

مجله حقوقی

نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران

فهرست مطالب

- ♦ مبارزه با پول‌شویی در بانکها و مؤسسات مالی
نگاهی به قانون ضد تروریسم ایالات متحده امریکا ۵
دکتر فرهاد خمایی‌زاده
- ♦ قانون حاکم بر نسل جدید قراردادهای نفتی:
چرخش در روند داوری ۲۹
ترجمه دکتر محسن محبی
- ♦ روشهای حل و فصل بین‌المللی اختلافات در حقوق مالکیت معنوی ۱۱۱
دکتر ضرغام غریبی
- ♦ قوانین اساسی کشورها و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی ۱۴۹
ترجمه دکتر مرتضی کلانتریان
- ♦ جنایت سازمان‌یافته فراملی در کنوانسیون پالرمو و آثار آن ۱۶۹
دکتر صادق سلیمی
- ♦ قانون پول‌شویی و تأمین منابع مالی تروریسم:
واکنشهای پس از ۱۱ سپتامبر ۲۱۳
ترجمه محمدجواد میرفخرایی
- ♦ قانون اساسی اتحادیه اروپایی ۲۵۷
دکتر عباسعلی کدخدایی
- ♦ فسخ جزئی یا تجزیه قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰-وین)
و حقوق ایران ۲۸۵
دکتر اکبر میرزائزاد جویباری
- ♦ مبارزه علیه تروریسم و حقوق بین‌الملل: خطرات و فرصتها ۳۳۱
ترجمه حسن سواری
- ♦ عهدنامه مالکیت ادبی و هنری (کپی رایت)
سازمان جهانی مالکیت معنوی "WIPO" (ژنو، ۲۰ دسامبر ۱۹۹۶) ۳۸۳
خلاصه مقالات به زبان انگلیسی

۲۹

پاییز

۱۳۸۲

مبارزه با پول‌شویی در بانکها و مؤسسات مالی نگاهی به قانون ضد تروریسم ایالات متحده امریکا*

دکتر فرهاد خمایی‌زاده**

چکیده

پول‌شویی جرمی است غیرمشهود که مرز نمی‌شناسد. فن‌آوری جدید، راه‌های نوینی را برای مخفی کردن منشأ وجوه حاصله از اعمال مجرمانه ایجاد نموده است. وجود ماشین‌های خودپرداز، ردگیری پول‌های نامشروع را، اگر نگوییم غیرممکن، بسیار مشکل نموده است. بنابراین لازم است اقداماتی هماهنگ در سراسر جهان علیه پول‌شویی با کنترل و نظارت بر بانکها و مؤسسات مالی صورت پذیرد. این احساس نیاز متعاقب وقایع ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ در ایالات متحده امریکا با وضع قانون مبارزه با تروریسم در این کشور شدت یافت. قانون مذکور از جمله حاوی مقرراتی برای مبارزه با پول‌شویی است.

*. USA PATRIOT ACT (USAPA)

عنوان کامل این قانون عبارت است از:

Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism.

** استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

مقدمه

پولشویی روشی است که بزهکاران و اشخاص درگیر در معاملات غیرقانونی با توسل به آن، منشأ غیرقانونی پولهایشان را مخفی می‌نمایند. مثلاً در معاملات مواد مخدر که معمولاً فروشنده پول نقد دریافت می‌کند، حمل و نگهداری مبالغ مذکور که اغلب گزاف نیز هست، بسیار پردردسر است و خرج آن نیز ممکن است توجه مأموران دولت و یا سایر تبهکاران را به خود جلب نماید لذا فروشنده مواد مخدر مایل است در اسرع وقت و بدون جلب نظر، مبالغ حاصل از عمل مجرمانه خود را منتقل کند یا به طریقی تغییر شکل دهد که ظاهری قانونی و مشروع یابد تا بتواند بدون فاش شدن منبع نامشروع پول، از آن استفاده نماید.^۱ این امر معمولاً و به کرات از طریق بانکها و مؤسسات مالی که عموماً توجه چندانی به منشأ پولهای موضوع عملیات بانکی یا هویت واقعی مالک آن ندارند صورت می‌گیرد، به علاوه ایجاد ابزارهای مالی بین‌المللی از جمله دستگاههای خودپرداز همواره عامل مهمی در انتقال پولهای نامشروع و رشد پدیده پولشویی بوده است. آثار زیانبار پولشویی از جمله اختلال در برنامه‌ریزی‌های کلان اقتصادی، اختلال در سیاستهای پولی و مالی، درگیر شدن سازمانهای مالی در انجام فعالیتهای مجرمانه، موجب شده تا در سطح داخلی و بین‌المللی اقداماتی برای مبارزه با پولشویی صورت گیرد. روند این مبارزه متعاقب واقعه ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱^۲ در ایالات متحده امریکا تشدید شده است. این کشور با تصویب قانون ضد تروریسم مقررات

۱. برای تعریف پولشویی رک. میرمحمد صادقی، دکتر حسین، «حقوق جزای بین‌الملل»، (مجموعه مقالات)، نشر میزان، ص ۳۳۳: «منظور از تطهیر مال، مخفی کردن منبع اصلی اموال ناشی از جرم و تبدیل آنها به اموال پاک است، به طوری که یافتن منبع اصلی مال غیرممکن یا بسیار دشوار گردد».

۲. برای مطالعه آثار این واقعه رک. عبداللهی، محسن، «پیامدهای حوادث ۱۱ سپتامبر بر مبارزه با تروریسم»، مجله اطلاع‌رسانی حقوقی، ماهنامه معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، شماره اول، آبان ۱۳۸۱.

شدیدی برای مبارزه با تروریسم^۳ از جمله در رابطه با بانکها و مؤسسات مالی که ممکن است جهت عملیات تروریستی مورد سوء استفاده قرار گیرند، پیش‌بینی کرده است.

در این مقاله ابتدا به بررسی کلی روند مبارزه با پول‌شویی در جهان و در رابطه با بانکها و مؤسسات مالی و سپس به مطالعه مقررات خاص قانون ضدتروریسم امریکا در مورد پول‌شویی در مؤسسات مالی و بانکها خواهیم پرداخت.

۱- مروری بر روند مبارزه با پول‌شویی در قوانین کشورها

انتقال و یا تغییر شکل وجوه حاصله از جرایم برای امکان استفاده از آن بدون جلب نظر دیگران سابقه‌ای طولانی دارد. البته مدتها پول‌شویی و مبارزه با آن بیشتر در رابطه با عواید ناشی از قاچاق مواد مخدر بود ولی رفته رفته مشخص گردید که این پدیده در مورد سایر جرایم از جمله تروریسم هم متداول است. به علاوه محرز شده که سایر مجرمان نیز در بسیاری موارد با استفاده از خدمات و تسهیلات بانکها و مؤسسات مالی عواید حاصله از اعمال مجرمانه خود را تطهیر می‌نمایند. لذا سعی شده چه در سطح داخلی و چه در سطح بین‌الملل اقداماتی برای جلوگیری از گسترش این پدیده مخرب انجام شود. از جمله مهمترین این اقدامات ایجاد الزامات و محدودیتها و اتخاذ تدابیر نظارتی در عملیات بانکی و مالی است که مسلماً همکاری مطلوب و صمیمانه بانکها و مؤسسات مالی را می‌طلبد. یکی از موانع و مشکلات عمده در استفاده از همکاری بانکها و مؤسسات مالی وجود قاعده حفظ اسرار بانکی (Banking Secrecy) است. با توجه به این

۳. در رابطه با تعریف تروریسم و مشکل ارائه تعریف مشترکی از آن رک. میرمحمد صادقی، دکتر حسین، «ملاحظات در باب تروریسم»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۴-۳۳، ص ۱۹۹.

واقعیت که التزام بانکها به رعایت حفظ اسرار مشتریان، همواره یکی از مهمترین ابزارهای جذب مشتری بوده است، لذا می‌بایستی تدبیری اندیشید تا هر دو ضرورت، یعنی مبارزه با پول‌شویی و حفظ اسرار بانکی، به موازات هم رعایت شوند.

الف - مبارزه با پول‌شویی در سطح داخلی

بسیاری از کشورها پول‌شویی را به عنوان پدیده‌ای مجرمانه تلقی کرده‌اند و برای مرتکبان آن مجازات تعیین نموده‌اند. البته اندازه توجه کشورها به این مسأله یکسان نبوده و بستگی به گسترش پول‌شویی، میزان تأثیر آن و امکانات هر کشور داشته است.

مثلاً در انگلستان که دیرزمانی است پول‌شویی در آن ظهور یافته و بانکها و مؤسسات مالی به کرات مورد سوء استفاده بزهکاران برای پنهان کردن منشأ پول‌های نامشروع قرار گرفته‌اند، پارلمان این کشور قوانینی را برای مبارزه با این پدیده وضع نموده است: قانون ۱۹۶۸ در رابطه با اموال مسروقه (عواید حاصله از سرقت و شخص معامله‌کننده اموال مسروقه)،^۴ قانون ۱۹۸۶ جرایم قاچاق مواد مخدر^۵ (که از جمله کمک به نگهداری و کنترل عایدات ناشی از قاچاق مواد مخدر، به کار بردن عایدات مذکور برای تأمین مالی همان قاچاقچی یا سرمایه‌گذاری برای وی از طریق خرید املاک را جرم تلقی نموده است)، قانون ۱۹۸۹ در جهت مبارزه با تروریسم (که به موجب آن از جمله اگر شخصی به هر نحو موجبات نگهداری یا هدایت و کنترل وجوه متعلق به تروریستها را به طریق اختفاء، خارج ساختن از حوزه قضایی، انتقال به افراد مشخص یا ... فراهم سازد

۴. برای مطالعه بیشتر رک. روان باسوورث (دیویس)، سالت مارس (گراهام)، پول‌شویی، ترجمه نصراله امیربشیری، تهران، معاونت آموزشی ناجا، ۱۳۷۶، ص ۱۳۱ به بعد.

5. Drug Trafficking Offense Act.

مجرم شناخته می‌شود)،^۶ و بالاخره قانون عدالت جزایی و قانون پول‌شویی ۱۹۹۳ (اصلاحی ۲۰۰۱) از جمله قوانین مختلفی است که در انگلستان وجود دارد و برای مبارزه با پول‌شویی مقررات مشخصی را وضع نموده است. به موجب قانون اخیر حتی اطلاع ندادن به مقامات دولتی از وقوع پول‌شویی و یا افشای این که تحقیقاتی برای کشف پول‌شویی در جریان است به نحوی که تأثیر منفی در تحقیقات داشته باشد، جرم است.^۷

در چین به موجب مقررات لازم‌الاجرا از اول مارس ۲۰۰۳، برای مؤسسات مالی و بانکی از جهت اطلاع‌رسانی و تبادل اطلاعات در رابطه با فعالیت‌های پول‌شویی الزاماتی مقرر گردیده است. به علاوه این مؤسسات ملزم به کنترل دقیق هویت اشخاص متقاضی گشایش حساب‌های پس‌انداز یا دخیل در عملیات بانکی گردیده‌اند. علت این اقدامات را می‌توان خروج حدود ۱۵۰ میلیارد دلار به روش‌های غیرقانونی از سال ۱۹۸۷ تاکنون دانست.^۸ در این کشور عواید قاچاق مواد مخدر یا درآمدهای حاصله از سایر اعمال مجرمانه و اموال مورد استفاده برای انجام اعمال مجرمانه مصادره می‌شوند.

ژاپن نیز به موجب قوانین وضع شده در ۱۹۹۲ تحصیل یا مصرف سرمایه‌های غیرقانونی حاصله از جرایم مربوط به قاچاق مواد مخدر را ممنوع اعلام کرده و ترتیبات خاصی را در این رابطه برای مؤسسات مالی و بانکی مقرر نموده و به علاوه توصیه‌های گروه مسئول «اجرای اقدامات مالی»^۹ به صورت بخشنامه به مؤسسات مذکور ابلاغ شده

۶. همان منبع.

۷. همان منبع، ضمیمه الف. همچنین رک. مجبی، دکتر محسن، گزارش تحلیلی در زمینه پول‌شویی، مورخ ۱۳۸۱/۴/۲۷ به وزارت بازرگانی (نسخه‌ای از این گزارش در بخش تحقیقات دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی موجود است).

۸. رجوع شود به روزنامه همشهری، شماره ۲۹۹۰، ۷ اسفند ۱۳۸۱.

۹. Financial Action Task Force (FATF)

است.^{۱۰}

در سوئیس که شدیداً بر حفظ اسرار بانکی تأکید دارد مبارزه با پول‌شویی چندان مورد توجه واقع نشده زیرا انجام معاملات بانکی همواره سود هنگفتی برای مؤسسات مالی و بانکی این کشور به همراه آورده است. به عبارت دیگر، مؤسسات مذکور بیشتر به جلب سرمایه‌گذاری و جمع‌آوری وجوه توجه دارند تا به منشأ وجوه مورد معامله یا واریز شده به حسابها. مع‌ذلک کمیسیون بانکداری دولت مرکزی سوئیس صریحاً بانکها را از پذیرش وجوه ناشی از اعمال مجرمانه و غیرقانونی منع نموده و مسؤولان و کارکنان متخلف را قابل پیگرد قانونی دانسته، البته بی‌اطلاعی مسؤولان از غیرقانونی بودن منشأ پولها موجب رفع مسؤولیت آنهاست.^{۱۱}

در استرالیا مقررات خاصی وجود دارد، که به موجب آنها درآمدهای حاصل از عملیات بزه‌کارانه، مصادره می‌شود. به موجب سیستم متخذه در این کشور بسیاری از مؤسسات تجاری و افراد دخیل در معاملات نقدی بیش از حد مشخص، باید انتقال وجوه مذکور و به طور کلی هر نوع نقل و انتقال مشکوک پول نقد را گزارش کنند.^{۱۲}

در ایران نیز اقداماتی برای جلوگیری از سوء استفاده مجرمان از بانکها و مؤسسات مالی برای استفاده از پول حاصل از اعمال مجرمانه در

این گروه متشکل از ۲۹ عضو می‌باشد: بلژیک، آلمان، ایتالیا، هلند، ایسلند، قبرس، دانمارک، سوئیس، سوئد، اسپانیا، پرتغال، سوئد، انگلستان، اتریش، ژاپن، کانادا، کمیسیون جوامع اروپا، فنلاند، فرانسه، یونان، کشورهای شورای همکاری خلیج فارس، هنگ کنگ، ایرلند، ایتالیا، لوکزامبورگ، نیوزیلند، سنگاپور، ترکیه و امریکا.

۱۰. مجبی، دکتر محسن، همان منبع.

۱۱. قابل ذکر است به موجب موافقتنامه امضا شده بین سوئیس و امریکا، هر دو کشور در زمینه معاملات متضمن پول‌شویی تبادل اطلاعات می‌نمایند و بدین ترتیب حسابهای سری بانکهای سوئیس موسوم به حسابهای B لغو شده است. رک. مجبی، دکتر محسن، همان منبع.

۱۲. رک. روان باسوورث (دیویس)، سالت مارس (گراهام)، همان منبع، ص ۲۲۵.

جریان است.^{۱۳} لایحه مبارزه با پول‌شویی نیز در سال ۱۳۸۱ به مجلس تقدیم شده و تحت بررسی است.^{۱۴} به موجب ماده ۱ لایحه مذکور جرم پول‌شویی عبارت است از هرگونه تبدیل یا تغییر یا نقل و انتقال یا پذیرش یا تملک دارایی با منشأ غیرقانونی، به طور عمدی و با علم به آن برای قانونی جلوه دادن دارایی یاد شده. به موجب تبصره ماده ۱ همین لایحه دارایی با منشأ غیرقانونی، وجوه یا اموال یا منافعی است که از طریق فعالیت‌های مجرمانه از قبیل ارتشاء، اختلاس، تبانی در معاملات دولتی، کلاهبرداری، فرار مالیاتی، قاچاق کالا و ارز، فحشا، قمار، قاچاق مواد مخدر، ربا و سرقت کسب شده باشد.^{۱۵} ولی با توجه به طولانی بودن روند تصویب لایحه قانونی پول‌شویی در مجلس از یک طرف، و فوریت اتخاذ تدابیری برای هماهنگی با بانکهای خارجی از طرف دیگر، شورای پول و اعتبار در تاریخ ۱۳۸۱/۲/۱۸، به استناد اختیارات حاصله از قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۲، مقرراتی را برای پیشگیری از پول‌شویی در مؤسسات مالی کشور تصویب کرده است.

به موجب مقررات مذکور انجام هرگونه عملیات بانکی توسط مؤسسات مالی برای اشخاص حقیقی و حقوقی که هویتشان با توجه به ضوابط تعیین شده ناشناخته است، ممنوع می‌باشد.

۱۳. علت عمده تسریع دولت و بانک مرکزی در تهیه لایحه مذکور و پیگیری اقدامات این است که کارشناسان اقتصادی سازمان ملل و بانک جهانی معتقدند ایران دومین کشور مستعد برای شست و شوی پول‌های کثیف است. عده‌ای از آنها سال گذشته (۱۳۸۱) در مورد «چهارراه پول‌شویی» ایران به این نتیجه رسیدند که ضعف قانونی سیستم بانکداری ایران بیشترین امکانات را در اختیار پول‌شویان قرار داده است. رک. مقاله محمد طاهری، چهارراه پول‌شویی، روزنامه همشهری شماره ۲۸۸-۳۰۳۷، مورخ ۱۳۸۲/۲/۱۰.

۱۴. لایحه دولت به شماره ۳۷۱۴۹/۳۲۱۵۶، مورخ ۱۳۸۱/۷/۶.

۱۵. برای بررسی تحلیل انتقادی این لایحه و مقایسه آن با مقررات کنوانسیون پالرمو رک. سلیمی، دکتر صادق، «تطهیر پول در اسناد بین‌المللی و لایحه پول‌شویی»، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، سال دوم، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۱، ص ۱۲۳ به بعد.

در صورتی که متقاضی استفاده از خدمات مؤسسات مالی و بانکی ایرانی از ارائه اطلاعات مورد درخواست امتناع نماید از ارائه خدمات به وی خودداری می‌شود. به علاوه بانکها و مؤسسات مالی مکلف شده‌اند موارد مشکوک را طبق فرم‌هایی که اداره نظارت بر بانکهای بانک مرکزی تهیه نموده، به بانک مرکزی گزارش دهند و بانک مرکزی پس از اطمینان از صحت گزارش مراتب را به مراجع صلاحیتدار اطلاع خواهد داد.^{۱۶} به موجب مقررات مذکور، بانکها و مؤسسات مالی مکلف شده‌اند یکی از اعضای هیأت مدیره خود را به عنوان مسئول هماهنگی و ارتباط با بانک مرکزی در زمینه مبارزه با پول‌شویی، منصوب کنند.

در امارات متحده عربی مقررات شدیدی موسوم به قانون ۲۴/۲۰۰ برای مبارزه با پول‌شویی وضع شده که به موجب آن هر کس هنگام افتتاح حساب باید اطلاعات کاملی حتی در امور محرمانه خود ارائه دهد و اگر مبالغ هنگفتی به حساب شخصی واریز شود باید مشخصات کامل واریزکننده، مشخص باشد. در قطر نیز مقرراتی تحت عنوان «عملیات ضربت مالی برای جلوگیری از پول‌شویی» وجود دارد و کمیته ملی مقابله با پول‌شویی بر فعالیتهای بانکها نظارت دارد.^{۱۷}

۱۶. از نظر این مقررات پول‌شویی عبارت است از انجام عملیات بانکی در مؤسسات مالی برای مقاصد ذیل:

الف - تحصیل و نگهداری یا استفاده از مالی که به طور مستقیم یا غیرمستقیم در نتیجه ارتکاب جرم حاصل شده است

ب - معاونت با شخص یا اشخاص دیگر به منظور:

- تبدیل یا انتقال مالی که به طور مستقیم یا غیرمستقیم در نتیجه ارتکاب جرم حاصل شده است با قصد پنهان کردن یا تغییر شکل دادن منشأ غیرقانونی آن مال یا کمک به شخصی که در ارتکاب جرم دخالت داشته است به منظور جلوگیری از تعقیب کیفری وی

- پنهان کردن یا تغییر شکل دادن ماهیت واقعی منشأ محل وقوع، نقل و انتقال، جابه جایی یا مالکیت مالی که به طور مستقیم یا غیرمستقیم در نتیجه ارتکاب جرم حاصل شده است.

به نقل از روزنامه ایران، سال نهم، شماره ۲۳۹۳، ۳ اسفند ۱۳۸۱.

۱۷. رک. روزنامه ابرار اقتصادی، شماره ۱۳۷۴، چهارشنبه ۲۰ فروردین ۱۳۸۲، ص ۱۴.

در ایالات متحده امریکا نیز اقدامات شدیدی جهت مبارزه با پول‌شویی صورت گرفته که در قسمت ۲ آتی به شرح آنها خواهیم پرداخت.

ب - اقدامات بین‌المللی

هر چند هر یک از کشورهای مختلف با توجه به نیاز خود مقرراتی را برای مبارزه با پول‌شویی وضع نموده‌اند، مع‌ذلک به این نتیجه رسیده‌اند که بدون همکاری با یکدیگر نمی‌توانند در این زمینه توفیق چندانی کسب نمایند. لذا طی اعلامیه‌ها و توافقنامه‌های گوناگون ضمن غیرقانونی اعلام نمودن پول‌شویی، مکانیزم‌هایی را برای جلوگیری از پول‌شویی و محروم نمودن مجرمان از وجوه حاصله از اعمال مجرمانه‌شان ایجاد کرده‌اند و یا توصیه‌هایی را برای هماهنگی در اقدامات و تدابیری که باید اتخاذ شود، مطرح نموده‌اند. از جمله به موجب کنوانسیون سازمان ملل متحد (دسامبر ۱۹۸۸ - وین) که تاکنون به امضاء بیش از ۱۱۷ کشور رسیده و از اواخر ۱۹۹۰ به مرحله اجرا درآمده، تمهیداتی برای مبارزه با پول‌شویی در رابطه با عواید حاصل از قاچاق مواد مخدر پیش‌بینی شده و کشورهای عضو متعهد شده‌اند پول‌شویی را جرم تلقی نموده و در رابطه با شناسایی، تعقیب و ضبط چنین وجوهی نهایت همکاری را با یکدیگر معمول دارند. به موجب ماده (B) (۱) ۳ این کنوانسیون پول‌شویی عبارت است از:

- تغییر شکل دادن یا منتقل نمودن مالی با علم به این که در نتیجه ارتکاب جرم قاچاق مواد مخدر و یا مشارکت در آن حاصل شده، به منظور مخفی نمودن منشأ غیرقانونی مال یا کمک به مرتکب چنین جرمی برای فرار از نتایج عمل خود.

– مخفی نمودن ماهیت، منبع، محل وقوع، انتقال، تغییر مکان، مالکیت مال یا حقوق متعلقه به آن با علم به این که مال مذکور حاصل از جرم قاچاق مواد مخدر یا مشارکت در انجام آن است.

کمیته بانکی بازل^{۱۸} در مورد مقررات بانکی و رویه‌های نظارتی در دسامبر ۱۹۸۸، با تأکید بر اعلامیه مورخ ژوئن ۱۹۸۰ (شماره ۱۰-۸۰-R) کمیته وزرای شورای اروپا^{۱۹} درخصوص تأثیر همکاری بانکها بر سرکوب اعمال مجرمانه به وسیله مقامات قضایی و پلیسی، طی اعلامیه‌ای اصولی را در جهت مبارزه با پول‌شویی مطرح نموده تا بانکها با توجه به این اصول اولاً هویت دقیق و صحیح مراجعان را دریابند، ثانیاً اطمینان حاصل شود معاملاتی که غیرقانونی و نامشروع به نظر می‌رسند انجام نمی‌شوند و همکاری مناسب با مقامات قانونی به عمل می‌آید.

در سال ۱۹۸۹ گروه مسؤول «اجرای اقدامات مالی» (FATF) در پاریس به وسیله کشورهای گروه ۷ تشکیل شد تا با همکاری دیگر ارگانهای بین‌المللی راه‌ها و توصیه‌هایی را برای مبارزه با پول‌شویی پیش‌بینی و پیگیری نماید. این گروه در ۷ فوریه ۱۹۹۰ مجموعاً ۴۰ توصیه منتشر کرد و بعد از وقایع ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ با توسعه حدود کار خود در زمینه پول‌شویی، مبارزه با تأمین مالی تروریسم را نیز در دستور کار خود قرار داد و هشت توصیه جدید در این زمینه منتشر نمود.^{۲۰} این گروه از

۱۸. این کمیته متشکل بود از نمایندگان بانکهای مرکزی و مقامات نظارتی کشورهای بلژیک، کانادا، فرانسه، جمهوری فدرال آلمان، ایتالیا، ژاپن، هلند، سوئد، سوئیس، انگلستان، آمریکا و لوکزامبورگ.

۱۹. برای مطالعه متن اعلامیه رک. [www.imolin.org.Basle 98. pdf](http://www.imolin.org.Basle%2098.pdf) این اعلامیه ضمن تأکید به نقش پیگیرانه سیستم بانکی، همکاری بانکها با پلیس و مقامات قضایی را توصیه نموده است.

۲۰. رک. محبی، دکتر محسن، همان منبع. به موجب توصیه شماره ۷: «کشورها باید اقدامات لازم را به عمل آورند تا مؤسسات مالی آنها، شامل مؤسسات پرداخت پول، درباره منشأ پول کلیه اطلاعات صحیح و قابل درک (اسم، نشانی، شماره حساب) را در جریان نقل و انتقال منابع پولی و نیز پیامهایی که درباره آنها مبادله می‌شود بگنجانند و این اطلاعات باید در تمام زنجیره پرداخت همراه حواله یا پیامها باقی بماند. همچنین کشورها باید اقدامات لازم را به عمل آورند تا مطمئن شوند که مؤسسات مالی آنها، شامل

جمله از دولتهای عضو درخواست نموده ضمن مجازات پولشویی، ترتیبی اتخاذ نمایند تا بانکها و مؤسسات مالی نسبت به تعیین هویت دقیق مشتریان، حفظ اسناد و مدارک مربوطه و ارائه آنها در صورت درخواست مراجع صلاحیتدار، و اعلام موارد مشکوک اقدام کنند. از طرفی مقرر نموده که باید پیش‌بینی‌های لازم برای حمایت از مؤسسات مذکور و کارکنان‌شان به عمل آید تا در رابطه با گزارش‌هایی که با حسن نیت ارائه می‌نمایند مسئولیت حقوقی نداشته باشند. گروه مذکور همچنین تقویت همکاری‌های بین‌المللی برای مبارزه با پدیده پولشویی را نیز توصیه کرده است.

توصیه‌های FATF مبنای بسیاری از اقدامات بعدی در رابطه با پولشویی قرار گرفت. از جمله اعلامیه نوامبر ۱۹۹۲ کینگزتون که متعاقب اجلاس وزرا و نمایندگان کشورهای حوزه کارائیب و امریکای لاتین صادر شد و ضمن تأکید بر توصیه‌های FATF، لزوم امضاء و تصویب کنوانسیون ۱۹۸۸ سازمان ملل مورد موافقت شرکت کنندگان قرار گرفت.^{۲۱} همچنین گروه موسوم به Wolfsberg در سوئیس متشکل از تعدادی مؤسسات مالی که اصولاً برای مبارزه با تأمین مالی تروریسم ایجاد شده است سعی نمود با ارائه توصیه‌هایی از جمله لزوم شناخت دقیق مشتری،^{*} مانع سوءاستفاده تروریست‌ها از امکانات مؤسسات مالی گردد. اعلامیه مذکور در خاتمه از توصیه‌های FATF نیز حمایت نموده است.

مؤسسات پرداخت، نسبت به فعالیت مشکوک منابع حواله پولی که شامل اطلاعات درباره منشأ آن نیست، نظام امنیتی و نظارتی پیشرفته‌ای اعمال می‌کنند».

۲۱. رک.

<http://www.Wolfsberg-Principles.com/Wolfsberg-statement.html>.

*. Know your customer.

انجام چنین اقداماتی از سوی بانکها و مؤسسات مالی ناشی از نگرانی و توجه جدی آنها به این واقعیت است که «اعتبار» و «اعتماد» یکی از دارایی‌های باارزش آنهاست و اگر وجوه ناشی از عمل یا اعمال مجرمانه بتواند به آسانی از طریق مؤسسه‌ای مالی منتقل شود، نه تنها ممکن است مؤسسه مذکور شریک جرم تلقی شود، بلکه مسلماً اعتبار خود را از دست می‌دهد و به موقعیت و اعتبار سایر مؤسسات مالی نیز لطمه وارد می‌شود.

اتاق بازرگانی بین‌المللی نیز به نوبه خود ضمن حمایت از روند داخلی و بین‌المللی مبارزه با پول‌شویی، همواره طی اطلاعیه‌هایی به تأثیرات سوء این پدیده بر رقابت عادلانه و بازار آزاد اشاره نموده است.^{۲۲} از اعضای کمیسیون بانکی اتاق نیز خواسته شده که نقش ICC را در مبارزه با پول‌شویی بررسی و آن را مشخص نماید. البته لازم است دیگر کمیسیون‌های ICC از قبیل کمیسیون خدمات مالی، کمیته مبارزه با فساد مالی و کمیته خدمات مربوط به جرایم تجاری نیز در این رابطه فعالیت داشته باشند. به نظر دبیرخانه اتاق بازرگانی بین‌المللی اگر این نهاد بخواهد در این زمینه فعال شود باید کمیسیون پشتیبانی دائمی تشکیل شود تا با ارائه برنامه‌های لازم کمیسیون‌های مختلف ICC را حمایت کند و به طور مستمر با سازمان‌های بین‌المللی و داخلی که عهده‌دار مبارزه با پول‌شویی‌اند، در تماس باشد.^{۲۳}

۲۲. از جمله جدیدترین اقدامات اتاق بازرگانی بین‌المللی نظرات ابرازی مورخ ۹ ژانویه ۲۰۰۳ کمیسیون مبارزه با فساد مالی در رابطه با پیش‌نویس کنوانسیون سازمان ملل متحد در مبارزه با فساد مالی بوده است رک. ICC Anti-Corruption Commission, Document n° 194-14/2 rev 3.9. jan 2003.

23. Sénéchal Thierry J., "Policy Evaluation and Money Laundering: Bankers at Risk. An issues Identification paper for the ICC Banking Commission", Commission on Anti-Corruption, Meeting on Wednesday 2 October 2002, ICC Headquarters, Paris.

در مورد اقدامات سازمان ملل در زمینه مبارزه با پول‌شویی تذکر این نکته لازم است که کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد جرایم سازمان یافته فراملی که من جمله متضمن مقرراتی درباره مبارزه با

۲- قانون ضد تروریسم ایالات متحده امریکا

قبل از پرداختن به مقررات قانون ضد تروریسم ایالات متحده امریکا لازم است خلاصه‌ای از تاریخچه وضع مقررات ناظر بر پول‌شویی در این کشور ذکر گردد.

الف - تاریخچه وضع مقررات ناظر بر پول‌شویی در ایالات متحده

امریکا

ایالات متحده امریکا از اولین کشورهایی است که سعی نمود با وضع قوانین خاصی دامنه مبارزه با پول‌شویی را به جرایمی غیر از قاچاق مواد مخدر نیز تسری دهد. از جمله قانون حفظ اسرار بانکی ۱۹۷۰ در رابطه با حفظ و گزارش اطلاعات، همه بانکها را ملزم به رعایت و اجرای برنامه‌های ضد پول‌شویی نموده است.^{۲۴} همچنین به موجب قانون کنترل پول‌شویی ۱۹۸۶ مقررات جزایی برای پول‌شویی در نظر گرفته شده است. مثلاً اگر یک بانک معامله‌ای را بدون شناسایی منبع غیرقانونی واقعی وجوه مربوط، انجام دهد در حالی که می‌بایستی عرفاً به آن شک می‌کرد، ممکن است مقصر تلقی شود.^{۲۵} قانون ۱۹۸۸ کلیه صرافان و بنگاههای معاملات املاک یا اتومبیل و حتی وکلای دادگستری را مکلف نموده که معاملات بیش از ۱۰۰۰۰ دلار را گزارش نمایند. به علاوه به موجب قانون مالیاتهای امریکا درآمدهای بیش از ۱۰۰۰۰ دلار در یک یا چند سال مرتبط باید به اداره مالیات گزارش شوند.^{۲۶} مجمع عمومی سازمان کشورهای امریکایی در

پول‌شویی نیز هست، در دسامبر ۲۰۰۰ به امضای ۱۴۷ کشور و تصویب ۲۷ کشور رسیده است. رک. سلیمی، دکتر صادق، همان منبع، ص ۱۲۷.

24. Bank Secrecy Act (BSA), Codified at 31 U.S.C. 5311 et seq.

25. Money Laundering Control Act (MLCA), Codified at 18U.S.C. 1956 and 1957.

۲۶. رک. محبی، دکتر محسن، همان منبع.

ناسوا و باهاما در ماه مه ۱۹۹۲ آیین‌نامه‌های نمونه‌ای با هدف بهبود قانونگذاری جزایی، گسترش همکاری‌های بین‌المللی و جلوگیری از سوء استفاده از سیستم‌های مالی در جریان پول‌شویی، وضع کرده است.^{۲۷} بالاخره متعاقب وقایع سپتامبر ۲۰۰۱ مقررات سختی درباره ضد تروریسم وضع شد و با توجه این که تحقیقات نشان داد برای تأمین منابع مالی عملیات تروریستی مذکور از مؤسسات مالی و بانکها استفاده شده، الزامات و محدودیتهایی برای این گونه مؤسسات ایجاد گردیده است.^{۲۸}

تذکر این نکته لازم است که مقررات مندرج در قسمت سوم قانون ضد تروریسم که به طور خاص ناظر بر مسأله پول‌شویی است در واقع قبل از وقایع ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ طراحی شده بود، و از یکسو از قانون کنترل پول‌شویی ۱۹۸۶ و از سوی دیگر از قانون حفظ اسرار بانکی ۱۹۷۰ البته با تغییراتی، نشأت گرفته است.

ب - مقررات مبارزه با پول‌شویی در قانون ضد تروریسم ایالات متحده امریکا ۲۰۰۱

قانون ضد تروریسم ۲۰۰۱ ایالات متحده امریکا که متعاقب وقایع سپتامبر ۲۰۰۱ در این کشور وضع شده متضمن مقررات شدیدی برای مبارزه با تروریسم از طریق مبارزه با پول‌شویی و تأمین مالی اقدامات

۲۷. رک. امیر بشیری، نصراله، همان منبع، ص ۲۲۴.

۲۸. این قانون در ۲۴ اکتبر ۲۰۰۱ به تصویب سنای امریکا رسید. 147 Cong, Rec. S10969 daily ed. Oct. 24, 2001 و در ۲۶ اکتبر ۲۰۰۱ رئیس جمهور امریکا آن را امضاء کرده است. برای مطالعه بیشتر در رابطه با اهداف و محتوای این قانون رک.

Terrorism: Section by Section Analysis of the USA PATRIOT ACT, CRS REP. NO. RL31200 (Dec.10, 2001).

تروریستی می‌باشد.^{۲۹} در مقدمه مقررات مذکور اهداف قانون چنین مشخص شده‌اند: افزایش قدرت اقدامات ایالات متحده امریکا در پیشگیری و تعقیب پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم (1)(b) 302، اطمینان از این که معاملات و روابط مالی خلاف مقررات قانونی نیستند (2)(b) 302، تقویت مقررات پول‌شویی ۱۹۸۶ خصوصاً در رابطه با جرایم اتباع و مؤسسات مالی خارجی (3)(b) 302.

مقررات قسمت سوم قانون مبارزه با تروریسم الزامات و نظارت‌های خاصی را بر بانکها و مؤسسات مالی امریکایی مقرر می‌دارند به نحوی که مؤسسات مالی کشورهای دیگر نیز عملاً موظفند در روابط معاملات خود با مؤسسات امریکایی این مقررات و الزامات را رعایت نمایند و تعهداتی را در رابطه با کنترل عملیات مالی مشتریان خود بپذیرند. ذیلاً به بررسی بخشی از این مقررات می‌پردازیم.

به خزانه‌داری امریکا اختیار داده شده در موارد مشکوک به پول‌شویی، مؤسسات مالی داخلی امریکا را ملزم کند که در جریان روابط مالی و بانکی خود با کشورهای خارجی، مؤسسات فعال در خارج از امریکا، معاملات انجام شده در خارج از امریکا و برخی انواع حسابهای بانکی اقداماتی از این قبیل را به عمل آورند،^{۳۰} حفظ سوابق و گزارش برخی معاملات (1)(b) 311، ارائه اطلاعات مربوط به مالکیت منافع* حسابهای مفتوحه یا نگهداری شده برای شخص خارجی یا نماینده وی در امریکا

^{۲۹}. در این قانون مقررات دیگری نیز از جمله در رابطه با تشدید اقدامات امنیتی (قسمت اول)، تشدید روشهای نظارتی (قسمت دوم)، مراقبت از مرزها (قسمت چهارم)، رفع موانع تحقیقات مربوط به تروریسم (قسمت پنجم)، حمایت از قربانیان تروریسم، مأمورین دولتی و خانواده آنها (قسمت ششم)، تبادل اطلاعات (قسمت هفتم)، تقویت قوانین کیفری در رابطه با تروریسم (قسمت هشتم) پیش‌بینی شده است.
^{۳۰}. مع‌ذلک در (B),(A)(4)(a) 311 پیش‌بینی شده تعیین نوع اقدام یا اقدامات مورد بحث با مشورت مقامات خاص و با درنظر گرفتن برخی ملاحظات و آثار چنین اقداماتی خواهد بود.

*. Beneficial ownership.

(2)(b)311، ارائه اطلاعات مربوط به برخی حسابهای ویژه^{۳۱} و برخی حسابهای کارگزاری.^{۳۲} همچنین خزانه‌داری می‌تواند محدودیتهایی را برای افتتاح یا نگهداری چنین حسابهایی پیش‌بینی نماید (5)(b)311. در رابطه با تشخیص کشورها، مؤسسات، حسابها یا معاملات مشکوک به پول‌شویی که ممکن است موضوع مقررات مذکور باشند و نهایتاً تدابیر مذکور در قسمت (b)311 نسبت به آنها اتخاذ شود، خزانه‌داری امریکا با مشورت وزارت کشور و دادستان کل، عواملی را در نظر می‌گیرد که از یک سو سرزمینی هستند و مربوط می‌شوند به قلمرو قضایی کشور خاص^{۳۳} و از سوی دیگر سازمانی هستند.^{۳۴}

برای تشخیص و تصمیم در این که کدام یک از اقدامات پیش‌بینی شده باید نسبت به مورد مشکوک انجام شوند، خزانه‌داری نکاتی را مورد توجه قرار خواهد داد از جمله این که آیا اقدام مشابهی به وسیله دیگر کشورها انجام شده یا در حال انجام است؟ آیا اتخاذ اقدامی خاص

۳۱. Payable through account، حسابی که حسب تعریف مذکور در (c)(1)(e)311 یک حساب معاملاتی است که به وسیله مؤسسه مالی خارجی نزد مؤسسه سپرده‌گذاری افتتاح می‌شود که از طریق آن مؤسسه به مشتریان خود، امکان دخالت مستقیم یا غیرمستقیم در فعالیتهای مالی قانونی در رابطه با معاملات بانکی در امریکا را می‌دهد.

۳۲. Correspondent account، حسابی است که برای دریافت پول یا پرداخت پول از طرف یک مؤسسه مالی خارجی یا برای ترتیب دادن معاملات مالی مربوط به چنین مؤسسه‌ای (B)(1)(e)311 افتتاح می‌شود.

۳۳. مثلاً وجود دلایلی مبنی بر این که گروههای مجرم سازمان یافته، تروریستهای بین‌المللی (یا هر دو) در داخل قلمرو قضایی کشور مربوط، معامله نموده‌اند، عواملی مانند این که آیا آن کشور تا چه حد به افراد خارجی امکان استفاده از امتیاز حفظ اسرار بانکی را می‌دهد، کمیت و کیفیت مقررات پول‌شویی در قلمرو مذکور، کمیت و کیفیت نظارت بانکهای کشور خارجی و قوانین پول‌شویی آن، تجانس حجم معاملات مالی انجام شده در آن کشور با وضعیت اقتصادی آن، این که آیا امریکا معاهده همکاری متقابل با کشور مذکور دارد، تجربه امریکا در رابطه با تحصیل اطلاعات از کشور خارجی مذکور، مورد توجه قرار خواهد گرفت.

۳۴. قسمت (c) (A,B)311. مثلاً این که تا چه حد مؤسسات مالی، معاملات یا حسابها برای تسهیل پول‌شویی یا گسترش آن از طریق کشور مربوطه یا مشروع جلوه دادن تجارت مورد نظر دخالت داشته‌اند و تأثیر اقدامات انجام شده، مورد توجه قرار خواهد گرفت.

آثار سوء یا هزینه‌های نامعقولی را بر مؤسسات ایجاد شده در امریکا تحمیل نخواهد کرد؟ عکس‌العمل محتمل و تأثیر اقدامات متخذه بر امنیت ملی و سیاست خارجی امریکا (4)(a) 311، چه خواهد بود؟

در ماده (1)(I)(a) 312 قانون مذکور پیش‌بینی شده که مؤسسات مالی امریکایی که در امریکا برای یک خارجی حساب بانکی خصوصی^{۳۵} یا کارگزاری افتتاح می‌نمایند باید نهایت دقت را در کشف پول‌شویی در حسابهای مذکور بنمایند. این مؤسسات مالی امریکایی می‌توانند با اتخاذ تدابیر پیش‌بینی شده، به اطلاعات مفیدی در رابطه با مالکان بانک خارجی (2)(I)(a) 311، یا انجام معاملات مشکوک از نظر پول‌شویی و ... دست یابند. همچنین در افتتاح یک حساب بانکی خصوصی به درخواست شخص خارجی، با کنترل‌های پیش‌بینی شده می‌توان به هویت مالک یا مالکان واقعی و منبع وجوه سپرده شده به چنین حسابی پی برد. مثلاً احراز شود آیا در حسابی که به وسیله مقام ارشد سیاسی خارجی یا اقوام و شرکایش گشوده شده، از وجوه حاصله از سوء استفاده‌های مالی در کشور خارجی استفاده شده یا نه (3)(I)(a) 312.

ماده (1)(I)(a) 313 ممنوعیت یک مؤسسه مالی امریکایی برای افتتاح حساب کارگزاری به درخواست یک بانک خارجی را که در هیچ کشوری حضور فیزیکی ندارد^{۳۶} مقرر نموده است. به علاوه، مؤسسه مالی

۳۵. به موجب ماده (B)(4)(I)(a) 312 حساب بانکی خصوصی، حساب یا مجموعه حسابهایی است که:

الف - حداقل سپرده‌گذاری در آن ۱۰۰،۰۰۰ دلار است

ب - از طرف یک یا چند شخص که مالکیت مستقیم یا مالکیت منافع در حساب دارند افتتاح شده است
ج - کلاً یا جزئاً به وسیله یک مأمور، کارمند یا نماینده یک مؤسسه مالی که رابطه بین مؤسسه، مال و مالک مستقیم یا مالکیت منافع است اداره می‌شود.

۳۶. حضور فیزیکی به موجب ماده (4)(I)(a) 313 عبارت است از:

الف - محل کار تأسیس شده به وسیله یک بانک خارجی.

امریکایی باید اطمینان حاصل نماید که حساب کارگزاری مفتوحه برای بانک خارجی جهت ارائه خدمات غیرمستقیم بانکی به دیگر بانک خارجی که در هیچ کشوری وجود ندارد، مورد استفاده قرار نخواهد گرفت (ماده 313(a)(I)(2)).

ملاحظه می‌شود قانون ضد تروریسم امریکا الزاماتی را برای مؤسسات مالی امریکایی مقرر داشته و بانکهای خارجی که با بانکهای امریکایی معامله و ارتباط دارند برای حفظ این رابطه می‌بایستی گواهی لازم مبنی بر رعایت موارد اشاره شده در این قانون را ارائه دهند. در واقع الزام بانکهای امریکایی، عملاً موجب الزام بانکهای مرتبط با آنها نیز شده است. به علاوه، بانکهای خارجی مرتبط با بانکهای امریکایی (باز هم در رابطه با الزامات قانون ضد تروریسم) موظفند در ارتباطات خود با دیگر بانکهای خارجی تعهدات مشابهی را به آنها تحمیل نمایند.

به موجب ماده 314(a)(1) قانون مذکور خزانه‌داری می‌بایستی مقررات لازم را برای تشویق همکاری بین مؤسسات مالی و مقامات اجرایی در رابطه با تبادل اطلاعات مربوط به اشخاص یا سازمانهایی که به دلیل معتبر و به نحو معقولی مظنون به دخالت در اعمال تروریستی یا فعالیتهای پول‌شویی هستند، وضع نماید. حسب ماده 314(a)(5) اطلاعات مؤسسه مالی تنها در ارتباط با فعالیتهای یاد شده مورد استفاده قرار خواهند گرفت و بدین ترتیب مقررات مربوط به حفظ اسرار بانکی نیز نقض نمی‌شود.

از مقررات قابل ذکر دیگر این قانون ماده ۳۲۶ است که تمام مؤسسات مالی را ملزم می‌کند هویت مشتریان خود را در زمان افتتاح

ب - محل کار واقع در یک نشانی ثابت (نه آدرس الکترونیکی) در کشوری که بانک خارجی در آن مجوز فعالیت دارد و در آنجا یک یا چند کارمند تمام وقت دارد یا سوابق کاری خود را در آنجا ضبط می‌نماید.

ج - محل کاری که تحت نظارت مقام بانکی صادرکننده مجوز برای عملیات بانکی باشد.

حساب دقیقاً شناسایی و اطمینان حاصل نمایند که نام شخص متقاضی در فهرست اشخاص مظنون و تروریست نیست،^{۳۷} مع ذلک رعایت چنین مقرراتی ممکن است برای بعضی مؤسسات سرمایه‌گذاری خصوصاً آنها که حسابهای عمومی دارند مشکل باشد. به علاوه در رابطه با شرکت‌های سرمایه‌گذاری که سهامشان را از طریق شخص ثالث می‌فروشند این سؤال پیش می‌آید که آیا شخص سرمایه‌گذار طرف حساب، شخص ثالث است یا شرکت سرمایه‌گذار یا هر دو. به همین دلیل روند تشخیص هویت در مؤسسات مالی مختلف ممکن است متفاوت باشد.

حسب ماده ۳۵۲ قانون ضد تروریسم امریکا تمام مؤسسات مالی باید ظرف مهلت تعیین شده برنامه‌ریزی لازم را برای اعمال قانون مذکور به عمل آورند از جمله می‌بایستی رویه‌ها، سیاستها و نظارت‌های داخلی خود را با این قانون هماهنگ نمایند، شخصی را به عنوان مسؤول اجرای این امر تعیین کنند، برنامه‌های آموزشی در این رابطه برای کارکنان خود ترتیب دهند و سیستم نظارتی مستقلی را برقرار نمایند. مسلماً هر مؤسسه مالی با توجه به ساختار و وضعیت خاص خود در این مورد اقدام خواهد نمود و به همین دلیل نیز حسب ماده (C) 352 خزانه‌داری ملزم شده با وضع مقرراتی مشخص نماید که الزامات و مقررات قانون ضد تروریسم تا چه حد و چگونه با وضعیت خاص هر مؤسسه مالی مشمول این قانون سازگار است.

۳۷. یکی از این لیست‌ها به موجب دستور اجرایی ۱۳۲۲۴ رئیس جمهور امریکا در ۲۴ سپتامبر ۲۰۰۱ صادر شد. به موجب این دستور دارایی‌های اشخاص و سازمانهای مندرج در فهرست باید مسدود و معاملات ایشان باید ممنوع شود.

<http://www.treasury.gov/terrorism.html>

این فهرست‌ها ممکن است هفته به هفته نیز منتشر شوند، برای اطلاع از این لیست‌ها می‌توان به نشانی زیر مراجعه کرد.

<http://www.ustreas.gov/ofac>.

نتیجه

پول‌شویی، عواید حاصل از جرایمی از قبیل قاچاق مواد مخدر، معاملات قاچاق اسلحه و جرایم سازمان یافته را صحیح و قانونی جلوه می‌دهد و در این رابطه عمدتاً بانکها و مؤسسات مالی که هر یک به جهت رقابت با دیگران سعی در ارائه امکانات و خدمات بهتر و جدیدتری به مشتریان دارند، مورد سوء استفاده مجرمان قرار می‌گیرند. با توجه به این واقعیت که وقتی پول نامشروعی داخل پولهای مشروع شد ردیابی آن بسیار مشکل خواهد بود، بانکها و مؤسسات مالی می‌بایستی با رعایت چارچوب‌های قانونی، حرفه‌ای، اخلاقی و اتخاذ تدابیر مناسب، نظارت شدیدی را برای جلوگیری از پول‌شویی اعمال نمایند. البته تعارض مصلحت مبارزه با پول‌شویی با رعایت قاعده حفظ اسرار بانکی و همچنین تمایل بانکها به جلب مشتری بیشتر، همواره مانعی مهم در همکاری ایشان با مقامات صلاحیتدار بوده است.

کشورهای مختلف به تناسب وضعیت و نیاز خود، با وضع مقررات خاصی الزاماتی را برای بانکها و مؤسسات مالی مقرر داشته‌اند. مع‌ذلک خصوصاً بعد از وقایع ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ مشخص شد که هیچ یک به تنهایی قادر نیستند به طور مؤثری با پول‌شویی مبارزه نمایند و لازم است با هماهنگی و همکاری با یکدیگر با این پدیده مبارزه کنند و اصولاً مشارکت علیه تبهکاری بین‌المللی امروزه یک اصل تثبیت شده و مسلم است.

جدا از الزامات مقرر توسط دولتها، بانکها و مؤسسات مالی نیز خود با وقوف به این که سوء استفاده از خدمات آنها به اعتبارشان لطمه وارد نموده و موجب سلب اعتماد عمومی از آنها خواهد شد و با عنایت به این که ممکن است علی‌رغم تمام تلاشها و اقدامات پیشگیرانه سهواً عامل

تطهیر پولهای حاصله از قاچاق مواد مخدر، اعمال تروریستی و سایر جرایم شوند، به توافق‌هایی با یکدیگر در جهت مبارزه با پول‌شویی از جمله در رابطه با تبادل اطلاعات دست یافته‌اند. بدون وجود چنین همکاری‌هایی تمام تلاشها برای شناسایی و ردیابی پولهای نامشروع که روز به روز با روشهای جدیدتر و پیچیده‌تری تطهیر می‌شوند حتی با صرف هزینه‌های هنگفت نتیجه‌چندانی نخواهد داشت.

منابع به زبان فارسی

- روان باسوورث (دیویس)، سالت مارس (گراهام)، «پول‌شویی»، ترجمه نصراله امیربشیری، تهران، معاونت آموزشی ناجا، ۱۳۷۶.
- جفری رابینسون، «شست و شوی پول آلوده»، ترجمه آلبرت برناردی، تهران، کلک آزادگان، ۱۳۸۱.
- سلیمی، دکتر صادق، «تطهیر پول در اسناد بین‌المللی و لایحه پول‌شویی»، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (الهیات و حقوق)، سال دوم، شماره چهارم، زمستان ۱۳۸۱.
- عبداللهی، محسن، «پیامدهای حوادث ۱۱ سپتامبر بر مبارزه با تروریسم»، مجله اطلاع رسانی حقوقی، ماهنامه معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، سال اول، شماره اول، آبان ۱۳۸۱.
- محبی، دکتر محسن، گزارشی در رابطه با پول‌شویی به وزارت بازرگانی ج.ا.ا. مورخ ۱۳۸۱/۴/۲۷، بخش تحقیقات دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی.
- میرمحمد صادقی، دکتر حسین، «ملاحظات در باب تروریسم»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۳-۳۴، ۱۳۸۰.
- موسوی مقدم، محمد، «درآمدهای ناشی از جرم پول‌شویی»، انتشارات رضوانی، کرج، ۱۳۸۱.

فهرست منابع

- 1- Baker Raymond W., “The biggest loophole in the free-market system”, The Washington Quarterly, The Center for strategic and International Studies and the Massachusetts Institute of Technology, Autumn 1999.
- 2- Broyer Philippe, “L’argent sale dans les réseaux de Blanchiment”, L’Harmattan, Paris, 2000.
- 3- Doyle Charles, “The USA Patriot Act: A Legal analysis”, CRS Report for Congress, 15 Apr. 2002.
- 4- Financial Action Task Force: Forty recommendation [www.fatf-gafi.org, Mlaundering_en.htm](http://www.fatf-gafi.org/Mlaundering_en.htm).
- 5- Kingston Declaration on Money Laundering, Kingston, Jamaica, Nov.5-6, 1992.[www.cf atf.org,eng, kingdec](http://www.cfatf.org/eng/kingdec).
- 6- Prevention of criminal use of the banking system for the purpose of money laundering.Dec.1998, [www.imolin.org.basle 98.pdf](http://www.imolin.org/basle98.pdf).
- 7- Richards R.James, Transnational Organizations, Cyber crime, and Money Laundering: A Handbook for Law Enforcement officers, Auditors, and Financial Investigators, CRS Press, 1999.
- 8- Sénéchal Thierry J., “Policy Evaluation and Money Laundering: Bankers at Risk”, note to ICC Commission on Anti-Corruption.2.oct.2002.

9- Statement of purpose of the Egmont Group of Financial intelligence units. The Hague, 13 June 2001, [www. Loecd.org/ fatf/pdf/EGstat-200106_en.pdf](http://www.Loecd.org/fatf/pdf/EGstat-200106_en.pdf).

10- Stradley Ranon Stevens & Young LLP, “Anti-Money Laundering Initiatives under the USA Patriot ACT”, [www. stradley.com/admin/Resources](http://www.stradley.com/admin/Resources).

11- Wolfsberg recommendations regarding the suppression of the financing of terrorism oct.2000, [www.wolfsbergPrinciples. com/wolfsberg-statement.html](http://www.wolfsbergPrinciples.com/wolfsberg-statement.html).

قانون حاکم بر نسل جدید قراردادهای نفتی: چرخش در روند داوری

احمدالقشیری - طارق ریاض
شرح و ترجمه: دکتر محسن محبی*

اشاره مترجم

این مقاله در سال ۱۹۸۶ (۱۳۶۵) پس از رأی داوری صادره در دعوای دولت کویت علیه شرکت امین‌اوایل (سال ۱۹۸۲) نوشته شده است. این رأی از بعضی جهات (مانند ماهیت قراردادهای نفتی و ارزش شرط ثبات و نیز میزان غرامت) رأی معروف پروفسور دوپوئی در پرونده تاپکو (۱۹۷۷) را تعدیل نموده است. رأی تاپکو مبتنی بر تئوری «غیرمحلّی کردن» قراردادهای موسوم به «توسعه اقتصادی» است که به موجب آن نوع قراردادها تابع قانون داخلی دولت طرف قرارداد نیستند، بلکه قانون حاکم بر آنها حقوق بین‌الملل است و دولت در صورت نقض یا فسخ قرارداد، مسئولیت دارد، ولو این که نقض یا فسخ قرارداد یا حتی سلب مالکیت از حقوق و اموال قراردادی طرف خارجی مبتنی بر قانون باشد. این تئوری مورد انتقادات زیادی در سطوح دکترین قرار گرفت و کشورهای جهان سوم و سرمایه‌پذیر را نسبت به روند داوریه‌های نفتی نگران

*. پژوهشگر حقوق بین‌الملل دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی.

ساخت. رأی پرونده امین‌اوایل به قلم پروفسور پل روتتر رئیس هیأت داوری مربوط که در سال ۱۹۸۲ صادر شده و نیز رأی پرونده آموکو به قلم شادروان ویرالی رئیس شعبه سوم دیوان داوری ایران - آمریکا صادر شد (۱۹۸۶)، تحول تازه‌ای در رویه داوری مربوط به قراردادهای نفتی ایجاد کردند و تئوری خارج کردن قرارداد از حکومت قانون داخلی و نیز بین‌المللی کردن قرارداد را کنار نهادند. این مقاله تحلیلی است بر روندی که غیرمحلی کردن و بین‌المللی کردن قراردادهای توسعه اقتصادی نامیده می‌شود و از رأی صادره در پرونده شیخ ابوظبی (۱۹۵۰) آغاز شده و به رأی پرونده امین‌اوایل ختم می‌گردد و اینک به «دوباره محلی کردن» قرارداد رسیده است. مترجم هنگام ترجمه مقاله القشیری و ریاض، متن آن را اساس کار قرار داده و در پاره‌ای موارد که لازم دانسته حواشی و توضیحاتی را بر آن افزوده است.

نویسندگان مقاله دکتر احمد القشیری استاد حقوق اقتصادی بین‌المللی دانشگاه عین‌الشمس قاهره، عضو کانون وکلای قاهره و شریک ارشد دارالوکاله «القشیری و راشد» در قاهره است و دکتر طارق ریاض، فوق‌لیسانس و دکترای حقوق از هاروارد، عضو کانون وکلای قاهره و نیویورک و مدرس حقوق بین‌الملل خصوصی در دانشگاه قاهره می‌باشد. مشخصات این مقاله چنین است:

Ahmed S. El - Khosheri and Tarek F. Riad, The Law Governing a New Generation of Petroleum Agreements: Changes in the Arbitration Process, ICSID Review, Vol. 1, No. 2, Fall 1986, pp. 257-288.

بعد از انتشار این مقاله، «جان پالسون» نایب رئیس دادگاه داوری لندن مقاله‌ای به سال ۱۹۸۷ نوشت که در همان مجله ایکسید منتشر شد و ضمن آن سعی کرد نقش کشورهای جهان سوم در داوری‌های بین‌المللی را توضیح دهد و اعتماد آنها به داوری بین‌المللی را برگرداند.

مقدمه

رویه دعاوی نفتی ناشی از قراردادهایی که در طول دهه ۱۹۷۰ منعقد گردیده یا اگر قبل از آن منعقد شده، اصلاحاتی در آنها شده بود تا با روند غالب و متداول در قراردادهای جدیدتر در صنعت نفت هماهنگ شوند، در این ایام با تحول بسیار جالبی روبرو شده است که ثمره آن تحول در قانون حاکم در نسل جدید قراردادهای نفتی است. الگوی مورد استفاده در قراردادهای نفتی در دهه ۱۹۷۰ و قبل از آن، قراردادهای حق الامتیاز را که قبلاً متداول بود، به کلی دگرگون نموده یا جایگزین رژیم حق الامتیاز شده است.

وجه شاخص روندی که براساس این تحول در حال شکل گیری است، عبارت است از جابجایی قدرت چانه زنی طرفین قراردادهای نفتی (دولت و شرکت خارجی) به نحوی که قراردادهای حق الامتیاز که تا قبل از ۱۹۷۳ متداول بود و به موجب آن شرکت خارجی در برابر کلیه موانع و محدودیتها از تضمین کامل برخوردار بود، به کلی متروک شده است. در قراردادهای امتیاز، دارنده امتیاز حق داشت در طول مدت قرارداد که گاه ۶۰ سال یا بیشتر بود، هر اقدامی را که مناسب و مقتضی می داند در منطقه تحت امتیاز انجام دهد. مبنای این حق، وجود «شرط ثبات»^{*} در قرارداد بود که به موجب آن طرف دولتی قرارداد از همان ابتدای اعطای امتیاز، به صورت «طرف مرده» و ناموجود فرض می شد که تنها حق یا نگرانی اش این بود که منافع حق الامتیاز را طبق قرارداد دریافت نماید. به عبارت دیگر، در صورت تغییر اوضاع و احوال و پیش آمدن شرایط جدید، دولت نمی توانست هیچ گونه حق یا منافع جدیدی را مطرح و مطالبه نماید، مگر

*. Stabilization clause.

این که دارنده امتیاز - سرمایه گذار خارجی - با آن موافقت نماید. اما قراردادهای جدیدی که پس از ۱۹۷۳ متداول شده، از ماهیت پویا و متحرک برخوردارند به نحوی که منافع کشور میزبان (سرمایه پذیر) را تأمین می کنند و با اوضاع و احوال جدیدی که بعد از قرارداد حادث می شود، نیز قابل تطبیق و هماهنگی می باشند.

بخشی از ماهیت ایستای قراردادهای امتیاز ناشی از شروط مندرج در خود قرارداد بوده است. درج شرط تثبیت در این قراردادها یا مفاد شرط مربوط به قانون حاکم که بدون اشاره به قانون داخلی کشور میزبان تنظیم می شده و گاه موازین یا اصول کلی مانند «عدالت» یا «حسن نیت» یا «عدالت طبیعی» یا «اصول کلی مورد عمل در مراجع بین المللی» و امثال آنها را به عنوان قانون حاکم قید می کردند، و نیز فقدان نظام قانونی روشن در مورد بهره برداری از منابع طبیعی (نفت) در کشورهای صاحب نفت، از جمله عوامل ناتوانی این قراردادها برای تطبیق با اوضاع و احوال جدید بوده است.

نتیجه مستقیم استحاله ای که در طول دهه ۱۹۷۰ در ساختار حقوقی قراردادهای نفتی رخ داده این است که تکنیک های حقوقی که قبلاً برای اثبات «بین المللی شدن»^{*} قانون حاکم یا «غیرمحملی شدن»^{**} یا «فراملی شدن»^{***} آن مورد استفاده بود، امروز دیگر کهنه شده است. این مفهوم «بین المللی شدن» قرارداد که زائیده رأی تاپکو است،^۱ دیگر

*. Internationalization.

**. Delocalization.

***. Transnationalization.

1. Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. (Topco) v. Government of the Libyan Arab Republic, 17 ILM 1 (1978). The extensive literature on this case includes Delaume, State Contracts and Transnational Arbitration, 75 AJIL 784 (1981); Greenwood, State Contracts in International Law - The Libyan Oil Arbitrations, 53 Brit. Y.B. Int'l L. 27 (1982); J.F. Lalive,

پاسخگوی اوضاع و احوال جدید نیست و در شرایط جدید اساساً قابل تسری و استفاده نمی‌باشد. اصل راهنما که امروزه، بیش از هر زمان دیگری، مورد تأکید جامعه بین‌المللی می‌باشد و در قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل نیز منعکس شده این است که صنعت نفت جزئی از اقتصاد ملی کشور است.^۲ به این ترتیب، هر ناظر هوشمندی که به شیوه‌ای هدفمند به مسائل می‌نگرد از این نکته غافل نیست که در نظام حقوق داخلی کشورهای سرمایه‌پذیر در جهان سوم جنبشی فراگیر و روشن بوجود آمده که هدف آن «دوباره محلی کردن» قراردادهای نفتی است. به موازات این جنبش، شرکت‌های نفتی خارجی – چه با رضایت و چه با اکراه – اکنون دریافته‌اند که در برابر فشارهای طرف دولتی برای تعدیل قرارداد به موجب قانون داخلی، ادعای عقیم شدن قرارداد، فسخ قرارداد و امثال آنها، ناگزیرند به قوانین داخلی کشور میزبان استناد جویند. بی‌گمان، رأی داوری صادره در پرونده امین‌اوایل (مارس ۱۹۸۲) موضوع دعوای دولت کویت علیه شرکت امین‌اوایل،^۳ نخستین گام آگاهانه‌ای است که در مسیر این جنبش برداشته

Un Grand Arbitrage Pétrolier entre un Gouvernement et deux Sociétés privées étrangères, 104 Journal du Droit International 319 (1977); Rigaax, Des Dieux et des Héros: Réflexions sur une Sentence Arbitrale, 67 Revue Critique de Droit International Privé 435 (1978); Verhoeven, Droit International des Contrats et Droit des Gens, 14 Revue Belge de Droit International 209 (1978-1979); and von Mehren and Kourides, International Arbitrations between States and Foreign Private Parties: The Libyan Nationalization Cases, 75 AJIL 476 (1981).

۲. رجوع شود به پاورقی ۲۲ و متن مربوط به آن.

3. Government of the State of Kuwait v. American Independent Oil Co. (Aminoil), 21 ILM 978 (1982). Articles on this case include Kahn, Contrats d'Etats et Nationalisation – Les Apports de la Sentence Arbitrale du 24 Mars 1982, 109 Journal du Droit International 844 (1982); Marston, The Aminoil-Kuwait Arbitration, 17 J. World Trade L. 177 (1983); Redfern, The Arbitration Between the Government of Kuwait and Aminoil, 55 Brit. Y.B. Int'l L. 65 (1984); Tesón, State Contracts and Oil Expropriations: The Aminoil-Kuwait Arbitration, 24 Va. J. Int'l L. 323 (1984); and Tschanz, The Contribution of the Aminoil Award to the Law of State Contracts, 18 Int'l Law. 245 (1984).

شده است و در آینده نیز مسلماً بازتاب‌ها و پیامدهای بیشتری در پی خواهد داشت.

اما نکته اساسی این است که آیا این روند «دوباره محلی کردن» قراردادهای نفتی و توصیف تازه‌ای که از آنها به عمل آمده و به موجب آن گفته می‌شود که این قراردادها از ماهیتی پویا برخوردارند، می‌تواند بین ضرورت پویایی قرارداد و تطبیق آن با اوضاع و احوال جدید از یکسو، و ثبات قراردادی از سوی دیگر تلفیق و سازگاری برقرار کند؟ به عبارت دقیق‌تر، سؤال این است که آیا در پرتو این تحولات، داوران می‌توانند بدون مراجعه به تکنیک‌ها و مبانی که در رأی تاپکو برای تأمین تعادل قراردادی به آنها استناد شده، این تعادل را برقرار و رعایت کنند، و حمایت‌های مکفی و راه‌حل‌های مناسب برای حفظ حقوق سرمایه‌گذار خصوصی خارجی فراهم کنند، به نحوی که حقوق و انتظارات مشروع او، در عین رعایت حقوق و اختیارات فوق قراردادی دولت، هم به عنوان طرف قرارداد و هم به عنوان یک نهاد عمومی حافظ منافع عامه، نیز حفظ و تأمین شود؟ بدون این که خواسته باشیم پیشاپیش پاسخ این سؤال را داده باشیم، در همین ابتدای بحث یادآوری می‌کنیم که ضوابط حقوق بین‌الملل خصوصی، مفهوم «نظم عمومی» را که در سطح جهانی نیز مورد قبول است، برای پاسخ به پرسش مذکور پیش می‌نهد. مفهوم نظم عمومی به مرجع رسیدگی‌کننده اجازه می‌دهد در مواردی که نتیجه حاصل از قانون حاکم با شرایط برقراری حداقل نظم عمومی در تعارض باشد و مانع از آن شود، قانون حاکم را کنار نهد و نظم عمومی را رعایت کند. درمورد تشخیص مبانی نظم عمومی، مطالعات تطبیقی رهنمودهای ارزشمندی را برای دستیابی به آنچه می‌توان آن را «اصول کلی حقوقی ناظر به نوع خاصی از

قراردادها» (قراردادهای نفتی) نامید، به دست می‌دهد. بخش آخر این مقاله حاوی نکاتی دربارهٔ همین موضوع است. این اصول کلی، داوران را به اندازه کافی مجهز می‌نماید که بتوانند تعادل قراردادی را به شیوه‌ای مؤثر و درعین حال منطبق با اصول کلی شناخته شدهٔ حقوق بین‌الملل خصوصی برقرار و حفظ کنند؛ بدون این که لازم باشد به یک سلسله استدلال‌ات و مفاهیم مبهم که هم از لحاظ نظری محل نزاع می‌باشند و هم در عمل از پشتیبانی و حمایت کافی برخوردار نیستند (مانند آنچه در مورد بین‌المللی کردن قراردادها در رأی تاپکو آمده) توسل جویند.

مفهوم نظم عمومی، کشدار و قابل تفسیر است. دو نکته را نباید فراموش کرد: اولاً، گرچه یکی از عناصر تشکیل‌دهنده نظم عمومی در داخل کشور، نظام حقوقی و قانونی آن است، اما مهم‌ترین مؤلفه نظم عمومی، عدالت است که مبنای اصلی و معیار کنترل نظام حقوقی داخلی نیز هست. ثانیاً، امروزه از نظم عمومی بین‌المللی نیز سخن می‌رود که مؤلفه‌های اصلی آن بطور سنتی صلح و امنیت بین‌المللی و نیز نظام اقتصادی بین‌المللی است، اما امروزه باید عنصر حقوق بشر بویژه حق تعیین سرنوشت ملت‌ها را نیز به آن افزود. به عبارت دیگر، نظم عمومی بین‌المللی، جمع‌جبری نظم عمومی داخلی همه کشورها نیست، بلکه باید در ذیل نظام بین‌المللی تعریف و تفسیر شود که امروزه عنصر اصلی آن حقوق بشر و بویژه حقوق بشر بین‌المللی است. با این همه، نباید در تفسیر نظم عمومی بین‌المللی آنقدر راه مبالغه پیمود که مفهوم حاکمیت داخلی رنگ ببازد. سازگاری بین این دو مفهوم - نظم عمومی بین‌المللی و حاکمیت داخلی - از مقولات مهم حقوق بین‌الملل نوین در روزگار ما است که مورد بحث‌های زیادی قرار گرفته است.

باری، معیار نظم عمومی که در رأی امین‌اوایل آمده، هم معیار کنترل‌کننده حقوق داخلی (قانون حاکم) است و هم عنصر تلفیق آن با موازین بین‌المللی (اصول کلی حقوقی) است که ثمره عملی آن حفظ موازنه قراردادی و رعایت انتظارات مشروع طرفین است.

توصیف مجدد ماهیت قراردادهای نفتی

امروزه برای متخصصین حقوق بین‌الملل خصوصی این مطلب کاملاً روشن شده که مکانیسم‌های تعارض قوانین از ابتدا برای حکومت بر روابط حقوق خصوصی که در آن سوی قلمرو حقوق داخلی بوجود می‌آید، تدوین شده است و لزوماً نسبت به روابط مبتنی بر حقوق عمومی قابل اعمال نیست.^۴ قراردادهایی که بین دولت یا دستگاهها و ادارات عمومی و دولتی که عهده‌دار اعمال حاکمیت‌اند از یکسو، و اشخاص خصوصی خارجی از سوی دیگر، منعقد می‌شوند، به قول پروفیسور باتیفول^۵ نه در شمار «قراردادهای خصوصی بین‌المللی» اند و نه از جمله «قراردادهای کاملاً بین‌المللی» محسوب می‌شوند، بلکه گروه سومی از قراردادها را تشکیل می‌دهند که ویژگیهای خاص خود را دارند. قراردادهای نفتی متعلق به همین گروه سوم است که از دو ویژگی مهم برخوردارند:

- ۱- قرارداد نفتی، نه یک قرارداد حقوق خصوصی بین‌المللی است و نه قرارداد حقوق عمومی بین‌المللی در معنای خاص این واژگان، است.
- ۲- قرارداد نفتی اساساً با معاملات تجاری بین اشخاص خصوصی و مؤسسات دولتی که اعمال تصدی انجام می‌دهند (مانند صادرات و واردات) متفاوت است. برخلاف معاملات تجاری که موضوع آنها خرید و فروش کالای آماده است، در قراردادهای نفتی، شرکت خارجی متعهد می‌شود با آوردن سرمایه و تکنولوژی به منظور استخراج و توسعه یکی از بخش‌های حیاتی اقتصاد کشور که هنوز به طور کافی توسعه نیافته، در اقتصاد ملی آن کشور مشارکت نماید.

4. See e.g., H. Batiffol and P. Lagarde, 2 Droit International Privé 282 (7 th ed. 1983).

5. See H. Batiffol, Problèmes des Contrats Privés Internationaux, Fasc. 1, at 3 (cours de l'Institut des Hautes Etudes Internationales, Paris (1961-1962)).

نکته اصلی که در ورای مباحث مربوط به ماهیت قراردادهای نفتی و توصیف آن وجود دارد این است که آیا آن قسمت از حقوق و وظایفی که دولت برای تأمین رفاه اقتصادی و اجتماعی مردم برعهده دارد و آن را از طریق قدرت اجرایی و تقنینی خود انجام می‌دهد و اساساً قابل داد و ستد و معامله نیست؛ داخل در روابط حقوقی بین شرکت خارجی و طرف دولتی قرارداد، هست یا نه؟ به موازات این مطلب، این سؤال اساسی هم مطرح می‌شود که آیا حقوق و تعهدات سرمایه‌گذار خارجی که مشخصاً در قرارداد ذکر و مقرر شده، ثابت و قطعی است، یا ممکن است تحت تأثیر اقدامات یکطرفه دولت قرار گیرد؟ به عبارت دیگر آیا طرف دولتی قرارداد حق دارد حقوق و تعهدات طرف خارجی را که در قرارداد تعریف و تعیین شده، به استناد حق حاکمیت و قانونگذاری خود تغییر دهد؟ بنابراین، مسأله عبارت است از ترسیم مرز بین حقوق و اختیارات قراردادی دولت با حق قانونگذاری او.

الف - حقوق تطبیقی

مطالعات تطبیقی به روشنی نشان می‌دهد که در همه نظام‌های حقوقی، دولت از حق قانونگذاری برخوردار است. این اصل در حقوق بین‌الملل نیز مورد قبول و تأیید قرار گرفته است، و اگر اختلاف نظری در این مورد وجود داشته باشد، مربوط به قلمرو این حق ذاتی دولت است که ممکن است در حقوق داخلی کشورها، برحسب پاره‌ای عوامل مختلف فرق کند.^۶

6. See T. Riad, Host Countries' Permanent Sovereignty over National Resources and Protection of Foreign Investors: Some Reflections on the Recent Kuwait/Aminoil Arbitration Case, 39 Revue Egyptienne de Droit International 35, 65 (1983).

در اغلب سیستم‌های حقوقی جدید، از جمله در سیستم حقوق عرفی، در قراردادهای جدیدی که دولت برای کشف و استخراج منابع طبیعی با شرکتهای خارجی منعقد می‌کند، طرف دولتی از پاره‌ای حقوق و اختیارات ذاتی برخوردار است. جدای از حق دولت در وضع مقررات که مبتنی بر روابط قراردادی دولت با شرکتهای خارجی است، آشکار است که دولت دارای حق قانونگذاری است که مبتنی بر قانون اساسی است و خصوصاً شامل حق وضع مقررات انتظامی و مقررات مالیاتی می‌شود.^۷

الگوی فرانسوی که قراردادهای نفتی را از موضع حقوق عمومی توصیف می‌نماید، در بسیاری از کشورها، حتی کشورهایی که هیچ‌گاه مستعمره فرانسه نبودند، نیز مورد اقتباس و قبول قرار گرفته است. وجود سنت‌ها و موازین حقوق اسلامی و عربی در کشورهای عربی، باعث شد که توصیف فرانسوی قراردادهای توسعه اقتصادی و نفتی در بیست و دو کشور عضو «جامعه عرب» و حتی در کشورهای اسلامی غیر عرب در آسیا و آفریقا به آسانی پذیرفته شود. با استقلال کشورهای عربی پس از جنگ جهانی دوم، الگوی مصری قراردادهای نفتی که مبتنی بر سنن و موازین حقوق فرانسه بود، در عراق، سوریه، لیبی، کویت، قطر، الجزایر، سودان، یمن و نیز امارات متحد عربی وارد شد و رسماً مورد قبول قرار گرفت. در دیگر کشورهای جهان عرب نیز همان الگوی قراردادهای توسعه اقتصادی، رایج شد زیرا در بین حقوقدانان، قضات و وکلای دادگستری آن کشورها نیز همانند هم‌تایان مصری‌شان که در کشورهای همسایه و دوست مشغول کار بودند، مفاهیم حقوقی مشابهی رایج بود و همگی در یک مکتب فکری - حقوقی تربیت شده بودند و بستر فکری واحدی داشتند و از نظام ارزشی و

7. See generally G. Mitchell, *The Contracts of Public Authorities: A Comparative Study* (1954); C. Turpin, *Government Contracts* (1972); Mewett, *The Theory of Government Contracts*, 5 McGill L.J. 222 (1958-1959).

میراث مشترکی برخوردار بودند. صرف نظر از دلایل تاریخی و فرافرهنگی مؤثر در قضیه، واقعیت مطلب این است که در سراسر جهان عرب (از جمله در عربستان سعودی) همان موازین و اصول حقوق عمومی و حقوق اداری فرانسه که شاکله الگوی مصری قراردادهای توسعه اقتصادی را می سازد، به یکی از عناصر ذاتی سیستم حقوقی کشورهای عربی تبدیل شده است.^۸

نتیجه آن که، در کشورهای عربی بین دو گروه قرارداد تفکیک قائل می شوند: اول، قراردادهای حقوق خصوصی که منحصرأ تابع قواعد و اصول حقوق مدنی و حقوق تجارت هستند و دوم، قراردادهای حقوق عمومی که اصطلاحاً «قرارداد اداری»^{*} نیز خوانده می شوند که از پاره ای جهات تابع آن دسته از اصول و قواعد حقوق عمومی است که با نیازها و اقتضائات ناشی از ماهیت و موضوع خاص این قراردادها متناسب است. در همین زمینه، در قانون مدنی مصر مصوب سال ۱۹۴۹ که تا حدود زیادی عیناً در سایر کشورهای عربی مورد اقتباس قرار گرفته، صریحاً صحبت از قراردادهایی شده که لازم است به شیوه خاصی با آنها رفتار شود.^۹ اندیشه بنیادی و مبنای اصلی در مورد این قراردادها آن است که دستگاههای دولتی و عمومی طرف قرارداد همواره از این حق ذاتی و غیرقابل انکار برخوردارند که برای پیگیری و تحقق منافع عامه، مقرراتی را که جنبه فرا قراردادی دارند، وضع و اعمال نمایند. استفاده از این حق ویژه دولت که مبنای حقوق عمومی دارد، منحصر به «قراردادهای امتیاز ناظر به

8. See T. Riad, The Applicable Law Governing Transnational Development Agreements 35 (1985) (unpublished dissertation).

*. Contrats administratifs.

9. See Egyptian Civil Code, Promulgated by Law No. 131 of 1948 and in force from October 15, 1949, at arts. 668-673, reprinted and translated in The Egyptian Civil Code (Perrot, Fanner and Simms Marshall trans. 1952).

امور عام المنفعه»^{*} که در قانون مدنی مصر ذکر شده، نیست^{۱۰} بلکه قلمرو آن فراتر می‌رود و شامل کلیه قراردادهایی که دستگاههای دولتی در مقام حفظ و اعمال منافع عامه منعقد می‌کنند، نیز می‌شود.^{۱۱}

توضیح و تفسیر رژیم حقوقی خاص حاکم بر قراردادهای عمومی که مشخصاً در قانون مورد تصدیق واقع شده، برعهده مراجع قضایی است که رسیدگی به موضوع به آنها محول شده، خواه «شورای دولتی» باشد که در فرانسه و مصر وجود دارد، یا «مرجع حقوق اداری»^{**} که در سایر کشورهای عربی تأسیس شده است. با بررسی دعاوی مربوط و نیز مقالات راجع به توصیف ماهیت قراردادهای توسعه منابع طبیعی مطابق مدلی که در مصر وجود دارد و در سایر کشورهای عربی نیز اجرا می‌شود، این نکته آشکار می‌گردد که این قراردادها مسلماً از جمله قراردادهای عمومی^{***} به شمار می‌آیند.^{۱۲}

از نظر تاریخی، در حقوق اسلامی سنتی مفهوم قراردادهای اقطاع صریحاً پذیرفته شده است به این معنی که اولاً، در حقوق اسلامی قراردادهای عمومی موسوم به «أقطاع» وجود داشته و معتبر می‌باشند، ثانیاً، کلیه اسناد قراردادی که درباره تجهیزات مربوط به کشف مخازن و معادن

*. concessions of public utility services.

10. Id.

11. See T. Badawi, Administrative Law 251 (1983).

** Administrative Law Chamber.

***. public contracts.

12. See generally A. Ashoush, The Legal Regime of Petroleum Agreements in the Arab Countries (in Arabic) (1975); M. Benchikh, Les Instruments Juridiques de la Politique Algérienne des Hydrocarbures (1973); M. Mughraby, Permanent Sovereignty over Oil Resources - A Study of Middle East Oil Concessions and Legal Change (1966); S. Siksek, The Legal Framework of Oil Concessions in The Arab World (1960); Sultan, Legal Nature of Oil Concessions, 21 Revue Egyptienne de Droit International 73 (1965).

منعقد می‌شود در حکم قرارداد آقطاع است، و ثالثاً، جایگاه حقوقی آقطاع، از سایر قراردادها متفاوت است.^{۱۳}

توصیف قراردادهای توسعه اقتصادی براساس حقوق عمومی، در بسیاری از کشورهای عربی که از الگوی مصری که از سال ۱۹۲۳ به بعد متداول بوده، استفاده کرده‌اند، مبنای قانون اساسی یافته است. به این معنی که این کشورها در قانون اساسی خود اصلی را درج کرده‌اند که به موجب آن منابع طبیعی کشور جزء اموال عمومی است و دولت موظف است از آنها در راه تأمین منافع عامه به درستی بهره‌برداری کند.^{۱۴} این اصل، رسماً مورد تأیید کشورهای تولیدکننده نفت (اوپک) قرار گرفته و مضمون آن در اعلامیه معروف سال ۱۹۶۸ درباره سیاست نفتی کشورهای عضو گنجانده شده است.^{۱۵} به دنبال همین اعلامیه بود که از همان زمان به بعد در روابط کشور میزبان و شرکت‌های نفتی خارجی، تغییرات اساسی رخ داده و هنوز هم ادامه دارد.

در پرتو بررسی‌های تطبیقی معلوم می‌شود که قراردادهای نفتی جدید همانند سایر قراردادهای توسعه اقتصادی که موضوع آنها بهره‌برداری از منابع طبیعی است، دارای ویژگیهای مشترک و مهمی است که خود، زمینه‌ساز و خاستگاه پاره‌ای اصول کلی و عمومی است، مانند اصل اهمیت و توجه دولت در مورد بهره‌برداری (صحیح) از منابع طبیعی، حق دولت برای قانونگذاری و وضع مقررات، مفهوم قرارداد عمومی، و بالاخره اصل

13. See El-Kosheri, Le Régime Juridique créé par les Accords de Participation dans le Domaine Pétrolier, 147 Recueil des Cours 219, 342-343 (1975).

14. See e.g., Kuwait Const., art. 21, reprinted and translated in 9 Constitutions of the Countries of the World, Kuwait at 8 (A. Blaustein and G. Flanz eds. Looseleaf service).

15. Declaratory Statement of Petroleum Policy in Member Countries, Res. No. XVI. 90 of the Sixteenth OPEC Conference (Vienna, June 24-25, 1968), reprinted in OPEC, OPEC Official Resolutions and Press Releases 1960-1980 at 80 (1980).

غیرقابل معامله بودن حقوق و اختیارات دولت در این زمینه‌ها. این اصول را مختصراً توضیح می‌دهیم.

۱- اهتمام و توجه دولت در مورد بهره‌برداری از منابع طبیعی

می‌توان گفت که امروزه به عنوان یک اصل کلی، مسأله بهره‌برداری از منابع طبیعی از جمله نفت، در سراسر جهان مورد توجه و اهتمام بخش عمومی و دولت است. دولتها، صرف‌نظر از مبانی نظری نظام اقتصادی‌شان، در مورد منابع طبیعی کشور اهمیت اساسی قائل‌اند. به همین لحاظ بهره‌برداری از منابع طبیعی معمولاً با مباشرت یا مداخله خود دولت به یکی از این شیوه‌ها انجام می‌شود: یا خود دولت دارای حق عمومی انحصاری برای اکتشاف و بهره‌برداری معادن مانند نفت، می‌باشد (مثلاً مالکیت ذخایر معدن توسط دولت، یا مشروط بودن بهره‌برداری و اکتشاف آن به اجازه دولت)؛ یا در مواردی که حق بهره‌برداری از معدن ناشی از مالکیت آن است که متعلق به اشخاص خصوصی است و نه دولت، دولت حق قانونگذاری و نظارت وسیع در مورد نحوه استفاده از حق بهره‌برداری را دارد (مانند وضع مقررات دولتی درباره مخزن معدن و تولید از آن).^{۱۶}

۲- حق قانونگذاری دولت

منشأ و مبنای حق قانونگذاری دولت معمولاً به یکی از دو طریق زیر توجیه می‌شود: یا ناشی از خود قرارداد است که حاوی مواد و شروط استاندارد در مورد حق دولت برای وضع مقررات نیز هست؛ و یا ناشی از اختیارات ذاتی و کلی دولت برای قانونگذاری است مانند حق وضع مقررات انتظامی یا مالیاتی. بنابراین حق دولت در مورد قانونگذاری و وضع

16. See Riad, supra note 8, at 44.

مقررات نسبت به قراردادهای بهره‌بردار از منابع طبیعی، دارای منشأ و ماهیتی دوگانه است: بخشی از آن درونی است و برخاسته از روابط قراردادی خاص بین شرکت خارجی و طرف دولتی است و بخشی از آن جنبه بیرونی دارد، یعنی ریشه در خارج از قرارداد دارد و مبتنی بر قانون اساسی است. این حق وضع مقررات، در هر دو حالت مظهر و نمودی است از وظیفه دولت در پیگیری و رعایت منافع عمومی.^{۱۷} مطالعه تطبیقی نظامهای حقوقی بزرگ به خوبی نشان می‌دهد که حق دولت که می‌تواند یکطرفه و بدون موافقت طرف مقابل، مبنای محاسبه حق الامتیاز یا مالیات را تعیین نماید، بطور وسیعی مورد قبول قرار گرفته است و در حقوق داخلی معاصر بسیاری از کشورها، حق تعیین میزان حق الامتیاز یا مالیات و امثال آنها به صرف تشخیص و صلاحدید مراجع دولتی واگذار شده است. این که دولت حق دارد برمبنای ملاحظات غیر از قیمت‌های بازار، در این زمینه‌ها تصمیم‌گیری نماید در قوانین داخلی بسیاری از کشورها مفهومی کاملاً آشنا و متداول است.^{۱۸}

در ایران، مطابق اصل ۴۴ قانون اساسی صنایع بزرگ، صنایع مادر، معادن بزرگ و سایر مواردی که در آن اصل ذکر شده به صورت مالکیت عمومی و در اختیار دولت است.

۳- مفهوم قراردادهای عمومی (دولتی)

هرچند شروط حقوقی خاصی که در هر قرارداد عمومی اعمال می‌شود، حسب مورد متفاوت است اما روشن است که ساختار اصلی آنها تابع مفهوم کلی قراردادهای (حقوق) عمومی یا دولتی (public contracts)

17. Id.

18. See El-Kosheri, supra note 13, at 280.

است و متأثر از آنها می‌باشد.^{۱۹} قراردادهای دولتی از دو ویژگی اصلی برخوردارند: اولاً طرف خصوصی قرارداد در احداث و اجرای یک واحد بزرگ عمومی و مشخص، از یکسو به طور غیرمستقیم به یک عضو یا شریک اجرایی دولت تبدیل می‌شود. ثانیاً و از سوی دیگر، مشمول و موضوع پاره‌ای شرایط اجباری می‌شود که به موجب آنها طرف دولتی قرارداد از حقوق ویژه و امتیازات خاصی برخوردار است. بنابراین، عنوان عام قراردادهای دولتی نه تنها مفهوم فرانسوی «قرارداد اداری» را دربر می‌گیرد، بلکه مفهوم قراردادهای مشابه در حقوق امریکا و انگلیس را نیز در خود دارد. مفهوم «حق و امتیاز ویژه دولت»^{*} در قراردادهای دولتی، همانطور که تورپین می‌گوید، «مشخصاً راجع است به این که دولت حق دارد به صورت یکجانبه پاره‌ای اقدامات و تصمیمات را نسبت به قرارداد اتخاذ و اعمال نماید».^{۲۰}

۴- اصل غیرقابل معامله بودن حقوق دولت

از مطالعات تطبیقی و نیز از آنچه در بالا گفتیم، این «اصل کلی» به دست می‌آید که در مواردی که دولت با اشخاص خصوصی قراردادی منعقد می‌کند، حقوق قانونگذاری و اختیار وضع مقررات را برای خود حفظ می‌کند و این حقوق قابل معامله و واگذاری نیست. بنابراین، می‌توان گفت این یک اصل کلی است که حق دولت برای انعقاد قرارداد، محدود و مشروط است به این که دولت نمی‌تواند حقوق و وظایف حکومتی را به موجب قرارداد ساقط یا از آن صرف‌نظر کند.^{۲۱}

19. See Turpin, Public Contracts, 7 International Encyclopedia of Comparative Law 5 (1982).

*. State prerogatives.

20. Id. at 27.

21. See W. Friedmann, The Changing Structure of International Law 201 (1964).

همانطور که اشاره شد، اصل ۴۴ و اصل ۴۵ قانون اساسی ایران اصول و موازینی را درباره بخش‌های مختلف نظام اقتصادی کشور و نیز ثروت‌های عمومی (مانند معادن) پیش‌بینی کرده و حسب مورد آنها را به صورت مالکیت عمومی و در اختیار دولت، یا در اختیار حکومت اسلامی دانسته است. در ذیل هر دو اصل مذکور مقرر شده تفصیل ضوابط و نیز ترتیب استفاده از آنها را قانون معین می‌کند.

ب - حقوق بین‌الملل

از نظر حقوق بین‌الملل، توصیف قراردادهای توسعه اقتصادی بر مبنای حقوق عمومی، در قطعنامه‌های سازمان ملل^{۲۲} و نیز اعلامیه‌های بین‌المللی مانند «اعلامیه سیاستگذاری نفتی اوپک»^{۲۳} که در واقع انعکاس ماهیت حقوق عمومی قراردادهای بهره‌برداری از منابع نفتی بود و باعث دگرگونی عمیقی در این زمینه شد، مورد حمایت قرار گرفته است.

گرچه مفاد قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل و سایر اعلامیه‌های بین‌المللی از نظر حقوقی از جمله قواعد الزام‌آور حقوق بین‌الملل به شمار نمی‌رود، اما به هر حال در این قطعنامه‌ها از موضع کشورهای جهان سوم مبنی بر این که منابع طبیعی و بویژه منابع نفتی آنها بخش مهمی از ثروت ملی کشورها را تشکیل می‌دهد، حمایت شده است. بنابراین، بهره‌برداری و استفاده از این منابع از جمله وظایف دولتها است که باید در جهت تأمین منافع ملی و عمومی صورت گیرد. از این‌رو، وقتی یک

22. See Resolution on Permanent Sovereignty Over Natural Resources, G.A. Res. 1803, 18 U.N. GAOR Supp. (No. 17) at 15, U.N. Doc. A/5217 (1962); Resolution on Permanent Sovereignty Over Natural Resources, G.A. Res. 2158, 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 29, U.N. Doc. A/RES/2158 (1966).

23. See supra note 15.

شرکت خصوصی به موجب قراردادی که با دولت منعقد می‌نماید در بهره‌برداری از این منابع مشارکت می‌کند، در واقع به معنای همکاری و مشارکت با دولت میزبان در توسعه منابع طبیعی آن کشور است.

ج - آراء داوری بین‌المللی و فراملی

بعضی مراجع حقوق بین‌الملل، با استعانت از آراء داوری بین‌المللی و فراملی توصیف قراردادهای توسعه اقتصادی بر مبنای حقوق عمومی را تأیید کرده‌اند. چون دیوان‌های داوری فراملی برای توصیف قرارداد از قانون کشور مقرر (*lex fori*) تبعیت نمی‌کنند، لذا شیوه تطبیقی که توسط نویسندگانی مانند «رابل» و پیروان او^{۲۴} مطرح شده، نزد آنها معقول‌ترین و صحیح‌ترین روش برای توصیف قرارداد به شمار می‌رود. هیأت داوری در پرونده آرامکو،^{۲۵} راه را برای آنچه می‌توان «توصیف قرارداد به شیوه فراملی» نامید هموار ساخت، و برای این که عناصر ثابت یک نهاد حقوقی را با تجزیه و تحلیل آن معلوم کند، نه تنها به شیوه‌های حقوق تطبیقی و اصول کلی حقوقی مراجعه کرد، بلکه به رویه قضایی نیز توسل جست.^{۲۶} در واقع، سه مرحله‌ای که برای توصیف قرارداد در رأی آرامکو مطرح شده، همان سه مرحله‌ای است که در شیوه تطبیقی مورد نظر «رابل» پیشنهاد شده است، و باید به صورت متوالی یکی در پی دیگری طی شود. به این معنی که دیوان داوری مربوط باید در مرحله نخست، به کمک شیوه‌های حقوق تطبیقی اطلاعات پایه را از نظام‌های مختلف حقوق داخلی که نمایانگر فرهنگ‌های حقوقی بزرگ جهانی باشند، هرچه بیشتر جمع‌آوری نماید. در مرحله دوم، با بررسی و مطالعه این داده‌ها اصول کلی مشترک آن نظام‌ها را

24. See E. Rabel, 1 The Conflict of Laws: A Comparative Study 54-66 (1958).

25. Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (Aramco), 27 I.L.R. 117 (1958).

26. Id. at 158.

استخراج می‌کند، و بالاخره در مرحله سوم، دیوان داوری با تجزیه و تحلیل علمی روابط حقوقی مشخص در پرتو تکنیک‌های فنی حقوقی که اصول کلی مربوط را تشکیل می‌دهد، توصیف واقعی و مناسب قرارداد را به دست می‌دهد.

در پرونده آرامکو، هیأت داوری با روش تطبیقی خاصی که برای توصیف قرارداد موضوع اختلاف به کار گرفت، راه دیگری را دنبال کرد، به این معنی که برای تعیین ماهیت حقوق عمومی یا حقوق خصوصی قرارداد امتیاز، نظام حقوق عربستان سعودی را مناسب و صالح دانست، اما با این استدلال که عربستان فاقد نظام حقوق اداری قابل مقایسه با فرانسه می‌باشد،^{۲۷} توصیف قرارداد به عنوان یک قرارداد حقوق عمومی (دولتی) را رد کرد. برعکس، در پرونده بی - پی^{۲۸} داور منفرد (گونار لاگرگرن) توصیف قرارداد براساس حقوق داخلی را به همان ترتیب که در نظریه حقوقی مشاور بی - پی در توضیح قوانین لیبی آمده بود و گفته بود «طبق قوانین لیبی، قرارداد امتیاز در شمار قراردادهای اداری است» کافی دانست.^{۲۹}

در پرونده لیامکو،^{۳۰} داور منفرد (دکتر صبحی محمصانی) بحث خود را با بیان این که «قراردادهایی از آن نوع که در این داوری مطرح است، قراردادهای نیمه دولتی (عمومی) می‌باشند» آغاز کرد،^{۳۱} و سپس با توضیح ویژگی‌های قراردادهای مذکور - مانند این که طرفین این نوع قراردادها

27. Id. at 164-165.

28. BP Exploration Co. (Libya) Ltd. (BP) v. Government of the Libyan Arab Republic, 53 I.L.R. 297 (1979).

29. Id. at 324.

30. Libyan American Oil Co. (Liamco) v. Government of the Libyan Arab Republic, 20 I.L.M. 1 (1981).

31. Id. at 29.

اشخاص خصوصی معمولی نیستند، هدف از قرارداد، بهره‌برداری درازمدت از منابع طبیعی است، و حاوی شروط خاصی است مانند شرط مربوط به برخورداری دولت از حقوق و امتیازات ویژه - چنین نتیجه‌گیری نمود که «گرچه قرارداد امتیاز از ماهیت دوگانه حقوق عمومی و حقوق خصوصی برخوردار است، اما به هر حال ماهیت توافقی و قراردادی آن که مبتنی بر تراضی طرفین است، ویژگی غالب آن است».^{۳۲} لازم به یادآوری است که ماهیت توافقی بودن این قراردادها مورد اختلاف و نزاع نیست، و این که دکتر محمصانی بر این نکته انگشت گذاشته، به پاسخ این سؤال که بالاخره قرارداد امتیاز در شمار قراردادهای حقوق عمومی هست یا نه، کمکی نمی‌کند. با این همه، از مفاد رأی صادره در پرونده لیامکو که اصول و موازین حقوق خصوصی را نسبت به قرارداد اعمال کرده، چنین برمی‌آید که از نظر وی ماهیت حقوق خصوصی روابط قراردادی طرفین نسبت به جنبه‌های حقوق عمومی آن غلبه دارد.

و بالاخره، در پرونده «تاپکو» داور منفرد (پروفسور دوپوئی) به مسیر اصلی بحث نزدیک‌تر شده، زیرا دستکم به این مسأله پرداخته که «آیا مفهوم «قرارداد اداری» در حقوق فرانسه، یک اصل کلی حقوقی است که به حد کفایت، بطور گسترده و مسلّم در سیستم‌های حقوقی مهم جهان پذیرفته شده، یا نه».^{۳۳} دوپوئی به این پرسش جواب منفی داده است، که البته جوابی است پرسش‌انگیز و پرگفتگو، زیرا اگر به نامگذاری و به ظاهر لفظ «قرارداد اداری» حساسیت نشان ندهیم، و بجای آن به ماهیت و محتوای حاصل از بررسی تطبیقی نظام حقوقی در کشورهای مختلف توجه

32. Id. at 30.

33. Topco, supra note 1, at 21.

کنیم، معلوم می‌شود که مفهوم قراردادهای عمومی، یک مفهوم حقوقی مستقل است که در سطح جهانی پذیرفته شده است.^{۳۴}

ایراد جدی‌تر و مهم‌تر دوپوئی به ماهیت حقوق عمومی قراردادهای امتیاز لیبی به این واقعیت برمی‌گشت که قرارداد تحت رسیدگی او حاوی «شرط ثبات» بود که به عقیده دوپوئی وجود این شرط فی‌نفسه به معنای فقدان هرگونه «شرط فراتر از قانون عادی»^{*} در قرارداد است که وجود آن برای این که روابط حقوقی طرفین را به سطح «قرارداد اداری» ارتقاء دهد و به آن ماهیت حقوق عمومی القاء کند، لازم است.^{۳۵} به عبارت دیگر، به نظر شادروان پروفیسور دوپوئی وجود «شرط ثبات» در قرارداد، مانند آنچه در ماده ۱۶(۲) قراردادهای امتیاز لیبی آمده بود، اساساً ماهیت حقوقی آن را عوض کرده است، و با توجه به این که طبق «شرط ثبات» لیبی حق نداشت به استناد حق خاص دولت، شروط قرارداد را به صورت یکطرفه تغییر دهد، دیگر نمی‌توان آن را از جمله قراردادهای حقوق عمومی دانست.^{۳۶} البته این استدلال دوپوئی قبلاً از جانب نویسندگان و اساتید بزرگ حقوق فرانسه مورد بحث قرار گرفته و رد شده بود. بویژه، در یک گردهمایی به سال

۳۴. رجوع شود به پاورقی ۲۰ - ۱۹ و متن مربوط به آنها.

*. Clause exorbitante du droit commun: مفهوم «شرط فراتر از قانون عادی» یا «شرط گزاف» یک مفهوم حقوق اداری در فرانسه است و به این معنی است که در قراردادهای اداری که دولت منعقد می‌کند شرطی درج شود که مفاد آن بطور چشمگیر فراتر از حقوق مدنی (خصوصی) متداول باشد. به نظر بعض نویسندگان شرط فراتر از حقوق مدنی آن است که محتوی و مفاد آن نیز غیرقانونی و غیرمشموع باشد اما از لحاظ رویه قضایی، هر شرطی که در قراردادهای بین اشخاص متداول نباشد، «شرط فراتر از حقوق مدنی» است.

35. Topco, supra note 1, at 19-21.

متن ماده ۱۶ بند ۲ قرارداد تاپکو درباره شرط ثبات چنین است: «این قرارداد، در طول مدت اعتبار آن طبق قانون نفت و مقرراتی که در تاریخ امضای قرارداد اصلاحی که به موجب آن، این شرط در قرارداد درج شده است، تفسیر می‌شود. اصلاح یا لغو مقررات مذکور، بدون رضایت شرکت تاپکو هیچ تأثیری بر حقوق قراردادی شرکت تاپکو نخواهد داشت» (همان منبع، ص ۴).

36. Id. at 19-21.

۱۹۵۸ که موضوع آن تضمین حقوق و امنیت سرمایه گذاری در حوزه معادن و نفت بود، پروفیسور «دولابادر» به همین موضوع پرداخت و چنین پاسخ داد:

«به نظر من، برای توضیح مفهوم تجاوز از قانون عادی، یک استاد فرانسوی برای دانشجویانش، نمی تواند نمونه ای بهتر از شروط قراردادی موسوم به شرط ثبات که طبق آن دولت موافقت می کند که قوانین جدید را که احیاناً مؤثر در اجرای قرارداد است، نسبت به طرف (خارجی) مقابل اجرا نکند، بیابد. البته، همانطور که در قانون فرانسه هم پیش بینی شده، دولت می تواند به طرف قراردادی اش در مورد آنچه که ما «رژیم قانونگذاری درازمدت» می نامیم و قانون هم آن را به همین نام می خواند، تضمین ها و اطمینان های لازم را بدهد. و ایرادی ندارد، اما این که چنین شرطی را تجاوز از قانون عادی ندانیم، قبول آن برای من، به راستی دشوار است».^{۳۷}

در توجیه صحت و اعتبار حقوقی «شرط ثبات» از نظر مبانی حقوق عمومی گفته می شود که طرف دولتی قرارداد حق دارد به عنوان دولت چنین شرطی را در قرارداد بپذیرد و خود را به آن ملتزم سازد. بدین قرار، درج شرط ثبات به عنوان یک شرط الزام آور قراردادی، به این معنی است که دولت طرف قرارداد در مقام اعمال حاکمیت و در محدوده اختیارات خود موافقت می کند پاره ای مصونیت های تقنینی را به طرف خصوصی قرارداد اعطاء و به نفع او برقرار نماید. تجربه عملی نیز صحت نظر پروفیسور «دولابادر» و همفکران او در مورد شرط ثبات را نشان داده است،

37. Colloquium held by the Association de Droit Minier et Pétrolier on Sécurité des Droits et Investissements Miniers et Pétroliers at Aix-en-Provence on May 2-3, 1958. Actes du Colloque at 90.

زیرا اختیار دولت در موافقت با این که قانون حاکم بر قرارداد، به قوانین جاری در زمان انعقاد قرارداد محدود و تثبیت شود (شرط ثبات)، در عین حال که یک حق خاص و امتیاز ویژه است که فقط دولت از آن برخوردار است، محدودیت‌هایی نیز دارد و مطلق نیست.

از لحاظ دکترین نیز، نویسندگان و صاحب‌نظران حقوقی که با توصیف ماهیت قراردادهای توسعه اقتصادی براساس شیوه حقوق تطبیقی آشنا هستند، اغلب با توصیف این قراردادها به عنوان قراردادهای حقوق عمومی و دولتی موافق‌اند. مطالعات حقوقی هم نشان می‌دهد که از نظر حقوق قراردادها در کشورهای مختلف نیز قراردادهای توسعه اقتصادی در شمار قراردادهای دولتی یا عمومی محسوب می‌شوند. به عقیده صاحب‌نظران، افول مفهوم کلاسیک قرارداد، مدتهاست که راه را برای تحول در این مفهوم گشوده تا بتواند با تحولات و تغییرات مهمی که رخ داده، همسو و هماهنگ شود.^{۳۸} شادروان پروفیسور «ولف گانگ فریدمن» از نخستین نویسندگان حقوق بین‌الملل بود که دریافت الگوی قرن نوزدهمی قراردادهای خصوصی که بسته و ایستا بود، جای خود را به الگوی جدیدی سپرده که برطبق آن گونه‌های پویا، متحول و عمومی قرارداد بطور مشهود به رویه غالب تبدیل می‌شود. «فریدمن» با بیان مطلب زیر، راه را برای درک بهتر این واقعیت حقوقی جدید هموار ساخته است:

«امروزه، مشکل می‌توان حوزه‌ای از حقوق خصوصی را به درستی دریافت که از آمیزش عمیق و اغلب مؤثر با حقوق عمومی برکنار مانده باشد ... در حقوق عرفی (کامن‌لا) گونه‌ای از قراردادهای دولتی بوجود آمده که گرچه از حیث نظری نوعی قرارداد خصوصی است، اما

38. See P. Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, ch. 22 (1979); Baker, From Sanctity of Contract to Reasonable Expectation?, 32 Current Legal Probs. 17 (1979).

مشخصاً یک سلسله اصول حقوق عمومی از آنها به دست می‌آید که بسیار شبیه همان اصول قراردادهای دولتی در مفهوم حقوق فرانسه می‌باشند».^{۳۹}

اهمیت توصیف قراردادهای توسعه اقتصادی به عنوان قراردادهای دولتی و در معنای حقوق عمومی هنگامی بیشتر روشن می‌شود که بخواهیم تأثیر آن را بر تعیین اصول و قواعد حقوقی حاکم بر قراردادهای دولتی بررسی کنیم. البته تأکید می‌کنیم که اصول و قواعدی که متناسب با اقتضائات ناشی از جنبه‌های حقوق عمومی این قراردادها به عنوان صیغه غالب آنها، طراحی و تدوین شده، به هیچ‌وجه به این معنی نیست که اصول و قواعد ناظر به قراردادهای خصوصی باید کنار گذاشته شود. در حقیقت، به موجب سیستم‌های گوناگون حقوق داخلی، قانون قرارداد — که همان قانون حاکم بر روابط معمولی قراردادی بین اشخاص خصوصی است — یک چارچوب و بستر کلی را می‌سازد که اصول و قواعد ذی‌ربط حقوق عمومی نیز به عنوان یک نوع قانون خاص که صرفاً در حوزه محدودی اعمال می‌شوند، به آن چارچوب افزوده می‌شود و وارد آن می‌گردد.

مهم‌ترین بخش از قواعد حقوق عمومی که وارد رژیم قانونی حاکم بر قراردادهای نفتی می‌شود، قواعد و مقررات مربوط به حقوق ویژه دولت است که در واقع جلوه حاکمیت دولت است، مانند اعمال حاکمیت بر ثروتها و منابع ملی (نفت و امثال آن)، حق قانونگذاری، وظیفه دولت در حفظ منافع ملی و رعایت غبطه کشور و در عین حال حفظ تعادل قراردادی و احترام به اصل وفای به عهد و اجرای قرارداد. ایجاد موازنه و سازگاری

39. Friedmann, The Uses of General Principles in the Development of International Law, 57 AJIL 279, 281 (1963). See also G. Gilmore, The Death of Contract (1974).

میان این دو کار - اعمال حاکمیت دولت و در عین رعایت حقوق و منافع قراردادی طرف خارجی - باید در چارچوب قانون حاکم بر قرارداد صورت گیرد. موضوع اغلب دعاوی نفتی که شرکت‌های خارجی علیه کشورهای طرف قرارداد مطرح کرده‌اند و به علت نقض قرارداد توسط دولت غرامت مطالبه نموده‌اند حول همین محورها است که در بخش بعدی این مقاله مورد بحث قرار گرفته است.

نشانه‌های بازگشت به قانون داخلی کشور میزبان

شواهد گوناگونی وجود دارد که نشان می‌دهد تلاشهایی که دیرزمانی برای توجیه کنار گذاشتن قانون داخلی کشور میزبان سرمایه‌گذاری به عمل می‌آمد، فرو کاسته و دیگر مطلوب نیست. در بین این شواهد، سه نشانه، اساسی‌تر و مهم‌تر است: اولین نشانه، روند رو به فزونی نمونه‌ای از شرط انتخاب قانون حاکم است که به موجب آن بالصراحه قوانین داخلی کشور محل اجرای قرارداد یعنی کشور میزبان به عنوان قانون حاکم تعیین می‌شود. نشانه دوم عبارت است از روند قبول صلاحیت اجباری نظام حقوقی کشور میزبان (مانند مقررات مربوط به نظم عمومی که جنبه آمره دارد) نسبت به بعض جنبه‌های قرارداد، ولو این که قانون آن کشور به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب نشده باشد. و بالاخره دلیل سوم، عبارت است از ترک شیوه موسوم به «گزینش منفی» (negative choice) که قبلاً رایج بود و سعی می‌شد با توسل به آن حکومت قوانین داخلی کشور میزبان نسبت به قرارداد نفی شود با این استدلال که وقتی در قرارداد بالصراحه ذکر نشده قانون داخلی طرف دولتی حاکم بر آن خواهد بود، باید مفروض دانست که قصد ضمنی طرفین این بوده که قراردادشان تابع قانون داخلی نباشد (گزینش منفی).

