤولیت‌های وکلا و آموزش کارآموزان وکالت کانون وکلای اتریش. در ارتباط با کانون وکلای پاریس این ممنوعیت مولود رویه قضایی است: جان‌پالسون، ملاکهای رفتار وکیل در داوری بین‌المللی (۱۹۹۲)، صص ۲۱۶-۲۱۴. در برخی از کشورهای پیرو حقوق نوشته، ممنوعیت تماس با گواهان تابع پاره‌ای استثنائات محدود می‌باشد.

۲. رک. برای مثال به قاعده ۰۳-۴ از آیین رفتار حرفه‌ای، کانون وکلای کانادای شمالی؛ قاعده ۳۱۰-۵ آیین رفتار حرفه‌ای، کانون وکلای کالیفرنیا؛ اصل ۱۲-۱۰ راهنمای وکلای هنگ کنگ برای رفتار حرفه‌ای، کانون وکلای هنگ کنگ. شایان یادآوری است که بین کشورهای تابع نظام حقوق عرفی در ارتباط با جواز یا عدم جواز انجام جنبه‌هایی از آماده‌سازی شاهد در محدوده رسیدگیهای محاکم داخلی، برای مثال انجام تحقیق و سؤال از شاهد خودی و یا شاهد طرف مقابل به طور غریبی تفاوتهایی وجود دارد.

و وضعیت وکلای انگلیسی جزء معدود استثنائات وارده بر این اصل است.

این موضوع در داوری تجاری بین‌المللی چگونه است؟ در رسیدگیهای بین‌المللی به طور گسترده‌ای پذیرفته شده است که وکیل مدافع می‌تواند شهود خود را برای ادای شهادت آماده کند. در حالی که هر وکیلی خود باید تعیین کند که اینگونه اقداماتش ناقض مقررات و آیین رفتار حرفه‌ای متبوع وی هست یا خیر،[۳] روشن است که دیوانهای داوری اساساً به آماده‌سازی متعارف شاهد ایراد و اشکالی وارد نکرده‌اند.[۴] واقع امر این است که تکلیف طرفین دعوی برای ثبت و ارائه اظهارات مکتوب کلیه شهودی که قصد دعوت از ایشان را به جلسه استماع دارند، تکلیفی است که امروزه در داوری تجاری بین‌المللی در سطح وسیعی پذیرفته شده است و اجرای آن نوعی آماده‌سازی شاهد را قبل از برگزاری جلسه دادرسی اجتناب‌ناپذیر می‌سازد.[۵] با توجه به این واقعیت بی‌شک آماده‌سازی و تجهیز شهود توسط وکلای مدافع تابع آیین رفتار حرفه‌ای اقدامی سزاوارتر و به صواب نزدیک‌تر است.

قطع‌نظر از اجماع گسترده‌ای که درخصوص درستی و سلامت اخلاقی آماده‌سازی شاهد و سازگاری آن با اصول داوری تجاری بین‌المللی

---

۳. از دیدگاه یکی از تحلیل‌گران برجسته حقوقی بجاست که نظامهای حقوقی داخلی محدودیتهای خود در ارتباط با رفتار حرفه‌ای وکلا را مورد تعدیل و بازنگری قرار داده و رویه‌های پذیرفته شده امروزی در عرصه داوری بین‌المللی را پذیرا شوند: پالسون، همان منبع، پاورقی ۱، ص ۲۱۹. این امر به ویژه درخصوص آماده‌سازی شاهد در حوزه داوری بین‌المللی، با توجه به نیاز شدید به تأمین شرایط متوازن برای طرفین و وکلای مدافع آنها که در مکاتب حقوقی گوناگونی تربیت شده‌اند، توجیه‌پذیر می‌باشد.

۴. ماده (۳)۴ مقررات کانون بین‌المللی وکلا درخصوص اخذ شهادت در داوری تجاری بین‌المللی و نیز ماده ۶-۲۰ آیین دادرسی دیوان داوری بین‌المللی لندن صریحاً به اصحاب پرونده و وکلای قانونی ایشان اجازه داده‌اند تا با شهود و شهود بالقوه دیدار و مصاحبه کنند...

۵. در نتیجه این واقعیت خارجی، برخی از نویسندگان برجسته آثار حقوقی تفاوتهای بین دیدگاههای حقوق نوشته و حقوق عرفی درخصوص آماده‌سازی شاهد را کم‌اهمیت دانسته و به جای آن بر اهمیت تأکید صریح دیوان داوری به این موضوع در طلیعه رسیدگی و حصول اطمینان از اجرای مقررات واحد نسبت به کلیه اطراف پرونده و وکلای آنها پافشاری کرده‌اند...

وجود دارد، پاره‌ای شاخصه‌های اخلاقی پذیرفته شده عموم نیز وکلای مدافع درگیر در این روند را در انجام موفق‌تر و سالم‌تر آن هدایت می‌کند:

ـ وکیل مدافع حق دارد پرونده را به تفصیل با هر یک از گواهان خود مطالعه کند و ضمن رد و مرتفع ساختن هرگونه اظهارات ضد و نقیض نقاط ضعف گواهی ابرازی شهود را مشخص نماید.

برعکس وکیل نباید به طور مستقیم و یا غیرمستقیم به شاهد پیشنهاد کند که «داستان» خاصی را در جلسه استماع بازگو کند. این کار نه تنها خلاف اخلاق حرفه‌ای است بلکه یقیناً اثر معکوس هم به بار خواهد آورد. شاهدی که طوطی‌وار هر آنچه را که به او آموخته‌اند بازپس می‌دهد، اعتماد و باورشنوندگان خود را به دست نیاورده و به احتمال قریب به یقین پایه‌های لرزان داستان سرهم بندی شده‌اش زیر نخستین فشار پرسش‌های وکیل طرف مقابل و یا اعضای دیوان داوری فرو خواهد ریخت.[۶]

بنابراین در کاربرد روند شش مرحله‌ای آماده‌سازی و تجهیز شاهد که در این نوشتار شرح داده خواهد شد، توجه به این نکته ضروری است که هدف از این روند زمینه‌سازی برای ساخت و پرداخت شرح خاصی از واقعیات پرونده از طریق «دست‌آموز کردن» شاهد نیست. بلکه نقش وکیل مدافع یاری رساندن به شاهد برای رسیدن به یقین و وضوح ذهنی لازم جهت ابراز مؤثر حقایق و واقعیات بر پایهٔ اطلاعات و یا خاطرات شخص خود در حال و فضا و نزد مرجعی است که برای اکثر شهود ناآشنا و هراس‌آور است.

---

۶. در سالهای اخیر شاهدیم که درخصوص آماده سازی اظهارات شاهد دغدغه‌ها و نگرانی‌های اخلاقی و حرفه‌ای به نحو گسترده‌تری ابراز گردیده است... رک. برای مثال «وظیفه وکیل برای مشارکت با حسن نیت در داوری»، اثر وی. وی. ویدر، صص۴۴۷-۴۴۵.

ب ـ چارچوب مناسب آماده‌سازی شاهد

مدت زمان و تلاشی که وکیل و شاهد باید برای آماده‌سازی شاهد صرف کنند، به دو عامل اصلی بستگی دارد:

ـ اهمیت شاهد خاص برای دعوای موکل، و

ـ اهمیت کلی داوری برای موکل که معمولاً با توجه به مبلغ مورد اختلاف و یا اصول و مصالح در معرض خطر سنجیده می‌شود.

روند تشریح شده در نوشتار حاضر با هدف تجهیز و آماده‌سازی شاهدی برجسته در یک داوری مهم تنظیم گردیده است و لذا در پرونده‌هایی که شاهد، شاهدی محوری و تعیین‌کننده نیست و یا موکل در دعوای مطروح نفع عمده‌ای ندارد که به خطر افتاده باشد، عمل به تمام توصیه‌ها و اجرای دقیق کلیه مراحل این روند مقرون به صرفه و اقتصادی نیست. از این‌رو، وکیل مدافع باید چارچوب مناسب و لازم برای آماده‌سازی هر شاهد را برآورد و تعیین کند.

۳ـ شش گام برای آماده‌سازی مطلوب شاهد

روند شش مرحله‌ای زیر برای تجهیز و آماده‌سازی شاهد بر این پیش فرض استوار است که شاهد پیش از این شرح مکتوبی از اظهارات خود را مطابق با رویه جاری در داوری تجاری بین‌المللی تسلیم مرجع داوری کرده و اکنون هنگام آن رسیده تا خود را برای حضور در جلسه استماع نزد دیوان داوری آماده کند.

الف ـ گام اول: از شاهد بخواهید تا پرونده را خود مستقلاً مطالعه کند

روند آماده‌سازی شاهد باید بین ایجاد اعتماد به نفس در شاهد برای ادای شهادت به شیوه‌ای اقناع‌کننده، از یک سو، و آماده کردن شاهد برای

تاب آوردن در برابر هجوم سؤالاتی که از جانب دادگاه و وکلای طرف مقابل به منظور کشف صحت و سقم گواهی او طرح می‌شود، از سوی دیگر، تعادل برقرار سازد. برای رسیدن به این تعادل، ضروری است که فرصتی در اختیار شاهد گذاشته شود تا گواهی خود را با ملاحظهٔ کلیه ادله و مستندات ارائه شده به دیوان داوری و قبل از این که به خاطر وجود هرگونه تناقض‌گویی و یا نقاط ضعف دیگر مورد حمله قرار گیرد، بازبینی و دقت کند.

از این رو، قبل از نخستین دیدار تدارکاتی، وکیل مدافع باید چکیده‌ای از مدارک و اسناد زیر را برای بازبینی مستقل در اختیار شاهد قرار دهد:

کلیه لوایح مربوط به گواهی شاهد،

کلیه پیوستهای مربوط به گواهی شاهد به ترتیب تقدم و تأخر تاریخی (شامل هرگونه سندی که شاهد تنظیم و یا دریافت کرده و یا باید ملاحظه کرده باشد)،

متن کتبی شهادت خودگواه،

کلیه اظهارات دیگر شاهد که با شهادت او در این پرونده ارتباطی دارد،

کلیه گزارشهای کارشناسی که براساس شهادت گواه از واقعیات پرونده پی‌ریزی شده است،

یادداشت فهرست‌واری حاکی از تناقضهای بین اظهارات شاهد با اظهارات شهود دیگر و اسناد و گزارش‌های کارشناسی که در پرونده به ثبت رسیده‌اند.

وکیل مدافع باید اهمیت مطالعه دقیق و موشکافانه این اسناد را به شاهد تأکید کند و از او بخواهد نکات و نقاط مهم این اسناد را علامت

بگذارد و با توجه به آنها فهرستی از نظرات و سؤالات قابل طـرح را بـرای وکیل فراهم نماید.

ب ـ گام دوم: استراتژی هر یک از طرفین را بازنگری کنید

در آغاز نخستین دیدار تدارکاتی، بسیار مفید خواهد بود کـه وکیـل مدافع استراتژی هر یک از طرفین پرونده را همراه با شاهد بازنگری کنـد. این کار اولاً به شاهد نشان خواهد داد که در تیم دفاعی موکل شـما نقـش مهمی به عهده داشته و ثانیاً به او کمک می‌کنـد تـا ضـرورت تمرکـز و موشکافی نسبت به برخی واقعیات و یا اسناد را به هنگام آماده‌سـازی بهتـر درک نماید. به این ترتیب شاهد پی خواهد برد که شهادت وی در مجموعهٔ دلایل و مستندات تقـدیمی چـه جایگـاهی دارد و در نتیجـه بـرای پاسـخ اندیشیده به پرسش‌هایی که در دیوان داوری از وی به عمل خواهـد آمـد، آمادگی بهتری پیدا خواهد کرد.

به این منظور وکیل باید خلاصه‌ای دو صفحه‌ای از پرونده مطروحه را در اختیار شاهد قرار دهد. صفحه اول به پرونده موکل و صفحه دوم به مواضع و استدلالات طرف مقابل او می‌پردازد و در هر یک از آنها روی دو پرسش اصلی تمرکز خواهد شد:

مستندات و مبانی موضوعی و حکمی مواضع طرف در اثبات خواسته مطروحه در داوری چیست؟

نقاط قوت و ضعف پرونده طرف کدام است؟

پس از این بررسی استراتژیک با شاهد، توصیه می‌گردد کـه وکیـل کلیه نسخه‌های موجود از این سند را به منظور پیشگیری از خطر افشای آنها به طرف مقابل و یا دیوان داوری نزد خود ضبط و نگهداری کند.

ج ـ گام سوم: ادله و مستندات را به دقت مطالعه کنید

گام بعدی که از همه وقت‌گیرتر است مطالعه و بررسی دقیق کلیه مستندات ذیربط در کنار شاهد است. انجام این مرحله بسته به پیچیدگی پرونده می‌تواند به یک دیدار و یا حتی به چند دیدار نیاز داشته باشد. بهتر این است که ادله و مستندات ابرازی به ترتیب تقدم و تأخر تاریخی آنها بررسی شوند و به ترتیب کلیه پیوستهای مربوط، تمام اظهارات ذیربط شهود دیگر و گزارشهای کارشناسانی که بر گواهی شهود از واقعیات پرونده استوار است، ملاحظه شوند. همچنین ممکن است که این بررسی بر یک مبنای موضوعی تقسیم و انجام شود.

به منظور انجام این بررسی، وکیل مدافع باید به پیشنهادهای زیر توجه کند:

ـ شاهد را در معرض پرسش‌های گوناگون و نامحدودی درخصوص ارتباط او با واقعیات و مسائل منتهی به اختلاف و اطلاعات شخصی وی از آنها قرار دهد.

ـ از شاهد بخواهد تا هرگونه تناقض احتمالی بین متن گواهی خود و ادله و مستندات دیگر موجود در پرونده را توضیح دهد.

در صورت لزوم، اسناد مهم پرونده را خط به خط مطالعه کند تا اطمینان حاصل شود که شاهد در تنظیم شهادتنامه خود مندرجات این اسناد و مبانی استدلالی دعوای طرف مقابل را مورد توجه قرار داده است.

د ـ گام چهارم: برای سؤال و تحقیق از شاهد خود در دادگاه آماده شوید

۱ـ موضوعات مورد اختلاف را برای سؤال از شاهد خود مرور کنید

پس از پایان بررسی واقعیات پرونده به ترتیب تقدم و تأخر تاریخی

آنها، وکیل پرونده باید موضوعات اصلی قابل طرح در سؤال و تحقیق از شاهد خود را با وی به بحث گذارد. در عین حال ناگفته نماند که به دلیل کاربرد و رواج گستردهٔ شهادتنامه‌های کتبی، چارچوب سؤال و تحقیق از شاهد خودی در داوریهای تجاری بین‌المللی بسیار محدود گردیده است.

۲ـ سؤال و تحقیق از شاهد خود را تمرین کنید

به منظور حصول اطمینان از هرچه بهتر و مؤثرتر انجام شدن روند تحقیق و سؤال از شاهد خودی، توصیه می‌شود که وکیل این روند را با شاهد تمرین نماید. برای این منظور، وکیل باید پیشنهادهای زیر را مورد توجه قرار دهد:

ــ به کلیه مستندات و ابزارهای کمکی دیداری که احیاناً در دیوان داوری مورد استفاده واقع خواهند شد مراجعه کنید.

ــ جلسه تمرینی تحقیق و سؤال از شاهد خودی را بدون وقفه از ابتدا تا انتها ادامه و پایان دهید.

ــ در پایان هر بخش از این تمرین درخصوص محتوا و نحوهٔ ادای شهادت شاهد اعلام‌نظر کنید.

ــ از انجام این تمرین بیش از سه بار و یا گذاشتن فهرستی از سؤالات در اختیار شاهد خودداری کنید، زیرا اگر چنین کردید بعید است که شاهد به سؤالات شما در جلسه استماع به شیوه‌های طبیعی و اعتماد برانگیز پاسخ دهد.

هـ ـ گام پنجم: برای سؤال وکیل طرف مقابل و دیوان از شاهد خودی آمادگی پیدا کنید

۱ــ موضوع اختلافها را برای تحقیق وکیل طرف مقابل و دیوان با

شاهد خودی مرور نمایید. گام بعدی بسیار حساس است: وکیل مدافع باید تمام موضوعاتی را که ممکن است از جانب وکیل طرف مقابل و یا دیوان داوری برای احراز صحت شهادت طرح گردد، با شاهد خودی مرور و بررسی نماید. در جریان این بررسی، توصیه می‌شود که از سؤالات تلقینی استفاده گردد و برای این که شاهد کم و بیش تفاوت بین مرحله سؤال از شاهد خودی و سؤال از شاهد طرف مقابل را درک کند و در حال و فضای جلسه استماع قرار گیرد، از روش تهاجمی‌تر و استیضاحی‌تر بهره گرفته شود.

۲ــ راهنماهای پاسخگویی به سؤالات وکیل طرف مقابل و دیوان را با شاهد خودی در میان گذارید. آنگاه باید رهنمودهای کلی زیر را برای پاسخگویی به پرسش‌های وکیل طرف مقابل و دیوان داوری به شاهد گوشزد کنید:

ــ همیشه حقیقت‌گو باش،

ــ به سؤال خوب گوش فرا ده،

ــ اگر سؤال را خوب نمی‌شنوی، درخواست کن تا تکرار شود،

ــ اگر سؤال را متوجه نمی‌شنوی، توضیح بخواه،

ــ به پرسش‌های مرکب پاسخ مده،

ــ پیش از پاسخگویی مکث و اندیشه کن،

ــ اگر اشتباهاتی در واقعیات مطروح در پرسش می‌یابی آنها را تصحیح کن،

ــ فقط به سؤال مطروح جواب بده،

ــ اطلاعات را رأساً و داوطلبانه در اختیار قرار مده،

ــ هرگاه اقتضا دارد، به پاسخ «بله» یا «نه» بسنده کن،

ــ هرگاه لازم است، پاسخ خود را به نحو اختصار توضیح بده،

ـ از حدس و گمان بپرهیز و اگر جواب سؤالی را نمی‌دانی راحت بگو نمی‌دانم،

ـ بحث و جدل نکن،

ـ سخنرانی نکن،

ـ از پاسخهای مطلق و جزمی بپرهیز، هیچگاه «هرگز» و یا «همیشه» نگو،

ـ آنچه را که باید اقرار کنی، اقرار کن،

ـ جرأت داشته باش تا نسبت به چیزی که قبول نداری پافشاری کنی،

ـ با اعضای دیوان داوری از طریق نگاه رابطه برقرار کن، و بالاخره

ـ اجازه بده تا از لابلای پاسخ‌هایت شخصیت تو جلوه کند.

پس از مرور و تأکید بر رهنمودهای بالا، اغلب تماشا کردن یک نوار ویدیویی تخصصی می‌تواند در آماده کردن شاهد برای پاسخگویی به سؤالات وکیل طرف مقابل مفید باشد. هرچند اکثر این نوارها به ادای شهادت در پرونده‌های مطروح در محاکم امریکای شمالی مربوط می‌گردد، مع‌الوصف تماشای این فیلمها شاهد را با برخی از شگردهای وکلای ماهر در هنگام تحقیق و سؤال از شاهد طرف مقابل آشنا خواهد کرد.

۳ـ شاهد را برای پاسخگویی به سؤالات وکیل طرف مقابل و دیوان داوری آزمایش کنید. بهترین روش ممکن برای تقویت آمادگی شاهد خودی برای تحمل فشارهای جلسه دادگاه و پاسخگویی مطلوب به پرسش‌های وکیل طرف دعوی و داوران، این است که شاهد به طور تمرینی در معرض چند دور سؤال و استنطاق بسیار جدی و هجومی قرار گیرد و به این ترتیب «آب دیده» شود. با پایان هر دور، شاهد راحتی و سهولت بیشتری از این روند احساس کرده و هر چقدر این تمرین به پایان

خود نزدیک می‌شود بر خودباوری شاهد و باورپذیری شهادت او افزوده می‌شود.

برای اجرای این برنامه تمرینی، وکیل باید به پیشنهادهای زیر توجه کند:

ـ در صورت امکان از وکیل دیگری که با شاهد هیچگونه آشنایی ندارد بخواهید تا به جای شما در نقش وکیل طرف مقابل و دیوان داوری ظاهر شود. این جابجایی تمرین شما را بسیار واقعی‌تر خواهد ساخت.

ـ به وکیل جانشین امکان بدهید تا هر مرحله از این تمرین را بدون وقفه به پایان برد. البته لازم نیست که در هر مرحله یک دور تحقیق و سؤال کامل از شاهد صورت گیرد.

ـ از این جلسه تمرینی فیلم ویدیویی تهیه و در پایان هر دور آن را در کنار شاهد تماشا کنید و در حین دیدن فیلم در مورد محتوا و شکل ادای شهادت او نظر بدهید.

ـ تمرین شاهد برای پاسخگویی به پرسش‌های دیوان و وکیل طرف مقابل را چندین جلسه تکرار کنید تا این که شاهد بتواند آنچه را که از تماشای فیلم ویدیویی آموخته است، در عمل اجرا کند.

و ـ آمادگی نهایی

به منظور آماده‌سازی نهایی شاهد در شب و یا صبح قبل از حضور در جلسه استماع برای ادای شهات، وکیل باید به ملاحظات زیر توجه کند:

ـ اطمینان حاصل کند که شاهد شهادتنامه خود و دو صفحه خلاصهٔ استراتژیک پرونده را مطالعه کرده باشد.

ـ در صورت لزوم، مسائل و موضوعات حساسی را که در بخش سؤال از شاهد خودی و یا احتمالاً در خلال سؤالات وکیل طرف مقابل و یا

دیوان داوری طرح خواهد شد، با شاهد مرور کند.

ـ درخصوص احتمال هرگونه تحول جدید در جریان جلسهٔ استماع که می‌تواند بر گواهی شاهد اثر گذارد، مثلاً ارائه اسناد و مدارک جدید و یا شاهد معارضی که شهادت خود را تغییر دهد و یا برای اولین بار شهادت شاهد خودی را به چالش کشد، به شاهد ارائه طریق نماید.

ـ مع‌الوصف تغذیه و تجهیز شاهد به اطلاعات جدید و یا آماده‌سازی فشردهٔ او درست قبل از حضور شاهد در جلسه رسیدگی برای ادای شهادت نباید از حد اعتدال فراتر رفته و شاهد را تحت فشار مضاعف قرار دهد؛ این کار جز سردرگم کردن شاهد و تضعیف روحیه و اعتماد به نفس او اثری نخواهد داشت.

۴ـ نتیجه

اکثراً شنیده می‌شود که وکالت در دعاوی بیشتر از آن که یک علم باشد یک هنر است. صدق این تعبیر شاید در هیچ جنبه‌ای از وکالت به اندازهٔ آماده‌سازی شاهد برای حضور و ادای شهادت در محضر دادگاه نمایان نباشد. از این رو، وکیل باید در روند آماده‌سازی شاهد در عین سخت‌کوشی و انعطاف، پایبندی خود را به خط قرمزهای اخلاق حرفه‌ای حاکم بر این امر مهم نصب‌العین قرار دهد. قطع نظر از نوسانها و متغیرهای غیرقابل پیش‌بینی، امید است که روند شش مرحله‌ای، فهرست شده در این نوشتار چارچوب مفیدی را برای آماده‌سازی و تجهیز شاهد جهت رویارویی با سردرگمی‌ها و فراز و نشیب‌های گریزناپذیر در هر جلسه استماع در داوریهای تجاری بین‌المللی در اختیار وکلای مدافع قرار دهد.

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران
شمارهٔ سی و یکم، ۱۳۸۳، صص ۲۵۸ ـ ۲۰۱

ضمانت اجرای آراء داوری بین‌المللی

دکتر مرتضی زهرایی*

چکیده

این امر که هیچ دولتی نمی‌تواند از ترک فعل یا فعل خلاف خود بهره‌مند شود یک اصل حقوقی پذیرفته شده حقوق بین‌الملل بوده و ریشه در اصل حسن‌نیت دارد. دولتها با امضای توافقنامه حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات یا قبول ارجاع اختلافات به داوری یا رسیدگی قضایی بین‌المللی طی معاهدات دو یا چندجانبه، برای خود تکالیفی به وجود می‌آورند که در صورت عدم توجه یا نقض آنها، موجبات مسؤولیت بین‌المللی آنها فراهم می‌گردد. قواعد عام مسؤولیت در مورد نقض تعهدات بین‌المللی دولتها ناظر به مواردی است که میان طرفین قاعده‌ای خاص (جزئی یا کلی) پیش‌بینی نشده باشد. در فقد مقررات خاص، حقوق بین‌الملل برای کشورها تعهداتی جدید به خصوص راجع به رفع آثار زیانبار نقض تعهدات دولت خاطی پیش‌بینی کرده است. با عنایت بر ترجیح و اولویت تکالیف و تعهدات بین‌المللی دولتها بر قوانین داخلی و تکالیف و

*. دکترای حقوق بین‌الملل.

تعهدات ناشی از آنها، استناد به قوانین و معاذیر داخلی به عنوان مانع اجرای آرای بین‌المللی از دولتها پذیرفته نیست. دولتی که با نادیده گرفتن اصول و قواعد حقوق بین‌الملل از اجرای احکام یا آرای قضایی یا داوری بین‌المللی سر باز می‌زند مکلف به ترک تخلف، قبول خسارات و بالتبع عدم تکرار آن بوده و در نهایت مکلف به جبران خسارت ناشی از عمل متخلفانه خویش می‌باشد. جبران خسارت ناشی از عدم اجرای آرای داوری در اشکال جبران به صورت جایگزینی (با لحاظ دو عنصر امکان‌پذیر بودن و متناسب بودن)، جبران مالی، کسب رضایت زیان‌دیده، اعلان عمل خلاف توسط دیوان داوری یا محکمه قضایی بین‌المللی و اعلان توسط دولت زیان زننده امکان‌پذیر است. با این حال ترمیم خسارات وارده بر اشخاص معمولاً از طریق ارزیابی و تقویم خسارات وارده بر ارزش سرمایه و عدم‌النفع ناشی از نقص صورت می‌پذیرد. اقدام برای ترمیم خسارات معمولاً به صورت توافقی و یا صدور رأی مبتنی بر مصالحه مرضی‌الطرفین عملی می‌گردد.

مقدمه

دولتها با امضای توافقنامه حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات (Compromise) یا تعهد ضمن یک معاهده دو یا چند جانبه جهت ارجاع اختلافات به داوری یا رسیدگی قضایی بین‌المللی، برای خود تکالیفی بوجود می‌آورند که درصورت عدم اتیان یا نقض آنها، موجبات مسؤولیت بین‌المللی آنها بوجود می‌آید.

البته نقض اساسی تعهدات بین‌المللی، گاه تبعاتی حقوقی برای دولت نقض‌کننده بوجود می‌آورد که خارج از حوزهٔ مسؤولیت بین‌المللی او است، مثل آن‌که نقض ماهوی یک عهدنامه مطابق با بند ۱ مادهٔ ۶۰ معاهدهٔ ۱۹۶۹ وین به هر دولت زیاندیده این امکان را می‌دهد که عهدنامه را جزئاً یا به طور کلی فسخ یا معلق نماید.[۱]

مع الوصف « بند۱ ازمادهٔ ۶۱ معاهدهٔ ۱۹۶۹ ... عدم امکان اجرای معاهده را فقط در صورتی علت اختتام دانسته است که حالتی قطعی داشته باشد، در غیر این صورت به موجب همین ماده چنانچه عدم امکان اجرای معاهده حالتی موقت داشته باشد، امتناع از اجرا فقط علت تعلیق است».[۲]

با این حال «اختتام یا تعلیق معاهده مانع ایجاد مسؤولیت برای دولتی که تعهدات بین‌المللی خود را نقض کرده است نمی‌شود. دولت ناقض عهدنامه نه تنها باید خساراتی را که از این طریق بر دیگر تابعان حقوق بین‌الملل وارد کرده است جبران کند، بلکه باید تاوان اعمالی را که باعث اختتام یا تعلیق معـاهده شده است نیز پس بدهد».[۳] به این مطلب می‌بایست

---

۱. ماده ۶۰ «... ۱ـ نقض ماهوی هر معاهده دوجانبه توسط یکی از طرفها، طرف دیگر را مجاز مـی‌دارد که به نقض معاهده، همچون دلیلی برای پایان دادن به اعتبار معاهده یا تعلیق اجرای آن به صورت کلی یا جزئی استناد کند ... ».

۲. هدایت اله فلسفی، حقوق بین‌الملل معاهدات، فرهنگ نشر نو، تهران ۱۳۷۹،ص ۶۰۲.

۳. همان.

عقیم ماندن موضوع توافقات بین‌المللی (Frustrated Agreement) را که در عمل موجبات ختم یا فسخ اجباری توافقات را فراهم می‌آورد اضافه کرد.

بدیهی است که قواعد عام مسؤولیت در مورد نقض تعهدات بین‌المللی دولتها ناظر به مواردی است که میان طرفین قاعده‌ای خاص[۴] (جزئی یا کلی) پیش‌بینی نشده باشد. در فقد چنین مقرراتی خاص، حقوق بین‌الملل برای کشورها تعهداتی جدید به خصوص راجع به رفع آثار زیانبار نقض تعهدات دولت خاطی بوجود می‌آورد که از جمله در بند ۲ مادهٔ ۳۶ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری و فصل دوم پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل درخصوص مسؤولیت بین‌المللی دولتها به آنها اشاره شده است.[۵]

اساسنامه دیوان در جزء (ج) و نیز (د) از بند ۲ مادهٔ ۳۶، دولتها را در پذیرش قضاوت اجباری دیوان بین‌المللی دادگستری در مسائل قضایی و از جمله موارد زیر مخیر می‌داند.

« (ج) حقیقت هر امری که درصورت ثبوت، نقض یک تعهد بین‌المللی محسوب می‌گردد.

(د) نوع و میزان غرامتی که باید برای نقض یک تعهد بین‌المللی داده شود».

در اینجا باید متذکر دو نکته شد:

۱ــ وقتی از نقض تکالیف دولتها در اجرای آراء و دستورات قضایی سخن می‌گوییم، دولت در کلیت خود (اعم از مجریه، مقننه و قضاییه) مطرح است و یک قوّه یا واحد خاص مورد نظر نمی‌باشد. در رابطه با دولتهای فدرال نیز همین وضعیت حاکم است و قواعد عرفی حقوق

---

4. *lex spcialis*.

5. A/CN. 4/L. 602/ REV. 1, pp. 8-11, 26 July 2001.

بین‌الملل به وضوح دلالت بر همین معنی دارند. دیوان بین‌المللی دادگستری در جریان رسیدگی به دعوای جمهوری آلمان علیه دولت آمریکا (مرحله اقدامات موقت) عنوان کرد که مسؤولیت بین‌المللی دولت فدرال (امریکا)، با عملکرد ارگانها و مقاماتی که در آن کشور اقدام به عملی می‌کنند، مطرح می‌شود، به این معنی که به محض صدور قرار اقدامات تأمینی مستند به یکی از ایالات (متحده آمریکا)، دولت فدرال مکلف بوده است که دستور اجرای آن را خطاب به فرماندار ایالت مورد نظر ارسال کرده و فرماندار نیز مکلف بوده است که مطابق با تعهدات بین‌المللی دولت فدرال اقدام کند.[۶]

۲ـ علی‌القاعده وقتی صحبت از انجام تکالیف مربوط به اجرای آراء توسط دولت محکوم علیه می‌شود اصل اولی، اجرای همان تکلیف موضوع رأی می‌باشد. مع الوصف در صورتی‌که اجرای رأی مرجع داوری یا قضایی بین‌المللی عملاً کفایت از اجرای تعهدات دولت ناقض آن را نکند، اصول عمومی حاکم بر نقض تکالیف دولتها و آثار آن مطرح می‌گردد که موضوع اصلی این مقاله می‌باشد. لازم به یادآوری است که به جهت موضوع خاص پژوهش (اجرای احکام)، در بیان این تکالیف و راه حلهای جبران خسارات ناشی از نقض آنها، به مرجع صلاحیتدار رسیدگی کننده به این جبران‌ها اشاره نخواهد شد.

در این نوشتار به اصول و قلمرو مسؤولیت و نیز وضعیت‌های خاص و آثار حقوقی ناشی از آن موارد اشاره شده است. بدیهی است که در فقد سازوکار مناسب برای اجرای احکام و آراء بین‌المللی و بعضاً امتناع از اجرای آنها، مسؤولیت بین‌المللی دولتها و آثار ناشی از آن می‌تواند به نوعی جبران کننده این خلأ باشد.

---

6. *La Grand* (*Provisional Measures*) *Case*, ICJ Reports 1999, 9, 16 (para. 28).

گفتار اول: استناد به قوانین داخلی به عنوان مانع اجرای آراء بین‌المللی موجه نیست

دولت محکوم‌علیه نمی‌تواند برای عدم اجرای آراء داوری یا قضایی بین‌المللی به قوانین داخلی خود استناد کند.

دولتی که با عدم اجرای آراء داوری یا قضایی بین‌المللی موجبات نقض یا تخلف از قوانین بین‌المللی را فراهم آورده است نمی‌تواند برای عدم انجام تعهدات بین‌المللی خود به قوانین داخلی تمسک جوید. هرچند که به جهت داخلی در اجرای آراء با مانع مواجه باشد. مادهٔ ۲۷ کنوانسیون معاهدات در این خصوص عنوان می‌دارد:

« هیچ‌یک از طرفهای معاهده نمی‌تواند برای توجیه عدم اجرای معاهده، به مقررات حقوق داخلی خود استناد کند. این قاعده به مادهٔ ۴۶ لطمه‌ای وارد نمی‌کند». در مادهٔ ۴۶ کنوانسیون یاد شده نیز، درخصوص عیب رضا در انعقاد معاهده و عدم نفوذ معاهده به استثنای تخلف بارز در نقض قانون، با اهمیت و اساسی اشاره شده است.

بند ۲ از مادهٔ ۲ منشور ملل متحد نیز اعضا را به انجام تعهدات خود با حسن نیت دعوت کرده است. علاوه بر این، دیوان بین‌المللی دادگستری در آراء خود به کرات دولتها را برای انجام تعهدات بین‌المللی آنها مکلف دانسته است که ذیلاً سعی خواهد شد به تمامی این ارجاعات پرداخته شود.

بند یکم: توصیف اقدامات متخلفانه بین‌المللی

کمیسیون حقوق بین‌الملل در ماده ۳ پیش‌نویس مسؤولیت بین‌المللی دولت، توصیف اعمال دولتها را به عنوان اعمال خلاف روابط بین‌الملل، تابع حقوق بین‌الملل دانسته و آن را تابعی از توصیف حقوق داخلی ندانسته

است.[۷] به نظر می‌رسد که قواعد حقوق بین‌الملل در این موضوع به اندازه کافی روشن و جا افتاده باشد، دولتها نمی‌توانند با استناد به مقررات داخلی خود یا نقص در آن، در پاسخگویی به ادعای نقض تعهدات براساس حقوق بین‌الملل، خود را مبری از مسؤولیت نقض یا تخلف بدانند.

اقدامات قوای مقننه یا قضاییه یا دیگر مسؤولین تصمیم‌گیر را نمی‌توان اقدامات شخص ثالثی دانست که دولت در مقابل آنها مسؤولیتی نداشته باشد و یا به واسطه اعمال آنها، جوابگوی مسؤولیت بین‌المللی خود نباشد.

هیأت داوری رسیدگی کننده به دعاوی آلاباما، ادعای بریتانیا را در فقد مصوبهٔ قانونی برای جلوگیری از تجارت و کمک به نیروهای کنفدراسیون در جنگهای داخلی نپذیرفت اما متقابلاً ادعای امریکا را درخصوص نقض بیطرفی دولت بریتانیا پذیرفت.[۸]

دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه منطقه آزاد ساووی علیا و ژکس، ادعای فرانسه در مورد تحدید تعهدات بین‌المللی‌اش از طریق مصوبات قانونی داخلی را نپذیرفت.[۹] دیوان یاد شده همچنین در قضیهٔ موسوم به اتباع لهستان در دانزیک آورده است که:[۱۰]

«دولت نمی‌تواند برای نفی تعهدات بین‌المللی خود مطابق حقوق بین‌الملل، به قانون اساسی خود استناد کند. با اعمال این قاعده در قضیهٔ حاضر، نتیجه آن‌که مسأله رفتار با اتباع لهستان ویا دیگر اتباع با ریشهٔ لهستانی یا زبان لهستانی می‌باید صرفاً براساس قواعد حقوق بین‌الملل و

---

7. ICJ Reports 1952, p. 212; ICJ Reports 1973, p. 18; ICJ Reports 1986, p. 138.

8. Moore, *Arbitration*, 1872, p. 653 In "*Principles of Public International Law by Ian Brownlie*", p. 35, Fourth Edition, Clarendon Press, 1990.

9. P.C.I.J., Series A/B, No. 46, 1932, p. 167.

10. Polish Nationals in Danzig, 1931, P.C.I.J., Series A/B, No. 44, p. 24.

مقررات عهدنامهٔ موجود بین لهستان و دانزیک مورد توجه قرار گیرد».

همچنین دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی خود در قضیهٔ موسوم به جامعهٔ بلغاری یونانی اعلام داشت، این‌که دولتهای عضو یک معاهده، در رابطه با یکدیگر نمی‌توانند به مقررات داخلی استناد کنند، اصلی عام و پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل است.

دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در نظریه مشورتی خود در قضیهٔ موسوم به قابلیت تعهد به ارجاع به داوری، براساس بخش ۲۱ موافقتنامه ۲۶ ژوئن ۱۹۴۷ سازمان ملل متحد اعلام کرد:[11] «این سؤال که قانون ایالات متحده در خصوص مبارزه با تروریسم مؤثر در بخش ۲۱ موافقتنامه است، موضوعیت ندارد چرا که قواعد موجود در قوانین داخلی مؤثر در تعهدات بین‌المللی دولتها نیست».

به نظر می‌رسد در این‌که انطباق با مقررات حقوق داخلی مانع از توصیف عمل متخلفانه بین‌المللی نیست امری مقبول در حقوق بین‌الملل است و تصمیمات دیوانهای قضایی بین‌المللی هم مؤید این معنی است، به خصوص دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری صراحتاً این قاعده را در قضیه موسوم به ویمبلدون بیان کرده است.[12] این دیوان استدلال دولت آلمان در این‌که عبور کشتی از کانال کیل باعث تخلف (آلمان) از قوانین بیطرفی این کشور خواهد شد را این‌گونه رد کرد:

«نظم بیطرفی که توسط یک دولت (تنظیم و) صادر می‌شود غالب بر مقررات عهدنامه‌ای آلمان براساس مادهٔ ۳۸۰ عهدنامهٔ ورسای نیست که در آن دولت آلمان تکلیفی مشخص (برای عبور کشتی ویمبلدون از

11. ICJ Advisory Opinion of 26 April, 1988 (ICJ Reports 1988) , p. 12 at 31-2, para. 47 .

12. S.S. Wimbeldon, 1923, P.C.I.J., Series A, No. 10, p. 24.

کانال کیل) دارد. (دولت آلمان) نباید مقررات بیطرفی خود را بر تعهداتی مقدم بدارد که براساس این مادهٔ (۳۸۰) پذیرفته است».[۱۳]

شعبه‌ای از دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در رابطه با ادعای حکومت قوانین داخلی بر تعهدات دولت در دعوی *Elettronica Sicula SPA* (*ELSI*) با تأیید حکومت قواعد حقوق بین‌الملل اعلام کرد:[۱۴]

«اقدام مطابق حقوق داخلی و اقدام بر اساس قواعد عهدنامه دو مسأله متفاوت هستند، نقض عهدنامه که ممکن است در حقوق داخلی، قانونی باشد و نیز آنچه که در حقوق داخلی ممکن است غیرقانونی باشد، ممکن است تخلف از مقررات عهدنامه هم باشد. حتی اگر مقام اداری نظر داده بود که درخواست از نظر حقوق ایتالیا کاملاً موجه بوده، مانع از احتمال این‌که از عهدنامه بین دولتی و مودت تخلف محسوب شود، نمی‌بود ...». همچنین این واقعیت که اقدام یک مقام عمومی در حقوق داخلی غیرقانونی بوده است ضرورتاً به این معنی نیست که در حقوق بین‌الملل هم به عنوان نقض عهدنامه یا غیر آن، غیرقانونی باشد.[۱۵]

بند دوم: تبعیت حقوق داخلی از حقوق بین‌الملل در موارد خاص

در مواردی که قواعد حقوق بین‌الملل دولتی را مخیر می‌دارد که مطابق با مقررات قوانین داخلی خود اقدام کند، این قاعده که توصیف عملکردی در حقوق بین‌الملل به عنوان عملکردی غیرقانونی در حقوق داخلی نیز عملی غیرقانونی است نمی‌تواند مؤثر در توصیف همان عمل به عنوان عملی قانونی درحقوق داخلی باشد و قاعده مذکور استثناء بوجود

13. Ibid, at pp. 29-30.

14. ICJ Reports 1989, p. 51, para. 73.

15. Ibid , p. 47, para. 124.

نمی‌آورد. بدیهی است که در چنین وضعیتی اقدام مطابق با حقوق داخلی متناسب با حقوق بین‌الملل است. نتیجه آن‌که:

۱ـ توصیف عملکرد دولت به عنوان عملکرد متخلفانه در سطح بین‌المللی صرفاً تابع توصیف در حقوق بین‌الملل است ونه توصیف در حقوق داخلی.

۲ـ با تأیید عملکردی که براساس حقوق بین‌الملل متخلفانه توصیف می‌شود، قانونی بودن آن عمل براساس حقوق داخلی قابل توجیه و توصیف نمی‌باشد.

۳ـ در فرض تخییر و آزادی دولت به عمل مطابق حقوق داخلی (به موجب حقوق بین‌الملل) به تبع، توصیف قاعده در حقوق داخلی نیز مطابق قاعده تلقی می‌گردد.

بنابراین مستنبط از ماهیت تعهدات عهدنامه‌ای و حقوق عرفی بین‌المللی می‌توان بر آن بود:

الف ـ تکلیفی عام برای انطباق قواعد مربوط به تعهدات بین‌المللی و درج آن در حقوق داخلی وجود دارد[۱۶] (این تکلیف به طور یکسان بر کشورهای بسیط و مرکب (فدرال) اعمال می‌شود).

ب ـ قصور در اقدام به شرح الف، به خودی خود نقض مستقیم حقوق بین‌الملل نیست بلکه نقض هنگامی بوجود می‌آید که دولت از رعایت تکالیف بین‌المللی خود براساس‌عهدنامه، عرف (به طور خاص) و از جمله اجرای احکام یا آرای داوری استنکاف ورزد.

لازم به یادآوری است که بعضاً تقنین مصوبه‌ای خاص می‌تواند به خودی خود موجد نقض تکالیف بین‌المللی باشد و نیز تغییر حکومتها نمی‌تواند توجیه‌کننده عدم اجرای تعهدات بین‌المللی دولتها باشد.

---

16. P.C.I.J (1925) Exchange of Greek & Turkish Populations, Series B, No. 10, p. 20.

گفتار دوم: اصول عام مسؤولیت ناشی از نقض تعهدات دولتها در رسیدگی‌ها و اجرای آرای داوری بین‌المللی

نقض حقوق بین‌الملل در اجرای آرای داوری بین‌المللی را می‌توان در طیف وسیعی از موارد مختلف مشاهده کرد، از موارد کوچک گرفته تا بزرگ، که بعضاً می‌تواند مؤثر در زندگی یک ملت، جامعه یا منطقه (مسائل محیط زیستی) باشد.

نتیجه آن‌که مسؤولیت می‌تواند در مقابل یک کشور، چند کشور یا جامعه بین‌المللی باشد. با این حال فراتر از موضوع آثار هر مورد خاص، احترام به حقوق بین‌الملل و استمرار آن، قواعد و نهادهای مسؤولیت دولت از باب نیل به اهدافی که کشورها از طریق تقنین قواعد در سطح بین‌المللی انجام می‌دهند بازتاب بیشتری دارد.

مبحث اول: آثار حقوقی نقض

با صدور رأی مرجع داوری بین‌المللی، این رأی که در واقع تکلیفی ناشی از توافقات داوری (منبعث از تعهدات بین‌المللی دولتها) و قبول نتیجهٔ حاصل از رسیدگی‌های مرجع داوری است، به عنوان تکلیف دولت محکوم در قالب اجرای رأی داوری توجیه می‌گردد. این در حالی است که به خصوص در داوریهای بین الدولی، خواستهٔ یک یا طرفین آن ضرورتاً پرداخت وجه نقد یا انجام تکالیف مالی نبوده و بعضاً ممکن است اقدام به فعلی خاص باشد. اگر دولت محکوم از زمان صدور رأی مکلف به انجام تعهدی خاص می‌باشد در فرض عدم انجام این تعهد، این دولت، ناقض تعهدات خود بوده و این نقض باعث مسؤولیت بین‌المللی وی می‌گردد. همانند نقض دیگر تکالیف بین‌المللی در حوزهٔ روابط دولتها، نقض دولت محکوم در قالب استنکاف از اجرای رأی دارای آثار وضعی خاص است که

ذیلاً بدان اشاره می‌شود. قبل از هر مطلب تذکر این نکته لازم است که مهم‌ترین بحث در آثار حقوقی نقض عبارت از تعهدات کشور متخلف به توقف اعمال متخلفانه است. در صورتی‌که این تخلف باعث نقض جدی تعهدات یک کشور (که ناشی از قواعد آمره حقوق بین‌الملل است) گردد، این نقض ممکن است دارای آثار ناشی از تخلف برای دولت مسؤول و دیگر دولتها گردد که با وی در این نقض شریک‌اند یا از وقوع آن جلوگیری نمی‌کنند، چه در این حالت تمامی کشورها تعهد به همکاری برای توقف اعمال متخلفانه دولت ناقض دارند. این دولت‌ها همچنین برای شناسایی هر وضعیت ناشی از عمل متخلفانه و کمک به دولت متخلف در حفظ وضعیت نقض، مسؤولیت دارند.

از طرف دیگر، مسؤولیت می‌تواند در مقابل یک دولت در موضوعی واحد و یا در قبال تعداد زیادی اشخاص (حقوقی) و یا حتی جامعه بین‌المللی (مسائل حقوق بشر و نقض آن) باشد.[۱۷]

بدین ترتیب جدای از موضوع تأدیه خسارات ناشی از نقض که در جای خود بحث خواهد شد، دو موضوع اساسی دیگر نیز مورد نظر خواهد بود، اول اثر عمکرد دولت مسؤولی که مورد تخلف و عدم اجرای رأی از وی سرزده است و دوم توقف نقض در صورت استمرار.

اصولاً این یک قاعدهٔ کلی حقوقی در حقوق بین‌الملل است که به موجب آن آثار حقوقی ناشی از عمل متخلفانه دولت، مؤثر در انصراف همان دولت در انجام تعهدات خود نیست، به عبارت دیگر و به طور تلویحی از این قاعده می‌توان:

۱ــ عدم استمرار عمل متخلفانه به تبع عمل خلاف بوجود آمده را استنباط کرد، چرا که «هیچ کس نمی‌تواند از عمل خلاف خود بهره مند

17. ICJ Reports (5 Feb. 1970) , para. 33 (B*arcelona Traction Case*).

شود».[۱۸]

۲ـ اصالت بر بقای تکالیف دولت در مقابل تعهدات بین‌المللی وی را استنباط کرد چرا که نقض، عملی خلاف قاعده است که اصالت ندارد و در ثانی به عمل غیراصیل یا خلاف قاعده نمی‌توان آثار حقوقی مثبت (به نفع مرتکب اعمال) بار کرد.

یک نتیجه دیگر ناشی از این استنباط، برقراری رابطه یا روابط حقوقی جدید بین دولت محکوم له و محکوم علیه می‌باشد که علاوه بر روابط عادی قبلی بوده و تأثیری بر استمرار روابط قبلی ندارد و در فرض تأمین خسارات ناشی از نقض (به عنوان انجام تکلیف اصلی)، اجرای تعهدات قبلی همچنان برعهده وی خواهد بود.

مبحث دوم: حکم به توقف اقدامات متخلفانه به عنوان جبران خسارت و اجرای آن

با این توصیف، موضوع توقف اقدامات متخلفانه و اجرای حکم ممکن است به خودی خود تنها راه جبران خسارت یا ختم اقدام متخلفانه تلقی شود، در قضیهٔ کارکنان دیپلماتیک و کنسولی تهران، دیوان در بخشی از طرق جبران خسارت، آزادی فوری کاردار امریکا در ایران و دیگر کارکنان کنسولی را مورد حکم قرار داده[۱۹] و از دولت ایران تقاضای اجرای فوری حکم را کرد.

دیوان بین‌المللی دادگستری در موردی مشابه در قضیه نیکاراگوئه از دولت ایالات متحده امریکا درخواست کرد به فوریت از هر اقدامی که

---

۱۸. دکتر سیفی، سید جمال، رأی دیوان دادگستری بین‌المللی در قضیه سکوهای نفتی: دیپلماسی قضایی در دادرسی بین‌المللی، مجله پژوهشهای حقوقی(۴)، ص ۵۴، سال انتشار ۱۳۸۲ به نقل از:
ICJ Reports 2003, para. 93.

19. ICJ Reports 1980, p. 45.

نیکاراگـوئه را از دستـرسی به بنـادر خود محـروم می‌کند به خصوص مین‌گذاری در آن بنادر خودداری کند.[۲۰] در هر دو مورد فوق با لحاظ ماهیت سیاسی اختلافات، در نهایت طرفین از طریق گفتگوهای سیاسی به نتیجه مورد نظر رسیده و اجرای حکم عملاً (از جهت اقدام مطابق با دستور و رأی دیوان) منتفی گردید.

همانطور که قبلاً نیز اشاره شد یکی از آثار نقض تعهدات (برابر مادهٔ ۶۰ کنوانسیون ۱۹۶۹ معاهدات) می‌تواند ختم قرارداد توسط دولت زیاندیده باشد (گو این‌که نقض ساده تعهدات توسط طرفین معاهده به آنها حق فسخ قرارداد را نمی‌دهد چنانکه دیوان بین‌المللی دادگستری در موضوع تفسیر معاهده ۱۹۷۷ بین مجارستان و اسلواکی به آن پرداخته است).[۲۱] این در حالی است که نقض (اعم از عادی و یا شدید) به خودی خود (بدون اراده دولت زیاندیده) موجبات فسخ معاهده را فراهم نمی‌آورد. چرا که ممکن است دولت زیاندیده نفعی در خاتمه معاهده نداشته و بالعکس انجام تعهدات آن برای وی مطلوب باشد.

در صورتی‌که انجام تعهدات معاهدات یا توافقنامه موضوع داوری (قبل از فسخ آن) برای طرفین آثاری داشته باشد، فسخ نمی‌تواند از بروز این آثار جلوگیری کند[۲۲].

قانون حاکم بر نقض، منبعث از روابط و تعهدات اصلی (قراردادی) خواهد بود. بدین ترتیب در فرض عدم اجرای آراء مرتبط با تعهدات عهدنامه‌ای طرفین، در صورت جدی و ماهوی بودن عدم اقدام به تکالیف،

---

20. ICJ Reports 1984, p. 187.

21. ICJ Reports 1997, p. 7 at p. 68, para. 11 (*Hungary / Slovakia*).

22. Mc Nair's Dissent Opinion in Ambatielos (*Preliminary Objection Phase*), ICJ Repors 1952, p. 28 at p. 63, Cited in *Rainbow Warrier* (*New Zeland-France*) *UNRIAA* , Vol. XX, p. 217 *et seq*. (1990) at 266.

هریک از اطراف عهدنامه اختیار فسخ آن را داشته و در غیر آن می‌تواند اقدام به تعهدات خود را معلق نمایند.

مبحث سوم: تکلیف به توقف نقض و عدم تکرار آن

دولت متخلف از اجرای حکم علاوه بر توقف نقض تعهدات خود می‌بایست تأمین و یا تضمینات لازم برای عدم تکرار نقض بدهد. هر دو این اقدامات در راستای اعاده وضعیت انجام تعهدات و حرکت در روند جلب اعتماد و جبران خسارات ناشی از نقض تعهدات می‌باشد.

همانطور که گفته شد، توقف اقدامات متخلفانه جنبهٔ سلبی اقدامات آتی است که تضمینی مثبت به دولت زیاندیده می‌دهد، چرا که تأمینات و تضمینات، کارکردی بازدارنده داشته و می‌توان آن را پشتوانه محکم برای اجرای مثبت و مجدد تعهدات در آتیه دانست. استمرار اجرای تعهدات مارالذکر فرض ضروری هر دو مطلب قبلی است چرا که اگر متعاقب تخلف، تعهدی وجود نداشته باشد، اصولاً بحث توقف معنی نداشته و دادن تأمین و تضمینات کافی موضوعیت نخواهد داشت.[۲۳] مع الوصف این مطلب را باید در نظر داشت که توقف اقدام متخلفانه دولت باید به نوعی تفسیر گردد که ترک فعل دولت را نیز در بربگیرد.[۲۴]

در مکانیزم حل و فصل اختلافات در سازمان تجارت جهانی (*WTO*) اصل بر توقف اقدام غیرقانونی است تا دیگر طرق جبران. مستنبط از موافقتنامهٔ تشکیل سازمان تجارت جهانی در ۱۵ آوریل ۱۹۹۴، ضمیمهٔ ۲ (موسوم به قواعد و روش حاکم بر حل و فصل اختلافات به خصوص بند ۷ مادهٔ ۳ آن)، درصورتی که امکان توقف عمل خلاف به صورت فوری میسر

---

۲۳. در این زمینه به مادهٔ ۷۰ کنوانسیون ۱۹۶۹ معاهدات وین (بند ۱) مراجعه شود.

24. UNRIAA (*Rainbow Worrier*), Vol. XX, p. 217 (1990) , at p. 270, para. 113.

نباشد و به عنوان عملی موقت، تا زمان توقف عمل متخلفانه، دولت ناقض مقررات *WTO* مکلف به جبران خسارت است.[۲۵]

اگرچه در مقایسه بین جبران خسارت و توقف اعمال متخلفانه، و در رجحان یکی بر دیگری، علی‌الاصول غلبه با اولی است، ولی در رابطه با مسؤولیت بین‌المللی دولت و در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری، محوریت با توقف اعمال خلاف است.[۲۶] استنباط این امر می‌تواند از آن جهت باشد که کارکرد توقف عملیات خلاف، اولاً خاتمه دادن به تخلف از حقوق بین‌الملل است، ثانیاً تضمین استمرار اعتبار و مؤثر بودن قاعدهٔ اصلی مورد نظر است، و ثالثاً برقراری و استمرار محیطی صلح‌آمیز است، نتیجه آن‌که درصورت توقف اقدامات توسط دولت مسؤول، منافع دولت زیاندیده و جامعهٔ جهانی در مجموع (و در جهات حفظ و استناد به قواعد حقوقی) تضمین می‌شوند.

در توضیح این مطلب که آیا توقف عملیات متخلفانه صرفاً اقدام دولت ناقض به پایبندی به تعهد اصلی حاصل می‌شود یا نه؟ می‌توان بر آن بود که:

یک ــ موضوع توقف عملیات متخلفانه فقط هنگام نقض قواعد مطرح می‌گردد.

دو ــ موضوع توقف اقدامات متخلفانه اغلب به صورت تنگاتنگ با موضوع جبران خسارت مطرح می‌شود (جایگزینی، اعاده وضعیت سابق و ...)، مع الوصف ممکن است این دو راه حل با هم آمیخته شوند که ضرورتاً (برخلاف جایگزینی)، مشروط و محدود به متناسب بودن نمی‌باشند. ممکن است موضوع به استمرار تعهدات دولت برگردد، یا انجام

---

25. WTO Panel Report 21 Jan. 2000, para. 6. p. 49 (WTO Doc. WT/DS 126/RW).

26. C. Gray, *Judicial Remedis in Internatinal Law*, Oxford, Clarendon Press 1987, pp. 77-92.

آن به تقریب مورد نظر قرار گیرد.

در دعوی *Rainbow Worrier*، نیوزیلند خواهان استرداد دو زندانی بود که به نظر این کشور، فرانسه باید آنها را جهت طی مدت باقیمانده زندان (تا سه سال) در جزیره *Hao* عودت می‌داد. دیوان داوری رسیدگی کننده به این اختلاف با این نظر نیوزیلند مخالفت کرده، معتقد بود مدت زمان سه سال برای دورهٔ معینی بوده که سپری شده و از جهت توقف اقدام به اصطلاح متخلفانه مسؤولیتی متوجه فرانسه نمی‌باشد.[۲۷] به نظر دیوان یاد شده، بازگشت ۲ نفر به جزیره *Hao* نمی‌توانست برای نیوزیلند فایده‌ای داشته باشد. برای فرانسه هم تکلیفی مستمر برای نگهداری آنها در جزیره وجود نداشت، در نتیجه با توجه به بازگشت به وضعیت مورد نظر نیوزیلند، دارای ارزش کمی بوده یا اصولاً ارزشی نداشته، تعهد نقض شده عملاً وجود خارجی نداشته است.[۲۸]

برعکس، درصورتی‌که به موجب رأی صادره انجام اقدامی مستمر و ایجاد تعهداتی بر عهده دولت متخلف فرض شده و دولت زیاندیده نیز اختیاری بابت تغییر یا چشم پوشی از آن نداشته باشد، برای دولت زیاندیده اختیاری جهت رد جایگزین آن وجود نخواهد داشت. بدین ترتیب تفکیک بین توقف اقدامات و جایگزینی می‌تواند آثار مهمی در رابطه با تعهدات دولتهای ذیربط داشته باشد.

در رابطه با اعاده وضعیت سابق و جلب اعتماد در روابط مستمر بین دولتها، دادن تأمینات و تضمینات متناسب‌تر می‌باشد، اگرچه این روش مبتنی بر انعطاف بیشتر (در مقایسه با توقف اقدامات متخلفانه) می‌باشد، ولی در عین حال الزامی برای دادن آن در تمام موارد وجود ندارد. این تضمینات

---

27. UNRIAA , Vol. XX, p. 217(1990) , at p. 266, para. 105.

28. Ibid.

معمولاً وقتی درخواست می‌شوند که کشور زیاندیده دلایل یا دلیلی داشته باشد که صرف اعادهٔ وضعیت موجود قبلی و اجرای رأی داوری برای وی رضایت بخش نبوده و کافی برای نیل به مقصود نمی‌باشد. در سال ۱۹۶۵ بعد از یکسال از زمان تظاهرات علیه امریکا مقابل سفارت این کشور در مسکو، رئیس جمهوری امریکا درخواست تضمینی بیشتر از اظهار تأسف و جبران غرامت کرده و آن را برای حمایت از کارکنان و محل سفارت (آنچنان‌که در حقوق بین‌الملل از آن یاد شده) ضروری‌تر دانست.[۲۹]

این موضوع که تعهد به ارائه تأمین یا تضمینات می‌تواند آثار حقوقی ناشی از اقدامات متخلفانه یا راه حلی برای ترمیم آثار آن باشد در یکی از جدیدترین دعاوی مطروحه نزد دیوان بین‌المللی دادگستری در دعوی موسوم به *la Grand* مورد توجه دیوان قرار گرفته است.[۳۰] در این دعوی، آلمان علیه ایالات متحده امریکا ادعایی مطرح کرده بود که براساس آن، دولت اخیر بر خلاف بند ب مادهٔ ۳۶ کنوانسیون ۱۹۶۳ وین (در خصوص روابط کنسولی)، امکان ارتباط و تماس دو برادر زندانی با نمایندگان کنسولی آلمان در امریکا را فراهم نیاورده است. امریکا استدلال می‌کرد که دادن چنین تضمیناتی فراتر از قلمرو تعهدات کنسولی کنوانسیون ۱۹۶۳ وین بوده و دیوان فاقد صلاحیت لازم برای الزام امریکا به انجام چنین اقدامی می‌باشد.

دیوان در رابطه با صلاحیت خود رأی داد: «... اختلاف مربوط به راه حل‌های متناسب برای (ترمیم آثار) تخلف از کنوانسیون مورد ادعای آلمان، اختلافی ناشی از تفسیر یا اعمال کنوانسیون بوده و بنابراین در حوزهٔ صلاحیت دیوان می‌باشد. درصورتی‌که دیوان برای اختلاف در موضوعی

---

29. I.L.M, Vol. IV, 1965, p. 698.

30. ICJ Reports , Judgment of 27 June 2001, *Germany v. U.S.A*.

خاص صلاحیت داشته باشد، مبنای جداگانه برای صلاحیت دیوان جهت بررسی خواسته‌های مورد تقاضای یکطرف درخصوص نقض تعهدات وجود ندارد. در نتیجه دیوان... صلاحیت دارد».[۳۱] در رابطه با تضمینات خاص مورد درخواست آلمان، دادگاه نظر داد:

«... این‌که ایالات متحدهٔ امریکا علیرغم تعهد مورد نظر... به زیان اتباع آلمان از تعهد خود دال بر اطلاع کنسولی قصور ورزد، درصورتی‌که افراد مورد نظر مشمول توقیف طولانی مدت بوده و یا متهم و محکوم به کیفرهای سخت گردند، ایالات متحدهٔ امریکا باید با روشی که خود انتخاب می‌کند اجازه دهد که اتهام و محکومیت آنها با لحاظ امتناع از حقوق مذکور در کنوانسیون مورد بررسی و بازنگری قرارگیرد ...».[۳۲]

متأسفانه دیوان در این رأی مبنای حقوق تضمینات و عدم تکرار عمل خلاف را بیان نکرده است.

اخذ تضمین به عدم تکرار را می‌توان از طریق اسقاط قاعده نیز به دست آورد، مثل آن‌که از طریق نسخ مصوبه‌ای که نقض تعهد اجرای رأی داوری و وقوع آن را مجاز می‌شمارد، بتوانیم این مفاهیم را عینی کنیم که در نتیجه ممکن است در بعضی رویه‌ها تقابل بوجود آید. درصورتی‌که اخذ تضمین به عدم تکرار از سوی دولت زیاندیده به عمل آید، مسأله اساساً احیای مجدد اجرای روابط حقوقی و تمرکز طرفین به سوی آینده است و نه گذشته. تضمین به عدم تکرار معمولاً به صورت شفاهی داده می‌شود و این در حالی است که این نوع تضمین، مشتمل بر اقداماتی است که بیشتر از

31. Ibid , para. 48, *Chorozow Factory* 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9. p. 22.

32. Ibid, para. 12; ibid, paras. 127 & 128 (7).

یک تکلیف عادی است. برای مثال، توضیح و تبیین اقدامات بازدارنده‌ای که توسط دولت مسؤول برای اجتناب از نقض معین شده است. اما در رابطه با نوع تضمینی که باید داده شود، رویهٔ واحد بین‌المللی وجود ندارد. در جریان رسیدگی‌های داوری یا قضایی بین‌المللی معمولاً دولت زیاندیده تعهداتی را از دولت زیان زننده برای عدم تکرار عمل خلاف (و بدون آن‌که ویژگی خاصی برای آن قائل شود) درخواست می‌کند، مثل آنچه که درسال ۱۹۶۶ در روابط بین چین و اندونزی و حمله به سرکنسولگری چین در جاکارتا بوجود آمد که در جریان آن معاون وزیر خارجهٔ چین از دولت اندونزی درخواست کرد تضمینی بدهد که دیگر چنین حوادثی اتفاق نیفتد.[۳۳] ممکن است درخواست حمایت و حفاظت بیشتر و بهتر از اموال و افراد به عمل آید. دیوان در جریان رسیدگی به قضیهٔ *La Grand* با ذکر مشخصه‌هایی از تعهد ایالات متحدهٔ امریکا، درخصوص نقض آتی صحبت به میان آورده، متذکر شد این تعهد به صور متعددی قابل اعمال است که انتخاب راههای آن بر عهده ایالات متحده امریکاست.[۳۴] دیوان همچنین اعلام داشت که یک کشور ممکن است در وضعیتی نباشد که تضمینی قاطع در مورد عدم تکرار پیشنهاد کند[۳۵] و این‌که بتوان چنین اقدامی را انجام داد یا نه بستگی به ماهیت تعهد مورد نظر دارد.

در بعضی موارد کشور زیاندیده ممکن است از دولت مسؤول درخواست کند برای عدم تکرار، اقداماتی خاص همچون اجرای رأی داوری را انجام داده یا راه خاصی را اتخاذ کند. بعضی مواقع خواسته دولت زیاندیده، احترام به حقوق وی در آینده یا انجام اقدام خاصی است. در جریان داوری موسوم به *Trail Smelther*، دیوان اقداماتی را در جهت

33. R.G.D.I. P., Vol. 70 (1966), p. 1013.

34. *La Grand*, (Merits), Judgment of 27 June 2001, paras. 25 & 128 (7).

35. Ibid, para. 124.

اجتناب از آلودگی گاز معین کرد که توسط *Trail Smelter* در امریکا رعایت شود.[۳۶]

گفتار سوم: جبران زیان ناشی از عدم اجرای آراء داوری

همانطور که قبلاً گفته شد طرفین اختلاف با امضای قرارداد یا موافقتنامه داوری و یا درج آن در یک عهدنامه، تفاهم نامه و ... خود را متعهد به اجرای آثار ناشی از آن می‌کنند که فرد اعلای این تعهدات، اجرای آراء یا احکام داوری یا دیوان بین‌المللی مورد نظر می‌باشد. به عبارت دیگر، اجرای آراء صادره از یک مرجع بین‌المللی را نیز می‌توان تفاهم طرفین اختلاف به چگونگی رفع اختلاف حاصله فرض کرده و در نتیجه آنها را پایبند به آن و انجام تکالیف ناشی از آن دانست. بدیهی است که با لحاظ ماهیت این تعهدات، هر نوع نقض تکالیف حاصل از اجرای آراء، موجبات مسؤولیت بین‌المللی دولت ممتنع از اجرا یا دولت ممتنع از انجام صحیح آن را فراهم می‌آورد.

یکی از انواع مـوارد رفع این زیان جبـران کامل آثار ناشی از عدم اجرای رأی داوری است که می‌تواند مشتمل بر تأدیه هر نوع خسارت (مادی یا معنوی) باشد که از فعل یا ترک فعل دولت محکوم علیه سر می‌زند. دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در دعوای موسوم به *Chorzow Factory* قاعده‌ای کلی در این زمینه را بیان کرده است:[۳۷]

«این یک قاعده حقوقی بین‌المللی است که نقض یک تعهد (طرفینی) موجب ایجاد تعهد برای جبران، در شکل کامل آن می‌شود. بنابراین جبران (خسارت) ضروری برای (ترمیم ضرر و زیان ناشی از) قصور در

36. *The Trail Smelter Case* (*U.S.A. - Canada*) , UNRIAA, Vol. III, p. 1905 at p. 1934 (1938 & 1941).

37. *Chorzow Factory Case*, P.C.I.J., Series A, No. 9. p. 21.

انجام (تعهدات) عهدنامه بوده و لزومی برای درج آن در عهدنامه نیست. اختلافات مربوط به جبران (خسارت) که به جهت قصور در اجرای عهدنامه باشند، نهایتاً اختلافات مربوط به اجرای آن هستند».

در این تصمیم دیوان دائمی که در آرای بسیاری بدان اشاره شده،[۳۸] جبران در معنی عام آن به‌کار رفته است و در آن استدلالات دولت لهستان که معتقد بود ایجاد صلاحیت برای تفسیر و اعمال آن در عهدنامه، موجبات ایجاد صلاحیت برای دیوان در پرداختن به اختلافات در شکل و ماهیت جبران خسارت نمی‌کند،[۳۹] رد شده است. در آن مرحله از اختلاف، آلمان به دنبال استرداد کارخانه مورد اختلاف به اتباع خود یا اموال توقیفی آنها نبود.

مبحث اول: چگونگی تأمین خسارت

بند یکم: جبران کامل

دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در دعوی یاد شده حتی درصدد تعیین جزئی‌تر تعهد به جبران خسارت برآمده اعلام کرد:[۴۰]

«اصل اساسی موجود در عمل غیرقانونی، اصلی که به نظر می‌رسد به واسطه رویهٔ بین‌المللی و به خصوص تصمیمات دیوانهای داوری (بین‌المللی) بوجود آمده باشد آن است که جبران (خسارت) می‌باید تا جای ممکن تمامی آثار عمل غیرقانونی را از بین برده و مجدداً آن چنان وضعیتی را بوجود آورد که اگر در تمامی احتمالات، اقدام (خلاف) بوجود نمی‌آمد، (آن وضعیت) وجود می‌داشته است».

38. *La Grand*, ibid, para. 48.

39. Ibid .

40. *Chorzow Factory Case*, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 47.

جایگزین مثلی یا اگر این جایگزینی غیرممکن باشد، پرداخت وجهی که معادل قیمت مثل آن باشد و در صورت نیاز، الزام به جبران زیان که از طریق جایگزینی مثلی به دست نمی‌آید، اصولی هستند که باید برای تعیین مقدار خسارت موجود برای عمل خلاف حقوق بین‌الملل مورد ملاحظه قرار گیرند.

بدین ترتیب دیوان در جمله اول رأی، تعریفی عام از جبران خسارت به دست داده که موجبات ایجاد و یا احیای وضعیتی معین را فراهم می‌آورد، وضعیتی که قبل از نقض وجود داشته است و در جملهٔ دوم، از آن جنبه از جبران یاد کرده که تأدیه غرامت برای اقدام به عمل غیرقانونی را بوجود می‌آورد و بدین ترتیب، جایگزینی یا پرداخت ما به ازاء آن، در واقع تأدیه خسارات برای جبران زیان ناشی از ارتکاب عمل غیرقانونی می‌باشد.

بند دوم: منشأ تعهد به جبران

تعهد عام دولت مسؤول به جبران خسارت (اعم از اصل و زیان یا زیانها) به جهت منشأ، مربوط به نقض تعهدات دولت یاد شده است تا حق دولت زیاندیده. این امر از مشکلی که ممکن است در فرض ورود خسارات به تعداد بیشتری از کشورها بوجود آید جلوگیری می‌کند، زیرا با این تعریف، فقط دولت زیاندیده از نقض تعهد است که استحقاق دریافت خسارات را خواهد داشت. همچنین تعهد عام به جبران خسارت، ناشی از ارتکاب عمل غیرقانونی بوده و به طور خودکار بوجود می‌آید و در نتیجه اگرچه به ظاهر به جهت شکلی بعضاً شرایطی بوجود می‌آید که ممکن است جبران خسارت به پاسخ کشور زیاندیده ارتباط داشته باشد، اما پرداخت آن بالذات، قائم به درخواست یا شکایت این کشور نمی‌باشد.

تعهد کشور مسؤول به جبران تمامی خسارات که مرتبط با زیان ناشی از انجام عمل غیرقانونی می‌باشد، شامل هر نوع خسارات ناشی از این اقدام می‌گردد. زیان علی‌الخصوص شامل خسارت معنوی و مادی می‌باشد. بدین ترتیب با وجود محدودیت در آن، آثار این قاعده شامل کشوری نمی‌شود که از عمل غیرقانونی زیان ندیده ولی عضو قرارداد اصلی یا بعدی ذیربط می‌باشد.گو این‌که این امکان نیز برای هر کشور وجود دارد که با لحاظ بعضی مراتب یا طبقات از نقض که مربوط به منفعت عام دولتها باشد، تقاضای خسارات کند.[۴۱]

منظور از خسارت، خسارت وارده به اموال یا دیگر منافع اتباع و کشورها است که به جهت مالی قابل ارزیابی باشد و خسارت معنوی نیز عبارت از خسارات شخصی است که فیزیکی نبوده ولی قابل تقویم مالی باشد. در این‌که آیا خسارت وارده و آنچه که مورد حکم مرجع داوری یا قضایی بین‌المللی قرار گرفته، باید مرتبط با منافعی باشد که از آن حفاظت و حمایت به عمل می‌آید، باید گفت، بالضروره چنین نیست، بعضاً انجام عمل خلاف خود موجب ورود خسارت به کشور دیگر می‌شود و نیز ممکن است قصور در اتخاذ اقدامات لازم برای جلوگیری از بروز خسارت کفایت از موضوع کند. به‌جز تعهد اصلی و اولیه ذیربط که نقض شده، الزام دیگری برای کشور زیاندیده وجود ندارد که با رعایت آن تقاضای ضرر و زیان کند یا در فرض صدور رأی، مکلف به انجام آن باشد. مثل آن‌که ضروری نیست ضرر و زیان بسیار جدی و یا مهم باشد. صرف وجود خسارت واقعی کفایت از وجود نقض خواهد کرد.

در دعوی موسوم به *Rainbow Warrier*، طرفین قبول داشتند که

41. B. Graefath, *Responsibility and Damages Caused: Relation between Responsibility and Damages*, Recueil des Cours, Vol. 185 (1984-11), p. 95; Ian Brownlie, System on the Law of Nations: State Responsibility, Part (1) Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 53-88.

اقدام غیرقانونی علیه منافع غیرمهم یک کشور از قبیل اقدامی که اثر معکوس در شأن و پرستیژ یک کشور داشته باشد، به کشور زیاندیده این حق را می‌دهد که تقاضای جبران خسارت کند، اگر چه این زیان مالی نبوده و ضرر و زیان غیرمالی باشد.[۴۲] دیوان داوری رسیدگی کننده به این دعوی رأی داد: فرانسه با اقدامات خود ضرر غیرمادی با ماهیت معنوی، سیاسی و حقوقی به نیوزیلند وارد کرده است که نه تنها به پرستیژ نیوزیلند بلکه به حیثیت مقامات عالی رتبه قضایی و اجرایی آن لطمه وارد کرده است.[۴۳]

در صورتی‌که دو دولت بر انجام عملی خاص توافق کنند، قصور هریک از آن دو در انجام تعهداتشان ضرورتاً در منافع دولت دیگر مؤثر است، بدین معنی که وفای به عهد نشده است و حق دولت دیگر در اجرا نقض شده است. در رابطه با قواعد ثانوی مسؤولیت دولت و ورود خسارت در این مرحله و توصیف آن، از آنجایی‌که ورود زیان یا ضرر قابل تقویم وجود ندارد، ورود خسارت نمی‌تواند مورد تأیید باشد. توضیح قضیه نیز آن است که اگر طرفین قصد داشتند خود را به آن نوع خاص از تعهد مأخوذ نمایند، می‌توانسته‌اند چنین کنند. در بسیاری از موارد خسارتی که ممکن است از نقض حاصل شود (برای مثال ضرر ناشی از ماهیگیری در فصل ممنوع، ضرر و زیان به محیط زیست یا تجاوز از حدود معینه، آب گیری از رودخانه به مقدار خارج از قرارداد یا متعارف)، ممکن است بعید، اتفاقی یا غیرمطمئن باشد. مع الوصف دولت‌ها در صورت نیاز، می‌توانند برای حفظ منافع بلند مدت خود در چنین حوزه‌هایی نیز به صورت غیرمشروط و فوری وارد گردند.

---

42. *Rainbow Warrier New Zeland v. France* UNRIAA , Vol. XX, p. 217 (1990) at. 267, para. 109.

43. Ibid, at p. 267, para. 140.

مبحث دوم: سببیت

برای آن‌که رأیی که صحیحاً صادر شده، قابل اجرا باشد، وجود ارتباط منطقی بین اقدام خلاف بین‌المللی و ورود زیان ضروری است (Causation)، که در این صورت خسارت کامل قابل دریافت می‌باشد و موضوع جبران خسارت، صرفاً ناشی از صرف انجام عمل متخلفانه است.

بدیهی است که فرایند احراز انتساب زیان یا صدمه به عمل خلاف، علی‌الاصول فرایندی حقوقی می‌باشد و نه تاریخی یا اتفاقی. برای توصیف این ارتباط که باید بین عمل خلاف و زیان و سپس تعهد برای جبران آن، واژه‌های مختلفی به‌کار برده شده است. برای مثال ممکن است به زیانهای قابل انتساب به عمل خلاف به عنوان علت مستقیم استناد شود[۴۴] و یا ممکن است موضوع به خسارتی ارجاع شود که غیرمستقیم، و یا نامطمئن برای طرح می‌باشند. شورای امنیت ملل متحد در قطعنامهٔ ۶۸۷[۴۵] با طرح تجاوز غیرقانونی و اشغال کویت توسط عراق، خط مشی را مبتنی بر حقوق بین‌الملل برای کمیسیون غرامات ملل متحد در ژنو ترسیم کرده است که این کمیسیون نیز بر اساس آن، برای احراز انتساب عمل غیرقانونی، تفسیر مستقیم بودن و علیت را مورد نظر قرار داد.[۴۶]

با این حال علیت شرط لازم ولی غیرکافی برای جبران خسارت است. عناصر دیگری هم وجود دارند که ضمن مرتبط بودن، با موضوع زیان، در شکل‌گیری اصل موضوع خسارت دخالت کافی ندارند. با این پیش فرض است که در بعضی موارد، معیار مستقیم بودن[۴۷] و در بعضی

---

44. ILM 1979, p. 907, para. 23.

45. S.C. Resolution 687 (1991), para. 16.

46. SAAC, 26 Dec. 20 (Report of 14 April 1994), Approved by Governing Council Decision 20, 26 May 1994.

۴۷. همان قطعنامه قبلی شورای امنیت.

موارد قابل پیش‌بینی بودن[۴۸] یا نزدیک بودن علت[۴۹] را می‌توان از مفاهیم قابل اتکاء در ارزیابی خسارت دانسته و مصادیق آن را به‌کار برد.

عناصر دیگری نیز وجود دارند که می‌تواند مؤثر در معنی باشند، برای مثال استنباط این موضوع مهم است که آیا ارگانهای دولتی آگاهانه (و به عبارتی با حسن نیت) موجب زیان شده‌اند یا آن‌که زیان بوجود آمده سهواً ولی با حسن نیت و با داعی اجرای قاعده نقض شده محقق شده، یا به عبارت بهتر با داعی لحاظ هدف قاعده رخ داده است.[۵۰] در واقع موضوع علیت در حقوق بین‌الملل همانند حقوق داخلی موضوعی حقوقی و مربوط به قواعد آن نیست که بتوان برای آن فرمول واحدی به دست داد[۵۱] و در هر مورد ضروری است به صورت موردی موضوع بحث و بررسی قرار گیرد. باید رابطه علی کافی که دور هم نباشد بوجود آمده و زیان نیز حاصل عمل خلاف باشد.

مبحث سوم: تکلیف به تقلیل خسارات

موضوع دیگر مؤثر در حوزهٔ جبران خسارت، بحث تکلیف به تقلیل خسارت(Mitigation of Losses) از سوی زیاندیده از عدم اجرای رأی داوری است چه در فرض عدم تکلیف به تقلیل خسارات، هر نوع خسارتی و به هر مقدار قابل دریافت نیست. دیوان بین‌المللی دادگستری در دعوای مجارستان علیه اسلواکی (پروژه گاب چیکوو ـ ناگ یا ماروس) اعلام

---

48. UNRIAA, Vol. 11, p. 1011 (1928) at p. 1031.

49. B.S. Markesinis, *The German Law of Obligations*, Vol. 11, The Law of Tort: A Comparative Introduction, pp. 95-108, Oxford, Clarendon , 3rd ed., 1997.

۵۰. رک. دعوای الف ۱۵ (۴) و نیز دعوای الف ۲۴ در دیوان داوری ایران و امریکا، رأی هیأت عمومی مورخ ۲۸ دسامبر ۱۹۹۸.

51. P.S. Atiyah, *An Introdiction to the Law of Contract*, (5th Edition) Oxford, Clarendon Press, p. 466.

کرد:

«اسلواکی همچنین بر این عقیده بوده که اقدام به تقلیل خسارت کرده است .... (اسلواکی) اعلام کرده است که این یک قاعده کلی حقوق بین‌الملل است که دولتی که بواسطه عدم انجام (تعهدات) دولت دیگر، زیاندیده است، باید اقدام به تقلیل خسارت کند، در غیر این صورت استحقاق ادعای غرامت برای خسارات قابل اجتناب را ندارد. این قاعده می‌تواند منبعی برای محاسبه خسارت باشد، به عبارت دیگر نمی‌تواند توجیه کننده عمل غیرقانونی باشد».[۵۲]

به جهت عملی، اغلب دو عنصر جداگانه با هم جمع می‌شوند و خسارت را بوجود می‌آورند. در دعوی موسوم به کارکنان دیپلماتیک و کنسولی در تهران، توقیف اولیه گروگانها توسط دانشجویان قابل استناد به عملکرد تعدادی دانشجو بود. گو این‌که به نظر دیوان قصد مسؤولین ایرانی در اتخاذ اقدامات ضروری برای حفظ سفارت نیز دخیل در موضوع بوده است.[۵۳]

در قضیه کانال کورفو، خسارت به ناوهای بریتانیایی ناشی از اقدام یک دولت ثالث در مین‌گذاری و قصور دولت آلبانی (در واقع ترک فعل دولت آلبانی) در دادن اخطار در مورد وجود مین‌ها تشخیص داده شد.[۵۴] اگرچه در چنین مواردی، زیان مورد ادعا به طور مؤثر ناشی از مجموعه‌ای از عناصر بوده است که یکی از آنها قابل انتساب به دولت مسؤول بود.

رویه و تصمیمات دیوانهای بین‌المللی درمورد تقلیل جبران خسارتِ ناشی از علل مختلف که در یک زمان حادث شده‌اند، با یکدیگر تطابق

52. ICJ Reports 1997, p. 7 at p. 55, para. 80.

53. ICJ Reports 1980, p. 3 at pp. 29-32.

54. ICJ Reports 1949, p. 4 at pp. 17-18.

نمی‌کنند.[۵۵] (این رویکرد مطابق با مفهومی است که براساس آن به این مسائل فقط درحقوق داخلی پرداخته می‌شود. این نیز قاعده‌ای عام است که مطابق آن عملکرد کسی که مرتکب شبه جرم می‌شود را علت زیانِ زیاندیده ارزیابی می‌کند[۵۶] مگر در مورد قصور که مستند به فعل شخص یا اشخاص باشد). برای مثال در قضیه کانال کورفو، بریتانیا توانست به تمامی خواسته‌های خود علیه آلبانی به جهت قصور این کشور در دادن اخطار برای وجود مین‌ها نائل شود. اگر چه خود آنها را کار نگذاشته بود.[۵۷] چنین نتیجه‌ای به طریق اولی در مواردی نیز صادق است که علت خسارت اقدام دولت دیگر نیست که در این صورت خود آن دولت منفرداً مسؤول شناخته می‌شود، بلکه علت ورود خسارت، اقدامات اشخاص خصوصی یا وقایع طبیعی یا قهری می‌باشند.

در دعوی کارکنان دیپلماتیک وکنسولی در تهران، دولت جمهوری اسلامی ایران به جهت قصور در حمایت از گروگانها (از زمان شروع این قضیه که نگهداری گروگانها بود) مسؤول شناخته شد.[۵۸]

در مواردی ممکن است بتوان یک عنصر مشخص زیان را به تنهایی به یکی از چندین علت نسبت داد، با این حال در غیر از آن مواردی که بتوان بخشی از زیان را به صورت مجزا به شرایط عادی (نسبت به آنچه که به دولت مسؤول می‌شود نسبت داد) مربوط دانست، دولت، مسؤول تمامی وقایعی است که قابل انتساب به وی می‌باشند.

در دعوی موسوم به *Zafiro*، دیوان داوری رسیدگی کننده به ادعا

---

55. J.A. Weir "*Complex Liabilities*" in Tunc Edition, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XI, p. 41 (Tubingen - Mohr), 1983.

56. Ibid.

57. ICJ Reports 1949 (*Corfu Channel Case*), p. 244 at p. 250.

58. ICJ Reports 1980, p. 3 at pp. 31-33.

حتی پا را از آن هم فراتر گذاشته و بار اثبات این مطلب که چه بخشی از مسؤولیت قابل استناد به دولت (مسؤول) نمی‌باشد را بر عهدهٔ دولت قرار داد:[۵۹]

« شواهد نشان می‌دهند که بخشی غیر معین از عمل خلاف توسط شورشیان فیلیپینی انجام شده ولی این احتمال هم وجود دارد که بخشی هم توسط اتباع چینی انجام شده باشد. دیوان سپس اعلام می‌دارد که مع‌الوصف ما براین باور نیستیم که بار دلیل برعهدهٔ بریتانیای کبیر باشد که ثابت کند دقیقاً چه بخشی از خسارات قابل انتساب به زافیرو می‌باشد. همانطور که نشان داده شد، کارکنان چینی بخش مهمی از (خسارات) را بوجود آورده‌اند و بخشی نیز به متخلفان ناشناخته قابل انتساب است. نمی‌توانیم ایالات متحده امریکا را مسؤول همه چیز بدانیم، مع الوصف، به دلایلی از جمله آن‌که به موجب یافته‌هایمان، بخش قابل توجه از خسارات وارده، اگرچه غیرقابل تشخیص است، مستند به کارکنان چینی زافیروست، ما را به این نتیجه می‌رساند که نمی‌توان بهره‌ای به دولت خواهان داد».

لازم به یادآوری است که با توجه به تنوع موضوع و تفاسیر مختلفی که می‌توان از موضوع به دست داد، قاعده تناسب برای اشکال مختلف جبران خسارات به صورت متفاوت اعمال می‌شود. در قراردادهای داوری یا شروط داوری اغلب به داوران اختیار داده می‌شود شکلی از خسارت را برگزینند که کفایت از جبران لازم را بکند. در عمل نیز، دیوانها هنگام صدور رأی مشکلات اجرای رأی جبران خسارت و تعذر در اقدامات را در نظر می‌گیرند (به خصوص جایگزینی مثلی). این اختیار به دیوان بین‌المللی

59. UNRIAA, Vol. VI , p. 160 (1925) , at pp. 164-165.

دادگستری نیز داده شده است (بند ۲ مادهٔ ۳۶ اساسنامه). اگرچه اقدام به جبران مثلی راه حل اساسی و پایه‌ای در این راستاست، اما در عمل جبران مالی راهگشاست.[۶۰]

گفتار چهارم: طرق سقوط تعهدات ناشی از نقض تکالیف بین‌المللی دولتها در اجرای آراء داوری یا قضایی بین‌المللی

مقدمه

در صورت استقرار ذمه یک دولت در مقابل دولت دیگر به جهت نقض تعهدات بین‌المللی وی در اجرای آراء داوری یا قضایی بین‌المللی، دولت مسؤول باید از خسارات دولت زیاندیده برآید به نوعی که بتواند وضعیت وی را به وضعیت قبل از بروز زیان برساند.

ترضیهٔ خاطر دولت زیاندیده به ترتیب از طرق جایگزینی، تأمین خسارت یا تأمین رضایت دولت زیاندیده حاصل می‌شود.

گو این‌که در مهمترین رویهٔ قضایی موجود درحقوق بین‌الملل که استناد بدان به عنوان قاعده‌ای مستقر مورد قبول می‌باشد یعنی رأی مربوط به کارخانه *Chorzow*، فقط از نوع تأدیه خسارت جایگزینی و تأمین خسارت صحبت به میان آمده است،[۶۱] مع الوصف گاه این اقتضاء وجود دارد که روش دیگری برای تأمین رضایت دولت زیاندیده اتخاذ شود که در جای خود از آن سخن به میان خواهد آمد. با این حال، استناد به روشهای فوق انحصاری نیستند و بعضاً ممکن است مجموعه‌ای از روشها را به‌کار برد. همچنین ماهیت نقض تعهد اصلی می‌تواند نقش مهمی در انتخاب شکل و

60. E.J. De Arochaga & A. Tanzi, *International State Responsibility*, p. 369 in "*International Law: Achievements & Prospects, General Editior Mohammad Bedjaoui"*, UNESCO, 1991, Paris.
61. P.C.I.J., Series A, No. 17 (*Chorzow Factory*), Merits , 1928, p. 47.

دامنهٔ تأمین خسارت ایفاء کند. حدود خسارت محدود است به آنچه که زیاندیده از امتناع محکوم علیه از اجرای رأی به وی تحمیل شده است، و شامل خسارت غیرمستقیم ویا خسارتی که به هر دلیل وجود آن منتفی می‌باشد، نمی‌گردد و در صورت عدم پرداخت از یکی از طرق (ابتدائاً جایگزینی) است که جایگزینی نوع دیگر مطرح می‌گردد.

مبحث اول: جایگزینی

در مواردی که دولتی به جهت عدم اجرای رأی، مسؤول ترمیم و یا تأمین خسارات دولت زیاندیده باشد، در اجرای رأی مرجع بین‌المللی ابتدائاً مکلف است وضعیت قبل از وقوع زیان را احیاء کند. این جایگزینی و احیاء وضع قبلی مشروط به آن است که:

اولاً: اقدام به جایگزینی ممکن باشد.

ثانیاً: بر عهدهٔ دولت زیان زننده تکلیفی خارج از متعارف بار نکند.

جایگزینی، اولین اقدام ممکن برای ترمیم خسارات زیاندیده و بازگرداندن وی به حالت قبل از ورود زیان است. ساده‌ترین شکل جایگزینی، بازگرداندن اموال زیاندیده است که به جهت امتناع دولت محکوم علیه از اجرای حکم توقیف گردیده است. مع‌الوصف برداشت واحدی از جایگزینی وجود ندارد، مع ذلک می‌توان آن را بازگشت به وضعیت قبل از وقوع عمل متخلفانه دانست *(Status que ante)*. به عبارت دیگر، جایگزینی استقرار یا استقرار مجدد وضعیتی است که اگر امتناع دولت محکوم علیه اتفاق نمی‌افتاد بوجود می‌آمد. تعریف اول مضیق‌تر و شامل غرامتی که زیاندیده متحمل شده نمی‌گردد. تعریف دوم بر خلاف تعریف اول شامل تأمین خسارات کامل می‌شود. با این حال، از آنجایی که جایگزینی بیشتر مبتنی بر اصلی کلی است که به موجب آن مسؤول

خسارت مکلف به زدودن آثار حقوقی و مالی عمل متخلفانه خویش است، علی هذا وی همچنین مکلف به ایجاد مجدد وضعیتی است که در صورت عدم ارتکاب اقدام غیرقانونی وجود می‌داشت.

اولویت جایگزینی بر دیگر طرق ترمیم خسارت در رأی دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیهٔ کارخانه *Chorozow* مورد تأیید قرار گرفته است. در این رأی می‌خوانیم: «دولت مسؤول مکلف به اعادهٔ تعهد خود است و اگر این راه ممکن نباشد مکلف به پرداخت ارزش زیان موضوع تعهد است که این پرداخت مابه ازاء جایگزینی است که انجام آن غیرممکن شده است».[۶۲]

دیوان در رأی خود حتی عنوان کرد این‌که طرفین بر عدم امکان جایگزینی توافق دارند، نمی‌باید اثری بیش از پرداخت جایگزین داشته باشد که مابه ازاء تعهد جایگزینی است.[۶۳]

در عمل هم دیوانهای داوری تنها وقتی اقدام به صدور رأی به پرداخت غرامت کرده‌اند که به این نتیجه رسیده‌اند که جایگزینی امکان‌پذیر نمی‌باشد.[۶۴] با این حال همانطور که گفته شد راه حل مبنایی برای تأمین خسارت، جایگزینی است و به واقع در بعضی موارد به خصوص در اعمال قواعد آمره، جایگزینی را باید به عنوان تنها روشی که اقدام به تعهد اصلی را ممکن می‌سازد در نظر داشت. به عبارت دیگر، ممکن است مواردی وجود داشته باشد که در آن جایگزینی عملی نشده یا ارزش آن برای دولت زیاندیده آنچنان پایین باشد که دیگر اشکال جبران از جمله پرداخت خسارت، اولویت و موضوعیت یابد.

---

62. P.C.I.J., 1928, op. cit., No. 17, p. 48.

63. Ibid.

64. UNRIAA, Vol. II, p. 615/1925 at pp. 621-625, 651-742 (*British Clause in the Spanish Zone of Morrocco*).

مع الوصف، ممکن است وضعیتی وجود داشته باشد که به عنوان مثال به جهت از بین رفتن و انهدام مال، جایگزینی عملاً امکان‌پذیر نباشد یا آن‌که به جهت تغییر بنیادین در ماهیت یا جایگزینی، اعادهٔ وضعیت سابق عملی نگردد.

در بعضی دعاوی، دیوانها از مفاد توافق خاص (Compromis) طرفین یا موضع‌گیری‌های آنها، اختیار در نحوه رأی دادن به خسارت را استنباط می‌کنند. برای مثال در جریان داوری در پرونده موسوم به *Fletcher Smith*، داور در عین اعتقاد به آن‌که در اصل، جایگزینی مناسب است از توافق طرفین به داوری چنین استنباط کرد که آنها بدواً اختیار صدور رأی به خسارت را به داور داده‌اند و متعاقباً رأیی مبنی بر پرداخت خسارت به عنوان بیشترین منفعت محتمل برای طرفین که نفع عامه نیز دارد صادر کرد.[۶۵]

در داوری آمین اویل *(Aminoil)* نیز اصحاب دعوی در موافقتنامه داوری توافق کرده بودند که با توجه به ابطال قرارداد امتیاز با فرمان دولت کویت، اعادهٔ وضعیت سابق غیرعملی می‌باشد[۶۶] و به همین لحاظ هیأت داوری رأی به جبران خسارت صادر کرد و نه جایگزینی.

جایگزینی می‌تواند در شکل اعادهٔ جنس، سرزمین، شخص[۶۷] یا مال[۶۸] (تصمیم دیوان بین‌المللی دادگستری دربرگشت اموال کامبوج توسط تایلند)، یا ابطال اعمال حقوقی یا ترکیبی از این موارد باشد،[۶۹] مانند دعوی موسوم به *Nehoiasi Railway - Buzau* که در آن دیوان داوری به

---

65. UNRIAA, Vol. 11, p. 915 (1929) at p. 918.

66. I.L.R. Vol. 66, p. 529 at p. 533 (*Kuwait v. American Independent OIL Company*).

67. ICJ Reports 1980 , p. 3 at pp. 44-45 (*Tehran Consular Staff Case*).

68. ICJ Reports 1962 (*Temple of Preah Vihear*) Merits, p. 6, at pp. 36-37.

69. UNRIAA, Vol. III, p. 1839 (1939).

برگشت سهام موجود در رومانی به یک شرکت آلمانی رأی داد.

از مفهوم جایگزینی (حقوقی) هنگامی استفاده می‌شود که جایگزینی اقتضای اصلاح وضعیت حقوقی، خواه در نظام حقوقی دولت مسؤول یا در روابط با دولت زیاندیده را دارد. چنین مواردی شامل فسخ، ابطال یا اصلاح مقررات قانون اساسی یا قانون عادی که در تعارض و در نقض با حقوق بین‌الملل تصویب می‌شوند، الغاء یا تجدیدنظر در اقدام اداری یا قضایی که به طور غیرقانونی در رابطه با اشخاص یا اموال خارجیان اتخاذ شده‌اند[۷۰] به نحوی که اجرای رأی داوری را غیرممکن می‌سازند یا الزام به اتخاذ اقداماتی که موافق حقوق بین‌الملل برای ختم یک عهدنامه لازم است به‌کار گرفته شود، می‌باشند.[۷۱] به همین ترتیب دیوان دادگستری امریکای مرکزی در دعوی بین کاستاریکا و نیکاراگوئه رأی داد که دولت نیکاراگوئه با بهره‌گیری ممکن از اقداماتی که درحقوق بین‌الملل وجود دارد، ملزم است که وضعیت حقوقی که قبل از پیمان برایان چامورو بین آن دو جمهوری در موضوع مربوط به دعوی وجود داشته را مجدداً مستقر و حفظ کند.

بعضاً ممکن است جایگزین مادی و حقوقی مورد نظر باشد، دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در دعوی موسوم به اعتراض به اجرای رأی صادره توسط دیوان مختلط داوری مجارستان ـ چکسلواکی در رابطه با دانشگاه *Peter Pazmany* رأی داد که چکسلواکی ملزم است اموال غیرمنقول مورد ادعای دانشگاه سلطنتی پیترپزمانی بودابست را مسترد کرده، از هر اقدام به انتقال، ادارهٔ اجباری یا جداسازی، به نحوی که قبل از اعمال اقدامات مورد نظر بوده خودداری کند.[۷۲]

دیوانهای داوری همچنین می‌توانند با تعیین وضعیت حقوقی که برای

70. UNRIAA, Vol. 11, p. 973 (1930).

71. AJIL (1917), Vol. II, p. 674 at p. 683, p. 696.

72. P.C.I.J., Series A/B , No. 61, 1933 , p. 208 at p. 249.

طرفین الزام آور است، رأی به اعادهٔ وضعیت حقوقی سابق بدهند، در دعوی وضعیت حقوقی گرینلند شرقی، دیوان دائمی‌دادگستری بین‌المللی رأی داد که اعلامیهٔ اشغال که در ۱۰ ژوئیه ۱۹۳۱ توسط دولت نروژ صادر شده و هر نوع اقدام ارتکابی در این رابطه، باعث تخلف از وضعیت حقوقی موجود گردیده و بدین جهت غیرقانونی و بی‌اعتبار می‌باشند.[۷۳]

دیوان یاد شده همچنین در دعوی مناطق آزاد ساووی علیا و بخش ژکس رأی داد که فرانسه می‌باید مرز گمرکی خود را مطابق با اسناد و عهدنامه‌های قبلی بین طرفین مستقر نموده، ساماندهی نماید.[۷۴]

همانطور که قبلاً گفته شد آنچه که از مفهوم جایگزینی استفاده می‌شود بستگی به محتوای تعهد اصلی دارد که نقض شده است. جایگزینی به عنوان یکی از اشکال ترمیم، دارای اهمیت خاص بویژه در جایی‌که عدم اجرای تعهد موضوع رأی صادره دارای ماهیتی مستمراست، و حتی بیش از آن، در جایی‌که تعهد موضوع اجرای رأی داوری ناشی از قواعد آمرهٔ حقوق بین‌الملل است می‌باشد. این موضوع ویژگی خاص خود را خواهد داشت. برای مثال در فرض انضمام غیرقانونی یک کشور، خروج نیروهای اشغالگر و ابطال فرمان یا مصوبهٔ انضمام در قالب توقف اقدامات (ابتدائاً) و سپس اعادهٔ وضعیت سابق، بازگشت اشخاص یا آزادی اموال توقیفی درجریان تجاوز به عنوان اعادهٔ وضعیت قبلی، مورد نظر خواهند بود.