محتوا و مضمون هریک از این سه نشانه را که حاکی از پذیرش مجدد قانون داخلی به عنوان قانون حاکم بر قراردادهای نفتی است، ذیلاً بررسی می‌کنیم.

الف - انتخاب قانون داخلی کشور میزبان به عنوان قانون حاکم بر

قرارداد

برای اجتناب از هرگونه سوء تفاهم، لازم است ابتدا چند نکته مقدماتی را روشن کنیم.

نکته اول، بطور کلی طرفین هر قرارداد آزادند هر قانونی را که خود مناسب می‌دانند، به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب و در قرارداد ذکر کنند. در عین حال، طرفین می‌توانند توافق‌ها و تراضی‌های خود در مورد موضوعات ماهوی مختلف را نیز به صورت شرط، در قرارداد بیاورند. موضوع آن انتخاب مرحله نخست همانا توافق بر قانون ماهوی حاکم بر قرارداد است، به این معنی که طرفین در بالاترین سطح حقوق بین‌الملل خصوصی اراده آزاد خود را اعمال می‌کنند که اصطلاحاً «حاکمیت اراده درجه اول» نامیده می‌شود (first degree party autonomy) اما موضوع و محتوای انتخاب طرفین در مورد پاره‌ای شروط ماهوی قراردادی که توافق‌ها و راه‌حل‌های مرضی‌الطرفین را در مرحله ثانوی بعد از قانون قرارداد نشان می‌دهد، اصطلاحاً «حاکمیت اراده درجه دوم» (second degree party autonomy) خوانده می‌شود.

این تفکیک بنیادی در مورد اعمال اصل حاکمیت اراده و سطوح آن، مادام که طرفین براساس حاکمیت اراده از درجه دوم، شروط ماهوی قراردادی را صریحاً تعیین و بطور کامل در قرارداد ذکر کرده باشند، مشکل عملی در پی نخواهد داشت، (مانند درج شرط مربوط به فورس ماژور، عسر و حرج، یا موارد فسخ قرارداد). دشواری هنگامی رخ می‌نماید که طرفین بجای این که محتوای توافق خود را به صورت شروط مشخص در قرارداد بگنجانند، صرفاً به ارجاع به پاره‌ای مقررات و منابع حقوقی بیرون از قرارداد اکتفا کنند و مثلاً بجای این که توافق‌های خود در مورد فورس

ماژور را بطور کامل و به صورت بخشی از قرارداد ذکر نمایند، طی ماده کوتاهی به مجموعه‌ای از مقررات ذی‌ربط در خارج از قرارداد، ارجاع کنند و به همین اندازه اکتفا نمایند که در صورت وقوع فورس ماژور مطابق مفهوم فورس ماژور، آن چنان که در حقوق بین‌الملل عمومی پذیرفته شده عمل خواهد شد. در این صورت، طرفین درباره فورس ماژور یک شرط ماهوی در قرارداد خود آورده‌اند اما به مقررات حقوق بین‌الملل در این زمینه به عنوان یک منبع خارج در قرارداد ارجاع داده‌اند. در نتیجه، صرف‌نظر از این که قانون ماهوی حاکم بر قرارداد چه باشد، قواعد و اصول حقوق بین‌الملل درباره فورس ماژور نیز از طریق همین ارجاع که در واقع محصول توافق طرفین است، وارد قرارداد می‌شود و بخشی از شروط قراردادی را تشکیل می‌دهد.

باری، تفکیک بین سطوح اعمال حاکمیت اراده (درجه اول و درجه دوم) صرفاً جنبه آکادمیک (نظری) ندارد، بلکه آثار عملی مهمی را به دنبال می‌آورد. بطور کلی، در مواردی که طرفین قانون خاصی را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب و در قرارداد شرط کرده باشند مسلماً همان قانون به عنوان یک نظام حقوقی عینی و مشخص، بر روابط قراردادی ایشان حکومت می‌کند و قرارداد را از جمیع جهات در حوزه شمول خود می‌گیرد. لکن در مواردی که طرفین یک نظام حقوقی بیرونی را کلاً یا جزئاً از طریق ارجاع انتخاب می‌کنند، محتوای آن صرفاً به عنوان شرط قراردادی مورد توافق، قابل اعمال و اجرا خواهد بود.^{۴۰}

اهمیت این تفکیک هنگامی بیشتر مشخص می‌شود که به یاد آوریم اصولاً انتخاب صریح قانون حاکم بر قرارداد و درج آن در قرارداد، به معنای کنار نهادن هر قانون دیگری، از جمله مقررات آمره آن است که در

40. See A. Dicey and J. Morris, 2 The Conflict of Laws 758 (10th ed. 1980).

غیاب چنین انتخابی، قانون مناسب و حاکم بر قرارداد می‌بود. لکن، در صورتی که صرف ارجاع به یک منبع حقوقی بیرون از قرارداد به عنوان یکی از شروط قرارداد، مانع از اعمال و اجرای مقررات آمره قانون حاکم که قرارداد تابع آن است، نمی‌شود.

اثر عملی مهم دیگری که بر تفکیک بین اعمال حاکمیت اراده از درجه اول و درجه دوم به دنبال دارد، هنگامی است که قانون منتخب طرفین در فاصله زمانی بین انعقاد قرارداد و اجرای آن تغییر کند و اصلاح شود. چنانچه طرفین قانون خاصی را بالصراحه و مستقیماً به عنوان قانون حاکم انتخاب و در قرارداد ذکر کرده باشند، طبعاً اصلاحات و تغییرات بعدی آن قانون نیز شامل قرارداد می‌شود. اما در صورتی که منابع و مقررات بیرون از قرارداد صرفاً از طریق ارجاع مورد توافق قرار گرفته باشد، معمولاً چنین تلقی می‌شود که قصد طرفین فقط ناظر به محتوای آن منبع حقوقی به همان صورت که در تاریخ انعقاد قرارداد وجود داشته، بوده و در نتیجه تغییرات بعدی آن شامل قرارداد نخواهد شد.^{۴۱}

نکته دوم، اصولاً طرفین ملزم نیستند در مقام انتخاب قانون حاکم، قانون داخلی یک کشور خاص یا ترکیبی از قوانین داخلی کشورها را انتخاب کنند بلکه، حداقل از لحاظ نظری، آزادند که حقوق بین‌الملل عمومی را نیز به عنوان نظام حقوقی حاکم بر قرارداد، تعیین نمایند.^{۴۲} اما در عرصه عمل، مشکل می‌توان تصدیق کرد که اصول و قواعد حقوق بین‌الملل بتواند به تنهایی کلیه جهات و جنبه‌های قرارداد را دربرگیرد و تنظیم نماید، زیرا هنوز یک نظام حقوقی خود — بسنده بنام «حقوق

41. Id. at 759.

42. Id. at 767. See also G. Delaume, Transnational Contracts, ch.1, para. 1.01 (Apr. 1986 updating).

بین‌المللی عمومی قراردادها» بوجود نیامده است.^{۴۳} به علاوه، حقوق بین‌الملل ناظر به روابط بین تابعان یا موضوع‌های حقوق بین‌الملل یعنی دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی است و ربطی به اشخاص خصوصی و شرکتهای تجاری ندارد. بنابراین، حقوق بین‌الملل - که در معنای سنتی آن «حقوق ملل» یا «حقوق بین دولتها» نیز نامیده می‌شد - فقط می‌تواند بخشی از قانون حاکم بر قرارداد باشد، به این معنی که همچون چتری قانون داخلی را که ابتدائاً و در وضع اولیه قانون مناسب قرارداد است، تحت نظارت و کنترل خود گیرد و بر آن سایه افکند.

نکته سوم، در مقطع فعلی از روند تحولات حقوقی ادعای این که یک نظام حقوقی ثالث وجود دارد که نه حقوق داخلی است و نه حقوق بین‌الملل، بلکه در منطقه آزاد بین حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی شناور است، و یک نظام خود - سامان فراگیر و منسجم را به درستی رقم می‌زند و طرفین می‌توانند آن را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد خود برگزینند و بکار گیرند؛ ادعای درست و به جایی نیست.^{۴۴}

استقصای نمونه‌های قراردادهای نفتی موجود نشان می‌دهد که فقط یک نمونه وجود دارد که در آن ضمن شرط قانون حاکم بر قرارداد، به بعض عناصر و منابع حقوقی فوق داخلی (غیرداخلی - غیربین‌المللی) اشاره و ارجاع شده است، و آن ماده ۲۸ قراردادهای امتیاز لیبی است که چنین می‌گوید:

43. See Friedmann, Some Impacts of Social Organization on International Law, 50 AJIL 475, 484 (1956).

44. اکثریت اعضای انستیتوی حقوق بین‌الملل این پیشنهاد را که در قطعنامه مربوط به قانون حاکم در قراردادهای بین دولت و اشخاص خصوصی خارجی عبارت «حقوق فراملی و/یا حقوق بازرگانی فراملی» (*lex mercatoria*) گنجانده شود، رد کردند. رک.

58 Annuaire de l'Institut de Droit International, Part 2, at 192, (Athens Session, 1979).

« این قرارداد امتیاز بر طبق اصول حقوق لیبی چنان که با اصول حقوق بین‌الملل مشترک باشد، و در صورت فقدان چنین اصول مشترکی، مطابق اصول کلی حقوقی، و از آن جمله اصول کلی حقوقی که دیوان‌های بین‌المللی اعمال کرده‌اند، اجرا و تفسیر خواهد شد.»^{۴۵}

سایر نمونه‌های شرط قانون حاکم در قراردادهای نفتی که در دسترس است، صرفاً جنبه تاریخی دارند، زیرا متن آنها بعدها تغییر کرده و با شروطی جایگزین شده که در آنها هیچ اشاره‌ای به «اصول مشترک» یا «اصول کلی حقوقی» و امثال آنها نشده است.^{۴۶} در عین حال جالب است بدانیم برخلاف استدلالی که در رأی پرونده «تاپکو» آمده، تفسیر و اجرای درست شرط قانون حاکم در قراردادهای حق‌الامتیاز لیبی، عیناً به همان نتیجه‌ای منجر می‌شود که قانون داخلی دولت طرف قرارداد به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب شده باشد. بحث و تفصیل این نکته را به بعد وامی‌گذاریم^{۴۷} و در اینجا تفسیر خود را از ماده (۷) ۲۸ قرارداد لیبی بیان می‌کنیم.

نخست، به نظر می‌رسد مقصود طرفین از عبارت اصول حقوق داخلی لیبی که با اصول حقوق بین‌الملل مشترک باشد، اشاره به قواعد مشترک در

45. See Topco, supra note 1, at 11; BP, supra note 28, at 303; Liamco, supra note 30, at 33.

۴۶. قرارداد امتیاز ایران - انگلیس (۱۹۳۳) که به منابع حقوق بین‌الملل عمومی اشاره کرده بود، با قرارداد کنسرسیوم ۱۹۵۴ جایگزین شد که ماده ۴۶ آن درباره قانون حاکم مشهور است: «از آنجا که تابعیت طرفین این قرارداد مختلف است، حکومت و تفسیر این قرارداد تابع اصول حقوقی مشترک با حقوق ایران و سایر کشورهایی که طرفهای این قرارداد در آنجا تشکیل شده‌اند، و سپس بر طبق اصول حقوقی که ملل متمدن بطور کلی به رسمیت شناخته‌اند، شامل اصولی که دیوان‌های دآوری اعمال می‌کنند، خواهد بود.»

البته ایران و سایر کشورهای صادرکننده نفت بعداً این شیوه تعیین قانون حاکم را کنار نهادند. رجوع شود به پاورقی ۵۵-۵۳ و متن مربوط به آنها.

۴۷. رک. ص ۸۴ به بعد.

هر دو نظام حقوقی است به منظور تعیین و استخراج آن دسته از اصول انتزاعی حقوقی که بر پایه آن قواعد به دست می‌آید. دوم، معنای اشاره به اصول حقوق بین‌الملل عمومی در ماده یاد شده، استثنا کردن قانون کشور میزبان (لیبی) به عنوان قانونی که در وضع اولیه و ابتدائاً حاکم بر قرارداد بوده است، نمی‌باشد، بلکه صرفاً مبنایی برای سنجش به دست می‌دهد که بر طبق آن اجرای قانون داخلی لیبی تا جایی دوام می‌آورد و معتبر است که مبتنی بر همان اصولی باشد که با اصول حقوق بین‌الملل عمومی — خواه عرفی یا عهدنامه‌ای — مشترک است. به دیگر سخن، هدف و کارکرد قواعد حقوق بین‌الملل عمومی در سیاق ماده مذکور، به دست دادن یک ضابطه کنترل، در معنای نوعی نظم عمومی قراردادی است که سیستم حقوق داخلی کشور میزبان (لیبی) باید در پرتو آن ارزیابی و بررسی شود تا بتواند وصف «قانون حاکم بر قرارداد» را به دست آورد. سوم، در صورتی که با به کارگیری این ضابطه (تست) معلوم شود که اصول ذی‌ربط در حقوق داخلی کشور میزبان در یک موضوع بخصوص با اصول حقوق بین‌الملل هماهنگ و همخوان نیست، آن‌گاه همان اصل حقوقی ناهماهنگ، تاجایی که لازم باشد، با یک نظام حقوقی فرعی که متضمن اصول کلی حقوقی متداول در نظام‌های حقوقی بزرگ جهان است، جایگزین می‌شود.

تفسیری که از ماده مذکور بیان کردیم با آنچه در ماده (۱) ۴۲ کنوانسیون حل و فصل اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری (ایکسید) آمده است، هماهنگ و همسو است.^{۴۸} در هر دو مورد، قانون حاکم در وهله نخست و علی‌الظاهر (*prima facie*) عبارت است از قوانین داخلی کشور میزبان،^{۴۹} اما اگر معلوم شود که حقوق داخلی آن کشور مبتنی بر اصولی

48. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Mar. 18, 1965, 17 U.S.T. 1270, 575 U.N.T.S. 159 [hereinafter cited as Convention].

۴۹. ماده ۴۲ (بند ۱) کنوانسیون ایکسید، چنین است:

است که با اصول متناظر آن در حقوق بین‌الملل هماهنگ و همسو نیست، آن‌گاه می‌توان قانون داخلی مذکور را کنار گذاشت.^{۵۰}

در قراردادهای نفتی جدید نه تنها بین‌المللی کردن حتی بخش‌هایی از قرارداد حذف شده، بلکه فراتر از آن، به صورت اثباتی و صریح در قرارداد ذکر می‌شود که قوانین داخلی طرف دولتی، قانون حاکم بر قرارداد است. در قراردادهای توسعه نیز طبق همین رویه جدید، طرفین قرارداد هرچه بیشتر به این روند پیوسته‌اند و با ذکر صریح قانون داخلی کشور میزبان به عنوان قانون حاکم، در واقع بر ضابطه عینی و متداول رجوع به قانون داخلی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد (داخلی کردن قانون حاکم) مهر تأیید زده‌اند. این روند فزاینده را می‌توان در عکس‌العملی دید که دولتها به نام حاکمیت ملی در برابر تلاش‌هایی که نویسندگان غربی برای خارج کردن قرارداد از قلمرو حقوق داخلی به کار می‌گیرند تا تمام یا بخشی از قرارداد را از صلاحیت کشور میزبان خارج نمایند، از خود نشان می‌دهند.

در مقاله‌ای که به سال ۱۹۸۵ منتشر شده،^{۵۱} سی و یک مورد از قراردادهای توسعه اقتصادی شمارش شده که پس از پایان دوره استعمار و اعلام استقلال کشورهای میزبان در افریقا، آسیای جنوب شرقی، امریکای لاتین و استرالیا منعقد شده است. در این قراردادها، ماده‌ای درج شده که کمابیش شبیه ماده (۱) ۳۲ قرارداد منعقد شده بین اندونزی و «پی.تی. آنکی چمالی» است:

«دیوان داوری در مورد اختلاف، بر طبق قواعد حقوقی که طرفین توافق کرده‌اند، تصمیم می‌گیرد. در صورت فقدان توافق طرفین، دیوان داوری قوانین کشور طرف قرارداد (شامل قواعد تعارض قوانین آن) و نیز آن دسته از اصول حقوق بین‌الملل را که بتواند حاکم بر اختلاف باشد، اعمال می‌نماید».

* یادآوری می‌شود که مفاد ماده (۱) ۴۲ کنوانسیون ایکسید که متن آن را در پاورقی ۴۹ آوردیم، فی‌نفسه به معنای برتری و اولویت حقوق بین‌الملل بر قانون داخلی که در متن به آن اشاره شده و فرض شده، نیست.

50. See M. Bartels, Contractual Adaptation and Conflict Resolution (1985), *infra* pp. 277-288.

«این قرارداد، اجرای آن و عملیات آن تابع قانون جمهوری اندونزی است و بر طبق این قانون تفسیر و تبیین خواهد شد، مگر صریحاً طور دیگری در قرارداد مقرر شده باشد».^{۵۱}

درج شروط صریح و روشنی از این قبیل که به موجب آن طرفین توافق می‌کنند قوانین طرف دولتی قرارداد، حاکم بر قرارداد باشد، اینک به رویه غالب در قراردادهای نفتی کشورهای عضو اوپک بویژه پس از تحولات مهمی که در دهه ۱۹۷۰ در صنعت نفت رخ داده، تبدیل شده است. قراردادهایی که از آن تاریخ به بعد منعقد شده، از جمله قراردادهای مشارکت و انواع قراردادهایی که پس از گرفتن (مصادره) قراردادهای امتیاز سابق منعقد شده‌اند، بطور یکسان متضمن شرط صریح انتخاب قانون داخلی کشور میزبان به عنوان قانون حاکم می‌باشند.^{۵۲}

در بعضی کشورها، قوانینی وجود دارد که حکومت قانون داخلی را در قراردادهای توسعه الزامی کرده است مانند قانون نفت ایران مصوب ۱۹۷۴ (۱۳۵۳) که طبق جمله ذیل ماده ۲۳ آن «اعتبار و تفسیر و اجرای قراردادها تابع قانون ایران خواهد بود».^{۵۳} این قانون، در واقع شکل مدون همان رویه‌ای است که از سال ۱۹۶۹ به بعد بوجود آمده و هدف از آن تثبیت رویه مذکور و جلوگیری از عدول از آن است. در قراردادهای نفتی که ایران در دهه ۱۹۷۰ با شرکتهای ژاپنی، امریکایی، ایتالیایی، انگلیسی، آلمانی، فرانسوی و یا کانادایی منعقد کرده، گاه مقرر شده که «این قرارداد

51. Id. at 107, n. 22

جالب است بدانیم که این دوباره محلی کردن قرارداد (relocalization) با رویه کشورهای پیشرفته بویژه انگلیس و نروژ، در قراردادهایی که با شرکتهای نفتی خارجی منعقد می‌کنند، هماهنگ و همسو است. رک. Delaume, supra note 42, at ch. 1, para. 1.13.

52. See El-Kosheri, supra note 13, at 304.

53. See OPEC, Selected Documents of the International Petroleum Industry 1974, at 28 (1976).

مطابق قوانین ایران اجرا و تفسیر می‌شود و در مواردی که قرارداد ساکت باشد، مفاد قانون نفت ایران اجرا خواهد شد»^{۵۴} و گاه قید شده «این قرارداد تابع قوانین ایران است و بر وفق آن قوانین تفسیر خواهد شد».^{۵۵}

تنها قراردادی که ایران در این دوره زمانی منعقد نموده و فاقد شرط صریح حکومت قانون داخلی ایران و برگرداندن قرارداد به حوزه حقوق داخلی است، قرارداد کنسرسیوم سال ۱۹۷۳ است که بحثهای زیادی را نیز دامن زده است.^{۵۶} ماده ۲۹ این قرارداد که در واقع جانشین ماده ۴۶ معروف قرارداد کنسرسیوم قبلی (۱۹۵۴) است،^{۵۷} متضمن شرط قانون حاکم کاملاً متفاوتی است. متن این ماده ۲۹ چنین است:

«این قرارداد بر وفق قوانین ایران تفسیر خواهد شد. حقوق و تعهدات طرفین مطابق مقررات این قرارداد و تابع آن خواهد بود. هرگونه تغییر این قرارداد یا خاتمه دادن به آن پیش از انقضای منوط به توافق طرفین است».^{۵۸}

چنان که پیدا است، برعکس سایر قراردادهایی که ایران منعقد کرده، ماده ۲۹ قرارداد کنسرسیوم (۱۹۷۳) در مورد فروش نفت، بین قانون حاکم بر تفسیر قرارداد که قانون ایران است، و قانون ماهوی حاکم بر اجرای قرارداد که اشاره‌ای به قانون ایران نکرده، تفکیک قائل شده است. بعد از

54. See e.g., Article 38 of the Joint Structure Agreement concluded between the National Iranian Oil Co. and Amerada Hess Corp. on July 27, 1971, reprinted in 41 Middle East: Basic Oil Laws and Concession Contracts (Original Texts) (Barrows) 23 (1974).

55. See e.g., Article 25 of the Service Contract concluded between the National Iranian Oil Co. and Ultramar Co. Ltd. On August 7, 1974, reprinted in OPEC, supra note 53, at 57, 76.

56. Consortium Oil Sales and Purchase Agreement of 1973, reprinted in OPEC, Selected Documents of the International Petroleum Industry 1973, at 42 (1975).

57. See supra note 46.

58. OPEC, supra note 56, at 71 (emphasis added).

پیروزی انقلاب در ایران (۱۹۷۹) همین تفکیک منجر به بروز اختلافاتی بین شرکتهای عضو کنسرسیوم و ایران شد و موضوع نزد مراجع داوری ذی ربط مطرح گردیده است.

پس از پیروزی انقلاب در ایران، شرکت ملی نفت ایران قرارداد کنسرسیوم را به استناد «ماده واحده در مورد کان لم یکن کردن قراردادهای نفتی» مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب کان لم یکن اعلام کرد و یازده شرکت امریکایی عضو کنسرسیوم برای دریافت غرامت ناشی از فسخ به دیوان داوری ایران و امریکا رجوع کردند. در پرونده کنسرسیوم، خواهانهای امریکایی استدلال می کردند که ماده ۲۹ قرارداد فقط یکی از منابع قواعد لازم الاجرا که حاکم بر روابط طرفین است را مشخص کرده (یعنی خود قرارداد) و مقرر نموده که فقط تفسیر قرارداد تابع قانون ایران است و همین قید، به این معنی است که طرفین نخواسته اند سایر جنبه های قرارداد مشمول قانون ایران باشد (انتخاب منفی قانون حاکم) و در نتیجه قانون ماهوی حاکم بر قرارداد، قانون ایران نیست بلکه اصول کلی حقوقی و حقوق بین الملل است. خواهانهای امریکایی برای اثبات این نظر می گفتند اولاً قرارداد کنسرسیوم از نوع قراردادهای دراز مدت است و ثانیاً هدف از آن مشارکت شرکتهای خارجی در توسعه منابع نفتی ایران بوده و از نوع قراردادهای توسعه اقتصادی است و ثالثاً متضمن شرط داوری بین المللی است. به نظر ایشان، عمل ایران به منزله سلب مالکیت است و باید غرامت پرداخت کند و به علاوه قرارداد تابع اصول کلی حقوقی مانند اصل وفای به عهد است و فسخ قرارداد توسط ایران باعث مسئولیت ایران می باشد.

دیوان داوری ایران - ایالات متحده به ریاست شادروان ویرالی، برای تصمیم گیری درباره قانون حاکم بر دعوی، موضوع را به دو بخش تفکیک نمود: یکی قانون حاکم بر مسأله سلب مالکیت، دوم مسأله نقض قرارداد

کنسرسیوم توسط ایران. در مورد مشروعیت یا عدم مشروعیت سلب مالکیت از شرکتهای عضو کنسرسیوم، دیوان داوری به حقوق بین‌الملل مراجعه کرد و گفت ملی کردن حق دولتها است که حقوق بین‌الملل آن را به رسمیت شناخته است. اما این که آیا مشروع بوده یا نه، به نظر دیوان چون در تاریخ کان‌لم یکن کردن قرارداد توسط ایران قرارداد به صورت سند مرده درآمده بود و طرفین توافق کرده بودند که آن را احیاء نکنند و مورد بررسی و مذاکره مجدد قرار دهند، بنابراین اساساً سلب مالکیت و ملی کردن موضوعاً منتفی بوده است.

درباره قانون حاکم بر نقض قرارداد، دیوان داوری ابتدا بررسی کرد که آیا در عالم واقع نقض و فسخ رخ داده یا نه و اظهار کرد که برای این منظور باید قانون حاکم معلوم شود. سپس به خود قرارداد مراجعه نمود و گفت تنها ماده‌ای که درباره این موضوع در قرارداد وجود دارد، ماده ۲۹ آن است که مبهم می‌باشد و نشان نمی‌دهد که قانون حاکم کدام است و جمله اول آن در مورد حکومت قانون ایران، محدود به تفسیر قرارداد است. سپس در جستجوی قانون حاکم بر موضوع، دیوان داوری نظر داد که با توجه به خصلت بین‌المللی قرارداد و نیز با توجه به پیچیدگی حقوق و تعهدات طرفین و بویژه با توجه به سایر عناصر و مفاد قرارداد، مناسب نمی‌داند آن را تابع قانون ایران بداند بلکه مشمول اصول کلی حقوقی می‌باشد.

به علاوه، به نظر دیوان اصل وفای به عهد که خواهان‌ها مدعی بودند به تنهایی یک سیستم حقوقی کامل ایجاد می‌کند، نمی‌تواند به عنوان قانون حاکم تلقی شود بلکه لازم است به یک نظام حقوق داخلی متصل باشد که در این مورد ماده ۲۹ قرارداد رهنمودی به دست می‌دهد. به هر حال، دیوان قانون حاکم بر مسأله نقض قرارداد را اصول کلی حقوقی دانست.

اختلافات کنسرسیوم و ایران سرانجام به موجب توافق طرفین و در خارج از دیوان داوری حل و فصل شد.*

ب - نقش مقررات آمره کشور میزبان به عنوان قانون حاکم

قبل از این که منظور از «مقررات نظم عمومی» و اعمال مستقیم آنها بر قرارداد را توضیح دهیم، باید چند نکته مقدماتی را یادآوری کنیم. نخست، هنگامی که دیوان‌های داوری با قراردادهای خصوصی که صیغه حقوق عمومی آنها غالب است، مواجه می‌شوند ناگزیرند برای تلفیق این دو جنبه، راه میانه‌ای بیابند. یک رهیافت آن است که مرجع داوری به قوانین داخلی کشور طرف قرارداد (کشور میزبان)، از جمله قواعد کلی قراردادهای خصوصی که قانون عمومی خاصی آنها را نسخ نکرده است، رجوع نمایند. نقطه مقابل این رهیافت آن است که اجرا و اعمال آن دسته از قوانین داخلی کشور طرف قرارداد را که طرف خارجی را در موقعیتی نابرابر قرار می‌دهد، کنار گذارند.

دوم، بعض نویسندگان غربی به درستی در صدد برآمده‌اند که ریسک‌های غیرتجاری طرف خصوصی خارجی قرارداد را کاهش دهند و بین منافع طرفین موازنه‌ای برقرار نمایند، اما گاه در این کار راه افراط و مبالغه پیموده و نظراتی ارائه کرده‌اند که از لحاظ حقوقی درست و موجه نیست و در عمل نقض غرض بوده است. به عنوان یک نمونه خاص از این نظرات افراطی، می‌توان به کوشش‌های بعضی حقوقدانان غربی اشاره کرد که سعی می‌کردند توجیه نمایند که اساساً نیازی به مراجعه به قواعد حل تعارض قوانین و روند انتخاب قانون حاکم نیست، زیرا به قول ایشان داوران

*. رک. دکتر محسن مجبی، «رژیم قانون حاکم دیوان داوری ایران - ایالات متحده در دعاوی نفتی و تأثیر آن در روند داوری بین‌المللی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۸ - ۲۷، ۱۳۷۸، ص ۷۶ به بعد.

نباید فراتر از این بروند که بنام اصل حاکمیت مطلق اراده، که یک اصل جهانی است و خارج از شمول حقوق داخلی می‌باشد، مستقیماً «قانون قرارداد» (*lex contractus*) را به عنوان تنها قانون حاکم بر روابط طرفین اعمال کنند.^{۵۹}

سوم، گرچه این آموزه (دکترین) افول کرد اما مانع از این نشد که نسل جدیدی از حقوقدانان از طریق دیگری در مقام سست کردن روند انتخاب قانون حاکم برآیند. به عقیده ایشان یک سیستم حقوقی غیرداخلی و برتر وجود دارد که با قرارداد پیوند مستقیم دارد و آن «نظام حقوقی پایه» (*basic legal order*) است که قرارداد قدرت الزام‌آور خود را از آن می‌گیرد.^{۶۰} مقصود از طرح این «نظام حقوقی پایه» آن است که حوزه موضوعاتی را که مشمول قانونی است که براساس قواعد تعارض قوانین به دست می‌آید، بطور قابل توجه محدود کند که نتیجه آن قرارداد بدون قانون است. دو دهه قبل، اگر کسی ادعا می‌کرد که قرارداد می‌تواند بدون قانون باشد شگفت‌انگیز بود، اما امروزه وقتی همین سخن در پوشش نظریه جدیدی بنام «نظام حقوقی پایه» بیان می‌شود تا جذابیت و اعتباری کسب نماید، چه بسا کمتر قابل اعتراض به نظر رسد. این نویسندگان جدید در مقام توضیح همان تئوری «قرارداد بدون قانون»، ادعا می‌کنند که قبل از این که نوبت به انتخاب قانون حاکم که در مرحله ثانی به اجرا درمی‌آید برسد، یک «نظام حقوقی پایه» وجود دارد که در مرحله نخست اجرا می‌شود. این تئوری جدید اساساً مبتنی بر این حکم کلی است که قبل از

59. See Verdross, The Status of Foreign Private Interests Stemming from Economic Development Agreements with Arbitration Clauses, in Selected Readings on Protection by Law of Private Foreign Investments 117, 121 (International and Comparative Law Center, Southwestern Legal Foundation ed. 1964).

60. See e.g., Weil, Droit International et Contrats d'Etat, in Mélanges Offerts à Paul Reuter – Le Droit International: Unité et Diversité 549, 558 (1981).

تعیین قانون مناسب قرارداد، باید «نظام حقوقی پایه» را که قراردادهای دولتی ریشه در آن دارند، تعیین کنیم. هدف از این «نظام حقوقی پایه» نیز آن است که معلوم کند مبنای اختیار دولت برای این که خود را طبق قرارداد محدود سازد، کدام نظام حقوقی است زیرا آنچنان که طرفداران این نظریه استدلال می کنند این مسأله را نمی توان به قواعد حل تعارض بویژه به اصل حاکمیت اراده (در انتخاب قانون) سپرد. بنابراین، حتی در مواردی که طرفین، قانون حاکم بر قرارداد را با توافق انتخاب کرده اند، باز هم این ضرورت وجود دارد که براساس موازین عینی (objective) «نظام حقوقی پایه» را که ماهیت الزام آور قرارداد ناشی از آن است، تعیین کنیم. حتی گفته می شود که ماهیت الزام آور بودن خود شرط انتخاب قانون حاکم نیز ریشه در همین «نظام حقوقی پایه» دارد.^{۶۱}

چهارم، امروزه و در این مرحله از تحول حقوقی، وجود پاره ای اصول کلی حقوق بین الملل خصوصی مسلم است و مورد اختلاف نیست. در واقع این اصول کلی در سال ۱۹۲۹ که دیوان دائمی بین المللی دادگستری (PCIJ) در پرونده وامهای صربستان اظهارنظر می کرد نیز وجود داشت. دیوان در آن پرونده^{۶۲} گفته بود:

«هر قراردادی که قرارداد بین دولتها به عنوان تابعان حقوق بین الملل محسوب نشود، مشمول قانون داخلی یک کشور خاص خواهد بود، اما این که قانون کدام کشور، موضوع اصلی یکی از رشته های حقوقی است

61. For a criticism of this approach, see Mayer, Le Mythe de "l'Ordre Juridique de Base" (ou Grundlegung), in Le Droit des Relations Economiques Internationales: Etudes Offertes à Berthold Goldman 199 (1982).

62. Serbian Loans (France. v. Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes), 1929 P.C.I.J., ser. A., Nos. 20-21, at 40 (Judgment of July 12).

که در حال حاضر معمولاً حقوق بین‌الملل خصوصی یا دکترین تعارض قوانین نامیده می‌شود».^{۶۳}

دیوان در ادامه تحلیل خود از فرایند انتخاب قانون حاکم (هم از جهت الزام‌آور بودن قرارداد و هم از حیث قانون حاکم بر آن) می‌گوید: «قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی ممکن است در حقوق بسیاری از کشورها یکسان و مشترک باشد و حتی ممکن است به موجب عهدنامه یا عرف بین‌المللی ایجاد شود که اگر عرفی باشد، متضمن ماهیت حقوق بین‌الملل واقعی نیز هست».^{۶۴}

مطالعات حقوق تطبیقی در طول نیم قرن اخیر هم نشان داده که پاره‌ای از قواعد تعارض قوانین وجود دارد که نه تنها در قانون داخلی کشورهای مختلف، مشترک است بلکه در سیستم‌های حقوقی بزرگ دنیا نیز یکسان است. شکل‌گیری بعضی از اصول حقوق بین‌الملل خصوصی چنان در عمق اندیشه حقوقی ریشه دارد که نظام‌های حقوق داخلی، آنها را یکی از منابعی می‌دانند که دادگاه‌های داخلی می‌توانند در مقام تکمیل قواعد حل تعارض به آنها مراجعه و استناد کنند.^{۶۵}

بدین قرار، هم در دکترین و هم در رویه قضایی جدید به اصول کلی تعارض قوانین اشاره می‌شود که می‌تواند به عنوان یک منبع حقوقی مناسب برای تعیین قانون حاکم بر روابط قراردادی، اعم از قراردادهای خصوصی یا

63. Id. at 41.

64. Id.

65. See e.g., the Egyptian Civil Code, supra note 9, at art. 24, according to which "the principles of private international law apply in the case of a conflict of laws for which no provision is made in the preceding articles".

قراردادهای عمومی و دولتی مورد استفاده قرار گیرد. آراء داوری زیادی در مورد هر دو نوع قرارداد خصوصی و عمومی در تأیید این مطلب وجود دارد که «صرف شناسایی و تأیید بعضی قواعد خاص تعارض قوانین در سطح عمومی یا جهانی، فی نفسه کافی است تا اجرا و اعمال چنین قواعدی را در داوری‌های بین‌المللی موجه سازد».^{۶۶}

پنجم، با این همه، این پرسش هنوز پاسخ می‌طلبد که این اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی کدام است؟ آیا محدود است به اصل آزادی اراده در انتخاب قانون حاکم در حوزه روابط قراردادی، یا اصول کلی دیگری هم وجود دارد؟ مانند اصل تعیین قانون حاکم براساس داخلی کردن قرارداد (localization) برحسب موازین عینی (objective) و با رجوع به مرکز ثقل روابط قراردادی، یا قواعد آمره حقوق عمومی، یا اصل استناد به نظم عمومی به منظور کنارگذاشتن هر راه‌حلی که برخلاف اصول بنیادی غالب در قراردادهای توسعه اقتصادی باشد.

برگردیم به موضوع اصلی بحث. با توجه به نکات مقدماتی که در بالا گفتیم تردیدی باقی نمی‌ماند که برطبق یک اصل کلی حقوق بین‌الملل خصوصی که در سطح جهانی نیز شناخته شده، مرجع داوری موظف است برای یافتن قانون حاکم بر قرارداد، در مرحله نخست به همان قانونی مراجعه کند که طرفین برگزیده‌اند و به عنوان قانون حاکم در قرارداد شرط کرده‌اند. اما وجود این اصل کلی مانع از این نیست که به اصول کلی دیگر که به همین اندازه مهم‌اند نیز مراجعه و استناد شود. این اصول، هم ناظر به روابط قراردادی است و هم موضوعات غیرقراردادی. در بین آنها باید به طور خاص به اصلی اشاره کنیم که طبق آن مقررات آمره کشور

66. J. Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Awards 327 (1978).

محل اجرای قرارداد، ضرورتاً باید اعمال و اجرا شود. وجود مقررات و قوانین آمره نظم عمومی که دارای ویژگی اجرای فوری می‌باشند (*règles d'application immédiate*) و ماهیت اقتصادی یا سیاسی دارند (*lois de police*) بخوبی شناخته شده است.^{۶۷} قانون حاکم بر قرارداد هرچه باشد، این قبیل مقررات نظم عمومی ناگزیر اثر مهمی بر حقوق و تعهدات طرفین دارد، و اعمال یا عدم اعمال آنها تابع تصمیم و خواست طرفین نیست. در واقع همان منافع عمومی که وضع چنین مقررات آمره‌ای را ضروری ساخته، اقتضا می‌کند که روابط قراردادی طرفین را کنترل نماید و به همین لحاظ نمی‌توان اجرای مقررات نظم عمومی را به تصمیم و اراده کسانی واگذار کرد که خود موضوع و مخاطب کنترل هستند.^{۶۸} به عبارت دیگر، اجرای مقررات نظم عمومی که بنام منافع عمومی بر حقوق و تعهدات قراردادی طرفین اثر می‌نهد، خارج از قلمرو قانون منتخب ایشان است. بطور کلی، مقررات آمره مربوط به نظم عمومی معمولاً برخاسته از نظام حقوق داخلی است و در مقام اعمال حق حاکمیت است که موضوعیت می‌یابند، مع‌ذلک چه بسا مبتنی بر آن دسته از مقررات حقوق بین‌الملل عمومی که ماهیت آمره (*jus cogens*) دارند و حتی دولتها هم نمی‌توانند آنها را کنار بگذارند، نیز باشند.

67. See e.g., De Nova, Conflict of Laws and Functionally Restricted Substantive Rules, 54 Calif. L. Rev. 1569 (1966); Francescakis, Quelques Précisions sur "les Lois d'Application Immédiate" et leurs Rapports avec les Règles de Conflit de Lois, 55 Revue Critique de Droit International Privé 1 (1966); Freyria, La Notion de Conflits de Lois en Droit Public, in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 103 (1967); and Graulich, Règles de Conflits et Règles d'Application Immédiate, in 2 Mélanges en l'Honneur de Jean Dabin 629 (1963). See also, Mayer, Les Lois de Police Etrangères, 108 Journal du Droit International 277 (1981).

68. See Batiffol and Legarde, supra note 4, at 277; Dicey and Morris, supra note 40, at 792. This has been codified in European Community Law in the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, June 19, 1970 (80/934/EEC), at art. 7, 23 O.J. Eur. Com. (No. L 266) 3 (1980).

بدون این که خواسته باشیم شرح و بسط زیادی درباره مقررات آمره نظم عمومی که علی‌الاصول ماهیت حقوق عمومی دارند و موکول به شرط انتخاب قانون حاکم نیست، داده باشیم، کافی است اشاره کنیم که نمونه کلاسیک این مقررات که در عمل هم بیشتر با آن برخورد می‌کنیم، ملی کردن و سایر شکل‌های گرفتن مال توسط دولت است که باعث فسخ قرارداد مربوط می‌شود. نمونه دیگر آن، اقدامات دولت در مقابله با آلودگی و مقررات محیط‌زیست است که ممکن است بر موازنه قرارداد در حال اجرا اثر بگذارد، یا وضع مقررات مالیاتی به صورت مستقیم یا غیرمستقیم (مثلاً از طریق تغییر یکجانبه قیمت‌های مصوب که مالیات قرارداد براساس آنها محاسبه شده) به نحوی که بار مالی جدیدی را بر طرف خارجی قرارداد تحمیل نماید؛ یا مثلاً وضع مقررات صادرات و واردات یا مقررات ارزی که نظام تعادل قراردادی را که در زمان انعقاد ایجاد شده، به کلی دگرگون می‌سازد. بیگمان، این قبیل اقدامات دولتی و موارد مشابه آنها، از مقوله مقررات و قوانین حقوق عمومی و آمره است که بخوبی شناخته شده است. قابلیت اعمال و اجرای این نوع مقررات، فراتر از حوزه اصل آزادی اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم، و به عنوان یکی از اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی است.

همانطور که در بخش پایانی این مقاله توضیح خواهیم داد، رأی صادره در پرونده «امین اوایل» در بین سایر دستاوردهای مثبتی که داشته، یکی هم این است که سعی نکرده اصل کلی اعمال مقررات آمره را صرفاً به بهانه این که برخلاف فلسفه لیبرالی آزادی تجارت است یا ممکن است مشکلاتی را برای طرف خارجی قرارداد به دنبال آورد، کنار بگذارد. رأی پرونده «امین اوایل» در تحلیلی سازنده و واقع‌بینانه به پیامدهای حقوقی اجرای این اصول کلی پرداخته و آنها را مورد بحث قرار داده است و پس

از عطف توجه کامل به مقررات حقوق عمومی ذی ربط، به این نکته نیز پرداخته که در صورتی که اجرای قواعد حقوق عمومی - که لزوماً باید رعایت و اجرا شود - متضمن نقض حقوق و منافی باشد که شرکت خارجی تحت قانون حاکم تحصیل نموده و انتظارات مشروع و مشترک طرفین را نیز نقض کند، داوری که می‌خواهد بیطرفانه رسیدگی نماید، چه راه‌حلهایی پیش‌رو دارد و چگونه می‌توان این پیامدها را به طور مؤثر جبران کند.

ج - انتخاب منفی قانون حاکم به منزله عدم اجرای قانون داخلی کشور

میزبان

مسئله انتخاب تلویحی یا ضمنی قانون حاکم این پرسش کلی را مطرح می‌سازد که آیا داور می‌تواند علی‌رغم این که قانون حاکم در قرارداد بالصراحه ذکر نشده، با اشاره به انتخاب ضمنی طرفین، قصد واقعی - و نه فرضی - ایشان را در مورد قانون حاکم احراز کند؛ یا با استناد به «انتخاب ضمنی» درواقع بیشتر می‌خواهد تشخیص و تصمیم خود در مورد تعیین قانون حاکم را موجه و قابل قبول سازد؟ در مورد قراردادهای درازمدت توسعه اقتصادی منعقد بین دولت و شرکت‌های خارجی - که در سراسر دنیا فعالیت دارند و از مشورت و کلای مجرب و برجسته برخوردارند - بسیار دور از ذهن است که گفته شود طرف دولتی و شرکت خارجی به انتخاب ضمنی قانون حاکم قانع و راضی بوده‌اند؛ خصوصاً اگر چنین انتخابی به خارج کردن کل قرارداد از حوزه شمول قانون داخلی یا به بین‌المللی شدن قرارداد منجر شود و قانون مناسب قرارداد، نهایتاً قانونی شود که تمام یا قسمتی از آن غیر از نظام حقوق داخلی کشور میزبان است.

بسیاری از داوران غربی که به عنوان داور منفرد عمل می کرده‌اند، برخلاف لوازم عقلی حاصل از منطق ساده‌ای که در این سخن نهفته، و در یک چارچوب تاریخی متفاوت با آنچه در روزگار ما وجود دارد، بسی دور رفته‌اند و برای این که قوانین داخلی کشور میزبان را به این بهانه که به اندازه کافی پیشرفته نیست یا مناسب نیست، کنارگذارند در رأی خود گفته‌اند طرفین قانون حاکم را به شیوه انتخاب منفی و به طور ضمنی برگزیده‌اند و قصد ضمنی ایشان آن بوده که قانون کشور میزبان حاکم بر قرارداد نباشد. این روند با رأی داوری که لرد «اسکویت بای شاپستون» (Asquith Bishopstone) به سال ۱۹۵۱ در پرونده نفتی شیخ ابوظبی صادر نمود، آغاز شد.^{۶۹} وی، با زبانی تند و تیز حکومت قوانین ابوظبی بر قرارداد را رد کرد زیرا به عقیده او:

«منطقاً نمی‌توان گفت چنین قانونی در ابوظبی وجود دارد. زیرا شیخ یک سیستم دادگستری خودخواسته و دلبخواهانه را با استمداد از آیات قرآن اجرا می‌کند، و خیال خام است که گفته شود در این منطقه بسیار بدوی اساساً هیچ مجموعه‌ای از اصول حقوقی جا افتاده و ثابت وجود داشته باشد که بتوان به کمک آنها قراردادهای تجاری مدرن را تفسیر نمود».^{۷۰}

«سرآلفرد باک نیل» (Sir Alfred Bucknill) که به عنوان داور منفرد در پرونده قطر^{۷۱} در سال ۱۹۵۳ رأی داده همین سخن را البته با زبانی ملایم‌تر و استدلالی منقح‌تر، تکرار کرده و با فرض گرفتن این که «قصد

69. Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi, 18 I. L. R. 144 (1951).

70. Id. at 149.

71. Ruler of Qatar v. International Marine Oil Ltd., 20 I.L.R. 534 (1953).

هیچ‌یک از طرفین قرارداد این نبوده که حقوق اسلام اعمال شود» نتیجه گرفته که با یک «انتخاب منفی» قانون حاکم سر و کار دارد.^{۷۲}

اما مهم‌ترین نمونه از این رویکرد را باید در رأی مورخ ۱۶ ژوئن ۱۹۵۸ قاضی «پیرکاوین» (Pierre Cavin) داور منفرد در پرونده سافیر یافت که عمدتاً با تأکید بر همین مفهوم «انتخاب ضمنی» سعی کرده یافته‌های خود در مورد قانون حاکم بر قرارداد منعقدہ بین شرکت ملی نفت ایران و شرکت کانادایی سافیر را مستدل سازد.^{۷۳} وی در این رأی هیچ‌گونه دلیل و شاهی در مورد مفاد قصد واقعی طرفین به موجب انتخاب ضمنی قانون حاکم – که به نظر او اصول کلی حقوقی بوده – ارائه و اقامه نکرده، بلکه صرفاً با تفسیر آنچه به نظر او می‌توانسته موضع معقول یک شرکت چند ملیتی باشد که علی‌القاعده در جریان مذاکره با یک کشور جهان سوم که در جستجوی سرمایه‌گذاری و تکنولوژی بوده است، می‌بایست حداکثر خواسته‌های خود را از جمله در مورد قانون حاکم مطرح کرده باشد، نتیجه گرفته که قصد واقعی طرفین که بطور ضمنی اعلام شده، آن بوده که قرارداد تابع اصول کلی متداول نزد ملل متمدن حقوقی باشد.^{۷۴}

افزون بر این، «کاوین» با اشاره به این که صرف توافق به داوری به جای محاکم داخلی متضمن این معنی است که طرفین خواسته‌اند از هرگونه حکومت قانون داخلی بر قرارداد اجتناب کنند (انتخاب منفی قانون حاکم)، قانون ایران را کنار نهاد و به اصول کلی حقوقی رجوع کرد و آیین دادرسی کانتون «واد» سویس را حاکم دانست. همانطور که «جورج دالوم»

72. Id. at 545.

73. Sapphire International Petroleum Ltd. (Sapphire) v. National Iranian Oil Co., 35 I.L.R. 136 (1967). See J.F. Lalive, Un Recent Arbitrage Suisse entre un Organisme d'Etat et une Société Privée Etrangère, 19 Annuaire Suisse de Droit International 273 (1962).

74. See Sapphire, supra note 73, at 171-175.

به درستی گفته «نمی‌توان گفت که صرف رجوع به داوری، لزوماً پیامدهای قطعی بر مسأله قانون حاکم دارد».^{۷۵} این حقوقدان فاضل همچنین می‌گوید که از نگاه یک ناظر بیطرف مشکل بتوان از صرف ارجاعاتی که در شرط قانون حاکم، به «حسن نیت» یا «حسن نظر» شده، بیش از این فهمید که منظور طرفین صرفاً اشاره به «اصول کلی معامله عادلانه» یا تکرار یکی از «اصول مقدماتی حقوق قراردادها» بوده است.^{۷۶}

در قرارداد سافیر با شرکت ملی نفت ایران قید فورس ماثور وجود داشت، اما در مورد تعیین مفهوم فورس ماثور در حقوق بین‌الملل داور منفرد، هم از حیث دامنه این قاعده خاص که آن را بیش از حد گسترده گرفته و هم از حیث تفسیر نادرستی که از ذکر یک مطلب خاص در ماده مربوط به انتخاب قانون حاکم در قرارداد ارائه کرده؛ از لحاظ موازین حقوق بین‌الملل خصوصی مرتکب اشتباه نیز شده است.^{۷۷} بالاخره، در مورد این که داور مذکور گفته است قرارداد سافیر را باید در پرتو مفاد قراردادهای جدیدی که ایران در آن زمان [در زمان صدور رأی به سال ۱۹۶۷] منعقد می‌کرده، تفسیر نمود ولو این که مفاد قراردادهای جدید با آنچه در قرارداد سافیر آمده متفاوت بوده باشد، حداقل چیزی که می‌شود گفت همان سخن پروفیسور دالوم است که می‌گوید داور، با این شیوه تفسیر قرارداد جانب احتیاط را یکسره کنار نهاده و راستی «به وادی خطیرخیزی گام نهاده است».^{۷۸}

بعد از صدور رأی داوری در پرونده سافیر، شرکت ملی نفت ایران به دادگاه شهرستان تهران مراجعه و درخواست ابطال آن را نمود. توضیح

75. Delaume, supra note 42, at ch. 14, para. 14.06 (May 1985 updating).

76. Id.

77. Id.

78. Id.

این که در قرارداد منعقدہ بین شرکت سافیرکانادا و شرکت ملی نفت ایران در سال ۱۳۳۷ پیش‌بینی شدہ بود کہ در صورت بروز ہرگونہ اختلاف ابتدا بہ یک کمیتہ سازش مرکب از نمایندگان طرفین مراجعہ خواہد شد و در صورتی کہ اختلاف حل نشد یا اصلاً کمیتہ مذکور تشکیل نگردید، بہ داوری مراجعہ می‌شود. در مورد داوری نیز مقرر شدہ بود کہ ہریک از طرفین داور منتخب خود را منصوب می‌کند و دو نفر داور طرفین در مورد داور سوم (رئیس ہیأت داوری) توافق می‌نمایند و چنانچہ نتوانند توافق کنند یا ہریک از طرفین داور خود را ظرف مہلت ۲ ماہ معرفی نکنند، طرف دیگر می‌تواند بہ رئیس دادگاہ فدرال سویس رجوع نماید. از طرفی شرکت سافیرکانادا، حقوق و تعہدات خود را بہ یک شرکت فرعی بہ نام سافیراینترنشنال واگذار کردہ بود کہ ہمین شرکت اخیر بہ داوری مراجعہ نمود.

موضوع دعوی ناشی از ضمانتنامہ‌ای بود کہ سافیرکانادایی بہ موجب مکاتبات فیما بین در اختیار شرکت ملی نفت ایران قرار دادہ بود و مدعی بود کہ باید آزاد شود. شرکت ملی نفت ایران چند مطلب اساسی را در پاسخ بہ درخواست داوری سافیراینترنشنال مطرح می‌کرد. اولاً موضوع داوری معلوم و منجز نیست. ثانیاً طرف قرارداد اصلی و در نتیجہ طرف داوری، شرکت سافیرکانادایی بودہ و نہ سافیراینترنشنال. ثالثاً ضمانتنامہ مورد بحث ربطی بہ قرارداد اصلی ندارد و در نتیجہ دربارہ اختلافات ناشی از آن، الزام بہ داوری وجود ندارد. رابعاً شرکت نفت ۲ نفر عضو کمیتہ سازش را منصوب کردہ و هنوز نوبت مراجعہ بہ داوری نرسیدہ است. شرکت سافیرکانادا در پاسخ بہ مهم‌ترین ایراد شرکت نفت، اعلام کرد کہ شرکت سافیر بین‌المللی شعبہ او است و ایراد و اعتراضی بہ درخواست داوری توسط سافیر بین‌المللی ندارد و در مورد سایر ایرادات نیز استدلالات

قبلی خود در دادخواست را تکرار نمود. با این که شرکت نفت احتیاطاً شخصی را به عنوان داور خود معرفی نمود، اما سافیر به رئیس دادگاه فدرال سویس رجوع کرد و درخواست نصب داور منفرد (به علت عدم معرفی داور توسط شرکت نفت) نمود که او هم آقای «پیرکاوین» را به عنوان داور منفرد منصوب کرد. جالب است که سافیر اعلام کرد به شرطی داور منصوب شرکت نفت را می پذیرد که آقای کاوین رئیس هیأت داورى باشد. این انتصاب و شروع داورى آقای کاوین مورد اعتراض شرکت ملی نفت ایران قرار گرفت و اعلام کرد خود را ملزم به آن نمی داند و در جریان داورى شرکت نمی کند. مع ذلک کاوین به رسیدگی ادامه داد و با این استدلال که به موجب یک تصمیم قضایی منصوب شده به اعتراضات شرکت نفت بر این که از داورى کناره گیری کند، توجه نکرد و بالاخره در تاریخ ۱۵ مارس ۱۹۶۲ تصمیم گرفت که رسیدگی تابع مقررات دادرسی کانتون «واد» (محل داورى) است و در مورد قانون حاکم نیز همانطور که اشاره شد اعلام کرد که اصول کلی حقوقی ملل متمدن جهان را حاکم بر قرارداد می داند.

رأی دادگاه شهرستان تهران که تاریخ ۱۰ آذر ۱۳۴۲ را دارد به دنبال اعتراض شرکت ملی نفت به رأی داورى مذکور و درخواست ابطال آن صادر شده و به استناد ماده ۶۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی سابق (مواردی که رأی داورى باطل و غیرقابل اجرا است) آن را باطل نمود. خلاصه استدلال دادگاه در این خصوص چنین است:

– طرف واقعی قرارداد اصلی و شرط داورى مندرج در آن، شرکت سافیرکانادا بوده نه سافیر بین المللی و آن دو، شخصیت حقوقی متمایز و مستقلی دارند.

– این که کاوین گفته است نصب او به عنوان داور منفرد مبتنی بر تصمیم قضایی رئیس دادگاه فدرال سویس بوده و نمی‌تواند به آن اعتراض کند یا آن را نادیده گیرد، درست نیست زیرا ذکر این مطلب در قرارداد که در صورت عدم توافق طرفین، رئیس دادگاه فدرال سویس داور را منصوب کند به منزله تسلیم به نظام قضایی سویس و صلاحیت محاکم آن کشور نیست، بلکه به این معنی است که مقام نصب‌کننده در واقع از جانب طرفین قرارداد داور را تعیین می‌کند، نه به اعتبار اختیارات قضایی‌اش. با همین استدلال، مراجعه کاوین به مقررات دادرسی کانتون «واد» نیز موضوعیت نداشته و موجه نیست.

– در مورد قانون حاکم بر قرارداد که داور اعلام کرده نه تابع قانون ایران است و نه هیچ کشور دیگر، بلکه مشمول اصول کلی حقوقی است تصمیم داور درست نیست و برخلاف موازین و اصول عدالت و حتی رویه و عقیده غالب حقوقدانان است. به نظر دادگاه با توجه به این که مجوز و اختیار شرکت ملی نفت در انعقاد قرارداد ناشی از لایحه قانونی مربوط به تفحص و اکتشاف و استخراج نفت در سراسر کشور و فلات قاره (قانون نفت ایران مصوب ۹ مرداد ۱۳۳۶) بوده که در مقدمه قرارداد نیز به آن اشاره شده، با توجه به این که سهام شرکت نفت متعلق به دولت ایران است، با توجه به این که مقرر بوده قرارداد توسط شرکتی که باید در ایران به ثبت برسد اجرا گردد، با توجه به این که محل اجرای قرارداد نیز در ایران بوده، و بالاخره با توجه به این که محل امضای قرارداد در ایران بوده است علی‌هذا طبق ماده ۹۶۸ قانون مدنی که می‌گوید تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع است، صلاحیت قوانین ایران به عنوان حاکم بر قرارداد محرز است.

– در مورد موافقتنامه مورد ادعای سافیراینترنشنال و ضمانتنامه مربوط به آن، چون مبادله آن ضمن نامه‌هایی صورت گرفته و جدای از قرارداد اصلی می‌باشد، لذا تابع داوری مقرر در قرارداد نمی‌باشد. دادگاه شهرستان تهران ضمن ابطال رأی داوری مذکور، سافیر را به پرداخت هزینه دادرسی نیز محکوم کرده است.*

رأی صادره در پرونده سافیر بیگمان نمونه شاخصی از آشفتگی تأسف بار و خلط نابجای دو مطلب است: یکی، تفسیر داور از قرارداد در غیاب شرط قانون حاکم، و دوم احراز انتخاب ضمنی قانون حاکم به کمک یک ضابطه ذهنی (subjective) (اشاره به فورس ماژور در مفهوم حقوق بین‌الملل آن در قرارداد) به عنوان نشانه‌ای از قصد واقعی طرفین در مورد قانون حاکم بر بعض جنبه‌های روابط قراردادی.

رأی صادره در پرونده تاپکو عامل جدیدی بر این آشفتگی افزوده است، زیرا اوضاع و احوال این پرونده اصلاً مقتضی بحث در انتخاب ضمنی قانون حاکم نبوده است. همه می‌دانند که قراردادهای امتیاز لیبی حاوی شرط صریح قانون حاکم بود که برطبق آن قوانین لیبی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب و ذکر شده بود و در نتیجه اساساً نیازی نبود که داور (پروفسور دوپوئی) خطر کند و به وادی جستجوی اراده ضمنی طرفین – خواه به صورت انتخاب مثبت یا انتخاب منفی – وارد شود.^{۷۹} با این همه، پروفسور «دوپوئی» به بهانه وجود «شرط تثبیت» در قرارداد با شوقی وافر به بحث و استدلال نظری در باب «انتخاب منفی» قانون حاکم پرداخته – بدون این که اصلاً ضرورتی داشته باشد – تا رأی خود را به اصطلاح غنی‌تر

*. این رأی دادگاه شهرستان تهران به انگلیسی ترجمه و در منابع حقوقی بین‌المللی منتشر شده است. International Legal Materials, vol. IX, 1970.

۷۹. رک. پاورقی ۴۵ و توضیح آن در متن.

و پربارتر سازد.^{۸۰} وی با تحلیل و تشریح بعض نکات که در رأی سافیر آمده، مانند ضرورت «تأمین ثبات و اطمینان برای طرف خصوصی قرارداد (طرف خارجی) که با توجه به حجم سرمایه‌گذاری که در کشور میزبان کرده، مستحق آن است» و نیز ضرورت «حمایت از طرف خارجی در قبال بی‌ثباتی نظام قانونگذاری و خطر تغییر قوانین در کشور میزبان و نیز در برابر اقدامات دولت که منجر به نقض یا لغو قرارداد شود»،^{۸۱} نتیجه گرفته صرف درج شرط تثبیت در قرارداد حاکی از قصد ضمنی طرفین است که خواسته‌اند «تمام یا بخشی از قرارداد را از حوزه شمول و حکومت قانون داخلی لیبی خارج نمایند».^{۸۲} پروفیسور دوپوئی با پرداختن به مسأله انتخاب منفی قانون حاکم به لحاظ وجود شرط تثبیت در قرارداد، خود را به تناقضی خودساخته درافکنده که حتی پیشینیان او مانند لرد اسکویث و قاضی کوین به دقت از آن اجتناب کرده بودند، زیرا هیچ کدام از آنها برای اثبات و توجیه این به اصطلاح «انتخاب منفی» قانون حاکم، به شرط تثبیت استناد نکردند و از درافتادن به این وادی گریخته‌اند.

توضیح آن که صرف وجود شرط تثبیت در قرارداد، متضمن این پیش‌فرض است که در نظر طرفین، قانون داخلی کشور میزبان شأن شمول و حکومت بر قرارداد را یافته، منتهی طرفین با درج شرط تثبیت در واقع اعمال و شمول قوانین بعدی را محدود می‌سازند. بنابراین، بی‌معنی است که کسی بخواهد به استناد شرط تثبیت، انتخاب منفی قانون حاکم و کنار نهادن قانون داخلی را استنباط و اثبات کند، زیرا چنین استدلالی به بی‌معنی شدن خود شرط تثبیت منتهی می‌شود، چرا که معنای انتخاب منفی این خواهد شد که موضوع این شرط؛ تثبیت قانون داخلی است که اساساً حاکم بر قرارداد

۸۰. رک. پاورقی ۳۵ و توضیح آن در متن.

81. Topco, supra note 1, at 17.

82. Id.

نبوده است. با این همه، رأی صادره در پرونده تاپکو از یک جهت توفیق داشته و آن نشان دادن این واقعیت است که مفهوم انتخاب ضمنی قانون حاکم بویژه به صورت «انتخاب منفی»، چگونه می‌تواند از جانب داوران منفرد که این همه در باب ضرورت دور نگه‌داشتن هرچه بیشتر طرف خصوصی قرارداد از قوانین داخلی کشور میزبان سخن‌سرایی کرده‌اند، مورد استفاده قرار گیرد. جالب است بدانیم که هیأت‌های داوری سه نفره – مثلاً در پرونده آموکو و پرونده امین‌اوایل – هنگام بحث و بررسی درباره وضعیتی که طرفین به صراحت قانون حاکم را برگزیده‌اند و شرط قانون حاکم در قرارداد وجود ندارد، خود را به چنین دشواری‌هایی درگیر نساخته‌اند.

پیامدهای رأی داوری امین اوایل:

نظم عمومی واقعاً بین‌المللی براساس اصول کلی حقوقی در قراردادهای دولتی هر نقص و کمبودی که در رأی داوری صادره در پرونده آرامکو وجود داشته باشد، بیگمان این امتیاز برجسته را دارد که نکات مهمی را در مورد مسأله قانون حاکم مطرح کرده و به روشنی از «اصول حقوق بین‌الملل خصوصی»، «قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی که در اغلب کشورهای متمدن پذیرفته شده»، «نظریه عمومی حقوق بین‌الملل خصوصی» و بالاخره راه‌حلهایی که در «سطح جهانی در حقوق بین‌الملل خصوصی پذیرفته شده» سخن گفته است.^{۸۳} از سوی دیگر، هیأت داوری پرونده مذکور از عرصه‌های حقوقی یاد کرده که موضع حقوق بین‌الملل خصوصی کشورهای مختلف در مورد آنها متفاوت است و سپس اشاره نموده که مراجعه به اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی درباره مسائلی که در این عرصه‌ها وجود دارد صرفاً از این حیث است که روشی را در اختیار داوران قرار می‌دهد که می‌توانند به کمک آن مأموریت خود را به انجام رسانند، به این معنی که ضوابط عینی لازم - و نه گمانه‌زنی ذهنی - را «به منظور تعیین آن قانونی که به بهترین وجه با نوع و ماهیت روابط حقوقی طرفین متناسب و منطبق است» به دست می‌دهد.^{۸۴}

در پرونده آرامکو، هیأت داوری برای انجام وظیفه خود در تعیین قانون حاکم، سراغ اصول کلی حقوقی ماهوی - البته اصول ثانوی یا اصول درجه دوم - رفت، یعنی اصول کلی مربوط به تفسیر قرارداد. به عبارت دیگر، رأی صادره در پرونده آرامکو نشان می‌دهد که اصول کلی حقوق

83. Aramco, supra note 25, at 154-157.

84. Id. at 167.

بین‌الملل خصوصی که به عنوان اصول درجه اول به صورت اولی قابل اعمال است (مانند قواعد تعارض قوانین) و هدف آنها صرفاً ارجاع و هدایت داور است به قانون ماهوی حاکم؛ نمی‌تواند به تنهایی کافی باشد. بلکه با مراجعه به اصول کلی حقوقی درجه دوم است که آن اصول کلی درجه اول، محتوای ماهوی خود را می‌یابند و کامل می‌شوند، و همین اصول کلی ثانوی است که می‌تواند به حل اختلاف در ماهیت رهنمون شود.

رای دآوری آرامکو، اصول کلی درجه اول یعنی اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی را در گزاره‌های زیر شکل‌بندی و بیان نموده است:

(۱) نظام حقوق داخلی کشور میزبان، علی‌الظاهر (*prima facie*) قانون حاکم بر قرارداد است که بطور کلی بر روابط قراردادی حکومت دارد.

(۲) مع‌ذلک، اصول کلی حقوقی نیز نقش مکمل حقوق داخلی کشور میزبان را ایفاء می‌کنند، بویژه در مواردی که اجرای مضیق قانون مذکور باعث شود حقوق قراردادی طرف خارجی از معنا و مفهوم خود تهی شود.

(۳) برای جبران خلأ احتمالی موجود در حقوق داخلی کشور میزبان، داور می‌تواند به عرف‌ها و رویه‌های جهانی مربوط به هر رشته یا فعالیت خاص نیز رجوع کند.

(۴) در موضوعاتی که به لحاظ طبیعت‌شان نمی‌توانند مشمول حقوق داخلی هیچ کشوری باشند، اعم از حقوق داخلی کشور میزبان یا هر کشور دیگری، مراجعه به قواعد و اصول حقوق بین‌الملل عمومی از اهمیت اساسی برخوردار است.^{۸۵}

85. Id. at 167-172.

از سوی دیگر، اصول کلی درجه دوم با محتوای حقوق ماهوی (اصول حقوقی تفسیر قرارداد) نیز در رأی آرامکو مورد تأکید قرار گرفته که عمدتاً ناظر به این نکات است:

(۱) رعایت شرط تثبیت در قرارداد به عنوان یک شرط قراردادی معتبر که نسبت به طرف دولتی قرارداد لازم‌الاجرا است، از باب اعمال مستقیم یک اصل کلی حقوقی و بدون این که لازم باشد به نظام حقوق داخلی خاصی استناد شود، ضروری است.

(۲) طرف دولتی قرارداد نمی‌تواند بدون قبول مسئولیت برای لغو یا توقف اجرای وضعیت حقوقی که به موجب قرارداد برای طرف خارجی ایجاد شده است، به قانون مؤخر یا اقدامات مبتنی بر حقوق عمومی استناد جوید.^{۸۶}

موضوع داوری در پرونده آرامکو عبارت بود از تفسیر قرارداد امتیاز سال ۱۹۳۳ که بین دولت عربستان سعودی و شرکت استاندارد اوایل فیلد منعقد شده بود و بعداً با ثبت شرکت دیگری به آرامکو تغییر نام داد. توضیح این که دولت عربستان سعودی در ژانویه ۱۹۵۴ قراردادی با شرکت نفتکش «ساتکو» (Satco) متعلق به شخصی به نام «اوناسیس» منعقد نمود و حق اولویت نقل و انتقال نفت را به مدت ۳۰ سال به او واگذار کرد. شرکت آرامکو مدعی بود که حق انحصاری انتقال نفت‌های استخراج شده تحت قرارداد امتیاز ۱۹۳۳ متعلق به او است و دولت عربستان حق نداشته آن را به شرکت دیگری (ساتکو) واگذار کند. دولت سعودی استدلال می‌کرد که حق انحصاری آرامکو شامل نقل و انتقالات نفت از راه دریا نمی‌شود. در سال ۱۹۵۵ موضوع اختلاف طبق ماده ۳۱ قرارداد امتیاز به داوری کشید و هیأت داوری مرکب بود از پروفیسور «سوسرهل»

86. Id. at 168.

(Sauser-Hall) به عنوان رئیس هیأت داور، «بجاوی» (Badawi) داور منتخب عربستان که در اثنای داورى فوت کرد و «محمدحسن» جانشین او شد، و «هباشی» (Habachy).

رأى هیأت داورى پرونده آرامکو علاوه بر نکاتی که در بالا اشاره شد، حاوی نوآوری‌های دیگری نیز هست. اولاً، هیأت داورى در مورد آیین رسیدگی (قواعد داورى) برعکس رأى داورى پرونده سافیر که قانون دادرسی محل (سویس) را اجرا نمود، پیش‌نویس عهدنامه آیین رسیدگی داورى را که کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۵۵ تهیه کرده بود، اعمال کرد و استدلال کرد که چون یک طرف این داورى یک دولت مستقل و صاحب حاکمیت است (عربستان سعودی) جریان داورى نمی‌تواند تابع قانون محل باشد. ثانیاً، در مورد قانون ماهوی حاکم بر دعوی نیز تصمیم گرفت که جریان داورى طبع بین‌المللی دارد و تابع قانون محل (*lex fori*) نیست، از این رو دکتترین حقوق بین‌الملل خصوصی را اعمال نمود و اعلام کرد که گرچه علی‌الظاهر قرارداد تابع قانون داخلی کشور میزبان (عربستان) است اما اصول کلی حقوقی مکمل قوانین داخلی است تا موازنه قراردادی و حقوق طرفین محفوظ بماند.

نوآوری مهم رأى داورى در پرونده آرامکو توسل به تئوری «تجزیه موضوع از حیث قانون حاکم» است که اصطلاحاً *de passage* نامیده می‌شود، به این معنی که هر بخش از تعهدات قراردادی ممکن است مستقلاً تابع قانون خاصی باشد. هیأت داورى تصمیم گرفت کلیه موضوعات داخلی عربستان، تابع قانون آن کشور است اما در مورد سایر مسائل فیما بین، قضایا را تجزیه نمود و قانون حاکم بر هر مورد را مشخص نمود و اعلام کرد:

— ماهیت حقوقی قرارداد امتیاز، تابع اصول کلی حقوقی است.

– ترتیبات امتیاز به عنوان یک قرارداد، تابع قوانین عربستان است.
– جنبه‌های تجاری امتیاز، تابع عرف و رویه‌های داوری است.
– مسئولیت دولت عربستان به علت نقض تعهد، تابع اصول حقوق بین‌الملل عمومی است.

هیأت داوری سرانجام رأی داد که واگذاری حمل و نقل تحت امتیاز آرامکو به شرکت «ساتکو»، به منزله نقض قرارداد امتیاز می‌باشد و عربستان مسئولیت دارد.

باری، جامعه داوری بین‌المللی باید قریب ربع قرن صبر می‌کرد تا درس‌هایی که از رأی داوری پرونده آرامکو (۱۹۵۸) در زمینه یکی از حساس‌ترین مسائل قراردادهای دولتی یعنی فسخ یکجانبه قرارداد توسط دولت، آموخته بود دوباره به روز شود و به صورت مشخص و استوار در یک پرونده دیگر به کار گیرد. رأی پرونده امین‌اویل که در سال ۱۹۸۲ و توسط یک هیأت سه نفره به ریاست یک استاد فرانسوی بنام «پل روتر» (Paul Reuter) و با عضویت پروفسور «حامد سلطان» از دانشگاه قاهره (داور منصوب کویت) و «سرجرالدفیتز موریس» (Sir Gerald Fitzmaurice) (داور منصوب شرکت امریکایی خواهان) صادر شده، حاوی نشانه‌های مهمی از تغییر در سمت‌گیری شرکت‌های خارجی و دولتها درباره مقولات حقوقی جدید است.

نقطه شروع این روند که افول تئوری خارج کردن قرارداد از حوزه حقوق داخلی، یا بین‌المللی کردن یا فراملی کردن قانون حاکم بر قراردادهای نفتی جدید را نیز به خوبی نشان می‌دهد، بیان یک جمله معروف در رأی داوری امین‌اویل است – که به قول هیأت داوری مبتنی است بر «عقل سلیم و قانون»^{۸۷} – و آن جمله این است: «مشکل می‌توان

87. Aminoil, supra note 3, at 1000.

با این واقعیت مخالفت کرد که قانون کویت نسبت به بسیاری از موضوعاتی که مستقیماً بیشترین ارتباط را با آن دارند، قانون حاکم است.^{۸۸} برای این که اهمیت این سخن به درستی فراچنگ آید باید آن را در پرتو استدلال اصلی که در رأی آمده مورد بررسی قرار داد. استدلال اصلی رأی امین‌اوایل در واقع برآیند (سنتز) تئوری قاضی کاوین در پرونده سافیر و در مورد انتخاب منفی قانون و کنار نهادن قانون کشور میزبان (ایران) از یکسو،^{۸۹} و تئوری پروفیسور دوپوئی در مورد بین‌المللی کردن قراردادهای نفتی که در پرونده تاپکو ارائه شده بود، از سوی دیگر است.^{۹۰}

اساس استدلال رأی داوری پرونده امین‌اوایل حول این مطلب است که ضبط قرارداد توسط دولت کویت در سال ۱۹۷۷، یک عمل خلاف حقوق بین‌الملل است، زیرا به معنای نقض پنج اصل کلی حقوقی است که ستون و محور «حقوق فراملی» را تشکیل می‌دهد که قانون حاکم بر روابط قراردادی ناشی از قرارداد امتیاز ۱۹۴۸ به عنوان یک قرارداد «غیرمحلّی شده» و «بین‌المللی شده»، به شمار می‌رود. مطابق رأی داوری امین‌اوایل، این نظام حقوقی فراملی بر پایه همین پنج اصل حقوقی به دست می‌آید، اصل وفای به عهد، اصل حق مکتسب، اصل حسن‌نیت، اصل جبران کامل خسارات، اصل «بازداری» یا منع انکار پس از اقرار (استاپل). فسخ قرارداد قبل از موعد مقرر که به علت ملی کردن حقوق قراردادی طرف خارجی یا سایر اقدامات یکجانبه دولت صورت گرفته، در نظام حقوقی فراملی یک عمل غیرقانونی تلقی می‌شود و از این رو مستلزم جبران خسارات به مبلغی معادل «اعاده وضع به حالت اول» (*restitutio in integrum*) یعنی خسارات واقعی به اضافه خسارات عدم‌النفع است.

88. Id.

89. See Sapphire, supra note 73, at 172.

90. See Topco, supra note 1, at 11-18.

البته در پرونده امین اوایل دولت کویت (خواننده) مخالف آن بود که علاوه بر حقوق داخلی و حقوق بین الملل، یک نظام حقوقی ثالث بنام «حقوق فراملی» هم وجود دارد که طبق آن فسخ قرارداد توسط دولت کویت، فی نفسه غیرقانونی است و متضمن پرداخت خسارت نیز می باشد. به عبارت دیگر، دولت کویت می گفت صرف این که بطور کلی قبول دارد که روابط قراردادی فراملی می تواند آزادانه به داوری فراملی ارجاع شود، به این معنی نیست که حکومت چیزی بنام سیستم حقوق فراملی را بر مسائل حقوقی ماهوی این پرونده نیز بپذیرد. در حقیقت استدلال اصلی کویت که دیوان هم عملاً آن را پذیرفته بود،^{۹۱} درست در جهت عکس این سخن بود که قرارداد امتیاز امین اوایل منحصرأ تابع حقوق فراملی باشد. بدین قرار، باید بین دو مطلب تفکیک قائل شد: (۱) روابط قراردادی فراملی به این معنی که از حوزه شمول یک نظام حقوق داخلی بیرون می رود، و (۲) ادعای این که این نوع روابط فراملی منحصرأ مشمول پاره ای اصول کلی حقوقی است که به دقت برگزیده شده و یک نظام حقوقی مستقل را تشکیل می دهد و در جایی بین حقوق داخلی و حقوق بین الملل (عمومی و خصوصی) شناور است.

هیأت داوری در پرونده امین اوایل، حکومت قانون داخلی کشور میزبان (کویت) بر قرارداد را به عنوان قانون مناسب پذیرفت و مفهوم حقوق فراملی را که شرکت امین اوایل به خاطر خارج کردن قرارداد از حوزه حقوق داخلی پیش کشیده بود، تلویحاً رد کرد و برای اصول کلی حقوقی آنچنان که در حقوق کویت وجود داشت، نقش خاصی قائل گردید.^{۹۲} دولت کویت در لوایح خود با اشاره به این واقعیت ابتدایی – که

91. See Aminoil, supra note 3, at 1000.

92. Id.

به نظر می‌رسد در حال فراموش شدن است - استدلال کرده بود که دولت در مفهوم جدید آن یعنی عضو سازمان ملل متحد، به عنوان یکی از تابعان حقوق بین‌الملل عمومی، مسؤولیت‌ها و تعهداتی برعهده دارد و مضمون و مفاد همین مسؤولیت‌های حقوق بین‌الملل است که یک جزء ذاتی از نظام حقوق داخلی را تشکیل می‌دهد که دولت به موجب قانون اساسی موظف به رعایت آن است. بنابراین، لازم نیست محدودیت‌های دولت در اعمال حقوق و اختیارات خود ناشی از یک سیستم حقوقی غیرملی (فراملی) باشد و از بیرون بر دولت تحمیل شود، بلکه منشأ این نوع محدودیت‌ها در داخل است و ناشی از این ملاحظه است که قواعد حقوق بین‌الملل جدید، بخشی از نظام حقوقی کشور در معنای وسیع آن است.

در پرونده امین اوایل نیز هیأت داورى با قبول مبنای همین استدلال، اعلام کرد که «سیستم حقوقی کویت یک سیستم بسیار متحول و پویا است و دولت کویت با دقت و زحمت تأکید نموده که حقوق بین‌الملل مسلم و موجود، ضرورتاً بخشی از سیستم حقوق داخلی است».^{۹۳}

علاوه بر این، هیأت داورى در مورد بعضی اصول راهنما که در بند ۲ ماده ۳ موافقتنامه داورى درباره نحوه تعیین قانون حاکم آمده بود،^{۹۴} نیز نظراتی داده که شایان توجه است. درباره وصف و «جایگاه طرفین» در رأی تأکید شده که «کویت، دولتی است صاحب حاکمیت که عهده‌دار حفظ منافع عمومی جامعه است که قوانین آن بخش اصلی روابط درون جامعه را در چارچوب دولت می‌سازد».^{۹۵} اما در مورد «ویژگی فراملی

93. Id.

۹۴. ماده ۳ (بند ۲) موافقتنامه داورى چنین است:

«قانون حاکم بر موضوعات ماهوی بین طرفین توسط دیوان داورى و با توجه به موقعیت و جایگاه طرفین، ویژگی فراملی روابط ایشان و اصول حقوقی و رویه جاری در جهان مدرن، تعیین خواهد شد».

95. Id. at 1001.

روابط طرفین» و نیز «اصول حقوقی و رویه غالب در جهان مدرن» که در ماده مذکور قید شده، رأی به سادگی می‌گوید که «این ماده صرفاً به محتوای غنی و فایده‌ت قواعد حقوقی که از هیأت داورى خواسته شده آنها را اعمال نماید، اشاره می‌کند».^{۹۶} علاوه بر این، هیأت داورى در رأی خود می‌گوید که در قرارداد موضوع پرونده مطروحه، عناصر حقوقی مختلف به نحو مطلوب با هم ترکیب شده به نحوی که به انسجام و تحول «یک نظام واقعی اقتصادی بین‌المللی در حوزه سرمایه‌گذاری» براساس تعامل بین دو اصل بنیادی زیر کمک می‌کند و آن را به پیش می‌برد: (۱) «حقوق بین‌الملل بخشی از قوانین کویت است»، و (۲) «اصول کلی حقوقی بر همین قیاس، حق دولت را به عنوان عالی‌ترین حافظ منافع عمومی، به رسمیت می‌شناسد و تصدیق می‌کند».^{۹۷}

در حقیقت، هیأت داورى در پرونده امین اوایل این نکته را پذیرفته که اصول حقوق بین‌الملل خصوصی لزوماً به اعمال قانون داخلی کشور میزبان، به عنوان قانون مناسب منجر می‌شود. مع‌ذلک، این قانون مناسب در درون یک نظام حقوقی جهانی اجرا می‌شود، و همین نظام حقوقی جهانی است که برای تعیین محدودیت‌هایی که جامعه جهانی درباره امورى که فراتر از حوزه صلاحیت انحصاری داخلی دولتها است، بر آنها تحمیل می‌کند، قواعد و ضوابط لازم را وضع می‌نماید. به این ترتیب است که حقوق بین‌الملل عمومی که حسب تعریف، متضمن اصول کلی حقوقی نیز هست، در روابط حقوقی فراملی دارای نقش می‌باشد و مؤثر است. قلمرو این نقش محدود به این نیست که صرفاً پاره‌ای قواعد تفسیر قراردادهای فراملی را ارائه کند یا خلأهای قانون داخلی را پر کند، بلکه تا آنجا پیش

96. Id.

97. Id.

می‌رود که می‌تواند آنچه را «نظم عمومی بین‌المللی» به معنای صحیح کلمه است، نیز تعیین نماید. همانطور که در صورت تعارض قوانین داخلی، نظم عمومی داخلی می‌تواند مانع از اجرای قانون خارجی شود، در حوزه روابط فراملی نیز حقوق بین‌الملل بطور کلی، و اصول کلی حقوقی بطور خاص می‌تواند مانع از اجرای قانون داخلی کشور میزبان گردد. این گونه است که در مواردی که ضابطه‌ای در مورد تشخیص نظم عمومی وجود ندارد که دیوان فراملی مربوط – که ذاتاً فاقد «قانون مقر» (*lex fori*) می‌باشد – به آن توسل جوید، حقوق بین‌الملل این قبیل ضوابط کنترل‌کننده نظم عمومی را به دست می‌دهد.

داور یا داورانی که در سطح فراملی مشغول رسیدگی می‌باشند و به هرحال قاضی بین‌المللی محسوب نمی‌شوند، مایل نیستند حساسیت‌های دولت طرف دعوی را تحریک کنند و مثلاً با لسانی صریح بگویند که مصوبات داخلی یا بعضی تصمیمات دولت را به علت مخالفت آنها با الزامات ناشی از حقوق بین‌الملل، اجرا نمی‌کنند، بلکه برای این که خلأهای ناشی از امتناع از اجرای قانون داخلی دولت را جبران کنند، مطلب را با لسان دیپلماتیک بیان می‌کنند و با اشاره به حقوق بین‌الملل، تحت عنوان موضوعاتی که «نمی‌تواند تابع قانون داخلی هیچ کشوری باشد» – همچنان که در رأی پرونده آرامکو ذکر شده،^{۹۸} – یا این که «حقوق بین‌الملل بخشی از حقوق داخلی کشور میزبان است»^{۹۹} – همچنان که در رأی امین اوایل آمده است – از آن سخن می‌گویند.

فایده‌ها و آثار رأی امین اوایل به نکاتی که در بالا نقل کردیم، محدود نیست. اما ذکر همین نکات موجب شد که شرکت‌های خارجی در

98. Aramco, supra note 25, at 172.

99. Aminoil, supra note 3, at 1001.

ادعاهایی که پس از این رأی مطرح نمودند، مسأله قابل اعمال بودن قانون داخلی کشور میزبان را به جد ملحوظ و مورد توجه قرار دهند. علاوه بر این، مطابق ضابطه‌ای که در رأی امین‌اوایل برای اعمال قانون داخلی کشور میزبان ذکر شده، دیوانهای فراملی، قانون داخلی کشور میزبان را به عنوان قانون مناسب در قراردادهای توسعه اقتصادی، تا جایی اجرا می‌کنند که به نقض الزامات ناشی از حقوق بین‌الملل منجر نشود. رأی مذکور حاوی مجموعه‌ای ارزشمند و غنی از راه‌حل‌های مشخص است که با توجه به همین ضابطه، ارائه شده است. هیأت داوری پرونده امین‌اوایل، این ضابطه را در سه سطح متوالی اعمال کرده است: (الف) ماهیت و قلمرو حقوق و تعهدات طرفین در قراردادهای نفتی؛ (ب) حدود اختیارات دولت که می‌تواند بر حقوق طرف خارجی قرارداد اثر گذارد؛ و (ج) طرق جبران خسارت که در صورت نقض قرارداد توسط هریک از طرفین، در اختیار طرف دیگر می‌باشد. این سه موضوع را ذیلاً بررسی می‌کنیم، اما قبل از آن بد نیست مختصری از تاریخچه داوری امین‌اوایل ذکر کنیم.

قرارداد امتیاز امین‌اوایل در ژوئن ۱۹۴۸ بین شیخ کویت و شرکت امین‌اوایل امضا شد و بعداً در سالهای ۱۹۶۱ و ۱۹۷۳ اصلاح گردید و مورد تجدید نظر قرار گرفت. دولت کویت در ۱۹ سپتامبر ۱۹۷۷ فرمان ملی شدن شرکت نفت امین‌اوایل را صادر نمود و به دنبال آن کمیته‌ای برای تعیین مبلغ غرامت تشکیل گردید، اما شرکت امین‌اوایل در سال ۱۹۷۹ و براساس ماده ۱۸ قرارداد امتیاز به داوری مراجعه کرد و موافقتنامه داوری بین طرفین امضا شد. هیأت داوری به ریاست «پل رویتر» (Paul Reuter) که توسط رئیس دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ) منصوب شده بود، تشکیل شد و با توافق طرفین، محل داوری فرانسه انتخاب شد.

طبق ماده ۴ موافقتنامه داوری ۱۹۷۹ درباره حقوق فرانسه به عنوان آیین دادرسی توافق کردند اما در مورد قانون ماهوی حاکم، موضوع به داوران محول گردید. موضع دولت کویت آن بود که قانون حاکم، قانون داخلی کشور میزبان (کویت) است اما شرکت امین‌اوایل استدلال می‌کرد که با توجه به طبع فراملی و بین‌المللی قرارداد امتیاز، قرارداد تابع اصول کلی حقوقی مانند اصل وفای به عهد، اصل جبران خسارت و اصل حق مکتسب می‌باشد. به نظر امین‌اوایل، ملی کردن حقوق قراردادی او خلاف اصول فوق بوده و از نوع سلب غیرقانونی مالکیت است و از این رو مستحق جبران خسارت معادل «اعاده مال به وضع اولیه» می‌باشد.

هیأت داوری سرانجام فسخ و ملی کردن قرارداد را مشروع و قانونی دانست و اعلام کرد که قرارداد تابع قانون داخلی دولت طرف قرارداد (کویت) است، منتهی تا جایی که قانون مذکور با حقوق بین‌الملل مغایر نباشد و از انتظارات معقول سرمایه‌گذار خارجی (امین‌اوایل) حمایت کند. رأی داوری امین‌اوایل، تئوری بین‌المللی کردن قرارداد را رد کرد و در مورد شرط تثبیت و آثار آن بویژه از حیث تلفیق آن با حق حاکمیت دولت، نیز نوآوری‌هایی نمود که در مباحث بعدی با تفصیل بیشتر درباره آنها بحث می‌کنیم.

در مورد میزان خسارت، مهم‌ترین نکته در رأی داوری امین‌اوایل اعمال ضابطه «انتظارات مشروع» طرف خارجی است.

الف- قانون حاکم در مورد ماهیت و قلمرو حقوق و تعهدات متقابل

طرفین

همانطور که پیش از این گفتیم،^{۱۰۰} رأی پرونده امین اوایل ویژگی خاص طرفین را در این واقعیت دانسته که یکی از آنها یک دولت صاحب حاکمیت است که به عنوان دولت، امتیاز اکتشاف تنها منابع کانی خود یعنی نفت را با این ملاحظه که کلیه فعالیت‌ها و عملیات اکتشافی در سرزمین آن دولت صورت خواهد گرفت، طی قراردادی به طرف دیگر که یک شرکت خارجی است اعطاء کرده است. از این رو کاملاً منطقی است که گفته شود منشأ اختیار دولت برای انعقاد چنین قراردادی در نظام حقوق عمومی است که در آن کشور حاکم و جاری است و در نتیجه انجام عملیات اکتشاف طبق قرارداد نمی‌تواند از قلمرو اختیارات انتظامی و نیز از حقوق و امتیازات خاص مرجع دولتی برکنار بماند. بنابراین نه تنها قوانین داخلی کشور میزبان بطور کلی، بلکه بطور مشخص تر قواعد حقوق عمومی آن کشور است که ماهیت و نیز قلمرو حقوق مکتسبه به موجب قرارداد و همچنین نحوه تفسیر آن را معلوم می‌کند. همانطور که امروزه در همه سیستم‌های حقوقی در سراسر جهان - از جمله در سیستم‌های حقوق عرفی - مشاهده می‌کنیم، این قواعد حقوق عمومی با نمونه‌های اولیه آن در حقوق کلاسیک قراردادی که در قرن نوزدهم وجود داشت و ثابت و غیرقابل تغییر بودند، فرق می‌کند و متضمن ایجاد نوع متفاوتی از روابط حقوقی است که ویژگی آن، پویایی و گردش‌پذیری اساسی است.^{۱۰۱} رأی

۱۰۰. رک. پاورقی ۹۴ و توضیح آن در متن.

101. See Asante, Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process, 28 Int'l & Comp. L. Q. 401; Londo, Renegotiation and Revision of International Contracts: An Issue in the North-South Dialogue, 23 Ger. Y.B. Int'l L. 37 (1980); Smith and Wells, Mineral Agreements in Developing Countries: Structures and Substance, 69 AJIL 560 (1975); and

امین اوایل نیز همین مفهوم از قواعد حقوق عمومی و آثار آن را در نظر دارد و بر آن تأکید می‌کند:

«قراردادهای امتیاز دستخوش تغییرات زیاد و دگرگونی‌های کلی و عمیقی شده که ابتدا در خاورمیانه و سپس در کشورهای سراسر جهان رخ داده است ... این تحولات باعث دگرگونی بزرگی در ویژگی‌های قرارداد امتیاز گردیده به نحوی که ماهیت رژیم امتیاز تغییر کرده و ویژگی قراردادی را بخود گرفته که به موجب آن، در اغلب نظامهای حقوقی دنیا، دولت با این که مکلف به حفظ و رعایت تعادل قراردادی است، در عین حال از حقوق و مزایای خاصی نیز برخوردار است».^{۱۰۲}

هیأت داوری پرونده امین اوایل می‌گوید نتیجه «تغییر ماهیت قرارداد که در طول زمان رخ داده، و نیز نتیجه رضایت یا رفتار طرفین قرارداد»^{۱۰۳} آن بوده که قواعد حقوق عمومی در حقیقت نسبت به طرف خارجی قرارداد نیز لازم‌الاجرا شده است، بدون این که نیازی به کسب موافقت و رضایت او باشد. برای نشان دادن نمونه‌ای از قواعد آمره حقوق عمومی، دو مورد روشن در رأی مذکور آمده است: اول، درخصوص تحریم‌های کویت در مورد محموله‌های نفت شرکت امین اوایل به مقصد کشورهای دیگر که در جریان جنگ ۱۹۷۳ [اعراب و فلسطین] اعمال شده بود که دیوان داوری می‌گوید «هرچند در قراردادهای امتیاز چنین شرطی وجود ندارد، اما عمل کویت در تحریم دارنده امتیاز [امین اوایل] موجه و صحیح بوده است».^{۱۰۴}

Walde, Revision of Transnational Investment Agreements: Contractual Flexibility in Natural Resources Development, 10 U.Miami J. Int'l L. 221 (1978).

102. Aminoil, supra note 3, at 1023-1024.

103. Id. at 1024.

104. Id. at 1008.

دوم، درخصوص اقدامات یکجانبه و درازمدت کشورهای عضو اوپک، از جمله کویت، که با قصد تثبیت قیمت نفت و افزایش مبلغ حق الامتیاز و مالیات اتخاذ گردید. با این که اقدامات مذکور آثار و پیامدهای مهمی داشته و از آنها به عنوان اقداماتی یاد شده که «نه تنها بر قیمت‌ها بلکه بر ماهیت قراردادهای امتیاز اثر انقلابی و دگرگون‌کننده داشته ... و آنها را به قرارداد خدمات (پیمانکاری) دوفاکتو مبدل نموده است»،^{۱۰۵} اما دیوان داوری در قابل اجرا بودن آنها [نسبت به طرفهای خارجی قراردادها] تردیدی به خود راه نداده و آنها را معتبر و لازم‌الاجرا دانسته است.

ب - حدود اختیارات مبتنی بر حقوق عمومی دولت برای مداخله در

قراردادهای نفتی

رای صادره در پرونده امین‌اوایل تأیید نمود که قراردادهای توسعه اقتصادی، امروزه دستخوش تحول ماهوی بزرگی شده و در قبال آثار ناشی از حقوق و امتیازات مبتنی بر حقوق عمومی کشور میزبان مصونیت مطلق ندارد، و بدین سان خود را از تئوری کلاسیک غیرمحملی کردن قراردادهای حق‌الامتیاز که آنها را صرفاً مشمول یک اصل کلی حقوقی یعنی اصل وفای به عهد (*pacta sunt servanda*) می‌دانست و در طول عمر ۶۰ ساله‌اش، قراردادهای امتیاز را خارج از صلاحیت قانون کشور میزبان تلقی می‌کرد؛ رها نمود. این مفهوم خارج کردن قرارداد از حکومت قانون داخلی که نخست در رای پرونده بی.پی. و نیز پرونده لیامکو^{۱۰۶} مورد استناد قرار گرفت و بعداً نیز در رای صادره در پرونده تاپکو مورد حمایت پروفیسور دوپوئی واقع شد،^{۱۰۷} لزوماً به این نتیجه منتهی می‌شود که هرگونه

105. Id. at 1009.

106. See BP, supra note 28, at 332; Liamco, supra note 30, at 54.

107. See Topco, supra note 1, at 31.

مداخله دولت که بر شروط و مفاد قرارداد امتیاز تأثیر بگذارد، فی نفسه یک عمل غیرقانونی است که به شرکت خارجی دارنده حق الامتیاز حق می‌دهد ادعای «اعاده وضع به حالت سابق» را مطرح نماید، و این یعنی لغو کلیه مداخلات و اقدامات دولت و رفع آثار آن. اما به عقیده هیأت داوری در پرونده امین اوایل نحوه برخورد پروفیسور دوپوئی با قضیه با هیچ‌یک از سیستم‌های حقوقی معاصر تطبیق نمی‌کند.

هیأت داوری در پرونده امین اوایل هنگام بررسی شرط تثبیت که در ماده ۱۷ قرارداد امتیاز سال ۱۹۴۸ آمده بود،^{۱۰۸} پاره‌ای مفاهیم اساسی را مطرح و ارائه نموده که خلاصه آنها چنین است:

(۱) شرط تثبیت باید به صورت مضیق تفسیر شود و نیز باید طوری تفسیر شود که فقط در برابر اقداماتی که دارای طبیعت مصادره‌ای هستند حمایت لازم را به طرف خارجی قرارداد بدهد.

(۲) ملی کردن، عمل مصادره‌ای نیست و از این رو مشمول شرط تثبیت نمی‌شود.

(۳) شرط تثبیت معمولاً در معنای ایجاد یک محدودیت موقت برای طرف دولتی قرارداد تلقی می‌شود و متضمن حمایت از طرف خارجی قرارداد در کوتاه مدت است، لکن اگر مثلاً به مدت ۶۰ سال برای دولت ایجاد محدودیت نماید، در واقع یک محدودیت عمومی است که به دشواری با اختیارات ذاتی دولت همسو و همخوان است.

(۴) شرط تثبیت و شروط مشابه آن ارزش خاصی دارند، زیرا «بطور ضمنی مقرر می‌کند که ملی کردن نباید ماهیت مصادره‌ای داشته باشد، و

۱۰۸. ماده ۱۷ قرارداد امتیاز سال ۱۹۴۸ چنین است: «شیخ، نباید به موجب قانون عمومی یا خاص یا به موجب اقدامات اداری یا هرگونه عمل دیگری، این قرارداد را لغو کند، مگر در موردی که در ماده ۱۱ آمده است. شیخ یا شرکت نباید هیچ‌گونه تغییری در این قرارداد بدهند مگر در صورتی که طرفین متفقاً توافق نمایند که به نفع هر دو طرف است که تغییرات یا حذف یا الحاقی در قرارداد انجام شود».

بدین‌سان جبران خسارات مناسب را به عنوان شرط ملی کردن، لازم می‌نماید».^{۱۰۹}

کوتاه سخن آن‌که، هیأت داوری در پرونده امین اوایل استدلال منسجم و سازگاری را ارائه کرد و حد وسط را گرفت و بین دو اصل ظاهراً متعارض تلفیقی برقرار نمود: اصل مؤثر بودن اقدامات دولت که حق ملی کردن را برای دولت تثبیت می‌کند، و اصل حمایت و تضمین انتظارات مشروع طرف خصوصی قرارداد که حق غرامت مناسب را برای او تأمین می‌کند به نحوی که بار مالی اقداماتی که بنام منافع عمومی کشور میزبان انجام می‌شود [ملی کردن]، به او تحمیل نشود. نتیجه نهایی حاصل از رأی امین اوایل این بود که فسخ قرارداد امتیاز را مشروع و قانونی دانست، و استدلال نمود که «ضبط حقوق امین اوایل در سال ۱۹۷۷ توسط دولت کویت، با مفاد قرارداد امتیاز ناهماهنگ و ناسازگار نبوده است».^{۱۱۰}

افزون بر این، در نظر هیأت داوری در پرونده امین اوایل همین‌که ملاحظات کافی برای توجیه فسخ قرارداد وجود داشته باشد، فسخ یکطرفه قرارداد کاملاً مشروع و قانونی به شمار می‌رود. هیأت داوری نه تنها از این که حق فسخ یکطرفه را منتفی بداند خودداری نموده، بلکه شرایط لازم برای استیفای این حق را نیز بیان کرده که به نظر هیأت همان «اقتضائات ناشی از وظایف اصلی دولت» است.^{۱۱۱} اما برتر از همه، هیأت داوری این نکته را هم روشن کرده که فسخ قرارداد به عنوان یک امتیاز مبتنی بر

109. Id. at 1023.

110. Id. at 1024.

111. Id. at 1022.

حقوق عمومی که در اختیار دولت است، می‌تواند قبل از رجوع به داوری نیز انجام شود.^{۱۱۲}

بالاخره، در مورد موضوعات دیگری مانند «رویه مناسب در حوزه نفتی» (good oil-field practice) که شرکت خارجی مکلف است حین اکتشاف حوزه‌های نفتی رعایت کند نیز هیأت داوری گفته است دولت طرف قرارداد برای الزام طرف خارجی به رعایت تعهداتی که در قرارداد وجود ندارد، دارای اختیارات قانونگذاری برتر می‌باشد و اضافه کرده که «منشأ این اختیارات یا ناشی از حق قانونگذاری دولت و وضع مقررات است، و یا ناشی از خود قرارداد امتیاز».^{۱۱۳}

در رأی داوری پرونده امین‌اوایل پذیرفته شده که ملی کردن یک عمل مشروع و قانونی است، و فسخ قرارداد قبل از مراجعه به داوری نیز مجاز و موجه است و نیز تأیید نموده کشور میزبان حق دارد مقرراتی وضع کند که تعهدات جدیدی برای طرف خارجی ایجاد نماید. در واقع، این یافته‌ها مبتنی بر یک اصل کلی حقوق بین‌الملل خصوصی است که به موجب آن قواعد آمره و حقوق عمومی که در چارچوب سیستم حقوقی ذی‌ربط و صلاحیتدار وضع می‌شود، قابل اجرا و اعمال است. طبق این رأی، قراردادهای اکتشاف منابع طبیعی، بالضروره مشمول اختیارات قانونگذاری کشور میزبان و نیز حقوق و امتیازات ویژه دولت است که بنام حاکمیت ملی و سرزمینی و حق مسلم خود اعمال می‌کند. قابل اعمال بودن این قبیل اختیارات و حقوق ویژه دولت در مورد کلیه روابط حقوقی موجود، اعم از عمومی یا خصوصی، ناشی از این اصل کلی حقوق بین‌الملل خصوصی است که به موجب آن، همانطور که پیش از این گفتیم

112. Id. at 1026-1027.

113. Id. at 1028.

(بند ب، ص ۶۷)، قواعد آمره حقوق عمومی لازم‌الاجرا و قابل اعمال است
(règles d'application immédiate).

با این همه، قابل اعمال دانستن قواعد حقوق عمومی پیامدهای حقوقی خاصی هم دارد، زیرا دولت در همان حال که حق دارد اختیارات قانونگذاری یا حقوق ویژه خود را اعمال کند، یک طرف قراردادی نیز هست که به موجب قرارداد، در برابر طرف خارجی تعهداتی را برعهده دارد. تحت همین عنوان (طرف قرارداد بودن) است که دولت تکالیفی را برعهده دارد که از جمله، این تعهد کلی است که موازنه و تعادل قراردادی را به هم نزنند و تکالیف اضافی و غیرموجه بر دوش طرف خارجی قرارداد نگذارد. از این رو، با فرض این که اقداماتی که دولت اتخاذ می‌کند مشروع و موجه است، یک مسأله همچنان باقی می‌ماند و آن عبارت است از تعیین طرق جبران [خواسته‌هایی] که طرف خصوصی قرارداد برای بازگرداندن تعادل قراردادی یا اگر اعاده آن ممکن نباشد، برای جبران خسارت به نحو مناسب در اختیار دارد.

ج - طرق جبران برای طرف خصوصی قرارداد در قبال مداخله‌های دولت در قرارداد

دخالت دولت در قراردادهای نفتی که تعادل آن را به هم زند یا حتی فسخ قرارداد توسط دولت، فی‌نفسه عمل غیرقانونی نیست. مهم‌ترین اصل حقوقی که در رأی امین‌اوایل آمده همین نکته است که خود، پیامد منطقی این دو مطلب است: (۱) خصوصیت سیال و تحول‌یابنده روابط قراردادی برای سازگاری با اوضاع و احوال جدید، و (۲) اختیارات ذاتی دولت برای وضع مقررات و نیز حقوق خاص دولت که به نام منافع عمومی اجرا می‌نماید.

با این همه، بیان این مطلب در رأی امین اوایل فقط نیمی از واقعیت را که تحت نظام‌های حقوقی مختلف وجود دارد و می‌توان اصول کلی مربوط را از آن استنباط کرد، بازگو می‌کند. نیم دیگر واقعیت آن است که ببینیم در چنین شرایطی، طرف خصوصی قرارداد چه طریقی برای جبران دارد، زیرا قرار نیست بار آنچه بنام دولت و حفظ منافع عمومی اجرا می‌شود، بر دوش طرف خارجی قرارداد باشد. اگر شرکت خارجی طرف قرارداد از آنچه طریق جبران مناسب نامیده می‌شود، محروم شود آنگاه هرگونه مداخله دولت در قرارداد (اعم از این که تعادل قراردادی را بر هم زند یا آن را فسخ کند) به معنای ضبط و مصادره حقوق طرف خارجی است که مسلماً متضمن مسؤولیت دولت خواهد بود.

رأی صادره در پرونده امین اوایل از حیث بیان اصول حاکم بر روش‌های جبران خسارت و نیز قواعد و ضوابط اجرای آنها حاوی بیشترین رهنمودی است که تا به حال یک دیوان داوری فراملی، ارائه کرده است. رأی مذکور ملی کردن را عملی کاملاً مشروع می‌داند که با قواعد حقوق بین‌الملل عمومی درباره سلب مشروع مالکیت - یعنی وجود نفع عمومی و عدم تبعیض - منطبق است،^{۱۱۴} و آنگاه به بیان طرق جبران که بر طبق قواعد و اصول حقوق بین‌الملل در اختیار طرف خصوصی قرارداد است، می‌پردازد و می‌گوید:

«آنچه اکنون دیوان داوری باید به آن پردازد ... عبارت است از اتخاذ

تصمیم مطابق قانون که در اینجا به معنای حقوق بین‌الملل است و بخشی

از قوانین کویت را نیز تشکیل می‌دهد».^{۱۱۵}

114. Id. at 1018-1020.

115. Id. at 1032.

درخصوص ضوابط و قواعد حقوق بین‌الملل در زمینه غرامت، رأی امین‌اوایل عمدتاً به «قواعد حاکم بر ملی کردن مشروع»^{۱۱۶} که به بهترین وجه در قطعنامه شماره ۱۸۰۳ مجمع عمومی ملل متحد مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۶۲ در مورد حاکمیت دائمی کشورها بر منابع طبیعی منعکس شده، مراجعه و استناد کرده است.^{۱۱۷} ماده ۴ این قطعنامه در مورد وضع قاعده «غرامت مناسب»، در واقع متضمن بیان قاعده حقوق بین‌الملل موضوعه درخصوص مسأله غرامت است. هیأت داور، ادعای امین‌اوایل (خواهان) را در مورد مطالبه معادل پولی «اعاده وضع به حالت سابق» را رد کرده و متقابلاً ادعای کویت (خوانده) مبنی بر محاسبه ارزش دفتری به عنوان خسارت امین‌اوایل را که در پاره‌ای توافقات بین‌المللی مربوط به صنعت نفت مورد عمل واقع شده، نیز مردود دانسته است، و بجای اینها اساس کار خود در تعیین خسارت را بر «انتظارات مشروع» طرفین قرارداد نهاده است،^{۱۱۸} و آنگاه مبنایی که باید برای «ارزیابی انتظارات مشروع طرفین اعمال شود» اتخاذ کرده است.^{۱۱۹} در بین مهم‌ترین عناصری که باید از این حیث ملحوظ گردد، هیأت داور بر دو عامل تأکید کرده است: (۱) وجود شرط تثبیت در قرارداد، از این حیث که برای دارنده حق‌الامتیاز (طرف خارجی قرارداد) انتظار مشروعی ایجاد می‌کند، و (۲) انتظارات معقول کارآفرینان و شرکت‌هایی که در شرایط مشابهی عمل می‌کنند. هیأت داور سپس نتیجه گرفته که به نظر او هدف و مقصود شرکت خارجی از انعقاد قرارداد «بازگشت سرمایه‌گذاری با نرخ معقول» بوده است.^{۱۲۰}

116. Id. (emphasis added).

117. See supra note 22.

118. Aminoil, supra note 3, at 1034-1036.

119. Id. at 1037.

120. Id.

توضیح و تفصیل این موضوع و سایر اصول و مبانی قانون ماهوی که هیأت داورى پرونده امین اوایل در این زمینه اعمال کرده، محتاج تحقیق مستقلى است که درباره اهمیت آنها در دعاوى نفتى آینده بحث کند. اما آنچه به نظر نگارنده نقطه عطفی در حقوق داورى معاصر به شمار مى‌رود عبارت است از اقدام پروفیسور «رویتز» رئیس هیأت داورى به پیراستن جنبه‌های منفی رأی تاپکو. رأی داورى پرونده امین اوایل در هماهنگی کامل با اصول حقوق بین‌الملل خصوصى به روشنى نشان داده که اجرای حقوق داخلی کشور میزبان به عنوان قانون حاکم، مانع از این نمى‌شود که همزمان، برای حفظ منافع مشروع طرف خارجی نیز راه‌حل متعادل و متوازنى به دست آید. در مقام اعمال قانون داخلی کشور میزبان، ابتدا باید مشروعیت و قانونی بودن مداخله طرف دولتی در قرارداد که به قطع یا فسخ رابطه قراردادی منجر شده است، و نیز پیامدهای حقوقی این مداخله بررسی شود و سپس نتیجه حاصله تحت قانون داخلی، به حقوق بین‌الملل عرضه شود و در پرتو اصول حقوق بین‌الملل ارزیابی گردد، به نحوی که احراز شود راه‌حلی که حسب مورد به دست مى‌آید، با اصول و موازین حقوق بین‌الملل که بخشی از نظام حقوق داخلی همان کشور را نیز تشکیل مى‌دهد و برای دولت و دستگاه قانونگذاری، اجرایی و قضایی آن نیز لازم‌الاجرا است؛ منطبق و سازگار است.

شیوه‌ای که هیأت داورى سه نفره در پرونده امین اوایل به اتفاق آراء پذیرفته و به آن رأی داده‌اند، بطور کلی شبیه همان شیوه‌ای است که در دیوان‌های داورى مختلط پس از جنگ جهانی اول مورد عمل بوده است. پروفیسور «لیپستین» در تحقیق جامع و ژرف خود از رویه این دیوان‌های داورى مختلط که حدود ۴۰ سال قبل در انجمن گروسیوس انجام و ارائه داده است، رویه این دیوان‌ها را با عباراتی موجز چنین بیان کرده است:

«نخست، دیوان داوری باید معلوم کند و تصمیم بگیرد که آیا در پرتو حقوق داخلی، خواهان هیچ نفع مالکانه خصوصی دارد یا نه ... پس از این که با تحقیقات مقدماتی ثابت شد که یک حق مبتنی بر حقوق خصوصی وجود دارد، آنگاه دیوان داوری باید در مرحله دوم بررسی کند که آیا نقض حقی که تحت حقوق داخلی کسب شده است، تحت حقوق بین‌الملل یک عمل غیرقانونی هست یا نه».^{۱۲۱}

رای داوری امین‌اوایل هم علی‌الاصول همین شیوه را برگزیده و اجرا کرده است. ابتدا حقوق و تعهدات طرفین را تحت قانون حاکم که همان قانون داخلی کشور میزبان (کویت) است، مشخص و احراز کرده، و سپس قانونی بودن یا نبودن دخالت‌ها و اقداماتی که دولت طرف قرارداد با استناد به قانون داخلی خود به عمل آورده، تحت حقوق بین‌الملل (از جمله تحت اصول کلی حقوقی) مورد بررسی قرار داده است. البته داوران در پرونده امین‌اوایل در بررسی آثار و پیامدهای اقدامات دولت نسبت به قرارداد، گام سومی نیز برداشته‌اند: آیا اقدامات و مداخلات دولت در قرارداد، تحت حقوق بین‌الملل نیز مشروع و قانونی بوده است (یعنی از حیث قواعد و ضوابط تعیین غرامت مناسب) یا غیرقانونی و نامشروع (یعنی قواعد مربوط به خسارات لازم‌الاداء از باب مسئولیت دولت).

گرچه هیأت داوری در پرونده امین‌اوایل، یک دیوان بین‌المللی به معنای بین‌الدولی که به موجب عهدنامه بین دولتها تشکیل شده باشد، نیست، اما مراجعه آن دیوان به اصول و قواعد ماهوی حقوق بین‌الملل از درجه دوم – که مستقیماً راه‌حل ماهوی را به دست می‌دهد – که به موجب

121. Lipstein, Conflict of Laws before International Tribunals, 29 Trans. of the Grotius Society 55-56 (1944) (emphasis added).

اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی از نوع درجه اول انجام شده، موجه است، زیرا اصول درجه اول حقوق بین‌الملل خصوصی مرجع رسیدگی را مجاز می‌دارد محصول قواعد حل تعارض را کنترل کند و در مواردی که ببیند اجرای قانون قابل اعمال، منجر به نقض نظم عمومی می‌شود، از اعمال آن خودداری ورزد. برای داوری که در سطح فراملی عمل می‌کند، اصول حقوق بین‌الملل (بویژه اصولی که در نظام‌های حقوق داخلی، اصول کلی حقوقی نامیده می‌شود) همان چیزی را شکل می‌دهند که می‌توان آن را نظم عمومی بین‌المللی نامید و در مقام اجرا نقش تصحیح‌کننده دارند. همین نظم عمومی است که به مرجع داوری اجازه می‌دهد که نتایج غیرقابل قبول حاصل از عرضه کل موضوع به حقوق داخلی را کنار بگذارد.

از حیث مقاصد عملی، داوری که در سطح فراملی عمل می‌کند و به دعوای بین دولت و یک شرکت خصوصی خارجی رسیدگی می‌نماید، دقیقاً همان جایگاهی را دارد که داورانی که در سیستم «ایکسید» (ICSID) رسیدگی می‌نمایند و با اجرای ماده ۴۲ (بند ۱) کنوانسیون «ایکسید» مواجه هستند.^{۱۲۲} همانطور که هیأت داوری تجدید نظر که تحت مقررات ایکسید تشکیل شده بود در جریان رسیدگی به ابطال رأی داوری ۲۱ اکتبر ۱۹۸۳ در پرونده «کلاکتر علیه دولت کامرون» گفته است:^{۱۲۳}

۱۲۲. رک. پاورقی ۴۹ و توضیح آن در متن.

123. Klöckner Industrie-Anlagen GmbH, Klöckner Belge, S.A., and Klöckner Handelsmaatschappij B.V. v. Cameroon and Société Camerounaise des Engrais (ICSID) Case No. ARB/81/2. The award of October 21, 1983 is quoted extensively in English translation in Paulsson, The ICSID Klöckner v. Cameroon Award: the Duties of Partners in North-South Economic Development Agreements, 1 J. Int'l Arb. 145 (1984). The dissenting opinion attached to that award is cited extensively in English translation in Niggemann, The ICSID Klöckner v. Cameroon Award: the Dissenting Opinion, 1 J. Int'l Arb. 331 (1984). Excerpts from the original French text of the award appear at 111 Journal du Droit International 409 (1984). See also 1 News from ICSID, No. 2, at 5 (1984). The May 3, 1985 decision of the *ad hoc* Committee annulling the award is published in English translation at 1 ICSID Rev. – FILJ 89 (1986).

«طبق ماده ۴۲ کنوانسیون واشنگتن، در صورت عدم توافق طرفین در مورد قانون حاکم، دیوان داوری قانون داخلی دولت طرف دعوی و ... نیز اصول حقوق بین الملل را که مناسب باشد، اعمال می کند، این ماده به اصول حقوق بین الملل نقشی دوگانه می بخشد، بدین معنی که، جز در مواردی که باید مشخص شود آیا قانون داخلی با حقوق بین الملل منطبق هست یا نه، اصول کلی حقوق بین الملل، نقش تکمیل کننده دارند (مثلاً در مواردی که قانون داخلی ساکت باشد یا دچار خلأ باشد) یا در مواردی که قانون داخلی از همه جهات منطبق با اصول حقوق بین الملل نباشد، نقش تصحیح کننده دارند. منتهی در هر دو حالت، مرجع داوری فقط در صورتی می تواند به اصول حقوق بین الملل مراجعه و آنها را اعمال کند که قبلاً درباره محتوای قانون داخلی کشور طرف دعوی و نه فقط یکی از اصول آن، تحقیق نموده و آن را احراز کرده باشد و قواعد حقوق داخلی کشور مربوط را نیز اعمال کرده باشد».

بنابراین، هماهنگی با اصول حقوق بین الملل خصوصی، مراجعه به حقوق بین الملل و اجرای آن موکول به رعایت یک تقدم و تأخر منطقی است، به این معنی که ابتدا باید با تفحص کافی در سیستم حقوقی کشور طرف دعوی، اصول مرتبط با موضوع دعوی استخراج و نسبت به موضوع دعوی اعمال گردد. ولی این شرط، شرطی نیست که با صرف اشاره به پاره ای اصول و موازین کلی از قبیل اصل وفای به عهد یا اصل حسن نیت، تحقق پذیرد. فقط پس از این امر و نیز در پرتو یافته هایی که در جریان تحقیق در حقوق داخلی کشور میزبان حاصل شده است، دیوان داوری مربوط تازه می تواند به اصول حقوق بین الملل - خواه به منظور تکمیل قانون داخلی مذکور و خواه برای تصحیح رهیافت هایی که از قانون داخلی

به دست آمده ولی با موازین حقوق بین‌الملل و از آن جمله اصول کلی حقوقی شناخته شده در نظام‌های حقوقی متمدن جهان معاصر منطبق نیست - مراجعه نماید.

کوتاه سخن آن که، مرجع داوری نمی‌تواند حقوق بین‌الملل را بطور کلی یا بعض منابع آن را بطور خاص، به عنوان قانونی که مستقیماً و ابتدائاً حاکم بر قرارداد است، نسبت به روابط حقوقی طرفین اعمال کند. حقوق بین‌الملل پس از اعمال قانون داخلی و در مرحله ثانوی است که احیاناً شأن اجرا می‌یابد، آن‌هم از حیث پرکردن خلأ قانون داخلی و موضوعاتی که به علت فقدان قواعد مناسب در قانون داخلی کشور طرف دعوی، حل نشده باقی مانده است. افزون بر این، اصول حقوق بین‌الملل نقش نظم عمومی را به معنایی که در شیوه‌های معمولی حقوقی بین‌الملل خصوصی مطرح است، نیز ایفاء می‌کنند.

روشهای حل و فصل بین‌المللی اختلافات در حقوق مالکیت معنوی

دکتر ضرغام غریبی

چکیده

مقاله حاضر که به بررسی نظام‌های بین‌المللی کیفیت حل و فصل اختلافات ناشی از اجرای کنوانسیون‌های متضمن حمایت از حقوق مالکیت‌های معنوی اختصاص دارد، شامل مقدمه‌ای مربوط به مطالب عمومی و تبیین ماهیت اختلافات بین‌المللی و سه بخش مشتمل بر بیان اجمالی پیشینه تاریخی نحوه پیش‌بینی کیفیت حل و فصل بین‌المللی اختلافات ناشی از اجرا و تفسیر مقررات حقوق مالکیت معنوی، کنوانسیون‌های متضمن حمایت از حقوق مالکیت معنوی و روشهای حل و فصل بین‌المللی اختلافات در چارچوب دو نظام مشخص یعنی استفاده از روش‌های کلاسیک و روش‌های خاص حل و فصل بین‌المللی اختلافات اعم از روش‌های دیپلماتیک، رسیدگی‌های قضایی و شبه قضایی می‌باشد. ضمن آن‌که در این بررسی، در تبیین نظام حقوقی حل و فصل اختلاف در چارچوب «سازمان جهانی تجارت»، تأکید بیشتری شده است. زیرا که این

نظام مهم و برجسته با برخورداری از ساختاری منسجم و روشهای کاری کارآمد، جامعه بین‌المللی را که هرگز چنین وضعی را در حوزه حل و فصل اختلافات ناشی از اجرای مقررات بین‌المللی حقوق مالکیت معنوی تجربه نکرده بود، متحول ساخته است. البته این وضعیت بسیار خاص که امروزه نهادینه شده است، محصول ابتکار هیأت‌های مذاکره کننده کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه عضو «سازمان جهانی تجارت» در طی یک دوره ده ساله در اووروگوئه می‌باشد که بر اساس انگیزه‌های سیاسی و اقتصادی مقررات بعضی از موافقت‌نامه‌های چندجانبه بین‌المللی همانند «گات» را به حمایت از موضوعات مالکیت‌های معنوی پیوند زده و نظام حل و فصل اختلافات مربوط به آن موافقت‌نامه‌های اقتصادی را به حمایت بین‌المللی از حقوق مالکیت‌های معنوی تسری داده‌اند. بررسی مقررات و پروسه‌های آن نظام، هدف اصلی نگارنده در مقاله حاضر می‌باشد.

مقدمه

حمایت از «حقوق مالکیت معنوی»^۱ به عنوان بخش جدیدی از نهاد مالکیت و مشتمل بر «مالکیت‌های صنعتی، ادبی و هنری» برای حمایت از آثار ادبی، علمی و هنری، اختراعات، علائم تجاری، نشان‌های جغرافیایی و غیره^۲ در سطح بین‌المللی، از قرن نوزدهم به بعد و با تصویب دو کنوانسیون بین‌المللی مهم یعنی «کنوانسیون پاریس برای حمایت از مالکیت‌های صنعتی» در سال ۱۸۸۳^۳ و «کنوانسیون برن برای حمایت از آثار ادبی و هنری» در سال ۱۸۸۶^۴ نهادینه و با مرور زمان متحول شده است.

بدون تردید، تحقق اصلی‌ترین اهداف بنیانگذاران این کنوانسیون‌ها به منظور شکوفایی خلاقیت‌های فردی و ارتقاء معیارهای زیستی بشر با تحولات و تغییرات تدریجی در کیفیت علوم و فنون، منوط به وجود مقرراتی جامع و اجرای تعهدات بین‌المللی دول عضو به شرح مذکور و مقرر در آن پیمان‌های بین‌المللی ضمن توجه به اصل بنیادین «حاکمیت دولتها» می‌باشد. مقرراتی که از یک طرف به دلیل حمایت دولتها از افراد مخترع و آفریننده در قلمرو صلاحیت‌های سرزمینی، دارای خصیصه حقوق داخلی و از طرف دیگر با توجه به تعهدات دولتها برای ایجاد معیارهای خاص حمایتی و انجام اقدامات حمایتی با ماهیت فرا سرزمینی، دارای جنبه بین‌المللی است و این ویژگی‌ها در کل، حقوق مالکیت‌های معنوی را از خصیصه‌ای منحصر بفرد (*Sui- generis*) برخوردار ساخته است.

۱. به نظر می‌رسد، به جای این عبارت، استفاده از عبارت «حقوق مالکیت‌های فکری» که آثار ناشی از فعالیت‌های ذهنی انسان را حمایت می‌کند، درست‌تر باشد.

۲. سابقه حمایت از حقوق مالکیت‌های معنوی در نظام‌های داخلی کشورها در قرن پانزدهم میلادی ریشه دارد و کشورهای «انگلستان» و «ونیز» اولین حمایت‌کنندگان از حقوق مالکیت‌های معنوی بوده‌اند.

3. Paris Convention for the Protection of Industrial Property.

4. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works.

واضح است که در این قلمرو، همیشه تفسیر قواعد و اجرای مقررات حقوق مالکیت معنوی بین‌المللی با ضوابط، اصول و اهداف اصلی بنیانگذاران آنها یکسان نبوده و لاجرم اجرای ناقص و یا عدم اجرای آن مقررات، موجبات اختلاف بین دارندگان حقوق مالکیت معنوی در قلمرو داخلی کشورها و بین دول متعاقد کنوانسیون‌ها در عرصه جامعه بین‌المللی را فراهم می‌کند که بدون شک، حل و فصل مطلوب آن اختلافات به منظور تضمین اعتبار پیمان بین‌المللی مورد نظر، مستلزم به کارگیری ترتیبات و یا وجود نظام خاص حل و فصل اختلافات می‌باشد. نظام حل و فصل اختلافاتی که به دلیل برخورداری حقوق مالکیت معنوی از ماهیتی دوگانه، دارای ابعاد ملی و بین‌المللی بوده و به همین دلیل دول عضو کنوانسیون‌های حمایت‌کننده از حقوق مالکیت‌های معنوی با قبول اعمال چنین نظامی، عموماً متعهد می‌شوند که اختلافات مطرح در داخل محدوده سرزمینی خود را با تسهیلات قضایی به منظور محاکمه و مجازات ناقضان داخلی حقوق مالکیت معنوی و «اختلافات بین‌المللی» را که در رابطه با تفسیر و یا اجرای حقوق مالکیت معنوی بوجود می‌آیند و حل و فصل آنها با توجه به ماهیت حقوقی آنها در صلاحیت مراجع قضایی بین‌المللی از جمله «دیوان بین‌المللی دادگستری» می‌باشد،^۵ به روشهای سیاسی، شبه قضایی و یا قضایی حل و فصل نمایند. هر چند از عبارت «اختلاف بین‌المللی» در اسناد حقوقی حمایت از حقوق مالکیت معنوی، هیچ تعریف خاصی به عمل نیامده و تشخیص این امر به حقوق بین‌الملل عرفی وانهاده شده است. اگرچه در حقوق بین‌الملل هم «اختلاف بین‌المللی» تعریف نشده و استناد حقوقدانان بین‌المللی در تعیین ابعاد حقوقی «اختلاف بین‌المللی» تنها به

۵. حل و فصل این‌گونه اختلافات با رجوع به قواعد پذیرفته شده حقوق بین‌الملل میسر است و از این رو اختلافات حقوقی غالباً به داوری و یا دادگستری بین‌المللی ارجاع می‌گردند؛ ممتاز، دکتر جمشید، سلسله درسهای دانشکده حقوق دانشگاه تهران، نیمسال تحصیلی ۱۳۶۶-۱۳۶۵، ص ۹۲.

تعبیر «دیوان دایمی دادگستری بین‌المللی» در رأی قضیه «ماوروماتیس»^۶ مربوط به سال ۱۹۲۴^۶ و ماده ۳۶ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری مبتنی است که مقرر می‌دارد:

«کلیه اختلافات مربوط به تفسیر یک معاهده، هر مسأله که موضوع حقوق بین‌الملل باشد، حقیقت هر امر که در صورت ثبوت نقض یک تعهد بین‌المللی محسوب شود و نوع و میزان غرامتی که برای نقض تعهد بین‌المللی پرداخت می‌شود، جزو اختلافات حقوقی محسوب می‌شوند».

یعنی در این موارد هم، تنها معیارهای تشخیص ماهیت یک اختلاف بین‌المللی که عموماً از اوصاف حقوقی و سیاسی برخوردار می‌باشد و تعیین آنها برای احراز صلاحیت مرجع بین‌المللی رسیدگی‌کننده لازم است، مورد تبیین قرار گرفته‌اند.^۷ هرچند کلیه اختلافات مربوط به تفسیر و اجرای مقررات مربوط به حمایت از حقوق مالکیت معنوی به شرح کنوانسیون‌های بین‌المللی متضمن آن حقوق، ذاتاً از ماهیت کاملاً «حقوقی»^۸ برخوردار بوده و رسیدگی به آنها هم با وجود سایر شرایط، ذاتاً در صلاحیت مراجع قضایی بین‌المللی مذکور در آن اسناد حقوقی بین‌المللی می‌باشد.

در این مقاله فقط به بررسی نظام حقوقی بین‌المللی حل و فصل اختلافات ناشی از تفسیر و اجرای مقررات مربوط به حمایت از حقوق

۶. برای مطالعه این رأی رک.

Mavrommatis Concessions Case, Encyclopedia of Public International Law, North Holland, Publishing Company, Vol. 2, 1981, p. 182.

۷. وقتی اختلافی بین دو دولت ایجاد می‌شود اگر ادعای آنها مبتنی بر قواعد حقوقی باشد جنبه حقوقی دارد و اگر دعاوی طرفین و یا لاقلاً یکی از آنها منطبق بر موازین حقوقی و قواعد بین‌المللی نباشد، جزء اختلافات سیاسی است. صفدری، دکتر محمد، حقوق بین‌الملل عمومی، دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۴۲، جلد سوم، ص ۶۰۷.

۸. البته تصریح به حقوقی بودن اختلاف، بیشتر برای متمایز کردن آن از اختلافات سیاسی است که حل و فصل آنها در چارچوب رسیدگی‌های قضایی و قواعد حقوقی صورت نمی‌گیرد.

مالکیت معنوی در سه قسمت تحت عناوین ذیل اکتفا شده است: «تاریخچه حل و فصل اختلافات ناشی از حقوق مالکیت معنوی»، «کنوانسیون‌های بین‌المللی حمایت از حقوق مالکیت‌های معنوی» و «روشهای حل و فصل بین‌المللی اختلافات حقوق مالکیت معنوی».

۱- تاریخچه حل و فصل اختلافات ناشی از حقوق مالکیت معنوی

از مطالعه در رابطه با تاریخ تحول نظام مالکیت‌های معنوی، این‌گونه برمی‌آید که پیش‌بینی کیفیت حل و فصل اختلاف در زمینه اجرای حقوق مالکیت معنوی در ابعاد بین‌المللی، از دو سند معتبر یعنی «کنوانسیون پاریس برای حمایت از مالکیت‌های صنعتی» و «کنوانسیون برن برای حمایت از آثار ادبی و هنری» و نسخه‌های بازنگری شده آنها در زمینه نحوه حل و فصل اختلافات ناشی از تفسیر و اجرای مقررات این دو کنوانسیون شروع شده است که در آنها مقرر شده تا اختلافات ناشی از اجرا و تفسیر مقررات آن کنوانسیون‌ها از طریق مذاکره و در صورت شکست و قبول صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری، از طریق آن دیوان حل و فصل گردد.

همچنین مطالعات مزبور، حکایت از آن دارند که علاوه بر معاهدات دوجانبه متضمن حمایت از حقوق مالکیت معنوی که حل و فصل بین‌المللی اختلافات را با ارجاع اختلاف به «داوری» پیش‌بینی نموده‌اند؛ بعضی از پیمان‌های منطقه‌ای و معاهدات بین‌المللی بویژه با ماهیت اقتصادی همانند «پیمان عمومی تعرفه و تجارت سال ۱۹۴۷» و «موافقتنامه تأسیس سازمان جهانی تجارت سال ۱۹۹۴»^۹ وجود دارند که با داشتن مقرراتی جامع و قابل

۹. World Trade Organization به «سازمان تجارت جهانی» هم ترجمه شده است ولی به نظر می‌رسد عبارت «سازمان جهانی تجارت» دقیق‌تر باشد، زیرا وصف جهانی متعلق به سازمان است نه تجارت.

اعمال بین حدود ۱۵۰ کشور دنیا در زمینه حل و فصل اختلافات ناشی از تفسیر و اجرای مقررات حقوق مالکیت معنوی، «نظام حقوقی مشترکی»^{۱۰} را در این قلمرو بنیاد نهاده‌اند که امروزه به دلیل تأثیرشان بر قواعد حل و فصل اختلافات و تسهیل تجارت بین‌المللی از اهمیت بسیاری برخوردارند و بررسی و ارزیابی نسبی آن نظام حقوقی، موضوع اصلی این مقاله است.

۲- کنوانسیون‌های بین‌المللی متضمن حمایت از حقوق مالکیت‌های معنوی

به طور کلی، کنوانسیون‌های بین‌المللی که به نحوی در رابطه با حل و فصل اختلافات مربوط به تفسیر و اجرای مقررات حقوق مالکیت‌های معنوی و مکانیزم‌های حل و فصل اختلافات مقرراتی را تدوین نموده‌اند، به قرار ذیل می‌باشند:

۱- ۲- معاهدات بین‌المللی دو جانبه و منطقه‌ای متضمن حمایت از حقوق

مالکیت‌های معنوی

امروزه اکثر دول عضو جامعه بین‌المللی، معاهدات دو جانبه و چند جانبه منطقه‌ای را منعقد کرده‌اند و در آنها دول متعاهد علاوه بر تصریح به حمایت از موضوعات اصلی و اعطای پاره‌ای از امتیازات مرتبط با حقوق مالکیت‌های معنوی از قبیل اختراعات، دانش فنی و غیره، به نحوه حل و فصل اختلافات احتمالی ناشی از اجرای آن حقوق هم اشاره نموده‌اند. مثلاً در موافقتنامه‌های بین‌المللی اقتصادی و بازرگانی که امروزه انعقاد آنها بین دولتها بویژه در زمینه سرمایه‌گذاری‌های خارجی متعارف شده است؛ طرفهای متعاهد در احصاء عناوین سرمایه، علاوه بر این که به موضوعات

۱۰. کلیه اعضاء سازمان مکلف هستند این نظام را رعایت و اعمال نمایند و طبق مقررات مذکور در موافقتنامه‌های منضم به آن، اعمال هیچ‌گونه رزروی هم از طرف دولتها در مورد این نظامات امکان ندارد.

حقوق مالکیت معنوی از جمله حق اختراع، طرحهای صنعتی، علائم و اسامی تجاری، دانش فنی و غیره به عنوان سرمایه تصریح می‌نمایند، در بخش خاصی از آن کنوانسیون‌ها هم به کیفیت حل و فصل اختلافات ناشی از اجرا و تفسیر از طریق «مذاکره» به طور دوستانه و در صورت عدم توافق از طریق ارجاع اختلاف به هیأت «داوری» اشاره می‌نمایند^{۱۱} و یا همچنین در معاهدات و کنوانسیون‌های منطقه‌ای که بنا به ملاحظات خاص اعم از اقلیمی، ژئوپولیتیکی و یا غیره بین بعضی از دولتها منعقد می‌گردد، دول عضو ضمن تصریح به حمایت از پاره‌ای از حقوق مالکیت‌های معنوی، در رابطه با حل و فصل اختلافات ناشی از تفسیر و اجرا هم مقرراتی را تدوین و برقرار می‌نمایند. مثلاً موافقتنامه NAFTA^{۱۲} که بین دول امریکا، کانادا و مکزیک منعقد شده است در بخش 20B در رابطه با حل و فصل اختلافات مربوط به حقوق مالکیت معنوی مقرراتی را تدوین نموده است^{۱۳} و یا پیمان اتحاد اروپا که در ماده ۱۷۰، اعضاء را مجاز می‌داند در صورتی که اعضای دیگر پیمان را اجرا نکنند به دیوان دادگستری اروپایی مراجعه کنند.

۱۱. دولت جمهوری اسلامی ایران با تصویب هیأت وزیران در جلسه مورخ ۱۳۷۷/۶/۱۱ تحت شماره ۱۳۱۹۹/ت/۱۹۲۶۲ در اجرای ماده (۲) آیین‌نامه چگونگی تنظیم و انعقاد توافقات بین‌المللی در زمینه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری، متن نمونه موافقتنامه‌ای را مورد استفاده قرار می‌دهد که در ماده ۱ آن به احصاء موضوعات حقوق مالکیت معنوی به عنوان سرمایه و در ماده ۱۳ آن به کیفیت حل و فصل اختلاف بین طرفهای متعاقد تصریح شده است.

۱۲. North American Free Trade Agreement.

۱۳. برای مطالعه بیشتر، رک.

Hastings P. & Janofsky, "North American Free Trade Agreement – Summary and Analysis", at 100 et seq. (New York, 1992/1993).

۲-۲- کنوانسیون‌های بین‌المللی حمایت از حقوق مالکیت‌های معنوی

بیش از یک قرن است که جامعه بین‌المللی شاهد انعقاد موافقتنامه‌ها و کنوانسیون‌های بین‌المللی به معنی اخص در حمایت از حقوق مالکیت‌های معنوی است که به منظور حمایت از حقوق دارندگان مالکیت‌های معنوی و تسهیل اجرای مقررات آنها در ابعاد بین‌المللی تدوین و لازم‌الاجرا شده و در آنها در زمینه کیفیت حل و فصل اختلافات بین‌المللی ناشی از تفسیر و اجرا، ترتیبات و مکانیزم‌هایی مورد تذکر قرار گرفته‌اند.^{۱۴} مثلاً ماده ۲۸ کنوانسیون پاریس، ماده ۳۳ کنوانسیون برن، ماده ۱۵ کنوانسیون جهانی حق مؤلف،^{۱۵} ماده ۳۰ کنوانسیون رم برای حمایت از اجراکنندگان، تولیدکنندگان صفحات صوتی و سازمان‌های پخش‌کننده^{۱۶} و ماده ۵۹ معاهده همکاری اختراعات^{۱۷} به طور خاص، امر رسیدگی به اختلافات را به دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع داده‌اند.

۲-۳- موافقتنامه‌های بین‌المللی «اقتصادی» متضمن حمایت از حقوق

مالکیت‌های معنوی

علاوه بر معاهدات دو جانبه، کنوانسیون‌های منطقه‌ای و کنوانسیون‌های حمایت از حقوق مالکیت‌های معنوی، مدتهاست که جامعه بین‌المللی ناظر انعقاد موافقتنامه‌های بین‌المللی «اقتصادی» است که در آنها

۱۴. همه اسناد در زمینه حقوق مالکیت معنوی درخصوص ابزارهای مقرر برای حل و فصل اختلاف، به دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ) ارجاع داده‌اند که البته با توجه به ابعاد سیاسی و امکان رزروهای مختلف، حتی یک مورد رسیدگی به اختلاف هم به آن دیوان واگذار نگردیده است:

Dromer Sigrid, Dispute Settlement and New Developments Within the Framework of TRIPs - An Interim Review, IIC, Vol. 31, No. 1, 2000, p. 4.

15. Universal Copyright Convention (UCC).

16. International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations (The Rome Convention).

17. Patent Cooperation Treaty (PTC).

به دلیل ارتباط خاص موضوع موافقتنامه‌ها با مالکیت‌های معنوی و لزوماً کیفیت حل و فصل اختلافات ناشی از اجرا و تفسیر حقوق مربوط به آنها، مقررات و ترتیبات خاصی پیش بینی شده‌اند. مثلاً «موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت» مشهور به «موافقتنامه گات ۱۹۴۷» در طی مواد ۲۲ و ۲۳ به انضمام تفاهم‌نامه حل اختلاف سال ۱۹۷۹ و یا «موافقتنامه تأسیس سازمان جهانی تجارت» سال ۱۹۹۴ به انضمام مقررات «تفاهم‌نامه راجع به قواعد و رویه‌های حاکم بر حل اختلافات»^{۱۸} از طریق ارجاع مذکور در ماده ۶۴ «موافقتنامه راجع به جنبه‌های مرتبط با تجارت حقوق مالکیت معنوی»^{۱۹} مقررات جامع و کاملی را در زمینه نظام حل و فصل اختلافات بین‌المللی مربوط به تفسیر و اجرای حقوق مالکیت معنوی تدوین نموده‌اند.

البته برخلاف آنچه اشاره شد، در قلمرو حمایت از حقوق مالکیت‌های معنوی، بعضی از کنوانسیون‌ها و معاهدات بین‌المللی حمایت از حقوق مالکیت‌های معنوی هم وجود دارند که در آنها برای حل و فصل اختلافات ناشی از تفسیر و اجرای مقررات آنها، ترتیباتی وجود ندارد. مثلاً «موافقتنامه علائم تجاری مادرید»^{۲۰} «اتحادیه حمایت از گونه‌های جدید گیاهی»^{۲۱} و «موافقتنامه مربوط به طرح‌های صنعتی لاهه»^{۲۲} و بعضی از کنوانسیون‌ها و معاهدات تحت مدیریت «سازمان جهانی مالکیت معنوی»^{۲۳} از قبیل «پیمان اجرا کنندگان و صفحات صوتی ۱۹۹۶»^{۲۴} «پیمان

18. Dispute Settlement Understanding (DSU).

19. Agreement on Trade- Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs).

20. Madrid Trademark Agreement.

21. Union for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV).

22. Hague Agreement on Industrial Designs.

23. World Intellectual Property Organization (WIPO).

24. WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT).

کپی رایت ۱۹۹۶»^{۲۵} و غیره جزو کنوانسیون‌هایی هستند که متون حقوقی آنها در مورد کیفیت حل و فصل اختلافات، فاقد ترتیبات خاصی می‌باشند.^{۲۶}

۳- روشهای حل و فصل بین‌المللی اختلافات حقوق مالکیت معنوی

آنچه در کل از توجه به اسناد حقوقی بین‌المللی مورد اشاره در مانحن فیه جلب توجه می‌کند، این است که به نظر می‌رسد در حوزه حقوق بین‌الملل، اختلافات بین‌المللی ناشی از تفسیر و اجرای مقررات مربوط به حقوق مالکیت معنوی، با دو روش مشخص یعنی «۱- حل و فصل بین‌المللی اختلافات با روشهای کلاسیک حقوق بین‌الملل عمومی و ۲- حل و فصل بین‌المللی اختلافات با روشهای خاص» به شرح ذیل حل و فصل می‌گردند.

۱- ۳- حل و فصل بین‌المللی اختلافات با روشهای کلاسیک حقوق

بین‌الملل عمومی^{۲۷}

قبلاً گفتیم که در بعضی پیمان‌های حمایت از مالکیت‌های معنوی در رابطه با کیفیت حل و فصل اختلافات، تدابیر و مکانیزم‌های خاصی پیش‌بینی شده است. مثلاً ماده ۲۸ «کنوانسیون پاریس برای حمایت از

25. WIPO Copyright Treaty (WCT).

26. Karen Lee & Silk Von Lewinski, "The Settlement of International Disputes in the Field of Intellectual Property", From GATT to TRIPs, IIC Studies, Max Planck Institute, Munich, 1996, pp. 278- 328.

27. در حقوق بین‌الملل عمومی رویه‌های متعدد رسیدگی برای حل و فصل، مورد موافقت دولتها قرار گرفته است که دست کم از ویژگی شبه قضایی برخوردار است. رک.

Hilf M., Settlement of Dispute in International Economic Organization: Comparative Analysis and Proposals for Strengthening the GATT Dispute Settlement Procedures, The New GATT Round of Multilateral Trade Negotiations, Klawer, 1991, p. 101.

مالکیت‌های صنعتی»، ماده ۳۳ «کنوانسیون برن برای حمایت از آثار ادبی، علمی و هنری»، ماده ۱۵ «کنوانسیون جهانی حق مؤلف»، ماده ۳۰ «کنوانسیون رم برای حمایت از اجراکنندگان، تولیدکنندگان صفحات صوتی و سازمان‌های پخش‌کننده» و ماده ۵۹ «معاهده همکاری اختراعات» به طور مشابه مقرر نموده‌اند که:

«هرگاه اختلافی بین دو یا چند کشور عضو اتحادیه در مورد اجرا یا کاربرد عهدنامه پیش آید که از طریق «مذاکره» قابل حل و فصل نباشد هر یک از آنها می‌توانند اختلاف خود را به «دیوان بین‌المللی دادگستری» ارجاع نمایند...».^{۲۸}

تدابیر مشابهی هم در بعضی از کنوانسیون‌های منطقه‌ای مانند عهدنامه «بوگوتا»، معاهده «نفتا» و «پیمان اتحاد اروپا» برای رجوع اختلافات بین‌المللی به بعضی مراجع قضایی پذیرفته شده است و یا همین‌طور اکثر موافقتنامه‌های دو جانبه حمایت از حقوق مالکیت معنوی، عموماً به استفاده از «داوری» برای حل و فصل اختلافات در اجرای مفاد معاهده تصریح کرده‌اند.^{۲۹} هرچند تکلیف کیفیت حل و فصل اختلاف در رابطه با اختلافات ناشی از تفسیر و اجرای مقررات حمایت از حقوق مالکیت معنوی در بعضی از پیمان‌های بین‌المللی به صراحت روشن نیست و در این زمینه با توجه به معلوم نبودن این امر که با بروز اختلاف باید از چه روشی استفاده نمود، ابهام هست.

۲۸. ماده ۳۳ کنوانسیون برن برای حمایت از آثار ادبی و هنری (نسخه ۱۹۷۱).

۲۹. در قسمت مربوط به حل و فصل اختلاف در عهدنامه‌های منعقد بین دول تصریح شده است که چنانچه حل اختلافات به‌طور دوستانه و از طریق مذاکره سیاسی امکان‌پذیر نشود به داوری و یا رسیدگی قضایی ارجاع داده خواهد شد. صفدری، دکتر محمد، پیشین، صص ۶۱۳-۶۱۲.

اگرچه می‌توان گفت که با توجه به قرار گرفتن کلیه اختلافات ناشی از اجرای مقررات معاهدات حمایت از حقوق مالکیت معنوی از جمله معاهدات مورد اشاره در چارچوب اختلافات حقوقی بین‌المللی و نیز با توجه به تعهد دولتها به حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بر اساس مقررات حقوق بین‌الملل عرفی^{۳۰} طبق دستور صریح بند ۱ ماده ۳۳ منشور سازمان ملل متحد،^{۳۱} لازم است تا کلیه اختلافات ناشی از اجرای مقررات کنوانسیون‌هایی که فاقد تصریحاتی در رابطه با تعیین روش‌های حل و فصل اختلاف می‌باشند مطابق با مقررات و نظام حقوق بین‌الملل کلاسیک مشتمل بر مذاکره، تحقیق، میانجیگری، سازش، داوری^{۳۲} و رسیدگی قضایی حل و فصل گردند.

در نتیجه به طور خلاصه می‌توان گفت که حل و فصل کلیه اختلافات بین‌المللی ناشی از اجرای مقررات حمایت از حقوق مالکیت معنوی، اسناد حقوقی بین‌المللی مورد اشاره فوق به جز در موارد استثنایی،^{۳۳} با «روشهای سیاسی» و «روشهای حقوقی» مذکور در آن اسناد اعم از مذاکره، داوری و یا ارجاع اختلاف به مراجع قضایی بین‌المللی بویژه دیوان بین‌المللی دادگستری که در کل با عنوان روشهای کلاسیک حقوق بین‌الملل عمومی

30. Lee & Lewinski, *op. cit.*, p.283.

۳۱. بند ۱ ماده ۳۳ منشور سازمان ملل متحد مقرر می‌دارد: «طرفین هر اختلاف که ادامه آن محتمل است حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را به خطر اندازد باید قبل از هر چیز از طریق مذاکره، میانجیگری، سازش، داوری، رسیدگی قضایی و توسل به مؤسسات یا ترتیبات منطقه‌ای یا سایر وسایل مسالمت‌آمیز بنا به انتخاب خود، راه حل آن را جستجو نمایند».

۳۲. عموماً به این روشها که به طور غیرقضایی صورت می‌گیرند، روشهای جایگزین حل و فصل اختلاف (Alternative Dispute Resolution = ADR) اطلاق می‌گردد:

Leesti Mart, WIPO/IPR/PM/THR/98/11, p. 5.

۳۳. موارد استثنایی مربوط به اختلافاتی می‌شوند که در چارچوب «موافقتنامه تریپس» به آنها تصریح شده است و در آن موارد، اعضاء سازمان جهانی تجارت مکلف هستند اختلافات خود در زمینه حقوق مالکیت معنوی را در چارچوب نظام خاص آن سازمان مطرح و ادامه دهند.

شناخته می‌شوند، صورت می‌گیرد که در اینجا از بیان تفصیلی آنها به دلیل طولانی شدن مبحث خودداری می‌گردد.^{۳۴}

۲-۳- حل و فصل بین‌المللی اختلافات به روشهای خاص^{۳۵}

صرفنظر از روشهای مذکور در گفتار پیشین در رابطه با نظام کلاسیک حل و فصل بین‌المللی اختلافات که بین دول عضو آن کنوانسیون‌ها و در چارچوب مورد قبول آنها کاربرد دارند،^{۳۶} موضوع کیفیت حل و فصل بین‌المللی اختلافات ناشی از تفسیر و اجرای مقررات حمایت از حقوق مالکیت معنوی، با توجه به وضعیتی که در پایان دور مذاکرات اوروگوئه در دهه ۱۹۹۰ پدید آمد و دولتهای عمدتاً متعاهد گات ۱۹۴۷ یک سند نهایی به انضمام تعدادی موافقتنامه از جمله «موافقتنامه راجع به جنبه‌های مرتبط با تجارت حقوق مالکیت معنوی» مشهور به «موافقتنامه تریپس» و «تفاهم‌نامه حل و فصل اختلاف» را در سال ۱۹۹۴ در مراکش دایر بر برقراری رژیم حقوقی خاص را تصویب نمودند؛ از اهمیتی بسیار برجسته و استثنایی برخوردار گردید^{۳۷} که در مقایسه با

^{۳۴} البته به موازات این‌گونه روشهای حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات، روش دیگری هم وجود دارد که طبق ماده ۹۴ منشور سازمان ملل متحد، شورای امنیت آن را در حالتی اعمال می‌کند که وضعیت اختلاف بین‌المللی موجود برای صلح و امنیت بین‌المللی خطرناک محسوب شود.

^{۳۵} در حقوق بین‌الملل عمومی روشهای متعدد رسیدگی برای حل و فصل اختلاف مورد توافق دولتها قرار گرفته است که از خصیصه شبه قضایی برخوردار است و نظام حل و فصل اختلاف سازمان جهانی تجارت یکی از آن روشها است، اگرچه در اعمال آن روشها علی‌رغم اختلاف در ساختار و اهداف، حداقل یکی از رویه‌های دیگر حل اختلاف وجود دارد. رک.

Hilf M., op. cit., p. 301.

^{۳۶} متأسفانه، امروزه استفاده از روشهای کلاسیک حل و فصل اختلاف، با توجه به عدم سابقه استفاده از آن روشها تاکنون و با وجود آمدن وضعیت بسیار خاص و استثنایی در دهه اخیر در عرصه بین‌المللی در زمینه حمایت از حقوق مالکیت‌های معنوی به دلیل تأسیس سازمان جهانی تجارت در سال ۱۹۹۴ و التزام دولتهای عضو آن سازمان به استفاده از روشهای خاص مقرر در ضمیمه موافقتنامه تأسیس آن سازمان، غیر محتمل می‌باشد.

^{۳۷} نتیجه مذاکرات، قرار دادن «موافقتنامه تریپس» تحت نظام حل و فصل اختلافات WTO بوده است:

ترتیبات حل و فصل اختلافات مذکور در کنوانسیونهای قبلی حقوق مالکیت معنوی که تنها به یک ارجاع^{۳۸} کلی مشتمل بر انجام مذاکره، داوری و یا ارجاع اختلاف به دیوان بین‌المللی دادگستری اکتفا نموده‌اند؛ امری کاملاً ابتکاری و بی‌نظیر می‌باشد.^{۳۹} چرا که معماران حقوقی موافقتنامه‌های گات و تریپس، با قرار دادن اکثر کنوانسیون‌های اصلی متضمن حمایت از حقوق مالکیت معنوی تحت پوشش «موافقتنامه تریپس» به شرح مقرر در مواد ۱، ۳ و ۹ آن موافقتنامه و با برقراری نظامی خاص برای حل و فصل اختلافات مربوط به حقوق مالکیت معنوی^{۴۰} از طریق ارجاع مذکور در ماده ۶۴ موافقتنامه تریپس دایر بر قابلیت اعمال کلیه مقررات «تفاهم‌نامه حل اختلاف»^{۴۱} برای حل و فصل اختلافات^{۴۲} که مقرر می‌دارد:

«مواد ۲۲ و ۲۳ گات ۱۹۹۴، آن‌گونه که در تفاهم‌نامه حل اختلاف تنظیم و اعمال شده است، در مورد مشورتها و حل اختلافات ناشی از

Gervais Daniel, The TRIPs Agreement Drafting History and Analysis, Sweet and Maxwell, London, 1998, p. 247.

۳۸. همانند ماده ۲۸ کنوانسیون پاریس و ماده ۳۳ کنوانسیون برن.

۳۹. WTO برای ایفای نقش مشارکت‌ها و آراء صادره کارآمدتر گردید، رک.

Faryar Shirzad, The WTO Dispute Settlement System Prospects for Reform, Law and Policy International Business, Vol.31, 2000, p. 768.

۴۰. با توجه به افزایش تقاضاهای مربوط به حقوق مالکیت معنوی و اختلافات ناشی از اجرای آنها، استفاده از مکانیزم حل و فصل اختلاف و پرونده‌های خاص آن از قبیل مذاکره، وساطت و مصالحه، باعث کمتر شدن هزینه‌های رسیدگی، سرعت عمل و تسهیل روابط فیما بین طرفها می‌گردد:

Leesti Mart, Dispute Settlement Including Alternative Disputes Resolution Mechanisms, WIPO Asian and Pacific Regional Seminar, Tehran, 1998.

۴۱. این موافقتنامه که اختصاراً به آن «تفاهم‌نامه حل اختلاف» اطلاق می‌گردد، جزو ضمایم موافقتنامه تأسیس سازمان جهانی تجارت می‌باشد که درخصوص اختلافات ناشی از کلیه موافقتنامه‌ها از جمله تریپس، اعمال می‌شود.

۴۲. یکی از وظایف شورای تریپس طبق ماده ۶۸ تریپس، کمک به اعضا در مورد حل اختلاف در صورت تقاضای آنها می‌باشد.

روشهای حل و فصل ... ❖ ۱۲۵

موافقتنامه حاضر، جز در مواردی که در این سند به گونه دیگری مقرر شده است، قابل اجرا خواهد بود».

رژیم حقوقی ویژه‌ای را در این قلمرو برقرار نموده‌اند^{۴۳} تا بدان وسیله، مقررات و آیین‌های دقیق مورد استفاده در هیأت‌های رسیدگی کننده (Panels) و واحدهای حل و فصل اختلاف (DSB)^{۴۴} تفاهم‌نامه^{۴۵} حل اختلاف، در مورد کلیه اختلافات ناشی از تفسیر و اجرای حقوق مالکیت معنوی مورد حمایت در کنوانسیون‌های مهم از قبل موجود و مذکور در تریپس هم قابل اعمال گردد.^{۴۶} مقررات حل و فصل اختلافاتی که در وضعیت حاضر به روش خاص و جدید صورت می‌گیرند مشتمل بر نظام دیپلماتیک، قضایی و داوری حل و فصل بین‌المللی اختلافات به شرح زیر می‌باشند.

۱-۲-۳. نظام دیپلماتیک و شبه قضایی^{۴۷} حل و فصل بین‌المللی اختلافات

امر حل و فصل اختلافات در حوزه سازمان جهانی تجارت، تابع پاره‌ای از ترتیبات، مقررات و مراحل است که در واقع انجام آنها مستلزم توسل به پاره‌ای از اقدامات دیپلماتیک و طی پروسه‌های تقریباً قضایی به

۴۳. برای مطالعه بیشتر درخصوص حل و فصل اختلافات، رک.

Michael Blakeney, "The Impact of the TRIPs Agreement in the Pacific Region", 10 E.I.P.R., 1999.

44. Dispute Settlement Body (DSB).

45. WTO Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute.

۴۶. ماده ۲۳ تفاهم‌نامه راجع به قواعد و رویه‌های حاکم بر حل اختلافات می‌باشد.

۴۷. با توجه به نحوه تشکیل پانل‌ها و اعمال رویه‌های خاص مذکور در تفاهم‌نامه و آیین‌نامه مربوط و مقایسه آنها با رسیدگی‌های قضایی بین‌المللی، بطور کلی به نظر می‌رسد، این نحوه رسیدگی را می‌توان رسیدگی «شبه قضایی» پنداشت.

شرح مذکور در «تفاهم‌نامه راجع به قواعد و رویه‌های حاکم بر حل اختلافات» که اختصاراً به آن «تفاهم‌نامه» اطلاق می‌گردد، می‌باشد.

ترتیبات و مقررات غیر قضایی حل و فصل اختلاف مورد نظر در این نظام که در بدو امر شامل ۱- مساعی جمیله (Good Offices)، ۲- مصالحه (Conciliation) و ۳- میانجیگری (Mediation)^{۴۸} و رایزنی (Consultation) در مرحله بعد می‌باشند؛ همه در واقع جزو روشهای دیپلماتیک حل و فصل بین‌المللی اختلافات حقوق بین‌الملل کلاسیک هستند که تفاهم‌نامه در ماده ۵ خود به آنها به عنوان راههای داوطلبانه حل اختلافات بر اساس موافقت طرفهای اختلاف تصریح نموده و با تعیین مقرراتی در این زمینه به شرح مقرر در بندهای ششگانه ماده ۵ و تجویز استفاده از این شیوه‌ها در هر زمانی و در هر مرحله‌ای از رسیدگی به اختلاف در چارچوب سازمان جهانی تجارت، یک نوآوری جدیدی را پدید آورده است تا طرفین اختلاف به طور اختیاری و با توافق یکدیگر از این شیوه‌ها استفاده نمایند. البته در این چارچوب، ممکن است امر پیشنهاد حل و فصل اختلاف از طریق مساعی جمیله، سازش یا میانجیگری به منظور کمک به اعضا، توسط مدیر کل سازمان جهانی تجارت و به اعتبار موقعیت و رسمیت مقام او به عمل آید. اگرچه متأسفانه از زمان تأسیس سازمان جهانی تجارت تاکنون و علی‌رغم اهمیت استفاده از این روشها و مؤثر بودن آنها در حل و فصل به موقع و رضایت بخش اختلافات در چارچوب گات ۱۹۴۷ و گات ۱۹۹۴ در هیچ اختلافی به این رویه‌ها به دلیل اختیاری بودن

۴۸. این سه روش اگرچه در مقررات اصلی گات سابق مورد اشاره قرار نگرفته بود، لیکن در تفاهم‌نامه سال ۱۹۷۹ و نیز در تصمیم وزرا در سال ۱۹۸۹، به عنوان اولین راه حل اختلاف موجود به اعضای گات ارائه و توصیه شده بود. کدخدایی، دکتر عباس، «نگرشی بر ساختار مرجع حل اختلاف در سازمان تجارت جهانی»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، تهران، شماره ۲۱، ۱۳۷۶، ص ۱۴۹.

رجوع نشده است؛^{۴۹} در حالی که استفاده از این روشها در حقوق بین‌الملل عمومی به عنوان روشهای غیر قضایی حل و فصل اختلافات، می‌توانند در صورت به کارگیری در چارچوب سازمان جهانی تجارت، زیر بنای تصمیمات متخذه از سوی مرجع حل اختلاف نیز باشند، زیرا بر اساس آنها، هیأت‌های رسیدگی‌کننده در چارچوب سازمان جهانی تجارت می‌توانند اختلافات را بررسی و در صورت قبول، آنها را اجرا نمایند.^{۵۰} و در واقع با توجه به اهمیت استفاده از این روشهای دیپلماتیک در حل و فصل اختلافات بین‌المللی در چارچوب گات ۱۹۴۷ و در چارچوب گات ۱۹۹۴ می‌باشد که به ناچار، مدیر کل «سازمان جهانی تجارت» در تاریخ ۱۳ ژوئیه سال ۲۰۰۱، بیانیه‌ای^{۵۱} را دایر بر ترغیب اعضاء به استفاده از این روشها صادر نموده است.

«رایزنی» و یا مشورت از روشهای با اهمیت و غیر قضایی دیگر حل و فصل بین‌المللی اختلافات است که در چارچوب نظام سازمان جهانی تجارت به آن تصریح شده است که مقرر می‌دارد هرگاه حقوق کشور عضوی در چارچوب موافقتنامه‌های منضم به موافقتنامه تأسیس سازمان جهانی تجارت، نقض گردد، باید بدو بطور کتبی از کشور عضوی که قرار است مورد شکایت قرار گیرد، ضمن ارسال یک نسخه از تقاضا به رکن حل اختلاف، تقاضای رایزنی نماید.^{۵۲} در این صورت، دولت طرف عضو سازمان جهانی تجارت، بایستی ضمن پاسخ مثبت به طرف ظرف ۱۰ روز از

۴۹. مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، خبرنامه رویدادها و تحولات سازمان جهانی تجارت، شماره ۴۱، آذر ۱۳۸۱، صص ۳۷-۳۶.

۵۰. کدخدایی، دکتر عباس، پیشین، صص ۱۵۰-۱۴۹.

۵۱. مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، پیشین، ص ۳۶.

۵۲. ماده ۴ تفاهم‌نامه.

روز درخواست رایزنی در طی یکماه با حسن نیت با آن دولت متقاضی رایزنی، وارد مشاوره گردد.

این مشورت که با توافق طرف مقابل صورت می‌گیرد، لازم است ظرف ۶۰ روز به جز در موارد اضطراری مثل کالاهای فاسد شدنی که این مدت ۲۰ روز می‌باشد،^{۵۳} انجام پذیرد، مگر این که طرفین بخواهند آن را به مدت حداکثر ۶۰ روز دیگر با توافق همدیگر تمدید نمایند.

رایزنی در نظام جدید، برخلاف نظام گات ۱۹۴۷ که مشورت کردن در آن چارچوب به اختیار طرفهای متعاقد بود، یک اقدام ضروری^{۵۴} به حساب می‌آید^{۵۵} که بایستی علاوه بر محرمانه بودن به طور کتبی و به انضمام دلایل درخواست و مستندات مربوطه انجام پذیرد و سپس هم به اطلاع رکن حل اختلاف، شوراها و کمیته‌های مربوطه برسد.^{۵۶}

در انجام رایزنی، چنانچه طرف مقابل ظرف ۱۰ روز مقرر، پاسخی دایر بر قبول رایزنی ارائه ندهد و یا ظرف ۳۰ روز مقرر با دولت متقاضی وارد مشورت نگردد و یا در صورت انجام مشورت در ظرف مواعد مقرر طرفین به توافق نرسند، در این حالت و در صورت عدم توافق به نحو دیگر، اختلاف مطروحه با توجه به ترتیبات مقرر در تفاهم‌نامه حل اختلاف و با

۵۳. بندهای ۸ و ۹ ماده ۴ تفاهم‌نامه.

۵۴. البته عده‌ای از حقوقدانان اعتقاد دارند که از مجموع تصریحات تفاهم‌نامه اختلاف چنین استنباط نمی‌شود که امر انجام مشورت یک پروسه لازم و حتمی باشد که طرف اختلاف باید قبل از تشکیل پانل‌های حل اختلاف آن را بدو آغاز نماید. درحالی که عده‌ای دیگر آن را مرحله‌ای لازم و مقدمه شروع طرح قضیه در رکن حل اختلاف می‌دانند. به نظر می‌رسد این دیدگاه، با توجه به تأکید تفاهم‌نامه به اقدام براساس حسن‌نیت طرف متقاضی صحیح‌تر باشد.

۵۵. بندهای ۱ و ۲ ماده ۴ تفاهم‌نامه.

۵۶. بند ۴ ماده ۴ تفاهم‌نامه.

تقاضای دولت مدعی به «رکن حل اختلاف» جهت تشکیل «هیأت رسیدگی» ارجاع داده خواهد شد.^{۵۷}

البته موضوع قابل توجهی که در نظام حل اختلاف سازمان جهانی تجارت جلب توجه می‌کند و کاملاً جنبه ابتکاری دارد، این است که در این نظام، در بند ۱۱ ماده ۴، ورود عضو ثالث در مرحله مشورت تجویز گردیده است تا آن عضو در صورت احساس وجود نفع خاصی در اختلاف و به شرط تقاضا ظرف ۱۰ روز از زمان گردش درخواست مشورت اصلی و قبول طرفین اصلی اختلاف، در مشورت شرکت نماید.

سؤالی که در اینجا مطرح می‌گردد، این است که آیا مقوله «مذاکره» که به عنوان اولین روش حل و فصل مسالمت‌آمیز در کنوانسیون‌ها مورد تصریح قرار گرفته است، با مقوله «رایزنی» مذکور در این تفاهم‌نامه دارای یک ماهیت می‌باشند، یا با هم متفاوتند؟ به نظر می‌رسد هر دو دارای یک معنا و یک ماهیت باشند و تنها تفاوت قابل توجه، در واقع نحوه و تشریفات اجرایی آنها می‌باشد که در چارچوب نظام جدید، انجام و نحوه پیگیری آن از شیوه و اهمیت بسزایی برخوردار گردیده است.

۲-۲-۳- نظام قضایی حل و فصل اختلافات از طریق ایجاد هیأت‌های

رسیدگی‌کننده و تقاضای استیناف

همان‌طور که در تفاهم‌نامه مقرر است و به طور مختصر به آنها اشاره شد، اگر طرفین اختلاف نتوانند ظرف ۶۰ روز از طریق رایزنی در مرحله

۵۷. از سال ۱۹۹۵، تعداد درخواستهای رسمی مشورت در چارچوب تفاهم‌نامه حل اختلاف، به طور چشمگیری افزایش یافته و تا ۱۰ ژوئیه ۲۰۰۲ به ۲۶۱ درخواست رسیده است که حاوی ۲۱۲ موضوع متفاوت می‌باشد و امریکا با ۸۱ دعوا در مقام اول قرار دارد. مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، همان، ص ۳۳.

اول، به راه حل رضایت بخشی برسند و یا این که طرف ادعا یعنی کشور خوانده در موعد مقرر^{۵۸} پاسخی ندهد و یا وارد رایزنی نگردد،^{۵۹} در این صورت کشور مدعی می‌تواند از رکن حل اختلاف^{۶۰} بخواهد تا آن رکن، یک هیأت رسیدگی کننده یعنی پانل معمولاً سه نفره را که دبیرخانه از بین لیست افراد دولتی و غیر دولتی از اتباع کشورهای غیر طرف اختلاف انتخاب می‌کند،^{۶۱} برای بررسی اختلاف تشکیل دهد^{۶۲} تا آن پانل ضمن استفاده از اختیارات خود که شامل ارزیابی موضوعی اختلاف و مشورت دائمی با طرفین اختلاف می‌باشد، یافته‌های خود را جهت کمک به رکن حل اختلاف برای صدور توصیه‌نامه ارائه نماید.^{۶۳} لازم به توضیح است که چنانچه در این مرحله، دولت عضو ثالثی دارای منافع اساسی در قضیه مطروحه باشد؛ آن دولت هم می‌تواند به عنوان «طرف ثالث» و طبق شرایط مذکور در ماده ۱۰ تفاهم‌نامه وارد دعوی گردد و پانل وضعیت او را استماع نماید.^{۶۴}

پانل مذکور پس از تشکیل و با رعایت مقررات ماده ۱۲ تفاهم‌نامه، موظف است ظرف ۶ ماه که قابل تمدید به ۹ ماه می‌باشد، مگر در مورد

۵۸. ظرف ۱۰ روز مقرر در بند ۳ ماده ۴ تفاهم‌نامه.

۵۹. ظرف ۳۰ روز مقرر در بند ۳ ماده ۴ تفاهم‌نامه.

۶۰. در سازمان جهانی تجارت رکن حل اختلاف که با تقاضای دولت شاکی تشکیل می‌شود و مدیریت حل و فصل اختلافات از جمله صلاحیت انحصاری تشکیل پانل، تصویب گزارش پانل و رکن استیناف، نظارت بر اجرای احکام و توصیه‌ها و تجویز اقدامات تلافی‌جویانه در صورت عدم اجرای توصیه‌ها را به عهده می‌گیرد؛ در واقع عملاً همان شورای سازمان جهانی تجارت است که در این حالت تبدیل به یک رکن «شبه قضایی» می‌گردد و باید هیأت رسیدگی را تشکیل دهد مگر این که در شورا با «وفاق عام» تصمیم به عدم تشکیل هیأت گرفته شود که این امر هم محال به نظر می‌رسد. به این گونه تصمیم‌گیری، «کنسانسوس منفی» اطلاق می‌گردد که از نوآوری‌های بی‌سابقه در حوزه اتخاذ تصمیم در سازمان‌های بین‌المللی است.

۶۱. ماده ۸ تفاهم‌نامه.

۶۲. ماده ۶ تفاهم‌نامه.

۶۳. ماده ۷ تفاهم‌نامه.

۶۴. ماده (۲) ۱۰ تفاهم‌نامه.

کالاهای فاسد شدنی که مدت آن ۳ ماه است، وظایف مقرر خود را تمام کرده و گزارش خود را به رکن حل اختلاف و طرفین تقدیم نماید و رکن حل اختلاف موظف است ظرف ۶۰ روز پس از توزیع گزارش، آن را تصویب نماید و یا تصمیم مبتنی بر اجماع (وفاق عام) اعضاء سازمان جهانی تجارت و یا در اثر اطلاع رسمی یکی از طرفهای اختلاف دایر بر تقاضای استیناف، تصمیمی دایر بر عدم تصویب گزارش مذکور بگیرد.^{۶۵} این پانل رسیدگی‌های خود را بجز در مواردی که حضور طرفین را لازم بداند، به صورت غیر علنی انجام می‌دهد. مباحثات پانل‌ها محرمانه بوده و اظهارات طرفین هم بایستی به صورت کتبی تقدیم پانل شوند.

گزارش پانل‌ها، بدون حضور طرفین اختلاف و بر اساس اطلاعات و اظهارات دریافتی تنظیم و ارائه می‌گردند و در روند جدید حل و فصل اختلاف در چارچوب نظام سازمان جهانی تجارت، گزارش‌های مزبور قابلیت استیناف دارند. یعنی در نظام جدید حل و فصل اختلافات، معماران حقوقی گات، به منظور امکان بازنگری در گزارشات پانل‌ها، یک مرحله استینافی را که از اهمیت بالایی برخوردار می‌باشد، از طریق مقررات ماده ۱۷ تفاهم‌نامه حل اختلاف پیش‌بینی و به عنوان مکانیزمی اطمینان‌بخش در اختیار طرف ناراضی قرار داده‌اند تا در چارچوب و محدوده موضوعات حقوقی مذکور در گزارش پانل و تفسیرهای به عمل آمده توسط آن پانل، تقاضای تشکیل رکن استینافی را بنماید تا نسبت به تأیید، اصلاح و یا نقض نظر پانل اقدام نماید.^{۶۶}

رکن استیناف که از ۷ نفر متخصص در امور حقوق، تجارت بین‌الملل و موافقت‌نامه‌های متضمن موضوعات مورد اختلاف به منظور

۶۵. ماده ۱۶ تفاهم‌نامه.

۶۶. ماده (۱۳) ۱۷ تفاهم‌نامه.

بررسی شکلی گزارش پانل‌ها و نه رسیدگی ماهوی به آنها تشکیل می‌گردد؛ موظف است تا ظرف ۶۰ روز که قابل تمدید به ۹۰ روز می‌باشد، رسیدگی را تکمیل و گزارش را ارائه نماید. این گزارش که توسط رکن حل اختلاف تصویب می‌شود، بایستی بدون شرط توسط طرفین پذیرفته شود، مگر این که ظرف ۳۰ روز پس از توزیع آن بین اعضا،^{۶۷} رکن حل اختلاف، آن گزارش را با وفاق عام نپذیرد.^{۶۸} درخصوص اجرای این گونه پذیرش‌ها که توسط رکن حل اختلاف به صورت توصیه‌نامه صادر می‌گردند؛ طراحان حقوقی نظام حل و فصل اختلافات، به شرح مذکور در ماده ۲۱ تفاهم‌نامه، پیش‌بینی نموده‌اند وقتی که گزارش پانل‌ها یا رکن استیناف پذیرفته می‌شود؛ در این صورت کشور خوانده، ۳۰ روز مهلت خواهد داشت تا قصد خود را دایر بر اجرای توصیه‌نامه و یا دستورات رکن حل اختلاف به آن رکن اعلام نماید و الا در صورت تعذر در اجرای سریع توصیه‌نامه و عدم توافق طرفین دایر بر تعیین موعدی مقرر برای اجرا یا تعیین آن توسط داوری، رکن حل اختلاف زمان اجرای متعارفی را تعیین خواهد نمود.

ولی چنانچه کشور مربوطه، توصیه و یا دستورات رکن حل اختلاف را در زمان تعیین شده اجرا ننماید؛ در این صورت، آن دولت بایستی با کشور مدعی نسبت به جبران خسارات به عنوان اقدامات موقتی^{۶۹} تا زمان اجرای دستورات رکن حل اختلاف توسط آن کشور طبق توافق وارد مذاکره گردد و اگر طرفین ظرف ۲۰ روز پس از انقضای مهلت معقول اعطایی نسبت به تعیین سطح جبران خسارات با هم کنار نیایند؛ در این

۶۷. ماده ۱۴ تفاهم‌نامه.

۶۸. تشریفات انتخاب، دوره‌های خدمت و نحوه رسیدگی به شرحی است که در ماده ۱۷ تبیین گردیده است.

۶۹. ماده (۱) ۲۲ تفاهم‌نامه.

صورت کشور مدعی ممکن است از رکن حل اختلاف که بایستی ظرف ۳۰ روز تصمیم بگیرد، بخواهد که آن کشور را در تعلیق امتیازات و سایر تعهدات تحت موافقت نامه‌های تحت پوشش نسبت به خواننده مجاز نماید.

اما این که کدامیک از امتیازات باید معلق گردند؟ این امر بر اصول و رویه‌های مذکور در ماده ۲۲ تفاهم‌نامه مبتنی است که به موجب آنها^{۷۰} در بدو امر تعلیق امتیازات و تعهدات بایستی مربوط به بخشی باشد که رکن حل اختلاف نقض آن زمینه را احراز نموده است.^{۷۱} ولی چنانچه این میزان تعلیق ممکن یا مؤثر نباشد، در مرحله بعدی امر تعلیق امتیازات و تعهدات، در دیگر بخش‌های «همان» موافقتنامه صورت خواهد گرفت. اما چنانچه باز هم این تعلیق عملی و مؤثر نباشد؛ در این صورت^{۷۲} تعلیق امتیازات و تعهدات ممکن است، در بخش‌های «سایر موافقتنامه‌ها» اعمال گردند.^{۷۳}

در چنین وضعی چنانچه دولت خواننده به میزان و سطح تعلیقات پیشنهادی معترض باشد، در این صورت قضیه با توجه به مقررات مذکور در بند ۶ ماده ۲۲ تفاهم‌نامه به داوری مذکور در آن ماده ارجاع خواهد شد و طرفین بایستی از نظر داوری که طی ۶۰ روز از تاریخ انقضای مهلت متعارف اعطایی به خواننده صادر خواهد شد، متابعت نمایند.^{۷۴}

البته بایستی توجه نمود که امر ارجاع به داوری در این حالت که در واقع یک داوری اجباری است و انجام آن بدین روش در حقوق بین‌الملل عمومی دارای سابقه نمی‌باشد، با ارجاع اختلاف به داوری به معنای متعارف آن که قبلاً مورد اشاره قرار گرفت، متفاوت می‌باشد.

۷۰. ماده (۳) ۲۲ تفاهم‌نامه.

۷۱. ماده (الف) (۳) ۲۲ تفاهم‌نامه.

۷۲. ماده (ب) (۳) ۲۲ تفاهم‌نامه.

۷۳. ماده (ج) (۳) ۲۲ تفاهم‌نامه.

۷۴. ماده (۶) ۲۲ تفاهم‌نامه.

۳-۲-۳- نظام داوری سریع^{۷۵} به منظور حل و فصل اختلافات بین‌المللی

با توجه به این که در جهان معاصر یکی از طرق مسالمت‌آمیز حل و فصل اختلافات توسل طرفهای اختلاف به مکانیزم داوری است که مورد اشاره قرار گرفت،^{۷۶} فلذا معماران حقوقی تریپس هم ضمن توجه به این مکانیزم مؤثر، آن را به عنوان یک وسیله جایگزین برای حل و فصل اختلافات^{۷۷} پذیرفته، و آن را در مورد اختلافات ناشی از اجرای حقوق مالکیت معنوی در چارچوب تریپس قابل دسترسی و اعمال ساخته‌اند. ماده ۲۵ تفاهم‌نامه حل اختلاف مقرر می‌دارد:

«۱- داوری سریع در چارچوب سازمان جهانی تجارت، وسیله دیگری برای حل اختلاف است که می‌تواند حل برخی اختلافات مربوط به موضوعاتی را که هر دو طرف به روشنی معین کرده‌اند، تسهیل نماید.^{۷۸}

۲- به غیر از مواردی که در این تفاهم‌نامه به ترتیب دیگری مقرر شده است، توسل به داوری منوط به توافق متقابل طرفها و همچنین در مورد رویه‌هایی که باید رعایت گردند، می‌باشد. این توافق به داوری در مهلت مناسب قبل از شروع عملی کار، به اطلاع همه اعضا خواهد رسید.^{۷۹} ۳- اعضاء دیگر فقط در صورت موافقت طرفهای داوری می‌توانند طرف رسیدگی در داوری قرار بگیرند و طرفهای داوری توافق خواهند نمود که از رأی داوری تبعیت نمایند. آراء داوری به رکن حل و فصل اختلاف و به شورا یا کمیته موضوع توافقنامه اطلاع داده خواهد شد و در آنجا هر عضوی می‌تواند هر نظری را در ارتباط با آن رأی

75. Expeditious Arbitration.

۷۶. اصولاً در نظام بین‌المللی حل و فصل اختلافات، استفاده از امر داوری با توجه به اهمیت اصل حاکمیت دولتها از اهمیت درجه اولی برخوردار است.

77. Lee & Lewinski, *op. cit.*, p. 303.

۷۸. ماده (۱) ۲۵ تفاهم‌نامه.

۷۹. ماده (۲) ۲۵ تفاهم‌نامه.

مطرح کند.^{۸۰} ۴- مواد ۲۱ و ۲۲^{۸۱} با تغییرات لازم، ناظر بر آرای داوری خواهند بود.^{۸۲}

البته در این قلمرو، موارد ارجاع اختلاف به داوری، نه تنها محدود و محصور به ماده ۲۵ تفاهم‌نامه به شرح فوق نمی‌باشد، بلکه در دیگر موارد اختلاف هم از جمله «موقعی که رسید قضایی^{۸۳} منجر به وضعیت تعلیق امتیازات و تعهدات گردیده باشد و موضوع اختلاف مربوط به تعیین زمان مناسب اجرا^{۸۴} باشد بنا به تجویز بند ج ماده (۳) ۲۱ تفاهم‌نامه و یا موقعی که امر تعیین میزان منافع از میان رفته و یا لطمه دیده مطرح باشد بنا به تجویز بند ج ماده (۱) ۲۶ تفاهم‌نامه»،^{۸۵} رسیدگی به موضوعات اختلاف مذکور به داوری ارجاع داده می‌شود^{۸۶} و ارجاع این گونه اختلافات به داوری، در واقع امری جدا از نظام داوری به معنای اخص است. زیرا این داوری بیشتر جنبه «داوری اجباری» را متضمن می‌باشد تا داوری مبتنی بر رضایت طرفین اختلاف که در حالت اخیر نقش تعیین‌کننده‌ای ندارند.

۸۰. ماده (۳) ۲۵ تفاهم‌نامه.

۸۱. ماده ۲۱ و ۲۲ استنادی، مربوط به «نظارت بر اجرای توصیه‌ها و احکام و روشهای جبران و تعلیق امتیازات» می‌باشد.

۸۲. ماده (۴) ۲۵ تفاهم‌نامه.

۸۳. همان‌طوری که در بررسی بعدی خواهیم دید، در مواردی که در نحوه اجرا و زمان توصیه‌نامه و دستورات، اختلاف بروز می‌کند، امر تعیین «فرصت معقول» طبق شرایط مذکور در ماده (۳) ۲۱ تفاهم‌نامه به داوری ارجاع می‌گردد.

۸۴. ماده (ج) (۳) ۲۱ تفاهم‌نامه.

۸۵. ماده (ج) (۱) ۲۶ تفاهم‌نامه.

۸۶. برای مطالعه بیشتر درخصوص داوری در حوزه WTO، رک.

Petersmann Ernest, "Strengthening the GATT Dispute Settlement System, On the Use of Arbitration in GATT", 1988.

۳-۳- استثنائات مربوط به اعمال نظام حل و فصل اختلافات سازمان

جهانی تجارت

اگرچه در نظام جدید حمایت از حقوق مالکیت معنوی با توجه به گستره عام و وسیع موافقتنامه تریپس و عضویت اکثر کشورهای عضو جامعه بین‌المللی دیگر تردیدی بر عمومیت حکومت رژیم حل اختلاف سازمان جهانی تجارت بر اختلافات ناشی از تفسیر و اجرای حقوق مالکیت‌های معنوی وجود ندارد، ولی با این وجود و علاوه بر خروج اختلافات مذکور در کنوانسیون‌های متضمن حمایت از حقوق مالکیت معنوی در بین غیراعضاء متعاهد آن کنوانسیون‌ها که فعلاً عضو سازمان جهانی تجارت نمی‌باشند و قهراً هم باید اختلافات ناشی از اجرای آن کنوانسیون‌ها مطابق ترتیبات مذکور در آن کنوانسیون‌ها و خارج از سیستم حل و فصل اختلاف سازمان جهانی تجارت حل و فصل گردند؛ معماران حقوقی گات/تریپس، در اثر فشارها و اعتراضات نمایندگان کشورهای در حال توسعه مذاکره‌کننده در دور او روگوئه، مواردی به شرح ذیل را نیز از پوشش و شمول نظام جدید حل و فصل اختلاف در چارچوب سازمان جهانی تجارت، خارج نموده‌اند.

۳-۳-۱- اختلافات مربوط به گات ۱۹۴۷

همان‌طور که قبلاً هم اشاره شد، موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت ۱۹۴۷ مشهور به «گات ۱۹۴۷»، علاوه بر داشتن تصریحاتی در خصوص حمایت از پاره‌ای از حقوق مالکیت معنوی از طریق جلوگیری از علایم تقلبی تجاری کالا و سرقت ادبی، مقرراتی را هم در خصوص کیفیت حل و فصل اختلاف بین دول طرف متعاهد آن موافقتنامه دارد که علی‌رغم اجرای موقت موافقتنامه در یک برهه زمانی طولانی بین سال ۱۹۴۷ تا سال ۱۹۹۵،

آن مقررات به عنوان روشهای خاص حل و فصل اختلافات و خارج از روشهای کلاسیک حقوق بین الملل، در مورد اختلافات بین المللی اقتصادی مورد استفاده قرار می گرفته اند و اکنون معماران حقوقی گات هم با توجه به آن مقررات و بنا به اقتضائاتی، امر رسیدگی به آن گونه اختلافات را به موجب بند ۱۱ ماده ۳ تفاهم نامه حل اختلاف که مقرر می دارد:

«... این تفاهم نامه فقط در مورد تقاضاهای جدید مشورت طبق مقررات مشورت در موافقتنامه های تحت پوشش که در تاریخ لازم الاجرا شدن موافقتنامه سازمان جهانی تجارت یا پس از این تاریخ به عمل آمده باشند، قابل اعمال خواهد بود. در مورد اختلافاتی که برای آنها درخواست مشورت بر اساس گات ۱۹۴۷ یا طبق یک موافقتنامه دیگر منعقد شده پیش از موافقتنامه های تحت پوشش، قبل از تاریخ لازم الاجرا شدن موافقتنامه سازمان جهانی تجارت به عمل آمده باشد، قواعد و رویه های حل اختلاف مربوط که درست قبل از تاریخ لازم الاجرا شدن موافقتنامه سازمان جهانی تجارت مجری هستند، همچنان قابل اعمال خواهند بود».

از قلمرو نظام حل اختلاف سازمان جهانی تجارت خارج نموده اند. یعنی اختلافاتی که شامل کلیه اختلافات مربوط به گات ۱۹۴۷ بوده و قبل از لازم الاجرا شدن موافقتنامه تأسیس سازمان جهانی تجارت در اول ژانویه ۱۹۹۵ مطرح بوده و یا مطرح شوند، از قلمرو نظام جدید حل اختلاف خارج شده و به شیوه های جاری در پرتو نظام گات ۱۹۴۷ دایر بر صدور اطلاعیه^{۸۷} و مشورت در مرحله اول و در صورت عدم توفیق، درخواست مساعی جمیل از طرفهای متعاقد گات در مرحله دوم و در صورت عدم توفیق از این طریق هم ارجاع مسأله به طرفهای متعاقد جهت ملاحظه در

87. Notification.

مرحله سوم و در نهایت هم تشکیل یک هیأت حل اختلاف گات با تقاضای طرف تقاضاکننده براساس مقررات مواد ۲۲ و ۲۳ گات ۱۹۴۷ و مقررات تفاهم‌نامه ۱۹۷۹^{۸۸} و اصلاحات بعدی آن موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت،^{۸۹} مورد رسیدگی قرار می‌گیرند^{۹۰} و در صورت صدور گزارش یا توصیه‌نامه کتبی از طرف پانل بر اساس یافته‌ها، آن توصیه‌نامه به شورای گات که رسماً قدرت پذیرش گزارش و اعطای قدرت الزام‌آور به آن را دارد، تسلیم می‌گردد.

۲-۳-۳. اختلافات بین‌المللی ناشی از اجرای مقررات حقوق مالکیت معنوی

بین غیر اعضاء سازمان جهانی تجارت

مسلماً، علی‌رغم این که کشورهای صنعتی با اعمال سیاستهایی خاص و تدوین سند نهایی متضمن موافقتنامه تأسیس سازمان جهانی تجارت توانسته‌اند کنوانسیون‌های عمده و اصلی متضمن حمایت از حقوق مالکیت معنوی را تحت پوشش موافقتنامه تریپس قرار داده و با اعمال تدابیری خاص قریب به اتفاق کشورهای عضو جامعه بین‌المللی را بنا به ضرورت‌هایی عضو سازمان تجارت بنمایند تا اختلافات بین‌المللی آنها از جمله کلیه اختلافات ناشی از اجرای اکثر مقررات کنوانسیون‌های متضمن حمایت از حقوق مالکیت معنوی تحت سیستم سازمان جهانی تجارت قرار

۸۸. برای مطالعه این تفاهم‌نامه که سه بار در سالهای ۱۹۸۲، ۱۹۸۴ و ۱۹۸۹ تکمیل شده و در واقع نظام حل و فصل اختلافات گات ۱۹۴۷ را تشکیل می‌دهد، رک.

Petersmann Ernest, "The Dispute Settlement System of WTO and the Evolution of GATT Dispute Settlement Since 1978", Common Market Law Review, 1994, Vol. 13, No. 6.

۸۹. تفاهم‌نامه حل اختلاف ۱۹۷۹ که حاصل مذاکرات دور توکیو برای بهبود نظام حل و فصل اختلاف گات ۱۹۴۷ می‌باشد، در جریان مذاکرات دور اوروگوئه تکمیل و در نهایت شکل متکامل تفاهم‌نامه حاضر در سیستم WTO را پیدا کرده است.

90. Collier J. and Lowe V., The Settlement of Disputes in International Law, Oxford University Press, 1999, pp. 96- 104.

گیرند؛ هنوز هم دولتهایی هستند که با وجود عضویت در کنوانسیون‌هایی از قبیل «کنوانسیون پاریس برای حمایت از مالکیت‌های صنعتی» و «کنوانسیون برن برای حمایت از آثار ادبی و هنری»، به عضویت سازمان جهانی تجارت در نیامده‌اند.

لذا پرواضح است که در چنین مواردی، حل و فصل اختلاف مطروحه به دلیل عدم عضویت ولو یکی از طرفین اختلاف عضو آن کنوانسیون‌ها در سازمان جهانی تجارت در چارچوب نظام آن سازمان، مقدور نبوده و این امر به شیوه‌هایی صورت می‌گیرد که طرفین اختلاف به موجب آن اسناد، شیوه‌های مورد اشاره در مبحث قبلی را پذیرفته‌اند. این وضعیت در واقع، یک استثناء بر صلاحیت عام و ظاهراً اجباری پانل‌های حل اختلاف سازمان جهانی تجارت در مورد اختلافات مربوط به کنوانسیون‌ها و موافقتنامه‌های تحت پوشش موافقتنامه تریپس به حساب می‌آید.

۳-۳-۳ اختلافات مربوط به حقوق استیفا شده^{۹۱} (Exhaustion)

موضوع حقوق استیفاء شده که یکی از مشکل‌ترین مباحث دور مذاکرات موافقتنامه تریپس بوده است،^{۹۲} باعث شده تا نهایتاً بین طرفهای

۹۱. برای عبارت Exhaustion، ترجمه مناسبی در فارسی نداریم تا مؤید همان مفهومی باشد که عبارت حقوقی انگلیسی آن دارد. فلذا به ناچار نزدیکترین معنای آن انتخاب گردید، چرا که در واقع دارنده حقوق مالکیت معنوی با استیفای حقوق خود به هر طریق مقتضی اعم از تجویز استفاده، واردات، صادرات، نسخه‌برداری، اجاره و غیره، به حقوق انحصاری خود در این زمینه‌ها خاتمه می‌دهد و دایره این ترتیب می‌تواند بر اساس قوانین داخلی و یا موافقتنامه‌های بین‌المللی، به قلمروهای سرزمینی یا منطقه‌ای و یا جهانی محدود گردد.

۹۲. مسأله‌ای که در مذاکرات دور اوروگوئه غیرقابل حل باقی ماند؛ مسأله Exhaustion بوده است، رک. Otten Adrian, Intellectual Property in Asia and the Pacific, UNDP, Quarterly Journal, No. 48, 1996, p. 24.

مذاکره‌کننده در دور او روگوئه، در رابطه با حل و فصل اختلاف، از طریق مقبولیت ماده ۶ تریپس که مقرر می‌دارد:

«از لحاظ حل و فصل اختلافات تحت موافقتنامه حاضر، با عنایت به مقررات مواد ۳ و ۴، هیچ چیز در این موافقتنامه برای رجوع به مسأله حقوق استیفاء شده حقوق مالکیت معنوی مورد استفاده قرار نخواهد گرفت».

مصالحه‌ای صورت بگیرد^{۹۳} تا بدین وسیله با خروج این مقوله از حوزه شمول موافقتنامه تریپس،^{۹۴} بر اختلافات بین هیأت‌های مذاکره‌کننده که گروهی از آنها می‌خواستند از طریق موافقتنامه تریپس یک اصل داخلی را وارد حوزه حقوق بین‌الملل بکنند^{۹۵} و گروه دیگر که اساساً طرح آن گونه موضوعات را در پیشگاه پانل‌های حل اختلاف تریپس مقدور نمی‌دانستند، خاتمه داده شود. امروزه نیز عده‌ای، از جمله خبرگان دبیرخانه «سازمان جهانی مالکیت معنوی» عقیده دارند که این مقوله، ولو به شکل تصریح ضمنی در کنوانسیون «برن»، بر مبنای قلمرو سرزمینی مورد حمایت می‌باشد.^{۹۶} اگرچه این مقوله هنوز از ابهامات فراوانی برخوردار است و این امر باعث گردیده است تا هیأت وزیران اعضای سازمان جهانی تجارت هم

93. Gervais Daniel, *op. cit.*, p.61.

94. موضوع حمایت از حقوق استیفاء شده در اسناد بین‌المللی دیگر هم صراحتاً مطرح نگردیده است و فقط از بین کنوانسیونهای تحت مدیریت وایپو (WIPO)، تنها معاهده طرح مدارهای یکپارچه (معاهده واشنگتن) است که در ماده ۶(۵) مقرر نموده است، وقتی که یک طرح مدار (توپوگرافی) با رضایت دارنده حق به بازار ارائه می‌شود، دیگر آن حق، استیفاء شده (تمام شده) تلقی می‌گردد.

95. A. A. Yusuf and A. Moncayo Von Hase, "Intellectual Property Protection and International Trade: Exhaustion of Rights", 1 World Competition, London, 1992, p. 127.

96. Gervais Daniel, *op. cit.*, p. 61.

در اجلاس نوامبر/ دسامبر سال ۲۰۰۱ خود در «دوحه» قطر به آن توجه نموده و در خاتمه با صدور اعلامیه نهایی خود مقرر نمایند که:

«اجرای مقررات ترپس در مورد Exhaustion، به عهده هر عضو

گذاشته می‌شود تا آن عضو آزاد باشد در این مورد بدون ایراد به اصول

رفتار ملی و شرط دولت کامله الوداد، رژیم خود را برقرار سازد».^{۹۷}

۴-۳-۳ اختلافات مربوط به ورود لطمه به منافع عضو بدون نقض

مقررات (Non-Violation)

موافقتنامه ترپس، با درج بند ۲ در ماده ۶۴ خود که مقرر می‌دارد: «شقوق‌های ب و ج بند ۱ ماده ۲۳ گات ۱۹۹۴ به مدت ۵ سال از تاریخ لازم‌الاجرا شدن موافقتنامه سازمان جهانی تجارت، در مورد حل و فصل اختلافات ناشی از موافقتنامه حاضر، قابل اعمال نخواهد بود»، در واقع به یکی از مجادلات گسترده هیأت‌های مذاکره‌کننده کشورهای در حال توسعه که شدیداً از عواقب زیان بار این مقرره نگران بوده‌اند، ولو بطور موقت و محدود ۵ ساله از زمان اجرای موافقتنامه که در اول ژانویه سال ۲۰۰۱ به پایان رسیده، خاتمه بخشیده است.^{۹۸} زیرا بدین وسیله برای اولین بار، معماران حقوقی ترپس توانسته‌اند در تاریخ ۵۰ ساله گات در قلمرو اجرایی شقوق‌های ب و ج بند ۱ ماده ۲۳ گات که به مقوله «ورود لطمه به منافع عضو بدون نقض مقررات» اشتها دارد و مقرر می‌دارد:

«اگر یک طرف متعاقد ملاحظه کند که بطور مستقیم یا غیر مستقیم هر

منفعت متعلقه به او تحت این موافقتنامه ملغی می‌گردد و یا لطمه وارد

می‌شود و یا در دستیابی به اهداف موافقتنامه مانع ایجاد می‌گردد به

97. WT/MIN/01/DEC/2, 2001.

98. Gervais Daniel, *op. cit.*, p.249.

نحوی که آن موانع ناشی باشد از: الف- قصور طرف دیگر در اجرای تعهدات خود تحت پوشش این موافقتنامه، ب- به کارگیری هر نوع تدابیر توسط طرف متعاقد قطع نظر از این که آن تدابیر با مقررات این موافقتنامه تعارض داشته باشد یا نه و ج- وجود هر نوع وضعیت دیگر».

تغییرات بنیادین ایجاد و با فرونشاندن نسبی اعتراضات کشورهای در حال توسعه نسبت به ماهیت بسیار غیرحقوقی و بهانه‌آفرین^{۹۹} این مقرر که در لاتین به Non-Violation اشتها دارد، مقاصد اصلی کشورهای قدرتمند مصر به ابقاء این مقرر را هم حفظ نمایند.

البته نگرانی کشورهای در حال توسعه از این مقرر کاملاً موجه می‌باشد زیرا از توجه به مقررات ماده ۲۳ گات، به روشنی معلوم می‌شود که دامنه تعرض به دیگر کشورها به استناد این ماده به صرف ادعای لطمه به منافع و آن هم بطور غیر مستقیم و یا ادعای ایجاد مانع برای تحقق اهداف موافقتنامه بر اثر هر اقدامی از طرف دولت مقابل جهت اقامه دعوی و نهایتاً هم اعمال تضییقات مذکور در تریپس از طرف کشور مدعی، امری ساده، شدنی و مشکل‌آفرین است^{۱۰۰} و ابهامات موجود در ابعاد حقوقی

۹۹. هر نوع انحراف از استانداردهای مقرر در تریپس ممکن است به آیین حل و فصل اختلافات سازمان جهانی تجارت بر طبق تفاهم‌نامه حل اختلاف کشیده شود و اگر نقض تأیید گردد؛ کشور تحت تأثیر قرار گرفته می‌تواند اقدام جبرانی تجاری را علیه کشور نقض‌کننده در هر زمینه تحت پوشش سازمان جهانی تجارت، اعمال نماید. رک.

Correa M. Carlos, Reviewing the TRIPs Agreement, A Positive Agenda for Developing Countries, UNCTAD, UN, 2000, pp. 221- 233.

۱۰۰. دولت امریکا کشورها را قبل از انقضاء موعد برای اصلاح قانون مالکیت معنوی‌شان، تحت فشار قرار داده است؛ به طوری که در سال ۱۹۹۷ بطور یکجانبه ۲۶۰ میلیون دلار ارزش تجاری با آرژانتین را به بهانه این که حقوق مالکیت معنوی آن کشور متضمن استانداردهای بین‌المللی نمی‌باشد، لغو نمود و همین کار را درخصوص دول پاکستان، اکوادور، تایلند و اتیوپی هم انجام داد. رک.

Dawkins Kristin, "Gene Wars: The Politics of Biotechnology", 1997, p. 29.

عبارت‌های مذکور در ماده ۲۳ گات در رابطه با عباراتی از قبیل «لطمه»، «مانع»، «منافع»، «اهداف»، «هر نوع تدبیر»، «هر نوع وضعیت» و غیره از یک طرف و هم سطح نبودن موقعیت‌های مختلف کشورهای عضو کنوانسیون‌های بین‌المللی در جهان امروز در امکان استفاده از این مقرره از طرف دیگر، هر ناظری را مجاب می‌نماید تا اعتقاد پیدا کند که این مقرره تنها برای دادن بهانه به دست دولت عضوی است^{۱۰۱} که می‌خواهد عقده‌های مخصوصاً سیاسی خود را در موارد مقتضی اعمال نماید. چراکه دامنه اعمال این مقرره، بسیار گسترده‌تر از مصادیق و موارد نقض مقررات مذکور در موافقتنامه تریپس می‌باشد^{۱۰۲} و به همین دلیل در اینجا، این پرسش اساسی مطرح می‌گردد که آیا اصلاً اعمال مقرره «عدم نقض» در زمینه اجرای مقررات تریپس امری منطقی است یا نه؟

در پاسخ به این پرسش مهم، نظر غالب بر این است که چون مبنای اعمال این مقرره مربوط به امتیازات و تعهدات متقابل در زمینه تجارت کالا پایه‌ریزی شده بود؛ پس بطور کلی اعمال این مقرره در حوزه تریپس، سنخیت ندارد، چرا که مقررات تفصیلی تریپس، خود به قدر کافی استانداردهای حمایتی کافی بدون ضرورت توسل به چنین مقرره‌ای را متضمن می‌باشد^{۱۰۳} و لزوم رعایت آن مقرره در چارچوب تریپس احساس نمی‌گردد. همان‌طوری که پروفیسور جکسون هم، اظهار می‌دارد که اصلاً

۱۰۱. دولت ونزوئلا به موجب سند WT/GC/W/282 که در گات ثبت نموده است، اعلام کرد که با فقدان سابقه مربوط به اختلافات بین‌الدولی Non-Violation، معلوم نیست که این امر در رابطه با حقوق مالکیت معنوی که ماهیتی کاملاً خصوصی دارد چگونه قابلیت اعمال دارد. رک.

Correa M. Carlos, Implementing National Public Health Policies in the Framework of WTO Agreement, Journal of World Trade, Vol. 34, No. 5, Kluwer Law International, Netherland, 2000, p. 6.

102. Lee & Lewinski, *op. cit.*, p.312.

۱۰۳. برای مطالعه بیشتر، رک.

Petersmann Ernest, *op. cit.*, pp. 1157- 1162.

حق شکایت مربوط به «حق نقض»، بایستی از موافقتنامه‌های مزبور حذف گردد.^{۱۰۴}

البته در قلمرو تریپس در این زمینه، هنوز هیچ گونه بازنگری خاصی صورت نگرفته است و تحقق چنین امری به فشار دولتها و عقاید علمای حقوق و تأثیرات دکترین آنها بر نمایندگان شرکت کننده در شورای تریپس بستگی دارد تا تکلیف آن در آینده روشن گردد. همان‌طور که پروفیسور کارلوس کوره آ (Carlos Correa) هم معتقد است که اعمال این مقرر در زمینه تشخیص مقررات داخلی حقوق مالکیت معنوی و زمینه‌های مختلف سیاست‌های داخلی، پنجره اتهامات، مثلاً در رابطه با کنترل قیمت‌ها و مقررات رویالتی‌ها را باز خواهد نمود و ممکن است اعمال این شرط یک محدودهٔ خاکستری و مسائل خارج از سیاست ملی ورای حوزه حقوق مالکیت معنوی را مطرح نماید.^{۱۰۵}

104. Lee & Lewinski, *op. cit.*, p. 313.

105. Correa M. Carlos, *op. cit.*, p. 6.

نتیجه گیری

به نظر می‌رسد با توجه به وضعیتی که امروزه حمایت از حقوق مالکیت‌های معنوی در عرصه بین‌المللی با تدوین مقررات تریپس پیدا کرده است و با توجه به روش خاصی که اکنون در چارچوب سازمان جهانی تجارت بر کیفیت حل و فصل اختلافات ناشی از اجرا و تفسیر مقررات این موافقتنامه حاکم شده است، دیگر صحبت استفاده از روشهای کلاسیک حقوق بین‌الملل برای حل و فصل اختلافات موضوعیت چندانی ندارد، مخصوصاً که روشهای حل اختلاف سازمان جهانی تجارت با توجه به قبول «صلاحیت اجباری» آن سازمان توسط دول عضو در رسیدگی به اختلافات ناشی از اجرا و تفسیر کلیه موافقتنامه‌های منضم به موافقتنامه آن سازمان از جمله موافقتنامه تریپس، از استحکام و نظم بیشتری در مقایسه با روشهای سابق برخوردار بوده و در نوع خود خارق العاده می‌باشند، چرا که با حاکمیت این نظام و با ممنوع شدن اعمال روشهای یکجانبه و نامطلوب سابق توسط پاره‌ای از دولتهای بزرگ در چارچوب گات ۱۹۴۷ مشتمل بر ممانعت و بلوکه کردن در مقابل نهادینه شدن توسل به پاره‌ای از روشهای حل اختلاف از قبیل «امکان انجام مذاکره، مساعی جمیله و مصالحه در هر زمانی و در هر مرحله‌ای از رسیدگی به اختلاف، لزوم تقاضا و انجام مشورت با طرف اختلاف قبل از تشکیل پانل حل اختلاف، تشکیل نظام پانل حل اختلاف از طریق رکن حل اختلاف، امکان استیناف خواهی از آراء پانل‌ها، برقراری نظام با اهمیت اجماع منفی یا وفاق عام سلبی به منظور جلوگیری از دخالت تعیین‌کننده یک کشور در تصمیمات رکن حل اختلاف، قبول اعمال قواعد عرفی تفسیر حقوق بین‌الملل عمومی حاکم بر حل و فصل اختلافات، برقراری نظام زمان بندی حل و فصل اختلاف به

منظور نهایی شدن اختلاف در زمانی کمتر از دو سال،^{۱۰۶} حاکمیت قانون مداری در حوزه رسیدگی‌های شبه قضایی پانل‌ها، تجویز ورود دول ثالث ذی‌نفع در مرحله رایزنی و رسیدگی در پانل‌ها»، حداقل در عرصه حقوق بین‌الملل اقتصادی یک تحول شگرف و ابتکاری نو پدید آمده است.

اگرچه گفته می‌شود، علی‌رغم حمایت گسترده و مطمئن از حقوق مالکیت معنوی با به کارگیری روشهای نظام مند و منسجم حل اختلاف و تلقی تفاهم‌نامه حل و فصل اختلافات به عنوان حاصل تلاش کشورهای جهان سوم، امر الزام دول عضو سازمان جهانی تجارت به قبول صلاحیت اجباری روشهای حل اختلاف سازمان جهانی تجارت به موجب موافقتنامه‌های پذیرفته شده، علاوه بر سلب اختیار دولتها از آزادی انتخاب شیوه‌های حل اختلاف، انتخاب روشهای حل اختلاف بر خلاف اصل ۳۳ منشور ملل متحد را که به توافق دول در انتخاب روشها تأکید دارد، به آن دولتها تحمیل می‌نماید.^{۱۰۷}

به هر حال امروزه جامعه بین‌المللی معاصر، با اجرای موافقتنامه‌های منضم به موافقتنامه سازمان جهانی تجارت بویژه موافقتنامه ترپس و تفاهم‌نامه حل اختلاف، شاهد یکی از برجسته‌ترین نظام کارآمد حل و فصل بین‌المللی اختلافات در زمینه اختلافات ناشی از اجرا و تفسیر حقوق مالکیت معنوی به منظور حمایت از دارندگان آن حقوق در ابعاد ملی و بین‌المللی

۱۰۶. یکی از عناصر اصلی تقویت این نظام، حذف طرقي است که طرف خوانده یا متضرر می‌توانست با توسل به آن موجبات تأخیر یا سد پروسه حل اختلاف را فراهم نماید. این موضوع با پیش‌بینی جدول زمان‌بندی برای مراحل مختلف و اعمال مکانیزم تصمیم‌گیری با کنسانسوس توسط رکن حل اختلاف در پذیرش گزارش پانل و در موارد تعلیق امتیازات میسر شده است. رک.

Otten Adrian, "Strengthening of the Industrial Property System in View of Recent International Development, WIPO Pub, No. 435(E), 1996, p. 34.

۱۰۷. ممتاز، دکتر جمشید، «تفاهم‌نامه سازمان جهانی تجارت راجع به قواعد و رویه‌های حاکم بر حل اختلافات: نوآوریها و ابداعات»، مجموعه مقالات همایش بررسی جنبه‌های حقوقی سازمان جهانی تجارت، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، تهران، ۱۳۷۶، صص ۱۱-۱۲.

است و به نظر می‌رسد این نظام در صدد آن است تا با بهره‌گیری از ترتیبات نظام مند و دقیق در زمینه حل و فصل اختلافات در ابعادی گسترده، اهداف اصلی بنیانگذاران خود مبنی بر تسهیل تجارت آزاد و رفع موانع بر سر تجارت آزاد در ابعاد جهانی را به خوبی تأمین نماید.

قوانین اساسی کشورها و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی*

پل تاورنیه**

مترجم: دکتر مرتضی کلانتریان***

۱- پیشگفتار: ایجاد دیوان کیفری بین‌المللی

تصویب اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در ۱۷ ژوئیه ۱۹۹۸ در رم بی‌تردید رخداد مهمی در تاریخ روابط بین‌المللی و گامی اساسی در تحقق رؤیای کهن بشریت است: تأسیس یک مرجع جزایی بین‌المللی دائمی به منظور محاکمه جنایتکاران جنگی بین‌المللی. البته در گذشته گام‌هایی در این زمینه برداشته شده که همیشه موفقیت‌آمیز نبوده است. از جمله، بعد از جنگ ۱۹۱۸-۱۹۱۴، جامعه بین‌المللی موفق نشد گیوم دوم امپراتور آلمان

*. مشخصات مقاله به شرح ذیل است:

Paul TAVERNIER, Comment Surmonter les Obstacles Constitutionnels à la Ratification du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme , 1^{er} Juillet 2002, N° 51, pp.545-561, Bruylant.

**. Paul Tavernier, استاد دانشگاه پاریس ۱۱، مدیر مرکز مطالعات و تحقیقات راجع به حقوق بشر و حقوق بشردوستانه.

***. مشاور حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی.

را به موجب ماده ۲۲۷ معاهده ورسای محاکمه کند، زیرا دولت هلند از تسلیم او خودداری کرده بود. دادگاه‌هایی که بعد از جنگ جهانی دوم توسط کشورهای فاتح در نورمبرگ و توکیو تشکیل شدند، به اعتقاد بعضی‌ها، از بی‌طرفی بی‌نصیب بودند. دادگاه‌های جزایی بین‌المللی فوق‌العاده‌ای هم که بعد از حوادث مصیبت‌بار یوگسلاوی و رواندا — اولی در سال ۱۹۹۳ و دومی در سال ۱۹۹۴ — توسط شورای امنیت ایجاد شدند و همچنان به کار خود ادامه می‌دهند، به مثابه مراجعی با دو شتاب، برطبق اصل «دو میزان و دو پیمان»^{*}، مورد انتقاد قرار گرفته‌اند.

هدف اساسنامه رم، این است که از پیش راه‌حلی دایمی برای مسأله عدالت جزایی بین‌المللی ارائه کند، حال آن‌که تاکنون راه‌حل‌ها نسبی، موقتی و بیشتر اوقات پسینی^{*} بوده است. با این همه، تصویب متن اساسنامه (۱۲۰ رأی موافق، در برابر ۷ رأی مخالف بحرین، چین، ایالات متحده، هند، اسرائیل، قطر، ویتنام و ۲۰ رأی ممتنع) به راحتی صورت نگرفت. تا آخرین لحظه همه انتظار داشتند وفاق عامی به دست آید؛ ولی چنین امری به علت مخالفت سرسختانه بعضی از کشورها تحقق نیافت. مذاکرات عمدتاً توسط نمایندگان رسمی دولت‌ها صورت گرفت. ولی سازمان‌های غیردولتی (NGO)، بسیار سازمان یافته در «جبهه‌ای متحد»، با استفاده از تمام وسایل ارتباطی جدید (مثل اینترنت) و حتی با ارائه کمک‌های تکنیکی بسیار ضروری به بعضی از هیأت‌های نمایندگی رسمی کشورهای کوچک فاقد منابع انسانی و سیاسی کافی، نقشی مؤثر ایفا کردند.

*. a Posteriori.

۲- تلاش برای تأیید اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی

کنوانسیون سال ۱۹۹۸ اهمیتی تاریخی دارد و دیوان کیفری‌ای که ایجاد می‌کند در آستانه این است که از قوه به فعل و به صورت واقعیتی محسوس درآید. ماده ۱۸۶ اساسنامه مقرر می‌دارد که کنوانسیون، پس از تأیید شصت کشور، اعتبار قانونی پیدا می‌کند. این رقم بسیار بالاست، ولی هدف این است که برای نهاد جدید یک جهانشمولی حداقلی را تضمین کند. فرایند تأیید کشورها بسیار متفاوت است و به مقررات قوانین اساسی آنها بستگی دارد. در بسیاری از موارد نیازمند مداخله مجالس قانونگذاری کشورهاست که به صورت قوانینی که اجازه تأیید را می‌دهد نشان داده می‌شود. همچنین اظهارنظر مقامات گوناگون اداری و قضایی (از جمله دیوان قانون اساسی) یا «جامعه مدنی»، یا رجوع به همه‌پرسی در بعضی موارد ضرورت پیدا می‌کند. به همین جهت است که در ۷ ژوئن ۲۰۰۱ یک همه‌پرسی در ایرلند صورت گرفت و اجازه داد فرایند تأیید اساسنامه به جریان بیفتد. بدین ترتیب، اساسنامه رم، زمانی که اعتبار قانونی پیدا می‌کند، فقط دولتها را متعهد نمی‌سازد بلکه مجالس قانونگذاری ملی و از خلال این مجالس ملتها و افکار عمومی را نیز متعهد می‌کند.

فرایند تأیید بسیار پیشرفت کرده است زیرا تاکنون [زمان نوشتن این مقاله] ۶۷ کشور آن را تأیید کرده‌اند. این رقم بسیار درخور توجه است و کسی انتظار چنین شتابی را نداشته است. چنین موفقیتی اجازه داد اساسنامه در اول ژوئیه ۲۰۰۲ اعتبار قانونی پیدا کند. با توجه به سرنوشت بعضی از عهدنامه‌ها و قراردادهای تأیید شده در گذشته فعلاً باید از این تأیید سریع ابراز شادمانی کرد. میثاق‌های بین‌المللی راجع به حقوق مدنی و سیاسی و همین‌طور حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی نیازمند به تأیید سی و پنج کشور بود؛ با این که این میثاق‌ها در سال ۱۹۶۶ به تصویب

رسید، اما ده سال تمام در انتظار تأیید بود، یعنی در سال ۱۹۷۶ اعتبار قانونی پیدا کرد. همین‌طور کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات که در سال ۱۹۶۹ به تصویب رسید و نیازمند تأیید سی و پنج کشور بود، در سال ۱۹۸۰ اعتبار قانونی پیدا کرد؛ یا کنوانسیون خلیج مونته‌گو راجع به حقوق دریاها مصوب سال ۱۹۸۲ در سال ۱۹۹۴ پس از تأیید شصت کشور اعتبار قانونی پیدا کرد. البته کنوانسیون مربوط به حقوق کودک که از سوی مجمع عمومی ملل متحد در ۲۰ نوامبر ۱۹۸۹ به تصویب رسید در کمتر از یک سال یعنی در ۲ سپتامبر ۱۹۹۰ اعتبار قانونی پیدا کرد، این کنوانسیون نیاز به تأیید ۲۰ کشور داشت که، علی‌رغم پاره‌ای دشواری‌ها (به علت حاکمیت شریعت اسلامی در بعضی از کشورهای مسلمان)، با موانع مربوط به قوانین اساسی که می‌توانست تأیید اساسنامه رم را در خصوص ایجاد دیوان کیفری بین‌المللی به تأخیر بیندازد، روبه‌رو نبود.

بحث قانون اساسی در کشورهایی که اساسنامه رم را مورد تأیید قرار دادند بعضی اوقات بسیار داغ بود. در بعضی از این کشورها، از جمله در فرانسه، می‌بایستی قبل از تأیید اساسنامه در قانون اساسی تجدیدنظر شود.^۱ موانع مربوط به قانون اساسی در جریان مباحثات رم پدیدار گشت و دیپلمات‌ها به بعضی از آن‌ها توجه کردند، از جمله در خصوص تمایز بین آیین استرداد و آیین تسلیم (Surrender) متهم به دیوان کیفری بین‌المللی (ماده ۱۰۲).^۲ این بحث‌ها همچنان ادامه دارد و بی‌تردید تا زمانی که فرایند

۱. قانون شماره ۵۶۸-۹۹ مورخ ۸ ژوئیه ۱۹۹۹، در عنوان ۶ قانون اساسی ماده ۲-۵۳ را درج کرده است که به موجب آن «جمهوری می‌تواند دیوان کیفری بین‌المللی را برطبق شرایط پیش‌بینی شده در معاهده‌ای که در ۱۸ ژوئیه ۱۹۹۸ به امضا رسیده به رسمیت بشناسد».

۲. ماده ۱۰۲ اساسنامه تحت عنوان «کاربرد عبارات» مقرر می‌دارد: «الف) مراد از «تسلیم» عملی است که به موجب آن کشوری، در اعمال مقررات اساسنامه حاضر، شخصی را تسلیم دیوان کیفری بین‌المللی می‌کند. ب) مراد از «استرداد» عملی است که به موجب آن کشوری، به استناد یک معاهده یا یک قرارداد یا یک قانون داخلی، شخصی را به کشور دیگر تسلیم می‌کند».

تأیید طول بکشد، یعنی سال‌های سال، ادامه خواهد داشت، بویژه آن‌که تأیید تمامی موانع مربوط به قوانین اساسی کشورها را برطرف نمی‌کند. بعضی از کشورها و سازمان‌های غیردولتی، و نیز برخی از سازمان‌های منطقه‌ای این فرایند تأیید اساسنامه را تشویق کردند. *شورای اروپا* در این زمینه کار جالبی کرده است؛ از جمله دو نشست مشورتی، یکی در ۱۶ و ۱۷ مه ۲۰۰۰ و دیگری در ۱۳ و ۱۴ سپتامبر ۲۰۰۱، درخصوص تعهدات کشورهای عضو *شورای اروپا* در مورد تأیید و اجرای اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برگزار کرده است. این مشاوره‌ها، به کمک اینترنت، در سطحی گسترده انتشار یافت و از لحاظ شناخت مسائل مربوط به قوانین اساسی و راه‌حلی که برای آن‌ها می‌توان پیدا کرد بسیار مفید بود. کمیسیون ونیز در تاریخ ۱۵ ژانویه ۲۰۰۱ گزارشی درخصوص مسائلی که قوانین اساسی کشورها در امر تأیید اساسنامه ایجادکننده دیوان کیفری بین‌المللی مطرح می‌کند منتشر کرد. کمیته وزیران در ۱۰ اکتبر ۲۰۰۱ «*اعلامیه‌ای درخصوص دیوان کیفری بین‌المللی*» تصویب کرده است که در آن «از تمام کشورهای عضو، نامزد یا ناظر، که هنوز اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی را مورد تأیید قرار نداده‌اند، درخواست کرده است هرچه زودتر آن را تأیید کنند یا به آن بپیوندند» و «آمادگی خود را برای ارائه کمک‌های لازم، در چارچوب برنامه همکاری‌های حقوقی، به منظور تأیید و اجرای اساسنامه رم، به کشورهای که خواستار آنند، اعلام کرده است».

شورای اتحادیه اروپا، به نوبه خود، در ۱۱ ژوئن ۲۰۰۱، درخصوص دیوان کیفری بین‌المللی، موضعی مشترک گرفته است. در متن به تصویب رسیده آمده است: «*اتحادیه اروپا* و کشورهای عضو آن، برای پیشبرد این فرایند، از همه امکانات، در صورت نیاز، در جریان مذاکرات خود یا در

چارچوب گفتگوهای سیاسی با کشورهای ثالث، با گروه کشورها یا سازمان‌های منطقه‌ای صلاحیتدار، با طرح مسأله تأیید و پذیرش اساسنامه رم و همین‌طور اجرای آن از سوی تعداد هرچه بیشتر کشورها استفاده خواهند کرد».

بدین ترتیب، سازمان‌های منطقه‌ای در اروپا، همین‌طور در سایر قاره‌ها، برای تشویق کشورها به تأیید اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی تجهیز شده‌اند. سازمان کشورهای آمریکایی (OEA) در همین مسیر گام برداشت؛ همین‌طور جامعه توسعه جنوب/آفریقا (SADC)^۳ در ژوئیه ۱۹۹۹ قانون نمونه‌ای به تصویب رسانید که اجازه می‌دهد قوانین داخلی با الزامات اساسنامه رم تطبیق داده شود؛ این امر هماهنگی کردن قوانین کشورهای مختلف را تسهیل خواهد کرد و موجب خواهد شد که تأیید اساسنامه رم به نحو ساده‌تری صورت گیرد. کشورهای آفریقایی غربی هم، در دسامبر ۲۰۰۰، کنفرانس آفریقایی غربی درخصوص امضا و تأیید اساسنامه رم را جهت رایزنی تشکیل دادند. از سویی دیگر، سازمان بین‌المللی کشورهای فرانسوی زبان نیز همین رویه را در پیش گرفت.