مبحث دوم: حدود جایگزینی

ـ حدود مسؤولیت

مسؤولیت دولت در اعادهٔ وضعیت سابق یا جایگزینی غیرمحدود

73. P.C.I.J., Series A/B, No. 53,1933, p. 22 at p. 75.

74. P.C.I.J., Series A/B, No. 46, 1933, p. 96 at p. 172; F.A. Mann, "*The Consequence of International and Municipal law*", B.Y.I.L. Vol. 48 (1976-77), pp. 5-8.

نمی‌باشد. بنابراین دو عنصر امکان‌پذیر بودن و متناسب بودن، حدود مورد نظر در جایگـزینی می‌باشند. بـرای مثـال در صورتی‌که امـوال موضوع جایگزینی گم شده یا منهدم شده باشند یا آن‌که به جهت عدم اجرا و یا تعلل در اجرای رأی داوری آنچنان فساد بر موضوع مورد اختلاف مستولی شده باشد که فاقد ارزش گردند، اصولاً جایگزینی موضوعیت نخواهد داشت، گو این‌که اگر عدم امکان به دلایل قانونی یا اشکالات عملی باشد، دولت مسؤول، مکلف به اتخاذ اقدامات ویژه جهت غلبه بر این موانع است.

در جریان رسیدگی دیوان داوری به اختلاف موسوم به «جنگلهای رودپیای مرکزی»، خواهان فقط استحقاق سهمی در راه اندازی جنگل را داشت و هیچ دعوایی از سوی دیگر حاضرین طرح نشده بود. جنگلها در همان وضعیت مشابه زمان توقیف آن نبودند و ضرورت بررسی مفصل برای تعیین شرایط موجود در آن احساس شده و افراد ثالث هم بعد از توقیف نسبت به آن حقوقی کسب کرده بودند. به جهات و دلایل متعدد موجود در آن پرونده درخواست اعاده وضعیت سابق از سوی دیوان رد شد.[۷۵] این دعوی و رأی صادره ناشی از آن به خوبی وضعیت عدم امکان جایگزینی را به جهات حقوق حاکم بر اموال در نظام حقوقی دولت مسؤول بیان می‌کند. بدین ترتیب حقوق ثالث از دلایل مهم عدم صدور رأی به اعاده وضعیت سابق در دعوی یاد شده بوده است. مضافاً در موارد مشابه حسن نیت اشخاص ثالث نیز عنصری تعیین کننده در تشخیص دادگاه یا دیوان داوری می‌باشد.

استثنای دوم مربوط به مواردی می‌باشد که به جهت عدم اجرای رأی داوری یا تعلل در اجرای آن، انتفاع حاصل از جایگزینی کاملاً غیرمتناسب

---

75. UNRIAA , Vol. III, p. 1405 (1933) at p. 1432/1977; I.L.R. Vol. 53, p. 389 at p. 507-8, para. 109/ (*Texaco v. Libya*), 1977; I.L.R. Vol. 62, p. 140 at p. 200 (*LIAMCO Case*).

با هزینهٔ آن برای دولت مسؤول باشد که این امر نیز در چارچوب قواعد منصفانه و معقول بودن قابل بررسی است. مع الوصف به نظر می‌رسد درصورتی‌که عدم جایگزینی باعث به خطر افتادن استحکام اقتصادی یا استقلال سیاسی کشور زیاندیده گردد، رأی بدان حتی در فرض هزینه بسیار برای کشور مسؤول، اولی است.

مبحث سوم: جبران مالی خسارات

مقدمه

کشوری که به جهت عملکرد متخلفانه، از طرف یک مرجع داوری یا قضایی مسؤول شناخته می‌شود، در صورتی‌که نتواند وضعیت کشور زیاندیده را کاملاً به حالت قبل از ورود زیان درآورد، مکلف است وضعیت آن کشور را از طریق پرداخت مابه ازاء مالی زیان وارده، و نیز دیگر خسارات از قبیل عدم النفع، به حالت سابق برگرداند. مع الوصف دو مشکل عمده در این زمینه وجود دارد:

یک ــ وجود زیانی که بتوان آن را به معادل مالی تقویم کرد که ممکن است چنین اقدامی در عمل میسر نگردد، چه خسارت ممکن است خسارت مادی یا معنوی باشد که در هر دو حالت تقویم آن به سادگی میسر نیست.

دو ــ استیفای عملی آن در اجرای حکم یا توافق که با مانع مقاومت کشورها مواجه می‌شود، آنچنانکه در رابطه با روسیه و آلبانی بدان اشاره شد.

بند یکم: مفهوم خسارت

همانطور که اشاره شد خسارت اعم از مادی یا معنوی است و جبران

خسارت می‌بایست زیانهای قابل تشخیص و از جمله عدم النفع را کاملاً پوشش بدهد. در اینجا از آن جهت به زیانهای قابل تشخیص اشاره می‌شود که تفکیکی بین آن و زیانهای معنوی به عمل آید. زیانهای اخیر زیانهایی می‌باشند که ناشی از نقض حقوق و ورود زیان عینی به اموال یا اشخاص نمی‌گردند. به این دسته از زیانها و چگونگی جبران آنها در بحث ترضیه خاطر زیاندیده نیز خواهیم پرداخت.

جبران مالی خسارت وارده را شاید بتوان رایج‌ترین طریق تأدیهٔ غرامت در رویهٔ حقوقی بین‌الملل دانست. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیهٔ پروژه *Gabcikovo - Nogymaros* ضمن اشاره به مطلب یاد شده آورده است:

«این یک قاعده کاملاً جا افتاده درحقوق بین‌الملل است که به موجب آن دولت زیاندیده استحقاق دریافت غرامت از دولتی را داردکه مرتکب عمل خلاف بین‌المللی گردیده است و از اقدام وی خسارت وارد شده است».[۷۶] قبل از آن هم در رأی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در دعوای کارخانهٔ *Chorozow* بر این استحقاق تصریح شده بود.[۷۷]

همچنین قاعده‌ای درحقوق بین‌الملل وجود دارد که به موجب آن، هر دیوان یا دادگاه بین‌المللی صلاحیت دارد که به درخواست ادعای ورود خسارات ناشی از عدم اجرای رأی داوری و ترمیم آن از سوی دولت مسؤول رسیدگی کرده و رأی به تأدیه غرامت دهد.[۷۸]

---

76. ICJ Reports 1997 , *Gabcikovo – Nogymaros Project* (*Hungary/ Slovakia*), p. 7 at p. 81, para. 152.

77. P.C.I.J. (1928) Series A, No. 17, p. 27.

78. ICJ Reports (*Nicaragua Case*), Merit, p. 14 at p. 142 / 1974; ICJ Reports (*Fisheries Case*), p. 175 at pp. 203-205; P.C.I.J., (1927) Series A, No. 9, p. 21 (*Germany v. Iceland*).

بند دوم: رابطه تأمین خسارت و جایگزینی

همانطور که در مباحث قبلی گفته شد علی رغم اولویت در جایگزینی موضوع خسارت به عنوان اولین طریق اسقاط تعهد توسط دولت زیان زننده، از آنجایی‌که موضوع جبران خسارت بعضاً قابل دسترس نمی‌باشد یا به هیچ وجه کفایت از جبران کامل خسارت نمی‌کند، ممکن است جزئاً یا کلاً از طرق سقوط تعهدات حذف گردد. در داوری موسوم به *Lusitania*، رأی داور منفرد مشعر بر این معنی بود:[۷۹]

«استنباط اساسی ازتأدیه غرامت ... جبران خسارت وارده است، مفهومی حقوقی برای تأمین خسارت. جبران باید برابر با خسارت باشد به نوعی که (ضرر) زیاندیده به طور کامل جبران گردد».

به همین ترتیب نقش تأمین خسارت در نظر قضات دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در دعوای کارخانه *Chorozow* به این شرح است: «این‌که رأی به جایگزین مثلی، یا اگر این (جایگزینی) ممکن نباشد، پرداخت وجه معادل مثل برای جبران خسارات و زیان داده می‌شود از اصولی هستند که برای تعیین مقدار غرامت ناشی از اقدام خلاف حقوق بین‌الملل به‌کار برده می‌شوند».[۸۰] عمل به قاعدهٔ فوق مورد تأکید و موضوع آرای بسیاری از مراجع قضایی و داوری بین‌المللی قرار گرفته است.[۸۱]

---

79. UNRIAA, Vol. VII, p. 32 (1023) at p. 39.

80. P.C.I.J., (1928), Series A, No. 17, p. 47.

81. UNCLOS Tribuanal, M/V "SAIGA", No. 2, *Saint Vincent & Grenadines v. Guinea*, para. 170, Judgment of 1 July 1999 / (1984) 6 Iran- U.S.C.T.R., p. 219 et seq. at p. 225 / ECHR Series A, No. 330-B (1995) at para. 36.

بند سوم: رابطه تأمین خسارات و ترضیه خاطر زیاندیده

رابطه تأمین خسارت در مقایسه با ترضیهٔ خاطر زیاندیده را می‌توان تأدیه خسارت واقعی در اولی دانست، چرا که تأدیه غرامت، پرداخت معادلِ کاملِ مالی موضوع خسارت است که قابل تشخیص و تقویم مالی باشد. به عبارت دیگر، تأدیه خسارت جنبهٔ تنبیه کشور خاطی را ندارد و به طریق اولی جنبهٔ تصریح یا ظاهری نیز ندارد.[۸۲] بدین ترتیب گو این‌که تأمین غرامت اغلب به صورت پرداخت مالی وجه صورت می‌پذیرد، اما درصورت توافق طرفین می‌تواند به صورت تأدیه در دیگر اشکالِ دارای ارزش مالی نیز صورت پذیرد.[۸۳]

تأدیه غرامت از طریق تأمین مالی خواستهٔ مورد تقاضای زیاندیده در واقع تهاتر در مقابل خسارات وارده از سوی کشور زیاندیده است، درحالی‌که ترضیهٔ خاطر دولت زیاندیده مرتبط با:

۱ــ زیان غیر مالی است که،

۲ــ دارای ارزش مالی بسیار نمی‌باشد.

۳ــ برای دریافت معادل مالی آن فقط با تخمین بسیار و در حد رقم فرضی می‌توان به عددی دست یافت.

در عین حال برای تأدیه غرامت مالی، اولاً معیار قابل تشخیص بودن وجود دارد و ثانیاً تکلیف کشور زیاندیده در تقلیل خسارات (Mitigation of losses) مفروض می‌باشد.[۸۴]

---

82. Interamerican Court of Human Rights, Series C, No. 7 (1989) p. 52/ I.L.R (1992), Vol. 88, p. 727.

83. ICJ Reports (*I.R. IRAN v. U.S.A*), p. 9 (Arial Incident of 3 July 1988) / 1993 ICJ Reports (*Finland v. Denmark*), p. 348 (Passage Through the Great Belt, (1996).

84. G.H. Aldrich, *The Jurisprundence of the IRAN- US Claims Tribunal*, Chapters 5.6.12, Oxford, Clarendon Press, 1996/D; Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press 1999, pp. 214-279.

بند چهارم: اجزاء خسارت و چگونگی تشخیص آن

چگونگی تقویم خسارات و اصول حاکم بر تشخیص آن بر حسب محتوای خاص هر تعهد، ارزیابی رفتاری هریک از طرفین و فراتر از آن، انتظارات آنها به نتیجه‌ای منصفانه و قابل قبول، متفاوت خواهد بود.[۸۵] بنابراین، خسارات وارده بر یک دولت در صورتی‌که عدم اجرای رأی داوری باعث ورود زیان وارده بر اموال عمومی یا غیر آن... باشد، یکسان نیست.

دولت بریتانیا در جریان درگیری با آلبانی در قضیهٔ موسوم به کانال کورفو در رابطه با انهدام ناوچه‌های *Saumarez* و *Volage* و فوت و جراحات وارده بر کارکنان آنها، از دیوان بین‌المللی دادگستری تقاضای صدور رأی دال بر جایگزینی و تأمین خسارات مربوط به آن را کرد. دیوان با ارجاع امر به کارشناسی به این نتیجه رسید که:[۸۶]

۱ـ در رابطه با ناوچهٔ *Saumarez*، اقدام صحیح برای تأمین خسارت عبارت از تأدیه قیمت جایگزینی ناوچه در زمان انهدام آن می‌باشد و رقم درخواستی بریتانیا به مبلغ ۷۰۰۰۸۷پوند استرلینگ موجه می‌باشد.

۲ـ در رابطه با ناوچهٔ *Volage*، کارشناسان به رقمی کمتر از ۹۳۸۱۲ پوند استرلینگ درخواستی بریتانیا رسیده و علت آن را به خصوص در مورد انبار و تجهیزات، ماهیت ضرورتاً تخمینی آن ارزیابی کردند.

۳ـ در رابطه با خسارت مربوط به کارکنان ناوچه‌ها، دیوان رقم ۵۰۰۴۸ پوند استرلینگ مورد درخواست بریتانیا را تأیید کرد.

در جریان رسیدگی دیوان بین‌المللی حقوق دریاها به دعوی موسوم به «*M/V «Saiga*» که از سوی مالکین کشتی یاد شده (*Saint Vincent &*

---

85. G.H. Aldrich, op. cit., p. 242; B. Graefrath, op. cit., p. 101.

86. ICJ Reports 1949, *Corfu Channel Case* (Assessment of Compensation), p. 244 at p. 249.

(*Grenadines*) علیه دولت گینه به جهت توقیف *SAIGA* و کارکنان آن طرح شده بود، دیوان فوق‌الذکر اقدام به صدور رأیی به نفع خواهان به مبلغ ۲۱۲۳۳۵۷ دلار به اضافهٔ بهرهٔ متعلقه تا زمان پرداخت آن کرد.[۸۷]

در سرفصل خسارات مورد تشخیص برای خسارات کشتی *SAIGA* عناوینی از قبیل:

ـ هزینه‌های تعمیر کشتی

ـ خسارات اجارهٔ کشتی دیگر برای انتقال بار کشتی توقیفی

ـ هزینه‌های توقیف کشتی

ـ خسارات توقیف کاپیتان و کارکنان کشتی و دیگر افراد در حال مسافرت ذکر گردیده بود. مع‌الوصف، دیوان این ادعای شرکت کشتیرانی را که با توقیف کشتی آنها، اعتبار دیگر کشتی‌هایی که تحت پرچم این شرکت دریانوردی می‌کرده‌اند به خطر افتاده است را قبول نکرده و اعلام کرد با صدور رأی دالّ بر عمل متخلفانهٔ گینه در توقیف کشتی و اعمال زور از طرف دولت گینه، جبران خسارت در حد معقول و تحت عناوین مختلف و از جمله اعتبار تجاری شرکت به عمل آمده است.[۸۸]

دیوان همچنین این ادعای شرکت را که به جهت توقیف غیرقانونی کشتی، درآمد ناشی از ثبت کشتی را از دست داده و نیز هزینهٔ اقدامات مرتبط با آزادسازی کشتی و کارکنان آن را به جهت فقد مدارک معتبر، نپذیرفته و بعضی ادعاها را هم با این استدلال که در زمان اقدام به اعمال عادی دولت گینه اتفاق افتاده بود مورد قبول قرار نداد.[۸۹]

---

87. Op. cit., Judgment of 1 July, 1999, para. 176.

88. Ibid, para. 176.

89. Ibid, para. 177.

بند پنجم: پرداخت خسارات به صورت توافقی و یا صدور رأی مبتنی بر مصالحهٔ مرضی‌الطرفین

در بعضی موارد موضوع پرداخت خسارات مستقیماً بین طرفین اختلاف مذاکره، و در صورت حصول توافق اقدام به پرداخت آن به طور مستقیم و یا براساس رأی مبتنی بر مصالحه مرضی‌الطرفین می‌گردد. برای مثال، در جریان انهدام ناو جنگی امریکایی استارک توسط دولت عراق که در جریان جنگ ایران و عراق رخ داد، دولت عراق اقدام به پرداخت ۲۷ میلیون دلار بابت کشته شدن ۳۷ ناوی امریکایی و صدمات وارده بر ناو یاد شده کرد.[۹۰] مورد دیگر این‌که، با انهدام هواپیمای ایرباس جمهوری اسلامی ایران و شهادت ۲۹۰ نفر از کارکنان و مسافران آن توسط ناو جنگی وینسنس امریکا درخلیج فارس، دولتین ایران و امریکا با امضاء موافقتنامه‌ای به پرداخت وجه المصالحه‌ای از سوی دولت امریکا توافق کردند که متعاقب آن دیوان بین‌المللی دادگستری با صدور دستوری اعلام کرد که به جهت مصالحه طرفین به شرح یاد شده، از رسیدگی‌های بعدی فارغ شده است.[۹۱]

لازم به یادآوری است که بعضاً این توافقات و پرداختها مبتنی بر پذیرش مسؤولیت و خبط طرف پرداخت کنندهٔ آن نیست و با عناوین پرداخت به جهت همدردی با بازماندگان حادثه و ... پرداخت می‌شود. گو این‌که این اقدام علی‌الظاهر به جهت صبغهٔ سیاسی آن، دارای آثار و نتایج حقوقی خاص نیست (قضیهٔ ایرباس جمهوری اسلامی ایران و عملکرد غیرمتعارف ایالات متحده آمریکا)، ولی در واقع حکایت از پذیرش تلویحی عمل خلاف بین‌المللی دارد، یک نمونهٔ بارز دیگر بمباران سفارت

---

90. A.J.I.L., 1989, Vol. 83, p. 561.

91. ICJ Reports,1996, p. 9.

جمهوری خلق چین در بلگراد از سوی هواپیماهای آمریکایی در ۷ می ۱۹۹۹ و پرداخت ۴/۵ میلیون دلار به بازماندگان قربانیان و صدمه دیدگان سفارت یاد شده از سوی دولت ایالات متحده می‌باشد.[۹۲] بدین ترتیب می‌توان بر آن بود که پرداخت محکوم به داوری اگرچه با داعی غیر از آنچه در موضوع محکومیت رأی داوران قید شده باشد، کفایت از سقوط تعهد دولت محکوم علیه می‌کند.

یکی دیگر از انواع خسارات و غرامات ناشی از آن، مربوط به خسارات ناشی از آلودگی زیست‌محیطی است. متعاقب سانحهٔ سقوط سفینه فضایی کاسموس ۹۵۴ متعلق به اتحاد شوروی سابق، در قلمرو کانادا در ژانویه ۱۹۷۸، دولت کانادا طی دعوایی هزینه‌های پرداختی جهت جستجو، بازیافت و از بین بردن زباله‌های رادیو اکتیو در منطقه سقوط را از شوروی سابق درخواست کرد. ادعای کانادا مبتنی بر موافقتنامه‌های بین‌المللی و اصول کلی حقوق بین‌الملل بود.[۹۳] دولت کانادا مدعی بود که در تقویم خسارت از معیارهای موجود در اصول کلی حقوق بین‌الملل استفاده کرده است[۹۴] که بر اساس آن غرامت منصفانه‌ای که ناشی از خسارات مستقیم و حد معقولی از اطمینان برای تقویم کردن آن وجود دارد باید پرداخت شود[۹۵]. این دعوی سرانجام با پرداخت مبلغ ۳ میلیون دلار از سوی اتحاد شوروی سابق به دولت کانادا (که حدود نیمی از مبلغ مورد ادعای کانادا بود) مصالحه شد.[۹۶]

---

92. A.J.I.L., Vol. 94 (2000), p. 127.

93. ILM Vol. 18, 23, Jan. 1979, p. 899 at p. 905.

94. Ibid.

95. Ibid, p. 906.

96. ILM 1981, Vol. 20 (2 April 1981), p. 689.

بند ششم: خسارات وارده بر اشخاص

به نظر می‌رسد در رابطه با خسارات و زیان وارده بر افراد (اعم از اتباع و مقامات رسمی کشور) که به طور مستقیم ناشی از عدم اجرای رأی داوری به نفع محکوم له بوده، بتوان غرامت دریافت کرد. این خسارات نه تنها شامل خسارات مادی همانند درآمد و توانایی‌های کسب درآمد، هزینه‌های پزشکی و مشابه می‌گردد، بلکه شامل خسارات غیرمادی همچون از دست دادن بستگان نزدیک که به نوعی مؤثر در زندگی خصوصی افراد هستند می‌گردد.

در دعوای *Lusitania*، داور منفرد رأی داد که حقوق بین‌الملل غرامات ناشی از خسارات و زیانهای روحی، صدمات به احساسات افراد، تحقیر افراد، از دست دادن اعتبار و موقعیت اجتماعی افراد را به رسمیت شناخته و مشکلات ناشی از تقویم آنها باعث عدم پرداخت غرامت و اجرای آراء نمی‌شود.[۹۷]

در عمل و در رابطه با توقیف افراد، برای در بند نگهداشتن آنها، به طور معمول یک رقم کلی برای هر روز توقیف در نظرگرفته می‌شود.[۹۸] در رابطه با مصادرهٔ اموال افراد به خصوص استانداردهای تأمین خسارت مرتبط با آن و نیز تفکیک بین مصادرهٔ قانونی و مصادرهٔ غیرقانونی مطرح است. در این زمینه بحث‌ها و اختلاف نظراتی وجـود دارد که عمدتاً مربوط به عدم النفع در مورد مصادره‌های غیرقانونی است که در مورد اخیر نظر غالب، رأی به عدم تأدیه خسارات از جمله عدم‌النفع است.[۹۹]

---

97. UNRIAA, Vol. VII, p. 32 (1932) at p. 40.

98. D. Shelton, op.cit., Chapters 8, 9.

99. *Libyan American OIL Company* (*LIAMCO v. Government of Lybia*) in 1982 I.L.R., Vol. 62, p. 141 at pp. 202-203; Aminoil Arbitration in I.L.R., 1982 , Vol. 66, p. 529 at p. 600, para. 138.

در چندین داوری صادره در دیوان داوری دعاوی ایران و امریکا، (دعاوی فیلیپس و استارت علیه دولت جمهوری اسلامی ایران) بدون تعیین و تحدید موضوع مصادرهٔ قانونی و غیرقانونی نیز رأی به پرداخت عدم‌النفع داده شده است.[۱۰۰]

علی‌القاعده نقطهٔ ارزیابی برای تقویم خسارات وارده بر اموال ناشی از عدم اجرای رأی داوری در سه عنوان خلاصه می‌شوند:

یک ـ خسارات وارده بر ارزش سرمایه

دو ـ خسارات مربوط به عدم‌النفع

سه ـ هزینه‌های جانبی

۱ـ خسارات وارده بر ارزش سرمایه

خسارات تحت عنوان بند فوق منعکس کنندهٔ ارزش اموال از بین رفته یا تحت ید دولت مسؤول می‌باشد که بر اساس ارزش عادلانهٔ بازار (Fair Market Value) برای آن اموال خاص (خسارات) ارزیابی می‌شوند.[۱۰۱] با این حال روش ارزیابی قیمت عالانه بازار بستگی به ماهیت سرمایه مورد نظر دارد. در صورتی‌که اموال مورد نظر از جمله اموالی باشد که آزادانه در بازار خرید و فروش می‌شود، قیمت به راحتی ارزیابی می‌شود که تابعی از اطلاعات موجود در بازار و خود جنس می‌باشد. در صورتی‌که منافع اموال موضوع گفتگو خاص یا غیرعادی باشد (همانند کارهای هنری و فرهنگی یا فروش اقلام نظامی خاص همچون فروش‌های دولت امریکا به

100. IRAN-U.S.C.T.R. 79, p. 122, para. 110 / (1987) 16, IRAN-U.S.C.T.R. 79, p. 21, 1989.

101. IRAN-U.S.C.T.R. 96 at p. 106, 16 (1987); IRAN- U.S.C.T.R. 112 at p. 201 (1983).

ایران)، ارزیابی قیمت مشکل خواهد گردید.[۱۰۲]

۲ـ خسارات مربوط به عدم النفع

تصمیمات دیوانهای مختلف داوری به ویژه از سال ۱۹۴۵ تا به حال مملو از موارد مربوط به مصادرهٔ شرکتهای تجاری است که در آنها رأی به بررسی دارایی‌های آنها و سپس پرداخت منافع و نیز عندالاقتضاء بهره ور بودن آنها که به حسن شهرت تجاری و منافع حاصل از آن منتج می‌گردد، داده شده است.[۱۰۳]

در مـورد شرکتهای تجـاری که مجمـوعهٔ آنها (و نه جـزء آنها) سودآور می‌باشند، به یک اعتبار به عنصر جمع بودن این ارزش توجه شده است.[۱۰۴] در دعاوی که در اوایل قرن بیستم در کمیسیون‌های دعاوی امریکا و مکزیک طرح گردیده و به مصادره‌های قانونی رسیدگی می‌کرد، در صورتی‌که شرکت سودآور بوده و احتمال رونق کاری برای آن در آینده‌ای مشخص، مطمئن و قابل تصور بود، خسارت بیش از قیمت اموال مصادره شده ارزیابی می‌گردید. گو این‌که همین کمیسیون ادعای خسارت تأدیه عدم النفع را به جهت قیمت اضافی بر اصل اموال شرکت (به جهت سودآور بودن شرکت‌ها) وارد ندانسته و حکم به رد آن داد.[۱۰۵]

روش دیگر ارزیابی زیان سرمایه، تعیین آن از طریق قیمت خالص

---

102. S/AC. 26/1998/3, paras. 48-49, 12 March, 1998 (UN Compensation Commission) / High Court of Justice Decision (CH.), HC02C01056 (*Soft v. Misys Holding Limitd & Misys PLC*), paras. 117, 129, 131, Oct. 16, 2002, Ewhc 2094 (CH.).

103. IRAN – U.S.C.T.R. 373 *(INA Corporation v. IR. IRAN*) 1985, p. 8.

104. Ibid.

105. *Wells Fargo Company v. Mexico*, Decision No. 22-B, American- Mexican Claims Commissions, 1926, p. 153 in Prepertory of International Arbitral Jurisprudence, Edited by Vincent Cussirat- Coustere and Pierre \Michel Eisemann, Martinus Nijhoff Publishers (1989).

دفتری است، بدین معنی که تفاوت بین مجموع سرمایه تجاری و تمامی مسؤولیت، آنچنانکه در دفاتر آمده معین می‌شود. فایده چنین روشی آن است که ارقام را می‌توان با استناد به هزینه‌های بازار تعیین کرد که معمولاً از اسناد موجود و روزآمد استخراج می‌شود. تنها محدودیت این روش به‌کارگیری اصول حسابرسی است که تمایل به ارزش‌گذاری زیر قیمت بازار دارد، به خصوص در دوره‌های تورم و توجه به این‌که قالب کلی خسارت و قواعد خاص آن در این ارزش‌گذاری به حساب نمی‌آید.

در صورتی‌که شرکت تجاری سودآور نباشد یا درحال تصفیه باشد، معمولاً قیمت فرضی برای خریدار و فروشندهٔ مشتاق در نظر گرفته می‌شود. دیوان داوری دعاوی ایران و امریکا در بسیاری از این موارد به شرح یاد شده حکم داده است.[۱۰۶]

از سال ۱۹۴۵ تکنیک و روش ارزیابی با در نظر گرفتن دو عنصر احتمال و خطر، توسعه و رواج خاص یافته است.[۱۰۷] در روش ارزیابی که درآمد برای مدت محدودی مورد نظر قرار داشته است (به خصوص در فرضی که سرمایه از بین رفته است)، از روشی استفاده می‌شود که از آن به «جریان تنزیل یافته پول» یاد می‌شود.[۱۰۸] از آنجا که از این روش به عنوان ابزاری برای تشخیص ارزش سرمایه استفاده می‌شود، از آن به عنوان روش محاسبه برای خسارت نیز می‌توان استفاده کرد.

اگرچه دیوانهای داوری در تشخیص و ارزیابی عدم النفع به طور

---

106. IRAN-U.S.C.T.R., p. 121 (*Phelips Dodge Corp. v. IR.IRAN*), op. cit., at p. 180 (*Sedco v. NIOC*) / (1987) 15 IRAN-U.S.C.T.R., at pp. 256-257 (*AMOCO International Finance v. IR.IRAN*), p. 10, 1986.

107. Reports of 19 March 1999, S/AC. 26/ 1999/4, paras. 32-62.

108. Discounted Cash Flow (D.C.F).

معمول رأی به پرداخت این فقره از خسارت نیز داده‌اند،[۱۰۹] مع الوصف، در عمل و غالب موارد، دیوانهای داوری تمایل زیادی به دادن رأی درخصوص خسارت عدم النفع (*lucrum cessans*) که ذاتاً در آن عناصر فرضی محاسبه مورد نظر می‌باشند، ندارند. در یک دعوی، داور منفرد دعوی موسوم به *Shufeldt* (*USA / Guatemala*) اعلام کرد که عدم النفع باید ناشی از قرارداد بوده و خیلی بعید و فرضی نیز نباشد.[۱۱۰]

کمیسیون حکام صندوق غرامات سازمان ملل متحد در ژنو، مأمور به رسیدگی به ادعاهای علیه عراق ناشی از جنگ دوم خلیج فارس، به موضوع ریسک‌های احتمالی در هر نوع خسارت، سرمایه‌گذاری ... توجه و آنها را ذاتی در ارزیابی خسارت دانسته و در نتیجه از دادن رأی به خسارات ناشی از آنها به طور عام خودداری کرده است،[۱۱۱] چرا که در مقایسه با دارایی‌های فیزیکی، آنها را به جهت تجاری و سیاسی ریسک‌پذیرتر ارزیابی کرده است.

در مجموع در یک ارزیابی کلی‌تر سه نوع خسارت عدم النفع قابل تفکیک می‌باشند.

اول ــ عدم النفع ناشی از اموال و دارایی‌های مولد درآمد که تعارضی در مالکیت آن نباشد.

دوم ــ عدم النفع ناشی از اموال و دارایی‌های مولد بین زمان تصرف مالکانه و ختم آن.

سوم ــ عدم النفع آتی که در آن به منافع قابل انتظار تا زمان ختم

---

109. *U.S.A. v. Russia (Cape Horn Pigeon Case)* in UNRIAA, Vol. IX, p. 63 (1902) / (1963) I.L.R., Vol. 35, p. 136 at pp. 187 & 189 (*Sapphire Internatinal Petroleum LTD. v. National Iranian OIL Company)*/1928 P.C.I.J., Series A, No. 17, pp. 47-48 & 53 *(Chorzow Factory) / LIAMCO Case*, 1977, I.L.R., Vol. 62. p. 140/ *AGIP. v. Congo*, 1979, 1 I.C.S.I.D., Reports, p. 306.

110. UNRIAA, Vol. II, p. 1079, 1930 at p. 1099.

111. S/AC. 26 /1999/14, para. 126, 30 Sep. 1999.

رسیدگی داوری حکم داده می‌شود.

ـ در طبقه‌بندی اول، ادعای عدم‌النفع مربوط به خسارت ناشی از عدم بهره‌برداری موقت از دارایی‌های مولد درآمد می‌باشد. در این نوع دعاوی تداخلی یا معارضه‌ای در مالکیت وجود ندارد و مع‌الوصف خسارت مورد تقاضا مربوط به درآمدی است که خواهان به جهت عدم تخصیص مالکیت استحقاق دریافت آن را دارد.

ـ در طبقه‌بندی دوم، ادعاها مربوط به تصرف غیرقانونی اموال مولد درآمد است. در چنین مواردی عدم‌النفع تا زمان ختم دادرسی پرداخت می‌شود. در قضیه کارخانه *Chorozow*، دیوان دائمی موضوع را به صورت درآمدی که مجدداً سرمایه‌گذاری شده و نشان‌دهندهٔ سودی که از زمان تصرف غیرقانونی تا زمان ختم رسیدگی حاصل می‌گردید ارزیابی کرد.[۱۱۲] در قضیه موسوم به مالکین نروژی کشتی[۱۱۳] نیز، به منافع تا زمان صدور رأی حکم داده شد و نه فراتر از آن زمان.

ـ در طبقه‌بندی سوم ادعاها برای عدم‌النفع، دعاوی با عنایت به قالب امتیازات و دیگر منافع که به صورت قراردادی تضمین می‌شوند مورد رسیدگی قرار می‌گیرند. در چنین ادعاها نیز منافع آتی تفویتی موضوع رأی داوران قرار گرفته است.[۱۱۴]

در بعضی دعاوی نیز همچون دعوی *Oscar Chinn*، از آنجایی‌که خسارت عدم‌النفع به عنوان منفعتی که به جهت موضوعی و مدارک قرارداد تضمین شده، مدلل و قابل قبول نبود، موضوعِ رأی دیوان دائمی دادگستری

---

112. P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 47 (Merits).

113. UNRIAA (*Norway v. U.S.A.*), Vol. I, p. 307, 1922.

114. UNRIAA (*U.S.A. v. Guatemala*), Vol. II, p. 930, 1079 /(1985) 8 IRAN- U.S.C.T.R., p. 298 (*Sylvania v. I. R. IRAN*).

بین‌المللی قرار نگرفت.[۱۱۵]

در صورتی‌که هزینه‌های تبعی به نحو مقبول و معقول مورد تقاضا قرار گرفته و وقوع آن از باب توقف خسارت و نیز تقلیل آن از موارد نقض قراردادی باشد، موضوع رأی مراجع داوری قرار می‌گیرد.[۱۱۶]

لازم به یادآوری است که درصورت صدور رأی به عدم‌النفع، رأی به بهره داده نمی‌شود چرا که در این صورت در واقع بهرهٔ مضاعف مورد حکم قرار می‌گیرد و ادعای ناشی از تأخیر در اجرای رأی داوری نیز درصورتی‌که به صورت دوستانه حل و فصل نشود مستلزم طرح دعوی مجدد در مرجع صلاحیتدار است.

گفتار پنجم: ترضیهٔ خاطر زیاندیده

درصورتی‌که دولت مسؤول برای تخلف یا نقض تعهدات موضوع اجرای رأی داوری نتواند از عهدهٔ تأدیهٔ خسارت یا جایگزینی برآید، یا اصولاً موضوع از موارد تأدیهٔ غرامت یا جایگزینی نباشد، می‌باید رضایت خاطر دولت زیاندیده را برآورد که این امر به صورت قبول رسمی نقض، اظهار تأسف یا معذرت خواهی رسمی، به نوعی که برای دولت خاطی حقارت‌بار یا غیرمتعارف نباشد، صورت می‌پذیرد.

این گفتار طی سه مبحث:

۱ـ ماهیت حقوقی ترضیهٔ خاطر زیاندیده؛

۲ـ اشکال مختلف ترضیهٔ خاطر زیاندیده؛

۳ـ محدودیتهای وارده بر ترضیهٔ خاطر زیاندیده، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

---

115. P.C.I.J., Series A/B, No. 63, p. 65, 1934.

116. IRAN-U.S.C.T.R., pp. 165-167 & 168-169, paras. 56-60 & 67-69 (*GENERAL ELECTRIC* v. I. R. IRAN), 1991, p. 26.

مبحث اول: ماهیت حقوقی ترضیهٔ خاطر زیاندیده

همانطور که قبلاً گفته شد یکی از طرق سقوط تعهدات، ترضیه خاطر زیاندیده از سوی دولت مسؤول است. به یک اعتبار، این آسان‌ترین طریق اجرای احکام (آرای) داوری یا قضایی بین‌المللی است.

علت معمول و متعارف نبودن این طریق (در مقایسه با جایگزینی مثلی یا قیمی و یا تأدیه غرامات) آن است که علی‌القاعده درصورت امکان، از طرق قبلی استفاده می‌شود و در فرض عدم امکان جایگزینی یا تأدیه خسارت (به هر جهت و از جمله مادی نبودن خسارت)، حقوق بین‌الملل تکلیف کسب رضایت و تشفی خاطر دولت زیاندیده را بر عهدهٔ کشور خاطی قرار داده است.

حالت دیگری نیز که ممکن است استفاده شود آن است که ترکیبی از روشهای قبلی (جایگزینی و تأدیه غرامات) و تکمیل آن با طریق اخیر اعمال شود که اعمال مفهوم ترضیهٔ خاطر زیاندیده علی‌الاصول در رابطه با بخش خسارات معنوی می‌باشد، حال چه خسارات مادی، با جایگزینی و یا پرداخت مثلی پوشش داده شود یانه.

موضوع صدمات غیرمادی[۱۱۷] مفهومی کاملاً شناخته شده در حقوق بین‌الملل بوده و نمونهٔ بارز آن را در رسیدگی‌های دیوان داوری رسیدگی‌کننده به دعوای موسوم به ***Rainbow Warrier*** می‌توان ملاحظه کرد که در آن آمده است:[۱۱۸]

«رویه‌های طولانی در عملکرد دولتها و دیوانهای بین‌المللی قضایی و داوری وجود دارد که از کسب رضایت به عنوان راه حلی جهت اعادهٔ وضعیت زیاندیده (در معنی وسیع) ناشی از نقض تعهدات بین‌المللی

---

117. Non - Material Injury.

118. UNRIAA (*New Zeland v. France*) Vol. XX, p. 217, 1990, at pp. 272-273, para. 122.

به‌کار برده می‌شود. این عملکرد خصوصاً به خسارت معنوی یا حقوقی که مستقیماً توسط دولت بوجود می‌آید مربوط می‌گردد، علی‌الخصوص در مقابل خسارتی که به اشخاص وارد شده و متضمن مسؤولیتهای بین‌المللی است».

در رویه دولتها همچنین مواردی وجود دارد که بر اساس آن ادعا برای کسب رضایت جهت ورود صدمات غیرمادی مطرح است.[۱۱۹] در چنین مواردی، مصادیق بعضاً عبارتند از اعتراض به بی‌حرمتی به سمبل ملی (پرچم کشور)، تجاوز به کشتی، هواپیما، حاکمیت یا تمامیت ارضی آنها.

مبحث دوم: اشکال مختلف ترضیهٔ خاطر زیاندیده و محدودیت‌های وارده بر آن

بند یکم ـ کلیات

کسب رضایت دولت زیاندیده می‌تواند با قبول رسمی نقض از سوی دولت زیان زننده، معذرت‌خواهی رسمی، اظهار تأسف یا دیگر اشکال بیان ندامت دولت اخیر باشد. بنابراین اشکال کسب رضایت دولت زیاندیده حصری نبوده و تمثیلی می‌باشند، تعیین این اشکال وابسته به شرایط خاص خود بوده و نمی‌شود آنها را از قبل تعیین یا توصیه کرد.

در داوری *Rainbow Warrier* ، دیوان ضمن رد ادعاهای نیوزیلند برای جایگزینی و یا توقف اقدامات دولت فرانسه، چندین راه برای اعلام اعتذار خوانده از اقدامات خود معین کرده، مع‌الوصف به طرفین توصیه کرد به روابط ناخوشایند (فعلی) خود خاتمه دهند و در عین حال به فرانسه

119. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York University Press, 1928, pp. 186-187; UNRIAA, op. cit., p. 217.

پیشنهاد کرد به صندوقی که برای ارتقاء روابط دوستانه و نزدیک بین شهروندان فرانسوی و نیوزیلندی ایجاد خواهد شد مبلغ دو میلیون دلار به صورت داوطلبانه بپردازد.[۱۲۰]

به طور معمول در این راستا ابتدائاً تحقیقات بسیاری از جمله بررسی علل حادثه، سانحه یا ... که موجبات ورود زیان را فراهم آورده است صورت می‌پذیرد و بعضاً با ایجاد یک صندوق مالی به نفع زیاندیده یا زیاندیدگان، یا ترتیبات خاص انضباطی و ...، نسبت به تحصیل رضایت زیاندیده اقدام می‌شود ویا در موارد خسارات غیرمالی، رأی سمبولیک به جبران خسارات داده می‌شود.[۱۲۱]

تضمین به عدم تکرار عمل که به نوعی توقف اقدامات خلاف است را نیز می‌توان از جمله طرق کسب رضایت زیاندیده دانست. یادآور می‌شود که در طرق مارالذکر هیچ تقدم یا اولویتی وجود ندارد.

بند دوم ـ اعلان عمل خلاف توسط دیوان داوری یا محکمه قضایی بین‌المللی

یکی از طرق معمول کسب رضایت دولت زیاندیده که در دعاوی غیرمادی یا معنوی اعمال می‌شود، اعلام اقدام یا اقدامات خلاف بین‌المللی طی رأی اعلامی از سوی دیوان داوری یا محکمهٔ قضایی بین‌المللی است. این روش در قضیهٔ کانال کورفو مورد تأیید دیوان بین‌المللی دادگستری قرار گرفت که در آن دیوان یاد شده بعد از غیرقانونی دانستن عملیات مین‌روبی توسط نیروی دریایی بریتانیا اعلام کرد:[۱۲۲]

---

120. UNRIAA, Vol. XX, p. 217 (1990) et seq. (at p. 274).

121. UNRIAA (in *Case I'am Alone*), Vol. III, p. 1609 (1995); UNRIAA, *Rainbow Warrier*, ibid, Vol. XX, p. 217 (1990).

122. *Corfu Channel Case*, ICJ Reports (Merits) 1949, p. 4 at pp. 35-36.

«به منظور حصول اطمینان از احترام به حقوق بین‌الملل که اقدام بدان ضروری است، دیوان می‌باید اعلام کند که اقدام نیروی دریایی دولت بریتانیا موجبات نقض حاکمیت دولت آلبانی را فراهم آورده است. این اعلان مطابقت با درخواست دولت آلبانی دارد که توسط مشاور خود خواهان اعلام آن شده بود».

این طریق در دعـاوی بسیاری مـورد تأسی قـرار گرفتـه است.[۱۲۳] مـع‌الوصف، گـو این‌که اعـلان دادگاه یا دیـوانهای داوری بین‌المللی درخصوص موارد فوق را می‌توان نوعی از انواع ترضیهٔ خاطر زیاندیده در هر دعوی ارزیابی کرد، چنین اعلان‌هایی ذاتاً جزئی از راه‌حل کسب خاطر دولت زیاندیده نیست. هر دیوان یا دادگاه قضایی بین‌المللی که صلاحیت رسیدگی به دعوایی را داشته باشد، این اختیار را دارد که قانونی بودن عملکرد دولت مورد نظر را به عنوان بخشی ضروری در فرایند رسیدگی ارزیابی نموده و آن را در یافته‌های خود احراز و اعلان کند.

چنین اعلانی می‌تواند مقدمهٔ تصمیم دیوان در هریک از اشکال ترمیم خسارات بوده یا آن‌که تنها راه ترمیم باشد. آنچه که دیوان در این دعوی (کورفو) اعلام کرد عبارت از به‌کارگیری اعلامیه به عنوان شکلی از انواع اشکال ترضیهٔ خاطر دولت آلبانی بود که به‌جز آن نیز دولت یاد شده راه حل دیگری را تقاضا نکرده بود.

بند سوم ـ اعلان توسط دولت زیان زننده

همانطور که گفته شد از دیگر طرق کسب رضایت دولت زیاندیده معذرت خواهی رسمی (شفاهی یا کتبی) از زیان وارده بر دولت دیگر

123. UNRIAA (*Rainbow Warrier*), Vol. XX, p. 217 (1990), at p. 277, para. 123.

توسط دولت متخلف است. این اقدام می‌تواند به حکم دیوان داوری یا دادگاه قضایی بین‌المللی و در اجرای آرای مراجع یاد شده یا با رایزنی‌های سیاسی انجام شود.[۱۲۴]

این طریق علی‌القاعده در روابط بین دولِ دارای ارتباطات سیاسی محکم، رایج بوده و از بسیاری از اقدامات ناخواستهٔ احتمالی در آینده جلوگیری می‌کند. در صورتی‌که دولتین دارای روابط عادی نبوده و وضعیت دعوی نیز به نوعی نباشد که با معذرت‌خواهی خاتمه یابد یا دولت زیان زننده نخواهد از دیگر طرق مالی برای رفع خسارت و ترمیم آن برآید، دعوی با پرداخت وجهی که نه ماهیت اصیل ترمیم خسارت را دارد و نه معذرت‌خواهی، همچون پرداخت براساس *exgratia* فیصله می‌یابد.

در دعوی *La Grand*، دیوان رأی داد که:

«در این دعوی معذرت خواهی کفایت نمی‌کند، همانطور که در دیگر موارد و در جایی‌که اتباع خارجی بدون تأخیر از حقوق خود در بند ۱ مادهٔ ۳۶ کنوانسیون وین مطلع نشده و به مدت طولانی توقیف شده یا به کیفرهای شدید محکوم شده اند، معذرت‌خواهی کفایت نمی‌کند».[۱۲۵]

محدودیت‌های وارده به این نوع از ترمیم خسارات را می‌توان ۱ــ متناسب بودن مورد درخواست با خسارات وارده، و ۲ــ تحقیرآمیز نبودن آن دانست.

مع‌الوصف این طریق را می‌توان یکی از ساده‌ترین طرق اجرای آراء

---

124. UNRIAA, Vol. III, p. 1609,1935; UNRIAA, Vol. XX, p. 217 (1990) / 1998; ICJ Reports (*Paraguay v. United States*), p. 426 (*Provisional Measures*) / *Ligrand Case* (*Germany v. U.S.A*); ICJ Reports 1999 (*Provisional Measures*), p. 9; *La Grand Case* (*Germany v. U.S.A*); ICJ Reports 2001, Judgment of 27 June 2001 (Merits).

125. Ibid, para. 123.

دیوانهای داوری یا قضایی بین‌المللی دانست که در نوع خود اقدامی موفق و منطبق با مقررات مذکور در بند ۳ مادهٔ ۲ و مادهٔ ۳۳ منشور ملل متحد است. به هر تقدیر این ترتیب به جهت اجرایی همسو با نظریه‌ای است که براساس آن آرای دیوانهای داوری می‌باید بدون هیچ مانع و رادعی قابل اجرا بوده و از طریق این اجرا، گذر از مرحلهٔ اختلاف و یا دعوی که مانعی جدی در استقرار یا تثبیت صلح و امنیت بین‌المللی و رسیدن به مرحلهٔ استقرار و دوام صلح پایدار است، امکان‌پذیر می‌باشد.

نتیجه

این امر که هیچ‌کس نمی‌تواند از عمل خلاف خود بهره‌مند شود یک اصل حقوقی شناخته شده حقوق بین‌الملل بوده و ریشه در اصل حسن نیت دارد، نتیجه آن‌که دولتی که با نادیده گرفتن اصول و قواعد حقوق بین‌الملل اقدام به اجرای احکام یا آرای قضایی یا داوری بین‌المللی نمی‌کند مکلف به جبران خسارت ناشی از عمل متخلفانه خویش می‌باشد که این اقدام در اشکال اعاده وضعیت سابق، جبران خسارت به شکل جایگزینی (مثلی یا قیمی)، پرداخت خسارات جانبی و یا تشفی خاطر زیاندیده تجلی می‌یابد.

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران
شمارهٔ سی و یکم، ۱۳۸۳، صص ۳۱۲ ـ ۲۵۹

کنوانسیون مونترال: تجزیه و تحلیل برخی از جنبه‌های روزآمد و ادغام شده سیستم ورشو*

پابلو مندس دو لیون**
ورنر ایسکنس***
مترجم: ماشاءاله بناء نیاسری****

اشاره مترجم

شاید پس از حمل و نقل ریلی و دریایی، مقررات راجع به حمل و نقل هوایی از قدیمی‌ترین مقررات موجود در قلمرو حقوق حمل و نقل است. کنوانسیون مربوط به یکپارچه کردن برخی از مقررات حمل و نقل هوایی بین‌المللی (کنوانسیون ورشو ۱۹۲۹)[1] که در زمینهٔ رژیم حقوقی حمل و نقل

---

*. مشخصات اصلی مقاله به قرار زیر است:
Pablo Mendes De Leon & Werner Eyskens, The Montreal Convention: Analysis of Some Aspects of the Attempted Modernization and Consolidation of the Warsaw System, Journal of Air Law and Commerce, vol. 66, 2001, pp. 1155-1185.

**. مدیر مؤسسه بین‌المللی حقوق هوا و فضا ـ دانشگاه لیدن.

***. عضو کانون وکلای بروکسل.

****. دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.

۱. دولت ایران در سال ۱۳۵۴ هجری شمسی به موجب «قانون اجازه الحاق دولت ایران به کنوانسیون ۱۲ اکتبر ۱۹۲۹ ورشو و پروتکل ۲۸ سپتامبر ۱۹۵۵ لاهه و کنوانسیون ۱۸ سپتامبر ۱۹۶۱ گوادالاجارا و پروتکل ۸ مارس ۱۹۷۱ گواتمالا» به این کنوانسیون پیوسته است. رک. مجموعه قوانین سال ۱۳۵۴،

هوایی کنوانسیونی مادر به شمار می‌رود، در زمانی تدوین گردیده است که هنوز صنعت هواپیمایی در مرحلهٔ طفولیت به سر می‌برد و به شدت نیازمند حمایت و مراقبت بود. ملاحظات و مصالحی از این دست، مورد توجه تدوین‌کنندگان این کنوانسیون قرار گرفت و تعادل و توازن بین حقوق مسافران و صاحبان کالا از یک سو و متصدیان حمل از دیگر سو، به گونه‌ای تعیین گردید که در آن زمان عادلانه می‌نمود.