سازمان‌های غیردولتی که در جریان مذاکرات رم بسیار فعال بودند، فشار خود را برای تأیید اساسنامه رم و اجرای عملی آن همچنان حفظ کرده‌اند. جبهه متحد این سازمان‌ها جایگاهی در اینترنت تحت عنوان برای یک دیوان کیفری بین‌المللی اختصاص داده است که از طریق آن اطلاعات بسیار مفید و متنوعی در اختیار آنهایی قرار می‌دهد که در راه ایجاد دیوان مذکور تلاش می‌کنند، از جمله گزارشی در مورد کشورهایی که اساسنامه را تأیید کرده‌اند. این گزارش هشتاد صفحه‌ای اطلاعات بسیار دقیقی درخصوص تعداد زیادی از کشورها در اختیار می‌گذارد. سایت اینترنتی

3. Southern African Development Community.

پاسدار حقوق بشر مدارک قابل توجه دیگری دارد، از جمله حاوی مدرکی به تاریخ ژوئن ۲۰۰۰ درخصوص سازگاری قوانین اساسی کشورها با اساسنامه رم دیوان کیفری بین‌المللی است. موضع سازمان پاسدار حقوق بشر جالب است، زیرا مقر این سازمان در ایالات متحد امریکا است که اساسنامه رم را امضا کرده ولی رئیس جمهور امریکا اعلام داشته که از تأیید آن خودداری خواهد کرد. جسی هلمز (Jesse Helms)، سناتور امریکایی، حتی پیشنهاد کرد که قانونی به تصویب برسد که امریکا را از همکاری با دیوان کیفری بین‌المللی منع کند و کشورهایی را، به غیر از کشورهای عضو پیمان آتلانتیک شمالی و بعضی از متحدان امریکا که اساسنامه را تأیید کنند، به معامله به مثل (اصلاحیه قانون راجع به حمایت از نیروهای نظامی)^۴ تهدید کند. از جمله راههای پیشنهادی پییر پرسپر (Pierre Prosper)، سفیر سیار ایالات متحد، مسئول پرونده دیوان کیفری بین‌المللی، برای خروج امریکا از بن بست، این بود که این کشور امضای خود را پس بگیرد؛ امری که بنا به عقیده مشاور حقوقی ملل متحد بی‌سابقه بوده و مشکلات حقوقی بسیار پیچیده‌ای به وجود می‌آورد.

از مدارک بسیاری که در دسترس است چنین استنباط می‌شود که در زمینه تأیید اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، هر کشوری از لحاظ قانون اساسی خود مشکلات ویژه‌ای دارد، زیرا نظام‌های حقوقی و سنت‌های ملی کشورها بسیار گوناگون است. با این همه موانع در بسیاری از موارد کم و بیش مشابه‌اند، و انسان می‌تواند تابلویی از موانع اصلی را ترسیم کند. این امر به ما اجازه می‌دهد نشان دهیم چگونه این موانع را می‌توان از سر راه برداشت. راه‌حل‌های اتخاذ شده از سوی کشورها نیز بسیار گوناگون است.

4. American service member portection Act, ASPA.

۳- موانع اصلی مربوط به قوانین اساسی کشورها در تأیید اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی

مسئله موانع قوانین اساسی کشورها در تأیید اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی (اساسنامه رم) به نحو مبسوطی در سند منتشر شده از سوی سازمان پاسدار حقوق بشر ارائه شده است. همین تحلیل را در مقاله هلن دافی (Helen Duffy) و بریژیت سور (Brigitte Suhr) در نشریه "The Monitor" تحت عنوان "The Debate on Constitutional Compatibility With The ICC" می‌توان مشاهده کرد. حقوقدانان سازمان پاسدار حقوق بشر سه مسئله اصلی را در این زمینه بررسی کرده‌اند: مسئله استرداد، مسئله مصونیت و مسئله حبس ابد.

کمیسیون ونیز هم در دسامبر ۲۰۰۰ گزارش بسیار مفصلی درخصوص مسائلی که قوانین اساسی کشورها در امر تأیید اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی مطرح می‌کنند به تصویب رساند که در ۱۵ ژانویه ۲۰۰۱ منتشر شد. در این گزارش به شش مسئله اساسی اشاره شده که از حیث قوانین اساسی برای کشورها مطرح است. مسئله مصونیت‌ها، مسئله حبس ابد. همین‌طور مسئله عفو خاص، مسئله اجرای درخواست‌های عنوان شده از سوی دادستان دیوان کیفری بین‌المللی، مسئله عفو عمومی و مرور زمان در امر جزایی و بالاخره مسئله رسیدگی با حضور هیأت منصفه. گزارش کمیسیون ونیز به درستی تأکید می‌کند که دشواری‌های مربوط به قوانین اساسی کشورها که تأیید اساسنامه رم مطرح می‌سازد در زمینه انتقال حاکمیت است...

بدین گونه، شورای قانون اساسی فرانسه در تصمیم ۲۲ ژانویه ۱۹۹۹ خود، مقررات اساسنامه رم را از حیث «شرایط اساسی اعمال حاکمیت ملی» مورد بررسی قرار داده است. به آسانی قابل درک است که مسائلی از این

دست ممکن است از سوی کشورهایی که نسبت به مسأله حاکمیت ملی خود بسیار حساس‌اند مطرح شود. از این حیث می‌توان میان موانع عمده و موانعی که اهمیت کم‌تری دارند تفکیک قائل شد.

الف) موانع عمده

یکی از موانع عمده که بیشتر اوقات در این زمینه در قوانین اساسی کشورها مطرح می‌شود این است که کشورها اتباع خود را مسترد یا اخراج نمی‌کنند.^۵

ولی اساسنامه رم مقرر می‌دارد که دیوان کیفری بین‌المللی می‌تواند از کشوری که در خاک آن، شخصی ممکن است حضور داشته باشد بخواهد که شخص مذکور را توقیف کند و تحویل دیوان دهد (ماده ۸۹). تدوین‌کنندگان اساسنامه رم از مشکلاتی که ممکن بود برای بعضی از کشورها، در امر تأیید اساسنامه رم، به خاطر قواعدی که در قوانین اساسی آنها وجود داشت، پیش بیاید آگاه بودند؛ به همین جهت دقت کردند بین تسلیم (Surrender) «عملی که به موجب آن کشوری، در اعمال مقررات اساسنامه حاضر، شخصی را تسلیم دیوان کیفری بین‌المللی می‌کند» و استرداد «عملی که به موجب آن کشوری، به استناد یک معاهده یا یک قرارداد یا قانونی داخلی شخصی را به کشور دیگر تسلیم می‌کند» (ماده ۱۰۲) تفکیک قائل شوند. البته این دشواری‌ها جدید نبود و پیش از این برای دو دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی و رواندا پیش آمده بود:

۵. کمیسیون ونیز در این مورد قوانین اساسی آلمان (ماده ۲۴، ۱۱)، قبرس (ماده ۱۴)، کرواسی (ماده ۹)، استونی (ماده ۳۶)، گرجستان (ماده ۱۳)، مجارستان (ماده ۶۹)، لیتوانی (ماده ۱۳)، مقدونیه (ماده ۴)، اسلواکی (ماده ۲۳)، اسلونی (ماده ۴۷)، لهستان (ماده ۵۵)، چک (ماده ۱۲)، رومانی (ماده ۱۹)، روسیه (ماده ۶۱) و فنلاند (ماده ۷) را ذکر می‌کند. در قوانین اساسی کشورهای سایر قاره‌ها نیز بیشتر اوقات وضعیت به همین منوال است.

ماده ۲۹ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی و ماده ۲۸ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا انتقال یا معرفی متهم را به منظور دادرسی در برابر این دادگاه‌های بین‌المللی پیش‌بینی کرده بود. مشکل در مورد اعزام اسلو بودان میلوسویچ به دادگاه لاهه پیش آمده بود، زیرا رئیس جمهور صربستان، آقای کستونیکا (Kostunica) متخصص حقوق اساسی، همیشه با این امر مخالف بود. در این مورد مسأله بسیار حساسی مطرح است: از یک سو مسأله حاکمیت دولت و، از دگر سو، موضوع استقلال مرجع جزایی بین‌المللی.

ماده ۱۰۲ هرگونه بحث و ایرادی را برطرف نکرده است. بعضی از کشورها (از جمله ایتالیا و نروژ) تفکیک ارائه شده را پذیرفتند. اما کشورهای دیگری (از جمله آلمان و جمهوری چک) به این نتیجه رسیدند که باید در قوانین اساسی خود تجدیدنظر کنند.

دو مسأله مصونیت‌ها نیز، که در قوانین اساسی بعضی از کشورها برای تعدادی از اشخاص به رسمیت شناخته شده، در بحث‌های مربوط به تأیید اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی پیش کشیده شد. ماده ۲۷ اساسنامه رم مقرر می‌دارد که اساسنامه مذکور «بدون هیچ‌گونه تمایز مبتنی بر عنوان رسمی اشخاص، به نحوی یکسان نسبت به همه قابل اعمال است». این موضوع به رئیس کشور یا رئیس دولت، وزیر یا نماینده مجلس، نماینده منتخب یا مأمور دولت مربوط می‌شود. بند ۲ ماده ۲۷ به نحوی صریح متذکر می‌شود که این مصونیت‌ها، «که به استناد حقوق داخلی یا بین‌المللی، به لحاظ عنوان رسمی یک شخص ممکن است نسبت به او قابل اعمال باشد، مانع دیوان نمی‌شود که صلاحیت خود را نسبت به شخص مذکور اعمال نکند».

مقررات مربوط به مصونیت‌ها در قوانین اساسی کشورها بسیار متنوع است. مصونیت به ندرت مطلق است و گستردگی آن نسبت به رئیس کشور به مراتب زیادتر است تا نسبت به وزیران یا نمایندگان مجالس. بیشتر اوقات، مراجع قضایی یا آیین‌های رسیدگی اختصاصی، برای محاکمه اشخاص منتفع از مصونیت پیش‌بینی شده است. احتمال دارد که مقررات مربوط به مصونیت‌ها، در کشورهایی که نظام فدرالی دارند، نسبت به قوه مجریه و مجالس ایالات فدرال نیز قابل اعمال باشد. در مورد مجامع پارلمانی موجود در چارچوب بعضی از سازمان‌های بین‌المللی و از جمله اروپایی (مجمع پارلمانی شورای اروپا، پارلمان اروپا و غیره) باز هم مقررات مصونیت ممکن است اعمال شود.

در واقع رویه قضایی پذیرفته است که این مصونیت‌ها مطلق نیست و قضیه پینوشه نمونه گویایی در این مورد است. این قضیه نشان می‌دهد که مصونیت‌های قانون اساسی، ناگزیر است در برابر الزامات عدالت بین‌المللی عقب‌نشینی کند.

سه) در قوانین اساسی بعضی از کشورها صدور حکم مجازات به حبس ابد ممنوع اعلام شده است (به عنوان مثال در قانون اساسی پرتغال، گواتمالا یا ازبکستان). این مسأله در چند کشور امریکای لاتین و همین‌طور در پرتغال و اسپانیا مورد بحث و گفتگو قرار گرفته است. این امر، مسأله ظریف اعاده حیثیت را در قوانینی که صدور حکم محکومیت به حبس ابد را منع کرده‌اند، مطرح می‌سازد. با این‌که در ماده ۷۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی تصریح شده که این دیوان می‌تواند حکم به حبس ابد بدهد، ولی در ماده ۱۱۰ اساسنامه پیش‌بینی شده که «اگر محکوم ۲۵ سال از دوران محکومیتش را در حبس گذرانده باشد دیوان باید در حکم حبس ابد صادره تجدیدنظر به عمل آورد». مشکل دیگری از لحاظ قانون

اساسی در ارتباط با تسلیم متهمان (Surrender) به دیوان کیفری بین‌المللی و قواعد داخلی قابل اعمال نسبت به استرداد ممکن است پیش بیاید: بسیاری از کشورها از استرداد متهمان به کشورهای که صدور مجازات‌های سنگین، مثل حکم محکومیت به مرگ (پیش‌بینی نشده در اساسنامه) یا حبس ابد، در این کشورها حاکم است امتناع می‌کنند. قبلاً متذکر شدیم که آیین تسلیم یا انتقال متهمی به دیوان کیفری بین‌المللی شبیه آیین استرداد متهمی از سوی کشوری به کشور دیگر نیست. به علاوه، علت وجودی مقررات داخلی حفظ حقوق متهم در برابر یک مرجع رسیدگی بیگانه است. وقتی قضیه یک مرجع قضایی بین‌المللی در میان است که کشور مستردکننده در آن شرکت دارد و مرجعی بیگانه نیست و بالاترین قواعد را در زمینه منصفانه بودن آیین دادرسی اعمال می‌کند، این مقررات دیگر آن ارزشی را ندارد که در وضعیت اول دارا بود.

ب) دشواری‌های دیگر

علاوه بر دشواری‌هایی که برشمردیم و دشواری‌های اساسی‌اند، موانع متعدد دیگری از لحاظ قوانین اساسی کشورهای مختلف بر سر راه تأیید اساسنامه رم وجود دارد. دشواری‌هایی که غالباً مطرح می‌شود مربوط به عفو خاص است که در بیشتر کشورها از اختیارات رئیس کشور است، همین‌طور قواعد مربوط به عفو عمومی و مرور زمان در امر جزایی که بعضی اوقات در قوانین اساسی کشورها مندرج است. در ماده ۲۹ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی عدم شمول مرور زمان نسبت به جرم‌هایی که رسیدگی به آن‌ها در محدوده صلاحیت دیوان مذکور قرار دارد تصریح شده، ولی ذکری از عفو خاص یا عفو عمومی به میان نیامده است. شورای قانون اساسی فرانسه نظر داده است که قواعد داخلی مربوط به مرور زمان و

عفو عمومی را دیوان کیفری بین‌المللی می‌تواند نادیده بگیرد، و حتی اگر این قواعد به نحوی صریح در قانون اساسی درج نشده باشد، باز هم زیرپا گذاشتن قانون اساسی است که «نوعی تجاوز به شرایط اساسی اعمال حاکمیت ملی» به شمار می‌آید. برعکس، درخصوص اختیارات رئیس کشور در مورد عفو خاص (ماده ۱۷ قانون اساسی فرانسه)، به نظر شورای قانون اساسی، مسأله می‌تواند در چارچوب ماده ۱۰۳ اساسنامه رم حل شود که پیش‌بینی کرده کشوری که آماده است اشخاص محکوم شده از سوی دیوان کیفری بین‌المللی را بپذیرد می‌تواند قبول خود را مشروط به شروطی کند که دیوان ناگزیر به قبول آن است. برپایه این تفسیر شورای قانون اساسی، دیگر تضادی میان مقررات قانون اساسی و تعهد قراردادی باقی نمی‌ماند.

دسته دوم از موانع مربوط به قوانین اساسی کشورها در امر تأیید اساسنامه رم مربوط به مقرراتی است که در این متن در زمینه همکاری کشورها با دیوان کیفری بین‌المللی پیش‌بینی شده است (فصل ۹ اساسنامه) و از جمله بخش ۴ ماده ۹۹ که به دادستان دیوان اختیار داده است که تحت شرایطی مستقیماً در خاک کشوری، بی‌حضور مقامات قضایی داخلی کشور مربوط، مداخله کند، چیزی که منافی اصل انحصاری صلاحیت این مقامات و از مبانی اصل حاکمیت ملی است. شورای قانون اساسی فرانسه نظر داده که مقررات این ماده تجاوز به شرایط اساسی اعمال حاکمیت ملی است، حال آن‌که شورای قانون اساسی لوکزامبورگ اعلام کرده است که از لحاظ قانون اساسی مانعی برای قبول آن نیست، زیرا قانون اساسی مقررات ویژه‌ای (ماده ۹ مکرر) پیش‌بینی کرده است که «اعمال صلاحیت‌هایی که به موجب قانون اساسی به قوه مجریه، مقننه و قضائیه داده شده می‌تواند به طور موقتی به موجب معاهده‌ای به نهادهای بین‌المللی تفویض شود».

بالاخره دسته سوم از موانع مربوط به قوانین اساسی ممکن است در زمینه چگونگی الزامات یک دادرسی منصفانه پدیدار شود، الزاماتی که در قوانین اساسی بعضی از کشورها ممکن است شدیدتر از آن چه باشد که در اساسنامه رم پیش‌بینی شده است. مسأله نیاز به وجود هیأت منصفه از سوی بعضی از کشورها مثل آذربایجان و ایالات متحده مطرح شده است. جسی هلمز، سناتور امریکایی، به شدت بر ضد تأیید اساسنامه رم قد علم کرده، زیرا از جمله براین عقیده است که این اساسنامه برای نظامیان امریکایی آن حقی را که قانون اساسی امریکا (Bill of Rights) برای ایشان به رسمیت شناخته است محترم نمی‌شمارد. همه حقوقدانان امریکا در این زمینه با او هم عقیده نیستند. به عقیده مونروئه‌لی (Monroe Leigh)، اصلاحیه قانون اساسی محاکمه در حضور هیأت منصفه را برای نظامیان تضمین نکرده است و این استثنا اصلاحیه ۶ قانون اساسی را نیز در برمی‌گیرد. این حقوقدان معتقد است که تضمینات مربوط به منصفانه بودن آیین دادرسی پیش‌بینی شده در اساسنامه رم بهترین تضمینات نیست اما مفصل‌تر از آن چیزی است که در قانون اساسی امریکا پیش‌بینی شده است و نتیجه می‌گیرد که ایرادات مبتنی بر منصفانه بودن آیین رسیدگی فاقد مبناست. ولی باید تأکید شود که این دیدگاه در حال حاضر دیدگاه رسمی ایالات متحد نیست.

به نظر می‌آید که در زمینه قواعد قوانین اساسی راجع به دادرسی منصفانه، در بعضی کشورها، مثل مکزیک، دشواری‌هایی بروز کرده است، به عنوان مثال تضمینات مربوط به حقوق حق دفاع، ممنوعیت جرم شناختن برپایه قیاس و صلاحیت انحصاری شناخته شده برای مراجع قضایی مکزیکی درخصوص جرم‌هایی که در مکزیک رخ می‌دهد.

از بررسی اجمالی موانعی که بر سر راه تأیید اساسنامه رم وجود دارد چنین استنباط می‌شود که این موانع بالقوه متعدد و گوناگون‌اند. حال باید

بررسی کنیم آیا می‌توان این موانع را از سر راه برداشت و چگونه می‌توان این کار را صورت داد.

۴- راه‌حل‌ها برای برداشتن موانع

در این زمینه راه‌حل‌ها بسیار متنوع‌اند. کمیسیون ونیز چهارگونه راه‌حل برای برداشتن این موانع پیشنهاد می‌کند: درج یک بند کلی در قانون اساسی که اجازه می‌دهد تمام موانع مربوط به قانون اساسی برطرف شود، بی‌آن‌که نیاز باشد تمام مقررات/سازنامه که ممکن است خلاف قانون اساسی باشد مورد بررسی قرار گیرد؛ تجدیدنظر سیستماتیک تمام مقررات قانون اساسی که ممکن است در تضاد با/سازنامه رم باشد؛ تصویب یا قبول یک قاعده دادرسی ویژه، واجد اعتبار از لحاظ قانون اساسی، که اجازه می‌دهد/سازنامه رم علی‌رغم تضاد آن با قانون اساسی مورد تأیید قرار گیرد؛ و بالاخره تفسیر مقررات قانون اساسی به کیفیتی که از تضاد آن با مقررات/سازنامه رم اجتناب شود.

راه‌حل اولی، یعنی درج یک بند کلی که اجازه دهد به تمام مباحثات مربوط به قانون اساسی پایان داده شود، امتیازات فراوانی به همراه دارد. این راه‌حل توسط فرانسه به موجب قانون ۸ ژوئیه ۱۹۹۹ که ماده ۵۳/۲ را در قانون اساسی درج کرده پذیرفته شده است؛ این قانون مربوط به دیوان کیفری بین‌المللی است و تأیید/سازنامه رم را اجازه داده است. الگوی فرانسوی از سوی کشور لوکزامبورگ پذیرفته شده و بعضی از کشورها، مثل برزیل، کلمبیا، ایرلند و پرتغال درصددند که از آن پیروی کنند. این راه‌حل مشکلات مربوط به تجدیدنظر سیستماتیک مقررات قانون اساسی را، از لحاظ خلاف مقررات/سازنامه بودن، که ممکن است بسیار پیچیده باشد، از بین می‌برد (به عنوان مثال شورای قانون اساسی فرانسه سازگاری مقررات

اساسنامه رم را با ماده ۱۶ قانون اساسی، که در صورت بروز بحران به رئیس جمهور فرانسه اختیار تام می‌دهد، مورد بررسی قرار نداده است). بعضی از کشورها راه تصویب اصلاحیه‌های ویژه‌ای را درخصوص مقرراتی از قانون اساسی که ممکن است با اساسنامه رم در تضاد قرار گیرد درپیش گرفتند: آلمان ماده ۱۶/۲ قانون اساسی خود را اصلاح کرد تا به دولت آلمان اجازه دهد اتباع خود را به کشورهای عضو اتحادیه اروپایی یا به یک مرجع بین‌المللی مسترد کند. اسلوونی و جمهوری چک همین مسیر را برگزیدند. با وجود این دشواری‌هایی در جمهوری چک پیش آمد. پارلمان اصلاحیه پیشنهادی دولت را رد کرد. بنابراین تجدیدنظر در قانون اساسی هم‌زمان با تصویب قانونی که تأیید را اجازه می‌دهد صورت خواهد گرفت.

در کشورهای دیگر قانون اساسی به طور رسمی مورد تجدیدنظر قرار نگرفته، ولی پیش‌بینی شده که قوانینی که اعتبار قانون اساسی را داشته باشد می‌تواند تأیید معاهده‌ای را که حاوی شروط خلاف قانون اساسی باشد اجازه دهد. بدین گونه کشور فنلاند قانونی به تصویب رسانده که به ماده ۹ قانون اساسی فنلاند استثنای وارد می‌کند و به موجب آن استرداد و انتقال اتباع فنلاندی را برخلاف میل آن‌ها که ماده ۹ ممنوع کرده است اجازه می‌دهد.

در بسیاری از کشورها مسائل مربوط به قانون اساسی با تفسیری «آشتی‌جویانه» میان مقررات اساسنامه رم و قانون اساسی حل شده است. درخصوص مسأله استرداد، که فقط در قوانین اساسی آمده و از تسلیم (Surrender) به دیوان کیفری بین‌المللی به کیفیت که ماده ۱۰۲ اساسنامه به آن پرداخته تفکیک شده، به همین نحو عمل شده است. به همین صورت، توجه کردند که مسأله مصونیت رئیس کشور، اگر پذیرفته شود که مصونیت از لحاظ قانون اساسی فقط در فرضی مطرح است که رئیس کشور برطبق قانون اساسی رفتار کند، محل اختلاف نیست. بنابراین، اعمالی

که رسیدگی و تعقیب در برابر دیوان کیفری بین‌المللی را توجیه کند در این چارچوب قرار نمی‌گیرد.

به نظر می‌آید که بیشتر اوقات دشواری‌های مربوط به قانون اساسی را می‌توان به همین ترتیب برطرف کرد. البته، در اسلوونی، دولت تصور می‌کرد که دشواری‌ها را بی‌تجدیدنظر در قانون اساسی می‌تواند از بین ببرد، ولی دست آخر ناگزیر شد که در ژوئیه ۲۰۰۱ راه تجدیدنظر را در پیش گیرد. برعکس مسائل مربوط به قانون اساسی در لهستان و کرواسی از طریق تفسیر حل شد. کلمبیا راه خاصی را برگزید: قانونی تصویب کرد که به موجب آن/اساسنامه رم در قانون اساسی این کشور گنجانده شد.

در این بررسی دیدیم که مسائل مربوط به قانون اساسی، کشورها را وادار به قبول راه‌حل‌هایی به مراتب ساده‌تر از راه‌حل‌هایی کرد که در ابتدا به فکرشان رسیده بود. بدین گونه که در کشور سوئیس ابتدا به فکر افتادند که آیا به استناد بند ب قسمت اول ماده ۱۴۰ قانون اساسی نباید تأیید /اساسنامه رم را الزاماً به همه‌پرسی بگذارند؟ ولی سرانجام این راه‌حل را کنار گذاشتند و در ۱۲ ژوئیه ۲۰۰۱ اساسنامه را تصویب کردند. در برزیل، ابتدا قرار شد از الگوی فرانسوی پیروی شود، ولی اخباری که اخیراً منتشر شده (اکتبر ۲۰۰۱) حکایت از این دارد که این کشور اساسنامه رم را بی‌تجدیدنظر در قانون اساسی خود تأیید خواهد کرد.

بسیاری از کشورها در نهایت به این نتیجه رسیدند که برای تأیید /اساسنامه رم، تجدیدنظر در قانون اساسی ضرورت ندارد. به همین دلیل بود که افریقای جنوبی در ۲۷ نوامبر ۲۰۰۰، اکوادور در ۶ مارس ۲۰۰۱، اسپانیا در ۲۴ اکتبر ۲۰۰۰ و مجارستان در ۳۰ نوامبر ۲۰۰۱/اساسنامه رم را مورد تأیید قرار دادند. در بعضی از کشورهای دیگر، مثل بلغارستان، بررسی انطباق قانون اساسی با/اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در جریان است.

اگر در بیشتر موارد، تجدیدنظر در قانون اساسی باید پیش از تأیید /اساسنامه صورت گیرد، بعضی اوقات هم اتفاق می‌افتد که این تجدیدنظر پس از تأیید رخ می‌دهد: چیزی که در بلژیک، مالاوی یا سوئد پیش آمد. یادآوری می‌کنیم که مسأله تجدیدنظر در قانون اساسی در مورد کشورهای مطرح است که قانون اساسی مکتوب و مضیق دارند. با وجود این، مسائل مشابه و پیچیده در کشورهای هم که قانون اساسی غیرمکتوب دارند ممکن است پیش بیاید.

نتیجه‌گیری

وضعیت پیشرفت تأیید /اساسنامه رم که دیوان کیفری بین‌المللی را تأسیس می‌کند نشان می‌دهد که موانع قانون اساسی در کشورهای مختلف موانع کم‌اهمیتی نیست. تظاهر به این که این موانع وجود ندارد با واقعیت تطبیق نمی‌کند. ولی می‌توان امیدوار بود که راه‌حلهایی برای حل آن‌ها پیدا شود و این موانع از سر راه برداشته شود. کمی قوه تخیل لازم است که حقوقدانان در جمع از آن بی‌بهره نیستند. ولی باید یک تمایل سیاسی واقعی برای تأیید /اساسنامه وجود داشته باشد. اگر چنین تمایلی وجود نداشته باشد، موانع مربوط به قانون اساسی در واقع بهانه‌هایی بیش نیست. نمونه بارز آن هم عملکرد ایالات متحد امریکا است.

بنابراین کشورها، سازمان‌های بین‌المللی، سازمان‌های غیردولتی و افکار عمومی باید برای تأیید سریع و جهانشمول /اساسنامه رم تجهیز شوند تا این رؤیای کهن بشریت برای برقراری عدالت جزایی بین‌المللی یک رؤیا باقی نماند بلکه بدل به واقعیتی ملموس و کامل و قوی شود. تحقق هرچه سریع‌تر دیوان کیفری بین‌المللی می‌تواند بر بی‌خیالی یا مقاومت کشورهای که اساسنامه رم را تأیید نمی‌کنند یا بر ضد آن تبلیغ می‌کنند

پیروز شود، و این واقعیت جدید در آینده موفق خواهد شد بر کل جامعه بین‌المللی تحمیل شود.

البته، دیوان کیفری بین‌المللی، مثل هر نهاد بین‌المللی، بی‌عیب و نقص نیست. ولی اگر وجود نمی‌داشت، بی‌تردید می‌بایستی آن را ایجاد کرد. حال که وجود دارد، پس کوشش کنیم به آن کارایی لازم ببخشیم، بویژه آن که پاسخگوی آرزوی بسیار عمیق ملت‌هاست. ضرورت وجود آن بویژه پس از واقعه ۱۱ سپتامبر بیشتر احساس شد: فقدان دیوان کیفری بین‌المللی برای محاکمه تروریست‌ها موجب تأسف گردید. آیا باید *اساسنامه* رم را در این جهت اصلاح کرد یا مرجع جزایی فوق‌العاده ایجاد نمود؟

در هر صورت میدان عمل وسیعی برای مدافعان دیوان کیفری بین‌المللی وجود دارد: دولت‌ها نه فقط باید *اساسنامه* رم را هرچه سریع‌تر تأیید کنند، بلکه باید تمام اقدامات لازم را برای درج آن در قوانین داخلی خود و تصویب قانونی که همکاری کامل آن‌ها را با دیوان تضمین کند به عمل آورند. در این مورد نیز مسائل گوناگونی وجود دارد ولی به نظر نمی‌آید که غیرقابل حل باشد. ضرورت دارد که این موانع برطرف شود، دیوان کیفری بین‌المللی نباید یک صدف خالی باشد بلکه باید، همچنان که *اساسنامه* پیش‌بینی کرده، به نحوی واقعی و مؤثر، مکمل مراجع داخلی باشد.

جنایت سازمان‌یافته فراملی در کنوانسیون پالرمو و آثار آن

دکتر صادق سلیمی*

چکیده

جنایات سازمان‌یافته فراملی از مهمترین معضلات قرن بیست و یکم محسوب می‌شوند. این جنایات توسط گروه‌های جنایی که دارای سه عضو یا بیشتر، سلسله مراتب، وحدت فرماندهی، نظم شدید و اهداف مالی و مادی هستند ارتکاب می‌یابند. ارتکاب این جنایات آثار سیاسی، اقتصادی و اجتماعی زیانباری هم در سطح ملی و هم در سطح بین‌المللی به بار می‌آورند و حتی موجودیت دولتها و ملت‌ها را تهدید می‌کنند. جامعه بین‌المللی و در رأس آن سازمان ملل متحد در اواخر قرن بیستم فکر تدوین یک سند بین‌المللی لازم‌الاجرا به منظور ایجاد هماهنگی و همکاری برای مبارزه با این جنایات میان دولتها را مطرح نمود. نهایتاً طرح کنوانسیون تهیه و در دسامبر ۲۰۰۰ در پالرمو (ایتالیا) برای امضای دولتها مفتوح گردید و به امضای ۱۴۷ دولت از جمله ایران رسیده است. در این نوشتار سعی بر آن است، ابتدا مفهوم جنایت سازمان‌یافته فراملی بیان گردد؛ آنگاه آثار مختلف این جنایات که ضرورت مبارزه با آنها را نمایان می‌کنند، بررسی شوند.

*. عضو هیأت علمی واحد تهران مرکزی دانشگاه آزاد اسلامی.

مقدمه

جنايات سازمان يافته فراملى در نيمه دوم قرن بيستم در مقطعى كه جامعه بين المللى در گير اختلافات ابرقدرتها و جنگ سرد بود، همزمان با پيشرفت فن آورى و نتيجه گسترش مبادلات بازرگانى توسعه يافتند. جنايات سازمان يافته به آن دسته از اعمال مجرمانه اى اطلاق مى شود كه توسط گروههاى جنايتكار با اعمال نفوذ در اركان حكومت با توسل به ارتشاء يا خشونت و قتل، معمولاً با سازماندهى خاص و به قصد تحصيل منافع مالى يا مادى ارتكاب مى يابند. اين گروههاى جنايتكار بعضاً داراى تشكيلات و بودجه بسيار عظيمى هستند كه حتى از بودجه سالانه خيلى از دولتها بيشتر است. به موجب اسناد بين المللى (مانند كنوانسيون پالرمو)، گروههاى جنايى سازمان يافته حداقل بايد داراى سه عضو باشند؛ ليكن عملاً تعداد آنها خيلى بيشتر از اين رقم است. اين گروهها معمولاً داراى سلسله مراتب، يك رئيس، تقسيم كار و نظم شديد همراه با ضمانت اجراهاى داخلى شديد عليه اعضا متخلف خود هستند. براى انجام مأموريت و نيل به هدف خود به هر وسيله اى متوسل مى شوند؛ ابتدا سعى مى كنند از طريق افساد موانع را برطرف كنند و معمولاً در اركان مختلف حكومتى و نهادهاى عمومى نفوذ مى كنند. در صورت عدم توفيق، توسل به خشونت و حذف فزيكى مأمورين و قضات سرسخت امرى متداول محسوب مى شود. هدف غاى اين گروهها تحصيل نفع مالى و مادى است كه مهمترين وجه تمايز اين نوع فعاليتها از فعاليتهاى تروريستى است.

گروههاى جنايتكار امروزه دامنه فعاليت خود را گسترش داده و براى تحصيل منافع هرچه بيشتر در سرزمين كشورهاي مختلف فعاليت مى كنند و از خلاهاى موجود در سطح بين المللى بهره مى برند. جامعه بين المللى متوجه اين امر و ضرورت همكارى دولتها براى مبارزه با اين

جنایات شده است. در این زمینه «کنوانسیون ملل متحد علیه جنایت سازمان یافته فراملی» تهیه و تدوین گردید و در تاریخ ۱۵ نوامبر ۲۰۰۰ طی قطعنامه ۵۵/۲۵^۱ در اجلاس پنجاه و پنجم به تصویب مجمع عمومی رسید و در دسامبر ۲۰۰۰ در پالرمو ۱۲۳ دولت از جمله ایران و تا اواسط مارس سال ۲۰۰۳ بیش از ۱۴۷ دولت اقدام به امضای آن نمودند و ۳۲ دولت نیز آن را تصویب کرده‌اند،^۲ لذا تا لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون که طبق ماده ۳۸ کنوانسیون به چهل امضاء نیاز دارد، فاصله زیادی وجود ندارد.^۳

این جنایات حاکمیت دولتها را زیر سؤال برده و آثار زیانباری بر امنیت سیاسی، اقتصادی و همچنین فرهنگی - انسانی بر جای می‌گذارند. شناخت این آثار و نتایج می‌تواند هم در داخل کشور ضرورت و نحوه مبارزه با این جنایات را روشن کند و هم در تصمیم‌گیری مسئولین جمهوری اسلامی ایران در خصوص تصویب یا عدم تصویب کنوانسیون فوق‌الذکر کمک کند.

مصادیق این نوع جنایات متعدد هستند که فقط به ذکر نام مهمترین موارد بسنده می‌کنیم: تطهیر درآمدهای نامشروع، قاچاق مواد مخدر، سرقت آثار و اشیاء فرهنگی، هنری و تاریخی و قاچاق آن، سرقت مالکیت معنوی افراد، اعمال تجاری ممنوع سودآور داخلی و بین‌المللی، قمار و تأسیس قمارخانه‌های غیرقانونی، قاچاق غیر مجاز اسلحه، قاچاق مواد رادیواکتیو و هسته‌ای، تجارت انسان (کودکان و بزرگسالان) و نیروی کار، تجارت زنان و کودکان برای فحشا، قاچاق مهاجران، خرید و فروش اعضای بدن انسان، خرید و فروش حیوانات نایاب، داروها و مواد سمی نایاب، اخاذی از

1. UN. DOC. A/RES/55/25 (2000).

2. www.undcp.org/crime-cicp-signatures.html.

۳. لایحه تصویب کنوانسیون توسط جمهوری اسلامی ایران در هیأت دولت تحت رسیدگی است (شماره ثبت دبیرخانه مرکزی ریاست جمهوری: ۵۰۴۸۵-۸۱/۱۰/۱۰).

افراد و شرکتها و حتی در برخی موارد از دولتها، کلاهبرداری از افراد و شرکتها و کلاهبرداری از بیمه، سرقت در اشکال مختلف آن همانند سرقت وسایل نقلیه و خرید و فروش وسایل مسروقه، قتلهای قراردادی و اعمال خشونت، هواپیماربایی، دزدی دریایی، جرایم علیه محیط زیست، رشوه دادن به مقامات قضایی، سیاسی و مأمورین نظامی، انتظامی و کارکنان و مستخدمان دولتی از طرق مختلف، جعل و ضرب سکه تقلبی، چاپ اسکناس تقلبی و قاچاق ارز^۴ و ...

بدیهی است این سیاهه جنبه حصری ندارد و نمی‌تواند جامع تلقی شود. در متن کنوانسیون پالرمو ضرورت جرم انگاری این اعمال به نام مورد تصریح واقع شده‌اند: ۱- ارتکاب جنایت شدید (منظور عمل مجرمانه‌ای است که به موجب حقوق داخلی مجازاتی بیش از چهار سال حبس داشته باشد و توسط گروه جنایی سازمان‌یافته ارتکاب یابد)؛ ۲- مشارکت در یک گروه جنایی سازمان‌یافته؛ ۳- تطهیر منافع حاصل از ارتکاب جنایت (پولشویی)؛ ۴- فساد مالی (ارتشاء)؛ ۵- ممانعت (ایجاد مانع) در روند و اجرای عدالت.

به علاوه، سه پروتکل الحاقی نیز که تصویب آنها برای متعاهدین کنوانسیون اختیاری است، هر کدام یک عنوان کیفری/مجرمانه را تعریف و شرایط و تدابیر مبارزه با آن را بیان کرده‌اند. این سه پروتکل عبارتند از ۱- پروتکل پیشگیری، سرکوب و مجازات قاچاق اشخاص بویژه زنان و کودکان؛ ۲- پروتکل علیه قاچاق مهاجران از طریق زمینی، دریایی و

۴. علیرضا شمس‌اژی، جرم سازمان‌یافته و بررسی مصادیق آن در حقوق موضوعه ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۹-۱۳۷۸، صص ۳۲-۳۳.

هوایی؛ و ۳- پروتکل علیه تولید و قاچاق غیرقانونی سلاحهای گرم، قطعات و اجزاء آنها و مهمات.^۵

به هرحال عدم ذکر سایر مصادیق در این اسناد به منزله جرم نبودن و حتی کم اهمیت بودن آنها نیست، بلکه در مورد برخی (مثل قاچاق مواد مخدر) قبلاً اسنادی تنظیم شده و در خصوص برخی موارد نیز حصول اتفاق نظر بین دولتها مشکل است. برای روشن نمودن مفهوم جنایت سازمان یافته و آثار ناشی از آن، مطالب این نوشتار را در دو گفتار ادامه می دهیم.

گفتار نخست

مفهوم جنایت سازمان یافته فراملی

در ابتدا تعاریف مختلفی که توسط حقوقدانان در این خصوص ارائه گردیده، نقل و بررسی می شوند، آنگاه به تشریح تعریف مندرج در کنوانسیون پرداخته خواهد شد. شایان ذکر است که اغلب این تعاریف ناظر به «جنایت سازمان یافته» بدون توجه به وصف «فراملی» می باشند.

۱- «جرم سازمان یافته جرمی است که شاخص تدارک و ارتکاب آن، تشکیلاتی روشمند است که اغلب برای مباشران آن امکانات معاش فراهم می کند».^۶ این تعریف از جهات مختلف ناقص به نظر می رسد. انگیزه تحصیل منفعت به طور نامحدود، در این تعریف نادیده گرفته شده است و این گونه به ذهن تداعی می شود که مرتکبان صرفاً برای تأمین معاش خود

۵. درخصوص تفصیل این مصادیق، رک. صادق سلیمی، جنایات سازمان یافته فراملی، انتشارات تهران صدا، بهار ۱۳۸۲، صص ۱۰۲ - ۶۹.

۶. رک. ژاک بوریگان، بزهکاری سازمان یافته در حقوق کیفری فرانسه، ترجمه دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۲-۲۱، زمستان ۱۳۷۶ تا تابستان ۱۳۷۷، ص ۳۱۶.

مبادرت به ارتکاب جرم می‌کنند. همچنین، منافع حاصله فقط عاید مباشران (یعنی انجام دهندگان رکن مادی جرم) نمی‌شود، بلکه بیشتر منافع عاید هدایت کنندگان و به اصطلاح «بقه سفید»‌ها می‌شود که غالباً مرتکبان حتی شناخت کافی از آنها ندارند.

۲- «جنایت سازمان‌یافته پدیده‌ای است غیرایدئولوژیک مرکب از تعدادی افراد با روابط متقابل که بر مبنای سلسله مراتب شکل گرفته است و حداقل سه رده متمایز در آن وجود دارند که هدف آن جلب منفعت و قدرت با اشتغال به فعالیت‌های مشروع و نامشروع می‌باشد. مسؤولیتهای کلیدی ممکن است بر حسب روابط خویشاوندی یا دوستی و یا صرفاً بر اساس مهارت تقسیم شود. مسؤولیتهای در هیچ برهه زمانی خاصی قائم به دارندگان آنها نیست. اعضاء آن را دائمی می‌دانند و سعی بر حفظ یکپارچگی و فعال بودن آن در جهت نیل به اهدافش دارند. تمایل به استفاده از خشونت و/یا رشوه برای رسیدن به اهداف یا حفظ انسجام زیاد است. عضوگیری محدود است؛ هرچند از افراد غیرعضو ممکن است به طور موردی استفاده شود. آنان قواعد صریح مکتوب یا شفاهی دارند که با ضمانت اجراهای شدیدی، از جمله مرگ، اعمال می‌شوند».^۷ در این تعریف که نسبتاً جامع است، بیشتر به توصیف «گروه جنایتکار سازمان‌یافته» و نحوه اداره آن پرداخته شده است تا به توصیف «جنایت سازمان‌یافته».

۳- «جنایت سازمان‌یافته زمانی رخ می‌دهد که گروه‌هایی که عمدتاً بر روی تحصیل منافع غیرقانونی متمرکز شده‌اند به طور سازماندهی شده مرتکب جنایاتی می‌شوند که این جنایات، بویژه با توسل به خشونت فیزیکی یا برداشتن موانع با افساد مأمورین، متقابلاً بر جامعه اثر می‌گذارند

7. Howard Abadinsky, *Organized Crime*, 4th ed., 1994, Chicago, p. 6.

و برای فعالیتهای جنایتکاران چتر امنیتی ایجاد می کنند».^۸ برخلاف تعریف قبلی، در اینجا به دخالت گروههای جنایی اشاره شده، لیکن به ساختار داخلی آنها توجهی نشده است.

۴- «جنایت سازمان یافته به هر مجموعه ساختاری هماهنگ و سازمان یافته‌ای از اشخاص اطلاق می شود که معمولاً به اهداف فرعی و وسایل غیرقانونی برای جمع آوری سرمایه اتکاء می کند».^۹ اختصار و ایجاز این تعریف موجب شده است که حتی به وجود و دخالت یک گروه جنایی در ارتکاب جنایت سازمان یافته نیز اشاره‌ای نشود.

۵- «جنایت سازمان یافته ارتکاب برنامه ریزی شده جنایاتی قابل توجه برای تحصیل منفعت یا قدرت است؛ در صورتی که بیش از دو شریک در مدت زمانی طولانی یا نامحدود نقشی از طریق تجارت یا ساختارهای شبه تجارتي یا استفاده از خشونت یا دیگر وسایل تهدید یا از طریق نفوذ در سیاست یا رسانه‌ها یا اداره امور عمومی، سیستم قضایی یا اقتصاد ایفاء نموده و با یکدیگر همکاری کنند».^{۱۰} ارتکاب جرم برای تحصیل قدرت از شمول جنایت سازمان یافته خارج است و اصولاً در چارچوب تروریسم بحث و بررسی می شود، لیکن در این تعریف، این دو از هم متمایز نگردیده اند.

۶- «تعاریف حقوقی و بین المللی «جنایت سازمان یافته» همگی به یک نکته گرایش دارند؛ به طوری که این عنوان یک شیوه مدیریت عملیات جنایی را بیان می کند و به چگونگی و نحوه ارتکاب جرم اشاره

8. Cyrille Fijnaut/ Frank Bovenkerk/ Gerben Bruinsma/ Henk Van de Bunt, **Organized Crime in Netherlands**, The Hague: Kluwer Law International, 1998, pp. 26-27.

9. Raymond J. Michalowski, **Order, Law, and Crime, An Introduction to Criminology**, New York, 1985, p. 368.

10. Klaus Von Lampe, **Recent German Publications on Organized Crime**, Criminal Organizations, Vol. 12, No. 1+2, 1998, p. 38.

دارد. ویژگیهای بارز آن عبارتند از خشونت، فساد مالی، فعالیت جنایی مداوم و برتری گروه بر تک تک اعضا. گروههای سازمان یافته با شاخص تداوم آنها بدون توجه به مرگ و میر اعضایشان شناخته می شوند. بقای آنها وابسته به مشارکت دائمی هیچ یک از اعضا نمی باشد.^{۱۱} در این تعریف بیشتر به ویژگیهای جنایت سازمان یافته تأکید شده است.

۷- «جنایت سازمان یافته فعالیت غیرقانونی با انگیزه اقتصادی است که توسط گروه، انجمن یا ارگانی مرکب از دو یا چند شخص که خواه به طور رسمی یا غیررسمی سازمان یافته باشند، ارتکاب یابد؛ جایی که اثر منفی فعالیت مذکور از بعد اقتصادی، اجتماعی، ایجاد خشونت، بهداشتی و سلامت عمومی و/یا زیست محیطی حائز اهمیت تلقی شود».^{۱۲} در این تعریف صرفاً به انگیزه اقتصادی و مالی توجه شده است، در حالی که در سایر انگیزه های مادی از قبیل لذت جنسی نیز می تواند، مبنای گرایش به این جنایت باشد.

۸- «در مقابل بزهکاری مزمن یا به عادت که مرتکبان آن معمولاً ضریب هوشی پایینی دارند و به هنگام ارتکاب جرم از قدرت انتزاعی و توانایی محاسبه برخوردار نیستند، بزهکاری سازمان یافته را قرار می دهند. این جرایم (بزهکاری) دارای ویژگی های خاصی نسبت به سایر بزه ها می باشند، زیرا در این نوع جرایم، عده ای از افراد که به نوعی با هم مرتبط هستند، سعی در نقض قانون دارند و کارهای یکدیگر را بدون تأثیرگذاری، سازمان می دهند و از بی سازمانی به انسجام و سازمان یافتگی می رسند و با این تشکل و سازمان یافتگی، توانایی مقابله با پلیس، فشارهای خارجی دیگر

11. Sabrina Adamoli/ Andrea Di Nicola/ Ernesto U. Savona/ Paola Zoffi, **Organized Crime Around the World**, Helsinki, 1998, p. 9.

12. Canada: Solicitor General, **Organized Crime Impact Study**, Highlights, 1998, p. 5.

مانند عوامل افشاء‌کننده و نیز مقابله با فشارهای درونی را دارا می‌باشند».^{۱۳} در این تعریف به مقایسه بین جنایت سازمان‌یافته و جرایم عادی پرداخته شده و برخی ویژگی‌های جرم سازمان‌یافته تبیین شده است.

تقریباً در تمام تعاریف به مشارکت بیش از دو نفر و انگیزه و محرک آنها (تحصیل منفعت) و وجود گروه یا یک تشکل اشاره شده است. در برخی از تعاریف به تحصیل قدرت نیز اشاره شده است. در حالی که امروزه با متمایز گردیدن جنایت سازمان‌یافته از تروریسم، در جنایت سازمان‌یافته انگیزه اصلی همانا منفعت مالی و مادی می‌باشد در حالی که در تروریسم انگیزه سیاسی است. حال باید دید کنوانسیون پالرمو چه تعریفی در این زمینه ارائه داده است.

کنوانسیون پالرمو به تعریف «جنایت سازمان‌یافته فراملی» پرداخته است؛ لیکن ماده ۵ کنوانسیون به تعریفی تحت عنوان «جرم/انگاری مشارکت در یک گروه جنایی سازمان‌یافته» اختصاص یافته که علت این امر را باید در ارتباط تام «جنایت سازمان‌یافته فراملی» و «گروه جنایی سازمان‌یافته» جستجو کرد که این دو لازم و ملزوم هم می‌باشند. ماده ۵ مقرر می‌دارد:

۱- هر دولت متعاهدی، اقدامات قانونگذاری و سایر اقداماتی را که ضروری باشند اتخاذ خواهد نمود تا اعمال زیر را، در صورتی که بطور عمدی ارتکاب یابند، جرم جنایی تلقی کند:

الف) هریک از جرایم جنایی زیر یا هر دو جرم صرفنظر از این که شروع به جرم باشد یا جرم تام تلقی شود

^{۱۳}. دکتر علی حسین نجفی ابرند آبادی، تقریرات درس جرم‌شناسی دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، در مباحثی در علوم جنایی، تهران، دی ۱۳۸۱، ص ۶۳۱.

(i) توافق با یک یا چند شخص دیگر برای ارتکاب یک جنایت شدید در صورتی که به طور مستقیم یا غیر مستقیم به منظور تحصیل یک نفع مالی یا نفع مادی دیگری باشد و در صورتی که حقوق داخلی چنین اقتضا کند متضمن عملی باشد که یکی از شرکاء در انجام توافق به عهده گرفته باشد یا توسط یک گروه جنایی سازمان یافته ارتکاب یابد.

(ii) رفتار کسی که با علم بر هدف و فعالیت جنایتکارانه عمومی یک گروه جنایی سازمان یافته یا با علم بر قصد ارتکاب جنایات مورد بحث در فعالیت‌های زیر شرکت فعال کند :

a. فعالیت‌های جنایتکارانه گروه جنایی سازمان یافته

b. فعالیت‌های دیگر گروه جنایی سازمان یافته با علم بر این که مشارکت وی در نیل به هدف جنایتکارانه موصوف مؤثر است

ب) سازماندهی، هدایت، کمک، مساعدت، تسهیل یا مشاوره برای ارتکاب جنایت شدیدی که توسط یک گروه جنایی سازمان یافته ارتکاب یابد.

۲- علم، قصد، هدف، مقصود یا توافق مورد اشاره در بند ۱ این ماده را می‌توان از اوضاع و احوال موضوعی عینی استنباط کرد.

۳- دولتهای متعاهدی که حقوق داخلی آنها برای تحقق جرایم مندرج در بند ۱ (I) (a) این ماده، وجود یک گروه جنایی سازمان یافته را لازم می‌دانند ترتیبی خواهند داد که حقوق داخلی آنها تمام جنایات ارتكابی گروههای جنایی سازمان یافته را شامل شود. چنین دولتهایی، همچنین دولتهای متعاهدی که حقوق داخلی آنها وجود عملی را برای تحقق توافق انجام شده در جهت ارتکاب جرایم مندرج در بند مذکور لازم می‌دانند، چنین امری را موقع امضاء یا تودیع سند تصویب، پذیرش، تصدیق یا الحاق به این کنوانسیون به دبیر کل سازمان ملل متحد اطلاع خواهند داد.

اولین مطلبی که با مطالعه عنوان ماده و صدر آن جلب توجه می‌کند این است که این ماده - همچون سایر مواد این کنوانسیون و پروتکل‌های الحاقی - رأساً عنوان مجرمانه‌ای ایجاد نمی‌کند، بلکه دولتهای متعاقد را ملزم به تصویب قوانین و «سایر اقدامات» مقتضی می‌کند. با مطالعه کارهای مقدماتی این معاهده و مذاکرات مربوطه متوجه می‌شویم که منظور از «سایر اقدامات» مندرج در مواد ۵، ۶، ۸ و ۲۳ این کنوانسیون اقداماتی علاوه بر اقدامات قانونگذاری و در جهت تکمیل آن می‌باشند.^{۱۴}

جنایت سازمان‌یافته فراملی به خاطر ماهیت خود توسط «شرکای» جرم ارتکاب می‌یابد نه توسط مباشر. اگر رکن مادی جرم را یک نفر مستقلاً و به تنهایی انجام دهد مباشر جرم نامیده می‌شود و اگر دو یا چند نفر مشترکاً و با همکاری یکدیگر رکن مادی جرم را انجام دهند شرکای جرم نامیده می‌شوند که این معنی را در حقوق داخلی ایران با مطالعه ماده ۴۲ قانون مجازات اسلامی می‌توان فهمید. در جنایات سازمان‌یافته، مدیریت یا طراحی نقش خیلی مهمی دارد؛ یعنی عملی که در جرایم عادی فقط «معاونت» محسوب می‌شود و جنبه فرعی و تبعی دارد، در این جنایات مهمتر از ارتکاب رکن مادی تلقی می‌گردد.

با توجه به تعریف و مصادیق ارائه شده در این ماده به نظر می‌رسد که رکن مادی جنایت سازمان‌یافته همیشه به صورت فعل (عمل مثبت) می‌باشد و با ترک فعل (عمل منفی) محقق نمی‌گردد. به عبارت دیگر، کسی به اتهام مشارکت در ارتکاب این جنایت، مسؤولیت کیفری دارد که

14. Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions, *Addendum*; Interpretative notes for the official records (*travaux préparatoires*) of the negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto, UN.Doc.A/55/383/Add.1, p. 3.

عملی انجام داده باشد. طبق این ماده، صرف عدم انجام کاری (مثلاً عدم اعلام به مقامات و...) جرم محسوب نمی‌شود.

همانطور که از اسم این جنایت به ذهن متبادر می‌شود، جنایت فراملی «سازمان یافته» باید دارای سازماندهی خاصی باشد و اعضای تشکیل دهنده آن در بین خود دارای سلسله مراتب باشند لذا اساساً ارتکاب این جرم توسط شخص واحد متصور نیست. بنابراین، در داخل گروه، هریک از اعضا دارای وظایف و اختیارات مشخص و از پیش تعیین شده‌ای است و اغلب حقوقدانان بر این نکته تأکید نموده‌اند.^{۱۵} با این حال در کنوانسیون وجود «سلسله مراتب» جزء تعریف گروه مجرمانه نیامده و برای تحقق جنایات مندرج در این کنوانسیون وجود سلسله مراتب ضروری شناخته نشده است؛ با مراجعه به گزارش کارهای مقدماتی تدوین کنوانسیون ملاحظه می‌گردد که «گروه واجد ساختار» نیازی به سلسله مراتب ندارد، بلکه این واژه هم شامل گروههای دارای سلسله مراتب و هم گروههایی که سلسله مراتب ندارند و نقش هریک از اعضای گروه رسماً تعریف نشده است، می‌گردد.^{۱۶} بدیهی است هرچه قیود بیشتری در تعریف عنوان مجرمانه آورده شود، زمینه فرار مجرمین از چنگال عدالت بیشتر می‌شود. لذا سیاست کلی در تدوین کنوانسیون این بوده که اثبات ارتکاب جنایت را تا حد اکثر ممکن تسهیل کند.

در عنوان ماده و متن آن که به «گروه جنایی سازمان یافته» اشاره شده است باید دید که مقصود از این اصطلاح چیست؟ در ماده ۲ کنوانسیون که به تعریف واژگان مورد استفاده در این کنوانسیون اختصاص یافته، در بند الف آمده است:

15. Viktor Vasilievich Luneev, *Crime in the xxth Century, International Criminological Analysis*, chapter 9, <http://www.american.edu/tracc/pdfs/HTMLs/luneevchapter9.html>.

16. UN.Doc.A/55/383/Add.1, p. 2.

«گروه جنایی سازمان یافته» به معنی یک گروه دارای ساختار تشکیلاتی مرکب از سه نفر یا بیشتر است که برای مدت زمانی موجودیت می‌یابد و هماهنگ با هدف ارتکاب یک یا چند جنایت شدید یا جرایم مندرج در این کنوانسیون به منظور تحصیل مستقیم یا غیرمستقیم یک نفع مالی یا نفع مادی دیگر فعالیت می‌کند.

از تلفیق این تعریف با ماده ۵ می‌توان استنباط نمود که از نظر این کنوانسیون اولاً، اگر فقط دو نفر با همفکری و همکاری هم به ارتکاب جرایم موضوع این کنوانسیون مبادرت ورزند، مشمول تعریف این کنوانسیون نمی‌شوند؛ چون حداقل تعداد باید سه نفر باشد. باید توجه داشت که در یک گروه یا سازمان که به منظور رسیدن به هدف یا اهدافی تشکیل گردیده است، اصولاً هریک از اعضا وظایفی به عهده دارند. ماهیت جرایم ارتكابی نیز غالباً به گونه‌ای است که یک نفر به تنهایی نمی‌تواند رکن مادی آن را انجام دهد. همچنین، مدیری که سازماندهی گروه را بر عهده دارد - هرچند خود مستقیماً در عملیات اجرایی شرکت نکند - یا کسی که سرمایه‌گذاری نموده و مقدمات فعالیت چنین گروهی را فراهم نموده است؛ به هیچ‌وجه نقشی کمتر از کسی که مستقیماً عملیات اجرایی جرم را انجام می‌دهد، ندارد. از این رو برخلاف جرایم معمولی که اصولاً مسئولیت معاون کمتر از مباشر یا شریک است در این مورد مسئولیت همه آنها یکسان است.

ثانیاً، اگر تعدادی گرد هم آمده و با تبانی قبلی مرتکب جرمی شوند و سپس متفرق گردند، عمل نامبردگان مشمول کنوانسیون نمی‌گردد، هرچند این جرم «سازمان یافته» و «فراملی» باشد و به منظور کسب منافع مادی صورت گرفته باشد، چرا که گروه باید برای «مدت زمانی» موجودیت داشته باشد. این شرط، ویژگی استمرار و تداوم ارتکاب جنایت

سازمان یافته فراملی را نشان می دهد. به عبارت دیگر، اگر گروهی برای ارتکاب جرمی واحد گرد هم آیند، گروه جنایی سازمان یافته محسوب نمی گردند.

ثالثاً، اگر گروهی که دارای تمام اوصاف «سازمان یافته، فراملی، سه نفر یا بیشتر، با هدف ارتکاب جرم و برای مدتی نامحدود» تشکیل شود و مبادرت به ارتکاب جرم نماید، ولی «انگیزه» ارتکاب جرم، تحصیل منافع مادی و مالی نباشد در این صورت نیز چنین جرمی مشمول تعریف مندرج در این کنوانسیون نمی گردد. حال باید دید که منظور از «نفع مادی دیگر» چیست. مقصود تدوین کنندگان کنوانسیون از آوردن «نفع مادی دیگر» بعد از نفع مالی، تأکید بر گسترش این مفهوم بوده به طوریکه شامل منافی مثل لذت جنسی و نظایر آن هم بشود.^{۱۷}

در تحقق جنایت سازمان یافته وجود «انگیزه» یا داعی حائز اهمیت اساسی است. منظور از انگیزه هدف و مقصود نهایی هر مرتکب، جرمی است که با ارتکاب عمل مجرمانه درصدد تحصیل آن است. می دانیم که در حقوق کیفری داخلی اصولاً انگیزه یا داعی در «تحقق» جرم دخیل نیست؛ مگر این که قانونگذار تصریح به این امر کرده باشد. برای مثال در جرایم علیه امنیت ملی قانونگذار انگیزه «براندازی یا بر هم زدن امنیت کشور» را شرط تحقق جرم یا در مواردی عامل مشدده کیفر تلقی می کند.^{۱۸} این موارد استثنایی بر اصل و قاعده کلی تلقی می گردد که انگیزه در تحقق جرم مؤثر نیست. همچنین انگیزه می تواند در تخفیف مجازات مؤثر باشد (ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی) که این امر نیز ارتباطی با «تحقق» جرم ندارد. ولی

17. UN.Doc.A/55/383/Add.1, p. 2.

۱۸. برای نمونه ماده ۵۰۵ قانون مجازات اسلامی مقرر می دارد: «هرکس با هدف بر هم زدن امنیت کشور به هر وسیله اطلاعات طبقه بندی شده را با پوشش مسؤولین نظام یا مأمورین دولت یا به نحو دیگر جمع آوری کند ... به حبس ... محکوم می شود».

در تحقق «جنایت سازمان یافته فراملی» بنا بر تعریف کنوانسیون «انگیزه تحصیل منافع مادی» شرط تحقق است و با فقدان آن ممکن است جنایت بین المللی دیگری به وقوع بپیوندد یا اساساً عمل ارتكابی فاقد وصف مجرمانه بین المللی باشد.

مطابق اصول حقوق کیفری و بویژه اصل برائت (مندرج در اصل ۳۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، بند ۲ ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶)، بند ۳ ماده ۲۱ اساسنامه دیوان کیفری بین المللی برای جنایات ارتكابی در یوگسلاوی سابق، بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه دیوان کیفری بین المللی برای رواندا، بند ۱ ماده ۱۱ پیش نویس قانون (کُد) جرایم علیه صلح و امنیت بشری،^{۱۹} و اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها مندرج در اصل ۳۶ قانون اساسی، ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸)، ماده ۱۵ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، ماده ۱۳ پیش نویس قانون (کُد) جرایم علیه صلح و امنیت بشری و مواد ۲۲ و ۲۳ اساسنامه دیوان کیفری بین المللی و...) مقام تعقیب کننده وظیفه دارد که نزد دادگاه بیطرف، ارکان جرم را به اثبات رسانده و دلایل کافی علیه متهم در خصوص عنصر معنوی جرم ارائه نماید. لیکن در بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون برای سهولت اثبات رکن معنوی اماره ای پیش بینی شده است که علم، قصد و انگیزه را می توان با اشتغال شخص به برخی فعالیت های جنایتکارانه احراز نمود. به عبارت دیگر، با چنین رفتارهایی وجود عنصر معنوی مفروض تلقی می گردد و لذا می توان گفت اماره سوء نیت پذیرفته شده است.

در ماده ۳ کنوانسیون تحت عنوان «قلمرو اجرایی» در قسمت ب بند ۱ صریحاً بیان شده است که جرم ماهیتاً باید «فراملی» باشد. لذا یکی از

۱۹. در خصوص پیش نویس ۱۹۹۴ این کد قبل از اصلاحات نهایی در ۱۹۹۶ رک. دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی - دکتر منوچهر خزانی، درآمدی بر پیش نویس قانون بین الملل جزاء، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره هجدهم و نوزدهم، سال ۱۳۷۴-۱۳۷۳، صص ۲۸۰-۲۳۹.

اوصاف مهمی که می‌توان برای جنایات مشمول این کنوانسیون برشمرد، همانا فراملی بودن آن است. اما این که در چه صورتی جنایت ارتكابی فراملی محسوب می‌شود در بند ۲ همین ماده بیان شده است که به خاطر اهمیت آن عیناً بیان می‌شود.

۲۰۰- از نظر بند ۱ / این ماده یک جرم در صورتی ماهیتاً فراملی تلقی می‌گردد که:

(الف) در قلمرو بیش از یک دولت ارتكاب یابد؛

(ب) در یک دولت ارتكاب یابد ولی بخش مهمی از مقدمات، طرح‌ریزی، هدایت یا کنترل آن در دولت دیگری صورت پذیرد؛
(ج) جرم در سرزمین یک دولت، ولی توسط یک گروه جنایی سازمان‌یافته ارتكاب یابد که در سرزمین بیش از یک دولت به فعالیت اشتغال دارد؛ یا

(د) جرم در یک دولت ارتكاب یابد ولی آثار اساسی آن در سرزمین دولت دیگری بروز کند.

در این ماده، ۴ مورد به عنوان ملاک «فراملی» بودن جنایت تلقی شده‌اند. اگر به رکن مادی جرم توجه شود فقط مورد اول بطور واقعی و عینی در بیش از یک کشور واقع شده است. در حقوق کیفری بین‌المللی و در قوانین کیفری ملی بیشتر کشورها در مقررات مربوط به اعمال صلاحیت مورد چهارم نیز پذیرفته شده است؛ یعنی اگر صرفاً اثر جرمی در کشور دیگری بروز کند، کشور مربوطه می‌تواند جرم مزبور را ارتكاب یافته در سرزمین خود تلقی نموده و نسبت به تعقیب مرتکبان - ولو این که اصل جرم در خارج از کشور رخ داده باشد - اقدام نماید. این مفهوم را در حقوق کیفری ایران در ماده ۴ قانون مجازات اسلامی می‌توان یافت که مقرر می‌دارد: «هرگاه قسمتی از جرم در ایران واقع و نتیجه آن در خارج از

قلمرو حاکمیت ایران حاصل شود و یا قسمتی از جرم در ایران و یا در خارج و نتیجه آن در ایران حاصل شود در حکم جرم واقع شده در ایران است». تأثیرگذاری یک عمل در سرزمین بیش از یک دولت ملاک واحدی است که هم می‌تواند مبنای اعمال صلاحیت توسط دولتهای مختلف گردد و هم جرمی را فراملی کند.

بند ب مذکور در یک نگاه دو دسته افعال را شامل می‌شود: اول تهیه و تدارک مقدمات ارتکاب جرم است که در حقوق داخلی اصولاً فاقد وصف جزایی است. دسته دوم که در واقع رکن معنوی جرم را شامل می‌شود و مداخله‌ای در عملیات اجرایی جرم صورت نمی‌پذیرد، ماهیتاً معاونت در جرم محسوب می‌گردد. ولی بندهای ب و ج را باید با توجه به سازمان‌یافته بودن این گروه‌ها ارزیابی کرد. اشخاص به اعتبار عضویت در این گروه‌ها دارای حقوق و تکالیف خاصی می‌گردند و به عنوان عضو یک گروه عمل می‌کنند و پرواضح است که اگر ارزیابی «فراملی بودن» و «تحقق جرم» مبتنی بر عملکرد تک تک اعضای گروه، صرف نظر از گروه باشد، هرگز نباید صحبت از جنایت «فراملی و سازمان‌یافته» کرد. زیرا اگر هم فعالیت شخصی منفرد بتواند جنبه فراملی پیدا کند هرگز نمی‌تواند سازمان‌یافته به معنی اصطلاحی باشد.

از مطالعه ماده ۵ کنوانسیون و تلفیق آن با مواد ۲ و ۳ بطور خلاصه می‌توان اوصاف زیر را برشمرد:

۱- ارتکاب جنایت توسط گروهی که متشکل از سه نفر یا بیشتر

باشد؛

۲- جنایت ارتكابی ماهیتاً فراملی باشد؛

۳- فعالیت گروه برای مدتی استمرار داشته باشد؛ و

۴- انگیزه و هدف نهایی تحصیل منافع مالی و مادی باشد.

در مواد کنوانسیون به وجود سلسله مراتب و تقسیم کار و مقررات شدید داخلی گروه جنایی اشاره نشده است؛ ولی غالباً گروه زمانی می‌تواند استمرار داشته و هدف خاصی را دنبال نماید و به طور منسجم عمل نماید که مقام تصمیم‌گیر و مجری و اختیارات هریک از آنان مشخص باشد. لیکن فقدان این امور - که اساساً مسائل داخلی گروه می‌باشند - هیچ تأثیری در تحقق فعل جنایتکارانه ندارند و هرچند در مفهوم «گروه» مستتر می‌باشند ولی به درستی مورد تصریح واقع نشده‌اند تا جنایتکاران حرفه‌ای نتوانند آن را دستاویزی برای سوء استفاده و فرار از مسئولیت قرار دهند. در خصوص سایر اوصافی که حقوقدانان احصاء می‌کنند نیز وضعیت مشابهی وجود دارد، یعنی در کنوانسیون وارد نشده‌اند. همچنین توسل به شیوه‌های خاصی مثل خشونت، افساد و رشوه هیچ اشاره‌ای نگردیده است. بطور کلی کنوانسیون به امور داخلی گروه همچون وفاداری، رازداری، نحوه عضوگیری و... نمی‌پردازد و اساساً اشاره به چنین مواردی اثر مثبتی نمی‌تواند داشته باشد.

لیکن شرط «ماهیتاً فراملی بودن» که در نوشته‌های اغلب حقوقدانان به چشم نمی‌خورد، در کنوانسیون به عنوان شرط تحقق این جنایت بطور صریح بیان شده است. علت این امر آن است که اگر جنایتی صرفاً در چارچوب سرزمین یک دولت طراحی، سازماندهی و ارتکاب یافته باشد و آثار آن نیز صرفاً متوجه همان دولت باشد، حاکمیت دولت مربوطه اقتضاء می‌کند که آن دولت در قالب تدابیر ملی به نحوی که مصلحت می‌بیند عمل کند و چنین جنایاتی از شمول این کنوانسیون خارج می‌باشند. بدیهی است که چون اکثر نویسندگان به جنایت سازمان‌یافته به طور اطلاق توجه دارند و «فراملی» بودن امری فرعی و ثانوی تلقی می‌گردد، لذا نیازی به آوردن این قید احساس نمی‌کنند.

گفتار دوم

آثار جنایت سازمان یافته فراملی

هر جرمی آثار زیانباری را بر جامعه تحمیل می کند و دقیقاً به خاطر همین آثار است که عملی عنوان مجرمانه به خود می گیرد. به عبارت دیگر، مبنای جرم انگاری و فلسفه وجودی هر جرمی همانا آثار و پیامدهای زیانباری است که از ارتکاب آن عمل ناشی می شود. به منظور درک فلسفه جرم انگاری جنایات سازمان یافته فراملی، باید آثار آن شناخته شود، زیرا همین آثار موجب پیدایش فکر مبارزه بین المللی با این پدیده و نهایتاً ایجاد عزم بین المللی برای تدوین یک کنوانسیون بین المللی گردیده است.

جنایت سازمان یافته فراملی آثار متعددی در ابعاد مختلف از خود بر جای می گذارد. از طرفی ساختار سیاسی حکومت و به طور کلی حاکمیت، دموکراسی و حتی نظم جهانی را مختل می کند که این امر جامعه مدنی و نهادهای آن را تحلیل می برد. تزلزل نهادهای مدنی به نوبه خود موجب بی ثباتی و ضعف حکومت و جامعه در برخورد با جرم و جنایت به طور کلی می گردد. از سوی دیگر، جنایت سازمان یافته بر سیستمهای اقتصادی - اعم از ملی و بین المللی - تأثیر می گذارد. سازمانهای جنایتکارانه فراملی همچنین با تهدید و کشتن روزنامه نگارها و اهل مطبوعات و قاضیان غیرقانونی اشخاص و سوء استفاده از آنها؛ ضمن قربانی گرفتن از افراد جامعه، آزادی بیان و حقوق بشر را نقض می کنند. نفوذ این گروهها به درون سندیکاها و اتحادیه های کارگری حقوق شهروندی کارگران را نقض می کند. همچنین قاضیان غیرقانونی زنان و کودکان و سوء استفاده های جنسی از آنان، علاوه بر نقض حقوق بشر، آثار انسانی و فرهنگی قابل توجهی از خود بر جای می گذارد.

با توجه به این که جنایت سازمان یافته فراملی مصادیق مختلف و متعددی دارد و این امر خود موجب می گردد آثار این جنایت ابعاد مختلف و گسترده ای بیابند، آثار جنایت سازمان یافته در ابعاد مختلف، بعضاً با تأکید بر مصادیق خاص بررسی خواهد شد. برای نمونه، در جرمی مثل تطهیر پول، آثار فرهنگی - انسانی ناچیز است، برعکس در قاچاق و بهره برداری از زنان و کودکان چنین اثری قابل توجه و گسترده است. بنابراین مباحث این گفتار در سه مبحث ۱- آثار سیاسی ۲- آثار اقتصادی و ۳- آثار انسانی - فرهنگی مورد بحث و بررسی قرار می گیرد.

۱- آثار سیاسی

آثار سیاسی جنایت سازمان یافته فراملی هم در بعد ملی و هم در بعد بین المللی حائز اهمیت است که البته این دو بر هم اثر متقابل دارند. نظم سیاسی جهانی زمانی مستحکم تر می شود که اشکال دموکراتیک حکومتها مبتنی بر احترام به حاکمیت قانون و آراء عمومی در میان ملل مختلف گسترش یابد. جنایت سازمان یافته فراملی مستقیماً به رژیمهای دموکراتیک موجود و جوامع و رژیمهای در حال انتقال به سیستم دموکراتیک صدمه می زند. جنایت سازمان یافته از طریق ارتشاء و نفوذ در مأمورین و اخلال در جریان رسیدگی، حاکمیت قانون و مشروعیت حکومت دموکراتیک را زیر سؤال می برد. در جوامعی که دولت از نظر سیاسی در دوره انتقالی به سر می برد و در حال گذار به مردم سالاری است، گروههای مجرمانه با توسل به عناصر خود - که مسؤولیت های کلیدی را در میان قانونگذاران اولیه که مسؤول پیش نویسی و تدوین قوانین هستند، احراز می کنند - دولت مربوط را از بیخ ریشه کن می کنند. حضور و نفوذ آنها در میان ارکان حکومت و نهادهای حکومتی مشروع، استحکام و ثبات

سیاسی حکومت را زائل می‌کند، چرا که اعضای گروههای جنایتکار فقط به تحصیل منافع جنایتکارانه و نامشروع خود می‌اندیشند و دغدغه منافع عموم را ندارند.^{۲۰}

گروههای جنایی سازمان‌یافته فراملی هم در کشورهای دارای دموکراسی پیشرفته و هم در دموکراسی‌های در حال توسعه سعی می‌کنند در مأمورین حکومتی رده بالا هم در کشور متبوع و محل پیدایش خود و هم در کشور محل فعالیت، با دادن رشوه نفوذ کنند. لیکن این گروهها اغلب زمانی موفق‌تر هستند که تلاشهایشان در قلمرو دولت — ملتهایی صورت گیرد که در مرحله انتقالی هستند، چرا که در این کشورها به گونه‌ای که در یک کشور دارای دموکراسی مستحکم و باثبات، نظام حقوقی تحت نظارت است، کنترل وجود ندارد.^{۲۱}

گروههای جنایی سازمان‌یافته فراملی همچنین دولتها را از طریق قاچاق مواد هسته‌ای تهدید می‌کنند. امروزه جهان دیگر نگران درگیری هسته‌ای بین ابرقدرتهای دنیا نمی‌باشد، بلکه تهدید هسته‌ای عمدتاً از قاچاق تسلیحات توسط مرتکبان جنایت سازمان‌یافته که شکل جدید و مرگبار فعالیت غیرقانونی آنان است، نشأت می‌گیرد. قاچاق مواد هسته‌ای ممکن است باعث شود یک کشور یا گروه جنایتکار مستقلاً سلاح هسته‌ای تولید کند و از این طریق قدرت تهدید و اخاذی هسته‌ای پیدا کند.

در گذشته مفهوم دولت جنایتکار در مورد آلمان نازی به کار می‌رفت. امروزه این واژه را می‌توان در مورد دستگاه دولتی که برای پیشبرد اهداف گروههای جنایی سازمان‌یافته مورد استفاده واقع می‌شود، به کار برد. این امر در خصوص کشوری مثل ایتالیا مصداق دارد که در آنجا

20. Louise I. Shelley, *Transnational Organized Crime: An Imminent Threat to the Nation-State?* Journal of International Affairs, Winter 1995, p. 468.

21. Ibid.

بیش از یک قرن سیاست و جنایت با یکدیگر همزیستی می‌کنند. از آقای گیلیو اندراوتی* - که هفت دوره نخست وزیر بود و چهره قدرتمند حزب سوسیال دموکرات پس از جنگ تلقی می‌شد - دو بار به خاطر اتهام همکاری با مافیا سلب مصونیت پارلمانی شده است. آقای بتینو کراگسی** نخست‌وزیر پیش از وی، از حزب سوسیالیست رسماً متهم به دریافت رشوه گردیده است. آثار نفوذ جنایت سازمان‌یافته به داخل دولت ایتالیا این کشور را از ایفای نقش اقتصادی درخور خود در اروپا بازداشته است.^{۲۲}

در کلمبیا رابطه بین حکومت و کارتل‌های قاچاق دارو به اندازه ایتالیا قدمت ندارد، ولی اثر آن بر روی دولت و نهادهای دموکراتیک آن زیانبار بوده است. فرایند مردم‌سالاری و حاکمیت قانون، هم در روند قانونگذاری و هم در اجرای قانون به شدت تحلیل رفته است. زمانی که نیروهای سیاسی توسط گروه‌های جنایتکار سازمان‌یافته تأمین و تغذیه مالی می‌شوند و نمایندگان یا نفوذی‌های این گروه‌ها انتخاب و به پارلمان فرستاده می‌شوند، امکان پیدایش ساختار حقوقی مورد نیاز برای تغییر حاکمیت استبدادی به حاکمیت دموکراتیک کاهش می‌یابد.^{۲۳}

ایتالیا و کلمبیا هر دو دریافته‌اند که به محض این‌که جنایت سازمان‌یافته در داخل دولتی نفوذ کند، دولت قادر به رهانیدن خویش از یوغ این جنایت نخواهد بود؛ حتی اگر منابع عظیم اقتصادی و انسانی سرمایه‌گذاری کرده و با سرکوب شدید و فدا کردن افراد همراه باشد. آثار نفوذ جنایت سازمان‌یافته به بخش دولتی زیانبار است، برای این‌که چنین

*. Giulio Andreotti.

** Bettino Craxi.

22. Shelley, op. cit., p. 469.

23. Ibid.

نفوذی مانع از مبارزه دولت با این گروه‌ها در سرزمین مبدأ آنها می‌شود و بدان وسیله دموکراسی مشروع را تحلیل می‌برد.^{۲۴}

کشورهای در حال توسعه و دموکراسی‌های نوپا بیشتر مورد هدف جنایت سازمان‌یافته فراملی، چه از درون و چه از ورای مرزها، بوده‌اند. به خاطر این که نهادهای اجتماعی این جوامع یا مرحله پیدایش و تکوین خود را سیر می‌کنند و یا جوان و نوپا هستند، زمینه‌ها و فرصت‌های بیشتری در این جوامع برای بروز و جولان مرگبار جنایت سازمان‌یافته وجود دارد. غالباً سیستم‌های عدالت کیفری کشورهای در حال توسعه و کشورهایی که اقتصادشان در حال انتقال است متناسب با شیوه عملیاتی پیشرفته این گروه‌ها نیست. دولتهای در حال انتقال — خواه انتقال سیاسی باشد یا اقتصادی یا هر دو — از نظر آسیب‌پذیری در قبال جنایت سازمان‌یافته وضعیت منحصر به فردی دارند.

به طور کلی وضعیت انتقالی یک کشور، دارای یک یا چند از این اوصاف است: ۱- فروپاشی و استقرار مجدد ساختارهای دولت؛ ۲- تغییرات اساسی در اصول زیربنایی مدیریت اقتصادی؛ ۳- تعریف مجدد اصول و ارزشهایی که بر مبنای آنها جامعه عمل می‌کند؛ ۴- بازنگری در جهت‌گیری روابط با جهان خارج.^{۲۵}

پس از فروپاشی نظم سیاسی و اجتماعی موجود و قبل از بازسازی و استقرار ساختارهای دولتی جدید، نهادهای عمومی قادر به اعمال همان اندازه کنترل اجتماعی که رژیم قبلی اعمال می‌کرد، نیستند. در عین حال

24. Ibid., pp. 467-468.

25. Philip Williams, *Drugs, Crime and States in Transition: The Russian Federation*, unpublished paper prepared for UNDCP International Conference with the Russian Federation, Moscow 16-17 April 1997 Quoted By: M. Cherif Bassiouni and Eduardo Vetere, *Organized Crime: A Compilation of UN Documents 1975-1998*, Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, 1998, p. xiv.

چندین ویژگی اقتصاد در حال انتقال موجب افزایش جنایت سازمان یافته می گردد. این ویژگیها عبارتند از سیر نزولی تولید، تورم یا فوق تورم، رشد بیکاری، ابهامهای اقتصادی جدید و فقدان جایگزینهای اقتصادی مشروع، بویژه در دوره فترت پس از فروپاشی سیستم قدیمی و قبل از دوره کارکرد مؤثر سیستم اقتصادی جدید. نقطه نظرات اجتماعی و فرهنگی، قواعد و هنجارهای سنتی و بویژه محظورات رفتاری نوعاً در دولتهای در حال انتقال سست و کمرنگ می شوند. در نتیجه روابط مستحکم و کنترل اجتماعی جامعه در مبارزه با جنایت سازمان یافته کم اثرتر می شود.^{۲۶}

در مرحله انتقالی انزوای قبلی جای خود را به گشایش جدیدی می دهد که تمایل دولت انتقالی را به ورود در اقتصاد جهانی منعکس می کند. گشایش جدید به منظور تشویق تجارت و سرمایه گذاری خارجی طراحی می شود و برای رشد و توسعه اقتصادی امری اساسی تلقی می گردد. مشکل این است که وقتی مرزها باز می شوند کنترل ورود افراد و اشیاء و تفکیک بین فعالیت بازرگانی مشروع و نامشروع مشکل تر می شود. در نتیجه دولتهای در حال انتقال نفوذ پذیر می شوند.^{۲۷}

امتیازاتی که گروههای جنایتکارانه در جوامع انتقالی از آن برخوردار می شوند؛ به خاطر مبالغ قابل توجه پول در دسترس آنها و توانایی آنها در از بین بردن رقیب از طریق تهدید و خشونت است. سرمایه جمع آوری شده به این گروهها اجازه می دهد که بخشهای اقتصادی خصوصی شده را به قیمتهای خیلی نازلی خریداری کنند درحالی که هیچ گونه کنترلی برای بررسی منابع سرمایه وجود ندارد. از این رو گروههای جنایتکار سازمان یافته خود را مالک بخشهای اقتصادی می بینند

26. Ibid.

27. M. Cherif Bassiouni and Eduardo Vetere, op. cit., p. xiv.

که قبل از این متعلق به بخش عمومی بوده و از طریق آن بخشها کنترل خود را بر اقتصاد ملی افزایش می‌دهند. از طریق برتری اقتصادی آنها می‌توانند روند سیاسی را کنترل کنند و از مسؤولیت کیفری طفره روند. دموکراسیهای در حال پیدایش و دولتهای در حال انتقال از یک مشکل ذاتی رنج می‌برند. بدین معنی که رژیمهای سابق غالباً از نظر اقتصادی فاسد بوده‌اند و در بطن خود گروههای جنایتکار سازمان‌یافته را پرورش داده‌اند که اینک در درون رژیم جدید نیز فعال هستند.

در نظامهای سوسیالیستی، بزهکاری اقتصادی اوصاف خاصی دارد. «در چنین سیستمی بزهکاری شدید اقتصادی (زائیده فقر و جیره‌بندی) اجتناب‌ناپذیر است. این بزهکاری نه فقط ناشی از کارمندانی است که از قدرت اقتصادی خود سوء استفاده می‌کنند، بلکه تمام کسانی که فاقد هرگونه امتیازی هستند و مجبورند کالای مصرفی خود را از بازار سیاه خریداری نمایند در این بزهکاری شریک هستند. بدتر از این، اغلب تولیدات غیرقانونی در داخل کارخانه‌های دولتی تهیه می‌شود».^{۲۸}

ارتکاب جنایت سازمان‌یافته آثار زیانبار ویژه‌ای بر ثبات کشورهای در حال توسعه و دولتهای در حال انتقال دارد؛ جنایت سازمان‌یافته نهادهای اجتماعی را تضعیف می‌کند و موجب می‌شود آنها نتوانند از عهده تنشهای اجتماعی، اخلاقی، فرهنگی و اقتصادی که معمولاً اثر مستقیم بر دموکراسی‌های جدید و کشورهای در حال توسعه دارند، برآیند.^{۲۹}

۲۸. ریموند گسن، جرم‌شناسی نظری، ترجمه دکتر مهدی کی‌نیا، ناشر: مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ اول اردیبهشت ۱۳۷۴، صص ۵۳-۵۲.

29. Ibid., pp. xiv-xvi.

خانم شلی^{۳۰} در سال ۱۹۹۵ می‌نویسد: «جمهوریهای تازه به استقلال رسیده شوروی سابق که فاقد منابع کافی و اراده لازم برای مبارزه با جنایت سازمان یافته می‌باشند و همچنین تجربه فساد مالی و ارتشاء را در حکومت خود نداشته‌اند، حتی بیشتر از ایتالیا و کلمبیا در معرض نفوذ جنایت سازمان یافته هستند».^{۳۱} گذشت زمان به خوبی نشان می‌دهد که تحلیل و پیش بینی این نویسنده چقدر دقیق بوده است، چرا که جمهوریهای استقلال یافته شوروی سابق شدیداً در گیر گروههای جنایتکارانه سازمان یافته می‌باشند.

در سال ۲۰۰۱ در مقاله‌ای از همین نویسنده ذکر شده است: آثار جنایت سازمان یافته در دولتهای انتقالی که مردم آنها در صدد ایجاد دموکراسی، تعیین سرنوشت خود و حاکمیت قانون هستند، مخربتر است. در این مقاله به بررسی دولتهایی که سابقاً بخشی از اتحاد شوروی بودند پرداخته می‌شود که امروزه با اقتصادی راکد، حکومتهایی ضعیف در اجرای قانون و مبارزه با فساد، دست به گریبان هستند.

جنایت سازمان یافته در دولتهای تازه به استقلال رسیده شوروی سابق، با شدت و وسعت عملیاتی غیر قابل قیاس با دیگر گروههای جنایی سازمان یافته در صحنه بین‌المللی پیدایش یافته است. در این دولتها تعداد گروههای جنایتکار بالغ بر هزاران مورد است. ساختار تشکیلاتی این گروهها به صورت شبکه‌ای است که اغلب از خشونت به عنوان بخشی از راهبرد کاری خود استفاده می‌کنند. برخلاف سندیکاها و جنایی سایر کشورها که هر کدام به کالاهای و خدمات خاصی اختصاص یافته‌اند، جنایت سازمان یافته در این دولتها مجموعه گسترده‌ای از فعالیتهای غیرقانونی را

۳۰. پروفیسور شلی (Shelley) مدیر آمریکایی مرکز جنایت سازمان یافته و فساد و از سرشناس‌ترین چهره‌های علمی در خصوص جنایت سازمان یافته فراملی می‌باشد.

31. Shelley, op. cit., p. 470.

شامل می‌شود. گروههای جنایتکار عمیقاً در اقتصاد مشروع، از جمله خیلی از شرکتهایی که سابقاً متعلق به دولت بوده‌اند و سپس به بخش خصوصی واگذار شده‌اند، نفوذ کرده‌اند.^{۳۲}

جنایت سازمان‌یافته هم دموکراسی را - که عبارت از کنترل مردمی به اضافه تساوی سیاسی می‌باشد - و هم امنیت را تهدید می‌کند و به تبع آن اقتصاد نیز تهدید می‌شود. برای «امنیت» ابعاد مختلفی قائل شده‌اند: ۱- امنیت فردی در قبال بی‌قانونی و ظلم حکومتی؛ ۲- امنیت گروهی برای اقلیتها و اکثریتها و حمایت در قبال تبعیض، شبیه سازی اجباری، اخراج یا امحاء (نابودسازی) و ۳- امنیت دولتی، یعنی کشور دموکراتیک از تعرض خارجی، سرنگونی، تروریسم یا اشکال دیگر تهدید به حاکمیتش احساس امن بودن کند.^{۳۳}

علاوه بر امنیت اقتصادی که مورد نظر نویسنده نبوده، جنایت سازمان‌یافته قطعاً دموکراسی، امنیت فردی و امنیت دولتی را تهدید می‌کند. باید به این موضوع اشاره داشت که جنایت سازمان‌یافته فراملی از یک طرف و حاکمیت، دموکراسی، امنیت و حکومت قانون از طرف دیگر، اثر متقابل بر یکدیگر دارند. یعنی همانطور که ارتکاب جنایت سازمان‌یافته اصول فوق را به مخاطره می‌افکند، تحقق و برقراری حاکمیت قانون و برقراری دموکراسی و امنیت در سرزمین دولتی واجد اقتدار و حاکمیت می‌تواند ریشه جنایت سازمان را خشک کند، ولی از آنجایی که بسیاری از گروههای جنایتکار در کشورهای مختلف ریشه دوانیده‌اند، یک کشور به تنهایی قادر به ریشه‌کنی کامل این جنایت نمی‌باشد و ضرورت

32. Louise Shelley, *Crime Victimized Both Society and Democracy*, E-Journal of the U.S. Department of State (2001). <http://usinfo.state.gov/journals/itgic/0801/ijge/gi06.html>.

33. Janusz Bugajski, *Democracy, Economy and Security*. www.csis.org/ee/research.

عزم بین‌المللی برای مبارزه با آن هویدا می‌شود و مسأله جهانی‌شدن نیز با این مبحث پیوند می‌خورد.

در کنفرانس امضائی پالرمو در ۱۲ دسامبر ۲۰۰۰ که سمپوزیوم ملل متحد تحت عنوان «مسائل حاکمیت و جهانی بودن در زمینه حاکمیت قانون در دهکده جهانی» برگزار شد، وزیر دادگستری ایتالیا در جلسه افتتاحیه اظهار داشت: مشروعیت و امنیت باید در سطح بین‌المللی مطرح شود تا در بستر جهانی شدن تضمین گردد. وی تأکید کرد که مسأله حاکمیت و جهانی شدن هم امری راهبردی و هم تعیین‌کننده است. این مسأله از زاویه امنیت و مشروعیت امری حیاتی می‌باشد. قبلاً مشروعیت در مرزهای ملی خاتمه می‌یافت ولی امروزه وضعیت دگرگون شده است. جهانی شدن بر اختلافات و مرزها غلبه یافته است و امنیت و مشروعیت باید در بستر جدید ارزیابی شود. نامبرده تأکید نمود که در سالهای اخیر روند اجرای اسناد بین‌المللی رو به فزونی است. این خود نشان می‌دهد که حاکمیت نقش کلیدی دارد. امضای یک معاهده بین‌المللی به منزله اقدام به پذیرش یک حاکمیت خارجی است که در امور داخلی نفوذ کرده است. برای مثال، پذیرش یک دیوان بین‌المللی به معنی پذیرش صلاحیت خارجی است.^{۳۴}

نماینده مدیر اجرایی اداره کنترل دارو و پیشگیری از جرم ملل متحد در ۱۳ دسامبر ۲۰۰۰ اظهار داشت که این کنفرانس در توسعه اسناد بین‌المللی برای مبارزه با جنایت سازمان‌یافته فراملی بر نکته مهمی تأکید نموده است. در امضاء کنوانسیون، نقطه اتکاء جامعه بین‌المللی مفهوم

34. UN. DOC. L/T/4351 (ISSUES OF SOVEREIGNTY AND UNIVERSALITY IN CONTEXT OF RULE OF LAW IN GLOBAL VILLAGE DISCUSSED AT UN CONFERENCE SYMPOSIUM).

امنیت بشری - ماهیت آن و چگونگی اعتلاء بخشیدن به آن و حفظ آن در مقابل دشمنان - بود.^{۳۵}

وی اذعان داشت که حاکمیت قانون در یک جامعه قوی و سالم توازنی بین حقوق و آزادیهای شخص از یک سو و منافع جامعه بطور کلی از سوی دیگر ایجاد می کند. حاکمیت قانون، اصل وجود یک قانون برای همه را بدون آن که کسی بر قانون برتری داشته باشد، بیان می کند. در چنین جوی اصول دموکراسی اجرا می شود و شرایط امنیت بشری تأمین می گردد.

اگر دولتی تحت حاکمیت قانون باشد و بتواند با آرامش و به طور سنجیده بدون انحراف از جهت دموکراتیک به چالشهای امنیتی خارجی پاسخ دهد، آن وقت می توان چنین دولت - ملتی را قوی نامید. جهانی متشکل از دولت - ملتهای واجد اقتدار واقعی مطلوب است و برپا داشتن «کنوانسیون نوپا و پروتکلهای آن» به عهده چنین دولتهایی است.^{۳۶}

وی تأکید کرد که اصول حاکمیت و جهانی شدن می توانند برای حمایت از بشر در مقابل خفت و خواری بسیج شوند.^{۳۷}

رئیس کمیته علمی کنفرانس ابراز نمود که حاکمیت و جهانی شدن نباید به عنوان دو مفهوم مخالف هم تلقی شوند، بلکه آنها را باید در کنار هم دید که حاکمیت دولت با نیاز مطلق به جبهه مشترک جامعه بین المللی برای مبارزه با جنایت در یک ردیف قرار گرفته اند.^{۳۸}

35. Ibid.

36. Ibid.

37. Ibid.

38. Ibid.

۲- آثار اقتصادی

ارتکاب جرم و وضعیت اقتصادی هر جامعه‌ای با هم ارتباط تنگاتنگ داشته و تأثیر متقابلی بر روی هم می‌گذارند. به این معنی که میزان رشد اقتصادی و رشد بیکاری بر میزان و نوع جرایم ارتكابی در هر جامعه تأثیر می‌گذارد و ارتکاب جرم نیز متقابلاً ممکن است بر ساختار اقتصادی و میزان رشد و توسعه اقتصادی تأثیر گذار باشد. لیکن در این مبحث فقط به تأثیر جنایت سازمان‌یافته بر اقتصاد پرداخته و برای مطالعه تأثیر متقابل اقتصاد بر ارتکاب جرم و همچنین تأثیر ارتکاب سایر جرایم بر وضعیت و ساختار اقتصادی می‌توان به سایر منابع مراجعه کرد.^{۳۹}

درآمدهای زیاد گروه‌های جنایتکارانه سازمان‌یافته که از ارتکاب جرم حاصل می‌شود و در بازارهای جهانی تطهیر می‌شود، امنیت سیستم مالی و اقتصادی جهانی را تهدید می‌کند. با اشتغال جنایتکاران سازمان‌یافته فراملی به جاسوسی صنعتی و فن‌آوری، قدرت رقابت بازرگانی مشروع به شدت کاهش می‌یابد.

ارتشاء و سایر فعالیت‌های جنایی سازمان‌یافته، مانع از سرمایه‌گذاری خارجی می‌شوند که این امر نیز به نوبه خویش رشد اقتصادی را کاهش می‌دهد و دولت را از درآمدهایی که برای بازسازی زیر ساختها و پیدایش فرصت‌های جدید اقتصادی نیاز دارد، محروم می‌کند. میلیاردها دلار از اموال و سرمایه‌های کشور در ورای مرزها تطهیر می‌شوند و دولت از سرمایه لازم حتی برای پرداخت حقوق و مزایای کارکنان خود عاجز می‌گردد. بسیاری از سرمایه‌گذاران احتمالی احساس می‌کنند کشورهایی که جنایت سازمان‌یافته در سرزمین آنها کمتر وجود دارد، برای سرمایه‌گذاری و حفظ

39. See Eli Lehrer, *Crime & the Economy: What Connection?* <http://www.heritage.org/views/2000/ed11500c.html>.

دارایی بسیار مناسب‌تر هستند. برای کسانی هم که در چنین کشورهایی سرمایه‌گذاری می‌کنند، انطباق با رشاء و ارتشاء یکی از فنون اساسی است که باید هرچه زودتر اقدام و خود را به این فن تجهیز کنند. این در شرایطی است که قوانین ملی اعمال مختلف و متعددی - از جمله رشوه - را جرم تلقی می‌کنند لیکن این قوانین در کشورهای مربوطه خیلی پیش پا افتاده و غیرعملی تلقی می‌شوند. انحراف روند خصوصی سازی در دولتهای جانشین شوروی سابق توسط جنایت سازمان‌یافته و مأمورین مرتشی، منجر به دو قطبی شدن این جوامع شده است. بدین صورت، به جای پیدایش و گسترش طبقه متوسط، یک اقلیت بسیار ثروتمند و یک طبقه بسیار فقیر که شامل اکثریت جمعیت می‌شود، به وجود آمده‌اند. بویژه این وضعیت در این کشورها که قبلاً از ایدئولوژی تساوی اجتماعی افراد پیروی می‌کردند بیشتر غیرقابل تحمل می‌نماید. اگرچه نابرابری اقتصادی در تمام دوران حکومت شوروی وجود داشت لیکن حداقل شکل پنهانی داشت و مثل سرمایه داران جدید کسی تظاهر به ثروتمندی و برتری اقتصادی و مالی خویش نمی‌کرد.^{۴۰}

فساد مالی در فلج کردن اقتصاد هر کشوری نقش غیر قابل انکاری دارد و مانع از توسعه اقتصادی می‌گردد. همچنین فساد مالی و ارتشاء منجر به تولید هزینه‌های خارجی به شکل «مالیاته‌ای افزوده» می‌گردد که عمده‌تاً بر دوش اقتصاد ملی سنگینی می‌کند. این امر تخصیص کافی اعتبارات مالی به توسعه اقتصادی مورد نیاز را خصوصاً در کشورهای در حال توسعه به شدت با بحران مواجه می‌کند.^{۴۱}

40. Shelley, *Crime...*, op. cit.

41. TENTH UNITED NATIONS CONGRESS ON THE PREVENTION OF CRIME AND THE TREATMENT OF OFFENDERS, VIENNA, 10-17 APRIL 2000, UN.Doc. A/CONF.187/9. p. 5.

در تجارت بین‌المللی، فساد - بویژه به شکل ارتشاء - به عنوان یک مانع اساسی در امر تجارت و سرمایه‌گذاری تلقی می‌شود. جامعه فاسد به سرمایه‌گذاران جهانی محیطی ناتوان را برای سرمایه‌گذاری ارائه می‌کند. سرمایه‌گذارانی که قصد سرمایه‌گذاری برای یک دوره دراز مدت به منظور عمران و توسعه اقتصادی را دارند از سرمایه‌گذاری در چنین محیطی مأیوس می‌شوند؛ در عوض آنهایی که در جستجوی منافع سریع مضاعف هرچند با پذیرش برخی مخاطرات احتمالی هستند، بیشتر رغبت به سرمایه‌گذاری در چنین محیطی را نشان می‌دهند.^{۴۲}

این امر نیز متقابلاً آثار زیانبار فساد مالی را بر اقتصاد رو به رشد جهانی افزایش می‌دهد. به تجربه ثابت شده است کشورهایی که سرمایه‌گذاری خارجی کمتری جذب می‌کنند از رشد اقتصادی کمتری برخوردارند.^{۴۳}

فساد مالی چه در بخش عمومی و چه در بخش خصوصی، چه در سطح گسترده و چه در سطح محدود تجارت آزاد را با مشکل رو به رو می‌کند، رقابت سالم را به بیراهه می‌کشد و ثباتی را که سیستم بازار آزاد بر محور آن می‌چرخد، تحلیل می‌برد.^{۴۴}

شرکتهای بازرگانی ممکن است برای کنار زدن موانع تجاری موجود و کاهش تعرفه‌های ملی و سرعت بخشیدن به تجارت بین‌المللی به پرداخت رشوه متوسل شوند. چنین اقدامی نهایتاً موقعیت دولت را تضعیف می‌کند،

42. Ibid., p. 6.

43. Paulo Mauro, *The Effects of Corruption on Growth, Investment, and Government Expenditure*, A Cross-Country Analysis: Corruption and the Global Economy, Kimberly Ann Elliot ed, Washington, D.C., Institute for International Economics, (1996), pp. 83-107.

44. See S. Bially, *International Business Community Foster Ethical Behavior*, Public Management Forum, vol. II, No. 5, (1996), Quoted in UN.Doc. A/CONF.187/9, (2000), p. 6.

درآمد حکومت را کاهش می‌دهد و الگوها و استانداردهای زیست محیطی و بهداشتی را نیز به مخاطره می‌افکند.^{۴۵}

فساد مالی گسترده، اعتماد به حکومت و نهادهای حکومتی را مخدوش می‌کند. در نتیجه یک فرهنگ منفی بوجود می‌آید که هرکس فقط به موفقیت شخصی خود و منافع کوتاه مدت می‌اندیشد. حاکمیت فساد مالی منجر به ناکارآمد شدن ضمانت اجراها و مجازاتهای کیفری می‌گردد، چرا که کسانی با توسل به ارتشاء از چنگال عدالت می‌گریزند و اثر مجازات نسبت به سایرین که حتی چنین توانی را ندارند کارآیی خود را از دست می‌دهد و این امر خود منجر به رشد جنایت سازمان‌یافته و سایر جرایمی که سیستم اقتصادی را به مخاطره می‌اندازند، می‌شود.^{۴۶}

وقتی کارکنان دولت ابزارهایی را که دولت برای تأثیرگذاری بر اقتصاد و اصلاح نارسایی‌های بازار خصوصی در اختیار دارد، به نفع خود به کار می‌گیرند، در واقع به قدرت دولت لطمه می‌زنند و توان دولت برای نقش مطلوب و اصلاحی را کاهش می‌دهند. می‌توان گفت که در این حالت شاهد نوعی خصوصی سازی دولت هستیم که در جریان آن، قدرت دولت به بازار انتقال نمی‌یابد، بلکه به کارکنان دولت و بوروکراتها می‌رسد. این امر در نهایت به عملکرد بازار نیز لطمه می‌زند.^{۴۷}

با فرض این که سیاست‌های دولت تابع معیارهای سنتی اعمال حکومتی باشد، فساد باعث خدشه دار شدن و انحراف نتایج کار به طرق متعدد می‌شود.

45. UN.Doc. A/CONF.187/9, (2000), p. 6.

46. Ibid.

۴۷. ویتو تانزی، مسئله فساد، فعالیتهای دولتی و بازار آزاد، ترجمه دکتر بهمن آقایی، مجله اقتصادی - سیاسی، شماره ۱۵۰ - ۱۴۹، بهمن - اسفند ۱۳۷۸، ص ۱۸۴.

فساد از راههای زیر باعث اخلاص در نقش دولت در زمینه تخصیص منابع می‌شود:

– نشان دادن نرمش نسبت به مالیات دهندگان، زیرا رفتارهای خاصی از سوی بازرسان مالیاتی باعث می‌شود که دیون مالیاتی کاهش یابد. نظام قانونی مالیات‌ها طوری تنظیم می‌شود که حالت بیطرفانه داشته باشد ولی فساد نه تنها میزان مالیات‌های وصولی توسط دولت را کاهش می‌دهد، بلکه بیطرفی نظام مالیاتی را از طریق دادن امتیازهای رقابتی به برخی از تولیدکنندگان در مقابل دیگران، از بین می‌برد. چیزی که در این میان لطمه می‌بیند، عملکرد صحیح بازار است.

– از طریق اعمال خودسرانه (برخلاف اصل فاصله) قوانین و مقررات و در نتیجه اعطای امتیاز به برخی افراد در مقایسه با دیگران. این امر بخصوص در اعطای مجوزهای وارداتی، اعتبارات یارانه‌ای، مجوزهای منطقه‌ای و مجوزهای مربوط به انواع فعالیتهای اقتصادی مهم است. برای نمونه، چنانچه این ابزارها برای کمک به «صنایع نوپا» طرح‌ریزی شده باشد ولی در عمل به نفع صنایع دیگر به کار گرفته شود، نقش اصلاحی دولت مختل می‌شود و کارکرد بازار نیز صدمه می‌بیند.

– از طریق واگذار کردن کارهای دولتی یا خریدها و قراردادهای سرمایه‌گذاری که در آنها پیروزی در رقابت، ناشی از توان انجام کار با حداقل هزینه نیست، بلکه نتیجه وجود برخی روابط و پرداخت رشوه است.

– از طریق استخدام و ترفیع خودسرانه افراد برخلاف معیارهای عادلانه و عینی. انتخاب این گونه افراد نه تنها کیفیت تصمیم‌گیری را پایین می‌آورد بلکه با افزایش شدت تکرار اشتباهات و نیز دلسرد کردن افراد لایقی که روابط مربوطه را ندارند و احساس می‌کنند شانسی برای آنها نیست، به اقتصاد لطمه می‌زند. در جوامعی که به نظر می‌رسد بهترین مشاغل

در بخش دولتی است و در عین حال مشاغل به صورت نامناسب به افراد دارای روابط خاص می‌رسد، انگیزه فعالیت تحصیلی جدی در مدارس و کسب مدارج بالاتر آموزشی برای کسانی که روابط ندارند کاهش می‌یابد و در نتیجه رشد بالقوه اقتصاد نقصان می‌گیرد. در این حالت بازار کار هم مختل می‌شود.

– برخی افراد سعی می‌کنند مشاغل خاصی را به دست آورند نه به این دلیل که در آن مشاغل دارای توانمندی خاص یا استعداد مولد هستند، بلکه از آن جهت که امکان کسب سود بیشتری دارند. چنین مشاغلی باعث ترویج فساد است. چنانچه حقوق رسمی تا حدود زیادی با کل درآمدی که از موقعیتی خاص حاصل می‌شود فاصله داشته باشد، نقش مهمی در جلب افراد به مشاغل خاص ایفاء نمی‌کند. برای نمونه در کشورهای آسیای جنوب شرقی، شمار افرادی که در امتحانات مربوط به استخدام بازررس مالیات بر درآمد شرکت می‌کنند سخت افزایش یافته است، گرچه این شغل حقوق رسمی چندانی ندارد، اما تعداد داوطلبان مشاغل در وزارت خارجه که ظاهراً حقوق بالایی دارد کاهش یافته است. علت این است که داوطلبان مزبور احساس کرده‌اند شغل بازررس مالیاتی گرچه حقوقش کم است ولی درآمد اضافی قابل توجهی دارد. همچنین گزارشها حاکی از آن است که در برخی کشورها، مشاغلی که در آنها امکان دریافت وجوه کلان وجود دارد فروخته می‌شود یا توسط کسانی که قدرت اعطای چنین مسؤولیت‌هایی را دارند به حراج گذاشته می‌شود. بامول (۱۹۹۰) و نیز مورفی شیل فروویشینی (۱۹۹۱) هریک جداگانه استدلال کرده‌اند که در هر جامعه، افرادی با مهارت‌های چشمگیر مدیریتی که در عین حال بطور بالقوه قادرند بیشترین کمک را به رشد جامعه بنمایند، به سوی فعالیت‌هایی جذب می‌شوند که بیشترین بازده را دارد، خواه این فعالیت‌ها مولد باشد یا

صرفاً درآمد زیادی داشته باشد. اگر فساد باعث شود که افراد بیشتری به دنبال مشاغل دسته دوم بروند، عملکرد اقتصاد کشور در این میانه بازنده اصلی خواهد بود.^{۴۸}

فساد از طرق مختلف باعث اخلال در نقش توزیعی دولت می‌شود. اگر افراد برخوردار از رابطه‌های خوب بهترین مشاغل را بگیرند و سودآورترین قراردادهای دولتی را به دست آورند و از اعتبارات یارانه‌ای و ارز خارجی با نرخ ترجیحی و امثالهم برخوردار شوند و در عین حال مالیات خودشان را با دادن رشوه کم کنند، احتمال اندکی وجود دارد که فعالیتهای دولت منجر به بهبود امر توزیع درآمدها و ایجاد مساوات در نظام اقتصادی شود.

بالاخره باید گفت که فساد از هر لحاظ به نقش ثبات دهنده دولت لطمه می‌زند، زیرا این امر (ایجاد ثبات) مستلزم آن است که در غالب موارد، کسر مالی کاهش یابد. فساد به احتمال قوی باعث افزایش هزینه‌های دولت می‌شود. برای نمونه تخصیص مزایای از کار افتادگی به افرادی که واقعاً ناتوان نیستند، پرداخت مزایای شغلی به کسانی که کار نمی‌کنند و اعطای قراردادهای دولتی به افرادی که رشوه می‌دهند هزینه‌های دولت را بالا می‌برد. افزایش سرمایه‌گذاری غیرمولد اغلب توسط کسانی تشویق می‌شود که روی پروژه‌های سرمایه‌گذاری، «کمسیون» می‌گیرند. همچنین فساد از طریق راههای متعدد دیگری به تصمیمات مربوط به نحوه صرف هزینه‌ها لطمه می‌زند و باعث افزایش هزینه دولت در مقایسه با دستاوردهای آن می‌شود. وقتی مالیاتها پرداخت نشود یا به مسیرهای دیگری افتد، درآمد دولت پایین می‌آید. در برخی کشورهای در حال توسعه فشار مالیات مؤثر (یعنی نسبت کل پرداخت‌های مالیاتی به

۴۸. همان، صص ۱۸۵-۱۸۴.

درآمد ملی) بسیار بالاتر از فشار مالیات رسمی است چون مقداری از مالیاتها از جیب بازرسان مالیاتی سردر می‌آورد.^{۴۹}

جنایات سازمان‌یافته فراملی، به خاطر مصادیق مختلف خود، علاوه بر آثار سیاسی و اقتصادی، آثار اجتماعی قابل توجهی نیز از خود بر جای می‌گذارند که ذیلاً به بررسی آن می‌پردازیم.

۳- آثار انسانی - فرهنگی

آثار اجتماعی جنایت سازمان‌یافته که شامل آثار انسانی و فرهنگی می‌شود کمتر مورد توجه نویسندگان و دولتمردان قرار گرفته است. شاید مهمترین بازتاب این آثار را بتوان در خشونت، قاچاق مواد مخدر، قمار، فحشا و گسترش بیماری ایدز (AIDS) که همگی تأثیر مستقیم و انکارناپذیر بر روی زندگی افراد و کیفیت آن دارند، ملاحظه کرد. گروههای جنایی بین‌المللی نه تنها این بازارهای غیرقانونی را به جریان می‌اندازند، بلکه زنان و کودکان را به فحشا و می‌دارند و به منظور رونق بازار مواد مخدر خود، وابستگی و اعتیاد به مواد مخدر را در میان میلیونها نفر گسترش می‌دهند.^{۵۰}

به علاوه، کنترل بازارهای غیرقانونی توسط جنایتکاران سازمان‌یافته بین‌المللی تأثیر اساسی در بی‌ثباتی و تضعیف وضعیت اقتصادی کل جامعه دارد که این امر بر کیفیت زندگی تمام افراد جامعه حتی آنهایی که در بازار کالاها و خدمات غیرقانونی هیچ دخالت و مشارکت مستقیمی ندارند، آثار مهمی از خود برجای می‌گذارند. فعالیتهای اقتصادی غیرقانونی، اخذ مال به عنف و تحصیل امتیاز انحصاری بازارها، هزینه کالاها را برای

۴۹. همان.

50. Shelley, Transnational ..., p. 471.

مصرف کننده افزایش می دهد و در نتیجه شهروندان می بایست هزینه های سنگین تری را برای غذا، مسکن، خدمات دارویی و... بپردازند.^{۵۱}

ترویج اعتیاد میان افراد جامعه بویژه جوانان و گسترش فحشا حتی در میان کودکان و نوجوانان، آثار اخلاقی انکارناپذیری از خود به جا می گذارد و حتی در کیفیت تحصیل و آموزش آثار زیانباری دارد. قاچاق آثار فرهنگی ملل مختلف و تحصیل، صید (مثل صید غیرمجاز خاویار) و قاچاق گونه های نایاب، این گونه ها را برخی اوقات در معرض انقراض قرار می دهد. حفظ گونه های کمیاب و نایاب در طبیعت و محیط زیست برای آیندگان و حق نامبردگان برای دیدن و استفاده از این گونه ها یکی از حقوق بشری محسوب می گردد.^{۵۲} بنابراین انقراض و در معرض تهدید قرار دادن این گونه ها ناقض حقوق بشر نسل های آینده نیز می باشد.

حمل و نقل و قاچاق اتباع خارجی ارزش و کرامت بشری را هم در دولت مبدأ و هم در دولت مقصد تهدید می کند. افزایش فحشای بین المللی و حلقه های تصاویر مستهجن جنسی، آثار اجتماعی و بهداشتی شدیدی برجای می گذارد. تجارت غیرقانونی الوار و قاچاق گونه های نادر و ضایعات هسته ای تا به حال نیز صدمه شدیدی به محیط زیست جهانی وارد نموده است.^{۵۳}

سالانه صدها هزار نفر زن و مرد و کودک بطور غیرقانونی در دنیا قاچاق می شوند و سپس به ارتکاب انواع جنایات واداشته می شوند و شاید تصور می شود که این افراد به طور اختیاری به ارتکاب جرم روی آورده اند تا از فقر بگریزند. این افراد غالباً مورد بهره برداری اقتصادی، جنسی و

51. Ibid.

۵۲. دکتر اردشیر امیر ارجمند، تقریرات درس حقوق محیط زیست، دوره دکترای حقوق بین الملل، دانشکده علوم انسانی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات، نیمسال اول تحصیلی ۱۳۷۹-۱۳۷۸.

53. Shelley, Crime..., op. cit.

جسمی قرار می گیرند. آنان مبالغ قابل توجهی پول برای ارسال به کشور دیگری می پردازند بی آن که اطلاعات صحیحی از وضعیت آتی خود در کشور مقصد داشته باشند. در نهایت، مجبور به فحشا یا ارتکاب اعمال جنایی دیگر در کشور مقصد می شوند.^{۵۴}

در ایالات متحده آمریکا حداقل ۱۰۰۰۰۰ نفر مهاجر به فحشا اشتغال دارند و حسب گزارش جهانی ملل متحد که اخیراً انتشار یافته ۴۰۰۰۰ تا ۵۰۰۰۰ زن تایلندی در ژاپن به فحشا اشتغال دارند، و نیز تعداد افرادی که به طور غیرقانونی در کشورهای اتحادیه اروپا به فحشا به عنوان حرفه مشغول هستند از ۲۰۰۰۰۰ تا ۵۰۰۰۰۰ نفر تخمین زده می شود که دو سوم از این تعداد از کشورهای اروپای شرقی و یک سوم دیگر از سایر کشورهای در حال توسعه به اروپا قاچاق شده اند. از زمان خاتمه جنگ سرد و گشایش مرزها، قاچاق اشخاص گسترش و افزایش یافته است.^{۵۵}

برده داری اقتصادی و جنسی امروزه یک صنعت جهانی بسیار پُرمنفعتی محسوب می شود که توسط سازمانهای جنایتکارانه قدرتمندی مثل یاکوزا، تریاد و مافیا اداره می شوند. این گروهها سالانه مبلغی بالغ بر ۷ میلیارد دلار از این طریق تحصیل می کنند و در عین حال شبکه های خود را هم در کشورهای در حال توسعه و هم در کشورهای توسعه یافته گسترش می دهند. زنان و نوجوانان غالباً از طریق آگهی استخدام در مشاغل داخلی کشور خارجی اغفال شده و سپس متوجه می شوند که از طریق آلبوم های حاوی عکس آنان، خرید و فروش شده اند. به محض این که به بردگی گرفته می شوند، غالباً مورد ضرب و شتم و زنای به عنف واقع می شوند و سپس توسط مالک اولی به بعدی و یا به صاحب فاحشه خانه فروخته

54. Trafficking in Persons: The New Protocol, <http://www.odccp.org/trafficking-protocol-background.html>.

55. Ibid.

می‌شوند و اغلب تا ۱۸ ساعت در روز کار می‌کنند. آنها خود را در چنگ صاحب یک مرکز فحشا می‌بینند که در بسیاری از موارد ورود و اقامتشان در کشور مقصد غیرقانونی است و هیچ‌گونه گذرنامه یا کارت شناسایی ندارند. ضمن این که هیچ مبلغی برای اداره زندگی خود ندارند، با قرض‌های کمرشکنی هم مواجه هستند که از بابت هزینه سفر و اقامت باید بپردازند.^{۵۶} زنان آسیایی در ایالات متحده و ژاپن به قیمت ۲۰۰۰۰ دلار به مالکین مراکز فحشا فروخته می‌شوند. حتی در بلژیک یک قاچاقچی، زنان آفریقایی را از آفریقا به این کشور قاچاق نموده و به قیمت ۸۰۰۰ دلار می‌فروخته است. زنان روسیه‌ای شاغل در مراکز فحشای آلمان حدود ۷۵۰۰ دلار در آمد ماهیانه دارند که از این مبلغ حداقل ۷۰۰۰ دلار را صاحب مرکز فحشا برداشت می‌کند.^{۵۷}

در اجلاسی که در ۲۰ دسامبر ۲۰۰۱ در داکار (پایتخت سنگال) بین ۱۵ کشور آفریقایی موسوم به اکوواس^{۵۸} (جامعه اقتصادی دولتهای آفریقایی غربی) در زمینه مبارزه با قاچاق انسان برگزار گردید، اشاره شد که دو نوع قاچاق انسان در این مناطق بیشتر رواج دارد: الف) قاچاق کودکان برای واداشتن به کار اجباری خصوصاً کار در مزارع؛ ب) قاچاق زنان و کودکان به منظور بهره برداری جنسی. قربانیان این جنایات آسیب پذیرترین افراد و اقشار جامعه یعنی زنان، کودکان، فقرا و افراد تحصیل نکرده و یا کمتر تحصیل کرده می‌باشند. این افراد به راحتی فریب

56. Ibid.

57. Ibid.

58. ECOWAS.

قاچاقچیان را می‌خورند که وعده کار پرمفعت در ورای مرزها را به آنها می‌دهند.^{۵۹}

روشن است که همه این موارد بیانگر تهدید و نقض حق حیات و سایر حقوق بشری و انسانی می‌باشد. افراد بشری بی‌آن که اراده و تقصیری داشته باشند طعمه قاچاقچیان شده و انواع هتک حرمتها به آنها روا داشته می‌شود.

جنایتکاران سازمان‌یافته برای برداشتن موانع موجود بر سر راه فعالیت خود از ارتکاب هیچ جنایتی دریغ نمی‌کنند. چنانچه روزنامه نگاران و نویسندگان با افشاگری و تنویر افکار درصدد مقابله با ارتکاب جنایات سازمان‌یافته برآیند، گروههای جنایتکار درصدد حذف فیزیکی این افراد بر می‌آیند. این امر هم حق حیات افراد را زایل می‌کند، هم حق آزادی بیان و آزادی مطبوعات را تهدید می‌کند و نیز با ایجاد جو رعب و وحشت، امنیت جامعه را به مخاطره می‌افکند.

سرقت مالکیت معنوی افراد و نادیده گرفتن حق پدید آورندگان نیز آثار فرهنگی غیر قابل انکاری از خود به جا می‌گذارد، کما این که ارتکاب قتل‌های قراردادی و قاچاق اعضای انسانها آثار انسانی فجیعی دارند.

59. United Nations Information Service, <http://www.undcp.org/gress-release-2001-12-20-2.html>.

نتیجه گیری

جنایات سازمان یافته فراملی اعمال مجرمانه مختلفی را شامل می شود که توسط گروه های جنایتکارانه متشکل از بیش از دو نفر، با اعمال نفوذ در ارکان حکومت، از طریق ارتشاء یا خشونت و قتل، معمولاً با سازماندهی خاص و به قصد تحصیل منافع مالی یا مادی ارتکاب می یابند. به موجب کنوانسیون پالمو، علاوه بر موارد فوق، جنایت ارتكابی باید ماهیتاً فراملی باشد و فعالیت گروه برای مدتی استمرار داشته باشد.

باید تأکید داشت که آثار مختلف جنایت سازمان یافته با یکدیگر ارتباط کامل داشته و بر هم اثر متقابل می گذارند. به عبارت دیگر، آثار مختلف این جنایت در فلج نمودن ساختارهای جامعه دست به دست هم داده، اثر متقابل بر هم گذاشته و یکدیگر را تکمیل می کنند.

فساد مالی فراگیر و نفوذ جنایت سازمان یافته در فرایند سیاسی، مانع از توسعه و تحقق قوانین جدید مورد نیاز برای پی ریزی یک اقتصاد دموکراتیک مبتنی بر بازار آزاد می شود. وجود مقامات مالیاتی که پیوسته رشوه می گیرند و ارتباطات پیدا و پنهان کارکنان دولت با گروه های جنایتکار بین المللی، دولت را از بودجه های مورد نیاز برای توسعه اقتصادی و سیاسی محروم می کند. نتیجه آن می شود که تعداد زیاد و حتی اکثریت قاطع شهروندان اعتماد خود را به استقلال و توانایی نظام قضایی و همچنین توانایی دولت به انجام تعهدات اساسی خود از جمله پرداخت حقوق کارکنان و بازنشستگان و مراقبت بهداشتی، از دست می دهند.^{۶۰}

یکی از صاحب نظران به درستی و به نحو اختصار رابطه بین دموکراسی، اقتصاد و امنیت را این گونه ترسیم می کند: اولاً بدون دموکراسی، اقتصاد را کد می ماند و پویایی خود را از دست می دهد؛ ثانیاً

60. Trafficking in Persons: The New Protocol, *op. cit.*

بدون اقتصادی پویا و رو به رشد، دموکراسی تهدید می‌شود؛ و ثالثاً بدون امنیت نه دموکراسی کارآمد تأمین می‌گردد و نه اقتصادی کارآمد تضمین می‌شود. لذا این سه عامل یکدیگر را باید تقویت کنند نه تضعیف.^{۶۱} جنایت سازمان‌یافته هر سه را مختل می‌کند.

هیچ شکل حکومتی وجود ندارد که مصون از پیدایش و توسعه جنایت سازمان‌یافته فراملی باشد و هیچ سیستم حقوقی وجود ندارد که به طور کامل بتواند رشد این جنایت را کنترل کند و هیچ سیستم اقتصادی وجود ندارد که مصون و ایمن در قبال وسوسه برخورداری بیشتر از منافع این جرم در مقایسه با فعالیت مشروع باشد.^{۶۲} بدین ترتیب، اگر جنایت سازمان‌یافته فراملی ریشه‌کن نشود، آثار زیانبار آن در زمینه‌های سیاسی و اقتصادی منجر به فروپاشی مردم‌سالاری و شکوفایی اقتصاد رسمی خواهد شد.

در حقوق داخلی ما قوانین مناسبی که بتواند در پیشگیری و مبارزه با این جنایت مؤثر واقع شود، کمتر به چشم می‌خورد، چرا که بیشتر قوانین جوانب سنتی خود را حفظ کرده‌اند. لذا نیاز به تدوین قوانین مناسب و تقویت قدرت اطلاعاتی، امنیتی و اجرایی در این زمینه وجود دارد. توضیح آن که در برخی قوانین از جمله ماده ۴۵ قانون مجازات اسلامی سردستگی دو یا چند نفر، از علل مشدده کیفر تلقی شده؛ لیکن نفس گروهی‌بودن عمل مورد توجه قرار نگرفته است. در ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبان ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری نیز تشکیل یا رهبری شبکه چند نفری برای ارتکاب جرایم ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری از عوامل تشدید مجازات تلقی شده است. لیکن اولاً این مورد فقط در خصوص جرایم خاص

61. Janusz Bugajski, *Democracy, Economy and Security*, www.csis.org/ee/research.

62. Shelley, *Crime...*, *op. cit.*

پیش‌بینی شده و ثانیاً هیچ‌گونه تمهید خاصی که برای مقابله با جرایم سازمان‌یافته ضرورت دارد، پیش‌بینی نشده است.

فراملی بودن این جنایات نیز عامل دیگری است که پاسخ مناسب به جنایات سازمان‌یافته فراملی را به همکاری‌های بین‌المللی گره می‌زند. نظر به این که در کنوانسیون پالرمو تمهیدات مفصلی برای هماهنگی و همکاری دولتها پیش‌بینی شده، لذا ضرورت دارد مفاد کنوانسیون پالرمو توسط کمیسیون تخصصی مورد بررسی قرار گیرد تا زمینه تصویب و اجرای آن و نیز زمینه تدوین و وضع قوانین همسو با آن فراهم گردد.

قانون پول‌شویی و تأمین منابع مالی تروریسم: واکنش‌های پس از ۱۱ سپتامبر*

ژوزف جی. نورتون و هبا شمس

مترجم: محمدجواد میرفخرایی**

۱. مقدمه

۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ روزی بود که جامعه آمریکا برای نخستین بار
«روی تاریک» جهانی سازی^۱ را از پس ایدئولوژی واپسگرا و منحرف

*. مشخصات مأخذ مقاله به شرح ذیل است:

Joseph J. Norton and Heba Shams, Money Laundering Law and Terrorist Financing: Post-September 11 Responses – Let Us Step Back and Take a Deep Breath?, The International Lawyer-A Quarterly Publication of The ABA/Section of International Law and Practice, Spring 2002, vol.36, No.1, pp.103-124;

شایان ذکر است که نویسندگان مقاله، اساتید مرکز مطالعات حقوق تجارت دانشگاه لندن می‌باشند.

** پژوهشگر دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی.

۱. جهانی سازی (globalization) پدیده‌ای تک سلولی نیست بلکه فرایند مجموعه‌ای است پیچیده از جریانات و دگرگونیهای گهگاه ناهمگون و متضادی که در چند دهه گذشته اقتصاد و جوامع ما را تحت تأثیر قرار داده است که از آن جمله‌اند: پیشرفتهای خیره‌کننده و هر روزه در صنایع الکترونیکی، رایانه‌ای، ارتباطات و حمل و نقل و از جمله احداث «شاهراه جهانی اطلاعات» (اینترنت)، توسعه غیرقابل مهار و افزایش پیچیدگی‌ها و رقابت شرکتهای چندملیتی، فروپاشی اتحاد جماهیر شوروی و اقمار کمونیستی آن در سراسر اروپای مرکزی و خاوری، استقبال نسبتاً گسترده از «جماع واشنگتن» حول محور تشویق هرچه بیشتر آزادی و مقررات‌زدایی از بازارهای اقتصادی و مالی جهان، طلوع خصوصی‌سازی و رونق بازار فروش سهام در بخش عمده فعالیت‌های اقتصادی تحت مالکیت و یا کنترل

تروریسم بین‌المللی^۲ به عینه دید و ضربات تروریسم را در زشت‌ترین و دردناک‌ترین جلوه آن در گوشت و پوست خود احساس کرد. اهداف مادی حمله به دقت انتخاب شده بود: یکی برجهای دو قلوی مرکز تجارت جهانی درست در قلب تپنده بازرگانی امریکا در منهاتان نیویورک و دیگری ساختمان پنتاگون یا وزارت دفاع امریکا در پایتخت. با لختی تأمل در این نکته که بسیاری از مخالفان پرو پا قرص و دو آتش جهانی‌سازی سیادت مالی و نظامی امریکا را دو ستون اصلی اقتصاد و جامعه جهانی در حال تحول دانسته و بر این باورند که نفع جهانی روند جهانی‌سازی کلاً به جیب ماشین نظامی و تجاری امریکا ریخته می‌شود، به آسانی درخواستیم یافت که در عملیات ۱۱ سپتامبر حمله به یک هدف استراتژیک نظامی و در کنار آن زدن یک مرکز بسیار حساس تجاری به منظور کشتار هرچه بیشتر غیرنظامیان نه تنها تصادفی نبوده است بلکه طراحان آن قصد داشته‌اند تا با هدف قرار دادن این دو نماد برجسته اقتصادی و نظامی شرارت مثال زدنی خود را به رخ جهانیان کشیده و با خزیدن به زیر چتر شعار ضد اخلاقی «هدف وسیله را توجیه می‌کند»، با ترور و کشتار مسیر رویدادهای

دولت و بحران جهانی و دنباله‌دار بدهی برای متجاوز از دو دهه. همگی این تحولات و جریانات کاربرد الگوهای سنتی تجارت بین‌المللی، سرمایه‌گذاری و تأمین منابع مالی و سیاست‌های ذی ربط دولتی و ارشادی را زیر سؤال برده است. آنچه که «جهانی‌سازی» را از نقطه نظر کیفی از مفهوم شناخته شده بین‌المللی‌سازی (Internationalization) متمایز می‌سازد عناصر به هم اتصالی (Interconnectedness) و به هم اتکایی (Interdependence) مجموعه سازنده آن است.

۲. جهانی‌سازی به افقی فراتر از وضع بازار و فعالیتهای اقتصادی، مالی و تجاری نگاه دارد: این مفهوم «روح جامعه» در ابعاد سیاسی، اجتماعی و فرهنگی، فنی و حتی مذهبی را تحت تأثیر خود قرار می‌دهد. از این روست که در حرکت‌های جهانی‌سازی در داخل یک جامعه از بروز مناقشات، برخوردها و کشمکش‌ها گریز و گزیری نیست. (مثال: ظهور بنیادگرایی مذهبی در سراسر جهان که در شکل افراطی خود می‌تواند به بحران‌ها و اغتشاشات اجتماعی بینجامد). جهانی‌سازی لزوماً به معنای نظم جهانی (global order) نیست، بلکه آنچه که دست کم تاکنون شاهد آن بوده‌ایم بیشتر به نوعی بی‌نظمی جهانی شباهت دارد تا نظم جهانی. از سویی دیگر روندهای جهانی‌سازی لزوماً معقول و یا هماهنگ نبوده بلکه می‌تواند به زایش فضایی آکنده از کنش‌های نابخردانه، کژکارانه، ناامن و خشونت‌بار بینجامد.

جهانی را در عرصه‌های گوناگون اقتصادی، سیاسی و اجتماعی دگرگون سازند.

اطلاق جنایت به حادثه ۱۱ سپتامبر نمی‌تواند گویای عظمت حادثه باشد. آنچه که در ۱۱ سپتامبر روی داد یکی از هولناک‌ترین جنایاتی است که جامعهٔ امریکا را در طول تاریخ خود تکان داده است. گستردگی ابعاد حادثه به اندازه‌ای بود که حتی برخی از تحلیل‌گران مسائل سیاسی از آن به عنوان «جنگی غیرمنصفانه» یاد کردند. لذا عجیب نبود که کمی پس از این حادثه که جریان آن لحظه به لحظه تا روزها از طریق ماهواره‌های رادیو – تلویزیونی به اطلاع ساکنان دهکدهٔ جهانی می‌رسید، دولت و مجلس نمایندگان امریکا وارد میدان شدند و «قانون بسیج و تجهیز امریکا به ابزار لازم برای جلوگیری و مقابله با تروریسم»

Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act (USA PATRIOT).

را با سرعتی کم سابقه به تصویب رساندند. جالب این که نویسندگان این قانون واژه‌هایی را در ساخت عنوان آن برگزیده‌اند تا عنوان اختصاری آن که از ترکیب حروف نخست قانون به دست می‌آید، (USA PATRIOT) احساسات میهنی شهروندان امریکایی را برانگیخته و آنان را علیه خطرات و تهدیدهای تروریستی بسیج کند. (PATRIOT در زبان انگلیسی به معنای میهن‌پرست است – مترجم) مقاله حاضر به این بحث خواهد پرداخت که بخش سوم قانون یاد شده تحت عنوان «قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم و پول‌شویی بین‌المللی مصوب ۲۰۰۱» احساسات میهن‌پرستانه مؤسسات و بنگاههای مالی امریکا را با آزمون دشواری روبرو ساخته و جامعهٔ امریکا و

غرب و سایر جوامع نوگرا و امروزی را با بحران‌ها و تنش‌هایی دیگر درگیر خواهد نمود.

دامنه واکنش به حوادث ۱۱ سپتامبر به سرعت ابعاد جهانی به خود گرفت و سیاست‌های قانونی امریکا زودتر از آنچه تصور می‌رفت در حوزه حقوق داخلی کشورهای دیگر و نیز محافل و مراجع بین‌المللی بازتاب یافت. در این میان آنچه که جامعه بین‌المللی از همان روزهای نخست پس از حادثه نسبت به آن وحدت نظر داشت این بود که نبرد علیه تروریسم جز با ردگیری سرچشمه‌های تأمین مالی و کور کردن منابع زیرزمینی پول‌رسانی به عملیات تروریستی قابل پیروزی نیست. ولی این اجماع باید از حرف به عمل درمی‌آمد و خود را در قالب تعهدات و مسئولیت‌های مؤسسات و بنگاه‌های مالی در سرتاسر جهان جلوه‌گر می‌ساخت.

تحولات و پی‌آمدهای حقوقی حادثه ۱۱ سپتامبر به اندازه‌ای تازه، کثیرالاضلاع و پردامنه‌اند که رسیدن به استنتاجات نهایی در این خصوص به فرصتی بیشتر نیاز دارد و گذار از یک دوره تجربه، سنجش و بازاندیشی عمیق شرایط بین‌المللی را در کنار رایزنی مستمر و گفت و شنود با متحدان کلیدی امریکا در این جنگ و بسیج بین‌المللی می‌طلبد. مقاله حاضر می‌کوشد تا تحولات حقوقی‌ای را که تا به امروز در این زمینه در ارتباط با مؤسسات و سیستم‌های مالی در ایالات متحده و در سطوح بین‌المللی و اتحادیه اروپا و نیز نظام حقوقی برجسته انگلیس رخ داده است، مورد بحث و تحلیل قرار دهد. مؤسسات و سیستم‌های مالی می‌توانند در این صحنه نقش‌های متفاوتی برعهده داشته باشند؛ خود قربانی تروریسم بین‌المللی باشند، به عنوان دستیار و همکار در ارتکاب آن عمل کنند و یا در نقش کارآگاه خصوصی به منظور پیشگیری و یا کشف آن پا به میدان گذارند. در پایان این تحلیل، مقاله جریان منتج از این تحولات حقوقی و حدود

اثرگذاری آنها برای بسترسازی در روندهای آتی مربوط به قوانین ناظر بر پول‌شویی را به اختصار توضیح خواهد داد، و به دنبال آن بازتاب مورد انتظار روندهای مزبور در بازار جهانی و واکنش‌های این بازار را از نظر خواهد گذراند. در پایان، مقاله خوانندگان خود را به بازاندیشی درخصوص پایه‌های نظم کنونی حقوقی و اقتصادی، و نیز توانایی و یا عدم توانایی پایه‌های مزبور برای پاسخگویی به نیازها و برقراری تعامل با جهان بعد از ۱۱ سپتامبر فرا می‌خواند.

۲. یازده سپتامبر: پاسخ‌ها

شاید تا سه دهه پیش واکنش کنگره امریکا نسبت به افزایش ناگهانی آمار جرم و جنایت قادر نبود بانکها و یا واسطه‌های معاملاتی را تکان داده و آنها را به ترک میزهای کامپیوتر و جدا شدن از اوراق و گزارشهای مالی خود وادار کند. ولی ظرف ده سال گذشته مبارزه با پول‌شویی به یکی از اهرم‌های کلیدی کنترل جرایم و به اصلی بنیادین در استانداردهای بانکداری بین‌المللی بدل شده است. از این رو اینک شور و شوق زایدالوصف دولت و مجلس نمایندگان امریکا در واکنش به حادثه ۱۱ سپتامبر را نمی‌توان به چیزی جز «هشدار به بانک‌ها و دست‌اندرکاران مسائل مالی» تعبیر نمود. این بخش از مقاله بویژه به تکالیف و تعهدات ناشی از قانون USA PATRIOT در این زمینه پرداخته است.

با این حال ناگفته نماند که حتی پیش از وقوع حادثه ۱۱ سپتامبر هم کلیه زیرسازهای اساسی داخلی و بین‌المللی برای استفاده در رژیم حقوقی مقابله با پول‌شویی و حمله به منابع مالی تروریستی و سازمانهای حامی و وابسته به فعالیتهای تروریستی پیش‌بینی و ایجاد گردیده بود. تصویب قانون رازداری بانکی ایالات متحده در ۱۹۷۲ (U.S. Bank Secrecy Act) که

هدف عمده آن مقابله با فرار از مالیات بود، رژیم حقوقی مقابله با پول‌شویی را ظرف دهه‌های گذشته در سطوح داخلی و بین‌المللی توسعه بخشید تا طیف گسترده‌تری از جرایم مالی را هدف قرار دهد. در این میان ایالات متحده با کوشش‌های دامنه‌دار خود و از طریق گروه ضربت برنامه‌های مالی (FATF) Financial Action Task Force «فتف» مستقر در سازمان توسعه و همکاری اقتصادی (OECD) Organisation for Economic Cooperation and Development در پاریس رهبری یک حرکت و عزم بین‌المللی را برای مبارزه با پول‌شویی به عهده گرفت.

الف. پاسخ ایالات متحده

جالب است که از همان روزهای نخست سرکار آمدن دولت بوش، ضدیت بین ایالات متحده و اعضای دیگر OECD بر سر رژیم حقوقی مبارزه با پول‌شویی آشکار شد. خزانه‌داری ایالات متحده کم‌کم نسبت به قصد اعضای اروپایی این سازمان بدبین گردید و احساس کرد که رژیم بین‌المللی مبارزه با پول‌شویی به تدریج به ابزاری برای هماهنگ ساختن مالیات‌ها در سطح بالاتر از سطح مطلوب دولت بوش برای متعهد ساختن شهروندان خود بدل می‌گردد. از این رو ایالات متحده نشانه‌هایی را حاکی از انصراف خود از پاره‌ای حمایت‌های واقعی از این رژیم به نمایش گذاشت و در نخستین گام برای کاستن از بار اتباع امریکایی هزینه‌های ناشی از قانون و مقررات مربوط به پول‌شویی برای بخش خصوصی را مورد بازنگری قرار داد. در واقع حتی قبل از دولت جدید بوش هم کنگره امریکا با تشدید مقررات ناظر به مقابله با پول‌شویی میانه خوبی نداشت و گواه بر صحت این ادعا آن‌که لایحه مبارزه با جرم پول‌شویی که در ۱۹۹۹ تقدیم

کنگره شده بود، به هیچ وجه نتوانست پشتیبانی لازم را در مجلس نمایندگان امریکا به دست آورد.

با این حال مقامات امریکا تا قبل از حادثه ۱۱ سپتامبر بر این نکته تأکید داشتند که بهترین سپر دفاعی یک مؤسسه بانکی در برابر فعالیتها و حملات بزهکارانه، کنترل‌های داخلی خود آن مؤسسه و اتخاذ سیاست‌ها و ساز و کارهایی با هدف تشخیص هویت و شناسایی طرف‌های معامله خود، شناخت مشتریان و فعالیت‌های مشکوک و هماهنگی با نهادها و مسئولان دولتی ذی ربط در ارتباط با مشتریان و فعالیت‌های مشکوک می‌باشد. مقررات پول‌شویی مصوب کمیته بازل و رهنمودهای ارشادی و کاربردی صادره از مقامات بانکی امریکا چارچوب جامعی را برای اجرا و شناخت فعالیت‌ها و روش‌های پول‌شویی که متعاقب رهنمودهای یاد شده به رسمیت شناخته شده‌اند، به دست داد. پرونده‌های پول‌شویی در بانک نیویورک (روسیه) و سیتی بانک (مکزیک) پیچیدگی فعالیت‌های پول‌شویی و ناتوانی مؤسسات بانکی بزرگ امریکایی را در پیاده کردن و اجرای موفق برنامه‌های مبارزه با پول‌شویی را به نمایش گذاشت. حوزه‌های مورد تأکید مقامات بانکی در ارتباط با این دو پرونده و پرونده‌های دیگر عبارت بود از: (۱) قواعد ناظر به مشتری خودت را بشناس Know Your Customer (KYC)، (۲) افزایش مراقبت نسبت به فعالیت‌های بانکی خصوصی، (۳) بازنگری در ارتباطات با بانکهای کارگزار غیرامریکایی و خارجی و (۴) کنترل حواله‌های بانکی به عنوان یکی از ابزارهای پول‌شویی.

واقع امر این است که در مارس ۲۰۰۲ استراتژی ملی مبارزه با پول‌شویی در امریکا انتشار یافته بود. این استراتژی را باید دربردارنده چارچوب کلی و رئوس نظرات پیشنهادی وزارت خزانه‌داری و وزارت

دادگستری امریکا برای بهبود و تقویت مقررات جاری ضد پول‌شویی در امریکا دانست. به موجب این استراتژی ملی ارائه‌کنندگان خدمات مالی از قبیل واسطه‌های تجاری و شرکتهای بیمه نیز باید در زمره مؤسسات مالی مشمول مقررات نظارتی مبارزه با پول‌شویی قرار گیرند. استراتژی ملی، همچنین اجرای مقررات ضد پول‌شویی را در مورد وکلای دادگستری، حسابداران و سایر ارائه‌کنندگان خدمات حرفه‌ای ضروری دانسته است. در این میان پیشنهاد مندرج در استراتژی ملی مشعر بر پیش‌بینی روش جدیدی به منظور شناسایی و اجرای مجازات علیه «پناهگاه‌های جرایم مالی» انتقادهای گسترده‌ای را برانگیخت. استراتژی ملی بر تصویب قانون موسوم به قانون بین‌المللی مبارزه با پول‌شویی مصوب سال ۲۰۰۰ پافشاری ورزید. قانون مزبور به وزارت خزانه‌داری امریکا اجازه می‌دهد تا «اقدامات هدفمند، مشخص و متناسبی را علیه کشورها و مؤسسات مالی خارجی و یا آن دسته از داد و ستدهایی که تهدیدی برای مقررات ضد پول‌شویی به شمار می‌روند به مرحله اجرا گذارد».

استراتژی ملی همچنین از وزارت خزانه‌داری امریکا و مقامات بانکی فدرال خواسته است تا برای انجام تحقیق و تفحص در مورد آن دسته از مشتریان و معاملاتی که مشکوک به پول‌شویی و سایر جرایم مالی می‌باشند، رهنمودهایی را به مؤسسات مالی ارائه دهند. متعاقباً یک گروه کارشناسی مرکب از مقامات بانکی، چندین بخش از فعالیتهای بالقوه خطرناک و مشکوک را مورد بررسی قرار داده و فعالیت‌های زمامداران ارشد خارجی، بستگان درجه اول و یا همکاران نزدیک آنها را که احتمالاً با استفاده از وجوه و عواید حاصله از فعالیت‌های اقتصادی نامشروع در خارج انجام شده است، زیر ذره‌بین قرار دادند. گروه کار مزبور تأیید نمود که مؤسسات بانکی باید با اعمال کلیه تدابیر لازم اطمینان حاصل کنند که

دانسته یا ندانسته به اخفا و یا انتقال عواید حاصل از فعالیتهای نامشروع مقامات ارشد سیاسی خارجی و همکاران آنها یاری نمی‌رسانند. از این رو گروه کار رهنمودهایی را برای مؤسسات بانکی در ارتباط با معاملات خود با مقامات ارشد سیاسی خارجی تعیین و اعلام نمود. رهنمودهای مزبور به بانک‌ها و دیگر مؤسسات مالی کمک می‌کند تا در مورد معاملات انجام شده توسط این گونه مقامات و نیز اشخاص و سازمانهای وابسته به آنها تحقیق و تفحص معمول دارند تا این مؤسسات بتوانند با سرعت و سهولت بیشتری فعالیتهای مشکوک و یا نامشروع مالی را ردیابی نموده و با جلوگیری از انجام این فعالیت‌ها اجازه ندهند تا از آنها به عنوان وسیله‌ای برای فساد مالی و زد و بندهای معاملاتی استفاده شود.

این نکته شایان یادآوری است که درست قبل از حادثه ۱۱ سپتامبر، زیرساختهای ضروری برای مبارزه با پول‌شویی از طریق برپایی یک رژیم حقوقی جامع و در عین حال سختگیرانه پی‌ریزی شده بود. با این توضیح که تا پیش از این تاریخ قانون تجدیدنظر شده حفظ اسرار بانکی و برنامه نظارتی و کنترل‌کننده مربوط به آن قانون در کنار استراتژی نوین ملی مبارزه با پول‌شویی (National Money Laundering Strategy) مصوب سال ۲۰۰۰ در ایالات متحده قابل اجرا و حاکم بود. علاوه بر آن، همانطور که ذیلاً بحث خواهد شد، پیش از ۱۱ سپتامبر پایه‌های یک ساختار بین‌المللی به هم پیوسته و محکم و نیز عناصر و اجزای اصلی برپایی یک نظام قانونی - امنیتی برای رویارویی با شرایط اضطراری ناشی از تروریسم پی‌ریزی و آماده گردیده بود.

درست قبل از حمله ۱۱ سپتامبر، دولت امریکا استراتژی ملی مبارزه با پول‌شویی برای سال ۲۰۰۱ را صادر کرد. علاوه بر آن، دولت با تأکید بر اجرای هدفمند این استراتژی و ضرورت افزایش همکاریهای بین‌المللی و

تلاشهای هر دو بخش دولتی و خصوصی و نیز تقویت تجهیزات و ساز و کارهای اجرایی در این مبارزه، پیشنهاد داد تا به منظور سنجش درجه کارایی مقررات اجرایی ذی ربط و نیل به اهداف مورد انتظار، نظام ارزیابی هماهنگی مشتمل بر شاخصهای کیفی و کمی برقرار و پیاده گردد. استراتژی ملی مورخ سپتامبر ۲۰۰۱ همچنین بر مسئولیتها و تکالیف گسترده حقوقدانان و صاحبان حرفه و کالت در این امر خطیر تأکید نهاد. مع ذلک، پس از حوادث ۱۱ سپتامبر سیاستهای کلان تقنینی امریکا دستخوش دگرگونی اساسی شد و کنگره امریکا با درک حساسیت زمان دقیقاً همان اقدامات و تدابیری را که در لایحه ۱۹۹۹ مردود اعلام داشته بود، مثل مقررات ناظر به «مشتري خودت را بشناس» و یا تکالیف مربوط به گزارش و ضبط اسامی واسطهها و دلالهای معاملاتی، بی‌درنگ و بدون هیچ‌گونه مخالفتی به عنوان بخشی از قانون گسترده‌تر USA PATRIOT به تصویب رساند.

۱. ویژگی فراسرزمینی شده‌ی قانون

ویژگی فراسرزمینی قانون در مقدمه آن مورد تصریح قرار گرفته است. طبق این مقدمه، هدف از این قانون عبارت است از «جلوگیری از ارتکاب و مجازات اعمال تروریستی در ایالات متحده و سرتاسر جهان، تقویت اهرمهای تحقیقاتی و انتظامی اجرای قانون و نیز اهداف دیگر». گستره فراسرزمینی قانون از تعیین دایره شمول و کاربرد بازدارندگی قانون در سرتاسر جهان به روشنی به دست می‌آید.

قانون USA PATRIOT صلاحیت تقنینی و اجرایی خود را نسبت به مؤسسات مالی خارجی و نیز اتباع خارجی غیرمقیم در حوزه قضایی

ایالات متحده به دو طریق تعمیم داده است: بعد فراسرزمینی مستقیم قانون و بعد فراسرزمینی غیرمستقیم قانون.

الف. صلاحیت فراسرزمینی مستقیم قانون

جنبه فراسرزمینی مستقیم قانون، اقدام اجرایی مستقیم متخذه توسط یک سازمان دولتی ایالات متحده علیه مؤسسه مالی خارجی را دربرمی گیرد. قانون این صلاحیت فراسرزمینی را در دو مورد پذیرفته است.

اولاً: دادگاههای محلی امریکایی در ارتباط با تخلفات و جرایم پولشویی ارتكابی توسط مؤسسات مالی خارجی که دارای حساب بانکی نزد مؤسسه مالی واقع در ایالات متحده می باشند، از صلاحیت قضایی و اجرایی برخوردارند. به عبارت دیگر چنانچه یک مؤسسه مالی خارجی خود را در معامله ای مالی که به موجب این قانون ممنوع اعلام شده است، وارد کند، مؤسسه مزبور می تواند به صرف داشتن حساب بانکی نزد یک مؤسسه بانکی امریکایی، حتی اگر محل انجام معامله کاملاً خارج از ایالات متحده باشد، مشمول صلاحیت محاکم محلی ایالات متحده قرار گیرد.

ثانیاً: قانون USA PATRIOT به وزیر خزانه داری و دادستان کل امریکا اختیار داده است تا با صدور احضاریه و یا اخطاریه ای به هر بانک خارجی دارای حساب کارگزار در ایالات متحده از بانک مزبور بخواهد تا سوابق مربوط به آن حساب را حتی اگر در خارج از ایالات متحده نگهداری شوند، ارائه دهد. عدم اجرای این تقاضا به قطع رابطه بانک خارجی با بانک کارگزار امریکایی خواهد انجامید. اعتراض به احضاریه و یا اخطاریه مزبور فقط نزد دادگاههای امریکایی قابل طرح و رسیدگی است. از ظاهر مقررات یاد شده چنین مستفاد می گردد که صرف نگهداری یک حساب در ایالات متحده، قطع نظر از تابعیت دارنده حساب، اقامتگاه و یا مرکز عملیات

تجاری وی، دلیل کافی برای اعمال صلاحیت سرزمینی محاکم امریکایی نسبت به صاحب حساب محسوب می گردد.

ب. صلاحیت فراسرزمینی غیرمستقیم قانون

صلاحیت فراسرزمینی غیرمستقیم قانون شامل مقررات کنترل کننده ای می گردد که به نحو غیرمستقیم و از طریق وظایف تعیین شده برای مؤسسات داخلی، مؤسسات مالی خارجی را مأخوذ و مکلف می سازد. این روش در قانون یاد شده به طور گسترده ای مورد استفاده قرار گرفته و مقررات و مسؤولیت های سنگینی را دامن گیر مؤسسات خارجی و داخلی کرده است.

(الف) به موجب این قانون وزیر خزانه داری اختیار دارد تا تعیین کند که برخی از کشورهای خارجی، بعضی مؤسسات مالی فعال در خارج از خاک ایالات متحده، و پاره ای از معاملات بین المللی و یا حساب های بانکی در مظان پول شویی قرار داشته و رفتاری مشکوک و نگران کننده دارند. وزیر خزانه داری با اعلام چنین مطلبی، می تواند برای مؤسسات مالی داخلی طرف معامله با کشورها، مؤسسات، معاملات و یا حساب های بانکی مزبور الزامات و وظایف گسترده ای را تعیین و آنها را به دادن گزارش و نگهداری سوابق ملزم نماید. الزامات و وظایف مزبور می تواند مشتمل بر موارد زیر باشد:

- ضبط و یا گزارش نام و مشخصات و یا سمت قانونی کلیه طرف های معامله و یا مالکان ذی نفع.

- در صورت گشایش یک حساب کار گزار تحت شرایط مذکور در قانون، گزارش و یا ضبط نام و مشخصات هر مشتری که مجاز به استفاده از حساب مزبور و یا معاملات وی از آن حساب انجام می گردد. تشخیص

هویت باید طبق تشریفات مشابه با آنچه که در مورد مشتریان داخلی ملاک عمل است، صورت گیرد.

(ب) مؤسسات داخلی نگهدارنده حساب کارگزار برای مؤسسه مالی خارجی تحت پاره‌ای شرایط مکلفند هویت کلیه مالکان بانک خارجی مزبور از جمله درصد سهام مالکانه آنها را تعیین کنند. مؤسسات داخلی همچنین ممکن است ملزم به تحقیق در این مورد گردند که آیا بانک خارجی مزبور حساب کارگزار در اختیار بانک‌های خارجی دیگر قرار داده یا خیر و، اگر نتیجه تحقیق مثبت است، هویت بانک مزبور را تحقیق و اعلام نمایند.

(پ) به منظور اجرای دستور ضبط وجوه موجود در حساب گشایش یافته نزد بانک خارجی، قانون از یک فرض قانونی استفاده می‌کند. چنانچه بانک خارجی دارای حسابی در ایالات متحده باشد، قانون فرض را بر این می‌نهد که وجوه مشکوک، در این حساب سپرده شده و دستور ضبط موجود حساب مزبور را بدون نیاز به تکلیف ردیابی توسط دولت به اجرا می‌گذارد. هرگونه دستور ضبط به مؤسسه داخلی نگهدارنده حساب بین بانکی ابلاغ خواهد شد.

۲. تسری دامنه تکلیف ضبط سوابق به معاملات واسطه‌ها و کارگزاران

با بانکهای خارجی

قانون USA PATRIOT دایره تکلیف گزارش و ضبط سوابق مربوط به واسطه‌ها و دلال‌های معاملاتی را توسعه بخشیده و طبقات جدیدی از واسطه‌های مالی و فعالیتهای تجاری را به انجام این تکلیف ملزم ساخته است. از جمله:

(الف) حسب این قانون وزیر خزانه‌داری ایالات متحده مکلف شده است تا مقرراتی را درخصوص الزام بنگاههای واسطه و حق‌العمل کاری به گزارش و اعلام فعالیت‌های مالی مشکوک صادر کند. دایره تعهدات واسطه‌ها و بازرگانان برای جلوگیری از پول‌شویی به اعلام فعالیت‌های مشکوک محدود نمی‌گردد. کما این‌که دستورالعمل موقتی صادره از وزارت خزانه‌داری در تاریخ ۲۰ نوامبر ۲۰۰۱ حاکی است که این وزارتخانه قصد دارد تا با استفاده از اختیارات قانونی خود دستوری صادر نماید که طبق آن مفهوم اصطلاح «حساب کارگزار» (Correspondent account) مندرج در قانون تعمیم یافته و در نتیجه مؤسسات مالی غیربانکی (شامل بنگاههای واسطه و دلالی) از نگهداری حساب برای بانک خارجی منع و در عین حال ملزم گردند تا با اقدامات منطقی اطمینان حاصل کنند که حساب نگهداری شده برای مؤسسه خارجی به نحو غیرمستقیمی برای عرضه خدمات به یک بانک خارجی مورد استفاده قرار نمی‌گیرد.

قانون USA PATRIOT همچنین با گذاشتن تکالیف جدیدی بر دوش مؤسسات مالی برای نگهداری و اعلام سوابق بنگاههای واسطه و میانجیان معاملاتی بر گستره این الزامات افزوده است. علاوه بر تکالیفی که در بند پیشین در ارتباط با جنبه فراسرزمینی غیرمستقیم قانون بحث گردید، قانون یاد شده این تکالیف بحث‌انگیز را نیز متوجه مؤسسات مالی کرده است که در هنگام گشایش حساب هویت هر مشتری را طبق ضوابطی که توسط وزیر خزانه‌داری اعلام خواهد شد، احراز نمایند.

افزون بر این مؤسسات مالی مکلف گردیده‌اند تا با مراجعه به لیست اسامی تروریست‌های مشهور و یا اشخاص مظنون به ارتکاب عملیات تروریستی که توسط دولت تهیه و در اختیار آنها گذاشته می‌شود، در مورد وجود و یا فقدان نام متقاضی افتتاح حساب در این لیست اعلام نظر کنند.

۳. تقسیم اطلاعات

قانون مورد بحث از شدت و غلظت مقررات مربوط به دسترسی به اطلاعات گردآوری شده توسط مؤسسات مالی و نهادهای اجرایی قانون کاسته و به مؤسسات مزبور اجازه داده است تا اطلاعات خود در ارتباط با موارد مشکوک به پولشویی را در اختیار نهادهای انتظامی و مجری قانون قرار دهند. قانون همچنین دست وزیر خزانه‌داری را در مورد افشای اطلاعات گزارش شده توسط مؤسسات مالی به دیگر سازمانهای دولتی بازتر نموده است.

از اهم تحولاتی که از رهگذر قانون مزبور در این زمینه ایجاد شده است، درج نهادهای اطلاعاتی در لیست سازمانهای دولتی است که افشای اطلاعات گزارش شده به آنها امکان‌پذیر است. این تحول از دیدگاه نویسندگان قانون از چنان اولویتی برخوردار بود که در اصلاحیه صریحی که درخصوص هدف این قانون به تصویب رسید، گذاشتن اطلاعات گزارش شده در اختیار نهادهای اطلاعاتی مجاز اعلام گردیده است.

در هدف قانون پس از اصلاح مزبور چنان می‌خوانیم: «هدف این بخش ... عبارت است از الزام به ارائه گزارش‌ها و یا سوابقی که دسترسی به آنها در جریان تحقیقات و یا رسیدگیهای کیفری، مالیاتی و یا اداری و یا انجام فعالیتهای اطلاعاتی به منظور مقابله با تروریسم بین‌المللی بسیار اثرگذار و مفید می‌باشند (تأکید اضافه شده است). قسمتی که زیر آن خط کشیده شده، بخشی از ماده است که به قانون USA PATRIOT اضافه گردیده است. به منظور تضمین اجرای این تحول قانونی، قانونگذار مؤسسات مالی را ملزم ساخته تا ظرف مهلت‌های کوتاه به استعلام مقامات دولتی پاسخ دهند.

ب. پاسخ‌های بین‌المللی

۱. پاسخ سازمان ملل متحد

الف. قطعنامه ۱۳۷۳ شورای امنیت

فقط هفت روز پس از حملات تروریستی ۱۱ سپتامبر در ایالات متحده، شورای امنیت سازمان ملل متحد با تصویب قطعنامه جامع ۱۳۷۳ ضمن محکوم کردن دوباره حملات مزبور اقدامات و سیاست‌های لازم را برای مبارزه با تروریسم بین‌المللی تشریح کرد. به منظور نظارت بر حسن اجرای این قطعنامه، تشکیل کمیته‌ای تحت نظارت شورای امنیت پیش‌بینی شده و دولتها مکلف گردیده‌اند تا اقدامات خود در جهت مبارزه با تروریسم را به آن کمیته گزارش کنند.

قطعنامه ۱۳۷۳ شورای امنیت مثل همتهای داخلی و بین‌المللی خود خشکاندن سرچشمه‌های تأمین مالی تروریسم را به عنوان هدف اصلی این مبارزه در کانون توجه خود قرار داده است. در مقدمه این قطعنامه، شورای امنیت در سرلوحه مصوبات قطعنامه، «بر ضرورت تقویت و افزایش همکاریهای بین‌المللی توسط دولتها و اتخاذ تدابیر بیشتر برای سد و امحاء منابع مالی و سایر تسهیلات ارتکاب فعالیتهای تروریستی» تأکید گذارده است.

برای اجرای این تصمیم شورای امنیت شیوه‌های متعددی را در نظر گرفته است: (۱) جرم قلمداد کردن تدارک و یا گردآوری عمدی وجوه با قصد و یا علم بر این که وجوه مزبور برای اجرای عملیات تروریستی مورد استفاده قرار خواهد گرفت؛ (۲) انسداد اموال و داراییهای تروریستی که قطعنامه از آن تعریفی وسیع به دست داده است؛ و (۳) ممنوعیت گذاشتن هرگونه وجوه، اموال، و یا امکانات اقتصادی و یا خدمات مالی و مشابه آن در اختیار شبکه‌های تروریستی و یا سازمانها و اشخاص تحت کنترل آنها.

روشن است که در تنظیم روش اخیرالذکر در مبارزه با تروریسم مؤسسات مالی و خدمات آنها مدنظر نویسندگان قطعنامه قرار داشته است. علاوه بر این، قطعنامه کلیه کشورها را ملزم نموده است تا در جریان تحقیقات و یا رسیدگی‌های کیفری مربوط به تأمین منابع مالی فعالیتهای تروریستی با کشورهای دیگر نهایت همکاری را به عمل آورند. این همکاری بویژه درخصوص ارائه اسناد و مدارک عینی الزامی است.

ب. اقدام مجمع عمومی سازمان ملل متحد در ارتباط با تروریسم

ارگان قانونگذاری سازمان ملل متحد خیلی پیش از حوادث ۱۱ سپتامبر برای مبارزه با تروریسم وارد میدان شده بود. با این که بحث گسترده درخصوص اقدامات این ارگان از حوصله مقاله حاضر بیرون است، مع ذلک از آنجا که مواد کنوانسیون اخیر مجمع عمومی سازمان ملل متحد درخصوص جلوگیری از تأمین منابع مالی تروریسم به کلیه اسناد مصوب متعاقب فاجعه ۱۱ سپتامبر راه یافته است، نمی‌توان از گذار آن به آسانی گذشت.

کنوانسیون مصوب مجمع عمومی سازمان ملل متحد بر چند مقدمه استوار است که دوتای از آنها با بحث کنونی مرتبطند. مقدمه اول این که «تأمین منابع مالی تروریسم از موضوعاتی است که برای کل جامعه بین‌المللی از اهمیت و حساسیت خاصی برخوردار است» و مقدمه دیگر این که «کمیت و شدت تروریسم بین‌المللی با میزان وجوه در اختیار تروریست‌ها رابطه مستقیم دارد». در مقدمه قطعنامه همچنین تأکید گردیده که نقش تدارکات و تسهیلات مادی در گسترش تروریسم تاکنون مورد غفلت قرار گرفته و لذا ضروری است که این خلأ در سندی بین‌المللی ترمیم گردد.

الف. قائل شدن عنوان مجرمانه برای تأمین بودجه عملیات تروریستی

مقرره کلیدی در این کنوانسیون قائل شدن عنوان مجرمانه برای تأمین منابع مالی جهت اجرای عملیات تروریستی است. طبق ماده ۲ کنوانسیون شخص مرتکب جرم شده است:

«چنانچه با توسل به هر وسیله‌ای، به نحو مستقیم و یا غیرمستقیم، بدون مجوز قانونی و عمدتاً وجوهی را با قصد و یا علم بر این که از آن وجوه کلاً و یا بعضاً برای اجرای اهداف زیر استفاده می‌گردد تأمین و یا جمع‌آوری کند: (الف) عملی که در چارچوب و طبق تعریف ارائه شده در یکی از معاهدات مندرج در پیوست جرم محسوب می‌گردد و یا (ب) هرگونه عمل دیگری با قصد کشتن و یا ایراد صدمات سنگین جسمانی به یک غیرنظامی و یا هر شخص دیگری که در جریان درگیریهای مسلحانه شرکت فعالی ندارد مشروط بر این که هدف از ارتکاب آن عمل حسب طبع و یا کیفیات ارتکاب آن ارباب مردم و یا واداشتن یک دولت و یا سازمان بین‌المللی به انجام و یا خودداری از انجام عملی باشد».

همانطور که ملاحظه می‌گردد در مقرره یاد شده برای دو گونه عمل عنوان کیفری شناخته شده است: یکی تأمین وجوه برای اهداف تروریستی و دیگری جمع‌آوری پول برای عملی کردن چنان اهدافی. در این ماده عنصر معنوی نیز برای تحقق جرم پیش‌بینی گردیده است، ولی عنصر معنوی بزه تا این حد تنزل یافته که صرف اطلاع شخص از مقصد نهایی وجوه با قصد واقعی مرتکب برای مصرف این وجوه جهت اهداف تروریستی یکی دانسته شده و برای تحقیق جرم کافی شناخته گردیده است. این ماده دولتها را ملزم نکرده است که این بزه را به عنوان پیش جرم بزه پول‌شویی به رسمیت شناخته و در قوانین کیفری خود بگنجانند.

ب. وجوه و عواید

کنوانسیون مورد بحث بین واژه‌های «وجوه» (funds) و «عواید» (proceeds) تفکیک قائل شده است. تعریف موسع کنوانسیون از واژه وجوه چنین است:

«هرگونه مال اعم از ملموس و یا غیرملموس، منقول و یا غیرمنقول، ولو مکتسب، و اسناد و اوراق قانونی به هر شکل از جمله الکترونیک و یا دیجیتالی، که دال بر مالکیت و یا داشتن حقی در اموال مزبور باشد از جمله اعتبار بانکی، چک مسافرتی، چک بانکی، حواله پولی، سهام، ضمانتنامه، اوراق قرضه، سفته و اعتبار اسنادی» (تأکید اضافه شده است).

در این تعریف مرز بین تأمین هزینه‌های عملیات تروریستی و اموال عموماً موضوع قانون پولشویی در قید «ولو مکتسب» خلاصه شده است. توضیح این که اموال مورد بحث در قانون پولشویی اموال فی نفسه ناپاک و نامشروعی هستند که در زنجیره تولید آنها حلقه و یا حلقه‌هایی از فعالیتهای غیرقانونی و فساد مالی، هرچند با تحقیق و تفحص زیاد، قابل ردیابی است. در حالی که بودجه عملیات تروریستی می‌تواند از منابع مالی صددردصد مشروع و قانونی تأمین شده باشد. به سخن دیگر نامشروع بودن پول در عملیات تروریستی به لحاظ محل مصرفی است که برای آن در نظر گرفته شده است و نه به دلیل خاستگاه ناپاک و غیرمشروع خود آن پول.

کنوانسیون مصوب مجمع عمومی سازمان ملل متحد با پذیرش این مرزبندی بین دو واژه «وجوه» و «عواید» تفکیک قائل شده و واژه اخیرالذکر را به وجوه ناشی و یا حاصل از ارتکاب جرم مشروح در فوق معنی کرده است. ماده ۸ کنوانسیون کشورهای عضو را مکلف نموده تا تدابیر لازم را برای شناسایی، ردیابی، انسداده، ضبط و توقیف «وجوه» و «عواید» مرتبط با جرایم موضوع ماده ۲ به کار برند.

پ. نقش مؤسسات مالی طبق کنوانسیون

در کنوانسیونهای مصوب سازمان ملل متحد که به موضوع همکاری کشورها برای انسداد، ضبط و مصادره اموال پرداخته‌اند، این نکته عموماً تصریح می‌گردد که تکلیف رازداری بانکی نمی‌تواند به عنوان مستمسکی برای رد درخواست معاضدت قانونی مورد استناد قرار گیرد. ماده ۱۲ کنوانسیون حاضر نیز اصل را مورد تأکید قرار داده است.

در مقام اشاره به تکالیف کشورهای عضو برای پیشگیری از وقوع جرایم موضوع کنوانسیون، ماده ۱۸ کنوانسیون تدابیری را مشابه با تدابیر اجرایی مربوط به جلوگیری از کاربرد نظام مالی کشورها در مصارف پول‌شویی، برشمرده است. تدابیر بازدارنده مزبور به شرح مندرج در این ماده عبارتند از مقررات مربوط به «مشتري خودت را بشناس»، ممنوعیت افتتاح حساب‌های گمنام و الزامات مربوط به گزارش معاملات مشکوک و نیز نگهداری سوابق.

این سند نخستین معاهده بین‌المللی ناظر به جنبه‌های بازدارنده پول‌شویی بوده و به این لحاظ از اهمیت بسزایی برخوردار است. زیرا تا پیش از آن تاریخ جرم بودن پول‌شویی و تعریف این بزه پیوسته بر تعریف مندرج در کنوانسیون وین ۱۹۸۸ استوار بود و تدابیر بازدارنده پول‌شویی نیز قانونی بودن خود را از اسنادی شبه قانونی مثل توصیه‌های چهل‌گانه «فتف» اخذ می‌نمود.

۲. گروه ضربت برنامه‌های مالی («فتف»)

نهاد «فتف» ارگانی است بین‌المللی که وظیفه آن مطالعه درباره پول‌شویی و فراهم آوردن وحدت و اجماع بین‌المللی حول تدابیر و اقدامات لازم برای مبارزه با آن می‌باشد. این ارگان در سال ۱۹۸۹ توسط گروه ۷

(هفت کشور بزرگ صنعتی جهان) تشکیل شد. پس از حملات تروریستی ۱۱ سپتامبر «فتف» در روزهای ۲۹ و ۳۰ اکتبر ۲۰۰۱ نشست مقدماتی فوق‌العاده‌ای به منظور در دست گرفتن ابتکار عمل در مبارزه علیه تأمین منابع مالی تروریسم برگزار نمود.

هرچند برخورد با تروریسم هیچ‌گاه از دستور کار کنترل پول‌شویی توسط «فتف» خارج نبوده است، ولی بیشتر فعالیت «فتف» حول محور جرایم اقتصادی و فعالیت‌های مولد وجوه نامشروع متمرکز بوده است. به موجب اعلام‌نظر «فتف» پس از اجلاس فوق‌العاده یاد شده «برخورد با معضل تأمین هزینه‌های تروریسم در کانون توجه «فتف» قرار گرفته و وظیفه‌ای در راستای اجرای رسالت این نهاد در مبارزه علیه کلیه جنبه‌های پول‌شویی به شمار می‌رود».

نشست فوق‌العاده «فتف» به تنظیم مجموعه‌ای هشت ماده‌ای درخصوص تأمین بودجه عملیات تروریستی در تکمیل توصیه‌های چهل‌گانه این نهاد در نبرد علیه پول‌شویی انجامید. مواد هشتگانه یاد شده اعضای نهاد را به انجام اقدامات زیر ملزم می‌سازد:

- تصویب و اجرای کامل اسناد ملل متحد و از جمله کنوانسیون بین‌المللی ۱۹۹۹ ملل متحد در مورد جلوگیری از تأمین منابع مالی تروریسم،
- شناختن عنوان کیفری برای اعمالی چون پول‌رسانی به تروریسم، اعمال تروریستی و سازمان‌های تروریستی و اعلام این جرایم به عنوان بزه‌های مقدماتی برای تحقق جرم پول‌شویی،
- انسداد و ضبط اموال و دارایی‌های تروریستی،
- گزارش معاملات مشکوک مربوط به تروریسم،
- همکاری هرچه بیشتر با تلاش‌های اجرایی کشورهای دیگر در زمینه تحقیق و تفحص در منابع مالی تروریسم،

• ملزم کردن سیستم‌های جانشین نقل و انتقال پول به رعایت ضوابط و مقررات ضد پول‌شویی،

• تشدید اقدامات در مورد تشخیص هویت مشتری در موارد انتقال تلفنی پول در سطوح داخلی و بین‌المللی، و بالاخره

• اصلاح قوانین و مقررات برای حصول اطمینان از عدم استفاده از سازمانهای به اصطلاح خیریه و غیرانتفاعی به منظور تغذیه مالی تروریسم.

نشست فوق‌العاده «فتف» همچنین در مورد طرح ضربتی زیر موافقت نمود: (۱) التزام اعضا به ارزیابی اقدامات خود در جهت اجرای رهنمودهای هشت ماده‌ای فوق و تعهد به عملی ساختن کامل آنها تا ژوئن ۲۰۰۲، (۲) التزام «فتف» به ارائه دستورالعمل‌های بیشتر در زمینه روش‌های گوناگون پول‌رسانی به تروریسم تا فوریه ۲۰۰۲، (۳) فعال ساختن روندی برای شناسایی کشورهای خارجی فاقد ساز و کارهای مناسب برای خشکاندن منابع مالی تروریسم با امکان پیش‌بینی تدابیر متقابل و (۴) تعهد «فتف» به عرضه مساعدت فنی به غیر اعضا به منظور کمک به ایشان در اجرای رهنمودهای یاد شده.

همانطور که ملاحظه می‌گردد شش فقره از رهنمودهای هشتگانه فوق مشخصاً به موضوع جدید کمک‌های مالی به تروریسم مرتبط می‌شود در حالی که توصیه‌های مربوط به نقل و انتقال تلفنی پول و روش‌های جانشین نقل و انتقال پول صرفاً قلمرو رژیم قانونی مبارزه با پول‌شویی را توسعه بخشیده تا هرگونه روزنه و منفذ تأمین پول برای تروریسم را مسدود سازد بدون این که فقط محدود به آن باشد.

رهنمودهای ویژه هشتگانه در واقع کوششی است برای باز تعریف برخی از واژه‌های کلیدی قانون پول‌شویی از جنبه‌های مختلف با این هدف که این رویکرد جدید را با مسأله تأمین منابع مالی تروریسم هماهنگ و

سازگار سازد. از جمله واژه‌های مزبور اصطلاح «مال» (Property) در چارچوب اقدامات ضبط و سلب مالکیت است. توضیح این که به موجب توصیه‌های چهل‌گانه «فتف» در ارتباط با پول‌شویی، «اموال» قابل ضبط و سلب مالکیت مشتمل‌اند بر «اموال شسته و تپه‌پیر شده، عواید حاصل از ارتکاب جرم پول‌شویی و یا مؤسسات و واحدهای تابعه‌ای که از آنها در ارتکاب هرگونه جرم پول‌شویی استفاده شده و یا قصد استفاده از آنها در این جرم وجود دارد». رهنمودهای ویژه هشتگانه برای پاسخگویی به اقتضائات و پیچیدگیهای خاص تأمین بودجه تروریسم دایره مفهوم «مال» را وسیع‌تر ساخته به طوری که «اموال حاصل از و یا مورد استفاده در تأمین منابع مالی تروریسم، فعالیت‌های تروریستی و یا سازمانهای تروریستی و اموال مورد نظر و یا اختصاص یافته برای این اهداف» نیز در شمول تعریف مال قرار می‌گیرند.

طبق رهنمودهای هشتگانه واژه (وجوه) (Funds) نیز از لحاظ گزارش معاملات مشکوک اصلاح گردیده است. در توصیه‌های چهل‌گانه پیشنهاد شده بود که مؤسسات مالی باید ملزم گردند تا در صورت مظنون بودن به «پاکی یا ناپاکی منشأ مال» سوءظن خود را گزارش کنند. در حالی که به موجب رهنمودهای ویژه تکلیف گزارش و اعلام معاملات مشکوک به وجوهی که «با تروریسم، فعالیت‌ها و یا سازمانهای تروریستی پیوند داشته و یا با آنها در ارتباطند و یا قرار است از آنها برای این اهداف استفاده شود»، نیز تسری دارد. از توضیحات فوق روشن می‌گردد که موضوع تأمین مالی تروریسم به تدریج به عنوان حوزه خاصی از پول‌شویی در اسناد بین‌المللی مطرح گردیده و شاید تا آن زمان که این حوزه مجموعه قوانین و مقررات و رویه قضایی مخصوص به خود را دارا گردد، فاصله چندانی نداشته باشیم.

ج. پاسخ اروپا

۱. اتحادیه اروپا

به دنبال حملات تروریستی در ایالات متحده، اتحادیه اروپا خود را به عنوان یکی از نقش‌پردازان اصلی در ائتلاف تحت رهبری امریکا برای مبارزه علیه تروریسم معرفی و تدابیر و اقدامات گسترده‌ای را از جمله در زمینه‌های همکاری پلیس و دستگاه قضایی، دیپلماسی، کمک‌های بشردوستانه، امنیت حمل و نقل هوایی، اقدامات اقتصادی و مالی و کسب آمادگی برای مقابله با حوادث غیرمترقبه اتخاذ کرد. در این بخش از مقاله به طور خاص درباره تحولات حقوقی مربوط به تأمین بودجه عملیات تروریستی و نقش مؤسسات مالی در این عملیات بحث خواهد شد.

در ۲۱ سپتامبر ۲۰۰۱ شورای اروپا با تشکیل اجلاس‌های فوق‌العاده برنامه کار مشخصی را برای مبارزه علیه تروریسم و تهدیدهای ناشی از آن به تصویب رساند. این برنامه نیز مثل دیگر همتاهای داخلی و بین‌المللی خود که در واکنش به حملات تروریستی ۱۱ سپتامبر به تصویب رسید، همکاری‌های بین‌الدولی در زمینه‌های کیفری، وارد کردن تروریسم به عنوان جرم در قوانین داخلی، خشکاندن منابع مالی تروریسم و مبادله داده‌ها و اخبار برای استفاده در مقاصد اطلاعاتی را در کانون توجه خود قرار داده است.

در این میان نقطه عطف در زمینه همکاری‌های کیفری بین‌المللی عقد قراردادی است که به موجب آن کشورهای عضو ملتزم شده‌اند تا روند تصویب و اجرای یک قرار بازداشت اروپایی را به جای تشریفات سنتی استرداد مجرمان شتاب بخشند. براساس آیین جدید، مراجع قضایی کشور عضو قرارداد خواهند توانست عاملان حمله‌های تروریستی را مستقیماً و بدون نیاز به طی تشریفات دست و پاگیر استرداد مجرمان تسلیم کنند.

پذیرش چنین تحولی در آیین دادرسی کیفری کشورهای عضو بر این درک استوار بود که تشریفات کنونی استرداد مجرمان نمی تواند پاسخگوی نیازهای امروزی و بازتاب یکدلی و اعتمادی باشد که پس از حوادث ۱۱ سپتامبر بین کشورهای عضو ایجاد شده است.

از سویی دیگر اتحادیه اروپا نیز همگام با دیگر سازمانها پس از ۱۱ سپتامبر، مسأله تغذیه مالی تروریسم را مورد تأکید ویژه قرار داد و مبارزه با آن را «تعیین کننده» توصیف کرد. این اتحادیه همچنین بر اهمیت گسترده تر کردن دامنه شمول اسناد مصوب اتحادیه اروپا درخصوص پولشویی و انسداد اموال و دارایی های مشکوک به استفاده در اقدامات تروریستی تأکید ورزیده است. در پاسخ اروپا به حوادث ۱۱ سپتامبر همچنین اتخاذ تدابیری به منظور تقویت و تحکیم روند انتقال اخبار و داده ها برای مقاصد اطلاعاتی مد نظر قرار گرفته است. اتحادیه اروپا در برنامه عملی خود اظهار داشته که «همکاری نزدیک تر و تبادل اطلاعات بین کلیه دستگاه های اطلاعاتی اتحادیه از ضروریات به شمار می رود». در اقدامی مشابه، کمیسیون دادگستری و امنیت اتحادیه اروپا اعلام نمود که این اتحادیه و کشورهای عضو آن «به زودی مقرراتی را تصویب خواهند کرد که به موجب آن ساز و کارهای مبادله خودکار داده ها و اخبار بین دستگاه های اطلاعاتی - مالی اعضا تقویت گردیده و به اطلاعات مربوط به کلیه منابع تروریسم تسری پیدا کند».

۲. قانون ضد تروریسم، جنایت و امنیت انگلیس مصوب ۲۰۰۱

در واکنش سریع به حوادث تروریستی در امریکا وزرای کشور و دارای انگلیس پیشنهادهایی را برای اتخاذ تدابیر فوری به منظور اعطای اختیارات بیشتر به دولت برای مبارزه با خطرات ناشی از تروریسم بین المللی

اعلام داشتند. کمی پس از این تاریخ یعنی در ۱۲ نوامبر ۲۰۰۱ لایحه ضد تروریسم، جنایت و امنیت در مجلس نمایندگان انگلیس مطرح شد و در ۱۴ دسامبر ۲۰۰۱ از تصویب نمایندگان گذشت. سرعت سیر تصویب این قانون از جانب قانونگذاران انگلیس به خصوص با توجه به اختیارات گسترده‌ای که برای نهادهای اجرایی و انتظامی قائل گردیده و دست آنها را برای تجاوز و تعرض به حریم خصوصی افراد و حقوق مدنی آنها باز گذاشته است، بسیار عجیب و خیره‌کننده است، هرچند همین سرعت و به اصطلاح دست درازی به حریم خصوصی افراد در دیگر اسناد داخلی و بین‌المللی که تحت تأثیر حوادث ۱۱ سپتامبر در ارتباط با این موضوع به تصویب رسیده است نیز مشاهده می‌گردد.

قانون یاد شده همانند اسناد همتای خود از خشکاندن منابع مالی تروریسم به عنوان نخستین گام در مبارزه با تروریسم بین‌المللی یاد کرده است. به این منظور قانون، اختیارات اجرایی ضبط و توقیف اموال و افشاء و تقسیم اطلاعات برای مقاصد امنیتی و اطلاعاتی را توسعه داده است. بخش ۱ قانون تحت عنوان «اموال تروریستی» (Terrorist Property) به این موضوع پرداخته و وجوه نقد تروریستی را این چنین تعریف کرده است: «وجوه نقدی که (الف) قرار است برای مقاصد ضد تروریستی مورد استفاده قرار گیرد، (ب) از منابع مالی سازمانی غیرقانونی ناشی شده باشد و یا (پ) از فعالیت‌های تروریستی حاصل گردیده باشد». جدول ۱ قانون یاد شده، اختیارات موسعی را برای ضبط و توقیف این نوع اموال به مقامات اجرایی بخشیده است.

در این میان بخش ۳ قانون که به موضوع افشای اطلاعات پرداخته است، مناقشات بسیاری را برانگیخت. در این بخش درست مانند دیگر اسناد مشابهی که در حال و فضای پس از حوادث ۱۱ سپتامبر به تصویب رسید،

اختیارات مربوط به افشای اطلاعات به شدت توسعه یافته است. طبق ماده ۱۷ (۲) اختیار افشای اطلاعات مندرج در لیست بالابندی از قوانین که در پیوست ۴ قانون درج گردیده‌اند، افزایش یافته تا افشای اطلاعات مورد تقاضا برای تحقیقات جزایی و رسیدگی‌های کیفری امکان‌پذیر شده و از همه مهم‌تر تصمیم‌گیری در مورد لزوم یا عدم لزوم انجام این گونه تحقیقات تسهیل گردد. وسعت دامنه اختیارات جدید زمانی به خوبی احراز می‌شود که توجه گردد این ماده از قانون تا چه اندازه دست وزارت دارایی انگلیس را برای اعمال این ماده نسبت به هر یک از موارد تأمین اطلاعات مندرج در قوانین تابعه باز گذاشته است.

ویژگی امنیتی - اطلاعاتی این قانون بیش از همه خود را در ماده ۱۹ نشان می‌دهد. به موجب این ماده هرگونه تکلیف رازداری در ارتباط با اطلاعات ضبط شده نزد واحد درآمدهای داخلی زایل گردیده و افشای این گونه اطلاعات به منظور انجام تحقیقات و یا رسیدگی‌های کیفری و یا با قصد تسهیل اجرای مسؤولیتهای اطلاعاتی توسط سازمانهای دولتی ذی ربط مجاز شناخته شده است.

قانون مورد بحث همچنین تکالیف متعددی ایجاد کرده است که مؤسسات مالی و نقش آنها را در نبرد علیه تروریسم بین‌المللی تحت تأثیر خود قرار می‌دهد. برای روشن شدن موضوع فقط به ذکر یک نمونه در این نوشتار کوتاه بسنده می‌گردد. مطابق جدول ۲، بنا به درخواست افسر پلیس، دادگاه می‌تواند به مؤسسه مالی دستور دهد تا برای مدت معینی یک یا چند حساب مشکوک را تحت نظر داشته و اطلاعات حاصله را در اختیار افسر مربوطه قرار دهد. این دستور به منظور انجام تحقیقات و ردیابی اموال تروریستی صادر می‌گردد و تا زمانی که دادگاه اجرای آن را برای کارایی بیشتر روند تحقیقات لازم تشخیص دهد، نافذ و معتبر خواهد بود.

د. شناخت روندهای مورد بحث

از تحقیق مختصر کنونی درباره واکنش‌های حقوقی به رویدادهای ۱۱ سپتامبر چنین برمی‌آید که در طول همین مدت کوتاه حد مطلوبی از اجماع درخصوص تدابیر قانونی لازم برای برخورد با مشکل تروریسم بین‌المللی به دست آمده است. در این بخش از مقاله کوشش می‌شود تا خطوط کلی و روندهای اصلی این اجماع بین‌المللی از لابلای اسناد حقوقی‌ای که قارچ‌گونه و به سرعت در این زمینه رشد کرده‌اند، تلخیص و ارائه گردد.

۱. روند فراسرزمینی (Extraterritoriality)

ویژگی فراسرزمینی قوانین و مقررات که عموماً به معنای تعمیم و شمول صلاحیت قانونی و قضایی به خارج از مرزهای سرزمینی کشوری خاص است، نخستین شاخص و وجه امتیاز پاسخ‌های قانونی گوناگونی است که در این نوشتار مختصر به آنها پرداخته شده است. همانطور که پیش از این بحث شد قانون USA PATRIOT اختیارات گسترده مستقیم و غیرمستقیمی را به سازمانهای امریکایی در برابر اشخاص حقیقی و حقوقی مالی خارجی اعطا کرده و صرف داشتن حساب توسط شخص خارجی نزد مؤسسه مالی امریکایی را برای اعمال صلاحیت قضایی سرزمینی و شمول قوانین ایالات متحده نسبت به وی کافی دانسته است.

«فتف» نیز به عنوان بخشی از برنامه عملی خود در مبارزه با تأمین مالی عملیات تروریستی تدابیری فراسرزمینی پیش‌بینی کرده است. از جمله به موجب این مقررات به منظور سنجش درجه کارایی نظام قانونی و اداری کشورهای غیرعضو در خشکاندن منابع مالی تروریسم ضوابطی در نظر گرفته شده است و کشورهایی که نتوانند حداقل‌های لازم را برای این

مبارزه برآورده سازند در معرض مجازاتهایی که می‌تواند به محرومیت آنها از برخورداری از نظام مالی بین‌المللی بیانجامد، قرار خواهند گرفت. ضمانت اجرای این اقدامات، پشتیبانی کشورهای عضو «فتف» خواهد بود که به آن در قانون USA PATRIOT تصریح شده است. در ماده ناظر به «مراقبت‌های ویژه در مورد حساب‌های کارگزار و حساب‌های بانکی خصوصی» تصریح گردیده که مؤسسات مالی باید هنگام نگهداری حساب کارگزار از جانب بانکی خارجی که «تحت پروانه بانکی صادره توسط کشوری خارجی عمل می‌کند و آن کشور توسط گروه یا سازمانی بین‌الدولی که ایالات متحده نیز یکی از اعضای آن است به عنوان کشوری اعلام شده است که با اصول و مقررات بین‌المللی مبارزه با پول‌شویی همکاری نمی‌کند»، مراقبت و دقت بیشتری را معمول دارند.

۲. مشارکت عمومی - خصوصی

مشارکت بین بخش‌های عمومی و خصوصی در کنترل و نظارت بر کانال‌های تأمین منابع مالی بین‌المللی به طور کلی یکی از ویژگی‌های قوانین ضد پول‌شویی به شمار می‌رود. حوادث ۱۱ سپتامبر فقط باعث شد که این ویژگی تقویت گردد و هرگونه تردید و یا ممنوعیت در واگذاری مسئولیت‌های بیشتر به بخش خصوصی برای کنترل و نظارت بر نقل و انتقالات مالی بین‌المللی از میان برخیزد. مطالعه در اسناد مختلف نشان می‌دهد که در قوانین اخیرالتصویب سطح انتظارات از مؤسسات مالی بسیار بالا رفته و تعهدات بی‌حد و مرزی به دوش آنها گذاشته شده و به موازات آن اختیارات گسترده‌ای جهت تنظیم و برقراری همکاری‌های بیشتر به قوه مجریه واگذار گردیده است، ضمن این‌که هر روز بر تعداد و دامنه

مؤسسات خصوصی مشمول تعریف قانون USA PATRIOT از واسطه‌ها و میانجی‌های معاملاتی افزوده می‌شود.

۳. دسترسی آزاد به اطلاعات

در کلیه اسنادی که در بخش‌های پیشین در مورد آنها بحث شد، بر جریان آزادتر و روان‌تر اطلاعات بین مؤسسات مالی، بخش‌های اجرایی، نیروی انتظامی، مأموران تحقیق و نهادهای اطلاعاتی به عنوان یک ضرورت تأکید گردیده و رعایت تشریفات قانونی و قید و بندهای ناشی از حفظ حریم خصوصی افراد در برابر آن امری فرعی و حاشیه‌ای قلمداد شده است.

۴. روند معکوس آزادی اقتصادی

به منظور به اجرا درآوردن ویژگی فراسرزمینی شدید فوق‌الذکر، «فتف» و اعضای امضاکننده آن به توانایی خود برای حذف مؤسسات مالی از بازارهای مالی جهانی از طریق اتخاذ تدابیر یکجانبه و هماهنگ تکیه کرده‌اند. با عنایت به اهمیت جریان آزاد سرمایه برای تحقق آزادی اقتصادی که از بعد از جنگ جهانی دوم مورد پذیرش اکثر قریب به اتفاق کشورهای جهان قرار گرفته است، این‌گونه اقدامات و تدابیر بالقوه می‌تواند حرکت در جهت خلاف آزادیهای اقتصادی به شمار رفته و به بنیادهای آن لطمات اساسی وارد سازد.

۳. پی‌آمدهای ۱۱ سپتامبر برای مؤسسات مالی

گسترده‌گی و حجم حملات تروریستی ۱۱ سپتامبر و میزان امکانات و منابع تخصیص یافته برای اجرای آن حملات نشان می‌دهد که تا چه اندازه نگرانی از بابت تأمین منابع مالی برای اجرای عملیات تروریستی نگرانی بجا

و قابل درکی است و چرا واکنش‌های حقوقی ابراز شده به این حادثه به شرح منعکس در اسناد مورد بحث، نتوانسته‌اند خود را از آثار این نگرانی برهانند. اکنون که گرد و غبار حادثه کم و بیش فرو نشسته است، مؤسسات مالی محصول آن همه نگرانی‌ها را در قالب مشتی مسئولیت جدید بر گرده خود احساس می‌کنند که ارزیابی و تحلیل آنها نیاز به گذشت زمان دارد. در این بخش نخست به پاسخ مؤسسات مالی به مسئولیتهای جدید و تعریف نشده خود پس از حوادث ۱۱ سپتامبر می‌پردازیم، سپس چالش‌های بالقوه فراروی این مؤسسات را بررسی و تلاش خواهیم کرد تا از موج تغییراتی که این مؤسسات باید با آن دست و پنجه نرم کنند شمایی به دست دهیم.

الف. پاسخ مؤسسات مالی

با توجه به هدف اصلی حملات ۱۱ سپتامبر، مؤسسات مالی امریکایی دریافتند هرچند این حملات به طور کلی متوجه کشور آنها بوده است ولی هدف اصلی مشخصاً خود آنها بوده‌اند. از این رو باید پاسخ مؤسسات مالی ایالات متحده به این حادثه را بازتابی از شور میهن‌پرستی و احساس انتقام‌گیری هر دو به شمار آورد. این پاسخ در سه محور قابل بررسی است: (یک) پشتیبانی کامل و اجرای بی‌درنگ دستور اجرایی رئیس جمهور برای بلوکه کردن دارایی‌های تروریستی، (دو) همکاری نزدیک با مقامات و نهادهای مجری قانون در ردگیری جریان وجوه و پول‌های تروریستی و (سه) حمایت کامل از ابتکار قانونگذاران امریکایی برای تشدید قوانین ضد پول‌شویی به عنوان جنگ افزاری مهم در نبرد علیه تروریسم.

گفتنی است که صنعت مالی امریکا در سیر مراحل تصویب قانون USA PATRIOT در مجلس نمایندگان امریکا حمایت خود را از آن دریغ

نداشت و برای گذشتن هرچه زودتر آن از تصویب کنگره با کمیته‌های ذی ربط و دولت امریکا همکاری نزدیک نمود. گرچه می‌توان گفت کارگزاران و صاحبان این صنعت از سابقه درخشانی از همکاری با کنگره و دولت امریکا در هنگام مطرح بودن لوایح مربوط به پول‌شویی برخوردارند، ولی تمکین بی‌چون و چرا و البته قابل درک ایشان در آن مقطع زمانی در برابر این ابتکار قانونی قطعاً روند قانونگذاری را از بحث‌های روشن‌گر و سالم حول این لایحه محروم ساخته است، و این امری است که در سیر مراحل تصویب قوانین اضطراری به ناچار دیده می‌شود.

ولی به رغم پشتیبانی کامل صنعت بانکداری و مؤسسات مالی امریکا از این قانون گهگاه در گوشه و کنار اظهارات هشدارآمیزی نسبت به آن صورت گرفته است. از جمله این که در جریان ادای شهادت توسط معاون اجرایی اتحادیه بانکهای امریکایی در برابر کمیته خدمات مالی مجلس نمایندگان، وی در ارتباط با تکلیف تشخیص هویت مشتری در معاملات با مؤسسات خارجی و خطرات ناشی از گذاشتن این بار سنگین و غیرقابل توجیه به دوش این صنعت به قانونگذاران امریکایی هشدار داد و اظهار داشت: «در حالی که بانکها می‌توانند و باید فعالیت‌های مشکوک به تخطی از قانون را گزارش کنند، ولی در اصل این نهادهای دولتی هستند که باید در صف مقدم حرکت کرده و با شناسایی و معرفی کشورها، گروهها، افراد و معاملات «بودار» از بانکها بخواهند تا براساس اطلاعات آنها عمل کنند. انجام این مهم، مشارکت و همکاری هر دو بخش عمومی و خصوصی را می‌طلبد». وی در ادامه تأکید نمود که بانکها عموماً از این توان برخوردار نیستند که درباره مشتریان خود اطلاعاتی بیشتر از آنچه که در جریان تشریفات مربوط به یک داد و ستد مالی ارائه می‌گردد، تحصیل نمایند.

با خواندن متن این گواهی روشن می‌گردد که رویکرد صنعت بانکداری به این موضوع آن گونه که در مواضع اتحادیه بانکهای امریکایی بیان شده، عبارت است از اعطای پشتیبانی کامل به قانونگذار و در نتیجه تلفیق و سازش نیازها و اقتضائات ناشی از شرایط اضطراری با لزوم همبستگی ملی. با این حال این صنعت از مشکلات و چالش‌های احتمالی آگاه است و می‌کوشد تا قانون را در مرحله اجرا با شرایط روز هماهنگ و سازگار سازد. این مطلب در پشتیبانی اتحادیه بانکهای امریکایی از اختیارات استصوابی و ویژه وزیر خزانه‌داری در ارتباط با دولتها، مؤسسات و معاملات خارجی که از لحاظ پول‌شویی در مظان تردید قرار دارند انعکاس یافته است. ضمن این که در کنار این پشتیبانی بر ضرورت رایزنی با صنعت بانکداری امریکا و افزایش کارایی روش‌های کنترل‌کننده نظارتی تأکید شده است. منطق این رویکرد را باید در همکاری تنگاتنگی جستجو کرد که از سال ۱۹۹۲ و با تصویب قانون ضد پول‌شویی آنونزیوایی (Annunzio- Wylie) بین این صنعت و دولت امریکا در امر کنترل و نظارت بر اقدامات پیشگیرانه در ارتباط با پول‌شویی ایجاد گردیده بود. قانون مزبور اجازه می‌داد که گروه مشورتی قانون رازداری بانکی مرکب از کارشناسان جامعه مالی کشور، واحدهای کنترل‌کننده و نظارتی و نهادهای مجری قانون به ریاست معاون اجرایی وزارت خزانه‌داری امریکا تشکیل گردد تا ضمن کاستن از بار مؤسسات مالی در قبال امر کنترل و نظارت نسبت به تقویت کارایی و اثرگذاری قانون مبارزه با پول‌شویی اهتمام ورزد.

ب. دغدغه‌ها: چشم‌انداز صنعت بانکداری

از چشم‌انداز صنعت بانکداری، نگرانی‌ها و دغدغه‌های کنونی از دو ناحیه سرچشمه می‌گیرد: یکی مسؤولیت قانونی و دیگری بار نظارتی و کنترل‌کننده در ابتکارات جدید ضد تروریسم. در این بخش از مقاله نگاهی به هر دو این جنبه‌ها می‌افکنیم.

ماهیت وجوه تروریستی: اثر ابتکارات جدید در مورد گزارش معاملات

مشکوک

تاکنون شاهد این بوده‌ایم که قانون ضد پول‌شویی قانون توجه و تأکید خود را به مشکل قاچاق مواد مخدر و عواید حاصل از آن معطوف ساخته و در بعد قانونگذاری و در عرصه اجرا، ردیابی و به تله انداختن پولهای نامشروع را هدف قرار داده است. با بحثی که پیش از این درباره اسناد مختلف به عمل آمد، این نکته روشن گردید که افزودن کنترل تأمین مالی عملیات تروریستی به لیست اهداف قانون پول‌شویی مستلزم بازنگری و تعدیل در تعریف اصطلاحات به کار رفته در این حوزه می‌باشد. زیرا تفاوت عمده پول‌شویی و تطهیر عواید حاصل از عملیات بزهکارانه و تأمین بودجه عملیات تروریستی در این است که عنوان اول به لحاظ منبع و منشأ تحصیل آن فاسد و نامشروع است در حالی که نامشروع بودن عنوان دوم از هدف و محل مصرف وجوه نشأت می‌گیرد. این تفاوت، آثار و پی‌آمدهایی را بر تعریف سوءظن در گزارش معاملات مشکوک و نیز تعریف جرم پول‌شویی به طور کلی بار خواهد نمود.

برای روشن شدن این نکته باید به تعریف تکلیف گزارش و اعلام معاملات مشکوک در کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد جلوگیری از تأمین منابع مالی تروریسم، مراجعه کرد. تعریف مندرج در ماده ۱۸

کنوانسیون با فرمول توصیه‌های چهل گانه «فتف» که ذیلاً در مورد آن بحث خواهد شد، تفاوت ناچیزی دارد، ولی همین تفاوت ناچیز برای تفکیک و مرزبندی بین عواید حاصل از جرم که هدف توصیه‌های چهل گانه است و تأمین منابع مالی تروریسم که هدف کنوانسیون فوق‌الذکر می‌باشد، کفایت می‌کند. توصیه ۱۵ «فتف» مقرر می‌دارد: «چنانچه مؤسسات مالی احتمال دهند که وجوه از فعالیتی مجرمانه ناشی شده است، باید ملزم شوند تا سوءظن خود را بی‌درنگ به مراجع ذی صلاح گزارش کنند». بالعکس، ماده ۱۸ (ب) کنوانسیون سازمان ملل متحد تصریح می‌کند که کشورهای عضو کنوانسیون باید مقرراتی را به تصویب رسانند که به موجب آن مؤسسات مالی مکلف گردند تا «معاملاتی را که در مظان ناشی شدن از فعالیتهای بزهکارانه می‌باشند، گزارش کنند». همانطور که ملاحظه می‌گردد در فرمول «فتف» وجوه ناشی از فعالیت مجرمانه و در فرمول کنوانسیون معاملات دارای منشأ مجرمانه مورد تأکید قرار گرفته‌اند. فرمول اول سرچشمه وجوه را ملاک تشخیص مشروعیت و یا نامشروعیت عمل قرار داده در حالی که فرمول دوم اولویت را در این امر به هدف معامله داده است.

تازگیهای موجود در تعاریف جدید از دید دست‌اندرکاران صنعت بانکداری ایالات متحده دور نمانده و معاون اتحادیه بانک‌های امریکایی آن را در جریان گواهی خود در مجلس نمایندگان امریکا با عبارات زیر توصیف کرده است:

«جریان‌های پولی حامی فعالیت‌های تروریستی از پاره‌ای جهات کاملاً با جریان‌هایی که قوانین ضدپول‌شویی در ابتدا به مبارزه با آنها برخاستند، متفاوت‌اند. هدف قوانین ضدپول‌شویی در ابتدا این بود که از راهیابی و انتقال پول‌های حاصله از فعالیت‌های نامشروع (مثل درآمدهای

ناشی از قاچاق مواد مخدر) به سیستم بانکی سنتی جلوگیری کند. در حالی که ممکن است «پاکی یا ناپاکی» پول برای تروریست‌ها هیچ اهمیتی نداشته باشد».

تحوالات قانونی مزبور قطعاً سرمایه‌گذاری مجدد در آموزش مدیران و دست‌اندرکاران اجرای قانون پول‌شویی در تعریف جدید آن را می‌طلبد. از این گذشته، از آنجا که وجوه مصرفی در اعمال تروریستی اساساً نامشروع بودن خود را از هدف و محل مصرف خود کسب می‌کنند و از سویی دیگر تدابیر قانونی جلوگیری از معاملات مشکوک اقداماتی بازدارنده‌اند که در صورت موفقیت مانع از دستیابی معامله به هدف خود خواهد گردید، این امر دستاویزهای فراوانی برای اعمال تبعیض‌های ناشی از ملیت، نژاد و مذهب ایجاد کرده است، و این نگرانی بویژه اکنون که انگشت اتهام برای ارتکاب عملیات تروریستی به سوی منطقه و گروه مذهبی خاصی نشانه رفته است، بیش از پیش احساس می‌شود.

ج. تکلیف مراقبت ویژه

این نگرانی بویژه در ارتباط با قانون USA PATRIOT معنی پیدا می‌کند. همان‌گونه که فوقاً بحث شد، قانون مزبور عمدتاً ارتباط فیمابین مؤسسات مالی امریکایی و اشخاص خارجی را تنظیم می‌کند، و این تأکید را در مواردی با کاربردی فراسرزمینی جلوه‌گر ساخته است. بعد فراسرزمینی مندرج در این قانون یقیناً برای مؤسسات مالی و امریکایی و نیز ارگان‌های مالی خارجی طرف معامله با آنها دردسرآفرین و مشکل‌زا است. مواد ۳۱۱، ۳۱۲، ۳۱۳ و ۳۱۹ (ب) قانون مزبور به رابطه بین مؤسسات مالی امریکایی و کشورهای خارجی پرداخته است. به منظور حفاظت در برابر خطرات پول‌شویی ناشی از این معاملات، قانون به وزیر خزانه‌داری

اجازه داده است تا مؤسسات داخلی امریکایی را به نگهداری سوابق و گزارش آنها به مراجع ذیصلاح مکلف گردانند. این تکالیف از جمله مشتمل اند بر:

- احراز هویت و نشانی کلیه شرکت کنندگان در معامله با شخص خارجی،

- احراز هویت مالکان انتفاعی و سهامداران معاملات و ارتباطات مزبور،

- احراز سمت قانونی مشارکت کننده،

- احراز هویت هر یک از مشتریان مؤسسه مالی خارجی که مجاز به استفاده مستقیم یا غیرمستقیم از حساب مفتوحه نزد بانک امریکایی برای مؤسسات مزبور می باشد،

- احراز هویت مالکان بانک خارجی و نوع و حدود مالکیت آنها و بالاخره

- انجام مراقبت های ویژه در ارتباط با هر بانک خارجی که از بانک خارجی مشتری مؤسسات داخلی، خدمات حساب کارگزار دریافت می کند. برای ایفای تکالیف یاد شده، قانون USA PATRIOT از ضابطه مبهم «مراقبت منطقی» استفاده می کند. در ارتباط با اجرای برخی از این الزامات مراقبتی، قانون به وزیر خزانه داری اجازه داده تا آنچه را که می تواند به عنوان اقدامات منطقی و عملی تلقی گردد، تعیین کند. مع ذلک گفتنی است که برخی از تکالیف مراقبتی که فوقاً احصاء گردیده منوط به صدور دستورالعمل نیست. در حالی که جامعه مالی حمایت خود را از قانون مورد بحث دریغ نورزیده است، مع هذا در ارتباط با اجرای این تکالیف و الزامات نگرانی هایی وجود داشته است. ولی همان گونه که در بالا بحث شد، این

امید که مسائل مزبور بتواند در جریان تدوین مقررات اجرایی شناخته‌تر و متوازن‌تر گردد نگرانی‌های مزبور را کم‌رنگ‌تر ساخته است.

در ۲۰ نوامبر ۲۰۰۱، وزارت خزانه‌داری آیین‌نامه موقتی اجرای مقررات قانون جدید ضد پول‌شویی توسط مؤسسات مالی امریکایی مشمول را در ارتباط با حسابهای کارگزاری که برای بانکهای خارجی باز یا نگهداری شده است صادر کرد. در این آیین‌نامه اجرایی به گواهی‌نامه‌ای اشاره شده که مؤسسات مالی می‌توانند از آن به طور موقت و به منظور تسهیل اجرای پاره‌ای تعهدات خود در ارتباط با بانکها و حسابهای کارگزار خارجی استفاده کنند. مع‌هذا در این آیین‌نامه تصریح گردیده است که رعایت این آیین رسمی، برای تأمین شرط مراقبت ویژه طبق سایر مواد قانون، به استثنای آنچه که در قانون به آن تصریح شده کفایت نمی‌کند و همین تصریح باعث گردیده که این تعهدات بدون حد و مرز و تابع استاندارد مبهم «اقدامات منطقی» باشند.

طبق تکلیف «مشتري خودت را بشناس» که در ماده ۳۲۶ قانون به آن اشاره رفته است، مؤسسات مالی مکلفند قبل از انجام معامله به لیست افراد و سازمانهای مشکوک به عملیات تروریستی که توسط نهادهای دولتی تهیه شده مراجعه کرده و ببینند که آیا نام مشتري بالقوه در لیست مزبور دیده می‌شود یا نه (تأکید اضافه شده است). اجرای این تکلیف در عمل خیلی سنگین و ارزیابی مشکلاتی که به بار می‌آورد نیازمند گذشت زمان است. برای مثال مؤسسات مالی به خوبی می‌دانند که نوشتن نامه‌های عربی به حروف لاتین از روش واحدی پیروی نمی‌کند و یک نام می‌تواند با املاهای مختلفی نوشته شود و این خود یعنی سرآغاز مشکل.

بعد فراسرزمینی این مقررات نیز مشکلی جدی برای مؤسسات مالی در موارد تعارض قوانین امریکا با قانون خارجی می‌آفریند. قانون جدید فقط

در این حد خود را با این مشکل آشنا نموده که از کشور خارجی خواسته است تا قوانین خود را با رویکرد قانونی ایالات متحده هماهنگ و همسو سازد.

د. تبادل اطلاعات

غلظت و گستردگی الزامات قانونی مربوط به افشای اطلاعات از یک سو و تسهیل شرایط افشای اطلاعات که ویژگی بارز اسناد قانونی منتشره در واکنش به حوادث ۱۱ سپتامبر به شمار می‌رود از سوی دیگر، لامحاله مشکلات لاینحلی را به بار می‌آورد.

قانون USA PATRIOT با درک این مشکل بالقوه، در ماده ۳۱۴ خود معافیت قانونی زیر را پیش‌بینی کرده است:

«مؤسسه و یا بنگاه مالی‌ایی که این‌گونه اطلاعات را به منظور شناسایی و گزارش فعالیت‌هایی که احیاناً در ارتباط با فعالیت‌های تروریستی و یا پول‌شویی بوده ارسال، دریافت و یا تقسیم می‌نماید، از بابت این افشاء در برابر هیچ شخصی طبق قوانین و یا مقررات ایالات متحده، و یا قانون اساسی، قانون عادی و یا مقررات هیچ کشور دیگر و یا واحد سیاسی تابع آن و یا به واسطه هیچ عقد و یا قرارداد رسمی دیگری ضامن و جوابگو نخواهد بود».

در حالی که این ماده هرگونه مسئولیت را از مؤسسات مالی از بابت خسارات ناشی از نقض هرگونه تکلیف رازداری، اعم از این‌که تکلیف مزبور ناشی از قانون باشد یا قرارداد، ابراء کرده است، پرسش این است که آیا این ماده مؤسسه مالی را از بابت مسئولیت خسارات وارده به زیان‌دیده از افشا نیز بری‌الذمه می‌نماید یا خیر؟ اهمیت این پرسش بویژه با توجه به

افشاگریهای ناشی از حب و بغض و شبهه‌آلود و احتمال وقوع اشتباه در تشخیص هویت اشخاص روشن می‌گردد.

ماده ۳۱۴ (الف) صریحاً مراجع اجرایی و سازمانهای انتظامی را ترغیب کرده است تا اطلاعات خود را درخصوص اشخاص و یا سازمانهای مشکوک به عملیات تروریستی و یا اشخاص و یا سازمانهایی که در ارتباط با دخالت آنها در عملیات تروریستی تردیدهای منطقی وجود دارد با مؤسسات مالی در میان گذارند. حجم اطلاعات حاصل از اجرای این ماده، احتمالاً به اندازه‌ای زیاد خواهد بود که از توان داده‌پردازی مؤسسات مالی بیرون است، و این در حالی است که طبق قانون قصور از اتخاذ تدابیر لازم پس از دریافت اطلاعات می‌تواند برای مؤسسه مالی پی‌آمدهای قانونی دربرداشته و مسئولیت‌آور باشد.

۴. نتیجه: بیاید به اصول باز گردیم

جریان‌ها و سمت‌گیریهای قانونی که در چند دهه گذشته در رژیم حقوقی مبارزه با پول‌شویی در سطح جهان انعکاس یافته‌اند، و بویژه ابتکارات موجود در قوانین و مقررات داخلی و چندجانبه خود امریکا به عنوان قوه محرکه برای واکنش‌های قانونی به حوادث ۱۱ سپتامبر عمل کرده‌اند. تشدید و توسعه این مقررات چالش‌هایی جدی را در برابر برخی از محکومات و اصول بنیادی که نظم حقوقی و اقتصادی امریکای پس از جنگ دوم جهانی بر آنها استوار است ایجاد کرده است که از آن میان درباره سه محور عمده این چالش‌ها ذیلاً بحث خواهد شد. نویسنده بر این باور است که جنبه‌های سه گانه زیر فقط تصویری کلی از نقاط بحث‌انگیز و مشکل‌زای رویکرد جدید قوانین ضدپول‌شویی را ارائه داده و تحلیل همه جانبه موضوع به تحقیقاتی گسترده‌تر و متوازن‌تر در هر دو بعد نظری و

عملی از جانب تصمیم‌گیران دولتی و سازمانهای بین‌الدولی و نیز اندیشه‌ورزان کارآشنا نیازمند است.

الف. آزادی اقتصادی در برابر انزوا

آزادی اقتصادی یکی از دستاوردهایی است که پس از جنگ جهانی دوم تحت عنوان «اجماع واشنگتن» (Washington Consensus) به اکثر اسناد مؤسس سازمانهای بین‌المللی عمده و از جمله: بانک بین‌المللی بازاری و توسعه، صندوق بین‌المللی پول و سازمان تجارت جهانی راه یافته و این سازمانها التزام و تعهد عملی خود را به آن ابراز کرده‌اند. ولی واکنش‌های قانونی پس از ۱۱ سپتامبر در مسیر خلاف آرمان اقتصاد باز و آزاد جهانی حرکت کرده است. پیش‌بینی مجازات برای پاره‌ای از کشورها در گوشه و کنار جهان از طریق در انزوا قرار دادن و طرد آنها از جامعه بین‌المللی به تضعیف روند و ارزش‌های اقتصاد آزاد می‌انجامد و اعمال مجازاتهای سلیقه‌ای و موردی بدون توجه به آثار جمعی آن بر تجارت و مالیه بین‌المللی و نیز بر سنگین‌تر شدن آثار منفی این واکنش‌های قانونی خواهد انجامید.

یادآوری این نکته بجاست که سیاست و روند جهانی اقتصاد آزاد، پس از جنگ جهانی دوم از بطن تهدیدی امنیتی زاییده شد. پس از پایان این جنگ خانمانسوز بود که رهبران سیاسی کشورهای بزرگ جهان به فراست دریافتند که علت‌العلل برافروخته شدن شعله‌های جنگ سیاست‌های انزواگرایانه و داشتن نگاه بدبینانه به همه حتی به همسایگان بوده است، و از این‌روست که این کشورها برای خاموش نگهداشتن کانون این آتش و مقابله با تهدیدی امنیتی اعتقاد کامل خود را به ارزش‌های برخاسته از آزادی اقتصادی و امتزاج و همزیستی کشورها در اسناد پی‌آمد جنگ اعلام

داشته‌اند. جهان امروزی هنوز زخم فجایع و مصائب ناشی از سیاست درهای بسته و انزواطلبانه چند دهه پیش را در سینه خود احساس می‌کند و تضمینی در کار نیست که این بار آستن مولود بهتری باشد.

ب. شهروند درجه یک در برابر شهروند درجه دو

از جمله ویژگیهای بارز اسنادی که در واکنش به حملات تروریستی ۱۱ سپتامبر تنظیم و صادر گردیده است، قبول ضمنی و تمکین این اسناد در برابر مفهوم تبعیض در برخورداری از حقوق شهروندی است. هرچند این ویژگی در جنبه‌های مربوط به حقوق مهاجرت و اختیارات پلیس و نیروهای انتظامی جلوه بیشتری دارد، ولی عرصه اجرائیات مالی نیز از ترکش این برخورد دوگانه مصون نمانده است. از جمله در بیانیه اتحادیه بانکهای امریکایی از تدابیر و اقداماتی پشتیبانی شده است که «روش‌های شناسایی و تشخیص دارندگان حسابهای خصوصی بویژه شهروندان غیرامریکایی را بهبود بخشد» (تأکید اضافه شده است).

بعد عجیب و تکان‌دهنده این تفکر بدعت‌آمیز زمانی چهره می‌نماید که ملاحظه گردد در بیانیه‌هایی از نوع آنچه که در بالا به آن اشاره شده و در تحلیل‌ها و مواضعی که بیشتر به مطبوعات امریکایی راه پیدا کرده است، با این پدیده بی‌سابقه به عنوان پدیده‌ای عادی و سازگار با اصول برخورد شده است، و این در حالی است که وضعیت حقوقی اتباع بیگانه در حقوق بین‌الملل و در عرف جوامع مردم‌سالار محصول و مولود تحولات و فعل و انفعالات گسترده و ریشه‌داری در حقوق بین‌الملل بوده است که در اصولی چون «معامله و رفتار برابر با اتباع بیگانه» که یکی از رایج‌ترین جنبه‌های اسناد اقتصادی بین‌المللی امروزی است بازتاب دارد. نویسنده ضمن پذیرش این نکته که استثنائات وارده به این اصول در حقوق بین‌الملل

به خصوص نظر به ملاحظات مربوط به امنیت ملی کم نیست، با این حال نمی‌تواند برای حرکت در جهت خلاف اصل برخورداری تبعهٔ بیگانه از حقوقی برابر با شهروندان خودی هیچ‌گونه توجیهی پیدا کند.

ج. حکومت قانون (اصل رعایت تشریفات قانونی اعم از ماهوی و شکلی) در برابر خودسری عوامل اجرایی

زمانی که در دهه ۱۹۷۰ سازگاری قانون رازداری بانکی با اصول قانون اساسی از جمله به دلیل نقض حقوق بانکها و سپرده‌گذاران آنها به شرح منعکس در اصلاحیهٔ چهارم قانون اساسی امریکا زیر سؤال رفت، دادگاه رسیدگی‌کننده با این استدلال که طبق این قانون و مقررات مربوط به آن دسترسی به اطلاعات بایگانی شده توسط مؤسسات مالی فقط با رعایت تشریفات قانونی موجود مجاز خواهد بود، بر سازگاری قانون رازداری بانکی با اصول قانون اساسی مهر تأیید گذاشت. ولی به موجب اصلاحیه‌های کنونی وزیر خزانه‌داری امریکا به موجب قانون USA PATRIOT اختیار دارد تا تشریفات افشای اطلاعات را تعیین و اعلام نماید. شکاف بین این دو رویکرد شکافی عمیق است و پذیرش بی‌دردسر و هضم آسان این تحول بی‌سابقه متأسفانه گویای این واقعیت است که جامعهٔ حقوقی ما از کنار انحراف تدریجی از اصل رعایت تشریفات قانونی با بی‌تفاوتی گذشته و به آن تن در داده است. مقابله با این بدعت به عزمی راسخ و نگاهی بازبینانه نیازمند است.

تقابل اساسی و گستردهٔ دیگر در عرصه سیاست‌گذاری کلان ناشی از رویارویی این دو طرز فکر است که آیا اینک که گام‌های نخست ورود به هزارهٔ جدید را برداشته‌ایم رسیدن به یک «مهندسی مالی بین‌المللی نوین» که مشوق و مروج ثبات مالی و استانداردهای دوران‌دیشانه و مورد قبول

بین‌المللی و پشتیبان آزادسازی مدیریت شده بازارهای مالی است باید آرمان و غایت مطلوب ما باشد و یا این که باید با داغ نگهداشتن تنور بحران پس از حوادث ۱۱ سپتامبر اجازه دهیم تا «ترکش اقدامات امنیتی و ضدتروریستی» به سوی طراحان آن که خود ما باشیم کمانه کرده و تمام نظم مالی جهانی را به بیراهه کشاند. بی‌شک کش دادن هرچه بیشتر وضعیت بحران و کاربرد درازمدت قوانین و مقررات اضطراری، تحقق نیازهای اقتصادی، مالی و اجتماعی جهان را برای بازگشت به شرایط عادی (هرچند که شرایط قبل از حوادث ۱۱ سپتامبر دیگر قابل تکرار نباشد) اگر نه غیرممکن، با کندی روبرو می‌سازد. از سوی دیگر نباید از نظر دور داشت که پافشاری بر اجرای مقررات و راهکارهای انقباضی و سختگیرانه و تداوم وضعیت بحران ناشی از حوادث تروریستی ۱۱ سپتامبر می‌تواند شاکله‌های اساسی و ستون‌های بنیادین مربوط به تضمین و حمایت از حقوق افراد را به لرزه درآورده و آنها را در برابر خودسری‌ها و دست‌اندازی‌های مأموران دولت در مراحل تشکیل پرونده اتهامی و رسیدگی قضایی ضربه‌پذیر سازد و این امر برای امریکایی که داعیه‌دار ارائه الگویی نمونه از نظام حقوقی و سیاسی برای همه کشورهای دنیا بوده و می‌خواهد به عنوان پشتیبان و مبلغ اصلی «حکومت قانون» شناخته گردد، پرهزینه خواهد بود. از این رو هنگام آن رسیده است تا از اقدامات انفعالی و شتابزده دست برداریم، بنشینیم و با روشی عاری از تعصب، خردگرا و سنجیده پی‌آمدها و عقبه‌های درازمدت و دوردست کارنامه عملیاتی خود پس از حوادث ۱۱ سپتامبر را مورد ارزیابی قرار دهیم و فراموش نکنیم که در این ارزیابی به علل و عوامل پیدا و پنهان این معلول پرداخته، چشم بر «چراهای» حادثه برنبدیم و آنها را بی‌پاسخ رها نکنیم.

قانون اساسی اتحادیه اروپایی

دکتر عباسعلی کدخدایی *

چکیده

اتحادیه اروپایی که در اوایل دهه ۵۰ میلادی در بین شش کشور اروپایی شکل گرفت، در زمان کوتاهی حول محور مسائل اقتصادی - تجاری پایه‌های خود را تحکیم بخشید و با تأسیس نهادهای اصلی و دمیدن روح همبستگی در بین اعضا و ترغیب آنها به همکاریهای مشترک در زمینه‌های اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و اخیراً نظامی تلاش دارد تا به آرمان قدیمی اروپاییان یعنی ایجاد یک «ایالات متحده اروپا» جامه عمل بپوشاند. تدوین معاهدات بنیادین و ترسیم راهها و روشهای همکاری در بخشهای گوناگون جهت نیل به این همگرایی، بدون تردید سنگ بنای این وحدت می‌باشد.