بی‌گمـان یکی از اهداف اصلی و اولیهٔ تدوین‌کنندگان کنوانسیون ورشو (۱۹۲۹) یکنواخت کردن مقررات راجع به حمل و نقل هوایی بین‌المللی و فائق آمدن بر مشکلات ناشی از تعارض قوانین در سطح بین‌المللی بوده است؛ امری که از نام کنوانسیون نیز به خوبی هویداست. این کنوانسیون اقبال عام یافت و در نیل به این مقصود و ایجاد یکنواختی در حقوق بین‌الملل خصوصی هوایی بی‌شک موفق بود. اندک اندک و با گذشت زمان به منظور پاسخگویی به نیازهای نوین سعی گردید با تدوین پروتکل‌های اصلاحی یا تکمیلی، کنوانسیون موصوف با نیازهای زمانه دمساز و هماهنگ گردد، اما پروتکل‌های اصلاحی یا تکمیلی مزبور به سان خود کنوانسیون مقبولیت عمومی نیافت، چندان که برخی از کشورها عضو متن اصلی کنوانسیون بودند و بعضی دیگر عضو فلان پروتکل که برخی از مقررات متن اصلی را اصلاح و تغییر داده بود. در نتیجهٔ این امر، شبکه به هم پیچیده‌ای از تعارض قوانین بروز کرد؛ پدیده‌ای که آشکارا با اهداف اولیه و فلسفهٔ وجود کنوانسیون ورشو در تعارض بود. از دیگر سو، از دیدگاه کشورهای صنعتی محدوده‌های مالی مسؤولیت که در متن کنوانسیون ورشو یا پروتکل‌های اصلاحی آن پیش‌بینی شده بود، امروزه به نحو آشکاری ناعادلانه

صص ۱۸۹-۱۵۳. همچنین در سال ۱۳۶۴ هجری شمسی با تصویب «مـاده واحـدهٔ قـانون تعیـین حـدود مسؤولیت شرکتهای هواپیمایی ایرانی در پروازهای داخل کشور» مقررات کنوانسیون ورشو و پروتکـل لاهه را در پروازهای داخلـی نیز لازم‌الاجرا دانستـه است. رک. مجمـوعه قوانیـــن سـال ۱۳۶۴، صـص ۴۷۴-۴۷۵.

می‌نمود. از این رو، بسیاری از کشورهای صنعتی از جمله ایالات متحده امریکا، کشورهای اروپایی و ژاپن شرکتهای هواپیمایی خود را مجبور نمودند که سقف مسؤولیتهای خود را به مبلغی بالاتر افزایش دهند.

مجموع عوامل فوق سبب گردید سازمان بین‌المللی هواپیمایی کشوری (ایکائو) برای دستیابی مجدد به یکنواختی مورد انتظار کنوانسیون ورشو، چاره‌ای بیندیشد. در اثر هم‌اندیشی و همکاری ایکائو و برخی دیگر از سازمانهای بین‌المللی نهایتاً کنوانسیون جدیدی تدوین گردید که با نام کنوانسیون راجع به یکپارچه کردن برخی مقررات حمل و نقل هوایی بین‌المللی (مونترال ۲۸ می ۱۹۹۹) شناخته می‌شود.[۲]

همانگونه که نویسندگان این کنوانسیون در مقدمهٔ کنوانسیون بیان کرده‌اند هدف از تدوین این کنوانسیون روزآمد و یک کاسه کردن مقررات کنوانسیون ورشو و پروتکل‌های آن می‌باشد. برطبق بند (۶) ماده ۵۳ کنوانسیون مونترال، این کنوانسیون در شصتمین روز پس از تاریخ تودیع سی‌امین سند الحاق، قبول، تصویب یا عضویت نزد مرجع تودیع اسناد، مابین دولتهایی که این اسناد را سپرده‌اند لازم‌الاجرا خواهد گردید. ایالات متحده امریکا سی‌امین کشوری بود که در تاریخ ۵ سپتامبر ۲۰۰۳ میلادی به کنوانسیون فوق‌الذکر پیوست و سرانجام این کنوانسیون از تاریخ ۴ نوامبر ۲۰۰۳ میلادی لازم‌الاجرا گردید.

مقاله‌ای که فراروی شما قرار دارد از یکی از معتبرترین نشریات در زمینهٔ حقوق هوایی انتخاب و ترجمه شده است. در این مقاله نویسندگان مسؤولیت متصدی حمل و نقل هوایی را در سیستم ورشو با کنوانسیون مونترال مقایسه و طی هر بحث به نوآوری‌های کنوانسیون مونترال (۱۹۹۹) اشاره کرده‌اند.

---

۲. متن انگلیسی این کنوانسیون و ترجمهٔ فارسی آن در بخش اسناد همین شماره به چاپ رسیده است.

فهرست مطالب

یک ـ مقدمه

الف. ضرورتهای بیان شده برای تدوین یک کنوانسیون جدید: روزآمد و یک کاسه کردن قواعد پیشین

ب. گزینه‌های ممکن به جای تدوین کنوانسیونی جدید

دو ـ مسؤولیت متصدی در حمل و نقل مسافر

الف. مباحث مربوط به اسناد

ب. «پنجمین دادگاه صالح»

۱ـ فقط دعاوی مربوط به فوت و صدمهٔ بدنی مسافر در پنجمین دادگاه صالح قابل طرح است

۲ـ حق مسافر برای انتخاب یکی از دادگاههای صالح

۳ـ «پنجمین دادگاه صالح» باید در یکی از دولتهای عضو واقع شده باشد

۴ـ متصدی حمل باید در محل استقرار «پنجمین دادگاه صالح» به عملیات حمل و نقل هوایی اشتغال داشته باشد

۵ـ مسافر زیاندیده باید تنها یک سکونتگاه دائمی داشته باشد

۶ـ اهمیت نسبی « پنجمین دادگاه صالح » در مقایسه با چهار دادگاه صالح موجود

ج. فوت و صدمه بدنی ـ آیا لطمات و صدمات روحی و روانی نیز قابل جبران است؟

د. مسؤولیت نامحدود و دفاعیات

۱ـ بررسی مختصر نظامهای موجود مسؤولیت

۲ـ ترکیب و ادغام کنوانسیونها و پروتکلهای پیشین در کنوانسیون مونترال

هـ مسؤولیت متصدی حمل در قبال بار همراه مسافر

۱ـ مسؤولیت در قبال بار همراه تحویل شده

۲ـ مسؤولیت در قبال بار همراه تحویل نشده

۳ـ محدوده‌های مسؤولیت، دفاعیات و دادگاه صالح در دعاوی راجع به بار همراه تحویل شده و بار همراه تحویل نشده

و. پیش پرداختها
سه ـ مسؤولیت متصدی در حمل و نقل کالا
الف. مباحث مربوط به اسناد
ب. مسؤولیت در قبال کالا: مطلق و غیرقابل نقض
۱ـ بررسی مختصر نظامهای موجود مسؤولیت
۲ـ ترکیب و ادغام کنوانسیونها و پروتکلهای پیشین در کنوانسیون مونترال
چهار ـ مسؤولیت متصدی حمل در قبال تأخیر
الف. مسؤولیت در قبال تأخیر مسافر
ب. مسؤولیت در قبال تأخیر کالا
پنج ـ بیمه
شش ـ آزادی قراردادی
هفت ـ نتیجه

یک ـ مقدمه

الف. ضرورت‌های بیان شده برای تدوین کنوانسیونی جدید: روزآمد و یک کاسه کردن قواعد پیشین

کنوانسیون مونترال راجع به یکپارچه کردن برخی مقررات حمل و نقل هوایی بین‌المللی (۲۸ می ۱۹۹۹) به منظور روزآمد کردن و ادغام کنوانسیون ورشو و اسناد مرتبط با آن تدوین شده است. افزون بر این، منافع مسافران و ارسال کنندگان کالا نیازمند حمایتی بهتر بود. اعتقاد عمومی بر این بود که تعادل و توازن بین منافع متصدیان حمل از یکسو، و منافع مسافران از دیگر سو، باید به نفع مصرف‌کننده اصلاح گردد.

کنوانسیون ورشو و معاهدات و پروتکلهای مرتبط با آن، که مجموعاً «سیستم ورشو» را تشکیل می‌دهند «نامزدهایی» بودند که برای تدوین یک کنوانسیون جدید مورد استفاده قرار گرفته و در یکدیگر ادغام شدند. معاهدات زیر جملگی، اسنادی هستند که کنوانسیون ورشو (۱۹۲۹) را اصلاح یا تکمیل نموده‌اند:

ـ پروتکل لاهه (۱۹۵۵)؛

ـ کنوانسیون تکمیلی گوادالاجارا (۱۹۶۱)؛

ـ پروتکل گواتمالاسیتی (۱۹۷۱)؛

ـ پروتکلهای شمارهٔ ۱، ۲ و ۳ مونترال (۱۹۷۵)؛ و

ـ پروتکل شمارهٔ ۴ مونترال (۱۹۷۵) که مقررات کنوانسیون ورشو در باب حمل کالا را روزآمد می‌کند.

مجموع معاهدات فوق، امروزه جوابگوی نیازهای سیستم حمل و نقل هوایی که در آن خطوط هوایی غالباً به طور مستقل از دولتها، مبادرت به ارائه و انجام خـدمات خود می‌نمایند، نمی‌باشد. به منظور پاسخ گـویی به

نیازهای روز و مراقبت بیشتر از منافع مسافران، اقداماتی یک جانبه و تدابیری که بیشتر در قلمرو حقوق خصوصی و در سطح ملی می‌باشد، انجام گرفته است.[۳]

---

۳. موافقتنامهٔ مونترال که سیاستی یکجانبه و غیرحقوقی بود در سال ۱۹۶۶، توسط هیأت هوانوردی کشوری ایالات متحده منعقد شد.

در سال ۱۹۷۶، شماری از کشورهای اروپایی که گروهی را به نام «گروه مالتا» تشکیل می‌دهند، اعطای مجوز به متصدی حمل و نقل هوایی را منوط به این نمودند که متصدی حمل محدوده‌های مسؤولیت خود را به ۸۰۰۰۰ یا ۱۰۰۰۰۰ حق برداشت ویژه افزایش دهد و این امر را در شروط مربوط به قرارداد حمل و نقل خود بگنجاند؛

در سال ۱۹۸۵، دادگاه قانون اساسی ایتالیا رأی داد که مقررات موجود در قوانین ایتالیا که محدوده مسؤولیت پیش‌بینی شده در بند (۱) مادهٔ ۲۲ کنوانسیون ورشو/پروتکل لاهه را لازم‌الاجرا می‌داند، مغایر با قانون اساسی است. از این رو، قانون شمارهٔ ۲۷۴ ایتالیا مصوب ۷ جولای ۱۹۸۸، محدودهٔ جدید مسؤولیت را ۱۰۰۰۰۰ حق برداشت ویژه تعیین کرد؛

در سال ۱۹۹۲، متصدیان حمل و نقل هوایی ژاپن شروط موجود در قرارداد حمل و نقل خود را اصلاح نمودند که در نتیجه این اصلاح، محدوده‌های مسؤولیت برای صدمه بدنی یا فوت مسافر در حمل و نقل بین‌المللی مشمول کنوانسیون ورشو یا پروتکل لاهه اعمال نمی‌گردد و به جای آن در دعاوی مطالبهٔ خسارت برای فوت یا جرح مسافر که مبلغ آن تا ۱۰۰۰۰۰ حق برداشت ویژه است، رژیم مسؤولیت مطلق در شروط حمل گنجانده شد؛

در سال ۱۹۹۴، شانزدهمین مجمع عمومی کنفرانس هواپیمایی کشوری اروپا (ECAC) توصیهٔ شماره ۱۶/۱ را پذیرفت. این توصیه حدود مسؤولیت مقرر در کنوانسیون ورشو/پروتکل لاهه را به حداقل ۲۵۰۰۰۰ حق برداشت ویژه افزایش می‌دهد و به متصدیان حمل مؤکداً توصیه می‌نماید با تنظیم موافقتنامه‌ای فی ما بین خود مقرراتی همسان با مقررات موافقتنامهٔ مونترال ۱۹۶۶ را بپذیرند؛

در سال ۱۹۹۵، موافقتنامه بین متصدیان حمل یاتا درخصوص مسؤولیت در قبال مسافر، مورد پذیرش قرار گرفت. این موافقتنامه محدوده‌های مسؤولیت مذکور در کنوانسیون ورشو/پروتکل لاهه را نسبت به خسارات قابل مطالبه در اثر جرح یا فوت مسافران غیرقابل اجرا معرفی می‌کند؛

در سال ۱۹۹۶، موافقتنامه راجع به اتخاذ تدابیری برای اجرای موافقتنامهٔ بین متصدیان حمل یاتا (MIA)، پذیرفته شد. به موجب این موافقتنامه در دعاوی مطالبهٔ خسارت که مبلغ آن تا ۱۰۰۰۰۰ حق برداشت ویژه است، برای متصدیانی که این موافقتنامه (MIA) را امضا نموده‌اند مسؤولیت نامحدود و مطلق در نظر گرفته شده است. (همچنین ر.ک. فوق، «طرح ژاپن»)؛

در سال ۱۹۹۷، وزارت حمل و نقل ایالات متحده آمریکا فرمان شماره ۲-۱-۹۷ را صادر کرد. به موجب این فرمان موافقتنامه‌های IIA و MIA مورد تصویب قرار گرفت مشروط بر این‌که مقررهٔ موجود در موافقتنامه MIA که به موجب آن اعمال رژیم مسؤولیت مطلق برای خسارات زیر ۱۰۰۰۰۰ حق برداشت ویژه در برخی از مسیرها اختیاری است، در کلیهٔ پروازهایی که به امریکا یا از امریکا انجام می‌گیرد یا در ارتباط با امریکا است و یا محل توقف آنها در ایالات متحده است اختیاری نبوده و اجرای این محدوده مسؤولیت اجباری باشد. همچنین در سال ۱۹۹۷ کمیسیون اروپا مقررات شماره ۲۰۲۷/۹۷ درخصوص

ب. گزینه‌های ممکن به جای تدوین کنوانسیونی جدید

این اقدامات یک جانبه اثبات کرد زمان آن فرارسیده است که سازمان هواپیمایی کشوری (ایکائو) دوباره رهبری را در دست بگیرد. در طی دهه ۱۹۹۰، با یک کاسه کردن این اقدامات حقوقی جایگزین‌های مختلفی به جای تدوین یک کنوانسیون جدید ارائه گردید، از جمله این گزینه‌ها عبارت بودند از:

۱ـ حفظ وضع موجـود، بدین معنـا که رژیم ورشو از طـریق موافقتنامه‌های منطقه‌ای و خصوصی تکمیل گردد که این امر مجمـوعاً منجر به ایجـاد «شبکه‌ای به هم پیچیـده و درهم» از معاهدات و سایر موافقتنامه‌ها می‌گردید؛

۲ـ تدوین پروتکلی دیگر که کنوانسیون ورشو را از برخی جهات مشخص اصلاح نماید، جنبه‌هایی از قبیل مبنای مسؤولیت برای مطالبه خسارت بیش از سطحی که عموماً پذیرفته شده یعنی خسارات بیش از ۱۰۰۰۰۰ حق برداشت ویژه در صورت جرح یا فوت مسافر، اصطلاحاً «پنجمین دادگاه صالح»، امکان سقوط محدوده‌های مسؤولیت در قبال خسارات وارده به کالا، بار همراه مسافر و اشیای شخصی، و مقررات روزآمدی برای صدور اسناد و اخطاریه؛[۴] و

۳ـ نسخ و کنار نهادن کنوانسیونهای مربوط به حمل و نقل هوایی و حل مسائل حقوقی ناشی از حمل و نقل هوایی بین‌المللی از طریق قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی و توافق‌های خصوصی بین متصدیان حمل و

مسؤولیت متصدی حمل و نقل هوایی در صورت بروز حوادث را پذیرفت که اخیراً این مقررات در دست اصلاح است. همچنین رک. مطالب آتی.

4. See: George N. Tompkins, The Future for the Warsaw Convention Liability System, The Aviation Q. 38, 43 (1999).

مشتریان با توجه به آزادی قراردادی وسیع بین طرفین مربوط.[۵]

در حالی که هر یک از گزینه‌های فوق با ایراداتی مواجه بود، نهایتاً در سال ۱۹۹۹ تصمیم گرفته شد به جای گزینه‌های فوق کنوانسیون جهانی جدیدی تدوین گردد. مدتی طول خواهد کشید تا سی‌امین سند الحاق، قبول، تصویب یا امضای کنوانسیون مونترال توسط ایکائو دریافت گردد.[۶] در زمان نوشتن این مقاله، سند الحاق هفت کشور به کنوانسیون مونترال توسط ایکائو دریافت شده است. تا زمانی که سی‌امین الحاق صورت گیرد، باید با وضع موجود به سر بریم.

روابط بین معاهدات تا زمان سپری شدن این دوره موقت به نحو آشکاری پیچیده خواهد شد. این دوره موقت ممکن است نسبتاً به طول انجامد و طی آن معاهدات «سیستم ورشو» در کنار کنوانسیون مونترال به وجود خود ادامه خواهند داد. این روابط پیچیده بین معاهدات، حقوقدانان و قضات را بیش از پیش گیج وحیران خواهد کرد و یکنواختی‌ای را که مسلماً مطلوب و مورد علاقه است برآورده نخواهد نمود. اگرچه موافقتنامه‌های IIA / MIA و مقررات شماره ۲۰۲۷/۹۷ کمیسیون اروپا مسأله پایین بودن محدوده‌های مسؤولیت را حل کرده، اما یکنواختی‌ای که مدنظر می‌باشد چیزی بیش از این است. متصدیان حمل، در این زمان تابع انواع مختلفی از رژیم های مسؤولیت خواهند بود، رژیم‌هایی از قبیل رژیم

---

۵. رک. کنوانسیون راجع به یکپارچه کردن برخی مقررات حمل و نقل هوایی بین‌المللی، ۲۸ می ۱۹۹۹، ایکائو سند شماره ۹۷۴۰ [از این به بعد کنوانسیون مونترال نامیده می‌شود]. کنوانسیون مونترال دربردارنده مقرره‌ای راجع به «آزادی قراردادی» می‌باشد. در این مقرره آزادی قراردادی محدود به این شده است که توافق‌های بین متصدی حمل و مسافر با مقررات کنوانسیون مونترال مخالف نباشد. هدف این مقرره دقیقاً هدایت توافقاتی است که بین طرفین (متصدی حمل و مسافر) صورت می‌گیرد. رک. مادهٔ ۲۷ کنوانسیون مونترال.

۶. رک. بند (۶) ماده ۵۳ کنوانسیون مونترال (این بند مقرر می‌دارد که کنوانسیون در شصتمین روز پس از الحاق سی‌امین کشور لازم‌الاجرا خواهد گردید).

ورشو، رژیم ورشو/ پروتکل لاهه، موافقتنامه بین متصدیان حمل مونترال ۱۹۶۶، موافقتنامه‌های MIA / IIA، مقررات شماره ۲۰۲۷/۹۷ کمیسیون اروپا، یا ترکیبی از این اسناد.

بنابراین، پیش از رسیدن به کنوانسیون واحدی که بر روابط قراردادی بین متصدی حمل از یکسو و مسافر یا ارسال‌کننده از سوی دیگر حاکم باشد، لاجرم بایست از مرحله اعمال «شبکه به هم پیچیده‌ای» از رژیم‌های مسؤولیت گذر کنیم. کنوانسیون واحدی که مشتاقانه در انتظار حکومت آن نشسته‌ایم همان کنوانسیون مونترال (۱۹۹۹) خواهد بود که برخی از جنبه‌های آن به تفصیل در زیر مورد بحث قرار خواهد گرفت.

هدف این مقاله این نیست که تمام مطالب کنوانسیون مونترال به‌طور جامع بررسی گردد بلکه در مقاله حاضر صرفاً موضوعاتی به بحث نهاده خواهد شد که در کنوانسیون مونترال در مقایسه با کنوانسیون ورشو که هم اکنون ساری و جاری است، به نحو قابل توجهی دستخوش تغییر قرار گرفته‌اند.

دو ـ مسؤولیت متصدی در حمل ونقل مسافر

الف. مباحث مربوط به اسناد

درخصوص حمل و نقل هوایی مسافر، بند (۱) مادهٔ ۳ کنوانسیون مونترال مقرر می‌دارد که »سند حمل جمعی یا انفرادی» باید به مسافر تحویل گردد. از سند حمل جمعی که می‌تواند برای عملیات چارتر مفید واقع شود، در مادهٔ ۳ کنوانسیون ورشو/ پروتکل لاهه که مربوط به مقررات بلیط مسافر است، سخنی به میان نیامده است.[۷] در مادهٔ ۳ کنوانسیون مونترال از

---

7. See: Elmar Giemulla, Ronald Schmid, Wolf Müller-Rostin and P. Nicolai Ehlers, Warsaw Convention, art. 3 § 10 (Kluwer Law International 2000).

«اخطاریه لاهه» که در بند (۱) (ج) مادهٔ ۳ کنوانسیون ورشو/پروتکل لاهه مقرر شده دیگر نامی برده نشده است و محدوده‌های مسؤولیت در صورت عدم رعایت مقررات مربوط به اسناد حمل کماکان اعمال خواهد گردید.[۸] به موجب بند (۲) مادهٔ ۳ کنوانسیون مونترال، سیستم‌های الکترونیکی صدور بلیط می‌تواند جایگزین روش سنتی صدور بلیط مسافر گردد.

ب. «پنجمین دادگاه صالح»

یکی از نوآوری‌های عمدهٔ کنوانسیون مونترال تعیین به اصطلاح «پنجمین دادگاه صالح» است که به چهار مرجع صالحی که پیش از این به موجب مادهٔ ۲۸ کنوانسیون ورشو موجود بود، اضافه شده است.[۹] مراجع صالح چهارگانه مذکور در مادهٔ ۲۸ کنوانسیون ورشو، هم اکنون در بند (۱)

---

۸. رک. بند (۵) ماده ۳ کنوانسیون مونترال.

۹. در طرح اولیه مقررات شماره ۲۰۲۷/۹۷، کمیسیون اروپا قبلاً پیشنهاد داده بود که پنجمین دادگاه صالح در این مجموعه مقررات گنجانده شود، لیکن این پیشنهاد در پیش‌نویس‌نهایی این مقررات باقی نماند و حذف گردید. رک. 10 (C 29) O. J. 1997 همچنین رک.

Christopher Shawcross & Major Beaumont, § 226 (Martin et al. Eds., 4th ed., Butterworths 2000) (1977).

ادعا شده است که ایجاد پنجمین دادگاه صالح مغایر ماده ۳۲ کنوانسیون ورشو می‌باشد که «هرگونه شرط مندرج در قرارداد یا هرگونه توافق خاصی که بین طرفین پیش از بروز خسارت [...] از طریق تغییر قواعد راجع به صلاحیت، به منظور تخلف از مقررات این کنوانسیون به عمل آید ...» را باطل و بی‌اعتبار می‌داند. از این رو استدلال شده است که گنجاندن دادگاه پنجم در مقررات شماره ۲۰۲۷/۹۷ تنها از طریق تجدید نظر در کنوانسیون ورشو ممکن است. در این باره رک.

M. Godfroid and P. Frühling, Le Nouveau Régime de Responsabilité des Transporteurs Aériens envers les Voyageurs [The New Liability Regime of the Air Carrier with respect to the Passenger], Revue Génerale des Assurances et des Responsabilités, at 12945 (6) (1998); Shawcross & Beaumont, supra note 7, § 207.

مع هذا، این سؤال باقی می‌ماند که آیا مقررات کمیسیون اروپا می‌تواند به عنوان یک «شرط مندرج در قرارداد» یا یک «توافق خاص بین طرفین پیش از ورود خسارت» که در ماده ۳۲ کنوانسیون ورشو بیان شده، به شمار رود. این سؤال ظاهراً به اعتبار مقررات شماره ۲۰۲۷/۹۷ کمیسیون اروپا که در سال ۱۹۹۹ مورد تردید قرار گرفت، مربوط می‌شود. رک. زیرنویس شماره ۳۸.

مادهٔ ۳۳ کنوانسیون مونترال ذکر شده‌اند. «پنجمین دادگاه صالح» در بند (۲) مادهٔ ۳۳ قید شده و از مادهٔ ۲۸ کنوانسیون ورشو/ پروتکل گواتمالاسیتی اقتباس گردیده است.[۱۰] تعریف نسبتاً سرراست و روشن موجود در مادهٔ ۲۸ کنوانسیون ورشو/پروتکل گواتمالاسیتی جای خود را به عبارات پیچیدهٔ بند (۲) مادهٔ ۳۳ کنوانسیون مونترال داده است که مقرر می‌دارد:

«در خصوص خسارت ناشی از فوت یا صدمهٔ بدنی مسافر دعوای مطالبه خسارت می‌تواند نزد یکی از دادگاههای مذکور در بند ۱ این ماده، یا در دادگاه واقع در قلمرو دولت عضوی طرح گردد که مسافر در زمان حادثه در آن محل سکونت اصلی و دائمی داشته و متصدی حمل، خدمات حمل و نقل مسافر به یا از آن کشور را با هواپیمای خود یا با هواپیمای متصدی دیگری که با وی موافقتنامهٔ تجاری دارد انجام می‌دهد و در آن کشور متصدی حمل یا متصدی دیگری که با وی موافقتنامه تجاری دارد در ساختمانهای استیجاری یا ملکی به حمل و نقل هوایی مسافر اشتغال دارد».

«موافقتنامه تجاری» و «سکونتگاه اصلی و دائمی» در بند (۳) مادهٔ ۳۳ کنوانسیون مونترال تعریف شده است.[۱۱]

---

۱۰. پروتکل گواتمالاسیتی، ۸ مارس ۱۹۷۱، مادهٔ ۱۰. متن مادهٔ ۲۸ کنوانسیون ورشو/پروتکل گواتمالاسیتی که در تدوین بند (۲) مادهٔ ۳۳ کنوانسیون مونترال مورد اقتباس قرار گرفته مقرر می‌دارد: «درخصوص خسارت ناشی از فوت، صدمهٔ بدنی یا تأخیر مسافر یا اتلاف، تلف، ناقص شدن یا تأخیر بار همراه مسافر دعوای مطالبه خسارت می‌تواند نزد یکی از دادگاههای مذکور در بند (۱) این ماده در قلمرو یکی از دولتهای عضو این کنوانسیون و نزد دادگاهی که متصدی حمل در آنجا اقامتگاه دارد، اقامه گردد مشروط به این‌که محل سکونت یا اقامتگاه دائمی مسافر در قلمرو همان دولت عضو قرار داشته باشد». پروتکل گواتمالاسیتی (۱۹۷۱) هرگز لازم‌الاجرا نگردید.

۱۱. بند (۳) ماده ۳۳ کنوانسیون مونترال مقرر می‌دارد: « از نظر بند (۲)، الف) «موافقتنامهٔ تجاری» به معنای قراردادی به جز موافقتنامهٔ نمایندگی است که بین متصدیان حمل و در ارتباط با فراهم آوردن خدمات مشترک حمل و نقل هوایی مسافر منعقد می‌گردد؛ ب) «محل سکونت اصلی و دائمی» به معنای

از تعاریف مذکور در بند (۳) مادهٔ ۳۳ کنوانسیون مونترال چنین استفاده می‌شود که علاوه بر چهار مرجع صالح موجود در کنوانسیون ورشو که هم اکنون در بند (۱) مادهٔ ۳۳ کنوانسیون مونترال درج گردیده،[۱۲] پنجمین دادگاه صالح نیز که مبتنی بر محل سکونت مسافر است، در دسترس خواهان می‌باشد. لیکن در مورد پنجمین دادگاه صالح قیود و شرایط ششگانه زیر باید لحاظ گردد:

۱ـ فقط دعاوی مربوط به فوت و صدمهٔ بدنی در پنجمین دادگاه صالح قابل طرح است. «پنجمین دادگاه صالح» صرفاً در دعاویی که براساس فوت یا صدمهٔ بدنی مسافر اقامه می‌گردد در دسترس خواهان می‌باشد، در حالی که چهار دادگاه صالح دیگر که در بند (۱) مادهٔ ۳۳ کنوانسیون مونترال احصا گردیده، در کلیهٔ دعاوی مربوط به مسافر یا کالا قابل رجوع است. در مقام مقایسه، «پنجمین دادگاه صالح» همچنین در پروتکل گواتمالاسیتی نیز مقرر گردیده بود لیکن در پروتکل گواتمالاسیتی نه تنها این دادگاه در دعاوی راجع به تأخیر مسافر نیز قابل رجوع است بلکه صلاحیت آن شامل دعاوی مربوط به اتلاف، تلف، ناقص شدن یا تأخیر در تحویل بار همراه مسافر نیز می‌گردد.

در نتیجه، «پنجمین دادگاه صالح» مذکور در بند (۲) مادهٔ ۳۳ کنوانسیون مونترال در مورد دعاوی مربوط به بار همراه مسافر اعمال نمی‌گردد. در صورتی که دعوایی برای مطالبهٔ خسارات ناشی از فوت یا صدمهٔ بدنی مسافر اقامه گردد و بار همراه مسافر نیز به علتی (به عنوان

سکونتگاه ثابت و دائمی مسافر در زمان وقوع حادثه است. تابعیت مسافر در این خصوص مؤثر در مقام نیست».

۱۲. بند (۱) ماده ۳۳ کنوانسیون مونترال چهار دادگاه صالح را به قرار زیر بیان می‌دارد: ۱) اقامتگاه متصدّی حمل، ۲) محل اصلی تجارت متصدی حمل، ۳) محل تجارت متصدی حمل که به واسطهٔ آن قرارداد حمل منعقد شده، و ۴) محل مقصد.

مثال، در اثر سقوط هواپیما) مفقود یا تلف شده باشد، دعوای مربوط به بار همراه مسافر باید در محضر یکی از دادگاه‌های چهارگانهٔ مذکور در بند (۱) مادهٔ ۳۳ کنوانسیون مونترال اقامه شود و نمی‌توان آن را در سکونتگاه اصلی و دائمی مسافر اقامه کرد.[۱۳]

۲ـ حق مسافر برای انتخاب یکی از دادگاه‌های صالح

دعاوی مطالبهٔ خسارت که قابل طرح در چهار دادگاه مذکور در بند (۱) مادهٔ ۳۳ کنوانسیون مونترال است «باید به انتخاب خواهان» نزد یکی از دادگاههای موصوف اقامه گردد، در حالی که دعوای مطالبهٔ خسارت مربوط به دادگاه پنجم «می‌تواند» در دادگاه پنجم اقامه گردد. رویه قضایی تأکید می‌کند تنها فرستنده می‌تواند انتخاب کند که در کدام یک از چهار دادگاه صالح مذکور در مادهٔ ۲۸ کنوانسیون ورشو طرح دعوا نماید و اگر خود متصدی حمل دعوایی علیه فرستنده داشته باشد، چنین دعوایی بر حق فرستنده برای انتخاب یکی از دادگاههای چهارگانه که به موجب مادهٔ ۲۸ کنوانسیون ورشو به وی اعطا شده تأثیری نخواهد گذاشت.[۱۴] با توجه به عبارت بند (۲) مادهٔ ۳۳ کنوانسیون مونترال این موضوع محل تردید است که آیا مسافر حق انتخاب دادگاه پنجم را برای طرح دعوا در موردی که متصدی حمل قبلاً در یکی از دادگاه‌های مذکور در بند (۱) مادهٔ ۳۳ کنوانسیون مونترال طرح دعوا کرده، خواهد داشت و آیا رویهٔ قضایی فوق در اینجا نیز اعمال خواهد شد؟

---

13. See: Wolf Müller-Rostin, The Montreal Convention of 1999: Uncertainties and Inconsistencies, The Aviation Q. 218, 223 (2000).

۱۴. در فرضی که فرستنده دادگاه دیگری را از میان چهار دادگاه مذکور در مادهٔ ۲۸ کنوانسیون ورشو انتخاب می‌کند، دادگاهی که توسط متصدی حمل انتخاب شده فاقد صلاحیت می‌گردد. رک.
Trib. Comm. Brussels, Sept. 21, 1998, Antwerp Maritime Law Review [A. M. L. R.] , 68, 75 - 77 (1999).

۳ـ «پنجمین دادگاه صالح» باید در قلمرو یکی از دولتهای عضو کنوانسیون واقع شده باشد اگرچه ظاهر چنین است که مسافر زیاندیده مجاز است در محل سکونت اصلی و دائمی خود علیه متصدی حمل اقامه دعوا نماید، اما این محل سکونت باید در قلمرو یکی از دول عضو کنوانسیون واقع شده باشد. به علاوه، تنها محل سکونت اصلی و دائمی مسافر در زمان بروز حادثه در نظر گرفته می‌شود.

علی‌الخصوص، در روزهای اولیهٔ لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون مونترال این احتمال زیاد است که مسافر زیاندیده که می‌خواهد متصدی حمل را در پنجمین دادگاه صالح تعقیب نماید، به علت این‌که محل سکونت اصلی و دائمی وی در قلمرو یکی از دولتهای عضو کنوانسیون واقع نشده، قادر به انجام این کار نباشد. کنوانسیون مونترال (به جز «پنجمین دادگاه صالح») تغییرات دیگری نیز بر سیستم موجود ورشو که در کوتاه مدت در کنار کنوانسیون جدید مونترال به حیات خود ادامه خواهد داد، وارد نموده است.[۱۵] این ملاحظات ممکن است برخی دولتها را ناگزیر نماید به جای عضویت فوری در کنوانسیون مونترال، عضو کنوانسیون ورشو باقی بمانند. بنابراین، روزهای اولیه کنوانسیون مونترال ممکن است تقریباً طولانی باشد.

۴ـ متصدی باید در محل استقرار «پنجمین دادگاه صالح» به عملیات حمل و نقل هوایی اشتغال داشته باشد. محل سکونت اصلی و دائمی زیاندیده باید در قلمرو دولت عضوی واقع شده باشد که: ۱) متصدی حمل مورد تعقیب به آنجا یا از آنجا خدمات حمل مسافر انجام می‌دهد[۱۶] (یا با

---

15. See: George N. Tompkins, The Future for the Warsaw Convention Liability System, The aviation Q. 38, 38 (1999); Harold Caplan, A Second Supplement for the Warsaw Convention: An Historic Opportunity, The Aviation Q. 70, 70 - 76 (1999).

۱۶. خدمات حمل و نقل کالا، ظاهراً در نظر گرفته نمی‌شود.

هواپیمای متعلق به خود یا با هواپیمای متعلق به متصدی حمل دیگر به موجب موافقتنامهٔ کد شیرینگ)؛ و ۲) متصدی حمل مورد تعقیب یا متصدی دیگری که با وی موافقتنامهٔ تجاری به جز موافقتنامهٔ نمایندگی دارد در آن کشور به حمل و نقل مسافر در ساختمانهای استیجاری یا ملکی مشغول باشد. از عبارت این مقرره استفاده می‌شود که متصدی دیگری که متصدی مورد تعقیب با او موافقتنامهٔ تجاری دارد لازم نیست که ضرورتاً همان متصدّی حملی باشد که به عنوان اولین شریک کد شیرینگ خدمات حمل و نقل مسافر را به یا از کشور عضو کنوانسیون که سکونتگاه اصلی یا دائمی مسافر زیاندیده در آن واقع است، انجام می‌دهد.[۱۷]

این مطلب روشن نیست که آیا لازم است شرکای توافق کد شیرینگ که به انجام خدمات حمل و تجارت حمل و نقل هوایی مشغولند خود در حادثهٔ منجر به دعوا دخیل بوده باشند یا خیر.[۱۸] علاوه بر این، به نظر می‌رسد که اشاره به متصدی دیگر که دارای موافقتنامهٔ تجاری است، با

---

۱۷. برای نمونه اگر متصدی حمل الف از طریق موافقتنامهٔ کد شیر (code-share) که با متصدی حمل ب دارد، پروازهایی را به کشور X به انجام رساند، بدون این‌که از یکسو بلیطی را در کشور X به فروش رساند و از دیگر سو، موافقتنامهٔ کد شیری با متصدی حمل ج که او نیز پروازهایی را به کشور X انجام می‌دهد داشته باشد (که برای پروازهای ب متصدی حمل الف در کشور X به واسطه متصدی حمل ج بلیطهایی به فروش می‌رساند). یک حادثه که در پرواز الف/ب اتفاق افتاده و یک ساکن کشور X در آن حادثه وجود داشته، این امکان را به مسافر می‌دهد که الف را در کشور X تعقیب نماید، هر چند که اولین و دومین شریک کد شیر واحد نیستند.

۱۸. در صورتی که نیازی به دخالت شریک کد شیر در حادثه نباشد، و متصدی حمل الف در همان مثال فوق پروازهای کد شیر دیگری با متصدی حمل ب به کشور Y داشته باشد، یک شخص ساکن کشور X می‌تواند متصدی حمل الف را در کشور X برای حادثه‌ای که در پرواز الف/ب به کشور Y اتفاق افتاده، به علت انجام خدمات حمل توسط متصدی الف همراه با متصدی ب و متصدی ج به کشور X و به علت اشتغال متصدی الف به تجارت در کشور X به واسطه متصدی ج، تعقیب نماید. بر طبق مادهٔ ۴۶ کنوانسیون مونترال که از مادهٔ ۱۲ کنوانسیون گوادالاجارا اقتباس شده، صلاحیت پنجمین دادگاه صالح می‌تواند بیش از این گسترش داده شود به نحوی که بتوان متصدی حملی را که عضو یک موافقتنامهٔ همکاری است در هر یک از کشورهایی که سایر اعضای موافقتنامهٔ همکاری در آن مستقر می‌باشند، تحت تعقیب قرار داد.

محل ساختمانهایی که در آنجا تجارت حمل و نقل هوایی انجام می‌گیرد، ارتباطی محکم دارد. اگرچه این مقرّره صریحاً به «اشتغال به تجارت حمل و نقل هوایی» اشاره می‌کند، اما این قید را نباید به نحو خیلی مضیقی تفسیر کرد. زیرا واضح است که اشتغال به حمل و نقل هوایی در داخل هواپیما انجام می‌گیرد و نه در ساختمانها. بنابراین، تأسیساتی که در آنجا فعالیتهای جانبی از قبیل حفظ و نگهداری هواپیمای مسافری انجام می‌گیرد، می‌تواند به عنوان «ساختمانهایی که در آن متصدی مورد تعقیب به تجارت حمل و نقل هوایی مسافر اشتغال دارد» توصیف گردد.[۱۹]

چنین تفسیری از عبارت «ساختمانهایی که در آن متصدی مورد تعقیب به تجـارت حمل و نقل هوایی اشتغال دارد» می‌تواند به آسانی به وب سایتهایی که به صورت آن لاین بلیط صادر می‌کنند یا به مراکز تلفنی که از طریق آنها بلیط صادر می‌شود، بسط و گسترش داده شود. بنابراین، اعمال بند (۲) مادهٔ ۳۳ کنوانسیون مونترال ممکن است منجربه آن گردد که درباره مکان جغرافیایی وب سایتی که از آنجا بلیط یا سایر خدمات مربوط به حمل و نقل هوایی ارائه می‌شود، تحقیق و بررسی صورت گیرد.

۵ـ مسافر زیاندیده تنها یک سکونتگاه دائمی داشته باشد

قطع نظر از تابعیت زیاندیده، سکونتگاه اصلی و دائمی به سکونتگاه ثابت و دائمی واحدی برای زیاندیده در زمان بروز حادثه اشاره دارد. از آنجا که مسافرانی که قرار است از «پنجمین دادگاه صالح» منتفع شوند،

---

19. Sean Gates, The Montreal Convention of 1999: A Report on the Conference and What the Convention Means for Air Carriers and Their Insurers, The Aviation Q. 186, 188 (1999).

گیت حتی پیشنهاد می‌کند که چون بسیاری از شرکتهای حمل و نقل هوایی در شرکت هواپیمـا سـازی بوئینگ دفاتری به منظور نظارت بر ساخت هواپیماهای سفارش شده دارند، بنـابراین سـیاتل کـه مرکـز شرکت بوئینگ در آنجا است، می‌تواند به عنوان «پنجمین دادگاه صالح» دانسته شود.

اشخاصی بسیار متحرک و سیّار هستند، ممکن است در موردی که مسافر در دو کشور مختلف دو خانه دارد یا مسافری که تنها دارای یک خانه است و برای مدت زمانی به منظور انجام مأموریت به کشور دیگری اعزام می‌شود اما قصد دارد پس از مدتی به کشوری که در آنجا منــزل دارد بازگردد، مشکلاتی بروز نماید.

۶ ـ اهمیّت نسبی «پنجمین دادگاه صالح» در مقایسه با چهار دادگاه صالح موجود

هدف از تعیین «پنجمین دادگاه صالح» این است که به افرادی که بسیار سیّار هستند، از قبیل اشخاصی که به طور موقت به کشور دیگری مهاجرت می‌نمایند، اجازه دهد متصدی حمل را در کشوری که منزل و مسکن دائمی‌شان در آنجا واقع است، تعقیب نمایند. با این وصف، تعداد مسافرانی که ممکن است از بند (۲) مادهٔ ۳۳ کنوانسیون مونترال بهره برند نسبتاً اندک خواهد بود.[۲۰] اگر مسافری بلیط یک طرفه برای رفتن به کشوری که مسکنش در آنجا واقع است خریداری نماید، محل مقصد برای تعیین دادگاه صالح به موجب بند (۱) مادهٔ ۳۳ کنوانسیون مونترال مبنای کافی خواهد بود. اگر بلیط یک طرفه از کشوری که مسکن شخص در آنجا واقع است به منظور رفتن به خارج خریداری شود بند (۱) مادهٔ ۳۳ کنوانسیون مونترال به دادگاه محلی که قرارداد حمل در آنجا منعقد شده صلاحیت اعطا می‌نماید. اگر بلیط رفت و برگشت در کشوری که مسکن شخص در آنجا واقع است خریداری شود، کشور مقصد با مبدأ سفر یکی خواهد بود و در نتیجه مسافر خواهد توانست در کشور محل سکونت خود

20. Harold Caplan, A Second Supplement for the Warsaw Convention: An Historic Opportunity, The Aviation Q. 70, 74 (1999).

نیز اقامه دعوا نماید. بنابراین، در هیچ یک از موارد فوق احتیاجی به پنجمین دادگاه صالح نمی‌باشد. تنها در موردی که بلیط رفت و برگشت در خارج از کشور محل سکونت شخص خریداری می‌شود «پنجمین دادگاه صالح» کاربرد مهمی خواهد یافت.

ج. فوت و صدمات بدنی ـ آیا لطمات روحی و روانی نیز قابل جبران است؟

بند (۱) مادهٔ ۱۷ کنوانسیون مونترال مقرر می‌دارد متصدی حمل مسؤول «خسارات وارده در صورت فوت یا صدمات بدنی مسافر خواهد بود تنها به این شرط که حادثهٔ منتهی به فوت یا جرح در داخل هواپیما یا در جریان هر یک از عملیات سوار شدن به هواپیما یا پیاده شدن از هواپیما رخ داده باشد».[۲۱]

عبارت بند (۱) مادهٔ ۱۷ کنوانسیون مونترال با مادهٔ ۱۷ کنوانسیون ورشو متفاوت است. مادهٔ ۱۷ کنوانسیون ورشو مقرر می‌دارد که متصدی حمل مسؤول خسارات «وارده در صورت فوت یا صدمه بدنی مسافر و هرگونه آسیب جسمانی دیگر که به مسافر وارد شده، می‌باشد». از سوی دیگر، مادهٔ ۱۷ کنوانسیون ورشو/ پروتکل گواتمالاسیتی پیش‌بینی می‌کند که متصدی حمل مسؤول «خسارات وارده در صورت فوت یا آسیب شخصی مسافر می‌باشد».[۲۲]

نحوهٔ نگارش بند (۱) مادهٔ ۱۷ کنوانسیون مونترال یکی از موضوعاتی بود که در کنفرانس مونترال مورد بحثهای عمده‌ای قرار گرفت. درخصوص این‌که آیا لطمات و صدمات روحی در صورت فقدان خسارات بدنی قابل مطالبه می‌باشد یا خیر، دیدگاههای متفاوتی وجود داشت.[۲۳]

۲۱. رک. بند (۱) مادهٔ ۱۷ کنوانسیون مونترال.

۲۲. رک. مادهٔ ۱۷ کنوانسیون ورشو/پروتکل گواتمالاسیتی.

23. See: The Aviation Q., 51 (2000).

«آسیب شخصی» مذکور در مادهٔ ۱۷ کنوانسیون ورشو/ پروتکل گواتمالاسیتی ظاهراً شامل لطمات و صدمات روحی و روانی نیز می‌گردد.[۲۴] همچنین استدلال شده است که «اخطاریهٔ لاهه» مذکور در بند (۱) (ج) مادهٔ ۳ کنوانسیون ورشو که به «آسیب شخصی» اشاره می‌نماید، همچنین شامل خسارات معنوی نیز می‌گردد و بنابراین خسارات معنوی نیز در شمول مادهٔ ۱۷ کنوانسیون ورشو قرار می‌گیرد. از آنجا که «اخطاریهٔ لاهه» مذکور در بند (۱) (ج) مادهٔ ۳ کنوانسیون ورشو در بند (۱) مادهٔ ۳ کنوانسیون مونترال باقی نمانده است، این استدلال دیگر برای مسؤولیت مشمول کنوانسیون مونترال معتبر نمی‌باشد.

رویهٔ قضایی ایالات متحده امریکا در خصوص این سؤال که آیا لطمات و صدمات روحی محض که توأم با جرح بدنی نیست قابل جبران است یا خیر، صریح و بدون ابهام نمی‌باشد.[۲۵] به هرحال، بنا به عقیده برخی از حقوقدانان، از عبارت متن رسمی فرانسوی کنوانسیون ورشو در مورد مسؤولیت متصدی؛ "en cas de mort, de blessure ou toute autre lésion corporelle

---

24. See: Giemulla, Supra note 5, at art. 17, § 6.

۲۵. برای مثال، رک.

Eastern Airlines v. Floyd, 499 U. S. 530 (1991); Terrafranca v. Virgin Atl. Airways Ltd., 151 F. 3d 108 (3d Cir. 1998); Croucher v. Worldwide Flight Servs., Inc., 111 F. supp. 2d 501 (D. N. J. 2000); Fields v. Bwia Int'l Airways Ltd., No. 99 - cv - 2493 (JG), 2000 U. S. Dist. LEXIS 9397 (E. D. N. Y. 2000).

(آرای فوق مربوط به خروج لطمات و صدمات روحی و روانی صرف در اثر تـأخیر از شـمول مـاده ۱۹ کنوانسیون ورشو می‌باشد). برای مدخلهٔ رأیی که خسارات روحی و روانی را در یک پـرواز داخلـی کـه تحت حکومت کنوانسیون ورشو نبوده، ممکن دانسته است. رک. پرونده:

Spielberg v. Am. Airlines Inc., 105 F. Supp. 2d 280 (S. D. N. Y. 2000).

(در این رأی دادگاه، خوانده را به پرداخت مبلغ ۱۵۰۰۰۰ دلار امریکا به هر یک از مسافران در قبـال ۳۰ ثانیه ترس و وحشتی که آنان متحمل شده بودند، محکوم کرد). برای دیدن امکان مطالبهٔ خسارت روحی و روانی در پرونده‌ای که مشمول کنوانسیون ورشو بوده رک.

Lloyd v. Am. Airlines Inc., 118 F. Supp. 2d 916 (E. D. Ark. 2000).

subie",* چنین استنباط می‌شود که باید بین جرح (blessure) از یکسو و خسارات شخصی (lésion corporelle) از سوی دیگر تمایز قائل شد. از آنجا که «خسارات شخصی» شامل کلیهٔ خسارات وارد به شخص (در مقابل خسارات مربوط به دارایی) است، لطمات و صدمات روحی و روانی نیز می‌تواند مشمول آن عنوان قرار گیرد.[۲۶] با این همه، به نظر می‌رسد که مفهوم خسارات غیرمرتبط با دارایی معمولاً تحت عنوان "lésion corporelle" تعریف نمی‌شود بلکه به عنوان "dommage corporel" بیان می‌گردد. "dommage corporel" به دو دسته تقسیم می‌شود: خسارت مادی (dommage matériel) (یعنی خساراتی که بر بدن شخص وارد شده است) و خسارت معنوی (dommage moral) (یعنی لطمات روحی و روانی).[۲۷] از این رو، این سؤال ممکن است پیش بیاید که آیا "lésion corporelle" می‌تواند به گونه‌ای تلقی گردد که شامل «خسارات معنوی» نیز گردد، زیرا اصطلاح "lésion" صدماتی را که بیشتر از لحاظ فیزیکی قابل رؤیت هستند، می‌رساند و به نظر می‌رسد که بیشتر یکی از گونه‌های «خسارات مادی» (dommage matériel) باشد تا یکی از اقسام «خسارات معنوی» (dommage moral).