موضوعی که در داخل و خارج از اتحادیه نزد حقوقدانان حقوق عمومی مطرح است بحث ضرورت یا عدم ضرورت وجود یک قانون اساسی برای اتحادیه و بررسی جایگاه آن می‌باشد. چرا که شناسایی ضرورت وجود قانون اساسی در واقع نشاندهنده عزم جدی اروپاییان در تشکیل یک کشور فدرال و

*. عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

متحد می‌باشد تا صرف تشکیل یک سازمان منقطه‌ای بین‌المللی از قبیل آنچه هم‌اکنون در صحنه‌های بین‌المللی وجود دارد.

اکنون این سؤال اساسی ممکن است به ذهن خطور کند که در صورت حصول اهداف وحدت‌گرایانه در اتحادیه، آیا می‌توان برای آن یک قانون اساسی در نظر گرفت؟ و آیا معاهدات جامعه و اتحادیه اعم از معاهدات اولیه و یا معاهدات الحاق و اصلاحی به منزله قانون اساسی اتحادیه محسوب می‌گردند؟ این مقاله با علم به جایگاه در خور توجه معاهدات نزد دول عضو و اتحادیه به‌عنوان میثاق ملی، در صدد یافتن پاسخ به این سؤال است و این‌که در صورت مثبت بودن پاسخ، آیا معاهدات موجود می‌توانند در جایگاه قانون اساسی قرار گیرند؟

مقدمه

اتحادیه اروپایی که در اوایل دهه ۵۰ میلادی در بین شش کشور اروپایی شکل گرفت، در زمان کوتاهی حول محور مسائل اقتصادی – تجاری پایه‌های خود را تثبیت و تحکیم بخشید و با تأسیس نهادهای اصلی و دمیدن روح همبستگی در بین اعضا و ترغیب آنها به همکاری‌های مشترک در زمینه‌های اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و اخیراً نظامی تلاش دارد تا به آرمان قدیمی اروپاییان یعنی ایجاد یک «ایالات متحده اروپا»^۱ جامه عمل بپوشاند.^۲

تدوین معاهدات بنیادین و ترسیم راهها و روشهای همکاری در بخشهای گوناگون جهت نیل به وحدت، از جمله این اقدامات به‌شمار می‌رود، علاوه بر آن صاحب منصبان اتحادیه سعی در تحکیم اصول، پایه‌ها و ارزشهای اتحادیه داشته و با اصلاحات به‌عمل آمده و توسعه اختیارات نهادها در مقابل دول عضو، گامهای اساسی را در جهت همگرایی در بین دول اروپایی برداشته‌اند.^۳

معاهدات جامعه و اتحادیه اعم از معاهدات اولیه مانند معاهده زغال‌سنگ و فولاد اروپایی (ECSC)^۴، معاهده انرژی اتمی اروپایی (Euratom)^۵ و معاهده جامعه اقتصادی اروپایی (EEC)^۶ و یا معاهدات

1. United States of Europe.

۲. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به:

P. Lynch, N. Neuwahl, W. Rees, Reforming the European Union From Maastricht to Amsterdam, Pearson Education, England, 2000

و کدخدایی، دکتر عباسعلی، ساختار و حقوق اتحادیه اروپایی، نشر میزان، ۱۳۸۰.

3. Jean – Claude Piris, Does the European Union Have a Constitution? Does it Need One? Jean Monnet Working Paper, 5/00, Harvard Law School, 2000, p. 9.

4. European Coal & Steel Community, 1952.

5. European Atomic Energy, 1960.

6. European Economic Community, 1960.

اصلاحی مؤخر مانند ماستریخت،^۷ آمستردام^۸ و بالاخره نیس^۹ به عنوان سنگ بنای این وحدت همه جانبه به شمار می روند که نقش مهمی را در تعمیق و تحکیم ستونهای اتحادیه داشته است. از سوی دیگر، دادگاه دادگستری اتحادیه نیز با اصرار بر اجرای مفاد این معاهدات و تفسیر مواد مبهم کمک شایان توجهی به اجرای صحیح این معاهدات در سطح جامعه اروپایی و اینک اتحادیه اروپایی مبذول داشته و وظیفه خطیر خود را در جهت پاسداری از اصول اساسی اتحادیه به انجام می رساند.^{۱۰}

از آنجا که جامعه و اتحادیه اروپایی بر مبنای معاهدات تأسیس و نیز معاهدات مربوط به الحاق دول عضو استوار بوده، شاید بتوان آنها را به عنوان مجموعه میثاق ملی این اتحادیه به شمار آورد که دربرگیرنده رهنمودها، اهداف و وظایف آن می باشد و جایگاهی بس مهم و ویژه نزد اتحادیه و دول عضو در بین مصوبات به خود اختصاص داده است.

موضوعی که اکنون در داخل و خارج از اتحادیه نزد حقوقدانان حقوق عمومی مطرح است بحث ضرورت یا عدم ضرورت وجود یک قانون اساسی برای اتحادیه و بررسی جایگاه آن می باشد. چرا که شناسایی ضرورت وجود قانون اساسی برای اتحادیه اروپایی درواقع نشان دهنده عزم جدی اروپاییان در تشکیل یک کشور فدرال و متحد می باشد تا صرف تشکیل یک سازمان منطقه ای بین المللی.

آنچه این مقاله بر ایضاح آن همت گمارده پاسخ به این سؤال است که آیا می توان برای اتحادیه اروپایی قانون اساسی و یا هرگونه میثاق

7. Maastricht Treaty, 1992.

8. Amsterdam Treaty, 1997.

9. Nice Treaty, 2000.

۱۰. کدخدایی، دکتر عباسعلی، نگرشی به ساختار دیوان دادگستری اروپایی و نقش آن در روند همبستگی اتحادیه، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۵۱، ۱۳۸۰، ص ۸۷.

مشترکی را با این اعتبار در نظر گرفت و در صورت مثبت بودن پاسخ آیا معاهدات موجود می‌توانند در جایگاه قانون اساسی قرار گیرند. قبل از ورود به بحث، ضروری است تاریخچه معاهدات مربوطه و تشکیل اتحادیه به‌نحو اختصار تشریح گردد.

تاریخچه تشکیل اتحادیه اروپایی

اولین معاهده اتحادیه، معاهده معروف به معاهده زغال‌سنگ و فولاد / اروپایی (ECSC)، در سال ۱۹۵۱ به تصویب شش کشور فرانسه، آلمان، ایتالیا، لوکزامبورگ، هلند و بلژیک رسید. در فاصله اندکی پس از لازم‌الاجرا شدن این معاهده در همان دهه پنجاه میلادی مقدمات انعقاد معاهدات رم فراهم آمد و در سال ۱۹۵۷ معاهده جامعه اقتصادی اروپایی (EEC) و معاهده انرژی اتمی اروپایی (Euratom) در شهر رم ایتالیا به امضاء رسید و رسماً از سال ۱۹۶۰ به اجرا درآمد.^{۱۱} این سه معاهده، به‌ویژه معاهده جامعه اقتصادی از جمله معاهدات اصلی و زیربنایی اتحادیه بوده که امروزه در قالب ستونهای سه‌گانه اتحادیه و به‌عنوان ستون و پایه اول معروف و مشهور می‌باشد.^{۱۲} معاهده جامعه اقتصادی اروپایی (EEC) به دلیل فراگیر بودن مفاد آن و در بر گرفتن ابعاد متعدد اقتصادی - اجتماعی و نیز ایجاد یک بازار مشترک اروپایی نه تنها بین خود اروپاییان که در خارج از اروپا نیز از

11. Hartley, T.C., The Foundations of European Community Law, Clarendon Press, Oxford, 3rd ed., 1994.

12. Archer, Clive, The European Union, Structure and Process, 3rd ed., Continuum, London, 2000

توضیح آن‌که اتحادیه اروپایی دارای سه ستون و یا سه پایه (Pillar) می‌باشد که عبارتند از جوامع اروپایی شامل جامعه اقتصادی، جامعه انرژی اتمی و جامعه زغال‌سنگ و فولاد به‌عنوان ستون اول، سیاست مشترک خارجی و امنیتی به‌عنوان ستون دوم و همکاری در امور داخلی و قضایی به‌عنوان ستون سوم.

شهرت زیادی برخوردار شد به نحوی که هنوز حتی پس از گذشت چندین سال از تشکیل اتحادیه اروپایی اغلب از آن به عنوان جامعه اقتصادی اروپایی (EEC) نام برده می‌شود.

با گسترش فعالیت جامعه اروپایی و الحاق دیگر کشورهای اروپایی به آن، ضرورت اصلاح معاهدات بیش از پیش هویدا گشت و لذا هر از چند گاهی چه در قالب معاهدات مستقل مانند معاهده واحد اروپایی (SEA)^{۱۳} و یا در قالب معاهدات الحاق این اصلاحات انجام گرفت.

لیکن تبدیل وضعیت حقوقی جامعه به اتحادیه نیاز به یک نگرش همه‌جانبه داشت که مستلزم کاری وسیع و عمیق و ملحوظ داشتن تمام ابعاد حقوقی، سیاسی، اقتصادی و اجتماعی بود. در این راستا از سال ۱۹۸۶ گروه‌های کاری متعددی تشکیل گردید و اقدامات اولیه و اساسی جهت تدوین معاهده‌ای جامع را شروع نمود و سرانجام در سال ۱۹۹۲ معاهده اروپایی معروف به معاهده ماستریخت به اجرا درآمد. تحول اساسی که به موجب مفاد این معاهده در ساختار اهداف و وظایف جوامع اروپایی قبلی ایجاد گردید، آن را از شکل یک سازمان اقتصادی صرف به یک اتحادیه فعال سیاسی، اقتصادی و اجتماعی مبدل نمود.

با این حال شروع به کار اتحادیه خود دربرگیرنده مسائل و مشکلات زیادی بود که ضرورت تجدید نظر در مفاد معاهدات را می‌طلبید و سرانجام این اصلاحات با انعقاد و به اجرا درآمدن معاهده آمستردام در سال ۱۹۹۷ محقق شد. اما این تنها پایان راه نبود و اصلاحات بیشتر به موجب معاهده نیس در سال ۲۰۰۰ انجام گردید که البته به دلیل اختلاف نظر بین دولتهای عضو معاهده اخیر هنوز لازم‌الاجرا نگردیده است.

13. Single European Act, 1987.

نگرش امروز نویسندگان و صاحب‌نظران در بعد معاهدات بنیادین اتحادیه، در ابتدا به این معاهدات شش‌گانه و نیز معاهدات میان مدت مانند معاهده واحد اروپایی (SEA) و نیز برخی معاهدات الحاق دولتها می‌باشد. اکنون موضوع اصلی این است که اولاً اتحادیه اروپایی نیازمند یک قانون اساسی می‌باشد و ثانیاً با توجه به تنظیم سیاستهای کلی و تبیین راهبردها و تاکتیکهای سیاسی - اقتصادی و اجتماعی اتحادیه توسط این معاهدات آیا می‌توان این گونه اسناد را به عنوان قانون اساسی اتحادیه محسوب نمود و ثالثاً در صورت قبول این معاهدات به عنوان قانون اساسی اعتبار آنها نزد حقوقدانان اتحادیه تا چه میزان می‌باشد؟

ضرورت وجود قوانین اساسی و اشکال آنها

واژه قانون اساسی^{۱۴} اگرچه معمولاً به عنوان میثاق مشترک مردم و دولت در کشورهای مستقل به کار می‌رود، که به وسیله آن حقوق دولت و شهروندان و روابط آنها با یکدیگر تعیین شده است، لیکن در ادبیات حقوقی از آن اراده اساسنامه یا سند تأسیس نیز می‌شود که برای اشخاص حقوقی به کار می‌رود.^{۱۵}

قانون اساسی در مفهوم اول از زمانی ظهور پیدا نمود که اصولاً به دلیل وجود ناهماهنگی‌های فراوان بین دستگاههای مدیریتی کشورهای مختلف، این اعتقاد به وجود آمد که دستورالعمل واحدی برای تبیین اختیارات دولت به مفهوم اعم آن (حکومت) و حقوق شهروندان، ارتباط نهادهای حکومتی با یکدیگر و با شهروندان تنظیم گردد و به آرای عمومی گذاشته شود تا در صورت تصویب، کارگزاران حکومتی بر اساس آن گام

14. Constitution.

۱۵. قاضی، دکتر ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ ششم، ۱۳۷۵، ص ۸۹ به بعد.

برداشته و از ورود به وادی استبداد و خودرأیی پرهیزند. به عبارت دیگر، قانون اساسی در هر کشور به عنوان میثاق مشترک ملت گرد آمده در آن سرزمین می باشد که اصول کلی و اهداف اصلی آنها را تشریح و تبیین نموده است.^{۱۶}

اگرچه امروزه دیگر کسی در ضرورت وجود قانون اساسی برای کشورها تردیدی به خود راه نمی دهد، لیکن تغییر و تحول در قانون اساسی یک کشور امری طبیعی است که به دلایل مختلف انجام می پذیرد. این تغییرات خود می تواند معلول دو عامل اصلی باشد؛ اول آن که چون متون قوانین اساسی ساخته ذهن بشری است و یافته های بشری می تواند با خطا و اشتباه همراه باشد، لذا متون تدوین شده قوانین اساسی توسط انسانها می تواند دارای نقایص فراوان نیز باشد و تکمیل این متون از ابتدا تاکنون خود دلیل روشنی است بر این نقص انسانی. همچنین تغییرات حادث شده در اوضاع و احوال سیاسی، اجتماعی و یا حتی جغرافیایی یک سرزمین می تواند موجبی باشد برای تحول در قوانین اساسی و یا تدوین ابتدایی آن. با توجه به دو محور فوق الذکر اکنون می توان گفت که عموماً قوانین اساسی در دوره های معاصر محصول تحولات ذیل می باشد:

۱- افول دوران استعمار و به استقلال رسیدن سرزمینهایی که تا قبل از آن به عنوان یک کشور مستقل شناخته نمی شدند. در این خصوص می توان بسیاری از کشورهای افریقایی و امریکای لاتین را به عنوان شاهد مثال در نظر گرفت.

۲- الحاق سرزمینی به سرزمین دیگر و یا انتزاع از آن، مانند الحاق آلمان شرقی به آلمان غربی.

۱۶. قاضی، همان؛ بوشهری، دکتر جعفر، حقوق اساسی، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهارم، ۱۳۵۰.

۳- تحولات درونی کشورها مانند قانون اساسی سال ۱۹۴۸ فرانسه و تشکیل جمهوری پنجم که بر اثر آن قانون اساسی جدیدی تنظیم شد و یا تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران پس از انقلاب اسلامی.

حال این سؤال مطرح می‌گردد که با تشکیل اتحادیه اروپایی آیا تحول و تغییر اساسی در ساختار حکومتی دول عضو نیز به وجود آمده است که نیازمند یک قانون اساسی جدید و فراگیر باشد؟ به عبارت دیگر، آیا اتحادیه اروپایی به منزله یک دولت مرکزی فدرال تلقی می‌شود که ضرورت وجود قانون اساسی برای آن اجتناب‌ناپذیر باشد؟ این سؤال است که در بخشهای آتی بیشتر به آن خواهیم پرداخت.

قانون اساسی ماهوی (مادی) و قانون اساسی شکلی (صوری)

قانون اساسی به مفهوم عام شامل اصول، قواعد و مقرراتی است که رابطه قدرت را با شهروندان تعیین می‌کند و از سوی دیگر شرایط و نحوه انتقال قدرت را نیز معین می‌نماید. در این مفهوم تبیین رابطه شهروندان با زمامداران و رابطه نهادهای حکومتی با یکدیگر در قانون اساسی مشخص می‌گردد.^{۱۷} اما از لحاظ شکلی قانون اساسی شامل اصول و قواعدی است که در یک متن رسمی و تشریفاتی به تصویب مقامات صلاحیتدار رسیده و ضمن تنظیم رابطه افراد و سازمانها با یکدیگر بر دیگر قوانین عادی نیز برتری دارد. آنچه این قانون را از دیگر قوانین متمایز می‌کند همان ویژگی برتری بر قوانین عادی است و این مهم باید مد نظر مجریان قانون قرار گیرد.^{۱۸} علی‌رغم آن که قوانین اساسی عموماً به صورت متن واحد و معتبر

۱۷. قاضی، همان.

۱۸. قاضی شریعت‌پناهی، دکتر ابوالفضل، بایسته‌های حقوق اساسی، نشر یلدا، چاپ اول، ۱۳۷۳.

خودنمایی کرده، اما می‌توانند در برخی موارد به صورت غیر مدون و نانوشته عرض اندام نمایند، آن گونه که در انگلستان انجام شده و به جای یک متن واحد، مجموعه‌ای از مقررات عادی، عرفها و رویه‌ها تشکیل دهنده قانون اساسی آن می‌باشد،^{۱۹} در این خصوص واژه قانون اساسی دارای دو مفهوم می‌باشد؛ در مفهوم مضیق، قانون اساسی به سندی اطلاق می‌گردد که دارای قداست بوده و چارچوب و اصول و وظایف نهادهای دولتی در یک کشور را تعیین می‌نماید.^{۲۰} لیکن این تعریف مضیق همیشه نمی‌تواند منعکس کننده مفهوم واقعی قانون اساسی باشد لذا تعریف موسعی نیز برای آن در نظر گرفته‌اند. در این مفهوم قانون اساسی به مجموعه‌ای از قوانین، نهادهای، هنجارها و عرفهایی که ناشی از اصول عقلی مشخصی بوده اطلاق می‌گردد و قانون اساسی خوانده می‌شود که در واقع تشکیل دهنده شاکله اصلی نظام یک حکومت می‌باشد که بر آن اساس شهروندان جامعه نیز بر اداره کشور بدان صورت رضایت داده‌اند.^{۲۱} در این تقسیم‌بندی تعریف دیگری نیز از قانون اساسی ارائه شده که به نظام جامع حکومتی یک کشور و مجموعه قواعدی که دولت را تأسیس، تنظیم و یا اداره می‌نماید اطلاق می‌گردد.^{۲۲} به عبارت دیگر، در این مفهوم قانون اساسی لزوماً یک سند واحد و مدونی نیست، بلکه مجموعه‌ای از قواعد و اصول بعضاً نانوشته‌ای است که جایگاه قانون اساسی را به خود اختصاص داده است. در این تعریف موسع حقوقدانان معتقد هستند کشورهایی مانند انگلستان علی‌رغم

۱۹. برای مطالعه بیشتر در قانون اساسی انگلستان رجوع شود به:

Eric Barendt, *An Introduction to Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 1998;
E.C.S. Wade and A.W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law*, Longman, London, 10th ed., 1992.

20. Bradley, *Ibid.*, p. 4.

21. *Ibid.*, p. 4.

22. *Ibid.*, pp. 4-5.

فقدان یک متن واحد دارای قانون اساسی بوده و لذا می‌توان با استفاده از مناط اعتبار چنین پاسخ داد که اتحادیه اروپایی نیز می‌تواند دارای قانون اساسی باشد چرا که لزوماً نباید متن واحدی به‌عنوان قانون اساسی موجود باشد و می‌توان اصول و قواعد نانوشته و معاهدات اتحادیه را به‌عنوان چنین قانونی تلقی نماییم. چنانچه ایراد گردد که قانون اساسی مقدم بر تشکیل یک دولت بوده و دولت مخلوق قانون اساسی است و نه قانون اساسی مخلوق دولت، چرا که تا قانون اساسی وجود نداشته باشد نمی‌توان وجود دولتی را جدی تلقی نمود، می‌توان چنین توضیح داد که تدوین معاهدات نیز در اتحادیه مقدم بر تشکیل اتحادیه و یا جامعه بوده هرچند دول عضو وجود داشته‌اند و اما این امر به مفهوم وجود دولت مقدم نیست چرا که جامعه و یا اتحادیه در زمان تدوین معاهدات وجود نداشته و تنها پس از انعقاد معاهدات چنین نهادی موجودیت یافت.

قانون اساسی اتحادیه اروپایی

با این حال در اتحادیه اروپایی که هنوز به‌عنوان یک سازمان منطقه‌ای تلقی شده و ساختار سیاسی آن به‌عنوان یک فدراسیون مرکب از کشورها تلقی نمی‌گردد، واژه CONSTITUTION همان مفهوم سنتی قانون اساسی که برای کشورها استفاده می‌شود را داراست.

در این صورت ممکن است سؤال شود که آیا این سازمان نیازمند یک قانون اساسی به مفهوم خاص کلمه می‌باشد و در صورت مثبت بودن پاسخ، چگونه این قانون اساسی می‌تواند شکل گیرد؟

همان‌گونه که قبلاً توضیح داده شد، قانون اساسی در مفهوم حقوق اساسی متعلق به یک دولت – کشور در مفهوم دقیق حقوقی آن می‌باشد. به عبارت دیگر، تا زمانی که دولت کشوری وجود نداشته باشد، نمی‌توان

مدعی وجود قانون اساسی شد. لیکن از آنجا که اروپا هنوز در قالب یک کشور به مفهوم سنتی خود در نیامده است ممکن است این سؤال مطرح گردد که منظور از اروپا چیست؟ اروپای جغرافیایی، اروپای سیاسی، اروپای فرهنگی و یا مردم اروپا و دولتهای اروپایی؟ حتی اگر گفته شود قانون اساسی اتحادیه اروپایی، شاید این ایراد وارد گردد که هنوز اتحادیه در قالب کشور مانند فرانسه یا مالزی قرار نگرفته است و چون وضعیت آن روشن نمی‌باشد لذا سخن گفتن از قانون اساسی برای آن نیز بی‌مفهوم خواهد بود.

در خصوص سؤال اول باید گفت که چون اتحادیه اروپایی از سالیان اولیه تشکیل در صدد ایجاد یک وحدت سیاسی در بین اعضا بوده و برخی از آن به‌عنوان یک سازمان فراملی^{۲۳} نام می‌برند، لذا اطلاق این واژه به مقررات و یا قوانین کلیدی آن به‌عنوان قانون اساسی خالی از اشکال است و می‌توان چنین ویژگی را برای این سازمان در نظر گرفت. این امر یعنی وجود قانون اساسی برای اتحادیه، مورد تأیید دادگاه اتحادیه نیز قرار گرفته و اصولاً این مرجع، معاهدات اصلی اتحادیه را به‌عنوان قانون اساسی این سازمان شبه فدراسیون تلقی می‌نماید.

در قضیه Costa v. ENEL^{۲۴} دادگاه اتحادیه با اشاره به نامحدود بودن جامعه (اتحادیه) اروپایی و با وجود نهادهای خاص و شخصیت حقوقی مستقل، اختیارات واقعی و محدود شدن حاکمیت دول عضو، اعلام نمود که اعضا در واقع مجموعه‌ای از قوانین را ایجاد کرده که هم برای اتباع و هم برای دولتها الزام‌آور می‌باشد.

23. Supranational.

24. Case 6/64 [1964] ECR, 585, 593.

شناسایی اصول حقوقی مستقل در نظام حقوقی اتحادیه مانند اصل تأثیر مستقیم^{۲۵} از سوی دادگاه به منزله شناسایی حقوق مبتنی بر قانون اساسی اتباع تلقی شده که به همراه اصل برتری حقوقی جامعه (اتحادیه) نسبت به حقوق دول عضو^{۲۶} پایه‌های حقوق اساسی و در نهایت اصول مربوط به قانون اساسی اتحادیه را تشکیل می‌دهد.^{۲۷}

تأکید بر حقوق اساسی اتحادیه که از همان سالهای اولیه تشکیل آن از سوی دادگاه اروپایی انجام می‌شد همچنان در سالهای اخیر و با شدت بیشتر انجام می‌پذیرد و در موارد گوناگون این دادگاه اشاره به حقوق اساسی اتحادیه و قانون اساسی آن می‌نماید. در این ارتباط دادگاه سه ویژگی برای معاهدات در نظر گرفته و آنها را به عنوان منشور اساسی اتحادیه قلمداد می‌کند. این سه خصیصه عبارتند از:

- ابتنای اتحادیه بر اصل حاکمیت قانون
- تأسیس یک نظام حقوقی جدید
- حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین^{۲۸}

دادگاه اروپایی در نظریه مشورتی خود پیرامون الحاق جامعه (اتحادیه) به کنوانسیون حقوق بشر اروپایی اشاره به عرفها و رویه‌های مبتنی بر قانون اساسی نموده که در بین دول عضو امری پذیرفته شده است و به همراه دیگر اصول عمومی حقوق در جهت حمایت از حقوق بشر مورد استناد قرار می‌گیرد.^{۲۹}

25. Direct Effectiveness Principle.

26. Supremacy of Community Law.

27. P. Lynch, N. Neuwahl, W. Rees, op. cit., p. 219.

28. Jean - Claude Piris, op. cit.

29. Opinion 2/94 [1996] ECR I-1759.

وجود قانون اساسی اتحادیه از منظر دادگاه قطعی تلقی شده، چنانکه در پرونده‌ای دیگر، معاهده معروف رم به‌عنوان قانون اساسی محسوب شده و مطابقت قوانین و مقررات مصوب نهادهای اتحادیه و یا دول عضو را با آن خواستار شده است. علی‌رغم تأکیدات دادگاه مبنی بر وجود قانون اساسی در جامعه (اتحادیه)، تاکنون این امر به شکل واحد و به صورت یک متن مستقل و معتبر محقق نشده، اگرچه اقداماتی در این راستا به‌عمل آمده است.

با انعقاد معاهده ماستریخت و لازم‌الاجرا شدن آن در سال ۱۹۹۲، اتحادیه یک ساختار دوگانه فراملی و بین‌الدولی پیدا کرده که از یک طرف ستون اول آن یعنی جوامع اقتصادی سه‌گانه خصلت فراملی و دو ستون دیگر ویژگی بین‌الدولی داشته و لذا علی‌رغم تأکیدات قبلی وضعیت قانون اساسی غیر مدون اتحادیه همچنان در ابهام باقی ماند و نظرات متفاوتی پیرامون آن ابراز گردید.

البته در سال ۱۹۹۴ پارلمان اتحادیه با تصویب قطعنامه‌ای بر وجود یک قانون اساسی مشترک و واحد برای اتحادیه تأکید کرد و حتی متن واحدی را در این رابطه به همراه قطعنامه منتشر نمود. لیکن هیچگاه تصویب این متن به‌طور جدی از سوی قوه مقننه اتحادیه یعنی شورا تعقیب نشد و تاکنون نیز چنین قانونی برای اتحادیه به منصفه ظهور نرسیده است.^{۳۰} شایان ذکر است که اقدامات دیگری نیز در سالهای اخیر جهت تدوین یک قانون اساسی واحد برای اتحادیه انجام پذیرفته که در جای خود قابل تأمل می‌باشد، از جمله می‌توان اعلامیه میلان را نام برد که در نوامبر سال ۲۰۰۰ بر تدوین قانون اساسی اتحادیه تأکید ورزید.^{۳۱} این اعلامیه که راجع به

30. C61/155 OJ (1994).

31. European Report, *European Leaders Open the Door to a European Constitution*, Dec 19, 2001, p. 101.

قانون اساسی اروپایی می‌باشد تدوین چنین قانونی را تا سال ۲۰۰۵ ضروری شمرده، ضمن آن که اصول مورد نظر خود را نیز ترسیم نموده است. همچنین ژاک شیراک رئیس جمهور فرانسه در ۲۷ اوت ۲۰۰۰ بر تدوین چنین قانون اساسی تا سال ۲۰۰۴ تأکید نموده که با موافقت و مخالفت برخی از اعضا مواجه گردیده است.^{۳۲}

با این وجود در مذاکرات مقدماتی برای اصلاح معاهده ماستریخت و انعقاد معاهده آمستردام مقرر شد تا قلمرو اختیارات دول عضو اتحادیه و اختیارات تصمیم‌گیری در این اتحادیه بیشتر و بهتر تبیین گردد که در واقع یکی از موضوعات مربوط به قانون اساسی اتحادیه می‌توانست باشد. با این حال معاهده آمستردام نیز در این خصوص ساکت است و این نشان‌دهنده آن است که هنوز یک عزم جدی در بین اعضای اتحادیه برای ایجاد قانون اساسی وجود ندارد. اگرچه مسائلی چون اصل ضرورت عمل مؤثر^{۳۳} و اصل تناسب^{۳۴} از جمله موارد مربوط به حقوق اساسی بود که در معاهدات ماستریخت و آمستردام نیز مورد تأکید واقع شد.^{۳۵}

به موجب اصل ضرورت عمل مؤثر که در ماده ۳B معاهده ماستریخت درج شده بود و در معاهده آمستردام به ماده ۵ تبدیل شد، قلمرو اختیارات اتحادیه و دول عضو در موضوعاتی که صراحتاً و یا به‌طور ضمنی عامل آن تعیین نگردیده است، هر کدام از این دو یعنی، دول عضو و یا اتحادیه می‌باشند و در صورتی می‌توانند اقدام به اتخاذ تصمیم نمایند که یا یک ضرورت عملی برای آن وجود داشته باشد و یا اقدام از سوی هر طرف

32. EU Business, Chirac Wants EU Constitution in 2004, 28 Aug 2001 & also The Economist (US), The Latest Battle for the Continent's New Shape, A Constitution for Europe, Dec 8, 2001.

33. Subsidiarity Principle.

34. Proportionality Principle.

۳۵. کدخدایی، دکتر عباسعلی، ساختار و حقوق اتحادیه اروپایی، پیشین، ص ۹۹.

نتایج بهتر و مطلوبی را نسبت به اقدامات اتخاذی از سوی طرف دیگر به بار آورد.

علی‌رغم اصلاحات اساسی که به‌موجب معاهدات ماستریخت، آمستردام و نیس به عمل آمد و در حوزه‌های گوناگون اتحادیه مؤثر افتاده است، هنوز وجود یک قانون اساسی واحد به مفهومی که ما به آن در نظامهای داخلی معتقد هستیم، برای اتحادیه به رسمیت شناخته نشده است و شاید این نظریه یعنی داشتن یک قانون اساسی واحد برای آن در ذهنها دچار چالشهای اساسی و حساسی می‌باشد. عده‌ای معتقدند که وجود یک قانون اساسی، خود مبنی است بر وجود یک فرهنگ مشترک، یک هویت واحد و یک همبستگی میان فرهنگها که تمام مردم، خود را متعلق به آن بدانند. بدیهی است در فقدان این مؤلفه‌ها نمی‌توان وجود یک قانون اساسی مشترک را برای مردمی با عقاید، نظرات و فرهنگ متفاوت و بدون وجود هیچ‌گونه عقاید مشترک به رسمیت شناخت.^{۳۶} به عبارت دیگر، تا زمانی که مفهوم شهروند اروپایی عملاً شکل نگرفته نمی‌توان مدعی داشتن یک قانون اساسی مشترک نیز شد. از این منظر اتحادیه اروپایی هنوز یک سازمان بین‌الدولی منطقه‌ای است و علی‌رغم فاصله زیاد با سازمانهای منطقه‌ای و بین‌المللی مشابه، هنوز سازمانی از این نوع تلقی می‌گردد. اکنون باید پرسید که در فرض ضرورت وجود قانون اساسی برای اتحادیه آیا چنین قانون اساسی می‌تواند مشابه قوانین اساسی دیگر کشورها باشد؟ جهت ارائه پاسخ باید ابتدا بررسی شود که آیا اتحادیه می‌تواند عنوان حقوقی دولت را دربر داشته باشد تا بتواند دارای قانون اساسی نیز باشد؟ در این خصوص باید اذعان نمود که اتحادیه با تمام همتی که از سوی مسئولین و نظریه‌پردازان آن انجام می‌پذیرد و علی‌رغم تمام تلاشها در جهت وحدت و ایجاد

36. P. Lynch, N. Neuwahl, W. Rees, op. cit., p. 227.

همگرایی سیاسی در آن هنوز به مفهوم حقوقی دارای عنوان دولت اعم از بسیط و یا مرکب نمی‌باشد. در این رابطه عناصر و مؤلفه‌هایی که اتحادیه فاقد آن بوده و مانع دولت شدن آن شده عبارتند از:

– ابزارهای اجرایی حقوق جامعه

– نیروی انسانی لازم

– بودجه لازم

– ابزارهای اداری و نظارتی^{۳۷}

به عبارت دیگر، حتی اگر بر فرض اتحادیه را دارای سرزمین واحد، مردم واحد، و عرفهای مشترک واحد بدانیم این سازمان هنوز فاقد حاکمیت واحد و مستقلی است تا بتواند سیاستهای داخلی و خارجی خود را مستقلاً رقم بزند.

علاوه بر آن که وجود دول عضو با اختیارات کامل یک دولت مستقل و تفویض اختیارات وسیع به نهادهای اتحادیه، خود موجب شده تا برخی مدعی گردند که اتحادیه حول این دو محور دارای یک قانون اساسی می‌باشد، لیکن در پاسخ شاید بتوان گفت که چون مقصد اصلی و اهداف نهایی اتحادیه هنوز روشن نیست و جهت حرکت آن به‌سوی یک ملت واحد و یا یک سازمان فراگیر تعیین نشده است لذا سخن گفتن از قانون اساسی آن به شکلی که در دول مستقل مطرح می‌گردد شاید بسیار زود هنگام باشد، اگرچه بحثهای راجع به حقوق اساسی را مانع نخواهد شد.

اکنون با فرض قبول ضرورت وجود قانون اساسی برای اتحادیه، این سؤال مطرح می‌گردد که آیا شکل این قانون اساسی باید لزوماً مانند قوانین

37. Jean - Claude Piris, op. cit., p. 18.

اساسی دیگر کشورها باشد مثلاً قانون اساسی آلمان یا فرانسه و یا این که معاهدات مختلف اتحادیه می تواند مبنای چنین قانونی قرار گیرد؟ در پاسخ گفته شده که اصولاً قانون اساسی یک مفهوم ایستا و ثابت نیست که آن را منحصر به شکل خاصی بدانیم و غیر از آن نوع را قانون اساسی ندانیم، بلکه قانون اساسی یک مفهوم پویایی می باشد که در طی یک روند تدریجی اعتبار و مرجعیت بین الدولی مشروعی را کسب می کند.^{۳۸} از این رو این اعتبار قانون اساسی مشروع نشأت گرفته از شهروندان اروپایی است که بر آنها نیز مؤثر می باشد و تدوین هر نوع قانون اساسی جدید و یا تجدیدنظر در معاهدات قبلی، تهدیدی بر این وضعیت می باشد و شرایط فعلی را محدودش می نماید.^{۳۹}

این گروه معتقد هستند که در مفهوم پویا، قانون اساسی اتحادیه صرفاً یک متن واحد به شکل سنتی نیست، بلکه انعقاد و اصلاح معاهدات هر کدام به نوعی منجر به اصلاح قوانین اساسی کشورهای عضو می شود و حتی احتمالاً اصلاح نهادهای این کشورها و از این رو می توان گفت قانون اساسی اتحادیه ترکیبی است از حقوق اساسی ملی دول عضو و معاهدات اتحادیه به عنوان قانون اساسی اتحادیه که در یک مجموعه واحد حقوقی تبلور یافته است.^{۴۰}

این امر موجب شده تا برخی مدعی یک قانون اساسی غیرمدون و یا نانوشته همانند قانون اساسی انگلیس گردند. این عده اظهار می دارند که اتحادیه نیز دارای یک چنین قانونی است. در این ارتباط گفته شده که اصول مندرج در معاهدات اتحادیه می توانند به عنوان اصول این قانون اساسی

38. Pernice, Ingolf, *Nice Summit and a European Constitution*, Internationale Politik, July 17, 2003, p. 5. «<http://www.dgap.org/english/indexe.htm>».

39. Ibid., p. 5.

40. Ibid., p. 6.

غیرمدون واقع شوند و نیز اصول و قواعد مصرح در آرای اتحادیه و عرفهای رایج مشترک در نزد دول عضو می‌توانند به‌عنوان مؤلفه‌های این قانون اساسی نانوشته قرار گیرند.^{۴۱} لیکن باید توجه داشت که علی‌رغم تمام این ویژگیهای منحصر به فرد موجود در معاهدات اتحادیه، هنوز نمی‌توان آنها را به‌عنوان یک قانون اساسی مدون شکلی از نوع مرسوم آن در جهان تلقی نمود، چرا که نه در شکل همانند قوانین اساسی می‌باشند و نه چنین اراده‌ای از سوی مؤسسين و تنظیم‌کنندگان آن تاکنون بیان شده است و لذا به کار بردن الفاظی چون قانون اساسی، منشور اساسی، مجموعه اساسی، و معاهده اساسی تنها در الفاظ سیاستمداران به کار می‌رود،^{۴۲} در عین آن که رشد تحولات مربوط به قانون تأسیس اتحادیه نیز روزافزون می‌باشد. در این راستا اظهار شده که باید مراحل و عوامل ذیل درخصوص اتحادیه مدنظر قرار گیرد:

- ساختار نهاد حکومتی اتحادیه،
- تفکیک قوا و تقسیم قدرت بین اتحادیه و دول عضو،
- حاکمیت خارجی اتحادیه،
- پذیرش قانون اساسی از سوی مردم و به‌طور مستقیم^{۴۳}

با این حال نباید از این نکته نیز غافل بود که نیل به اهداف عالی اتحادیه و دستیابی به یک اروپای متحد نمی‌تواند بدون وجود یک قانون اساسی شکل منسجم خود را بیابد و یا حداقل دسترسی به چنین اهداف بلندی را به تأخیر خواهد انداخت. از این رو تلاش سیاستمداران و حقوقدانان اروپایی بر این محور قرار گرفته تا با القای وجود قانون اساسی

41. P. Lynch, op. cit., p. 228.

42. European report, op. cit., p. 101.

43. Jean - Claude Piris, op. cit., p. 60.

ولو از نوع غیرمدون آن بر آهنگ حرکت به سوی اتحاد هرچه بیشتر را شدت بخشند و رؤسای کشورهای که بر این باور نمی‌باشند را بیش از پیش ترغیب به حمایت از این حرکت نمایند.^{۴۴}

شورای اتحادیه در سال ۲۰۰۱ در اعلامیه‌ای که به‌عنوان اعلامیه لی‌کن^{۴۵} معروف است خطوط اصلی آینده اتحادیه اروپایی را ترسیم و برای تحقیق بیشتر و کاربردی کردن آن گروهی از سیاستمداران و مسئولین اتحادیه را مأمور بررسی آن نمود. این اعلامیه با شناسایی مشکلات دوگانه در داخل و خارج از اتحادیه توجه دست‌اندرکاران را به این نکته جلب می‌نماید که صرفاً ارتباط با شهروندان اروپایی و نزدیک شدن هرچه بیشتر نهادهای اتحادیه به آنان کافی نیست، بلکه انتظار از آن، سازمانی شفاف‌تر و کارآمدتر و در نهایت دموکراتیک‌تر می‌باشد. درحالی‌که در بعد خارجی نیز آنها خواهان نقشی مؤثر و فعال در جهانی‌سازی هستند. اعلامیه همچنین با اشاره به چهار معاهده اصلی اتحادیه بحث قانون اساسی اتحادیه را نیز مد نظر قرار داده و موضوعات چهارگانه‌ای را در این ارتباط برمی‌شمرد. اول موضوع ساده‌سازی معاهدات چهارگانه بدون تغییر محتوایی و نیز ارتباط اتحادیه با جوامع تشکیل‌دهنده آن است. موضوع دوم ناظر به ارتباط معاهدات با یکدیگر است و این که آیا می‌توان یکی را بر دیگری مقدم داشت و آن را به عنوان معاهده اصلی و به عنوان قانون اساسی اتحادیه برشمرد. موضوع سوم مربوط به منشور حقوق بنیادین می‌باشد و این که آیا باید این منشور در معاهده اصلی نیز درج شود. در نهایت موضوع چهارم ناظر به آن است که آیا وجود یک قانون اساسی برای اتحادیه ضروری

44. *Eu Business, op. cit.*

45. Laeken Declaration, 15/12/2001.

است و اگر بلی ویژگی‌های آن کدام است و ارتباط شهروندان با اتحادیه و نیز ارتباط دول عضو در آن با یکدیگر چگونه خواهد بود.^{۴۶}

جهت یافتن پاسخ به این سؤالات اصلی، شورای اتحادیه، مرجعی را با نام کنوانسیون راجع به آینده اروپا با ترکیب ذیل تأسیس نمود:
ژیسکاردستن،^{۴۷} رئیس جمهور اسبق فرانسه به‌عنوان رئیس، آماتو،^{۴۸} نخست‌وزیر سابق ایتالیا و دهین،^{۴۹} نخست‌وزیر سابق بلژیک به‌عنوان نواب رئیس.

۱۵ نماینده از سوی سران کشورهای عضو، ۳۰ نماینده از پارلمانهای ملی کشورهای عضو، ۱۶ نماینده از پارلمان اروپایی، ۲ نماینده از کمیسیون اروپایی، ۱۳ نماینده از دولتهای خواهان الحاق به اتحادیه، ۲۶ نماینده از پارلمانهای آنها، سه نماینده ناظر از سوی کمیته اجتماعی - اقتصادی، سه نماینده ناظر از سوی شورای اجتماعی اروپایی، به همراه شش نماینده ناظر از سوی کمیته مناطق.

پس از آن مقرر شد تا کنوانسیون کار خود را رسماً از تاریخ اول مارس ۲۰۰۲ آغاز و گزارش نهایی خود را به کنفرانس سران در سال ۲۰۰۴ ارائه نماید که البته پایان کار آن درواقع آغاز کار شورای اتحادیه بر طرح پیش‌نویس این گروه می‌باشد. این کنوانسیون در اکتبر سال ۲۰۰۲ پیش‌نویس مقدماتی را در سه بخش با عنوان معاهده تأسیس قانون اساسی برای اروپا ارائه نمود.^{۵۰} پس از مقدمه در بخش اول که معرف ساختار اتحادیه می‌باشد، تعاریف و اهداف اتحادیه شامل نام اتحادیه در آینده،

46. The Future of European Union, Laeken Declaration, 2001, <http://europa.eu.int/futurum/documents/offtext/doc15201-en.htm>.

47. Valery Giscard d'Estaing.

48. Giuliano Amato.

49. Jean-Luc Dehaene.

50. Treaty Establishing a Constitution For Europe.

ارزشها، اهداف و شخصیت حقوقی آن ذکر شده است. درحالی که در قسمت دوم آن شهروندی اتحادیه و حقوق بنیادین آنان بحث شده است. در قسمت سوم نیز از اختیارات و اقدامات اتحادیه سخن به میان آمده که مسائل مهمی چون اصل ضرورت عمل مؤثر، تناسب و صلاحیت اعطایی، اختیارات مشترک و نیز سیاست مشترک دفاعی، امنیتی را مطرح می نماید. در قسمت چهارم نیز که به نهادهای اتحادیه پرداخته از ساختار نهادهایی چون شورا، ریاست آن، پارلمان اتحادیه، کمیسیون و ترکیب و وظایف آن، دیوان دادگستری اتحادیه، بانک مرکزی اروپایی و مجموعه های مشورتی اتحادیه بحث شده است. در قسمت پنجم نیز از اجرای مصوبات اتحادیه بحث می گردد که شامل مواردی چون حقوق اتحادیه، روند قانونگذاری و روند اجرای این قوانین، سیاست دفاعی و افزایش همکاری در بین دول عضو می باشد. قسمت ششم با عنوان زندگی دموکراتیک اتحادیه شروع شده و اصولی چون اصل تساوی دموکراتیک در بین شهروندان، اصل مشارکت دموکراتیک، قانون واحد و دموکراتیک انتخابات، شفافیت مذاکرات قانونگذاری، و نظام و قواعد رأی گیری نهادها را دربرمی گیرد. قسمت هفتم امور مالی را شامل می شود که عبارتند از منابع مالی اتحادیه، اصل تعادل بودجه ای، و روند تنظیم بودجه اتحادیه. قسمت هشتم اقدامات اتحادیه را در مقابل دنیای خارج شامل می گردد که مواردی چون نمایندگی خارجی اتحادیه را دربر گرفته است. قسمت نهم از ارتباط اتحادیه با همسایگان خود سخن می گوید و بالأخره قسمت دهم در این فصل عضویت اتحادیه را شامل می شود که عبارتند از باز بودن اتحادیه بر روی دول اروپایی معتقد به ارزشهای اتحادیه، روند عضویت در اتحادیه، تعلیق عضویت اتحادیه و خروج از آن.

فصل دوم که جزئیات آن ذکر نشده مربوط به سیاستهای اتحادیه و نحوه اجرای آن می‌باشد و اعلام شده که نیازمند اصلاحات فنی برای تطبیق با فصل اول می‌باشد و شامل مسائلی چون بازار مشترک داخلی، سیاست مشترک اقتصادی و پولی، و سیاستهای دیگر در زمینه‌های رقابت، همبستگی اجتماعی، اقتصادی، کشاورزی، محیط‌زیست، حمایت از مصرف‌کننده، حمل و نقل، شبکه‌های ارتباطی و تحقیق و توسعه می‌گردد. علاوه بر آن مسائلی چون امور پلیسی و برخورد با جرایم، اشتغال، بهداشت عمومی، صنعت، فرهنگ و آموزش نیز در این فصل آمده است. در قسمت روابط خارجی نیز اموری چون سیاست مشترک تجاری، همکاری‌هایی در جهت توسعه، و انعقاد قراردادهای بین‌المللی به همراه امور دفاعی ذکر شده است. و سرانجام قسمت سوم مسائل پایانی و نهایی است که شامل زبان، مدت امضا و تصویب، قلمرو اجرا و دیگر امور می‌باشد.

اکنون لازم است تا مروری مختصر نیز بر محتوا و نوآوری‌های این سند داشته باشیم. یکی از تغییرات دائم و مستمری که اتحادیه داشته تغییر در نام آن است که ابتدا با نام تک‌تک معاهدات جوامع اقتصادی رقم خورد و سپس به جامعه اروپایی و اتحادیه اروپایی تغییر یافت درحالی که هنوز نام جوامع نیز در ادبیات اتحادیه به چشم می‌خورد. در این ارتباط پیش‌نویس حاضر چهار نام را در ماده ۱ پیشنهاد نموده تا یکبار برای همیشه این موضوع خاتمه یابد. باتوجه به سابقه چهار گزینه مطرح شده است. جامعه اروپایی، اتحادیه اروپایی، ایالات متحده اروپا و اروپای متحد چهار نام انتخابی است که دو گزینه اخیر بیان‌کننده آرمان قدیمی سیاستمداران اروپایی برای تشکیل این چنین اتحادیه‌ای می‌باشد. در ماده ۵ حقوق شهروندی و حقوق بنیادین آنان مورد شناسایی واقع شده و اجرای آنها را بدون اعمال هرگونه تبعیضی طلب می‌کند. از جمله موارد حساس و

مناقشه آمیز در اتحادیه اختیارات و صلاحیت نهادهای اتحادیه در مقابل اختیارات دول عضو می باشد که در فصل سوم مورد بحث واقع شده و بیشتر از گسترده شدن اختیارات دول عضو حمایت می کند، با این تعبیر که در صورت عدم تفویض اختیاری به اتحادیه، اصل بر صلاحیت دول عضو می باشد. همچنین از نوآوری های این متن برای اولین بار، امکان خروج دول عضو و تعلیق از اتحادیه می باشد. ماده ۴۵ در مورد امکان تعلیق، در صورت تخطی یک دولت از تعهدات می باشد و ماده ۴۶ از خروج داوطلبانه یک دولت عضو بحث می کند. دیگر نوآوری این متن پیشنهادی ایجاد یک نظام واحد انتخاباتی در بین دول عضو می باشد که ماده ۳۵ متعرض آن شده است.^{۵۱}

سرانجام این پیش نویس با اصلاحاتی چند و اضافه شدن یک بخش اضافی شامل پنج پروتکل در ۱۸ ژوئیه ۲۰۰۳ از سوی مرجع تهیه کننده به مقامات اتحادیه تقدیم شد.^{۵۲} از جمله تغییرات مهم در پیش نویس نهایی اختصاص یک بخش مستقل به سیاستها، و حقوق بنیادین اتحادیه می باشد که در پیش نویس مقدماتی در ذیل قسمت دوم و به صورت فرعی ذکر شده بود. در این بخش با عنوان منشور حقوق بنیادین/اتحادیه^{۵۳} مسائلی از جمله کرامت، آزادیها، تساوی، همبستگی، حقوق شهروندی، عدالت و مقررات عام ناظر به اجرای این حقوق ذکر شده است.

51. Preliminary Draft Constitutional Treaty, The European Convention, Brussels, 28 October 2002, CONV 369/02.

52. Draft Treaty establishing a Constitution for Europe, Brussels, 18 July 2003, CONV 850/03.

53. The Charter of Fundamental Rights of the Union.

نتیجه

ضرورت وجود یک قانون اساسی، باتوجه به اهداف بلند و عالی که از ابتدای تشکیل معاهدات اولیه در نظر گرفته شده، برای اتحادیه اروپایی، امری حیاتی است به نحوی که توجه بسیاری از صاحب نظران و مسئولان اتحادیه را به خود جلب کرده است. لیکن باتوجه به وجود مشکلات اساسی در ساختار اتحادیه، این قانون اساسی نمی تواند در شکل سنتی دیگر قوانین اساسی مرسوم کشورها متبلور گردد، بلکه در واقع امر در یک مفهوم پویا و زنده، مجموعه ای از معاهدات، آرای دادگاه اتحادیه، اصول و قواعد نظام حقوقی آن، و عرفهای رایج در این اتحادیه، تشکیل دهنده قانون اساسی اتحادیه به عنوان میثاق مشترک مردم اروپا می باشد که البته این مجموعه، به طور مستمر و دائم در حال تحول، توسعه و تکامل روزافزون بوده، به گونه ای که تأثیرات جدی و بنیادینی بر دول عضو، نهادهای ملی آنها، نهادهای اتحادیه و نیز بر شهروندان اروپایی خواهد گذاشت. این در حالی است که تلاش اخیر مرجع تهیه کننده پیش نویس قانون اساسی در راستای پیوند اسناد، معاهدات و عرفهای جاری در اتحادیه با یک قانون اساسی مدون و نو می باشد که ضمن توجه به تحولات مستمر و عمیق در این نهاد بر ثبات و استحکام پایه ها و سیاستهای این نهاد اروپایی در مواجهه با مشکلات درونی و بیرونی تأکید ورزیده و عنایت ویژه ای را مبذول داشته است. البته اظهار نظر نهایی درخصوص میزان موفقیت متن پیشنهاد شده با توجه به مخالفت های جدی برخی از کشورها مانند انگلستان و یا لهستان و چک هنوز زود به نظر می رسد اما آنچه قطعی است راه آغاز شده غیرقابل برگشت خواهد بود و این مخالفتها اگرچه بروز مشکلاتی چند را در بر خواهد داشت لیکن در مسیر وحدت اتحادیه خلل جدی وارد نخواهد نمود.

منابع فارسی

۱. کدخدایی، دکتر عباسعلی، ساختار و حقوق اتحادیه اروپایی، نشر میزان، ۱۳۸۰.
۲. کدخدایی، دکتر عباسعلی، نگرشی به ساختار دیوان دادگستری اروپایی و نقش آن در روند همبستگی اتحادیه، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۵۱، ۱۳۸۰.
۳. قاضی، دکتر ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ ششم، ۱۳۷۵.
۴. بوشهری، دکتر جعفر، حقوق اساسی، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهارم، ۱۳۵۰.
۵. قاضی شریعت پناهی، دکتر ابوالفضل، بایسته‌های حقوق اساسی، نشر یلدا، چاپ اول، ۱۳۷۳.

لاتین

6. P. Lynch, N. Neuwahl, W. Rees, Reforming the European Union From Maastricht to Amsterdam, Pearson Education, England, 2000.
7. Jean – Claude PIRIS, Does the European Union Have a Constitution? Does it Need One? Jean Monnet Working Paper, 5/00, Harvard Law School, 2000.
8. Hartley, T.C., The Foundations of European Community Law, Clarendon Press, Oxford, 3rd ed., 1994; Archer, Clive,

The European Union, Structure and Process, 3rd ed., Continuum, London, 2000.

9. Eric Barendt, *An Introduction to Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

10. E.C.S. Wade and A. W. Bradley, *Constitutional And Administrative Law*, Longman, London, 10th ed., 1992.

11. European Report, *European Leaders Open the Door to a European Constitution*, Dec 19, 2001.

12. EU Business, *Chirac Wants EU Constitution in 2004*, 28 Aug 2001 & also The Economist (US), *The Latest Battle for the Continent's New Shape, A Constitution for Europe*, Dec 8, 2001.

13. Pernice, Ingolf, *Nice Summit and a European Constitution*, Internationale Politik, July 17, 2003. «<http://www.dgap.org/english/indexe.htm>».

14. The Future of European Union, Laeken Declaration, 2001, <http://europa.eu.int/futurum/documents/offtext/doc15201-en.htm>.

15. Preliminary Draft Constitutional Treaty, The European Convention, Brussels, 28 October 2002, CONV 369/02.

منابع برای مطالعه بیشتر

1. J.Straw, "Strength in Europe begins at Home", Speech 27 August 2002 Edinburgh (www.fco.gov.uk).

2. M. Wilkinson, "Postnationalism, (Dis)organised Civil Society and Democracy in the European Union: Is Constitutionalism Part of the Solution or Part of the Problem?", *German Law*

Journal, Vol 3, No. 9, 1 September 2002 (www.Germanlawjournal.com).

3. A. Fllesdal, “Drafting a European Constitution – Challenges and Opportunities”, Constitutionalism Web-Papers, Con WEB Paper No. 4/2002 (<http://les1.man.ac.uk/conweb/>).

4. C. Wallace and J. Shaw, “Education, Multiculturalism and the EU Charter of Rights”, Constitutionalism Web - Papers, Con WEB Paper No. 5/2002 (<http://les1.man.ac.uk/conweb/>).

5. B. Kohler-Koch, “A Constitution for Europe?”, MZES Working Paper 8, 1999 (www.mzes.uni-mannheim.de/).

6. J. Habermas, *So, Why does Europe need a Constitution?*, European University Institute Policy Papers on Constitutional Reform of the European Union, 2001/02, Robert Schumann Centre (<http://www.iue.it/RSC/EU/Welcome.html>).

فسخ جزئی یا تجزیه قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰-وین) و حقوق ایران

دکتر اکبر میرزانژاد جویباری *

چکیده

مطالعه حقوق متعهدله در همه قراردادهای تجاری، بویژه بیع، در فرضی که طرف دیگر بخشی از قرارداد را اجرا می‌کند و به هر دلیل حاضر یا قادر به اجرای بخش دیگر نیست، از جهات نظری و عملی حائز اهمیت فراوان است؛ زیرا از یک طرف، متعهد باید بداند آیا حق دارد از متعهدله انتظار داشته باشد که بخش اجرا شده قرارداد را بپذیرد و فقط نسبت به بخش نقض شده، اعلام فسخ نماید؟ از سوی دیگر، متعهدله با این پرسش روبروست که حقوق وی در این گونه موارد چیست؟ آیا او در هر حال ناگزیر از قبول بخش اجرا شده و اعلام فسخ نسبت به قسمتی است که نقض گردیده است (فسخ جزئی یا تجزیه قرارداد) یا می‌تواند این تجزیه را نپذیرد و کل قرارداد را فسخ کند؟

در این مقاله سعی بر آن است که حقوق خریدار و فروشنده در این گونه فروض مطابق مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران بررسی شود.

*. استادیار گروه حقوق دانشکده علوم انسانی و اجتماعی دانشگاه مازندران.

نتیجه این بررسی نشان می‌دهد که از نظر کنوانسیون حکم قضیه حسب این که قرارداد اقساطی باشد یا بسیط و موضوع آن از نظر حقوقی یا طبیعی قابل تجزیه باشد یا خیر، متفاوت خواهد بود. با وجود این، می‌توان ادعا کرد که گرایش محسوس تدوین‌کنندگان آن اجتناب از فسخ کل قرارداد به دلیل نقض بخشی از آن و نهایتاً قبول تجزیه قرارداد است، در حالی که در حقوق ایران اصولاً فسخ جزئی یا تجزیه قرارداد مجاز نیست.

مقدمه

بی تردید هدف نهایی طرفین از انعقاد هر قراردادی اجرای آن است. در همین جهت، کوشش اکثر نظام‌های حقوقی این است که قرارداد حتی‌المقدور اجرا شده و از فسخ آن اجتناب شود؛ هنگامی که بخشی از کالا تسلیم نمی‌شود یا بخشی از کالا با اوصاف مورد توافق مطابقت ندارد، طبعاً اجرای کل قرارداد ممکن نیست. در این گونه موارد این پرسش مطرح می‌شود که آیا به بهانه ناممکن بودن اجرای کل قرارداد، باید از اجرا و بقای قرارداد نسبت به بخشی که اجرای آن با مشکلی روبرو نیست، صرف‌نظر کرد یا با تجویز تجزیه‌خوار و به اصطلاح فسخ جزئی، اجرای قسمتی از قرارداد را بر عدم اجرا و انحلال کامل آن ترجیح داد؟^۱ به تعبیر دیگر، چنانچه نقض نسبت به بخشی از قرارداد واقع شده باشد، آیا متعهدله می‌تواند قرارداد را نسبت به همین بخش فسخ کند یا حق فسخ ناظر به کل قرارداد بوده و وی حق تجزیه آن را ندارد و فقط مختار است نسبت به کل قرارداد اعلام فسخ کند یا آن را با همین وضعیت بپذیرد؟ همچنین، حقوق متعهد در این گونه موارد چیست؟ آیا در صورت نقض بخشی از قرارداد و اجرای بخش دیگر آن، می‌تواند مانع اعمال حق فسخ نسبت به کل قرارداد شود و از متعهدله بخواهد که در صورت تمایل به اعلام فسخ، از این حق فقط نسبت به بخش نقض شده بهره برد؟ آیا طرفین می‌توانند هر قراردادی را قابل تجزیه یا غیرقابل تجزیه توصیف کنند؟ در صورت سکوت طرفین، اصل کدام است: تجزیه‌پذیری قرارداد یا غیرقابل تجزیه بودن آن؟^۲

۱. عقلاً و عرفاً رها کردن بخشی از چیزی به دلیل عدم دستیابی به تمام آن جایز نیست؛ «مالا یدرک کله لا یتروک کله».

۲. تجزیه‌خوار یا فسخ جزئی در واقع وجه دیگری از این بحث و پرسش است که آیا قراردادها اصولاً قابل تجزیه هستند یا خیر؟ زیرا پذیرش تجزیه‌خوار یا فسخ جزئی دقیقاً به معنای قبول تجزیه قرارداد است. به همین دلیل در این مقاله گاه به جای اصطلاح «تجزیه‌خوار یا فسخ جزئی» عبارت «تجزیه قرارداد» به کار رفته است.

این بحث بویژه در حوزه تجارت بین‌الملل و در ارتباط با قراردادهای بیع بین‌المللی اهمیت فوق‌العاده می‌یابد، زیرا در این عرصه به کرات شاهد هستیم که بنا به دلایل مختلف اجرای کل قرارداد ممکن نیست یا متعهد به هر دلیل، خواه بنا به ملاحظات اقتصادی یا از جهات دیگر، قادر یا حاضر به اجرای تمام قرارداد نیست.

در این مقاله درصدد آنیم که پاسخ پرسش‌های فوق را در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا^۳ و نظام حقوقی ایران بیابیم. براین اساس مطالب این تحقیق را در دو بخش مورد مطالعه قرار می‌دهیم: در بخش نخست موضع کنوانسیون را در این باره بررسی خواهیم کرد و در بخش دوم از جایگاه موضوع در حقوق ایران سخن خواهیم گفت.

مبحث نخست - موضع کنوانسیون

در هیچ یک از مواد کنوانسیون، قراردادهای تجزیه‌پذیر (Severable) و غیرقابل تجزیه (Unseverable) تعریف نشده است. هرچند در برخی از مواد آن به ضوابط تجزیه‌ناپذیری قرارداد، اعم از قراردادهای اقساطی و بسیط اشاره شده است (بند ۲ ماده ۵۱ و بند ۳ ماده ۷۳).^۴ در

۳. کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا (Un Convention on Contracts for the International Sale of Goods) در سال ۱۹۸۰ در وین پایتخت اتریش به تصویب رسید و با توجه به الحاق کشورهای زیادی از نظام حقوقی کامن‌لو، رومی - ژرمنی، اسلام و نظام حقوقی سوسیالیستی، هم اکنون یکی از مهم‌ترین کنوانسیون‌های معتبر بین‌المللی در ارتباط با عقد بیع به شمار می‌رود. البته ایران تاکنون به این کنوانسیون ملحق نشده است. ضمناً ترجمه برخی از مواد کنوانسیون که در این مقاله مورد استفاده قرار گرفته از مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی (شماره ۹ پاییز و زمستان ۱۳۶۷) نقل شده است.

۴. در بند ۲ ماده ۵۱ آمده است: «مشتري فقط در صورتی حق اعلام فسخ کل قرارداد را دارد که قصور در تسلیم همه کالا یا قصور در تسلیم کالای منطبق با قرارداد، نقض اساسی قرارداد محسوب گردد» یا در بند ۳ ماده ۷۳ (راجع به بیع اقساطی) می‌خوانیم: «در موردی که مشتری در رابطه با هریک از اقساط، اعلام فسخ می‌کند، می‌تواند همزمان با چنین اعلام فسخی نسبت به اقساط اجرا شده قبلی یا اقساط آینده

فرهنگ حقوقی بلک (Black) قراردادهای قابل تجزیه این گونه تعریف شده است: «قراردادی که دارای دو یا چند بخش بوده و هر یک از بخش‌ها نیز با توجه به ماهیت و هدف قرارداد ذاتاً یا به موجب قصد طرفین، قابل تفکیک و مستقل از یکدیگر می‌باشند».^۵ یکی از حقوقدانان ایران نیز تعهد غیرقابل تجزیه را تعهدی دانسته است که حسب طبیعت موضوع یا به موجب قرارداد، قابل تجزیه میان بدهکاران یا طلبکاران نباشد.^۶

البته لازم به ذکر است که قراردادهای تجزیه‌پذیر دقیقاً منطبق با مفهوم قراردادهای اقساطی نیست و همچنان که بعداً به تفصیل خواهیم دید، تفاوت‌هایی میان آنها وجود دارد. قراردادهای تجزیه‌پذیر اصولاً به قراردادهایی گفته می‌شود که واحد و بسیط بوده و حسب توافق طرفین باید دفعتاً و یکجا اجرا شود ولی موضوع آن قابل تجزیه به اجزاء متعدد است، در حالی که قرارداد اقساطی اغلب قراردادی است جامع که حسب اقساط متعدد آن به چند قرارداد جزئی تحلیل می‌شود. تفاوت دیگر آن که در قراردادهای قابل تجزیه نقض قرارداد از سوی متعهد همواره نقض فعلی است، زیرا زمان اجرای قرارداد واحد است. حال آن که در قراردادهای اقساطی نسبت به اقساط آینده که هنوز موعد اجرای آنها نرسیده است، نقض قابل پیش‌بینی را نیز می‌توان تصور کرد. به دلیل همین تفاوتی که میان این دو نوع قرارداد از لحاظ نظری و عملی وجود دارد، تدوین‌کنندگان کنوانسیون نیز نحوه اعمال حق فسخ در آنها را در مواد مختلف پیش‌بینی کرده و ماده ۵۱ را به قراردادهای قابل تجزیه و ماده ۷۳ را به قراردادهای اقساطی اختصاص داده‌اند. علی‌رغم این تمایزها از وجوه اشتراک فراوانی

نیز اعلام فسخ کند، مشروط به این که به علت وابستگی متقابل اقساط کالا نتوان از آنچه تسلیم شده یا می‌شود در مقاصد مورد نظر طرفین هنگام انعقاد قرارداد استفاده کرد».

5. Campbell Black (H.), Black's Law Dictionary, 15th ed., 1983, p.714.

۶. جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، حقوق تعهدات، ج اول، تهران ۱۳۶۹، ش ۳۴۰، ص ۲۶۵.

که این دو نوع قرارداد از حیث تجزیه پذیری دارند، نمی‌توان غافل بود. فسخ جزئی یا تجزیه خیار در هر دو نوع قرارداد قابل تصور و تحلیل است. به همین جهت، در این مقاله ذیل عنوان کلی «قراردادهای تجزیه‌پذیر» بررسی می‌شوند. البته بدیهی است این امر به معنای نفی تفاوت میان قراردادهای قابل تجزیه (Severable Contracts) و قراردادهای اقساطی (Instalment Contracts)، به نحوی که در برخی نظام‌های حقوقی نظیر حقوق انگلیس پیش‌بینی شده، نیست.

پس از ارائه تعریف نسبتاً اجمالی از قراردادهای قابل تجزیه و اقساطی، اینک باید دید از نظر کنوانسیون و اصول عمومی حاکم بر آن معیارهای تجزیه‌پذیری قرارداد کدامند؟ آیا اصل بر تجزیه‌پذیری قراردادهاست مگر این که خلاف آن ثابت شود، یا قابل تجزیه بودن قرارداد خلاف اصل بوده و در غالب موارد فرض این است که قرارداد به صورت یک کل واحد و غیرقابل تجزیه منعقد گردیده است؟

قبل از هر چیز باید این نکته را یادآور شد که با توجه به ماده ۶ کنوانسیون^۷ و پذیرش حاکمیت اراده طرفین در عرصه تجارت بین‌الملل، اصل اساسی و تعیین‌کننده در باب تجزیه‌پذیری یا غیرقابل تجزیه بودن قرارداد، قصد مشترک طرفین است. طرفین می‌توانند قراردادهایی را که علی‌الاصول و به طور متعارف تجزیه‌پذیر هستند، با توافق خویش غیرقابل تجزیه اعلام نمایند و به عکس، قراردادهایی را که معمولاً غیرقابل تجزیه می‌باشند، قابل تجزیه به حساب آورند. از این رو، همواره در بحث از امکان فسخ نسبت به بخشی از قرارداد و تجزیه آن، در وهله نخست باید به قصد مشترک و اراده واقعی طرفین توجه کرد؛ این قصد ممکن است صراحتاً در

۷. ماده ۶ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «طرفین می‌توانند شمول این کنوانسیون را استثناء یا با رعایت اصل ۱۲، آثار هر یک از مقررات آن را تغییر داده یا از آنها عدول نمایند».

قرارداد بیاید یا به طور ضمنی از رفتار طرفین یا شروط قرارداد و یا سایر اوضاع و احوال موجود استنباط شود. لذا در مقام احصای معیارهای تجزیه‌پذیری قرارداد، قصد مشترک طرفین را باید مهم‌ترین عامل به شمار آورد. مشکل بیشتر در جایی آشکار می‌شود که قصد طرفین صراحتاً در قرارداد نیامده و از اوضاع و احوال و سایر امارات و قرائن نیز نمی‌توان آن را احراز کرد. در کنوانسیون به هنگامی که طرفین صراحتاً توافق در این باره نمی‌کنند، چنان که گفته شد، معیارهایی در خصوص تجزیه‌پذیری قرارداد ارائه شده است که دو معیار مهم‌تر آن عبارتند از «پیش‌بینی اقساط در قرارداد» که حکم آن در ماده ۷۳ مقرر شده و «تجزیه‌پذیری واقعی و طبیعی موضوع قرارداد» که ماده ۵۱ کنوانسیون در صدد بیان آن برآمده است. هدف از ارائه این معیارها نیز روشن است؛ زیرا تجزیه‌پذیر بودن قرارداد، تجزیه‌خوار و فسخ جزئی آن را جایز می‌سازد، در حالی که در قراردادهای غیرقابل تجزیه، فسخ قرارداد نسبت به بخشی از آن روا نیست. اینک ما نیز به تبعیت از این تقسیم‌بندی که در کنوانسیون پیش‌بینی شده است، این دو ضابطه را به صورت جداگانه و به ترتیب ذیل عنوان «معیارهای تجزیه‌پذیری قرارداد در کنوانسیون» مورد بررسی و مطالعه قرار می‌دهیم:

گفتار نخست

معیارهای تجزیه‌پذیری قرارداد در کنوانسیون

الف) پیش‌بینی اقساط در قرارداد

پیش‌بینی اقساط متعدد و مستقل در قرارداد اغلب و به طور معمول حکایت از آن دارد که از نظر طرفین هر قسط به منزله یک قرارداد مستقل تلقی شده یا دست کم می‌توانند از هم تفکیک و مجزا گردند.

بند ۱ ماده ۷۳ کنوانسیون هم در تأیید این رویه عرفی مقرر می‌دارد: «در مورد قرارداد تسلیم کالا به نحو اقساط، اگر عدم انجام تعهد در ارتباط با هر قسط، متضمن نقض اساسی قرارداد نسبت به آن قسط باشد، طرف دیگر می‌تواند قرارداد را نسبت به آن قسط فسخ کند». از ظاهر ماده مزبور این طور استنباط می‌شود که هر قسط از قرارداد، مستقل از سایر اقساط و به عنوان یک قرارداد مجزا مد نظر قرار می‌گیرد و نقض اساسی آن صرفاً موجب ایجاد حق فسخ نسبت به همان قسط است. به موجب این ماده، اصل در قراردادهای اقساطی تجزیه‌پذیری آن است و در واقع این مطلب، فرضی است که تدوین‌کنندگان کنوانسیون آن را به قصد مشترک طرفین منسوب ساخته‌اند. البته این فرض مطلق نبوده و خلاف آن را در پاره‌ای شرایط می‌توان اثبات کرد. در اعلام و تأیید همین نکته است که بند ۳ ماده ۷۳ کنوانسیون اعلام می‌دارد: «خریداری که قرارداد را در ارتباط با هر یک از اقساط تسلیم شده فسخ می‌نماید، می‌تواند نسبت به فسخ اقساطی که تا به حال تسلیم شده یا اقساط آتی نیز اقدام کند مشروط بر این که به علت وابستگی متقابل اقساط کالا به یکدیگر نتوان از کالاهایی که تسلیم شده یا می‌شود در مقاصد مورد نظر طرفین که در زمان انعقاد قرارداد ملحوظ بوده، استفاده کرد». بنابراین وابستگی متقابل اقساط کالا به یکدیگر می‌تواند

قرارداد به ظاهر قابل تجزیه را، غیرقابل تجزیه گرداند، مانند موردی که اقساط اجزاء مختلف مجموعه‌ای از ماشین‌آلات و تجهیزات صنعتی هستند که فقط در صورت استفاده از مجموع آنها می‌توان به مقاصد مورد نظر در قرارداد دست یافت.

ب) تجزیه‌پذیری واقعی و طبیعی موضوع قرارداد

یکی دیگر از معیارهایی که در برخی از نظام‌های حقوقی نیز به عنوان معیار تجزیه‌پذیری قرارداد و تجزیه خیار تلقی شده و در کنوانسیون هم به طور ضمنی از بند ۱ ماده ۵۱ استنباط می‌شود، قابل تجزیه بودن موضوع قرارداد از جهت فیزیکی و طبیعی علی‌رغم واحد و بسیط بودن خود قرارداد است.^۸ برای مثال، چنانچه موضوع قرارداد تحویل یک دستگاه صنعتی باشد، در صورت معیوب بودن جزئی از آن نمی‌توان قرارداد را نسبت به آن جزء فسخ کرد، زیرا یک دستگاه صنعتی که کار مشخص و واحد می‌کند، قابل تجزیه نیست، اما هنگامی که موضوع معامله چند دستگاه از جنس واحد یا مختلف باشد، اصولاً از لحاظ فیزیکی و طبیعی قابل تجزیه تلقی می‌شود، یعنی چنانچه قرارداد نسبت به بخشی از آنها ناقص و معیوب باشد و یا بخشی از کالا تسلیم نشده باشد، متعهدله می‌تواند با توجه به تجزیه‌پذیری فیزیکی موضوع، قرارداد را قابل تجزیه تلقی کرده و آن را نسبت به همان بخش فسخ کند. این معیار اغلب وقتی مورد توجه قرار می‌گیرد که قرارداد منعقد شده حسب توافق طرفین واحد و بسیط بوده و باید برخلاف قراردادهای اقساطی دفعتاً و یکجا اجرا شود.

۸. بند ۱ ماده ۵۱ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «در صورتی که فروشنده تنها قسمتی از کالا را تسلیم کند یا فقط قسمتی از کالا منطبق با قرارداد باشد اصول ۴۶ تا ۵۰ در رابطه با آن بخشی که تسلیم نشده یا مطابق با قرارداد نیست، اعمال می‌گردد».

تجزیه پذیری فیزیکی موضوع قرارداد هنگامی به عنوان ضابطه تجزیه قرارداد قابل اعمال است که جزء تجزیه شده مستقلاً قابل استفاده باشد والا نفس قابلیت تجزیه فیزیکی نمی تواند به معنای تجزیه پذیری قرارداد باشد، زیرا در این صورت هر چیزی را می توان تجزیه پذیر دانست. اعمال بند ۴۶ تا ۵۰ از جمله حق فسخ (ماده ۴۹)^۹ که در بند ۱ ماده ۵۱ پیش بینی شده است، نسبت به بخشی از کالا که تسلیم نشده یا مطابق قرارداد نیست، در صورتی ممکن است که موضوع قرارداد از لحاظ فیزیکی قابل تجزیه باشد. یعنی بتوان قرارداد را به دو قسمت تقسیم کرد؛ قسمتی که منطبق با قرارداد است و قسمتی که تسلیم نشده یا منطبق با قرارداد نیست.^{۱۰}

این معیار نیز همانند معیار قبلی مطلق نیست. یعنی در همه موارد صرف تجزیه پذیری فیزیکی موضوع، قرارداد را قابل تجزیه نمی کند و سبب ایجاد حق فسخ نسبت به بخشی از قرارداد نمی شود. به همین جهت در بند ۲ ماده ۵۱^{۱۱} تصریح شده است که چنانچه فقط عدم اجرای بخشی از قرارداد منجر به نقض اساسی کل قرارداد شود، تمام قرارداد را می توان فسخ کرد.^{۱۲} اصولاً فسخ باید نسبت به کل قرارداد اعلام شود، حتی اگر سبب آن عدم اجرای جزئی است؛ در واقع به هنگام عدم اجرای جزئی قرارداد، دو فرض را می توان تصور کرد: یا عدم اجرای جزئی کلاً نفع طلبکار را از اجرای قرارداد از بین می برد که در این صورت نقض اساسی نسبت به قرارداد محقق شده و در نتیجه قرارداد بیع دیگر شایسته دوام و بقاء نیست.

۹. ماده ۴۹ مقرر می دارد: «۱- در موارد زیر مشتری می تواند قرارداد را فسخ کند: الف - در صورتی که عدم ایفای هر یک از تعهدات بایع به موجب قرارداد یا این کنوانسیون، نقض اساسی قرارداد محسوب شود...».

۱۰. داراب پور، دکتر مهرباب، تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، ج ۲، تهران، ص ۲۲۶.

۱۱. متن بند ۲ ماده ۵۱ کنوانسیون در پاورقی شماره ۴ در صفحات ۴ و ۵ این مقاله آمده است.

۱۲. مطابق بند ۱ ماده ۴۹ و بند ۱ ماده ۶۴ کنوانسیون وین، فسخ فقط در صورتی جایز است که متعهد مرتکب نقض اساسی قرارداد شده باشد.

یا این که طلبکار با توجه به مجموع اوضاع و احوال نفع عمده خویش را از قرارداد دریافت می کند که در این فرض اصولاً نباید از فسخ قرارداد، خواه نسبت به کل قرارداد یا نسبت به بخشی از آن، سخن گفت؛ ولی کنوانسیون از این قاعده عدول کرده و در فرض دوم چنانچه نقض انجام شده نسبت به همان میزانی که تسلیم نشده یا منطبق با قرارداد نبوده است، اساسی باشد، متعهدله می تواند قرارداد را در ارتباط با همان بخش فسخ کند.^{۱۳}

این که کنوانسیون با تدوین مواد ۵۱ و ۷۳، اصل را بر تجزیه پذیری قرارداد می گذارد و خلاف آن را محتاج اثبات می داند، در واقع توجه ویژه ای است که به بقاء و اجرای قرارداد دارد و حتی المقدور تلاش می کند از فسخ قرارداد یا دست کم فسخ کل قرارداد جلوگیری نماید.^{۱۴}

اینک پس از بررسی اجمالی معیارهای فوق، نحوه اعمال حق فسخ را در اقسام قراردادهای تجزیه پذیر مورد بررسی و مطالعه قرار می دهیم؛ از آنجا که این نوع از قراردادها ممکن است اقساطی باشد یا واحد و بسیط، ما نیز در این تحقیق از این دو در دو بخش جداگانه سخن به میان می آوریم.

13. Heuzé (V.), La Vente Internationale de Marchandises, Droit Uniforme, Paris 1995, n° 419, p.317.

14. Kahn (Phi.), Vente Commerciale, Internationale, Juris-Classeur de Droit Internationale, fascicule 5, 65-A, 1989, p.25.

گفتار دوم

چگونگی اعمال حق فسخ در قراردادهای تجزیه پذیر

الف) قراردادهای تجزیه اقساطی

همانطور که قبلاً گفته شد، قراردادهای اقساطی نیز در کنوانسیون تعریف نشده است. در فرهنگ حقوقی بلک (Black) در تعریف قرارداد اقساطی (Instalment contract) چنین آمده است؛ «هر نوع توافقی که متضمن اجرا یا پرداخت در فواصل زمانی مختلف باشد».^{۱۵}

چنان که از ظاهر ماده ۷۳ کنوانسیون نیز برمی آید، در صورتی قرارداد، اقساطی تلقی می شود که کالا به نحو اقساط تسلیم شود. بنابراین اگر توافق شود ثمن معامله به اقساط پرداخت ولی مبیع یکجا تحویل شود، قرارداد منعقد اقساطی نبوده و مشمول ماده ۷۳ نمی شود. البته چنانچه مبیع و ثمن هر دو به اقساط تسلیم و پرداخت شوند، بی گمان قرارداد بیع منعقد، اقساطی است.

از این رو، به نظر می رسد قرارداد بیع اقساطی را می توان چنین تعریف کرد: قراردادی که در آن فقط مبیع یا مبیع و ثمن هر دو، به دفعات زمانی مختلف تسلیم یا پرداخت گردند. البته باید دانست که در این دسته از قراردادها لازم نیست که همه اقساط مبیع از یک جنس باشند یا تاریخ دقیق تسلیم همه اقساط از قبل تعیین شده باشد؛ ممکن است شرط شود که بایع کالاها را هر زمان که مشتری بدان نیاز داشت و درخواست کرد، تسلیم کند.^{۱۶}

15. Campbell Black, op.cit., p.406.

16. Enderlein (F.) and Mackow (D.), Convention on the Limitation Period in Internationale Sale of Goods, 1992, p.294.

اینک پس از ارائه تعریف قرارداد اقساطی، باید اسباب سه گانه فسخ^{۱۷} در کنوانسیون یعنی «نقض اساسی»، «پیش‌بینی نقض اساسی در آینده» و «عدم اجرای تعهد در مهلت اضافی تعیین شده» و شرایط اعمال آنها را در این دسته از قراردادها مورد بحث و بررسی قرار دهیم، چرا که در قراردادهای اقساطی تجزیه پذیر ممکن است نقض اساسی نسبت به برخی از اقساط رخ دهد یا متعهدله احتمال دهد که متعهد در آینده مرتکب نقض اساسی نسبت به برخی از اقساط خواهد شد یا به علت تحقق نقض غیراساسی نسبت به یک قسط، متعهدله به متعهد جهت مهلت اضافی برای اجرای قرارداد اعطا کند.

بند ۱- تحقق نقض اساسی نسبت به یک قسط

به موجب بند ۱ ماده ۷۳ در قراردادهای اقساطی، هر قسط را از جهت فسخ باید قراردادی مستقل تلقی کرد.^{۱۸} خریدار یا فروشنده حسب مورد می‌تواند قرارداد بیع را در ارتباط با یک قسط به هنگامی که نسبت به آن نقض اساسی محقق شده باشد، فسخ نماید. قواعد مربوط به فسخ به استناد

۱۷. لازم به ذکر است که از نظر کنوانسیون مهم‌ترین سبب فسخ، تحقق نقض اساسی قرارداد از سوی متعهد است (قسمت الف بند ۱ ماده ۴۹ و قسمت الف بند ۱ ماده ۶۴) لیکن گاه متعهدله می‌تواند براساس دلایل و امارات مؤثر حاکی از وقوع نقض اساسی در آینده نیز قرارداد را پیشاپیش فسخ کند (ماده ۷۲). حتی اگر نقض قرارداد اساسی نباشد، متعهدله حق دارد با اعطای مهلت اضافی معقول به متعهد و عدم اجرای قرارداد در این مدت، آن را فسخ کند که فسخ قرارداد به دلیل انقضای مهلت اضافی نامیده شده و سومین سبب فسخ در کنوانسیون به شمار می‌رود (قسمت «ب» بند ۱ ماده ۴۹ و ۶۴). ضمناً جهت آگاهی بیشتر راجع به اسباب سه گانه فسخ در کنوانسیون نک. رساله دکترای نویسنده تحت عنوان «فسخ و آثار آن در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالای ۱۹۸۰ وین و مقایسه آن با حقوق انگلیس، فرانسه و ایران» که در شهریور ۱۳۸۰ در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران با راهنمایی استاد محترم جناب آقای دکتر سیدحسین صفایی از آن دفاع شده است.

18. Audit (B.), La Vente Internationale de Marchandises, Convention des Nations Unies du 11 Avril 1980, Paris 1990, p. 159.

وقوع نقض اساسی قرارداد که در ماده ۲۵،^{۱۹} قسمت الف بند ۱ ماده ۴۹ و قسمت الف بند ۱ ماده ۶۴ آمده است به صورت جداگانه نسبت به هر قسط که به منزله قراردادی مستقل است، اعمال خواهد شد. برای مثال، در قرارداد تحویل گندم طی ۱۰ قسط که یک قسط آن اجرا نشده یا ناقص اجرا گردیده است، خریدار می‌تواند در صورت وقوع نقض اساسی نسبت به همین یک قسط، قرارداد را در ارتباط با این بخش فسخ کند، هرچند که نقض انجام شده نسبت به مجموع قرارداد اساسی نباشد.

هنگامی که یکی از اقساط بیع اجرا نمی‌شود، باید این نکته را جستجو و کشف کرد که آیا با فرض این که این قسط موضوع یک قرارداد بیع مستقل باشد، نقض اساسی نسبت به آن صورت گرفته است یا خیر؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، خریدار می‌تواند قرارداد را نسبت به همان قسط فسخ کند. فروشنده نیز می‌تواند به هنگامی که خریدار از اجرای تعهدات خود در ارتباط با یک قسط امتناع می‌ورزد و این نقض نیز نسبت به آن قسط، اساسی تلقی می‌شود، قرارداد را نسبت به همان قسط فسخ کند و در نتیجه کالاها را تسلیم ننماید و چنانچه تحویل داده است، استرداد آن را

۱۹. ماده ۲۵ مقرر می‌دارد: «نقض قرارداد توسط یکی از طرفین هنگامی اساسی محسوب می‌شود که منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر گردد که او را از آنچه استحقاق انتظار آن را به موجب قرارداد داشته است، اساساً محروم کند، مگر این که طرفی که مبادرت به نقض قرارداد نموده است چنین نتیجه‌ای را پیش‌بینی نمی‌کرده و یک فرد متعارف همانند او نیز در اوضاع و احوالی مشابه، نمی‌توانسته است آن امر را پیش‌بینی کند». قسمت الف بند ۱ ماده ۶۴ نیز در خصوص موارد اعمال حق فسخ مقرر می‌دارد: «در صورتی که عدم ایفای هر یک از تعهدات مشتری به موجب قرارداد یا کنوانسیون، نقض اساسی قرارداد محسوب شود...». جهت ملاحظه مفهوم نقض اساسی قرارداد در کنوانسیون و نظام‌های حقوقی مختلف نک. مقاله نویسنده تحت عنوان «بحثی پیرامون مفهوم نقض اساسی قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالای ۱۹۸۰ وین با مطالعه تطبیقی» در مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، زمستان ۱۳۸۱، ش ۵۸.

بخواهد.^{۲۰} برخی از حقوقدانان ایراد کرده‌اند که بند ۱ ماده ۷۳، متأسفانه تکرار بند ۱ ماده ۵۱ در مورد عدم اجرای بخشی از قرارداد است.^{۲۱} به این ایراد شاید بتوان چنین پاسخ گفت که بند ۱ ماده ۵۱ صرفاً در مقام بیان حق خریدار است در حالی که بند ۱ ماده ۷۳ هم شامل حق خریدار و هم حق فروشنده می‌شود. به علاوه، ماده ۵۱ به طور خاص در مورد قراردادهای اقساطی وضع نشده و شامل هر قراردادی که موضوع آن از لحاظ تجاری قابل تجزیه است، می‌شود، در صورتی که بند ۱ ماده ۷۳ صرفاً ناظر به قراردادهای اقساطی است، هرچند که آثار عملی چندانی بر این تفکیک مترتب نیست و در صورت نبود بند ۱ ماده ۷۳ نیز این امکان وجود داشت که به استناد بند ۱ ماده ۵۱، حکم موضوع را در قراردادهای اقساطی تعیین کرد.

بند ۲- پیش‌بینی وقوع نقض اساسی نسبت به اقساط آینده

دومین سبب فسخ در قراردادها، به نحوی که در ماده ۷۲ پیش‌بینی شده است،^{۲۲} فسخ قرارداد پیش از موعد مقرر به علت پیش‌بینی نقض اساسی قرارداد در آینده است. اینک باید دید که این نهاد در قراردادهای اقساطی چگونه اجرا می‌شود؟ همیشه امکان فسخ قرارداد نسبت به همان قسطی که نقض اساسی نسبت به آن تحقق یافته است، ضرر طلبکار (متعهدله) را جبران نمی‌کند. هنگامی که عدم اجرا یا نقض اقساط گذشته به گونه‌ای است که طرف مقابل را متقاعد می‌سازد که متعهد در مورد اقساط آینده، مرتکب نقض اساسی می‌شود، حق دارد قرارداد را نسبت به اقساط

20. Heuzé, op.cit., n° 421, p.318.

21. Audit, op.cit., n° 167, p. 160.

۲۲. ماده ۷۲ مقرر می‌دارد: «۱- هرگاه پیش از تاریخ اجرای قرارداد، معلوم شود که یکی از طرفین مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد، طرف دیگر می‌تواند قرارداد را فسخ کند...».

آینده نیز فسخ کند. برای مثال، خریدار یک قسط از ثمن را می‌پردازد و سپس ورشکست می‌شود. لزوم انتظار تا زمان قطعیت عدم اجرای اقساط آینده، ممکن است که وضعیت هر دو طرف قرارداد را وخیم‌تر سازد؛ متعهدله چنانچه خریدار باشد، به کالاهای نیاز دارد و در صورتی که فروشنده باشد، نمی‌تواند بدون دریافت ثمن، کالاهای را ارسال کند و فروش کالای مزبور به اشخاص ثالث نیز ممکن نیست.^{۲۳}

پرسش قابل طرح در این بخش این است که شرایط اعمال این نهاد در قراردادهای اقساطی چگونه است؟ آیا تدوین کنندگان کنوانسیون از این حیث میان قراردادهای اقساطی و غیر آن تفاوتی گذارده‌اند یا خیر؟ با دقت در بند ۲ ماده ۷۳^{۲۴} پنج شرط را می‌توان استخراج کرد:

۱- متعهد باید نسبت به یک قسط مرتکب نقض شده باشد؛ لازم نیست نقض این قسط اساسی باشد. این مطلب به وضوح از قسمت نخست بند ۲ ماده فوق استنباط می‌شود. بدیهی است چنانچه نقض قسط یا اقساط قبلی اساسی باشد، متعهدله می‌تواند به استناد بند ۱ ماده ۷۳، همان قسط را فسخ کند. در واقع بند ۲ ماده ۷۳ مبین این معناست که گاه یک رشته از نقض‌های غیراساسی می‌تواند به طور جدی کل قرارداد را تحت تأثیر قرار دهد، از این رو ممکن است نقض یکی از اقساط به لحاظ غیراساسی بودن موجب ایجاد حق فسخ نسبت به آن قسط نشود ولی در صورت وجود امارات و قرائن مؤثر حاکی از وقوع نقض اساسی در آینده، ابزاری برای اعمال حق فسخ نسبت به اقساط آینده باشد.^{۲۵}

23. Audit, op.cit., n° 169, p. 160.

۲۴. بند ۲ ماده ۷۳ مقرر می‌دارد: «اگر عدم انجام تعهد نسبت به هر یک از اقساط دلایل قانع‌کننده‌ای در اختیار طرف دیگر قرار بدهد که نقض اساسی نسبت به اقساط آینده نیز صورت خواهد گرفت طرف اخیر می‌تواند قرارداد را نسبت به اقساط آینده فسخ کند مشروط به این که ظرف مدت متعارفی اقدام به چنین امری نماید».

25. Heuzé, op.cit., n° 422, p.329; Audit, op.cit., n° 196, p.197.

۲- نقضی که پیش‌بینی می‌شود اجرای قرارداد نسبت به اقساط آینده را تهدید کند، باید اساسی باشد. این ویژگی صرفاً با توجه به اقساط آینده ارزیابی می‌شود نه نسبت به کل قرارداد. بنابراین نقضی که نسبت به یک یا چند قسط واقع می‌شود، «لزوماً» اساسی نیست،^{۲۶} منتها نقضی که پیش‌بینی می‌شود در آینده رخ دهد، باید واجد وصف «اساسی» باشد.^{۲۷}

۳- دلایلی که براساس آن متعهدله وقوع نقض اساسی را نسبت به اقساط آینده پیش‌بینی می‌کند باید قوی و جدی باشد. در متن فرانسوی کنوانسیون عبارت (serious reasons) و در متن انگلیسی آن عبارت (good grounds) آمده است که حکایت از آن دارد تهدید وقوع نقض اساسی در آینده باید مبتنی بر دلایل جدی و امارات قوی باشد. بنابراین صرف احتمال وقوع نقض اساسی قرارداد در آینده کافی نیست، بلکه درجه این احتمال باید بسیار بالا باشد.^{۲۸} این که تحت چه شرایطی می‌توان گفت دلایل جدی حاکی از وقوع نقض اساسی نسبت به اقساط آینده فراهم شده است، بستگی به کلیه اوضاع و احوال از جمله نقض اقساط قبلی دارد. در واقع، اساس و مستند اصلی احراز تحقق دلایل جدی برای نقض اساسی اقساط آینده، نقضی است که قبلاً واقع شده است؛ بر این پایه، یک رشته از نقض‌های انجام شده که هیچ یک از آنها نمی‌توانند به تنهایی فسخ قرارداد را توجیه کنند، ممکن است دلایل مناسبی در اختیار زیان‌دیده قرار دهند تا وی بتواند به این نتیجه برسد که نقض اساسی نسبت به اقساط آینده واقع

۲۶. عبارت به کار رفته «لزوماً» در پاراگراف فوق، بدین دلیل است که ممکن است نقض انجام شده قبلی نیز اساسی باشد.

27. Schelechtriem (P.), Law, Economics Internationale Trade Uniform Sale, The UN Convention on Contracts International Sale of Goods, V./B London, 1986, p.96; and Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), second edition, Oxford University Press, 1998, pp.546 - 547.

28. Heuzé, op.cit., n^o 422, p.319.

خواهد شد.^{۲۹} جدی بودن دلایل وقوع نقض اساسی در آینده به صورت نوعی و براساس معیار شخص متعارف ارزیابی می‌شود.^{۳۰}

۴- اقدام به فسخ قرارداد نسبت به اقساط آینده باید ظرف مدت متعارف و معقولی انجام گیرد. در واقع متعهدله باید ظرف مدت متعارفی پس از این که از نقض قسط تسلیم شده آگاه گردیده است، اعلام فسخ نماید. هرچند در متن ماده درخصوص تاریخ شروع این مدت متعارف سخنی به میان نیامده است ولی علی‌الاصول و با استفاده از ملاک قسمت اول بند «ب» بخش دوم ماده ۴۹ و قسمت اول بند «ب» بخش ۲ ماده ۶۴،^{۳۱} تاریخی که او از نقض قسط قبلی آگاه شده و یا می‌بایست آگاه می‌شد، ملاک عمل خواهد بود.^{۳۲} تشریفات ابلاغ و اعلام فسخ همان است که در ماده ۲۶^{۳۳} آمده است.

۵- بند ۲ ماده ۷۳، هم در مورد تعهدات فروشنده اعمال می‌شود و هم تعهدات خریدار را دربرمی‌گیرد. بنابراین چنانچه خریدار نیز نسبت به یک یا چند قسط از اقساط قبلی، مرتکب نقض غیراساسی شده باشد، فروشنده می‌تواند با توجه به این نقض و سایر اوضاع و احوال موجود که دلالت بر وقوع نقض اساسی نسبت به اقساط بعدی دارد، قرارداد را نسبت به آن اقساط فسخ کند.

29. Honnold (J.), Uniform Law for International Sale of Goods under the 1980 United Nations Convention, 2th ed, 1991, n° 401, p.501.

30. Neumayer (k.) et Ming (Cath.), Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises, Commentaire, ed. par Dessemontet (F.), 1933, p.479.

۳۱. ماده ۴۹ (قسمت اول بند ب بخش دوم) مقرر می‌دارد: «پس از این که نسبت به نقض اطلاع حاصل نموده یا می‌بایست اطلاع حاصل می‌کرده است». همین عبارت در مورد بایع نیز در قسمت اول بند ب بخش دوم ماده ۶۴ تکرار شده است.

32. Heuzé, op.cit., n° 422, p. 319.

۳۳. ماده ۲۶ مقرر می‌دارد: «اعلام فسخ قرارداد فقط در صورتی نافذ است که طی اخطاری (notice) به طرف دیگر به عمل آید».

شرط دیگری که البته در بند ۲ ماده ۷۳ بدان اشاره‌ای نشده ولی از ماده ۳۹ کنوانسیون به راحتی می‌توان آن را استنباط کرد، اعلام عدم مطابقت قسط اجرا شده با قرارداد است. مطابق بند ۱ ماده مزبور؛ «در صورتی که مشتری ظرف مدت متعارفی پس از این که عدم انطباق کالا را کشف کرد یا می‌بایست کشف می‌کرد، یادداشتی حاکی از تعیین نوع عدم انطباق جهت بایع ارسال نکند، حق او در استناد به عدم انطباق ساقط می‌شود».^{۳۴} بنابراین چنانچه متعهدله در اجرای ماده فوق نقض و عدم مطابقت هر یک از اقساط را به متعهد اعلام نکند، حق استناد به آن و در نتیجه فسخ قرارداد به دلیل پیش‌بینی نقض اساسی نسبت به اقساط آینده را نخواهد داشت. به علاوه در صورت اعلام نقض هر یک از اقساط در اجرای این ماده نیز، ممکن است متعهد به استناد و با رعایت شرایط مندرج در ماده ۴۸^{۳۵} کنوانسیون اقدام به رفع عیوب و عدم مطابقت قسط اجرا شده بنماید و در نتیجه مانع از تحقق وصف اساسی بابت پیش‌بینی نقض اقساط آینده گردد. به تعبیر دیگر، متعهدله در صورت رفع عدم مطابقت قسط اجرا شده قادر به اثبات این نکته در اجرای بند ۲ ماده ۷۳ نخواهد بود که نقض قسط مزبور دلایل جدی و بنیادی برای پیش‌بینی تحقق نقض اساسی در ارتباط با اقساط آینده در اختیار او قرار داده است.

۳۴. بدیهی است حکم این ماده اختصاص به نقض قرارداد از سوی بایع ندارد و چنانچه خریدار نیز در نقض کالا یا پرداخت ثمن برخلاف ترتیبی که توافق شده است عمل نماید، بایع فقط در صورتی حق استناد به این عدم مطابقت را خواهد داشت که مراتب را طی یادداشتی به مشتری اعلام کند.

۳۵. ماده ۴۸ مقرر می‌دارد: «با رعایت ماده ۴۹، بایع می‌تواند حتی پس از موعد تسلیم، هر نوع قصور در ایفاء تعهد را به هزینه خود جبران نماید به شرط آن که بتواند این کار را بدون تأخیر غیرمعقول و بدون آنکه موجب زحمت غیرمعقول مشتری شود انجام دهد و باعث عدم اعتماد مشتری نسبت به بازپرداخت هزینه‌هایی که مشتری به صورت پیش‌پرداخت داده است، نشود...».

بند ۳- عدم اجرای تعهد در مهلت اضافی تعیین شده

پیشتر گفته شد، یکی از اسباب فسخ در کنوانسیون برابر مواد ۴۷ و ۶۱ و قسمت «ب» بند ۱ ماده ۴۹ و ۶۴، فسخ قرارداد به علت عدم اجرای تعهد ظرف مهلتی است که حسب مورد از سوی فروشنده یا خریدار به طرف مقابل جهت اجرای تعهد داده می‌شود.^{۳۶} پرسشی که در اینجا قابل طرح است، این است که آیا فروشنده یا خریدار حسب مورد در قراردادهای اقساطی نیز می‌تواند در صورت تحقق نقض (اعم از اساسی یا غیراساسی) نسبت به یک قسط، در مورد اجرای همین قسط به طرف مقابل مهلت اضافی اعطا و در صورت انقضای این مهلت و عدم اجرای تعهد، قرارداد را فسخ کند یا اعمال فسخ نسبت به یک قسط در قراردادهای اقساطی صرفاً در فرض تحقق نقض اساسی ممکن خواهد بود؟ به تعبیر دیگر آیا نهاد فسخ به دلیل عدم اجرای تعهد در مهلت اضافی تعیین شده، فقط ناظر به فرضی است که هیچ بخشی از قرارداد اجرا نشده باشد یا در مواردی که بخشی از آن اجرا شده است نیز می‌توان از آن استفاده کرد. مسأله‌ای که شارحین کنوانسیون کمتر بدان پرداخته‌اند یا اصلاً توجهی به آن ننموده‌اند.

مستفاد از ظاهر بند ۱ ماده ۷۳ کنوانسیون، فسخ قرارداد نسبت به یک قسط از اقساط فقط در فرضی ممکن است که نسبت به همان قسط نقض اساسی تحقق یافته باشد. بنابراین به هنگام نقض غیراساسی یک قسط، خریدار یا فروشنده نمی‌تواند به طرف مقابل مهلت اضافی اعطاء و به محض عدم اجرای قسط مزبور ظرف این مدت، اعلام فسخ نماید.

۳۶. برای آگاهی بیشتر درخصوص این سبب فسخ می‌توانید به رساله دکترای نویسنده، ص ۱۱۱ به بعد مراجعه فرمایید.

لیکن با توجه به این که ماده ۵۱ کنوانسیون در قراردادهای غیراقساطی، هنگامی که بخشی از کالا تسلیم نشده یا بخشی از کالای تسلیم شده منطبق با اوصاف مورد توافق نیست، اعمال مواد ۴۶ تا ۵۰ از جمله حق فسخ به دلیل عدم اجرای تعهد در مهلت اضافی تعیین شده (قسمت «ب» بند ۱ ماده ۴۹) را تجویز کرده است، عدم پذیرش آن در قراردادهای اقساطی توجیهی ندارد. وانگهی، مطابق کنوانسیون هر قسط از قراردادهای اقساطی به منزله یک قرارداد مستقل تلقی شده است لذا دلیلی بر عدم قبول فسخ قرارداد نسبت به یک قسط به جهت انقضای مهلت اضافی و عدم اجرای تعهد در این مدت وجود ندارد.^{۳۷}

پروفسور هانولد (Honold) نیز بر این عقیده است که از طریق قیاس بند ۱ ماده ۷۳ و بند ۱ ماده ۵۱^{۳۸} می توان گفت که نهاد فسخ قرارداد به دلیل انقضای مهلت اضافی باید در قراردادهای اقساطی و نسبت به یک قسط هم اجرا شود.^{۳۹}

به نظر می رسد با توجه به لزوم تفسیر هماهنگ و منسجم به استناد بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون^{۴۰} و نبود دلیل موجهی برای مستثنی کردن قراردادهای اقساطی از سایر موارد، اعتقاد به اعمال این نهاد در ارتباط با هر قسط معقول تر و با اصول و موازین حقوقی سازگارتر است. به علاوه، عموم و اطلاق ماده ۵۱ دست کم در مورد خریدار، شامل این فرض (قراردادهای اقساطی) نیز می شود.

37. Mirghasem Jafarzadeh, Buyer's Right to Withholding Reformation and Termination of Contract, 2000, Pace University Home page.

۳۸. متن بند ۱ ماده ۷۳ کنوانسیون در صفحه ۲۹۲ و متن بند ۱ ماده ۵۱ در پاورقی شماره ۸ در صفحه ۲۹۳ این مقاله آمده است.

39. Honold, op.cit., p.501.

۴۰. بند ۱ ماده ۷ مقرر می دارد: «در تفسیر مقررات این کنوانسیون باید به خصیصه بین المللی آن و نیز به ضرورت ایجاد هماهنگی در اجرای آن و رعایت حسن نیت در تجارت بین المللی توجه شود».

آنچه گفته شد، درخصوص نقض اقساط فعلی است؛ در ارتباط با اقساط آتی، این نهاد کاربردی ندارد، چرا که فرض اعمال این ماده جایی است که موعد انجام تعهد فرا رسیده و متعهد از انجام تعهد سرباز می‌زند و متعهدله به وی برای اجرای کامل و صحیح قرارداد، مهلت اضافی می‌دهد و طبیعی است درخصوص اقساط آتی که هنوز زمان اجرای آنها فرا نرسیده است، استفاده از این نهاد موردی ندارد. به همین جهت، به درستی بند ۲ ماده ۷۳ فسخ قرارداد نسبت به اقساط آتی را صرفاً به علت پیش‌بینی وقوع نقض اساسی نسبت به آن اقساط پذیرفته است.

ب) قراردادهای تجزیه‌پذیر غیراقساطی

پیشتر گفته شد که قراردادهای تجزیه‌پذیر در کنوانسیون، منحصر به قراردادهای اقساطی نیستند. ممکن است قراردادی اقساطی نباشد ولی با وجود این، به علت تجزیه‌پذیری فیزیکی و واقعی موضوع آن، قابل تجزیه تلقی گردد. همچنین دیدیم که کنوانسیون اصل را بر تجزیه‌پذیری قرارداد می‌نهد و خلاف آن را محتاج اثبات می‌داند (بند ۱ ماده ۵۱).

پس از بررسی اسباب سه‌گانه فسخ در قراردادهای اقساطی قابل تجزیه، اینک موضوع را در قراردادهای تجزیه‌پذیر غیراقساطی مورد مطالعه قرار می‌دهیم:

بند ۱- تحقق نقض اساسی نسبت به بخشی از قرارداد

از بند ۱ ماده ۵۱ کنوانسیون چنین برداشت می‌شود که خریدار حق دارد در صورتی که کالای تسلیم شده از سوی فروشنده خواه از جهت مقدار و خواه از جهت اوصاف، منطبق با قرارداد نباشد، نسبت به قسمت تسلیم نشده یا غیرمنطبق، مواد ۴۶ تا ۵۰ را که از جمله آن فسخ به دلیل

تحقق نقض اساسی است، اعمال کند. در رأیی که از سوی یکی از مراجع داوری صادر شده، به خریدار اجازه داده شده است که قرارداد را نسبت به یک قسمت از دستگاه فروخته شده که از نظر کارکرد، مستقل از سایر اجزا بوده است، فسخ کند،^{۴۱} در صورت عدم تصریح به حکم مزبور می‌بایست این گونه استدلال می‌کردیم که از نظر کنوانسیون فسخ کل قرارداد فقط در مواردی که نقض انجام شده نسبت به کل قرارداد اساسی تلقی می‌گردد، مجاز است، بنابراین هنگامی که فروشنده قسمتی از کالا را تسلیم نمی‌کند یا قسمتی از کالا منطبق با اوصاف مندرج در قرارداد نیست و این نقض جزئی هم نسبت به کل قرارداد اساسی محسوب نمی‌شود، خریدار ناگزیر به قبول کل قرارداد و استفاده از سایر ضمانت‌های ناشی از نقض نظیر مطالبه خسارت یا تقلیل ثمن یا اجرای اجباری قرارداد بوده و حق فسخ ندارد. به علاوه ماده ۷۳ نیز اختصاص به فرض ویژه قراردادهای اقساطی دارد و در سایر موارد قابل اعمال نیست. به هر حال اکنون با وجود بند ۱ ماده ۵۱ به راحتی می‌توان گفت فسخ بخشی از قرارداد جایز است هرچند نقض این بخش اجرا نشده از آن اندازه شدت برخوردار نباشد که موجب تحقق نقض اساسی نسبت به کل قرارداد گردد.^{۴۲}

ذکر مثالی در این باب، روشن‌گر خواهد بود. در اجرای قرارداد بیع مربوط به دو هزار دستگاه تلویزیون، ۱۹۵۰ عدد آن کاملاً منطبق با اوصاف قرارداد است ولی ۵۰ دستگاه دیگر معیوب در می‌آید. با توجه به مقدار کالای منطبق با قرارداد (۱۹۵۰ دستگاه)، احتمال این که بتوان چنین نقضی

41. Veneziano (A.), Non-Conformité des Marchandises dans les Ventes Internationales, Etude de la Jurisprudence Actuelle sur la CVIM, Revue de Droit des Affaires Internationales, n° 5, 1997, p.59.

42. Heuzé, op.cit., n° 321, p. 320; Honnold, op.cit., n° 316, p.400.

را نسبت به کل قرارداد اساسی تلقی کرد، بسیار دشوار است؛ در مقابل، تردیدی نیست که اگر موضوع قرارداد همین ۵۰ دستگاه تلویزیون بود، نسبت به این مقدار نقض اساسی صورت گرفته است. بنابراین باید به خریدار حق داد به استناد بند ۱ ماده ۵۱ قرارداد را نسبت به بخش غیرمنطبق فسخ کند. از مفهوم مخالف بند ۲ ماده ۵۱ نیز که فسخ کل قرارداد را فقط وقتی که نقض انجام شده به تحقق نقض اساسی نسبت به مجموع قرارداد بیانجامد، جایز می‌شمرد، همچنین برمی‌آید که خریدار می‌تواند قرارداد را فقط نسبت به همین ۵۰ دستگاه تلویزیون به سبب تحقق نقض اساسی فسخ کرده و مابقی را کماکان معتبر تلقی نماید.^{۴۳}

درخصوص این قسمت از ماده ۵۱ ذکر چند نکته ضروری است:

۱- کنوانسیون علاوه بر پذیرش اصل تجزیه‌پذیری در قراردادهای اقساطی، در قراردادهای غیراقساطی نیز اصل را بر قابل تجزیه بودن آن قرار داده و نقض تعهد نسبت به بخشی از آن را موجب ایجاد حق فسخ نسبت به همان بخش می‌داند و فسخ جزئی را روا می‌شمرد. رعایت این حکم هم بر فروشنده و هم بر خریدار الزامی است؛ بدین معنا که وقتی فروشنده فقط قسمتی از کالا را تسلیم می‌کند یا قسمتی از کالای تسلیم شده منطبق با قرارداد است، نه تنها خریدار حق ندارد کل قرارداد را فسخ کند، فروشنده نیز نمی‌تواند خریدار را مجبور سازد که یا همه آن را بپذیرد یا کل قرارداد را فسخ کند، چرا که ممکن است فسخ قرارداد نسبت به همین بخش نقض شده و حفظ باقی‌مانده آن به نفع خریدار باشد. حکم مذکور در بند ۱ ماده ۵۱ از سیاست کلی کنوانسیون در حفظ و بقای قرارداد پیروی می‌کند.