در یکی از آرای صادره توسط یکی از دادگاههای انگلستان، موضوع

---

*. «در صورت فوت، جرح یا هرگونه خسارات شخصی».

26. See: Giemulla, Supra note 5, at art. 17, § 6; Frans Ponet, De Overeenkomst Van Internationaal Luchtvervoer [The Agreement for International Air Transport] 103 § 263 (Kluwer Rechtswetenschappen 1985).

27. See: Jean-Luc Fagnart & Robert Bogaert, La Réparation du Dommage Corporel en Droit Commun [The Compensation of Bodily Dammage Under General Principels of Law] , at 13 (Larcier 1994).

لرد رید (Lord Reed) در نظر مخالف خود در پروندهٔ Philip King v. Bristow Helicopters Ltd. منابع خوبی را که دارای تجزیه و تحلیل مشابهی است، برمی‌شمارد. لرد رید در این پرونده نظرات ساواتیه (Savatier)، تنک (Tunc)، ریپر (Ripert) و پروست (Proust) را نقل می‌نماید. رک. زیرنویس شماره ۲۶.

اعمال مادهٔ ۱۷ کنوانسیون ورشو نسبت به لطمات و صدمات روحی و روانی به تفصیل مـورد بحث قرار گـرفته است.[۲۸] در دعـوای Philip King v. Bristow Helicopters، آقای کینگ خوانده را به علت خسارات وارده به خود از جمله اختلال روانی ناشی از شوک ناگهانی، بی‌خوابی و کابوس‌های شبانهٔ ناشی از فرود ناشیانه یک چرخ بال در سکوی استخراج حوزه نفتی دریای شمال، تعقیب کرد. وی دعوا را براساس قانون حمل و نقل هوایی مصوب ۱۹۶۷ که بازنویسی مقرّرات کنوانسیون ورشو می‌باشد، اقامه نمود. از این‌رو ملاحظه می‌گردد که، در مستندات دادگاه مقرّرات مادهٔ ۱۷ کنوانسیون ورشو به طورکامل اعمال گردیده است. لرد پریزیدنت و لرد کامرون آف لوچبروم، هر دو توافق داشتند که لطمات و صدمات روحی و روانی محض به موجب مادهٔ ۱۷ کنوانسیون ورشو قابل جبران می‌باشد. اما لرد رید در نظری مخالف استدلال نمود که هیچ دلیل قانع کننده‌ای حاکی از قصد تدوین‌کنندگان و امضاکنندگان کنوانسیون بر شمول و تسری مادهٔ ۱۷ کنوانسیون ورشو به صدمات و لطمات روحی و روانی محض وجود ندارد.

به نظر برخی دیگر از نویسندگان حقوقی مادهٔ ۱۷ کنوانسیون ورشو با لحاظ مادهٔ ۲۴ کنوانسیون مذکور (هم اکنون مادهٔ ۲۹ کنوانسیون مونترال) لطمات و صدمات روحی و روانی را نیز دربرمی‌گیرد. مادهٔ ۲۴ کنوانسیون ورشو مقرر می‌دارد:

«هر دعوایی برای مطالبهٔ خسارت [در موردی که مشمول مادهٔ ۱۷ کنوانسیون ورشو باشد] هرچند مستند و مبتنی بر دلیل باشد تنها با توجه

---

28. See: Philip King v. Bristow Helicopters Ltd., Court Order of July 12, 2000, available at http:// www. Scotcourts. gov. uk / Opinions / 01489-5-95. Html.

در عقاید لرد پریزیدنت (Lord President)، لرد کامرون آف لوچبروم (Lord Cameron of Lochbroom) و لرد رید (Lord Reed) استدلال‌های له یا علیه دخول لطمات روحی و روانـی در مـادهٔ ۱۷ کنوانـسیون ورشو، به طور مفصل بررسی و بیان شده است.

به شرایط و محدودیت‌های تعیین شده در این کنوانسیون قابل طرح می‌باشد بدون این‌که به دارندگان حق اقامهٔ دعوا و حقوق مربوط به خواهان لطمه‌ای وارد شود».[۲۹]

به اعتقاد این نویسندگان، بر اساس مادهٔ ۲۴ کنوانسیون ورشو تعیین خسارات قابل جبران با قانون مقر دادگاه است و همان قانون است که تعیین می‌کند آیا خسارت معنوی قابل جبران می‌باشد یا خیر.[۳۰] به نظر می‌رسد این دیدگاه به موجب یکی از آرای صادره از دیوان عالی ایالات متحدهٔ امریکا در سال ۱۹۹۶ تقویت گردیده است. دیوان عالی ایالات متحده در این رأی تأیید می‌نماید که خواهان می‌تواند «خسارات قانوناً به رسمیت شناخته شده» را که توسط قانون مقر دادگاه و از طریق اعمال قواعد حل تعارض تعیین می‌گردد، مطالبه نماید.[۳۱]

به هرحال، در متن مادهٔ ۲۹ کنوانسیون مونترال عبارتی جدید به صدر مادهٔ ۲۴ کنوانسیون ورشو اضافه شده است. این عبارت بیان می‌نماید که «در هیچ یک از این دعاوی خسارت تنبیهی، عبرت‌آمیز یا هرگونه خسارات دیگری که دارای ماهیت جبرانی نباشد، قابل مطالبه نیست». این محدودیت و قید تنها به خساراتی توجه دارد که با «پرداخت غرامتی منصفانه که مبتنی بر اصل جبران کامل زیان باشد» منطبق نمی‌باشد.

---

29. Jacques Naveau & Marc Godfroid, Précis de Droit Aérien [Air Law Treatise], 202 § 149 (Bruylant 1988); Max Litvine, Droit Aérien - Notions de Droit Belge et de Droit International [Air Law - Notions of Belgian and International Law], 204 § 88 (Bruylant 1970).

30. See: Ingrid Opdebeek, De Aansprakelijkheid Van de Luchtvervoerder Voor de Door Hem Vervoerde Reizigers, Zoals Geregeld Door het Verdrag Van Warschau [The Liability of the Air Carrier for Goods Transported, as governed by the warsaw convention], Rechtskundig Weekblad [R. W.] 1393, 1401 (1985 - 86).

31. Zicherman v. Korean Airlines Co. Ltd., 516 U. S. 217 (1996); Shawcross & Beaumont, Supra note 7, at §§ 525, 543.

بنابراین، مطالبهٔ خسارات معنوی که صراحتاً از شمول مادهٔ ۲۹ کنوانسیون مونترال خارج نگردیده و با اصل جبران کامل زیان در تعارض نیست، با مادهٔ ۲۹ کنوانسیون مونترال قابل جمع و سازگاری است.[۳۲] مقالات گروه کار منصوب شورای ایکائو در سال ۱۹۹۵ که بعداً در تهیهٔ کنوانسیون مونترال مورد استفاده قرار گرفت، نشان‌دهندهٔ دغدغهٔ گروه از بابت قابل جبران دانستن «لطمه به سلامتی» (از قبیل صدمات روحی و روانی) می‌باشد، در حالی که گروه کار مزبور خسارات مطلقاً شخصی مثل افترا و توهین را از خسارات قابل مطالبه استثنا کـرده‌اند. در متن تصویب شدهٔ بند (۱) مادهٔ ۱۷ کنوانسیون مونترال، عبارت لطمات و صدمات روحی حذف شده است. برخی از پژوهشگران بر این عقیده‌اند که صرف حذف لطمات روحی از کنوانسیون مونتـرال صراحتـاً به معنـای غیر قابل مطالبـه بودن خسارات روحی و روانی نیست. گنجـاندن مفهـوم «لطمه به سلامتی» به عنوان خسارتی قابل مطالبه در اسناد گروه کار می‌تواند بدین معنا باشد که خسارات وارد به بهداشت روانی هنوز می‌تواند قابل جبران باشد.[۳۳]

د. مسؤولیت (نا)محدود و دفاعیات

۱ـ بررسی مختصر نظامهای موجود مسؤولیت

به مـوجب بند (۱) مـادهٔ ۲۲ کنوانسیـون ورشو/ پروتـکل لاهه مسؤولیت متصدی حمل و نقل هوایی محدود به ۲۵۰۰۰۰ فرانک پوانکاره

---

32. See: Harold Caplan, Novelty in the New Convention, The Aviation Q. 193, 197 (1999).

33. See: Ruwantissa I.R. Abeyratne, Mental Injury Caused in Accidents During International Air Carriage - A point of View, The Aviation Q. 206, 229 (1999); Sean Gates, The Montreal Convention of 1999: A Report on the Conference and What the Convention Means for Air Carriers and Their Insurers, The Aviation Q. 186, 190 (1999);

همچنین رک. گزارش موجود در:

The Aviation Q. 51 - 53 (2000).

(یعنی ۲۰۰۰۰ دلار آمریکا) می‌باشد. در صورتی که ثابت شود متصدی حمل مرتکب بی‌احتیاطی یا خطای عمدی شده است، محدوده‌های مسؤولیت موجود در بند (۱) مادهٔ ۲۲ کنوانسیون ورشو/ پروتکل لاهه اعمال نخواهد گردید. با وجود فرض مسؤولیت مقرّر در مادهٔ ۱۷ کنوانسیون ورشو، متصدی حمل می‌تواند به موجب بند (۱) مادهٔ ۲۰ کنوانسیون ورشو/پروتکل لاهه «انجام کلیهٔ اقدامات لازم» را به عنوان دفاع مطرح نماید. به موجب مادهٔ ۲۱ کنوانسیون ورشو متصدی حمل می‌تواند به تقصیر مشترک زیاندیده نیز استناد نماید.

نظام مسؤولیت مقـرّر در کنوانسیون ورشو به گـونه‌ای که توسط پروتکل لاهه اصلاح شده، با گذشت زمان به وسیلهٔ اسناد حقوقی مختلف دستخوش تغییر شده است. موافقتنامهٔ بین متصدیان مونتـرال راجع به مسؤولیت در قبال مسافر (۴ می ۱۹۶۶) توسط شماری از متصدیان حمل و نقل هوایی مورد توافق قرار گرفته تا نهایتاً مانع خروج کشور ایالات متحده از کنوانسیون ورشو گردد. به موجب موافقتنامهٔ بین متصدیان حمل مونترال، متصدیان حمل و نقل هوایی امضاکنندهٔ موافقتنامه توافق نمودند که محدودهٔ مسؤولیت مقرّر در بند (۱) مادهٔ ۲۲ کنوانسیون ورشو/ پروتکل لاهه در حمل و نقل‌های بین‌المللی به یا از امریکا به ۷۵۰۰۰ دلار امریکا افزایش یابد.[۳۴]

سایر اسناد حقوقی به نتیجهٔ مشابهی با موافقتنامهٔ مونترال رسیده‌اند. به موجب مقرّرات موافقتنامهٔ منتشر نشدهٔ مالتا، شماری از متصدیان حمل و

---

۳۴. این توافق مبتنی بر بند (۱) مادهٔ ۲۲ کنوانسیون ورشو/پروتکل لاهه می‌باشد که صراحتاً این امکـان را برای متصدیان حمل فراهم می‌آورد که در چارچوب شروط عمومی قـرارداد بـه محـدوده مـسؤولیت بالاتری توافق نمایند. بند (۱) ماده ۲۲ کنوانسیون ورشو/پروتکل لاهـه مقـرر مـی‌دارد: «مـع الوصـف، متصدی حمل و مسافر می‌توانند به موجب قرارداد خاصی به مبلغ بالاتری توافق نمایند». اعتبار و درستی موافقتنامهٔ مالتا، IIA و MIA نیز مبتنی بر بند (۱) مادهٔ ۲۲ کنوانسیون ورشو/پروتکل لاهه می‌باشد.

نقل اروپا توافق نمودند که محدودهٔ مسؤولیت خود را به ۵۸۰۰۰ دلار امریکا و بعداً به ۱۰۰۰۰۰ حق برداشت ویژه (SDR) افزایش دهند.

در سال ۱۹۹۲، در چارچوب مقرّرات موسوم به «طرح ژاپن» متصدیان حمل و نقل هوایی ژاپن شروط عمومی مندرج در قراردادهای حمل و نقل خود را به مسؤولیت نامحدود تغییر دادند و برای خسارات تا مبلغ ۱۰۰۰۰۰ حق برداشت ویژه نظام مسؤولیت مطلق را پذیرفتند. موافقتنامهٔ بین متصدیان حمل عضو یاتا (IIA) منعقده در ۳۱ اکتبر ۱۹۹۵ و موافقتنامهٔ اجرایی آن (MIA) به تاریخ ۱ فوریهٔ ۱۹۹۶ که بین تعدادی از متصدیان حمل و نقل هوایی منعقد شده، مقرّر می‌دارند که: ۱) مسؤولیت متصدیان حمل محـدود نمی‌باشد (یعنی بند (۱) مادهٔ ۲۲ کنوانسیـون ورشو/پروتکل لاهه اعمال نمی‌گردد)؛ ۲) متصدیان حمل از حق خود برای توسل به دفاع «انجام کلیه اقدامات لازم» مندرج در بند (۱) مادهٔ ۲۰ کنوانسیون ورشو/پروتکل لاهه در مورد ردیف اول مسؤولیت که میزان آن ۱۰۰۰۰۰ حق برداشت ویژه است، صرف‌نظر می‌نمایند؛ و ۳) دفاع تقصیر مشترک برای متصدیان حمل باقی می‌ماند.

مقرّرات شمارهٔ ۲۰۲۷/۹۷ کمیسیون اروپا مصوّب ۹ اکتبر ۱۹۹۷ در حمل و نقل هوایی بین‌المللی و داخلی که توسط متصدّیان حمل عضو جامعهٔ اروپا انجام می‌گیرد، اعمال می‌گردد.[۳۵] متصدی حمل و نقل هوایی عضو جامعهٔ اروپا، متصدی‌ای است که به موجب مقررات شماره ۲۴۰۷/۹۲ کمیسیون اروپا مجوز AOC دریافت کرده باشد.[۳۶] مشخصات اصلی نظام مسؤولیتی که توسط مقرّرات کمیسیون اروپا تـدوین شده عبارت است از:

---

35. Council Regulation 2027/97 of October 9, 1997 on Air Carrier Liability in the Event of Accidents, 1997 O. J. (L 285) 1.

36. Council Regulation 2407/92 of July 23, 1992 on Licensing of Air Carriers, 1992 O. J. (L 240) 1.

۱) محدوده مسؤولیت (به گونه‌ای که در بند (۱) مادهٔ ۲۲ کنوانسیون ورشو/ پروتکل لاهه مقرر شده) وجود ندارد؛ ۲) دفاع «انجام کلیه اقدامات لازم» مندرج در بند (۱) مادهٔ ۲۰ کنوانسیون ورشو/پروتکل لاهه نسبت به ردیف اول مسؤولیت که میزان آن ۱۰۰۰۰۰ حق برداشت ویژه است، قابل ایراد نیست؛ ۳) دفاع تقصیر مشترک در سراسر کنوانسیون برای متصدی حمل وجود دارد؛ و ۴) حداقل باید ظرف ۱۵ روز پس از اثبات هویت زیاندیده مبلغ ۱۵۰۰۰ حق برداشت ویژه به عنوان پیش پرداخت به وی پرداخت شود.

متصدیان حمل و نقل هوایی عضو کمیسیون اروپا باید در شرایط عمومی قراردادهای خود تصریح کنند که مسؤولیت ایشان تابع مقرّرات شماره ۲۰۲۷/۹۷ کمیسیون اروپا بوده و در صورت بروز حادثه مبلغ پیش پرداخت می‌تواند توسط زیاندیده درخواست گردد. متصدیان حمل و نقل هوایی‌ای که مقرشان خارج از اتحادیهٔ اروپایی است ولی پروازهایی به یا از یا درون خود اتحادیهٔ اروپایی انجام می‌دهند و نظام مسؤولیت مقرّرات شماره ۲۰۲۷/۹۷ را اعمال نمی‌کنند، باید در شرایط عمومی خود عدم اعمال مقرّرات فوق را قید نمایند.

ضمناً، در دادگاههای انگلستان مقرّرات شماره ۲۰۲۷/۹۷ کمیسیون اروپا با ادعای عدم انطباق با کنوانسیون ورشو مورد ایراد و اعتراض قرار گرفته است.[۳۷]

---

۳۷. مقررات شماره ۲۰۲۷/۹۷ کمیسیون اروپا توسط یاتا نزد دادگاه عالی انگلستان مورد اعتراض قرار گرفته است. در ۲۱ آوریل ۱۹۹۹ قاضی جوویت (Jowitt) در پرونده

R. v. Secretary of State for Transport, the Environment and the Regions ex parte IATA

مقررات شماره ۲۰۲۷/۹۷ کمیسیون اروپا را معارض با کنوانسیون ورشو شناخت. با اعمال ماده ۳۰۷ (ماده ۲۳۴ پیشین) معاهده کمیسیون اروپا، مقررات شماره ۲۰۲۷/۹۷ کمیسیون اروپا، باید معلق به شمار رود. برای دیدن گزارش رأی فوق وتفسیر آن رک.

کمیسیون اروپا به منظور اصلاح مقرّرات شماره ۲۰۲۷/۹۷ و همسو کردن آن با کنوانسیون مونترال، مقرّرات دیگری پیشنهاد داده تا همسویی این مقرّرات با کنوانسیون مونترال و اجرای آن توسط متصدیان عضو جامعهٔ اروپا تضمین گردد.[۳۸] این اصلاحات به منظور اجرای مقرّرات کنوانسیون مونترال در رابطه با مسؤولیت در قبال مسافر و اساساً مقرّرات راجع به بار همراه مسافر و مسائل مربوط به تأخیر در سطح اتحادیهٔ اروپا می‌باشد.[۳۹] مسؤولیت در قبال حمل کالا در اصلاحیهٔ پیشنهادی مورد اشاره قرار نگرفته است.

اصلاحیهٔ پیشنهادی حاوی مقرّرات شایان ذکر متعددی می‌باشد. اولاً، به طور کلی کلیهٔ ارجاعات به کنوانسیون ورشو جای خود را به ارجاع به مقرّرات مربوطه کنوانسیون مونترال داده است. ثانیاً، تنها اشخاص حقیقی در عداد «اشخاصی که مستحق مطالبهٔ خسارت هستند» قرار می‌گیرند. ثالثاً، نظام مسؤولیت در قبال فوت یا خسارات شخصی که در مادهٔ ۳ مقرّرات شماره ۲۰۲۷/۹۷ کمیسیون اروپا مقرر شده به ارجاع ساده‌ای به مواد ۱۷، ۲۰ و ۲۱ کنوانسیون مونترال مبدل شده است. رابعاً، مادهٔ ۳ (الف) که مقرره‌ای جدید است اشعار می‌دارد: «مسؤولیت متصدی حمل و نقل هوایی عضو جامعهٔ اروپا در قبال تأخیر حمل مسافر و در مورد اتلاف، تلف، ناقص شدن یا تأخیر در حمل بار همراه مسافر تابع مقررات مواد ۱۹، ۲۰، بند (۱) مادهٔ ۲۲، بندهای (۲)، (۵) و (۶) مادهٔ ۳۱ [کنوانسیون مونترال] خواهد بود». در این مقرّره به مادهٔ ۱۷ کنوانسیون مونترال هیچ اشاره‌ای نشده است. در

John Balfour, Council Regulation (EC) 2027/97 on Air Carrier Liability – A Tale of Suspense, The Aviation Q. 175, 175 (1999); Shawcross & Beaumont, Supra note 7, at § 241. 1.

38. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Amending Regulation No. 2027/97 on Air Carrier Liability in the Event of Accidents, COM (00) 340.

۳۹. عنوان مقررات شماره ۲۰۲۷/۹۷ نیز به «مقررات شماره ۲۰۲۷/۹۷ راجع به مسؤولیت متصدی حمل و نقل هوایی» تغییر یافته است.

نتیجه، در مواردی که کنوانسیون مونترال قابل اجرا نبوده لیکن مقرّرات شماره ۲۰۲۷/۹۷ اعمال می‌گردد (برای نمونه، پروازهایی که در درون کشورهای عضو جامعه اروپا انجام می‌گیرد). واضح نیست که ۱) آیا متصدی حمل هوایی عضو جامعهٔ اروپا در قبال خسارت یا تلف بار همراه مسافر به صرف این‌که حادثهٔ موجد خسارت یا تلف در داخل هواپیما صورت گرفته یا خسارت و تلف در زمانی وارد شده که کالا تحت مراقبت و کنترل متصدی حمل بوده، مسؤول است یا خیر؛ ۲) آیا دفاع وجود عیب ذاتی در بار همراه مسافر که در بند (۲) مادهٔ ۱۷ کنوانسیون مونترال قید گردیده قابل اعمال است یا خیر؛ ۳) آیا تفاوتی بین بار همراه چک شده و بار همراه چک نشده وجود دارد یا خیر، در مورد اخیر باید تقصیر متصدی حمل اثبات شود؛ و ۴) آیا مسافر باید شرط پیش‌بینی شده در مادهٔ ۳۱ کنوانسیون مونترال را (که در این اصلاحیه صراحتاً به آن اشاره شده) رعایت کند یا خیر. این شرط بیان می کند که در صورت مفقود یا تلف شدن بار همراه چک شده اعتراض باید به طور کتبی به عمل آید.[۴۰]

در اصلاحیهٔ پیشنهادی همچنین مقرّر شده است که در صورت فوت مسافر پیش پرداخت به مبلغ ۱۶۰۰۰ حق برداشت ویژه افزایش می‌یابد.[۴۱] به موجب این اصلاحیه اطلاعات مربوط به نظام مسؤولیت در قبال فوت و خسارات بدنی، تأخیر مسافر یا بار همراه مسافر، حق درخواست پیش‌پرداخت باید «به اندازهٔ کافی» در سازمانهای متعلق به متصدی حمل و نقل هوایی عضو جامعهٔ اروپا، مراکز فروش بلیط و محلهای چک کردن بار همراه و همچنین در آژانس‌های مسافرتی در اختیار مسافر قرار داده شود. اشاره به محلهای فروش بلیط می‌تواند شامل وب سایت‌های متصدی حمل

۴۰. در این باره رک. شرح نظام مسؤولیت متصدی در قبال بار همراه مسافر به موجب مادهٔ ۱۷ کنوانسیون مونترال.

41. See: Amended Council Regulation 2027/97, art. 5 (2) , COM (00) 340.

که به صورت آن لاین مبادرت به عرضهٔ بلیط می‌نمایند، نیز بشود. این امر مبهم باقی مانده است که آیا منظور از «آژانس‌های مسافرتی»، آژانس‌های مسافرتی است که جزو و مربوط به متصدیان حمل ونقل هوایی عضو کمیسیون اروپا هستند، یا آژانس‌های مسافرتی که صرفاً مبادرت به فروش بلیط‌های متصدیان حمل و نقل مربوطه می‌نمایند، نیز داخل در این تعریف است. تا آنجا که به اعضای یاتا مربوط می‌شود کنترل تعداد آژانس‌های مسافرتی که توسط یاتا تأیید شده و صرفاً به فروش بلیط متصدیان حمل اشتغال دارند، امکان‌پذیر نیست.

به موجب مقررهٔ دیگری در این اصلاحیه متصدّیان حمل و نقل هوایی که عضو جامعه اروپا نمی‌باشند باید مسافرانی را که در جامعهٔ اروپا مبادرت به خرید بلیط می‌نمایند از حدود مسؤولیت خود در قبال خسارت شخصی، فوت، لطمه دیدن و یا تلف بار همراه و تأخیر آگاه سازند. متصدیان حمل و نقل غیرعضو کمیسیون اروپا که در خارج از جامعهٔ اروپا مبادرت به فروش بلیط می‌نمایند مقید به تعهد فوق نیستند. چنانچه بلیط به صورت آن لاین در اینترنت یا از طریق مراکز تلفن فروخته شده باشد، چگونگی مشخص کردن این که بلیط در داخل یا خارج از اتحادیه فروخته شده است، می‌توانست مفید باشد.

اصلاحیه پیشنهادی همچنین مقرر می‌دارد که عدم رعایت تعهد فوق «تأثیری بر وجود یا اعتبار قرارداد حمل نخواهد گذاشت و قرارداد کماکان تابع این مقرّرات خواهد بود». به نظر می‌رسد که این مقرره همچون بند (۲) مادهٔ ۳ و بند (۲) مادهٔ ۴ کنوانسیون ورشو/ پروتکل لاهه، متصدی حمل غیرعضو کمیسیون اروپا را که تعهد فوق را رعایت ننموده تابع نظام مسؤولیتی می‌کند که در صورت اجرای تکلیف اطلاع‌رسانی به مسافران تابع آن نظام مسؤولیت نمی‌گردید. اگر مقصود تهیه‌کنندگان اصلاحیه

همین بوده باشد، بهتر است که متن اصلاحیه واضح‌تر و صریح‌تر شود.[۴۲]

۲ـ ترکیب و ادغام کنوانسیون ها و پروتکل های پیشین در کنوانسیون مونترال

بند (۱) مادۀ ۲۱ کنوانسیون مونترال متصدی را از درج شرط عدم مسؤولیت یا محدود کردن مسؤولیت در قبال خسارات تا مبلغ ۱۰۰۰۰۰ حق برداشت ویژه که برای وی تعیین شده، ممنوع کرده است. برای خسارات متجاوز از ۱۰۰۰۰۰ حق برداشت ویژه، به موجب بند (۲) مادۀ ۲۱ کنوانسیون مونترال متصدی حمل مسؤول نخواهد بود مشروط به این‌که وی بتواند ثابت نماید که «الف) این خسارت ناشی از تقصیر یا فعل یا ترک فعل سهل‌انگارانه دیگر متصدی حمل یا خدمه یا نمایندگان وی نبوده؛ یا ب) این خسارت منحصراً ناشی از تقصیر یا فعل یا ترک فعل سهل‌انگارانۀ شخص ثالث بوده است». بنابراین، کنوانسیون مونترال برای ردیف اول خسارت که میزان آن ۱۰۰۰۰۰ حق برداشت ویژه می‌باشد، مسؤولیتی مطلق وضع نموده که در مورد آن دفاع مذکور در بند (۲) مادۀ ۲۱ کنوانسیون مونترال در دسترس متصدی نمی‌باشد.

افزون بر این، محدوده مسؤولیت مذکور در بند (۱) مادۀ ۲۲ کنوانسیون ورشو وارد کنوانسیون مونترال نشده و بنابراین کنوانسیون مونترال یک سیستم نامحدود مسؤولیت در دعاوی راجع به خسارت وارد به مسافر تعیین کرده است (که این سیستم مسؤولیت به وسیله دفاعی که در

۴۲. به عنوان مثال می‌توان برای رساندن معنای مورد نظر عبارت زیر را جایگزین کرد: «عدم رعایت مقررات بند (۳) تأثیری بر وجود یا صحت قرارداد حمل نخواهد گذاشت، و مسؤولیت متصدی حملی که از این مقررات پیروی ننموده در قبال فوت یا جرح بدنی مسافر در صورتی که حادثۀ موجد خسارت در داخل هواپیما یا در جریان عملیات سوار یا پیاده شدن اتفاق افتاده باشد و همچنین مسؤولیت متصدی حمل در برابر خسارت ناشی از تأخیر مسافر و تلف، فقدان، خسارت یا تأخیر بار همراه مسافر، به هرحال، تابع این مقررات خواهد بود».

بند (۲) مادهٔ ۲۱ کنوانسیون مونترال برای خسارات متجاوز از ۱۰۰۰۰۰ حق برداشت ویژه مقرر شده، تعدیل می‌شود). مسؤولیت متصدی حمل برای ردیف دوم از خسارات که متجاوز از ۱۰۰۰۰۰ حق برداشت ویژه است مفروض تلقی می‌شود.

هم برای ردیف اول مسؤولیت که میزان آن ۱۰۰۰۰۰ حق برداشت ویژه است و هم مورد دوم که امکان تجاوز مسؤولیت از سقف ۱۰۰۰۰۰ وجود دارد، دفاع تقصیر مشترک مقرر در مادهٔ ۲۱ کنوانسیون ورشو، در مادهٔ ۲۰ کنوانسیون مونترال بازنویسی شده است. متن مفصل‌تر مادهٔ ۲۰ کنوانسیون مونترال نیاز به تفسیر اصطلاح مبهم «زیاندیده» را که در مادهٔ ۲۱ کنوانسیون ورشو آمده برطرف می‌سازد. اصطلاح «زیاندیده» در مادهٔ ۲۱ کنوانسیون ورشو باید به گونه‌ای تفسیر شود که دعاوی مربوط به مسافر و بار همراه مسافر و نیز دعاوی مربوط به کالا و تأخیر را دربرگیرد.[۴۳]

حذف دفاع «انجام کلیهٔ اقدامات لازم» (که در بند (۲) مادهٔ ۲۱ کنوانسیون مونترال پذیرفته شده) برای مسؤولیت متصدی در موردی که خسارت از ۱۰۰۰۰۰ حق برداشت ویژه تجاوز نمی‌کند، قبلاً به طور قراردادی در موافقتنامه‌های IIA، MIA و به موجب بند (۲) مادهٔ ۳ مقررات شماره ۲۰۲۷/۹۷ کمیسیون اروپا حاصل شده بود. این دفاع در کنوانسیون مونترال برای ردیف دوم مسؤولیت که میزان آن متجاوز از ۱۰۰۰۰۰ حق برداشت ویژه است، باقی ماند، اما جای خود را به دفاع «عدم ارتکاب تقصیر» داد. به علاوه این امکان نیز برای متصدی حمل فراهم است که ثابت نماید خسارت صرفاً از ناحیهٔ شخص ثالث ایجاد گردیده است. برخی گفته‌اند که دفاع اخیر یعنی دفاع انتساب خسارت به شخص ثالث زائد می‌باشد زیرا دفاع «عدم ارتکاب تقصیر» می‌تواند در مواردی نیز که تنها

43. See: Giemulla, Supra note 5, at art. 21, § 11.

شخص ثالث مسؤول است مورد استناد قرار گیرد و اثر این دو دفاع یکسان است.[۴۴] مع هذا، برخی دیگر از حقوقدانان بیان کرده‌اند که قضاوت در باب این‌که در چه صورت متصدی مرتکب تقصیر شده است (برای مثال، متصدی دستورات سازنده هواپیما برای حفظ و نگهداری را اجرا ننموده باشد)، می‌تواند مشکل باشد، در حالی که شخص ثالث (یعنی مثلاً در اینجا سازنده) ممکن است به تنهایی در همین اوضاع و احوال مسؤول دانسته شود.[۴۵] تبدیل دفاع «انجام کلیه اقدامات لازم» که در مادهٔ ۲۰ کنوانسیون ورشو، موافقتنامه‌های IIA و MIA و همچنین مقررات شماره ۲۰۲۷/۹۷ کمیسیون اروپا دیده می‌شود،[۴۶] به دفاع «عدم ارتکاب تقصیر» در بند (۲) مادهٔ ۲۱ کنوانسیون مونترال به نفع متصدی حمل می‌باشد، زیرا کشیدن بار اثبات در این حالت آسان‌تر می‌باشد.[۴۷]

برخلاف مقررات موافقتنامه‌های IIA و MIA در کنوانسیون مونترال «دعاوی غیرخانوادگی»که توسط بیمه‌های تأمین اجتماعی یا سایر مجموعه‌های مشابه اقامه می‌گردد استثنا نشده و این سازمانها می‌توانند به مسؤولیت مطلق متصدی در ردیف اول مسؤولیت که میزان آن ۱۰۰۰۰۰ حق برداشت ویژه است و همچنین به مسؤولیت نامحدود متصدی در صورتی که خسارت از میزان فوق تجاوز نماید استناد کنند.[۴۸] این اظهارنظر

---

44. See: Caplan, Supra note 30, at 202.

45. See: Gates, Supra note 17, at 190.

۴۶. اصلاحیهٔ پیشنهاد شده برای مقررات شمارهٔ ۲۰۲۷/۹۷ به مادهٔ ۲۱ کنوانسیون مونترال اشاره و همچنین دفاع «عدم ارتکاب تقصیر» را پیش‌بینی کرده است.

47. See: Gate , Supra note 17, at 190.

48. Amended Council Regulation 2027/97, art. 2 (1) (C), COM (00) 340.

در مقررات شماره ۲۰۲۷/۹۷ کمیسیون اروپا، سازمان‌های تأمین اجتماعی در شمول تعریف «اشخاصی که مستحق دریافت غرامت هستند» قرار دارند. در این باره ر.ک.

Ibid, at art. 5 (1).

درست است که فقدان قید و شرط در این زمینه ممکن است سازمانهای تأمین اجتماعی و کارفرمایان را تشویق نماید که دعاوی مسؤولیت مطلق و نامحدود علیه متصدیان حمل اقامه نمایند. در عین حال، از آنجا که یکی از علل تدوین کنوانسیون مونترال «اهمیت حمایت از منافع مصرف‌کنندگان در حمل و نقل بین‌المللی» است، از این رو گسترش مسؤولیت متصدی به نفع سازمانهای تأمین اجتماعی و کارفرمایان مورد استقبال قرار نگرفته است، زیرا که این گروه مصرف کننده به شمار نمی‌روند. اگر مقصود این باشد که «دعاوی غیرخانوادگی» را از سیستم مسؤولیت مطلق و نا محدود استثنا کنیم مفید می‌نماید که امکان مطالبه غرامت در ارتباط با خسارات وارد بر مسافر محدود به «اشخاص حقیقی» شود، همانگونه که مطالبه پیش‌پرداختها در مادهٔ ۲۸ کنوانسیون مونترال محدود به اشخاص حقیقی شده است.[۴۹]

هـ. مسؤولیت متصدی حمل در قبال بار همراه مسافر

بین بار همراه تحویل شده و بار همراه تحویل نشده باید قائل به تمایز شد.

۱ـ مسؤولیت در قبال بار همراه تحویل شده

به موجب بند (۳) مادهٔ ۳ کنوانسیون مونترال متصدی حمل باید «برای هر تکه بار همراه تحویل شده، رسید شناسایی بار همراه برای مسافر» صادر نماید. مع هذا، اگر این مقرره کنوانسیون مونترال اجرا نگردد،

در آن مقرره سازمانهای تأمین اجتماعی از حق دریافت پیش‌پرداخت استثنا شده‌اند. در اصلاحیه پیشنهاد شده برای مقررات ۲۰۲۷/۹۷ عبارت «شخصی که مستحق خسارت است» به معنای «مسافر یا هر شخص حقیقی می‌باشد که مطابق قانون حاکم می‌تواند نسبت به آن مسافر مطالبهٔ خسارت کند». به نظر می‌رسد مطابق این اصلاحیه «دعاوی غیرخانوادگی» از شمول اصلاحیه خارج شده باشد.

49. Caplan , Supra note 30, at 205.

آثار و نتایج زیادی برای متصدی حمل به همراه ندارد. مادهٔ ۳ کنوانسیون مونترال مقتبس از مادهٔ ۴ کنوانسیون ورشو می‌باشد. مادهٔ ۴ کنوانسیون ورشو اشعار می‌دارد که عدم صدور رسید بار همراه مسافر (که این رسید در کنوانسیون مونترال به رسید شناسایی بار همراه تبدیل شده) مانع بهره‌مندی متصدی حمل از محدوده‌های مسؤولیت مقرر در بند (۲) مادهٔ ۲۲ کنوانسیون ورشو می‌گردد. بند (۵) مادهٔ ۳ کنوانسیون مونترال همچون بند (۲) مادهٔ ۴ کنوانسیون ورشو اشعار می‌دارد که عدم صدور رسید شناسایی بار همراه مسافر بر وجود یا صحت قرارداد حمل تأثیری نمی‌گذارد، اما برخلاف کنوانسیون ورشو متصدی حمل حتی در صورت عدم صدور رسید شناسایی بار همراه می‌تواند از محدوده‌های مسؤولیت مقرر در بند (۲) مادهٔ ۲۲ کنونسیون مونترال بهره‌مند شود.

متصدی حمل در قبال ۱) تلف بار همراه تحویل شده، ۲) مفقود شدن بار همراه تحویل شده و ۳) خسارت به بار همراه تحویل شده، مشروط بر این‌که حادثهٔ منتهی به اتلاف، تلف یا خسارت در زمانی رخ داده باشد که بار همراه تحت مراقبت و کنترل متصدی حمل بوده، مسؤول است. مع‌هذا، به موجب بند (۲) مادهٔ ۱۷ کنوانسیون مونترال متصدی حمل می‌تواند درخصوص بار همراه مسافر از مسؤولیت معاف شود «اگر و تا میزانی که خسارت، ناشی از نقص ذاتی، کیفیت یا عیب بار همراه باشد».[۵۰] به موجب بند (۲) مادهٔ ۱۷ کنوانسیون مونترال نقص بسته‌بندی، دفاع معتبری به شمار نمی‌آید و به نظر نمی‌رسد که متصدی حمل بتواند براساس آن مسؤولیت خود را در قبال بار همراه تحویل شده ساقط نماید.[۵۱] درخصوص بار همراه

---

۵۰. بند (۲) ماده ۱۷ کنوانسیون ورشو/پروتکل گواتمالاسیتی مقرر می‌دارد که «[...] چنانچه خسارت صرفاً ناشی از عیب ذاتی، کیفیت یا عیب بار همراه مسافر باشد، متصدی مسؤول نمی‌باشد».

۵۱. رک. بند (۲) ماده ۱۷ کنوانسیون مونترال. همچنین مقایسه کنید با بند (۳) (ب) ماده ۱۸ پروتکل شماره ۴ مونترال و بند (۲) (ب) ماده ۱۸ کنوانسیون مونترال (در خصوص کالا).

به طور کلی مسافر عهده‌دار عمل بسته‌بندی می‌باشد نه متصدی حمل. برای متصدی حمل بهترین راه‌حل این است که در زمان تحویل بار از کیفیت مطلوب بسته‌بندی اطمینان حاصل کند.[۵۲]

اگر بار همراه تحویل شده مفقود شود بند (۳) مادهٔ ۱۷ کنوانسیون مونترال به مسافر اجازه می‌دهد که حق خود را در مقابل متصدی حمل اجرا نماید اگر ۱) متصدی حمل مفقود شدن بار را بپذیرد؛ یا ۲) بار همراه مسافر ظرف مدت ۲۱ روز از موعد مقرر نرسیده باشد. ظاهراً حق مسافر با پذیرش مفقود شدن بار همراه توسط متصدی حمل یا انقضای ۲۱ روز به طور خود به خود لازم‌الاجرا می‌شود. مع‌الوصف، این حق خود به خود با بند (۲) مادهٔ ۳۱ کنوانسیون مونترال که مقرر می‌دارد مسافر باید به موقع اخطاریه بدهد، در تعارض می‌باشد.[۵۳] به نظر می‌رسد که حق خود به خود مسافر به این معنا است که دعاوی مربوط به گم شدن بار همراه دیگر نیازی به ارسال اخطاریهٔ مذکور در بند (۲) مادهٔ ۳۱ ندارد و باید به عنوان دسته جدایی از خسارات وارد به مسافر شناخته شود. به موجب بند (۲) مادهٔ ۳۱ کنوانسیون مونترال مسافری که بار همراه تحویلی وی مفقود شده است، لازم نیست که ظرف هفت روز از ورود خسارت یا ۲۱ روز از ابلاغ تأخیر به متصدی، اعتراض کتبی تسلیم کند. بنابراین، کنوانسیون مونترال این بحث را که آیا به موجب مادهٔ ۲۶ کنوانسیون ورشو مفقود شدن بار همراه تحویلی، نیاز به اعتراض کتبی دارد یا خیر، حل نموده است.[۵۴]

---

۵۲. در چارچوب نظام مسؤولیت مقرر در بند (۲) ماده ۱۷ کنوانسیون مونترال برای بار همراه تحویل نشده، این امکان برای متصدی حمل فراهم است که در مقام دفاع به نقص بسته‌بندی از جانب مسافر استناد نماید.

۵۳. قبلاً ماده ۲۶ کنوانسیون ورشو.

54. See: Giemulla, Supra note 5, at art. 26 § 22; I.H. Diederiks-Verschoor, An Introduction To Air Law 80 (6th ed., Kluwer Law International 1997).

به هرحال، بند (۱) مادهٔ ۳۱ کنوانسیون مونترال که مقرر می‌دارد دریافت بدون اعتراض بار همراه تحویل شده توسط مسافر دلیل محمول بر صحت دریافت سالم آن است، در مورد مفقود شدن بخشی از بار همراه مسافر (از قبیل سرقت از بار همراه که غالباً پس از دریافت بار همراه تحویل شده توسط مسافر کشف می‌شود) نیز اعمال می‌گردد. به علاوه، در مورد مفقود شدن جزئی، فرض تحویل سالم بار همراه ظاهراً مانع می‌شود که مسافر حق خود مبنی بر مفقود محسوب کردن بار همراه را در صورت عدم تحویل ظرف ۲۱ روز از تاریخ مقرر اجرا کند. بنابراین، متأسفانه موضوع سرقت جزئی از بار همراه مسافر مبهم باقی می‌ماند.[۵۵] در نتیجه، لزوم انجام اعتراض کتبی برای مفقود شدن جزئی بار همراه تحویل شده که قبلاً وجود داشت[۵۶] ــ اگرچه محل بحث بود ــ در کنوانسیون مونترال هنوز وجود دارد، زیرا مفقود شدن جزئی بار همراه تحویلی می‌تواند هنوز به عنوان مصداقی از خسارت به بار همراه تحویل شده محسوب گردد.[۵۷]

به موجب بند (۲) مادهٔ ۱۷ کنوانسیون مونترال مسؤولیت متصدی حمل در قبال بار همراه تحویلی تابع دفاع «انجام کلیه اقدامات لازم» که در

نویسنده در این کتاب پرونده Dalton v. Delta Airlines, 638 F. 2d 1233 (5th Cir. 1981) را نقل می‌نماید. در این پرونده رأی داده شده است که شرط اخطاریه کتبی که در مادهٔ ۲۶ کنوانسیون ورشو مقرر شده در مورد تلف کل محموله (و همچنین در مورد صرف خسارت یا تأخیر محموله) اعمال نمی‌گردد.

55. See: Caplan, Supra note 30, at 199.

56. See: Giemulla, Supra note 5, at art. 26 § 28.

57. See: Naveau & Godfroid, Supra note 27, at 239, § 175; Litvine, Supra note 27, at 251, § 10; همچنین رک.

M. Godfroid, Les Transports Aériens - Chronique de Jurisprudence (1983 - 1988) [Air Transport - Analysis of Case Law (1983 - 1988)], Revue de Droit Commercial [R. D. C.] 599, 621 § 42 (1999); Shawcross & Beaumont, Supra note 7, § 567.

بند (۱) مادهٔ ۲۰ کنوانسیون ورشو وجود دارد، نیست.[۵۸] بنابراین، به موجب کنوانسیون مونتـرال مسؤولیت متصدی برای بار همـراه تحـویلی باید مسؤولیت مطلق تلقی گردد.

۲ـ مسؤولیت در قبال بار همراه تحویل نشده

به هرحال، به موجب کنوانسیون مونترال متصدی حمل در قبال بار همراه تحویل نشده و وسایل شخصی مسافر، تابع نظام مسؤولیت مطلق نمی‌باشد[۵۹] بلکه در مورد بار همراه تحویل نشده و وسایل شخصی وی مسؤولیت مبتنی بر تقصیر متصدی، خدمه یا نمایندگان وی می‌باشد و مسافر است که باید بار اثبات تقصیر را به دوش کشد.[۶۰]

براساس مادهٔ ۱۸ کنوانسیون ورشو استدلال شده است که این موضوع که آیا متصدی حمل مسؤول خسارات وارد به کیف دستی مسافر می‌باشد یا خیر بسته به آن است که قانون چه کشوری اعمال شود.[۶۱] علت این است که بند (۳) مادهٔ ۲۲ کنوانسیون ورشو برای «اشیایی که دراختیار خود مسافر است» محدودهٔ مسؤولیت تعیین کرده که در نتیجه کیف دستی باید تحت شمول قرارداد حمل و نقل قرار گیرد، هر چند که بند (۱) مادهٔ ۱۸ کنوانسیون ورشو به طور خاص به کیف دستی اشاره نکرده است.[۶۲]

---

۵۸. رک. بند (۲) ماده ۱۷ کنوانسیون مونترال (دفاع « انجام کلیه اقدامات لازم» قبلاً به موجب ماده ۲۰ کنوانسیون ورشو/پروتکل شماره ۴ مونترال بر داشته شده بود).

59. See: Shawcross & Beaumont, Supra note 7, at § 266.

برای مثال، کیف دستی، ساعت مچی و جواهراتی که همراه مسافر می‌باشد.

60. See: Caplan, Supra note 30, at 199.

61. See: Giemulla Supra note 5, at § 9; Litvine, Supra note 27, at 229, § 99.

۶۲. رک. بند (۳) مادهٔ ۲۲ کنوانسیون ورشو. برخی از نویسندگان صریحاً تأیید نمی‌کنند که مـسؤولیت متصدی حمل در قبال بار همراه تحویل نشده در شمول قرارداد حمل است. این گروه استدلال می‌کنند که در مورد مطالبه خسارات بدنی، مسؤولیت در قبال بار همراه تحویل نشده باید مبتنی بر ماده ۱۷ کنوانسیون ورشو باشد، چه در این صورت مطالبهٔ خسارات وارد بر بار همراه ثبت نشده به عنوان «خـسارتی کـه در

نتیجتاً، محدودهٔ مسؤولیت مقرر در بند (۳) مادهٔ ۲۲ کنوانسیون ورشو تنها در صورتی اعمال می‌شود که متصدی به موجب قانون داخلی مسؤول کیف دستی مسافر شناخته شود. این نظر در بند (۲) مادهٔ ۱۷ کنوانسیون ورشو/پروتکل گواتمالاسیتی تأیید شده است. بند یاد شده متصدی حمل را مسؤول «خسارات وارده در صورت تلف، یا مفقود شدن یا خسارت به بار همراه مسافر» می‌شناسد و در ادامه در بند (۳) مادهٔ ۱۷ «بار همراه مسافر» را این‌گونه تعریف می‌کند: «بار همراه مسافر شامل بار همراه تحویل شده و اشیایی است که توسط مسافر حمل می‌شود».[۶۳]

در حال حاضر، کنوانسیون مونترال برای بار همراه تحویل نشده صریحاً نظام مسؤولیتی جداگانه‌ای را که مبتنی بر تقصیر است پیش‌بینی کرده است.[۶۴] همچنین در مادهٔ ۲۲ کنوانسیون مونترال دیگر محدوده‌های خاص مسؤولیت مذکور در بند (۳) مادهٔ ۲۲ کنوانسیون ورشو درخصوص «اشیایی در اختیار خود مسافر» وجود ندارد.[۶۵] بنابراین، به موجب اصل اجرای انحصاری کنوانسیون مونترال که در مادهٔ ۲۹ این کنوانسیون مقرر شده، مسؤولیت متصدی حمل برای بار همراه تحویل نشده مذکور در بند (۲) مادهٔ ۱۷ کنوانسیون مونترال باید مبتنی بر کنوانسیون مونترال باشد نه قانون داخلی کشورها.[۶۶]

اثر فوت یا جرح مسافر» که در ماده ۱۷ ذکر شده بـه شـمار مـی‌رود. افـزون بـر ایـن، ایـن گـروه از نویسندگان استدلال می‌کنند که «هیچ دلیل قانع‌کننده‌ای» وجود ندارد که براساس آن مسؤولیت متصدی حمل را برای بار همراه ثبت نشده به مواردی محدود کنیم که خسارات بدنی نیز وجود داشـته باشـد. در این‌باره رک.

Shawcross & Beaumont, Supra note 7, § 582.

۶۳. رک. بند (۲) و (۳) ماده ۱۷ کنوانسیون ورشو/پروتکل گواتمالاسیتی.

۶۴. رک. بند (۲) ماده ۱۷ کنوانسیون مونترال.

۶۵. رک. مادهٔ ۲۲ کنوانسیون مونترال.

66. See: Naveau & Godfroid, Supra note 27, at 196 § 146; El Al Israel Airlines Ltd. v. Tseng, 525 U. S. 155 (1999); Croucher v. Worldwide Flight Servs., Inc, 111 F. Supp. 2d 501 (D. N. J.

۳ـ محدوده‌های مسؤولیت، دفاعیات و دادگاه صالح در دعاوی راجع به بار همراه تحویل شده و بار همراه تحویل نشده

بند (۱) مادهٔ ۲۲ کنوانسیون مونترال محدودهٔ مسؤولیت در قبال بار همراه مسافر را ۱۰۰۰ حق برداشت ویژه تعیین کرده که به موجب بند (۴) مادهٔ ۱۷ کنوانسیون شامل بار همراه تحویل شده و تحویل نشده هر دو می‌گردد. در صورتی که مسافر وجود نفع خاصی را در تحویل اعلام نموده باشد این محدوده مسؤولیت اعمال نمی‌گردد. به هرحال، از آنجا که اعلام نفع خاص باید در زمانی انجام گیرد که «بار همراه تحویل شده تحویل متصدی حمل می‌شود»، معلوم نیست که این محدوده چگونه در مورد بار همراه تحویل نشده افزایش می‌یابد.[۶۷]

در مقایسه با بند (۳) مادهٔ ۲۲ کنوانسیون ورشو/ پروتکل لاهه که محدودهٔ مسؤولیت جداگانه‌ای برای بار همراه ثبت نشده (۵۰۰۰ فرانک پوانکاره) تعیین کرده، ۱۰۰۰ حق برداشت ویژه مذکور در بند (۱) مادهٔ ۲۲ کنوانسیون مونترال، محدودهٔ مسؤولیت یکپارچه‌ای است که در مورد بار همراه تحویل شده و تحویل نشده هر دو اجرا می‌گردد. این محدودهٔ مسؤولیت دیگر بر حسب وزن آنگونه که برای بار همراه تحویل شده در بند (۲ الف) مادهٔ ۲۲ کنوانسیون ورشو/ پروتکل لاهه تعیین شده، محاسبه نمی‌گردد.[۶۸]

در کنوانسیون مونترال دفاع تقصیر مشترک برای بار همراه تحویل شده و تحویل نشده هر دو در دسترس متصدی حمل می‌باشد.[۶۹] بر حسب

2000); Fields v. Bwia Int'l Airways Ltd., No. 99 - Cv - 2493 (JG) , 2000 U. S. Dist. LEXIS 9397 (E. D. N. Y. July 7, 2000); Shawcross & Beaumont, Supra note 7, § 388.

۶۷. رک. بند (۲) ماده ۲۲ کنوانسیون مونترال.

۶۸. بنابراین، در کنوانسیون مونترال ثبت وزن بار همراه مسافر در رسید بار همراه لازم نیست. رک. Shawcross & Beaumont, Supra note 7, § 265.

۶۹. رک. ماده ۲۰ کنوانسیون مونترال.

بند (۵) مادهٔ ۲۲ کنوانسیون مونترال محدودهٔ مسؤولیت برای بار همراه مسافر در موارد زیر اعمال نمی‌شود: ۱) متصدی حمل عامداً خسارت وارد کرده باشد؛ یا ۲) متصدی مرتکب تقصیر شده و نسبت به احتمال ناشی شدن خسارت بر اثر این تقصیر علم داشته باشد. استثنای وارد بر محدودهٔ مسؤولیت، به عنوان ضابطهٔ مادهٔ ۲۵ ورشو/لاهه نیز شناخته می‌شود.

نهایتاً این‌که «پنجمین دادگاه صالح» مذکور در بند (۲) مادهٔ ۳۳ کنوانسیون مونترال درخصوص دعاوی مربوط به بار همراه مسافر قابل مراجعه نیست. در نتیجه، اگر دعوای مربوط به فوت یا صدمه بدنی مسافر شامل مفقود شدن یا تلف بار همراه مسافر نیز گردد ــ برای مثال در اثر سقوط هواپیما ــ دعوای مربوط به بار همراه باید نزد یکی از چهار دادگاه صالح مذکور در بند (۱) مادهٔ ۳۳ کنوانسیون مونترال اقامه گردد و نمی‌تواند در حوزهٔ قضایی محل سکونت اصلی و دائمی مسافر یعنی پنجمین دادگاه صالح طرح شود.

و. پیش‌پرداختها

«در مورد حوادث هواپیما که منجر به فوت یا صدمهٔ بدنی مسافر گردد» متصدی حمل مکلف است «در صورت الزام قوانین داخلی، مبالغی را به عنوان پیش‌پرداخت تأدیه نماید».[۷۰] این پیش پرداختها باید به اندازهٔ کافی «نیازهای اقتصادی و فوری این اشخاص» را برآورده سازد.

بنابراین، مادهٔ ۲۸ کنوانسیون مونترال در مقایسه با کنوانسیون ورشو دارای یک نوآوری است. از مدتها پیش فراهم آوردن کمکهای مالی اضطراری برای این افراد، برای شرکتهای هواپیمایی و بیمه‌گران به صورت معیاری صنعتی درآمده است. از این رو، برخی ادعا کرده‌اند که نیازی به

---

۷۰. ماده ۲۸ کنوانسیون مونترال.

نوشتن این تکلیف در کنوانسیون مونترال نبوده،[۷۱] و برخی دیگر بر این اعتقادند که چنانچه این پیش پرداختها ریشه در تکلیفی مبتنی بر قانون داخلی داشته باشد درج چنین تکلیفی در کنوانسیون مونترال غیرضروری می‌باشد.[۷۲]

همچنین استدلال شده است که اشارهٔ خاص مادهٔ ۲۸ کنوانسیون مونترال به «حوادث هواپیما» به جای صرف اشاره به «حوادث» که در بند (۱) مادهٔ ۱۷ کنوانسیون مونترال به کار رفته، ممکن است به تفسیر مضیق‌تر اصطلاح «حوادث هواپیما» مندرج در مادهٔ ۲۸ بینجامد.[۷۳] مقررات شماره ۲۰۲۷/۹۷ کمیسیون اروپا دادن پیش‌پرداختها را در قبال فوت، جرح یا سایر صدمات بدنی در صورت بروز حادثه اجباری می‌داند. به موجب این مقررات حادثه باید در زمانی رخ داده باشد که مسافر در اختیار متصدی حمل است حتی اگر هنوز داخل هواپیما نرفته باشد (برای مثال، مسافر داخل اتوبوسی است که مسافران را برای سوار شدن از سالن انتظار به طرف هواپیما منتقل می‌کند). بنابراین، تکلیف تأدیهٔ پیش‌پرداخت در مقررات شماره ۲۰۲۷/۹۷ کمیسیون اروپا ممکن است از تکلیف موضوع کنوانسیون مونترال بسیار وسیع‌تر باشد.

تکلیف دادن پیش پرداختها در مقررات شماره ۲۰۲۷/۹۷ کمیسیون اروپا علاوه بر این‌که از لحاظ قلمرو وسیع‌تر است، دقیق تر نیز می‌باشد. مطابق این مقررات متصدی حمل و نقل هوایی عضو جامعه اروپا باید بدون تأخیر و در هر صورت، ظرف مدت ۱۵ روز از تاریخ شناسایی شخص حقیقی مستحق خسارت، پیش‌پرداختهایی که نیازهای اقتصادی و فوری

---

71. See: Caplan, Supra note 30, at 198; Gates, Supra note 18, at 191.

72. See: Müller-Rostin ,Supra note 11, at 222.

73. See: Ibid, at 223.

زیاندیده[۷۴] را با توجه به دشواری‌های ایجاد شده رفع نماید، بپردازد. این مبلغ در صورت فوت حداقل ۱۵۰۰۰ حق برداشت ویژه خواهد بود.[۷۵] افزون بر این، به موجب بند (۳) مادهٔ ۵ مقررات شماره ۲۰۲۷/۹۷ کمیسیون اروپا متصدی حمل می‌تواند پیش‌پرداختهای قبلی را استرداد نماید اگر ۱) مسافر زیاندیده مرتکب تقصیر مشترک شده باشد، یا ۲) ذی نفع پیش‌پرداخت، خود در ورود خسارت سهیم بوده یا ذی نفع خسارت شناخته نشود.[۷۶]

سه ـ مسؤولیت متصدی در حمل و نقل کالا

مقررات کنوانسیون مونترال در خصوص حمل و نقل کالا عمدتاً از پروتکل شماره ۴ مونترال اقتباس گردیده است.

الف. مباحث مربوط به اسناد

مطابق مادهٔ ۴ کنوانسیون مونترال متصدی حمل می‌تواند تصمیم بگیرد که از بارنامهٔ هوایی متعارف استفاده نکند و به جای آن از سایر وسایل (برای مثال، وسایل الکترونیکی) برای ثبت و ضبط قرارداد حمل استفاده نماید. به موجب بند (۲) مادهٔ ۵ کنوانسیون ورشو/پروتکل شمارهٔ ۴ مونترال فرستنده باید به این جایگزینی رضایت دهد، اما به موجب کنوانسیون مونترال دیگر رضایت فرستنده لازم نیست. با وجود این، تکمیل

---

74. Se: Shawcross & Beaumont, Supra note 7, § 228.

۷۵. در اصلاحیهٔ پیشنهاد شده برای مقررات شماره ۲۰۲۷/۹۷ کمیسیون اروپا، این مبلغ بـه ۱۶۰۰۰ حـق برداشت مخصوص افزایش یافته است.

۷۶. رک. بند (۳) مادهٔ ۵ مقررات شماره ۲۰۲۷/۹۷ کمیسیون اروپا. مادهٔ ۲۰ کنوانـسیون مـونترال نیـز مقرر می‌دارد که دادن پیش پرداخت به معنای مسؤول شناختن متصدی حمل نیست، اما ایـن کنوانـسیون تصریح نمی‌نماید که تقصیر مشترک موجبی برای استرداد پیش پرداخت است. رک. مادهٔ ۲۰ کنوانسیون مونترال.

مندرجات بارنامهٔ هوایی برعهده فرستنده باقی مانده است.[۷۷]

به موجب بند (۳) مادهٔ ۵ کنوانسیون ورشو/ پروتکل شمارهٔ ۴ مونترال متصدی حمل نمی‌تواند به علت این‌که استفاده از بارنامه هوایی الکترونیک در نقاط ترانزیت یا مقصد ناممکن است، از قبول کالا امتناع ورزد. مادهٔ ۴ کنوانسیون مونترال حاوی چنین مقرره‌ای نیست و در نتیجه چنین مستفاد می‌گردد که در کنوانسیون مونترال متصدی حمل می‌تواند از این جهت از قبول کالا امتناع ورزد. در واقع، به موجب کنوانسیون مونترال فرستنده دیگر نمی‌تواند ــ آن‌گونه که قبلاً در بند (۱) مادهٔ ۵ کنوانسیون ورشو مقرر شده بود ــ از متصدی حمل درخواست نماید که بارنامهٔ هوایی را بپذیرد.

بارنامه هوایی باید حاوی نکات زیر باشد: ۱) نقاط مبدأ و مقصد، ۲) اگر محلهای مبدأ و مقصد در قلمرو یک دولت عضو بوده و یک یا چند محل توقف مورد توافق در سرزمین دولت دیگری واقع باشد، اعلام حداقل یکی از این محلهای توقف، و ۳) اعلام وزن محموله.[۷۸] به موجب مادهٔ ۵ کنوانسیون مونترال برای حمل و نقل کالا دیگر «اخطاریهٔ لاهه» که در مادهٔ ۸ کنوانسیون ورشو/پروتکل لاهه مقرر شده بود، نیاز نمی‌باشد.[۷۹]

اگر تشریفات گمرکی یا پلیسی چنین مقرّر دارد، فرستنده باید سندی که حاکی از نوع کالا است، ارائه نماید.[۸۰] این تکلیف ظاهراً مربوط به صادرات کالا است، زیرا طبق مادهٔ ۱۶ کنوانسیون مونترال فرستنده همین تکلیف را هنگامی که مبادرت به واردات کالا و تحویل آن به گیرنده

---

۷۷. ر.ک. بند (۱) ماده ۷ کنوانسیون مونترال.

۷۸. ر.ک. مادهٔ ۵ کنوانسیون مونترال.

۷۹. همان.

۸۰. ر.ک. مادهٔ ۶ کنوانسیون مونترال.

می‌نماید، برعهده دارد.[۸۱]

مادهٔ ۹ کنوانسیون مونترال همچون بند (۲) مادهٔ ۵ کنوانسیون ورشو مقرر می‌دارد که عدم رعایت مقررات مربوط به بارنامهٔ هوایی خدشه‌ای بر صحت قرارداد حمل وارد نخواهد کرد. مع‌الوصف، بر خلاف مادهٔ ۹ کنوانسیون ورشو/پروتکل لاهه، محدوده‌های مسؤولیت مقرر در کنوانسیون مونترال حتی در صورت عدم رعایت مقررات مربوط به اسناد حمل اعمال خواهد گردید، زیرا که «اخطاریهٔ لاهه» دیگر لازم نمی‌باشد.

مادهٔ ۱۰ کنوانسیون مونترال مقررات مربوط به مسؤولیت ناشی از مندرجات سند حمل را که در مادهٔ ۱۰ کنوانسیون ورشو/پروتکل شماره ۴ مونترال آمده بود، دوباره بازتاب می‌دهد، و به این ترتیب فرستنده و متصدی حمل هر دو به طور کامل در قبال کلیهٔ خسارات ناشی از نادرستی در مندرجات یا اعلانات بارنامه هوایی مسؤول می‌باشند.

مطابق مادهٔ ۱۰ کنوانسیون ورشو/پروتکل لاهه تنها ارسال‌کننده در خصوص مندرجات و اعلانات راهنامه هوایی مسؤول است. متصدی حمل حتی در صورتی که تقصیر مشترک را در این زمینه بپذیرد مسؤولیتی بر عهده ندارد.[۸۲] مسؤولیت فرستنده مطلق و نامحدود است و دلیلی برای معافیت از مسؤولیت مسموع نیست.[۸۳] این مسؤولیت نامحدود از محدوده‌های مسؤولیت مذکور در مادهٔ ۲۲ کنوانسیون ورشو اقتباس شده که در فصل سوم آن دیده می‌شود. در نتیجه، استدلال شده است که مادهٔ ۲۲ کنوانسیون ورشو مسؤولیت مذکور در مادهٔ ۱۰ کنوانسیون ورشو/پروتکل

---

81. See: Müller-Rostin, Supra note 11, at 219.

مولر روستین مادهٔ ۶ و مادهٔ ۱۶ کنوانسیون مونترال را به عنوان مقررات مکمل یکدیگر نمی‌شناسد بلکه به نظر وی هر دو ماده به تکلیف مشابهی که بر دوش ارسال کننده است، اشاره دارند.

82. See: Giemulla, Supra note 5, at art. 10, § 9.

93. See: Ibid, at art. 10, §§ 9, 21.

لاهه را که بخشی از فصل دوم کنوانسیون است، در بر نمی‌گیرد.[۸۴] همین استدلال مسؤولیت موجود در مادهٔ ۱۰ کنوانسیون ورشو/پروتکل لاهه را از دفاع «انجام کلیه اقدامات لازم» که در مادهٔ ۲۰ کنوانسیون ورشو/پروتکل لاهه مقرر شده استثنا می‌کند و بدین طریق مسؤولیت مذکور در مادهٔ ۱۰ کنوانسیون ورشو/پروتکل لاهه به مسؤولیتی مطلق تبدیل شده و از قواعد مربوط به صلاحیت و مرور زمان خارج می‌گردد.[۸۵] این استدلال مبتنی بر عنوان فصل سوم کنوانسیون ورشو بوده که راجع به «مسؤولیت متصدی حمل» می‌باشد و نمی‌تواند بر مسؤولیتهای ناشی از مادهٔ ۱۰ کنوانسیون ورشو/پروتکل لاهه حاکم باشد، زیرا این مسؤولیتها فقط مربوط به فرستنده است.[۸۶]

به هرحال، در کنوانسیون مونترال نه تنها مسؤولیت فرستنده بلکه همچنین مسؤولیت متصدی حمل در بند (۳) مادهٔ ۱۰ کنوانسیون مونترال درج شده است که این امر استدلال فوق را در مورد کنوانسیون مونترال ضعیف می‌نماید.[۸۷] به نظر نگارندهٔ این مقاله، یا مقررات راجع به مسؤولیت مذکور در فصل سوم کنوانسیون مونترال نسبت به مسؤولیت ارسال کننده و متصدی حمل (به موجب مادهٔ ۱۰ کنوانسیون مونترال) اعمال نمی‌گردد یا این‌که فصل دوم بر مسؤولیت هر دو گروه فوق (به موجب مادهٔ ۱۰

---

94. See: Litvine, Supra note 27, at 240, § 104;

همچنین رک.

Fed. Ins. Co. v. Yusen Air & Sea Serv. pte. Ltd., 232 F. 3d 312 (2d Cir. 2000).

۸۵. رک. مواد ۲۸ و ۲۹ کنوانسیون ورشو.

86. See: Giemulla, Supra note 5, at art. 10, § 10.

۸۷. لازم به ذکر است که اعمال فصل سوم کنوانسیون مونترال بر مسؤولیت متصدی حمل به موجب بند (۳) مادهٔ ۱۰ به این معنا نیست که متصدی حمل هنوز بتواند به دفاع «انجام کلیهٔ اقدامات لازم» استناد نماید، زیرا به موجب ماده ۱۸ کنوانسیون مونترال مسؤولیت متصدی حمل مطلق است. از سوی دیگر، محدوده‌های مسؤولیت در قبال حمل کالا در کنوانسیون مونترال غیرقابل نقض گردیده است که با توجه به این احتمالا مسؤولیت مقرر در بند (۳) ماده ۱۰ به نتیجه مناسبی خواهد انجامید.

کنوانسیون مونترال) نظارت دارد. با توجه به عنوان فصل سوم کنوانسیون مونترال درباره «مسؤولیت متصدی حمل و میزان غرامت»، اجرای مقررات این فصل بر مسؤولیت فرستنده ظاهراً با عبارات این فصل منطبق نمی‌باشد. خسارات مورد اشاره در مادهٔ ۱۰ کنوانسیون مونترال همواره ناشی از اتلاف، مفقود شدن یا ورود ضرر به کالا نمی‌باشد بلکه ممکن است صرفاً از هزینه‌های اضافی جابجایی منتج گردد، بدون این‌که خود کالا از لحاظ فیزیکی خسارت دیده باشد. مسؤولیت متصدی حمل در قبال هزینه‌های اضافی احتمالاً مشمول مسؤولیت مطلق مذکور در بند (۳) مادهٔ ۱۰ کنوانسیون مونترال خواهد بود (که تابع مقررات فصل سوم کنوانسیون مونترال نمی‌باشد) در حالی که اگر کالا تخریب، مفقود یا ناقص شود، مسؤولیت متصدی حمل کماکان تابع فصل سوم کنوانسیون مونترال باقی خواهد ماند.

ب. مسؤولیت در قبال کالا: مطلق و غیرقابل نقض

۱ـ بررسی مختصر نظام های موجود مسؤولیت

به موجب بند (۲) مادهٔ ۲۲ کنوانسیون ورشو/پروتکل لاهه محدوده مسؤولیت متصدی حمل و نقـل هوایی در قبال کالا ۲۵۰ فـرانک پوانکاره (۲۰ دلار آمریکا) برای هر کیلوگرم می‌باشد. در صورتی که نفع خاصی برای تحویل کالا در مقصد اعلام شده یا تقصیر یا خطای عمدی متصدی حمل اثبات گردد، این محدوده مسؤولیت اعمال نمی‌گردد.

مادهٔ ۲۲ کنوانسیون ورشو/پروتکل شماره ۴ مونترال دفاع تقصیر یا خطای عمدی متصدی را پیش‌بینی نمی‌کند. بنابراین، محدودهٔ مسؤولیت به موجب مادهٔ ۲۲ کنوانسیون ورشو/پروتکل شمارهٔ ۴ مونترال غیرقابل نقض است. پروتکل شمارهٔ ۴ مونترال محدوده مسؤولیت را ۱۷ حق برداشت ویژه

برای هرکیلوگرم تعیین نموده است. به علاوه، متصدی حمل فقط زمانی می‌تواند به دفاع «انجام کلیهٔ اقدامات لازم» مذکور در بند (۱) مادهٔ ۲۰ کنوانسیون ورشو/پروتکل لاهه استناد نماید که تأخیری در حمل کالا رخ داده باشد.

۲ـ ادغام مقررات پیشین در کنوانسیون مونترال

در کنوانسیون مونترال مسؤولیت متصدی حمل در قبال کالا به مسؤولیتی مطلق تبدیل شده است، زیرا دفاع «انجام کلیهٔ اقدامات لازم» که در مادهٔ ۲۰ کنوانسیون ورشو ذکر شده بود، در کنوانسیون مونترال جایی ندارد. از طرف دیگر، محدوده‌های مسؤولیت لازم‌الاجرا غیرقابل نقض شده است، زیرا ضابطهٔ مادهٔ ۲۵ ورشو/ لاهه (بند (۵) مادهٔ ۲۵ کنوانسیون مونترال) درخصوص مسؤولیت در قبال کالا اعمال نمی‌گردد.[۸۸] محدوده‌های مسؤولیت لازم‌الاجرا برای کالا ۱۷ حق برداشت ویژه برای هر کیلوگرم می‌باشد مگر این‌که نفع خاصی برای تحویل کالا در مقصد اعلام شده باشد.

به موجب بند (۲) مادهٔ ۱۸ کنوانسیون مونترال متصدی حمل می‌تواند به دفاعیاتی که در بند (۳) مادهٔ ۲۰ کنوانسیون ورشو/ پروتکل شماره ۴ مونترال ذکر شده بود استناد کند مشروط بر این که خسارت ناشی از: الف) نقص ذاتی، کیفیت یا عیب کالا، ب) نقص بسته‌بندی که متصدی حمل مسؤول آن نبوده، ج) جنگ یا منازعه مسلحانه یا د) عمل مقام عمومی که در ارتباط با ورود، خروج یا ترانزیت کالا صورت پذیرفته، باشد. در حالی که بند (۳) مادهٔ ۲۰ کنوانسیون ورشو/پروتکل شماره ۴ مونترال از متصدی حمل خواسته تا ثابت نماید خسارت «فقط» ناشی از یکی از اسباب

88. See: Shawcross & Beaumont, Supra note 7, § 281.

فوق‌الذکر بوده. کلمهٔ «فقط» از بند (۲) مادهٔ ۱۸ کنوانسیون مونترال حذف شده است و بنابراین می‌توان گفت که کنوانسیون مونترال امکان اثبات رابطهٔ علیّت را آسان‌تر کرده است.

افزون بر این، در صورتی که کالا به وسیله حمل و نقل دیگری (جاده‌ای، ریلی یا دریایی) انتقال یابد، بند (۴) مادهٔ ۱۸ کنوانسیون مونترال مقرر می‌دارد که چنانچه متصدی حمل هوایی شیوهٔ حمل دیگری را بدون رضایت فرستنده جایگزین حمل و نقل هوایی کند چنین فرض می‌گردد که از نظر کنوانسیون مونترال آن شیوه حمل دیگر در دوره حمل و نقل هوایی انجام گرفته است. بسط و گسترش اجرای مادهٔ ۱۸ کنوانسیون مونترال در مورد شیوه‌های حملی که ارسال‌کننده اجازه نداده است، موجب بهره‌مندی متصدی حمل از حمایت ناشی از کنوانسیون مونترال گردیده[۸۹] و در نتیجه متصدی حمل می‌تواند به دفاع تقصیر مشترک مذکور در مادهٔ ۲۰ کنوانسیون مونترال استناد ورزد.

چهار- مسؤولیت متصدی حمل در قبال تأخیر

مطابق مادهٔ ۱۹ کنوانسیون مونترال، متصدی حمل در قبال هرگونه تأخیری مسؤول است مشروط بر این‌که آن تأخیر سبب ورود خسارت به مسافر یا ذینفع در کالا شده باشد. همچون مادهٔ ۱۹ کنوانسیون ورشو مسافر یا ذی نفع در کالا باید ثابت نماید که ۱) تأخیری رخ داده است (با توجه به زمان متعارف برای حمل و این‌که مدت حمل از این زمان به نحو قابل توجهی تجاوز نموده است) و ۲) تأخیر موجب ورود خسارت شده است.

دفاع «انجام کلیهٔ اقدامات لازم» مذکور در مادهٔ ۲۰ کنوانسیون

89. Marc Godfroid, L'étendue danc le Temps de la Responsabilité du Transporteur Aérien en Matière de Fret [The Time During Which an Air Carrier of Cargo is Liable], Revue de Droit Commercial [R. D. C.] 92, 100 (1984); Litvine, Supra note 27, at 228, § 99.

ورشو، در کنوانسیون مونترال نیز درخصوص تأخیر باقی مانده، و این حکم همچنین در مادهٔ ۲۰ کنوانسیون ورشو/ پروتکل شمارهٔ ۴ مونترال نیز دیده می‌شود. دفاع تقصیر مشترک مذکور در مادهٔ ۲۰ کنوانسیون ورشو نیز در صورت تأخیر در دسترس متصدی حمل قرار دارد.

الف. مسؤولیت در قبال تأخیر مسافر

محدوده‌های مسؤولیت موجود در مادهٔ ۲۲ کنوانسیون ورشو/ پروتکل گواتمالاسیتی در کنوانسیون مونترال گنجانده شده است. در صورت تأخیر مجموع میزانی که به عنوان محدودهٔ مسؤولیت متصدی تعیین شده ۴۱۵۰ حق برداشت ویژه برای هر مسافر می‌باشد. اگر تأخیر صرفاً بر بار همراه مسافر تأثیر گذاشته باشد، محدودهٔ مسؤولیت ۱۰۰۰ حق برداشت ویژه خواهد بود. این محدوده‌های مسؤولیت تابع ضابطهٔ مادهٔ ۲۵ ورشو/لاهه بوده و بنابراین غیرقابل نقض نمی‌باشد.

ب. مسؤولیت در قبال تأخیر کالا

همچون مادهٔ ۲۵ (الف) کنوانسیون ورشو/ پروتکل شماره ۴ مونترال محدودهٔ مسؤولیت ۱۷ حق برداشت ویژه برای هر کیلوگرم در مورد تأخیر در حمل کالا نیز اعمال می‌گردد. ضابطهٔ مادهٔ ۲۵ ورشو/ لاهه در مورد مسؤولیت برای تأخیر در حمل کالا اعمال نمی‌گردد و بنابراین، این محدوده مسؤولیت غیرقابل نقض می‌باشد.

پنج ـ بیمه

بیش از سی سال پیش پیشنهاد شده بود که نظام بیمهٔ اتوماتیک به

طور کامل جایگـزین نظام مسؤولیت ورشـو گـردد.[۹۰] هـرچند که سیستم ورشو و اصلاحات آن به طور اساسی وارد کنوانسیون مونترال شده است، مباحث مربوط به بیمه نیز به کنوانسیون مونترال وارد شده است.

مطابق مادهٔ ۵۰ کنوانسیون مونترال، متصدی حمل باید «دارای بیمهٔ کافی برای پوشش مسؤولیت ناشی از این کنوانسیون باشد». برخی از مفسران حقوقی انتقاد کرده‌اند که کنوانسیون مونترال تلاش نمود تا تکالیف بیمه‌ای متصدیان حمل را در کنوانسیونی تنظیم و تدوین نماید که مربوط به مباحث مسؤولیت بین متصدیان حمل و مسافران یا اشخاص ذینفع در کالا می‌باشد.[۹۱] همچنین ادعا شده است که اصطلاح «بیمه کافی» که در این ماده ذکر شده مبهم می‌باشد.[۹۲]

مقررات شمارهٔ ۲۰۲۷/۹۷ کمیسیون اروپا با تفصیل بیشتری تکالیف بیمه‌ای متصدیان حمل و نقل هوایی عضو جامعهٔ اروپا را تعیین می‌نماید. مطابق این مقررات متصدیان حمل و نقل هوایی عضو جامعهٔ اروپا مکلفند هر مسافر را تا محدوده مسؤولیت ۱۰۰۰۰۰ حق برداشت ویژه بیمه نمایند. مع هذا، در مورد مسؤولیت‌های بالاتر از این محدوده مسؤولیت، متصدی باید دارای بیمه‌ای «در سطح معقول» باشد که این سطح معقول مبهم می‌باشد.[۹۳] این حداقل تکلیف بیمه‌ای متصدیان حمل و نقل هوایی عضو جامعهٔ اروپا، صرفاً مربوط به مسؤولیت ایشان در قبال خسارات ناشی از فوت یا جرح بدنی مسافران می‌باشد و برای خسارات وارد به کالا، خسارات ناشی از تأخیر، خسارات وارد به بار همراه مسافر و خسارات وارد به مسافر که بیش از ردیف اول مسؤولیت (یعنی ۱۰۰۰۰۰ حق برداشت ویژه)

---

90. See: Litvine, Supra note 27, at 177 § 78.

91. See: Gates, Supra note 17, at 191; Müller-Rostin, Supra note 11, at 224.

92. See: Caplan, Supra note 30, at 200.

۹۳. ر.ک. بند (۱) (ب) ماده ۳ مقررات شماره ۲۰۲۷/۹۷ کمیسیون اروپا.

است،[۹۴] پوشش بیمه‌ای مبهم و نامعلوم می‌باشد.[۹۵]

شش ـ آزادی قراردادی

مطابق مادهٔ ۳۳ کنوانسیون ورشو و بند (۱) مادهٔ ۲۲ کنوانسیون ورشو/ پروتکل لاهه متصدی حمل می‌تواند به مبلغی بالاتر از محدودهٔ مسؤولیت در قبال فوت یا صدمهٔ بدنی یا تأخیر توافق نماید. این آزادی متصدی حمل برای توافق راجع به افزایش میزان مسؤولیت یا اسقاط محدوده‌های مسؤولیت یا اسقاط دفاعیاتی که در دسترس وی می‌باشد، صریحاً در مواد ۲۵ و ۲۷ کنوانسیون مونترال مورد تأیید قرار گرفته است. گفته شده است که درخصوص نظام مسؤولیت در قبال مسافر، کنوانسیون مونترال تأییدی است بر اعتبار موافقتنامه‌هایی از قبیل IIA و MIA که برای افزایش مسؤولیت متصدی حمل منعقد می‌شود، و بنابراین لزومی به درج مقررات این موافقتنامه‌ها در فصل سوم کنوانسیون مونترال نبوده است.[۹۶] اما باید در نظر داشت که موافقتنامه‌هایی مانند IIA و MIA اساساً اسنادی قراردادی هستند و از لحاظ حمایت از مصرف کننده نمی‌توانند تضمینات و ثباتی بلند مدت در خصوص یک نظام مسؤولیت آن گونه که توسط یک کنوانسیون بین‌المللی فراهم می‌شود، ارائه نمایند.

---

۹۴. همچنین مطابق مادهٔ ۷ مقررات شماره ۲۴۰۷/۹۲ کمیسیون اروپا متصدی حمل و نقل عضو جامعه اروپا دارای تکالیف بیمه‌ای می‌باشد.

۹۵. اصلاحیهٔ پیشنهاد شده برای مقررات شمارهٔ ۲۰۲۷/۹۷ کمیسیون اروپا مقرر می‌دارد که تکلیف بیمه‌ای مذکور در مقررات شمارهٔ ۲۴۰۷/۹۲ «باید به گونه‌ای تفسیر شود که به موجب آن متصدی حمل عضو جامعهٔ اروپا مکلف باشد مسؤولیت خود را تا سطحی که برای کلیهٔ اشخاص حقیقی که مستحق غرامت هستند برای کلّ مبلغی که آنها مطابق این اصلاحیه مستحق دریافت هستند، بیمه نماید». (بند (۲) ماده ۳ مقررات اصلاح شده پیشنهادی ۲۰۲۷/۹۷).

96. See: Caplan, Supra note 30, at 198.

هفت ـ نتیجه

مسائلی وجود دارد که لازم است توسط دادگاهها و با بذل توجه بیشتر پاسخ لازم به آنها داده شود. از جمله این مسائل عبارت است از:

ـ رابطهٔ بین کنوانسیون مونترال و اسناد مرتبط با «سیستم ورشو» به ویژه مقررات شمارهٔ ۲۰۲۷/۹۷ کمیسیون اروپا (و اصلاحیه آن) چگونه است؛

ـ «پنجمین دادگاه صالح» در عمل چگونه باید تفسیر شود و در موردی که همزمان به مسافر و بار همراه او خسارت وارد شده، رسیدگی‌های توأمان برای این دو دعوا باید در کدام دادگاه انجام گیرد؛

ـ به موجب کنوانسیون مونترال تا چه حد لطمات و صدمات روحی باید و می‌تواند جبران گردد؛

ـ ارزیابی خسارات براساس قوانین داخلی چگونه است؛

ـ آیا سازمانهای تأمین اجتماعی و کارفرمایان می‌توانند در چارچوب دعاوی نیابتی به مسؤولیت مطلق متصدی حمل استناد نمایند یا خیر؛

ـ شرط ارسال اخطاریه به موقع برای فقدان (جزئی) بار همراه تحویل شده؛

ـ میزان پیش پرداخت‌هایی که مادهٔ ۲۸ کنوانسیون مونترال پیش‌بینی کرده است؛

ـ آیا مسؤولیت در قبال مندرجات اسناد حمل به موجب مادهٔ ۱۰ کنوانسیون مونترال، مسؤولیتی مطلق است و چه کسی تابع چنین مسؤولیت مطلقی است؛

ـ لزوم به دست دادن تعریفی از تأخیر و این‌که این تعریف چگونه باید باشد؛

ـ چه نوع پوشش بیمه‌ای به موجب مادهٔ ۵۰ کنوانسیون مونترال لازم

است.

نتیجه‌گیری کلی نگارندگان مقاله این است که کنوانسیون مونترال تلاشی موفق برای یکپارچه کردن برخی مقررات مربوط به روابط قراردادی بین متصدیان حمل و نقل هوایی از یکسو و مسافران و ارسال‌کنندگان کالا از سوی دیگر می‌باشد. تحقق اهداف کنوانسیون در این «تلاش جهانی» سعی و مراقبت همگی ما را می‌طلبد، و این آینده است که نشان خواهد داد که آیا کنوانسیون با استقبال کافی کشورها برای خلق سندی جهانی روبرو خواهد شد یا خیر. از سوی دیگر تعامل بین متصدیان حمل، مسافران یا فروشندگان کالا و اجرا و تبیین برخی مقررات این کنوانسیون در قوانین داخلی یا منطقه‌ای و تبلور آنها در رویه قضایی کشورها آشکار خواهد کرد که آیا کنوانسیون مونترال از شفافیت و کارآمدی لازم برای دستیابی به هدف یکپارچه‌سازی و وحدت در قوانین حمل و نقل بین‌المللی برخوردار می‌باشد یا خیر.

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران
شمارهٔ سی و یکم، پاییز ۱۳۸۳، صص ۳۹۰ ـ ۳۱۳

کنوانسیون راجع به یکپارچه کردن برخی مقررات حمل و نقل هوایی بین‌المللی*
(مونترال، ۲۸ می ۱۹۹۹)

فهرست مطالب

فصل ۱ـ مقررات عمومی

ماده ۱ـ قلمرو اجرا

ماده ۲ـ حمل و نقلی که توسط دولت انجام می‌گیرد و حمل و نقل اشیاء پستی

فصل ۲ـ اسناد حمل و تکالیف طرفین قرارداد در حمل و نقل مسافر، بار همراه مسافر و کالا

ماده ۳ـ مسافر و بار همراه مسافر

ماده ۴ـ کالا

ماده ۵ـ مندرجات راهنامه هوایی یا رسید بار

*. متن انگلیسی کنوانسیون از پایگاه اینترنتی به نشانی ذیل گرفته شده و آقای ماشاءاله بنانیاسری آن را به فارسی برگردانده است.

www.lexmercatoria.org

ماده ۶ـ سند مربوط به ماهیت کالا
ماده ۷ـ تنظیم راهنامه هوایی
ماده ۸ـ صدور سند برای بسته‌های متعدد
ماده ۹ـ عدم متابعت از مقررات مربوط به اسناد حمل کالا
ماده ۱۰ـ مسؤولیت در قبال مندرجات اسناد حمل کالا
ماده ۱۱ـ ارزش اثباتی اسناد حمل کالا
ماده ۱۲ـ حق در اختیار گرفتن کالا
ماده ۱۳ـ تحویل کالا
ماده ۱۴ـ اجرای حقوق توسط ارسال‌کننده و گیرنده
ماده ۱۵ـ روابط ارسال‌کننده و گیرنده یا روابط متقابل با اشخاص ثالث
ماده ۱۶ـ تشریفات مربوط به گمرک، پلیس یا سایر مقامات عمومی

فصل ۳ـ مسؤولیت متصدی حمل و میزان غرامت

ماده ۱۷ـ فوت و جرح مسافر ـ خسارت به بار همراه مسافر
ماده ۱۸ـ خسارت به کالا
ماده ۱۹ـ تأخیر
ماده ۲۰ـ معافیت از مسؤولیت
ماده ۲۱ـ پرداخت غرامت در مورد فوت یا جرح مسافر
ماده ۲۲ـ محدوده‌های مسؤولیت در رابطه با تأخیر، بار همراه مسافر و کالا
ماده ۲۳ـ تبدیل واحدهای پولی
ماده ۲۴ـ تجدید نظر در محدوده‌های مسؤولیت
ماده ۲۵ـ درج شرط در قرارداد در مورد محدوده‌های مسؤولیت
ماده ۲۶ـ بطلان شروط قراردادی
ماده ۲۷ـ آزادی قراردادی

ماده ۲۸ـ پیش پرداخت‌ها
ماده ۲۹ـ مبنای دعاوی
ماده ۳۰ـ خدمه نمایندگان ـ مجموع دعاوی
ماده ۳۱ـ ابلاغ به موقع اخطار مربوط به اعتراضات
ماده ۳۲ـ فوت شخص مسؤول
ماده ۳۳ـ صلاحیت
ماده ۳۴ـ داوری
ماده ۳۵ـ مرور زمان دعاوی
ماده ۳۶ـ حمل و نقل متوالی
ماده ۳۷ـ حق رجوع به اشخاص ثالث

فصل ۴ـ حمل و نقل مرکب

ماده ۳۸ـ حمل و نقل مرکب

فصل ۵ ـ حمل و نقل هوایی که توسط شخصی غیر از متصدی حمل طرف قرارداد انجام می‌گیرد

ماده ۳۹ـ حمل‌کننده قراردادی ـ حمل‌کننده واقعی
ماده ۴۰ـ مسؤولیت حمل‌کننده قراردادی و حمل‌کننده واقعی
ماده ۴۱ـ مسؤولیت متقابل
ماده ۴۲ـ مخاطب اخطاریه‌ها و دستورات
ماده ۴۳ـ خدمه و نمایندگان
ماده ۴۴ـ مجموع خسارات
ماده ۴۵ـ خوانده دعاوی
ماده ۴۶ـ صلاحیت اضافی

ماده ۴۷ـ بطلان شروط قراردادی
ماده ۴۸ـ روابط متقابل حمل‌کننده قراردادی و حمل‌کننده واقعی

فصل ۶ـ سایر مقررات

ماده ۴۹ـ اجرای آمرانه
ماده ۵۰ـ بیمه
ماده ۵۱ـ حمل و نقلی که در اوضاع و احوال فوق‌العاده انجام می‌گیرد
ماده ۵۲ـ تعریف روزها

فصل ۷ـ مقررات نهایی

ماده ۵۳ـ امضاء، الحاق و لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون
ماده ۵۴ـ خروج از کنوانسیون
ماده ۵۵ـ ارتباط با سایر اسناد کنوانسیون ورشو
ماده ۵۶ـ دولت‌های دارای بیش از یک نظام حقوقی
ماده ۵۷ـ رزروها

دولتهای عضو این کنوانسیون

با به رسمیت شناختن سهم به سزای کنوانسیون راجع به یکپارچه کردن برخی مقررات مربوط به حمل و نقل هوایی بین‌المللی امضا شده به تاریخ ۱۲ اکتبر ۱۹۲۹ در ورشو، که از این به بعد «کنوانسیون ورشو» نامیده می‌شود، و سایر اسناد مرتبط با آن در جهت هماهنگ‌سازی حقوق بین‌الملل خصوصی هوایی؛

با توجه به لزوم روز آمد و یک کاسه کردن کنوانسیون ورشو و اسناد مرتبط با آن؛

با تصدیق اهمیت حمایت از منافع مصرف‌کنندگان در حمل و نقل هوایی بین‌المللی و ضرورت پرداخت غرامت منصفانه مبتنی بر اصل جبران کامل زیان؛

با تأکید بر مطلوبیت توسعه منظم عملیات حمل و نقل هوایی بین‌المللی و انتقال آسان مسافر، بار همراه مسافر و کالا مطابق با اصول و اهداف کنوانسیون هواپیمایی کشوری بین‌المللی، امضا شده به تاریخ ۷ دسامبر ۱۹۴۴ در شیکاگو؛

با اعتقاد به این‌که عمل جمعی دولتها برای تقویت هماهنگی و قانونمند کردن مقررات حاکم بر حمل و نقل هوایی بین‌المللی از طریق تدوین کنوانسیونی جدید، بهترین و کافی‌ترین وسیله برای رسیدن به تعادلی منصفانه بین منافع طرفین قرارداد حمل است؛

مراتب زیر را مورد توافق قرار می‌دهند:

فصل ۱ـ مقررات عمومی

مادهٔ ۱ـ قلمرو اجرا

۱ـ این کنوانسیون نسبت به هر حمل و نقل بین‌المللی مسافر، بار همراه

مسافر یا کالا که به وسیله هواپیما در مقابل اجرت انجام گیرد، قابل اجرا می‌باشد. این کنوانسیون همچنین بر حمل و نقل رایگان به وسیله هواپیما که توسط یک مؤسسه حمل و نقل هوایی انجام گیرد، حاکم است.

۲ـ از نظر این کنوانسیون، اصطلاح «حمل و نقل بین‌المللی» به معنای هر حمل و نقلی است که مطابق توافق طرفین، مبدأ و مقصد سفر، اعم از این‌که توقفی در مسیر یا انتقال از یک هواپیما به هواپیمای دیگر صورت گیرد یا خیر، در قلمرو دو دولت عضو کنوانسیون واقع شده باشد، یا چنانچه مبدأ و مقصد سفر در قلمرو یک دولت عضو قرارگرفته، یک محل توقف مورد توافق در سرزمین دولت دیگری واقع شده، حتی اگر دولت اخیر عضو کنوانسیون نباشد. حمل و نقل ما بین دو نقطه در قلمرو یک دولت عضو بدون این‌که محل توقف مورد توافقی در سرزمین دولت دیگر قرار داشته باشد، از نظر این کنوانسیون حمل و نقل بین‌المللی به شمار نمی‌رود.

۳ـ حمل و نقلی که توسط چندین حمل و نقل‌کننده متوالی انجام گیرد، از نظر این کنوانسیون حمل و نقلی غیرقابل تقسیم و واحد محسوب می‌گردد مشروط بر این‌که توسط طرفین قرارداد به عنوان عملیات واحدی تلقی شده باشد، اعم از این‌که به شکل قرارداد واحد یا چندین قرارداد مورد توافق قرار گرفته باشد. حمل و نقل متوالی به صرف این‌که یکی از قراردادها یا برخی از قراردادها به طور کامل در قلمرو یک دولت عضو انجام گرفته، وصف بین‌المللی خود را از دست نمی‌دهد.

۴ـ این کنوانسیون همچنین بر حمل و نقل مقرر در فصل ۵ با توجه به شرایط مندرج در آنجا قابل اجراست.

مادهٔ ۲ـ حمل و نقل تحت تصدی دولت و حمل و نقل اشیاء پستی

۱ـ این کنوانسیون بر حمل و نقل تحت تصدی دولت یا مؤسسات عمومی قانونی حاکم است، مشروط بر این‌که شرایط مقرر در مادهٔ ۱ وجود داشته باشد.

۲ـ در حمل و نقل اشیاء پستی، متصدی حمل فقط در مقابل اداره پست مربوطه مطابق مقررات حاکم بر رابطه بین متصدیان حمل و ادارات پست مسؤول خواهد بود.

۳ـ به جز آنچه در بند ۲ این ماده مقرر شده، مقررات این کنوانسیون بر حمل و نقل اشیاء پستی حاکم نخواهد بود.

فصل ۲ـ اسناد حمل و تکالیف طرفین قرارداد در حمل و نقل مسافر، بار همراه مسافر و کالا

مادهٔ ۳ـ مسافر و بار همراه مسافر

۱ـ در مورد حمل و نقل مسافر، یک سند حمل و نقل انفرادی یا جمعی حاوی مطالب زیر صادر می‌گردد:

(الف) اعلام مبدأ و مقصد؛

(ب) چنانچه مبدأ و مقصد در قلمرو یک دولت عضو واقع شده باشد و یک یا چند محل توقف مورد توافق در سرزمین دولت دیگری واقع شده باشد، اعلام حداقل یکی از این توقفگاهها.

۲ـ هر وسیله دیگری که اطلاعات مذکور در بند ۱ را حفظ و نگهداری نماید، می‌تواند جایگزین صدور سند مورد اشاره در بند فوق گردد. در صورت استفاده از چنین وسیله‌ای، متصدی حمل، تسلیم رسیدی کتبی، حاوی اطلاعات نگهداری شده را به مسافر پیشنهاد می‌دهد.

۳ـ متصدی حمل برای هر تکه بار چک شده همراه مسافر، برچسب

شناسایی بار همراه به مسافر می‌دهد.

۴ـ درمواردی که این کنوانسیون قابل اجرا است، متصدی حمل به مسافر کتباً اطلاع می‌دهد که مقررات این کنوانسون بر قرارداد حاکم بوده و طبق آن مسؤولیت متصدی حمل درخصوص فوت یا صدمه به مسافر و تلف یا مفقود شدن یا خسارت به بار همراه او و مسؤولیت در قبال تأخیر ممکن است محدود باشد.

۵ـ عدم رعایت بندهای فوق‌الذکر خدشه‌ای بر وجود یا اعتبار قرارداد حمل وارد نمی‌کند و قرارداد در هرحال تابع مقررات مذکور در این کنوانسیون، از جمله مقررات مربوط به محدودیت مسؤولیت، خواهد بود.

مادهٔ ۴ـ کالا

۱ـ در مورد حمل و نقل کالا بارنامهٔ هوایی صادر خواهد گردید.

۲ـ هر وسیله دیگری که اطلاعات مربوط به انجام حمل و نقل را ضبط و ثبت نماید، می‌تواند جایگزین تحویل بارنامهٔ هوایی گردد. درصورت استفاده از وسیلهٔ مزبور برای ضبط اطلاعات با درخواست فرستنده، متصدی حمل، رسید بار را که شناسایی محموله و دسترسی به اطلاعات مضبوط در آن وسیله را امکان‌پذیر می‌سازد به ارسال‌کننده تحویل می‌دهد.

مادهٔ ۵ـ مندرجات بارنامهٔ هوایی یا رسید بار

۱ـ در بارنامهٔ هوایی یا رسید بار اطلاعات زیر درج می‌گردد:

(الف) اعلام مبدأ و مقصد؛

(ب) اگر مبدأ و مقصد در قلمرو یک دولت عضو بوده و یک یا چند محل توقف مورد توافق در سرزمین دولت دیگری واقع باشد، اعلام حداقل یکی از این محلهای توقف؛ و

(ج) اعلام وزن محموله.

مادهٔ ۶ـ سند مربوط به نوع کالا

متصدی حمل در صورت لزوم می‌تواند از فرستنده درخواست نماید به منظور رعایت تشریفات گمرکی، پلیسی و پاسخگویی به سایر مقامات عمومی سندی که بیانگر نوع کالا است، به وی تحویل گردد. این مقرره هیچ تکلیف، تعهد و مسؤولیتی در قبال این امور برای متصدی حمل ایجاد نمی‌کند.

مادهٔ ۷ـ کیفیت بارنامهٔ هوایی

۱ـ بارنامهٔ هوایی توسط ارسال کننده در سه نسخه اصلی صادر می‌گردد.

۲ـ در نسخهٔ اول بارنامه عبارت «برای متصدی حمل» قید گردیده و توسط فرستنده امضا می‌گردد. در دومین نسخهٔ بارنامه عبارت «برای گیرنده» قید شده و توسط فرستنده و متصدی حمل امضا می‌شود. سومین نسخهٔ بارنامه به وسیلهٔ متصدی حمل امضا شده و پس از این‌که کالا را برای حمل تحویل گرفت، به فرستنده می‌دهد.

۳ـ امضای متصدی حمل و ارسال‌کننده می‌تواند چاپ شده یا مهر باشد.

۴ـ چنانچه بنا به درخواست فرستنده، متصدی حمل مبادرت به صدور بارنامهٔ هوایی نماید، فرض می‌شود که متصدی حمل صدور بارنامه را به نمایندگی از فرستنده انجام داده است مگر این‌که خلاف آن اثبات گردد.

مادهٔ ۸ـ صدور سند برای بسته‌های متعدد

چنانچه بیش از یک بسته برای حمل وجود داشته باشد:

(الف) متصدی حمل کالا حق دارد از فرستنده درخواست نماید که بارنامه‌های هوایی جداگانه صادر گردد.

(ب) درمواردی که از وسایل دیگر مذکور در بند ۲ مادهٔ ۴ برای ثبت اطلاعات استفـاده می‌گـردد، فرستنده حق دارد از متصدی حمـل درخواست نماید که رسیدهای بار جداگانه تحویل وی گردد.

مادهٔ ۹ـ عدم رعایت الزامات اسنادی

عدم رعایت مقررات مواد ۴ تا ۸ وجود یا اعتبار قرارداد حمل را مخدوش نخواهد ساخت و در هر حال قرارداد حمل تابع مقررات این کنوانسیون، از جمله مقررات مربوط به محدودیت مسؤولیت خواهد بود.

مادهٔ ۱۰ـ مسؤولیت در قبال مندرجات اسناد حمل کالا

۱ـ فرستنده در قبال صحت مندرجات و اعلامات مربوط به کالا که توسط وی یا به نمایندگی از وی در بارنامهٔ هوایی درج شده است مسؤول می‌باشد. همچنین فرستنده مسؤول صحت مندرجات و اعلاماتی است که توسط وی یا به نمایندگی از وی به منظور درج در رسید بار یا ثبت در وسایل دیگر مذکور در بند ۲ مادهٔ ۴ در اختیار کارگزار حمل قرار گرفته است. همچنین چنانچه نمایندهٔ فرستنده نمایندهٔ متصدی حمل نیز باشد مقررات فوق اعمال خواهد شد.