43. Heuzé, op.cit., n° 524, p.321.

۲- هرچند که بند ۱ ماده ۵۱ صرفاً در مقام بیان حق خریدار به هنگامی است که فروشنده مرتکب نقض نسبت به بخشی از قرارداد می‌شود ولی با توجه به این که بند ۱ ماده ۷۳ در قراردادهای اقساطی این حق را برای فروشنده و خریدار توأماً پذیرفته است و دلیل منطقی هم بر این تفکیک و محرومیت فروشنده از استفاده چنین حقوقی وجود ندارد و در تفسیر و اجرای مواد کنوانسیون نیز برابر بند ۱ ماده ۷، رعایت هماهنگی و انسجام میان مجموعه مواد ضروری است، به نظر می‌رسد که فروشنده نیز بتواند در مواردی که خریدار فقط اقدام به انجام قسمتی از تعهد خود می‌کند، از حقوق مندرج در مواد ۶۲ تا ۶۵ که از جمله آنها فسخ قرارداد نسبت به همین بخش به دلیل تحقق نقض اساسی است، بهره برد.

بند ۲- پیش‌بینی وقوع نقض اساسی نسبت به بخشی از قرارداد در آینده این فرض اغلب در قراردادهای تجزیه‌پذیر غیراقساطی موردی ندارد، چرا که در این گونه قراردادهای بنای طرفین بر تحویل کالا در فواصل زمانی مختلف نیست، بلکه کل کالای موضوع قرارداد باید یکجا و همزمان تحویل گردد. فقط در تاریخ اجرای چنین قراردادی ممکن است بخشی از کالا تسلیم نشود یا بخشی از کالای تسلیم شده منطبق با قرارداد نباشد؛ بنابراین هرگز سخنی از پیش‌بینی نقض در آینده نیست. به این دلیل ما به همین اندازه بسنده کرده و از این بحث می‌گذریم.

بند ۳- عدم اجرای تعهد نسبت به بخشی از قرارداد در مهلت اضافی تعیین شده

گرچه درخصوص امکان استفاده از این نهاد در قراردادهای تجزیه‌پذیر اقساطی که اندکی پیش‌مورد بحث و بررسی قرار گرفت، به

لحاظ عدم تصریح بند ۱ ماده ۷۳، ابهامات و اختلاف نظرهایی وجود داشت، در قراردادهای تجزیه پذیر غیراقساطی یا بسیط که موضوع بند ۱ ماده ۵۱^{۴۴} می باشد، تردید در امکان فسخ قرارداد نسبت به بخش نقض شده به دلیل عدم اجرای تعهد در مهلت اضافی تعیین شده وجود ندارد، زیرا ماده مزبور به صراحت نسبت به بخش نقض شده قرارداد، اعمال مواد ۴۶ تا ۵۰ را که از جمله آنها تعیین مهلت اضافی (ماده ۴۷) و فسخ قرارداد به دلیل عدم اجرای تعهد ظرف مهلت تعیین شده است (قسمت «ب» بند ۱ ماده ۴۹)، تجویز کرده است.

بنابراین چنانچه «الف» ۱۰۰۰ دستگاه اتومبیل از «ب» خریداری نماید و از مقدار مزبور ۴۰ دستگاه آن معیوب و برخلاف اوصاف مندرج در قرارداد بوده و این عیب هم به گونه ای نباشد که منجر به تحقق نقض اساسی نسبت به همین مقدار گردد، خریدار می تواند به «ب» نسبت به بخش غیرمنطبق، مهلتی معقول برای رفع عیب یا تجهیز کالا به اوصاف مورد نظر بدهد و در صورتی که فروشنده در این مدت به تعهدات خود عمل ننمود، قرارداد را نسبت به این ۴۰ دستگاه فسخ و مابقی را کماکان معتبر تلقی نماید.

البته لازم به ذکر است که درخصوص قلمرو این سبب فسخ یعنی فسخ قرارداد براساس تئوری اعطای مهلت اضافی معقول، میان نویسندگان و شارحین کنوانسیون اختلاف نظر وجود دارد. بنا به عقیده بیشتر شارحین^{۴۵} از مواد ۴۷ و بند ۱ ماده ۴۹^{۴۶} کنوانسیون چنین استفاده می شود که این

۴۴. متن بند ۱ ماده ۵۱ در پاورقی شماره ۸ در صفحه ۲۹۳ این مقاله آمده است.

45. Huet, Les Principaux Contrats Speciaux, n° 1175, p.554; Mouly, Recueil Dalloz Sirey 1997, 77^e cahier, p.79.

۴۶. در بند ۱ ماده ۴۷ کنوانسیون آمده است: «مشتري می تواند جهت ایفای تعهدات بايع مهلتی اضافی و معقول تعیین کند». در بند ۱ ماده ۴۹ کنوانسیون نیز می خوانیم: «۱- در موارد زیر مشتري می تواند قرارداد را فسخ کند: الف: ... ب: در صورت عدم تسلیم کالا، هرگاه بايع ظرف مدت اضافی که مطابق

نظریه فقط در مورد تأخیر در تسلیم کالا قابلیت اعمال دارد و منحصرأ در این فرض به خریدار حق می‌دهد که با تعیین مهلت اضافی و عدم تسلیم کالا در این مدت، قرارداد را فسخ کند، قطع نظر از این که تأخیر یاد شده، نقض اساسی قرارداد توصیف شود یا خیر. اما درخصوص سایر تعهدات، چنانچه نقض انجام شده اساسی نباشد، متعهدله نمی‌تواند به صرف انقضای مهلت اضافی معقول داده شده قرارداد را فسخ کند. در واقع در مواردی که نقض انجام شده اساسی نیست، اعطای مهلت اضافی سبب مستقلاً برای فسخ قرارداد محسوب نمی‌شود. در برابر این گروه، عده اندکی از حقوق‌دانان،^{۴۷} نظریه مزبور را در مورد نقض همه تعهدات اعم از تسلیم یا غیر آن قابل اعمال می‌دانند که نویسنده نیز بر همین عقیده است.^{۴۸}

صرف نظر از بحث اخیر، بنا بر آنچه اشاره شد، به اجمال می‌توان گفت که از نظر کنوانسیون اصولاً هر قراردادی تجزیه پذیر محسوب شده و فسخ جزئی در مورد آن جایز است مگر در قراردادهایی که به اعتبار قصد و اراده مشترک (علی‌رغم تجزیه پذیری ظاهری آن یا پیش‌بینی اقساط متعدد در آن) یا به اعتبار تجزیه‌ناپذیری واقعی و فیزیکی موضوع قرارداد، تجزیه آنها ممکن نیست.

ناگفته پیداست که خصوصیت این نوع قراردادهای یعنی قراردادهای غیرقابل تجزیه این است که فسخ جزئی در مورد آنها اعمال نمی‌شود، یعنی چنانچه فروشنده یا خریدار، حسب مورد مرتکب نقض قرارداد نسبت به قسمتی از کالاهای مورد معامله یا قسطی از اقساط گردد، طرف مقابل در

بند ۱ ماده ۴۷ توسط مشتری تعیین شده است، کالا را تسلیم ننماید یا اعلام کند که ظرف مدت مزبور، کالا را تسلیم نخواهد کرد».

47. Neumayer et Ming, op.cit., p. 350.

۴۸. جهت ملاحظه آرای تعداد دیگری از حقوق‌دانان در این خصوص و مبانی و مستندات آن نک. رساله دکترای نویسنده، ص ۱۱۱ به بعد.

صورت تمایل به استفاده از حق فسخ، می‌تواند کل قرارداد را فسخ کند و حق تجزیه خیار را ندارد، زیرا در قراردادهای مزبور، نقض اساسی نسبت به یک بخش یا یک قسط از قرارداد، در واقع نقض اساسی کل قرارداد تلقی می‌شود. بر همین اساس در بند ۳ ماده ۷۳ در خصوص نقض اساسی کل قراردادهای اقساطی غیرقابل تجزیه می‌خوانیم: «خریداری که قرارداد را نسبت به هر یک از اقساط تسلیم شده فسخ می‌کند، حق دارد همزمان با چنین اعلامی در مورد اقساطی که تا به حال تسلیم شده است یا اقساط آتی اعلام فسخ نماید. مشروط به این که به علت وابستگی متقابل اقساط کالا به یکدیگر نتوان از کالاهایی که تسلیم شده یا می‌شود در مقاصد مورد نظر که در زمان انعقاد عقد ملحوظ بوده استفاده کرد» و در بند ۲ ماده ۵۱ نیز در ارتباط با قراردادهای غیراقساطی یا بسیط تجزیه‌ناپذیر آمده است: «خریدار فقط در صورتی می‌تواند کل قرارداد را فسخ کند که عدم تسلیم تمام کالا یا قصور در تسلیم کالای منطبق با قرارداد، نقض اساسی قرارداد محسوب گردد».

پس از بررسی موضع کنوانسیون، اینک باید ببینیم که وضعیت در حقوق ایران چگونه است؟

مبحث دوم - حقوق ایران

در حقوق ایران این موضوع زیر عنوان «تجزیه‌پذیری قراردادها» یا «انحلال عقد به عقود متعدد» از سوی برخی از نویسندگان حقوقی و فقها مورد بحث و گفتگو قرار گرفته است.^{۴۹}

۴۹. کاتوزیان، دکتر ناصر، نظریه عمومی تعهدات، تهران، ۱۳۷۴، شماره ۱۲۳ به بعد، ص ۱۷۰ به بعد و قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، تهران، ۱۳۶۸، شماره ۱۰۴۳ به بعد، ص ۳۶۸ به بعد؛ امامی، دکتر سیدحسن، حقوق مدنی، ج اول، تهران، ۱۳۶۶، ص ۵۱۰ به بعد؛ سلجوقی، دکتر محمود، مقاله تقسیم‌ناپذیری حقوق و تعهدات، مجله کانون وکلا، ش ۱۴۹-۱۴۸، در میان فقها نیز: انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ج ۲، قم،

به نظر می‌رسد به هنگام بحث از تجزیه‌پذیری قرارداد در حقوق ایران در بدو امر دو فرض را باید از هم تفکیک کرد:

الف: فرض متعدد بودن بدهکاران یا طلبکاران

ب: فرض واحد بودن طرفین قرارداد

قبل از توضیح دو فرض فوق، این نکته مسلم را باید یادآور شد که هنگامی از تجزیه‌پذیری قرارداد سخن به میان می‌آید که موضوع معامله از لحاظ طبیعی و یا حقوقی قابل تجزیه باشد، یعنی حتی در فرض متعدد بودن بدهکاران و یا طلبکاران نیز در صورتی می‌توان از انحلال قرارداد به اعتبار شمار بدهکاران یا طلبکاران سخن گفت که موضوع تعهد از جهت طبیعی یا حقوقی، قابل تجزیه باشد. اینک به بررسی فرض‌های فوق می‌پردازیم.

۱۴۱۱ هـ.ق، ص ۴۵۵ به بعد؛ موسوی خوئی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۷، بیروت، انتشارات دارالهادی، ص ۱۳۱ به بعد.

گفتار نخست

هنگامی که بدهکاران و یا طلبکاران یک تعهد متعدد بوده و تعهد نیز از لحاظ طبیعی و یا حقوقی قابل تجزیه است

در اینجا این پرسش مطرح می‌شود که آیا تعهد به اعتبار هر یک از بدهکاران یا طلبکاران تجزیه می‌شود یا خیر یعنی در فرض تعدد بدهکار، طلبکار فقط حق مراجعه به هر یک از بدهکاران را تا میزان سهم وی دارد یا می‌تواند همه تعهد را از هر یک بخواهد یا در فرض تعدد طلبکاران، آیا هر یک از طلبکاران حق دارد کل موضوع تعهد را از بدهکار مطالبه کند یا باید صرفاً سهم خویش را بخواهد؟ به عبارت دیگر آیا بین بدهکاران یا طلبکاران اصل تضامن حاکم است یا اصل اشتراک؟ در این خصوص استاد کاتوزیان در کتاب نظریه عمومی تعهدات بحث بسیار جامعی ارائه و با تکیه بر مبانی قانونی و فقهی به درستی چنین نتیجه‌گیری کرده‌اند که در حقوق ما اصل اشتراک است نه تضامن^{۵۰} لذا در این گونه موارد قرارداد به اعتبار تعداد بدهکاران یا طلبکاران به عقود متعدد تجزیه و منحل می‌شود و نتیجتاً هر بدهکار صرفاً متعهد به انجام موضوع قرارداد به قدر سهم خویش است و هر طلبکار نیز فقط حق مطالبه اجرای قرارداد را تا میزان سهم خود دارد.

البته چون محور بحث ما از نظر کنوانسیون فرضی است که طرفین قرارداد واحد می‌باشند و در واقع کنوانسیون به فرض تعدد بدهکاران و بستانکاران توجهی نکرده است، ما نیز به همین حد بسنده کرده و به فرض دوم می‌پردازیم.

۵۰. کاتوزیان، دکتر ناصر، نظریه عمومی تعهدات، شماره ۱۲۴، ص ۱۷۳.

گفتار دوم

هنگامی که طرفین قرارداد واحد می‌باشند

همانطور که دیدیم، از نظر کنوانسیون چه در قراردادهای اقساطی و چه در قراردادهای ساده و بسیط، اصل تجزیه‌پذیری قرارداد است مگر این که ثابت شود، نقض بخشی از قرارداد یا یک یا چند قسط از آن به لحاظ پیوند میان اجزا یا اقساط آن، نقض کل قرارداد تلقی می‌شود. اینک باید ببینیم که نظام حقوقی ایران در این باره چه موضعی اتخاذ کرده است؟

پرسش نخست: آیا متعهد می‌تواند با فرض تجزیه‌پذیر بودن موضوع قرارداد، متعهدله را مجبور به قبول بخشی از آن نماید و در واقع قرارداد را تجزیه نماید؟

پرسش دوم: آیا متعهدله از چنین حقی برخوردار است و می‌تواند بخشی از موضوع قرارداد را نگه دارد و قرارداد را نسبت به باقی‌مانده فسخ کند؟

پاسخ به پرسش نخست را می‌توان از برخی مواد قانون مدنی به طور ضمنی دریافت. ماده ۲۷۷ ق.م. مقرر می‌دارد: «متعهد نمی‌تواند متعهدله را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید...». هرچند این ماده ناظر به عدم امکان تجزیه موضوع قرارداد به زیان متعهدله است نه خود قرارداد، ولی وقتی قانونگذار صرف تجزیه موضوع قرارداد و انجام آن در فواصل زمانی مختلف را به زیان متعهدله می‌داند و به او حق می‌دهد که در این صورت از قبول آن امتناع کرده و کل موضوع تعهد را دفعتاً و یکجا بخواهد، به طریق اولی، متعهد حق تجزیه قرارداد را به زیان متعهدله نداشته

و به صرف قابل تجزیه بودن موضوع قرارداد نمی‌تواند از متعهدله بخواهد که قرارداد را نسبت به یک بخش بپذیرد و نسبت به مابقی فسخ کند. در ماده ۴۴۱ ق.م. نیز در باب خیار تبعض صفقه می‌خوانیم: «خیار تبعض صفقه وقتی حاصل می‌شود که عقد بیع نسبت به بعض مبیع به جهتی از جهات باطل باشد؛ در این صورت مشتری حق خواهد داشت بیع را فسخ نماید یا به نسبت قسمتی که بیع واقع شده است قبول کند و نسبت به قسمتی که بیع باطل بوده است ثمن را استرداد کند». از این ماده چنین استنباط می‌شود که هرگاه بخشی از موضوع قرارداد به دلیل بطلان عقد بیع نسبت به آن یا به هر دلیل دیگر غیرقابل اجرا شد و بدین ترتیب قرارداد قهراً به زیان متعهدله تجزیه گردید، وی حق دارد قرارداد را به دلیل تبعض صفقه و تجزیه آن فسخ کند. اصلی که فرض قانونی (Fiction) محسوب شده و لذا خلاف آن را نیز نمی‌شود اثبات کرد. یعنی نمی‌توان به طرف دیگر اجازه داد تا اثبات کند که تجزیه به زیان متعهدله نیست و آن بخش از قرارداد که اجرا شده است، منافع عمده وی را از قرارداد تأمین می‌کند و در نتیجه وی مجاز نیست به استناد عدم اجرای بخشی از قرارداد، کل آن را فسخ کند. البته بدیهی است چنانچه خود خریدار، تجزیه به عمل آمده را به زیان خود نبیند و علی‌رغم غیرقابل اجرا شدن بخشی از قرارداد، قسمت باقی‌مانده را برای خود سودمند بداند، به استناد همین ماده حق دارد که قرارداد را نسبت به مابقی کماکان معتبر تلقی نماید و از ثمن به میزانی که اجرای قرارداد غیرممکن گردیده است، بکاهد.

از این نکته بسیار اساسی هم نباید غفلت کرد که بحث از فسخ جزئی در حقوق ما ناظر به فرضی است که موضوع قرارداد عین معین است. بنابراین در جایی که موضوع قرارداد کلی است و متعهد فقط بخشی از کالا را تسلیم می‌کند یا بخشی از کالای تسلیم شده منطبق با اوصاف قرارداد

است، متعهده حق فسخ ندارد و باید الزام متعهد به انجام تعهد را بخواهد. چه بسا باید گفت به موجب مواد ۴۱۴، ۴۸۲ و ۴۳۷ ق.م.ا^{۵۱} در این گونه قراردادها حتی نقض تمام آن یعنی عدم تسلیم کل کالای مورد معامله یا عدم مطابقت کل کالای تسلیم شده با اوصاف مورد توافق نیز موجب ایجاد حق فسخ برای مشتری نمی‌شود.

البته درخصوص ضمانت اجرای نقض تعهد تسلیم کالا یا به تعبیر دیگر امتناع فروشنده از تسلیم، صرف نظر از اینکه موضوع قرارداد عین معین باشد یا کلی، میان فقها و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای^{۵۲} معتقدند که در صورت امکان اجبار متعهد به تسلیم، فسخ مجوزی ندارد، زیرا مقتضای اولیه عقد اجرای آن است خواه به صورت اختیاری یا اجباری. به علاوه اصل نیز لزوم قرارداد است، بنابراین به هنگام تردید در وجود خیار باید به قدر متیقن بسنده کرد.

در برابر این گروه، برخی دیگر^{۵۳} اعتقاد دارند که متعهده حتی در فرض وجود قدرت بر اجبار ممتنع به اجرای تعهد می‌تواند قرارداد را فسخ

۵۱. ماده ۴۱۴ ق.م. مقرر می‌دارد: «در بیع کلی خیار رؤیت نیست و بایع باید جنسی بدهد که مطابق با اوصاف مقرر بین طرفین باشد». در ماده ۴۸۲ ق.م. نیز می‌خوانیم: «اگر مورد اجاره عین کلی باشد و فردی که موجر داده معیوب درآید، مستأجر حق فسخ ندارد و می‌تواند موجر را مجبور به تبدیل آن نماید و اگر تبدیل آن ممکن نباشد حق فسخ خواهد داشت». ماده ۴۳۷ ق.م. هم تصریح می‌کند: «از حیث احکام عیب، ثمن شخصی مثل مبیع شخصی است».

۵۲. از میان فقها: انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ج ۳، انتشارات دارالذخائر قم، چاپ اول، ص ۴۱؛ نجفی، شیخ محمدحسن، جواهرالکلام، ج ۲۳، انتشارات دارالکتب الاسلامیه، ص ۲۱۹؛ حسین عاملی، سیدمحمدجواد، مفتاح الکرامه، ج ۴، دارالحیاء التراث العربی، صص ۴۲۷ - ۴۲۶؛ در میان حقوقدانان نیز امامی، دکتر سیدحسن، حقوق مدنی، جلد اول، انتشارات اسلامیه، چاپ ششم، ۱۳۶۶، ص ۲۸۹ و ۲۹۵؛ کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، انتشارات بهنشر، چاپ اول، ۱۳۶۸، ص ۲۶۵ به بعد؛ مرحوم عدل، مصطفی، حقوق مدنی، انتشارات بحرالعلوم، چاپ اول، ۱۳۷۳، ص ۲۵۵؛ جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، حقوق تعهدات، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹، صص ۲۵۵ - ۲۵۴.

۵۳. موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، قواعد الفقهیه، ج ۳، انتشارات مکتب الصدر، چاپ دوم، ۱۳۸۹ ه.ق. صص ۲۶۸ - ۲۶۷؛ امام خمینی، البیع، ج ۵، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ص ۲۲۰؛ موسوی خوئی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۷، انتشارات دارالهادی، بیروت، لبنان، چاپ اول، ص ۳۳۶.

کند، زیرا سبب ایجاد حق فسخ، امتناع متعهد از اجرای تعهد است نه تعذر اجرای آن ولو بالاجبار. علاوه براین، بنای عقلا حق فسخ را به محض تخلف ثابت می‌داند بدون این که ایجاد آن را متوقف بر تعذر اجرای تعهد کند. به نظر نویسنده چون در همه اقسام قراردادهای بیع اعم از عین معین و کلی همچنین تجاری و مدنی، به موجب قصد مشترک طرفین و یا عرف و عادت مسلم اجرای تعهد به تسلیم مقید و مشروط به رعایت زمان توافق شده یا متعارف است، بنابراین امتناع از تسلیم کالا در آن زمان معین تعذر اجرای این شرط یا قید تلقی شده و نهایتاً مطابق ماده ۲۴۰ ق.م. که مقرر می‌دارد: «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط به نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت...»، به خریدار یا مشروط‌له حق می‌دهد که قرارداد را فسخ کند. بی‌تردید توافق بر اجرای تعهد در زمان معین یک نوع شرط صفت محسوب می‌شود که باید متلازم با مبیع باشد. به تعبیر دیگر مبیع در صورتی منطبق با اوصاف قرارداد تلقی می‌گردد که علاوه بر برخورداری از کیفیات مورد نظر، در زمان توافق شده نیز تسلیم گردد. از آنجا که زمان اصولاً قابل اعاده نیست و طبعاً رعایت این شرط پس از گذشت موعد مقرر امکان ندارد لذا تخلف از آن موجب ایجاد خیار فسخ برای مشروط‌له خواهد بود.^{۵۴}

بنا بر آنچه گفته شد، از این پس هر جا که برخلاف نظر مشهور، سخن از امکان فسخ جزئی قرارداد به دلیل عدم تسلیم بخشی از کالای مورد معامله می‌شود، به دلیل موضعی است که نویسنده در ارتباط با ضمانت اجرای امتناع بایع از تسلیم کالا اتخاذ کرده است.

۵۴. برای ملاحظه تفصیل نظرات فقها و حقوقدانان و مبانی استدلالی نظریه پیشنهادی نک. رساله کارشناسی ارشد نویسنده، تحت عنوان «اجرای اجباری قرارداد» که در سال ۱۳۷۴ در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران با راهنمایی استاد دکتر سیدحسین صفایی از آن دفاع شده است.

اما پرسش دوم مبنی بر این که آیا متعهدله به هنگامی که متعهد مرتکب نقض قرارداد نسبت به بخشی از آن می‌شود، حق دارد، بخش منطبق با اوصاف قرارداد را کماکان معتبر تلقی نماید و قرارداد را نسبت به مابقی فسخ کند یا باید نسبت به کل قرارداد اعلام فسخ نماید، در غیر این صورت مجبور به قبول تمام کالا با همین وضعیت و صرف نظر کردن از حق فسخ است.

از آنجا که در حقوق ایران و فقه امامیه غیرقابل تجزیه بودن قرارداد و عدم امکان اعمال حق فسخ نسبت به بخشی از آن شهرت دارد ولی نویسنده بنا به دلایلی که خواهد آمد، نظری متفاوت داشته و معتقد به تجزیه پذیری قرارداد با رعایت پاره‌ای شرایط است لذا در این قسمت، مطالب مربوط به این پرسش را در دو بخش مطالعه می‌کنیم: در بخش نخست به بررسی موضع مشهور در حقوق ایران و فقه امامیه می‌پردازیم و در بخش دوم نیز نظریه پیشنهادی نویسنده، دلایل و مبانی استدلالی آن خواهد آمد.

بند ۱- موضع مشهور در حقوق ایران و فقه امامیه

واقعیت این است که این فرض کمتر به صورت مستقل و مبسوط مورد توجه قرار گرفته است.^{۵۵} ماده ۴۳۱ ق.م. در باب خیار عیب اعلام می‌کند: «در صورتی که در یک عقد چند چیز فروخته شود بدون این که قیمت هر یک علیحده معین شده باشد و بعضی از آنها معیوب درآید، مشتری باید تمام آن را رد کند و ثمن را مسترد دارد یا تمام را نگاه دارد و ارش بگیرد و تبعیض نمی‌تواند بکند مگر به رضای بایع».

۵۵. کاتوزیان، دکتر ناصر، نظریه عمومی تعهدات، شماره ۱۳۲، ص ۱۸۶؛ سلجوقی، دکتر محمود، مأخذ پیشین، صص ۷۵ - ۷۴.

قانونگذار در این ماده با این که موضوع قرارداد اشیاء متعدد بوده و طبعاً قابل تجزیه است، تبعیض و تجزیه را به رسمیت نشناخته است. البته از مفهوم مخالف آن استنباط می‌شود که چنانچه قیمت هر یک به صورت علیحده معین شده باشد، می‌توان قرارداد را نسبت به قسمتی از آنها که معیوب درآمده است، فسخ کرد و نسبت به مابقی کماکان معتبر تلقی کرد. بنابراین، به نظر می‌رسد قانونگذار اصولاً یک قرارداد را هر چند موضوع آن تجزیه پذیر باشد، غیرقابل تجزیه و انحلال تلقی کرده و این گونه فرض می‌کند که مجموعه قرارداد همواره به عنوان یک کل مورد نظر طرفین است، یعنی هم فروشنده قصد دارد که این کالاها را به صورت مجموعه‌ای واحد بفروشد و هم خریدار می‌خواهد که کالاهای مزبور را چنین بخرد مگر این که قیمت هر یک علیحده معین شده باشد که این امر مبین آن است که چند قرارداد ضمن یک قرارداد گرد آمده است.

در هر حال، با توجه به آنچه گفته شد، بویژه مفهوم مخالف ماده ۴۳۱ ق.م. باید گفت که در حقوق ایران معیار تجزیه پذیری قرارداد تعدد عقد یا معامله است. یعنی هرگاه از اوضاع و احوال و قرائن چنین برآید که از نظر طرفین قرارداد منعقدۀ مرکب از چندین قرارداد است که به دلایل مختلف ضمن یک قرارداد گنجانده شده‌اند، باید آن قرارداد را قابل تجزیه دانست و حسب مورد به فروشنده یا خریدار حق داد با رعایت شرایط مقرر قرارداد را نسبت به بخشی که نقض شده است فسخ و نسبت به مابقی کماکان معتبر تلقی نماید. البته معیار و ضابطه دقیقی برای تمیز وحدت و تعدد معامله نمی‌توان ارائه کرد اما تعدد ثمن و مثنی به خصوص هنگامی که کالاها از جنس‌های مختلف باشند، از نشانه‌های بارز تعدد معامله است.^{۵۶} ماده ۴۱۲ ق.م. نیز در باب خیار رؤیت و تخلف وصف مؤید همین مطلب

۵۶. کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، صص ۳۷۳ - ۳۷۲.

است: «هرگاه مشتری بعضی از مبیع را دیده و بعض دیگر را به وصف یا از روی نمونه خریده باشد و آن بعض مطابق وصف یا نمونه نباشد، می تواند تمام مبیع را رد کند یا تمام آن را قبول نماید».^{۵۷}

نوشته های فقها هم در باب «خیار عیب» همین عقیده را تأیید می کند، زیرا ملاک قابل تجزیه بودن قرارداد از نظر آنها تعدد عقد است. برای مثال، شیخ انصاری در کتاب مکاسب خود فروغ مختلفی را مطرح می سازد از جمله این که هرگاه کسی بخشی از شیء واحد را به یک ثمن و بخش دیگر را به ثمن دیگر بفروشد، تجزیه و انحلال آن به لحاظ این که دو عقد مستقل تلقی می شود، بلاشکال است.^{۵۸} اما در فرضی که مشتری و فروشنده واحد و شیء نیز واحد است و بخشی از آن معیوب درمی آید، تجزیه و انحلال آن را با ارائه چندین استدلال جایز نمی داند؛ اولاً؛ ظهور اجماع بر تجزیه ناپذیری قرارداد در این فرض دلالت دارد، ثانیاً؛ در صورت قبول تجزیه، خریدار و فروشنده در بخشی از مال به صورت مشاع شریک می شوند که این شرکت خود ضرر تلقی شده و از اسباب ایجاد حق فسخ برای طرف مقابل است، ثالثاً؛ تجزیه سبب تبعیض معامله به زیان فروشنده است که برابر قاعده لاضرر منفی است، رابعاً؛ ادله، ظهور در تعلق حق خیار به مجموع مبیع دارد نه جزئی از آن.^{۵۹}

صاحب مصباح الفقاهه نیز ضمن قبول معیار فوق، فرعی را مطرح می کند بدین ترتیب که هرگاه اشیاء متعدد که حقیقتاً متفاوت از یکدیگرند، صرفاً از جهت اعتباری موضوع قرارداد واحد قرار گیرند، اقوی

۵۷. در توجیه مبنای این ماده گفته شده است که اعطای خیار برای رفع ضرر از مشتری است و تبعیض و تجزیه نیز به زیان بایع است و این دو ضرر در اثر تعارض، ساقط می شوند و لذا حق کلی خیار باقی می ماند، امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، ج اول، ص ۴۹۴.

۵۸. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ج ۲، ص ۴۵۵.

۵۹. انصاری، شیخ مرتضی، همان کتاب، ص ۴۵۶.

این است که بیع قابل انحلال و تجزیه به بیع‌های متعدد است و استدلال وی این است که اینها هیچ گونه اتحاد حقیقی و حتی عرفی با یکدیگر ندارند و در واقع جمع چند بیع ضمن یک عقد محسوب می‌شوند.^{۶۰}

توجیه نظریه‌ای که ارائه شد، از منظر مبانی فقهی آسان است، زیرا به نظر فقها فقط هنگامی که مبیع واحد حقیقی مثل حیوان است یا واحد عرفی مثل خانه که دارای اجزای متعدد است ولی عرفاً یک چیز تلقی می‌شود، تجزیه و انحلال آن جایز نیست.^{۶۱}

البته خود قانونگذار در برخی موارد تجزیه و انحلال بیع را که موجب زیان طرف مقابل نمی‌شود، می‌پذیرد. به عنوان مثال، ماده ۴۳۳ ق.م. تصریح می‌کند: «اگر در یک عقد بایع متعدد باشد مشتری می‌تواند سهم یکی را رد و دیگری را با اخذ ارش قبول کند». هرچند این ماده ناظر به فرضی است که بایع متعدد است ولی مبنا و ملاک آن که همان عدم توجه زیان به طرف دیگر قرارداد است، کاملاً در این بحث نیز قابل استفاده و اعمال است. گرچه چنین به نظر می‌آید که معیار تعدد عقد یا معامله در این فرض نیز مورد توجه قانونگذار بوده و در واقع مقنن یک چنین عقد بیعی را اجتماع چند قرارداد بیع به شمار آورده است.

راه‌حلی که گفته شد ممکن است مخالف قاعده «انحلال عقد به عقود متعدد» به نظر برسد؛ قاعده‌ای که بنا به تعبیر یکی از حقوق‌دانان،^{۶۲} بین فقه‌های اسلام متفق علیه بوده و اساس آن بر استقراء است و به اصطلاح از قواعد اصطیادی^{۶۳} محسوب می‌شود و به اصل تجزیه‌پذیری قراردادها نیز در

۶۰. آیت الله خوئی، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۱۳۳.

۶۱. آیت الله خوئی، همان کتاب، ص ۱۳۲.

۶۲. عبده بروجردی، محمد، حقوق مدنی، قزوین، ۱۳۸۰، ص ۹۳.

۶۳. قواعد اصطیادی به آن دسته از قواعدی اطلاق می‌شود که از طریق استقراء و فحص در فروع و مسائل مختلف فقهی به دست آمده و به اصطلاح صید شده است و مستند صریح قرآنی و روایی ندارد.

حقوق ایران شهرت یافته است، لیکن بررسی دقیق تر نوشته‌های فقها و حقوقدانان نشان می‌دهد که برخلاف آنچه ابتدائاً به ذهن متبادر می‌شود، این قاعده صرفاً ناظر به مواردی است که بخشی از قرارداد به دلایل مختلف باطل شده و عقد قهراً تجزیه می‌شود. در این گونه موارد معمولاً گفته می‌شود که شرط نخست انحلال آن است که مورد معامله دارای دو یا چند جزء باشد به نحوی که هر یک از اجزاء بتواند مستقلاً مورد معامله قرار گیرد.^{۶۴} مثل این که کسی باغ و خانه‌ای را یکجا بفروشد و عقد بیع نسبت به یکی از آنها به علت تعلق حق غیر بر آن باطل شود.

در اغلب عقود و معاملات هر جزء از عقد را می‌توان به عنوان کل متصف کرد اگرچه به صورت جزء مشاع باشد نه جزء شخصی خارجی.^{۶۵} از این رو، اگر مورد عقد نه از حیث اجزای خارجی قابل تجزیه باشد نه از جهت کسر مشاع مثل تعلق عقد نکاح به یک زن، انحلال منتفی است.^{۶۶} مقصود از انحلال نیز، تجزیه عقد واحد به عقود متعدد است به نحوی که عرفاً در ازای هر قسمت از مبیع، بخشی از ثمن قرار گیرد. اگر گاه در برابر اجزای خارجی مبیع مثل اعضاء و اجزای یک حیوان نتوان بخشی از

۶۴. موسوی بجنوردی، سیدمیرزا حسن، قواعدالفقهیه، ج سوم، انتشارات مکتب الصدر، ص ۱۴۱؛ محمدی، دکتر ابوالحسن، قواعد فقه، تهران، ۱۳۷۴، ص ۱۳۸. عبده بروجردی، محمد، حقوق مدنی، ص ۹۳؛ امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، ج اول، ص ۵۱۰؛ کاتوزیان، دکتر ناصر، نظریه عمومی تعهدات، قرائت و تمرین، ص ۱۹۰.

۶۵. موسوی بجنوردی، سیدمیرزا حسن، مأخذ پیشین، ص ۱۲۸؛ گاهی اوقات اجزای یک عقد را نمی‌توان متصف به عنوان کل دانست، کما این که در عقد نکاح زوجه به عنوان مجموع مورد عقد بوده و بر هر عضوی از آن نمی‌توان زوجه یا مورد عقد اطلاق کرد.

۶۶. آیت الله بجنوردی، همان، ص ۱۴۱. البته شایان ذکر است که بیان عقد نکاح به عنوان شاهد مثال فرضی که موضوع عقد نه از حیث اجزای خارجی قابل تجزیه است نه از حیث کسر مشاع، صرفاً برای روشن شدن مفهوم و قلمرو بحث و بدین جهت انجام شده است که نمونه دیگری به نظر نرسید والا کاملاً بدیهی است که در بحث از قراردادهای تجاری چه در حوزه داخلی و چه در حوزه بین‌المللی، استناد به عقد نکاح به عنوان یک عقد غیرقابل تجزیه که موضوع آن شخصیت و کرامت انسانی است، توجیهی ندارد.

ثمن را قرار داد دست کم عقد حسب کسر مشاع در عوضین قابل انحلال به عقود متعدد است.^{۶۷} مثل فرضی که حیوان مورد معامله از آن دو شخص به نسبت یک دوم باشد که علی‌رغم غیرقابل تجزیه بودن آن، به اعتبار مزبور قابل تجزیه به شمار می‌رود.

نکته جالب توجه در این نوشته‌ها، همانطور که گفته شد، اختصاص این قاعده به فرض انحلال قهری قرارداد است. برای مثال، تمام فروعی که مرحوم عبده بروجردی^{۶۸} در کتاب خویش در بحث از این قاعده آورده است، ناظر به فرضی است که بخشی از قرارداد به دلیل مستحق‌للغیر در آمدن مبیع یا تلف آن قبل از قبض یا به هر دلیل دیگر باطل شده و قرارداد قهراً تجزیه می‌شود. به همین جهت در همه این موارد، با وجود پذیرش انحلال عقد به عقود متعدد، به طرف مقابل اجازه داده می‌شود که قرارداد را به دلیل تبعض صفقه فسخ کند. یعنی همان مطلبی که در ماده ۴۴۱ ق.م. به این شرح آمده است: «خیار تبعض صفقه وقتی حاصل می‌شود که عقد بیع نسبت به بعض مبیع به جهتی از جهات باطل باشد؛ در این صورت مشتری حق خواهد داشت بیع را فسخ نماید یا به نسبت قسمتی که بیع واقع شده است قبول کند و نسبت به قسمتی که بیع باطل بوده است ثمن را استرداد کند». در حالی که موضوع بحث ما در این تحقیق فرضی است که قرارداد بیع از نظر صحت با مشکلی مواجه نیست، منتها متعهدله می‌خواهد به علت عدم اجرای بخشی از قرارداد، آن را تجزیه کرده و ضمن اعلام فسخ نسبت به این بخش، قرارداد را نسبت به قسمتی که اجرا شده است، کماکان معتبر تلقی نماید یا خود متعهد خواهان آن است که طرف مقابل از حق فسخ کل قرارداد به دلیل نقض بخشی از آن محروم شود.

۶۷. آیت الله بجنوردی، همان، ص ۱۳۹.

۶۸. عبده بروجردی، محمد، همان، ص ۹۳ به بعد.

همانطور که پیشتر نیز گفته شد، نظر مشهور در حقوق ایران در این گونه موارد یعنی تجزیه اختیاری و ارادی قراردادها که معمولاً در اختیارات از آن سخن به میان می‌آید، تجزیه‌ناپذیری آنهاست مگر در فرض تعدد معامله با استفاده از مفهوم مخالف ماده ۴۳۱ ق.م.^{۶۹} کما این که مرحوم عبده بروجردی با این که در بحث انحلال عقد به عقود متعدد اصل را بر تجزیه‌پذیری و انحلال قراردادها می‌داند، در مورد تجزیه خیار تصریح می‌کند: «خیار امری است وحدانی و موضوع آن تمام آن چیزی است که عقد بر آن واقع گردیده و تبعیض در فسخ بدون رضای طرف مقابل خلاف قاعده است»^{۷۰} و رویه قضایی نیز بر همین امر تأکید دارد؛ در یکی از آراء دیوان عالی کشور آمده است: «خیار فسخ حق واحد و غیرقابل تفکیک است و حکم به تأثیر فسخ نسبت به قسمتی از مورد معامله بی‌مورد و موجب نقض است».^{۷۱}

۶۹. به عقیده نگارنده هنگامی که مبیع متعدد بوده و قیمت هر یک نیز علیحده تعیین شده است، با توجه به مفهوم مخالف ماده ۴۳۱ ق.م. در صورت معیوب بودن یکی از آنها، مشتری می‌تواند قرارداد را نسبت به آن یکی فسخ و در مورد مابقی کماکان معتبر تلقی نماید. همچنین اگر بایع در مورد یکی از آنها مغبون شده باشد، می‌تواند قرارداد را نسبت به همان کالایی که بسیار ارزان فروخته است، فسخ کند و در مورد مابقی کماکان معتبر تلقی نماید. در هیچ یک از دو صورت طرف مقابل حق ندارد قرارداد را نسبت به قسمتی که باقی‌مانده است، به استناد خیار تبعض صفقه فسخ کند. به بیان دیگر هنگامی که حق تجزیه قرارداد به موجب قانون به یکی از طرفین داده می‌شود، طرف مقابل حق فسخ قرارداد را به استناد خیار تبعض صفقه نخواهد داشت. به همین دلیل هیچ کس ادعا نمی‌کند ماده ۴۳۳ ق.م. که حق تجزیه قرارداد را بدین عبارت «اگر در یک عقد بایع متعدد باشد مشتری می‌تواند سهم یکی را رد و دیگری را اخذ ارش قبول کند» به مشتری اعطا کرده است، موجب ایجاد خیار تبعض صفقه برای طرف مقابل خواهد بود.

۷۰. عبده بروجردی، محمد، همان کتاب، ص ۲۱۸.

۷۱. حکم شماره ۵۲۶۷ مورخ ۱۳۰۹/۹/۴ (اصول قضایی عبده، قسمت اول، ص ۱۹۲)، به نقل از نیکفر، مهدی، قانون مدنی در آراء دیوان عالی کشور، ص ۱۰۳.

بند ۲- نظریه پیشنهادی

علی‌رغم آنچه گفته شد، به چند دلیل باید از نظریه امکان فسخ جزئی یا تجزیه خیار و انحلال ارادی قرارداد در حقوق ایران دفاع کرد: اولاً- هم در فقه امامیه و هم در حقوق ایران، بقاء و اجرای قرارداد بسیار حائز اهمیت بوده و قانونگذار نیز در مواضع متعدد این تمایل و خواست خود را به صراحت ابراز کرده است (مواد ۲۳۷، ۲۳۸، ۲۳۹، ۳۷۶، ۴۱۴، ۴۷۶ ق.م.). لذا فسخ یا تجزیه موضوع خیار به دو بخش که دست کم موجب اجرای بخشی از قرارداد می‌شود، با سیاست کلی قانونگذار ایران منطبق بوده، لذا بر نظر مخالف آن ترجیح دارد.

ثانیاً- هم شارع و هم قانونگذار در تجزیه قهری قرارداد به دلیل بطلان و بی‌اعتباری بخشی از آن بسیار موسع عمل کرده و انحلال عقد را تقریباً در همه موارد می‌پذیرد و اجازه می‌دهد که آن قسمت از قرارداد که خللی در صحت آن نیست، از اثر نیفتد مگر در موارد کاملاً استثنایی که کالا نه از حیث اجزای خارجی قابل تجزیه است و نه از جهت کسر مشاع. با توجه به این که از نظر منطقی میان قابلیت تجزیه قهری و ارادی قرارداد تفاوت مشخصی وجود ندارد و به تعبیر دقیق‌تر فرق فارقیه به نظر نمی‌رسد، بنابراین باید گفت وقتی که بخشی از کالا معیوب درمی‌آید یا برخلاف اوصاف مقرر است، خریدار در صورت تجزیه‌پذیری طبیعی و فیزیکی موضوع، حق دارد قرارداد را نسبت به بخش معیوب و نامنطبق فسخ کند و نسبت به مابقی کماکان معتبر تلقی نماید.

ثالثاً- مستند و مبنای عمده نظر اکثر فقها و حقوقدانان در عدم پذیرش تجزیه حق خیار یا فسخ جزئی، اجتناب از ورود زیان ناشی از تجزیه قرارداد است، در حالی که در این گونه موارد نیز می‌توان همانند فرض بطلان بخشی از قرارداد و تجزیه قهری آن، به متعهدله به جهت

تبعض صفقه اختیار فسخ داد (ملاک ماده ۴۴۱ ق.م). البته ماده مزبور این حق را به طور مطلق به متعهدله می‌دهد و او را مجبور به اثبات زیان ناشی از این تجزیه و اهمیت وحدت مورد معامله نمی‌کند و این نکته در واقع یکی از تفاوت‌های اساسی نظام حقوقی ایران با کنوانسیون نیز در این زمینه به شمار می‌آید، زیرا، برابر مقررات کنوانسیون در صورتی که بخشی از قرارداد اجرا شده باشد، هر یک از طرفین ملزم به تجزیه قرارداد و قبول آن بخشی است که منطبق با قرارداد است مگر این که ذی‌نفع اثبات نماید که میان اجزاء و اقساط مختلف قرارداد، وابستگی و پیوند وجود دارد و تجزیه آن به زیان اوست در حالی که در حقوق ایران، همین که بخشی از قرارداد باطل و در نتیجه اجرای آن غیرممکن گردید و نهایتاً انحلال و تجزیه رخ داد، متعهدله بدون نیاز به اثبات ورود زیان ناشی از این تجزیه حق دارد کل قرارداد را فسخ کند، راه‌حلی که بسیار قابل انتقاد است.

به باور نگارنده بهترین و معقول‌ترین راه‌حلی که به نظر می‌رسد متضمن حقوق همه اطراف قرارداد و سازگار با اصول کلی حقوق ایران در باب اجرای قرارداد است، این است که به متعهدله حق داده شود در صورت نقض بخشی از قرارداد به علت عدم تسلیم مقداری از مورد معامله یا تسلیم بخشی از کالای غیرمنطبق با اوصاف مقرر، قرارداد را نسبت به این بخش فسخ کند و در عین حال به طرف مقابل نیز اجازه داده شود که در صورت اثبات زیان‌آور بودن تجزیه خیار و نهایتاً قرارداد یا عدم تأمین هدف مورد نظر او از انعقاد قرارداد از طریق بخشی از آن، کل قرارداد را فسخ کند. از ملاک ماده ۴۳۱ ق.م. و مفهوم مخالف آن نیز می‌توان در تأیید این نظر بهره برد، زیرا به موجب آن هرگاه مورد معامله متعدد باشد خواه از یک جنس یا جنس‌های متفاوت و به تعبیر دقیق‌تر مورد معامله قابل تجزیه و ثمن نیز به راحتی در برابر هر بخشی از کالا قابل محاسبه باشد، قرارداد

تجزیه پذیر به شمار آمده و فسخ جزئی آن جایز است. در این صورت، طرف مقابل حق فسخ قرارداد را به دلیل تبعض صفقه ندارد، چرا که تجزیه یاد شده ضرری را متوجه او نمی کند مگر این که ثابت کند که مورد معامله علی رغم تعدد یا قابلیت تجزیه ظاهری آن به صورت مجموع واحد مدنظر بوده است. ماده ۴۳۳ ق.م. نیز که متن آن پیشتر آمد، به گونه ای دیگر همین معیار را می پذیرد و با این فرض که در صورت تعدد بایع و وحدت مشتری، تجزیه خیار یا قرارداد از ناحیه مشتری ضرری متوجه کسی نمی کند، انحلال آن را تجویز کرده است که به خوبی نشان می دهد تمام هم و نگرانی قانونگذار جلوگیری از ورود ضرر به طرف مقابل در اثر تجزیه و تبعض معامله است.

نتیجه گیری و مقایسه کلی

۱- به موجب مواد ۵۱ و ۷۳ کنوانسیون، اصولاً کلیه قراردادها اعم از اقساطی و بسیط تجزیه پذیر تلقی شده و لذا چنانچه نقض انجام شده ناظر به بخشی از قرارداد باشد، متعهدله فقط حق فسخ قرارداد را نسبت به همان قسمت دارد مگر این که در قراردادهای ساده و بسیط، نقض یک بخش، نقض اساسی نسبت به کل قرارداد تلقی شود یا در قراردادهای اقساطی، به لحاظ پیوند و وابستگی میان اقساط، کل قرارداد را بیهوده سازد که در این دو صورت متعهدله حق دارد تمام قرارداد را فسخ کند.

۲- در قراردادهای اقساطی، اصولاً هر قسط به منزله یک قرارداد مستقل به شمار می رود که متعهدله به موجب بند ۱ و ۲ ماده ۷۳ کنوانسیون حق دارد در صورت تحقق نقض اساسی نسبت به آن قسط، با رعایت شرایط مندرج در ماده ۲۵ و بند ۱ ماده ۴۹، قرارداد را نسبت به همان قسط فسخ کند یا چنانچه پیش بینی نماید که نسبت به هر یک از اقساط آینده یا

تمام آن، نقض اساسی رخ خواهد داد، با استفاده از نهاد فسخ پیش از موعد (ماده ۷۲) قرارداد را در ارتباط با اقساط آینده هم فسخ کند. متعهدله همچنین می‌تواند در مورد هر یک از اقساط برای متعهد مهلت اضافی تعیین و در صورت عدم اجرای تعهد در این مدت به استناد ماده ۴۷ و قسمت «ب» بند ۲ ماده ۴۹ کنوانسیون، قرارداد را نسبت به آن قسط فسخ کند. در قراردادهای بسیط نیز که موضوع آن از لحاظ طبیعی قابل تجزیه است، می‌توان دقیقاً به همین ترتیب عمل کرد.

۳- در حقوق ایران و فقه امامیه به هنگام بحث از تجزیه قهری قرارداد به دلیل بطلان بخشی از آن، اصل تجزیه‌پذیری قرارداد یا به تعبیر دیگر اصل انحلال عقد به عقود متعدد در همه موارد و به طور بسیار موسع پذیرفته شده است مگر در موارد کاملاً استثنایی که موضوع عقد نه از حیث اجزای خارجی قابل تجزیه است و نه از جهت کسر مشاع، مثل تعلق عقد نکاح به یک زن که در این فرض طبعاً انحلال و تجزیه منتفی است. برعکس، در تجزیه ارادی قرارداد از طریق تجزیه حق فسخ یا به تعبیر دیگر فسخ جزئی بسیار سختگیرانه عمل شده و نظر مشهور آن است که اصولاً صاحب‌خيار اجازه ندارد، قرارداد را صرفاً نسبت به بخشی که نقض نسبت به آن صورت گرفته است، فسخ کند (مواد ۴۱۲ و ۴۳۱ ق.م.ا)، مگر هنگامی که از اوضاع و احوال و قرائن موجود بتوان، گونه‌ای تعدد معامله یا قرارداد را دریافت. مفهوم مخالف ماده ۴۳۱ ق.م.ا نیز تا حد زیادی همین معنا را تأیید می‌کند. براین اساس، فقط چنانچه مورد معامله متعدد و قیمت هر یک نیز علیحده معین شده باشد، مشتری می‌تواند نسبت به آن قسمتی که کالا معیوب یا غیرمنطبق با اوصاف مورد نظر است، قرارداد را فسخ کند و نسبت به بقیه افراد کماکان معتبر تلقی نماید. به تعبیر دقیق‌تر در این فرض قرارداد به معنای حقیقی کلمه تجزیه نمی‌شود بلکه یکی از

قراردادهایی که ضمن قرارداد دیگر آمده است، منحل می‌گردد، لیکن به نظر نگارنده با توجه به اهمیت بقاء و اجرای قرارداد در حقوق ایران (مواد ۲۳۷، ۲۵۶، ۳۵۳، ۳۷۲، ۳۷۶، ۴۱۴، ۴۴۱، ۴۸۶ ق.م.و وجود قاعده مسلم فقهی و حقوقی انحلال عقد به عقود متعدد که حاکی از دغدغه و اهمیت بقاء و اجرای بخشی از قرارداد و ترجیح آن بر زوال کل قرارداد نزد قانونگذار یا شارع است و نیز نبود فرق فارقی میان تجزیه قهری و ارادی قرارداد، باید در تجزیه ارادی و یا فسخ جزئی هم همین معیار و ضابطه را پذیرفت، با این توضیح اضافی که طرف مقابل بتواند با اثبات اهمیت و موضوعیت وحدت مورد معامله و یا ورود زیان فاحش به او و عدم تأمین منافع عمده مورد انتظار در اثر تجزیه قرارداد، از خیار تبعض صفقه بهره جسته و بدین‌سان با فسخ کل قرارداد، تجزیه انجام شده از سوی طرف مقابل را بی‌اثر سازد. راه‌حلی که در بسیاری از موارد مانع از انحلال کامل قرارداد شده و در عین حال با مبانی حقوقی ما ناسازگار نیست و با روش مندرج در کنوانسیون و همچنین نیازها و مقتضیات فعالیت تجار، بویژه در عرصه تجارت بین‌الملل، نیز همسوست. وانگهی فلسفه اصلی عدم امکان تجزیه خیار یا به اصطلاح عدم پذیرش فسخ جزئی، مستفاد از مواد مختلف قانون مدنی بویژه مواد (۴۳۱ و ۴۳۳) ورود ضرر ناشی از تبعض صفقه (معامله) به طرف مقابل است که این امر نیز با پیش‌بینی خیار تبعض صفقه برای وی در صورت اثبات اهمیت وحدت مورد معامله و زیانبار بودن تجزیه آن، قابل رفع است.

مبارزه علیه تروریسم و حقوق بین‌الملل: خطرات و فرصت‌ها*

Yves Sandoz

مترجم: حسن سواری**

مقدمه

قسمت اول - تحولات قانونی

الف) مفهوم تروریسم

۱- مفهوم کلی

۲- مفهوم حقوقی

۲-۱) سهم حقوق بین‌الملل بشردوستانه

۲-۲) خشونت در رژیم‌های مستبد و سرکوبگر

ب) فایده تعریف تروریسم بین‌المللی

ج) تحولات تقنینی

*. مأخذ این مقاله به قرار زیر است:

Yves SANDOZ, Lutte contre le terrorisme et droit international: risques et opportunités, Revue Suisse de droit international et de droit européen, RSDIE 3/2002, pp. 319-354.

** دانشجوی دکترای حقوق بین‌الملل دانشگاه Pierre Mandes France

h-SAVARI80@yahoo.com

- ۱- نقش تقنینی شورای امنیت
- ۲- تعهدات دولتها در مبارزه برضد تروریسم
- ۳- تحولات قانونی مسؤولیت دولتها

قسمت دوم - استفاده از قوه قهریه

الف) دفاع مشروع

- ۱- ماهیت تجاوز
 - ۲- مسؤولیت دولت خارجی
- ب) اقدامات قهری سازمان ملل
- ج) استناد به دفاع مشروع برای ورود در مناقشات مسلحانه افغانستان

قسمت سوم - تأملات مربوط به آینده

الف) تحولات نظام بین‌المللی و حقوق بین‌الملل

- ۱- اتخاذ وحدت رویه در مواجهه با مشکلات جهانی
 - ۲- تحولات هنجارهای بین‌المللی یا فراملی
 - ۲-۱) کلیات
 - ۲-۲) روشهای تهیه و تدوین مقررات
 - ۳- وضوح و به هم پیوستگی و فقدان تناقض در هنجارها
 - ۴- تحولات دادگستری بین‌المللی
 - ۵- تعریف دوباره نقش دولتها
 - ۶- تقویت نقش سازمان ملل بویژه شورای امنیت
- ب) تأمل و نکته پایانی

مقدمه

از سالها پیش، مبارزه با تروریسم یکی از موضوعات عمدهٔ مباحثات جامعهٔ بین‌المللی بوده است. در پی حوادث وحشتناک و تماشایی ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ که قلب ایالات متحده را نشانه گرفت، و بر این واقعیت، که هیچ‌کس از تروریسم در امان نیست، به روشنی صحنه گذاشت، مباحثات راجع به تروریسم اهمیت و توسعه چشمگیری یافت. در واکنش به این حادثه و به دنبال تهاجم به افغانستان و نیز احساس نیاز به مبارزه طولانی برضد تروریسم موجب شد تا نقش جامعه بین‌المللی در این زمینه دیگر بار مورد توجه قرار گیرد.

آگاهی روزافزون از وابستگی کشورها به یکدیگر امکان می‌دهد که دامنهٔ بحث درخصوص دشواری‌های عمده‌ای که قرن بیست و یکم با آن روبرو خواهد شد گسترش یابد. اما در عین حال، وحشت از تروریسم می‌تواند کشورهای ثروتمند را ترغیب کند تا فقط به فکر خود باشند و تمام توان خود را در راه حفظ امنیت خود به کار برند.

در این نوشتار سعی بر آن است، پیش از آن که به عنوان نتیجه‌گیری از خطرات و امکاناتی که وضعیت حاضر برای گسترش نظام بین‌المللی و حقوق بین‌الملل دارد بحثی به میان آید، گرایش‌هایی که در امر مبارزه با تروریسم از حیث تدوین قواعد بین‌المللی، نقش دولت‌ها، استفاده از نیروی نظامی می‌توان مشاهده کرد مورد بررسی قرار گیرد. پیامد چنین بررسی این است که از کنار بسیاری از مسائل به اختصار بگذریم.

قسمت اول تحوّلات قانونی

الف) مفهوم تروریسم

۱- مفهوم کلی

در وهله اول لازم است موضوع بحث خود را مشخص کنیم. تروریسم از کلمه «ترور» به معنای احساس شدید وحشت گرفته شده است.^۱ البته این احساس ترس و هراس از هر چیز دیگری ممکن است ناشی گردد، لیکن آنچه مد نظر ماست و ذهن ما را به خود مشغول کرده، مفهومی است که فعالیتهای بشریت را هدف قرار داده است؛ خشونتها، جنایتهای سیستماتیک که گروهی از افراد را همواره در حالت رعب و وحشت نگه می‌دارد.^۲

ریشه اصطلاح ترور به این معنا مربوط به دو دوران از انقلاب فرانسه، یعنی بین سالهای ۱۷۹۲ و ۱۷۹۴، مشهور به دوران «ترور» است. این نام‌گذاری درست است زیرا بی‌اندک درنگی می‌توان بعضی از جنبه‌های سیاستی را که در آن زمان تعقیب می‌شد «تروریستی» نامید. از این زاویه عبارت «ترور» این‌گونه قابل تعریف است:

«ایجاد هراس در توده مردم یا گروهی از مردم به منظور درهم شکستن مقاومت‌شان؛ برقراری نظام یا فرایند سیاسی بر پایه این ترس، از طریق به‌کارگیری اقدامات حاد و خشونت‌بار».^۳

۱. دائرة المعارف لاروس، پاریس ۱۹۶۴، جلد دهم، ص ۲۵۸.

۲. همان.

۳. همان، صص ۲۵۹ - ۲۵۸.

۲- مفهوم حقوقی

در رابطه با مفهوم حقوقی، کلمه تروریسم در برخی قوانین جزایی نیز به صراحت ذکر شده است. به عنوان نمونه، در قانون جزای فرانسه به «عمل مجرمانه‌ای اطلاق شده است که به صورت فردی یا جمعی و با توسل به رعب و وحشت و به قصد برهم زدن شدید نظم عمومی، ارتکاب می‌یابد».^۴ در این تعریف سه عنصر مهم نهفته است:

- ۱- استفاده از خشونت (نیز تهدید به استفاده از خشونت)؛
- ۲- با هدف ایجاد رعب و وحشت و عدم امنیت، اگرچه الزاماً جماعت مورد نظر دچار ترس و وحشت نگردند؛
- ۳- ایجاد فضای سیاسی متشنج از طریق بی‌ثبات کردن نظم عمومی.

مطابق این تعریف ممکن است فردی مجموعه‌ای از جنایات خونین و خشونت‌بار را مرتکب شود و گروهی را مرعوب و وحشت‌زده نماید اما از آنجایی که از فعل او بی‌ثباتی فضای سیاسی حاصل نشده است، عمل او از شمول این تعریف خارج می‌گردد.

قانون جزای فرانسه تروریسم دولتی را دربر نمی‌گیرد. از آنجایی که قانون جزای فرانسه جنبه داخلی دارد و در یک چارچوب دموکراتیک و مبتنی بر حقوق اساسی (ملی) اعمال می‌شود، (اخراج مفهوم تروریسم دولتی) غیرمنطقی به نظر نمی‌آید، لیکن در صحنه جهانی وضعیت متفاوت است: در دوران انقلاب فرانسه ملاحظه گردید، ریشه تروریسم، در اعمال یک «قدرت حاکم» قرار دارد، همچنان که تروریسم رژیم ناسیونال سوسیالیست آلمان هیتلری و همین‌طور استالینسم و حکومت‌های دیکتاتوری متعددی که چهره قرن بیستم را سیاه کردند، چنین عملکردی داشته‌اند.

۴. بند ۱ ماده ۴۲۱ قانون جزای فرانسه، پاریس ۲۰۰۰، ص ۲۵۷.

۱-۲) سهم حقوق بین‌الملل بشردوستانه

مقررات مربوط به حقوق بین‌الملل بشردوستانه که در سطح جهانی پذیرفته شده است برای حل مشکلات و مسائل زمان درگیری مسلحانه، از طریق ایجاد سلسله محدودیتهایی در استفاده از خشونت، نقش بسزایی ایفا کرده است. بعد از جنگ دوم جهانی یکی از دلایلی که تعریف «تروریسم» را با مشکل مواجه می‌ساخت این بود که توسل به «تروریسم» یکی از روشهای جنگهای آزادیبخش بود و با آن توجیه می‌شد. با این وجود اگرچه در جریان کنفرانس دیپلماتیک راجع به تأکید و توسعه حقوق بین‌الملل بشردوستانه در سالهای ۱۹۷۷ - ۱۹۷۴، اعطای وضعیت حقوقی (بین‌المللی) به جنگهای آزادیبخش ملی، مورد پذیرش واقع شد، اما این دلیل بر این نیست که در چارچوب این مقررات و به عنوان یک امر محتوم، به کسانی که درگیر چنین جنگهایی هستند اجازه استفاده از روشها و ابزارهای ممنوع، داده شود.^۵

حفظ اصل برابری طرفین معارضه در حقوق بین‌الملل بشردوستانه که لازمه حیات این نظام حقوقی است، وجود یک اجماع جهانی را نشان می‌دهد که مطابق آن گذر از محدودیتهای و حدود و ثغور توسل به ابزارها و شیوههای جنگی ممنوعه، حتی در مقام دفاع نیز غیرقابل توجیه است. حال آیا بر این اساس درمورد ممنوعیت اعمال تروریستی در همه حال، حتی در زمان جنگ، توافقی حاصل خواهد شد؟ (اگر آری) آن اعمال کدامند؟ حداقل در سطح کلی پاسخ حقوق بین‌الملل بشردوستانه روشن است.^۶

5. Yves SANDOZ/ Christophe SWINARSKI/ Bruno ZIMMERMANN (édit.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux/Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève 1986: commentaire de l'art. 1, par. 4, par. 66-118, en particulier par. 118.

۶. برای تبیین برخی مفاهیم و محتوا به قسمت سوم مقاله الف - ۳ مراجعه شود.

برطبق برداشت مشترک و امروزی، اقدامات تروریستی عبارتند از «اقدامات بی‌هدفی که علیه شهروندان غیرنظامی یا اشخاص و گروه‌های اجتماعی به اقتضای نژاد، فرهنگ، ملیت یا تعلقات اجتماعی و مذهبی ارتکاب می‌یابند». حقوق بین‌الملل بشردوستانه بدون هیچ تردید و ابهامی، حمله به جمعیت غیرنظامی و توده مردم و نیز کلیه اعمال تبعیض‌آمیز نژادی، مذهبی و غیره را منع می‌کند.^۷

حقوق بین‌الملل بشردوستانه درمورد وضعیت‌های خارج از درگیری و معارضه مسلحانه نظیر آنچه در حکومت‌های دیکتاتوری متداول است و در این نظام‌ها تعدی و آزار شهروندان و دستگیری و زندانی شدن آنها به همراه شکنجه و طرد افراد رویه‌ای معمول است، راه‌حلی را ارائه نمی‌نماید. قواعد حقوق بشردوستانه در این موقعیت‌ها قابلیت اعمال ندارند، چراکه دولت‌ها در چارچوب پروتکل الحاقی ۱۹۷۷ حوزه صلاحیت ملی خود را به صراحت از شمول این مقررات خارج کرده‌اند.^۸

این مسأله به اندازه‌ای ظریف می‌نماید که گاهی مرزبندی بین یک جنگ داخلی و یک اغتشاش داخلی را با مشکل مواجه می‌سازد. این مشکل اساسی در شمار زیادی از قطعنامه‌های سازمان ملل راجع به مبارزه با تروریسم نیز کاملاً مشهود است، چراکه این قطعنامه‌ها تمایزی بین اقدامات انجام شده در مبارزه با تروریسم و اقدامات خشونت‌بار ارتكابی توسط جنگجویان و مخالفین رژیم‌های ستمگر که در قلمرو ظلم و ستم آنها کمترین مخالفت‌های دموکراتیک هم سرکوب می‌شود، قائل نشده‌اند.

۷. در مورد ممنوعیت‌های دسته اول مراجعه شود به ماده ۴۸ و مواد بعدی اولین پروتکل الحاقی ۱۹۷۷ و مواد ۱۳ و مواد بعدی پروتکل دوم. در مورد دومین دسته از اعمال ممنوع مراجعه شود به شمار زیادی از مواد کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل‌های الحاقی و مواد مربوط به افرادی همچون مصدومین، مغروقین و مصیبت‌زدگان و زندانیان غیرنظامی در جنگ.

۸. مراجعه شود به دومین پروتکل الحاقی ۱۹۷۷، مواد ۱ پاراگراف ۲ و همچنین تفسیر آن و نیز مراجعه شود به شماره ۵ پاراگراف‌های ۴۵۰۲ تا ۴۵۰۶.

۲-۲) خشونت در رژیمهای مستبد و سرکوبگر

حقوق بین‌الملل بشردوستانه، ضمن توصیف اعمالی که می‌توان آنها را اعمال تروریستی نامید، اقدامات خشونت‌بار ارتكابی در نظامهایی که به نحوی همواره «تروریسم دولتی» را اعمال می‌کنند، به عنوان اقدامات تروریستی تعریف و توصیف نمی‌کند.

بنابراین با عدم شمول اعمال تروریستی نسبت به اقدامات ارتكابی توسط دول مستبد، آیا شورشیان سرزمینهایی که بنام مردمشان ادعای استقلال دارند یا اقلیتهای سرکوب شده و نیز زندانیان مخالف باید مورد توجه و اتهام واقع شوند؟ و آیا همه «رابین‌هودها»^{*} و «زوروهای»^{**} روی زمین تروریست‌اند؟ آیا مطابق یک طرح کلی، می‌توان کلیه حالات اقدامات خشونت‌بار، که علیه رژیمهای ستمکار ارتكاب می‌یابند، را بدون تمایز بین آنها محکوم کرد؟ یا برعکس، با جستجو و یافتن یک فضای حمایتی حقوقی از رابین‌هودها، آیا گریزگاهی برای رهایی مستببین و محرکین شورشها ایجاد نخواهد شد؟

در چارچوب حقوق بین‌الملل بشردوستانه، در هنگامه منازعات مسلحانه، بین به کارگیری اعمال خشونت‌آمیز بلاشکال (نظیر حمله به اهداف نظامی) و ممنوع (مانند تهاجم به شهروندان عادی، شکنجه و اعدام ...) تفاوت و تمایز روشنی وجود دارد اما این چنین مرزبندی در خارج از این وضعیت‌ها (یعنی منازعات مسلحانه) مشاهده نمی‌شود و تلاش برای تعریف و تعیین حدود مذکور با مشکل مضاعف مواجه بوده و شاید لاینحل باقی بماند.

*. Robin des Bois.

***. Zorro.

از یک طرف تعیین محدوده‌ای که این چنین خشونت‌هایی باید مورد اغماض واقع شوند و از طرف دیگر محدودیت‌ها و پیامدهای آن، همانی است که موجب لاینحل ماندن این مسأله می‌شود.

بر سر سفره قمار سیاست، احتمال این که بتوان اولاً در مورد عناصر تشکیل‌دهنده وضعیت‌ها و محدوده‌های مذکور و ثانیاً در مورد موارد عینی و مصادیق آن به توافق نائل آمد، بسیار اندک می‌نماید. حل مشکل دوم (تعیین موارد و مصادیق عینی) بسیار دشوارتر است، چرا که می‌بایست به طور ضمنی در وضعیت‌های تعریف شده تهاجم به هدف‌های پلیسی - نظامی - اعضای حکومت و دولتمردان که از دید جنگجویان اهداف مقبول‌تری هستند، مورد شناسایی قرار گیرند. بنابراین طبیعی است دولت‌ها از تمایز این موارد اکراه داشته باشند، چرا که به زعم آنها موجب مشروعیت بخشیدن به اقدامات مخالفین و معارضین حکومت خواهد شد. این نگرانی قابل درک است زیرا همه جنگجویان ضد دولتی رابین‌هودهای پاک‌طینت نیستند. همان‌طوری که گسلن دوسه (Ghislaine Doucet) بیان می‌کند: «اینک تروریسم شبه رمانتیک و تکریم شده رخت بر بسته و جای خود را به تروریسم سازمان‌یافته داده است». ولی در عین حال اضافه می‌کند که: «به نظر معارضانی که مبارزه مسلحانه را برگزیده‌اند در حقیقت این گفته دُلُورس ایباروری* (Dolorès Ibarruri) که می‌گوید «ایستاده مردن بهتر از این است که تمام عمر به صورت نیم‌خیز بر روی زانو‌ها ایستاد» مرجح است».⁹

از آنجایی که امکان تعیین مقررات سخت‌تر و تحمیل آنها به دولت‌ها، جهت رعایت حقوق بشر و دموکراسی وجود ندارد، مشکل همچنان باقی

*. مشهورترین مخالف رژیم فرانکو، عضو پارلمان اسپانیا (قبل و بعد از حکومت فرانکو) و یکی از رهبران حزب کمونیست اسپانیا.

9. Ghislaine DOUCET, *Le terrorisme et son contentieux*, Orléans 1983, p. 3.

است و باقی خواهد ماند. در این میان مشروعیت کم و بیش مبهم برخی حکومتها و نیز دغدغه برخی دیگر از دولتهای تازه به استقلال رسیده از به خطر افتادن استقلال شکننده‌شان، موجب انسداد مسیر پیشرفتهای لازم در این زمینه شده و این وضعیت آنها را همواره به دفاع حریصانه از حاکمیت ملی و اصل عدم مداخله واداشته است.^{۱۰}

اینک بن‌بست واقعی کاملاً محسوس است. به دلیل جریحه‌دار شدن احساسات عمومی از حادثه ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱، و احساس تهدید همه‌جانبه از جانب تروریسم، روند کلی و گرایشات کنونی به سمتی سوق داده شده که فقط مبارزه با تروریسم مد نظر است و در پرتو این هدف نقض قواعد حقوق بشری و دموکراتیک در بسیاری از کشورها که خود تحقیرکننده حقوق بشراند، نادیده گرفته می‌شود.

به این دلیل است که این مسأله را نباید نادیده انگاشت. در واقع غفلت از آن، تأیید و تصدیق هزینه کردن از مفهوم حقوق بشر توسط سیاستون و تأیید ائتلاف و مبارزه کورکورانه و بی‌هدف آنها علیه تروریسم است.

۱۰. این انسداد در تعداد زیادی از محافل بین‌المللی بویژه در کنفرانس دیپلماتیک راجع به حقوق بین‌الملل بشردوستانه در سالهای ۱۹۷۷-۱۹۷۴ مشاهده می‌شود (پاورقی شماره ۸). این مسأله همچنین مانع از این شد که استانداردهای حداقل در مورد وضعیت‌های خشن، که در پروتکل دوم سال ۱۹۷۷ ممنوع اعلام گردیده‌اند، تعریف شوند. در واقع دولتها در مقابل یک انتخاب قرار گرفته‌اند؛ انتخابی که برای بسیاری از آنها غیرقابل پذیرش است یعنی از یک طرف پذیرش قواعدی که برای بخشی از حکومتها قابل اعمال است ولی در نهایت به نفع شورشیان و جنگجویان تمام می‌شود و از طرف دیگر پذیرش قواعدی قابل اعمال برای همه آنها در عین حالی که به بعضی از اعمال خشونت‌آمیز به طور ضمنی مشروعیت می‌دهد، در این زمینه مراجعه شود به:

Theodor MERON, *Human Rights in internal strife: their international protection*, Cambridge 1987; Hans-Peter GASSER, *Un minimum d'humanité dans les situations de troubles et tensions internes: proposition d'un code de conduite*, *Revue internationale de la Croix-Rouge (RICR)*, n° 769, janvier-février 1988, p. 39-61; et Djamchid MOMTAZ, *Les Règles minimales applicables en période de troubles et de tensions internes*, *RICR*, n° 831, septembre 1998, p. 487-496.

ب) فایده تعریف تروریسم بین‌المللی

در سال ۱۹۸۵ به تمسخر گفته می‌شد که «جستجوی یک تعریف از تروریسم بین‌المللی بدل به نوعی سرگرمی برای دانشگاهیان و اشخاص بخش خصوصی شده است».^{۱۱}

والتر لاکور (Walter Laquer) به گمان خودش صد و نه تعریف مختلف از تروریسم را که در سالهای ۱۹۳۶ تا ۱۹۸۱ پیشنهاد شده بود، برمی‌شمارد.^{۱۲}

یکی از اولین تعاریف که در کنوانسیون در سال ۱۹۳۷ مورد پذیرش واقع شد بدین صورت نگارش یافت: «اصطلاح اقدامات تروریستی ماهیتاً عبارتند از اقدامات جنایی که توسط افراد و با به کارگیری روشهای وحشت‌زا علیه دولت مورد نظر یا شخصیت‌های خاص یا عموم مردم، سازماندهی شده و ارتکاب می‌یابند».^{۱۳}

عبارت «ماهیتاً» مندرج در این تعریف، این تصور را ایجاد می‌کند که شماری از اقدامات، به طور مستقل و بی‌توجه به انگیزه‌های سیاسی آنها در تعریف جا می‌گیرند، اگرچه در ادامه کنوانسیون تصریح می‌شود که اعمال ماهیتاً سیاسی، آنهایی هستند که هدف از ارتکاب آنها بی‌ثبات کردن وضعیت نهادها و سازمانهای سیاسی از طریق ایجاد رعب و وحشت و توسل به خشونت است.

ولی، در عمل، به دلیل وقوع جنگ جهانی دوم و لازم‌الاجرا نشدن کنوانسیون، کسی نتوانست مفهوم واقعی آن را عملاً کشف کند.

11. John F. MURPHY, *Defining terrorism: a way out of the Quagmire*, Israel Yearbook on Human Rights, vol. 19, 1989, p. 29.

12. Walter LAQUER, *Reflections on terrorism*, 64 Foreign Affairs, 86 (1986), p. 88.

13. کنوانسیون راجع به پیشگیری و سرکوب تروریسم، ژنو، ۱۶ نوامبر ۱۹۳۷. مراجعه شود به مجموعه انتشارات جامعه ملل موضوعات حقوقی، ژنو، ۱۹۳۷، جلد دهم، شماره م ۳۸۳ و س ۵۴۶.

با آغاز دهه ۶۰ و بویژه به دنبال جریحه‌دار شدن احساسات عمومی به دلیل ارتکاب چندین اقدام زشت و ناگهانی، از قبیل ترور دیپلماتها، هواپیماربایی و گروگانگیری، عهدنامه‌های متعدد مهمی تهیه و تدوین شدند. دبیرکل سازمان ملل حداقل از دوازده عهدنامه که اعتبار جهانی دارند و نیز هفت کنوانسیون منطقه‌ای راجع به منع و سرکوب تروریسم بین‌المللی نام می‌برد.^{۱۴}

در مورد معاهدات چندجانبه، همخوانی‌ها و هماهنگی‌ها، عمدتاً حول محور مسائل خاص شکل گرفته است. در میان آنها چهار عهدنامه مربوط به هوانوردی غیرنظامی و مابقی به ترتیب مربوط به حمل و نقل دریایی (تکمیل شده با یک پروتکل الحاقی راجع به سکوها‌های مستقر در فلات قاره)؛ اشخاص مورد حمایت بین‌المللی؛ گروگانگیری؛ حفاظت از مواد هسته‌ای؛ سرکوب سوء قصدهای تروریستی با به کارگیری مواد منفجره؛ حمایت مالی از تروریسم و به کارگیری مواد انفجاری جهت عملیات اکتشافی، می‌باشند. در واقع، اگر انگیزه سیاسی را در تعریف تروریسم در نظر داشته باشیم، بیشتر این عهدنامه‌ها منحصرراً به موضوع تروریسم مربوط نمی‌شوند.^{۱۵} این مسأله درخور سرزنش نیست، چراکه هدف هریک از این پیمانها سروسامان دادن به مسأله ویژه‌ای بوده و محدود کردن شعاع عمل

۱۴. آخرین این اقدامات گزارش دبیرکل به مجمع عمومی با عنوان: «اقدامات لازم برای نابودی تروریسم بین‌المللی» ۳ ژوئیه ۲۰۰۱ می‌باشد.

Doc. A/56/160, p. 18-20, par. 138.

۱۵. از میان عهدنامه‌های مذکور، اصطلاح «تروریسم» یا «تروریست» فقط در عنوان دو معاهده ذکر شده: کنوانسیون بین‌المللی برای سرکوب اقدامات تروریستی انفجاری ۱۵ دسامبر ۱۹۹۷ و کنوانسیون بین‌المللی راجع به منع حمایت مالی تروریسم به تاریخ ۹ دسامبر ۱۹۹۹. همچنین عبارت «تروریسم» در متن دو کنوانسیون دیگر یعنی کنوانسیون بین‌المللی برای مقابله با گروگانگیری به تاریخ ۱۷ دسامبر ۱۹۷۹ و کنوانسیون جلوگیری از اعمال نامشروع برضد امنیت کشتیرانی دریایی ۱۰ مارس ۱۹۸۸ مشاهده می‌شود.

آنها، به اقتضای نتایج و عواقب وحشت کم و بیش عظیمی که یک عمل یا انگیزه سیاسی این عمل به وجود آورده، محدودیت بیهوده‌ای است.

بدیهی است اقداماتی که امنیت پرواز هواپیمایی را به خطر می‌اندازد همواره باید مجازات شود، لیکن در موردی که فردی مسیر هواپیمایی را منحرف می‌کند تا از دست رژیم بگریزد که او را مورد آزار و شکنجه قرار داده است، آیا واقعاً می‌توان چنین فردی را تروریست نامید؟ آیا اقدام به گروگانگیری به منظور دستیابی به اهداف پست مادی کمتر از عمل گروگانگیری با انگیزه سیاسی محکوم کردنی است؟ بالاخره باید گفت دلایل آنهایی که امنیت حمل و نقل دریایی را به مخاطره می‌اندازند، مواد هسته‌ای را می‌دزدند یا دیپلماتی را می‌کشند، همین‌طور تأثیری که «ترور» بر افراد غیرنظامی می‌گذارد، ممکن است کاملاً متفاوت باشد.

تنظیم یک فهرست دربرگیرنده همه عهدنامه‌ها با زدن برچسب «تروریسم» بر آنها نمایانگر گرایشی است که تلاش دارد با تفسیری موسع دامنه مفهوم اقداماتی را که ماهیتاً تروریستی‌اند، توسعه دهد. بنابراین باید مراقب بود تا (به این بهانه) سطح تضمین‌های بنیادین حقوق بشری کاهش نیابد. در این جهت موضوع استرداد مجرمین مسأله اصلی در چند کنوانسیون از هفت کنوانسیون منطقه‌ای است که توسط دبیرکل احصاء گردیده و تعریف بسیار موسعی که در بعضی از این کنوانسیون‌ها از تروریست ارائه گردیده به کیفیتی است که از هر مجرمی یک تروریست درست کرده است.^{۱۶}

۱۶. کنوانسیون سازمان کشورهای آمریکایی (OEA) ۱۹۷۱، از جمله ربودن و قتل نمایندگان سیاسی کشورهای خارجی را جرم‌های عادی تلقی می‌کند (بدون قبول انگیزه‌های سیاسی) (رک. به ماده ۲)؛ و کنوانسیون اروپایی راجع به سرکوب تروریسم سال ۱۹۷۷، به صراحت انگیزه سیاسی را در امتناع از مرتکبان بعضی از اعمال، استثناء می‌کند (ماده ۱). مثال جالب‌تر تعریف بسیار وسیع مندرج در مواد ۲ و ۳ کنوانسیون سازمان کنفرانس اسلامی راجع به مبارزه برضد تروریسم بین‌المللی به تاریخ اول ژوئیه ۱۹۹۹ می‌باشد.

بی آن که خواسته باشیم فواید مهم همکاری‌های منطقه‌ای را انکار کنیم ناگزیریم به این نکته اذعان کنیم که برخی دولتها به راحتی به هر بهانه‌ای به اعمال مخالفین خود برچسب «تروریستی» می‌زنند.^{۱۷}

اگرچه بسط و توسعه مفهوم تروریسم مراقبتهای لازم را می‌طلبد، در عوض، در برخی حوزه‌ها تمرکز بر روی فقط مفهوم تروریسم کافی و وافی نیست. مورد ویژه، مسأله حمایت مالی از تروریسم است که مدّ نظر می‌باشد. مطمئناً، کنوانسیون بین‌المللی مربوط به جلوگیری از حمایت مالی از تروریسم به تاریخ ۹ دسامبر ۱۹۹۹، صلاحیت و کاربرد وسیعی دارد، چرا که حمایت مالی از همه فعالیت‌های ممنوعه را که در اکثر کنوانسیون‌های مربوط به «تروریسم» ذکر شده‌اند دربر می‌گیرد. ولی جای تأسف است که این کنوانسیون فقط به حمایت مالی از تروریسم (هرقدر هم تعریف ارائه شده از آن موسع باشد) اختصاص یافته، زیرا منطقی‌تر و ساده‌تر این بود که به نحوی همه جانبه هرگونه حمایت مالی از جرم‌های بین‌المللی مورد توجه قرار می‌گرفت.

برای نمونه، حمایت مالی برای تبلیغات نژادپرستانه، تولید و یا حمل و نقل مواد مخدر و فعالیت‌های آسیب‌رسان به طبیعت، اقدامات تحقیرکننده هنجارهای بین‌المللی که صریحاً پذیرفته شده‌اند، شایسته توجه می‌باشند. هنگامی که مسأله مبارزه با جنایات بین‌المللی در میان است، عقل سلیم و این که تصمیم بین‌المللی گرفته شده از کارآیی برخوردار باشد حکم می‌کند که راه انحصار پیموده نشود و جنبه فراگیر بودن تصمیم مدّ نظر باشد.

توجه دقیق به مسأله تروریسم در مبارزه با آن نیاز به بحث و کنکاش واقعی از جمله در زمانی دارد که باید تعریف دقیقی از تروریسم و جرم تلقی کردن آن ارائه شود. در واقع نمی‌توان دو نتیجه زیان این عدم

17. John F. MURPHY, *op. cit.* n. 11, p. 13.

دقت را نادیده گرفت؛ یکی خارج کردن جنایاتی از این تعریف که باید فی‌نفسه مورد مجازات قرار گیرند، و دیگری برعکس، به خطر انداختن بعضی از تضمینات بنیادین از جمله زیرپا گذاشتن اصل حق پناهندگی با سوءاستفاده از واژه تروریسم.^{۱۸}

گرچه به موجب قانون (۱۹۷۸) موسوم به “Foreign Intelligence Surveillance Act” که در سال ۱۹۸۶ جای خود را به قانون معروف به “Omnibus Diplomatic Security and Antiterrorism Act” داده است، یک تعریف قابل توجهی از تروریسم پذیرفته شده است. لیکن از آنجایی که در ایالات متحده، ظرف بیست سال گذشته با بحث‌های کهنه خواسته شده برخی اعمال به عنوان اقدام تروریستی توصیف گردد، پیچیدگی‌های بی‌حاصلی پدید آمده است. استدلالی که جفری لوت (Geoffrey Levitt) عضو سابق دفتر مشاوره حقوقی وزارت خارجه بیان نموده این است که: از دیدگاه حقوق اساسی ایالات متحده، برای این‌که یک عمل ارتكابی بتواند مطابق موازین جزایی عمل جنایی تلقی شود این است که یک فرد عادی ممنوعیت آن را درک نماید. از این رو با لحاظ عنصر انگیزه سیاسی در تعریف تروریسم وظایف دادستان پیچیده می‌شود، چرا که وی علاوه بر اثبات فعل باید وجود عنصر انگیزه سیاسی را نیز

۱۸. این ترس ناشی از بخشی از قطعنامه مشهور سازمان ملل به شماره ۱۳۷۳ (سال ۲۰۰۱)، ۲۸ سپتامبر ۲۰۰۱ است که در آن

(DOC. ONU S/Res/1373[2001])

از تمام دولتها درخواست شده است مراقب باشند خواسته‌هایی که جنبه سیاسی دارند موجهی برای توجیه رد تقاضاهای استرداد تروریست‌های فرضی نشود (پاراگراف ۳، حرف ج). کلمه «تروریست‌های فرضی» موجب دلمشغولی است، چرا که موجب خواهد شد تا پلیس کشور مورد تقاضای پناهندگی، یا دولت ثالث، به بهانه این‌که دولت دیگری آنها را تروریست قلمداد کرده، بدون بررسی قضایی و برخلاف قواعد بنیادین حقوق بشر و حقوق پناهندگی، از دادن پناهندگی خودداری کند.

اثبات نماید.^{۱۹} این استدلال بویژه در مسائل بین‌المللی، که جمع‌آوری دلایل ارتکاب جرم بسیار دشوار است، درست به نظر می‌رسد.

مشکلات موجود باعث می‌شود تا درمورد تلاش برای تهیه یک عهدنامه عام‌الشمول راجع به تروریسم بین‌المللی نگاهی نقد‌گرایانه وجود داشته باشد.^{۲۰}

قطعاً امروز این تصور که مبارزه علیه تروریسم باید تقویت گردد، هم مشروعیت و هم ضرورت دارد، منتها ایده‌های جدید باید به روشنی و صراحت بیان گردد. ولی آیا این جنب و جوش دائم فکری واقعاً فایده‌ای دارد و آیا شکاکیت آشکار ریچارد باکستر - که یادش به خیر باد - همچنان موضوع روز نیست؟^{۲۱}

دو استدلال تکمیلی باید خوش‌بینی‌های بعضی‌ها را در این زمینه تعدیل نماید: اولی مشکل داشتن اراده و توانایی اعمال عهدنامه‌های موجود است که در فرایند تقنینی معمولاً فراموش می‌گردند و دیگری این‌که (متأسفانه) رسیدن به توافق جامع و مؤثر که دارای اثرات و نتایج قابل قبول باشد به تشریفات طولانی و ملال‌آوری نیازمند است که سالیان سال طول

19. Sur cette affaire, cf. John F. MURPHY, *op. cit.* n. 11, p. 26-28.

۲۰. پیش‌نویس عهدنامه عمومی راجع به تروریسم بین‌المللی توسط دولت هند در پنجاه و یکمین نشست مجمع عمومی سازمان ملل ارائه گردید (Doc. A/C.6/51/6). به دنبال آن یک گروه کاری تشکیل گردید که مشغول بررسی سند کاری عهدنامه پیشنهاد شده‌ای است که در واقع برگردان متن تجدیدنظر شده مذکور در فوق می‌باشد. این گروه هم‌اکنون مشغول کار است و نتیجه فعالیتها به کمیسیون ششم مجمع عمومی ارائه خواهد شد. ماده ۲ این پیش‌نویس درمورد تروریست تعریفی پیشنهاد کرده که در مورد آن هنوز توافقی حاصل نشده است.

۲۱. ما متأسفیم که مفهوم «تروریسم» توسط خود ما پیچیده شده است. اصطلاح غیردقیق و مبهمی است و هیچ هدف اجرایی و حقوقی را تأمین نمی‌کند.

Richard BAXTER, "A Skeptical Look at the Concept of Terrorism", 7 Akron Law Review 1984, p. 380.

می‌کشد.^{۲۲} بنابراین درمی‌یابیم در این مورد ویژه باید موضوعاتی عرضه شوند که موجب شکاف و تشتت در میان دولت‌ها نگردند. به ناچار باید در مورد روش‌های دیگری برای تهیه عهدنامه‌های بین‌المللی تأمل کرد.

ج) تحولات تقنینی

۱- نقش تقنینی شورای امنیت

تردیدی نیست در مواردی که صلح بین‌المللی دچار خدشه می‌شود یا تهدیدی برای آن به وجود می‌آید، شورای امنیت به لحاظ نقش اساسی که در این زمینه دارد می‌تواند برخی اقدامات قهری را تحمیل نموده و حتی به زور متوسل شود. حادثه ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ و جریحه‌دار شدن احساسات عمومی باعث شد شورای امنیت به صورت یک قانونگذار ظاهر شود که البته در صلاحیت آن نیست. بعد از حادثه مذکور شورای امنیت قطعنامه‌ای تصویب کرد که در مبارزه با تروریسم تعهدات و تکالیف متعددی را به دولت‌ها تحمیل می‌کند.^{۲۳}

لویی جی کُندرلی (Luigi Condorelli) از آن به بدعت حیرت‌آور یاد می‌کند. به نظر وی این قطعنامه معادل یک عهدنامه بین‌المللی کاملاً موققی است. حتی مزایای بیشتری نیز دارد، چرا که عملاً “*Ipsa facto*” همه دولت‌ها را متعهد می‌کند بی‌آن که نیازی به طی مراحل مذاکرات طولانی در چارچوب کنفرانس‌های دیپلماتیک بوده باشد و یا این که تصویب و الحاق رسمی دولت‌ها در مدت طولانی ضرورت داشته باشد. این قطعنامه در عین حالی که مربوط به وضعیت‌های مذکور نظیر آنچه در افغانستان

۲۲. در ۳۰ سال گذشته فقط سه کنوانسیون از دوازده تایی که دبیرکل سازمان ملل آن را برشمرده است، به تصویب بیش از ۱۷۰ دولت رسیده‌اند ولی تمام کنوانسیون‌های دیگر (مابقی) توسط کمتر از ۱۲۰ دولت مورد پذیرش قرار گرفته‌اند.

۲۳. قطعنامه ۱۳۷۳ (۲۰۰۱)، فوق‌الاشعار، شماره ۱۸.

می‌گذرد، می‌باشد، نوعی قانونگذاری پیرامون مسأله تروریسم نیز هست، چرا که بدون هیچ ممنوعیت زمانی، مکانی، تعهدات سنگین و قابل اعمالی را به دولتها تحمیل می‌کند.^{۲۴}

مع‌ذلک همانطوری که کندرلی تأکید می‌کند چنین قطعنامه‌ای مشکلات مهم‌تری را به وجود می‌آورد که اولین آنها مربوط به نقش صلاحیت تقنینی شورای امنیت است.

اگر از نقطه نظر کلی برای این قطعنامه حوزه صلاحیت عام قائل شویم در واقع به جریان خلع ید خزنه از دولتها در حوزه‌هایی که اساساً در صلاحیت خود آنهاست، کمک کرده و موجب تقویت رویکرد تبدیل شدن شورای امنیت به یک قانونگذار بین‌المللی شده‌ایم.^{۲۵} در نتیجه اختیارات شورای امنیت بیش از آن چیزی که در مواد ۲۵ و ۱۰۳ منشور ملل متحد پیش‌بینی شده، بوده و خواهد توانست عهدنامه‌های بین‌المللی را که مطابق تصمیمات خود نمی‌بیند ابطال نماید.

۲- تعهدات دولتها در مبارزه برضد تروریسم

قطعنامه ۱۳۷۳ شورای امنیت مصوب سال ۲۰۰۱ میلادی، دربرگیرنده مجموعه‌ای از تعهدات الزام‌آور برای دولتهاست. مسأله ارزش «عام‌الشمول» این قطعنامه، همچنان که در بالا به آن اشاره شد، هنوز مورد بحث است. ولی علاوه بر این دو مشکل دیگر نیز به وجود می‌آورد: اولاً، شورا نظیر گریه‌ای که از آتش فراری است، از کنار مسأله تروریسم دولتی به سرعت رد شده است. این قطعنامه با رویکرد امنیتی و آمرانه‌ای که در مبارزه با تروریسم در پیش گرفته است درصدد باز فشرده کردن و تضییق و هرچه

24. Cf. Luigi CONDORELLI, *Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le droit international?* Revue générale de droit international public (RGDIP), tome 105/2001/4, p. 834.

25. Ibidem, p. 835.

بیشتر آمرانه کردن مقررات مربوط به آن بوده و در این جهت از همه دولتها انتظار حمایت همگانی و بدون هیچ عذر و تقصیر را مد نظر دارد. از آنجایی که قطعنامه مذکور متعرض کیفیت سیاست داخلی دولتها نشده و به نحو افراطی با این موضوع به مماشات و مدارا برخورد کرده، لذا برای آن دسته از رهبرانی که رفتار مردّد و مبهمی درپیش گرفته‌اند، میدان را باز گذاشته است.

مشکل دوم، مربوط به توانایی بعضی از دولتها در پاسخ به الزامات شورای امنیت است. به موجب این قطعنامه دولتها مکلف‌اند در کنار تکالیف متعدد دیگر، از اقدام کسانی که تروریسم را سازمان داده و یا با حمایت مالی اعمال تروریستی را تسهیل می‌کنند، جلوگیری کرده و اجازه ندهند از قلمرو آنها علیه دول دیگر یا اتباع دول دیگر استفاده تروریستی به عمل آید.^{۲۶} بدیهی است که برخی از دولتها دارای آنچنان ساختار و سازماندهی که بتوانند این تعهدات را برآورده نمایند، نیستند، لذا نباید آنها را متعهد به نتیجه فرض کنیم. فراموش نکنیم که حادثه ۱۱ سپتامبر در خود کشور امریکا و علیه آن واقع گردید. بنابراین دلیلی ندارد تصور شود که اگر این اقدام از طریق قلمرو ایالات متحده و به منظور انهدام اهدافی در مکزیک یا کانادا طراحی شده بود توفیق نمی‌یافت (بلکه به طریق اولی موفق می‌شد). حتی در خود کشورهای قدرتمند، نواحی و مناطقی با شهرهای بزرگ وجود دارند که در آنها حکومت مرکزی فقط در آن یک نظارت نسبی اعمال می‌کند. این واقعیت ما را به موضوع مسؤولیت دولتها رهنمون می‌کند.

۲۶. قطعنامه ۱۳۷۳ شورای امنیت، شماره ۱۸، پاراگراف ۲، حرف ب.

۳- تحولات قانونی مسئولیت دولتها

همانطوری که کندرلی در سال ۱۹۸۴ یادآوری کرده است موضوع مسئولیت دولتها در عین حالی که یکی از ظریف‌ترین و مشکل‌ترین مسائل حقوق بین‌الملل است همواره در حال تکامل نیز می‌باشد.^{۲۷}

جای بسی خوشوقتی است که این حوزه امروزه از بیشترین شفافیت برخوردار است. بدین نحو می‌توان به طرح مواد راجع به مسئولیت دولتها در قبال اعمال خلاف حقوق بین‌الملل، که بعد از سالها تلاش و فعالیت توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل به تصویب رسیده و مجمع عمومی فقط آن را بازنویسی نموده است،^{۲۸} به عنوان یک مرجع با ارزش، اشاره کرد.^{۲۹}

در اینجا در مورد حالتهایی که در آنها اعمال تروریستی توسط ارگانهای دولتی (ماده ۴ طرح) یا تحت راهنمایی دولت (ماده ۸) ارتکاب می‌یابند بحث نمی‌کنیم، چرا که در این وضعیت‌ها مسئولیت دولت کاملاً محرز است.^{۳۰} کشورهای که مستقیماً در اقدامات تروریستی مداخله دارند

27. Luigi CONDORELLI, *L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, tiré à part du Recueil des cours de l'Académie internationale de droit international de La Haye, tome 189, (1984-VI), notamment chapitre III, p. 117 ss.

28. Cf. Résolution 56/83 du 28 janvier 2002, point 3 du dispositif, Doc. ONU A/Res/56/83.

29. *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Document officiel de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, supplément n° 10 et rectificatif (A/56/10 et Corr. 1).

۳۰. این مسئولیت مستقیم بویژه در پرونده هواپیمایی (شرکت هواپیمایی UTA) که در تاریخ ۱۹ سپتامبر ۱۹۸۹، منفجر شد توسط شاکیان در دادگاه شهرستان پاریس مورد استناد قرار گرفت. در این باره مراجعه شود به:

Didier BOUTHORS/Emmanuel PIWINKA,

لایحه دفاعی تقدیم شده به دادگاه جنایی:

Livre Noir, Recueil des contributions au colloque "Terrorisme et responsabilité pénale internationale", Paris 2002, p. 135-148.

وضعیت‌شان روشن است ولی مسأله مهم و ظریف مربوط به نمونه‌هایی از دولتهاست که به عنوان حکومت ملی کنترل مؤثر بر قلمرو خود ندارند. توجه به این امر از آن جهت در خور اهمیت است که گرایش فعلی، که در مسیر تشدید بیشتر سیر می‌کند، همان‌طوری که لوئیجی کندرلی متذکر شده است، می‌خواهد مسأله مسئولیت دولت را به خاطر اعمال اشخاص خصوصی نه به عنوان یک استثنا بلکه به عنوان یک اصل بپذیرد - حتی وقتی که قابل انتساب به دولت نباشد (یعنی وقتی که اشخاص خصوصی به حساب دولت عمل نکرده باشند). مبنای این گرایش را باید در گسترش حوزه عمل حقوق بین‌الملل عمومی دانست که هر روز تعهدات بیشتری در زمینه کنترل و مراقبت در مورد اتباع برای دولتها ایجاد می‌کند.^{۳۱} مسئولیت دولت در این موارد نه از حیث شخص خصوصی عامل

ظاهراً آنچه به مسأله افغانستان مربوط می‌شود مبتنی بر فرضیه مشارکت مستقیم در اعمال تروریستی است که براساس بسیاری از قطعنامه‌های شورای امنیت که قبل از حادثه ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ تصویب شدند با آن به مماشات و مدارا رفتار شده است. در این مورد مسئولیت طالبان کاملاً محرز بوده است لیکن همان‌گونه که طغیان مردم علیه طالبان در برخی از قلمروهای تحت کنترل آنها آغاز شده بود، ایالات متحده و سازمان ملل را بر آن داشت تا این نافرمانی‌ها را مشروع تلقی کرده و اقدامات انجام گرفته در مناطقی که در حال گریز از سلطه طالبان بودند را بدون مسئولیت جنایی به حساب آورند. شایان ذکر است که عدم شناسایی طالبان به عنوان نمایندگان مشروع کشور افغانستان از دیدگاه بین‌المللی در این زمینه بی‌نتیجه است. مراجعه شود به رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری ۲۱ ژوئن ۱۹۷۱ راجع به حضور دائمی رژیم افریقای جنوبی در سرزمین نامیبیا (افریقای جنوب غربی) علی‌رغم قطعنامه ۲۷۶ (۱۹۷۰) شورای امنیت که اشاره می‌کند «عنصری که براساس آن مسئولیت قابل انتساب است کنترل مؤثر بر سرزمین است نه حاکمیت تئوریک»

CII, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances 1971, p. 54, par. 118.

کمیسیون حقوق بین‌الملل در طرح پیشنهادی خود (پیش‌گفته) به این نکته تأکید می‌کند. بویژه با یادآوری این موضوع که «یک حکومت جانشین در مفهوم کلی آن، تشکیلاتی است که جانشین حکومت شده که قبل از این موجود بوده است».

Commentaire du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, Document officiel de L'Assemblée générale de L'ONU, 56^e session, supplément n° 10 (A/56/10), Chp. IV. E.2, novembre 2001, p. 116-117.

31. Cf. Luigi CONDORELLI, *op. cit.* n. 27, p. 174 ss.

مبارزه علیه تروریسم و ... ❖ ۳۵۱

خسارت، بلکه از جهت عدم قاطعیت دستگاههای ذی ربط دولتی که تعهدات بین‌المللی خود را جدی نگرفته‌اند، تحقق می‌یابد.^{۳۲}

البته در مورد مسئولیت بین‌المللی ذکر این نکته هم ضروری است که باید ساختار و مدیریت دستگاه دولتی به گونه‌ای باشد که انتظارات متعارف در مراقبت جدی از قلمرو خود را جوابگو باشد (بتواند برآورده کند). در اینجا فرضیه غیبت یا فقدان دست‌اندرکاران و مسئولین رسمی امور هم باید تذکر داده شود. در این زمینه ماده ۹ طرح پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل این گونه پیش‌بینی کرده است: «اقدامات شخص یا گروهی از اشخاص، مطابق حقوق بین‌الملل در صورتی عمل دولت تلقی خواهد شد که این شخص یا گروه در غیاب یا فقدان مأمورین رسمی دولتی و در محدوده‌ای که نیاز به انجام چنین اقداماتی بوده عمل کرده باشند».^{۳۳}

در بخش توضیح و تفسیر، کمیسیون به خوبی تصریح می‌کند که سه شرط مذکور در این ماده توأمان‌اند «اول این که اقدام یا موضع‌گیری باید به نحو مؤثری مربوط به اجرای اختیارات ناشی از قوای عمومی باشد. دوم این که این فعل در غیبت یا فقدان مقامات و مسئولین رسمی انجام گرفته باشد و سومین شرط این است که شرایط و اوضاع و احوال، به صورت حقیقی ضرورت انجام این اقدامات را به عنوان اجرای قوای عمومی توجیه

32. Cf. Patrick DAILLER/Alain PELLET, *Droit international Public*, 6^e éd., Paris 1999, p. 754, par. 486.

مراقبت لازم در زبان انگلیسی با عنوان *diligence due* بیان می‌شود که پیش‌تر توسط ماکس هوبر (Max HUBER) از آن نام برده شده است. مراجعه شود به:

Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol, Sentence du 1^{er} mai 1925 à La Haye, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, Nations Unies, New York 1949, p. 642-643.

همچنین این قاعده توسط دیوان بین‌المللی دادگستری نیز تصدیق گردیده است. بویژه نک.

Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis en Iran, Arrêt du 24 mai 1980, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances 1980, p. 3 ss, en particulier p. 33, par. 66-67.

33. Cf. art.9 du document cité *supra*, n. 29.

نمایند».^{۳۴}

شخص یا گروه باید «به ابتکار خود اقدام کرده باشند»، که این اقدام ممکن است «ناشی از فروپاشی دستگاه دولتی» یا در موارد بسیار محدودتر از دست دادن کنترل دولتی صورت گرفته باشد. شرط سوم مبنی بر این که «شرایط موجود، مقتضی این اقدامات باشند»، اندکی مبهم به نظر می‌رسد و از صراحت کمتری برخوردار است. همان‌گونه که در تفسیر مشخص می‌شود این عبارت بدین معناست که غیبت یا اساساً فقدان پلیس و یا سایر مسئولین، اقدام شخص یا اشخاص را در چنین مواقعی توجیه نماید.^{۳۵} در این گونه مواقع دستگیری و توقیف موقت مجرمان توسط اشخاص خصوصی (غیروابسته به دولت) قابل توجیه بوده اما دست یازیدن به تجاوز مسلحانه از جانب آنها غیرقابل قبول خواهد بود.

بطور خلاصه، در ارتباط با گروههایی که در یک کشور عملیات تروریستی را سازماندهی می‌کنند و دولت بطور مستقیم به آنها کمکی نمی‌کند باید سه حالت را از یکدیگر تمیز داد. مورد اول زمانی است که در بخشی از سرزمین آن کشور یک قدرتی ولو مخالف دولت مرکزی کنترل مؤثری اعمال می‌کند و از این ناحیه عمل خلافی که موجب مسئولیت است نشأت می‌گیرد، در اینجا مسئولیت مقام مذکور براساس اصل کنترل مؤثر محرز است. حالت دوم وقتی است که مقام رسمی اصل مراقبت متعارف را به عمل نیاورده و به واسطه این قصور عمل خلاف ارتکاب پیدا کرده در این حالت نیز مسئولیت کاملاً محرز است. سومین وضعیت زمانی است که قدرت مرکزی به دلیل هرج و مرج‌های داخلی در بخشهایی از سرزمین خود قادر به کنترل واقعی نیست. البته باید اذعان کرد که تعریف

34. Commentaire du projet d'articles cité *supra*, n. 30, p. 116.

35. Ibidem, p. 117.

هریک از حالات فوق و مرزبندی دقیق میان آنها به دلیل فرضی بودن آن، کار آسانی نیست لیکن ضرورت آن غیرقابل انکار است و بایستی این سه حالت را از یکدیگر جدا کرد.

مسأله کلیدی دیگر نحوه برخورد جامعه بین‌المللی با این وضعیت‌هاست.

بدیهی است دولتی که مورد تجاوز واقع شود یا به واسطه فعالیت‌های تحریک‌آمیز تروریستی از طریق سرزمین دولت دیگر در معرض تهدید قرار گیرد خواهان جبران این مسأله است (به دنبال راه‌حل معقول است): یا دولت مقصر با شناسایی مسؤولیت خویش در صدد جبران مافات برمی‌آید و به اعمال مجرمانه پایان می‌دهد، یا به ناتوانی خود و به از دست دادن حاکمیت عملی بر بخشی از سرزمین خود اقرار می‌نماید.^{۳۶} این مسأله سرزمین‌های «ساختار از دست داده»، یعنی سرزمین‌هایی که به دلیل عدم سازماندهی و مدیریت مناسب و وجود وضعیت‌های هرج و مرج، قدرت مرکزی توان اعمال قوای عمومی (حتی به میزان حداقل) را ندارد، مسأله‌ای اساسی در چارچوب یک بررسی آینده‌نگر محسوب می‌شود.^{۳۷} طبعاً این موضوع ما را به دومین قسمت بحث خود که به استفاده از زور در سطح بین‌الملل برای مبارزه با تروریسم اختصاص یافته است، هدایت می‌کند.

۳۶. در تعیین حدود و ثغور قاعده «مراقبت متعارف» و جهت برقراری تعادل میان این قاعده و احترام به اصل حاکمیت ملی، باید توجه لازم را مبذول داشت. ماکس هوبر این احتیاط و توجه را به شکل زیبایی ابراز نموده است: «نباید موضوع امنیت ملی از یک سطح قابل قبول پایین‌تر آید» و مسؤولیت دولت «به دلیل عدم اعمال مراقبت متعارف و عدم جلوگیری از ارتکاب اعمال خسارت‌بار» کاملاً محرز است لیکن «هیچ دستگاه حکومتی و پلیسی از نقطه نظر برآورده کردن توقعات امنیتی ایده‌آل نیست و حتی در برخی از کشورهایی که دارای کاملترین دستگاه‌های پلیسی و انتظامی هستند به واسطه اهمال و کوتاهی احتمالی، اعمال خلاف حقوق ارتکاب پیدا می‌کند»، مراجعه شود به:

Recueil, *op. cit. supra*, n. 32, p. 641-645.

37. Cf. notamment Daniel THÜRER, The "failed State" and international law, **RICR** n° 836, décembre 1999, p. 731-761.

قسمت دوم

استفاده از قوه قهریه

کاربرد زور در روابط بین‌الملل به موجب منشور ملل متحد ممنوع اعلام شده است، در این زمینه دو استثناء وجود دارد که عبارتند از دفاع مشروع و واکنش شورای امنیت برای اعاده صلح و امنیت بین‌المللی.^{۳۸} در اینجا به استثناء سومی که در ماده ۱۰۷ منشور قید شده و مربوط به جنگ جهانی دوم است، نمی‌پردازیم، زیرا که امروزه ضرورت وجودی خود را از دست داده است.^{۳۹} در این قسمت نیز، از اصل مورد اعتراض «مداخله بشردوستانه» به عنوان اساس مداخله مسلحانه در مواردی که شورای امنیت ملل ناتوان شده است،^{۴۰} صرف‌نظر خواهیم کرد و در عوض در قسمت نتیجه‌گیری به آن خواهیم پرداخت. همچنین به اقدامات سازمانهای منطقه‌ای نگاهی خواهیم افکند، چرا که سازمانهای منطقه‌ای نیز در صورتی که مجوز شورای امنیت را داشته باشند می‌توانند از نیروی زور بهره گیرند.^{۴۱}

در چارچوب موضوع فعلی، موضوع دفاع مشروع و عملیات قهری که با تجویز شورای امنیت عملی می‌شود، به عنوان دو استثناء کاملاً تأیید شده در سطح بین‌المللی، و بویژه رابطه بین آن دو، مورد بحث قرار خواهد گرفت.

38. Cf. respectivement art. 51 et 42.

39. Cf. Victor-Yves GHEBALI, *Commentaire de l'article 107*, in: Jean-Pierre Cot/Patrick Pellet (édit.), *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, Paris/Bruxelles 1985, p. 1416.

40. Sur cette question, cf. notamment Francis Kofi ABIEV, *The Evolution of the Doctrine and Practice of Humanitarian Intervention*, La Hague/Londres/Boston 1999.

41. Cf. art. 53 de la Charte. Voir toutefois aussi *infra*, n. 88.

الف) دفاع مشروع

لازمه استناد به دفاع مشروع وجود تجاوز سابق است که دارای دو ویژگی مهم است. دو ویژگی مترتب بر ماهیت تجاوز و مسئولیت ناشی از آن می‌باشد.

۱- ماهیت تجاوز

هر نوع توسل به قوای مسلح در کشمکش‌ها، دربرگیرنده مفهوم تجاوز است گرچه در سطح کوچکی واقع شده باشد. اگر این شرط تحقق پیدا کرد موضوع، مشمول ماده ۲ منشور قرار می‌گیرد ولو این که هریک از طرفین در این مورد اعتراضاتی داشته و به زعم خود توجیهاتی ارائه دهند. مدت درگیری نیز از حیث کوتاهی یا اطاله آن و همین‌طور خونبار بودن آن تأثیری در ماهیت حقوقی ندارد.^{۴۲} همچنان که ماهیت تروریستی اعمال ناشی از کشمکش‌ها و درگیری‌ها در ماهیت حقوقی آن تأثیری ندارند.^{۴۳}

۲- مسئولیت دولت خارجی

نکته دوم که در فهم دقیق مفهوم تجاوز تعیین‌کننده است، موضوع مسئولیت دولت خارجی است. وقتی صحبت از «تجاوز» می‌شود در حقیقت، تأکید بر این نکته است که یک درگیری مسلحانه بین‌المللی، یعنی یک درگیری بین دو دولت رخ داده است. در معارضات مسلحانه داخلی کشورها نه صحبت از تجاوز است و نه دفاع مشروع. لذا همانطوری که قبلاً

42. Jean PICTET, *Commentaire de La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, Genève 1952, p. 34.

۴۳. ویژگی غیرقابل انکار اعمال تروریستی ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱، بحث در این باره را تا حدودی دگرگون کرد. اگر خلبانان از ابزارهای مشروع که مطابق قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه مورد تأیید است استفاده می‌کردند و اهداف نظامی را مورد هدف قرار می‌دادند، وضعیت حقوقی اعمال آنها در چارچوب معارضات مسلحانه ارزیابی می‌شد.

گفته شد، احراز مسئولیت یک دولت در این منازعات امر چندان ساده‌ای نیست.

مضافاً شایان ذکر است که دفاع مشروع - انفرادی یا جمعی - جز در یک چارچوب کاملاً تعریف شده قابل قبول نیست. دیوان بین‌المللی دادگستری معتقد است که در حقوق بین‌الملل عرفی اولاً دفاع مشروع وسیله‌ای برای دفع تجاوز مسلحانه است و ثانیاً باید متناسب با تجاوز نظامی باشد.^{۴۴} به علاوه مطابق ماده ۵۱ منشور ملل متحد بعد از مداخله شورای امنیت برای اعاده صلح بین‌المللی تداوم توسل به نیروی مسلح به استناد دفاع مشروع توجیهی ندارد.

ولی استناد به قاعده دفاع مشروع در حمله به افغانستان، که به دنبال حادثه ۱۱ سپتامبر به وقوع پیوست، به نظر می‌رسد که در جهت خلاف این نظریه باشد. در واقع شورای امنیت بجای اتخاذ اقداماتی که در صلاحیت او است، دولت قربانی را در توسل به دفاع مشروع تشویق می‌کند^{۴۵} (بی‌آن که این امر مانع شورای امنیت در انجام اقداماتی شود که نیازی به توسل به قوای نظامی ندارد). این توسل به دفاع مشروع اگر توأم با رضایت و مجوز شورای امنیت باشد نامشروع نخواهد بود، زیرا در اختیار فائقه شورا در محدوده صلاحیت آن هیچ‌گونه تردیدی وجود ندارد.^{۴۶} لیکن این اختیار مانع از تحلیل نقدگرایانه عملکرد شورا نمی‌شود. باید سعی کرد نظریه جمعی مبتنی بر تجاوز به صلح بین‌المللی را دریافت. باید پی برد چرا

44. Cf. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis)*. Arrêt du 27 juin 1986 (fond), Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances 1986, par. 176.

45. Cf. *supra*, I.C.1.

46. René DEGNI – SEGUI, *Commentaire article 24, par. 1 et 2*, in: Jean-Pierre Cot/Patrick Pellet, *op.cit.* n. 39, p. 464. Cf. aussi Leland M. GOODRICH/Edvard HAMBRO, *Commentaire de la Charte des Nations Unies*, Edition française, Neuchâtel 1946, p. 239 ss.

دیدگاه مبتنی بر دفاع مشروع توسط کشور قربانی بر دیدگاه دفاع مشروع جمعی مبتنی بر تجاوز به صلح بین‌المللی ترجیح داده شد. برای این کار باید نقش شورای امنیت در مواجهه با تهدیدات، بویژه در مورد پرونده حمایت طالبان از تروریست‌ها را در افغانستان مورد ارزیابی قرار دهیم.

ب) اقدامات قهری سازمان ملل

شورای امنیت، برطبق ماده ۴۲ منشور ملل متحد می‌تواند «با توسل به نیروی هوایی، دریایی و زمینی تمام اقداماتی را که برای حفظ و یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی ضروری می‌داند» اتخاذ کند. شورای امنیت زمانی می‌تواند به چنین اقداماتی متوسل شود که «دریابد اقدامات اتخاذ شده در چارچوب ماده ۴۱ برای این منظور کفایت نکرده است». اقدامات مبتنی بر ماده ۴۱ استفاده از زور را در بر نمی‌گیرد، بلکه اقدامات مقدماتی هستند که البته در مواقع اضطراری به کارگیری آنها قبل از توسل به زور الزامی نیست. در قضیه افغانستان، مدتها بود که ضرورت اتخاذ اقدامات مندرج در ماده ۴۱ آشکار شده بود، به همین دلیل حتی قبل از حادثه ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ شورای امنیت وضعیت افغانستان را به منزله تهدیدی برای صلح و امنیت بین‌المللی ارزیابی کرد،^{۴۷} و در مقابل عدم واکنش صریح و رسمی

۴۷. بعد از یادآوری آن در قطعنامه‌های ۱۱۸۹ در ۱۳ اوت و ۱۱۹۳ در ۲۸ اوت ۱۹۹۸، شورای امنیت در قطعنامه ۱۲۱۴ به تاریخ ۸ دسامبر همان سال ابراز داشت که «جنگ داخلی افغانستان صلح و امنیت منطقه‌ای و بین‌المللی را بیش از پیش تهدید می‌کند» و توقع داشت «که طالبان پناه دادن به تروریست‌های بین‌المللی و آموزش آنها را متوقف کنند» و اعلام کرد که اقدامات لازم را اتخاذ خواهد کرد. در سال ۱۹۹۹ در چارچوب قطعنامه شماره ۱۲۶۷ با تأکید بر این که طالبان باید بی‌درنگ بن‌لادن را تحویل دهند یادآور شد که پناه دادن به تروریست‌های بین‌المللی و سازماندهی آنها را تحمل نخواهد کرد. از دل دیگر نیز تقاضا شد از برخاستن و فرود هواپیماهای طالبان یا در اختیار طالبان جلوگیری کرده و تمام دارایی‌های متعلق به آنها یا تحت نظارت آنها را بلوکه نمایند. در دسامبر ۲۰۰۰ شورا بار دیگر به تکرار خواسته‌های خود در چارچوب قطعنامه ۱۳۳۳ (۲۰۰۰) پرداخت و با اضافه کردن مواردی دیگر از دولتها خواست تا به طالبان مشاوره نظامی نداده و از اعزام نیرو جهت حمایت از آنها خودداری کنند. در نهایت در تاریخ

طالبان، شورای امنیت بدون چون و چرا می‌توانست قبل از حادثه ۱۱ سپتامبر به نیروی مسلح متوسل شود (قوه قهریه) و حادثه ۱۱ سپتامبر با فرض انتساب به طالبان، به عنوان علت غائی، موضع شورای امنیت در مورد دخالت نظامی در افغانستان را تقویت کرد.

ج) استناد به دفاع مشروع برای ورود در مناقشات مسلحانه افغانستان

چرا باید بجای توسل به زور بر وفق ماده ۴۲ منشور به قاعده دفاع مشروع توسل جست؟ تردیدی نیست که ایالات متحده مورد تجاوز قرار گرفته بود ولی آیا این تجاوز بعد از حادثه ۱۱ سپتامبر هنوز در جریان بود؟ آیا بهتر نبود شورای امنیت به استناد عدم تمکین رسمی طالبان نسبت به قطعنامه‌های قبلی و با استناد به این که وضعیت افغانستان صلح و امنیت بین‌المللی را به خطر انداخته است، مداخله نماید؟

زمانی که تصمیم‌گیری شورای امنیت به دلایل سیاسی و بلوک‌بندی‌ها غیرممکن است، تجویز قاعده دفاع مشروع بجای اقدام کردن بر وفق فصل هفتم منشور قابل درک است. در زمانی که جنگ سرد در اوج خود بود بحث‌های جدلی فراوانی در مورد توسعه مفهوم دفاع مشروع و تسری آن به دفاع مشروع پیشگیرانه در گرفته بود.^{۴۸} لیکن در حادثه افغانستان استناد به دفاع مشروع پیشگیرانه قابل دفاع به نظر نمی‌رسد، چرا که هیچ مانعی در اتخاذ تصمیم قاطع برای توسل به زور در چارچوب فصل هفتم وجود نداشته، و چنین تعبیر و تفاسیر احتمالاً ناشی از مفروضات سیاسی است. اما فارغ از بحث‌های حقوقی به واقعیات عینی بپردازیم. همانطوری که برنارد

۳۰ ژوئیه ۲۰۰۱ شورا با تصویب قطعنامه ۱۳۶۳ با اتخاذ تدابیری از دولتها خواست برای منزوی کردن طالبان به کمک او بشتابند.

48. Cf. notamment Antonio CASSESE, *Commentaire de l'article 51*, in: Jean-Pierre Cot/Patrick Pellet, *op. cit.* n. 39, p. 774.

مایت (Bernard Miyet) معاون اسبق دبیرکل سازمان ملل در عملیات حافظ صلح می گوید: «سازمان ملل ابزارهای لازم برای جنگیدن ندارد» تا با استفاده از آن، چه در کوتاه مدت و یا بلند مدت بتواند صلح را اعاده نماید، بهتر است در این باره تصور واهی نشود و اضافه می کند: «در صورت به کارگیری ابزارهایی که در اختیار سازمان ملل گذاشته می شود باید جاه طلبی و زیاده خواهی های برخی از قدرتها را نیز پذیرفت».^{۴۹}

همه تصدیق می کنیم هیچ چیزی بدتر از این نیست که اختیارات به نهادی اعطا شود بی آن که ابزارهای لازم اجرایی در اختیار آن قرار گیرد. ناتوانی نیروهای سازمان ملل در برابر فجایعی از قبیل نسل کشی در رواندا* و یا کشتار توده مردم در سری بری نی سا** هنوز در خاطره ها زنده است. البته سازمان در جهت برقراری و اعاده صلح و امنیت بین المللی شماری از اقدامات درخور توجهی را رهبری و هدایت کرده است، لیکن شرط تأثیر این اقدامات در وضعیت فعلی، حضور و مشارکت قدرتهای بزرگ و بویژه ایالات متحده امریکا است.

این تفکر برای همگان قانع کننده نیست، چرا که در این صورت هیچ چیز مانع از این نمی شود که ایالات متحده تمام عملیاتی را که قرار است تحت هدایت و رهبری سازمان ملل انجام گیرد، در انحصار خود بگیرد. همچنان که در جنگ خلیج (فارس) این موضوع تحقق عینی یافت: ماده ۱۰۶ منشور ملل متحد^{۵۰} «برای اتخاذ تصمیم مشترک بنام ملل متحد و

49. Bernard MIYET, intervention faite lors des premiers états généraux de l'action et du droit international humanitaire, Paris, 27-28 novembre 2001, reproduite sur CD-Rom, production Frédéric Joli – Délégation du CICR en France, Paris 2002.

*. Rwanda.

** Srebrenica.

۵۰. آن گونه که در منشور پیش بینی شده بود با لازم الاجرا شدن موافقتنامه های خاص که در ماده ۴۳ به آنها اشاره شده، ماده ۱۰۶ منشور می بایست عمر موقتی می داشت. اما چون این موافقتنامه ها امضا نشدند و

جهت صلح و امنیت بین‌المللی» مسئولیت ویژه‌ای به اعضای دائم شورای امنیت محول کرده است.

(در قضیه افغانستان) غالباً انگیزه‌های سیاسی است که تصمیم شورای امنیت را توجیه می‌کند (در این واقعه) ایالات متحده برای بدست آوردن چراغ سبزی که به او اجازه دهد به روش خود وارد عمل شود، ترجیح می‌داد (یا حداقل توقع داشت) از یک حاشیه امنیتی مطمئن‌تری برخوردار شود تا در این زمینه قدرت مانور بیشتری داشته باشد. مضافاً (از طرف دیگر) برای بسیاری از اعضای شورای امنیت بهتر بود برای پرهیز از تحمل بار مسئولیت ناشی از وسعت استفاده از نیروی قهری، حساسیت‌های زیادی در مورد درجه توسل به قوه قهریه به خرج ندهند. کما این که با اغماض و بی آن که این مسأله را بطور شفاف تصریح نمایند از کنار آن گذشتند (چراغ سبز به امریکا دادند) در نهایت خشونت‌های مداوم طالبان نیز موجب اتخاذ تصمیم حمله به افغانستان شد بطوری که حتی مدافعان حقوق بشر نیز که هدف نهایی یعنی سقوط طالبان را آرزو می‌کردند، از برخی نتایج ناخوشایند و خشن ناشی از عملیات نظامی چشم پوشیدند.

با استناد به دفاع مشروع جمعی، ایالات متحده، اعضای سازمان ناتو را هم درگیر این عملیات کرد. گرچه مطابق اساسنامه ناتو مشارکت در این عملیات مجاز بوده است اما، اعضای ناتو با اجابت درخواست ایالات متحده قصد تقویت موضع سیاسی و مالی خود را نیز مد نظر داشتند.^{۵۱}

ظاهراً در آینده هم موجودیت پیدا نخواهند کرد باید به این ماده (۱۰۶) اعتبار همیشگی قائل شد. این نتیجه منطقی حق و توسل. حقی که نه فقط یک امتیاز دلبخواهی (ارادی) بلکه دارای بار مسئولیت نیز می‌باشد. به قسمت سوم این بحث مراجعه شود (III A.6).

۵۱. سیاست‌های مالی سازمان ناتو مبتنی بر اصل تأمین هزینه‌ها به روش مشارکتی است گرچه اصل مشارکت و اشتراک از هزینه‌ها دارای قواعد اجرایی بسیار پیچیده و متناوبی است. مراجعه شود به:

Cf. *Manuel de l'OTAN*, édition du 50^e anniversaire, Bruxelles, 1998, p. 218 ss.

خلاصه، گرچه دلیل این مسأله قابل درک است، لیکن تأسف آور است که راه حل بسیار معقول و مشروع یعنی توسل به قوای قهری برطبق فصل هفتم منشور بویژه ماده ۴۲ به راه حل دیگری که توجیه آن دشوار به نظر می رسد، ترجیح داده شد. ابعاد مسأله بسیار گسترده است، خطر واقعی با توجه به اختیارات وسیعی که سنای امریکا به رئیس جمهور داده است روشن می شود. مطابق این اختیارات به رئیس جمهور امریکا اجازه داده شده است، نه تنها علیه کشورهای که حملات تروریستی را سازماندهی کرده و با کمک خود وقوع آن را تسهیل می کنند دست به هر نوع اقدام مناسبی بزنند، بلکه براساس همین مجوز می تواند علیه کشورهای که تروریستها و سازمانهای تروریستی را پناه می دهند نیز، اقدام لازم به عمل آورد.^{۵۲} اگرچه بعد از حادثه ۱۱ سپتامبر توسل به زور به عنوان دفاع مشروع برای حمله به افغانستان (ولو با اعتراضاتی که همراه بود) مورد پذیرش قرار گرفت، اما باید توجه داشت که توسعه مفهوم دفاع مشروع، راه توسل فردی به زور را تسهیل کرده و از این طریق در درازمدت امنیت بین المللی در معرض خطر جدی قرار می گیرد.^{۵۳}

52. Cf. Joint Resolution approved by the House and the Senate, du 15 septembre 2001, citée et commentée par Luigi CONDORELLI, *op. cit.* n. 24, p. 837.

۵۳. نقطه نظری که توسط یورم دینشتین (Yoram DINSTEIN) در سال ۱۹۸۸ بدین گونه ابراز شده هنوز ارزش خود را حفظ کرده است: «گر دولتها قواعد الزام آور حقوق بین الملل را در آنچه به دفاع مشروع مربوط است رعایت نمایند، جامعه بین المللی برای بسیاری از سؤالات مطروحه فعلی که در هاله ای از ابهام قرار دارند، جواب قاطعی دارد»، رک. War, aggression and self-defence, Cambridge 1988, p. 278.

قسمت سوم تأملات مربوط به آینده

الف) تحولات نظام بین‌المللی و حقوق بین‌الملل

اگر برای حادثه ۱۱ سپتامبر نتیجه مثبتی بتوان تصور کرد آن این است که باعث شد تا دولتها اهمیت فزاینده همبستگی جهانی را درک کنند. «گروسیوس»^{۵۴} می‌گوید: «هیچ ملت قوی را نمی‌توان یافت که به کمک دیگران نیاز نداشته باشد»، مناسبت و صحت این ادعا یکبار دیگر، البته با تحمل هزینه سنگین و با روش بی‌رحمانه‌ای، به اثبات رسید. باید توجه داشت که همبستگی بین‌المللی نه فقط برای مبارزه با تروریسم، بلکه در همه زمینه‌ها و برای رتق و فتق همه مشکلات بین‌المللی لازم است.^{۵۵}

تحول و دگرگونی موزون و هماهنگ در نظام بین‌الملل مبتنی بر دستیابی عموم به رفاه عمومی که ویتن (Wheaton) آرزو داشت، یک آرمانخواهی دور و دراز است که اصولاً بطور کامل قابل تحقق نیست.^{۵۶}

معذک اوضاع و احوال کنونی با تمام گرفتاری‌ها و مصائب قرن بیست و یکم، این فرصت را در اختیار سیاستمداران و حقوق‌دانان و علمای اخلاق گذاشته است تا نقش خود را در راهبری و هدایت نظام بین‌المللی ایفاء نمایند. در ساختار جدید، ضرورت توجه و تأکید به برخی از پارامترهای

54. Hugo GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis*, Nouvelle traduction par P. Pradier – Fodéré, vol. 1, Paris 1867, p. 24.

55. En ce sens, cf. notamment Eric DAVID, *Le terrorisme en droit international*, Colloque "Réflexions sur la définition et la répression du terrorisme", Bruxelles 1974, p. 169.

56. Henry WHEATON, *Histoire du progrès du droit des gens*, 4^e éd., tome 1, Leipzig 1865, p. 60.

یادآوری نماییم که تلاش به جهت برخورداری از رفاه و خوشبختی یکی از حقوق انکارناپذیر مندرج در اعلامیه استقلال امریکا (۴ ژوئیه ۱۷۷۶) بوده است.

تعیین کننده از قبیل هویت مشترک، وحدت رویه در مواجهه با مشکلات امروزین، هنجارهای بین‌المللی حافظ منافع جهانی، توسعه عدالت جزایی بین‌المللی، باز تعریف نقش دولتها و تقویت سازمان ملل متحد بویژه شورای امنیت کاملاً هویدا است.

۱- اتخاذ وحدت رویه در مواجهه با مشکلات جهانی

سیاره ما یکصد سالی است که به طور اساسی در سایه یک رشته تحولات زیر و رو شده، برخی از این تحولات بسیار مثبت و برخی دیگر کمتر مثبت بوده و جملگی مشکلات عدیده روزافزونی ایجاد کرده که باید توسط دولتها مشترکاً حل شود و در نتیجه موجب وابستگی شدید کشورها به یکدیگر شده است: جمعیت جهان از مرز ۶ میلیارد نفر گذشته است، یک سوم از این جمعیت در تیره‌بختی و بی‌ثباتی زندگی می‌کنند.^{۵۷} علوم بشری پیشرفت قابل توجهی کرده و به تبع آن کره زمین مملو از سلاحهای مخرب و نابود کننده شده است، اطلاعات به صورت لحظه‌ای مبادله می‌شود. در این میان تخریب محیط‌زیست، کاهش منابع بالقوه زمین، آلودگی هوا - خاک و آب - تخریب فضای سبز و جنگل‌زدایی و توسعه فاجعه‌آمیز کویر، شکنندگی سیاره ما را کاملاً آشکار و عیان نموده است، به نحوی که هیچ‌گاه تصور آن را نمی‌کردیم. قطعاً این مشکلات دامن همه افراد را می‌گیرد.

همانطوری که ژاک دلور (Jacques Delors) می‌گوید: «وابستگی متقابل همه ساکنین کره زمین در مقابل آلودگی ناشی از گاز کربنیک

۵۷. این مفاهیم به روشنی تعریف نشده‌اند اما وقتی درمی‌یابیم که ۱/۲ میلیارد نفر با درآمد کمتر از یک دلار در روز و ۱/۶ میلیارد با کمتر از ۲ دلار زندگی می‌کنند آنگاه نتیجه می‌گیریم که این واقعیات اغراق‌آمیز نیستند. برای اطلاعات بیشتر مراجعه شود به مقاله «دنیای بهتر برای همه»

FMI/OCDE/ONU/GBM/, juin 2000, p. 2.

CO₂ کاهش ضخامت لایه اُزن و نابودی جنگلها امری بدیهی بوده و آثار آن دامن همگان را می گیرد».^{۵۸}

برای دولتهای شرافتمندی که باید مردمان فقیر کشورهایشان را تغذیه کنند و حداقل زندگی، آموزش و پرورش، امنیت و عدالت را برای آنها فراهم کنند، همین طور دولتهایی که همواره درگیر جنگ داخلی اند، با مهاجرت انبوه و بلایای طبیعی مکرر دست به گریبانند، البته مبارزه با تروریسم بی معنا نیست اما آخرین چیزی است که به آن می اندیشند. از سویی دیگر، اتباع کشورهای ضعیف و در عین حال فاسد که در فلاکت و بدبختی زندگی می کنند و همواره قربانی خشونت بوده و هیچ امیدی غیر از خروج از حوزه سلطه این قدرتها ندارند، چگونه می توانند اهمیت مبارزه با تروریسم را دریابند؟ برای بسیاری از این مردمان، برخی از تروریستها بسیار مقبول و حتی قهرمان محسوب می شوند و این علاقمندی برای ما باید هشداری جدی تلقی شود.

انتظار پایبندی این دسته حکومتها و مردمانشان به مبارزه با تروریسم، بدون جلب اعتماد آنها از طریق پاسداشت حرمتشان توهمی بیش نیست. تنها راه واقعی قبولاندن این که تروریسم دشمن تمام بشریت است، تمایل به اجرای واقعی عدالت، مهرورزی و همبستگی جهانی برای حل مشکلات پیش روست.

مسأله جنگ هم بُعد جدیدی به فاجعه سیاره ما افزوده است. دردها و بدبختی های شدید ناشی از جنگ و عواقب غمبار آن برای محیط زیست و

58. Jacques DELORS, *De nouvelles règles pour un nouveau monde*, in: Karel Vasak (édit.), Boutros Boutros – Ghali *Amicorum Disciplinorumque Liber: Paix, Développement, Démocratie*, vol. 1, Bruxelles 1998, p. 356.

خسارات وارده بر افراد درگیر در جنگ فاجعه دیگری است.^{۵۹} در برخی از جنگها بخصوص در افریقا کودکانی برای جنگیدن اجیر می‌شوند^{۶۰} و نباید فراموش کرد که این کودکان تروریستهای فردا هستند.

۲- تحولات هنجارهای بین‌المللی یا فراملی

۲-۱) کلیات

اگرچه تأمل پیرامون تحولات و تغییرات سیستم بین‌المللی امر جدیدی نیست لیکن این تحولات در اوضاع و احوال کنونی سرعت بیشتری به خود گرفته است.^{۶۱} در بسیاری از حوزه‌ها باید از «حق همزیستی» مبتنی بر خود قاعده‌پذیری گذشت و به عرصه «حق همکاری کاملاً نهادی» رسید. همچنان که جورج ابی سعب (George Abi-Saab) می‌گوید: تصویری که تا به حال از حقوق بین‌الملل در ذهنها نقش می‌بست بسان تصویر صفحه بازی بلیارد بوده است که در آن هدف جلوگیری از برخورد گلوله‌ها به هم بوده و هیچ کاری نسبت به آنچه در درون آن می‌گذرد نباید داشت.^{۶۲} لیکن تصویر امروزی این نیست که نقش حقوق بین‌الملل امروزی باید بیش از تصویر یک قفس کوچک گلوله‌های بلیارد باشد، چرا که فضای موجود برای زیست بشر به دلیل افزایش بی‌شمار

59. A ce sujet, cf. notamment Dave GROSSMANN, *On Killing. The Psychological Cost of Learning to Kill in War and Society*, Boston/NewYork/Toronto/London 1995.

60. A ce sujet, cf. notamment Illene COHN/GUY S. GOODWIN-GILL, *Child Soldiers: the role of children in armed conflicts*, Geneva 1994.

61. Cf. notamment Jost DELBRÜCK, *Structural Changes in the International System and its Legal Order: International Law in the Era of Globalization*, *Revue Suisse de droit international et de droit européen*, n° 1/2001, p. 1-36.

در این مأخذ تحولات ساختاری سیستم را یادآوری کرده و مکتوبات متعددی را که در سالهای اخیر در مورد عواقب و پیامدهای جهانی شدن است، را به نمایش می‌گذارد.

62. Cf. George ABI-SAAB, *La "Communauté internationale" saisie par le droit-Essai de radioscopie juridique*, in: Karel Vasak, *op. cit.* n. 58, p. 81-108.

جمعیت به طور قابل توجهی کاهش یافته و در این فضای کوچک فساد یک گلوله (یک دولت فاسد) موجب فساد گلوله‌های دیگر می‌شود. مبارزه بر ضد تروریسم یک واقعیت است ولیکن هنوز در بسیاری از حوزه‌ها از قبیل فاجعه احتمالی ناشی از بد اداره کردن یک کارخانه شیمیایی یا هسته‌ای، آلودگی رودخانه‌ها یا جنگل‌زدایی انبوه و وسیع، تجاوز و سرکوب ملل که موجب آوارگی توده‌ای آنها می‌شود، مدارا کردن یا همدستی در قاچاق اسلحه و مواد مخدر مسائلی هستند که ماهیتاً بی‌ثبات کننده و مخرب همه مناطق جهان‌اند.

ابی‌سعب اضافه می‌کند «وجود یک مجموعه منافع و ارزشهای مشترک» به عنوان «اماره اساسی» برای حق همکاری لازم است.^{۶۳} این مجموعه منافع به خوبی خود را نشان می‌دهند و رفتارهای خودمحرانه و خودخواهانه در هریک از حوزه‌ها بسان خودکشی برای همه است. لذا برای تقویت ارزشهایی که حقوق بین‌الملل مبتنی و متکی بر آنهاست باید بیش از اینها تلاش کرد و کوشید.^{۶۴}

۲-۲) روشهای تهیه و تدوین مقررات

تصویب و انعقاد عهدنامه‌های بین‌المللی که از سالیان دراز براساس وفاق عام انجام می‌گیرد، روش بسیار وقت‌گیری است. تصویب پروتکل‌های الحاقی به عهدنامه‌های ژنو چهار سال و عهدنامه راجع به حقوق دریاها ده سال طول کشید. این طولانی شدن زمان برای پذیرش هنجارهای بین‌المللی در دنیای همواره در حال تحول برازننده به نظر نمی‌رسد و

63. Ibidem, p. 86-87.

64. Sur le rôle du droit international humanitaire à cet égard, cf. Christophe Girod (édit.), *Les voix de la guerre-Appel solennel*, Bannières, 50 ans des Conventions de Genève, Genève 1999, p. 31-35.

اقتضائات دنیای فعلی سرعت بیشتری را در این باره می‌طلبد. این امر بیشتر از آن جهت در خور توجه است که اگر تعداد زیادتری از کشورها به این عهدنامه‌ها نپیوندند این عهدنامه‌ها کارایی لازم را دارا نخواهند شد؛ و این درحالی است که خود مراحل تصویب و تأیید عهدنامه‌ها نیز به زمان اضافی بیشتری نیاز دارد.

بیشتر دیدیم با روش مثبتی که شورای امنیت در پیش گرفت و مورد قبول تعدادی از کشورها واقع شد زمان را بسیار کوتاه کرد، در واقع شورا با تصویب قطعنامه‌های مربوط به مبارزه با تروریسم به روش شبه عهدنامه‌ای، مدت دهها سال را به چند روز کاهش داد. علی‌رغم سودمندی این روش باید اذعان کرد که این چاره همه دردها نیست. اگر می‌خواهیم الحاق کشورها جنبه شکلی و صوری به خود نگیرد باید تلاش کنیم تا از طرق مختلف زمینه‌های مشارکت واقعی و همکاری دولتها را فراهم نماییم. افزون بر این قطعنامه‌ها، شورا باید راههای دیگری را بگشاید که در ذیل به چند نمونه از آنها اشاره خواهد شد.

قبل از هرچیز باید برای تهیه عهدنامه‌های بین‌المللی بین دولتهایی که دیدگاههای یکسانی دارند راههایی ابداع شود که از طریق آنها و بدون طی مذاکرات طولانی و بی‌نتیجه و نیز بدون تحمل مشکلات و انجام سازشهای متعدد برای حصول اجماع جهانی که بالمآل موجب تضعیف اهداف عهدنامه می‌گردد، تدوین عهدنامه‌ها تسهیل گردد.

از این نمونه می‌توان به شیوه به کارگرفته شده برای تصویب عهدنامه اُتاوا راجع به مین‌های ضد نفر اشاره کرد. البته این روش زمانی میسر است که حضور کشورها از حیث کمیت و نیز وزنه سیاسی‌شان در سطح روابط بین‌الملل به گونه‌ای باشد که همگی یک هدف مشترک را دنبال کرده تا مانع بروز انتقادهای وسیع گردد. گرچه در این میان و در مورد برخی از

هنگارهای جهانی، نباید نقش نهادهای مدنی را که می‌توانند بر روی اراده دولتها تأثیرگذار باشند، نادیده گرفت.

در مرحله دوم باید روشهای منعطف‌تری را جهت بازبینی عهدنامه پیش‌بینی کرد. در این جهت بازنگری‌های دوره‌ای عهدنامه‌ها که زمینه پذیرش راحت‌تر آنها را فراهم می‌کند، مفید فایده خواهد بود. یعنی با پیش‌بینی پذیرش الحاقیه‌ها راه بازنگری و تکمیل عهدنامه همواره باز بماند؛ این روش در عهدنامه سال ۱۹۸۰ راجع به سلاحهای متعارف به کار گرفته شد.

در پایان یادآوری می‌کنیم که آیین به کار رفته در کنوانسیون شیکاگو به سال ۱۹۴۴ راجع به هوانوردی غیرنظامی بین‌المللی درخور توجه است. قواعد لازم مربوط به حمل و نقل هوایی اگر با اکثریت ۲/۳ اعضای شورا که مرکب از ۳۳ دولت عضو است تصویب شوند، «بعد از سه ماه از تاریخ ابلاغ آنها به دولتهای عضو، لازم‌الاجرا می‌گردند مگر این که در این مدت توسط اکثریت آنها مورد تصدیق قرار نگیرند».^{۶۵}

البته حوزه هوانوردی غیرنظامی حوزه‌ای است ویژه و همه می‌دانند که در این زمینه باید تسلیم قواعد مشترک شوند، لیکن در سایر زمینه‌ها سرعت و جهان‌شمولی نسبی هر دو لازم به نظر می‌رسند و باید در آینده درمورد سرعت و نحوه تهیه قواعد و هنگارهای بین‌المللی (یا دقیق‌تر بگوییم فراملی) در احساس تعلقی که متضمن شرکت در تهیه این هنگارهاست تعادل ایجاد گردد تا دقت و سرعت هر دو توأمان مدنظر قرار گیرند.

65. Cf. Patrick DAILLER/Alain PELLET, *op. cit.* n. 32, par. 726, p. 1200 ss.

۳- وضوح و به هم پیوستگی و فقدان تناقض در هنجارها

حقوق بین‌الملل (یا فراملی) در بعد جهانی برای تقویت اعتبار خود در برخورد با مشکلات بزرگ امروزی باید از صراحت و توازن برخوردار باشد. در این زمینه دفاع آشکار از منابع صرفاً ملی یا منطقه‌ای اعتبار و اعتماد جهانی به این نظام حقوقی را که لازمه دفاع از ارزشها و منافع جهانی است، تضعیف می‌کند. باید قبول کرد که فشار وارده بر رهبران دولتها از سوی رأی‌دهندگان به آنها، صلاحیت و توانایی غیرقابل انکار آنان را در امور مربوط به اداره سیاره ما دچار اختلال می‌کند. بنابراین بیدار کردن و توجیه مردم عادی و شهروندان برای درک مشکلات جهانی باید مدّ نظر باشد.

یکی از حوزه‌هایی که حقوق بین‌الملل در آن از صراحت برخوردار نیست، حوزه سلاحهای هسته‌ای است. در حین تدوین یا بازبینی حقوق بین‌الملل بشردوستانه هیچ‌گاه به عنوان مسأله بسیار مهم به آن پرداخته نشد و این امر موجب شد تا قواعد حاکم بر سلاحهای هسته‌ای نه در عهدنامه‌های ۱۹۴۹ ژنو راجع به مخصصات مسلحانه گنجانده شوند و نه در عهدنامه الحاقی ۱۹۷۷ که به طور ضمنی از کنار مسأله سلاحهای باقدردت تخریبی بالا بویژه سلاحهای هسته‌ای می‌گذرد، قید گردند.^{۶۶}

مع‌ذک دلیل ابراز شده در آن دوره تا حدودی قابل قبول بوده است. مخبر کمیسیون ویژه که مسؤول این مسأله بوده می‌گوید: «سلاحهای هسته‌ای دارای کارکرد بازدارندگی بوده و از وقوع مخاصمه مسلحانه بین دولتهای صاحب سلاحهای هسته‌ای در سطح وسیع جلوگیری می‌نمایند».^{۶۷}

66. Cf. Yves SANDOZ/Christophe SWINARSKI/ Bruno ZIMMERMANN (édit.), *op. cit.* n. 5, par. 1842, p. 600.

67. Ibidem, par. 1849, p. 603.

فلسفه بازدارندگی سلاحهای هسته‌ای باعث جلوگیری از طرح بحثهای واقعی و جدی در این باره شد. بدین ترتیب، دولتهایی که استراتژی دفاعی آنها بر این سلاحها متکی است، از محکوم کردن مطلق به کارگیری این سلاحها خودداری کردند، تا مبدا به دلیل این که سیاستهای دفاعی آنها ناقض حقوق بین‌الملل است در معرض انتقاد واقع شوند. اما ابهام در این مسأله کماکان باقی است، چرا که این سلاحها در صورتی وصف بازدارندگی موثری دارند که تهدید مورد نظر چیزی فراتر از یک تصور ساده باشد، یعنی بتوان پذیرفت که کاربرد سلاحهای هسته‌ای بی آن که آشکارا ناقض اصول کلی و قواعد عمومی حقوق بین‌الملل بشردوستانه باشند، جنبه بازدارنده دارند. بدین ترتیب، زمان درازی در این ابهام «مفید» زیسته‌ایم (چون که بیش از ۵۰ سال مانع برخورد هسته‌ای بین قدرتهای بزرگ هسته‌ای شده است).

به دنبال اعلام مجمع عمومی سازمان ملل، دیوان بین‌المللی دادگستری ناچار شد دیدگاه خود را در این باره به صورت شفاف بیان نماید.^{۶۸} رأی دیوان باب بحثها و تحلیل‌های فراوانی را گشوده^{۶۹} که ما در اینجا آنها را مورد بحث قرار نمی‌دهیم. فقط یادآوری می‌کنیم که نظر دیوان دارای اهمیت قابل توجهی است، چرا که به اتفاق آرا اعلام شده است. به موجب این رأی دولتها متعهداند تحت نظارت مؤثر و مطلق بین‌المللی در همه زمینه‌ها، مذاکرات لازم برای خلع سلاح هسته‌ای را دنبال نمایند.^{۷۰}

۶۸. نظر مشورتی دیوان راجع به مشروعیت استفاده از سلاحهای هسته‌ای به تاریخ ۸ ژوئیه ۱۹۹۶، نشریه دیوان بین‌المللی دادگستری ۱۹۹۶، ص ۲۲۶ و بعد.

۶۹. A ce sujet, cf. notamment diverses analyses et critiques exprimées dans un numéro spécial de la Revue internationale de la Croix-Rouge, n° 823, janvier-février 1997.

۷۰. Point 2 F. des conclusions de la Cour dans l'Avis, cité supra n. 68.

تا آنجا که ما می‌دانیم از آن زمان تا کنون هیچ اقدام قابل توجهی صورت نگرفته و «ابهام مفید» تداوم یافته است. مشروعیت (عدم ممنوعیت) استفاده از سلاح هسته‌ای در طول جنگ سرد در حال حاضر از حوزه «ابهام مفید» خارج شده و به «ابهام خطرناک» تبدیل شده است. براساس نظر دیوان اینک لازم است یک‌بار دیگر و با سرعت بیشتر در این مورد به چاره‌جویی پرداخت، چرا که احتمال استفاده از این نوع سلاحها توسط دو دولت هند و پاکستان بر سر منازعه کشمیر روز به روز بیشتر می‌شود.

به نظر می‌رسد، تبیین و شفاف کردن دیگر هنجارهای حقوق بین‌الملل در حوزه حقوق بین‌الملل بشردوستانه از قبیل مفهوم اهداف نظامی، خسارات غیرنظامیان حادثه‌دیده نیز ضروری است، اگرچه متأسفانه اقدامات انجام شده به خاطر امتناع قدرتهای هسته‌ای برای ابهام‌زدایی از این موضوعات عقیم مانده است.

به هر حال پرونده سلاحهای هسته‌ای و عواقب آن، با موضوع مبارزه برضد تروریسم بی‌ارتباط نیست، زیرا که ماهیتاً تهدید به استفاده از سلاح هسته‌ای علیه ملتها وحشت‌زا و هراس‌انگیز است. اگر این موضوع بدین صورت رها شود برحذر داشتن کسانی که برای دفاع از استقلال سرزمینی و تعیین حق سرنوشت خود قصد استفاده از سلاحهای کشتار جمعی را دارند، بسی مشکل خواهد بود.

خلاصه این که امروزه، برای تقویت اعتماد اعضای جامعه بین‌المللی ابهام‌زدایی از هنجارها و قواعد حقوق بین‌الملل امری اجتناب‌ناپذیر است. برای اثبات این واقعیت که حقوق بین‌الملل واقعاً در خدمت همگان است، نباید شفاف کردن مقررات بین‌المللی مربوط به سلاحهای هسته‌ای را ساده انگاشت.

۴- تحولات دادگستری بین‌المللی

تصویب اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در رم به سال ۱۹۹۸ گام بزرگی به جلو به شمار می‌آید، ولی باید توجه داشت که فهرست جنایات بین‌المللی محدود به موارد احصاء شده در این اساسنامه نیست. این سند (اساسنامه) در واقع واکنش به جنایات و اقدامات سبعانه قرن گذشته بوده و مبتن این نکته است که علاوه بر جلوگیری از تکرار این اعمال شوم، باید مرتکبان آنها را نیز به مجازات رساند.

یقیناً تحکیم و توسعه دیوان مزبور توسط قضات، دادستان و کارکنان برای ادامه خدمات بهینه امر شایسته و دارای اولویت است و باید در این جهت کاری کرد که تردیدها و دغدغه کسانی که هنوز از پیوستن به اساسنامه خودداری کرده‌اند برطرف شود و این مرجع در سطح جهان‌شمول مورد تأیید قرار گیرد. در دراز مدت هم اساسنامه باید جرایم دیگری را هم دربرگیرد، به خصوص جرایم مربوط به تخریب محیط‌زیست در سطح وسیع که حیات مناطق مختلف جهان را تهدید می‌کنند و سیاره ما را هرچه بیشتر بی‌ثبات می‌نمایند، وارد اساسنامه گردند.

البته همه این آرزوها منوط به تغییر در رویکردی است که فعلاً جرایم را فقط در قالبهای کلاسیک و سیستماتیک ارزیابی می‌کند.^{۷۱} هنگام اولین بازنگری اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، تمایل جدی به گنجاندن جرم تروریسم در اساسنامه بروز کرد لیکن به دلیل پیش‌گفته ناکام ماند و تحقق پیدا نکرد.^{۷۲} در نتیجه تروریسم در همان قالب قدیمی یعنی با عنوان

۷۱. حتی جرایم احصاء شده به عنوان جرایم علیه بشریت فقط «در چارچوب تهاجم سیستماتیک و عمدی علیه غیرنظامیان» مورد توجه قرار گرفته است. مراجعه شود به ماده ۷ پاراگراف ۱ اساسنامه، همین‌طور پاراگراف ۲ حرف الف که عبارت «تهاجم علیه غیرنظامیان» را تعریف می‌کند.

72. Sur cette question, cf. notamment Philippe KIRCH, *Terrorisme, crimes contre l'humanité et Cour pénale internationale*, in: *Livre Noir, op. cit.* n. 30, p. 111-123.

جرائم علیه بشریت، جرائم جنگی و کشتار جمعی (البته شامل تروریسم دولتی هم می‌شود) در اساسنامه گنجانده شد، درحالی که باید تروریسم را در خارج از قالبهای ویژه سیاسی تعریف کرد و معیارهای اساسی جرایمی را که مصداق تروریسم‌اند، دقیقاً تعیین نمود. مفهوم تروریسم دربرگیرنده جرایم زیادی است و استخراج یک جرم خاص از آن امر مشکلی است. به زودی خواهیم دید که در چارچوب موازین جزایی و براساس اصل قانونی بودن جرائم و مجازاتها، عمل مجرمانه باید به صراحت تعریف شود. به موجب اصل قانونی بودن جرائم و مجازاتها:

«عمل مجرمانه باید به موجب قانون و به نحو کاملاً مضیق و مشخص

تعریف شود به گونه‌ای که هیچ ابهامی در آن باقی نماند».^{۷۳}

تحرکی که در حقوق جزای بین‌المللی ایجاد شده، به این حقوق نقش موتورگونه‌ای داده و تحول آن اثری عمیق در نظام بین‌المللی و حقوق بین‌الملل به وجود آورده است که باید به تدوین یا تحکیم قواعد بین‌المللی بنیادین در حوزه‌هایی که مسائل عمده قرن بیست و یکم مطرح است منجر شود. نمی‌توان عمل مجرمانه‌ای را مجازات کرد که تعریف روشنی از آن ارائه نشده است و حقوق بین‌الملل نمی‌تواند قبل از تحقق این مقدمات خیلی جلوتر برود.

در این زمینه باید به جایگاه دیوان کیفری بین‌المللی، در نظام بین‌المللی، درخصوص صلاحیتی که در امور داخلی کشورها دارد، بویژه با

73. Frederico ANDREU – GUZMAN (édit.), *Terrorisme et droits de l'homme*, Commission internationale des Juristes, Genève, avril 2002, p. 47.

عنایت به رأی اخیر دیوان بین‌المللی دادگستری توجه شود.^{۷۴} مسأله حوزه‌هایی که در صلاحیت داخلی کشورها واقع شده‌اند موجب نمی‌شود طرق و ابزارهای گرانمایی که برای مجازات مجرمین حاصل شده‌اند نادیده گرفته شوند، بلکه می‌بایست هرکس در صدد یافتن نقطه تعادل بین دو مسأله اصلی یعنی لزوم تنبیه خطاکاران و مصونیت اشتغالی نمایندگان کشورها در چارچوب کارکرد جهانی باشد که هنوز به درجه کمال نرسیده است. می‌توان مسأله کنترل مردم‌سالارانه دولتها را نیز به این امر مرتبط ساخت.

در پایان باید امیدوار بود عدالت کیفری بین‌المللی برای تحقق هرچه بهتر عدالت بین‌المللی ابعاد وسیع‌تری به خود گیرد. اگرچه در سالهای اخیر نقش دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ) توسعه قابل توجهی پیدا کرده است، لذا این دادگاه باید بیشتر تقویت شود به گونه‌ای که تنها حافظ و مفسر حقوق بین‌الملل الزام‌آور شناخته شود.^{۷۵} و به علاوه در موارد خاص و فنی هم اعمال صلاحیت کند. این هدف (تقویت دیوان بین‌المللی دادگستری) با داشتن رابطه روشن و هماهنگی موزون با دیوان کیفری بین‌المللی حاصل می‌شود. تناقض و تضاد صلاحیت بین این دو مرجع جهانی نتیجه‌ای غیر از تخریب اعتبار عدالت بین‌المللی دربر نخواهد داشت.^{۷۶}

74. Notamment suite à l'Arrêt de la Cour internationale de Justice du 14 février 2002 sur le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), rôle général n° 121, pas encore publié mais disponible sur le site web de la CIJ.

75. از این جهت ما هم با نایب رئیس دادگاه آقای شوآبل (Schwebel) که مانند سایر قضات مخالف، به صورت جدی تأسف و مخالفت خود را در مورد عدم اظهار نظر دیوان، پیرامون مسأله استفاده از سلاحهای هسته‌ای ابراز نمود، هم‌عقیده هستیم. برای اطلاعات بیشتر مراجعه کنید به:

Cf. *op. cit.* n. 68. Une telle position de *non liquet* est en effet de nature à nuire à ce rôle de gardien du droit international que la Cour devrait au contraire assumer avec encore plus de constance et de rigueur à l'avenir.

76. En ce sens, cf. notamment Marco SASSOLI/Laura M. OLSON, *Prosecutor v. Tadic* (Judgement), American Journal of International Law, July 2000, p. 575.

۵- تعریف دوباره نقش دولتها

توسعه حقوق بین الملل برای مواجهه مؤثر با ستیزه‌جویی‌های فعلی جهانی گرایش به این دارد تا استقلال و نقش دولتها را در ارتباط با قواعد تضمین‌کننده منافع بشریت تقلیل دهد. لیکن باید اذعان کرد که برای موفقیت در مبارزه با تروریسم به دولتهای قوی و در عین حال «مسئول» نیاز هست. این دو (یعنی گرایش فوق‌الذکر و نیاز به دول قوی و مسئول) به نظر فقط در ظاهر متناقض می‌باشند. گرچه دولتها بخشی از استقلال خود را که با منافع عامه جامعه بین‌المللی در تعارض است از دست می‌دهند (و طبیعتاً برای هیچ‌کس روند تضعیفی مطلوبیت ندارد)، از یک طرف در حوزه وسیعی که به حاکمیت ملی اختصاص یافته است دولت مسئولیت‌های مربوطه را نیز باید به عهده گیرد، چرا که همچنان که قبلاً متذکر شدیم یک دولت فاسد خطرات متعددی برای همسایگانش دارد.^{۷۷}

از طرف دیگر باید دریافت که حقوق بین‌الملل بدون داشتن نمایندگان اجرایی که بتوانند آن را به کار بندند، به طور مؤثر قابل اعمال نخواهد بود. مبارزه برضد تروریسم در قضیه افغانستان این واقعیت را به خوبی به نمایش گذاشت. در این قضیه شورای امنیت تا آنجا پیش رفت «که به دولتهای همسایه افغانستان تحت کنترل طالبان و به دولتهای دیگر برطبق شرایط خاص، جهت تقویت ظرفیت و توان خود برای اعمال

۷۷. ماکس هوبر این نکته را در چارچوب رأی داوری مربوط به پرونده اموال بریتانیا در بخش اسپانیایی مراکش به سال ۱۹۲۵ این گونه بیان می‌کند: «مسئولیت نتیجه منطقی حقوق است، تمام حقوق متعلقه در نظام بین‌المللی به تبع خود مسئولیت بین‌المللی هم به همراه دارد». مراجعه شود به:

Recueil des sentences arbitrales, Nations Unies, vol. II, p. 641.

او اضافه می‌کند: «مفهوم حاکمیت نباید فقط در وجه منفی‌اش مورد استناد واقع شود (یعنی آن گونه که به معنای مرزبندی یک دولت با دولتهای دیگر بوده مانع فعالیت دولت دیگر در چارچوب این مرزها شود) بلکه حقوق بین‌الملل که حافظ استانداردهای حمایتی حداقل از حقوق بشر را به عهده دارد باید اجازه ورود به این محدوده را داشته باشد» (همان منبع، ص ۸۳۹).

اقدامات لازم و اتخاذ تصمیمات ضروری که شورا توقع آنها را داشت، پیشنهاد کمک کرد».^{۷۸}

چنین پیشنهادی ضرورت وجود یک جامعه بین‌المللی یکپارچه را همراه دو مسأله مطرح می‌سازد، یکی «مشروعیت دموکراتیک» دولتها و دیگری واکنش جامعه بین‌المللی در برابر این حلقه‌های سُست زنجیر وابستگی جهانی که عملکرد جهان شمول آن را به مخاطره می‌اندازد. در دکتترین سنتی از «بی‌اعتنائی حقوق بین‌الملل نسبت به شکلهای سیاسی داخلی»^{۷۹} صحبت شده و آزادی کشورها در انتخاب نوع حکومت خود توسط دیوان دادگستری بین‌المللی مورد تأیید قرار گرفته است.^{۸۰} اما اینک احساس می‌شود در این باره تحولی اساسی رخ داده و تغییرات قابل توجهی راجع به احترام به حقوق بشر و رفع تبعیض از زنان به وجود آمده است.^{۸۱} در سطح اروپایی این پیشرفتهای بسیار چشمگیرتر بوده است. خلاصه، «صحنه حقوق بین‌الملل امروزی گرایش‌های جدید و مثبتی را نشان می‌دهد»^{۸۲} و باید برای تداوم این حرکت مثبت تلاش و کوشش بیشتری به خرج داد. تداوم نظارت بر «مشروعیت دموکراتیک» دولتها بهترین مسیر برای کنترل «تروریسم دولتی» بوده و موجب اعاده اعتبار اتحاد مقدس دولتها در مبارزه بر ضد تروریسم می‌گردد. یافتن نقطه تعادل بین واقعیات

78. Résolution 1363 (2001) du 13 juillet 2001, point 3, lettre b, du dispositif, DOC. ONU S/Res/1363 (2001).

79. Patrick DAILLER/Alain PELLET, *op. cit.* n. 32, par. 281, p. 429-430.

80. Cf. l'Avis de 1971 donné dans l'*Affaire du Sahara occidental*, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances 1975, p. 43-44; et l'Arrêt de 1986 sur les *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (fond)*, Recueil 1986, p. 133.

81. Au point 12 de son dispositif, la résolution 1214 du Conseil de sécurité du 8 décembre 1968, par exemple, "exige que les factions afghanes mettent un terme à la discrimination dont les femmes et les filles font l'objet": DOC. ONU S/RES/1214 (1998).

82. Patrick DAILLER/Alain PELLET, *op. cit.* n. 32, p. 431.

موجود و آرمان پیشروی به سوی مبارزه مؤثر علیه تروریسم به نحوی که بین آنها برخوردی ایجاد نشود ضرورت دارد و باید برای تحقق آن، اهداف به صورت شفاف معین شده و از تمام فرصتها به نحو احسن استفاده شود. همچنین باید دانست که این انتظارات جز با عزم جدی دولتهای قوی و متعهد، برای دست یافتن به عدالت حاصل نخواهد شد، واقعاً نمی توان بدون یاری رسانی به دولتی که وظیفه اصلی او تأمین نیازهای اولیه مردم در عرصه آموزش، بهداشت، امنیت و عدالت است، توقع زیادی داشت.

مسأله دوم که بسیار ظریف و پیچیده است موضوع پیشنهاد کمک به دولتهای همسایه افغانستان در چارچوب قطعنامه ۱۳۶۳ می باشد. اگر این موضوع را با انتظاراتی که از مجموعه دولتها می رود مقایسه کنیم ابهامات و عدم شفافیت آن را درک می کنیم. این دولتها (دول همسایه) تا کی خواهند توانست از آن امتناع نمایند؟ در واقع در اینجا با مسأله مربوط به مداخله در امور دولت دیگر و عناصر تشکیل دهنده آن مواجه هستیم که باید عناصر آن مجدداً تعریف گردند و این موضوع ما را به بررسی مجدد نقش شورای امنیت رهنمون می کند.

۶- تقویت نقش سازمان ملل بویژه شورای امنیت

بدیهی است جامعه ای که می خواهد قدرتمند باشد، به یک محل گفتگو و تبادل نظر و متعاقب آن تصمیم گیری برای حل مسائل خود نیازمند است. این بداهت را با تمام انتقاداتی که به سازمان ملل وارد است نمی توان انکار کرد. ما در اینجا بویژه به نقش شورای امنیت تکیه خواهیم کرد. به نظر، ضرورت دارد مجدداً به نقش شورای امنیت در استفاده از زور در صحنه بین المللی تأکید شود.

امروزه برتری نظامی غیرقابل انکار ایالات متحده در صحنه جهانی، مشکلاتی را در مورد موضوع ظریف و پیچیده به کارگیری زور به وجود آورده است. ظهور مجدد اصل «مداخله بشردوستانه»^{۸۳} و تمایل به بسط مفهوم دفاع مشروع در چارچوب مفهوم غیرشفاف و مبهم «جنگ با تروریسم» باعث شده است تا انتظار پرداخت و تحمل هزینه از طرف دولتها، به خصوص دولتهای قوی و برخوردار از ابزارهای لازم نظیر ایالات متحده، با پشتیبانی شورای امنیت، جهت به کارگیری زور در صحنه بین‌المللی بیشتر و بیشتر گردد. به خاطر تفوق بیش از پیش ایالات متحده، ملاحظه می‌شود که این کشور مذاکرات بین‌المللی را در وضعیت‌هایی که صلح بین‌المللی به خطر افتاده، هدایت و رهبری می‌کند. انتقال این تفوق و برتری سیاسی نظامی امریکا به صحنه بین‌الملل و بنیان‌گذاری یک نظام هژمونی و مبتنی بر برتری (امریکا) مورد پسند عده‌ای واقع شده است.^{۸۴} بطوری که پیشنهاد برتری صلاحیت دادگاههای ملی ایالات متحده بر دادگاههای بین‌المللی جهت محاکمه جرایم بین‌المللی مطرح شده است.^{۸۵}

83. Voir *supra*, point II et n. 40.

84. A ce sujet, cf. notamment Detlev F. VAGTS, *Hegemonic international law*, American Journal of International Law, October 2001, p. 843-848.

همچنین پیرامون نقطه‌نظرات سیاسی ببینید نظر مشاور امنیت ملی پرزیدنت بوش، کندولیزا رایس (Condoleezza RICE) را که اعلام می‌کند: «طراحی یک سیاست خارجی باید براساس موقعیت ممتاز فعلی ایالات متحده آغاز شود» (و این که سیاست خارجی باید «مبتنی بر پایه‌های منافع ملی باشد نه ناشی از منافع فریبنده و وهم‌آلود جامعه بین‌المللی»:

Promoting the National Interest, Foreign Affairs, January/February 2000, p. 46 et 62.

۸۵. به عنوان مثال بنگرید به نظری که در این باره ابراز شده است: «اگر امر دائر بر انتخاب محکمه‌ای که می‌تواند انتظارات مشروع و دموکراتیک مبتنی بر ارزشهای امریکایی را برآورده کند و دادگاه دیگری که فراتر از اعتقادات عمومی و محدود اروپایی قادر به برآورده کردن این انتظارات نیست، باشد، مسلم است که ما سیستم قضایی خود را ترجیح خواهیم داد».

Kenneth ANDERSON, *Law and the War on Terrorism. The Military Tribunal Order*, 25 Harvard Journal of Law and Public Policy 591, Spring 2002, p. 6.

این تمایل به دو دلیل موجب نگرانی است: اول این که با تضعیف نقش شورای امنیت، توسل به زور را به طور دلخواه و بی قاعده تسهیل می کند، چرا که به بهانه دفاع مشروع در برابر تروریسم و با سوءاستفاده از آن زمینه توسل به زور فراهم می گردد و دوم در بلند مدت مانع حصول وحدت و همبستگی جهانی برای حل مشکلات مهم بین المللی می شود. مشکل ویژه جنگ اسرائیل و فلسطین که در حال حاضر تهدید آشکاری برای صلح بین المللی بوده و مستقیماً به شورای امنیت مربوط است، نیاز به یک جامعه بین المللی متحد و مستحکم برای حل این مشکل را کاملاً آشکار ساخته است. در این زمینه نفوذ و نقش برتر ایالات متحده و عدم استحکام شورای امنیت، این نهاد را بی اعتبار کرده و همه مردم جهان را نسبت به شایستگی این نهاد بین المللی در رهبری و هدایت پرونده های این چنینی و برقراری صلح و عدالت بین المللی دچار تردید کرده است.

نیاز نبود انسان متخصص ورزیده باشد تا دریابد به محض آن که طرح کلینتون رئیس جمهور امریکا دائر بر صلح از طریق مذاکره شکست بخورد، دنده های چرخ خشونت و نفرت، در چرخه پایان ناپذیر دو وحشت که یکدیگر را بارور می سازند و می زایانند، یعنی عملیات انتحاری و سرکوبی، به حرکت درخواهد آمد و هرگونه دورنمای صلح و آشتی را خدشه دار خواهد کرد.^{۸۶} عملیات انتحاری، سرکوبی خشونت آمیز، گسترش خشونت و احساسات نژادپرستی در کشورهای مختلف جهان قابل پیش بینی بوده و در این زمینه فقدان یک اراده مشترک و باثبات در شورای امنیت برای کاهش این اقدامات و تضمین یک راه حل نهایی (که دولتها، به تنهایی قادر به تحقق آن نیستند) موجب تأسف است. مضافاً چگونه می شود ارتباط بین این مسأله و توسعه تروریسم بین المللی را نادیده گرفت؟ به نظر می رسد که

86. François MAURIAC, *Bloc-notes 1952-1957*, Paris 1958, p. 88.

شورا باید برطبق مقررات منشور اعتبار خود را در حوزه پاسداری از صلح و امنیت بین‌المللی باز یافته و نقش خود را تقویت کند. تعداد زیادی از نظریه‌هایی که در مورد شورای امنیت ارائه شده‌اند، یا نسبت به آن معترض‌اند یا بر این اعتقادند که حق و توازن و امتیازات پنج عضو دائمی شورای امنیت باید به تعداد دیگری از کشورها نیز تسری داده شود. برعکس، تمایل به تغییر قواعد و عملکردها به منظور حفظ سلطه یک کشور همان‌قدر خطرناک است که تفسیر منشور، به نحوی که قدرت انحصاری شورای امنیت در مورد تصمیمات مربوط به استفاده از قوای نظامی نادیده گرفته شود. با این که در بحبوحه جنگ سرد بود و علی‌رغم دشمنی آشتی‌ناپذیری که کارل یاسپرز (Karl Jaspers) با تمامیت‌خواهی داشت، با وجود این بر خطراتی که قدرت انحصاری دارد، ولو این که دموکراتیک باشد، انگشت تأکید گذاشته است.^{۸۷}

خلاصه هیچ قدرتی، ولو از طریق کنترل نهادهای دموکراتیک، به تنهایی حق ندارد با استفاده از زور خطرات واقعی ایجاد نماید اما، ظاهراً تقویت نقش و اعتبار شورا و کاوش برای یافتن ابزارهای عملی اجرای امنیت ضروری است. به نظر هوبر فدرینه (Hubert Vedrine) وزیر امور خارجه سابق فرانسه «اعضای دائم شورای امنیت در مواقع اضطراری و در مواجهه با مصائب بزرگ جهانی که مداخله سریع (بین‌المللی) را می‌طلبد، بایستی بتوانند خود قاعده‌مندی را رعایت کرده و معیارهای عملی آن را تهیه و اجرا نمایند».^{۸۸}

87. Cf. Karl JASPERS, *La bombe atomique et l'avenir de l'homme*, traduction de l'allemand par Edmond Saget, Paris 1963, en particulier p. 516.

88. Hubert VEDRINE, CD-Rom, cité n. 49, Dans le même sens, cf. Centre de recherche pour le développement international (édit.), *La responsabilité de protéger*, Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des Etats, Ottawa décembre 2001, par. 8. 29, p. 81-82. Cette Commission n'exclut pas, par ailleurs, d'élargir quelque peu le rôle des

ب) تأمل و نکته پایانی

شایسته است که جامعه بین‌المللی تمام انرژی خود را برای مبارزه با تروریسم و التیام زخمهای حاصل از آن به کارگیرد ولی شیوه برخورد با این مسأله برای آینده بشریت بسیار سرنوشت‌ساز است.

این مبارزه اگر با تأمل و دوراندیشی و ژرف‌بینی و سازماندهی مناسب همراه باشد موجب وحدت در جامعه بین‌المللی شده و بدین‌سان مواجهه با مشکلات قرن بیست و یکم یعنی نگرانی فزاینده در مورد سرنوشت عدالت و همبستگی جهانی و حل این مشکلات آسان می‌شود در غیر این صورت اگر این مبارزه و شیوه‌های آن بدون مطالعه و جامع‌نگری باشد مستعد تولید خشونت و سرکوب و بروز خطرات ناشی از آنهاست. در نتیجه هیچ‌کس توان غلبه بر این مشکلات را نخواهد داشت بویژه اگر دولتهای قوی فقط به دنبال منافع خاص خود باشند.

تروریسم بسان نوک یک کوه یخ شناور است. اگر مشکل مربوط به آن حل نشود آن قسمت از این کوه یخی که در زیر آب شناور است در نقطه دیگر ظاهر می‌شود. برای مبارزه با تروریسم شناخت زمینه و عواملی که تروریسم در آنها ریشه دوانیده لازم است و برای شناخت همه‌جانبه این عوامل و یافتن راه‌حل اصولی، به نظر اتخاذ یک روش معقول و جهان‌شمول ضروری است.

organismes régionaux en cas d'absence de réaction du Conseil de sécurité: Ibidem, par. 6.35, p. 59.

مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران
شماره بیست و نهم، پاییز ۱۳۸۲، صص ۴۲۰ - ۳۸۳

عهدنامه مالکیت ادبی و هنری (کپی رایت) سازمان جهانی مالکیت معنوی (WIPO) ۲۰ دسامبر ۱۹۹۶

مصوب کنفرانس دیپلماتیک درباره
پاره‌ای مسائل مربوط به مالکیت ادبی و هنری و حقوق مجاور آن

ژنو ۲ تا ۲۰ دسامبر ۱۹۹۶*

سازمان جهانی مالکیت معنوی
ژنو

اعلامیه‌های مورد توافق کنفرانس دیپلماتیک (که عهدنامه را تصویب کردند) درخصوص پاره‌ای مواد عهدنامه مالکیت ادبی و هنری (WIPO) به صورت پانوشته در متن اصلی عهدنامه زیر مواد ذی‌ربط درج شده‌اند. این پانوشته‌ها در متن حاضر انعکاس نیافته‌اند، و به جای آنها اشاراتی در داخل [] به اعلامیه‌های مورد توافق به عمل آمده است.

*. مشخصات مأخذ عهدنامه عبارت است از:

International Legal Materials, vol. XXXVI, No. 1, January 1997, pp. 67-75

این عهدنامه توسط آقای محمدجواد میرفخرایی به فارسی برگردانده شده است.

فهرست

مقدمه

- ماده ۱: رابطه با کنوانسیون برن
- ماده ۲: گستره حمایت از مالکیت ادبی و هنری
- ماده ۳: اجرای مواد ۲ تا ۶ کنوانسیون برن
- ماده ۴: برنامه‌های رایانه‌ای
- ماده ۵: گردآوری داده‌ها (بانکهای اطلاعاتی)
- ماده ۶: حق پخش
- ماده ۷: حق اجاره
- ماده ۸: حق انتقال به عموم
- ماده ۹: مدت حمایت از آثار عکاسی
- ماده ۱۰: محدودیتها و استثنائات
- ماده ۱۱: تکالیف مربوط به تدابیر فنی
- ماده ۱۲: تکالیف مربوط به اطلاعات مدیریت حقوق
- ماده ۱۳: اجرای در زمان
- ماده ۱۴: مقررات مربوط به اجرای حقوق
- ماده ۱۵: مجمع
- ماده ۱۶: دفتر بین‌المللی
- ماده ۱۷: واجد شرایط شدن برای عضویت در عهدنامه
- ماده ۱۸: حقوق و تکالیف تحت عهدنامه
- ماده ۱۹: امضای عهدنامه
- ماده ۲۰: لازم‌الاجرا شدن عهدنامه
- ماده ۲۱: تاریخ مؤثر عضویت در عهدنامه

ماده ۲۲: ممنوعیت قید تحدید تعهد به عهدنامه

ماده ۲۳: کناره گیری از عهدنامه

ماده ۲۴: زیانهای عهدنامه

ماده ۲۵: امانتدار

مقدمه

طرفهای متعاقد،

با میل به بسط و حمایت هرچه بیشتر و یکپارچه‌تر از حقوق پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری،

با تصدیق ضرورت وضع مقررات جدید بین‌المللی و تبیین مفهوم برخی مقررات موجود به منظور تأمین راه‌های کافی برای پاسخگویی به مسائل ناشی از تحولات نوین اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و فنی،

با تأیید اثر عمیق توسعه و تقریب اطلاعات و علوم ارتباطات نسبت به خلق و استفاده از آثار ادبی و هنری،

با تأکید بر نقش برجسته حمایت از مالکیت ادبی و هنری به عنوان انگیزه‌ای برای خلق آثار ادبی و هنری،

با اذعان به ضرورت حفظ توازن بین حقوق پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری و منافع و مصالح گسترده‌تر جامعه، بویژه در بخشهای آموزش و پرورش، پژوهش و دسترسی به اطلاعات به شرح منعکس در کنوانسیون برن،

به شرح زیر توافق کرده‌اند:

ماده ۱

رابطه با کنوانسیون برن

(۱) در چارچوب مفاد ماده ۲۰ کنوانسیون برن درخصوص حمایت از آثار ادبی و هنری، این عهدنامه در رابطه با طرفهای متعاهدی که به موجب آن کنوانسیون کشورهای عضو اتحادیه شناخته می‌شوند، قراردادی خاص به شمار می‌رود. این عهدنامه هیچ‌گونه ارتباطی با عهدنامه‌های دیگر به غیر از کنوانسیون برن ندارد، و به حقوق و تکالیف موضوع سایر عهدنامه‌ها هیچ‌گونه خدشه‌ای وارد نمی‌کند.

(۲) هیچ‌یک از مقررات این عهدنامه از تعهداتی که طرفهای متعاهد در حال حاضر طبق کنوانسیون برن در خصوص حمایت از آثار ادبی و هنری نسبت به یکدیگر دارند، عدول نخواهد کرد.

(۳) از این به بعد، «کنوانسیون برن» به قانون مصوب ۲۴ ژوئیه ۱۹۷۱ پاریس درباره کنوانسیون برن در خصوص حمایت از آثار ادبی و هنری اشاره خواهد کرد.

(۴) طرفهای متعاهد مواد ۱ تا ۲۱ و پیوست کنوانسیون برن را اجرا خواهند کرد. [نگاه کنید به اعلامیه مورد توافق در خصوص ماده ۱ (۴)]

ماده ۲

گستره حمایت از مالکیت ادبی و هنری

حمایت از مالکیت ادبی و هنری شامل آثاری با نمود خارجی می‌گردد و به افکار، روشها، راه‌های عمل و یا مفاهیم ریاضی تا وقتی که جنبه بیرونی نیافته‌اند، تسری ندارد.

ماده ۳

اجرای مواد ۲ تا ۶ کنوانسیون برن

طرفهای متعاهد مفاد مندرج در مواد ۲ تا ۶ کنوانسیون برن را با تغییرات ضروری در ارتباط با حمایت پیش‌بینی شده در این عهدنامه اعمال خواهند کرد. [نگاه کنید به اعلامیه مورد توافق در خصوص ماده ۳]

ماده ۴

برنامه‌های رایانه‌ای

برنامه‌های رایانه‌ای به عنوان آثار ادبی در چارچوب ماده ۲ کنوانسیون برن از حمایت برخوردارند. این حمایت به برنامه‌های رایانه‌ای، قطع نظر از وسیله و یا شکل ابراز آنها، تسری دارد. [نگاه کنید به اعلامیه مورد توافق در خصوص ماده ۴]

ماده ۵

گردآوری داده‌ها (بانکهای اطلاعاتی)

هر نوع گردآوری داده و یا اطلاعات دیگری، که به صرف گزینش و یا ترتیب بخشیدن به محتویات آن به معنای خلق آثار معنوی قلمداد شود، از حمایت برخوردار است. این حمایت شامل خود داده و یا اطلاعات مزبور نگردیده و به حق مالکیت معنوی از قبل موجود در داده و یا اطلاعات گردآوری شده، هیچ گونه خدشه‌ای وارد نخواهد کرد. [نگاه کنید به اعلامیه مورد توافق در خصوص ماده ۵]

ماده ۶

حق پخش

(۱) پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری از این حق انحصاری برخوردارند که پخش و انتشار اصل و کپی‌هایی از آثار خود را از طریق فروش و یا سایر اشکال انتقال مالکیت، اجازه دهند.

(۲) هیچ‌یک از مقررات این عهدنامه آزادی طرفهای متعاقد را برای قرار دادن شرایطی جهت انتفاء حق موضوع بند (۱) پس از نخستین فروش و یا سایر اشکال انتقال مالکیت اصل و یا کپی اثر با اجازه پدیدآورنده آن، محدود نخواهد کرد. [نگاه کنید به اعلامیه مورد توافق در خصوص مواد ۶ و ۷]

ماده ۷ حق اجاره

(۱) پدیدآورندگان

(یک) برنامه‌های رایانه‌ای؛

(دو) کارهای گرافیک سینمایی؛ و

(سه) کارهای ارائه شده در فونوگرام‌ها، به شرح تعیین شده در قانون

ملی طرفهای متعاقد، از این حق انحصاری برخوردارند که اجازه

تجاری اصول و یا کپی‌هایی از آثار خود را به عموم اجازه دهند.

(۲) بند (۱) نسبت به موارد زیر اجرا نخواهد شد:

(یک) در مورد برنامه‌های رایانه‌ای، چنانچه خود برنامه موضوع

اصلی اجاره نباشد؛ و

(دو) نسبت به کارهای گرافیک سینمایی، مگر در حالتی که اجازه

تجاری به نسخه‌برداری گسترده از چنین کارهایی انجامیده و بطور عمده به

حق انحصاری تکثیر لطمه وارد کند.

(۳) قطع نظر از مفاد بند (۱)، هر طرف متعاهدی که در ۱۵ آوریل ۱۹۹۴

برای اجازه نسخه‌هایی از آثار ارائه شده در فونوگرام‌ها روش پرداخت

حق‌الزحمه منصفانه‌ای با پدیدآورندگان آنها داشته و کماکان نیز دارد،

می‌تواند آن روش را همچنان حفظ کند به شرط این‌که اجازه تجاری

کارهای ارائه شده در فونوگرام‌ها به حق انحصاری پدیدآورندگان برای

تکثیر آثار خود لطمه جدی وارد نکند. [نگاه کنید به اعلامیه مورد توافق

در خصوص مواد ۶ و ۷، و اعلامیه مورد توافق در خصوص ماده ۷]

ماده ۸

حق انتقال به عموم

بدون خدشه به مفاد مندرج در مواد ۱۱(۱)(دو)، ۱۱ تکراری (۱)(یک) و (دو)، ۱۱ مکرر (۱)(دو)، ۱۴(۱)(دو) و ۱۴ تکراری (۱) کنوانسیون برن، پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری از این حق انحصاری برخوردارند که اجازه دهند آثار آنها توسط حامل‌های با سیم و یا بی‌سیم، از جمله به طریقی که آحاد مردم بتوانند در هر مکان و زمانی به انتخاب خود به آنها دسترسی داشته باشند، به عموم انتقال یابد. [نگاه کنید به اعلامیه مورد توافق در خصوص ماده ۸]

ماده ۹

مدت حمایت از آثار عکاسی

در ارتباط با آثار عکاسی، طرفهای متعاقد مقررات ماده ۷(۴) کنوانسیون برن را اجرا نخواهند کرد.

ماده ۱۰

محدودیتها و استثنائات

(۱) طرفهای متعاقد می‌توانند در پاره‌ای موارد خاص که با استفاده متعارف از اثر ناسازگار نبوده و به منافع قانونی خالق اثر نیز لطمه غیر منطقی وارد نکند، در قوانین ملی خود محدودیتها و یا استثنائاتی را نسبت به حقوق اعطا

شده به موجب این عهدنامه برای پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری پیش‌بینی کنند.

(۲) طرفهای متعاقد در مقام اجرای کنوانسیون برن هرگونه محدودیتها و یا استثنائات وارده به حقوق پیش‌بینی شده در کنوانسیون مزبور را به پاره‌ای موارد خاص که با استفاده متعارف از اثر ناسازگار نبوده و به منافع قانونی خالق اثر لطمه غیرقانونی وارد نمی‌کند، محدود خواهند کرد. [نگاه کنید به اعلامیه مورد توافق در خصوص ماده ۱۰]

ماده ۱۱

تکالیف مربوط به تدابیر فنی

طرفهای متعاقد حمایت قانونی کافی و ضمانت اجراهای مؤثری را برای مقابله با تخلف از تدابیر فنی مؤثری که پدیدآورندگان آثار برای اجرای حق خود طبق این عهدنامه و یا کنوانسیون برن اتخاذ کرده و اقدامات غیرمجاز از دیدگاه پدیدآورندگان اثر و یا قانون را محدود می‌سازد، پیش‌بینی خواهند کرد.

ماده ۱۲

تکالیف مربوط به اطلاعات مدیریت حقوق

(۱) طرفهای متعاقد حمایت قانونی کافی و ضمانت اجراهای مؤثری را برای مقابله با هرکس که یکی از اعمال زیر را انجام دهد با علم به این که

آن عمل تجاوز به حق موضوع این عهدنامه و یا کنوانسیون برن را ترغیب، ممکن، تسهیل و یا مخفی می‌نماید، پیش‌بینی خواهند کرد:

(یک) محو و یا تغییر بدون اجازه هرگونه اطلاعات مدیریت حقوق الکترونیک؛

(دو) توزیع، واردات برای توزیع، پخش و یا گذاشتن آثار و یا کپی‌هایی از آثار در اختیار عموم بدون اجازه صاحب اثر و با علم به این که اطلاعات مدیریت حقوق الکترونیک بدون اجازه محو شده و یا تغییر یافته است.

(۲) منظور از «اطلاعات مدیریت حقوق» در این ماده، اطلاعاتی است که معرف اثر، پدیدآورنده اثر، دارنده هرگونه حق در اثر بوده و یا اطلاعاتی درباره شرایط و ضوابط استفاده از اثر، و هرگونه شماره و یا کد معرف اطلاعات مزبور چنانچه هریک از اقلام این اطلاعات منضم به یک نسخه از اثر بوده و یا در رابطه با انعکاس اثر به عموم منتشر شود. [نگاه کنید به اعلامیه مورد توافق در خصوص ماده ۱۲]

ماده ۱۳

اجرای در زمان

طرفهای متعهد مقررات ماده ۱۸ کنوانسیون برن را به کلیه حمایت‌های پیش‌بینی شده در این عهدنامه تسری خواهند داد.

ماده ۱۴

مقررات مربوط به اجرای حقوق

(۱) طرفهای متعاقد متعهد می گردند که با رعایت نظامهای حقوقی خود، تدابیر لازم را برای حصول اطمینان از اجرای این عهدنامه اتخاذ کنند.

(۲) طرفهای متعاقد تضمین می کنند که تحت قوانین داخلی آنها ساز و کارهای اجرایی لازم برای مقابله مؤثر با هرگونه تجاوز به حقوق موضوع این عهدنامه، شامل طرق فوری جبران خسارت برای جلوگیری از تخلفات و تدابیر بازدارنده از وقوع تخلفات بیشتر، پیش‌بینی شده است.

ماده ۱۵

مجمع

(۱) (الف) طرفهای متعاقد دارای یک مجمع خواهند بود.

(ب) هریک از طرفهای متعاقد توسط نماینده اعزامی خود در این مجمع نمایندگی خواهد شد، و او می تواند به وسیله نمایندگان، مشاوران و کارشناسان علی‌البدل یاری گردد.

(ج) هزینه‌های هر هیأت نمایندگی توسط دولت متبوع هیأت، پرداخت خواهد شد. مجمع می تواند از سازمان جهانی مالکیت معنوی (از این پس به عنوان "WIPO" اشاره می شود) تقاضا کند که به منظور تسهیل مشارکت هیأت‌های نمایندگی طرفهای متعاهدی که در عداد کشورهای در حال توسعه و یا کشورهای در حال گذار به اقتصاد بازار آزاد هستند، با

توجه به روش جاری مجمع عمومی سازمان ملل متحد کمکهای مالی اعطا نماید.

(۲) (الف) مجمع به مسائل مربوط به حفظ و توسعه این عهدنامه و اجرا و کاربرد آن رسیدگی خواهد کرد.

(ب) مجمع، مسئولیت محوله به موجب ماده ۱۷(۲) درخصوص پذیرش برخی سازمانهای بین‌الدولی به عضویت این عهدنامه را اجرا خواهد کرد.

(ج) مجمع نسبت به برگزاری هرگونه کنفرانس دیپلماتیک برای بازنگری در این معاهده تصمیم‌گیری نموده و دستورهای لازم را برای تهیه مقدمات برگزاری این کنفرانس دیپلماتیک به مدیرکل سازمان جهانی مالکیت معنوی خواهد داد.

(۳) (الف) هریک از طرفهای متعاقد که دولت باشد دارای یک رأی بوده و فقط به نام خود رأی خواهد داد.

(ب) هریک از طرفهای متعاقد که سازمانی بین‌الدولی باشد می‌تواند به‌جای دولتهای عضو خود و به تعداد آرایایی برابر با آرای دولتهایی که عضویت این عهدنامه را دارند، در رأی‌گیری شرکت نماید. چنانچه هریک از دولتهای عضو حق رأی خود را به اجرا درآورد، سازمان بین‌الدولی حق شرکت در رأی نخواهد داشت و برعکس.

(۴) جلسات عادی مجمع هر دو سال یکبار بنا به دعوت مدیرکل سازمان جهانی مالکیت معنوی برگزار خواهد شد.

(۵) مجمع قواعد شکلی خود، شامل آیین دعوت برای جلسات فوق‌العاده، مقررات مربوط به حد نصاب و اکثریت لازم برای انواع مختلف تصمیمات را با توجه به مقررات عهدنامه حاضر تصویب خواهد کرد.

ماده ۱۶

دفتر بین‌المللی

دفتر بین‌المللی سازمان جهانی مالکیت معنوی امور اداری مربوط به عهدنامه را انجام خواهد داد.

ماده ۱۷

واجد شرایط شدن برای عضویت در عهدنامه

(۱) هر دولت عضو سازمان جهانی مالکیت معنوی می‌تواند به عضویت این عهدنامه درآید.

(۲) مجمع می‌تواند نسبت به پذیرش عضویت هر سازمان بین‌الدولی، که شایستگی خود برای عضویت و وجود قوانین لازم‌الاجرا توسط تمام دولتهای عضو با توجه به مسائل تحت پوشش این عهدنامه و نیز داشتن اختیارات کافی مطابق با مقررات داخلی خود را برای عضویت در این عهدنامه اعلام نماید، تصمیم‌گیری کند.

(۳) جامعه اروپا می‌تواند با صدور اعلامیه مذکور در بند قبلی در کنفرانس دیپلماتیک تصویب‌کننده این عهدنامه، به عضویت عهدنامه حاضر درآید.

ماده ۱۸

حقوق و تکالیف تحت عهدنامه

مشروط به هرگونه مقررۀ خاص معارض در این عهدنامه، هریک از طرفهای متعاقد برخوردار از کلیۀ حقوق و ملتزم به کلیۀ تعهدات موضوع این عهدنامه خواهد بود.

ماده ۱۹

امضای عهدنامه

این عهدنامه تا ۳۱ دسامبر ۱۹۹۷ برای امضاء هریک از کشورهای عضو سازمان جهانی مالکیت معنوی و جامعه اروپا مفتوح خواهد بود.

ماده ۲۰

لازم الاجرا شدن عهدنامه

این عهدنامه سه ماه پس از تودیع ۳۰ سند تصویب و یا الحاق از جانب کشورها نزد مدیرکل سازمان جهانی مالکیت معنوی، لازم الاجرا خواهد شد.

ماده ۲۱

تاریخ مؤثر عضویت در عهدنامه

(یک) این عهدنامه برای ۳۰ کشور مورد اشاره در ماده ۲۰ از تاریخ لازم الاجرا شدن عهدنامه؛

(دو) برای هر کشور دیگر پس از انقضای سه ماه از تاریخ تودیع سند نزد مدیر کل سازمان جهانی مالکیت معنوی؛

(سه) برای جامعه اروپا پس از انقضای سه ماه از تودیع سند تصویب و یا الحاق چنانچه این سند پس از لازم الاجرا شدن عهدنامه طبق ماده ۲۰ تودیع شده، و یا سه ماه پس از لازم الاجرا شدن عهدنامه چنانچه سند مزبور پیش از لازم الاجرا شدن عهدنامه سپرده شده باشد؛

(چهار) برای هر سازمان بین‌الدولی دیگر که عضویت این عهدنامه را پذیرفته است، پس از انقضای سه ماه از تودیع سند الحاق خود، الزام آور خواهد گردید.

ماده ۲۲

ممنوعیت قید تحدید تعهد به عهدنامه

هیچ گونه قید تحدید تعهدی به این عهدنامه پذیرفته نیست.

ماده ۲۳

کناره‌گیری از عهدنامه

هریک از طرفهای متعاقد می‌تواند با ارسال اطلاعیه‌ای برای مدیر کل سازمان جهانی مالکیت معنوی از این عهدنامه کناره‌گیری کند. این کناره‌گیری یک سال پس از تاریخ وصول اطلاعیه به مدیر کل سازمان جهانی مالکیت معنوی نافذ خواهد شد.

ماده ۲۴

زبانهای عهدنامه

(۱) این عهدنامه در یک نسخه اصل به زبانهای انگلیسی، عربی، چینی، فرانسه، روسی و اسپانیایی به امضاء رسیده است و متون کلیه زبانها از ارزش واحد برخوردارند.

(۲) متن رسمی عهدنامه به هر زبان دیگری غیر از زبانهای مزبور در بند (۱) توسط مدیرکل سازمان جهانی مالکیت معنوی به تقاضای طرف ذی نفع، پس از رایزنی با کلیه طرفهای ذی نفع در قضیه، تصدیق خواهد شد. از لحاظ این بند، «طرف ذی نفع» عبارت است از هر کشور عضو سازمان جهانی مالکیت معنوی که زبان رسمی و یا یکی از زبانهای رسمی آن در قضیه مطرح بوده و جامعه اروپا و هر سازمان بین‌الدولی دیگر واجد شرایط برای عضویت در عهدنامه، چنانچه یکی از زبانهای رسمی آن مطرح باشد.

ماده ۲۵

امانتدار

مدیرکل سازمان جهانی مالکیت معنوی امانتدار این عهدنامه خواهد بود.

سازمان جهانی مالکیت معنوی

ژنو

کنفرانس دیپلماتیک درباره

پاره‌ای مسائل مربوط به مالکیت ادبی و هنری و حقوق مجاور آن

ژنو، ۲ تا ۲۰ دسامبر ۱۹۹۶

اعلامیه‌های مورد توافق درخصوص عهدنامه مالکیت ادبی و هنری

سازمان جهانی مالکیت معنوی (WIPO)

مصوب کنفرانس دیپلماتیک در ۲۰ دسامبر ۱۹۹۶

درخصوص ماده ۱(۴)

حق تکثیر اثر به شرح مندرج در ماده ۹ کنوانسیون برن، و استثنائات پذیرفته شده در آن ماده، نسبت به شرایط دیجیتال، بویژه استفاده از آثار در شکل دیجیتال کاملاً اعمال می‌گردند. توافق بر این است که ذخیره کردن یک اثر حمایت شده به شکل دیجیتال در یک وسیله الکترونیکی، به معنای تکثیر به مفهوم ماده ۹ کنوانسیون برن می‌باشد.

درخصوص ماده ۳

توافق بر این است که در اجرای ماده ۳ عهدنامه حاضر، اصطلاح «کشور اتحادیه» مذکور در مواد ۲ تا ۶ کنوانسیون برن به معنای طرف متعاقد این

عهدنامه در اجرای موادی از کنوانسیون برن ناظر به حمایت پیش‌بینی شده در این عهدنامه می‌باشد. همچنین تفاهم بر این است که اصطلاح «کشور خارج اتحادیه» در آن مواد از کنوانسیون برن تحت شرایط مشابه به معنای کشوری است که عضو این عهدنامه نبوده و عبارت «این کنوانسیون» در مواد ۲(۸)، ۲ مکرر (۲)، ۳، ۴ و ۵ کنوانسیون برن به کنوانسیون برن و این عهدنامه اشاره دارد. در نهایت، توافق بر این است که اشاره مواد ۳ تا ۶ کنوانسیون برن به «تبعه یکی از کشورهای اتحادیه» در صورت اجرای مواد مزبور به این عهدنامه، در ارتباط با یک سازمان بین‌الدولی عضو این عهدنامه، به معنای تبعه یکی از کشورهای عضو آن سازمان است.

درخصوص ماده ۴

گستره حمایت از برنامه‌های رایانه‌ای ذیل ماده ۴ این عهدنامه، با عنایت به ماده ۲، با ماده ۲ کنوانسیون برن و مقررات ذی‌ربط در موافقتنامه راجع به جنبه‌های مرتبط با تجارت حقوق مالکیت معنوی* (TRIPS) همخوانی دارد.

درخصوص ماده ۵

گستره حمایت از گردآوری داده‌ها (بانکهای اطلاعاتی) ذیل ماده ۵ این عهدنامه با عنایت به ماده ۲، با ماده ۲ کنوانسیون برن و مقررات ذی‌ربط در موافقتنامه راجع به جنبه‌های مرتبط با تجارت حقوق مالکیت معنوی (TRIPS) انطباق دارد.

*. "Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights".

در خصوص مواد ۶ و ۷

اصطلاحات «کپی‌ها» و «اصل و کپی‌ها» به کار رفته در این مواد در رابطه با حق پخش و حق اجاره طبق مواد مزبور، انحصاراً به نسخه‌های کپی ثابت که به عنوان اقلام ملموس قابل توزیع می‌باشند اشاره دارد.

در خصوص ماده ۷

توافق بر این است که تکلیف موضوع ماده ۷(۱) طرف متعاقد را به تأمین حق انحصاری اجاره تجاری برای پدیدآورندگان آثاری که طبق قانون متبوع خود حقی در ارتباط با فونوگرام برای ایشان نشناخته است، ملزم نمی‌سازد. توافق بر این است که این تکلیف با ماده ۱۴(۴) موافقتنامه راجع به جنبه‌های مرتبط با تجارت حقوق مالکیت معنوی (TRIPS) سازگاری دارد.

در خصوص ماده ۸

توافق بر این است که صرف تدارک تسهیلات مادی برای ممکن ساختن و یا ایجاد ارتباطات فی‌نفسه به معنای ارتباط به مفهوم مورد نظر در عهدنامه و یا کنوانسیون برن نیست. همچنین توافق شده که مفاد ماده ۸ به هیچ‌وجه طرف متعاقد را از اعمال ماده ۱۱ مکرر (۲) منع نمی‌کند.

درخصوص ماده ۱۰

توافق بر این است که مفاد ماده ۱۰ به طرفهای متعاقد اجازه می‌دهد که محدودیتها و استثنائات قوانین داخلی خود را که طبق کنوانسیون برن قابل قبول شناخته شده‌اند، تعمیم بخشیده و متناسباً به شرایط دیجیتال تسری دهند. ایضاً از مفاد این ماده باید اجازه به طرفهای متعاقد برای وضع استثنائات و محدودیت‌های جدیدی متناسب با شرایط شبکه دیجیتالی استنباط شود.

همچنین توافق بر این است که ماده ۱۰(۲) گستره شمول محدودیتها و استثنائات تجویز شده توسط کنوانسیون برن را نه کاهش و نه افزایش می‌دهد.

درخصوص ماده ۱۲

توافق بر این است که اشاره به «تجاوز به هرگونه حق موضوع این عهدنامه یا کنوانسیون برن» شامل حقوق انحصاری و حقوق حق‌الزحمه نیز می‌گردد.

توافق بر این است که طرفهای متعاقد به این ماده، جهت تعبیه و یا اجرای سیستم‌های مدیریت حقوق، که به برقراری مقرراتی خواهد انجامید که در کنوانسیون برن و یا این عهدنامه تجویز نگردیده و مانع نقل و انتقال آزاد کالاها و یا انتفاع از حقوق موضوع این عهدنامه می‌گردد، توسل نخواهند جست.

WIPO COPYRIGHT TREATY

December 20, 1996

ADOPTED BY THE DIPLOMATIC CONFERENCE ON
CERTAIN COPYRIGHT AND NEIGHBORING RIGHTS
QUESTIONS

Geneva, December 2 to 20, 1996

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION
GENEVA

The agreed statements of the Diplomatic Conference (that adopted the Treaty) concerning certain provisions of the WCT are reproduced in the original text of the Treaty as footnotes under the provisions concerned. These footnotes do not appear in the present text, but are replaced by bracketed references to the corresponding agreed statements.

Contents

Preamble

Article 1: Relation to the Berne Convention

Article 2: Scope of Copyright Protection

Article 3: Application of Articles 2 to 6 of the Berne Convention

Article 4: Computer Programs

Article 5: Compilations of Data (Databases)

Article 6: Right of Distribution

Article 7: Right of Rental

Article 8: Right of Communication to the Public

Article 9: Duration of the Protection of Photographic Works

Article 10: Limitations and Exceptions

Article 11: Obligations concerning Technological Measures

Article 12: Obligations concerning Rights Management

Information

Article 13: Application in Time

Article 14: Provisions on Enforcement of Rights

Article 15: Assembly

Article 16: International Bureau

Article 17: Eligibility for Becoming Party to the Treaty

Article 18: Rights and Obligations under the Treaty

Article 19: Signature of the Treaty

Article 20: Entry into Force of the Treaty

Article 21: Effective Date of Becoming Party to the Treaty

Article 22: No Reservations to the Treaty

Article 23: Denunciation of the Treaty

Article 24: Languages of the Treaty

Article 25: Depositary

Preamble

The Contracting Parties,

Desiring to develop and maintain the protection of the rights of authors in their literary and artistic works in a manner as effective and uniform as possible,

Recognizing the need to introduce new international rules and clarify the interpretation of certain existing rules in order to provide adequate solutions to the questions raised by new economic, social, cultural and technological developments,

Recognizing the profound impact of the development and convergence of information and communication technologies on the creation and use of literary and artistic works,

Emphasizing the outstanding significance of copyright protection as an incentive for literary and artistic creation,

Recognizing the need to maintain a balance between the rights of authors and the larger public interest, particularly education, research and access to information, as reflected in the Berne Convention,

Have agreed as follows:

Article 1

Relation to the Berne Convention

- (1) This Treaty is a special agreement within the meaning of Article 20 of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, as regards Contracting Parties that are countries of the Union established by that Convention. This Treaty shall not have any connection with treaties other than the Berne Convention, nor shall it prejudice any rights and obligations under any other treaties.
- (2) Nothing in this Treaty shall derogate from existing obligations that Contracting Parties have to each other under the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works.
- (3) Hereinafter, "Berne Convention" shall refer to the Paris Act of July 24, 1971 of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works.
- (4) Contracting Parties shall comply with Articles 1 to 21 and the Appendix of the Berne Convention. [See the agreed statement concerning Article 1(4)]

Article 2

Scope of Copyright Protection

Copyright protection extends to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.

Article 3

Application of Articles 2 to 6 of the Berne Convention

Contracting Parties shall apply *mutatis mutandis* the provisions of Articles 2 to 6 of the Berne Convention in respect of the protection provided for in this Treaty. [See the agreed statement concerning Article 3]

Article 4

Computer Programs

Computer programs are protected as literary works within the meaning of Article 2 of the Berne Convention. Such protection applies to computer programs, whatever may be the mode or form of their expression. [See the agreed statement concerning Article 4]

Article 5

Compilations of Data (Databases)

Compilations of data or other material, in any form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations, are protected as such. This protection does not extend to the data or the material itself and is without prejudice to any copyright subsisting in the data or material contained in the compilation. [See the agreed statement concerning Article 5]

Article 6

Right of Distribution

(1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their works through sale or other transfer of ownership.

(2) Nothing in this Treaty shall affect the freedom of Contracting Parties to determine the conditions, if any, under which the exhaustion of the right in paragraph (1) applies after the first sale or other transfer of ownership of the original or a copy of the work with the authorization of the author. [See the agreed statement concerning Articles 6 and 7]

Article 7

Right of Rental

(1) Authors of:

(i) computer programs;

(ii) cinematographic works; and

(iii) works embodied in phonograms, as determined in the national law of Contracting Parties, shall enjoy the exclusive right of authorizing commercial rental to the public of the originals or copies of their works.

(2) Paragraph (1) shall not apply:

(i) in the case of computer programs, where the program itself is not the essential object of the rental; and

(ii) in the case of cinematographic works, unless such commercial rental has led to widespread copying of such works materially impairing the exclusive right of reproduction.

(3) Notwithstanding the provisions of paragraph (1), a Contracting Party that, on April 15, 1994, had and continues to have in force a system of equitable remuneration of authors for the rental of copies of their works embodied in phonograms may maintain that system provided that the commercial rental of works embodied in phonograms is not giving rise to the material impairment of the exclusive right of reproduction of authors. [See the agreed statement concerning Articles 6 and 7, and the agreed statement concerning Article 7]

Article 8

Right of Communication to the Public

Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11*bis*(1)(i) and (ii), 11*ter*(1)(ii), 14(1)(ii) and 14 *bis*(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them. [See the agreed statement concerning Article 8]

Article 9

Duration of the Protection of Photographic Works

In respect of photographic works, the Contracting Parties shall not apply the provisions of Article 7(4) of the Berne Convention.

Article 10

Limitations and Exceptions

(1) Contracting Parties may, in their national legislation, provide for limitations of or exceptions to the rights granted to authors of literary and artistic works under this Treaty in certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

(2) Contracting Parties shall, when applying the Berne Convention, confine any limitations of or exceptions to rights provided for therein to certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author. [See the agreed statement concerning Article 10]

Article 11

Obligations concerning Technological Measures

Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law.

Article 12

Obligations concerning Rights Management Information

(1) Contracting Parties shall provide adequate and effective legal remedies against any person knowingly performing any of the following acts knowing, or with respect to civil remedies having reasonable grounds to know, that it will induce, enable, facilitate or conceal an infringement of any right covered by this Treaty or the Berne Convention:

(i) to remove or alter any electronic rights management information without authority;

(ii) to distribute, import for distribution, broadcast or communicate to the public, without authority, works or copies of works knowing that electronic rights management information has been removed or altered without authority.

(2) As used in this Article, “rights management information” means information which identifies the work, the author of the work, the owner of any right in the work, or information about the terms and conditions of use of the work, and any numbers or codes that represent such information, when any of these items of information is attached to a copy of a work or appears in connection with the communication of a work to the public. [See the agreed statement concerning Article 12]

Article 13

Application in Time

Contracting Parties shall apply the provisions of Article 18 of the Berne Convention to all protection provided for in this Treaty.

Article 14

Provisions on Enforcement of Rights

(1) Contracting Parties undertake to adopt, in accordance with their legal systems, the measures necessary to ensure the application of this Treaty.

(2) Contracting Parties shall ensure that enforcement procedures are available under their law so as to permit effective action against any act of infringement of rights covered by this Treaty, including expeditious remedies to prevent infringements and remedies which constitute a deterrent to further infringements.

Article 15

Assembly

(1) (a) The Contracting Parties shall have an Assembly.

(b) Each Contracting Party shall be represented by one delegate who may be assisted by alternate delegates, advisors and experts.

(c) The expenses of each delegation shall be borne by the Contracting Party that has appointed the delegation. The Assembly may ask the World Intellectual Property Organization (hereinafter referred to as "WIPO") to grant financial assistance to facilitate the participation of delegations of Contracting Parties that are regarded as developing countries in conformity with the established practice of the General Assembly of the United Nations or that are countries in transition to a market economy.

(2) (a) The Assembly shall deal with matters concerning the maintenance and development of this Treaty and the application and operation of this Treaty.

(b) The Assembly shall perform the function allocated to it under Article 17(2) in respect of the admission of certain intergovernmental organizations to become party to this Treaty.

(c) The Assembly shall decide the convocation of any diplomatic conference for the revision of this Treaty and give the necessary instructions to the Director General of WIPO for the preparation of such diplomatic conference.

(3) (a) Each Contracting Party that is a State shall have one vote and shall vote only in its own name.

(b) Any Contracting Party that is an intergovernmental organization may participate in the vote, in place of its Member States, with a number of votes equal to the number of its Member States which are party to this Treaty. No such intergovernmental organization shall participate in the vote if any one of its Member States exercises its right to vote and *vice versa*.

(4) The Assembly shall meet in ordinary session once every two years upon convocation by the Director General of WIPO.

(5) The Assembly shall establish its own rules of procedure, including the convocation of extraordinary sessions, the requirements of a quorum and, subject to the provisions of this Treaty, the required majority for various kinds of decisions.

Article 16

International Bureau

The International Bureau of WIPO shall perform the administrative tasks concerning the Treaty.

Article 17

Eligibility for Becoming Party to the Treaty

- (1) Any Member State of WIPO may become party to this Treaty.
- (2) The Assembly may decide to admit any intergovernmental organization to become party to this Treaty which declares that it is competent in respect of, and has its own legislation binding on all its Member States on, matters covered by this Treaty and that it has been duly authorized, in accordance with its internal procedures, to become party to this Treaty.
- (3) The European Community, having made the declaration referred to in the preceding paragraph in the Diplomatic Conference that has adopted this Treaty, may become party to this Treaty.

Article 18

Rights and Obligations under the Treaty

Subject to any specific provisions to the contrary in this Treaty, each Contracting Party shall enjoy all of the rights and assume all of the obligations under this Treaty.

Article 19

Signature of the Treaty

This Treaty shall be open for signature until December 31, 1997, by any Member State of WIPO and by the European Community.

Article 20

Entry into Force of the Treaty

This Treaty shall enter into force three months after 30 instruments of ratification or accession by States have been deposited with the Director General of WIPO.

Article 21

Effective Date of Becoming Party to the Treaty

This Treaty shall bind

(i) the 30 States referred to in Article 20, from the date on which this Treaty has entered into force;

(ii) each other State from the expiration of three months from the date on which the State has deposited its instrument with the Director General of WIPO;

(iii) the European Community, from the expiration of three months after the deposit of its instrument of ratification or accession if such instrument has been deposited after the entry into force of this Treaty according to Article 20, or, three months after the entry into force of this Treaty if such instrument has been deposited before the entry into force of this Treaty;

(iv) any other intergovernmental organization that is admitted to become party to this Treaty, from the expiration of three months after the deposit of its instrument of accession.

Article 22

No Reservations to the Treaty

No reservation to this Treaty shall be admitted.

Article 23

Denunciation of the Treaty

This Treaty may be denounced by any Contracting Party by notification addressed to the Director General of WIPO. Any denunciation shall take effect one year from the date on which the Director General of WIPO received the notification.

Article 24

Languages of the Treaty

(1) This Treaty is signed in a single original in English, Arabic, Chinese, French, Russian and Spanish languages, the versions in all these languages being equally authentic.

(2) An official text in any language other than those referred to in paragraph (1) shall be established by the Director General of WIPO on the request of an interested party, after consultation with all the interested parties. For the purposes of this paragraph, “interested party” means any Member State of WIPO whose official language, or one of whose official languages, is involved and the European Community, and any other intergovernmental organization that may become party to this Treaty, if one of its official languages is involved.

Article 25

Depositary

The Director General of WIPO is the depositary of this Treaty.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION
GENEVA

DIPLOMATIC CONFERENCE
ON
CERTAIN COPYRIGHT AND NEIGHBORING RIGHTS
QUESTIONS

Geneva, December 2 to 20, 1996

**AGREED STATEMENTS CONCERNING
THE WIPO COPYRIGHT TREATY**

adopted by the Diplomatic Conference on December 20, 1996

Concerning Article 1(4)

The reproduction right, as set out in Article 9 of the Berne Convention, and the exceptions permitted thereunder, fully apply in the digital environment, in particular to the use of works in digital form. It is understood that the storage of a protected work in digital form in an electronic medium constitutes a reproduction within the meaning of Article 9 of the Berne Convention.

Concerning Article 3

It is understood that in applying Article 3 of this Treaty, the expression “country of the Union” in Articles 2 to 6 of the Berne Convention will be read as if it were a reference to a Contracting Party to this Treaty, in the application of those Berne Articles in respect of protection provided for in this Treaty. It is also understood that the expression “country outside the Union” in those Articles in the Berne Convention will, in the same circumstances, be read as if it were a reference to a country that is not a Contracting Party to this Treaty, and that “this Convention” in Articles 2(8), 2bis(2), 3, 4 and 5 of the

Berne Convention will be read as if it were a reference to the Berne Convention and this Treaty. Finally, it is understood that a reference in Articles 3 to 6 of the Berne Convention to a “national of one of the countries of the Union” will, when these Articles are applied to this Treaty, mean, in regard to an intergovernmental organization that is a Contracting Party to this Treaty, a national of one of the countries that is member of that organization.

Concerning Article 4

The scope of protection for computer programs under Article 4 of this Treaty, read with Article 2, is consistent with Article 2 of the Berne Convention and on a par with the relevant provisions of the TRIPS Agreement.

Concerning Article 5

The scope of protection for compilations of data (databases) under Article 5 of this Treaty, read with Article 2, is consistent with Article 2 of the Berne Convention and on a par with the relevant provisions of the TRIPS Agreement.

Concerning Articles 6 and 7

As used in these Articles, the expressions “copies” and “original and copies” being subject to the right of distribution and the right of rental under the said Articles, refer exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects.

Concerning Article 7

It is understood that the obligation under Article 7(1) does not require a Contracting Party to provide an exclusive right of commercial rental to authors who, under that Contracting Party's law, are not granted rights in respect of phonograms. It is understood that this obligation is consistent with Article 14(4) of the TRIPS Agreement.

Concerning Article 8

It is understood that the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Treaty or the Berne Convention. It is further understood that nothing in Article 8 precludes a Contracting Party from applying Article 11*bis*(2).

Concerning Article 10

It is understood that the provisions of Article 10 permit Contracting Parties to carry forward and appropriately extend into the digital environment limitations and exceptions in their national laws which have been considered acceptable under the Berne Convention. Similarly, these provisions should be understood to permit Contracting Parties to devise new exceptions and limitations that are appropriate in the digital network environment.

It is also understood that Article 10(2) neither reduces nor extends the scope of applicability of the limitations and exceptions permitted by the Berne Convention.

Concerning Article 12

It is understood that the reference to “infringement of any right covered by this Treaty or the Berne Convention” includes both exclusive rights and rights of remuneration.

It is further understood that Contracting Parties will not rely on this Article to devise or implement rights management systems that would have the effect of imposing formalities which are not permitted under the Berne Convention or this Treaty, prohibiting the free movement of goods or impeding the enjoyment of rights under this Treaty.

**The Process of Combating Money-Laundering in respect to Banks
and other Financial Institutes with a Special Reference to
US Anti-Terrorism Act**

Farhad Khomamizadeh

Persian text, pp. 5-28

Abstract

Money laundering is a silent crime which crosses international boundaries. Modern technology has led to new avenues to disguise the proceeds of crime. The advent of electronic money has meant that tracing the transfer of possibly illicit funds is an extremely difficult if not impossible task. Therefore there is a need to take consistent measures against money laundering throughout the world especially through control and monitoring banking systems. This need has been considered as an urgent by the event of 11th of September 2001 led to the enactment of U.S.A patriot Act designed to deter and punish terrorists. This Act includes *inter alia*, certain provisions in respect of combating money laundering.

International Settlement of Intellectual Property Disputes

Zargham Gharibi

Persian text, pp. 111-148

Abstract

The topic, “International Settlement of Intellectual Property Dispute”, purely and apart from introduction and definition is categorized into three distinguished parts.

Analyzing the historical origin of dispute settlement in intellectual property and its developments is the aim of the first chapter. Precedent survey, i.e. to search for conventions and other international documents generating the right of intellectual property, is the focal point of the second chapter. And the last chapter as the major part of the essay is dedicated to scrutinize dispute settlement procedures in related international documents. In this chapter, the author, referring to Traditional dispute settlement procedures, has focused on Special procedures of WTO’s settlement system as the most imperative dispute settlement procedure of today’s world as a current dominant procedure which applies to one hundred and forty six WTO’s state parties and has concluded that, in future, there will not probably be any International Intellectual Property Dispute, beyond the WTO’s compulsory jurisdiction taking into account the affirmative regulations of the TRIPs agreement.

Law Review (B.I.L.S.), Vol. 29, Fall 2003

Transnational Organized Crime, Palermo Convention's Effects

Sadegh Salimi

Persian text, pp. 169-212

Abstract

Transnational organized crime is one of the most problematic matters for international community in 21st century. These crimes are committed by organized criminal groups consisting of three or more persons, a unique leadership and strict discipline with cruel sanctions in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit. Commission of the crimes nationally and internationally has political, economic and social effects and threatens the existence of nations and states. The United Nations, acting on behalf of international community, elaborated an international document named "United Nations Convention against Transnational Organized Crime" with two protocols. The documents were opened for signature of states in Palermo (Italy) in 2000. 147 states including Iran has signed the convention. This article is aimed firstly to determine the meaning of the transnational organized crime, secondly to analyzes its various effects justifying the necessity of combating it.

Law Review (B.I.L.S.), Vol. 29, Fall 2003

The European Union Constitution

A. A. Kadkhodae

Persian text, pp. 257-284

Abstract

The EU, which has its roots in the early fifties, in a short time reached nearly all aims to which the founders had refereed. Establishing the major institutions and promoting its Member States to cooperate in economic, social, political and recently in military issues, the EU is going to attain the old aspiration of the Europeans, i.e., a United States of Europe. In this regard, the conclusion of the main Treaties and providing ways and procedures for cooperation in different sections, without doubt is the cornerstone of that unity.

Nowadays, the major issue which has been tackled by the lawyers and politicians, both inside and outside of the EU, is the issue of the constitution for this intergovernmental organization as it is the illustration of the main will of the Europeans toward a likely federal states similar to that of the USA.

The question of the possibility of having a constitution may arise. Further it may be asked whether or not the early Treaties would be regarded as having such status.

Law Review (B.I.L.S.), Vol. 29, Fall 2003

This Article, having in mind the importance of these Treaties, is going to find out an acceptable answer to that and in case that the answer is affirmative, the possibility of these documents to be as the EU Constitution, will be considered.

**The Partial Termination or the Separation of Contract under the
Convention for the International Sale of Goods (Vienna-1980)
and the Iranian Law**

Akbar Mirzanejad Joibari

Persian text, pp. 285-330

Abstract

The Study of rights of obligee in any commercial contract, particularly contract of sale, is very important for the theoretical and practical reasons, in case that the other party performs part of contract only and is not able or ready to perform the other part; Because, on the one hand, the obligor wants to know whether he entitles to expect from the obligee to accept the executed part of contract and to terminate the breached part of that only; On the other hand, the obligee faces with these questions: what is his rights in this cases? Does he have to accept the executed and to terminate the breached part of contract only or entitles to terminate the whole of contract?

In this article the author tries to explain the rights of buyer and seller in these cases according to regulations of the Vienna Convention concerning International Sale of Goods (1980) and Iranian Law.

Law Review (B.I.L.S.), Vol. 29, Fall 2003

The result of this study proves that from the point of view of the Convention will be different the law of this case in that the contract is instalment or simple and whether the matter of contract is severable on the legal and physical reasons; however, it must be pretended that the apparent tendency of codificators of the Convention is the avoidance from the whole termination of contract for the partial breach, where as Iranian Law principally dose not allow the partial termination or the separation of contract.