۲ـ فرستنده باید کلیه خسارات وارده به متصدی حمل و نقل یا سایر اشخاصی را که متصدی حمل و نقل در قبال آنها مسؤول است، در برابر بی‌نظمی، عدم صحت یا نقص مندرجات و اعلاماتی که توسط وی یا از

طرف او تهیه شده، جبران نماید.

۳ـ با لحاظ مقررات بندهای ۱ و ۲ این ماده، متصدی حمل باید کلیه خسارات وارده به فرستنده یا سایر اشخاصی را که فرستنده در قبال آنها مسؤول است، در برابر بی‌نظمی، عدم صحت یا نقص مندرجات و اعلاماتی که توسط وی یا از طرف او در رسید بار یا وسایل دیگر مذکور در بند ۲ مادهٔ ۴ درج شده، جبران نماید.

مادهٔ ۱۱ـ ارزش اثباتی اسناد حمل کالا

۱ـ بارنامهٔ هوایی یا رسید بار محمول بر صحت انعقاد قرارداد، قبول کالا و شروط حمل مذکور در قرارداد است.

۲ـ کلیهٔ اعلامات مندرج در بارنامه هوایی یا رسید بار درخصوص وزن، ابعاد و بسته‌بندی کالا، همچنین اعلامات مربوط به تعداد بسته‌ها، دلیل محمول بر صحت وقایع مذکور است. اعلامات مربوط به مقدار، حجم و وضع کالا نمی‌تواند علیه متصدی حمل به عنوان دلیل مورد استناد قرار گیرد مگر تا حدودی که این اعلامات در حضور فرستنده توسط متصدی حمل کنترل و در سند قید شده و یا این‌که به وضع ظاهری کالا مربوط باشد.

مادهٔ ۱۲ـ حق در اختیار گرفتن کالا

۱ـ فرستنده حق دارد تا با پس گرفتن کالا در فرودگاه مبدأ یا مقصد و یا با توقف کالای در حال حمل در هر فرود، یا با درخواست تحویل کالا در مقصد یا در جریان سفر به شخصی غیر از گیرنده‌ای که ابتدائاً معرفی شده، یا با درخواست جهت بازگرداندن کالا به فرودگاه مبدأ نسبت به محموله تعیین تکلیف کند مشروط بر این‌که کلیه تعهدات ناشی از قرارداد حمل را رعایت کرده باشد. فرستنده نباید این حق را به نحوی

اعمال نماید که به ضرر متصدی حمل یا سایر فرستندگان منتهی گردد و باید کلیه هزینه‌های ناشی از اعمال این حق را جبران کند.

۲ـ در صورتی که اجرای دستورات فرستنده غیرممکن باشد، متصدی حمل باید بلافاصله وی را از این امر مطلع سازد.

۳ـ اگرمتصدی حمل دستورات فرستنده را برای در اختیار گرفتن کالا بدون درخواست ارائه نسخه بارنامهٔ هوایی یا رسید بار که به فرستنده تحویل شده، انجام دهد در مقابل کلیهٔ خسارات احتمالی به هر شخصی که قانوناً دارندهٔ نسخه‌ای از بارنامهٔ هوایی یا رسید بار است، مسؤول می‌باشد. این امر مانع رجوع متصدی حمل به فرستنده برای مطالبهٔ خسارات وارده نمی‌باشد.

۴ـ حق فرستنده به ترتیب فوق، از لحظه‌ای که این حق مطابق مادهٔ ۱۳ به گیرنده تعلق می‌گیرد، متوقف می‌شود. مع هذا، چنانچه گیرنده از قبول کالا امتناع نماید، یا ارتباط با وی ممکن نباشد، حق فرستنده برای تعیین تکلیف کالا دوباره برقرار می‌گردد.

مادهٔ ۱۳ـ تحویل کالا

۱ـ به استثناء موردی که فرستنده حق مذکور در مادهٔ ۱۲ را اعمال می‌نماید، گیرنده حق دارد با ورود کالا به مقصد و با پرداخت هزینه‌های لازم‌التأدیه، مطابق با شروط حمل از متصدی حمل درخواست تحویل کالا به خود را بنماید.

۲ـ متصدی حمل مکلف است به محض رسیدن کالا به مقصد، گیرنده را از ورود کالا مطلع نماید مگر این‌که بر خلاف آن توافق شده باشد.

۳ـ اگر متصدی حمل از بین رفتن کالا را بپذیرد، و یا در صورت نرسیدن کالا به مقصد پس از گذشت ۷ روز از تاریخ مورد توافق، گیرنده

محق است که حقوق ناشی از قرارداد حمل را علیه متصدی به اجرا گذارد.

مادهٔ ۱۴ـ اجرای حقوق توسط فرستنده و گیرنده

مشروط بر انجام تعهدات ناشی از قرارداد حمل، فرستنده و گیرنده به ترتیب می‌توانند کلیه حقوق مقرر در مواد ۱۲ و ۱۳ را اصالتاً به اجرا گذارند، اعم از این‌که این حق را به نفع خود یا به نفع دیگری اعمال کنند.

مادهٔ ۱۵ـ روابط فرستنده و گیرنده یا روابط متقابل اشخاص ثالث

۱ـ مواد ۱۲، ۱۳ و ۱۴ بر روابط فرستنده و گیرنده با یکدیگر یا روابط متقابل اشخاص ثالثی که برای آنها از ناحیه فرستنده یا گیرنده حقوقی ناشی شده است هیچگونه تأثیری نخواهد گذاشت.

۲ـ مقررات مواد ۱۲، ۱۳ و ۱۴ فقط به موجب شرط صریح در بارنامهٔ هوایی یا رسید بار قابل تغییر است.

مادهٔ ۱۶ـ تشریفات مربوط به گمرک، پلیس یا سایر مقامات عمومی

۱ـ فرستنده مکلف است اطلاعات و اسناد لازم را برای انجام تشریفات مربوط به گمرک، پلیس یا سایر مقامات عمومی پیش از تحویل کالا به گیـرنده، در اختیار متصدی حمل قرار دهد. فرستنده در قبال کلیهٔ خسارات ناشی از فقدان، نقص یا نادرستی این اطلاعات یا اسناد در برابر متصدی حمل مسؤول است مگر این‌که خسارت از تقصیر متصدی حمل، خدمه یا نمایندگان وی ناشی شده باشد.

۲ـ متصدی حمل هیچ تکلیفی برای بررسی صحت یا کفایت این اطلاعات و اسناد بر عهده ندارد.

فصل ۳ـ مسؤولیت متصدی حمل و میزان غرامت

مادهٔ ۱۷ـ فوت و صدمات بدنی مسافر ـ خسارت به بار همراه مسافر

۱ــ متصدی حمل مسؤول خسارات وارده در صورت فوت یا صدمات بدنی مسافر خواهد بود تنها به این شرط که حادثهٔ موجب فوت یا صدمه بدنی در داخل هواپیما یا در جریان هر یک از عملیات سوار و پیاده شدن رخ داده باشد.

۲ــ متصدی حمل مسؤول خسارات وارده در صورت تلف یا فقدان، یا ورود خسارت به بار چک شده همراه می‌باشد تنها به این شرط که حادثهٔ موجب تلف، فقدان یا خسارت در داخل هواپیما یا در طی دوره‌ای که بار چک شدهٔ همراه در اختیار متصدی بوده رخ داده باشد. مع هذا، چنانچه خسارت ناشی از نقص ذاتی، نوع و یا عیب بار همراه باشد، متصدی حمل مسؤول نیست. در مورد بار همراه چک نشده، از جمله اشیاء شخصی، متصدی حمل اگر خسارت ناشی از تقصیر وی و یا خدمه یا نمایندگان وی باشد، مسؤول خواهد بود.

۳ــ اگر متصدی حمل از بین رفتن بار همراه چک شده را بپذیرد، یا چنانچه بار همراه چک شده پس از گذشت ۲۱ روز از تاریخی که باید به مقصد می‌رسید، به مقصد نرسیده باشد مسافر محق است حقوق ناشی از قرارداد حمل را علیه متصدی حمل به اجرا گذارد.

۴ــ در این کنوانسیون اصطلاح «بار همراه مسافر» بار همراه اعم از چک شده و چک نشده را دربر می‌گیرد مگر این‌که به نحو دیگری تصریح شده باشد.

مادهٔ ۱۸ـ خسارت به کالا

۱ــ متصدی حمل در صورت تلف یا فقدان یا ورود خسارت به کالا

مسؤول خسارات وارده می‌باشد تنها به این شرط که حادثه موجد خسارت در طی حمل و نقل هوایی رخ داده باشد.

۲ـ مع هذا، چنانچه متصدی حمل، ثابت نماید تلف، یا فقدان، یا خسارت محموله ناشی از یک یا چند مورد از موارد زیر است، تا میزان اثبات شده مسؤول نمی‌باشد:

(الف) نقص ذاتی، نوع یا عیب محموله؛

(ب) بسته بندی ناقص محموله که توسط شخصی غیر از متصدی حمل یا خدمه یا نمایندگان وی انجام گرفته باشد؛

(ج) جنگ یا منازعهٔ مسلحانه؛

(د) عمل مقام عمومی که در ارتباط با ورود، خروج یا ترانزیت محموله صورت پذیرفته باشد.

۳ـ حمل و نقل هوایی از نظر بند ۱ این ماده شامل دوره‌ای است که محموله در اختیار متصدی حمل می‌باشد.

۴ـ مدت زمان حمل و نقل هوایی به هیچ نوع حمل و نقل جاده‌ای، دریایی یا از طریق آبراه داخلی که در خارج از فرودگاه انجام می‌گیرد، تسری داده نمی‌شود. مع هذا، چنانچه حمل و نقل مذکور به جهت اجرای قرارداد حمل و نقل هوایی، به منظور بارگیری، تحویل یا انتقال محموله از یک هواپیما به هواپیمای دیگر انجام گیرد، خسارت وارده، در اثر حادثه‌ای که در جریان حمل و نقل هوایی رخ داده، فرض می‌گردد مگر این‌که خلاف آن به اثبات رسد. چنانچه متصدی حمل بدون رضایت فرستنده، برای تمام یا بخشی از حمل و نقل، به جای حمل و نقلی که به موجب توافق طرفین حمل و نقل هوایی است از شیوهٔ دیگری استفاده نماید، چنین فرض می‌شود که شیوهٔ مزبور در دورهٔ حمل و نقل هوایی انجام یافته است.

مادهٔ ۱۹ـ تأخیر

متصدی حمل مسؤول خسارات ناشی از تأخیر در حمل و نقل هوایی مسافر، بار همراه مسافر یا کالا می‌باشد. مع هذا، چنانچه متصدی حمل ثابت نماید که وی و خدمه و نمایندگانش کلیهٔ تدابیر منطقاً لازم برای جلوگیری از خسارت را به عمل آورده‌اند یا این‌که ثابت نماید اتخاذ چنین اقداماتی برای او یا خدمه و نمایندگانش غیرممکن بوده است، مسؤول خسارات ناشی از تأخیر نمی‌باشد.

مادهٔ ۲۰ـ معافیت از مسؤولیت

اگر متصدی حمل ثابت نماید که خسارت در اثر تقصیر یا فعل یا ترک فعل سهل‌انگارانهٔ مدعی خسارت یا شخصی که وی حقوق خود را از او گرفته یا در اثر مشارکت او وارد شده است، تا میزانی که این تقصیر یا فعل یا ترک فعل سهل‌انگارانه سبب خسارت بوده یا در ورود خسارت مدخلیت داشته وی کلاً یا بعضاً در برابر مدعی خسارت از مسؤولیت مبرا خواهد شد. همچنین اگر به علت فوت یا صدمهٔ بدنی مسافر، شخصی غیراز مسافر مطالبه خسارت کند، متصدی حمل تا میزانی که ثابت نماید خسارت در اثر تقصیر یا فعل یا ترک فعل سهل‌انگارانهٔ آن مسافر یا با مشارکت وی وارد شده، کلاً یا بعضاً از مسؤولیت معاف خواهد شد. این ماده در مورد کلیهٔ مقررات مربوط به مسؤولیت مذکور در این کنوانسیون، از جمله بند ۱ مادهٔ ۲۱ اجرا می‌گردد.

مادهٔ ۲۱ـ پرداخت غرامت در مورد فوت یا صدمات بدنی مسافر

۱ـ در مورد خسارات موضوع بند ۱ مادهٔ ۱۷ که برای هر مسافر از ۱۰۰۰۰۰ «حق برداشت ویژه» متجاوز نباشد، متصدی حمل نمی‌تواند شرط

عدم یا تحدید مسؤولیت در قرارداد درج نماید.

۲ـ متصدی حمل در مورد خسارات موضوع بند ۱ مادهٔ ۱۷ نسبت به میزانی که متجاوز از ۱۰۰۰۰۰ حق برداشت ویژه برای هر مسافر باشد، مسؤول نمی‌باشد مشروط بر این‌که ثابت نماید:

(الف) خسارت ناشی ازتقصیر یا فعل یا ترک فعل سهل انگارانهٔ متصدی حمل یا خدمه یا نمایندگان وی نبوده؛ یا

(ب) خسارت منحصراً ناشی از تقصیر یا فعل یا ترک فعل سهل انگارانهٔ شخص ثالث بوده است.

مادهٔ ۲۲ـ حدود مسؤولیت در رابطه با تأخیر، بار همراه مسافر و کالا

۱ـ در مورد خسارات ناشی از تأخیر موضوع مادهٔ ۱۹، در حمل و نقل اشخاص مسؤولیت متصدی حمل برای هر مسافر محدود به ۴۱۵۰ «حق برداشت ویژه» می‌باشد.

۲ـ در حمل و نقل بار همراه مسافر، مسؤولیت متصدی حمل درصورت اتلاف، از بین رفتن، ناقص شدن و یا تأخیر محدود به ۱۰۰۰ «حق برداشت ویژه» برای هر مسافر می‌باشد مگر این‌که مسافر در زمان تحویل بار همراه چک شده به متصدی حمل، اهمیت خاصی را برای تحویل بار همراه در مقصد اعلام نموده و مبلغی اضافی را در صورت اقتضاء، پرداخته باشد. در این صورت، متصدی حمل مسؤول پرداخت مبلغی که از مبلغ اعلام شده تجاوز نمی‌نماید خواهد بود مگر این‌که ثابت نماید این مبلغ بیش از نفع واقعی مسافر برای تحویل بار همراه در مقصد می‌باشد.

۳ـ در حمل و نقل کالا، مسؤولیت متصدی حمل در صورت اتلاف، از بین رفتن، ناقص شدن یا تأخیر محدود به ۱۷ «حق برداشت ویژه» برای هر کیلوگرم می‌باشد مگر این‌که فرستنده در زمان تحویل بسته به متصدی

حمل، اهمیت خاصی را برای تحویل کالا در مقصد اعلام نموده و عندالاقتضاء مبلغی اضافی را پرداخته باشد. در آن صورت، متصدی حمل مسؤول پرداخت مبلغی که از مبلغ اعلام شده تجاوز نمی‌نماید، خواهد بود مگر این‌که ثابت نماید این مبلغ بیش از نفع واقعی ارسال‌کننده برای تحویل کالا در مقصد می‌باشد.

۴ـ در صورت اتلاف، از بین رفتن، ناقص شدن یا تأخیر بخشی از محموله یا هر شیء موجود در محموله، برای تعیین خسارتی که مسؤولیت متصدی حمل محدود به آن است، فقط وزن کامل بسته یا بسته‌های مربوطه در نظر گرفته می‌شود. مع هذا، چنانچه اتلاف، از بین رفتن، ناقص شدن یا تأخیر بخشی از محموله یا شیء موجود در آن، بر ارزش سایر بسته‌های تحت پوشش همان بارنامهٔ هوایی یا همان رسید بار، و در صورت عدم صدور بارنامهٔ هوایی یا رسید بار تحت پوشش همان وسیلهٔ دیگر مذکور در بند ۲ مادهٔ ۴ که برای ثبت اطلاعات استفاده می‌شود، تأثیر گذارد وزن کامل این بسته یا بسته‌ها نیز در تعیین حدود مسؤولیت لحاظ می‌گردد.

۵ـ چنانچه ثابت شود خسارت در اثر فعل یا ترک فعل متصدی حمل، خدمه یا نمایندگان وی که با قصد ورود خسارت یا با بی‌احتیاطی و با علم به احتمال ورود خسارت، انجام یافته مقررات بندهای ۱ و ۲ این ماده اجرا نمی‌گردد مشروط بر این‌که در مورد فعل یا ترک فعل خدمه یا نمایندگان، ثابت شود که خادم یا نمایندهٔ موصوف در قلمرو استخدامی خود عمل می‌نموده‌اند.

۶ـ محدوده‌های مقرر در مادهٔ ۲۱ و این ماده مانع از آن نمی‌شود که دادگاه مطابق قوانین متبوع خود، تمام یا بخشی از هزینه‌های دادرسی و سایر هزینه‌های وارده به خواهان برای طرح دعوا، از جمله بهره را مورد رأی قرار دهد. اگر میزان خسارت مورد رأی به استثنای هزینه‌های دادرسی

و سایر هزینه‌های اقامهٔ دعوا، از مبلغ مندرج در پیشنهاد کتبی متصدی حمل ظرف مدت شش ماه از تاریخ وقوع حادثهٔ منتهی به خسارت یا چنانچه اقامهٔ دعوا بعداً صورت گرفته باشد پیش از شروع دعوا، تجاوز ننماید، حکم فوق اجرا نخواهد گردید.

مادهٔ ۲۳ـ تبدیل واحدهای پولی

۱ـ مبالغ مذکور بر حسب «حق برداشت ویژه» در این کنوانسیون با مراجعه به تعریف صندوق بین‌المللی پول از حق برداشت ویژه، محاسبه می‌گردد. تبدیل مبالغ «حق برداشت ویژه» به ارزهای ملی، در رسیدگی قضایی، براساس نرخ ارزهای ملی در مقابل حق برداشت ویژه در تاریخ صدور رأی انجام می‌گیرد. نرخ برابری ارز ملی دولت عضو کنوانسیون با «حق برداشت ویژه» در صورتی که آن دولت عضو صندوق بین‌المللی پول باشد، مطابق روش ارزیابی مورد استفادهٔ صندوق بین‌المللی پول در تاریخ صدور رأی برای عملیات و مبادلات خود، محاسبه و تعیین می‌گردد، و چنانچه دولت عضو کنوانسیون عضو صندوق بین‌المللی پول نباشد، ارزش ملی در برابر حق برداشت ویژه به شیوه‌ای که توسط آن دولت تعیین شده، محاسبه می‌گردد.

۲ـ مع هذا، دولتهایی که عضو صندوق بین‌المللی پول نمی‌باشند و قوانین آنها اعمال بند ۱ این ماده را اجازه نمی‌دهد، در زمان تصویب یا الحاق به این کنوانسیون یا در هر زمان بعد از آن، می‌توانند اعلام نمایند که حد مسؤولیت مقرر برای متصدی حمل، در دادرسی‌هایی که در سرزمین آنها انجام گیرد، در خصوص مادهٔ ۲۱ مبلغ ثابت ۱،۵۰۰،۰۰۰ واحد پولی برای هر مسافر، در خصوص بند ۱ مادهٔ ۲۲ مبلغ ثابت ۵۰۰،۶۲ واحد پولی برای هر مسافر، در خصوص بند ۲ مادهٔ ۲۲ مبلغ ثابت ۱۵،۰۰۰ واحد پولی برای هر

مسافر، و در خصوص بند ۳ مادهٔ ۲۲، برای هر کیلوگرم ۲۵۰ واحد پولی تعیین می‌گردد. این واحد پولی برابر است با ۶۵/۵ میلی گرم طلا با خلوص نهصد در هزار. این مبالغ می‌تواند در ارز ملی مربوطه به اعداد رندی تبدیل گردد. تبدیل این مبالغ به ارز ملی مطابق با قانون دولت مربوطه انجام می‌گیرد.

۳ـ محاسبهٔ مذکور در جملهٔ آخر بند ۱ این ماده و شیوهٔ تبدیل مذکور در بند ۲ این ماده به نحوی انجام خواهد گرفت که ارز ملی آن دولت عضو، تا آنجا که ممکن است همان ارزش واقعی با مبالغ مذکور در مواد ۲۱ و ۲۲ را که در صورت اجرای سه جملهٔ نخست بند ۱ دارا بود، انعکاس دهد. دولتهای عضو این کنوانسیون در زمان سپردن اسناد الحاق، قبول یا تصویب این کنوانسیون شیوهٔ محاسبه مطابق بند ۱ یا نتیجه تبدیل به ارز ملّی مقرر در بند ۲ این ماده را بر حسب مورد به اطلاع مرجع تودیع اسناد رسانده و هرگونه تغییر در مراتب مذکور را نیز به اطلاع آن مرجع خواهند رساند.

مادهٔ ۲۴ـ تجدید نظر در محدوده‌های مسؤولیت

۱ـ بدون خدشه به مقررات مادهٔ ۲۵ این کنوانسیون و با لحاظ بند ۲ آتی‌الذکر، محدوده‌های مسؤولیت مقرر در مادهٔ ۲۱، ۲۲ و ۲۳ هر پنج سال یکبار توسط مرجع تودیع اسناد الحاق یا تصویب، مورد بازنگری قرار می‌گیرد. نخستین بازنگری در پایان پنجمین سال پس از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون یا چنانچه این کنوانسیون ظرف مدت پنج سال از تاریخی که اولین بار برای امضا مفتوح گردیده لازم‌الاجرا نگردد، در نخستین سال لازم‌الاجرا شدن آن انجام خواهد گرفت. بازنگری در محدوده‌های مسؤولیت با رجوع به شاخص تورم که برابر با نرخ جمعی تورم از زمان بازنگری قبلی به بعد یا در مورد اولین بازنگری، از تاریخ لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون به بعد می‌باشد صورت خواهد گرفت. اندازه‌گیری نرخ تورم

براساس میانگین سالانهٔ قیمتها در کشورهایی که «حق برداشت ویژه» مذکور در بند ۱ مادهٔ ۲۳ از ارز آنها تشکیل می‌شود، انجام خواهد شد.

۲ـ اگر در بازنگری مذکور در بند فوق این نتیجه حاصل گردد که عامل تورم از ده درصد تجاوز نموده، مرجعی که اسناد الحاق یا تصویب به آن سپرده شده، دولتهای عضو کنوانسیون را از تجدید نظر در محدوده‌های مسؤولیت مطلع می‌نماید. هرگونه تجدید نظر در محدوده‌های مسؤولیت شش ماه پس از اعلان به دولتهای عضو کنوانسیون لازم‌الاجرا می‌گردد. اگر ظرف سه ماه بعد از اعلان تجدید نظر به دولتهای عضو، اکثریت دولتهای عضو عدم تصویب آن را به ثبت رسانند، تجدید نظر عملی نشده و مرجع تودیع اسناد موضوع را به نشست دولتهای عضو ارجاع خواهد داد. مرجع تودیع اسناد فوراً دولت‌های عضو کنوانسیون را از لازم‌الاجرا شدن هرگونه تجدید نظر در محدوده‌های مسؤولیت مطلع می‌سازد.

۳ـ صرف نظر از مقررات بند ۱ این ماده، تشریفات مقرر در بند ۲ این ماده در هر زمانی که یک سوم دولتهای عضو کنوانسیون تمایل خود را اظهار نمایند، اعمال می‌گردد به شرط این‌که شاخص تورم مذکور در بند ۱ از زمان اولین بازنگری به بعد یا در صورتی که بازنگری قبلی وجود نداشته، از تاریخ لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون به بعد از ۳۰ درصد تجاوز نموده باشد. بازنگری‌های بعدی با استفاده از تشریفات مقرر در بند ۱ این ماده در فواصل پنج ساله از پایان پنجمین سال پس از تاریخ بازنگری که به موجب این بند صورت گرفته، انجام خواهد شد.

مادهٔ ۲۵ـ اشتراط در قرارداد در مورد حدود مسؤولیت

متصدی حمل می‌تواند شرط نماید که قرارداد حمل تابع محدوده‌هایی بالاتر از آنچه در این کنوانسیون مقرر شده، خواهد بود یا این‌که شرط

نماید که برای جبران خسارت هیچ محدودیتی اعمال نمی‌گردد.

مادهٔ ۲۶ـ بطلان شروط قراردادی

هرگونه شرطی مبنی بر سلب مسؤولیت از متصدی حمل یا تعیین محدودهٔ مسؤولیتی کمتر از آنچه در این کنوانسیون مقرر شده، باطل و بی‌اعتبار است اما بطلان چنین شرطی به قرارداد حمل تسری نمی‌نماید و قرارداد حمل کماکان تابع مقررات این کنوانسیون خواهد بود.

مادهٔ ۲۷ـ آزادی قراردادی

هیچ یک از مقررات این کنوانسیون مانع از آن نمی‌شود که متصدی حمل و نقل از انعقاد هرگونه قرارداد حمل امتناع ورزد، ایرادات و دفاعیاتی که طبق این کنوانسیون در اختیار او است را ساقط نماید و یا شروطی غیرمعارض با مقررات این کنوانسیون را در قرارداد درج نماید.

مادهٔ ۲۸ـ پیش پرداخت‌ها

در مورد سوانح هوایی که منجربه فوت یا صدمهٔ بدنی مسافر گردد متصدی حمل، در صورتی که به موجب قوانین داخلی لازم دانسته شده، پیش‌پرداخت‌هایی را بدون تأخیر به شخص یا اشخاص حقیقی مستحق مطالبهٔ خسارت، به منظور رفع نیازهای فوری مالی ایشان پرداخت می‌نماید. این پیش پرداختها دال بر اثبات مسؤولیت متصدی حمل نیست و از مبالغی که بعداً توسط متصدی حمل به عنوان خسارت پرداخت می‌گردد، قابل تهاتر است.

مادهٔ ۲۹ـ مبنای دعاوی

در حمل و نقل مسافر، بار همراه مسافر و کالا هرگونه دعوای خسارت، هرچند مدلل و مستند باشد، اعم از این‌که به استناد این کنوانسیون یا برمبنای قرارداد یا برمبنای مسؤولیت مدنی یا هر مبنای دیگری اقامه شود، تنها مشروط به شرایط و حدود مسؤولیت مقرر در این کنوانسیون، قابل طرح است بدون این‌که به اشخاص واجد حق اقامهٔ دعوا و حقوق مربوط به آنها لطمه‌ای وارد شود. در هیچ یک از این دعاوی خسارت تنبیهی، عبرت‌آمیز یا هرگونه خسارات دیگری که دارای ماهیت جبرانی نباشد، قابل مطالبه نیست.

مادهٔ ۳۰ـ خدمه، نمایندگان ـ مجموع دعاوی

۱ـ در دعوای مطالبهٔ خسارت مرتبط با این کنوانسیون علیه مستخدم یا نمایندهٔ متصدی حمل، چنانچه مستخدم یا نمایندهٔ مزبور ثابت نماید که در حدود استخدامی خود عمل کرده، از همان شرایط و حدود مسؤولیت که خود متصدی حمل می‌تواند به موجب این کنوانسیون مورد استناد قرار دهد، بهره‌مند خواهد بود.

۲ـ مجموع مبالغ قابل مطالبه از متصدی حمل، خدمه و نمایندگان وی، در فرض فوق، از محدوده‌های ذکر شده تجاوز نخواهد کرد.

۳ـ به جز در مورد حمل و نقل کالا، مقررات بندهای ۱ و ۲ این ماده در صورتی که ثابت شود خسارت در اثر فعل یا ترک فعل مستخدم یا نمایندهٔ متصدی حمل که با قصد ایراد خسارت یا با بی‌احتیاطی و با علم به این‌که ممکن است خسارت وارد شود، صورت گرفته اعمال نخواهد شد.

مادهٔ ۳۱ـ ابلاغ به موقع اعتراضات

۱ـ دریافت بدون اعتراض بار همراه چک شده یا کالا توسط تحویل گیرندهٔ قانونی، دلیل محمول بر صحت تحویل بار همراه چک شده یا کالا با وضع ظاهری خوب و مطابق با سند حمل یا مطابق با مندرجات وسیلهٔ دیگری که برای ثبت اطلاعات به موجب بند ۲ مادهٔ ۳ و بند ۲ مادهٔ ۴ مورد استفاده است، خواهد بود.

۲ـ در صورت ورود خسارت، تحویل گیرندهٔ قانونی بار باید بلافاصله پس از کشف خسارت و حداکثر ظرف هفت روز از تاریخ دریافت بار همراه چک شده و چهل روز از تاریخ دریافت محموله، علیه متصدی حمل اعتراض نماید. در مورد تأخیر، اعتراض باید حداکثر ظرف بیست و یک روز از تاریخ تحویل بار همراه یا محموله به تحویل گیرندهٔ قانونی به عمل آید.

۳ـ کلیهٔ اعتراضات باید به صورت کتبی و ظرف مهلت‌های فوق‌الذکر تسلیم و یا ارسال شود.

۴ـ در صورت عدم اعتراض ظرف مهلت‌های فوق‌الذکر، هیچ‌گونه دعوایی علیه متصدی حمل قابل اقامه نخواهد بود مگر در صورت ارتکاب تقلب از ناحیهٔ وی.

مادهٔ ۳۲ـ فوت شخص مسؤول

در صورت فوت شخص مسؤول، دعوای مطالبهٔ خسارت مطابق با شرایط این کنوانسیون علیه قائم مقام قانونی یا علیه ماترک او اقامه می‌گردد.

مادهٔ ۳۳ـ صلاحیت

۱ـ دعوای مطالبهٔ خسارت، بنابه انتخاب خواهان، باید در قلمرو یکی از دولتهای عضو کنوانسیون و در یکی از دادگاههای اقامتگاه متصدی حمل یا مرکز اصلی داد و ستد او و یا دادگاه واقع در مرکز تجارت وی که به واسطه آن قرارداد حمل منعقد شده یا در دادگاه واقع در مقصد طرح گردد.

۲ـ درخصوص خسارت ناشی از فوت یا صدمهٔ بدنی مسافر، دعوا می‌تواند نزد یکی از دادگاههای مذکور در بند ۱ این ماده، یا در دادگاه واقع در قلمرو دولت عضوی طرح گردد که مسافر در زمان حادثه در آن محل سکونت اصلی و دائمی داشته و متصدی حمل، خدمات حمل و نقل مسافر به یا از آن کشور را با هواپیمای خود یا با هواپیمای متصدی دیگری که با وی موافقتنامهٔ تجاری دارد انجام دهد و در آن کشور متصدی حمل یا متصدی دیگری که با وی موافقتنامهٔ تجاری دارد در ساختمانهای استیجاری یا ملکی به حمل و نقل هوایی مسافر اشتغال دارد.

۳ـ از نظر بند ۲:

(الف) «موافقتنامه تجاری» به معنای قراردادی به جز موافقتنامه نمایندگی است که بین متصدیان حمل و در ارتباط با فراهم آوردن خدمات مشترک حمل و نقل هوایی مسافر منعقد می‌شود؛

(ب) «محل سکونت اصلی و دائمی» به معنای سکونتگاه ثابت و دائمی مسافر در زمان وقوع حادثه است. تابعیت مسافر در این خصوص مؤثر در مقام نیست.

۴ـ مسائل مربوط به آیین دادرسی تابع قانون دادگاه رسیدگی‌کننده به دعوا خواهد بود.

مادهٔ ۳۴ـ داوری

۱ـ با رعایت مقررات این ماده، طرفین قرارداد حمل کالا می‌توانند شرط نمایند که هرگونه اختلاف مربوط به مسؤولیت متصدی حمل در این کنوانسیون، از طریق داوری حل و فصل شود. این توافق کتبی خواهد بود.

۲ـ رسیدگی داوری، به انتخاب مدعی، در قلمرو یکی از دادگاههای صالح مذکور در مادهٔ ۳۳ انجام خواهد شد.

۳ـ داور یا دیوان داوری مقررات این کنوانسیون را اجرا خواهد کرد.

۴ـ مقررات بندهای ۲ و ۳ این ماده به عنوان جزئی از شرط داوری یا موافقتنامه داوری محسوب می‌شود، و هر بخشی از شرط داوری یا موافقتنامه داوری که مغایر با احکام دو بند فوق باشد باطل و بی‌اعتبار است.

مادهٔ ۳۵ـ مرور زمان دعاوی

۱ـ چنانچه دعوا ظرف مدت دو سال از تاریخ رسیدن به مقصد یا از تاریخی که هواپیما باید به مقصد رسیده باشد یا از تاریخ توقف حمل و نقل اقامه نگردد، حق مطالبهٔ خسارت زائل می‌شود.

۲ـ نحوهٔ محاسبه مهلت فوق به موجب قانون دادگاه رسیدگی‌کننده به دعوا معین می‌گردد.

مادهٔ ۳۶ـ حمل و نقل متوالی

۱ـ در مورد حمل و نقلی که توسط چندین حمل و نقل‌کنندهٔ متوالی انجام شود و در قلمرو تعریف مقرر در بند ۳ مادهٔ ۱ قرار گیرد، هر یک از متصدّیان حملی که مسافر، بار همراه مسافر یا کالا را قبول نماید تابع مقررات مذکور در این کنوانسیون بوده و چنین فرض می‌گردد که آن متصدی نسبت به قسمتی که حمل و نقل تحت نظارت وی انجام گرفته

یکی از طرفین قرارداد حمل می‌باشد.

۲ـ در مورد حمل و نقل متوالی، مسافر یا هر شخص دیگری که به جای مسافر مستحق مطالبهٔ خسارت است تنها می‌تواند علیه متصدی‌ای اقامه دعوا نماید که حادثه یا تأخیر در جریان حمل و نقلی که توسط او انجام گرفته، اتفاق افتاده باشد مگر در موردی که به موجب توافق صریح نخستین حمل‌کننده مسؤولیت کل مسیر حمل را برعهده گرفته باشد.

۳ـ در ارتباط با بار همراه مسافر یا کالا، مسافر یا فرستنده حق اقامه دعوا علیه نخستین حمل‌کننده را دارا می‌باشد و مسافر یا گیرنده‌ای که مستحق تحویل گرفتن بار همراه یا کالا می‌باشد حق دارد علیه آخرین حمل‌کننده طرح دعوا نماید، و به علاوه، هر یک از این اشخاص می‌توانند علیه متصدی حملی که اتلاف، از بین رفتن، ناقص شدن و یا تأخیر در جریان حملی که توسط وی انجام گرفته، رخ داده است اقامه دعوا کند. متصدیان فوق به نحو تضامنی در مقابل مسافر یا فرستنده یا گیرنده مسؤول می‌باشند.

مادهٔ ۳۷ـ حق رجوع به اشخاص ثالث

هیچ یک از مقررات این کنوانسیون مانع از این نمی‌شود که شخصی که مطابق این کنوانسیون مسؤول پرداخت خسارت است، نتواند برای مطالبهٔ خسارت به هر شخص دیگر رجوع نماید.

فصل ۴ـ حمل و نقل مرکب

مادهٔ ۳۸ـ حمل و نقل مرکب

۱ـ در مورد حمل و نقل مرکب که بخشی از آن از طریق هوا و بخشی دیگر از طریق سایر شیوه‌های حمل انجام گیرد، مقررات این

کنوانسیون، با لحاظ بند ۴ مادهٔ ۱۸، فقط بر بخش حمل و نقل هوایی حاکم خواهد بود مشروط بر این‌که حمل و نقل هوایی شرایط مقرر در مادهٔ ۱ را واجد باشد.

۲ـ در مورد حمل و نقل مرکب هیچیک از مقررات این کنوانسیون مانع نمی‌شود که طرفین قرارداد در سند حمل هوایی شروط مربوط به سایر شیوه‌های حمل را بگنجانند مشروط بر این‌که مقررات این کنوانسیون نسبت به بخش حمل و نقل هوایی مراعات گردد.

فصل ۵ ـ حمل و نقل هوایی که توسط شخصی غیر از متصدّی حمل طرف قرارداد انجام می‌گیرد

مادهٔ ۳۹ـ حمل کنندهٔ قراردادی ـ حمل‌کننده واقعی

مقررات این فصل وقتی اعمال می‌شود که شخصی (از این به بعد «حمل‌کنندهٔ قراردادی») به عنوان اصیل با مسافر یا فرستنده یا شخصی که به نیابت از مسافر یا فرستنده عمل می‌نماید، قرارداد حملی در چارچوب این کنوانسیون، منعقد نماید و شخصی دیگر (از این به بعد «حمل کنندهٔ واقعی»)، به موجب اختیاری که از جانب حمل‌کنندهٔ قراردادی دارد، تمام یا بخشی از حمل و نقل را به انجام رساند اما نسبت به این بخش از حمل و نقل، متصدی حمل متوالی به معنای مذکور در این کنوانسیون نباشد. وجود اختیار از طرف حمل‌کنندهٔ قراردادی مفروض است مگر این‌که خلاف آن ثابت شود.

مادهٔ ۴۰ـ مسؤولیت حمل کنندهٔ قراردادی و حمل کنندهٔ واقعی

اگر حمل کنندهٔ واقعی تمام یا بخشی از حمل و نقل را که طبق قرارداد مذکور در مادهٔ ۳۹ مشمول این کنوانسیون است انجام دهد،

حمل‌کنندهٔ قراردادی و واقعی، هر دو تابع مقررات این کنوانسیون می‌باشند مگر این‌که در این فصل خلاف آن مقرر شده باشد. حمل‌کننده قراردادی برای کل حمل و نقل مورد نظر در قرارداد و حمل‌کنندهٔ واقعی صرفاً برای حمل و نقلی که انجام داده، مسؤول می‌باشند.

مادهٔ ۴۱ـ مسؤولیت متقابل

۱ـ فعل یا ترک فعلهای حمل‌کنندهٔ واقعی و خدمه و نمایندگان وی که در حدود استخدامی خود عمل کنند، نسبت به حمل و نقلی که توسط حمل‌کنندهٔ واقعی انجام می‌گیرد، فعل یا ترک فعلهای حمل‌کنندهٔ قراردادی نیز محسوب می‌گردد.

۲ـ فعل یا ترک فعلهای حمل‌کنندهٔ قراردادی و خدمه و نمایندگان وی که در حدود استخدامی خود عمل کنند، نسبت به حمل و نقلی که توسط حمل‌کنندهٔ واقعی انجام گرفته، فعل یا ترک فعلهای حمل‌کنندهٔ واقعی نیز محسوب می‌گردد. مع هذا، این فعل یا ترک فعل، حمل‌کنندهٔ واقعی را بیش از مبالغ مذکور در مواد ۲۱، ۲۲، ۲۳ و ۲۴ مسؤول نمی‌نماید. هر توافق خاصی که به موجب آن حمل‌کنندهٔ قراردادی تعهدی را بیش از الزامات مقرر در این کنوانسیون برعهده گیرد یا از حقوق و دفاعیات اعطا شده توسط این کنوانسیون صرف‌نظر نماید یا هرگونه نفع خاصی برای تحویل در مقصد مطابق مادهٔ ۲۲ اعلام شود، خدشه‌ای به حقوق و تعهدات حمل‌کنندهٔ واقعی وارد نخواهد کرد مگر این‌که در مورد آن توافق به عمل آید.

مادهٔ ۴۲ـ مخاطب شکایات و دستورات

هرگونه اعتراض یا دستوری که به موجب این کنوانسیون به حمل‌کننده داده شود، اعم از این‌که حمل‌کنندهٔ قراردادی یا حمل‌کنندهٔ

واقعی را مخاطب قرار داده باشد، دارای اثر یکسانی خواهد بود. مع‌هذا، دستورات مذکور در مادهٔ ۱۲ تنها وقتی دارای اثر می‌باشد که حمل‌کنندهٔ قراردادی را مخاطب قرار دهد.

مادهٔ ۴۳ـ خدمه و نمایندگان

در ارتباط با حمل و نقلی که توسط حمل‌کنندهٔ واقعی انجام شده، چنانچه هر یک از خدمه یا نمایندگان حمل‌کنندهٔ واقعی یا قراردادی، ثابت نمایند که در حدود استخدامی خود عمل نموده‌اند، از همان شرایط و حدود مسؤولیت که به موجب این کنوانسیون بر حمل‌کننده‌ای که ایشان خدمه یا نمایندهٔ وی هستند حاکم است، بهره‌مند خواهند بود مگر این‌که ثابت شود خدمه یا نمایندگان به نحوی عمل کرده‌اند که مطابق این کنوانسیون نمی‌توانند به حدود مسؤولیت استناد نمایند.

مادهٔ ۴۴ـ مجموع خسارات

در ارتباط با حمل و نقلی که توسط حمل‌کنندهٔ واقعی انجام شده، مجموع مبالغ قابل مطالبه از حمل‌کنندهٔ واقعی و حمل‌کنندهٔ قراردادی و خدمه و نمایندگان آنها که در حدود استخدامی خود عمل نموده‌اند، از بالاترین مبلغی که می‌تواند به موجب این کنوانسیون علیه حمل‌کنندهٔ قراردادی یا واقعی مورد رأی قرار گیرد، تجاوز نخواهد نمود، اما هیچ یک از اشخاص مذکور به میزانی بالاتر از محدوده‌ای که در مورد آن شخص قابل اجرا است، مسؤول نمی‌باشد.

مادهٔ ۴۵ـ خواندهٔ دعاوی

در ارتباط با حمل و نقلی که توسط حمل‌کنندهٔ واقعی انجام می‌گیرد،

دعوای مطالبهٔ خسارت می‌تواند، به انتخاب خواهان، علیه حمل‌کنندهٔ واقعی یا قراردادی یا علیه هر دو آنها مجتمعاً یا منفرداً اقامه گردد. اگر دعوا علیه تنها یکی از حمل کنندگان فوق اقامه شود، آن حمل‌کننده حق دارد حمل‌کنندهٔ دیگر را به دادرسی جلب کند. آیین دادرسی جلب ثالث و آثار آن تابع قانون دادگاه رسیدگی‌کننده به دعوا خواهد بود.

مادهٔ ۴۶ـ صلاحیت اضافی

هرگونه دعوای مطالبهٔ خسارت موضوع مادهٔ ۴۵، به انتخاب خواهان باید در قلمرو یکی از دولتهای عضو و نزد دادگاهی که می‌توان در آنجا علیه حمل‌کنندهٔ قراردادی مطابق مقررات مادهٔ ۳۳، اقامهٔ دعوا نمود، یا نزد دادگاه صالح محل اقامت حمل‌کنندهٔ واقعی یا دادگاه صالح مرکز اصلی تجارت وی، طرح گردد.

مادهٔ ۴۷ـ بطلان شروط قراردادی

هر شرط قراردادی که متضمن عدم مسؤولیت حمل‌کنندهٔ قراردادی یا واقعی یا تعیین محدودهٔ مسؤولیتی پایین‌تر از حد قابل اجرا به موجب این فصل باشد، باطل و کان لم یکن است، لیکن بطلان این شرط به قرارداد تسری نمی‌نماید و قرارداد کماکان تابع مقررات این فصل خواهد بود.

مادهٔ ۴۸ـ روابط متقابل حمل کنندهٔ قراردادی و حمل کنندهٔ واقعی

به جز آنچه در مادهٔ ۴۵ ذکر گردیده، هیچ یک از مقررات این فصل تأثیری بر حقوق و تعهدات فی ما بین حمل‌کنندهٔ قراردادی و حمل‌کنندهٔ واقعی از جمله حق رجوع یا تضمین جبران خسارت نخواهد گذاشت.

فصل ۶ـ سایر مقررات

مادهٔ ۴۹ـ اجرای آمرانه

هر شرط موجود در قرارداد حمل و هر توافق خاصی که پیش از ورود خسارت ما بین طرفین قرارداد به عمل آید و موجب تخلف از مقررات وضع شده در این کنوانسیون گردد، اعم از این‌که دربارهٔ قانون حاکم یا تغییر مقررات مربوط به صلاحیت باشد، باطل و بی‌اعتبار است.

مادهٔ ۵۰ـ بیمه

دولتهای عضو کنوانسیون از متصدیان حمل و نقل خود درخواست خواهند نمود بیمهٔ کافی برای پوشش مسؤولیت ناشی از این کنوانسیون را دارا باشند. دولت عضو کنوانسیون می‌تواند از متصدی حملی که در قلمرو آن دولت به ارائهٔ خدمات حمل و نقل هوایی می‌پردازد، درخواست کند دلیلی مبنی بر داشتن بیمهٔ کافی برای پوشش مسؤولیت ناشی از این کنوانسیون، ارائه نماید.

مادهٔ ۵۱ـ انجام حمل و نقل تحت اوضاع و احوال فوق‌العاده

مقررات مواد ۳ تا ۵، ۷ و ۸ راجع به اسناد حمل، در مورد حمل و نقلی که در اوضاع و احوال فوق‌العاده خارج از چارچوب تجارت معمول متصدی حمل انجام گیرد، اجرا نخواهد شد.

مادهٔ ۵۲ـ تعریف روزها

اصطلاح «روزها» به شرح به کار رفته در این کنوانسیون، به معنای روزهای تقویمی است نه روزهای کاری.

فصل ۷ـ مقررات نهایی

مادهٔ ۵۳ـ امضا، الحاق و لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون

۱ـ این کنوانسیون از تاریخ ۲۸ می ۱۹۹۹ در مونترال برای امضا توسط دولتهای شرکت‌کننده در کنفرانس بین‌المللی حقوق هوایی که از ۱۰ تا ۲۸ می ۱۹۹۹ در مونترال برگزار شد، مفتوح است. بعد از تاریخ ۲۸ می ۱۹۹۹ این کنوانسیون به منظور امضا کلیه دولتها در اداره مرکزی ایکائو در مونترال مفتوح خواهد بود تا زمانی که مطابق بند ۶ این ماده لازم‌الاجرا گردد.

۲ـ این کنوانسیون همچنین برای امضا توسط سازمانهای همکاری اقتصادی منطقه‌ای مفتوح خواهد بود. از نظر این کنوانسیون «سازمان همکاری اقتصادی منطقه‌ای» شامل هر سازمانی است که به وسیله دولتهای منطقه‌ای معین، تشکیل شده و دربارهٔ برخی از موضوعات تابع این کنوانسیون صلاحیت داشته و مجاز به امضا و الحاق، قبول یا تصویب این کنوانسیون می‌باشد. اشاره به «دولت عضو» یا «دولتهای عضو» در این کنوانسیون، به طور یکسان شامل سازمان همکاری اقتصادی منطقه‌ای نیز می‌باشد مگر در مورد بند ۲ مادهٔ ۱، بند ۱ (ب) مادهٔ ۳، بند (ب) مادهٔ ۵، مواد ۲۳، ۳۳، ۴۶ و بند (ب) مادهٔ ۵۷. از نظر مادهٔ ۲۴، اشاره به «اکثریت دولتهای عضو» و «یک سوم دولتهای عضو» شامل سازمان همکاری اقتصادی منطقه‌ای نمی‌گردد.

۳ـ این کنوانسیون منوط به الحاق رسمی توسط دولتها و سازمانهای همکاری اقتصادی منطقه‌ای که آن را امضا نموده‌اند، می‌باشد.

۴ـ هر دولت یا سازمان همکاری اقتصادی منطقه‌ای که این کنوانسیون را امضا ننموده، می‌تواند در هر زمانی آن را قبول و تصویب نموده و یا عضو آن گردد.

۵ــ اسناد الحاق، قبول، تصویب یا عضویت نزد ایکائو که به عنوان مرجع تودیع اسناد تعین می‌شود، سپرده خواهد شد.

۶ــ این کنوانسیون، در شصتمین روز پس از تاریخ تودیع سی‌امین سند الحاق، قبول، تصویب یا عضویت نزد مرجع تودیع اسناد، مابین دولتهایی که این اسناد را سپرده‌اند لازم‌الاجرا خواهد گردید. سندی که توسط یک سازمان همکاری اقتصادی منطقه‌ای سپرده شود از نظر این بند محاسبه نمی‌گردد.

۷ــ این کنوانسیون برای سایر دولتها و سایر سازمانهای همکاری اقتصادی منطقه‌ای شصت روز پس از تاریخ تودیع سند الحاق، قبول، تصویب یا عضویت لازم‌الاجرا می‌شود.

۸ــ مرجع تودیع اسناد بلافاصله کلیهٔ امضاکنندگان و دولتهای عضو را از موارد زیر مطلع خواهد نمود:

(الف) هر امضا این کنوانسیون و تاریخ آن؛

(ب) هر تودیع سند الحاق، قبولی، تصویب یا عضویت و تاریخ آن؛

(ج) تاریخ لازم‌الاجرا شدن این کنوانسیون؛

(د) تاریخ لازم‌الاجرا شدن هر تجدید نظر در محدوده‌های مسؤولیت مقرر در این کنوانسیون؛

(ه) هرگونه خروج از این کنوانسیون به موجب مادهٔ ۵۴.

مادهٔ ۵۴ـ خروج از کنوانسیون

۱ــ هر دولت متعاهد می‌تواند از طریق ارسال اخطاریهٔ کتبی به مرجع تودیع اسناد، از این کنوانسیون خارج شود.

۲ــ خروج از این کنوانسیون یکصد و هشتاد روز پس از دریافت اخطاریهٔ کتبی خروج توسط مرجع تودیع اسناد، لازم‌الاجرا می‌شود.

مادهٔ ۵۵ـ ارتباط با سایر اسناد کنوانسیون ورشو

این کنوانسیون بر کلیه مقررات حاکم بر حمل و نقل هوایی بین‌المللی در موارد زیر تقدم دارد:

۱ـ بین دولتهای عضو این کنوانسیون که مشترکاً عضو کنوانسیونهای زیر باشند:

(الف) کنوانسیون راجع به یکپارچه کردن برخی مقررات حمل و نقل هوایی بین‌المللی، امضا شده در ۱۲ اکتبر ۱۹۲۹ (از این به بعد «کنوانسیون ورشو»)؛

(ب) پروتکل اصلاحی کنوانسیون ورشو، امضا شده در ۲۸ سپتامبر ۱۹۵۵ در لاهه (از این به بعد پروتکل لاهه نامیده می‌شود)؛

(ج) کنوانسیون تکمیلی کنوانسیون ورشو راجع به حمل و نقل هوایی بین‌المللی که توسط شخصی غیر از حمل‌کنندهٔ قراردادی انجام می‌شود، امضا شده در گوادالاجارا به تاریخ ۱۸ سپتامبر ۱۹۶۱ (از این به بعد «کنوانسیون گوادالاجارا»)؛

(د) پروتکل اصلاحی کنوانسیون ورشو اصلاح شده به موجب پروتکل لاهه، امضا شده در گواتمالاسیتی به تاریخ ۸ مارس ۱۹۷۱ (از این به بعد «پروتکل گواتمالاسیتی»)؛

(ه) پروتکل اضافی شماره‌های ۱، ۲ و ۳ و پروتکل شماره ۴ مونترال برای اصلاح کنوانسیون ورشو اصلاح شده به موجب پروتکل لاهه یا کنوانسیون ورشو اصلاح شده به موجب پروتکل لاهه و پروتکل گواتمالاسیتی، امضا شده در مونترال به تاریخ ۲۵ سپتامبر ۱۹۷۵ (از این به بعد «پروتکل‌های مونترال»)؛

۲ـ در داخل سرزمین یک دولت عضو این کنوانسیون که عضو یک یا چند سند از اسناد بندهای (الف) تا (ه(فوق‌الذکر باشد.

مادهٔ ۵۶ـ دولتهای دارای بیش از یک نظام حقوقی

۱ـ اگر دولتی دو یا چند واحد سرزمینی داشته باشد که نظامهای حقوقی مختلفی در آنها اجرا می‌شود، در ارتباط با موضوعات مربوط به این کنوانسیون، آن دولت می‌تواند در زمان امضا، الحاق، تصویب یا عضویت اعلام نماید که اجرای این کنوانسیون شامل کلیهٔ واحدهای سرزمینی می‌شود یا این‌که صرفاً به یک یا چند واحد سرزمینی محدود می‌گردد. این اعلام می‌تواند در هر زمانی از طریق دادن اعلامیهٔ دیگری تغییر یابد.

۲ـ این اعلامیه به مرجع تودیع اسناد ابلاغ می‌گردد و صریحاً واحدهای سرزمینی که این کنوانسیون در آنها اجرا خواهد شد، در اعلامیه ذکر می‌شود.

۳ـ در خصوص دولت متعاهدی که چنین اعلامیه‌ای را صادر کرده است:

(الف) اشاره به «ارز ملی» در مادهٔ ۲۳، به معنای ارز واحد سرزمینی مربوطه آن دولت؛ و

(ب) اشاره به «قانون داخلی» در مادهٔ ۲۸، به معنای قانون واحد سرزمینی مربوطه آن دولت خواهد بود.

مادهٔ ۵۷ـ قیود تحدید تعهد

درج هرگونه قید تحدید تعهد در این کنوانسیون امکان‌پذیر نیست به استثنای این‌که دولت متعاهد می‌تواند در هر زمانی با ارسال اخطاریه به مرجع تودیع اسناد اعلام نماید که این کنوانسیون در موارد زیر اجرا نمی‌گردد:

(الف) حمل و نقل هوایی بین‌المللی که مستقیماً توسط آن دولت برای اهداف غیرتجاری در ارتباط با وظایف و تکالیفی که به عنوان دولت

بر عهده دارد، انجام می‌گیرد؛ و/ یا

(ب) حمل و نقل اشخاص، کالا و بار همراه مسافر برای مقامات نظامی به وسیلهٔ هواپیمای به ثبت رسیده در آن کشور و یا اجاره شده توسط آن دولت، که کل ظرفیت آن به وسیلهٔ آن مقامات و یا به نمایندگی از آنها رزرو شده باشد.

گواهی می‌شود که نمایندگان امضاکننده با اختیار و اجازهٔ لازم این کنوانسیون را امضا نموده‌اند.

این کنوانسیون در بیست و هشتمین روز ماه می سال یک هزار و نهصد و نود و نه در مونترال به زبانهای انگلیسی، عربی، چینی، فرانسوی، روسی و اسپانیایی که تمام آنها دارای اعتبار یکسانی هستند، تنظیم شد. این کنوانسیون به بایگانی ایکائو تودیع شده و رونوشت مصدق آن توسط مرجع تودیع اسناد برای کلیهٔ دولتهای عضو این کنوانسیون و همچنین برای کلیهٔ دولتهای عضو کنوانسیون ورشو، پروتکل لاهه، کنوانسیون گوادالاجارا، پروتکل گواتمالاسیتی و پروتکل‌های مونترال فرستاده می‌شود.

Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air

Montreal, 28 May 1999

Contents

Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air
(Montreal, 28 May 1999) 4

1 – General Provisions 5
Article 1 - Scope of application ……...…...……. 5
Article 2 - Carriage performed by State and carriage of postal items 6

II – Documentation and Duties of the Parties Relating to the Carriage of Passengers, Baggage and Cargo 7
Article 3 - Passengers and baggage ……..……..……... 7
Article 4 - Cargo ……..……..…… 8
Article 5 - Contents of air waybill or cargo receipt ……..…..……... 8
Article 6 - Document relating to the nature of the cargo ……..…... 8
Article 7 - Description of air waybill ……..……. 9
Article 8 - Documentation for multiple packages ……..….. 9
Article 9 - Non-compliance with documentary requirements ……..… 10
Article 10 - Responsibility for particulars of documentation ….……. 10
Article 11 - Evidentiary value of documentation ……..…... 11
Article 12 - Right of disposition of cargo ……..…….. 11
Article 13 - Delivery of the cargo ……..…….. 12

Article 14 - Enforcement of the rights of consignor and consignee … 13
Article 15 - Relations of consignor and consignee or mutual relations of third parties ……...…… 13
Article 16 - Formalities of customs, police or other public authorities 14

III – Liability of the Carrier and Extent of Compensation for Damage 14
Article 17 - Death and injury of passengers – damage to baggage …. 14
Article 18 - Damage to cargo ……..…. 15
Article 19 - Delay ……..……... 16
Article 20 - Exoneration ……..…. 17
Article 21 - Compensation in case of death or injury of passengers ... 17
Article 22 - Limits of liability in relation to delay, baggage and cargo 18
Article 23 - Conversion of monetary units ……..……. 20
Article 24 - Review of limits ……..…….. 22
Article 25 - Stipulation on limits ……..…… 23
Article 26 - Invalidity of contractual provisions ……..…… 24
Article 27 - Freedom to contract ……..…… 24
Article 28 - Advance payments ……..…….. 24
Article 29 - Basis of claims ……..…… 24
Article 30 - Servants, agents - aggregation of claims ……..…… 25
Article 31 - Timely notice of complaints ……..…... 26
Article 32 - Death of person liable ……..……. 26
Article 33 - Jurisdiction ……..…….. 27
Article 34 - Arbitration ……..……... 28
Article 35 - Limitation of actions ……..……... 28
Article 36 - Successive carriage ……..……. 29
Article 37 - Right of recourse against third parties ……..…… 30

IV – Combined Carriage

Article 38 - Combined carriage ……..…….. 30

V – Carriage by Air Performed by a Person other than the Contracting Carrier

Article 39 - Contracting carrier - actual carrier ……..….. 30
Article 40 - Respective liability of contracting and actual carriers ..… 31
Article 41 - Mutual liability ……..……... 31
Article 42 - Addressee of complaints and instructions ……..…….. 32
Article 43 - Servants and agents ……..…….…… 32
Article 44 - Aggregation of damages ……..……. 33
Article 45 - Addressee of claims ……..…… 33
Article 46 - Additional jurisdiction ……..…… 33
Article 47 - Invalidity of contractual provisions ……..…… 34
Article 48 - Mutual relations of contracting and actual carriers …..… 34

VI – Other Provisions

Article 49 - Mandatory application ……..…… 34
Article 50 - Insurance ……..……. 34
Article 51 - Carriage performed in extraordinary circumstances …… 35
Article 52 - Definition of days ……...……..…… 35

VII – Final Clauses

Article 53 - Signature, ratification and entry into force …….……. 35
Article 54 - Denunciation ……..……... 37
Article 55 - Relationship with other Warsaw Convention instruments 38
Article 56 - States with more than one system of law ……..…… 39
Article 57 - Reservations ……..…… 40

CONVENTION FOR THE UNIFICATION OF CERTAIN RULES FOR INTERNATIONAL CARRIAGE BY AIR (MONTREAL, 28 MAY 1999)

THE STATES PARTIES TO THIS CONVENTION

RECOGNIZING the significant contribution of the Convention for the Unification of Certain Rules relating to International Carriage by Air signed in Warsaw on 12 October 1929, hereinafter referred to as the "Warsaw Convention", and other related instruments to the harmonization of private international air law;

RECOGNIZING the need to modernize and consolidate the Warsaw Convention and related instruments;

RECOGNIZING the importance of ensuring protection of the interests of consumers in international carriage by air and the need for equitable compensation based on the principle of restitution;

REAFFIRMING the desirability of an orderly development of international air transport operations and the smooth flow of passengers, baggage and cargo in accordance with the principles and objectives of the Convention on International Civil Aviation, done at Chicago on 7 December 1944;

CONVINCED that collective State action for further harmonization and codification of certain rules governing international carriage by air through a new Convention is the most adequate means of achieving an equitable balance of interests;

HAVE AGREED AS FOLLOWS:

I – GENERAL PROVISIONS

Article 1 – Scope of application

1. This Convention applies to all international carriage of persons, baggage or cargo performed by aircraft for reward. It applies equally to gratuitous carriage by aircraft performed by an air transport undertaking.

2. For the purposes of this Convention, the expression “international carriage” means any carriage in which, according to the agreement between the parties, the place of departure and the place of destination, whether or not there be a break in the carriage or a transhipment, are situated either within the territories of two States Parties, or within the territory of a single State Party if there is an agreed stopping place within the territory of another State, even if that State is not a State Party. Carriage between two points within the territory of a single State Party without an agreed stopping place within the territory of another State is not international carriage for the purposes of this Convention.

3. Carriage to be performed by several successive carriers is deemed, for the purposes of this Convention, to be one undivided carriage if it has been regarded by the parties as a single operation, whether it had been agreed upon under the form of a single contract or of a series of contracts, and it does not lose its international character merely because one contract or a series of contracts is to be performed entirely within the territory of the same State.

4. This Convention applies also to carriage as set out in Chapter V, subject to the terms contained therein.

Article 2 – Carriage performed by State and carriage of postal items

1. This Convention applies to carriage performed by the State or by legally constituted public bodies provided it falls within the conditions laid down in Article 1.

2. In the carriage of postal items, the carrier shall be liable only to the relevant postal administration in accordance with the rules applicable to the relationship between the carriers and the postal administrations.

3. Except as provided in paragraph 2 of this Article, the provisions of this Convention shall not apply to the carriage of postal items.

II – Documentation and Duties of the Parties Relating to the Carriage of Passengers, Baggage and Cargo

Article 3 – Passengers and baggage

1. In respect of carriage of passengers, an individual or collective document of carriage shall be delivered containing:

(a) an indication of the places of departure and destination;

(b) if the places of departure and destination are within the territory of a single State Party, one or more agreed stopping places being within the territory of another State, an indication of at least one such stopping place.

2. Any other means which preserves the information indicated in paragraph 1 may be substituted for the delivery of the document referred to in that paragraph. If any such other means is used, the carrier shall offer to deliver to the passenger a written statement of the information so preserved.

3. The carrier shall deliver to the passenger a baggage identification tag for each piece of checked baggage.

4. The passenger shall be given written notice to the effect that where this Convention is applicable it governs and may limit the liability of carriers in respect of death or injury and for destruction or loss of, or damage to, baggage, and for delay.

5. Non-compliance with the provisions of the foregoing paragraphs shall not affect the existence or the validity of the contract of carriage, which shall, nonetheless, be subject to the rules of this Convention including those relating to limitation of liability.

Article 4 – Cargo

1. In respect of the carriage of cargo, an air waybill shall be delivered.

2. Any other means which preserves a record of the carriage to be performed may be substituted for the delivery of an air waybill. If such other means are used, the carrier shall, if so requested by the consignor, deliver to the consignor a cargo receipt permitting identification of the consignment and access to the information contained in the record preserved by such other means.

Article 5 – Contents of air waybill or cargo receipt

The air waybill or the cargo receipt shall include:

(a) an indication of the places of departure and destination;

(b) if the places of departure and destination are within the territory of a single State Party, one or more agreed stopping places being within the territory of another State, an indication of at least one such stopping place; and

(c) an indication of the weight of the consignment.

Article 6 – Document relating to the nature of the cargo

The consignor may be required, if necessary, to meet the formalities

of customs, police and similar public authorities to deliver a document indicating the nature of the cargo. This provision creates for the carrier no duty, obligation or liability resulting therefrom.

Article 7 – Description of air waybill

1. The air waybill shall be made out by the consignor in three original parts.

2. The first part shall be marked “for the carrier”; it shall be signed by the consignor. The second part shall be marked “for the consignee”; it shall be signed by the consignor and by the carrier. The third part shall be signed by the carrier who shall hand it to the consignor after the cargo has been accepted.

3. The signature of the carrier and that of the consignor may be printed or stamped.

4. If, at the request of the consignor, the carrier makes out the air waybill, the carrier shall be deemed, subject to proof to the contrary, to have done so on behalf of the consignor.

Article 8 – Documentation for multiple packages

When there is more than one package:

(a) the carrier of cargo has the right to require the consignor to make out separate air waybills;

(b) the consignor has the right to require the carrier to deliver separate

cargo receipts when the other means referred to in paragraph 2 of Article 4 are used.

Article 9 – Non-compliance with documentary requirements

Non-compliance with the provisions of Articles 4 to 8 shall not affect the existence or the validity of the contract of carriage, which shall, nonetheless, be subject to the rules of this Convention including those relating to limitation of liability.

Article 10 – Responsibility for particulars of documentation

1. The consignor is responsible for the correctness of the particulars and statements relating to the cargo inserted by it or on its behalf in the air waybill or furnished by it or on its behalf to the carrier for insertion in the cargo receipt or for insertion in the record preserved by the other means referred to in paragraph 2 of Article 4. The foregoing shall also apply where the person acting on behalf of the consignor is also the agent of the carrier.

2. The consignor shall indemnify the carrier against all damage suffered by it, or by any other person to whom the carrier is liable, by reason of the irregularity, incorrectness or incompleteness of the particulars and statements furnished by the consignor or on its behalf.

3. Subject to the provisions of paragraphs 1 and 2 of this Article, the carrier shall indemnify the consignor against all damage suffered by it, or by any other person to whom the consignor is liable, by reason of

the irregularity, incorrectness or incompleteness of the particulars and statements inserted by the carrier or on its behalf in the cargo receipt or in the record preserved by the other means referred to in paragraph 2 of Article 4.

Article 11 – Evidentiary value of documentation

1. The air waybill or the cargo receipt is prima facie evidence of the conclusion of the contract, of the acceptance of the cargo and of the conditions of carriage mentioned therein.

2. Any statements in the air waybill or the cargo receipt relating to the weight, dimensions and packing of the cargo, as well as those relating to the number of packages, are prima facie evidence of the facts stated; those relating to the quantity, volume and condition of the cargo do not constitute evidence against the carrier except so far as they both have been, and are stated in the air waybill or the cargo receipt to have been, checked by it in the presence of the consignor, or relate to the apparent condition of the cargo.

Article 12 – Right of disposition of cargo

1. Subject to its liability to carry out all its obligations under the contract of carriage, the consignor has the right to dispose of the cargo by withdrawing it at the airport of departure or destination, or by stopping it in the course of the journey on any landing, or by calling for it to be delivered at the place of destination or in the course of the

journey to a person other than the consignee originally designated, or by requiring it to be returned to the airport of departure. The consignor must not exercise this right of disposition in such a way as to prejudice the carrier or other consignors and must reimburse any expenses occasioned by the exercise of this right.

2. If it is impossible to carry out the instructions of the consignor, the carrier must so inform the consignor forthwith.

3. If the carrier carries out the instructions of the consignor for the disposition of the cargo without requiring the production of the part of the air waybill or the cargo receipt delivered to the latter, the carrier will be liable, without prejudice to its right of recovery from the consignor, for any damage which may be caused thereby to any person who is lawfully in possession of that part of the air waybill or the cargo receipt.

4. The right conferred on the consignor ceases at the moment when that of the consignee begins in accordance with Article 13. Nevertheless, if the consignee declines to accept the cargo, or cannot be communicated with, the consignor resumes its right of disposition.

Article 13 – Delivery of the cargo

1. Except when the consignor has exercised its right under Article 12, the consignee is entitled, on arrival of the cargo at the place of destination, to require the carrier to deliver the cargo to it, on payment

of the charges due and on complying with the conditions of carriage.

2. Unless it is otherwise agreed, it is the duty of the carrier to give notice to the consignee as soon as the cargo arrives.

3. If the carrier admits the loss of the cargo, or if the cargo has not arrived at the expiration of seven days after the date on which it ought to have arrived, the consignee is entitled to enforce against the carrier the rights which flow from the contract of carriage.

Article 14 – Enforcement of the rights of consignor and consignee

The consignor and the consignee can respectively enforce all the rights given to them by Articles 12 and 13, each in its own name, whether it is acting in its own interest or in the interest of another, provided that it carries out the obligations imposed by the contract of carriage.

Article 15 – Relations of consignor and consignee or mutual relations of third parties

1. Articles 12, 13 and 14 do not affect either the relations of the consignor and the consignee with each other or the mutual relations of third parties whose rights are derived either from the consignor or from the consignee.

2. The provisions of Article 12, 13 and 14 can only be varied by express provision in the air waybill or the cargo receipt.

Article 16 – Formalities of customs, police or other public authorities

1. The consignor must furnish such information and such documents as are necessary to meet the formalities of customs, police and any other public authorities before the cargo can be delivered to the consignee. The consignor is liable to the carrier for any damage occasioned by the absence, insufficiency or irregularity of any such information or documents, unless the damage is due to the fault of the carrier, its servants or agents.

2. The carrier is under no obligation to enquire into the correctness or sufficiency of such information or documents.

III – LIABILITY OF THE CARRIER AND EXTENT OF COMPENSATION FOR DAMAGE

Article 17 – Death and injury of passengers – damage to baggage

1. The carrier is liable for damage sustained in case of death or bodily injury of a passenger upon condition only that the accident which caused the death or injury took place on board the aircraft or in the course of any of the operations of embarking or disembarking.

2. The carrier liable for damage sustained in case of destruction or loss of, or of damage to, checked baggage upon condition only that the event which caused the destruction, loss or damage took place on board the aircraft or during any period within which the checked baggage was in the charge of the carrier. However, the carrier is not

liable if and to the extent that the damage resulted from the inherent defect, quality or vice of the baggage. In the case of unchecked baggage, including personal items, the carrier is liable if the damage resulted from its fault or that of its servants or agents.

3. If the carrier admits the loss of the checked baggage, or if the checked baggage has not arrived at the expiration of twenty-one days after the date on which it ought to have arrived, the passenger is entitled to enforce against the carrier the rights which flow from the contract of carriage.

4. Unless otherwise specified, in this Convention the term “baggage” means both checked baggage and unchecked baggage.

Article 18 – Damage to cargo

1. The carrier is liable for damage sustained in the event of the destruction or loss of or damage to, cargo upon condition only that the event which caused the damage so sustained took place during the carriage by air.

2. However, the carrier is not liable if and to the extent it proves that the destruction, or loss of, or damage to, the cargo resulted from one or more of the following:

(a) inherent defect, quality or vice of that cargo;

(b) defective packing of that cargo performed by a person other than the carrier or its servants or agents;

(c) an act of war or an armed conflict;
(d) an act of public authority carried out in connection with the entry, exit or transit of the cargo.

3. The carriage by air within the meaning of paragraph 1 of this Article comprises the period during which the cargo is in the charge of the carrier.

4. The period of the carriage by air does not extend to any carriage by land, by sea or by inland waterway performed outside an airport. If, however, such carriage takes place in the performance of a contract for carriage by air, for the purpose of loading, delivery or transshipment, any damage is presumed, subject to proof to the contrary, to have been the result of an event which took place during the carriage by air. If a carrier, without the consent of the consignor, substitutes carriage by another mode of transport for the whole or part of a carriage intended by the agreement between the parties to be carriage by air, such carriage by another mode of transport is deemed to be within the period of carriage by air.

Article 19 – Delay

The carrier is liable for damage occasioned by delay in the carriage by air of passengers, baggage or cargo. Nevertheless, the carrier shall not be liable for damage occasioned by delay if it proves that it and its servants and agents took all measures that could reasonably be

required to avoid the damage or that it was impossible for it or them to take such measures.

Article 20 – Exoneration

If the carrier proves that the damage was caused or contributed to by the negligence or other wrongful act or omission of the person claiming compensation, or the person from whom he or she derives his or her rights, the carrier shall be wholly or partly exonerated from its liability to the claimant to the extent that such negligence or wrongful act or omission caused or contributed to the damage. When by reason of death or injury of a passenger compensation is claimed by a person other than the passenger, the carrier shall likewise be wholly or partly exonerated from its liability to the extent that it proves that the damage was caused or contributed to by the negligence or other wrongful act or omission of that passenger. This Article applies to all the liability provisions in this Convention, including paragraph 1 of Article 21.

Article 21 – Compensation in case of death or injury of passengers

1. For damages arising under paragraph 1 of Article 17 not exceeding 100,000 Special Drawing Rights for each passenger, the carrier shall not be able to exclude or limit its liability.

2. The carrier shall not be liable for damages arising under paragraph 1 on Article 17 to the extent that they exceed for each passenger

100,000 Special Drawing Rights if the carrier proves that:

(a) such damage was not due to the negligence or other wrongful act or omission of the carrier or its servants or agents; or

(b) such damage was solely due to the negligence or other wrongful act or omission of a third party.

Article 22 – Limits of liability in relation to delay, baggage and cargo

1. In the case of damage caused by delay as specified in Article 19 in the carriage of persons, the liability of the carrier for each passenger is limited to 4,150 Special Drawing Rights.

2. In the carriage of baggage, the liability of the carrier in the case of destruction, loss, damage or delay is limited to 1,000 Special Drawing Rights for each passenger unless the passenger has made, at the time when the checked baggage was handed over to the carrier, a special declaration of interest in delivery at destination and has paid a supplementary sum if the case so requires. In that case the carrier will be liable to pay a sum not exceeding the declared sum, unless it proves that the sum is greater than the passenger's actual interest in delivery at destination.

3. In the carriage of cargo, the liability of the carrier in the case of destruction, loss, damage or delay is limited to a sum of 17 Special Drawing Rights per kilogram, unless the consignor has made, at the time when the package was handed over to the carrier, a special

declaration of interest in delivery at destination and has paid a supplementary sum if the case so requires. In that case the carrier will be liable to pay a sum not exceeding the declared sum, unless it proves that the sum is greater than the consignor's actual interest in delivery at destination.

4. In the case of destruction, loss, damage or delay of part of the cargo, or of any object contained therein, the weight to be taken into consideration in determining the amount to which the carrier's liability is limited shall be only the total weight of the package or packages concerned. Nevertheless, when the destruction, loss, damage or delay of a part of the cargo, or of an object contained therein, affects the value of other packages covered by the same air waybill, or the same receipt or, if they were not issued, by the same record preserved by the other means referred to in paragraph 2 of Article 4, the total weight of such package or packages shall also be taken into consideration in determining the limit of liability.

5. The foregoing provisions of paragraphs 1 and 2 of this Article shall not apply if it is proved that the damage resulted from an act or omission of the carrier, its servants or agents, done with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result; provided that, in the case of such act or omission of a servant or agent, it is also proved that such servant or agent was acting within the scope of its employment.

6. The limits prescribed in Article 21 and in this Article shall not prevent the court from awarding, in accordance with its own law, in addition, the whole or part of the court costs and of the other expenses of the litigation incurred by the plaintiff, including interest. The foregoing provision shall not apply if the amount of the damages awarded, excluding court costs and other expenses of the litigation, does not exceed the sum which the carrier has offered in writing to the plaintiff within a period of six months from the date of the occurrence causing the damage, or before the commencement of the action, if that is later.

Article 23 – Conversion of monetary units

1. The sums mentioned in terms of Special Drawing Right in this Convention shall be deemed to refer to the Special Drawing Right as defined by the International Monetary Fund. Conversion of the sums into national currencies shall, in case of judicial proceedings, be made according to the value of such currencies in terms of the Special Drawing Right at the date of the judgement. The value of a national currency, in terms of the Special Drawing Right, of a State Party which is a Member of the International Monetary Fund, shall be calculated in accordance with the method of valuation applied by the International Monetary Fund, in effect at the date of the judgement, for its operations and transactions. The value of a national currency, in terms of the Special Drawing Right, of a State Party which is not a

Member of the International Monetary Fund, shall be calculated in a manner determined by that State.

2. Nevertheless, those States which are not Members of the International Monetary Fund and whose law does not permit the application of the provisions of paragraph 1 of this Article may, at the time of ratification or accession or at any time thereafter, declare that the limit of liability of the carrier prescribed in Article 21 is fixed at a sum of 1,500,000 monetary units per passenger in judicial proceedings in their territories; 62,500 monetary units per passenger with respect to paragraph 1 of Article 22; 15,000 monetary units per passenger with respect to paragraph 2 of Article 22; and 250 monetary units per kilogram with respect to paragraph 3 of Article 22. This monetary unit corresponds to sixty-five and a half milligrams of gold of millesimal fineness nine hundred. These sums may be converted into the national currency concerned in round figures. The conversion of these sums into national currency shall be made according to the law of the State concerned.

3. The calculation mentioned in the last sentence of paragraph I of this Article and the conversion method mentioned in paragraph 2 of this Article shall be made in such manner as to express in the national currency of the State Party as far as possible the same real value for the amounts in Article 21 and 22 as would result from the application of the first three sentences of paragraph 1 of this Article. States Parties

shall communicate to the depositary the manner of calculation pursuant to paragraph 1 of this Article, or the result of the conversion in paragraph 2 of this Article as the case may be, when depositing an instrument of ratification, acceptance, approval of or accession to this Convention and whenever there is a change in either.

Article 24 – Review of limits

1. Without prejudice to the provisions of Article 25 of this Convention and subject to paragraph 2 below, the limits of liability prescribed in Articles 21, 22 and 23 shall be reviewed by the Depositary at five-year intervals, the first such review to take place at the end of the fifth year following the date of entry into force of this Convention, or if the Convention does not enter into force within five years of the date it is first open for signature, within the first year of its entry into force, by reference to an inflation factor which corresponds to the accumulated rate of inflation since the previous revision or in the first instance since the date of entry into force of the Convention. The measure of the rate of inflation to be used in determining the inflation factor shall be the weighted average of the annual rates of increase or decrease in the Consumer Price Indices of the States whose currencies comprise the Special Drawing Right mentioned in paragraph 1 of Article 23.

2. If the review referred to in the preceding paragraph concludes that the inflation factor has exceeded 10 percent, the Depositary shall notify States Parties of a revision of the limits of liability. Any such

revision shall become effective six months after its notification to the States Parties. If within three months after its notification to the States Parties a majority of the States Parties register their disapproval, the revision shall not become effective and the Depositary shall refer the matter to a meeting of the States Parties. The Depositary shall immediately notify all States Parties of the coming into force of any revision.

3. Notwithstanding paragraph 1 of this Article, the procedure referred to in paragraph 2 of this Article shall be applied at any time provided that one-third of the States Parties express a desire to that effect and upon condition that the inflation factor referred to in paragraph 1 has exceeded 30 percent since the previous revision or since the date of entry into force of this Convention if there has been no previous revision. Subsequent reviews using the procedure described in paragraph 1 of this Article will take place at five-year intervals starting at the end of the fifth year following the date of the reviews under the present paragraph.

Article 25 – Stipulation on limits

A carrier may stipulate that the contract of carriage shall be subject to higher limits of liability than those provided for in this Convention or to no limits of liability whatsoever.

Article 26 – Invalidity of contractual provisions

Any provision tending to relieve the carrier of liability or to fix a lower limit than that which is laid down in this Convention shall be null and void, but the nullity of any such provision does not involve the nullity of the whole contract, which shall remain subject to the provisions of this Convention.

Article 27 – Freedom to contract

Nothing contained in this Convention shall prevent the carrier from refusing to enter into any contract of carriage, from waiving any defences available under the Convention, or from laying down conditions which do not conflict with the provisions of this Convention.

Article 28 – Advance payments

In the case of aircraft accidents resulting in death or injury of passengers, the carrier shall, if required by its national law, make advance payments without delay to a natural person or persons who are entitled to claim compensation in order to meet the immediate economic needs of such persons. Such advance payments shall not constitute a recognition of liability and may be offset against any amounts subsequently paid as damages by the carrier.

Article 29 – Basis of claims

In the carriage of passengers, baggage and cargo, any action for

damages, however founded, whether under this Convention or in contract or in tort or otherwise, can only be brought subject to the conditions and such limits of liability as are set out in this Convention without prejudice to the question as to who are the persons who have the right to bring suit and what are their respective rights. In any such action, punitive, exemplary or any other non-compensatory damages shall not be recoverable.

Article 30 – Servants, agents – aggregation of claims

1. If an action is brought against a servant or agent of the carrier arising out of damage to which the Convention relates, such servant or agent, if they prove that they acted within the scope of their employment, shall be entitled to avail themselves of the conditions and limits of liability which the carrier itself is entitled to invoke under this Convention.

2. The aggregate of the amounts recoverable from the carrier, its servants and agents, in that case, shall not exceed the said limits.

3. Save in respect of the carriage of cargo, the provisions of paragraphs 1 and 2 of this Article shall not apply if it is proved that the damage resulted from an act or omission of the servant or agent done with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result.

Article 31 – Timely notice of complaints

1. Receipt by the person entitled to delivery of checked baggage or cargo without complaint is prima facie evidence that the same has been delivered in good condition and in accordance with the document of carriage or with the record preserved by the other means referred to in paragraph 2 of Article 3 and paragraph 2 of Article 4.

2. In the case of damage, the person entitled to delivery must complain to the carrier forthwith after the discovery of the damage, and, at the latest, within seven days from the date of receipt in the case of checked baggage and fourteen days from the date of receipt in the case of cargo. In the case of delay, the complaint must be made at the latest within twenty-one days from the date on which the baggage or cargo have been placed at his or her disposal.

3. Every complaint must be made in writing and given or dispatched within the times aforesaid.

4. If no complaint is made within the times aforesaid, no action shall lie against the carrier, save in the case of fraud on its part.

Article 32 – Death of person liable

In the case of the death of the person liable, an action for damages lies in accordance with the terms of this Convention against those legally representing his or her estate.

Article 33 – Jurisdiction

1. An action for damages must be brought, at the option of the plaintiff, in the territory of one of the States Parties, either before the court of the domicile of the carrier or of its principal place of business, or where it has a place of business through which the contract has been made or before the court at the place of destination.

2. In respect of damage resulting from the death or injury of a passenger, an action may be brought before one of the courts mentioned in paragraph 1 of this Article, or in the territory of a State Party in which at the time of the accident the passenger has his or her principal and permanent residence and to or from which the carrier operates services for the carriage of passengers by air, either on its own aircraft or on another carrier's aircraft pursuant to a commercial agreement, and in which that carrier conducts its business of carriage of passengers by air from premises leased or owned by the carrier itself or by another carrier with which it has a commercial agreement.

3. For the purposes of paragraph 2,

(a) “commercial agreement” means an agreement, other than an agency agreement, made between carriers and relating to the provision of their joint services for carriage of passengers by air;

(b) “principal and permanent residence” means the one fixed and permanent abode of the passenger at the time of the accident. The nationality of the passenger shall not be the determining factor in this

regard.

4. Questions of procedure shall be governed by the law of the court seized of the case.

Article 34 – Arbitration

1. Subject to the provisions of this Article, the parties to the contract of carriage for cargo may stipulate that any dispute relating to the liability of the carrier under this Convention shall be settled by arbitration. Such agreement shall be in writing.

2. The arbitration proceedings shall, at the option of the claimant, take place within one of the jurisdictions referred to in Article 33.

3. The arbitrator or arbitration tribunal shall apply the provisions of this Convention.

4. The provisions of paragraphs 2 and 3 of this Article shall be deemed to be part of every arbitration clause or agreement, and any term of such clause or agreement which is inconsistent therewith shall be null and void.

Article 35 – Limitation of actions

1. The right to damages shall be extinguished if an action is not brought within a period of two years, reckoned from the date of arrival at the destination, or from the date on which the aircraft ought to have arrived, or from the date on which the carriage stopped.

2. The method of calculating that period shall be determined by the law of the court seized of the case.

Article 36 – Successive carriage

1. In the case of carriage to be performed by various successive carriers and falling within the definition set out in paragraph 3 of Article 1, each carrier which accepts passengers, baggage or cargo is subject to the rules set out in this Convention and is deemed to be one of the parties to the contract of carriage in so far as the contract deals with that part of the carriage which is performed under its supervision.

2. In the case of carriage of this nature, the passenger or any person entitled to compensation in respect of him or her can take action only against the carrier which performed the carriage during which the accident or the delay occurred, save in the case where, by express agreement, the first carrier has assumed liability for the whole journey.

3. As regards baggage or cargo, the passenger or consignor will have a right of action against the first carrier, and the passenger or consignee who is entitled to delivery will have a right of action against the last carrier, and further, each may take action against the carrier which performed the carriage during which the destruction, loss, damage or delay took place. These carriers will be jointly and severally liable to the passenger or to the consignor or consignee.

Article 37 – Right of recourse against third parties

Nothing in this Convention shall prejudice the question whether a person liable for damage in accordance with its provisions has a right of recourse against any other person.

IV – COMBINED CARRIAGE

Article 38 – Combined carriage

1. In the case of combined carriage performed partly by air and partly by any other mode of carriage, the provisions of this Convention shall, subject to paragraph 4 of Article 18, apply only to the carriage by air, provided that the carriage by air falls within the terms of Article 1.

2. Nothing in this Convention shall prevent the parties in the case of combined carriage from inserting in the document of air carriage conditions relating to other modes of carriage, provided that the provisions of this Convention are observed as regards the carriage by air.

V – CARRIAGE BY AIR PERFORMED BY A PERSON OTHER THAN THE CONTRACTING CARRIER

Article 39 – Contracting carrier – actual carrier

The Provisions of this Chapter apply when a person (hereinafter referred to as “the contracting carrier”) as a principal makes a contract of carriage governed by this Convention with a passenger or consignor or with a person acting on behalf of the passenger or consignor, and

another person (hereinafter referred to as “the actual carrier”) performs, by virtue of authority from the contracting carrier, the whole or part of the carriage, but is not with respect to such part a successive carrier within the meaning of this Convention. Such authority shall be presumed in the absence of proof to the contrary.

Article 40 – Respective liability of contracting and actual carriers

If an actual carrier performs the whole or part of carriage which, according to the contract referred to in Article 39, is governed by this Convention, both the contracting carrier and the actual carrier shall, except as otherwise provided in this Chapter, be subject to the rules of this Convention, the former for the whole of the carriage contemplated in the contract, the latter solely for the carriage which it performs.

Article 41 – Mutual liability

1. The acts and omissions of the actual carrier and of its servants and agents acting within the scope of their employment shall, in relation to the carriage performed by the actual carrier, be deemed to be also those of the contracting carrier.

2. The acts and omissions of the contracting carrier and of its servants and agents acting within the scope of their employment shall, in relation to the carriage performed by the actual carrier, be deemed to be also those of the actual carrier. Nevertheless, no such act or omission shall subject the actual carrier to liability exceeding the

amounts referred to in Article 21, 22, 23 and 24. Any special agreement under which the contracting carrier assumes obligations not imposed by this Convention or any waiver of rights or defences conferred by this Convention or any special declaration of interest in delivery at destination contemplated in Article 22 shall not affect the actual carrier unless agreed to by it.

Article 42 – Addressee of complaints and instructions

Any complaint to be made or instruction to be given under this Convention to the carrier shall have the same effect whether addressed to the contracting carrier or to the actual carrier. Nevertheless, instructions referred to in Article 12 shall only be effective if addressed to the contracting carrier.

Article 43 – Servants and agents

In relation to the carriage performed by the actual carrier, any servant or agent of that carrier or of the contracting carrier shall, if they prove that they acted within the scope of their employment, be entitled to avail themselves of the conditions and limits of liability which are applicable under this Convention to the carrier whose servant or agent they are, unless it is proved that they acted in a manner that prevents the limits of liability from being invoked in accordance with this Convention.

Article 44 – Aggregation of damages

In relation to the carriage performed by the actual carrier, the aggregate of the amounts recoverable from that carrier and the contracting carrier, and from their servants and agents acting within the scope of their employment, shall not exceed the highest amount which could be awarded against either the contracting carrier or the actual carrier under this Convention, but none of the persons mentioned shall be liable for a sum in excess of the limit applicable to that person.

Article 45 – addressee of claims

In relation to the carriage performed by the actual carrier, an action for damages may be brought, at the option of the plaintiff, against that carrier or the contracting carrier, or against both together or separately. If the action is brought against only one of those carriers, that carrier shall have the right to require the other carrier to be joined in the proceedings, the procedure and effects being governed by the law of the court seized of the case.

Article 46 – Additional jurisdiction

Any action for damages contemplated in Article 45 must be brought, at the option of the plaintiff, in the territory of one of the States Parties, either before a court in which an action may be brought against the contracting carrier, as provide in Article 33, or before the court having jurisdiction at the place where the actual carrier has its

domicile or its principal place of business.

Article 47 – Invalidity of contractual provisions

Any contractual provision tending to relieve the contracting carrier or the actual carrier of liability under this Chapter or to fix a lower limit than that which is applicable according to this Chapter shall be null and void, but the nullity of any such provision does not involve the nullity of the whole contract, which shall remain subject to the provisions of this Chapter.

Article 48 – Mutual relations of contracting and actual carriers

Except as provided in Article 45, nothing in this Chapter shall affect the rights and obligations of the carriers between themselves, including any right of recourse or indemnification.

VI – OTHER PROVISIONS

Article 49 – Mandatory application

Any clause contained in the contract of carriage and all special agreements entered into before the damage occurred by which the parties purport to infringe the rules laid down by this Convention, whether by deciding the law to be applied, or by altering the rules as to jurisdiction, shall be null and void.

Article 50 – Insurance

States Parties shall require their carriers to maintain adequate insurance covering their liability under this Convention. A carrier may

be required by the State Party into which it operates to furnish evidence that it maintains adequate insurance covering its liability under this Convention.

Article 51 – Carriage performed in extraordinary circumstances

The provisions of Articles 3 to 5, 7 and 8 relating to the documentation of carriage shall not apply in the case of carriage performed in extraordinary circumstances outside the normal scope of a carrier's business.

Article 52 – Definition of days

The expression “days” when used in this Convention means calendar days, not working days.

VII – FINAL CLAUSES

Article 53 – Signature, ratification and entry into force

1. This Convention shall be open for signature in Montreal on 28 May 1999 by States participating in the International Conference on Air Law held at Montreal from 10 to 28 May 1999. After 28 May 1999, the Convention shall be open to all States for signature at the headquarters of the International Civil Aviation Organization in Montreal until it enters into force in accordance with paragraph 6 of this Article.

2. This Convention shall similarly be open for signature by Regional Economic Integration Organizations. For the purpose of this

Convention, a “Regional Economic Integration Organization” means any organization which is constituted by sovereign States of a given region which has competence in respect of certain matters governed by this Convention and has been duly authorized to sign and to ratify, accept, approve or accede to this Convention. A reference to a “State Party” or “States Parties” in this Convention, otherwise than in paragraph 2 of Article 1, paragraph 1(b) of Article 3, paragraph (b) of Article 5, Article 23, 33, 46 and paragraph (b) of Article 57, applies equally to a Regional Economic Integration Organization. For the purpose of Article 24, the references to “a majority of the States Parties” and “one-third of the States Parties” shall not apply to a Regional Economic Integration Organization.

3. This Convention Shall be subject to ratification by States and by Regional Economic Integration Organizations which have signed it.

4. Any State or Regional Economic Integration Organization which does not sign this Convention may accept, approve or accede to it at any time.

5. Instruments of ratification, acceptance, approval or accession shall be deposited with the International Civil Aviation Organization, which is hereby designated the Depositary.

6. This Convention shall enter into force on the sixtieth day following the date of deposit of the thirtieth instrument of ratification,

acceptance, approval or accession with the Depositary between the States which have deposited such instrument. An instrument deposited by a Regional Economic Integration Organizations shall not be counted for the purpose of this paragraph.

7. For other States and for other Regional Economic Integration Organizations, this Convention shall take effect sixty days following the date of deposit of the instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

8. The Depositary shall promptly notify all signatories and States Parties of:

(a) each signature of this Convention and date thereof;

(b) each deposit of an instrument of ratification, acceptance, approval or accession and date thereof;

(c) the date of entry into force of this Convention;

(d) the date of the coming into force of any revision of the limits of liability established under this Convention;

(e) any denunciation under Article 54.

Article 54 – Denunciation

1. Any State Party may denounce this Convention by written notification to the Depositary.

2. Denunciation shall take effect one hundred and eighty days following the date on which notification is received by the Depositary.

Article 55 – Relationship with other Warsaw Convention instruments

This Convention shall prevail over any rules which apply to international carriage by air:

1. between States Parties to this Convention by virtue of those States Commonly being Party to

(a) the Convention for the Unification of Certain Rules relating to International Carriage by Air signed at Warsaw on 12 October 1929 (hereinafter called the Warsaw Convention);

(b) the Protocol to amend the Convention for the Unification of Certain Rules relating to International Carriage by Air signed at Warsaw on 12 October 1929, done at The Hague on 28 September 1955 (hereinafter called The Hague Protocol);

(c) the Convention, supplementary to the Warsaw Convention, for the Unification of Certain Rules relating to International Carriage by Air Performed by a Person other than the Contracting Carrier, signed at Guadalajara on 18 September 1961 (hereinafter called the Guadalajara Convention);

(d) the Protocol to amend the Convention for the Unification of Certain Rules relating to International Carriage by Air signed at Warsaw on 12 October 1929 as amended by the protocol done at The Hague on 28 September 1955, signed at Guatemala City on 8 March 1971 (hereinafter called the Guatemala City Protocol);

(e) Additional Protocol Nos. 1 to 3 and Montreal Protocol No. 4 to amend the Warsaw Convention as amended by The Hague Protocol or

the Warsaw Convention as amended by both The Hague Protocol and the Guatemala City Protocol, signed at Montreal on 25 September 1975 (hereinafter called the Montreal Protocols); or

2. within the territory of any single State Party to this Convention by virtue of that State being Party to one or more of the instruments referred to in sub-paragraphs (a) to (e) above.

Article 56 – States with more than one system of law

1. If a State has two or more territorial units in which different systems of law are applicable in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that this Convention shall extend to all its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.

2. Any such declaration shall be notified to the Depositary and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.

3. In relation to a State Party which has made such a declaration:

(a) references in Article 23 to “national currency” shall be construed as referring to the currency of the relevant territorial unit of that State; and

(b) the reference in Article 28 to “national law” shall be construed as referring to the law of the relevant territorial unit of that State.

Article 57 – Reservations

No reservation may be made to this Convention except that a State Party may at any time declare by a notification addressed to the Depositary that this Convention shall not apply to:

(a) international carriage by air performed and operated directly by that State Party for non-commercial purposes in respect to its functions and duties as a sovereign State; and/or

(b) the carriage of persons, cargo and baggage for its military authorities on aircraft registered in or leased by that State Party, the whole capacity of which has been reserved by or on behalf of such authorities.

IN WITNESS WHEREOF the undersigned Plenipotentiaries, having been duly authorized, have signed this Convention.

DONE at Montreal on the 28th day of May of the year one thousand nine hundred and ninety-nine in the English, Arabic, Chinese, French, Russian and Spanish languages, all texts being equally authentic. This Convention shall remain deposited in the archives of the International Civil Aviation Organization, and certified copies thereof shall be transmitted by the Depositary to all States Parties to this Convention, as well as to all States Parties to the Warsaw Convention, The Hague Protocol, the Guadalajara Convention, the Guatemala City Protocol and the Montreal Protocols.

Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Threat or Use of Nuclear Weapons: A Critical Study

Masoud Alborzi Verki

Persian text, pp. 5 - 87

Abstract

Although there is in neither conventional nor customary international law any comprehensive or universal prohibition of the use of nuclear weapons, it was absolutely possible for the Court to conclude, in the light of the documentary evidence and factual data placed before it, that recourse to these weapons would be illegal, in all circumstances. The article tries to examine critically the World Court's refusal or its inability to come to such a conclusion.

Apart from some shortcomings and criticisms attached to the Court's views, in the advisory opinion, it appears that the most cardinal factor in its abeyance originates from the role and place which it gives to the principles and requirements of international humanitarian law. While there is no doubt that these principles and rules must be respected in all circumstances, the Court cannot exclude the possibility that certain uses of nuclear weapons may, in very limited and exceptional situations, be lawful even if they are contrary to the principles and requirements of international humanitarian law. Proving the invalidity of this view, according to the contemporary international law, constitutes one of the main concerns of the present study.

"A Review of Aliens Status in International Law: With Emphasis on International Documents of Human Rights"

Ahmad Ali Ghasemi Shoob

Persian text, pp. 119 - 169

Abstract

The acceptance of minimum rights for aliens in the states practice as well as in international documents about human rights, is indebted to the developments occurred in international relations in recent centuries. It is also affected by relations between individuals and foreign states.

The most important rights for residing state include: admission of aliens, expulsion of aliens and also extradition of criminals, implemented by each state according to its national interests and within the framework of international law.

That state is bound to protect and support the aliens and where an alien is injured or damaged due to an act or forbearance by administrative, judicial and law-making organs contrary to international law, the responsibility is upon the residing state.

In recourse to international documents about human rights and states practice, different rights can be drawn for aliens, including: right of living, personal freedom and security, right of pleading for justice in due courts, avoidance of any torture or humiliating behaviors, right of marriage and protection of the family, rights of ownership and education.

In case of violation of aliens' rights by the residing state, diplomatic protection is taken into account.

Foreign citizens, in turn, must observe rules and regulations of the residing state; otherwise, they may be punished according to the crimes they have committed.

Enjoyment of basic rights and freedoms by aliens requires codification and approval of a general international treaty related to their rights and duties that assures more effective application of it in the international community.

Remedies For the Enforcement of the International Arbitral Awards

Morteza Zahraie

Persian text, pp. 201 - 258

Abstract

The fact that no state may benefit from its wrongful act, be it either commission or omission, is a well established principle of international law which originates from the fundamental principle of good faith.

When states conclude a dispute settlement agreement and accept to refer a dispute to an international arbitration or judicial proceedings under bilateral or multilateral treaties, they are obliged to observe the outcome of the arbitration; otherwise, their international responsibility will be established. General rules of responsibility of states for the breach of international obligations shall be applied,

should no specific rule has been stipulated between the parties. In the absence of such *lex specialis*, the international law prescribes new obligations especially for remedies for the breach of obligations by the state at fault.

Non - compliance with the international arbitral or judicial awards by the states, is a good example of such wrongful act remediable under international law.

By virtue of priority of the states, international obligations to their domestic laws from one side and their obligation orginating from international commitment on the other side, states may not rely on domestic law excuses as a ground for non-enforcement of international arbitral awards. The state which is in breach of its obligation to comply with an international judgments or international arbitral awards, is obliged to end its violation, mitigate the damages and finally to compensate the damages incurred by its wrongful acts. Compensation of the damages originated from non-compliance of arbitral awards may be effected through the following restitutions, taking into account, however, the possibility and proportionality, of each mechanism, i.e., financial compensation, obtaining injured state's consent, proclaimation of the relevant wrongful act by the arbitral tribunal or international juridical court. However, compensation of damages incurred to a private person is usually met through the assessment of the actual damages and the loss of prospective profits incurred.

In practice, the sum of payable compensation is usually made by mutual agreement of the parties, and sometimes based on an award on agreed terms issued by the relevant judicial body or arbitral tribunal on the basis of the parties request.